



T.C.

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**CEZAYİR AİLE KANUNUNUN 1917 OSMANLI HUKUK-I
AİLE KARARNAMESİ İLE MUKAYESESİ**

DOKTORA TEZİ

Abdelbasset KHALED

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Ankara, 2023

T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**CEZAYİR AİLE KANUNUNUN 1917 OSMANLI HUKUK-I ÂİLE
KARARNAMESİ İLE MUKAYESESİ**

DOKTORA TEZİ
Abdelbasset KHALED

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Danışman

Ankara, 2023

ONAY SAYFASI

Abdelbasset KHALED tarafından hazırlanan “Cezayir Aile Kanununun 1917 Osmanlı Hukuk-I Aile Kararnamesi İle Mukayesesi” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından oy birliği ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyesi	Kurumu	İmza
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	AYBÜ / Hukuk Fakültesi	
Kabul ☒ Red ☐		
Doç. Dr. Akın ÜNAL	AYBÜ / Hukuk Fakültesi	
Kabul ☒ Red ☐		
Dr. Öğr. Üyesi. Ömer ÇELEN	AYBÜ /Hukuk Fakültesi	
Kabul ☒ Red ☐		
Doç. Dr. Ahmet AKMAN	NEÜ/ Hukuk Fakültesi	
Kabul ☒ Red ☐		
Dr. Öğr. Üyesi. Abdülazim İBRAHİM	Karabük Ü/ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi	
Kabul ☒ Red ☐		

Tez Savunma Tarihi: 17/11/2023

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Doktora tezi olması için şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Prof. Dr. Yaşar YİĞİT

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda patent ve telif haklarını ihlal edici etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tezde kullanılmış olan tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi beyan ederim.
11/12/2023

Abdelbasset KHALED



ÖZET

Bu çalışma, İslam hukuku çerçevesinde evlilik ve evliliğin sona ermesi konularındaki hükümleri karşılaştırmak amacıyla Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesini incelemektedir. Her iki kanun da kökenlerini İslam hukukundan alsa da, içtihat farkları ve eleştirilere açık noktalar bulunmaktadır. Her iki hukuk sistemi de nişanın evliliğin bir ön hazırlığı olduğu konusunda anlaşmaktadır, ancak nişanın bir sözleşme olmadığını vurgularlar. Evlilik akdinin rükunları konusunda ise her iki kanun da evlilik akdinin temel rüknünün rıza olduğunu kabul eder. Evlilik akdinin şartları, esasa ilişkin ve şekle ilişkin şartlar olmak üzere iki kategoriye ayrılmıştır. Bu şartlar arasında evlenme ehliyeti, mehir, velayet, şahitlik, evlenme engelini bulunmaması, önceki evlilik durumu, denklik ve tıbbi muayene bulunmaktadır. Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi arasında benzerlikler ve farklılıklar bulunmaktadır. Her iki kanun da mehrin kadının hakkı olduğunu kabul eder, evlenme akdinde iki şahidin bulunmasını sıhhat şartlarından biri olarak belirler. Ancak, mehir konusunda Cezayir Aile Kanunu'nun mehri evlilik akdinin bir şartı olarak görmesiyle, Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi mehri evlilik akdinin bir sonucu olarak kabul eder. Cezayir Aile Kanunu, Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde olmayan şartları içerir. Her iki kanun da evlenme akdinin resmi makamlara tescil edilmesini şart koşar. Bu şartın amacı, eşlerin ve çocukların haklarını korumak ve evlilik sürecini devlet kontrolü altında tutmaktır. Evlilik akdinin hükümleri açısından kadın-erkek eşitliği konusunda adımlar atılmış, kadınların hakları ve onuru korunmuştur. Evlilik mal rejimi konusundaki etkileri taşıyan her iki kanun, neseple ilgili konuları ele alırken Cezayir Aile Kanunu'nun modern bilimsel yaklaşımlara uygun güncellendiğini gösterir. Evlilik nafakası hükümleri, İslam hukukuna dayanır ve kadınların ekonomik haklarını korumayı amaçlar. Her iki kanun da evliliğin sona ermesi konusunda üç yöntemi kabul eder: boşanma, tefrik ve hul'. Cezayir yasası her iki hususu da evlilik bağının sona ermesinin neticesi olarak ele alırken, Osmanlı yasası sadece bekleme süresine ilişkin hükümleri ele almıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, Cezayir Aile Kanunu, Hukuk-ı Aile Kararnamesi, evlilik, evliliğin sona ermesi.

ABSTRACT

This study examines the Algerian Family Code and the Ottoman Family Law Decree in order to compare the provisions on marriage and dissolution of marriage within the framework of Islamic law. Although both laws derive from Islamic law, there are differences in jurisprudence and points of criticism. Both legal systems agree that betrothal is a preparation for marriage, but they emphasize that betrothal is not a contract. Regarding the terms of the marriage contract, both laws accept that the basic element of the marriage contract is consent. The terms of the marriage contract are divided into two categories: substantive terms and formal terms. These conditions include marriage license, dowry, custody, testimony, no impediment to marriage, previous marriage status, equivalence, and medical examination. There are similarities and differences between the Algerian Family Law and the Ottoman Family Law Decree. Both laws accept that dowry is a woman's right and specify the presence of two witnesses in the marriage contract as one of the conditions for its validity. However, with regard to dowry, while the Algerian Family Code considers dowry as a condition of the marriage contract, the Ottoman Family Law Decree accepts dowry as a consequence of the marriage contract. The Algerian Family Code contains conditions that are not included in the Ottoman Family Code. Both laws require that the marriage contract be registered with official authorities. The purpose of this requirement is to protect the rights of spouses and children and to keep the marriage process under state control. Steps have been taken to ensure equality between men and women with regard to the provisions of the marriage contract and to protect the rights and dignity of women. Both laws, which have an impact on the regime of matrimonial property, show that the Algerian Family Code has been updated in accordance with modern scientific approaches while dealing with issues related to filiation. The provisions on alimony are based on Islamic law and aim to protect women's economic rights. Both laws recognize three methods for dissolving a marriage: divorce, separation and khul'. While the Algerian law dealt with both issues as a consequence of the termination of the marriage bond, the Ottoman law dealt only with the provisions regarding the waiting period.

Keywords: Islamic law, Algerian Family Code, Law of the Family Rights, marriage, dissolution of marriage.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	viii
1. GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	10
2.1 Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ni Doğuran Sebeplerin Açısından Mukayesesi	10
2.1.1. Cezayir Aile Kanunu Doğuran Sebepler	10
2.1.1.1. Cezayir Siyasi Tarihi	10
2.1.1.1.1. İslam Fethinden Önceki Aşama MÖ 4 - MS 667.....	10
2.1.1.1.2. İslam Fetih Aşaması MS 667'den 1518'e Kadar	11
2.1.1.1.3. Osmanlı Hâkimiyetinin Aşaması MS 1518'den 1830'a Kadar	12
2.1.1.1.4. Fransız Sömürgeciliğinin Aşaması 1830'dan 1962'ye Kadar.....	13
2.1.1.1.5. Ulusal Bağımsızlık Sonrası Aşama	15
2.1.1.2. Cezayir Devlet Yapısı.....	18
2.1.1.2.1. Yürütme Organı.....	18
2.1.1.2.2. Yasama Organı	20
2.1.1.2.3. Yargı Organı.....	26
2.1.1.2. Hukuki Dayanaklar	29
2.1.1.3. Siyasi ve Sosyal Sebepler	34
2.1.2. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ni Doğuran Sebepler	36
2.1.2.1. Hukuki Sebepler	36
2.1.2.2. Siyasi, Sosyal ve İktisadi Sebepler	37
2.1.2.3. Kadının Sosyal Statüsünde Ortaya Çıkan Değişiklikler ve Kadın Hareketleri	38
2.1.2.4. Fikir Hareketleri	39
2.2. Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Hazırlanış ve Sistematik Açısından Mukayesesi	41
2.2.1. Cezayir Aile Kanunu’nun Hazırlanış ve Sistematığı	41

2.2.2. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Hazırlanışı ve Sistematiği	43
2.3. Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Özellikleri	
Açısından Mukayesesi	44
2.3.1. Cezayir Aile Kanunu'nun Özellikleri.....	44
2.3.1.1 Bağımsızlık Sonrası Aile Hükümlerini Elde Alan İlk Kanun	44
2.3.1.2. Şer'i otorite.....	45
2.3.1.3. Cezayir Toplumunun Geleneklerine Uygunluğu	46
2.3.1.4. Aile ile ilgili tüm hükümleri içermektir	46
2.3.2. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Özellikleri	47
2.3.2.1. İlk kanun Oluşu	47
2.3.2.2. Üçlü karakteri.....	48
2.3.2.3. Dört Sünni Mezhepten İstifade Etmesi	49
2.3.2.4. Yargı Birliğini Temin Etmesi.....	50
2.3.2.5. Evlenme ve boşanmada devletin kontrolünü Genişletilmesi	50
2.3.2.6. Kazaî Boşanma (Tefrik).....	51
2.3.2.7. Çok Evliliğin Sınırlanması.....	52
2.4. Cezayir Aile Kanunu'nun Tadili ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin İlgası	
.....	53
2.4.1. Cezayir Aile Kanunu'nun Tadili	53
2.4.2. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin İlgası ve Arap Ülkelerindeki Aile	
Kanunlarına Tesiri	67
İKİNCİ BÖLÜM	71
3.1. Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Umumi	
Olarak Nikâh ve Nişanlanma.....	71
3.1.1. İslam Hukuku, CAK ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde Nikâh Kavramı	
ve Mahiyeti	71
3.1.1.1. Nikâh (İzdivaç) Tarifi.....	72
3.1.1.2. Hukuki Tanım.....	74
3.1.1.3. Evliliğin Mahiyeti.....	76
3.1.1.4. Değerlendirme	77
3.1.2. İslam Hukuku, CAK ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde Nişanlanmanın	
Mahiyeti	78
3.1.2.1. Nişanlanma Fıkhi ve Hukuki Niteliği.....	78

3.1.2.1.1. Nişanlanmanın Tanımı	78
3.1.1.2. Nişanlanma Fıkhi Niteliği	79
3.1.1.3. Nişanlanma Hukuki Niteliği.....	79
3.1.2.2. Nişanın Bozulması ve Hukuki Sonuçları.....	80
3.1.2.2.1. İslam Hukukunda Nişanın Bozulması ve Hukuki Sonuçları	80
3.1.2.2.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde Nişanın Bozulması ve Hukuki Sonuçları	82
A. Mehrin Hükümü	82
B. Hediyelerin Hükümü	83
3.1.2.3. Nişanı Bozulmasından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararın Tazmini.....	84
3.1.2.3.1. İslam Hukukunda.....	84
A. Nişanın Bozulmasından Doğabilecek Maddi Ve Manevi Zarar Çeşitleri	85
B. Klasik Fıkıhta Nişanın Bozulmasından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararın Tazminine İlişkin Hükümler	86
C. Modern Fıkıhta Nişanın Bozulmasından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararın Tazminatına İlişkin Hükümler.....	87
3.1.2.3.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde.....	89
3.1.2.4. Fatıha ile Nişanlanma	90
3.1.2.5. Değerlendirme	91
3.1.3. Nikâh Akdinin Rükünleri.....	92
3.1.3.1. İslam Hukuku, Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde Nikâh Akdinin Rükünlerinin Belirlenmesi.....	92
3.1.3.1.1. İslam Hukukunda Nikâh Akdinin Rükünleri	92
3.1.3.1.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde	94
3.1.3.2. Nikâh Akdinde Rıza Rükünü ve Bulunmamasının Etkisi	96
3.1.3.2.1. Nikâh Akdinde Rıza Rükününün Anlamı.....	96
A. İcap ve Kabul.....	97
3.1.3.2.2. Nikâh Akdinde İcap ve Kabulün Bulunmamasının Hükümleri.....	105
A. İslam Hukukunda	105
B. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde.....	106
3.1.3.3. Değerlendirme	106
3.1.4. Nikâh Akdinin Şartları ve Bulunmamasının Hükümleri	106
3.1.4.1. Nikâh Akdinin Şartları	107
3.1.4.1.1. Nikâhın Esasa Ait (Objektif) Şartları	108

3.1.4.1.2. Şekli Şartlar	188
3.1.5. Şarta Bağlı Nikâh Akdinin Hükümleri	190
3.1.5.1. İslam Hukukunda.....	190
3.1.5.1.1. Fakihlerin ittifakıyla Sahih Şartlar	191
3.1.5.1.2. Fakihlerin ittifakıyla Fasit Şartlar	193
C. Üzerinde İhtilaf Bulunan Şartlar.....	194
3.1.5.2. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde.....	196
3.1.5.2.1. Çok Eşli Olmama Şartı.....	198
3.1.5.2.2. Kadının Çalışması Şartı.....	198
3.1.5.3. Değerlendirme	199
3.1.6. Muteberlik Açısından Nikâhın Türleri.....	200
3.1.6.1. İslam Hukukunda.....	201
3.1.6.1.1. Sahih Olmayan Evlilik	201
3.1.6.1.2. Sahih Evlilik.....	203
3.1.6.2. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde.....	204
3.1.6.3. Değerlendirme	207
3.2. Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Nikâh	
Akadinin Hükümleri (Etkileri)	207
3.2.1. Eşlerin Hakları ve Görevleri.....	208
3.2.1.1. İslam Hukukunda	208
3.2.1.2. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde	210
3.2.1.3. Değerlendirme.....	213
3.2.2. Eşler Mal Rejimi.....	214
3.2.2.1. İslam Hukukunda	214
3.2.2.2. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde	215
3.2.2.3. Değerlendirme.....	217
3.2.3. Neseb	218
3.2.3.1. Nesebi Kuran Sebepler.....	219
3.2.3.2. Nesebi Ortaya Çıkarıcı Sebepler	225
3.2.3.3. Değerlendirme.....	233
3.2.4. Nafaka.....	234
3.2.4.1. İslam Hukukunda	234
3.2.4.2. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde	236

3.2.4.3. Değerlendirme	241
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	243
4.1. Evliliğin Sona Ermesi.....	244
4.1.1. Boşanma ile Evliliğin Sona Ermesi	244
4.1.1.1. Tek Taraflı İrade İle Boşanma.....	247
4.1.1.1.1. İslam Hukukunda	247
4.1.1.1.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde	259
4.1.1.2. Boşanma Hakkı Kötüye Kullanılması	265
4.1.1.2.1. İslam Hukukunda	265
4.1.1.2.2 Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde	271
4.1.1.3. Karşılıklı Rıza İle Boşanma Anlayışı	277
4.1.1.4. Değerlendirme	278
4.1.2. Tefrik	279
4.1.2.1. İslam Hukukunda.....	279
4.1.2.1.1. Tefrikte Hâkimin Rolü	280
4.1.2.1.2. Tefrik Hükmü.....	280
4.1.2.1.3. Tefrik Sebepleri.....	281
4.1.2.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde.....	290
4.1.2.2.1. Nafaka Verilmemesi Nedeniyle Tefrik	291
4.1.2.2.2. Evliliğin Amacına Ulaşmasını Engelleyen Kusurlar Nedeniyle Tefrik.....	292
4.1.2.2.3. Uzaklaşma Nedeniyle Tefrik.....	294
4.1.2.2.4. Ahlaki Nedenlerle Tefrik	300
4.1.2.2.5. Cezayir Aile Kanunu'nun 8. maddesi Hükümlerinin ve Evlilik Akdinde Üzerinde Anlaşılan Şartların İhlali Nedeniyle Tefrik	302
4.1.2.2.6. Eşler Arasındaki Geçimsizliğin Devam Etmesi ve Zarar Nedeniyle Tefrik.....	303
4.1.2.3. Değerlendirme	307
4.1.3. Hul'	308
4.1.3.1. İslam Hukukunda.....	308
4.1.3.1.1. Hul'un Hikmeti	309
4.1.3.1.2. Hul'un Hükmü.....	310
4.1.3.1.3. Hul'a Başvurma Hakkı Üzerindeki Kısıtlamalar	312
4.1.3.1.4. Hul'un Şer'i Çerçevesi	313

4.1.3.1.5. Hul'un Hükümü	314
4.1.3.1.6. Hâkimin Kocayı Hul'e Zorlama Yetkisi.....	315
4.1.3.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde.....	316
4.13.2.1. Hule'de Rızanın Rolü	317
4.1.3.2.2. Hul'da Eşlerde Aranan Şartlar	321
4.1.3.2.3. Çocukların Bazı Hakları Karşılığında Hul'	322
4.1.3.2.4. Zifaktan Önce Hul'	322
4.1.3.2.5. Hul'ün Hükümleri	323
4.1.3.3. Değerlendirme	324
4.2. Evlilik Bağının Sona Ermesinin Hükümleri	324
4.2.1. Bekleme Süresi (iddet).....	325
4.2.1.1. İslam Hukukunda.....	325
4.2.1.1.1. Bekleme Süresinin Hikmeti	326
4.2.1.1.2. Bekleme Süresi Çeşitleri	326
4.2.1.1.3. Bekleme Süresi Değişimi	330
4.2.1.1.4. Bekleme Süresi (İddet) Nafakası.....	331
4.2.1.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde.....	331
4.2.1.2.1. Bekleme Süresi Nafakası	336
4.2.1.3. Değerlendirme	337
4.2.2. Hidane	338
4.2.2.1. Hidane Hakkı	339
4.2.2.2. Hidane Süresi.....	340
4.2.2.3. Hidane Yeri	342
4.2.2.4. Hidanenin Düşüşü ve Geri Kazanımı	344
4.2.2.5. Hidane Hakkına Sahip Olanların Sıralaması	346
4.2.2.6. Hidane Sahibi Kadının Çalışması Nedeniyle Hidane Düşmesi.....	347
4.2.2.7. Hidane Sahibinin Konutu Veya Kira Bedeli	349
4.2.2.8. Değerlendirme	351
5. SONUÇ	353
6. KAYNAKÇA.....	361
7. EKLER	381

KISALTMALAR

BOA: Başbakanlık Osmanlı Arşivi

C. : Cilt

CAK: Cezayir Aile Kanunu

D/N: Dosya Numarası

D: Dava

DÜHFD: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ed.: Editor

GTTAD: Genel Türk Tarihi Araştırmaları Dergisi

HAK: Hukuk-ı Aile Kararnamesi

HÜEFD: Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi

HÜİFD: Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi

İTBAD: İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi

İÜHFD: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

M.Ü. : Marmara Üniversitesi

MDAD: Marife Dini Araştırmalar Dergisi

MÖ: Milattan önce

MS: Milattan sonra

NEÜHFD: Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

No.: Numara

s. : Sayfa sayısı

S. : Sayı

S.N: Sıra numarası

SÜHFD: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

T.C. : Türkiye Cumhuriyeti

t.y. : Tarih yok

TDV: Türkiye Diyanet Vakfı

TTK: Türk Tarih Kurumu

vol. : Volüme

Yargıtay A. M. D: Yargıtay Aile ve Miras Dairesi



1. GİRİŞ

Aile toplumun temel taşıdır ve değişen sosyal koşullara bağlı olarak belli bir değişim yaşaması oldukça tabiidir. Bu kapsamda günümüzde aile olgusunun “dinamik” bir fıkhi perspektifle ele alındığına şahit olmaktayız. Aynı zamanda, aile toplumun en çok tartıştığı sosyal konulardan biridir ve bu alanda ulusal ve uluslararası düzeyde çeşitli seminerler ve kongreler düzenlenmiştir. Dünya çapındaki aile yapısının evrimi ve değişimi, birçok bilimsel araştırma tarafından referans niteliğinde açığa çıkarılmıştır. Ancak, bu çalışmalar, konunun tamamını kapsamada sınırlılıklarla karşılaşmış ve araştırmacıların yönlendirmeleri, aile istikrarını sağlayacak radikal yasal ve bilimsel yaklaşımları içeren kurumsal müdahalelere yol açacak biçimde sunulmamıştır. Dolayısıyla, konunun etraflıca anlaşılabilmesi ve geleceğin aile yapısına yönelik etkili politika ve pratiklerin hayata geçirilebilmesi için daha kapsamlı ve bütüncül araştırmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu vesileyle, mevcut aile sistemi toplumsal gelişmelerle uyum sağlama hedefi doğrultusunda geniş kapsamlı bir meşruiyet kazanmış ve ulusal ile uluslararası boyutlarda etkisini artırmıştır. Bu durum, aile sisteminin çeşitli hükümlerinin sürekli takip ve düzenli reformlarla ele alınmasının gerekliliğini vurgulamaktadır. Zira toplumun dinamik yapısı ve sosyal normlardaki değişimler, aile yapısının da sürekli olarak revize edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple, mevcut aile sisteminin sürdürülebilirlik ve etkinlik açısından güçlü bir temel oluşturabilmesi için sürekli olarak gözden geçirilmesi ve iyileştirilmesi önem arz etmektedir.

İslam ülkeleri, aile konularına dair yasalarını koruma gayreti gösterirken, küresel düzeyde hissedilen çeşitli dönüşümlerden etkilenmektedirler. Örneğin, kadın haklarının ilerlemesi, siyasi, sosyal ve kültürel rollerinin güçlendirilmesi ve kadınların evrensel insan hakları temelinde erkeklerle eşit haklara sahip olmaları gibi konularda klasik düşüncenin dışına çıkabilen birtakım yeni tutumlar görülmektedir. İslam'a dayalı sistem, erkeklerin sorumlu velayeti üzerine kurulu ve erkeklerle kadınlar arasındaki ilişki sistemini düzenleyen bir yapıya sahiptir. Bu sistem, statü ve konumları ne olursa olsun, kadınlar için koruma ve istikrar sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak, bu durum yasa koyucuları, İslam hukukunun direktifleriyle yasal ve bilimsel yaklaşımlar arasında bir denge sağlama zorunluluğuyla karşı karşıya bırakmıştır. Kadın haklarının ve evrensel insan hakları sahasında yaşanan gelişmeleri, aile hukuku ve ilişkileriyle ilgili yasaların da yeniden değerlendirilmesini ve güncellenmesini gerektirmektedir. Bunun için de, toplumun değişen ihtiyaçlarını ve çağın

gelişmelerini dikkate alarak, kadınların ve erkeklerin eşit ve adil bir şekilde haklara sahip olduğu bir yasal düzenlemenin hedeflenmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda yasa koyucular bir yandan İslami değerleri koruma amacı gütmekte, diğer yandan da evrensel insan hakları çerçevesinde kadınların güçlenmesi ve eşit haklara sahip olmaları için adımlar atmak arasında denge kurmaya çalışmaktadırlar. Bu süreçte, dini prensiplerle modern yasal düzenlemeleri uzlaştırmak ve aile içi ilişkilerde adaleti sağlayacak çözümler bulmak önemlidir. Bu, toplumun sosyal ve kültürel gelişimine uygun olarak aile hukukunu yeniden şekillendirme ve güncelleme ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.

Bu durumda, Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi Cezayir'de de aile sistemi üzerine yapılan yargısal içtihatlar ve bu içtihatların aile hükümlerine yönelik reform ve revizyon girişimleri, önemli bir araştırma alanı olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, sabit aile kanunlarının değişen zamanın gerekliliklerine uyum sağlayamadığı ve ulusal, bölgesel ve küresel gelişmelere uygun yanıtlar veremediği yönünde ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle aşırı ideolojik baskıların etkisi altındaki kesimlerde, bu sabit kanunlardan kaçış eğilimi ve ortaya çıkan tepkiler, sosyolojik açıdan önemli bir olguyu teşkil etmektedir. Bu bağlamda, aile hukukundaki mevcut durumun dikkatli bir şekilde analiz edilmesi ve uygulamada karşılaşılan zorlukların derinlemesine incelenmesi, ileri araştırmalar ve güncellemeler için değerli bir temel sunmaktadır. Bu nedenle iki hususun vurgulanması maksadıyla bu konu seçilmiştir:

- İlk yön: İslam şeriatı, aile yapısını koruyan ve istikrarını sağlayan en önemli hükümleri belirler. Bu hükümler, aile yapısının bozulmasını ve deformasyonunu engellemeye yöneliktir ve aynı zamanda aileye dair insani kazanımlara açıktır. Bu ilkeler, aile birliğinin korunması ve güçlendirilmesi amacıyla özenle belirlenmiştir.
- İkinci yön: Aile sisteminin korunması, yasa koyucular tarafından temel bir amaç olarak görülmekte ve yasal düzenlemelerle desteklenmektedir. Özellikle bu sistem, zaman zaman hızlı müdahale ve işlemlere ihtiyaç duyan bir parçalanma riskiyle karşı karşıyadır.

İslam hukuku, kamu ve özel mevzuatın temel kaynağını oluştururken, aile hukuku da dâhil olmak üzere toplumsal konularda önemli bir rol oynamaktadır. Ancak zamanla, eski içtihadı uygulamaların kimi eksiklikler ve güncel gelişmelere uyum sağlamada zorlanmaları görülmüştür. Bu durum, aile yapısı ve toplumsal normlardaki değişimlerle başa çıkma konusunda yeni içtihatlar ve yorumlamaların önemini vurgulamaktadır. Yeniden içtihat kapısının açılması, güncel meselelere uygun ve tutarlı hukuki çözümlerin bulunmasına katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda, İslam hukukunun aile hukuku dâhil olmak üzere hükümlerinin

güncel verilere dayandırılarak yeniden ele alınması, toplumsal değişimlere etkin bir şekilde cevap verebilmesi ve daha sağlam bir temele oturabilmesi için önemli bir adım olacaktır.

Osmanlı Devleti ve Cezayir gibi farklı ülkeler, anayasalarını ve yasalarını kodifiye etme sürecine girdiklerinde, bu gelişme aile hukukunu da kapsayacak şekilde genişlemiş ve bu alandaki farklı görüşler iki ayrı akımın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İlk akım, dini otoriteyi koruma ve ona bağlı kalmada ısrarcı olan muhafazakâr bir yaklaşımı temsil etmektedir. Bu akım, dinden sapmaktan isteksizdir ve geleneksel değerleri muhafaza etmeyi hedefler. Diğer bir akım ise dinsel otoriteden ve eski normlardan kurtulmayı, yeni dış kaynaklar aramayı ve modernizasyonu savunan bir yaklaşımdır. Bu yaklaşım, dini otoritenin etkisinden ve taklit baskısından uzaklaşmayı ve çağdaş dünya ile entegre olmayı amaçlar. Bu süreçte, yabancı kanunlar ve düşüncelerden etkilenecek, bazı talepler ortaya çıkmıştır. Örneğin, çok eşlilik ve mirasta kadın-erkek eşitliği gibi bazı hükümlerin kaldırılması veya değiştirilmesi yönünde talepler dile getirilmeye başlanmıştır. Bu farklı akımlar, aile hukukunun modernizasyonu ve güncellenmesi konusunda çatışmalara ve tartışmalara yol açmıştır. Muhafazakâr yaklaşım, geleneksel değerlerin korunmasını ve dinin rolünün sürdürülmesini savunurken, modernist yaklaşım, toplumsal değişime uyum sağlamayı ve evrensel değerlere daha fazla vurgu yapmayı önemser. Bu yaklaşımların Osmanlı İmparatorluğu ve Cezayir'deki etkileri ve yansımaları, farklı mezheplerin ve tarihsel dönemlerin göz önüne alındığında, İslam devletlerinin genel politika ve duruşlarının incelenmesi gereken önemli bir konudur. Her iki bölgede de bu yaklaşımların nasıl uygulandığı, hangi sonuçları doğurduğu ve İslam devletlerinin genel ideolojik ve politik tutumlarına nasıl yansıdığı araştırılmalıdır. Bu da, farklı coğrafi bölgelerde ve dönemlerde yaşayan insanların İslam devletleriyle ilişkilerinin karmaşıklığını anlamamıza yardımcı olacaktır.

Cezayir Aile Kanunu ve HAK'nin kendisinden önce çıkarılan hükümlerden istifade edip etmediğini araştırmanın akademik açıdan büyük bir önemi bulunmaktadır. İncelenen kanunlar, Cezayir ve Osmanlı Devleti gibi İslam hukukunun etkisi altındaki ülkelerde aile ilişkilerini düzenleyen önemli yasal belgelerdir. Ancak bu kanunların, özellikle önceki yasal düzenlemeleri ne ölçüde değerlendirdiği ve bu deneyimlerden istifade edip etmediği, hukuki güvenilirlik ve toplumsal adalet açısından kritik bir konudur.

Cezayir Aile Kanunu, yeni bir düzenleme olmasına rağmen, bazı önemli konularda eksiklikler içerebilir ve bu, aile ilişkileri ve toplumun dengesi açısından potansiyel bir risk taşıyabilir. HAK ise İslam hukukunun ilk kodifikasyonu olarak kabul edilse de, önceki kanunlardan istifade ve deneyimleri dikkate almamış olabilir, bu da kanunun bazı yönlerinin

yetersiz kalmasına yol açabilir.

Bu bağlamda, yasa koyucuların, aile hukukunu kodifikasyonu sürecinde toplumun ihtiyaçlarını ve çeşitli görüşleri dikkate alarak kapsayıcı ve adil bir yaklaşım benimsemeleri önemlidir. Önceki kanunlardan istifade etme ve bu deneyimleri değerlendirme fırsatı, daha tutarlı ve kapsamlı bir hukuki düzenlemenin oluşturulmasına yardımcı olabilir. Ayrıca, toplumun değişen ihtiyaçlarına ve çağın gerekliliklerine uygun bir hukuki çerçeve oluşturulması, aile içi ilişkilerin ve hukuki süreçlerin adalet ve denge içinde sürdürülmesine katkı sağlayabilir. Bu nedenle, bu iki kanunun önceki yasal düzenlemelerle olan ilişkisinin araştırılması, hukukun evrimini anlama ve toplumsal adaleti ilerletme konularında büyük bir akademik öneme sahiptir.

Bu çalışma, Cezayir Aile Kanunu ile HAK arasındaki benzerlikler ve farklılıkları titizlikle incelemeyi amaçlamaktadır. Araştırmanın temel odak noktası, her iki kanunun hükümlerini karşılaştırarak İslam hukukunun özünü oluşturan şariat hükümleri ile çağın değişen sosyal ve hukuki gereksinimleri arasında nasıl bir denge kurduklarını anlamak ve analiz etmektir. Özellikle evlilik ve boşanma mevzuatına odaklanan bu çalışma, kadın ve erkek arasındaki ilişkilerin nasıl düzenlendiğini, bu düzenlemelerin amaçlarına ne derecede uygun olduğunu değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Cezayir ve Osmanlı aile hukuku düzenlemeleri arasındaki benzerlikler ve farklılıklar, İslam hukukunun modern yorumlarıyla toplumun değişen ihtiyaçları arasındaki dengeyi anlama çabasının bir parçası olarak ele alınacaktır. Bu çalışma, hem akademik hem de toplumsal açıdan önemli bir katkı sunmayı hedeflemektedir. İki ülkenin aile hukuku yaklaşımlarının karşılaştırılması, hukukun evrimini anlamak, hukuki reformların gerekliliğini belirlemek ve daha adil ve kapsamlı bir hukuki çerçeve oluşturmak için önemli bir adım olabilir. Bu araştırma, aile hukukunda olası iyileştirmeleri ve insan haklarına uyumu ele alarak toplumsal ve hukuki gelişmeye katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Aile ve ailevi sorunlar, çağdaş Müslüman toplumların siyasi koşullarına uyum sağlama zorunluluğuyla karşı karşıyadır ve bu nedenle İslam hukuku ile pozitif hukuk arasında bu bağlamda derin bir uyum ve koordinasyon kurulması gerekmektedir. Bu nedenle, aile sisteminin yaşadığı krizlerin tüm yönleriyle ele alınması için manevi ve ahlaki boyutlara özen göstermek, toplumsal gerçekliği ve İslam hukukunun ilkelerini incelemek önemlidir. Ailevi meselelerin çözümünde birleşik bir vizyon elde etmek, bu sorunları ele almak için önemli bir adımdır. İslam hukuku, ailevi meselelerin düzenlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Ancak, çağdaş toplumların hızla değişen koşullarında, pozitif hukuk da ailevi sorunların çözümünde etkili bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla, aile hukukunun geliştirilmesi

ve uygulanması için İslam hukuku ve pozitif hukuk arasında bir uyum ve koordinasyon sağlanmalıdır. Bu uyum ve koordinasyon, ailevi sorunların manevi ve ahlaki boyutlarını göz önünde bulundurarak, aile sisteminin istikrarını ve toplumun refahını destekleyecek bir çerçeve oluşturulmasını temin eder. Aynı zamanda, toplumsal gerçeklik ve İslam hukuku ilkelerinin birlikte incelenmesi, ailevi meselelerin daha iyi anlaşılmasına ve uygun çözümlerin bulunmasına katkı sağlar. Bu süreç, toplumsal değişimlere uyum sağlayan, adalet ve eşitlik ilkesine dayalı bir aile hukuku sistemi oluşturmayı amaçlamaktadır. Aynı zamanda, toplumun değerleri ve ahlaki normlarını göz önünde bulundurarak, aileye dair sorunların çözümünde adil ve insana yakışır bir yaklaşımı teşvik eder. Bu şekilde, aile sisteminin çağdaş krizlerini çözmek için hem İslam hukukunun prensiplerine bağlı kalınırken hem de pozitif hukukun toplumsal ihtiyaçlara uygun bir şekilde yeniden düzenlenmesi mümkün hale gelir.

Aile hukuku alanındaki araştırmacıların hedeflerinden biri ve belki de en mühimi, aile hukukunu konu alan her bir yasal reformda doğru referansları belirlemektir. Bu amaç doğrultusunda, aile hukuku mevzuatının kökenleri ve üzerindeki kontrol mekanizmalarını dikkatlice değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme, aile hukuku mevzuatının temel altyapısını ve nasıl şekillendiğini anlamaya yardımcı olacaktır. Ayrıca, mevcut kanunlar ve kontrollerin derin anlamları ve nesiller arası değişen sosyal koşulların etkileri arasında ayırım yapmak önemlidir. Bu bağlamda, araştırmacının konusu olan **"Cezayir Aile Kanununun 1917 Osmanlı Hukuk-I Âile Kararnamesi İle Mukayesesi,"** geçmişte Osmanlı İmparatorluğu'nda yürürlükte olan Hukuk-i Âile Kararnamesi ile günümüzde Cezayir'de yürürlükte olan Aile Kanunu arasında benzerlik ve farklılıkları belirlemeyi amaçlamaktadır. Bu karşılaştırma, iki kanunun nasıl evrildiğini ve İslam hukukunun hükümleriyle ne ölçüde uyumlu olduklarını açığa çıkarabilir. Bu doğrultuda, bu araştırmanın diğer amacının da aile hukuku mevzuatının tarihsel gelişimini ve gelişimini ortaya koymak, geçmişteki uygulamalarla günümüzdeki mevcut uygulamalar arasındaki farkları belirlemek ve bu kanunların İslam hukukuna ne derece uygun olduğunu değerlendirmek olduğu söylenebilir. Bu, aile hukukunun geçmişten günümüze nasıl değiştiği ve geliştiği hakkında değerli bilgiler sağlayabilir ve gelecekteki reformlar için uygun referansları sunabilir. Aynı zamanda, İslam hukukunun temel prensiplerine ve çağın gereksinimlerine nasıl uyum sağlayacaklarına dair bir anlayış sağlayarak, aile hukuku alanında adalet ve etkin düzenlemelerin oluşturulmasına katkıda bulunabilir.

Ayrıca, araştırmanın konusunu evlilik ve evliliğin sona ermesi ile sınırlandırmak, hem Cezayir hem de Osmanlı aile hukukunda yer alan hükümleri birlikte ele almak amacıyla

yapılmıştır. Detaylı bir şekilde izah edileceği üzere Cezayir Aile Kanunu, evlilik, evliliğin sona ermesi, yasal temsilcilik, miras ve bağışlar olmak üzere dört ayrı kitaptan oluşurken, Osmanlı Aile Kanunu sadece evlilik (Münâkehât) ve evliliğin sona ermesi (Müfârakât) olmak üzere iki kitaptan oluşmaktadır. Bu nedenle kıyaslama sadece evlilik ve evliliğin sona ermesi hususunda olacaktır.

Aile konusu, İslam hukukunun hükümlerini terk etme çağrısında bulunan Batılı eğilimlere sahip olanların tehditleriyle karşı karşıya olan aile sistemini korumanın önemine dair artan farkındalığın bir sonucu olarak İslam düşüncesinde büyük ilgi görmektedir.

Böylece, araştırmanın önemi üç boyutta ortaya çıkacaktır:

- Konunun yeniliği: Aile konusu, toplumun gelişen sistemiyle ilgili olan ve yargısal içtihat tarafından belirlenenler doğrultusunda sürekli takip ve incelemeyi gerektiren yenilenebilir alanlardan biridir. Bu nedenle, aile hukukunun değişen toplumsal ihtiyaçlara cevap verebilmesi ve güncelliğini koruyabilmesi için düzenli olarak gözden geçirilmesi ve güncellenmesi gerekmektedir.
- Konunun değeri: Aile konularının farklı entelektüel ideolojiler üzerindeki etkisi önemli bir rol oynamaktadır. Hukukçular, aile hukukunu geliştirmeye ve çağdaş gelişmelere cevap vermeye yönelik sürekli çabalar içindedir. Bu sayede, aile hukuku değişen toplumsal ihtiyaçlara uyum sağlayarak güncel ve etkili kalmayı hedeflemektedir. Farklı entelektüel yaklaşımlar ve ideolojiler, aile konusundaki yasal düzenlemelerin evrilmesi ve yeniden değerlendirilmesi için hukukçulara ilham kaynağı olmaktadır. Bu sürekli girişimler, aile hukukunun güncelliğini koruyarak, ailelerin ve toplumun değişen ihtiyaçlarını karşılayabilecek esnek ve adil çözümler sunmayı amaçlamaktadır.
- Konunun genişliği ve karmaşıklığı: Aile sistemi geniş ve karmaşık bir yapıya sahip olduğu için, bu alanın özgünlüğü, koruma nedenlerine uygun ve bunlara yanıt veren yeni eğilimlerin araştırılmasını gerektirmektedir. Zira hukuktaki geleneksel eğilimler artık ailenin korunmasına ilişkin gereklilikleri karşılayamamaktadır. Bu nedenle, mevcut hukukta öngörülenlere kıyasla İslam Şeriat kurallarına başvurularak ailenin korunması amacıyla kurallar ve usulleri bulmak gerekir. Bu açıdan bakıldığında çağdaş sayılacak ve aynı dönem içerisinde bulunan iki kanunun kıyaslanması önem arz etmektedir. Zira iki farklı gelenek ve örfe sahip olan ancak aynı hukuk teorisi ile yönetilen toplumların aile hukuku kodifikasyonları önemli veriler temin edecektir.

Bu çalışmanın önemine bağlı olarak, ulaşılmak istenen hedefler şu şekilde özetlenebilir:

- İslam hukuku hükümleri ile Cezayir ve Osmanlı aile hukuku arasındaki yakın ilişkinin boyutlarını ortaya koyarak, Cezayir ve Osmanlı ailelerinin sorunlarının çözümünde başvurulabilecek hukuki ilkeleri temsil eden İslam fikhî hükümlerinin bu çözümlere ne ölçüde katkı sağladığını belirlemek.
- İslam hukuku kurallarının her çağda uygulanabilirliğinin teyit edilmesi ve esneklik, gerçekliğe ayak uydurma, gelişmelere uyum sağlama ve insanlık için iyi olan her şeyi özümseme kabiliyeti gibi avantajlarını ortaya koymaktır. Ayrıca, İslam hukukunun bu konudaki önceliğinin ve bağımsızlığının kapsamının ve aile sorunlarına katkıda bulunma ve çözüm sağlama olasılığını da izah etmektir.
- Aile alanındaki hukuk ve içtihat kütüphanenin zenginleştirilmesine katkıda bulunabilir, böylece bu tür araştırmalarla ilgilenenler buna kolayca başvurabilirler.
- HAK'nin ilk aile kanunu olmasının Cezayir aile kanununa etkisinin ortaya konmasıdır.
- Cezayir ve Osmanlı aile hukuku hükümleri ile elde edilen yasama gücünün altını çizmeye çalışarak, evlilik ilişkisinin kuruluşunda veya sona ermesinden sonra tarafların yasal konumlarının güçlendirilmesine katkıda bulunmaktır.
- Cezayir Aile Kanunu'nda yer almayan konular için, evlilik ilişkisinin taraflarına yeterli koruma sağlayan bütüncül bir aile hukuku sisteminin kurulmasına katkıda bulunacak yasal hükümler önermektir.

Bu çalışmanın alanı üç açıdan sınırlandırılmıştır: Mekânsal, zamansal ve konu açısından sınırlıdır. Çalışmanın mekânsal sınırı, hem Cezayir Aile Kanunu'nun hem de HAK'nin uygulama alanında temsil edilecektir. Bu bağlamda, bir yandan Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti'nin bölgesel sınırları, diğer yandan da HAK'nin yürürlükte olduğu zaman diliminde Osmanlı Devleti'nin sahip olduğu topraklar sınırlarıdır. Çalışmanın zamansal sınırı ise CAK ve HAK'nin yürürlükte olduğu tarihsel dilimdir. Bu bağlamda HAK'e ilişkin olarak, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlamakta ve ilga edildiği tarihte sona erecektir. Dolayısıyla HAK için zamansal sınır 25/10/1917 tarihinden başlamakta ve 19/06/1919 tarihinde sona erecektir. Buna göre, HAK maddelerini incelerken, bu zaman dilimine ilişkin Osmanlı belgelerine atıfta bulunulacaktır. CAK'a ilişkin zaman sınırına gelince, CAK halen yürürlükte olduğu için yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar, tadil aşamasından geçerek günümüze kadar gelir. Dolayısıyla, CAK'a ilişkin zamansal sınır 09/06/1984 tarihinden günümüze kadar uzanmaktadır. Bu bağlamda, Cezayir Yargıtayı'nın söz konusu dönemde vermiş olduğu kararlardan da yararlanılacaktır. Çalışmanın konu açısından sınırı, hem CAK

hem de HAK'de evlilik ve evliliğin sona ermesine ilişkin hükümlerin araştırılıp incelenmesinde ve aralarındaki benzerlik ve farklılıkları ortaya çıkarmak üzere her iki kanunun birbiriyle mukayese edilerek değerlendirilmesinde ortaya çıkacaktır.

Nitekim bu çalışmada ayrıntılı olarak ele alınmaya muhtaç gördüğümüz konular üzerinde yoğunlaşmıştır. Detaylandırılmadan yüzeysel olarak ele alınan konulara gelince, bunlar hem Kur'an'da hem de Sünnette kesin delillerin zikredildiği konular olduğu için bu konulara da detaylı bir şekilde değinilmeyecektir.

Yukarıdaki izahat doğrultusunda çalışmada su soruların cevapları aranacaktır:

- Cezayir ve Osmanlı aile hukukunun asıl kaynağı nedir? İlave yeni bir kaynak arayışına ihtiyaç duyulur mu?
- Hem CAK hem de HAK'de aile yasama sürecinin tabi olduğu temeller - özellikle de değişim ve tadilat çağrısında bulunan çeşitli akımların ortaya çıkması ışığında- nelerdir? Bu bağlamda, Aile Kanunu'nun değiştirilmesi ve tadil edilmesi yönündeki çağrılar meşru ve muteber midir?
- Cezayir yasa koyucusu, İslam dünyasındaki ilk aile kodifikasyonu olan HAK'den ne ölçüde etkilenmiştir?
- Aile hukuku ilkelerini temsil eden Cezayir Yargıtay'ına ait kararların ve fıkhi fetvaların aile yasama sürecindeki önemi nedir? Bu husus gelişmelere ayak uydurmak için yeterli görülmekte midir?
- Aile ile ilgili hükümlerin geliştirilmesi sürecinde fıkhi içtihatların rolü nedir?
- Aile ile ilgili tüm hükümler yargısal ve fıkhi olarak yeniden gözden geçirilmeye tabi tutulmalı mıdır, yoksa yalnızca güncel gelişmelere konu olan bazı olaylarla mı sınırlıdır? Bu çerçevede İslam tüm aile hükümlerine değinmiş ve bu alanda içtihat kapısını kapatmış mıdır, yoksa bu sahayı hâkim ve fakihin maslahatın gereklerine uygun olarak araştırma ve çaba göstereceği bir zemin olarak mı bırakmıştır?
- Son olarak, Cezayir yasa koyucusu Aile Kanunu'nun bazı maddelerinde yaptığı son tadilatta ailenin ve toplumun menfaatine uygun hareket etmiş midir? Bu tadilat İslam hukukunun kural ve hükümlerine uygun olarak mı yapılmıştır?

Çalışmayla arzu edilen hedeflere ulaşılabilmesi amacıyla, bu çalışmanın eleştirel ve karmaşık doğası, hem Cezayir Aile Kanunu hem de HAK'de aile ve sistemiyle ilgili içtihadi, hukuki ve yargısal nitelikli metinleri izlemek ve araştırmak için tümevarım yöntemi de dâhil olmak üzere çeşitli yöntemlerin kullanılmasını gerektirecektir. Konunun unsurlarını genel olarak kuşatmak için çalışmanın pek çok yerinde imamlardan, âlimlerden ve uzmanlardan

alıntı yapılmasının nedeni budur. Bunlar fikrin geçerliliğinin ve sonucun sağlamlığının ipuçları ve kanıtları olarak kabul edilir. Ayrıca, İslam hukuku ile Cezayir ve Osmanlı mevzuatındaki teorik içtihat kavramlarının yanı sıra aile ve bileşenleri ile ilgili olanları incelerken betimleyici yöntemi de kullanılacaktır. Bunlara ilave olarak, Cezayir Aile Kanunu ve HAK hükümleri incelenirken karşılaştırmalı yöntem kullanılacaktır. Böylece en doğru görüşlere ve uygulamadaki en ön sırada yer alan görüşlerden seçilenlere ulaşılabileceği gibi, fikhî içtihatların, Cezayir ve Osmanlı aile hukukunun geldiği noktanın içeriği ve derinliği de bilinmiş olacaktır. Bu sayede metinlerin analiz edilmesi, tartışılması ve üzerine inşa edildikleri temelin açıklığa kavuşturulmasıyla arzulanan amaçlara ulaşılabilecektir. Ne var ki, daha önce de belirtildiği üzere, bu konunun doğası, araştırmaya hizmet edecek şekilde çeşitli bilimsel yöntemlerin birbirinden faydalananak şekilde kullanılmasını gerektirecektir.

Çalışmanın çeşitli yönlerinin anlaşılabilmesi için bu çalışmayı üç bölüme ayırarak ele alınmalıdır. Birinci bölümde, Cezayir Aile Kanunu ve HAK'nın her birinin genel çerçevesini, ortaya çıkmalarına yol açan sebepler, hazırlanış aşamaları, sistematikleri ve özellikleri açısından ele alınacaktır. İkinci bölümde ise, her iki kanunda da evliliğin ön hazırlığı olarak nişanlanma ile başlayıp, evliliğin rükünleri ve şartlarından geçerek, eşlerin hak ve görevleri, nesep, eşlerin mali rejimi ve nafaka ile temsil edilen evliliğin hükümleri ile sona eren evlilik konusunu ve hükümlerini konu edinilecektir. Üçüncü bölüme gelince, konunun mantıksal sırasını takip ederek, evlilik bağının boşanma, tefrik ve hul' yoluyla sona ermesi konusunu ele almaya çalışılacaktır. Ardından bekleme süresi ve hidanede temsil edilen evlilik bağının sona ermesinin hükümlerini ele alarak üçüncü bölümü tamamlanacaktır.

Çalışmanın tüm kısımları, Cezayir Yargıtay'ının kararları ve Osmanlı belgelerine dayanarak, önce fikhî, sonra da hukukî yönden başlayarak aşamalı bir şekilde karşılaştırma dengesine yerleştirilecektir. İlk olarak, İslam fikhında bu çalışmayla ilgili konuları ortaya konulmuş ve ardından her iki kanunun da İslam hukukundan ne ölçüde etkilendiğini göstermek için hukuki yönüyle karşılaştırılacaktır. Hukuki yönü ile ilgili olarak, Cezayir Aile Kanunu ve HAK maddeleri arasında bir karşılaştırma yapılarak aralarındaki benzerlikler ve farklılıklar ortaya çıkarılacaktır. Ayrıca Cezayir Yargıtay'ının kararlarını ve Osmanlı belgelerini sunarak hâkimlerin her iki kanunun hükümlerine ne ölçüde bağlı olduklarını ortaya çıkarmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZAYİR AİLE KANUNU İLE OSMANLI HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NE GENEL BAKIS

2.1 Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni Doğuran Sebeplerin Açısından Mukayesesi

Bu başlık altında hem Cezayir Aile Kanunu hem de Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi hazırlamaya iten sebepleri belirlemeye çalışacağız. Bu sayede iki ülkedeki hukuk kuralına duyulan ihtiyacın benzerlik ve farklılıkları belirlenmiş olacaktır.

2.1.1. Cezayir Aile Kanunu Doğuran Sebepler

Bu başlık altında Cezayir Aile Kanunu düzenlenmesine yol açan hukuki, sosyolojik ve siyasi etkiler ele alınacaktır. Böylece hukuk normunu ortaya çıkaran sebepler ile o normdan beklenen faydanın sağlanabilip sağlanamadığı anlaşılabacaktır.

Fakat bu hususta hukuki sebepleri izah edilmeden önce Cezayir siyasi tarihi ve yapısı ile ilgili bilgi vermek faydalı olacaktır.

2.1.1.1. Cezayir Siyasi Tarihi

Cezayir siyasi tarihinin aşamaları şu şekilde tanımlanabilir: İslam fethinden önceki aşama MÖ 4 - MS 667, İslam fetih aşaması MS 667'den 1518'e kadar, Osmanlı hâkimiyetinin aşaması MS 1518'den 1830'a kadar, 1830'dan 1962'ye kadar Fransız sömürgeciliğinin aşaması ve ulusal bağımsızlık sonrası aşamadır¹.

2.1.1.1.1. İslam Fethinden Önceki Aşama MÖ 4 - MS 667

Bu aşamada, Cezayir olarak nitelendirdiğimiz bölgede, MÖ dördüncü yüzyıldan itibaren Masisilia Krallığı ve Massilia Krallığı gibi birkaç krallığın ortaya çıktığı bilinmektedir. Bu krallıklar, Masinissa ve ardından Jugurtha liderliğinde Numidia Krallığı adı altında birleşmiştir. Cezayir, diğer Kuzey Afrika bölgeleri gibi Roma, Bizans ve Vandal işgaliyle karşılaşmış, ancak İslam fethiyle bu işgalden kurtulmuştur.

¹ **Bou Hviş, Ammar**, “ Tarihu'l Cezayir El-Siyasi Mina'l Bidaya İlä Gayet 1962”, 1.Baskı, Beyrüt, Darü'l Garbi'l İslamiyah, 1997, s. 9-22.

Cezayir, bu dönemde önemli siyasi ve kültürel değişimlere tanıklık etmiştir. Masisilia Krallığı ve Massilia Krallığı gibi krallıkların birleşmesiyle ortaya çıkan Numidia Krallığı, bölgenin güçlü bir siyasi gücü haline gelmiştir. Bu krallık, Masinissa ve Jugurtha gibi liderlerin yönetimi altında büyük bir toprak genişlemesi yaşamıştır.

Ancak Cezayir, Roma İmparatorluğu'nun genişleme politikalarıyla karşılaşmış ve MÖ 2. yüzyılda Roma'nın egemenliği altına girmiştir. Roma döneminde Cezayir, önemli bir ticaret merkezi haline gelmiş ve Romalılar tarafından geliştirilmiş birçok şehir inşa edilmiştir.

Bizans İmparatorluğu'nun çöküşüyle birlikte Cezayir, Vandal Krallığı'nın kontrolüne geçmiştir. Ancak bu dönem de uzun sürmemiş ve 7. yüzyılda İslam fethiyle Cezayir, Arap Müslümanların egemenliği altına girmiştir. Bu dönemde Cezayir, İslam kültürü ve medeniyetinin etkisi altında gelişmiş ve önemli bir İslam merkezi haline gelmiştir².

Cezayir'in tarihindeki bu çeşitli dönemler, bölgenin kültürel ve siyasi yapısını derinden etkilemiştir. Günümüzde Cezayir, bu zengin tarihi mirasıyla birlikte modern bir ülke olarak varlığını sürdürmektedir.

2.1.1.1.2. İslam Fetih Aşaması MS 667'den 1518'e Kadar

Cezayir'de Emevi akınlarına maruz kalan Berberi kabileleri arasında İslam'ın yayılması 711 yılında başlamıştır. Ancak, Emevi hükümetinin politikalarına karşı çıkan Berberi kabileleri, yerel liderlikler kurmuştur³. Bu dönemde çoğunluğu Harici (İsmaili) mezhebini benimseyerek Emevi yöneticilerinin zorba vergi politikalarına karşı isyan etmişlerdir. Bu isyan sonucunda Tahert'te (Tiyaret) Abdurrahman İbn Rüstem tarafından Rüstemî Devleti kurulmuştur. Bununla birlikte, Batı Cezayir o dönemde Fas'ta hüküm süren İdrisiler'in, Doğu Cezayir ise Kayrevan'daki Ağlebiler'in hâkimiyeti altına girmiştir. Her iki devlet de Bağdat'taki Abbasi halifeliğine bağlıydı. Cezayir, 776 yılında Rüstemiler Devleti'nin hüküm sürdüğü ve Kuzey Afrika'da kurulan ilk İslam devleti olarak kabul edilmiştir⁴.

908 yılında Ebu Abdullah eş-Şii, beş yıllık bir savaşın ardından İfrikîye'deki Ağlebiler devletini ortadan kaldırarak Fatımilerin başkenti yapmak amacıyla "Al-Mansuriya" şehrini kurmuştur⁵.

909 yılında ise Ubeydullah el-Mehdi tarafından Fatımi devleti kurulmuş ve Tahert'in

² **el-Mili, Mobarek**, Tarih el-Cezayir el-Kadim ve el-Hadis, 1.Baskı, Cezayir, el-Muessese el-Vataniyah Yayınlar, 2009, s. 211.

³ **Bou Hviş**, s.31; bkz. **Sırrı, Erinc**, "Cezayir-Tarih-", Diyanet Ansiklopedisi, C.7, İstanbul 1993, s. 485.

⁴ **Ben Atman Hoca**, Hamdan, "Le Miroir", Cezayir, ANEP Yayınevi, 2005,s. 25.

⁵ **Sırrı**, s.485.

yıkılmasından sonra 1171 yılında devrilmelerine kadar Rüstemiler Devleti Cezayir'de hüküm sürmüştür. Fatımi Halifesi el-Muiz Li-Dinillah'ın Rüstemiler Devleti'nin başkentini Mehdiye'den Kahire'ye taşımasıyla birlikte Sanhace Berberileri Mağrib ülkelerinde idareyi ele geçirmiş ve Ziriler ile Hammadiler devletlerini kurmuşlardır.

Ziriler ve Hammadiler devletlerinin ortaya çıkış döneminde, Murabıtlar liderliğindeki güçler, Yusuf Ben Taşfin'in öncülüğünde Tilimsan şehrini fethederek, Tenes (Chlef) ve Cezayir dâhil olmak üzere Kuzey Afrika'nın geniş bir bölgesini kontrol altına almışlardır⁶.

Muvahhidler, 1130-1269 yılları arasında egemenlik sürerek Hammadi ve Murabıt Devleti'ne son vermiş ve Cezayir ile tüm Kuzey Afrika'yı fethetmiştir. Muvahhidler'in ardından Doğu Cezayir, Tunus'taki Hafsi Devleti'nin (1228-1574) topraklarına bağlanmıştır. Orta ve Batı Cezayir ise, Tilimsan merkezli Abdülvadiler'in (1235-1550) yönetimi altına girmiştir. Abdülvadiler'in zayıflamasıyla birlikte, Bedevi kabileler isyan ederek birçok şehirde kendi emirliklerini kurmuşlardır. Ayrıca İspanyollar da 1505-1513 yılları arasında sahil şehirlerini ele geçirmişlerdir.

2.1.1.1.3. Osmanlı Hâkimiyetinin Aşaması MS 1518'den 1830'a Kadar

1516 yılında Türk ordusu, Oruç Reis ve Hızır Reis (Barbaros Hayreddin Paşa) liderliğindeki Türk ordusu, Cezayir'e girerek buradaki İspanyol varlığını sona erdirmişlerdir⁷. Barbaros Hayreddin Paşa'nın Cezayir'e varışı, İspanyollara karşı yardım talebinde bulunan bir Cezayir heyetinin çağrısı üzerine gerçekleşmiştir. Bu olay, Barbaros Hayreddin Paşa'nın Cezayir'e ulaşmasını tetiklemiştir. Yavuz Sultan Selim, 1519 yılında Hızır Reis'i donanma reisi olarak atayarak, 2000 kişilik yeniçeri ve topçu birliği ile savaş malzemelerini Cezayir'e göndermiş ve böylece Osmanlı hâkimiyeti Cezayir'de başlamıştır⁸.

Osmanlı Devleti'nin Cezayir'deki yönetimi, zaman içinde gelişen ve değişen yönetim düzenine paralel olarak farklı dönemlere ayrılmıştır: Beylerbeyliği dönemi (1519-1587), Paşalık dönemi (1587-1659), Ağalık dönemi (1659-1671) ve en son olarak Dayılık dönemi (1671-1830). Osmanlı Devleti, Cezayir'e girdiği andan itibaren, güçlü bir devlet kurma ve Avrupa'nın saldırganlığına karşı tepki verebilecek bir yapı oluşturma çabasına girişmiştir. Bu nedenle, Osmanlı Devleti'nin Cezayir'deki ilk adımları, askeri ve idari yönden Cezayir'i

⁶ Ben amrou El-Tammar, "Tilimsan Abra'l-usur", Cezayir, el-Muassasah el-Vataniyah li-Kitab, 1984, s. 55.

⁷ Sadullah, Abu elkasem, Tarih El cezayir El tekafi 1500-1830, , Beyrüt, Darü'l Garbi'l İslamiyah, 2012, s. 244.

⁸ Sioudouni, Nasireldin, el nizam el mali lil-cezayir fi el- ahd el osmani 1792-1830, Cezayir, Darü'l Basayir, 2012, s. 23.

etkili bir şekilde yönetebilecek bir sistem kurmayı amaçlamış, aynı zamanda dış borçlanmaya başvurmadan gelir kaynaklarıyla harcamalar arasında denge sağlayan bir politika izlemeye çalışmıştır⁹.

Bu politika, Osmanlı Devleti'nin Cezayir'deki yönetimini sürdürmek için önemli bir strateji olmuştur. Beylerbeyliği dönemi, Osmanlı Devleti'nin Cezayir'e ilk hâkimiyetini sağladığı dönemdir. Bu dönemde, Osmanlı yönetimi, Cezayir'in askeri savunmasını güçlendirmiş, yerel halkla ilişkileri düzenlemiş ve vergi sistemi gibi idari yapıları oluşturmuştur.

Paşalık dönemi ise Osmanlı Devleti'nin Cezayir'deki yönetiminde bir değişimi temsil etmektedir. Bu dönemde, Osmanlı Devleti, Cezayir'e bir paşa atayarak daha merkezi bir yönetim yapısı oluşturmuştur. Paşa, Osmanlı Devleti'nin Cezayir'deki temsilcisi olarak görev yapmış ve askeri, idari ve ekonomik konularda yetki sahibi olmuştur.

Ağalık dönemi ise Osmanlı Devleti'nin Cezayir'deki yönetiminde bir başka değişimi ifade etmektedir. Bu dönemde, Osmanlı Devleti, Cezayir'e bir ağa atayarak yönetimi daha da merkezileştirmiştir. Ağa, Osmanlı Devleti'nin Cezayir'deki en üst düzey yöneticisi olarak görev yapmış ve vergi toplama, adalet dağıtma gibi yetkilere sahip olmuştur.

Dayılık dönemi ise, Osmanlı Devleti'nin Cezayir'deki yönetimindeki son aşamayı temsil etmektedir. Bu dönemde, Osmanlı Devleti, Cezayir'e bir dey olarak bilinen yönetici atamıştır. Dey, Osmanlı Devleti'nin Cezayir'deki yönetimine bağlı olmakla birlikte, daha fazla özerklik ve yetki sahibi olmuştur.

Bu dönemler boyunca Osmanlı Devleti, Cezayir'deki yönetimini güçlendirmek ve Avrupa'nın saldırganlığına karşı dirençli bir yapı oluşturmak için çaba sarf etmiştir. Bu çabalar, Osmanlı Devleti'nin Cezayir'deki yönetim düzenini şekillendirmiş ve Osmanlı etkisinin uzun süre devam etmesini sağlamıştır.

Cezayir'deki Osmanlı hâkimiyeti, 1830 yılına kadar sürmüştür. Bu süre zarfında Cezayir, Tunus ve Trablusgarp ile birlikte "Garp Ocakları" olarak adlandırılmış ve farklı bir statüyle yönetilmiştir¹⁰.

2.1.1.1.4. Fransız Sömürgeciliğinin Aşaması 1830'dan 1962'ye Kadar

Fransız sömürge dönemi Cezayir'de 1830 yılında Fransa'nın Sidi Fredj limanına girmesi ve Cezayir şehrini ele geçirmesiyle başlamıştır. Cezayir halkı bu işgale karşı isyan

⁹ Sadullah, s. 250.

¹⁰ Sadullah, s. 250.

hareketleriyle direnmiş olsa da başarı elde edememiştir. Sonuç olarak, Fransızlar 1847 yılında Cezayir'in tamamını ele geçirmeyi başarmışlardır¹¹.

Fransa, Cezayir'de yerli kabilelerin topraklarını Avrupa'dan gelen göçmenlere vererek Avrupalı nüfusun artmasını hedeflemiştir. Bu politika sonucunda, 1847 yılında ülkedeki Avrupalıların sayısı 104.000 iken, 1872 yılında 245.000'e yükselmiş ve 1911 yılında 752.000'e ulaşmıştır. Aynı şekilde, Avrupalıların sahip olduğu arazi miktarı da artmıştır. 1860 yılında bu miktar 365.000 hektar iken, 1930 yılında ise 2.345.000 hektara çıkmıştır¹².

Cezayir halkı, Fransız işgaline karşı direnişlerinde askeri ve siyasi yöntemler kullanmıştır. Askeri direniş, çeşitli isyanlar ve ayaklanmalar yoluyla gerçekleşmiştir. Emir Abdülkadir isyanı, Sidi Şeyh isyanı, Muhammed el-Mukrani isyanı, Lâlle Hatice isyanı ve Zaatşa isyanı bu askeri direniş örneklerine örnek olarak verilebilir. 1945 yılındaki ayaklanma ve son olarak 1954 yılında başlayan Cezayir Bağımsızlık Savaşı ise Cezayir'in bağımsızlığı için verilen askeri mücadelenin en önemli aşamalarıdır. Bu süreçlerde Cezayir halkı, direniş ve özgürlük arayışlarıyla tarihlerine damga atmışlardır¹³. Siyasi direniş ise, Cezayir halkının haklarını talep etmek amacıyla kurulan siyasi partiler aracılığıyla temsil edilmiştir. Bu partiler arasında en önemlileri şunlardır:

- Kuzey Afrika Yıldız Partisi: 1926 yılında Ahmed Messali Hac tarafından kurulan ve daha sonra 1937'de Halk Partisi'ne dönüşen, 1946 yılında ise Demokratik Özgürlüklerin Zaferi Hareketi adını alan parti;
- Liberal Parti: 1927 yılında kurulan siyasi parti;
- Cezayir Müslüman Âlimler Birliği: 1931 yılında kurulan birlik;
- Cezayir Komünist Partisi: Komünist ideolojiye dayanan bir siyasi parti;
- Beyan ve Özgürlük Dostları: Farhat Abbas liderliğindeki bir siyasi hareket;
- Gizli Teşkilat: 1947 yılında Demokratik Özgürlüklerin Zaferi Hareketi tarafından kurulan bir örgüt;
- Ulusal Kurtuluş Cephesi: Cezayir Bağımsızlık Savaşı'nı başlatan ve Cezayir'in bağımsızlığını savunan önemli bir siyasi hareket.

Bu siyasi partiler ve hareketler, Cezayir halkının siyasi mücadelesinde önemli roller üstlenerek Cezayir'in bağımsızlık ve özgürlüğü için çaba göstermişlerdir¹⁴.

1 Kasım 1954 tarihinde Cezayir Bağımsızlık Savaşı, "Aurès" bölgesinden başlatılmış ve

¹¹ Bou Hviş, s. 120.

¹² Sırrı, s.486.

¹³ Bou Hviş, s. 130; bkz, Sadullah, s. 442.

¹⁴ Umeyravi, Ahmida, Min Tarihi'l-Cezairi'l-Hadis, Cezayir, Daru'l-Huda Ayn Mliyya, 2004, s. 75.

kısa sürede Cezayir geneline yayılmıştır. Cezayir Cumhuriyeti'nin ilan edilmesi amacıyla, 19 Eylül 1958 tarihinde Kahire'de Ferhat Abbas'ın başkanlığında "Cezayir Geçici Hükûmeti" kurulmuştur. Savaşın sona ermesi ve ateşkes ilanı ise 18 Mart 1962 tarihinde "Evian Antlaşması" ile gerçekleşmiştir. Bu antlaşmanın şartlarına göre, 1 Temmuz 1962 tarihinde yapılan referandumda Cezayirlilerin % 91'i bağımsızlık lehinde oy kullanmış ve Cezayir bağımsız bir devlet olarak tanınmıştır¹⁵.

2.1.1.1.5. Ulusal Bağımsızlık Sonrası Aşama

Bu dönem, Fransız devletinden Cezayirlilere devredilen egemenliğin gerçekleştiği geçiş dönemi olarak bilinir ve iki aşamadan oluşur. İlk aşama, Evian Antlaşması'nın imzalanmasından ve ateşkesin ilan edilmesinden sonra başlar ve 19 Mart 1962 tarihinde gerçekleştirilen kendi geleceğini belirleme referandumu ve iktidarın Cezayirlilere devredilmesini denetlemek üzere geçici bir heyetin kurulmasıyla karakterizedir. Bu heyetin önemli bileşenleri şunlardır:

- Genel vali: Cezayir'deki Fransız devletini temsil eder ve görevi iktidar devrinin kolaylaştırılmasını sağlamaktır;
- Geçici yürütme heyeti: Başkanı Abdelrahman Fares ve 10 üyeden oluşan bu heyet, Cezayir'in genel işlerini denetlemek ve Cezayir'in temel organlarının kurulmasına kadar süreci yönetmekle görevlidir. 3 Temmuz 1962 tarihinde kendi geleceğini belirleme referandumu sonuçlarının açıklanmasının ardından, tüm yetkiler bu heyetin eline geçmiş ve bu durum 20 Eylül 1962 tarihine kadar devam etmiştir¹⁶.

İkinci aşama ise, 20 Eylül 1962 tarihinden 10 Eylül 1963 tarihine kadar sürmüştür. Bu dönemde aşağıdaki görevlerle görevlendirilen 196 üyeden oluşan Ulusal Kurucu Meclis tarafından gerçekleştirilmiştir:

- Hükümetin atanması: 26 Eylül 1962 tarihinde gerçekleştirilen oturumda Cezayir Cumhuriyeti için Ahmed Bin Bella başkanlığında bir hükümet kurulduğu ilan edilmiştir;
- Yasama yetkisi: 20 Eylül 1962 tarihinde yapılan referandumun uygulanmasında, yasama yetkisi geçici olarak Ulusal Kurucu Meclis'e verilmiştir;
- Anayasa taslağının hazırlanması: Ulusal Kurucu Meclis, bir anayasa taslağı hazırlamak üzere çabalar sarf etmiştir. Ancak Ulusal Kurtuluş Cephesi'nin siyasi

¹⁵ Sırrı, s. 486.

¹⁶ Bellemare, Alex, Abd-el-Kader, sa vie politique, Paris, Librairie de la Hachette, 2014, s. 320.

dairesi ve hükümet başkanı, Ulusal Kurucu Meclis'teki müzakerelerin Cezayir Bağımsızlık Savaşı'nın ilkelerini ve çağdaş bir demokrasi kurmayı amaçlayan Trablus Antlaşması programının getirdiği ilkeleri yansıtmadığını belirtmiştir. Bunun üzerine 28 Ağustos 1963 tarihinde Ulusal Kurucu Meclis, anayasa taslağının hazırlanması için özel bir komisyon atamıştır. 8 Eylül 1963 tarihinde bu komisyon tarafından önerilen anayasa taslağı halk referandumuna sunulmuş ve kabul edilmiştir. Böylece modern Cezayir devletinin tarihindeki ilk anayasa ilan edilmiştir¹⁷.

1963 Anayasası'na göre, Cezayir demokratik bir halk cumhuriyetidir ve ülkenin kuruluşunda sosyalizm ilkelerine uygun olarak gerçek iktidarın, köylüler, emekçi kitleler ve devrimci aydınlar gibi halk tarafından kullanılmasını hedeflemektedir (1963 Anayasa maddesi 23).

1963 Anayasası, tek parti rejimini kurmuştur ve siyasal kuruluşların düzenli ve etkili işleyişinin Ulusal Kurtuluş Cephesi tarafından sağlandığını belirtmektedir. Bu bağlamda, Ulusal Kurtuluş Cephesi aşağıdaki görevleri üstlenmiştir:

- Halk kitlelerini sosyalizmin gerçekleşmesi için harekete geçirir ve eğitim çerçeveleri oluşturur.
- Sürekli bir bağlantı içinde olduğu kitlelerin özlemlerini belirler ve yansıtır.
- Ulusun politikasını yapar, tanımlar ve yönetimini denetler.
- En bilinçli ve aktif devrimci unsurlardan oluşan bir örgüt kurar, harekete geçirir ve yönetir.
- Örgütünü ve yapılarını demokratik merkeziyetçilik ilkesine dayalı olarak düzenler (1963 Anayasa maddesi 23-26).

1963 Anayasası, "Egemenliğin Kullanılması" başlığı altında Ulusal Meclis, Yürütme Organı ve Yargı olmak üzere devletin temel organlarını üçe ayırmaktadır. Ancak, 19 Haziran 1965 tarihinde Houari Boumediene liderliğindeki bir grup subay, Devrimci Düzeltme Hareketi adı verilen askeri bir darbe gerçekleştirerek hükümet başkanı Ahmed Bin Bella'yı görevden uzaklaştırmış ve 1963 anayasasını yürürlükten kaldırmıştır. Bu olay sonucunda Ulusal Meclis'in çalışmaları askıya alınmış ve anayasasız bir dönem başlamıştır¹⁸.

07/07/1965 tarihinde, subaylar grubu tarafından, yetkinin kullanımının nasıl gerçekleştirileceği konusunda bir emir yayınlanmıştır. Bu emirde aşağıdaki düzenlemelere yer verilmiştir:

¹⁷ Umeyravi, s. 125-127.

¹⁸ Moureaux, Serge, Les Accords d'Evian et l'avenir de la révolution algérienne, Paris, 1962, s. 204.

- Devrimci Konsey: Devrimci Konsey, mutlak gücün kaynağı olarak kabul edilmiş olup 26 üyeden oluşmuştur. Yasama ve yürütme yetkileri bu konseyin kontrolü altında birleştirilmiştir.

- Hükümet: Devrimci Konseyi Başkanı olan Houari Boumediene, hükümetin başkanı olarak görev yapmıştır.

Ayrıca, bu dönemde kurulan organlarla birlikte, 1963 Anayasasının 27. maddesinden 38. maddesine kadar olan hükümler doğrultusunda Ekonomik ve Sosyal Konsey gibi danışma organları da oluşturulmuştur.

Daha sonra, 19/06/1975 tarihinde Houari Boumediene, anayasal meşruiyete dönme niyetini açıklamış ve 05/07/1976 tarihinde halk referandumuna sunulan Millî Misak adlı belge yayınlanmıştır. Bu belge, millet politikasının ve devlet yasalarının en üst düzey kaynağı olarak kabul edilmiştir. Bunun ardından, 19/11/1976 tarihinde referandum sürecinden geçirilen bir anayasa taslağı hazırlanmış ve bu tarihten itibaren yürürlüğe girmiştir.

1976 Anayasası'na göre, egemenlik işlevleri aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

- Siyasi işlev: Ulusal Kurtuluş Cephesi tarafından kullanılmaktaydı.
- Yürütme işlevi: Sadece Cumhurbaşkanı tarafından üstlenilir ve yürütme işlevlerinin yanı sıra Cumhurbaşkanı, kararname yoluyla yasama işlevlerini de yerine getirirdi.
- Yasama işlevi: Ulusal Halk Meclisi tarafından kullanılmaktaydı.

Sosyalist sistemden çekilme işaretleri, 1980'lerin başında belirmeye başlamış ve 1986 yılında 1976 Anayasası'nın gözden geçirilmesiyle daha belirgin hale gelmiştir. Ancak, 10/5/1988'de meydana gelen olaylar nedeniyle, 1976 Anayasası'nın değiştirilmesine ilişkin referandum 3 Kasım 1988'e ertelenmiştir. Olayların hız kazanması ve siyasi reformların sınırlarını zorlama arzusuyla, 23/02/1989 tarihinde halk referandumuna sunulan yeni bir anayasa taslağı için bir teknik komisyon oluşturulmuş ve böylece 1976 Anayasası yürürlükten kaldırılmıştır¹⁹.

1996 Anayasası, sosyalist sistemden vazgeçerek liberal bir yönelim benimsemenin yanı sıra aşağıdaki ilkeleri de getirmiştir:

- Bireylerin hak ve özgürlüklerinin tanınması, liberal anlayışa uygun olarak (Madde 29).
- Çok parti rejiminin benimsenmesi (m. 42).
- Özel mülkiyet ve bireysel inisiyatif özgürlüğü ilkesinin belirlenmesi (m. 52).

¹⁹ Bou Hviş, s. 189.

- Kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanması.

1989 Anayasası'nın getirdiği çok parti rejimiyle birlikte, ilk seçim deneyimi bir dizi zorlukla karşılaşmıştır. Bu zorluklar arasında Ocak 1992'de seçim sürecinin askıya alınması ve Cumhurbaşkanının istifası yer almaktadır. Cumhurbaşkanının istifası, Ulusal Halk Meclisi'nin dağılmasıyla aynı zamana denk gelerek anayasal bir boşluk yaratmıştır. Bu durumu telafi etmek için Yüksek Devlet Konseyi'nin kurulması ve ardından atanmış olan Ulusal Halk Meclisi bu sorumluluğu üstlenmiştir²⁰.

- 1989 Anayasası, 1996 yılında Ulusal Halk Meclisi tarafından teknik bir komisyon tarafından değiştirilmiş olup bu değişiklikle devletin temel organları aşağıdaki şekilde ayrılmıştır:
- Yürütme organı: Cumhurbaşkanı ve Başbakan tarafından icra edilir ve yerine getirilir.
- Yasama organı: Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi olmak üzere iki meclisten oluşan bir parlamento tarafından kullanılır ve yerine getirilir.
- Yargı organıdır.

Bu şekilde, 1996 Anayasası ile devletin yetki ve görevleri bu temel organlar arasında bölüştürülmüştür. Yürütme organı, Cumhurbaşkanı ve Başbakan tarafından yönetilirken, yasama organı Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi tarafından yerine getirilir. Ayrıca, yargı organı da bağımsız bir yapıya sahip olarak hukuki işlerde görev alır²¹.

2.1.1.2. Cezayir Devlet Yapısı

Cezayir, yarı başkanlık sistemiyle yönetilen merkeziyetçi bir cumhuriyettir. Cezayir temel organları yürütme, yasama ve yargı olmak üzere üçe ayrılır. Buna göre;

2.1.1.2.1. Yürütme Organı

Yürütme organı, bir devletin omurgasını oluşturan ve bir devletin varoluşu için zorunlu bir unsurdur. Devletlerin başlangıcından bu yana, yürütme organının doğası ve biçimiyle ilişkilendirilmiştir. Yürütme organı, farklı biçimlerde var olabilir ve bu, devletin karakterini belirleyebilir. Bazı durumlarda, yürütme organı (yönetici), varlığını Tanrı'dan aldığına inanıldığında, devlet teokrasi olarak adlandırılabilir. Yürütme organı zorba

²⁰ Bouchira, Said, “ Al-Kanun-ü'l Destûrî ve Nûzûm-ü'l Siyasîta”, 13.Baskı, Dîvan-ü'l Matbûat-ü'l Jamîyâ, Cezayir, 2013, s. 19.

²¹ Bouchira, s. 25.

olduğunda veya mutlak güce sahip olduğunda, devlet zorba veya mutlak bir devlet olarak tanımlanabilir. Ancak, yürütme organının halk iradesinden kaynaklandığı durumlarda, devlet demokratik bir niteliğe sahip olur. Bu bağlamda, yürütme organının doğası ve kaynağı, bir devletin politik sistemi ve yönetim tarzını belirler. Yürütme organının demokratik bir temele dayandığı bir sistemde, halkın iradesi ve katılımı önemli bir rol oynar ve devletin demokratik olarak işlemesi hedeflenir²².

Cezayir Anayasası'nın "Kuvvetler Ayrımı ve Düzenlenmesi" başlıklı üçüncü bölümünde (84 ila 113. madde), Yürütme organı düzenlenmiştir. Cezayir'in 2020 Anayasası'na göre, Yürütme organı ikili bir yapıya sahiptir ve "Cumhurbaşkanı" ile "Birinci Bakan tarafından temsil edilen hükümet" olarak iki tarafı bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı, milletin birliğini temsil eder ve devleti iç ve dış politikada temsil ederken aynı zamanda anayasanın koruyucusudur. Cumhurbaşkanı, Cezayir siyasi sisteminde prestijli bir konuma sahiptir ve seçim yöntemi nedeniyle halk tarafından doğrudan ve gizli oy kullanılarak seçilir. Seçimler, seçmenlerin ifade edilen oylarının salt çoğunluğunu elde ederek kazanılır. Bu durum, Cumhurbaşkanını tüm ulusun temsilcisi ve güvenilir bir figür haline getirir (Madde 84-85).

Cezayir Anayasası'na göre, Cumhurbaşkanı'nın görev süresi beş yıldır. Ancak, Cumhurbaşkanının görev süresi iki dönemle sınırlıdır, yani bir kişi en fazla iki kez Cumhurbaşkanı seçilebilir (Madde 86). Cumhurbaşkanı, seçildikten sonra, yemin etmek üzere milletin ve yüksek mercilerin huzurunda bulunur ve yemini ettikten hemen sonra görevine başlar (Madde 89).

Anayasa gereği, Cumhurbaşkanı önemli yetkilere sahiptir. Beş yıllık süre için seçilen Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakanlar ve hâkimler gibi en üst düzey devlet görevlilerini atama yetkisine sahiptir. Ayrıca, Bakanlar Kurulu'na başkanlık yapar ve kararnameler çıkarabilir (Madde 91).

Cezayir Anayasası'nın 103. maddesi, hükümetin yöneticisinin Başbakan olduğunu ve Cumhurbaşkanı tarafından atanıp görevine son verilebileceğini belirtir. Birinci bakanın görevleri, Cumhurbaşkanının programının uygulanmasında önemli bir rol oynar. Birinci bakan, seçtiği hükümetin çalışmalarını koordine etme görevine sahiptir ve bu hükümeti atama yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir. Birinci bakan, çalışma planını belirler ve Parlamento'yu oluşturan Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi'ne sunar.

Ayrıca, Anayasa değişikliği, Birinci bakan tarafından imzalanan kararnamelerin ve devlet görevlerindeki atamaların Cumhurbaşkanının önceden onayına tabi olmasını ve

²² . **Gözler, Kemal**, "Kısa Anayasa Hukuku", 18.Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020, s. 40.

hükümet toplantısının başkanlığının, Cumhurbaşkanı tarafından yetkilendirilerek Birinci bakana devredilmesini vurgulamıştır. Bu değişiklikler, yürütme yetkisi içinde görevlerin daha tutarlı ve etkili bir şekilde yerine getirilmesini amaçlamaktadır (Madde 112).

Anayasa, Birinci bakan tarafından sunulan programın, sadece bağımsız bir program olmadığını, aynı zamanda Cumhurbaşkanının programının sahada gerçekleştirilmesini sağlayacak mekanizmaların belirlenmesiyle ilgili olduğunu belirtmektedir. Bu şekilde, hükümetin, doğrudan oylama sırasında halkın oylarının çoğunluğunu kazanan Cumhurbaşkanının programını daha net bir şekilde uygulama görevine odaklanmasını sağlamaktadır.

2.1.1.2.2. Yasama Organı

Anayasanın 114. maddesi, yasama yetkisinin Ulusal Halk Meclisi (alt meclis) ve Millet Konseyi (üst meclis) adı verilen iki meclis tarafından kullanılmasını öngörmüştür. Ulusal Halk Meclisi, Cezayir vilayetlerinin ve toplumun nüfusa dayalı olarak temsil edildiği bir seçimle oluşurken, Millet Konseyi, Cumhurbaşkanı tarafından atanmış üyelerin yanı sıra ülkenin vilayetlerini eşit temelde temsil etmektedir. Bu şekilde, seçimle iktidara gelen Cumhurbaşkanının yanı sıra, seçimle belirlenen bir Parlamento da Cezayir'de var olmaktadır²³. Ulusal Halk Meclisi (APN/Assemblée Populaire Nationale), 5 yıllık bir süre için seçilen 407 milletvekilinden oluşmaktadır. Cezayir Parlamentosu'nun yapısı, Ulusal Halk Meclisi'nin yanı sıra 1996 Anayasası ile oluşturulan Millet Konseyi (Senato) (CDN/Conseil de la Nation) adı verilen 144 Senatörden oluşan bir kurumu içermektedir.

144 üyeli Senato'nun üçte biri Cumhurbaşkanı tarafından atanırken, kalan üçte ikisi ilçe ve il meclisi üyelerinden oluşan yaklaşık 15.000 üyeli "seçiciler kurulu" tarafından belirlenmektedir. Senatörler, 6 yıllık dönemler için seçilmekte olup, her üç yılda bir yapılan seçimlerde yarı yarıya yenilenmektedirler (Madde 121). Bu şekilde, Cezayir'de parlamentonun yapısı Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi aracılığıyla temsil edilmektedir.

Bir parlamenterin görevi ulusal bir niteliktedir ve başka görev veya işlevlerle birleştirilemez. Parlamenterler, görev süreleri boyunca en iyi şekilde görevlerini yerine getirebilmeleri için dokunulmazlıktan yararlanırlar. Bu nedenle, yargılanamazlar, tutuklanamazlar ve haklarında medeni veya cezai davalar açılmaz. Ayrıca, görevlerini

²³ Bouchira, s. 87.

yerine getirirken oy kullanma veya ifade ettikleri görüşler veya söyledikleri sözler nedeniyle baskı altına alınamazlar (Madde 118).

Cezayir Anayasası, yürütme organı ile yasama organı arasında geniş bir işbirliği alanı oluşturmuş ve her bir organa, diğerini etkileme araçları sağlayarak bir denge sağlamıştır. Bu nedenle, özellikle yürütme ve yasama organları arasında yetki örtüşmesi olduğunda, mutlak bir kuvvetler ayrılığının uygulanması mümkün olmamaktadır. Anayasalar, bu işbirliğini öngörmese bile, pratik gerçeklik tarafından dayatılmıştır.²⁴

Bu işbirliği, her bir organın birbirinin birçok yetkisine katılımıyla ortaya çıkar ve bu işbirliğinin en belirgin yansıması, yürütme organının yasama sürecine müdahalesidir. Öte yandan, yasama organının, doğrudan müdahale yoluyla devlet bütçesi gibi yürütme organının yetkilerinin birçoğuna veya dolaylı müdahale yoluyla hükümetin çalışmalarını denetleyerek, yürütme organına katkıda bulunduğu görülmektedir (Madde 146).

Yukarıda açıklandığı gibi, Cezayir siyasi sistemi, başkanlık sisteminin avantajları ile parlamenter sistemin avantajlarını birleştiren karma bir sistemdir. Bu, kuvvetler ayrılığı sistemini benimsediğini açıkça göstermektedir. Ayrıca, Cezayir Anayasası, yürütme ve yasama organları arasında karşılıklı denetim araçları sağlamış ve Cumhurbaşkanı'na büyük yetkiler verilerek organlar arasında bir tür işbirliği sağlanmıştır.

Cezayir'deki yasaların yapımı aşağıdaki aşamalardan geçer:

A. Kanun Teklifi/Tasarısı

Cezayir Anayasası'nın 143. maddesi gereğince, Birinci Bakan, milletvekilleri ve Millet Konseyi üyeleri kanun teklifinde bulunma yetkisine sahiptir. Birinci Bakan, milletvekilleri veya Millet Konseyi üyeleri tarafından önerilen kanun teklifleri veya tasarıları, Danıştay'ın görüşünün alınmasının ardından Bakanlar Kurulu'na sunulmaktadır. Bu teklifler veya tasarılar daha sonra Birinci Bakan tarafından Ulusal Halk Meclisi'ndeki ilgili komisyona havale edilmektedir. Ancak, bu teklifler veya tasarılar idari yapılanma, bölge planlaması ve bölgesel bölünmeyle ilgili ise, Birinci Bakan ilgili komisyona Millet Konseyi'nde havale etmekle yükümlüdür (Madde 144). Cezayir Anayasası'nın bu ilgili maddeleri, ülkenin yasama sürecindeki önemli aşamaları açık bir şekilde tanımlamaktadır. Birinci Bakan ve Millet Konseyi üyelerinin kanun tekliflerine katkısı, ülkenin yönetim ve düzenlemeleri açısından kritik bir rol oynamaktadır. Bu mekanizma, demokratik bir süreçle yasama organlarının etkili bir şekilde işlev görmesine olanak tanımaktadır. Danıştay'ın

²⁴ Bouchira, s. 112.

görüşünün alınması da kanun taslağının hukuki ve anayasal açıdan uygunluğunu sağlamak adına önemli bir adımdır. Özellikle idari yapılanma, bölge planlaması ve bölgesel bölünme gibi konular, ülkenin yönetim ve kaynakların adil dağıtımını açısından hayati öneme sahiptir. Bu nedenle, bu tür konularda Millet Konseyi'ne havale edilmesi, geniş katılımı ve farklı bakış açılarıyla ele alınmasını sağlamak için yerinde bir uygulamadır. Böylece, Cezayir halkının çeşitli talepleri ve ihtiyaçları dikkate alınarak, adil ve etkili yasaların oluşturulması hedeflenmektedir.

B. Tasarı Veya Teklif Üzerindeki Görüşmeler Aşaması

Kanun teklifleri veya tasarıları, Halk Meclisi veya Millet Konseyi'nin ilgili komisyonlarına sunulduktan sonra, bu komisyonlar teklifleri veya tasarıları detaylı bir şekilde inceler ve değerlendirir. Komisyonlar, teklifler veya tasarılar üzerinde gerekli değişiklikleri yapma yetkisine sahiptir ve kanun metninin detaylı bir şekilde üzerinde çalışarak düzenlemeler yapabilirler. Komisyonlar, teklif veya tasarılarla ilgili uzman bilgisi ve farklı bakış açılarıyla inceleme yaparlar. Gerekirse ilgili uzmanlardan ve paydaşlardan görüş alabilirler. Ayrıca, toplumun çeşitli kesimlerinin görüşlerini dikkate alarak, tekliflerin etkisini ve uygulanabilirliğini değerlendirirler. Komisyon, tasarı veya teklif üzerindeki görüşmeleri tamamladıktan sonra, konuyla ilgili hazırladığı raporu Halk Meclisi veya Millet Konseyi'ne sunmak üzere görüşme ve oylamaya alır. Raporda yapılan değişiklikler ve gerekçeleri açık bir şekilde belirtilir. Halk Meclisi veya Millet Konseyi, komisyon raporunu dikkate alarak teklifin veya tasarinın kabul edilip edilmeyeceğine karar verir. Gerekli çoğunluk sağlandığı takdirde, kanun teklifi veya tasarısı yasalaşır. Bu süreç, Cezayir'de yasama organlarının işleyişini demokratik ve şeffaf bir şekilde sağlamak için tasarlanmıştır. Kanun tekliflerinin komisyonlardan geçmesi, çeşitli perspektiflerin ve uzman görüşlerinin yasal düzenlemelerde dikkate alınmasını ve kaliteli kanunların oluşturulmasını sağlamayı amaçlar. Bu şekilde, Cezayir halkının çıkarları ve ihtiyaçları gözetilerek, adil ve etkili yasaların ortaya çıkması hedeflenir.

C. Görüşme ve Oylama Aşaması

Cezayir Anayasası'nın 145. maddesi gereğince, kanun tekliflerinin veya tasarılarının onaylanabilmesi için Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi tarafından görüşülmesi şarttır. Her iki meclis, kanun tekliflerini ve tasarılarını detaylı bir şekilde tartışır ve oylar. Hükümet, Ulusal Halk Meclisi tarafından onaylanan teklifleri ve tasarıları Millet Konseyi'ne sunar ve

aynı şekilde, Millet Konseyi tarafından onaylananları da Ulusal Halk Meclisi'ne sunar. Her iki meclis üyelerinin çoğunluğu, Ulusal Halk Meclisi tarafından oylanan teklifler veya tasarıları onaylar. Ancak, Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi arasında bir konuda anlaşmazlık yaşanırsa, Birinci Bakan, ihtilaf konusuyla ilgili bir değişiklik önermek üzere, her iki meclisten eşit sayıda üyeden oluşan bir komisyonun kurulmasını talep eder. Hükümet, bu komisyonun sunmuş olduğu teklifi veya tasarını her iki meclise sunar ve hükümetin onayı olmadan bu teklif veya tasarı üzerinde hiçbir değişiklik yapılamaz. Eğer iki meclis arasında çıkan anlaşmazlık devam ederse, hükümet, anlaşmazlığın nihai olarak çözülmesi için Ulusal Halk Meclisi'nden talepte bulunabilir. Bu durumda, Ulusal Halk Meclisi, eşit üyelerden oluşan komisyon tarafından sunulan teklifi veya son oylanmış teklifi dikkate alır (Madde 145). Bu mekanizmalar, Cezayir'de yasama organlarının birlikte çalışmasını ve anlaşmazlıkların adil ve etkili bir şekilde çözülmesini sağlamak için önemli adımlardır. Çeşitli görüşlerin temsil edilmesi ve demokratik süreçlerin izlenmesi, ülkenin yönetiminde şeffaflığı ve katılımcılığı desteklemektedir.

Ç. Kanun Çıkarılması

Cezayir Anayasası'na göre kanunların çıkarılması yetkisi Cumhurbaşkanıya aittir. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanı, Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi tarafından kabul edilen kanunları otuz gün içinde çıkarır (Madde 148). Ancak, bu süre dolmadan önce ve onaylanan teklif veya tasarının Anayasaya aykırı olduğu tespit edilirse, Cumhurbaşkanı, Ulusal Halk Meclisi Başkanı, Millet Konseyi Başkanı ve Birinci Bakan, Anayasa Mahkemesini bilgilendirme hakkına sahiptir. Ayrıca, Ulusal Halk Meclisi'nin 40 üyesi veya Millet Konseyi'nin 25 üyesi de Anayasa Mahkemesine başvurarak kanunun Anayasaya uygunluğunun incelenmesini talep edebilir (Madde 148 ve 193). Cumhurbaşkanı, kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, aynı süre içinde, gösterdiği gerekçeyle birlikte, Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyine geri gönderir. Bu şekilde, kanunlar yeniden görüşülmek üzere ilgili meclislere iade edilir. Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi, geri gönderilen kanunu üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanıca çıkarılır; Meclis, geri gönderilen kanunda yeni bir değişiklik yaparsa, Cumhurbaşkanı değiştirilen kanunu tekrar iki meclise geri gönderebilir (Anayasa Madde 149). Bu mekanizma, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun sağlanması ve Cumhurbaşkanı ile yasama organları arasındaki denge ve işbirliğinin korunması amacıyla tasarlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yetkisiyle birlikte, kanunların hukuki ve anayasal açıdan geçerli

olup olmadığı kontrol edilirken, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi de yasama organlarının kararlarına katkıda bulunma ve eksiklikleri düzeltme fırsatı sunar. Bu şekilde, Cezayir'de yasama süreci demokratik ve şeffaf bir şekilde işlemektedir.

D. Kanun Yayınlanması

Kanunların halka duyurulması, bilgilendirme amacı taşımakta olup, Resmi Gazete aracılığıyla yayımlanarak yürürlüğe girmektedir. Kanunun yayımlanması, Cumhuriyetin hukuki verilerinin hazırlanması ve ifade edilmesi sürecindeki son aşamadır. Bu nedenle, Hükümet Genel Sekreterliği, Resmi Gazete'de yayınlanmaya özel bir önem vermektedir. Kanunun yayımlanması, bir süre sonra yürürlüğe gireceğinden, halkın bilgilendirilmesi için bu süre dikkate alınmalıdır²⁵.

Cumhurbaşkanınca kabul edilen kanunlar, Hükümet Genel Sekreteri tarafından Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır.

Cezayir Medeni Kanunu'nun 4. maddesi gereği, kanunlar Cezayir'in başkenti olan şehirde Resmi Gazete'de yayınlandıkları tarihten itibaren 24 saat sonra, diğer şehirlerde ise il merkezine ulaştıkları tarihten itibaren 24 saat sonra yürürlüğe girmektedir.

Öte yandan, Cezayir Anayasası'nın 142. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı acil meselelere ilişkin kararlar alarak yasama görevini yerine getirebilir. Bu durumda, aşağıdaki koşulların bir araya getirilmesi gerekmektedir:

- Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi tatil veya ara verme durumunda olmalıdır.
- Danıştay'ın görüşü alınmalıdır.
- Bu kararlar Bakanlar Kurulu'nda verilmelidir.
- Kararlar, Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi'nin ilk oturumlarında onaylanmak üzere sunulmalıdır.
- Cumhurbaşkanı, bu kararların anayasaya uygunluğunu Anayasa Mahkemesine bildirmeli ve Anayasa Mahkemesi, en fazla on (10) gün içinde kararını vermelidir.

Cumhurbaşkanının yasama görevlerini yerine getirebilmesi için yukarıdaki koşulların birleştirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde, acil meselelerle ilgili olarak Cumhurbaşkanına verilen bu yetki, yasama organlarının geçici olarak tatil olduğu durumlarda hızlı ve etkili kararlar alınabilmesine olanak tanırken, Anayasa Mahkemesi'nin denetimi sayesinde anayasaya uygunluğun korunması sağlanmaktadır. Bu, Cezayir'de yasama sürecinin

²⁵ . The General Secretariat of the Government, <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm> . Erişim tarihi (20/03/2022).

esnekliği ve denetim dengesini gösteren önemli bir düzenlemedir.

E. Yasa Denetimi

Kanun denetimi, iki temel prensibe dayanmaktadır: normlar hiyerarşisi ve Anayasa'ya uygunluk ilkesi.

Hukuk sisteminin yapısal bir parçası olan normlar (anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik vb.), düzensiz bir şekilde değil, belirli bir hiyerarşik düzen içinde yer almaktadır. Bu bağlamda, bu normlar arasında bir altlık-üstlük ilişkisi bulunmaktadır. Bu ilişki, genellikle "Normlar hiyerarşisi" veya "hukuk düzeni piramidi" olarak adlandırılmaktadır. Bu piramitte, alt kademede bulunan bir norm, geçerliliğini üst kademede yer alan bir normdan almaktadır. Bu nedenle, üst kademede yer alan norma aykırı olamaz. Örneğin, kanun anayasaya aykırı olamaz ve yönetmelik de kanuna aykırı olamaz.

Bu hiyerarşi, en üst kademede anayasa olacak şekilde aşağıdaki şekilde sıralanır:

- Anayasa
- Kanun
- Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
- Yönetmelik

Bu hiyerarşik düzen, hukuk sistemindeki normların birbirleriyle uyumlu bir şekilde çalışmasını ve Anayasa'nın öncelik ve üstünlüğünün korunmasını sağlar²⁶.

Cezayir'de, yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemek için bağımsız bir anayasal organ olan Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Bu mahkeme, anayasaya uygunluğun sağlanmasından sorumlu olan ve bağımsız bir yapıya sahip olan bir kurumdur.

Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki normları içeren anayasaya uygunluk denetimine tabi tutar:

- Milletlerarası Anlaşmalar
- Kanunlar
- Cumhurbaşkanlığı kararnameleri
- Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi içtüzüğü (Anayasa'nın 190. maddesi).

Anayasa denetimi, zorunlu ihtar, seçmeli ihtar ve Danıştay veya Yargıtay tarafından ihtar olmak üzere üç farklı yol üzerinden gerçekleştirilir.

²⁶ **Gözler, Kemal**, Hukukun Temel Kavramları, 18.Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2018, s. 32.

Zorunlu ihtar, temel kanunların Ulusal Halk Meclisi ve Millet Konseyi tarafından onaylandıktan sonra, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi'ne bildirilerek yapılır ve Anayasa Mahkemesi, tam metnine ilişkin karar verir.

Seçmeli ihtar ise, Cumhurbaşkanı, Ulusal Halk Meclisi Başkanı, Millet Konseyi Başkanı, Başbakan, Ulusal Halk Meclisi üyelerinden 40 üye veya Millet Konseyi üyelerinden 25 üyenin yetkili olduğu bir ihtardır. Bu ihtar, kanunun çıkarılmasından veya anlaşmaların onaylanmasından önce gerçekleştirilir.

Zorunlu ve seçmeli ihtarlar konusunda, Anayasa Mahkemesi kapalı bir oturumda ihtarları görüşür ve ihtar tarihinden itibaren 30 gün içinde kararlarını verir. Ancak acil durumlarda, Cumhurbaşkanının talebi üzerine bu süre 10 güne kadar indirilebilir.

Danıştay veya Yargıtay tarafından ihtar durumunda, davanın taraflarından biri, uyuşmazlığın sonucunu belirleyen kanun metninin Anayasa tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiğini iddia ederse, bu kanunun Anayasaya aykırılığı, Yargıtay veya Danıştay tarafından Anayasa Mahkemesine havale edilerek bildirilebilir.

Anayasa Mahkemesi kararları, üyelerin çoğunluğu tarafından alınır. Ancak, oyların eşit olduğu durumlarda, başkanın oyu kullanılır.

Eğer Anayasa Mahkemesi bir kanunun (yasa) Anayasaya aykırı olduğuna karar verirse, bu kanun çıkarılmaz ve yürürlüğe girmez.

2.1.1.2.3. Yargı Organı

Yargı organı, toplumdaki gerçek ve tüzel kişiler arasında veya devlet ve kurumlar ile aralarında ortaya çıkan anlaşmazlıkları, yürürlükteki kanunlara göre çözmekle görevli olan bir kurumdur²⁷.

Yargı, hukuk devletinin temelini oluşturan ve hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayan "yargı organı" adı verilen devletin yetkisini kullanan bir kurum olarak, toplum üyeleri arasında adaletin sağlanması ve işlemlerin istikrarlı bir şekilde yürütülmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

Cezayir'deki yasa koyucu, yapısal veya insani olsun, anayasal ve yasal düzenlemeler yoluyla yargı organına büyük önem vermektedirler. Bu, birbirini takip eden anayasalar ve onları düzenleyen yasal metinler aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Cezayir'de yargı organının güçlendirilmesi ve etkin işleyişi, hukukun üstünlüğü ilkesinin korunması ve adalete erişimin sağlanması için büyük bir öneme sahiptir.

²⁷ Baali, Mouhammed, el-Vaciz fi el-Mûnâzaat'ü-l İdariyah, Annaba, Darü'l ülûm, 2005, s. 25.

A. Cezayir'de Yargı Organının Yapısal Organizasyonu

Cezayir, ilk ulusal yargı organizasyonunu tanımlayan 16 Kasım 1965 tarihli ve 65-278 sayılı Yönetmelik çerçevesinde 1965 yılında kurmuştur.

Cezayir'deki yargı teşkilatının en son güncellenmesi, 1996 anayasa değişikliği çerçevesinde kabul edilen ve 17 Temmuz 2005 tarihli 05-11 sayılı Yargı Teşkilatına İlişkin Kanun ile belirlenen yargı ikiliği ilkesini içermektedir. Bu kanuna göre, Cezayir yargı sistemi adli yargı (ilk derece mahkemeleri, yargı meclisleri - "Türk yargı sistemiyle karşılaştırıldığında bölge adliye mahkemeleri" - ve Cezayir Yüksek Mahkemesi - "Yargıtay") ve idari yargı (idari mahkemeler, Devlet Meclisi - "Danıştay") olarak iki kola ayrılmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi ise adli ve idari yargı organları arasındaki yargısal uyuşmazlıkları çözmekle görevlidir.

Adli yargı kolunda, ilk derece mahkemeleri, yargı meclisleri ve Cezayir Yüksek Mahkemesi (Yargıtay) yer almaktadır. İlk derece mahkemeleri, 05-11 sayılı Yargı Teşkilatına İlişkin Kanun'un 10. maddesine göre, medeni davalar gibi uyuşmazlıklarda, davacının hukuki koruma talebini ilk olarak açtığı mahkemelerdir. Aynı kanunun 13. maddesi ise ilk derece mahkemelerinin medeni dairesi, ceza dairesi, ihlal dairesi, acil dairesi, aile dairesi, çocuk dairesi, sosyal dairesi, kadastro dairesi, deniz dairesi ve ticari dairesi gibi farklı bölümlere ayrıldığını öngörmektedir.

Yargı meclisleri ise, 05-11 sayılı Yargı Teşkilatına İlişkin Kanun'un 5. maddesine göre, ilk derece mahkemelerinin verdiği kesin olmayan hükümlere yapılan istinaf başvurularını inceleyen ve karara bağlayan organlardır. Yargı meclisleri, ilk derece mahkemelerinin verdiği kararların hukuka uygunluğunu somut vakalar üzerinden denetler ve gerektiğinde yeniden yargılama yaparak karar verir. Yargı meclislerine başvuru, temyiz gibi bir kanun yolu olarak kabul edilir.

Cezayir Yüksek Mahkemesi (Yargıtay), adli yargı kolunun en üst mahkemesi olarak faaliyet gösterir. Bu mahkeme, yargı meclisleri ve belirli durumlarda ilk derece mahkemelerinin verdiği hükümlerin kanunun doğru uygulanması ve prosedürlere uyulması açısından izlenmesinden sorumludur. Cezayir Yüksek Mahkemesi, Medeni Dairesi, Kadastro Dairesi, Aile ve Miras Dairesi, Ticaret ve Deniz Dairesi, Sosyal Dairesi, Ceza Dairesi ve İhlal Dairesi olmak üzere yedi bölümden oluşur.

İdari yargı kolunda ise idari mahkemeler ve Devlet Meclisi (Danıştay) yer almaktadır. İdari mahkemeler, 14/11/1998 tarihli ve 98-356 sayılı Kararname ile kurulmuştur. Bu mahkemeler, kamu idaresi ile ilgili uyuşmazlıkları değerlendirmek ve

karara bağlamakla yetkilidir. İdari mahkemelerin kararları, söz konusu Kararname uyarınca, Danıştay nezdinde temyize tabidir.

Danıştay, 1996 anayasasıyla tesis edilen bir anayasal yargı organı olarak kabul edilen ve Cezayir yargı sistemindeki en üst idari yargı kurumudur. Danıştay'ın yetki ve teşkilatını düzenleyen Kanun, 30/05/1998 tarihli ve 98-01 sayılıdır. Danıştay, yüksek idari yargı organı olarak işlev görmesinin yanı sıra Devlet'e hukuki konularda danışmanlık yapma görevini üstlenmiştir. Danıştay, beş farklı daireden oluşmaktadır ve her bir daire belirli türdeki davaları değerlendirmektedir:

- Birinci Daire: Kamu ihaleleri, dükkânlar ve konutlarla ilgili davaları incelemektedir.
- İkinci Daire: Kamu görevi ve kamu yararına kamulaştırma ile vergiyle ilgili davaları değerlendirmektedir.
- Üçüncü Daire: Yönetim sorumluluğu konularını, inşaat ve kira ile ilgili davaları değerlendirmektedir.
- Dördüncü Daire: Gayrimenkul ile ilgili davaları ele almaktadır.
- Beşinci Daire: Askıya alma ve acil davaların yanı sıra partiler arasındaki anlaşmazlıkları değerlendirmektedir.

B. Cezayir'de Adli Personeli

05-11 sayılı Yargı Teşkilatına İlişkin Kanun'un 12. maddesi, adli yargının birinci derece mahkemelerinin, başkan, başkan yardımcısı, hâkimler, sorgu hâkimleri, çocuk hâkimleri, bir cumhuriyet savcısı ve cumhuriyet savcı yardımcılarının ve ardından zabıt kâtipliğinden oluştuğunu hükme bağlamaktadır. Hâkimlerin ataması ise 04-11 sayılı Yargı Temel Yasası'na ilişkin Kanun'un 3. maddesi uyarınca Adalet Bakanı'nın teklifi ve Yüksek Yargı Konseyi'nin müzakeresi sonrasında cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle gerçekleşir. İlk atamalarında hâkimler, 04-11 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan yemini etmekte olup, görevlerini icra ederken 07-25. maddelerde belirtilen hükümlere uymakla yükümlüdürler ve aynı kanunun 26-34. maddelerinde belirtilen haklara sahiptirler. Bu bağlamda, Cumhuriyet savcıları ve yardımcıları da hâkimler statüsünde değerlendirilmekte olup, hâkimlerin tabi olduğu hükümlere bağlıdırlar.

Yargı meclislerine gelindiğinde, 05-11 sayılı Yargı Teşkilatına İlişkin Kanun'un 7. maddesi gereğince meclis, Başkan, bir veya daha fazla başkan yardımcısı, daire başkanları, müsteşarlar, Cumhuriyet Başsavcısı ve yardımcıları ile zabıt kâtipliğinden oluşmaktadır.

Yargıtay hâkimleri iki kategoriye ayrılmaktadır. İlk olarak, hüküm hakemleri olarak

adlandırılanlar Yargıtay'ın ilk başkanı, başkan yardımcıları, daire başkanları ve müsteşarlardır. İkinci olarak, Cumhuriyet başsavcılığının hâkimleri arasında Cumhuriyet Başsavcısı ve yardımcıları, genel avukatlar ve zabıt kâtipleri yer almaktadır.

İdari yargı hâkimlerine gelindiğinde, 98-01 sayılı Kanun'un 3. maddesi, en az üç hâkimden oluşan bir idari mahkeme heyetinin idari mahkeme kararlarının geçerliliği için gerekliliğini düzenlemektedir. Aynı maddeye göre, idare mahkemelerinde görev yapan hâkimler Yargı Temel Yasası'na tabi tutulmaktadır.

98-02 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca, idare mahkemeleri, başkan, Danıştay başkanı, hâkimler, müsteşarlar ve zabıt kâtipliğinden oluşmaktadır.

Ancak, Danıştay hâkimleri konusunda, 98-02 sayılı Kanun'un 20. maddesi gereğince, Danıştay başkanı, başkan yardımcıları, daire başkanları ve devlet müsteşarlarından oluşmaktadır. Bu durumda, Danıştay'da görev yapan hâkimlerin Yargı Temel Yasası'na tabi oldukları belirtilmiştir.

2.1.1.2. Hukuki Dayanaklar

Cezayir'de, Fransız işgalinden önce kamusal hayatın çeşitli alanlarında, yargı teşkilatı ve aile sistemini içeren unsurlar da dâhil olmak üzere, İslam hukuku ve yerel geleneklerden türeyen hükümler uygulanmaktaydı. Bu bağlamda, Cezayir halkına Maliki mezhebine dayanan hükümler uygulanmıştır. İbn Haldun'un "Mukaddime" eserinde belirttiği tarihi faktörlere göre, Maliki mezhebi özellikle Mağrip ve Endülüs'te diğer bölgelere göre daha yaygın bir şekilde uygulanmıştır. Bu durum, İbn Haldun'un ifadesiyle "*Mağrip halkının çoğunlukla Malik'i taklit ettiği*" gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Endülüs'ün yıkılmasının ardından, Türk reaya tarafından Hanefi mezhebine, İbadiler tarafından ise İbadi mezhebine tabi olmak üzere, Cezayir, Tunus ve Trablus bölgelerinde hâlen Maliki mezhebinin uygulanmaya devam ettiği bilinmektedir.²⁸

Cezayir, Fransız sömürgeciliği altında olduğu dönemde, çeşitli Avrupa ırklarından gelen birçok sivil ve askeri personel yerleştirilerek etnik olarak karmaşık bir yapıya dönüştürülmüştür²⁹. Bu durum, farklı inançlara sahip, siyasi olarak uyumsuz ve entegre olamayan ırkların bir arada bulunduğu bir toprak haline gelmesine sebep olmuştur. Yerli Cezayirli ile dışarıdan gelen kişiler arasında hem siyasi hem de düşünce yapısı ve inanç

²⁸ **Bedran, Abou'l-uyun**, Tarihü'l İslami ve Nzâriyetü'l Mikîyâh, Beyrût, Darü'l Nahdâh el-Arabîyâh litibâah, 1999, s. 137.

²⁹ **Kahil, Azeddin/ Boukerkeb, Abdulmadjid**, "Taknînu'l Ahkâm-ş Şeria ve Dêvrih-i Fi Îsrâa Al-Menzümetü-l Kanûniya El-Cezairiyah", Revue des Sciences Humaines Université Mohamed Khider de Biskra, C:2, Sayı 36/37, 2014, s. 233.

açısından farklılıklar bulunmaktaydı. Yerli Cezayirliiler arasındaki hukuki ilişkiler, İslam hukukuna göre düzenlenmekteydi. Tüm bu faktörler, sömürgeci gücü, o dönemde yürürlükte olan İslami yargı sisteminin özelliklerini ortadan kaldırmak ve İslam şeriatının uygulanma alanını daraltmak amacıyla çaba sarf etmiştir. Sömürgeci devletin bu çabaları, Fransız hukuk sisteminin ülkede uygulanması için İslami hukuk teorilerini Fransız Napolyon yargı sistemiyle birleştirmeye ve Cezayir hukuk sisteminin birliğini ortadan kaldırmaya yönelik girişimlere yol açmıştır.³⁰

Fransız işgali döneminde, Cezayir'deki aile sistemi, Şer'iyye mahkemeleri aracılığıyla yönetilmekteydi. Bu dönemde, nikâh, talak, yasal temsilcilik ve miras gibi konularda İslam hukuku ilkeleri ülkede uygulanmaktaydı. Cezayir'de o dönemde birkaç kanun (Güney Cezayir'deki İbâziyye Mezhebine³¹ Göre Evlenme ve Boşanmaya Uygulanacak Hükümlere İlişkin 29/12/1890 Tarihli Kararname ve Nikâh Ve Talak Üzerine Kabile Geleneklerinin Uygulanmasına ve Kabiliye Bölgesinde Yargı Sisteminin Kurulmasına İlişkin 08/12/1922 Kararnamesi) mevcuttu, ancak bunlar bölgesel nitelikteydi. Genel bir aile kanunu olmadığı için İslam hukuku hükümleri uygulanmaktaydı. Bununla birlikte, Kurtuluş Devrimi'nin patlak vermesinin ardından, 04/02/1958 tarih ve 59/274 sayılı kararname yayınlanmıştır. Bu kararname, 12 maddeden oluşmaktadır. Kararnamenin 2. maddesi, nikâhın eşlerin rızasıyla gerçekleşmesi gerektiğini, resmi bir memur huzurunda, iki yetişkin şahidin huzurunda alenen gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Tarafından biri diğerinin Müslüman olmasını isteyebilir. Rıza, reşit olmayan veya mahcur tarafından

³⁰ **Abdel-Aziz, Sâad**, Kanun-ül Ūsrâ fî Sevbîhî El-Jâdid.Cezayir, Dâr Houma Yayınevi, 2007, s. 12.

³¹ İbaziyye mezhebi; mezhebin imamı Emevi halifesi Abdulmelik İbn Mervan zamanında vefat eden Abdullahİbn İbâz Al-Tamimidir. Harici fırkaların en mutedil olanlarından sayılan İbâziyye, hicri birinci asrın ilk yarısına kadar uzanan ilk fırkalardan biridir. Mezhebin fikhî kurallar ve usullerinin Cabir İbn Zeyd tarafından tespit edilmiş, bu sebeple bazı İbâziyye kaynaklar onu “umdetu'l-ibaziyye” ve “aslu'l-mezheb” sıfatlarıyla anarlar. Bu mezhebe göre fikhî hükümlerdeki kaynaklarını dört olarak belirlenmiştir: Kur'an, Sünnet, sahabe kavli ve re'y (içtihat).

En eski ibâzi kaynaklarından biri olan Ebû Gânim'in “El-Mudevvene”'si günümüze ulaşmış ve basılmıştır. İbâzilerin görüşlerinden bazıları şunlardır:

- Mestler üzerine mesh etmek câiz değildir.
- Seferde namazın kasredilmesi farzdır.
- Bir beldede seferî olarak bulunan kişinin oraya yerleşmeye niyet etmedikçe, zaman olarak namazını kısaltmasının bir sınırı yoktur.
- Suhurda oruca niyetlenip uyduktan sonra, uykuda iken cünüp olanın orucu bozulur.
- Büyük günahlar orucu bozar.
- Zekat bakımından inek ve devenin nisabı aynıdır. Bu da beştir. 5 inekte 1koun, 10 inek 2 koyun, 15 inekte 3koyun, 20 inekte 4 koyun, 25 inekte bir yaşında bir buzağı gerekir.
- Zina eden kadın ve erkek ebed.yyyen birbirleriyle evlenemezler.

İbaziyye mensupları günümüzde başta Umman olmak üzere Hadramut, Zengibar, Libya, Tunus, Cezayir ve Batı Sahra'nın çeşitli yerlerinde varlıklarını sürdürmektedirler. Bkz. **Türçan, Talip**, İslam Hukuku, 8.Baskı, Grafiker Yayınlar, Ankara, 2019, s. 91; **Çakan, İsmail Lütfi**, “Câbir B. Zeyd”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, VI, 537-538,İstanbul, 1992; **Fırlalı, Ethem Ruhi**, İbadiyenin Doğuşu ve Görüşleri, Ankara, Ankara Üniversitesi İlinyat Fakültesi Yayınlar, 1983, s. 256.

ifade edilirse, vasi veya kayyımın rızasıyla tamamlanmalıdır. Kararname, nikâhın kaydedilmesi ve törenine ilişkin esasları da düzenlemektedir. Ayrıca, 4-8. maddeler, nikâh vaadi, nikâh ehliyeti ve nikâh feshi gibi konuları içermektedir. Nikâhın sona erdirilmesine ilişkin ayrılan bölümde ise 6. ve 7. maddelerde, nikâhın ancak hâkim kararıyla sona ereceği ve eşler ve çocuklarının menfaatlerine uygun olarak tazminat, nafaka ve çocukların velayeti konusunda hüküm verildiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, 8. madde, talak davasında, hâkim aksini emretmedikçe veya bazı durumları muaf tutmadıkça, eşlerin bizzat hâkim karşısına çıkmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi, 59/274 sayılı kararname önemli noktalar içermektedir, bunlar:

- Bu kararnamede, "boşanma/talak" ifadesi yerine "evliliğin feshi" ifadesi kullanılmıştır ve bu iki ifade arasında etkiler açısından farklılıklar bulunmaktadır. Çünkü hem boşanma hem de geçersiz veya hükümsüz nikâhlar evliliğin feshi olarak kabul edilse de, her bir durumdan kaynaklanan sonuçlar farklıdır.
- Bu kararnamede, evliliğin feshedilmesine sebep olan durumlara değinilmemiştir.
- Evliliğin feshedilme hakkı her iki eşe de tanınmış olup, bu konuda bir karar alınabilmesi için eşlerden birinin yazılı talep sunması gerekmektedir.

Bu kararnamelere ek olarak, nikâhın düzenlenmesi ve feshedilmesi ile ilgili önceki kararnamelerin yorumlanmasıyla ilgili olan 59/7082 sayılı Yönetmelik ve ayrıca 21/11/1959 tarihinde yayınlanan ve nikâhın akdedilmesi için devlet memuru veya hâkime sunulması gereken belgeleri belirten bir karar da takip edilmiştir.

Ayrıca, Fransız yasa koyucunun Cezayir aile hukukuna kasıtlı bir şekilde müdahale ettiği belirtilmelidir. Örneğin, 02/05/1932 tarihli nişanlanma ve evlilik yaşıyla ilgili kanun ve 19/05/1931 tarihli Cezayirli kadınların yasal statüsüne ilişkin kararname gibi bir dizi yasa yayımlanmıştır.

Fransız idaresi, İslam hukukunun hükümlerini ortadan kaldırmak için kullandığı yöntemlere rağmen başarılı olamamıştır³². Bu nedenle, Fransız idaresi, aile hukuku alanında Cezayirlilere İslam Şeriat hükümlerini uygulamak zorunda kalmıştır. Ancak ticari, cezai ve yargı usulleri gibi diğer hukuk alanlarında Cezayir'deki tüm bireylere Fransız yasaları uygulanmaktaydı. Bu durumda, Cezayir'de o dönemde iki farklı yargı mercii ortaya çıkmıştır. İlk olarak, Fransız yasalarının uygulandığı ve Cezayir'de yaşayan yabancılara ilişkin davalarla ilgilenen Fransız mahkemeleri bulunmaktaydı. İkinci olarak, İslam Şeriat

³² Kâhil/ Boukerkeb, s. 232.

hükümlerinin uygulandığı ve tüm Cezayir vatandaşlarının aile hukuku davalarına bakan Şer'iyye Mahkemeleri bulunmaktaydı³³. Şer'iyye Mahkemelerinin hâkimleri Cezayirliyen, Fransız mahkemelerinin hâkimleri Fransız vatandaşlarıydı. Bu mahkemeler tarafından verilen kararlar, Şeriat Temyiz Dairesi olarak bilinen bir temyiz mercii tarafından incelenirken, bu dairesinin kararları da Fransız Yargıtay'ının denetimine tabi tutulmaktaydı³⁴.

Cezayir'in bağımsızlığını kazanmasından sonra, aileyle ilgili yargılamalar, hukuk ve kanun eksikliğini gidermek amacıyla Fransız sisteminin kurallarının devam ettirildiği bir süreç yaşanmıştır. Bu kapsamda, 31 Aralık 1962 tarihli ve 157/62 sayılı Kanun, sömürgeci ve ırkçı unsurlar dışında veya kamu hak ve özgürlüklerini ihlal eden Fransız mevzuatının işleyişini sürdürmek amacıyla çıkarılmıştır.

Fransız yasalarının bağımlılığını ortadan kaldırmayı ve ulusal egemenliği sağlamayı amaçlayan kapsamlı bir yasaştırma süreci çerçevesinde, 18 Mayıs 1963 tarihinde ve 63-218 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Bu kanunla birlikte, Fransız Yargıtay'ının Şeriat Temyiz Mahkemeleri üzerindeki yetkisi sona erdirilmiş ve yerine Cezayir Yüksek Yargı Konseyi kurulmuştur. Bu değişiklikler, Cezayir'in ulusal yargı sisteminin kurulması ve özerkliğinin sağlanması amacıyla gerçekleştirilmiştir³⁵.

Sonrasında, 29/06/1963 tarihli ve 63/244 sayılı Kanun ile erkek ve kadınlar için evlenme yaşları belirlenmiştir. Bu kanuna göre, bir erkeğin evlenebilmesi için 18 yaşını, bir kadının ise 16 yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Cezayir yasa koyucusu, evlenme işleminin geçerliliği için belirli bir yaş sınırı koymuş ve bu sayede evlilik akdine geçici bir engel getirmiştir.

Bunun yanı sıra, 2 Temmuz 1963 tarihinde 63-261 sayılı Kararname çıkarılmış ve bu kararname ile Şer'iyye Mahkemeleri kaldırılarak, aile hukuku ile ilgili davalar normal mahkemelere devredilmiştir. Bu değişikliklerle birlikte, Cezayir'de aile hukukuyla ilgili davaların görülmesi ve karara bağlanması konusunda normal mahkemeler yetkilendirilmiştir³⁶.

Cezayir yasa koyucusu, yasal bağımlılığı ve yabancı yasalardan alıntı yapma durumunu ortadan kaldırmak amacıyla kapsamlı bir kodifikasyon hareketi gerçekleştirdikten sonra, Cezayir'de Fransız yasalarının kaldırılması amacıyla 07/05/1973 tarihinde bir

³³ **Belhâj, Al-Arbî**, Âhkâmû-zevâj Fî Zâvî Kanun-ül Ūsrâ El-Jâdîd, Ürdün, Dâru s-Sekafa Lil-n Naşr ve Tevzîi, 2012, s. 15.

³⁴ **Abdel-Aziz**, s. 12.

³⁵ **Ben dâwed, Abdelkader**, el-vecîz Fî şerhî kanunû'l usra El-cedîd, Cezayir, Darû'l Hilal, 2007, s. 25.

³⁶ **Ben dâwed**, s. 25.

kararname yayınlamışlardır. Bu kararname ile 29/12/1890 tarihli Kararname, 08/12/1922 Kararname, 04/02/1958 tarihli 59/274 sayılı kararname, 21/11/1959 tarihli karar, 02/05/1932 tarihli kanun ve 19/05/1931 tarihli kararname ile 157/62 sayılı Kanun ortadan kaldırılmıştır.

Bu kodifikasyon hareketi çerçevesinde Cezayir yasa koyucusu, Medeni Kanun, Ceza Kanunu ve Ticaret Kanunu gibi bir dizi kanunu kabul etmiştir. Ancak aile hukukuyla ilgili konularda, Şeriat hukuku, örf ve âdetlere bırakılmış bir hukuki durum ortaya çıkmıştır³⁷. Bu durum, 58/75 sayılı Medeni Kanunun 1. maddesinin ikinci fıkrasında ifadesini bulan bir hükümle desteklenmektedir. Bu hükme göre, uygulanacak hiçbir kural olmadığında, hâkimler İslami Şeriat hükümlerine veya örf ve âdetle göre karar vermekle yükümlüdürler. Ayrıca, 84/11 sayılı Aile Kanunu'nun 222. maddesi de benzer bir hükmü teyit etmektedir. Bu bağlamda, hâkimler aile hukuku alanında İslami Şeriat ilkelerini uygulamak zorunda kalmaktadır.

Bu durum, aile ile ilgili hükümleri İslam Şeriatı hükümlerine göre düzenleyen ilk Cezayir ilk kanunu olarak kabul edilen 09/06/1984 tarih ve 84/11 sayılı Cezayir Aile Kanun'un yayınlanmasına kadar devam etmiştir. Bu kanun, dört kitaba bölünmüş 224 maddeyi içermektedir:

- Genel Hükümler (m.1-3).
- Birinci kitap: Evlilik ve feshi (m.4-80). Bu kitap, evlenme ve boşanma hükümlerini, eşlerin hak ve yükümlülüklerini, neseb, iddet, hidane ve nafaka konularını içermektedir.
- İkinci kitap: Yasal Temsilcilik (m.81 -125). Bu kitap, velayet, vesayet, takdim, hacr, gaiplik, kayıplık ve kefalet hükümlerini içermektedir.
- Üçüncü kitap: Miras (m.126-183).
- Dördüncü kitap: Bağışlar (m.184-224). Bu kitapta ise, vasiyet, hibe ve vakıf hükümlerini düzenlenmektedir.

Cezayir yasa koyucusu, İslam Şeriat hükümlerine dayanan temel bir kaynak olarak göz önünde bulundurarak, bu kanunu oluştururken dikkate almışlardır. Bu kanunun ön taslağında, Maliki fıkının görüşlerini daha çok tercih ederek dört Sünni mezhebin görüşlerini otorite olarak kabul etme yoluna gitmişlerdir. Bununla birlikte, Cezayir yasa koyucusu, Cezayir toplumunda yaygın olan gelenekler ve göreneklere uygun şekilde bazı değişiklikler yaparak, kendilerinden önce gelen bazı Arap adetlerine dayanmışlardır.

Anayasal bir perspektifle değerlendirildiğinde, Cezayir yasa koyucusu aile sisteminin yasallaştırılmasını, 1963 Cezayir Anayasası'nın 4. maddesine dayandırmıştır³⁸.

³⁷ Kahil/ Boukerkeb, s. 233.

³⁸ . 1963 Cezayir Anayasası'nın 4.maddesi: “ Devlet resmi dini islamdır”.

Bu durum, 84/11 sayılı Aile Kanunu'nun 223. maddesinde yer alan hükmün de onaylandığını göstermektedir³⁹.

Cezayir yasa koyucusunun Aile Kanunu'nda İslam Şeriat hükümlerine dayanmasının temel sebepleri aşağıdaki gibidir:

- Cezayir toplumunun dindarlığı ve İslami Şeriat hükümlerini evlilik, miras, neseb vb. aileyle ilgili konulara uygulama eğilimi, yasa koyucusu İslam Şeriatını aile hukukunun temel kaynağı olarak benimsemesini sağlamıştır.
- İslam'da aile sisteminin bütünlüğü, bireyin doğumdan ölüme kadar olan yaşam ve koşullarını içermesi ve hem bireyin hem de toplumun çıkarlarını dikkate alarak insanların çeşitli durumlarını ele almasıdır.
- Aileyle ilgili İslami Şeriat hükümlerinin esnek oluşu ve her zaman ve her yerde uygulanabilir olmasıdır.
- Arap ve İslam ülkelerinde modern hukuk yöntemlerine uygun kanun ve düzenlemelerin mevcut olması, Cezayir yasa koyucusunun aile alanındaki İslami kurallara başvurmasını ve bunlardan yararlanmasını kolaylaştırmıştır.

Bu nedenlerle Cezayir Aile Kanunu, dayanışma, iyi geçinme, iyi yetiştirme, görgü kuralları sağlama ve zararlı alışkanlıkları reddetme gibi İslam hukukunun amaçlarını yansıtan unsurlarla uyumlu olmuştur.

Cezayir yasa koyucusu, sosyal, ekonomik ve kültürel hayatın çeşitli alanlarında birçok kanun çıkarmalarına ve hukukla yönetilen modern bir devletin kurallarını oluşturma çabalarına rağmen, aileyle ilgili konuları düzenleyen tek bir kanun çıkaramamışlardır.

2.1.1.3. Siyasi ve Sosyal Sebepler

Cezayir toplumu, Fransız sömürgeciliğinin etkisiyle ve o dönemdeki geleneksel kültür ile modern Batı kültürü arasındaki etkileşimden kaynaklanan bir sosyal değişime tanıklık etmiştir. Bu değişim sürecinde, toplum kırsal-tarımsal yaşam tarzından kentsel-sınai bir yapıya geçiş yaparken, devlet okulları da yaygınlaşmaya başlamıştır⁴⁰.

İkinci Dünya Savaşı'nın başlamasıyla birlikte, Fransa, gücünü artırmak ve savaşın sonuçlarına karşı önlem almak amacıyla ittifak devletlerine başvurmuş ve bağımsızlık karşılığında kolonilerine bağımsızlık vermeyi taahhüt etmiştir⁴¹. Bu durum, birçok Cezayirli

³⁹ . 84/11 sayılı Aile Kanunu'nun 223. Maddesi: "Bu kanuna aykırı olan tüm hükümler yürürlükten kaldırılacaktır".

⁴⁰ Kahil/ Boukerkeb, s. 234.

⁴¹ Al-jendi, Ahmed, Şehû kanunû'l usra El-Cezâyîrî", Mısır, Darû Şetât, 2006, s. 52.

genç erkeğin Fransız ordusuna katılmak üzere savaşa gitmesine yol açmış ve yaklaşık 150 bin Cezayirli Fransız ordusuna katılmıştır⁴². Bunun yanı sıra, savaşa giden Cezayirli erkeklerin durumuyla ilgili haber alamayan kadınlar arasında ortaya çıkan sosyal ve hukuki sorunlar, toplumsal bir öfkeye neden olmuştur. Bu olaylar neticesinde Fransız yönetimini, 11 Temmuz 1957 tarihinde "Ahvâli'sh-shahsiyye Kanunu" olarak bilinen 778/57 sayılı kanunu çıkarmaya zorlamıştır. Bu kanun, yasal temsilcilik, gaiplik ve hacir (hacr) konularını düzenlemektedir⁴³.

Bağımsızlık sonrasında, Cezayir'in siyasi liderliği tek parti rejimini benimsemiş ve bu, beş ayrı yasal metinle somutlaştırılmıştır. Ulusal Kurtuluş Cephesi (FLN), Cezayir'deki siyasi hayatı yönetecek öncü ve tek parti olarak sürdürmek amacıyla, 14 Ağustos 1963 tarihinde siyasi partilerin ve bu nitelikte derneklerin kurulmasını yasaklayan 63/297 sayılı kanunu çıkartmıştır. 1963 Cezayir Anayasası'nın başlangıcı ve metinleri aracılığıyla tek parti rejimi ilkesine vurgu yapılmış ve sonraki tüm anayasal belgeler, tek parti rejiminin varlığını sürdürdüğünü teyit etmiştir. 1964 Cezayir Mîsâk-ı'nda Ulusal Kurtuluş Cephesi'nin Cezayir'deki tek öncü parti olduğu vurgulanmıştır. Aynı şekilde, 1976 anayasası da tek parti ilkesini benimseyen 94. maddeyle belirtilmiştir: "Cezayir anayasal sistemi tek parti ilkesine dayanmaktadır." 1976 ve 1986 Cezayir Mîsâk-ı'larında da tek parti ilkesine vurgu yapılmıştır⁴⁴.

Cezayir Aile Kanunu'nun hazırlanması sürecinde, Adalet Bakanlığı ve Yüksek İslam Konseyi gibi devlet kurumları temsil edici bir rol üstlenmiş ve diğer heyetlerin bu kanunun hazırlanmasında herhangi bir katılımı olmamıştır. Bu durum, 1989 sonrası siyasi ve demokratik açılımın gerçekleştiği ve çok partili politikanın benimsendiği dönemde, Aile Kanunu'na yönelik sert eleştirilere neden olmuştur.

Cezayir'in bağımsızlık sonrası ve 1970'lerin başındaki süreci, toplumda kadının statüsü açısından köklü bir değişime şahitlik etmiş ve Batılı etkilerin etkisi kendini göstermeye başlamıştır. Bu etkilerin belirtileri arasında, kadınların erkeklerle eşit haklara ve sorumluluklara sahip olması, seçme ve seçilme hakkına sahip olmaları ve işgücü piyasasında yer almaları sayılabilir. Ayrıca, kadınların okula gitmelerinin yasaklandığı dönemden sonra eğitim alanında öğrenci ve öğretmen olarak aktif hale gelmeleri de dikkat çekicidir⁴⁵. Bu faktörler, Cezayir Aile Kanunu'nun düzenlenmesinde önemli bir rol oynamıştır.

⁴² Ben Dawed, s. 26.

⁴³ Kahil/ Boukerkeb, s. 235.

⁴⁴ Bouchira, s. 35.

⁴⁵ Ben seghir, Mehroud, Kadâyâ tâlâk fî El-îctîhâd el-fîkhî ve kanunû'l usra El-Cezâyîrî, Cezayir, Darû'l vâayî, 2012, s. 42.

Ancak, belirtmek gerekir ki, Cezayir Aile Kanunu'nun hazırlanmasında ekonomik nedenler etkili olmamıştır. Bu durum, Aile Kanunu'nun 84/11 sayılı hükmünde eşlerin mal rejimi konusuna atıfta bulunulmamasıyla açıkça görülebilir. Eşlerin mal rejimi gibi ekonomik boyutlar, kanunun belirli yönlerinin eksik kaldığına işaret etmektedir. Bu bağlamda, Cezayir Aile Kanunu'nun daha kapsamlı bir şekilde revize edilmesi ve ekonomik açıdan da daha ayrıntılı hükümler içermesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

2.1.2. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni Doğuran Sebepler

Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni doğuran sebepleri dört ana grupta incelenmenin uygun olacağını söylemek mümkündür. Bunlar; hukuki, siyasi, iktisadi ve sosyal sebepler, kadının sosyal statüsünde ortaya çıkan değişiklikler ve kadın hareketleri ve fikir akımları olarak sayılabilir.

2.1.2.1. Hukuki Sebepler

Osmanlı toplumunda, aile hukuku, en son değiştirilebilecek, en kutsal ve müdahalelere en kapalı alan olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle, Osmanlı İmparatorluğu sürekli olarak aile hukukunda değişiklik yapmayı ertelerken, bu konuyu düşünmekten hiç vazgeçmemiştir⁴⁶. Bu erteleme, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne kadar devam etmiştir.

Tanzimat dönemiyle birlikte başlayan kanunlaştırma sürecinde, hukukun çeşitli alanları kanunlaştırılmış ve bu alanların uygulanması ve hukukun öğretilmesi için bağımsız kanunlar şeklinde düzenlemeler yapılmıştır. Kanunlaştırma hareketinin en önemli sonuçlarından biri olan "Mecelle"nin hazırlanması da bu sürecin bir parçasıdır. Mecelle, Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun olarak kabul edilen bir metin olmasına rağmen, aile ile ilgili hükümler içermemekteydi. Müslümanlar için aile davalarının çözümünde kadılar, fıkıh kitaplarından ve fetva mecmualarından yararlanırken, gayr-i müslimler için ise kendi dini liderleri bu konuda yetkiliydi⁴⁷. Ancak, son dönemde kadınların hukuk anlayışındaki yetersizlikler ve aileyle ilgili davaların sayıca artması ve çeşitlenmesi, aile hukukunun da bir kanunla düzenlenmesinin gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu durum, aile hukukunun daha açık, tutarlı ve evrensel ilkelerle donatılmış bir kanunla düzenlenmesini gerektirmiştir. Bu yönde yapılan düzenlemeler, aile hukukunda daha etkin ve adil bir düzenin sağlanmasına

⁴⁶ Ortaylı, İlber, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul, Timaş Yayınları, 2009, s. 142.

⁴⁷ Cin, Halil / Akgündüz, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011, s. 64.

yönelik çabaları temsil etmektedir⁴⁸.

Aileye ilişkin ortaya çıkan sorunların çözümü amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, 1841 yılında yayınlanan bir ferman aracılığıyla, erginlik çağındaki kız çocukları ve dul kadınlar, velilerinin izin vermediği durumlarda kadı izniyle evlenebilme hakkına sahip kılınmıştır. Aynı fermada, bazı bölgelerde yerleşik hâle gelmiş olan başlık vb. uygulamalarının terk edilmesi yönünde hüküm bulunmaktadır. 1841 yılında kabul edilen "Sicill-i Nüfus Nizamnamesi" ile 1916 yılında ortaya çıkan iki irade-i seniyye, kocanın kaybolması veya hastalanması durumunda kadına boşanma hakkı tanımaktadır⁴⁹. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu düzenlemeler yalnızca kısmi çözümler sunabilen ve mevcut sorunları tam anlamıyla çözemeyen eksiklikleri içermektedir. Bu nedenle, eksikliklerin giderilmesi ve ihtiyaçların karşılanması ancak ayrıntılı ve kapsamlı bir aile kanunuyla mümkün olabilirdi. İşte bu hukuki gereksinim, Kararname'nin hazırlanmasında etkili olan en önemli neden olmuştur⁵⁰.

Hukuki sebepler arasında ikinci sırada yer alan amaç, Osmanlı Devleti'nde hukuk birliğinin sağlanmasıdır. Osmanlı Devleti'nin kuruluş yıllarından itibaren gayr-i müslim reyalara, aile hukuku konusunda bir tür hukuki ve adli özerklik tanınmıştır. Bu bağlamda, gayr-i müslimler, kendi aralarındaki aile hukukunu, istedikleri takdirde kendi hukuk sistemlerine uygun olarak cemaat mahkemelerine veya Şer'iyye Mahkemelerine taşıma hakkına sahiptirler⁵¹. Ancak Esbab-ı Mucibe Layihası'nda da ifade edildiği gibi⁵² son dönemde yargı birliğini sarsabilecek düzenlemelerin Osmanlı Devleti açısından sakıncaları anlaşıldıktan sonra, hukuk ve yargı birliğinin sağlanması bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır⁵³.

2.1.2.2. Siyasi, Sosyal ve İktisadi Sebepler

Osmanlı Devleti, 1820 ile 1920 yılları arasında hızlı ve derin siyasi değişimler yaşamıştır. Bu dönemde, Trablusgarp, Balkanlar ve Birinci Dünya Savaşı gibi çeşitli savaflara katılım sonucunda ekonomik ve sosyal yapıda değişiklikler ve yeni ihtiyaçlar

⁴⁸ Aydın, M. Akif, Osmanlı Aile Hukuku, 3.Baskı, İstanbul, Klasik Yayınları, 2020, s. 159.

⁴⁹ Yurtseven, Yılmaz, 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler, SÜHFD, 11 (1-2 (S.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ 20. YIL ARMAĞANI), 2003, s. 210.

⁵⁰ Aydın, s. 160.

⁵¹ Yurtseven, s. 210.

⁵² . Esbab-ı Mucibe Layihası'nda: “ Müslümanlar için medeniyetin icatlarına dayanan kanunu fıkıh esaslarına dayandırmanın kolay olduğu, gayrimüslimler hakkında da onların din ve mezheplerinin kanunlarından gerekli hükümlerin alınarak, ortak kuralların herkese uygulanmak üzere kanunun tedvin edileceği” ifade edilmiştir.

⁵³ Cin, Halil/ Akyılmaz, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 10.Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2018, s. 355.

ortaya çıkmıştır. Erkeklerin ardı ardına cepheye gitmesiyle birlikte, ekonomik faaliyetlerde ortaya çıkan boşluğu doldurma ihtiyacı doğmuş ve kadınlar iş hayatında daha aktif bir rol üstlenmeye başlamışlardır⁵⁴. Ayrıca, savaşa giden kocalarının hayatta olup olmadığı konusunda haber alamayan kadınların durumu, birçok sosyal ve hukuki sorunu beraberinde getirmiştir. İşte bu sorunlara çözüm bulma amacı gibi sosyal faktörler, kararname hazırlığı sürecinde etkili olmuştur⁵⁵.

Tanzimat dönemiyle birlikte başlayan Batılılaşma hareketleri, Türk toplumunun sosyal yapısında değişikliklere yol açmıştır. Osmanlı toplumu, geleneksel yapısından uzaklaşarak Batı'ya yönelmiş ve Batı'ya benzerlik gösterme çabası içine girmiştir. Özellikle İstanbul, Selanik ve İzmir gibi sosyal ve ekonomik hayatın daha canlı olduğu şehirlerde, Batı tarzı toplum yaşamı ortaya çıkmaya başlamış ve bunun sonucunda Osmanlı ailesi, geniş konak tipi aileden daha dar bir yapıya dönüşmeye başlamıştır. Bu gelişmeler, kadının sosyal hayatta öne çıkmasına katkıda bulunmuş ve Kararname'nin hazırlanması sürecinde belirgin bir etkiye sahip olmuştur⁵⁶.

2.1.2.3. Kadının Sosyal Statüsünde Ortaya Çıkan Değişiklikler ve Kadın Hareketleri

Tanzimat'ın ilanı ile başlayan süreç, Osmanlı toplumunda kadınların hukuki statüsünde köklü değişikliklere yol açmıştır. Bu dönemde, Batılılaşma hareketleri ve modernleşme çabalarıyla birlikte, Türk toplumunun sosyal yapısı önemli ölçüde dönüşmeye başlamıştır. Özellikle Tanzimat reformlarıyla beraber, Osmanlı Devleti, Batı'dan etkilenecek ve ona benzerlik göstermeye çalışarak toplumsal bir dönüşüm sürecine girmiştir. Bu dönüşüm, özellikle büyük şehirlerde, yani İstanbul, Selanik ve İzmir gibi merkezlerde daha belirgin bir şekilde kendini göstermiştir. Bu şehirlerde, Batı tarzı toplum hayatı ve modern yaşam biçimi yavaş yavaş ortaya çıkmış, bunun sonucunda da Osmanlı aile yapısı geleneksel ve geniş konak tipinden daha sınırlı ve dar bir yapıya dönüşmeye başlamıştır⁵⁷.

Kadınların sosyal hayatta daha fazla yer almaya başlaması ve değişen toplumsal yapıyla birlikte, kadınların eğitim hakları da genişlemiştir. Tanzimat döneminde, kadınlar için yeni eğitim kurumları açılmış ve kadınlar ilkokuldan üniversiteye kadar farklı eğitim seviyelerine kabul edilmiştir⁵⁸. Özellikle 1858'den itibaren kız rüştiyeleri, 1880'den itibaren

⁵⁴ Cin / Akyılmaz, s.356.

⁵⁵ Aydın, s. 162.

⁵⁶ Yurtseven, s. 212.

⁵⁷ Cin/ Akyılmaz, s. 357.

⁵⁸ Aydın, s. 162.

kız idadileri ve 1870'te kız öğretmen okullarının (Dar'ül-Muallimat) açılması, kadınlar için eğitim alanında önemli bir dönüm noktası olmuştur. Ayrıca, yeni kurulan kız sanayi mektepleri gibi mesleki eğitim kurumları da kadınların meslek sahibi olma imkânlarını artırmıştır. 1914'te ise kadınlar için üniversite (İnas Darülfünun) olanakları da açılmıştır⁵⁹.

Bu eğitim ve toplumsal değişimlerin sonucunda, kadınlar toplumda daha aktif bir şekilde varlık göstermeye başlamıştır. Tanzimat döneminde kadınlar, ilk kez erkeklerle eşit haklar talep etmiş, toplumdaki yerlerini sorgulamış ve kadının yalnızca eşlik ve annelik gibi geleneksel rollerle sınırlı olmadığına dair yazılar kaleme almışlardır⁶⁰.

Bu süreçte, kadın haklarını savunmak ve Osmanlı kadınlarının statüsünü yükseltmek amacıyla birçok dernek kurulmuş ve kadınlar yardım derneklerinde örgütlenmeye başlamıştır. Örneğin, 1898 yılında Selanik'te kurulan "Şefkat-i Nisvân", 1908'de kurulan "Osmanlı Kadınları Şefkat Cemiyet-i Hayriyesi", "Muhtaç Asker Ailelerine Muavenet Cemiyeti" (1914), "Müdafa-i Milliye Osmanlı Hanımlar Cemiyeti" ve "Osmanlı Cemiyet-i Hayriye-i Nisvaniye" (1909) gibi dernekler, kadınların haklarını koruma ve toplumsal etkileşimlerini artırma amacıyla faaliyet göstermiştir. Bu dernekler, yardım amaçlı çalışmalar yürütmüş ve fakirler ile savaş mağdurlarına yardım eli uzatmıştır⁶¹.

Tanzimat dönemi, Osmanlı toplumunda kadınların statüsünde önemli bir dönüşümü başlatmıştır. Bu dönemde gerçekleşen sosyal ve eğitimsel değişimler, kadınların sosyal hayatta daha aktif ve eşit bir rol oynamasını sağlamıştır. Kadınlar, haklarını savunma ve toplumsal etkileşimlerini artırma amacıyla dernekler kurmuş ve yardım çalışmalarına katılmışlardır. Ancak, bu dönemdeki değişikliklerin tam anlamıyla kadınların eşitlik ve özgürlüklerini sağlamaya yetmediği ve daha kapsamlı reformlara ihtiyaç duyulduğu söylenebilir.

2.1.2.4. Fikir Hareketleri

1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hazırlandığı dönemde, farklı fikir akımları önemli bir rol oynamıştır. Bu fikir akımları, Osmanlı aydınlarını Batıcılar, Türkçüler ve İslamcılar olmak üzere üç gruba ayırmıştır⁶². Bu üç grup, genel olarak bir aile ve kadın sorunu olduğu konusunda anlaşmaktadır. Ancak, sorunun derinliklerine inildiğinde, her grup farklı sorunları görmekte ve farklı çözümler önermektedir⁶³.

⁵⁹ Cin/ Akyılmaz, s. 357.

⁶⁰ Akyılmaz, Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Konya, 2000, s. 81.

⁶¹ Yurtseven, s213.

⁶² Cin/ Akyılmaz, s. 359.

⁶³ Aydın, s. 163

Batıcılar arasında, hukuk alanında en etkin düşünceleri ortaya koyan ve ılımlı bir Batıcı olan Celal Nuri ön plana çıkar. Nuri'ye göre, aile hukuku ve özellikle evlilik konusunda köklü yeniliklere ihtiyaç vardır. Örneğin, nikâhın tarafların bizzat katılımıyla ve resmi memur önünde gerçekleşmesi, asgari yaş sınırının belirlenmesi, çok evlilik uygulamalarının ortadan kaldırılması veya en azından sınırlandırılması gibi değişiklikler önermektedir⁶⁴.

Türkçülük hareketi içinde ise, hukuk ve özellikle aile hukuku konusunda görüşler ileri süren aydınların başında Ziya Gökalp gelir. Gökalp, İmparatorluk döneminde düşüncelerini tam olarak ifade edememiş olsa da genel olarak laikleşmeye yönelik bir tavır benimsemiştir. Gökalp, Cumhuriyet'in ilanından sonra düşüncelerini "Hukukî Türkçülük" adlı makalesinde açıkça ifade eder ve milli hukukun teokrasi ve klerikalizm kalıntılarından arındırılması gerektiğini savunur⁶⁵.

Gökalp'e göre, fıkıhın iki kaynağı vardır: nakli şariat ve içtimai şariat. Nakli şariat değişmezken, içtimai şariat toplumsal hayatın sürekli bir gelişim içinde olduğunu ve örf ve adetlerin değişmesiyle hukuki prensiplerin de değişebileceğini savunur. Bu çerçevede, aile hukukuna da yaklaşır ve İslam hukukunun nass ve örf olmak üzere iki kaynağı olduğunu ifade eder. Gökalp, örfün değişmesiyle hukuki prensiplerin de değişebileceğini savunur ve bu nedenle İslam hukuku içinde bile örfün genişlemesiyle istisnasız tüm hukuki esasların değişebileceğini iddia eder⁶⁶.

Aile hukukunun kanunlaştırılması sürecinde, İslamcılar kendi görüşlerini ortaya koymamışlar, sadece Batıcılar ve Türkçülerin görüşlerine tepkilerini dile getirmişlerdir⁶⁷. İslamcıların önemli aydınlarından İzmirli İsmail Hakkı Efendi, özellikle Gökalp'in ve Mansurizade'nin görüşlerine karşı çıkmış ve örfün sınırlarının genişletilmesi ve çok evlilik uygulamasının yasaklanması gibi fikirleri şiddetle eleştirmiştir⁶⁸.

Batıcılar ve Türkçülerin bazı maddeler üzerinde etkileri olmuş olabilir, ancak kararnamede hâkim olan temel fikir İslamcıların fikri olmuştur. Zira kararnamede, diğer mezheplerden alınmış olsa bile İslam hukukuna aykırı bir madde bulunmamaktadır⁶⁹.

⁶⁴ Cin /Akyılmaz, s. 359.

⁶⁵ Yurtseven, s. 215.

⁶⁶ Aydın, s. 170-172.

⁶⁷ Cin / Akyılmaz, s. 359.

⁶⁸ Aydın, s. 169.

⁶⁹ Akgündüz, Ahmet, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı 2. C: - Özel Hukuk-1, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012, s. 237.

2.2. Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Hazırlanış ve Sistematiik Açısından Mukayesesi

Bu başlık altında hem Cezayir Aile kanunu hem de Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin ortaya çıktığı koşullara değindikten sonra, iki kanunun sistematiğini izah edilecektir.

2.2.1. Cezayir Aile Kanunu'nun Hazırlanış ve Sistematiği

1981 yılında Cezayir Cumhurbaşkanı Chadli Bendjedid, Adalet Bakanı Boualem Baki'yi Aile Kanunu taslağının oluşturulması amacıyla bir komisyon başkanlığına getirmiştir⁷⁰. Bu komisyon, Cezayir Yüksek İslam Konseyi'nin⁷¹ başkanı olan Mouloud Kassem Nayet Belkacem önderliğinde Cezayir Yüksek İslam Konseyi üyeleri, Adalet Bakanı tarafından atanan Yüksek Yargı Konseyi'nden beş hâkim ve bir grup hukuk hocasından oluşmaktadır⁷². Aile Kanunu ön taslağının hazırlanması sürecinde, komisyon yalnızca şariat hükümlerine dayanmıştır. Ön taslağın önsözünde, "*Komisyon tarafından bu hükümleri koyarken şu ana kaynaklara dayanılmıştır: Kur'an Kerim, Hadis Bilginlerinde sabit olan ve kabul edilen Hz. Peygamber'in sünneti, icma, kıyas ve daha çok Maliki fikhını tercih ederek dört Sünni mezheplerin görüşlerine dayanılmıştır*" ifadesine yer verilmiştir. Bununla birlikte, ön taslağın hazırlanmasındaki amaçlar belirtilirken, "*Aile hukuku taslağı hazırlamakla görevli komisyonun bir araya getirdiği konular, İslam hukukunda ve pozitif hukukçular arasında iyi bilinen konulardır ve Cezayir toplumunun günlük yaşamlarındaki eylemlerinden farklı değildir*" ifadesi kullanılmıştır⁷³.

Komisyon, Aile Kanunu'nun ön taslağını tamamladıktan sonra, metni müzakere etmek üzere Cezayir Millet Meclisi'ne sunmuştur. 9 Ramazan 1404 / 09/06/1984 tarihinde

⁷⁰ Kahil / Boukerkeb, s. 243.

⁷¹ Cezayir Yüksek İslam Konseyi, Cezayirlileri günlük yaşamlarında ilgilendiren meseleler, gelişmeleri ve İslam Şeriatı ile olan bağlantıları konusunda içtihatgösteren bir danışma organıdır. Cezayir İslam Konseyi, Diyanet İşleri ve Vakıflar Bakanlığı'na bağlıydı ve seçkin âlimler ve seçkin dini şahsiyetler tarafından denetlenmektedir. 2020 Anayasa değişikliği ile İslam Yüksek konseyi, Diyanet İşleri Başkanlığı'ndan ayrılmış olup, anayasal bir kuruma yükseltilmiştir. Bu konsey, Cumhurbaşkanı tarafından çeşitli bilim dallarında en yüksek ulusal yetkinlikler arasından atanan, başkanı dâhil 15 üyeden oluşur. Bu konseyin görevleri;

- İslam'ı siyasi çekişmelerden korumak
- İslam'ın evrenselliği misyonunu hatırlamak
- İslam'la ilgili yanlış algıları düzeltmeye ve onun gerçek temellerini ve doğru anlayışını vurgulayan tüm konulara özen göstermek
- İslam kültürünün ülke içinde ve dışında yaygınlaştırmaktır.

⁷² Abdel-Aziz, s. 45.

⁷³ Kahil / Boukerkeb, s. 239.

hazırlanan metin, Cezayir Millet Meclisi tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir⁷⁴.

Cezayir Aile Kanunu evlilik ve feshi, yasal temsilcilik, miras ve bağışlar diye dört kitaptan meydana gelmiştir. Birinci kitap iki bab, sekiz fasıl ve seksen maddeden ibarettir. İkinci kitapta yedi fasıl ve kırk dört madde vardır. Üçüncü kitap ise, on fasıl ve elli yedi maddeden ibarettir. Dördüncü kitaba gelince, dört fasıl ve kırk maddeden ibarettir. Böylece Cezayir Aile Kanunu'nun bab ve fısıllardan meydana gelen planı şu şekildedir:

Birinci Kitap	Evlilik Ve Feshi	Md
Birinci Bab	Evlilik	4-46
Birinci Fası	Nışanlanma Ve Evlilik Hükümleri	4-22
İkinci Fası	Evlilik Manileri	23-31
Üçüncü Fası	Fasit Ve Batıl Evlilik	32-35
Dördüncü Fası	Eşlerin Hak Ve Yükümlölükleri	36-39
Beşinci Fası	Neseb	40-46
İkinci Bab	Evliliğin Feshi	47-73
Birinci Fası	Talak	48-57
İkinci Fası	Talak Etkileri	58-73
Üçüncü Fası	Nafaka	74-80
İkinci Kitap	Yasal Temsilcilik	81-125
Birinci Fası	Genel Hükümler	82-86
İkinci Fası	Velayet	87-91
Üçüncü Fası	Vesayet	92-98
Dördüncü Fası	Takdim	99-100
Beşince Fası	Hacr	101-108
Altıncı Fası	Gaiplil Ve Kayıplık	109-115
Yedinci Fası	Kefalet	116-125
Üçüncü Kitap	Miras	126-183
Birinci Fası	Genel Hükümler	126-138
İkinci Fası	Mirasçılar	139-149
Üçüncü Fası	Asabe	150-157
Dördüncü Fası	Dede Durumu	158
Beşinci Fası	Mirastan Mahrumiyet (Hacb)	159-165
Altıncı Fası	Evliye Ve Reddiye	166-168

⁷⁴ Kahil / Boukerkeb, s. 240, Abdel-Aziz, s. 46.

Yedinci Fasl	Kürtaj	169-172
Sekizinci Fasl	Gebelik	173-174
Dokuzuncu Fasl	Özel Meseleleri	175-179
Onuncu Fasl	Tereke Taksimi	180-183
Dördüncü Kitap	Bağışlar	184-223
Birinci Fasl	Vasiyet	184-201
İkinci Fasl	Hibe	202-212
Üçüncü Fasl	Vakıf	213-230
Dördüncü Fasl	Nihai Hükümler	221-223.

2.2.2. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Hazırlanışı ve Sistematiği

II. Meşrutiyet dönemi, Osmanlı Devleti'nin siyasi ve hukuki açıdan önemli reformların gündeme geldiği bir dönemdir. İttihat ve Terakki Partisi'nin iktidara gelmesiyle birlikte, hukuk alanında yapılan düzenlemeler de öncelikli hedefler arasına girmiştir. Bu çerçevede, üç kanun hazırlama komisyonu oluşturulmuştur ve bu komisyonlardan biri Hukuk-ı Aile Komisyonu'dur. Hukuk-ı Aile Komisyonu, Mehmed Esad Efendi başkanlığında Hafız Şevket Efendi, Ali Baş Hamza Efendi, Said Bey ve Mustafa Efendi gibi üyelerden oluşmuştur⁷⁵. Görevi, Osmanlı Devleti içindeki Müslüman, Hristiyan ve Musevi toplulukların aile hukukunu ayrı ayrı düzenlemektir. Bu nedenle, komisyon, belirli dinlere mensup bireylerin aile hukukuna dair ihtiyaçlarına yönelik alt komisyonlar oluşturmuştur. Her alt komisyon, ilgili dinin esaslarına dayanarak aile hukuku hükümlerini tespit etmiştir. Daha sonra bu belirlenen hükümler, Müslümanlara ait olanlar ayrı, diğer topluluklara ait olanlar ayrı şekilde düzenlenmiş ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi oluşturulmuştur⁷⁶. Bu süreçte, kararnamenin mecliste ciddi tartışmalara yol açabileceği endişesiyle, İttihat ve Terakki hükümeti, Kanun-ı Esasi'nin 36. maddesinden yararlanarak kararnamenin geçici bir kanun olarak çıkarılmasını sağlamıştır⁷⁷. Kararname, 25 Ekim 1917 tarihinde Meclis-i Meb'ûs'a sunulmuş ve buradan Adliye Encümenine havale edilerek incelenmiştir. Nihayetinde, Osmanlı Sultanı V. Mehmed Reşad tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir⁷⁸.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, toplamda 157 madde ve Münakahat (evlenme) ile

⁷⁵ Aydın, s. 165.

⁷⁶ Aydın, s. 165

⁷⁷ Cin/ Akyılmaz, s. 360.

⁷⁸ Akgündüz, s. 237.

Müfarakat (boşanma) olmak üzere iki kitaptan meydana gelmektedir. Münakahat kitabında 6 bölüm, 15 fasıl ve 101 madde bulunurken, Müfarakat adlı kitap 3 bölüm, 5 fasıl ve 56 maddeden oluşmaktadır. Ayrıca, kararnamede gayr-i müslimler tabaalar için evlenme ve boşanma hükümleri, kendi dinlerinin kurallarına göre düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, Osmanlı Devleti'nin hukuk sistemine önemli bir etki yapmış ve çeşitli toplulukların aile hayatını düzenleyen önemli bir belge olarak tarihsel süreçteki yerini almıştır⁷⁹.

2.3. Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Özellikleri Açısından Mukayesesi

Bu başlık altında hem Cezayir Aile kanunu hem de Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin özelliklerini izah edilecektir.

2.3.1. Cezayir Aile Kanunu'nun Özellikleri

Cezayir Aile Kanunu'nun maddelerine bütüncül olarak bakınca, ona bilhassa şu özellikleriyle dikkati çekmektedir;

2.3.1.1 Bağımsızlık Sonrası Aile Hükümlerini Elde Alan İlk Kanun

Cezayir Aile Kanunu, ülkenin bağımsızlık sürecinin ardından İslam hukukuna dayalı olarak aile hukukunu düzenleyen ilk belge olarak kabul edilmektedir. Daha önce, aile konularında verilen kararlar yargı içtihatlarına bırakılmış ve bu durum mahkemeler arasında farklılık gösteren kararların çıkmasına neden olmuştur⁸⁰. Ancak Cezayir yasa koyucusu, bu durumu düzeltmek ve aile hukukunda standart ve kesin hükümler getirmek amacıyla Aile Kanunu'nun 222. maddesinde açık bir şekilde ifade etmiştir: "*Bu kanunda yer almayan hükümler için "şeriat" hükümleri esas alınır.*"

Cezayir Aile Kanunu, toplumun aile hayatına ilişkin temel konuları düzenlemeyi hedeflemiştir. İslami Şeriat'a dayalı olarak hazırlanan bu kanun, evlilik, boşanma, nafaka, miras gibi aile hukukunun önemli meselelerini kapsamaktadır. Bu sayede, Cezayir'deki aile davaları için net ve kesin hükümler getirilerek, yargı kararlarında oluşan çeşitliliğin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Kanun, aile yaşamında adil ve tutarlı bir uygulamayı sağlamayı hedefleyerek toplumun hukuki güvenliğini artırmayı amaçlar.

Cezayir Aile Kanunu, ülkenin bağımsızlık sürecinde toplumun İslam hukukuna

⁷⁹ Cin/ Akyılmaz, s. 360.

⁸⁰ Abdel-Aziz, s. 45, Belhâj, s. 22.

dayalı aile düzenine dönüşünü yansıtmaktadır. Bu kanun, Cezayir'in hukuki alanda İslam kültürünü ve değerlerini koruma yolundaki çabalarının bir ifadesi olarak da değerlendirilmektedir. Cezayir'in kültürel ve tarihsel bağlamına uygun olarak İslami değerleri ve gelenekleri yasal bir zeminde yansıtan bu kanun, ülkedeki aile yapısının temelini oluşturur ve aile hukukunun temel taşıdır.

2.3.1.2. Şer'i otorite

Cezayir Aile Kanunu'nun hazırlanmasında kesinlikle İslami Şariat hükümlerine dayanılmış ve ön taslağın önsözünde bu durum açık bir şekilde ifade edilmiştir. Kanunun hazırlık sürecinde, komisyon Kur'an Kerim, Hz. Peygamber'in sünneti olarak kabul edilen hadisler, icma (İslam hukukçularının ittifakı), kıyas (analoji) yöntemi ve daha çok Maliki fıkhi olmak üzere dört Sünni mezhebinin görüşlerini temel almıştır⁸¹. Örnek olarak, kaybolmuş olan kocanın ölüp ölmediği hakkında bilgi alınamadığında alınacak tedbirler, Aile Kanunu'nun 53 ve 113. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu durumda, tehlikeli bir ortamda kaybolmuşsa bir yıl, normal bir ortamda kaybolmuşsa dört yıl sonra kocanın öldüğüne hükmedilerek karısının iddet (bekleme süresi) sonrasında başkasıyla evlenebilmesine izin verilir. Bu hüküm, Maliki mezhebinden alınmıştır. Benzer şekilde, ailevi nizaları halletmek için teşkil edilecek olan Aile Meclisi (Hakem heyeti)'nin yetki sınırları Aile Kanunu'nun 56. maddesinde düzenlenmiş ve bu hüküm de yine Maliki mezhebinden alınmıştır. Cezayir Aile Kanunu'nun İslami Şariat'a dayalı olarak hazırlanmasında Maliki mezhebinin temel alınması, Cezayir toplumunun ailevi ilişkilerini İslami değerler ve normlar çerçevesinde düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bu şekilde, kanun toplumun İslam kültürüne ve değerlerine uygun bir biçimde aile hukukunu düzenlemeyi hedefler. İslam hukukunun temel prensipleri ve fıkhi görüşlerin kanun metnine dâhil edilmesi, Cezayir Aile Kanunu'nun İslami bir bakış açısına sahip olduğunu gösterir⁸².

