

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

İSLAM HUKUKUNDA EVLİLİK AKDİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan

Musa Altunkaya

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Tevhit Ayengin

Çanakkale – 2011

TAAHHÜTNAME

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “İslam Hukukunda Evlilik Akdinin Hukuki Niteliği” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

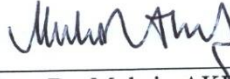
05/01/2011

Musa Altunkaya

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne
Musa Altunkaya'ya ait İslam Hukukunda Evlilik Akdinin Hukuki Niteliği adlı çalışma,
jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı,
YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak oybirliği ile kabul edilmiştir.



Üye Doç. Dr. Tevhit AYENGİN (Danışman)



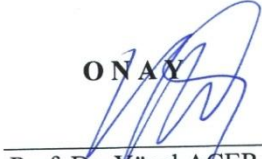
Üye Doç. Dr. Muhsin AKBAŞ



Üye Yrd. Doç. Dr. Muharrem ÖNDER

Tez No : 392808
Tez Savunma Tarihi : 05.01.2011

ONAY



Prof. Dr. Yücel ACER
Enstitü Müdürü
.../.../20....

ÖZET

İslam Hukukunda Evlilik Akdinin Hukuki Niteliği

Fıkıh külliyyatı içerisinde aile hukukuyla ilgili olan bölümler en geniş alanı oluşturmaktadır. Fıkhi konuları baştan sona ele alan kitapların dışında da aile hukuku içerisine giren hususlar müstakil kitaplara konu edilmiştir. Aile hukukuyla bağlantılı konular, fıkıhın gelişime en fazla açık olan bölümlerindedir. Alanın en tartışmalı konusu ise akdin niteliği etrafında yoğunlaşmaktadır. Bu durum, “İslam Hukukunda Evlilik Akdinin Hukuki Niteliği”ni tez konusu olarak seçmemizin en temel gerekçesidir.

Tezimizde, ilk olarak akit teorisi ve akdin bağlayıcılığı açıklandı. Sonra nikâh akdi, akit teorisine ve akdin bağlayıcılığı üzerine bina edildi.

Daha sonra nikâh akdinin pratiği başlığı altında, nikâh’ın dini boyutu ve medeni nikâh akdi ile İslam’ın öngörmüş olduğu nikâh akdinin işlevsel benzerlikleri incelendi. Son olarak nikâh akdinin boyutunun tespiti yapıldı ve konu hakkında bazı önerilerde bulunuldu.

ABSTRACT

The Legal Nature of Marriage Contract in Islamic Law

The rules related to the family law consist of the largest section within Fiqh literature. The issues concerning the family law are dealt with in the specific books on this area as they can be found within the general books on fiqh. The issues related to the family law are the most appropriate section for the development of fiqh. The most controversial subject in the area turns around the nature of the contract (*al-aqd*). This fact is the most essential reason for deciding the issue “the Legal Nature of Marriage Contract in Islamic Law” as the thesis subject.

In our thesis, firstly, the theory and bond of the contract is explained. Then, the marriage contract is constructed upon the theory and bond of the contract.

Secondly, under the heading of marriage contract, the religious aspect of marriage contract is explained; and then the functional similarities between civil marriage contract and Islamic one are explored.

Lastly, some evaluations and suggestions are made on various areas and dimensions of the marriage contract.

ÖNSÖZ

Aile hukukunun bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da önemli bir yeri ve sosyal hayatta büyük bir işlevi vardır. Bu yapı içerisinde ailenin ve dolayısıyla insanın amacı, mutlu olabileceği bir aile ve toplum düzeni kurmaktır. Bunu gerçekleştirmek için ailenin sağlam temeller üzerine bina edilmesi gerekmektedir.

İslam hukukunda evlilik akdinin hukuki niteliğini inceleme konusu olarak seçmemizin nedeni; toplumun en küçük yapı taşı olan ailenin, nikâh akdiyle kuruluşunu incelemek ve “İslam hukukunda evlilik akdinin hukuki niteliği”nin tespitini yaparak İslam hukuk bilimine ve güncel tartışmalara katkı sağlamaktır.

Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) kabulünden bu yana resmi nikâh yapmak mecbur olmasına rağmen ülkemizin birçok yerinde dini nikâhla yetinilmesi sonucu mağduriyetler ortaya çıkmaktadır. Bu mağduriyetleri açıklayabilmek ve bir çözüm önerisi sunabilmek için günümüzde dini nikâhın bağlayıcılığını araştırmayı düşündük. Bu mağduriyetlerin azalmasına katkı sağlamak için gayret ettik. “İslam hukukunda evlilik akdinin hukuki niteliği”ni araştırdık ve bunu yaparken de dini nikâhı resmi nikâhın mevcut işlevlerine uygun olarak ele aldık.

Bu tez bir giriş ve üç bölümden ibarettir. Girişte, konunun önemi, araştırmanın metodu ve amacına kısaca değinildi. Nikâh akdi; akit teorisine ve akdin bağlayıcılığına dayalı olması sebebiyle, ilk olarak akit teorisi ve bir akdin geçerli sonuçlar doğurabilmesi için, kanunun öngörmüş olduğu “ehliyet”, “şekil”, “irade ile beyan arasındaki ilişki” ve “konu”, şartları gibi hususlar tezin ilk bölümünde incelendi. Daha sonra nikâh akdi, nikâh akdinin tarihteki uygulanış biçimleri, nikâh akdinin kuruluşu ve nikâh akdinin sonuçları ele alındı ve ikinci bölüm oluşturularak birinci bölümün üzerine bina edildi. Son bölümde ise nikâh akdini açıklayan farklı görüşlere yer verdik. Akabinde dini nikâhın hak ve sorumluluklarının olup olmadığını, medeni nikâh akdi ile İslam’ın öngörmüş olduğu nikâh akdinin bazı benzerlik ve farklılıklarını incelemeye çalıştık. Nikâhın dini boyutuna yer verdik. Cali evliliği ve nikâh akdinin tescilini ve son olarak kendi çözüm önerilerimizi kısaca sunmaya çalıştık.

Araştırmamda, beni teşvik eden, cesaretlendiren ve bana yol gösteren sabırlı hocam Doç. Dr. Tevhit AYENGİN Bey’e teşekkür etmekten büyük mutluluk duymaktayım. Öte yandan üzerimde emeği olan bütün hocalarıma da teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca bana

destek olan arkadaşım Cihat'a, dualarıyla her zaman yanımda olan aileme, özellikle tez aşamasında benden hiçbir zaman yardımını esirgemeyen fedakâr eşim Macide Hanım'a teşekkür ederim.

Musa ALTUNKAYA

Çanakkale 2011

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1
A. KONUNUN ÖNEMİ	2
B. ARAŞTIRMANIN METODU	3
C. ARAŞTIRMANIN AMACI.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

AKİT TEORİSİ

1.1. AKİT	5
1.2. AKDİN BAĞLAYICILIĞI.....	6
1.2.1. <i>Eda Ehliyeti (Hukuki İşlem Ehliyeti)</i>	7
1.2.1.1. Tam (Kâmil) Eda Ehliyetliler	7
1.2.1.1.1. Temyiz Kudreti.....	8
1.2.1.1.2. Rüşd.....	9
1.2.1.1.3. Kısıtlı (Mahcur) Olmamak	11
1.2.1.2. Nakıs Eda Ehliyetliler	12
1.2.1.3. Tam Eda Ehliyetsizler	12
1.2.2. <i>Ehliyetin Arızaları</i>	13
1.3. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ.....	14
1.3.1. <i>Şekil Kavramı</i>	14
1.3.2. <i>Sıhhat Şekli</i>	16

1.3.3. İspat Şekli	16
1.3.4. Kanuni Şekil	16
1.4. İRADE İLE BEYAN ARASINDAKİ İLİŞKİ	18
1.4.1. İcap	20
1.4.1.1. İcabın Bağlama Süresi	21
1.4.1.2. Rücu Muhayyerliği (İcabın Geri Alınması)	22
1.4.2. Kabul	22
1.5. SÖZLEŞMENİN KONUSU (SÖZLEŞME SERBESTİSİ VE SINIRLARI)	23
1.5.1. Sözleşmenin Konusu	23
1.5.2. Sözleşme Serbestisi	23
1.5.3. Sözleşme Serbestisinin Sınırları	24

İKİNCİ BÖLÜM

NIKÂH

2.1. NİKÂH AKDİ	27
2.2. NİKÂH AKDİNİN TARİHTEKİ UYGULANIS BİÇİMLERİ	29
2.2.1. Cahiliye Dönemi Uygulamaları	30
2.2.2. Hz. Peygamber Dönemi Uygulamaları	32
2.2.3. İlk Dönem Uygulamaları	35
2.2.4. Osmanlı Dönemi Uygulamaları	37
2.3. NİKÂH AKDİNİN KURULUŞU	39
2.3.1. Nikâh Akdinin Rükünleri	39
2.3.1.1. İrade Beyanları (İcap ve Kabul)	40
2.3.1.2. Taraflar	40
2.3.2. Nikâh Akdinin İn'ikad (Kurulma) Şartları	41
2.3.2.1. Taraflara İlişkin Şartlar	41

2.3.2.1.1. Ehliyet	41
2.3.2.1.2. Velayet ve Velinin Yetkileri.....	43
2.3.2.2. İrade Beyanlarına İlişkin Şartlar.....	47
2.3.2.2.1. İrade Beyanlarının Yapılış Şekli	47
2.3.2.2.2. İrade Beyanlarının Sıygası	47
2.3.2.2.3. İrade Beyanlarının Uyuşması	48
2.3.2.2.4. İrade Beyanlarının Aynı Mecliste Yapılmış Olması	48
2.3.2.2.5. İrade Beyanlarının Şartsız Olması.....	48
2.3.3. <i>Nikâh Akdinin Sıhhat (Geçerlilik) Şartları</i>	49
2.3.3.1. Şahitler.....	49
2.3.3.2. Evlenme Engelinin Olmayışı.....	50
2.3.3.3. İkrahin Olmaması	50
2.3.3.4. Nikâh Akdinin Süreli Olmaması	51
2.4. NİKÂH AKDİNİN SONUÇLARI	51
2.4.1. <i>Kadının Hakları</i>	51
2.4.1.1. Mehir Hakkı	51
2.4.1.2. Nafaka Hakkı.....	53
2.4.1.3. Evli Eşin Nafakası	53
2.4.2. <i>Kocanın Hakları</i>	55
2.4.2.1. Kadının İtaat Etmesi.....	55
2.4.2.2. Evlilik Birliğinin İkametgâhı.....	56
2.4.3. <i>Müşterek Hak ve Sorumluluklar</i>	56
2.4.3.1. Evlilikte Mal Rejimi	56
2.4.3.2. Mirasçı Olma	57
2.4.4. <i>Doğumun Hukuki Sonuçları</i>	57

2.4.4.1. Nesep	57
----------------------	----

2.4.4.2. Hidane	57
-----------------------	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NIKÂH AKDİNİN PRATİĞİ

3.1. NİKÂH AKDİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER	59
3.1.1. Evlenmeyi Müessese Olarak Açıklayan Görüş.....	59
3.1.2. Evlenmeyi Şart-Tasarruf Olarak Kabul Eden Görüş.....	59
3.1.3. Evlenmeyi Aile Hukuku Akdi Olarak Açıklayan Görüş.....	60
3.2. RESMİ VE DİNİ NİKÂH	61
3.2.1. Medeni Nikâh ve İslâm'ın Öngörmüş Olduğu Nikâh Akdinin İşlevsel Benzerlikleri	63
3.2.2. Nikâhın Dini Boyutu.....	65
3.3. NİKÂH AKDİNİN TESCİLİ	68
3.4. BAZI NİKÂH UYGULAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	70
3.4.1. Cali Evlenmeler.....	70
3.4.2. Mut'a Nikâhı.....	72
3.4.3. Misyâr Nikâhı.....	73
3.4.4. Nişanlılık Döneminde Kıyılan Dini Nikâh.....	76
3.5. ÖNERİLER.....	77
SONUÇ.....	80
KAYNAKÇA.....	82

KISALTMALAR

AÜHF	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz.	:	Bakınız
b.	:	ibn/bin
bt.	:	binti
DEÜİF	:	Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
DİA	:	Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
DİB	:	Diyanet İşleri Başkanlığı
HAK	:	Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesi
haz.	:	hazırlayan
HUMK.	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Hız.	:	Hazreti
İHAD	:	İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi
md.	:	madde
no.	:	numara
M.Ö.	:	Milattan önce
ö	:	Ölüm yılı
(r.a.)	:	Radıyallâhu anh
s.	:	sayfa
s.a.s.	:	Sallallâhu aleyhi ve sellem
sdl.	:	sadeleştiren
tah.	:	tahkîk eden
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
trc.	:	tercüme eden
ts.	:	baskı tarihi yok
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
vs.	:	ve sâire
Yay.	:	yayımları
yy.	:	yayın yeri yok.

GİRİŞ

İnsanoğlu dñnya hayatına en ÷stñn varlık olarak gñnderilmiř, tñm nimetler hizmetine sunulmuştur. Buna rağmen fitratı gereği kendi kendine yeterli olacak ÷zellikte yaratılmamıştır. Dolayısıyla insan şefkate, sevgiye, paylaşmaya, yardımlaşmaya, birliğe, beraberliğe ve buna benzer pek çok şeye ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyaçları içerisinde hayatını ve neslini devam ettirebilmesi için ÷zellikle karşı cinse gereksinim duyduğu ařıkãrdır.

“Sizi ifter ifter yarattık”¹ buyuran Allah (c.c.) neslin devamını sağlamak için insandan eşleşerek aile kurmasını istemiştir. Aile dñzenine geçişi ifade eden nikãh akdi, kuruluşu ve şartlarına dair hukuki dñzenlemeler bakımından İslam hukukunda ÷nemli yer tutmaktadır. İslam hukukunda kadın ile erkeğin birlikteliğini meşru kılan evlilik sñzleřmesi, ayrıntılı olarak anlatılmış ve bu konuda birçok emredici ve dñzenleyici kurallardan sñz edilmiştir. Nikãh akdiyle meydana gelen aile, kñ¼k bir toplum ÷zelliği gñstermektedir. Aile, hakları ve sorumlulukları ilgilendiren yñn¼ ile fihhi boyutu, neslin devamını sağlayan helal yol olması açısından dini yñn¼, huzur ve mutluluk veren bir yuva ortamı sağlaması bakımından manevi yan¼ olan çok yñnl¼ bir mñessesedir.

Kur’an-ı Kerim’de evlilik rahmet ve meveddet gibi kelimelerle anlatılır² ve sağlam bađ, sağlam teminat³ ifadeleriyle vasıflandırılır. Ancak Kur’an-ı Kerim’de evlenmenin kuruluş ve biçimini tarif eden ayetler bulunmamaktadır. Hz. Peygamber (s.a.v) bu boşluğu doldurmak için belli dñzenlemeler getirmiş, evlilik akdinin şahitler huzurunda yapılmasını ve ilan edilmesini istemiş, bazı durumlarda veli izninin bulunmasını şart koşmuştur. Bunun sonucunda evlilik akdinin amaçları gerçekleştirilmiş ve tarafların hakları garanti altına alınmaya çalışılmıştır.

İslam hukuk tarihinde çeşitli uygulamalar gñze çarpmaktadır. İslam Dini daha ÷nceki uygulamalarda evlenme akdi şeklinde gerekli dñzenlemeleri yaptıktan sonra aile ve toplum dñzenini kurmak için şartlara uygun bir şekilde ıslahatları yapmaya devam etmiştir. Evlilik mñessesesinin sosyal hayatta b¼y¼k rol¼ olmuş ve her toplumda kendisine olan ihtiyaç hissedilmiştir.

¹ Nebe, 93/8.

² Rum, 30/21.

³ Nisa, 4/21; Nahl, 16/72.

Toplumun temelini oluşturan ailenin düzenli, canlı, uzun soluklu ve daimi olması için sağlam temeller üzerine inşa edilmesi gerekir. Sağlam temeller üzerine bina edilmeyen evliliklerde birçok mağduriyetler yaşanmaktadır. Bu mağduriyetlerin ortadan kalkması, sahil evliliğin bütün sonuçlarının mükemmel bir şekilde gerçekleşmesine, evlenme akdinin rükün ve şartlarını harfiyen yerine getirmeye, diğer bir ifadeyle akdin tam teşekkülüne bağlıdır.

İslam hukukunda nikâhın meydana gelmesi ve hukuki sonuçlar doğurabilmesi için nikâh akdinin in'ikad şartları yerine getirilmelidir. Bu şartlar hususunda bazı farklılıklar olmakla birlikte genel olarak şunlar söylenebilir: Tarafların ehliyetlerinde herhangi bir arıza bulunmaması, tarafların cinsel yönden herhangi bir problemi olmaması, taraflar arasında evlenme engelinin bulunmaması, taraflar rızalarını aynı mecliste ifade ederlerken⁴ herhangi bir şarta bağlamamaları, icap ve kabullerinin birbirine uygun olması ve sonuçlarını doğurmaya hazır olması gerekmektedir.⁵

İslam hukuku getirdiği hükümler ve şartlar ile aileyi, evlilik müessesesini, hukuki sonuçlar doğuracak geçerli bir nikâh akdinin teşekkülüyle koruma altına almaktadır. Tezimiz, evliliğin hukuki boyutunu, İslam'ın geçerli bir evlilik için aradığı unsur ve şartları, bu şartlara uyulmadan yapılan evliliklerin sonucunda ortaya çıkan problemleri ve çözüm önerilerini konu edinmektedir.

A. KONUNUN ÖNEMİ

Toplumun sağlıklı bir yapıya kavuşması, aile kurumunun sağlıklı bir yapıya kavuşmasına bağlıdır. Sağlıklı bir ailenin meydana gelmesi kurallara uymayı, sözleşmelerin ve hukukun uygulanmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla burada bağlayıcılığı olan ve hukuki sonuçlar doğuracak sahil bir nikâh akdinin önemi ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bütün hukuk sistemlerinde özel kurallarla belirlenen evlilik akdi konusunda İslam hukuku ve Türk hukuku da önemli düzenlemelere yer vermiştir.

⁴ Vehbe Zuhayli, *el-Fikhü'l-İslâmi ve Edilletühü*, I-XI, 4. Baskı, Daru'l-Fikr, Dimaşk 1997, IX, 42.

⁵ Ebu Bekr b. Mesud Alâü'd-Din el-Kâsânî (587/1191), *Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerâif*, I-VII, Beyrut 1982, II, 233-4.

Müslüman toplumların geçmişine baktığımızda herkesin birbirini tanıyabildiği küçük ve fazla karışık yapıya sahip olmayan topluluklarda, şahit ve ilanla akdin sonuçları büyük oranda gerçekleşmekteydi. Ancak içinde yaşadığımız modern zamanlarda nüfus hızla artmış, yerleşim birimleri büyümüş, iletişim hızla artmış, düşünceler ve dini inanışlar farklılaşmış, geçmişle bu günün köprüsü kurulamamış, dolayısıyla aile de bundan olumsuz yönde etkilenmiştir.

Toplumumuzda imam nikâhı olarak isimlendirilen ve dini bir boyutunun olduğuna inanılan bu uygulama, dini olduğuna ilişkin inanış sebebiyle İslam hukukunu; sonuçları ve toplumda işgal ettiği yer itibariyle de Türk Medeni Hukukunu ilgilendirmektedir. Dolayısıyla bu konu incelenmeli ve toplumdaki anlayışın gerçeklerle ne kadar örtüştüğü tespit edilmelidir. Medeni nikâh akdinin İslam'ın öngörmüş olduğu nikâh akdiyle olan benzerlik ve farklılıkları araştırılmalıdır. İşte bu sebeple evlilik akdine ilişkin hususlar İslam hukuku açısından ele alınmalıdır.

Evlilik akdinin dini, hususi veya medeni bir sözleşme olduğu noktasında meydana gelen tartışmaların araştırılmasının önemi günümüzde daha da artmıştır. Geleneksel fıkıh mirası içerisinde yer alan hükümlerin, ulaştığımız yeni kavram ve içeriklerle tekrar etüt edilmesi bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu sebeple, evlilik akdinin hukuki niteliğinin araştırılması, İslam hukuk çalışmalarına katkı sağlayacaktır.

B. ARAŞTIRMANIN METODU

Kur'an-ı Kerim'de evlilikle ilgili pek çok ayet bulunmaktadır. Hadis kitaplarında aynı şekilde nikâhla ilgili hadisler mevcuttur. Bunların yanında klasik İslam hukuku eserlerinde evlilikle alakalı çok sayıda bilgiye rastlamaktayız. Fakat tarih boyunca evlenme ve evliliğin meşruluğu ile ilgili birçok problem olmuştur. Birçok fetva verilmiş ve kanunlar yapılmıştır. Ancak hâlâ eşlerin haklarını koruyacak çalışmalara ihtiyaç vardır. Çünkü günümüzde hukuki sonuçları olmayan, hukuki güvence altında bulunmayan evlilikler mevcuttur. Hukuki güvence altında olmayan evlilikte ise haksızlıklara uğramak her zaman mümkündür.

Evlilik bir akittir. Taraflara bir takım haklar tanımakta ve onlara sorumluluklar yüklemektedir. Bu hak ve sorumlulukların anlam kazanabilmesi, yapılmakta olan evlilik akdinin hukuki niteliği ile doğrudan bağlantılıdır. Bu çalışmada İslam'ın ilk yıllarından günü-

müze kadar geçen sürede evlilik akdinin nasıl anlaşıldığı konusu hukuki niteliği dikkate alınarak incelenmektedir.

Konumuzu önce Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamber'in sünneti ışığı altında ele aldık. Kullanmış olduğumuz hadislerin değerlendirmesini yapmaya çalıştık. Konumuzla ilgili mezheplerin görüşlerine yer vermeye gayret ettik. Konumuzu işlerken ana çerçeveyi, birinci el kaynaklar temel alınarak İslam hukuku eksenli oluşturmaya gayret ettik, arkasından kısaca değerlendirme yaptık. Türk Medeni Kanunu'ndan(TMK) istifade ederken yürürlükte olan kanun maddelerini esas aldık. Günümüzdeki uygulamaların nasıl olması gerektiği hususunda TMK ve hukuk sistemlerini de göz önüne alarak konumuzla ilgili kendi önerilerimizi son bölümde vermeye çalıştık.

C. ARAŞTIRMANIN AMACI

Araştırmamızın amacı, evlenme akdinin hukuki niteliğinin tespiti yapılarak İslam hukuk bilimine ve güncel tartışmalara katkı sağlamaktır. Bu sebeple İslam hukukuna göre evlenmenin geçerli bir şekilde kurulması için nikâh akdinin şartlarını ve unsurlarının öncelikle tespiti doğru yapılmalıdır. İslam'ın nikâhtaki amacını kavrayarak günümüzde -ismi her ne olursa olsun- mevcut din adına kısıtlanan nikâhların ve bundan sonraki zamanlarda din adına zuhur edecek nikâhların kritiğini yaparak geçerliliğini ve bağlayıcılığını görüp, İslam'ın ruhuna uygunluğunu anlayabilmektir. Akabinde İslam'ın ruhuna ve nikâhtaki amacına uygun olmayan nikâhların olumsuz yönlerini ifade edip zararlarını gidermek ya da asgariye indirmek için çözüm önerileri sunmaktır.

İslam hukukunun evlilikle ilgili hükümleri Cumhuriyet döneminde, TMK'nın kabulü ile uygulamadan kalkmıştır. Türk toplumunun büyük bir kısmının İslam dinine mensup olması sebebiyle, kişiler için İslami hükümlerin göz ardı edilmediğini görmekteyiz. İslam hukuku ve TMK'nın benzerlik ve farklılıklarına da değindiğimiz bu çalışmamız, bundan sonra bu konuya benzer çalışmalarda bulunacaklara yol gösterici olacağını ümit etmekteyiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

AKİT TEORİSİ

1.1. Akit

Akit, mastar bir kelime olup lügatte “düğümlemek ve bağlamak”¹ manasına gelir. Hukuki terim olarak ise kişinin, sadece kendi kendine olsun ya da başka bir şahısla anlaşmak suretiyle olsun yapmış olduğu bütün tasarruflarına denir.²

İslam hukukunda akit zaman içerisinde terim anlamına kavuşmuştur. Akit İslam hukukunda hem iki taraflı hukuki işlemleri, hem de tek taraflı hukuki işlemleri ifade etmek için kullanılmıştır. Akit kelimesi bu terimleşme seyrinin sonunda Mecelle’de kanun maddesi tekniğinde bir anlatıma kavuşmuştur: “Akit, tarafların bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki, icap ve kabulün irtibatından ibarettir.”³

Mecelle’deki tarife göre bir tasarrufun akit olabilmesi için; iki şahıs (taraf) arasında ve bir mahal üzerinde karşılıklı sözleşerek (icap ve kabul) yapılmış olması şarttır. Bu sözleşme neticesinde taraflar akit gereğini yapmaya söz vermiş ve bunu borçlanmış (iltizam ve taahhüt) olurlar.⁴ Ancak “icap ve kabul” akdin teşekkülü için tek başına yeterli değildir, hukuki işlemin muteber olması için, hukuki netice doğuracak biçimde akdin şekil şartlarına haiz olması gerekir.

Burada tarif akdin üç özelliğine ışık tutmaktadır:

1. Diğer hukuki tasarruflar gibi akit de karşılıklı irade beyanından (söz, işaret veya bunların yerini tutan bir davranıştan) ibarettir, fiil değildir ve fiile ihtiyacı yoktur.
2. Akit birbirine uygun, bir noktada anlaşılan iki iradedir; tek taraflı bir irade olmadığı gibi aralarında anlaşmazlık bulunan iki irade de değildir.

¹ İsmail b. Hammad el-Cevherî (393/1003), *es-Sıhah*, Daru’l-İlm li’l-Melayin 1990, “Akade” md. s. 510-1.

² Abdulhâdî el-Hakim, *Akdu’l-Fuzûlî fi’l-Fıkhî’l-İslâmî*, Necf 1975, s.44

³ Mecelle, md.: 103

⁴ Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, A.H.İ. Yay., İstanbul 2006, s. 3.

3. “Akdin bir mahal üzerinde” ifadesi akdin doğurduğu bağıllık ve sorumluluğun şahsi değil, mâlî olduğunu anlatmaktadır. Akit ile şahıslar birbirine bağlı, başka bir şekilde vücutlarıyla sorumlu hale gelmemekte, akde konu teşkil eden mallarıyla sorumlu ve bağlı hale gelmektedirler. Akit, mevzuu olan mala tesir etmekte, onun mâlikini değiştirmekte, teslim, tesellüm yükümlülüğü gibi hak ve borçlar doğurmaktadır.⁵

1. 2. Akdin Bağlayıcılığı

Bir hukuki işlemin, tarafların arzu ettiği sonuçları doğurabilmesi, diğer bir deyişle geçerli olması için, kanunun “ehliyet”, “şekil”, “irade ile beyan arasındaki ilişki” ve “konu” yönünden öngördüğü koşulları sağlaması gerekir.

Hukuki işlem, bir veya birden çok kimsenin hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanıdır. İrade beyanlarının hukuki bir sonuç doğurabilmesi, tabiatıyla, ancak hukuk düzeninin sınırları, hukuk düzeninin tanıdığı imkânlar içinde söz konusu olacaktır. Hukuk çok kere, yalnızca esaslı noktaları kapsayan irade beyanlarını tamamlayıcı bir rol de oynayacaktır. Hukuki işlem, kanunun “geçerlilik” için aradığı şartlara uygun değilse, böylece hukuki işlemde bir sakatlık varsa, bu sakatlık hukuki işlemin geçerliliğini ve bağlayıcılığını etkileyecektir.

Bir hukuki işlemin kurulabilmesi ve hükümleri meydana getirebilmesi için zaruri olan birtakım unsurları ifade ettik. Hukuki işlemin yapı ve mahiyetleri, yapılan akdin muhtevasına göre zaman zaman değişiklik gösterse de, bütün hukuki işlemlerde bulunmaları mutlak şart olduğu için “ehliyet”, “şekil”, “irade ve beyan arasındaki ilişki” ve “konu”yu hukuki işlemin “asli unsurları” olarak adlandırmamız mümkündür. Bu asli unsurlar olmaksızın hukuki işlemin varlığı düşünülemez. Bu unsurlardan birinin eksikliği halinde, hukukun hukuki işlemlere bağladığı sonuçlardan söz edilemez. Ancak bu tabii unsurlar mevcut olup, bunlardan herhangi biri, hukuk düzeninin öngördüğü şartlardan birini veya bir kaçını taşıyorsa, bu takdirde hukuki işlemin, hukuk nazarında, eksik olan şartın önem derecesine göre değişen bir hükmü vardır.

⁵ Hayrettin Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku (1. 2. 3 Ciltler Bir Arada)*, 10. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, s. 540.

1.2.1. Eda Ehliyeti (Hukuki İşlem Ehliyeti)

Ehliyet sözlükte; “hak sahibi, yetkili, ünsiyet, alışkanlık ve bir şeyin erbâbı olmak” gibi manalara gelir⁶. Terim olarak, “insanı lehindeki ve aleyhindeki meşru hakları kullanabilme salahiyetine ehil kılan vasıftır”⁷ diye tanımlanmaktadır. Zerka eda ehliyetini “kişinin dinen ve hukûken muteber olacak şekilde davranmaya ve hukuki işlem yapmaya elverişliliği” olarak ifade etmektedir.⁸ Bu da üç kısma ayrılır: Nakıs eda ehliyetliler, tam(kâmil) eda ehliyetliler ve tam eda ehliyetsizler. Birincisi mümeyyiz çocuğun⁹ ve ma’tuhun ehliyeti¹⁰, ikincisi bâliğ olan kimsenin ehliyeti¹¹ ve üçüncüsü ise bunlar mümeyyiz olmayanlardır.¹² Sözleşmelerin hukuki sonuçlar doğurabilmesi için tarafların hukuki işlem ehliyetine (Eda Ehliyeti) sahip olmaları gerekmektedir.

Burada kişileri medeni hakları kullanma (hukuki işlem ehliyeti), özellikle sözleşme yapabilme ehliyeti yönüyle inceleyeceğiz.

1.2.1.1. Tam (Kâmil) Eda Ehliyetliler

İnsanlar bu ehliyete şer’i teklifler yönünden akıl bâliğ olunca, mâlî sorumluluklar yönünde ise reşit olarak akıl bâliğ olunca sahip olurlar.¹³

Kişinin tam eda ehliyetine sahip olması için buluğa ermesi gerekir.¹⁴ Fakat buluğa ermiş olan her kişi tam eda ehliyetine sahip değildir, bununla birlikte akıllı olması da şart-

⁶ Cemâluddîn Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr (711/1311), *Lisânu’l-‘Arab*, I-XX, Kahire ts., XIII, 125-6.

