

OSMANLI HUKUK-I ÂİLE KARARNÂMESİ ve
TÜRK MEDENÎ KANUNU ÇERÇEVESİNDE

BOŞANMA HUKUKU

GENEL AMAÇLAR, UYGULAMA FARKLILIKLARI ve
SEBEPLERİ

Mehmet Salih Kumaş



Emin Yayınları: 31

OSMANLI HUKUK-I ÂİLE KARARNÂMESİ ve
TÜRK MEDENÎ KANUNU ÇERÇEVESİNDE
BOŞANMA HUKUKU
GENEL AMAÇLAR, UYGULAMA FARKLILIKLARI ve
SEBEPLERİ

Mehmet Salih Kumaş

Birinci Baskı Bursa 2007

© Bütün yayın hakları Emin Yayınları'na aittir.

Kapak Tasarımı : Emin Yayınları

İç Tasarım : Emin Özdamar

Baskı: Bayrak Matbaası,

Topkapı / İstanbul

E M İ N Y A Y I N L A R I

Fethiye Mah., Kırlangıç Sok. No: 2 16140 Nilüfer / BURSA

Tel: (0224) 242 28 98, Fax: (0224) 242 28 98

Web: <http://www.eminyayinlari.com>

KÜTÜPHANE BİLGİ KARTI

Cataloging-in-Publication Data (CIP)

Mehmet Salih Kumaş

1. Boşanma 2. İslam Hukuku 3. Türk Medeni Kanunu

ISBN: 978-9944-404-11-2

Sertifika No:0507-16-008607

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	3
KISALTMALAR	9
ÖNSÖZ	11

GİRİŞ

BOŞANMA SİSTEMLERİ VE TARİHÎ SÜREÇTE BOŞANMA

I- BOŞANMA SİSTEMLERİ	16
A) Boşanmanın Yasak Olduğu Sistem.....	16
B) Boşanmanın Eşlerden Birinin veya Her İkisinin İsteğine Bağlı Olduğu Sistem	17
C) Boşanmayı Hâkim Hükmüne ve Belirli Sebeplere Dayandıran Sistem	18
D) İslâm'ın Boşanma Sistemi	19
II- TARİHÎ SÜREÇTE BOŞANMA.....	21
A) Hammurabi Kanunlarında Boşanma.....	21
B) Roma Hukukunda Boşanma	22
C) İslâm Öncesi Türklerde Boşanma	22
D) Ortaçağ Sonrası Avrupa'da Boşanma	23
E) Eski Rus Hukukunda Boşanma	24
F) Cahiliye Arap Döneminde Boşanma.....	25
III- KUTSAL METİNLERDE BOŞANMA	28
A) Eski Ahitte Boşanma	28
B) İncil'de Boşanma	29

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA VE HUKUKÎ MAHİYETİ

I- İSLÂM HUKUKUNDA BOŞANMA	33
A) TALÂKIN TANIMI	34
B) TALÂKIN GAYESİ (HİKMETİ).....	35

C) İSLÂM HUKUKUNA GÖRE BOŞANMA ÇEŞİTLERİ	37
1- Sünnete Uygun Olup Olmamasına Göre Boşanma Çeşitleri	37
a- Kur'an ve Sünnete Uygun (Sünnî) Boşanma	37
b- Kur'an'a ve Sünnete Uygun Olmayan (Bid'î) Boşanma	40
2- Dönülebilir Olup Olmamasına Göre Boşanma Çeşitleri	41
a- Dönülebilir (Ric'î) Boşanma	41
b- Dönülemeyen Boşanma (Bâin Talâk):	43
3- Boşanma Talebinde Bulunanlara Göre Boşanma Çeşitleri	47
a- Erkeğin İsteği Üzerine Boşanma:	47
b- Karşılıklı Rıza İle Boşanma (Muhâle'a-Hul' ve Mubâra'e)	48
c-Kocanın Muhâle'aya İtiraz Hakkı:	56
d- Kadının Boşama (Tefvîz-i Talâk)	60
e- Mahkeme Yoluyla Boşanma (Tefrîk)	65
II- TÜRK MEDENÎ KANUNUNA GÖRE BOŞANMA	71
A) BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER	73
1- İrade İlkesi	73
2- Kusur İlkesi	73
3- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması İlkesi	74
4- Elverişsizlik İlkesi	75
5-Eylemli Ayrılık İlkesi	75
B) TÜRK MEDENÎ KANUNUNUN BOŞANMA KONUSUNDAKİ GENEL EĞİLİMİ	75
1- Türk Hukukunun Boşanmaya Yaklaşımı:	75
2- Türk Medenî Kanununa Göre Boşanma Sebepleri	80
a- Boşanmanın Özel Sebepleri	80
b- Boşanmanın Genel Sebepleri	81
III-TÜRK MEDENÎ KANUNU VE HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NE GÖRE BOŞANMA SEBEPLERİ	83
A) Boşanmanın Özel Sebepleri	85
1- Zina	85
2- Cana Kast ve Pek Fena Muameleler	87

3- Yüz Kızartıcı Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme	89
4- Terk	91
5- Akıl Hastalığı	95
B) Boşanmanın Genel Sebepleri	97
1- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması	97
2- Eşlerin Boşanma Hususunda Anlaşmaları.....	98
3- Müşterek Hayatın Kurulamaması	99

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA HUKUKUNUN GENEL AMAÇLARI

I- EVLİLİK BİRLİĞİNİ (KAMU MENFAATİNİ) KORUMAK	103
A) İslâm Hukukunun Aile Birliğini Korumaya Yönelik Aldığı Tedbirler	104
1- Evlilikte Denklik (Kefâet) Şartını Getirmek	104
a- Evlilikte Denkliğin (Kefâetin) Tanımı	105
b- Evlilikte Denkliğin (Kefâetin) Hukukî Dayanağı ...	105
c- Evlilikte Denkliğin (Kefâet) Gerekli Olduğu Yerler	105
2- Aile Büyüklerinin Müdahalesi (Hakem Tayini)	109
a- Hakem ile Hâkim Arasındaki Fark	110
b- Hakemlerde Aranan şartlar.....	111
c- Hakem Tayininde Yetki	112
3- Boşanmanın Zamana Yayılması	114
a- Kadını Hayızlı İken Boşayamama	114
b- Cinsel Birleşmenin Olduğu Temizlik Döneminde Boşayamama.....	115
c- Üç Talâkı Birden Kullanamama	115
d- Zihâr Kararından Geri Dönebilme İmkânı	116
e- İlâ Yapana Kararından Geri Dönebilme İmkânı	118
4- Ekonomik Tedbirler	119
a- Eski Eşe Mehr-i Müeccel Ödemek.....	120
b- İddet Nafakasını Sağlamak.....	121
c- Yeni Eşe Mehir-i Mu'accel Vermek	121
5- Dinî-Ahlakî Tedbirler	122
B) Türk Medenî Kanununun Aile Birliğini Korumaya	

Yönelik Aldığı Tedbirler	123
1- Boşanmayı Hâkimin Hükmüne ve Belirli Sebeplere Bağlamak	124
2- Ayrılık Kurumunun Kabul Edilmesi	125
3- Terkeden Eşe İhtar Gönderilmesi	126
4- Mahkemenin Boşanma Davasını Zamana Yayma	127
5- Ekonomik Tedbirler	128
II- KİŞİLERİN HAKLARINI KORUMAK	128
A) Hak Kavramı ve Mahiyeti	129
1- Hakkın Tanımı	129
a- Objektif Hak	129
b- Sübjektif Hak	129
2- Hakkın Menşei ve Kaynağı	129
a- Asli yoldan hak elde etme	130
b- Devir yoluyla hak elde etme	130
3- Hakkın Özellikleri	130
4- Hakkın Kısımları	131
a- Toplumsal-Kişisel Hak	131
b- Aynı-Şahsî Hak	131
c- Dinî-Kazaî Hak	131
d- Diğer hak ayrımları	132
5- Hakkın Kullanımı	132
6- Hakkın Kötüye Kullanımı	132
B) KADININ HAKLARINI KORUMAK	134
1- Manevî Hakları	135
a- Kişisel Haklar	135
b- Cinsel Tatmin Hakkı	137
c- Sosyal Hayata Katılma Hakkı	138
d- Anne Olma Hakkı	139
e- Tek Eş Olma Hakkı	140
f- Boşanma Davası Açma Hakkı	141
2- Maddî Hakları	142
a- Mehir veya Tazminat Hakkı	142
b- Nafaka Hakkı	143
c- Yeniden Evlenme Hakkı	144
C) ERKEĞİN (KOCANIN) HAKLARINI KORUMAK	145

1- Manevî Haklar	146
a- Kişisel (Şahsi) Haklar	146
b- Aile Birliğinin Başkanı Olma Hakkı	146
c- Baba olma Hakkı	148
d- Boşama veya Boşanma Davası Açma Hakkı	148
2- Maddî Haklar	149
a- Maddî ve Manevî Tazminat Hakkı	149
b- Yeniden Evlenme Hakkı	149
D) ÇOCUKLARIN HAKLARINI KORUMAK	150

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA HUKUKUNDAKİ İHTİLÂFLAR VE SEBEPLERİ

I- DİNÎ FAKTÖRLER	151
A) Dinin Tanımı ve Mahiyeti	152
B) Din-Hukuk İlişkisi	152
C) Dinî Faktörlerin Boşanma Hukukuna Etkisi	153
1- İslâm Hukukunun Dinî Karakterinin Boşanma Konusundaki Tezahürü	154
2- Dinî Anlayış Farklılıklarının Boşanma Konusuna Etkisi	157
II- AHLÂKÎ FAKTÖRLER	161
A) Ahlâkın Tanımı ve Mahiyeti	161
B) Hukuk-Ahlak İlişkisi:	162
C) Boşanma Hukukunu Etkileyen Ahlâki Faktörler	163
1- İslâm Hukukunun Ahlakî Karakterinin Boşanma Konusundaki Tezahürü	164
2- Ahlakî Bozulmanın Boşanma Hukukunda Yeni Fikirlerin Çıkışına Etkisi	165
III- SOSYAL VE EKONOMİK FARKLILIKLAR	169
SONUÇ	177
BİBLİYOGRAFYA	181

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.t.	: Adı Geçen Tebliğ
AÜİF.	: Ankara Üni. İlahiyat Fakültesi
D.İ.A.	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
Gnş. Bil. Bkz.	: Geniş Bilgi İçin Bakınız
H.A.K.	: Hukuk-ı Aile Kararnamesi
İSAV	: İslamî İlimler Araştırma Vakfı
İ.Ü.H.F.	: İstanbul Üni. Hukuk Fakültesi
md.	: Madde
M.M.K.	: Mısır Medeni Kanunu
s.	: Sayfa
S.M.K.	: Suriye Medeni Kanunu
sy.	: Sayı
Ş.İ.A.	: Şamil İslam Ansiklopedisi
T.C.A.	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
T.C.K.	: Türk Ceza Kanunu
T.M.K.	: Türk Medeni Kanunu
ty.	: Tarih Yok
UÜİF.	: Uludağ Üni. İlahiyat Fakültesi
Yay.	: Yayınları

ÖNSÖZ

İnsanlık tarihi ile birlikte var olan aile kurumu, bazı ferdiyetçi yaklaşım ve çabalara rağmen varlığını her zaman sürdürmüştür. İsrail'de Kibutzlar'ın ve komünist ülkelerde komün yaşama denemelerinin akamete uğraması, ailesiz bir toplumun var olamayacağını açık bir şekilde göstermiştir.

İnsan ontolojisinin gereği olarak tüm toplumların yapı taşı olan aile, devletler tarafından önemsenmiş ve hukuka konu edilmiş bir kurum olmakla birlikte, temelde sosyal ve bireysel dinamikler sonucu vücut bulan bir kurumdur. Bu özelliğinden dolayı, bazı istisnalar hariç, devletin evliliği zorunlu hale getirme veya boşanmaları yasaklama yoluna gitmesi söz konusu olmamıştır. Kültürel devamlılığın ve sağlıklı nesillerin yetiştirilebilmesi için zorunlu olan aile birlikteliği, sosyal ve bireysel iradenin sonucunda kurulmakta ve yaşatılmaktadır. Devletlerin bireyleri eğitmek ve onları bu konuda teşvik etmekten başka yapabilecekleri şeyler çok sınırlıdır. Aile kurumunun istenen amaçlara hizmet edebilmesi için bireysel irade gereklidir. Eşlere rağmen yürütülen aile birliğinden beklenen faydanın alınması çok zordur. Sağlıklı yürümeyen bir aile birliğinin devamında ısrar etmek yerine, sona erdirilmesi ve mümkünse yeni bir aile birliğinin kurulması ise daha faydalıdır. Bu sebeple, boşanmayı aşırı zorlaştırmak veya yasaklamak, aile kurumunun temel mantığına terstir. Tarihte bazı hukuk sistemlerinin boşanmayı yasaklama yoluna gitmeleri, toplumda gayri meşru ilişkilerin önünü açmış, fiilen yıkıldığı halde resmen devam eden çok sayıda ailenin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Buna mukabil bazı hukuk sistemlerinin boşanmayı aşırı derecede kolaylaştırması ise boşanmaların önünü açmış ve bu durum toplumsal ve kültürel devamlılığı tehdit eder noktaya gelmiştir. Günümüz dünya hukuk sistemleri genellikle, boşanmayı yasaklamak

veya tamamen eşlerin iradesine bırakmamış, onun yerine bazı sebeplere bağlı olarak mahkemeye başvurarak boşanmayı kabul etmişlerdir.

Bu çalışmada, kültürel, dinî, bireysel, ekonomik vb. birçok farklı dinamiklere sahip olan aile birlikteliğinin hangi durumlarda ve nasıl sonlandırılacağı konusunda hukuk sistemleri arasındaki farklılıklara ışık tutması amacıyla 1917 tarihli *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi* çerçevesinde dinî (İslam) bir hukuk sistemi ile *Türk Medeni Kanunu* çerçevesinde laik (beşerî) bir hukuk sisteminin karşılaştırılmasına çalışılacaktır. Adı geçen kararname, İslam Hukuk tarihinde, aile hukukunu düzenleyen önemli bir kanunlaştırma (kodifikasyon) faaliyetidir. Genel olarak İslam hukuk düşüncesini yansıtan bu kararname, yürürlükte kısa süre kalsa da, Osmanlı dışındaki bazı İslam ülkelerinde uzun süre başarıyla uygulanmıştır.

Karşılaştırmamıza konu olan diğer hukuk sistemi ise esas olarak 1926 yılında İsviçre Medeni Kanununun iktibasıyla oluşturulan ve zamanla Türk toplumun ihtiyaçlarına göre bazı değişiklik yapılan Türk Medeni Kanunu'dur. Hukuk sistemi arasındaki kaynak ve yöntem farklılıklarından dolayı karşılaştırma genel çerçevede yapılmıştır. Çünkü dinî karakter taşıyan İslam Hukuku, boşanmayı kişilerin inisiyatifine bırakırken, laik karakterli Türk Medenî Kanunu ise temelde boşanmayı mahkemenin iradesine bırakmıştır. Çalışmanın *birinci bölümünde*, iki hukuk sisteminin boşanma konusundaki düzenlemeleri geniş bir şekilde ele alınacak ve böylece iki hukuk sisteminin konu çerçevesinde genel felsefesinin ipuçları yakalanmaya çalışılacaktır.

İkinci bölümde ise iki hukuk sisteminin boşanma konusundaki genel amaçlarının tespitine çalışılacaktır. "*Toplum Menfaatini Korumak*" ve "*Kişisel Hakları Korumak*" şeklinde formülize ettiğimiz bu iki temel amacın iki hukuk sistemi için de geçerli olduğu, ancak bu amaçların hangisinin öncelikli olduğu konusunda farklılık gösterdiklerini gösterilmeye çalış-

şılacaktır. *Üçüncü bölümde* ise iki hukuk sistemi arasındaki bu farklılıkların sebepleri üzerinde durulacaktır.