Bu yaklaşım, Cezayir toplumunun büyük çoğunluğunun İslam dinine mensup olması ve İslami değerlerin toplum hayatında önemli bir rol oynaması nedeniyle önemlidir. Aile

⁸¹ Ben seghir, s. 35.

⁸² Kayıbolan hakkında hükmen ölüm kararı verilmesi için kaybolmasından itibaren ne kadar zaman geçmesi gerektiği konusunda farklı icthadlar bulunmaktadır. Şafiler'e göre kaybolmuş olan kocanın ölüp ölmediği hakkında bilgi alınamadığında tehlikeli bir ortamda kaybolmuşsa hayatından ümit kesilmesinden itibaren 4 sene, normal bir ortamda kaybolmuşsa sağlık durumuna bağlı olarak 62 ila 120 yaşına ulaşınca kocanın öldüğüne hükmedilirken, Hanbeliler'e göre tehlikeli bir ortamda kaybolmuşsa kaybolma tarihinden itibaren 4 sene, normal bir ortamda kaybolmuşsa 90 yaşına ulaşınca kocanın öldüğüne hükmedilir. Ancak Hanefi icthadına göre kaybolanın akranı göçüp gidince kaybolan 90 yaşına ulaşınca ölümüne hükümlenir. Bkz, **Karaman, Hayrettin**, Mukayeseli İslam Hukuku, İz yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul 2016, s. 249.

Kanunu'nun İslami hükümlere dayandırılması, toplumun aile içi ilişkilerini dini inançlarına uygun bir şekilde düzenlemeyi ve aile yapısının güçlendirilmesini amaçlar. Bu çerçevede, Cezayir'de ailevi meselelerde yaşanan farklı yargı içtihatlarından kaynaklanan belirsizliklerin önüne geçmek ve aile hukukunu net ve tutarlı hale getirmek hedeflenir.

2.3.1.3. Cezayir Toplumunun Geleneklerine Uygunluğu

Cezayir Aile Kanunu'nun hazırlanması sürecinde, Cezayir toplumunun gelenekleri ve görenekleriyle uyumlu olması göz önünde bulundurulmuştur. Bu uyum, bazı maddelerin geleneksel uygulamalara göre ifade edilmesi ve düzenlenmesiyle sağlanmıştır. Örneğin, Aile Kanunu'nun 6. maddesinde "El-Fatiha" kelimesinin kullanılması, Cezayir'de yaygın olan bir gelenekle uyumludur⁸³. Cezayir'de, şer'i nikâh kıyıldıktan sonra Fatiha suresinin okunması geleneksel bir uygulamadır. Bu nedenle, Aile Kanunu'nun 6. maddesinde "El-Fatiha" kelimesinin kullanılmasıyla, gerçekleşen evlilik akdinin İslam hukukuna uygun bir şekilde ifade edilmesi amaçlanmıştır. Bu tür ifadeler, Cezayir toplumunun İslam kültürü ve gelenekleriyle uyumlu olacak şekilde tasarlanarak toplumun anlayışına uygun hale getirilmiştir. Ayrıca, Aile Kanunu'nun sebepleri sunulurken ifade edilen "*Aile hukuku taslağı hazırlamakla görevli komisyonun bir araya getirdiği konular, Cezayir toplumunun günlük yaşamlarındaki eylemlerinden farklı değildir*" ifadesi, taslak çalışmasının Cezayir toplumunun günlük hayatına uygun ve gerçekçi bir şekilde hazırlandığını vurgulamaktadır. Bu yaklaşım, hukuki düzenlemelerin toplumda uygulanabilir ve kabul görebilir olmasını hedeflemiştir⁸⁴.

Cezayir Aile Kanunu, toplumun değerlerini ve geleneğini göz önünde bulundurarak İslam hukukuna dayalı bir çerçevede ailevi ilişkileri düzenlemeyi amaçlamıştır. Bu sayede, hukukun uygulanabilirliği ve toplumun kabulüne olanak sağlayarak, Cezayir toplumunun aile hayatının istikrarlı bir şekilde yürütülmesine katkıda bulunmuştur.

2.3.1.4. Aile ile ilgili tüm hükümleri içermektir

Cezayir Aile Kanunu, Arap ülkeleri içinde aile hukuku ile ilgili evlilik, boşanma, ehliyet ve miras gibi tüm ahval-i şahsiye (kişisel statü) hükümlerini tek bir yasada toplayan ilk yasalardan biri olarak kabul edilir. Bu, daha önceki Arap ülkelerindeki bazı ahval-i şahsiye kanunlarında eksik olan kapsamlılığı ile belirgin bir ayrım gösterir. Özellikle, 1917

⁸³ Ben seghir, s. 36.

⁸⁴ Kahil / Boukerkeb, s. 244.

tarıhli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 1951 tarihli Ürdün Ahvâl-İ Şahsiyye Kanunu, 1953 Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu gibi önceki Arap kanunları, aile hukuku ile ilgili konuları ayrı ayrı ele almış ve tüm ahval-i şahsiyye hükümlerini tek bir yasada toplamamışlardır. Ancak Cezayir Aile Kanunu, bu eksikliği gidererek ailevi ilişkilerin tüm yönlerini kapsayan kapsamlı bir yasa olarak öne çıkmıştır. Bu tür bir kapsayıcılık, Cezayir Aile Kanunu'nun Arap ülkelerinde aile hukuku düzenlemesinde bir dönüm noktası olarak kabul edilmesine yol açmıştır. Çünkü tek bir yasada tüm ahval-i şahsiyye hükümlerinin yer alması, uygulama ve yargılama süreçlerinde daha tutarlı ve bütüncül bir yaklaşımı mümkün kılmıştır. Ayrıca, Cezayir Aile Kanunu'nun bu özelliği, diğer Arap ülkelere de ilham kaynağı olmuş ve benzer kapsayıcı yasaların yaygınlaşmasına katkı sağlamıştır.

Nitekim Cezayir Aile Kanunu, evlilik, boşanma, ehliyet, miras gibi tüm ahval-i şahsiyye hükümlerini tek bir yasada birleştirerek Arap ülkelerinde aile hukukunun kapsayıcı ve bütüncül bir şekilde düzenlenmesine önemli bir katkı sağlamıştır. Bu yönüyle, diğer ülkelerdeki benzer kanunların oluşturulmasında da örnek teşkil etmiştir.

2.3.2. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Özellikleri

Hukuk-ı Aile kararnamesi'nin maddelerine bütüncül olarak bakınca, onun bilhassa şu özellikleri dikkati çekmektedir;

2.3.2.1. İlk kanun Oluşu

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, aile hukuku alanında İslam dünyasında kabul edilen ilk kanunlardan biridir. Bu kararname, yürürlüğe girmeden önce, aile hukuku sahasında bazı çalışmalar ve düzenlemeler yapılmış olsa da, bu çalışmaların büyük ölçüde yasal düzenlemelerden yoksun olduğu bilinmektedir. Örneğin, Mısır'da Muhammed Kadri Paşa tarafından hazırlanan ve 647 madde içeren bir kanun kitabı olan "el-Ahkâmu's-şer'iyye fi'l-ahvâl-i ş-shahsiyye" şeklinde çalışmalar yapılmıştır. Benzer şekilde, 1916 yılında Sudan'da da Aile Hukuku sahasında farklı adli düzenlemeler getirilmiş, ancak bu düzenlemeler bir aile kanunu niteliğine ulaşmaktan uzaktır ve yasal bir çerçeveye oturtulmamışlardır⁸⁵.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Osmanlı İmparatorluğu'nda ailevi ilişkilerin düzenlenmesini amaçlayan önemli bir hukuki belgedir. Yalnızca evlilik ve boşanma gibi

⁸⁵ . **Aydın, M. Akif**, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı, İstanbul, 1985, s. 190.

temel konuları içerdği için diğer ailevi konuları (örn. miras) kapsamamaktadır. Osmanlı İmparatorluğu'nun son döneminde, aile hukuku sahasında bir düzenleme ihtiyacının fark edilmesiyle, bu kararname hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur.

Bu kararname, Osmanlı Devleti'nde İslami hukuka dayalı olarak ailevi ilişkilerin düzenlenmesinde önemli bir adım olmuştur. Ancak, Cezayir Aile Kanunu gibi daha sonraki yasal düzenlemeler, aile hukuku sahasında daha kapsamlı bir yaklaşımı temsil etmiştir. Cezayir Aile Kanunu, farklı ailevi konuları da içeren ve İslam hukukuna dayalı bir çerçeve sunan kapsamlı bir kanun olarak öne çıkmaktadır.

2.3.2.2. Üçlü karakteri

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Müslümanlar, Yahudiler ve Hristiyanlar gibi farklı dinlere mensup olan topluluklar arasında hukuki birliği sağlamak amacıyla ayrı hükümler getirmiştir. Bu şekilde, her din için ayrı hükümler belirlenmiş ve gayr-i müslimlerin ahval-i şahsiyelerine müdahale etmeme yönündeki geleneksel sisteme bağlı kalınmıştır. Bu durum, Osmanlı Devleti gibi çeşitli din ve kültürlelere sahip toplumların sosyal ve kültürel yapısını dikkate alarak tasarlanmıştır⁸⁶. M.Akif Aydın'ın ifade ettiği gibi, farklı din ve kültür yapılarına sahip olan mütecanis toplumlar için aile hukuku alanında hukuki birliği sağlamak teorik olarak güzel bir düşünce olabilir, ancak hukuki ve sosyal realitelerle uyumlu olmayabilir. Bu nedenle, Hukuk-ı Aile Kararnamesi, dinî, sosyal ve kültürel farklılıkları göz önünde bulundurarak farklı toplulukların kendi örf ve adetlerine uygun olarak ailevi ilişkilerini düzenlemek amacıyla ayrı hükümler içermiştir⁸⁷.

Kararnamenin 157 maddesinden 41 maddesi gayr-i müslimlere tahsis edilmiştir. Bu durum, gayr-i müslim toplulukların kendi dinsel ve kültürel özelliklerine uygun hükümleri içeren ayrı maddelerin yer almasını sağlamıştır. Aynı zamanda, Müslümanlarla gayr-i müslimler arasında ortak hükümlerin de bulunması, toplumların bazı ailevi meselelerde benzer yasal düzenlemelere tabi olmasını sağlamıştır⁸⁸.

Dolayısıyla, Hukuk-ı Aile Kararnamesi, farklı dini ve kültürel gruplar arasında aile hukuku alanında hukuki birliği sağlayamamış olabilir, ancak toplumların kendi değerlerine uygun ve özgün düzenlemeler yaparak sosyal ve kültürel farklılıkları dikkate alan bir yaklaşımı temsil etmiştir. Bu şekilde, çeşitli toplulukların aile hukukuna ilişkin ihtiyaçlarına

⁸⁶ Cin/ Akyılmaz, s. 361.

⁸⁷ Aydın, M. Akif, Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü, T.C Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınlar, 1992, s. 450.

⁸⁸ Çeker, Orhan, (1999), Hukuk-i Aile Kararnamesi Giriş ve Tarihçesi, Mehîr Bülenti, İlkbahar/S:3, 1999, s. 20.

cevap vermiş ve hukuki düzenlemelerin toplumların gerçek ihtiyaçlarına uygun olmasına katkıda bulunmuştur.

2.3.2.3. Dört Sünni Mezhepten İstifade Etmesi

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Osmanlı Devleti'nde Hanefi mezhebi egemen olmasına rağmen, farklı mezhep taassuplarından kaçınarak bütün İslam hukuk mezhepleri ve müçtehitlerinin görüşlerini dikkate alarak düzenlenmiştir⁸⁹. Bu yaklaşım, kararnameyi İslam hukuku tarihindeki ilk eklektik yasal düzenlemelerden biri haline getirir⁹⁰. Kararname, farklı mezheplerin hükümlerini içermesiyle örnek teşkil eder. Asgari buluş yaşının belirlenmesi gibi bazı hükümler Ebu Bekir el-Esam ve İbn Şübrüme gibi âlimlere ait görüşlerden türetilmiştir (Madde 7). Nikâh akdinin önceden ilan edilmesi gerekliliği ise Maliki mezhebinden alınmıştır (Madde 33). Nikâh akdinin sadece açık sözlerle gerçekleşebileceği ilkesi Şafiî ve Hanbeli mezheplerinden etkilenmiştir (Madde 36). Ayrıca, zorlama (ikrah) ile gerçekleşen nikâh ve boşanmanın geçersiz olacağı hükmü de Hanefi mezhebi dışındaki üç mezhebe ait görüşlere dayanarak kararnameye eklenmiştir (Madde 57 ve 105)⁹¹.

Bu eklektik yaklaşım, İslam hukuku tarihinde benzeri görülmemiş bir açılamdır ve farklı dinî ve kültürel yapıya sahip topluluklar arasında hukuki birliği sağlama amacına yöneliktir. Aynı zamanda, diğer İslam ülkelerinin aile hukuku alanında düzenlemeler yaparken de benzer bir yöntemi takip etmelerine yol açmıştır⁹².

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Osmanlı Devleti'nin çeşitli mezhepler ve topluluklar arasındaki dinî ve sosyal çeşitliliğini göz önünde bulundurarak, çeşitli hukuki kaynaklardan yararlanma yoluna gitmiştir. Bu yaklaşım, İslam hukukunun pratikteki farklılıklarını aşmak ve daha kapsayıcı bir aile hukuku mevzuatı oluşturmak amacıyla başarılı bir şekilde uygulanmıştır.

Böylece, Hukuk-ı Aile Kararnamesi, eklektik bir tavır sergileyerek farklı İslam hukuk mezheplerinin ve müçtehitlerinin görüşlerini bir araya getirmiştir. Bu şekilde, çeşitli dinî ve kültürel yapıya sahip topluluklar arasında ailevi ilişkilerin düzenlenmesinde daha kapsamlı ve adaletli bir yaklaşımı temsil etmiştir. Ayrıca, bu özelliği diğer İslam ülkelerinde hazırlanan aile kanunlarında da benzer bir eklektik yolun izlenmesine ilham kaynağı olmuştur.

⁸⁹ Akgündüz, s. 237.

⁹⁰ Aydın, Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü, s. 450.

⁹¹ Çeker, s. 19.

⁹² Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, s. 192.

2.3.2.4. Yargı Birliğini Temin Etmesi

Osmanlı Devleti'nin tarihinde aile hukuku alanında farklı yargı mercileri mevcuttu ve bu durum, toplumun farklı kesimlerine ait davaların ayrı mahkemelerde görülmesine yol açmaktaydı. Bu yargı mercileri üç ana grupta toplanmaktaydı:

- Şer'iyye Mahkemeleri: Bütün Osmanlı reayalarının (Müslüman nüfusun) aile hukuku davalarını görmekle sorumlu mahkemelerdi. Şer'iyye Mahkemeleri, İslam hukukuna dayalı olarak ailevi meseleleri çözmekteydi.
- Cemaat Mahkemeleri: Gayr-i müslim (Müslüman olmayan) reyalara (topluma) ait aile hukuku davalarını görmekle görevli mahkemelerdi. Farklı gayr-i müslim topluluklar kendi içlerinde aile hukuku alanında bu mahkemelerde dava açabiliyorlardı.
- Konsolosluk Mahkemeleri: Osmanlı Devleti'nde yaşayan yabancıların kendi aralarında meydana gelen hukuki anlaşmazlıklara bakan mahkemelerdi. Konsolosluk mahkemeleri, yabancı ülkelerin vatandaşlarının haklarını korumak amacıyla kapitülasyon anlaşmaları ile kurulmuştu⁹³.

Yargı birliğini sağlama süreci iki aşamada gerçekleşti. İlk aşamada, 1914 yılında Osmanlı Devleti, kapitülasyonları tek taraflı bir kararla kaldırarak ve konsolosluk mahkemelerini ortadan kaldırarak yargıda birliği temin etmeye başladı. Bu adım, yabancıların kendi aralarındaki hukuki ihtilafları daha önce konsolosluk mahkemelerinde çözmeleri gerekliliğini ortadan kaldırdı⁹⁴.

Yargı birliğini tamamlayan ikinci aşama ise Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile gerçekleşti. Kararname, 1917 yılında kabul edilerek cemaat mahkemelerinin kaldırılmasını sağladı. Gayr-i müslimlerin aile hukuku davalarında artık tek yetkili yargı merci Şer'iyye Mahkemeleri oldu. Bu sayede, Osmanlı Devleti'nde aile hukuku alanında farklı yargı mercilerinin varlığı sona erdi ve aile hukukunda yargı birliği sağlanmış oldu. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin bu adımı, çeşitli toplum kesimlerini kapsayan evrensel bir hukuki yapı oluşturulmasına katkıda bulunmuştur⁹⁵.

2.3.2.5. Evlenme ve boşanmada devletin kontrolünü Genişletilmesi

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 37, 110 ve 131. maddelerine göre evlenme ve

⁹³ Aydın, Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü, s. 451, Akgündüz, s. 361.

⁹⁴ Bu konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz; İbrahim, Abdülazim, "Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu", NEÜHFD, 5 (1), 2022, s. 63-91.

⁹⁵ Cin/ Akyılmaz, s361.

boşanma işlemlerinin resmiyete bağlanması ve tescil edilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmektedir. Kararnamede yer alan bu maddeler, evlilik ve boşanma işlemlerinin adli mercilerin denetiminde gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. Bu şekilde, devlet kontrolü altında düzenli ve kanuni bir süreç sağlanmaktadır.

Buna göre, evlenme işlemlerinin gerçekleşmesi için öncelikle tarafların evlenmeye engel bir durumlarının olup olmadığının tespiti amacıyla bir ilan yapılması gerekmektedir. Eğer taraflarda böyle bir engel yoksa evlilik akdinin şahitler, hâkim veya naip huzurunda yapılması şartı getirilmiştir. Bu şekilde, evlilik süreci resmi bir şekilde belgelenir ve denetim altında gerçekleştirilir.

Aynı şekilde, boşanma işlemleri de devletin kontrolü altında gerçekleştirilir. Kocanın boşanmayı belirli bir müddet içerisinde mahkemeye bildirmesi şart koşulmuştur. Bu sayede, boşanma işlemleri de resmi bir şekilde tescil edilir ve yasal bir süreç olarak işler⁹⁶.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin bu hükümleri, evlenme ve boşanma işlemlerini belirli standartlar ve yasal prosedürler dâhilinde yapılmasını sağlayarak devletin denetimini ve kontrolünü güvence altına almıştır. Bu da aile hukuku alanında adaletin ve hukukun yerine getirilmesine katkıda bulunmuştur. Kararname, evlenme ve boşanma işlemlerinin kayıt altına alınması sayesinde toplumsal düzenin korunmasına ve hukuki güvenceye erişimi sağlamıştır.

2.3.2.6. Kazaî Boşanma (Tefrik)

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin getirdiği önemli yeniliklerden biri, belirli durumlarda kadına kocasından hâkimin kararıyla boşanma hakkı tanınmasıdır. Kararnamenin 122. maddesi, cüzzam, baras, zührevi gibi hastalıkların varlığı durumunda kadına boşanma hakkı vermektedir. 126. madde ise kocanın nafaka ödememesi veya ödemesine rağmen kaybolması durumunda kadına boşanma hakkı tanımaktadır. Ayrıca, 130. maddeye göre karı koca arasında bir geçimsizlik olması durumunda da kadına boşanma hakkı tanınmıştır. Bu hükümler, kadınların birtakım olumsuz durumlarla karşılaştıklarında evliliklerini sonlandırma hakkına sahip olmalarını sağlamaktadır. Bu durumlar, kadınların sağlık sorunları, ekonomik sıkıntılar veya geçimsizlik gibi zorluklarla karşılaştıklarında boşanma taleplerini yasal yollardan ifade etmelerine imkân tanımaktadır. Kadına kocasından bağımsız bir şekilde, hakim kararıyla boşanma hakkı verilmesi, kadınların korunması ve haklarının

⁹⁶ Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, s. 193.

güvence altına alınması açısından önemli bir adımdır⁹⁷.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin bu hükümleri, kadınlara daha fazla özgürlük ve bağımsızlık sağlamakta ve evliliklerinde yaşadıkları zorluklara karşı koruma sağlamaktadır. Bu yenilikler, evlilik birliğinin sürdürülmesinin imkânsız hale geldiği durumlarda kadınların kendi geleceklerini belirleme ve yaşamlarını yeniden şekillendirme hakkına sahip olmalarını desteklemektedir. Bu da, aile içinde adaletin sağlanması ve kadınların insan haklarına uygun olarak yaşamlarını sağlama amacını taşımaktadır.

2.3.2.7. Çok Evliliğin Sınırlanması

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 38 ve 74. maddeleri, çok evliliği (poligami) belirli ölçüde sınırlandırdığını göstermektedir. Kararname, evlenme akdinde kadının kocasına evlilik hayatı boyunca tek evli kalmasını şart koşma imkânını tanımaktadır. Bu, kadına, kocasının birden fazla kadınla evlenmesini engelleme yetkisi vermektedir. Önceki dönemlerde Türkçüler ve Batıcılar tarafından da üzerinde durulan çok evlilik konusu, her iki grup tarafından da yasaklanmasını talep edilmiştir. Ancak Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni hazırlayan komisyon, çok evliliği tamamen kaldırmak yerine kadının evlenirken kocasına evlilik hayatı boyunca tek evli kalmasını şart koşabileceği bir esas getirmiştir. Bu, Hanbeli mezhebinin görüşlerini dikkate alarak şekillendirilmiştir ve böylece kadına bir dereceye kadar koruma sağlanmıştır⁹⁸.

Kararname, kadının evlilikte daha aktif bir rol almasına ve kendi haklarını koruma imkânına sahip olmasını desteklemektedir. Kadın, evlenme akdi sırasında kocasının tek evli kalmasını talep ederek evlilik birliğini daha adil ve eşitlikçi bir temelde başlatma imkânına sahip olmaktadır. Bu sayede, kadınlar kendi iradelerine dayalı olarak evlilik koşullarını belirleme hakkına sahip olmaktadır.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin bu hükümleri, toplumsal kadın-erkek eşitliği ve kadın hakları açısından önemli bir adım olarak kabul edilmektedir. Birden fazla kadınla evlenme konusunda kocaya adalet ve eşitlik sağlama şartı, kadınların daha güçlü bir konuma gelmesini ve kendi geleceklerini şekillendirme gücüne sahip olmasını sağlamaktadır. Bu da aile içinde daha dengeli ve adil ilişkilerin oluşmasına katkıda bulunmaktadır.

⁹⁷ Akgündüz, s. 237.

⁹⁸ Cin /Akyılmaz, s. 362.

2.4. Cezayir Aile Kanunu'nun Tadili ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin İlgası

Bu başlık altında Cezayir Aile Kanunu'nun tadiline yol açan sebepler ve bu tadil olduktan sonra elde ettiği özellikleri ele alınacaktır. Buna ek olarak, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin kaldırılması ve bazı Arap ülkelerindeki aile Kanunlarına etkisi konusuna da değinilecektir.

2.4.1. Cezayir Aile Kanunu'nun Tadili

84/11 sayılı Cezayir Aile Kanunu, 27 Şubat 2005 tarihli ve 05/02 sayılı kararnameyle tadil edilene kadar yürürlükte kalmıştır. Bu kanunda gerçekleştirilen değişikliklerin ardında çeşitli nedenler yatmaktadır. Bunlar arasında Cezayir Ulusal Reform Hareketi başkanı Filali Al-Ghouthi ve Cezayir Müslüman Âlimler Birliği başkanı Abdel-Rahman Chaiban⁹⁹ liderliğindeki İslamcılar ile Zahia Ismail Al-Salihi liderliğindeki laikçiler arasında ortaya çıkan çekişmeler¹⁰⁰, kadın-erkek eşitliğini talep eden feminist hareket ve örgütlerin yükselişi, hukukçuların kanunun eleştirilmesi¹⁰¹ ve dönemin toplumsal gelişmeleri yer almaktadır¹⁰².

Cezayir Aile Kanunu'nun kuralları ve içeriği, İslamcılar ile laikler arasında geniş çaplı bir çekişmeye yol açmıştır. Laik kesimler, Cezayir'in 1989'dan itibaren tanıdığı siyasi ve demokratik açılıma dayanarak, bu kanunun çağın gerekliliklerine uymadığını ve kadının statüsüne ilişkin anayasada yer alan ilkelere saygı göstermediğini iddia ederek Aile Kanunu'nun kaldırılmasını talep etmişlerdir. Ayrıca, uluslararası anlaşma ve antlaşmalarla çelişen hükümleri içerdiği gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Öte yandan, İslamcılar, özellikle Cezayir Anayasası'nın 2. maddesinin devletin dini olarak İslam'ı belirlediğine dayanarak, bu yasanın İslam Şeriatı ilkelerinin bir yansıması ve uygulaması olduğunu savunmuşlardır. Tüm bu tartışmalar Cezayir toplumunu çeşitli akımlara bölmüş ve bu durum Cezayir yasa koyucusu toplumsal bölünmeyi önlemek amacıyla Aile Kanunu'nda değişiklikler yapmaya yönlendirmiştir.

Cezayir Aile Kanunu'nun tadiline yönelik süreç, toplumun farklı kesimlerinin talep

⁹⁹ Abderrahmane Chaiban, 23 Şubat 1918'de Cezayir'in Bouira eyaletine bağlı Michdala ilçesinde doğmuş. 1999'dan 2011'e kadar Cezayir Müslüman Âlimler Derneği'nin başkanlığını yaptı. 12 Ağustos 2011 Cuma sabahı 93 yaşında vefat etti. Başkentte Usûlü'd-Dîn Enstitüsü'nün (şu anda İlahiyet Fakültesi) kurulmasına aktif katkı sağlayan Yüksek İslam Konseyi'nin asıl bir üyesiydi. 1980-1986 yılları arasında Diyanet İşleri ve Vakıflar Bakanı olarak görev yapmıştır.

¹⁰⁰ Kahil/ Boukerkeb, s. 342.

¹⁰¹ Kahil/ Boukerkeb, s. 342.

¹⁰² Abdel-Aziz, s. 72.

ve görüşlerini içeren zengin bir tartışma ve çekişmelerle geçmiştir. Bu nedenle, kanunun revize edilmesi birçok farklı bakış açısını dikkate almayı gerektiren hassas bir süreç olmuştur. Aile Kanunu, Cezayir toplumunun sosyal ve siyasi dinamiklerini yansıtan önemli bir yasa olarak nitelendirilmektedir ve değişikliklerin yapıldığı süreç, ülkedeki çeşitli çıkar ve görüş gruplarının katılımıyla gerçekleşmiştir¹⁰³.

Cezayir Aile Kanunu'nun tadilinde feminist hareket ve örgütlerin etkisi göz ardı edilemez bir rol oynamıştır. 1989'da siyasi ve demokratik açılım hareketinin başlamasıyla birlikte, toplumsal yaşamda kadınların haklarını savunan ve eşitlik taleplerinde bulunan bir grup feminist hareket ve örgüt ortaya çıkmıştır. Bu hareketler, Aile Kanunu'nun kadınlara haksızlık ettiğini ve kadın statüsüne zarar verdiğini iddia ederek, bir dizi önemli talepte bulunmuştur. Feminist hareket ve örgütlerin talepleri arasında, eşlerin mal rejiminin düzenlenmesi, çok evliliğin (poligami) ve evlilikte kadının velayetinin kaldırılması, kadın ve erkek arasında miras eşitliği ve kadının tamamen olgunlaşıp sosyal işlevlerini tam olarak yerine getirebilecek duruma gelene kadar evlilik yaşının yükseltilmesi bulunmaktadır. Bu talepler, Cezayir toplumunda kadınların haklarını güçlendirmeye yönelik önemli adımlar olarak görülmüştür¹⁰⁴. Feminist hareketin etkisi, Cezayir Yüksek İslam Konseyi'nin 1999 yılında Aile Kanunu'nu müzakere etmek üzere bir sempozyum düzenlemesine yol açmıştır. Sempozyum, önemli tavsiyelerin yayınlanmasına vesile olmuştur. Bu tavsiyeler arasında, devletin dini olarak İslam'ı benimsemenin, kadın haklarını geliştirmeye yönelik yasaların ve fikirlerin etkinleştirilmesine engel olmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca, Aile Kanunu'nun İslami Şariat'tan türeten pozitif bir yasa olduğu ve her pozitif yasanın içtihadı tabi olduğu belirtilmiştir. Bu süreçte, Cezayir toplumunun içinde kadın haklarının geliştirilmesine yönelik çabaların önemi vurgulanmıştır. Çalışan kadının toplumsal rolü tanımlanmış ve Aile Kanunu'nda yer alan hükümlerde kadınların çalışma hakkına vurgu yapılmıştır. Ayrıca, kadınların çeşitli taciz türlerini önlemek amacıyla yasaların çıkarılması gerektiği ifade edilmiştir.

Muhammed Mahadeh ve bazı hukukçular, Cezayir Aile Kanunu'nu biçim ve içerik açısından eleştirmişlerdir. Biçim açısından, Cezayir yasa koyucusunun bu kanuna "Ahval-i Şahsiye Kanunu" yerine "Aile Kanunu" ismini verdiği ancak kanunda yer alan hükümlerin aile ile sınırlı olmadığına ve bireyin doğumdan ölüme kadar olan yaşam ve koşullarını, kayıplık ve gaiplik, hacr, vasiyet, bağış ve vakfı hükümlerini içerdiğine dikkat çekmişlerdir. Bu nedenle, kanunun isminin "Ahval-i Şahsiye Kanunu" olması gerektiğini savunmuşlardır.

¹⁰³ Kahil/ Boukerkeb, s. 342-343.

¹⁰⁴ Dawdi, s. 125.

Ayrıca, eleştirmenler, Aile Kanunu'nun içindeki emir ve yasaklara bir ceza uygulanmamış olmasını, kanunun sadece ahlaki bir rehber olarak kabul edilmesine yol açtığını ifade etmişlerdir. Bu durumda, aile içindeki çift arasında eşitliği sağlamak ve kadının statüsünü sosyal ve hukuki olarak iyileştirmek için cezai yönünün uygulanması gerektiği düşüncesindedirler¹⁰⁵.

Ayrıca, eleştirmenler Cezayir Aile Kanunu'nun bazı maddelerinde çelişkiler olduğunu vurgulamışlardır. Örneğin, 9. madde velayeti evliliğin bir rüknü haline getirirken, diğer maddelere atıfta bulunulduğunda velayeti kabul etmediği görülmektedir. Kanunun 4. maddesi evliliği, kadın ve erkek arasında hukuken yapılan rızaya dayalı bir akid olarak tanımlarken, 9. maddeye göre evlilik akdi eşlerin rızası ile akdedilir ifadesi yer alırken, 10. maddede rızanın icabı ve kabulü olarak tanımlanması çelişkilerine işaret etmektedir. Bu noktada, icap ve kabulün evlilik akdinin unsurları olduğu düşünülerek karı ve kocanın rızalarını üstlenmiş olmalarına rağmen, velayetin rolü hakkında belirsizlikler olduğu ifade edilmektedir.

Cezayir Aile Kanunu, içeriğine ilişkin bazı eksiklikler içermektedir. Bu eksiklikler aşağıdaki gibi sıralanabilir:

- Cezayir Aile Kanunu'nun 6. maddesi, "Nişan ve Fatiha, 5. maddede belirtilen hükümlere tabidir" hükmünü içermektedir. Ancak, nişan ve Fatiha gibi farklı kurumların aynı hükümlere tabi tutulması uygun değildir. Nişan, bir evlilik vaadi olarak kabul edilirken, "Fatiha" Cezayir toplumunun gelenek ve göreneklerine göre bir nikâhı ifade etmektedir ve yalnızca resmi olarak tescil edilmemiştir. Bu noktada, Cezayir Aile Kanunu'nun 22. maddesi, "Evlilik, evlenme kütüğüyle ispatlanır. Ancak tescil edilmemişse, unsurları bu kanuna uygun olarak varlığını tespit ederse hâkim kararıyla kanıtlanır" hükmüyle desteklenmektedir.
- Cezayir Aile Kanunu'nun 7. maddesi, "Erkekler 21 yaşını, kadınlar ise 18 yaşını doldurduklarında evlenme ehliyetine sahip olurlar. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve önemli bir sebep olduğunda, mezkûr yaşlarına gelmeyen erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir" hükmünü içermektedir. Bu madde, eşlerden birinin evlenme yaşını henüz doldurmadan gerçekleşen evliliklerin hukuki sonuçlarını ve ihlal durumunda uygulanacak cezayı içermemektedir. Dolayısıyla, söz konusu madde, eşlerin veya eşlerden birinin doldurması gereken yaşın belirlenmesi için bir düzenleme içermemektedir.

¹⁰⁵ Kahil/ Boukerkeb, s. 342.

- Cezayir yasa koyucusu, Cezayir Aile Kanunu'nun 9. maddesiyle nikâhın taraflarının rızası, kızın velisi, iki şahit ve mihrin nikâh akdi için gereken unsurlar olduğunu belirlemişken, 32 ve 33. maddelerinde ise bu unsurlardan birinin eksik olması durumunda nikâhın feshedileceğini belirtmiştir. Ancak, 33. maddeye göre, *"İki şahit, veli veya mihr bulunmadığında nikâh cinsel birleşmeden önce feshedilirken, sonrasında mihr-i misil ile devam ettirilir. Nikâh akdi, evlilik unsurlarından birden fazlasının eksik olması durumunda batıl olur."* Cezayir yasa koyucusu, bu şekilde evlilik unsurlarının birden fazlasının eksik olduğu durumlar dışında, unsurlardan birinin eksik olması durumunda nikâhın feshedileceğini belirlemiştir. Bu durumda Cezayir yasa koyucusu, butlan (geçersizlik) ve fesih (sona erdirmeye) kavramlarını karıştırmıştır.

Cezayir Aile Kanunu, boşanma sürecine ilişkin düzenlemeleri içeren 49. ve 50. maddeleriyle ilgili bazı çelişkileri barındırmaktadır.

Cezayir Aile Kanunu'nun 49. maddesine göre, "Boşanma, hâkimin uzlaşma girişiminden sonra vereceği kararla, bu süre üç ayı geçmemek kaydıyla gerçekleşir." Bu hüküm, boşanmanın yalnızca hâkim tarafından verilen bir kararla gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, kocanın kendi beyanıyla gerçekleştirebileceği boşanmanın tüm hukuki değerlerden yoksun olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak, Cezayir Aile Kanunu'nun 50. maddesinde yer alan "rucû" ibaresi, boşanma hükmü verilmeden önce kocanın beyan ettiği boşanmanın ric'i boşanma olarak değerlendirildiği anlamına gelir. Bu durumda, çifte iddet sorunu ortaya çıkmakta ve Şeri iddet süresi kocanın boşanmayı beyan ettiği tarihten itibaren başlamaktadır. Aksine, yasal iddet süresi boşanma kararının verildiği tarihten itibaren hesaplanmaktadır. Bu durum, İslami Şeriat ve aile hukuku arasında çeşitli düzeylerde çelişkilere yol açmaktadır.

Örnek olarak, varsayalım ki boşanma 01/01/2007 tarihinde koca tarafından gerçekleştirilmiş ve boşanma davası 25/04/2007 tarihinde (yani Şeri iddet süresi geçtikten sonra) açılmış olsun. Kanun, boşanma davası açıldıktan sonra belirli bir süre içinde (üç ayı geçmemek kaydıyla) uzlaşmaya izin vermektedir. Hâkim 25/05/2007 tarihinde eşler arasında uzlaşma sağlanmış ve bu uzlaşma başarıyla tamamlanmışsa, 50. maddeye göre yeni bir akte gerek kalmadan rucû (yeniden bir araya gelme) gerçekleşebilir. Ancak, bu durumda Şeri iddet süresi geçmiş ve gerçekleşen boşanma küçük ayrılık (el-beynûnetü's-suğrâ) olarak kabul edilmiş olur.

Bu durum, şer'i hükümlere uygun değildir ve koca bu durumda yeni bir akde ihtiyaç duyar.

Dolayısıyla, Cezayir Aile Kanunu'nun 49. ve 50. maddeleri arasındaki çelişki, boşanma süreci ve Şeri iddet gibi kavramlar arasında çeşitli sorunlara ve çatışmalara yol açmaktadır. Bu durum, Cezayir hukuku ile İslami Şeriat arasında uyum sağlanması gereken önemli bir husustur.

Cezayir Aile Kanunu'nun içerisindeki çelişkilerin sayısı arttığında ve çözümler arayışı devam ettikçe, bazı önerilerle bu çelişkilerin giderilmesi mümkün görünmektedir. Önceki çelişkilere ek olarak, şu durumlar da dikkate alınmalıdır:

- Boşanmış bir kadının, Şeri iddet süresi geçtikten sonra, şeri olarak nişanlanması caizken, kanunen caiz değildir.
- Mehr-i muaccel (ön ödeme) konusunda, şeri olarak sabit olmuşken, kanunen sabit değildir.
- Boşanmış olanın kocası ölürse, Şeri iddet süresi geçtikten sonra, şeri olarak onun mirasçılarında olamaz, ancak kanunen onun mirasçılarında olur.

Bu tür çelişkilerin önüne geçmek için iki öneri sunulabilir:

- Kocanın boşanmayı ilan ettiği zamana geri dönük etki olarak boşanma kararı verilmesi. Ancak bu çözüm geçici ve kısmi kalabilir ve tüm çelişkileri çözmeye yetmeyebilir.
- Cezayir Aile Kanunu'nun 49. ve 50. maddelerinde yer alan uzlaşma oturumunun şeri iddet süresine bağlanması ve aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi:
 1. 49. madde: "*Boşanma, ancak şeri iddet süresi içinde hâkimin uzlaşma girişiminden sonra vereceği kararla gerçekleşir.*"
 2. 50. madde: "*Şeri iddet sırasında karısına rucû ederse yeni bir akde ihtiyaç duymaz, ancak boşanma kararı verildikten sonra karısına rucû isteyenler için yeni bir akit ve mehir gereklidir.*"

Bu şekilde, Şeri iddet süreciyle hukuki düzenlemenin uyumu sağlanabilir ve çelişkilerin önüne geçilebilir. Ancak, bu önerilerin uygulanması için Cezayir Aile Kanunu'nun daha geniş bir gözden geçirilmesi ve Şeriat hukuku ile kanunun uyumunu sağlamak için daha kapsamlı düzenlemeler yapılması gerekebilir.

Cezayir'de Aile Kanunu'nda, belirli bir dönemde meydana gelen toplumsal değişimler ve hukuki gelişmeler nedeniyle çeşitli düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu

bağlamda, mevcut yasal düzenlemelerin eksiklikleri ve değişen toplumsal yapıya uygun olmayan hükümleri göz önünde bulundurularak, kanun koyucu yeni düzenlemeleri geliştirmeye yönelik bir çaba içine girmişlerdir.

Söz konusu süreçte, özellikle tüp bebek uygulamalarının yaygınlaşması gibi, Aile Kanunu'nda mevcut olmayan yeni durumlar ortaya çıkmıştır. Bu gibi dönüşüm ve gelişmelerin ele alınması, Cezayir hukuk sisteminin güncellenmesi ve çağdaş ihtiyaçlara uyum sağlaması adına önem arz etmiştir.

Bu bağlamda, eski düzenlemelerde yapılan değişiklikleri ve yeni maddelerin eklenmesini içeren kapsamlı bir revizyonu beraberinde getirmiştir. Bu revizyonla, bazı maddeler yürürlükten kaldırılmış (12, 20, 38, 39 ve 67.maddeler), bazıları ise (4, 5, 6, 7, 8, 11, 13, 15, 18, 19, 22, 30, 31, 32, 33,36,37,40,48,49,52,53,54,57,64,67,72 ve 87. maddeler) değiştirilmiştir. Ayrıca, yeni maddeler de (3 mükerrer, 8 mükerrer, 8 mükerrer 1, 9 mükerrer, 45 mükerrer, 53 mükerrer ve 57. mükerrer maddeler) kanuna eklenmiştir. Toplamda 41 madde, mulğa, tadil ve eklemelerle yeniden düzenlenmiştir.

Bu yeni düzenlemelerin öne çıkan bir kısmı, örneğin, boşanma (talak), hul' veya tefrik gibi maddi yönlerin yanı sıra, evlilik bağının feshedilmesine ilişkin hükümlerin temyize tabi olmayacağını açıkça belirtilmesidir. Ayrıca, evlenmeyi düşünen çiftlerin birbirlerine yönelik sağlık açısından risk teşkil edebilecek herhangi bir hastalığa sahip olmadığını kanıtlayan sağlık raporu sunma gerekliliği gibi, çeşitli tartışmalı konularda belirsizlikleri giderme amacı güdülmüştür.

Buna ek olarak bu tadil, 57.mükerrer madde aracılığıyla gıda nafakası, geçici hidane, ziyaret ve barınma hakkı gibi acil nitelikteki konuların karar verilmesi sorununu da çözmüştür.

Bu tadil, Aile Kanunu'ndaki nikâh akdi ve boşanma süreçlerine ilişkin önemli yenilikler getirmiştir. Öncelikle, nikâh akdi konusunda yapılan değişiklikler şu şekilde özetlenebilir:

- 7. maddeye göre, evlilik yaşı erkek ve kadınlar için 19 olarak belirlenmiştir.
- Sağlığı korumak amacıyla, evlilik ancak mükerrer 7. maddeye göre sunulan sağlık raporları ile gerçekleştirilebilir.
- 9. maddeye göre, evlilik için tarafların rızası, evliliğin rüknü olarak kabul edilmiştir.
- 20. madde ilga edilerek vekâleten evlilik kaldırılmıştır.
- Kadınlar, velisiz olarak kendi başına evlilik akdini yapma ve feshetme hakkına sahip olmuştur.
- 7. madde kapsamında, evlilik akdinden doğan hak ve yükümlülükler konusunda

küçüğün dava açma yetkisi tanınmıştır.

- 8. maddeye göre, çok eşlilik meselesi belirli koşullara ve hâkimin takdir yetkisine tabi tutulmuştur.

Boşanma süreci ve etkilerine gelince, aşağıdaki notlar kaydedilebilir:

- 64. maddeye göre, baba, anneden hemen sonra çocukların velayetini alma hakkına sahiptir.

- Barınma hakkıyla ilgili olarak, 72. maddeye göre anne ve çocuklar, nihai karara kadar evlilik evinde kalma hakkına sahiptirler.

- 72. madde ile kocanın, çocukları ve onların velayeti annesi için saygın bir konut sağlamasını veya onlara konut kiralamasını zorunlu kılmıştır.

- 67. madde ile kadının çalışması, hidane hakkını kaybetmesi için bir neden teşkil etmemektedir.

Çocukların vesayet durumuna gelince;

- Babanın yokluğu veya ehliyetinin daralması gibi acil durumlarda kadının babanın yerine geçme hakkı vardır (m.87).

- Mükerrer 3. madde ile Aile Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin davalarda Cumhuriyet Savcılığı taraf olmuştur.

Aile Kanunu'ndaki yapılan tüm tadillere rağmen, bazı eksikliklerin bulunduğu belirtilmelidir. Bu eksiklikler arasında aşağıdakiler önemlidir:

- Cezayir yasa koyucusu, çok eşlilikle evlenmek isteyen bir kocanın, ilk eşinin onayını aldıktan sonra hâkimden izin almasını şart koşturmuştur. Ancak birçok koca, bu gerekliliği atlamak için örfî nikâh (imam nikâhı) gibi yasal olmayan yöntemlere başvurmuştur. Bu durumda, hâkim özellikle örfî nikâh sonucunda bir çocuk oluşursa, ilk eşin onayını talep etmek zorunda değildir. Bu durum, kanunu hileli bir şekilde aşan bireylerin mevcudiyetini göstermektedir.

- Nesebin Sübutu (soy bağının kanıtlanması) konusunda, gayrimeşru bir ilişkiden doğan çocuğun varlığı her iki taraf tarafından da itiraf edildiğinde, hâkim soy bağını tespit etmekle yükümlüdür ve çocuk gerçek anne ve babasının adını taşıyan bir doğum belgesiyle nüfus kütüğüne kaydedilir. Ancak bu durumda, belirtmek gerekir ki İslam şeriatına göre çocuk, zina çocuğu olarak kabul edildiği için miras hakkına sahip olamamaktadır, bu da Cezayir yasa koyucusu İslam şeriatına aykırı bir hüküm getirdiğini göstermektedir.

Tadil edilmiş olan en önemli maddelere bakacak olursak aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür:

- Aile Kanunu'nda yapılan tadilatlar, Cezayir hukuk sisteminin evlilik akdi ve boşanma gibi önemli konulardaki düzenlemelerini değiştirmeyi hedeflemiştir. Bu düzenlemeler, sosyal ve kültürel değişimlerin etkisiyle ortaya çıkan yeni ihtiyaçları karşılamak ve toplumsal adaleti sağlamak amacıyla yapılmıştır.
- Madde 4: Tadil ile birlikte, Cezayir yasa koyucusu, evliliğin rızaya dayalı bir akdi olduğunu vurgulayarak "rızaya dayalı" ifadesini kanuna eklemiştir. Bu düzenleme, evlilik akdinde tarafların özgür iradeleriyle karar vermelerini ve karşılıklı rızanın önemini vurgulamaktadır. Bu sayede, evliliklerin zorlama veya baskı altında gerçekleşmesi önlenmeye çalışılmaktadır.
- Madde 5: Nişanlılar arasında hediye değişimi konusunda yapılan tadilat, nişan sürecinde gerçekleşen hediyeleşmenin esaslarını düzenlemiştir. Nişanlılar arasında, geleneksel olarak genellikle erkekten kadına hediye verilirken, artık bu durum iki taraf arasında değişiklik gösterebilmektedir. Bu düzenleme, hediyelerin nişanın sona ermesi durumunda nasıl değerlendirileceği konusunda bir düzenleme getirmiştir.
- Madde 7: Yapılan tadil ile evlilik yaş sınırı, erkekler için 21 ve kadınlar için 18 yaş olarak belirlenmişken, her iki taraf için evlilik yaş sınırı 19 olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, bu madde kapsamında evlilik akdinden doğan hak ve yükümlülükler konusunda küçüğün dava açma hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemeler, evlilik yaşının belirlenmesinde eşitlik ve koruma önlemleri dikkate alınarak yapılmıştır.
- Madde 7 mükerrer: Bu madde, önceki maddeye tamamlayıcı nitelikte olup nikâh akdi sırasında tarafların evlilik için sağlık raporu sunmalarını zorunlu kılmıştır. Böylece, evlenmeye niyetlenen çiftlerin birbirlerine hastalık bulaştırma riskini en aza indirme amacı güdülmüştür.
- Madde 8: Bu madde, birden fazla kadınla evlenme özgürlüğünü daha da kısıtlamıştır. Artık kocanın, önceki ve sonraki eşlerin rızasını almadan, hâkimden izin alarak yeni bir evlilik yapma yetkisi bulunmaktadır. Bu düzenleme, çok eşlilik uygulamasının denetimini artırmayı hedeflemektedir.
- Madde 9: Tadil ile birlikte, evlilik akdinin temel şartlarından biri olan rıza, kızın velisi, ve iki şahit ile sınırlı olmaktan çıkarılarak, yalnızca rıza şartı olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme, evlilik akdinin geçerli sayılması için tek

bir rüknün yeterli olduğunu vurgulamaktadır.

- Madde 9 mükerrer: Yeni madde olarak eklenen bu düzenleme, evlilik akdi sırasında belirlenmesi gereken şartları içermektedir. Velî, mehir, iki şahit, evlilik ehliyeti ve evlenme engelinin olmayışı, evliliğin geçerli sayılabilmesi için gereklidir.
- Madde 11: Bu madde, evlilikte velînin kim olduğuna ilişkin düzenlemeler içermektedir. Tadil ile birlikte, evliliğin rüknü olan rıza unsuru, daha önce belirtilen şahıslar tarafından belirlenmektedir. Ancak reşit olmayan bir kadının evliliğinde, velînin kim olacağına ilişkin sınırlamalar bulunmaktadır. Reşit olan kadınlar ise evlilik akdi sırasında velîlerini seçme konusunda tam bir özgürlüğe sahiptir.
- Madde 13: Bu madde, evliliğin zorlama ile gerçekleşmesini yasaklamaktadır. Tadil ile birlikte, sadece reşit olmayan bir kadının evlenmeye zorlanmasını yasaklaması öngörülmüştür.
- Madde 15: Mehrin nikâh akdi sırasında belirtilmesi gerekliliği, tadil ile birlikte akitte mehr miktarının belirtilmesi şeklinde düzenlenmiştir. Taraflar arasında mehr miktarının belirlenmemesi durumunda ise mehr-i misil hak edişi öngörülmüştür.
- Madde 22: Evliliğin daha önce tescil edilmemiş olması durumunda, mahkeme kararı ile ispat edilmesi gerekliliği düzenlenmiştir.
- Madde 32: Tadil ile birlikte, nikâh akdinde yer alan şart veya engel, akit gereği olmadığı durumlarda evliliğin feshedileceği düzenlenmiştir. Ancak tadil edildikten sonra, evlilik akdindeki bu şart veya engellerin yokluğu halinde nikâhın cinsel birleşme öncesi feshedileceği ve daha sonra mihr-i misil ile devam ettirileceği belirtilmiştir.
- Madde 33: Evlilik akdinin rıza rüknünü içeren bu madde, bir önceki maddenin devamı niteliğindedir. Rıza rüknü bulunmazsa evliliğin batıl olduğu öngörülmüştür. Eğer taraflar arasında rıza olmaması durumunda, evliliğin feshedilerek mihr-i misil ile devam edileceği belirtilmiştir.
- Madde 36: Eşlerin evlilik birliğini korumak, birbirlerine saygı göstermek ve aile içinde yardımlaşmaya dair sorumlulukları düzenleyen bu madde, tadilat ile birlikte daha kapsamlı bir şekilde yeniden düzenlenmiştir. Aile içi ilişkilere ilişkin daha fazla detay eklenerek, karı-kocanın ebeveynleri ve diğer

akrabalarıyla ilişkilerini de kapsamaktadır.

- Madde 37: Eski madde, kocanın karısına karşı görevlerine ilişkin düzenlemeler içerirken, yeni düzenleme mal rejimi ile ilgili hükümleri içermektedir. Mal rejimi açısından, eşler arasındaki anlaşmazlık durumunda, her bir eşin kendi kullanımında olan malların kendisine verileceği öngörülmüştür.
- Madde 45 mükerrer: Bu madde, tüp bebek şartlarına ilişkin düzenlemeler içermektedir.
- Madde 49: Evliliklerin uzlaşma yoluyla sona erdirilmesine yönelik yapılan tadil ile hâkimin evliliklerin boşanma ile sonuçlanması yerine uzlaşma yoluyla çözümlenmesi için taraflar arasında uzlaşma girişiminde bulunmasına olanak tanınmıştır.
- Madde 53: Kazaî talak sebepleri fıkralarına yeni fıkralar eklenmiş ve madde, toplam on fıkraya çıkarılmıştır. Bu düzenlemeler, boşanma sürecindeki farklı durumlar için özel hükümler içermektedir.
- Madde 54: Bu madde, kadının muhalaa hakkını düzenlemektedir. Tadil ile birlikte, kocanın rızası alınmadan kadının boşanma talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir.
- Madde 57: Bu madde, maddi yönü dışında evlilik bağının sona erdirmesine ilişkin hükümlerin temyize tabi olmayacağını belirlemektedir. Bu sayede, evlilikle ilgili kararlar kesinlik kazanır ve tarafların sürekli bir hukuki belirsizlik içinde kalmalarının önüne geçilir.

Tadil edilmiş bu maddeler, Cezayir Aile Kanunu'nda yapılan değişikliklerle evlilik akdi ve boşanma süreçlerine ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemelerin toplumsal adaleti ve aile içi ilişkilerin korunmasını hedeflediği görülmektedir. Ancak bu düzenlemelerin etkileri ve uygulamadaki başarıları ilerleyen süreçlerde detaylı bir şekilde değerlendirilmelidir..

Yukarıda izah edildiği üzere, tadil edilen Cezayir Aile Kanunu'nun özellikleri aşağıdaki notlarla özetlenebilir:

- **İslami şeriat, Cezayir Aile Kanunu'nun maddi, asli ve açıklayıcı kaynağıdır:**

Cezayir Müzakerelerin Resmi Gazetesi'nde yayınlanan metinde şu ifadeler yer verilmiştir: “Cezayir yasa koyucusu, İslami Şeriat'ın hukuk

kaynaklarından biri olduğunu vurgulamakta olup, ahvâl-i şahsiye ile ilgili meselelerde asli bir kaynak olarak kabul ederken, ahvâl-i şahsiye olmayan (medeni ve mali işlemleri) ile ilgili meselelerde ise tali bir kaynak olarak değerlendirir”¹⁰⁶. Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu için İslami Şeriat'ı maddi bir kaynak olarak benimsemekte ve ailenin hükümlerini İslami Şeriat prensiplerine dayanarak oluşturmuştur. Bu durum, Cezayir toplumunun ahvâl-i şahsiye hükümlerinde İslami Şeriat'a bağlılığının tarihsel ve sosyal sebeplerden kaynaklandığını yansıtmaktadır. Ayrıca, Cezayir Anayasası'nın ikinci maddesinde¹⁰⁷ İslam'ın devletin dini olduğunu belirtmekte ve İslami Şeriat'ı yasaların temel bir kaynağı olarak kabul etmektedir. Bu doğrultuda, Cezayir medeni hukukunun birinci maddesi de İslami Şeriat'ı ilk resmi kaynak olarak tanımaktadır.

Cezayir Aile Kanunu'nun 222. maddesi, İslami Şeriat hükümlerinin asli bir kaynak olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Öyleyse bir konuda kanunda bir hüküm bulunmadığında, hâkim doğrudan İslami Şeriat hükümlerine başvurarak karar verebilir. Bu durum, Ulusal Halk Meclisi müzakerelerinde de vurgulanmıştır¹⁰⁸.

Ayrıca, İslami Şeriat'ın ilke ve hükümlerinin Aile Kanunu için açıklayıcı bir kaynak olduğu açıktır. İslami Şeriat'a dayanan bir madde içindeki anlaşılmazlık, İslami Şeriat dışında başka bir hükümle çözülemez. Bunun yanı sıra, İslami Şeriat'a dayanan bir madde içindeki eksikliğin veya yanlışlığın düzeltilmesi için de İslami Şeriat dışında başka bir hüküm kullanılamaz.

Yukarıdaki bilgilere dayanarak, Cezayir aile hukukunun temel ilkeleri İslami Şeriat'a dayanmaktadır. Cezayir yasa koyucusu, İslam Şeriatı'nın aile hukukunun amaçlarını ve bu amaçların yansıdığı hükümleri benimsemiştir. Ayrıca, Cezayir Aile Kanunu'nun 2. ve 4. maddeleri ailenin dayanışma, iyi geçinme, iyi yetiştirme ve zararlı alışkanlıklardan kaçınma gibi amaçlarına atıfta bulunmakta ve evliliğin sevgi, merhamet, işbirliği, gayrimeşru

¹⁰⁶ Cezayir Müzakerelerin Resmi Gazetes, 2005/03, Numara:146, s10-11.

¹⁰⁷ Madde 2, Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti'nin Anayasası, Resmi Gazete, Numara: 76, 08/12/1996.

¹⁰⁸ “Cezayir yasa koyucusu, İslami Şeriat'ın hukuk kaynaklarından biri olduğunu vurgulamakta olup, ahvâl-i şahsiye ile ilgili meselelerde asli bir kaynak olarak kabul ederken, ahvâl-i şahsiye ile ilgili olmayan (medeni ve mali işlemleri) meselelerde ise tali bir kaynak olarak değerlendirir”, Cezayir Müzakerelerin Resmi Gazete, 2005/03, Numara:146, s.10.

ilişkilerin önlenmesi ve nesillerin sürdürülmesi temelinde bir birlik kurma amacını vurgulamaktadır. Bu amaçların kaynağı olan İslami metinlere örnek olarak: “ *Ey insanlar! Şüphesiz sizi bir erkek ile bir dişiden yarattık, tanışasınız diye sizi kavim ve kabilelere ayırdık, Allah katında en değerli olanınız O’na itaatsizlikten en fazla sakınanınızdır. Allah her şeyi hakkıyla bilmektedir, her şeyden haberdardır.*”¹⁰⁹, “ *Allah size kendi cinsinizden eşler yarattı, eşlerinizden de sizin için oğullar ve torunlar türetti; sizi güzel ürünlerle rızıklandırdı. Onlar yine de bâtila inanıp Allah’ın nimetine karşı nankörlük mü ediyorlar?*”¹¹⁰, “ *Onlara ısınip kaynaşasınız diye size kendi türünüzden eşler yaratıp aranızda sevgi ve şefkat duyguları yerleştirmesi de O’nun kanıtlarındandır. Doğrusu bunda iyi düşünen kimseler için dersler vardır.*”¹¹¹ ve “ *... Onlarla iyi geçinin...*”¹¹² örnek gösterilebilir.

- **Tadil Edilmiş CAK’ın Hükümlerinin Çoğunda Dört Sünni Mezhepten İstifade Etmesi**

Cezayir Müzakerelerin Resmi Gazetesi’nde zikredildiği üzere, Cezayir yasa koyucusu, Cezayir Aile Kanunu’nun kurallarını koyarken belirli bir mezhe benimsememiştir. Bu yönde, mezkûr olan Resmi Gazete’de İslami Şeriat’ın asli bir kaynak olduğunu belirttikten sonra, “9/06/1984 tarihinde yayınlanan ve hükümlerinde daha çok Maliki fikhının görüşlerini tercih ederek dört sünni mezheplerin görüşlerinden istifade eden Cezayir Aile Kanunu’nda ortaya çıkan şeydir”¹¹³ belirtmiştir. Ayrıca hâkim, Cezayir Aile Kanunu’nun 222. maddesini uygularken belirli bir mezhep görüşlerine başvurmak zorunda değildir, zira bu madde, Cezayir Aile Kanunu’nda aile ile ilgili herhangi bir meseleye uygulanacak hiçbir kuralın bulunmaması halinde, İslam Şeriat hükümlerine geri dönmenin gerekliliğini şart koşmuştur ve İslami Şeriat terimi genel olarak gelmiştir¹¹⁴. Cezayir yasa koyucusu Aile Kanunu hazırlarken tek bir mezhep görüşlerine dayanmamasına ilişkin örnekler:

- Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu’nun 5.maddesinde Hanefi mezhebin

¹⁰⁹ Hucurat Suresi, 49/13.

¹¹⁰ Nahl Suresi, 16/72.

¹¹¹ Rum Suresi, 30/21.

¹¹² Nisa Suresi, 4/19.

¹¹³ Cezayir Müzakerelerin Resmi Gazete, 2005/03, Numara:146, s11.

¹¹⁴ **Ben Chewikh, Rachid**, Şerh-ü Kanun-ül Ūsrâ El-Mûadel, 1.Baskı, Darül Haldûniya, Cezayir, 2008, s.

10.

görüşünü¹¹⁵ olarak nişanı bozulduğu halinde tüketilen hediyelerin iade edilmemesini öngörmüştür. Ancak Hanbelilere göre¹¹⁶ nişanı bozan taraf kim olursa olsun, nişanı bozulduğu halinde tüketilen ve var olan hediyelerin mutlaka iade edileceği görüşündedir.

- Nikâhın rükünleri ve şartlarının uyarlanması yasa koyucu, evliliğin tek rükünü olarak rıza kabul eden Hanefî mezhebini esas almıştır. Ancak diğer rükünler (velî, mehir, iki şahit ve evlilik ehliyeti gibi) Cumhur'a göre evliliğin şartları olarak kabul edilir¹¹⁷ (CAK m.9).
- Sürekli evlenme engellerinden olan süt hısımlığı konusunda Cezayir yasa koyucu, 29.maddede şu ifadeyi yer vermiştir: "*Süt hısımlığı, sütün az ya da çok olmasına bakılmaksızın, ancak süttten kesilmeden önce veya iki yıl içinde emzirilen sütle oluşur*". Bu madde iki hüküm içermektedir:
 - 1- Emzirme süresi; Cezayir yasa koyucusu Hanbelîlerin görüşünü¹¹⁸ olarak emzirme süresi tam iki yıl kılmıştır.
 - 2- Cezayir yasa koyucusu, haram kılan sütün miktarı belirlemeyerek, her türlü emmede haramlık doğmasını kılmıştır. Böylece Cezayir yasa koyucusu, Hanefîlerin, Malikîlerin ve bir rivayette Ahmed b. Hanbel'in görüşlerini¹¹⁹ almış olmaktadır.

Cezayir yasa koyucusu, ihtilaf ve yorum çemberini daraltmak amacıyla kasten belirli bir mezhebin görüşlerini benimsemediği, dolayısıyla çekişmeye yer bırakmayan bir ölçüt oluşturan belirleyici görüşler aldığı önceki örneklerden de görülmektedir. İlk örnekte, tüketilen hediyelerin iade edilmemesini şart koştuğunda, yiyecek ve içecek, parfüm ya da telefon gibi nedenlerle çıkabilecek, önemsizliğine rağmen yargıyı meşgul edecek ihtilaflara son vermektedir.

- **Aile ile ilgili meselelerin kamu düzeninden değerlendirmesi**

Bu özellik, Cezayir Aile Kanunu'nun mükerrer 3.maddesinde şöyle açıklanmaktadır: "*Bu kanunun uygulanmasına ilişkin davalarda Cumhuriyet Savcılığı taraftır.*" Buna ek olarak, Aile Kanunu'nun tadil tasarısının

¹¹⁵ İbn Âbidin, Redd'ül-Muhtar, Darül Fikr, Beyrut, 1992, s. 725.

¹¹⁶ İbn Kudâme, "el-Muğnî", Tahkik: Abdullah Abdulmuhsin El-Tûrkî ve Abdelfettah Mouhammed, Darü-Âlemi Kûtûb, Riyadh, s277.

¹¹⁷ Zidan, Abdulkarim, El-Mûfessâl-ü Fî Ahkâm-ü'l Marâa ve Al-Beytü'l Müslîm, Darül-r Alâ, Beyrut, 1993, s. 18.

¹¹⁸ İbn Kudâme, s. 310.

¹¹⁹ İbn Rüşd, Bidâyet el-Müctehid ve Nihâyet el-Muktesid, 6.Baskı, Darül Marif, Betrut, 1989, s. 310.

oylanmasıyla ilgili olarak Cezayir Müzakerelerin Resmi Gazetesi'nde yer alan Adalet Bakanı'nın müdahalesi¹²⁰ şöyle olmuştur: "Aileyi ilgilendiren tüm davalar, Cumhuriyet Savcılığı'nın korumakla görevli olduğu kamu düzeninin bir parçasıdır. Dolayısıyla bu tadil, aileyi dağılmaktan korumak ve istikrarını sağlamak için Aile Kanunu'nun uygulanmasına yönelik tüm davalarda Cumhuriyet Savcılığı'nın asıl taraf olmasını şart koşturmaktadır." Bu, Cezayir Anayasası'nın 58. maddesinde yer alan "Aile, devlet ve toplum tarafından korunmaktadır" şeklindeki anayasal ilkenin onaylanmasıdır.

- **Hüküm çıkarma (İstinbât) alanında hâkimin rolü**

Cezayir Aile Kanunu'nun 222. Maddesi uyarınca: "Bu kanunda yer almayan hükümler için "şeriat" hükümleri esas alınır". Buna göre hâkim, önündeki davalar için uygun hükümlerin çıkmasında ve ailenin çıkarlarını göz önünde bulunduracak şekilde kanun koyucu rolünü oynar. Buna ek olarak, 222. madde aracılığıyla de örf ve adetlerin uygulanmasında hâkimin rolü gösterilmektedir. Çünkü kocanın karısına veya nişanlına nişanlına belirli durumlarda verdiği hediyeler, kadının ailesini ziyareti ve 77. maddesinde belirtilmeyen nafaka gibi aile işleriyle ilgili konuların çoğu örf ve adetlerden kaynaklanmaktadır.

Cezayir Aile Kanunu'nda bahsedilmeyen konulara örnekler:

- Yasa koyucu, neseb reddetme şeri yollarını (Li'ân/Mulâ'ane) ayrıntılı olarak açıklamamışken, aile kurumunun düzgün işleyişini sağlayan yöneticilik rolünü etkinleştiren bir mekanizma olarak kocanın karısını tedip etme hakkından bahsedilmemiştir.
- Yasa koyucu, evlilik hükümlerinde ne şahitler ne de velilerde aranan şartlardan bahsetmiştir.

- **Aile hükümlerine ilişkin genel konuların düzenlenmesi**

Bir önceki özellikte detaylandırılan yargının rolünden hareketle ve yukarıda belirtilen nedenlerle; Yasa koyucu, Cezayir Aile Kanunu'nda yer alan maddeler aracılığıyla, hukukun temel özelliklerini ve aileyi yöneten temelleri ortaya koyduğunu anlar. Bu bağlamda, Cezayir Aile Kanunu'nun bölümleri, bazı hükümleri hariç (evlilik engelleri ve miras gibi) yargının ayrıntılandırmasına izin verirken, aile sorunları için hukuk sisteminin genel çerçevesini belirleyen geniş çizgiler olarak gelmiştir. Bu özelliğin gerekliliği aşağıdaki örneklerde yansıtılmaktadır:

¹²⁰ Cezayir Müzakerelerin Resmi Gazete, 2005/03, Numara:146, s 8.

- Yasa koyucu, Aile Kanunu'nda evliliğin rüknü olan rızaya (irade beyanı) iki maddede (9 ve 10) değinirken, Medeni Kanunu'nda (m. 59-70) sözleşmede rızadan bahsederken bu rüknüne detaylı olarak değinmiştir.
- Yasa koyucu, akdin butlanı ile ilgili olarak, Aile Kanunu'nda konuyu dört madde (m.32,33,34 ve 35) üzerinden ele alırken, konuyu Medeni Kanunu'nun 8 maddesinde (m.97'den 105'e kadar) detaylandırmıştır.

- **Uluslararası anlaşmaların gözetilmesi**

Aile Kanunu'nun tadil tasarısının oylanmasıyla ilgili olarak Cezayir Müzakerelerin Resmi Gazetesi'nde şu ifadeyi yer verilmiştir: " ...*Bu kanun, hükümlerini anayasanın temel ilkeleri ve insan hakları alanındaki uluslararası anlaşmalarla eşleştirmekle beraber, Kadınlara ve çocuk haklarına yönelik her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin bazı bazı bentler ve uluslararası anlaşmalara ilişkin çekincelerin kaldırılması amacıyla bazı acil çözümlerle gelmiştir...*" ¹²¹. Bu metin aracılığıyla, uluslararası anlaşmaların Aile Kanunu'nun tadilinde önemli bir etkiye sahip olduğu açıktır ve bu, aşağıdaki noktalara yansımıştır:

- Erkekler ve kadınlar için evlenme yaşının 19 yaşında birleştirilmesidir (m.7).
- Kadının evlilik akdini akdetmek için velisini seçme özgürlüğüdür (m.11).
- Evlilikten doğan hak ve yükümlülükleri her iki eş için ortak kılınmasıdır (m.36). Bununla birlikte, 39. maddeyi yürürlükten kaldırarak evlilik birliğinde reislik meselesini de ortadan kaldırmıştır.

2.4.2. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin İlgası ve Arap Ülkelerindeki Aile Kanunlarına Tesiri

8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 tarihinde kabul edilen Hukuk-ı Aile Kararnamesi, yalnızca iki yıl süresince yürürlükte kalmış ve 20 Ramazan 1337/19 Haziran 1919 tarihinde yeni muvakkat bir kanun olan "Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Lağvı Hakkında Kararname" ile yürürlükten kaldırılmıştır¹²². Kararname'nin yürürlükten kaldırılmasında etkili olan iki

¹²¹ Cezayir Müzakerelerin Resmi Gazete, 2005/03, Numara:146, s 6,11,13.

¹²² Yurtseven, s. 220.

önemli faktör bulunmaktadır. İlk olarak, Kararname'nin 156. maddesi, cemaat mahkemelerinin yargı yetkisini ortadan kaldırdığı için, bazı kesimlerin muhalefetini uyandırmıştır. İkincisi ise, Kararname'nin bazı İslamcı çevreler arasında, mezheplere dayanmasından kaynaklanan hoşnutsuzluğa neden olmuştur¹²³. Cemaat mahkemelerinin yargı yetkisinin kaldırılması, Rum, Ermeni ve Yahudi cemaatlerinin ruhani liderlerinin tepkisine sebep olmuş ve bu tepkilerini o dönemde İstanbul'u işgal altında tutan İtilaf devletleri ve Avrupa devletlerinin İstanbul'daki büyükelçilerine iletmelerine yol açmıştır. Bunun üzerine, İtilaf Devletleri Yüksek Komiserliği müdahale ederek Kararname'nin uygulamasını sonlandırmıştır¹²⁴. Kararname'nin yürürlükten kaldırılmasındaki diğer bir etken ise İslamcıların tepkisidir. İslamcılar, Kararname'nin bazı hükümlerine güçlü bir şekilde karşı çıkmışlardır. Özellikle diğer mezheplerden yararlanılması ve çok evlilik (taaddütü zevcat) gibi hassas konular, İslamcı kesimler arasında büyük tartışmalara neden olmuştur¹²⁵.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Osmanlı Devleti'nde yalnızca iki yıl gibi kısa bir süre yürürlükte kalmış olmasına rağmen, bazı Arap ülkelerinde daha uzun bir süre boyunca uygulanmıştır. Bunun nedeni, bu ülkelerin Osmanlı hâkimiyeti altında olmaları ve dolayısıyla Osmanlı aile hukukunun bu bölgelerde de devam etmiş olmasıdır. Bu durum, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin etkisinin Osmanlı Devleti'nin sınırlarını aşarak, belirli Arap ülkelerinde de yaygın bir hukuki düzenleme olarak kalmasına sebep olmuştur.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Suriye, Lübnan, Filistin ve Ürdün gibi ülkelerde uygulanmıştır. Suriye'de ise Kararname, 17 Eylül 1953 tarihli Suriye Ahvâl-i şahsiye kanunu yürürlüğe girene kadar geçerliliğini sürdürmüştür. 1920 ile 1946 yılları arasında Suriye Fransız mandası altında olduğu dönemde, Fransız manda yönetimi Kararname'nin bazı maddelerini iptal etmiştir. Bu bağlamda, 7 Aralık 1921 tarihli bir kararname ile 156. madde yürürlükten kaldırılmış ve Suriye adliye nezaretinin 29 Haziran 1926 tarihli bir kararıyla da gayr-ı müslimlere ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece Kararname, Suriye'deki Müslümanlar hakkında 36 sene boyunca yürürlükte kalmıştır. Bu süre zarfında, söz konusu ülkelerde Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin etkisi ve hukuki düzenlemesi devam etmiştir.

Lübnan'da, Hukuk-ı Aile Kararnamesi yürürlüğe girdiği tarihten itibaren gayr-ı müslimler hakkındaki hükümleri kaldırılarak sadece sünni Müslümanlara uygulanmaktadır.

¹²³ Aydın, Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü, s. 454.

¹²⁴ Cin / Akylmaz, s. 363, Aydın, Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü, s. 454.

¹²⁵ Cin / Akylmaz, s. 363, Aydın, Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü, s. 454.

Ancak ülkede yaşayan Şiiler için, Caferi mezhebinin esaslarına göre farklı hükümler uygulanmıştır. Bu durum, Lübnan'da farklı mezheplerin bulunması ve dinî gruplar arasındaki aile hukuku farklılıkları nedeniyle meydana gelmiştir¹²⁶. Böylece Lübnan, farklı dinî toplulukların hukuki ihtiyaçlarını dikkate alan bir sistem benimsemiştir ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi bu çerçevede uygulanmıştır.

Filistin'de, İngiliz mandası döneminde, Hukuk-ı Aile Kararnamesi gayr-ı müslimler hakkındaki hükümleri kaldırılarak yalnızca Müslümanlara uygulanmaktaydı. İngiliz manda yönetimi, Filistin'deki dinî grupların farklı hukuki ihtiyaçları göz önünde bulundurarak bu ayrımı yapmıştır¹²⁷. Bu sayede Müslümanların ve gayr-ı müslimlerin aile hukuku konularında farklı düzenlemelere tabi tutulması sağlanmıştır. Bu uygulama, Filistin'in o dönemdeki siyasi ve toplumsal koşullarından kaynaklanmaktadır ve dinî grupların kendi iç hukukî sistemlerine göre yönetilmesi ilkesini yansıtmaktadır¹²⁸.

Ürdün'de Osmanlı Devleti'nin çöküşünden günümüze kadar aile hukukuyla ilgili dört kanun düzenlenmiştir. Bu kanunlar şunlardır: 1927 tarihli Hukûk-ı Aile (Nikâh ve İftirâk) Kanunu, 1947 tarihli 26 Sayılı Hukûk-ı Aile Kanunu, 1951 tarihli ve 92 Sayılı Hukûk-ı Aile Kanunu ve 1976 tarihli 61 Sayılı Ahvâl-i Şahsiye Kanunu. 1927 tarihli Hukuk-ı Aile kanunu, gayr-ı Müslimler hakkındaki hükümleri kaldırılarak maddelerinin çoğunun HAK'den olduğu gibi iktibas ya da tercüme edildiğini söylemek mümkündür. Ancak 1947 tarihli 26 sayılı Hukuk-ı Aile Kanunu ise, bu kanunda Kararname'de yer almayan bazı maddeler bulunmuşken, Kararname'de yer alan bazı maddeler de bu kanunda bulunmamıştır. Örneğin 1947 tarihli kanunun 4. maddesinde, evlilikte yaş konusunda denklik aranacağı ve hâkimin, bir tarafın kendisinden otuz yaş ya da daha fazla büyük biriyle evlenmesine izin veremeyeceği hükmü düzenlenmiştir. Öte yandan Kararname'de 33. madde olarak yer alan "Akd-i nikâhın icrâsından evvel keyfiyet ilân olunur" hükmü, Ürdün 1947 kanununda yer almamaktadır. Fakat bu hususta belirlemek gerekir ki; bu kanun büyük oranda Kararname'ye dayanarak ve maddelerini tercüme ederek düzenlenmiştir¹²⁹.

131 maddelik 1951 tarihli 92 sayılı Hukuk-ı Aile Kanunu'nun 68 maddesini aynen Kararname'den almış bulunmaktadır¹³⁰. Bu kanunda önceki konunda olduğu gibi

¹²⁶ Zeydan, Abdülkerim, el-Medhal lidiraseti's-Şeriatî'l-İslamiyye, 9. Basım, Beyrut, 1986, s.153.

¹²⁷ Sertâvî, Mahmud, Şarhu Kanun'i-l Ahvâlî's-Şahsiyye, 2.Basım, Amman, Darül Fikr, 2007, s. 15.

¹²⁸ el-Katırcı, Noha , "Kevanın el-Usra bayna aş-Şari'a el-İslamiyâh val-İttifakiyat al-Duvliyâh", "Kişisel Statü Mevzuatı Alanında Seküler Zorluklar" başlıklı Dördüncü Şeriat ve Kanun İslam Konferansı, Tarablus, 27-29/05/2011, s. 5.

¹²⁹ Ahmed b. Muhammed, b. İsmail el-Hanefi Tahtavî, Hâşiyetü't-Tahtavî ale'd-dürri'l-muhtar, Beyrut, Dârü'lMa'rife, 1975, s255.

¹³⁰ Bostancı, Ahmet, (2003), "Ürdün Ahvâl-i Şahsiye (Hukûk-ı Âile) Kanunlarında Osmanlı Tesiri", MDAD 3 / 2 (Ekim 2003): 121-142, s. 127

kararname’de yer almayan bazı maddeler bulunmuşken, kararname’de yer alan bazı maddeler de bu kanunda bulunmamıştır. Örneğin: 1951 tarihli kanunun 64. maddesinde, ebe ve doktor masraflarının nafakaya dâhil olduğu hükmü düzenlenmiştir. Ancak Kararname’nin 7. maddesinde, 12 yaşını tamamlamayan erkek ve 9 yaşını tamamlamayan kızı kimsenin evlendiremeyeceği hükmü düzenlenmiştir. Ürdün 1951 tarihli kanunda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır ¹³¹.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Osmanlı Devleti’nde iki seneden az bir süre boyunca yürürlükte kalmış olmasına rağmen, İslam-Osmanlı aile hukuku tarihinde ilk kanunlaştırma girişimi ve aynı zamanda ilk resmi düzenleme özelliğine sahiptir. Bu kanunla, aile hukukunda düzenlemelerin resmi ve yasal bir çerçeveye oturtulması hedeflenmiştir.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 1917 yılında yürürlüğe girmiş ve 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kısa süreli yürürlük, kanunun etkinliği açısından eleştirilmiştir. Ancak, bu kanun, İslam-Osmanlı hukuk sisteminde modern anlamda aile hukukunun ilk kanuni düzenlemesi olması bakımından önemlidir.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin Osmanlı Devleti’nde yürürlüğe girmesiyle, aile hukuku konusunda daha sonraki dönemlerde bazı İslam ülkelerinde kabul edilecek olan aile kanunlarına öncülük etmiştir¹³². Bu kanun, modernleşme sürecinin bir parçası olarak, İslam hukukuna dayalı aile hukukunun yasal bir çerçeveye oturtulmasında önemli bir adım olmuştur.

Ancak, Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin yürürlük süresinin kısa olması ve Osmanlı İmparatorluğu’nun çöküş döneminde kabul edilmiş olması, kanunun kalıcı etkilerinin sınırlı kalmasına yol açmıştır. Bu nedenle, daha sonraki dönemlerde farklı İslam ülkelerinde aile hukuku alanında daha kapsamlı ve sürekli düzenlemeler yapılmıştır. Ancak Hukuk-ı Aile Kararnamesi, İslam-Osmanlı hukuk geleneği içinde önemli bir kilometre taşı olarak kabul edilir ve modern aile hukuku düzenlemelerinin temellerinin atılmasına katkı sağlamıştır.

¹³¹ Tahtavî, s.255.

¹³² Cin/Akyılmaz, s. 353.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZAYİR AİLE KANUNU VE OSMANLI HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NDE NİKAH VE HÜKÜMLERİ

3.1. Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Umumi Olarak Nikâh ve Nişanlanma

İslam, aile istikrarını ve toplumda erdemin yayılmasını sağlayacak en güçlü ilke ve değerlere dayalı olarak evlilik için sıkı bir sistem kurmuş, bu kapsamda evlilik akdini diğer sözleşmelerden ayırarak ona bir kutsallık bahşetmiştir. Bu akde atfedilmiş olan ehemmiyete binaendir ki, onun etkileri sadece sözleşmenin tarafları ile sınırlı tutulmamış; evlilik toplumun genelini ilgilendiren bir olgu olarak düşünülmüştür. Nitekim bu akit aynı zamanda Cenab-ı Hakk'ın cinsin sürdürülmesi, insanoğlunun çoğalması ve böylece insan hayatının devam edebilmesi için seçtiği bir yöntem olarak kabul edilmiştir. Bu sayede, bir insanın hayatında kurduğu en önemli ilişkilerden biri olduğu için yasa koyucu, tarafların evliliği planlamasından, onun boşanma veya ölüm ile sona ermesine değin geçen tüm süreci ayrıntılı bir şekilde düzenleme ihtiyacı hissetmişlerdir. Bu nedenle çalışmanın devam eden kısmında öncelikle evliliğin tanımına ve hükmüne değinilecek, ardından evlilik akdine bir ön hazırlık olarak nişandan ve nişanın bozulmasının İslam fıkındaki, Cezayir ve Osmanlı Hukuku'ndaki etkilerinden bahsedilecektir.

3.1.1. İslam Hukuku, CAK ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde Nikâh Kavramı ve Mahiyeti

İslam fıkında evlilik kavramının tanımlanmasından ve Cezayir ve Osmanlı aile hukuku özelinde ele alınmasından evvel “akit” kavramının sözlükte ve ıstılahta nasıl tanımlandığını ifade etmek gerekmektedir.

Akit, Arapça bir kelime olup sözlükte “bir şeyin iki ucunu bir araya getirmek”, “sağlamlaştırmak”, “ipin iki ucunu birbirine bağlamak”, “iki veya daha fazla şeyi toplamak”, “dügümlemek”, “ahitleşmek” vb. anlamlarına gelir¹³³. Buna göre, söze genellikle akit denir. İbn Manzur¹³⁴ akdi tarif ederken şöyle ifade etmiştir: " Akit sözdür, çoğulu da akitler, sözlerin en kesinidir, bu yüzden felan falanı bir şey yapmaya yükümlü tuttuğuna denir. Buna

¹³³ İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mûkerrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî, Lisânü'l-Arab, Beyrut: Dârü Sâdır Yayınlar, 1993, s. 296.

¹³⁴ Ebû'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mûkerrem b. Alî b. Ahmed Ensârî er-Rüveyfî (ö. 711/1311), Lisânü'l-Arab adlı ansiklopedik sözlüğüyle tanınan dil âlimidir.

göre bir kişi ile bir akit olduğunu veya onun üzerine akit yapıldığını söylenirse, onu güvenerek yükümlü tutuldu demektir.”¹³⁵

İstilahta ise, akit anlamı genel ve özel olmak üzere ayrılmaktadır. Genel anlamı: dini veya dünyevi olduğuna bakılmaksızın başka bir yükümlülük karşılığında bir yükümlülük olsun veya olmasın, bir kişinin yerine getirmeyi taahhüt ettiği her türlü yükümlülüktür. Özel anlamı ise, İki taraftan sadır olan taahhüttür. Buna göre, İslam hukukçuları tarafından çoğunlukla akit terimi kullanıldığında özel anlamını kastedilmiş olur¹³⁶.

Akdin bu özel anlamı ışığında, İslam hukukçuların çoğu onu şöyle tanımlamıştır: Kemal İbnü’l- Hümam’a göre: “ Akit, iki sözden birinin diğeri ile hukuki bir bağ oluşturacak şekilde irtibatından ibarettir.”¹³⁷ Kadri Paşa ise daha anlaşılır ve teknik bir tanım yaparak şu ifade ile tanımlanmıştır: “ Taraflardan birinden sadır olan icabın, mevzuda sonucu meydana gelecek şekilde karşı tarafın kabulü ile bağlanmasıdır.”¹³⁸ Muhammed Ebu Zehra da aynı tanımlı vermiştir¹³⁹. Mecelle’de de akid şu ifade ile tarif edilmiştir: “ “Tarafeynin bir hususu iltizâm ve taahhüt etmeleridir kiicâbve kabulün irtibatından ibarettir.”¹⁴⁰ Cezayir yasa koyucusu Medeni Kanun'un 54. maddesi aracılığıyla akdi şöyle bir şekilde tanımlamıştır: " Akit, bir veya birkaç kişinin bir şeyi vermeyi, yapmayı veya yapmamayı taahhüt ettiği bir anlaşmadır." Hukuki olarak da akit şu şekilde tanımlanabilir: hukuki bir bağ oluşturmak, aktarmak veya bitirmek üzere iki veya daha fazla iradenin ittifakıdır¹⁴¹.

3.1.1.1. Nikâh (İzdivaç) Tarifi

İslam hukukunda teknik olarak evlenmeyi (izdivaç) ifade etmek için kullanılan teknik terim nikâhtır¹⁴². Nikâh, Arapça bir kelime olup sözlükte “birleşme ve karıştırma” anlamlarına gelmektedir. Nitekim “kişi develerini izdivaç ettirmiştir” cümlesinde kastedilen kişinin develerini birbiriyle birleştirmesi, keza “uyku bir kimseyle izdivaç etti” cümlesinden kastedilen ise uykunun kişinin zihnini karıştırmasıdır”. Nitekim Yüce Allah şöyle buyurmuştur: “*Toplayın o zalimleri, onların yoldaşlarını ve Allah’ın dışında taptıklarını.*

¹³⁵ İbn Manzûr, s. 297.

¹³⁶ Karadî, Mehmedî, Mebdâa Riza Fi’l ûkud-Dirasâh Mükaranâh-, 1.Baskı, Beyrût, Darü’l Beşâyîr İslamiyah, 1985, s125.

¹³⁷ İbnü’l- Hümam, Fethu’l-Kadir, C.:3, Betrût, Darül Kütübü’l İlmiyâh, s. 182.

¹³⁸ Kadri Paşa, Mürşidü’l-Hayran,Mısır,el-Metba’a el-Kubrâh el-Emiriyâh,1891, s. 49.

¹³⁹ Bkz; Ebu Zehra, Muhammed, el-Milkîyâh ve Nazarîyettü’l Akit Fi Şarîiya İslamiyah, Mısır, Darül Fikr el-Arabi, 1997, s199.

¹⁴⁰ Mecelle, md 103.

¹⁴¹ Desûki, İbrahim (1995), el-Akit ve İradetü’l Münferidâh, 1.Baskı, Kuveyt, Matbûat-ü’l Kuveyt, 1995, s. 674.

¹⁴² Cin, Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974, s. 39.

¹⁴³, “ *İnsanlar (amelleriyle) eşleştirilip (buna göre) şekillendirildiğinde*”¹⁴⁴ yani zinakâr zinakâr ile birlikte, içki içen ile birlikte, hırsızlık yapan hırsızlık yapanla birlikte¹⁴⁵. Daha sonra ise bu kelime, aile oluşturmak amacıyla bir erkek ile bir kadının birleştiğini belirtmek için kullanılmaya başlanmıştır¹⁴⁶.

İstılahta ise nikâh, hukukçular tarafından, “kadının kadınlığından faydalanma” çerçevesinde benzer şekillerde tanımlanmışlardır.

Hanefilereden İbnü'l-Hamam, nikâh “ bir akittir ki kasten bir kadın üzerine mülki müt'a” olarak tanımlamıştır¹⁴⁷. Bu tanımda geçen akit tabiri nikâhın diğer akitlerle ayniyetine işaret etmektedir. Ancak “bir kadın üzerinde mülki müt'a” ifadesi ile nikâh diğer akitlerden ayrılarak kadın üzerinde erkeğin kiralama yoluyla yararlanması yahut onun üzerinde satım veya bağışlama gibi tasarruflarda bulunması durumları dışlanmaktadır. “Kasten” kelimesi ise, mut'a nikâhının¹⁴⁸ muteber nikâh akitlerinden hariç tutulduğu anlamına gelir¹⁴⁹.

İbn Abidin nikâhı şöyle tanımlamıştır: “*erkeğin nikâhı yasak olmayan bir kadından meşru olarak istifadesini temin eden bir akittir*”¹⁵⁰. Bardisi'nin tanımına göre ise nikâh: “Doğrudan kast ile bir erkeğin nikâhı yasak olmayan bir kadından meşru olarak faydalanmasını sağlayan bir akittir”¹⁵¹.

Maliki bilginlerinden Dardir'e göre nikâh: “*Sîga (irade beyanı) ile bir erkeğin, mahrem, mecusi ve zimmi bir cariye olamayan bir kadından faydalanmasını sağlayan bir akittir*”¹⁵². Malikilere göre sîga (irade beyanı) nikâh akdinin rükünlerinden biri olduğu için bu tanımda “sîga kavramına yer verilmiştir.

Şafîilere göre nikâh, nikâh anlamına gelen bir söz ile cinsel ilişkiyi helal kılan bir akit olarak tanımlanmışlardır¹⁵³. Nitekim Şafîilere göre, kiralama gibi konusu cinsel ilişkiyi helal kılmayan ve nikâh anlamına gelmeyen herhangi bir söz ile yapılan akitler, nikâh akdi

¹⁴³ Saffat Suresi (/3722).

¹⁴⁴ Tekvîr suresi, 7.

¹⁴⁵ **İbn Kesir**, Tefsirü'l Kuran-i el-Azim, 1.Baskı, C:: 4, Beyrüt, Darü'l Nahdâh Lil'ttibâa ve Neşir, 1988, s. 5.

¹⁴⁶ **İbn Manzûr**, s. 625-626.

¹⁴⁷ **İbnü'l- Hümmam**, C:3, s. 177.

¹⁴⁸ Mut'a Nikâhı; İlk Müslüman toplumunda ve günümüzde bazı Şii mezheplerinde uygulanan kadın ve erkeğin belli bir mal karşılığında ve belli bir müddet için anlaşarak başlattıkları bir evlilik çeşididir; bkz; **Türcan**, s. 314.

¹⁴⁹ **Ebu zehra, Muhammed**, Muhadarât Fi Akid'z Zevac, Darül Fikri'l Arabi, 1965, s. 43.

¹⁵⁰ **İbn Abidin**, Haşiyetü Raddi'l Muhtar Âlâ'd Dürari'l Mühtar, C: 3, Amman, Darül Fikr,1992, s. 3.

¹⁵¹ **Berdisi, Zekeriya**, el-Ahkamü'l Şeriyâh Fi'l Ahvâlî's Şahsiyâh, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Nahdâh, 1965, s. 30, bkz; **Zühli, Vehbâ**, el-Fikhü'l İslami ve Edillêlühü, Beyrüt, Darül Fikr, 1996, s. 297.

¹⁵² **Derdir**, el-Şarhü'l Sağir ve Mâahü Haşiyetü'l Savi, Matbâatü'l Halebî, 1952, s. 374.

¹⁵³ **eş-Şerbini**, Muğni'l Muhtac İla Mârifet Elfaz el-Minhâc, C: 3, Beyrüt, Darül Marifâh, 1997, s. 165.

olamaz¹⁵⁴.

Hanbelilere gelince, onlar nikâhı şöyle tanımlamışlardır: “ nikâh evlendirme akdidir, nikâh manileri olmadıkça nikâh anlamına gelen herhangi bir söz söylendiği zaman gerçekleşmiş olur”¹⁵⁵.

Buradan hareketle farklı ekollere mensup hukukçular tarafından yapılan tanımların anlamca birbirine yakın olduğu ifade edilebilir. Nitekim tüm bu tanımlar, nikâhın konusunun kadın üzerinde meşru olarak müt'anın tesisi olduğu noktasında birleşmişlerdir. Buna ek olarak nikâhın asıl amacı cinsin sürdürülmesi ve nüfusun çoğalması iken; örf ve şeriat nikah akdinin kadın üzerindeki müt'ayı helal kılmayı amaçladığı hususunda müttefiktir. Serahsi nikâhın amacı bağlamında şu ifadeleri kullanmıştır: "*Bu akdin amacı, şehvetin yerine getirilmesi değil, maddî ve manevî menfaatlerin temini ve bu arada gayrimeşru cinsel ilişkilerinden korunmaktır*".¹⁵⁶

Ancak İslam bilginlerinden Ebu Zehra nikâhı şöyle tanımlamıştır: “*Karı-koca arasında beraber yaşamaya ve yardımlaşmaya izin veren ve taraflara hak ve yükümlülükler belirleyen akittir*”.¹⁵⁷

3.1.1.2. Hukuki Tanım

Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde evliliğin tanımına yer vermemişken¹⁵⁸, Cezayir Aile Kanunu'nun 4.maddesinde evlilik şöyle tanımlanmıştır: “ *Evlilik, kadın ve erkek arasında hukuken yapılan rızaya dayalı bir akit olup amaçlarından de sevgi,*

¹⁵⁴ **Raffi**, el-Şarhü'l Kabir, Betrüt, Darül Kütübü'l İlmiyâh, 1997, s. 427.

¹⁵⁵ **İbn Kudâme**, s. 339.

¹⁵⁶ **Serhasi**, el-Mebsût, 4.Baskı, C: 1, Betrüt, Darül Kütübü'l İlmiyâh, 1993, s. 194.

¹⁵⁷ **Ebu Zehra, Muhammed**, Muhadarât Fi Akid'z Zevac, s. 17.

¹⁵⁸ Bu noktada belirtilmesi gereken husus, HAK'ın, ileride göreceğimiz üzere, evliliğin tanımı ve aile hukukuna ilişkin bazı önemli hususları ele almaması gibi bazı eksikliklere sahip olduğudur. Bu eksiklikler söz konusu kanunun hazırlandığı koşullardan kaynaklanmaktadır. İlk olarak, yasanın oldukça acele bir şekilde hazırlandığı söylenebilir, zira daha önce de belirttiğimiz gibi o dönem Birinci Dünya Savaşı'na ve sonuçlarına tanıklık etmiştir. Ancak, ülkenin o dönemde içinde bulunduğu sosyal, ekonomik ve siyasi koşullar göz önüne alındığında, alelacele hazırlanan bir kanunda bazı eksikliklerin bulunması son derece normaldir. Nitekim bu kararnamenin yürürlüğe konulma şekli de bu hızın bir göstergesidir. Oysa bu kanunu hazırlayanlar, bu kanun reddedilebileceği korkusuyla normal usullere göre Meclis'ten geçirmemişler, bunun yerine Kanun-ı Esasi'nin 36. maddesinin kendilerine sağladığı yetkiyi kullanarak bunu geçici bir kanun olarak çıkarmışlardır. Bu nedenle bu yasayı hazırlayanlar yasanın eksikliklerini fark etmişlerdir. Ancak gelecekte bu eksiklikleri gidermeyi umut etmişlerdir. Konuyla ilgili olarak, bu yasayı hazırlayan komisyonun üyelerinden biri, bu yasanın yürürlüğe girmesinden 5 ay sonra bir gazeteye yaptığı açıklamada şöyle bir ifade kullanmıştır:

"*Hukuk-ı Aile Kanununu henüz bitirmedik. Evvelce münakahat (evlenme) ve müfarakat (boşanma) mebahisini (konularını) tanzim etmiştik. Komisyonumuz bu mebahisi arz ve amîk tetkik eyledikten sonra mevadd-ı kanuniyesini tanzim eylemişti. ...şimdi nesep, nafaka, müfarakat vukuundan sonra hadane, yani çocuk büyütmeye, vasiyet, miras meseail-i mühimmesini tetkik ediyoruz. Teehhül (evlenme) etmiş olan bir adamın teehhülünden itibaren vefatına kadar kendisiyle akrabası arasındaki muamelet-ı umumiye biz "hukuk-ı aile" deriz ki fevkalade ehemmiyeti haizdir*".

merhamet, işbirliği, eşlerin gayrimeşru cinsel ilişkiye girmelerini önleme ve nesiller sürdürmesine dayalı bir aile kurmaktır". Cezayir yasa koyucusunun benimsediği evlilik tanımının büyük ölçüde Abu Zehra tarafından getirilen tanımla büyük ölçüde bağdaştığını söylemek mümkündür.

Bu tanımdan hareketle şu neticelere ulaşmak mümkündür;

- Madde evliliğin özü ve amacı açısından oldukça kapsamlıdır. Ayrıca evliliğin anlık bir yararlanmadan ziyade, taraflar arasında kurulan kalıcı bir manevi bir bağ olduğuna işaret edilmiş ve bu kapsamda eşlerin karşılıklı hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu vurgulanmıştır.¹⁵⁹
- Evliliğin rızaya dayalı bir akit olduğu hüküm altına alınmıştır. Yani akit iki tarafın icap ve kabulü birleşince akdedilmiş olup, akdedildiği andan itibaren her iki taraf üzerine de geçerli olur.¹⁶⁰
- Dört Sünni mezhep muta nikâhının batıl olduğu konusunda müttefiktirler. Cezayir Aile Kanunu'nda de bu anlayışa paralel olarak aile kurumu istikrarlı ve kalıcı bir kurum olarak kurgulanmıştır. Akdin eşler ve çocuklar üzerinde hayat boyu sürecek etkileri kanun koyucuyu bu anlayışı benimsemeye yöneltmiş olmalıdır.
- İlgili maddede eşcinsel evliliklerin önüne geçmek amacıyla, akdin sadece kadın ve erkek arasında akdedilebileceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu akdin yasal evlilik akdi çerçevesi dışındaki tüm cinsel ilişkileri reddetmek için yasal bir şekilde yapılmasını şart koşmuştur.
- Cezayir yasa koyucusu bu madde aracılığıyla evliliğin amaçlarından birini neslin korunması ve devamlılığı haline getirmiştir. Bu amaca ulaşmak için de bir dizi mekanizmayı yasalaştırmıştır ki bunlardan en önemlileri; daha sonra ele alınacağı üzere 45 mükerrer madde aracılığıyla normal gebeliğin imkânsızlığı durumunda tüp bebek yöntemine başvurulmasının yasallaştırılması ve Ceza Kanunu'nun 304. maddesi aracılığıyla kürtajın suç sayılmasıdır.

Böylece Cezayir yasa koyucusu evliliğin amacına uygun kapsamlı bir tanım yapmıştır. Bu kapsamda evliliğin asıl amacının aile kurma ve böylece nesillerin sürdürülmesi; tali amacının ise gayrimeşru cinsel ilişkilerin önüne geçilmesi olduğunu açık bir şekilde ortaya koymuştur.

¹⁵⁹ Belhâj, s. 12.

¹⁶⁰ Şehboun, Abdelkarim, el-Şaffî Fi Şerhi'l Müdevvinetü'l Üsrâh, Fas, Darü'l Marifâh, 2006, s. 22.

3.1.1.3. Evliliğin Mahiyeti

İslam dini evlenmeye büyük önem vermiştir. Gerek Kur'an-ı Kerim ve gerek hadis-i şeriflerde Müslümanlar evlenmeye teşvik edilmiştir. Mesela Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulur: “ ... Beğendiğiniz kadınlardan ikişer, üçer, dörder nikâhlayın...”¹⁶¹, “ İçinizden evli olmayanları, köle ve cariyeleriniz arasından da elverişli olanları evlendirin. Yoksulluk içinde iseler Allah lütfu ile onları ihtiyaçtan kurtarır. Allah'ın hazinesi geniştir, her şeyi bilmektedir.”¹⁶², “ Onlara ısınip kaynaşasınız diye size kendi türünüzden eşler yaratıp aranızda sevgi ve şefkat duyguları yerleştirmesi de O'nun kanıtlarındandır. Doğrusu bunda iyi düşünen kimseler için dersler vardır.”¹⁶³

Hz. Peygamber (s.a.s) de “*Nikâh benim sünnetimdir, kim benim sünnetimden yüz çevirirse benden değildir*”¹⁶⁴, “*Ey gençler, sizden kimin evlenmeye gücü yetiyorsa evlensin*”¹⁶⁵ buyurmuştur.

Konuyla ilgili ayet ve hadislerden hareketle İslam bilginleri evlenmeyi çeşitli durumlara göre değişen vacip, mendup, mubah/ sünnet, mekruh hatta haram bir davranış olarak nitelemişlerdir.

Hanefi¹⁶⁶, Maliki¹⁶⁷, Şafii¹⁶⁸ ve Hanbeli¹⁶⁹ fakihlerinin çoğunluğu, nikâhın sünnet olduğu görüşündedirler; çünkü Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamber birden fazla hadiste bunu teşvik etmiştir. Kur'an ve Sünnette yer alan nikâh ile ilgili emirler, nikâhın farz olduğunu göstermez. Mesela; Cenab-ı hak Kur'an-ı Kerimde “...beğendiğiniz kadınlardan ikişer, üçer, dörder nikâhlayın...”¹⁷⁰ buyurarak ayette geçen sayılarla evlenmeyi farz kılmamış, bir erkeğin en fazla kaç kadın ile evlenebileceğini bildirmiştir. Keza Hz. Peygamber İslam ve İmanın şartları ve farzları arasında nikâhtan bahsetmemiş ve bazı sahabelerin evlenmediğini inkâr etmemiştir.

Zahirîler ise, emir kipi şeklinde nikâhtan bahseden ayet ve hadislere dayanarak nikâhın yükümlülükleri yerine getirebilenlere farz-ı ayınolduğu görüşündedirler¹⁷¹.

¹⁶¹ Nisâ suresi (04/02).

¹⁶² Nur suresi (24/32).

¹⁶³ Rum suresi (30/21).

¹⁶⁴ Buhari, nikâh 1; Müslim, nikâh 5.

¹⁶⁵ Buhari, Savm10, Nikah2; Müslim, Nikâh 1/3.

¹⁶⁶ **Badran, Eboulini**, Tarihü'l Fıkhı'l İslamî, Beyrüt, Darü'l Nahdâh el-Arabîyâh, s. 475.

¹⁶⁷ **İbn Cezî**, Kavâninü'l Ehkâm el-Şerrîyah ve Mesâil el-Furûu'l Fıkhîyâh, 1.Baskı, Mısır, Âlemü'l Fikr, 1985, s. 193.

¹⁶⁸ **Ebou Hasan, el-İmran**, el-Bayan fi el-Mezhebü'l eş-Şaffîi, Beyrüt, Darü'l Menhac Liltibâa ve Neşr, 2000, s.109.

¹⁶⁹ **İbn Kudâme**, s341.

¹⁷⁰ Nisa Suresi (4/3).

¹⁷¹ **Çelebe, Mustafa**, Ehkamü'l Ūsrâh Fi'l İslam, Beyrüt, el-Darül Camîyâh, s. 46, bkz; **Zühli**, s. 30

Bazı fakihler, evlenmenin cihat gibi farz-ı kifâye olduğu düşüncesindedirler. Çünkü evliliğin asıl amacı, cinsin sürdürülmesine, insan nüfusunun çoğalması ve hayatın devamıdır, bunu gerçeklemek için de toplumun bir kesimi evlenirse yeterlidir.¹⁷²

Bazı durumlarda evlilik, vacip, mendup, mubah, mekruh hatta haram da olabilir.. Buna göre;

Vacip: Evleneceği kadına karşı yükümlülüklerini yerine getirebilecek imkâna sahip olan ve evlenmediğinde zinaya düşeceğinden korkan kişi için evlenmek vaciptir¹⁷³. Nitekim Moğani'nin eserinde şöyle bir ifade geçmektedir ; “*Kim evlenmediğinde harama düşeceğinden korkarsa, kendisine nikâh vaciptir.*”¹⁷⁴ Ancak Zahirîler, harama düşme korkusuna önem vermeden, evlenmeye muktedir ve evlilik yükümlülüklerini yerine getirebilecek olanın evlenmesinin vacip olduğu kanaatindedirler”¹⁷⁵.

Haram: Evleneceği kadının hukukuna ve evlilik yükümlülüklerine riayet etmeyeceği ve zulmedeceği kesin olan kişi için evlenmek haramdır¹⁷⁶.

Mekruh: Evleneceği kadının hukukuna riayet edemeyeceğinden korkan için mekruhtur. İbn Cezzi Maliki demiştir ki: “ *Mekruh nikâh, zinaya düşeceğinden korkmayan ve evlilik yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğinden korkan kimse içindir.*”¹⁷⁷ Bu hususta Hanefiler, evleneceği kadına zulmedeceğinden korkan için tehrimen mekruhtur.¹⁷⁸

Mendup: Evlenmeye muktedir ve evlilik yükümlülüklerine riayet edebilecek olup da nefsinin kontrol altında tutabilen kişi için evlilik menduptur¹⁷⁹.

Mubah: Sadece şehvi arzuların tatmini için evlenmek isteyen kişi için evlilik mubah sayılmıştır.

Yukarıda izah edildiği üzere, İslam biginleri, evlilik yükümlülüklerini yerine getirebilen ve nefsinin kontrol altında tutamayan kişi için evliliğin vacib olduğu konusunda hemfikirdirler.

3.1.1.4. Değerlendirme

Evliliği tanımlayan bir maddenin kanunda yer alması veya almaması uygulamaya

¹⁷² Badran, Eboulinin, el-Binayâh Fi Şerhi'l Hidâyâh, 2.Baskın, Beyrüt, Darü'l Fikr, 1990, s. 477.

¹⁷³ Zidan, Abdelkarim, el-Mûfessal Fi Ahkamü'l Merâh ve el-Beytü'l Müslim Fi eş-Şariyâh, 14.Baskın, Beyrüt, Mueseset Risâlâh, 1993, s. 151.

¹⁷⁴ İbn Kudâme, C: 9, s. 342.

¹⁷⁵ İbn Hazm, el-Muhalla Bi-l'Asar, Tahkik eden; Muhammed Munir el-Dimaşki, 1.Baskı, C:9, Mısır, et-Tba'a el-Muniriyyâh Yayınlar, 1929, s. 440.

¹⁷⁶ Ebu Zehra, s. 23, bkz; Çelebe, s. 64.

¹⁷⁷ İbn Cezzi, s. 193.

¹⁷⁸ İbn Âbidin, C:7, s. 37.

¹⁷⁹ İbn Kudâme, C: 9, s. 342.

üzerinde önemli bir etkiye sahip değildir. Ancak, bu durum islam hukukunun giderek pozitivist bir yaklaşıma döndüğünü göstermektedir. Ayrıca, maddede nikâhın tanımının yer alması, nikâhın amacını ve özelliklerini anlamlandırma ve yorumlamada teorisyenlere ve uygulayıcılara yön gösterici olabilmektedir. Buna ek olarak, CAK'nda yapılan evlilik tanımının kapsamlı ve kuşatıcı olmasına rağmen, CAK ve HAK'de evliliğin rükünleri, şartları ve sonuçları ayrı ayrı düzenlemeyi ele alındığı için dolaylı olarak evliliğin sınırları da belirlenmiş olur.

3.1.2. İslam Hukuku, CAK ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde Nişanlanmanın Mahiyeti

İslam şeriatı, nikâh akdinden önceki aşamalara da önem vermiş ve bunun için özel hükümlerini koymuştur. Bundan dolayı, güçlü temeller üzerine kurulması için nikâh akdinden önceki aşamaları (nişan veya evlilik vaadi) da hukuken kabul edilmiştir.

Bu başlık altında İslam fıkında, Cezayir ve Osmanlı hukukunda nişanlanmanın kavramı ve nişanın bozulmasının etkileri incelenecektir.

3.1.2.1. Nişanlanma Fıkhi ve Hukuki Niteliği

Bu başlık altında, nişanlılığın tanımı ve İslam hukuku, Cezayir aile hukuku ve HAK'deki niteliği açıklığa kavuşturulacaktır.

3.1.2.1.1. Nişanlanmanın Tanımı

Klasik ve modern hukukçular nişanlanmayı farklı şekillerde tanımlamışlardır. Hanefiler nişanlanmayı evlenme teklifi olarak¹⁸⁰, Malikiler ise; şeriata uygun yollarla evlenme arzusunu açıkça veya zımnen ifade etmek olarak tanımlamışlardır¹⁸¹.

Hanbeliler nişanı, bir kadınla evlenme talebinde bulunma olarak¹⁸², Şafiiler ise; evlenme iradesini açıklaması olarak ifade etmişlerdir¹⁸³.

Modern müelliflerden Muhammed Ebu Zehra'ya göre nişan; "bir erkeğin belli bir kadınla evlenmek istemesi ve yakınlarına durumunu bildirerek onlarla akdin konusunu ve buna ilişkin taleplerini onlarla müzakere etmesidir"¹⁸⁴. Fethi Darini nişanı evlenmeleri yasak

¹⁸⁰ İbn Âbidin, C:7, s. 3.

¹⁸¹ Hattab, Mevahîbü'l Celil Fi Şerhî Muhtaser Halîl, 3.Baskı, C: 4, Beyrüt, Darül Fikr, 1992, s. 25.

¹⁸² İbn Kudâme, C:9, s. 461.

¹⁸³ eş-Şerbini, s. 183.

¹⁸⁴ Ebu Zehra, s. 22.

olmayan bir erkek ile bir kadın veya ilerde nikâh akdini akdedebilen velisi arasındaki açık ve karşılıklı anlaşma olarak tanımlamıştır.¹⁸⁵

Gerek Cezayir gerekse Osmanlı yasa koyucusu - maddelerde kullanılan ifadeler farklı olsa da - nişanın bir akit olarak kabul edilmediği ve dolayısıyla onunla evliliğin kurulmadığı konusunda hemfikirdir. Daha ziyade, her iki tarafın da gelecekte evleneceğine dair bir sözdür ve tarafların arasında evlilik bağı oluşturmaz. Buna göre, her iki taraf veya taraflardan biri, üzerinde herhangi bir hukuki sonucu olmaksızın istediği zaman nişanı bozma hakkına sahiptir.

Yukarıdaki tanımlardan hareketle nişanlanmanın fıkhi ve hukuki niteliği çıkarılabilir.

3.1.1.2. Nişanlanma Fıkhi Niteliği

İslam şeriatinde nişan, her iki tarafın rızasıyla yapılsa bile bir akit değil, evlilik vaadidir. Buna göre, erkek nişanlısına nişan yüzüğünü takmış, mehrin bir kısmını veya nişanlısına ve/veya ailesine bazı hediyeler vermiş olsa bile nişanlı olan kimseler birbirlerine yabancı konumundadırlar ve nişanlılık döneminde taraflar, nikâh akdin evli çiftlere tanıdığı hiçbir hakka sahip olamazlar. Buna ek olarak, nişanlılar karı-koca gibi hareket edemezler ve mesela üçüncü bir şahsın bulunmadığı bir ortamda baş başa kalamazlar. Nişan bir evlilik vaadi olması itibarıyla, akdi tamamlamak için taraflara herhangi bir yükümlülük yüklemeyi ve buna göre herhangi bir taraf nişanı bozabilir. Üstelik akitlerdeki vaat, akdin kendi hükmünü taşımaz ve herhangi bir etki doğurmaz¹⁸⁶.

3.1.1.3. Nişanlanma Hukuki Niteliği

Bazı hukukçular, nişanlanma müessesesinin İslam ve Türk hukuk tarihinde ilk defa HAK tarafından düzenlendiğini¹⁸⁷ iddia etseler de bu görüş eleştirilmiştir¹⁸⁸. CAK'da "Nişan" ayrı bir kısım başlığı altında üç madde ile ele alınmıştır.

CAK'nun 5.maddesi uyarınca; "*Nişan, yalnızca evlilik vaadidir. Herhangi bir taraf nişanı bozabilir. Nişanın bozulması sebebiyle taraflardan biri manevi veya maddi bir zarara uğramış ise zarar görmüş olan tarafın tazminat talebinde bulunabilir. Nişanı bozan erkekse kadına verdiği hediyeleri geri isteme hakkı yoktur, ancak kendisine verilen hediyeleri iade*

¹⁸⁵ **Derini, Fethi**, Bûhûs Mukâranâh Fi el-Fıkı'l İslami ve Usulihîi, 1.Baskı, Beyrût, Mueseset Risâlâh, 1994, s. 726.

¹⁸⁶ **İbn rüşd**, C: 2, s. 2, bkz; **Serhasi**, Vilt: 3, s. 62, **es-Sabuni, Aburrahman**, Ahvâli'ş-Şahsiyye, Camîet Haleb, 1965, s. 25, **Belhâj**, s. 22.

¹⁸⁷ **Cin**, s. 294.

¹⁸⁸ **Aydın**, Osmanlı Aile Hukuku, s. 176.

etmekle yükümlüdür. Aynı şekilde nişanı kadın bozmuşsa kendisine hediye edilip de elinde olanları aynıyla yoksa kıymetiyle iade etmesi gerekmektedir”.

Öte yandan, HAK’de nişanlanma ile ilgili üç maddeye yer verilmiştir. Ancak bunlardan üçüncü gayri müslimlere ilişkin olup, burada çalışmayla ilgili olan 1 ve 2.maddeler incelenecektir. HAK’nin 1.maddesi; “*Nişanlanmakla veya va’d ile nikâh münakid olmaz*” hükmünü koymuştur.

Nişan, bağlayıcı olmayan bir evlilik vaadidir ve kişinin hayat partnerini baskı veya zorlama olmaksızın seçme özgürlüğü ilkesine göre taraflardan birisinin isteği üzerine sona erer. Hem CAK hem de HAK bunu öngörmüştür. Buna göre, CAK'nun 5.maddesi nişanın evlilik vaadi olduğunu ve nişanı iki taraftan herhangi birinin bozabileceğini belirlemişken, Cezayir Medeni Kanunu'nun 71 ve 72.maddesinde akitlerde vaat yükümlülük oluşturmadığı hükme bağlanmıştır. Ancak bu hususta belirtmek gerekir ki nişan, bir evlilik vaadi olmasına rağmen, şartları ve etkileri bakımından özel mahiyette bir vaad olduğu için nişana, Medeni Kanun'un 71 ilâ 76. Maddeleri uygulanmamaktadır.

Yukarıda izah edildiği üzere, hem CAK hem de HAK’de nişan, bir akit düzeyine yükselmediği ve evlilik akdine bir ön hazırlık olarak öngörüldüğü ve yalnızca ve bir vaat olduğu için akdin yükümlülüklerini, hükümlerini ve etkilerini içermediği açıktır. Buna göre, her iki taraf istediği vakit nişanı bozma ve evlilik akdini yapmayı reddetme hakkına sahiptir.

3.1.2.2. Nişanın Bozulması ve Hukuki Sonuçları

Nişan bir akit olarak değerlendirilmediği için bozulmasının caiz olduğu konusunda İslam fıkında ve pozitif hukuk düzenlerinde ihtilaf yoktur. İslam hukukçuları ve modern hukukçular nişanın bozulmasını mehir ve hediyelerin verilmesinden kaynaklanan etkileri bağlamında ele almışlardır. Ancak bu noktada Cezayir ve Osmanlı hukukçularının konumu değerlendirilirken modern fıkıh eğilimlerini de nazar-ı dikkate almak ve konuyu nişanı bozulan tarafa verilmiş olan maddi ve manevi zararın tazmin edilmesi bağlamında değerlendirmek icap etmektedir.

3.1.2.2.1. İslam Hukukunda Nişanın Bozulması ve Hukuki Sonuçları

Nişanın bozulması, nişanlılardan birinin vaadinden geri dönmesi karşı tarafla evlenme projesinden kesin olarak vazgeçmesi ve evlilik akdinin kurulması için izlemesi gereken prosedürleri durdurması anlamına gelmektedir. Buna göre, nişanı bozulan kimse karşı taraftan zorla nişanı devam etmesi talebinde bulunamaz, çünkü evlilik akdi rızaya

dayalı bir akittir.

Nişan, sadece bir evlilik vaadi olduğundan ve resmi bir akit niteliğinde olmadığından, her iki tarafın istediği vakit bozulabilir ve onun bozulmasından evlilik akdinin feshedilmesinden ortaya çıkan sonuçları doğurmaz.

CAK'nun 5.maddesi ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 1.maddesi bu hususa işaret etmektedir¹⁸⁹.

Ancak bu hususta şu iki problem gündeme gelecektir: Nişanın bozulmasıyla erkeğin nişanlısına mehir kapsamında verdiği şeylerin, tarafların birbirlerine hediye olarak verdiği şeylerin akıbeti ne olacaktır?

Cumhura göre, taraflardan biri veya her ikisi nişanı bozarsa, nişanın kim tarafından bozulduğuna bakılmaksızın kadının, mehir kapsamında aldığını geri vermesi gerekmektedir. Nitekim mehir ancak sahih akit ile sabit olur ve akit tamamlanmadığı sürece mehir, erkeğin malı olarak kalır. Buna göre, nişanı kimin hangi sebeple bozduğu önemli değildir. Erkeğin verdiği mehir aynen mevcut ise o haliyle kadın tarafından iade edilir. Ancak harcanmış veya tüketilmiş ise, kadın bedelini ödemekle yükümlüdür.

Ancak, fakihler, tarafların nişanlıya verdiği hediyelerin hükmü konusunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefilere göre nişanlılar birbirlerine verdiği hediyeler konusunda "hibe" hükümlerine tabidir. Buna göre, nişan bozulduğunda verilen hediyeler duruyor ise aynen geriye alınabilir, ancak harcanmış, tüketilmiş veya değişikliğe uğramış ise bundan dolayı bir tazmin sorumluluğu ortaya çıkmaz¹⁹⁰.

Şafiilere göre ise hediye ileride gerçekleşmesi umulan nikâh sebebiyle verilmiştir. Ancak nişanın bozulmasıyla birlikte hediyein verilmesinin altında yatan sebep ortadan kaldırılmıştır. Bu nedenle hediye verenin verdiği hediyeği geri alma hakkı doğacaktır. Bu bağlamda, Şafiilere göre nişanı bozulduğu takdirde, hediyeler duruyor ise aynen iade edilmeli, harcanmış veya tüketilmiş ise bedeli ödenmelidir.¹⁹¹

Hanbelilere göre nişanlılık döneminde verilmiş olan hediyeler hibe hükümlerine tabidir. Hibenin konusunun teşkil eden mal ise teslim edildikten sonra geri alınamaz. Bu durumun tek istisnası ise babanın çocuğuna bir şeyi hibe etmesidir. Binaenaleyh, nişanlılık döneminde verilmiş olan hediyeler harcanmış, tüketilmiş veya mevcut olsa bile geri

¹⁸⁹ Bkz; **Abdel-Aziz**, s. 17.

¹⁹⁰ Çelebe, s. 83, bkz; **Ahmed, İbrahi**, Ahkamü'l Ahvâli's-Şahsiyye Fi eş-Şeriâh ve el-Kanun, Mısır, Matâabî Darü'l Cumhuriyâh, 2003, s. 5.

¹⁹¹ Bkz; **Ebu Zehra**, s. 66, bkz; **Ramazan, Abdelazziz**, Ahkamü'l Üsrâh Fi el-Fıkıhü'l İslamî ve el-Kanun, Mısır, Darü'l Nahdâh el-Arabîyâh, 2007, s. 43.

alınmaz.¹⁹²

Malikiler ise, nişanlılık döneminde verilmiş olan hediyeler konusunda, nişanı bozan tarafa önem vermişlerdir. Buna göre aksini gerektiren bir şart veya adet olmadıkça, nişan, hediye alan kişi tarafından bozulmuşsa hediye hiçbir durumda iadesi söz konusu olamaz. Ancak nişan hediye veren tarafca bozulmuşsa bu durumda hediye aynen duruyorsa o haliyle iade edilmeli, harcanmış veya tüketilmişse hediye bedeli ödenmelidir.¹⁹³

Kanaatimizce Malikilere atfedilen görüş adalet ve insaf ölçülerine daha uygun düşmektedir. Zira bu görüş benimsenirse nişanı bozan ve dolayısıyla vaadini yerine getirmeyen taraf verdiği hediyeleri geri alamamak müeyyidesiyle karşılaşacak, nişanın bozulmasında kusuru olmayan taraf ise herhangi bir hak kaybına uğramamış olacaktır. Ayrıca verilmiş olan hediye mutlak değil sınırlı bir hibe olarak kabul edildiği de dikkat çekmektedir. Üstelik ileride gerçekleşmesi beklenen evliliğe istinaden nişanlıya bu hediyeler verilmiştir. Buna göre evlilik gerçekleşmemiş ise, hediyelerin verilme amacı da gerçekleşmemiş olur.¹⁹⁴

3.1.2.2.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde Nişanın Bozulması ve Hukuki Sonuçları

Hukukta nişanın bozulmasının mehir ve hediye açısından tahlil edilmesinde yarar vardır.

A. Mehrin Hükmü

Cezayir yasa koyucusu, nişanlılık döneminde mehrin verilmesi konuyu ne açıkça ne de zımnen ele almıştır. Buna ek olarak, mehir ancak sahih akit ile sabit olduğu için, nişanı bozulduktan sonra mehrin hükmüne değinmemiştir.

Ancak Aile Kanunu'nun 9, 14 ve sonraki maddelerine atıfta bulununca, mehrin evliliğin şartlarından biri olarak düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, evlilik fiilen gerçekleşmemişse, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca kadın, mehri alıkoyma hakkı yoktur. Bu kapsamda nişanlılık döneminde mehrin bir kısmı verildikten sonra nişanın bozulması halinde -nişanın kim tarafından bozulduğuna bakılmaksızın- mehir olarak verilen şey aynen mevcut ise o haliyle iade edilmeli, harcanmış veya tüketilmiş ise bedelinin

¹⁹² es-Sibaai, C:1, s. 6.

¹⁹³ Çelebe, s. 83.

¹⁹⁴ Çelebe, s. 84, bkz; Ramazan, s. 44.

ödenmesi gerekmektedir.

HAK'nin 2/1.maddesinde bu durum; "Söz kesildikten sonra tarafeynden biri nikâhtan imtina' veya vefat etse hâtıbın mehre mahsûben vermiş olduğu şeyler mevcud ise aynen ve telef olmuş ise bedelen istirdâd olunabilir." şeklinde hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre, nişanlılık döneminde erkek kadına mehrin tamamı veya bir kısmına verdikten sonra taraflardan birinin ölümü veya nişanı bozması halinde, erkeğin veya onun mirasçılarının mehir hesabına verilen nakdi veya mal, duruyor ise kendisini, istihlak veya telef olmuş ise bedelini isteme hakkı vardır¹⁹⁵. Başka bir deyişle, talip nişanlısına veya onu temsil eden kişiye mehrin tamamını veya bir kısmını takdim eder, daha sonra nişanlılar veya onlardan biri nişanı bozar ya da nişan onlardan birinin ölümüyle sona ererse, talip veya mirasçıları vermiş olduğu mehri mevcutsa aynen geri alma hakkına sahiptir. Ancak mehir zarar görmüş veya tüketilmişse, bedelinin iade edilmesi gerekir¹⁹⁶.

B. Hediye Hükümü

CAK 'nın 5/3.maddesinde: "*Nişanı bozan erkekse kadına verdiği hediyeleri erkeğin geri isteme hakkı yoktur, ancak erkek kendisine verilen hediyeleri iade etmekle yükümlüdür. Aynı şekilde nişanı kadın bozmuşsa kadının kendisine hediye edilip de elinde olanları aynıyla yoksa kıymetiyle iade etmesi gerekmektedir*" hükmü yer almaktadır.

Bu maddeden Cezayir yasa koyucusunun nişanlılık döneminde verilmiş olan hediye konusunda iki temel kriter belirlediği anlaşılmaktadır. Bunlar; nişanı bozan taraf ve verilmiş olan hediyein durumudur. Buna göre, nişanı bozan taraf erkek ise, vermiş olduğu hediyeleri erkeğin geri alma hakkı yoktur ve kadından almış olduğu hediyeler duruyor ise o haliyle geri vermesi, tüketmiş veya harcamış ise hediyelerin bedelini ödemesi gerekir. Keza nişanı bozan taraf kadın ise, erkek için öngörölmüş olan hüküm onun için de da geçerlidir.

23/04/1991 tarihinde Cezayir Yargıtay'ından sadır olan kararda şu ifadelere yer verilmiştir: "*Nişanı bozan tarafın nişanlılık döneminde verdiği hediyeleri geri alma hakkı olmadığı İslam Şeriatı ve hukuken sabittir. Ve bilindiği üzere bu davada davacı, kadının talebine rağmen evlilik işlemlerinin tamamlanmasından vazgeçtiğinden, hâkimler, davacı olanın hediyeleri iade etme talebini reddederek, kanunu doğru olarak uygulanmış olmaktadırlar*"¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Bkz; **Cin**, s. 294; **Karaman**, s. 308-309.

¹⁹⁶ Bkz; **Doğangüzel, Semra Betül**, Osmanlı Hukukunda Nişanlanma, 2.Baskı, İstanbul, Adalet yayınevi, 2021, s. 136.

¹⁹⁷ Yargıtay A. M. D, 23/04/1991, (Y/D 1991), D/N 73919.

13/07/1993 tarihinde Cezayir Yargıtay'ından sadır olan bir başka kararda ise şu ifadeler yer verilmiştir: " *Nişanı bozan taraf kadın ise, almış olduğu hediyeleri geri vermesi gerektiği ve cinsel birleşme gerçekleşmeden önce mehrin yarısını hak etmediği hukuken sabittir.*

Bilindiği üzere bu davada itiraz eden geçerli sebep olmadan nişanı bozduğu için, nişanın bozulmasından kaynaklanan kayıp ve zararları itiraz edilen tarafa yüklenemez.

Kadının mehrin yarısına hak kazanabilmesi için evliliğin cinsel birleşme gerçekleşmeden önce kocanın fülüyle sona ermesi gerekir. Buna göre hâkimler, itiraz edenin mehrin yarısına yönelik talebini reddederek, kanunu doğru olarak uygulamış olmaktadırlar ¹⁹⁸.

HAK'nin 2/2.maddesinde; "*Amma hediye olarak tarafeynin yekdiğerine verdiği şeyler hakkında hibe ahkâmı cereyan eder*" hükmü yer almaktadır. HAK nişanın bozulması durumunda, nişanlılık döneminde nişanlıların birbirlerine verdikleri hediyeler konusunda "hibe" hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamıştır. Buna göre, nişanın bozulması durumunda, verilmiş olan hediyelerin durumuna bakılır, eğer duruyor ise hediyeler aynen geriye alınabilir; ancak harcanmış, tüketilmiş veya değişikliğe uğramış ise bunların bedelinin tazmin edilmesi gerekmez.

3.1.2.3. Nişanı Bozulmasından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararın Tazmini

Nişan, Müslüman toplumlarda evlilik yolunda atılan önemli bir adım olup, nişanlılık süreci taraflar arasındaki ilişkinin resmiyet kazanmadan önceki aşamasıdır. Ancak bazı durumlarda nişanın bozulması kaçınılmaz olabilir ve bu durumda ortaya çıkan maddi ve manevi zararlar dikkate alınmalıdır. Bu başlık altında, nişanın bozulmasından kaynaklanan zararın tazminine ilişkin hükümler, İslam hukuku ve Cezayir ile Osmanlı aile hukuku perspektiflerinde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

3.1.2.3.1. İslam Hukukunda

Bu hususta maddi zarardan kastedilen; bir kişinin malvarlığını etkileyen zarardır.

¹⁹⁸ Yargıtay A. M. D, 13/07/1993, (Y/D 1993), D/N 92714.

Manevi zarar ise, kişinin, şahıs varlığında, duygularında, namusunda, hislerinde veya itibarında uğradığı zararları ifade eder¹⁹⁹.

Nişanın bir akit olmadığı ve bu kapsamda verilen mehrin akit bağlamında yerine getirilen bir edim olmadığı konusunda fakihler görüş birliği içindedirler. Ancak klasik fakihler, nişanın bozulmasından doğabilecek maddi ve manevi zararların tazmini konusunu ele almamışlardır. Bu nedenle, bu zararların tazmininin fıkıh açısından değerlendirilmesinde fayda vardır.

A. Nişanın Bozulmasından Doğabilecek Maddi Ve Manevi Zarar Çeşitleri

Bazı fakihler nişanın bozulmasıyla birden fazla zararın ortaya çıktığını ileri sürmektedirler. Mustafa Sibai bu konuda şu ifadelerle yer vermektedir: "Hiç şüphe yok ki, nişanın bozulması durumunda, kadın, maddi ve manevi zarara uğrayabilecektir. Mesela nişanın bozulmasıyla kadın kendisine daha fazla mehir ödemeye hazır olan veya kendisini daha yüksek bir hayat standardı içinde yaşatmaya muktedir bir başka taliplisini kaçırmış olabilir. Özellikle nişan yıllarca sürdüyse, onunla evlenmek isteyenlerin sayısının da azalması mümkündür. Ancak manevi zararlar arasında, itibarını zedeleyen ve onu birçok söylentiye maruz bırakan, nişanın bozulması sebepleri hakkında söylenecektir."²⁰⁰

Muhammed Biltaji, nişanın bozulmasından kaynaklanan zararlardan bahsederken şöyle ifade etmiştir şu ifadelerle yer vermiştir: "Hiç şüphe yok ki, nişanı bozulduğunda nişanı bozulan kimse ciddi bir zarara uğrayabilir, Mesela kadın nişanlısıyla evlenmeye karar verdikten sonra evlilik işlemleri bağlamında birtakım harcamalar gerçekleştirebilir. Keza nişanın bozulması halinde kadın, evlenmeyi umduğu erkekle aynı seviyede yahut ondan daha başka biriyle evlenmekten mahrum olabilir. Ayrıca tüm bu olgulara ek olarak nişanın bozulmasından dolayı doğacak şiddetli ıstırap ve toplumsal söylentiler nişanın bozulmasının doğuracağı maddi ve manevi zararlara örnek olarak gösterilebilir"²⁰¹.

Zekieddin Şaban da diğer zarar şekillerini şu sözlerinde tasvir etmiştir: "Taraflardan birinin nişanı bozması durumunda, diğer taraf maddi zarara uğrayabilir. Mesela kadının çeyizini hazırlaması, evlilik sebebiyle işinden ayrılması yahut evin hazırlanmasından sonra nişan bozulduğu takdirde, bunları yapan taraf zarara uğramış olacaktır. Nişanın bozulması, aynı zamanda duygu ve hisleri incitme, karşı tarafı iftiraya maruz bırakma ve benzeri gibi

¹⁹⁹ Vehiddin, Muhammed, et-Tâabir Âan el-Îrade Fi el-Fıkıhü'l İslamî, Mısır, Darül Kitabü'l Arabi, s. 22.

²⁰⁰ es-Sibâi, Mustafa, Şerh Müdevvenetü'l Usrah es-Suri, 6.Baskı, C:1, Suriye, 1963, s. 62.

²⁰¹ Beltadji, Muhammed, Dirasât Fi Ahkamü'l Üsrâh, Mısır, Mektebü'l Şebâb, 1990, s. 215.

manevi zararlara da neden olabilecektir”²⁰².

Netice itibariyle nişanın bozulması durumunda tarafların beklenen menfaatleri zarar görebileceğinden maddi zararlar gündeme gelebilecektir. Ayrıca nişanın bozulmasıyla karşı tarafın itibar ve duyguları incinebilecek, bu da manevi zararlara yol açabilecektir

B. Klasik Fıkıhta Nişanın Bozulmasından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararın Tazminine İlişkin Hükümler

Klasik fıkıh kitaplarında nişanın bozulması nedeniyle tarafların uğradıkları maddi ve manevi zararın tazmini bahsi yer almamaktadır²⁰³. Fakihlerin tazminat üzerinde durmamalarının sebepleri üzerinde şunlar ileri sürülebilir;

- Klasik fakihlerin devrinde nişanlılık uzun sürmemektedir ve nişan süreci oldukça sade bir şekilde cereyan etmektedir. Buna ek olarak, o devirde kadınların çoğu ev işleriyle meşguldürler. Bu sebeple işlerinden ayrılmaları da söz konusu olmamakta, dolayısıyla da bu açıdan maddi bir zarara uğramamaktadırlar.
- Bilindiği üzere nişan, evlilik vaadidir ve her iki taraf istediği vakit nişanı bozma ve evlilik akdini yapmayı reddetme hakkına sahiptir. Buna göre, nişanın bozulması hiç kimsenin hakkına tecavüz sayılmaz. Nişanlanma neticesinde bir borç münasebeti meydana gelmeyeceği gibi nişanın bozulması da bir ceza yaptırımı gerektirmez.
- Evlilik ancak her iki tarafın rızasıyla gerçekleşir. Tazminat yükümlülüğü nişanın bozulmasıyla doğsaydı, talip olanın -istememesine rağmen- evlenmesi zımni bir yükümlülük olurdu. Bu hiçbir akitte caiz değildir. Dolayısıyla evlilik akdinde de caiz olması düşünülemez²⁰⁴.
- Klasik fakihlerin devrindeki sosyal hayat, nişan bozulduğunda bu durumun kadına zarar vermesini olanaksız kılmaktaydı. Zira İslam, sadece evlenecek kızın kendi yakın akrabalarından en az birisi yanlarında olmak koşuluyla, talibin nişanlısına bakıp konuşmasına izin verir. Bundan dolayı, nişanlılar karı-koca gibi hareket edemezler ve mesela üçüncü kişi olmadan baş başa kalamazlardı.

Zamanla sosyal ve ekonomik hayat batı medeniyetinden etkilenerek değişmeye başlamış, nişanın bozulması daha çok kadın aleyhine bazı zararların meydana gelmesine sebep olmuştur. Bu da fakihlerin tazminat ilkesini hakkın kötüye kullanılması teorisine göre

²⁰² Şaban, Zekieddin, el-Ahkamü'l Şeriaħ LilAhvalî-Şahsiyâh, Libya, Menşûrat Camiât Kâr Yunus, 1996,s. 79.

²⁰³ Çelebe, s. 86, bkz; Karaman, s. 309.

²⁰⁴ es-Sibâai, C:1, s. 63.

değerlendirmeleri neticesini doğurmuştur.

C. Modern Fıkıhta Nişanın Bozulmasından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararın Tazminatına İlişkin Hükümler

Modern fakihler, nişanın bozulmasından doğan zararın tazmini konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bu bağlamda ortaya atılan görüşler kısaca şu şekildedir;

- Nişanı bozan tarafın karşı tarafa tazminat ödemeyeceği görüşüdür. Bu görüşü benimseyenler arasında Mısır'ın eski müftüsü ve El-Ezher âlimi olan "Muhammed Bahit el-Mutai'i" de vardır. Bu hususta Muhammed Bahit el-Mutai'i şöyle söylemektedir: *“Nişanlandıktan sonra evlilik akdinin işlemlerini tamamlamaktan imtina eden kişi tazminat ödemekle yükümlü tutulamaz. Zira her iki taraf da diğerinin herhangi bir hakkını gaspetmemiştir. Hatta nişanlandıktan sonra taraflardan her biri nişanı bozma hakkına sahiptir”*²⁰⁵

Bu görüşe dayanarak, hâkimin nişanın bozulması üzerine tazminata hükmetmesi mümkün değildir, çünkü her iki tarafın da kayıtsız şartsız nişanı bozma hakkı vardır. Buna ek olarak, nişan bozulduğu takdirde, nişanı bozan tarafın verdiği hediyeleri geri alma hakkı sabit olduğuna göre nişanı bozan taraf tazminat ödemekle yükümlü tutulamaz. Ayrıca, nişan bir akit niteliğinde olmadığı ve taraflara evlenme mecburiyeti yüklemediğine göre, nişanı bozan taraf hakkını kullanmış olur. Dolayısıyla nişanı bozduğundan ötürü tazminat yükümlülüğü altına girmez²⁰⁶.

- Tazminata ilişkin diğer yaklaşım ise nişanı bozan tarafın karşı tarafa tazminat ödeyeceği görüşüdür. Bu görüşü benimseyenler arasında “Mahmoud Shaltut” ve “Mustafa el-Sibai” vardır. Bu görüşe sahip olanlar, nişanın bozulmasından dolayı zarara uğrayan tarafın tazminat talep edebileceğini ileri sürmektedirler. Zira *“İslam'da ne zarar vermek ne de zarara maruz kalmak vardır”* hadisine dayanılarak, zararın izale olunması gerekmektedir. Bu bağlamda nişanın bozulmasından kaynaklanan zararı gidermenin yolu da tazminattır.²⁰⁷

Bu hususta Mustafa el-Sibai şunları söylemektedir: "Tazminat ilkesi iki (temel) şer'i ilkeye dayanan adil bir ilkedir, bunlar:

1- Hakkın kötüye kullanılmaması ilkesidir; bu ilke, İslam fıkında kabul edilen bir

²⁰⁵ Mekhit, Muhammed, Mecelletü'l Ahkamü'l Şeriâh, Mısır, s. 44-45.

²⁰⁶ Fethi ed-Darini, C:2, s. 541.

²⁰⁷ Abdelfettah, Muhammed, Hak et-Tavizü'l Medeni Beyne'l Fıkıh ve el-Kanunü'l Medeni, Mısır, Darül Camîâh, 2002, s. 163.

ilkedir ve bugün pek çok Arap ülkesinin kanununda ve dünya kanunlarının çoğunda kabul edilmiştir.

2- Maliki fıkhında geçerli olan bağlayıcılık ilkesidir. Bu ilkeye göre, bir vaatten etkiler doğarsa, ilgili vaat bağlayıcı olur”²⁰⁸. Buna göre vaadin taraflardan biri için bir fiili ifa veya sözleşme akdetme yükümlülüğü doğurması halinde, vaat bağlayıcı olacaktır. Aynısı, vaadin yerine getirilmemesinin karşı tarafa zarar vermesi durumunda da geçerlidir.

- Üçüncü fakihler grubu ise, zararın tazmini için nişanın bozulmasından ortaya çıkan zararın sebebine bakılması gerektiği görüşündedir. Bu görüşü benimseyenler arasında “Ebu Zehra” vardır. Nişanın bozulmasından ortaya çıkan zararın tazmini konusunda Ebu Zehra şu ifadeleri kullanmıştır: " Sadece nişanın bozulması tazminat için bir sebep değildir; zira bu bir haktır ve bilindiği üzere hak hiçbir şekilde tazminat gerektirmez. Ancak salt bozma hakkının kullanılmasıyla değil de başka bir sebeple nişan bozulmuşsa bu durumda bir zarar meydana gelmiş olabilir. Mesela; nişan pahalı bir çeyiz veya ev istenmesi üzerine bozulmuş olabilir. Bu durumda ortaya çıkan zararın sebebi bozma hakkının kullanılması değil, nişanın taraflarından birinin yaptığı eylemdir. Buna göre, nişanın bozulmasından ortaya çıkan zararın sebebi sadece bozma hakkının kullanılmasıysa bu durumda bir tazminat yükümlülüğü doğmaz. Ancak bu zararın sebebi taraflardan birinin yaptığı bir eylemse bu durumda tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu hususta belirtilmesi gerekir ki; Ebu Zehra tazminat sorumluluğu bağlamında maddi ve manevi zararı birbirinden ayırmamaktadır.

Tüm bu izahat kapsamında nişanın bozulması neticesinde İslam fıkhı açısından tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için genel olarak aşağıdaki şartların arandığı görülmektedir:

- Nişanı bozmaya karşı tarafın sebep olmaması gerekir.
- Maddi ve/veya manevi bir zararın söz konusu olması gerekir.
- Nişanın ciddi bir evlilik vaadini ihtiva etmesi gerekir.

Bu şartlar bir araya gelince zarara uğrayan taraf tazminat talebinde bulunabilir.

Buraya kadar nişanın bozulmasından kaynaklanan zararın tazmini konusu fıkhi görüşler bağlamında değerlendirildi. Kanaatimizce İslam şeriatının amacına en yakın görüş Ebu Zehra tarafından savunulan üçüncü görüştür. Buna göre:

²⁰⁸ es-Sibâai, C:1,s. 6.

- Nişanlanma bağlayıcı olmayan bir vaat olduğu için, taraflardan her biri geçerli olmayan bir sebep olsa bile nişanı bozabilir.
- Bu görüş, diğerleri arasında en ılımlı olanıdır. Zira bu görüşü benimseyenler, nişanın bozulmasından ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi için, zararın sebebinin, bir hak olarak taraflara tanınan bozma iradesinin değil, taraflardan birinin yaptığı eylemin olması gerektiğini belirtmişlerdir.

3.1.2.3.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

HAK nişanın bozulması durumunda ortaya çıkması muhtemel tazminat sorumluluğu hakkında açık veya zımni herhangi bir hüküm koymamışken, CAK'nun 5/2. maddesinde; *“Nişanın bozulması sebebiyle taraflardan biri manevi veya maddi bir zarara uğramış ise zarar görmüş olan taraf tazminat talebinde bulunabilir”* şeklinde bir hüküm yer almaktadır.

Nişanın hukuki niteliğinin bir akit değil, sadece bir vaat olduğu ve bunu her iki tarafın istediği vakit bozabildiği belirtildiğinden, iki nişanlıdan biri geri çekilmek başlı başına caizdir. Bu caizliğin hikmeti, nişanlılarının, amacına ulaşmayan bir evlilikle bağlanmaktan kaçınmasını sağlamak ve evlilik akdi yapılmadan önce tarafların rızaları üzerindeki baskı ortadan kaldırmaktır. Ancak taraflardan birinin nişan nedeniyle önemli bir masrafa girmesinden sonra, ikinci tarafın nişanı bozması nedeniyle karşı tarafa zarar verebilir. Bu durumda zarar görmüş olan tarafın tazminat talebinde bulunabilir mi? Bu konuda CAK, sırf nişanın bozulması nedeniyle tazminat talebinde bulunamadığı hükme bağlamışken, nişanı bozulma dışında herhangi bir sebep ile nişanı bozan taraf karşı tarafa maddi ya da manevi bir zarar vermiş ise zarara uğrayan taraf tazminat talebinde bulunabildiği hükme bağlamıştır. Böylece CAK tazminat için koymuş olduğu kriter, nişanın bozulmasının haddizatında değil, nişan bozulmasından kaynaklanan zarardır. Nitekim CAK'nun, farklı nedenlerle meydana gelen diğer tüm hukuka aykırı fiiller gibi, haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak nişan bozulmasından maddi veya manevi zarar meydana gelmesi halinde tazminat ilkesini benimsediği görünmektedir.

Cezayir yasa koyucusu, nişan bozulmasından meydana gelen maddi zarara uğramış tarafa tazminat vermeyi kabul etmesinde isabetli olduysa, şeriatın hükümlerini ve Allah'ın yasakladığı haramlara girmekten kaynaklanan cinsel baştan çıkarma durumunda ortaya çıkan manevi zarar açısından mesele farklı, bu durumda manevi zarara uğrayan taraf tazminat hak etmez, aksine bunun için cezalandırılması gerekir, zira İslam bu eylemleri yasaklamış ve Şeriat hükümlerine uygun bir şekilde gerçekleştirilen ve aynı doğrultuda

devam ettirilen nişan ilişkilerinden dolayı maddi tazminatı gerektirecek sebepler bulunabilir, ancak aynı hükmü manevi tazminat için söz konusu etmek mümkün gözükmemektedir²⁰⁹. Buna ek olarak, böyle durumlarda tazminata hükmedilmesi, failleri bu tür eylemlere teşvik edilmektedir. Bundan ötürü, Cezayir yasa koyucusu, İslami Şeriat hükümlerini ve genel ahlak ve etik kurallarını ihlal etmeyerek manevi zararın tazminiyle ilgili olarak 5. maddenin genel bırakılmasını kısıtlaması daha iyi olurdu. Bu bağlamda, CAK'nun 5/2.maddesi şu şekilde tadil etmesini önermektedir:" Nişanın bozulması sebebiyle taraflardan biri -Şeriat hüküm ve ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla- manevi veya maddi bir zarara uğramış ise zarar görmüş olan tarafın tazminat talebinde bulunabilir."

Cezayir yargısı, nişan bozma hakkının kullanılmasından kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmini konusunda herhangi bir içtihatla karara bağlanmamış ve tazminat gerektiren manevi zarar biçimlerini sınırlamadan CAK'nun 5. maddesinde yer alan hükme başvumuştur²¹⁰. Örneğin, 25/12/1989 tarihinde Cezayir Yargıtay'ından sadır olan kararda şu ifadeler yer verilmiştir:"

1- Nişan; bağlayıcı bir akit değildir.

2- Sadece nişanın bozulması tazminat için bir sebep değildir.

3-Nişanın bozulması sebebiyle taraflardan biri bir zarara uğramış ise haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak zarar görmüş olan tarafa tazminat verilebilir".

3.1.2.4. Fatiha ile Nişanlanma

CAK'nun 6.maddesi uyarınca;" *Fatiha ile nişanlanma evlilik sayılmaz. Ancak Fatiha ile nişanlanma, akit meclisinde rıza rüknü ve CAK'nun mükerrer 9.maddesinde belirtilen şartlar yerine getirildiğinde evlilik sayılır*". Bu maddeden anlaşıyor ki; Cezayir yasa koyucusu, bu maddede yer alan hükmü, Fatiha ile gerçekleşen nişan ve nikâh akdi arasında ayırım yapmak amacıyla Cezayir toplumundaki mevcut gelenek doğrultusunda koymuştur. Nikâh, Fatiha ile yapılmış olsun ya da olmasın, gerekli rükünleri ve şartları taşırsa sahîh bir evlilik sayılır.

İslam hukukçuları, Fatiha'yı nikâh akdinin mahiyetinden veya şartlarından biri olarak kabul etmemişler, ancak İslam hukuku nazarında evlilik akdinin kutsallığı için Fatiha okunmaktan bereket aramak arzu edilir. Buna göre, Fatiha'yı nişanla birleştirmek, onu evlilik akdinin derecesine sokmaz, öte yandan rükünleri ve şartlarını taşıyan nikâh akdinde

²⁰⁹ es-Sibâai, C:1, s. 67.

²¹⁰ Belki de bunun nedeni, bu konuda yargı önüne çıkan dava sayısının azlığından kaynaklanmış olabilir.

Fatiha'nın yokluğu bu akit üzerine hiç bir etki yaratmaz, aksine geçerli ve bağlayıcı kalır.

Cezayir'de, nişan yaparken, nikâh şartlarının olmaması ve şartlarının yerine getirilmemesine rağmen Fatiha okumak adettendir ve bu durumda Fatiha okumak, evlilik vaadinin teyidinden başka bir şey değildir. Buna göre, nişanlı olan kimseler birbirlerine yabancı konumundadır.

Şöyle ki, CAK'nun 6/1.maddesi gereğince:" *Fatiha ile nişan birleştirilmesi evlilik sayılmaz*", dolayısıyla nişanın Fatiha ile gerçekleştirilmesi bir akit değildir. Nişan esnasında Fatiha teberrüken okunmaktadır.

Önemle belirtilmelidir ki; Fatiha ile nişanlama Cezayir toplumun has bir uygulama olup, Osmanlı döneminde hem uygulamada hem de mevzuatında yer almamıştır.

3.1.2.5. Değerlendirme

CAK ve HAK'de nişanlanma konusunda yapılmış olan düzenlemeler mukayese edildiğinde, belirtilen hükümlerin birbirleriyle hemen hemen paralellik arz ettiğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda, iki kanun, nişanın bir evlenme sözü olduğu, nikâh akdi olmadığı hususunda benzer hükümler vaz' etmiştir. Tarafların istedikleri zaman ve herhangi sebep ile nişanı bozabileceklerini belirtmiştir. Böylece iki kanun, nişanın bir evlenme sözü olduğunu kabul ederek, cumhurun görüşünü tercih etmiş olmaktadır.

Erkeğin nişanlılık döneminde mehre mahsuben yapmış olduğu ödemeyi nişanın bozulması durumunda kendisinin veya mirasçılarının²¹¹ geri alma hakkı olduğunu iki kanun da açıkça belirtmiştir. Zira mehir ancak sahih nikâh akdi ile sabit olur.

CAK ve HAK'de nişan hediyeleri konusunda yapılmış olan düzenlemeler mukayese edildiğinde ikisinin de farklı hükümleri esas aldığı görülmektedir. Nitekim CAK, Malikilerin görüşünü tercih etmiştir. Bu bağlamda nişanlılık döneminde hediye veren, nişanı bozan taraf ise, hediye ne durumda olursa olsun verdiği hediye geri alamayacaktır. Ancak hediye alan taraf nişanı bozmuş ise, hediye mevcutsa iadesi mevcut değilse hediye bedelinin tazmini gerekmektedir. HAK ise bu hususta Hanefilerin görüşünü tercih etmiştir. Bu bağlamda, nişanı bozan tarafa önem verilmeksizin, söz konusu hediye duruyor ise aynen geri alınabilecek, ancak herhangi bir şekilde elden çıkmış yahut telef olmuşsa hediye bedelinin tazmin edilmesi gerekecektir.

Nişanın bozulması nedeniyle tazminat ödenmesi konusuna sadece CAK temas

²¹¹ . Zira eşlerden birinin ölümü ile erkeğin zimmetinde borç olarak sabit olan mehir düşmez ve mirasçılara intikal edilir. Bundan dolayı, vefat eden kadın ise, mehir miktardaki paylarına göre mirasçılara verilir; bkz; **Türkan**, s. 323.

etmiştir. Buna göre, nişanın bozulması nedeniyle taraflardan biri maddi veya manevi zarara uğramış ise, ilgili bu zararın tazmin edilmesini isteyebilecektir.

3.1.3. Nikâh Akdinin Rükünleri

Bu başlık altında hem İslam fıkında, hem de Cezayir ve Osmanlı hukukunda nikâh akdinin rükünleri izah edilmeye çalışacaktır.

3.1.3.1. İslam Hukuku, Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde Nikâh Akdinin Rükünlerinin Belirlenmesi

Hukuk ve fıkıh mezheplerinde nikâh akdinin rükünlerine değinmeden önce, rüknün ne anlama geldiğine değinmekte fayda vardır.

Rükün Arapça kökenli bir kelime olup, sözlükte “bir şeyin en güçlü yabı” anlamına gelmektedir. Çoğulu “erkân” veya “erkün”dür.²¹² İbadet rükünleri: onun dayandığı yönlerdir ve bunların yokluğunda hükümsüzlük ortaya çıkar. Istılahta ise, Hanefiler dışındaki cumhur fakihlere göre rükün; Bir şeyin parçasından biri olsun ya da olmasın temel gerekleridir²¹³. Hanefiler ise, rüknü; "Bir şeyin mevcudiyetinin kendisine bağlı bulunan ve onun esas unsur ve parçalarını teşkil eden temeller" olarak tanımlamışlardır²¹⁴. Örneğin; namazda rükû ve secdedir. Aynı şekilde nikâh akdinde, icap nikâh akdinin rükünlerindendir, icap olmadan nikâh akdi vaki olamaz²¹⁵.

3.1.3.1.1. İslam Hukukunda Nikâh Akdinin Rükünleri

Maliki, Şafi ve bazı Hanbelîlerin temsil ettiği cumhur, aralarındaki ufak tefek farklara rağmen, nikâh akdinin rükünlerini zikretmişlerdir. Bu bağlamda, Malikilere göre nikâh akdinin rükünleri, “veli”, “mehir”, “akdin mevzuu” ve “siğa”dan ibarettir²¹⁶. Malikiler, nikâh akdinin temel gereklerinden olmadığı için, şahitler, nikâh akdinin rükünlerinden biri olarak saymamışlardır²¹⁷.

Bazı Malikilerin nikâh akdinin rükünleri, âkidân, karı-koca, velî, mehir ve siğa'dan

²¹² Mu'cemü'l-Vasit, s. 370-371.

²¹³ Berdisi, s. 40.

²¹⁴ Çelebe, s. 94.

²¹⁵ Bkz; Berdisi, s. 40.

²¹⁶ eş-Şenkiti, Ahmet b. Ahmet, Mevâhibü'l Calil Min Ediletî'l Halil, Katar, İdaret İhyâa'l Tüрасü'l İslami, 1986, s. 22, bkz; el-Ezhari, Abdelsemûi, el-İklil Fi Şehi Muhtasir Halil, Beyrüt, el-Mektabâ es-Sakafiyâh, s. 277.

²¹⁷ Benani, Muhammed, Haşiyetü'l Banani Âla Şerhi ez-Zrkani, Beyrüt, Darü'l Fikr, s. 168.

ibaret olduğunu²¹⁸ zikretmişse de, bazıları -Ahmed ed-Dardir gibi- nikâh nikâh akdinin rükünleri, veli ve siğa olduğu görüşündedir²¹⁹.

Maliki hukukçularından Hattab bu kapsamda şunları söylemektedir: " *Nikâh akdinin geçerli olması için "veli", "karı-koca" ve "siğa" rükünlerinin bulunması gerekmektedir, ancak karı ve koca nikâh akdinin rükünleri iken, veli ve siğa (irade beyanı) şartlarıdır. Ayrıca şahitler ve mehir, nikâhın mevcudiyetinin rükünleri ve şartlarından sayılamaz*"²²⁰.

Şafiîler ise, nikâh akdinin rükünlerinin siğa (irade beyanı), karı koca (tarafklar), veli ve şahitlerden ibaret olduğu görüşündedir²²¹.

Hanbelî fıkhının kaynaklarından olan "İkna" ve "Keşfi'l-Kina" isimli eserdeşu ifadeler yer verilmektedir: "Nikâh akdi üç rükünden ibarettir: "evlenmelerinde engel bulunmayan iki taraf", "icap" ve "kabul". Zira nikâh akdinin mahiyeti yalnızca bunlardan ibarettir"²²².

Hanefilere göre, nikâh akdinin rükünleri icap ve kabülden ibarettir²²³. Nikâh akdinin rükünlerinin icap ve kabülden ibaret olduğunu söylemek, aslında nikâh akdinin üç rükün içerdiği anlamına gelmektedir. Bunlar; "tarafklar", "siğa" ve "akdin mevzuu (el-ma'küdü aleyh)" yani akde konu teşkil eden şeydir. Zira irade, rıza beyanı ve bunun için kullanılan ifadenin varlığı, icapta bulunan ve kabul eden kişinin varlığını gerektirmektedir.

Nikâh akdinin rükünleri konusunda İslam hukukçularının arasındaki ihtilaf üç ana nedenden kaynaklanmaktadır:

- Nikâh akdinde zaruri olan hususlardaki farklılıklardır. Bundan dolayıdır ki Malikiler, Şafiîler ve Hanbeliler velîyi, nikâhın hakikatine bağlı olmakla birlikte, nikâhın ayrılmaz bir parçası olarak görmüşler ve onu nikâhın rükünlerinden biri saymışlardır. Hanefilerden farklı olarak veliyi nikâhın ayrılmaz bir parçası olarak görmedikleri için onu nikâhın rüknü olarak görmemişlerdir.
- İslam Hukukçuları, icap ve kabulün nikâh akdinin rükünlerinden olduğu konusunda hemfikir olmalarına rağmen, rüknün ne anlama geldiği konusunda ihtilafa düşmüş olabilirler. Bu kapsamda bazı hukukçuların rükün kelimesinin dilsel anlamını kastetmiş olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla, Malikilerden bazıları karı ve kocanın iki

²¹⁸ Hattab, C: 3, s. 419, bkz; . İbn Cüzey, s. 195.

²¹⁹ ed-Dardiri, eş-Şerhü-s Sağır, 1.Baskı, C:1, Mısır, el-Halabi Yayınlar, 1952, s. 375.

²²⁰ Hattab, C:3, s. 419.

²²¹ eş-Şerbini, C:3, s. 188.

²²² Behhuti, er-Ravdü'l Muraba' Fi Şerhi Zadi'l Müstanka', C: 5, Beyrüt, Müessesetü'r Risalâh, s. 511.

²²³ Kesani, C:6, s. 229.

rükün olduğunu kabul etmiş olabilir, zira -sözlük anlamına da uygun düşecek şekilde- nikâh akdinin mahiyeti ancak onlarda bulunur. Ayrıca velî ve siğa, nikâh akdinin mahiyetinden olmadığı için nikâh akdinin şartlarından ibarettir²²⁴.

- İslam hukukçuları, bir şeye olan bağlılığı ve düşünceyi artırmak amacıyla rükün kelimesini kolaylık göstermişler, böylece o bir parça haline gelmişlerdir. Bu bağlamda Maliki fakihlerden olan el-Desûkî “Hâşîye” isimli eserinde, mehrin nikâh akdinin rükünlerinden olduğunu²²⁵ belirtmiştir. “Muğni’l-Muhtâc” adlı eserinde Şafii hukukçu Şirbini şahitleri nikâh akdinin rükünleri arasında zikretmiştir. Oysa şahitler Hanefi fıkıhçılar nezdinde akdin sıhhat şartları arasındadır²²⁶.

Dolayısıyla fakihler, icap ve kabulün nikâh akdinin rükünü olduğu konusunda ittifak etmiştir. Cumhur ile Hanefiler arasındaki ihtilafın ise, nikâh akdinin mahiyetinden değil, kelimelere yüklenen farklı anlamlardan kaynaklandığı ifade edilebilir²²⁷.

3.1.3.1.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, nikâh akdinin rükünlerini CAK’nun 9.maddesinde düzenlemiştir. Bu madde uyarınca: “*Evlilik akdi eşlerin rızası ile akdedilir*”. Eğer eşlerin zikredilen 9.madde kapsamında karşılıklı rızaları mevcut değilse, CAK’nun 33/1.maddesi uyarınca akit batıl olur.

Bu maddeden hareketle şu neticelere ulaşılabilir:

- 1- Cezayir yasa koyucusu, siğa ile ifade edilen icap ve kabulü nikâh akdinin rükünü olduğu konusunda Hanefilerin benimsedikleri görüş ile mutabıktır. Maddede zikredilen siğa ifadesinden kastedilen; akdin taraflarının nikâha rızalarını -sözlü, yazı veya işaret ile- ifade etmek için başvurdukları yöntemdir. Aslında rıza, akdin mahiyetinde gizli olan ve görülemeyen içsel unsurdur. Siğa bu içsel durumun icap ve kabul şeklinde dışavurumudur²²⁸. Bu nedenle, rıza, nikâhın rükünlerinden biri olarak kabul edilmez; çünkü rıza, ne algılanabilen ne de hissedilebilen, ancak icap ve kabul şeklini alan siğa ile açıklanır. Bundan dolayıdır ki rıza aslında bir rükün değil, in’ikad şartıdır. İn’ikad şartları ise, nikâh akdi esnasında rükünlerde bulunması

²²⁴ Benani, C: 2, s. 168, bkz; . İbn Cüzey, s. 195.

²²⁵ ed-Desuki, C: 2, s. 220.

²²⁶ eş-Şerbini, C: 3, s. 194.

²²⁷ Şehata, Reşdi, el-İştirat Fi Akdi Zevac Fi el-Fıkıh ve el-Kanun, 1.Baskı, Mısır, Darü’l Fikrî’l Arabi, 2001, s. 36.

²²⁸ Seradj, Ahmed, Nazariyetü’l ‘Akd ve et-Ta’asüf Fi İsti’imal el-Hak Min Cihat el-Fıkıhüü!! İslâmi, Mısır, Divanü’l Matbu’at el-Cami’iyâh, 1998, s. 41.

gereken şartlar olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, nikâh akdi esnasında eşlerin rızalarının bulunması gerekmektedir²²⁹. Kısacası, akdın asıl rûknünün söz, yazı veya işaret ile açıklanan şey yani “sığa” olduğu ifade edilebilir.

Nikâh akdinin tek rûknünün sığa olması itibariyle, CAK'nun 9.maddesinin şu şekilde tadil edilmesinin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz: "*Nikâh, karşılıklı rızaya delalet eden icap ve kabul ile akdedilir*".

Ayrıca, CAK'nun 10.maddesinde rızanın anlamı açıklanmıştır. Buna göre, "*Rıza, şeriata göre nikâhın anlamını taşıyan lafızların tamamıyla ve taraflardan birinin icabı ve diğer tarafın kabulü ile olur. Aciz olanlar için yazı, işaret veya örf bakımından nikâhın anlamını taşıyan her şey icap ve kabul sayılır*".

2- Cezayir yasa koyucusu, rızayı (yani icap ve kabulü) nikâhın tek rûknü haline getirerek, velîyi nikâhın rûkunlerinden biri olarak kabul eden Malikilerden ayrılmış olmaktadır. Zira CAK'nun 9.maddesi tadil edilmeden önce şöyle bir hüküm ihtiva etmekteydi: "*Nikâh, eşlerin rızası, kadının velîsi, iki şahit ve mehir ile akdedilir*". Bu maddede dikkat çeken husus, Cezayir yasa koyucusunun Malikilerin görüşünü tercih ettikten sonra evliliğin rûkunlerini eşlerin rızası, velî, iki şahit ve mehir olarak değerlendirmesidir. Bu rûkunlerden herhangi birinin bulunmaması halinde, akdın geçersizliğine ve dolayısıyla sahih nikâhın, nafakanın, nesebin ve eşler arasındaki miras hakkının tüm sonuçlarının ortadan kalkmasına yol açar. Ancak Cezayir yasa koyucusu, daha önce de belirtildiği üzere, özellikle kadın-erkek eşitliği konusunda feminist hareketlerin baskısına maruz kaldığı için bu maddeyi değiştirmeyi uygun görmüştür. Buna ek olarak, Cezayir'in 1996 yılında kadın ve erkek arasında mutlak eşitlik öngören CEDAW Antlaşmasını onaylaması bu maddenin değişmesinde önemli bir rol oynamıştır. Buna göre Cezayir yasa koyucusu, İslami hükümlerden sapmadan bu maddenin değiştirilmesi gerektiğini düşünmüştür. Buna göre, Hanefilerin görüşünü benimseyerek eşlerin rızasını bir rûkun haline getirirken, velî, iki şahit, mehir ve evlenme engellerin bulunmamasını nikâh akdinin şartları olarak belirlemiştir. Bu bağlamda Cezayir yasa koyucusu tam ehliyetli kadına velisini seçme hakkı da tanımış olmakla birlikte, ileride değineceğimiz üzere, velisinin izni ya da varlığı olmaksızın evlilik akdini bizzat kendisi yapabilmektedir.