⁷ Alâuddin Abdülazîz b. Ahmed el-Buhârî (730/1330), *Keşfu’l-Esrâr an Usûli Fahri’l-İslâm el-Pezdevî*, I-IV, (Pezdevî’nin Usulüyle beraber), İstanbul 1307, IV, 1357.

⁸ Mustafa Ahmet Zerka, *el-Medhalü’l-fikhiyyü’l-Âmm*, I-III, Beyrut 1986, II, 139.

⁹ Ömer Nasuhi Bilmen (1381/1971), *Hukuki İslamiyye ve İstalahati Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, İstanbul 1968, II, s.23

¹⁰ Ebu’l-Hasan Ali b. Ebû Bekir el-Merginânî (593/1197), *el-Hidaye şerhu Bidâyeti’l-Mübtedî*, I-II, İstanbul 1290, II, s.224.

¹¹ Muhammet Ebu Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi*, (çev. Abdulkadir Şener), Ankara 1973, s.324

¹² Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 23.

¹³ Tevhit Ayengin, *Ehliyeti ve Ailedeki Statüsü İtibariyle İslâm Hukukunda Çocuk*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum 1992, s. 29.

¹⁴ Abdülkerim Zeydân, *el-Medhal li Dirâseti’ş-Şeriati’l-İslâmiyye*, Kahire 2001, s. 316.

tır.¹⁵ Çünkü akıl eda ehliyetinin temelidir. Şayet akıl eksikse, eda ehliyeti de eksik; akıl tamsa, eda ehliyeti de tamdır. Kişi buluğa ermesiyle artık tüm şer’i tekliflerin muhatabıdır. Eğer buluğa eren kişi sefih değilse, başkasının icazetine bağlı olmaksızın tüm tasarrufları geçerlidir.¹⁶ Bu yüzden çocukluk çağı; ibadetler, ceza ve aile hukuku bakımından buluğa ermekle sona erer ve ergen kimse tam ehliyet kazanır. Ancak mâlî yönü bulunan hukukî işlemler için sadece buluğ yeterli görülmez, aynı zamanda “reşit olma” özelliği de aranır. Bundan dolayı buluğ çağına gelmiş fakat reşit olmamış kimseler, mâlî işlemler bakımından mümeyyiz küçükler gibi eksik ehliyetli kalmaktadır.¹⁷ Dolayısıyla insan, akıllı olarak buluğa erdiğinde tam eda ehliyetine sahip olmakla beraber, buluğa ermiş olması ona medeni hakları kullanma ehliyetinin tam olarak verildiği anlamına gelmez, bilakis kişi sefihse mâlî tasarrufları kısıtlıdır. Kişinin mâlî tasarruflarını özgürce kullanabilmesi için, buluğla birlikte rüşte ermesi de şarttır. Şayet buluğla birlikte rüştü sabit olmamışsa, eda ehliyeti eksik kalmıştır ve rüştü sabit olana kadar malı üzerindeki velayet devam eder.¹⁸ Bu nedenle, buluğa eren kişinin bütün hukukî tasarruflarının geçerli sayılması için, reşit olması da gerekir.

Türk Medeni Hukukunda tam ehliyetliler, mümeyyiz ve reşit olup, kısıtlı olmayanlardır. Bir şahsın, tam olarak medeni hakları kullanmaya yetkili sayılması geçerli hukuki işlem yapabilmesi, haksız fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için: a) Temyiz kudretine sahip bulunması, b) Reşit olması, c) Kısıtlı (mahcur) olmaması gerekir.¹⁹

1.2.1.1.1. Temyiz Kudreti

Temyiz lügatte, “İyiye kötüden ayırma özelliği” manasına gelir.²⁰ Ayırmak anlamına gelen temyizden burada kastedilen mana, kişinin doğruyu ve faydalıyı yanlış ve zararlıdan ayırması, bunlara akıl erdirmesi demektir. Temyizin kişide belli bir zamanda ve bir anda başlayacağı tabiidir. İnsan ruh ve bedence geliştikçe, hayat için tecrübe kazandıkça ve çe-

¹⁵ Abdülkerim Zeydân, *el-Medhal...*, s. 316; Bardakoğlu, “Ehliyet”, *DİA*, İstanbul 1994, X, s. 537.

¹⁶ Abdülkerim Zeydân, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, Beyrut 1987, s. 125-6.

¹⁷ Mehmet Akif Aydın, “Çocuk”, *DİA*, İstanbul 1993, VIII, s. 363.

¹⁸ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-III, Nesil Yay., İstanbul 1986, I, s. 188.

¹⁹ TMK, Kanun no.: 4721, md.: 10-4.

²⁰ Mustafâ Ahmed Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmi fî Sevbihî'l-Cedid*, I-III, Dâru'l-Fıkr, ty, X. Baskı II, 759.

şitli yollardan bilgi edindikçe temyiz kabiliyeti de gelişecek, tamamlanacaktır. Çocukluk çağından ergenlik ve rüşd çağına kadar, mezkûr gelişmeleri devam eden kişi, bir yaştan itibaren hukuki ve iktisadi bazı gerçekleri kavramaya, bir takım davranışların sonuçlarını kestirmeye başlar. Bu cümleden olarak satın alınan, insanı alınan şeye mâlik kılacağını, satılan şeyin de elden çıkacağını anlar ve bilir. Keza bildiği eşyanın fiyatlarında büyük çapta aldanmaz. İşte bu ölçüde temyiz kabiliyeti kazanmış bulunan çocuğa, “mümeyyiz” denir.²¹ Temyizin başlangıcı çocuktan çocuğa değişir olmakla beraber İslam hukukçuları, uygulamada kolaylık ve istikrar olsun diye tamamlanmış yedi yaşı, temyiz başlangıcı olarak kabul etmişlerdir.²²

Temyiz yaşının tespitinde Hz. Peygamberin; “çocuğun ne zaman namaz kılacağı” sorulduğunda verdiği cevap esas alınmıştır. Cevap olarak: “sağını solundan ayırdığı zaman namazı emrediniz”²³ buyurmuştur. “Çocuğunuza yedi yaşında namazı emrediniz...”²⁴ hadisiyle genel olarak çocuğun yedi yaşında temyiz iktidarına sahip olacağına işaret vardır

Temyiz kudretini TMK'nın 13. maddesinde şu şekilde tasvir edilmektedir: “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” Böylece, TMK'ya göre bir kişinin salim akıl doğrultusunda hareket edebilme iktidarına temyiz kudreti denir.

1.2.1.1.2. Rüşd

Lügatte, “iyi hal ve doğru işlere koyulma”²⁵ manasına gelen rüşd, malını israf etmeyen, saçıp savurmayan, güzelce idare eden kimsenin vasfıdır. Bu şekilde idare edene “reşit” denir. Rüştün zıddı “sefeh”dir. Sefeh vasfıyla muttasıf olana da “sefih” adı verilir.²⁶

²¹ Mecelle, md.: 934.

²² Hayrettin Karaman, *Ana Hatlarıyla...*, s. 284.

²³ Ebu Dâvûd Süleyman b. Eş'as b. İshâk es-Sicistânî (275/889), *Sünen*, İstanbul 1981, “*Salât*”, 26.

²⁴ Ebû Dâvud, “*Salât*”, 26; Muhammed b. Ali b. Muhammed Şevkânî (1250/1834), *Neylü'l-Evtâr şerhu Münteka'l-ahbâr*, I-IX, Beyrut 1989, I, 337.

²⁵ Ebu Mansur Muhammed b. Ahmed el-Ezheri, *Tezhibü'lüğa*, “*Raşede*” md., Kahire, 1966'dan naklen Çeker, *İslâm Hukukunda...*, s. 21.

Rüşd, İslam hukukuna göre buluğ haddine varmakla tahakkuk eder. Bu çağa varan kimse tasarrufa, teberrua ehildir, akit yapabilir. Aynı zamanda dini mükellefiyetlere de tabidir. Kasten işlenen suçlara uygulanan cezalara, kısasa da ehildir; yani tam mesuliyet ehliyetine, kâmil eda ehliyetine sahiptir; kendisine avarızdan biri bulunmadıkça kavli ve fiili tasarrufları mutlak surette muteberdir. Buluğ haddi, sabit, kat'î yıllara göre değil, fiziki alametlere, cinsi olgunluğa göre tayin edilir.²⁷ Bununla beraber buluğ için bir başlangıç ve bir de son had kabul edilmiştir. Şöyle ki erkekte on iki ve kızda dokuz yaşın kameri yıl hesabı üzerine ikmalinde küçük, bâliğ olması mümkün olan çağa girmiş olur, yani küçük bu yaşlardan önce bâliğ oldum diye iddia etse dinlenmez. Her iki cins de on beş yaşını bitirmekle İmameyn'e göre buluğa hükmedilmek lazım gelir, yani on beş yaşını bitirdiği halde cinsi olgunluk belirmese dahi hükmen bâliğ sayılır. İmam-ı Âzam'a göre buluğ had-dinin sonu erkekte on sekiz, kızda on yedi yaştır.²⁸

TMK'ya göre; mümeyyiz olan kimsenin tam ehliyetli sayılabilmesi için aynı zamanda reşit olması gerekir²⁹. TMK'nın 11. maddesine göre kişi on sekiz yaşını doldurmasıyla reşit sayılır. On sekiz yaşını doldurmadığı halde iki durumda TMK'ya göre kişi reşit sayılır.

Birincisi TMK madde 11'de "evlenme kişiyi reşit kılar" ifadesiyle açıklanmıştır. Bu bağlamda kişi on sekiz yaşını doldurmadan evlendiği andan itibaren reşit kabul edilir. Evliliğin daha sonraki zamanlarda herhangi bir durum nedeniyle sona ermesi, kişinin kazanmış olduğu reşitlik vasfını kaybettirmez.

İkincisi TMK madde 12'de "on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin(bâliğ) kılınabilir" ifadesiyle açıklanmıştır. Bu durumda kişi yargısal erginliğini kazanmış olur.

²⁶ Mecelle, md.: 946-7.

²⁷ Bu alâmetler Mecellenin 985. maddesinde gösterilmiştir.

²⁸ Sabri Şakir Ansay (1282/1962), *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 74; Ahmet Yaman, *İslam Aile Hukuku*, Konya1998, s.3.

²⁹TMK, Kanun no.: 4721, md.:10.

Erginlik aklın olgunlaşmasıdır, ergin olan kişi kanuni işlem ehliyetine haiz olduğu için hiç kimseye ihtiyaç duymaksızın Hukuki İşlemlerde bulunabilir. Hukuki işlemin geçerliliği herhangi bir kişinin izin ve icazetine bağlı değildir. Bu kişi her bakımdan hürdür.

1.2.1.1.3. Kısıtlı (Mahcur) Olmamak

Mahcur sözlükte engellenmiş ve sıkıştırılmış manasına gelmektedir.³⁰ Hacr kelimesinin terim anlamı Mecelle’de “şahsı, kavli tasarruflarda bulunmaktan menetmektir” şeklinde tanımlanmaktadır.³¹ Buna göre mahcur kavli tasarruflarda bulunmaktan engellenmiş olan kişi demektir.

Kısıtlılar ve temyiz gücüne sahip küçükler yasal temsilcileri rızasıyla borç altına girebilirler; yapmış oldukları haksız fiillerden ise sorumludurlar.³² Başkasının malına zarar verdiği zaman tazmin ettirilir. Bundan dolayı hukukçular hacr kaviller içindir, fiiller için değildir demişlerdir.³³ Kısıtlının kendi menfaatine olan tasarrufları muteberdir. Çünkü hacr kişiyi korumak ve güvence altına almak içindir. Bu bakımdan hibeyi kabul etmesi gibi sırf menfaatine olan tasarrufları hacre aykırı düşmez.³⁴

Temyiz gücüne sahip ve ergin olan şahısların tam ehliyetli sayılabilmeleri için TMK’da bu nitelikler zikredilmiştir. Bunlar “akıl hastalığı veya akıl zayıflığı,³⁵ savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim,³⁶ bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olmak,³⁷” gibi sebeplerle, mahkemece, medeni hakları kullanma ehliyetlerinin hacir altına alınmamış olması gerekir.

³⁰ İsmail b. Hammad el-Cevherî, *es-Sıhah*, “Hacera” md.: s. 623.

³¹ Mecelle, md.: 941.

³² TMK, Kanun no.: 4721, md.: 16.

³³ Abülğânî b. Tâlib b. Hammâde ed-Dimeşkî el-Hanefî el- Meydânî (1298/1881), *el-Lübâb, fi Şerhi'l-Kitâb*, Mısır 1963, II, 67.

³⁴ Muhammed Emin b. Âbidin, (1252/1836), *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, Daru'l-Fikr, I-VIII, Beyrut 2000, V, 89.

³⁵ TMK, Kanun no.: 4721, md.: 405.

³⁶ TMK, Kanun no.: 4721, md.: 406.

³⁷ TMK, Kanun no.: 4721, md.: 407.

1.2.1.2. Nakıs Eda Ehliyetliler

Nakıs eda ehliyetliler; mümeyyiz küçükler, matuhlar ve kölelerdir. Nakıs eda ehliyetlilerin, kendi irade beyanlarıyla evlilikleri sahihtir. Ancak kanuni temsilcilerinin izni şarttır. İzin verilmesiyle akit geçerli hale gelir. İzin verilmezse nikâh akdi batıl olur. Hanefiler bu kişilerin evlilik akdi yapabilmelerini kanuni temsilcilerinin iznine bağlamışlardır.³⁸ Bu iznin alınmasına kadar Şafilerin dışındaki üç mezhebe göre bu akit mevkuftur. Şafiiler ise mümeyyiz çocuğun yapmış olduğu evlilik akdini batıl olarak kabul ederler.

Nakıs eda ehliyetine sahip kişinin sorumluluğu mevcuttur, fakat bu sorumluluk ehliyet arızalarından birisinin varlığıyla tam eda ehliyetine haiz olmaktan çıkıp nakıs bir mesuliyet şeklinde açığa çıkar.

1.2.1.3. Tam Eda Ehliyetsizler

İslam hukukunda kişinin, temyiz kudretinden mahrum olması halinde, eda ehliyeti tümüyle yok kabul edilir. Temyiz kudretinden mahrum olma, yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi biyolojik sebeplerle olabilir.³⁹ Hukuki sonuçlar doğurabilmesi, kişinin anlayış ve akıl sahibi olmasına bağlı olan fiillerde, ehliyetsizin yapmış olduğu fiiller geçersizdir. Bütün akitler, kavli ve fiili medeni tasarruflarda bu kabildendir.⁴⁰

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi bir sebeplerle temyiz kudretinden mahrum olan kimseler “tam ehliyetsiz”dirler.⁴¹ Dolayısıyla İslam hukukçularına göre, akdinin gerçekleşmesi için temyiz kudretinin bulunması gereklidir. Buna göre, temyiz kudretine sahip olmayanlar, akıldan yoksun olmaları sebebiyle, yapmış oldukları akitle- rin geçersiz olduğu hususunda fakihler ittifak halindedirler⁴²

TMK’da ise bu konu şu şekilde ifade edilmektedir: Tam ehliyetsizlerin medeni hakları kullanma ehliyeti yoktur.⁴³ Bunların yaptıkları hukuki işlemler geçersizdir, batıldır.⁴⁴

³⁸ Halil Cin; Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi, Özel Hukuk*, Konya 1995, s. 65.

³⁹ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...* s. 23.

⁴⁰ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli...*, I, 238.

⁴¹ Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku* s. 48.

⁴² Zeynüddin (Zeynülabidin) b. İbrahim b. Muhammed İbn Nüceym (970/1563), *el-Bahru’r-Râik Şerhu Kenzi’d-Dekâik*, yy. ts. el-Matbaü’l-İlmiyye, III, 138.

⁴³ TMK, Kanun no.: 4721, md.: 14.

Eğer tam ehliyetsiz bir kişi hukuki bir işlem yapsa bundan da kanuni mümessilin haberi olmasa, daha sonra kanuni mümessili izin ya da icazet verse dahi veyahut da ehliyetsiz olan kişi temyiz kudretini tekrar kazansa bile hukuki işlem geçersizdir. Gerekliyse işlem tekrar yapılır. Mümeyyiz olmayan bir kişi ile hukuki işlem yapan iyi niyet sahibi kimse bu kişinin tam ehliyetsiz olduğunu bilmesede dahi hukuki işlem geçersiz olur.

Tam ehliyetsiz bir kişinin yaptığı hukuki işlemin geçersiz olduğunu taraflardan her biri ileri sürebilir, hâkim de kendiliğinden göz önünde bulundurur. Temyiz kudretinden mahrum bulunan kimse adına onu temsilen hukuki işlemi kanuni mümessili yani velisi veya vâsisi yapar.

TMK'ya göre ise, ehliyetsizler temyiz kudretinden mahrum oldukları için, onlara herhangi bir kusur isnat edebilmek mümkün değildir. Bunun gerekçesi ise, özel hukukta kusurun, kişinin iradesine bağlı olmasıdır.⁴⁵ Temyiz kudretinden yoksun kişiler kusurlu sayılmayacakları için, kural olarak haksız fiillerden de sorumlu değildirler.

1.2.2. Ehliyetin Arızaları

İslam hukukunda ehliyet arızaları teriminden kastedilen mana “ehliyeti daraltan veya ortadan kaldıran sebeplerdir”. Burada daralan veya ortadan kalkan ehliyet eda ehliyetidir. Vücub ehliyeti, insanın insan olarak mevcut olmasına bağlı bulunduğu için, yaşayan insandan bunun kalkması veya daralması bahis konusu değildir. Eda ehliyeti ise akla bağlıdır. İnsanın ruh ve akıl sağlığını etkileyen, doğru düşünmesini ve serbest karar vermesini engelleyen hastalık ve hadiseler eda ehliyetini ya daraltmakta yahut da tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu arızaların bir kısmı kişinin irade ve isteği dışında meydana gelmekte ve “semavi arızalar” diye ifade edilmektedir. Akıl hastalığı, bunama, bayılma, uyku, ölümle sonuçlanan hastalık, kölelik, küçüklük, unutmama, ölüm ve kadına mahsus haller (ay hali, lohusalık) başlıca semavi arızalardır. Şahsın irade ve isteği ile meydana getirdiği, oluşmasına kasten sebebiyet verdiği arızalar ise “müktesep arızalar”dır. Sarhoşluk, sefahat, yolculuk, bilgisizlik, yanılmama, şaka da müktesep arızalar çerçevesinde zikredilmiştir. Fıkıh

⁴⁴TMK, Kanun no.: 4721, md.: 15.

⁴⁵ Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul 1979, s. 52.

Usulü kitapları, yukarıda sıralanan hal ve hadiseleri ehliyet arızaları olarak sıralamaktadırlar.⁴⁶

Semavi arızalardan kadınlara ait ay hali ve lohusalık ibadetlere manidir, ibadet ehliyetine tesir eder, tasarruf ehliyetine tesir etmez.

1.3. Sözleşmenin Şekli

Bir sözleşmenin geçerli olması veya ispatı için iradenin açıklanmasında belli bir şekle uyulması önemlidir. İradenin açıklanmasında bir şekle uyma mecburiyeti, sözleşmenin kapsamını kolaylıkla tayin, tarafları dikkatli harekete sevk etme ve nihayet ispat yönlerinden önem taşımakta ve yararlı olmaktadır. Buna karşılık, bütün hukuki işlemlerin şekle bağlı olması, uygulamada büyük güçlükler yaratacaktır. Basit şekil noksanları sebebiyle işlemin hükümsüz olması çeşitli sakıncalar doğuracak, kötü niyetli kimseler, şekil noksanlığına bağlı geçersizlikten haksız ölçülerde yararlanacaklardır.

İslam hukukunda akitlerde rıza esastır. Rıza ister söz, ister fiil ile olsun taraflar rızalarını belirttikten sonra akit meydana gelir. Bu genel bir kaidedir. Ancak her kaidenin bir istisnası olması hasebiyle, istisna denecek derecede az olan ve yukarıdaki kaidenin dışına çıkan durumlar mevcuttur. Genel kaidenin çıkıp akitlerde belli bir kalıp ve şartı öngören bu istisnalar akdi, şeklî bir vasfa büründürür. Kendisinde belli şart ve kalıpların arandığı akitlere şeklî, sadece rızanın belirtildiği akitlere rızâ akitler denir.⁴⁷

1.3.1. Şekil Kavramı

İcap ve kabulde şekilcilikten kastımız, belli kelimelerin icap ve kabulde kullanılabilmesi, başka kelimelerle kullanılamamasıdır. Akitlerde şekilcilik ve teâtî usûlü ile akit yapma arasında zıddiyet bulunmaktadır. Bu itibarla teâtî usûlü ile akit yapmayı kabul etmeyenler, akit hususunda şekle en çok önem verenler olur. Çünkü teâtî usûlü ile şekilcilik birbirine zıd şeylerdir. Teâtî usûlünü caiz gören, caiz gördüğü nispette şekilcilikten uzaklaşmış caiz görmeyende caiz gördüğü nispette şekilci olmuş olur.⁴⁸

⁴⁶ Hayrettin Karaman, *Ana Hatlarıyla...*, s. 287.

⁴⁷ Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda...*, s. 135.

⁴⁸ Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda ...*, s. 135.

İrade beyanı yani arzunun dışa açıklanması çeşitli şekillerde yapılabilir. Bu dışa vurum sözle, yazıyla yapılabileceği gibi başka bir davranışla da yapılabilir. Bu bakımdan mutlak anlamıyla her türlü irade beyanı bir şekil içinde ortaya çıkar.⁴⁹ Bu durumda “şekil”, iradenin açıklanması için kullanılan araçtır.

Evlenmeyi meşru olmayan birleşmelerden ayırmak için tarafların iradelerini belirli şekillerde ve açıkça izhar etmeleri gerekmektedir. İradenin izharına ilişkin esaslar, nikâh akdinin in’ikadı anında yerine getirilmesi gereken şekli şartlar olup, nikâh akdinin, geçerli hüküm ve neticeler doğurabilmesi için bu şartlara riayet edilmelidir. İslam hukuku, evlenmenin in’ikadından önce ve sonra yerine getirilmesi gereken şartlardan bahsetmemiştir. Bu yüzden bazen dini veya resmi bir kimse huzurunda akdedilmesi ve durumun yazı ile tespiti usulleri evlenmenin sıhhatine hiçbir şekilde tesir etmeyen ve sadece aleni olduğunu belirtmek, ispatını mümkün kılmak içindir.⁵⁰

Tarafların iradelerini iki şahit huzurunda beyan etmeleri, evlenmenin yapıcı şekli şartlarından en önemlisidir. Malikî mezhebi nikâh akdinde şahitlerin hazır bulunmasının zorunluluğunu dikkate almamakta fakat birleşmeden önce ilanın yapılmasını şart koşturmuştur. Modern hukuk sistemlerinin hemen hepsi de evlenmede şahit bulundurulmasını zorunlu kılmıştır. İslam hukukunda şahitler, ergin, mümeyyiz, hür ve Müslüman olmalıdır. Diğer mezhepler kadının şahitliğini muteber kabul etmezken Hanefî mezhebi bir erkek ve iki kadının şahadetini yeterli ve muteber saymaktadır.⁵¹

Şafiiler bütün akitlerde teati usulü ile akit yapmayı caiz görmemiş, bunun tam tersine İbn Teymiye nikâh akdi dâhil bütün akitlerde, şekilci olmaktan kaçınmış ve teati usulünü caiz görmüştür. Ona göre önemli olan rızanın belirtilmesidir. Rızanın belirtilmesinde söz veya fiil(teati usulü) arasında fark yoktur.⁵²

Türk Hukuk sisteminde ise şeklin niteliği konusunda açıkça belli bir şeklin yapılması zorunlu tutulmamıştır. Böylece kanunun açıkça belli bir şekli öngörmediği hallerde taraflar

⁴⁹ M. Kemal Oğuzman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 1998, s. 113.

⁵⁰ Halil Cin, , *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, AÜHF Yay., Ankara 1974, s. 134,135.

⁵¹ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 136.

⁵² Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda...* s. 136

irade beyanlarını istedikleri şekilde yapabilirler. Burada kural olarak şekil serbestîsi prensibi kabul edilmiştir. Dolayısıyla şekle ilişkin serbesti sözleşme serbestîsinin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilebilir. Burada önemli olan taraflara şeklin niteliği konusunda tanınan serbestiden çok sözleşmelerin şekle bağlanması ve bu konuda mevcut düzenlemelere uyulması açısından tanınan serbestidir.

1.3.2. Sıhhat Şekli

Sözleşmenin sahit bir şekilde vücuda gelebilmesi için gereği bulunan şartlara sıhhat şekli denir.⁵³ Akdin unsurları ve bu unsurlarla ilgili şartlar mevcut olduğu halde sıhhat şartları bulunmazsa akit fasittir.⁵⁴

Borçlar Kanununda ise şu şekilde ifade edilmiştir: Kanun bir sözleşmenin belli bir şekilde yapılmasını emretmişse, emredilen şekil, kural olarak sıhhat şartıdır. Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahit olmaz.⁵⁵

1.3.3. İspat Şekli

Hukuk düzeni bir hukuki muamelenin kanıtlanmasını kolaylaştırmak için belirli biçimler öngörmüş bulunuyorsa, ispat şeklinden söz edilir. Örnek olarak, günümüz hukuk sisteminde “bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri dört yüz milyon lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir”⁵⁶ şeklinde ifade edilmektedir.

1.3.4. Kanuni Şekil

Kanunun, hukuki işlemlerin geçerli olabilmesine ilişkin öngördüğü biçime “kanuni şekil” denir. Örneğin, günümüz hukuk sisteminde “tahriri şekilde yapılmış olmadıkça ala-

⁵³ Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla ...*, s. 332.

⁵⁴ Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla...*, s. 337.

⁵⁵ Borçlar Kanunu, md.: 11.

⁵⁶ HUMK., md.: 288.

cağın temlikî muteber olmaz, bir alacağın temlikini va'detmek, hususî şekle tabî değildir” şeklinde ifade edilmektedir.⁵⁷

Nikâh akdi, insanlar toplu halde yaşadıklarından fitne ve fesat kendisinde çok olacağı için daimî olarak şekle ihtiyaç duyan tek akittir. Nikâhta en az iki şahit bulundurma veya akdi ilan etme (düğün), bundan dolayı nikâhın şartları arasına girmiştir. Düğün yemeği vermek, çeşitli oyunlar tertipleme bu şartları destekleyen merasimlerdir. Nikâh için yapılması gereken en az şekilcilik budur. Bu şekilcilik yetmeyecek derecede fitne ve fesat ilerleyecek olursa yeni yasak ve emirler koymak İslam hukukuna aykırı olmayan davranış olur. Nitekim Osmanlıların son zamanlarında düğün ve şahitle yetinilmemiş, nikâhların bir kütükte tesciline ihtiyaç duyulmuş ve nikâhın devlet tarafından akdedilmesi mecburi hale getirilmiştir. Bu emri dinlemeyip kendi başlarına nikâh kıyanlardan kocaya ve her iki tarafın vekillerine, akdi kıyan ile merasim yapılmadan akitnâme tanzim eden hâkim veya nâibine bir aydan altı aya, böyle bir nikâhta şahitlik yapanlara da bir haftadan bir aya kadar hapis cezası konmuştur⁵⁸

Kur'an-ı Kerim, müdayene ayetiyle hakkın zail olmaması için en önemli vasıta olan akit konusunda müminlere sorumluluklar yüklemektedir.

“Ey iman edenler! Belli bir süre için birbirinize borçlandığınız zaman bunu yazın. Aranızda bir yazıcı adaletle yazsın. Yazıcı, Allah'ın kendisine öğrettiği şekilde yazmaktan kaçınmasın, (her şeyi olduğu gibi dosdoğru) yazsın. Üzerinde hak olan (borçlu) da yazdırsın ve Rabbi olan Allah'tan korkup sakınsın da borçtan hiçbir şeyi eksik etmesin (hepsini tam yazdırsın). Eğer borçlu, akli ermeyen veya zayıf bir kimse ise, ya da yazdıramıyorsa, velisi adaletle yazdırsın. (Bu işleme) şahitliklerine güvendiğiniz iki erkeği; eğer iki erkek olmazsa, bir erkek ve iki kadını şahit tutun. Bu, onlardan biri unutacak olursa, diğerinin ona hatırlatması içindir. Şahitler çağırıldıkları zaman (gelmekten) kaçınmasınlar. Az olsun, çok olsun, borcu süresine kadar yazmaktan usanmayın. Bu, Allah katında adaletle daha uygun, şahitlik için daha sağlam, şüpheye düşmemeniz için daha elverişlidir. Yalnız, aranızda hemen alıp verdiğiniz peşin ticaret olursa, onu yazmamanızdan ötürü üzerinize bir günah yoktur. Alış-veriş yaptığınız zaman da şahit tutun. Yazana da, şahide de bir za-

⁵⁷ Borçlar Kanunu, md.: 163.

⁵⁸ Orhan Çeker, *İslam Hukukunda...*, s.136

*rar verilmesin. Eğer aksini yaparsanız, bu sizin için günahkârca bir davranış olur. Allah'a karşı gelmekten sakının. Allah size öğretiyor. Allah her şeyi hakkıyla bilendir.”*⁵⁹

Ayeti kerimede görüldüğü üzere borç alış verişinde şahitlerin tutulması, hatta kâtib-i adl (noterlik) kurumunun yazması, şahitlik için çağrılanların vazifelerini layıkıyla yapmaları istenmektedir. Neticede adaletin icrası ve fitnenin yok edilmesi için itina gösterilmesi emredilmektedir.

Tarafların, her hangi bir makamın veya şahsın tasdikine ve/veya katılımına gerek duymadan, sadece irade beyanlarının veya beyanlardan birinin yazılı bir metinde açıklanması (el ile daktilo ile veya başka bir aletle herhangi bir şey üzerine) ve beyanda bulunan kimse tarafından imzalanması halinde adi (alelade) yazılı şekil gerçekleşir⁶⁰. Bu şekil türü, esas itibariyle, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Nitekim alacağın temliki,⁶¹ bağışlama vaadi,⁶² hizmet sözleşmesi,⁶³ kefalet,⁶⁴ gayrimenkul tellallığı,⁶⁵ kaydı hayat ile irat sözleşmesi,⁶⁶ ölünceye kadar bakma sözleşmesi⁶⁷ vb. daha pek çok sözleşme için adi yazılı şekil öngörülmüş bulunmaktadır.

1.4. İrade ile Beyan Arasındaki İlişki

Kişinin, bir işin icrâsı hususundaki niyet ve tasavvurunu muteber bir tarzda ifade etmesine irade beyanı denir.⁶⁸ Evlenmenin ikinci unsuru olan irade beyanı, diğer bir ifadeyle akde iştirak edenlerinin icap ve kabulleridir.⁶⁹ Bu iki unsur, birbirlerinden ayrı ve bağımsız unsurdan meydana gelmemekte, tam tersine birbirinden ayrılmaz bir şekilde bağlı olan bir bütünü oluşturmaktadır.