Ülkemizde ve diğer birçok ileri ülkede giderek artan boşanma olayları, boşanma konusuna dikkatleri çekmekte ve yeni çalışmaların yapılmasına neden olmaktadır. Bu karşılaştırmalı çalışma, zihnini bu konuda meşgul eden akademisyen ve hukukçulara bir bakış açısı kazandıracakı düşüncesiyle sizleri çalışmayla baş başa bırakıyoruz. Böyle bir çalışmayı yürütürken yardımlarını esirgemeyen tüm hocalarıma ve mesâi arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Mehmet Salih KUMAŞ
Bursa-2007

GİRİŞ

BOŞANMA SİSTEMLERİ VE TARİHİ SÜREÇTE BOŞANMA

Boşanma, hukukun en problemli alanlarından biridir. İlk bakışta sadece fertleri ilgilendirir gibi görünen boşanmanın, derinlemesine incelenince, aynı zamanda sosyal düzeni de doğrudan ilgilendirdiği görülür. Bilindiği gibi toplumsal düzenin temeli ailedir. Aile birliği, toplumun genel sağlık ve sağlamlığı, kültürün intikal etmesi, ekonomi hatta milli savunmayı etkilemektedir. Bundan dolayı boşanma, Özel Hukukun alt bölümü olan Medeni Hukukun alanına girmesine rağmen, Kamu Hukuku kadar devletin müdahil olduğu bir alan olmuştur.¹

Boşanma konusunda hem ferdî haklar, hem de toplumsal menfaatler söz konusudur. Boşanmanın zorlaştırılması veya yasaklanması; birbirini sevmeyen hatta birbirine düşman olan insanları, bir ömür boyu aynı çatı altında tutmaya çalışmak olacaktır ki bu, kişisel hakların ihlali olacağı için hukukun genel ilkeleriyle uyuşmamaktadır. Boşanmaların artmasına ve aile kurumun korunamamasına yol açacak şekilde, tamamen kişilerin ferdi insiyatifine bırakmak ise toplum menfaatini göz ardı etmek olacaktır. Bundan dolayı, ideal bir hukuk düzeninde bu hassas denge korunmalıdır.²

Fakat tarihi serüvenine bakılınca, bu hassas dengenin her zaman korunamadığı görülecektir. Bazen dini inançlar gereği veya toplum menfaati düşünülerek, boşanma çok zor

¹ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, Nurgök Mat., 5. Baskı, İst. 1965. II/177.

² Cin, Halil, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 2. Baskı, Selçuk Üni. Yay. Konya, 1988, s. 18.

şartlara bağlanmış veya gerçekten yasaklanmış, bazen de ferdiyetçilik düşüncesinin güçlenmesiyle birlikte, hiçbir kısıtlama yapılmaksızın, kişilere tam bir tasarruf yetkisi verilerek boşanmaların önü açılmıştır.³

Konu ele alınmadan önce boşanma sistemlerine ve tarihteki yaklaşımlara kısaca değinmek faydalı olacaktır.

I- BOŞANMA SİSTEMLERİ

A) Boşanmanın Yasak Olduğu Sistem

Boşanmayı yasaklayan hukuk sistemleri, genellikle Kanonik hukukun (kilise hukuku) etkisi altına giren hukuk sistemleridir. Roma hukukunda boşanma önceleri kabul edilirken Hristiyanlığın ortaya çıkmasıyla birlikte boşanma yasaklanmıştır.⁴ Katolik kilisesi, İsa'nın *"Allah'ın birleştirdiğini insan ayıramaz. Her kim bir başka kadınla evlenmek için karısını boşarsa, ona karşı zina işlemiş sayılır; ve bir kadın bir başka erkekle evlenmek için kocasını terkederse zina işlemiş olur;"*⁵ yolunda sözlerine dayanarak boşanmayı kabul etmemiştir. Evlenmenin boşanma ile çözülmezliği esasını yaymak için kilise çok büyük çalışmalar yapmıştır. Bu gayretlerin sonucu olarak birçok batı ülkelerinde, örneğin İtalya'da, İspanya'da ve X. Asırdan itibaren Fransa'da boşanma yasaklanmıştır.⁶

Katolik kilisesi, boşanma yasağının doğuracağı kişisel ve toplumsal zararları hafifletmek için **"ayrılık"** kurumunu kabul etmiştir. Buna göre müşterek hayatın eşler için çekilmez hale gelmesi halinde ayrılığa hükmedilebilir. Ayrılığa hâkim karar verir. Ayrılık evlilik bağıını ortadan kaldırmaz. Ayrılan eşler, sadece birlikte yaşamak vecibesinden kurtul-

³ Ebu Zehra, Muhammed, *İslam'da Toplum Düzeni*, (Çev. Nurettin Demir- M. Vesim Taylan) , Kayıhan Yay. İst., 1993, s. 16 ;Cin, a.g.e., s. 17.

⁴ Köprülü, Bülent- Kaneti, Selim, *Aile Hukuku*, 2. Bas., Filiz Yay. İst. 1993, s. 141.

⁵ Matta, 9/9.

⁶ Velidedeoğlu, a.g.e., II/178.

muş olurlar. Kadın çeşitli sebeplerle ayrılık isteyebilir. Buna karşılık koca sadece karısını zinası sebebiyle ayrılık isteyebilir.

Hâkim ayrılığa devamlı olarak veya geçici bir süre için hükmedebilir. Devamlı ayrılığa zina halinde karar verilir. Geçici ayrılık sebepleri ise; ağır hakaret, eşinin sıhhatini tehlikeye düşürme, haysiyetsiz hayat sürme, çocuklara Katolikliğin esaslarına aykırı terbiye verme ve Hristiyanlığı terk etmektir.⁷ Fakat boşanmanın reddedilmesi birçok gayri meşru ilişkinin kapılarını açmış, evli oldukları için başka biriyle evlenme imkânı olmayan ayrılığa hükmedilmiş kişiler, gayri meşru birçok ilişkiye girmişlerdir. Bazıları ise anlaşılmadıkları kocalarından ayrılmak için, yalancı şahitlerle daha önce başka biriyle evli olduğunu ileri sürerek mevcut evlilik birliğini iptal ettirme yoluna gitmişlerdir.⁸

B) Boşanmanın Eşlerden Birinin veya Her İkisinin İsteğine Bağlı Olduğu Sistem

Bu sistemde eşler veya sadece onlardan biri, istediği zaman evlenmeye son verebilir. Serbest boşanma, evlenmenin ferdiyetçi düşünceyle izahına dayanır. Evlenme tarafların iradeleriyle meydana geldiğine göre, onların serbest iradeleriyle de ortadan kaldırılabilirdir. Bu sistemde eşler karşılıklı anlaşma suretiyle boşanabilecekleri gibi tek taraflı irade ile de evlenmeye son verebilirler. Serbest boşanma sistemi, eski hukuk sistemlerinde genellikle kocanın kararıyla serbestçe boşanması şeklinde görülmektedir. Örneğin, Roma'da boşanma önceleri sadece erkeğe tanınmıştı. Sonraları, namuslu olmayan biriyle evlenmiş kadınlara da bu hak verilmiştir.⁹ Karşılıklı rıza ile boşanmayı Cermen hukuku da kabul etmiştir. Tek taraflı iradeyle dayalı boşanmayı da kabul eden Cermen hukuku bu hakkı erkeğe vermiştir. Başlangıçta kocanın bu hakkı sınırsız iken, daha sonraları bazı sebeplere bağlamıştır. X

⁷ Cin, a.g.e., s. 17.

⁸ Abd el-Âfi, Hammude, *Nasıl Bir Aile: İslami Bakışın İmkanları*, (Çev: Mesut Karaşahan) Pınar Yay., İst., 2000, s. 286.

⁹ Ebu Zehra, a.g.e., s.16.

asırdan sonra Kilise hukukunun etkisiyle Frank, Roma ve Cermen hukuklarında boşanma yasaklanmıştır. Kilise hukukunun bu yasağı XVIII. yüzyıl ferdiyetçi görüşü karşısında tutunamadı ve boşanmaya cevaz verildi. Bu tür boşanmaların en tipik örnekleri Rus hukukunda görülmüştür.¹⁰

C) Boşanmayı Hâkim Hükmüne ve Belirli Sebeplere Dayandıran Sistem

Bu sistem boşanma yasağı ve boşanma serbestisi sistemleri arasında yer alan uzlaştıracı bir sistemdir. Bu gün dünyanın birçok ülkesinde kabul edilen bu sistem, Protestan Hukukunun, boşanma yasağı prensibine bir tepkisi olarak doğmuştur. Bu sistemde boşanma mümkündür. Fakat bu ancak hâkim kararıyla ve belli sebeplerin gerçekleşmesi halinde olur. 18-19. asırlarda Katolik Kilisesinin boşanma yasağı prensibine karşı savaş açılmış ve birçok Katolik ve Protestan ülkelerde belli sebeplere dayanan boşanma ve hatta karşılıklı rıza ile boşanma kabul edilmiştir.¹¹

İsviçre ve Türk Medeni Kanunları da hâkim kararına ve belli sebeplere dayanan boşanma sistemini kabul etmiştir. Türk Medeni Kanunu, boşanma sebeplerini genel ve özel sebepler olmak üzere iki kısımda ele almıştır. Özel boşanma sebepleri şunlardır. Zina, cana kast ve pek fena muameleler, cürüm ve haysiyetsizlik, terk, akıl hastalığı. Genel boşanma sebepleri ise evlik birliğin temelinden sarsılması, müşterek hayatın kurulamaması, eşlerin boşanma hususunda anlaşması olarak kabul edilmiştir. Geçimsizlik hâkim tarafından, müşahhas hadiseler nazara alınarak takdir edilecektir. Yalnız her çeşit geçimsizlik boşanmaya yetmez. Eşler arasında müşterek hayatı çekilmez hale getirecek kadar şiddetli bir geçimsizlik varsa, hâkim boşamaya hükmedecektir. Bu bakımdan geçimsizlik kesin değil nispi boşanma sebebidir. Özel boşanma sebebi dediğimiz hallerde ise, sebebin gerçekliği orta-

¹⁰ Cin, a.g.e., s. 17; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 146-147.

¹¹ Velidedeoğlu, a.g.e., II/182.

ya çıktığı takdirde hâkim boşanmaya hükmetmek zorundadır. Bu nedenle, özel boşanma sebeplerine mutlak boşanma sebepleri de diyebiliriz.¹²

D) İslâm'ın Boşanma Sistemi

İslâm, kendine özgü bir boşanma sistemi getirmiştir. İslâm'ın getirmiş olduğu boşanma sistem, yukarıdaki sistemlerin hiç birine tam olarak uymaz. İslâm sadece dünyevi boyutu olan bir hukuk düzeni öngörmediği için, boşanma konusunda da olduğu gibi her hususta âhiret yönü olan birçok ahlâkî norm koymuştur. Bazılarının dünyevi yürütme mekanizması olduğu gibi bazıları ise tamamen uhrevi olduğu için, ceza ve mükafatı âhirete tehir edilmiştir. İleride ayrıntılı olarak vereceğimiz bu hususlar İslâm'ın boşanma konusundaki yaklaşımını tamamen etkilemiştir.

İslâm, boşanmayı “Allah’a helallerin en sevimsizi”¹³ olarak vasıflandırsa da, onu yasaklamamıştır. Bu konu İslâm'ın ana kaynaklarında şüpheye mahal bırakmayacak şekilde açıktır: Kur'an-ı Kerim'de doğrudan veya dolaylı olarak boşanmadan bahseden otuzdan fazla ayet vardır.¹⁴

“Boşama iki defadır. Bundan sonrası ya iyilikle tutmak ya da güzellikle salıvermektir. Kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şey almanız size helâl olmaz. Ancak erkek ve kadın Allah'ın sınırlarında kalıp evlilik haklarını tam tatbik edememekten korkarlarsa bu durum müstesna. (Ey müminler!) Siz de karı ile kocanın, Allah'ın sınırlarını, hakkıyla muhafaza etmelerinden kuşkuya düşerseniz, kadının (erkeğe) fidyе vermesinde her iki taraf için de sakınca yoktur. Bu söylenenler Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın onları aşmayın. Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa işte onlar zalimler-

¹² Cin, a.g.e., s. 17; Köprülü- Kaneti, a.g.e., s. 146- 147.

¹³ Ebu Dâvûd, Talâk, 3; İbni Mâce, Talâk, 1.

¹⁴ el-Bakara 2/226, 228, 229, 230, 234, 236, 237, 240, 241; et-Talâk 65/1, 2, 4, 6; en-Nisa 4/12, 20, 130; el-Mümtehe 60/10, 11; Geniş bil. Bkz. Döndüren, Hamdi, *İslâm İlmihali*, Erkam Yay. İst. 1995, s. 355.

dir.”¹⁵ “Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak isterseniz, onlardan birine yüklerle mehir vermiş olsanız dahi ondan hiçbir şeyi geri almayın. Siz iftira ederek ve apaçık günah işleyerek onu geri alır mısınız?”¹⁶

Birçok hadis ve sahabe uygulamaları da boşanmanın caiz olduğunu göstermektedir. Burada zikretmeye gerek duymadığımız birçok hadis boşanmanın caiz ve helal olduğunu göstermektedir. İslâm geleneğinde de müslümanlar gerekli gördükleri durumlarda boşanmışlardır. İslâm’ın boşanmayı yasakladığını iddia eden de olmamıştır.

İslâm Hukukunda erkek, mahkemeye başvurmadan direkt olarak, boşama yetkisini kullanma hakkına sahiptir. İslâm hukukunun bütünü göz önünde bulundurulunca, erkeğe boşanma hakkının verilmesinin bazı sebepler vardır. Bu konu, ileride ayrıntılı olarak inceleneceği için bu konuya girilmeyecektir.

Kadınlar ise, mahkemeye başvurmadan bazı yöntemlerle (tevfiz-i talâk, muhâle’a, bulûğ muhayyerliği, vb.) boşanabilme hakkına sahiptir. Mahkemeye başvurarak boşanma ise başta kadın olmak üzere, erkek için de mümkündür. Erkek, kadının sebep olduğu bir boşanmanın doğuracağı ekonomik zararlara onu da ortak etmek için kendi kendine değil de mahkeme yoluyla boşanabilir. Ayrıca karşılıklı anlaşma ile de eşler boşanabilirler. Bundan dolayı İslâm’ın boşanma sistemi kendine özgü olup diğer sistemlerden farklılık gösterir.¹⁷

İslâm hukukunda diğer sistemlerden farklı olarak, aile birliğini korumaya dönük olarak “hakem” kurumunu geliştirmiştir. Hakem kurumu, karı-kocanın ailelerinden veya dışardan seçilen kişi veya kişilerin, eşleri boşanma noktasına getiren faktörleri ve sorunları araştırıp, mümkünse halline giderek, evliliği devam ettirmeleri konusunda eşlere yardımcı olmaları şeklinde tanımlanabilir. arasındaki problemler tespit

¹⁵ el-Bakara 2/229.

¹⁶ en-Nisa 4/20.