3- Cezayir yasa koyucu, "Nikâhın rûkunleri" başlık altında ve CAK'nun mükerrer 9.maddesinde ve nikâhın şartlarından bahsetmiştir. Bu bağlamda, mükerrer 9.madde

²²⁹ **Mehaddah, Muhammed**, Dirasat Kanuniyâh Fi Kanun el-Ehvalî ş-Şahsîyâh, yayımlanmamış bir araştırma, s. 155.

şu şekilde: "Nikâh akdinde şu şartları bulunması gerekir; evlilik ehliyeti, mehir, velî, iki şahit ne evlenme engelinin bulunmamasıdır". Bundan dolayı Cezayir yasa koyucusu, "Nikâh akdinin şartları" başlık altında bu şartları ayrılmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

HAK ise, nikâh akdinin rükünlerini 35. ve 36.maddelerde düzenlemiştir. Buna göre, HAK 35.maddesinde; "*Nikâh, meclis-i nikâhta tarafeynin veya vekillerinin icâb ve kabûlüyle akdolunur*", 36.maddesinde ise; "*Nikâhda icâb ve kabûl, tenkih ve tezvic gibi lafızlarla olur*" demek suretiyle nikâha delalet eden lafızlar hakkında bir açıklama getirmiştir. Böylece HAK, icap ve kabulü nikâhın tek rüknü olarak kabul etmiştir.

3.1.3.2. Nikâh Akdinde Rıza Rüknü ve Bulunmamasının Etkisi

CAK'nun 9.maddesi uyarınca: "*Nikâh, rızaya delalet eden karşılıklı icap ve kabul ile akdedilir*". CAK'nun 10.maddesine göre ise; "*Rıza, şeriata göre nikâhın anlamını taşıyan her kelime ile taraflardan birinin icabı ve diğer tarafın kabulü ile olur. Aciz olanlar için, yazı, işaret gibi dilsel veya örf bakımından nikâhın anlamını taşıyan her şey de icap ve kabul sayılır*".

Tüm İslam hukukçuları ve pozitif hukuk âlimleri, nikâh akdinin dayandığı ve varlığının bağlı olduğu ana rüknün rıza olduğunda hemfikir olmuşken, bu rüknün isimlendirilmesi konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Bu bağlamda, bu rüknü icap ve kabul olarak isimlendirenlerin dışında siğa olarak isimlendirenler de vardır. Fakat bu ihtilafın sözel bir ihtilaf olduğu anlamsal açıdan her ikisinin de (yani icap-kabul ile siganın) aynı şeyi ifade ettiği belirtilmelidir.

3.1.3.2.1. Nikâh Akdinde Rıza Rüknünün Anlamı

Hem CAK hem de HAK rıza rüknü için bir tanım vermemiştir. CAK'nun 10.maddesinde yer alan hükümde bu rüknün kısımlarıyla icap ve kabulün açıklanması için kullanılan kelimeler belirtilmiştir. Dolayısıyla CAK'nun 222.maddesinde yer alan göndermeye istinaden İslam hukukunda öngörülmüş olan tanıma değinilmesi gerekmektedir.

Seyyid Sabik rıza şöyle tanımlamıştır: "*Rıza, iki tarafın evlenme ve evlilik bağı kurma isteklerinin uyuşmasıdır, erkek veya kadının yaptığı ilk irade beyanı icap, ona cevap olan*

ikincisi ise kabuldür"²³⁰.

Bu tarif ve CAK'nun 10/1. maddesinde yer alan hükme bakıldığında, nikâh akdinde rıza rüknünün iki temel unsurdan oluştuğu söylenebilir: icap ve kabul.

A. İcap ve Kabul

CAK'nun 10/1. ve 33.maddelerinde yer alan hükümler, İslam hukukçularının rıza rüknünün iki temel unsurdan (icap ve kabul) oluştuğu konusunda benimsedikleri görüş ile bağdaşmaktadır.

Ancak bu maddeler, icap ve kabulü rızanın unsurları olarak belirtirken, icap ve kabulün tanımıyla şartlarından bahsetmediği için eleştirilmiştir. Dolayısıyla CAK'nun 222.maddesine istinaden İslam hukukunda öngörölmüş olan tanıma değinilmesi gerekmektedir.

Muhammed Raafat Othman siğatı şöyle tanımlamıştır: "Siğa, icap ve kabul aracılığıyla nikâhın gerçekleşmesine delalet eden lafızdır"²³¹. Bu hususta icaptan kastedilen şey, rızaya delalet eden eylemdir. Ancak İslam hukukçuları icap ve kabulün manası üzerinde iki görüş ileri sürmüşlerdir. İlk görüşü benimseyenlere göre icap, taraflardan birinin akdin diğer tarafıyla evlilik bağı kurma teklifi, kabul da diğer tarafın o teklife olumlu olarak verdiği cevaptır ²³². Bu görüş Hanefilerin görüşüdür. Onlara göre, bir eylemin icap veya kabul olduğunu belirlemek için kullanılan kriter, eylem kimden sadır olursa olsun- bu eylemin ortaya konulduğu zamandır. Buna göre, ilk eylem icap, sonraki ise kabuldür. Nitekim Fetih El-Kadir isimli eserde şöyle bir ifade yer almaktadır: "*Nikâh akdini kurmak için taraflardan biri tarafından -kim yapmış olursa olsun- ilk olarak yapılan teklif icap, bu teklife verilen olumlu cevap ise kabuldür*"²³³.

İkinci görüşü benimseyenlere göre icap, evlilik bağı kurmak amacıyla kadının velîsi tarafından erkeğe yöneltilen teklif; kabul ise bu teklife olumlu olarak erkekten sadır olan cevaptır. Bu görüş Malikiler²³⁴, Şafiiler²³⁵ ve Hanbelilerin²³⁶ görüşüdür. Bu görüşü benimseyenlere göre ortaya konulan eylemin icap veya kabul olduğunu belirlemek için kullanılan kriter, bu eylemin ortaya konulduğu zaman değil, sadır olduğu taraftır. Oysa ki;

²³⁰ Seyyid Sabik, Fıkhü's Sünnah, Mısır, el-Feth Yayınlar, C:2, s. 22.

²³¹ Muhammed, Raafat Othman, en-Nizaamü'l Kadayi Fi el-İslâm, 1.Baskı, Mısır, 1989, s. 106.

²³² İbn Humam, Şerhu Fethi'l Kadir, Tahkik eden; Galib Abdulrezzak, 1.Baskı, C:3, Darü'l Kutub el-İlmiyye, 1995, s. 182.

²³³ İbn Humam, C: 3, s. 182.

²³⁴ ed-Derdiri, C: 1, s. 3380.

²³⁵ eş-Şerbini, C: 9, s. 188.

²³⁶ Behhuti, s. 511.

bu eylem kadın tarafından sadır olursa icap, erkekten sadır olur ise kabuldür. Bu hususta el-Harşı Al-Mâliki şu ifadelere yer vermektedir: "*Nikâh siğasında zamansal ardıllık şart değildir, yani kocanın konuşmasının, kadının velîsinin konuşmasından sonra olması şart değildir. Buna göre, koca söze başlayıp, kadının velîsine "belli bir mehir ile velayetin altındaki kızı benimle evlendir" derse, kızın velîsi "kabul ettim" diye cevap verirse nikâh akdi sahîh olur*"²³⁷. Buna ek olarak. el-Ravdo al-Mûrabbâa eserinde de şöyle demektedir: "*İcap, kadının velîsi veya onun yerine geçenlerden sadır olan söz; kabul ise erkek veya temsilcısından sadır olan sözdür*"²³⁸.

i. İcap ve Kabulün Şartları

İcap ve kabulün geçerli olması için yerine getirilmesi gereken bazı şartlar vardır. İslam hukukçuları bu şartların bazılarında ittifak ederken, diğerlerinde ihtilaf etmişlerdir.

CAK'nun 10/1.maddesi uyarınca: "*Rıza, şeriate göre nikâha delalet eden lafızların tamamıyla taraflardan birinin icabı ve diğer tarafın kabulü ile olur*". Bu maddeden anlaşılmaktadır ki; Cezayir yasa koyucusu, ne icap ve ne kabule işaret eden kelimeleri ne de kullanılacak dil, kip ve zamanı belirtmiştir. Öte yandan HAK 36.maddesinde bu hususu; "*Nikâhda îcâb ve kabûl, tenkih ve tezvîc gibi lafızlarla olur*" şeklinde hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre, icap ve kabul ancak "tenkîh" ve "tezvîc" gibi sarîh lafızlarla gerçekleşecektir. Ayrıca sadece lafıza işaret edilmiştir.

Bu aşamada -yine CAK'nun 222.maddesinde yer alan atfa istinaden- İslam hukukunda nikâha delalet eden lafızların nasıl ele alındığı meselesi üzerinde durmak gerekmektedir

ii. Nikâha Delalet Eden Lafızlar

İslam hukukçularının nikâha delalet eden lafızları nasıl ele aldıklarını incelerken meseleyi, "üzerinde ittifak edilen lafızlar" ve "üzerinde ihtilaf edilen lafızlar" olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Çalışmanın bu kısmında mesele bu ayrım üzerinden incelenecektir.

²³⁷ Kharşı, el-Harşı, 'Alâ Muhtasar Sidi Halil, C:3, Beyrüt, Sadir Yayınlar, s. 174.

²³⁸ Behhuti, s. 511.

a. Üzerinde İttifak Edilen Lafızlar

İslam hukukçuları nikâhın, evlilik ile ilgili pek çok ayet ve hadise dayanarak "nikâh" ve "zevac" lafızları ile akdedildiğinde ittifak etmişlerdir. Öte yandan nikâhın anlamını ve sürekliliğini ifade etmeyen lafızlar ile akdedilmediğinde de hemfikirdirler²³⁹. Buna göre, ibaha, ihlal, idâa, rehin, icâre, vedîa gibi lafızlar ile nikâh akdedilmez.

b. Üzerinde İhtilaf Edilen Lafızlar

Hanefiler²⁴⁰, hibe, sadaka, satış, temlik gibi lafızların, nikâhın anlamını ve sürekliliğine delalet etmesi şartıyla, icap ve kabulü açıklamak amacıyla kullanılabileceğini savunurken, Şafiiler²⁴¹ ve Hanbeliler²⁴², "nikâh" ve "zevac" lafızları olmadan icap ve kabulün geçerli olmadığını ileri sürmüşlerdir.

Zahirîler²⁴³ ise, bir hadiste²⁴⁴ "temlik" lafzının bulunması sebebiyle, "nikâh" ve "zevac" lafızlarının yanı sıra "temlik" lafızı ile de icap ve kabulün geçerli olduğu görüşündedir.

Malikiler, nikâha delalet eden lafızları dört kategoriye ayırmışlardır;

İlk olarak; Mehirle birlikte zikredilip zikredilmediğine bakılmaksızın, bazı lafızlar ile nikâh mutlak bir surette akdedilmiş olur. Bunlar; "nikâh" ve "zevacdır".

İkincisi; Onunla mehrin zikredilmesi şartıyla, bazı lafızlar ile icap ve kabul geçerli olmakla birlikte, nikâh akdedilmiş olur. Bunlar; hibeye delalet eden lafızlardır.

Üçüncüsü; İcap ve kabulün konusunda Malikiler arasında ihtilaf edilen lafızlardır. Bu lafızlar nikâhın sürekliliğine delalet eden lafızlar, mesela "sattım" veya temlik ettim" gibi lafızlardır. Bazı Maliki hukukçular bu lafızları "hibe ettim" lafzı kapsamında kabul ederken, diğerleri bu anlamda olmadığı görüşündedirler ve dolayısıyla onlara göre bu lafızlar ile nikâh akdedilemez.

²³⁹ Zidan, C:6, s. 8.

²⁴⁰ Kasani, Bada'i' al-Sana'i, 2.Baskı, 2. C, Beyrüt, Darü'l Kutbu'l İlmiyye, 1986, s. 229, bkz; İbn Humam, C:3, S. 185-186.

²⁴¹ eş-Şerbini, C:3, s. 190.

²⁴² İbn Kudâme, C:9, s. 460.

²⁴³ İbn Hazm, C:9, s. 464.

²⁴⁴ Buhari, Nikâh, 5030.

Dördüncüsü; Bazı lafızlarla icap ve kabul geçerli olmamakla birlikte, nikâh mutlak bir surette akdedilmemiş olur. Bunlar nikâhın sürekliliğine delalet etmeyen lafızlardır. Ariyet ve kiralama ifade eden lafızlar bu kapsamda zikredilebilir.

İbn Teymiyye bu hususta, örf bakımından nikâh anlamını taşıyan her sözün icap ve kabul olarak sayılması gerektiği görüşündedir. Bu bağlamda şöyle söylemektedir: "Tüm akitlerde olduğu gibi, nikâh akdi de, insanların nikâh olarak kabul ettiği herhangi bir lafız ile akdedilmiş olur"²⁴⁵.

Şuna da işaret etmek gerekir ki; HAK'nin 36.maddesinde geçen hükme ve *Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası*'na bakıldığında, Osmanlı yasa koyucusu Hanefilerin bu husustaki görüşünü tercih etmemiştir. Nitekim *Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası*'na göre Hanefiler, kinayeli lafızlarla da nikâh akdinin muteber bir şekilde kurulabileceğini ileri sürmüş, fakat bunu bir zorunluluk olarak görmemiştirler. Buna ek olarak, bahsi geçen lafızlar, hükmen mevkuf olup sonuca bağlanabilmesi için niyet ve karineye ihtiyaç duymaktadır. Diğer taraftan, İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel konuyla ilgili olarak, nikâh akdinin ancak tarafların anlayabileceği "tezvîc", "tenkîh" gibi sarîh ve bu manaya gelecek lafızlarla kurulabileceğini ifade etmektedir. Tüm bunlardan ve *Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası*'nda geçen ifadelerden hareketle, Osmanlı yasa koyucusunun, HAK'nin 36. maddesini düzenlerken nikâh akdinin önemini göz önünde bulundurarak, ortaya çıkabilecek tüm tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'in görüşlerini tercih ettiği ifade edilebilir²⁴⁶.

c. İcap ve Kabulü Açıklamak Üzere Kullanılacak Dil

Yukarıda izah edildiği gibi, Cezayir ve Osmanlı yasa koyucuları, CAK'da icap ve kabulü açıklamak üzere kullanılması gereken dile ilişkin herhangi bir hükme yer vermemiş ve sadece "şeriye göre nikâhın anlamını taşıyan her kelime" ibaresiyle yetinmiştir. Ancak İslam hukukçuları, icap ve kabulü açıklamak üzere kullanılması gereken dil meselesi üzerinde hassasiyetle durmuşlardır. Buna göre, el-Muğnî isimli eserde şöyle bir ifade geçmektedir: "*Kim Arapça "nikâh" veya "zevac" kelimesini telaffuz edebiliyorsa, bu iki kelimeyi kullanmadan gerçekleştirdiği nikâh geçerli değildir*"²⁴⁷. Ancak Ebu Hanife'ye göre, bu iki kelime olmadan da nikâh sahihtir, çünkü akitlerde asıl olan maksat ve mânâlardır,

²⁴⁵ İbn Taymiyah, el-Fetava'l Kübrâh, Beyrût, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1.Baskı, C: 5, 1987, s. 45.

²⁴⁶ *Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası*; Bkz; Ayşe Betül YILMAZ, KADRİ PAŞA'NIN (Ö. 1888) El-Ahkâmü's-Şer'îyye'si İle Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nin Nikâh Bölümü Çerçevesinde Mukayesesi

²⁴⁷ İbn Kudâme, C:9, s. 461.

bunun dışında evlilik bir ibadet meselesi de olmadığı için rükünlerini Arapça öğrenmek ve zikretmek gerekli değildir²⁴⁸. İbn Kudame ise, söyleyebilmesine rağmen "nikâh" veya "zevac" kelimelerini terk eden kimsenin, sanki ihlal kelimesini kullanmış gibi, nikâhının geçerli olmayacağını ileri sürmüştür²⁴⁹. Arapça bilmeyenlerin nikâh akdini kendi dillerinde akdetmesi sahihtir, çünkü kişinin nikâh lafızlarını zikretmek için Arapça öğrenmesi gerekli değildir²⁵⁰.

Şafiilere göre, tarafların Arapçayı anlayıp konuşabilmelerine rağmen Arapçadan başka bir dille nikâh akdi akdetmeleri sahih değildir. Ancak Arapçayı anlamayıp ve konuşamayanların Arapçadan başka bir dilde akit yapması caizdir²⁵¹.

Cezayir ve Osmanlı yasa koyucuları, CAK ve HAK'da icap ve kabulü açıklamak üzere kullanılması gereken dile ilişkin herhangi bir hükme yer vermemiştir. Yasa koyucunun bu sessizliğinden hareketle CAK'da cumhurun benimsediği görüşün kabul edildiği sonucuna varılabilir. Böylece evlenmek isteyenlere yerinde bir kolaylık sağlanmıştır denebilir.

ç. İcap ve Kabulü Açıklamak Üzere Kelimelerin Kipi ve Zamanı

Hem CAK hem de HAK, tarafların evlenmeye razı olduklarını açıklayan kelimelerin kipi ve zamanı ile ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir. Dolayısıyla CAK'nun 222.maddesinde yer alan atfa istinaden İslam hukukunun konuya ilişkin bakış açısına temas etmek gerekmektedir.

Kızın babasının erkeğe "kızımı seninle evlendirdim" ve erkeğin "kabul ettim" demesi örneğinde olduğu gibi, her iki tarafın da geçmiş zaman kipi kullanması halinde, icap ve kabulün geçerliliği konusunda İslam hukukçuları arasında bir ihtilaf yoktur. Zira geçmiş zaman kipinin kullanımı, tarafların evlenmeye razı olduklarının kesinleştiğini göstermekte, işleme aleniyet kazandırmakta ve ispat kolaylığı sağlamaktadır²⁵². Akit meclisinde erkeğin kadına "belli bir mehir ile seninle evleniyorum veya evlenirim" demesi üzerine kadının erkeğe "kabul ettim" demesi örneğinde olduğu gibi, akdin sigalarından biri geçmiş ve diğeri şimdiki veya geniş zaman ise, icap ve kabul gerçekleşmiş olur. Zira sigalardan birinin geçmiş zamana ait olması, diğerrinin vaad için değil, akit için olduğuna karine olur. Aynı şekilde,

²⁴⁸ Bkz; Ebu Zehra, s. 79.

²⁴⁹ İbn Kudâme, C:9, s. 461.

²⁵⁰ Behhuti, C:5, s. 39.

²⁵¹ eş-Şerbini, C:3, s. 190.

²⁵² İbn Âbidin, Cit:2, s. 211.

erkeğin kadına " benimle evlen" ve kadının erkeğe "kabul ettim" demesi örneğinde olduğu gibi, akdin sigâlarından biri geçmiş ve diğeri emir kipi ise, nikah akdi yine sahih olur²⁵³.

d. Rıza Açıklama Yolları

Nikâhın gerçekleşebilmesi için, tarafların rıza göstermesi gerekmektedir. Rıza, evlenme iradesinin özgür ve istekli bir şekilde açıklanması anlamına gelir. Nikâh sırasında rıza, tarafların evliliği kabul ettiğini beyan etmeleriyle sağlanır.

Bu başlık kapsamında, rızanın dolaylı yollarla ifade edilmesi üzerinde durulacaktır.

1- Dilsizler Tarafından Yapılan İcap ve Kabul

Evliliğin gerçekleşmesi için, tarafların, icap ve kabulden oluşan akdin sigâsını telaffuz etmeleri gerekir. Ancak akdin taraflarından birinin dilsiz ise ve okuma-yazma da bilmiyorsa evlenme iradesini açıklaması mümkün olmayabilir. Bu halde icap ve kabul anlaşılır ve açıklayıcı bir işaret vasıtasıyla olur. Ancak taraflardan biri dilsiz, ancak yazmayı biliyor ise, evlenme iradesini yazıyla beyan eder. Çünkü yazı işaretten daha anlamlı, maksadın ne olduğu konusunda daha açık ve şüpheye düşmekten daha uzak bir vasıta. Bu görüş, Şafîîlerin ve Hanbelîlerin görüşüdür²⁵⁴.

Hanefî mezhebinde²⁵⁵ ise bu konuda iki görüş vardır. Bunlardan ilkinde göre; dilsiz kişinin, yazmayı bilse bile, evlenme iradesini işaret ederek açıklaması caizdir, çünkü yazı ve işaret, iradeyi açıklama vasıtası olarak sahihtir ve insanlar bunu anlayabilirler. İkinci görüşe göre ise, yazmayı bilen dilsizin işaret kullanması kabul edilmez, çünkü yazı, işaretten daha açıktır ve yazının muhakeme esnasında ispatlanması daha kolaydır²⁵⁶.

Cezayir yasa koyucusu, konuşmadan nikâh akdinin akdedilmesi konusunu CAK'nun 10/2.maddesinde ele almıştır. Buna göre, 10/2.madde uyarınca; "*Aciz olanlar için, yazı, işaret gibi dilsel veya örf bakımından nikâh anlamını taşıyan her şey icap ve kabul sayılır*". Cezayir yasa koyucusu bu maddede, konuşamayan (dilsizler) ve yazamayan bir kimsenin durumunu ele alırken, bir mektup veya elçi aracılığıyla yapılan icap ve kabulü ele almamıştır. Fakat anılan 10/2.maddeden anlaşılır ki; Cezayir yasa koyucusu, Hanefîlerin yukarıda aktarılan ilk görüşünden etkilenmiştir. Yani dilsiz olanın, yazmayı bilse bile,

²⁵³ Kesani, C: 2, s. 231, bkz; ed-Derdiri, Cil:1, s. 380.

²⁵⁴ İbn Humam, C:3, s. 189, bkz; eş-Şerbini, C:3, s. 191.

²⁵⁵ İbn Humam, C: 3/190.

²⁵⁶ Ebu Zehra, s55.

evlenme iradesini işaret ederek açıklaması mümkündür. Zira bu maddede yer alan "yazı veya işaret gibi" ibaresinden anlaşılmaktadır ki; akdin tarafları için belli bir vasıta zorunlu tutulmamış, bunun yerine taraflara evlenme iradesini açıklamak üzere tam bir serbestiye tanınmıştır.

Öte yandan, HAK, nikâha delalet eden lafızlar hakkında düzenleme yaparken, açık olarak dilsizler için herhangi bir hüküm koymamıştır. Ancak 35.maddede yer alan "tarafeynin veya vekillerinin" ibaresinden hareketle; evlenmek isteyen dilsizin irade beyanını açıklamak üzere bir vekil tayin edebileceği ve bu vekil vasıtasıyla irade beyanını ortaya koyabileceği neticesine ulaşılabilir.

2- İcap ve kabulün Mektup (Yazışma) ve Elçi yoluyla Açıklaması

İcap ve kabulün sözlü olması esas olmakla birlikte taraflardan birinin uzakta bulunması bunu imkânsız hale getirebilir. Ancak HAK ve CAK, taraflardan birinin akit meclisine katılamaması durumunda, teklif ve kabulün mektup (yazışma) ve elçi yoluyla açıklaması konusunda herhangi bir hükme yer vermemiştir. Dolayısıyla burada da CAK'nun 222.maddesinde yer alan atfa istinaden İslam hukukunun konuya bakışı değerlendirilmelidir.

İslam hukukçuları, mektup ile nikâhın akdedilmesi konusunda iki görüşe ayrılmaktadırlar. İlk görüş olan Hanefilerin benimsedikleri görüştür. Buna göre, akit meclisine katılamayanlar, evlenme iradelerini mektup veya elçi vasıtasıyla açıklayabilirler, ancak evlenme iradesini içeren mektup diğer taraf ve şahitler huzurunda okunur, bu tarafın kabulü ile nikâh akdi tamamlanmış olur. Bada'i' al-Sana'i adlı eserde şöyle bir ifade geçmektedir: *"Eğer erkek kadına (kendisiyle evlenmek için) bir elçi gönderir ve kadın, elçinin sözlerini işiten şahitlerin huzurunda erkeğin teklifini kabul eder ise, meclis birliği şartı manen gerçekleştiği için nikâh akdi akdedilmiş olur. Zira elçi, gönderici olanın sözlerini iletmediği için, elçinin sözleri göndericinin sözleri olarak kabul edilir ve dolayısıyla elçinin sözlerini işitmek, göndericinin sözlerini işitmekle aynıdır"*²⁵⁷.

Malikiler, Şafiiler ve Hanbelîler tarafından benimsenen ikinci görüşe göre, akit meclisine katılamayan kişi konuşabiliyor ise, nikâh akdi mektup ile akdedilmez. Çünkü mektup kinaye olarak kabul edilir ve cumhura göre kinayeli lafızlar ile nikâh akdi akdedilmez. Bu hususta Bûlğat'ül el-Salîk adlı eserde: *"Dilsizlik durumu dışında, gaipler*

²⁵⁷ Kesani, C: 2, s. 233.

arasında evlenme iradesini açıklamak konusunda işaret ve mektup yeterli değildir"²⁵⁸ ifadesi geçerken, Muğni'l-Muhtâc adlı eserde şöyle bir ifade yer almaktadır: "Nikâh akdi, gıyapta veya huzurda mektup ile akdedilmez, çünkü mektup kinaye olarak kabul edili"²⁵⁹. Şerh-i Müntehe-i İrâdet adlı eserde ise şöyle bir ifade geçmektedir: "Dilsiz olanlar hariç, icap ve kabulü açıklamak üzere mektup ve anlamlı işaret hiç kimseden kabul edilmez"²⁶⁰.

3- İcap ve Kabulün Modern İletişim Araçlarıyla Açıklaması

Ne CAK ne de HAK, evliliğin modern iletişim araçlarıyla kurulması konusunda herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Dolayısıyla CAK'nun 222.maddesine istinaden bu konu ile ilgili İslam hukukunda öngörülmüş olan hükümlere değinilmesi gerekmektedir.

Nikâh akdi, diğer tüm akitler gibi, mecliste hazır olanlar veya gaipler arasında akdedilebilir. Akit eğer iki gaip arasında akdedilmiş olursa, satış akdine uygulanan hükümlere tabidir. Bu hususu Badran Ebu El Enein Badran şöyle ifade etmiştir: "*Telefonla nikâh caizdir ve taraflar evlilik hakkında konuştuğu sürece, telefon görüşmesi akit meclisi olarak kabul edilir. Ancak taraflar evlilik konusundan başka bir konuya geçerlerse akit meclisi sona erer ve icap geçersiz olur*"²⁶¹.

Ancak nikâh akdini diğer tüm akitlerden ayıran özel bir şart vardır ki bu da şahit şartıdır. Dolayısıyla akdin geçerli olabilmesi için bu şarta riayet edilmesi gerekir²⁶². Bu yönde Çelebi eserinde şu ifadeler yer vermektedir: "*Şahitlerin hazır bulunması ve dinlenmesi, iki tarafın bir yerde buluşması halinde ve elçinin veya mektubun gönderilmesi halinde mümkündür, çünkü bu durumlarda "işitme" mümkündür. Telefon görüşmesine gelince, iki şahit sadece taraflardan birinin sözlerini işitirse (yani sadece icap veya sadece kabulü işitirse) bu şahitlik akdin geçerliliği için yeterli değildir*"²⁶³.

Kanaatimizce, taraflar arasındaki sohbetin sadece evlilikle ilgili olması ve bunun şahitler huzurunda yapılması şartıyla, modern iletişim araçları (WhatsApp, Facebook vb...) kullanılarak evlilik akdi yapılması caizdir. Çünkü iki taraf arasındaki konuşma, akit tarafları arasında evlilikle ilgili olduğu sürece akit meclisi olarak kabul edilir, bu nedenle iki taraf

²⁵⁸ **es-Savi**, (1995), Belğatü's Salik LiAkrabi'l Mesalik, 1.Baskı, C:2, Beyrüt, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1995, s. 223.

²⁵⁹ **eş-Şerbini**, C: 3, s. 190.

²⁶⁰ **Behhuti**, C:5, s. 120.

²⁶¹ **Badran**, s. 41.

²⁶² **Okla, İbrahim**, Hükm İcra el-Ukûd Bivesâil el-İtisâl el-Hadisâh, 1.Baskı, Ürdün, Dar-i d-Diya Lilnaşer ve Tevzii, 1986, s. 121.

²⁶³ **Çelebe**, s. 107-108.

evlilik hakkında konuşmaktan başka bir konuda konuşmaya geçerse, akit meclisi sona erer ve icap geçersiz olur. Öte yandan, evlilik akdi, diğer tüm akitlerden farklı olan özel bir şartla ayırt edilir; bu şart şahitlerin gerekliliğidir ve bu nedenle akdin geçerli sayılabilmesi için bu şarta uyulması gerekir. Ayrıca, evlilik akdinin niteliği de bu araçlar kullanılarak akdedilmesini mümkün kılmaktadır. Zira evlilik akdi rızaya dayalı bir akittir, yani taraflar anlaştığında gerçekleşmiş olur.

3.1.3.2.2. Nikâh Akdinde İcap ve Kabulün Bulunmamasının Hükümleri

Bu başlık altında İslam hukukunda, Cezayir ve Osmanlı hukukunda nikâh akdinde icap ve kabulün bulunmaması durumunda meydana gelebilecek sonuçlarına değinilecektir.

A. İslam Hukukunda

Cumhura göre, nikâh akdinde icap ve kabulün bulunmaması durumunda, nikâh akdi batıl olur ve hiçbir sonuç doğurmaz. Buna ek olarak, cinsî birleşme vuku bulmuş ise bu birleşme zina olarak kabul edildiği için eşlerin birbirinden ayrılması gerektiği konusunda hukukçular ittifak etmişken, zina haddinin uygulanması gerekliliği konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bu yönde Malikiler, Şafiiler, Hanbelilerle Hanefilerden Ebu Yusuf ve Muhammed, eşlerin baliğ, reşit ve yaptıkları cinsî birleşmenin haram olduğunun farkında olmaları halinde haklarında zina haddinin uygulanması gerektiği görüşündedir²⁶⁴.

Ebu Hanife ise, batıl nikâhın başlı başına haddi engelleyen bir şüphe olduğu kanaatindedir. Ancak bu, eşlerin tazir cezası ile cezalandırılmasını engellemez²⁶⁵.

Şuna da işaret etmek gerekir ki; Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre, cinsî birleşme sıhrî (el-Müsâhera) hasımlık doğurur, zira Hanefilere göre, zina vuku bulunca sıhrî (el-Müsâhera) hısımlık sabit olur²⁶⁶.

Ayrıca İslam hukukçuları icap ve kabulün olmadığı nikâh akdinin ne mehir ne nafaka ne de itaat yükümlülüğü doğurduğunu savunmuşlar, ayrıca buna rağmen yapılan nikâhlarda eşlerin birbirlerinden ayrılmaları için talaka gerek olmadığını belirtmişlerdir. Ancak bu noktada nesep konusunda bir ihtilaf mevcuttur. Buna göre, cumhur, bu durumda nesebin sabit olmadığını ileri sürerken, Hanefiler sabit olduğunu ileri sürmüşlerdir.

²⁶⁴ Berdisi, s. 118-119.

²⁶⁵ Ebu Zehra, s152.

²⁶⁶ Berdisi, s. 119.

B. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, rıza rüknünün bulunmamasının sonucunu CAK'nun 33.maddesinde ele almıştır. Buna göre, "*Rıza bulunmadığı durumda akit batıl olur*".

Her durumda, Cumhuriyet Savcılığı ve ilgililer tarafından bu tarz batıl akitlere itiraz etmek amacıyla butlan davası açılabilir ²⁶⁷.

Öte yandan, HAK'nin 35. ve 36.maddelerinde yer alan hükümlerden nikâh akdinin rüknü olan icap ve kabulü taşımayan nikâh akdinin batıl olduğu anlaşılmaktadır.

3.1.3.3. Değerlendirme

CAK ve HAK'nin her ikisi, de Hanefilerin görüşünü tercih ederek icap ve kabulü nikâh akdinin tek rüknü olarak kabul etmiştir. Buna ek olarak, CAK, evlenme ve nikâh anlamına gelen kelimelerin açıkça telaffuz edilmesinin yanı sıra bunu yapamayanların (dilsizler gibi) yazıyla veya anlaşılabilen bir işaretle de nikâh akdini gerçekleştirebileceklerini belirtirken, HAK, Hanefi mezhebinin görüşünün aksine evlenecek tarafların açıkça rızalarını beyan etmelerini şart koşturmuştur.

Cezayir yasa koyucusunun, "rıza" ibaresi yerine "icap ve kabul" ibaresini kullanmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. Zira icap ve kabul, nikâh akdinin rüknüdür ve bu rüknün bulunmadığı durumda akit batıl olur. Ancak rıza unsurunun bulunmaması, evliliğe zorlama (velâyet-i icbâr) anlamına gelir. Bu mesele ise İslam hukukçuları arasında tartışmalı bir meseledir. Bu konu, ilerde nikâhta velayetten bahsedilirken ele alınacaktır.

3.1.4. Nikâh Akdinin Şartları ve Bulunmamasının Hükümleri

Bu başlık altında nikâh akdinin şartları ile ilgili, fıkıhta, CAK ve HAK'de öngörölmüş olan hükümlere değinilecektir.

²⁶⁷ Abdel-Aziz, s. 77.

3.1.4.1. Nikâh Akdinin Şartları

Nikâh akdinin şartlarını ele almadan önce, şart kavramını tanımlamak ve İslam hukukçularının nikâh akdinin şartlarını belirlemede düştükleri ihtilafı izah etmek gerekmektedir.

Şart, Arapça bir kelime olup, sözlükte bir şeyin zorunlu veya mecbur olması, bir şeye delalet eden ve alamet olan şey gibi anlamlara gelir²⁶⁸. Çoğulu “eşrat”tır. Örneğin; “... فَقَدْ جَاءَ ..”²⁶⁹. İstilahta ise, varlığı kendisinin varlığına bağlı bulunan, fakat onun gerçek varlığından ve mahiyetinden ayrı olan şeydir²⁷⁰. Örneğin; cumhura göre nikâh akdinde şahitlerin bulunması şartlardandır. Çünkü şahitler, nikâh akdinin varlığından ve mahiyetinden olmayan bir unsurdur, ancak sahih bir nikâh akdinin söz konusu olabilmesi için şahitlerin bulunması şarttır²⁷¹.

Yukarıda izah edildiği üzere, rükün ve şartın ortak noktası, ikisinin de hükmün varlığına bağlı olmasıdır. Dolayısıyla bunların bulunmaması hükmün geçersizliğini gerektirir. Ancak her iki kavram, rükünün bir şeyin esas unsur ve parçası olması, şartın ise onun gerçek varlığından ve mahiyetinden ayrı bir şey olması noktasında farklılık gösterir.

Nikâh akdinin muteber bir şekilde akdedilebilmesi ve geçerli sayılabilmesi için bir takım şartları taşıması gerekir. Buna göre, nikâh akdi ile ilgili dört nevi şart vardır; akdin ortaya çıkmasını sağlayan şartlara "in'ikad", sahih ve muteber olarak kurulması ve hukuki sonuçlarını doğurmasını sağlayan şartlara "sıhhat", yapıldığı andan itibaren başka bir hususa muhtaç olmaksızın geçerli olmasını sağlayan şartlara "nefaz" ve nikâhın devamı ve bağlayıcılığını sağlayarak fesih davasına imkân vermeyen şartlara da "lüzum" şartları denilir.

Bu hususta belirtmek gerekir ki; Hanefilere göre, rükününü, in'ikad ve sıhhat şartlarını taşıyan nikâh akdi sahih; in'ikad şartları eksik olan akit batıl, sıhhat şartları eksik olan fasid, nefaz şartları eksik olan mevkuf ve lüzum şartları eksik olan ise gayri lazım nikâh olarak kabul edilir. Ancak cumhur fukaha, butlan ve fesat arasında bir ayrım yapmamış ve sahih olmayan akde de batıl veya fasit akit adı vermiştir. Dolayısıyla cumhura göre, nikâh akdinin

²⁶⁸ İbn Menzur, C:7, s. 329.

²⁶⁹ Muhammed suresi (47/18); “...Halbuki onun alâmetleri geldi....”.

²⁷⁰ Amedi, el-Ahkâm Fi Usul el-İhkam, Tahkik eden; Afif, Abdulrezzak, 1.Baskı, C: 2, Arabistan, es-Sami’i Yayınlar, 2003, s. 379-380, bkz; ez-Zerkeşi, el-Bahrü’l Muhit Fi Uusl el-Fıkıh, Tahrir eden; Ebu Geddah, Abdul Settar, 2.Baskı, C: 3, Mısır, es-Savvâh Yayınlar, 1992, s. 3.

²⁷¹ Celebe, s. 95, bkz; Berdisi, s. 68.

şartları sıhhat şartlarından ibarettir. Bu bağlamda cumhur, rükünleri ve şartları tamam olan nikâhı sahih, bunlardan biri eksik olanı ise batıl veya fasid nikâh olarak nitelendirir²⁷².

CAK ve HAK'de nikâh akdinin şartlarına ilişkin maddeler incelendiğinde, nikâh akdinin şartlarının esasa ait (objektif) ve şekli şartlar olmak üzere ikili bir ayrım çerçevesinde ele alındığı görülmektedir. Bu hususta esasa ait (objektif) şartlar, uyarlamalarında hâkimin takdir yetkisine tabi olan şartlardır ve bu kavramların sınırlarının belirlenmesi uyarlama sürecinin önemli kısımlarından biridir. Böylece şartlardan birinin uyarlanmasında, esasa ait (objektif) şart ve şekli şart arasında bir ihtilafa düşülürse, nikâh şartlarını uyarlamaya yetkili olan hâkimin takdir yetkisi devreye girecektir.

Şekli şartlar ise, gerekli idari belgelerin ibraz edilmesi ve verilerin yetkili memur tarafından kaydedilmesi suretiyle nikâh akdinin tescili ve ispatı maksadıyla idari ve organizasyonel prosedürlerin takip edilmesi gerekliliği ile ilgili konuları ifade eder.

3.1.4.1.1. Nikâhın Esasa Ait (Objektif) Şartları

Esasa ait şartları; evlenme ehliyeti, mehir, velayet, şahitlik, evlenme engelinin olmayışı, daha önce geçerli bir evliliğin olmayışı, denklik (kefaet) ve tıbbi muayene şeklinde sekiz başlık altında incelenecektir

A. Evlenme Ehliyeti

Çeşitli kanunlarda esasa ait (objektif) olarak öngörülen şartlardan biri evlenme ehliyetidir. Nikâh akdinin önemini ve getirdiği yükümlülükleri göz önüne alarak, devletler belli bir asgari evlilik yaşı belirlemiştir. Devletler, evlilik yaşını tayin ederken, cinsiyet açısından her ülkede bireylerin ortalama biyolojik gelişimlerini, ülkenin hava durumu ile coğrafi şartlarını ve ırkların özelliklerini dikkate almıştır²⁷³.

Ayrıca evlilik yaşı erkekler ve kadınlar için ülkeden ülkeye değişirken²⁷⁴, Cezayir'de erkekler ve kadınlar arasında bir ayrım yapılmaksızın evlilik yaşı 19 olarak belirlenmiştir. Bu hususu CAK'nun 7.maddesi; "*Erkek ve kadın 19 yaşını doldurdıkları zaman evlenme ehliyetine sahip olurlar. Ancak iki tarafın evliliğe güç yetirebilmesinin ispat edilmesi*

²⁷² Çelebe, s. 114.

²⁷³ Meryem Ahmed, el-Kanun el-Vacib el-Tatbik, (Doktora Tezi), Kahire Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996, s. 30.

²⁷⁴ Bu bağlamda, Suriye Aile Kanunu'nun 16. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: " Evlenme ehliyeti erkek için on sekiz, kadın için on yedi yaşını doldurmakla tamamlanmış olur."

şartıyla, bir maslahat ya da zaruret durumunda, hâkim tarafından tarafların daha küçük yaşta evlenmelerine izin verilebilir" şeklinde hükme bağlamıştır.

Öte yandan, HAK, 4.maddesinde; “Ehliyyet-i nikâhı haiz olmak için hâtıbın 18 ve mahtûbenin 17 yaşını itmam etmiş olmaları şarttır” hükmünü amirdir. Dolayısıyla HAK kapsamında, evlilik için erkek 18 ve kadın ise 17 yaşını doldurmuş olmalıdır.

Cezayir ve Osmanlı yasa koyucusu, evlilikten kaynaklanan mali, ailevi ve sosyal yükümlülükler ve görevler nedeniyle evliliği tam ehliyet gerektiren davranışlardan biri olarak kabul etmişlerdir.

Evlilik yaşının belirlenmesi konusu, küçüklerin evlilik yaşına gelmeden evlenmelerinin engellenmesi, evliliğe ruhsat verilmesinde hâkimin rolü ve küçüğün menfaatlerinin değerlendirilmesinde babanın rolünün ihmal edilmesi gibi çeşitli sorunları gündeme getirmektedir.

Yukarıda izah edildiği üzere, bu başlık altında hem fıkıhta hem de her iki kanunda evlenme ehliyeti hükümleri incelenecektir.

i. İslam Hukukunda

Sözlükte yetki, elverişlilik ve liyakate delalet eden²⁷⁵ ehliyet, aile hukukunda, bir kişinin kendi irade beyanıyla muteber bir evlilik yapabilmesi veya var olan bir evliliği sona erdirebilmesi anlamına gelmektedir²⁷⁶.

Bir kişinin ehliyeti, varlığının başlangıcından gelişiminin tamamlanmasına kadar değişir ve ilk önce ona, henüz cenin iken kendisine hazırlanmakta olan miras hakkı gibi bazı haklar tesis edilir. Sonra bütün hakları tamamlanır ve doğumundan sonra ona bazı haklar verilir. O halde ondan sadır olan bazı davranışlar sahihtir ve eğer fiziki ve zihnî gelişimi tamamsa, ehliyeti tam olmuş olup, yasa koyucunun takdirine göre farklı derecelerde ehliyeti sabit olur.

Fıkıhta asgari bir evlilik yaşı belirlenmemiştir. Ancak genel hükümlere göre bir kişinin kendi irade beyanıyla muteber bir evlilik yapabilmesi için ergenlik (buluğ) çağına gelmiş olması gerekmektedir, bir başka deyişle, evlenme rüşünü haiz olması gerekmektedir.

²⁷⁵ İbn Menzur, 3/722.

²⁷⁶ ez-Zerkah, Mustafa, el-Mehal el-Fıkıh el-‘Am, 2.Baskı, C: 2, Suriye, Darü’l Kalem, 2004, s. 783.

Evlenme rüştü belirlenirken, ya ihtilam veya ay halinin başlaması gibi biyolojik unsurlara ya da yaşa²⁷⁷ itibar edilmektedir.

Bu hususta İslam hukukçuları arasındaki ihtilaf, caizliği, sıhhati ve nefazı bakımından ergenlik (buluğ) çağına girmemiş küçüklerin evlenmelerine ilişkindir ve onların ileri sürdükleri görüşler şu şekilde özetlenebilir:

İlk görüş: Hanefiler²⁷⁸, Malikiler²⁷⁹, Şafiiler²⁸⁰ ve Hanbelilere²⁸¹ göre, evliliğin geçerli olabilmesi için, erkek veya kadının ergenlik (buluğ) çağına girmiş olması şart değildir. Buna göre, küçükler velîleri veya onun vekili tarafından evlendirilebilirler ve bu şekilde yapılan nikâh muteberdir. Bu görüşü destekleyen deliller şunlardır;

- Küçük kızların evlendirilmesinin caiz olduğunun delili Talâk suresinin 4.ayetidir. Bu ayette Cenab-ı Hakk şöyle buyurmuştur: "*Hayızdan kesilmiş kadınlarınız, eğer şüphelendiyseniz, onların iddeti üç aydır, hayız görmeyenler de öyledir....*"²⁸². Bu ayet, hayızdan kesilmiş olan kadınlarla hayız görmeyen küçük kızın da iddetini üç ay olarak tespit etmiştir. Malum olduğu üzere iddet sadece boşanma veya nikâhın feshinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu ayet küçük kızın da evlendirilebileceği ve boşanabildiğine delalet eder²⁸³.
- Hz. Peygamber'in Hz.Ayşe ile küçük yaşta evlenmiş olmasıdır. Ayrıca bu durumun Peygamber'e has olduğuna dair bir delil de yoktur, aksine birkaç sahabeden küçük çocukların evlendirilmesinin caiz olduğuna işaret eden rivayetler de mevcuttur. Mesela; Hz.Ali, kızı Ümmü Gülsüm'ü küçükken Hz.Ömer İbnü'l-Hattab ile evlendirmiş, Urve bin Zübeyr de erkek kardeşinin oğlu ile kız kardeşinin kızını küçükken birbirleriyle evlendirmiştir. Nitekim sahabelerine velayetleri altındaki küçükleri evlendirmeleri, ister erkek ister kadın küçük yaşta evlendirmenin caiz olduğuna delildir²⁸⁴.

²⁷⁷ Cumhura göre ergenlik yaşının başlangıcı erkekte 12, kızda 9, sonu ise her ikisinde 15'tir. Ebu hanife ise, kız için 17, erkek için 18 yılın ergenlik çağıının sonu olduğunu ileri sürmüştür; bkz; **Karaman**, s. 313.

²⁷⁸ **Muhammed, Bedreddin Mahmud b. Ahmed b. Musa El-Ayni**, El Binaye fi Şerhil Hidaye, 2.Baskı, C:4, Beyrut, Darul Kütübil İlmîyye, 1990, s. 597.

²⁷⁹ **İbn rüşd**, C:2, s. 62.

²⁸⁰ **eş-Şerbini**, C:3, s. 200.

²⁸¹ **İbn Kudame**, C:9, s. 398.

²⁸² Talâk suresi; (65/04).

²⁸³ **İbn Arabi**, Ahkamü'l Kuran, C:4, Beyrüt. Darü'l Fikr el Arabi, s. 1838, bkz; **İbn Kudame**, 9/398.

²⁸⁴ **İbn Kudame**, 9/398, **İbn Abdelbar**, el-İstizkar, Tahkik Eden; Kalacı, Abdulmuti, 1.Baskı, C:16, Suriye, Kutayba Yayınlar, 1993, s. 59, bkz; **es-Serhasi**, 4/212.

- Bir velînin küçük yaştaki kızını evlendirmesinin ve evlenmeyi istemese bile onu evlenmeye zorlamasının caiz olduğu konusunda İslam hukukçuları icma etmiştir. Bu yönde el-Muğnî isimli eserde şöyle bir ifade yer almaktadır: "*İbnü'l-Münzir dedi ki: Bir babanın bâkire ve küçük yaştaki kızını kendisine uygun ve denk (küfüv) biriyle evlendirmesi halinde kız hoşlanmasa veya çekimser kalsa dahi bu evliliğin muteber olduğu konusunda kendilerinden ilim aldığımız âlimlerin hepsi icma etmişlerdir*"²⁸⁵.
- İslam hukukuna göre evlenecek kişiler arasında belli kriterler bağlamında kefaetin (denkliğin) bulunması gerekmektedir. Ancak kişilerin kendilerine uygun ve denk (küfüv) bir aday bulmaları her zaman mümkün olamamaktadır. Bundan dolayı böyle birisi bulununca muhatabın ergenlik çağına girmesinin beklenmesi alternatifin elden kaçırılmasına sebep olabilir. Bu alternatifin elden kaçırılmaması velînin küçüğü evlendirmesine bağlıdır²⁸⁶.

Bunlar, küçükleri evlendirmenin caiz olduğuna dair fakihler tarafından ileri sürülen delillerdir. Ancak İslam hukukçuları küçükleri evlendirme hakkının kimde olduğu ve bu evliliğin ne kadar gerekli olduğu konusunda ihtilafa düşmüşlerdir.

- İlk görüş: Ergenlik çağına girinceye kadar kızı, baba dışındaki velîler evlendiremez. Başka bir deyişle; küçük yaşta kızı evlendirme yetkisi sadece babaya aittir. Bu görüşü, Süfyan el-Sevri, Ebu Sevr, İbn Ebi Leyla, kendilerinden gelen meşhur rivayete göre İmam Mâlik ile Ahmed b.Hanbel benimsemiştir. Bu hukukçulara göre küçüğün akdi aslında hiçbir şekilde geçerli değildir, ancak aşırı merhameti ve çocuğun menfaatine olan arzusunun samimiyeti nedeniyle babaya izin verilerek bu noktada bir istisna getirilmiştir. Dolayısıyla reşit olmayan kızı evlendirme yetkisi baba dışındaki velîler hakkında sabit değildir²⁸⁷.
- İkinci görüş; Bu görüşü benimseyen İmam Şafî'ye göre, babadaki özellikler dedede de mevcuttur, dolayısıyla dede de bu hususta baba gibi kabul edilmelidir. Buna göre, ergenlik çağına girmeyen kızı evlendirme yetkisi babanın yokluğunda dedeye intikal eder²⁸⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki; kötü seçimleri, kötü ahlakları veya çocuklarına düşmanlıkları biliniyorsa, her ikisinin de evlendirme yetkisi yoktur²⁸⁹.

²⁸⁵ İbn Kudame, 9/398.

²⁸⁶ Ayni, C:4, s. 598.

²⁸⁷ İbn Kudame, C:9, s. 399, bkz; İbn Abdelbir, C:16, s. 58.

²⁸⁸ Maverdi, el-Havi'l Kabir Fi Fıkıh el-İmam eş-Şaffî, Tahkik Eden; Muaved, Mouhammed, 1.Baskı, C: 9, Beyrûy, Darü'l Kutub el-İlmiyye, 1994, s. 52.

²⁸⁹ eş-Şerbini, 3/201.

- Üçüncü görüşü: Baba ve dede dışındaki velîler küçüğü evlendirme yetkisine sahiptir. Ancak bu şekilde yapılmış olan nikâh akdi bağlayıcı değildir. Buna göre, baba ve dede dışındaki velîlerin evlendirdiği küçüklere ergenlik çağına girdiklerinde buluğ muhayyerliği hakkı tanımıştır. Bu görüşü, Ebu Hanife'nin benimsediği görüşüdür²⁹⁰.
- Dördüncü görüş: İshak bin Rahûyâh'a göre, baba dışındaki velîler de küçüğü evlendirme yetkisine sahiptirler ve küçüklere ergenlik çağına girdiklerinde buluğ muhayyerliği hakkı tanımıştır. Fakat küçüğün ergenlik çağına girmeden ve buluğ muhayyerlik hakkını yerine getirmeden önce eşlerin zifafa giremediği kanaatındadır.

İkinci görüş; İbn Şübrümeh, Ebu Baker el-Asam ve Osman el-Betti'ye göre, küçük yaşta çocuğu (ister erkek ister kız olsun) evlendirme yetkisi baba veya baba dışındaki velilere ait değildir. Zira onlara göre küçüğün evlenmesi veya evlendirilmesi hukuken geçerli değildir ve buna rağmen gerçekleştirilen evlilik hiçbir sonuç doğurmaz²⁹¹. Bu görüşü benimseyenler aşağıdaki delilleri ileri sürmüşlerdir:

- “Evlilik (buluğ) çağına gelinceye kadar yetimleri deneyin; eğer onların yeterli fikri olgunluk düzeyine eriştiklerini tespit ederseniz hemen mallarını kendilerine verin...”²⁹² ayetinde küçüklüğün sona ermesi nikâh çağına gelmekle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla küçüklerin evlendirilmeleri geçerli olsaydı, getirilmiş olan bu sınırlama manasız olurdu²⁹³.
- Akli delil olarak da şu hususu ileri sürmüşlerdir: Küçüğün bu evlilikle elde edeceği bir fayda yoktur, çünkü evlenmenin gayesi birlikte yaşamak, mutlu olmak, aile hayatı kurmak ve nesil sürdürmektir. Küçüklerin ise evlilikten beklenen mezkûr amaçları yerine getirmeleri mümkün değildir. Bilakis bu durum onlara zarar verebilir ve eşleri aralarında bir uyum olmadan ebediyen yaşamaya zorlayabilir. Üstelik velayet hakkının temelinde küçüklerin menfaatlerinin gözetilmesi ve onlara gelecek zararların önlenmesi mülahazaları yatmaktadır²⁹⁴.

Delilleri eleştiriye açık olsa da, ikinci grup fukahanın görüşünün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira belli bir olgunluğa erişmediklerinden ötürü, kendilerine ağır sorumluluklar getirecek olan evlilik hayatının küçükler için uygun olmadığı ortadadır.

²⁹⁰ Zidan, C:6, s. 407.

²⁹¹ İbn Hazm, C:9, s. 459.

²⁹² Nisa Suresi (4/6).

²⁹³ Ayni, C:4, s. 597.

²⁹⁴ es-Serhasi, C:4, s. 212, bkz; Ayni, C:4, s. 597.

Cezayir yasa koyucusu (CAK'nun m.13) ve HAK (m.6) İbn Şübrümeh, Ebu Baker el-Asam ve Osman el-Betti'nin benimsedikleri görüşü tercih ederek, küçüklerin velîleri (kim olursa olsun) tarafından evlendirilmelerinin muteber olmadığını kabul etmiştir.

Üçüncü görüş; Bazı İslam hukukçularına göre, velîsi veya vekili tarafından evlendirilen küçüğün evliliği muteberdir. Fakat bu noktada bazı hususlar dikkate alınmalıdır. Bu hususlar; küçüğün cinsiyeti, medeni durumuyla küçüğü evlendiren kişinin sıfatıdır.

- Küçüğün Cinsiyeti; İbn Hazm, babanın küçük bakire kızını, onun iznini almadan evlendirebileceğini ve bu şekilde yapılmış olan nikâh akdinin sahih olduğunu kabul ederken, küçük oğlunu bakire olsa bile evlendiremeyeceğini ileri sürmüştür. Bu hususu şöyle ifade etmiştir: "*Baba küçük bakire kızını, iznini almadan buluş çağına girmedikçe evlendirebilir, buluş çağına girdiğinde ise kıza buluş muhayyerliği hakkı tanınmamıştır. Ancak küçük bakire kızın babası yoksa maslahat ya da zaruret olsa bile kız buluş çağına girinceye kadar hiç kimse tarafından evlendirilemez*"²⁹⁵.

Bu görüşü benimseyenler Ebu Bekir es-Sıddık'ın kızı Ayşe'nin küçükken Peygamber (s.a.v.) ile evlenmiş olmasını delil olarak ileri sürmektedirler. Buna ek olarak, "*Dul kadın evliliği konusunda velisinden daha ziyade hak sahibidir. Evlenme konusunda bakire kızın iznini babası alır ve kızın susması izin anlamına gelir*"²⁹⁶ hadisine dayanarak, velâyet-i icbâr yetkisinin; dul kadın (ister reşit olsun veya olmasın), buluş çağına giren bakire kız -çünkü izin ancak âkıl ve buluş çağına girenlerden istenir- ve babası olmayan küçük bakire kız için geçerli olmadığını, babası olan küçük bakire kız için ise geçerli olduğunu savunmaktadırlar²⁹⁷.

- Küçüğün Medeni Durumu; İslam hukukçularının bu konudaki görüşleri ikiye ayrılır:
 - İlk görüş; Hanefiler²⁹⁸, Malikiler²⁹⁹ ve Ahmed b. Hanbel buluş çağına girmeyen dul kızı velisinin zorla evlendirmesinin caiz olduğunu, ancak bu yetkinin baba dışındaki velîler hakkında sabit olmadığını savunmuşlardır. Bu yönde el-Moğani adlı eserde şöyle bir ifade geçmektedir; "*Baba dul kızını, iznini almaksızın dengi (küfüv) ile evlendirebilir*"³⁰⁰. Bir grup Hanbeli fakihine göre, baba 9 yaşını dolduran dul kızını, iznini alarak evlendirebilir, ancak bu yaşa gelmeden önce evlendirmesi mümkün

²⁹⁵ İbn Hazm, C:9, s. 459.

²⁹⁶ İbn Mace, Nikâh, 1879.

²⁹⁷ İbn Hazm, C:9, s. 460.

²⁹⁸ es-Serhasi, C:4, s. 212, Ayni, C:4, s. 597, İbn Humam, C:3, s. 61.

²⁹⁹ İbn Rüşd, C:2, s. 6.

³⁰⁰ İbn Kudâme, C:9, s. 409.

değildir. Zira onlara göre 9 yaşını dolduran kızın izni geçerlidir ve dolayısıyla iznini almadan veli onu evlendiremez³⁰¹. Hanbelî fakihlerinden bir başka grup ise, 9 yaşını doldurmamış dul bir kızın babası tarafından evlendirilebileceğini kabul etmekte, 9 yaşını dolduran veya daha büyük dul kızın ise izni olmadan evlendirilemeyeceğini savunmaktadırlar³⁰².

- İkinci görüş; Şafiiler³⁰³ ve Hanbelîler -bir rivayette-³⁰⁴ ve Zahirîyye³⁰⁵, velînin buluş çağına girinceye kadar velayetindeki dul kadını evlendiremediği kanaatindedir. Çünkü bu durumda kadının izni gereklidir ve henüz buluş çağına girmediği için izni muteber değildir³⁰⁶. Bu yönde Muğni'l-muhtâc adlı eserde şöyle bir ifade yer almaktadır; *"Eğer o dul kadın küçükse, deli ve cariye de değilse, cinsel ilişkide bulunsun veya bulunmasın, buluş çağına gelinceye kadar evlendirilemez; çünkü küçüğün izni muteber değildir, dolayısıyla buluş çağına gelinceye kadar evlendirilmesinden imtina edilmesi gerekmektedir"*³⁰⁷.
- Küçüğü Evlendiren Kişinin Sıfatı (velî veyavasî);

İslam hukukçuları bu konuda ihtilaf etmişlerdir. Buna göre, Hanefiler³⁰⁸, Şafiiler³⁰⁹ ve Zahiriler³¹⁰, küçüğü evlendirme yetkisinin sadece velîye ait olduğunu ve bu yetkinin hiç kimseye devredilemediğini savunmuşlardır. Malikiler ise, küçüğü evlendirme yetkisinin aslen velîye ait olduğunu kabul etmekle birlikte bu yetkinin devredilebileceğini (vesayet edilebildiğini) ileri sürmüşlerdir. Bu bağlamda vasî, velînin yerine geçer, dolayısıyla velî küçüğü evlendirme yetkisine sahip olursa, vasî de bu yetkiye sahip olur ve küçüğü evlendirebilir³¹¹.

³⁰¹ İbn Kudâme, C:9, s. 404.

³⁰² Maverdi, C:20, s. 123-124.

³⁰³ eş-Şerbini, C:3, s. 201.

³⁰⁴ İbn Kudâme, C:9, s. 407.

³⁰⁵ İbn Hazm, C:9, s. 458.

³⁰⁶ eş-Şerbini, C:3, s. 201, eş-Şirazi, el-Muhazzeb Fi Fıkıh el-İmam Şaffî, Tajkik Eden; Amrit, Zekerriya, 1. Baskı, C: 2, Beyrüt, Darü'l Kutub el-İlmiyye, 1995, s. 430.

³⁰⁷ eş-Şerbini, C:3, 201.

³⁰⁸ . Mevsali, Abdullah, el-İhtiyar Lit'alil el-Muhtar, Beyrüt, Darü'l Kutub el-İlmiyye, s. 93.

³⁰⁹ . Maverdi, C:9, s. 51.

³¹⁰ . İbn Hazm, C:9, s. 460.

³¹¹ . Kerrafi, ez-Zahira, Tahkik Eden; Mouhammed Bou Hubza, 1. Baskı, C: 4, Beyrüt, Darü'l Garb el-İslâmi, 1994, s. 223, bkz; Abi'l Kasim, Abdullah el-Busayri, et-Tefr'i, Tahkik eden: ed-Dehmani, Hasan, 1. Baskı, Clt:2, Beyrüt, Darü'l Garb el-İslâmi, 1987, s. 30.

ii. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, evlenme ehliyetini belirlerken buluğ belirtilerine önem vermemiş, yalnızca evlenecek kişilerin yaşlarını dikkate almıştır. Buna göre, CAK'nun 7/1.maddesi uyarınca; *“Erkek ve kadın 19 yaşını doldurdıkları zaman evlenme ehliyetine sahip olurlar.”* Ancak bu noktada akla şöyle bir soru gelmektedir: Bu ehliyetten nikâh akdi akdetme ehliyeti mi, yoksa evlenecek kadın ve erkeğin evlilikten beklenen gayeleri yerine getirebilme ehliyeti mi kastedilmektedir? Bu ehliyetle kastedilen, nikâh akdi akdetme ehliyetidir, çünkü Cezayir Medeni Kanunu'nun 40.maddesinde yer alan; *“Akıl yetilerinden yararlanmış rüşt yaşına gelen ve hacir atına alınmamış her kimse, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olur, Rüşt yaşı (19) ondokuzdur”*, hükmünden hareketle Cezayir yasa koyucusunun, CAK'da (m.7) evlilik yaşını Medeni Kanun'daki rüşt yaşı ile aynı hale getirmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun mülga 7.maddesinde evlenme yaşını, erkekler için 21 ve kadınlar için 18 olarak belirlemiş ancak yapılan tadilatla, evlilik yaşını her iki cinsiyet için de 19 olarak belirleyerek cinsiyet eşitliği ilkesini evlenme yaşı özelinde kabul etmiştir.

Evlilik yaşının 19 olarak belirlenmesinin altında yatan sebep, özellikle içinde bulunduğumuz çağda buluğ çağının nikâh akdinin akdedilmesi için yetersiz kalmasıdır. Küçüklerin evliliklerinin istenmeyen etkilere, bedensel ve ruhsal zararlara yol açtığı göz önünde bulundurulduğunda, bireyin ve toplumun güvenliğini sağlamak üzere evliliğin amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan asgari yaşın düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Evlilik yaşı Cezayir yasa koyucusu tarafından katı bir şekilde belirlenmemiştir. Zira CAK'nun 40.maddesinde de belirtildiği üzere, yasal evlenme yaşına ulaşmamış kişilerin maslahat ya da zaruret durumunda hâkimden izin alınması şartıyla evlenmelerine izin vermiştir.

Osmanlı yasa koyucusu, evlenme ehliyetine ilişkin hükümleri koyarken iki kritere önem vermiştir: belli bir yaşa ulaşma ve buluğ belirtileri. Bu bağlamda, HAK'nin 4.maddesinde; *“Ehliyyet-i nikâhı haiz olmak için hâtıbın 18 ve mahtûbenin 17 yaşını itmam etmiş olmaları şarttır”* hükmü yer almaktadır. 5. ve 6.maddelerinde ise bu bağlamda *“18 yaşını itmam etmemiş olan mûrahik bâliğ olduğunu beyan ile mûracaat ettikde hali mütehammil ise hâkim izdivacına müsaade edebilir”*; *“17 yaşını itmam etmemiş olan mûrahika baliğ olduğunu beyan ile mûracaat ettikde hali mütehammil ve velisinin izni*

munzamm ise hâkim izdivacına mücade edebilir” hükmüne yer verilmiştir. Böylece belirtilen yaşı doldurmayan ve baliğ olan erkek ve kadının evlenebilmesi için takip edilmesi gereken süreç açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. HAK, damat adayının (hâtıbın) ve gelin adayının (mahtûbenin) evlenme ehliyetine sahip olabilmeleri için belli bir yaşı doldurmalarını şart koşturmuştur. Buna göre, HAK’nin 4.maddesi uyarınca, evlenecek erkeğin 18 ve kadının ise 17 yaşını doldurmaları gerekir. Bu hususta belirtilmesi gerekir ki; *Mecelle*’nin 986.maddesinde Ebu Yusuf ve Muhammed’in görüşü tercih edilerek 15 yaşını doldurmuş olanlar baliğ sayılmış ve yapmış oldukları akitler geçerli olarak kabul etmiştir. Ancak, Osmanlı yasa koyucusu, HAK’yi hazırlarken, evlenme ehliyeti için 15 yaşının yeterli olmadığını düşünmüş ve erkekler için 18 kadınlar için 17 yaşı asgari sınır olarak tespit etmiştir. HAK ve *Mecelle*’nin hükümleri birlikte ele alındığında evlenme dışındaki hukuki işler konusunda 15 yaşını dolduranın tam ehliyetli olarak sayıldığı, nikâh akdi için ise erkeği 18 ve kadının ise 17 yaşını doldurması gerektiği görülmektedir³¹².

HAK’ni hazırlanmış olduğu dönemin hâkim akımları olan Batıcı ve Türkçüler çocuk yaşta evliliklere şiddetle karşı çıktıkları için HAK’de İbn Şübrûme ve Ebû Bekr el-Esam’ın görüşü esas alınmış, bu doğrultuda HAK’nin 7.maddesinde henüz 12 yaşını doldurmamış olan küçük erkek ve 9 yaşına ulaşmamış küçük kızın kimse tarafından evlendirilemeyeceği açık bir şekilde ifade edilmiştir³¹³.

1- Evlenme Yaşını Doldurmamış Kişi İçin Adli İzin Kriterleri

Cezayir yasa koyucusu, evlilik yaşını 19 olarak belirlerken, bazı kişilerin durumu ve şartlarını da ayrıca dikkate almıştır. Buna göre, CAK’nun 7/2.maddesinde; *“...bir maslahat ya da zaruret durumunda, hâkim tarafından tarafların daha küçük yaşta evlenmelerine izin verilebilir”* hükmü yer almaktadır. Bu maddeden hareketle, evlenme yaşını doldurmamış kişi için adli izin kriterleri şu şekilde sıralanabilir:

- Yetkili Hâkim Açısından; Mezkûr maddede, yetkili hâkimin ahvâl-i şahsiye ile görevli olan hâkim mi yoksa mahkeme başkanı mı olduğunu belirtilmeksizin hâkimin evlenme izni vermeye yetkili olduğu ifadesiyle yetinilmiştir. Ancak adli uygulamalara bakıldığında evlenme yaşını doldurmamış kişilere evlenme izninin çoğunlukla mahkeme başkanı tarafından verildiği görülmektedir. Zira bu yetkinin

³¹² Aydın, Osmanlı Aile Hukuku, s. 176-177.

³¹³ Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası’

mahkeme başkanına verilmesinin, izin tesis edildiği amaç ve menfaati yerine getirdiği göz önünde bulundurularak, yasal olarak belirlenmiş evlilik yaştan sapmanın amacı, acil bir menfaat sağlamaktır.

- İzin Verilecek Asgari Yaş Açısından; Cezayir yasa koyucusu, hâkimin evliliğe izin verilecek yaş için bir alt sınır getirmemiş, aksine bunu hâkimin takdirine bırakmıştır. Ancak bu hususta Cezayir yasa koyucusunun getirdiği hükmün isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü reşit olmayan ile evlenmekle evliliğin amaçlarının yerine getirilemeyeceğine daha önce de temas edilmişti. Dolayısıyla, evlilik için asgari yaşı erkekler için 15 ve kadınlar için 13 olarak belirleyen Suriye aile yasasında olduğu gibi, Cezayir yasa koyucusunun da evlenme izni vermek için bir asgari yaş belirlemesinin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.
- Evlilikten Elde Edilecek Maslahat ya da Zaruret Açısından; CAK'nun 7/2.maddesi uyarınca; "*Ancak iki tarafın evliliğe güç yetirebilmesinin ispat edilmesi şartıyla...*" hâkimin evliliğe izin verebileceği ifade edilmiştir.

Cezayir yasa koyucusu, reşit olmayanlara evlenme izni verilmesini maslahat ve zaruret şartıyla sınırlandırmış, ancak bu maslahatın sınırlarını ve zaruretin boyutlarını belirlememiştir. Üstelik bu maslahatın sınırları ve zaruretin boyutlarının belirlenmesinde benimsenebilecek ölçütleri de belirtmemiş, tüm bunları hâkimin takdirine bırakmıştır.

Şuna da işaret etmek gerekir ki; maslahat ya da zaruret, zaman, yer ve durumların değişmesiyle değişmektedir. Dolayısıyla Cezayir yasa koyucusunun maslahatın sınırlarını ve zaruretin boyutlarını belirlememesinde bir isabetsizlik bulunmadığını düşünmekteyiz.

CAK'nun 11/2.maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "*Bu Kanunun 7.maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla, küçükleri evlendirme yetkisi; babaya veya birinci derece akrabalarından olan velîye aittir ve hâkim, velîsi olmayanın velîsidir*". Bu hükümden anlaşılmaktadır ki; küçükleri, -izin alınması halinde- ancak babası veya varsa birinci derece akrabalarından biri olan velîsi evlendirilebilir. Ancak bu küçüğün herhangi bir nedenle velîsi bulunmazsa, "velîsi olmayanın velîsi hâkimdir" ilkesine dayanılarak, küçüğü evlendirme yetkisi hâkime intikal eder. Böylece Cezayir yasa koyucusu, cumhurun benimsediği görüşü tercih ederek, küçüklerin şer'i velîleri tarafından da evlendirilebileceğini ve bu şekilde yapılan nikâhın muteber bir akit olduğunu kabul etmiştir. Buna ek olarak, evlilik akdinden doğan hak ve yükümlülükler konusunda kendisine izin verilen küçüğün dava açma ehliyetinin olduğu kabul edilmiştir.

Gerçekleştirilen nikâh akdinde evlenme ehliyeti ve asgari evlilik yaşının bulunmamasının etkisine ilişkin CAK’de herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla bu noktada da CAK’nun 222.maddesinde yer alan göndermeye istinaden İslam hukukunda öngörülmüş olan hükümler devreye girecektir.

Osmanlı yasa koyucusu da benzer şekilde evlenme yaşını doldurmayanların bazı şartlar altında evlenmelerine izin vermiştir. Bu bağlamda, HAK’nin 5.maddesinde; “18 yaşını itmam etmemiş olan mürahik, bâliğ olduğunu beyan ile müracaat ettikde hali mütehammil ise hâkim izdivacına müsaade edebilir” şeklinde bir hüküm yer almaktadır. 6.maddesinde ise; “17 yaşını itmam etmemiş olan mürahika, baliğa olduğunu beyan ile müracaat ettikde hali mütehammil ve velisinin izni munzamm ise hâkim izdivacına müsaade edebilir” hükmü mevcuttur. Bu maddelerinden anlaşılmaktadır ki; 18 yaşını doldurmayan erkek ve 17 yaşından küçük kadın buluğ iddiasıyla evlenmek istediklerinde, hâkime müracaat eder ve baliğ olduklarını beyan ederler. Hâkim durumlarına bakar, eğer müracaat eden erkek veya kadının, evliliğin amaçlarını yerine getirmek için gerekli fiziki olgunluğa ve ortaya çıkabilecek yükümlülük ve sorumlulukları kaldırabilecek güce sahip oldukları kanaatine varırsa evlenmelerine izin verebilir. Yalnız kadın söz konusu olunca, mezkûr şartlara ek olarak, velînin izni de gerekmektedir³¹⁴. Böylece, HAK, 18 yaşını doldurmayan bâliğ erkeğin evlenebilmesini -evliliğin doğuracağı yükümlülükleri kaldırabilecek olgunluğa erişildiğine kanaat edilmesi şartıyla- hâkim iznine bağlarken, 17 yaşını doldurmayan bâliğa kızın evlenmesi için bunlara ek olarak velî rızası şartını aramaktadır.

iii. Değerlendirme

CAK erkek ve kadın için evlenme yaşını asgari 19 olarak belirlemişken, HAK erkek için 18 kadın için ise 17 yaşı alt sınır olarak belirlemiştir. Her iki kanunda da, istisnai durumlarda, belirtilen yaşların altındaki kişilere evlenme izninin verilmesi hâkimin takdirine bırakılmıştır. CAK, hâkimin evlenme izni vermesi için bir alt yaş sınırı getirmemiş, bir maslahat ya da zaruretin bulunmasını yeterli görmüştür. HAK ise yasal evlenme yaşının altındakilere evlenme izni verilmesi konusunu görece daha detaylı bir şekilde ele almıştır. Buna göre, evlenme izni isteyen kişi erkek ise, ilgilinin 12 yaşına girmesi ve bulûğa erdiğini beyan etmesi gerekir. Ancak evlenme izni isteyen kişi kadın ise, başvurucunun 9 yaşına girmesi, bulûğa erdiğini beyan etmesi ve velîsinin rızasının bulunması gerekir. Öte yandan,

³¹⁴ Cin, , 295; bkz; Aydın, Osmanlı Aile Hukuku, s. 177.

CAK ve HAK, İbn Şübrümeh, Ebu Baker el-Asam ve Osman el-Betti'nin benimsedikleri görüşü tercih ederek, küçüklerin velîleri (kim olursa olsun) tarafından evlendirilmelerinin hukuken mümkün olmadığı görüşünü kabul etmiştir.

B. Nikâh Akdinde Mehir

Cezayir yargıtay'ın kararları ve Osmanlı mahkeme kayıtlarından istifade ederek, İslam fıkında, Cezayir ve Osmanlı hukukunda yer alan mehrin hükümleri incelenecektir. Bu sayede iki ülkedeki hukuk kuralına duyulan ihtiyacın benzerlik ve farklılıkları belirlenmiş olacaktır.

i. Mehrin tarifi ve hukuki dayanağı

Mehir, Arapça kökenli bir kelime olup (مهر), sözlükte "ücret" anlamına gelmektedir. Kur'an-ı Kerim'de mehir anlamında ecrin çoğulu olarak ücûr, farîza ve saduka (çoğulu sadukât) kelimeleri geçmektedir. Hadislerde ise, bu mânada daha çok mehir ve sadak terimlerine rastlanmaktadır³¹⁵. Lisânü'l-Arab adlı eserin sahibi olan İbn Manzur mehri şöyle tanımlamıştır: “*nikâh akdi ile erkeğin kadına vermiş olduğu şeydir*”.³¹⁶ İstilahta ise, mehir; “*nikâh akdi esnasında erkeğin kadına ödediği para veya mal*” manasına gelmektedir³¹⁷. Fıkıh bağlamında, nikâh akdinin gereği olarak, ferç menfaati karşılığında isim veya âkit ile kocanın karısına vermesi vacip olan maldır³¹⁸. Mûğnî El-mûhtac adlı eserde de benzer şekilde kadının, akit veya gerçek cinsî birleşme ile kocasından hak ettiği paraya verilen ad olarak tanımlanmıştır³¹⁹. Mehir, evlilik sırasında veya devam ederken ve bazen de evliliğin sona ermesi durumunda koca tarafından kadına verilmesi gereken mal veya herhangi bir ekonomik değer taşıyan şey olarak da tanımlanmıştır³²⁰.

Mehrin meşruiyetiyle ilgili olarak Kur'an-ı Kerim ve Sünnette çok sayıda delil bulunmaktadır. Ancak burada bu delillerden bazılarının aktarılmasıyla yetinilecektir. Bu bağlamda Kur'an-ı Kerim'de şu ayetler yer almaktadır: “ (Eşlerin) Allah'ın koyduğu kurallara uymamalarından korkmadığınız sürece onlara verdiğiniz mehirden hiçbir miktarı

³¹⁵ Aydın, M. Akif, “Mehir”, DİA, XXVIII, İstanbul, 2003,389-391.

³¹⁶ İbn Manzûr, s. 184.

³¹⁷ . Ayni, C:3, s. 135, İbn Humam, , Fethu'l-kadîr, 1. Baskı, C 3, Beyrut, Darul Kütübîl İlmiyye, 1995, s. 304.

³¹⁸ Ayni, s. 135. İbn Hümmam, s. 304.

³¹⁹ . Şîrbînî, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb, Muğni'l-muhtâc, Beyrut, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1993, s.220.

³²⁰ Kılınç, Ayşe Nur/ Kılınç, Ahmet, “Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği”, İÜHFD, 10 (1) , 2019, s. 103-118.

geri almanız sizin için helâl olmaz....”³²¹, “ Bir mehir belirlediğiniz halde onlarla birleşmeden kendilerini boşarsanız, belirlediğiniz mehirin yarısını ödemek size borçtur; ancak kadınların bağışlaması veya nikâh bağı elinde olanın hoşgörülü davranması müstesnadır....”³²², “ Kadınlara mehirlerini borcunuzu öder gibi verin. Eğer onun bir kısmını size gönül razısıyla verirlerse onu da âfiyetle yiyin.”³²³ ve son olarak “ Elinizin altında bulunan câriyeler müstesna, evli kadınlar da size haram kılındı; Allah’ın size emri budur. Bunlardan başkasını, iffetli yaşamak ve zina etmemek kaydıyla, mallarınızla (mehir vecibesini göz ardı etmeden) istemeniz size helâl kılındı. Onlardan karı-koca ilişkisi yaşadıklarınıza kararlaştırılmış olan mehirlerini verin. Mehir kesiminden sonra karşılıklı anlaşmanızda size günah yoktur. Şüphesiz Allah ilim ve hikmet sahibidir”³²⁴

Sehl b. Sa'd es-Sâidî -radiyallahu anh-'den rivayet olunduğuna göre, bir kadın Rasûlullah (s.a.v) 'e gelerek; “Ya Rasûlullah ben (benimle evlenmen için) kendi mehrimi sana bağışladım” dedi ve uzun süre ayakta dikildi. Bunun üzerine bir adam ayağa kalkıp: “Ey Allah'ın Rasulü! Eğer senin ona ihtiyacın yoksa onu bana nikâhla” dedi. Rasûlullah (s.a.v) de; “Senin yanında ona mehir olarak verebileceğin bir şey var mı?” diye sordu, (o kimse de); “Yanımda şu kaftanımdan başka bir şeyim yok” diye cevap verdi. Bunun üzerine Rasûlullah (s.a.v); “Eğer sen kaftanını (mehir olarak) verirsen, kaftansız kalırsın. Binâenaleyh sen (başka) bir şey ara (bul).” buyurdu. Adam bir süre sonra geldi ve “bir şey bulamıyorum” dedi. Rasûlullah (s.a.v) de; “Demirden bir yüzük de olsa arayıp bulmalısın” buyurdu. (Bunun üzerine adam tekrar) aradı (fakat) bir şey bulamadı. Rasûlullah (s.a.v) ona: “Ezberinde Kuran’dan bir şeyler var mı?” dedi. (Adam) bazı sûrelerin ismini zikrederek; “Evet” diye cevap verdi. Rasûlullah (s.a.v)'de: “Ben de ezbere bildiğin Kur'an sebebiyle o kadını sana nikâhlıyorum” buyurdu³²⁵.

Enes b. Mâlik, Hz.Peygamber’in Safiyye’yi azad ettiğini ve bunu mehir olarak kabul ettiğini bildirmiştir³²⁶.

Ayrıca mehrin meşruiyeti konusunda icmâin olduğu da belirtilmelidir³²⁷.

Osmanlı yasa koyucusu Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde mehrin tanımına yer vermemişken, Cezayir Aile Kanunu’nun 14. maddesinde mehir şu şekilde tanımlamıştır:

³²¹ . Bakara Suresi (2/ 229).

³²² . Bakara Suresi (2/ 237).

³²³ . Nisa Suresi (4/ 4).

³²⁴ . Nisa Suresi (4/ 24).

³²⁵ Buhari, Nikâh, 50.

³²⁶ Buhari, Nikâh, 13; Müslim, Nikâh, 217-223

³²⁷ **Şükür, Şirin**, İslam Aile Hukukunda Mehir, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997, s. 18.

“para veya mütekavvim maldan kadına gönül hoşnutluğuyla ödenen şeydir. Ayrıca mehir bütünüyle kadının malıdır ve onda dilediği gibi tasarruf edebilir³²⁸”. Bu maddede yer alan "para veya mütekavvim maldan kadına gönül hoşnutluğuyla ödenen şey" ibaresinden anlaşılmaktadır ki; Cezayir yasa koyucusu, mehir için bir alt ve üst sınır belirlememiştir. Böylece maddi gücü olmayanlar için evlilik zorlaştırılmamış; tam tersine daha fazla mehir vermek isteyenlerin de önü kesilmemiştir.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, mehir için bir üst sınır getirmemekle birlikte mehrin miktarının belirlenmesini evlenilecek kadının yaş, güzellik, ahlak, servet, bekâret durumu gibi sosyal ve ekonomik şartları göz önünde bulundurularak tarafların serbest iradelerine bırakmıştır. Bu bağlamda 1215 sıra numarasıyla kayıtlı 68 Numaralı Antalya şeriye sicili ile 1224 sıra numarasıyla kayıtlı 77 Numaralı Antalya şeriye sicilindeki³²⁹ kayıtlardan toplam 342'si mehr-i müeccele ilişkindir. Müslüman kadınlar için tespit edilen toplam 342 mehr-i müeccel kaydından sadece 4'ünde mehr-i müeccel kaydedilmemiştir. Bu gelinlerin mehr-i müeccelleri tespit edilmemişse de mehr-i muaccellerinin tespit edildiği görülmektedir. Tespit edilen mehr-i müeccellerden en yüksek miktar, sermühendis Hüsnü Bey'in kızı Hatice Süeda Hanım'ın 12.002 kuruşluk mehr-i müeccelidir. Bu kayıt aynı zamanda mehr-ı müeccelin para ve mücevher olarak tanımlandığı tek örnektir. Mehr-i müeccellerden en düşüğünün miktarı ise 101 kuruştur. Tespit edilen mehr-i müeccel miktarlarının genelde 501 kuruş ile 1,001 kuruş arasında değiştiği görülmektedir. 19. yüzyılın ortalarında Antalya'da tespit edilen mehr-i müeccel sayısı göz önüne alındığında, 50, 51 kuruş gibi düşük meblağlı mehr-i müeccellerin sayısı az iken, yüksek olarak nitelendirilebilecek mehr-i müeccel sayısı genellikle daha fazladır. Bu bağlamda 500-600 kuruşluk miktarlara daha sık rastlanmaktadır³³⁰.

ii. Mehrin Hükümü

“Kadınları boşarsanız, onlarla birleşmemiş ve mehir de belirlememiş olursanız malî

³²⁸ . Bu hüküm HAK'da da yer almıştır; “Mehir menkûhenin malı olup onunla cihaz yapmağa cehr olunamaz” (m.89).

³²⁹ Antalya'da sadece evlenme ve boşanma kayıtlarının bulunan ilk ve tek kadı sicili ve Antalya Şer'iyye Mahkemesine Mahsus Münâkehât ve Müfârekât Sicil Defteri başlığını taşıyan Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi Meşihat Fonunda 1215 sıra numarasıyla kayıtlı 68 Numaralı Antalya şeriye sicilidir. Bu defterdeki ilk kayıt 17/03/1918, son kayıt ise 17 Mayıs 1919 tarihlidir. 1224 sıra numarasıyla kayıtlı 77 Numaralı Antalya şeriye sicili ise sadece nikâh kayıtlarını ihtiva etmiştir. Bu defterdeki ilk kayıt 03/01/1918, son kayıt ise 18/05/ 1918 tarihlidir. kayıt tarihleri açısından da defterler birbirinin devamı niteliğindedir, **Durgan, Hatice**, “Antalya'da Evlilik Ve Boşanma (1918-1919)”, *GTTAD*, C.4, S.7, 2022, ss. 283-316.

³³⁰ **Durgan**, s. 306.

bir sorumluluğunuz yoktur....”³³¹ ayetine dayanarak Hanefîler³³², Şâfiîler³³³ ve Hanbelîler³³⁴ mehri nikâhın şartlarından değil hükümlerinden ve sonuçlarından biri olarak nitelendirmişlerdir. Bu nedenle mehir akdin geçerlilik koşulu değildir. Mehrin miktarı nikâh esnasında zikredilmemiş ise ve hatta mehrin verilmeyeceği şart koşulmuş olsa bile nikâh geçerlidir. Ayrıca mezkûr ayet, cinsî birleşme vuku bulmadan ve mehir belirlenmeden önce boşanmanın caiz olduğuna delalet etmekte, böylece mehri nikâhın şartları arasında saymamaktadır.

Bu hususta Mâverdî eserinde şu ifadelere yer vermiştir: “ *nikâh akdinde mehir vaciptir, belirlenmemesi mekruhsa da bu şekilde kıyılan nikâh geçerlidir*”³³⁵.

Ancak Mâlikîlere göre mehir, nikâhın sıhhat şartlarından biridir ve karı-koca mehrin olmayacağı üzerine bir anlaşma yapmışlarsa kıyılmış nikâh fasit olur³³⁶. Buna ek olarak, İmam Mâlik’e göre nikâh akdi satım akdi gibi ivazlı bir âkittir ve mehir de semen gibi olarak edilmelidir. Semensiz bir satım akdi geçersiz olduğuna göre mehirsiz bir nikâh akdi de geçerli değildir³³⁷.

Bu hususu İbn Kudame “Muğnî ” adlı eserinde şöyle ifade etmiştir:“ *nikâh akdinde mehrin zikredilmesi tercih edilir, çünkü Hz.Peygamber (s.a.v) kendi nikâh akdi esnasında mehri zikretmiş ve kızlarını da aynı şekilde evlendirmiştir.*”³³⁸

Eleştirilere karşı durarak, Maliki hukukçular, mehir konusunda oldukça nuanslı bir yaklaşım sergilemişlerdir. Malikîlerin öne sürdüğü perspektife göre, mehrin sıhhat şartı olarak «yalnızca hiç mehir verilmeyeceğinin» belirlenemeyeceğini ileri sürmektedir. Yani, bu bakış açısına göre, evlilik akdi esnasında tarafların mehir konusunda herhangi bir görüş belirtmemesi durumunda, evliliğin geçerli kabul edileceğini ve bu durumda kadının mehri misle hak kazanacaktır. Ancak Malikîlerin mehir konusundaki görüşü kabul edilirse, bu durum eşlerin, özellikle de kadının çıkarlarına ters düşebilecek çeşitli çözüm yollarına yol açabilir. Örneğin, taraflar mehir ödenmeyeceği konusunda anlaşmış ve cinsi birleşme vuku bularak ortak bir yaşama başlamışlarsa, bu durumu evliliği batıl değerlendirip feshettirmek, özellikle kadının menfaatine zarar verebilir. Malikîler, bu olası sorunları fark etmiş ve bu

³³¹ Bakara Suresi (2/ 236).

³³² **Kasani, Ebû Bekir b.** Mes’ûd, Bedâi’u’s- sanâi’, Beyrut, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1986, s. 274

³³³ **Abdelhamid, M.Muhyi eddin,** Ahvâlî’s-Şahsiyye Fî el-Şariâ El-islâmîâ, Darû-l Kitabû-l Arabî, Beyrût, 1984, s.128

³³⁴ **el-behouti,** Şerhu Münthe’l-İrâdât, 1.Basın, Muessestü’l-rislâh, Beyrut, 2000, s233. **Zühfî, Vehbe,** el-Fıkhu’l-İslâmî ve edilletuhu, C 7, Darû-l Fıkr’ü-l Arabî, Suriye, 2006, s.254.

³³⁵ **Mâverdî, Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed,** el-Hâvi’l-Kebîr, Tahkik eden; Mohammed Avad, 1.Basın, Beyrut, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1994, s. 393.

³³⁶ **Zühle,** s254.

³³⁷ **İbn Hümam,** s. 304.

³³⁸ **İbn Kudame,** s. 98.

konuda ayrımcılık yapma gereği duymuşlardır. Buna göre, tarafların cinsi birleşme vuku bulmuş olması durumunda, yani zifaf gerçekleşmişse, evliliği artık feshetmek mümkün olmamaktadır. Zifaf durumu, mehir sebebiyle akitte mevcut olan eksikliği kapatmaktadır. Bu durumda, kadın hakkında mehri misli sabit olur. Malikî hukukçular, bu perspektifle İslam hukukunda özgün bir butlan tipolojisi geliştirmiş bulunmaktadır. Lâkin İslam hukuku, geçerliliğini herhangi bir biçimde bâtil muamelelere tanımamaktadır³³⁹.

CAK'nun 9.maddesi³⁴⁰ gereğince; mehir nikâhın rükünlerinden biridir. Böylece taraflar mehrin olmayacağı üzerine anlaşılırsa nikâh akdi batıldır. Fakat bu kanun 05-02 sayılı kararnameyle tadil edildikten sonra Aile Kanunu'nun mükerrer 9.maddesi uyarınca mehir, nikâhın şartlarından biri olarak kabul edilmiştir. Böylece Cezayir yasa koyucusu Mâlikiler görüşünü tercih etmiştir.

Nikâh akdinde mehir zikredilmemiş ise nikâhın geçerliliği cinsî birleşmenin olup olmamasına göre belirlenir. Binaenaleyh eğer cinsî birleşme vuku bulmamışsa nikâh herhangi bir sonuç doğurmayacak ve nikâh akdi feshettirilebilecektir. Ancak cinsî birleşme vuku bulmuş ise kadın mehr-i misli hak edecek, nikâh da geçerli olacaktır. Bu husus, 05-02 sayılı kanunun 33.maddesinde: *“İrade beyanında bir eksiklik olursa nikâh batıl olur. Ancak iki şahit olmadan, velînin bulunması gereken hallerde velîsiz olarak veya mehirsiz bir nikâh gerçekleştirilirse cinsî birleşme vuku bulmadan önce herhangi bir mehir hak edilmeden nikâh feshedilir. Cinsî birleşme vuku bulduktan sonra mehr-i misil ile nikâh sabit olur”* şeklinde hükme bağlanmıştır.

Osmanlı yasa koyucusuna gelince, mehir meselesi Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 69.maddesinde düzenlemiştir. Bu maddeye göre sahih nikâhta mehir, akdin gerçekleştiği andan itibaren vacip olur. Ayrıca nikâh esnasında mehir belirlenmemiş veya zikredilmemiş olsa bile bu durum nikâhı geçersiz kılmaz veya nikâhın feshini gerektirmez. Aksine bu halde kadın mehr-i misile hak kazanır. Çünkü bu madde, sahih nikâh gerçekleştikten sonra erkeğin evleneceği kadına mehir ödemesi gerektiğini öngörmüş, nikâhtan önce veya nikâh esnasında mehrin ödenmesi gerekliliğine ilişkin herhangi bir hüküm koymamıştır. Dolayısıyla Osmanlı yasa koyucusu mehri, nikâhın sonuçları arasında saymıştır. Bu kapsamda Osmanlı yasa koyucusunun, mehre ilişkin olarak Hanefî, Şâfiî ve Hanbelîlerin görüşünü tercih ettiği ifade edilebilir.

³³⁹ Cin, Halil, İslâm Hukukunda Mehr, AÜHFD, 29 (1), 1972, s. 199-254.

³⁴⁰ . CAK'nun 9.maddesi: “Nikâh akdi; irade beyanı, kadının velisi, iki şahit ve mehir ile gerçekleşir”.

iii. Mehir Çeşitleri

Fıkıhta, mehir genel olarak miktarı taraflarca belirlenen (mehr-i müsemma) veya miktarı

örfe bırakılan (mehr-i misil) olmak üzere ikiye ayrılır. Miktarı taraflarca belirlenen mehir ise peşin (muaccel) ve ödemesi geri bırakılan (müeccel) mehir diye ikiye ayrılmaktadır. Buna göre mehir, ödeme zamanına ve miktarına göre sınıflandırılabilir.

a. Ödeme Zamanı Yönünden Mehrin Çeşitleri

İslam bilginlerinin çoğunluğu, mehrin üç şekilde ödenebileceği kanaatindedirler. Buna göre, mehrin tamamı ya nikâh anında veya öncesinde peşin olarak ödenir yahut tamamı nikâhtan sonra ödenir ya da bir kısmı peşin, diğer kısmı ise belirli bir zamanda ödenir³⁴¹.

Hanefilere göre: tecil, miktar veya nitelik konusunda büyük bir anlaşmazlık olmaması kaydıyla mehrin tamamının veya bir kısmının kısa veya uzun vadeli veya iki vadeden en yakın olanı -talak veya vefat- örf ve âdete uyarak ödenmesi mümkündür. Ancak taraflar mehrin taksitle ödenmesi konusunda anlaşılırsa, bu anlaşma geçerlidir. Çünkü anlaşma açık ifade kabilinden, örf ise işaret kabilindendir Açık ifade ise işaretten daha güçlüdür. Ayrıca mehrin peşin ödenip ödenmemesi konusunda bir anlaşma yoksa mahallî örf ve adetler esas alınır. Mehrin ödenme zamanına ilişkin bir örf de yok ise mehir kendiliğinden muacceliyet kazanmış olacaktır. Çünkü mehir, nikâhın gerçekleştiği andan itibaren vacip olur ve açıkça veya örf ile müecceliyeti tespit edilmemişse muaccel olarak kabul edilir³⁴².

Şafiiler ve Hanbeliler, mehrin tamamının veya bir kısmının belirli bir süreye kadar ertelenmesinin caiz olduğu görüşündedirler. Buna göre nikâh akdinde eğer açıkça zikredilmişse mehrin muaccel olarak ödenmesi gerekir. Ancak Şâfiilere göre mehir bilinmeyen bir süreye ertelenmiş ise bu anlaşma geçersizdir. Hanbelilere göre ise mehrin bilinmeyen bir süreye ertelenmesine ilişkin anlaşma geçerlidir ve mehir talak veya vefat ile kesinleşir³⁴³. Bu hususta İbn Kudame şöyle demiştir: “*Bu durumda mehir geçerlidir ve kadın vefat veya talak ile mehre hak kazanır. Çünkü İmam Ahmed şöyle buyurmuştur: Muaccel bir mehir ile gerçekleşen nikâhta, talak veya eşlerden birinin vefatı halinde mehrin vadesinin*

³⁴¹ Zühle, s. 266.

³⁴² Ayni, s. 701-702. Jaziri, Abd al-Rahman, Al-Fiqh 'Ala Al-Madhahib Al-Arba 'Ah, Darul Kütübil İlmiyye, Beyrüt, 1990, s. 138-139.

³⁴³ Şirbînî, s. 304.

*geldiği kabul edilir.*³⁴⁴”

Mâlikîlere göre ise, eğer mehri belirlenmiş ve kadının bulunduğu ülkede mevcut ise, kadın tecili kabul etse bile âkitte mehri tecil etmek caiz olmayarak zevceye veya onun velisine verilmesi gerekir. Buna ek olarak iki veya beş gün yakın bir süre hariç tutarak âkitte bir tecil şart koşulmuş ise âkit feshedilir. Ancak belirlenmiş mehir kadının bulunduğu ülkede bulunmaması durumunda, kadın şartsız tecil edebilir ve nikâh geçerli olarak kabul edilir³⁴⁵.

Ancak Mâlikîler yine de bazı durumlarda mehrin teciline izin vermişlerdir. Bu durumlar şunlardır:

- Mehri belirtilmemişse, kısmen veya tamamen tecil edilebilir.
- Koca zenginse, sattığı malın bedelinin kendisine ödenmesini beklemesi durumunda olduğu gibi eli genişleyene kadar mehri tecil edilebilir. Ancak koca fakir ise nikâh geçersiz olur;
- Karı, kocasından talep edinceye kadar da mehir tecil edilebilir³⁴⁶.

Nitekim Mâlikîlere göre mehrin tecilinin caiz olabilmesi için tecil süresinin belirli ve yakın olması gerekir.

CAK ise, ödeme zamanı yönünden mehrin çeşitlerini 15.maddede düzenlemiştir. Buna göre mehir, nikâh akdi sırasında muaccel ya da müeccel olarak belirlenebilir. Ancak âkit esnasında miktar belirlenmemiş ise kadın mehr-i misle hak kazanır. Böylece Cezayir yasa koyucusu, en başta Mâlikîlerin görüşünü kabul etse de, mehrin tamamının ya da bir kısmının peşin ödemesi veya tecilinin caizliği noktasında cumhurun görüşünü tercih etmiştir. Nitekim CAK 'nın 15.maddesi tadil edilmeden önce, mehrin belirlenmemesi nikâh akdinin geçersizliği sonucunu doğurmaktaydı. Yapılan değişiklikten sonra ise nikâh akdi esnasında mehri belirlemenin mecburi olmadığı, mehrin belirlenmemesi halinde -zıfâf da gerçekleşmişse- kadının mehr-i misle hak kazanacağı ifade edilmiştir.

HAK'ye gelince; ödeme zamanı yönünden mehrin çeşitleri 81 ve 82. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre mehir ödeme zamanı bakımından muaccel ve müeccel olmak üzere ikiye ayrılır.

Osmanlı yasa koyucusu, mehrin tamamının peşin veya bir kısmının peşin diğer kısmının ise sonradan verilmesine izin vermiştir. Buna bağlı olarak taraflar arasında nikâh öncesinde veya sırasında mehrin hemen ödenmesi konusunda bir anlaşma varsa mehrin peşin olarak ödenmesi gerekir. Ancak mehrin ödenme zamanı konusunda ayrıca bir anlaşma

³⁴⁴ İbn Kudame, s. 115.

³⁴⁵ Sâvî, Ahmed b. Muhammed, Bulğatü's-salik li-Akrebi'l-mesalik, 1.Basın, Beyrüt, Darul Kütübil İlmiyye, 1995, s. 280.

³⁴⁶ İbn rüşd, Bidâyetü'l-Müctehid, Dâru'l Marifah, 6.Basın, Beyrüt, 1982, s.22. Jaziri, s. 139-140.

yoksa, boşanma veya taraflardan birinin ölümüyle kadın mehre hak kazanır³⁴⁷. Ayrıca mehr-i muaccelin ödenme zamanı belirlenmiş ise, taraflardan birinin ölümü bir kenara bırakılırsa, talak vaki olsa bile belirlenmiş zaman gelmedikçe kadın mehri isteyemez. Örneğin Gürlü Mahallesi'nde oturan Rençber Musa, aynı mahalleden Dudu ile evlenirken nikâh akdinde Dudu'ya peşinen verilen mehr-i müeccel miktarı 1.001 kuruş iken mehr-i muaccel miktarı bir adet beşi bir yerde Osmanlı altını ve 30 adet onluk ziynet altını olarak belirlenmiştir³⁴⁸.

b. Miktarına Göre Mehrin Çeşitleri

Mehir, miktarına göre mehr-i müsemma ve mehr-i misil olmak üzere ikiye ayrılır. Buna göre nikâh akdi sırasında veya akdin inikadından sonra tarafların karşılıklı rıza ile belirledikleri mehre "mehr-i müsemma" denir³⁴⁹. Buna ek olarak Mâlikîlere göre nikâh akdi öncesinde veya akit sırasında kadına ve/veya velisine verilen hediye mehir olarak addedilir. Böylece cinsî birleşme gerçekleşmeden önce talak vuku bulmuş ise koca verdiği hediyein yarısını iade edebilir.

Mehr-i misile ise akit esnasında zikredilmemiş veya usulüne uygun, meşru bir şekilde takdir edilmemiş mehir olarak tanımlanmıştır³⁵⁰. Böylece akit esnasında taraflarca mehir belirlenmemiş ise kadın, emsaline göre takdir edilen mehre hak kazanır³⁵¹. Bu kapsamda kadının mehrinin tespitinde şu kriterler nazar-ı dikkate alınır: yaş, güzellik, servet, şehir, zaman, akıl, dindarlık, bekârlık veya dulluk, bilgi, güzel ahlak ve doğurganlık³⁵². Bu ölçütler göz önüne alınarak kadının yakın akrabası içinde kendisine denk olan kadınların mehri emsal mehir olarak belirlenir³⁵³. Bu noktada belirtilmesi gerekir ki; İslam hukukçuları, mehr-i misil belirlenirken hangi kadınların mehrinin esas alınacağı hususunda hemfikir değildirler. Hanefîlere göre, evlenen kadının babası soyundan kendisine denk olan kadınların mehri esas alınır. Mâlikîlere göre ise yaratılış ve yaşantı itibarıyla kendisine denk olan kadınların mehri dikkate alınır, bu bağlamda mehri esas alınacak kadın akraba veya yabancı olabilir. Şâfiîlere göre ise mehr-i misil takdir edilirken asabeden olan kadınların mehri esas alınır³⁵⁴.

CAK ise miktarına göre mehrin çeşitlerini 15/2 ve 33.maddelerde düzenlemiştir.

³⁴⁷ . Şirin, s. 40

³⁴⁸ . Başbakanlık Osmanlı Arşivi. Meşihat. Şer'iyeye Sicil Defterleri: 1215, 27/47. Durgun, s.302.

³⁴⁹ . Çelebi, Mustafa, ahkamu'l Usrah, 4.Basın, El-daru'l Camiiyah, Beyrüt, 1983, s. 370. Zühle, s. 265-266.

³⁵⁰ Karaman, s. 348.

³⁵¹ Türkan, s. 320.

³⁵² Şelebi, s. 370.

³⁵³ Kasani, s. 286.

³⁵⁴ Türkan, s.321.

Bundan dolayı Cezayir yasa koyucusu mehri miktarına göre mehr-i müsemma ve mehr-i misil olmak üzere ikiye ayırmıştır. Bu kapsamda nikâh akdi esnasında taraflarca mehir belirlenmemiş ise kadın mehr-i misle hak kazanacaktır. Ayrıca nikâh, iki şahit olmadan, mehirsiz veya velisiz kıyılmış ise bu durumda nikâhın geçerliliği cinsî birleşmenin vuku bulup bulmamasına göre belirlenecektir. Eğer cinsî birleşme vuku bulmamış ise kadın mehre hak kazanmaksızın nikâh feshedilecektir. Cinsî birleşme vuku bulmuşsa nikâh mehr-i misil ile sabit olacaktır. Bu hususta belirtilmesi gerekir ki; Cezayir yasa koyucusu, mehr-i mislin takdiri için göz önünde bulundurulması gereken ölçütlerden bahsetmemiştir. Bundan ötürü, CAK'nun 222.maddesindeki atfa³⁵⁵ istinaden bu noktada İslam hukukunda cari kuralları uygulamak gerekmektedir.

HAK'ye gelince; miktarına göre mehrin çeşitleri HAK'nin 80. maddesinde düzenlenmiştir. Osmanlı yasa koyucusu, Cezayir yasa koyucusunun aksine, mehr-i müsemma ve mehr-i mislin tanımına kanunda yer vermiştir. Buna göre mehr-i müsemma değeri ne olursa olsun taraflarca mehir olarak belirlenmiş maldır. Mehr-i misil ise evlenen kadının babası soyundan ve olmadığı takdirde beldesi ahâlisinden kendisine denk olan kadınların mehri olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeden hareketle Osmanlı yasa koyucusunun Hanefîlerin ve Mâlikîlerin görüşlerinden istifade ettiği ifade edilebilir.

iii. Mehrin Edasını Gerektiren Sebepler

Mehrin edasını gerektiren sebepler evlilik esnasında, boşanma veya vefat durumunda ortaya çıkabilir. Bu sebepler, mehrin tamamının edasını gerektiren sebepler ve yarısının edasını gerektiren sebepler olmak üzere ikiye ayrılır.

a. Mehrin Tamamının Edasını Gerektiren Sebepler

Mehrin tamamının edasını gerektiren sebepler gerçek cinsî birleşme (hakiki duhul), taraflardan birinin ölümü ve halvet-i sahihe olmak üzere üç adettir. Fakat İslam bilginleri birinci ve ikinci sebep üzerinde hemfikirken, üçüncüsünde ihtilaf etmişlerdir.

³⁵⁵ CAK'nın 222.maddesi: "Bu kanunda yer almayan hükümler için "şariat" hükümleri esas alınır."

1- Gerçek cinsî birleşme (hakiki duhul)

Akit sonrası, erkek ile kadın arasında cinsî birleşme vuku bulunca, kadın erkeğin hakkını yerine getirmiş olur. Buna mukabil ister akit esnasında belirlenmiş olsun, isterse karşılıklı rıza veya hâkimin kararı ile tayin edilmiş olsun, kadın mehrin tamamına hak kazanır. Ancak akit esnasında mehirden hiç bahsedilmemiş veya mehir usulüne uygun, meşru bir şekilde takdir edilmemiş ise, kadın mehr-i misle hak kazanır. Bütün fakihler, nikâh kıyıldıktan sonra erkek ile kadın arasında gerçekleşen cinsî birleşmenin mehrin kesinleşmesini sağladığı konusunda ittifak etmişlerdir³⁵⁶.

2- Taraflardan Birinin Öümü

Mâlikîler, Şâfiîler, Hanbeliler ve Hanefîlere göre, zifaf veya sahih halvet gerçekleşmemiş olsa bile, eşlerden biri ölünce mehir sabit olur³⁵⁷. Bu noktada ölüm sebebi normal bir ölüm, intihar, eşlerden birinin diğerini öldürmesi veya eşlerden birini üçüncü bir şahsın öldürmesi) herhangi bir önem taşımaz³⁵⁸. Zira eşlerden birinin ölümü ile erkeğin zimmetinde sabit olan mehir borcu düşmez ve bu borç mirasçılara intikal eder. Bundan dolayı, vefat eden kadın ise, mehir terekedeki paylarına göre mirasçılara verilir; koca ise, kadın, kocasının terekesinden ayrıca mehir miktarını alır³⁵⁹.

Hanefî müçtehitlerinden olan Züfer'e göre, kadının kocasını öldürmesi veya öldürtmesi durumunda, mehir borcu sakıt olur. Zira bu bir cinayettir ve cinayet miras hakkını düşürür. Buna ek olarak, kadın işlemiş olduğu cinayet ile kocasının bazı haklarını iptal etmiş olur. Bunun sonucu olarak mehrin tamamı sakıt olur³⁶⁰.

3- Halveti sahiha

Eşlerin başkaları tarafından görülmeyecekleri ve birbirlerinden faydalanabilecekleri bir yerde tek başlarına kalmalarına halvet-i sahiha denir. Kadının mehrin tamamına hak kazanabilmesi için, kocanın kadından tam olarak faydalanmasının önünde hiçbir engel³⁶¹

³⁵⁶ eş-Şerbini, s. 297; İbn rüşd, s. 22; Çelebi, s. 391.

³⁵⁷ el-Ghandur, Ahmed, El-ahvali Şahsiyye Fi Teşrii-ü İslâmi, Matbûaat Camiaatü'l Kuveyt, Kuveyt, 1972, s.181. Zühle, s. 289.

³⁵⁸ el-Ghandur, s. 181. Şirin, s. 54.

³⁵⁹ Türcan, s. 323.

³⁶⁰ Kâsânî, s. 294.

³⁶¹ Burada kast edilen engel ya tabii (cinsî birleşmelerine engel teşkil eden bir hastalık, hayız gibi) ya da şeri (farz olan orucu tutmak, farz veya nafilâ haç için ihramda bulunmak gibi) olması gerekir bkz Türcan, s. 322.

bulunmamalıdır³⁶².

Sahih bir akitte halvet-i sahihann mehri kesinleştirmesi konusunda fakihler ihtilaf etmişlerdir. Bu bağlamda, Hanefiler³⁶³ ve Hanbelilere³⁶⁴ göre sahih olan halvet cinsî birleşme vuku bulmuş gibi sonuç doğuracağından, mehrin tamamını kesinleştirir. Buna göre sahih halvetten sonra talak vuku bulmuş ise, kadın mehrin tamamına hak kazanır³⁶⁵.

Öte yandan, Mâlikîler ve Şâfiîlere göre, sahih halvetin mehir üzerinde hiçbir etkisi yoktur ve cinsî birleşme dışında mehrin tamamı kesinleşmez. Buna göre, sahih halvetten sonra ve zifaktan önce talak vuku bulmuş ise ve mehir mehr-i müsemma ise kadın mehrin yarısına hak kazanır. Eğer mehir mehr-i misil ise kadın müt'ayı hak eder³⁶⁶. Buna ek olarak, Mâlikîler, kadının koca evinde bir yıl kalmasının cinsî birleşme vuku bulmuş gibi sonuç doğuracağı kanaatindedirler³⁶⁷.

CAK, mehrin edasını gerektiren sebepleri 15/2 ve 16.maddelerinde düzenlemiştir. CAK'nun 15/2. maddesine göre; *“Akit esnasında mehir belirlenmemiş ise, kadın mehr-i misle hak kazanır”*. CAK'nun 16. maddesi gereğince; *“Kadın, birleşme veya kocanın (eşinin)ölümü ile mehrin tamamını hak eder. Zifaktan önce talak vuku bulmuş ise, mehrin yarısını hak eder”*.

HAK ise, mehrin edasını gerektiren sebepleri 83 ve 84.maddelerinde düzenlemiştir. 83.madde uyarınca; *“Âkd-i sahihde mehir tesmiye edildiği takdirde ehad-ı tarafeynin vefâtı veya ictimâ-i sahihden sonra talak vukûu ile mehr-i müsemma tamamen lazım gelir. Âmma ictimâ-i sahihden evvel talak vukû bulursa mehr-i müsemmanın nısfı ve adem-i kefâet dolayısıyla velîsinin zevceyi tefrik ettirmesi gibi bir sûretle zevce tarafından iftirak vukû bulursa tamamı sâkıt olur”*. HAK'nin 84.maddesine göre ise; *“Âkd-i sahihde mehir tesmiye edilmediği veya edilip de ehad-ı tarafeynin vefâtı veya ictimâ-i sahihden sonra talâk vukûu ile mehr-i misil lâzım olur. Âmma ictimâ-i sahihden evvel talâk vukû bulursa mut'a lâzım gelir. Mut'a mehr-i mislin nısfını tecavüz etmemek üzere örf ve âdete göre tayin edilir”*. 85.madde uyarınca da; *“Âkd-i fâsidde tekârrubdan sonra iftirak vukûunda eğer mehir tesmiye edilmiş ise mehr-i müsemma ile mehr-i misilden ekalli ve tesmiye edilmemiş veya fâsiden tesmiye edilmiş ise bâliğan ma belağ mehr-i misil lazım gelir. Âmma takarrubdan evvel iftirak vuku bulursa asla mehir lazım gelmez”*.

³⁶² Cin / Akyılmaz, s. 409.

³⁶³ Ayni, s. 668.

³⁶⁴ İbn Kudame, s. 153.

³⁶⁵ İbn Kudame, s. 157. Çelebi, s. 395.

³⁶⁶ İbn rüşd, s. 22. Şirbînî, s. 297.

³⁶⁷ İbn Cüzey, Kavânînü'l-ahkâmi's-şer'îyye ve mesâ'il-i'l-furû'î'l-fikhiyye, Alemü'l Fikr, Mısır, trz, s.201, Jaziri, s. 102.

Bu maddelerden yola çıkarak, hem CAK hem de HAK'de mehrin edasını gerektiren sebepleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- **Gerçek Birleşme (zifaf)**

CAK'nun 16.maddesi ile HAK'nin 83 ve 84.maddelerinde, Cezayir ve Osmanlı yasa koyucusunun, cumhurun görüşünü esas aldığını ve bu kapsamda sahih bir akitte cinsî birleşme gerçekleştiğinde, kadının mehrin tamamına hak kazanacağını hükme bağladığını görmekteyiz.

Fakat bu hususta Cezayir yasa koyucusu, cinsî birleşmeden ne kastedildiğini açıklamamıştır. Yani birleşmeden gerçek birleşme (zifaf) mi yoksa hükmi birleşme (halvet) mi kastedilmektedir, bu husus yasa metninden anlaşılamamaktadır.

Ancak Cezayir Yargıtay'ı, Malikilerin aksine, kadının mehrin tamamına hak kazanabilmesi için hükmi birleşmenin (yani halvetin) yeterli olduğu kanaatindedir. Bu bağlamda, 19/11/1984 tarihinde Yargıtay Aile ve Miras Dairesi'nden sâdır olan bir kararda: "*Fıkıhta ittifak edildiği üzere sahih halvet mehrin tamamını kesinleştirir*"³⁶⁸ ifadelerinde yer verilmiştir. Yine aynı daire tarafından 09/05/1988 tarihinde verilmiş olan başka bir kararda: "*Kadının, kocasıyla baş başa kaldıktan ve zifafa girdikten sonra mehrin tamamına hak kazanacağı fıkıh ve Şeriatça sabittir. Dolayısıyla bu ilkeye aykırı bir hüküm vermek, Şeriat hükümlerine aykırılık teşkil eder. Bu davada karısı evine taşındıktan sonra koca, zifafın gerçekleşmesini imkânsız kılan bir tutukluluk altında olduğu için karısıyla halvet-i sahihayı gerçekleştirememiştir. Dolayısıyla, bu davada yargı meclisi, boşanmaya ve kadının mehrin tamamına hak kazandığına hükmederek, Şeriat kuralları ve Cezayir Aile Kanunu'nun lafzına açıkça aykırı bir karar vermiştir*"³⁶⁹ tespitleri yer almaktadır. Böylece hükmi birleşmeyi kadının mehrin tamamına hak kazanabilmesi için yeterli olduğunu vurgulamıştır.

Gerçek birleşme (zifaf) ile hükmi birleşme (halvet) arasındaki fark konusunda Zakia Chawar şunları söylemektedir: "*Bu kararlarda yer alan kelimeler analiz edildiğinde, Yargıtay'ın, "Zifaf" kavramının altına gerçek birleşmeyi ve hükmi birleşmeyi (halvet) dâhil etmiş olduğu görülmektedir. Ancak biraz daha dikkatli incelenirse bu kararların bazı çelişkileri ihtiva ettiği görülecektir. Buna göre;*

- Yargıtay kararında "*Fıkıhta ittifak edildiği üzere*" ifadesine yer vermek suretiyle bu konuda bütün fakihlerin ittifak ettiği vurgulanmıştır. Hâlbuki bu mesele hakkında fakihler arasında bir görüş ayrılığının olduğu bilinmektedir.

³⁶⁸ Yargıtay A. M. D, 19/11/1984, D/N 35107.

³⁶⁹ Yargıtay A. M. D, 09/05/1988, D/N 49283.

- *Cezayir Aile Kanunu'nun metnine bakıldığında, gerçek birleşme ile hükmi birleşmeyi aynı derecede ele almak,, kanun maddelerin ruhuna uygun düşmemektedir. Zira CAK'nun 16.maddesine göre; kadın, birleşme ile mehrin tamamına hak kazanırken, CAK'nun 17.maddesine göre "Eşler veya mirasçıları arasında zifaktan önce mehre ilişkin bir ihtilaf vuku bulur ve her ikisinin elinde de iddiasını ispat edecek bir delil bulunmazsa, karının veya mirasçılarının yemin etmesi istenerek onların iddia etikleri miktar koca tarafından ödenir. Ancak bu ihtilaf zifaktan sonra ortaya çıkar ise, kocanın veya mirasçılarının yemin etmesi istenerek onların iddia ettiği miktar ödenir" Ayrıca 51.madde gereğince "Eşini üç defa boşayan kimsenin karısıyla tekrar evlenebilmesi için, bu kadının önce bir başkasıyla evlenip boşanması veya zifaktan sonra kocasının ölmesi gerekmektedir" Bu bağlamda kanun koyucunun esas itibariyle gerçek birleşmeyi dikkate aldığı gözlemlenmektedir.”³⁷⁰.*

Kanaatimizce Hanefiler ve Hanbelilerin, halvet-i sahihayı mehrin tamamını gerektiren sebeplerden kabul etme konusundaki görüşü daha isabetlidir. Bunun sebebi şu şekilde izah edilebilir:

- Kadın, ileride açıklanacağı üzere, eşler arasındaki zifafa bakılmaksızın, kocası kendisini sağladığı andan itibaren nafaka almaya hak kazanır. Bu bağlamda halvet-i sahiha, kadının kocasına kendisini sağlaması için açık bir rıza göstermesidir ve böylece koca artık karısıyla zifaf olabilir.
- Halvet-i sahihanın mehrin tamamını gerektiren sebeplerden sayılması, meşru bir sebep olmaksızın alelacele boşanmayı sınırlandırmaya yönelik bir tedbirdir. Buna göre, eşler uygun bir şekilde baş başa kaldıklarında koca karısını boşamak isterse, boşamayı gerçekleştirmeden önce biraz düşünmelidir; çünkü bu boşamayı gerçekleştirdiği takdirde mehrin tamamını ödemekle yükümlü hale geleceğini bilir.
- Bu durumda mehir, kadının uğradığı manevi zararın yanı sıra, nişanlı olduğu kocadan daha iyi bir kocayı kaybetmek gibi kaçırıldığı menfaatler için de bir tazminat olarak değerlendirilebilir.

- **Eşlerden birinin ölümü**

³⁷⁰ **Zakia, Chawar**, “El-Tâlik Âlâ'l Mâdâh 16 Mîn Kanunü'l Usrâh”, *Revue Algérienne des Sciences Juridiques et Politiques*, C.45, S.3, 2008, s.81. **Akgündüz, Ahmet**, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyeti*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 6, Diyarbakır, 1988, s. 164.

CAK'nun 16.maddesi ve HAK'nin 83 ve 84.maddeleri gereğince, zifaf gerçekleşikten sonra kadının kocası ölürse kadın mehrin tamamına hak kazanır. Fakat bu hususta dikkat çekici olan şudur: Osmanlı yasa koyucusu HAK'nin 83 ve 84.maddelerinde “ehad-ı tarafeyin” (tarafların biri) ibaresini koyarak eşlerden birinin (kadın veya erkek fark etmeksizin) ölümüyle kadının mehrin tamamına hak kazanacağını açıkça belirtmiştir. Öte yandan, CAK'nun 16.maddesiyle, Cezayir yasa koyucusu yalnızca kocanın ölümü ile kadının mehrin tamamına hak kazanacağını hüküm altına almıştır. Kadının ölümü halinde durumun ne olacağına ilişkin olarak ise Kanun'da herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Yani Cezayir yasa koyucusu ilgili maddede geçen "eş" tabirinden "...Bil ki bu senin de eşinin de düşmanıdır..."³⁷¹ ayetinde olduğu gibi eşlerden herhangi birini mi yoksa sadece kocayı mı kastetmiştir, bu hususta herhangi bir sarahat bulunmamaktadır. Buna ek olarak, Cezayir yasa koyucusunun karı ve koca kelimelerini farklı maddelerde (m.3, 9, 16, 17, 32.vs) ayırt ettiği görülmektedir. Bu bağlamda kadınlar için “karı”, erkekler için ise “koca” kelimesini kullanmıştır. Ayrıca bu maddeden, kadının ölümünden sonra mehir hakkını kaybetmesi mi, yoksa mehrin kalan yarısının zifaf ile askıya alınması mı anlaşılmalıdır, bu konu da zihinlerde soru işaretine yol açan bir başka husustur.

Bütün bu sorular bağlamında, zifaf gerçekleşmiş olsun ya da olmasın -ölümün gerçekleşme şekline bakılmaksızın- kocanın ölümüyle kadının mehrin tamamına hak kazandığı vurgulanmalıdır³⁷².

İslam bilginleri, bir kadının ölümü halinde mehrinin tamamına hak kazanacağı konusunda hemfikirdirler. Dolayısıyla karı veya kocadan birinin ölümünün gerçekleşmesi, mehrin kesinleşmesi için yeterlidir³⁷³.

Cezayir yasa koyucusu, kadının ölümünden sonra mehrinin tamamına hak kazanıp kazanmayacağı konusunu belirtmemiştir. Bu aşamada da CAK'nun 222.maddesindeki atfa istinaden İslam hukuku hükümlerinin devreye gireceği ifade edilmelidir.

b. Yarısının Edasını Gerektiren Sebepler

Kadının mehrin yarısına hak kazanması hususu CAK'nun 16.maddesi ile HAK'nin 83.maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda mehrin yarısının edasını gerektiren tek sebebin, zifaftan önce vuku bulan boşanma olduğu ilgili maddelerde hüküm altına alınmıştır. Nitekim bu durumun gerçekleşmesi için, nikâh akdinin muteber bir şekilde inikat etmiş

³⁷¹ Taha Suresi (20/117).

³⁷² el-Ghandur, s. 181. Şirin, s. .54.

³⁷³ Zakia, s. 81-82.

olması gerekmektedir. Bu kapsamda Cezayir ve Osmanlı yasa koyucusu, Bakara suresinde yer alan "*Bir mehir belirlediğiniz halde onlarla birleşmeden kendilerini boşarsanız, belirlediğiniz mehirin yarısını ödemek size borçtur...*"³⁷⁴ ayetine dayanmaktadırlar. Bu hükmün tatbikatına ilişkin Cezayir Yargıtayı'ndan sadır olan birkaç hükmü burada aktarmak faydalı olacaktır. Örneğin; 16/04/1984 tarihinde Yargıtay Aile ve Miras Dairesi'nden sâdır olan bir kararda şu ifadeler yer almaktadır; "*Fıkıhta öngörülmüş olduğu gibi, zıfâf gerçekleştikten sonra boşanan kadın, mehrin tamamına hak kazanır, ancak zıfâf gerçekleşmemiş ise, mehrin yarısını hak eder. Buna ek olarak, nikâh akdedilmeden önce eşler arasında gerçekleşen cinsel ilişki zıfâf olarak kabul edilmemekte, gayrimeşru cinsel ilişki olarak nitelendirilmektedir.*"³⁷⁵ Aynı daire tarafından 16/10/1993 tarihinde verilmiş olan bir başka kararda ise; "*Kanunda öngörülmüş olduğu gibi, zıfaftan önce talak vuku bulunca, mehrin yarısı sabit olur*"³⁷⁶ tespitlerine yer verilmiştir.

c. Mehr-i Misil Verilmesi Gereken Sebep

CAK, mehr-i misil verilmesi gereken halleri 15/2.maddesinde düzenlenmişken, HAK bu hususu 84/1.maddesinde düzenlenmiştir. CAK 'nın 15/2.maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "*Mehir belirlenmemişse kadın mehr-i misli hak eder*". HAK'nin 84/1.maddesine göre ise; "*Âkd-i sahîhde mehir tesmiye edilmediği veya edilip de ehad-ı tarafeynin vefâtı veya ictimâ-i sahîhden sonra talâk vukûu ile mehr-i misil lâzım olur. Âmma ictimâ-ı sahîhden evvel talâk vukû bulursa mut'a lâzım gelir*". Dolayısıyla evlenme esnasında mehrin zikredilmemesi durumunda birleşme de vuku bulmuş ise kadın mehr-i misli hak eder. Bu durum, CAK'nun 33.maddesinde yer alan şu hüküm ile de vurgulanmıştır: "*...Ancak iki şahit, veli veya mehirsiz bir nikâh gerçekleştirilirse birleşme vuku bulmadan önce herhangi bir mehre hak kazanılmaksızın nikâh feshedilir, birleşme vuku bulduktan sonra ise nikâh mehr-i misil ile sabit olur*". Bu hüküm ile mehir tespit edilmeksizin gerçekleştirilen nikâhı müteakip vuku bulan zıfâf ile kadının mehr-i misle hak kazandığı vurgulanmıştır.

Yargıtay tarafından, evlenme esnasında mehrin zikredilmemesi durumunda birleşme de vuku bulmuş ise kadının mehr-i misle hak kazanacağını belirten birkaç karar verilmiştir. Bunlardan biri 17/11/1988 tarihinde Aile ve Miras Dairesi'nden sâdır olan karardır. Bu kararda şöyle bir ifade geçmektedir: "*Mehrin belirtilmemesi evliliği geçersiz*

³⁷⁴ . Bakara Suresi (2/237).

³⁷⁵ . Yargıtay A. M. D, 16/04/1984, (Y/D 1990), D/N 34046.

³⁷⁶ . Yargıtay A. M. D, 16/10/1993, D/N 96801.

kılmaz, zira bir anlaşmazlık durumunda kadına mehr-i misil verilir" .

Fakat bu noktada belirtilmesi gerekir ki; Cezayir yasa koyucusu mehr-i mislin mahiyetini ve mehrin miktarını takdir etmek için benimsenmesi gereken ölçütleri hüküm altına almamıştır. Dolayısıyla burada da CAK 'nın 222.maddesinde yer alan atfa istinaden İslam hukuku hükümlerinin tatbiki gerekmektedir.

Osmanlı yasa koyucusu, HAK'nin 85. maddesinde, fasit nikâhlarda mehir belirlenmiş, zifaf vuku bulduktan sonra talak veya ayrılık vuku bulmuş ise, mehr-i misil olarak belirlenmiş mehirden hangisi daha az ise kadının ona hak kazanacağını hüküm altına almıştır.

Osmanlı yasa koyucusu ayrıca HAK'nin 88. maddesinde bir kadının mehr-i misle hak kazanacağı başka bir sebebe de işaret etmiştir. Ancak bu konuyu kanun açısından ele almadan önce, fıkhi açıdan ele alınması gerekmektedir.

Ölüm hastalığı, kişinin mutad işlerini yerine getiremediği ve ölüm korkusuna yenik düştüğü hastalık olarak tanımlanabilir, dolayısıyla bir yıl geçmeden ölümle sonuçlanan hastalıklar arasında yer almaktadır³⁷⁷. Ürdün yasa koyucusu ise, Ürdün Medeni Kanunu'nun 543. maddesi aracılığıyla ölüm hastalığını şu şekilde tanımlamıştır: "*Kişinin mutad işlerini yerine getiremediği, ölümün en muhtemel olduğu ve bir yıl geçmeden kişinin bu durumda ölmesine neden olan hastalıktır. Bu kişinin hastalığı bir yıl veya daha uzun süre değişmeden devam ederse, davranışı sağlıklı kişinin davranışı gibi kabul edilir*".

Mecelle'nin 1595. maddesinde yer alan ölüm hastalığı tanımı ise şu şekildedir: "*Hastanın, erkek ise ev dışında, kadın ise ev içinde işlerini yapamadığı, çoğunlukla da ölüme dair korku duyduğu ve yatağa bağlı olsun ya da olmasın bir yıl geçmeden bu halde ölmesine neden olan hastalık. Söz konusu kişinin hastalığı ağırlaşmadıkça ve aradan bir yıl geçmesine rağmen durumu değişmedikçe, kendisi sağlıklı kabul edilmekle birlikte, tasarrufları da geçerlidir. Söz konusu kişinin hastalığı ağırlaşmadan veya durumu değişmeden bir yıl geçerse, bu kişi sağlıklı sayılır ve tasarrufları da geçerli olarak kabul edilir. Ancak, hastalığı ağırlaşmış durumu değiştikten sonra bir yıl geçmeden ölürse, değişim zamanından ölümüne kadar olan hastalığı ölüm hastalığı olarak kabul edilir*".

Yukarıdaki tanımlar aracılığıyla, ölüm hastalığı şartları şu şekilde belirlenebilir:

- Hastanın işlerini yerine getirememesi; Bir kişi hastalığa yakalanırsa, hastalığı olmayan normal bir insanın yapabileceği olağan işlerini yapamaz hale gelir.
- Hastalığın ölüm hastalığı olması ya da kişinin yatması gerekmesi şart değildir,

³⁷⁷ **Mestouri Malika**, "Marriage of patient of the death-illness in Islamic Jurisprudence and Positive Law", Journal of Law and Society is a semiannual, C.9, S.2, 2021, ss. 91-117.

yatması gerekmeyebilir ama yine de kendiışlerini yerine getirmekten aciz kalabilir. Bu nedenle, bir hastalığın ölümcül bir hastalık olarak kabul edilebilmesi için, hastayı mutat işlerini yapamaz hale getirmesi gerekir³⁷⁸.

- Bu hastalığın ölüme yol açan hastalıklardan biri olması; Bir kişinin ölüm hastalığında normal işlerini yapamaması olarak kabul edilmesi yeterli değildir. Bu hastalığın aynı zamanda ölüme yol açan ciddi bir hastalık olması veya basit bir hastalık olması ve daha sonra hastanın durumu ölümden korkacak kadar kötüleşene kadar gelişmesi gerekir³⁷⁹.
- Bu hastalık hastanın ölümü ile son bulur; Hastalığın ölüm hastalığı olarak kabul edilebilmesi için, önceki iki koşulun varlığına ek olarak, kişinin bir yıl içinde ölmesi gerekir³⁸⁰.

Fakihler, ölümcül hastalık durumunda mehir konusunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Buna göre Hanefiler, ölümcül bir hastalığa yakalanmış olan bir kişiyle evlenmenin, tıpkı sağlıklı bir kişiyle evlenmek gibi caiz olduğu görüşündedirler. Bu kişinin yapmış olduğu akit sahih olup, zifafın gerçekleşmesi ve mehrin mehr-i misli aşmaması şartıyla sahih nikâhın bütün sonuçlarını doğurur³⁸¹. Ancak Hanefiler arasında bu evliliğin mehir ve mehirden kadına düşen hak gibi sonuçları konusunda fikir ayrılığı yaşanmıştır. Buna göre Hanefiler, ölümcül hastalıkta evlenen kişinin borçlu veya borçlu olmayan kişi olması arasında ayırım yapmışlardır. Eğer koca borçluysa, kadına da mehr-i misil verilir ve koca ölümcül hastalığa yakalanmadan önce borçlarını ödeyene kadar bundan fazlasını alamaz. Ancak koca borçlu değilse, o zaman kadın, kadının mirasçılardan öncelikli olduğu asıl hususlardan biri olduğu düşüncesiyle, onun mal varlığından mehr-i misil alır³⁸².

Malikiler, cumhurun aksine, ölümcül hastalığı olanların evlenmesinin caiz olmadığı görüşündedir³⁸³. Bu tür evlilikleri caiz olmayan ve zifaf halinde mehr-i misil dışında sahih bir evliliğin sonuçlarından hiçbirini doğurmayan haram evlilikler olarak kabul etmişlerdir³⁸⁴. Bu çerçevede al-Dasouki şöyle bir yorumda bulunur: "*Malik'in görüşü, hasta olan kişi iyileşmediği sürece bu nikâh fasit olup, zifaftan önce ve sonra feshedilir.*"³⁸⁵ Bununla birlikte, Malik'in mezhebinde, ölümcül hastalığı olan bir kişinin evlenmeye ihtiyacı varsa ya

³⁷⁸ **Sanhuri, Abdulrezzak**, el-Vasit Fî Şerhî-l Kanunü'l Madani, C:4, Beyrüt, Manşürâtü'l Halabi, 1998, s314.

³⁷⁹ **Abu S'âd, Mouhammed**, 'Akdül Ba'ii, 1.Baskı, Mısır, Darül Fikri'l 'Arabi, 200,0 s. 344.

³⁸⁰ **Sanhuri**, s. 316.

³⁸¹ **Mestouri**, s. 102.

³⁸² **Abul-aziz**, s. 350.

³⁸³ Bkz; **el-Krafi**, Ez-Zehirâ, 1.Baskı, C: 4, Beyrüt, Darül Gharbû'l İslami, 1994, s. 211.

³⁸⁴ **el-Haşni**, Usulü'l Fetva Fi'l Fıkıh, 1.Baskı, Tunus, ed-Darü'l 'Arabiyâh Lil'Kitab, 1985, s. 176.

³⁸⁵ **al-Dasouki**, El-Haşıyâh 'Ala ş-Şerhi'l Kabir, C:2, Mısır, Matb'a-t İsa el-Babi el-Halabi, s. 240.

da evlilik yoluyla bu hastalıktan kurtulacağına dair bir umut varsa evlenmesinin caiz olduğuna dair ikinci bir görüş daha vardır³⁸⁶. Bu görüşü savunan müteahhir Maliki fakihleri arasında Hattab er-Ra'ini³⁸⁷ ve ed-Derdiri³⁸⁸ de bulunmaktadır.

Öte yandan Şafii hukukçular, ölüm hastalığına yakalanan kişinin evliliğinin geçerliliği ve eşler arasında mehir ve mirasın sahih evliliğin sonuçlarını doğurduğu görüşündedirler³⁸⁹. Şafiiler, evliliğin insanın asli ihtiyaçlarından biri olduğu gerçeğinden hareketle bu görüşü benimsemişlerdir. Zira evlilik insan için bir sığınak ve onu haramlara düşmekten, zinadan ve bunların sonuçlarından koruyan bir müessese olduğu gibi, aynı zamanda ona huzur ve güven de sağlamaktadır³⁹⁰. Bu kapsamda İmam Şafî şöyle bir ifade yer almaktadır: *"Hastanın, kendisine izin verilen kimseyle evlenmesi caizdir. Buna göre, eğer koca karısına mehr-i misilden fazlasını vermiş ve ölümünden önce iyileşmişse, kadının mehr-i misil ile birlikte fazlasını da alması caizdir. Ancak koca iyileşmeden ölürse, kadının mehr-i misilden başka bir şey alması caiz değildir."*³⁹¹

Hanbeliler ise ölümcül hastalığa yakalanmış olan kişinin evliliğini caiz görmüşlerdir. Buna göre, eğer üzerine anlaşılan mehir mehr-i misil ise, kadın mehrini kocasının malından alır. Ancak üzerine anlaşılan mehir mehr-i misilden fazla ise Hanbelîler bu konuda kadının hastadan önce ölmesi veya aksi arasında fark gözetmişlerdir. Buna göre, eğer kadın kocasından önce vefat etmişse, burada kadın mehrin kıymetine ve artmasına hak kazanır. Bu hak, hasta hayatta ise ondan, ölmüş ise mirasçılardan talep edilir. Ancak koca kadından önce ölmüşse, o zaman kocanın durumuna bakılır. Eğer kadın kocasına mirasçı olanlardan ise, yani zimmî olmak gibi mirasa engel bir durum yoksa bu durumda iki görüş vardır: Birincisi, mirasçılar kabul etmedikçe kadının fazlalığı alması caiz değildir ve mezhepte en isabetli görüş de budur. İkinci görüşe göre ise, kadının mirasçılardan iznine gerek kalmadan kocanın terekesinin üçte birinde alabileceği belirtilmektedir³⁹². Ancak kadın mirasçı olmayanlardan ise, bu durumda mehr-i misil alma hakkına sahip olup, fazlayı ise mirasçılardan iznini almaksızın kocanın terekesinin üçte birinden alır³⁹³.

Cezayir yasa koyucusu, ölümcül hastalığı olan kişinin evlenmesi durumunda mehir konusunu açıkça ele almamıştır. Ancak bu husus, Mastouri Mohamed Hocanın, CAK 'nın

³⁸⁶ el-Krafi, C:4, s. 499.

³⁸⁷ Hattab, C: 25, s. 90.

³⁸⁸ ed-Derdiri, C: 2, s. 426.

³⁸⁹ Şafî, El-Um, Tahkik; Zehri Neccar, 1.Baskı, C: 7, Mısır, Mektebetü'l Külliyyetü'l Ezheriyâh, 1961, s. 172.

³⁹⁰ Suyuti, Şerh el-Kevkeb es-Sat'i, Tahkik Eden; Hanafavi, İbrahim, C: 1, Mısır, ei-İman Yayınlar, 2000, s. 450.

³⁹¹ Şafî, C:7, s. 171.

³⁹² Abî'l Ferrac, Asfahani, El-Kevâyid, Mısır, Matb'aatü'l Sidki'l Hayriyâh, 1993, s. 103

³⁹³ İbn Kudame, C: 8, s. 410.

(daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacak olan) mükerrer 7. maddesinin, kadın ya da erkek olsun, ölümcül bir hastanın evliliğinin, evliliğin amaçlarını koruyabilmek adına batıl olduğu şeklinde yorumlanabileceğini söylemesini engellememiştir. Dolayısıyla, bu tür evlilikler batıl bir evlilik olduğu için mehir de gerektirmez³⁹⁴. Ancak, kanaatimizce bu değerlendirme isabetlidir, zira Aile Kanunu'nun 222. maddesinin metni, bu kanunda öngörülme her hususun İslam hukuku hükümlerine atıfta bulunulmasını öngörmektedir. Bilindiği üzere Cezayir'de fıkhi referans Maliki mezhebinin fıkıdır. Buna göre Cezayir yasa koyucusunun bu evliliği engelleme ve mehir gibi sonuçlarını düzenlememe konusunda Maliki mezhebinin görüşünü tercih ettiği söylenebilir.

Osmanlı yasa koyucusu ise, yukarıda zikredildiği gibi bu konuyu HAK'in 88. maddesinde ele almıştır. Bu bağlamda, HAK'nin 88. maddesi uyarınca: "*Bir kimse maraz-ı mevtinde tezevvüc eylediği sûrette mehr-i müsemma zevcenin mehr-i misline müsavi ise zevce onu terikesinden ahzeder. Ziyade ise fazlası hakkında vasiyet hükmü cereyan eder*" Dolayısıyla ölümcül bir hastalığa yakalanan koca, ölüm hastalığı sırasında evlenmiş ve bu hastalığı nedeniyle ölmüşse, nikâh akdi esnasında tespit edilmiş olan mehrin miktarı mehr-i misle denk olursa, kadın mehr-i müsemmaya hak kazanır. Ancak, nikâh akdi esnasında tespit edilmiş olan mehrin miktarı mehr-i mislden fazla ise, bu ziyade hakkında vasiyet hükümleri caridir. Yani kadın, mirasçılarının izni olmadan kocanın terekesinin üçte birinden mehr-i misilden fazlasını alır.

ç. Mut'a Verilmesi Gereken Sebep

CAK'da mut'a'ya dair hiçbir hüküm yer almamaktadır. HAK ise bu hususu 84.maddede düzenlemiştir. Buna göre, sahih bir nikâh kapsamında taraflar akit esnasında mehri hiç zikretmemişler veya usulüne uygun, meşru bir şekilde takdir etmemişlerse ve zifaktan veya sahih halvetten önce talak da vuku bulmuş ise, kadın mut'a'ya hak kazanır. Mut'a, mehr konuşulmadan nikâhlanan ve zifaktan veya halvetten önce boşanan kadına kocasının verdiği maldır³⁹⁵. Onun miktarı ise, mehr-i mislin yarısını geçmemek şartıyla ülkede hâkim olan gelenek ve göreneklere göre takdir edilir.³⁹⁶

³⁹⁴ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Mestour**, s. 107.

³⁹⁵ **Karaman**, s. 348; **Türkan**, s. 324.

³⁹⁶ **Belhâj, Al-Arbî**, Âhkâmû-zevâj Fî Zâvî Kanun-ül Ūsrâ El-Jâdîd, Dâru s-Sekafa Lil-n Naşr ve Tevziî, Ürdün, 2012, s. 112.

iiii. Mehrin Düşmesi

Cezayir ve Osmanlı yasa koyucusu, mehrin tamamen düşmesi hususunda hemfikir değildirler. Buna göre, CAK 'nun 33.maddesine göre bir nikâhın iki şahit olmadan, mehirsiz veya velisiz kıyılması durumunda zifaf da vuku bulmamışsa, kadın mehrin tamamından mahrum olmakta, ayrıca nikâh da feshedilmektedir. HAK'nin 83.maddesi gereğince kadın dengi olmayan biriyle evlendiği zaman velisinin itirazı üzerine hâkim evlenmeyi feshedecektir. Zifaf veya sahih halvet vuku bulmadan önce kadın sebebiyle ayrılık vuku bulmuş ise kadın mehrin tamamından mahrum kalacaktır³⁹⁷.

iiii. MEHRE İLİŞKİN İHTİLAFLAR

İslam hukukçuları, mehirden ortaya çıkan ihtilafları; mehrin türü, miktarında ve mehr-i muaccelin tesliminde ihtilaf olmak üzere üçe ayırmışlardır.

a. Mehrin Türü Konusunda ihtilaf

Eşlerden biri nikâh akdi esnasında mehrin tespit edildiğini iddia edip, diğer taraf bunu inkâr ederse, Hanefîlere³⁹⁸ göre kadın hakkında mehr-i misil sabit olur. Malikîlere³⁹⁹ göre ise, "*Beyyine davacı üzerine, yemin de davalı üzerine düşer*"⁴⁰⁰ hadisinden hareketle iddia eden taraf iddia ettiği şey ile ilgili bir delil getirir ise, onun iddia ettiği şey ile hükmedilir. Aksi takdirde, mehrin tespit edilip edilmemesine ilişkin söz yemin ile birlikte örfün kabullendiği tarafındır. Şâfiîlere⁴⁰¹ göre ise, karı-kocanın her ikisine de yemin teklif edilir. Her ikisi de yemin ederse, kadına mehr-i misil verilir, ancak taraflardan biri yemini reddederse, diğer tarafın iddia ettiğine göre hükmedilir. Hanbelîlerin⁴⁰² bu konudaki görüşü ise, kadın mehr-i misle denk veya daha aşağı bir miktarı iddia ederse, mu'teber olan söz, yemin etmeden kadındır, ancak kadın mehr-i misilden fazlasını iddia ederse, kocaya yemin teklif edilir, yemini reddederse, mehr-i misle hükmedilir.

³⁹⁷ Karaman, s. 348.

³⁹⁸ Ayni, s. 723. Jaziri, s. 151.

³⁹⁹ İmam Mâlik (1994), El-Müdevventü'l-Kübrâ, 4.Basın, Beyrüt, Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1994, s. 165-166.

⁴⁰⁰ Beyhakî, Şehâdât, 6.

⁴⁰¹ Şirbînî, s.319; Zühle, s. 308.

⁴⁰² İbn Kudame, s. 137; Ezzehli, s. 308.

b. Mehri müsemmanın miktarında ihtilaf

Eşler veya mirasçıları mehrin tespit edildiği konusunda ittifak edip sadece miktarı konusunda ihtilafa düşmüşlerse, Hanefilere⁴⁰³ göre tarafların her ikisi de iddia ettikleri şeye delil getirirlerse, kadının delili tercih edilir, aksi takdirde söz, mehr-i misle denk miktarı iddia edenindir. Hanbeliler⁴⁰⁴ ise, mehrin tesmiyesinin varlığında ihtilaf konusunda bütün durumlarda mu'teber olan sözün kocada olduğu kanaatindedirler. Mâlikîlere⁴⁰⁵ göre ise, bu ihtilaf zifaktan önce ise, karı-kocanın her ikisine de yemin teklif olunur, her ikisi yemin ederse, mu'teber olan söz, örf ve adette uygun olan miktarı iddia edenindir. Ancak bu ihtilaf zifaktan sonra ortaya çıkmışsa, mu'teber olan söz, yeminle birlikte kocanıdır. Şâfiîlere⁴⁰⁶ göre ise, eşlerin her ikisine de yemin ettirilir, her ikisi yemin ederse, kadına mehr-i misl verilir.

c. Mehr-i muaccelin tesliminde ihtilaf

Bu ihtilaf, kocanın nikâh akdi esnasında tespit edilmiş mehrin tamamını veya bir kısmını verdiğini iddia etmesi ve kadının bunu inkâr etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu ihtilaf zifaktan önce ortaya çıkarsa ve koca iddia ettiği şeye delil getiremezse, mu'teber olan söz, yeminle birlikte kadındır. Bu konuda mezhepler arasında ittifak vardır. Yalnız bu ihtilaf zifaktan sonra ortaya çıkarsa, İmam Şâfiî'ye göre, mu'teber olan söz, yemin etmeden kadındır. Ancak İmam Ahmed ve İmam Mâlik bu konuda farklı düşünmektedirler. Onlara göre kadının iddiasına itibar edilmeksizin mu'teber olan söz, yeminle birlikte kocanıdır. Zira örfte kabul edilen uygulama, mehr-i muacceli almayan kadının kendisini teslim etmemesidir. Ancak, bu örfün cari olmadığı bir toplumda zikredilen ihtilaf vuku bulmuşsa, kocanın iddia ettiği şeye delil getirememesi durumunda mu'teber olan söz, yeminle birlikte kadındır⁴⁰⁷.

Cezayir yasa koyucusu, mehre ilişkin ihtilafları CAK'nun 17.maddesinde ele almıştır. İlgili madde şu şekildedir: *“Eşler veya mirasçıları arasında mehirde bir ihtilafın olması, her ikisinin de delilinin olmaması ve bu ihtilafın zifaktan önce vuku bulması halinde, karının veya mirasçılarının yemin etmesi üzerine iddia edilen miktar kadına ödenir. Ancak bu ihtilaf zifaktan sonra ortaya çıkar ise, kocanın veya mirasçılarının yemin etmesi istenerek*

⁴⁰³ İbn Kudame, s. 132; El-Ayni, s. 724.

⁴⁰⁴ İbn Kudame, s. 132.

⁴⁰⁵ İbn rüşd, s. 30; Jaziri, s. 153.

⁴⁰⁶ İbn Kudame, s. 132; Zühle, s. 309.

⁴⁰⁷ İbn rüşd, s. 31; İbn Kudame, s.135; Cin, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, s. 253.

onların iddia ettikleri miktar karşı tarafa ödenir”

Cezayir yasa koyucusu, mehre ilişkin ihtilafları fıkıhta olduğu gibi farklı kategorilerde ele almamıştır. Fakat mehirden kaynaklanan ihtilafları çözmek için zıfâf bir kriter olarak tespit edilmiştir. Bu bağlamda, ortaya çıkan ihtilaf zıfâftan önce vuku bulmuş, karı veya mirasçılarını mehrin tespit edilmemiş veya ödenmemiş olduğunu iddia etmiş ve her iki taraf da (karı ve koca) iddialarını destekleyecek bir delil sunamamışlar ise, hâkim, karının veya mirasçılarının yemin etmesini isteyerek iddia edilen miktarın ödenmesine karar verir. Yani karı-koca veya mirasçılarını arasında çıkabilecek mehre ilişkin ihtilaflar konusunda ilk önce delillere bakılır, yemin ise son çaredir⁴⁰⁸. Böylece, hâkim, delil ortadan kalkıncaya kadar karısının veya mirasçılarının yemin etmesini talep etmez. Ancak, ortaya çıkan ihtilafın zıfâftan sonra olması durumunda, hâkim, kocanın veya mirasçılarının yemin etmesini isteyerek, iddia ettikleri miktarın ödenmesine karar verir.

Yargıtay tarafından bu görüşü teyit eden birkaç karar verilmiştir. Bu bağlamda, 18/06/1991 tarihinde Aile ve Miras Dairesi'ndan sâdır olan bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir: *"Kanunda belirtildiği gibi, eşler veya mirasçılarını arasında mehir hususunda bir ihtilafın vuku bulması, her ikisinin de iddialarını destekleyecek bir delil sunamaması ve bu ihtilafın zıfâftan önce olması halinde, karının veya mirasçılarının yemin etmesi istenerek iddia edilen miktar ödenir. Ancak bu ihtilaf zıfâftan sonra ortaya çıkar ise, kocanın veya mirasçılarının yemin etmesi istenerek iddia ettikleri miktar ödenir. Bu nedenle, bu ilkeye aykırı olarak verilecek bir hüküm kanuna aykırıdır"*⁴⁰⁹

Osmanlı yasa koyucusuna gelince, mehre ilişkin ihtilaflar HAK'nin 86 ve 87.maddesinde düzenlenmiştir⁴¹⁰. Osmanlı yasa koyucusu mehre ilişkin ihtilafları, mehrin tesmiyesinin varlığında ihtilaf ve müsemmanın miktarında ihtilaf olmak üzere ikiye ayırmıştır.

Mehrin tesmiyesinin varlığında ihtilafa ilişkin olarak, eşler veya mirasçılarını arasında mehrin tespit edilmediği konusunda bir ihtilaf ortaya çıkmışsa, kadın mehir-i misle hak kazanır. Ancak, kadın mehrin tespit edildiğini iddia eder ve koca bunu inkâr eder ise, mehir kadının iddia ettiği miktarı geçmemek şartıyla ödenir. Koca mehrin tespit edildiğini iddia eder ve kadın da bunu inkâr ederse, mehir kocanın iddia ettiği miktardan az olmamak şartıyla

⁴⁰⁸ . Cin, s. 251.

⁴⁰⁹ . Yargıtay A. M. D, 18/06/1991, D/N 73515.

⁴¹⁰ . Madde 86. Tesmiye-i mehirde ihtilâf olunup da tesmiye sabit olmadığı takdirde mehir-i misil lâzım gelir. Şu kadar ki tesmiyeyi iddia eden taraf zevce ise mehir onun iddia ettiği miktarı tecavüz etmez. Zevce ise onun iddia ettiği miktardan dün olmaz.

HAK'nin 87 maddesi "Mehir-i müsemmanın miktarında ihtilaf olunup da zevce mehir olması müteâref olan bir şey iddia ettiği halde söz onundur".

ödenir.

Mehr-i müsemmanın miktarına ilişkin ihtilafta ise, mehir tespit edilmiştir ancak mehrin miktarı konusunda eşler veya mirasçıları anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Bu durumda, mu'teber olan söz, örf ve adette olan şeyi iddia etmesi şartıyla kocanıdır.

iiiiii. Değerlendirme

CAK ve HAK'ın mehrin hükümlerine ilişkin benzerlikleri ve farklılıkları vardır. Bu bağlamda, mehrin, kadının dilediği gibi tasarruf edebileceği sabit bir mali hak olduğu ve nikâh akdi esnasında verilmesinin, belirli bir tarihe ertelenmesinin veya belirli bir durumun (boşanma veya ölüm gibi) ortaya çıkması halinde askıya alınmasının kararlaştırılabileceği konusunda her iki kanun da ortak hükümler ihtiva etmektedir.

Ancak mehrin hükmü konusunda kanunlar arasında bir ihtilaf göze çarpmaktadır. CAK mehri nikâhın bir şartı olarak nitelendirmektedir. Bu kapsamda CAK'a göre nikâh akdi sırasında mehir belirlenmemiş, zifaf da vuku bulmamış ise bu durum nikâhın feshedilmesine yol açacaktır ve nikâh herhangi bir etki yaratmayacaktır. Ancak zifaf vuku bulmuş ise nikâh mehr-i misil ile sabit olacaktır. HAK ise mehri nikâhın bir sonucu olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla nikâh akdi esnasında mehir verilmemiş ise, zifafın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın nikâh geçerli olacak ve kadın mehr-i misle hak kazanacaktır.

Her iki kanun, mehrin tamamının ve yarısının edasını gerektiren sebepler konusunda ortak hükümler içermektedir. Bu kapsamda mehrin tamamının edasının zifaf veya eşlerden birinin ölümü halinde söz konusu olacağı; zifaftan önce boşanmanın gerçekleşmesi durumunda ise mehrin yarısının edasının gerekeceği hüküm altına alınmıştır. Fakat HAK sahih halveti de mehrin tamamının edasını gerektiren sebepler arasında zikretmişken, Cezayir yasa koyucusu bunu açıkça belirtmemiştir.

CAK, HAK'nin mehrin hükümleri bağlamında değindiği bazı detayları ihmal etmiştir. Bu ayrıntılar arasında sahih halvet, bunun mehrin kesinleşmesine olan etkisi ve mut'a hükümleri yer almaktadır. Ayrıca CAK, mehir ile ilgili ihtilafları yüzeysel bir şekilde tek bir madde ile ele almışken, HAK bu ihtilafların türlerini ve çözüm mekanizmalarını daha ayrıntılı bir şekilde hüküm altına almıştır.

C. Nikâh Akdinde Velayet

Klasik İslam hukukunun yanı sıra, CAK ve HAK da dâhil olmak üzere çeşitli modern

kanunlar evlenmede velayeti kabul etmiştir. Hukukçuların evlilikle ilgili tartıştıkları önemli konulardan biri de kızların evliliğinde velînin rolüdür. Konunun odak noktasını, akıllı ve buluğ çağına girmiş kızların evliliğinde velînin yetkisi oluşturmaktadır. Zira küçük kızların velî tarafından evlendirilebileceği, dul kadınların da rızaları alınmadan evlendirilemeyecekleri konusunda hukukçular arasında hemen hemen bir ihtilaf yoktur.

Cezayir yasa koyucusu, velayet şartını nikâh akdinin üçüncü şartı olarak kabul etmiştir. CAK'nun 9.maddesi konuyu; "*Nikâh akdinde şu şartların bulunması gerekir; evlilik ehliyeti, mehir, velî...*" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Bu şartın önemi, bundan kaynaklanan çok sayıdaki hüküm ve kavramın etrafında cereyan eden tartışmalar göz önüne alınarak, bu başlık altında, velayetin (veli) velayetin tanımı, çeşitleri, hükümleri ve şartları incelenecektir.

i. Nikâh Akdinde Velayet Mefhumu ve Şartları

a. Velayetin Sözlük Anlamı ve Tarifi

Velayet, Arapça kökenli bir kelime olup, “veliye, velaye” kökünden gelmektedir. Sözlükte kelime “bir kişinin işini üzerine almak, kişiye yardım etmek, onu sevmek” gibi anlamlara gelmektedir. Örneğin; Maide suresinin 56.ayetinde kelime şu bağlamda kullanılmıştır; "*Kim Allah'ı, peygamberini ve iman edenleri velî edinirse bilsin ki Allah'tan yana olanlar mutlaka galip geleceklerdir*"⁴¹¹.

Velî kelimesi ise, bir işin idaresi ve bakımını üzerine alan, kişiye yardım eden, onu seven ve temsil yetkisine sahip olan, akit ile ilgili işlemlerin idaresi ve bakımını üzerine alan kişi” gibi anlamlara gelmektedir⁴¹². Örneğin; Bakara suresinin 282.ayetinde şu ifade geçmektedir: "...Eğer borçlu akılcı zayıf veya eksik yahut kendisi yazdıramaz durumda olursa velisi adaletle yazdırsın..."⁴¹³. Dolayısıyla kadının velîsi, nikâh akdinin idaresi ve bakımını üzerine alan kişidir.

Istılahta ise velayet, tam ehliyetli bir kimsenin, ehliyeti eksik olan birinin şahsî ve malî işlerini yürütmeye yetkili olması anlamını taşımaktadır⁴¹⁴. Başka bir tanıma göre ise velayet, nikâh akdinin bir başkasının iznine bağlı olması ya da yetkili kişinin başkalarının rızasını aramaksızın evlendirebilme yetkisine sahip olması anlamına gelmektedir⁴¹⁵. Buna

⁴¹¹ Maide Suresi 5/56.

⁴¹² **İbn Menzur**, 15/407.

⁴¹³ Bakara Suresi (2/282).

⁴¹⁴ **Medkur, Muhammed**, Ahkamü'l Üsrâh Fi el-İslam, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Nahdâh, 1967, s. 170.

⁴¹⁵ **Türkan**, s. 304.

göre, nikâh akdinde velayet, bir kişinin kanun koyucu tarafından kendisine verilen yetki aracılığıyla başka bir kişinin nikâh akdini kurabilmesi olarak ifade edilebilir⁴¹⁶.

Velayet hukuki bir terim olarak, bir kişinin tasarruflarını geçerli hale getiren bir yetki olarak tanımlanabilir ve bu yetki; evlendirme, eğitim ve diğer kişisel hakları kapsamaktadır⁴¹⁷.

b. Evlilikte Velayetin Amacı

Evlilikte velayetin amaçları şöylece özetlenebilir:

- Küçükler ve mecnunlar (akıl hastası) gibi ehliyetsiz ve çaresizlerin ihtiyaçlarını karşılayarak onların menfaatlerini sağlamak. Zira mecnun kadın iffetini muhafaza ya da iyileşebilmek için evlenmeye ihtiyaç duyabilir, ancak bunu makul bir şekilde ve gereği gibi yapamadığı için velî onun yerine geçer.
- Dedikodularına mahal vermemek için kızın velîsinin rızasını alması ya da evliliği konusunda onu vekîl tayin etmesinde fayda vardır.
- Velîler, velisi olduğu kızların problemlerini her zaman kendi problemleri ile eşdeğer tutmakta, onun haklarını ve menfaatlerini koruyan bir konumda bulunmaktadır.

Velayet, akitler; tasarruflar, muhafaza ve harcama gibi işler ile ilgili olan “malî velayet” ve evlendirme, okutma, tedavi ettirme gibi işler ile ilgili olan “nefsî velayet” olmak üzere ikiye ayrılır. Ancak biz burada çalışmamızla ilgili olması hasebiyle ağırlıklı olarak velayetin nefsî yönünü zikretmekle yetineceğiz⁴¹⁸.

Nefsî velayet kendi içinde velayet-i icbar ve velayet-i ihtiyari olmak üzere ikiye ayrılır. Velayet-i icbar, velîye velayeti altındaki kişinin rızasını almaksızın evlendirebilme yetkisini veren velayettir. Buna göre, bu nevi velayet bakire veya dul küçük kız ve onun hükmündeki kişi hakkında sabittir⁴¹⁹.

Velayet-i ihtiyaride ise, velî velayeti altındaki kişinin rızasını almaksızın evlendiremez. Ancak kız da velîsinin iznini almaksızın evlenemez. Bu velayet ile kadının velîsi, nikâh akdinin idaresi ve bakımını üzerine alan kişidir⁴²⁰. Bu noktada belirtilmesi

⁴¹⁶ Ebu Zehra, s. 153.

⁴¹⁷ Şeref Eddin, Abdelazim, Ahkamü'l Ahvâlî eş-Şahsiyâh Fi eş-Şeri'a el-İslâmiyâh, 2.Baskı, Mısır, Lacnetü'l Bayan Yayınlar, 1967, s. 601.

⁴¹⁸ İbn Abidin, C:3, s. 55.

⁴¹⁹ Kesani, C:2, s. 361.

⁴²⁰ el-Ghandur, s. 139.

gerekir ki; Malikiler bu velayete şirket velâyeti adı verirken, Hanefiler istihbab velayeti adını vermişlerdir⁴²¹.

c. Evlendirme Velayetinin Şartları

Cezayir yasa koyucusu CAK'd evlendirme velayetinin şartları ile ilgili açıkça herhangi bir hükme yer vermemiştir. Buna göre, bu tür davalarda hâkim, CAK'nın 222. maddesi uyarınca İslam hukuku hükümlerini esas alır. Öte yandan, konuyla alakalı olarak HAK'nın 11.maddesinde; *“Velâyete ehliyyetde velînin mükellef olması şarttır. Sabiy, mecnûn ve ma'tûhun hiç bir kimse üzerinde velâyeti yoktur”* şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu kapsamda evlendirme velayeti için velînin mükellef olmasının şart koşulduğu görülmektedir. Bu maddede yer alan *“velînin mükellef olması”* ibaresinden anlaşılmaktadır ki; evlendirme velayetine sahip olan kişi Müslüman, akıl ve bâliğ olmalıdır. CAK'da mevzu ile ilgili bir hüküm yer almadığından pek çok yerde de zikrettiğimiz 222.madde burada da devreye girecek ve maddede yer alan açık gönderme uyarınca İslam hukuku kuralları bu aşamada da dikkate alınacaktır.

İslam hukukçuları, evlendirme velayetinde aranan şartların bir kısmında ittifak ederken, diğer kısmında ihtilafa düşmüşlerdir. Üzerinde ittifak edilen şartlar şöylece özetlenebilir:

- Akıl; “Akıllı olmayan velî de olamaz” ilkesinden hareket ederek bir kişinin velî olabilmesi için akıllı olması gerekir. Dolayısıyla akıl hastası (mecnun) ve bunak, ne kendileri evlenebilir ne de başkalarını evlendirme yetkisine sahip olabilir⁴²².
- Buluş; Evlendirme velayetine sahip olan kişinin buluş çağına girmiş olması gerekir. Çünkü buluş çağına girmemiş çocuk, kendisi evlenemediği gibi başkasını da evlendiremez.
- Hem velînin hem de velayet altında bulunan kişinin Müslüman olması; "Müminler müminleri bırakıp da kâfirleri dost edinmesin..."⁴²³ ayetine dayanarak, Müslüman üzerinde kâfirlerin velî olamayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca kâfirler de "İnkâr edenler de birbirlerinin yakın ve yardımcılarıdır...."⁴²⁴ ayetine istinaden Müslümanlar üzerinde velayet yetkisine sahip olamazlar. Ancak, bu şart genel

⁴²¹ .Belhâj, s. 309.

⁴²² es-Sibai, s. 141.

⁴²³ Al-i İmran suresi 3/28.

⁴²⁴ Enfal Sueresi, 8/73

velayet için söz konusu değildir, zira devlet başkanı, gayrimüslim tebaası üzerinde de velayet hakkı sahibidir⁴²⁵.

Üzerinde ihtilafa düşülen şartlara gelince, İslam hukukçuları, evlendirme velayeti bağlamında velinin adil olması gerektiği konusunda ihtilaf etmişlerdir. Buna göre, Malikiler⁴²⁶ bu şartı tamamlayıcı bir şart olarak görürken, Şafiîler⁴²⁷ ve Hanbelîler⁴²⁸ velayetin normal şartlarından biri olarak kabul etmişlerdir. Öte yandan, Hanefilere göre, evlendirme velayetine sahip olanın adil olması şart değildir, çünkü velayetin temelinde velayet altında bulunanın menfaatini temin maksadı ve şefkat duygusu yatmaktadır. Bu ek olarak, Malikiler ve Şafiîler, velînin ihramlı olmasını evlendirme velayetine engel olarak kabul etmişlerdir. İhramlı olmak, kişinin ehliyetine hâlel getirmez, bundan dolayı da ihramlı olmak genel anlamda bir ehliyet engeli olarak sayılmaz⁴²⁹.