⁵⁹ Bakara 2/282

⁶⁰ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku I*, “Genel Hükümler”, İstanbul 1976, s. 221.

⁶¹ Borçlar Kanunu, md.: 163/I.

⁶² Borçlar Kanunu, md.: 238/I.

⁶³ Borçlar Kanunu, md.: 316.

⁶⁴ Borçlar Kanunu, md.: 484.

⁶⁵ Borçlar Kanunu, md.: 404/III: ek fıkra, 29/06/1956 - 6763/41 md.

⁶⁶ Borçlar Kanunu, md.: 508.

⁶⁷ Borçlar Kanunu, md.: 512.

⁶⁸ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Kitap Matbaası, İstanbul 1998, s. 201.

⁶⁹ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...* s. 15.

Akit, karşılıklı rızaya dayanan hukuki bir işlemdir. İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur.⁷⁰ Bu iki taraflı hukuki işlemlerin kurulması kural olarak karşılıklı ve birbirine uygun iki iradenin açıklanmasına ve bunların irtibatına bağlıdır.⁷¹ Bu iki iradenin birincisi diğer tarafa akit teklifinde bulunur, diğeri de bu teklifi kabul eder. Teamül gereği olarak ilk söylenen söz icap, ikinci söylenen söz ise kabul olur.⁷² “Sattım” ve “satın aldım” gibi. Burada önemli olan sıyganın inşa ifade etmesi yani bir tasarrufu meydana getirebilmesidir. Akitler ancak inşâi sözlerle (sıygarlarla) yapılabilir. İnşâi olmayan ihbari sözlerle herhangi bir akit meydana gelmez.⁷³

İcap ve kabul sözle olduğu gibi, gaipler arasında yazı ile sağır ve dilsizler arasında da işaret ile olur.⁷⁴ Bu konu borçlar hukukunda rızanın beyanı sarîh olabileceği gibi zımni (bir tavır ve hareketle) dahi olabilir⁷⁵ şeklinde ifade edilmiştir.

Keza icap ve kabul tarafların bizzat ifade etmeleriyle olduğu gibi, veli veya vekil vasıtasıyla da olur. Bu arada elçi göndermek suretiyle de irade beyanı kullanılır, dolayısıyla nikâh akdi de yapılır.⁷⁶

Geçerli bir irade beyanından bahsedebilmek için tarafların birbirlerinin sözlerini işitmeleri ve bu sözlerden neyin kastedildiğini anlamaları ve birbirlerine uygun bir icap ve kabulde bulunmaları gerekmektedir. Taraflar icap ve kabullerini işitmez, anlamaz veya icap ve kabul birbirine uygun düşmezse geçerli bir akit yapılmış olmaz.⁷⁷

İrade beyanında kullanılan kelimelerin sarîh veya kinayeli olup olmaması noktasında mezhepler arasında farklı fikirler vardır. Örneğin, Hanefilere göre “nikâh” ve “tezviç” gibi sarîh kelimelerle nikâh akdedildiği gibi, hibe, temlik, sadaka ve alım-satım için kullanılan

⁷⁰ Borçlar Kanunu, md.: 1.

⁷¹ H. Yunus Apaydın, “İrade Beyanı”, *DİA*, İstanbul 2000, XXII, s. 388.

⁷² İbrahim Kâfi Dönmez, “İslâm Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akidler”, *İLAM Araştırma Dergisi*, Cilt, I, Sayı, I, İstanbul 1996, s. 11.

⁷³ Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda ...*, s. 51.

⁷⁴ Zekiyü'd-Din Şa'ban, *Ahkamü's-Şer'iyye li'l-Ahvali's-Şahsiyye*, Beyrut 1978, s.86-7.

⁷⁵ Borçlar Kanunu, md.: 1/II.

⁷⁶ Muhammed Ebu Zehra (1394/1974) , *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabiyyi, Kahire 1950, s. 46.

⁷⁷ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 16.

kelimelerle de evlenme kastolunarak nikâh akdedilebilir. Şâfiî ve Hanbelîler ise “nikâh” ve “tezviç” gibi sarîh kelimelerin dışındaki kelimelerle nikâhın akdedilemeyeceği görüşündedirler.⁷⁸

İrade beyanlarının geçerli olması için ikrah, hata, hile ve aldanmayla birlikte gabin-den biri ile sakatlanmaması gerekir. İradenin veya rızanın ayıpları olarak görülen bu olgulardan birinin mevcut olması halinde, sözleşmenin icrasında kâmil bir rıza veya iradeden bahsedilmez. Bunların akit üzerindeki tesirleri farklı farklıdır. Sözleşme konusundaki (mahallü'l-akd) hata akdi batıl kılar. İkrah ise fasit veya mevkuf hale sokar. Vasıfta hata gibi hile ve aldanmayla birlikte gabin ise akdi gayri lazım hale sokar.⁷⁹

1.4.1. İcap

İcap, akit konusunda ilk önce iradesini beyan etmek üzere taraflardan birinin söylediği sözdür. Mecellede icap, inşai tasarruf için ibtida söylenilen sözdür ki tasarruf onunla ispat olur.⁸⁰ Hanefî mezhebine göre hukuki bir sonucun inşasına yönelik olarak ilk beyan edilen irade icap'tır.⁸¹ Örneğin, satış akdinde akdin ilk sözü icaptır. Bu söz ister satıcıdan sadır olsun, ister müşteriden. Önce satıcı “sattım” derse o icaptır. Müşteri söze başlar “şu kadara aldım” derse icap olur.

Ancak, her sözleşme yapma çağrısı “icap” niteliğinde değildir. Bir irade beyanının “icap” sayılabilmesi için, karşı tarafın “kabul” beyanı ile sözleşmenin tamam olması gerekir. Bir beyanın “icap” olarak nitelendirilebilmesi, icaba ilişkin hukuki sonuçları doğurabilmesi için sayacağımız unsurları kapsaması gerekir.⁸²

a) İcap karşı tarafa yöneltilmiş olmalıdır. Karşı taraf çok kere belli bir şahıstır. Bununla beraber, “icap”tan söz edebilmek için, beyanın mutlaka belli bir şahsa yöneltilmiş olması gerekmez. İcap belli bir şahıs gözetilmeksizin herkese yapılmış olabilir. Semenini

⁷⁸ Ebu Bekr b. Mesud Alâü'd-Din el-Kâsânî (587/1191), *Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi's-Şerâi*, I-VII Beyrut 1982, II, 229; Ali b. Ebi Bekr Merğınânî, *el-Hidaye*, I, 195.

⁷⁹ Vehbe Zuhaylî, *Fıkhü'l İslâmiyyü ve Edilletühü*, I-XI, 4. Baskı, Daru'l-Fikr, Dımaşk 1997, IV, 212-3.

⁸⁰ Mecelle, md.: 101.

⁸¹ H. Yunus Apaydın, “İrade Beyanı”, *DİA*, İstanbul 2000, XXII, s. 388.

⁸² Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 53.

göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur.⁸³ Örneğin, fiyat gösterilerek vitrine eşya konması halinde, kural olarak herkese yöneltilmiş bir icap vardır.

b) İcap sözleşmenin bütün esaslı noktalarını kapsmalıdır. Mesela bir satış akdinde icap malın miktarı ve fiyatını içermelidir.

c) İcabı yapan icabıyla bağlı kalmak niyetinde olmalıdır.⁸⁴

d) İcap sözleşme yapıldığı gibi yazı ile veya iradenin varlığını gösteren bir fiille de yapılabilir.⁸⁵

e) İcap akit ehliyetine haiz bir kişi veya kişiler tarafından yapılmalıdır.⁸⁶

f) İcap ciddi ve kesin olmalıdır. Şaka olarak yapılan beyanlar icap niteliği taşımaz. Ancak nikâh, muhalaa gibi akitlerde şaka bile olsa bu akitlere delalet eden beyanlar ile akit kurulur.

1.4.1.1. İcabın Bağlama Süresi

Şafiiler ve Hanbelîler, bazı akitlerde icap ve kabul gerçekleştikten sonra akdi yapan her iki tarafın da, akit meclisinin bitimine kadar akdi yapmaktan vazgeçme hakkının olduğunu kabul etmişler ve buna ‘meclis muhayyerliği’ demişlerdir.⁸⁷ Buna karşılık Hanefî ve Malikî fakihlerin cumhuru böyle bir muhayyerliği kabul etmemişlerdir. Onlara göre icap ve kabul sâdir olduğu anda akit kurulmuştur ve lüzum ifade eder.⁸⁸

İcapta bulunan kimse belli bir süre icabı ile bağlıdır, bağlı bulunduğu süre içerisinde icabı kabul eden, kabul beyanını zamanında ulaştırdığında sözleşme tamam olur, icaptan dönüş mümkün olmaz.

⁸³ Borçlar Kanunu, md.: 7/3.

⁸⁴ Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s.53.

⁸⁵ Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm (861/1457), *Fethu'l Kadîr*, I-X, Mısır 1315, IV, 250.

⁸⁶ Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm, *Fethu'l Kadîr*, IV, 148.

⁸⁷ Ebu İshak İbrahim b. Ali eş-Şîrâzî (476/1083), *el-Mühezzeb*, tah: Muhammed Zuhaylî, Dimeşk 1996, III, 11.

⁸⁸ Zeynüddin (Zeynülabidin) b. İbrahim b. Muhammed İbn Nuceym (970/1563), *el-Bahru'r-Râik ...*, V, 284.

Geç gönderilen kabul haberi yeni bir icap niteliğindedir. Vaktinde gönderilen kabul haberi, herhangi bir sebeple geç ulaşmışsa, icabı yapan, icabıyla bağlı kalmak istemediği takdirde durumu derhal karşı tarafa bildirmelidir. Aksi takdirde sözleşme tamam olur.⁸⁹

1.4.1.2. Rücu Muhayyerliği (İcabın Geri Alınması)

Mucib, icapta bulunduktan sonra karşı tarafın kabulünden önce rücu edebilir. Buna rücu muhayyerliği denir. Malikiler bu hususta cumhura muhalefet etmişler ve icaptan sonra ister kabulden önce olsun ister sonra olsun artık mucip icabından vazgeçemez, icap mucibi bağlar demişlerdir.⁹⁰

İcabını haberci, mektup vb. vasıtalarla yapan taraf, karşı taraf kabulde bulunmadıkça icabını geri alma, akitten vazgeçme hakkına sahiptir. Akdin gerçekleşmesi için icabı yapmanın, kabul haberini de almasını şart koşanlara göre rücu muhayyerliği, kabul haberinin icabı yapan tarafa ulaşmasına kadar sürecektir.⁹¹

Buna göre, icabı yapan, icabını karşı tarafın cevabından önce icabından vazgeçtiğini bildirirse icap hükümsüz olur. Aksi takdirde, karşı tarafın kabulünden sonra icapta bulunan icabından dönemez.

1.4.2. Kabul

Taraflardan birinin söylediği icaba karşı, diğer tarafın, irade ve rızasını beyan etmek üzere söylediği sığaya “kabul” denir.⁹² Kabul, Mecelle’de ise şu şekilde tarif edilmiştir: “inşai tasarruf için ikinci olarak söylenen sözdür ki onunla akit tamam olur.”⁹³

Bir beyanın kabul sayılabilmesi tamamıyla icaba uygun olmasına bağlıdır. Kabul beyanı ile sözleşmenin meydana gelebilmesi için, beyanın bağlama süresi içinde icabı yapana

⁸⁹ Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 55.

⁹⁰ Abdurrahman el-Ceziri (1360/1941), *Kitâbu'l-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa*, I-VIII, Beyrut 1972, II, 157; Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda ...*, s. 61.

⁹¹ Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku*, s. 556.

⁹² Abdülkerim Zeydân, *el-Medhal...*, s. 288, 289.

⁹³ Mecelle, md.: 102.

ulaşması gerekir. İcap, sarih veya zımni bir irade beyanıyla, fakat açıkça kabul edilmiş olmalıdır.⁹⁴

1.5. Sözleşmenin Konusu (Sözleşme Serbestisi ve Sınırları)

1.5.1. Sözleşmenin Konusu

Bugün yaygın olarak akdin konusu denilen unsura “mahallu’l-akd, el-maküd aleyh” denilmektedir.⁹⁵ Terim olarak akdin konusu, akdin üzerinde cereyan ettiği, akde konu teşkil eden nesne, menfaat, fiil vb.dir.⁹⁶ Bir at satımında satım akdinin konusu ‘at’tır; bir dükkân kiralanmasında kira akdinin konusu dükkândır (dükkândan elde edilecek menfaattir); bir hizmet akdinde akdin konusu ücret karşılığı çalışacak olan şahsın vereceği hizmettir. Eskiden akitler basit, yani bir karşılıklı irade beyanı ile bir tek akit şeklinde olur, bu akdinde bir çeşit konusu olurdu. Zamanımızda daha karmaşık ve çok yönlü, çok konulu akit çeşitleri ortaya çıkmıştır; mesela büyük otellerde kalma akdi yapan bunun için gerekli kartı imzalayan şahıs bir irade beyanında “kira, satım, vedia” gibi birkaç basit akdi birden yapmakta, konusu da buna göre oluşmaktadır.⁹⁷

1.5.2. Sözleşme Serbestisi

İnsanlar herhangi bir borç ve yükümlülük altına girme veya bir hakkı elde etme konusunda akit yapma hürriyetine sahiptirler. Yani hayatın seyri içinde ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri elde edebilmek için akitler yaparlar. Bu konuda temel kural sözleşme serbestisinin olmasıdır.⁹⁸

Borçlar Kanununda ise sözleşme serbestisi şu şekilde ifade edilmiştir: “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.”⁹⁹ Buna göre tarafların, yapacakları sözleşmenin konu ve kapsamını (muhtevasını) serbestçe tayin edebilmelerine “sözleşme serbestisi” denir. Taraflar, sözleşmeyi yaparken, Borçlar Kanununda

⁹⁴ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 16; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 56.

⁹⁵ Mustafa Ahmet Zerka, *el-Medhalül Fıkhiyyul Âmm*, I-II, Şam 1998, I, 400.

⁹⁶ Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mevsilî (683/1284), *el-İhtiyar li Ta’lîli’l-Muhtar*, Beyrut 1975, II, 4

⁹⁷ Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla...*, s. 572.

⁹⁸ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhalü’l-fikhiyyü’l-âmm*, Dimeşk 1968, I, 466.

⁹⁹ Borçlar Kanunu, md.: 19/1.

düzenlenmiş bulunan çeşitli sözleşme tipleriyle (örneğin, alım-satım, kira, bağışlama vs.) bağlı değildirler. Kanunda yer almayan bir sözleşme tipi yaratabilirlerveya karma tipte sözleşmeler yapabilirler.¹⁰⁰

“Sözleşme serbestisi” prensibi kural olarak Borçlar Kanununun 19. maddesiyle benimsenmiştir. Fakat toplumdaki değer yargılarının değişmesi, toplumcu görüşlerin gelişmesi ve ağırlık kazanması günümüzde sözleşme serbestisinin sınırlarını daraltmıştır. Bununla birlikte, devletin “emredici” nitelikteki kurullarla sosyal ve ekonomik alandaki ilişkilere özellikle iş hukuk alanına müdahalesi her geçen gün artmaktadır.

1.5.3. Sözleşme Serbestisinin Sınırları

İslam hukuku insanların sözleşme yapıp yapmama konusunda hür irade sahibi olması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰¹ Fakat bunun sınırlılıklarını şu şekilde ifade edebiliriz:

İslam hukukunda temiz-necis ayrımı bir mal için akde konu olup olmama açısından önemli bir kriterdir. Bu ayırım bizzat Kur’an-ı Kerim tarafından yapılmıştır. Allah Teâlâ “...(Peygamber) onlara iyiliği emreder, onları kötülükten meneder, onlara temiz şeyleri helal, pis şeyleri haram kılar...”¹⁰² buyurmaktadır. Ayette açıkça necis olan şeylerin haram olduğu, temiz olanların ise helal olduğu ifade edilmektedir.

Özellikle konumuzla doğrudan irtibatlı olan, evlenilmesi kesin olarak yasak olanları, Kur’an-ı Kerim’de şu ayette görmekteyiz; “*Geçmişte olanlar hariç, artık babalarınızın evlendiği kadınlarla evlenmeyin. Çünkü bu bir hayâsızlık, öfke ve nefret gerektiren bir iş-tir. Bu ne kötü bir yoldur. Size şunlarla evlenmek haram kılındı: Analarınız, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, erkek kardeş kızları, kız kardeş kızları, sizi emziren sütanneleriniz, süt kız kardeşleriniz, karılarınızın anneleri, kendileriyle zıfafa girdiğiniz karılarınızdan olup evlerinizde bulunan üvey kızlarınız, -eğer anneleri ile zıfafa girmemiş-seniz onlarla evlenmenizde size bir günah yoktur- öz oğullarınızın karıları, iki kız kardeşi*

¹⁰⁰ Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 98.

¹⁰¹ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhal...*, I, 467

¹⁰² Araf, 7/157.

(nikâh altında) bir araya getirmezsiniz. Ancak geçenler (önceden yapılan bu tür evlilikler) başka. Şüphesiz Allah çok bağışlayıcıdır, çok merhamet edicidir.”¹⁰³

Gerek Kur'an-ı Kerim'de ve gerekse hadislerde yasaklığıyla ilgili rivayetler bulunan şeyler akde konu olamazlar. Genelde bu yasaklamanın nedenleri de ayet ve hadislerde verilmiştir. Mesela “Ey iman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar (putlar) ve fal okları şeytan işi birer pisliktir, bunlardan kaçının ki, kurtuluşa eresiniz.”¹⁰⁴ Bu ayet içkinin ve putların yasak olma sebebini açıkça bildirmektedir ki bu da necis olmalarıdır.

İslam hukukuna göre bu şekilde emredici nitelikte olan ayetlerin ve hadislerin hilafına yapılan bir akit batıl olur. Ayrıca İslam hukuku, akit hürriyetini ortadan kaldırıcı özellik arz eden, ikrah, icbar, tazyik gibi hususları gayr-i meşru ilan etmiştir.¹⁰⁵

Yapılan sözleşme şahsiyet haklarına aykırı olmamalıdır. Kişilik hakları olarak kısaca vûcub ve edâ ehliyeti, manevi ve bedeni bütünlük, şahsi özgürlükler denebilir. Kişilik haklarına aykırı sözleşmeler batıldır. TMK da, şahsiyeti, bir kimsenin vücut bütünlüğünü, şeref ve onurunu, hak ve fiil ehliyetini, sosyal ve ekonomik özgürlüğünü doğrudan kendisine karşı da korumuştur. Bunu TMK şu şekilde ifade etmiştir: “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”¹⁰⁶

Dini-ahlaki bir hukuk düzeni olan İslam hukuku bu konuyla ilgili hukuki düzenlemelerinde fertlerin sömürülmesini, ezilmesini önlemeyi öncelikli hedefi olarak görmüştür. Özellikle insanların ihtiyaçlarının giderilmesi konusunda yarışan menfaatlerden ziyade birbirlerinin ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan toplumsal yardımlaşma ve dayanışmayı ön planda tutmuştur. Zorda kalan kişinin bu halinden istifade ederek bir malı ona pahalıya satmak veya onun malını ucuza almayı (bey'ul-muztar) Hz. Peygamber (s.a.v) yasaklamıştır.¹⁰⁷

¹⁰³ Nisa, 4/22-3.

¹⁰⁴ Maide, 5/90.

¹⁰⁵ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhal...*, I, 467.

¹⁰⁶ TMK, Kanun no.: 4721, md.: 23/1,2.

¹⁰⁷ Ebu Bekir Ahmed b. el-Hüseyin b. Ali Beyhaki (458/1066), *es-Sünenü'l Kübra*, I-X, Beyrut Ts, VI, 17.

Borçlar Kanunu 20. maddesiyle sözleşmenin konusunu hukuk kurallarının yanında aynı zamanda ahlaki prensiplerle de sınırlandırmıştır. Konusu ve amacı ahlaka aykırı olan tüm sözleşmeler batıldır.

Buraya kadar anlatılanları kısaca ifade edecek olursak, sözleşmenin konusu emredici kurallara, kamu düzenine, şahsiyet haklarına ve ahlaka aykırı olmamalıdır ayrıca gayri-mümkün olmamalıdır

İKİNCİ BÖLÜM

NIKÂH

2.1. Nikâh Akdi

Nikâh, lügatte “eklemek, toplamak” veya “akit yapmak ve cinsi ilişkide bulunmak” manalarına gelir.¹ İstılahta ise nikâhın çeşitli tarifleri yapılmıştır, yani müçtehitler ortak bir tanım üzerinde ittifak sağlayamamıştır. Burada tüm tanımlara yer vermek mümkün değildir.

Nikâh akdi, meşru ölçüler içinde eşlerin cinsel yönden birbirlerinden faydalanmalarına imkân tanıyan bir akittir.²

Kur’an-ı Kerim evlilik akdi için “ağır ve mesuliyetli bir sözleşme (misaken ğaliza)” tabirini kullanmıştır.³ Nikâh kelimesi, Kur’an-ı Kerim’de türevleriyle birlikte 20 yerde geçmektedir⁴ ve evlenme, cima, hibe etme, buluş çağına ulaşma manalarında kullanılmıştır.⁵ Ancak İslam hukukçuları, bu anlamlardan hangisinin mecazi, hangisinin hakiki anlam olduğu üzerinde ihtilaf etmişlerdir.

Hanefî hukukçular “Geçmişte olanlar bir yana babalarınızın nikâhladığı kadınlarla evlenmeyin”⁶ ayetinden yola çıkarak nikâh kelimesinin gerçek anlamının cinsel temas, mecazi anlamının akit olduğunu ifade etmişler, bu ayette geçen nikâh lafzının cinsel ilişki manasına geldiğini kabul etmişlerdir.⁷ İslam hukukçularının çoğunluğu ise, nikâh lafzının gerçek anlamının akit, mecazi anlamının cinsel temas olduğunu kabul etmişlerdir. Onlara

¹ Cemâluddîn Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr (711/1311), *Lisânu'l-'Arab*, I-XX, Kahire ts., XIII, 4537.

² Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm (861/1457), *Fethu'l Kadîr*, I-X, Mısır 1315, IV, 2.

³ Nisa 4/21.

⁴ Nevzat Yüksel, *Konularına Göre Kur'an-ı Kerim Fihristi*, İstanbul 1980, s. 195-6.

⁵ Hüseyin b. Muhammed ed-Damegâni, *el-Vücuuh ve'n Nezair Li-Elfazı Kitabillahi'l Aziz*, Bağdat ts. s. 436.

⁶ Nisa, 4/22.

⁷ Şemseddin Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî (483/1091), *Kitâbu'l-Mebsût*, I-XXX, İstanbul 1982, IV, 192.

göre nikâh lafzı, "...bir başka erkekle nikâhlanmadıkça"⁸ ayetinde olduğu gibi, Kitap ve Sünnette bu anlamda kullanılmıştır.⁹ Ahmed b. Hanbel (241/855) bu görüşlere katılmayarak nikâh kelimesinin akit ve cinsel temas için hakikat anlamında kullanıldığını kabul etmektedir.¹⁰ Serahsî ise kelime anlamı cinsi münasebet olarak savunduğu nikâh sözcüğünü, hukuken bu cinsi münasebeti meşru kılan akittir,¹¹ tanımıyla anlamı, hukuk diline uygun olarak netleştirmiştir.

Nikâh akdi kavramı hem İslam hukukunda hem de diğer hukuk sistemlerinde temelde aynı manayı ifade etmektedir. Nikâh akdinin tariflerinden biri şöyledir: "Nikâh akdi, şer'i açıdan nikâhlanmakta engel bulunmayan bir kadından yararlanmayı mübah kılan hukuki bir sözleşmedir."¹² Bu tariftten nikâhın sadece erkeğe kadının cinsel yönünden yararlanma mülkiyeti veren bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Burada erkeğin kadının vücudu üzerinde hak sahibi olması söz konusu değildir. Kadın akdin hem tarafı hem de konusudur.¹³

Bir başka tarifte: Şafîî hukukçulardan eş-Şirbînî (977/1570), faydalanma hakkının, eşlerin birlerinden karşılıklı faydalanması mı yoksa tek yönlü, erkeğin kadından faydalanması mı olduğu konusundaki görüşünü sadece erkeğin kadından faydalanması olarak ortaya koymuştur.¹⁴

Ebu Zehra ise tanımını şu şekilde yapmaktadır: "Evlenme karı-koca arasında birlikte yaşama ve karşılıklı hak ve vazifeler yükleyen bir akittir."¹⁵ Zuhaylî ise yapmış olduğu tanımlarından birinde; "Evlilik, erkeğin kadından, kadının da erkekten faydalanma mülki-

⁸ Bakara, 2/230.

⁹ Şemseddin Muhammed b. Ahmed Şirbînî (977/1570), *Muğni'l-muhtac ilâ Ma'rifeti maâni el-fâzı'l-minhâc*, I-VI, Tahkik ve Ta'lik: Ali Muhammed Muavvid, Takdim ve Takriz: Muhammed Bekir İsmail, Dâru'l-Kütübî'l İlmiye 1994, IV, 200.

¹⁰ Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme (620/1223), *el-Muğni*, (eş-Şerhu'l Kebir ile birlikte), I-XIV, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1984, VII, 333.

¹¹ Şemseddin Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî (483/1091), *Kitâbu'l-Mebsût*, I-XXX, Çağrı Yay., İstanbul 1982, IV, 192.

¹² Muhammed Emin b. Âbidin (1252/1836), *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, Daru'l-Fikr, I-VIII, Beyrut 2000, III, 3-4.

¹³ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, AÜHF Yay., Ankara 1974, s. 40.

¹⁴ Şemseddin Muhammed b. Ahmed Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc...*, IV, 201.

¹⁵ Muhammed Ebu Zehra (1394/1974), *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabiyyi, Kahire 1950, s. 17; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 12.

yetini elde etmesini helal kılan bir akittir”¹⁶ demiştir. Tanımlara baktığımızda, klasik dönemde istifade hakkını sadece erkeğe vermiş olan tariften uzaklaşarak, istifade hakkını her iki cinse veren tanımlar yapılmıştır.

Bu tariflerden anlaşılacağı üzere İslam dininde nikâh akdi taraflara herhangi bir şeyin mülkiyet hakkını değil, karşılıklı istifade hakkını vermektedir. Evlenme bir satım akdi, mehir de satım bedeli değildir. Kadın nikâh akdinde bir obje değil bizzat hakkın sahibidir. Bir insanın, kişinin kendi kendini satması ise asla düşünülemez. Yani İslam hukukunda “evlenme, satış akdidir” görüşü reddedilmelidir. Zira nikâh, fıkıh kitaplarında başlı başına bir konu olarak işlenmiştir.¹⁷ İslam’ın nikâha bakışı, nikâhın basit bir akit olmadığıdır. Çünkü Kur’an-ı Kerim nikâh akdini “*misaken ğalıza*”¹⁸ ifadesiyle belirtmiştir ve doksan küsur ayeti ile aile hukuku meselelerini anlatmaktadır. Hz. Muhammed (s.a.s.) evliliği kendisinin sünneti olduğunu buyurmuşlardır. “*Şu nikâhı etrafa duyurun onu mescitlerde yapın ve nikâh dolayısıyla tefler çalın*”¹⁹ hadisi, nikâh akdinde diğer akitlerde olmayan bazı özelliklerin var olduğunu göstermektedir.

Tariflere bakıldığında nikâhın akit olma özelliği vurgulanmakta, kimlerin nikâhlana-
bileceği, nikâhın ne gibi neticeler doğuracağına işaret edilmektedir.

Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesinde(HAK) evlilik için bir tarif verilmemektedir.²⁰
Bundan maksat ise durağanlıktan kurtulup hukuka canlılık kazandırmaktır.

2.2. Nikâh Akdinin Tarihteki Uygulanış Biçimleri

Evlilik düzenine geçiş akdi olan “nikâh akdinin”, kuruluş biçimi ve şartlarına ilişkin hukuki düzenlemeler İslam hukukunda önemli bir yer tutar. İslam Hukuk tarihinde evlenme akdinin gerçekleşmesi hususunda çeşitli uygulamalar görülmektedir. İslam Dini daha önceki uygulamalarda evlenme akdi şeklinde gerekli düzenlemeleri yaptıktan sonra aile ve toplum düzenini kurmak için şartlara uygun olarak ıslahatları yapmaya devam etmiştir.

¹⁶ Vehbe Zuhaylî, *Fıkühü'l İslâmiyyü ve Edilletühü*, I-XI, 4. Baskı, Daru'l-Fikr, Dımaşk 1997, VII, 29; Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 40.

¹⁷ Hamdi Döndüren, *Delilleriyle İslâm Hukuku; Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras*, 2. Baskı, İslâm Hukuku Külliyyatı Yay., İstanbul 1993, s. 178-80.

¹⁸ Nisa 4/21.

¹⁹ Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr et- Tirmizi (279/892), *Sünen*, I-V, İstanbul 1981, “*Nikâh*”, 6.

²⁰ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-III, Nesil Yay.:. İstanbul 1986, I, s. 233.

Evlilik müessesesinin sosyal hayatta büyük rolü olmuş ve her toplumda kendisine olan ihtiyaç hissedilmiştir.

2.2.1. Cahiliye Dönemi Uygulamaları

Cahiliye dönemindeki evlilik yapısının bilinmesi İslam hukukunun evlenme yapısına katmış olduğu değerleri anlama açısından bizlere ışık tutacaktır. Çünkü İslam Dininin zuhuru Cahiliye Döneminin yaşandığı coğrafyada hâsıl olmuştur.

İslam'dan önce Arabistan'da uygulanmış olan evlenme çeşitleri ve kadının hukukî durumuna ilişkin fikirler çeşitlidir. Bir kısım müellifler kadının çok kötü bir durumda bulunduğu ve buna bağlı olarak bir takım anormal evlenme çeşitlerinin mevcut olduğu görüşünü ileri sürerler. Kadın, kölenin hukukî durumuna benzer bir statü içinde yaşamaktaydı. İnsanın şahsına bağlı en tabii haklar bile kadına tanınmamıştı. Kadın hak süjesi değil, temellüke elverişli bir eşya idi. Kadın aile içinde babanın, kardeşlerinin yahut oğlunun otoritesi altındaydı. Bir kız çocuğunun doğumu Araplar tarafından büyük bir felâket olarak kabul edilirdi. Kız çocuklarının diri diri toprağa gömülerek öldürülmesi Arabistan'da rastlanan bir durumdu. Evlenme bir satış akdi gibiydi. Karı-koca arasında bir hayat ortaklığı kurmak fikri yoktu. Kadın babanın hâkimiyeti altından çıkar ve bir ferağ mucibince kocanın hâkimiyetine geçer. Koca kadın üzerinde mutlak bir mülkiyet hakkına sahipti. Onu icabında bedel mukabili satabilirdi. Evlenmeyi serbest birleşmeden ayıran husus, evlenmede mehir verilmesi keyfiyetidir. Mehir verilmeksizin yapılan evlenme, kadın için yüz karası sayılırdı.²¹

Koca, hanımını istediği zaman boşayabilirdi. Kadının tıbben çocuğunun olmayacağına tespiti bunun başta gelen sebeplerinden biridir. Kocanın ölümünde kadın onun terekesindeki diğer mallar gibi mirasçılara geçer ve koca mirasçı bırakmadan ölmüşse kadın babasının evine geri dönerdi. Bu sosyal ortamda evlilikle "Serbest birleşme" arasında hissedilir bir fark yoktu.²²

Bunun yanında, o dönemde, az da olsa, uygulanmakta olan değişik nikâh veya kadın erkek ilişkisi biçimlerinden söz edilmektedir. Aslında bunların birçoğu bugünkü anlamda

²¹ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 29, 30.

²² Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 32.

düzenli bir aile ortamı ile sonuçlanan nikâh biçimi değildir, o dönemdeki kadın erkek ilişkisi hakkında ipucu veren uygulamalardır. Bunlar arasında; nikâhu'ş-şığar (trampa evliliği)²³, nikâhu'l-hıdn (metres tutma)²⁴, nikâhu'l-makt (üvey ana ile evlilik)²⁵, nikâhu'l-istibda (döl alma evliliği), nikâhu'l-müşterek (grup evliliği), nikâhu'l-mut'a (sürelî nikâh), nikâhu'l-biğâ²⁶ gibi nikâh çeşitleri bulunmaktadır.²⁷ Burada belirtmiş olduğumuz evlenme çeşitlerinin hepsi Hz. Peygamber döneminde yasaklanmıştır.

Çok farklı nikâh çeşitleri gördüğümüz bu dönemde, öz annesi, kız kardeşi, halası, teyzesi, evlatlığı ve evlatlığın karısı veya kız kardeşi ile evlilik yasaktı. Aynı durum kadın içinde geçerli olmuştur. Yani, kadının babası, oğlu, torunu, dayısı ve amcası ile evlenmesi kabul edilmez bir durumdu.²⁸ İki kız kardeşi nikâh altında tutma ise, sık olmasa da, uygulanmaktaydı.²⁹ Ayrıca aile yapısının önemli özelliklerinden birisi de, poligamidir (erkeğin aynı zaman diliminde birden fazla kadınla evli olması³⁰). Erkekler hiçbir sınır tanımaksızın istedikleri kadar kadınla evlenebilmekteydiler.³¹ Bu durum da Hz. Peygamber döneminde dört eşle sınırlandırılmıştır.

Buraya kadar yazmış olduğumuz bilgiler doğrultusunda Cahiliye Döneminde evliliğin herhangi bir şekli, şartı veya merasimi olmadığını söyleyebiliriz. Genellikle evlilik akdi evlenecek olan erkek ve kızın velisi arasında yapılmaktaydı. Fakat erkek eşini istediği zaman boşayabilirdi. Dolayısıyla bağlayıcılığı olmayan tek taraflı bir akit olduğunu ve kadı-

²³ Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Cu'fi el-Buhârî (256/870), *el-Camiu's-Sahih*, I-III, İstanbul 1981, "Nikâh", 28; Ebu'l Hüseyin b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî (261/875), *Camiu's-Sahih*, I-III, İstanbul 1981, "Nikâh", 57-62; Ebu Dâvûd Süleyman b. Eş'as b. İshâk es-Sicistânî (275/889), *Sünen*, İstanbul 1981, "Nikâh", 14; Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 36.

²⁴ Nisa, 4/25; Maide, 5/5.

²⁵ Ebu Ca'fer Muhammed İbn Habib (245/859), *Kitabu'l-Muhabber*, Daru'l-Afaki'l-Cedide, Beyrut ts., s. 32-6.

²⁶ Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Cu'fi el-Buhârî, "Nikâh", 36; Ebu Dâvûd Süleyman b. Eş'as b. İshâk es-Sicistânî, "Talak", 33.

²⁷ Abdülkerim Zeydân, *el-Medhal li Dirâseti'ş-Şeriatî'l-İslâmiyyü*, Kahire 2001, s. 28; Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 37-8.

²⁸ Ebu Ca'fer Muhammed İbn Habib, *Kitabu'l-Muhabber*, s. 325; Abdülkerim Zeydân, *el-Medhal...*, s. 28.

²⁹ Ebu Ca'fer Muhammed İbn Habib, *Kitabu'l-Muhabber*, s. 309-10.

³⁰ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, İstanbul 1986, s. 9.

³¹ Tevhit Ayengin, *Hukukta Köken Problemi Açısından Sosyal Realite Nass İlişkisi*, (Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi 1999), s. 228-30.

nın hukuki bir hakkının bulunmadığını görmekteyiz. İslamiyet'ten önce Arabistan'da uygulanan evlilik çeşitleri de bize göstermektedir ki İslam öncesi dönemde karanlık bir devir yaşanmıştır.

2.2.2. Hz. Peygamber Dönemi Uygulamaları

Cahiliye Döneminden bahsederken yapmış oldukları nikâh uygulamalarını anlatmıştık. Hz. Peygamber bu uygulamaların bazılarını tamamen ortadan kaldırmış bazılarını ise kısıtlamıştır. Görüleceği üzere gücümüz nispetinde, Hz. Peygamber dönemindeki evlilik uygulamalarını anlatmaya çalışacağız.

Evlilik hayatının daha sıhhatli olması ve ileride ortaya çıkabilecek problemlerin önlenmesi, tarafların birbirlerini tanınması amacıyla evlenme düşüncesinde olan çiftlerin birbirleriyle nikâh öncesi görüşmeleri önemli bir aşamadır. Hz. Peygamberin bu konudaki tavsiyelerini çeşitli kaynaklarda görmekteyiz. Mugire b. Şu'be bir kadınla evlenmek istiyordu. Hz. Peygamber ona “*Git onu gör; çünkü görmek birbirinize ısınmanız için daha iyidir.*” buyurmuştur.³² Bunun yanında Hz. Peygamber evlenmeyi düşündüğü birini görmesi için başka bir bayanı dünür olarak gönderdiği ve kadından “*kızın ağız kokusuna ve topuklarına bakmasını*”³³ istemiştir. Bu da evlilik öncesi eşlerin birbirlerinin vasıflarını araştırmanın uygun olacağını göstermektedir.

Hicretin birinci yılında Abdurrahman b. Avf evlendiği zaman Peygamber Efendimiz kendisine “*eşine mehir olarak ne verdin*” diye sormuş, o da “bir çekirdek altın” (günümüzdeki çeyrek altın) demiştir. Peygamberimiz bu cevabı aldıktan sonra “*bir koyun keserek bile olsa bir de ziyafet ver*” buyurmuştur.³⁴

Mehir, düğün ve ziyafet gibi unsurlar ile başlayan aile müessesesinin kuruluşu ve ıslahı, çeşitli zamanlarda gelen “eş sayısının sınırlandırılması, karşılıklı hakların tespiti, anlaşmazlıkların çözümü” gibi hükümlerle tamamlanmıştır.

³² Ebu Dâvûd Süleyman b. Eş'as b. İshâk es-Sicistânî, “*Nikâh*”, 18; Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr et- Tirmizi, “*Nikâh*”, 5; Ahmed b. Hanbel (241/855), *Müsned*, I-IV, İstanbul 1982, III, 334, 360.

³³ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 231.

³⁴ Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Cu'fi el-Buhârî, “*Buyû*”, 68; Ebu'l Hüseyin Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî, *Nikâh*, 7; Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr et- Tirmizi, *Nikâh* 10; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 165; Ebu Bekir Ahmed b. el-Hüseyin b. Ali Beyhaki (458/1066), *es-Sünenü'l Kübra*, I-X, Beyrut Ts, VII, 148.

Evlilik akitleri, evlenen fertleri direkt ilgilendirdiği gibi, toplumla da yakından ilişkilidir. Nikâh akdinin gizlilikten kurtulması için akdin ilan edilmesinin yanında velilerin veya evlenecek şahısların fakir zengin ayırımı yapmadan halkı düğün esnasında verilen yemeğe davet etmeleri gerekir.³⁵ “Davet edildiğiniz zaman, icabet ediniz, yemeği yediğinizde hemen dağılın, sohbe dalmayın”³⁶ emri davete icabetin gerekli olduğunu göstermektedir.

Buradan anlaşılıyor ki hadiste geçen “koyun keserek ziyafet verin”, “ziyafet davetlerine icabet edin” gibi emirler evliliğin duyurulmasını amaçlamaktadır. Ayrıca bu şekilde bir uygulamayla, nikâh akdinin toplum tarafından onaylandığını ve bu sevince herkesin ortak edildiğini görüyoruz. Bununla beraber bu emirlerin günümüzde kültürümüze ve düğünlerimize yansıdığını görmekteyiz.

Hukuki boyutuna gelince, evlenen çiftlerin evliliği, toplum adına iki şahidin bulunması ile gerçekleşmiş olur. Nikâh ile bu daire daha da genişletilerek hukuki evlilik şeffaflaştırılmakta, ziyafetin verilmesiyle toplumun bilgisine sunulmuş olmaktadır.

Nikâh akdinin önemi Kur’an-ı Kerim de şu şekilde ifade edilmiştir: “Onlar sizden ağır bir söz almışlardır”; yine Peygamber Efendimizin hadislerinden birinde “...ciddisi de ciddi, şakası da ciddi olan üç şeyden biri de nikâhtır”³⁷ buyurmuştur. Buradaki ayet ve hadisten nikâh akdinin ciddi bir akit olduğu anlaşılmaktadır. Hadis nikâh akdinin şeffaflığı ile beraber akdin töhmetten uzak olması için bazı prensipler ortaya koymuştur. Hz. Aişe’den rivayet edilen şu hadiste Peygamber Efendimiz: “...nikâhı ilan ediniz, nikâh akdini mescitlerde yapınız ayrıca def çalınız”³⁸ demiştir. Bu hadiste şunu da görmekteyiz ki nikâh akdinin ilanı teşvik edilmekte gizli nikâh akdi uygun görülmemektedir.

Hz. Aişe’nin rivayet etmiş olduğu yukarıdaki hadiste “nikâh akdini mescitlerde yapınız” emri yer almaktadır. Bu hadiste nikâh akdini gerçekleştirme yeri olarak mescitler önerilmektedir. Peygamber döneminde tüm resmi işlerin mescitlerde yapılması, mescitlerin haramlardan münezzehe olması, insanların mescitlere Kur’an-ı Kerim dinlemek için gitme-

³⁵ İbnü’l Esir, Mecduddin Ebu’s Saadat b. el-Cezeri (606/1209), *en-Nihaye fi Garibi’l-Hadis*, I-VI, Beyrut 1959, V, 226.

³⁶ Ahzab, 33/53.

³⁷ Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr et- Tirmizi, “*Nikâh*”, 9; Muvatta, “*Nikâh*”, 56.

³⁸ Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr et- Tirmizi, “*Nikâh*”, 6; Ebu Bekir Ahmed b. el-Hüseyin b. Ali Beyhaki, *es-Sünenü’l Kübra*, VII, 250.

leri ayrıca mescitlerde salih kimselerin bulunması ve nikâh akdinin de burada gerçekleştirilmesi nikâh akdine daha ulvi bir boyut ve resmiyet kazandırmıştır.

Hz. Muhammed (s.a.s.)'in “nikâhta dört şey gereklidir: veli, eş ve iki şahit”³⁹ hadisinde evlenecek bireyleri şüphe ve ithamdan korumak için evlenecek eşlere ve velilere akit esnasında şahit bulundurmalarını tavsiye etmiştir. Şahitler nikâhın duyurulmasına yardımcı olmanın yanında şahitlik durumu, birlikteliği haram olan birleşmeden ayırmış olmaktadır. Şahitlerin hazır bulunması boşanma durumunda adaletin gerçekleşmesi için önemli bir delildir.

Evlenecek kişilerin nikâh akdini kendi başlarına anlaşarak gizlice yapmaları tasvip edilmemiştir. Nikâh akdini velinin rızasıyla beraber toplumu temsil edebilecek niteliklere sahip şahitlerin huzurunda açık bir şekilde yapılması tavsiye edilmiştir. Bu uygulamanın dışında gizli kapaklı, veliden habersiz topluma duyurulmayan, güvenilirliği belirsiz şahitlerle yapılan nikâh akdi Hz. Peygamberin tavsiyelerine aykırıdır. Hz. Peygamber (s.a.s.) döneminde uygulanan nikâh akitleri bu prensipler doğrultusunda yapılmıştır.

Görülüyor ki Hz. Muhammed (s.a.s.)'in nikâh akdi konusundaki uygulamaları insanın yaratılış gayesine ve İlahi hikmete uygun bir şekilde dizayn edilmiştir. Hz. Muhammed (s.a.s.) evlilik konusundaki tavsiyeleriyle daha önce var olan tabuları yıkmıştır. Kadının onur ve şerefini rencide etmeden mehrin tespitini, velilerin yüklendiği görevi, kadının evi içindeki yerini vb. uygulamaları ortaya koymuştur. Bilhassa hadisler evliliği yüzeysel olarak erkek ile bayanın akde gitmesi ya da götürülmesi şeklinde yansıtmamaktadır. Hz. Muhammed'in akit sırasında veliyi ön plana çıkararak evliliği istişareye dayalı bir anlayış üzerine bina etmiştir. Ayrıca velinin bulunması evliliğin uyumlu bir ahenk içinde devam etmesi için ön tedbirdir. Velinin ve çiftlerin rızalarının ön plana çıkarılarak ailenin ve toplumun huzuru amaçlanmıştır. Nikâh akdi sırasında velinin bulunmasının istenilmesi aileyi huzurlu ve uzun ömürlü kılacaktır.

Sünnetin, nikâh öncesi ve nikâh esnasındaki çeyiz ve mehir hususundaki tavsiyeleri evliliği güç durumda bırakmayacak ve israfı önleyecektir. Dolayısıyla evlilik daha da kolay

³⁹ Ali b. Ömer ed-Darekutni (385/995), *Sünen*, I-IV, (Ta'likle birlikte basılmış), Kahire 1966, III, 219-20; Ebu Bekir Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali Beyhaki, *es-Sünenü'l Kübra*, VII, 124.

bir hal alacaktır, bu durum ise günümüzde daha da yaygınlaşan nikâh dışı ilişkileri ve bunun olumsuz sonuçlarını asgariye indirecektir.

Sonuç olarak Kur'an-ı Kerim de evlenmeyi teşvik eden⁴⁰, evlilik birliğinin amacına işaret eden⁴¹, tarafların hak ve görevlerini belirleyen⁴², evlenmesi yasak olan yakınları belirleyen⁴³ ayetler olmasına rağmen evlenmenin kuruluş ve biçimini tarif eden ayetler bulunmamaktadır. Hz. Peygamber bu boşluğu doldurmak için, belli düzenlemeler getirmiş, evlilik akdinin şahitler huzurunda yapılmasını ve ilan edilmesini istemiş, bazı durumlarda velinin izninin bulunmasını şart koşturmuştur. Bunun sonucunda evlilik akdinin amaçları gerçekleştirilmiş ve tarafların hakları garanti altına alınmaya çalışılmıştır.

2.2.3. İlk Dönem Uygulamaları

Evlenme konusunda Râşit Halifeler döneminden itibaren düzenlemeler yapılmıştır. Hz. Ömer, Müslüman erkeklerin fetih bölgelerindeki ehli kitaptan olan gayrimüslim kadınlarla evlenip Müslüman eşlerini ikinci plana attıklarını görünce, Kur'an-ı Kerim'de Müslüman erkeklerin ehli kitap kadınlarla evlenmelerine izin verilmesine rağmen, bunu yasaklamıştır. Bu yüzden Hz. Ömer, Medâin Valisi Huzeyfe'den, Yahudi olan karısını boşamasını istemiştir. Huzeyfe Halifeden bunun helal mi, haram mı olduğunu sormuş, Hz. Ömer de, "Hayır bu evlilik helaldir, fakat ecnebi kadınlar tatlı dilli olup aldatıcıdırlar. Şayet siz onlarla evliliği kabul ederseniz, bu kadınlar sizin eşlerinize üstün gelirler" diye karşılık vermiştir. Bunun üzerine Huzeyfe, karısını boşamıştır.⁴⁴

Hz. Ömer bu icraatıyla, fetihlerden sonra Müslümanlara cazip gelen ve çok yaygınlaşmaya başlayan bu tür evliliklerin önüne geçmek istemiş ve bu kararını uygulamaya, diğer Müslümanlara örnek ve temsil gücü fazla olan valisinden başlamıştır. O, bu kararıyla, Müslüman kız ve kadınları düşünmüş ve onların evlenmelerinin tehlikeye düşmesini önlemek istemiştir. İslâm'ın başlangıcında ehli kitaptan olan kadınların sayıca az olmaları sebebiyle, onlarla evlenilmesinde Müslüman kadınlar açısından bir endişe yoktu. Fakat

⁴⁰ Nur, 24/32, 33.

⁴¹ Rum, 30/21.

⁴² Nisa, 4/4, 19, 20, 34, 129.

⁴³ Nisa, 4/3, 22, 23, 24; Maide, 5/5; Nur, 24/3.

⁴⁴ Hayri Erten, "Hz. Ömer Döneminde Sosyal Yapı ve Değişme", *Marife* c.1, S.1, s.184-5.

fetihler ile ehli kitap kadınların çoğalması ve bunların Müslüman erkeklere daha cazip gelmesi, Müslüman kadınların evlenememe veya evliliklerinin sarsılma endişesini gündeme getirmiştir. Bunun yanında ehli kitapla evliliklerin artması, birçok ailede, çocuğun eğitilmesi ve toplumsal hayata katılmasında etkin olan kadının gayrimüslim olmasına neden olacaktır.⁴⁵

Bu uygulama, bir haksızlık veya zarar olması durumunda ya da kamu yararı göz önünde bulundurularak, devlet otoritesince, evlilik konusunda idari bir sınırlama yapılabilirliğini bize göstermektedir.

İlk dönem uygulamalarında şahitsiz ve ilansız, yalnızca iki tarafın karşılıklı rızaları ve irade beyanları ile yapılan evlenme akdinin sahih ve geçerli olmadığını, Hz. Ömer döneminde cereyan eden şu olay bize göstermektedir. Hz. Ömer zamanında bir kadının komşusu, yabancı bir şahsın sürekli kadının evine gidip geldiğini görünce adamın zina ettiğini düşünerek Hz. Ömer'e şikâyetle bulunur. Hz. Ömer bu şahsı çağırıp durumu sorar. Şahıs, kadınla az bir mehir karşılığında evlendiğini ve bu evliliği gizlediğini öğrenince, Hz. Ömer şahitlerin kimler olduğunu sorar. Adam şahitlerini gösterince Hz. Ömer şahsa herhangi bir ceza uygulamaz, ancak bu nikâhın ilan edilmesini emreder.⁴⁶

Hz. Ömer de sadece bir erkek ve kadının şahitliğinde kıyılmış nikâhı "gizli nikâh" olarak ifade etmiş, bu tür şeylere tevessül edenleri taşta tutmak suretiyle idam edeceğini (recm) söylemiştir.⁴⁷

Yine aynı şekilde iki adil insanın şahitliği, Ebu Hanife ve İmam Şafii'nin yaşadığı dönemlerde akdin tespiti ve tarafların haklarının korunması için yeterliydi. Tarafların boşanmaları veya aralarında herhangi bir ihtilafın çıkması durumunda, kamu otoritesini temsil eden mercii bu şahitlerin beyanına itibar ediyordu. Çünkü "Ebu Hanife ve İmam Şafî,

⁴⁵ Hayri Erten, "Hz. Ömer Döneminde Sosyal Yapı ve Değişme", *Marife* c.1, S.1, s.185; Paçacı, İbrahim. "Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evlenme Boşanma Örneği)", *İHAD*, S.11, 2008, s. 69.

⁴⁶ Ebu Bekir Muhammed b. Abdullah İbnu'l-Arabî (543/1148), *Aridatü'l-Ahfezi*, I-XIII, Beyrut ts., IV, 309.

⁴⁷ Malik b. Enes (179/795), *Muvatta*, İstanbul 1981, "Nikâh", 11.

iki adil şahidin hazır bulunduğu nikâh akdinin gizli olmaktan çıkacağını ve ilan edilmiş sayılacağını beyan etmişlerdir.”⁴⁸

Yukarıdaki iki durum, ilk dönem uygulamalarında yetkili merciin iki şahidin beyanına itibar ettiğini ve şahitlik müessesesinin gerekli fonksiyonu yerine getirdiğini bize göstermektedir.

2.2.4. Osmanlı Dönemi Uygulamaları

Müslüman toplumların tarihlerine baktığımızda herkesin birbirini tanıyabildiği küçük ve fazla karmaşık bir yapıya sahip olmayan topluluklarda, amaç şahit ve ilanla gerçekleştiği için nikâh akitlerinde ilave bir resmi şekil şartına gerek duyulmadığını görürüz. Fakat zaman içerisinde nüfusun artması, yerleşim birimlerinin büyümesiyle artık sadece iki şahitle evlilik akdinin tespiti ve tarafların haklarının korunması zorlaştığından, evlilik akdinin tesciline gerek duyulmuş, nikâh akitlerinin devletin resmi memuru (imam, kadı) önünde yapılması şart koşulmuştur. Osmanlı Devletinde de bu uygulamaya gidilmiştir. “İmam Nikâhı” terimi de Osmanlı’daki uygulamadan doğmuştur. Osmanlı Devletinde belli bir dönemden sonra nikâhların tescil işinin kadı kontrolündeki imamlara bırakılması bu deyimden doğmasına sebep olmuştur. İmamlar buldukları çevrede yapılan nikâh akitlerini kaydeden, daha sonra bu bilgileri bağlı buldukları kadılara teslim ederler.⁴⁹

Ne var ki imamlar her istediğinde hemen nikâh kıyamazlar, taraflar buldukları yer mahkemesinden nikâh için gerekli izni alıp, o din adamına hitaben bir izin kâğıdı (izinnâme) getirdiklerinde bu vazifeyi yerine getirirlerdi. Burada kadı izninin aranması evlenmenin şartlarının gerçekleşmiş olduğunu bir başka ifadeyle tarafların evlenmeye mani bir durumlarının bulunmadığını yetkili bir hâkim tarafından tespiti gayesiyledir. Zira her ne kadar okur-yazar bir kimse olsa da nikâh akdedecek din adamı her durumda evlenmeye mani bir durumun var olup olmadığını kontrol ehliyetine sahip olamayacağı gibi esasen kazaî bir karar da veremeyeceğinden bu karar ileride tekrar kolaylıkla dava ve ihtilaf konusu olabilecektir. İşte bütün bunlara mani olabilmek için taraflar önce hâkime başvurmakta, oradan

⁴⁸ Ebu’l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubi, (595/1199), *Bidâyetü’l Müctehid ve Nihâyetü’l- Muktesid*, I-II, Beyrut 1982, II, 14.

⁴⁹ Nedim Bahçekapılı, “İslâm hukuku Açısından Nikâh Akdinde Devlet Kontrolünün Önemi”, <<http://multeka.com/dr.-nedim-bahcekapili/index.php>> (02.04.2010).

aldıkları bir izinameyle umumiyetle buldukları mahallenin imamı huzurunda nikâhlarını kıydırmaktadırlar. Bu yönde bir tatbikat kadı tarafından kıyılmayan nikâhlarda da devlet kontrolünün kaybolmadığını, bunlarında netice itibariyle devleti temsil eden kadı'nın kontrolünde kıyıldığını göstermesi bakımından önemlidir.⁵⁰

Aynı şekilde, Yıldırım Bayezid döneminde ilk defa mahkeme harçları tespit edilirken nikâh ve nikâh izni için on iki akçe belirlenmesi de bunun göstergesidir. Zira yapılmayan bir muamele için harç tespit edilmesi düşünülemez.⁵¹

Osmanlı Devletinde nikâhların, ya mahkemede bizzat kadı tarafından veya kadı izniyle bir din adamı tarafından ne ölçüde kıyıldığına gelince, bu hususta kesin bir oran vermek zordur. Bir kısım nikâhların kadı'nın izni dahi aranmaksızın kıyıldığını kabul etmek gerekir. Zira belirtildiği gibi nikâha hâkimin veya onun izniyle bir din adamının iştiraki hukuken zaruri değildir. Fetva mecmuaları bu noktayı ısrarla belirtmişlerdir. Bu yüzden kadı izniyle nikâh kıyma uygulamasının zaman zaman gevşediği ve kadı izni olmadan da nikâh kıyıldığı görülmektedir. Fakat bu durum da nikâhların gelişigüzel akdedildiği manasına gelmez. Öyle anlaşılıyor ki kadıdan izin alınmasa dahi nikâhlar yine bir din adamı tarafından kıyılmakta ve din adamları da nikâh kıyarken nikâhın şartlarını gerçekleştirip gerçekleştirmediğini kontrol etmekte ve kıymış oldukları nikâhları bunun için ayırdıkları deftere tarafların, şahitlerin isimlerini ve mehrin miktarını da belirterek kaydetmekte idiler. Bu da din adamlarının kıydıkları nikâhlarda belirli bir düzen ve intizamın var olduğunu ortaya koymaktadır. Ama yine de bu tür nikâhları asgariye indirmek için şöyle bir tedbir getirilmiştir: Kadı huzurunda veya kadı izniyle kıyılmayan nikâhların varlığıyla ilgili bir ihtilaf mahkemeler tarafından dinlenmez olmuştur. Böylece kadı izinsiz nikâhlar geçerli kabul edilmekle birlikte, nikâhın varlığıyla ilgili bir ihtilaf vukuunda taraflar ihtilafı mahkemeye intikal ettiremez olmuşlardır.⁵²

1336/1917 tarihli HAK ile evlenmeler kanûnî olarak düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemede, evlenmek için mahkemeden izin almanın gerektiği görülmektedir (Madde 5-8). Ayrıca evlilik yaşına bir sınır getirilmiş, velilerin yetkileri kayıt altına alınmıştır. Ka-

⁵⁰ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 90.

⁵¹ İbrahim Paçacı, "Sosyal Hayattaki...", s. 70.

⁵² Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 92-4.

rarnamenin 4. maddesinde, evlenme yaşı (nikâh ehliyeti) erkeklerde 18, bayanlarda 17 olarak kabul edilmiş; bu yaşı tamamlamadan evlenme talebinde bulunan kişilere, bâliğ olduklarını ispat etmeleri ve velilerinin izni olması halinde mahkeme izni verilebileceği belirtilmiştir (Madde 6, 7). Kararnamenin 7. maddesiyle on iki yaşını tamamlamamış erkek çocuk ile dokuz yaşını tamamlamamış kız çocukların hiçbir kimse tarafından evlendirilemeyeceği hükmü getirilmiştir.⁵³

Nikâh akitlerinin devletin denetim ve kontrolünde yapılması konusunda Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan itibaren istikrarlı bir gelişmenin devam ettiği görülmektedir. Osmanlı Devleti'nin bu konudaki titizliği hiç şüphesiz nikâh akitlerinin esasa veya şekle müteallik gerekli şartları gerçekleşmiş olarak yapılması ve aile kurumunun belli bir düzen içerisinde kurulmasını temin ederek kimsenin hakkının zayi olmaması hedefine yöneliktir. Bu konuda Osmanlı Devlet adamlarının ve hukukçularının başarılı bir sınav verdiklerini söylemek mümkündür.

2.3. Nikâh Akdinin Kuruluşu

Bu safhaya nikâhın akdedildiği safha veya günümüzde kullanılan tabiriyle nikâh kıyma safhası diyebiliriz. Sahih evliliğin bütün sonuçlarının mükemmel bir şekilde gerçekleşmesi, evlenme akdinin rükün ve şartlarını harfiyen yerine getirmeye, diğer bir ifadeyle akdin tam teşekkülüne bağlıdır.

2.3.1. Nikâh Akdinin Rükünleri

Rükün, bir şeyin varlığı kendi varlığına bağlı olan ve onun kendisinden bir parça teşkil eden ana unsurdur.⁵⁴ Hukukçuların tamamı icap ve kabulü nikâh akdinin rükünü olarak kabul ederler.⁵⁵ Bir kısım hukukçular ise icap ve kabulün yanında bizzat evlenecek kadın ve erkeğin nikâh akdinin rükünü olduğunu belirtirler.⁵⁶

⁵³ İbrahim Paçacı, "Sosyal Hayattaki...", s. 71.

⁵⁴ Zekiyyü'd-din Şa'ban, *Usulu'l-Fıkh* (terc. İbrahim Kafi Dönmez, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara 1990), s. 229; Vehbe Zuhaylî, *Fıkhü'l-İslâm...*, I, 70.

⁵⁵ Kemâlüddin Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 189.

⁵⁶ Ebu Zekeriya Muhyiddin en-Nevevî (676/1277), *Ravdatü't-Talibin*, (tah. Ali Muhammed Muavvid ve Adil Ahmed el-Mevcud), I-VIII, Mektebu'l-İrşad, Beyrut 1992, V, 388-97.

Buna göre rükün bir şeyi meydana getiren parçalardan öyle bir parçadır ki, o şey on-suz tamamlanmaz. Aynı şekilde evlenme akdinin rükünlerinden biri eksik olursa, akit hiç yapılmamış sayılır.

2.3.1.1. İrade Beyanları (İcap ve Kabul)

Evlilik akdi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşan rızâî bir sözleşme-dir. Evlenmede icap ve kabul nikâh akdetmekte kullanılan sözlerdir ki bunların taraflarca söylenmesinden sonra evlenme teşekkül eder.⁵⁷

İcap: Taraflardan birinin diğerinden önce, akde razı olduğunu bildirmek için söylediği sözdür. Kabul: Yapılan icabı kabul ettiğini ifade için karşı tarafın söylediği sözdür.⁵⁸

İcap ve kabul taraflardan herhangi birine has değildir. Kadın olsun erkek olsun evleneceklerin bizzat kendilerinde veya kendileri adına evlenme akdini yapacak olan veli, vekil gibi temsilcilerinden, akde razı olduğunu ilk olarak ifade edenin sözüne “icap”, ikinci olarak ifade edenin sözüne ise “kabul” denir.⁵⁹ Yani ilk teklif icap, ikincisi ise kabul niteliğindedir.

Mesela, karı koca adayının, kendi evlenme akitlerini bizzat yaptıklarını farz edecek olursak: Önce erkeğin kadına “seni eş olarak aldım” sözü “icap”; kadının “ben de seni kendime eş olarak kabul ettim” demesi “kabul” dür. Önce kadının erkeğe “ben kendimi eş olarak sana verdim” sözü “icap”; erkeğin “ben de seni kendime eş olarak kabul ettim” demesi “kabul” dür. Tarafların iradelerinin bu şekilde açıklanmasıyla nikâh akdi yapılmış olur.