¹⁷ Döndüren, a.g.e., s. 271; Acar, Halil İbrahim, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Kültür Eğitim Vak. Yay. Erzurum, 2000, s. 20.

edilerek çözüme kavuşturmaya ve eşleri barıştırma girişiminde bulunmalarıdır. Hakem kurumuna benzer bir uygulama, boşanma oranlarının artması sonucu, batıda psikologlar tarafından yapılmaya başlanmıştır.¹⁸

II- TARİHİ SÜREÇTE BOŞANMA

A) Hammurabi Kanunları'nda Boşanma

Hammurabi kanunları, gerek kocaya, gerekse kadına bazı gerekli durumlar dolayısıyla evlilik birliğini ortadan kaldırma imkânı tanımıştır. Mesela, bir erkek, doğurmaması halinde karısını drahomasıyla¹⁹ birlikte uygun bir tazminat vererek boşayabilirdi. Keza, kendisinden çocukları olan karısını da boşayabilirdi. Nitekim bu kanunun 141. maddesinde, bir erkek eşini, kadınlık vazifesini yapmaması, uygunsuz halleri ve müsrifliği dolayısıyla kayıtsız şartsız boşayabildiği gibi, onun üstüne başka bir kadınla evlenerek, ilk karısını hizmetçi olarak evinde tutabileceği belirtilmektedir.²⁰

Hammurabi kanunları kadına da boşanma hakkını tanımıştır. Buna göre kadın, müşterek hayatın gereklerine riayet etmemesi, kendisine alaka göstermemesi, vazifelerini ihmal etmesi gibi durumlarda veya kötü davranması halinde kocasından boşanabilirdi. Bu gibi nedenler bulunmadan sadece inatçı tavırlardan dolayı, kocasından ayrılmak isteyen bir kadın, sebepsiz yere böyle bir davranışta bulunduğu kabul edildiğinden ya esir olarak satılır veya suya atılırdı.²¹

¹⁸ Saygılı, Sefa, *Evlilikte Mutluluk Sanatı*, 3. Bas. Tüdev Yay., İst. 2000, s. 80; Döndüren, a.g.e., s. 271.

¹⁹ Drahome: Hristiyanlarda gelin tarafının damada götürdüğü mal veya para.

²⁰ Acar, a.g.e., s. 3.

²¹ Okandan, Recai Galip, "Hammurabi Mecellesi", İ.Ü.H.F. Mecmuası, İst. 1951, Cilt XVII, s. 1-2.

B) Roma Hukukunda Boşanma

Roma Hukukunda boşanma hakkı erkeğe ait olup isteği zaman herhangi bir sebep göstermeksizin karısını boşayabilirdi. Kadın, Roma toplumunda hukukî hakları olan bir varlık olarak kabul edilmediği için bütün hakları bekârken babasına, evlendikten sonra ise kocasına intikal ederdi. Köle gibi kabul edilen kadının mülkiyet edinme hakkı olmadığı gibi evlilik esnasında erkek tarafından verilen tüm mallar, baba tarafından alınırdı. Erkek dilerse karısını boşar, dilerse tekrar alırdı. Boşarken hiçbir sebep göstermesi gerekmezdi.²² Cumhuriyet devrinin sonlarında ve İmparatorluk devrinin başlangıcında Roma'da boşanmalar oldukça çoğalmıştır. Bu çoğalma, nüfus oranlarını oldukça azaltmıştı. Bütün bunlara rağmen, devlet uzun zaman karışmadı. Nihayet imparator *Diocletiem* bir emirname yayımlayarak, şerefsizlik dolayısıyla boşanma durumunda çocukların hangi tarafa bırakılacağına hâkimin hükmetmesi lazım geldiği kuralını koydu ki, bu emirname, evlilik işlerine Roma devletinin yaptığı ilk müdahaledir.²³ Daha sonraları kocanın karısını bazı sebepler hariç boşaması yasaklandı. Kadının boşama hakkı yoktu. Fakat koca zina ediyorsa veya şerefsiz bir hayatı alışkanlık haline getirmişse kadında mahkeme yoluyla boşanabilir.²⁴ Daha sonraları, karşılıklı anlaşma ile karı-koca boşanabilecekleri kabul edildi. Bilahare bu hukukun cari olduğu devletler, kilisenin etkisiyle boşanmayı yasaklamıştır. Yeniçağda Protestanlığın öncülüğü ile bu yasak peyderpey kaldırılmıştır.²⁵

C) İslâm Öncesi Türklerde Boşanma

İslâm'dan önce Türklerin sosyal hayatıyla, özellikle de aile hukukuyla ilgili sağlam bilgilere ulaşmak oldukça zordur. Türklerle ilgili bilgilerin büyük bir kısmı Çin'den ve o dö-

²² Ebu Zehra, a.g.e., s. 16-17.

²³ Velidedeoğlu, a.g.e., II/179-180.

²⁴ Cin, a.g.e., s. 18.

²⁵ Acar, a.g.e., s. 8.

nemde Türklerin yaşadığı yerlere seyahat eden seyyahların bildirdiklerinden ibarettir. Bu kaynaklara göre Türklerde aile çok önemli bir müessesedir. Aile baba hâkimiyetine dayanan bir durum arz etmekle birlikte kadına değer verilmekteydi.²⁶

Eski Türkler evlenmeye, dolayısıyla aileye büyük değer atfederlerdi. Evlenme eşler arasında devamlı olmak üzere tesis edilirdi. Fakat bazı durumlarda karı-koca birbirinden ayrılabilirdi. Kocanın herhangi bir sebep göstermeden karısını boşayabilmesine karşın, genelde kadının zina ettiği durumlarda koca karısını boşardı. Kadın ise, zina, fena muamele, iktidarsızlık gibi gerekçelerle kocasından ayrılabilirdi. Karısını boşayan koca karısına verdiği *kalını*²⁷ geri alamaz ve kadından aldığı *cihaz*²⁸ denen malları da iade etmek zorunda idi.²⁹

D) Ortaçağ Sonrası Avrupa’da Boşanma

Orta çağda, Avrupa ülkeleri katı bir Hristiyanlık düşüncesine sahipti. Daha önce, Roma Hukuku boşanmaya imkân verirken daha sonraları Katolik mezhebinin etkisiyle boşanma yasaklanmıştır. IX. yüzyıl’dan itibaren Avrupa’da ki ülkeler teker teker boşanmayı yasaklamaya başlamıştır. Fakat XVIII. yüzyıldan itibaren Protestanlığın ortaya çıkmasıyla birlikte boşanmaya karşı takınılan bu katı tavır yumuşamıştır. Ferdietçi özgürlük düşüncesinin alabildiğine kuvvetlendiği Rönesans ve Reform sonrasında, boşanma hukuken kabul edilmeye başlanmıştır.³⁰

Avrupa’da ilk kez, 1789 Fransız İhtilali ve daha sonra 1791 Anayasası ile evlenmenin laik bir muamele olduğunu hükme bağladı ve 1972 tarihli Kanunla boşanmayı resmen

²⁶ Cin, a.g.e., s. 27; Yavuz, Yunus Vehbi, *Kur’an’da Kadın Hak Ve Özgürlüğü*, Bayrak Yay., İst., 1999, s. 46.

²⁷ Kalın: kocanın evlendiği kadına vermiş olduğu hediyeler.

²⁸ Cihaz (çeyiz): kadının evlenince babasının evinden kocasının evine getirdiği eşyalar.

²⁹ Cin, a.g.e., s. 28.

³⁰ Cin, a.g.e., s. 17.

kabul etti. Bu kanunun gerekçesinde, boşanma yetkisinin ferdi hürriyetin sonucu olduğu ve boşanma yasağının bu hürriyeti kaldıracığı belirtiliyordu. Bu kanun karşılıklı rıza ile boşanmaya cevaz vermişti; boşanma nüfus memuruna yapılacak basit bir irade beyanı ile tamam oluyordu.

Fransa'da boşanma 1792 Kanunu ile ihdas edilmiş; 1811 tarihli Avusturya medeni kanunu, sadece Protestanlar için boşanmayı kabul etmiştir. Almanya'da 1794 tarihli Prusya umumi kanunu, birçok sebeplere dayanarak boşanmaya cevaz vermiş, hatta bazı hallerde karşılıklı rıza ile boşanmayı da meşru saymıştır.³¹

Almanya'da boşanma mevzuatı 1896 tarihli medeni kanunla birleştirilmiş, eşlerin kusurlu bir takım davranışları ve akıl hastalığı sebebiyle boşanma imkân dahiline girmiştir. 1971 ve 1976 yıllarında Almanya'da düzenlenen yasalarla özellikle boşanma konusunda köklü reformlara gidilmiş ve evliliğin başarısızlığı yani eşler arası ilişkinin düzeltilemeyecek şekilde bozulması, boşanmanın tek gerekçesi olarak kabul edilmiştir. Hâkim, evliliğin başarısızlığına beş yıl sürmüştse hükmetmektedir. Eşler bir yıldan beri ayrı yaşıyorlarsa boşanma talebi ikisinin ortak kararına dayanır. Üç yıl ayrı yaşamışlarsa, aksine bir delil getirilmediği sürece evliliğin başarısız olduğu sonucuna varılırdı. Karşılıklı rıza ile boşanma, bugün Belçika, Lüksembourg, Finlandiya Hariç İskandinav ülkeleri, Romanya, Çin, Japonya ve Sovyet Rusya gibi ülkelerde kabul edilmiştir.³²

E) Eski Rus Hukukunda Boşanma

Rusya Devletinde 1917 tarihli bir Kararname ile boşanma kilisesinin yetkisinden mahkemelerin ve nüfus memurlarının yetkilerine geçirildi. Boşanma usulü önemli derecede kolaylaştırıldı. 1926 tarihli Kanun boşanmayı daha da kolaylaştırdı ve bir nüfus memurunun boşanmaya karar ve-

³¹ Velidedeoğlu, a.g.e., II/187.

³² Cin, a.g.e., s. 19; Acar, a.g.e., s. 9.

rebilmesi kabul edildi. Bu durum çok basit nedenlerle evlilik birliğine son verilmesine, boşanmaların son derece çoğalmasına yol açtı.³³

Bu durum, boşanma hakkının kötüye kullanılmasına ve aile birliğinin korunamamasına sebep olduğu için Rusya Devleti, bazı önlemler alarak boşanmayı zorlaştırmıştır. 1936 tarihli hükümet kararnamesi ile boşanmak isteyenlerin nüfus memurluğuna başvurmayı ve boşanmalarının pasaportuna işlenmesini mecburi kıldı. Aileyi koruyucu asıl tedbirler 1944 yılında alındı. Sovyet yüksek Prezidyumunun 1944 tarihli bir kararnamesiyle, boşanma serbestisi muhafaza edilmekle beraber, bu hakkın gerçek ihtiyaç halinde ve toplum menfaatlerine zarar vermemek şartıyla kullanılabileceği esası kabul edilmiştir. Bu kararnameye göre boşanma, ancak mahkeme kararıyla mümkün olacaktır. Mahkeme boşanma istemini ve dayandığı hadiseleri inceler ve kararını nüfus dairesine bildirir. Mahkemenin kararı ve bu kararın nüfus siciline tescili boşanmanın kurucu unsurları sayılır. Bu unsurların yerine getirilmediği müddetçe boşanma mümkün değildir.

Sovyet mevzuatı boşanma sebeplerini sayma yoluna gitmemiştir. Çünkü bu sisten çoğu kez gerekli olmasına rağmen boşanmayı önlemek ister. Mahkeme, 16 Eylül 1949 tarihli Sovyet Yüksek Mahkemesinin kararında belirtildiği gibi, dava somut hallerden hareketle boşanmanın gerçekten iyi düşünülmüş olduğu ve evlilik birliğinin muhafazasının aile hayatına ve çocukların eğitimine elverişli şartları temin etmeksizin komünist ahlakın prensiplerine aykırı düşeceği kanaatine varırsa, boşanmaya hükmederdi.³⁴

F) Cahiliye Arap Döneminde Boşanma

Cahiliye devri Araplarında aile, ataerkil (pederşâhî), yani baba otoritesine dayalı bir karakter arzeder. Bu, o dönemin ve komşu milletlerin de genel özelliğidir. Aile, erkekler

³³ Velidedeoğlu, a.g.e., II/181.

³⁴ Cin, a.g.e., s. 20.

tarafından temsil edilir ve erkeğin akrabalarından oluşur, kadının akrabası aileden sayılmazdı. Bilhassa göçebe hayatı yaşayan ve devamlı bir biriyle savaşıp Araplar arasında erkek, ailenin savaşıp, üreten, ganimet getiren bir üyesi sayıldığından itibar görür, kadına ise tüketici bir üye nazarıyla bakılırdı. Kız çocuklarına karşı takınılan olumsuz tavır da bu hayat tarzının ve anlayışının önemli payı vardı.³⁵

Birbiriyle çelişen bazı rivayetler olsa da bu hususta kabul görmüş olana göre kadın, alınıp satılan bir mal gibidir. Kocasının ölümü halinde, kadın tereke dahil mallarla birlikte mirasçılara intikal ederdi. Kocanın başka kadından olan oğulları üvey anaları ile evlenebilecekleri gibi, onu başkalarına da satabilirdi.³⁶

Cahiliye Araplarının kadın ve evlilikle ilgili telakkîleri, mülkiyet anlayışlarıyla da ilgiliydi. Kadın hak sahibi olmaktan ziyade hakka ve temellüke konu teşkil edebilen bir eşya durumunda idi. Evlenme, bilhassa göçebe Araplar arasında karı-koca arası bir hayat ortaklığı fikrinden çok, mehir karşılığı erkeğin kadına sahip olması şeklinde anlaşıldı. Bunun için de, evlenme; bir nevi satım akdi gibi düşünülürdü. Evlenen kadın babanın hâkimiyetinden çıkıp, mehir karşılığı kocanın hâkimiyetine girmiş olurdu. Mehir velinin hakkı idi. Evlenme akdinde de, taraf olarak kız adına velisi bulunurdu. Bu anlayışın sonucu olarak koca, mehir vererek sahip olduğu karısını istediği zaman boşayabilir veya boşadıktan sonra istediği zaman geri alabilirdi. Koca, mehrini vermeyi göze aldığı sürece, istediği sayıda karınla evlenebilirdi. Bu uygulama, savaşıp erkek nüfusunun giderek azalmasını telafi edici bir nüfus artışı politikasıyla da izah edilebilir.³⁷

Cahiliye devrinin bu erkek üstün yapısı, kadınların aile içinde küçük görülmesine ve erkeklerle çatışan tüm haklarından mahrum edilmesine sebep oluyordu. Koca boşamak

³⁵ Bardakoğlu, Ali, “Cahiliye Döneminde Kadın” (Sosyal Hayatta Kadın Konulu Tartışmalı İlmî Toplantı Tebliği), Ensar Neşriyat, İstanbul, 1996, s. 11.

³⁶ Cin, a.g.e., s. 250.

³⁷ Topaloğlu, Bekir, *İslâm’da Kadın*, Yağmur Yay., 7. Baskı, İst., s. 18.

istediği kadına sormadan onu boşuyordu. **Zihar** ve **ilâ**, cahiliyye döneminin en belirgin boşama türlerindendi. İslâm'ın da ismen kabul etmekle kadınların lehine yaptığı değişiklikle İslâm bünyesine kabul edilmişti.³⁸

Cahiliye devrinde koca, karısına kızıp onu cezalandırmak istediği zaman, onu boşayıp iddet beklemesini isterdi. İddeti bitmek üzereyken karısına tekrar dönerek yeniden iddet beklemesini isterdi. Her iddet bitimi gelince koca, geri dönerek bu şekilde karısını cezalandırmış oluyordu. Kadın ne tam manasıyla boşanmış ne de gerçek mana da bir evlilik hayatı yaşamaktaydı. Hatta bu durum o kadar toplumda yaygınlık kazanmıştı ki, İslâm'ın gelişinden sonra bile bazı erkekler bu uygulamaya devam ediyordu. Bakara Sûresi'nin 229. ayeti ile yasaklanan bu durum, kadınlara tam bir zulüm hayatı yaşıtıyordu.³⁹

Cahiliye Araplarına göre kadın, hayız gördüğü günlerde, pis olduğu gerekçesiyle her şeyden uzak tutulur; ailesi ile birlikte aynı sofrada yemek yemesine, aynı kaptan su içmesine ve aynı yatakta yatılmasına izin verilmezdi. Erkek genelde birden çok evlilik yapabildiği için, güzel, genç ve kendisinden çocuk sahibi olduğu kadına daha yakın ve müşfik olurken, bu vasıfları taşımayan kadınlar ise hor görülür ve sığıntı olarak kabul edilirdi.⁴⁰

Boşanma kocanın hakkı olmakla birlikte, bazı üst düzey kabile başkanlarının kızları ve yakınları, boşanma hakkına sahip olabiliyordu. Mal karşılığı boşanma bu dönemde de uygulanmakla birlikte, genellikle zengin kadınların yapabileceği bir şey olduğu için, fakir kadınların kullanabildikleri bir yöntem değildi.⁴¹

İslâm topluma nüfuz etmiş olan bu haksızlık ve zulüm dolu sosyal ilişkiler bütününe birden yok saymak yerine,

³⁸ Abd el-Âti, a.g.e., s. 311.