Evlendirme velayetinden doğan meseleler, tam ehliyetli kadınları evlendirme velayeti ve küçükleri evlendirme velayeti olmak üzere iki başlık altında ele alınmalıdır:

ii. Tam Ehliyetli Kadınların Evlendirme Velayeti

CAK'nun 11/1.maddesi uyarınca; “*Tam ehliyetli kadın, nikâhını, velîsi olan baba, akrabalarından biri veya seçeceği herhangi bir kişinin huzurunda akdeder*”. Öte yandan, HAK'nin 8.maddesinde; “*17 yaşını itmam etmiş olan kebîre, bir şahıs ile tezevvüc etmek üzere müracaat ettikde hâkim keyfiyyeti velisine tebliğ eder ve velî i'tiraz etmediği veya i'tirazı vârid görülmediği halde izdivacına mücade eyler*” hükmü yer almaktadır.

iii. Tam Ehliyetli ve Bakire Kadının Zorla Evlendirmesi

İslam hukukçuları, tam ehliyetli ve bakire kadının zorla evlendirilmesi konusunda iki görüşe ayrılmışlardır. Buna göre, Malikiler, Şafiîler ve Hanbelîler, denklik ve mehr-i misil şartlarını yerine getirmek şartıyla, velînin velayeti altındaki tam ehliyetli ve bakire kadını, iznini almaksızın evlendirebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bu yönde Bidayetü'l-Müctehid adlı

⁴²⁵ Zühli, C:7, s. 196.

⁴²⁶ İbn Rüşd, C:2, s. 12.

⁴²⁷ eş-Şerbini, C:3, s. 209.

⁴²⁸ İbn Kudâme, C:9, s. 386.

⁴²⁹ el-Ghuryani, Sadık Aburrahman, Müdavvinetü'l Fıkıhı'l Maliki ve Adilatüh, 1.Baskı, C:2, Beyrüt, Rayan Yayınlar, 2000, s. 558.

eserde şöyle bir ifade geçmektedir: "*Tam ehliyetli ve bakire kadına gelince, Malik, Şafii ve İbn Ebi Leyla şöyle derler ki; onu zorla evlendirme yetkisi ancak babaya aittir*".

Bu görüşü benimseyenler şu delillerden hareket etmişlerdir:

- Sünnet: Hz.Peygamber (s.a.s.) bir hadisinde şöyle buyurmuştur: "*Dul kadın evliliği konusunda velisinden daha ziyade hak sahibidir, bakire kızın iznini babası alır ve kızın susması izin anlamına gelir*". Hadiste geçen "Dul kadın evliliği konusunda velisinden daha ziyade hak sahibidir" ibaresinden, bakire kadının evliliği söz konusu olduğunda velinin kendisinden (yani bakire kızıdan) daha fazla hak sahibi olduğu anlaşılır.
- Kıyas: Şafii, küçük bakire kızın zorla evlendirilmesinin (velayet-i icbar) illetini bekarlık olarak kabul etmiş, sonra da bu durumu tam ehliyetli ve bakire kadına kıyas etmiştir. Malikiler ise, küçük bakire kızın zorla evlendirilmesinin (velayet-i icbar) illetini, küçüklük ve bekarlık olarak kabul etmişlerdir.
- Akli delil olarak da şu ileri sürülmüştür; Akil olsa bile bakire, evliliğin amaçları konusunda tam anlamıyla bilgi sahibi olamaz; çünkü bunun bilgisi evli yada dul kadından elde edilen deneyime ve uygulamaya bağlıdır⁴³⁰.

Öte yandan, Hanefiler ve bir rivayette Ahmed b. Hanbel, velînin kendi velayeti altında bulunan tam ehliyetli ve bakire kadını ancak onun izniyle evlendirebileceği görüşündedirler. Bu görüşü benimseyenlerin ileri sürdükleri deliller şu şekilde zikredilebilir:

- Sunnet: İbn Abbas'tan gelen bir rivayete göre bakire bir cariye, rızası alınmadan babası tarafında evlendirilmiş ve babasını Hz. Peygamber'e şikâyet etmiştir. Hz. Peygamber de nikâhı iptal etmiştir⁴³¹. Bu olaydan anlaşılmaktadır ki; tam ehliyetli ve bakire kadının veli tarafından evlendirilebilmesi için, izninin alınması gerekmektedir⁴³².
- Kıyas: Velî, velayeti altındaki bakire ve tam ehliyetli olan kadının iznini almadan malı üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamamaktadır. Buna kıyasla bu kadının evlendirilmesi için izninin alınması gerekmektedir.
- Akli delil: Bakire ve tam ehliyetli olan kadının iznini almak, evlilikten beklenen amaçların yerine getirilmesi için daha elverişlidir. Zira bu kadın zorla evlendirilirse,

⁴³⁰ İbn Humam, C:3, s. 252.

⁴³¹ İbn Mâce, Nikâh, 1783, en-Nisai, Nikâh, 5366.

⁴³² eş-Şevkani, Neylül Evtar Fi Müntaka el-Ahbar, Tahkik Eden; Sobhi, Mouhammed, 1.Baskı, C:12, Arabistan, Darü İbn el-Cavzi, 2006, s. 8.

hem eşler arasında sevgi ve şefkat duyguları zamanla aşınabilecek hem de evlilikten beklenen amaçlar yüksek ihtimalle gerçekleşemeyecektir.

Hanefilerin ve Ahmed b. Hanbel'in benimsedikleri görüşün daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Yani velî, velayeti altındaki tam ehliyetli ve bakire kadını evlendirmek istediğinde mutlaka onun iznini almalıdır. Zira eşler arasındaki sevgi ve merhamet ancak bu şekilde sağlanır. Keza evliliğin devamlılığı için tarafların rızaları oldukça önemlidir.

Cezayir yasa koyucusu, kadının bizatihi evlenebilmesi veya velîsi tarafından evlendirilebilmesi için, bekarlık ve buluşu yeterli görmemiştir. Çünkü ona göre asıl önemli olan, kadın evlenme yaşına (19 yaş) ulaşmış olmasıdır.

HAK ise tam ehliyetli ve bakire kadının zorla evlendirmesini kesin bir şekilde yasaklamış, hiç kimsenin böyle bir akdi gerçekleştiremeyeceğini vurgulamıştır.

iii. Tam Ehliyetli Kadının Kendini Evlendirme Meselesi (velisiz evlenme)

İslam hukukçuları, velînin, velayeti altındaki hür, baliğ ve akil kadını, rızası ve iznini alarak evlendirebileceği konusunda ittifak etmişlerdir⁴³³. Ancak tam ehliyetli kadının kendini evlendirmesi konusunda üç görüş mevcuttur. Bu görüşler şu şekildedir:

- İlk görüş: Malikiler, Şafiiler ve bir rivayette Hanbeliler, bakire olsun veya olmasın, velîsinin izni olsun veya olmasın, tam ehliyetli kadının kendini evlendiremeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Bu yönde Bidayetü'l-Müctehid adlı eserde şöyle bir ifade yer almaktadır: "Velîsiz nikâh muteber değildir; Çünkü kadın ancak velî tarafından evlendirilebilir".

Bu görüşü savunanların ileri sürdükleri deliller şu şekilde zikredilebilir:

- Kuran; Kur'an-ı Kerim'de bu kapsamda şu ayetler yer almaktadır: "...kocalarıyla yeniden evlenmelerine engel olmayın..."⁴³⁴ ve "İçinizden evli olmayanları, köle ve câriyeleriniz arasından da elverişli olanları evlendirin..."⁴³⁵ Bu görüşü savunanlar zikredilen ayetlere dayanarak, tam ehliyetli kadınların bakire olsun veya olmasın, ancak velî aracılığıyla evlenebileceklerini ileri sürmektedirler. Dolayısıyla bunlara göre, nikâh akdi esnasında kadının velîsinin bulunması, nikâh akdinin şartlarından birisidir.

⁴³³ es-Sibai, s. 133, bkz; Hüseyin, Ahmet, Ahkamü'l Usra Fi el-İslâm, Mısır, Darül Camîâh, 2004, s. 176.

⁴³⁴ Bakara suresi 2/232.

⁴³⁵ Nûr suresi 24/32.

- Sünnet; Hz.Peygamber (s.a.s.) bir hadisine şöyle buyurmuştur: “*Velîsiz nikâh olmaz*⁴³⁶”. Bu hadis-i şerif ile varid olan men, kadının tek başına nikâh akdini yapmasının caiz olmadığına işaret etmektedir⁴³⁷.
- Akli delil; Kadın fizyolojik ve psikolojik yapısından dolayı velisiz evlenemez. Çünkü kadın narin ve nazik bir karakterle yaratılmıştır. Duygusal yönü baskındır ve bundan dolayı bir şeyin sonrasının ne olacağına dikkat etmeden hareket edebilir. Düşünmeden ve duygusal hareket edilerek yapılan bir evliliğin olumsuz sonuçlarından ise hem eşler hem de toplum etkilenir. Bundan ötürü, kadının doğru bir karar vermesine yardım etmek, ilerde ortaya çıkabilecek bütün zararların önüne geçebilmek ve evlilikten beklenen amaçları temin amacıyla nikâh akdinde velî, bir şart olarak kabul edilmiştir⁴³⁸.
- İkinci görüş: Hanefilere göre, eğer hür, balığ ve akil (tam ehliyetli) kadın, velînin iznine bağlı olmaksızın kendini dengi (küfüv) biriyle ve mehr-i misil ile evlendirirse, yapılan evlilik geçerli ve nafizdir. Ancak dengi (küfüv) olmayan veya layık olmadığı bir mehir ile kendini evlendirirse, evlilik geçerli ve nafizdir, fakat bağlayıcı değildir. Dolayısıyla velînin -kadın gebe kalmadığı müddetçe- evliliğe itiraz etme ve evliliğin feshini isteme hakkı mevcuttur.

Hanefiler, benimsedikleri görüşü desteklemek için şu delillere dayanmaktadırlar:

- Kuran; Hanefiler, “*Kadınları boşadığınızda, onlar da bekleme sürelerini tamamladıklarında, aralarında mâkul ve meşrû ölçülerde rızalaştıkları takdirde boşayan kocalarıyla yeniden evlenmelerine engel olmayın...*⁴³⁹” ayetine dayanarak, kadının, velînin iznine bağlı olmaksızın, kendini evlendirebileceğini savunmuşlardır. Bu ayetten anlaşılmaktadır ki; kadının velîsiz kendini evlendirebilmesi iki nedenle caizdir: Bunlardan ilki; ayette geçen "evlenmelerine engel olmayın" ibaresidir. Bu ibare ile Cenab-ı Hak, velînin izni olmaksızın kadına kendini evlendirme yetkisini vermiştir. İkinci olarak ise Cenab-ı Hak, eşlerin tekrar birbirleriyle anlaşması halinde, velîlerin kadının nikâh akdini akdetmesine engel olmalarını yasaklamıştır⁴⁴⁰.

⁴³⁶

⁴³⁷ **es-Sanâî**, Subulü's Salam, Cil:3, Mısır, el-Manar Yayınlar, 2002, s. 157.

⁴³⁸ **Medkur**, s. 175.

⁴³⁹ Bakara suresi (02/232).

⁴⁴⁰ **el-Cessas**, Ahkamü'l Kuran, Cilr:1, Beyrüt, Darü'l Kutub el-'Arabi, s. 402.

- Sünnet; İbn Abbas (r.a.)’tan rivayette Hz. Peygamber (s.a.s.) bir hadisinde şöyle buyurmuştur; "*Evli olmayan (التي) kadın, velîsinden daha yetkilidir. Bakire kızıdan ise izni alınır. İzni susmasıdır*". Hadiste geçen “*Evli olmayan (التي)*” ibaresinin manası, ister bakire ister dul olsun, kocası olmayan kadındır⁴⁴¹. Bu sahih hadiste, kadının kendi nikâh akdini akdetme hakkı vurgulanmış, hatta kadın velîsinden daha yetkili görülmüştür⁴⁴².
- Kıyas; Tam ehliyetli kadın, örneğin azadını ve bütün menfaatlerini elinde bulundurduğu cariyesini satma örneğinde olduğu gibi veli izni olmaksızın satış akdi akdedebileceğine göre, nikâh akdini de tek başına akdedebilir.
- Akli delil; Bir kadının kendi kendine evlenmesi -tam ehliyetli olduğu için- sahip olduğu hakkı kullanması anlamına gelmektedir. Aynı durum, ittifakla koca seçmek ve bunun gibi her tasarruf için de geçerlidir. Ancak dedikodulara mahal vermemek amacıyla kadının velîsinin rızasını alması ya da evliliği konusunda onu vekîl tayin etmesi mustehab sayılır⁴⁴³.
- Üçüncü görüş: Bir rivayette Hanbeliler ve Şafîîlerden Ebû Four, tam ehliyetli kadının, ancak velîsinin izniyle kendini evlendirebileceği görüşündedir. Yani tam ehliyetli kadının kendini evlendirebilmesi için, velîsinin iznini alması gerekir. Bu görüşü benimseyenlere göre, kadının nikâh akdini akdetmesine mani olunmasının altında yatan sebep, kendi menfaatini ve aile menfaatini gözetmektir. Çünkü kadın duygusal yönünün ağır basması sebebiyle aldanabilir. Ancak velî, kadının akit yapmasına izin verirse veya kadının izin ve muvafakatini aldıktan sonra akdi kendisi yaparsa, kadının aldığı kararın yanlış olmadığı netlik kazanır.

Buraya kadar tam ehliyetli kadının velisiz evlenmesi hususunda İslam hukukçularının görüşlerini ve delillerini ele almaya çalıştık. Zikredilen tüm görüşlerden hareketle, ileri sürdükleri delillerin gücü nedeniyle, tam ehliyetli kadının kendini evlendiremeyeceğini iddia eden cumhurun görüşünün daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Buna ek olarak, birbirini takip eden ve birbirini izleyen nesilleriyle İslam tarihi, erkeklerin toplantılarına katılımı abiatına aykırı olarak kabul edildiği için, kadının nikâh akdini doğrudan akdetmesine alışmamış ve bu İslam'ın kadınlara başka hiçbir dinde sahip olmadığı bir korumadır.

⁴⁴¹ Saik, C: 2, s. 7.

⁴⁴² es-Sanâni, C:3, s.159.

⁴⁴³ Kesani, C:2, s. 249.

Cezayir yasa koyucusu, tam ehliyetli kadının kendini evlendirmesi konusundaki görüşünü açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bu kapsamda, CAK'nun 11/1.maddesinde "*Tam ehliyetli kadın, nikâhını, velisi olan babanın, akrabalarından birinin veya seçeceği herhangi bir kişinin huzurunda akdederek*" şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu yönde 23/01/2001 tarihinde Yargıtay Aile ve Miras Dairesi'nden sâdır olan bir kararda şu ifadeler yer almaktadır: "*CAK'nun 33.maddesi uyarınca; evlilik şartlarından birinin ihlal edilmesi durumunda eğer cinsi birleşme vuku bulmuşsa, evlilik mehr-i misil ile sabit olur. Bu davada mahkemenin dul kadının evlilik iddiasını velî bulunmadığı için reddetmesi hukuka aykırıdır*"⁴⁴⁴. Bu yargı içtihadından anlaşılmaktadır ki; Cezayir Yargıtayı, tam ehliyetli kadının eşi ve hayat partnerini seçmesi konusunda Hanefilerin ileri sürdükleri görüşü benimsemiştir. Dolayısıyla kadın, kendi nikâh akdini akdedebilecek yahut bu yetkiyi seçtiği velîlere devredebilecektir. Buna ek olarak, CAK'nun 33.maddesi gereğince; "*İrade beyanında bir eksiklik olursa nikâh batıl olur. Ancak iki şahit olmadan, velînin bulunması gereken hallerde velisiz olarak veya mehirsiz bir nikâh gerçekleştirilirse cinsî birleşme vuku bulmadan önce herhangi bir mehir hak edilmeden nikâh feshedilir, cinsî birleşme vuku bulduktan sonra ise nikâh mehr-i misil ile sabit olur*". Cezayir yasa koyucusu velayet yetkisini kadına bırakmış ve velînin yokluğuna herhangi bir etki atfetmemiştir. Yani CAK'nun 11.maddesinde belirtildiği üzere, velînin bulunması gerekmeyen hallerde velînin bulunmaması nikâh akdi üzerinde hiçbir etki yaratmaz, bu şekilde gerçekleştirilen nikâh akdi geçerlidir⁴⁴⁵.

Kanaatimizce Cezayir yasa koyucusu, tam ehliyetli kadının evlilik akdini tek başına başlatması konusunda tereddütlü bir tutum almıştır. Zira evlilik akdinde velinin izninin kaldırılmasını ya da gerekliliğini açıkça bir hükme bağlamamıştır ve bu durum Aile Kanunu'nun 11. maddesinden de anlaşılabilir. Bu konudaki delillerimiz şu şekilde sıralanabilir:

- 1- Aile Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca: "*Evlilik, kadın ve erkek arasında hukuken yapılan rızaya dayalı bir akit olup....*". Bu fıkraya göre Cezayir yasa koyucusunun evlilik akdini erkek ile kadının velisi arasında değil, erkek ile kadın arasında gerçekleşen rızaya dayandırdığı açıkça görülmektedir. Buna göre, Cezayir yasa

⁴⁴⁴ Yargıtay A. M. D, 23/01/2002, (Y/D 2001), D/N 253366.

⁴⁴⁵ Bkz; **el-Azher, Muhammed**, Şerhi Müdevenetü'l Üsrâh, Fas, Mabâat Darü'l Naşr el-Mağribîyâh, 2011, s133.

koyucusu veli şartını dikkate almamıştır. Dolayısıyla, eğer evlilik akdi kadın ve erkek arasında gerçekleşiyorsa, o zaman velinin rolü nedir?

- 2- Aile Kanunu'nun 10. maddesi gereğince: "*Rıza, şeriate göre nikâhın anlamını taşıyan lafızların tamamıyla ve taraflardan birinin icabı ve diğer tarafın kabulü ile olur....*". Eğer icap ve kabul şeklinde ifade edilen rıza 9. maddesine göre bir rükun olarak kabul ediliyorsa ve bu maddede iki taraftan kastedilen evlenecek eşler ise, o zaman 11. maddeye göre velinin rolü nedir?
- 3- Cezayir yasa koyucusu, tam ehliyetli kadın üzerindeki velayet hükümlerini düzenlerken "huzurunda" terimini kullanmış, küçük üzerindeki velayet hükümlerini düzenlerken ise "küçükleri evlendirme yetkisi" tabirini kullanmıştır. Buradan anlaşılmaktadır ki, evlilik akdinin kurulmasında velinin herhangi bir rolü veya etkisi bulunmamaktadır.
- 4- "Velî, velayeti altındaki kadının dilediği ve dengi (küfüv) biriyle evlenmesine engel olamaz, eğer engel olursa, bu Kanun'un 9.maddesindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, kadının hâkim tarafından evlenmesine müsaade edilebilir..." şeklindeki CAK'nun 12.maddesini ilga edilmesinden de anlaşılmaktadır ki; velinin evlenmeye izin verme veya evlenmeyi engelleme konusunda hiçbir rolü veya etkisi kalmamıştır.
- 5- Evlilikte velayetle ilgili tüm maddelere bakıldığında, Cezayir yasa koyucusunun evlilik akdinde kadının rızasına ve seçimine önem verdiği açıkça görülmektedir. Bu doğrultuda tam ehliyetli kadın, velisi tarafından onun rızası olmadan evlendirilemez. Çünkü bu durumda velinin vekâleti, Hanefi mezhebine göre istihbab velayetidir. Diğer yandan, Aile Kanunu'nun 33. maddesine göre, velinin yokluğunda veya 11. maddeye göre zorunlu olmaması halinde akit meclisinde bulunmaması sebebiyle evlenme akdi, zifaktan önce veya sonra feshedilmez.

Cezayir yasa koyucusunun, veli gerektirmeme ve bakire olsun ya da olmasın tam ehliyetli kadının kendi nikâh akdini tek başına yapmasına izin verme konusunda Hanefi mezhebini benimsediğini söylemesi, kendisini çeşitli şekillerde eleştiriye maruz bırakmaktadır:

- Hanefi mezhebinde tam ehliyetli kadının kendi nikâh akdinde tek başına başlatmasının hükmüne ilişkin rivayetlerin çokluğuna rağmen Cezayir yasa koyucusu bu rivayetlerden hiçbirine uymamıştır⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ İbnü'l-Hammam, bâkire bir kadının nikâhında velinin şart olmadığına dair yedi Hanefi rivayet zikretmiştir. Bkz: Şerhu Fethu'l-Kadir, 3/246.

- Hanefiler tam ehliyetli kadının velisi olmaksızın kendi başına nikâh akdi yapmasına izin verseler de, denklik (kefaet) ve mehr-i misil şartlarının yerine getirilmemesi durumunda veliye itiraz etme ve meseleyi hâkimin önüne götürerek feshetme hakkı tanımışlardır. Ancak Cezayir yasa koyucusu bu konuda bir düzenleme yapmamıştır.

Nitekim Cezayir kanun koyucusu, ne çeşitli rivayetlerinde Hanefilerin görüşünü ne de velinin iznini şart koşma konusunda cumhurun görüşünü benimsemiş ve böylece nikâhın velayeti konusunda fukahanın ele almadığı yeni bir görüş ortaya koymuştur.

HAK’de tam ehliyetli kadının velîsiz evlenmesi konusu 8. ve 47.maddelerde düzenlenmiştir. Bu bağlamda; HAK’nin 8.maddesinde; *“17 yaşını itmam etmiş olan kebîre, bir şahıs ile tezevvüc etmek üzere müracaat ettikde hâkim keyfiyyeti velisine tebliğ eder ve velî i’tiraz etmediği veya i’tirazı vârid görülmediği halde izdivacına mücade eyler”* hükmü yer almaktadır. 47.madde ise şu şekildedir: *“Bir kebîre velisini ketm ile rızasını istihsal etmeksizin nefsinin ahara tezvic ettiği sûrette nazar olunur: Eğer küfvüne tezvic etmiş ise akid lâzım olur, velev ki mehr-i mislinden noksan ile olsun. Âmma küfvü olmayan kimseye tezvic etmiş ise veli hâkime müracaatla nikâhı feshettirebilir”* Buna göre, 17 yaşını doldurmuş olan kız evlenmek istediğinde, hâkim durumu velîsine bildirir, velîden herhangi bir itiraz gelmez ise, hâkim kızın evliliğine izin verir. Buna ek olarak, HAK’nin 47.maddesi uyarınca, buluş çağına gelmiş olan (kebîre) bir kız, gizli olarak ve velîsinin izni olmaksızın doğrudan doğruya evlenirse duruma bakılır; eğer kendine denk (küfvü) olan biriyle evlenmiş ise, mehrin miktarı dikkate alınmaksızın bu evliliğin sıhhatine hükmedilir. Ancak kendine denk olmayan biriyle evlenmiş ise, velîsi evliliği feshettirmek için hâkime müracaat edebilir. Böylece, HAK, tam ehliyetli kadının velîsiz olarak evlenebilmesi için, mehr-i misil kriterini ihmal ederek tek bir kritere dayanmıştır, bu kriter ise denkliktir.

iiii. Velayetin Yakından Uzağa Geçmesi

CAK’nun 11/1.maddesine göre, tam ehliyetli kadın, velîsi olan baba, akrabalarından biri veya seçeceği herhangi bir kişinin huzurunda nikâh akdini akdeder. Nitekim Cezayir yasa koyucusu, velîlerin sıralamasında “veya” -أو- bağlacını kullanmıştır. Böylece, velayetin uzak velîye geçmesi için belli bir kriter yoktur; aksine, Cezayir yasa koyucusu kadına herhangi bir kısıtlama veya şart olmaksızın istediği başka bir kişiyi velî olarak tayin etme

hakkı tanımıştır. Öte yandan, HAK'nın 10.maddesi ile evlendirme velâyetine sahip kimseler yalnızca bi-nefsihî asabe olanlarla sınırlandırılmıştır.

a. İslam Hukukunda

Bu başlık altında velayetin yakından uzağa geçmesinin sebepleri, velayette öncelik hakkı ve küçükleri evlendirme velayeti konularına değinilecektir.

1- Velayetin Yakından Uzağa Geçmesinin Sebepleri

- En yakın velîde aranan şartların bir kısmını kaybetmek; Bundan kastedilen, velîde bu şartlar yerine getirildikten sonra bunların tamamının veya bir kısmının kaybedilmesidir. Bu durumlar, velayet şartlarını baştan karşılamayan ve velî olamayan kişinin durumundan farklıdır. Velayet şartlarının tamamının veya bir kısmının kaybedilmesi, velayetin kaybedilmesi ve dolayısıyla velayetin uzak velîye geçmesi ile sonuçlanır⁴⁴⁷.
- Yakın velînin yokluğu; Hanefiler, yakın velî olan kişinin, kabilelerin yılda bir defadan başka kendisine ulaşmadığı bir memlekette bulunması durumunda, uzak velînin velayeti altındaki kadını evlendirebileceğini savunmuşlardır. Zira bu kapsamda uzak olan velî evlilikte onun menfaatlerini elde etmeye gaip yakından daha muktedirdir. Dolayısıyla uzak velînin üzerinde velayet sübuta hâkimden daha lâyıktır⁴⁴⁸.

Malikiler ise, bu konuya ilişkin hükmün, gaip velînin sıfatına göre değiştiğini ileri sürmüşlerdir. Buna göre, baba veya onun vasisi gibi cebri velayet sahibinin gaipliği yakınsa, cebri velî gelene kadar velayet altındaki kadını evlendirilemez, ancak cebri velînin gaipliği bilinmiyorsa, kadın tam ehliyetli olmak kaydıyla ancak hâkim tarafından evlendirilebilir⁴⁴⁹.

Şafiiler, yakın velî bulunmazsa ve memlekette de temsilcisi yoksa kadının - evlendirme velayeti uzak velîye devredilmeksizin- hâkim tarafından evlendirilebileceği kanaatindedirler, çünkü gaip olan velî hâlâ velî statüsündedir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ eş-Şerbini, C:3, s. 208.

⁴⁴⁸ İbn Humam, C:3, s. 277-279, bkz; Ayni, C:4, s. 612-613.

⁴⁴⁹ İbn Rüşd, C:2, s. 14.

⁴⁵⁰ er-Rafii, C:7, s. 561.

Hanbelîler ise "*Sultan, velîsi olmayan kişinin velîsidir*"⁴⁵¹ hadisine dayanarak, velînin uzun süre gaip olması ve velayetindeki kadını evlendirmek üzere bir vekil de tayin etmemesi durumunda evlendirme velayetinin uzak olan velîye geçtiğini savunmuşlardır⁴⁵².

- Yakın olan velînin meşru bir hak olmaksızın velayeti altındaki kadının evlenmesini engellemesi: Cumhura göre, yakın olan velî meşru bir durum olmaksızın velayeti altındaki kadının dengi (küfüv) biriyle evlenmesine engel olursa, evlendirme velayeti uzak olan velîye değil hâkime intikal eder. Zira velayet altındaki kadını dengi (küfüv) biriyle evlendirme yetkisinin sahibi yakın velîdir⁴⁵³.

Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun 11.maddesi aracılığıyla tam ehliyetli kadına evlenme yetkisi vererek velînin icbar ve engelleme yetkisini kaldırmıştır. Bu kapsamda Cezayir yasa koyucusu: "*Velî, velayeti altındaki kadının dilediği ve dengi (küfüv) biriyle evlenmesine engel olamaz, eğer engel olursa, bu Kanun'un 9.maddesindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, kadının hakim tarafından evlenmesine müsaade edilebilir. Ancak baba eğer onun yararına olacak ise, büyük kızının evlenmesini engelleyebilir*" şeklindeki CAK'nun 12.maddesini ilga etmek zorunda bırakmıştır. Buna karşın HAK'de konuya ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir.

2- Velayette Öncelik Hakkı

İslam hukukçuları, velayet şartlarının yakın olan velîde bulunması ve geçerli bir mazeret olmaması durumunda, evlendirme velayetinin yakın olandan uzağa geçemeyeceği konusunda ittifak etmişlerdir. Bu bağlamda, Hanefilere göre velîlerin sıralaması; asabe-i nesebiyye, asabe-i sebebiyye, asabe olmayan akrabalar ve son olarak sultandır⁴⁵⁴.

Malikiler, velîlerin sıralamasını velayetin türüne göre yapmışlardır. Buna göre, velayet-i icbar sahibi; baba veya babanın tayin ettiği vasîdir. Velayet-i ihtiyaride ise velîlerin sıralaması şu şekildedir: Oğul, baba, ana-baba bir erkek kardeşler, baba bir erkek kardeşler, ana-baba bir kardeş oğulları, baba bir kardeş oğulları, babanın babası (dede), amcalar, mevla

⁴⁵¹ Daha önce çıkarılmıştır.

⁴⁵² **İbn Kudâme**, C:7, s. 385.

⁴⁵³ **Hüsayn**, s. 170.

⁴⁵⁴ **Kesani**, C:2, s. 250-251.

ve ardından hâkimdir. Bunlardan hiçbirisi yoksa evlendirme velayeti, kadının izni alınmak kaydıyla, Müslüman bir erkeğe geçmektedir⁴⁵⁵.

Şafiiler velî olabilecek kişileri şu şekil sıralamaktadır; Baba, dede, onun babasının babasının babası (ve daha üste ne kadar çıkabiliyorsa), ana-baba bir erkek kardeş, baba bir erkek kardeş, ana-baba bir erkek kardeşin oğlu, baba bir erkek kardeşin oğlu, ana-baba bir amca, baba bir amca, ana-baba bir amcaoğulları, baba bir amcanın oğulları ve ardından sultandır. Bunların hiçbirisi yoksa, evlendirme velayeti, kadının izni alınmak kaydıyla, Müslüman ve adil bir erkeğe geçmektedir⁴⁵⁶.

Hanbelilere göre ise velîlerin sıralaması şöyledir; asabe-i nesebiyye, asabe-i sebebiyye ve ardından sultandır. Bunlardan hiçbirisi yoksa evlendirme velayeti, kadının izni alınmak kaydıyla, Müslüman ve adil bir erkeğe geçmektedir⁴⁵⁷.

CAK'nun 11.maddesinde Cezayir yasa koyucusu tam ehliyeti kadını evlendirme velayetinde öncelik hakkına ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır. Bu hususta yakın olan velinin rolünün ihmal edildiği belirtilmelidir. Dolayısıyla Cezayir yasa koyucusu, yakın veya uzak velinin bulunmasına rağmen, kadını velisini seçmekte özgür bırakarak cumhurun görüşünden ayrılmış; kadın ve erkek eşitliğini talep eden feminist hareketlerin görüşleri ve CEDAW Antlaşmasının maddeleri doğrultusunda meseleyi hükme bağlamıştır.

Yukarıdaki izahat kapsamında eğer evlendirme velayeti kapsamında velinin mevcudiyeti ve veli izninin gerekliliği dikkate alınacaksa, CAK'nun 11.maddesinin şu şekilde tadil etmesini önermekteyiz: "*Tam ehliyetli kadının nikâh akdi, velîsi olan baba veya akrabalarından biri tarafından yapılır. Hâkim, velîsi olmayan kişinin velîsidir. Bunlarda hiçbirisi yoksa, evlendirme velayeti, kadının iznini alınarak Müslüman ve adil bir erkeğe geçer*". Ancak velinin tam ehliyetli kadının evlenmesindeki rolü ortadan kaldırılmak isteniyorsa, bu durumda ilgili maddenin şu şekilde tadil etmesini önermekteyiz: "*Tam ehliyetli kadın, velisiz evlenebilir. Veli kadını dengi (küfüv) olmayan biriyle veya layık olmadığı bir mehir ile evlendirirse, kadın evliliğe itiraz etme ve evliliğin feshini isteme hakkına sahiptir*".

⁴⁵⁵ Kerafi, ez-Zahira, 1.Baskı, C:4, Beyrüt, Darü'l Garb el-İslâmi, 1994, s. 246.

⁴⁵⁶ eş-Şerbini, C:3, s. 203

⁴⁵⁷ Behhuti, C:2,s. 131.

Öte yandan HAK incelendiğinde, sadece 10. maddede nikâhta velî olabilecek kimselerle alakalı bir hükmün bulunduğu görülmektedir. Bu maddeyle evlendirme velâyetine sahip kimseler yalnızca bi-nefsihî asabe ile sınırlandırılmıştır.

3- Küçükleri Evlendirme Velayeti

CAK'nun 11/2.maddesi; *"Bu Kanunun 7.maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla, küçükleri evlendirme yetkisi; babayla birinci derece akrabalarından olan velîlere aittir. Hâkim, velîsi olmayanın velîsidir"*, CAK'nun 7.maddesi uyarınca; *"Erkek ve kadın 19 yaşını doldurdukları zaman evlenme ehliyetine sahip olurlar. Ancak iki tarafın evliliğe güç yetirebileceğinin ispat edilmesi şartıyla, bir maslahat ya da zaruret durumunda, hâkim tarafların daha küçük yaşta evlenmelerine izin verebilir"*. Ancak HAK'nin 6.maddesi uyarınca; *"17 yaşını itmam etmemiş olan mürahika baliğa olduğunu beyan ile müracaat ettikde hali mütehammil ve velisinin izni munzamm ise hâkim izdivacına mücade edebilir"*.

Bu maddelerden anlaşılmaktadır ki; evlenme yaşını doldurmamış olan kadın evlilik akdini kendi başına yapamaz, babası veya birinci derece akrabalarından biri velîsi olarak bu akdi yapabilir. Bunların hiçbiri olmazsa, evlendirme yetkisi hâkime geçer. Yani kendini evlendirme yetkisine sahip olabilecek ve nikâh akdini yapabilecek kişiyi seçme hakkına sahip olan tam ehliyetli kadının aksine küçük kadına, kendini evlendirme yetkisine sahip olabilecek kişiyi seçme hakkı tanımamıştır. Buna ek olarak, CAK'nun 13.maddesi gereğince; *"Velî baba veya kim olursa olsun, velayeti altındaki küçük kızı evliliğe icbar edemez ve kızın rızası olmadan evlendiremez"* Velî, reşit olmayan kadının izni olmaksızın onu zorla evlendiremez. Öte yandan, HAK'nin 7.maddesi uyarınca; *"12 yaşını itmam etmemiş olan sağır ile 9 yaşını itmam etmemiş olan sağıre hiçbir kimse tarafından tezvîc edilemez"* Böylece 9 yaşından küçük kızın hiç kimse tarafından evlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır

CAK'nun 11/2., 13. ve HAK'nin 7.maddeleri, iki mesele bağlamında birtakım sorunları gündeme getirmektedir. Buna göre;

- İcbar velayeti; Bu velayet, yukarıda izah edildiği gibi, velîye velayeti altındaki kişiyi, onun rızasını almaksızın evlendirebilme yetkisini veren velayetidir. Buna göre, bu nevi velayet bakire veya dul küçük kız ile onun hükmündeki kişi hakkında geçerlidir⁴⁵⁸. Başka bir ifadeyle; bu velayet sahip olan velînin yaptığı nikâh akdi,

⁴⁵⁸ Kesani, C:2, s. 361.

velâyeti altındaki kişi iste de istemese de onun hakkında caridir⁴⁵⁹.

İslam hukukçuları, velînin velayeti altındaki kızı evliliğe icbar etmesi konusunda ihtilafa düşmüşlerdir Bu bağlamda iki görüş ortaya atılmıştır: Hanefiler, icbar velayetinin illetinin küçüklük veya akıl hastalığı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna göre, icbar illeti; akıl yokluğundan veya eksikliğinden kaynaklanan bir acizliktir⁴⁶⁰. Ayrıca bu velayet; kız ya da erkek bütün küçükler hakkında sabittir. Öte yandan doğuştan veya buluş çağına girdikten sonra meydana gelmiş olsun erkek veya kadın bütün akıl hastaları da hakkında geçerlidir.⁴⁶¹ Hanefilerin dışındaki cumhur ulema ise, icbar illetinin şunlar olduğunu ileri sürmüştür; kadın için bekârlık, erkek için küçüklük ve ikisi için de akıl hastalığı⁴⁶².

b. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, hâkimin takdir edeceği bir zaruret veya menfaat dışında reşit olmayan kızı evlendirilemeyeceği kanaatindedir. Reşit olmayanlara evlenme izni verilmesi takdirde, reşit olmayanın evlilik akdi ancak velisi ile tarafından yapılabilir. Şuna da işaret etmek gerekir ki; CAK, küçük hükmündeki akıl hastası ve zihinsel engellerin evlendirilmesine değinmemiştir. Nitekim bu madde küçüklerin evlendirilmesini kesin bir şekilde yasaklamış, hiç kimsenin böyle bir akdi gerçekleştiremeyeceğini vurgulamıştır.

Osmanlı yasa koyucusu, küçüğün ve küçük hükmünde olanların evlendirilmesi konusunu 7 ve 9.maddelerde düzenlemiştir. Buna göre, yukarıda da izah edildiği üzere, HAK'nin hazırlanmış olduğu dönemde hâkim olan fikri hareketlerin baskısı neticesinde, henüz 12 yaşını doldurmamış olan küçük erkek ile 9 yaşını doldurmamış olan kızın hiç kimse tarafından evlendirilemeyeceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Ayrıca küçük hükmünde olan akıl hastası kadın ve erkeğin evlenebilmesi için bu evlilikte bir zaruretin bulunması ve ilgililerin hakim tarafından evlendirilmesi şarttır. Bu hükmün altında, evliliğin bu tür hastalar için bazı durumlarda iyileşme ümidi içermesi düşüncesi yatmaktadır⁴⁶³.

⁴⁵⁹ İbn Humam, C:2, s. 395.

⁴⁶⁰ İbn Humam, C:2, s. 352, bkz; Medkur, s. 179.

⁴⁶¹ Kesani, C:2, s. 241.

⁴⁶² İbn Rüşd, C:2, s. 6.

⁴⁶³ Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası, 9-12; Aydın, Osmanlı Aile Hukuku, 177-178, bkz; Yılmaz, Ayşe Betül, Kadri Paşa'nın (Ö. 1888) El-Ahkâmü's-Şer'îyye'si İle Hukûk-I Âile Kararnâmesi'nin Nikâh Bölümü Çerçevesinde Mukayesesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, 2021, s. 113.

iiiiii. Nikâh Akdinde Velî Şartının Bulunmamasının Hükümleri

Bu başlık altında hem hem İslam fıkında, hem de Cezayir ve Osmanlı hukukunda nikâh akdinde velî şartının bulunmamasının ortaya çıkaracağı neticeler incelenecektir.

a. İslam Hukukunda

Hanefiler, hür, baliğ ve akil (tam ehliyetli) kadının -ister bakire ister dul olsun- denklik ve mehr-i misil şartlarının yerine getirilmesi şartıyla, velînin iznine bağlı olmadan doğrudan doğruya evlenebileceği görüşündedir⁴⁶⁴.

Hanefiler dışındaki cumhur fakihler ise; “*Hangi kadın velîsinin izni olmadan evlenirse onun nikâhı batıldır, batıldır, batıldır*”⁴⁶⁵ hadisine dayanmaktadırlar. Bu kapsamda kadın ister bakire ister dul olsun, ancak velî aracılığıyla evlenebilir. Çünkü bunlara göre velî nikâh akdinin şartlarındandır. Dolayısıyla, velîsinin izni bulunsa bile, kadın, bizzat kendi irade beyanıyla evlenemez.

b. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

HAK, konuyla ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir. CAK ise durumu 33/2.maddesinde düzenlemiştir. Buna göre; “*Ancak iki şahit olmaksızın, velisiz veya mehirsiz bir nikâh gerçekleştirilirse, birleşme vuku bulmadan önce, herhangi bir mehir hak edilmeden nikâh feshedilir. Birleşme vuku bulduktan sonra ise nikâh mehr-i misil ile sabit olur*”. Bu maddeye göre, nikâh akdi velîsiz olarak yapılırsa, iki ihtimal gündeme gelmektedir: Bu eksikliğin cinsî birleşme vuku bulmadan önce ortaya çıkması halinde nikâh herhangi bir sonuç doğurmayacak ve feshedilecektir. Ancak eksiklik cinsî birleşme vuku bulduktan sonra ortaya çıkarsa, kadın mehr-i misli hak edecek, nikâh akdi de geçerli olacaktır.

iiiiiii. Değerlendirme

CAK ve HAK, İslam hukukunun klasik kurallarına ek olarak modern kanunlarda evlenmede velayet konusunda çeşitli düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerin bir odak noktası, akıllı ve buluş çağına girmiş kızların evliliğinde velînin rolüdür. İslam hukukçuları

⁴⁶⁴ İbn Humam, C:3, s. 252.

⁴⁶⁵ İbn Mâce, Nikâh, 15; Ebû Dâvûd, Nikâh, 19; Tirmizî, Nikâh, 14.

arasında küçük kızların velî tarafından evlendirilebileceği, dul kadınların ise rızaları alınmadan evlendirilemeyecekleri konusunda genel bir görüş birliği bulunmaktadır. Cezayir yasa koyucusu, kadının evlenebilmesi veya velîsi tarafından evlendirilebilmesi için asıl önemli olanın, kadının evlenme yaşına (19 yaş) ulaşması olduğunu kabul eder. HAK ise tam ehliyetli ve bakire kadının zorla evlendirmesini kesin bir şekilde yasaklar.

CAK'nun 11/1. maddesine göre tam ehliyetli kadın, nikâhını velîsi olan baba, akrabalarından biri veya seçeceği bir kişinin huzurunda akdeder. HAK'nin 8. maddesi ise 17 yaşını doldurmuş kebir kadının evlenme isteğini hâkimin velîsine tebliğ etmesini öngörür.

Cezayir yasa koyucusu, tam ehliyetli kadının evlenme akdini başlatma konusunda tereddütlü bir tutum sergiler ve velînin rolünü açıkça belirtmez. Ancak CAK, velînin evlenmeye izin verme veya engelleme konusundaki yetkisini sınırlar ve kadına daha fazla özgürlük tanır.

HAK, tam ehliyetli kadının velîsiz evlenmesi için denklik şartını getirirken, CAK, velî seçiminde daha geniş bir serbestlik tanır. Cezayir yasa koyucusu, velînin evlenmeye izin verme veya engelleme yetkisini kadına bırakır.

Nitekim CAK ve HAK, kadınların evlilikle ilgili haklarını ve velînin rolünü farklı şekillerde düzenler. CAK, kadına daha fazla özgürlük tanırken, HAK daha sınırlayıcıdır. Bu düzenlemeler, İslam hukukunun klasik kurallarına ek olarak modern toplumun gereksinimlerini yansıtmaktadır.

Ç. Nikâh Akdinde Şahitlik Şartı

Şahitlik şartı, CAK'nun mükerrer 9. ve 33/2 maddelerinde düzenlenmişken, HAK'nin 34. ve 56.maddelerinde düzenlenmiştir. CAK'nun konuyla ilgili mükerrer 9.maddesinde şu hüküm yer almaktadır; "*Nikâh akdinde şu şartları bulunması gerekir; evlilik ehliyeti, mehir, velî, iki şahit ve evlenme engelini bulunmaması.*" Bu kapsamda HAK'nin 34.maddesi ise şu şekildedir; "*Âkd-i nikâh esnasında mükellef iki şâhidin huzuru, nikâhın sıhhatında şarttır. Hâtip ile mahtûbenin usul ve furûu da şahid ittihaz edilebilir*" Ayrıca 56.maddesinde; "*Bilâ-şuhûd akdolan nikâh fasiddir*" hükmü yer almaktadır.

Bu maddelerden anlaşılmaktadır ki; Cezayir yasa koyucusu, iki şahidin hazır bulunmasını nikâh akdinin rükünleri arasında kabul eden CAK'nun 9 maddesinin aksine, evliliğin sıhhat kazanabilmesi için iki şahidin hazır bulunmasını şart koşmuştur. Dolayısıyla, bu şartın akit meclisinde bulunmaması mutlak butlan müeyyidesini doğurmaz. Fakat bu durum CAK'nun 33/2.maddesinde yer alan "*Ancak iki şahit olmaksızın, velîsiz veya mehirsiz*

bir nikâh gerçekleştirilirse, birleşme vuku bulmadan önce, herhangi bir mehir hak edilmeden nikâh feshedilir. Birleşme vuku bulduktan sonra ise nikâh mehr-i misil ile sabit olur" hükmüne istinaden evliliğin feshine neden olabilir.

Nikâh akdinde şahitliğin diğer medeni akitlerden farklı olarak sıhhat şartları arasında kabul edilmesi, evlilik ile zina arasındaki farkın daha belirgin hale getirilmesi, ispat güvencesinin sağlanması ve karşılıklı hakların ispatının kolaylaştırılması amacına yönelik olmakla birlikte, temel olarak ırz ve namus hususundaki hassasiyetten kaynaklanmaktadır⁴⁶⁶.

Şahitliğin önemi göz önüne alınarak, bu başlık altında şahitliğin fıkıhta ve her iki kanunda nasıl düzenlendiği ele alınacaktır.

i. İslam Hukukunda

İslam hukukçuları, nikâh akdinde şahitliğin hükmü konusunda ihtilaf etmişler ve iki görüşe ayrılmışlardır. Buna göre;

- Hanefiler dışındaki cumhur fakihler, nikâh akdinin şahitler huzurunda kıyılmasını sıhhat şartları arasında kabul etmişlerdir. Bu hususta ileri sürdükleri delilleri şöylece özetlenebilir:
 - Sünnet; İmran İbn Hâsîn'den gelen bir rivayete göre Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur; *"Velî ve iki adil şahit olmaksızın nikâh olmaz"*⁴⁶⁷. Hz. Aişe'den gelen bir rivayete göre ise Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur; *"Velî ve iki adil şahit olmaksızın nikâh olmaz. Bunun dışındaki nikâh batıldır. Eğer (evlenme hususunda kızla velîsi veya kızı nikâhlamada velîler kendi aralarında) anlaşmazlığa düşerse, velîsi olmayan kimsenin velîsi sultandır"*⁴⁶⁸. İbn Abbas'ten gelen bir rivayete göre Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur; *"Beyyine olmaksızın kendini evlendiren kadınlar kötü kadınlardır (Bağey - بغي)"*⁴⁶⁹.
 - Akli delil; Evlilik, akde taraf olmayanların yani çocukların da hakkıyla ilişkili olduğundan, babanın onu reddetmemesi ve soyunu kaybetmemesi için şahitlik şart koşulmuştur⁴⁷⁰.
- Malikiler ise, şahitliğin evlilik akdinin sıhhat şartları arasında olmadığı, ancak nikâh akdinin sahih olabilmesi için şahitlerin zifaf öncesinde hazır bulunması ya da ilan

⁴⁶⁶ Taç, **Abdulrahman**, eş-Şeriâh el-İslamiyâh Fi Ahvâli's-Şahsiyye, 2.Baskı, Mısır, Matbâat Darü't Taliif, 1952, s. 42.

⁴⁶⁷ Beyhaki, Nikâh, 7/182.

⁴⁶⁸ Beyhaki, Nikâh, 7/182.

⁴⁶⁹ et-Tirmizi, Nikâh, 1103.

⁴⁷⁰ es-Sibâai, C:1, s. 98.

edilmesi gerektiği görüşündedirler⁴⁷¹. Dolayısıyla Malikilere göre, nikâh akdinde şahitlik nefaz şartlarındandır⁴⁷². Bu hususta, Malikilerden olan Yahya İbn Yahya'ya göre, şahitsiz olarak yapılmış olan nikâh akdi sahihtir, fakat şahitlerin ilan edilmeleri emredilir⁴⁷³.

Yukarıdaki izahatı da nazar-ı dikkate alarak şahitliği nikâh akdinin sıhhat şartlarından biri olarak gören cumhurun görüşünü tercih etmekteyiz. Çünkü bu görüşün kabulü ile amacı bir tarafa evlilik ilişkisini saçmalık ve fesattan uzak tutmak, karşılıklı hakların ispatı daha kolay hale gelmektedir.

Şahitlerde bulunması gereken şartlara gelince, Evlilik akdinin şahitlerinde yedi özellik bulunması gerekir. Bu şartlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Ergenlik; Ergenlik şeklinde tabir edilen buluş çağına ulaşmak, İslam hukukunda bir kişinin mükellef tutulabilmesi için gerekli olan şartlardan biridir⁴⁷⁴. Küçük yaşta olan, yani ergenlik çağına gelmemiş olan kişinin şahitlik yapması caiz değildir. Dolayısıyla nikâh akdine şahitlik edecek kişinin baliğ olması gerekir ve bu da dört mezhebin ittifakıyla kabul edilmiştir: Hanefi⁴⁷⁵, Maliki⁴⁷⁶, Şafii⁴⁷⁷ ve Hanbeli'dir⁴⁷⁸.
- Akıllı olması; Zihinsel olarak hasta olan kişinin temyiz gücünü kaybeder. Bu bakımdan akıl hastası olan kişi, mümeyyiz olmayan çocuk ile tamamen aynı hükme tabidir⁴⁷⁹. Cumhur, delilerin şahitlik yapacak kişiler arasında yer almaması nedeniyle, evlilik akdinin şahitlerinin akıllı olması gerektiği konusunda hemfikirdir⁴⁸⁰.
- İslam; Eşlerin Müslüman olması durumunda, gayrimüslimlerin şahitliği ile nikâh gerçekleşmez ve bu konuda cumhur ittifak etmiştir⁴⁸¹. Bu konuda fakihler delil olarak aşağıdaki ayetleri zikretmişlerdir:

- 1- *"...Erkeklerinizden iki şahidi de tanık tutun..."*. Bu ayetten anlaşılacağı üzere gayrimüslim, Müslüman üzerinde velayet sahibi olan kimselerden değildir.

⁴⁷¹ İbn Rüşd, C:2, s. 18, İbn Kudâme, C:9, s. 347.

⁴⁷² es-Sibâi, C:1, s. 99.

⁴⁷³ Karaman, s. 333.

⁴⁷⁴ Melikşah Aydın, Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık, İstanbul, Onikilevha Yayınevi, 2021, s. 51.

⁴⁷⁵ Şeyh Nizam, Fetâvâ-i Hindiyîye, 1.Baskı, C:1, Beyrüt, Darü'l Kutun el-İlmiyye, 2000, s. 267.

⁴⁷⁶ İbn Kudame, C:2, s. 892, bkz; Hattab, s. 222.

⁴⁷⁷ eş-Şerbini, s. 190.

⁴⁷⁸ Behhuti, C:5, s. 66.

⁴⁷⁹ Melikşah, s. 49.

⁴⁸⁰ Bkz; Şeyh Nizam, C: 1, s. 267, Hattab, s. 222, eş-Şerbini, s. 190, Behhuti, C:5, s. 66.

⁴⁸¹ İbn Kudame, C:4, s. 238.

2- "...kâfirlere, müminler aleyhinde asla yol vermeyecektir....". Bir gayrimüslim yalnızca Müslümandan ibaret değildir ve eğer bir gayrimüslimin şahitliği kabul edilseydi, ayette "erkeklerinizden" ifadesi yer almazdı.

3- "...içinizden adaletli iki kişiyi şahit tutun....". Bir gayrimüslim bu ayette öngörülen adalet kavramının kapsamına girmez.

Ancak kadın zimmî ise, fakihler zimmînin şahitliği ile nikâh akdinin geçerliliği konusunda iki görüşe ayrılmışlardır: Birinci görüşe göre koca Müslüman ve kadın zimmî ise şahitler Müslüman olmalıdır. Söz konusu görüşlerini yukarıda zikredilen ayetlere dayandırmışlardır. İşte bu görüş Şafiilerin, Hanbelîlerin, Muhammed ve Züfer'in Hanefîlerin görüşüdür⁴⁸². İkinci görüşe göre ise, kadın zimmî ise gayrimüslimlerin şahitliği ile nikâh gerçekleşir. İşte bu görüş Ebu Hanife ve Ebu Yusufun görüşüdür.

- Adil olması; Şahitlikte adaletten kasıt, şahidin büyük günahlardan kaçınması, küçük günahlarda ısrar etmemesi, doğruluğunun fesadından fazla olması, doğruluğunun hatasından fazla olması, mertliğinin belirgin olması, din ve mertlik olarak dürüstlüğü kullanması ve yalandan kaçınmasıdır⁴⁸³. Başka bir deyişle, Şahitlerde aranan adalet vasfı dürüstlük ve doğruluk manasındadır⁴⁸⁴. Âlimler, adalet vasfını taşımayan veya adaleti bilinmeyen birinin şahitliğinin geçerliliği konusunda ihtilafa düşmüş ve iki görüşe ayrılmışlardır. İlk görüşe göre, nikâh akdinde şahitlerin adaleti şart değildir. Bu görüş Hanefî mezhebi, bazı Malikiler ve bir rivayete göre de İmam Ahmed'in görüşüdür⁴⁸⁵. İkinci görüş ise Şafiiler ve bir rivayette İmam Ahmed'e göre nikâh akdinde şahitlerin adalet sahibi olması şarttır. Dolayısıyla nikâh akdi adalet sahibi olmayan bir şahitle gerçekleşmez⁴⁸⁶.
- İşitme; cumhurun ittifakına göre, iki şahidin akit tarafların sözlerini duyması gerekir ve eğer icap ve kabulü duymazlarsa, evlilik akdinde şart olan şahitlik yerine getirilmemiş olur⁴⁸⁷.
- Konuşma duyusuna sahip olması; Hanefîler, Malikiler ve Şafîi mezhebine göre dilsizin şahitliği nikâh akdinde geçerlidir. Zira onun işareti, anlaşıldığı sürece

⁴⁸² İbn Kudame, C:4, s. 253.

⁴⁸³ Bkz; Mahran, s. 35.

⁴⁸⁴ Melikşah, s. 119.

⁴⁸⁵ Bkz; ed-Derdiri, C:2, s. 216.

⁴⁸⁶ es-Serhasi, C:5, s. 32-33.

⁴⁸⁷ İbn Kudame, C:2, s. 255.

konuşma yerine geçer⁴⁸⁸.

- Eşlerin üstsoy veya altsoyu ya da velisi olması; İslam hukukçuları, nikâh akdinin ispatında eşlerin üstsoy veya altsoylarından ya da velilerinden şahitlik yapmanın hükmü konusunda ihtilaf etmişler ve bu konuda iki görüşe ayrılmışlardır. Buna göre Hanefiler, Malikiler, Hanbeliler ve bir rivayette Şafiiler nikâh akdinin ispatında şahitlerin eşlerin üstsoy veya altsoylarından ya da velilerinden olmamasını gerekli görmüştür. Çünkü bu kişiler şahitlik yaparsa, kendisine yakın olanların tarafını tutmakla suçlanabilir ve şüpheleri ortadan kaldırmak adına bu kişilerin şahitliği geçerli değildir⁴⁸⁹. İkinci görüşe gelince, Şâfiiler nikâh akdinde şahitlerin, velinin olmaması şartıyla, eşlerin üst soyundan veya alt soyundan olmasının caiz olduğu görüşündedirler⁴⁹⁰.

ii. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde

CAK'nun yukarıda zikredilen mükerrer 9 ve 33.maddeleri uyarınca; Cezayir yasa koyucusu, cumhurun görüşünü tercih ederek, velî ve mehir gibi, şahitliği de nikâh akdinin sıhhat şartları arasında kabul etmiştir. Buna ek olarak, bu şartın nikâh akdinde bulunmaması durumunda, nikâh akdi fasit olur ve dolayısıyla şahitsiz yapılmış olan nikâh zifaktan önce herhangi bir mehir hak edilmeden feshedilir, ancak zifaktan sonra ise bu nikâh mehr-i misil ile sabit olur⁴⁹¹. Öte yandan, Cezayir yasa koyucusu, nikâh akdinde iki şahidin bulunmamasını fesih sebeplerinden biri olarak kabul ederken, akit meclisinde iki şahit ve diğer şartlarından birinin yokluğunu butlan sebeplerinden biri olarak kabul etmiştir. Bu yönde 05/11/1984 tarihinde Yargıtay Aile ve Miras Dairesi'nden sâdır olan bir kararda şu ifadeler yer almaktadır: "*Fıkıhta öngörülmüş olduğu gibi, evlilik akdinin, akdin hukuki varlığını gösteren şahitlerin tanıklığı ile ispat edilmesi caizdir. Bu nedenle akdin hukuki varlığını göstermeyen şahitlere dayanılarak evlilik akdinin ispatına hükmedilmesi, İslam Şeriatının ilke ve hükümlerine aykırıdır*"⁴⁹².

Buna göre evlilik, düğüne katılanların şahitlikleri veya şahitlerin iki tarafın evli olduklarını şahitlerden veya başkalarından duyduklarına şehadet etmeleri üzerine ispat edilebilir.

HAK ise, 34.maddede, cumhurun görüşünü kabul ederek, şahitliği nikâh akdinin

⁴⁸⁸ eş-Şirazi, C:3, s. 463.

⁴⁸⁹ es-Serhasi, C:5, s. 57.

⁴⁹⁰ eş-Şerbini, C:3, s. 144.

⁴⁹¹ Bkz; Abdel-Aziz, s44.

⁴⁹² Yargıtay A. M. D, 05/11/1984, (Y/D 1990), D/N 34030.

sıhhat şartları arasında görmüştür. Bu maddede, nikâh akdinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, -akit esnasında şahidin cinsiyetine ve onlarda bulunması gereken şartlara değinilmeksizin- mükellef iki şahidin bulunması şart koşulmuştur. Buna ek olarak, evlenecek olanların üstsoy ve altsoy akrabaları da nikâh akdinde şahit olabilirler. HAK'nin 56.maddesi uyarınca, şahitsiz olarak yapılmış olan nikâh akdi, fasid nikâh hükmündedir.

iii. Nikahu's-Sir (Gizli Nikâh)

a. İslam Hukukunda

İbn Arefe gizli nikâhı şöyle tanımlamıştır: "*Gizli nikâh, şahitler camiye doldursalar bile, şahitlere bu nikâhın gizli kalmasının emredildiği nikâhtır*"⁴⁹³. Bidâyetü'l-Müctehid adlı eserde ise şöyle bir ifade yer almaktadır: "*Ebu Hanife, Şafii ve Malik şahitliğin nikâh şartlarından biri olduğu konusunda ittifak ederken, bu şartın nevi (sıhhat veya nefaz şartı) konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Gizli nikâhın caiz olmadığı konusunda ittifak etmişler, ancak nikâh akdinde şahitlerin tanıklığının gizli kalmasının emredilmesi durumunda, bunun sır olup olmadığı noktasında ihtilafa düşmüşlerdir. Malik, bunu sır olarak kabul etmiş, dolayısıyla nikâhın feshinin gerektiğini ileri sürmüştür. Ebu Hanife ve Şafii ise bunun sır olmadığını ve bu şekilde yapılmış olan nikâhın sahih olduğunu savunmuşlardır*"⁴⁹⁴.

Gizli nikâhın caiz olmadığını savunanlar şu delillere dayanmışlardır:

- Hz. Peygamber bir hadisinde şöyle buyurmuştur; "*Bu nikâhı ilân edin, hem de onu mescitlerde yapın, onun için defler çalın*"⁴⁹⁵.
- İbn Zübeyr'den bir rivayete göre, Hz.Ömer bin Hattab kendisine bir kadın ve bir erkeğin şahitlik yaptığı nikâh akdi hususu danışılınca; "*bu gizli bir nikâhtır, buna cevaz vermiyorum*" demiştir⁴⁹⁶.

İslam hukukçularının bu konudaki ihtilaflarının sebebinin ise İbn Rüşd şöyle ifade etmiştir; "*Evlilikteki şahitlik şer'i bir hüküm müdür? Yoksa inkâr bahanesini engellemek maksadıyla mı öngörülmüştür? Kim şer'i hüküm derse, ona göre bu sıhhat şartlarındandır. Kim de şahitlik ispat için öngörülmüş derse, ona göre nefaz (ikmal) şartlarındandır. Bu hususta esas olan Hz. Peygamber'in şu ifdesidir: Mürşit velî ve iki adil şahit olmaksızın*

⁴⁹³ **er-Ressâa**, Şerh Hudud İbn Arafa, Tahkik Eden; Mamouri, Mouhammed, 1.Baskı, Beyrüt, Darü'l Garbi'l İslamiyah, 1993, s. 246.

⁴⁹⁴ **İbn Rüşd**, C:2, s. 17.

⁴⁹⁵ .

⁴⁹⁶ **İmam Malik**, C:2, s. 43.

nikâh olmaz."⁴⁹⁷.

Yukarıda izah edildiği üzere, cumhurun dayandığı ilkenin -iki kişinin bildiği sır değildir- sağlamlığına rağmen, özellikle bu dönemde dini inancın zayıf olması, güven kaybının ve ihanetin yaygınlaşması göz önünde bulundurularak, Malikilerin benimsedikleri görüşün uygulanmasının daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

b. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun 18.maddesinde, belirtilmiş olan resmi daireler dışında gerçekleşen evliliğin sahih olmadığını kabul etmiştir. İlgili madde şu şekildedir; *"Bu Kanunun mükerrer 9 ve 9.maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla, nikâh akdi, noter veya nüfus memuru önünde yapılır"*.

Bu hususta dikkat edilmesi gereken husus, Cezayir yasa koyucusunun bu madde ile, nikâh akdi yapanları CAK'nun mükerrer 9 ve 9.maddelerinde öngörülen hususları dikkate almaya mecbur kılmış olmasıdır. Buna göre, nikâh akdi yapanların üzerine düşen görev; CAK'nun mükerrer 9 ve 9.maddelerinin doğru uygulanıp uygulanmadığını doğrulamaktır. Başka bir deyişle; nikâh akdi yaparken her iki tarafın rızası ve CAK'da zikredilen şartların (evlilik ehliyeti, mehir, velî, iki şahit ve evlenme engelini olmayışı) yerine getirilip getirilmediğini tasdik etmektir. Bu yasal şartların yerine getirilmesiyle de nikâh akdi nikahu's-sir (gizli nikâh) olarak sayılmaz. Bu kapsamda eşlerin evlilik akitlerini ilan etmeleri için sadece iki yol vardır: Bunlar ise mahkeme ve belediyedir. Bunun dışındaki tüm vasıtalar geçersizdir⁴⁹⁸. Bu yönde 03/07/2002 tarihinde Yargıtay Aile ve Miras Dairesi'nden sâdır olan bir kararda şu ifadelerle yer verilmiştir: *"Dava dosyasından, dosya kapsamında yer alan belgelerden ve temyiz dilekçesinden, davacının davalı ile örfî veya kanuni bir nikâhla evlenmediği anlaşılmaktadır. Bunun aksine, davacı, mahkeme önünde, davalı ile gayrimeşru bir ilişki içinde olduğunu, ileride evleneceğine inanarak onunla cinsel ilişkiye girdiğini ve bu ilişki nedeniyle ondan hamile kaldığını ikrar etmiştir. Oysa İslam Şeriatında ve CAK'da açık veya örtülü şeklinde farklı evlilik türlerine yer verilmemiştir. Bu kapsamda onaylanmış tek bir evlilik vardır. Bu evlilik, İslam Şeriatında belirlenen ve CAK'nun 9.maddesinde zikredilen unsur ve şartların yerine getirildiği evliliktir. Bu şartlar sağlanmadığında, evlilik geçerli olarak sayılamaz ve bu akit herhangi bir sonuç doğurmaz. Tüm bu sebeplerle, temyiz talebinin reddine karar verilmesi gerekmektedir"*⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ İbn Rüşd, C:2, s. 17.

⁴⁹⁸ Abdel-Aziz, s. 70, Belhâj, s. 136.

⁴⁹⁹ Yargıtay A. M. D, 03/07/2002, (Y/D 2003), D/N 261925.

iii. Değerlendirme

CAK'nun mükerrer 9 ve 33.maddeleri ile HAK'nin konuyla maddeleri mukayese edildiğinde, söz konusu hükümlerin birbirleriyle büyük ölçüde paralellik arz ettiği görülmektedir. Buna göre, her iki kanunda da, cumhurun görüşü tercih edilmiş, şahitlik nikâh akdinin sıhhat şartlarından kabul edilmiştir. Buna ek olarak, iki kanun da, muteber bir şekilde nikâh akdinin kurulabilmesi için akit esnasında bulunması gereken şahidin cinsiyetine ve onlarda bulunması gereken şartlara değinmeden iki şahitten söz etmekle yetinmiştir. HAK ayrıca şahitlik yapacak kişilerin tarafların üstsoy ve altsoyları da olabileceğini belirtmiştir. Ancak şahitsiz olarak yapılmış olan nikâh akdi, her iki kanuna göre de fasid nikâh hükmündedir.

D. Evlenme Engelinin Olmaması

Hem fıkıh hem de kanunlarda (CAK ve HAK) nikâh akdinin kurulabilmesi için evlenme engelinin bulunmaması şart olarak kabul edilmiştir. Evlenme engelinin olmayışından kastedilen, kadının kendisiyle evlenmek isteyen erkeğe sürekli veya geçici olarak yasak olmamasıdır. Bu şart, Kur'an ve Sünnet'te buna işaret eden kesin nasların bulunması nedeniyle, İslam şeriatında değişiklik veya içtihat kabul etmeyen sabit hükümlerden biri olarak kabul edilmektedir. Çalışmanın devam eden kısımlarında fıkıhta ve her iki kanunda evlenme engelinin olmayışı konusu ele alınacaktır.

i. İslam Hukukunda

İslam, evlilikten beklenen amaçların gerçekleşmesi için evlilik yasaklarına ilişkin oldukça ayrıntılı hükümler koymuştur. Kur'an-ı Kerim'de bu husus iki temel başlık altına ele alınmıştır: Birincisi; sürekli yasaklardır ve bunlar üç tanedir: kan hısımlığı, evlilikten doğan hısımlık (el-müsâherâ) ve son olarak emzirmeden doğan hısımlık. İkincisi ise, geçici yasaklardır ki Kur'an'da bu yasaklar arasında şu hususlar zikredilmiştir; kadının evli olması, kadının ehli kitab dışında diğer dinlere mensup olması, üçüncü defa boşanmaktır.

a. Sürekli Evlenme Engelleri

Haram olan kadınlar, her zaman ve her durumda bir erkeğin kendisiyle evlenmesinin yasak olduğu kadınlardır. Çünkü onlarla evlenme yasağı sabit ve ebedidir⁵⁰⁰.

⁵⁰⁰ **Sakr, Nabil**, Kanun el-Usra el-Cezayiri Nasan ve Fıkhın ve Tatbikan, Cezayir, el-Huda Yayınlar, 2006,

Üç grupta incelenen sürekli evlenme engelleri detaylı olarak Nisa Suresi'nin 22, 23 ve 24.ayetlerinde şu şekilde sayılmaktadır;

"Geçmişte olanlar bir yana, babalarınızın nikâhladığı kadınlarla evlenmeyin; çünkü bu bir edepsizliktir, iğrenç bir şeydir ve kötü bir yoldur. Anneleriniz, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, erkek kardeşin kızları, kız kardeşin kızları, sizi emziren anneleriniz, süt bacılarınız, eşlerinizin anneleri, kendileriyle birleştiginiz eşlerinizden olup evlerinizde bulunan üvey kızlarınız size haram kılındı. Eğer onlarla birleşmiş değilseniz (nikâh ortadan kalktığında) kızlarını almanızda size bir sakınca yoktur. Kendi sulbünüzden olan oğullarınızın eşleri ve iki kız kardeşi birden almak da size haram kılındı; ancak geçen geçmiştir, Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir. }23{Elinizin altında bulunan câriyeler müstesna, evli kadınlar da size haram kılındı; Allah'ın size emri budur. Bunlardan başkasını, iffetli yaşamak ve zina etmemek kaydıyla, mallarınızla (mehir vecibesini göz ardı etmeden) istemeniz size helâl kılındı. Onlardan karı-koca ilişkisi yaşadıklarınıza kararlaştırılmış olan mehirlerini verin. Mehir kesiminden sonra karşılıklı anlaşmanızda size günah yoktur. Şüphesiz Allah ilim ve hikmet sahibidir. }24{İçinizden mümin ve hür kadınlarla evlenmeye gücü yetmeyen kimse, ellerinizin altında bulunan mümin câriye kızlarınızdan alabilir. Allah sizin imanınızı daha iyi bilmektedir. Birbirinizden türeyip gelmektesiniz. Öyleyse iffetli yaşamaları, zina etmemeleri, gizli dost tutmamaları şartıyla ve ailelerinin de izniyle onları nikâhlayın, mehirlerini de âdete uygun olarak verin. Evlendikten sonra bir fuhuş yaparlarsa onlara, hür kadınların cezasının yarısı gerekir. Bu (câriye ile evlenmek), içinizden günaha düşmekten korkanlar içindir; sabretmeniz ise sizin için daha hayırlıdır. Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir".

Dolayısıyla sürekli evlenme engellerini şu şekilde sınıflandırılabilir;

- Kan Hısımlığı:

Kan hısımlığı nedeniyle kişinin evlenmesinin caiz olmadığı kişiler dört grupta toplanır;

- Kişinin usulü, yani anası, ninesi, babası, dedesi.....
- Kişinin furûu, yani oğlu, kızı, bunların çocukları, çocuklarının çocukları....
- Kişinin usulünün furûu, yani erkek ve kız kardeş, onların çocukları.....ana-baba bir kardeşler veya yalnızca baba ya da ana bir kardeşler, yeğenler.
- Dede ve ninenin sadece çocukları, yani amca, hala, dayı ve teyze.

- Evlilikten Doğan Hısımlık (el-Müsâherâ)

Bunlar da dört grupta toplanmaktadır;

- Kaçınıcı derecede olursa olsun kişinin usulünün eşleri, yani üvey babası, üvey annesi, üvey dedesi ve üvey ninesi gibi.
- Kaçınıcı derecede olursa olsun kişinin furûunun eşleri, yani damatlar ve gelinler.
- Kaçınıcı derecede olursa olsun karının usulü, yani kayınpeder, kayınvalide gibi.

Ancak bu noktada yukarıda zikredilen üç durumdaki haramlığın yalnızca nikâh akdiyle doğduğu, ayrıca zifafın şart olmadığı vurgulanmalıdır.

- Kaçınıcı derecede olursa olsun karının furûu. Bu durumda üvey kızın bir kimseye haram olması için nikâhın yanında zifaf da gerekir⁵⁰¹.

- Emzirmeden Doğan Hısımlık

Hanefiler, Malikiler, Şafîiler ve Hanbelilerden oluşan çoğunluk, "Emzirmeyi tamamlamak isteyen için analar çocuklarını tam iki yıl emzirirler....", "....Annesi, güçten kuvvetten düşerek onu karnında taşımıştır; çocuğun süttten kesilmesi iki yıl içinde olur...." ayetleri ile "Süt hısımlığı ancak iki yaş içinde emzirilen süt ile oluşur" hadisine istinaden, bu hısımlığın ortaya çıkabilmesi için çocuğun ilk iki yaş içinde emzirilmesi gerektiğini ileri sürerken, Ebu Hanife, "...Karnında taşıması ve süttten kesmesinin süresi otuz aydır..." ayetine istinaden, emme süresini 30 ay olarak belirlemiş, bu süre içinde emme vuku bulursa süt hısımlığının doğacağını ileri sürmüştür.

Haram olan süttün miktarına gelince, Ebu Hanife ve İmam Malik'e göre, çocuğun emmesi gereken süttün miktarı önemli değildir. Dolayısıyla az da olsa her türlü emmede haramlık doğar. Buna karşılık İmam Şafîi'ye göre, süt hısımlığının meydana gelebilmesi için, fasıllı ve en az 5 doyurucu emzirmenin gerçekleşmesi gerekir⁵⁰². Hz.Peygamber bir hadisinde şöyle buyurmuştur; "Nesep bakımından haram olanlar, süt emmeyle de haram olur". Dolayısıyla İslam hukuku uyarınca süt hısımlığı bir kimseyle yapılacak evliliği, kan ve evlilik derecesinde haram kılar⁵⁰³. Buna göre, süttün haram kıldığı hısımları şöylece özetlenebilir;

- Süt yönünden usul, yani süt anne, süt baba, süt dede, süt nine....
- Süt yönünden furûu, yani süt çocukları, süt torunları....
- Süt anne ve süt babanın gerek nesep gerekse süt hısımlığı yoluyla furûu. Bu hususta belirtilmesi gerekir ki; bu hükme süt babasının durumu ya da "lebenû'l-

⁵⁰¹ Zühle, s. 58.

⁵⁰² Karaman, s. 326; Cin, s. 107.

⁵⁰³ Karaman, s. 326.

fahl” durumu da dahildir. Örneğin; bir kimsenin iki karısından birisi bir erkek çocuğu, diğeri ise bir kız çocuğu emzirirse bunlar baba bir süt kardeş olur ve dolayısıyla birbirleriyle evlenemezler⁵⁰⁴.

- Süt dede ve süt nine çocukları, yani süt amca, süt dayı, süt hala ve süt teyze.
- Karının süt usulü, yani karının süt annesi, süt babası, süt nineleri...
- Karının süt furûu, yani karının süt çocukları, süt torunları.
- Süt usulün eşleri, yani süt annenin, süt babanın, süt dedelerin, süt ninelerin eşleri.
- Süt furûunun eşleri, yani süt çocukların, süt torunların eşleri.

b. Geçici Evlenme Engelleri

Bu grup kapsamında yer alan kadınlar, bir erkeğin geçici olarak onlardan biriyle evlenmesinin caiz olmadığı kadınlardır. Engel ortadan kalktığında ise bunlarla evlenilebilir. Bu engeller şu şekilde zikredilebilir:

- Başkasının eşi veya iddet bekleyen kadın; Evli olan veya ölüm ya da boşanma iddeti bekleyen kadınlar ile evlenmek yasaktır. Hatta evli ve boşanma iddeti bekleyen kadına evlilik teklifinde bulunmak veya evliliği ima edecek bir söz söylemek bile yasaktır⁵⁰⁵.
- Üç kere boşama; Bakara suresinin 228 ve 229.ayetleri, boşamayı üç ile sınırlandırmıştır. Buna göre, üç kere boşanmış olan kadının kendisini boşayan kişi ile evlenebilmesi için, kadının bir başka kocayla muteber bir evlilik yapması, bu evliliğin ölüm yahut talak ile sona ermesi, iddet süresinin beklenmesi gerekmektedir. Bu süre bittikten sonra kadın isterse eski kocasıyla evlenebilir⁵⁰⁶.
- İki hısımla birden evlenmek; “iki kız kardeşi birden almak da size haram kılındı” ayetine istinaden, erkeğin, aynı anda evleneceği kadının gerek nesep gerekse süt kız kardeşi, halası, teyzesi ile aynı anda evli olması yasaktır. Hala ve teyzeyle yeğenin durumu da böyledir⁵⁰⁷.
- Beşinci kadın; İslam’da çok evlilik (poligami) dört kadın ile sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda dört karısı olan koca, bu evlilikleri devam ettikçe beşincisini alamaz. Hatta karılarından birini boşarsa, boşanan kadının iddet süresi bitinceye kadar beşincisini

⁵⁰⁴ Türcan, s. 291.

⁵⁰⁵ Türcan, s. 291.

⁵⁰⁶ Karaman, s. 327; Türcan, s. 293.

⁵⁰⁷ Türcan, s. 293.

alamaz⁵⁰⁸.

- Ehli kitab dışında diğer dinlere mensup olan kadın; Müslüman erkeğin ehli kitab olmayan gayri Müslim bir kadın ile evlenmesi yasaktır. Hristiyanlığa veya Yahudiliğe geçseler bile, İslam dinini terk eden kadınlar da bu hükmün kapsamına girerler⁵⁰⁹.

ii. Cezayir Aile Kanun ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde

1984 yılında CAK çıkarıldığında, Nisa suresinin 22, 23 ve 24.ayetlerinde belirtilen ve yukarıda izah ettiğimiz tüm evlenme engelleri benimsenmiş ve 23 ila 30.maddeler arasında bu hususlar düzenli ve ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Ancak 2005 yılında yapılan tadilatla nikâh akdinin muteber bir şekilde kurulabilmesi için ek bir şart daha getirilmiştir. Bu şart CAK'nun mükerrer 9.maddesinde belirtildiği gibi evlenme engellerinin olmamasıdır.

Evlenme engellerinden kastedilen, CAK'nun 23 ila 30.maddelerinde öngörülen engellerdir. Buna göre, CAK'nun 23.maddesi gereğince; *"Her iki eşte de sürekli veya geçici şeri evlenme engelleri bulunmamalıdır"*.

Sürekli evlenme engelleri CAK'nun 24.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *"Sürekli evlenme engelleri şunlardır: Kan hısımlığı, evlilikten doğan hısımlık (el-müsâherâ) ve emzirmeden doğan hısımlık"*. Ardından CAK'nun 25, 26 ve 27. maddelerinde, akrabalık, evlilik ve emzirme dolayısıyla evlenmeleri yasaklanan kişiler açıkça zikredilmiştir. Buna göre: *"Kan hısımlığı nedeniyle haram olanlar: anneler, kız çocuklar, kız kardeşler ve çocukları, halalar, teyzeler, erkek kardeşlerin kız çocukları"*dır. Öte yandan CAK'nun 26.maddesinde; *"Evlilik nedeniyle haram olanlar: karının usulü, zıfaf vuku bulması kaydıyla karının furûu, kaçınıcı derecede olursa olsun kocanın usulünün dulları, kaçınıcı derecede olursa olsun kocanın furûunun dulları"* şeklinde hükme bağlanmıştır. CAK'nun 27.maddesi ise, emzirmeden doğan evlenme engelleri açıklığa kavuşturulmuştur. Böylece mevzuat, *"Nesep bakımından haram olanlar, süt emmeyle de haram olur"*⁵¹⁰ hadisi ile tamamen uyumlu hale getirilmiştir.

Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun 28.maddesinde, erkek ve kız kardeşler hariç olmak üzere, sadece emen çocuk için süt hısımlığını kabul etmiş, emen çocuğu onu emziren kadının ve onun kocasının çocuğu ve bunların çocuklarının ise kardeşi olarak nitelemiştir. Bu bağlamda, CAK'nun 28.maddesinde şu hüküm yer almaktadır: *"Erkek ve kız kardeşleri hariç*

⁵⁰⁸ Hüseyin, s. 141.

⁵⁰⁹ Hüseyin, s. 141.

⁵¹⁰ Buhari, Şehadat 1; Müslim, Redâa 9.

olmak üzere sadece emen çocuk, onu emziren kadın ve kocasının çocuğu ve tüm çocuklarının kardeşi olarak kabul edilir. Bu haramlık emen çocuğun tüm furûu için geçerlidir"

Evliliğin yasak olması için emmede bulunması gereken şartlar ise CAK'nun 29.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, evliliğin yasak olması için:

- Çocuğun ilk iki yaş içinde emmesi
- Çocuğun boğazından bir damla dahi olsun annenin sütünün geçmesi. Böylece Cezayir yasa koyucusu, haram olan sütün miktarı konusunda Ebu Hanife ve İmam Malik'in benimsedikleri görüşü tercih etmiştir.

Geçici evlenme engelleri CAK'nun 30.maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde şu şekildedir

; *"Geçici evlenme engelleri şunlardır:*

1- Hala evli olan kadın

2-İddet bekleyen kadın

3-Beynûnet-i kübra ile boşanma durumunda -hülle olmaksızın- önceki koca ile evlilik

4- İki yakın akrabanın aynı nikâh altında bulunması

5- Müslüman kadının gayrimüslim erkekle evlenmesi"

HAK ise, Nisa suresinin 22, 23 ve 24.ayetlerinde belirtilen ve yukarıda izah ettiğimiz tüm evlenme engellerini benimsemiş ve bu hususu 13 ila 19.maddeler ile 58.maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bu bağlamda HAK, sürekli evlenme engellerini 17,18. ve 19.maddelerinde düzenlemişken, geçici evlenme engellerini 13, 14, 15, 16. ve 58.maddelerinde düzenlenmiştir. 17.maddede; *"Bir erkek ile beynlerinde karabet-i nesebiyye bulunan zî-rahm mahrem kadınların nikâhı müebbeden memnûdur. Bu kadınlar 4 sınıftır: Birincisi erkeğin validesi ve ceddeleri; ikincisi kız evlâd ve ahfâdı; üçüncüsü ale'l-ıtlak kız kardeşleri ve kardeşlerinin kız evlâd ve ahfâdı; dördüncüsü ale'l-ıtlak ammeleri ve teyzeleridir"* şeklinde kan hısımlığı nedeniyle yasaklanan kişiler zikredilmiş olup, bu husus dört kısımda değerlendirilmiştir. 19.maddede ise; *"Bir erkek ile beynlerinde musaheret bulunan kadınların tezevvücü müebbeden memnûdur. Bu kadınlar 4 sınıftır: Birincisi gelinlerdir ki erkeğin evlad ve ahfâdının zevceleridir; ikincisi kayınvalideleridir ki zevcesinin anası ve ale'l-ıtlak ceddâtıdır; üçüncüsü üvey validelerdir ki babasının ve ceddlerinin zevceleridir; dördüncüsü üvey kızlarıdır ki zevcesinin kızları ve zevcesinin evlad ve ahfâdının kızlarıdır. Lakin bu dördüncü sınıfta memnûiyet için zevceye takarrûb lâzımdır. Nikâh-ı fâsid üzerine takarrûb memnûiyet-i musâhere husûle getirir"* şeklinde evlilikten doğan hısımlık neticesinde meydana gelen evlenme engellerinden bahsedilmiş, bundan dolayı evlenilmesi yasaklanan kadınlar dört sınıfta ele alınmıştır. HAK'nin 18.maddesinde;

“Bir erkek ile beynlerinde radaan karabet bulunan kadınların tezevvüci madde-i sâbıkada muharrer zi-rahm mahrem kadınlar gibi müebbeden memnûdur” şeklinde süt hısımlığı nedeniyle oluşan evlenme engelleri düzenlenmiştir. Şuna da işaret etmek gerekir ki; bu madde CAK’da olduğu gibi “Nesep bakımından haram olanlar, süt emmeyle de haram olur”⁵¹¹ hadisi ile tamamen uyum içindedir.

Geçici evlenme engelleri ise, HAK’nin 13.maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “Başkasının menkûhe ve mu’teddesiyle izdivac memnûdur” Böylece başkasıyla evlenmiş olan veya önceki evliliğinden dolayı (boşanma veya ölüm nedeniyle) iddet süresi içerisinde bulunan kadınla evlenmek haram kılınmıştır. Ayrıca 14.maddede yer alan; “Menkûhe veya mu’tedde olarak 4 zevcesi bulunan kimsenin diğer bir kadın ile izdivacı memnûdur” hükmüyle erkeğin evlilik bağıyla bağlı olduğu yahut hâlihazırda iddet bekleyen dört eşi bulunduğu halde başka bir kadınla evlenemeyeceği belirtilmiştir. Geçici evlenme engellerinden sayılan kocanın karısını üç defa boşaması meselesinin HAK’nin, 15.maddesinde düzeltilmiş olduğu görülmektedir. Buna göre: “Bir kimse 3 talak ile tatlik eylediği kadını beynûnet-i kat’iyye bâki oldukça tezevvüc edemez” Böylece kocanın karısını üç defa boşaması durumunda, boşadığı karısıyla aralarında mutlak anlamda ayırıcı boşanma da mevcut ise kocanın eski karısıyla doğrudan tekrar evlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Öte yandan, HAK’nin 16.maddesinde şu hüküm yer almaktadır: “Neseben veya radâan yekdiğerine mahrem olan iki kadını nikâhta cem’ etmek memnûdur. İki kadının yekdiğere mahrem olması ikisinden hangisi erkek farz edilirse diğeriyle tezevvüci müebbeden memnû olmakla malum olur: İki hemşire gibi. Âma yalnız biri erkek farz edildiği halde diğeri tezevvüc etmesi memnû olup emir ber-aks edildiği takdirde memnû olmazsa ikisi nikâhta cem’ edilebilir; kız ile üveyi valide gibi” Bu maddeye göre, bir erkeğin, aralarında kan veya süt hısımlığı bulunan iki kadın ile aynı anda evlenmesi yasaktır. İki kadından herhangi biri erkek olarak kabul edildiğinde, birbirleriyle evlenmeleri haram olan kişiler aynı nikâh altında bulunamazlar. Mesela; bir kadın ile kız kardeşi, hala veya teyze gibidir. Ancak tam tersi farz edildiğinde haramlık söz konusu olmazsa; iki kişinin aynı nikâh altında bulundurulmaları câizdir. Örneğin, kız ile üvey annesinin aynı nikâh altında bulundurulabilirler.

HAK’nin 58.maddesinde yer alan; “Gayr-ı müslimin bir müslimeyi tezevvüci bâtıldır” hükmüyle din farkı, evlenme engeli olarak kabul edilmiştir. Bu hüküme HAK, Müslüman olmayan bir erkeğin Müslüman bir kadın ile yapmış olduğu nikâh akdini batıl

⁵¹¹ Daha önce çıkarılmıştır.

olarak kabul etmiştir.

b. Haram Olanlardan Biriyle Evliliğin Hükümü

Cezayir yasa koyucusu, haram olanlardan biriyle yapılan evliliğin sonuçlarını CAK'nun 34.maddesinde şu şekilde düzenlemiştir: "*Haram olanlardan biriyle yapılan her evlilik, zifaktan önce veya sonra feshedilebilir. Bu evlilik neticesinde doğan çocuğun nesebi babaya aittir ve fesihten sonra kadın için istibrâ gerekliliği ortaya çıkar*" Buna göre, haram olanlardan biriyle yapılan evliliğin etkileri şöyle zikredilebilir:

- Nikâh akdi zifaktan önce veya sonra feshedilir.
- Bu evlilikten doğan çocukların nesebinin babaya aidiyeti sabit olur.
- İstibrâ⁵¹² gerekliliği ortaya çıkar. Yani bu şekilde evlenen kadın, rahmi temizlenene kadar bekleme süresini gözetmelidir.

HAK ise, haram olanlardan biriyle yapılan evliliğin etkileri konusunu 53,54,58,75,76. ve 77.maddelerinde düzenlemiştir. Bu bağlamda, HAK'nın 53. ve 54.maddelerine göre, din farkı durumu hariç olmak üzere, evliliğe engel teşkil eden sürekli ve geçici evlenme engelleriyle malul olan her evlilik fasittir. Başka bir deyişle, haram olanlardan biriyle yapılan her evlilik fasittir. Ancak HAK'nın 58.maddesine göre, Müslüman olmayan bir erkek Müslüman bir kadınla evlenir ise, yapılmış olan bu evlilik batıl olarak kabul edilir.

Öte yandan, HAK'nın 77.maddesinde; "*Âle'l-ıtlak nikâh-ı bâtl ve fâsidde tarafeynin zevciyyet üzre bekâları memnûdur. Müfârat etmedikleri sûretde bi'l-muhâkeme beynleri tefrik olunur*" şeklinde fasid veya batıl fark etmeksizin bu hükümdeki bir nikâh akdi ile evlenmiş olan tarafların, evliliklerini sürdürmelerinin yasak kılındığı belirtilmiştir. Tarafların kendi istekleriyle birbirlerinden ayrılmamaları durumunda ise taraflar mahkeme kararı ile birbirlerinden ayrılacaklardır. Buna ek olarak, HAK'nın 75. ve 76.maddelerine göre, fasit ve batıl nikâhta, eğer eşler arasında cinsî birleşme vuku bulmamışsa taraflar ayrılır ve gerçekleştirilen bu evlilik herhangi bir sonuç doğurmaz. Cinsî birleşme vuku bulmuş ise eşler yine birbirinden ayrılır ve aralarında mehir, iddet, neseb ve sıhrî hısımlık hükümleri sabit olur. Ancak bundan nafaka ve eşlerin birbirlerine mirasçı olabilme hakkı doğmaz.

⁵¹² İstibrâ terim olarak; hayız tamamen kesildiğini anlamak için bir süre beklemeyi ve bu amaçla bazı davranışlarda bulunmayı ifade eder; bkz Ögüt, Salim, "İSTİBRÂ ve İSTİNCA", Diyanet Ansiklopedisi, C23, İstanbul, 1993, 320-321.

iii. Değerlendirme

Evlenme engelleri konusunda her iki kanundaki düzenlemelerin birbirlerine yakın olduğu görülmektedir. Zira İslam hukukunun asli kaynağı olan Kuranı kerimde doğrudan hükümler vardır. Bu bağlamda CAK evlenme engellerini sürekli evlenme engelleri ve geçici evlenme engelleri şeklinde iki grupta incelemişken, HAK bu engelleri sürekli veya geçici oluşuna göre değil konusuna göre sınıflandırmıştır.

Belli derecelerde kan hısımlığı, nesep hısımlığı ve süt hısımlığının sürekli bir evlenme engeli oluşturduğu konusundaki düzenlemeler ortaktır. Ancak süt hısımlığının haramlık oluşturması için süt emmenin ilk iki yaş içinde olması gerektiği CAK düzenlemesinde yer almışken, HAK konuyla ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir.

Haram olanlardan biriyle evliliğin sonuçları konusunda her iki kanundaki düzenlemelerin birbirlerine yakın olduğu görülmektedir. Bu kapsamdaki hükümlere göre, evlenme engellerini taşıyan kişilerin arasında cinsî birleşmenin vuku bulup bulmadığına bakılır. Eğer eşler arasında cinsî birleşme vuku bulmamışsa bu evlilik herhangi bir sonuç doğurmaz; ancak cinsî birleşme vuku bulmuş ise taraflar arasında mehir, iddet, nesep ve sıhrî hısımlık hususları sabit olacaktır.

E. Daha Önce Yapılan Bir Evliliği Olmaması Şartı

HAK, çok evlilik konusunu şarta bağlı nikâh akdine ilişkin hükümler kapsamında ele almış ve bu hususu evliliğin şartları arasında zikretmemiştir. Şarta bağlı nikâh konusu çalışmanın ilerleyen sayfalarında ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Bu nedenle bu başlık altında çok eşlilik meselesi sadece fıkıh ve Cezayir aile hukuku bağlamında değerlendirilecektir.

i. İslam Hukukunda

Batılılar, çok evlilik meselesini öne sürerek İslam'a ve Müslümanlara karşı sert eleştiriler yöneltmektedir. Bu kapsamda onlar bu durumu İslam'ın kadınlara zulmünün ve Müslümanların kendi heves ve arzularını tatmin etmek üzere onları sömürdüğüne bir delili olarak görürler. Oysa ki çok evlilik ilk defa İslam ile getirilen bir müessese değildir. Aksine pek çok kadim medeniyette örneklerine rastlanan bir uygulamadır. Hatta İslam hukukunda diğer medeniyetlerin aksine çok evlilik için azami bir sınır öngörülmüştür. Ancak tüm bunlara rağmen cinsiyet eşitliğini sağlamak ve modern kadının statüsünü yükseltmek iddiasıyla bazı Arap yasaları Batı'dan etkilenecek çok evliliği ya yasaklamış yahut da

kısıtlamıştır. Şuna da işaret etmek gerekir ki; İslam, bu kurumun kötüye kullanımını engellemek için evlilik sayısını dört ile sınırlamış ve birden fazla kadınla evlenmek isteyenlere eşler arasında adaleti şart koşturmuştur⁵¹³.

a. Çok evliliğin delilleri

Bu bağlamda Nisa suresinin üçüncü ayetinde şu hüküm yer almaktadır: "...Beğendiğiniz kadınlardan ikişer, üçer, dörder nikâhlayın. Haksızlık etmekten korkarsanız tek kadın veya mülkiyetinizde bulunan cârîye ile yetinin; bu, adaletten ayrılmamanız için en uygun olanıdır"⁵¹⁴. Başka bir ayette ise Yüce Allah şöyle buyurmuştur; "Ne kadar üzerine düşseniz de kadınlar arasında âdil davranmaya güç yetiremezsiniz; bari birine büsbütün kapılıp da diğerini askıda imiş gibi bırakmayın. Eğer arayı düzeltir ve Allah'a itaatsizlikten sakınırsanız bilin ki Allah çok bağışlayıcıdır, engin rahmet sahibidir"⁵¹⁵. Bu iki âyetten anlaşılmaktadır ki; İslam, prensip itibarıyla tek kadınla evlenme usulünü kabul etmekle birlikte, eşler arasında eşitliği ve adaleti sağlamak kaydıyla dörde kadar kadınla evliliğe de olanak sağlamıştır.

Sünnette de çok evliliğe ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Buna göre, İbn Ömer'den gelen bir rivayette Gaylan Es-Sakafi isimli bir sahabe, Cahiliye döneminde 10 kadın ile evlenmiş, Müslüman olduktan sonra eşleri de Müslüman olmuşlardır. Hz. Peygamber ona aralarından dördünü seçmesini emretmiştir⁵¹⁶.

İslam âlimleri ve hukukçuları, dörtten fazla olmamak kaydıyla çok evliliğin caiz olduğunu icma ile kabul etmişlerdir⁵¹⁷. Bu yönde Al- Fevakihi Dawani adlı eserde şöyle bir ifadeye yer verilmiştir: "Müslüman hür bir erkek veya kölenin dört hür Müslüman kadın veya ehl-i kitap ile evlenmesi caizdir... ve Ehl-i Sünnetin icmaına göre dörtten fazla kadınla aynı anda evlilik haramdır"⁵¹⁸.

b. Çok Evliliğin Şartları

İslam hukukuna göre, birden fazla kadınla evlenmek isteyen erkeğin en fazla dört kadın

⁵¹³ es-Sibâai, s. 71, Oubeid, Mensour, el-Mer'a Madihâ ve Haziriha, Beyrût, Evrak Şerkiyây Lin'naşr, 2000, s. 147, Türkan, s. 313.

⁵¹⁴ Nisa Suresi (4/3).

⁵¹⁵ Nisa Suresi (4/129).

⁵¹⁶ İbn Mace, Nikâh, 2/1953.

⁵¹⁷ Şehatâh, Abu Zeyd, el-İştirat Fi Vesikatü'z Zevac Fi el-Fıkıh el-İslâmî ve Kanun el-ehvl eş-Şehsiyâh, 1.Baskı, Mısır, Darü'l fikr el-Arabi, 2001, s. 189.

⁵¹⁸ en-Nefravi, Ahmet, el-Fevakihi ed-Devânî Âlâ Resalet Abi Zid el-Keyravani, C:2, Mısır, Matbâatü'l Halabi, 1955, s. 44.

ile evlenme şartına riayet etmesi, kadınlar arasında adaleti sağlaması ve infak kudretine sahip olması gerekir. Buna göre, çok evliliğin şartları şu şekilde izah edilebilir:

- Dört kadını aşmaması; "...Beğendiğiniz kadınlardan ikişer, üçer, dörder nikâhlayın...."⁵¹⁹ ayetine istinaden, birden fazla kadınla evlenmek isteyenler, en fazla dört kadın ile evlenebilirler. İbn Kesir bu ayeti şöyle tefsir etmektedir: "Yani, dört kadını aşmamak kaydıyla dilediğiniz kadar kadınla evlenin, biriniz iki, üç veya dört isterse..."⁵²⁰. İbn Kudâme ise bu kapsamda şunları eklemiştir: "Ve eğer Müslüman olur da dörtten fazla kadını olursa, ister ilki ister sonuncusu olsun, dördünü tutar, geri kalanını boşar"⁵²¹.
- Karılar arasında adaleti sağlamak; Birden fazla karısı olan erkek, beslenme, giyinme, barınma, gecelerini bölüştürme, sohbet ve can yoldaşlığı gibi hususlarda onlara eşit davranmalıdır⁵²². Gücünün yettiği bir şeyde birini diğerinden üstün tutarsa günah işlemiş olur⁵²³. Dolayısıyla, karıları arasında adaleti sağlayabileceğinden emin olmayanın birden fazla kadınla evlenmesi caiz değildir. Bu noktayı Hz.Peygamber bir hadisinde şöyle ifade etmiştir; "Kimin iki karısı olur da (bunlardan sadece) birine meylederse, kıyamet günü bir tarafı (yere) sarkık olarak gelir"⁵²⁴.
- İnfak kudreti; Bu şartın amacı, kadını zulüm ve adaletsizlikten korumaktır. Dolayısıyla birden fazla eşin geçimini sağlayamayan erkeğin birden fazla kadınla evlenmesi caiz değildir, zira karının nafakasının vacip olduğunu icma ile kabul edilmiştir⁵²⁵. Erkeğin karısı/karılarına temin ile mükellef bulunduğu nafaka hayatın normal ihtiyaçlarının hepsini kapsar. Yiyecek, içecek, giyecek, mesken, tedavi gibi ihtiyaçlar bu kapsamda örnek olarak zikredilebilir⁵²⁶.

ii. Cezayir Aile Kanunu'nda

Cezayir yasa koyucusu, 2005 yılında yaptığı tadilatla çok evliliğin şartlarını düzenlemiştir. Bu şartlar CAK'nun 8, mükerrer 8 ve mükerrer(1) 8.maddelerinde düzenlemiştir. CAK'nun 8.maddesi şu şekildedir; "İslam hukuku çerçevesinde birden fazla kadınla evliliğe, meşru bir gerekçenin bulunması ve adalete riayet edilmesi kaydıyla izin

⁵¹⁹ Nisa Suresi (4/3).

⁵²⁰ İbn Kasir, Tefsir el-Kuran el-'Azim, 1.Baskı, C:1, Beyrüt, en-Nada Yayınlar, 1988, s. 451.

⁵²¹ Abdullah b.Ahmet, Makdisi, Ümdetü'l Fıkıh, Arabistan, Maktabetü't Tarafeyn, s. 92.

⁵²² Hüseyin, s. 149.

⁵²³ el-Ghandur, s. 22.

⁵²⁴ Ebu Davud, Nikâh 38, et-Tirmizi, Nikâh, 41.

⁵²⁵ İbn Kudâme, C:11, s. 348.

⁵²⁶ Bkz; Karaman, s350.

verilir.

Kocanın, eski karısına ve evleneceği kadına bu evliliği bildirmesi ve aile konutunun bulunduğu yer mahkemesi başkanına evlenme iznini teslim etmesi gerekir.

Mahkeme başkanı, karıların rızasının bulunduğundan emin olmalıdır. Başkan, kocanın meşru gerekçesini, adaleti sağlama kabiliyetini ve evlilik hayatı için gerekli koşulları kanıtlaması halinde yeni evliliğe izin verebilir” CAK'nun mükerrer 8.maddesine göre ise; “Aldatma durumunda, her eş kocasına karşı boşanma davası açabilir”.

Cezayir yasa koyucusu, çok eşliliğin sınırlarını daraltarak, çok evliliği yasaklamayı savunanlara, bu tarz evlilikleri engellemeyi amaçlayan şartlar belirleyerek cevap vermiştir. Buna ek olarak, gerekçeleri değerlendirmek, adalet kıstasının varlığını denetlemek gibi konular hâkimin takdir yetkisine bırakılmışken; karılara, kocanın aldatması durumunda, boşanma talebinde bulunmak için dava açma hakkı verilmiştir. Bu, İslam hukukunun gerektirdiği şekilde zarar için bir boşanma değildir. Ayrıca CAK'nun 8.maddesinde belirlenmiş olan kısıtlamaların, hukuki gerekçe, adaletin amacı, eski ve sonraki eşlerin bilgisinin bulunması konusunda olduğu gibi, usul ve uygulama yöntemleri müphem olarak gelmiştir.

Cezayir yasa koyucusunun koyduğu kısıtlamalar şunlardır:

- Meşru bir gerekçenin bulunması; Cezayir yasa koyucusu, 8/1. maddede birden fazla kadınla evlenmek isteyen kişinin kendisini buna sevk eden meşru bir gerekçeye sahip olması gerektiğini şart koşmuş, ancak bu meşru gerekçenin ne olduğunu açıklamamıştır. Nitekim Cezayir yasa koyucusu, meşru ve gayrimeşru gerekçeleri birbirinden ayıracak herhangi bir kriter de belirlememiştir. Bu bağlamda şu gerekçelerin meşru olduğu ifade edilebilir: önceki eşin kısır olması ve evliliğin amaçlarına bu eş ile ulaşılamaması ya da eşin evliliğin amaçlarına ulaşmaya engel ağır bir hastalığının olması Her halükarda meşru gerekçenin kabulü hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır⁵²⁷.
- Adalet şartı; Cezayir yasa koyucusu, birden fazla kadınla evlenmek isteyenlerin, kastedilenin ne olduğu belirtilmeksizin, eşler arasında adaletle davranma niyetinde bulunmasını şart koştur. Fakat niyet, insanın iç dünyasında hâkimin göremediği ve tespit edemediği bir meseledir. Adaletin maddi alana yansması ise barınma, nafaka ve iâşe ile ilgili hususlardadır ve bu hususlarda adaletin sağlanıp sağlanmadığı evlilik hayatının kurulmasından önce değil, sonra ortaya çıkar. Bundan ötürü, nikâh

⁵²⁷ Abdel-Aziz, s. 86.

akdinin akdedilmesi için ön şart olan “adalet”in yersiz bir şart olduğunu söylemek mümkündür. Zira hukukun cevaz verdiği bir husus ispatı ve tasdiki şüpheli olan bir şeyle kısıtlanamaz.⁵²⁸

- Yaşamak için gerekli ihtiyaçları sağlama kudreti; Cezayir yasa koyucusu, 8/3.maddede bu şarta değinmiş, ancak bu şartı değerlendirmek için kullanılabilecek kriterleri belirtmemiş ve yaşamak için gerekli ihtiyaçların neler olduğunu açıklamamıştır. Bundan dolayı CAK'nun 222.maddesindeki göndermeye istinaden İslam hukukunun hükümleri bu noktada da devreye girecektir. Nitekim cumhur ulema, “*Ey gençler, sizden kimin evlenmeye gücü yetiyorsa evlensin*”⁵²⁹ hadisine dayanarak, yaşamak için gerekli ihtiyaçlardan kastedilenin, kocanın, evlilik nafakası ve evliliğin masraflarını karşılamaya gücünün yetmesi ve eşlerin nafakasını daimî olarak yerine getirebilmesi olduğunu ifade etmişlerdir⁵³⁰.
 - Evliliği önceki karısına ve yeni evleneceği kadına bildirmek; CAK’a göre çok eşle evlenmek isteyen koca, yeni yapacağı evliliği hâlihazırdaki eşine/eşlerine bildirmek; daha önceden evli olduğunu da yeni evleneceği kadına haber vermek zorundadır. Ancak Cezayir yasa koyucusu, bu durumun nasıl bildirileceğini, bildirimin sözlü mü yoksa iki şahit huzurunda mı gerçekleştirileceğini açıklığa kavuşturmamıştır. Öte yandan, mahkeme başkanının iki eşin de rızasının bulunduğundan emin olmak üzere hangi yöntem veya araçları belirlemeden, mahkeme başkanının iki eşin rızasını doğrulama veya tespit etme iznini askıya almıştır. Bu nokta tartışmalıdır. Zira bazıları, rıza aranmaksızın bilgilendirmenin yeterli olduğunu ileri sürmüşlerdir. Nitekim eğer kadınlardan biri bu evliliği kabul etmezse, koca yeniden evlenebilmek için onu boşamak zorunda kalır. Mevcut evlilik bağının korunması ise ona son verilmesinden daha iyidir. Ayrıca karısının rızasını alamayan koca, yeni kadınla kayıt dışı örfi evlenmeye ya da zinaya başvurabilir. Bu nedenle çoğunluk, evlilik bağının ve çocukların haklarının korunması için bilgilendirme ile yetinilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁵³¹.
- İki eşe de haber vermenin gerekli olduğunu savunanlar da vardır. Onlara göre her birinin kabul etme veya reddetme özgürlüğü mevcuttur. Bu özgürlük evlenilecek kadının velîsi için de geçerlidir⁵³².

⁵²⁸ Abdel-Aziz, s. 87.

⁵²⁹ Buhari, Nikâh, 5065.

⁵³⁰ Ayni, C:4, s. 477.

⁵³¹ Ben Davud, s. 78.

⁵³² Ben Davud, s. 78, Fudail, Sâad, Şerh-ü Kanun-ül Ūsrâ, Cezayir, el-Muasesâh el-vataniyâh Lilkitab,

- Yargıdan evlenme izni istemek; Mahkeme başkanı, iki eşin rızasının bulunduğundan emin olursa ve koca meşru gerekçeyi, adaleti sağlama kabiliyetini ve evlilik hayatı için gerekli şartları ispat ederse, o zaman hâkim kocanın sunduğu gerekçeleri değerlendirir. Mahkeme başkanı kocanın gösterdiği sebepleri kabul ederse yeni evliliğe izin verir, kabul etmezse izin vermez. Bu evlilik çok evlilik isteyen kişiye kanunen yasaktır. Mahkeme başkanı, çok eşlilik isteyen kişinin ileri sürdüğü sebepleri değerlendirmekte ve evliliğe izin vermekte serbesttir⁵³³.

Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun 8. maddesinde birden fazla kadınla evlenmek isteyen kişi için yukarıda belirtilen şartları düzenlerken, bu şartların bulunmamasının evlilik akdinin geçerliliğine olan hükmüne temas etmemiş ve bu şartlar bulunmaksızın yapılan evliliği geçerli saymıştır. Ancak CAK'nun 53/6.maddesi⁵³⁴ uyarınca, bu şartların oluşmaması halinde kadın bundan zarar gördüğünü ileri sürerek boşanma talebinde bulunabilecektir. Bu yönde 26/09/1995 tarihinde Yargıtay Aile ve Miras Dairesi'nden sâdır olan bir kararda şu tespitler yer almaktadır: “CAK'nun 8. maddesi, kocanın haber vermeksizin ikinci bir kadınla evlenmesi durumunda, mevcut eşe boşanma talebinde bulunma hakkı vermektedir, çünkü bu durumun mevcut eşe zarar verdiği kabul edilir”⁵³⁵.

iii. Değerlendirme

Cezayir yasa koyucusu, ilke olarak çok eşliliği kabul etmesi bakımından İslam hukuku ile mutabık kalmıştır. İslam hukukçuları, çok eşliliğe getirilen kısıtlamaların üç tane olduğu konusunda hemfikirdir: Şeri'at ile belirlenen sayıya uyma zorunluluğu, adaletin sağlanması ve infak kabiliyeti olmasıdır. Bu kısıtlamalarla ilgili dikkat çeken husus, İslam toplumu arasında çok eşlilik olgusunun yayılmasına yardımcı olan esnek olmalarıdır. Hanbeliler buna kendilerini ayıran dördüncü bir kısıtlama daha eklemişlerdir ki bu da başka bir kadınla evlenmemesi şartıdır.

İslam hukuku fakihlerinin çoğu, çok eşliliğin yargı denetimine tabi tutulması çağrısı, mantıktan yoksun olması ve İslam fıkında kesin delil nasları ve âlimlerin üzerinde ittifak ettiği hükümlerle çelişmesi nedeniyle bu çağrıya önem vermemiştir.

CAK çok eşlilik konusunu düzenlemiş ve buna dördü İslam hukukundan etkilenen yedi kısıtlama getirmiştir. Bu kısıtlamalar, dörtten fazla kadının bir araya getirilmemesi,

1986, s. 3.

⁵³³ Bkz; **Delandah, Yousef**, Delil el-Mütakazi Fi Maddet Şuûn el-Üsrâh, Cezayir, Dar Humma, 2007, s. 29.

⁵³⁴ CAK'nun 53/6.maddesi: “Kadın aşağıdaki nedenlerle boşanma talebinde bulunabilir: 8. Madde hükümlerinin ihlali”.

⁵³⁵ Yargıtay A. M. D, 26/09/1995, D/N 122443.

Cezayir yasa koyucusunun yaşam için gerekli koşulları sağlama yeteneği olarak ifade ettiği infak kabiliyeti, eşler arasında adalet ya da adalet niyetinin koşullarını sağlama olarak bilinen şartın yanı sıra başka kadınlarla evlenmeme şartı ile temsil edilmektedir. Diğer üç kısıtlama ise, geçerli bir sebep bulunması, hem eski hem de sonraki eşin haberdar edilmesi ve kocanın evliliğe izin vermek için mahkeme başkanından izin alması ile temsil edilmektedir.

Dikkat edilirse Cezayir yasa koyucusunun bu konudaki amacı çok eşliliği engellemek ve pratik hayatta nadiren ulaşılabilen bir dizi kısıtlamaya bağlı kalarak uygulamayı aksatmak yönünde olmuştur. Bu eğilimin nedeni, Cezayir'in, en önemlisi CEDAW (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi) olmak üzere, çok eşlilik fikrini bir bütün olarak reddeden uluslararası nitelikteki antlaşma ve sözleşmeleri onaylamış olmasıdır.

F. Nikâh Akdinde Denklik (Kefaet) Şartı

Sözlükte eşitlik, benzer olma, denk olma gibi anlamlara gelen kefaet; aile hukukunda, evlenecek erkeğin belirli hususlarda kadın ile eşit veya ondan aşağı olmamasını ifade eder. Kefaetin varlığı evliliğin istikrarını temin eden bir unsur olarak kabul edilir ve ihlali veya kaybı halinde evlilik birliği ciddi ölçüde zarar görür⁵³⁶.

CAK'da, kefaet ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu noktada 222.maddenin göndermesiyle İslam hukuku kuralları gündeme gelecektir. HAK ise 45 ilâ 52.maddelerinde bu hususu düzenlemiştir. Buna göre, bu başlık altında denklik konusunda HAK'de öngörülmüş olan hükümler İslam fıkhi ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

i. İslam Hukukunda

Evlilikte kefaet şartının aranması konusunda İslam hukukçularının farklı görüşleri bulunmaktadır. Bu görüşler iki başlık altında toplanabilir: Buna göre, "*Allah katında en değerli olanınız O'na itaatsizlikten en fazla sakınanınızdır*", "*insanlar, tarak dişleri gibi birbirlerine eşittirler*", "*Arabın takva dışında yabancıya bir üstünlüğü yoktur*" gibi ayet ve hadislerle dayanarak, Hasen Basri ve et-Tahavî gibi bazı hukukçular evlilikte kefaetin şart olmadığını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca onlara göre evlilikte kefaet şart olsaydı, bunun kısasta da aranması gerekecekti⁵³⁷.

"*Ey Ali, üç şeyi geciktirme! Namazı vakti girince hemen kıl, cenaze namazını hemen kıl! Dul veya kızı, küfvü isteyince, hemen evlendir!*" hadisine istinaden İslam hukukçularının

⁵³⁶ Ebu Zehra, s. 163, bkz; Türkan, s. 283.

⁵³⁷ Ebu Zehra, s. 165, bkz; Türkan, s. 284.

çoğunluğu kefaeti evliliğin şartları arasında kabul etmişlerdir. Ancak bu hukukçular, kefaetin ölçülerinde ihtilafa düşmüşlerdir. Buna göre, Hanefilere göre söz konusu hususlar; soy, dindarlık, İslam'a girişte öncelik, hürriyet, servet (mal) ve meslektir. İmam Malik ise, denkliği dindarlıkla evliliğe engel olacak ve muhayyerliği gerektirecek kusurlardan sâlim olma hususlarıyla sınırlandırmıştır. Şafilere kefaet ölçüleri konusunda Hanefilere çok yaklaşmış ve hemen hemen aynı kıstasları zikretmişlerdir. Bu bağlamda Şafilere göre söz konusu hususlar şunlardır; soy, dindarlık, hürriyet, meslek, iyi ahlak, evliliğe engel olacak ve muhayyerliği gerektirecek kusurlardan sâlim olma. Hanbeliler ise, şu hususlarda kefaeti aramışlardır; soy, dindarlık ve iffet, meslek ve servet⁵³⁸.

Kefaet şartının sıhhat mi yoksa lüzum şartı mı olduğu konusunda İslam hukukçuları ihtilaa düşmüşlerdir. Bu bağlamda, Hanefiler ve Malikiler, kefaeti lüzum şartı olarak kabul etmiştir. Buna göre, tam ehliyetli kadın kendisine denk olmayan biriyle evlenir ve velisi de bu evliliğe razı olursa, nikâh akdi geçerli olacaktır; aksi durumda ise akit geçerli olmakla birlikte velînin evliliğe itiraz etme ve evliliği feshettirme hakkı vardır.

Kefaeti sıhhat şartı olarak kabul eden hukukçulara göre, tam ehliyetli kadın kendisine denk olmayan biriyle evlenir ve velisi bu evliliğe razı olmazsa, yapılmış olan nikâh akdi geçerli olmayacaktır⁵³⁹.

ii. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde

HAK, kefaet konusunu üçüncü faslın 45 ilâ 50.maddeleri arasında düzenlemiştir. Buna 45.maddede şu hüküm yer almaktadır: “*Mal ve hırfet gibi hususlarda erkeğin kadına küfv olması nikâhın lüzûmunda şarttır. Malda kafâet zevcin mehr-i muacceli îtâyâ ve zevcenin nafakasını tedârîke muktedir olmasıdır. Hırfetde kefâet zevcin sülûk ettiği ticaret veya hizmetin şerefce zevce velîlerinin ticaret veya hizmetleriyle mütekarib olmasıdır*” Bu hükümle evlenecek kişiler arasında sosyal ve ekonomik seviye bakımından belirli bir denkliğin veya yakınlığın varlığı şart koşulmuştur.

Başka bir ifadeyle; HAK, kefaeti evliliğin şartlarından biri olarak kabul etmiş ve bu denkliğin mal (servet) ve meslekte olacağını hüküm altına almıştır. Bu maddeyle HAK, mal (servet) hususunda kefaeti, kocanın eşinin mehr-i muaccelinin verebilmesi ve nafakasını temin edebilmesi ile; meslek sahibi olma hususunda ise kocanın uğraştığı ticaret veya hizmetin, eşinin velîlerinin uğraştığı ticaret veya hizmete şeref bakımından yakın olması ile

⁵³⁸ İbn Kudâme, C:9, s. 391, bkz; Karaman, s. 320-321, bkz; Cin, s. 163-164.

⁵³⁹ Türkan, s284, bkz; Karaman, s. 321.

sınırlandırmıştır⁵⁴⁰.

HAK'nin 46.maddesi uyarınca kefaet, nikâh akdinin başında aranır, ancak 48.madde uyarınca veli tam ehliyetli kızını kendi rızasıyla kefaet şartını taşımadığını bilmediği bir erkek ile evlendirirse ve bu durum evlilikten sonra ortaya çıkarsa hiç kimse kefaete istinaden evliliği feshettiremez. Ancak akit esnasında kefaet şartı ileri sürülmüş veya evlenilecek erkek evlilikten önce kızın dengi olduğunu bildirmiş ise hem velî hem de kız, kefaetin bulunmadığını ileri sürerek akdin feshi için hâkime başvurabilir⁵⁴¹. Hâkim ancak hamileliğin ortaya çıkmasından önce kefaetin bulunmaması gerekçesiyle nikahı feshedebilir. Velinin bu duruma rızasının olması ise fesih hakkını düşürür⁵⁴².

iii. Değerlendirme

Cezayir yasa koyucusu, Osmanlı yasa koyucusundan farklı olarak, kefaet (denklik) konusunu ele almamıştır. HAK'de denklik konusunu düzenleyen maddeler incelendiğinde, Osmanlı yasa koyucusunun evlilikte mesleki ve maddi denkliği lüzum şartı olarak kabul ettiği görülmektedir. Maddi denklik için erkeğin mehri ödeyebilecek ve karısının nafakasını sağlayabilecek bir mali güce sahip olması yeterlidir. Mesleki denklik ise, eşinin velilerinin kendi meslekleriyle benzerlik gösteren bir meslekle uğraştığı anlamına gelir. Bu şartlar yerine getirilmeden ve velinin izni alınmadan gerçekleşen bir evlilik anlaşması durumunda, velinin hâkimden bu evliliğin iptal edilmesini talep etme hakkı vardır.

Kanaatimizce, Cezayir yasa koyucusunun denklik konusunu düzenlememesi, toplumun gelişimi ve kadın erkek eşitliğine yönelik modern yaklaşım üzerindeki etkisinden kaynaklanmaktadır. Bu denklik meselesinin ortadan kaldırılmasına katkıda bulunan çeşitli faktörler olabilir, bunlar arasında şunlar yer almaktadır:

- Cezayir'in Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'ni (CEDAW) imzalaması: Cezayir'in bu uluslararası sözleşmeyi imzalaması, toplumsal cinsiyet eşitliğini ve kadın haklarını teşvik etmeyi amaçlamıştır. Bu sözleşmeye bağlılığının bir parçası olarak, aile kanunları eşitlik ilkelerine uyacak ve kadınlara karşı ayrımcılık biçimlerini yasaklayacak şekilde değiştirilmiştir.
- Toplumsal farkındalığın gelişimi: Cezayir, kadın hakları ve eşitliği konusunda toplumsal farkındalığın artmasına tanıklık etmiştir. Aile de dâhil olmak üzere her

⁵⁴⁰ Bkz, Aydın, s. 176, bkz; Cin, s1. 66.

⁵⁴¹ HAK. md.48.

⁵⁴² HAK. md.50.

alandaki toplumsal cinsiyet eşitliği için çağrılar yükselmiştir. Bu toplumsal farkındalık, toplumun denklik kavramının kaldırılması ve eşler arasında daha fazla eşitlik sağlanması yönündeki baskısına katkıda bulunmuştur.

- Yasal Değişiklikler ve Reformlar: CAK 'nda kadın haklarını ve toplumsal cinsiyet eşitliğini teşvik etmek amacıyla değişiklikler yapılmıştır. Denklik düşüncesini destekleyen bazı maddeler yürürlükten kaldırılmış ve eşler arasında hak ve görevlerde eşitlik sağlamak için hükümler değiştirilmiştir.

Bu görüşü desteklemek üzere, Cezayir'in Aile Kanunu'nda yer alan ve daha sonra iptal edilen 39. maddenin içeriği oldukça önemlidir. Bu madde, kadının kocasına itaat etmek ve aile reisi olarak ona saygı göstermek zorunluluğunu öngörüyordu. Ancak Cezayir'in 1996 yılında CEDAW Antlaşmasını onaylaması ve kadın-erkek eşitliğini savunan feminist hareketlerin etkisiyle, Cezayir yasa koyucusu bu maddenin yürürlükten kaldırılmasına karar vermiştir. Bu değişiklik, Cezayir hükümetinin kadınların toplumsal ve hukuksal statüsünde bir değişimi yansıtır. CEDAW Antlaşması, kadınların insan haklarının tam ve eşit bir şekilde korunmasını sağlamayı amaçlar ve kadın-erkek eşitliğinin teşvik edilmesini hedefler. Cezayir'in bu antlaşmayı onaylaması, kadın haklarının güvence altına alınması ve toplumda eşitliğin sağlanması yönündeki taahhütlerini vurgular. Feminist hareketlerin etkisi değişen toplumsal değerlerin bir yansımasıdır. Toplumun kadın-erkek eşitliği konusundaki bilinçlenmesi ve kadınların haklarını talep etmeye yönelik mücadeleleri, Cezayir yasa koyucusunun bu konuda daha ilerici adımlar atmasına neden olmuştur.

G. Tıbbi Muayene Şartı

Evlilik öncesi tıbbi muayene, eşlerden her birinin genel sağlık durumunun incelenmesi ve kronik, bulaşıcı veya salgın hastalıkların veya benzerlerinin varlığının tespit edilmesi anlamına gelir. Evlilik öncesi muayene genellikle yaygın bulaşıcı veya genetik hastalıkların tespiti ile sınırlıdır⁵⁴³.

HAK konuyla ilgili herhangi bir değerlendirme yapmamışken, CAK bu konuyu 7.maddesinde düzenlemiştir. Bundan ötürü, bu başlık altında Cezayir yasa koyucusunun değerlendirmeleri İslam fihhi ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

⁵⁴³ Kema, Taha Müslim, ed-Sevâbitü'l Ş-Şer'iyâh Listinbat el-Ahkâmü'l f-Fikhiyâh Lil-n Nevazîl el-Mû'asirâh, (Doktora Tezi), Kahire Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 557.

i. İslam Hukukunda

Evlilik öncesi tıbbi muayene konusunda çağdaş bilim adamları ve araştırmacılar farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bu görüşler şu şekilde özetlenebilir:

- İlk görüş; Bu görüşe göre devlet başkanı, evlenecek herkesin tıbbi muayeneden geçirilmesini zorunlu kılan bir yasa çıkarabilir ve böylece tıbbi olarak evliliğe uygun olduğunu kanıtlayan bir sağlık raporu verilene kadar evlilik yapılamaz⁵⁴⁴.

Bu görüşü benimseyenlerin ileri sürdükleri deliller şunlardır:

- “...Rabbim! Bana tarafından temiz bir nesil ihsan eyle! Kuşkusuz sen duayı işitmektesin”⁵⁴⁵ ayetidir. Bu ayetten hareketle, nesli muhafaza etmenin İslam şeriatının gözettiği beş temelden biri olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla gelecek neslin kusurlu olmamasını talep etmekte herhangi bir zarar yoktur. Buna göre, zürriyet, deforme olmuş, organları eksik ve nodülleri gelişmişse gözleri aydınlatacak ve salih olmaz. İşte tüm bu hastalıklardan ancak tıbbi muayene ile kaçınılabılır⁵⁴⁶.
- “Hastası olan onu sağlıklı olandan ayrı tutsun” hadisi bulaşıcı hastalığa yakalananlardan uzak durmayı emretmiştir. Bu ise ancak tıbbi muayene ile bilinebilir. Dolayısıyla, tıbbi muayene, İslam hukukuna ve evliliğin amaçlarına aykırı değildir. Nitekim sağlıklı insanların nikâhı, hastaların nikâhından daha uzun sürer ve erkekle kadın birbirlerine sağlık açısından bir zarar vermemiş olurlar⁵⁴⁷.
- İkinci görüş; Bu görüşü benimseyenlere göre, hiç kimse genetik test yaptırmaya zorlanamaz. Ancak insanlar genetik testin önemi hakkında çeşitli şekillerde teşvik edilebilir ve bilinçlendirilebilirler.

Bu görüşü benimseyenler delil olarak şunu da ileri sürmüşlerdir; Hz. Peygamber bir hadiste şöyle buyurmuştur; “Size, ahlak ve dininden hoşlandığınız biri gelirse onu evlendiriniz. Eğer evlendirmezseniz yeryüzünde fitne ve büyük bir fesat olur”⁵⁴⁸. Bu hadiste dinden ve ahlaktan bahsedilmiş, ancak sağlıktan bahsedilmemiştir⁵⁴⁹.

Ancak ilk görüşün daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz, çünkü

⁵⁴⁴ **Ahmet, Abdülhalim**, Ahkamü'l Üsrâh Fi el-Fıkıhü'l İslamî, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Fikr el-Cami'i, 2009, s. 122.

⁵⁴⁵ Al-İmran, 3/38.

⁵⁴⁶ **Belhâj**, s. 152.

⁵⁴⁷ **Belhâj**, s. 115.

⁵⁴⁸ İbni Mace, Nikâh, 46

⁵⁴⁹ **Djizani, Muhammed İbn Hüseyin**, Fıkıhü'n Nevazil, 2.Baskı, Suudi Arabistan, Darü İbn Cevziyâh, 2006, s. 346.

- Malikîler, Şafîîler ve Hanbelîler, zührevî veya bulaşıcı hastalıklar dâhil olmak üzere, kusur nedeniyle ayrılma hakkının eşlerin ortak hakkı olduğunu ve her birinin, partnerinde bir kusur bulması halinde, hâkimden ayrılmayı talep etme hakkına sahip olduğunu kabul etmişlerdir⁵⁵⁰.
- Hanefîler, kadının, kocasında cinsel ilişkiye girmesine engel bir kusurun bulunması halinde evliliği reddetme hakkına sahip olduğunu savunurken, Zahirîler, eşlerden birinin kusurundan dolayı ayrılığın olamayacağını ileri sürmüşlerdir⁵⁵¹.
- Ayrıca evlilik öncesi tıbbî muayene, nesli muhafaza amacına matuf olduğundan, Cenab-ı Hakk'a olan tevekkül ile çelişmez.
- "*İslam'da ne zarar vermek ne de zarara maruz kalmak vardır*"⁵⁵² hadisi, ilgili kişide mevcut olan hastalığın evliliğe ve çocuklara yönelik tehlikesinin ve bulaşma riskinin bildirilmesini gerektirir⁵⁵³. Dolayısıyla kanaatimizce en doğrusu, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek ve gelecek nesilleri genetik hastalıklardan korumak amacıyla, evlilikten önce tıbbî muayeneyi zorunlu kılmaktır. Nitekim şeriat evliliğin amaçlarının gerçekleşmesini hedeflemektedir ve tıbbî muayene bunun teminine hizmet etmektedir.

ii. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, tıbbî muayene şartını CAK'nun mükerrer 7.maddesinde düzenlemiştir. İlgili madde gereğince; *"Evlenmek isteyenlerin, evlilik için tehlike oluşturabilecek herhangi bir hastalık veya faktörden ari olduklarını kanıtlayan, üç aydan eski olmayan bir sağlık raporu sunmaları gerekir.*

Noter veya nüfus memuru, evlilik akdini yapmadan önce, her iki tarafın tıbbî muayeneden geçmesini ve böylece evliliğe tehdit veya engel teşkil edebilecek herhangi bir hastalık veya etkenden tarafların haberdar olmasını sağlamalıdır. Bunun evlilik akdinde belirtilmiş olması gerekir.

Bu madde hükümlerinin uygulanmasına ilişkin şartlar ve usuller kararname ile belirlenecektir"

Bu maddenin birinci fıkrasında yer alan hükme göre, evlenmek isteyenlerin, evliliğe

⁵⁵⁰ İbn Kudâme, C:7, s. 597.

⁵⁵¹ İbn Hazm, C:10, s. 109.

⁵⁵² Beyhakî, Sulh, 11384.

⁵⁵³ Belhâj, s. 115.

engel teşkil edecek herhangi bir hastalıktan veya tehlike oluşturabilecek her türlü faktörden ari olduklarını gösterir üç ayı geçmemek üzere sağlık raporunu ibraz etmeleri zorunludur. Ayrıca ikinci fıkrada, evlilik akdinde belirtilmesi kaydıyla, noter veya nüfus memurunun, evlilik akdini yapmadan önce, iki tarafın tıbbi muayeneden geçtiklerinden ve evliliğin amaçlarıyla çatışabilecek herhangi bir hastalık veya faktörden haberdar olduklarından emin olmaları gerekmektedir. Buna göre, noter veya nüfus memuru, taraflardan birinin veya her ikisinin muayene olduklarını ve evliliği tehdit eden hastalıklardan ari olduklarını gösteren bir sağlık raporu ibraz etmemeleri durumunda evlilik akdini düzenlemekten imtina etmelidir.

Noter veya nüfus memuru, bu şartı ihmal ederek evlilik akdini yaparsa, 06-154 sayılı Kararname'nin⁵⁵⁴ 6. maddesi uyarınca idari ve cezai yaptırımlara tabi tutulabilir. Bu madde gereğince; *"Evlenmek isteyenler bu kararnamede öngörülen sağlık raporunu sunmadıkça, noter veya nüfus memuru, evlilik sözleşmesini düzenleyemez"*

Ancak, nüfus memuru veya noter hukuk kurallarına uymaz ve sağlık raporu ibraz etmeden evlilik akdini düzenlerse, evlilik akdi şeriata göre sahih ve geçerli sayılır. Zira sağlık raporu sunulmadan evlilik akdi yapılmasından ortaya çıkacak sonuçlar, CAK'nun mükerrer 7. maddesinde ve bu madde hükümlerinin uygulanmasına ilişkin şartları ve usulleri ihtiva eden Kararname'de öngörülmemiştir. Ancak bu durumda zarara uğrayan taraf, CAK'nun 53/2⁵⁵⁵ maddesi uyarınca, eşinin hastalığını gizlemesine dayanarak, *"kusur, hastalık veya kişinin temel özelliklerinden birinde hata"* nedeniyle boşanma talebinde bulunabilir.

Anılan kararnamenin⁵⁵⁶ 7.maddesi uyarınca; *"Noter veya nüfus memuru, her iki tarafı da aynı anda dinleyerek, her birinin yaptırdığı muayenelerin sonuçlarını ve sağlıklarına engel olabilecek hastalık veya tehlike oluşturabilecek etkenleri bildiklerinden emin olmalı ve bunu evlilik akdinde belirtmelidir. Noter veya nüfus memuru, ilgililerin iradesine aykırı olarak tıbbi nedenlerle evlilik akdini yapmayı reddedemez"*. Bu maddeye göre noter veya nüfus memuru, akdin taraflarından birinin hile veya dolandırıcılığa maruz kalmaması amacıyla ve bu kapsamda taraflara evlilik akdini tamamlama veya ondan çekilme konusunda tam bir serbestiyet sağlamak gayesiyle, yapılan tıbbi muayenelerin sonuçlarından her iki tarafın da haberdar olmasını sağlamalıdır.

⁵⁵⁴ 11/05/2006 tarihli ve 06-154 sayılı CAK'nun mükerrer 7. madde hükümlerinin uygulanmasına ilişkin şartları ve usulleri belirleyen Kararnamesi.

⁵⁵⁵ CAK'nun 53/2.maddesi: "Kadın aşağıdaki nedenlerle boşanma talebinde bulunabilir:..... Evliliğin amacına ulaşmasını engelleyen kusurlar".

⁵⁵⁶ 11/05/2006 tarihli ve 06-154 sayılı CAK'nun mükerrer 7. madde hükümlerinin uygulanmasına ilişkin şartları ve usulleri belirleyen Kararname.

CAK'nun mükerrer 7. maddesinden anlaşılmaktadır ki; tıbbi muayene, eşleri genetik hastalıklardan ve evliliğin amacının gerçekleşmesini engelleyebilecek diğer hastalıklardan korumak amacını taşımaktadır. Buna ek olarak, bu maddede tıbbi muayenenin zorunlu olduğu belirtilmekle birlikte muayene in'ikad şartları arasında sayılmamıştır. Çünkü bu şart olmadan yapılmış olan evlilik akdi, sahih ve geçerli olarak kabul edilir.

iii. Değerlendirme

İslam Hukuku ve Cezayir Aile Kanunu'ndaki evlilik öncesi tıbbi muayene gerekliliği konusu, farklı görüşler ve hukuki düzenlemelerle ele alınmıştır. İlk olarak, İslam Hukuku'nda evlenme öncesi tıbbi muayene zorunluluğunu savunan bir görüş, nesli muhafaza amacını ve sağlığı korumayı vurgular. Bu görüş, İslam şeriatının beş temelinden biri olarak sağlıklı bir neslin korunmasını önemser ve tıbbi muayenenin bu amaca hizmet ettiğini savunur. İslam'da zarar vermeme ilkesi de tıbbi muayenenin gerekliliğini destekler.

Diğer bir görüş ise genetik testlerin zorunlu olmadığını savunurken, insanların bilinçlendirilmesi gerektiğini ileri sürer. Bu görüş, İslam peygamberinin ahlak ve dinin öncelikli olduğunu vurgulayan bir hadisini temel alır. Ancak bu görüş, sağlığın önemini göz ardı ettiği eleştirilerine maruz kalabilir.

Cezayir Aile Kanunu ise evlilik öncesi tıbbi muayeneyi zorunlu kılan bir düzenlemeye sahiptir. Bu düzenlemeye göre evlenmek isteyenler, üç aydan eski olmayan bir sağlık raporu sunmak zorundadır. Ayrıca noter veya nüfus memuru, evlilik akdini yapmadan önce tarafların tıbbi muayenelerden geçtiğini ve sağlık açısından engel teşkil eden bir durum olup olmadığını doğrulamalıdır. Bu kurallara uymayan noter veya nüfus memuru ise idari ve cezai yaptırımlarla karşılaşabilir.

Bu düzenleme, sağlığın korunması ve evliliğin amaçlarının gerçekleştirilmesi açısından önemli bir adım olarak değerlendirilebilir. Ancak, bu zorunluluğun kişisel özgürlüklere müdahale olarak görülme potansiyeli bulunabilir. Ayrıca, tıbbi muayenenin detayları ve hangi hastalıkların engel teşkil edeceği gibi konuların netleştirilmesi önemlidir.

Nitekim İslam Hukuku'ndaki farklı görüşler ve Cezayir Aile Kanunu'ndaki düzenlemeler göz önüne alındığında, evlilik öncesi tıbbi muayenenin sağlık ve ahlaki nedenlerle savunulabilir olduğu ancak kişisel özgürlüklere saygı gösterilerek dengeli bir şekilde uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir. Bu düzenlemenin, sağlık ve ahlaki değerleri gözetirken bireylerin haklarına saygı duyulmasını sağlaması amaçlanmalıdır.

3.1.4.1.2. Şekli Şartlar

Yukarıda da zikredildiği gibi, şekli şartlar gerekli idari belgelerin ibraz edilmesi ve verilerin yetkili memur tarafından kaydedilmesi suretiyle nikâh akdinin tescili ve ispatı maksadıyla idari ve organizasyonel prosedürlerin takip edilmesi gerekliliği ile ilgili konuları ifade eder. Buna göre, bu başlık altında her iki kanunda evlilik akdinin tescil ve ispat işlemlerinin nasıl düzenlendiği üzerinde durulacaktır.

A. Evlilik Akdinin Tescil ve İspat İşlemleri

Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun 18.maddesi aracılığıyla, evlilik akdini akdedecek yetkili makamları nüfus memuru veya noter olarak belirlemiştir. Bu bağlamda, CAK'nun 18.maddesinde şu hüküm yer almaktadır; *"Bu Kanunun mükerrer 9 ve 9.maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla, nikâh akdi, noter veya nüfus memuru önünde yapılır"*. Buna ek olarak, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 71.maddesinde; *"Evlilik akdi, evlenecek kişilerin her ikisinin veya birinin ikametgâhında veya içlerinden birinin evlilik tarihine kadar en az bir ay sürekli olarak ikamet ettiği yerde bulunan nüfus memuru veya hâkim tarafından yapılır. Bu mühlet vatandaşlar için geçerli değildir "* hükmü eklenmiştir.

CAK'nun 21.maddesi uyarınca; *"Evlilik akdini tescil işlemlerinde Nüfus Hizmetleri Kanunu hükümleri uygulanır"*.

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 72.maddesine göre, evlilik akdi nüfus memuru önünde yapılırsa, bu durumda nüfus memuru bu akdi nüfus siciline geçirir ve aile cüzdanını eşlere teslim eder. Ancak evlilik akdi noter önünde yapılırsa, bu durumda noter evlilik akdini düzenleyerek eşlere teslim eder, bunu müteakip 3 gün içinde akdin özetini nüfus memuruna gönderir. O da özetin alındığı tarihten itibaren 5 gün içinde nüfus siciline bunu kaydeder. Nüfus memuru evlilik akdini kaydettikten sonra eşlere aile cüzdanını verir.

CAK tadil edilmeden önce, 22.madde şu hükmü ihtiva etmekteydi; *"Evlilik, nüfus sicilinden alınacak bir belge ile ispat edilir. Tescil edilmeyen evlilik eğer bu kanunda belirtilen şartları taşıyorsa mahkeme kararıyla ispat edilir ve nüfus siciline kaydedilir"*. Ancak daha sonra ilgili hüküm şu şekilde tadil edilmiştir; *"Evlilik, nüfus sicilinden alınacak bir belge ile ispat edilir. Eğer tescil edilmemişse ve bu kanunda öngörülen unsurları da taşıyorsa mahkeme kararıyla ispat edilir. Evliliği tespit eden kararın, Cumhuriyet Savcılığının inisiyatifıyla nüfus siciline kaydedilmesi gerekir"*

CAK'nun muaddel 22. maddesinin getirdiği yenilik, Cumhuriyet Savcılığının

inisiyatifıyla evliliği tespit eden kararı nüfus siciline kaydetme zorunluluğudur. Zira bu madde tadil edilmeden önce, tescil edilmemiş olan evlilik, eşlerin talebi üzerine mahkemelerde bulunan nüfus sicillerinde tespit edilmekteydi. Bu, mahkeme kararıyla tespit edilmesine rağmen, evliliğin örfi kalmaması için tescil edilerek kutsallığının korunması adına Cumhuriyet Savcılığının rolünün etkinleştirilmesi yönündeki gelişmelerden biridir⁵⁵⁷.

HAK ise, 37.maddede bu bağlamda şu hükme yer vermiştir.: “*Esna-yı akidde hâtip ve mahtûbeden birinin ikâmetgâhı bulunan kazâ hâkimi veya bunun izinnâme-i mahsus ile me’zun kıldığı nâib hazır bulunup akidnâme-yi tanzim ve tescil eder*” Bu hüküm uyarınca akdin kaza hakimi veya hakimın atadığı naip tarafından tanzim ve tescil edilmesi gerekmektedir.

Bu aşamada konuyla ilgili Osmanlı Devleti’ndeki uygulamaları temas edilmesi gerekmektedir. 1881 tarihli Sicill-i Nüfûs Nizâm-nâmesi ve 1914 tarihli Sicill-i Nüfus Kanûnu ile nikâh akdi daha düzenli hale getirilerek akitler üzerindeki devlet kontrolü arttırılmış, HAK’de ise bu kapsamda daha sıkı hükümlere yer verilmiştir.⁵⁵⁸ Bu bağlamda, HAK’ye ve onunla birlikte yürürlüğe giren 6 Rebiülevvel 1336/1Ocak 1918 tarihli *Hukuk-ı Aile Kararnamesine Müteallik Muamelat-ı İdariye Hakkında Nizamname*’ye göre evlilik şu şekilde yapılır: Evlenmek isteyen erkek ve kadın oturdukları mahalle veya köy ihtiyar heyetinden birer nikâh ilmühaberi alıp gerekli kişisel bilgileri doldurduktan sonra taraflardan birinin ikametgâhı kaza hâkimine verir. Taraflar evlilik şartlarını sağlıyor ise evlenme keyfiyeti mahkemece ilan edilir. Bu hususta belirtilmesi gerekir ki; kızın velîsinin izninin bulunmaması halinde, kaza hâkimi, velîyi mahkemeye davet eder ve itiraz sebeplerini dinler. Eğer bu sebepleri geçerli bulursa ilana izin vermez, aksi takdirde nikâh mahkemede veya başka bir mahkemede kıyılır.

Anılan prosedürlere aykırı olarak yapılan evlilik geçerli olmakla birlikte bu evliliği yapan kişiler bazı cezai yaptırımlara tabi tutulmuştur. Ceza kanununda yapılan bir tadil⁵⁵⁹ ile kanuna aykırı olarak yapılan bir evliliğin neticesinde koca ile varsa tarafların vekilleri bir aydan altı aya kadar, şahitler bir haftadan altı aya kadar, yetkisiz şekilde nikâhı kıyan imamlar ise bir aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır⁵⁶⁰.

Nikâh akdinde bulunması gereken bilgiler anılan Nizamname’nin 1 ilâ 13.maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, nikâh akdinde; tarafların ve şahitlerin isimleri,

⁵⁵⁷ Bkz, **Ben Davud**, s. 103.

⁵⁵⁸ **Aydın**, s179.

⁵⁵⁹ Kânûn-I Cezânın 200. Maddesinin 19 Rebiu’l-Âhir 1332 Tarihli Zeyli Sânisini Muaddil Kararnâme, Md. 1, Bkz; **Öge, Ali**, Osmanlı Hukuk-I Aile Kararnamesi, 5.Baskı, Mehir Vakfı Yayınları, Konya, 2017, s. 104.

⁵⁶⁰ **Yurtseven**, s. 231.

mehrin miktarı, -eğer varsa- akit esnasında ileri sürülen şart/şartlar ve hazır bulunanların imzaları bulunmalıdır⁵⁶¹.

i. Değerlendirme

Evlenme için resmi makamlara başvuru, başvurunun kanuna uygunluğunun denetlenmesi ve evlenme izninin verilmesi, nikâhın usulüne uygun akdedilerek resmi kayıt altına alınması şeklindeki idare işlemler her iki kanunda da yer almıştır. CAK ve HAK tescil edilmeksizin nikâhın kıyılmasını suç olarak kabul etmiş ve bu şekilde yapılmış olan nikâhı batıl saymıştır. Evliliği tescil işlemi tamamlanınca CAK evlilik ile ilgili belirlenen ayrıntıları ihtiva eden bir “Aile Cüzdanı”nın taraflara verilmesini düzenlemişken, HAK konuyla ilgi herhangi bir hükme yer vermemiştir.

3.1.5. Şarta Bağlı Nikâh Akdinin Hükümleri

Evlilik akdi, satış sözleşmesinde bilinen şart muhayyerliğine tabi değildir. Başka bir ifadeyle, nikâhın akdedildiği an itibarıyla taraflardan biri veya her ikisi belirli bir süre içinde muhayyer olmayı şart koşamaz. Zira evlilik, süreklilik ve lüzum üzerine kurulu olduğundan, bu muhayyerlik evliliğin temel niteliğine aykırıdır. Bununla birlikte, evlilik akdine başka şartlar da eklenerek, karşı tarafın kabul etmesi durumunda bu şartlar geçerli olabilir. Örneğin, kadının mehrin tamamını (müeccel) ödemek şartıyla "seninle evlendim" demesi gibidir.

Bu başlık altında şarta bağlı nikâh akdinin hükümleri hem fikhî hem de hukuki açıdan ele alınması gerekir.

3.1.5.1. İslam Hukukunda

Evlilik akdine eklenen şartlar, bir eşin diğer eşten akit veya tasarrufun öngördüğünden daha fazla bir yükümlülüğü yerine getirmesini talep etme amacını taşır. Bu bağlamda, evlilik akdine ilave edilen şart, temel akde eklenen bir unsur olarak nitelendirilir ve ikinci tarafça yerine getirilebilecek ve geleceğe dair etkileri olan bir niteliğe sahiptir⁵⁶².

Evlilik akdinin şartları, aşağıdaki şekilde tasnif edilebilir:

- Fakihlerin ittifakıyla yerine getirilmesi gereken şartlar: İyi geçinme şartı ve

⁵⁶¹ Aydın, s. 179.

⁵⁶² Mahran, Bilal Mahmut, Eş-Şurutü'l Mükhtarînâh Bia'kdi-z Zevac Fi el-Fıkıhü'l İslami, Mısır, Darü-s Sakafatü-l el-Arabîyâh, 1985, s. 15.

nafakanın ödenmesi gibi evlilik akdinin sağlıklı bir şekilde devam etmesi için önemli ve fakihler arasında hemfikir olunan şartlar bu kategoriye girer. Bu şartlar, eşlerin birbirlerine karşı sorumluluklarını yerine getirmelerini temin eder ve evlilik ilişkisinin adil ve dengeli bir biçimde yürütülmesini amaçlar.

- Evlilik akdinin gerekleri ve amaçları arasında yer alan diğer şartlar: Bu gruptaki şartlar, evlilik akdinin gereklilikleri ve amaçları doğrultusunda ek olarak akde dahil edilmek istenen şartları içerir. Kocanın mehri vermemesi şartı gibi bazı şartlar da bu kategoriye girebilir. Bu tür şartlar, evlilik akdinin taraflar arasında daha spesifik ve anlaşmalı bir biçimde gerçekleştirilmesine yöneliktir.
- Fakihlerin ihtilafa düştüğü şartlar: Bu grup, fakihlerin görüşlerinin ayrıldığı ve bazılarının uygun gördüğü, bazılarının ise uygun bulmadığı şartları içerir. Örneğin, bir erkeğin kadın ile başka biriyle evlenmemek ya da evlenmesi halinde kadınlardan birinin boş olması şartı gibi bu tür şartlar, farklı fakihlerin farklı yorum ve değerlendirmeleri sonucu ortaya çıkar.

3.1.5.1.1. Fakihlerin ittifakıyla Sahih Şartlar

Fakihlerin ittifakıyla kabul edilen evlilik akdinin şartlarını dört ana başlık altında ele almak mümkündür:

A. Evlilik Akdinin Gereği Olan Şartlar

Bu şartlar, evlilik akdinin temel yapı taşlarını ve akdin geçerliliği için zorunlu olan unsurları içerir. Örneğin, kadının evlilik evinde ikamet etmesi ve kocasının izni olmadan oradan ayrılmaması veya kocasından mehir ödeme istemesi gibi evlilik akdinin doğal sonuçları ve taraflara yüklediği hak ve sorumluluklar bu kategoriye dâhildir⁵⁶³.

Fıkıhçıların ittifakıyla geçerli kabul edilen bu şartlar, evlilik akdine eklenmeleri durumunda yerine getirilmeleri zorunlu olan hükümleri içermektedir. Çünkü bu şartlar, Kanun Koyucu tarafından düzenlenen evlilik akdinin hükümlerinden birini gerektirmekte ve akdin sonuçlarından biri haline getirmektedir. Dolayısıyla, bu şartlar, taahhüt eden taraf için akitte ileri sürülsün veya sürülmesin, yerine getirilmesi gereken zorunlu hükümlerdir⁵⁶⁴.

⁵⁶³ **Samar, Mahmut**, “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyîdî Şartlar”, HÜİFD, 18 (2) , 2018, ss. 501-526.

⁵⁶⁴ **Mahran**, s. 24.

B. Evlilik Akdinin Amacına Uygun Olan Şartlar

Bu şartlar, evlilik akdinin amacına uygun olan ve akitten doğan sonuçları güvence altına alarak yerine getirmeyi güçlendiren unsurları içerir. Örneğin, kadının veya velisinin, kocanın mehirin tamamını ödemesini garanti etmek veya kadının ihtiyaçlarını karşılamasını güvence altına almak için kocanın babasının kefil olmasını şart koşması gibi evlilik akdinin mali sonuçlarını güvence altına alacak şartlar bu grupta yer alır⁵⁶⁵.

Bu şart, evlilik akdinin temel hükümlerini teyit etmeyi amaçladığından dolayı, fakihlerin ittifakıyla geçerli bir şart olarak kabul edilmektedir. Bu şart, nikâh akdine ait önemli hükümlerin yerine getirilmesini sağlamayı ve bu hükümlerin mali sonuçlarını güvence altına almayı hedeflemektedir. Bununla birlikte, bu şartın varlığı, evlilik akdinin güçlü bir sosyal yapıya dayanmasına ve eşler arasındaki ilişkinin istikrarının korunmasına katkıda bulunabileceği düşüncesiyle Kanun Koyucu tarafından önemli görülmektedir⁵⁶⁶.

Bu tür şartlar, evlilik kurumunun işlevselliğini ve sağlamlığını artırmak amacıyla fıkıhçılar tarafından değerlendirilir. Fıkıhçılar, evlilik akdinin amacına uygun olup olmadığını ve evlilik birliğinin temel hedeflerini destekleyip desteklemediğini dikkate alarak bu tür şartların geçerliğini belirlerler. Ayrıca, toplumsal normlar ve örf adetlerle de uyumlu olması, bu şartların evlilik akdinde kabul edilmesi için önemli bir etken olarak gözetilir.

Evlilik akdindeki bu tür şartların, evlilik ilişkisinin istikrarını ve eşler arasındaki ilişkilerin dengesini koruma amacıyla değerlendirilmesi, İslam hukukunun sosyal ve ahlaki boyutunu güçlendiren bir unsurdur. Bu nedenle, fıkıhçılar arasında ittifakla kabul edilen ve evlilik akdine eklenen bu şartlar, toplumsal düzenin korunması ve evlilik kurumunun güçlendirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

C. Kanun Koyucunun İzin Verdiği Şartlar

Bu şartlar, Kuran, Sünnet veya icma ile geçerliliği kabul edilen şartlardır. Dolayısıyla eşlerden biri bu tür şartları ileri sürerse, fakihlerin ittifakıyla geçerli kabul edilir ve yerine getirilmesi gerekir⁵⁶⁷. Örneğin, kocanın boşanma yetkisinin kendi elinde olmasını şart koşması bu kategoriye örnek olarak verilebilir.

⁵⁶⁵ **Yusuf, Musa** Mouhammed, Ahkâm el-Ahvâl eş-Şahsîyâh Fi el-Fıkıh el-İslâmi, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Kutub el-Arabi, 1956, s. 30.

⁵⁶⁶ **Mahran**, s. 30.

⁵⁶⁷ **Mahran**, s. 31.

Ç. Örf Halini Almış Olan Şartlar

Akit yaparken insanların örf haline getirdiği ve genellikle taraflardan birinin yararına olan bazı şartlar mevcuttur. Bu tür şartlar, ne akit yapmanın gerekliliğinden doğan zorunluluklar ne de akitin uygunluğu için gerekli olan şartlar arasında yer almaktadır. Aksine, bu şartlar, akdin sonlandırılmasına yol açabilecek ve dolayısıyla geçerli kabul edilmemesi gereken şartlar olarak değerlendirilirler. Bu durum, bu şartların akdin doğal gerekliliklerine uymadığı ve bir tarafın özel menfaatine yönelik olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla, bu tür şartların geçerliliği reddedilmelidir. Ancak, bazı İslam hukukçuları, istihsan yönteminden hareketle, örfi uygulamaları "sahih şartlar" kategorisinde değerlendirmektedirler. Bu yaklaşıma göre, toplumun yerleşik geleneklerine uygun olan ve sosyal olarak kabul görmüş şartlar, evlilik akdine sahih şartlar olarak kabul edilebilir⁵⁶⁸. Örneğin, evlilik akdinin gerçekleştiği ülkedeki geleneğe göre, kadının mehrin tamamının veya yarısının peşin ödenmesini şart koşması, bu tür bir örfi uygulamaya örnek olarak verilebilir⁵⁶⁹.

Kanaatimizce bu tartışma, evlilik akdinin yapısını ve toplumun değerlerini göz önünde bulundurarak yapılmalı ve evlilik akdine eklenen şartların sosyal uyuma ve adil bir ilişki kurulmasına katkı sağlayıp sağlamadığı analiz edilmelidir. Fıkıhçılar, örfi uygulamaların evlilik akdine dâhil edilmesinin toplumsal faydalara uygun olup olmadığını dikkatlice değerlendirerek, evlilik kurumunun sağlıklı işleyişini temin etmeyi hedeflerler. Bu nedenle, örfi uygulamaların sahih şartlar olarak kabul edilip edilmemesi konusunda farklı hukuki görüşler vardır ve bu mesele üzerinde tartışmalar devam etmektedir.

3.1.5.1.2. Fakihlerin ittifakıyla Fasit Şartlar

Fasit şartlar, bir akdin geçersiz ve bozulmuş kabul edilmesine yol açan şartlardır. Bu tür şartlar iki farklı kategoride incelenmektedir: Evlilik akdinin doğal gereklilikleri arasında yer almayan ve akdin amacına uygun olmayan şartlar ile hukuki olarak (şer'an) yasaklanmış olan şartlar. Bu yasaklanmış şartlar, dini hükümlere veya ahlaki değerlere aykırıdır ve evlilik akdinin geçerli olarak kabul edilmesine engel olur. Bu nedenle, fasit şartlar evlilik akdinin hukuki geçerliliği ve sağlıklı işleyişi açısından büyük öneme sahiptir. Fakihler, evlilik akdine eklenen şartları bu açılarından titizlikle değerlendirerek, akdin geçerliliğini ve meşruiyetini

⁵⁶⁸ **İbn Nüceym**, el-Eşbah ve'n-nezâir 'alâ mezhebi Ebu Hanife enNu'man, Tahkik Eden; Zekeriya Umeyrât C:6, , Beyrut, Dâru'l-kütübi'l-İlmiyye,2010, s. 114.

⁵⁶⁹ **el-Ghandur**, s. 55.

temin etmeyi hedeflerler. Buna göre:

A. Evlilik Akdinin Gereği Olmayan Şartlar

Bu tür şartlar, nikâh akdinin gereğine ve amacına uygun olmayan, kanun koyucu tarafından izin verilmemiş ve örf olarak da kabul edilmemiş olan şartlardır. Bu şartlar, evlilik akdine eklenirse, fakihlerin ittifakıyla bu şartın geçersiz olduğu ve nikâh akdinin ise hukuki açıdan geçerli olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmaktadır. Örnek olarak, kadının kocasının izni olmadan dilediği zaman evden ayrılma hakkını şart koşması veya kocanın mehir ödememesini şart koşması gibi örnekler verilebilir. Bu tür şartlar, evlilik akdinin temel amaçlarına ve hukuki düzenlemelerine uygun olmadığından, evlilik akdine eklenmesi durumunda geçersiz kabul edilir ve evlilik akdi hukuki olarak geçerliliğini korur⁵⁷⁰.

B. Hukuken (Şer'an) Yasaklanan Şartlardır

Bu tür şartlar, yasa koyucunun açık ve kesin hükümlerle yasakladığı şartlar olarak nitelendirilmektedir⁵⁷¹. Örneğin, kadının kendi kocasını boşamasını şart koşması gibi durumlar⁵⁷², İslam hukukunda açıkça yasaklanmıştır. Bu tarz şartlar, nikâh akdinin doğal gereklilikleriyle uyumsuz ve evlilik akdinin temel amacına aykırıdır.

C. Üzerinde İhtilaf Bulunan Şartlar

Evlilik akdine eklenen şartlar, eşlerden birinin diğerine öne sürdüğü ve evlilik akdinin hükümlerine ne uygun ne de aykırı olan, kanun koyucunun özel bir hüküm belirlemediği ve şart koşan taraf için menfaat sağladığı şartlardır. Bu tür şartlar, evlilik akdinin esas amacı ve içeriği dışında kalan unsurlardır⁵⁷³. Örnek vermek gerekirse, kadının kocasından kendisiyle seyahat etmemesini veya başka biriyle evlenmemesini şart koşması gibi durumlar, evlilik akdinin temel hedeflerini etkilemeyen ve akdin doğal gereklilikleriyle uyumlu olmayan şartlardır. Bu tür şartlar, evlilik akdinin hukuksal açıdan geçerliğine veya geçersizliğine dair özel bir hüküm içermeyen durumlar arasındadır ve fıkıhçılar tarafından titizlikle

⁵⁷⁰ Ebu Zehra, s. 185.

⁵⁷¹ Seyyid, C:2, s. 35

⁵⁷² Ebu Hureyre'den gelen bir rivayete göre Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur; "*Hiçbir kadına, kız kardeşinin çanağındaki nimetin kendi kabına konması için, onun boşanmasını istemesi helâl olmaz*". Bu hadisten anlaşılır ki; anılan şart açık ve kesin bir nas ile yasaklanmıştır.

⁵⁷³ Mahran, s. 313.

değerlendirilmektedir⁵⁷⁴.

Fakihler bu tür şartların geçerliliği ve yerine getirilme zorunluluğu konusunda ihtilaf etmiş ve üç görüşe ayrılmışlardır. Buna göre;

İlk görüş: Bu şartlar geçerlidir ve yerine getirilmelidir. Kendisine şart koşulan kişi bu şartları yerine getirmezse, şart koşan kişi evlilik akdini feshetme hakkına sahiptir. Bu görüş; Ömer İbn-i Hattab ve bazı sahabe ve tabiinden nakledilmiş olup, Hanbeliler, Evzaî, İshak bin Raheveyh İbn-i Teymiyye ve İbn-i Kayyım'ın benimsediği görüşüdür⁵⁷⁵. Bu görüşü destekleyen deliller şunlardır;

- Ukbe İbn Amir'den gelen rivayete göre Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "*En başta yerine getirilmesi gereken şartlar, kadınları size helal kılmak için (nikâhta) koşulan şartlardır*"⁵⁷⁶. Bu hadisten anlaşıyor ki; nikâh şartlarının değeri ve saygınlığı çok büyük ve bağlayıcılığı oldukça yüksektir. Ne var ki, cinsel organlar ancak nikâh yoluyla eşlere helal kılınmıştır. Son derece hikmetli ve adil olan Allah ve Resulü, nikâhın şartlarının yerine getirilmesini özendirmiştir⁵⁷⁷.
- “*Müslümanlar, helali haram veya haramı helal kılan şartlar dışında, şartlarına bağlı tutulacaklardır*”⁵⁷⁸ hadise istinaden, nikâh akdine eklenen şartlar, haramları helal, helalleri de haram kılmıyorsa geçerlidir ve yerine getirilmesi gerekir.
- Eşlerden biri akit sırasında diğerine bir şart koşmuş ve diğer taraf da bu şartı kabul etmişse, bu durumda akit her iki tarafın rızası ile kurulmuş olur. Dolayısıyla, bu şartın, vaatlerin ve akitlerin ifa edilmesi çerçevesinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu şartın ifasındaki herhangi bir kusur, akdin temel rükün olan rızanın da kusurlu olmasına yol açar⁵⁷⁹.

İkinci görüş: Bu görüşe göre, evlilik akdine eklenen şartlar geçersizdir ve akdin geçerliliği üzerinde etkisi yoktur. Bu nedenle, bu şartların yerine getirilmesi gerekli değildir. Hanefiler ve Şafiiler bu görüşü benimsemiştir⁵⁸⁰. Onlara göre, evlilik akdinin gereği ve amacına uygun olmayan, kanun koyucu tarafından özel bir hüküm içermeyen

⁵⁷⁴ el-Ghandur, s. 55.

⁵⁷⁵ İbn Kudame, C:9,s. 484, bkz; İbn Teymiyye, el-Fetavâ el-Kubra, Tahkik Eden; Ata, Mouhammed Abdülkadir, 1.Baskı, C:5, Beyrüt, Darü'l el-Kutub el-İlmiyye, 1987, s. 461; İbn-i Kayyım, C:5, s. /176.

⁵⁷⁶ Buhari, nikâh 5151; Müslim, nikâh 1/641.

⁵⁷⁷ Ebu Zehra, s. 160.

⁵⁷⁸ Tirmizî, 1352, as-sunan al-kubra, 7/406.

⁵⁷⁹ Ebu Zehra, s. 160, İbn Kudame, C:9, s. 485.

⁵⁸⁰ el-Buti, Said Ramazan, Muhadârât Fî'l Fıkıh-î'l Mukaren, 2.Baskı, Suriye, Darü'l Fikr, 1981, s. 93.

ve evlilik akdine eklenen her şart geçersizdir ve dolayısıyla akdin geçerliliği üzerinde hiçbir etkisi yoktur⁵⁸¹. Bu görüşü benimseyenler aşağıdaki delilleri ileri sürmüşlerdir:

- Hz.Ayşe'den gelen bir rivayete göre Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur; “*Bazı insanlara ne oluyor da Allah'ın kitabında olmayan şartlar ileri sürüyorlar. Sayısı yüze ulaşsa da Allah'ın kitabında olmayan şartlar batıldır*”⁵⁸². Hz. Peygamber bir hadiste şöyle buyurmuştur; “*Müslümanlar, helali haram veya haramı helal kılan şartlar dışında, şartlarına bağlı tutulacaklardır*”⁵⁸³. Nitekim bu hadislerden anlaşılır ki; Kuran-ı Kerim, sünnet ve icma'da yer almayan her şartın geçersiz olduğu açıkça belirtilmiştir⁵⁸⁴.
- Evlilik akdi, bir kişinin hayatında kurduğu en önemli akitlerden biridir. Dolayısıyla bu akdin insanların kapris ve arzularından korunabilmesi için bu akde eklenebilecek şartların sınırlandırılması gerekmektedir⁵⁸⁵.

Üçüncü görüş: Bu görüşe göre, evlilik akdine eklenen bazı şartlar mekruh (hoş karşılanmayan) olup, yerine getirilmesi gerekli değildir. Ancak, boşanma yemini veya azat etme gibi yerine getirilmeleri gerektiren şartlarla birleşmediği sürece, tercih edilebilir. Malikiler bu görüşü benimsemiştir. Bu görüşe göre, evlilik akdi insanların kapris ve arzularından korunabilmesi için sınırlandırılmalıdır. Bu görüşü destekleyen deliller arasında, evlilik akdinin önemine vurgu yapan hadisler ve evlilik akdine eklenen bazı şartların mekruh olduğu ve tercih edilmemesi gerektiği ifade edilen hadisler yer almaktadır⁵⁸⁶.