2.3.1.2. Taraflar

Akdin gerçekleşmesi için tarafların varlığı zaruridir. Akit ancak tarafların mevcudiyetiyle var olur.

İslam hukukunda genel olarak evlenme, “evlenmelerinde bir sakınca olmayan bir erkekle bir kadının arasında cereyan eden müşterek hayat ve nesli sürdürmek için yapılan bir

⁵⁷ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 59, 60; Ömer Nasuhi Bilmen (1381/1971), *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu*, I-VIII, İstanbul 1979, II, 14.

⁵⁸ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli...*, I, 264.

⁵⁹ Hamdi Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle Aile İlmihali*, Altınoluk Yay.: İstanbul 1995, s. 157.

akittir” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda da görüldüğü gibi evlenme ancak bir erkekle bir bayan arasında mümkün olur. Aynı cinsten iki kişinin evlenmesi hem hukuken hem de ahlaken mümkün değildir.⁶⁰ Bununla beraber melek, cin, peri gibi insanüstü varlıklarla evlenme imkânı yoktur. Dolayısıyla tarafların farklı cinsten olması en az irade beyanları kadar önemlidir. Bu durum tarafların evlenmenin esasına ilişkin şartlardan olduğunu bize göstermektedir.

2.3.2. Nikâh Akdinin İn’ikad (Kurulma) Şartları

Nikâh akdinin in’ikad şartları, nikâh akdinin vücuda gelmesi ve hukuki bir sonuç doğurması için gereken şartlardır. İslam hukukuyla ilgili eserlerde in’ikad şartları hususunda bazı farklılıklar vardır. Bunlar esas itibariyle birkaç ana başlıkta toplanabilir. Evlenecek olan tarafların; kadın ve erkeğin evlenme ehliyetine haiz olması, kadının dişiliğinin, erkeğin erkekliğinin tam olması, taraflar arasında evlenme engelini olmaması, kadın ve erkeğin rızalarını beyan eden aynı mecliste yapmaları⁶¹ icap ve kabul kiplerinin herhangi bir şart ihtiva etmemesi, sonuçlarını doğurmaya hemen hazır olması ve birbirine uygun olması gerekmektedir.⁶²

2.3.2.1. Taraflara İlişkin Şartlar

2.3.2.1.1. Ehliyet

Nikâha gerek kendisi ve gerekse velayet veya vekâlet ilişkisi ile başkası adına iştirak edenlerin nikâha ehil olmaları şarttır. Bu da akıl ve temyiz kudretiyle olur. Akıl hastasının ve mümeyyiz olmayan çocuğun gerek kendileri ve gerekse başkaları için akdettikleri nikâhlar ehliyetsiz oldukları için batıldır.⁶³

Tam ehliyette önemli bir yeri olan buluş için Hanefî mezhebinde başlangıç yaşı kızlarda dokuz, erkeklerde on iki olarak kabul edilmiştir. Ebu Hanife’ye göre biyolojik olarak kızlarda on yedi, erkeklerde on sekiz yaşında buluşa ermeyenler bâliğ sayılır. Ebu Yusuf

⁶⁰ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 83; Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akitler*, A.H.İ. Yay., İstanbul 2006, s. 246.

⁶¹ Vehbe Zuhaylî, *Fıkühü’l İslâm...*, IX, 42.

⁶² Ebu Bekr b. Mesud Alâü’-d-Din el-Kâsânî (587/1191), *Bedâiu’s-Sanâi fi Tertibi’s-Şerâi*, I-VII, Beyrut 1982, II, 233-4.

⁶³ Zekiyyü’d-din Şa’ban, *el-Ahkamü’s-Şer’iyye li’l-Ahvali’s-Şahsiyye*, Beyrut 1978, s. 100; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 17.

ve Muhammed'e (189/805) göre bu yaş her ikisi için on beştir.⁶⁴ Bu yaşlara ulaşan ve akıl hastası olmayan kimseler tam ehliyetli sayılır.⁶⁵

Evlenme ehliyeti kişilere göre farklı kategorilere ayrılır. Tam evlenme ehliyetine sahip olan kişiler kendileri evlenebilirler. Mümeyyiz âkil ve bâliğ olan kişiler Hanefilere göre tam evlenme ehliyetine sahiptirler.⁶⁶

Hanefî mezhebine göre aile hukuku bakımından kadın veya erkek akıllı ve buluğa ermiş olan herkes tam ehliyetlidir.⁶⁷ Bu hususta Hanefî mezhebi mezhepler arasında en özgürcü olanıdır. Hanefî mezhebi dışındaki üç mezhebe göre akıllı ve bâliğ erkek dilediği gibi nikâh akdetmeye muktedirse de, buluğa ermiş de olsalar kızlar, ancak velileri vasıtasıyla evlenebilirler.⁶⁸

Eksik ehliyetliler ise mümeyyiz küçükler, matuhlar ve kölelerdir. Bunlar ancak velilerinin izin veya icazetiyle evlenebilen veya velileri tarafından evlendirilen kimselerdir. Mümeyyiz küçükler, temyiz kudretine sahip çocuklardır. Hanefilere göre bunlar nikâha bizzat iştirak edebilirler, fakat nikâhları velilerinin icazetine kadar askıdadır (mevkuf). Şunu da ilave edelim ki bu guruba giren kimseler velileri tarafından rızaları hilafına da evlendirilebilirler. Matuhlar ve köleler de, kendi başlarına evlenebilirler fakat nikâhları velayeti altında buldukları kimselerin icazetine kadar askıdadır.⁶⁹

Hezl meselesinde ise kişinin ciddiyet durumu ehliyete doğrudan etki eder. Bu durum nikâh akdinde diğer akitlere göre farklılık arz eder. Diğer akitlerde ciddiyetsizlik ve şaka akdi batıl kılarken, nikâh akdinde ise ciddisi ve şakası arasında fark yoktur. Her iki durumda da akit yapılmış olur. Bu durum hadisi şerif ile şu şekilde ifade edilmiştir. “Üç şey var-

⁶⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye...*, II, s. 7.

⁶⁵ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 22,23.

⁶⁶ Abdülkerim Zeydân, *el-Mufasssal Fi Ahkami-l Mer'eti ve-l-Beyti'l Müslim fi-ş Şeriatil İslâmiyye*, I-XI, Beyrut 1994, VI, 95-6.

⁶⁷ Muhammed Ebu Zehra (1394/1974), *Usulü'l-Fıkh*, (trc. Abdülkadir Şener), Ankara 2000, s. 291.

⁶⁸ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 22.

⁶⁹ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı ...*,s. 23.

dır ki ciddisi de ciddidir, şakası da ciddidir: Nikâh, talak ve boşanan kadına kocasının yeniden dönmesi”⁷⁰.

Hukuki tasarruflara tesir eden sarhoşluk için ise çeşitli tarifler verilmiştir. Tutunan bir tarife göre bu sarhoşluk, kişiyi normal ve mutad davranışların dışına iten sarhoşluktur. Hanefilere göre dinin haram kıldığı yoldan sarhoş olan şahıs ehliyet sahibidir, bu sarhoşluk hiçbir tasarrufun geçersizliğine sebep teşkil etmez. Diğer müçtehitlerin bir kısmı sarhoşun akit ve tasarruflarının tamamını, bir kısmı ise yalnızca akit ve ikrarını geçersiz saymıştır.⁷¹

Evlenmenin, her şeyden önce bedeni ve ruhi bir olgunluğa ihtiyaç gösterdiği şüphesizdir. Ancak bu olgunluğun ne zaman ve hangi ölçüye göre gerçekleşeceği şüphelidir. Eski hukuklardan bazılarında kabul edilen (âzami yaş haddi) sistemi bugün geçerli değildir, (asgari yaşa gelince), mesela İslam hukukunda bu had (buluğ çağı) olarak kabul edilmekteydi; yani gerçekten bâliğ olan kimsenin-ayrıca yaşına bakmaksızın-evlenme imkânı doğmuş demektir. Roma Hukukunda da bu tarz görüşlere rastlamak mümkündür. Bugün ise, buluğ gibi zamanı belirsiz ve kişilere göre değişen bir ölçüye dayanmanın doğru olmadığı kabul edilmiştir. Evlenmek için bir taban yaşın (asgari yaş) tespiti her halde zorunlu görülmüştür. Ancak bu yaş, evlenme arzusunun belirmeye başladığı tarihlere uygun olmalıdır ki, meşru olmayan ilişkilere, sun’i yaş tashihi davalarına yol açılmış olmasın. Nitekim TMK İsviçre’den alınırken memleketimiz halkının bedeni gelişmeleri ve yıllar boyunca yerleşmiş âdetleri göz önünde tutulmuş ve İsviçre’de normal evlenme yaşı erkekler için 20, kızlar için 18 iken, bizde erkek için 18, kız için 17 yaş kabul edilmişti.⁷²

Günümüzde ise erkek veya kadın 17 yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple 16 yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.⁷³

2.3.2.1.2. Velayet ve Velinin Yetkileri

⁷⁰ Ebû Dâvûd, Talak 9; Tirmizi, Talak; 9

⁷¹ Hayrettin Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku (1. 2. 3 Ciltler Bir Arada)*, 10. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, s. 561

⁷² Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 138-9.

⁷³ TMK, Kanun no: 4721, md.: 124.

Genel anlamda evlenmede velâyet denildiğinde akdin bir başkasının iznine bağlı olması ya da başkalarının rızalarını almaksızın evlendirebilme yetkisine sahip olma anlaşılır. Bu yetkiyi elinde tutan kişiye de “veli” denir. Veli’nin tam ehliyetli (akıllı, buluğa ermiş ve hür) ve Müslüman olması gerektiği hususunda İslâm Hukukçuları arasında görüş ayrılığı yoktur. Hanefilerin dışındaki fukahaya göre de veli erkek ve dini vecibelerine bağlı olmalıdır. Fâsik, veli olamaz. Hanbelîler buna reşit olma şartını da eklemektedirler. Burada veli tarafından evlendirilmeleri söz konusu olan kimseler eksik ehliyetliler ile ehliyetsizlerdir. İslâm Hukukunda velayet, bu grupta yer alanların haklarını korumak amacıyla kabul edilmiş bir müessesedir.⁷⁴

Başkasına veli olma durumu kendisi içerisinde; velayeti nedb ve velayeti icbar olarak iki kısma ayrılır. Velayeti icbar, ister kabul etsin, ister etmesin, tasarrufun başkası adına yürürlük kazanmasıdır,⁷⁵ hakiki velayet budur ve bütün veliler tertip üzere bu hakka sahiptirler.⁷⁶ Bu çeşit velayet tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler hakkında geçerlidir. Hanefî dışındaki mezhepler bakire kızı da bu kapsamda değerlendirmişlerdir. Dolayısıyla Hanefîlere göre aslında sadece “mücbir veli” vardır.⁷⁷

Velayeti nedb ise velayeti altındaki kişiyi ancak onun rızası ile evlendirebilme yetkisi veren velayet türüdür. Buluğa ermiş kızlar bu çeşit velayetin altına girerler. Bunlar kendisini kötü ahlaka nispet olunmaktan korumak için evlenme işini velisine havale eden akıllı ve ergen kadınlardır. Bu velayet çeşidine aynı zamanda velayet-i istihbab da denir.⁷⁸

Bu velayet türü (velayet-i nedb) Hanefî mezhebine göre hakiki anlamda bir velayet değil, vekâlet mahiyetinde bir velayettir. Daha açık bir ifade ile bu durumda olan bir kadı-

⁷⁴ Ebu Bekr ibn Mesud Alâü’-d-Din el-Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi ...*, II, 237, 239; Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 355; Nevevî, *Ravdatü’t-Talibin*, V, s. 408; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli...*, I, 250; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 24.

⁷⁵ İbn Nüceym, Zeynüddin Zeynülbâidin Zeyn b. İbrahim (970/1563). *el-Bahru’r-rekaik şerhu kenzi’d-dekaik*, yy. ts. (el-Matbau’l-İlmiyye), III, 117; Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm, *Fethu’l Kadîr*, III, 255.

⁷⁶ Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm, *Fethu’l Kadîr*, III, 172-183.

⁷⁷ Abdurrahman el-Ceziri (1360/1941), *Kitabu’l-Fıkh ale’l-Mezahibi’l-Erbaa*, I-VIII, Beyrut 1972, IV, 28-9.

⁷⁸ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye...*, II, s. 8.

nın, hayâsızlığa nispet edilmemek için evlenme işini velisine havale etmesinden ibarettir ve bu muamele müstehap kabul edilmiştir.⁷⁹

Bir de velayet-i şirket vardır ki, akıllı ve ergen hür bir kadın ile velisi arasında müşterek bir velayettir. Buna göre, böyle bir kadın velisinden izinsiz evlenme akdi yaparsa, akdin yürürlüğü velisinin icazetine; velisi rızasını almadan onu evlendirirse, akdin yürürlüğü onun icazetine bağlıdır.⁸⁰ Buna göre ne kadın ne de velisi izinsiz evlenme akdi yapabilir. Eş seçimine birlikte karar verirler. Aksi takdirde akit yürürlük kazanmaz.

Evlenmede veliler iki grupta toplanırlar. Birinci grubu velayeti has olarak isimlendirilen velayeti altında bulunan kimseyi evlendirme yetkisine sahip olan yakınlardır. İslâm Hukukçularının çoğunluğuna göre sıralamada bazı farklılıklar bulunmakla birlikte bu gruba asabe velîler dahildir. Asabe bir kimsenin araya kadın girmeden kendisine bağlanan erkek akrabalarına denir.⁸¹ Bunlar:

- a. Oğulluk ilişkisi bulunanlar: Oğul, oğulun... oğlu.
- b. Babalık ilişkisi bulunanlar: Baba, onun babası (dede)...
- c. Kardeşlik ilişkisi bulunanlar: Öz erkek kardeş veya bunların erkek çocukları, baba bir erkek kardeş.
- d. Amcalık ilişkisi bulunanlar: Öz amca, baba bir amca veya bunların erkek çocukları.⁸²

Hanefî mezhebine göre velayette sıra bu şekildedir. Bu sıralamanın önemi şuradadır. Önceki veli varken sonraki sırada bulunan bir veli velâyeti altında bulunanı evlendiremez.⁸³

Diğer gruba ise velayeti âmî adı verilir. Hususi velinin bulunmadığı zaman velayet umumi veliye intikal eder. Umumi veli devlet başkanı ve hâkimdir.⁸⁴ Bu anlayış “velisi

⁷⁹ Muhammed Emin bin Âbidin, *Reddu'l-Muhtâr...*, III, s. 55.

⁸⁰ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye...*, II, s. 47.

⁸¹ Hayrettin Karaman, “Asabe”, *DİA*, İstanbul 1991, III, s. 452.

⁸² Muhammed Emin bin Âbidin, *Reddu'l-Muhtâr...*, II, 311-13.

⁸³ Safet Köse, “İslâm hukukuna Göre Evlenmede Velayet” *İHAD*, S. 2, 2003, s. 103; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 26; Hamdi Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 281.

olmayanın velisi sultandır (devlet başkanı)” hadisinden kaynaklanmaktadır.⁸⁵ Ebû Hanîfe’ye (150/767) göre ise asabe derecesinde veli bulunmadığında velayet anne, kız, oğlun kızı, kızın kızı, öz kızkardeş, yakınlık derece ve kuvvetlerine göre üvey kardeşler ve nihayet zevi’l-erhâm’a geçer.⁸⁶

İslam hukukunda bütün mezhepler evlenme akdinde velâyete büyük önem vermişlerdir. Çünkü Kur’ân-ı Kerîm’in ifadesiyle evlilik akdi “ağır ve mes’uliyetli bir sözleşme (mîsâken ğâlîza, Nisa, 4/21)” dir. O halde bu ağır yük paylaşıldıkça hafifleyecek ve ortaya çıkacak problemlerin çözümü bu paylaşıma paralel olarak kolaylaşacaktır. Bu açıdan bakıldığında evlilik akdinde velinin ayrı bir yeri bulunduğu inkâr edilemez. Çünkü veli, velisi olduğu kızın menfaatini koruyan bir yakını olarak onun problemlerini benimseyen ve bunu kendi sorunları ile eşdeğer tutan bir konumda bulunmaktadır. Ancak bu noktada velinin velayeti altında bulunan kişilerin evliliğinde yetki sınırının nereye kadar uzandığı problemi ile karşı karşıya bulunmaktayız. Her şeyden önce bütün mezhepler velâyet yetkisiyle evlenecek kızın haklarının öncelikli olarak korunması noktasında görüş birliği içindedirler. Bu noktada kızın dengi ile ve emsal mehri ile evlenmesi asıldır. Bu hem kızın, hem velilerin, hem de akraba kızların haklarını korumaktadır. Böyle bir evlilikte Hanefîler velinin iznine gerek görmezlerken diğer mezheplerde de bu izin bir formaliteden ibarettir. Çünkü böyle bir evliliğe veli izin vermez ise yetkisini suiistimal etmiş olacağından kızı sıradaki veli evlendirecektir. Bu durumda anlaşmazlık çıktığında kızın dengi ve emsal mehri ile evlenmesi velinin haklarını koruma açısından yeterli olacağından kızın tercihi esas alınmalı, yetkinin diğer veliye geçmesi gibi bir formalitenin aile içi çekişmeleri beraberinde getirebileceği de düşünülerek veli’nin velâyeti sona ermiş olmalıdır. Bir ömür geçireceği eşini seçme konusundaki karar ya da izin elbette sadece veli’nin elinde olmamalıdır. Mutlu ve kalıcı bir evlilik yapabileceklerine inanan denk adayların önündeki engeller kaldırılmalıdır.

⁸⁴ Ebu’l-Hasan Ali b. Ebû Bekir Merğınânî (593/1197), *el-Hidâye şerhu Bidâyeti’l-Mübtedî*, I-II, İstanbul 1290, I, s. 207; Ceziri, *Kitabu’l-Fıkh...*, IV, 28; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 26.

⁸⁵ Ebû Dâvûd, “*Nikâh*”, 19; Tirmizî, “*Nikâh*”, 15; Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvinî İbn Mâce, (ö.273/887), *Sünen*, I-II, Dâru Sahnûn ve İstanbul 1992, “*Nikâh*”, 15; Dârimî, “*Nikâh*”, 11; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 250; Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Cu’fî el-Buhârî, “*Nikâh*”, 40.

⁸⁶ Ebu Bekr ibn Mesud Alâü’d-Din el-Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi ...*, II, 240-41; Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 350-1; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli...*, I, 250-51; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 25-6.

Zira ister dul, isterse bekâr olsun hukukî şahsiyet sahibi olan bir kişinin sırf kadın olması maslahatını koruyamama noktasında temel bir sebep olamaz. Fakat ileride doğabilecek problemlerin kabulü ve kızın kendi başına kalmasını önleme açısından evlilikten aile ve toplum haberdar olmalıdır.⁸⁷

2.3.2.2. İrade Beyanlarına İlişkin Şartlar

Nikâh akdinin en önemli unsuru irade beyanıdır. İrade beyanından kasıt ise icap ve kabuldür.

2.3.2.2.1. İrade Beyanlarının Yapılış Şekli

Evlilik akdi nikâh ve zevac kelimeleriyle kurulduğu gibi beldelerin örf ve adetlerine göre de yapılabilir. Evlenmede icap ve kabul herhangi bir dille ifade edilebilir. Aynı şekilde irade beyanı sözlü veya yazılı olarak kurulabilir. İrade beyanlarını ifade edecek kişilerin hazır bulunmadığı durumlarda ise irade beyanlarını yazılı olarak yapmaları mümkündür, bunların icap ve kabulleri şahitler huzurunda okunması gerekir.

Dilsizlerin evlenmesi kendilerine mahsus işaretleriyle inikat eder; yeter ki bu işaretler onların evlenme niyetlerini göstere. Nikâh meclisinde hazır olan taraflar yazılı olarak icap ve kabulde bulunamazlar. Yazılı olarak, icapta bulunma hâli, sadece gaip olan kişiler için kabul edilmiştir.⁸⁸

2.3.2.2.2. İrade Beyanlarının Sıygası

İrade beyanlarının kesinlik ifade eden açık lafızlar olması gerekir.⁸⁹

İcap ve kabulün şarta bağlı ve kullanılan sıyganın da "gelecek zaman" olmaması gerekir. Genellikle, icap ve kabulün her ikisi de "geçmiş zaman = mazi" sıygasında olur. Bazen icap şimdiki zaman, kabul de mazi sıygasıyla ifade edilir. İcapın geniş zaman ve kabulün mazi ile ifadesi de mümkündür. Bazen de icap emir, kabul ise mazi sıygası da olabilir. Ancak nikâh konusunda emir sıygasının rolü imamlar arasında tartışmalıdır.⁹⁰

⁸⁷ Safet Köse, "İslâm hukukuna...", s. 112-3.

⁸⁸ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 63.

⁸⁹ Ahmet Yaman, *İslâm Aile Hukuku*, Konya 1998, s. 37.

⁹⁰ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 62, 63.

2.3.2.2.3. İrade Beyanlarının Uyuşması

İcap ve kabul her bakımdan birbirine uygun olmalıdır. Tarafların evlenme konusundaki iradeleri açık bir şekilde anlaşılmalı ve birbirlerine uygun olmalıdır. İcap ve kabul arasında hata, hile veya ikrah sebebi ile bir fark varsa, evlenme inikat etmez. Tatbikatta çoğu zaman şu ihtimalden bahsedilir: Bir baba kızlarından birini ismini zikrederek bir erkeğe verir ve erkek de o kimsenin öteki kızlarından birinin adını söyleyerek icabı kabul eder. Tabiidir ki bu bir faraziye'dir ve bu halde evlenme inikat etmez. İcap ve kabulün birbirinden farklı olması meselesi bilhassa mehirde ortaya çıkar. Örneğin, kadın belli bir miktar mehirle evlenme teklif etmiş ve erkek teklifi kabul etmekle beraber, daha az bir mehir vermek istediğini bildirmişse, icap ve kabulün birbirine uygunluğundan bahsedilemez. Buna karşılık, erkek kadının istediğinden daha fazla bir mehir vermek istiyorsa, icap ve kabul arasındaki bu farkın evlenmenin inikadına engel olmaması gerekir⁹¹.

2.3.2.2.4. İrade Beyanlarının Aynı Mecliste Yapılmış Olması

Tarafların rızalarını beyan eden icap ve kabullerini araya başka bir iş veya icaptan dönüşü ifade eden bir davranışın girmediği aynı toplantıda söylemeleri gerekir. Buna meclis birliği (ittihadü'l-meclis) denir.⁹² Mektup ve elçi göndermek suretiyle akdedilen nikâhlarda mektubun okunduğu ve elçinin haberi ulaştırdığı meclis nikâh meclisi sayılır ve bununla meclis birliği gerçekleşmiş olur. Meclis birliği bozulmadıkça kabulün hemen icabı takip etmesi Hanefiler ve Hanbelîlerce şart değildir, Şafiîlere göre ise bu şarttır.⁹³

2.3.2.2.5. İrade Beyanlarının Şartsız Olması

İcap ve kabul sıygalarının tenciz sıygası olması gerekir. Sıyganın tenciz sıygası olması demek geciktirici (taliki) veya bozucu (infisahi) bir şartı ihtiva etmemesi, sonuçları doğurmaya hemen hazır olması demektir.⁹⁴ Evlilik akdi İslam hukukunda temlik ifade eden

⁹¹ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 61.

⁹² Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 42; Zekiyyü'd-din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye ...*, s. 101.

⁹³ Ebu Bekr ibn Mesud Alâü'd-Din el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi ...*, II, 233; Zekiyyü'd-din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye ...*, s. 101,102, Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 17,18.

⁹⁴ Ahmed Abid Kubeysî, *el-Ahvalü's-Şahsiyye fi'l Fıkh ve'l Kada ve'l Kanun*, Bağdat 1957, s. 57; Zekiyyü'd-din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye ...*, s. 104; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 19.

bir akit olduğundan, irade beyanlarının ileride gerçekleşmesi şüpheli olan bir olaya bağlanması akdin kurulmasına engel teşkil eder.

Tarafların birinin “Annemin-babamın razı olması şartıyla seninle evleniyorum” gibi bir taliki şartın veya “velim razı olmazsa bozulması şartıyla evlenmeyi kabul ediyorum” gibi bozucu şartın evlilik akdine dâhil edilmesi mümkün değildir. Bu şekilde yapılan evlilikler geçerli olmaz.⁹⁵ Fakat bu şartların dışında meşru görülen kayıtlandırıcı (takyidi) bir şartın konulması uygun görülmüştür. Hz. Peygamberin “Müslümanlar kendi aralarında belirledikleri şartlara uyarlar, ancak helali haram veya haramı helal kılan şart müstesnadır”⁹⁶ hadisi bizlere bu şartlarla ilgili bir ölçü belirlemiştir. İleri sürülen bu şartın diğer şartlardan farkı şartın kişinin kendi iradesiyle meydana gelmesi, üçüncü şahısların iradesine bırakılmaması ve akdin hüküm ve sonuçlarını hemen doğurmasıdır.

2.3.3. Nikâh Akdinin Sıhhat (Geçerlilik) Şartları

Akdin hukuki bakımdan geçerli bir şekilde gerçekleşmesini sağlayan şartlara sıhhat şartları denir. Geçerli bir nikâhın meydana gelmesi sıhhat şartlarının bulunmasıyla meydana gelir. Aksi halde, eksikliğin durumuna göre nikâh “batıl” veya “fasit” olur. Nikâh akdinin geçerli olabilmesi için gerekli olan sıhhat şartları şunlardır:

2.3.3.1. Şahitler

Sıhhat şartlarından birincisi akit anında iki şahidin bulunmasıdır. Bu durum, Hanefî, Şafî ve Hanbelî mezhebine göredir. Malikî mezhebine göre şart olan nikâh anında iki şahidin hazır bulunması değil evliliğin fiilen gerçekleştiği anda (düğün sırasında) hazır bulunması veya ilandır. Hanefî mezhebi dışındakiler şahitlerin erkek olmasını şart koşarlar. Hanefiler ise iki erkek veya bir erkek iki kadın şahidin şahitliğini kabul etmektedirler. Şahitlerin akıllı, buluğa ermiş, hür ve Müslüman olmaları ve tarafların icap ve kabullerini birlikte işitmeleri şarttır.⁹⁷

⁹⁵ Hamdi Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 159.

⁹⁶ Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Cu'fi el-Buhârî, *İcare*, 14; Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr et- Tirmizi, *Ahkâm*, 17.

⁹⁷ Ali b. Ebi Bekr Merğmânî, *el-Hidaye*, I, 195, 196; Ceziri, *Kitabu'l-Fıkh...*, IV, 17; Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 57; Zekiyyüd'din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye ...*, s. 113; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 20.

Kur'an-ı Kerim'de Allah Teâlâ şahitler konusunda şöyle buyurmaktadır: “Erkeklerinizden iki şahit tutun. Eğer iki erkek olmazsa, o durumda razı olacağınız şahitlerden bir erkekle iki kadın yeter”⁹⁸ ayet ticaretle ilgili olmakla birlikte nikâh akdini de kapsamına almaktadır. Şahitlerin bulunması genellikle anlaşmazlık durumunda tarafların haklarını korumada ispat kolaylığı sağlar. Şahitlerin varlığı nikâh akdinin topluma duyurulmasını sağlar ve tarafları zina töhmetinden korur, evliliği zinadan ayırır.

2.3.3.2. Evlenme Engelinin Olmayışı

Bu guruba giren evlenme manilerinde hukukçular arasında bir ittifak yoktur. Şayet ittifak olsaydı buna riayet bir sıhhat şartı değil, bir in'ikad şartı olurdu. Bain talak iddeti bekleyen kadınla, evlenmenin yasak oluşu hususunda hukukçular arasında bir görüş birliği yoktur. O halde buna riayet bir sıhhat şartıdır ve riayetsizlikte akdin neticesi butlan değil fesattır.⁹⁹

2.3.3.3. İkrahin Olmaması

Hanefiler nikâhta cebir ve tazyikin olmamasını sıhhat şartı olarak kabul etmezler. Onlara göre mükrehin (cebir ve tazyikle zorlananın) nikâhı sahihtir.¹⁰⁰ Bu durumda zorlananın rızası yoksa da kasıt ve tercihi olduğu için nikâh geçerlidir. Çünkü Hanefiler cebir ve şiddete uğrayanı şaka yapan kimseye kıyaslayarak Rasulullah'ın şu hadisini delil gösterirler “üç şeyin şakası da ciddidir, ciddisi de ciddidir; nikâh, talak ve talaktan dönüş.”¹⁰¹

Diğer üç mezhebe göre ise ikrahin olmayışı bir sıhhat şartıdır ve buna riayetsizlikte nikâh fasittir.¹⁰² Onlara göre mükrehin nikâhı geçersiz olur. Buna delil olarak Hz. Peygamberin şu hadisini vermişlerdir: “Allah Teâlâ ümmetimden yanılma, hata ve zorlandıkla-

⁹⁸ Bakara, 2/282.

⁹⁹ Zekiyü'd'din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye* ..., s. 118; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 20

¹⁰⁰ Zekiyü'd'din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye* ..., s. 123; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 20-1; Muhammed Ebu Zehra (1394/1974), *el-Milkiyyetu ve Nazariyyetü'l-Akd*, Daru'l-Fikr, Ts. s. 224.

¹⁰¹ Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr et- Tirmizi, “*Talak*”, 9; Ebu Dâvûd Süleyman b. Eş'as b. İshâk es-Sicistânî, “*Talak*”, 9.

¹⁰² Zekiyü'd'din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye* ..., s. 123; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 20-1.

rı şeylerin hükmünü kaldırmıştır.”¹⁰³ Kanaatimizce uygun ve isabetli olan görüş budur. Çünkü bu insan haklarına ve hukukun ruhuna ters düşmemektedir. Dahası 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesi(HAK) 57. maddesi de bu görüşü esas alarak mükrehin nikâhını fasit saymıştır.

2.3.3.4. Nikâh Akdinin Süreli Olmaması

Nikâh akdi esnasında yapılan irade beyanlarının süreklilik bildiren bir üslupla ifade edilmesi gerekir. Nikâh akdinin herhangi bir zaman dilimi ile sınırlandırılması şart koşulmamalıdır. Akit belirli bir süre ile yapılmışsa mesela “bu ülkede kaldığım sürece seninle nikâhlı kalacağım”, “bu okul bitinceye kadar seninle nikâhlandım” dese nikâh akdi batıl olur. Bu şekilde kısıtlanan nikâh türleri Sünni mezheplerde geçersiz kabul edilirken Şii İmamiyye mezhebinde geçerli kabul edilir.