³⁹ Doğan, Yusuf, *Hız. Peygamber Döneminde Boşanma*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Bursa, 1996, s. 8.

⁴⁰ Yavuz, a.g.e., s. 45.

⁴¹ Dalgın, Nihat, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, Etüt Yay., Samsun, 1999, s. 20.

tedricî olarak ıslaha girişmiştir. Bu noktada İslâm'ın yapmış olduğu ıslahatları tezimizin farklı bölümlerinde irdedeleyeceğiz. Bizim için bu konuyu burada daha fazla uzatmayacağız.

III- KUTSAL METİNLERDE BOŞANMA

A) Eski Ahitte Boşanma

Yahudilerde aile, sosyal bir kuruluş olmaktan çok, ekonomik ve siyasi bir kuruluş olarak kabul edilirdi. Kadın aşağı bir varlık olup, Adem'in (a.s.) cennetten çıkarılmasına sebep olan Havva'nın takipçileri olarak değerlendirilirdi. Kadın, hayızlı günlerinde yemek pişirmezdi. Şayet pişirse bile bu yemekten yemezdi. Baba isterse kızını istediği adamla evlendirirdi.⁴²

Musevilik'te boşanma, genel olarak İslâm Hukuku'na benzemekle birlikte, boşanma kurumsallaştırılmamıştır. İnsanın toplumsal bir ihtiyacı olduğu için yasaklanmamış fakat tercih edilen ve hoş karşılanan bir değildir.⁴³ Eski İsrail hukukuna göre boşama yetkisi erkeğe ait olup, karısına bir talâkname yazıp vermesi halinde nikah akdi sona erer. Boşanan kadın, bir başkasıyla evlenmediği takdirde ilk kocası onu tekrar alabilir. Ancak kadın, ikinci evliliğini yaptıktan sonra boşanır veya kocası ölürse, kendisini boşayan ilk kocasına dönemez.⁴⁴

Bu hukuk sistemine göre erkek, evlendiği kadının kız olmadığını iddia eder ancak bu iddianın aksi ispat edilirse veya bir kıza zorla tecavüz neticesinde onunla evlenmeye mecbur tutulursa boşanma hakkını kaybederdi. Erkek her iki durumda da karısını zelil ettiğinden hiç bir zaman onu boşayamazdı. Ancak zikredilen bu durumların dışında dilediği zaman karısını boşama imkânına sahipti. Mesela Yahudilere

⁴² Yavuz, a.g.e., s. 14.

⁴³ Abd el-Âtî, a.g.e., s. 287.

⁴⁴ Kitab-ı Mukaddes, Eski Ahit, Tesniye, 4/2-4.

göre eşlerden birisinin başla bir dinden olması boşanma sebebidir.⁴⁵

Tevrat'taki ifadelerden anlaşıldığına göre Yahudiler nezdinde talâk, iyi karşılanmayan bir uygulama olmakla birlikte⁴⁶ meşru olup, vaki olması halinde bu davaları hahamlar heyeti karara bağlardı. Nitekim günümüzde mahkeme kararıyla ayrılmış bir çiftin boşanmaları haham tarafından onaylanmışsa başkalarıyla dinsel yollarla evlenemezler. Eğer buna rağmen medeni nikahla evlenecek olurlarsa, bu davranış cemaate karşı işlenmiş bir suç olarak telakki edilirdi.

Yahudi cemaatinden biri, eşinden ayrılmak istediğinde mahalli hahamlığa başvurur. Eğer henüz mahkeme kararıyla ayrılmamışlarsa haham aralarını bulmaya ve onları barıştırmaya çalışır. Buna mukabil ayrılma kararını vermeye yetkisi yoktur. Bu yolda bir karar verecek olursa, sergilenen davranış biçimi, mensup olduğu devletin kanunlarıyla çelişeceği için hükümsüz olacaktır. Diğer taraftan devletin kanunları Yahudi dinine göre iki kişiyi ne birleştirmeye ne de ayırmaya yetkili olmadığından bunların arasını bulma zorunluluğu doğmuştur.⁴⁷

B) İncil'de Boşanma

Hıristiyanlığın ortaya çıkmasıyla birlikte boşanma reddedilmeye başlanmıştır.⁴⁸ Katolik kilisesi, İsa'nın "Allah'ın birleştirdiğini insan ayıramaz. Her kim bir başka kadınla evlenmek için, karısını boşarsa, ona karşı zina işlemiş sayılır; ve bir kadın başka bir erkekle evlenmek için kocasını terk ederse zina işlemiş olur"⁴⁹ yolunda sözlerine dayanarak boşanmayı kabul etmemiştir. Evlenmenin boşanma ile çözülmezliği esasını yaymak için Kilise çok büyük çalışmalar yapmıştır. Bu gayretlerin sonucu olarak birçok batı ülkelerinde, örneğin

⁴⁵ Dalgın, a.g.e., s. 24.

⁴⁶ Eski Ahit, Malaki,2/15-16.

⁴⁷ Acar, a.g.e., s. 5. Dalgın, a.g.e., s. 25.

⁴⁸ Köprülü- Kaneti, a.g.e., s. 141.

⁴⁹ Matta, 9/9.

İtalya'da, İspanya'da ve X. asırdan itibaren Fransa'da boşanma reddedilmiştir.⁵⁰

Luka İncili'nde birbirinden ayrılan eşler hakkında şu ifadeler yer almaktadır: “karısını boşayıp başkasıyla evlenenler ve boşanan kadınla evlenenler zina yapmış olurlar”⁵¹ bu ve benzeri ayetlere dayanarak kilise boşanmayı yasaklamıştır.

Katolik kilisesi, boşanma yasağının doğuracağı kişisel ve toplumsal zaarları hafifletmek için “*ayrılık*” kurumunu kabul etmiştir. Buna göre müşterek hayatın eşler için çekilmez hale gelmesi halinde ayrılığa hükmedilebilir. Ayrılığa hâkim karar verir. Ayrılık evlilik bağıını ortadan kaldırmaz. Ayrılan eşler sadece birlikte yaşamak vecibesinden kurtulmuş olurlar. Kadının çeşitli sebeplerle ayrılık isteyebilir. Buna karşılık koca, sadece karsının zinası sebebiyle ayrılık isteyebilir.

Hâkim ayrılığa devamlı olarak veya geçici bir süre için hükmedebilir. Devamlı ayrılığa zina halinde karar verilir. Geçici ayrılık sebepleri ise; ağır hakaret, eşinin sıhhatini tehlikeye düşürme, haysiyetsiz hayat sürme, çocuklara Katolikliğin esaslarına aykırı terbiye verme ve Hristiyanlığı terk etmektir.⁵² Fakat boşanmanın reddedilmesi, evli oldukları için başka biriyle evlenme imkânları olmayan ayrılığı hükmedilmiş kişilerin birçok gayri meşru ilişkiye girmelerine sebep olmuştur. Bazıları ise anlaşılmadıkları eşlerinden ayrılmak için, yalancı şahitlerle daha önce başka biriyle evli olduğunu ileri sürerek mevcut evlilik birliğini iptal ettirme yoluna gitmişlerdir.⁵³

Görüldüğü üzere boşanma, sosyal bir gereksinim olup, inkarı ve yasaklanması toplumda birçok usulsüz ve gayri meşru sonuçlar doğurmaktadır. Bundan dolayı tarihin gösterdiği tecrübelerle diyebiliriz ki, boşanma birbirini seve-

⁵⁰ Velidedeoğlu, a.g.e., II/178.

⁵¹ Luka 16/18.

⁵² Cin, a.g.e., s. 17; Yavuz, a.g.e., s. 42.

⁵³ Abd el-Ati, a.g.e., s. 286.

yen hatta düşman olan insanlar için bir çıkış yolu bir kurtuluş, toplum için ise daha sağlıklı ailelerin oluşmasına imkân verdiği için faydalı olmakta, fakat yaygınlık kazanınca toplum ve devlet için büyük sosyal problemleri doğuracağı için zararlı olacaktır. Bundan dolayı aile kurumunun kurulması ve korunması sadece hukuki düzenlemelerle yetinilmeyip dini ve ahlaki değerlerden de yardım istenmesi gereken önemli bir kurumdur.

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA VE HUKUKÎ MAHİYETİ

I- İSLÂM HUKUKUNDA BOŞANMA

İslâm Hukuku'nda boşanma konusu, *müfârakât* bahsinde düzenlenmiştir. İki kişinin birbirinden ayrılması anlamına gelen *müfârakât* İslâm hukuk dilinde, evlilik bağının çözülmesiyle eşlerin birbirinden ayrılması anlamına gelir. Evliliğin sona ermesi bazen evlilik akdindeki bir bozukluk veya eksiklikten, bazen de eşlerin evlilik birliğini devam ettirememelerinden dolayı, bu birlikteliğe son vermeleriyle olur. Birinci durumda evlilik birliği feshedilmiş olurken, ikinci durumda talâkla sona erdirilmiştir.¹

İleride daha geniş bir şekilde ele alacak olduğumuz fesh, evlilik birliğinin akid anında var olan veya sonradan meydana gelen bir eksiklik sebebiyle bozulmasıdır. Sıhhat şartlarından birinin eksik oluşu, akid anındaki bir bozukluğu ifade eder. Mesela şahitsiz enlenme akid anındaki bir bozukluktur, eşlerden birinin dinden çıkmış olması da akiddenden sona meydana gelen dinen beraber yaşamayı imkânsız kılan bir haldir. Birazdan ayrıntılı olarak ele alacağımız talâk, fesihten farklı hukukî sonuçlar doğurur.²

Tezimiz, İslâm Hukuk literatüründeki kullanımıyla *talâk* yani boşanma olduğu için, genelde dini gerekçelerle evliliğe son vermek anlamındaki feshi mukayese imkânı bulamadı-

¹ Cin, a.g.e., s. 33.

² Döndüren, a.g.e., s. 342; Aydın, Mehmet Akif, *İSAM-İlmihal*, Divantaş Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2000, II/224.

ğımız için geniş çerçeveli ele almayı gerekli görmedik. Çünkü din kaynaklı bir hukukun dinden kaynaklanan bazı kriterler, laik yapılı bir hukuk için çok mantıklı olmayabilir. Mesela kocasını sevdiği halde bir kadının, dinden çıkmasından dolayı, kocasından ayırmayı, din olgusunu değerlendirmeye almayan bir hukuk, çok mantıklı bulmayabilir. Bu farklılığın merkezinde dinin olduğu açıktır. Hem Hristiyanlığa hem de Yahudiliğe göre dinden çıkmak boşanma sebebi iken laik bir yapı arz etmesinden dolayı Türk Medeni Kanuna göre böyle bir durum, boşanma için yeterli bir sebep değildir.³ Konuyu mahkemenin evlilik birliğine son verme şekillerinden olan **fesih** maddesinde ayrıntılı olarak ele alacağız.

A) TALÂKIN TANIMI:

Talâk kelimesi Arapça bir kelime olup hem *masdar*, hem de *tatlik* manasına isim olarak kullanılır. Sözlük mânâsı bağı çözmek, serbest bırakmak, hürriyete kavuşturmadır. Aynı zamanda hissî veya manevî bağdan kurtulmak demektir. İslâm Hukuk literatüründe talâk; belli lafızlarla nikâh akdinin çözülmesi anlamında kullanılmaktadır. Bununla birlikte talâk sözcüğü ile genellikle tek taraflı irade beyanıyla yapılan boşamalar kastedilmiştir.⁴

İslâm Hukuku'nda talâk kelimesi hem tek taraflı irade beyanıyla yapılan boşanmayı, hem tarafların anlaşarak evlilik birliğine son vermelerini hem de mahkeme kararıyla meydana gelen boşanmayı içerir. Kadının malî bir ödeme yapması veya malî bir hakkından feragat etmesi suretiyle tarafların anlaşarak evlilik birliğine son vermelerine **hul'** veya **muhâle'a**, mahkemenin evlilik birliğine son vermesine

³ Dalgın, a.g.e., s. 169.

⁴ İbn Âbidîn, Muhammed Emin, *Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhatar*, (Tec. Ahmet Dâvûdoğlu), Şamil Yay. İst. 1983, VI/142; Bilmen, Ömer Nasuhî, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılah-ı Fıkhiyye Kamus*, Bilmen Yay, 2. Baskı, İstanbul, 1985, II/174.

ise **tefrîk** denir. Esasen meydana geliş şekilleri farklı olmakla birlikte her üç boşanma türü de aynı hükümlere sahiptir.⁵

B) TALÂKIN GAYESİ (HİKMETİ):

İslâm Hukuku'na göre evlilik, zaman sınırlaması yapılmadan akdedilen, ölümle biten bir birlikteliktir. Belirli bir zamana kadar devam etmek üzere yapılmış (muvakkat) evlilikler İslâm Hukukuna göre muteber olmayıp zina olarak telakki edilmiştir. Mut'a evliliklerinin yasak kapsamında olmasının da sebebi budur. Bir evlilik birliği, şayet amaçlarına uygun devam etmiyor ve toplumdaki fonksiyonunu icra etmiyorsa, bu evliliğe son verilmesi daha faydalı olacaktır.

İslâm'a göre evlilik, manevi bir birliktelik olup, merkezinde sevgi ve rahmet vardır⁶. Sosyal hayatta evliliğin büyük maslahatları olduğu doğrudur. Ancak nikahın büyük maslahatları, sadece nikahın kıyılmasında ve nikah akdinin devam etmesinde değil, bilakis iki tarafın anlaşmalarında ve muhabbetlerindedir. İki taraf arasında anlaşmazlık meydana gelir, bir tarafta muhabbet bulunmazsa, eşler arasında kin ve nefret hâkim olur, evlilik hayatı iki taraftan birine yahut her ikisine azap olursa, nikah büyük bir esaret haline gelir ve o vakit boşanma zorunlu olur.

Aile birliğini zedeleyen, sarsan, karı koca arasında huzursuzluk veya sevgilerini azaltıcı herhangi bir durum yokken, boşanmaya kalkmak doğru bir şey olmayıp, Kur'ân-ı Kerim'in yasakladığı bir şeydir. Çünkü Kur'ân-ı Kerim' de *"Eğer size itaat ederlerse, artık onların aleyhine başka bir yol aramayın..."*⁷ Allah Rasulü de, *Allah katında en sevilmeyen helalin boşanma...* olduğunu belirterek, *"sırf başka bir kadın almak için karısını boşayan kişiye Allah lanet eder"*⁸ demiş-

⁵ Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil Yay, 5. Baskı, İst. 1996, 1/349.

⁶ er-Rûm 30/21.

⁷ en-Nisâ 4/34.

⁸ Ebû Dâvûdî, Talâk, 3; İbn Mâce, Talâk, 1.

tir.⁹

Kocalarını kendilerini boşamaları hususunda zorlayan ve sırf boşanmak için huzursuzluk çıkaran kadınlar hakkında da Hz. Peygamber, şöyle buyurmuştur: *“Bir kadın, mühim bir hacet ve mahzur bulunmaksızın kocasından, kendisini boşamasını isterse artık ona, cennetin kokusu dahi haramdır.”*¹⁰

Hayatın gerçeklerinden biri olan, aile içi huzursuzluk ve eşler arasındaki uyumsuzluk, aile birliğini devam ettirmeye engel olacak kadar ileri bir safhaya ulaştığı bir durumda boşanma aile için en büyük nimet sayılır. Bundan dolayı, batı boşanmayı asırlarca yasaklayan ülkeler boşanmanın toplumsal bir ihtiyaç olduğunu anlamışlar ve boşanmayı kabule mecbur kalmışlardır. Çünkü evlilik, eşlerin ruhlarının uyuşması halinde nimet sayılır. Aksi takdirde, kişilikleri, kültürleri, zevkleri taban tabana zıt olan, birbirlerine tahammül bile edemeyen insanların aynı çatı altında yaşamaya mecbur olmaları nimetten ziyade eziyet ve zulüm olup, bu durumdan en fazla çocuklar zarar görür. Hatta devam eden huzursuz iki kişiyi evlilikleri, iki sülaleyi bile düşman edebilir.¹¹

Bu şartlar altında boşanmadan başka bir çare kalmamış olup, boşanma, özellikle bu evlilikten zarar gören taraf için en büyük nimet haline gelmiştir. Düzelmesi mümkün olmayan evlilik birliği, kangren olmuş bir uzvun kesilmediği takdirde vücudun tamamına zarar vermesi gibi toplumun diğer fertlerine de zarar verecektir. Bundan dolayı İslâm Hukuku, boşanmayı şartlarına ve kurallarına uygun halde yapmak şartıyla caiz görmüştür.