3.1.5.2. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, evlilik akdiyle ilgili şartları düzenleyen hükümleri CAK'nun 19, 32 ve 35. maddelerinde ele almıştır. CAK'nun 19. maddesinin gerekçesine göre, eşler, kanuna aykırı olmamak şartıyla, kendi menfaatlerine uygun gördükleri her türlü şartı evlilik akdine veya sonradan yapılacak bir resmi akte koyma hakkına sahiptirler. Cezayir yasa koyucusu bu madde aracılığıyla, örneğin iki tür şarta işaret etmiştir: çok eşli olmama şartı ve kadınların çalışması şartıdır. Bu husus, CAK'nun 19.maddesi; “*Eşler, evlilik akdinde veya ileride yapılacak bir resmi akitte, kanuna aykırı olmamak kaydıyla, çok eşlilik olmaması ve*

⁵⁸¹ Çelebe, s174, bkz; Ebu Zehra, s158, İbn Kudame, C:9, s. 484.

⁵⁸² Buhari, Şartlar 2561.

⁵⁸³ Tirmizî, 1352, as-sunan al-kubra, 7/406.

⁵⁸⁴ Ebu Zehra, s. 159.

⁵⁸⁵ Ebu Zehra, s. 159.

⁵⁸⁶ İbn Rüşd, C:2, s. 59.

kadının çalışması şartı başta olmak üzere gerekli gördükleri bütün şartları ileri sürebilirler” şeklinde hükme bağlanmıştır.

CKA'nun 32. maddesi, evlilik akdinin akdin gereklerine aykırı bir engel veya şart içermesi durumunda batıl olacağını düzenlemektedir. Cezayir yasa koyucusu bu maddeyle, akdin gereklerine uygun olmayan bir şartın akdi geçersiz kılacağını belirtmiştir. Öte yandan, CKA'nun 35. maddesi, evlilik akdine gereğine aykırı bir şart eklenmesi durumunda bu şartın geçersiz olacağını ve akdin ise geçerli kalacağını hükme bağlamaktadır. Bu durumda, CKA'nun 19. 32. ve 35. maddeleri arasında çelişki olduğu görülmektedir. Zira 32. madde, gereğine aykırı bir şart içeren akdin batıl olacağını ifade ederken, 35. madde ise akdin geçerli kalacağını belirtmektedir. Bu çelişki, bazı durumlarda akdin ve şartın geçerliliği konusunda belirsizlik yaratabilir ve uygulamada sorunlara yol açabilir. Bu nedenle, daha tutarlı bir yaklaşım için CKA'nun 35. maddesinin şekillendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu maddenin "*Evlilik akdine gereğine aykırı bir şart eklenirse, bu şart geçersiz olur ve akdin geçerliliğine etki etmez*" şeklinde düzenlenmesi, daha açık ve tutarlı bir hüküm sağlayacaktır. Bu sayede, evlilik akdinin geçerliliği konusunda şartın geçersizliği ile ilgili belirsizlikler ortadan kalkacak ve uygulama açısından daha net bir çerçeve oluşturulmuş olacaktır.

CKA'nun 32. maddesinin, evlilik engellerini içeren evlilik akdini geçersiz sayacak şekilde tadil edilmesi önerisiyle, üç madde arasında uyum sağlanması amaçlanmaktadır. Buna göre, CKA'nun 32. maddesinin şu şekilde tadil edilmesini teklif etmekteyiz: "*Evlilik engellerinden birini içeren evlilik akdi geçersiz sayılır*". Bu öneri ile 19. ve 35. maddelerin, kanuna ve akdin gereklerine uygun olduğu sürece eşlerin kendi menfaatlerine uygun gördükleri tüm şartlar için geçerli olacağı vurgulanmış olacaktır.

Cezayir yasa koyucusu tarafından örnek olarak belirtilen iki şart olan "çok eşli olmama şartı" ve "kadınların çalışması şartı", önemleri nedeniyle özellikle vurgulanmıştır. Bu iki şart, evlilik akdinin tarafların menfaatlerini gözetmesi ve istikrarlı bir birliktelik sağlaması açısından önem arz etmektedir. Bu tür şartlar, eşler arasındaki anlaşmazlıkların önüne geçerek sağlıklı ve uyumlu bir evlilik sürecine katkıda bulunmaktadır.

Tadil edilecek 32. madde ile birlikte, eşlerin kendi menfaatlerine uygun gördükleri şartlar konusunda daha net bir düzenleme sağlanacak ve akdin geçerliliği ile ilgili belirsizlikler azaltılmış olacaktır. Bu da evlilik akdinin daha sağlam temellere dayandığı ve taraflar arasındaki anlaşmazlıkların daha az yaşandığı bir yapı oluşturacaktır.

3.1.5.2.1. Çok Eşli Olmama Şartı

Cezayir yasa koyucusu tarafından CAK'nun 19. maddesinde örnek olarak verilen şart, kadının kocasının başka bir kadınla evlenmemesini talep etme yetkisini içermektedir. Bu maddeye göre, evlilik akdinde bu şartı koşan bir kadın, eşinin bu şartı ihlal etmesi durumunda Aile Kanunu'nun 53. maddesinin 9. fıkrasında belirtilen hüküm uyarınca boşanma talebinde bulunma hakkına sahiptir. Aile Kanunu'nun 53. maddesinin 9. fıkrasında şu ifadeler yer almaktadır: *“Evlilik akdinde üzerinde anlaşılan şartlar ihlal edilmişse kadın boşanma talebinde bulunabilir”*. Bu nedenle, eğer bir kadın kocasına başka biriyle evlenmemesi şartını koşar ve kocası da bu şartı kabul ederse, kocanın bu şartı yerine getirmesi gerekmektedir. Eğer koca herhangi bir nedenle bu şartı yerine getirmekten kaçınmak istiyorsa, tek yapması gereken kadını vazgeçmeye ikna etmektir. Ancak, unutmamak gerekir ki bu şart, evlilik akdine taraf olan tarafların karşılıklı rızası ile koşulmuş ve kabul edilmiş bir şart olduğundan, şartın ihlal edilmesi ciddi sonuçlar doğurabilir ve boşanma talebiyle sonuçlanabilir⁵⁸⁷.

3.1.5.2.2. Kadının Çalışması Şartı

Bu şart, CAK'nun 19. maddesinde örnek olarak ikinci olarak sunulan bir şarttır. "Kadının çalışması şartı" ifadesi, nikâh akdi sırasında kadının kocasının istediği zaman çalışmasına engel olmayacağını ve evlilik öncesinde zaten çalışıyorsa çalışmaya devam edebileceğini şart koşma iznini içermektedir. Aynı zamanda, kadın eğitim alıyorsa, kocasının eğitimini tamamlamasına ve evlilik nedeniyle eğitimine engel olmamasına dair şartlar da koşabilir. Koca, evlilik devam ederken bu şartı ihlal ederse, kadın, CAK'nun 53. maddesinin 9. fıkrasına göre boşanma talebinde bulunma hakkına sahiptir. Bu bağlamda, CAK'nun 53. maddesinin 9. fıkrasında belirtilen hükme göre, evlilik akdinde kabul edilen şartlar ihlal edilirse, kadının boşanma talebinde bulunabilmesi mümkündür. Özellikle kadının çalışma ve eğitim hakkına dair bu tür şartlar, evlilik akdinin adil bir şekilde yapıldığından ve tarafların kendi menfaatlerini göz önünde bulundurduğundan emin olmak için önemli bir araçtır. Bu şartlar, evlilik sürecinde eşitlik ve adaleti sağlamayı amaçlamakta ve kadının kendi özgürlüğü ve gelişimi için gerekli olan koşulların korunmasına katkıda bulunmaktadır. Ayrıca, CAK'nun 67. maddesine göre, Cezayir yasa koyucusu bu şartı - kadının çalışması - kadının hidane hakkının kaybedilmesi için yeterli bir neden haline getirmemiştir. Bu

⁵⁸⁷ Ben Şevih, Er-Raşid, Şarh Kanun el-Usra el-Cezayiri el-Mü'adel, 8.Baskı, Cezayir, İbn Hakdun Yayınlar, 2008, s. 127.

kapsamda, CAK'nun 67.maddesi; *"Bir kadının çalışması, hidane hakkının kaybedilmesi için bir neden teşkil edemez"* şeklinde düzenlenmiştir.

Şarta bağlı nikâh akdine ilişkin HAK bakıldığında 38. maddede düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu madde uyarınca: *"Üzerine evlenmemek ve evlendiği sûrette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevvüc sahih ve şart muteberdir"*. Bu maddeye göre, başka biriyle evlenmemesi veya evlenmesi halinde kadınlardan birinin boş olması şartıyla erkek bir kadınla evlendiğinde, hem nikâh akdi hem de bu şart sahihtir⁵⁸⁸. HAK, bu madde ile çok eşliliğin belli ölçüde sınırlandırılmasına yönelik olarak Osmanlı tarihinde ilk kez ciddi bir girişimde bulunmuştur⁵⁸⁹. Böyle bir şartın maddeye bağlanmasının Kararnamenin hazırlandığı dönemle ilgili olduğu şeklinde değerlendirilebilir. Esas itibarıyla Kararname hazırlanırken o dönemin düşünce akımları olan Türkçülük, İslamcılık ve Batıcılık taraftarları arasında ciddi münakaşalar yaşanmıştır. Bu münakaşaların önemli konularından biri de çok eşliliğin sınırlandırılması konusudur. Türkçüler tek evliliği fikrini benimseyip savunurken, İslamcılar maddede yer alan hükme ağır eleştirilerde bulunmuş ve ikinci evliliğin ilk eşin rızasına bağlanmasının İslami hükümlere aykırı olduğu iddiasında bulunmuşlardır⁵⁹⁰. Ne var ki bu madde ile İslamcılar ve Türkçüler arasında uzlaşmacı bir yol benimsenerek Türkçülerin taleplerine İslam hukuku çerçevesinde belli ölçüde imkân tanınmıştır⁵⁹¹.

Nitekim HAK, Hanbeli mezhebinin kabul ettiği bir hakkı kullanarak, kadının çok eşliliğe ilişkin kabul edilebilir bir sınırlama getirmek adına, kocasının evlilik boyunca tek eşli kalmasını şart koşabileceğini kabul etmiştir.

3.1.5.3. Değerlendirme

CAK ve HAK'de şarta bağlı evlilik akdine ilişkin yapılan düzenlemeler karşılaştırıldığında, söz konusu hükümlerin neredeyse birbirine paralel olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü saikleri farklı olsa da, hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucusu, erkeğin çok eşlilik hakkını iptal etmemekle birlikte, çok eşliliği sınırlandırmayı amaçlamışlardır. Cezayir yasa koyucusu ise, Cezayir'in 1996 yılında onayladığı CEDAW

⁵⁸⁸ **Yalçın, İsmail**, Günümüz İslam Aile Hukuku Kanunlarında Çok Eşlilik Üzerindeki Sınırlamalar. İTBAD, 6 (3), 2017, s. 1711.

⁵⁸⁹ **Küçüktiryaki, Ahmet Yasin**, "Osmanlı Devletinde Tanzimat Sonrası Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi". HÜİFD, C:13, S: 26, 2015, s. 177-201.

⁵⁹⁰ Bkz; **Küçüktiryaki**, s. 576-577.

⁵⁹¹ Bkz; **Yurtseven**, s. 233-234.

Antlaşması'nın çok eşliliği yasakladığını ve bunu kadın haklarının ve onurunun zedelenmesi olarak gördüğünü belirtmiştir. Öte yandan feminist hareketlerin çok eşliliğin önlenmesine yönelik baskıları Cezayir yasa koyucusunun bu hükmü İslam hukuku hükümleri çerçevesinde değerlendirmesine neden olmuştur. Yani kadın, akdin tarafı olarak, kendisini kocasının her türlü kötülüklerine karşı koruyacağını düşündüğü herhangi bir şart koyma hakkına sahiptir. Cezayir yasa koyucusu bu konuda kadın ve erkeği eşit hale getirmiştir. Ancak evlilik akdi sırasında üzerinde anlaşılan şartların yerine getirilmemesi halinde kadına boşanma hakkı tanımıştır. Dolayısıyla kadının şart koşma özgürlüğü mutlaklıdır. Bu durumda kadın, kocasının kendisiyle evlenmemesini şart koşabilir ve kocasının bu şartı ihlal etmesi halinde boşanma hakkını saklı tutar. Nitekim Cezayir yasa koyucusu bu şartı özellikle belirtmiş ve çok eşlilik konusunu, bu konuda takdir yetkisine sahip olan hâkimin kontrolüne tabi olan özel şartlara bağlamıştır.

Osmanlı yasa koyucusuna gelince, HAK'nin hazırlandığı dönemdeki fikir akımları arasında ciddi tartışmalar yaşanmıştır. Batıcıların çok eşliliğin önlenmesi yönündeki ısrarlarına rağmen Osmanlı yasa koyucusu bu taleplere riayet etmeyerek çok eşliliği sınırlandırmış ve buna ilişkin birtakım şartlar koymuştur. Osmanlı yasa koyucusunun, daha önce de açıklandığı gibi, o dönemde var olan koşullar nedeniyle, o dönemde hâkim olan akımların taleplerini birbirleriyle uyumlu hale getirmeye çalıştığı söylenebilir.

3.1.6. Muteberlik Açısından Nikâhın Türleri

Evliliğin türleri ile kastedilen: yasal şartlarını yerine getirmesi ya da tamamını veya bir kısmını yerine getirmemesi açısından türleridir. Malum olduğu üzere, sıhhat ve in'ikad şartları yerine getirilmediği sürece akitlerin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu çerçevede nikâh akdinin hükmü, rükün ve şartlarının yerine getirilmesine göre değişmektedir.

Böylece evlilik akdi ya sahih ya da sahih olmayan nitelikte olur. Sahih olmayan nikâh akdi, cumhur ile Hanefiler arasındaki ihtilafta -ki buna ileride değinilecektir- fasit ve batıl olarak ikiye ayrılır; sahih nikâh akdi ise nafiz sahih akit ve mevkuf akit olarak ikiye ayrılır. Nafiz sahih akit ise ya bağlayıcıdır ya da değildir.

Bu tür ayrımlar, evlilik akdinin geçerliliğine ve bağlayıcılığına dair önemli hususları belirlemektedir. Nikâh akdinin sahih ve geçerli kabul edilmesi, tarafların hukuki statülerini ve haklarını doğrudan etkilemektedir. Dolayısıyla, taraflar arasındaki evlilik akdi, yasal şartların uygun şekilde yerine getirilmesine bağlı olarak farklı niteliklerde olabilir ve bu da

hukuki sonuçları belirlemek için önemli bir rol oynamaktadır.

3.1.6.1. İslam Hukukunda

Bu başlık altında evliliğin geçerlilik hükümleri ayrıntılı bir şekilde değerlendirilecektir.

3.1.6.1.1. Sahih Olmayan Evlilik

Hanefî mezhebinde, sahih olmayan evlilikler iki grupta değerlendirilir. Fâsid evlilikler ve bâtil evlilikler. Fâsid ile bâtil arasında diğer mezhepler açısından bir fark yoktur. Söz konusu terimler birbirlerinin yerine kullanılabilmektedir⁵⁹². Buna göre, evvela batıl ve fasit evlilik arasındaki farkı izah etmek gerekir.

A. Batıl Evlilik

Evliliğin temel rükünlerinden birinin ihlal edildiği veya in'ikad şartlarından birinin tahakkuk etmediği bir evliliktir. Reşit olmayan bir küçüğün yaptığı evlilik, kişinin evlenme engelini olduğu tartışmasız olarak bilinmesine rağmen gerçekleştirdiği evlilik bu grup kapsamındadır⁵⁹³. Taraflar arasında zifaf gerçekleşmiş olsa dahi, batıl bir evlilik hürmet-i musahere dışında herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz⁵⁹⁴.

Erkek ve kadın arasında batıl bir akitle kurulan ilişki gayri meşru bir ilişki olarak kabul edilir. Bu akde dayanarak taraflar arasında zifaf gerçekleşirse, aralarına gerçekleşen ilişki haramdır ve birbirlerinden ayrılmaları gerekir. Eşler birbirinden ayrılmazsa, hâkim birbirinden ayırır ve bu kayıttan haberdar olan herkes konuyu hâkime iletmeli ve hâkim de eşleri birbirinden ayırmalıdır. Zira bu ilişki zinadır⁵⁹⁵.

Hanefî fakihler arasında böyle bir evlilikle kurulan ilişkinin zina sayılıp sayılmayacağı ve taraflara zina nedeniyle had cezası uygulanıp uygulanmayacağı konusu çeşitli tartışmalara konu olmuştur⁵⁹⁶. Ebu Hanife bu ilişkinin şüpheli olması nedeniyle zina suçuna uygulanan had cezasının uygulanmayacağı düşüncesindedir. Dolayısıyla, taraflar arasında zifaf gerçekleşirse, kadın mehr-i misle hak kazanır. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ise

⁵⁹² Zühli, C:7, s. 114, Mahran, s. 164-165.

⁵⁹³ Bkz; es-Sabuni, C:1, s. 198, Zühli, C:7, s. 112, Mahran, s. 166.

⁵⁹⁴ Mahran, s. 166, Ayni, C:4, s. 526.

⁵⁹⁵ Abdelaziz, Amer, Ahkâmü'l Üsra fi'l Fıkhi'l İslamî, Mısır, Darül Fikri'l Arabi, 2006, s. 188, bkz; Zekekiya, s. 119.

⁵⁹⁶ Mahran, s. 166.

böyle bir ilişkinin suç teşkil ettiğini ve zina suçuna öngörülen cezanın verilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler⁵⁹⁷.

B. Fasit Evlilik

Sıhhat şartlarında eksiklik bulunan evlilik olarak tanımlanmaktadır. Hanefi mezhebinde ise, unsurları bulunmakla birlikte sıhhat şartlarından birini kaybetmiş olan akit olarak tanımlanmaktadır. Örneğin; şahitsiz yapılan nikâh fasittir⁵⁹⁸.

Zifaktan önce yapılan fasit bir evlilik, sahih bir evliliğin sonuçlarından hiçbirini doğurmaz. Dolayısıyla eşler arasındaki cinsel ilişki helal değildir ve zifaktan önce hiçbir etkisi yoktur⁵⁹⁹. Fasit evlilik yapmış olan kimselere zina (had) cezası uygulanmaz. Fasit evlilikte sahih nikâhın sonuçları doğmamasına rağmen, akdin değil fiili durumun yani cinsel ilişkinin (zifaf) bir sonucu olarak bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır⁶⁰⁰. Bu sonuçlar aşağıdaki şekilde açıklanabilir:

- Sahih akdin aksine, fasit akit hiçbir şekilde nafaka gerektirir nitelikte değildir.
- Sahih akitten farklı olarak hısımlıktan kaynaklanan mahremiyet, sadece akitle değil, zifaktan sonra ortaya çıkar.
- Fâsid akdin zifaktan sonra uygulanacak hükümleri, örneğin hadlerin kaldırılması, nesebin sübutu veya mehrin vacip olması gibi, akdin kendi sonuçları değil, akitten sonra meydana gelen fiili durumun sonuçlarıdır. Örneğin, had cezasının düşmesi akit şüphesinin varlığıyla, mehrin ödenmesinin gerekmesi ise cinsel ilişkinin ya haddi ya da mehri gerektirmesi kuralıyla açıklanmıştır. Şüphe nedeniyle had düşmüş olduğundan, mehre hükmedilmesi kurala göre gerekliliği kabul edilmiştir. Ne var ki, akit fasit olduğu takdirde, tarafların akit sırasında üzerinde anlaştıkları mehir de fasit olacağından, mehr-i misil ile mehr-i müsemmadan hangisi daha az ise onun ödenmesi gerekir.
- Eğer iki taraf fasit bir akit yapmış ve daha sonra aralarında gerçek bir zifaf gerçekleşmişse, bu evlilikten doğan çocuk nesebini bu erkeğe ait olur.

⁵⁹⁷ es-Sabuni, C:1, s. 198-199, bkz; Zühli, C:7, s. 47.

⁵⁹⁸ Abdelaziz, s. 191.

⁵⁹⁹ es-Sibaai, C:1, s. 179, bkz; Kesani, C:2, s. 335.

⁶⁰⁰ Çelebe, s. 120-121.

- Kadın için bekleme süresi zorunluluğu; bu süresi, eşler kendiliğinden ayrılmışlarsa evliliğin sona erdiği tarihten, hâkim tarafından ayrılmışlarsa boşanma kararının verildiği tarihten itibaren başlar⁶⁰¹.

3.1.6.1.2. Sahih Evlilik

Sahih evlilik ya nafiz ya da mevkuf olur, nafiz evlilik ise ya lazım ya da gayri lazım olabilir.

i. Lazım Evlilik (Nafiz)

Bu akit, sıhhat, işlerlik ve lüzum şartlarının yerine getirildiği bir akittir, dolayısıyla tam bir akittir. Bu evlilikten aşağıdaki etkiler ortaya çıkmaktadır:

- Eşlerin birbirlerinden şeriatın öngördüğü şekilde faydalanmaları caizdir.
- Akitte belirtilen mehrin veya belirtilmemişse mehr-i mislin sübutu.
- Kadının kocasına haksız yere itaat etmeyi reddetmediği sürece, tüm nafakaların ödenmesi gerekliliğidir.
- Hısımlıktan doğan mahremiyetin (hurmet-i musahere) sübutu.
- Hamileliğin kanunen öngörülen süresi içinde gerçekleşmiş olması halinde, kocadan olan çocukların nesebinin sübutu.
- Eşler arasındaki miras hakkının sübutu⁶⁰².

ii. Sahih Gayri Lazım Evlilik

Bu evlilik, rükünleri, sıhhat ve nefaz şartları yerine getirilmiş, ancak lüzum şartlarından birini kaybetmiş bir evlilik olarak tanımlanabilir. Bu evlilik, eşlerin veya velilerinin bu akdi feshetme hakkı dışında, لازم evlilikle aynı etkilere sahiptir⁶⁰³. Tam ehliyetli bir kızın kendisine denk olmayan bir erkekle evlenmesi gibidir. Bu evliliğe veli itiraz edebilir ve belirli şartlar altında evliliği fesh ettirebilir.

iii. Mevkuf Evlilik

Bu evlilik, rükünleri, sıhhat ve in'ikad şartları tamam olmakla birlikte nefaz şartlarında

⁶⁰¹ Abdelaziz, s. 192, Zühli, C:7, s. 47.

⁶⁰² Zekekiya, s. 130.

⁶⁰³ Zühli, C:7, s. 108.

eksiklik bulunan evliliiktir. Reşit olmayan bir kimsenin velisinin rızasını almadan yapmış olduğu evlilik bu gruba dâhildir. Bu evlilik sahih olmakla birlikte, onay verme hakkına sahip olan kişi tarafından onaylanmadan önce evliliğin herhangi bir sonucunu doğurmaz⁶⁰⁴.

3.1.6.2. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, Birinci Kitabın Birinci Kısımının Üçüncü Bölümünde belirtildiği üzere, sahih olmayan evlilik akdini batıl ve fasit olarak ikiye ayırmaktadır. Cezayir yasa koyucusu, sebep bakımından butlanın fesattan daha güçlü olduğunu ve sebep ne kadar güçlüyse evliliğin de o kadar batıl olduğu görüşündedir.

CAK'nun 32. maddesi uyarınca, batıl evlilik akdi, evlilik akdinin gereklerine aykırı bir engel veya şart içeren her evliliiktir. Bu tür evlilik akdi, hukuki geçerliliği olmayan ve resmi olarak tanınmayan bir akittir. Ayrıca, CAK'nun 33. maddesinin birinci fıkrasına göre, evlilik akdinin geçerliliği için tarafların rızasının olması gerekmektedir. Rıza unsurunun eksikliği nedeniyle yapılan evlilik akdi de batıl sayılır.

Batıl evlilik, zıfaf yani evlilik birleşimi gerçekleştikten sonra bile, sahih evliliğin hiçbir hukuki sonucunu doğurmaz. Bu durumda, eşlerin birbirinden derhal ayrılması gerekmektedir. Batıl evlilik, resmi olarak tanınmadığı ve hukuki geçerliliği olmadığı için, eşler arasında miras, nafaka ve diğer evlilikten doğan hak ve yükümlülükler gibi hukuki sonuçlar doğurmaz. Bu tür evliliklerin geçerli olması için gerekli şartların eksiksiz yerine getirilmesi gerekmektedir; aksi halde evlilik geçerli kabul edilmez. Fasit evlilik, rükünleri ve nefaz şartları yerine getirilmiş, ancak sıhhat şartlarında eksiklik bulunan bir evlilik türüdür. Örneğin, şahitler veya veli olmadan yapılan bir evlilik akdi fasit bir evlilik olarak değerlendirilir.

Fasit evliliğin sonuçları, evliliğin zifaftan önceki ve zifaftan sonraki dönemlerine göre farklılık gösterir. Evlilik zifaftan önceki dönemde sona ererse, sahih evliliğin hiçbir sonucunu doğurmaz ve eşlerin birbirlerinden hemen ayrılmaları gerekir. Zifaftan sonraki dönemde ise aşağıdaki sonuçlar ortaya çıkar:

- Hısımlıktan doğan mahremiyetin (hurmet-i musahere) sübutu.
- Hamileliğin kanunen öngörülen süresi içinde gerçekleşmiş olması halinde, kocadan olan çocukların nesebinin sübutu.
- Akitte belirtilen mehrin veya belirtilmemişse mehr-i mislin sübutu.

⁶⁰⁴ es-Sibaai, C:1, s. 180.

- Kadının iddet nafakası sübutu.
- Kadın için bekleme süresi zorunluluğu; bu süre, eşler kendiliğinden ayrılmışlarsa evliliğin sona erdiği tarihten, hâkim tarafından ayrılmışlarsa boşanma kararının verildiği tarihten itibaren başlar.

Bu sonuçlar, fasit evliliğin hukuki sonuçlarını ve taraflar arasındaki hak ve yükümlülükleri belirler. Fasit evlilik, sahîh bir evlilik gibi hukuki etkilere sahip değildir ve tarafların durumunu belirgin şekilde etkilemektedir. Bu nedenle, evlilik akdinin hukuki geçerliliğinin sağlanması için gerekli olan şartlara dikkat edilmesi önemlidir.

Sahîh olmayan evlilikler, HAK'nin 52 ila 58, 75, 76 ve 77. maddelerinde ele alınmaktadır ve fasit ile batıl evlilik olarak iki gruba ayrılmaktadır. Evlilik akdinin 52. maddesine göre, taraflardan birinin akit sırasında evlenme ehliyetini taşımadığı durumlarda, evlilik fasit olarak değerlendirilir. Evlenme ehliyeti, akdin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için in'kad şartlarından biridir ve bu şarttaki herhangi bir eksiklik, evlenme akdinin butlanına yol açar. Bununla birlikte, Osmanlı kanun koyucusu, Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası'na⁶⁰⁵ atıfta bulunarak, evlilik sırasında tarafların ehliyetinin olmadığı durumlarda ortaya çıkan önemli bir menfaati, yani bu evliliklerden doğan çocukların nesebini göz önünde bulundurmıştır. Osmanlı kanun koyucusu, bu evliliklerin fasit olarak kabul edilmesi yoluyla, bu evliliklerden doğan çocukların menfaatlerini koruma amacını taşımaktadır. Bu bağlamda, sahîh olmayan evlilikler, evlenme ehliyetinin eksikliği gibi nedenlerle fasit ve batıl olabilir. Fasit evlilik, sahîh evlilik olarak kabul edilemez ve akdin hukuki geçerliliği söz konusu değildir. Batıl evlilik ise, akit sırasında geçerli olmayan bir nedenle kurulan evliliklerdir ve taraflar arasında hukuki etkiye sahip değildir. Kanun koyucu, evliliklerin sahîh ve hukuki açıdan geçerli olabilmesi için evlenme ehliyeti gibi önemli şartların titizlikle yerine getirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Osmanlı Hukukunda evlilikler, HAK'nin 53. maddesi ile belirli durumlarda fasit olarak kabul edilmiştir. Bu durumlar, 16. madde ile yasaklanan iki kadından biriyle evli iken diğer kadınla evlenme ve yine 13, 14, 17, 18 ve 19. maddelerde belirtilen yasaklanan kadınlarla yapılan evlilikleri kapsamaktadır. Bu tür evlilikler, evlenme ehliyeti veya diğer sıhhat şartlarına uygun olmayan hallerde gerçekleştiğinde fasit olarak nitelendirilmiştir. HAK'nin 55. maddesi ise, Mut'a nikâhı ve geçici nikâh (muvakkat nikâh) konusunu ele almıştır. Bu maddeye göre, Mut'a nikâhı ve muvakkat nikâh, fasit bir nikâh olarak kabul edilmiştir. Bu noktada belirtilmesi gereken önemli bir husus, İslam hukukçularının genel görüşüne göre

⁶⁰⁵ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Öge, s. 87.

Mut'a nikâhı ve muvakkat nikâhın batıl olduğudur. Ancak Osmanlı kanun koyucusu, bu tür evliliklerden doğan çocukların menfaatini göz önünde bulundurarak bu tür evlilikleri fasit olarak kabul etmiştir. Bu sayede, geçerli bir evlilikten farklı olarak, fasit bir evlilikten doğan çocukların nesebinin sabit hale getirilmesine özen gösterilmiştir⁶⁰⁶.

Osmanlı Hukuku, sahih olmayan evlilikleri HAK'nin 52 ila 58. maddelerinde ele almıştır ve bu evlilikler fasit veya batıl olarak nitelendirilmiştir. HAK'nin 56. maddesine göre, şahitsiz olarak kıyılan nikâh akitleri fasit olarak kabul edilirken, 57. maddesiyle zorla yapılan evlilik de fasit evlilik olarak değerlendirilmiştir.

Osmanlı kanun koyucusu, sahih olmayan evliliklerden doğan çocukların haklarını korumak amacıyla sadece bir türü bâtil, diğerlerini fasit olarak nitelendirmiştir. HAK'nin 58. maddesi de bu yaklaşımı teyit etmektedir.

HAK'nin 75, 76 ve 77. maddeleri ise sahih olmayan evliliklerin sonuçlarını düzenlemiştir. HAK'nin 75. maddesine göre, eşler arasında cinsel münasebet olmaksızın gerçekleşen fasit evlilik hiçbir sonuç doğurmaz. Bu tür evlilikte nafaka, mehir, nesep, iddet, sıhriyet ve mirasçılık hakları geçerli olmaz.

Ancak, HAK'nin 76. maddesinde, eşlerin cinsel birleşme gerçekleştirdiği andan itibaren mehir, iddet, nesep ve sıhrî hısımlık hükümlerinin geçerli olacağı belirtilmiştir. Yani cinsel ilişki meydana geldiğinde bu tür hükümler aktif hale gelir. Ancak nafaka ve mirasçılık hakları bu tür evliliklerde de geçerli olmaz.

Son olarak, HAK'nin 77. maddesinde, gerek fasit gerekse batıl evliliklerde tarafların evliliklerini devam ettirmelerinin yasaklandığı belirtilmiştir. Taraflar birbirleriyle anlaşarak ayrılmazlarsa mahkeme kararıyla ayrılmalarına hükmedilir. Bu şekilde, Osmanlı Hukuku, sahih olmayan evliliklerin sonuçlarını düzenleyerek tarafların haklarını ve çocukların menfaatlerini korumayı amaçlamıştır.

Dolayısıyla, Osmanlı Hukukunda evliliklerin geçerliliği ve fasit evlilikler arasında belirli yasaklanmış durumlar ve geçici nikâh uygulamaları bulunmaktadır. Yasaklanan evlilikler ve geçici nikâhlar, evlilik ehliyeti ve diğer sıhhat şartlarına uygun olmadığında fasit olarak kabul edilmiştir. Ancak bu tür evliliklerden doğan çocukların menfaatini koruma amacıyla Osmanlı yasa koyucusu, bu evlilikleri fasit olarak nitelendirmiştir ve bu evliliklerden doğan çocukların nesebinin sabit hale gelmesine özen göstermiştir.

⁶⁰⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Öge, s. 88.

3.1.6.3. Değerlendirme

CAK ve HAK, sahih olmayan evliliklerin düzenlenmesi ve sonuçları konusunda önemli benzerlikler ve farklılıklar içermektedir. Her iki hukuki yapı da sahih olmayan evlilikleri, batıl ve fasit olmak üzere iki kategoriye ayırmaktadır.

Batıl evlilikler, evlilik akdinin gereklerine aykırı bir engel veya şart içeren evlilikler olarak tanımlanmaktadır. Her iki kanunda da, bu tür evlilik akdi hukuki geçerliliğe sahip değildir ve resmi olarak tanınmaz. Batıl evliliklerin sonuçları, evlilik birleşimi gerçekleşikten sonra bile sahih evliliğin hiçbir hukuki sonucunu doğurmaz. Bu durumda, eşlerin birbirinden derhal ayrılması gerekmektedir. Her iki hukuki yapı da batıl evliliklerin hukuki sonuçlarını benzer şekilde düzenlemiştir.

Fasit evlilikler ise, evlilik akdinin rükünleri ve nefaz şartları yerine getirilmiş, ancak sıhhat şartlarında eksiklik bulunan evlilik türüdür. CAK ve HAK'de da bu tür evlilikler belirli durumlar altında ele alınmıştır. Fasit evlilikler, sahih bir evlilik gibi hukuki etkilere sahip değildir ve tarafların durumunu belirgin şekilde etkiler. Bu tür evliliklerin sonuçları, evliliğin zifaktan önceki ve zifattan sonraki dönemlerine göre farklılık gösterir.

Her iki hukuki yapı da sahih evliliklerin geçerliliği için gerekli olan şartların titizlikle yerine getirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca, sahih olmayan evliliklerden doğan çocukların menfaatlerini korumak amacıyla bazı düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle çocukların nesebinin sabit hale getirilmesi, her iki hukuki yapıda da önemli bir husus olarak ele alınmıştır.

Bu doğrultuda, CAK ve HAK arasında sahih olmayan evliliklerin düzenlenmesi ve sonuçlarına yönelik benzer yaklaşımlar bulunmaktadır. Ancak aynı zamanda, her iki hukuki yapı arasında farklı detaylar ve düzenlemeler de mevcuttur. Bu farklılıklar, her ülkenin tarihî ve kültürel yapısı, hukuki geçmişi ve sosyal dinamikleri ile ilişkilendirilebilir.

3.2. Cezayir Aile Kanunu ile Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Nikâh Akdinin Hükümleri (Etkileri)

Evlilik akdinin etkileri, akit gerçekleştikten sonra ortaya çıkan hukuki sonuçları ifade eder. Cezayir ve Osmanlı aile hukukunda evlilik akdinin etkilerine yönelik incelendiğinde, bu etkilerin İslam hukukundaki düzenlemelerle uyumlu olduğu görülmektedir⁶⁰⁷. Yasa koyucu tarafından belirlendiği sürece genel ilkelere dayanan ve değişmeyen sabiteler olarak

⁶⁰⁷ Belhâj, s. 132.

kabul edilen bu etkiler, eşlerin hakları ve görevleri, mali rejim, nafaka ve nesebin sübutu gibi dört temel başlık altında ele alınabilir.

3.2.1. Eşlerin Hakları ve Görevleri

Bu başlık, hem İslam hukukunda hem de Cezayir ve Osmanlı aile hukukunda evlilik hakları ve görevlerine ilişkin hükümleri inceleyerek ele alacaktır.

3.2.1.1. İslam Hukukunda

*“Kadınların, mâkul ve meşrû ölçülerde ödevlerine denk hakları vardır; erkeklerin ise onların üzerinde bir dereceleri mevcuttur”*⁶⁰⁸ Ayetten yola çıkarak evlilik akdinden doğan hak ve görevler üç bölüme ayrılabilir; Her iki eşin paylaştığı hak ve görevler, kadının koca üzerindeki hakları görevler ve kocanın kadın üzerindeki hakları görevlerdir.

3.2.1.1.1. Müşterek Evlilik Hakları

Müşterek evlilik hakları, eşler arasında ortak birlikteliğin helal kılınması ve evlilik dışında yasak olan şeylerin helal kabul edilmesi temelinde şekillenir. Bu haklar, Cenab-ı Hakk'ın Kuran'da belirttiği şekliyle⁶⁰⁹ iffetin korunması ve eşlerin sadece birbirleriyle veya sahip oldukları cariyelerle yetinmeleri ilkesine dayanır, böylece bu durum onları kınanacak bir duruma düşürmez.

Müşterek evlilik hakları içinde öne çıkan iki temel hak şunlardır:

- Hısımlıktan doğan mahremiyet: Evlilik bağı ile birbirine bağlı olan eşler, hısımlık ilişkisi nedeniyle birbirleriyle özel ve mahrem ilişki içindedirler. Bu, evlilikten doğan bir ayrıcalıktır ve evlilik birliğinin korunmasına yardımcı olur.
- Miras hakkı: Evlilik, eşler arasında miras hakkı oluşturan bir bağ kurar. Bu, evlilik sona erdiğinde ya da bir eşin vefatı durumunda, eşler arasında mal ve mirasın adil bir şekilde paylaşılmasını sağlar.

Müşterek evlilik hakları, eşler arasındaki bağı güçlendirir ve birbirlerine karşı sorumluluklarını artırır. İslam hukukunda evlilik bağının korunması ve evlilik içindeki ilişkilerin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesi büyük önem taşır. Bu nedenle, eşlerin bu haklara riayet etmesi, evlilik birliğinin huzur ve saadetini artıracaktır.

⁶⁰⁸ Bakara Suresi, 2/228.

⁶⁰⁹ "İffetlerini korurlar; Sadece eşleriyle veya ellerinin altında olanlarla (câriyelerle) yetinirler, bundan dolayı da kınanacak değildir", Bakara Suresi, 2/228.

3.2.1.1.2. Kadının Kocası Üzerindeki Hakları

- Kadının kocası üzerindeki hakları, çeşitli unsurları içerecek şekilde sınırlandırılmaz. Bu haklar, özellikle aşağıda belirtilen ana başlıklar altında ele alınmaktadır:
- Nafaka: Kadının, kocası tarafından sağlanan maddi desteğe olan hakkı olarak bilinen nafaka, onun bakımı ve geçimini temin etmek için önemli bir husustur. Nafaka hakkı, daha detaylı bir şekilde ele alınacaktır.
- Eşler Arasında Adalet Sağlanması: Eşler arasındaki ilişkide adaletin sağlanması önemli bir prensiptir. Bu adalet, nafaka miktarının belirlenmesi yanı sıra, gecelerin nasıl paylaşılacağı, günlük sohbet ve destekleşme gibi konularda da geçerlidir. Eşler arasındaki bu adil davranış, karşılıklı saygı ve anlayış temelinde gerçekleşmelidir⁶¹⁰.
- İyi Geçinmek: Kadının kocası üzerindeki haklarından biri, ona iyi davranılması ve zarar verilmemesidir. Bu kapsamda, Kuran'da "Onlarla iyi geçinin. Eğer onlardan hoşlanmazsanız, Allah'ın hakkınızda çok hayırlı kılacağı bir şeyden de hoşlanmamış olabilirsiniz"⁶¹¹ şeklinde ifade edilen ilahi öğüt önemlidir. İyi geçinme kavramı, eşlerin birbirlerine karşı sevgi ve merhametle yaklaşmasını, çatışmalardan kaçınmayı ve anlayışlı davranmayı içermektedir.
- Aile Ziyareti ve Misafirperverlik: Kadının kocası üzerindeki hakları arasında, kadının ailesini ziyaret etme ve ailesinin evlilik yuvasını iyi bir şekilde ağırlama hakkı bulunmaktadır. Kocanın bu hakkı engelleme yetkisi yoktur çünkü bu, hem kadına zarar verme potansiyeline sahiptir hem de İslam'da akrabalık bağlarının koparılmasını yasaklayan bir tavidir.

Nitekim kadının kocası üzerindeki hakları, nafaka, adalet, iyi geçinme ve aile ziyareti gibi unsurları içerir. Bu hakların sağlanması, eşler arasında uyumlu bir evlilik hayatının temelini oluşturur ve İslam'ın evlilik ilişkisine yüklediği önemi vurgular.

3.2.1.1.3. Kocanın Karısı Üzerindeki Hakları

Kocanın ayrıca, evlilik akdi uyarınca kadın üzerinde sahip olduğu haklar da vardır. Bunlardan:

- İtaat Hakkı: İtaat hakkı, kadının kocasına karşı sahip olduğu sorumlulukları ve onunla ilişkilerini düzenleyen bir kavramdır. Bu hak, kadının kocasının varlığında

⁶¹⁰ Zühle, C:7, s. 133.

⁶¹¹ Nisa Suresi, 4/19.

veya yokluğunda, ona itaat etmesini ve hem kendisini hem de mal varlığını korumasını içerir. Koca, doğuştan gelen fiziksel, mali ve psikolojik koruyuculuğu sayesinde ailenin reisi ve işlerinin yöneticisi olarak kabul edilir. Öte yandan, kadınların fitri ve duygusal yapıları gereği ev işlerini yürütmeye ve çocuk yetiştirmeye daha yatkın oldukları düşünülür. Hz. Peygamber bir hadiste şöyle buyurmuştur: "*Saliha kadın, kocası yüzüne baktığı zaman onu sevindirir, kocasının meşru isteklerini yerine getirir ve onun olmadığı yerde hem malını, hem de namusunu muhafaza eder*"⁶¹². İtaat, kadının kocasından izin alarak evden çıkması, yabancı birini evine kabul etmemesi, namusunu koruması, kocasının huzurunda ve yokluğunda onurunu koruması ve sırlarını ifşa etmemesi gibi çeşitli yönleri ve gereklilikleri içerir.

- Koca, nafaka ve bakım yükümlülüğünü yerine getirmesi karşılığında, evliliğin gereklerini yerine getirmek, huzuru sağlamak, eve ve çocuklara bakmak için karısı üzerinde onunla birlikte evlilik evine yerleşme ve ikamet etme hakkına sahiptir. Ev bakımı konusu, geçerli geleneklere ve eşlerin maddi ve sosyal durumlarına göre belirlenir. Örneğin, Cezayir'de ev işlerinin kadın tarafından yürütülmesi ve evin bakımının ona ait olması yaygın bir uygulamadır.

3.2.1.2. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde

Cezayir'in CEDAW Antlaşmasını onaylamasının en önemli sonuçlarından biri de eşlerin hak ve görevlerinin yeniden düzenlenmesidir. CAK 'nın 36, 37, 38, 39. maddelerinde eşlerin hak ve görevleri arasında ayrım yapıldıktan sonra bu maddeler ilga edilerek eşlerin hak ve görevleri 36. maddede toplanmış ve bu antlaşmanın 16. maddesine istinaden aralarında ortak hale getirilmiştir. Bu hak ve görevler aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- Evlilik bağlarının ve ortak yaşam yükümlülüklerinin korunması; Bu görev, eşlerden her birinin diğer eşe karşı ortak bir yaşam ve iyi geçinme çerçevesinde davranmasıyla ilgilidir. Bu nedenle eşler, sevgi ve saygının hâkim olduğu mutlu bir evlilik hayatı için ellerinden geleni yapmalıdır. Bu da ancak hoşgörü, samimiyet ve güzel söylem temelinde olabilir.
- Ailenin çıkarları için işbirliği yapmak, çocuklara bakmak ve onları iyi yetiştirmek. Cezayir yasa koyucusu bu meseleyi CAK'nun 3/36. maddesinde ele almıştır. Bununla kastedilen, eşlerin aile üyelerini korumaları gerektiğidir, çünkü eşler çocukların

⁶¹² İbn Mace, Nikâh, 5/1857.

mutluluğunu sağlamak ve onlara istikrar ve huzuru temin etmek görevindedir. Dolayısıyla, eşlerin çocuklara iyi bir şekilde bakması ve onları iyi bir şekilde yetiştirmesi gerekir, çünkü bu her ikisine de düşen bir sorumluluktur.

- Aile işleri ve doğum aralığının yönetiminde danışmanlık. CAK'nun mülga 39. maddesi uyarınca: "*Kadın kocasına itaat etmek ve aile reisi olarak ona saygı göstermek zorundadır....*". Bu maddenin düzenlenme amacı, emir veren merkezlerin çokluğu nedeniyle aile içinde yaşanan huzursuzlukları azaltmak idi. Ancak, Aile Kanunu'nu tadil ettikten ve bu maddeyi kaldırdıktan sonra, Cezayir yasa koyucusu artık kocayı aile reisi olarak tanımamakta, bunun yerine aile işlerinin yönetiminde açıkça istişareyi öngörmektedir. Bu nedenle, kocanın aile içinde tek taraflı kararlar almasına izin verilmez, bunun yerine karısına danışarak karar alması gerekir. Aynı zamanda Cezayir yasa koyucusu, tekrarlanan doğumlar sonucunda kadının zarar görmemesi için eşlerin doğumları aralıklı olarak yapma konusunda anlaşmalarına odaklanmıştır.
- Akrabalık bağlarını erdemle korumak. Akrabalık bağları ile kastedilen, daha önce açıklandığı gibi kan, sıhriyet ve süt ile sabit olan geniş anlamıdır. Bu doğrultuda, eşlerden her biri diğerinin akrabalarına saygı göstermek ve değer vermek zorundadır ve bu nedenle koca, eşini, evlenmesi caiz olmayan anne babasını ve akrabalarını ziyaret etmekten ve ağırlamaktan mahrum edemez.

CEDAW Antlaşması'nın etkisiyle Cezayir, evlilik ve aile ilişkilerinde eşitlikçi bir yaklaşım benimsemiş ve kadınların haklarını güçlendirmiştir. Bu adımla birlikte, toplumda cinsiyet eşitliğine daha fazla vurgu yapılarak, aile içinde daha adil ve uyumlu ilişkilerin geliştirilmesi hedeflenmiştir

Osmanlı kanun koyucusu, eşlerin hak ve görevlerini HAK'nin 69 ila 74. maddelerinde ele almıştır. Ayrıca, Cezayir kanun koyucusundan farklı olarak, bu hak ve görevleri eşler arasında paylaşmış, bazılarını kadının kocası üzerindeki hakları, bazılarını da kocanın karısı üzerindeki hakları haline getirmiştir. Bu doğrultuda, kadının kocası üzerindeki hakları aşağıdaki gibi sınıflandırılabilir:

- Mehir, nafaka ve miras hakkı: HAK'nin 69. maddesi uyarınca, evlilik akdi sahih bir şekilde yapıldıktan sonra, kadının üç mali hakkı söz konusu olur. Bu haklar; mehir, nafaka ve eşler arasında miras hakkıdır. Osmanlı kanun koyucusu, bu madde aracılığıyla, eşler arasında zifafın gerçekleşmesini değil, evlilik akdinin rükün ve şartlarının mevcudiyeti suretiyle sahih olmasını dikkate almıştır.

- Uygun konut. HAK'nin 70, 71 ve 72. maddelerine göre, koca, kendi durumuna göre ve yasal koşulları yerine getirerek, karısının kendisi ve parası için güvende olduğu ve kadının mehr-i müeccelini aldıktan sonra itaat etmesi ve içinde ikamet etmesi gereken evlilik evini temin etmek zorundadır. Evlilik evi, ihtiyaç duyulan tüm mobilya ve diğer hizmetlere sahip olmalıdır. Kocanın, karısının izni olmaksızın, ailesinden veya çocuklarından herhangi birini barındırma hakkı da yoktur, ancak ayırt etme gücüne sahip olmayanlar hariç ve kocanın anlaşmazlık ve geçimsizlik gibi durumlardan kaçınmak maksadıyla evde birden fazla eş barındırması da uygun değildir⁶¹³.
- İyi geçinmek (Hüsn-i muâşerete); Daha önce de açıklandığı gibi, kocaya iyi davranmak ve ona zarar vermemek kadının kocası üzerindeki haklarından biridir. Kendisine iyi geçinmenin bir parçası da onun ailesini ziyaret etme ve onları evlilik evinde ağırlama hakkını tanımaktır ve kocanın kadının ailesini ziyaret etmesini ya da ailesinin onu evinde ziyaret etmesini önlemeye hakkı bulunmamaktadır⁶¹⁴.
- Eşler Arasında Adaleti Sağlamak: HAK'nin 74. maddesi, birden fazla karısı olan kocanın, eşler arasında adaletli davranma sorumluluğunu vurgulamaktadır. Bu adalet, nafaka dağıtımı, gece paylaşımı, zaman ve kaynakların adil bir şekilde paylaşılması gibi konularda gerçekleşmelidir. Bu hüküm, eşler arasındaki dengeli ilişkileri teşvik etmek ve aile içinde uyumu sağlamak amacıyla konulmuştur⁶¹⁵.

Buna karşılık kocanın kadın üzerindeki hakları şu şekilde özetlenebilir:

- İtaat hakkı; HAK'nin 73. maddesi kocanın karısı üzerindeki en önemli hakkı olan itaat hakkını düzenlemektedir. Kadının kocasına itaat etmesi pek çok şeye bağlı olup, bunlardan;
 - 1- Kadının evlilik ilişkisini gerçekleştirmesi amacıyla kendisini kocasına teslim etmesi,
 - 2- İster kadın ister erkek olsun, kadının, kocasının evinde bulunmasını istemediği kişileri kabul etmeme konusunda gayretli olması(HAK m.72),
 - 3- Kadının evden çıkmadan önce kocasından izin alması, kadının kocasına saygı göstermesi, isteklerini yerine getirmesi ve mümkün olduğunca ve mubah olan şeylerle isteklerine karşılık vermesi (HAK m.73),

⁶¹³ Seradj, s. 85.

⁶¹⁴ HAK m.73

⁶¹⁵ Zühle, C:7, s. 133.

- 4- Kadının kocasının haklarını, görevlerini ve parasını koruması ve kocası evde değilken ve uzaktayken kendini korumaya özen göstermesi,
- Evlilik evinin yerini tayin hakkı; HAK'nin 71. Maddesi gereğince, Osmanlı yasa koyucusu kocaya evlilik evinin yerini tayin hakkı vermiş ve bu hakkı iki şartla sınırlandırmıştır: Kadının mehr-i müeccelini alması ve şer'i veya kanuni bir engelin bulunmaması. Bu kapsamda şer'i veya kanuni bir engelin bulunmamasından kasıt, evlilik akdinde eşlerin veya kadının ikamet ettiği ülke dışına çıkılmaması veya gidilmek istenen ülkenin eşlerin hayatı, malı veya dini için tehlike oluşturması gibi bir tehlikenin bulunmamasıdır⁶¹⁶.

Osmanlı yasa koyucusu, eşler arasındaki hak ve görevleri belirlerken, toplumun sosyal yapısını ve değerlerini dikkate almıştır. Bu düzenlemeler, kadınların ekonomik güvenceye sahip olmalarını, aile içinde huzurlu bir yaşam sürdürmelerini ve eşitlikçi bir evlilik ilişkisi yaşamalarını desteklemeyi hedeflemiştir. Ancak, eksiklik olarak görülen noktalar açısından, belirtilen hükümlerin daha ayrıntılı bir biçimde uygulama ve denetim mekanizmalarının güçlendirilmesi faydalı olabilir. Ayrıca, kadınların toplumsal konumlarını güçlendiren ek önlemler de alınabilir.

3.2.1.3. Değerlendirme

CAK ve HAK'nin her birinde eşlerin hakları ve görevleriyle ilgili maddeler incelendiğinde, düzenlemeleri bakımından farklı olsalar da aralarında büyük bir paralellik olduğu görülmektedir. Cezayir yasa koyucusu, evlilik hak ve görevlerinin karı ve koca arasında paylaştırılması meselesini ortadan kaldırmış ve bunları ortak hale getirmiştir. Bu durumun iki nedeni vardır: Cezayir yasa koyucusunun Cezayir ailesindeki sorumluluk merkezlerindeki gelişmelere ve zamana ayak uydurup kişisel statü alanındaki çağdaş içtihatlarla eşlik eden aile mevzuatına uyum sağlamaktır. Cezayir yasa koyucusu İslam hukukunu Aile Kanunu'nun birincil kaynağı haline getirmiş olsa da, örfü yasal maddeleri anlamak için yedek bir kaynak olarak görmeyi de ihmal etmemiştir. Bu doğrultuda Cezayir yasa koyucusu, aile işleri ve doğum aralığının yönetiminde danışmanlık meselesi gibi örfe dayalı olarak düzenlenen bazı evlilik haklarını değiştirmeyi başarabilmiştir.

Osmanlı yasa koyucusu ise, aile reisliği konusuna riayet ederek, evlilik hak ve görevlerinin düzenlenmesinde İslam hukuku ile mutabık kalmıştır. HAK'de aile reisliği,

⁶¹⁶ Okla, s. 150.

evlilik hak ve görevlerinin belirlenmesinde temel bir ilke olup, erkek aile reisi olarak kabul edilir ve liderlik konumu ona özel güç ve haklar sağlamıştır. Buna göre kadın, ailenin reisi olarak kocasına itaat etmeli ve saygı göstermeliydi. Buna karşılık koca da karısının ve çocuklarının nafakasını sağlama sorumluluğunu üstlenmek durumundaydı. Çocukların velayeti konusunda ise koca yasal vasi konumunda olup, onların yetiştirilmesi ve eğitimi konusunda karar verme hakkına sahipti. Bu hususların eski zamanlara ve eski Osmanlı kanunlarına ait hukuki ve sosyal bir mirası yansıttığına işaret etmektedir.

3.2.2. Eşler Mal Rejimi

Eşler arasında malî ilişkilerin düzenlenmesini ifade eden "eşlerin mali rejimi," her bir eşin kendi malı ve diğer eşin malı ile olan ilişkilerini ve bu malların ortak mallarla olan ilişkisini belirleyen kuralları bütünüdür⁶¹⁷. Çeşitli yasal düzenlemeler, kadınlara mülk edinme ve kendi malları üzerinde tasarrufta bulunma hakkı tanımıştır. Eğer kadın tam ehliyetli ise, kendi malları üzerinde vesayet hakkına sahip olur ve bu malları üzerinde yasal sınırları ihlal etmeden dilediği gibi tasarruf edebilir. Başka bir ifadeyle, kadın tam ehliyetli olduğunda kendi malı üzerinde tasarruf, yönetim, mülkiyet ve yararlanma haklarını şahsen kullanabilme yetkisine sahiptir.

Bu başlık altında eşlerin mali rejimi hükümlerini hem İslam hukukunda hem de VAK ve HAK'de ele alınacaktır.

3.2.2.1. İslam Hukukunda

İslam fıkhi, kocanın eşinin nafakasından sorumlu olduğunu kabul etmektedir ve kocanın, eşinin rızasının dışında ve onu bozmayacak şekilde eşinin malını kullanma hakkı bulunmamaktadır. Bu kapsamda, çoğunlukla İslam âlimleri, erkekler için geçerli olan mali ve diğer hakların kadınlar için de geçerli olduğunu ve üzerlerine farz kılınan yükümlülüklerin kadınlar için de aynı şekilde geçerli olduğu görüşündedir. Dolayısıyla, kadın tam ehliyetli olduğu sürece hak ve yükümlülüklerle ilgili hükümleri yerine getirme hakkına sahiptir⁶¹⁸.

İslam şariatının eşler arasında mal ayrılığı rejimini benimsediği söylemek mümkündür.

⁶¹⁷ **Mesudi, Rida**, en-Nizamü'l Mali Liz-Zevceyn Fi't-Teşri' el-Cezayiri, (Doktora Tezi), Ebu Bekir Belqaid Tlemcen Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 151.

⁶¹⁸ **Şami, Ahmed**, Kanun el-Usra el-Cezayiri Tibkan lit'adil el-Cadid, Mısır, Darü'l Caimi'a el-Cadidâh, 2010, s. 147.

Bu perspektiften bakıldığında, eşlerden her biri, ister gayrimenkul ister menkul isterse intifa hakkı olsun, sahip olduğu mal üzerinde şeriat hükümleri çerçevesinde mutlak hakka sahiptir. Kendi malını kullanma, ondan yararlanma ve elden çıkarma hakkına sahiptir; bu da, evlilikten önce veya sonra ne zaman sahip olunursa olunsun, her birinin kendi malı üzerinde tam mülkiyete sahip olması gerektiği anlamına gelir. Bu mallar, diğer eşin özel mallarından ve eşler arasındaki ortak mallardan bağımsız olarak değerlendirilir⁶¹⁹.

Dolayısıyla, Eşler arasındaki mal ayrılığı rejimi, İslam hukukunun ekonomik ve mali ilişkilere getirdiği düzenlemeler arasında önemli bir yeri işgal etmektedir. Bu yaklaşım, eşlerin mal varlıklarının ayrı olarak korunmasını ve her birinin mali özgürlüğüne saygı gösterilmesini sağlar. Ancak, bu tür bir mali rejimin uygulanmasında toplumun ekonomik, sosyal ve kültürel yapısı göz önünde bulundurulmalıdır. Bazı toplumlarda kadınların ekonomik gücü ve fırsatlara erişimi konusunda hala eksiklikler bulunabilir. Bu nedenle, toplumsal cinsiyet eşitliğini teşvik edecek politika ve düzenlemelerin hayata geçirilmesi, kadınların ekonomik özgürlüklerinin güçlendirilmesi ve toplumsal refahın artırılması için önemli bir adımdır.

3.2.2.2. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun 37. maddesinde eşlerin mal rejimini düzenlemiştir. CAK'nun 37. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: *"Eşlerden her birinin diğerinden bağımsız olarak mali sorumluluğu vardır. Bununla birlikte, eşler evlilik akdinde veya daha sonraki bir resmi akitte evlilik sırasında edindikleri ortak malların ne şekilde değerlendirileceği konusunda anlaşabilir ve her birine düşen oranları belirleyebilirler"*.

Cezayir yasa koyucusu, mal ayrılığı ilkesini benimseyerek, İslam hukukçularının çoğunluğunun da takip ettiği yol üzerinde ilerlemiştir ve her bir eşin kendi mali yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir. Kadınlar, evlendikten sonra tam mali ehliyetlerini korur ve tam ehliyetli oldukları sürece mal varlıklarını yönetme konusunda tam bir özgürlüğe sahiptirler. Kocanın izni veya yardımı olmadan mali tasarruflarını gerçekleştirebilirler ve kocanın bu konuda engelleme hakkı yoktur. Ancak, bu bağımsızlık, kadının başkalarıyla yaptığı sözleşmeler nedeniyle tüm yükümlülükleri taşımasını gerektirir. Dolayısıyla, satış sözleşmelerinde belirlenen bedeli ödemek veya üçüncü bir kişiye neden olan zararı tazmin etmek gibi sorumluluklarla karşı karşıya kalabilirler. Aynı şekilde, eşler arasında

⁶¹⁹ eş-Şerbini, C:3, s. 246.

dayanışmaya yer olmayan tazminatlara ilişkin hükümler de geçerlidir ve bir eşin diğerine yönelik eylemleri yabancı eylemler olarak kabul edilir⁶²⁰.

Tam ehliyetli bir kadın, bir erkek gibi, sahip olduğu mülklere satış yapma, bağışlama, kiralama veya yetki verme gibi konularda tam fiili ehliyete sahiptir. Evli veya bekâr olması fark etmeksizin, bu mali sözleşmeleri kendisi veya başkaları için yönetme yetkisine sahiptir⁶²¹. Eşlerin ortak malları, evlilik akdinde veya sonraki bir resmi anlaşmada belirledikleri ve evlendikten sonra ortaklaşa sahip oldukları malları kapsar⁶²². Ancak, mehir ve nafaka gibi eşin mali haklarına ek olarak, evlilikten önce miras, vasiyet, hediye veya diğer mülk edinme yolları nedeniyle elde edilen mallar ortak mallara dâhil değildir ve her bir eş bağımsız olarak bu tür mallardan yararlanma ve tasarruf etme hakkına sahiptir. Eşler arasındaki ortak malların belirtilmesi yeterli değildir, ayrıca yapılan anlaşmanın her bir eşin ortak mallardaki payını içermesi gerekmektedir.

Osmanlı yasa koyucusu, eşler arasındaki mali rejimi ayrı maddelerde belirtmemiştir. Bu durum, Osmanlı Devleti'nde 20. yüzyıla kadar kadınların ekonomik hayatta erkeklerle aynı rolü oynamadığı gerçeğiyle ilişkilidir. Ancak, bazı kadınlar mal ve mülk sahibi olmuş, hatta inzivaya çekilme ve kadın işleriyle ilgili atölyelere sahip olmuş kadınlar dahi mevcuttu⁶²³.

Osmanlı kanunlarında nafaka konusunu düzenleyen maddeler incelendiğinde, Osmanlı yasa koyucusunun eşler arasında mal ayrılığı rejimini benimsediği anlaşılmaktadır. Bu maddelerin genel içeriği, evlilik nafakasının koca için vacip olduğunu ve kocanın bunu reddetmesi veya yerine getirememesi durumunda kadının bunu ödemekle yükümlü olmadığını ortaya koymaktadır. Aksine, kadının nafakasının temin edilmesi için hâkime başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir ve kadının mali durumu ne olursa olsun, kocası adına başkalarından borç alma yetkisine sahiptir.

Osmanlı döneminde kadınların ekonomik hayattaki rolünün sınırlı olmasına rağmen, nafaka konusundaki bu düzenlemeler kadınların ekonomik güvenliğini sağlamak adına önemli bir adım olmuştur. Bu tür hükümler, kadınların mali açıdan desteklenmesini ve nafaka talebinde bulunma hakkının korunmasını amaçlamıştır. Ancak, Osmanlı dönemi

⁶²⁰ Belhâj, s. 164.

⁶²¹ Tişvar, Djilali, “The Financial Independence Of The Wife Between Islamic Law And Positive Law (comparative Study)”, Journal of Sharia and Economics, C: 8, S: 2, 2019, s. 175-182.

⁶²² Jeddil, Kemal, “ez-Zimmetü'l Maliyâh Liz-Zevceyn Kirâh Fi Nas-i L'madâh 37 Min Kanunü'l Üsrâh, AL- Journal of MIEYAR, C: 6, S: 2, 2015, s. 84-107.

⁶²³ Bkz; Aydın, s. 100-101.

toplumsal normlarının etkisiyle kadınların ekonomik özgürlüğü kısıtlı kalmıştır. Zamanla toplumda ve hukuk düzenlemelerindeki değişimlerle birlikte kadınların mali hakları ve ekonomik güvenlikleri daha fazla önem kazanmıştır.

3.2.2.3. Değerlendirme

Cezayir yasa koyucusu, eşlerin mal rejimini düzenleyen bir maddeye sahiptir. Bu maddeye göre, her bir eş, diğerinden bağımsız olarak mali sorumluluğa sahiptir. Ancak, eşler, evlilik akdinde veya sonraki bir resmi akitte ortak mal edinimlerinin nasıl değerlendirileceği konusunda anlaşabilir ve paylarını belirleyebilirler. Bu anlamda, Cezayir yasa koyucusu, eşler arasında mal ayrılığı ilkesini benimseyerek her bir eşin mali yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca, kadının evlendikten sonra tam mali ehliyetini koruduğu ve kocanın iznine veya yardımına ihtiyaç duymadan malını yönetme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmektedir. Ancak, kadının bağımsızlığıyla birlikte, sözleşmelere ve mali yükümlülüklerle de tam anlamıyla katılmak zorundadır.

Öte yandan, Osmanlı yasa koyucusu eşlerin mali rejimini ayrı maddelerde ele almamıştır. Ancak, nafaka konusuna değinen maddeler incelendiğinde, Osmanlı yasa koyucusunun eşler arasında mal ayrılığı rejimini benimsediği anlaşılmaktadır. Evlilik nafakası konusunda, kocanın nafakayı yerine getirmemesi veya reddetmesi durumunda, kadının bu nafakayı ödemekle yükümlü olmadığı belirtilmektedir. Aksine, kadının kendisi için nafaka talep etme hakkı vardır ve mali durumu ne olursa olsun, kocası adına başkalarından borç alabilme yetkisine sahiptir.

Her iki durumda da, İslam hukukunun etkileri görülmektedir. İslam fıkhı, kocanın eşinin nafakasından sorumlu olduğunu ve kocanın, eşinin rızasının sınırları dışında eşinin malını kullanma hakkının olmadığını belirtmektedir. Bu prensipler Cezayir ve Osmanlı hukukunda da yansımalarını bulmuştur. Ayrıca, her iki hukuk sisteminde de eşler arasında mal ayrılığı ilkesi benimsenmiştir. Bununla birlikte, Cezayir yasa koyucusu daha detaylı bir düzenlemeye gitmiş ve eşlerin ortak mal edinimi konusunda anlaşabileceklerini belirtmiştir. Sonuç olarak, Cezayir ve Osmanlı yasa koyucusu eşlerin mal rejimini düzenlerken İslam hukukundan etkilenmişlerdir. Her iki durumda da, eşler arasında mal ayrılığı ilkesi benimsenmiş ve kadınların mali hakları ve sorumlulukları kabul edilmiştir. Ancak, Cezayir yasa koyucusu daha detaylı bir düzenleme yapmış ve eşlerin ortak mal edinimi konusunda anlaşabileceklerini belirtmiştir.

3.2.3. Nesep

Nispet ve münasebet ile yakından ilişkili olan 'nesep' kelimesinin iki farklı anlamı vardır: geniş ve dar anlamda. Geniş anlamda nesep, bir kişinin kendisinden geldiği soyu ve atalarıyla olan kan bağıını ifade eder. Bu, bir bireyin soy ağacı ve aile kökeniyle ilgili bir kavramdır. Dar anlamda ise nesep, çocuğun ebeveynleri arasındaki kan bağıını ve kan akrabalığı ilişkisini ifade eder. Bu, aynı anne ve babaya sahip olan kardeşler arasındaki doğal ilişkiyi ifade eder⁶²⁴.

Osmanlı yasa koyucusunun nesep konusunu ayrıntılı bir şekilde düzenlemediği ve sadece Hukuk-ı Aile Kanunu'nun (HAK) 75. ve 76. maddeleri aracılığıyla bu konuya değindiği belirtilmelidir. Bu maddeler, fasit bir evlilikten doğan çocuğun nesebinin sabit olmamasını, ancak çocuğun fasit bir evlilikten doğduğu durumda babasına nispet edileceğini ifade eder. Bu bağlamda, hem İslam hukukundaki hem de CAK 'ndaki nesep hükümleri incelenecektir.

İslam şeriatı, nesep bağlarının kaybolmasını ve iftiraya uğramasını önlemek amacıyla nesep konusunda çeşitli hükümler getirmiştir. Aynı zamanda, ailenin sağlam temeller üzerine kurulması ve toplumda etkin bir rol oynaması hedefiyle, nesep bağları, çocuklar, ebeveynler ve diğer tüm akrabalar için önemli bir hak olarak değerlendirilmiştir. Nesep meselesinin önemi ve birey ile toplum üzerindeki etkisi göz önünde bulundurularak, İslam hukuku bu konuda, sahih bir evlilikten kaynaklanan nesepleri kabul etmiş ve nesep sübutu için asli bir yöntem olarak benimsemiştir. Ancak hukukçular, nesep bağının ikrar veya beyyine yoluyla da sabit olabileceğini kabul etmişlerdir.

Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 40. maddesinde nesep konusunu düzenlerken şu hükmü getirmiştir: "*Sahih bir nikâh akdi, ikrar, beyyine, nikâh şüphesi ve bu Kanunun 32, 33 ve 34 üncü maddeleri uyarınca zifaktan sonra feshedilmiş nikâhtan dolayı meydana gelen çocukların nesepleri evlilik birliğinde bulunan kocaya ait olur. Ayrıca hâkimin nesebin ispatı noktasında bilimsel yöntemlere başvurulabilir.*" Bu maddeyle, sahih bir evlilikten doğan çocukların neseplerinin babalarına ait olduğu vurgulanırken, ikrar, beyyine, nikâh şüphesi gibi durumlarda da nesep bağlarının belirlenmesinde bilimsel yöntemlerin kullanılabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle nesep bağlarının güçlendirilmesi ve çocukların haklarının korunması amaçlanmıştır.

Bu başlık altında nesebi kuran sebepler ve onu ortaya çıkaran sebepler ele alınacaktır.

⁶²⁴ Karaman, s. 393.

3.2.3.1. Nesebi Kuran Sebepler

Çocuğun nesebi ya annesinden ya da babasından sabit olur. Annesinden olan nesebi sübutu, ister sahih ister fasit bir evlilikten, ister şüpheli bir ilişkiden ya da zinadan doğmuş olsun, doğar doğmaz gerçekleşir. Babasından olan nesebi ise, aşağıdaki nedenlerden biriyle sabit olur:

3.2.3.1.1. Evlilik İlişkisi İçinde Doğmak (Fıraş)

Hız. peygamber bir hadiste şöyle buyurmuştur: "*Çocuk fıraş sahibinindir. Zina edene ise mahrumiyet vardır*"⁶²⁵. Bu hadiste geçen "yatak" terimiyle kastedilen, hamileliğin başlangıcında bir erkek ve bir kadın arasında fiilen veya hükmen var olan nikâh veya evlilik bağıdır ve bu ancak sahih bir akit ile olabilir. Ayrıca, sahih bir evliliğin kuralına, fasit akit ile gerçekleşmiş zıfat ve şüphe üzerine cinsel bir ilişki yapmak de dâhildir⁶²⁶. Buna göre, batıl evlilik akdi fıraş olarak kabul edilmez ve nesebi sabit kılmaz. Aynı şekilde, helal veya şüphe olmaksızın cinsel ilişki için de geçerlidir, çünkü bu zinadır ve zina nesebi sabit kılmaz. Nitekim Cezayir yasa koyucusu da Aile Kanunu'nun 41. maddesi aracılığıyla bunu dile getirmiştir: "*Evlilik meşru olduğu, temas mümkün olduğu ve çocuk meşru yollarla reddedilmediği takdirde çocuk babasına aittir*". CAK'nun 41. maddesi uyarınca, sahih bir evlilikte nesebin sübutu için aşağıdaki şartların yerine getirilmesi gerekmektedir:

- Evliliğin geçerli olması, yani CAK'nun 9 ve 9 mükerrer maddelerinde öngörülen rükünleri ve şartları yerine getirmesi.
- Kadının kocasından hamile kalması mümkündür; yani kadının yetişkin olması ve hamileliği engelleyecek hastalıklardan arınmış olmasıdır⁶²⁷.
- Cinsel ilişkinin mümkün olması; Yani eşler arasında gerçek bir cinsel buluşma vuku bulmuştur⁶²⁸.
- Kocanın, meşru yollarla çocuğun kendisinden olan nesebini reddetmemesi; Nesebi reddetmenin meşru yollarıyla kastedilen şey, kadının, kendisini zina ile itham eden kocasıyla yenileşmesini ifade eden li'andır⁶²⁹. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken husus, Cezayir yasa koyucusunun li'an yoluyla nesebin reddini açıkça hükme

⁶²⁵

⁶²⁶ Bir erkek, karısı olduğunu düşünerek yabancı bir kadınla cinsel ilişkiye girerse, bu ilişki ne zina ne de evlilik akdine dayalı bir ilişki olarak kabul edilir. Bu, evlilik şüphesine dayalı bir ilişkidir ve bu nedenle çocuk babasına bağlanır, zira şüphe, bir engel olmadığı sürece soy lehine yorumlanır, bkz; el-Gheryani, C:3/62.

⁶²⁷ Bkz; Ebu Zehra, s. 390.

⁶²⁸ Ebu Zehra, s. 391.

⁶²⁹ Ebu Zehra, s. 391.

bağlamamış olmasıdır. Ancak Aile Kanunu'nun 138. maddesinin metninden, li'anın nesebin reddi yollarından biri olduğu anlaşılmaktadır. Aile Kanununun 138. maddesi uyarınca: "Li'an ve irtidat mirasa mani olarak kabul edilir". Buna ek olarak, Cezayir yargı içtihadı, 20.10.1992 tarihinde verilen kararda belirtildiği üzere li'an'ı kabul etmiştir: "Aile Kanunu'nun 42. maddesine göre, asgari hamilelik süresi altı aydır.

41. madde ise, evliliğin geçerli olduğu ve liân yoluyla nesebinin reddedilmediği durumlarda çocuğun babasına ait olacağını öngörmektedir. Li'an ise sadece Atik Camii'nde ve reddedilmek istenilen çocuğun hamileliğinin öğrenildiği günden itibaren sekiz günü aşmayan bir süre içinde gerçekleşebilir"⁶³⁰.

- Çocuğun asgari ve azami gebelik süresi arasında doğmuş olması; Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 43. maddesine değinerek, hamilelik süresinin asgari altı ay ve azami on ay olduğunu belirtmiştir. Buna göre doğum, eşler arasında sebebi ne olursa olsun ayrılık tarihinden on ay sonra gerçekleşmişse, nesep sabit olmaz⁶³¹.

3.2.3.1.2. Tüp Bebek İle Nesebin Sübutu

Cezayir yasa koyucusu, eşlerdeki kısırlık sorununa bir çözüm bulmak amacıyla modern bilimin gelişmelerine ayak uydurmuş ve mükerrer 45. maddede öngörülen koşulların yerine getirilmesi halinde tüp bebeği nesebi sübut yöntemlerinden biri olarak kabul etmiştir. Tüp bebek, döllenme ve üreme amacıyla kocadan alınan spermin kadının genital kanalına yerleştirilmesini ifade eder. Bu yöntemde, karı koca arasında doğrudan cinsel ilişki yerine, özel olarak tasarlanmış şırınga kullanılarak yapay bir şekilde meni enjekte edilir. Kısırlık tedavisinin başarısız olması durumunda ve bir bebeği gebe bırakmak için yardımcı bir önlem olarak doktor bu yönteme başvurur⁶³². Bu şekilde doğan bebeklere, kadın yumurtasının erkeğin spermiyle döllenmesi tüplerin içinde gerçekleştiği için "tüp bebek" adı verilmektedir⁶³³. Cezayir yasa koyucusu bunu Aile Kanunu'nun mükerrer 45. maddesinde şöyle belirtmiştir: "Eşler tüp bebek yöntemine başvurabilir. Tüp bebek aşağıdaki şartlara tabidir:

- Evliliğin geçerli olması,
- Tüp bebek her iki eşin rızasıyla ve yaşamları boyunca yapılmalı,

⁶³⁰ Cezayir Adliye Bülteni, 54. Sayı, s103.

⁶³¹ İbn Rüşt, C:2, s. 117.

⁶³² Baker A, C:1, s. 262-263.

⁶³³ Morsi, Zehra Mouhammed, el-İncabü's Sina'i –Ahkamühü'l Kanuniyâh ve Hududuh'ş Şeri'a-, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Fikrî'l Arabi, 2008, s. 19.

- Tüp bebek sadece kocanın spermi ve kadının rahmindeki yumurta ile yapılmalı,

Taşıyıcı anne aracılığıyla tüp bebek yöntemine başvurmak caiz değildir”.

Bu maddenin ilk fıkrasından, hükmün tüp bebek yöntemine başvurmanın kabul edilebilirliğine ilişkin her türlü kısıtlamadan uzak, genel ve mutlak olduğu anlaşılmaktadır. Bunun anlamı, hiçbir neden olmasa bile bu yöntemi kullanmanın yolunu açmaktır. Ayrıca, Cezayir yasa koyucusu bu şartlardan birinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan cezaya açıklık getirmemiştir.

A. Tüp Bebek Çeşitleri

Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi, Amman'daki üçüncü kongresinde⁶³⁴ tüp bebek konusunda sunulan araştırmaları, kullanılan en önemli yöntemler olan yedi forma ayırmıştır:

- 1- Döllenme, kocadan alınan bir sperm ile karısı olmayan bir kadından alınan bir yumurta arasında gerçekleşir, daha sonra döllenmiş yumurta karısının rahmine yerleştirilir.
- 2- Döllenme, kocadan başka bir erkeğin spermi ile kadının yumurtası arasında gerçekleşir, daha sonra döllenmiş yumurta kadının rahmine yerleştirilir.
- 3- Evli bir çiftin iki tohumu arasında dışarıdan bir döllenme gerçekleşir, ardından polen onu taşımaya gönüllü olan bir kadının rahmine yerleştirilir.
- 4- Yabancı bir erkek ile yabancı bir kadının tohumları arasında dışarıdan bir döllenme gerçekleşir ve döllen tohum karının rahmine yerleştirilir.
- 5- Evli bir çiftin iki tohumu arasında harici bir döllenme gerçekleşir ve daha sonra döllenmiş tohum başka bir kadının rahmine yerleştirilir.
- 6- Kocanın spermi ve karısının yumurtası alınır ve döllenme dışarıdan gerçekleşir, daha sonra döllenmiş tohum kadının rahmine yerleştirilir.
- 7- Kocanın spermi alınır ve karısının rahmine enjekte edilir ve döllenme dahili olarak yapılır.

Modern hukukçuların çoğu ilk beş türün haram olduğu konusunda hemfikirdir⁶³⁵. Bu durum, İslam şeriatının insan onurunu ve soyunu korumayı amaçlayan hükümleriyle uyumlu olmadığından kaynaklanmaktadır. Tüp bebek, bu değerleri tehlikeye atmakta ve İslam

⁶³⁴ Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi'nin karar ve tavsiyelerinin tamamı, üçüncü kongresi, Amman, 1986, Karar No. 16, s34-35.

⁶³⁵ Baker Suresi, 1/269.

toplumu için bir risk oluşturmaktadır.

Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi ilk beş tür döllemeyi haram kılarken, son iki türe cevaz vermiştir. Ancak, bu iki tür tüp bebekte da bazı şartlar öngörmüştür. Birincisi, aşırı zorunluluk halleri dışında tüp bebek yöntemine başvurulmaması gerektiğidir. Yani, bu yöntemin kullanılması mutlak bir zorunluluk olmadıkça tercih edilmemelidir. İkincisi ise, sperm ve yumurtaların karıştırılmasına karşı azami ihtiyat ve dikkatle yapılmasıdır. Bu, etik ve dini değerlerin korunması için önemli bir husustur ve tıbbi uygulamaların güvenliği ve doğruluğu açısından büyük önem taşımaktadır.

Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi şu delilleri öne sürmüştür:

- Dölleme süreci, erkeğin menisi ile kadının yumurtası arasında gerçekleşir ve eşler arasındaki normal cinsel ilişki gibi kadının rahmine geri döner. Bu nedenle, yatağın sahibi olan kocanın nesebi sabit olur. Çünkü bu şekilde doğum, içinde günah olmayan meşru bir eylemdir⁶³⁶.
- Şeriat kuralları, insanların kendilerini muhafaza etmelerini ve soylarını kaybolmaktan korumalarını sağlamak için gelmiştir. Son iki yöntemin mubah sayılmasında, bu amaçların korunmasına ve eşlerin psikolojik ve sosyal mutluluğunun sağlanmasına vurgu yapılmaktadır.

Dolayısıyla, CAK'nun mükerrer 45. maddesindeki şartlardan biri oluşmadığında, Cezayir yasa koyucusu bunu açıkça belirtmese bile, nesep bağı kurulmuş sayılmaz. Öte yandan, koca, sahîh veya fasit bir evlilikten doğan çocukla nesebi sahîh olduğunu reddederse ve bu konuda koca ile karı arasında bir uyuşmazlık çıkarsa, 40. maddenin ikinci fıkrası, bu tür bir uyuşmazlıkla karşılaşan hâkime, nesebin ispatı için mümkün olan her türlü bilimsel yönteme başvurma yetkisi vermiştir.

Bu şekilde Cezayir yasa koyucusu, nesep konusunda adil ve bilimsel bir değerlendirme yapılmasını sağlamış ve nesebin ispatının doğruluğunun tespitine yönelik esneklik sağlamıştır. Böylece, nesep bağının doğru bir şekilde belirlenmesi ve adaletin yerine getirilmesi hedeflenmiştir. İslam hukukunun temel amaçları olan insan onurunu ve soyunun korunması bu çerçevede önemli bir şekilde ele alınmıştır.

3.2.3.1.3. Sahîh Bir Evlilikten Ayrıldıktan Sonra Nesebin Sübutu

CAK'nun 43. maddesi uyarınca: "*Çocuk, ayrılık veya ölüm tarihinden itibaren on ay*

⁶³⁶ Jedid, s. 553.

içinde doğmuşsa nesebi babasına aittir". Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, Cezayir yasa koyucusu temel konular üzerinde durmayı ihmal etmiş bulunmaktadır:

1- Cezayir yasa koyucusu " ayrılık " kelimesiyle neyin kastedildiğini belirtmemiştir. Bu ifadeyle, kocanın boşanma kelimesini söylediği günden itibaren eşler arasındaki gerçek ayrılık mı kastedilmektedir, yoksa hâkim kararıyla verilen boşanma hükmü mü kastedilmektedir? Ancak aynı kanunun 60. maddesi hamilelik süresinin boşanma veya ölüm tarihinden itibaren en fazla on ay olduğunu açıkça belirtmektedir. Dolayısıyla, ayrılığın 49. madde uyarınca bir yargı kararının verilmesiyle gerçekleşen bir boşanma olduğunu söylemek, on aylık sürenin hesaplanmasının boşanma kararının verildiği günden itibaren başlatılması sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bu durum, on aylık sürenin hesaplanmasının kocanın boşanma sözünü söylediği günden itibaren başlaması halinde, doğan çocuğun on aydan daha uzun bir süre içinde olabileceği sonucunu doğurur. Bu, şeriat ve hukuktaki nesebin temel ilkeleriyle çelişmektedir. Bu nedenle, boşanmaya hükmeden yargı kararının verildiği tarih ne olursa olsun, nesep hükümlerine uygun olan ayrılığın daha doğru anlamı, eşler arasındaki fiili ayrılıktır, yani kocanın boşanmayı dile getirdiği ve karısından ayrıldığı gündür. Zira yargı tarafından verilen boşanma kararı, eşlerin fiilen ayrıldığı tarihten daha sonra verilebilir.

2- Cezayir yasa koyucusu, ayrılmanın zifaktan önce veya sonra gerçekleşmesi arasında bir ayırım yapmamıştır. Eşler arasında zifaktan önce boşanma gerçekleşmiş ve boşanmadan sonra kadın doğum yapmışsa, bu durumda boşanma tarihinden itibaren altı ay geçmeden kadın bu çocuğu doğurursa, nesebi kocadan sabit olur. Ancak kadın bu çocuğu boşanma tarihinden itibaren altı ay veya daha fazla bir süre geçtikten sonra doğurmuşsa, boşandıktan sonra başka birinden hamile kalmış olma ihtimali nedeniyle kocadan nesebi sabit olmaz. Keza, boşanmadan önce hamile kalmış olma ihtimali de burada nesebin sübutu için yeterli değildir. Zira evlilik ilişkisi bu bain boşanma ile sona ermiştir ve kadın için bekleme süresi söz konusu değildir.

Ancak zifaktan sonra eşler arasında boşanma meydana gelirse, boşanma ister bain ister ric'i olsun veya kadının kocası vefat ederse, çocuk boşanma veya ölüm gününden itibaren azami hamilelik süresi geçmeden önce doğarsa, nesebi kocadan sabit olur. Ancak boşanma veya ölüm gününden itibaren azami hamilelik süresi geçtikten sonra doğurursa, boşanan veya ölen kocadan çocuğun

nesebi sabit olmaz. İşte fakihlerin çoğunluğunun görüşü budur⁶³⁷.

- 3- Cezayir yasa koyucusu, İslam hukukçularının yaptığı gibi, boşanmanın ric'i veya bain olup olmadığı arasında bir ayrım yapmamıştır. Hanefi hukukçular ric'i ve bain talak arasında ayrım yaparak şöyle demişlerdir: Eğer boşanma ric'i ise ve kadın bekleme süresinin sona erdiğini inkâr etmişse, ister boşanma tarihinden itibaren azami hamilelik süresi geçmeden önce, isterse azami hamilelik süresi geçtikten sonra çocuğu doğurmuş olsun, çocuğun nesebi kocadan sabit olur. Zira ric'î talak, kadını kocasından mahrum bırakmaz, dolayısıyla kocanın ondan faydalanması caizdir ve bu bir dönüş olur. Kadın, bekleme süresinin sona erdiğini ikrar ederse ve sürenin sona ermesi de muhtemel olursa, yalan söylediğini veya ikrarında hata ettiğini ispatlamak için ikrar ile doğum arasındaki süre altı aydan az olmadıkça çocuğun kocadan nesebi sabit olmaz. Bu süre altı ay veya daha fazla ise, kocası ikrar etmedikçe çocuğun kocadan nesebi sabit olmaz.

Ayrıca boşanma bain veya ayrılık kocanın ölümü nedeniyle olmuşsa ve kadın bekleme süresinin sona erdiğini inkâr etmişse, boşanma veya ölüm tarihinden itibaren azami hamilelik süresi geçmeden önce çocuğu doğurmadıkça nesebi sabit olmaz. Ancak kadın bu süre geçtikten sonra çocuğu doğurmuş ve boşanmadan veya ölümden önce hamile kalmış olma ihtimali yoksa, bu durumda çocuğun nesebinin kocadan sabit olması için üç şartın yerine getirilmesi gerekir: Kadının bekleme süresinin sona erdiğini ikrar etmesi, bekleme süresinin bu süre içinde sona ermesi olasılığı var olması ve ikrarın yapıldığı andan itibaren altı ay geçmeden çocuğu doğurması gerekir⁶³⁸.

Nitekim CAK 43. maddesi uyarınca Cezayir yasa koyucusu, eşlerin sahih bir evlilikten ayrılması halinde nesebin sübutu için tek bir şart belirlemiştir; o da ayrılık veya ölüm tarihinden itibaren on ay içinde doğumun gerçekleşmesidir. Ancak, kadın on aydan fazla bir süre geçtikten sonra bir çocuk doğurursa, kadın boşanmış veya ölmüş kocanın veya mirasçılarının bilgisi olmadan çocuğu babasına ait kılmadıkça, çocuğun nesebi babasından sabit olmaz. Böylelikle, ilgili herhangi bir kişi bu nesebe itiraz edebilir ve yeni doğanın nesebinin yanlış bir şekilde kocaya isnat edilmesiyle ilgili olarak mahkemede dava açabilir.

⁶³⁷ Celebe, s. 709-710, Zühle, C:7, s. 685.

⁶³⁸ Ebu Zehra, s. 393, Zühle, C:7, s. 686, Belhâj, s. 193.

3.2.3.2. Nesebi Ortaya Çıkaran Sebepler

Bu nedenler, önceki bir olayı ortaya çıkardıkları için bu isimle anılırlar ve bu yöntem, ikrar, delil ve gerektiğinde bilimsel yöntemlere başvurmakla temsil edilir. Bu başlık altında söz konusu nedenler ele alınacaktır.

3.2.3.2.1. İkrar

İkrar, belirli bir kişi tarafından nesebi bilinmeyen bir çocuğun nesebinin kendisine bağlandığının kabul edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda, bir kişi bu çocuğun kendi oğlu olduğunu ikrar ederse, nesebi ondan sabit olur ve şartlar yerine getirildiğinde nafaka ve miras gibi ebeveynler üzerinde çocuklar için sabit olan tüm haklara sahip olur⁶³⁹. Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 44. maddesi aracılığıyla, ikrarın evlatlık, babalık veya analıkla ilgili olabileceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda, bu çeşitler kısaca ele alınacaktır.

A. Evlatlık ikrarı

Evlatlık ikrarı, bir kişinin belirli bir kişinin kendi oğlu veya kızı olduğunu açıkça beyan etmesini ifade eder. Örneğin bir erkeğin bu benim oğlum ya da bu benim kızım demesi gibi, baba ya da anne tarafından nesebi bilinmeyen bir kişinin nesebinin açık bir şekilde kabul edilmesidir. Bu ikrarın değerlendirmeye alınabilmesi için bir dizi şartın yerine getirilmesi gerekmektedir:

- 1- İkrar eden tam ehliyetli olması,
- 2- Çocuğun nesebi meçhul olması,
- 3- İkrar makul ve örf ve adetlere uygun olması; "Makul" terimiyle kastedilen, nesebi bilinmeyen kişinin ikrar eden kişiden daha büyük veya yaş olarak ona eşit olması veya aralarında on iki yıldan daha az bir nispi fark olmasıdır. " örf ve adetlere uygun" ifadesi ise, bir kişinin hiç gitmediği yabancı bir ülkeden bir kişinin nesebini iddia etmesi şeklinde anlaşılabilir⁶⁴⁰.

B. Babalık veya analık ikrarı

Bu tür ikrar, bir kişinin belirli bir kişinin kendi babası veya annesi olduğunu açıkça beyan

⁶³⁹ Ebu Zehra, s. 396-397, Zühle, C:7, s. 690-691.

⁶⁴⁰ Bkz; Çelebe, s. 715, Zühle, C:7, s. 691.

etmesi şeklinde gerçekleşir. Bu ikrarın geçerli olabilmesi için iki şartın yerine getirilmesi gerekmektedir:

- İkrar edenin nesebi meçhul olması,
- İkrar eden ile diğer kişi arasında, babalık veya annelik bakımından onun oğlu olarak kabul edilmesini sağlayan, akıl ve örf tarafından kabul edilen bir yaş farkı bulunmasıdır⁶⁴¹.

C. Kardeşlik ve amcalık ikrarı

Bu tür ikrar, her ikisi de ne üst ne de alt soydan gelen, ancak ortak bir soydan gelen iki kişi arasında gerçekleşir ve ikrar "Bu benim kardeşim" veya "Bu benim amcam" denilerek gerçekleştirilir. Bu tür ikrarın sonuçlarını doğurabilmesi için ikrar edilenin nesebi meçhul olmamalı, akıl ve örf tarafından teyit edilmeli ve ikrar edilen de bunu onaylamalıdır⁶⁴². Bu tür ikrar, ikrar edenin tasdiki dışında nesebi sabit kılmaz ve CAK'nun 45. maddesince de bu durum desteklenmektedir.

3.2.3.2.2. Delil

Delil, nesebin ortaya çıkmasının nedenlerinden biri olarak kabul edilir. Çocuğun meşru ve yasal bir ilişkinin sonucu olması şartı aranır ve babanın doğum gerçeğini inkâr etmesi veya doğum yapan kişinin yerine başka bir çocuğun geçmesi gibi hallerde tanıkların ifadesine başvurulur ve burada doğum sürecine gözetmenlik eden doktor, ebe veya hemşirelerin ifadesinin alınmasına izin verilebilir.

Nesebin ispatı konusunda delil, ikrardan daha güçlüdür. Zira ikrar edilen kişinin tasdikine dayanır, delil ise bunu gerektirmez. Şayet bir kişi diğerine karşı kendisinin oğlu veya kardeşi olduğunu iddia eder ve iddia edilen kişi bunu inkâr ederse, ispat yükümlülüğü iddia edene aittir. Eğer bunu delillerle kanıtlarsa, bu iddianın geçerlilik şartları yerine getirildiği takdirde nesebin sübutuna hükmedilir ve tüm hukuki sonuçları doğurur⁶⁴³.

Ancak Cezayir yasa koyucusu delil ile neyin kastedildiğini açıklamamaktadır. Öyleyse delil sadece hüccet midir yoksa Malikilere göre iki erkek veya Hanefilere göre bir erkek ve iki kadının şahitliği gibi fakihlerin çoğunluğunun şahitlik olarak kabul ettiği şey midir?

⁶⁴¹ Bkz; Çelebe, s. 719.

⁶⁴² Bkz; Çelebe, s. 720, Zühle, C:7, s. 693.

⁶⁴³ Bkz; Çelebe, s. 725, Zühle, C:7, s. 695.

3.2.3.2.3. Nesebin İspatı İçin Bilimsel Yöntemlere Başvurulması

Nesebin ispatına büyük önem veren Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 40. maddesi ile nesebin ispat araçları arasına bilimsel yöntemleri de dâhil ederek, bilimsel gelişmelere cevap vermeye ve bunları nesebin ispatı konusunda kullanmaya çalışmıştır.

A. DNA Profili Yoluyla Nesebin Sübutu ve Reddi

DNA olarak bilinen Deoksiribonükleik Asit, tüm canlı organizmaların hücrelerinde bulunan ve her bireyi diğerlerinden genetik olarak farklı kılan temel genetik bilgi taşıyıcısıdır. DNA, canlı organizmalardaki biyolojik mirasın ana bileşenini oluşturur ve kalıtsal bilgilerin aktarılmasından sorumludur. İnsan genomu, her bireyin kendine özgü bir DNA dizilimiyle kodlanmış olan genetik özelliklerini belirler⁶⁴⁴.

DNA profili, bir kişinin vücudundaki bir hücrenin çekirdeğinde yer alan DNA'nın belirli bölgelerini analiz ederek kimlik tespitini sağlayan bir yöntemdir. Bu analiz, kişinin genetik yapılarının özgünlüğü ve benzersizliği üzerine dayanır. DNA profili, kriminalistik ve adli bilimlerde, doğruluk ve güvenilirlik açısından yüksek öneme sahip olan bir biyolojik tanıma aracı olarak kullanılır. DNA profili analizi, önceden belirlenmiş bölgelerdeki DNA dizilimlerini karşılaştırarak bireyler arasındaki genetik farkları ortaya çıkarır. Bu sayede, suç mahallindeki izlerle ya da biyolojik materyallerle ilişkilendirilen bir kişinin kimliği belirlenebilir veya genetik benzerliklerle aile ilişkileri tespit edilebilir⁶⁴⁵.

Konunun önemi göz önüne alınarak, Uluslararası İslam Fıkıh Konseyi'ne sunulmuş ve Konsey on altıncı toplantısında bu konudaki kararını ve sonuç bildirgesini yayınlamıştır: Kocanın, karısının doğurduğu çocuğun nesebini reddetmek için DNA profiline dayanması caiz değildir. Aksine bu, yasal koşullarına göre li'an yoluyla yapılabilir. Nesepleri yasal olarak sabit olanların geçerliliğini doğrulamak iddiasıyla DNA profiline başvurmak caiz değildir. Ancak, nesebi meçhul kişilerle ilgili anlaşmazlıklarda DNA profiline başvurulmasında bir sakınca yoktur; nesebi meçhul kişilerle ilgili anlaşmazlık ister delil yetersizliği veya eşitliği, ister şüphe üzerine yapılan cinsel ilişki ve benzeri nedenlerden kaynaklansın. Aynı durum hastanelerde, çocuk bakım merkezlerinde ve benzerlerinde gerçekleşen şüpheli doğumlar ve şüpheli tüp bebek vakaları için de geçerlidir.

Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi, nesebin ispatında veya reddinde bilimsel

⁶⁴⁴ Hilal, Saad Eddin, el-Basmatü'l Virasiyâh ve 'Alakatihâ eş-Şar'iyâh, Kuvveyt Bilimsel Konsayı, 2001, s. 26.

⁶⁴⁵ Hilal, s. 35.

yöntemlere başvurulmasını mümkün kılan yasal bir takım kontrol mekanizmaları oluşturmuştur:

- "*Şüphelerden dolayı hadleri kaldırınız (uygulamayınız)*"⁶⁴⁶ hadisine dayanarak, ceza soruşturmalarında DNA profiline başvurmanın ve had veya kısas uygulanmayan suçlarda bunu bir ispat aracı olarak değerlendirmenin hukuki bir sakıncası yoktur. Böylece toplum için adalet ve güvenlik sağlanır, suçlunun cezasını çekmesi ve itham edilenin beraat etmesi sağlanır ve bu da şeriatın maksatlarından biridir.
- Neseb meselesiyle ilgili olarak DNA profilinin kullanımı son derece dikkatli, ihtiyatlı ve gizlilikle kuşatılmış olmalıdır. Bu nedenle, nesebin ispatı konusunda DNA profilinden öncelikli olarak hukuki metinler ve kurallar dikkate alınmalıdır.
- Nesebin reddi için DNA profiline başvurmak şeriat açısından caiz olmadığı gibi, DNA profilinin li'anın önüne geçmesi de caiz değildir.
- DNA profili, yasal olarak sabit olan neseplerin geçerliliğini kesinleştirmek amacıyla kullanılamaz. İşte bu nedenle yetkili makamlar bunu engellemeli ve caydırıcı cezalar uygulamalıdır. Zira bu yasaklamada insanların onurunun korunması ve soylarının devam ettirilmesi söz konusudur.

Aşağıdaki durumlarda nesebin ispatında DNA'ya başvurulmasına izin verilmektedir:

- Hukukçular tarafından belirtilen nedenlerden biri nedeniyle nesebi bilinmeyen uyumsuzluk vakaları.
- Hastanelerde, çocuk bakım merkezlerinde ve benzerlerinde şüpheli doğum vakalarının yanı sıra şüpheli tüp bebek vakaları.
- Kazalar, afetler veya savaşlar nedeniyle kaybolan veya karışan ve aileleri bilinmeyen çocuklar veya kimliği tespit edilemeyen cesetlerin varlığı veya savaş esirlerinin ve kayıp kişilerin kimliklerini doğrulamak amacıyla.
- İnsan genlerinin herhangi bir amaç için bir ırka, halka veya bireye satılmasına izin verilmediği gibi, bundan kaynaklanan olumsuz sonuçlar nedeniyle herhangi bir tarafa bağışlanmasına da izin verilmez⁶⁴⁷.

Bu kongrede sunulan tebliğlerin, DNA'nın kıyâfe⁶⁴⁸ ile eşdeğer olduğu ve DNA'nın

⁶⁴⁶ Ebu Dâvud, Salât,14; Tirmizî, Hudûd, 2.

⁶⁴⁷ Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi'nin karar ve tavsiyelerinin tamamı, on altıncı kongresi, Mekke-i Mükerrreme, 2002, <https://iifa-aifi.org/ar/2364.html>, (eriş 22/01/2023).

⁶⁴⁸ Kıyafe; bir kişinin fiziksel yapısı ve organlarına dayanarak nesebi, ahlakı ve karakteri hakkında tahminde bulunmak olarak tanımlanmaktadır, bkz; **Tayşi, Mehmet Serhan**, Kıyâfe, TDV İslam Ansiklopedisi, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C: 25, 2022, s. 507.

nesebin ispatı ya da reddi konusunda li'anın yerine geçemeyeceği konusunda hemfikir olduğu söylenebilir.

CAK'nun 40. maddesine binaen Cezayir yasa koyucusu, ilişkinin meşru olduğu durumlarda modern bilimsel yöntemler kullanılarak nesebin ispatına izin vermektedir. İşte bu, bilimsel gelişmeye ayak uydurarak bu alandaki ispat yöntemlerinde bir kolaylık olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Cezayir yasa koyucusu bilimsel yöntemlerle neyin kastedildiğini ve bunun kesin mi yoksa tahmine dayalı mı olduğunu açıklamamıştır.

CAK'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasına bakıldığında şu sonuçlara varılabilir:

- Hâkim gerekli gördüğü hallerde nesebin ispatı için bilimsel yöntemlere başvurabilir ve dolayısıyla bu yöneme başvurma hususu hâkimin takdir yetkisine tabidir.
- Biyolojik analiz bilirkişiliğinin yürütülmesi hâkimin gözetimi ve yönlendirmesi altında gerçekleştirilir ve davacılar tarafından sunulan deliller dikkate alınmaz.
- DNA profili da dâhil olmak üzere bilimsel yöntemlerin kullanımının, nesebin reddi söz konusu olmaksızın ispatlanması durumlarıyla sınırlandırılmasıdır.

Ancak bu konuda değinilecek diğer bir husus, Cezayir hukukunda gayrimeşru bir ilişkiden (zina) doğan çocuğun nesebine ilişkin hükümdür. Cezayir yasa koyucusu gayrimeşru çocuğun tanımına değinmemiştir. Ancak CAK'nun 44, 119⁶⁴⁹ ve 120⁶⁵⁰. maddeleri gibi çeşitli kanun maddelerinde gayrimeşru çocuk konusuna değinmiştir. Zina terimi Cezayir yasalarında oldukça yabancı bir terimdir, ancak Cezayir Ceza Kanunu'nun 339. ve 341. maddelerinde bu terime atıfta bulunulmuştur. Cezayir Aile Kanunu'na göre gayrimeşru bir ilişkiden doğan çocuk, evlilik veya şüphe üzerine cinsel bir ilişkiden doğan çocuktur⁶⁵¹. Buna göre, Cezayir yasa koyucusunun evlilik dışı bir ilişkiden (zina) doğan çocuğun annesine nispeti konusundaki tutumu, doğum sebebi ne olursa olsun çocuğun annesine nispet edilme hakkını tanıyan fakihlerin çoğunluğunun tutumu ile uyumludur. Dolayısıyla, CAK'ta zinadan doğan bir çocuğun annesine nispet edilme hakkına sahip olduğuna dair açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu durum, çocuğun babasının nesebini ispat için geçerli bir evlilik akdi veya şüphe üzerine cinsel bir ilişki bulunmasını şart koşan CAK'ın 40. ve 41. maddelerinden çıkarılabilir⁶⁵². Cezayir yasa koyucusu, ister ikrar etsin

⁶⁴⁹ CAK'nın 119.maddesi: “Kefil olunan çocuğun nesebi bilinmiyor ya da nesebi biliniyor olabilir”.

⁶⁵⁰ CAK'nın 120.maddesi: “Kefil olunan çocuğun nesebi biliniyorsa asıl nesebi devam ettirilmelidir, nesebi bilinmiyorsa Nüfus Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 64. Maddesine tabi tutulur”.

⁶⁵¹ **Cemi, Lila**, Himayet et-Tifl Fi ş-Şeri'a ve Kanun el-Urah el-Cezayiri, (Doktora Tezi), Oran Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 39.

⁶⁵² **Belbaşır, Yakup**, Hakü-t Tif Gayr-i Şer'i Fi M'arifet Valideyh, (Yüksek lisans Tezi), Oran Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 69.

ister etmesin, zinadan doğan çocuğun babasından olan kanıtlanmış nesebini tanımamıştır ve bu durum CAK'ın 40. ve 41. maddeleri ile de teyit edilmektedir. Bu iki maddeden Cezayir yasa koyucusunun babalığın kanıtlanması için çocuğun meşru bir ilişkinin sonucu olması gerektiğini açıkça öngördüğü sonucuna varabiliriz. Böylece Cezayir yasa koyucusu, zinadan doğan çocuğun babasından nesebini reddeden fakihlerin çoğunluğunun görüşünü benimsemiştir⁶⁵³.

Öte yandan Cezayir yasa koyucu, soyadının değiştirilmesine ilişkin 18/01/1992 tarihli ve 24-92 sayılı Kararname uyarınca, nesebi bilinmeyen kişinin soyadının kefalet sözleşmesi çerçevesinde verilmesini şart koşturmuştur. Bu kararname ile Cezayir yasa koyucusu, zina yapan kişinin soyadını zinadan doğan ve kendi kanından olan oğluna vermeyi kabul etmemiştir.

Cezayir yargısal içtihadının evlilik dışı doğan bir çocuğun nesebine ilişkin tutumuna gelince, birçok davada nesebin CAK'ın 40. maddesinde öngörülen bilimsel yöntemlerle ispat edildiğini ortaya koymuştur. Örneğin, Yargıtay'ın 15/06/2018 tarihinde vermiş olduğu kararda şu ifadeler yer almaktadır: *"... Neseb, sahih bir nikâh akdi, ikrar, beyyine, nikâh şüphesi ve bu Kanunun 32, 33 ve 34 üncü maddeleri uyarınca zıfaftan sonra feshedilmiş nikâh ile de sabit olur."*⁶⁵⁴ Nesebin meşru bir ilişkiden sübutunu kabul eden pek çok içtihat vardır, ancak asıl önemli olan, babası ile gayrimeşru bir ilişkiden doğan çocuğun nesebinin, zina yapan kişinin ikrarı veya DNA testine başvurulması suretiyle ispatlanabileceğine dair bir içtihadın bulunup bulunmadığıdır. Cezayir yargısal içtihatları, Yargıtay tarafından verilen birçok kararda, evlilik dışı doğan çocukların nesebinin sübutunu reddetmiştir. Örneğin, 17/12/2015 tarihinde verilmiş olan bir kararda şu ifadeler yer almaktadır: *"...Zinadan doğan çocuk babasına nispet edilemez"*⁶⁵⁵. Aynı şekilde, Yargıtay'ın 17/11/2017 tarihinde verdiği kararda da şu şekilde belirtilmiştir: *"Kanunen hamilelik süresi altı (06) ay, en fazla on (10) ay olarak öngörülmüştür. İşbu davada, evlilik 05/02/2015 tarihinde gerçekleştiğinden ve çocuk 05/07/2015 tarihinde doğduğundan, yasal olarak öngörülen hamilelik süresi mevcut değildir. Ayrıca, temyiz edenin Sağlık ve Sosyal Koruma Müdürü nezdinde çocuğun babalığını kabul etmesi, idarenin yasal olarak kabul almaya yetkili olmaması nedeniyle dikkate alınmaz. Dolayısıyla hâkimler, babalığın gayrimeşru bir ilişkiyle sabit olmaması nedeniyle babalık talebini reddetmeye karar verdiklerinde, yasayı doğru bir şekilde uygulamışlardır ve eğer durum buysa, itiraz reddedilmelidir."*⁶⁵⁶

⁶⁵³ Bkz; Şami, s.402-403, Cemi, s. 42.

⁶⁵⁴ Cezayir Adliye Bülteni (2019), 1. Sayı, D.N 222674, s. 126.

⁶⁵⁵ Yargıtay A. M. D, 17/12/2015, (Y/D 2015), D/N 350887.

⁶⁵⁶ Yargıtay A. M. D, 17/11/2017, (Y/D 2017), D/N 2010487.

Sonuç olarak, Cezayir yargısal içtihadının, evlilik dışı doğan çocuğun babasına nisbet edilemeyeceği yönündeki fıkıh görüşe mutabık bir tutum benimsediği söylenebilir. Bu bağlamda, nesebin ispatı için bilimsel yöntemlere başvurulmasının, CAK'ın 40. ve 41. maddelerinde yer alan hükümlere uygun olarak, meşru bir ilişki çerçevesinde gerçekleştiği görülmektedir.

3.2.3.2.4. Nesebin li'an yoluyla reddi

Li'an, Arapça bir kelime olup sözlükte "birbirine lânet okuma" veya "karşılıklı lânetleşme" anlamlarına gelir⁶⁵⁷.

İstilahta li'an, eşinin kendisine zina ettiğini veya doğan/doğacak çocuğun zina çocuğu olduğunu iddia eden kocanın bunu hâkim önünde yemin ederek teyit etmesi, aynı şekilde kadının da kocasının yalan söyleyip kendisinin masum olduğunu yemin ederek ikrar etmesi anlamına gelir.

CAK'nun 41. maddesine baktığımızda, durum ne olursa olsun çocuğun annesine olan nesebi sabittir. Baba ise meşru yollarla çocuğun nesebini reddedebilir, bu yollar şöyle özetlenebilir:

- Adet kanamasından sonra cinsel ilişkide bulunmamak; Böyle bir durum, kadının adet görmesinden itibaren altı ay ya da daha uzun bir süre geçtikten sonra -ki bu süre hamileliğin asgari süresidir- kocası onunla adet döneminden sonra cinsel ilişkiye girmeden doğum yapmasıyla gerçekleşir.
- Doğumdan sonra cinsel ilişkide bulunmamak; Yani kadın doğum yaptıktan altı ay ya da daha uzun bir süre sonra bir çocuk doğurursa ve kocası önceki çocuğun doğumundan sonra onunla hiç cinsel ilişkide bulunmamışsa bu durum gerçekleşmiş olur.
- Çocuğun kocaya isnat edilemeyeceği bir sürede cinsel ilişkiden sonra doğum yapmaktır.
- Kısırlık nedeniyle nesebin reddi; Örneğin, kocanın kısır olduğu ya da çocuk sahibi olmasını engelleyen bir cinsel hastalığı olduğu tıbbi tahliller ile ispatlanabilir. Bunu yapmak için koca DNA kullanabilir.
- Eşlerin çocuğun nesebini reddetmeyi kabul etmesi; Bu da kadının nikâh akdinin üzerinden altı ay veya daha fazla bir süre geçtikten sonra bir çocuk doğurması,

⁶⁵⁷ Mu'cemü'l-Vasit, s829.

kocanın bu çocuğun nesebini reddetmesi ve kadının da onu teyit etmesiyle gerçekleşir. Çünkü koca li'an etmedikçe çocuğun nesebi sabit olur ve çocuk ona ait olur. Ayrıca eşler nesebin düşmesi konusunda birbirleriyle anlaştıklarında da nesep düşmez.⁶⁵⁸

A. Li'an uygulaması ve hâkimin rolü

Li'an, erkeğin hâkim huzurunda karısını zina ile suçlarken doğru söylediğine dair dört kez Allah'a yemin etmesi ve beşincisinde iddia ettiği şeyde yalancı ise Allah'ın lanetine uğrayacağını söylemesi, kadının da erkeğin iddia ettiği şeyde yalancı olduğuna dair dört kez Allah'a yemin etmesi, sonra beşincisinde yemin etmesi ve eğer erkek doğru söyleyenlerden ise Allah'ın gazabına uğrayacağını söylemesi ile gerçekleşir. Aralarında bu şekilde yemin edilirse, li'an gerçekleşmiş olur. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, yemini başlatan tarafı koca olmasıdır. Çünkü davacı koca ve onun delilleri ispat delili, ancak kadının delilleri inkâr delili olarak kabul edilir. Keza eşler dört kez yemin ederler, çünkü dört erkek şahit olmadıkça ya da fail dört kez itiraf etmedikçe zina ispatlanmış sayılmaz. Kocanın bu yemini dört tanığın ifadesinin yerini almıştır. Böylece, eğer koca bunu yaparsa, iftira (kazf) haddi düşer ve eğer kadın ona karşı çıkar ve yemin ederse, zina haddi de düşer⁶⁵⁹.

Ebu Hanife, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre hâkimin hükmü olmadıkça karşılıklı lânetleşen arasında boşanma ve ayrılma gerçekleşmez. Eğer boşanmışlarsa ve hâkimin hükmü gecikmişse, bazı hükümlerde aralarında evlilik ilişkisi devam edecektir. Örneğin onlardan biri ölürse diğeri mirasçı olur ve onu boşarsa boşanma gerçekleşir⁶⁶⁰. Fakihlerin çoğunluğu ise, ayrılık sebebi li'an olduğuna göre, sırf li'an ile boşanma ve ayrılmanın gerçekleşeceği görüşündedirler.

Hâkimin li'an konusundaki rolü, li'anın koşullarını ve her iki eş için de ne ölçüde geçerli olduğunu denetlemektir. Ardından her iki eş tarafından onun huzurunda ve izniyle yemin edilir. Hâkimin, karşılıklı lânetleşenlere ahiret azabını hatırlatması ve onları dürüst olmaya ve dünya azabının ahiret azabıyla kıyaslanamayacağına teşvik etmesi de arzu edilir. Ancak bu bağlamda, "*Mulâane yapanlar artık sonsuza kadar bir araya gelemez*" hadise dayanarak, Cumhur-u ulemaya göre, Li'ân neticesinde meydana gelen ayrılık, tıpkı süt hısımlığı sebebiyle meydana gelen ayrılık gibi, "nikâh akdinin feshi" hükmündedir; artık eşlerin

⁶⁵⁸ el-Gheryani, C:3, s. 63-64.

⁶⁵⁹ Bkz; Çelebe, s. 618-619.

⁶⁶⁰ Ayni, C:5, s. 375.

yeniden evlenmeleri mümkün değildir ve evlenmeleri ebediyen haramdır⁶⁶¹.

Cezayir yasa koyucusu, önemine rağmen, özellikle nesebin reddi konusunda, li'an meselesini ele almayı veya hükme bağlamayı ihmal etmiştir. Buradan hareketle, Cezayir yasa koyucusuna li'an meselesini Aile Kanununa dâhil etmesini önermekteyiz, zira CAK İslam hukuku hükümlerinden çıkarılmıştır ve hâkim bunu uygulamak üzere bu kanunla muhataptır. Bu nedenle, kanunun ihmal ettiği hususlar bir anlaşmazlık durumunda hâkim tarafından uygulanmamaktadır. Li'an konusuna duyulan acil ihtiyaç, çok sayıda nesep davası ve bunun eşler arasında reddedilmesi nedeniyle ortaya çıkmıştır. Li'an'da yasal çıkış yolu bulunmasına rağmen koca, çocuğunun karısından olan nesebini reddedebilir. Her iki tarafın da yemin etmesinden ve tamamen gizli kalmasından sonra konu hâkim önünde ayrılıkla sonuçlanır.

3.7.3.3. Değerlendirme

Nesep bağı en yüksek insani bağlardan biridir. Bu nedenle İslam buna büyük önem vermiştir. Cezayir yasa koyucusu bu konuda İslam hukukunu örnek alarak nesebin bir dizi yolla ispatlanabileceğini vurgulamıştır: sahih nikâh ve fasit nikâh, delil, ikrar ve şüphe üzerine cinsel münasebettir. Buna ek olarak, modern bilimsel yöntemlere ve tüp bebek yöntemine başvurarak nesebin ispatı konusunda da imkân tanımıştır.

Osmanlı yasa koyucusu, Cezayir yasa koyucusundan farklı olarak, nesep konusunu ayrıntılı olarak ele almamış, sadece HAK'nin 75. ve 76. maddelerinde buna atıfta bulunmuştur. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası'nda belirtildiği üzere, çocukların haklarını, özellikle de neseplerini korumak amacıyla, bazı batıl evlilik türlerini fasit evlilikler olarak tanımlamıştır.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, Cezayir yasa koyucusunun nesep konusunda Aile Kanunu aracılığıyla biyolojik gelişmelere ayak uydurmaya çalıştığı sonucuna varmaktayız. CAK 'nda li'an konusunun ve prosedürlerinin ayrıntılarının yer almaması, 2005 yılındaki değişikliğe kadar var olan yasal bir boşluk olup, 222. madde uyarınca hâkimin şeriat hükümlerine başvurması yeterli değildir. Zira Yargıtay içtihatları, li'an davası ile ilgili olarak hamilelik, doğumdan itibaren 8 gün içinde açılması da dâhil olmak üzere bazı prosedürler getirmiş olsa da, fıkhi hükümlerin birçoğu aynı mezhebe mensup hukukçular arasında ihtilaf konusudur.

⁶⁶¹ Aydın, M. Akif, TDV İslam Ansiklopedisi, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C: 27, 2003, s. 173.

Cezayir yasa koyucusu, 2005 yılında Aile Kanunu'nda yaptığı değişiklikle, nesebin ispatı için modern bilimsel yöntemleri ve Tüp bebek yöntemini eklemiş olsa da, bunların hüküm ve şartlarını açıklığa kavuşturmamıştır. Ayrıca, Tüp bebek yöntemine neden ve ne zaman başvurulacağına da değinmemiştir.

Nesep meselelerinde yargısal içtihat, nesep meselelerindeki sorunların artması ve bu davaların hükümdarın önüne çok sayıda gelmesi nedeniyle hala beklentilerin çok uzağındadır. Zira hâkimin bu meselelerdeki rolü, neseple ilgili hukuki maddelerdeki boşluklar ışığında etkili bir içtihat ortaya koyamadan, belirli sınırlar dâhilinde gözlemci, uygulayıcı ve yorumlayıcı rolünde kalmıştır.

Dolayısıyla Cezayir yasa koyucusu, nesep ile ilgili yasal hükümleri değiştirerek ve bazı müphem hususları detaylandırarak yeniden gözden geçirmelidir. Buna ek olarak, modern bilimsel yöntemler ve suni döllenme kullanılarak nesebin ispatlanmasına ilişkin prosedürleri detaylı bir şekilde ele alan ve bu sürecin düzgün bir şekilde yürütülmesini sağlayan maddeler de eklenmelidir.

3.2.4. Nafaka

Evlilik nafakası ile kastedilen, kadının geçimi için ihtiyaç duyduğu yiyecek, içecek, barınma, hizmet ve benzeri örf ve âdete göre kendisine sağlanması gereken şeylerdir. Evlilik nafakası, hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucusu tarafından kabul edilen sahih bir evlilik akdinin sonuçlarından birini teşkil ettiğinden, kadının kocası üzerindeki sabit bir hakkıdır⁶⁶².

Cezayir yasa koyucusu, nafakayı Aile Kanunu'nun 74 ilâ 80. maddelerinde düzenlerken, Osmanlı yasa koyucusu, HAK'nin 69., 91 ilâ 101. maddelerinde düzenlemiştir. Buna göre, bu başlık altında hem İslam hukukunda hem de Cezayir ve Osmanlı aile hukukunda yer alan nafaka hükümleri ele alınacaktır.

3.2.4.1. İslam Hukukunda

İslam hukukunda evlilik nafakası, kadın zengin ve maddi durumu iyi olsa ve Müslüman olmasa bile kocası üzerine vaciptir. Ancak fakihler, kadının nafakaya hak kazanmasının nedeni konusunda görüş ayrılığına düşmüş ve iki görüşe ayrılmışlardır⁶⁶³. Buna göre;

⁶⁶² Bkz; **Mahran**, s. 402.

⁶⁶³ **Mouhammed, Yakup**, Ahkamü-n Nafaka-z Zevciyâh, Suudi Arabistan, Darü'l Fazilâh, 2004, s. 55.

- Birinci görüş: Hukukçuların çoğunluğu⁶⁶⁴, nafakaya hak kazanma sebebinin, kocanın kendisinden yararlanmasını sağlamak olduğu görüşündedir.
- Hanefilere⁶⁶⁵ göre ise nafakaya hak kazanma sebebi, kadının evlilik amaçlarını gerçekleştirmek ve kocasının ihtiyaçlarını karşılamak adına kendisini tutması ve kocasına itaat etmesidir.

3.2.4.1.1. Evlilik Nafakasına Hak Kazanma Şartları

Evlilik nafakası, aşağıdaki şartların yerine getirilmesi halinde koca için zorunludur:

- Evlilik akdinin sahih olması; Şayet akit fasit veya geçersiz ise nafaka vacip olmaz. Çünkü bu durumda eşler arasında ayırım yapmak vaciptir; kadın kocasının kendisinden yararlanmasını sağlayamaz⁶⁶⁶.
- Kadının evliliğin amacını gerçekleştirmeye uygun olması: yani evlilik yükümlülüklerini yerine getirmeye uygun olmasıdır. Dolayısıyla, kadın küçükse nafaka alma hakkı yoktur, çünkü haklar görevlerin karşılığıdır⁶⁶⁷.
- Kadın, kocası evliliğin amaçlarını yerine getirmek için, aralarında zifaf olsun ya da olmasın, kendisini kocasına tamamen sağlar⁶⁶⁸.

3.2.4.1.2. Evlilik Nafakasının Düşme Sebepleri

Aşağıdaki durumlarda evlilik nafakası düşer:

- Kadının itaatsizliği durumu: Kocasına itaatsizlik eden kadınla kastedilen, yasal bir hakkı olmaksızın kocasına karşı gelen ya da kocasının izni olmadan veya meşru bir neden olmaksızın evlilik evini terk eden kadındır⁶⁶⁹. Yüce Allah'ın şu sözüne dayanarak dikkat edilmesi gereken husus: *"..Eğer gebe iseler, doğum yapıncaya kadar nafakalarını karşılayın..."*⁶⁷⁰, eğer bir kadın hamile ise, itaatsizlik veya boşanma ile nafakası düşmez, çünkü bu durumda nafaka hamilelik sebebiyle olur.
- Evlilik akdinin batıl veya fasit olması halinde nafaka düşmektedir. Zira bu durumlarda koca karısından yararlanamamaktadır⁶⁷¹.

⁶⁶⁴ İbn Rüşd, C:2, s. 54, İbn Kudame, C:9, s. 230.

⁶⁶⁵ İbn Abidin, C:3, s. 572.

⁶⁶⁶ İbn Kudame, C:9, s. 281.

⁶⁶⁷ es-Sabuni, C:1, s. 179.

⁶⁶⁸ Zühle, C:7, s. 789.

⁶⁶⁹ Bkz; Zidan, s. 173.

⁶⁷⁰ Talak Suresi 65/6.

⁶⁷¹ Bkz; Zidan, s. 172.

- Kadın çok küçük ve evlilik ilişkisi kurabilecek durumda değilse evlilik nafakası düşer. Evliliğe uygun olmayan küçük kızdan maksat, kendisiyle cinsel ilişkide bulunulması caiz olmayan kızdır. Zira onunla zarara yol açacak şekilde cinsel ilişkide bulunulması caiz değildir. Dolayısıyla zifafa davet edilse bile, kocası üzerine nafaka vacip değildir⁶⁷².
- Kadında tüp ligasyonu gibi evliliğin devamını engelleyen bir kusur bulunmasıdır. Bu konuda fakihler iki görüşe ayrılmışlardır: Malikiler dışındaki fakihlerin çoğunluğu⁶⁷³, bu durumda nafakanın kadın için sabit olur, çünkü koca bundan yararlanabilir görüşündedir. Malikiler ise, tüp ligasyonu gibi evliliğin amaçlarının gerçekleşmesini engelleyen bir kusuru olan kadının, kocası kusurunun farkında olmadıkça ve cinsel ilişkiye girmeden ondan yararlanmadıkça nafaka hakkı olmadığı görüşündedirler⁶⁷⁴.
- Cinsel ilişkiyi engelleyen bir hastalığı olan hasta karı. İslam hukukçuları, itaatsizlik etmeyen hasta eş için nafaka yükümlülüğü konusunda görüş birliğine varmışlardır.

Ancak nafakaya neyin dâhil edileceğinin belirlenmesi konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Fakihlerin çoğunluğu nafakayı yiyecek, giyecek ve barınma ile sınırlandırırken, Zeydi Şiiiler bunu genişleterek kadının hastalanması halinde tedavi masraflarını da eklemişlerdir ve bu görüş çağdaş fakihlerin çoğu nazarında benimsenmiştir⁶⁷⁵.

3.2.4.2. Cezayir Aile Kanunu ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, nafaka konusunu CAK 'nın 74 ila 80. maddelerinde düzenlemiştir. Buna göre, CAK'nun 74. maddesi şu hükmü içermektedir: "*İşbu kanunun 78. 79. ve 80. maddelerinin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, zifafın gerçekleşmesi veya delil ile zifafa davet edilmesi üzerine kadının nafakası kocasına vacip olur*". Bu madde ile Cezayir yasa koyucusunun, kocanın eşiyle zifaf tarihi ya da eşi evlilik evine davet etmesinden itibaren eşine nafaka verme yükümlülüğünü kabul ettiği belirtilmektedir. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, Cezayir yasa koyucusu kadının nafaka hakkı için iki koşul belirlemiştir: evlilik akdinin geçerli olması ve eşler arasında zifafın gerçekleşmesidir. Ancak zifaf olmaksızın kendisiyle akit yapılan kadının, akdin resmi sıfatla yapılması ve kocanın

⁶⁷² Bkz; **Zidan**, s. 172.

⁶⁷³ **İbn Kudame**, C:9, s. 284.

⁶⁷⁴ **Kharşi**, C:3, s. 195.

⁶⁷⁵ Bkz; **Zühle**, C:7, s. 795.

bilinmeyen veya gayrimeşru bir sebeple kendisiyle zifafı ertelemesi durumu hariç, kocasına nafaka vermesi gerekmez⁶⁷⁶. Bu itibarla, 02/10/1989 tarihinde Cezayir Yargıtay'ından sadır olan kararda şu ifadelere yer verilmiştir: "*Nafaka hakkı, hükmen de olsa, eşin yararlanma hakkı ile irtibatlı bir haktır. Kadının evlilik evine taşınması ve kocanın onu evine kapatıp kapısını ona kapatması, yasal sonuçları doğuran fiili bir zifaf olarak kabul edilir ve kadın mehrinin tamamını kazanır*"⁶⁷⁷.

Evlilik nafakasının düşmesinin nedenlerine bakıldığında, en önemlisi evlilik hayatında temel bir mesele olarak kabul edilen kadının itaatsizlik durumu olmak üzere, Cezayir yasa koyucusu bu konuyu ele almayı ihmal etmiştir. Oysa Aile Kanunu'nun tadil edilmeden önceki 37. maddesinde şöyle bir ifade yer almaktaydı: "*Evlilik nafakası, kadının itaatsizliği sabit olmadıkça, koca üzerine gücüne göre karısına karşı vaciptir...*". Ancak yasa koyucu bu maddeyi tadil ettikten sonra, kadının itaatsizliğinin nafaka hakkını kaybetmesine neden olduğunu belirtmemiştir. Dolayısıyla, nafakanın düşme nedenlerine ilişkin bir anlaşmazlığın hâkimin önüne gelmesi halinde, hâkim CAK'nun 222. maddesi uyarınca İslam şeriatı hükümlerine başvuracaktır.

CAK'nun 78. maddesi uyarınca: "*Nafaka şunları kapsar: yiyecek, giyecek, tedavi, konut veya konut kirası ve örfe göre gerekli görülen şeyler.*" Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, Cezayir yasa koyucusu nafaka kapsamına giren unsurları, eşlerin ve çocuklarının içinde yaşadığı evlilik evi olan konut, yiyecek, giyecek, aile üyelerinden birinin hastalanması halinde tedavi ve çocukların eğitim masrafları da dâhil olmak üzere gerekli görülen her şeyin nafakaya dâhil olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Cezayir yasa koyucusu bu madde ile kadının tıbbi tedavisinin kocanın yapması gereken bir şey olduğunu açıkça belirtmiştir. Çünkü bunun gerekliliği, yiyecek ve içecek ihtiyacından daha fazladır. Evlilik nafakasının temel amacı aile bireylerinin zarar görmesini engellemek olduğuna göre, kadının başına gelebilecek en büyük zarar, evdeki işi nedeniyle, hamileliği sırasında veya doğumdan sonra hastalanmasıdır. Söz konusu zarar yiyecek ve giyeceklerle karşılanamaz ancak öncelikle tedavi ile karşılanabilir⁶⁷⁸.

Cezayir yasa koyucusu, ülkede geçerli olan örf ve adetleri göz önünde bulundurarak, kadına verilecek nafakanın israftan uzak ve kocanın gücünün yettiği ölçüde olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, CA K'nun 79. maddesi şu hükmü içermektedir:

⁶⁷⁶ Samak, Abdelaziz Ramadan, Ahkâm el-Usra Fi el-Fıkıh el-İslâmi ve el-Kanun el-Mısırî, Mısır, el-Nahda Yayınlar, 2007, s. 224.

⁶⁷⁷ Yargıtay A. M. D, 02/10/1989, (Y/D 1989), D/N 55116.

⁶⁷⁸ Bkz; Çelebe, s. 444-445.

"Hâkim, nafaka takdir ederken iki tarafın durumunu ve emeklilik şartlarını göz önünde bulundurur. Hâkim, kararın üzerinden bir yıl geçmedikçe takdirini gözden geçiremez." Buna göre, bu madde aracılığıyla nafaka takdiri, CAK'nun 80. maddesi uyarınca talep gününden başlayarak iki tarafın durumuna göre yetkili hâkimin takdir yetkisine tabidir. CAK'nun 80. maddesinde : *"Kadın, davanın açıldığı tarihten itibaren nafakaya hak kazanır; hâkim, davanın açılmasından önceki bir yılı geçmeyen süre için de delillere dayanarak nafakaya hükmedebilir"* hükmünü içermektedir. Cezayir yasa koyucusunun, Cezayir Ceza Kanunu'nun 331. maddesi dışında, nafakanın zorunlu olduğuna dair kararın verilmesinin ardından eşe ödenmesi gereken nafakanın ödenmemesinden kaynaklanan cezayı öngörmediği dikkat çekmektedir. Buna göre, mahkemece hükmedilen nafakayı ödemeyi reddetmenin ilk sonucu Ceza Kanunu'nun 331. maddesinde öngörülen hükümdür. Bu maddede, her kim, aleyhine nafaka ödemeye mecbur eden bir hüküm verilmiş olmasına rağmen, ailesinin geçimi için mahkemece takdir edilen meblağları vermekten ve karısı lehine hükmedilen nafakanın tamamını ödemekten iki ayı aşan bir süre kasten kaçınırsa, hapis ve para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmektedir. Cezayir Yargıtay'ı 19.04.1995 tarihli kararında bu yönde karar vermiş ve kararında *"Ailesini geçindirmek için yargı tarafından öngörülen mali miktarları sağlamaktan iki ayı aşan bir süre boyunca kasten kaçınan kişinin cezai sorumluluğunun doğacağı ve aksi kanıtlanmadıkça kasten ödememe karinesinin devam edeceği yasal olarak belirlenmiştir"*⁶⁷⁹ ifadesine yer vermiştir. Dolayısıyla, nafaka verilmemesinden kaynaklanan ceza, bir yandan kamu düzeni olarak kabul edilen cezai boyutta temsil edilirken, diğer yandan CAK'nun 53. maddesine göre nafaka verilmemesi nedeniyle boşanma talebinde bulunmalarına imkân veren ve kadınlar için kazanılmış bir hak olarak kabul edilen kişisel boyutta temsil edilmektedir.

Osmanlı kanun koyucusu nafaka konusunu HAK'nin 69., 92 ila 101. maddelerinde düzenlemiştir. Buna göre, HAK'nin 69. maddesi, evlilik akdi sahih bir şekilde yapıldığı zaman koca tarafından kadına nafaka ödenmesi gerektiğini öngörmektedir. Dolayısıyla, nafaka gerekliliğinin sebebi ve başlama zamanı evlilik akdinin sahih bir şekilde kurulmuş olmasıdır. Bu hususta Osmanlı yasa koyucusu, Cezayir yasa koyucusundan farklı olarak, nafaka gerekliliğinde eşler arasında vuku bulan zifafî dikkate almamış, sadece evlilik akdinin sahih bir şekilde yapılmasını şart koşturmuştur. Nitekim bu maddede yer alan " karı (zevce)" ibaresi mutlak olarak kullanılmış, yani ister Müslüman ister Ehl-i Kitap, ister zengin ister fakir olsun, kadının nafakayı hak ettiği şeklinde anlam kazanmıştır.

⁶⁷⁹ Cezayir Adliye Bülteni (1995), 2. Sayı, D/N 124382, s192.

HAK'nin 92. maddesi uyarınca, nafakanın takdiri ya eşlerin anlaşmasıyla ya da kocanın nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyi reddetmesi halinde mahkeme tarafından yapılır. Zira kadın, kocanın nafaka yükümlülüğünü reddetmesi veya yerine getirememesi durumunda mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Her iki durumda da, yani eşler nafaka miktarı üzerinde anlaşır veya mahkeme tarafından belirlenirse, söz konusu nafaka miktarı yükümlülüğü doğar. Ancak bu madde de çok önemli bir konuya, nafakadaki artış ve azalışa değinmiştir. Buna göre, eşlerin nafaka konusunda anlaşması ya da nafakanın mahkeme tarafından belirlenmesi, nafakanın artırılmasına ya da azaltılmasına bir engel teşkil etmez. Bu nafaka artışı ya da azalışı, eşlerin mali durumu ve ülkedeki fiyatlar olmak üzere iki kriter tabidir. Dolayısıyla, eşlerin maddi durumları daha iyi bir şekilde değişirse, örneğin koca nafaka miktarı belirlenirken eskiden işgal ettiği mevkiden daha iyi bir mevki elde ederse, bu durumda belirlenen nafaka miktarı artırılabilir. Aynı şekilde, ülkedeki fiyatların yüksek olması durumunda, kararlaştırılmış nafaka miktarının artırılması mümkündür. Ayrıca, eşlerin mali durumlarının kötüye gitmesi durumunda, örneğin kocanın işini kaybetmesi durumunda, nafaka miktarının azalmasına da imkân tanınmaktadır. Çünkü nafaka takdir edilirken kocanın mali durumu göz önünde bulundurulur. Aynı şekilde, ülkedeki fiyatların düşmesi durumunda, belirlenen nafakanın miktarının azaltılmasına da yine mümkündür.

HAK'nin 93. maddesine göre nafakanın ivedi bir şekilde ödenmesi gerekmektedir; yani koca karısına nafaka ödemesini bir hafta, bir ay veya bir yıl gibi bir süre için yaparak nafaka ödemesini ivedi olarak yerine getirmektedir. Kadın nafakayı aldıktan sonra boşanma veya ölüm sebebiyle evlilik bağı sona ererse, nafakanın veya tüketilmişse değerinin geri alınması caiz değildir. Zira nafaka kadının hakkı ve kocanın zimmetinde sabit bir borçtur. Bu çerçevede, kocanın ölmesi ve nafaka borcunu ödememiş olması halinde, kadının kocasının mirasçılara karşı dava açarak, kocası hayattayken kendisine ödenmesi gereken geçmiş nafakayı onun zimmetinde bir borç olarak ödemesini talep etme hakkı vardır. Bu nafaka, ölen kocanın mirasına ek olarak kadına verilecektir. Buna göre, kocanın karısına borçlu olduğu birikmiş nafakanın kocanın ölümü veya boşanma ile kaybedilmediği söylenebilir (HAK m.100)⁶⁸⁰.

Nafaka, koca için hazır bulunsa da bulunmasa da yükümlülüktür. Ancak koca hazır bulunur ve nafakayı ödemeyi reddederse, kadının nafakaya hükmetmesi için hâkime başvurma hakkı vardır ve hâkim davanın açıldığı günden itibaren nafakaya hükmeder.

⁶⁸⁰ **Faruk, Ali**, El-Vasit Fi Şerhi Kanunü'l Ehvali-Şahsiyâh el-İraki, Irak, Cami'ât es-Sülaymaiyâh, 2004, s. 156.

Hâkim, nafakayı takdir ederken eşlerin mali durumunu göz önünde bulundurur ve onu nafakayı peşin olarak ödemekle yükümlü kılar (HAK m.94). Fakat koca hazır bulunur da nafakayı ifa edemezse kadın nafaka talebini hâkime müracaata hakkı vardır ve hâkim kocanın namına borçlanmasına hükmeder. Nafakanın takdirine gelince, hâkim davanın açıldığı günden itibaren nafakanın takdirine başlar. Bu durumda koca, hâkim tarafından takdir edilen nafaka miktarını kendi adına borçlanması için karısına izin verir (HAK m.96). Osmanlı yasa koyucusu, ister hazır bulunsun ister bulunmasın, nafakanın kocaya vacip olduğunu belirtmiştir. Kocanın yokluğu, kaybı ya da gaipliği nafakanın sürekliliği gerekliliğini etkilemez. Buna göre, kadın, kocası nerede bulunursa bulunsun, mahkemeden gaip kocasına nafaka bağlanmasını talep etme hakkına sahiptir. Bu davada, kadının yalnızca davalı ile arasındaki evlilik bağının varlığını kanıtlaması gerekmektedir. Davalının malvarlığı ve yükümlülükleri tespit edildikten ve kadın, kocasının gaip olduğuna ve kendisine nafaka veya nafaka yerine geçen bir şey bırakmadığına, itaatsizlik etmediğine ve bekleme süresi dolmuş boşanmış olmadığına dair yemin ettikten sonra hâkim, nafaka miktarını belirledikten sonra davanın açıldığı tarihten itibaren nafakaya hükmeder. Osmanlı yasa koyucusunun HAK'nin 97. maddesinin ikinci fıkrasında belirttiği üzere, hâkim, kadının nafaka miktarını üçüncü kişiden borç almasını gerekli gördüğü takdirde, ona gaip kocası adına başkalarından borç alma izni verir⁶⁸¹.

HAK'nin 98. maddesi gereğince, kocası tarafından nafakasız bırakılan muhtaç kadın, daha önce belirtilen şekilde nafakaya hükmedildiğinde, onun nafakası ile yükümlü olan baba, dede ve erkek kardeş gibi akrabası - evli olmasa bile - kendisine yüklenen nafaka miktarını borç vermekle yükümlüdür. Bu durumda kadını borç veren şahıs, kocaya sadece infak ettiği kadarını rücu etmek hakkına sahiptir. Ancak borç veren kişi kadına yabancıysa, bu durumda borcu karı veya kocadan talep etme hakkına sahiptir.

Bazı durumlarda, eşini nafakasız bırakan gaip kocanın başkalarının elinde borç veya emanet olarak malı bulunabilmektedir. Bu bağlamda, Osmanlı yasa koyucusu iki durum arasında ayırım yapmıştır; bunlardan ilki, bu kişinin kocanın borcunu ve kadın ile davalı arasında evlilik bağının kurulduğunu ikrar etmesidir. Bu durumda kadın, kocasının gaip olduğuna ve kendisine nafaka bırakmadığına, itaatsizlik etmediğine veya bekleme süresini doldurup boşanmadığına yemin ettikten sonra hâkim, kocasının borçlunun elinde veya emanetinde bulunan malından veya değerinden kendisine nafaka miktarını takdir eder. İkinci durum ise,

⁶⁸¹ Bkz; **Bakırcan, Sâriye** Abay, *İslam-Osmanlı Hukukunda Nafaka: İstanbul Bab Mahkemesi Örneği* (1249-1253/1833-1837), (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s. 74.

bu kişinin kocanın malını inkâr etmesidir. Bu durumda kadın, bu kişinin iddia ettiğinin aksini ispatlayan deliller sunması gerekir. Eğer kanıtlar sunulmuş olup yemin de edilmişse, hâkim davanın açıldığı tarihten itibaren kadının kocasının malından veya değerinden nafaka almasına hükmeder (HAK m.99).

Osmanlı yasa koyucusu nafaka yükümlülüklerini tek bir madde ile ele almıştır, o da HAK'nin 101. maddesidir. Bu doğrultuda, nafaka, kadının itaatsizliği nedeniyle düşer. Ancak bu konuda Osmanlı yasa koyucusu bir geçimsizlik tanımı yapmak yerine HAK'nin 101. maddesi kapsamında yer alan; kadının kocasının evini izinsiz ve meşru bir sebep olmaksızın terk etmesi, evin kendisine ait olması ve kocasının başka bir eve naklini talep etmeden önce kendisiyle meşru bir ilişki kurmasını engellemesi hallerinden bahsetmiştir. Bu hususta Osmanlı yasa koyucusu itaatsizlik tanımını yaparak bu durumlardan bahsetmekten vazgeçse daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü itaatsizlik örnekleri sayılamayacak kadar çoktur ve kadının itaatsiz olup olmadığının belirlenebileceği bir ölçüt vardır, bu da kadının kocasının kendisinden haksız olarak yararlanma hakkını ortadan kaldırması ölçütüdür. HAK'nin 101. maddesinde belirtilen durumlara bakıldığında, bunlar arasındaki ortak nedenin kocanın karısıyla cinsel ilişkiye girmemesi olduğu görülmektedir. Ancak bu maddenin tamamlanmasından anlaşılmaktadır ki, nafakanın kesilmesi nihai bir kesilme değil, geçici ve kadının itaatsizlik süresiyle bağlantılıdır. Buna göre, itaatsizlik nedeni sona erer ve kadın kocasına itaat ederse, yeniden nafaka almaya hak kazanır ve bu geriye dönük değildir, yani kadının itaatsizlik ettiği dönem için nafaka alma hakkı yoktur⁶⁸².

3.2.4.3. Değerlendirme

Cezayir ve Osmanlı yasa koyucusunun eşler mal rejimi ve nafaka hükümleri konusunda bir karşılaştırma yaparsak, her iki hukuk sistemine de İslam hukuku etkisi görülmektedir. İki sistemde de kadının evlilik nafakasına hak kazanması için belirli şartların yerine getirilmesi gerekmektedir.

CAK 'nda, evlilik nafakasının verilmesi için evlilik akdinin geçerli olması ve eşler arasında zifafın gerçekleşmesi gerekmektedir. Kadının nafaka hakkı, kocanın eşiyle zifaf tarihi ya da onu buna davet etmesinden itibaren başlar. Cezayir yasa koyucusu, nafakanın kapsamını yiyecek, giyecek, tedavi, konut veya konut kirası ve örfe göre gerekli görülen diğer şeyler olarak belirlemiştir. Ayrıca, nafakanın kocanın gücüne göre belirlenmesi

⁶⁸² Faruk, s. 149.

gerektiği vurgulanmaktadır.

HAK'de ise, nafaka hakkı için hanefi mezhebine göre kadının evlilik amaçlarını gerçekleştirmek ve kocasının ihtiyaçlarını karşılamak adına kendisini tutması ve kocasına itaat etmesi gerekmektedir. Nafakanın dūřmesine sebep olan durumlar arasında kadının itaatsizliği, evlilik akdinin batıl veya fasit olması, kadının kūuk olması veya evlilik ilişkisi kurabilecek durumda olmaması gibi durumlar yer almaktadır. Ayrıca, hasta olan kadının nafaka almasına ilişkin olarak fakihler arasında gōrūř ayrılıkları bulunmaktadır.

Her iki hukuk sistemine göre evlilik nafakası, kadının maddi durumu veya Mūslūman olup olmasına bakılmaksızın kocası üzerine vaciptir. İki sistemde de İslam hukukunun etkisiyle kadının nafakaya hak kazanmasının nedeni, kocanın kendisinden yararlanmasını sağlamak veya evlilik amaçlarını gerçekleştirmek ve kocasının ihtiyaçlarını karşılamak olarak açıklanmaktadır.

Bu karřılařtırmadan da anlařılacađı ūzere, Cezayir ve Osmanlı yasa koyucusunun evlilik nafakası konusundaki hūkūmleri, İslam hukukundan etkilenmiřtir. Her iki sistemde de nafaka hakkının belirli řartlara bađlı olduđu ve nafakanın kocanın maddi durumuna göre belirlendiđi gōrūlmektedir. Ancak, CAK'ndaki yaklařım daha ayrıntılı bir dūzenlemeye sahipken, HAK'de hanefi mezhebine dayalı bir yaklařım benimsenmiřtir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZAYİR AİLE KANUNU VE OSMANLI HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NDE EVLİLİĞİN SONA ERMESİ VE HÜKÜMLERİ

Evlilikte esas olan, evliliğin ebedi ve devamlı olmasıdır. Dolayısıyla, evliliği belirli bir süreye bağlamak evliliği bozar, böylece evlilik ilişkisi eşlerden birinin veya her ikisinin ölümüne kadar devam etmektedir. Bu bağlamda İslam aile hukukunda ailenin mümkün mertebe devamlılığı esastır, ancak bazı hallerde taraflara evliliği sona erdirmeye hakkı da tanınmıştır.

İslam hukukunda evlilik akdinin sona ermesi veya eşler arasındaki ayrılık, kocanın tek taraflı iradesiyle (boşanma), iki tarafın anlaşmasıyla (muhalea), liân veya irtidat gibi şer'î bir hükümle veya kocanın nafaka vermemesi veyahut şer'î olarak kabul edilen diğer sebepler nedeniyle kadına gelebilecek zararlardan dolayı hâkimin hükmüyle (tefrik) olabilir.

Cezayir Aile Hukuku'nda evliliğin sona ermesine ilişkin olarak, yargı kararları açısından bazı yanlış uygulamalara rastlamak mümkündür. Zira boşanma meselesi ve buna ilişkin hüküm ve sonuçlar İslam şeriatı tarafından önceden tanımlanmış ve düzenlenmiş olup, haramların helal kılınması veya mubahların yasaklanması açısından şer'î siyaset meselesi olarak bu konuda herhangi bir şekilde içtihat mümkün olmamalıdır. Üstelik bu hükümlerin ve etkilerin hukuki boyuttan önce dini boyutla ilgili olması da söz konusudur. Örneğin, koca tarafından kasten söylendiği anda boşanmanın gerçekleşmesi, bekleme süresinin başlaması ve bekleme süresi sona erdiğinde ric'i boşanmanın bain talaka dönüşmesi.

HAK ise, evliliğin sona ermesine dair hükümleri "Müfârakât Hakkındadır" başlıklı ikinci kitabında düzenlenmiştir. "Müfârakât" kitabı üç bâbdan oluşmakta, birinci bab ise üç fasıldan oluşmaktadır. Birinci babın birinci ve ikinci faslı genel hükümleri içermekte ve ric'i boşanma (talak-ı ric'i) ve bain boşanma (talak-ı bain) konularını incelemektedir. Ancak tefrik (hıyar-ı tefrik) ile ilgili olan üçüncü fasıl, HAK'nın en önemli kısımlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bu fasılda, Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefî mezhebinde neredeyse imkânsız olan boşanma hakkı kadınlara da tanınmıştır⁶⁸³.

Bu bölümde evliliğin sona ermesi ve hükümleri konusu, İslam hukuku ile Cezayir ve Osmanlı aile hukuku bağlamında ele alınacaktır.

CAK'nun 47. maddesi evliliğin sona erdirilmesi yollarını ele almaktadır. Bu madde

⁶⁸³ Bkz; Aydın, s. 115.

şu hükmü içermektedir: "*Evlilik boşanma veya ölüm ile sona erer*". HAK'de ise evlilik bağının sona erme şekilleri olarak boşanma, hul' ve tefrikten bahsedilmiştir. Buradan hareketle, Cezayir yasa koyucusu eşler arasındaki genel ayrılık sebeplerini boşanma ve ölümle sınırlandırmışken, Osmanlı yasa koyucusu bu kapsamda hul' ve tefrik olarak ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre bu başlık altında İslam hukuku ile Cezayir ve Osmanlı aile hukukunda evliliğin sona erdirilme yolları ele alınacaktır.

4.1. Evliliğin Sona Ermesi

Bu başlık altında hem İslam hukukunda hem de CAK ve HAK'ta evlilik bağına sona erdirme yolları tartışılacaktır.

4.1.1. Boşanma ile Evliliğin Sona Ermesi

Evlilikte ayrılıktan kasıt, boşanma, hâkim kararıyla ayrılık, eşlerden birinin ölümü ve yahut evlilik akdinin feshi gibi evlilik ilişkisinin sona ermesini gerektiren herhangi bir sebeple evlilik akdinin sona ermesi ve eşlerin birbirinden ayrılmasıdır⁶⁸⁴. Bu tanımdan ayrılığın boşanmadan daha geniş bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre eşler arasındaki ayrılık üç durumda gerçekleşebilir;

- Kocanın tek taraflı iradesiyle gerçekleşen boşanma; Kocanın boşama hakkı, Kur'an ve Sünnetten naslarla, özellikle yoruma dayanmayan ve yoruma ihtiyaç duymayan kesin delil ve burhanlarla sabit olmuştur ve kim bunu inkâr ederse, zaruret gereği dinden bilinen bir şeyi inkâr etmiş olur;
- Evlilik akdinin hâkim kararıyla feshedilmesi;
- Evlilik akdi yapıldığı esnada şeriata göre evliliğin kurulmasına aykırı bir durum ortaya çıkar veya akitten sonra evliliğin devamına aykırı bir durum meydana gelirse, kocanın boşaması veya hâkimin feshi olmaksızın evlilik sona erer⁶⁸⁵.

CAK'nun 48. maddesi uyarınca: "*Evlilik akdi, 49. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kocanın iradesi, eşlerin karşılıklı rızası veya bu Kanunun 53. ve 54. maddelerinde belirtilen sınırlar içinde kadının talebi üzerine verilecek boşanma kararı ile sona erer*". Öte yandan, HAK'nin 102. maddesi boşanmanın erkeğin elinde olduğunu belirtmektedir. Bu iki maddeden de anlaşılacağı üzere, kocanın tek taraflı iradesiyle gerçekleşen boşanma, evliliğin

⁶⁸⁴ Mahran, C:2, s. 11, bkz; Medkur, s. 208.

⁶⁸⁵ Hasbüllah, Ali, El-Furka Beyn-î Zevceyn, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Fikkrü'l 'Arabi, 1968, s. 20-21.

sona ermesinin bir türüdür. Bununla birlikte, hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucularının boşanmanın kanuni bir tanımını yapmaktan kaçındığı ve evliliğin boşanma yoluyla sona ermesi hallerinden birini belirtmekle yetindiği göze çarpmaktadır. Dolayısıyla Cezayir yasa koyucusu boşanmanın tanımına, rükünlerine ve şartlarına gerçek anlamda değinmemiş, fikhî tanımlardan birini benimseme yükümlülüğünden kaçınarak Aile Kanunu'nun 222. Maddesinin göndermesiyle bunu da İslam hukukunda yer alan hükümlere bırakmıştır⁶⁸⁶.

Cezayir yasa koyucusu tek taraflı irade ile boşanma hükümlerini CAK'nun 49, 50, 51 ve 52. maddelerinde ele alırken, Osmanlı yasa koyucusu bu hükümleri HAK'nin 102 ila 118. maddelerinde ele almıştır. Bu çerçevede, Osmanlı yasa koyucusunun, aile hukuku alanında farklı yargı mercileri tarafından verilen yargı kararlarındaki farklılıklara yer bırakmayacak şekilde, Cezayir yasa koyucusuna kıyasla önemli sayıda madde ile tek taraflı irade ile boşanma hükümlerini ayrıntılı bir şekilde ele aldığı söylenebilir. Buna göre, CAK'nın 49. maddesinin birinci fıkrası şu hükmü içermektedir: *"Boşanma, davanın açıldığı tarihten başlayarak üç ayı geçmemek üzere hâkim tarafından uzlaşma girişiminde bulunulmasından sonra mahkeme kararıyla gerçekleşir"*. 50. maddeye göre ise: *"Uzlaşma girişimi sırasında karısını tekrar yanına alan kişinin yeni bir akit yapmasına gerek yoktur; ancak boşanma kararı verildikten sonra karısını tekrar yanına alan kişinin yeni bir akit yapması gerekir"*.

CAK'nun 49. maddesinin ilk fıkrasından da anlaşılacağı üzere, boşanma ancak yargı kararıyla sabit olur ve İslam hukuku kurallarına göre sözlü olarak gerçekleşen herhangi bir örfi boşanma hukuken geçerli değildir ve başkalarına karşı ileri sürülemez⁶⁸⁷. Bu fıkradan anlaşılmaktadır ki, boşanma mahkeme kararıyla gerçekleştikten sonra koca, nikâh akdini yeniden tescil ettirmeksizin karısına dönerse, bu evlilik, doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından başkalarına karşı hukuken geçerli değildir. Ancak böyle bir durum, İslam fikhında boşama veya geri almanın hukuki sonuçları konusunda belirlenmiş olan hükümlere aykırıdır ve bu husus ileride açıklanacaktır.

- Ancak CAK'nun 49 ve 50. maddesi ile ilgili olarak şu hukuki sorunsal gündeme gelmektedir: İki maddede de ric'i ve bâin boşanma türleri açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle, boşanma maddeleri hem ricî hem de bâin boşanma hükümlerine cevap verecek şekilde yeniden düzenlenmelidir.

⁶⁸⁶ **Badis, Diyab**, Suvâr Fâkü-r Rabitatü'z Zevciyâh 'Ala Davü'l Kanun ve el-Kadâh Fî'l Cezayir, Cezayir, Darü'l Hudâh, 2007, s. 8.

⁶⁸⁷

- Koca boşamayı dile getirebilir ve 49. madde uyarınca muhakeme prosedürleri uzatılabilir ve uzlaşma oturumu, kocanın boşanmayı dile getirdiği andan itibaren hesaplanan yasal bekleme süresinin başlamasından sonra gerçekleşebilir. Bu oturum başarılı olur ve koca 50. madde gereğince yeni bir akit yapmadan karısına geri dönerse, kanun ile İslam hukuku hükümleri arasında bir çatışma meydana gelebilir. Zira boşanma şer'i açıdan küçük ayrılık (el-beynûnetü's-suğrâ) haline geldiğinden, boşanan kocanın karısını yeni bir akitle iade etmesi gerekirken, 50. madde kapsamında buna ihtiyacı yoktur.
- İki maddenin uygulanması çifte bekleme süresinin ortaya çıkmasına neden olabilir: Kocanın boşanma sözünü söylediği tarihten itibaren başlayan bir şer'i süre ve boşanma kararının verildiği tarihten itibaren başlayan bir kanuni süre. Bu da, özellikle şer'i bekleme süresinin sona ermesi ve yasal bekleme süresinin devam etmesinden sonra, kanun ve Şeriat arasında bir çatışmaya yol açmaktadır.

Cezayir yasa koyucusu tarafından ele alınan ve Osmanlı yasa koyucusu tarafından göz ardı edilen tek taraflı irade ile boşanmaya ilişkin önemli bir husus daha vardır, o da boşanma hakkının kötüye kullanılmasıdır. Bundan dolayı, CAK'nun 52. maddesi şu hükmü getirmektedir: "*Hâkim, kocanın boşanmayı kötüye kullandığı yönünde bir tespitte bulunursa, boşanan kadının uğradığı zararın tazmin edilmesine karar verir*". Bu maddeden anlaşılaçağı üzere Cezayir yasa koyucusu ilke olarak haklı bir sebep olmadıkça boşanmayı yasaklamış ve makul bir sebep olmaksızın karısını boşayan kişinin bu iradesini -aksi ispat edilmedikçe- keyfi bir davranış saymıştır. Böylece hâkim, kadının boşadığı erkeğin durumuna ve kötüye kullanma derecesine göre ona tazminat ödemesine karar verebilir. Ancak Cezayir yasa koyucusu, koca için boşanma hakkının kullanımında aşırılığın sınırlarını belirtmemiştir. Ayrıca, hakkı kötüye kullandığını kanıtlamakla yükümlü olan veya olmayan tarafı belirtmemiş ve hakkı kötüye kullanan kocadan kaynaklanan maddi tazminat için bir tavan belirlememiş, bunun yerine tazminat miktarını hakkı kötüye kullanan kocanın mali durumuna ve gerçekleşen boşanmanın niteliğine göre hâkimin takdirine bırakmıştır. Ayrıca tazminatla neyi kastettiğini de açıklamamıştır. Tazminat, kadının İslam hukuk tarafından kendisine bahşedilen hakkı (müt'a) mıdır, yoksa hakkın kötüye kullanılması nedeniyle tazminat mıdır?

Çalışmanın devam eden kısmında yukarıda bahsedilenlerden hareketle evlilik bağına sona erdirmeye yollarından biri olan boşanma, hem İslam hukukunda hem de Cezayir ve Osmanlı aile hukukunda; tek taraflı irade ile boşanma, tarafların anlaşması ile boşanma ve

boşanma hakkının kötüye kullanılması şeklinde üç başlık altında ele alınacaktır.

4.1.1.1. Tek Taraflı İrade İle Boşanma

Bu başlık altında hem İslam hukukunda hem de Cezayir ve Osmanlı aile hukukunda tek taraflı boşanma hükümlerine değinilecektir.

4.1.1.1.1. İslam Hukukunda

Eski ve modern İslam hukukçularının boşanma konusunu, araştırma yapmaya yer bırakmayacak şekilde ele aldıklarında ve tüm hükümlerini izah edip ayrıntılı bir şekilde detaylandırdıklarında şüphe yoktur. Ancak bu konuda araştırma ve incelemeyi gerekli kılan şey, İslam hukukunun ruhuna ve amaçlarına uygun bir şekilde ortaya çıkan yeni sorunlar ve yeni çözümler getirmektir. Buna göre, boşanma meselesinde araştırma ve inceleme konusu olan hususlar, İslam hukuku hükümlerine uygunluk veya aykırılıklarına göre tartışma ve değerlendirmeye konu olabilir. Bu konular, Cezayir ve Osmanlı aile hukukunda öngörülen maddelerle ilişkili olup, boşanma meselesinde incelenmeye değerdir. Ancak bu meseleleri İslam hukukunun hükümlerine göre incelemeye, tartışmaya ve cevaplamaya geçmeden önce, boşanmanın hukuki tanımının, hikmetinin ve hükmünün ele alınması gerekir.

A. Boşanmanın Tanımı

Boşanma sözlükte terk, feragat, bağın çözülmesi ve ayrılık olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede İbn Manzur, kadınların boşanmasının iki anlamı olduğunu dile getirir; birincisi evlilik bağının çözülmesi, ikincisi ise terk ve göndermedir⁶⁸⁸.

İstılahta ise fakihler bunu birçok benzer tanımla tanımlamıştır. Buna göre Hanefiler boşanmayı, boşamak kökünden türetilen bir kelimeyle veya bu kelimenin manasında bulunan, açık veya zımni olarak kocadan veya vekilinden sadır olan, dolayısıyla boşama ile nikâh bağının bâin ise derhal, bâin değilse ileride ortadan kalkması olarak tanımlamışlardır⁶⁸⁹. Malikiler ise boşanmayı, kocanın karısından yararlanmasını haram kılan hukuki bir sebep olarak tanımlamışlardır⁶⁹⁰. Şafiiler de boşanmayı, boşanma kelimesi veya anlamında bulunan bir kelime ile evlilik akdinin feshedilmesi olarak tanımlamışlardır⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ İbn Manzur, C:10, s. 226.

⁶⁸⁹ İbn Humem, C:3, s. 447, bkz; İbn Abidin, C:3,, s. 227.

⁶⁹⁰ Hattab, C:4, s. 18.

⁶⁹¹ eş-Şerbini, C:3, s. 368.

Hanbeliler ise boşanmayı evlilik bağının tamamının ya da bir kısmının çözülmesi olarak tanımlamışlardır. Evliliğin bir kısmından kasıt, ric'î talakla bir kocanın karısını boşamasıdır⁶⁹².

Modern fakihlerden Abdurrahman es-Sabuni boşanmayı şu şekilde tanımlamıştır: *"Boşanma, koca veya temsilcisi tarafından şahitler huzurunda boşanma anlamına gelen, evlilik hayatının derhal veya gelecekte sona erdirilmesini ifade eden bir formüldür (siğa)"*⁶⁹³.

B. Boşanmanın Meşruiyeti (Kanuniliği)

Boşanma Kur'an, Sünnet ve icma ile sabittir.

- Kur'an'da boşanmanın caiz ve helal olduğuna işaret eden birçok ayet vardır, bunlardan: *"Boşama iki keredir. Her ikisinden sonra ya iyilikle evlilik içinde tutmak veya güzellikle serbest bırakmak gerekir"*⁶⁹⁴, *"Ey peygamber! Kadınları boşayacağınız zaman iddetlerini gözeterek boşayın ve bekleme sürelerini iyice hesap edin."*⁶⁹⁵.
- Sünnet; İbn Ömer karısını hayızlı iken boşamış, Babası Ömer bunu Hz. Peygamber'e bildirince Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: *"Ona emret, karısına dönsün. Sonra (hayızından) temizlenip (tekrar) bir hayz (daha) görüp sonra (tekrar) temizleninceye kadar (nikâhı altında) tutsun. Bundan sonra isterse tutar, isterse temasta bulunmadan önce boşar"*⁶⁹⁶.
- İcma ise, Müslümanlar boşanmanın caiz olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Bu konuda el-Behouti, boşanmanın caiz olduğuna dair icmaı nakletmiştir⁶⁹⁷.

C. Boşanmanın Hikmeti

İslam hukukunda boşanmanın kabul edilmesi, onun gerçekçiliğinin ve insanların çeşitli durum ve koşullarındaki çıkarlarını göz ardı etmediğinin bir kanıtı ve erdemlerinden biridir. Özellikle de insan ruhu doğası gereği her zaman uyumsuzluğa ve anlaşmazlığa yol açabilecek değişikliklere maruz kalabilir. Buna bağlı olarak eşler arasında meydana gelebilecek anlaşmazlığı çözmek zor olabilir, dolayısıyla bu durumda tek çıkış yolu boşanma ve ayrılığın meydana gelmesidir. Boşanma, anlaşmazlıktan başka kadın veya erkeğin

⁶⁹² Behhuti, C:5, s. 232.

⁶⁹³ es-Sabuni, s. 74.

⁶⁹⁴ Bakara Suresi 2/229.

⁶⁹⁵ Talak Suresi 65/1.

⁶⁹⁶ Müslim, Talak 1/676.

⁶⁹⁷ el-behouti, C:5, s. 232.

fizyolojik bir eksikliğinden de kaynaklanabilir. Mesela erkeğin kısır oluşu. Bu durumda çocuk arzusunda olan kadın başka biriyle bu arzusunu gerçekleştirmek için hul' veya karşılıksız boşanma talebinde bulunabilir.⁶⁹⁸

Kasani konuyla ilgili şöyle bir ifade yer vermiştir: *"Boşanmanın hikmeti öncelikle maslahattır, çünkü eşler farklı ahlaklara sahip olabilir ve huylar farklı olduğunda evlilikte maslahat kalmaz. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, evliliğin amaçlarına ulaşmanın bir imkânı kalmamaktadır. Bundan dolayı eşlerden her birinin kendisiyle aynı fikirde olan biriyle birlikte olması ve böylece evliliğin menfaatlerinin sağlanması için tek çözüm boşanmanın gerçekleşmesidir"*⁶⁹⁹.

Ç. Boşanmanın Hükümü

Boşanmanın hükmü ya da hukuki niteliği konusunda fakihler, boşamanın aslen erkeğin hakkı olduğu, kadının ise bu hakkı kendisine bir zarar gelmesi durumunda hâkime başvurarak kullanabileceği konusunda hemfikirdirler.