2.4. Nikâh Akdinin Sonuçları

Nikâh akdi yapılmakla aşağıdaki haklar doğar.

2.4.1. Kadının Hakları

2.4.1.1. Mehir Hakkı

Mehir, nikâh bedeli, ağırlık anlamındadır. Kadının nikâh akdiyle hak kazandığı mal anlamına gelir.¹⁰⁴ İslam hukukunda, evliliğin sonuçlarından biri kadının mehir almaya hak sahibi olmasıdır. Kadının evlilik nedeniyle hak sahibi olduğu mehir erkeğin evlenirken kadına verdiği veya taahhüt ettiği para veya maldır.¹⁰⁵ Mehrin gerekliliği Kitap¹⁰⁶ ve Sünnetle¹⁰⁷ sabittir.

Mehir, kadının veya ondan istifade hakkının bedeli değildir, erkeğin kadına verdiği değer, ona rağbet etmesinin bir sembolüdür, armağan kabilindedir. Bazı din ve hukuklarda kızlar kendilerine rağbet edilsin ve talep çıksın diye para ve mal biriktirmekte, evle-

¹⁰³ Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvinî İbn Mâce (ö.273/887), *Sünen*, I-II, Dâru Sahnûn ve İstanbul 1992, “*Talak*”, 16.

¹⁰⁴ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk...*, s. 284.

¹⁰⁵ Şemseddin Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî (483/1091), *Kitâbu'l-Mebsût*, V, 62-4; Ebu Bekr ibn Mesud Alâü'd-Din el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi* ..., II, 274-304.

¹⁰⁶ Nisâ 4/4-24.

¹⁰⁷ Nesâî, “*Nikâh*”, 76; Ebû Dâvud, “*Nikâh*”, 24-5.

nirken bunu kocalarına vermektedirler. İslam kadına verdiği değeri mehir hakkı ile de ispat etmiş, kadının servetine değil bizzat kendisine rağbet edilmesini gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰⁸

Mehrin asgari miktarı hususunda farklı görüşler vardır. Şafî ve Hanbelilere göre mehrin asgari bir miktarı yoktur. Hanefilerde bu miktar on, Malikilerde üç dirhem gümüş-tür. Mehrin yukarı sınırı içinse bir miktar tespit edilmiş değildir. İslam hukukunda mal denebilecek her şey ve maddi bir değeri olan her menfaat mehir olabilir.¹⁰⁹

Mehir nikâh akdinin doğurmuş olduğu bir hak olduğu için akit esnasında bahsedilme-se dahi kadının lehine bir alacak olarak doğmaktadır.

Mehir genel olarak iki kısma ayrılmaktadır: Mehr-i müsemma ve mehr-i misl. Ayrıca mehr-i müsemma kendi arasında mehr-i muaccel (peşin) ve mehr-i müeccel (veresiye) diye ikiye ayrılır.

Mehr-i müsemma: Akit sırasında veya akitten sonra belirlenen mehirdir. Akit sırasında üzerinde açıkça ittifak edilen veya akitten sonra kadın için kararlaştırılan veya hâkimin kararlaştırdığı mehirdir.

Mehr-i misl: Nikâh akdinde mehrin miktarının taraflarca belirlenmemesi sonucunda, miktarın kızın babası tarafından emsali ve akranlarına kıyas edilerek belirlenen mehire denir. Bu mehir nikâh esnasında herhangi bir sebeple mehrin belirlenmemesi veya mehir miktarının iptali sonucunda uygulanır.

Nikâh esnasında miktarı tespit edilen mehir ödeme şekli bakımından ikiye ayrılır. Mehr-i muaccel ve mehr-i müeccel.

Peşin olarak ödenen mehre mehr-i muaccel denir. Tarafların mehrin miktarını tespit etmiş olmakla beraber ödeme şekli üzerinde durmamışlarsa, peşin olarak ödenecek miktar örf ve âdete göre tespit edilir.¹¹⁰

¹⁰⁸ Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla İslâm hukuku*, s. 333-4.

¹⁰⁹ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 31; Ceziri, *Kitabu'l-Fıkh...*, IV, 105; Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 183-4; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli...*, I, 283; Zekiyyü'd-din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye ...*, s. 264.

¹¹⁰ Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm, *Fethu'l Kadîr*, II, 472-3.

Ödemesinin, evlilik, boşanma veya ölüm sonuna bırakıldığı mehir çeşidine mehri müeccel yani ertelenmiş mehir denir. Şayet ödemenin ne zaman yapılacağı kararlaştırılmamışsa ölüm veya boşanma sonucunda verilmesi gerekir.¹¹¹

Sahih bir nikâhın mehri gerektirdiği bilinmektedir. Fakat kadının mehrin tamamına hak kazanabilmesi için zifaf veya sahîh halvet vuku bulmalı veya bundan önce taraflardan birisi vefat etmelidir.¹¹² Nikâhtan sonra fakat zifaf veya sahîh halvetten önce bir ayrılık vuku bulur da bu ayrılığa koca sebep olursa kadın mehrin yarısına hak kazanır. Şayet kadın sebep olmuşsa veya erkek buluş muhayyerliğinden dolayı nikâhı feshettirmişse bu durumda kadın mehir namına hiçbir şey alamaz.¹¹³

2.4.1.2. Nafaka Hakkı

Kişinin bakmakla yükümlü olduğu şahısların, sosyal seviyesine göre normal bir hayat sürdürebilmeleri için ihtiyaç duyduğu ve mükellefin de temin ile yükümlü bulunduğu şeylerin tümüne denir. Buna göre mükellef, ekonomik gücüne göre, bakmakla yükümlü olduğu kişinin yiyecek, giyecek, mesken ve tedavi masraflarını karşılamalıdır. Ayrıca ekonomik gücü yerindeyse eşine gerektiğinde hizmetçi tutmakla yükümlüdür.¹¹⁴

2.4.1.3. Evli Eşin Nafakası

Kocanın nafaka borcuyla mükellef olması için zengin olması gerekmediği gibi, kadının fakir olması da gerekmez. Kadın zengin olsa bile nafakası kocaya aittir. Kocanın nafaka borcuyla mükellef olabilmesi için sahîh bir nikâh akdinin yanında kadının fiilen evliliğe hazır bir durumda olması da gerekmektedir.¹¹⁵ Kocasının evine taşınmayı reddeden veya evlilik için elverişli olmayacak derecede küçük olanlara karşı kocanın bir nafaka borcu

¹¹¹ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 31-2.

¹¹² Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 196, 198, Zekiyyü'din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye ...*, s. 281-2.

¹¹³ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 32; Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 214; Zekiyyü'din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye ...*, s. 291-2.

¹¹⁴ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli...*, I, 286; Talâk 65/7; Nisa 4/19; Bakara 2/233.

¹¹⁵ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli...*, s. I, 287.

yoktur.¹¹⁶ Belirtilen şartlar gerçekleştiğinde eş nafakaya hak kazanmış olur; bunun için hâkimin hükmüne veya tarafların rızasına ihtiyaç yoktur.¹¹⁷

Kocaya yüklenen bu borcun muhtevası, eşlerin durumları nazara alınarak tespit olunur. Her iki eş de zenginse koca eşine lüks bir nafaka vermek zorundadır. Her ikisi de fakirse, basit ve biri zengin biri fakirse orta derecede bir nafaka tespit etmek gerekir. Fakir olan koca ise, tespit edilen nafakadan gücünün yettiği kadarını öder ve kalanı kadın için bir alacak teşkil eder. Kadın, kocanın durumu düzeldiği zaman bakiye nafaka alacağını isteyebilir. Ancak Şafiiler nafakanın tespitinde sadece kocanın durumunu nazara alırlar. Bu yol daha mantıki ve Talak Suresinin "Hali vakti yerinde olan nafakayı genişliğine göre versin. Rızık kendisine daraltılmış bulunan fakir de nafakayı Allah'ın ona verdiği gibi versin. Allah hiçbir nefse, ona verdiği gibi başkasını yüklemesin...", hükmünü koyan 7. âyetin hükmüne de uygundur.¹¹⁸

Takdir edildiği halde karısının nafakasını temin etmeyen kocanın, hâkim, varsa görünen mallarını nafakayı temin etmek için satmak ve kocayı ödemeye zorlamak için hapsedmek hakkına sahiptir.¹¹⁹ Şayet koca fakirse bu durumda hâkim hapis kararı veremez; sadece kadın için nafaka takdir edip, borç isteme (istidane) için kadına izin verir. Böylece nafaka borcu, düşmekten kurtulup kocanın durumunun düzelmesine kadar zimmetinde bir borç olarak kalmaktadır.¹²⁰ Borç istemeye (istidane) iznin faydası şuradadır ki izinden sonra nafaka borcu kuvvetli bir borç olmakta, ancak ödeme veya ibra ile düşmekte¹²¹ ve borca doğrudan doğruya koca da muhatap olabilmektedir.¹²² Aksi takdirde birikmiş nafaka borcu Hanefilere göre zayıf bir borçtur; ölümle, talakla ve kadının itaatsiz olmasıyla düşer. Kocanın nafakadan aczi durumunda bu imkânın dışında bir kazaî boşanma (tefrük) hakkının

¹¹⁶ Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 247-50.

¹¹⁷ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 32-3; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye...*, II, 447.

¹¹⁸ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 197.

¹¹⁹ Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 259-61; Zekiyyü'd-din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye ...*, s. 331.

¹²⁰ Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 259; Zekiyyü'd-din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye ...*, s. 331-2.

¹²¹ Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 264.

¹²² Zekiyyü'd-din Şa'ban, *el-Ahkamü's-Şer'iyye ...*, s. 332.

olup olmadığı mezhepler arasında tartışma konusudur. Hanefiler bunu tanımaz, diğer mezhepler belirli şartlarla tanırlar.¹²³

Kocanın nafaka borçlusu olmasının şartı, sahih evlilik içinde kadının kocasına karşı yükümlülüklerini yerine getirmesidir. Kadının vazifelerini yapmaya hazır ise fiilen bunlar gerçekleşmese dahi nafaka hakkı devam eder. Mesela kocanın izniyle babasının evinde oturan kadının nafaka hakkı devam eder. Keza peşin mehri ödenmediği yahut kendisine layık bir mesken hazırlanmadığı için kocasının davetine icap etmeyen kadının nafaka hakkı düşmez. Boşanan yahut hâkim tarafından evliliğine son verilen (tefrik edilen) kadın, iddetinin sonuna kadar nafakadan istifade eder. Piyasa şartları değiştikçe nafakanın miktarı artar meşru bir mazereti olmadan kocasına karşı yükümlülüklerini yerine getirmeyen (itaatsiz, nâşize) kadının nafaka hakkı düşer.¹²⁴

2.4.2. Kocanın Hakları

Rükün ve şartlarına uyularak yapılan akit sonucunda meydana gelen evlilikte kocanın da bir takım hakları mevcuttur. Bunların ilk başında itaat ve kocanın evinde ikamet etmek gelmektedir.

2.4.2.1. Kadının İtaat Etmesi

Kadınların da ödevlerine denk belli hakları vardır¹²⁵, evli eş kocasına itaat etmeli ve onun hukukunu korumalıdır. Koca, eşinin mehrini ve nafakasını vermekle yükümlü olduğu gibi kadın da kocasının meşru olan emirlerine itaatle yükümlüdür.¹²⁶ Kadın meşru ve kanunen eşin ödevi kabul edilen her şeyde kocasına itaatle borçlu olduğundan, eğer koca ahlak ve adaba aykırı ve kanunun ona tanıdığı hakları ihlal eden bir şey isterse kadının itaat vecibesi ortadan kalkar.¹²⁷

¹²³ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 33-4; Ali b. Ebi Bekr Merginânî, *el-Hidaye*, I, 313; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye...*, II, 464.

¹²⁴ Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla...*, s. 336-7.

¹²⁵ Bakara, 2/228.

¹²⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye...*, II, 166.

¹²⁷ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 187.

İtaatsiz (naşize) eş, itaatsizliği dolayısıyla sahip olmuş olduğu haklarından bir kısmını dahi kaybedebilir. Kocasından habersiz evi terk eden, nafaka hakkını kaybeder.¹²⁸

2.4.2.2. Evlilik Birliğinin İkametgâhı

İslam hukukuna göre peşin mehri ödenen kadının koca evinde oturması da kocanın haklarındanıdır.¹²⁹ Bu koca için hem hak hem de bir görevdir. Koca ikametgâh tercihi yaparken, evlilik birliğinin saadeti gereği eşinin isteklerini de göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bununla beraber, objektif ve mâkul ölçülere ve durumlara uyan bir seçimi, sırf kocasına hayır demiş olmak için reddeden eşinin bu tavrına koca uymak mecburiyetinde değildir. Kocanın seçtiği eve kadın kural olarak gelmek zorundadır. Kadının, kendi evinde kirasız olarak oturmayı kocasına önermesi, buna rağmen kocanın, özgürlüğünü maddi yararından üstün tutarak bu teklife olumsuz cevap verip eşini, daha mütevazı, fakat kendisinin kiraladığı bir eve davet etmesinde de, hanımının bu davete uyması gerekir.¹³⁰ TMK'ya göre ise eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler.¹³¹

2.4.3. Müşterek Hak ve Sorumluluklar

2.4.3.1. Evlilikte Mal Rejimi

İslam hukukunda evli eşler arasında “mal ayrılığı rejimi”¹³² uygulanır. Her iki tarafında malları üzerinde diledikleri gibi tasarruf salahiyeti vardır.

İslâm hukukunda, reşit ve mümeyyiz kadın kimsenin rızasına ve yardımına ihtiyaç olmaksızın, malları üzerine ivazlı (karşılıklı) veya ivazsız (karşılıksız) her türlü tasarruf muamelesinde bulunabilir. Evlenme kadının bu ehliyeti üzerinde hiç bir değişiklik yaratmaz. Kadın, kocanın rızasını almadan malları üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Kadının hiç bir hukukî muamelesine, kocanın şu veya bu şekilde karışmak, engel olmak hakkı

¹²⁸ Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 250-1.

¹²⁹ Muhammed Ebu Zehra, *Karı Koca Hakları*, (trc. Hasan Güleç), D.E.Ü.İ.F., yy. 1987, s. 457; Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr et- Tirmizi, *Reda*, 11.

¹³⁰ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 185-6.

¹³¹ TMK, Kanun no: 4721, md.: 186/1, 2.

¹³² Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s.193

yoktur. Kadın mallarını bizzat idare edebileceği gibi, bunu kocasından başka bir şahsa da bırakabilir.¹³³

2.4.3.2. Mirasçı Olma

Evliliğin bir diğer hükmü eşlerin birbirine mirasçı olmalarıdır. Esasen aralarında kan bağı olmadığı halde nikâh akdi ile hayatlarını birleştiren eşlerden her biri diğerinin mirasçısı olma hakkını kazanır. Nitekim İslâm Miras Hukukunda mirasçı olmanın sebeplerinden biri sıhrî hısımlıktır.¹³⁴ Kur'an-ı Kerim'de “yapacakları vasiyetten veya borçtan sonra, eşlerinizin eğer çocukları yoksa bıraktıklarının yarısı sizindir. Çocukları varsa bıraktıklarının dörtte biri sizindir; çocuğunuz yoksa sizin de, yapacağınız vasiyetten ve borçtan sonra, bıraktığınızın dörtte biri onlarındır (zevcelerinizindir). Çocuğunuz varsa, bıraktığınızın sekizde biri onlarındır...”¹³⁵ şekilde ifade edilmektedir.

2.4.4. Doğumun Hukuki Sonuçları

2.4.4.1. Neseb

Geniş manada neseb bir kimsenin geldiği soy ile münasebetini kan ve hısımlık rabitasını ifade eder. Dar manada ise çocuğun ana babasıyla olan hısımlık münasebetidir.¹³⁶ Bizi burada daha ziyade dar manada neseb alakadar etmektedir.¹³⁷ Evlilikle, doğacak çocukların nesepleri bu çiftten sabit olur. Hz. Peygamber, “çocuk döşeğe aittir (nesebi evli çiftlerden sabit olur)” buyurmuştur.¹³⁸

2.4.4.2. Hidane

İslam hukukunda çocukların bakım ve terbiyesine “hidane” adı verilmektedir. Çocuğun belli bir yaşa kadar bakımı ilk önce anaya verilmiştir. Ana yoksa çocuğun bakımı ana-

¹³³ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 192-3.

¹³⁴ Şemseddin Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, XXVIII, 138.

¹³⁵ Nisa 4/12.

¹³⁶ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli...*, I, s. 335.

¹³⁷ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 51.

¹³⁸ Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Cu'fi el-Buhârî, “*Ferâiz*”, 18; Ebu'l Hüseyin Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî, “*Radâ*”, 10; Tirmizî, “*Radâ*”, 8; Ebû Dâvûd, “*Talâk*”, 34.

nın akrabalarına ve kadınlara öncelik verilerek diğer akrabalarına verilir.¹³⁹ Yalnız çocuğun bakım ve terbiyesi kendisine verilen kimse (hadine)'nin hür, akıllı ve buluğa ermiş, çocuğa bakmaya muktedir ve çocuğun ahlak ve sıhhatini korumada güvenilir bir kimse olması gerektiği gibi, hadine kadınsa çocuğa yabancı bir kimseyle de evli olmaması gerekir. Ayrıca hadinenin çocuğu, ona iyi duygular beslemeyen kimselerle birlikte oturtmaması da gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleştiğinde kadının ayrıca Müslüman olması aranmaz.¹⁴⁰

¹³⁹ Bu akrabalar için bkz. Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 432-3; Muhammed Muhyi'd-Din Abdü'l-Hamid, *el-Ahvali's-Şahsiyye*, Mısır, 1958, s. 407.

¹⁴⁰ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı...*, s. 54; Muhammed Ebu Zehra, *el-Ahval...*, s. 433-4; Muhammed Muhyi'd-Din Abdü'l-Hamid, *el-Ahvali's-Şahsiyye*, s. 404-5.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NİKÂH AKDİNİN PRATIĞİ

3.1. Nikâh Akdini Açıklayan Görüşler

Evlenmeyi meydana getiren nikâh akdini açıklamaya çalışan farklı görüşler mevcuttur. Bunlar başlıca üç grupta toplanabilir:

3.1.1. Evlenmeyi Müessese Olarak Açıklayan Görüş

Bu görüşe göre evlenme “müessese teorisi” ile izah edilmektedir. Bu teoriye göre bir müessesenin kurulması için, bir teşebbüs fikri, bu fikrin gerçekleşmeye çalışacağı sosyal çevre, bu gerçekleşmeyi sağlayabilecek organize bir kudret ile bu fikir etrafında bir elbirliği ve devamlılık bulunması gerekir. Bu şartları bünyesinde toplayan müessese, ya aynı duyguyu hisseden şuurların birleşmesiyle yavaş yavaş ortaya çıkar yahut açık bir irade beyanıyla birdenbire doğar. Evlenmede de aynı unsur ve şartlar bulunduğundan, evlilik tarafların açık irade beyanları ile doğan bir müessesedir. Bu görüş evlenme tasarrufundan çok bu tasarruftan doğan evlilik birliğini izaha çalıştığından kabul edilmemektedir.¹

3.1.2. Evlenmeyi Şart-Tasarruf Olarak Kabul Eden Görüş

Bir kısım müellifler de evlenmeyi bir şart tasarruf olarak kabul ederler. Şart tasarruflarda muamelenin hükümleri önceden genel ve objektif olarak tayin ve tespit edilmiştir. Kadın ve erkek, evlenme iradelerini beyan etmekle herkes için aynı olan ve değiştirilmesi mümkün olmayan hukukî bir statü içine girdiklerinden, evlenme bir akit değil, bir yabancı- nın vatandaşlığa alınması, bir şahsın memuriyete tayini, bir öğrencinin fakülteye kaydı ve bir mahkemenin verdiği iflâs kararı, haciz kararı vb. gibi bir şart tasarruftur. Ancak şuna işaret etmek gerekir ki, hemen bütün şart tasarruflarda muamelenin bir tarafını devlet, belediye vb. gibi kamu hükmî şahısları ve kurumları teşkil ettiği halde, evlenmede her iki taraf da birbirine eşit sayılan iki kişiden ibarettir. Bu nedenle evlenenlerin durumları, bir şahsın memuriyete tayinine, evine elektrik ya da su almasına benzetilemez. Öte yandan evlenmede tarafların değiştiremeyecekleri ve hükümlerine uymak zorunda oldukları statü

¹ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, İstanbul 1986, s. 93.

“evlilik birliği”dir; oysa kişiler evlenmeye karar verip vermemekte, tam bir irade serbestisine sahiptirler. Bu nedenle evlenmenin bir şart tasarruf olarak kabulü doğru olamaz.²

3.1.3. Evlenmeyi Aile Hukuku Akdi Olarak Açıklayan Görüş

Evlenmede, evliliği meydana getiren husus, karı-koca olmak isteyen kimselerin tam bir irade özgürlüğü içinde, evlendirme memuru önünde karşılıklı ve birbirlerine uygun surette açıkladıkları iradeleridir. Evlenmeyi doğuran işte bu iradelerdir. Ötesi, bunların tespiti ve düzenlenmesi ile ilgili işlemlerdir. Görülüyor ki, evlilik birliği, tarafların evlenme iradelerini, kanunun aradığı şekilde evlendirme memuru önünde beyan ettikleri anda doğmaktadır. Taraflar, iradelerini o yolda kullanıp kullanmamakta serbesttirler; fakat kullandıktan sonra doğan evlilik birliği statüsünün hükümlerine de artık uymak zorunluluğundadırlar. O halde evlenme, iki tarafın iradelerinin –usulünce- birleşmesi ile meydana gelen bir “akit”tir. Fakat bu akit borçlar hukukundaki akitler tipinde olmayıp özel şekil ve hükümlere tâbi bir aile hukuku akdidir.

Evlenecek kadınla erkeğin karşılıklı rızalarıyla gerçekleştirdikleri akit neticesinde, taraflara birlikte yaşamalarına ve karşılıklı yardımlaşmalarına imkân tanınması ve taraflara hak ve sorumluluklar yüklemesi nedeniyle nikâh akdi hukuki bir işlemdir. Çünkü bu nikâh akdi hukuk nizamı tarafından kabul edilen şekil ve esaslara uygun olarak kurulmuştur. Bu şekilde hukuk nizamı içerisinde kurulmayan birliktelikler hukukilik unsuru olmadığı için evlenme olarak kabul edilemez.

Evlilik akdinin sıhhatine din adamının veya devletin müdahalesinin şart koşulup koşulmaması bakımından tarih boyunca üç çeşit evlilik görülmüştür: “Hususi evlilik”, “dini evlilik” ve “medeni evlilik”. Hususi evlilik çeşidinde ne din adamı ne de devlet görevlisi akde iştirak eder. Evlilik akdi iki ailenin yahut evlenecek tarafların karşılıklı rızalarıyla yapılır ve biter. Bilhassa Hıristiyanlıkta evlenme akdinin sıhhati kilisede rahibin akdi takdis etmesine bağlı bulunduğu için bu tür evliliğe dini evlilik denilmiştir. Medeni evlilik çeşidinde dinin evlilik akdiyle alakası yoktur. Bu akit, kurallarını devletin koyduğu hukuk

² Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, AÜHF Yay., Ankara 1974, s. 28; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 93-4.

sahasına girmekte ve hukukun düzenlediği şekilde –genellikle salâhiyetli bir devlet temsilcisinin katılması ile- yapılmaktadır.³

Medeni evlilikte, akdin geçerlilik şartları devlet tarafından kanunlarla belirlenirken İslâm Hukukunda ise evliliğin rükün ve şartları naslar veya naslara dayalı içtihatlarla belirlenir. Ancak rükün ve şartların naslar veya naslara dayalı içtihatlarla belirlenmiş olması nikâh akdinin dini olduğunu göstermez. Bilakis akdin kuruluşu esnasında iki şahidin bulunmasının gerekliliği, akdin ilan edilmesinin tavsiye edilmesi ve bazı mezheplere göre veli izninin aranması gibi unsurlar bizlere İslâm Hukukundaki evlilik şeklinin medeni evlilik olduğunu göstermektedir.

İslâm’da din ve dünya işleri şeklinde bir ayırım yoktur. Dünya işlerinin bir teknik ve teknolojik yanı vardır, bir de hukuki, ahlaki, siyasi yanı vardır. Din, birinci hususa müdahale etmez. Bunu aklın ve müspet ilmin gerektirdiği şekilde insanların halletmesini, geliştirmesini, toplumun ihtiyacını temin etmesini ister. İkinci hususa gelince; din burada düzenleyici ve yol gösterici olarak devreye girer. Evlenme akdi de dünya hayatımızla ilgili olup, ibadet sahasına girmeyen ve bu sebeple medeni diyebileceğimiz bir akitir. Benzeri akitletler gibi bu akdin de şekil ve şartlarını din tanzim etmiş, fakat camide olması, din görevlisi tarafından akdedilmesi veya takdis olunması gibi bir şart getirmemiştir. Bu sebeple İslâm hukukunda evlenme akdine, aynı şekilde burada da medeni hukuk akdi diyebiliriz. Ancak burada medeni, “din dışı, dinin müdahale etmediği, devlete bırakılmış” manasında değil, “ibadet dışı, dünya ve toplum hayatıyla ilgili” manasında kullandığımız bir terimdir.⁴

3.2. Resmi ve Dini Nikâh

İslâm hukukunda; nikâh akdi, evlenmelerinde engel bulunmayan kadın ile erkeğin belli şartları yerine getirmesiyle meydana gelir. Kur’an-ı Kerim’de evlenmenin kuruluş biçimini tarif eden ayetler bulunmamaktadır. Hz. Peygamber evlilik akdinde nikâhın şahitlerin huzurunda yapılmasını, bazı durumlarda veli izninin bulunmasını⁵ ve evliliğin ilan

³ Hayrettin Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku (1. 2. 3 Ciltler Bir Arada)*, 10. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, s. 312-3.

⁴ Hayrettin Karaman, *Anahatlarıyla...*, s. 313.

⁵ Ali b. Ömer ed-Darekutni (385/995), *Sünen*, I-IV, (Ta’likle birlikte basılmış), Kahire 1966, III, 219-20; Ebu Bekir Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali Beyhaki (458/1066), *es-Sünenü'l Kübra*, I-X, Beyrut Ts, VII, 124.

edilmesini⁶ şart koşarak belli düzenlemeler getirerek bu alandaki boşluğu doldurmuştur. Hz. Peygamberin bu düzenlemelerle, evlilik akdinin getirdiği sorumlulukları gerçekleştirmeyi ve tarafların haklarını garanti altına almayı amaçladığını görmekteyiz.

Hz. Peygamber döneminde ve daha sonraki yakın dönemlerde iki adil insanın şahitliği ile nikâh akdi gerçekleşiyor ve tarafların haklarının korunması mümkün oluyordu. Boşanma durumunda veya eşlerin aralarında çıkan ihtilaf durumunda kamu otoritesini temsil eden mercii bu şahitlerin beyanına itibar ediyor ve şahitlik müessesesi gerekli fonksiyonlarını yerine getiriyordu.

İslâm hukukuna göre; gerekli ehliyet şartlarına sahip ve aralarında evlilik engeli bulunmayan, erkek ile kadının, iki şahit huzurunda şekil şartlarına riayet etmeden icra etmiş oldukları nikâh akdi geçerlidir. Çünkü şekil şartları, nikâh akdinin rükünleri arasında değildir. Böyle bir nikâh İslâm hukukunun geçerli bir nikâh akdi için aramış olduğu unsur ve şartları ihtiva etmekle birlikte nikâh akdinin şekil şartlarına uyulmayarak nikâh kayıt altına alınmadığı için günümüzde hukuken tanınmamaktadır. Bu yüzden taraflar üzerine yüklenilen hak ve sorumlulukların hukuki yollarla ifası ve icrası mümkün olmamakta, kadınların ve çocukların mağduriyetine ve istismarına sebep olmaktadır. Kadın resmi nikâhi olmadığı için hiçbir hak iddia edememekte, bu tür bir evlilikten doğan çocuklar nesep ve miras problemleriyle karşılaşmakta, annelerinin ve babalarının özlük haklarından yararlanamamakta hatta nüfus cüzdanı bile alamamaktadır. Dolayısıyla nikâh akdiyle amaçlanan evliliğin hukuki sonuçları doğmamaktadır. Hukuki güvence altında olmayan evlilik haksızlıklara açık olduğu için dinin, nikâh akdindeki amacıyla uyuşmamaktadır. Hukukun tanımadığı evlilik neticesinde evlilikten doğan miras hakkından, hukuki ve mâlî haklarından mahrum kalınacağı için bu durum taraflara zulümdür.

Diğer taraftan tarafların birlikteliği zina kabul edilmez, fakat zulüm ve haksızlığın ortaya çıkması kuvvetle muhtemel olduğu için bu şekilde nikâh yapmak kişiyi dinen sorumlu hale sokar.

⁶ Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr et-Tirmizi (279/892), *Sünen*, I-V, İstanbul 1981, "Nikâh", 6; Ebu Bekir Ahmed b. el-Hüseyin b. Ali Beyhaki, *es-Sünenü'l Kübra*, V, 250; Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvîni İbn Mâce, (ö.273/887), *Sünen*, I-II, Dâru Sahnûn ve İstanbul 1992, "Nikâh", 20.

Ülkemizde 1926 tarihli TMK'nın kabulü ile nikâh akdinin geçerli kabul edilmesi için, akdin devletin izin vermiş olduğu resmi bir görevli tarafından gerçekleştirilmesi gerekir.⁷ TMK'nın kabulünden bu yana 85 yıl geçmiş olmasına rağmen ülkemizde TMK'nın evlenmeye ilişkin bazı hükümleri tam olarak benimsenememiştir.

TMK halk tarafından imam nikâhı adıyla benimsenen nikâh uygulamasını kaldırarak yerine resmi nikâh uygulamasını getirmiştir. Ancak resmi nikâh toplum tarafından tam olarak benimsenmemiş ve resmi nikâh olmadan imam nikâhıyla yapılan evlilik alışkanlığı günümüze kadar süregelmiştir. Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yapanlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası olması ve resmi nikâhın yapıldığını gösteren aile cüzdanlarını görmeden dini nikâh yapanlar hakkında bir aydan üç aya kadar hapis cezası⁸ olmasına rağmen çoğu kez resmi nikâh yapılmadan imam nikâhıyla evlenilmektedir. Çünkü imamın duası olmadan meydana gelen birleşmeyi vatandaş gayrimeşru telâkki etmektedir. Toplum bu türden birleşmelerin dini bakımdan da yasak olduğunu bilir. Halk imamın okuyacağı duadan bereket bekler. Öte yandan halk arasında yaygın olan dua kültürü de bunun en önemli sebeplerden biridir.⁹

Buna benzer sebeplerle imam nikâhı toplumda yaygınlığını daima muhafaza etmiş, resmi nikâh yaparak evlenenler, akabinde dini nikâh yapma yoluna da gitmişlerdir. Bu durumda hukuk düzenine aykırılık söz konusu olmadığından, bizim için bir sorun teşkil etmemektedir. Asıl sorun resmi nikâh olmaksızın, imam nikâhlarıyla yapılan evliliklerde ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun ise en önemli sebebi kırsal kesimde yaşayan insanımızın resmi nikâhın kendi faydaları için ne kadar gerekli olduğu bilincinden uzak olmalarıdır. Gerektiği gibi resmi nikâhı kavrayıp anlayamamaları ve resmi nikâhı “nikâh” olarak kabul etmeyip formaliteden ibaret olduğunu düşünmeleridir.