⁹ Cârullah, Musa, *Hatun*, (Hazırlayan: Mehmet Görmez), Kitabiyât Yay. Ankara. 1999, s. 83.

¹⁰ Ebû Dâvûd, Talâk 17; Dârimî, Talâk 6.

¹¹ Doğanay, Ekrem, *İslâm'da Talâk'ın Hükümü ve Hikmetleri*, Gonca Yay. İst. 1984, s. 11

C) İSLÂM HUKUKUNA GÖRE BOŞANMA ÇEŞİTLERİ

İslâm Hukuku'na göre boşanma, Hz. Muhammed'in (s.a.v.) belirlediği şekle (sünnete) uygun olup olmamasına, boşanmadan vazgeçilebilir olup olmamasına ve boşanma talebinin kimden geldiğine göre bazı kısımlara ayrılır. Şimdi bu kısımları genel çerçeveyi ortaya koyacak tarzda ele alalım.

1- Sünnete Uygun Olup Olmamasına Göre Boşanma Çeşitleri:

Boşanma sünnete uygun olup olmaması bakımından ikiye ayrılır. *Sünnî ve bid'î boşanma*. Kur'an ve Hz. Peygamber'in belirlediği şekilde yapılan boşanmaya *sünnî boşanma* denir. İslam hukukuna göre, hem erkeğin hem de kadının bazı şartları yerine getirmedikçe boşanmaları dinen uygun görülmemiştir. Bu şartları aşağıda ele alacağız. Ancak bu şartların dinen gerekli olduğunda şüphe olmasa da, bu şartlar yerine getirilmeden gerçekleştirilen boşanmaların hukuken geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Bid'î yani sünnete aykırı şekilde boşananların ise, dinen vebal altında olacakları da açıktır.¹²

a- Kur'an ve Sünnete Uygun (Sünnî) Boşanma

aa) Tanımı: Kur'an ve sünnete uygun boşama sahabe-nin tercih ettiği boşama olup kendi arasında iki kısma ayrılır: *Ahsen* (en güzel) boşanma ve *hasen* (güzel) boşanma boşanma. Ahsen boşanmada koca boşamak istediği hanımını temizlik günlerinde cinsel ilişkiye girmeksizin bir talâkla boşayıp iddet süresi dolana kadar bir daha boşamamasıdır. Böylece ric'î talâkla boşadığı hanım, iddet dolunca bâin talâkla boşanmış olur. Fakat kocanın eşiyle yeni bir nikah akdi yaparak yeniden evlenmesi mümkündür.

¹² Doğanay, a.g.e., s. 28.

Hasen boşanmada koca temizlik döneminde, cinsel ilişkiye girmediği eşini, bir talâkla boşar. Daha sonraki iki temizlik döneminde ise her bir dönemde birer kez olacak şekilde, geri kalan talâk haklarını kullanarak karısını üç talâkla boşar. Bu tür boşanma sünnete uygun olsa da, kadının başka biriyle evlenip daha sonra uygun bir şekilde boşanmasından sonra mümkün olacağı için kocanın pişman olup geri dönmesi çok zordur. Bundan dolayı sahabe bu tür boşamaya fazla başvurmamıştır.¹³

bb) Kur'an ve Sünnete Uygun (Sünnî) Boşanmanın Şartları:

i- Boşanma Yetkisini Bir Anda Kullanmamak: Bu konuda Rabbimiz şöyle der: "Onlarla güzel geçinin. Eğer onlardan hoşlanmıyorsanız, sabredin, hoşlanmadığınız bir şeyi Allah çok hayırlı kılmış olabilir."¹⁴ Yine sınırsız boşama hakkına sahipken üçle sınırlandırılan koca, bu haklarını bir anda kullanarak karısını cezalandırmak isteyebilir. Bu hususta da yine şöyle buyrulmuştur:

*"Boşama iki defadır. Bundan sonra ya iyilikle tutma veya güzel bir şekilde salıverme vardır..."*¹⁵ *"Eğer erkek kadını (üçüncü defa) boşarsa, ondan sonra kadın bir başka erkekle evlenmedikçe onu alması kendisine helâl olmaz"*.¹⁶ Bu ayetlerden anlaşıldığı üzere boşanmak isteyen koca karısını bir anda üç talâk hakkını da kullanarak karısını boşamamalı, sayet bir daha dönmek üzere boşanmak isterse, iddet dönemini dikkate alarak, üç kez ayrı iddet dönemlerinde boşamalıdır.¹⁷

ii- Kadını Temiz Olduğu Bir Gününde Boşanmak: Sünnete uygun bir boşanmanın diğer bir şartı da kadını temiz

¹³ es-Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsut*, Daru'l Marife, 2. Baskı, Beyrut, 1406/1985, VI/6; ez-Zuhaylî, *İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi*, (Çev: Komisyon), Risale Yayınları, İstanbul, 1994, IX/336; Döndüren, a.g.e., s. 403.

¹⁴ en-Nisâ 4/19.

¹⁵ el-Bakara 2/229.

¹⁶ el-Bakara 2/230.

¹⁷ Ateş, Süleyman, "Kur'an-ı Kerim'de Evlenme ve Boşanma İle İlgili Ayetlerin Tefsiri", AÜİF. Dergisi, Sayı 23, s. 265.

olduğu bir durumda iken boşamaktır. Durum böyle olunca koca, karısının hayızlı olduğu en az üç, en fazla on gün müddetince boşayamaz. Ayrıca koca kendisiyle cinsel ilişkiye giremediği için karısına karşı bir soğukluk hatta hayızlık süresinin uzamasıyla nefrete dönüşebilecek olan bu durumda, karısını boşaması çok doğru değildir. Aynı zamanda kadınların bu dönemlerde daha sinirli ve daha duygusal davrandıkları göz önünde bulundurulunca kocanın bu kötü durumu vesile ederek karısını boşaması daha doğru olacaktır.¹⁸

Nitekim eşini hayız günlerinde boşayan Abdullah b. Ömer (r.a) hakkında Hz. Peygamber'in Hz. Ömer'e şöyle demiştir: *“Ona emret, eşine dönsün, hayızından temizleninceye kadar onu evde tutsun, sonra yeniden hayız görüp, tekrar temizlenince isterse ona dokunmadan yeniden boşasın.”*¹⁹

iii- Cinsel İlişkinin Olmadığı Bir Temizlik Döneminde Boşanmak: Kur'an'da yer alan, *“Ey Peygamber! Kadınları boşayacağınızda onların iddetlerini gözeterek boşayın...”*²⁰ Ayetiyle kadınların temizlik döneminde boşanmamaları emredilmiştir.²¹ Yukarıda zikrettiğimiz hadisten de anlaşılacağı üzere, sünnete uygun boşamada kocanın karısına yaklaşmadığı bir temizlik döneminde onu boşamalıdır. Koca, hayızlıktan temizlenerek cinsel birleşme için en uygun halde olmasına rağmen karısına yaklaşmayarak onu boşaması, gerçekten eşlerin birbirlerini istemediklerine veya en azından aradaki sevgi bağlarının koptuğuna işarettir.

iv- İki Şahidin Huzurunda Boşanmak: Boşamanın sünnete uygun olabilmesi için kocanın iki şahit huzurunda hanımını boşaması gereklidir. Boşama konusunda iki şahit getirilmesi Kur'an'da şu şekilde geçmektedir: *“Sonra boşadığınız hanımların süreleri dolunca, ya iyi bir şekilde tutun, ya da iyi*

¹⁸ Cin, a.g.e., s. 72; Döndüren, a.g.e., s. 403.

¹⁹ el-Buhârî, Talâk, 1,

²⁰ et-Talâk, 65/1.

²¹ Yazır, a.g.e., IIIV/102.

bir şekilde bırakın, içinizden iki kişiyi şahit tutun ve şahitliği Allah için yapın”²²

Yukarıdaki ayetin gereklilik ifade etmediği ifade eden çoğu İslâm Hukukçusu, Hz. Peygamber’in boşananlar için iki şahit getirilmesini emretmediğini ileri sürmüşlerdir. İmam Buharî başta olmak üzere bazı Ehl-i Sünnet ilim adamları ve Şia’nın kahir çoğunluğu, boşamanın sahih olabilmesi için iki şahidi gerekli görmüşlerdir.²³

Kanaatimizce yaşadıkları dönemin bazı özel şartları fukahânın bu şekilde düşünmelerinde etkili olmuştur. Şöyle ki, şahitler olmadan akdedilen nikâh sahih değilken, boşanmayı sahih görmek tutarsızlık gibi görünse de, evlilik akdinde şahitlerin olmaması evlilikle zinayı ayırdığı için çok önemli görülmüştür. Çünkü zina suçu işleyen birinin, evlilik iddiasında bulunması mümkündür. Fakat boşanmanın tescili, özellikle kadının bazı haklarının ihlal edilmemesi için önemlidir. Kadının iddet süresinin tespit edilmesi, onun mira, mesken ve nafaka gibi bazı haklara sahip olabilmesi için gereklidir. Kadının bir başkası ile evlenmesi de yine iddet süresinin bitiminden sonra mümkündür. Bütün bunlardan dolayı boşanmanın tescil edilmesi gereklidir.²⁴

b- Kur’an’a ve Sünnete Uygun Olmayan (Bid’i) Boşanma

Boşama yetkisine sahip olan koca, şayet karısını yukarıda zikrettiğimiz şartlara riayet etmeden boşarsa bu boşama Kur’an’a ve Sünnet’e uygun olmamasına işaret olarak *bid’i talâk* adını alır. Yani erkeğin karısını, hayızlı halineyken veya temizlik döneminde olsa bile cinsel ilişkiye girdikten sonra boşaması *bid’i talâk*tir. Ayrıca kocanın talâk haklarını temizlik dönemlerine yayarak her bir temizlik döneminde bir talâkla boşamaması da *bid’i talâk*tir. Koca, bütün talâk hakkını bir

²² et-Talâk 65/2.

²³ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/336; Döndüren, a.g.e., s. 403 ; Ateş, a.g.m., s. 265.

²⁴ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/369; Ateş, a.g.m., s.265.

temizlik döneminde kullanarak karısını boşamamalıdır. Klasik dönem İslam hukukçularının çoğunluğu bu tür boşanmaları hukuka uyum görmüş olmalarına rağmen son dönem İslam hukukçularının çoğu, bu tür boşamaların üç talâk sayılamayacağı kanaatindedirler. Çalışmamızın ileri aşamalarında da bu konuyu tekrar ele alacağımız için burada kısa geçiyoruz.

2- Dönülebilir Olup Olmamasına Göre Boşanma Çeşitleri:

İslam Hukuku boşanma yetkisini erkeğe verdiği için, erkeğin bu yetkiyi kötüye kullanarak hem kendine hem de başta kadın olmak üzere ailenin diğer fertlerinin aleyhine olacak şekilde kullanmasına engel olmak için bazı tedbirler almıştır. “Aileyi Koyucu Tedbirler Almak” başlığı altında IV. Bölümde geniş bir şekilde ele alacağımız üzere, İslâm hukukunun aldığı tedbirlerin başında *boşanmayı zamana yaymak* gelmektedir.

İslâm Hukuku’nda zamana yayılmış (dönülebilir-ric’î) ve zamana yayılmamış (dönülemez-bâin) olarak ifade edilen bu boşanma şekillerini izah edelim:

a- Dönülebilir (Ric’î) Boşanma

Dönülebilir boşanmayı Ömer Nasuhî Bilmen şu şekilde tanımlar: “*Cinsel ilişkiye girdikten sonra meydana gelip, açık bir şekilde veya dolaylı olarak üç adedine veya bir bedele karşı olmayan ve kesin boşanmaya delalet eden bir özellik taşımayan boşamadır*”²⁵ Dönülebilir boşanma; erkeğin hanımına, yeniden mehir ve nikah akdine gerek duymadan iddet süresi içinde dönmesine imkân tanır. Kocanın karısına dönmek istemesi yeterlidir.²⁶

²⁵ Bilmen, a.g.e., II/174; Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yay. İst. 1998, s. 434.

²⁶ Karaman, a.g.e., I/358.

İslam hukukunda boşanmanın dönülebilir tarzda yapılması istenmiştir. Bu durum Kur'an-ı Kerim'de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Boşama iki defadır. Bundan sonra ya iyilikle tutma veya güzel bir şekilde salıverme vardır...*”²⁷ Saha-benin uygulaması da bu tarzda olup, kimse hanımını bir anda dönülemeyecek tarzda boşamazdı. Fakat insanlar Allah ve Rasulü'nün belirlediği yoldan ayrılarak, zulüm ve haksızlık olarak şekilde boşanmaktan sakınmaz olmuşlardır. Boşanma konusunda, korunması gereken sınırlar ihlal edilmiş ve aceleci davranarak tüm talâk haklarını birden kullanmaya başlamışlardır.

Bir boşanmanın dönülebilir olabilmesi için bazı şartlar gereklidir:²⁸

- i) Kocanın cinsel ilişkiden önce karısını boşamamış olması,
- ii) Kocanın, karısının teklif ettiği bir bedelle (muhâle'a) boşama hakkını kullanmaması,
- iii) Boşama (Tefvîz-i talâk) yetkisi olan kadının boşanma iradesinde bulunmaması,
- iv) Boşanmanın mahkeme kararıyla olmaması,
- v) Boşanmanın üç talâkla olmaması,
- vi) Koca bir veya iki talâkla karısını boşamışsa, kadının iddet döneminin bitmemiş olması,
- vii) Kocanın boşamak istediği karısını kırıcı ve küçük düşürücü ifadelerle boşamaması gerekir. Çünkü ağır hakaretler ve onuru rencide edici söz ve sövgüler, yeni bir evlilik için kadının rızasını gerekli kılar. Kadının kocasının evlilik teklifini kabul etmesi ise onu affettiğini ve evlilik birliğini kökünden sarımadığını gösterir. Şayet bir talâka niyet ettiğini iddia ederek kocanın bu evliliğe geri dönmek istemesi durumunda kadın mağdur edilmiş olacaktır.²⁹

²⁷ el-Bakara, 2/229.

²⁸ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/368.

²⁹ Mehmet Zihni Efendi, *Nimet-i İslâm*, Salâhbilici Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1990, s. 97.