*"Kadınları boşarsanız, onlarla birleşmemiş ve mehir de belirlememiş olursanız malî bir sorumluluğunuz yoktur..."*⁷⁰⁰ ayeti ve *"Allah'ın helâl kıldığı şeyler arasında, boşanma hiç sevmediği helâldir"*⁷⁰¹ hadisine istinaden zaruret veya meşru bir sebep söz konusu olduğunda boşanma mubahtır⁷⁰².

D. Boşanma yetkisine sahip olan kişide aranan şartlar

İslam hukukçuları *"Kadınları boşadığınızda, bekleme sürelerini doldurduklarında ya onlarla yeniden evlenip iyilikle tutun ya da iyilikle serbest bırakın..."*⁷⁰³ ayetine ve *"Talâk, ancak nikâhı elinde bulunduran kişiye -kocaya- aittir"*⁷⁰⁴ hadisine dayanarak boşama yetkisine sahip olan tarafın erkek olduğunu ifade etmişlerdir..

Ancak boşama kocanın elindeyse, bir dizi şart yerine getirilmedikçe boşanma, hükümlerini doğuracak şekilde gerçekleşemez. Bu şartlar:

- Buluş ve Akıl; Boşanmanın gerçekleşebilmesi için kişinin akli başında bir baliğ olması gerekir. Buna göre erkek çocuğun boşanması akli başında olsa bile

⁶⁹⁸ Bkz; **Ebu Zehra**, s. 280, **Zidan**, C:7, s. 347.

⁶⁹⁹ **Kasani**, C:3, s. 95.

⁷⁰⁰ Bakara Suresi, 2/236.

⁷⁰¹ İbn-i Mâce: 2018

⁷⁰² Bkz; **Serhasi**, C:2, s. 3, **İbn Humam**, C:2, s. 22.

⁷⁰³ Bakara Suresi, 2/232.

⁷⁰⁴ İbn Mâce, Talak, 2/532 (2081), Beyhaki, es-Sünenü'l-Kübra, 7/590-591, Darekutni, es-Sünen, 5/67 (3991).

gerçekleşmeyecektir. Keza erkek çocuk gibi mükellef olmayan birinin boşanması da geçerli değildir⁷⁰⁵. Ancak Hanbeliler, mümeyyiz bir çocuktan meydana gelen boşanmanın geçerli olduğu görüşündedirler; çünkü mümeyyiz çocuk boşanmanın ne anlama geldiğini ve boşadığı takdirde karısının kendisine haram olacağını bilir⁷⁰⁶. Buna ek olarak, "*Üç gruptan kalem kaldırılmıştır; uyanıncaya kadar uyuyandan, buluşa erinceye kadar çocuktan ve akıllanıncaya kadar akıl hastasından*"⁷⁰⁷ hadisine binaen boşama yetkisine sahip olan kişinin akıl sağlığının yerinde olması şarttır. Buna göre mecnunun ve onun hükmündeki uyuyan, bunak ve baygın kimselerin boşanması geçerli değildir⁷⁰⁸. Bu hükme aşırı öfke halinde olan ve aşırı öfke nedeniyle ayırt etme gücünü kaybeden kişi de dâhildir. Bu yönde Hz. Peygamber aşırı derecede öfke ve baskı altında yapılan boşamaların geçerli olmayacağını bildirmiştir⁷⁰⁹.

- Ayrıca "*Şüphesiz Allah, ümmetinden hata, unutma ve üzerine zorlandıkları/ikrah altında bırakıldıkları şeyin hükmünü kaldırmıştır*"⁷¹⁰ hadisine istinaden ikrah altında yapılan boşama da geçerli değildir. Zira ikrah onun iradesini bozmuştur ve bununla boşanmayı değil, kendisine ve malına gelecek zararı önlemeyi kastetmiştir. Buradan hareketle, cumhur ulema, ikrah altındaki kişinin boşanmasının gerçekleşmeyeceğini savunmuşlardır. Zira bu kişi boşanmaya razı değildir, aksine buna zorlanmıştır⁷¹¹. Ancak Hanefiler bu konuda cumhur ulema ile görüş ayrılığına düşmüşler ve zorlanan kişinin boşanmasının geçerli olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Çünkü o kişi boşanmayı kastetmiş ve seçmiş, ancak boşanmaya razı olmamıştır. Dolayısıyla sadece boşanmayı seçmesi, boşanmanın gerçekleşmesi için yeterlidir⁷¹². Sarhoş olan kişinin boşanmasına gelince, sarhoş olma iki yoldan gerçekleşebilir. İlk olarak sarhoşluk, hayatını tehlikeden kurtarmak için sarhoş edici bir madde içmekten kaynaklanırsa, alınan ilaçtan dolayı meydana gelirse yahut sarhoş edici özelliği olmadığı düşünülen bir maddeyi almak gibi mubah bir yoldan meydana gelirse bu durumda yapılan boşama geçersizdir. Bu konuda cumhur ulema icma etmiştir⁷¹³.

⁷⁰⁵ eş-Şerbini, C:3, s. 368.

⁷⁰⁶ İbn Kudame, C:10, s. 348-349.

⁷⁰⁷ İbn Mâce, Talak, 2/512 (2041), Ebû Dâvûd, Hudud, 4/363 (4398).

⁷⁰⁸ eş-Şerbini, C:3, s. 368.

⁷⁰⁹ Ebû Dâvûd, Talak, 8; İbn Mâce, Talak, 16

⁷¹⁰ İbn Mâce, 1/659 (2045).

⁷¹¹ Bkz; İbn Rüşd, C:2, s. 81, eş-Şerbini, C:3, s. 381-382, İbn Kudame, C:10, s. 350, İbn Hazm, C:10, s. 202.

⁷¹² Kasani, C:3, s. 100.

⁷¹³ eş-Şerbini, C:3, s. 383-384.

Ancak eğer boşanma kasten haram bir madde kullanılması neticesinde gerçekleşmişse Hanbeliler, Zahiriler ve Hanefilerden et-Tahavi'ye göre bu durumda boşanma geçerli olmaz. Ancak Hanefiler, Malikiler ve Şafilere göre haram bir şekilde sarhoş olan kişinin boşanması geçerlidir⁷¹⁴.

Öte yandan şakadan, yani boşanmayı kastetmeksizin şaka ve eğlence olsun diye boşama iradesini ortaya koyan kişiye gelince "*Üç şeyin ciddisi de ciddi, şakası da ciddi; talak, nikâh, ricât*" hadisine göre bu boşanma vaki olur⁷¹⁵.

Yukarıda bahsedilenlerden hareketle önemli bir mesele ile karşı karşıya bulunmaktayız: Boşanmanın anlamını bilmeyen ve sonuçlarının farkında olmayan reşit olmayan bir kimsenin boşanması gerçekleşir mi? Yoksa velisinin boşaması gerekli midir? Yukarıda da belirtildiği gibi boşanmada asıl olan, boşanmanın kocanın elinde olmasıdır ve bu da kocanın bizzat kendisi ya da onun temsilcisi aracılığıyla gerçekleşir.

E. Boşanılacak Kadında Aranılan Şartlar

Boşanmanın geçerli olabilmesi için kadının boşanma konusu olması gerekir. Bunu sağlamak için kadının, boşayan kocanın gerçek ya da hükmi eşi olması gerekir. Gerçek eş ile kastedilen, sahih evlilik bağı hala mevcut olan ve şimdi ya da gelecekte bu bağı ortadan kaldıracak hiçbir durum meydana gelmemiş olan kadındır. Hükmi eş ise, bekleme süresi içinde ric'î olarak boşanmış, bekleme süresi içinde bâin olarak boşanmış ve eşlerden birinin irtidadı sebebiyle evliliğin feshi gibi akdi temelinden iptal etmeyen bir sebeple evliliğin sona ermesinden itibaren bekleme süresini geçirmiş olan eştir⁷¹⁶. Buna göre, aşağıdaki durumlarda kadın boşanmaya münasib değildir:

- Sahih olmayan bir akit ile evlenmiş olan kadın; Boşanma, sahih nikâh akdini sona erdirmek içindir. Dolayısıyla fasit akit sahih değildir ve eşler arasında ayrılıkla sonuçlanır. Nikâhın fesadının sebepleri arasında, nikâhın rükünlerinden birini ortadan kaldırmak gibi geçici ve sürekli olarak evlenme engeli doğuran fesih de vardır ve bu durumda kadın, nikâh akdinin feshedilmesiyle kocasına yabancı olur⁷¹⁷.
- Zifaktan önce boşanmış olan kadın; Zifaktan önce boşanan kadın kocasına yabancıdır ve bekleme süresi de yoktur ve boşandıktan hemen sonra evlenme hakkına sahiptir⁷¹⁸.

⁷¹⁴ İbn Taymiyah, C:14, s. 71-72.

⁷¹⁵ Ebu Davud, Talak, 9.

⁷¹⁶ Bkz; Kesani, C:3, s. 126, İbn Cüzey, s. 152, İbn Kudame, C:7, s. 433.

⁷¹⁷ Bkz; Belhâj, s. 206.

⁷¹⁸ Ebu Zehra, s. 344.

- Büyük ayrılık sonrasında (el-beynûnetü'l-kübrâ) iddet bekleyen kadın; Eğer boşanma sayısı bir veya iki ise, bu küçük ayrılık (el-beynûne's-suğrâ) olarak tanımlanır ve taraflar ya iddet süresince ya da iddetin sonunda yeni bir nikâh akdi ile tekrar bir araya gelebilirler. Boşanma sayısı üçe ulaşırsa, ayrılık büyük ayrılık (el-beynûnetü'l-kübrâ) olarak adlandırılır ve kadın başka bir erkekle evlenip boşanana kadar eski kocasıyla yeniden evlenemez⁷¹⁹.
- Hayızlı yahut nifaslı iken veya cinsel ilişkide bulunduğu temizlik döneminde olan kadın; Fakihler bu tür boşanmayı bid'î talak olarak adlandırmışlardır. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre bid'at talak, her ne kadar sünnete aykırı kabul edilse de boşanma yetkisine sahip olan kişi tarafından yapıldığı için hukuki sonuçlarını doğurur; ancak boşanan kişi bu konudaki sünnete uymadığı için kendisi günah işlemiş olur⁷²⁰. Fakihler bu konuda Peygamber'den rivayet edilen şu hadisle istidlal etmişlerdir: "Hz. Peygamber *Abdullah bin Ömer'in* karısını hayızlı iken boşamasına kızmış ve ona şöyle emretmiştir: *Ona emret, karısına dönsün. Sonra (hayızından) temizlenip (tekrar) bir hayz (daha) görüp sonra (tekrar) temizleninceye kadar (nikâhı altında) tutsun. Bundan sonra isterse onu tutar, isterse temasta bulunmadan önce boşar. İşte Aziz olan Allah'ın, kadınların içinde boşanmasını emrettiği iddet (dönemi) budur*"⁷²¹.

F. Boşanma Sığası

Sığada esas olan sözdür, ancak bazı durumlarda yazı ve işaret de sözün yerini alabilir. Ancak sadece boşama kastı boşama olarak değerlendirilmez. Zira boşama sarîh veya kinayeli sözler ile vuku bulur. Sarîh boşama, boşama iradesinden açıkça anlaşılan ve örfte bu anlamda kullanılan sözler ile olur. İslam hukukçuları boşama ve aynı kökten türemiş olan kelimelerin sarîh olduğu konusunda görüş birliğine varmışlardır. Şafii ve Hanbeliler "fırak" ve "serah" kökünden türemiş olan kelimeleri de sarîh olarak değerlendirmişlerdir. Böyle bir irade beyanı kişinin boşanma iradesini açıkça ortaya koyduğu için artık niyet ve hal kanıtı aranmamaktadır. Kinayeli sözler hem boşanma hem de başka anlamlara gelebildiğinden, bu sözlerin boşanma iradesine ve niyetine işaret etmesi gerekir. Ancak Malikiler, boşanmayı ifade etmek için sıkça kullanılan kinayeli kelimelerin veya kuvvetli karinelerin kullanıldığı

⁷¹⁹ Bkz; **Acar İbrahim**, Talâk, TDV İslam Ansiklopedisi, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C: 39, 2010, s. 496-500.

⁷²⁰ Bkz; **İbn Kudame**, C:7, s. 366, **eş-Şerbini**, C:4, s. 497, **İbn Rüşd**, C:3,s. 86.

⁷²¹ Müslim, Talak, 10/60.

durumlarda niyete itibar etmezler.

İslam hukukçuları, Arapça dışındaki dillerde de sarıh veya kinaye yoluyla boşanmaya delalet eden kelimeler bulunduğunu göz önünde bulundurarak, o dili konuşanların örf ve adetlerine bakılması gerektiğini belirtmektedirler. Anlamını bilmeden boşanma sözünü söylemenin boşanma sayılmadığı konusunda İslam bilginleri arasında görüş birliği vardır. Hanefî ve Hanbelilere göre boşanma, boşanma niyeti olmadığı halde başka bir şey söylemek isterken yanlışlıkla boşanma kelimesinin söylenmesi durumunda dinen değil, kazaen gerçekleşir; çünkü hâkim niyetlere değil, sözlere bakarak hüküm verir. Maliki ve Şafilere göre ise delillerde hata olduğu anlaşılırsa boşama vuku bulmaz⁷²².

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre boşanma yazılı olarak yapılmışsa kocanın niyeti dikkate alınır; bazı hukukçulara göre ise yazı sarıh ise niyete bakılmaz. Cumhura göre boşanmanın muteber olabilmesi için kocanın dilsiz olması şart koşulurken, Hanefiler buna yazı yazmayı bilmeme şartını da eklemişlerdir.

Erkek, boşanma ile ilgili irade beyanını kayıtsız ve şartsız (müneccez) bir şekilde yapabileceği gibi, şarta bağlayarak veya bir zamana bağlayarak da yapabilir. Cumhur ulemaya göre boşama ta'liki bir şarta bağlanmış ise şart gerçekleştiğinde boşama vaki olur. Ancak tahakkuk etmeyecek bir şarta bağlanan ta'lik batıldır. Zahirî ve Caferilere göre ise ta'liki şarta bağlı olan boşanma gerçekleşmez. İbn Teymiyye ve İbn Kayyim el Cevziyye, bir şeyi yaptırmak veya bir şeye engel olmak yahut bir haberin sıhhatini doğrulamak için yapılan şartlı boşamada erkeğin esas maksadı boşama olmadığı için boşamanın gerçekleşmediğini ve sadece yemin keffaretinin gerektiğini; ancak yemin kastıyla yapılmayan şartlı talakın geçerli olduğunu belirtmişlerdir.

Şafii ve Hanefilere göre boşanma Allah'ın dilemesine bağlı olarak ("inşallah" kelimesiyle) yapılırsa geçersiz olarak kabul edilirken, Maliki ve Hanbelilere göre geçerli olarak kabul edilir. Ancak boşanma daha sonraki bir zamana atfedilirse, cumhura göre belirlenmiş zaman geldiğinde boşanma gerçekleşirken, Malikilere göre derhal gerçekleşir⁷²³.

G. Boşanma çeşitleri

Boşanma, evlilik bağına devam ettirmek üzere yeni bir akde ihtiyaç duyulup duyulmamasına göre 'ric'i' ve 'bain' olarak ikiye ayrılır. Hem Cezayir hem de Osmanlı aile hukukunda boşanmayı düzenleyen maddelere bakıldığında, boşanmanın ric'i ve bain

⁷²² Acar, s. 496-500

⁷²³ Acar, s. 496-500.

boşanma olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. Dolayısıyla bu başlıkta İslam hukuku, Cezayir ve Osmanlı aile hukukunda ric'i ve bâin boşanma ele alınacaktır.

i. Ric'i Boşanma

Ric'i boşama, kocanın iddet süresi içinde yeni bir nikâh akdi yapmaksızın karısına geri dönebileceği boşamadır. Ric'i talaktan bahsedebilmek için, talakın birinci veya ikinci talak olması ve iddet süresi içinde gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla, bekleme süresinin sona ermesi ve kocanın karısına dönmemesi halinde ric'i boşanma, bain boşanmaya dönüşür ve kocanın, boşandığı karısına geri dönebilmesi için yeni bir akde ihtiyacı vardır.

*"Boşanan kadınlar kendi başlarına (evlenmeksizin) üç âdet süresince beklerler. Allah'a ve âhiret gününe iman ediyorlarsa, Allah'ın rahimlerinde yarattığını gizlemeleri onlara helâl olmaz. Eğer taraflar arayı düzeltmeyi istiyorlarsa kocaları, o süre içerisinde onları kendilerine geri çevirme hususunda başkalarından daha ziyade hak sahibidirler. Kadınların, mâkul ve meşrû ölçülerde ödevlerine denk hakları vardır; erkeklerin ise onların üzerinde bir dereceleri mevcuttur. Allah izzet ve hikmet sahibidir. }228(Boşama iki keredir....."*⁷²⁴ ayetlerine istinaden, ric'i boşanmanın asıl olduğu sonucuna varılabilir.

Ric'i boşanma, kocanın herhangi bir şart, kayıt veya mali karşılık olmaksızın fiilen zifafa girdiği karısıyla gerçekleştirdiği ve öncesinde hiç boşanma olmayan veya -daha önce açıklandığı üzere- tek bir boşanma olan boşanmadır.

Ric'i boşanma, ister ilk ister ikinci boşanma olsun, bekleme süresi henüz sona ermediği sürece evlilik hükümlerinden hiçbir şeyi değiştirmez. Bununla birlikte, kocanın karısına karşı sahip olduğu boşama hakkı sayısı azalır. Yani, kocanın üç boşama hakkına sahip olduğu düşünüldüğünde, birinci boşamayı gerçekleştirirse, iki boşaması kalacak ve ikinci boşama gerçekleşirse, sadece bir boşama hakkı kalacaktır. Buna göre, ric'i boşanmanın gerçekleşmesi halinde, bekleme süresi boyunca her iki eşin sahip olduğu evlilik hakları sabit kalmakta ve boşanan eş kocasına helal olmaya devam etmektedir.

Eşlerden biri bekleme süresi içinde ölürse, diğeri onun mirasçılarından biri olur. Aynı şekilde, ric'i boşama, boşanma veya ölümle iki süreden en yakın olanına mehr-i müeccel verilmesini engeller. Çünkü bu boşama, gerçekleştiği anda evliliği sona erdirmez, bekleme süresinin bitiminden sonra eşler birbirlerine dönmediği takdirde sona erdirir ve eğer bekleme süresi eşler birbirlerine dönmeden geçmişse, bu ric'i boşama her bakımdan bain boşanma

⁷²⁴ Bakara Suresi, 2/228-229.

olur⁷²⁵.

Ric'i boşanmanın hikmeti, boşanan kocaya, karısını boşarken düşmüş olabileceği hata ve yanlış değerlendirmeyi düzeltme fırsatı vermek ve karısının bekleme süresi içinde kendi özgür iradesiyle onu geri almasını sağlamaktır. Öte yandan, kadının da içine düşmüş olabileceği yanlışlık ve itaatsizliği düzeltmesi ve kocanın kendisi üzerindeki hakkını tesis etmesi için bir fırsat olarak kabul edilir, böylece aralarındaki evlilik hayatı uyum içinde devam eder⁷²⁶. Çünkü aslolan eşlerin birbirlerinden boşanmamasıdır. Boşanma hakkı birtakım zorunluluklardan ötürü meşru kabul edilmiştir ve ric'i talak bu bağlamda taraflara bir şans daha vermektedir⁷²⁷.

a. Ric'i Boşanma Hükümleri

Ric'i boşanma aşağıdaki hükümleri doğurur:

- Kocanın karısı üzerinde sahip olduğu boşama hakkı sayısının azalması. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi ric'i talak bekleme süresi içinde her iki eş için de evlilikten doğan hak ve sorumlulukları ortadan kaldırmaz.
- Eşlerin bekleme süresi içinde birbirlerine dönmeleri halinde aralarındaki evliliğin sona ermesi. Çünkü ric'i boşanma, bekleme süresi dolduğunda bain boşanma haline dönüşür, ancak süre dolmadan önce koca, kadın kabul etse de etmese de istediği zaman ve yeni bir akde gerek kalmaksızın karısına dönme hakkına sahiptir.
- Ric'i boşanma eşler arasında mirası hiçbir şekilde engellemez. Eşlerden birinin bekleme süresi içinde ölmesi halinde, ric'i boşanmada evlilik bağı bekleme süresi boyunca hükmen geçerli kalmaya devam edeceğinden, eşler birbirlerine mirasçı olurlar⁷²⁸.
- İki dönemden (ölüm veya boşanma) en yakın olanına ertelenen mehr-i müeccel, ric'i boşanma ile sabit olmaz.

ii. Bain Boşanma

Bain boşanma, erkeğin boşadığı kadına yeni bir mehir ve akitle dönebildiği boşamadır. Dolayısıyla ric'i talaktan farklı olarak kadının rızası olmaksızın erkeğin kadına dönmesi mümkün değildir. Bain boşanma, küçük ayrılık (el-beynûnetü's-suğrâ) ve büyük

⁷²⁵ el-Ghuryani, C:2, s. 692.

⁷²⁶ Zidan, C:8, s. 8.

⁷²⁷ Kasani, C:3, s. 95/96.

⁷²⁸ İbn Kudama, C:10, s. 554.

ayrılık (el-beynûnetü'l-kübrâ) olmak üzere ikiye ayrılır.

a. Küçük Ayrılık (el-beynûnetü's-suğrâ)

Küçük ayrılık, bir erkeğin boşadığı kadını, ister iddet beklerken ister iddet bittikten sonra olsun, yeni bir akit ve mehir dışında evliliğe geri döndüremeyeceği boşanmadır⁷²⁹. Bu nedenle bu tür ayrılık büyük değil küçük ayrılıktır.

Küçük ayrılık (El-Beynûnetü's-Suğrâ) aşağıdaki sonuçlara yol açar:

- Koca, eski karısına ancak onun rızası, yeni bir akit ve mehir ile geri dönebilir.
- Bu boşanma vuku bulduğu andan itibaren evlilik hakları kaybedilmiş olur, dolayısıyla eşlerin birbirlerinden yararlanmaları helal olmaz.
- İki dönemden (ölüm veya boşanma) en yakın olanına mehr-i müeccelin ödenmesi vacip olur.
- Eşler arasındaki miras hakkı düşer. Yani eşlerden biri ölürse, bekleme süresi içinde bile olsa, koca boşama sırasında ister sağlıklı ister hasta olsun, hiçbiri diğerinden miras alamaz. Bu çerçevede şunu belirtmek gerekir ki, eğer koca ölümcül bir hastalığa yakalanmış olup karısını mirastan mahrum bırakmak amacıyla boşarsa ve kocanın karısını boşamakla mirastan mahrum kalması için gerekli şartlar oluşmuşsa, bu durumda kadın kocanın mirasçılarından biri olur⁷³⁰.
- Kocanın karısı üzerindeki boşama hakkı sayısı azalır.

b. Büyük Ayrılık (el-beynûnetü'l-kübrâ)

Büyük ayrılık ise kocanın sahip olduğu üç boşanmayı karısına karşı kullandığı boşanmadır. Buna göre, büyük ayrılık, kocanın bekleme süresi içinde karısına dönemeyeceği, yeni bir akit ve mehirle evlilik hayatına devam edemeyeceği ayrılıktır. Bu durum kadını kocasına geçici olarak haram kılar ve bu haramlığın sona ermesi için kadının başka bir kocayla sahih bir nikâhla evlenmesi ve ikinci kocasıyla gerçek bir zifafın gerçekleşmesi gerekir. Aralarında bir ayrılık meydana gelirse veya kocası ölür ve bekleme süresi sona ererse, yeni bir akit ve mehirle eski kocasına dönmesi caizdir.

Büyük ayrılıktan kaynaklanan hükümlere gelince, bunlar küçük ayrılıktan kaynaklanan hükümlerle aynıdır. Bunların dışında bu boşamada kocanın karısı üzerindeki boşama hakkı

⁷²⁹ Bkz; **Samak, Abdelaziz Ramadan**, el-Ferkü Beyna-z Zevceyn Fi'l Fıkhi'l İslami ve el-Kanunü'l Mısri, Mısır, Darü-s Sakafa el-'Arabiyâh, 1993, s. 61.

⁷³⁰ Bkz; **Zühle**, C:7,s. 438.

sayısı sona erer ve boşadığı kadın geçici olarak eski kocaya haram olur.

Büyük ayrılıklarda bu geçici yasağın amacı, kanun koyucunun kadın ve erkeğe boşanma sayısını tükettikten sonra gerçekçi bir ders vererek bundan sonra aralarındaki evlilik hayatının aksamamasını sağlamaktır. Üç boşanmadan sonra, hem karı hem de koca üzerinde etkili olan ve daha sonra bu yaşamın başarısını güvence altına alan bir süreç yaşanmadıkça, evlilik yaşamının yeniden tesis edilmesi genel olarak toplumun, özel olarak da ailenin menfaatine aykırıdır. Bu mesele, ancak üç boşanma ile boşanan kadın, fesih niyeti ile değil de devamlılık niyeti ile başka bir kocayla sahih bir nikâhla evlendikten sonra aralarında boşanma veya ölüm sebebiyle ayrılık meydana gelir ve bekleme süresi sona ererse, bu durumda yeni bir akit ve mehirle eski kocası ile evlenebilir.

Ğ. Ric'atın (Dönüş) Hüküm ve Şartları

Ric'at, sözlükte, geri dönmek anlamına gelir⁷³¹. Rîc'at terimi hukukçular arasında farklı şekillerde tanımlanmışsa da aşağıda zikredilecek tüm bu tanımların ortak bir noktası vardır, bu da ric'i boşanmadan sonra ve özellikle bekleme süresince evlilik akdinin sürdürülmesi ve sona ermesinin önlenmesidir.

Hanefilere göre ric'at, bekleme süresinin bitiminden önce kocanın karısı üzerindeki evlilik haklarını herhangi bir tazminat ödemeksizin devam ettirmesi olarak tanımlanmaktadır⁷³². Malikiler de ric'atı, boşanmış olan kadının evlilik akdini yenilemeden kocasına geri dönmesi olarak tanımlamıştır⁷³³. Şafiiler ise ric'ati, kadının bekleme süresi içinde kocanın evliliğe dönmesi olarak tanımlamışlardır⁷³⁴. Ancak Hanbeliler ric'ati, boşanan kadının ric'î talakla boşanmadan önceki haline akit olmaksızın dönmesi olarak tanımlamışlardır⁷³⁵.

Ric'atın meşruiyeti Kur'an, Sünnet ve icma ile sabittir. Ric'atın meşruiyetini kanıtlayan pek çok ayet vardır, örneğin: "*Eğer taraflar arayı düzeltmeyi istiyorlarsa kocaları, o süre içerisinde onları kendilerine geri çevirme hususunda başkalarından daha ziyade hak sahibidirler...*"⁷³⁶. Bu ayet, kocanın ric'i talakla boşadığı karısını bekleme süresi içinde geri alma hakkına sahip olduğunu göstermektedir⁷³⁷.

⁷³¹ İbn Manzûr, C:8, s. 115.

⁷³² Kasani, C:3, s. 181.

⁷³³ ed-Derdiri, C:2, s. 415.

⁷³⁴ es-Sabuni, C:3, s. 439.

⁷³⁵ Behhuti, C:5, s. 505.

⁷³⁶ Bakara Suresi, 2/228.

⁷³⁷ Bkz; İbn Kudame, C:10, s. 547, Behhuti, C:5, s. 505.

Ric'atin meşruiyetine işaret eden pek çok hadis vardır ve bunların arasında Peygamberimizin şu sözü de yer almaktadır " *Cebrail bana gelip şöyle buyurmuştur: Hafsa'ya dön, çünkü o oruç tutar, geceleri namaz kılar ve cennette senin eşindir*"⁷³⁸.

Fakihler, kocanın karısını zifaktan sonra ric'i bir boşama ile boşaması halinde, kadın razı olmasa bile onu geri almaya hakkı olduğu konusunda görüş birliği içindedirler⁷³⁹. Bu yönde İbn Kudame şöyle bir ifade kullanmıştır: "*Ulema, hür erkeğin hür kadını bir veya iki defa, kölenin de bir defa boşaması halinde, bekleme süresi içinde eşlerine dönme hakkına sahip oldukları konusunda ittifak etmişlerdir*"⁷⁴⁰.

Ric'atin muteber olabilmesi için aşağıdaki şartların yerine getirilmesi gerekmektedir:

- Boşamanın ric'i olması.
- Ric'atin bekleme süresinin dolmasından önce olması. Bekleme süresi sona ererse, ric'i boşama bain boşamaya dönüşür ve dolayısıyla boşanan kişinin ric'at yoluyla karısını geri alma hakkı yoktur. Bilakis küçük ayrılıkta yeni bir akit ve mehirle nikâhlarını yenilemek gerekir; büyük ayrılıkta ise kadın başka bir kocayla evlenmedikçe nikâhı yenilemek mümkün olmaz⁷⁴¹.

Bu şart Bakara Suresi'nin 228. ayetindeki "o süre içerisinde" ibaresine dayanmaktadır. Ebu Zehra bu hususta şunları söylemiştir: " *Bu ayete istinaden, bekleme süresi sona erdiğinde, boşanan kocanın artık yetkisi kalmaz, dönüş hakkı da sona erer ve evlilikten doğan haklar tamamen ortadan kalkar. Eğer karısıyla yeni bir evlilik hayatına başlamak isterse, erkeğin karısı üzerindeki üç boşama hakkını tamamlamadığı sürece yeni bir akit ve mehir gerekmektedir*"⁷⁴².

- Ric'atin kayıtsız ve şartsız (müneccez) olması. Çünkü ric'at, evlilik haklarının sürdürülmesidir ve haklarla ilgili her eylemin kayıtsız ve şartsız olması gerekir. Buna göre, ric'at gelecek bir zamana ertelenirse veya bir şarta bağlanırsa sahih olmaz; zira ric'at, yeni bir nikâhın kurulması olmasa bile, nikâhın kalıcılığına ve devamlılığına delalet eden bir şeyin kurulması olması bakımından nikâha benzer⁷⁴³.
- Kocanın boşanmanın gerçekleştiğinden emin olması. Eğer karısını boşadığından şüphe ederse, karısını geri alması gerekmez; çünkü şüphe ile boşanma batıldır.

⁷³⁸ İbn Mâce, Talak, 2/499 (2016), Ebû Dâvûd, Hudud, 2/493 (2283).

⁷³⁹ İbn Rüşd, C:2, s. 85.

⁷⁴⁰ İbn Kudame, C:10, s. 547.

⁷⁴¹ Bkz; Kasani, C:3, s. 181.

⁷⁴² Ebu Zehra, s. 314.

⁷⁴³ İbn Kudame, C:10, s. 562.

- Boşanmanın karşılıksız olması gerekir, zira bir karşılık söz konusu olursa meydana gelen ayrılık boşanma değil hul' olarak nitelendirilir ve malum olduğu üzere hul'da ric'at olmaz.
- Zifaktan önce boşanan kadının bekleme süresi olmadığı göz önünde bulundurularak, boşanmanın zifaktan sonra gerçekleşmesi gerekir.
- Sahih bir evlilik söz konusu olmalıdır.

4.1.1.1.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

Bu başlık altında, CAK ve HAK'nin her birinde tek taraflı irade ile boşanmaya ilişkin hükümler ele alınacaktır.

A. Cezayir Aile Kanunu'nda Tek Taraflı İrade ile Boşanma

Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 48. maddesinde, kocanın tek taraflı iradesiyle gerçekleşen boşanma da dâhil olmak üzere, evlilik akdinin sona erme şekillerini belirlemiştir. Buna göre, boşanmayı gerçekleştirme hakkına sahip olan tek kişi kocadır ve koca açıkça talep etmedikçe hâkimin bir kadını boşama hakkı yoktur. Ancak koca bu hakkı kullanmakta mutlak olarak özgür değildir, aksine yargının denetimine tabidir ve hâkimin kontrolü altındadır. Çünkü boşanma davalarında, hâkimin görevi boşanan kişinin, boşanma şartlarının var olduğundan ve boşanma kararının, tam bir bilinç, farkındalık, irade ve tercihle keyfilikten veya kötüye kullanımdan uzak, şer'i ve kanuni temellere dayanarak geçerli olduğundan emin olmaktır.

Dolayısıyla, Aile Kanunu'nun 49. maddesinde öngörüldüğü üzere, yargı makamları dışında gerçekleşen boşama, başkalarına karşı ileri sürülemeyeceği gibi, hukuki sonuç da doğurmaz.

Bu maddenin hükmü sadece boşanan kadının zararının ispatı ve tazminata hak kazanması bakımından ortaya çıkmaktadır. Ancak boşanmanın vukuu koca tarafından söylendiği andan itibaren şer'i sonuçlarını doğurur ve dolayısıyla boşanmanın vukuu ile birlikte herhangi bir değişiklik veya düzeltme kabul edilmez. Cezayir yasa koyucusu, boşanma kararı verildikten sonra bu hükmü benimsemiştir.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken husus, CAK'nun 57. maddesi⁷⁴⁴ uyarınca, Cezayir yasa koyucusunun boşanma kararından kendisinin mağdur olduğunu düşünen tarafa sadece

⁷⁴⁴ CAK'nun 57.maddesi: “Boşanma, tefrik ve hul' davalarında verilen hükümler, maddi yönleri hariç, temyize tabi değildir”.

maddi yönden itiraz etme hakkı tanımış olmasıdır. Bu hüküm, Cezayir yargısı tarafından da benimsenmiş olup, 20/03/2017 tarihinde Cezayir Yargıtayı tarafından verilen kararda şöyle bir ifadeye yer verilmiştir: "*Kanunen boşanma kararlarının maddi yönleri dışında temyize tabi olmadığı sabittir ve dolayısıyla bu ilkeyi ihlal ederek karar vermek hukuka aykırı olarak kabul edilir. Ve bu davadaki hâkimler, kocanın itirazına dayanarak hükmü hul'dan boşanmaya çevirmeye karar verdiklerinde, maddi yönleri dışında tartışmalarına izin verilmeyen boşanma konusuna değinmiş ve kanuna aykırı hareket etmiş olurlar*"⁷⁴⁵.

Cezayir yasa koyucusu, boşanan kişide bulunması gereken şartları düzenleyen herhangi bir madde koymamıştır; bu da CAK'nun 222. maddesi uyarınca İslam hukuku hükümlerine atıfta bulunulmasını gerektirmektedir. Ancak, Aile Kanunu'nun 7. maddesi gereğince, Cezayir yasa koyucusunun evlilik yaşına gelmemiş eşlere nafaka, nesebin ispatı, boşanma gibi evlilik akdinin hükümleri ile ilgili olarak dava açma yetkisi ve ehliyeti tanıdığı belirtilmektedir⁷⁴⁶.

Cezayir Aile Hukukuna göre, boşama hakkı -yasal sebep ve şartlar mevcut olduğu takdirde- erkeğe aittir. Ayrıca, daha önce açıklandığı gibi, ikrahın (veya zorlamanın) bulunmaması ve boşanma kastının bulunması halinde, talak ifade eden sözlerin söylenmesi ile boşanma gerçekleşir. Aynı zamanda, bekleme süresi başlaması da dâhil olmak üzere boşanmanın tüm hükümleri bu irade beyanı ile doğar.

İddet ya da bekleme süresi, bir fıkıh terimi olarak, kocası boşanma ya da ölüm nedeniyle ayrılan kadının, ayrılıktan sonra evliliğin kalan etkilerinin sona ermesi için beklemesi gereken süre anlamına gelir⁷⁴⁷. Böylece bu kadın, bu süre dolana kadar evlenemez. Bekleme süresinin bitiminden önce evlenirse, İslam hukukunun yanı sıra daha önce üzerinde durulan CAK'nun 30. maddesini de ihlal etmiş olacaktır.

Cezayir yasa koyucusu, bekleme süresine ilişkin hükümleri CAK'nun 58 ila 61. maddelerinde ele almıştır. Ancak bu hususta dikkate alınması gereken husus, Cezayir yasa koyucusunun CAK'nun 50. maddesi aracılığıyla ric'ate ilişkin şer'i hükümleri dikkate almamış olmasıdır. Bu bağlamda, CAK'nun 50. maddesi şu hükmü içermektedir: "*Uzlaşma girişimi sırasında karısını tekrar yanına alan kişinin yeni bir akit yapmasına gerek yoktur; ancak boşanma kararı verildikten sonra karısını tekrar yanına alan kişinin yeni bir akit yapması gerekir*". Zira CAK'nun 49. maddesi uyarınca boşanma kararı süreçleri uzun sürmekte ve uzlaştırma oturumu, kocanın boşanmayı telaffuz ettiği andan itibaren başlayan

⁷⁴⁵ Cezayir Adliye Bülteni (2019), 1. Sayı, D.N 72858, s. 57.

⁷⁴⁶ Bkz; **Abdel-Aziz**, s. 25.

⁷⁴⁷ Bkz; **eş-Şerbini**, C:3, s. 504.

şer'i bekleme süresinin bitiminden sonra gerçekleşebilmektedir. Hâkim kocayı karısıyla barıştırmayı başarırca CAK'nun 50. maddesine göre koca yeni bir akit yapmadan eski karısına geri döner. Bu durumda, ric'i boşanma, kocanın karısını geri almak için yeni bir akde ihtiyaç duyduğu küçük ayrılık boşanmasına dönüşür. İşte böyle durumlarda CAK'nun 50. maddesi hükümleri ile İslam hukuku hükümleri arasında bir çelişki ortaya çıkmaktadır.

CAK'nun 49. ve 50. maddelerinin uygulanması da çifte bekleme süresi kavramının ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Şer'i bekleme süresi kocanın boşanmayı telaffuz ettiği andan itibaren başlar, kanuni bekleme süresi ise boşanma kararının verildiği tarihten itibaren başlar. Bu durum, özellikle şer'i bekleme süresi sona erdikten ve kanuni bekleme süresi devam ettikten sonra, kanun ve şeriat arasında birçok yönden çatışmaya yol açmaktadır. Bu çelişki aşağıdaki sonuçları doğurmaktadır:

- CAK'nun 61. maddesine⁷⁴⁸ göre, boşanmış olan kadın şeriata aykırı bir biçimde, aile konutunda oturmaya devam edecektir.
- Mehr-i müeccelin şer'i olarak değil, kanuni olarak ödenmesi vacip olur.
- Eşlerden biri öldüğü takdirde, evlilik bağı mahkemece feshedilmediği için, diğerinin ondan şer'i olarak değil, kanuni olarak miras alma hakkı vardır.
- Şer'i bekleme süresi sona eren boşanmış kadın başka bir erkekle evlenebilir iken, kanuni bekleme süresi boyunca bunu yapmasına kanuni olarak imkân bulunmamaktadır.

İslam hukuku hükümleri ile CAK'nun 50. maddesi arasındaki çelişki, hem ric'i hem de bain boşanmanın hükümleri üzerinde de kendini göstermektedir. Karısını ric'i olarak boşayıp bekleme süresi dolmadan geri alan kişi yeni bir akit ve mehre ihtiyaç duymaz ve bir boşama hakkının kullanmış olur. Karısını tekrar boşar ve bekleme süresi içinde geri alırsa, yeni bir akit ve mehir gerekir. CAK'nun 50. maddesine göre ise, ric'i ve bain boşanma ayrımı yapılmaksızın uzlaşma süresi içinde karısını geri alan koca yeni bir akit ve mehre ihtiyaç duymaz.

Ancak Cezayir Yargıtayı, ric'i ve bain boşanma arasında ayırım yapmıştır. Bu konuda 02/10/2014 tarihinde verilen bir kararda şu ifadeler yer almaktadır *"İslam hukukuna göre kocanın tek taraflı iradesiyle gerçekleşen boşamanın ric'i bir boşanma olduğu hususunda bir görüş ayrılığı yoktur ve hâkimin buna hükmetmesi ric'atı değiştirmez. Bain boşanma ise, eşler arasında zıftan önce gerçekleşen veya zıftan sonra kadının kocasına*

⁷⁴⁸ CAK'nun 61.maddesi: “Boşanan veya kocası ölen kadın, açık bir ahlaksızlık durumu hariç, bekleme süresi içinde olduğu sürece aile konutundan çıkmaz ve boşanmanın bekleme süresi boyunca nafaka alma hakkına sahip olur”.

*evlilik bağından kurtulmak için ödediği tazminata dayalı olarak gerçekleşen boşanmadır. Aynı durum, kadının zarar görmesini önlemek ve kocasıyla arasındaki anlaşmazlığı gidermek amacıyla kadının talebi üzerine hâkim tarafından gerçekleştirilen boşanma için de geçerlidir. Bu ilkeyle çelişen hükümler İslam hukukunun hüküm ve ilkelerine aykırıdır ve bu nedenle kocanın iradesiyle boşanmayı ric'i boşanma olarak kabul eden kararın iptal edilmesi gerekir"*⁷⁴⁹.

Uzlaştırma girişimine gelince, aslolan, eşlerin geçimsizlik nedenlerini ortadan kaldırmak için bir anlaşmaya varamadıkları durumlarda iki hakemin araya girmesidir ve iki hakemin bu konudaki görevi zorunludur. Bu bağlamda, *"Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır"*⁷⁵⁰ ayeti uyarınca, iki hakemin eşlerin akrabalarından olması daha iyidir, çünkü onlar eşlerin durumları hakkında daha bilgilidirler. İki hakemin bu konudaki rolü, eşleri sık sık ziyaret etmek, durumlarını incelemek ve arzularını tespit etmektir⁷⁵¹.

Ancak Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun 49. maddesi gereğince boşanma kararı vermeden önce hâkimin eşleri barıştırma girişiminde bulunmasını zorunlu kılmıştır. Hâkimin boşanma kararı vermeden önce eşler arasında uzlaşma sağlamaya çalışmakla yükümlü kılınmasının amacı, geçimsizliğin nedenlerini ortadan kaldırmaya çalışmak ve evlilik hayatını sükûnet dönemindeki haline döndürmektir. Öte yandan Cezayir yasa koyucusu, eşlerin aralarındaki uzlaşmayı sunmak için hâkim önünde şahsen hazır bulunmalarını şart koşturmuştur, ancak Medeni ve İdari Usul Kanunu'nun 440. maddesine⁷⁵² göre, eşlerin talebi üzerine bir aile üyesi uzlaşmaya katılabilir. Medeni ve İdari Usul Kanunu'nun 443. maddesinin son fıkrasına göre, mahkemenin iki tarafa uzlaşma teklif etmesi ve taraflardan birinin bunu kabul edip diğerinin reddetmesi halinde, mahkemenin eşleri uzlaştırmada başarısız olduğu kabul edilir. Bu yönde Cezayir Yargıtay'ı 23.10.1997 tarihinde verdiği bir kararda şöyle bir ifadeye yer vermiştir: *"Birkaç kez ertelenmesine rağmen taraflardan birinin uzlaştırma oturumuna katılmaması, hâkimi tarafların katılmamasına rağmen davayı karara bağlamakla yükümlü kılar"*⁷⁵³.

⁷⁴⁹ Cezayir Adliye Bülteni (2016), 1. Sayı, D.N 39463, s. 115.

⁷⁵⁰ Nisa Suresi, 4/35.

⁷⁵¹ Bkz; **İmam, Kemal Eddin Muhammed**, Ahkâm el-Ehvâl eş-Şahsiyâh Lilmüslimin, Mısır, el-Maarif Yayınlar, 2001, s. 21.

⁷⁵² Medeni ve İdari Usul Kanunu'nun 440. Maddesi: "...Eşlerden birinin kendisine tanınan düşünme süresi sonunda anlaşamaması veya anlaşmaya varamaması halinde boşanma davasının konusunun müzakeresine başlanır".

⁷⁵³ Cezayir Adliye Bülteni (1997), 55. Sayı, D.N 174132, s179.

CAK'nun 49. maddesine bakıldığında, boşanma kararı verilmeden önce eşler arasında uzlaştırma girişiminde bulunma yükümlülüğünün usule ilişkin bir mesele olduğu, yani boşanma prosedürleriyle ilgili olduğu ve boşanma kararı verilmeden önce bu prosedürün tamamlanmaması halinde boşanma kararının geçersiz olacağı anlaşılmaktadır. Bu durum Medeni ve İdari Usul Kanunu'nun 439. maddesiyle de teyit edilmektedir⁷⁵⁴. Bu bağlamda, Cezayir Yargıtay'ı 18/06/2009 tarihinde verdiği bir kararda şu ifadelere yer vermiştir: *"Ayrıca bu davada, iki taraf arasında uzlaştırma girişiminde bulunma prosedürünü yerine getirilmeden eşler arasında boşanma kararı veren hâkimler kanuna aykırı olarak hareket etmiş olurlar"*⁷⁵⁵. Bundan hareketle, eğer mahkeme bu hususu göz ardı eder ve eşler arasında uzlaşma sağlanmadan davada karar verirse, bu durumda karar, kanunun uygulanmasındaki bir hata nedeniyle kusurlu hale gelip geçersiz olacaktır.

Uzlaştırma oturumunun tutanağı, mahkemenin iki tarafa uzlaşma teklifinde bulunduğu dair bilgileri içermelidir. Dolayısıyla, Aile Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre eşlere sözlü olarak uzlaşma teklif edilmesi yeterli değildir.

Bu bağlamda dikkat çeken bir başka husus, Cezayir yasa koyucusunun şer'i bekleme süresinin sona ermesini ve boşanmanın ric'i boşanmadan bain boşanmaya dönüşmesinin sonuçlarını göz ardı etmiş olmasıdır. Buna göre, yasal bekleme süresinin sona erdiği hâkim tarafından anlaşılırsa, uzlaşma yapmanın faydası nedir? Çünkü kanun koyucu üç aylık uzlaşma süresinin başlangıcını ve sonunu belirtmemiştir, dolayısıyla bu süre kocanın boşanmayı telaffuz ettiği andan itibaren mi yoksa davanın açıldığı tarihten itibaren mi başlar?

Cezayir yasa koyucusunun öngördüğü çerçevede, Aile Kanunu'nun 49. maddesi doğrultusunda bir mahkeme kararı verilmedikçe (boşanma gerçekleşmediği için) bu üç aylık süre, kocanın boşanma kararını, anlaşmazlık mahkemeye sunulmadan önce vermiş olması halinde bu kararın verildiği tarihten itibaren, vermemiş olması halinde ise kararın verildiği tarihten itibaren başlar. Çünkü bu tarih, boşanmanın fiilen telaffuz edildiği tarihtir. Bu görüşü destekler nitelikte Cezayir Yargıtay'ının 17/05/2006 tarihli kararında şu ifadeler yer almaktadır: *"Şer'an sabittir ki, boşanma, koca boşamayı telaffuz ettiği anda gerçekleşir ve rec'at, bekleme süresi içinde gerçekleşmedikçe şer'an muteber sayılmaz. Bu nedenle, aksi yönde hüküm vermek İslam hukukunun ilke ve hükümlerine aykırı bir durum teşkil eder. Ayrıca bu davada boşanan kocanın bekleme süresinin bitiminden sonra pişman veya*

⁷⁵⁴ Medeni ve İdari Usul Kanunu'nun 439. Maddesi: "Uzlaşma girişimleri zorunludur ve gizli bir oturumda gerçekleştirilir".

⁷⁵⁵ Yargıtay A. M. D, 18/06/2009, (Y/D 2011), D/N 75141.

*boşamadan vazgeçmiş olmasından dolayı, kocanın vermiş olduğu boşama geçersiz kabul edilmez. Buna göre koca, karısını geri almak istiyorsa, birinci derece hâkimin yaptığı gibi fıkıh kurallarına uymak zorundaydı, ancak kadının evlilik evine dönmesine karar vererek bu ilkenin hükümlerini ihlal ettiler ve bu da temyiz edilen kararın bozulmasını gerekli kılmıştır"*⁷⁵⁶.

Tüm bu belirsizlik, ric'i boşanma ile küçük ayrılık arasındaki ayrımın yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Cezayir yasa koyucusu büyük ayrılık meselesini, Aile Kanunu'nun 51. maddesinde ele almıştır. Bu madde İslam hukuku hükümleriyle uyumludur.

Boşanma kararlarının, Cumhuriyet Savcılığı aracılığıyla nüfus dairesine kaydı zorunludur⁷⁵⁷.

B. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Tek Taraflı İrade ile Boşanma

HAK'nin 102. ve 103. maddeleri erkeğin karısını tek taraflı olarak boşama hakkını teyit etmektedir. Ancak 104. ve 105.maddelerde sarhoşun ve mükrehin boşama iradesinin geçersiz olarak kabul edilmesi HAK'nin getirdiği yeniliklerdendir. Bu doğrultuda Galata Mahkemesi 02/06/1917 tarihinde verdiği bir kararda özetle şunları belirtmiştir: “Fatma Nazlı Hanım, kocası Mehmet Fazıl Bey'e mehir ve 11 aylık çocuğunun nafakası talebiyle bir dava açmıştır. Fatma Nazlı Hanım avukatı aracılığıyla mahkemeye, eşinin kendisini üç kez boşadığını, kendisine hakaret eden bir erkekle yaşamak istemediğini belirtmiştir. İlk duruşmada Mehmet Fazıl Bey mahkemeye avukat tutacağını söylemiş ve duruşma ertelenmiştir. İkinci duruşmanın başında Mehmet Fazıl Bey yemin ederek avukatı aracılığıyla Fatma Nazlı Hanım'dan boşanırken sarhoş olduğunu ve söylediklerini tam olarak hatırlamadığını ifade etmiştir. Mehmet Fazıl Bey ayrıca eşiyle iyi bir ilişki kurmak istediği yönünde beyanda bulunmuştur. Mahkeme, HAK'nin 104. maddesi uyarınca Mehmet Fazıl Bey ve Fatma Nazlı Hanım'ın boşanmalarına yer olmadığına karar vermiştir⁷⁵⁸.

HAK'nin 106. ve 107. maddelerine göre, erkek boşanmaya ilişkin irade beyanını kayıtsız ve şartsız olarak gerçekleştirebileceği gibi şarta bağlı olarak veya belli bir zamana bağlayarak da gerçekleştirebilir. Buna göre: Eğer boşanma şarta bağlanmış ise, şartın gerçekleşmesi halinde boşanma gerçekleşir. Ancak yerine getirilmeyen bir şarta bağlı olarak yapılmış ise boşanma vaki olmaz. Aynı şekilde, eğer boşanma gelecek bir zamana bağlanırsa, bu durumda kocanın belirlediği zaman geldiğinde boşanma gerçekleşmiş olur.

Boşanmanın hangi sözlerle gerçekleşeceği hususu HAK'nin 109.maddesinde

⁷⁵⁶ Yargıtay A. M. D, 17/05/2006, (Y/D 2006), D/N 35322.

⁷⁵⁷ CAK m.49/3.

⁷⁵⁸ Galata Mahkemesi Defteri, D/N 1026, D:138, s. 103, 02/06/2017.

düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca asıl olan boşanmanın “sarih” sözlerle gerçekleşmesidir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında mecaz (kinaye) sözlerle de boşamanın gerçekleşmesine imkân tanınmıştır. Buna göre, eğer bu sözler örf ve âdet gereği dilden dile yayılmışsa, yani halk arasında biliniyorsa, açık sözlerin hükmünü alır, ama bunun tersi olursa, o zaman kocanın niyetine bakılır. Koca bu sözlerle karısını boşamaya niyet ederse boşama gerçekleşir, ancak niyeti karısını boşamak değilse bu durumda boşama meydana gelmez. Ancak, eşler arasında boşanma niyeti konusunda anlaşmazlık olduğunda, kocanın iddiası sadece, iddiasını doğrulayan bir yemin ettiği takdirde kabul edilen bir iddia olarak değerlendirilir.

Boşanma kitabının birinci babının ikinci faslı, ric’î ve bâin boşanmalar konusuyla ilgilidir. Bu fasıl İslam hukuku hükümleriyle tam bir uyum içindedir. Bu konu ise daha önce ayrıntılı bir şekilde ele alındığından burada aynı hususların tekrarı lüzumsuz olacaktır.

Kocanın, karısını tek taraflı iradesiyle boşaması halinde, kocanın durumu boşanma tarihinden itibaren 15 gün içinde hâkime bildirmesi gerekir. Aksi yönde bir hareket cezai yaptırıma tabidir. Buna göre, koca bu boşanmayı hâkime bildirmezse, Kânûn-ı Cezânın 200. maddesine göre bir haftadan bir aya kadar hapis cezasına mahkûm edilir.

4.1.1.2. Boşanma Hakkı Kötüye Kullanılması

Hakların kötüye kullanılması teorisi, hakkın, bireysel haklar arasındaki çatışmaları veya bireysel hak ile kolektif hak arasında denge sağlamak amacıyla kullanılması sonucunda ortaya çıkmıştır. Buna göre, çatışan özel yararlar arasındaki bu dengenin bozulması hukuka aykırıdır. Bireysel bir hakkın kullanımı, kendi içinde meşru olsa bile, potansiyel faydalardan veya olumlu sonuçlardan daha ağır basan bir zarara veya olumsuz bir sonuca yol açıyorsa, bu kanun koyucunun amacına aykırıdır, çünkü o hakkı menfaatleri elde etmek ve kötülükleri önlemek için kanunlaştırmıştır⁷⁵⁹.

HAK’de boşama hakkının kötüye kullanımı hususu düzenlenemediğinden bu başlık altında İslam Hukuku ile Cezayir aile hukukundaki ilgili düzenlemelerin incelenmesiyle iktifa edilecektir.

4.1.1.2.1. İslam Hukukunda

Hakkın kötüye kullanımı, başkalarına zarar verecek şekilde hakkın kötüye

⁷⁵⁹ Bkz; **Arafa, el-Hadi Said**, İsåattü’s St’imali’l Hak Fî-t Talak, 1.Baskı, C:1, Mısır, Matb’attü’l Amanâh, 1989, s. 85.

kullanılmasıdır⁷⁶⁰ ve genel olarak hakkın hukuka aykırı bir menfaat elde etmek ya da başkalarına zarar vermek için kullanılması anlamına gelir ki bu da yasa koyucunun hakkın düzenlenmesindeki amacına aykırıdır⁷⁶¹.

Boşanma hakkının kötüye kullanılması bu hakkın yasalaştırılmasının ardındaki hikmetle çeliştiği anlamına gelir. Başka bir deyişle, belirli bir lafız kullanılarak evlilik bağının hemen ya da ileride ortadan kaldırılmasını kolaylaştırmak Şeriatın amacına aykırıdır. Boşanma hakkının kötüye kullanılması sadece Şeriatın amacına aykırı olmakla kalmaz, aynı zamanda bireylere, özellikle de kadınlara ve çocuklara zarar verebilir ve sıkıntı yaratabilir. Bu nedenle, bu hakkın Şeriat ilkeleri ve ilgili tüm tarafların menfaati göz önünde bulundurularak sorumlu ve adil bir şekilde kullanılması önemlidir. Ayrıca, bu hakkın doğru kullanımına ilişkin eğitim ve farkındalık, kötüye kullanımının önlenmesine ve sağlıklı ve istikrarlı aile ilişkilerinin teşvik edilmesine yardımcı olabilir⁷⁶².

A. Boşanma Hakkının Kötüye Kullanılması Hükümü

İslam hukukunda, boşanma hakkının kötüye kullanılması, boşanmanın yasalaştırılmasının ardındaki hikmet ve amaca aykırı kabul edilir. İslam, boşanma hakkını evlilik anlaşmazlıklarını çözmek ve bireyleri zararlı veya baskıcı ilişkilerden kurtarmak için bir araç olarak tanımaktadır. Ancak boşanma son çare olarak kabul edilir ve Şeriat mümkün olan her durumda uzlaşmayı ve aile birliğinin korunmasını teşvik eder.

Bir rivayete göre Hz. Peygamber bir hadiste şöyle buyurmuştur: "*Allah'ın en nefret ettiği helal şey boşanmadır*"⁷⁶³. Bu, boşanma kararının ciddiyetini ağırlığını ve boşanma hakkının sorumlu ve mantıklı bir şekilde kullanılmasının önemini vurgular⁷⁶⁴.

İslam ayrıca, kötüye kullanımını önlemek için boşanma hakkına belirli koşullar ve sınırlamalar getirmektedir. Örneğin, bazı durumlarda boşanmanın gerçekleşebilmesi için eşin rızası veya bir hâkim ya da arabulucunun müdahalesi gerekebilir. Buna ek olarak, bazı âlimler bir kişinin aynı eşi kaç kez boşayıp yeniden evlenebileceğine dair kısıtlamalar getirmiştir⁷⁶⁵.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken husus, boşanma hakkının kötüye kullanılması

⁷⁶⁰ es-Sibaai, C:1, s. 265.

⁷⁶¹ Serac, Muhammed, Nazariyetü'l 'Akd ve et-T'asüf Fî İst'imali'l Hak Min Vichat Nazarü'l Fıkıhı'l İslami, Mısır, Darü'l Matbûat-ü'l Jamiyâ, s. 274.

⁷⁶² Cemil, Muhammed, et-Tedabirü ş-Şer'iyâh Lilhaddi Min et-Talak et-T'asüfi Fî'l Fıkıh ve el-Kanun, 1.Baskı, Ürdün, Darü'l Hamid Linnaşri ve Tevz'i, 2009, s123.

⁷⁶³ İbn Mâce, Talak, 2018.

⁷⁶⁴ Bkz; İbn Kudame, C:10, s. 325.

⁷⁶⁵ Zühle, C:7, s. 426.

teriminin, modern hukukçuların ahvali şahsiye eserlerinde değindikleri yeni bir terim olması nedeniyle, eski hukukçuların kitaplarında zikredilmemiş olmasıdır. Bununla birlikte, boşanma hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda kendi aralarında ihtilaf etmişler ve iki görüşe ayrılmışlardır.

- İlk görüş: Boşanmada esas olan mubahlık olduğuna göre, boşanma hakkının kötüye kullanılması diye bir şey söz konusu değildir. Buna göre, Allah boşanmayı, istediği zaman kendi iradesiyle kullanan erkeğin eline vermiştir⁷⁶⁶.
- İkinci görüş: Boşanmada asıl olan yasak olduğu gerçeğinden hareketle, eğer koca meşru bir gerekçe olmaksızın karısını boşarsa, Allah'ın kendisine verdiği boşama hakkını kötüye kullanmış olur⁷⁶⁷.

B. Boşanma Hakkının Kötüye Kullanılması Durumları

Gerçekleşmesi konusunda fakihler arasında ihtilaf bulunmayan boşama, sünni boşama olarak bilinen, erkeğin karısını bir boşama ile cinsel ilişkinin bulunmadığı temizlik süresi içinde boşamasıdır⁷⁶⁸. Gerçekleşmesi konusunda fakihler arasında ihtilaf bulunan boşamaya gelince, bu daha önce zikredilen bid'i boşanmadır. Herhangi bir bid'at boşanma durumunda, boşanmayı gerçekleştiren koca boşanma hakkını kötüye kullanmış olmaktadır. İslam hukukunda boşanma hakkının kötüye kullanılması durumlarından şu şekilde bahsedilebilir:

• Adet döneminde boşanma

İslam hukukunda adet döneminde boşanma sınırlı ve özel bir konudur ve genellikle bid'at olarak kabul edilir. Bir koca karısını adet döneminde boşadığında, adet dönemi bekleme süresinin (iddet) bir parçası olarak sayılmaz. Öte yandan fakihler, adet döneminde boşanmanın Kur'an, Sünnet ve icma ile yasaklandığı konusunda görüş birliğine varmışlardır. Buna göre;

- Kur'an: *"Ey peygamber! Kadınları boşayacağınız zaman iddetlerini gözeterek boşayın ve bekleme sürelerini iyice hesap edin..."*⁷⁶⁹. Zemahşeri bu ayetin tefsirinde şu tespitlere yer vermiştir: *"Allah Peygamber'e şöyle buyurur: Eğer sen ve müminler eşlerinizi boşamak istiyorsanız, onları cinsel ilişkide bulunmadığınız bir temizlik halinde boşayın ve bekleme süresini tutun"*⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ Bkz; **es-Sabuni**, s. 101.

⁷⁶⁷ **Ebu Zehra**, s. 284.

⁷⁶⁸ Bkz; **Acar**, s. 496-500.

⁷⁶⁹ Talak Suresi 65/1.

⁷⁷⁰ **Zemahşeri**, **el-Kâşif**, C:4, Beyrüt, Darü 'Alemlî'l M'arif, s. 107.

- Sünnet: İbn Ömer karısını hayızlı iken boşamış, Babası Ömer bunu Hz. Peygamber'e bildirince Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “*Ona emret, karısına dönsün. Sonra (hayızından) temizlenip (tekrar) bir hayz (daha) görüp sonra (tekrar) temizleninceye kadar (nikâhı altında) tutsun. Bundan sonra isterse tutar, isterse temasta bulunmadan önce boşar*”⁷⁷¹. İbn Hacer bu hadisi açıklarken şöyle ifade etmiştir: “*Bu, Allah'ın kadınların boşanmasına izin verdiği bekleme süresidir ve Talak Suresi'nin ilk ayetinin anlamı budur*”⁷⁷².
- İcma: Fakihler, âdet döneminde boşanmanın haram olduğu ve bunu yapanın günahkâr olduğu konusunda ittifak etmişlerdir⁷⁷³. Malikiler, Şafiiler ve Zahiriler nifas döneminde boşanmanın hayız döneminde boşanmayla aynı hükme sahip olduğu noktasında hemfikirdirler⁷⁷⁴.

Ancak bazı durumlarda kocanın, adetken dahi karısını boşaması haram olarak kabul edilmemiştir ve bunlar:

- Zifafa girmemiş bir kadını boşamak. Çünkü bu kadının bekleme süresi yoktur, dolayısıyla hayızlı olup olmadığı boşanmasında dikkate alınmaz.
- İlâ⁷⁷⁵ durumunda hâkim tarafından gerçekleştirilen boşanma. Bu durumda verilen karar kadının adet dönemine denk gelmişse haramlıktan bahsedilemez. Kadının adet görmesi durumunda boşanmasının gerçekleşmesine denk gelmesi durumundadır.
- Hul' durumunda. Kadın kocasından hul' yoluyla boşanırsa, kadın hayızlı olsun olmasın boşama geçerlidir; çünkü hayızlı iken boşamanın yasaklanmasının sebebi, kadının bekleme süresini uzatarak zarar görmemesini temindir. Zarar tehlikesi ise hul' yoluyla ayrılma konusunda anlaşma durumunda mevcut değildir⁷⁷⁶.

Âdet döneminde boşanmanın yasaklanmasının ardındaki hikmet iki şeye dayanır:

- Boşanmış kadının bekleme süresinin uzatılmasının sınırlandırılması, çünkü bu sürenin uzatılması kadına zarar verecektir.
- Boşanmanın acil bir heves, ani bir öfke ya da acele bir kararla değil, kocanın buna ihtiyaç duyması nedeniyle gerçekleştiğinden emin olmaktır. İmam Şafiî bu konuda

⁷⁷¹ Müslim, Talak 1/676.

⁷⁷² İbn Hacer, Fethi'l Bari, 1.Baskı, C:12, Arabistan, Tayba Yayınlar, 2005, s. 14.

⁷⁷³ Bkz; Nevevi, el-Minhac, 1.Baskı, C:10, Mısır, el-Matb'atü'l Mısıriyâh, 1929, s. 60, Hattab, C:4, s. 39, İbn Kudame, C:10, s. 327.

⁷⁷⁴ İbn Hazm, C:10, s. 176, eş-Şerbini, C:3, s. 404, Zühle, C:7, s. 428.

⁷⁷⁵ İlâ kelimesi, kocanın yemin, adak veya şart koşarak karısıyla cinsel ilişkiyi haram kılması manasına gelmektedir. İlâ, tefrik sebeplerinden biri olarak kabul edilir, Bkz; Hamdi Döndüren, İLÂ, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C: 22, 2002, s. 61-62.

⁷⁷⁶ Bkz; Zühle, C:7, s. 485.

şöyle buyurmuştur: "Yüce Allah iyilikle evlilik içinde tutmayı veya güzellikle serbest bırakmayı emretmiş, zarar vermeyi yasaklamıştır ve hayızlı kadını boşamak ona zarar verir"⁷⁷⁷.

Bid'at boşanma, her ne kadar sünnete aykırı olması nedeniyle yasaklanmış olsa da, fakihlerin çoğu, boşanmayı elinde bulunduran kişi tarafından verildiği takdirde boşamanın geçerli olduğu görüşündedir⁷⁷⁸.

- **Cinsel İlişkide Bulunulan Temizlik Döneminde Boşama**

Sünni olan boşama, daha önce de açıklandığı gibi, erkeğin karısını, ona dokunmadığı, yani cinsel ilişkide bulunmadığı temiz döneminde boşamasıdır. Ancak İbn Ömer'in hadisine⁷⁷⁹ binaen, bir erkek karısını ona dokunduğu bir temizlik döneminde boşarsa günah işlemiş olur, çünkü bu tür bir boşama haramdır⁷⁸⁰. Bu tür boşanmanın yasaklanması şunlardan kaynaklanmaktadır:

- Kadının temizlenmesinden sonra gerçekleşen cinsel ilişkiden hamile kalma olasılığı, kocanın bu boşanmadan dolayı pişmanlık duymasına neden olur.
- Kadın, bekleme süresinin türü hakkında şüpheye düşer, çünkü temizlendikten sonra gerçekleşen cinsel ilişkiden hamile kalırsa, bu durumda iddeti çocuğunun doğumuyla sona erer, ancak bu cinsel ilişkiden hamile kalmadıysa, bekleme süresi üç adet devresinden ibarettir. Ancak boşanma ihtiyaçtan dolayı da olabilir ve ihtiyaç, kadınla cinsel ilişkiye girmediği bir temizlik döneminde gerçekleşen boşanmada ortaya çıkar⁷⁸¹. Dolayısıyla erkek bu iki durumdan biriyle boşarsa, kadını bid'at bir talakla boşamış olur ki bu haramdır ve fakihlerin çoğunluğuna göre bu tür boşanmayı gerçekleştiren kişinin günahkâr olur⁷⁸².

- **Aynı mecliste üç boşanma**

Kocanın sahip olduğu boşanma hakkı belirli sayıda boşama ile sınırlandırılmıştır ki bu da üç boşamadır. Bu nedenle koca her bir boşama hakkını kullanırken dikkatli ve özenli davranmalı, geçerli bir sebep olmadıkça ve sonuçlarıyla orantılı olmadıkça boşama yapmamalıdır. Koca karısını üç kez boşarsa, kadın ona haram olur ve bu durumda hakkın kötüye kullanılması olgusu, üç boşamanın bir kerede veya bir oturuşta art arda söylenmesiyle

⁷⁷⁷ Şafii, C:6 s. 461.

⁷⁷⁸ Bkz; İbn Kudame, C:10, s. 327.

⁷⁷⁹ Müslim, Talak 1/676.

⁷⁸⁰ Nevevi, C:10, s. 61.

⁷⁸¹ Hasbüllah, s. 150

⁷⁸² Bkz; Hamid, Ali Fıkkı, Ahkamü'r Rac'â Fî'l Fıkıhü'l İslami, Mısır, Darü'l Cami'atü'l Cedidâh, 2003, s. 99.

ortaya çıkar. Üç kez boşanmanın iki şekilde gerçekleşmesi söz konusudur:

- Boşamanın üç sözü ile birlikte olması. Örneğin koca şöyle der: "Sen üç defa boşsun".
- Kadını bir mecliste peş peşe üç talakla boşamak. Örneğin koca şöyle der: "Sen boşsun, boşsun, boşsun".

Talak Suresi'nin ilk ayetine ve İbn Ömer hadisine dayanarak, esas olan, kocanın karısını, ona tek bir boşama ile dokunmadığı bir temizlik döneminde boşamasıdır. Buna göre, koca üç boşamayı tek bir sözle, yani tek seferde gerçekleştirirse, bu bir boşama mı yoksa üç boşama mı sayılır? Fakihler bu konuda ihtilaf etmişlerdir. Bu bağlamda iki görüş ortaya atılmıştır:

- İlk görüş: Dört imam da dâhil olmak üzere fakihlerin çoğunluğu, bir kocanın karısını üç talak sözüyle boşaması durumunda, boşamanın üç sayılacağı ve karısının başka bir kocayla evleninceye kadar kendisine haram olacağı ve bu konuda zifaktan önce veya sonra boşama arasında bir fark olmadığı görüşündedir⁷⁸³. İmam Şafii bu konuda şu şu ifadelerle yer vermiştir: "*Koca, kendisiyle zifafa girmedeği karısına "Sen üç defa boşsun" derse, kadın kocasından başka bir kocayla evleninceye kadar ona haram olur*"⁷⁸⁴.

Bu görüşte olanlar, İbn Abbas'tan rivayet edildiğine göre, ona bir adam gelip şöyle demiş: Amcam üç defa boşanmış, o da şöyle demiş: Amcan Allah'a isyan edip şeytana itaat etmiş ve onun için bir çıkış yolu bırakmamıştır⁷⁸⁵. İbn Kudame bu rivayetin bir grup sahabeden nakledildiğini belirtmiştir: İbn Abbas, Ebu Hureyre, Abdullah bin Ömer, Abdullah bin Mesud ve Enes İbn Malik⁷⁸⁶. Bu görüşün taraftarları ayrıca Allah'ın kocaya üç boşama hakkı tanıdığı ve kocanın bunları dilediği gibi ayrı ayrı ya da birleştirerek kullanabileceği kanaatindedirler⁷⁸⁷.

- İkinci görüş: İbn Teymiyye ve İbn Kayyim'in da aralarında bulunduğu bazı fakihler, tek bir sözle yapılan üç boşamanın tek bir ric'i boşama sayılacağı ve sözün bu konuda bir etkisinin olmayacağı görüşündedirler⁷⁸⁸.

Bu görüşte olanlar aşağıdaki delilleri esas almışlardır:

⁷⁸³ Bkz; **Kasani**, C:3, s. 137, **Hattab**, C:4, s. 39, **İbn Kudame**, C:10, s. 334.

⁷⁸⁴ **Şafii**, C:6, s. 467.

⁷⁸⁵ Bkz; **İbn Kudame**, C:10, s. 331.

⁷⁸⁶ **İbn Kudame**, C:10, s. 331.

⁷⁸⁷ **İbn Kudame**, C:10, s. 334, **Zühle**, C:7, s. 413.

⁷⁸⁸ **el-Buti, Muhammed Said Ramadan**, Muhâdarat Fî'l Fıkhi'l Mükaren, 2.Baskı, Beyrüt, Darü'l Fikri'l Mü'asir, 1981, s. 100.

- 1- “Boşama iki keredir. Her ikisinden sonra ya iyilikle evlilik içinde tutmak veya güzellikle serbest bırakmak gerekir”⁷⁸⁹ ayetine dayanarak, kocanın karısını tek bir sözle üç kez boşaması halinde, bu da tek bir boşama olarak kabul edilir. Yani koca karısını tek bir sözle iki kez boşarsa, bu bir boşamadır, iki değildir⁷⁹⁰.
- 2- İbn Abbas'tan rivayet edilen bir hadiste şu ifadeler yer almaktadır: "Hz. Peygamber, Ebu Bekir zamanında ve Ömer'in iki yıllık hilafeti döneminde üç boşanma tek bir boşanma olarak kabul edilirdi"⁷⁹¹. Bu görüşü destekleyenler bu rivayeti, Peygamberimiz ve Ebu Bekir döneminde tek sözle üç boşanmanın bir boşanma olarak kabul edilmiş olduğu, dolayısıyla bu hükmün Peygamberimiz tarafından kabul edilen asıl hüküm ve sahabenin de üzerinde ittifak ettiği hüküm olduğu şeklinde yorumlamışlardır⁷⁹². Bu görüşü savunan modern hukukçular arasında Mahmud Şaltut, Ahmed Şaker, Muhammed Sayes, Abdulvahhab Halaf, Meraği, Abdurrahman es-Sabuni, Muhammed Ukla el-İbrahim ve Muhammed Ebu Zehra yer almaktadır⁷⁹³.

- **Ölüm Hastalığında Boşanma**

Bu tür boşanma durumları hakkın kötüye kullanılması teorisine dayanmaktadır. Buna göre, koca karısını rızası olmadan, onu mirastan mahrum etmek amacıyla boşamış ve koca hasta olup bu hastalık nedeniyle ölmüşse, bu durumda kadın bekleme süresi içinde olduğu sürece, boşanma bain olsa bile kocasına mirasçı olur. Ancak kocanın boşanmakla kadını mirastan mahrum bırakmayı amaçlamadığı ortaya çıkarsa, bu durumda kadın ancak ric'i boşanmanın bekleme süresi içindeyse miras alır. Bu bağlamda üzerinde durulması gereken husus, kocanın boşama ile karısını mirastan mahrum bırakma niyetinde olmadığını gösteren alametlerden: Boşamanın kadının rızasıyla olması, kadının kocasını hul' ile boşaması veya kadının boşandıktan sonra kocasından miras alma hakkına sahip olmaması, örneğin kadının ehl-i kitaptan olması, çünkü din farklılığının mirasa engel olduğu malumdur⁷⁹⁴.

4.1.1.2.2 Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

Koca, karısını boşama hakkına sahiptir ve bu hak Şeriat ve kanun tarafından güvence altına alınmıştır. Ancak Cezayir yasa koyucusu, evlilik hayatının kutsallığını korumak

⁷⁸⁹ Bakara Suresi, 2/229.

⁷⁹⁰ **el-Buti**, s. 105.

⁷⁹¹ Müslim, Talak 2/677 (1472).

⁷⁹² **el-Buti**, s. 106.

⁷⁹³ Bkz; Abdünnasir Ebu'l Basal, s181.

⁷⁹⁴ **es-Sibaai**, C:1, s. 266.

amacıyla bu hakkı bazı güvencelerle çevrelemiştir. Dolayısıyla boşanmanın geçerli meşru bir nedene dayanması gerekmektedir. Bu bağlamda, CAK'nun 52. maddesi şu hükmü içermektedir: "*Hâkim, kocanın boşanma hakkını kötüye kullandığı kanısına varırsa, boşanan kadının, karısının uğradığı zararı tazmin etmesine hüküm verir*".

Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nda boşanma hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin hükümlere yer vermemiştir; bu da hakkın kötüye kullanılması teorisine ilişkin genel kuralları gündeme getirmektedir.

Cezayir yasa koyucusu hakkın kötüye kullanılması konusunda Medeni Kanun'un mükerrer 124. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre Medeni Kanun'un mükerrer 124. maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir: "*Hakkın kötüye kullanılması özellikle aşağıdaki durumlarda gündeme gelir*:"

- *Hakkın başkalarına zarar verme kastıyla kullanılması;*
- *Hakkın kullanımının başkalarına verilen zarara oranla küçük bir menfaat elde etmeyi amaçlaması;*
- *Hakkın kullanım amacı hukuka aykırı bir menfaat elde edilmesidir*".

Medeni Kanun'un mükerrer 124. maddesine istinaden, koca aşağıdaki durumlarda boşanma hakkını kötüye kullanmış sayılmaktadır:

- 1- Kocanın karısına zarar verme niyetiyle boşaması durumu. Bu durumda, kocanın zarar verme niyetine sahip olması gerekmektedir. Bu niyetin varlığı, örneğin kocanın ölümcül bir hastalık sırasında karısını mirastan mahrum bırakmak amacıyla boşamış olduğunu ortaya koymak gibi her türlü ispat vasıtasıyla kanıtlanabilir. Bu durumda boşanma hakkının kötüye kullanılması söz konusu olur ve dolayısıyla kocanın karısına tazminat ödemesi gerekir.
- 2- Koca, boşanma yoluyla karısına verdiği zarara oranla küçük bir menfaat elde etmeyi amaçlıyorsa boşanma hakkını kötüye kullanmış olur. Bu bağlamda, boşanmada ailenin menfaatinin kocanın menfaatinden daha önemli olduğu ortaya çıkarsa, boşanma hakkının kötüye kullanılmış olduğu kabul edilir.
- 3- Boşanmanın amacı, kocanın karısını gayrimeşru bir mazeret için boşaması gibi hukuka aykırı bir menfaat elde etmekse, koca boşanma hakkını kötüye kullanmış olur⁷⁹⁵.

CAK'nun 52. maddesine bakıldığında, Cezayir yasa koyucusunun, boşanma hakkının

⁷⁹⁵ Bkz; **Filali, Ali**, En-Nazariyâtü'l 'Ama Lil'akd, 5.Baskı, Cezayir, Mufem Yayınlar, 2008, s57.

kötüye kullanılmasından dolayı tazminat ödenmesi için iki koşulun yerine getirilmesini şart koştuğu görülmektedir:

- Hâkimin, kocanın boşanma hakkını kötüye kullandığını, örneğin karısını geçerli bir neden olmaksızın boşaması;
- Hâkimin, boşanan kadının zarar gördüğünü tespit etmesidir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, hâkimin kocanın boşanma hakkını kötüye kullandığına ve ardından kadının tazminatı hak ettiğine karar verebilmesi için bu iki koşulun aynı anda bir arada mevcut olması gerektiğidir⁷⁹⁶.

Yargısal uygulamalara bakıldığında, kocanın karısını rızası olmaksızın ve meşru bir sebep olmaksızın boşaması durumunda boşanma hakkının kötüye kullanmasının söz konusu olduğu görülmektedir.⁷⁹⁷ Bu iki neden aşağıdaki durumlarda ortaya çıkmaktadır:

- Boşanma makul bir sebep olmaksızın gerçekleşirse, yani koca karısını haklı bir sebep olmaksızın boşarsa, bu durum boşanma hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilir. İşte bu durumda, haksız yere boşanan kadın, hakkın kötüye kullanılmasından dolayı tazminata hak kazanır. Hâkim, kadının bu boşanma sonucunda zarara uğradığı kanaatine varırsa, koca aleyhine uğradığı zararın oranına ve derecesine göre tazminata hükmedebilir⁷⁹⁸. Bu hususta şunu belirtmek gerekir ki, genel olarak boşanmada "makul sebep" terimi, bir evlilik birliğinin sürdürülemez olduğu veya eşler arasındaki ilişkinin ciddi şekilde zarar gördüğü durumları ifade etmek için kullanılır. Bu tür durumlar, şiddet, aldatma, cinsel istismar, sürekli anlaşmazlık, aşırı derecede uyumsuzluk veya sadakatsizlik gibi faktörleri içerebilir⁷⁹⁹. Bu doğrultuda Cezayir Yargıtay'ın 17/03/2014 tarihinde vermiş olduğu kararda şu ifadeler yer almıştır: *"Kanunen ve yargısal içtihatla sabittir ki, eğer boşanma kadının rızası dışında gerçekleştiyse ve boşanmanın nedeni kadından kaynaklanmıyorsa, kadın tazminatı hak eder. Bu nedenle, bu ilkenin hükümlerine aykırı olarak hüküm vermek, İslam hukukundan türetilen içtihat kurallarının ihlal edilmesini teşkil eder. Ayrıca, bu davada, davalının kocasına defalarca hakaret ettiği ve kocasının izni olmadan defalarca evi terk ettiği tanıkların ifadeleriyle kanıtlanmış olmasına rağmen, hâkimlerin davalıya tazminat ödenmesine hükmettikleri sabit olunca, verdikleri kararlar kanuna aykırı davranmışlardır. Dolayısıyla, itiraz edilen kararın bozulması gerekmektedir."*⁸⁰⁰.
- Koca ölümcül hastayken karısını boşarsa halinde boşanma hakkını kötüye kullanmış olur; çünkü bu boşanma kararı mirastan mahrum bırakmaya yönelik olarak değerlendirilir. Bu bağlamda Cezayir Yargıtay'ı 17/ 03/ 1998 tarihinde verdiği bir

⁷⁹⁶ Bkz; **Belhâj**, s. 220.

⁷⁹⁷ Bkz; **Takiya, Abdülfettah**, Kadayâh Şûunü'l Üsrâh, Cezayir, Talah Yayınlar, 2011, s. 87.

⁷⁹⁸ **Belhâj**, s. 235.

⁷⁹⁹ **Takiya**, s. 92.

⁸⁰⁰ Yargıtay A. M. D, 17/03/2014, (Y/D 2015), D/N 210121.

kararında şu ifadelere yer vermiştir: "*Hastalık, ne kadar ciddi olursa olsun, ölümcül hastalık sırasında boşanmanın amacının kadını mirastan mahrum etmek olması dışında, kocanın boşanmasına engel değildir*"⁸⁰¹.

Cezayir yasa koyucusu, kocası tarafından boşanan kişi için İslam hukukunda öngörülen müt'ayı⁸⁰² düzenlememiştir. Aksine, Cezayir Yargıtay'ı tarafından verilen içtihatla, modern anlamıyla boşanma hakkının kötüye kullanılmasından kaynaklanan zararın tazmini olarak teyit edilmiştir ve boşanmanın hükümleri arasında sayılmamıştır. Bu yönde Cezayir Yargıtay'ı tarafından 29/12/2008 tarihinde verilen kararda şu ifadelere yer verilmiştir: "*Fıkıhça kabul edilen müt'a, kocası tarafından boşanan kadın için geçerlidir. Bunun dışında kazai yoldan gerçekleşen boşanma için müt'a söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu ilkeye aykırı olarak hüküm vermek fikhî nasslara uygun değildir. Ayrıca bu davada, kadının kocasının kendisini ihmal etmesi nedeniyle kazaî boşanma davası açtığı ve mahkemenin de bu talebi kabul ettiği tespit edildiğinden, boşanan kadın için mut'a hükmünün verilmesi fikhî nasslara aykırı kabul edilir*"⁸⁰³.

A. Boşanma Hakkının Kötüye Kullanılması Nedeniyle Tazminat

Cezayir yasa koyucusu, boşanma hakkını kötüye kullanmaktan ötürü kadına tazminat ödenmesini gerektiren sebepleri belirlemediği gibi, kocanın boşanma hakkını kötüye kullanmış sayılmasına ilişkin kriterleri de belirtmemiştir. Tazminatın değerinin takdirini ise, kocanın mali durumuna göre hâkimin takdir yetkisine bırakmıştır. Bu yönde Cezayir Yargıtay'ı tarafından 18/06/2017 tarihinde verilmiş olan bir kararda şu ifadeler yer almaktadır: "*Yargısal içtihatla sabittir ki, kocanın mali durumu göz önünde bulundurularak, mut'a, tazminat ve iddet nafakası miktarlarının belirlenmesi hâkimin takdir yetkisine bağlıdır. Ancak, hâkim bunları belirlerken gerekçelerini belirtmekle yükümlüdür*"⁸⁰⁴.

Bu başlık altında, boşanan kadının hangi durumlarda tazminat almaya hak kazandığı ve hangi durumlarda hak kazanamadığı ele alınacaktır.

⁸⁰¹ Yargıtay A. M. D, 17/ 03/ 1998, (Y/D 1998), D/N 179696.

⁸⁰² Mut'a, kocanın boşadığı karısına, boşanmasından dolayı duyduğu acıyı dindirmek amacıyla verdiği şey olarak tanımlanabilir ve kocanın mali durumuna göre değerlendirilir, bkz; **eş-Şerbinî**, C:3, s. 317, **es-Sibaai**, C:1, s. 197.

⁸⁰³ Yargıtay A. M. D, 29/12/2008, (Y/D 2008), D/N 43860.

⁸⁰⁴ Yargıtay A. M. D, 18/06/2017, (Y/D 2017), D/N 34327.

i. Boşanan Kadının Tazminat Hak Ettiği Durumlar

Cezayir yasa koyucusu, boşanan kadının tazminatı hak ettiği durumları belirtmemiştir. Aksine, bu durumlar Aile Kanunu'nun 52. maddesinden ve yargısal içtihatlardan anlaşılabilir. Bu durumlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Hâkim, kocanın boşanma hakkını kötüye kullandığını tespit ederse. (Kocanın karısını makul bir sebep olmaksızın boşaması durumunda olduğu gibi). Böyle bir durumda, boşanmış olan kadın tazminatı hak etmektedir.
- Hâkimin boşanmış olan kadına zarar verildiğini tespit etmesi durumunda. Bu durumda hâkim, kadının boşanma sonucunda zarar gördüğünü tespit ederse, zararın oranına ve derecesine göre boşandığı kocasından tazminat almasına karar verebilir⁸⁰⁵. Bu hususa ilişkin Cezayir Yargıtay'ı tarafından 21/07/1998 tarihinde verilmiş olan bir kararda şu ifadeler yer almaktadır: *"Hukuken kadının zarar görmesi halinde boşanabileceği sabittir ve ayrıca Kocanın boşanma hakkını kötüye kullanması halinde, kendisine verilen zarardan ötürü kadın lehine tazminat ödenmesine karar verilebilir. Bu davada da kadının, kocasının kendisini dövmesi, evden kovması, çocuklarını ihmal etmesi ve onlara harcama yapmaması nedeniyle zarar görmüş olduğu için boşanmak istediği sabittir. Zarar gördüğü sabit olduğu için de boşanma ve tazminat birlikte talep etme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla, hâkimler kadının boşanmasına ve tazminat ödenmesine karar verdiklerinde kanunu doğru bir şekilde uygulamış olurlar"*⁸⁰⁶.
- Boşanmış olan kadın tazminat hakkından vazgeçerek evlilik birliğine geri dönmeyi talep eder, koca ise boşanma talebinden vazgeçmemekte ısrar ederse, bu durumda yargı önünde boşanma hakkını kötüye kullanmış sayılır ve bu nedenle kadına verdiği zararı tazmin yükümlülüğü ile birlikte boşanmayı gerçekleştirme hakkı kocaya verilmiş olur⁸⁰⁷.
- Kocası ölümcül bir hastalığa yakalanmışken onu boşarsa, boşanmış olan kadın mirasa hak kazanır. Çünkü bu durumda kocası karısını mirastan mahrum bırakmış sayılır ve miras, boşanma hakkını kötüye kullanmasının tazminatı olarak kabul edilir⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ Bkz; **es-Sibaai**, C:1, s. 267, Belhadj, s. 236.

⁸⁰⁶ Cezayir Adliye Bülteni (2001), Özel Sayı, D.N 192665, s116.

⁸⁰⁷ Bkz; Belhâj, s. 244.

⁸⁰⁸ Bkz; Yargıtay A. M. D, 17/ 03/ 1998, (Y/D 1998), D/N 179696.

- Zifaktan önce boşanma durumunda kadın tazminat alma hakkına sahiptir. Zira bu durumda kadın, geçen süre zarfında bir başkasıyla evlenme şansını kaçırmış olabilir. Bu durum Cezayir Yargıtay'ının 23.04.1996 tarihinde verdiği bir kararında şu ifadelerle teyit edilmiştir: "*Kanunen sabittir ki, kadın hukuken geçerli bir zararın varlığına dayanarak tazminatla boşanma talep edebilir. Ayrıca bu davada, davanın sahil bir şekilde kurulmuş bir evliliğe ilişkin olduğu sabit olduğunda, kocanın karısıyla zifafı 5 yıl süreyle geciktirmiş olması nedeniyle kadının hakkına tecavüz ettiği kabul edilir ve bu olgu kadına tazminat ödenmesini haklı kılar*"⁸⁰⁹.
- CAK'nun mükerrer 53. ve 55. maddelerine göre, boşanmış olan kadın, uğradığı maddi veya manevi zarar için tazminat alma hakkına sahiptir.

ii. Boşanan Kadının Tazminat Hak Etmediği Durumlar

Cezayir yasa koyucusu, boşanma tazminatının mutlak olmaması nedeniyle, ister boşanma hakkının kötüye kullanılması durumunda ister başka bir durumda olsun, boşanmış olan kadının boşanma tazminatı alma hakkına sahip olmadığı durumları belirtmemiştir. Buna göre, boşanmış olan bir kadının boşanma tazminatı hakkından mahrum bırakıldığı birçok durum söz konusudur. Bunlardan bazıları şunlardır:

- Boşanmanın meşru bir sebeple gerçekleşmesi ve boşanan kadına herhangi bir zararın verilmemiş olması.
- Kadının itaatsizliği durumu. İslam hukukçuları, kadının itaatsizliğini birbirine yakın bir şekilde tanımlamışlardır. Buna göre, Hanefiler kadının itaatsizliğini, kadının haksız yere evinden ayrılması olarak tanımlamışlardır⁸¹⁰. Bu tanım itaatsizliğin tüm sebeplerini kapsamamaktadır. Çünkü bu tanım, kadının itaatsizliğinin sebeplerinden biri olan kocasının evini haksız yere terk etmesiyle sınırlıdır ve itaatsizliğin diğer sebeplerinden bahsetmemiştir. Malikiler ve Şafiiler ise kadının itaatsizliğini, kocasının kendisinden yararlanmasını engellemek, izinsiz olarak evden ayrılmak veya dini görevlerini terk etmek gibi kocanın zorunlu itaatinden kaçınması olarak tanımlamışlardır⁸¹¹. İtaatsiz olan kadın, boşanması durumunda tazminatı hak etmez, çünkü bu durumda zarar gören taraf kocadır ve CAK'nun 55. maddesine göre tazminatı hak eder. Bu bağlamda, Cezayir Yargıtay'ının 27/04/2008 tarihli kararında şu ifadelerle yer verilmiştir: "*Kanunen sabittir ki, eşlerden birinin itaatsizliği halinde*

⁸⁰⁹ Cezayir Adliye Bülteni (1998), 1. Sayı, D.N 135435, s129.

⁸¹⁰ Şeyh Nizam, C:1, s. 568.

⁸¹¹ El-Ghandur, s215, Nevevi, 5/677.

*hâkim boşanmaya ve zarar gören taraf için tazminata hükmetmelidir ve aksi yönde hüküm vermek kanuna aykırıdır. Dolayısıyla, bu davada kadının itaatsizliğinin ardından boşanma talebinde bulunmasına neden olan açık bir gerekçenin bulunmaması, kocanın bu boşanmadan zarar gördüğünü düşünmek için yeterli bir neden olarak kabul edilmektedir. Buna göre, hâkimler zarar ve tazminatın yalnızca kadın için olacağına karar verdiklerinde hata yapmışlardır ve bu da kararlarının reddedilmesini gerektirmektedir"*⁸¹².

- Karşılıklı rıza ile boşanma durumu. Karşılıklı rıza ile boşanma, boşanmış olan kadının tazminat hakkına sahip olmadığı durumlardan biri olarak kabul edilir. Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun 48. Maddesinde bu durumu, evlilik bağına sona erdiren bir sebep olarak öngörmüştür. Bu boşanma türü daha ayrıntılı olarak çalışmanın ilerleyen kısımlarında ele alınacaktır.

4.1.1.3. Karşılıklı Rıza İle Boşanma Anlayışı

Bu boşanmada her iki eşin de ortak bir iradeyle evlilik birliğini sona erdirmek istemesi söz konusudur. Böylece eşler karşılıklı rıza ile kabul edilebilir bir temelde, kavga veya anlaşmazlık olmaksızın birbirlerinden boşanabilirler⁸¹³.

Bu tür boşanma ya eşlerden birinin talebi diğerinin rızası yahut da her iki eşin de evliliği sona erdirmeye yönelik ortak talebi ile gerçekleşir. Bu bağlamda, Medeni ve İdari Usul Kanunu'nun 428. maddesi şu hükmü içermektedir: "*Karşılıklı rıza ile boşanma durumunda, eşler arasında eşin imzaladığı tek bir dilekçe şeklinde ortak bir başvuru yapılır ve bu dilekçe zabıt kâtipliğine teslim edilir*". Medeni ve İdari Usul Kanunu'nun 431. maddesine göre, karşılıklı rıza ile boşanma davalarında hâkim aktif bir rol oynar. Burada mümkünse eşleri uzlaştırmak için girişimlerde bulunur ve eşlerin razı olmalarını sağlar. Ayrıca, çocukların menfaatine aykırı olması veya kamu düzenine aykırı olması halinde, eşler tarafından üzerinde anlaşılan koşulları iptal etme veya değiştirme hakkına sahiptir. Ardından hâkim, nihai anlaşmayı içeren ve boşanmaya müsaade eden bir karar vererek eşlerin iradesini ortaya koyar.

Medeni ve İdari Usul Kanunu'nun 433. maddesi uyarınca, karşılıklı rıza ile boşanma kararları temyize tabi değildir ve bu da CAK'nun 57. maddesi ile örtüşmektedir.

Aile Kanunu'nun 48. maddesine bakıldığında, bu maddenin kocanın tek taraflı boşanma

⁸¹² Cezayir Adliye Bülteni (2010), 2. Sayı, D.N 90947, s. 71.

⁸¹³ Belhâj, s. 258.

hakkı ile kadının kendi iradesiyle tefrik veya hul' talep etme hakkı arasında bir orta yol olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Buna göre, Cezayir yasa koyucusu, evlilik bağının bu şekilde sona erdirilmesini öngörmekle, hâkimin ayrılık nedenlerini araştırmasına gerek olmaksızın, anlaşmanın içeriğine bakılmaksızın ve zarar gören tarafı tanımaksızın, eşlerin kendi durumları için uygun gördükleri şekilde aralarında anlaşmalarını serbest bırakmayı amaçlamıştır, çünkü karşılıklı rıza ile boşanma tazminat hakkını ortadan kaldırmaktadır.

Ancak bu noktada şu hususun altının çizilmesi gerekir: Cezayir yasa koyucusu bu tür boşanmanın hükümlerini, bundan doğan hukuki sonuçlar bakımından açıklığa kavuşturmamıştır, çünkü karşılıklı rıza ile boşanma, sonuçları bakımından kocanın kendi iradesiyle gerçekleştirdiği boşanmayla birtakım farklılıklar içermektedir.

4.1.1.4. Değerlendirme

Boşanma ile ilgili hükümler hem CAK'nda hem de HAK'de incelendiğinde, HAK bu konuya biraz daha detaylı değinmekle birlikte, her iki kanun arasında ciddi ölçüde paralellikler bulunmaktadır. Bunun altına yatan sebep her iki kanunun da İslam şeriatına dayanması ve boşanma hükümlerinin hem Kur'ana hem de Sünnet'te kesin delillerle hüküm altına alınmasıdır. Buna göre, her iki kanun da boşanmayı kocanın karısı üzerinde sahip olduğu bir hak olarak görmektedir. Koca, istediği zaman ve uygun gördüğü herhangi bir nedenle karısını boşama hakkına sahiptir. Buna ek olarak, her iki kanun da bir yandan eşlerin ve çocukların haklarını korumak, diğer yandan da boşanma konusunda devlet kontrolünü sağlamak için boşanmanın resmi makamlar nezdinde kaydedilmesini zorunlu kılmıştır.

Cezayir yasa koyucusu, boşanmayı kanıtlama araçlarını boşanmaya ilişkin yargı kararıyla sınırlandırmıştır. Bu durum, kocanın sözlü olarak gerçekleştirdiği boşanmanın hukuki geçerliliğini ortadan kaldırarak CAK'nun 50. maddesi hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Cezayir yasa koyucusu, ric'i boşanma konusunda bir yandan ailenin yüksek menfaatlerini, diğer yandan da bekleme süresi hükümlerini gözetmeye çalışmıştır. Bu doğrultuda, hâkimin boşanma kararını vermeden önce, boşanma davasının açıldığı tarihten itibaren üç ay içinde eşleri uzlaştırmaya yönelik çeşitli girişimlerde bulunmasını şart koşturmuştur. Bu süre içinde eşler arasında uzlaşma sağlanır ve koca boşanma kararından vazgeçer ise, yeni bir akit ve mehir gerekmezken karısını geri alabilir.

Ancak dikkat edilmesi gereken husus, Cezayir yasa koyucusu bu düzenlemeyle, boşanma davasının açıldığı tarihten itibaren üç ay içinde eşler arasında birkaç uzlaşma

girişiminde bulunulmadıkça boşanma kararının verilmemesini öngörerek çifte bekleme süresine neden olabilmektedir. Zira bu durum, kocanın boşanmayı dile getirmiş ancak boşanma davasının açılmasını ertelemiş olması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, şer'i bekleme süresi kocanın boşanmayı dile getirdiği tarihten itibaren başlarken, kanuni bekleme süresi boşanma kararının verildiği tarihten itibaren başlamaktadır. Bu durum, İslam hukuku ile aile kanunu arasında çeşitli düzeylerde potansiyel sorunlara ve çelişkilere yol açmaktadır.

Cezayir yasa koyucusu, Osmanlı yasa koyucusundan farklı olarak, kadınların hukuki statüsünü, korunmalarını garanti edecek, özgürlüklerini artıracak ve erkeklerle eşitliklerini güvence altına alacak şekilde güçlendirmeye çalışmıştır. Bu doğrultuda, kadını kocasının boşanma hakkını kötüye kullanmasından korumuş ve boşanan kadının haklarından biri olarak Şeriat tarafından öngörülen mut'aya ilaveten bunun için bir de tazminat öngörmüştür.

4.1.2. Tefrik

Cezayir ve Osmanlı yasa koyucuları, gerekçeleri ortaya konduğu takdirde kadının tefrik talebinde bulunmasına izin vermiştir. Bu konuda vaz' edilen hükümler İslam hukuku hükümleriyle uyum içindedir. Yukarıda de belirtildiği gibi, boşanma kocanın hakkıdır ve bunu kendi iradesiyle gerçekleştirebilir. Ancak kadın, kötü muamele gibi bir takım durumlarla karşılaşabilir ki bu da evliliğin devamını onun açısından imkânsız hale getirir. Kadının maruz kaldığı bu zararı ve kısıtlamayı ortadan kaldırmak maksadıyla, hem Cezayir hem de Osmanlı aile hukuku tarafından takip edilen İslam Şeriatı, ayrılık sebepleri mevcut olduğunda kadına, kocanın rızasına ihtiyaç duymaksızın hâkimden evlilik bağının sona erdirilmesini talep etme hakkı vermiştir.

Bu başlık altında hem İslam hukukunda hem de Cezayir ve Osmanlı aile hukukunda yer alan tefrik hükümleri ele alınacaktır.

4.1.2.1. İslam Hukukunda

Eşler arasındaki evlilik bağının sona erdirilmesiyle ilgili olarak, artık kocanın iradesi sadece boşanmanın etkisini yaratmaktan öteye gitmemektedir. Bu durumda, İslam hukukunda önemli bir konumda olan Kur'an ve Sünnet'ten çıkarılan hükümler doğrultusunda, evlilik bağını sonlandırmak için Fıkıh ve İctihat, ilk durumdan daha az önemli olmayan ikinci bir durumu (tefrik) ortaya çıkarmıştır. Bu ikinci durum, mahiyeti ve hükümleri açısından da önem arz etmektedir.

Fıkhî açıdan tefrik ile kastedilen, kadının kocasından gördüğü zarar sebebiyle hâkim aracılığıyla talep ettiği boşanmadır, yani hâkim veya onun yerine geçen kimse tarafından gerekli sebep bulunduğu derhal veya gelecekte evlilik bağının sona erdirilmesidir⁸¹⁴.

4.1.2.1.1. Tefrikte Hâkimin Rolü

Boşanmanın kocanın elinde olduğu, bu kapsamda ilkesel olarak başkasının, hatta hâkimin bile yetkisinin bulunmadığı malumdur. Ancak fakihlerin çoğunluğu, kocanın itaatsizliği ve karısına zulmetmesi durumunda, hâkimin koca adına eşleri ayırmasına izin vermiştir. Buna göre, bu davalarda hâkimin görevi adaletsizliği önlemek ve zararı gidermektir. Hâkime, kadının boşanma talebine cevap verme hakkı veren belki de en geniş mezhepler Malikiler ve Hanbeliler iken, İmam Ebu Hanife kocadaki doğurganlık kusurları dışında hâkime kadını boşama hakkı vermemiştir. Ayrıca İmam Muhammed bu kapsamda ilâ, li'an ve cüzzam hastalığını da zikretmiştir.⁸¹⁵

4.1.2.1.2. Tefrik Hükümü

İslam hukukçuları, tefrik hükmü konusunda boşanma (ric'i veya bain) ile fesih arasında görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Buna göre Hanefiler, sadece erkekteki doğurganlık kusurları, li'an ve ilâ yoluyla ayrılma gibi sebeplerle gerçekleşen tefrik boşanma olarak değerlendirirler. Ancak bu sebepler bulunmadan tefrik gerçekleşirse fesih olur. Malikilere göre ise, kocanın gaip olması (ric'i boşanma), kocanın iflas etmesi (ric'i boşanma), erkekteki cinsel kusurlar (ric'i boşanma), ilâ yoluyla ayrılma (ric'i boşanma) sebebiyle meydana gelen tefrik boşanma olarak kabul edilir. Ancak tefrik li'an yoluyla olursa, fesih olarak nitelendirilir. Şafiiler ise tefrik, ilâ veya iki hakem yoluyla gerçekleşirse boşanma, ancak kocanın irtidadı veya li'an nedeniyle gerçekleşirse bunu fesih olarak kabul ederler. Bu çerçevede Hanbelîlere göre, ilâ yoluyla veya kocanın iflas etmesi ya da evliliğin amacına ulaşmasını engelleyen kusurları nedeniyle gerçekleşen tefrik fesihtir. Ancak kocanın irtidadı, li'an ve diğer sebeplerle tefrik vuku bulursa bu durum boşanma olarak nitelendirilmektedir⁸¹⁶.

⁸¹⁴ el-‘Amri, Aşref, Nazariyatü't Tefrik Baina-z Zevceyin , (Doktora Tezi), Ürdün Üniversitesi, Sosyal Bilimler, 2005, s. 13.

⁸¹⁵ Bkz; Ebu Zehra, s. 347.

⁸¹⁶ Zühle, C:8, s. 487, bkz; Boulehya, Nouredin, Ahkamü't Talak ve el-Feshi ve Asarahüma, 2.Baskı, Tunus, el-Anvar Yayınlar, 2015, s. 29-33.

4.1.2.1.3. Tefrik Sebepleri

İslam hukukçuları tefriğin sebeplerini belirli durumlarla sınırlandırmışlardır. Bunlar; kocanın gaipliği veya hapsedilmesi, nafakanın temin edilememesi, muteber olan zarar ve eşler arasındaki geçimsizliktir.

A. Kocanın Gaipliği Nedeniyle Tefrik

Kocanın gaipliği ile kastedilen, onu mahkeme önüne çıkarmayı ve karısının kendisine karşı iddia ettiği şeylerde, gerçekten ülkede bulunup bulunmadığını veya kayıp olup olmadığını sorgulamayı mümkün kılmayan bir konumda olmasıdır. Ancak bazı fakihler, karısıyla birlikte ikamet ettiği ülkenin dışında bulunmadıkça erkeğin gaip sayılmayacağını, ancak bu gaipliğin bir yolculuk mesafesi veya daha fazla olması gerektiğini savunurlar⁸¹⁷.

Fakihler, kocanın gaipliği nedeniyle tefrik konusunda farklı görüşlere sahiptir. Buna göre Hanefiler ve Şafiiler, kocanın gaipliğini -ne kadar uzun olursa olsun- bir tefrik sebebi olarak kabul etmezler. Bu görüşün sahipleri, ne Kur'an'da ne de Sünnet'te kocanın yokluğunun tefrik sebeplerinden biri olarak kabul edildiğine dair şer'i bir delilin bulunmamasına dayanmaktadır⁸¹⁸.

Buna karşılık Malikiler ve Hanbelilere göre kadın, kocasının kendisinden uzun süre ayrı kalması halinde -koca bu süreçte kendisine yetecek kadar nafaka bıraksa bile- tefrik talebinde bulunabilir. Ancak bunun için ayrılığın kadın bakımından bir zarar doğurması ve kadının zinaya düşmekten korkması gerekmektedir⁸¹⁹.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, Malikiler ve Hanbelilerin kocanın gaiplik süresi ve bu gaipliğin sebebi konusunda ihtilaf etmiş olmalarıdır. Buna göre Hanbeliler, kadının hâkimden ayrılma talebinde bulunabilmesi için kocasının ilim tahsili, ticaret veya hacca gitmesi gibi geçerli bir sebep olmaksızın kocasının gaipliğinin üzerinden altı ay geçmiş olması gerektiği görüşündedir. Bu görüşü Hanbeliler, Ömer İbn Hattab'dan rivayet edilen şu hadise dayandırmışlardır: Bir kadın, kocasının bir savaşa katılması sebebiyle kendisinden uzak kalmasından dolayı zarar görmüş ve Ömer İbn Hattab, bir gece kadının kocasının kendisinden uzak kalmasından ve başına gelen zarardan şikâyet ettiğini duymuştur. Ömer İbn el-Hattab kızı Hafsa'ya bir kadının kocasının yokluğuna ne kadar

⁸¹⁷ Bkz; **Mohammed, Semara**, Ahkâm ve Esarü'z Zevciyâh, 1.Baskı, Ürdün, ed-Darü'd Düvaliâh Yayınlar, 2002, s. 331.

⁸¹⁸ **Fouda, Abdülhakim / Munzir, Abdelaziz**, Ahkamü'z Zevac ve Talak Fî'l Mezhep's Sünni ve Şii Fî Davi'l Fikih ve el-Kaza, Mısır, el-M'ârif Yayınlar, 2011, s. 349.

⁸¹⁹ **El-Maghavri, Mohammed/ Lemghavi, el-Fıkkı**, et-Tefrikü'l Kazai Beynâ'z Zevceyn Lilgiyap ve el-Fükdan, 1.Baskı, Mısır, el-Vefa el-Kanuniyâh Yayınlar, 2011, s. 18.

sabredebileceğini sormuş, Hafsa da ona altı ay cevabını vermiştir. Bu olaydan sonra Ömer İbni Hattab askerlerin eşlerinden altı aydan fazla ayrılmalarına izin vermemiştir⁸²⁰. Malikilere göre ise, kadının hâkimden ayrılma talebinde bulunabilmesi için, kocasının gaipliğinin üzerinden (gaipliğin sebebi ne olursa olsun, kabul edilebilir bir mazereti olsun ya da olmasın) tam bir yıl geçmiş olması gerekir; çünkü her iki durumda da kadın zarar görmüştür ve bu ayrılığın amacı zararı ondan gidermektir⁸²¹.

Hâkimin tefrik kararı vermeden önce gaip olan kocaya tebligat yapması konusunda Maliki ve Hanbeli hukukçular arasında fikir ayrılığı vardır. Bu doğrultuda Malikiler, gaip kocanın adresi biliniyorsa, karısına geri dönmesi için hâkim tarafından kendisine tebligat yapılması gerektiği görüşündedirler. Koca bu tebligata cevap vermezse, hâkim eşlerin ayrılmasına karar verir. Ancak Hanbelilere göre, kocanın gaip olduğunun hâkime bildirilmesi gerekmez; aksine kocanın gaipliğinin üzerinden altı ay geçmiş ve kadın bunu ispat etmişse, hâkim kocaya bildirmeden doğrudan eşlerin ayrılmasına karar verir⁸²².

Kocanın gaipliği nedeniyle yapılan tefrik Malikilere göre bain boşanma olarak kabul edilir, çünkü bu ayrılık hâkim tarafından yapılmıştır. Fakat Hanbeliler bunu fesih olarak kabul eder, çünkü bu ayrılık koca tarafından yapılmamış ve ayrılığa onun tarafından icazet verilmemiştir⁸²³.

Keza, kocanın uzun bir süre için hapis cezası ile cezalandırılması halinde de aynı hükümler geçerli olur.⁸²⁴

B. Nafakanın Temin Edilememesi Nedeniyle Tefrik

Evlilik nafakası, kadının geçerli evlilik akdiyle sahip olduğu bir hakkı olarak kabul edilir. Bu hak, kadının itaatsizliği ve evlilik bağının sona ermesiyle düşer. Ancak koca, ödeme güçsüzlüğü ya da eşine zarar verme amacıyla eşine nafaka vermekten kaçınabilir. Bu kapsamda sebebi ne olursa olsun nafaka verilmemesi tefrik nedeni olarak kabul edilebilir mi?

İslam hukukçuları, kocanın eşine nafaka vermemesi nedeniyle eşlerin ayrılması konusunda ihtilafa düşmüş ve iki görüşe ayrılmışlardır. Buna göre;

- İlk görüş; Hanefi mezhebine göre, kocanın karısına nafaka vermemesi tefrik sebebi olarak addedilmez ve dolayısıyla kadın kendisine nafaka vermemesi kocasından

⁸²⁰ Çelebe, s. 608.

⁸²¹ Fouda/ Munzir, s. 350.

⁸²² Fouda/ Munzir, s. 351.

⁸²³ Çelebe, s. 608.

⁸²⁴ Çelebe, s. 593.

ayrılma talebinde bulunamaz. Ayrıca kocanın iflas etmesi kadının ayrılma talebini haklı çıkarmaz,, aksine kadına nafaka için kocaya karşı bir hüküm alma ve hâkim izin verirse başkalarından borç alma hakkı tanır. Bu durumda kadının almış olduğu mal kocanın borcu olarak nitelendirilir⁸²⁵.

Bu görüşü ileri sürenler aşağıdaki delillere istinaden çıkarımda bulunmuşlardır:

- 1- Kur'an: *"Varlıklı olan varlığından harcasın, rızkı daralmış bulunan da Allah'ın kendisine verdiği kadarından harcasın. Allah kimseyi kendi verdiğinden fazlasıyla yükümlü tutmaz. Allah bir güçlüğün ardından bir kolaylık sağlayacaktır"*⁸²⁶ ayetine istinaden, eğer koca fakirlikten veya yetersizlikten dolayı nafaka vermiyorsa, nafaka ona farz değildir ve bu konuda mazur görülür. Buna karşılık kadının sabretmesi gerekir, çünkü bu durumda nafaka vermemek farz olmayan bir şeyi terk etmek sayıldığından bu konuda kocaya günah yoktur⁸²⁷.
- 2- Sünnet: Bu görüşün sahipleri, Hz. Peygamber dönemindeki sahabenin durumunu esas almışlardır. Buna göre sahabenin büyük çoğunluğu yurtlarından ve mallarından çıkarılıp Mekke'den Medine'ye hicret ettikten sonra fakir bir hale gelmiş ve iflas etmişlerdi, buna rağmen hanımları Hz. Peygamber'den salt nafakadan mahrum oldukları gerekçesiyle boşanma talebinde bulunmamışlardır⁸²⁸.
- İkinci görüş; Malikiler, Şafiiler ve Hanbeliler, ayrıntılarda ihtilaf etmekle birlikte, kadının kendisine nafaka verilmemesi nedeniyle ayrılık talep etme hakkına sahip olduğu ve bunu kanıtlaması halinde hâkimin bu talebi yerine getirmesi gerektiği görüşündedir⁸²⁹. Bu konuda şu hususun altının çizilmesi gerekir;, İmam Malik, hâkimin eşler arasında ayrılık kararı vermeden önce, karısına infakta bulunması için bir aylık süre vermesi gerekir, bu süre zarfında koca karısına infakta bulunamazsa, hakim ayrılık kararı verir⁸³⁰.

Bu görüşü destekleyenlerin ileri sürdükleri deliller şu şekilde özetlenebilir:

- 1- Kur'an: *"...Her ikisinden sonra ya iyilikle evlilik içinde tutmak veya güzellikle serbest bırakmak gerekir..."*⁸³¹ ve *"...Onları zarar vererek haklarını çiğnemek*

⁸²⁵ Fouda/ Munzir, s. 299.

⁸²⁶ Talak Suresi, 65/07.

⁸²⁷ Ebu Zehra, s. 409.

⁸²⁸ Ebu Zehra, s. 409.

⁸²⁹ İmam, Mohammed Kemal, Ez-Zevac ve Talak Fî'l Fıkıhü'l İslami, Beyrüt, el-Müessesetü'l Cami'iyâh Yayınlar,1996, s. 247.

⁸³⁰ Ghaniya, Kuri, Şerhi Kanun'ı Üsrâh –Dirasa Mükarinâh Beyna's Şar'iatı ve el-Kanun, 1.Baskı, Cezayir, Talyâh Yayınlar, 2011, s. 124.

⁸³¹ Bakar Suresi, 2/229.

için nikâh altında tutmayın..."⁸³². Bu ayetlerde Yüce Allah, karısına zarar vermek ve ona nafaka vermemek kastıyla onu yanında tutan kocayı uyarmakta ve bu durumda hâkimin onları ayırarak karısına isabet eden zararı gidermesi gerektiğini bildirmektedir.

- 2- Sünnet: "*Zarar da yoktur, zarara zararlar karşılık vermek de yoktur*"⁸³³. Koca karısına nafaka vermeksizin yanında tutarsa, aslında ona zarar vermiş olur, dolayısıyla bu hadise istinaden kocanın boşanmayı reddetmesi halinde hâkimin kadını boşaması gerekir, zira hâkimin görevi kadının zararını gidermektir. Bu zarar ise ancak ayrılma yoluyla giderilebilir⁸³⁴.

i. Nafakanın Temin Edilememesi Nedeniyle Tefrik Şartları

Fakihler, nafakanın temin edilememesi nedeniyle tefrik şartları konusunda ikili bir ayrıma gitmektedirler: İlk durum kocanın nafakaya muktedir olup da nafakadan kaçınması ve aciz kalmasıdır. Buna göre, Malikiler, Şafiiler ve Hanbeliler, "*Ebû Sufyan'ın karısı Hind bint Utbe (Bir gün gelerek); 'Ey Allah'ın Rasûlu! Ebû Sufyan cimri bir adamdır. Bana ve çocuklarıma yetecek miktarda (nafaka) vermiyor. Durumu idare için, onun haberi olmadan malından aldım. Bundan dolayı bana bir günah var mıdır?' dedi. Bunun üzerine Rasûlullah -sallallahu aleyhi ve sellem- şöyle buyurdu: «Örfe göre sana ve çocuklarına yetecek miktarda al*"⁸³⁵ hadisine dayanarak, nafaka vermeyi reddeden kocanın gücü yetiyor ve parası da bulunuyorsa, kadın hâkim önünde ayrılma talebinde bulunma hakkına sahip değildir, çünkü kocasının parasından onun izni olmadan alabilir⁸³⁶. Ancak nafaka vermeyi reddeden koca görünürde para sahibi değil ve kocanın iflas ettiğine dair de bir kanıt yoksa bu durumda fıkıhçılar iki görüşe ayrılmıştır. İmam Şafii'nin görüşü olan birinci görüşe göre, bu durumda kadının ayrılma talebinde bulunma hakkı yoktur, çünkü kocanın iflas ettiğine dair bir delil olmadığı sürece, kocanın görünürde olmasa bile parası var sayılır ve bu durumda koca hâkim tarafından nafaka vermeye zorlanabilir. İmam Malik ve Ahmed İbn Hanbel'in görüşü olan ikinci görüşe gelince, kocanın iflas ettiğine dair bir delil olmasa bile, kocanın nafaka vermekten kaçınması nedeniyle kadının ayrılma talebinde bulunma hakkı vardır. Zira kocanın nafakadan kaçınması, kadın nafaka almadığı sürece kocanın iflas ettiği şeklinde

⁸³² Bakara Suresi, 2/231.

⁸³³ İbn Mâce, ...

⁸³⁴ Bkz; İmam, s. 248.

⁸³⁵ Hadis senedi

⁸³⁶ Bkz; **Ghaniya**, s. 125.

yorumlanır⁸³⁷.

Kocanın nafakadan aciz kalması durumuna gelince, İslam bilginleri iki görüşe ayrılmışlardır. Malikiler ve Hanbelilere göre, eğer kadın nikâh akdi sırasında kocasının fakirliğini biliyorsa, ayrılma talebinde bulunma hakkı yoktur. Ancak nikâh akdi sırasında kocası onu kandırmış ve nafaka verebilecek durumda olduğuna ikna edip sonra da iflas ettiği ve nafaka veremeyecek durumda olduğu ortaya çıkmışsa, bu durumda kadının ayrılma talebinde bulunma hakkı vardır⁸³⁸. Şafiilere göre ise, evlilik akdi sırasında kocasının yoksulluğundan ve iflas ettiğinden haberdar olsa bile, kadının kendisine nafaka verilmediği gerekçesiyle ayrılma talebinde bulunma hakkı vardır⁸³⁹.

C. Muteber Olan Zarar Nedeniyle Tefrik

Muteber olan zarar ile kastedilen, bir kişinin haklarından birinin veya meşru bir menfaatinin ihlal edilmesi sonucu uğradığı zarardır; bu hak veya menfaat ister fiziksel veya mali güvenlik, özgürlük, onur veya başka bir şeyle ilgili olabilir⁸⁴⁰. Buradan hareketle, tefrik sebeplerinden sayılan zararın, kadının onurunu rencide edici çirkin hakaretler, şiddetli darp, Allah'ın yasakladığı şeyleri yapmaya zorlanma, sebepsiz yere yüz çevirme ve terk etme gibi söz veya fiil ile maruz kaldığı zarar olduğu söylenebilir⁸⁴¹.

Eşler arasında ayrılık sebebi sayılan ve kocadan gelen zarar, maddi zarar ve manevi zarar olmak üzere ikiye ayrılabilir. Buna göre, maddi zarar, ister darp ister kadının vücuduna zarar veren diğer eylemler olsun, kadının vücuduna verilen zarardır. Manevi zarar ise, kadına sövmek, hakaret etmek ve onurunu rencide edebilecek diğer eylemler veya sözler gibi kadının ruhuna eziyet veren zararlardır⁸⁴².

Zararın tefrik sebebi olarak kabul edilmesi konusunda İslam hukukçuları görüş ayrılığına düşmüş ve iki görüşe ayrılmışlardır. Buna göre;

- İlk görüş; Malikiler dışındaki cumhur-i ulema, evlilik hayatı genellikle sorunsuz olmadığı için kocasından zarar gören kadının ayrılma talebinde bulunma hakkının olmadığı görüşündedir. Bu doğrultuda, eğer kadın kocası tarafından bu zararı ortadan kaldıramayacak şekilde zarara uğratılmışsa, kocasını kınaması ve onu azarlaması için

⁸³⁷ Bkz; **Ghaniya**, s. 126.

⁸³⁸ **Sakr**, s. 169.

⁸³⁹ **İsmail, A.Ali**, Ahkâmü' Üsrah (ez-Zevac ve Talak) Beyna'l Hanafiyâh ve Şafiiyâh, Ürdün, el-Hamid Yayınlar, 2009, s. 312.

⁸⁴⁰ **Frihavi, Kemal**, et-Tefrik Lidarar Fî Kaunun'î Üsrâh el-Cezayiri, (Yüksek lisans Tezi), Cezayir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, s. 14.

⁸⁴¹ Bkz; **Naci, B.'Alali**, et-Talak Fî el-Müctam'a el-Cezayiri, Cezayir, Homa Yayınlar, s2013, s. 104.

⁸⁴² Bkz; **Frihavi**, s. 25.

meseleyi hâkime götürme hakkına sahiptir. Eğer eşler arasındaki anlaşmazlık şiddetlenirse, hâkim eşleri uzlaştırmak maksadıyla iki hakem tayin eder⁸⁴³.

Bu görüşü destekleyenler. “Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır”⁸⁴⁴ ayetine dayanmaktadır, çünkü bu ayet iki hakemin görevinin eşleri uzlaştırmaya gayret etmek olduğunu belirtmekte ve onlara eşleri ayırma hakkı vermemektedir⁸⁴⁵.

- İkinci görüş; Malikiler, kadının kocasından gördüğü zararın tefrik sebeplerinden biri olduğu kanaatindedir. Buna göre, kadın kocası tarafından dövülmek, hakarete uğramak, terk edilmek veya haram bir fiili yapmaya zorlanmak gibi bir zarara uğrarsa, hâkimden kendisini kocasından ayırmasını talep etme hakkına sahiptir. Ayrıca Malikiler bu zararın tekrarlanmasını şart koşmazlar. Kadının ayrılma talebinde bulunabilmesi için bu tarz eylemlerin bir kez gerçekleşmesi yeterlidir⁸⁴⁶.

Ç. Eşler Arasındaki Geçimsizliktir Nedeniyle Tefrik

Geçimsizlik, eşler arasında ciddi anlaşmazlıklara yol açan, evlilik hayatını çekilmez hale getiren, şefkat, merhamet ve güvence tezahürlerinden yoksun olan ve evliliğin hedeflerine ulaşılmasını engelleyen her türlü uyuşmazlık olarak tanımlanabilir⁸⁴⁷.

İslam hukukunun amaçlarından biri, istikrarlı bir aile kurmak adına eşler arasındaki sevgi ve şefkati pekiştirmek ve eşler arasında ortaya çıkan ve sürekli bir geçimsizliğe dönüşebilecek uyuşmazlıkların önüne geçmektir. Ancak uzlaşmayı gerektiren geçimsizlik, “Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır”⁸⁴⁸ ayetinde de belirtildiği gibi, sürekli çatışmaya yol açan geçimsizliktir. Eşler arasındaki geçimsizlik ve uyumsuzluk genellikle utanç uyandıracak için açıklanamayan veya dile getirilemeyen nedenlerden olduğu düşüncesiyle İslam hukuku, eşler arasındaki geçimsizliği gidermek ve anlaşmazlık ve geçimsizliğin nedenlerini ortaya çıkarmak için çözümler geliştirmiştir. Buna göre, kadın

⁸⁴³ Çelebe, s. 601.

⁸⁴⁴ Nisa Suresi, 4/35.

⁸⁴⁵ Bkz; Çelebe, s. 602.

⁸⁴⁶ Boulehya, s. 53.

⁸⁴⁷ Bkz; Zühle, C:8, s. 503, Boulehya, s. 75.

⁸⁴⁸ Nisa Suresi, 4/35.

kocasından bir zarar görmüşse, meselesini hâkime götürebilir ve zarar ispat edilirse hâkim onu doğrudan doğruya kocasından boşar. Ancak zarar ispat edilmezse hâkim, eşler arasındaki anlaşmazlığın sebeplerini incelemek üzere biri eşin ailesinden, diğeri de kadının ailesinden olmak üzere iki hakem tayin eder ve bunlar evliliğin devamına veya sona ermesine karar verirler. İki hakemin bu tarz bir geçimsizliği tespit edebilmesi için ortada birtakım belirtilerin mevcut olması gerekmektedir. Bu belirtiler şunlardır:

- 1- Eşler arasındaki anlaşmazlığın uzun sürmesi ve süreklilik arz etmesi ve eşin bundan ciddi bir şekilde zarar görmesi;
- 2- Geçimsizliğin büyük olması, çözülmesi zor ve tahammül edilemeyecek ciddi anlaşmazlıklara yol açması⁸⁴⁹;
- 3- Karının zararı göstermeden şikâyetle bulunması ve bu zararı kanıtlayamamasıdır⁸⁵⁰.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu belirtilere bir sınır konulması mümkün değildir. Buradaki en büyük problem, manevi zararların ispatı noktasında kendini göstermektedir.

i. Geçimsizliğin Kaldırılması

Eşler arasındaki anlaşmazlıkların, ister birinden ister her ikisinden kaynaklansın, tüm anlaşma yollarını tıkanması ve aralarındaki ihtilafın ayrılma raddesine varacak şekilde artması durumunda, İslam hukuku eşler arasındaki anlaşmazlığı gidermek ve bu geçimsizliği ortadan kaldırmak üzere bir çözüm geliştirmiştir. Bu çözüm, tahkim olarak bilinen, yani biri kocanın diğeri de kadının tarafından olmak üzere iki hakemin gönderilmesi şeklinde gerçekleşir. Bu hususla ilgili olarak Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır"*⁸⁵¹. Buna göre, eşler arasındaki geçimsizliği ortadan kaldıran bir mekanizma olarak tahkimi incelenmek için, iki hakemde sağlanması gereken şartları, hakemlerin görevlerini ve bunlar aracılığıyla gerçekleşen ayrılığın mahiyetini ele almak gerekir.

⁸⁴⁹ Nedhuşi, İbrahim, Et-Tatlik Li'ş-Şikak ve Zarar Beyn'l Fıkıhü'l Maliki ve Mudvvinatü'l Üsrâh el-Magribiyâh, (Yüksek lisans tezi), el- Madinah International Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 201, s. 13.

⁸⁵⁰ Mohammed, s. 377.

⁸⁵¹ Nisa Suresi, 4/35.

ii. İki Hakemde Bulunması Gereken Şartları

İslam hukukunda, eşler arasındaki anlaşmazlığın artması durumunda, hâkim tarafından atanmış olan iki hakem, belirli şartları yerine getirerek görevlerini yerine getirmektedir. Bu şartlar, İslam hukukçuları tarafından belirlenmiş olup aşağıda özetlenebilir:

- İslam: “Müminler müminleri bırakıp da kâfirleri dost edinmesin. Kim bunu yaparsa artık Allah’la olan bağını koparmış demektir...”⁸⁵² ayetine dayanan fakihler, iki hakemin Müslüman olmasının şart olduğu konusunda görüş birliğine varmışlardır⁸⁵³.
- Ehliyet: İki hakemin de tam ehliyetli olması gerekmektedir⁸⁵⁴.
- Adalet: Bu bağlamda adaletten kastedilen, hakemin yüksek ahlak sahibi olması, büyük ve küçük günahlardan kaçınması, utanç verici eylemlerde bulunmaması ve dürüst olmasıdır⁸⁵⁵.
- Eşleri birleştirme ve ayırma hükümleri hakkında bilgi sahibi olmak: İki hakemin, eşleri bir araya getirme veya ayırma konusunda faydalı gördükleri tüm yolları tahkimde kullanmaları gerekir. Bu nedenle hakemlerin şer’i hükümleri bilmeleri de gerekmektedir⁸⁵⁶.
- Erkek olma: Hakemin erkek olmasıdır. Fakihler bu konuda ihtilafa düşmüşler ve iki görüşe ayrılmışlardır. Birincisi; Malikiler⁸⁵⁷, Hanbeliler ve bir rivayete göre Şafiiler⁸⁵⁸ hakemin erkek olması gerektiği görüşündedirler, çünkü hakem eşler arasındaki hakemlik meselesinde hâkim rolüne sahiptir. İkincisi ise Hanefiler ve bir rivayete Şafiiler⁸⁵⁹, tahkim şartlarını taşımaları halinde iki hakemin de kadın olabileceği görüşündedirler.
- İki hakemin de eşlerin akrabalarından olması: Fakihler, iki hakemin eşlerin ailelerinden olması konusunda zorunluluk ve cevaz arasında ihtilaf etmişlerdir. Buna göre Malikiler, eşlerin durumunu yabancılardan daha iyi bildikleri için iki hakemin de eşlerin ailesinden olması gerektiği görüşündedirler. Eğer aileden olamazlarsa, komşulardan da olmaları caizdir, çünkü komşular eşlerin durumu hakkında çok şey bilirler. Bu şekilde sıralanmasının hikmeti, eşlerin yabancılara kıyasla ailelerine karşı daha dürüst ve içten olmaları ve en yakınlarının eşlerin doğasını bilip onları ıslah

⁸⁵² Al-i İmran suresi 3/28.

⁸⁵³ İbn Humem, C:7, s. 316.

⁸⁵⁴ Bkz; İbn Kudame, C:7, s. 321, Nevevi, C:7, s. 371.

⁸⁵⁵ Bkz; Karaman, s. 148, İbn Kudame, C:7, s. 321.

⁸⁵⁶ Bkz; İbn Kudame, C:7, s. 321, Boulehya, s. 61.

⁸⁵⁷ es-Savi, C:1, s. 439.

⁸⁵⁸ eş-Şirazi, C:2, s. 488.

⁸⁵⁹ eş-Şerbini, C:4, s. 429.

etmeye daha elverişli olmalarıdır⁸⁶⁰. Hukukçuların çoğunluğu ise, iki hakemin eşlerin ailelerinden olmasının zorunlu olmayıp, aileden olmalarının daha iyi olduğu, aksi takdirde hâkimin bu görev için uygun gördüğü kişiyi görevlendireceği görüşündedirler⁸⁶¹.

iii. İki Hakemin Görevleri

Tahkimin temel amacı, çekişme ve ayrılıktan etkilenen evlilik ilişkilerini düzeltmek ve eşleri uyum ve uzlaşma durumuna geri döndürmektir. Buna göre, iki hakem de eşleri uzlaştırmak ve onları bir araya getirmek için ellerinden gelen çabayı göstermelidir⁸⁶².

İki hakemin görevi, geçimsizliğin nedenlerini araştırmak ve incelemektir, bu nedenle her biri, eşleri uzlaştırmak için durumun gerçekliğini, eşlerin nelerden şikâyet ettiğini bilmek ve taleplerini dinlemek için temsilcisiyle açık ve net bir şekilde konuşur. Ardından iki hakem bir araya gelir ve eşler arasındaki yaşananları inceleyerek ortak bir görüşe varırlar. Bu görüş, eşlerin ayrılığı yahut evlilik hayatının devamı seçeneklerinden birine işaret edecektir. Bu bağlamda akla şöyle bir soru gelebilir: İki hakem tarafından varılan görüş eşlerin ayrılması istikametinde ise bu hakemlerin eşleri ayırma yetkisi var mıdır, yoksa görevleri, vardıkları kararı hâkime bildirmekle mi sınırlıdır ve bu konuda takdir yetkisi hâkime mi aittir?

İslam hukukçuları, hakemlerin eşleri birbirinden ayırma hakkı konusunda iki görüşe ayrılmışlardır⁸⁶³;

- İlk görüş; “Eğer karı koca (çaresiz kalıp) ayrılırlarsa Allah bol rızkindan onların ihtiyaçlarını giderir. Allah’ın lütfu geniştir, hikmeti sonsuzdur” ve “...Her ikisinden sonra ya iyilikle evlilik içinde tutmak veya güzellikle serbest bırakmak gerekir...” ayetlerine dayanarak Malikiler⁸⁶⁴, bir rivayete göre Şafiiler⁸⁶⁵ ve Hanbeliler⁸⁶⁶, iki hakemin eşleri ayırmasının caiz olduğu kanaatindedirler, çünkü bu iki hakem hâkim tarafından görevlendirilmiştir, dolayısıyla eşleri ıslah etmek veya ayırmak için uygun gördükleri her kararı almakta serbesttirler.

⁸⁶⁰ Bkz; **Kharşi**, C:4, s. 8.

⁸⁶¹ **İbn Humam**, C:4, s. 244.

⁸⁶² **ez-Zerkah**, C:1, s. 620.

⁸⁶³ **Maverdi**, C:9, s. 602-603.

⁸⁶⁴ **es-Savi**, C:1, s. 442.

⁸⁶⁵ **eş-Şirazi**, C:2, s. 488.

⁸⁶⁶ **İbn Kudame**, C:10/, s. 64.

- İkinci görüş; Hanefiler⁸⁶⁷, Şafiiler⁸⁶⁸ ve bir rivayette Hanbeliler⁸⁶⁹ iki hakemin eşleri birbirinden ayırmasının caiz olmadığı görüşündedirler, çünkü iki hakem eşlerin vekilleridir. Eşlerin boşanma istikametinde verecekleri vekâlet dışında vekil vasıtasıyla ayrılmaları caiz değildir, zira boşanma sadece kocanın hakkıdır, hul' ise sadece kadının hakkıdır. Böylece iki hakemin de görevi sadece eşler arasında uzlaşmayı sağlamaktır.

4.1.2.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

Cezayir ve Osmanlı yasa koyucuları, kadının bir takım sebeplerin varlığı halinde kocasından ayrılmayı talep etmesine izin vermiş ve bunu İslam hukukunda yer alan hükümlere dayanarak düzenlemişlerdir.

Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun 53. maddesini tefrik hükümlerine tahsis etmiştir. Buna göre, Aile Kanunu'nun 53. maddesi şu hükmü içermektedir: "*Kadın aşağıdaki gerekçelerle tefrik talebinde bulunabilir:*

- 1- *Kocanın nafaka verme yükümlülüğüne karar verildikten sonra, bu Kanun'un 78,79 ve 80.maddeleri göz önünde bulundurularak, evlilik akdi esnasında kocanın iflas ettiğini bilmediği sürece, karısına nafaka vermemesi;*
- 2- *Evliliğin amacına ulaşmasını engelleyen kusurlar;*
- 3- *Kocanın karısını dört aydan fazla bir süre yatakta terk etmesi;*
- 4- *Kocanın aile şerefini ihlal eden ve birlikte yaşamaya devamı imkânsız hale getiren bir suçtan dolayı mahkûm olması;*
- 5- *Kocanın bir yıl geçtikten sonra nafaka bırakmaksızın mazeretsiz olarak gaipliği;*
- 6- *8. maddede yer alan hükümlerin ihlali;*
- 7- *Kocanın apaçık bir edepsizlikte bulunması;*
- 8- *Eşler arasında devam eden geçimsizlik durumu;*
- 9- *Evlilik akdinde üzerinde anlaşılan şartların ihlali;*
- 10- *Yasal olarak geçerli olan her zarar".*

Osmanlı yasa koyucusu, Müslüman tebaa için 119 ila 131. maddeler aracılığıyla tefrik ile ilgili hükümleri ele alırken, Hristiyanlar için bu hükümler HAK'nin 132 ila 138. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu çalışmada sadece Müslümanlara ilişkin hükümler ele

⁸⁶⁷ el-Cessas, C:2, s. 191.

⁸⁶⁸ eş-Şirazi, C:2, s. 488.

⁸⁶⁹ İbn Kudame, C:10, s. 264.

alınacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus; HAK’de geçen sebeplerin aynılarının CAK’ta da yer almasıdır. Ancak Cezayir yasa koyucusu kadın erkek eşitliğini hedefleyen feminist hareketlerin de tesiriyle HAK’de bulunmayan bazı nedenlere de Aile Kanunu’nda yer vermiştir. Bu durumların en önemlilerinden biri ise Aile Kanununun 53. maddesinin 9. fıkrasıdır. Hem CAK hem de HAK’de tefrik sebepleri şu şekilde ele alınmaktadır:

4.1.2.2.1. Nafaka Verilmemesi Nedeniyle Tefrik

Bu durum, Osmanlı yasa koyucusu tarafından ele alınmamış, Cezayir yasa koyucusu tarafından ele alınmıştır. Cezayir yasa koyucusu, evlilik akdinin yapıldığı sırada kocasının iflas ettiğinden haberdar olmayan kadının, Aile Kanunu'nun 53. maddesinin birinci fıkrasıyla düzenlenen durumu dikkate alarak, nafakayı gerektiren bir mahkeme kararının ardından kendisine nafaka vermeyen kocasından boşanma ve lehine karar verilme talebinde bulunma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bu durum ayrıca Aile Kanunu'nun nafaka hükümlerine ilişkin 78, 79 ve 80. maddelerinin göz önünde bulundurulması şartına bağlıdır⁸⁷⁰.

Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 53. maddesinin birinci fıkrasından hareketle, kadının kocasından ayrılma talebinde bulunabilmesi için yerine getirmesi gereken bir takım şartlar belirlemiştir, bu şartlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Kadının, kendisine nafaka ödenmesine hükmedilmesi talebiyle kocaya karşı dava açması ve kocanın da bu hükmü uygulamaktan kaçınması;
- Evlilik akdi yapıldığı sırada kadının kocasının iflas ettiğini bilmemesi gerekir. Bu durumda kadın kocasıyla evlenmeyi kabul ederse bu durumda, hâkim yasal dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle davayı reddeder;
- Kocanın yerine getirmeyi reddettiği nafakanın, yiyecek, giyecek, tedavi, mesken gibi zaruri ihtiyaçları kapsamı, aynı zamanda örf ve âdetlere uygun olarak belirlenen ihtiyaçları içermesiyle ilgilidir. Bu hususta belirtilmesi gerekir ki, hâkim tarafından nafaka takdir edilirken eşlerin durumu ve yaşam koşulları göz önünde bulundurulmalı ve buna göre kocanın yiyecek, giyecek, tedavi, barınma gibi asgari ihtiyaçları sağlaması halinde kadının ayrılma talebi reddedilmelidir. Bu doğrultuda Cezayir Yargıtay’ının 16/01/2006 tarihinde vermiş olduğu bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir: " *Nafaka takdiri, kadının itaatsizliği sabit olmadıkça, kocanın mali durumuna göre yapılır. Buna ek olarak, hâkim nafaka takdirinde iki tarafın*

⁸⁷⁰ Bkz; Belhâj, s. 325.

durumunu ve yaşam koşullarını dikkate alır ve kararın üzerinden bir yıl geçtikten sonra takdirini gözden geçirmez"⁸⁷¹.

Cezayir yasa koyucusu, nafaka vermeyi reddetme nedeniyle ayrılık konusunu ele alırken, aşağıdaki zikredilecek bazı önemli hususları ihmal etmiştir:

- Kocanın iflas etmiş sayılması için gereken asgari miktarı belirtmemiştir ki bu da ayrılık davası açmak için geçerli bir sebep teşkil etmektedir.
- Kadının ayrılık davasını açması gereken süreyi ve bu sürenin Ceza Kanunu'nun 331. maddesi⁸⁷² hükümlerine tabi olup olmadığını da belirtmemiştir.
- Cezayir yasa koyucusu, kocanın gücü yettiği halde nafaka vermeme durumu ile kocanın gücü yetmediği için nafaka vermeme durumu arasında bir ayrım yapmamıştır⁸⁷³.

4.1.2.2.2. Evliliğin Amacına Ulaşmasını Engelleyen Kusurlar Nedeniyle Tefrik

Cezayir yasa koyucusu bu durumu Aile Kanunu'nun 53. maddesinin 2. fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre yasa koyucu, kadının ayrılık talebinde bulunması için gerekli olan kusurları, evliliğin amaçlarına ulaşamaması şeklinde belirlemiştir. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken husus, Cezayir yasa koyucusunun bu kusurların türünü belirtmemesi, aksine evlilik hayatı üzerindeki etkilerini belirtmekle yetinmesidir. Bu nedenle akla şöyle bir soru gelebilir: Kocanın kısır olması, kadının ayrılma talebinde bulunmasına olanak tanıyan bir kusur mudur? Daha önce tartışılan ve evliliğin amaçlarından birinin aile kurmak ve nesli sürdürmek olduğunu belirten Aile Kanunu'nun 4. maddesine atıfta bulunarak, bu sorunun cevabı "evet"tir ve buna göre, kocanın kısır olması durumunda, kadının ayrılmayı talep etme hakkı vardır⁸⁷⁴. Bu yönde Cezayir Yargıtay'ı tarafından 16.02.1999 tarihinde verilen kararda şu ifadeler yer almaktadır: "*Yasal olarak kabul edilen her zarar için kadının ayrılık talebinde bulunması meşrudur. Bu davada, eşler arasında uzun bir evlilik birlikteliği olduğu ve davacının bu uzun süre zarfında çocuk sahibi olmadığı, bunun ayrılık talebinde*

⁸⁷¹ Yargıtay A. M. D, 16/01/2006, (Y/D 2006), D/N 51715.

⁸⁷² Ceza Kanunu'nun 331.maddesi: "her kim, aleyhine nafaka ödemeye mecbur eden bir hüküm verilmiş olmasına rağmen, ailesinin geçimi için mahkemece takdir edilen meblağları vermekten ve karısı lehine hükmedilen nafakanın tamamını ödemekten iki ayı aşan bir süre kasten kaçınırsa, altı (6) aydan (3) yıla kadar hapis ve 50.000 DZD'den 300.000 DZD'ye kadar para cezası ile cezalandırılır".

⁸⁷³ Bkz; **Halil**, 'Amru, İnhilalü'r Rabita ez-Zevciyâh Nihaen 'Ala Talabi'z Zevcah, Mısır, el-Cami'âh el-Cedidâh Yayınlar, 2014, s. 44-47.

⁸⁷⁴ Bkz; **Ben Ş-Şevih, Sarah**, Devr ve İradetü'z Zevcâh Fî İnhâa er-Rabitâh ez-Zevciyâh Beyna el-Mudevvinâh el-Mağribiyâh ve Kanunü'l Üsrâh el-Cezayiri, (Doktora Tezi), I.Mouhammed Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 45.

*bulunmasına neden olduğu görülmektedir. Buna göre, hâkimler, evliliğin amacının gerçekleşmesini engelleyen kusur nedeniyle eşlerin birbirlerinden ayrılmalarına karar verirken kanunu doğru bir şekilde uygulamışlardır*⁸⁷⁵.

Cezayir yasa koyucusu kocada mevcut olan kusurun şartlarını belirtmemekle birlikte, bu şartlar Aile Kanunu'nun 53.maddesinden hareketle çıkarılabilir. İlgili şartlar şunlardır:

- Kusurun kadında değil, yalnızca kocada bulunması, çünkü kusur kadında ise, koca istediği zaman tek taraflı iradesi ile karısını boşama hakkına sahiptir.
- Kocayla ilgili kusurun, evlilikte arzu edilen hedefe ulaşılmasını engelleyen, yani zıf ve cinsel ilişkiye mani olan kusurlardan veya sevgiye dayalı evlilik hayatını bozan zararlı ve münferit hastalıklardan olmasıdır.
- Kadın, nikâh akdinden önce kocasının durumundan haberdar olmamalıdır. Zira buna rağmen evlenmiş olması, kadının, kocasının kusuruna rıza gösterdiği şeklinde yorumlanır ve kadının boşanma talebinde bulunma hakkı düşer.
- Kadının iddiasının, bilirkişi raporu, tanık ifadesi, ikrar veya başka bir şekilde ispatlanması gerekmektedir.

Yukarıda izah edildiği üzere, kadın kocasındaki bir kusur nedeniyle ayrılık davası açmışsa, kocanın ikrarı yoksa hâkim bilgi ve birikim sahibi kişilere başvurarak kusurun varlığını tespit etmelidir. Kusurun varlığı tespit edildikten sonra, kusurun ne ölçüde tedaviye elverişli olduğunun bilinmesi gerekir. Eğer tedavi umudu varsa, kadından bir yıl beklemesi istenir ve bu süre içinde hâkim kocaya tedavi için izin verir. Hastalık tedavi edilmezse hâkim ayrılık kararı verir⁸⁷⁶.

Cezayir yasa koyucusu, özellikle kusur ortadan kaldırılabilir ve tedavi edilebilir nitelikte ise, kocaya tedavi ve kusurdan kurtulması için bir süre tanımadığı için eleştirilmektedir. Ancak Cezayir yargısal içtihatları ile kocaya böyle bir süre tanınmıştır. Bu bağlamda, Cezayir Yargıtay'ının 19.11.2008 tarihinde verdiği kararda şu ifadelere yer verilmiştir: *“Kocanın karısıyla cinsel ilişkiye giremeyecek durumda olması halinde, tedavi için kocaya bir yıl süre tanınacağı hükme bağlanmıştır. Ve yargısal içtihatlar, bu süre boyunca ve bu sürenin bitiminden sonra kadının kocasıyla birlikte olmasını kabul etmiştir. Eğer kocanın yakalandığı hastalık iyileşmezse, karısının boşanmasına hükmetmiştir. Buna göre, mahkeme bu ilkelerin hükümlerini ihlal ettiğinde İslam hukukunun kurallarını ihlal etmiş olur”*⁸⁷⁷.

Cezayir yasa koyucusu, bu durumu ele alırken önemli ayrıntıları ihmal ettiği için

⁸⁷⁵ Cezayir Adliye Bülteni (2001), 1. Sayı, D.N 213571, s. 57.

⁸⁷⁶ **Belhâj**, s. 355.

⁸⁷⁷ Cezayir Adliye Bülteni (2008), 3. Sayı, D.N 34784, s. 73.

eleştirilmektedir. Buna göre, yasada kusurun evlilikten veya zifaktan sonra ortaya çıkması durumuna değinilmemiştir. Öte yandan Cezayir yasa koyucusu, kusurları evliliğin arzulanan amacına ulaşılmasını engelleyen kusurlarla, yani doğurganlık kusurlarıyla sınırlandırmıştır. Dolayısıyla, evliliğin amacını etkilemese de kadının kocasından uzaklaşmasına neden olabilecek diğer kusurları da kapsam dışı bırakmıştır.

Osmanlı hukukuna gelirse; bu konu HAK'nin 119 ila 123. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak, bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, tefrik (hıyar-ı tefrik), HAK'nin getirdiği bir yenilik değildir. Bu yöntem daha önce de İstanbul'da evliliklerini sona erdirmek isteyen kadınlar için bir çözüm yolu olmuş ve HAK'nin yürürlükten kaldırılmasından sonra da devam etmiştir. Ancak HAK ile gelen yenilik, kanunun delilik⁸⁷⁸, cüzzam, vitiligo veya genel hastalıklar⁸⁷⁹, iktidarsızlık⁸⁸⁰ ve kısırlık⁸⁸¹ gibi kusurları fesih konusu olarak ele almasından kaynaklanmaktadır. Zaman, genel hastalıklar gibi çeşitli hastalıkların boşanma nedeni olarak HAK'ne dâhil edilmesini gerektirmiştir. Fuhuştaki artış, gezginlerin sayısı ve gezgin tüccarlar bu tür hastalıkları yaymış olabilir.

Bir kadının iktidarsızlık nedeniyle boşanma talep edebilmesi için benzer bir sorunu olmaması gerekir. Ayrıca, iyileşme umudu varsa, hâkim feshi bir yıl erteleyebilir. Bir yıl sonra koca karısını boşamayı kabul etmezse hâkim evliliği fesheder⁸⁸². Cüzzam, vitiligo ve genel hastalıklar gibi bir hastalığın sonucu olarak boşanmada da benzer bir prosedür izlenmiştir⁸⁸³. Bir kadın deli kocasını ancak evlilikten sonra hastalandıysa boşayabilirdi. Böyle bir durumda yukarıda belirtilen prosedürler izlenirdi⁸⁸⁴.

İncelenmiş olan sicillerde yukarıdaki sebeplerden herhangi birine dayanan bir davaya rastlanmamıştır.

4.1.2.2.3. Uzaklaşma Nedeniyle Tefrik

Bu sebep iki durumu ihtiva etmektedir; yatakta terk edilme ve kocanın gaipliği. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, Cezayir yasa koyucusu her iki durumu da ele alırken, Osmanlı yasa koyucusu sadece kocanın gaipliğini hüküm altına almıştır.

⁸⁷⁸ HAK m.123.

⁸⁷⁹ HAK m.122.

⁸⁸⁰ HAK m.120.

⁸⁸¹ HAK m.120.

⁸⁸² HAK m.121.

⁸⁸³ HAK m.122.

⁸⁸⁴ HAK m.123.

A. Yatakta Terk Edilme

Yatakta terk edilmekten kasıt, kocanın yatak odasında karısını terk ederek, ondan yüz çevirerek ve şeriatın sınırları dâhilinde ona yaklaşmamasıdır Yatağı terk, kocanın karısını terbiye etmek amacıyla sahip olduğu araçlardan biridir⁸⁸⁵.

Kocanın karısını yatakta terk etmesi, yatakta karısına sırtını dönmesi ve bir koca olarak kendisinden beklenen ilgiyi ona göstermemesi, dolayısıyla karısının yanında olmaması ya da başka bir yatakta veya başka bir odada uyumak için evlilik yatağını veya evlilik yatak odasını terk etmesi şeklinde de ortaya çıkabilir.

Cezayir yasa koyucusu bu durumu Aile Kanunu'nun 53. maddesinin üçüncü fıkrasında ele almıştır. Buna göre, koca yatakta terk sınırını aşarsa, bu durum bir disiplin yönteminden, kadına kocasından ayrılmayı talep etme hakkı veren yasal bir nedene dönüşür. Şöyle ki, kocanın karısını terk ettiği süre 4 ayı geçerse, bu terk bir disiplin aracı olmaktan çıkıp kadına zarar verme aracına dönüşür ve dolayısıyla bu durumda kadının kocasından hâkim kararıyla ayrılması meşru hale gelir.

Yukarıda belirtildiği üzere, kocası tarafından terk edilip hâkime başvurarak ondan boşanmak isteyen kadının aşağıdaki şartları yerine getirmesi gerekmektedir:

- Kocasının onu terk edip sırtını dönmesi ve yatakta ona kocası gibi davranmaması;
- Terk edilmenin kesintisiz olarak dört aydan fazla sürmesi;
- Bu terkin kasıtlı olup hiçbir meşru gerekçesinin olmaması aksine salt zarar verme amacı taşıması.

Ancak terk aralıklı zamanlarda gerçekleşmiş, dört aya ulaşmamış veya cinsel ilişkiden kaçınma meşru bir sebep veya mazeretten kaynaklanmışsa, kadının ayrılmayı talep etme hakkı yoktur.

Bu fıkra kapsamında şu hususun altının çizilmesi gerekir: Kadın, kocasının kendisine dört ay boyunca yaklaşmadığını ispat ederse, bu durumda kocanın zarar verme amacı ayrıca araştırılmaz. Öte yandan, fıkra da kocaya terkinin geri alması ve ayrılık kararı verilmeden önce karısına dönmesi için bir süre tanınması hususuna yer verilmemiştir. Kanaatimizce bu durum yasa koyucu açısından bir eksiklik niteliği taşımaktadır.

Yukarıda belirtilen nedenle, eşler arasındaki ayrılığın geçerli olabilmesi için, böyle bir konunun önüne getirildiği hâkimin üç unsurun varlığını tespit etmesi gerekmektedir:

- Meşru olmayan maddi unsur, yani geçerli olmayan bir nedenden dolayı gerçek terk etme durumu;

⁸⁸⁵ Bkz; **Belhâj**, s. 363.

- Manevi unsur, yani zarar verme niyeti;
- Zaman unsuru, yani kocanın terkinin aralıksız olarak 4 aya ulaşması.

Bu unsurların hepsi bir arada mevcut olmazsa, eşler arasında ayrılığa karar vermek mümkün değildir⁸⁸⁶.

Yatakta terk edilme nedeniyle ayrılık davaları çok nadirdir ve bunun iki nedeni vardır:

- Bu tür davalarda ispatın zorluğu;
- Cezayir toplumunun bu tür davaları tabu olarak görmesi.

B. Gaiplik Nedeniyle Tefrik

CAK'nun kadının kocasından ayrılmasına yönelik bir karar talep etmesine izin verdiği durumlar arasında CAK'nun 53. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan gaiplik nedeniyle ayrılık da bulunmaktadır.

Kocanın gaipliği ya ilim tahsili veya ticaret için seyahat etmesi gibi geçerli bir amaç için ya da kocayı karısından uzak tutarak ona zarar vermek amacıyla gerçekleşir. Aynı şekilde gaibin nerede olduğu bilinebilir ve böylece onunla iletişim kurma imkânı mevcut olabilir veya nerede olduğu bilinmediği için kendisinden haber alınamıyor ve dolayısıyla ölümü hayatından ayırt edilemez bir hale gelmiş olabilir. Bu durumda gaiplik meselesi gündeme gelmektedir.

Aile Kanunu'nun 53. maddesinin beşinci fıkrasına bakıldığında, aşağıdaki koşullar gerçekleşmedikçe kadının ayrılma talebinde bulunamayacağı anlaşılmaktadır:

- Kocanın gaipliğinden başlayarak davanın açıldığı tarihe kadar geçen sürenin en az bir yıl olması gerekmektedir. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, Cezayir yasa koyucusunun bu konuda Malikilerin görüşünü esas almış olmasıdır.
- Bu gaiplik, meşru bir sebep olmaksızın meydana gelmiş olmalıdır. Zira kocanın eğitimini tamamlamak için bir yıl veya daha uzun süre yurt dışında bulunması veya bir yıldan daha uzun bir süre yurt dışında kalmasını gerektiren ulusal bir görevde bulunması yahut başka ciddi bir nedenle yurt dışında bulunması durumunda mesele farklıdır. Bu durumlarda kadının boşanma talebi reddedilecektir.
- Koca, karısı ve çocuklarına nafaka bırakmadan ortadan kaybolur. Bu durum hâkim tarafından değerlendirilir ve kişiyi gaipliğe iten sebepler, bulunduğu ülke, gaipliği

⁸⁸⁶ Bkz; **Belhâj**, s. 368.

sırasında ulaştığı durum ve idari prosedürler, kendisini çevreleyen siyasi koşullar ve nakit transferinin mümkün olup olmadığı hususları göz önünde bulundurulur.

Ne var ki, gaipliğe ilişkin Aile Kanunu hükümleri birtakım çelişkili hükümler ihtiva etmektedir. Bu durum ise çelişkili yargı kararlarına, ailenin zarar görmesine ve hak kayıplarına yol açmaktadır. Bu bağlamda Aile Kanunu'nun 53. maddesinin 5. fıkrası ile aynı kanunun 110. ve 112. Maddelerini değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre 53. Maddenin 5. Fıkrası kocanın mazeretli olarak gaip olması halinde ayrılık talebinin kabul edilmeyeceğini öngörmektedir ki burada herhangi bir sorunla karşı karşıya kalınmamaktadır. Öte yandan, Aile Kanunu'nun 110. Maddesi şu hükmü içermektedir: "*Mücbir sebeplerle bir yıl süreyle yerleşim yerine dönmekten veya işlerini bizzat ya da başkası aracılığıyla yürütmekten men edilen ve gaipliği başkalarına zarar veren kişi kayıp kişi olarak kabul edilir.*" Ancak Aile Kanunu'nun 112. maddesi ise - ki sorun da burada yatmaktadır - şunu öngörmektedir: "*Kocasını kaybolan veya gaip olan kadın, bu Kanunun 53. maddesinin beşinci fıkrasına dayanarak ayrılık davası açabilir.*" Bu durum açık bir çelişki olarak değerlendirilmektedir, çünkü mücbir sebepler hukuken geçerli bir mazeret olup, Aile Kanunu'nun 53. maddesinin beşinci fıkrası ayrılığın mazeretsiz olarak gerçekleşmesini şart koşarken, Aile Kanunu'nun 112. maddesi mücbir sebep olan mazeretin varlığına rağmen gaip aleyhine boşanma hükmü verilmesine olanak tanımaktadır⁸⁸⁷.

HAK'nin ise, karısını terk etmek ya da geçimini sağlayamamak tefrik sebebi olarak öngörülmüştür. HAK'nin 126. maddesi, kocanın gaip veya kayıp olması ve karısını nafakasız bırakması durumunda, karısının fesih için mahkemeye başvurabileceğini belirtmektedir. Maliki ve Hanbeli mezhepleri gaip veya kayıp olmayı fesih sebebi olarak kabul ederken, Hanefi ve Şafii mezhepleri kabul etmemiştir. Hanefi mezhebine göre, bir evlilik birliğinde koca kayıpsa, kadın kocasının akrabaları ölene kadar beklemek zorundadır, bu da eğer çift gençse onlarca yıl beklemek anlamına gelebilir.

Bu kararın Osmanlı kadınları için büyük sorunlara yol açtığı aşikârdır. Osmanlı Devleti'nin son yüzyılında çok sayıda Osmanlı kadını başka milletlerden Müslüman erkeklerle evlenmiştir. Ancak bu erkekler genellikle eşlerini düzgün bir boşanma olmadan terk edip kendi ülkelerine geri dönmüşlerdir. Kocaları tarafından terk edilmelerinin bir sonucu olarak bu kadınlar yoksulluk çekmiştir, çünkü Hanefi mezhebi bu gibi durumlarda kadınların boşanmasına, yeniden evlenmesine ve nafaka almasına izin vermemiştir. Ancak 29 Rebiülahir 1334/ 5 Mart 1916 tarihinde yayınlanan bir İrade-i Seniyye ile bu kadınların

⁸⁸⁷ Bu konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz; **Ben dawed**, s. 102.

Maliki ve Hanbeli mezhebi hükümlerine göre boşanmalarına izin verilmiştir⁸⁸⁸.

Kocaları askere alınan ve Osmanlı Devleti'nin birçok cephesinde savaşıyan kadınlar da yokluğun etkisi altında kalmıştır. Bu ikinci grup kadınlar için durum daha da kötüdür, çünkü ekonomik zorluklar savaş sırasında en üst düzeye ulaşmıştır. Bu kadınlar herhangi bir geçim kaynağından yoksun kalmışlardır. Örneğin, kocası Yakup Galipoğlu Kilitbahir'de ölen Veliye Hanım, başka biriyle evlenebilmek için mahkemeden kocasının ölümünün kayıtlara geçirilmesini talep etmiştir. Şahitlerin dinlenmesinin ardından Yakup'un Gelibolu'da öldüğü kesinleşmiş ve mahkeme Veliye Hanım'ın yeniden evlenmesine izin vermiştir⁸⁸⁹. Yakup, zanaatkar olarak çalışmaktaydı. Veliye Hanım muhtemelen dar gelirli bir kadın olduğu için mahkemede kendisini bir avukatla temsil imkanından yoksundu.. Yakup 1912'de askere alınmış ve çok geçmeden ölmüştür. Ancak Veliye Hanım 1917'de mahkemeden yeniden evlenme hakkı kazanmayı başarmıştır ki bu da onun için 5 yıllık bir sıkıntı anlamına gelmektedir.

Bir başka davada, Sami Efendi Balkan Savaşları sırasında askere alınmıştır. 1912'de Bulgaristan'ın Noragaya kentinde hayatını kaybetmiştir. Gömülürken arkadaşları cebinde bir miktar para ve bir mektup bulmuşlardır. Sami Efendi mektubunda bu paranın karısının mehri olduğunu ve ölmesi halinde ona teslim edilmesi gerektiğini yazmıştır. Arkadaşları Mehmed Mahmud ve Binbaşı Ziya Efendi parayı ve mektubu Sami Efendi'nin annesine teslim edip, mahkeme Sami Efendi'yi şehit olarak kayıtlara geçirmiştir. Sami Efendi sorumluluk sahibi bir koca ve duyarlı bir insandı, ölümünden sonra bile eşine mehrini ödemiştir. Ancak 1912 yılında vefat eden Sami Efendi'nin ve mehrinin haberi eşine ancak 1917 yılında ulaşmış, bu da büyük olasılıkla eşinin 5 yıl boyunca hiçbir geçim kaynağı olmadan acı çektiği anlamına gelmektedir.. Savaş şartları ve Osmanlı Devleti'nde insanların çektiği ekonomik sıkıntılar göz önünde bulundurulduğunda, HAK'nin 126. maddesi boşanmak isteyen kadınlar için büyük bir kolaylık sağlamıştır⁸⁹⁰.

Kocası kendisine bir nafaka ya da geçim kaynağı bıraktığı halde hala kayıp ya da ortada olmayan kadının durumu ne olacaktır? Böyle bir kadının yeniden evlenebilmesi için kocasının akranları ölene kadar belki de 50 yıl bekletilmesi makul mudur? Osmanlı yasa koyucuları haklı olarak bu sorunu yasanın 127. maddesinde ele almışlardır. Maddeye göre, bir erkek kayıp ya da gaip ise, gaip olduğu süre için destek olarak para bırakmış olsa bile, karısı fesih talebinde bulunabilir. Kocanın hayatta olduğuna veya bulunduğu dair bir umut

⁸⁸⁸ **Cin, Halil**, Eski Hukukumuzda Boşanma, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayınlar, 1988, s.130.

⁸⁸⁹ Galata Mahkemesi Defteri, D/N: 1026, D:192, s. 7, 17/02/2017.

⁸⁹⁰ Galata Mahkemesi Defteri, D/N: 1027, D: 608, s. 69, 12/12/1917, bkz; **Altınbaş**, Dipnot No: 795.

varsa, hâkim feshi dört yıl süreyle tecil eder. Dört yıl sonra ya da bu süre içinde umudun kaybolduğu düşünülürse, hâkim eşlerin boşanmasına karar verir. Bu maddenin de yine güncel koşullara göre kaleme alındığı anlaşılmaktadır.

HAK'nin 128. maddesi, bir kadının fesihten sonra yeniden evlenmesi halinde, ilk kocası geri dönse bile ikinci evliliğinin iptal edilmeyeceğini belirtmektedir. Ancak 129. maddeye göre, bir kadın ilk evliliği feshettiremezse, kayıp kocasının geri dönmesiyle ikinci evliliği kendiliğinden sona erer. Dolayısıyla ikinci evliliğin feshi hâkimin geçerli bir karar vermesine bağlıdır⁸⁹¹.