3.2.1. Medeni Nikâh ve İslâm'ın Öngörmüş Olduğu Nikâh Akdinin İşlevsel Benzerlikleri

Evlenme akdinin İslam dininde önemli bir yeri olmasına ve evlenmeye çeşitli durumlara göre farz, vacip, mekruh, haram gibi bazı dini neticeler bağlanmasına, bu yönüyle bazı

⁷ TMK, Kanun no.: 4721, md.: 141-2.

⁸ Türk Ceza Kanunu, md.: 230-31.

⁹ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 248.

bakımlardan ibadet sayılmasına rağmen bu akit, İslam hukukunda dini bir akit olarak değerlendirilmemiştir.¹⁰

Medeni evlilik nevi'nde, dinin evlilik akdiyle alakası yoktur. Bu akit, kaidelerini devletin koyduğu hukuk sahasına girmekte ve hukukun düzenlediği şekilde -genellikle salahi-yetli bir devlet temsilcisinin katılması ile- yapılmaktadır.¹¹

Medeni nikâhta, nikâh akdinin resmi bir memurun huzurunda yapılma şartı varken, dini nikâhta bu şart yoktur. Medeni nikâh, devlet tarafından görevlendirilen memur aracılığıyla kayıt altına alınarak, evlilik hukukunu koruması ve güvence altına alması bakımından, dinin nikâh konusundaki amacına uygundur.

İslam'da kilise örgütü olmadığından evlilik akdi, Katolik Kilise Hukukunun uygulamış olduğu dini evlilik töreni gibi değildir. İslâm hukuku, nikâh akdinin geçerli olabilmesi için evlenmede herhangi bir dua okunması veya imam huzurunda evlenilmesi gibi ritüelleri mecbur kılmamıştır. Ancak devlet ahlakilik şartları gerçekleşsin diye ve bunu denetlemek için, söz konusu sözleşmenin, bir görevli huzurunda yapılmasını isteyebilir.¹² TMK'nın kabul etmiş olduğu resmî nikâh da, İslâm hukukunda olduğu gibi, iki şahit önünde akdedilir. Taraflar evlenme iradelerini hiç bir şüphe ve tereddüde meyan vermeyecek şekilde izhar ederler.¹³ Ancak şahitlerde aranan özellikler bakımından farklılıklar vardır. İslam hukukunda yapılan akitte şahitler Müslüman olmalı ve her ikisi erkek ya da bir erkek iki kadın olmalıdır. Medeni nikâhta şahitler Müslüman olmayabilir ve her iki şahit kadın da olabilir, ayırt etme gücüne sahip ergin iki kişi olması yeterlidir.¹⁴

Ayrıca medeni nikâh akdi ile dini nikâh arasında şu farkları da ekleyebiliriz. İslam hukukuna göre yapılan nikâh akdinde mehir mevcutken, medeni hukuk akdinde mehir yoktur. İslam hukukunda yapılan nikâh akdinde nafaka temin etme erkeğe yüklenirken, medeni hukukta eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.¹⁵

¹⁰ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 12.

¹¹ Hayrettin Karaman, *Ana Hatlarıyla...*, s. 313.

¹² Hüseyin Hatemi, *İslâm Hukuk Dersleri*, Birleşik Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 1999, s. 181.

¹³ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 312-3.

¹⁴ TMK, Kanun no: 4721, md.: 141.

¹⁵ TMK, Kanun no: 4721, md.: 186/3.

İslam hukukunda evlenecek taraflar küçük olsa bile velayetinde bulunduğu kişilerin icazeti ile nikâh akdi yapabilirler. Medeni hukukta ise taraflar 17 yaşını doldurmalıdır. İslam hukukunda sütkardeşleri ile evlenmek yasak iken medeni hukukta sütkardeşleri ile evlenmenin yasaklığı söz konusu değildir. Medeni hukukta evlatlık edinmeden kaynaklanan hısımlıkta evlilik engeli oluşurken, İslam hukukunda evlat edinme yoktur.

3.2.2. Nikâhın Dini Boyutu

İslâm'da nikâh (evlenme akdi), fıkıh konularının tasnifi içinde ibadetlere değil, dünya hayatını düzenleyen hükümler (muâmelât) bölümüne girer. Bir satım, bir kira akdi, dinle ilişkisi bakımından ne ise bir nikâh akdi de odur. Bu sebeple nikâh akdini bir başkası değil, iki taraf yapar. Akit, aralarında evlenme engeli bulunmayan bir kadınla bir erkeğin, şahitler huzurunda, karşılıklı rızaları ve irade beyanları ile kurulur/oluşur. İmamın veya belediye memurunun nikâh kıyması, akdin kurulması ve sahih olmasının şartı değildir; bunların yaptığı, akit işlemini yönetmekten ibarettir. Resmî nikâh ayrıca kayıt altına alındığı için evlilik hukukunu koruması, güvence altına alması bakımından dinin amacına da uygundur. İçinde yaşadığımız şartlarda yalnızca -yanlışlıkla meşhur olmuş- dini denilen nikâh ile yetinmek, dinin önem verdiği evlilik hukukunu korumak için yeterli olmadığından bununla kalmamak, mutlaka akdi resmîleştirmek gerekir.¹⁶

Nikâh akdi, medeni boyutu olan bir akittir. Bununla beraber neslin muhafazasını, nefsin haramlardan korunmasını ve kişinin huzur içinde ibadet etmesini sağlar. Ayrıca nikâh akdi, kendisinde dini ve dünyevi maslahatları barındır, dolayısıyla dini bir boyutu da vardır. “*Aranızdaki bekârları, kölelerinizden ve cariyelerinizden elverişli olanları evlendirin...*”¹⁷ ayetinde ve “*nikâh benim sünnetimdir; sünnetimle amel etmeyen benden değildir. Evlenin çoğalın, ben diğer ümmetlere sizin çokluğunuzla övüneceğim.*”¹⁸ “*Gücü yeten evlensin; zira evlilik, gözü harama bakmaktan, kişiyi zinaya düşmekten korur. Evlenmeye gücü yetmeyen ise, oruç tutsun; çünkü oruç koruyucudur*”¹⁹ ve “*Üç kimse vardır ki, Allah*

¹⁶Hayrettin Karaman, “Nikâhla İlgili Birkaç Mesele”, <<http://www.darulkitab.com/oku/fikih/ve/laikduzen4/ek-01.htm>> (26.04.2010).

¹⁷ Nur, 24/32.

¹⁸ Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvinî İbn Mâce, “*Nikâh*”, 1.

¹⁹ Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Cu'fi el-Buhârî (256/870), *el-Camiu's-Sahih*, I-III, İstanbul 1981, *Savm*, 10, *Nikah*, 2; Ebu'l Hüseyin b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî (261/875),

onlara mutlaka yardım eder. (Bunlar) Allah yolunda cihat eden mücahit, borcunu ödemek isteyen mükatep köle ve iffetli olmayı isteyerek evlenen kimsedir.”²⁰ Hadislerinde olduğu gibi Kur’an-ı Kerim ve sünnette evlilik teşvik edilmektedir.

Evlilik bir yandan teşvik edilirken, diğer taraftan bu ulvi müessesenin meşru olmayan davranışlarla yıpranmaması için gerekli tedbirler alınmış ve cezalar getirilmiştir. Bu konuda yüce Allah şöyle buyurmaktadır:

“Zinaya yakmayın, zira o bir utanmazlıktır.”²¹

“Mü’min erkeklere söyle, gözlerini haramdan sakınsınlar, ırzlarını korusunlar. Bu davranış onlar için daha nezihdir. Şüphe yok ki, Allah onların yaptıklarından hakkıyla haberdardır.”²²

“Mü’min kadınlara da söyle, gözlerini haramdan sakınsınlar, ırzlarını korusunlar. (Yüz ve el gibi) görünen kısımlar müstesna, zînet (yer)lerini göstermesinler. Başörtülerini ta yakalarının üzerine kadar salsınlar. Zinetlerini, kocalarından, yahut babalarından, yahut kocalarının babalarından yahut oğullarından, yahut üvey oğullarından, yahut erkek kardeşlerinden, yahut erkek kardeşlerinin oğullarından, yahut kız kardeşlerinin oğullarından, yahut müslüman kadınlardan, yahut sahip oldukları kölelerden, yahut erkekliği kalmamış hizmetçilerden, yahut da henüz kadınların mahrem yerlerine vakıf olmayan erkek çocuklardan başkalarına göstermesinler. Gizledikleri zinetler bilinsin diye ayaklarını yere vurmasınlar. Ey mü’minler, hep birlikte tövbe ediniz ki kurtuluşa eresiniz!”²³

Bu konu sünnette şu şekilde ifade edilmiştir:

“...Ey Muhammed ümmeti! Erkek veya kadın kulunu zina yaparken görünce Allah’ın duyduğu kıskançlığı kimse duymaz.”²⁴

Camii’s Sahih, I-III, İstanbul 1981, *Nikah*, 1, 3, 4; Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvinî İbn Mâce, *Nikah*, 1; Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr et- Tirmizi, *Nikah*, 1.

²⁰Tirmizi, “Fedâilu’l-cihad”, 20; Nesâî”, *Nikâh*”, 5.

²¹İsrâ, 17/32.

²²Nur, 24/30

²³Nur, 24/31.

²⁴Buhâri, “*Nikah*”, 107.

Kur'an-ı Kerim nikâh akdini *çok büyük bir sorumluluğu olan bir söz*²⁵ olarak nitelemiş, yüze yakın ayetini aile hukuku meselelerine ayırmıştır. Nikâh akdi “muamelat”tan sayılmasına rağmen²⁶ bazı İslam hukukçuları nikâh akdinin bir yönüyle muamele bir yönüyle de ibadet olduğunu;²⁷ hatta bazıları da İbn Hümâm gibi nikâhın ibadetlere daha yakın olduğunu belirtmektedir. Evlenmenin sırf ibadet niyetiyle bekâr kalmaktan daha üstün olduğunu söylemektedir.²⁸ Bu bağlamda ahlakın güzelleştirilmesi, çocuk terbiyesi, gözün haramlardan korunması, fitnenin bertaraf edilmesi, Müslümanların çoğalması gibi pek çok maslahatı bünyesinde barındırması sebebiyle²⁹ evlilik ve evliliğin gereklilikleri, sırf ibadet maksadıyla bekâr kalmaktan daha efdal görülmüştür.³⁰ Sahabe-i Kiramın söz ve fiilleri bu yöndedir; Hanefîler³¹ ve Hanbelîlerin çoğunluğu³² bu görüştedir. Mâlikî ve Şafîîlerden bazıları da aynı düşüncede³³ olmasına rağmen İmam Şafîî aksi görüştedir.³⁴

Bazı hadis ve fıkıh kitaplarında nikâh akdi bölümüne, namaz, oruç, zekât ve hac gibi ibadetlerden hemen sonra yer verilmiş olması bizlere nikâh akdinin dini boyutunu göstermektedir.³⁵

²⁵ Nisa, 4/21.

²⁶ Muhammed Emin b. Âbidin, (1252/1836), *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, Daru'l-Fikr, I-VIII, Beyrut 2000, I, 79

²⁷ Muhammed Emin b. Âbidin, *Reddu'l-Muhtâr...*, III, 3.

²⁸ Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm (861/1457), *Fethu'l Kadîr*, I-X, Mısır 1315, IV, 250.

²⁹ Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme (620/1223), *el-Muğni*, (eş-Şerhu'l Kebir ile birlikte), I-XIV, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1984, IX, 139.

³⁰ Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme, *el-Muğni*, IX, 136-9.

³¹ Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm, *Fethu'l Kadîr*, III, 101.

³² Alâüddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Süleyman el-Merdâvî (885/1480), *el-İnsaf fi ma'rifeti'râcihi mine'l-hilaf alâ mezhebi'l-İmami'l-Mübeccel Ahmed b. Hanbel*, thk. Muhammed Hamîd el-Fakî, I-XII, Dâru İhyâi't-turasi'l- Arabî, Beyrût 1376/1957, VIII, 15.

³³ Ebu Zekerîya Muhyiddin en-Nevevî (676/1277), *Sahîhu Müslim bi-Şerhi'n-Nevevi*, I-XVIII, Beyrût 1392/1972, IX, 174.

³⁴ Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm, *Fethu'l Kadîr*, III, 101; Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme, *el-Muğni*, IX, 137.

³⁵ Şemseddîn Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî (483/1091), *Kitâbu'l-Mebsût*, I-XXX, İstanbul 1982, IV, 212; Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme (620/1223), *el-Muğni*, IX, 140; Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm, *Fethu'l Kadîr*, III, 156.

3.3. Nikâh Akdinin Tescili

İslâm tarihine baktığımızda; herkesin birbirini tanıyabildiği küçük ve fazla karmaşık bir yapıya sahip olmayan topluluklar görürüz. Bu küçük topluluklarda nikâhın amacı şahit ve ilanla gerçekleştiği için nikâh akitlerinde ilave bir resmi şekil şartına gerek duyulmadığını görmekteyiz. Fakat zaman içerisinde nüfusun artması, yerleşim birimlerinin büyümesiyle artık sadece iki şahitle evlilik akdinin tespiti ve tarafların haklarının korunması zorlaştığından, evlilik akdinin tesciline gerek duyulmuş, nikâh akitlerinin devletin resmi memuru önünde yapılması şart koşulmuştur.³⁶

Osmanlı Hukukunda da Tanzimat'tan sonra Sicil-i Nüfus Nizamnamesi ile resmileşen ilan ve tescil usulü 1917 HAK ile kanunlaşmış ve ceza kanununa da ilgililer hakkında cezai hükümler getirilerek müeyyideye bağlanmıştır.

Günümüzde Evlendirme Yönetmeliğinin 35. ve 36. maddeleri uyarınca tutulan, her sahifesi numaralı ve usulünce tasdikli evlenme kütüğüne, memur evlenmeyi kayıt ve tescil eder. Kütüğü evvela eşlere, sonra şahitlere imzalatır, en sonra da kendisi imzalar. Şu kadar ki görüldüğü üzere bu şekle uyulmamış olması, yani evlenmenin özel deftere tescil edilmemesi, evlenme akdinin tam olarak doğmuş sayılmasına engel değildir.³⁷

Fakat nikâh akdinin tescil ettirilmemesi, nikâhın yalnızca iki şahidin huzurunda, genellikle de bir din görevlisinin nezaretinde kısılması, günümüz şartlarında değişik sorunlara sebep olmaktadır. Bu sorunun sebepleri birden çok olup, ilk akla gelenleri şöylece sıralamak mümkündür: Ayet ve hadislerde nikâhın sıhhati için tescilin açıkça şart koşulmamış olması. Nikâhın diğer şartları tamam olduğu durumlarda, din görevlisinin nezaretinde kısılan nikâhın sahih olduğunda genel bir kabulün bulunduğu. Nikâhın bir ibadet olarak görülmesi ve bu sebeple nikâhın sahih olması için din görevlisi nezaretinde kısılmasının şart olarak değerlendirilmesi. Mezhep kurucularından, nikâhın sahih sayılması için tescili şart gören herhangi bir müçtehidin bilinmemesi. Bir akdin sahih sayılması için nasslar yanında, ilk dönem müçtehitlerince belirlenen şartların kıyamete kadar geçerli ve yeterli olması, bunların dışında getirilecek olan yeni şartların dini tahrif etme veya dinden taviz verme

³⁶ Nedim Bahçekapılı, "İslâm hukuku Açısından Nikâh Akdinde Devlet Kontrolünün Önemi", <<http://multeka.com/dr.-nedim-bahcekapili/index.php>> (02.04.2010).

³⁷ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 173.

şeklinde algılanışı. Laik sistemin görevlendirdiği memurun nezaretinde kısılan nikâhın meşru sayılmayacağı gerekçesiyle ancak din görevlisinin nezaretinde kısılması gerektiği şeklindeki anlayış. TMK hiçbir durumda ikinci evliliğe müsaade etmediği için, ikinci bir evlilik yapan kimsenin istese de nikâhını tescil ettirememesi. Eşinden boşanmak istediği halde, gerekli olan delilleri mahkemeye sunamadığı için yıllarca boşanamayan eşin yaptığı yeni evlilik resmen kabul edilmeyeceğinden, bu ortamda evlenmek isteyen kimselerin imam nikâhıyla yetinmeleri. Yani, eşlerden birinin veya ikisinin resmen evlenmelerine engel bir durumun bulunması, kişiler istese de, resmi nikâh yaptıramadıklarından, ya uzun süre evlenememelerini ya da imam nikâhıyla yetinmelerini zorunda kılmaktadır.³⁸

Günümüzde evlenme konusunda bir ihtilafın ortaya çıkması halinde, resmi tescil olmadan, şahitlerin şahitliğine itibar edecek yetkili bir merci bulunmamaktadır. Dolayısıyla şahitlik müessesesi, tarafların haklarının korunması açısından kendisiyle amaçlanan hedefi gerçekleştirememektedir. Bu durumda sosyal şartların değişmesi sonucu tescil konusunun nikâh akdinde tarafların haklarının korunması açısından vazgeçilmez bir öneme sahip olduğunu söylememiz mümkündür. Bazen üniversitelerde, bazen iş yerlerinde rastlanan, bir-biriyle evlenmeyi düşünen gençler arasındaki birlikte gezmeyi meşrulaştırmaya yönelik imam nikâhı uygulamalarını nikâh akdinin mana ve maksadıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Çünkü belli bir süre bu nikâha istinaden birlikte olan gençler arasında bir ihtilaf çıktığında, aralarında bir nikâh ilişkisinin bulunduğunu kabul edecek hiçbir resmi merci bulunmamaktadır. Bu durumda, bilhassa bayanlar mağdur olmakta, taraflar arasında husumet ve kavgalar başlamakta ve sosyal barış bozulmaktadır. Hatta aynı şeyi nişanlılık dönemlerinde imam nikâhı yapanlar için de söylemek mümkündür.³⁹

Örfen yaşadıkları toplumda evli kabul edildikleri halde, nikâh akdinin tescil edilmesi sonucu resmîyette evli görülmeyen aileler doğan çocuklarını kendi nüfuslarına kayıt ettiremedikleri gibi çocuklar da ebeveynlerinin sosyal güvencelerinden faydalanamamaktadır. Eşlerden birisinin ölümü durumunda diğer eş mirastan pay alamamakta, boşanma noktasına gelindiğinde ise kadın kocasından hiçbir hak talep edememektedir. Ayrıca kadın

³⁸ Nihat Dalgın, “Aile Kurumunun Nikâh Aşamasıyla İlgili Fikhi Sorunlar”, *İHAD*, S.13, Nisan 2009, s. 43.

³⁹ Nedim Bahçekapılı, “İslâm Hukuku Açısından...”, <<http://multeka.com/dr.-nedim-bahcekapili/index.php>> (02.04.2010)

doğurduğu çocuklarla beraber sokağa terk edilebilmektedir. Görüldüğü üzere bu durumda tüm aile hukuku erkeğin vicdanına kalmıştır.

Netice olarak, çiftlerin mağdur olmalarını ve sosyal barışın bozulmasını önlemek için ve kamu otoritesini temsil eden mercii tarafından nikâh akdinin tescil edilmesi için halkımızın resmi nikâhın gerekliliği hususunda ikna edilmesi gerekmektedir. Zira resmi nikâh kıydırmadan imam nikâhıyla yaşayan ailelerin karşılaşılabilecekleri sorunlar için toplumuzda yeteri kadar yaşanmış olumsuz örnek bulmak mümkündür. Bu konuda İslâm hukuk usulünde benimsenmiş prensipler doğrultusunda, günümüz şartlarında nikâhlar resmen kıydırılmalıdır. Bütün evliliklerin kayıt altına alınması toplum için faydalıdır. Dolayısıyla böyle bir düzenlemeyi yapan kim olursa olsun, halkın buna uyması da dinen gereklidir.⁴⁰

3.4. Bazı Nikâh Uygulamalarının Değerlendirilmesi

3.4.1.Cali Evlenmeler

Hukuk nizamı tarafından kabul edilen şekil ve esaslara uygun olarak kurulmuş olmakla birlikte tarafların tam ve sürekli hayat ortaklığı kurmayı hiç düşünmedikleri, muayyen bir şey elde etmek için, yapmış oldukları evliliklerdir. Bunlar, bir başka devletin vatandaşlığına geçmek, çalışma izni almak, ekranlarda ve sosyete içinde evli olmanın sağladığı ekonomik ve kişisel haklardan faydalanmak veyahut ünlü bir kişinin soyadını taşıma imkânına kavuşmak, devlet tarafından almış olduğu maaşın devamını sağlamak, memuriyette eş durumundan tayin hakkını elde etmek gibi görünüşte akdedilen bir nikâhtır. Bu tür birleşmeler şeklen kanuna uygun olarak yapıldıkları için müelliflerin çoğu tarafından kabul edilmektedir.⁴¹

Bu tür evliliklerde evliliğin asıl amaçlarını yerine getirmek düşünülmemekte, kâğıt üzerinde göstermelik bir evlilikle ahlaki ve dürüstlük müeyyidelerine uymayan çıkarlar peşinde koşulmaktadır.

Taraflar açıkça nikâh esnasında nikâhlanmadaki amaçlarının bir aile kurmak olmayıp başka maksatla nikâhlandıklarını açıklamadıkça, zâhiri şartları yerinde olan her nikâh sa-

⁴⁰ Nihat Dalgın, “Aile Kurumunun...,” s. 43.

⁴¹ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 27.

hihtir. “Akitlerde asıl olan maksatlar ve manalardır, lafızlar ve şekiller değildir” şeklinde Mecelle’de genel bir kaide benimsenmiş olsa da, özellikle nikâh akdinde bu ilke göz ardı edilmektedir. Ölüm hastası bir erkeğin, eşini boşaması durumunda, boşanma hakkını kötüye kullanmış olma ihtimalinin yüksek olmasına zâhirdeki karinelerle hükmeden İslam âlimlerinin, benzer şekilde karineler mevcut olduğunda, kıyılan nikâhın sahih olmayacağına, ya da en azından hukuki sonuçlarının doğmayacağına hükmetmeleri uygun olmaz mı? Bu sorun için çözüm üretilirken; kişilerin gerçek maksatlarının yapacakları akitlerde etkisini gösterip göstermeyeceği ve hakkını bireye ya da kamuya zarar verme maksadıyla kullanılan şahsın elinden bu hakkın alınıp alınamayacağı hususlarının tartışılması yararlı olabilecektir.⁴²

TMK’da geçen “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”⁴³ ve “Kanunun iyi niyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz”⁴⁴ maddelerine göre calî evlenmelerin dürüst davranma ve iyi niyet prensibine aykırı olduğunu görmekteyiz. Ayrıca bu şekildeki bir evlilik Borçlar Kanununda da muvazaa olarak adlandırılmaktadır. Muvazaa ise tarafların hakiki maksatlarını danişıklı bir şekilde gizleyerek yaptıkları akittir.⁴⁵ Bunun için biz de buna muvazaalı evlilik diyoruz. Bu tür evliliklerde kanuna karşı hile söz konusudur. Çünkü devletin yasaklamış olduğu bir amaca yasaların müsaade ettiği farklı bir yoldan ulaşılmak istenmektedir.

Peki, bu şekilde akdedilen muvazaalı evliliğin hükmü ne olmalıdır? Kural olarak her tür muvazaada hukuksal işlem geçersiz olmaz. Dolayısıyla böyle evliliklerin mutlak butlan ile batıl olduğu hükmünü vermememiz gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü hukuk nizamı tarafından kabul edilen şekil ve esaslara uygun olarak gerçekleştirildiği için nikâh akdinin geçersizliği hukuki güvenliği sarsar. Ancak böyle bir evlilikle evlilik hakkını kötüye kullan-

⁴² Nihat Dalgın, “Aile Kurumunun...,” s. 47.

⁴³ TMK, Kanun no.: 4721, md.: 2.

⁴⁴ TMK, Kanun no.: 4721, md.: 3.

⁴⁵ Borçlar Kanunu, md.:18.

rak bazı haklara ulaştıktan sonra tarafların karşılıklı rızalarıyla boşanmak istemeleri halinde boşanmaları zorlaştırılmalıdır. Aksi takdirde böyle bir resmi nikâh muvakkat nikâhtan farksız hale gelir. Bu ise çok tehlikeli sonuçlara kapı açabilir. Böyle bir durumda yapılması en isabetli olacağını düşündüğümüz uygulama, evliliğin iptali yerine bu evlilikle kazanılan hakların iptali olmalıdır.

3.4.2. Mut'a Nikâhı

Mut'a, sözlükte lezzet almak anlamına gelen temettu' kelimesinden türemiştir.⁴⁶ Mut'a nikâhında da esas amaç cinsel lezzet olduğundan ilişki bu kökten gelen bir kelimeyle adlandırılmıştır. Terim olarak mut'a, belli ücret karşılığında ve belli bir süre için yapılan nikâhtır.⁴⁷

Yapılış şekli şöyledir: Bir kimse aralarında evlenme engeli bulunmayan bir kadına: “Şu kadar para karşılığında şu kadar süre senin cinsel yönlerinden yararlanayım” veya “şu kadar para karşılığında beni cinsel yönlerinden yararlandır” diyerek teklifte bulursa, kadın da kabul etse “mut'a nikâhı” gerçekleşmiş olur. Azerbaycan'da ve İran'da bu evlilik şeklini ifade etmek için mut'a lafzından daha çok Farsçada muvakkat evlenme anlamına gelen “sığa” kelimesi kullanılmaktadır. Söz konusu ülkelerde böyle bir evlilik yapmak isteyenler Şiilerce “molla” ya da “ahund” olarak bilinen din adamlarına müracaat eder, bir form doldurur ve nikâhlarını kıydırmış olurlar. Söz konusu forma tarafların adı, evli kalacakları süre, erkeğin vereceği ücret gibi hususlar kaydedilir. Belli süre için yapılan (muvakkat) nikâhı mut'a nikâhının bir çeşidi gibi sayan fakihler varsa da, bu iki ilişki arasında bazı farklar vardır. Süreli (muvakkat) nikâh şahitlerin önünde⁴⁸, belli bir süre zikredilerek evlilik ifade eden sözcükler kullanılmak suretiyle yapılır. Mut'a nikâhında ise “mut'a” sözcüğü veya bu anlamda “kadının cinsel yönlerinden yararlanma” gibi ifadeler kullanılır.⁴⁹

⁴⁶ Cemâluddîn Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr (711/1311), *Lisânu'l-'Arab*, I-XX, Kahire ts., XIII, s. 329.

⁴⁷ Ebu Câfer Muhammed b. Hasan b. Hasan b. Ali et-Tûsi., *en-Nihaye*, Beyrut, 1980, s. 489; Abdullah Kahraman, “Mut'a Nikâhı Üzerine Bazı Mülâhazalar”, *İHAD*, S.10, Nisan 2007, s. 155.

⁴⁸ Ebu Câfer Muhammed b. Hasan b. Hasan b. Ali et-Tûsi., *en-Nihaye*, s. 489-490.

⁴⁹ Abdullah Kahraman, “Mut'a Nikâhı...,” s. 155-6.

Sürelî yahut geçici evlenme diyebileceğimiz bu usulle, kadın ve erkek belli bir müddet birlikte yaşamak için anlaşılır.⁵⁰ Erkek kadına bir bedel (mehr) öder; tespit edilen müddetin sonunda taraflar ayrılabilirler. İsterlerse yeni bir anlaşma ile birlikte yaşamaya devam ederler. Tespit edilen müddet kısa (bir kaç gün, bir kaç ay) olabileceği gibi uzun da olabilir (Bir veya birçok seneler). Müelliflerin çoğu tarafından kadının kendini muayyen bir müddet erkeğe kiralaması olarak kabul edilen bu evlenme, İslâmiyet'in ilk yıllarında zinayı önlemek için hoş görülmüş; ancak Halife Ömer zamanında kesin olarak yasaklanmıştır. Sünniler tarafından reddedilen Mut'a, Şîîler tarafından hararetle savunulmakta ve günümüzde İran'da resmen yasaklandığı halde, uygulanmaktadır. Şîîler Kur'an-ı Kerim'in 4. suresinin 28. ayetine dayanarak Mut'a'nın meşruiyetini ispata çalışırlar ve Halife Ömer tarafından Mut'a'nın yasaklandığı iddiasını da kabul etmezler. Onlara göre, önce Halife Ömer bu konuda yetkili değildir. Mut'a, Peygamber tarafından kaldırılmış ise, böyle önemli bir olayın sahabeler tarafından bilinmesi gerekirdi. Hatta böyle bir ilga onlar tarafından inkâr edilmektedir. Bir Şîî müellif, Sünnî ulema'dan olan Tormaz Herevi'nin naklettiği şu olayı, Halife Ömer'in Mut'a'yı yasakladığı yolundaki iddiayı çürütmek için ileri sürer: Ömer'in oğlu Abdullah, Mut'a'nın meşruiyeti konusunda kendisine soru soran Şamlı bir şahsa şu cevabı veriyor: "Peygamber Mut'a'yı kabul etti. Onun emrettiği yahut yaptığı şey, sadece babamın iradesiyle nasıl yasak edilebilir?" Gerçekten, Mut'a'nın İslamiyet'in ilk devirlerinde uygulandığı hususu müellifler tarafından ittifakla kabul edildiği gibi, Hadis-i Buhârî'de yer alan bazı hadislerle de desteklenmektedir. Ancak gene Buhârî'de zikredilen hadislerle göre Mut'a sadece güç şartlar içinde bulunulduğu veya kadınların az olduğu zamanlar uygulanmış ve Halife Ömer tarafından kesinlikle yasak edilmiştir.⁵¹

3.4.3. Misyâr Nikâhı

Misyâr, evlenme akdinin bütün rükün ve şartlarına uygun olarak hukuki sonuçlarını doğuracak biçimde yapılmış olmakla birlikte, kadının bazı haklarından feragat ettiği bir nikâh şeklidir. Böyle bir nikâhla evlenen kadın, nafaka, süknâ ve kocasının kendisinin yanında ikamet etmesi gibi haklarından kendi hür iradesiyle feragat etmekte, kocası belli zamanlarda kendisine uğramaktadır. Bu tür nikâh talebinin kadından gelebileceği düşünülebi-

⁵⁰ Kemâlüddîn Muhammed bin Abdilvahid İbn Hümâm , *Fethu'l Kadîr*, II, 384.