Dönülebilir (ric'î) boşanma evlilik bağıni hemen koparmaz. Kadın üç hayz (kuru') müddeti kocasının evinde bekler. Koca bu bekleme süresinde karısına sözlü veya fiili olarak dönebilme hakkı vardır. Bu bekleme süresi içinde evlilik bağı gevşemiş bir şekilde devam eder ve koca vermiş olduğu bu kararı boşadığı eşini her gün görerek yeniden değerlendirir. Bu durum hem kocanın kendi mağduriyetini, hem de kadının ve çocukların mağduriyetini görüp karısına geri dönmesini kolaylaştırmaktadır. Kadının babasının evine veya kocanın bilmediği bir yere gitmesi kocanın pişman olmasını, pişman olsa bile karısını çağırıp evlilik birliğine devam etmesini zorlaştırır. Dönülebilir boşanmayı bu şekliyle Hristiyan ülkeleri medeni kanunlarında ve Türk Medeni Kanununda yer alan ayrılık müessesine benzetmek mümkündür.³⁰

b- Dönülemeyen Boşanma (Bâin Talâk):

Zifaktan önce meydana gelen veya zifafa girdikten sonra olup, tam ayrılığı (beynûnet) ifade eden bir kinayeli veya açık bir ifade ile meydana gelen veya üç talâk hakkının da kullanıldığı boşanmaya *dönülemez boşanma* (bâin talâk) denir.³¹

Şayet erkek üç talâk hakkını kullanarak karısını boşamışsa, kocanın aynı kadınla yeniden evlenmesi ancak hulle ile caiz olup bu tür talâka *beynûnet-i kübrâ* denir. Talâk haklarından sadece bir veya iki talâkla meydana gelen talâklar ric'î olup kadının beklemesi gereken iddet süresi geçtikten sonra bu talâk bâine dönüşür. Fakat hulle gerekmeden eşler isterlerse yeniden evlenebilirler. Bu tür bâin talâklara ise *beynûnet-i süğrâ* denilir.³² Ayrıcı boşanma ile karı koca birbirinden ayrılmış olup, erkek karısına geri dönebilmesi için kocanın yeni bir nikâh akdi ve mehirle evlenmesi gerekir. Şayet kadın bu evliğe rıza göstermezse kocanın karısını zor-

³⁰ Cin, a.g.e., s. 53.

³¹ Bilmen, a.g.e., II/175; Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, s. 434.

³² Mehmet Zihni Efendi, a.g.e., s. 99.

laması mümkün değildir.³³

İslâm hukukunun boşanmada dönülebilirlik esasını kabul etmiş olmakla birlikte yukarıda saydığımız dönülebilir boşanmanın şartlarından birinin ihlali boşanmayı dönülemez hale getirir.

Bir boşanma iki şekilde dönülemez hale gelir:

i- Dönülebilir boşanma iddet içinde koca tarafından geri alınmadığı takdirde kesinlik kazanır. Artık 3 hayz müddeti içinde koca karısına dönmediği için kadınla arasındaki ilişkinin bir anlık verilmiş bir karardan daha ziyade gerçekten aile birliğinin sarsıldığına işaret edilir ve koca karısının rızasını almadan tekrar ona geri dönemez.

ii- Koca boşanma iradesini açıklarken boşanmanın kesin, ayırıcı olduğunu ifade eden sözler kullanmış veya talâk sözünü aynı anda üç kere söylemiş veya işaretle boşanmanın üçlü olduğunu ifade etmişse artık bu boşanma kesinlik kazanır ve koca karısına geri dönemez. Buna ilaveten zıfâf vuku bulmadan yapılan boşanmalar daima ayırıcıdır. Boşanma iradesini açıklarken kullanılan bazı tabirler, yapılan benzetmeler de ayırıcı boşanmaya delalet eder. Meselâ “*sert, uzun ve geniş bir boşanma ile boşandın*”, “*boşanmaların en sert, en uzun ve en geniş ile boşandın*”, “*dağ kadar büyük bir boşanma ile boşandın*” gibi sözcükler ayırıcı boşanma anlamına gelir.³⁴

Ayırıcı veya dönülemeyen boşanma, adından da anlaşılacağı üzere evlilik birliğini hemen sona erdirir. Artık kadın ve erkek birbirine yabancı kişidir. Koca boşama iradesinden dönerek yeni bir evlenme akdi yapılmaksızın, eski karısı ile yeniden evlenemez. Hâlbuki dönülebilir boşanmada evlilik rabitası hemen sona ermediği gibi, iddet içinde koca karısından dönebilir ve yeni bir nikaha ihtiyaç olmadan karısını geri alabilir. Çünkü bu esnada evlilik halen devam etmekte ve eşlerin birbirlerine karşı hak ve mükellefiyetleri de varlığını

³³ Karaman, a.g.e., I/359.

³⁴ Cin, a.g.e., s. 55; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/346-347.

sürdürmektedir.

Boşanma ister dönülebilir ister kesin olsun aynı kadın hakkında ancak iki defa tekerrür edebilir. İki ric'î boşanmadan sonra koca bir üçüncü defa karısını boşarsa veya boşanma iradesini açıklarken “üç kere boşadım” gibi bir söz söylerse karı ile koca arasında geçici bir evlenme yasağı doğar. Bu yasak ortadan kalkmadıkça eski kocanın karısı ile evlenmesi imkânsızdır. Bu sebeple üçüncü boşanmadan sonra karı ile koca arasında meydana gelen ayrılığa *büyük ayrılık* (beynûnet-i kübrâ) adı verilir. Kocanın bu boşanmadan sonra karısı ile yeniden evlenmesi, kadının bir başka erkekle usulüne göre evlenmesi ve bu evlenmenin usulüne uygun şekilde sona ermesi ile olur.³⁵

Hulle denilen bu usul, kocanın boşama yetkisini kötüye kullanmasını önlemek, kötüye kullananları da cezalandırmak amacına matuftur. Üçüncü ayırıcı boşanma veya bir üçlü boşanmadan sonra eski karı-kocanın yeniden evlenme imkânının doğması için gerekli şartların hukuka uygun tarzda yerine getirilmesi icabeder. Çünkü Kur'an-ı Kerim'de şöyle denilmektedir:

*“Eğer erkek kadını (üçüncü defa) boşarsa, ondan sonra kadın bir başka erkekle evlenmedikçe onu alması kendisine helâl olmaz. Eğer bu kişi de onu boşarsa, (her iki taraf da) Allah'ın sınırlarını muhafaza edeceklerine inandıkları takdirde, yeniden evlenmelerinde beis yoktur. Bunlar Allah'ın sınırlarıdır. Allah bunları bilmek, öğrenmek isteyenler için açıklar”.*³⁶

Bu ayetin hükmü gereği kadının, bir üçüncü şahısla gerçek bir evlenme akdetmesi ve bu evlenmenin zıffa sonuçlanması gerekir; yani sadece nikah kıyarak yapılan evlenmeler bu yasağı kaldırmaz. Evlenme, boşanma veya kocanın ölümü ile sona ermelidir. Bu şekilde kadın iddetin sonunda eski kocası ile yeniden evlenebilir. İkinci evlenmenin

³⁵ Ateş, a.g.m., s. 273.

³⁶ el-Bakara 2/230.

mutlaka zıfafla sonuçlanması gerekir. Bu sebeple evlenmenin akdinden sonra fakat zıfaftan önce koca ölmüşse, üçlü boşanmanın doğurduğu yasak ortadan kalkmaz. Bu evlenme sona erdikten sonra eski eşlerin akdedecekleri evlenme, önceki boşanmalar tamamen hükümsüz sayıldığından yeniden üç talâk hakkına sahip olur. Hülle de ancak iki kere mümkündür; hür kadın hakkında üç, köle kadın hakkında iki ayırıcı boşanmadan sonra hülle gerekir. Evlenmesi batıl olan kadın boşanamaz. Batıl bir evlenmenin bu şekilde sona ermesi boşanmadan ziyade bir fesihtir. Akdettiği evlenme batıl olan kadın kocası tarafından üçlü boşanma ile boşansa, bunlar hülleye gerek kalmadan yeniden evlenebileceklerdir. Çünkü batıl evlenmenin sona ermesi gerçek bir boşanma (talâk) değildir.

Erkeğin eski karısı ile arasındaki evlilik yasağını kaldırmak amacıyla kadının yaptığı evlilik, bir nevi süreli evlenme (mut'a nikâhı) sayıldığı için meşru değildir. Sırf mevcut yasağı bertaraf etmek için eski koca ile bir bedel karşılığında olsun veya olmasın anlaşılan kişiler, peygamber tarafından lanetlenmiştir.³⁷ Böyle kişilerin akdetmiş oldukları evlenmeler yasağı kaldırmaz. Hanefîlere göre, üçlü boşanmış kadını boşama şartı ile alan kimsenin evlenmesi dinen mekruh, hukuken geçerli sayılır. Ancak şart yok farzedilir. Sonuç olarak koca kadını boşarsa, kadın eski kocası ile evlenebilir.

1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesi, “sırf mevcut evlenme yasağını kaldırmak amacıyla yapılacak evlenmenin amacı temin etmeyeceği yani üçlü boşanmış kadını eski kocasına meşru hale getiremeyeceği”³⁸ esasını hükme bağlamıştır.³⁹

Sonuç olarak diyebiliriz ki: İslam, boşanma konusunda aceleci davranmamayı talep eder. Erkeklerin düşmanca bir tavırda hanımını boşamamasını, zamana yayarak ve kadının

³⁷ en-Nesâî, Zinet, 25.

³⁸ H.A.K. md. 118.

³⁹ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/375.

fiziki ve ruhi durumuna göre boşanmayı ister. Üç talâk hakkının bir anda kullanılması çoğunluk tarafından hukuka uygun görülümüşse de sosyal dengelerin değişmesi ve kadının toplumdaki konumundaki değişim, bu görüşü, İslâm'ın ruhundan daha da uzaklaştırmıştır. Aile birliğini koruyucu tedbirlerin alınması başlığın altında daha geniş tetkik edeceğimiz bu konu İslâm Hukukunun beşeri hukuklardan göstermiş olduğu en büyük müspet farklılıktır. Bundan dolayı bu konuyu burada bırakıyoruz.

3- Boşanma Talebinde Bulunanlara Göre Boşanma Çeşitleri

İslâm Hukuku'nda böyle bir ayırım yapılmasının sebebi, boşanma talebinde bulunana göre boşanmanın sonuçları da değişeceği içindir. Bu açıdan boşanma dört çeşittir:⁴⁰

a- Erkeğin İsteği Üzerine Boşanma:

İslâm Hukuku'nda talâk denilince özellikle akla gelen boşanma şeklidir. Bu tür boşanmalarda, herhangi bir sebep olmasa bile karını boşamaya hak sahibi olan koca,⁴¹ karısının rızasını almak zorunda olmadığı gibi mahkemenin bu kararını onaması da gerekmez⁴². Bu talâkla koca talâk haklarından birini kaybetmiş olur. Erkek karısını dönülebilir tarzda boşamışsa ve kadının iddet dönemi bitmemişse, karısına sormadan ona geri dönebilir. Bu dönüş nikâh hükmünde olup yeni bir nikâh gerekmez. Fakat iddet dönemi bittikten sonra koca geri dönmek isterse karısının rızasını almak zo-

⁴⁰ Cin, a.g.e., s. 36.

⁴¹ Bu husus, tartışmalara sebep olmuş, bazı İslâm Hukukçuları hiç bir sebep göstermeden boşanmayı genel olarak ayet ve hadislerin ruhuna ters düşüğünü söyleyerek kabul etmezken, bazılarına göre ise boşama hakkı erkeğin aslî haklarından olup, herhangi bir sınırlamaya gitmek doğru değildir. Bkz. Cârullah, a.g.e., s. 83.

⁴² 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, boşanan eşlerin, bu durumu mahkemeye ihbar etmelerini zorunlu kılar (md. 110), 1924 tarihli Aile Hukuk Tasarısı ile boşama yetkisi olan kocanın bu yetkisini mahkeme veya hakem heyeti huzurunda kullanmasını zorunlu hale getirmiştir. (md.86) Aydın, M. Akif, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, MÜİF. Yay., İstanbul, ty., s. 238-239.

runda olup, karısı istemezse geri dönemez. Yeni bir nikâh akdi gerektiren bu dönüş aynı zamanda kadına da yeni bir mehir hakkı sağlar.⁴³

İslâm Hukuku'nda boşama yetkisi prensip olarak erkeğe verilmekle beraber bunun birçok sebebi vardır. Bu sebeplerin tahlil edilmesi konunun anlaşılması için gerekli olduğu için bu konuyu tezimizin son bölümünde ayrıntılı olarak ele alacağız.

b- Karşılıklı Rıza İle Boşanma (Muhâle'a-Hul' ve Mubâra'e):

İslam hukuku prensip olarak boşanma yetkisini erkeğe vermiştir. Erkek mevcut birliktelikten memnun değilse, boşama yetkisini karısının rızasını almadan kullanarak bu evlilik birlikteliğine son verebilir. Kadının boşanmak istememesi ise boşanmayı etkilemez. Kocanın, karısının rızasını alarak onu boşaması, bir müslümandan beklenen şey olmasına rağmen, kadının rızasının olup olmaması boşanmanın sonucunu değiştirmedigi için fıkıhta bu durum ayrıca işlenmemiştir. Kadın şayet boşanma hakkını önceden almamışsa ve boşanmak için yeterli bir sebep de yoksa mahkeme kanalıyla da boşanamaz. Böyle bir durumda ya kocasını boşanmaya ikna edecek ya da sabredecektir. Hiçbir makul sebep yokken kocasından boşanma talebinden bulunan kadınlar hadislerde kınanmıştır. Hz. Peygamber bir hadislerinde; *“Önemli bir neden olmaksızın kocasından ayrılmak isteyen kadına cennet kokusu haram olur.”*⁴⁴ Diğer bir hadiste ise; *“Hiçbir mazeret olmaksızın kocasından boşanmak isteyen kadınlar münafıktır.”*⁴⁵ buyrulmuştur.

Fakat bazı durumlar, kadının boşanma talebini meşru kılabilir. Bu durumlar erkekten kaynaklanıyor olabileceği gibi, kadından da kaynaklanıyor olabilir. Erkekten kaynakla-

⁴³ Dalgın, Nihat, İslam Hukukunda Boşanma Hakkı, s. 31.

⁴⁴ Ebû Dâvûd, Talâk, 3; İbn Mâce, Talâk, 1.

⁴⁵ Tirmizî. Talâk, 10; Müsned, 2/414.

nan bir durum olunca, kadının mahkeme yoluyla boşanma hakkı doğar. Ancak mahkeme tarafından boşanmaya yeterli bir sebep yoksa kadın mahkemeye de müracaat edemez. Böyle bir durumda kadın, istemediği bir evlilik birliğine devam etmek zorunda mı kalmalıdır? Gerçekten huzursuz bir ailede, kocanın kötü muamelesine hatta saldırılarına maruz kalan bir kadın, boşanmak isteyip de kocası onu boşamak istemezse, o takdirde kadının hakları ihlal edilmiş olmaz mı? Kadın zalim bir kocanın elinde ömrünün sonuna kadar eziyet mi çekecektir?⁴⁶

Bu durum, İslam'dan önce Arap toplumunda sık karşılaşılan durumlardan biri olup, bu durumda kadının haklarını hiç kimse, savunamazdı. Çünkü kadın, kocanın malı sayılırdı. Erkek, karısına karşılık babasına vermiş olduğu maldan dolayı kadın üzerinde, kadının babasından daha yetkili sayılırdı.⁴⁷

İslam'ın kadınlara tanıdığı temel haklardan biri de kocasına belirli bir bedel vermek üzere boşanma hakkıdır. İslam Hukuk literatüründe *muhâle'a* veya *hul'* denilen bu yöntem, boşanmak isteyen kadınların en fazla başvurdukları yöntemlerden biri olmuştur.⁴⁸

aa- Tanımı: Hul' veya muhâle'a, sözlükte çıkarma ve giderme anlamına gelir. Örfte ise evliliği ortadan kaldırmak demektir. Muhâle'a mehrin tamamı karşılığında boşanırsa hul', bir kısmı karşılığında olursa sulh, daha fazla mal karşılığında olursa fidyе, kocası üzerindeki haklarının tamamını düşürmesi karşılığında olursa mübâra'e adını alır. Fıkıh'ta ise kadının vereceği bir bedele karşılık kocanın karısını boşaması demektir.⁴⁹

Muhâle'a ile meydana gelen boşanmanın, kocanın tek

⁴⁶ Bkz. "Kadının Manevî Haklarını Koruma".

⁴⁷ Kıyıcı, Selahattin, İslâm Hukukunda Örf ve Adet, İşaret Yay. İstanbul. 1990, s. 88.

⁴⁸ es- Serahsî, a.g.e., V/171.