İncelenmiş olan mahkeme kayıtlarında, davaların çoğu kayıp ya da gelmeyen kocalar ile ilgilidir. Daha da ilginç olanı, 1922 ve 1923 yıllarına ait davalarda da HAK'nin ilgili hükümlerinin uygulanmasıdır, zira bu yıllarda HAK çoktan yürürlükten kaldırılmıştır. 1920'lerde İstanbul işgal edilmiş, birçok erkek Anadolu'da orduya katılmış ya da çoktan ölmüştü. Bu nedenle kadınlar için zorluklar I. Dünya Savaşı'ndan sonra bile sona ermemiştir. Hâkimler, HAK'nin 126. ve 127. maddelerini uygulayarak, nafaka, mehir ve eşler arasındaki şiddetli geçimsizlik sorunlarını çözmek için bu kanunun hükümlerinden yararlanmışlardır. Kocası sekiz yıldır kayıp olan İstanbullu bir kadın, Canfeza Hanım, evliliğinin feshi için mahkemeye başvurmuştur. Davada ise süreç şöyle işler: Önce kadın dava açar. Ardından, genellikle İkdâm olmak üzere bir gazetede kocanın kayıp olduğuna dair bir ilan yayınlanır ve adresi biliniyorsa kocaya bir davetiye gönderileceği bildirilir. İkinci duruşmada koca gelmezse mahkeme kocanın yokluğunda karar verir. Hâkim şahitleri dinler ve ardından evlilik hakkında karar vereceği ilan edilir. Canfeza Hanım'ın davasında da bu süreç izlenmiş ve mahkeme, Canfeza Hanım'ın kocasından boşanmasına HAK'nin 126. maddesine göre karar vermiştir⁸⁹². Aynı şekilde Fatma Hanım da Balkan Savaşları'nda askere alınan ve 1918'den beri haber alınamayan Hasan Ağa'dan boşanmıştır⁸⁹³.

Diğer davada ise Fatma Neyyir Hanım'ın postacı olan eşi Ebusüreyya Sami Bey 1915 yılında Amasya'ya gidip kaybolmuştur. Fatma Neyyir Hanım evliliğinin feshi için mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, Ebusüreyya Sami Bey hakkında Üsküdar karakolunda bir inceleme yürütmüştür. İkdâm gazetesinde 21/05/ 1919 tarihinde 1647 sayı ile Ebusüreyya Sami Bey için kayıp ilanı yayınlanmıştır. İlanın üzerinden iki ay geçmesine rağmen Ebusüreyya Sami Bey hâlâ kayıptır ve mahkemenin ikinci duruşmasında hâkim

⁸⁹¹ **Ansay, Sabri Şakir**, Eski aile hukukumuzla bir nazar. Hukuk inkılâbımızı aydınlatan tarihî - teşriî vesikalar. Medenî Kanunumuzun 25 inci Yıldönümü münasebetiyle, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlar, 1952, s. 30.

⁸⁹² Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D: 18, s. 9, 14/09/1918.

⁸⁹³ Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D: 21, s. 11, 07/12/1918.

gıyap kararı vermiştir. Şahitleri dinleyen hâkim, Ebusüreyya Sami Bey ile Fatma Neyyir Hanım'ı, HAK'nin 126. maddesine istinaden boşamasına karar vermiştir⁸⁹⁴. Aynı şekilde Fatma Nimet Hanım da 1919 yılında iki yıldır görmediği kocası Bayram Ali Efendi'den boşanmak için mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme de aynı işlemleri izlemiş ve hâkim, HAK'nin 126. maddesi uyarınca evliliklerini feshetmiştir⁸⁹⁵. Fatma Neyyir Hanım'ın davası ve yukarıda belirtilen üç dava, HAK'ın yürürlükte olduğu dönemde meydana gelmiştir

HAK'nin 126. Maddesinin uygulanmasına, HAK'nin yürürlükten kaldırılmasından sonra bile devam edildiği görülmektedir.. Buna göre Hatice Saadet Hanım'ın kocası bir yıldır kayıp idi. Avukatı vasıtasıyla mahkemeye müracaat etmiştir. Hatice Saadet Hanım'ın avukatı mahkemeye kocasından 5.000 kuruş mehr-i muaccel aldığını ve 5.001 kuruş mehr-i müeccel alacağı olduğunu gösteren mehir belgesini ibraz etmiştir. Ayrıca Avukat, mahkemedan Mahmut Hayrettin Efendi'ye müzekkere gönderilmesini talep etmiş ve duruşma 16 Mart 1922 tarihine ertelenmiştir. Bu arada Mahmut Hayrettin Efendi'nin evine tebligat gönderilerek 3 Mart 1922 tarihli İkdam ve 4 Mart 1922 tarihli Takvim-i Vekayi gazetelerinde kayıp ilanı verilmiştir. İkinci duruşmada ise Mahmut Hayrettin Efendi yine gelmemiş ve hâkim gıyap hükmü vermiştir. Hâkim, şahitlerin ifadesini dinledikten sonra Hatice Saadet Hanım ve Mahmut Hayrettin Efendi'nin HAK'nin 126. maddesi doğrultusunda boşanmalarına karar vermiştir⁸⁹⁶.

4.1.2.2.4. Ahlaki Nedenlerle Tefrik

Bu başlık altında, kocanın aile şerefine karşı işlediği bir suçtan dolayı yargılanması ve aynı zamanda fuhuş suçu işlemesi nedeniyle tefrik konusuna değinilecektir. Bu bağlamda belirtilmesi gereken husus, bu sebeplerin Osmanlı yasa koyucusu tarafından ele alınmadığıdır. Dolayısıyla konu yalnızca CAK'na göre ele alınacaktır.

A.Kocanın Aile Şerefine Karşı İşlemiş Olduğu Suçtan Dolayı Yargılanması Nedeniyle Tefrik

Cezayir yasa koyucusu bu nedene Aile Kanunu'nun 53. maddesinin dördüncü fıkrasında değinmiştir. Bundan dolayı, kadının hâkime ayrılık talebinde bulunabilmesi için bir takım koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir:

⁸⁹⁴ Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D: 14, s. 6, 14/08/1919.

⁸⁹⁵ Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D: 17, s. 41, 22/01/1919.

⁸⁹⁶ Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D: 36, s. 51-53, 28/03/1922, , bkz; Altınbaş, Dipnot No: 802.

- Kocanın işlediği bir suçtan dolayı cezalandırılmasına yönelik bir mahkeme kararı çıkarılması. Buna göre, kocanın işlediği fiil yasal olarak suç teşkil etmeli ve kanuna göre cezalandırılabilir olmalıdır, çünkü Cezayir Ceza Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca: "Kanunsuz suç ve ceza olmaz". Keza, koca aleyhine verilen kararın kesin olması ve artık olağan veya olağanüstü kanun yollarına başvuru imkânının söz konusu olmaması gerekir⁸⁹⁷.
- Kocanın işlemiş olduğu suçun, ailenin onuruna yönelik bir hakaret niteliği taşıması gerekmektedir. Bu çerçevede Cezayir yasa koyucusu, aile şerefine karşı işlenen suçların sınırlandırılması zor olduğu için bu terimi genelleştirmiştir. Çünkü ailenin onuru birden fazla konuyu kapsar ve ayrıca ister ahlaki ister parayla ilgili olsun, suçların çoğu genel olarak ailenin onurunu etkiler. Örneğin zina, fuhuş, ırza tecavüz, hırsızlık, rüşvet ve emniyeti suiistimal suçlarının hepsi aile şerefini etkileyen suçlardır.
- Kocanın işlemiş olduğu suçun evlilik birliğinin imkânsızlığına karine teşkil etmesi. Buna göre bu suç nedeniyle eşler arasındaki ilişkinin gerginleşmesi, eşler arasındaki sevgi ve merhametin aralarında kin ve nefrete dönüşmesi, böylece huzur ve sükûnetin kalmaması söz konusudur.

İşte tüm bu koşulların sağlanması halinde hâkim eşlerin ayrılmasına karar verebilir.

B. Fuhuş Suçu İşlemesi Nedeniyle Tefrik

Cezayir yasa koyucusu bu durumu Aile Kanunu'nun 53. maddesinin yedinci fıkrasında ele almıştır. Cezayir yasa koyucusu, fuhuş suçunu başlı başına bir ahlaksızlık olarak cezalandırmamış ve bu nedenle her gayri meşru cinsel ilişkiyi cezalandırmamış, bunun yerine bu fiilin evlilik haklarını ve evlilik akdinin kutsallığını ihlal ettiğini göz önünde bulundurarak cezayı evli bir kişiden gerçekleşen fiille sınırlandırmıştır. Bu bağlamda, Cezayir Ceza Kanunu'nun 339. Maddesi şunu öngörmektedir: "*fuhuş suçunu işlemiş olduğu sabit olan evli kadın bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Her kim evli olduğunu bildiği bir kadınla fuhuş suçunu işlerse bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fuhuş suçunu işleyen koca bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır ve ortağı için de aynı ceza geçerlidir. Mağdur olan eşin şikâyeti haricinde adli işlem yapılmamakta ve eşin affetmesi tüm takibi sonlandırmaktadır.*"

⁸⁹⁷ Bkz; Belhâj, s. 294.

Kadının, kocasının fuhuş işlemesi nedeniyle ayrılık talebinde bulunabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

- Koca tarafından işlenmiş olan fiilin genel ahlaka ve adaba aykırı olması;
- Evlilik bağının kocanın fuhuş yaptığı sırada ve ayrılık davası açılıncaya kadar devam etmesi;
- Kadının, kocasının ahlaksızlık yaptığını ispatlaması. İspatın farklı yöntemlerle gerçekleştirilmesi mümkündür.

Yukarıda belirtilen tüm koşulların yerine getirilmesi halinde, kadının talebi üzerine hâkim tarafından evlilik birliğinin sona erdirilmesine karar verilebilir.

4.1.2.2.5. Cezayir Aile Kanunu'nun 8. maddesi Hükümlerinin ve Evlilik Akdinde Üzerinde Anlaşılan Şartların İhlali Nedeniyle Tefrik

Başlıktan da anlaşılacağı üzere, bu iki durum sadece Cezayir yasa koyucusu tarafından ele alınmıştır ve bu nedenle bu başlık altında sadece CAK ele alınacaktır.

B. Aile Kanununun 8. maddesi Hükümlerinin İhlali Nedeniyle Tefrik

CAK'nun 53. maddesinin altıncı fıkrası, kocanın Aile Kanunu'nun 8. maddesi hükümlerini ihlal etmesi halinde kadının ayrılık talebinde bulunmasına izin vermektedir. Buna göre, Aile Kanunu'nun 8. maddesinde, koca, başka biriyle evlenmek istediğinde, önceki ve sonraki eşlerini bilgilendirmek ve aile konutunun bulunduğu yerdeki mahkeme başkanından evlenmek için izin talebinde bulunmak zorundadır. Bu durumda mahkeme başkanı iki eşin rızasını tespit eder ve koca da evliliğin yasal gerekçelerini, kadınlar arasında adaleti sağlayabileceğini ve evlilik hayatı için gerekli koşulları sağladığını ispat ederse, kocanın ikinci kadınla evlenmesine izin verir. Buna ek olarak, Aile Kanunu'nun mükerrer 8. maddesine göre, kocanın aldatıcı bir harekette bulunması halinde, her kadın kocasına karşı dava açarak kocasından ayrılmayı talep edebilir.

Bu kapsamda 53. maddenin altıncı fıkrasında yer alan hükümlerin yeniden zikredilmesine gerek yoktur, zira bu hükümler kanunun mükerrer 8. maddesinde yer almaktadır. Bu madde, her kadının, kocasının kendisine haber vermeyerek, rızasını ve hâkimin iznini almayarak hile yapması halinde boşanma davası açma hakkına sahip olduğunu öngörmektedir. Bununla birlikte, kocanın evlenmeme şartını ihlal etmesi halinde kadının boşanma talebinde bulunmasına olanak tanıyan aynı kanunun 19. maddesi de bu fıkranın uzantısı olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Cezayir yasa koyucusunun 8. madde hükümlerinin ihlali halini genel zarar kapsamı dışında bıraktığı ve ilgili durumu 53. maddenin altıncı fıkrasıyla boşanma sebeplerinden bağımsız bir sebep haline getirdiği görülmektedir.

B. Evlilik Akdinde Üzerinde Anlaşılan Şartların İhlali Nedeniyle Tefrik

Cezayir yasa koyucusu, 53. maddenin dokuzuncu fıkrasında, evlilik akdinde üzerinde anlaşılan koşulların ihlal edilmesini, kadının hâkimden ayrılık talebinde bulunmasına imkân tanıyan sebeplerden biri olarak kabul etmiştir. Söz konusu fıkra, yukarıda bahsi geçen Aile Kanunu'nun 19. maddesinin bir uzantısı olarak ortaya çıkmıştır ve bu durum Cezayir yasa koyucusunun çok eşliliği sınırlandırma çabasına örnek olarak gösterilebilir. Bu fıkradan anlaşılacağı üzere Cezayir yasa koyucusu, hem kocaya hem de kadına, haram kılınan bir şeyi helal, helal kılınan bir şeyi de haram kılmadığı ve evlilik akdinin amaçlarına ters düşmediği sürece evlilik akdine menfaati olan yeni şartlar ekleme izni vermiştir. Buna göre, kadının yararına olan bu şartlardan birinin koca tarafından ihlal edilmesi halinde, Cezayir yasa koyucusu kadının kocasından ayrılmak amacıyla hâkime başvurmasına izin vermiştir.

Cezayir yasa koyucusunun, evlilik akdinde üzerinde anlaşmaya varılan koşulların eş tarafından ihlal edilmesi durumunda akıbetin ne olacağı konusuna açıklık getirmemiş olması dikkat çekicidir; zira daha önce bahsi geçen 19. madde her iki eşin de şart koşmasını mümkün kılmıştır. Dolayısıyla koca, boşanmayı bizzat gerçekleştirme hakkına sahip olduğu için, kadın tarafından bu koşulların yerine getirilmemesi halinde karısını boşayabilir.

Osmanlı yasa koyucusu ise bu konuyu HAK'nin 38. maddesinde hükme bağlamıştır. Bu maddenin hükmüne göre, başka biriyle evlenmemesi veya evlenmesi halinde kadınlardan birinin boş olması şartıyla erkek bir kadınla evlendiğinde, hem nikâh akdi hem de bu şart sahihtir. Buna göre, koca evlilik akdinde üzerinde anlaşılan çok eşlilik şartını ihlal ederek başka bir kadınla evlendiğinde, kadının ayrılma talebinde bulunma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Yani, eğer evlilik akdinde çok eşlilik koşulu belirtilmiş ve koca bu koşulu ihlal ederek başka bir kadınla evlenmişse, kadın bu durumu gerekçe göstererek boşanma talebinde bulunabilir. Bu hükme göre, kadın eşin çok eşlilik şartını ihlal etmesi halinde boşanma talebinde bulunma hakkına sahiptir.

4.1.2.2.6. Eşler Arasındaki Geçimsizliğin Devam Etmesi ve Zarar Nedeniyle Tefrik

Cezayir yasa koyucusu bu iki sebebi ayrı ayrı ele alırken, Osmanlı yasa koyucusu

bunları birleştirmiştir. Buna göre, bu iki durum öncelikle CAK'nda yer alan hükümlere ve ardından da HAK'deki hükümler ortaya konulacaktır.

A. Eşler Arasındaki Geçimsizliğin Devam Etmesi

Cezayir yasa koyucusu Aile Kanunu'nun 53. maddesinin sekizinci fıkrası aracılığıyla eşler arasındaki sürekli geçimsizliği tefrik sebeplerinden biri olarak değerlendirmiş ve çekişmenin uzunluğundan, kocasıyla arasındaki sürekli geçimsizlikten ve aralarındaki kötü muameleden zarar gören kadına mahkemeye başvurma ve kocasından ayrılma talebinde bulunma hakkı tanımıştır.

CAK, 2005 yılında yapılmış olan değişiklikten önce eşler arasındaki geçimsizliği bir ayrılık sebebi tanımlamamıştır.

Yukarıda bahsi geçen fıkranın kaynağı, Cezayir Yargıtay'ı tarafından 24.09.1996 tarihinde verilen bir karardır. İlgili kararda şu ifadelere yer verilmiştir: "*Eşler arasındaki geçimsizliğin ağırlaşması tefrik gerektirir. Bu davada hâkimler, davalının kocasıyla yaşadığı çekişmenin uzun süre devam etmesi sonucu sinir hastalığına yakalanması ve aralarında yaşamın imkânsız hale gelmesi nedeniyle zarar gördüğü gerekçesiyle kadını kocasından boşama kararını verirken, kanunu doğru bir şekilde uygulamış bulunmaktadır*"⁸⁹⁸. Bu yargısal içtihat Cezayir yasa koyucusunun dikkatini çekmiş ve tefrik sebeplerinden biri haline gelmiştir, zira yasa koyucu evlilik birliğinin devam edemeyeceği sürekli geçimsizlik nedeniyle kadının ayrılma talebinde bulunmasına izin vermiştir. Buna göre, kadın iddia ettiği hususun doğru olduğunu ispat ederse, kötü muamele ile evliliği sürdürmek kadına zarar vereceğinden hâkim onu kocasından bain olarak boşar, ancak kadın iddiasını ispat edemezse hâkim onun ayrılma talebini reddeder. Ancak kadın şikâyetini tekrarlar ve iddiasını ispat edemezse, Aile Kanunu'nun 56. maddesi⁸⁹⁹ hâkime, biri kocanın ailesinden diğeri de kadının ailesinden olmak üzere, geçimsizlik ve çatışmanın nedenlerini tespit edecek ve eşleri uzlaştırmaya yönelik her türlü çabayı gösterecek iki hakem atama yetkisi verir. İki hakem en geç iki ay içinde görevlerini yerine getirmek ve bu süre içinde görevlerine ilişkin bir raporu hâkime sunmak durumundadır. Ayrıca, Medeni ve İdari Usul Kanunu'nun 449. maddesi, iki hakemin eşleri uzlaştırmada başarısız olduklarının kanıtlanması halinde hâkimin bu iki hakemin görevlerine son verme hakkına sahip olduğunu

⁸⁹⁸ Cezayir Adliye Bülteni (1997), 2. Sayı, D.N 139353, s66.

⁸⁹⁹ CAK 56.maddesi: "Eşler arasındaki anlaşmazlık şiddetlenirse ve zarar ispat edilemezse, aralarını uzlaştırmak üzere iki hakem atanmalıdır. Hâkim, biri kocanın ailesinden biri de kadının ailesinden olmak üzere iki hakem atar ve bu iki hakemin iki ay içinde görevleriyle ilgili bir rapor sunmaları gerekir".

öngörmektedir. Buna göre, Medeni ve İdari Usul Kanunu'nun 449. Maddesi şu hükme bağlanmıştır: "*Hâkim, görevin yerine getirilmesinin zor olduğu ortaya çıkarsa, iki hakemin görevlerine kendiliğinden son verebilir. Bu durumda, uyuşmazlığı mahkeme geri gönderir ve dava devam eder*".

Yukarıda belirtildiği üzere, geçimsizlik nedeniyle ayrılık davasında iki hakemin atanması için aranan şartları şu şekilde belirtmek mümkündür:

- Eşler arasındaki çekişmenin şiddetlenmesi. Buradaki çekişmenin şiddetinin takdiri davanın konusuyla ilgilidir ve dolayısıyla takdiri hâkime tabidir;
- Hâkimin önünde zararın ispatının mümkün olmaması ve hâkimin eşlerin arasını düzeltememesi.

İşte iki hakemin rolü, ellerinden geldiğince eşler arasında uzlaşma sağlamakla sınırlı olup, eşler arasında ayırım yapma hakları yoktur. Bunu yapmadıkları takdirde, iki hakem görevin ifası sırasında karşılaştıkları sorunları hâkime bildirdikten sonra, hâkim onların görevlerine kendiliğinden son vererek dosyayı mahkemeyi iade edebilir ve davaya devam edebilir.

B. Zarar Nedeniyle Tefrik

Cezayir yasa koyucusu, CAK'nun 53. maddesinin 10.fıkrası aracılığıyla zarar gerekçesiyle tefrik yoluna gidilmesine izin vermiştir. Bu bağlamda, "zarar" terimi fiziksel, zihinsel veya duygusal şiddetin yanı sıra eşler arasındaki diğer kötü muamele veya uyumsuzluk biçimlerini de ifade edebilir.

Kadın, zarar gördüğü gerekçesiyle ayrılma talebinde bulunduğunda, söz konusu dava süreci genellikle aşağıdaki adımları içerir:

- Davanın açılması: Zarara uğradığını iddia eden kadın, zararın nedenlerini belirterek ve iddialarını destekleyecek kanıtlar sunarak ilgili aile mahkemesine dava başvurusunda bulunmaktadır.
- Soruşturma: Mahkeme, eşlerin, tanıkların veya uzmanların beyanlarını almayı ve mevcut kanıtları inceleyerek soruşturmayı ifa etmektedir.
- Mahkeme kararı: Mahkeme, zarar verildiğine dair yeterli kanıt olduğuna ve uzlaşmanın mümkün olmadığına veya tarafların yararına olmadığına kanaat getirirse, zarar verildiği gerekçesiyle eşlerin birbirinden ayrılıp boşanmasına karar verebilir. Mahkeme ayrıca, evlilik mallarının paylaşımı, hidane ve zarar gören eşe ödenmesi gereken mali tazminat gibi boşanma hükümlerini de karara bağlayacaktır.

HAK'e gelince, Yukarıda izah edildiği gibi, İslam aile hukukunda kocanın geçimsizlik yaşadığı karısını boşama hakkı vardır. Bir kadın kocası ile geçimsizse, hul'u deneyebilir; ancak kocası hul'u kabul etmezse, Hanefi mezhebinde kadının kocasını birbirlerine uygun olmadıklarına ikna etmeye çalışmaktan başka bir seçeneği yoktur. HAK'nin 130. ve 131. maddeleri kadınlara memnun olmadıkları kocalarından boşanmayı talep etme hakkı vermiştir. Yasa koyucular bu maddeler için Maliki Mezhebinin görüşünü esas almışlardır.

HAK'nin 130. maddesine göre, karı veya koca şiddetli geçimsizlik nedeniyle mahkemeye başvurabilir. Böyle bir durumda hâkim her iki aileden birer hakem tayin eder. Böylece eşlerin sorunlarının çözümünden sorumlu bir aile meclisi oluşturulur. İki hakem bir anlaşmaya varamazsa, hâkim üçüncü bir hakem atayabilir veya eşler arasında uzlaştırma görevini yerine getirmek üzere yine iki kişiden oluşan başka bir hakem heyeti atayabilir. Bunu yapmak tamamen hâkimin takdirine bağlıdır.

Aile meclisi eşleri uzlaştıramazsa boşanma söz konusu olur: problemlerin kaynağı erkeğe boşanma prosedürü izlenir⁹⁰⁰. Ancak kadın sorumluya hul prosedürü yürütülür. 131. maddeye göre aile meclisinin boşanma kararı bain boşanma yani talak-ı bain olarak nitelendirilir.

Bu maddenin kadın hakları açısından çok önemli olduğu savunulmaktadır. Kocaları eşlerine karşı kötü davranışlarından ve hakaretlerinden ahlaki olarak sorumlu tutmak yerine, HAK kocaları evlilik bağındaki faaliyetlerinden sosyal ve maddi olarak da sorumlu kılmaktadır. Böylece İslam Hukukunun Maliki mezhebi kullanılarak boşanma kararı hem erkek hem de kadın için daha objektif bir hale getirilmiştir. Sonuç olarak, bu madde Müslüman kadınların yaşam koşullarında bir iyileşme sağlamıştır⁹⁰¹.

HAK, iki hakeme hâkim yetkisini vermiştir, bu nedenle hakemler eşler arasında evlilik hayatının devam etmesinin imkânsız olduğunu görürlerse, onları ayırmaya karar verirler. Verilen bu kararlar kesindir ve temyize tabi değildir⁹⁰².

Şerife Nur Hanım ve eşi Ali Ağa 17 yıldır evlilik hayatlarını sürdürmekteydi. Ancak Şerife Nur Hanım şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanmak için mahkemeye başvurduğunda yaklaşık bir yıldır ayrı yaşamaktaydılar. Bu durumla ilgili olarak HAK'nin öngördüğü prosedürler izlenmiş ve Şerife Nur Hanım ile Ali Ağa için bir aile meclisi kurulmuştur. Ancak eşler arasında uzlaşmanın sağlanamadığı anlaşılmış ve HAK'nin 131. maddesine göre boşanmalarına karar verilmiştir⁹⁰³. Bu çerçevede, Galata Mahkemesi tarafından 28.04.1918

⁹⁰⁰ Cin, s. 131-132.

⁹⁰¹ Aydın, s. 204.

⁹⁰² Aydın, s. 204.

⁹⁰³ Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D:12, s. 5, 20/07/1919.

tarihinde alınan bir karara göre, Seyfiye Hanım, eşi Ahmed Rauf Bey'e kendisini dövdüğü ve kendisinin dinsel inançlarına saygı göstermediği gerekçesiyle boşanma talebiyle dava açmıştır. Seyfiye Hanım'ın avukatı mahkemeye Seyfiye Hanım'ın çok dindar ve dinini yaşayan bir kadın olduğu fakat kocasının ibadetlerini yerine getirmediği ve dinsel değerlere de saygı göstermediği yönünde beyanda bulunmuştur. Bunun üzerine mahkeme, HAK'nin 130. maddesi uyarınca bir aile meclisi kurulmasına karar vermiştir. Aile meclisi, karı kocanın arasını bulmanın mümkün olmadığına karar vererek onları boşamış; Ahmet Rauf Bey de Seyfiye Hanım'a mehrini ödemiştir⁹⁰⁴.

4.1.2.3. Değerlendirme

CAK ve HAK'nin her birinde tefrik ile ilgili hükümler değerlendirildiğinde, Cezayir yasa koyucusunun tefrik sebeplerini HAK'deki sebeplere kıyasla genişlettiği, Cezayir yasa koyucusunun bu sebepleri on durumla sınırlandırırken Osmanlı yasa koyucusunun dört sebeple sınırlandırdığı görülmektedir. Bu husus iki şekilde yorumlanabilir; bunlardan ilki yukarıda belirtildiği üzere HAK'nin yürürlüğe girdiği dönemde var olan koşullara ilişkindir. Ayrıca Cezayir yasa koyucusunun değindiği ve Osmanlı yasa koyucusunun ele almadığı durumların HAK'nin düzenlendiği zamanlarda yaygın olmadığı ve bu nedenle kodifiye edilmelerine gerek olmadığı da açıklanabilir.

Hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucuları, hâkimin görevlerinden birinin adaletsizliği ve zararı ortadan kaldırmak olduğuna göre, kocanın karısına zarar verdiği tespit edildiğinde, hâkimin kendi yetkisiyle koca adına eşleri ayırmasına izin vermiştir. Buna ek olarak, kadına tek taraflı iradesine dayanarak kocasından ayrılma talebinde bulunma hakkı tanımlıdır ve bu, meşru bir sebep bulunması halinde kocanın rızasına gerek olmaksızın bir yargı kararıyla gerçekleştirilir.

Cezayir yasa koyucusu evlilik akdinde eşler arasında karşılıklı haklar ve yükümlülükleri tanzim etmiştir ve bunların ihlali eşlerden birinin zarar görmesine yol açabilir. Dolayısıyla zararın mümkün olduğunca giderilmesi gerekir ve bu durumda kadın, kocasının kendisine karşı yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle uğradığı zararı bertaraf etmek için ayrılma talebinde bulunma hakkına sahiptir.

Sonuçta, hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucularının kadının haklarını koruduğu ve onurunu başına gelebilecek her türlü zarardan koruduğu söylenebilir. Çünkü kadının hakları ne kadar korunursa, onuruna ve özgürlüğüne ne kadar saygı duyulursa, toplumun

⁹⁰⁴ Galata Mahkemesi Defteri, D/N: 1029, D: 105, s. 236, 28/04/1918, bkz; Altınbaş, Dipnot No: 808.

özgür fertleri de kendilerine ve başkalarına o kadar saygı gösterir. Dolayısıyla, erkeğin karısı üzerindeki vesayeti, onu aşağılamak, onurunu ve özgürlüğünü elinden almak anlamına gelmez; aksine, bu vesayet kocanın karısına karşı sorumluluklarını üstlenmesi, ona bakması ve onu korumakla yükümlü olmasıdır. Bu bağlamda, kocanın kendisine verilen vesayeti kötüye kullanması halinde, kadının ayrılma talebinde bulunma hakkı vardır.

4.1.3. Hul'

Hul', İslam hukukunda (Şeriat) tanınan ve bir kadının kocasından boşanmak isteyerek evliliğini sona erdirmesine izin veren bir boşanma türüdür. Diğer boşanma şekillerinden farklı olarak, hul' kadın tarafından başlatılır ve kocanın talebi kabul etme veya reddetme hakkı vardır.

"Hul'" terimi Arapça'da "çıkarmak" veya " ortadan kaldırmak" anlamına gelir ve kişinin kendisini evlilik akdinden çıkarma sürecini ifade eder. Kadın, evlilikten kurtulması karşılığında kocasına tazminat ödemeyi teklif ederek hul' işlemini başlatır. Tazminat genellikle "mehir" (evlilik sırasında koca tarafından kadına verilen mali bir hediye) olarak adlandırılır veya her iki tarafın da üzerinde anlaştığı bir miktar para olabilir.

Hul' kavramı, evliliğin yürütülemez hale gelmesi durumunda her iki eşin de evliliği sona erdirmeye hakkına sahip olması gerektiği ilkesine dayanır ve kadınların karşılıklı rıza ile boşanma (talak-ı rıza) veya tefrik gibi diğer boşanma türleri için yasal gerekçelerinin bulunmadığı durumlarda boşanmayı başlatabilmelerine olanak sağlar.

Bu başlıkla hem İslam hukukunda hem de Cezayir ve Osmanlı aile hukuku bağlamında hul' konusu ele alınacaktır.

4.1.3.1. İslam Hukukunda

Hul', Arapça kökenli bir kelime olup (خلع), sözlükte "çıkarmak" veya " ortadan kaldırmak" anlamına gelir. Şöyle söylenir: Adam elbiselerini ve çarıklarını hul' etti (çıkardı). Keza denilir ki; karısını hul' etti (boşamış), kadın da onu bir mal karşılığında hul' etti. (boşadı). Bu tür ayrılığa hul' denir ki, elbiseyi çıkartmaktan kinayedir⁹⁰⁵. "...Onlar sizin için elbisedir, siz de onlar için elbisesiniz..."⁹⁰⁶ ayetinden hareketle, eşlerden her biri diğeri için bir elbisedir, dolayısıyla bu ayrılık gerçekleşirse, sanki erkek elbisesini çıkartmış gibi olur⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ İbn Manzur, C:8, s. 76.

⁹⁰⁶ Bakara Suresi, 2/187.

⁹⁰⁷ İbn Abidin, C:3, s. 439.

İstilah açısından, fakihler hul' kavramını çeşitli şekillerde tanımlamışlardır. Hanefiler ve Şafiiler hul'u, hul' kelimesi veya anlamındaki sözle kocanın aldığı bir miktar mal karşılığında nikâh bağını sona erdirmesi olarak tanımlamışlardır⁹⁰⁸. Bu tanımdan, hul'un yalnızca evlilik bağının varlığı sırasında gerçekleştiği anlaşılmaktadır⁹⁰⁹. Malikiler ise hul'u bedel karşılığında boşanma olarak tanımlamışlardır. Zahirilere göre hul', kadının kocasından nefret etmesi ve hakkını yerine getirmeyeceğinden korkması veya kocasının kendisinden nefret etmesinden ve hakkını yerine getirmeyeceğinden korkması durumunda ödeyeceği bir bedel karşılığında eşlerin birbirinden ayrılmasıdır⁹¹⁰.

Yukarıdaki tanımlardan, hem sözlüksel tanımın hem de fikhî tanımın ortak bir noktada buluştuğu ve hul'un, kadının boşanmasını sağlamak için kocasına taahhüt ettiği bir bedel karşılığında kadının talebi üzerine yapılan bir ayrılık olduğu anlaşılmaktadır.

Hul'dan açıkça şu ayette bahsedilmektedir: “...Eğer Allah'ın kurallarına uymamalarından korkarsanız, kadının evlilikten kurtulmak için bir meblâğ vermesinde taraflara bir vebal yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu kurallardır, öyleyse onları çiğnemeyin...”⁹¹¹. Bu ayetten anlaşılmaktadır ki, Yüce Allah kocaların eşlerine mehir olarak ödedikleri şeyleri almalarını yasaklamıştır. Ancak bu yasak, kadının itaatsizliği olan yasal bir kriter ile ilgilidir ve buna göre, eğer kadın itaatsizlik eder ve ona kötü davranmasından korkulacak kadar kocasına karşı nefret gösterirse, bu durumda eşlerin mehrin iadesi karşılığında ayrılmalari caizdir ve kadının ayrılma için bir bedel ödemesinde sakınca yoktur. Aynı zamanda kocanın bu ödemeyi almasında da bir sakınca yoktur⁹¹².

Hul'un sünnetten delili ise, İbn Abbas'tan gelen bir rivayettir. Bu rivayete göre Sabit İbn Kays'ın karısı Hz. Peygamber'e gelerek şöyle demiştir: “Ey Allah'ın Resulü, Sabit İbn Kays'ın ne dinine ne de ahlakına diyeceğim var, ancak Müslümanlıkta küfür derecesinde bir hata işlemekten hoşlanmıyorum”. Hz. Peygamber, bahçesini geri verecek misin diye sordu, o da evet diye cevap vermiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber Sabit'e: “Bahçeyi kabul et ve onu boşa” demiştir⁹¹³.

4.1.3.1.1. Hul'un Hikmeti

Eşler arasındaki anlaşmazlıklar sonucunda evlilik şartları değişebilir ve evliliğin gerçek

⁹⁰⁸ Şeyh Nizam, C:1, s. 519, İbn Abidin, C:3, s. 439, eş-Şerbini, C:3, s. 347.

⁹⁰⁹ Bkz; İbn Abidin, C:3, s. 440.

⁹¹⁰ İbn Hazm, C:10, s. 235.

⁹¹¹ Bakar Suresi, 2/229.

⁹¹² Bkz; İbn Kesir, C:1, s. 274.

⁹¹³ Buhari, Talak, 3/406 (5273).

amacı olan sevgi ve huzur eşler arasında sürekli nitelikte bir anlaşmazlığa dönüşebilir. Bu da erkeğin karısından, kadının ondan ya da her ikisinden nefret etmesi nedeniyle uyumsuzluk ve tartışmalarla sonuçlanır.

*"...Onlarla iyi geçinin. Eğer onlardan hoşlanmazsanız, Allah'ın hakkınızda çok hayırlı kılacağı bir şeyden de hoşlanmamış olabilirsiniz..."*⁹¹⁴ ayetiyle İslam bu durumda sabır ve tahammülü tavsiye eder. Ancak tartışma şiddetlenir ve evlilik hayatı onarılamaz bir hale gelirse, İslam eşler arasında ayrılığa başvurulmasına izin verir. Buna göre, eğer nefret erkekten kaynaklanıyorsa, o zaman boşama yetkisine sahiptir ve bu onun haklarından biridir ve kendisi için öngörülen sınırlar çerçevesinde kullanır. Ancak nefret kadından kaynaklanıyorsa ve kocasına itaat ederek ve onunla iyi geçinerek Allah'ın sınırlarına uymayacağından korkuyorsa, o zaman İslam ona hul' yoluyla evlilik bağından kurtulma izni vermiştir. Dolayısıyla kadın, kocasıyla ilişkisini sona erdirmek için ondan aldığı mehri kocasına vererek kendisine verilen zararı ortadan kaldırır⁹¹⁵.

4.1.3.1.2. Hul'un Hükümü

Hul', aşağıda zikredilecek farklı durumlar bağlamında farklı hükümlere tabidir:

- **Mübah Hul'**

İslâm hukukçuları, kadının hul' talebinin hangi durumlarda mübah olduğu hususunda ihtilâf etmişlerdir. Bir kısmı bunu mutlak olarak, herhangi bir kayıt ve şarta bağlamadan, bir kısmı da kayıt ve şarta bağlayarak mübah kabul etmiştir. Bu bağlamda ve beş görüş zikredilmiştir:

- İlk görüş; Ebu Hanife, Malik, Şafiî ve Ahmed İbn Hanbel, eşler arasında geçimsizlik olması veya kadının dinsizlik, hastalık, yaşlılık ve benzeri açık ya da gizli kusurları nedeniyle kocasından nefret etmesi ve bu nedenle kocasına itaat etmeyerek Allah'a itaatsizlik etmekten korkması durumunda hul'un caiz olduğu görüşündedirler⁹¹⁶.
- İkinci görüş; *"...Eğer Allah'ın kurallarına uymamalarından korkarsanız, kadının evlilikten kurtulmak için bir meblâğ vermesinde taraflara bir vebal yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu kurallardır, öyleyse onları çiğnemeyin..."*⁹¹⁷ ayetine dayanan Zahirilere göre hul'un caiz olabilmesi için dört şartın gerçekleşmesi gerekir: Kadının kocasından nefret etmesi, eşler arasında geçimsizlik ve zararın meydana gelmesi ve

⁹¹⁴ Nisa Suresi, 4/19.

⁹¹⁵ Seyyid, C:2, s. 191.

⁹¹⁶ Bkz; İbn Kudame, C:10, s. 267, Behhuti, C:5, s. 335, İbn Rüşd, C:2, s. 66, eş-Şerbini, C:3, s. 347.

⁹¹⁷ Bakar Suresi, 2/229.

kadının Allah'ın evlilikle ilgili iyi muamele ve diğer emirlerini ihlal edeceğinden korkmasıdır⁹¹⁸.

- Üçüncü görüş; "... *Apaçık bir edepsizlik yapmadıkça, onlara verdiğinizin bir kısmını ele geçirmek için -evlenme ve boşanma konusunda- engel çıkarmayın...*"⁹¹⁹ ayetine istinaden, Muhammed İbn Sirin, hul'un caiz olmasının açık iffetsizliğin meydana gelmesine bağlı olduğu, dolayısıyla kadın zina suçu işlemedikçe kocanın karısından hul' bedeli alma hakkına sahip olmadığı görüşündedir⁹²⁰.
- Dördüncü görüş; Bu görüşü benimseyenler, ister eşler arasında anlaşma veya anlaşmazlık olsun, isterse kocanın karısına haksızlık etmesi ve zarar vermesi nedeniyle olsun, herhangi bir şarta veya kayada bağlı olmaksızın hul'un caiz olduğu kanaatindedirler⁹²¹. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, bu görüşün Kur'an'a, Peygamber'den sabit olanlara ve âlimlerin üzerinde ittifak ettikleri görüşlere aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş olmasıdır⁹²².
- Beşinci görüş; Bu görüşe göre hul' tek bir durumda caizdir, o da her iki eşten de geçimsizliğin sadır olmasıdır. Bu görüşün savunucuları, "kadının evlilikten kurtulmak için bir meblâğ vermesinde taraflara bir vebal yoktur" ayetinin, hul'da günaha düşmenin, eşler arasında her birinin diğerinden nefret edeceği şekilde geçimsizliğin meydana gelmesiyle bağlantılı olduğu sonucuna varmışlardır. Dolayısıyla, geçimsizlik ve korku eşlerden birinden kaynaklanıp diğerinden kaynaklanmıyorsa, günah ortadan kalkmaz⁹²³.

• Mekruh Hul'

"Her kim kocasından sebepsiz yere kendisini boşamasını isterse, cennet kokusu ona haram olur"⁹²⁴ ve "*Hul' eden kadınlar münaфіklardır*"⁹²⁵ hadislerine istinaden hul', evlilik hayatı düzgün, geçimsizlik ve çekişmeden uzak olduğu ve kadın meşru bir sebep olmaksızın hul'ı talep ettiği takdirde mekruh olur⁹²⁶. Bu hususta İbn Kudame şu ifadelerle yer vermiştir: "*Bu iki hadis, zaruret olmaksızın yapılan hul'un mekruh olduğuna delâlet etmektedir; çünkü bu, karı ve kocaya zarar vermekte ve zaruret olmaksızın evliliğin*

⁹¹⁸ Bkz; **İbn Hazm**, C:10, s. 237.

⁹¹⁹ Nisa Suresi, 4/19.

⁹²⁰ **Kurtubi**, El-Cam'i-ü Lİahkami'l Kuran, 1.Baskı, C:6, Beyrüt, Müessesetü'r Risalâh, 2006, s.157.

⁹²¹ **İbn Rüşd**, C:2, s.68.

⁹²² **Kurtubi**, C:4, s. 73.

⁹²³ **eş-Şevkani**, C:12, s. 451.

⁹²⁴ Ebu Davud, Talak, 2226.

⁹²⁵ Tirmizi, Talak ve Li'an, 3/484 (1186).

⁹²⁶ **İbn Kudame**, C:10, s. 270, **Behhutî**, C:5, s. 336.

*maslahatını ortadan kaldırmaktadır. Buna ilaveten, eşler arasındaki durumun düzgünlüğü ile birlikte hul' bir tür ciddiyetsizliktir ve şer'i hükümlerden yoksun olduğu ve ihtiyaç olmaksızın evliliğin amacını ortadan kaldırdığı için de mekruh kılınmıştır*⁹²⁷.

- **Haram Hul'**

*"... Apaçık bir edepsizlik yapmadıkça, onlara verdiğinizin bir kısmını ele geçirmek için - evlenme ve boşanma konusunda- engel çıkarmayın..."*⁹²⁸ ayetine binaen, eğer bir koca, eşine haklarının tamamından veya bir kısmından yoksun bırakarak kötü muamelede bulunursa veya kadının itaatsizliği kocanın terk etme veya reddetme gibi davranışlarının bir sonucu olduğunu gösteren diğer sebepler varsa, kadının hul' talebinde bulunması karşılığında bedel istemesi durumunda, bu durumda hul' haram olarak değerlendirilmektedir⁹²⁹.

4.1.3.1.3. Hul'a Başvurma Hakkı Üzerindeki Kısıtlamalar

Kadının hul' yöntemini kullanarak evlilik bağı sonlandırma hakkı, önemli kısıtlamalara tabidir. Bu kısıtlamalar arasında, kadının rızası olmadan geri dönüşünün mümkün olmaması ve böylece zararı kendisinden uzaklaştıracak bir şekilde sonuçlanması en önemlileri olarak sayılabilir. Bu hak, erkeğin boşanmasında olduğu gibi mutlak da değildir. Aksine, onu kısıtlayan sınırlamalar vardır ve bunların en önemlileri şunlardır:

- Hul'un amacı, evliliğin amaçlarına ulaşamaması durumunda kadının evlilik bağından kurtulmasını sağlamak için olması.
- İster eşler ister başkaları zarar görsün, hul'un herhangi bir zararla sonuçlanmaması. Böylece, eşler arasında hul'a ilişkin olarak yapılan anlaşma ve bununla ilgili hükümler, zarar hali dışında geçerlidir. Bu bağlamda, aşağıdaki durumlara işaret etmekte fayda vardır:
- Ölüm hastalığına yakalanmış kadının hul'u: İster sağlıklı ister hasta bir kadın olsun, şartları yerine getirildiği takdirde hul' caiz olur. Ancak, hul'un temelinde bir bedel karşılığında gerçekleşmesi yattığından, fakihler, kadının ölümcül hasta olması durumunda çiftin hul' bedelini takdir etme hakkını kısıtlamışlardır, çünkü bu durumda mirasçılara zarar vermek istemekle itham edilebilirler⁹³⁰. Bu nedenle, İslam hukukçuları, bu durumda meydana gelen hul'un geçerli olduğunu, ancak kocanın,

⁹²⁷ İbn kudame, C:10, s. 271.

⁹²⁸ Nisa Suresi, 4/19.

⁹²⁹ Behhuti, C:5, s. 336, İbn Hazm, C:10, s. 235.

⁹³⁰ eş-Şerbini, C:3, s. 350, Behhuti, C:5, s. 356.

mirasçılara zarar verme şüphesini ortadan kaldıran değerinin hul'u için bir bedel alması gerektiği konusunda ittifak etmişlerdir⁹³¹.

- Hul' karşılığında çocukların hidanesinden vazgeçilmesi; Hidane hakkı hul' bedeli olarak kabul edilemez; çünkü hidane altına alınan çocuğun hakkı hidane sahibinin hakkından önce gelir, dolayısıyla bu durumda hul' geçerli olarak kabul edilir, ancak şart geçersizdir⁹³².

4.1.3.1.4. Hul'un Şer'i Çerçevesi

Fakihler, eşler arasındaki ayrılık açısından hul'un niteliği konusunda iki görüşe ayrılmışlardır. Buna göre hul', boşama sayısından sayılan bain boşanma mıdır, yoksa akdi ortadan kaldıran ve kocanın karısına karşı sahip olduğu boşama sayısından sayılmayan bir fesih midir?

- İlk görüş; Cumhur ulemaya göre hul' bain bir boşanma olarak kabul edilir. Çünkü koca, boşadığı karısını bekleme süresi içinde geri döndürme hakkına sahip olsaydı, kadının ödediği bedelin bir önemi kalmazdı. Oysa kadın, evlilik bağına sona erdirmek için kocasına bir bedel ödemiştir ve kendi rızası dışında kocasına geri dönemeyeceği için hul' bain bir boşanma niteliğindedir⁹³³.

Öte yandan, bu görüşü savunanlara göre fesih, kocanın iradesi karışmaksızın eşler arasında ayrılığı gerektirir, ancak boşanma kocanın iradesine bağlıdır, bu nedenle hul' fesih olarak nitelendirilmez⁹³⁴.

- İkinci görüş; "*Boşama iki keredir. Her ikisinden sonra ya iyilikle evlilik içinde tutmak veya güzellekle serbest bırakmak gerekir. (Eşlerin) Allah'ın koyduğu kurallara uymamalarından korkmadığınız sürece onlara verdiğiniz mehirden hiçbir miktarı geri almanız sizin için helâl olmaz. Eğer Allah'ın kurallarına uymamalarından korkarsanız, kadının evlilikten kurtulmak için bir meblâğ vermesinde taraflara bir vebal yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu kurallardır, öyleyse onları çiğnemeyin. Her kim Allah'ın koyduğu kuralları çiğnerse işte onlar zalimlerin ta kendileridir*"⁹³⁵ ve "*İkinciden sonra koca eşini bir daha boşarsa, bundan sonra kadın, boşayandan başka bir koca ile evlenmedikçe ona helâl olmaz...*"⁹³⁶ ayetlerine dayanarak İbn

⁹³¹ İbn Kudame, C:10, s. 314.

⁹³² Bkz; Ahmed, s. 370.

⁹³³ Bkz; İbn Rüşd, C:2, s. 69, ed-Desuki, C:2, s. 351, Behhuti, C:50, s. 216.

⁹³⁴ İbn Rüşd, C:2, s. 69.

⁹³⁵ Bakara Suresi, 2/229.

⁹³⁶ Bakara Suresi, 2/230.

Abbas, Şafîî ve bir rivayette Ahmed İbn Hanbel'e göre hul' nikâhın feshi olarak kabul edilmiştir⁹³⁷.

4.1.3.1.5. Hul'un Hükümü

Hul', icap ve kabul ile yapılan bir sözleşme olarak kabul edilir ve bu sözleşme aracılığıyla kadın, evlilik bağına sona erdirmeye amacıyla kocaya bir bedel ödemektedir. Bu nedenle, hul' kadın açısından bir bedel olarak kabul edilir, ancak bu bedel mutlak değildir, aksine bazı bağışlar içerir. Öte yandan hul', koca açısından bir yemin olarak kabul edilir, çünkü kocanın karısını boşaması, bedeli kabul etmesine bağlı kılınmıştır ve fakihlere göre bir şeyi başka bir şeye bağlamak yemin olarak kabul edilir⁹³⁸.

Hul'un hükümleri, bedel olması bakımından hükümler ve yemin olması bakımından hükümler olarak ikiye ayrılabilir. Buna göre, hul'un bir bedel olarak hükümleri şu şekilde özetlenebilir:

- Kadın hul'u başlatır ve kocasına şöyle derse: Falanca bedel karşılığında kendimi senden hul' ediyorum", kocası kabul etmeden önce bu teklifi geri alma hakkına sahiptir, çünkü bedel karşılığında yapılan teklif karşı tarafça kabul edilmeden önce geri alınabilir.
- Muhayyerlik şartı olmak üzere, eşlerin hul'u bir şarta bağlama veya ileride bir zamana ekleme hakları yoktur.

Hul'un bir yemin olarak hükümleri ise, şu şekilde zikredilebilir:

- Koca hul'u başlatırsa, kabul etmeden önce kadının ondan geri dönme hakkı yoktur, çünkü bu bir askıya alma işlemidir ve askıya alma işleminden geri dönmek caiz değildir.
- Kocanın teklifini bir şarta bağlaması caiz olduğu gibi, gelecek bir zamana bağlaması da caizdir.
- Kocanın kendisi için belirli bir süre içinde muhayyerliği şart koyma hakkı yoktur çünkü hul'den geri dönme hakkına sahip değildir ve muhayyerlik şartı ona muhayyerlik süresi boyunca hul'den geri dönme hakkı verir⁹³⁹.

Yukarıda izah edildiği üzere, eşlerin karşılıklı rızası dışında hul' düşünülemez; zira rıza, hâkimin karar vermesine gerek olmaksızın istenen hükümlerin doğması için yeterli kabul

⁹³⁷ İbn kudame, C:10, s. 274, eş-Şerbini, C:3, s. 354.

⁹³⁸ Ahmed, s. 358.

⁹³⁹ Bkz; Seyyid, s. 105, Ahmed, s. 359.

edilmektedir. Ancak kocanın rızasının olmaması ve kadının kocasından hul' talep etmesi durumunda, burada hul'un bir anlaşma değil bir hüküm halini alması için hâkime ihtiyaç duyulmaktadır⁹⁴⁰.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken şey, hul'un kadının kocasına taahhüt ettiği bedel karşılığında yapılan bir ayrılık olmasıdır. Buna göre fakihler, hul'un geçerli olabilmesi için sahih bir nikâhla evlenmiş bir kadından sadır olması ve kadının tam ehliyetli olmak suretiyle malî tasarruflara ehil olması gerektiği hususunda görüş birliğine varmışlardır⁹⁴¹.

4.1.3.1.6. Hâkimin Kocayı Hul'e Zorlama Yetkisi

Hul'de eşlerin karşılıklı rızası ve anlaşması esas olduğundan birçok fakihe göre hul' bir akittir ve akit karşılıklı rıza ile gerçekleşir. Bundan hareketle, hul' bağlamında hâkimin hazır bulunması şart mıdır? Öte yandan, kadın kocasından geçerli bir nedenle hul' talebinde bulunursa, hâkimin kocayı hul'a zorlama ya da kocanın yerine hul' yapma yetkisi var mıdır? İslam hukukçuları bu konuda görüş ayrılığına düşmüş ve iki görüşe ayrılmışlardır.

- İlk görüş; Hanefiler, Malikiler, Hanbeliler ve Zahirilere göre hul', hâkimin huzurunda gerçekleştiğinde geçerli olduğu gibi hâkimin huzurunda gerçekleşmeden de geçerlidir. Böylece hul' geçerli bir şekilde gerçekleşir ve gerçekleşmesi hâkimin hazır bulunmasına bağlı değildir, çünkü hul' eşlerin rızasına dayalı bir sözleşmedir⁹⁴². Bu görüşü ileri sürenler şu delillere dayanmışlardır:
- “...Eğer Allah'ın kurallarına uymamalarından korkarsanız, kadının evlilikten kurtulmak için bir meblâğ vermesinde taraflara bir vebal yoktur...”⁹⁴³ ayetten anlaşılmaktadır ki, hâkime ihtiyaç duymadan hul' karşılığında kocanın eşinden bir bedel alması caizdir⁹⁴⁴. Bu konuda Buhari'de Ömer İbn-i Hattab ve Osman İbn-i Affan'ın hâkimin huzuruna ihtiyaç duymadan hul'a izin verdikleri belirtilmiştir⁹⁴⁵.
- Hul', her iki eşin de rızasını gerektiren rızaya dayalı bir sözleşmedir ve hâkimin bu konuda hiçbir rolü yoktur⁹⁴⁶.

⁹⁴⁰ Seyyid, s. 107.

⁹⁴¹ İbn Rüşd, C:2, s. 68, ed-Desuki, C:2, s. 347.

⁹⁴² Serhasi, C:6, s. 173, İbn Kudame, C:10, s. 268, İbn Hazm, C:10 s. 235, İbn Hacer, C:12, s. 87.

⁹⁴³ Bakara Suresi, 2/229.

⁹⁴⁴ İbn Hacer, C:12, s. 87.

⁹⁴⁵ Bkz; İbn Hacer, C:12, s. 86-87.

⁹⁴⁶ ed-Desuki, C:2, s. 347, İbn Kudame, C:10, s. 269.

- Nikâh ve boşanmanın gerçekleşmesi için hâkimin hükmüne ihtiyaç duyulmaz. Aynı şekilde hul'un gerçekleşmesi için hâkimin hükmüne ihtiyaç yoktur. Çünkü hul' da boşanmanın bir türüdür⁹⁴⁷.
- İkinci görüş; Said bin Cübeyr, Hasan el-Basri ve İbn Sirin'e göre hul'un gerçekleşmesi için eşlerin iradelerinin olması yeterli değildir; eşlerin meselelerini hul hükmünü veren hâkime arz etmeleri gerekir. Bu doğrultuda Said bin Cübeyr şöyle ifade etmiştir: "Hul', koca karısına nasihat etmedikçe gerçekleşmez ve karının ikna olmaması durumunda, eşlerden her biri meselesini hâkime iletir ve hâkim, kocanın ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakemi, aralarında uzlaşma sağlamak için eşlere gönderir. Ardından iki hakem, uzlaşma sırasında eşler arasında neler olduğunu hâkime anlatır. Hâkim, eşler arasında hul'ü gerçekleştirme veya evlilik bağıını sürdürme konusunda takdir yetkisine sahiptir"⁹⁴⁸.

Bu görüşü savunanlar aşağıdaki delillerden hareket etmektedirler:

- Kur'an; "...Eğer Allah'ın kurallarına uymamalarından korkarsanız..."⁹⁴⁹ ve "Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin..."⁹⁵⁰. Bu iki ayetle Yüce Allah korkuyu eşlere değil, hakem ve velilere isnat etmiştir, çünkü bu ayette muhatap olan eşler değildir. Bu da hul'un sadece veliler aracılığıyla olduğuna bir delil olarak gösterilebilir⁹⁵¹.
- Sünnetten; Hz. Peygamber, Sabit İbn Kays'a bahçe karşılığında karısını boşamasını emrettiğinde, bu durumda Hz. Peygamber bir hâkimdir ve bu nedenle hul' sadece hâkim aracılığıyla vuku bulur⁹⁵².

4.1.3.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu hul' hükümlerini CAK'nun 54. maddesinde düzenlemiştir. Bu bağlamda, CAK'nun 54. maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir: "*Kadın, kocasının rızası olmadan, belirli bir bedel karşılığında kendini hul' edebilir. Eşler hul'un bedel miktarı konusunda anlaşamazlarsa hâkim, hükmün verildiği tarihteki mehr-i misil değerini geçmemek üzere karar verir*". Bu maddeye göre, CAK'ın 53. maddesinde belirtilen tefrik gerekçeleri mevcut değilse ve kadın evlilik bağıını sona erdirmek istiyorsa, kocanın rızasına

⁹⁴⁷ Suyuti, s. 179.

⁹⁴⁸ Suyuti, s. 179, el-Cessas, C:1, s. 395.

⁹⁴⁹ Bakara Suresi, 2/229.

⁹⁵⁰ Nisa Suresi, 4/35.

⁹⁵¹ İbn Hacer, C: 12, s. 87, Kurtubi, C:4, s. 75.

⁹⁵² Bkz; eş-Şevkani, C:12, s. 450.

bakılmaksızın mali bir bedel karşılığında kendini hul' edebilir.

Cezayir yasa koyucusu, evlilik bağının sona erdiren bir neden olmasına rağmen, hul'u tanımlamamış; kavramı, nedenlerini ve prosedürlerini açıklamamıştır. Ayrıca, evlilik bağının sona erme şekli olarak hul'un önemine rağmen, CAK'nun 54. maddesinin içeriği genel ve oldukça özlüdür. Buna göre, bu madde, İslam hukuku tarafından düzenlendiği şekliyle hul' konusunun detaylı bir şekilde açıklığa kavuşturulmasına ihtiyaç duymaktadır. Zira bu mesele kanuni bir olgu olmanın ötesinde şer'i yönü ağır basan meselelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

CAK, hul'un hukuki niteliğini, fesih mi yoksa bain boşanma mı olduğunu belirtmemiştir, Ancak aynı kanunun 48. maddesinden hareketle şöyle bir yargıya varmak mümkündür: Evlilik bağının sona ermesi sadece bir yargı kararıyla sabit olur ve dolayısıyla yargı kararı olmaksızın boşanma, hul' ve tefrik da söz konusu olmaz. Buna ek olarak, Aile Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası, hüküm verildikten sonra karısına dönen kişinin yeni bir akit yapması gerektiğini hüküm altına almış ve bu nedenle doğrudan hâkimin kararıyla gerçekleşen ayrılığı bain boşanma olarak nitelendirmiştir Kısacası Cezayir Aile Hukuku'nda hul' bain boşanma olarak değerlendirilmektedir.

4.13.2.1. Hule'de Rızanın Rolü

CAK'na göre hul', ancak yargı önünde verilen bir kararla gerçekleşir. Ayrıca CAK'nun 48. maddesi uyarınca boşanmanın yargı daireleri dışında gerçekleşmesi söz konusu değildir. CAK'nun 54. maddesi, önceki düzenlemesine göre, hul' prosedürüne ilişkin kocanın onayını gerektirmekteydi. Ancak, bu madde üzerinde yapılan değişiklik sonrasında, hul' kararının, kadının talep gerekçeleri (CAK'ın 53. maddesinde belirtilen tefrik gerekçeleri hariç) ne olursa olsun, kocanın onayına tabi olmadığı; yalnızca tazminat konusunda taraflar arasında anlaşmazlık olduğu durumda hakimin müdahale yetkisinin bulunmadığı net bir şekilde belirlenmiştir⁹⁵³.

Ne var ki, bu bağlamda belirtilmesi gereken husus, Cezayir yasa koyucusunun hul' ile ilgili hükümleri 2005 yılında değiştirmeden önce ifadesi müphem olan bir madde ile düzenlemiş olmasıdır. Bu maddede hul'un rızaya dayalı bir sözleşme mi yoksa kadının tek taraflı bir işlemi mi olduğu belirtilmemiştir. Ancak 2005 yılında yapılan değişiklikten sonra Cezayir yasa koyucusu bu konuda net bir şekilde hüküm vermiş ve kadının kocasının rızası olmadan hul'a yapmasına açıkça izin vermiştir. Buna göre, değiştirilmeden önce Aile

⁹⁵³ Bkz; **Ben Şih, el-Hüseyn**, El-Murşid Fî Kanunü'l Üsrâh, Cezayir, Huma Yayınlar, 2014, s. 169.

Kanunu'nun 54. maddesi şöyle bir hüküm içermektedir: " *Kadın, üzerinde anlaşılan bir para karşılığında kendisini kocasından hul' edebilir. Ancak para miktarında anlaşılmazlarsa, hâkim kararın verildiği tarihte mehr-i misli aşmayacak bir miktara hükmeder*". Bu muğlaklık karşısında Cezayir hukukçuları, Aile Kanunu'nun 222. maddesine dayanarak İslam hukuku hükümlerine atıfta bulunmuştur. Buna göre hul', eşler arasında karşılıklı rıza ile gerçekleşen bir akittir ve hiçbir şekilde kadının tek taraflı iradesiyle kullanılabileceği haklardan biri olarak kabul edilemez. Bu yönde Abdel-Aziz Saad şöyle bir yorumda bulunmaktadır:

" *Hul' esas olarak kadının yararına, nefret ettiği ve artık ona güvenmediği ya da yakınlığına tahammül edemediği kocasından boşanmayı talep etmesini sağlayan bir ruhsat şeklinde yasalaşmıştır. Hul', kocanın kendi iradesiyle boşanma hakkına karşılık olarak kadına bir hak şeklinde verilmemiştir. Çünkü hul', kadının istediği zaman talep edebileceği ve kendi iradesiyle istediği zaman kocasını boşayabileceği bir haktır kabul edilirse, kocanın iradesine bakmaksızın ve belki de kocanın gıyabında ve hatta onun bilgisi dışında hul' karşılığında para istediği veya teklif ettiği anda hâkimin kadının boşanmasına hükmetmesi gerekirdi. Öte yandan, hukukçuların hul' tanımı, Kur'an'da belirtildiği gibi kadının kocasına sunduğu bir fidye olacaktır. Dolayısıyla, modern hukukçuların hul'u karşılıklı rıza ile yapılan bir sözleşme olarak tanımlamaları anlamsızlaşmakta ve Aile Kanunu'nun 54. maddesinde belirtilen hul' bedelinin miktarı konusunda kocanın karısıyla anlaşması da anlamsız hale gelmektedir. Bu nedenle hul'un, evlilik hayatının kapasitesi daraldığında kadının kullandığı bir ruhsat olduğunu söylemek kalır ki doğru olan da budur ve dolayısıyla hâkimin, kocanın rızası olmaksızın, ne kendi başına ne de sırf kadının bir miktar para karşılığında yaptığı talep nedeniyle bu konuda hüküm vermesi kabul edilemez⁹⁵⁴ "*

Aynı doğrultuda, Belhaj Al-Arabi de şöyle ifade etmektedir: "*Hul', hukuki gerçekliği itibariyle, sadece icap ve kabul yoluyla akdedilebilen iki taraflı bir sözleşmedir.*"⁹⁵⁵

Aile Kanunu'nun 54. maddesinde yapılan değişiklik, 1992 yılından itibaren Yargıtay'ın bu konudaki iki farklı içtihadına dayanmaktadır⁹⁵⁶. Bu tarihten önceki Yargıtay kararlarında hul'un gerçekleşmesi için kocanın iradesine önem verilirken, 1992 yılından sonra hul' münhasıran kadının hakkı haline gelmiş ve hul'e ilişkin olara kocanın iradesi dikkate alınmamaya başlanmıştır⁹⁵⁷.

1992'den önceki ilk eğilim bağlamında, Cezayir Yargıtay'ı 11/06/1988 tarihinde

⁹⁵⁴ Abdel-Aziz, s. 252.

⁹⁵⁵ Belhaj, s. 263.

⁹⁵⁶ İchtihatteki bu değişiklik, Aile Kanunu'nun 54. maddesinde yer alan ve kocanın hul'a rıza gösterip göstermemesi gerektiği anlamına gelmeyen belirsizlikten kaynaklanmıştır. Bu durum, hâkimlere hul' davalarında kocanın rızasını özenle tesis etmeleri için içtihat kapısını açmıştır. Kocanın rızası, Aile Kanunu'nun 1984 yılında çıkarılmasından 1992 yılına kadar gerekli idi. Fakat 1992'den sonra eğilim, rızaya dayalı hul'dan, kadının kocanın rızası olmaksızın hul'u talep etme hakkına dönüşmüştür. Bu durum, 2005 yılında Aile Kanununda yapılan tadilata kadar yargı uygulamalarında yer almıştır; Daha fazlası için bkz; **Buleksibat, Ahmed**, el-Hul' Fî el-İchtihadü'l Kadeî el-Cezayiri, et-Turath Journal, C:2, S:3, 2012, s. 170-175.

⁹⁵⁷ Bkz; **Buleksibat**, s. 176-177.

verdiği bir kararda şu ifadelere yer vermiştir "*Hul'*, *karı-koca arasında rızaya dayalı bir akittir ve hâkim bu konuda kendiliğinden hüküm veremez. Buna göre, bu ilkenin hükümlerine aykırı olarak karar vermek, İslam hukukunun hul'e ilişkin hükümlerinin ihlali olarak kabul edilir*"⁹⁵⁸. Ancak Cezayir Yargıtay'ı, hul'un kadına ait bir hak olduğunu ve kocanın rızası ile bir ilgisinin bulunmadığını kabul etmeye başladığı 1992 yılından sonra benimsediği ikinci yaklaşıma ilişkin olarak 13.07.1992 tarihinde verdiği bir kararda şu açıklamalara yer vermiştir: "*Hul'* rızaya dayalı bir akit değildir ve bunda kocanın rızası gerekli değildir. Yalnızca kadın, bir miktar para karşılığında kendisini kocasından hul' etme hakkını haizdir"⁹⁵⁹. Buna ilaveten, Cezayir Yargıtay'ının 16/03/1999 tarihinde vermiş olduğu bir kararda da şu hükümlere yer verilmiştir: "*Hul'*, kadının kocasına teklif ettiği bir miktar para karşılığında evlilik bağına sona erdirmek için kullanabileceği bir haktır. Dolayısıyla, hâkimler kocanın rızası olmaksızın kadının hul' yoluyla boşanmasına karar verdiklerinde kanunu doğru bir şekilde uygulamışlardır"⁹⁶⁰.

Bu yargı kararlarının verilmesinden sonra bazı Cezayir hukukçuları bu kararları destekleme eğilimi göstermiştir. Bu bağlamda, Al-Ghouthi bin Melha Kanunu'l Usrâh adlı kitabında şöyle bir ifade kullanmıştır: "*Kanaatimizce, evlilik bağının sona ermesi kocanın iradesinde olduğuna göre, kadını hul' yoluyla da boşamak sadece kadının kendi iradesine bağlıdır*."⁹⁶¹ Buna ek olarak, Kadı Hamdi Paşa Ömer, Dirasat Kanuniyâh Mühtalifâh adındaki kitabında şöyle bir ifade yer almaktadır: "*Biz de ikinci eğilimi destekleme eğilimindeyiz ve bunu da en önde gelen çağdaş İslam hukukçularından biri olan Seyyid Sabık'ın içtihatlarına dayanmaktayız. Buna göre, "Fıkhu's-Sünne" adlı meşhur kitabında hul' eşlerin rızasıyla olur, eğer eşler arasında karşılıklı rıza yoksa hâkim kocayı boşamaya mecbur eder. Zira Sabit ve karısı meselelerini Peygamber sallallahu aleyhi ve sellem'e arz etmişler, Peygamber de onu bahçeyi kabul etmeye ve boşamaya mecbur etmiştir*"⁹⁶². Aile Hukuku İnceleme Ulusal Komitesi üyesi olan İbn Daoud Abdel Kader, el-Veciz Fi Şerhi Kanunu'l Usrâh el-Cedid başlıklı kitabında, Aile Kanunu'nun 54. maddesinin değiştirilmesi yönünde görüş bildirmiştir: "*Aile Hukukunu İnceleme Ulusal Komitesi, hul'un kocanın rızası olmaksızın gerçekleştiğini belirterek konuya açıklık getirmeyi tercih etmiştir. Ancak kocanın rızasına bağlı olan şey sadece hul' bedeli ya da tazminattır. Buna göre, eğer eşler hul' bedeli*

⁹⁵⁸ Yargıtay A. M. D, 11/06/1988, (Y/D 1989), D/N 33652.

⁹⁵⁹ Yargıtay A. M. D, 13.07.1992, (Y/D 1992), D/N 336380.

⁹⁶⁰ Yargıtay A. M. D, 16/03/1999, (Y/D 2001), D/N 216239.

⁹⁶¹ **Bin Melha, el-Ghouthi**, Kanunu'l Usrâh Min Hilal el-Fıkıh ve el-Kezâh, Cezayir, Dar Houma, 2005, s. 112.

⁹⁶² **Hamdi Paşa Ömer**, Dirasat Kanuniyâh Mühtalifâh, Cezayir, Dar Houma, 2002, s.167.

üzerinde anlaşılmazlarsa, hâkim, kocanın rızasına bağlı olmaksızın, mehr-i misli aşmayacak şekilde hüküm verecektir. Böylece, 54. maddede yapılan değişiklikle hul' talebinde kocanın rızasının gerekli olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur; çünkü kocanın rızası gerekli bir koşul olsaydı, bu hul' değil, karşılıklı rızaya dayalı bir boşanma söz konusu olurdu”⁹⁶³.

CAK'nun 54. maddesi öncesi ve sonrasıyla ilgili olarak Cezayir hukukçularının görüşleri ve Cezayir yargısının kararları dikkate alındığında, hul'un ancak eşlerin iki iradesinin uyuşmasıyla gerçekleşebilecek bir sözleşme olduğu konusunda hemfikir olunmuştur. Bu durum, hul'ün kadın için bir ruhsat olduğunu ve kocasının rızasına ihtiyaç duymadan kendi özgür iradesiyle kullanılan bir hak olmadığını ifade etmektedir. Ancak, CAK'ndaki değişikliklerden sonra, kocanın rızasını dikkate almama yönündeki yargısal içtihadı benimsenmiştir. Bu nedenle, tadilattan önce rızaya dayalı bir sözleşme olan hul', artık rızaya dayalı bir sözleşme olmaktan çıkmıştır. Tam aksine, kadının kocasıyla birlikte yaşamaktan hoşlanmaması durumunda, bir miktar para karşılığında iradi olarak kullanabileceği bir hak haline gelmiştir.

Yukarıda belirtilenlere dayanarak, hul' konusunda kocanın iradesine ilişkin bazı çıkarımlar aşağıdaki gibi özetleyebiliriz:

- CAK'nun 54. maddesinde belirtildiği üzere, hul'un kadının tek taraflı bir işlemi olarak görülmesi ve bu nedenle kocanın rızasını gerektirmemesi, Sünni mezheplerin hukukçularının mutabakatına aykırıdır. Zira fakihler, hul'un eşler arasında rızaya dayalı bir sözleşme olduğu ve ancak icap ve kabul ile gerçekleşebileceği konusunda hemfikirdir. Hâkime kocayı hul'a zorlama yetkisi veren hukukçular dahi, rıza ilkesini kabul etmekle birlikte, hâkime istisnai olarak ve belirli şartlara bağlı olarak kocayı hul'a zorlama yetkisi tanımışlardır.
- CAK'nun 54. maddesinde yer alan hüküm, hâkimin önündeki davayı değerlendirme yetkisini elinden almaktadır. Zira bu madde, hâkimi kadının hul' talebini yerine getirmek zorunda bırakmış ve hâkimin rolü, eşlerin hul' bedeli üzerinde anlaşamaması halinde bu bedeli belirlemekle sınırlı bir hale gelmiştir.
- Kanaatimizce bu yaklaşım değerlendirmeye tabi tutulmalıdır, çünkü hul' hükmü kadının kendi menfaatine olmayabilir, örneğin kadın aileyi yıkacak ciddi olmayan bir sebepten dolayı hul' talebinde bulunmuş olabilir. Bu nedenle, hâkime hul' talebinin sebeplerini araştırma hakkı tanınması gerekmektedir. Zira sebepler belirtilmeden, deliller dinlenmeden ve kanaat alınmadan evlilik bağının sona

⁹⁶³ İbn Daoud Abdel Kader, el-Veciz Fi Şerhi Kanunu'l Ushrâh el-Cedid, Cezayir, Darü'l Hilal, 2001, s. 155.

erdirilmesi makul bir durum olarak görülmemektedir. Bu doğrultuda, Cezayir yasa koyucusuna bu maddeyi değiştirmesini ve bu madde aracılığıyla eşleri hul' etmeden önce eşleri dinlemesini ve aralarında uzlaşma sağlamaya çalışmasını şart koşmasını teklif etmekteyiz.

- CAK'nun 54. Maddesindeki hüküm insan doğasına aykırıdır. Zira kadınlara, biyolojik yapılarının bir sonucu olarak çok duygusal olduklarından, hâkimin müdahalesi olmaksızın kendi iradeleriyle evlilik bağını sona erdirmeye hakkı tanımak mantıksızdır; bu da İslam hukukunun onlara boşanma hakkı tanımamasının ve bunu yalnızca erkeğin eline bırakmasının nedenidir. Ancak bu durum, kadının haklarının ihlal edileceği anlamına gelmez; çünkü kadın zarar görürse, durumunu haklı bir gerekçe bulması halinde kocasından boşanmasını hükmedecek olan hâkime başvurabilir.
- CAK'nun 54. maddesi, evlilik bağının sona erdirilmesi konusunda İslam hukuku tarafından kurulan dengeyi ihlal etmiştir. Buna göre boşanma erkeğin, tefrik ise hâkimin gözetimi altında kadının elindedir ve hul' aralarında gerçekleşir. O halde esas itibarıyla hul', eşler arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşir. Oysa ki Aile Kanunu'nda yapılan değişiklikten sonra boşanma erkeğin elinde kalmaya devam etmekte ve bunun karşılığında kadına evliliği sona erdirmek için tefrik ve hul' olmak üzere iki imkân tanınmaktadır.

4.1.3.2.2. Hul'da Eşlerde Aranılan şartlar

Cezayir yasa koyucusu, hul'da eşlerde bulunması gereken şartları belirtmemiş ve hul'da kadının mahkeme yoluyla hul'u gerçekleştirerek evlilik bağını sona erdirmeye imkânı dışında herhangi bir hususa değinmemiştir. Bu nedenle, Cezayir aile hukuku hul'da eşler arasında karşılıklı rızayı reddettiği ve bunu kocanın rızasına ihtiyaç duymadan kadın için bir hak haline getirdiği için hul'ü rızaya dayalı bir boşanma değil, yargısal bir boşanma olarak nitelendirmektedir. Ayrıca Cezayir yasa koyucusu, hul' bedeli konusunu evlilik akdinin yapıldığı zamanda değil, hul' anında mehr-i misil ile belirlenmesini şart koşmuştur. Bu bağlamda, eşlerin hul' bedelinin değeri konusunda anlaşmazlığa düşmeleri halinde, hâkim araya girerek mehr-i misli aşmamak kaydıyla bu bedeli belirler. Ancak, Aile Kanunu'nun 222. maddesinden hareketle hâkimler, Cezayir yasasında ayrıntılı bir şekilde ele alınmamış olan hul' meselesiyle ilgili olarak şeriat hükümlerine başvurmaktadır.

4.1.3.2.3. Çocukların Bazı Hakları Karşılığında Hul'

Eşler, hul' bedelinin para ya da onun yerine geçecek konut, çocukların nafakası ve hidane gibi bir şey olması konusunda anlaşabilirler. Bu konuda iki durum karşımıza çıkmaktadır: (1)Hul karşılığında kadının çocukların nafakasından vazgeçmesi ve (2)çocukların hidanesinden vazgeçmesidir. Cezayir yasa koyucusu daha önce de belirtildiği gibi bu konuya değinmemiştir. Aile Kanunu'nun 54. maddesinin 2. fıkrasına göre hul' bedelinin para olması şartı aranmaktadır, bu da parasal olmayan şeylerin hariç tutulduğu anlamına gelmektedir. Bu hüküm, bu kanunun kaynaklarından biri olarak İslam Şeriatında yer alan hükme aykırıdır. Zira İslam şeriatı, hul' bedelinin para veya mütekavvim olmak kaydıyla onun yerine geçen herhangi bir mal olmasına izin vermiş ve bu izin, kadının iflası durumunda nafakanın erkeğe dönmesi gibi bazı düzenlemelerle sınırlandırılmıştır. Buna göre, hul' mütekavvim mal veya haklardan biri karşılığında gerçekleşiyorsa, hâkim bu durumda Aile Kanunu'nun 222. maddesi uyarınca İslam hukuku hükümlerine başvurarak karar vermelidir. Kanaatimizce Cezayir yasa koyucusu, çocukların nafakasından ve hidanesinden vazgeçmeyi hul'un bedeli olarak kabul etmediği için hul' karşılığında kadının çocukların nafakasından vazgeçme konusunu ele almamıştır. Bunun altında yatan sebep nafaka ve hidanenin çocukların yaşamlarını etkileyen hassas konulardan olmasıdır.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken husus, hul'un bedeli konusudur. Çocukların nafakası üzerinde anlaşılmış olsa bile, Aile Kanunu'nun 57. maddesi uyarınca hul', boşanma kararının temyize tabi maddi yönlerinden birini oluşturmaktadır.

4.1.3.2.4. Zifaktan Önce Hul'

Cezayir yasa koyucusu, sıklıkla karşılaşılan bir sorun olmasına rağmen, zifaktan önce vuku bulan hul' meselesini ele almamıştır. Cezayir Yargıtay'ının içtihatı ise bu konuya değinmiş ve hul'un zifaktan sonra gerçekleşeceğini, zifaktan önce ise dikkate alınmayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, Cezayir Yargıtay'ı tarafından 14/01/2009 tarihinde verilen bir kararda şu ifadeler yer verilmiştir: *“Cezayir Belediyesi'nde 19/08/2006 tarihinde tescil edilmiş bir evlilik akdi bulunduğundan ve evliliği müteakip zifaf da gerçekleşmediğinden, mahkeme hâkimleri evlilik bağınu hul' yoluyla sona erdirmeye karar verdiklerinde Aile Kanunu hükümlerini ihlal etmiş olurlar. Çünkü hul', zifaktan sonra gerçekleşir”*⁹⁶⁴. Bu kararın üzerinde düşünülmesi gerekmektedir, çünkü Aile Kanunu'nun 54. maddesine bakıldığında, hul'un yalnızca zifaktan sonra ve evlilik hayatının devam etmesini imkânsız

⁹⁶⁴ Yargıtay A. M. D, 14/01/2009, (Y/D 2009), D/N 09-103.

kılacak bir nefret ve tiksinti durumuna ulaşıldığında gerçekleştiğini gösteren hiçbir işaret bulunmamaktadır. Cezayir Yargıtay'ının kararlarının içtihadı birleştirme ve kanunun ele almadığı konuları tamamlama amacı taşıdığı düşünüldüğünde, bu konudaki yargısal içtihadın bu bağlamda olumsuz bir rol oynadığı görülmektedir. Zira bu içtihat, Aile Kanunu'nun ele almadığı hususları, onun kaynaklarından biri olan İslam Şeriatının hükümleriyle çelişecek şekilde tamamlamıştır.

4.1.3.2.5. Hul'ün Hükümleri

Cezayir yasa koyucusu hul'ün hükümlerini belirtmemiştir. Ancak yukarıdaki açıklamalara istinaden hul'ün hükümleri şu şekilde sıralanabilir:

- Eşler arasında gerçekleşen ayrılıktan sonra ortaya çıkan bir hak niteliği taşıdığından, bekleme süresi nafakası hariç olmak üzere, mehr-i müeccel ve nafaka gibi boşanmadan önce eşler arasında doğmuş olan haklar düşer.
- Hidanenin hul' karşılığında olması kabul edilmez; çünkü hidane, sahibi için müstakil bir hak değil, aynı zamanda çocuklar için de tesis edilmiş bir haktır.
- Eşler, hul' bedelinin annenin çocukların nafakasını belirli ya da belirsiz bir süre için üstlenmesi olduğu konusunda anlaşılır ve kadın da iflas ederse, çocukların nafakası kocaya düşer ve bu da hul' edilen kadının borcu olarak kalır.
- Hul' yoluyla gerçekleşen ayrılık bain boşanma olarak kabul edilir.

HAK hul'u açıkça düzenlememiş ve hükümlerine değinmemiş olsa da, hul'u zımnen kabul etmiş ve 116. maddesi aracılığıyla hul'u evlilik bağına sona erdirmenin bir yolu olarak değerlendirmiştir. Buna göre, HAK'nin 116. maddesinde yer alan " *ivaz*" yani " bedel" ifadesinden anlaşıldığı üzere, ister evlilik ilişkisinin başlamasından önce ister sonra olsun, evlilik ilişkisini sona erdirmek isteyen kadının, evlilik bağına sona erdirmesi karşılığında kocasına bir bedel ödemesi veya evlilikle ilgili mali haklarından vazgeçmesi söz konusu olabilmektedir⁹⁶⁵. Bu yönde Galata Mahkemesi'nin 02.11.1918 tarihinde vermiş olduğu kararda, Elmas Hanım'ın mahkemeye başvurarak kocası Hasan Ağa'dan sebep göstermeksizin ayrılmak üzere mehr-i müeccel ve nafakadan vazgeçtiği belirtilmiştir. Bunun üzerine mahkeme kocaya tebligat göndererek kadının talebini bildirmiş, koca da kadının teklifini kabul etmiştir. Böylece mahkeme eşlerin birbirinden ayrılıp boşanmalarına karar

⁹⁶⁵ Bkz; **Kayabaş, Ebru**, Hukuk-1 Aile Kararnamesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s107.

vermiştir⁹⁶⁶.

4.1.3.3. Değerlendirme

Cezayir yasa koyucusunun evlilik bağının sona ermesinin bir türü olarak hul' konusuna tek bir madde ile değinmesi, konuyla ilgili birçok hukuki meselenin ihmal edilmesi gibi olumsuz bir sonuç doğurmaktadır. Bu bağlamda, Aile Kanunu'nun 222. maddesinin, aile hükümlerine ilişkin bir meseleyi düzenleyen bir madde bulunmaması halinde İslam hukuku hükümlerine başvurulmasını öngördüğü ve bu maddenin hâkimi belirli bir mezheple sınırlandırmadığı için hâkimin herhangi bir kısıtlama olmaksızın içtihatlarından uygun olanı seçmesinin de kolay bir çözüm olarak görüldüğü ilk başta söylenebilir. Ancak mesele sanıldığı kadar kolay değildir, çünkü İslam hukukçuları hul' ile ilgili birbirinden farklı görüşleri ileri sürmüşlerdir. Bu da Yargıtay'ın içtihat birliği sağlayan bir organ olarak işlev görmesini zorlaştırmaktadır.

Cezayir yasa koyucusu - Yargıtay'ın son dönemdeki içtihatlarına göre - 2005 yılındaki değişiklikten sonra hul'u, kadının tek taraflı iradesiyle kullanabileceği haklardan biri olarak kabul etmiş ve bu nedenle evlilik bağını sona erdirmek için kocanın rızasına ihtiyaç duymamıştır. Bunun da ötesinde, hâkim kadının talebini reddedemez ve bu konuda takdir yetkisi de yoktur; tek yapması gereken kadının hul' isteğinden emin olmak ve eşlerin hul'un bedeli üzerinde anlaşamamaları halinde bunu takdir etmektir. Bu yeni hul' algısı, kanaatimizce, İbn Rüşd'ün kadının hul'unu erkeğin boşamasıyla eşdeğer gördüğü görüşünde kaynağını bulmaktadır. Ancak bu algının, hukukçuların hul'un ancak kocanın rızasıyla gerçekleşebilecek rızai bir akit olduğu ve istisnai olarak hâkimin şartlarını yerine getirmesi halinde kocayı hul'a zorlayabileceği yönündeki ittifakına aykırı olduğunda şüphe yoktur.

4.2. Evlilik Bağının Sona Ermesinin Hükümleri

Evlilik hayatında eşler arasında aile bütünlüğünü sarsan sorunlar ortaya çıkabilir, bu nedenle İslam hukuku anlaşmazlığı uzlaştırmak, ayrılığı gidermek ve evlilik hayatının sularını akışına geri döndürmek için çözümler geliştirmiştir. Böylece gerginlik ve endişeyle lekelenmiş bir hayattan uyum ve uyumluluğun hâkim olduğu bir hayata geçilir ve her bir taraf diğerkinin haklarını korur ki bu da yasanın amacıdır. Uzlaşma ve barıştırma yolları

⁹⁶⁶ Galata Mahkemesi Defteri, D/N: 1028/1, D: 30, s. 12, 11/02/1918, bkz; **Altınbaş, Nihan**, Marriage And Divorce In Early Twentieth Century Ottoman Society: The Law Of Family Rights Of 1917, A Ph. D. Dissertation, İhsan Doğramacı Bilkent University, Graduate School of Economics and Social Sciences, 2014, Dipnot No: 808.

başarıya ulaşmaz, anlaşmazlık ve geçimsizlik artar, ayrılık ve ayrılığa yol açan tüm nedenler ortaya çıkarsa, eşler için ayrılık ve boşanmadan başka izlenecek bir yol yoktur. Bu durumda evlilik bağı herhangi bir yolla sona erdirilir ve bu da kadının haklarını korumaya yönelik sonuçlar doğurur. Evlilik bağının sona ermesinin doğuracağı hükümler üç noktada özetlenebilir: İddet, geri dönme ve hidanedir. Bu hükümleri hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucusu çeşitli maddelerle ve oldukça kapsamlı bir şekilde ele almaya çalışmıştır.

Bu başlık altında, bekleme süresi (iddet) ve hidane hükümlerinin her biri, hem İslam hukukunda hem de Cezayir ve Osmanlı aile hukukunda evlilik bağının sona ermesinin hükümleri bağlamında alınacaktır.

4.2.1. Bekleme Süresi (iddet)

İslam'daki bekleme süresi hükümleri, birden fazla hedefe ulaşmayı amaçlayan ilahi bir hikmeti ihtiva etmektedir. Bu hedeflerin en önemlilerinden, evlilik bağının manevi yönünü ele almak ve eşlerin duygularını koruyarak kadının kocasına olan vefasının derecesini göstermektir. Bir diğer hedef ise, çocuğun nesebinin korunmasıdır. İslam hukuku bekleme süresini çeşitli kurallarla çevrelemiş, fitneyi önlemek, yolsuzluk ve şüpheye kapıları kapatmak adına bekleme süresini eşin dışarı çıkmasının ve nişanlanmasının yasak olduğu bir dönem haline getirmiştir.

Hem Cezayir hem de Osmanlı aile hukuku, evlilik bağının sona ermesinin sonuçlarından biri olarak bekleme süresi konusunu ele alırken İslam Şeriatı ile birlikte hareket etmiştir. Bu doğrultuda, bu başlık altında bekleme süresi konusu hem İslam hukukunda hem de Cezayir ve Osmanlı aile hukuku bağlamında ele alınacaktır.

4.2.1.1. İslam Hukukunda

Sözlükte bekleme süresi (iddet) saymak, sayılmakta olan şeyin miktarı, adet gibi manalara sahiptir⁹⁶⁷.

İstilah açısından fakihler bekleme süresini tek bir anlama gelen çeşitli tanımlarla tanımlamışlardır. Buna göre Hanefiler bekleme süresini, kadının evliliğin kalan hükümlerinin sona ermesi için beklemesi gereken bir süre olarak tanımlamışlardır⁹⁶⁸. Malikiler ise bekleme süresini, genellikle evliliğin feshi veya kocanın ölümü, boşanması veya kaybı nedeniyle, rahmin temizliğinin ve masumiyetinin bir işareti olarak Yüce Allah

⁹⁶⁷ İbn Faris, Makayis el-Lüğa, C:4, Beyrüt, Darü'l Fikr, 1979, s. 29.

⁹⁶⁸ Bkz; İbn Abidin, C:3, s. 520.

tarafından belirlenen ve kadın tarafından beklenmesi gereken bir süre olarak tarif etmişlerdir⁹⁶⁹. Şafiilere göre bekleme süresi, kadının rahminin temizliğini öğrenmek veya ibadet etmek ya da kocası için yas tutmak için beklediği sürenin ismidir. Bu noktada ibadetten kasıt, rahminin temiz olduğu kanıtlanan küçük kızın iddetidir; dolayısıyla iddet, eşlerin ayrılıktan pişmanlık duyabilecekleri evlilik ilişkisine saygıdan dolayı ibadettir, böylece eşler geri dönme fırsatına sahip olabilirler⁹⁷⁰.

4.2.1.1.1. Bekleme Süresinin Hikmeti

Bekleme süresinin hikmeti, aşağıdakiler de dâhil olmak üzere birçok açıdan kendini göstermektedir:

- Soyların birbirine karışmasını önlemek için ana rahminin temizliğini ve hamilelikten arınmış olmasını sağlamak;
- Eşlere kendilerini gözden geçirebilecekleri ve evlilik hayatı ile ayrılığı karşılaştırabilecekleri bir fırsat olarak bir süre verilmesi, böylece eşlerin ric'i boşanma durumunda boşanmadan vazgeçebilmeleri mümkün hale gelir.
- Ölümden sonra bekleme süresi ise, kadının kocasına vefa gösterdiğinin ve onunla bir süre huzur, şefkat ve merhamet içinde yaşamış olması nedeniyle onun için üzüldüğünün, kocanın ailesine acımakla birlikte onların acılarında yanlarında olduğunu ifade ettiğinin bir kanıtıdır⁹⁷¹.

Genel olarak, İslam hukukunda bekleme süresinin hikmeti, evliliğin kutsallığını korumaya ve devam etmeden önce tüm yasal ve duygusal meselelerin uygun şekilde ele alınmasını sağlamaya yaptığı vurguda yatmaktadır. Bu süre, uzlaşma ihtimaline olanak tanırken aynı zamanda taraflara duygusal iyileşme ve düşünme için de bir süre tanımaktadır.

4.2.1.1.2. Bekleme Süresi Çeşitleri

Bekleme süresi zaman zaman biyolojik değişim ve oluşumlarla, bazen de belirli dönemlerle ilişkilendirilmiştir⁹⁷². Buna göre bekleme süresi adet ve temizliğe bağlı, zamana bağlı ve doğuma bağlı bekleme süresi olmak üzere üçe ayrılabilir.

⁹⁶⁹ Ebu Bekir, el-Keşnavi, Eshalül Medarik “Şerh İrşadü’s Salik Fî Mezhabi İmamü’l Âimâh, C:2, Beyrüt, Darü’l Fikr, s. 182.

⁹⁷⁰ eş-Şerbini, C:5, s. 78.

⁹⁷¹ Bkz; Sethi, Suad, “Ahkamü’l İddâh Fî el-Fıkıh el-İslami ve el-Kanun El-Cezayiri”, El-M’iyar Dergisi, C:4, S:8, 2004, s. 160.

⁹⁷² Bkz; Karaman, s. 388.

A. Adet ve Temizlik Haline Bağlı Bekleme Süresi

“Boşanan kadınlar kendi başlarına (evlenmeksizin) üç kuru’ süresince beklerler...”⁹⁷³ ayetine istinaden eğer kadın hayızlı ise ve fiilen veya hükmen zifaktan sonra ölüm dışında bir sebeple kocasından ayrılmışsa, bu ayrılık ister boşanma ister fesih şeklinde olsun, ayrılık sırasında hamile değilse, bekleme süresi ayrılıktan sonra üç kuru' ile sona erer.

Fakihler ayette geçen "kuru'" kelimesinin anlamı konusunda ihtilaf etmişler ve iki görüşe ayrılmışlardır.

- İlk görüş; Malikiler⁹⁷⁴ ve Şafiiler⁹⁷⁵, "kuru'" kelimesiyle kastedilenin " temizlik" olduğu görüşündedirler.

Bu görüşte olanlar aşağıdaki delillere dayanmışlardır:

- “Ey peygamber! Kadınları boşayacağınız zaman iddetlerini gözeterek boşayın ve bekleme sürelerini iyice hesap edin...”⁹⁷⁶. Ayetten çıkarılan sonuç, kadınların boşanmasının temizlik döneminde gerçekleştiği ve adet döneminde boşanmanın haram olduğudur ki buna bid'at boşama denir⁹⁷⁷.
- İbn Ömer karısını hayızlı iken boşamış, Babası Ömer bunu Hz. Peygamber'e bildirince Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “Ona emret, karısına dönsün. Sonra (hayızından) temizlenip (tekrar) bir hayz (daha) görüp sonra (tekrar) temizleninceye kadar (nikâhı altında) tutsun. Bundan sonra isterse tutar, isterse temasta bulunmadan önce boşar”⁹⁷⁸. Bu hadiste, boşanan kadının bekleme süresini tamamlayıp temizleninceye, sonra tekrar âdet görüp temizleninceye, sonra da kocası onu elinde tutmak isterse buna hakkı olduğuna, boşamak isterse onunla cinsel ilişkiye girmeden önce boşayacağına işaret vardır⁹⁷⁹.
- İkinci görüş; Hanefiler ve Hanbeliler, "kuru'" terimiyle kastedilenin hayız olduğu görüşündedirler ve bu görüşlerini aşağıdaki delillere dayandırmaktadırlar:
- “Boşanan kadınlar kendi başlarına (evlenmeksizin) üç kuru’ süresince beklerler...”⁹⁸⁰ ayetine binaen, boşanmış olan kadın üç tam adet dönemi beklemek zorundadır⁹⁸¹.

⁹⁷³ Bakara Suresi, 2/228.

⁹⁷⁴ Kharşi, C:4, s. 137.

⁹⁷⁵ Abu el-Hasan, el-İmrani, el-Bayan Fi el-İmam Şaffii, 1.Baskı, C:11, Beyrüt, el-Minhac Yayınlar, 2000, s. 15.

⁹⁷⁶ Talak Suresi 65/1.

⁹⁷⁷ Berdisi, s. 126.

⁹⁷⁸ Müslim, Talak 1/676.

⁹⁷⁹ Bkz; İbn Rüşt, C:3, s. 110.

⁹⁸⁰ Bakara Suresi, 2/228.

⁹⁸¹ İbn Kudame, C:8, s. 101.

- “ Kadınlarınızdan âdetten kesilmiş olanlar ile âdet görmeyenler hakkında tereddüt ederseniz onların bekleme süresi üç aydır...”⁹⁸².Ayetten anlaşılan şudur: Yüce Allah, bekleme süresinin hesaplanmasını âdet görmenin olmadığı aylara taşımış, böylece ay, temizlik yeri değil, âdet görme yeri olmuştur⁹⁸³.
- Bekleme süresinin hikmeti, ana rahmini temizlemektir ve onun masumiyetine, temizlenme değil, âdet görme dışında hiçbir delil yoktur. Dolayısıyla, "Kuru" terimi âdet görme anlamına gelmektedir⁹⁸⁴.

i. Adet ve Temizlik Haline Bağlı Bekleme Süresinin Nedenleri

Adet ve temizlik haline bağlı bekleme süresinin, aşağıdakiler de dâhil olmak üzere çeşitli nedenleri ve koşulları vardır:

- Sahih evlilikten sonra zifafın veya sahih halvetin gerçekleşmesi;
- Fasit evlilikten sonra cinsel ilişkide bulunulması;
- Akit şüphesiyle cinsel ilişkide bulunmak; bu durum, bir erkeğin karısı olduğu düşüncesiyle bir kadınla ilişkiye girdikten sonra onun karısı olmadığını öğrenmesi halinde söz konusudur⁹⁸⁵.

B. Zamana Bağlı Bekleme Süresi

Bu tür bekleme süreleri içerisinde aşağıdaki gibi birkaç durum söz konusudur:

- **Âdetten kesilmiş olan ile âdet görmeyen için bekleme süresi**

“Kadınlarınızdan âdetten kesilmiş olanlar ile âdet görmeyenler hakkında tereddüt ederseniz onların bekleme süresi üç aydır...”⁹⁸⁶ ayetine istinaden, zifaftan veya sahih halvetten sonra âdet görmemiş küçük yaştaki kız ile âdetten kesilmiş olan yaşlı kadının kocasından herhangi bir sebeple ayrılmış olması halinde bekleme süresi üç aydır.

- **Kocası vefat eden ve hamile olmayan kadın için bekleme süresi**

“İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları eşleri kendi başlarına (evlenmeksizin) dört ay on gün beklerler...”⁹⁸⁷ ayetine göre, kadın hamile değil ve kocası ölmüşse, sahih bir nikâhla evlenmiş olması şartıyla dört ay on gün bekler. Ancak kadın fasit bir nikâhla evlenmişse,

⁹⁸² Talak Suresi, 65/4.

⁹⁸³ Bkz; **İbn Taymiyah**, C:14, s. 130.

⁹⁸⁴ **Kesani**, C:3, s. /194.

⁹⁸⁵ **Zühle**, C:3, s. 251.

⁹⁸⁶ Talak Suresi, 65/4.

⁹⁸⁷ Bakara Suresi, 2/234.

zifafın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır; eğer zifaf kadınla kocası arasında gerçekleşmişse ve kadın hayız görenlerden ise, Hanefî ve Hanbelîlere göre iddeti üç hayızdır; Malikî ve Şâfiîlere göre ise üç temizlik süresidir. Ancak kadın, küçük yaşta olduğundan âdet görmeyenlerden veya yaşlı olduğundan âdetten kesilmiş ise, bu durumda bekleme süresi üç aydır⁹⁸⁸.

- **Âdet şüphesi olan kadın için bekleme süresi**

Bu kadın, âdetten kesilen ve kesilme sebebinin hamilelik, emzirme veya hastalık olduğunu bilmeyen kadındır. Hanefî ve Şâfiîlere göre hükmü şudur: Bekleme süresi, âdet görünceye veya âdet görmeyenlerin yaşına ulaşıncaya kadar devam eder, sonra üç ay bekler. Ancak Malikiler ve Hanbelîlere göre bu kadının bekleme süresi, âdetten kesilmesinden itibaren bir yıldır. Bu kapsamda, hamilelik süresi olan dokuz ay bekler, ardından üç ay bekleme süresine riayet eder ve böylece onun için bir yıl tamamlanmış olur⁹⁸⁹.

- **Kocası kayıp olan kadın için bekleme süresi**

Kayıp olan kişi, nerede olduğuna dair herhangi bir iz veya işaret bırakmadan ortadan kaybolan ve akıbeti bilinmeyen kişidir. Bir kişinin İslam hukukunda kayıp kişi olarak kabul edilmesine yol açabilecek farklı durumlar vardır, bunlardan:

- Uzak bir bölgede kaybolması, mahsur kalması ve dönüş yolunu bulamaması;
- Kaçırılması veya rehin alınması;
- Nerede olduğunun bilinmemesi;
- Sel veya toprak kayması gibi bir doğal afet neticesinde akıbetinin bilinmemesi-
- Şüpheli koşullar altında kaybolması ve cinayete kurban gittiğinden şüphelenilmesi

İslam hukukunda, bu kapsamda uyulması gereken belirli kurallar ve prosedürler vardır. Örneğin, kişi bulunana veya öldüğü ilan edilene kadar mal ve mülkleri mahkeme tarafından atanan bir vasi tarafından korunmalı ve yönetilmelidir. Kayıp kişinin daha sonra hayatta olduğu tespit edilirse, mal ve mülkleri kendisine iade edilir. Ancak, kayıp kişinin öldüğü ilan edilirse, malları İslami miras hukukuna göre dağıtılır.

Fakihler, kayıp kişinin eşinin bekleme süresinin hükmü konusunda ihtilaf etmişlerdir. Buna göre Hanefî ve Şafii mezhebine göre kayıp olan kişi, hayatta olan kişinin hükümlerine tabi olur, dolayısıyla terekesi taksim edilmez ve ölümü sabit olmadıkça karısı iddet beklemes. Ancak kocanın ölüm haberi veya güvenilir bir kişiden karısını üç kez boşadığı

⁹⁸⁸ Bkz; Zühle, C:8, s. 605, Kesani, C:3, s. 192, Kharşi, C:4, s. 144, Nevevi, C:8, s. 398, İbn Kudame, C:8, s. 115.

⁹⁸⁹ Ebu Zehra, s. 372-384, eş-Şerbini, C:3, s. 630, Karaman, s. 388.

haberi gelirse, bu durumda kadının iddet beklemesinde bir sakınca yoktur⁹⁹⁰. Malikiler ve Hanbelilere göre ise, kayıp olan kişinin karısı dört yıl bekler, eğer geri dönmez veya hayatta olduğuna dair bir işarete de rastlanılamazsa, kadın ölüme bağlı bekleme süresini yani dört ay on günü tamamlar⁹⁹¹.

C. Doğuma Bağlı Bekleme Süresi

“...Gebe olanların bekleme süreleri ise doğum yapımlarıyla sona erer...”⁹⁹² ayeti, evlilik bağının sona erme nedeni ne olursa olsun, hamile kadının bekleme süresinin doğumla birlikte sona ereceğini hüküm altına almıştır⁹⁹³.

4.2.1.1.3. Bekleme Süresi Değişimi

Bekleme süresinin değişmesiyle kastedilen, bekleme süresinin aylık olarak hesaplanmasından adet veya temizlik olarak hesaplanmasına ya da tam tersine geçiştir. Bekleme süresindeki değişim, boşanma bekleme süresinin ölüm bekleme süresine geçişi anlamına da gelebilir.

- **Bekleme süresinin aylardan âdet veya temizlik (kuru') haline dönüştürülmesi**

Bu durum, adet görmeyen küçük kadın veya adetten kesilmiş yaşlı kadının bekleme süresini aylara göre hesaplamaya başladıktan sonra adet görmesiyle gerçekleşir. Bu durumda, kadın daha önce açıklanan adet görme veya temizlenme ile ilgili bekleme süresine geçmelidir. Geçen ayların sayısı bu bağlamda hesaba katılmaz⁹⁹⁴.

- **Bekleme süresinin âdet veya temizlikten (kuru') aylar haline dönüştürülmesi**

Boşanmış kadın bekleme süresine hayız veya temizlikle başlayıp bir veya iki hayız gördükten sonra sebebi belli veya belli olmayan bir şekilde hayızdan kesilirse, yeniden başlamadan o zamana bağlı bekleme süresine geçmesi gerekir.

- **Bekleme süresinin boşanma bekleme süresinden ölüm bekleme süresine geçişi**

Henüz hamile olmayan kadının boşanma bekleme süresi içinde kocası ölürse, kadın artık bu iddeti yarıda kesip ölüm iddeti beklemeye başlar. Bain boşanma bekleme süresi içinde

⁹⁹⁰ Bkz; **Belhâj**, s. 345.

⁹⁹¹ **Badis**, s. 120.

⁹⁹² Talak Suresi, 65/4.

⁹⁹³ Bkz; **Karaman**, s. 389.

⁹⁹⁴ **Zühle**, C:8, s. 610.

olan kadın ise bekleme süresini durdurmaz ve başladığı bekleme süresini bitirir⁹⁹⁵.

4.2.1.1.4. Bekleme Süresi (İddet) Nafakası

Bekleme süresinde olan kadının nafakası aşağıdaki durumlarda kocasına aittir:

- Bekleme süresi içinde olan kadın ric'i talakla boşanmışsa, fakihlerin ittifakıyla kocası ona yiyecek, giyecek ve konut gibi çeşitli nafakalar sağlamak zorundadır. Çünkü bekleme süresindeki kadın, bekleme süresinde olduğu sürece onun karısı olarak kabul edilir⁹⁹⁶.
- “...Eğer gebe iseler, doğum yapıncaya kadar nafakalarını karşılayın...”⁹⁹⁷ ayetine binaen, bain boşanma ile boşanmış olan kadın, doğum yapana kadar nafaka alma hakkına sahiptir. Ancak bain talakla boşanan kadın hamile değilse Hanefilere göre nafakayı hak eder. Hanefilerin bu görüşü " *Varlıklı olan varlığından harcasın, rızkı daralmış bulunan da Allah'ın kendisine verdiği kadarından harcasın....*" ayetinden çıkarılmıştır.
- Kadın ölüm iddeti içinde ise; fıkıhçıların ittifakıyla kendisine nafaka bağlanmaz. Çünkü evlilik ölümle sona ermiştir. Ancak Malikilere göre ev kocaya aitse veya kiralanmış ve ölümden önce de ücreti ödenmişse, kadın bekleme süresi boyunca evde oturabilir⁹⁹⁸.

4.2.1.2. Cezayir Aile Kanunu ve Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi'nde

Cezayir yasa koyucusu, bekleme süresine ilişkin hükümleri Aile Kanunu'nun 58 ila 61. maddelerinde düzenlemiştir. Ancak Osmanlı yasa koyucusu, boşanma ile ilgili ikinci kitabın üçüncü faslında boşanmanın hükümleri bağlamında “iddet” ve iddet nafakası’nı ele almıştır. Buna göre, Aile Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca: “*Zifafa bulunulan ve hamile olmayan boşanmış kadın üç kuru' müddetince, hayızdan kesilmiş olan boşanmış kadın ise, boşanma kararının verildiği tarihten itibaren üç ay müddetle iddet beklemek zorundadır*”. Aile Kanunu'nun 59. maddesi gereğince ise; “*Kocası ölen kadınlarla kayıp olanlar da 4 ay 10 gün iddet beklerler*”. Aile Kanunu'nun 60. maddesi şu hükme bağlanmıştır: “*Hamile kadın için bekleme süresi doğumun gerçekleştiği tarihtir ve azami hamilelik süresi boşanma veya ölüm tarihinden itibaren on aydır*”.

⁹⁹⁵ Zühle, C:8, s. 611-612.

⁹⁹⁶ Badis, s. 48.

⁹⁹⁷ Talak Suresi, 65/6.

⁹⁹⁸ Ebu Zehra, s. 384, eş-Şerbini, C:3, s. 665.

Cezayir yasa koyucusu, bu maddeler aracılığıyla, bekleme süresini yerine getirmesi gereken kadınları tahdidi olarak saymıştır. Bunlar; zifafa bulunulan gebe veya gebe olmayan kadın, adetten kesilen zifafa bulunulan kadın ve kocası ölen kadındır. Dolayısıyla, zifafa bulunulmayan kadını bekleme süresini uygulamakla yükümlü olan kadınlar arasından çıkarmıştır. Bu doğrultuda 18.06.1996 tarihinde Cezayir Yargıtay'ının vermiş olduğu bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir: “*Bekleme süresi, boşanmış ve kocası vefat eden kadın için zorunludur, zifafa bulunulmadan boşanan kadın için ise gerekmez*”⁹⁹⁹.

- **Boşanma Bekleme Süresi (İddet)**

CAK'nun 58. maddesinde, İslam hukukundaki hükümlere uygun olarak boşanan kadının iddeti için zifafa bulunmayı şart koşulmuştur. Aksi durumda herhangi bir bekleme süresi söz konusu değildir. Bunun yanı sıra, Cezayir yasa koyucusu fakihlerin üzerinde ittifak ettiği, hayızdan kesilmiş kadının üç ay bekleme süresini de göz önünde bulundurmuş ve Kur'an'da belirtildiği üzere boşanmış kadının bekleme süresini üç kuru' olarak belirlemiştir. Ancak Cezayir yasa koyucusu tüm bunlara rağmen aşağıda belirtilen birçok hususu göz ardı etmiştir:

- Bekleme süresine ilişkin hükümleri ele alan kanun maddeleri içerisinde bekleme süresinin tanımına değinilmemiştir.
- Cezayir yasa koyucusu "kuru" terimiyle temizlenmenin mi yoksa adet görmenin mi kastedildiğini belirtmemiştir. Bilindiği üzere bu konu İslam hukukçuları arasında görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Buna göre, Cezayir yasa koyucusunun bu meseleyi olduğu gibi bırakması ve Aile Kanunu'nun 222. maddesi uyarınca İslam hukuku hükümlerine havale etmesi sorunları çözmez.

Bu kapsamda koca "kuru"nun hayız olduğunu düşünerek bekleme süresi içinde karısını tekrar almak isteyebilir ve kadın da "kuru"nun temizlik olduğunu düşünerek kocasından ayrıldığı için geri dönmeyi reddedebilir. Bu durumda her iki eş de İslam hukukuna aykırı olmayan bir hak talep etmektedir. Nitekim "kuru" teriminin anlamının netleştirilmemesi çelişkili yargı kararlarına yol açmakta ve anlaşmazlıklara zemin hazırlamaktadır.

Cezayir yasa koyucusunun bu konuya ilişkin açıklama yapmaması, Cezayir'de Maliki mezhebinin benimsendiği ve halkın "kuru" terimini (yani doğrudan temizlik olarak değerlendirmeyi) anladığını düşündüğümüzden kaynaklanmaktadır. Ancak Cezayir yasa koyucusunun bu eksikliği gidermesi gerekmektedir.

⁹⁹⁹ Yargıtay A. M. D, 18.06.1996, (Y/D 1996), D/N 137571.

- Cezayirli yasa koyucu, küçük yaşta ya da yaşlı oldukları için adet görmeyen kadınlar konusuna değinmemiştir. Kanaatimizce, Cezayir yasa koyucusunun adet görmeyen küçük kız konusuna değinmemesinin nedeni, ilk başta onun evlenmesine izin vermemesidir, zira Cezayir Aile Yasası'nın 7. maddesi uyarınca evlilik yaşı 19 olarak belirlenmiştir. Ancak bu madde, hâkimin reşit olmayan bir kadının evlenmesine izin verebileceği bir istisna içermektedir ve burada bir sorun ortaya çıkmaktadır, çünkü evlenmesine izin verilen bu kız âdet görmeyenlerden olabilir. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken husus, adet görmemenin sadece küçük yaştaki kadınlarla sınırlı olmadığı, yasal evlilik yaşına ulaşmış ve zifaf gerçekleşmiş olsa dahi henüz adet görmemiş her kadını kapsadığıdır. Dolayısıyla yasa koyucu bu eksikliği mutlaka gidermelidir.

Yukarıda bahsedilen tüm durumlardan çıkarılabilecek sonuç, tıbbi muayene sonucunda ana rahminde gebelik bulunmadığının kanıtlanması halinde üç aylık bekleme süresinin sona ereceğidir. Çünkü İslam hukuku, adet gören kadınların durumunu kolaylaştırmayı ve süreci uzatmamayı amaçlamaktadır.

- **Ölüm Bekleme Süresi (İddet)**

Cezayirli yasa koyucu, kocası ölen kadının bekleme süresi konusunda İslam hukuku hükümlerine uygun olarak bu bekleme süresini dört ay on gün olarak belirlemiştir. Aynı hükmü kocası kayıp olan kadın için de vermiş ve bu kadının bekleme süresinin kocasının kaybına karar verildiği tarihten itibaren başlayacağını belirtmiştir. Bu sayede bu kadının miras gibi mali ya da yeniden evlenme gibi mali olmayan haklarını kaybının önüne geçilmiştir. Bu bağlamda belirtilmesi gereken husus, Cezayir yasa koyucusunun ölüm bekleme süresiyle ilgili hususları göz ardı etmiş olduğudur ki bunlardan bazıları şu şekilde belirtilebilir:

- Cezayir yasa koyucusu ölüm bekleme süresinde evlilik akdinin sahih olup olmadığını belirtmemiştir. Bu konuya değinilmemesi kavram kargaşasına yol açabilir, zira sahih olmayan bir evlilikte ölüm bekleme süresi daha önce de belirtildiği üzere üç kuru'yu geçmez ve bekleme süresinin uzatılmasındaki amaç kocanın yas tutmasıdır ve bu da ancak evliliğin sahih olması halinde gerçekleşir.
- Cezayirli yasa koyucu, eşler arasındaki sahih halvet halini ölüm bekleme süresinin gerekliliklerinden biri olarak kabul edilip edilmediğini belirtmemiştir. Dolayısıyla CAK'nun 59. maddesi çerçevesinde, ölüm bekleme süresinin sabit olabilmesi için evliliğin sahih olarak kurulmuş olması ve kadının hamile olmaması gerektiği

belirtilmeliydi. Bu kapsamda Cezayir Yargıtay'ı tarafından 02.10.1989 tarihinde verilen bir kararda şu ifadeler yer almaktadır: “*Kadının evlilik evine taşınması ve kocanın onu evine kapatıp kapısını ona kapatması, yasal sonuçları doğuran fiili bir zıfaf olarak kabul edilir*”¹⁰⁰⁰. Bu karardan eşler arasındaki sahih halvetin, ölüm bekleme süresinin gerekliliklerinden biri olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

- Cezayir yasa koyucusu, ric'i boşanma bekleme süresinin ölüm bekleme süresine dönüştürülmesi konusuna değinmemiştir. Henüz hamile olmayan kadın ric'i boşanma bekleme süresi dolmadan kocası ölürse bu iddeti keserek ölüm iddetini beklemeye başlar. Ancak bain boşanma bekleme süresi içindeki kadın ise bekleme süresini durdurmaz ve başladığı bekleme süresini tamamlar¹⁰⁰¹.

• Doğum Bekleme Süresi

CAK'nun 60. maddesi gereğince: “*Hamile bir kadın için bekleme süresi doğumun gerçekleşmesiyle sona erer. Azami hamilelik süresi boşanma veya kocanın ölüm tarihinden itibaren on aydır.*” Cezayir yasa koyucusu, bu maddede, hamile kadının bekleme süresi konusunda âlimlerin çoğunluğunun görüşüne katılmıştır. Hamile bir kadının boşanma veya ölüm bekleme süresinin doğumla birlikte sona ereceğini öngörmektedir.

Ancak Cezayir yasa koyucusu, hamile kadının bekleme süresiyle ilgili olarak aşağıda belirtilen bazı hususları göz ardı etmiştir:

- Cezayirli yasa koyucu, bekleme süresinin sona ermesi hallerinden biri olarak çocuk düşürme konusuna değinmemiştir.
- Aile Kanunu'nun 60. maddesinde öngörülen azami hamilelik süresi fakihlerin belirttikleriyle çelişirken, aynı kanunun 42. maddesinde belirtilen asgari hamilelik süresi (altı ay) fakihlerin belirttikleriyle uyumlu hale gelmiştir. Bu durum, Cezayir yasa koyucusunun modern tıbbın hamilelik süresine ilişkin görüşlerini dikkate almış olmasıyla yorumlanabilir; zira modern tıp hamilelik süresinin on ayı geçemeyeceğini kabul etmektedir. Ancak Cezayir yasa koyucusu, eşler arasında hamilelik süresi konusunda bir anlaşmazlık olması durumunu, örneğin kocanın hamileliğin kendisinden olmadığını iddia etmesi gibi temel bir konuyu ihmal etmiştir. Bu durumda yapılacak olan işlem, konuyu kadın hastalıkları ve doğum alanında deneyimli doktor ve uzmanlara iletmekten ibarettir¹⁰⁰².

¹⁰⁰⁰ Yargıtay A. M. D, 02/10/1989, (Y/D 1989), D/N 55116.

¹⁰⁰¹ Bkz; **Zühle**, C:8, s. 611-612.

¹⁰⁰² Bkz; **Kaşbur, Muhammed**, El-Vadih Fî Şerhî Müdevvinetü'l Üsrâh, 3.Baskı, Fas, en-Nacah el-Cedidâh Yayınlar, 2015, s138.

Osmanlı yasa koyucusu bekleme süresine ilişkin hükümleri HAK'nin 139 ila 149. maddelerinde düzenlemiştir. Bu maddeler İslam hukukunda öngörülenlerle tam bir uyum içindedir. Osmanlı yasa koyucusu, Cezayir yasa koyucusundan farklı olarak, bekleme süresi konusunu biraz ayrıntılı olarak ele almış ve bekleme süresinin çeşitli yönlerine değinmiştir. Ayrıca bekleme süresi türlerini de boşanma, ölüm ve doğum olmak üzere üçe ayırmıştır. Boşanma bekleme süresi ile ilgili olarak, HAK 139 ve 146. maddeleri bu bekleme süresinin iki durumda ortaya çıkacağını öngörmektedir: Eşler arasında zıfafa gerçekleşmesi veya eşler arasında halvetin vuku bulmasıdır. Dolayısıyla, kendisiyle zıfafta bulunulmamış veya kocasıyla halvet olmamış kadın boşandıktan sonra bekleme süresine riayet etmek zorunda değildir.

Osmanlı kanun koyucusu, Bakara Suresi'nin 228. ayetinde geçen "kuru" terimini, Hanefi ve Hanbeli görüşünü benimseyerek adet görme şeklinde yorumlamıştır. Buna göre hamile olmayan ve menopoz dönemine girmemiş boşanmış bir kadının bekleme süresi üç hayızdır. Menopoz çağına girmiş veya hiç âdet görmemiş boşanmış bir kadının bekleme süresi ise üç aydır.

Bu konudaki 140. madde, HAK tarafından getirilen yeniliklerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu madde uyarınca, Hanefi mezhebine uygun olarak-âdetten kesilen kadın menopoz çağına gelinceye kadar boşanmak ve tekrar iddet için 9 ay daha beklemek zorundadır. Ancak bu durum hem kadınlar hem de erkekler için sorun teşkil etmekteydi, çünkü herhangi bir sebeple adet görmeyen bir kadın iddeti hiç bitmediği için yeniden evlenememekte; erkek ise boşanmalarına rağmen eski eşine neredeyse bir ömür boyu nafaka ödemek zorunda kalmaktaydı. Bu tür zararları önlemek için, HAK'nin 140. maddesi Maliki mezhebine göre düzenlenmiştir. Maddeye göre, iddet süresi içinde üçüncü âdetini görmeyen veya hiç adet görmeyen bir kadın dokuz ay daha beklemek zorundadır; menopoza giren bir kadın ise iddetin bitmesi için sadece üç ay beklemek zorundadır.

Ölüm bekleme süresi ise HAK'nin 143. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, sahih bir nikâh akdi ile evli olan ve kocası vefat eden kadının bekleme süresi, eşlerin birbirleriyle zıfaf veya halvet halinde bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın dört ay on gündür.

Osmanlı kanun koyucusu, HAK'nin 144. maddesinde doğum bekleme süresini düzenlemiştir. Buna göre, boşanmış veya kocası ölmüş hamile bir kadının bekleme süresi, hamileliğinin sona ermesiyle birlikte sona erer. Ancak kadın bekleme süresindeyken

karnındaki cenin¹⁰⁰³ düşmüşse, Osmanlı yasa koyucusu bekleme süresini ceninin durumuna bağlamıştır. Buna göre, düşen cenin "müstebînü'l-hılka"¹⁰⁰⁴ ise, yani organları oluşmuşsa, bu durumda hamile kadının bekleme süresi sona erer. Ancak düşürülen ceninin yapısı bilinmiyorsa, yani organları henüz oluşmamışsa, bu durumda kadının bekleme süresi sona ermez, aksine devam eder ve dolayısıyla kadın boşanma bekleme süresindeyse, durumuna göre üç adet veya üç ay bekler, ancak ölüm bekleme süresindeyse dört ay on gün bekler.

Osmanlı kanun koyucusu önemli bir konuya değinmiştir ki bu da bekleme süresinin değiştirilmesi meselesidir. HAK'nin 147. maddesine göre, kadın ric' i boşanma bekleme süresindeyken kocası ölürse, ric'i boşanma bekleme süresinde evlilik bağı devam ettiği için, bu durumda bekleme süresi boşanma bekleme süresinden ölüm bekleme süresine dönüşür. Bu doğrultuda, ölüm bekleme süresi kocanın ölüm tarihinden itibaren başlar ve kadının boşanma süresinde geçirdiği günler buna dâhil edilmez. Ancak kadın bain boşanma için bekleme süresindeyse ve eski kocası ölmüşse, bain boşanma bekleme süresini tamamlar ve bekleme süresinde bir değişiklik olmaz, çünkü bain boşanma gerçekleştiği anda evlilik bağı ortadan kaldırılır.

4.2.1.2.1. Bekleme Süresi Nafakası

Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 61. maddesi ile bekleme süresindeki kadın için nafaka konusunu düzenlemiştir. Buna göre CAK'nun 61.maddesi uyarınca: *“Boşanan veya kocası ölen kadın, açık bir ahlaksızlık durumu hariç, bekleme süresi içinde olduğu sürece aile konutundan çıkmaz ve bekleme süresi boyunca nafaka alma hakkına sahip olur”*. Cezayir yasa koyucusu, kocasının ölümü veya boşanması nedeniyle bekleme süresinde olan

¹⁰⁰³ Cenin, temel olarak "gizli olan şey, anne karnındaki çocuk" olarak tanımlanan bir kavramdır. Daha teknik bir ifadeyle, cenin, anne karnında veya rahminde meydana gelen bir varlık olup, iki canlı organizma unsurunun, yani sperm ve yumurtacığın birleşmesiyle oluşan bir yapıdır. İslam hukukçuları arasında, anne karnındaki varlığın ne zaman "cenin" olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Fakihlerin bazıları, cenin aşamasını, nutfе (sperm), alaka (kan pıhtısı) ve mudğa (et parçası) dönemlerinden sonra organların oluşmaya başladığı noktada başlayan bir aşama olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte, büyük bir kesim ise, cenin aşamasını, anne rahmine yerleşmeden doğuma kadar olan tüm evreleri kapsayan bir anlamda kullanmaktadır, bkz; **Kılınç, Ahmet**, "Çocuk Düşürtme Suçunun 17'nci Yüzyıl İstanbul'undaki Görünümü". DÜHFD 23 / 38 (Mayıs 2018): s.62, **Karaman**, s. 247.

¹⁰⁰⁴ Osmanlı Devleti'nde yaygın olan Hanefi mezhebi fakihlerine göre cenin denilebilmesi için öncelikle bazı organlarının tespit edilmesi ve insan olduğuna dair bir alamet bulunması gerekir. Başka bir deyişle ana karnındaki varlığın insan olduğu net olarak ortaya çıkması gerekir. Bunun anlaşılabilmesi için de ceninde parmak, tırnak, saç gibi organların görülmesi gerekir. Bunlar görülmezse kan pıhtısı, alaka veya mudğa olabilir. Nitekim müstebînetü'l-hılka kavramını Hanefiler, kişinin dünyaya gelişini ve yaratılışının tezahürünü dile getirmek için kullanırlar. Bu kavram, insanın organlarının ortaya çıkmaya başlaması; anneden ayrılan canlının insana benzemesi, kol, baş ve saç gibi organlarının oluşmaya başlaması anlamına gelir. Nitekim nifas, iddetin sona ermesi ve gurre gibi bazı hukukî nitelikli meselelerde müstebînül-hılka olan cenin, yaratılışı tamamlanmış (tâmü'l-hılka) cenin gibi değerlendirilir. **Kılınç**, s. 64.

kadının, ister bain ister ric'i boşanma olsun, bekleme süresi boyunca aile konutunda kalmasını ve bu süre boyunca nafaka alma hakkına sahip olmasını öngörmüştür. Bekleme süresi boyunca nafaka kocanın sorumluluğundadır. Buna göre, bekleme süresi boşanmaya bağlıysa, koca bekleme süresi boyunca karısına bakmakla yükümlüdür, ancak koca ölmüşse, koca nafakayı terekesinden alır ve nafaka kadının miras hakkından sayılmaz. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, bekleme süresi ister boşanma ister ölüm nedeniyle olsun, kadının açık bir ahlaksızlık yapması halinde nafaka hakkının düşmesidir.

HAK ise, bekleme süresi nafakasını 150 ila 154. maddelerde düzenlemiştir. Bu bağlamda, boşanma sonucunda nafakanın kocaya ait olduğunu; kocası ölen kadın için iddet nafakasına gerek olmadığını; iddet süresi yanlışlıkla veya kadının rızasıyla nafaka olmadan geçmişse nafakanın geçersiz olduğunu; iddet nafakasına karar verildikten sonra kadın veya erkek ölse bile iddet nafakasının hala geçerli olduğunu hüküm altına almıştır.

4.2.1.3. Değerlendirme

Bekleme süresine ilişkin CAK'nda ve HAK'de yer alan düzenlemelere bakıldığında, Osmanlı kanun koyucusunun bu konuyu biraz ayrıntılı olarak ele almasına rağmen büyük bir benzerlik olduğu görülmektedir. Bunun nedeni, CAK ve HAK'nin her birinin kodifikasyon aşamasında İslam hukuku hükümlerine dayanması ve bilindiği üzere bekleme süresine ilişkin hükümlerin çoğunun hem Kur'an'da hem de Sünnette kesin delillerle belirtilmiş olmasıdır. Bu bağlamda üç tür bekleme süresinin mevcudiyetinden bahsedilmektedir; Zifafa bulunulan ve hamile olmayan boşanmış kadın hakkında geçerli olan boşanma bekleme süresi, dört ay on gün süren ölüm bekleme süresi ve doğumla birlikte sona eren doğum bekleme süresidir. Ayrıca kocanın bekleme süresi boyunca nafaka ödeme yükümlülüğü de bu kapsamda gözümüze çarpmaktadır.

Osmanlı yasa koyucusu bekleme süresi konusunu HAK'de 15 maddede ele alırken, Cezayir yasa koyucusu bu konuyu sadece üç maddede ele almıştır. Bu nedenle Osmanlı yasa koyucusu, sadece genel konularla ilgilenen ve hâkimin Aile Kanunu'nda yer almayan hükümleri çıkarmak için İslam hukuku hükümlerine başvurmasına izin veren Cezayir yasa koyucusunun aksine, konunun tüm yönlerine temas etmiştir. Bu farklılık, Cezayir yasa koyucusunun, iddet bekleyen kadın için süreyi uzatmak yerine kolaylaştırmak amacıyla tıp alanında meydana gelen teknolojik gelişmelere ayak uydurmak istemesiyle yorumlanabilir. Zira ölüm bekleme süresi hariç tüm bekleme süreleri, ancak tıbbi muayenenin (laboratuvar analizi ve röntgen muayenesi) rahimde gebelik olmadığını kanıtlaması halinde üç ayın

geçmesiyle sona erer. Bu doğrultuda, tıp alanındaki teknolojik gelişmelerin sonuçları oldukça isabetli olmuştur ve dolayısıyla aile yasalarına hizmet etmekte ve uygulama açısından esnek olmasına katkıda bulunmaktadır.

Bekleme süresi konusunda Osmanlı yasa koyucusunun değindiği ve Cezayir yasa koyucusunun ihmal ettiği en önemli konular şunlardır:

- Zifaf vuku bulduktan sonra bekleme süresinin vacip olması;
- Bakara Suresi'nin 228. ayetinde geçen "kuru" terimi, Osmanlı Devleti'nde hâkim mezhep olarak kabul edilen Hanefi görüşünü benimsenerek hayız ile yorumlanmıştır;
- HAK'de yaşının küçüklüğü veya bir hastalık sebebiyle âdet görmeyen kadın konusuna değinilmiş ve boşanma süresi üç ay olarak belirlenmiştir;
- Kocanın bekleme süresi içinde ölmesi halinde bekleme süresinin, ric'i boşanma bekleme süresinden ölüm bekleme süresine geçmesi;
- Bekleme süresi içinde çocuk düşürme durumu ve bunun bekleme süresine etkisidir.

Cezayir kanun koyucusu ve Osmanlı kanun koyucusu, iddet nafakasının düşmesi konusunda farklı hükümler koymuşlardır. Buna göre, Cezayir yasa koyucusu bekleme süresi nafakasının düşmesini kadının açık iffetsizliği ile sınırlandırırken, Osmanlı yasa koyucusu bunu kadının itaatsizliği ve kocanın ölümü ile sınırlandırmıştır.

Netice olarak, Osmanlı yasa koyucusu bekleme süresi konusunu yargı kararlarında farklılıklara yer bırakmayacak şekilde ayrıntılı olarak ele alırken, Cezayir yasa koyucusu bekleme süresi konusunu genel hükümler çerçevesinde ele almıştır. Dolayısıyla, Cezayir hâkiminin önüne bekleme süresiyle ilgili bir dava gelirse ve söz konusu dava Aile Kanunu'nda öngörülmemiş olayları içeriyorsa, bu durumda CAK'nun 222. maddesi uyarınca hâkimin davayla ilgili olarak İslam hukuku hükümlerine başvurması gerekmektedir. Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, Aile Kanunu'nun 222. maddesinin hâkimi belirli bir mezheple sınırlandırmamış olmasıdır. Ancak bu durum İslam hukukçularının konuyla ilgili farklı görüşler ileri sürmeleri sebebiyle olumsuz bir etkiye de yol açabilir. Bu süreç de yargı kararlarına yansiyarak farklı yargı mercilerinin çelişmelerine neden olabilir ve böylece Yargıtay'ın içtihat birliği sağlayan bir organ olarak işlevini yerine getirmesini imkânsız hale getirebilir.

4.2.2. Hidane

Hidane, bir çocuğa bakma sorumluluğunu ifade eden hukuki bir kavramdır ve farklı hukuk sistemlerinde belirli kurallar ve düzenlemelerle yönetilir. İslam hukukunda hidane,

ebeveynler için önemli bir sorumluluk olarak görülür. Kural olarak anneye verilir; baba veya başka bir akrabanın belirli koşullar altında velayet talep etme hakkı vardır. Benzer şekilde, Cezayir aile hukukunda da hidane önemli bir sorumluluk olarak görülmektedir. Hidane kural olarak anneye verilmekte ancak babanın belirli koşullar altında velayet talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu hukuk sistemlerinde hidane hakkının nasıl verildiği ve düzenlendiği konusunda bazı farklılıklar olsa da, hepsi çocuk ile her iki ebeveyn arasında güçlü bir ilişkinin sürdürülmesinin önemini kabul etmektedir. Ancak şuna işaret etmek gerekir ki, Osmanlı kanun koyucusu hidane hükümlerini HAK'de düzenlememiştir. Buna göre, bu başlık altında, İslam hukuku ile Cezayir aile hukukundaki hidane konusu ve bu hukuk sistemlerinde hidane konusunun ele alınışındaki benzerlik ve farklılıklar incelenecektir.

Hidane, Arapça kökenli bir kelime olup, bir şeyi yanına almak, çocuğu kucağına almak ve beslemek anlamına gelmektedir¹⁰⁰⁵.

İstilahta ise hidane: çocuk veya deli bir ihtiyar gibi kendi işlerini kendi başına göremeyen bir kimsenin, işlerine bakmak ve yemesini, giymesini, uyumasını, temizlenmesini, yıkanmasını, çamaşırlarının yıkanmasını ve benzerlerini idare etmek suretiyle yetiştirilmesi ve korunması olarak geçer¹⁰⁰⁶.

İslam hukukundaki hidane tanımı CAK'ndaki tanımından farklı değildir. Buna göre 62. madde hidaneyi şu şekilde tanımlamaktadır: "*Çocuğa bakmak, onu eğitmek, babasının dinine göre yetiştirmek, gözetmek, sağlığını ve ahlakını korumak.*" Cezayir yasa koyucusu, hidane hakkının sebepleri ve amaçları üzerine, kapsamını ve temel işlevlerini belirleyerek hidane hakkının tanımlanmasına odaklanmıştır. Dolayısıyla, mahkeme boşanma ve velayet hakkı konusunda karar verirken bu tanımda yer alan tüm bu hususları dikkate almalıdır¹⁰⁰⁷.

4.2.2.1. Hidane Hakkı

Fakihlerin çoğunluğu, hem hidane edenin hem de hidane edilen çocuğun hidane hakkı olduğu görüşündedir. Buna göre hidane edenin hakkı olması hasebiyle; hidane etmekten imtina ederse, kendisine vacip olmadığı için hidane etmeye zorlanmaz, hakkından vazgeçerse vazgeçmiş olur, geri dönmek isterse de hak ona ait olur, hakkı kendisine iade edilir. Çünkü bu hak, zamanın yenilenmesiyle yenilenen bir haktır. Öte yandan hidane, hidane altındaki çocuk için bir haktır; yani hidane altındaki çocuk annesinden başkasını kabul etmemişse ya da başka bir kadın yoksa ve ne babanın ne de çocuğun parası yoksa

¹⁰⁰⁵ Mu'cemü'l-Vasit, s182.

¹⁰⁰⁶ Bkz; **Kasani**, C:4, s. 40, **eş-Şerbini**, C:3, s. 592, **İbn Kudame**, C:11, s. 412.

¹⁰⁰⁷ Bkz; **Belhâj**, s. 390, **Abdel-Aziz**, s. 139.

hidane için anne tayin edilir ve buna zorlanabilir. Bu nedenle, İslam hukukçularının çoğunluğu, kadının çocuğunu kocasına bırakması şartıyla kendisini kocasından hul' etmesi halinde hul'un geçerli, şartın ise geçersiz olduğu görüşündedir¹⁰⁰⁸.

Hidane hakkı üç hakkı birlikte ilgilendirir; hidane edenin hakkı, hidane edilen çocuğun hakkı ve babanın veya onun yerine geçen kimsenin hakkı. Bu sıralamaya göre aşağıdaki hususlar ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰⁹:

- Çocuk için birden fazla hidane edenin bulunması ve hepsinin gerekli şartları taşıması halinde, çocuğun hakkının korunması için içlerinden birinin bu görevi üstlenmesi yeterlidir. Başka bir deyişle, çocuğun hakkı belirli bir kişiye bağlı değildir.
- Eğer hidane sahipleri birden fazla ise ve hepsi bundan vazgeçerse, o zaman çocuk, vazgeçse bile annesi tarafından zorunlu olarak hidane altına alınma hakkına sahiptir.
- Annenin mevcut olmaması veya ehliyetini kaybetmesi halinde, hidane, çocuğun menfaatleri göz önünde bulundurularak, şartları karşılayan en yakın ehil hak sahibine verilir.

Yukarıda izah edildiği üzere çocuğun kefaleti ve hidanesi vaciptir. Çünkü çocuk, onu terk etmekle zarara uğrayabilecektir. Onun zarara uğramamasını sağlamak ise tabii olarak vaciptir¹⁰¹⁰.

4.2.2.2. Hidane Süresi

Aile Kanunu'nun 65. maddesi şu hükmü içermektedir: "*Hidane süresi erkeğin on yaşını, kadının evlenme yaşını doldurmasıyla sona erer. Hâkim, velinin yeniden evlenmemiş ana olması halinde, hidane altındaki çocuğun menfaatini göz önünde tutarak hidanenin sona ermesine karar vermek koşuluyla, erkek için velayeti 16 yaşına kadar uzatabilir.*" Buna göre, küçüklerin hidane hakkı doğumdan itibaren başlar. Zikredilen maddede kadınların erkeklerden daha fazla hidane hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır¹⁰¹¹.

Fakihler, evlilik bağı sona erdiğinde kadının çocuk üzerindeki hidane hakkının sona ermesi konusunda görüş ayrılığına düşmüş ve üç görüşe ayrılmışlardır. Buna göre;

- İlk görüş; Hanefiler, erkek çocuğun hidane hakkının yedi yaş olan buluğ çağına kadar ve başka bir rivayete göre de dokuz yaşına kadar devam edeceği görüşündedirler.
- Kız çocuğunun hidane hakkı ise buluğ çağına kadardır ki bu da dokuz yaştır. Başka

¹⁰⁰⁸ Bkz; İbn Kudame, C:11, s. 427, Serhasi, C:6, s. 169, eş-Şerbini, C:3, s. 596.

¹⁰⁰⁹ Zühle, C:7, s. 719, Al-jendi, s. 151.

¹⁰¹⁰ İbn Kudame, C:11, s. 412.

¹⁰¹¹ el-behouti, C:5, s. 693.

bir görüşe göre ise on bir yaştır. Erkekler ve kadınlar arasındaki ayrımın nedeni, erkeğin erkeklerin adabını benimsemeye ihtiyaç duyması ve babanın bu konuda daha ehil ve üstün olmasıdır. Kız çocuğu ise kadınların adabını öğrenmeye, onların ahlakını benimsemeye ve eve hizmet etmeye daha çok muhtaçtır ve anne bunu ergenlik veya adet döneminden sonra yapabilir¹⁰¹².

- İkinci görüş; Malikilere göre ise erkek çocuğun hidane hakkı buluğa erinceye kadar devam eder ve meşhur görüşe göre hasta veya deli olsa bile buluğla birlikte hidane hakkı sona erer. Kadının hidane hakkı ise evleninceye ve zifafa bulununcaya kadar devam eder¹⁰¹³.
- Üçüncü görüş; Şafiiler¹⁰¹⁴ ve Hanbeliler¹⁰¹⁵, hidane hakkının yedi veya sekiz yaş olan ayırt etme yaşına kadar uzandığı ve aynı durumun erkek ve kadın için de geçerli olduğu görüşündedirler. Bu görüşte olanlara göre Peygamber (s.a.v), ayırt etme çağında olan bir çocuğu annesi ile babası arasında muhayyer bırakmıştır. Buna ek olarak, ayırt etme kudretine sahip kişi kendi menfaatini daha iyi bilir, dolayısıyla annesi ile babası arasında seçim yapabilir. Hanbeliler kıza seçme hakkı vermezler, çünkü bu karar babasına bırakılmıştır¹⁰¹⁶. Hanbeliler erkek çocuğun seçme hakkından yararlanabilmesi için iki şart koşmuşlardır: Anne, baba ve diğerlerinin velayete ehil olması ve çocuğun sefih olmaması. Eğer çocuk sefih ise, çocuk annenin yanında kalır ve annenin sefih olan çocuğuna kefil olma hakkı daha fazla olduğu için çocuk seçme hakkına sahip değildir¹⁰¹⁷.

Hidane süresi sona erdiğinde, oğlan çocuğu başkasına değil, baba ya da dedenin nefsi velayetine bağlanır ve baba ya da dede, oğlan çocuğunu ergenlik çağına gelinceye kadar yanında tutma hakkına sahip olur. Ardından yalnız yaşamak veya baba yahut dededen herhangi biriyle birlikte yaşamak arasında seçim yapma hakkına sahiptir. Ancak çocuk akılsızsa ve kendisi tehlikeli ise, o zaman babasının yanında kalır ve baba istemediği sürece ergenlikten sonra oğluna nafaka vermek zorunda değildir. Kız çocuğu ise bakire ise babası veya dedesinin yanında kalır, aynı durum evli olup kendisi fitneden korkuyorsa da geçerlidir. Bu kızın fitneye düşmesinden korkulmaz, namuslu ve akıllı başında olur, kırk yaşını da doldurmuş yaşlı bir kadın olursa, istediği yerde yaşayabilir. Ancak bu kız babasıyla birlikte

¹⁰¹² Serhasi, C:5, s. 207-208, Şeyh Nizam, C:1, s. 566, Kasani, C:4, s. 42.

¹⁰¹³ el-Ghuryani, C:3, s. 165.

¹⁰¹⁴ eş-Şirazi, C:3, s. 168.

¹⁰¹⁵ İbn Kudame, C:11, s. 415.

¹⁰¹⁶ el-behouti, C:5, s. 698.

¹⁰¹⁷ İbn Kudame, C:11, s. 417.

yaşamayı reddederse, babası ona harcama yapmak zorunda da değildir¹⁰¹⁸.

Cezayir yasa koyucusunun hidaen süresini belirlerken başvurduğu yaklaşım, İslam hukukunda yer alan yaklaşımdan farklı değildir. Fakat Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 65. maddesine "*yeniden evlenmemiş ana olması*" ibaresini koymuştur. Bu ibareden, annenin sadece yeniden evlenmesinin - bu evlilik sadece kâğıt üzerinde olsa bile - çocuğunun hidane hakkını on altı yaşına kadar uzatmasını engellemek için yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Cezayir yasa koyucusu, hidane süresi sona erdikten veya kanun zoruyla feshedildikten sonra hidane altına alınan çocuk konusunda bir düzenleme yapmamıştır. Hanefi ve Malikilerin bu bağlamdaki görüşü, menfaatini idrak etmediği için hidane altındaki çocuğun babayı veya anneyi seçme hakkına sahip olmadığı yönündedir. Diğer taraftan Şafiiler ve Hanbelilere göre, eğer çocukayırt etme kudretine sahipse, o zaman anne veya baba arasında muhayyer bırakılır¹⁰¹⁹. Bu bağlamda, Cezayir Yargıtay'ının 24.10.1995 tarihinde vermiş olduğu kararda şu hususlara yer verilmiştir: "*Hâkimler, hidane sahibi kadın yeniden evlenmemişse, hidane altındaki çocuğun menfaatini göz önünde bulundurarak, Aile Kanunu'nun 65. maddesini ihlal etmeksizin, bir erkeğin hidane hakkını on altı yaşına kadar uzatma hakkına sahiptir*"¹⁰²⁰. Cezayir Yargıtay'ı tarafından 13/ 03/ 1999 tarihinde verilmiş olan bir kararda da şu hüküm yer almaktadır: "*Çocuğun dininden endişe edilmedikçe, kâfir de olsa anne, çocuğunun hidane hakkına daha çok hak sahibidir ve erkeğin hidane hakkı buluş çağına, kadının hidane hakkı ise evlenme çağına kadar devam eder. Bundan dolayı hâkimin bu prensibe aykırı olarak hüküm vermesi İslam hukukuna ve Aile Kanunu'na aykırı olarak değerlendirilir. Ve temyiz hâkimleri - bu davada - üç erkek çocuğun hidane hakkına ilişkin temyiz edilen kararı değiştirmeye ve babaya yeniden atamaya karar verdiklerinden, yetişkin oldukları göz önüne alındığında, iki erkek çocukla ilgili olarak kanunu doğru bir şekilde uygulamışken, kız çocuğuyla ilgili olarak İslam hukuku hükümlerini ve Aile Kanunu'nun 64. maddesini ihlal ederek yanlış hüküm kurmuşlardır*"¹⁰²¹.

4.2.2.3. Hidane Yeri

Cumhur-ı ulemaya göre hidane yeri, eşler arasında evlilik devam ettiği sürece veya boşanmanın bekleme süresi boyunca eşlerin ikamet ettiği yerdir. Evlilik bağının sona ermesinden sonra ise hidane yeri, çocuğun babasının veya velisinin ikamet ettiği ülkedir ve

¹⁰¹⁸ Şeyh Nizam, C:1, s. 566.

¹⁰¹⁹ İbn Kudame, C:11, s. 415, eş-Şerbini, C:3, s. 599, Zühle, 7/743.

¹⁰²⁰ Yargıtay A. M. D, 24.10.1995, (Y/D 1995), D/N 123889.

¹⁰²¹ Yargıtay A. M. D, 13/ 03/ 1999, (Y/D 1999), D/N 52221.

velinin anneden başka biri olması durumunda da aynı durum geçerlidir. Çünkü babanın hidane altındaki çocuğu görme ve terbiyesine göz kulak olma hakkı vardır ve bu da ancak velinin babanın veya velinin bulunduğu ülkede ikamet etmesi halinde mümkündür¹⁰²².

Fakihler, hidane sahibi veya velinin başka bir yere taşınması konusunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefiler dışındaki İslam hukukçularının çoğunluğu, hidane sahibinin ikamet ettiği yeri değiştirmek için yaptığı seyahat ile ticaret veya ziyaret gibi bir sebeple yaptığı seyahati birbirinden ayırt ederler. Buna göre, hidane sahibi anne olup, ikamet yerini değiştirmek niyetiyle yolculuğa çıkarsa, hidane ondan düşer ve kendisinden sonra hidaneye daha çok hak sahibi olana intikal eder ve hidanede ilk sırayı baba alır; çünkü baba genellikle küçükleri terbiye eden ve soyunu koruyan kişidir. Ancak hidane sahibi ticaret veya ziyaret gibi bir gereklilik için seyahat ederse, seyahat ister uzun ister kısa olsun, çocuk seyahat etmeyen kişinin yanında kalır¹⁰²³.

Hanefilere göre ise hidane sahibi anne olup iddet beklemekte ise kadının başka bir ülkeye gitmesi caiz değildir ve kocanın kadının gitmesine engel olma hakkı vardır. Ancak bekleme süresi sona ererse, aşağıdaki durumlarda yanına hidane altındaki çocuğu da alarak seyahat edebilir¹⁰²⁴:

- Hidane sahibinin, çocuğun ahlakının etkilenmemesi için taşındığı yerin statüsünün ikamet ettiği yerden daha düşük olmaması şartıyla, hidane altındaki çocuğun babasının onu görebilmesi ve gündüz vakti geri dönebilmesi açısından yakın bir kasabaya gitmesi durumunda;
- Kocanın bu ülkede hidane sahibiyle evlilik akdi yapmış olması; yani kendisiyle bu ülkede evlenmiş olması;
- Hidane sahibinin taşındığı ülkenin kendi ülkesi olması.

CAK'nun 69. maddesi gereğince: “*Hidane hakkı kendisine verilen kişi yabancı bir ülkeye yerleşmek isterse, hidane altındaki çocuğun menfaatini göz önünde bulundurularak hidane hakkının kendisine verilmesi veya kendisinden alınması hâkimin takdirine bağlıdır*”. Bu maddeden anlaşılmaktadır ki, hidane sahibinin -Malikilerin belirttiğine göre- seyahate çıkması halinde hidane hakkının tesisi -hidane altındaki çocuğun menfaati göz önünde bulundurularak- davanın hâkiminin takdirine bırakılmıştır ve bu nedenle Cezayir Yargıtayı 19.2.1990 tarihinde verdiği kararda şu hükme varmıştır: “*Hidane hakkı verilirken çocuğun menfaati göz önünde bulundurulmalı ve babasının dinine göre yetiştirilmesi esas*”

¹⁰²² Şeyh Nizam, C:1, s. 567, Kasani, C:4, s. 45.

¹⁰²³ Bkz; ed-Derdiri, C:2, s. 532, eş-Şerbini, C:3, s. 600-601, İbn Kudame, C:11, s. 419.

¹⁰²⁴ Kasani, C:4, s. 44.

alınmalıdır; bu durumda çocuğun hidane hakkının babasının kontrolünden uzakta, yabancı bir ülkede yaşayan anneye verilmesi şeriata ve hukuka aykırı kabul edilir”¹⁰²⁵.

Bu hususta, kadının seyahat etmesi nedeniyle hidane hakkının kaybedilmesi konusu gündeme gelmektedir. Cezayir yasa koyucusunun benimsediği görüşe göre, lehine hidane hükmü verilen kişi yabancı bir ülkeye yerleşmek isterse, hâkim hidane altındaki çocuğun menfaatinin hidane sahibinin yanında kalmasını gerektirdiğine kanaat getirmediğçe hidane hakkını kaybeder. Hidane altındaki çocuğun hidane sahibi yurt içinde ise, mesafe uzak olsa bile, hidane sahibi için bu hak düşmez.

4.2.2.4. Hidanenin Düşüşü ve Geri Kazanımı

CAK'nun 66. maddesine göre "*Hidane sahibi, çocuğun mahrem olmayan bir akrabasıyla evlenmekle ve hidane altındaki çocuğun menfaatine zarar vermediği sürece hidane hakkından vazgeçmekle bu hakkını kaybeder.*" Buna göre hidane, hidane önünde bir engel olduğunda ya da hidane hakkı için gerekli olan şartlardan biri¹⁰²⁶ ortadan kalktığında düşer. Maddeye göre aşağıdaki durumlarda hidane hakkı ortadan kalkmaktadır: Hidane sahibinin, ikamet etmek üzere uzak bir yere seyahat etmeks.

- Hidane sahibinin delilik yahut cüzzam gibi bir hastalıkla malul olması
- Hidane sahibinin ahlaksızlığı ve dinsizliği.
- Hidane sahibinin evlenmesi ve zifafa bulunması.

Fakihler, hidane sahibinn evlenmesiyle hidane hakkının düşmesi konusunda ihtilaf etmişler ve üç görüşe ayrılmışlardır¹⁰²⁷. Buna göre;

- İlk görüş; Âlimlerin çoğunluğuna göre hidane sahibi kadın, hidane altında bulunan çocuğun mahremi olmayan bir erkekle evlenirse hidane hakkı kendisinden mutlak surette düşer.
- İkinci görüş; Hasan el-Basri ve İbn Hazm'a göre hidane sahibi olan kadın evlenirse hidane hakkı düşmez, çünkü hidane hakkının kadının evlenip evlenmemesiyle bir ilgisi yoktur.

¹⁰²⁵ Yargıtay A. M. D, 19.2.1990, (Y/D 1990), D/N 59013.

¹⁰²⁶ Aile Kanunu'nun 62. maddesinin ikinci fıkrasında şu ibare yer almaktadır: "Hidane sahibi bu işi yapabilecek niteliklere sahip olmalıdır." Cezayir yasa koyucusu, hidane ile ilgili şartları belirtmeyi ihmal etmiştir; bu da İslam hukukunda belirlenen şartlara atıfta bulunmayı gerektirmektedir. Bu şartlar şunlardır: ergenlik, akıl, çocuğun sağlığını ve ahlakını koruma yeteneği, dürüstlük, doğruluk, içinde küçüklerden nefret eden kimsenin bulunmadığı bir evde ikamet etme ve hidane sahibinin yabancı biriyle evlenmemesidir, bkz; **Belhâj**, s. 391.

¹⁰²⁷ **İbn-i Kayyım**, C:5, s. 455.

- Üçüncü görüş; Bu görüşün sahipleri, hidane altında bulunan çocuğun erkek ya da kız olması arasında bir ayrım yapmaktadır. Buna göre hidane altındaki çocuk erkek ise ve hidane sahibi kadın evlenirse hidane hakkı ondan düşer, ancak hidane altındaki çocuk kız ise evlenen hidane sahibi kadın hidane hakkını kaybetmez. Bu görüşün sahiplerinden biri İbn Yahya eş-Şami'dir.

Ancak Malikiler, hidane sahibi olan kadının bir yabancıyla evlenmesi halinde hidane hakkını kaybetmesi için aşağıdaki şartların mevcut olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir::

- Hidane sahibi olan kadının bir yıl veya daha uzun süredir evli olduğunu bildikten sonra hidane hakkı olan kişinin talep etmesi gerekir. Eğer bu uzun müddeti evliliği öğrendikten sonra talep etmezse, hakkından vazgeçmeye rıza göstermiş sayılır. İşte Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 68. maddesinde bu hükmü benimsemiştir: *"Hidane hakkının sahibi olan kişi, mazeretsiz olarak bir yıldan fazla bir süre hidane talebinde bulunmazsa, hidane hakkı düşer."*
- Hidane altındaki çocuk bebek ise, hidane sahibinden başka bir sütanne olması gerekir.
- Hidane ile ilgili gerekli şartları taşıyan bir bakıcı bulunması gerekir.
- Yabancı biriyle evlenen hidane sahibi olan kadın, hidane altındaki çocuğun babası veya hâkim tarafından vasisi olarak tayin edilmemelidir.

Kadının hidane hakkının kaybedilmesinden sonra yeniden kazanılmasına ilişkin olarak CAK'nun 71. maddesi şu hükmü getirmektedir: *"Hidane hakkı, iradi olmayan bir şekilde kaybedilmesine yol açan nedenin ortadan kalkması halinde iade edilir"*. Buna göre, eğer hidane geçerli bir sebepten dolayı kadından düşüp başkasına devredildikten sonra sebep ortadan kalkarsa, hidane tekrar kadına döner.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, Malikilerin¹⁰²⁸, hidane hakkı düştükten sonra bu hakkın geri alınabileceği sebepleri belirlemiş olmasıdır. Bu sebepler şöyle özetlenebilir:

- Hastalık veya süt yokluğu gibi, hidane altındaki çocuğun hakkının yerine getirilmenin mümkün olmaması. Eğer bu sebep ortadan kalkarsa, kadın çocuğu tekrar alma hakkına sahip olur.
- Eğer veli ve hidane altındaki çocuk ile birlikte başka bir ülkeye ikamet etmek için seyahat edip, bunun sonucunda hidane sahibinin seyahat etmek istememesi nedeniyle

¹⁰²⁸ ed-Derdiri, C:2, s. 533, el-Ghuryani, C:3, s. 168.

hidane hakkı düşer ve daha sonra veli ve hidane altındaki çocuk ülkeye geri dönerse, hidane hakkı tekrar hidane sahibine geçer.

- Hidane sahibi hac farizasını yerine getirmek için yolculuğa çıkar ve bu durum hidane hakkının düşmesine neden olursa, hacdan döndüğünde hidane hakkını yeniden kazanma imkânına sahip olur.

Yukarıda izah edildiği üzere, Cezayir yasa koyucusu, hidane hakkının düşmesi konusunda Malikilerin benimsediği görüşü tercih etmiştir.

4.2.2.5. Hidane Hakkına Sahip Olanların Sıralaması

Hidane, koşullarını yerine getirdiği sürece erkeğe de kadına da verilebilir. Ancak kadınların erkeklere göre önceliği vardır. Çünkü çocuğa karşı daha merhametli ve naziktirler, ayrıca küçük çocuğun yetiştirilmesi konusunda menfaati vardır¹⁰²⁹.

Abdullah İbn Amr'dan bir rivayete göre, bir kadın Peygamberimiz 'in yanına gelerek şöyle demiştir: *"Ya Rasûlallah, şu çocuk benim oğlumdur. Karnım ona yuva, göğsüm pınar, kucağım da ona kundak oldu. Şimdi babası beni boşadı ve çocuğu benden almak istiyor. Bunun üzerine Hz. Peygamber şöyle demiştir: Başkası ile evlenmediğin sürece onun üzerinde sen hak sahibisin"*¹⁰³⁰ Bu hadise istinaden cumhur, aralarında evlilik bağı olduğu sürece çocuğun hidanesinin ebeveynlere ait olduğu konusunda görüş birliğine varmıştır. Ancak aralarındaki evlilik bağı sona ererse hidane hakkı anneye verilir¹⁰³¹.

Hidane hakkının anneye verilebilmesi için fakihler, annenin hidane altındaki çocuğun mahremi olmayan bir erkekle evlenmemesini şart koşmuşlardır; yani anne yabancı biriyle ya da hidane altındaki çocuğun mahremi olmayan biriyle evlenirse yahut herhangi bir sebeple hidane hakkını kaybederse, hidane hakkı, çocuğun anneannesine, anneanesi yoksa babaannesine, sonra hidane şartlarını taşıyan yanındaki kadına devredilir¹⁰³².

Cezayir yasa koyucusunun hidane hakkı konusunda çeşitli meselelerde başvurduğu yaklaşım, esasen hidane altındaki çocuğun menfaatini korumaya yöneliktir. bu durum, ilk olarak hidane altındaki çocuğun menfaatinin sağlanmasını gerektiren hâkimin takdir yetkisi aracılığıyla açıkça görülmektedir. Buna örnek olarak, çalışan kadının işinde çocuğun bakım

¹⁰²⁹ Bkz; **Kasani**,4/41, **Serhasi**, C:5, s. 207.

¹⁰³⁰ Ebû Dâvûd,

¹⁰³¹ Bkz; **İbn-i Kayyım**, C:5, s. 435, **Şeyh Nizam**, C:1, s. 564.

¹⁰³² Fakihler, baba annesi ve teyzesi aynı anda mevcutsa hidane hakkının kime ait olduğu konusunda ihtilaf etmişlerdir. Buna göre Hanefiler ve Malikiler, anne tarafından teyzenin babanın annesinden daha fazla hidane hakkına sahip olduğu görüşünderken, Şafiiler ve Hanbeliler babanın annesinin anne tarafından teyzeden daha fazla hidane hakkına sahip olduğu kanaatindedirler, bkz; **İbn Kudame**, C:11, s. 422, **eş-Şerbini**, C:3, s. 592.

ve gözetimini imkânsız kılan bir durum olması halinde hidane hakkında mahrum bırakılması istisnasının yanı sıra, hidane hakkı sahibi kim olursa olsun hidane altındaki çocuğun menfaatinin gerektirdiği hidane yerine ilişkin karar ve hidane hakkının doğrudan anneden babaya devredilmesi meselesi gösterilebilir. Bu bağlamda, CAK'nun 64. maddesi gereğince: "*Çocuğun hidanesi önce anneye, sonra babaya, sonra anne tarafından büyükanneye, sonra baba tarafından büyükanneye, sonra anne tarafından teyzeye, sonra halaya, sonra da derece olarak en yakın akrabaya aittir ve tüm bunlarda hidane altındaki çocuğun menfaati göz önünde bulundurulur. Hâkim hidane hakkını tahsis etmeye karar verdiğinde, ziyaret hakkı konusunda da karar vermelidir*". İşte bunlardan anlaşılmaktadır ki, yasa koyucu hidane hakkına sahip olanların düzenlenmesinde, hidane altındaki çocuğun menfaatini her durumda göz önünde bulundurmak şartını saklı tutmuştur. Dolayısıyla, hidane altındaki çocuğun menfaati her şeyin üzerindedir ve bu durum hidane sahiplerinin haklarının düzenini değiştirebilir. Şu halde hidane hakkına sahip olan beşinci sıradaki teyzeye, talep etmesi ve hidane altındaki çocuğun menfaatini gerçekleştirecek olması halinde hidane hakkı tanınabilecektir¹⁰³³. Bu doğrultuda Cezayir Yargıtayı'nın 18.02.2017 tarihinde verdiği bir kararda şu ifadelerle yer verilmiştir: "*Hidane, hidane altındaki çocuğun menfaatine göre verilir ve bu davada hidane altındaki çocuğun menfaati göz önünde bulundurularak ve sosyal hizmet uzmanının bunu teyit eden raporuna dayanılarak hidane velayetinin babaya verildiği sabit olduğundan, hâkimler takdir yetkileri ışığında kanunu doğru bir şekilde uygulamışlardır*"¹⁰³⁴.

4.2.2.6. Hidane Sahibi Kadının Çalışması Nedeniyle Hidane Düşmesi

Aile Kanunu'nun 67. maddesinin ikinci fıkrasında şu hüküm yer almaktadır: "*Kadının çalışması hidane hakkını kaybetmesine sebep olamaz. Ancak, her durumda hidane altındaki çocuğun menfaati göz önünde bulundurulur*". Bu yönde Cezayir Yargıtayı'nın 18/07/2000 tarihinde vermiş olduğu kararda şöyle bir ifade yer almaktadır: "*Kadının çalışması hidane hakkını ortadan kaldıran bir durum değildir ve bu nedenle hâkimlerin temyiz edilen kararı iptal ederek iki çocuğun hidane hakkının temyiz edenden alınmasına karar vermeleri kanuna aykırıdır*".¹⁰³⁵

Buradan hareketle Cezayir yasa koyucusu, hidane sahibi olan kadının hidane yeri dışında

¹⁰³³ Bkz; Abdel-Aziz, s. 140.

¹⁰³⁴ Yargıtay A. M. D, 18.02.2017, (Y/D 2018), D/N 135640.

¹⁰³⁵ Cezayir Adliye Bülteni (2001), Özel Sayı, D.N 245156, s188.

çalışmasının hidane hakkının sona ermesi için bir neden olamayacağını vurgulamıştır¹⁰³⁶. Buna ek olarak, Cezayir yasa koyucusu bu şartı hidane altındaki çocuğun menfaatine bağlamıştır. Dolayısıyla hidane sahibinin çalışması eğer hidane altındaki çocuğu bakım, ilgi ve benzeri şeylerden mahrum bırakırsa hidane hakkı sona erebilecektir¹⁰³⁷. Bu husus Cezayir Yargıtayı tarafından 7/3/2002 tarihinde verilen bir kararda da vurgulanmıştır: "*Hidane altındaki çocuğun bakım ve gözetim hakkından yoksun bırakıldığına dair kesin bir kanıt bulunmadıkça, hidane sahibi olan annenin çalışması, çocuklarının hidane hakkından mahrum bırakılmasını gerektirmez.*"¹⁰³⁸

Cezayir yasa koyucusunun benimsemiş olduğu yaklaşım, İslam hukukundaki içtihatlar ışığında da desteklenmektedir. Buna göre İslam hukuku, hidane altındaki çocuğun menfaatini gözetmiş olup kendisine fayda sağlayan ve onu zarardan koruyan her şeyde ona öncelik tanımıştır. Bu kapsamda hidane hakkı sahibinin hidane altındaki çocuğun bakımı ve yetiştirilmesini diğer her şeyin üstünde kabul etmesi gerekmektedir. Bu nedenle, hidane sahibi olan kadının yabancı biriyle evlenmesi, kocanın haklarıyla meşgul olduğu için hidane hakkının düşmesine sebep olarak kabul edilmiş ve buna kıyasen, kadının modern anlamda çalışmaya gitmesini (çalışan), -özellikle haftanın yedi günü çalışanlar için- hidane hakkının düşmesine sebep olarak kabul etmişlerdir.

Klasik İslam Hukuku'na bakıldığında kadının çalışmasının hidane hakkının kazanılmasına bir engel olarak nitelendirildiği görülmektedir. Buna göre, çalışan kadının hidane hakkının düşmesinin ölçütü ihmal ve hidane altındaki çocuğun ihtiyaçlarını gerektiği şekilde karşılayamamasıdır. Bu durumda Hanefiler¹⁰³⁹ ve Hanbeliler¹⁰⁴⁰, hidane sahibi olan kadının, hidane altındaki çocuğun ihtiyaçlarını karşılaması gerektiği görüşündedirler. Eğer hidane sahibi olan kadın, hidane altındaki çocuğun sağlık, temizlik, eğitim ve disiplin gibi ihtiyaçlarını karşılamazsa ve bu eksiklik çocuğun bedenine ve davranışlarına zarar verirse veya çocuğun menfaatlerinin zayi olmasına sebep olursa, bu durum kadının hidane hakkını kaybetmesine yol açar.

Bu bağlamda İslam hukukçularının, çalışmanın çocuk üzerindeki etkisini nazar-ı dikkate aldıkları görülmektedir. Hanefiler, kadının çalışması hidane altındaki çocuğun bakımını

¹⁰³⁶ Cezayir yasa koyucusunun bu tutumu, kadınların çalışma özgürlüğünü, sosyal ve siyasi hayatın çeşitli yönlerinde erkeklerle eşit olmalarını sağlamanın bir yolunu teşvik etme yönündeki bir siyasi eğilime işaret etmektedir. Bu eğilim, Aile Kanunu'nun 19. maddesi aracılığıyla da görülmektedir; bu madde, kadına çalışacağını veya çalışmaya devam edeceğini belirtme ve evlendikten sonra durumunun kötüye gitmesi halinde 53. maddenin dokuzuncu fıkrasına dayanarak boşanma talebinde bulunma hakkı tanımaktadır.