⁵¹ Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı...*, s. 34-5.

lirse de daha çok kocadan geldiği, ayrıca bu tür evlilikte birden fazla kadınla evli olan erkeklerin daha aktif olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre kocanın, eşiyile anlaşarak onun evine geleceği zamanı belirlemesi, kadının belli haklarından feragat etmesi, misyâr nikâhının en temel özelliğini oluşturur.⁵²

Birden fazla evlenmek isteyenlerin gizli olarak evlendikleri misyâr nikâhı ilk olarak Suudi Arabistan'ın el Kasım bölgesinde ortaya çıkmış ve buradan yayılmaya başlamıştır. Misyâr nikâhı kocanın daha çok kuşluk vakti ve Perşembe günleri eşine uğraması nedeniyle kuşluk nikâhı (en-Nikâhu'd-duhaviyye) ve Perşembe nikâhı (Zevacü'l-hamis) olarak da isimlendirilmektedir.

Bu nikâh için “misyâr” kelimesinin tercih edilmesi konusunda bazı farklı görüşler vardır. Bir grup araştırmacıya göre bu nikâh için, koca eşinin yanında bir süre kalıp döndüğü için yürümek anlamına gelen “seyr” kökünden mif 'âl vezninde mübâlağa sigası olan misyâr kelimesi seçilmiştir. Diğer bir grup araştırmacıya göre ise misyâr Suûdî Arabistan'ın Necid bölgesinde kullanılan ve halk dilinde “günlük ziyaret” anlamına gelen bir kelimedir. Kocanın komşu ziyaretine benzer bir biçimde gelip-geçici olarak eşine uğramasından dolayı bu evlilik misyâr diye isimlendirilmiştir. Bir grup araştırmacı da misyâr'ın bazı Körfez ülkelerinde uğrayıp geçmek anlamına gelen halk dilinde (ammice) bir kelime olduğunu ifade etmektedirler.⁵³

Misyâr nikâhının ortaya çıkmasına ve yaygınlaşmasına zemin hazırlayan sebepler şu şekilde tespit edilmiştir:

1-Evlenebileceği yaşı geçmiş olan kızların ya da kocası ölen veya boşanmış olan dul kadınların sayısındaki önemli artış.

2-Kadın sayısının artmasına rağmen, karının ilke olarak çok evliliğe karşı olmasa da, kıskançlık vb. sebeplerle kocasının evlenmesine engel olması sonucu, kocasının ondan habersiz böyle bir evlilik yapması.

3-Bazı kadınların anne-babasına bakması sebebiyle onlarla birlikte kalma zorunluluğu.

⁵² Safet Köse, “Misyâr Nikâhı”, *İHAD*, S.13, Nisan 2009, s. 23.

⁵³ Safet Köse, “Misyâr Nikâhı”, s. 23.

4-Kocanın, eşinin yaşlılığı ya da çocuklarıyla ilgilenme vb. sebeplerle ondan istediği şekilde yararlanamaması ve boşamaya gitmeden bir başka eş ile arzularını yerine getirmek istemesi.

5-Maddi imkânsızlıkları ailenin yükünü taşıyabilecek oranda iyi olmayan erkeklerin kocası ölmüş ya da boşanmış veyahut evlenme yaşı geçmiş bakire kızların bazı haklarından feragat ederek bu tür bir evliliğe razı olması.

6-Resmî veya ticari işleri sebebiyle bulunduğu yerden bir başka beldeye sık gelip gidenlerin orada bu tür bir evliliğe ihtiyaç duymaları.

7-Evlilik yükü ve mehir miktarında artış sebebiyle erkeklerin emsalleriyle evliliklerinin zorlaşması.

8-Toplumun şehvete düşkünlük vb. yaftalarla çok evliliğe olumsuz ya da alaycı yaklaşımı sebebiyle ikinci bir evliliğe ihtiyaç duyanların yaşadığı toplumdan uzak bir yerde misyâr nikâhına gitmeleri.⁵⁴

Günümüzde misyâr nikâhı Suudi Arabistan ve diğer Arap ülkelerinde oldukça yaygındır. Bizim ülkemizde görülmemesinin sebebi ise yürürlükte olan TMK'nın çok eşliliği yasaklamasıdır.

Misyâr nikâhında kadın sahih bir nikâhın doğurmuş olduğu nafaka, süknâ ve kocanın kendisiyle geceleme gibi haklardan kendi özgür iradesiyle feragat etmektedir. Bu durum nikâhın ruhuna aykırıdır. İslam Dininin evlilik anlayışında sâlih bir evlat yetiştirmek, rahmet ve meveddet temelleri üzerine sıcak ve mutlu bir yuva inşa etmek vardır. Bu nikâhta ise sadece cinselliğin ön plana çıktığı görülmektedir. Kadının içinde bulunduğu zor durumlardan istifade edilerek kadının cinsel yönü istismar edilmektedir. Bu durumda kadın kocasının kendisinden cinsel arzularını tatmin ettiğinde ayrılacağı düşüncesine kapılarak her an huzursuzluk içinde yaşar. Bu ise mutluluğu engeller. Bu nikâhta erkeğin eşine komşuyu ziyaret eder gibi gelip gitmesinden dolayı kadın kendisini ötelenmiş hissedebilir. İlk eşin haklarına tecavüz de söz konusu olabilir. Bu nikâh gizli olduğu için İslam'ın tavsiye etmiş olduğu aleniyet prensibine aykırıdır. Misyâr nikâhı genellikle evde kalmış kızlar ve dul zengin kadınlar tarafından yapıldığı için diğer fakir kadınları mağdur ederek ayrımcılığa

⁵⁴ Safet Köse, "Misyâr Nikâhı", s. 24-5.

sebepe olabilecek özelliklere haizdir. Bu nikâhı yapan kadının daha sonraki aşamalarda fuhşa düşme ihtimalinin yüksek olması dolayısıyla, kötü niyetli kişiler tarafından sömürülmesi de söz konusudur. Ayrıca misyâr nikâhı sonucu dünyaya gelen çocukların babasız yetişip, baba modelini görmemeleri nedeniyle ileride sorunlu bireyler olmaları mümkündür. Bu çocuklar büyüüp yuva kurduklarında topluma iyi bireyler de yetiştiremeyeceklerdir. Toplum üzerinde negatif etkileri bu kadar çok olan misyâr nikâhını destekleyenler ise bunu kadın ve erkeğin günah ilişkilerinden kaçınmalarını sağlayan iyi bir yol olarak değerlendiriyorlar. Görülen o ki misyâr nikâhı tarafların evlilik sorumluluğu almadan, kendi yaşamlarına devam etmesi ve evliliği-sadece isim olarak- bir arada götürmesinden ibarettir. Bu nikâh tarafların istedikleri anda görüşmelerini mümkün kılan şer'i bir kılıftır. Buraya kadar yazdıklarımızı göz önünde bulundurarak söyleyebiliriz ki, misyâr nikâhının sonucunda eşler, çocuklar ve toplum olumsuz yönde etkilenmektedir. Bunun için olumsuz durumlara vesile olan bu nikâhın sedd-i zeraî delili gereği İslam'ın ruhuna aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Dolayısıyla İslam'ın nikâh anlayışına pek de uygun olmayan misyâr nikâhı hususunda atılması gereken en isabetli adım, bu nikâhın yaygınlaşmasına sebep olan unsurların önüne geçmektir. Bu adımın tam olarak icra edilmemesi durumunda ise misyâr nikâhının zararlarını en aza indirmek gerekir.

3.4.4. Nişanlılık Döneminde Kıyılan Dini Nikâh

Nişanlılık döneminde iletişimi meşrulaştırmak için kıyılan dini nikâhın sebebi, karı koca hayatı yaşama düşüncesinden uzak olup, nişanlıların birlikte umuma açık alanlarda gezmelerinin yasak olduğuna inanılmasından dolayı günahlardan korunmaktır. Nişanlanmada evlilik akdi henüz yoktur. Dolayısıyla nişan sadece evlilik vaadinden ibarettir. Bu dönemde serbest gezmeyi ve birlikte bulunmayı meşru hale getirmek ve günden kurtulmak amacıyla yapılan imam nikâhları, nişanın fiilen evlilikle sonuçlanmaması halinde hem dini hem de hukuki açılarından önemli sakıncalar doğurmaktadır.⁵⁵ Bunlardan en önemlisi bu güne kadar görülmeyen bir nikâh şeklinin türetilmesidir. Bu nikâhla nişanlıların arasında cinsel ilişki meşru kabul edilmemekte ancak birbirleriyle baş başa görüşmeleri ve birbirle-

⁵⁵ Nedim Bahçekapılı, "İslâm Hukuku Açısından...", <<http://multeka.com/dr.-nedim-bahcekapili/index.php>> (02.04.2010)

rinin evlerine rahatça girmeleri, birlikte seyahat etmeleri serbest kılınmaktadır. Bunun yanında bu nikâh sonucunda nikâhın doğurmuş olduğu haklar gerçekleşmemektedir.

Bu şekilde kısıyılan nikâh sonucunda çiftler sınırların nerede başlayıp nerede bittiğini tayin edememekte, birbirlerine yabancı gibi mi yoksa karı koca gibi mi davranması gerektiğini bilememektedirler. Böyle bir nişanlılık dönemi yaşayan taraflar resmi olarak evlenseler bile evlilikte yaşamaları gereken pek çok güzel duyguyu, heyecanı ve ruh halini kaybedeceklerdir. Bu da evliliklerinin ilk dönemlerinde huzursuzluğa sebep olacak, belki de evliliğin kısa sürede bitmesine de kapı aralayacaktır.

Bu dönemde evliliğin gerçekleşmemesi de mümkündür. Herhangi bir sebeple çiftlerin ayrılması durumunda her iki taraf da mağdur olmakta, takılar geri alınmakta, özellikle kız tarafı uzun yıllar silemeyeceği manevi yaralar almaktadır. Son tahlilde evlilik müessesesi değersizleştirilmekte, dini ritüeller kişilerin arzuları ve çıkarları doğrultusunda kullanılmaktadır.

Karşı cinsler arasında nikâh bağı olmaksızın birbirleri ile iletişim kurabilmek, birbirlerini tanıyabilmek, okul ya da iş arkadaşlığı oluşturmak için nikâh kıymanın zaruri olduğu düşüncesinin yanlış olduğu ifade edilmelidir. Cinsler arasındaki iletişimin İslami kurallar ışığında ve günümüz şartlarında nasıl olması gerektiği net bir şekilde ifade edilmeli ve sınırları tespit edilmelidir. Bu amaçlar doğrultusunda kısıyılan dini nikâhların önünü alabilmenin bu şekilde sağlanabileceğini düşünmekteyiz.

3.5. Öneriler

Nikâh hususundaki bazı problemlerin önlenmesi adına pek çok öneri sunulabilir. Bunlardan bazıları şunlar olabilir:

Gayri meşru birlikteliğin önünü alabilmek ve buna bağlı olarak toplumdaki nesepsiz çocukların sayısının çoğalmasını engellemek için evliliklerini gönüllerinde, kafalarında ve fiilen sona erdirdikleri halde, hukuken boşanamayan çiftlerin mahkeme kararı sürüncemede kalmayıp, boşanma kararı kısa sürede verilmelidir. Aksi takdirde bu durumu göze alamayan eşler imam nikâhı ile başkasıyla evlenmeyi tercih etmektedirler.

Köy muhtarlarına ve belediye memurlarına verilen resmi nikâh kıyma yetkisinin aynı şekilde müftülere ve tüm imamlara verilmesi yahut belediyelerde veya resmi makamlarda imamlarında bu yetkilerle donatılarak görevlendirilmesi, imam nikâhı-medeni nikâh ayrısı-

mını ortadan kaldırarak nikâh akdinin kayıt altına alınmasını kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla da kayıt altına alınmayan nikâhların olumsuz neticelerini ortadan kaldıracaktır.

Dini nikâhı icra eden imamlara, evlenecek şahıslar tarafından evlilik cüzdanı ibraz edilmeden kesinlikle dini nikâh kıymamaları gerektiği hususu ısrarla belirtilmeli ve bu konuda kendileri bilinçlendirilmelidir. Bu durumda resmi nikâh kıyılmadan imamın nikâh akdetmeyeceğini anlayan halk resmi nikâh yapmak zorunda kalacaktır.

Toplumumuz hiçbir dua okunmaksızın resmi bir memurun önünde yapılan nikâh akdinin geçerli olduğunun idrakinde değildir. Bunun için resmi nikâh seferberliği ilan edilerek resmi nikâhın anlamı, faydaları ve zaruriliği çeşitli yayın organlarıyla halka anlatılabilir. Milli Eğitim Bakanlığı tarafından, okullarda ve yaygın eğitim kurumlarında ders müfredatında bu konuya yer verilebilir. Din görevlilerine İslâm Dininin nikâha ilişkin esasları hakkında detaylı bilgi verilerek resmi nikâhın gerekliliğini halka en iyi şekilde anlatabilmeleri sağlanabilir ve resmi nikâhın gerekliliği veya kanun dışı birleşmelerin sonuçları hutbe konusu olarak işlenebilir. Orduda da askerlik eğitiminde aynı şekilde resmi nikâhın zaruriliği anlatılabilir.

Resmi nikâhın icrası için gereksiz formaliteler ve masraflar tarafları resmi nikâhtan uzaklaştırıp imam nikâhını cazip hale getirmekte ise resmi nikâhın önündeki engeller kaldırılarak resmi nikâhın icrası kolaylaştırılmalıdır ve resmi nikâh yoluyla evlenenlere evliliğe teşvik yardımı yapılmaz.

Günümüzde nikâh uygulamalarında yaşanan sıkıntıları önlemek amacıyla nikâh akdinin kayıt altına alınması, tescil ettirilmesi, nikâh akdinin şekil şartı olarak getirilebilir. Çünkü İslâm Hukukuna göre hakkında nass bulunmayan konularda yetkili makamın nikâhla ilgili mevzularda yeni düzenlemeler yapması mümkündür. Geçmişte yeni düzenlemelere gerek duyulmamış olabilir. Günümüzde ise bu durum pek çok haksızlığa kapı araladığı için yeni, kalıcı ve hukuksal düzenlemelere şiddetle ihtiyaç hissedilmektedir.

İslâm hukukunda evliliğin meşruluğunu sağlayan şahitlik müessesesine, tescilin ve devlet tarafından verilen iznin de şekil şartı olarak ilave edilmesi, evliliğin hak ve sorumluluklarını garanti altına alacağını düşünmekteyiz.

Kırsal kesimlerdeki bazı köy muhtarları, geçerli bir evlilik için gerekli olan evlilik unsurlarını ve şartlarını bilmemeleri dolayısıyla hukuki sonuçlar doğuracak bir nikâh akde-

dememektedirler. Bu şekilde nikâhları kısıyılan kişilerin evliliklerinin yoklukla malul olduğunu bilmeleri durumunda, pek çok kötü niyetli kimse yıllardır yaşadığı eşinden ayrılabilir ve buna benzer mağduriyetler doğabilir. Karşı taraf hiçbir hak talep edemez. Bu ve buna benzer sorunları ortadan kaldırmak için muhtarların nikâh akitlerini mevzuata uygun şekilde yapabilecek konuma ve donanıma ulaştırmak gerekir. Bunun için nikâh konusunda muhtarlar eğitilebilir, seçimlerin akabinde özellikle yeni muhtarlara nikâh akdinin şekil ve geçerlilik şartlarını içeren konularda seminerler verilebilir. Nikâh akdinin mevzuata uygun yapılmaması durumunda ortaya çıkacak hukuki sorunlar muhtarlara anlatılabilir.

SONUÇ

Evlenme, tarafların tam bir irade özgürlüğü içinde karşılıklı ve birbirlerine uygun surette açıkladıkları irade beyanı sonucunda, karı-koca arasında birlikte yaşamaya ve karşılıklı yardımlaşmaya imkân veren ve taraflara karşılıklı hak ve ödevler yükleyen bir akittir. Bu akit iki tarafın iradelerinin usulünce birleşmesi sonucunda meydana gelen, borçlar hukukundaki akitler tipinde olmayıp, özel şekil ve hükümlere tâbi bir aile hukuku akdidir.

Evlenecek kadınla erkeğin karşılıklı rızalarıyla gerçekleştirdikleri akit neticesinde, taraflara birlikte yaşamalarına ve karşılıklı yardımlaşmalarına imkân tanınması ve taraflara hak ve sorumluluklar yüklemesi nedeniyle nikâh akdi hukuki bir işlemdir. Çünkü bu nikâh akdi hukuk nizamı tarafından kabul edilen şekil ve esaslara uygun olarak kurulmuştur.

İslam hukukunun geçerli bir evlilik için aramış olduğu unsur ve şartları taşıyan, ama kayıt altına alınmayan evlilikler dinen geçerlidir. Fakat kayıt altına alınmayan evlilik, hukuki sonuçlar doğurmayacağı için haksızlıklara sebebiyet vermesi muhtemel olduğundan bugün için bunlar İslamî bir davranış değildir. Hukuken geçerli olmayan birlikteliklerde, taraflar hukuki güvenceden mahrum oldukları için hakları zayi olmaktadır. Evlilikten doğan hukuki haklardan, karşı tarafı mahrum bırakmak adına girişilen tüm davranışların İslamî bir davranış olmadığını söyleyebiliriz.

Tarafların boşanmaları veya taraflardan birinin vefatı durumunda haklar ancak hukuki güvenceyle korunabilir. Dolayısıyla kayıt altına alınmayan evlilikler İslam hukukunun aramış olduğu unsur ve şartları taşıması durumunda evlilik dinen geçerli olmakla birlikte, hukuktan doğan hakları güvence altına almadığından, böyle bir evliliğin, zulme kapı aralamasından dolayı İslam'ın nikâhtaki amacına uygun olmadığını düşünüyoruz. Bu durumda haksızlıklara sebep olan nikâh akdini yapanlar, yaptırımlar ve yapılmasına göz yumanlar dinen sorumludurlar. Bu durum aynen Hz. Ömer' in, Müslüman kadınlara haksızlık yapıldığı için diğer ehli kitaptan olan kadınlarla evlenilmesini yasaklaması ve valisi Huzeyfe'ye "Bunlarla yapılan evlilikler helaldir, ama ecnebi kadınlar tatlı dilli olup aldatıcıdırlar. Eğer siz bu kadınlarla evlenirseniz bu kadınlar sizin eşlerinize galebe çalarlar" demesi gibidir. Aynı şekilde fıkıh kitaplarımızda bulunan, Cuma namazıyla mükellef olan kişilerin Cuma namazı vaktinde namaza gitmeyip alış veriş yapması da böyledir. Bu durumda namaz vak-

tinde yapılan alış veriş akdi geçerli olmakla birlikte, bu vakitte alış veriş yapmak caiz değildir.

Hz. Ömer'in ehl-i kitap kadınlarla evliliği Müslüman erkeklere yasaklaması, onun siyasi kararı niteliğindedir, devlet başkanı inisiyatifini kullanması olarak görmek gerekir. Günümüzde TMK'da nikâh akdinin kayıt altına alınmasının şart koşulmasını, haksızlıkların ve olumsuz sonuçların engellenmesi adına yapılmış bir devlet inisiyatifi olarak değerdendir.

İslam hukukunda akdin kuruluş esnasında iki şahidin bulunmasının gerekliliği ve akdin ilan edilmesinin tavsiye edilmesi, ayrıca dünya hayatıyla ilgili olup ibadet sahasına girmemesi gibi unsurlar bizlere İslam hukukunda nikâh akdinin medeni bir boyutun olduğunu göstermektedir. Öte yandan, nikâh, neslin muhafazasını, nefsin haramlardan korunmasını ve kişinin huzur içinde ibadet etmesini sağlar. Ayrıca nikâh, kendisinde dini ve dünyevi maslahatları barındırır. Bütün bunların yanında Kur'an-ı Kerimde bekârları evlendirmenin teşvik edilmesi, hadislerde ise nikâhın Hz peygamberin sünneti olduğunun ifade edilmesi, evlenerek çoğalmanın istenilmesi, bize nikâh akdinin dini bir boyutunun olduğunu da göstermektedir.

Netice itibariyle yazdıklarımızdan yola çıkarak nikâh akdine, "dini boyutu da olan medeni bir akittir" diyebiliriz.

KAYNAKÇA

- Abdulahâdî el-Hakim. Akdu'l-Fuzûlî fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Necef 1975.
- Ahmed b. Hanbel (241/855). *Müsned*, I-IV, İstanbul 1982.
- Ansay, Sabri Şakir (1282/1962). *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Aydın, M.Akif. *İslam, -Osmanlı Aile Hukuku* İstanbul 1985.
- Ayengin, Tevhit. Ehliyeti ve Ailedeki Statüsü İtibariyle İslam Hukukunda Çocuk, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1992, Atatürk Üniversitesi, Erzurum.
- Hukukta Köken Problemi Açısından Sosyal Realite Nass İlişkisi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 1999, Atatürk Üniversitesi, Erzurum.
- Beyhaki, Ebu Bekir Ahmed b. el-Hüseyin b. Ali (458/1066). *es-Sünenü'l Kübra*, I,X, Beyrut ts.
- Bilmen, Ö. Nasuhi (1381/1971). *Hukuki İslâmiyye ve Istilahatı Fikhiyye Kamusu*, I-VIII, İstanbul 1979.
- Buhârî, Alâuddin Abdülazîz b. Ahmed (730/1330). *Keşfu'l-Esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, I-IV, (Pezdevî'nin Usulüyle beraber), YY. 1307.
- Buhârî, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail b. İbrahim el-Cu'fi (256/870). *el-Camius-Sahih*, I-III, İstanbul 1381.
- Cevherî, İsmail b. Hammad el-Cevherî (393/1003). *es-Sihah*, Daru'l-İlm li'l-Melayin 1990.
- Cezîrî, Abdurrahman el-Ceziri (1360/1941). *Kitabu'l-Fıkh ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, I-VIII, Beyrut 1972.
- Cin, Halil. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniv. Huk. Fak. Yay., Ankara 1974.
- Cin, Halil; Akgündüz, Ahmet. *Türk Hukuk Tarihi, Özel Hukuk*, Konya 1995.

Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Akitler*, A.H.İ. Yayıncılık, İstanbul 2006.

Dalgın, Nihat. “Aile Kurumunun Nikâh Aşamasıyla İlgili Fıkhi Sorunlar”, *İHAD*, S.13, Nisan 2009

Damegânî, Hüseyin b. Muhammed ed-Damegâni. *el-Vücuḥ ve'n Nezair Li-Elfazı Kitabillahi'l Aziz*, Bağdat ts.

Darekutni, Ali b. Ömer (385/995). *Sünen*, I-IV, (Talikle birlikte basılmış), Kahire 1966.

Döndüren, Hamdi. *Delilleriyle Aile İlmihali*, Altınoluk Yayınları, İstanbul 1995.

Delilleriyle İslam hukuku; Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras, 2. Baskı., İslam Hukuku Külliyyatı Yay., İstanbul 1993.

Dönmez, İbrahim Kâfi. “İslam hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akidler” *İLAM Araştırma Dergisi*, C. I, S: I, İstanbul 1996.

Ebu Dâvûd, Süleyman b. Eş'as b. İshâk es-Sicistânî (275/889). *Sünen*, İstanbul 1981.

Ebu Zehra, Muhammed (1394/1974). *Usulü'l-Fıkh*, (trc. Abdülkadir Şener), Ankara 2000.

el-Ahvalü's-Şahsiyye, Dâru'l-Fikri'l-Arabiyyi, Kahire 1950.

el-Milkiyyetu ve Nazariyyetü'l-Akd, Daru'l-Fikr, Ts.

Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1998.

Erten, Hayri “Hz. Ömer Döneminde Sosyal Yapı ve Değişme”, *Marife* c.1, S.1.

Ezheri, Ebu Mansur Muhammed b. Ahmed el-Ezheri. *Tezhibü'Lüğa*, Kahire 1966.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin. *Aile Hukuku*, İstanbul 1986.

Hatemi, Hüseyin. *İslam Hukuk Dersleri*, Birleşik Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 1999.

İbn Âbidin, Muhammed Emin (1252/1836). *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, I-VIII, Daru'l-Fikr, Beyrut 2000.

- İbn Habib, Ebu Ca'fer Muhammed (245/859). *Kitabu'l-Muhabber*, Daru'l-Afaki'l-Cedide, Beyrut ts.
- İbn Hümâm, Kemaluddin Muhammed bin Abdilvahid (861/1457). *Fethu'l Kadir*, I-X, Mısır 1315.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed b. Ahmed b. Kudâme (620/1223). *el-Muğnî*, I-XIV, (eş-Şerhu'l Kebir ile birlikte), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1984.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvinî (273/887). *es-Sünen*, I-II, Dâru Sahnûn ve İstanbul 1992.
- İbn Manzûr, Celâlu'd-Din Muhammed b. Mükerrerem (711/1311). *Lisanü'l 'Arab*, I-XX, Kahire ts.
- İbn Nüceym, Zeynüddin Zeynülâbidin Zeyn b. İbrahim (970/1563). *el-Bahru'r-Rekaik Şerhu Kenzi'd-Dekaik*, yy. ts. (el-Matbaü'l-İlmiyye).
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubi (595/1199). *Bidâyetü'l Müctehid ve Nihâyetü'l- Muktesid*, I-II, Beyrut 1982.
- İbnu'l Arabî, Ebu Bekr Muhammed b. Abdillâh el-Meâfiri (543/1148). *Aridatü'l-Ahfezi*, I-XIII, Beyrut ts.
- İbnu'l Esir, Mecduddin Ebu's Saadat b. el-Cezeri (606/1209). *En-Nihaye fi Garibi'l-Hadis*, I-VI, Beyrut 1959.
- Kahraman, Abdullah. "Mut'a Nikâhı Üzerine Bazı Mülâhazalar", *İHAD.*, S.10, 2007.
- Kahraman, Hayrettin. *Ana Hatlarıyla İslam Hukuku* (1. 2. 3 Ciltler Bir Arada), Ensar Neşriyat, Baskı 10, İstanbul 2005.
- Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, Nesil Yayınları, İstanbul 1986.
- Kâsânî, Alaü'd-Din Ebu Bekr ibn Mesud (587/1191). *Bedaiu's-Sanai fi Tertibi's-Şerai*, I-VII, Beyrut 1982.
- Köse, Saffet. "İslam Hukukuna Göre Evlenmede Velayet" *İHAD*, S.2, 2002.

“Misyâr Nikâhı”, *İHAD*, S.13 2009.

Kubeysi, Ahmed Abid. *el-Ahvalü ş-Şahsiyye fi'l Fıkh ve'l Kada ve'l Kanun*, Bağdat 1987.

Malik b. Enes (179/795). *Muvatta*, İstanbul 1981.

Merdâvî, Alâüddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Süleyman el-Merdâvî (885/1480), *el-İnsaf fi ma'rifeti'râcihi mine'l-hilaf alâ mezhebi'l-İmami'l-Mübeccel Ahmed b. Hanbel*, thk. Muhammed Hamîd el-Fakî, I-XII, Dâru ihyâi't-turasi'l- Arabî, Beyrût 1376/1957.

Merğınânî, Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir (593/1197). *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, I-II, İstanbul 1290.

Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd (683/1284), *el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar*, Beyrut 1975.

Meydânî, Abülğânî b. Tâlib b. Hammâde ed-Dımeşkî el-Haneffî (1298/1881). *el-Lübab, fi Şerhi'l-Kitab*, Mısır 1963.

Molla Cüyûn, Ahmed b. Ebî Saîd b. Abdillâh (1130/1717). *el-Müncid*, Beyrut 1982.

Müslim, Ebu'l Huseyn Müslim b. Haccâc (261/875). *Camiu's Sahih*, I-III, İstanbul 1981.

Nevevî, Ebu Zekerıyyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref (676/1277). *Ravdatü't-Talibin*, (tah. Ali Muhammed Muavvıd ve Adil Ahmed el-Mevcud), I-VIII, Mektebu'l-İrşad, Beyrut 1992.

Sahîhu Müslim bi-Şerhi'n-Nevevi, I-XVIII, Beyrût 1392/1972.

Özsunay, Ergun. *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul 1979.

Paçacı, İbrahim. “Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evlenme Boşanma Örneği)”, *İHAD*, S.11, 2008.

Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku*, Beta Basım Yayın, İstanbul 1993.

Serahsî, Şemseddin Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl (483/1091). *Kitâbu'l-Mebsût*, I-XXX, İstanbul 1982.

Şa'ban, Zekiyü'd-Din. *Usulu'l-Fıkh* (terc. İbrahim Kâfi Dönmez, İslam Hukuk İlminin Esasları, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1990) 1989.

Ahkamü's-Şer'iyye li'l-Ahvali's-Şahsiyye, Beyrut 1978.

Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed (1250/1834). *Neylü'l-Evtâr şerhu Münteka'l-Ahbâr*, I-IX, Beyrut 1989.

Şîrâzî, Ebu İshak Cemâleddin İbrahim b. Ali (476/1083). *el-Mühezzebe*, tah: Muhammed Zuhaylî, Dimeşk 1996.

Şîrbînî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed (977/1570). *Muğni'l-muhtac ilâ Ma'rifeti maâni el-fâzı'l-minhâc*, I-VI, Tahkik ve Ta'lik: Ali Muhammed Muavvid, Takdim ve Takriz: Muhammed Bekir İsmail, Dâru'l-Kütübi'l İlmiye 1994.

Tirmizi, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevr (279/892). *Sünen*, I-V, İstanbul 1981.

Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler*, İstanbul 1976.

Tûsi, Ebu Câfer Muhammed b. Hasan b. Hasan b. Ali, *en-Nihaye*, Beyrut, 1980.

Yaman, Ahmet. *İslam Aile Hukuku*, Konya 1998.

Yüksel, Nevzat. *Konularına Göre Kur'an-ı Kerim Fihristi*, İstanbul 1980.

Zerka, Mustafa Ahmet. *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-Âmm*, I-III, Beyrut 1986.

el-Fıkhü'l-İslâmi fî Sevbihi'l-Cedid, I-III, Dâru'l-Fıkr, ty, X. Baskı

Zeydân, Abdülkerim. *el-Mufasssal fî Ahkami'l Mer'eti ve-l-Beyti'l Müslim, fî-ş Şeriatil İslamiyye*, I-XI, Beyrut 1994.

Medhal li Dirâseti's-Şeriatil-İslâmiyyü, Kahire 1999.

Vecîz fî Usûli'l-Fıkh, Beyrut 1987.

Zuhaylî, Vehbe. *Fıkhü'l İslamiyyü ve Edilletühü*, I-XI, Daru'l-Fıkr, Dımaşk 1997.