⁴⁹ Bilmen, Nasuhi, a.g.e., s. 178; Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, s. 162; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/379.

tarafli boşamasından farklılık arzettiği noktalar şunlardır:

a- Koca muhâle'a anlaşmasına kadını zorlayamadığı için kadının rızası olmadan muhâle'a meydana gelmez

b- Boşanma isteği hem kadından hem de kocadan gelebilir.

c- Boşanma teklifi kadından gelirse prensip olarak kadın, kocaya bir bedel vermesi gerekir.⁵⁰

Bu tarife göre muhâle'anın muteber olabilmesi için, hul' veya hul' manasına gelecek lafızlarla yapılması, bedelin zikredilmesi ve zevcenin bu bedeli vermeyi kabul etmesi gerekir.⁵¹

Koca, karısının isteği üzerine onu boşamayı kabul etse ve bundan dolayı da her hangi bir mali bedel istemezse bu tür boşanma “*mubârae*” olarak isimlendirilir. Bazılarına göre kocanın isteği üzerine kadının bir bedel vermesi de *mubârae* olarak isimlendirilmiştir.⁵²

Muhâle'a, boşama yetkisi olan huysuz ve geçimsiz (nâşiz) bir kocadan kadının kurtulabilmesi için, İslam'ın getirdiği bir çıkış yoludur. Yoksa kendisine boşama yetkisi verilen kocanın bu yetkiyi kullanarak kadından ekonomik fayda sağlamasına fırsat vermek değildir. Zira karılarını muhâle'aya zorlamak için baskı yapmak veya mahkeme kararıyla boşanarak kadına verdiği mehri geri almak veya vermesi gereken mehri vermemek için kocaların mahkemede aleyhlerine delil olacak bazı iftiralarda bulunmaları, Kur'ân-ı Kerim'in şu ayeti ile yasaklanmıştır: “Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak isterseniz, onlardan birine yüklerle mehri vermiş olsanız dahi ondan hiçbir şeyi geri almayın. Siz iftira ederek ve apaçık günah işleyerek onu geri alırsınız?”⁵³

bb- Muhâle'a'nın Meşruiyeti: Muhâle'ayı meşru kılan ayet şöyledir: “Boşanma iki defadır. Bundan sonra ya-

⁵⁰ Cin, a.g.e., s. 71.

⁵¹ Döndüren, Hamdi, “Hul”, Ş.İ.A., III/320.

⁵² ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/179-180.

⁵³ en-Nisâ 4/20.

pılması gereken ya meşru tarzda güzelce birlikte yaşama yahut, eşini güzellikle salıvermedir. Ey kocalar, boşama sırasında eşinize daha önce vermiş olduğunuz mehirden herhangi bir miktar geri almanız size asla helal olmaz. Fakat Allah'ın koyduğu hudutlarda duramayacaklarından endişe etmeleri hali bunun dışındadır. Şayet siz de onlar gibi, onların Allah'ın koyduğu hudutlarda duramayacaklarından endişe ederseniz, bu durumda zevcenin, ayrılmak için meşru çerçevede hakkından bir şey vermesinde, her ikisi için de bir vebal yoktur. İşte bunlar Allah'ın tayin ettiği haklardır ki sakın onları aşmayasınız. Her kim Allah'ın hudutlarını aşarsa işte onlar zalimlerin ta kendileridir”⁵⁴.

Ayetten çok açık bir şekilde anlaşılacağı üzere muhâle'a, huzursuz ve ıslahı mümkün olmayacak kadar sarsılmış bir evliliğin devamında, Allah'ın belirlediği sınırları ihlal etmekten korkan kadının, mevcut aile birliğinin sona erdirilmesinden dolayı erkeğe yüklenecek ekonomik sorumluluğa ortak olmasıdır. Çünkü boşanma ile kadın, eski kocasından, sonraya bırakılmış olan (müeccel) mehiri, hemen almaya hak kazanmış olur. Ayrıca kadının iddet dönemindeki nafakası da kocaya aittir. İşte böyle bir burumda kadın, bu durumda eski kocasından alacağı mali külfetten onu kurtararak, Allah'ın sınırlarını ihlal etmeme hususunda birbirlerine yardım etmiş olacaklardır. Çünkü huzursuz bir evde, karı-kocanın birbirinin haklarını gerektiği gibi gözetememesi kuvvetle muhtemel olup, çocuklar ve aile yakınları bu durumdan huzursuz olacaklardır.⁵⁵

Kadının sevmediği bir kocasından ayrılmak istemesi de, Allah'ın sınırlarını korumak çerçevesinde kabul edilebilir. Kişilik ve insani ilişkiler bakımından huzursuzluğa sebep olacak bir durumu olmamasına rağmen, çirkinlik, gelenek ve kişilik farklılıklarından dolayı kadının kocasını sevememesi mümkündür. Bu durumda kadının boşanma talebinde bu-

⁵⁴ el-Bakara 2/229.

⁵⁵ Karaman, a.g.e., 1/366; Doğanay, a.g.e., s. 56.

lunmasında bir sakınca yoktur. Çünkü kocasını sevemeyen bir kadının, kocasına karşı itaatkar olması, ruhi ve cinsel açıdan tatmin olması mümkün olamayacağından, gözünün dışarıda olması ve hatta gayri meşru ilişkilere girmesi mümkündür. Böyle bir durumda kadının, gerçekten sevebileceği bir kişiyle evlenmek için eski kocasının boşanmadan doğan mali yükümlülüklerine yardımcı olması veya tamamen üstlenmesi ayetin belirlediği sınırlar içinde olup yukarıda zikrettiğimiz hadislerde kınanan kadınlardan olmaya sebep değildir.⁵⁶

Hız. Peygamber döneminde bu durumun örnekleri mevcuttur: “Habibe bint Sehl, Sabit b. Kays’ın nikahı altında idi. Sabit kısa boylu, çirkin bir adamdı. Habibe, ya Rasulellah! Vallahi eğer Allah korkusu olmasaydı, kocam Sabit yanıma girdiğinde onun yüzüne tükürürdüm, dedi. Bunun üzerine Rasûlullah, kadına Sabit’in vaktiyle mehir olarak sana verdiği bostanı kendisine geri verir misin? diye sorunca, kadın; evet veririm, dedi. Bunun üzerine kadın bostanı Sabit’e geri verdi. Bundan sonra, Rasûlullah, Sabit ile Habibe’yi biribinden ayırdı.”⁵⁷

Şayet koca huzursuzluğun olmadığı bir evliliği bozarak, başka biriyle evlenmek için, kadına verdiği veya vereceği mehiri geri almak amacıyla bu yola baş vurmuşsa, ayette belirtildiği üzere bu, caiz değildir. Fakat kocanın gerçekten huzursuzluğun bulunduğu bir evliliği bitirerek, yeni bir evliliğe girişmesi her zaman mümkün olmayabilir. Özellikle ekonomik külfetinden dolayı koca bu evliliği, huzursuzluğa rağmen devam ettirmek zorunda kalabilir. Böyle bir durumda kadından Allah’ın sınırlarını aşmama hususunda kendine yardımcı olmasını ve bazı haklarından vazgeçmesini ve ekonomik olarak yardımcı olmasını isteyebilir. Bu caiz olmakla birlikte yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu, Hanefilere göre *muhâle*’a olmayıp, *mubâra*’e sayılmıştır. Şafiilere göre ise,

⁵⁶ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/379-380; Bilmen, a.g.e., s. 269; Dalgın, a.g.e., s. 94.

⁵⁷ İbn Mâce, Talâk, 22.

kocadan teklifin gelmesi ile kadından gelmesi arasında fark olmayıp ikisi de muhâle'a olarak kabul edilmiştir.⁵⁸

cc- Muhâle'a'nın Sıhhat Şartları:

1- Erkeğe Ait Şartlar: Hul' yapabilmek için kocanın boşama hakkına sahip olması gereklidir. İslâm Hukukçularının çoğuna göre erkeğin hul' yapabilmesi, akıllı ve buluğ çağına ermiş olmasıyla mümkündür. Çocuk, deli, bunak (matuh), yaşlılık veya hastalıktan aklî dengesi bozuk kişilerin hul'u sahih değildir. Mükellef olmayan çocuk veya delinin velisi eğer fayda görürse, onlar adına hul' yapabilir.⁵⁹

2- Kadına Ait Şartlar: Aralarında sahih bir nikâh olmayan kadının, kocasıyla hul' yapması sahih değildir. Çünkü böyle birini boşaması mümkün değildir. Aralarında sahih bir nikah olan eşlerin, zifafa girmiş olmaları ile girmemiş olmaları, hul'a etkisi aynıdır. Koca ric'î talâkla boşadığı hanımıyla, iddet dönemi bitmeden hul' yapması mümkündür.

Ayrıca kadının da akıllı ve buluğa ermiş olması, ölümle bitecek bir hastalığa yakalanmamış ve sefih olmasından dolayı malı hacr (ipotek) altına alınmamış olması gerekir.⁶⁰

3- Hul'a konu Olacak Şeye Ait Şartlar: Kadının kocasına vereceği hul' bedelinin illa da para olması gerekmez. Mehir olabilecek her şey hul'a konu olabilir. Hanefîlere göre, ekonomik değer ifade eden (mütekavvim) her mal sahihtir. Şafiîlere göre, koca meçhul veya haram bir şey karşılığında hul'u kabul etse, hanımı mehr-i misil karşılığında ondan bâin talâk ile ayrılmış olur. Kan gibi hiç ekonomik değer ifade etmeyen şeyler karşılığında hul' yapılsa talâk ric'î olarak gerçekleşir.⁶¹

Muhâle'a bedeli, mehire denk, ondan az veya ondan çok olabileceği gibi, çocukların belli bir yaşa kadar bakılıp

⁵⁸ es- Serahsî, a.g.e., VI/172; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/379-380; Bilmen, a.g.e., s. 269; Acar, a.g.e., s. 126.

⁵⁹ M. Zihni Efendi, Nimet-i İslâm, s. 114; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/387.

⁶⁰ Cin, a.g.e., s. 73.

⁶¹ Yılmaz, İbrahim, *İslam Hukukunda Boşanma Yetkisi* (Basılmamış Yüksek Lisans tezi), Bursa, 1996, s. 99; M. Zihni Efendi, a.g.e., s. 117.

terbiye edilmesi şartıyla da olabilir.⁶²

dd- Muhâle'a'da Hâkimin Rolü: Muhâle'a ile boşanmanın gerçekleşmesi için hâkimin müdahalesi ve kararına gerek olup olmadığı hususunda farklı iki yaklaşım vardır. İlkine göre, Hul' ile boşanmanın gerçekleşmesi için hâkimin müdahalesine ve kararına gerek yoktur. Bu görüş, İslâm Hukukçularının çoğunluğuna aittir. Hul' ile boşanmaya cevaz veren "Şayet karı-kocanın, Allah'ın koymuş olduğu sınırlara uyamayacaklarından korkarsanız, o zaman kadının boşanmak için kocasına verdiği fidyeden (veya mehir hakkından vazgeçmesinden) dolayı, her ikisi için de bir günah yoktur...."⁶³ ayeti ve hul' ile ilgili diğer ayetler⁶⁴ mutlak olup, hiç birinde hâkimin müdahalesinden bahsedilmemektedir. Aksine ayette, "...kadının boşanmak için fidye vermesinde her ikisi için de bir günah yoktur..." buyurularak hul'un eşler arasında karşılıklı rıza ile olacağına işaret edilmiştir.⁶⁵

Diğer taraftan muhâle'a, satış akdi gibi bedelli (ivazlı) bir akitir. Nasıl ki satış akdi için hâkimin kararına gerek yoksa, hul' ile boşanma için de gerek yoktur. Ayrıca hul', iki tarafın karşılıklı rıza ile anlaşarak akdi ortadan kaldırmaları demek olan "ikâle" akdine benzemektedir. İkâle için, hâkimin kararına gerek olmadığına ise ittifak vardır.⁶⁶

Hanefîlerin ünlü fıkıh kitaplarından el-Mebhut'ta konuyla ilgili olarak es-Serahsî şöyle der: Hul' ile boşanma hâkim kararıyla olsun olmasın caizdir. Çünkü hul', diğer akitlerde olduğu gibi karşılıklı rızaya dayanır. Diğer yandan hul', bedel karşılığında olan talâk gibidir. Nasıl ki kocanın hâkim kararına gerek olmaksızın boşanma hakkı varsa, hul' ile boşanma için de hâkimin kararına gerek yoktur. Kadının da bedeli

⁶² Döndüren, a.g.e., s. 438-439; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/392.

⁶³ el-Bakara, 2/229

⁶⁴ en-Nisâ 4/4,19, 20, 128,

⁶⁵ el- Cessas, a.g.e., II/95; III/155; Bilmen, a.g.e., II/272.

⁶⁶ İbn. Kudâme, el-Muğnî, X/268; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/383.

üstlenme ehliyeti, yetkisi vardır. Bu sebeple hul' ile boşanmada hâkimin kararını şart koşmanın bir anlamı yoktur.⁶⁷

Hasanu'l-Basrî, Said b. Cübeyr ve İbn Sîrîn'in başını çektiği diğer bir grup ise, hul'un mahkeme kararıyla olabileceğini savunmuşlardır. Çünkü "...Allah'ın yasalarını ikisi koruyamayacak diye korkarsanız..." mealindeki ayette hitap mahkeme heyeti veya hâkimlere yapıldığından bunların kararları olmaksızın muhâle'a yoluyla boşanma gerçekleşmez.⁶⁸

Muhâle'a yapabilmek için bu hakka sahip olabilmek için kadının mahkemeye başvurmasına gerek yoktur. Çünkü kocanın talâk hakkına sahip olması gibi, kadının da bu hakka sahip olduğu yukarıda belirttiğimiz naslarla sabittir. Bundan dolayı bu noktada mahkemenin hükmüne gerek yoktur. Muhâle'a yapma hususunda eşler her hususta anlaşmışlarsa mahkemenin hükmüne yine gerek duyulmaz. Fakat kadının veya kocanın aleyhine olacak şekilde bir şartın ileri sürülmesinden dolayı eşlerden birinin muhâle'aya yanaşmaması halinde mahkemeye başvurmak daha hakkaniyete uygun olacaktır.

Bu yaklaşım, önceki iki görüşün ortasını bulan bir görüş olup zamanımıza en uygun olanı da budur. Bu görüşe göre, hul' hakkı kadına tanınmış bir hak olduğundan, erkek talâk hakkını kullanırken, normal durumlarda, mahkemeye müracaatı gerekmediği gibi, burada da mahkemede dava açmadan bu hakkını talep edebilir. Ancak, kadının bu hakkını kullanmasına erkeğin itiraz etmesi durumunda, kadın bu hakkını kullanmak için mahkemeden yardım talep edebilmektedir.⁶⁹

⁶⁷ es-Serahsî, a.g.e., VI/173.

⁶⁸ İbn Rüşd, a.g.e., III/57; Acar, a.g.e., s.137.

⁶⁹ Döndüren; a.g.e., s. 440; Yılmaz, a.g.e., s. 100-101; Dalgın, a.g.e., s. 112.

c-Kocanın Muhâle'aya İtiraz Hakkı:

Ana hatlarıyla anlatmaya çalıştığımız muhâle'a, eşler arasında karşılıklı anlaşmanın meydana gelmesi halinde bir problem oluşturmamaktadır. Fakat kadın, muhâle'a ile boşanmak istemesine rağmen, kocası boşamamakta ısrar ederse, bu takdirde kadın, arzu etmediği bu birliktelikten nasıl kurtulacaktır?