¹⁰³⁷ **Abdel-Aziz**, s. 142.

¹⁰³⁸ Cezayir Adliye Bülteni (2004), 1. Sayı, D.N 274207, s. 262.

¹⁰³⁹ **Şeyh Nizam**, C:1, s. 565-566.

¹⁰⁴⁰ **Behhuti**, C:5, s. 630.

etkilemeyecek nitelikte ve kadının evden çıkış süresi kısa ise, kadının hidane hakkını kaybetmeyeceği görüşündedirler¹⁰⁴¹. Öte yandan, aralarında Mustafa Çelebe ve Abdurrahman es-Sabuni'nin de bulunduğu bir grup modern hukukçu, hidane sahibi olan kadının çalışmasının, hidane altındaki çocuğu yetiştirme ve ona bakma kabiliyeti ışığında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bunun mümkün olması halinde, çalışan kadının hidane hakkı düşmez¹⁰⁴². Buna karşılık Muhammed Ukla, kadınların çalışmasının genellikle hidane hakkını ortadan kaldıran bir durum olduğu görüşünü savunmaktadır. Bu kapsamda çalışma hayatının ailenin parçalanmasına yol açtığını ileri sürmektedir. ¹⁰⁴³.

Bu konudaki fikrimiz, kadının yalnızca çalışmasıyla hidane hakkını kaybetmeyeceği yönündedir. Ancak bu kapsamda her somut olayı ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Eğer kadının çalışması uzun sürecek ve hidane altındaki çocuğun gereksinimlerini ihmal etmesine yol açacaksa, o zaman kadının hidane hakkının düşmesi gerekir. Ayrıca çalışma olgusunun çocuk üzerindeki psikolojik ve duygusal yönleri de göz önünde bulundurulmalı ve sadece maddi yönlerle sınırlı kalınmamalıdır. Bu konuda akademisyenler hidane hakkından söz ederken, hidane altındaki çocuğun disipline edilmesi, bakımı, eğitimi ve menfaatlerinin yerine getirilmesi konularına değinmişlerdir. ¹

Bu çerçevede, Cezayir yasa koyucusu kadınları çalışmaya teşvik etme eğiliminde olduğundan, hidane sahibi olan kadının çalışma koşullarına ilişkin yürürlükteki iş kanunlarını dikkate alması ve çalışma saatlerini çocuklarına bakma konusundaki aile göreviyle çatışmayacak şekilde azaltması gerektiği belirtilmelidir.

4.2.2.7. Hidane Sahibinin Konutu Veya Kira Bedeli

Aile Kanunu'nun 72. maddesi şu hükmü içermektedir: "*Boşanma halinde baba, hidane sahibinin hidane hakkını kullanabilmesi için uygun bir konut sağlamakla, bu mümkün olmadığı takdirde kira bedelini ödemekle yükümlüdür ve hidane sahibi, hidane ile ilgili yargı kararını uygulayıncaya kadar evlilik konutunda kalır*". Bu maddeden de anlaşılacağı üzere Cezayir yasa koyucusu, boşanan hidane sahibi kadının -tek erkek veya tek kız çocuğunun hidane sahibi olsa dahi- konut hakkını güvence altına almıştır. Keza, yasa koyucunun, hidane sahibi boşanmış kadının konut veya konut kirası üzerindeki hakkının herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin elinden alınmasının nedenlerini belirtmeyi kasıtlı olarak ihmal ettiği görülmektedir.

¹⁰⁴¹ İbn Abidin, C:3, s. 603.

¹⁰⁴² Çelebe, s. 764, es-Sabuni, s. 279.

¹⁰⁴³ Ukla, Muhammed, Nizamü'l Üsrâh, 2.Baskı, C:3, Ürdün, er-Resayilü'l Hadisâh Yayınlar, 1990, s. 370.

Fakihlerin çoğunluğu hidane altındaki çocuğun nafaka ve meskeninin velisi üzerine vacip olduğu konusunda ittifak etmiş, ancak hidane sahibi kadının meskeni konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Buna göre Hanefiler, hidane sahibi kadının çocuğun hidane hakkını kullanabileceği bir evi olmaması durumunda, nafaka ile yükümlü olan kişinin ona bir ev temin etmek veya kira bedeli ödemekle yükümlü olduğu görüşündedir¹⁰⁴⁴. Ancak Malikiler, Şafiiler ve Hanbeliler, çocuğun nafakasını üstlenen kişinin, hidane sahibi kadının mali durumu ne olursa olsun, hidane sahibi kadın için ev temin etmek veya kira bedeli ödemekle yükümlü olduğu görüşündedirler¹⁰⁴⁵.

Yukarıda belirtildiği üzere, Aile Kanunu'nun 72. maddesine ilişkin olarak aşağıdaki tespitler yapılabilir:

- Cezayir yasa koyucusu, hidane sahibi kadının hidane hakkını kullanabileceği kendine ait bir evi olup olmaması arasında bir ayrım yapmamış, hidane sahibi kadın için konut sağlanmasını mutlak bir hak haline getirmiştir.
- Cezayir yasa koyucusu, hidane altındaki çocuğun kendisi için harcayabileceği ve barınma sağlayabileceği paraya sahip olduğu durumlara değinmemiştir. Çünkü parası olmayan çocuğun nafakası velisi üzerine zorunludur, ancak parası varsa, yaşına bakılmaksızın nafakasının ödenmesi esastır.
- Boşanmış olan kadının boşanma kararının verilmesinden sonra eski kocasının evinde kalması mümkün değildir, çünkü bu şekilde eski kocasına yabancı hale gelmiştir. Buna ek olarak, genellikle uygulanması uzun bir süre olan konutla ilgili hükmün uygulanmasına kadar ikisinin de tek bir evde kalması mümkün değildir. Bu durumda boşanmış olan kadının oturduğu eve aile konutu denemez; çünkü eşler arasında evlilik bağı ortadan kalkmıştır. Buna göre yasa koyucunun bu konudaki iradesi açık değildir, zira bu maddeden anlaşıldığı üzere boşanan koca, eğer maddi durumu müsaitse hidane sahibi olan kadın için ayrı bir ev temin etmeli, maddi durumu müsait değilse evini ona vermeli ya da kira bedelini ödemelidir. Böylece zor duruma ve mahcubiyete düşmektedir.

Hidane sahibi olan kadının barınma sorununu çözmek maksadıyla aşağıdakileri önermekteyiz:

- Hidane hakkı ile ilgili davaların ivedilikle karara bağlanması. Cezayir yasa koyucusu Aile Kanunu'nun mükerrer 57. maddesi ile bu sorunu çözüme kavuşturmuştur. Bu

¹⁰⁴⁴ İbn Abidin, C:3, s. 562.

¹⁰⁴⁵ ed-Derdiri, C:2, s. 533-534, İbn Kudame, C:11, s. 402.

bağlamda, Aile Kanunu'nun mükerrer 57. maddesi şunları öngörmektedir: “*Hâkim, bir dilekçe üzerine vereceği kararla, özellikle nafaka, hidane, ziyaret ve konutla ilgili olanlar olmak üzere, tüm geçici tedbirler hakkında hızlı bir şekilde karar verebilir*”.

- Hidane sahibi kadının hiç evi olmadığı ispatlanırsa, hidane altındaki çocuğun üstün menfaati gereği hidane sahibi, konutla ilgili yargı kararını uygulanana kadar boşandığı eşinin evinde kalır. Ancak kadının kendi evi veya yanında kalabileceği bir ailesi varsa, kadın kendi evinde veya ailesinin evinde ikamet edecektir. Ayrıca kadın bekleme süresinin bitiminden ve boşandığı eşinin evinden ayrılmasından itibaren yargı kararının uygulanmasına kadar kira bedeli alma hakkına sahiptir. Bu hüküm, erkeğin mahkeme kararı uygulanmadan önce hidane sahibi olan kadına yeterli konut sağlayamaması halinde geçerlidir. Ancak kanımızca yasa koyucunun kadına bu hakkı konut temininden önce tanınması daha isabetli olurdu.

4.2.2.8. Değerlendirme

CAK'nda hidane, hidane altındaki çocuğun üstün menfaatinin gözetme ilkesine dayanmaktadır. Aslında bu ilke, hidane altındaki her çocuk için ayrı ayrı ve kişiseldir. Zira yeni doğmuş bir bebek için uygun olan bir şey, altı yaşındaki bir çocuk için uygun olmayabilir. Cezayir yasa koyucusu, hidane altındaki çocuğun manevi menfaatlerini maddi menfaatlerinden üstün tutmaya özen göstermiş ve aynı zamanda hidane altındaki çocuk için psikolojik ve duygusal istikrar sağlamaya çalışmıştır. Bu durum, Aile Kanunu'ndaki hidane ile ilgili maddelerden açıkça anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda Cezayir yasa koyucusu, hidane altındaki çocuğun menfaatinin korumak için güvenceler sağlamaya çalışmış, bu nedenle çocuğun hidane hakkını ilk olarak anneye vermiş, ardından babaya ve daha sonra da diğer hak sahiplerine devredilmesini tasvip etmiştir. Ayrıca hidane ile ilgili sıralamayı bir zorunluluk haline getirmemiş, hidane altındaki çocuğun menfaatinin dikkate alınması şartına bağlamış ve hidane altındaki çocuk için en uygun olanın belirlenmesinde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Buna ek olarak, Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 65. maddesi aracılığıyla, hidane hakkının sona erme süresini belirlemiş ve hâkime, hidane altına alınan çocuğun menfaatinin gözetmek amacıyla bu süreyi uzatma yetkisi vermiştir.

Neticede, yukarıda bahsedildiği üzere, Cezayir yasa koyucusunun, hidane altındaki çocuğun menfaatinin korumak için, ister tahsis edildiğinde, ister düşürüldüğünde veya geri verildiğinde güçlü güvenceler sağladığı ve bunun da ötesinde, hâkime değerlendirmesinde geniş yetki verildiği kaydedilmiştir.

HAK ise, hidâne ve vesayet konularında herhangi bir hüküm içermemektedir. Yetkili vasi, vasinin yetkileri, görev ve sorumluluğu, evliliğin sona ermesi durumunda küçük çocukların bakımını üstlenecek olan anne (hâdine) veya onun yerine bu görevi üstlenecek kişiler, hidâne hakkını kullanmanın hangi şartları içerdiği gibi konular, ayrıca açıklanmadan, doktrine bırakılmıştır. Bu kanun boşluklarının fıkıh doktrini tarafından kapatılması son derece doğaldır. Zira bu bilindiği üzere, bu yasa yürürlüğe girmeden önce de sabit bir hukuki uygulama mevcuttu ve bunda yasadışılık söz konusu değildir. Ancak Kararname'de bu kadar çok boşluğun bulunması, kanunun aile hukukunun tamamını düzenleme amacıyla değil, İttihat ve Terakki Partisi'nin hidane dâhil olmak üzere boşanma ehliyeti, çok eşlilik ve boşanma sebepleri gibi kritik konularda yapmayı düşündüğü reformları mümkün olan en kısa sürede yürürlüğe koymak için aceleci davranılarak çıkarıldığı izlenimini vermektedir. Kararname öncesinde doktrinin düzenlenmesine kalan konuların çok fazla tartışılmamış olması, dönemin yöneticilerinin bu konuların klasik anlayış doğrultusunda ele alınmasında bir sakınca görmeyeceği şeklinde de değerlendirilebilir. Şöyle ki, sorun çıkması durumunda İslam hukuk doktrini ister istemez o zamana kadar yerleşmiş olan klasik anlayış ve ilkeler çerçevesinde meseleyi çözüme kavuşturacaktı¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁶ Bkz; Aydın, s. 108-109.

5. SONUÇ

CAK ve HAK'de evliliğe ve evliliğin sona ermesine ilişkin hükümler arasında karşılaştırma yapılan bu çalışmada, ilgili meseleleri İslam fıkı ışığında incelenmiştir. Her konunun sonunda, her iki kanun arasındaki benzerlik ve farklılıkları ve çalışma konusu kanunların İslam şeriatının hükümlerinden ne ölçüde etkilendiğı ortaya konmuştur.

Bu çalışma sonucunda aşağıdaki sonuçlar çıkarılabilir:

- CAK ve HAK'nin hükümlerinin çoğı İslam hukuku hükümlerine dayanmaktadır. Ancak bu iki kanunda yer alan ve “temel olmayan” meseleler, Cezayir ve Osmanlı toplumunda gündeme gelen konularla olan bağlantıları nedeniyle içtihadı açık bir alan teşkil etmektedir.
- Her iki kanun da uzman olmayanların, özellikle feminist hareketlerin ve Batıcıların sert eleştirilerine maruz kalmıştır. Buna rağmen, bu iki kanunun hükümleri, güçleri nedeniyle yürürlükte kalmıştır. Bu çerçevede CAK 2005 yılında yapılan değişiklikten sonra halen yürürlükte iken, HAK'nin bazı hükümleri 1919 yılında kaldırılmasına rağmen ilgili Kararname Ürdün, Lübnan ve Filistin gibi bazı ülkelerde halen uygulanmaktadır.
- Hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucuları dört Sünni mezhepten istifade etmiştir. Ancak bu durum, her bir içtihadın farklı bir fıkhi yön takip etmesi nedeniyle kanunda yer almayan hususlara ilişkin olarak çelişkili yargı kararlarına sebebiyet verebilmektedir. Zira malumdur ki fakihler bazı konularda ihtilaf edip bazılarında ittifak etmektedirler. Hatta aynı mezhep içinde de bazı konularda görüş ayrılıkları olabilmektedir.
- Aile hukuku sahasında faaaliyette bulunan hukukçuda bulunması gereken en önemli niteliklerden biri, şer'i hükümlerle, İslam hukukunun amaçları ve toplumsal gerçeklik hakkında bilgi sahibi olmasıdır. Böylece, İslam hukukunun hükümlerine atıfta bulunma ve kanun maddesi bulunmadığında uygun hükümleri çıkarma yeteneğine ve bilimsel yeterliliğe sahip olurlar.
- Cezayir yasa koyucusu 2005 yılında Aile Kanunu'nu tadil etmiş, bu tadilat ile ufak tefek meselelere ara çözümler getirmiştir. Bu düzenlemeler ile kadının statüsünü yükseltecek, yasal ve sosyal statüsünü güçlendirecek çözümler üretmeye çalışmıştır. Dolayısıyla bu değişikliğin, hukuki ve teknik formülasyonundan ziyade siyasi ve

ideolojik karakterinin ağır basması nedeniyle belirli taleplere ve farklı yönelimlere cevap olarak geldiği söylenebilir.

- CAK ile HAK arasında yapılan karşılaştırmanın neticesinde, Aile Kanunu'nda gelecekte yapılacak herhangi bir değişikliğin başarısının gelenek ve modernliğin bir araya getirilmesine bağlı olduğu sonucuna varılabilir. Bunun yolu da İslam hukukunun ruhuna uygun ve çağın gereklerini karşılayabilecek çözümler üretilmesinden geçmektedir. Bu da ancak, aile sorunlarına gerçek bir istikrar ve denge sağlayacak uzlaşmacı çözümlere ulaşmak için yetkinlik ve yeterliliğe sahip kişiler tarafından yapılabilir.
- Hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucuları kadın ve erkek arasında eşitlik sağlamaya ve kadınların toplumdaki siyasi, sosyal, ekonomik ve hukuki rolünü artırmaya çalışmıştır. Bunun en önemli tezahürleri şu şekilde sıralanabilir:
 - Cezayir yasa koyucusu, Aile Kanunu'nun 7. maddesi aracılığıyla yasal evlilik yaşının belirlenmesinde kadın ve erkek arasında eşitlik sağlamıştır.
 - Her iki yasa koyucu da rızaya büyük önem vermiş ve bunu evlilik akdinin tek rüknü haline getirmiştir.
 - Her iki yasa koyucu da eşlere gerekli gördükleri hususları şart koşma özgürlüğü tanımış ve çok eşli olmama şartını gereklilikler sırasına koymuştur.
 - CAK'nun 36. maddesi, evlilik hak ve görevlerinin eşler arasında karşılıklılık esasına dayandığını belirtmektedir.
 - Her iki yasa koyucu da kadının tefrik talebinde bulunmasına olanak tanıyan sebepler çemberini genişletmiştir.
 - CAK'nun 54. maddesine göre kadın, kocasının rızası olmadan para karşılığında kendini hul' edebilir. Bu hak kocanın boşanma hakkına benzemektedir ve dolayısıyla kadının hul' hakkı ruhsattan asıl hak seviyesine yükselmiştir.
 - CAK'nun 57. maddesi, kadının çalışmasının hidanenin kaybına sebep sayılmamasını öngörmektedir. Dolayısıyla bu hüküm, kadının çalışma hakkına ve erkeklerle eşit fırsatlara sahip olmasına işaret etmektedir.
- Hem CAK hem de HAK, evlilik ve evliliğin sona ermesi ile ilgili birçok hususu göz ardı etmektedir. Bu eksiklik HAK'nin yürürlüğe girdiği dönemde var olan koşullardan kaynaklanırken, CAK bu eksikliği 222. maddesi ile telafi etmiştir.
- Hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucuları evlenme ehliyeti için -hem kadın hem de erkeğin- belirli bir yaşı doldurmasını şart koşturmuştur. Bu yaş, ilgili dönemin

şartları dikkate alındığında makuldür ve nitekim bazı fakihlerin bunu destekleyen görüşleri de vardır. Öte yandan, maslahat ve zaruretin gerektirdiğine göre, reşit olmayanların evlenmesine izin verilmesi de aynı maddeye göre hâkimin takdir yetkisinden kaynaklanmaktadır. Böylece her iki yasa koyucu da kendi toplumlarının yaşam koşullarına uygun bir pozisyon almıştır. Ancak bu hususta belirtmek gerekir ki, Cezayir yasa koyucusu -yasal evlilik yaşını doldurmamış- reşit olmayan kişinin evlilik akdinin hak ve yükümlülükler bakımından sonuçlarına ilişkin dava hakkını elde etmiş olup, boşanma ve sonuçlarına ilişkin dava hakkını öngörmemiştir.

- CAK ve HAK'nin nişanlanma konusundaki düzenlemeleri karşılaştırıldığında, nişanın bir evlenme sözü olduğu ve nikâh akdi olmadığı konusunda benzer hükümler göze çarpmaktadır. Her iki kanun da tarafların nişanı istedikleri zaman ve herhangi bir sebep ile bozabileceklerini belirtmiştir. Ancak, nişan hediyeleri konusunda farklı hükümler bulunmaktadır. CAK, hediyyeyi geri alma konusunda Malikilerin görüşünü benimsemişken, HAK Hanefilerin görüşünü tercih etmiştir. CAK ayrıca nişanın bozulması nedeniyle tazminat ödenmesini düzenlemiştir.
- CAK ve HAK, Hanefi mezhebinin bu konudaki görüşünü benimseyerek nikâh akdinin tek rüknü olarak icap ve kabulü kabul etmiştir. CAK, nikâh akdinin gerçekleştirilebilmesi için evlenme ve nikâh anlamına gelen kelimelerin açıkça telaffuz edilmesini şart koşturmaktadır. Bunun yanı sıra, yazıyla veya anlaşılabilir bir işaretle kıyılan nikâhın da geçerli olacağı belirtilmektedir. HAK ise evlenme niyetinin açıkça ifade edilmesini şart koşturmaktadır. Cezayir yasa koyucuları, "rıza" ibaresi yerine "icap ve kabul" ibaresinin daha doğru olduğunu düşünmektedir. Çünkü icap ve kabul, nikâh akdinin temel unsurlarından biridir ve bu unsurların bulunmaması durumunda nikâh geçersiz olmaktadır.
- CAK ve HAK, mehrin hükümleri konusunda benzerlikler ve farklılıklar içermektedir. Her iki kanunda da mehrin kadının sabit bir mali hakkı olduğu, nikâh sırasında doğrudan verilmesi veya nikâhtan sonra belli durumların tahakkuku şartına bağlanabileceği konusunda ortak hükümler bulunmaktadır. Ancak mehrin niteliği konusunda ihtilaflar vardır. CAK, mehri nikâhın bir şartı olarak kabul ederken, HAK bunu bir sonuç olarak kabul etmektedir. Bu çerçevede, akid esnasında mehr belirlenmemiş, usulüne uygun ya da meşru bir şekilde tespit edilmemişse, nikâhın geçerliliği, eşler arasında cinsel birleşimin olup olmadığına dair bir değerlendirmeye tabi tutulur. Eğer eşler arasında cinsel birleşim gerçekleşmemişse, bu evlilik herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz ve bu nedenle eşlerin derhal birbirinden ayrılması

gerekmektedir. Ancak eşler arasında cinsel birleşim meydana gelmişse, kadın mehr-i misil hakkını kazanacak ve nikâh da geçerli olacaktır. Her iki kanun da mehrin tamamının veya yarısının edasını gerektiren sebepleri düzenlemiştir. Ancak CAK bazı detayları atlamışken, HAK bu konuya daha ayrıntılı bir şekilde değinmiştir.

- CAK ve HAK, Şahitliğin hükümleri konusunda benzerlikler içermektedir. Her iki kanunda da, nikâh akdinin geçerli olması için iki şahidin varlığı aranmaktadır. HAK, şahitlik yapacak kişilerin tarafların üstsoy ve altsoyları da olabileceğini belirtmiştir. Ancak her iki kanuna göre de şahitsiz yapılan nikâh akdi geçerli değildir ve fasid kabul edilir. Bu bağlamda, tanıklık olmaksızın gerçekleşen nikâh akdinin geçerliliği, eşler arasında cinsel birleşmenin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair bir değerlendirmeye tabi tutulur. Eğer eşler arasında cinsel birleşme meydana gelmemişse, bu evlilik herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz ve bu nedenle eşlerin derhal ayrılması gereklidir. Ancak, eşler arasında cinsel birleşme olmuşsa, kadın mehr-i misil hakkını elde edecek ve nikâh geçerlilik kazanacaktır.
- Cezayir yasa koyucusu, İslam şeriatının amaçlarını gerçekleştirmek ve evliliğin amacına ulaşmak adına mükerrer 7. madde aracılığıyla evlenmeden önce tıbbi muayenenin gerekliliği konusunda dönemin koşullarını dikkate almıştır. Bu bağlamda fakihler, genital kusurları fesih sebeplerinden biri olarak zikretmişlerdir. Nitekim Malikiler de evlilik akdinin geçerliliği için eşlerden hiçbirinin korkulan bir hastalığa yakalanmamasını şart koşmuşlardır.
- CAK ve HAK, evlenme engelleri konusunda benzer düzenlemelere sahiptir. Her iki kanunda da sürekli ve geçici evlenme engelleri ayrımı yapılmaktadır. Kan hısımlığı, nesep hısımlığı ve süt hısımlığı sürekli evlenme engelleri olarak kabul edilmektedir. Ancak süt hısımlığının haramlık oluşturması için süt emmenin ilk iki yaş içinde olması gerektiği sadece CAK'ta belirtilmiştir. Her iki kanunda da haram olan biriyle evliliğin sonuçları benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda cinsel birleşme olmamışsa, eşlerin birbirinden derhal ayrılarak evlilik herhangi bir sonuç doğurmazken; cinsel birleşme gerçekleşmişse, eşlerin birbirinden derhal ayrılarak evliliğin mehir, iddet süresi, nesep ve sihri hısımlık gibi sonuçları gündeme gelecektir.
- Cezayir yasa koyucusu, Osmanlı yasa koyucusundan farklı olarak denklik konusunu ele almamıştır. HAK'de yer alan denklik düzenlemeleri incelendiğinde, Osmanlı yasa koyucusunun mesleki ve maddi denkliği evlilik için önemli bir şart olarak kabul ettiği görülmektedir. Cezayir yasa koyucusunun denklik konusunu düzenlememesi,

toplumun gelişimi ve kurumun -modern mülâhazalara göre- kadın-erkek eşitliği üzerindeki olumsuz etkisinden kaynaklanmaktadır. Cezayir'in kadın haklarına yönelik uluslararası sözleşmelere olan bağlılığı, toplumsal farkındalığın artması ve yasal reformlar, denklik kavramının önemini azaltmıştır. Bu sessizlik, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik toplumsal baskının ve feminist hareketlerin bir neticesi olarak görülmektedir.

- CAK ve HAK'de şarta bağlı evlilik akdine ilişkin düzenlemeler neredeyse birbirine paraleldir. İki kanun da çok eşliliği sınırlandırmayı amaçlamış ve kadınlara da şart koyma özgürlüğü tanımıştır. Cezayir yasa koyucusu, 1996'da onayladığı CEDAW Antlaşması'nın etkisiyle çok eşliliği kadın hakları açısından olumsuz bir durum olarak görmüş ve kadınların kendilerini koruma hakkına vurgu yapmıştır. Bu nedenle, kadın ve erkeğin eşit şart koşma özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, Osmanlı yasa koyucusunun da döneminin fikir akımlarından etkilendiği ifade edilmektedir.
- CAK ve HAK arasındaki evlilik hak ve görevleriyle ilgili düzenlemelerde bazı farklılıklar olsa da, genel olarak bir paralellik gözlemlenmektedir. Cezayir yasa koyucusu, çağdaş içtihatları dikkate alarak evlilik hak ve görevlerini ortak hale getirmiş ve İslam hukukunu temel almıştır. Öte yandan, Osmanlı Hukuku'nda aile reisliği önemli bir ilke olarak kabul edilmiş ve evlilik hak ve görevleri İslam hukukuna uygun şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, her iki hukuk sisteminin de toplumsal ve tarihsel mirasını yansıtmaktadır.
- Eşler arasındaki mal rejimi konusunda da temelde her iki kanunun paralel hükümler ihtiva ettiği gözlemlenmektedir. Bu kapsamda Cezayir yasa koyucusuna göre, her bir eş mali sorumluluğa sahiptir, ancak evlilik akdinde veya sonraki bir anlaşmada mal paylaşımı hususu ayrıca belirlenebilir. Kadınlar evlendikten sonra tam mali ehliyetlerini korur ve mal yönetiminde özgürdürler, ancak sözleşmelere ve mali yükümlülüklerle uymak zorundadırlar. HAK'de da mal ayrılığı ilkesi benimsenmiştir, ancak bu hususta Cezayir yasasına göre daha çerçeve hükümler içermektedir. Her iki hukuk sisteminde de İslam hukukunun etkisi net bir şekilde gözlemlenmektedir. Cezayir yasa koyucusu eşlerin ortak mal edinimi konusunda anlaşabileceklerini belirtirken, Osmanlı yasa koyucusu kadının nafaka talep etme hakkını vurgulamaktadır.
- Cezayir yasa koyucusu nesebin sübutu konusunda İslam Hukuku hükümlerini baz almıştır. Bunlar arasında sahih ve fasit nikâhlar, delil, ikrar ve cinsel münasebe

bulunmaktadır. Ayrıca modern bilimsel yöntemlere ve tüp bebek yöntemine de izin verilmiştir. Öte yandan, Osmanlı yasa koyucusu nesep konusunu ayrıntılı olarak ele almamış, fasit evliliğin sonuçlarını ele alırken konuya atıfta bulunmakla iktifa etmiştir. Cezayir yasa koyucusu ise biyolojik gelişmelere uyum sağlamak için Aile Kanunu aracılığıyla birtakım değişiklikler yapmıştır. Ancak, li'an konusunda yeterli detay ve prosedürler bulunmamaktadır. Yargı içtihatları da hala sorunludur ve nesep davalarının çözümünde eksiklikler vardır. Cezayir yasa koyucusunun neseple ilgili yasal hükümleri gözden geçirmesi, müphem hususları detaylandırması ve modern bilimsel yöntemlere ilişkin prosedürleri belirlemesi gerekmektedir.

- Cezayir ve Osmanlı yasa koyucusunun evlilik nafakası hükümleri temelde İslam hukukundan etkilenmiştir. Her iki sistemde de kadının evlilik nafakasına hak kazanması için belirli şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. CAK 'nda nafaka hakkı için evlilik akdinin geçerli olması ve zifafın gerçekleşmesi şartı aranırken, HAK'de kadının evliliğin amacını gerçekleştirmek ve kocasının ihtiyaçlarını karşılamak için kocasına itaat etmesi gerekmektedir. Her iki sistemde de nafaka hakkı kocanın maddi durumuna göre belirlenir.
- CAK ve HAK, boşanma konusunda İslam şeriatına dayanan benzer hükümler içerir. Her iki kanun da boşanmayı kocanın hakkı olarak kabul eder ve boşanmanın resmi makamlar nezdinde kaydedilmesini zorunlu kılar. Ancak, Cezayir yasaları boşanmayı kanıtlama araçlarını sınırlamıştır ki bu da kocanın sözlü boşamasının hukuki geçerliliğini etkileyebilecek bir durumdur. Ayrıca, Cezayir yasa koyucusu, boşanma davasının açıldığı tarihten itibaren eşler arasında uzlaşma girişimlerine yönelik bekleme süresi şartı getirmiştir.
- Cezayir yasa koyucusu, kadınların hukuki statüsünü güçlendirmeye ve kadınları korumaya odaklanmıştır. Boşanan kadınlar için Şeriat tarafından öngörülen mut'a tazminatının yanı sıra ek bir tazminat da öngörmüştür. Bu şekilde kadınların özgürlüklerini ve haklarını artırmayı hedeflemiştir.
- Cezayir ve Osmanlı Aile Kanunlarındaki tefrik hükümleri karşılaştırıldığında, Cezayir yasalarının tefrik sebeplerini Osmanlı yasalarından daha geniş kapsamlı şekilde düzenlediği görülmektedir. Cezayir yasaları tefrik sebeplerini on durumla sınırlandırırken, Osmanlı yasaları sadece dört sebep öngörmüştür. Bu farklılığın sebebi, dönemsel koşullardaki değişiklikler olabilir.

Her iki yasa koyucusu da hâkimin adaletsizliği önleme görevine vurgu yaparak, eşler arasında bir zararın meydana geldiğini tespit edildiğinde hâkimin eşleri ayırma

yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, kadına, meşru bir sebep varsa kocasından ayrılma hakkı tanınmıştır ve kocanın rızasına ihtiyaç duyulmaksızın yargı kararıyla bu talep yerine getirilebilir.

Dolayısıyla, hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucuları kadın haklarını koruma konusunda önemli adımlar atmıştır. Kadının hakları ve onuru ne kadar korunursa toplumdaki saygı ve özgürlüğü de o kadar artar. Kocanın vesayeti, kadını aşağılamak değil, sorumluluklarını üstlenmek ve onu korumak anlamına gelir. Bu nedenle, kocanın vesayeti kötüye kullanması durumunda kadının ayrılma talebinde bulunma hakkı vardır.

- Hem Cezayir hem de Osmanlı yasa koyucuları, eşler arasında bir anlaşmazlık olması durumunda hâkimin eşleri uzlaştırmak için eşlerin ailelerinden iki hakem atamasını kabul etmişlerdir. Ancak “eşleri uzlaştırmanın mümkün olmaması durumunda iki hakemin eşleri ayırma yetkisi” noktasında kanunlar arasında bir farklılığın bulunduğu belirtilmelidir. Buna göre Cezayir yasa koyucusu iki hakemin görevini sadece eşleri barıştırmaya çalışmakla sınırlı tutmuş ve hakemlere eşleri ayırma yetkisi vermemiştir, Osmanlı yasa koyucusu ise iki hakeme iki görev vermiştir; eşleri barıştırmaya ve eşleri barıştırmamanın mümkün olmaması halinde bina boşanma ile ayrılmalara karar vermedir.
- CAK'nda hul' (evlilik bağının sona erdirilmesi) konusuna sadece tek bir maddeyle değinilmesi, bununla ilişkili birçok hukuki meselenin göz ardı edildiği izlenimini uyandırmaktadır. Bu durum, Yargıtay'ın istikrarlı bir içtihad oluşturmaya da engel olmuştur. 2005 yılındaki değişikliklerle, Cezayir yasa koyucusu hul'ü kadının tek taraflı iradesiyle kullanabileceği bir hak olarak kabul etmiş ve kocanın rızasına herhangi bir hukuki değer atfetmemiştir. HAK hul' konusunda doğrudan hükümler içermese de, bu konuyu zımnen kabul etmiş ve 116. madde aracılığıyla hul'u, evlilik bağını sona erdirmenin bir yolu olarak değerlendirmiştir. HAK'nin 116. maddesinde yer alan "ivaz" yani "bedel" ifadesi, evlilik ilişkisini sona erdirmek isteyen kadının, kocasına bir bedel ödemesi veya evlilikle ilgili mali haklarından vazgeçmesi durumunda hul'u gerçekleştirebileceğini öngörmektedir.
- Cezayir yasa koyucusu, evlilik bağının sona ermesine ilişkin davalarda verilen yargı kararlarını, maddi yönleri dışında temyiz edilemez hale getirmiştir.
- CAK ve Osmanlı Aile Kanunu'nda bekleme süresi düzenlemeleri benzerlikler ve farklılıklar içerir. Her iki kanunda da İslam hukuku temel alınmış, ancak Osmanlı kanunu daha ayrıntılı bir düzenlemeye sahipken, Cezayir kanunu daha genel

hükümlerle konuyu ele almıştır. İkisi arasında iddet nafakasının düşmesi konusunda da farklılıklar vardır. Cezayir yasalarına göre nafaka iffetsizlikle sınırlanırken, Osmanlı yasalarında itaatsizlik ve kocanın ölümü temel alınmıştır.

- CAK, hidane (çocuk bakımı) konusunda çocuğun üstün menfaatini ön planda tutmaktadır. Kanunda hidane altındaki çocuğun manevi ve duygusal istikrarına büyük bir ehemmiyet atfedilmiştir. Cezayir yasa koyucusu hidane hakkının öncelikle anneye ait olduğu,,ardından baba ve diğer hak sahiplerine de bu hakkın devredilebileceğini hüküm altına almıştır. Bu bağlamda hâkimin geniş bir takdir yetkisi vardır ve hâkim hidane hakkı sahibini tespit ederken hidane altındaki çocuğun menfaatini dikkate almalıdır. Ayrıca, hidane hakkının sona erme süresini belirleyen maddeler ve hâkime süreyi uzatma yetkisi de kanunda mevcuttur. HAK'de ise, hidane ve vesayet konuları hükümsüz bırakılmıştır ve bu konularda detaylı düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu durum, doktrinin bu boşlukları kapatmasıyla çözülmüştür. HAK'nin eksiklikleri, dönemin yöneticilerinin acil reformları hızlıca yürürlüğe koymak amacıyla kararnameyi çıkardığı izlenimini verir. Bu durum, sorun çıkması halinde klasik İslam hukuku anlayışının kullanılacağı anlamına gelmektedir.

6. KAYNAKÇA

Yargı Kararlar

- Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D: 14, s. 6, 14/08/1919.
- Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D: 17, s. 41, 22/01/1919.
- Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D: 18, s. 9, 14/09/1918.
- Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D: 21, s. 11, 07/12/1918.
- Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D: 36, s. 51-53, 28/03/1922.
- Beykoz Mahkemesi Defteri, D/N: 12/2, D:12, s. 5, 20/07/1919.
- Cezayir Adliye Bülteni (2001), 1. Sayı, D.N 213571.
- Cezayir Adliye Bülteni (2001), Özel Sayı, D.N 192665.
- Cezayir Adliye Bülteni (2001), Özel Sayı, D.N 245156.
- Cezayir Adliye Bülteni (2004), 1. Sayı, D.N 274207.
- Cezayir Adliye Bülteni (2008), 3. Sayı, D.N 34784.
- Cezayir Adliye Bülteni (2010), 2. Sayı, D.N 90947.
- Cezayir Adliye Bülteni (2016), 1. Sayı, D.N 39463.
- Cezayir Adliye Bülteni (2019), 1. Sayı, D.N 72858.
- Cezayir Adliye Bülteni, 54. Sayı.
- Cezayir Müzakerelerin Resmi Gazetesi, 2005/03, Numara:146.
- Galata Mahkemesi Defteri, D/N 1026, D:138, s. 103, 02/06/2017.
- Galata Mahkemesi Defteri, D/N: 1026, D:192, s. 7, 17/02/2017.
- Galata Mahkemesi Defteri, D/N: 1027, D: 608, s. 69, 12/12/1917.
- Galata Mahkemesi Defteri, D/N: 1028/1, D: 30, s. 12, 11/02/1918.
- Galata Mahkemesi Defteri, D/N: 1029, D: 105, s. 236, 28/04/1918.
- Yargıtay A. M. D, 02/10/1989, (Y/D 1989), D/N 55116.
- Yargıtay A. M. D, 02/10/1989, (Y/D 1989), D/N 55116.

Yargıtay A. M. D, 03/07/2002, (Y/D 2003), D/N 261925.

Yargıtay A. M. D, 05/11/1984, (Y/D 1990), D/N 34030.

Yargıtay A. M. D, 09/05/1988, D/N 49283.

Yargıtay A. M. D, 11/06/1988, (Y/D 1989), D/N 33652.

Yargıtay A. M. D, 13.07.1992, (Y/D 1992), D/N 336380.

Yargıtay A. M. D, 13/ 03/ 1999, (Y/D 1999), D/N 52221.

Yargıtay A. M. D, 13/07/1993, (Y/D 1993), D/N 92714.

Yargıtay A. M. D, 14/01/2009, (Y/D 2009), D/N 09-103.

Yargıtay A. M. D, 16/01/2006, (Y/D 2006), D/N 51715.

Yargıtay A. M. D, 16/03/1999, (Y/D 2001), D/N 216239.

Yargıtay A. M. D, 16/04/1984, (Y/D 1990), D/N 34046.

Yargıtay A. M. D, 16/10/1993, D/N 96801.

Yargıtay A. M. D, 17/ 03/ 1998, (Y/D 1998), D/N 179696.

Yargıtay A. M. D, 17/ 03/ 1998, (Y/D 1998), D/N 179696.

Yargıtay A. M. D, 17/03/2014, (Y/D 2015), D/N 210121.

Yargıtay A. M. D, 17/05/2006, (Y/D 2006), D/N 35322.

Yargıtay A. M. D, 18.02.2017, (Y/D 2018), D/N 135640.

Yargıtay A. M. D, 18/06/1991, D/N 73515.

Yargıtay A. M. D, 18/06/2009, (Y/D 2011), D/N 75141.

Yargıtay A. M. D, 18/06/2017, (Y/D 2017), D/N 34327.

Yargıtay A. M. D, 19.2.1990, (Y/D 1990), D/N 59013.

Yargıtay A. M. D, 19/11/1984, D/N 35107.

Yargıtay A. M. D, 23/01/2002, (Y/D 2001), D/N 253366.

Yargıtay A. M. D, 23/04/1991, (Y/D 1991), D/N 73919.

Yargıtay A. M. D, 24.10.1995, (Y/D 1995), D/N 123889.

Yargıtay A. M. D, 26/09/1995, D/N 122443.

Yargıtay A. M. D, 29/12/2008, (Y/D 2008), D/N 43860.

Kitaplar

Abdelaziz, Amer, Ahkâmü'l Üsra fî'l Fıkıhi-l İslamî, Mısır, Darül Fikri'l Arabi, 2006.

Abdel-Aziz, Sâad, Kanun-ül Üsrâ fî Sevbîhî El-Jâdid.Cezayir, Dâr Houma Yayınevi, 2007.

Abdelfettah, Muhammed, Hak et-Tavizü'l Medeni Beyne'l Fıkıh ve el-Kanunü'l Medeni, Mısır, Darül Camîâh, 2002.

Abdelhamid, M.Muhyi eddin, Ahvâli's-Şahsiyye Fî el-Şariâ El-islâmiâ, Darû-l Kitabû-l Arabî, Beyrût, 1984.

Abdullah b.Ahmet, Makdisi, Ümdetü'l Fıkıh, Arabistan, Maktabetü't Tarafeyn.

Abi'l Ferrac, Asfahani, El-Kevâid, Mısır, Matb'aatü'l Sidki'l Hayriyâh, 1993.

Abi'l Kasim, Abdullah el-Busayri, et-Tefr'i, Tahkik eden: ed-Dehmani, Hasan, 1.Baskı, Cilt:2, Beyrût, Darü'l Garb el-İslâmi, 1987.

Abu el-Hasan, el-İmrani, el-Bayan Fî el-İmam Şaffi, 1.Baskı, C:11, Beyrût, el-Minhac Yayınlar, 2000.

Abu S'âd, Mouhammed, 'Akdül Ba'îi, 1Baskı, Mısır, Darül Fikri'l 'Arabi, 2000.

Acar İbrahim, Talâk, TDV İslam Ansiklopedisi, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C: 39, 2010, s. 496-500.

Ahmed b. Muhammed, b. İsmail el-Hanefi Tahtavî, Hâşiyetü't-Tahtavî ale'd-dürri'l-muhtar, Beyrut, Dârü'lMa'rife, 1975.

Ahmed, İbrahi, Ahkamü'l Ahvâli's-Şahsiyye Fî eş-Şeriâh ve el-Kanun, Mısır, Matâabî Darü'l Cumhuriyâh, 2003.

Ahmet, Abdülhalim, Ahkamü'l Üsrâh Fî el-Fıkıhü'l İslamî, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Fikr el-

Cami'i, 2009.

Akgündüz, Ahmet, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı 2. C: - Özel Hukuk-1, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012.

Akgündüz, Ahmet, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyeti, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 6, Diyarbakır, 1988.

Akyılmaz, Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Konya, 2000.

al-Dasouki, El-Haşıyâh 'Ala ş-Şerhi'l Kabir, C:2, Mısır, Matb'a-t İsa el-Babi el-Halabi.

Al-jendi, Ahmed, Şehû kanunû'l usra El-Cezâyîrî", Mısır, Darû Şetât, 2006.

Altınbaş, Nihan, Marriage And Divorce In Early Twentieth Century Ottoman Society: The Law Of Family Rights Of 1917, A Ph. D. Dissertation, İhsan Doğramacı Bilkent University, Graduate School of Economics and Social Sciences, 2014.

Amedi, el-Ahkâm Fi Usul el-İhkam, Tahkik eden; Afif, Abdulrezzak, 1.Baskı, C: 2, Arabistan, es-Sami'i Yayınlar, 2003.

Ansay, Sabri Şakir, Eski aile hukukumuzda bir nazar. Hukuk inkılâbımızı aydınlatan tarihî - teşriî vesikalar. Medenî Kanunumuzun 25 inci Yıldönümü münasebetiyle, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlar, 1952.

Arafa, el-Hadi Said, İsâatü's St'imali'l Hak Fî-t Talak, 1.Baskı, C:1, Mısır, Matb'atü'l Amanâh, 1989.

Aydın, M. Akif, "Mehir", DİA, XXVIII, İstanbul, 2003,389-391.

Aydın, M. Akif, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı, İstanbul, 1985.

Aydın, M. Akif, Osmanlı Aile Hukuku, 3.Baskı, İstanbul, Klasik Yayınları, 2020.

Aydın, M. Akif, Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü, T.C Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınlar, 1992.

Aydın, M. Akif, TDV İslam Ansiklopedisi, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C:

27, 2003.

Baali, Mouhammed, el-Vaciz fi el-Mûnâzaat'ü-l İdariyah, Annaba, Darü'l ûlûm, 2005.

Badis, Diyab, Süvâr Fâkü-r Rabitatü'z Zevciyâh 'Ala Davü'l Kanun ve el-Kadâh Fî'l Cezayir, Cezayir, Darü'l Hudâh, 2007.

Badran, Eboulini, Tarihü'l Fıkhî'l İslamî, Beyrüt, Darü'l Nahdâh el-Arabîyâh.

Badran, Eboulinin, el-Binayâh Fi Şerhi'l Hidâyâh, 2.Baskın, Beyrüt, Darü'l Fıkr, 1990.

Bedran, Abou'l-uyun, Tarihü'l Fıkhü'l İslami ve Nzârîyetü'l Mikîyâh, Beyrüt, Darü'l Nahdâh el-Arabîyâh litibâah, 1999.

Behhuti, er-Ravdü'l Muraba' Fi Şerhi Zadi'l Müstanka', C: 5, Beyrüt, Müessesetü'r Risalâh.

Belhâj, Al-Arbî, Âhkâmû-zevâj Fî Zâvî Kanun-ül Ūsrâ El-Jâdîd, Ürdün, Dâru s-Sekafa Lil-n Naşr ve Tevzîi, 2012.

Bellemare, Alex, Abd-el-Kader, sa vie politique, Paris, Librairie de la Hachette, 2014.

Beltadji, Muhammed, Dirasât Fi Ahkamü'l Ūsrâh, Mısır, Mektebü'l Şebâb, 1990.

Ben amrou El-Tammar, “ Tilimsan Abra'l-usur”, Cezayir, el-Muassasah el-Vataniyah li-Kitab, 1984.

Ben Atman Hoca, Hamdan, “Le Miroir”, Cezayir, ANEP Yayınevi, 2005.

Ben Chewikh, Rachid, Şerh-ü Kanun-ül Ūsrâ El-Mûadel, 1.Baskı, Darül Haldûniya, Cezayir, 2008.

Ben Dawed, Abdelkader, el-vecîz Fî şerhî kanunû'l usra El-cedîd, Cezayir, Darû'l Hilal, 2007.

Ben Seghir, Mehroud, Kadâyâ tâlâk fî El-îctîhâd el-fıkhî ve kanunû'l usra El-Cezâyîrî, Cezayir, Darû'l vâayî, 2012.

Ben Şevih, er-Raşid, Şarh Kanun el-Usra el-Cezayiri el-Mü'adel, 8.Baskı, Cezayir, İbn Hakdun Yayınlar, 2008.

- Ben Şih, el-Hüseyn**, El-Murşid Fî Kanunü'l Üsrâh, Cezayir, Huma Yayınlar, 2014.
- Benani, Muhammed**, Haşiyetü'l Banani Âla Şerhi ez-Zrkani, Beyrüt, Darü'l Fikr.
- Berdisi, Zekeriya**, el-Ahkamü'l Şeriyâh Fi'l Ahvâlî's Şahsiyâh, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Nahdâh, 1965.
- Beyhaki**, Sünen el-Kübra, Tahkik Eden; Ata, Abdulkadir, 3.Baskı, Beyrüt, Darü'l Kutub el-İlmiyye, 2003.
- Bin Melha, el-Ghouthi**, Kanunu'l Usrâh Min Hilal el-Fıkıh ve el-Kezâh, Cezayir, Dar Houma, 2005.
- Bostancı, Ahmet**, (2003), "Ürdün Ahvâl-i Şahsiye (Hukûk-ı Âile) Kanunlarında Osmanlı Tesiri", MDAD, 3 / 2 (Ekim 2003): 121-142.
- Bou Hviş, Ammar**, " Tarihu'l Cezayir El-Siyasi Mina'l Bidaya İlâ Gayet 1962", 1.Baskı, Beyrüt, Darü'l Garbi'l İslamiyah, 1997.
- Bouchira, Said**, " Al-Kanun-ü'l Destûrî ve Nûzûm-ü'l Siyasâtâ", 13.Baskı, Dîvan-ü'l Matbûat-ü'l Jamîyâ, Cezayir, 2013.
- Boulehya, Nouredin**, Ahkamü't Talak ve el-Feshi ve Asarahüma, 2.Baskı, Tunus, el-Anvar Yayınlar, 2015.
- Buhari**, el-Cami es-Sahih, Tahkik Eden; el-Hatib, Muhib ed-Din, 1.Baskı, Selefiyâh Yayınlar, 1979.
- Buleksibat, Ahmed**, el-Hul' Fî el-İçtihadü'l Kadaî el-Cezayiri, et-Turath Journal, C:2, S:3, 2012.
- Cemil, Muhammed**, et-Tedabirü ş-Şer'iyâh Lilhaddi Min et-Talak et-T'asüfi Fî'l Fıkıh ve el-Kanun, 1.Baskı, Ürdün, Darü'l Hamid Linnaşri ve Tevz'i, 2009.
- Cezayir Resmi Gazete, Numara: 76, 08/12/1996.
- Cin, Halil / Akgündüz, Ahmed**, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011.
- Cin, Halil**, Eski Hukukumuzda Boşanma, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayınlar, 1988.

Cin, Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974.

Cin, Halil, Islâm Hukukunda Mehr, AÜHFD, 29 (1), 1972, s. 199-254.

Cin, Halil/ Akyılmaz, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 10.Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2018.

Çakan, İsmail Lütfi, “Câbir B. Zeyd”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, VI, 537-538, İstanbul, 1992.

Çeker, Orhan, (1999), Hukuk-i Aile Kararnamesi Giriş ve Tarihçesi, Mehir Bülenti, İlkbahar/S:3, 1999.

Çelebe, Mustafa, Ehkamü'l Ūsrâh Fi'l İslam, Beyrüt, el-Darül Camîyâh.

Çelebi, Mustfa, ahkamu'l Usrah, 4.Basın, El-daru'l Camiiyah, Beyrüt, 1983.

Darekutni, Sünen Darekutni, Tahkik Eden; Arnavut, Şuaib, 1.Baskı, Beyrüt, Müessesetü'r Risâlâh, 2004.

Delandah, Yousef, Delil el-Mütakazi Fi Maddet Şuûn el-Ūsrâh, Cezayir, Dar Humma, 2007.

Derdir, el-Şarhü'l Sağir ve Mâahü Haşiyetü'l Savi, Matbâatü'l Halebî, 1952.

Derini, Fethi, Bûhûs Mukâranâh Fi el-Fıkı'l İslami ve Usulihîi, 1.Baskı, Beyrüt, Mueseset Risâlâh, 1994.

Desûki, İbrahim, el-Akit ve İradetü'l Münferîdâh, 1.Baskı, Kuveyt, Matbûat-ü'l Kuveyt, 1995.

Djizani, Muhammed İbn Hüseyin, Fıkhü'n Nevazil, 2.Baskı, Suudi Arabistan, Darü İbn Cevziyâh, 2006.

Doğangüzel, Semra Betül, Osmanlı Hukukunda Nişanlanma, 2.Baskı, İstanbul, Adalet yayınevi, 2021.

Ebou Hasan, el-İmran, el-Bayan fi el-Mezhebü'l eş-Şaffîi, Beyrüt, Darü'l Menhac

Liltibâa ve Neşr, 2000.

Ebu Bekir, el-Keşnavi, Eshalül Medarik “Şerh İrşadü’s Salik Fî Mezhabî İmamü’l Âimâh, C:2, Beyrüt, Darü’l Fikr.

Ebû Dâvûd, Sünen Ebû Dâvûd, Tâlik; Esseyid, Adel/ Daas, İzzet Übeyd, 1.Baskı, İbn Hazm Yayınlar, 1997.

Ebu Zehra, Muhammed, el-Mîlkîyâh ve Nazariyyetü’l Akit Fi Şarîiya İslamiyah, Mısır, Darül Fikr el-Arabi, 1997.

Ebu zehra, Muhammed, Muhadarât Fi Akid’z Zevac, Darül Fikri’l Arabi, 1965.

ed-Derdiri,eş-Şerhü-s Sağir, 1.Baskı, C:1, Mısır, el-Halabi Yayınlar, 1952.

el-Azher, Muhammed, Şerhi Müdevenetü’l Üsrâh, Fas, Mabâat Darü’l Naşr el-Mağribîyâh, 2011.

el-behouti, Şerhu Müntehe’l-İrâdât, 1.Basın, Muessestü’l-rislâh, Beyrut, 2000.

el-Buti, Muhammed Said Ramadan, Muhâdarat Fî’l Fıkhi’l Mükaren, 2.Baskı, Beyrüt, Darü’l Fikri’l Mü’asir, 1981.

el-Buti, Said Ramazan, Muhadârât Fî’l Fıkıh-î’l Mukaren, 2.Baskı, Suriye, Darü’l Fikr, 1981.

el-Cessas, Ahkamü’l Kuran, Cıl:1, Beyrüt, Darü’l Kutub el-‘Arabi.

el-Ezhari, Abdelsemîi, el-İklil Fi Şehi Muhtasir Halil, Beyrüt, el-Mektabâ es-Sakafiyâh.

el-Ghandur, Ahmed, El-ahvaliş Şahsiyye Fi Teşrii-ü İslâmi, Matbûaat Camiaatü’l Kuveyt, Kuveyt, 1972.

el-Ghuryani, Sadık Aburrahman, Müdavvinetü’l Fıkıhı’l Maliki ve Adilatüh, 1.Baskı, C:2, Beyrüt, Rayan Yayınlar, 2000.

el-Haşni, Usulü’l Fetva Fi’l Fıkıh, 1.Baskı, Tunus, ed-Darü’l ‘Arabiyâh Lil’Kitab, 1985.

el-Katırcı, Noha , "Kevanin el-Usra bayna aş-Şari'a el-İslamiyâh val-Ittifakiyat al-Duvliyâh", "Kişisel Statü Mevzuatı Alanında Seküler Zorluklar" başlıklı Dördüncü Şeriat

ve Kanun İslam Konferansı, Tarablus, 27-29/05/2011.

el-Krafi, Ez-Zehirâ, 1.Baskı, C: 4, Beyrüt, Darül Gharbû'l İslami, 1994.

El-Maghavri, Mohammed/ Lemghavi, el-Fıkkı, et-Tefrikü'l Kazai Beynâ'z Zevceyn Lilgiyap ve el-Fükdan, 1.Baskı, Mısır, el-Vefa el-Kanuniyâh Yayınlar, 2011.

el-Mili, Mobarek, Tarih el-Cezayir el-Kadim ve el-Hadis, 1.Baskı, Cezayir, el-Muessese el-Vataniyah Yayınlar, 2009.

en-Nefravi, Ahmet, el-Fevakîh ed-Devânî Âlâ Resalet Abi Zid el-Keyravani, C:2, Mısır, Matbâatü'l Halabi, 1955.

en-Nisai, Sünen el-Kübra, Tahkik Eden; Türki, Abdullah Abdulmuhsin, 1.Baskı, Beyrüt, Müessesetü'r Risalâh, 2000.

er-Ressâa, Şerh Hudud İbn Arafa, Tahkik Eden; Mamouri, Mouhammed, 1.Baskı, Beyrüt, Darü'l Garbi'l İslamiyah, 1993.

es-Sabuni, Aburrahman, Ahvâli's-Şahsiyye, Camîet Haleb, 1965.

es-Sanânî, Subulü's Salam, Cil:3, Mısır, el-Manar Yayınlar, 2002.

es-Savi, (1995), Belğatü's Salik LiAkrabi'l Mesalik, 1.Baskı, C:2, Beyrüt, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1995.

es-Sibâi, Mustafa, Şerh Müdevvenetü'l Usrah es-Suri, 6.Baskı, C:1, Suriye, 1963.

eş-Şenkiti, Ahmet b.Ahmet, Mevâhibü'l Calil Min Ediletî'l Halil, Katar, İdaret İhyâa'l Tûrasü'l İslami, 1986.

eş-Şerbini, Muğnî'l Muhtac İla Mârifet Elfaz el-Minhâc, C: 3, Beyrüt, Darül Marifâh, 1997.

eş-Şevkani, Neylül Evtar Fi Müntaka el-Ahbar, Tahkik Eden; Sobhi, Mouhammed, 1.Baskı, C:12, Arabistan, Darü İbn el-Cavzi, 2006.

eş-Şirazi, el-Muhazzeb Fi Fıkıh el-İmam Şaffî, Tajkik Eden; Amrit, Zekerriya, 1. Baskı, C: 2, Beyrüt, Darü'l Kutub el-İlmîyye, 1995.

ez-Zerkah, Mustafa, el-Mehal el-Fıkhı el-‘Am, 2.Baskı, C: 2, Suriye, Darü’l Kalem, 2004.

ez-Zerkeşi, el-Bahrü’l Muhit Fi Uusl el-Fıkıh, Tahrir eden; Ebu Geddah, Abdul Settar, 2.Baskı, C: 3, Mısır, es-Savvâh Yayınlar, 1992.

Faruk, Ali, El-Vasit Fi Şerhi Kanunü’l Ehvali-Şahsiyâh el-Iraki, Irak, Cami’ât es-Sülaymayiâh, 2004.

Fığlalı, Ethem Ruhi, İbadiyenin Doğuşu ve Görüşleri, Ankara, Ankara Üniversitesi İiriyat Fakültesi Yayınlar, 1983.

Filali, Ali, En-Nazariyâtü’l ‘Ama Lil’akd, 5.Baskı, Cezayir, Mufem Yayınlar, 2008.

Fouda, Abdülhakim / Munzir, Abdelaziz, Ahkamü’z Zevac ve Talak Fî’l Mezhep’s Sünni ve Şii Fî Davi’l Fıkıh ve el-Kaza, Mısır, el-M’ârif Yayınlar, 2011.

Fudail, Sâad, Şerh-ü Kanun-ül Ūsrâ, Cezayir, el-Muasesâh el-vataniyâh Lilkitab, 1986.

Ghaniya, Kuri, Şerhi Kanun’l Ūsrâh –Dirasa Mükarinâh Beyna’s Şar’iati ve el-Kanun, 1.Baskı, Cezayir, Talyâh Yayınlar, 2011.

Gözler, Kemal, “Kısa Anayasa Hukuku”, 18.Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020.

Gözler, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, 18.Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2018.

Halil, ‘Amru, İnihilalü’r Rabita ez-Zevciyâh Nihaen ‘Ala Talabi’z Zevcah, Mısır, el-Cami’âh el-Cedidâh Yayınlar, 2014.

Hamdi Döndüren, ÎLÂ, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, C: 22, 2002.

Hamdi Paşa Ömer, Dirasat Kanuniyâh Mühtelifâh, Cezayir, Dar Houma, 2002.

Hamid, Ali Fıkkı, Ahkamü’r Rac’â Fî’l Fıkıhü’l İslami, Mısır, Darü’l Cami’atü’l Cedidâh, 2003.

Hasbüllah, Ali, El-Furka Beyn-î Zevceyn, 1.Baskı, Mısır, Darü’l Fikkrü’l ‘Arabi, 1968.

Hattab, Mevahîbü'l Celîl Fi Şerhî Muhtaser Halîl, 3.Baskı, C: 4, Beyrût, Darül Fikr, 1992.

Hilal, Saad Eddin, el-Basmatü'l Virasiyâh ve 'Alakatihâ eş-Şar'iyâh, Kuvveyt Bilimsel Konsayı, 2001.

Hüseyin, Ahmet, Ahkamü'l Usra Fi el-İslâm, Mısır, Darül Camîâh, 2004.

İbn Abdelbar, el-İstizkar, Tahkik Eden; Kalacı, Abdulmuti, 1.Baskı, C:16, Suriye, Kutayba Yayınlar, 1993.

İbn Abidin, Haşiyetü Raddî'l Muhtar Âlâ'd Dürarî'l Mühtar, C: 3, Amman, Darül Fikr,1992.

İbn Âbidin, Redd'ül-Muhtar, Darül Fikr, Beyrut, 1992.

İbn Arabi, Ahkamü'l Kuran, C:4, Beyrût .Darü'l Fikr el Arabi.

İbn Cezî, Kavâninü'l Ehkâm el-Şerrîyah ve Mesâil el-Furûu'l Fıkhîyâh, 1.Baskı, Mısır, Âlemü'l Fikr, 1985.

İbn Cüzey, Kavâninü'l-ahkâmi's-şer'îyye ve mesâ'ili'l-furû'i'l-fıkhîyye, Alemü'l Fikr, Mısır.

İbn Daoud Abdel Kader, el-Veciz Fi Şerhi Kanunu'l Usrâh el-Cedid, Cezayir, Darü'l Hilal, 2001.

İbn Faris, Makayis el-Lüğa, C:4, Beyrût, Darü'l Fikr, 1979.

İbn Hacer, Fethi'l Bari 1.Baskı, C:12, Arabistan, Tayba Yayınlar, 2005.

İbn Hazm, el-Muhalla Bi-lAsar, Tahkik eden; Muhammed Munir el-Dimaşki, 1.Baskı, C:9, Mısır, et-Tba'a el-Muniriyyâh Yayınlar, 1929.

İbn Humam, , Fethu'l-kadîr, 1. Baskı, C 3, Beyrut, Darul Kütübil İlmiyye, 1995.

İbn Humam, Şerhu Fethi'l Kadir, Tahkik eden; Galib Abdulrezzak, 1.Baskı, C:3, Darü'l Kutub el-İlmiyye, 1995.

İbn Kasir, Tefsir el-Kuran el-'Azim, 1.Baskı, C:1, Beyrût, en-Nada Yayınlar, 1988.

İbn Kesir, Tefsirü'l Kuran-i el-Azim, 1.Baskı, C: 4, Beyrût, Darü'l Nahdâh Lil'ttibâa ve

Neşir, 1988.

İbn Kudâme, “el-Muğnî”, Tahkik: Abdullah Abdulmuhsin El-Tûrkî ve Abdelfettah Mouhammed, Darü-Âlemi Kûtûb, Riyadh.

İbn Mâce, Sünen, Tahkik Eden; Şiha, Mamun Halil, 1.Baskı, Beyrüt, Darü’l Marifâh, 1996.

İbn Manzûr, Ebü’l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mûkerrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî erRüveyfî, Lisânü’l-Arab, Beyrut: Dârü Sâdır Yayınlar, 1993.

İbn Nüceym, el-Eşbah ve’n-nezâir ‘alâ mezhebi Ebu Hanife enNu’man, Tahkik Eden; Zekeriya Umeyrât C:6, , Beyrut, Dâru’l-kütübi’l-İlmiyye,2010.

İbn Rüşd, Bidâyet el-Müctehid ve Nihâyet el-Muktesid, 6.Baskı, Darül Marif, Betrüt, 1989.

İbn rüşd, Bidâyetü'l-Müctehid, Dâru’l Marifah, 6.Basın, Beyrüt, 1982.

İbn Taymiyah, el-Fetava’l Kübrâh, Beyrüt, Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, 1.Baskı, C: 5, 1987.

İbnü’l- Hümam, Fethu’l-Kadir, C:.3, Betrüt, Darül Kütübü’l İlmiyâh.

İmam Mâlik (1994), El-Müdevventü’l-Kübrâ, 4.Basın, Beyrüt, Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, 1994.

İmam, Kemal Eddin Muhammed, Ahkâm el-Ehvâl eş-Şahsiyâh Lilmüslimin, Mısır, el-Maarif Yayınlar, 2001.

İmam, Mohammed Kemal, Ez-Zevac ve Talak Fî’l Fıkıhü’l İslami, Beyrüt, el-Müessesetü’l Cami’iyâh Yayınlar,1996.

İsmail, A.Ali, Ahkâmü’ Üsrah (ez-Zevac ve Talak) Beyna’l Hanafiyâh ve Şafiiyâh, Ürdün, el-Hamid Yayınlar, 2009.

Jaziri, Abd al-Rahman, Al-Fiqh 'Ala Al-Madhahib Al-Arba 'Ah, Darul Kütübil İlmiyye, Beyrüt, 1990.

Kadri Paşa, Mürşidü’l-Hayran, Mısır, el-Metba’a el-Kubrâh el-Emiriyâh,1891.

- Karadîi, Mehmeddin**, Mebdâa Riza Fi'l ûkud-Dirasâh Mükaranâh-, 1.Baskı, Beyrüt, Darü'l Beşâyîr İslamiyah, 1985.
- Karaman, Hayrettin**, Mukayeseli İslam Hukuku, İz yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul 2016.
- Kasani**, Bada'i' al-Sana'i, 2.Baskı, 2. C, Beyrüt, Darü'l Kutbu'l İlmiyye, 1986.
- Kasani, Ebû Bekir b.** Mes'ûd, Bedâi'u's- sanâi', Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986.
- Kaşbur, Muhammed**, El-Vadih Fî Şerhî Müdevvinetü'l Üsrâh, 3.Baskı, Fas, en-Nacah el-Cedidâh Yayınlar, 2015.
- Kerafi**, ez-Zahira, 1.Baskı, C:4, Beyrüt, Darü'l Garb el-İslâmi, 1994.
- Kerrafi**, ez-Zahira, Tahkik Eden; Mouhammed Bou Hubza, 1.Baskı, C: 4, Beyrüt, Darü'l Garb el-İslâmi, 1994.
- Kharşi, el-Harşi**, 'Alâ Muhtasar Sidi Halil, C:3, Beyrüt, Sadir Yayınlar.
- Kurtubi**, El-Cam'i-ü Lâhkami'l Kuran, 1.Baskı, Ci:6, Beyrüt, Müessesetü'r Risalâh, 2006.
- Mahran, Bilal Mahmut**, Eş-Şurutü'l Mükhtarînâh Bia'kdî-z Zevac Fi el-Fıkıhü'l İslami, Mısır, Darü-s Sakafatü-l el-Arabîyâh, 1985.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed**, el-Hâvi'l-Kebîr, Tahkik eden; Mohammed Avad, 1.Basın, Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.
- Maverdi**, el-Havi'l Kabir Fi Fıkıh el-İmam eş-Şaffî, Tahkik Eden; Muaved, Mouhammed, 1.Baskı, C: 9, Beyrüt, Darü'l Kutub el-İlmiyye, 1994.
- Medkur, Muhammed**, Ahkamü'l Üsrâh Fi el-İslam, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Nahdâh, 1967.
- Mehaddah, Muhammed**, Dirasat Kanuniyâh Fi Kanun el-Ehvalî ş-Şahsîyâh, yayımlanmamış bir araştırma.
- Mekhit, Muhammed**, Mecelletü'l Ahkamü'l Şeriâh, Mısır.
- Melikşah Aydın**, Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık, İstanbul, Onikilevha Yayınevi, 2021.

- Mevsali, Abdullah**, el-İhtiyar Lit'alil el-Muhtar, Beyrüt, Darü'l Kutub el-İlmiyye.
- Mohammed, Semara**, Ahkâm ve Esarü'z Zevciyâh, 1.Baskı, Ürdün, ed-Darü'd Düvaliâh Yayınlar, 2002.
- Morsi, Zehra Mouhammed**, el-İncabü's Sina'i –Ahkamühü'l Kanuniyâh ve Hududuh's Şeri'a-, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Fikrû'l Arabi, 2008.
- Mouhammed, Yakup**, Ahkamü-n Nafaka-z Zevciyâh, Suudi Arabistan, Darü'l Fazilâh, 2004.
- Moureaux, Serge**, Les Accords d'Evian et l'avenir de la révolution algérienne, Paris, 1962.
- Mu'cemü'l-Vasit**, 4.Baskı, Mısır, eş-Şuruk el-Garbi Yayınlar, 2004.
- Muhammed, Bedreddin Mahmud b. Ahmed b. Musa El-Ayni**, El Binaye fi Şerhil Hidaye, 2.Baskı, C:4, Beyrut, Darul Kütübil İlmiyye, 1990.
- Muhammed, Raafat Othman**, en-Nizaamü'l Kadayi Fi el-İslâm, 1.Baskı, Mısır, 1989.
- Müslim**, Sahih Müslim, Tahkik Eden; Feryabi, Mouhammed, 1.Baskı, Tayba Yayınlar, 2006.
- Naci, B.'Alali**, et-Talak Fî el-Müctam'a el-Cezayiri, Cezayir, Homa Yayınlar, s2013.
- Nevevi**, el-Minhac, 1.Baskı, C:10, Mısır, el-Matb'atü'l Mısıriyâh, 1929.
- Okla, İbrahim**, Hükm İcra el-Ukûd Bivesâil el-İtisâl el-Hadisâh, 1.Baskı, Ürdün, Dar-i d-Diya Lilnaşer ve Tevzîi, 1986.
- Ortaylı, İlber**, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul, Timaş Yayınları, 2009.
- Oubeid, Mensour**, el-Mer'a Madihâ ve Haziriha, Beyrüt, Evrak Şerkiyây Lin'naşr, 2000.
- Öge, Ali**, Osmanlı Hukuk-I Aile Kararnamesi, 5.Baskı, Mehîr Vakfı Yayınları, Konya, 2017.
- Öğüt, Salim**, “İSTİBRÂ ve İSTİNCÂ”, Diyanet Ansiklopedisi, C23, İstanbul, 1993.
- Rafîi**, el-Şarhü'l Kabir, Betrüt, Darül Kütübü'l İlmiyâh, 1997.

Ramazan, Abdelazziz, Ahkamü'l Üsrâh Fi el-Fıkıhü'l İslamî ve el-Kanun, Mısır, Darü'l Nahdâh el-Arabîyâh, 2007.

Sadullah, Abu elkasem, Tarih El cezayir El tekafi 1500-1830, , Beyrüt, Darü'l Garbi'l İslamiyah, 2012.

Sakr, Nabil, Kanun el-Usra el-Cezayiri Nasan ve Fıkhın ve Tatbikan, Cezayir, el-Huda Yayınlar, 2006.

Samak, Abdelaziz Ramadan, Ahkâm el-Usra Fi el-Fıkıh el-İslâmi ve el-Kanun el-Mısır, Mısır, el-Nahda Yayınlar, 2007.

Samak, Abdelaziz Ramadan, el-Ferkü Beyna-z Zevceyn Fî'l Fıkıhi'l İslami ve el-Kanunü'l Mısırî, Mısır, Darü-s Sakafa el-'Arabiyâh, 1993.

Sanhuri, Abdulrezzak, el-Vasit Fî Şerhî-l Kanunü'l Madani, C:4, Beyrüt, Manşürâtü'l Halabi, 1998.

Sâvî, Ahmed b. Muhammed, Bulğatü's-salik li-Akrebi'l-mesalik, 1.Basın, Beyrüt, Darul Kütübil İlmiyye, 1995.

Serac, Muhammed, Nazariyetü'l 'Akd ve et-T'asüf Fî İst'imali'l Hak Min Vichat Nazarü'l Fıkıhi'l İslami, Mısır, Darü'l Matbûat-ü'l Jamîyâ.

Seradj, Ahmed, Nazariyetü'l 'Akd ve et-Ta'asüf Fi İsti'imal el-Hak Min Cihat el-Fıkıhü'l İslâmi, Mısır, Divanü'l Matbu'at el-Cami'iyâh, 1998.

Serhasi, el-Mebsüt, 4.Baskı, C: 1, Betrüt, Darül Kütübü'l İlmiyâh, 1993.

Sertâvî, Mahmud, Şarhu Kanun'i-l Ahvâli's-Şahsiyye, 2.Basım, Amman, Darül Fikr, 2007.

Sethi, Suad, "Ahkamü'l İddâh Fî el-Fıkıh el-İslami ve el-Kanun El-Cezayiri", El-M'iyar Dergisi, C:4, S:8, 2004.

Seyyid Sabik, Fıkıhü's Sünnah, C:2, Mısır, el-Feth Yayınlar.

Sırrı, Erinç, "Cezayir-Tarih-", Diyanet Ansiklopedisi, C.7, İstanbul 1993.

- Sioudouni, Nasireldin**, el nizam el mali lil-cezayir fi el- ahd el osmani 1792-1830, Cezayir, Darü'l Basayır, 2012.
- Suyuti**, Şerh el-Kevkeb es-Sat'i, Tahkik Eden; Hanafavi, İbrahim, C: 1, Mısır, ei-İman Yayınlar, 2000.
- Şaban, Zekieddin**, el-Ahkamü'l Şeria Lihvali-Şahsiyâh, Libya, Menşûrat Camiât Kâr Yunus, 1996.
- Şafiî**, El-Um, Tahkik; Zehri Neccar, 1.Baskı, C: 7,Mısır, Mektebetü'l Külliyyetü'l Ezheriyâh, 1961.
- Şami, Ahmed**, Kanun el-Usra el-Cezayiri Tibkan lit'adil el-Cadid, Mısır, Darü'l Caimi'a el-Cadidâh, 2010.
- Şehata, Reşdi**, el-İştîrat Fi Akdi Zevac Fi el-Fıkıh ve el-Kanun, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Fikrû'l Arabi, 2001.
- Şehatâh, Abu Zeyd**, el-İştirat Fi Vesikatü'z Zevac Fi el-Fıkıh el-İslâmi ve Kanun el-ehvl eş-Şehsiyâh, 1.Baskı, Mısır, Darü'l fikr el-Arabi, 2001.
- Şehboun, Abdelkarim**, el-Şaffi Fi Şerhî'l Müdevvinetü'l Ūsrâh, Fas, Darü'l Marifâh, 2006.
- Şeref Eddin, Abdelazim**, Ahkamü'l Ahvâlî eş-Şahsiyâh Fi eş-Şeri'a el-İslâmiyâh, 2.Baskı, Mısır, Lacnetü'l Bayan Yayınlar, 1967.
- Seyh Nizam**, Fetâvâ-i Hindiyye, 1.Baskı, C:1, Beyrüt, Darü'l Kutun el-İlmiyye, 2000.
- Şirbînî, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb**, Muğni'l-muhtâc, Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1993.
- Taç, Abdulrrahman**, eş-Şeriâh el-İslamiyâh Fi Ahvâlî's-Şahsiyye, 2.Baskı, Mısır, Matbâat Darü't Talîif, 1952.
- Takiya, Abdülfettah**, Kadayâh Şûunü'l Ūsrâh, Cezayir, Talah Yayınlar, 2011.
- Tayşi, Mehmet Serhan**, Kıyâfe, TDV İslam Ansiklopedisi, Ankara, Türkiye Diyanet

Vakfı Yayınları, C: 25, 2022.

Tirmizî, el-Cami es-Sahih, Tahkik Eden; Abdelbaki, Mouhammed Fuad, 2.Baskı, el-Halabi Yayınlar, 1968.

Türcan, Talip, İslam Hukuku, 8.Baskı, Grafiker Yayınlar, Ankara, 2019.

Ukla, Muhammed, Nizamü'l Üsrâh, 2.Baskı, C:3, Ürdün, er-Resayilü'l Hadisâh Yayınlar, 1990.

Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi'nin karar ve tavsiyelerinin tamamı, üçüncü kongresi, Amman, 1986, Karar No. 16.

Umeyravi, Ahmida, Min Tarihi'l-Cezairi'l-Hadis, Cezayir, Daru'l-Huda Ayn Mliyya, 2004.

Vehiddin, Muhammed, et-Tâabir Âan el-İrade Fi el-Fıkıhü'l İslamî, Mısır, Darül Kitabü'l Arabi.

Yusuf, Musa Mouhammed, Ahkâm el-Ahvâl eş-Şahsîyâh Fi el-Fıkıh el-İslâmi, 1.Baskı, Mısır, Darü'l Kutub el-Arabi, 1956.

Zeydan, Abdülkerim, el-Medhal lidiraseti's-Şeriatil-İslamiyye, 9. Basım, Beyrut, 1986.

Zidan, Abdulkarim, El-Mûfessâl-ü Fî Ahkâm-ü'l Marâa ve Al-Beytü'l Müslîm, Darü'l Alâ, Beyrut, 1993.

Zühli, Vehbe, el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu, C 7, Darû-l Fîkr'ü-l Arabi, Suriye, 2006.

Makaleler

Durgan, Hatice, “Antalya’da Evlilik Ve Boşanma (1918-1919)”, GTTAD, C.4, S.7, 2022, s. 283-316.

İbrahim, Abdülazim, "Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu", NEÜHFD, 5 (1), 2022, s. 63-91.

Jeddil, Kemal, “ez-Zimmetü'l Maliyâh Liz-Zevceyn Kirâh Fi Nas-i L ’madâh 37 Min

Kanunü'l Üsrâh, AL- Journal of MIEYAR, C: 6, S: 2, 2015, s. 84-107.

Kahil, Azeddin/ Boukerkeb, Abdulmadjid, “Taknînü-l Ahkâm-ş Şerîa ve Dêvrîh-i Fi Îsrâa Al-Menzümetü-l Kanûniya El-Cezairiyah”, Revue des Sciences Humaines Université Mohamed Khider de Biskra, C:2, Sayı 36/37, 2014.

Kılınç, Ahmet, "Çocuk Düşürtme Suçunun 17'nci Yüzyıl İstanbul'undaki Görünümü". DÜHFD 23 / 38 (Mayıs 2018).

Kılınç, Ayşe Nur/ Kılınç, Ahmet, “Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği”, İÜHFD, 10 (1) , 2019, s. 103-118.

Küçüktiryaki, Ahmet Yasin, "Osmanlı Devletinde Tanzimat Sonrası Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi". HÜİFD, C:13, S: 26, 2015, s. 177-201.

Mestouri Malika, “Marriage of patient of the death-illness in Islamic Jurisprudence and Positive Law”, Journal of Law and Society is a semiannual, C.9, S.2, 2021, ss. 91-117.

Samar, Mahmut, “İslam Borçlar Hukukunda Akitlere Etkisi Bakımından Takyîdî Şartlar”, MDAD, 18 (2) , 2018, ss. 501-526.

Tişvar, Djilali, “The Financial Independence Of The Wife Between Islamic Law And Positive Law (comparative Study)”, Journal of Sharia and Economics, C: 8, S: 2, 2019, s. 175-182.

Yalçın, İsmail, Günümüz İslam Aile Hukuku Kanunlarında Çok Eşlilik Üzerindeki Sınırlamalar. İTBAD, 6 (3), 2017, 1707-1725.

Yurtseven, Yılmaz, 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler, SÜHFD, 11 (1-2 (S.Ü. Hukuk Fakültesi 20. Yıl Armağanı), 2003.

Zakia, Chawar, “El-Tâlik Âlâ'l Mâdâh 16 Mîn Kanunü'l Usrâh”, *Revue Algérienne des Sciences Juridiques et Politiques*, C.45, S.3, 2008.

Tezler

Bakırcan, Sâriye Abay, İslam-Osmanlı Hukukunda Nafaka: İstanbul Bab Mahkemesi Örneği (1249-1253/1833-1837), (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.

Belbaşır, Yakup, Hakü-t Tif Gayr-i Şer'i Fi M'arifet Valideyh, (Yüksek lisans Tezi), Oran Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

Ben ş-Şevih, Sarah, Devr ve İradetü'z Zevcâh Fî İnhâa er-Rabitâh ez-Zevciyâh Beyna el-Mudevvinâh el-Mağribiyâh ve Kanunü'l Üsrâh el-Cezayiri, (Doktora Tezi), I.Mouhammed Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Cemi, Lila, Himayet et-Tifl Fi ş-Şeri'a ve Kanun el-Usrah el-Cezayiri, (Doktora Tezi), Oran Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

el-'Amri, Aşref, Nazariyatü't Tafrik Baina-z Zevceyin , (Doktora Tezi), Ürdün Üniversitesi, Sosyal Bilimler, 2005.

Frihavi, Kemal, et-Tefrik Lidarar Fî Kaunun'l Üsrâh el-Cezayiri, (Yüksek lisans Tezi), Cezayir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

Kayabaş, Ebru, Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.

Kema, Taha Müslim, ed-Devâbitü'l ş-Şer'iyâh Listinbat el-Ahkâmü'l f-Fikhiyâh Lil-n Nevazîl el-Mû'asirâh, (Doktora Tezi), Kahire Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Meryem Ahmed, el-Kanun el-Vacib el-Tatbik, (Doktora Tezi), Kahire Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996.

Mesudi, Rida, en-Nizamü'l Mali Liz-Zevceyn Fi't-Teşri' el-Cezayiri, (Doktora Tezi), Ebu Bekir Belqaid Tlemcen Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Nedhuşi, İbrahim, Et-Tatlik Li's-Şikak ve Zarar Beyn'l Fıkıhü'l Maliki ve Mudvvinatü'l Üsrâh el-Mağribiyâh, (Yüksek lisans tezi), el- Madinah International Üniversitesi, Sosyal

Bilimler Enstitüsü, 2021.

Şükür, Şirin, İslam Aile Hukukunda Mehîr, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997.

Yılmaz, Ayşe Betül, Kadri Paşa'nın (Ö. 1888) El-Ahkâmü's-Şer'îyye'si İle Hukûk-I Âile Kararnâmesi'nin Nikâh Bölümü Çerçevesinde Mukayesesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, 2021.

İnternet Kaynakları

Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi'nin karar ve tavsiyelerinin tamamı, on altıncı kongresi, Mekke-i Mükerrreme, 2002, <https://iifa-aifi.org/ar/2364.html>, (eriş 22/01/2023).

The General Secretariat of the Government, <https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm> .
[Erişim tarihi \(20/03/2022\).](#)

7. EKLER

1917 Tarihli Osmanlı Hukuk-I Aile Kararnamesi

KÎTÂB-I EVVEL

MÜNÂKEHAT HAKKINDADİR

BÂB-I EVVEL FASL-I EVVEL NİŞANLANMAK HAKKINDADİR

Madde 1. Nişanlanmakla veya va'd ile nikâh münakid olmaz.

Madde 2. Söz kesildikten sonra tarafeynden biri nikâh- tan imtina' veya vefat etse hâtıbın mehre mahsûben ver- miş olduğu şeyler mevcut ise aynen ve telef olmuş ise be- delen istirdâd olunabilir. Amma hediye olarak tarafeynin yekdiğerine verdiği şeyler hakkında hibe ahkâmı cereyan eder.

Madde 3. İkinci maddenin hükmü gayri Müslimlere ait tırahoma hakkında dahi caridir.

FASL-I SÂNÎ EHLİYYET-İ NİKÂH HAKKINDADİR

Madde 4. Ehliyyet-i nikâhı haiz olmak için hâtıbın 18 ve mahtûbenin 17 yaşını itmam etmiş olmaları şarttır.

Madde 5. 18 yaşını itmam etmemiş olan mûrahik bâliğ olduğunu beyan ile mûracaat ettikde hali mütehammil ise hâkim izdivacına müsaade edebilir.

Madde 6. 17 yaşını itmam etmemiş olan mûrahika bali- ğa olduğunu beyan ile mûracaat ettikde hali mütehammil ve velisinin izni munzamm ise hâkim izdivacına müsade edebilir.

Madde 7. 12 yaşını itmam etmemiş olan saĝîr ile 9 ya- şını itmam etmemiş olan saĝîre hiç bir kimse tarafından tezvîc edilemez.

Madde 8. 17 yaşını itmam etmiş olan kebîre, bir şahıs ile tezevvüc etmek üzere mûracaat ettikde hâkim keyfiy- yeti velisine tebliğ eder ve velî i'tiraz etmediği veya i'tirazı vârid görülmediği halde izdivacına müsade eyler.

Madde 9. Mecnûn ile mecnûnenin bir zarûrete mebnî olmadıkça nikâhları caiz değildir.

Zarûret bulunduğu tak- dirde hâkimin izniyle nikâhları velîleri tarafından akdo- lunur.

Madde 10. Nikâhda velî, ale't-tertib binefsihi asabe olan kimselerdir.

Madde 11. Velâyete ehliyyetde velînin mükellef olması şarttır. Sabiy, mecnûn ve ma'tûhun hiç bir kimse üzerinde velâyeti yoktur.

Madde 12. Isevîlerde 22 yaşını itmam etmemiş olan hâtıp ile 20 yaşını itmam etmemiş olan mahtûbenin nikâ- hının in'ikadında velînin rızası şarttır.

BÂB-I SÂNÎ FASL-I EVVEL NİKÂHÎ MEMNÛ OLANLAR HAKKINDADİR

Madde 13. Başkasının menkûhe ve mu'teddesiyle izdi- vac memnûdur.

Madde 14. Menkûhe veya mu'tedde olarak 4 zevcesi bulunan kimsenin diğ er bir kadın ile izdivacı memnûdur.

Madde 15. Bir kimse 3 talak ile tatlîk eylediğı kadını beynûnet-i kat'iyye bâki oldukça tezevvüc edemez.

Madde 16. Neseben veya radâan yekdiğ erine mahrem olan iki kadını nikâhta cem' etmek memnûdur. İki kadı- nın yekdiğ ere mahrem olması ikisinden hangisi erkek farz edilirse diğ erıyla tezevvüc müebbeden memnû olmakla malum olur: İki hemşire gibi. Âma yalnız biri erkek farz edildiğı halde diğ erini tezevvüc etmesi memnû olup emir ber-aks edildiğı takdirde memnû olmazsa ikisi nikâhta cem' edilebilir; kız ile üveyi valide gibi.

Madde 17. Bir erkek ile beynlerinde karabet-i nesebiy- ye bulunan zî-rahm mahrem kadınların nikâhı müebbe- den memnûdur. Bu kadınlar 4 sınıftır:

Birincisi erkeğ in validesi ve ceddeleri; ikincisi kız ev- lâd ve ahfâdı; üçüncüsü ale'l-ıtlak kız kardeşleri ve kardeş- lerinin kız evlâd ve ahfâdı; dördüncüsü ale'l-ıtlak ammele- ri ve teyzeleridir

Madde 18. Bir erkek ile beynlerinde radaan karabet bu- lunan kadınların tezevvücü madde- i sâbıkada muharrer zi-rahm mahrem kadınlar gibi müebbeden memnûdur.

Madde 19. Bir erkek ile beynlerinde musaheret bulunan kadınların tezevvücü müebbeden memnûdur. Bu kadınlar 4 sınıftır: Birincisi gelinlerdir ki erkeğ in evlad ve ahfâdı- nın

zavceleridir; ikincisi kayınvalideleridir ki zevcesinin anası ve ale'l-ıtlak ceddâtıdır; üçüncüsü üvey valideler- dir ki babasının ve ceddlerinin zevceleridir; dördüncüsü üvey kızlarıdır ki zevcesinin kızları ve zevcesinin evlad ve ahfâdının kızlarıdır. Lakin bu dördüncü sınıfta memnûi- yet için zevceye takarrûb lâzımdır. Nikâh-ı fâsid üzerine takarrûb memnûiyyet-i musâhere husûle getirir.

FASL-I SÂNÎ

MÛSEVİLER HAKKINDA NİKÂHÎ MEMNÛ OLANLARA MÛTEDAİRDİR

Madde 20. Bir kimse ber-hayat olan olan zevce-i mutal- lakasının hemşiresiyle izdivac edemez.

Madde 21. Âle'l-ıtlak zevcinden ayrılmış olan bir ka- dın şahs-ı âhar ile izdivac edip ondan da ayrıldıktan sonra zevc-i evveliyle izdivac edemez.

Madde 22. Bir kimsenin kardeşinin kız evlâd ve ahfâ- dıyla izdivacı memnû değildir.

Madde 23. Ondokuzuncu maddede dördüncü sınıf ola- rak beyan olunan meharimde mücerred akid ile memnûiy- yet-i musahere sabit olacağı gibi takarrub vukû bulsun bulmasın ale'l-ıtlak nikâh-ı fasid ile dahi memnûiyyet-i müsahere sabit olur.

Madde 24. Zina sebebiyle tefrik olunan kadını tekrar tezevvüc memnûdur.

Madde 25. Evlâdı olduğu halde vefat eden biraderin zevcesini tezevvüc memnûdur.

Madde 26. Radâ' mevâni-i nikâhtan ma'dûd değildir.

FASL-I SÂLİS

İSEVİLER HAKKINDA NİKÂHÎ MEMNÛ OLANLARA MÛTEDAİRDİR

Madde 27. Bir asıldan münşaihatt-ı münkesir üzere karabet-i nesebiyye ve sıhriyye ashabı beyninde izdivac memnûdur. Şu kadar var ki bu memnûiyyet yedinci de- receyi tecavüz edemez. Ancak esbab-ı zarûriyye mevcut olduğu halde dördüncü dereceden itibaren hakimden me'zûniyyet istihsal edilebilir. Derecât-ı mezkûre karabet-i nesebiyye ve sıhriyyede hâtıb ve mahtûbe ile asl-ı müşte- rekleri beynindeki batınların adediyle taayün eder. Ve ka- rabet-i sıhriyyenin derecesini ta'yinde hâtıb ile mahtûbe şahs-ı vâhid itibar olunur.

Madde 28. Memnûiyyet-i musahere nikâhın zevâlin- den sonra dahi kemâ kân bâkîdir.

Madde 29. Vaftizden mütevellid karabet mezâhib-i muhtelif-i İseviyye ahkâmına tevfikân mani-i izdivacdır.

Madde 30. Bir kimse taht-ı nikâhında iki veya daha zi- yade kadın cem' edemez.

Madde 31. Üç defa izdivac eden bir kimsenin dördüncü defa izdivacı memnûdur.

Madde 32. Rada' mevani-i nikâhtan ma'dûd değildir.

BÂB-I SÂLİS FASL-I EVVEL NİKÂHİN AKDİ HAKKINDADİR

Madde 33. Âkd-i nikâhın icrasından evvel keyfiyyet ilan olunur.

Madde 34. Âkd-i nikâh esnasında mükellef iki şahidin huzuru, nikâhın sıhhatında şarttır. Hâtıp ile mahtûbenin usul ve furûu da şahid ittihaz edilebilir.

Madde 35. Nikâh, meclis-i nikâhta tarafeynin veya ve- killerinin icâb ve kabûlüyle akdolunur.

Madde 36. Nikâhda icâb ve kabûl, tenkih ve tezvic gibi lafızlarla olur.

Madde 37. Esna-yı akidde hâtıp ve mahtûbeden birinin ikâmetgâhı bulunan kazâ hâkimi veya bunun izinnâme-i mahsus ile me'zun kıldığı nâib hazır bulunup akidnâmeyi tanzim ve tescil eder.

Madde 38. Üzerine evlenmemek ve evlendiği sûrette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını te- zevvüc sahih ve şart muteberdir.

Madde 39. İşbu fasıl ahkâmı müsevîler hakkında dahi câridir.

FASL-I SÂNÎ İSEVİLER HAKKINDA NİKÂHİN AKDİNE DAİRDİR

Madde 40. İsevilerin nikâhı âyin-i dînîleri dâiresinde me'mûrîn-i ruhâniyye tarafından icrâ olunur.

Madde 41. Me'mûrîn-i ruhâniyye tarafeynin hüviyetini müş'ir evrak-ı subûtiyyeyi ba'de't- tedkîk tahkîkât-ı lazı- mada bulunacağı gibi maabid kapılarına ilannâmeler ta'li- ki veya süver-i sâire ile keyfiyeti ilan eder.

Madde 42. Âkd-i nikâha îtiraz vukûunda me'mûrîn-i ruhâniyye keyfiyyeti bi't-tedkîk îtiraz- ı vakıı gayri vârid gördükleri halde me'mûr-i mahsûs huzuruyla akdi icra eder.

Madde 43. Nikâhı icra edecek olan me'mûr-ı ruhâni keyfiyyeti la-ekall yirmidört saat evvel mahallî mahkeme- sine ihbara mecburdur. Hâkim vakt-i muayyende meclis-i nikâha bir memûr-i mahsûs i'zam ile icra edilen nikâhı defter-i mahsûsuna kayd ve tescil ettirir.

Madde 44. Âkdin icrasından imtina eden rüesâ-yı ruhâ- niyye hakkında tarafeyn mahallî

mahkemesine müracaat ile imtina-ı vakı'â itiraz ve nikâhın icrasını talep edebilir. Esbâb-ı imtinâı mübeyyin bir varak mevcut olduğu takdirde hâkim keyfiyeti bi't-tedkîk mevânî-i kânûniyyeden biri bulunmazsa akdi icra eder. Böylece bir varaka mevcut değilse bir ay zarfında esbâb-ı imtinân bildirilmesi ve aksi takdirde nikâhın akdedileceğini rüesâ-yı rûhâniyyeye tebliğ eder.

FASL-I SÂLİS KEFÂET HAKKINDADİR

Madde 45. Mal ve hırfet gibi hususlarda erkeğin kadına küfv olması nikâhın lüzûmunda şarttır.

Malda kafâet zevcin mehr-i muacceli itâyâ ve zevcenin nafakasını tedârike muktedir olmasıdır.

Hırfetde kefâet zevcin sülûk ettiği ticaret veya hizmetin şerefce zevce velîlerinin ticaret veya hizmetleriyle mütekarrib olmasıdır.

Madde 46. Kefâet ibtidâ-yı akidde aranır. Ba'de'l-akd zail olsa nikâha zarar vermez.

Madde 47. Bir kebîre velisini ketm ile rızasını istihsal etmeksizin nefsinin ahara tezvic ettiği sûrette nazar olunur: Eğer küfvüne tezvic etmiş ise akid lâzım olur, velev ki mehr-i mislinden noksan ile olsun. Âmma küfvü olmayan kimseye tezvic etmiş ise veli hâkime müracaatla nikâhı feshettirebilir.

Madde 48. Velî kebîreyi rızasıyla adem-i kefâetini ikisinin de bilmedikleri bir erkeğe tezvic ettikten sonra küfv olmadığı tebeyyün etse hiç birinin itiraza selâhiyyeti olmaz. Âmma hin-i akidde kefâet şart kılınmış veya zevce küfv olduğunu kable't-tezvic ihbar etmiş olup da muahharan adem-i kefâeti sabit olsa her biri hâkime müracaatla nikâhı feshettirebilir.

Madde 49. Dereceleri müsavi velilerden birinin rızası diğerlerinin hakk-ı itirazını iskât eder. Kezâlik veliy-yi akreb gâib iken dereceten baîd olan velînin rızası onun hakk-ı itirazını iskât eder.

Madde 50. Âdem-i kefâet sebebiyle hâkim nikâhı ancak hamlin zuhurundan akdem feshedebilir. Velinin delâleten veya sarâhaten rızası hakk-ı feshi iskât eder.

Madde 51. İşbu faslın ahkâmı gayr-ı müslimler hakkın- da cari değildir.

BÂB-I RÂBİ' FASL-I VVEL NİKÂHIN FESÂD VE BUTLÂNİ HAKKINDADİR

Madde 52. Hîn-i akidde tarafeynden biri şerâit-i ehliy- yeti hâiz bulunmazsa nikâh fâsid olur.

Madde 53. Onaltıncı madde mücebince nikahda cem’le- ri memnu olan iki kadından biri taht-ı nikâhta iken ikinci- sinin nikâhı fasiddir.

Madde 54. Nikahlarının memnûiyyeti 13, 14, 15, 17, 18, 19’uncu maddelerde beyan olunan kadınlardan birini nikâh fâsidir.

Madde 55. Nikâh-ı mut’a ve muvakkat fâsidir.

Madde 56. Bilâ-şuhûd akdolunan nikâh fasiddir.

Madde 57. İkrâh ile vukû bulan nikâh fâsidir.

Madde 58. Gayr-ı müslimin bir müslimeyi tezevvücü bâtıldır.

FASL-I SÂNÎ

MÜSEVÎLERE MÜTEALLİK NİKÂHİN FESÂD VE BUTLÂNİ HAKKINDADİR

Madde 59. 13, 14, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25’inci maddeler mücebince nikâhı memnû olan bir kadını nikâh fâsidir.

Madde 60. Bab-ı evvelin fasl-ı sânîsinde muharrer mevâdd mücebince tarafeynden biri şerâit-i ehliyyeti haiz bulunmazsa nikâh fâsid olur.

Madde 61. Hîn-i akidde tarafeynden birinin nef’ine ola- rak dermeyan edilen şurût ba’de’l- akd tahakkuk etmezse nikâh fâsid olur.

Madde 62. Âkd-i nikâhta hâzır bulunan şuhûd evsaf-ı matlûbeyi hâiz bulunmazsa nikâh fâsid olur.

FASL-I SÂLİS

İSEVÎLERE MÜTEALLİK NİKÂHİN FESAD VE BUTLÂNİ HAKKINDADİR

Madde 63. 17, 27, 28, 29’uncu maddeler mücebince bey- nlerinde derecât-ı muayyene üzere karabet ve münasebet bulunanların izdivacı bâtıldır.

Madde 64. Nikâh-ı mevcut üzerine akdedilen ikinci nikâh bâtıldır.

Madde 65. Üç defa tezevvüc edüp ayrıldıktan sonra dördüncü defa tezevvüc bâtıldır.

Madde 66. Mecnûnun nikâhı fâsidir.

Madde 67. Hîn-i akidde tarafeynin birinde mâni-i te- karrüb emraz ve ahvâlden bir şey mevcut olduğu sûrette nikâh fâsid olur.

Madde 68. Hîn-i akidde bâb-ı evvelin fasl-ı sânîsinde muharrer mevadd mücebince

tarafeynden biri şerâit-i eh- liyyeti hâiz bulunmazsa nikâh fâsid olur.

BÂB-I HÂMÎS FASL-I EVVEL **NİKAHİN AHKÂMÎ BEYANINDADIR**

Madde 69. Nikâhın sahîhan in'ikâdıyla beraber zevc üzerine zevcenin mehir ve nafakası lazım gelir ve araların- da hakk-ı tevarüs sabit olur.

Madde 70. Zevc kendi istediği mahalde zevcesi için bi'l-cümle levâzımıyla bir mesken-i şer'i tedârikine mec- burdur.

Madde 71. Zevce mehr-i muacceli istifâdan sonra zev- cinin mesken-i şer'i olan hanesinde ikâmete ve zevci başka memlekete gitmek istedikte bir mâni bulunmadığı takdir- de birlikte âzimate mecburdur.

Madde 72. Zevc hânesinde gayr-i mümeyyiz veled-i sağîrinden başka ehil ve ekâribini zevcesinin rızası olmak- sızın iskân edemez. Zevce dahi zevci razı olmadıkça kendi evlâd ve ekâribini birlikte eyleyemez.

Madde 73. Zevc zevcesiyle hüsn-i muâşerete, zevce dahi umûr-i mubâhede zevcine itaata mecburdur.

Madde 74. Müteaddid zevcesi olan kimse onlar beynin- de icra-yı adâlet ve müsâvâta mecburdur.

Madde 75. Takarrub vukû bulsun bulmasın ale'l-ıtlak nikâh-ı bâtil ile henüz takarrub vukû bulmayan nikâh-ı fâsid asla hüküm ifade etmez. Binâenaleyh beynlerinde nafaka, mehir, neseb, iddet, hürmet-i musâhere ve tevârüs gibi nikâh-ı sahih ahkâmı sabit olmaz.

Madde 76. Nikâh-ı fâsidde takarrüb vukû bulmuş ise işbu takarrüb üzerine yalnız mehir ve iddet lazım ve neseb ve hürmet-i musâhere sabit olur. Fakat nafaka ve tevârüs gibi ahkâm sabit olmaz.

Madde 77. Âle'l-ıtlak nikâh-ı bâtil ve fâsidde tarafeynin zevciyyet üzre bekâları memnûdur. Müfârat etmedikle- ri sûretde bi'l-muhâkeme beynleri tefrik olunur.

FASL-I SÂNÎ **İSEVİLERE MÜTEALLİK NİKAHİN AHKÂMINA MÜTEDÂİRDİR**

Madde 78. Nikâh-ı fâsidi feshile tarafeyni tefrika hü- küm için davâ şarttır. Bu babda hakk- ı davâ münhasıran zevceyne aid olup sebep-i fesâda ittılâ' tarihinden itibaren bir sene mürûrunda sakıt olur.

Madde 79. 64'üncü madde mücebince bâtil olan nikâh sebab-i butlan bilinmeyerek akdedilmiş ise ondan müte- vellid çocuk meşru' addedilir.

Bâb-I Sâdis Fasl-I Evvel

Mehir Hakkındadır

Madde 80. Mehir ya mehr-i müsemmâdır ki tarafeynin az veya çok tesmiye ettikleri maldır. Veya mehr-i misildir ki zevcenin babası tarafından ve olmadığı takdirde beldesi ahâlisinden akran ve emsali kadınların mehidir.

Madde 81. Mehr-i müsemmânın tamamen veya kısmen ta'cil veya te'cili caizdir.

Madde 82. Mehr-i müeccelde bir müddet ta'yin edil- miş ise hulûlundan evvel mutâlebeye zevcenin hakkı yok- tur. Vele ki talâk vukû bulmuş olsun. Âmma zevcenin vefâtıyla ecel sakıt olur. Müddet ta'yin edilmemiş ise talâk veya zevceynden birinin vefatı vukûuna kadar müeccel addolunur.

Madde 83. Âkd-i sahilde mehir tesmiye edildiği tak- dirde ehad-ı tarafeynin vefâtı veya ictimâ-ı sahilden sonra talak vukûu ile mehr-i müsemma tamamen lazım gelir. Âmma ictimâ-i sahilden evvel talak vukû bulursa mehr-i müsemmânın nısfı ve adem-i kefâet dolayısıyla velîsinin zevceyi tefrik ettirmesi gibi bir sûretle zevce tarafından if- tirak vukû bulursa tamamı sâkıt olur.

Madde 84. Âkd-i sahilde mehir tesmiye edilmediği veya edilip de ehad-ı tarafeynin vefâtı veya ictimâ-i sahilden sonra talâk vukûu ile mehr-i misil lâzım olur. Âmma ictimâ-ı sahilden evvel talâk vukû bulursa mut'a lâzım gelir.

Mut'a mehr-i mislin nısfını tecavüz etmemek üzere örf ve âdete göre tayin edilir.

Madde 85. Âkd-i fâsilde tekârrubdan sonra iftirak vukûunda eğer mehir tesmiye edilmiş ise mehr-i müsem- mâ ile mehr-i misilden ekalli ve tesmiye edilmemiş veya fâsiden tesmiye edilmiş ise bâliğan ma belağ mehr-i misil lazım gelir. Âmma takarrubdan evvel iftirak vuku bulursa asla mehir lazım gelmez.

Madde 86. Tesmiye-i mehirde ihtilâf olunup da tesmiye sabit olmadığı takdirde mehr-i misil lâzım gelir. Şu kadar ki tesmiyeyi iddia eden taraf zevce ise mehir onun iddia ettiği miktarı tecavüz etmez. Zevc ise onun iddia ettiği miktardan dûn olmaz.

Madde 87. Mehr-i müsemmânın miktarında ihtilaf olu- nup da zevc mehir olması müteâref olan bir şey iddia ettiği halde söz onundur.

Madde 88. Bir kimse maraz-ı mevtime tezevvüc ey- lediği sûrette mehr-i müsemmâ zevcenin mehr-i misline müsâvi ise zevce onu terikesinden ahzeder. Ziyade ise faz- lası

hakkında vasiyyet hükmü cereyan eder.

Madde 89. Mehir menkûhenin malı olup onunla cihaz yapmağa cebr olunamaz.

Madde 90. Bir kızı tezvic veya teslim için ebeveyn veya akrabasının zevceden akçe ve eşya-yı sâire almaları mem- nûdur.

Madde 91. İşbu fasıl ahkâmı gayr-i müslimler hakkında câri değildir.

FASL-I SÂNÎ

NAFAKA HAKKINDADİR

Madde 92. Nafaka zevceynin muayyen bir şey üzeri- ne terâzisi veya hâkimin kazâsı ile lâzımü'l-edâ olur. Ve bu sûretle takdir edilen nafaka es'ârın tağayyürü veya usr ve yüsr itibarıyla ahvâl-i zevceynin tebeddülü veya kadr-ı kifâyeden dûn veya efsûn takdir edilmiş olunduğunun ta- hakkuku üzerine tezyîd veya tenkîs edilebilir.

Madde 93. Nafaka ta'cil ile muaccel olur. Ve zevce tara- findan ba'de'l-istifâ yedinde aynen mevcut iken vefât veya talâk vukû bulsa istirdad olunamaz.

Madde 94. Zevc, hâzır zevcesini infaktan imtinâ edip zevce nafaka talep ederse hâkim yevm-i talebden itibaren tarafeynin haline göre nafaka takdir eder. Ve ta'yin edece- ği müddetler için peşin verilmesini emreyleyler.

Madde 95. Takdir ve ta'cilden evvel mürûr eden müd- detin nafakası sâkit olur.

Madde 96. Zevc, zevcesini infaktan âciz kalıb da zevce nafaka talep ederse hâkim zevc zimmetinde deyn olmak üzere yevm-i talebten itibaren nafaka takdir eder. Ve zevc namına istidâne etmesi için zevceye izin verir.

Madde 97. Zevc zevcesini bilâ nafaka terk ile ihtifa ya- hut müddet-i sefer baid veya daha karîb bir mahalle gi- derek tağayyüb eder veya mefkûd olursa hâkim zevcenin zevciyyet hakkında ikâme edeceği beyyine üzerine zevcin nafaka terk etmediğine ve el-an nâşize ve iddeti geçmiş mutallaka olmadığına zevceyi tahlîf ettikten sonra yevm-i talebten itibaren nafaka takdir eder. Ve lede'l-hâce zevc na- mına istidâne etmesi için zevceye izin verir.

Madde 98. Mu'sire olan zevcenin mevâdd-ı sâbika mücebince hâkim tarafından istidâneye me'zun kılındığı yerlerde zâtu'z-zevc olmadığı takdirde nafakası kime aid ise inde't-taleb onun zevceye ikraz etmesi lâzım gelir. Ve ileride yalnız zevc'e hakk-ı rucûu olur. Amma zevce ecne- bîden istidâne etmiş ise dâin dilerse zevceden dilerse zevc- den mutâlebe eder.

Madde 99. Zevc-i ğâibin başkası yedinde veya zim- metinde malı bulunur ve müstevda' veya medyûn kendi yedinde veya zimmetinde mal olduğunu ve zevciyyeti ikrar eder veya inkârı halinde husûsat-ı mezkûreyi zevce bi'l-beyyine isbât eyler ise hâkim zevcin kendisine

nafaka terk etmediğine ve el-ân nâşize ve iddeti geçmiş mutalla- ka olmadığına dâir zevceyi tahlif ettikten sonra o maldan veya semeninden verilmek üzere yevm-i talebden îtibaren nafaka takdir eder.

Madde 100. Kazâen veya rızâen takdir edilen nafaka- dan müterâkim miktar talâk veya ehad-ı zevceynin vefâtı ile sakıt olmaz. Âmma hâkimin emriyle istidâne edilmiş olmayan miktarda nüşûz ile sâkıt olur.

Madde 101. Zevce bir sebep-i meşrû olmaksızın zevci- nin hânesini terk edip gider veya hâne kendisinin olup da başka bir hâneye naklini talep etmezden mukaddem zev- cini duhûldan men eyler ise işbu nüşûzun devamı müdde- tince nafaka sâkıt olur.

KİTÂB-I SÂNÎ MÜFÂRAKÂT HAKKINDADİR

BÂB-I EVVEL FASL-I EVVEL AHKÂM-İ UMÛMİYYE

Madde 102. Talâkın ehli mükellef olan zevcdır.

Madde 103. Talâkın mahalli nikâh-ı sahih ile menkûhe veya mu'tedde olan kadındır. Nikâhı feshedilen zevce-i mu'tedde mahalli talâk olmaz.

Madde 104. Sarhoşun talâkı müteber değildir.

Madde 105. İkrâh ile vukû bulan talâk müteber değildir.

Madde 106. Talâkın şarta ta'liki sahihtir.

Madde 107. Talâkın zaman-ı müstakbele izâfesi sahihtir.

Madde 108. Zevc, zevcesi hakkında üç talâka maliktir.

Madde 109. Talâk elfâz-ı sariha ile vâki olur. Müteâref olan elfâz-ı kineviyye dahi sarih hükmündedir. Âmma müteâref olmayan elfâz-ı kineviyye ile talâkın vukûu an- cak zevcin niyyetine mütevakkıftır. Zevcin talâka niyyet edip etmediği hakkında tarafeyn ihtilâf etseler zevc yemi- niyle tasdik olunur.

Madde 110. Zevcesini tatlîk eden zevc keyfiyyeti hâki- me beyan etmeğe mecburdur.

FASL-I SÂNÎ TALAK-İ RİC'Î VE BÂİN HAKKINDADİR

Madde 111. Bir kimse nikâh-ı sahih ile menkûhesini ta- karrubdan sonra lafz-ı sarih ile tatlîk

etse talak-ı ric'î vâki olur.

Madde 112. Talâk-ı ric'î fi'l-hal zevciyyeti izale etmez. İddet içinde zevcin zevcesine kavlen veya fi'len hakk-ı ru- cûu vardır. Bu hak iskât ile sâkıt olmaz.

Madde 113. Zevc iddet içinde rucû ederse henüz mev- cud olan nikâhı idâme etmiş olur. Bu hususta kadının rı- zası istihsale muhtaç olmaz ve mehr-i cedîd lâzım gelmez.

Madde 114. Şarta ta'lik ve zaman-ı müstakbele izâfe olunan rucû sahih değildir.

Madde 115. Birinci talâk-ı ric'îden sonra rucû sahih ol- duğu gibi ikinci talâk-ı ric'îden sonra dahi sahihtir. Âmma üçüncü talâk-ı ric'î ile beynûnet-i kat'iyye hâsıl olur.

Madde 116. Bir kimse nikâh-ı sahih ile menkûhesini takarrubdan evvel tatlîk ederse talâk-ı bâin vâki olur. Ve keza beynûnet ifâde eden elfaz ile veya bir ıvaza mukarin olarak tatlîk ederse talâk-ı bâin vâki olur.

Madde 117. Talâk-ı bâin fi'l-hâl zevciyyeti izâle eder. Şu kadar ki bir veya iki talâk-ı bâin tecdîd-i nikâha mani olmaz. Âmma üç talâktan sonra beynûnet-i kat'iyye hâsıl olur.

Madde 118. Beynûnet-i kat'iyye zevcenin iddeti mürûr ettikten sonra maksad-ı tahlîl ile olmayarak zevc-i âhara varıp ba'de't-takarrub anda iftirakı ve iddetinin mürûru ile zail olur.

FASL-I SÂLİS HİYAR-İ TEFRÎK HAKKINDADİR

Madde 119. Mani-i takarrub uyûbdan sâlim olan kadın zevcinin böyle bir illet ile malûl olduğuna muttalî oldukça hâkime bi'l-müracaa tefrîkini taleb edebilir. Ama kendinde böyle bir ayıp bulunan kadının talebi mesmû olmaz. Şu kadar ki takarrûb edilmiş olan zevcenin zevcede hâdis olan bu kabil ayıp sebebiyle hakk-ı hıyarı yoktur.

Madde 120. Kable'n-nikâh zevcinin unneten mâada mani-i takarrub aybına muttali veya ba'de'n-nikâh her- hangi bir ayba razı olan zevcenin hakk-ı hıyarı sâkıt olur. Fakat kable'n nikâh unnete ittıla, hakk-ı hıyarı iskât etmez.

Madde 121. Zevce mevadd-ı sâbıkada muharrer oldu- ğu üzre hâkime müracaat ettikte nazar olunur: Eğer illet kabil-i zevâl değilse hâkim derhal beynlerini tefrika hük- meder. Ve eğer kâbil-i zevâl ise hâkim zaman-ı mürâfaa- dan ve şayet marîz ise vakt-i ifâkatından îtibaren bir sene müddetle te'cil eyler. Esnâ-yı te'cilde zevc veya zevce az- çok bir müddet takarrûbe mani olacak derecede hasta olur veya zevce gaybûbet ederse bu sûretle geçen müddet hi- saba idhal edilmez. Lakin zevcin gaybûbeti ve zevcenin eyyâm-ı hayzı hisaba idhal edilir. Bu müddet zarfında il- let zâil olmadığı ve zevc talâka razı olmayıp zevce dahi talebinde musırr olduğu halde hâkim tefrika hükmeder. Mürâfaanın gerek bidâyet ve gerek

nihayetinde zevc ta-karrubunu iddia eylediği takdirde zevce seyyib ise söz maa'l-yemin zevcindir. Bâkir ise söz bilâ yemin zevcenin- dir.

Madde 122. Cüzam ve baras ve illet-i zühreviyye gibi bilâ zarar birlikte ikamet mümkün olmayan illetlerden birinin zevcede vucuduna ba'de'n-nikah muttali olur veya muahharan böyle bir illet tahaddüs ederse zevce hakime bi'l-müracaa tefrikinin taleb edebilir.

İllet-i vâkıanın zevâli ümid olunursa hâkim tefrîki bir sene te'cil eder. Bu müddet zarfında zâil olmadığı ve zevc talâka razı olmayıp zevce dahi talebinde musırr olduğu takdirde hâkim tefrika hükmeyle. Âmma kör veya topal olmak gibi uyûbdan birinin zevcede bulunması tefrîki mû- cib olmaz.

Madde 123. Âkd-i nikâhtan sonra zevc tecennün edip de zevce hâkime bi'l-müracaa tefrîkinin taleb etse hâkim tefrîki bir sene müddetle te'cil eyler. Bu müddet zarfında cinnet zâil olmadığı ve zevce musırr bulunduğu halde tef- rika hükmeyle.

Madde 124. Muhayyer olduğu yerlerde zevcenin hıyarı fevrî değildir. Dâvâyı bir müddet te'hir veya ikâme-i dâvâ- dan sonra bir müddet terk edebilir.

Madde 125. Mevadd-ı sâbıkaya tevfiakan tefrîkten sonra tarafeyn tecdîd-i akd ederlerse ikinci tezevvüde zevcenin hakk-ı hıyarı yoktur.

Madde 126. 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 taleb ederse hâkim tahkikat-ı lâzıma icrasından son- ra beynlerini tefrîka hükmeder.

Madde 127. Nafaka cinsinden mal terk ettiği halde te- ğayyüb eden bir kimsenin zevcesi hâkime bi'l-müracaa tefrîkinin taleb 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 alınama- dığı ve zevce talebinde musırr bulunduğu halde terefey- ni tefrîk eder. Eğer zevc muharebede gaybûbet etmiş ise hâkim tarafeyn-i muharibeynin ve üseranın yerlerine av- detinden itibaren bir sene mürûr eyledikten sonra tefrîka hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet-i vefât bekler.

Madde 128. Mevadd-ı sâbika mücebince tefrîkına hük- molunan kadın âhar bir şahıs ile tezevvüç ettikten sonra zevc-i evvelin zuhûru nikâh-ı ahîrin infisâhını mûcib ol- maz.

Madde 129. Vefâtına hükmolunan kimsenin zevcesi âhar bir şahısla tezevvüç ettikten sonra zevc-i evvelin ha- yatı tahakkuk etse nikâh-ı sâni münfesihi olur.

Madde 130. Zevceyn beyninde niza' ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf

ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafi hâiz olmazsa hariç- ten münasiplerini tayin eyler. Bu sûretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfaâtını tedkîk ile bey- lerini ıslâha çalışır. Kabil olmadığı sûretde kusur zevcede ise beyinlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlaa eyler. Hakemler ittifak edemezler ise hâkim evsaf-ı lâzıme-yi hâiz diğer bir heyet-i hâkemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat’i ve nâ-kâbil-i îtirazdır.

Madde 131. Mevadd-ı sâlîfe mücebince tefrika dair sâ- dır olan hüküm talâk-ı bâini tazammun eder ve keyfiyyet ale’l-usul tescîl edilir.

BÂB-I SÂNÎ İSEVİLERİN MÜFÂRAKÂTİ BEYANINDADIR

Madde 132. Esbâb-ı âtiyeden birinin tahakkukunda ta- rafeynden biri hâkime müracaatla müfârakatını talep ede- bilir:

Evvelen: Zevceynden birinin fi’l-i zinayı irtikâbı. Şu ka- dar ki müfârakat dâvâsı fi’l-i zinaya ittıla tarihinden îtiba- ren bir sene ve vukûu tarihinden îtibaren beş sene mürû- ruyla sâkıt olur.

Sâniyen: Hayat-ı zevceynin devamını müteazzir kıla- cak sûretde zevceynden birine arız olan cinnetin üç sene zarfında zâil olmaması.

Sâlisen: Cerâim-i âdiyeden dolayı zevceynden birinin beş seneden fazla ceza ile mahkûm olması.

Râbian: Zevceynden biri müddet-i sefer bâîd bir ma- halde bulunub da beş sene müddetle hayat ve mematın- dan malûmat alınamaması.

Hâmisen: Zevceynden biri diğerini beş seneden fazla müddet terk etmesi.

Sâdisen: Zevceynden biri kable’n-nikâh frengi ve sar’a ile mâlûl olub da diğerinin ba’de’l- izdivac muttali olması.

Sâbian: Zevceynden biri diğerinin hayatını tehlikeye ilka edecek ef’ale mücâsereti. Bu sûrette hakk-ı dâvâ tarih-i vak’adan îtibaren beş sene mürûrunda sâkıt olur.

Madde 133. Müfârakata sebebiyyet veren taraf üç se- neyi tecavüz etmemek üzere yeni bir nikâh akdinden men olunabilir. Eğer her iki taraf sebebiyyet vermiş ise her ikisi men olunabilir.

Madde 134. Müfârakatı mûcib esbabdan birine istina- den zevceynden biri nikâh ve ahkâmı bâki kalmak üzere ayrı yaşamalarını talep ederse tahakkuk halinde ol vechile yaşamalarına

hükmolunabilir. Şu kadar var ki diğer taraf müfârakat talebinde ısrar ederse müfârakatına hükmolu- nur. Ayrı yaşamalarına hükmolunan zevceynden herhan- gi biri hükm-i vâkıa istinaden müfârakat taleb edebilir.

Madde 135. Esbâb-ı müfârakattan olan bir fi’lin afvı o fi’lden mütevellid hakk-ı dâvâyı iskât eder.

Madde 136. Müfârakat dâvâsı vukûunda mahkemece evvel emirde tarafeyn ailelerinden muntahap birer muslih veya rüesâ-yı rûhâniyye mârifetiyle ıslah-ı beyne tevessül olunur. Islah-ı beyn mümkün olmadığı sûrette dâvâ-yı va- kıâ ale’l-usul rü’yet ve fasledilir.

Madde 137. Hükmün tarih-i sudûrundan itibaren üç mah zarfında rüesâ-yı rûhâniyyeye müracaatla nikâhın feshine müteallik merasim-i diniyyenin icrasına tevessül olunabilir. Bu sûretle müddet-i mezkûre zarfında hükm-i vakî infaz olunmaz. Mehl-i mezbûrun inkızası üzerine nihayet yirmi gün zarfında mahkûmun leh tarafından hükm-i vâkıin infazını taleb lâzım eden olup aksi takdirde hüküm keen lem yekûn olur.

Madde 138. Talâkın zevc tarafından izn-i hâkime tâli- ki halinde mevadd-ı sâlife ahkâmı müsevîlerde dahi câri olur. Zevcenin esbâb-ı mezkûreden dolayı tefrîkini talebe hakkı vardır.

BÂB-I SÂLİS FASL-I EVVEL İDDET HAKKINDADİR

Madde 139. Âkd-i sahih ile menkûhe olup ictimadan sonra zevcinden talâk veya fesh ve tefrîk ile iftirak eden ve hâmil ve sinn-i iyase vasıl olmayan kadınların müddet-i iddeti üç hayz-ı kâmilidir. Şu kadar ki üç ay mürûrundan mukaddem iddetinin inkızasını iddia eylerse kabul olun- maz.

Madde 140. Mu’tedde zikrolunan müddet zarfında hiç bir hayız görmediği ve yahud bir veya iki hayız gördükten sonra munkatı’ olduğu takdirde eğer sinn-i iyase vasıl ol- muşsa vusûl tarihinden itibaren üç ay, olmamış ise iddetin lüzumu zamanından itibaren dokuz ay iddet bekler.

Madde 141. Akd-i sahih ile menkûhe olub ictimadan sonra zevcinden talâk veya fesh ile ayrılan ve sinn-i iyase vasıl olan kadınların müddet-i iddeti üç aydır.

Madde 142. Mevadd-ı sâbıkanın ahkâmı nikâh-ı fâsid ile takarrub edilmiş iken tefrîk olunan veya zevci vefât eden kadınlarda dahi câridir.

Madde 143. Hâmil olanlardan mâadâ zevci vefât eden ve nikâh-ı sahih ile menkûhe olan kadınların ictima vukû bulsun veya bulmasın dört ay on gün iddet beklemesi lâ- zım gelir.

Madde 144. Nikâh-ı sâhih ile menkûhe olup hâmil iken talâk veya fesh ile iftirak eden veya

zevci vefât eyleyen ka- dın hamlini vaz' edinceye değin beklemek lâzım gelir. Sıkt vâkî oldukta eğer müstebînü'l-hılka ise vaz-ı haml gibidir, değil ise ânınla iddet münkazi olmayıb mevadd-ı sâbıkada muharrer ahkâma tevfiķan muâmele edilir.

İşbu fıkraların hükmü nikâh-ı fâsid ile menkûhe olub da tefrîk edilen veya zevci vefât eden hâmil kadınlar hak- kında dahi cârîdir.

Madde 145. Mevadd-ı sâbıkada muharrer iddetin meb- dei talâk veya feshin vukûu veya zevcin vefâtıdır. Velez ki zevce bu hallere muttali' olmasın.

Madde 146. Âkd-i sâhih veya fâsidde ictima veya ta- karrub ile teekküdden evvel talâk veya fesh vukû bulursa iddet lazı gelmez.

Madde 147. Bir mu'teddenin zevci vefât etse talâk-ı ric'ide iddet-i talâk münhedim olur. Ve yeniden iddet-i vefât beklemesi lâzım gelir. Âmma talâk-ı bâinde lâzım gelmeyip iddet-i talâk ikmal eder.

Maddet 148. Müsevîlerde ale'l-ıtlak akd-i sahih veya fâsidde talâk veya fesh veya zevcin vefâtı vukûunda iddet lâzım gelir. Müddet-i iddet doksan bir gündür. Şu kadar ki hâmil veya zat-ı veled olan kadının iddeti çocuğu iki yaşını ikmal edinceye kadar imtidad eyler. Çocuğun vefâtı halinde iddet tarih-i vefâttan îtibaren doksan bir gündür.

Madde 149. İsevîlerde müddet-i iddet ale'l-ıtlak firkat- ten îtibaren bir senedir. Meğer ki vaz'-ı haml etmiş ola.

FASL-I SÂNÎ

MU'TEDDENİN NAFAKASI HAKKINDADİR

Madde 150. Mu'teddenin nafakası zevci üzerine lâzım olur.

Madde 151. Nâşize olduğu halde tatlık olunan kadına nafaka-i iddet lâzım gelmez.

Madde 152. Zevci vefât eden kadın için nafaka-i iddet lâzım olmaz. Gerek hâmil olsun ve gerek olmasın.

Madde 153. Kazâen veya rızaen nafaka takdir edilmek- sizin müddet-i iddet münkazi olsa nafaka sâkıt olur.

Madde 154. Nafaka-yı mukaddereden müterâkim mik- tar ehad-ı zevceynin vefâtıyla sâkıt olmaz.

MEVÂDD-I ŞETTÂ

Madde 155. İşbu karanâmede gayr-ı müslimler hakkın- da istisnâen beyan olunan ahkâma

muhalif olmayan me- vadd sarâhat-ı mahsûsa olmadıkça onlar hakkında dahi cârîdir.

Madde 156. Rüesâ-yı rûhâniyyenin akd ve fesh-i nikâh ile müstetbiâtından nafaka-i zevcât, dırahoma ve cihaz hakkında hakk-ı kazâları mülğadır.

Madde 157. İşbu kararnâmenin icrâsına adliye nâzırı me'murdur.

Meclis-i umûmiyyenin ictimasında kânûniyyeti teklif olunmak üzere işbu kararnâmenin mevki-i tatbika vaz'ını irâde eyledim.

1 Muharrem 1336 / 25 Teşrîn-i Evvel

1333

Mehmet Reşâd

Âdliye Nâzırı

Mehmet Talât

Sadrazam

Halil

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

رئاسة الجمهورية

الأمانة العامة للحكومة

قانون الأسرة

2007سنة

الفهرس

الصفحة	المواد	العنوان
1	1- 3 مكرر	أحكام عامة
11-1	80 -4	الكتاب الأول: الزواج وانحلاله
7-1	46-4	الباب الأول: الزواج
4-1	22 -4	الفصل الأول: الخطبة والزواج
2-1	6-4	القسم الأول: في الخطبة
4-2	17-7	القسم الثاني: في الزواج (أركان الزواج)
4	22-18	القسم الثالث: في عقد الزواج وإثباته
5	31 -23	الفصل الثاني: موانع الزواج
6	35-32	الفصل الثالث: النكاح الفاسد والباطل
7-6	39-36	الفصل الرابع: حقوق وواجبات الزوجين
7	46-40	الفصل الخامس: النسب
11-8	73-47	الباب الثاني: انحلال الزواج
9-8	57- 48 مكرر	الفصل الأول: الطلاق
11-10	73-58	الفصل الثاني: آثار الطلاق (العدة، الحضانة، النزاع في متاع البيت)
11	80 -74	الفصل الثالث: النفقة
15-12	125-81	الكتاب الثاني: النيابة الشرعية
12	86-81	الفصل الأول: أحكام عامة
12	91-87	الفصل الثاني: الولاية
13	98-92	الفصل الثالث: الوصاية
13	100-99	الفصل الرابع: التقديم
14-13	108-101	الفصل الخامس: الحجر
14	115-109	الفصل السادس: المفقود والغائب
15-14	125-116	الفصل السابع: الكفالة
21-15	183-126	الكتاب الثالث: الميراث
16-15	138-126	الفصل الأول: أحكام عامة
17-16	149-139	الفصل الثاني: أصناف الورثة (أصحاب النصف، أصحاب الربع، أصحاب الثمن، أصحاب الثلثين، أصحاب الثلث، أصحاب السدس)
18-17	157-150	الفصل الثالث: العصبة (العاصب بنفسه، العاصب بغيره، العاصب مع غيره)
18	158	الفصل الرابع: أحوال الجد
19-18	165-159	الفصل الخامس: الحجب (حجب النقض، حجب الإسقاط)
19	168-166	الفصل السادس: العول - والرد - والدفع (الرد على ذوي الفروض- الدفع إلى ذوي الأرحام)
20-19	172-169	الفصل السابع: التنزيل



الصفحة	المواد	العنوان
20	179-175	الفصل التاسع: المسائل الخاصة (مسألة الادارية والغراء، مسألة مشترة مسألة الغراوين، مسألة المبالغة، مسألة المنبرية)
21	183-180	الفصل العاشر: قسمة الترات
23-21	223-184	الكتاب الرابع: التبرعات (الوصية - الهبة - الوقف)
22-21	201-184	الفصل الأول: الوصية (الموصي والموصى له، الموصى به، إثبات الوصية، أحكام الوصية)
23-22	212-202	الفصل الثاني: الهبة
23	220-213	الفصل الثالث: الوقف
23	223-221	الفصل الرابع: أحكام ختامية



**1984، يونيو سنة 9 الموافق 1404 رمضان عام 9 المؤرخ في 84-11 القانون رقم
المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.**

إن رئيس الجمهورية،
- بناء على الدستور ولاسيما المادتان 151-2 و154 منه،
- وبناء على ما أقره المجلس الشعبي الوطني،
يصدر القانون التالي نصه:

أحكام عامة

- المادة الأولى :** تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون.
- المادة 2 :** الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة.
- المادة 3 :** تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية.
- المادة 3 مكرر : (مضافة)** تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.(1)

**الكتاب الأول
الزواج وانحلاله**

**الباب الأول
الزواج**

**الفصل الأول (2)
الخطبة والزواج**

**القسم الأول في
الخطبة**

المادة 4 : (معدلة) الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب.(3)

(1) أضيفت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص.19)

(2) أعيد تقسيم الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 19) إلى ثلاثة أقسام أما يلي : القسم الأول : في الخطبة ويتضمن المواد من 4 إلى 6، القسم الثاني : في الزواج ويتضمن المواد من 7 إلى 17، القسم الثالث : في عقد الزواج وإثباته ويتضمن المواد من 18 إلى 22.

(3) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 19)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه : أوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

المادة 5 : (معدلة) الخطبة وعد بالزواج.

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.
لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداهما إن آان العدول منه، و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن آان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته.(1)

المادة 6 : (معدلة) إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر رآن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون. (2)

القسم الثاني

في الزواج

المادة 7 : (معدلة) تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأدّت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.(3)

المادة 7 مكرر : (جديدة) يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.
يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج.
تحدد شروط وأيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم. (4)

المادة 8 : (معدلة) يسمح بالزواج بآآثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية.
يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.(5)

(1) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 19)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها.
- إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض،
- لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن آان العدول منه،
- وإن آان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك.

(2) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 19)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة.
تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه.

(3) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 19)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام (21) سنة، والمرأة بتمام (18) سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

(4) أضيفت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 19)

(5) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 19)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
يسمح بالزواج بآآثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم آل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة

عدم الرضا.

المادة 8 مكرر : (جديدة) في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق. (1)

المادة 8 مكرر 1 : (جديدة) يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه. (2)

أركان الزواج

المادة 9 : (معدلة) ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين. (3)

المادة 9 مكرر: (جديدة) يجب أن تتوفر الشروط الآتية:

- أهلية الزواج،

- الصداق،

- الولي،

- شاهدان،

- انعدام الموانع الشرعية للزواج. (4)

المادة 10 : يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً. ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً بالكتابة والإشارة.

المادة 11 : (معدلة) تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر

تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين

والقاضي ولي من لا ولي له. (5)

المادة 12: ملغاة. (6)

(1) أضيفت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

(2) أضيفت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

(3) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق.

(4) أضيفت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

(5) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين. والقاضي ولي من لا ولي له.

(6) ألغيت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغب فيه وآان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون. غير أن للاب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا آان في المنع مصلحة للبنت.

المادة 13 : (معدلة) لا يجوز للولي، أبا آان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي مي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها.(1)

المادة 14 : الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غير ما من آل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه أما تشاء.

المادة 15 : (معدلة) يحدد الصداق في العقد، سواء آان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل.(2)

المادة 16 : تستحق الزوجة الصداق آملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول.

المادة 17 : في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وآان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا آان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين.

القسم الثالث في عقد الزواج وإثباته

المادة 18 : (معدلة) يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون.(3)

المادة 19 : (معدلة) للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق آل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.(4)

المادة 20 : (ملغاة) (5)

المادة 21 : تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج.

المادة 22 : (معدلة) يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.(6)

(1) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
لا يجوز للولي أبا آان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها.

(2) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

يجب تحديد الصداق في العقد سواء آان معجلا أو مؤجلا.

(3) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 من هذا القانون.

(4) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج آل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون.

(5) ألغيت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

يصح أن ينوب عن الزوج وأيله في إبرام عقد الزواج بولاية خاصة.

(6) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي : يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة

عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت آرائه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية.

الفصل الثاني موانع الزواج

المادة 23 : يجب أن يكون آل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة.

المادة 24 : موانع النكاح المؤبدة هي :

- القرابة،
- المصاهرة،
- الرضاع.

المادة 25 : المحرمات بالقرابة هي :
الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

المادة 26 : المحرمات بالمصاهرة هي :

- 1 - أصول الزوجة بمجرد العقد عليها،
- 2 - فروعها إن حصل الدخول بها،
- 3 - أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا،
- 4 - أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.

المادة 27 : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

المادة 28 : يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه.

المادة 29 : لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء آن اللبن قليلا أو كثيرا.

المادة 30 (معدلة) : يحرم من النساء مؤقتا :

- المحصنة،
 - المعتدة من طلاق أو وفاة،
 - المطلقة ثلاثا،
- أما يحرم مؤقتا:
- الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء آنت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع،
 - زواج المسلمة مع غير المسلم.(1)

المادة 31 (معدلة) : يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية.(2)

(1) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

يحرم من النساء مؤقتا:
المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثا، والتي تزيد على العدة المرخص به شرعا.
ويحرم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها أو خالتها سواء آنت شقيقة أو لأب أو لأم من الرضاع.

(2) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم.
يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من جنسين إلى إجراءات تنظيمية.

الفصل الثالث النكاح الفاسد والباطل

المادة 32 : (معدلة) يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.(1)

المادة 33 : (معدلة) يبطل الزواج إذا اختل رآن الرضا.
إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.(2)

المادة 34 : آل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء.

المادة 35 : إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينفيه آن ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.

الفصل الرابع حقوق وواجبات الزوجين

المادة 36 : (معدلة) يجب على الزوجين :

- 1 - المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،
- 2 - المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة،
- 3 - التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،
- 4 - التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،
- 5 - حسن معاملة آل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،
- 6 - المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف،
- 7 - زيارة آل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.(3)

المادة 37 : (معدلة) لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.
غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبونها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى آل واحد منها.(4)

(1) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 20)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أرائه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج.

(2) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل رآن واحد، ويبطل إذا اختل أثر من رآن واحد.

(3) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
يجب على الزوجين:

- 1 - المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.
- 2 - التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
- 3 - المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف.

(4) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
يجب على الزوج نحو زوجته:

- 1 - النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها.
- 2 - العدل في حالة الزواج بآثر من واحدة.

المادة 38 : (ملغاة) (2)

المادة 39 : (ملغاة) (2)

الفصل الخامس النسب

المادة 40 : (معدلة) يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.
يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.(3)

المادة 41 : ينسب الولد لأبيه متى آن الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

المادة 42 : أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر.

المادة 43 : ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

المادة 44 : يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة.

المادة 45 : الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

المادة 45 مكرر : (جديدة) يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.
يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية :

- أن يكون الزواج شرعيا،
 - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
 - أن يتم بمنى الزوج وبوبيعة رحم الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.(4)

المادة 46 : يمنع التبني شرعا وقانونا.

(1) ألغيت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

-زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف،

- حرية التصرف في مالها. (2)

ألغيت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

يجب على الزوجة :

1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة،

2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم،

3- احترام والدي الزوج وأقاربه. (3) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27

فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي : يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون. (4) أضيفت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)

الباب الثاني انحلال الزواج

المادة 47 : تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة.

الفصل الأول الطلاق

المادة 48 : (معدلة) مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.(1)

المادة 49 : (معدلة) لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. ينعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع آتتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.(2)

المادة 50 : من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.

المادة 51 : لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

المادة 52 : (معدلة) إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.(3)

(1) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي : الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون. (2) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)
حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر.

(3) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.
وإذا آانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج.
ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا آان وحيدا.
تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها.

المادة 53 : (معدلة) يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية :

- 1 - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،
- 2 - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،
- 3 - الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،
- 4 - الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،
- 5 - الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،
- 6 - مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،
- 7 - ارتكاب فاحشة مبينة،
- 8 - الشقاق المستمر بين الزوجين،
- 9 - مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،
- 10 - آل ضرر معتبر شرعا. (1)

المادة 53 مكرر : (جديدة) يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. (2)

المادة 54 : (معدلة) يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. (3)

المادة 55 : عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر.

المادة 56 : إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى مدين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين.

المادة 57 : (معدلة) تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف. (4)

المادة 57 مكرر : (جديدة) يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن. (5)

(1) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 21)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

- 1 - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.
- 2 - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3 - الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- 4 - الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة آتت من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5 - الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.
- 6 - آل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 أعلاه.
- 7 - ارتكاب فاحشة مبينة. (2) أضيفت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير

2005 (ج.ر 15 ص. 22)

(3) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 22)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

(4) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 22)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :

الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية.

(5) أضيفت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 22)

الفصل الثاني

آثار الطلاق

العدة

المادة 58 : تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

المادة 59 : تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وإذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده.

المادة 60 : عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

المادة 61 : لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

الحضانة

المادة 62 : الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرة على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أملا للقيام بذلك.

المادة 63 : (ملغاة) (1)

المادة 64 : (معدلة) الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في آل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. (2)

المادة 65 : تنتقضي مدة حضانة الذّار ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذّار إلى (16) سنة إذا آانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

المادة 66 : يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

المادة 67 : (معدلة) تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون. (3)

(1) ألغيت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 22)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي : في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأب بناء على طلبها بتوقيع آل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني.

(2) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 22)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي : الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في آل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

(3) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 22)

حررت في ظل القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي : تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرحية شرعا في المادة 62 أعلاه. غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه.

المادة 68 : إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

المادة 69 : إذا أراد الشخص المأول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون.

المادة 70 : تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

المادة 71 : يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.

المادة 72 : (معدلة) في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن. (1)

النزاع في متاع البيت

المادة 73 : إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيئة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتريات بينهما يتقسمانها مع اليمين.

الفصل الثالث النفقة

المادة 74 : تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيئة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.

المادة 75 : تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذآور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا آن الولد عاجزاً لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

المادة 76 : في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا آانت قادرة على ذلك.

المادة 77 : تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث.

المادة 78 : تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

المادة 79 : يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.

المادة 80 : تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

(1) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 22)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
نفقة المحضون وسكنه إذا آن له مال، وإلا فعلى والده أن يهبي له سكناً وإن تعذر فعليه أجرته.

الكتاب الثاني النيابة الشرعية

الفصل الأول أحكام عامة

المادة 81 : من آان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

المادة 82 : من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة.

المادة 83 : من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا آانت نافعة له، وباطلة إذا آانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا آانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.

المادة 84 : للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو آليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك.

المادة 85 : تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه.

المادة 86 : من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر آامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني.

الفصل الثاني الولاية

المادة 87 (معدلة) : يكون الأب ولها على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد. (1)

المادة 88 : على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- 1 - بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،
- 2 - بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،
- 3 - استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساممة في شراة،
- 4 - إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

المادة 89 : على القاضي أن يراعي في الإذن : حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني.

المادة 90 : إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة.

المادة 91 : تنتهي وظيفة الولي :

- 1 - بعجزه،
- 2 - بموته،
- 3 - بالحجر عليه،
- 4 - بإسقاط الولاية عنه.

(1) عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر 15 ص. 22)

حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 أما يلي :
يكون الأب ولها على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

الفصل الثالث الوصاية

المادة 92 : يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أُمليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون.

المادة 93 : يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة.

المادة 94 : يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتبنيها أو رفضها.

المادة 95 : للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد (88 و89 و90) من هذا القانون.

المادة 96 : تنتهي مهمة الوصي:

- 1 - بموت القاصر، أو زوال أُملية الوصي أو موته،
- 2 - ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،
- 3 - بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها،
- 4 - بقبول عذره في التخلي عن مهمته،
- 5 - بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.

المادة 97 : على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حساباً بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته. وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء. وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر.

المادة 98 : يكون الوصي مسؤولاً عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره.

الفصل الرابع التقديم

المادة 99 : المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أوصي على من آان فاقد الأُملية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

المادة 100 : يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام.

الفصل الخامس

الحجر

المادة 101 : من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه.

المادة 102 : يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة.

المادة 103 : يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر.

المادة 104 : إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدماً لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون.

المادة 105 : يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة.

المادة 106 : الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام.

المادة 107 : تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا آانت أسباب الحجر ظامرة وفاشية وقت صدور ما.

المادة 108 : يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه.

الفصل السادس المفقود والغائب

المادة 109 : المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم.

المادة 110 : الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر المفقود.

المادة 111 : على القاضي عندما يحكم بالفقيد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون.

المادة 112 : لزوج المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.

المادة 113 : يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات.

المادة 114 : يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة.

المادة 115 : لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها.

الفصل السابع الكفالة

المادة 116 : الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابه وتتم بعقد شرعي.

المادة 117 : يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان.

المادة 118 : يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أملا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته.

المادة 119 : الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب.

المادة 120 : يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن آن معلوم النسب وإن آن مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.

المادة 121 : تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي.

المادة 122 : يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث، والوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول.

المادة 123 : يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة.

المادة 124 : إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول.

المادة 125 : التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون يعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية.

الكتاب الثالث الميراث

الفصل الأول أحكام عامة

المادة 126 : أسباب الإرث : القرابة، والزوجية.

المادة 127 : يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي.

المادة 128 : يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث.

المادة 129 : إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم ملك أو لا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء آن موتهم في حادث واحد أم لا.

المادة 130 : يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء.

المادة 131 : إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين.

المادة 132 : إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو آانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث.

المادة 133 : إذا آن الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون.

المادة 134 : لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة.

المادة 135 : يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم :

- (1) قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء آن القاتل فاعلا أصليا أو شريكا،
- (2) شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه،
- (3) العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

المادة 136 : الممنوع من الإرث للأسباب المذكورة أعلاه لا يحجب غيره.

المادة 137 : يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض.

المادة 138 : يمنع من الإرث اللعان والردة.

الفصل الثاني أصناف الورثة

المادة 139 : ينقسم الورثة إلى:

- (1) أصحاب فروض،
- (2) عسبة،
- (3) ذوي الأرحام.

المادة 140 : ذوو الفروض هم الذين حددت أسهمهم في التركة شرعا.

المادة 141 : يرث من الرجال الأب والجد للأب، وإن علا، والزوج، والأخ للأم، والأخ الشقيق، في المسألة العمرية.

المادة 142 : يرث من النساء البنت، وبنت الابن، وإن نزل، والأم والزوجة، والجدّة من الجهتين وإن علت، والأخت الشقيقة، والأخت لأب، والأخت لأم.

المادة 143 : الفروض المحددة ستة وهي :
النصف، والرّبع، والثلث، والثلثان، والثلث، والسدس.

أصحاب النصف

المادة 144 : أصحاب النصف خمسة وهم :

- (1) الزوج ويستحق النصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها،
- (2) البنت بشرط إنفرادها عن ولد الصلب ذاراً أباً أو أمّاً،
- (3) بنت الابن بشرط إنفرادها عن ولد الصلب ذاراً أباً أو أمّاً وولد الابن في درجتها،
- (4) الأخت الشقيقة بشرط إنفرادها، وعدم وجود الشقيق والأب، وولد الصلب، وولد الابن ذاراً أو أمّاً، وعدم وجود الجد الذي يعصبها،
- (5) الأخت لأب بشرط إنفرادها وعدم وجود الأخ والأخت لأب، وعدم وجود من ذار في الشقيقة.

أصحاب الربع

المادة 145 : أصحاب الربع اثنان وهما :

- (1) الزوج عند وجود الفرع الوارث لزوجته،
- (2) الزوجة أو الزوجات بشرط عدم وجود الفرع الوارث للزوج.

أصحاب الثمن

المادة 146 : وارث الثمن:

الزوجة أو الزوجات عند وجود الفرع الوارث للزوج.

أصحاب الثلثين

المادة 147 : أصحاب الثلثين أربعة ومن :

- (1) بنتان فأثر بشرط عدم وجود الابن،
- (2) بنتا الابن فأثر بشرط عدم وجود ولد الصلب، وابن الابن في درجتهما،

- (3) الشقيقتان فأثر بشرط عدم وجود الشقيق الذار، أو الأب أو ولد الصلب،
(4) الأختان لأب فأثر بشرط عدم وجود الأخ لأب، ومن ذار في الشقيقتين.

أصحاب الثلث

المادة 148 : أصحاب الثلث ثلاثة وهم :

- (1) الأم بشرط عدم وجود الفرع الوارث أو عدد من الإخوة سواء آنا أو أشقاء أو لأب أو لأم ولو لم يرثوا،
(2) الإخوة لأم بشرط انفراهم عن الأب، والجد للأب، وولد الصلب وولد الابن ذارا آنا أو أنثى،
(3) الجد إن آنا مع إخوة وآنا الثلث أحضي له.

أصحاب السدس

المادة 149 : أصحاب السدس سبعة هم :

- (1) الأب بشرط وجود الولد، أو ولد الابن ذارا آنا أو أنثى،
(2) الأم بشرط وجود فرع وارث أو عدد من الإخوة سواء آنا أو وارثين أو محجوبين،
(3) الجد للأب عند وجود الولد، أو ولد الابن، وعند عدم وجود الأب،
(4) الجدة سواء لأب أو لأم وآنت منفردة، فإن اجتمعت جدتان وآنتا في درجة واحدة قسم السدس بينهما، أو آنت التي للأم أبعد، فإن آنت مي الأقرب اختصت بالسدس،
(5) بنت الابن ولو تعددت بشرط أن تكون مع بنت واحدة وأن لا يكون معها ابن ابن في درجتها،
(6) الأخت للأب ولو تعددت بشرط أن تكون مع شقيقة واحدة، وانفرادا عن الأخ للأب، والأب والولد ذارا آنا أو أنثى،
(7) الأخ للأم بشرط أن يكون منفردا ذارا آنا أو أنثى، وعدم وجود الأصل والفرع الوارث.

الفصل الثالث العصبية

المادة 150 : العاصب هو من يستحق التركة آلهما عند إنفراده، أو ما بقى منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له.

المادة 151 : العصبية ثلاثة أنواع :

- (1) عاصب بنفسه،
(2) عاصب بغيره،
(3) عاصب غيره.

العاصب بنفسه

المادة 152 : العاصب بنفسه هو آل ذار ينتمي إلى الهالك، بواسطة ذار.

المادة 153 : العصبية بالنفس أربع جهات يقدم بعضها على بعض عند الاجتماع حسب الترتيب الآتي:

- (1) جهة البنوة وتشمل الابن، وابن الابن مهما نزلت درجته،
(2) جهة الأبوة وتشمل الأب، والجد الصحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجد،
(3) جهة الأخوة وتشمل الإخوة الأشقاء أو لأب وأبناءهم مهما نزلوا،
(4) جهة العمومة وتشمل أعمام الميت، وأعمام أبيه، وأعمام جده مهما علا، وأبناءهم مهما نزلوا.

المادة 154 : إذا آنا الموجود من العصبية أثر من واحد واتحدوا في الجهة آنا الترتيب بينهم بالدرجة فيقدم أقربهم درجة إلى الميت، وإذا اتحدوا في الجهة والدرجة آنا الترتيب بقوة القرابة فمن آنا ذا قرابتين قدم على من آنا ذا قرابة واحدة، وإذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقرابة ورثوا بالتعصيب واشترآوا في المال بالسوية.

العاصب بغيره

المادة 155 : العاصب بغيره هو آل أنثى عصبها ذار ومي :

- (1) البنات مع أخيها،
 - (2) بنت الابن مع أخيها، أو ابن عمها المساوي لها في الدرجة أو ابن ابن عمها الأسفل درجة بشرط أن لا تترث بالفرض،
 - (3) الأخت الشقيقة مع أخيها الشقيق،
 - (4) الأخت لأب مع أخيها لأب.
- وفي آل هذه الأحوال، يكون الإرث للذآر مثل حظ الأنثيين.
- العاصب مع غيره**

المادة 156 : العاصب مع غيره : الأخت الشقيقة، أو لأب وإن تعددت عند وجود واحدة فأآثر من بنات الصلب، أو بنات الابن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدرجة، أو الجد.

المادة 157 : لا تكون الأخت لأب عاصبة إلا عند عدم وجود أخت شقيقة.

الفصل الرابع أحوال الجد

المادة 158 : إذا اجتمع الجد العاصب مع الإخوة الأشقاء، أو مع الإخوة للأب ذآورا أو إنآثا أو مختلطين فله الأفضل من ثلث جميع المال أو المقاسمة.

وإذا اجتمع مع الإخوة وذوي الفروض فله الأفضل من :

- (1) سدس جميع المال،
- (2) أو ثلث ما بقى بعد ذوي الفروض،
- (3) أو مقاسمة الإخوة آذآر منهم.

الفصل الخامس الحجب

المادة 159 : الحجب هو منع الوارث من الميراث آلا أو بعضا وهو نوعان :

- (1) حجب نقصان،
- (2) حجب إسقاط.

حجب النقصان

المادة 160 : الورثة الذين لهم فرضان خمسة وهم :

- الزوج، والزوجة، والأم، وبنت الابن، والأخت لأب.
- (1) الزوج يرث النصف عند عدم وجود الفرع الوارث، والربع عند وجوده،
- (2) الزوجة أو الزوجات ترث الربع عند عدم وجود الفرع الوارث، والثلث عند وجوده،
- (3) الأم ترث الثلث عند عدم وجود الفرع الوارث، أو عدم وجود عدد من الإخوة أو الأخوات مطلقا، وترث السدس مع وجود من ذآر،
- (4) بنت الابن ترث النصف إذا انفردت، والسدس إذا آانت مع بنت الصلب الواحدة، وفي حالة تعدد بنات الابن يرثن السدس بدل الثلثين وحكم آل بنت ابن مع بنت ابن أعلى منها درجة آحكم بنت الابن مع بنت الصلب،
- (5) الأخت لأب ترث النصف إذا انفردت، والسدس إذا آانت مع الأخت الشقيقة، وفي حالة تعدد الأخوات للأب مع الأخت الشقيقة يشترآن في السدس.

حجب الإسقاط

المادة 161 : تحجب الأم آل جدة، وتحجب الجدة لأم القريبة الجدة لأب البعيدة ويحجب الأب والجد أصلهما من الجدات.

المادة 162 : يحجب آل من الأب، والجد الصحيح وإن علا، والولد وولد الابن وإن نزل، وأولاد الأخ.

المادة 163 : يحجب آل من الابن وابن الابن وإن نزل، بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة ويحجبها أيضا بنتان أو بنتا ابن أعلى منها درجة ما لم يكن معها من يعصبها.

المادة 164 : يحجب آل من الأب، والابن، وابن الابن وإن نزل، الأخت الشقيقة ويحجب الأخت لأب آل من الأب، والابن، وابن الابن وإن نزل، والأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا آنت عاصبة مع غيرهما، والأختين الشقيقتين، إذا لم يوجد أخ للأب.

المادة 165 : يحجب الأخ للأب أبناء الإخوة الأشقاء أو الأب.

يحجب أبناء الإخوة الأشقاء أبناء الإخوة لأب،

يحجب أبناء الإخوة الأشقاء أولاد الأعمام وبنينهم.

والدفع- والرد -الفصل السادس العول

المادة 166 : العول هو زيادة سهام أصحاب الفروض على أصل المسألة. فإذا زادت أنصبة الفروض عليها قسمت التركة بينهم بنسبة أنصبتهم في الإرث.

الرد على ذوي الفروض

المادة 167 : إذا لم تستغرق التركة ولم يوجد عصبية من النسب رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم. ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبية من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام.

الدفع إلى ذوي الأرحام

المادة 168 : يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي : أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزلوا، فأولادهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة، فإن استووا في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذوي الرحم، وإن استووا في الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض أو آنوا آلهم يدلون بصاحب فرض، اشتروا في الإرث.

الفصل السابع التنزيل

المادة 169 : من توفى وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية.

المادة 170 : أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

المادة 171 : لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن آناوا وارثين للأصل جدا آان أو جدة أو آان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فان أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة.

المادة 172 : أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه. ويكون هذا التنزيل للآار مثل حظ الأنثيين.

الفصل الثامن الحمل

المادة 173 : يوقف من التركة للحمل الأثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا آان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فان آان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها.

المادة 174 : إذا ادعت المرأة الحمل وأذبحها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون.

الفصل التاسع المسائل الخاصة

مسألة الآدرية والغراء

المادة 175 : لا يفرض للأخت مع الجد في مسألة إلا في الآدرية ومي : زوج، وأم، وأخت شقيقة أو لأب، وجد فيضم الجد ما حسب له إلى ما حسب لها ويقسمان للآار مثل حظ الأنثيين، أصلها من ستة، وتعود إلى تسعة، وتصح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة ولأم ستة، وللأخت أربعة، وللجد ثمانية.

مسألة مشتركة

المادة 176 : يأخذ الآار من الإخوة الآلأني في المشتركة ومي، زوج وأم أو جدة وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فيشترآن في الثلث الإخوة للأم والإخوة الأشقاء الآاور والإناث في ذلك سواء على عدد رؤوسهم لأن جميعهم من أم واحدة.

مسألة الغراوين

المادة 177 : إذا اجتمعت زوجة، وأبوان، فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وهو الربع وللأب ما بقي، فإذا اجتمع زوج وأبوان فللزوج النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس وما بقي للأب.

مسألة المبادلة

المادة 178 : إذا اجتمع زوج، وأم، وأخت شقيقة أو لأب آان للزوج النصف، وللأخت النصف وللأم الثلث أصلها من ستة وتعود إلى ثمانية للزوج ثلاثة، وللأخت ثلاثة وللأم اثنان.

مسألة المنبرية

المادة 179 : إذا اجتمعت زوجة وبنتان وأبوان صحت فريضتهم من أربعة وعشرين وتعود إلى سبعة وعشرين، للبنتين الثلثان- ستة عشر- وللأبوين الثلث- ثمانية- وللزوجة الثمن- ثلاثة- ويصير ثمنها تسعا.

الفصل العاشر قسمة التركات

المادة 180 : يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

- (1) مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع،
- (2) الديون الثابتة في ذمة المتوفى،
- (3) الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة.

المادة 181 : يراعي في قسمة الترات أحكام المادتين (109 و 173) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة.

وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء.

المادة 182 : في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم، ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام، وإيداع النقود والأشياء ذات القيمة، وأن يفصل في الطلب.

المادة 183 : يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة الترات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها، وطرق الطعن في أحكامها.

الكتاب الرابع التبرعات

الوصية - الهبة - الوقف

الفصل الأول

الوصية

المادة 184 : الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

المادة 185 : تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة.

الموصي والموصى له

المادة 186 : يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل.

المادة 187 : تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس.

المادة 188 : لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً.

المادة 189 : لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.

الموصى به

المادة 190 : للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة.

إثبات الوصية

المادة 191 : تثبت الوصية:

- (1) بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك،
- (2) وفي حالة وجود مانع قام تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على مامش أصل الملكية.

أحكام الوصية

المادة 192 : يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها.

المادة 193 : رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية.

المادة 194 : إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركاً بينهما.

المادة 195 : إذا آنت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه آل منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدما قبل وفاة الموصي، فالوصية آلهما للحي منهما، أما إذا حدد ما يستحقه آل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له.

المادة 196 : الوصية، بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمري.

المادة 197 : يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الوصي.

المادة 198 : إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد.

المادة 199 : إذا علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط وإذا آان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط.

المادة 200 : تصح الوصية مع اختلاف الدين.

المادة 201 : تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردما.

الفصل الثاني الهبة

المادة 202 : الهبة تملك بلا عوض. ويجوز للواب أن يشترط على المومب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط.

المادة 203 : تشترط في الواجب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه.

المادة 204 : الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية.

المادة 205 : يجوز للواب أن يهب آل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً، أو منفعة، أو ديناً لدى الغير.

المادة 206 : تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة.

المادة 207 : إذا آان الشيء المومب بيد الموموب له قبل الهبة يعتبر حيازة وإذا آان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزاً.

المادة 208 : إذا آان الواجب ولي الموموب له، أو زوجه أو آان الموموب مشاعاً فان التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة.

المادة 209 : تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً.

المادة 210 : يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بآلله.
وإذا آن قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا.

المادة 211 : للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما آانت سنه إلا في الحالات التالية:
(1) إذا آانت الهبة من أجل زواج الموهوب له،
(2) إذا آانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين،
(3) إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

المادة 212 : الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها.

الفصل الثالث الوقف

المادة 213 : الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق.

المادة 214 : يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية.

المادة 215 : يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و205 من هذا القانون.

المادة 216 : يجب أن يكون المال المحبس مملوآ للواقف، معينا، خاليا من النزاع، ولو آن مشاعا.

المادة 217 : يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون.

المادة 218 : ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعا، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف.

المادة 219 : آل ما أحدثه المحبس عليه من بناء أو غرس في الحبس يعتبر من الشيء المحبس.

المادة 220 : يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس تغيير في طبيعته.
وإذا نتج عن التغيير تعويض ينزل منزلة الحبس.

الفصل الرابع أحكام ختامية

المادة 221 : يطبق هذا القانون على آل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني.

المادة 222 : آل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

المادة 223 : تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون.

المادة 224 : ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984.

، يحدد شروط 2006 مايو سنة 11 الموافق 1427 ربيع الثاني عام 13 المؤرخ في 06-154 المرسوم التنفيذي رقم 1984 الموافق سنة 1404 رمضان عام 9 المؤرخ في 84-11 مكرر من القانون رقم 7 وآليات تطبيق أحكام المادة والمتضمن قانون الأسرة.

- إن رئيس الحكومة،
- بناء على تقرير وزير العدل، حافظ الأختام،
- وبناء على الدستور، لاسيما المادتان 85-4 و 125 (الفقرة 2) منه،
- وبمقتضى الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم،
- وبمقتضى الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 والمتعلق بالحالة المدنية،
- وبمقتضى الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،
- وبمقتضى القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، لاسيما أحكام المادة 7 مكرر منه،
- وبمقتضى القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم،
- وبمقتضى القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 والمتضمن تنظيم مهنة الموثق،
- وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 04-136 المؤرخ في 29 صفر عام 1425 الموافق 19 أبريل سنة 2004 والمتضمن تعيين رئيس الحكومة،
- وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 05-161 المؤرخ في 22 ربيع الأول عام 1426 الموافق أول مايو سنة 2005 والمتضمن تعيين أعضاء الحكومة،

يرسم ما يأتي:

المادة الأولى : يهدف هذا المرسوم إلي تحديد شروط وآليات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمذآور أعلاه.

المادة 2: يجب على آل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.
يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب، حسب النموذج الموفق بهذا المرسوم.

المادة 3 : لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه، إلا بناء على نتائج :
- فحص عيادي شامل،
- تحليل فصيلة الدم (ABO + rhésus)

المادة 4 : يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية قصد الكشف عن بعض العيوب و/ أو القابلية لزيادة على ذلك، يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/ أو الذرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها.

المادة 5 : يبلغ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤه-ما طبقا للمادة 3 أعلاه، ويتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني.

المادة 6 : لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

المادة 7: يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى آلا الطرفين في أن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها آل منهما وبالأعراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج و يؤشر بذلك في عقد الزواج.
لايجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين.

المادة 8 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006.

أحمد أويحيى

نموذج

شهادة طبية ما قبل الزواج

(معدة تطبيقا لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة)

أنا المضي أسفه الدأثور:
الاسم -- م والنسب:
دأثور في الطب:
الممارس في:
العنوان:
أشهد أنني فحصت لغرض الزواج:
المولود(ة) في:
الساآن (ة) ب:
بطاقة التعريف الوطنية رقم
الصادرة في ب
أعددت هذه الشهادة بعد فحص عيادي شامل وبعد الاطلاع على نتائج الفحوص الآتية :
- فصيلة الدم (ABO + rhésus)

أصرح بذلك أنني

- أعلمت المعني (ة) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع (ت) لها وبكل ما من شأنه أن يقي أو يقلل الخطر الذي قد يلحق به أو بزوجه أو بذريته.
- لفت انتباه طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحميراء الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل
- أدت على عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.

سلمت هذه الشهادة للمعني (ة) شخصيا لاستعمالها والإدلاء بها في حدود ما يسمح به القانون.

حرر ب في.....

جدول تحليلي

للمواد المعدلة والملغاة والجديدة

جدول تحليلي للمواد المعدلة والملغاة والجديدة

رقم الجريدة الرسمية	اللائحة رقم 0055-0022	رقم المصوب
2005/15	جديدة	3 مكرر
2005/15	معدلة	4
2005/15	معدلة	5
2005/15	معدلة	6
2005/15	معدلة	7
2005/15	جديدة	7 مكرر
2005/15	معدلة	8
2005/15	جديدة	8 مكرر
2005/15	جديدة	8 مكرر 1
2005/15	معدلة	9
2005/15	جديدة	9 مكرر
2005/15	معدلة	11
2005/15	ملغاة	12
2005/15	معدلة	13
2005/15	معدلة	15
2005/15	معدلة	18
2005/15	معدلة	19
2005/15	ملغاة	20
2005/15	معدلة	22
2005/15	معدلة	30
2005/15	معدلة	31
2005/15	معدلة	32
2005/15	معدلة	33
2005/15	معدلة	36
2005/15	معدلة	37
2005/15	ملغاة	38
2005/15	ملغاة	39
2005/15	معدلة	40
2005/15	جديدة	45 مكرر
2005/15	معدلة	48
2005/15	معدلة	49
2005/15	معدلة	52
2005/15	معدلة	53
2005/15	جديدة	53 مكرر
2005/15	معدلة	54
2005/15	معدلة	57
2005/15	جديدة	57 مكرر
2005/15	ملغاة	63
2005/15	معدلة	64
2005/15	معدلة	67
2005/15	معدلة	72
2005/15	معدلة	87