Hanefî ve Şâfiîlere göre, kocada bulunan bazı cinsel kusur ve hastalıklardan başka, kadının boşanma talebiyle mahkemeye baş vurma hakkı yoktur.⁷⁰ Bu kusur ve hastalıkların dışında, kadını huzursuz eden veya aile birliğini sarsan diğer hiçbir şey kadının mahkeme tarafından ayrılmasına yeterli değildir. Evliliğin sadece cinsel bir birliktelik olarak algılanmasının bir tezahürü olan bu tutum, kadının sadece kocasından cinsel yönden tatmin edilmemesi durumunda evlilik birliğine son vermeyi gerekli görülmüştür.⁷¹ Fakat evlilik, Kur'ân-ı Kerim' de manevî ve duygusal bir birliktelik olarak vasıflandırılmasına rağmen, kocasını sevemeyen, hatta kocası tarafından şiddete maruz kalan bir kadının boşanma talebiyle mahkemeye gidememesi düşündürücü bir durumdur. 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesine kadar bu görüş özellikle Osmanlı'da kabul görmüştür. Fakat Hukuk-ı Aile Kararnamesi, diğer mezheplerin görüşlerini de dikkate alarak, kadının mahkemeye başvurma hakkını genişletmiştir.⁷²

Kadına mahkeme yoluyla boşanma imkânı çok sınırlı verildiği için, muhâle'a daha bir önem kazanmakta ve tarihte kadının isteği üzerine meydana gelen boşanmaların büyük bir kısmı bu yolla yapılmıştır. Kadın için, huzursuz ve şiddetli geçimsizliğin bulunduğu bir evlilikten kurtulmanın tek yolu olan muhâle'a, koca tarafından reddedilirse durum ne ola-

⁷⁰ Aydın, M. Akif, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık. İstanbul, 1996, s. 26-27.

⁷¹ Erdoğan, Mehmet, "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Sorunu" (*İslâm Düşüncesinde Yeni Arayışlar III* içinde), Rağbet Yayınları, İst., 2000, s. 40-41.

⁷² Bk. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, (Haz: Çeker, Orhan) Mehir Vakfı Yay. Konya, 1999. md. 130.

caktır? Kocanın buna yetkisi var mıdır? Böyle bir durumda mahkeme ne kadar müdahale hakkına sahiptir?

Hanefî ve Şafiilere göre kadının geçimsizlikten dolayı mahkemeye başvurma hakkı yoktur. Fakat Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde, bu konuda Malikî mezhebinin görüşlerine göre düzenleme yaparak kadına geçimsizlikten dolayı mahkemeye başvurma hakkı verilmiştir. Konuyla ilgili Malikî mezhebinin yaklaşımı şu şekildedir:

Boşanma hakkının kocaya ait olup olmadığı konusu son zamanlarda tartışılmaya başlanmış olmasına rağmen tarihte tartışılmamış ve ayet ve hadislerin ışığında bu hakkın kocaya ait olduğu kabul edilmiştir. Bu hak, kocanın karısını her zaman boşayabilmesine imkân sağlamıştır. Bu hakkı sınırlandırmak ise asli hakkının ihlali olarak kabul edilmiş ve **“...boşama hakkı, bacağı tutanıdır”** denilerek, mevcut evlilik birliğini kocadan başka hiç kimse ortadan kaldıramayacağı belirtilmiştir.

Kocanın muhâle'a talebinde bulunan kadının bu isteğini kabul etmek zorunda olduğunu söyleyenler olsa da, bu durumda kadın, istediği zaman, her hangi bir şeyi ileri sürerek muhâle'a yoluyla boşanabilir. Bu durum ise kadını, kocası kadar boşama konusunda yetkili kılmış olur.

Şayet kadına muhâle'a yolları tıkanırsa kadın mağdur olurken, kocaya muhâle'aya itiraz hakkı verilmeyince de, kocanın mağduriyeti söz konusu olabilir. Kocanın reddettiği bu muhâle'a talebi, mahkemeye havale edilerek çözüme kavuşturulması en doğrusu olacaktır.

Kadın, boşanma talebiyle mahkemeye başvurunca, mahkeme boşanma gerekçesinin halledilebilecek türden bir problemten kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmek için, en-Nisâ suresi 35. ayetinde meâlen zikredilen, *“Karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin...”* hükmü gereğince eşlerden her birinin ailesinden birer hakemi, aralarını düzeltmek için tayin eder. Hâkim tarafın-

dan tespit edilen hakemler, sadece, birbirleriyle geçinemeyen eşlerin aralarını ıslah etmekle görevlendirilmiş olup, karı-kocayı bedel mukabilinde veya bedelsiz ayırmaya yetkilidirler.⁷³

Kadına en fazla hakeme yoluyla boşanma hakkı veren Malikilere göre, kocasıyla arasında geçimsizlik bulunan ve kendisine fena muamelede bulunulan kadının bedel mukabilinde boşanma konusunda kocasıyla anlaşma sağlayamaması halinde, mahkemeye müracaat etme hakkı vardır. Nitekim daha önce zikrettiğimiz, Sabit b. Kays'la ilgili örnekten ve diğer örneklerden de anlaşıldığı üzere, Hz. Peygamber'e ve halifelerine, kadınların boşanma talepleri iletilindiğinde, davalarının görüşülüp isteklerini kabul edilmiştir.⁷⁴

Hakemlerin yapacakları ilk şey, eşleri barıştırmak için çaba sarfetmektir. Hakemler eşlerin arasında ıslah teşebbüsünde muvaffak olur ve eşlerin ayrılmamalarına karar verirlerse, eşlerin vekâletine ihtiyaç hissedilmeksizin sözleri geçerli olur ve itiraz kabul edilmez. Islah edemezler ve geçimsizliğin kaynağının kadın olduğu kanaatine varırlarsa, aralarında muhâle'aya hükmederler. Erkekten kaynaklandığı kanaatine varırlarsa boşanmaya (tefrîk) hükmederler. Geçimsizliğin kaynağı eşlerden her ikisi olduğu kanaatine varırlarsa mehrin bir kısmı mukabilinde aralarını ayırırlar.⁷⁵ Hakemler eşlerin birbirlerinden ayrılmaları gerektiği kanaatine varırlarsa, kendileri hâkim konumunda olduklarından, kararlarını uygulamaya koymak için vekâlet veya izne ihtiyaç hissetmezler. Sonuç olarak diyebiliriz ki: muhâle'a veya hul', eşlerin anlaşarak boşanmaya karar vermeleri olup, hiçbir tarafın haksızlığa uğramaması gereken bir boşanma şeklidir.

Kadının asli hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği bir evlilik birliğine kocanın ısrarla devam etmek istemesi ayetlerle yasaklanmıştır. "...*Fakat haksızlık ederek ve zarar vermek için*

⁷³ ez-Zuhaylî, a.g.e., s. 383; Döndüren, a.g.e., s. 440.

⁷⁴ Acar, a.g.e., s. 140.

⁷⁵ İbn. Rüşt. a.g.e., II/81.

onları nikâh altında tutmayın. Kim bunu yaparsa muhakkak kendine kötülük etmiş olur...”⁷⁶ Başka bir ayette ise; “İddet müddetlerini doldurduklarında onları ya meşru ölçüler içerisinde (nikâhınız altında) tutun veya onlardan meşru ölçülere göre ayrılın.”⁷⁷ Şayet kocanın, yeni bir evliliğe gücü yetiyorsa, eski karısından hiçbir şey almadan onu boşaması daha iyi olur. Fakat ekonomik durumu kötü bir kocanın, bu hususta karısından malî yardım almasında bir sakınca yoktur.

Gerçekten boşanmaya sebep olacak kadar huzursuzluğa sebep olan koca ise, karısından gelen muhâle’a teklifini reddetme hakkı yoktur. Böyle bir durumda mahkeme kocayı muhâle’a teklifini kabul etmeye zorlayabilir. Şayet koca bunu kabul etmeğe yanaşmazsa ve aşırı geçimsizlik kadının haklarını ihlal noktasına gelmişse mahkeme kocayı, karısından ayırabilir. (kazâi boşanma).⁷⁸

ff- Muhâle’a’nın Sonuçları: Muhâle’a ile meydana gelen boşanma, bir bâin talâk olup, eşler yeniden evlenmek isterlerse yeniden nikah yapmaları gerekir. Bu görüş İslâm Hukukçularına ait olup az bir kesime göre ise bu talâk değil bir fesihtir.⁷⁹

Bu boşanmanın talâk olduğunu savunanlara göre kadın, boşanması karşılığında bedel ödediği için, bunun bâin talâk olması gerekir. Yani sözün kadına geçtiği ve kadının rızası olmaksızın erkeğin tekrar bu kadınla evliliğe dönemececeği bir ayrılık meydana gelmiştir. Muhâle’a bir talâk olup, erkeğin üç boşama hakkından biri eksilmiştir olur. Bâin talâkla biten bir evlilik, kadın isterse yeniden kurulabilir. Böyle bir durumda yeni bir nikah ve yeni mehir gereklidir.⁸⁰

Muhâle’a’nın talâk sayılmasının sebebi ise, onlara göre; feshin kadından kaynaklanan ayrılıklara, talâk ise koca tarafından meydana gelen ayrılıklara denir. Muhâle’a teklifi karı-

⁷⁶ el-Bakara 2/231.

⁷⁷ et-Talâk 65/2.

⁷⁸ Aydın, *İSAM-İlmihal*, II/232; Acar, a.g.e., s. 142-143.

⁷⁹ Zihni Efendi, a.g.e., s. 115; Cin, a.g.e., s. 77.

⁸⁰ Karaman, a.g.e., I/366.

dan gelmiş olsa da, kocanın rızası olduğu için ve buna mukabilen maddi bir kazanç sağladığı için, kocanın aleyhine olacak şekilde talâk haklarından birisi azalır.⁸¹

Muhâle'a'nın fesh olduğunu savunanlara göre, muhâle'a ile ilgili ayet,⁸² hul'un talâk olmadığına delildir. Şöyle ki, ayette, talâkın iki defa olduğu, şayet Allah'ın istediği tarzda bir geçimi sağlayamamaktan korkarlarsa Muhâle'a yaparak ayrılmalarında bir beis olmadığı belirtilmiştir. Bundan sonra ise şayet koca hanımını üçüncü kez boşarsa, kadının başka biriyle evlenip boşanmadan eski kocasına dönemeyeceği belirtilmiştir. Buradan anlaşılmaktadır ki, muhâle'a talâk değildir. Çünkü talâk olsaydı, ondan sonraki talâk, dördüncü talâk olurdu ki bu da mümkün değildir.⁸³

Sonuç olarak diyebiliriz ki; şayet koca hanımından gelen boşanma teklifini kabul edip de karısını boşarsa bu açık olarak talâktır. Fakat koca mahkemenin kararı doğrultusunda muhâle'aya yanaşmazsa o zaman, mahkeme kararıyla boşanmış olur ki, bu talâk olarak kabul edilmez ve erkeğin talâk haklarında azalma olmaz.

d- Kadının Boşama (Tefvîz-i Talâk)

Daha önce de belirttiğimiz gibi, İslâm Hukuku'na göre boşanma hakkı erkeğe ait olup, erkek bu hakkını bizzat kendi kullanabildiği gibi bir vekil aracılığıyla da bu hakkını kullanabilir. Bu vekil, herhangi birisi olabileceği gibi, bizzat boşanacak kadının kendisi de olabilir. Bazen koca boşama hakkını kadına devredebilir. Koca boşama yetkisini bizzat eşine ver-

⁸¹ İbn Rüşd, a.g.e., III/37; Dalgın, a.g.e., s. 136.

⁸² “Boşama iki defadır. Bundan sonrası ya iyilikle tutmak ya da güzellikle salıvermektir. Kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şey almanız size helâl olmaz. Ancak erkek ve kadın Allah'ın sınırlarında kalıp evlilik haklarını tam tatbik edememekten korkarlarsa bu durum müstesna. (Ey müminler!) Siz de karı ile kocanın, Allah'ın sınırlarını, hakkıyla muhafaza etmelerinden kuşkuya düşerseniz, kadının (erkeğe) fidyе vermesinde her iki taraf için de sakınca yoktur. Bu söyleyenler Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın onları aşmayın. Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa işte onlar zalimlerdir.” (Bakara 2/229).

⁸³ Dalgın, a.g.e., s. 137.

mişse, bu yetki vermeye “Tefvîz-i talâk”, karısına da “mufavvaza” denir.

Belirtmek gerekir ki, bu yolla kocalarından boşanan kadınlar enderdir. Hem kadınların İslâm’ın kendilerine verilen haklardan habersiz olmaları, hem de kocaların bu hakkı nikah akdi esnasında bu hakkını almak isteyen kadınların hor görülüyor olması Tefvîz-i talâk müessesini teoride bırakmıştır.

aa- Tefvîz-i Talâkın Tanımı: Kelime olarak tevfiz, bir işin tasarruf ve idaresini başkasına vermek ve havale etmektir. Tefvîz-i talâk ise, İslâm Hukuku’nda , “erkeğin sahip olduğu boşama hak ve yetkisini hanımına vererek, boşanmayı onların irade ve isteğine bırakması” şeklinde tarif edilmektedir. Bu, vekâletten farklı bir tasarruf olup, bundan kocanın vazgeçme hakkı yoktur.⁸⁴

bb- Tefvîz-i Talâkın Çeşitleri: Tefviz, zamanla sınırlı olup olmamasına göre üç kısma ayrılır:⁸⁵

1- Mutlak Tefviz: Bir talâk ile sınırlı olmayan tevfidir. Kocanın karısını “*kendini tatlik et*” (boşa) demesi gibi.

2- Süreli Tefviz: Belirli bir süre için, kocanın karısına boşanma hakkı vermesidir. “*Nefsini yarın boşa*” demesi gibi.

3- Genel Tefviz: zaman açısından bir sınırla yapmadan kocanın boşanma hakkını kadına vermesidir. “*Ne zaman istersen boşan*” denilmesi gibi.

cc- Tefvîz-i Talâk’ın Meşru Oluşu: Tefvizin meşru olduğu ayet ve hadislerle sabittir. Kur’an’da “*Ey Peygamber! Eşlerine şöyle söyle: “Eğer dünya hayatını ve süslerini istiyorsanız gelin size bağışta bulunayım ve güzellikle salıvereyim. Eğer Allah’ı, peygamberini, ahiret yurdunu istiyorsanız bilin ki, Allah içinizde iyi davrananlara büyük ecir hazırlamıştır”*”⁸⁶ buyrulmaktadır. Alimlerin çoğunluğuna göre kadınların dünyayı tercih etmelerinden kasıt, boşanmayı talep etmeleri-

⁸⁴ Bilmen, a.g.e., II/177; Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, s. 447; İbn Rüşd, a.g.e., III/41.

⁸⁵ Bilmen, a.g.e., II/177.

⁸⁶ el-Ahzâb 33/28-29.

dir. Dolayısıyla boşanma yetkisi onlara verilmiştir.⁸⁷

Hz. Aişe de, “Hz. Peygamber bizi serbest bıraktı, biz ise Allah ve rasulünü tercih ettik...”⁸⁸ buyurmuştur. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere, onların boşanmayı tercih ederek boşanabilme hakları vardı.⁸⁹

dd- Tefvîz-i Talâk’ın Zamanı: Boşama yetkisinin kadına devri, nikah akdinden önce yapılacağı gibi nikah akdi esnasında ve nikah akdinden sonra da yapılabilir.

Hanefîlere göre erkeğin nikah akdinden önce “Şayet evlenirsek dilediğin zaman kendini boşayabilirsin” şeklinde kadına boşama yetkisini vermesiyle kadın boşama yetkisine sahip olur. Hanefîlerin bu görüşü, boşamanın nikah öncesinde mümkün olabildiğini ve talâkın evlilik şartına bağlanmasını caiz görmelerinin bir sonucudur.⁹⁰

Tefviz, nikah kıyılırken kadının, kocası olacak şahsa “talâk yetkisini bana vermen şartıyla seninle evlenirim” şeklinde Tefvîz-i talâkı nikahın şartı olarak ileri sürmesi, erkeğin bunu kabul etmesi halinde de gerçekleşmiş olur.

Buna göre nikah akdi esnasında, boşama yetkisi devrinin geçerli olabilmesi için kadının icapta bulunarak yetki devrini talep etmesi, erkeğinde bunu kabul etmesi şarttır. İcabın erkek tarafından olması halinde, yani erkeğin “*boşama yetkisini sana vermem şartıyla benimle evlen*” demesi, kadının da “*bu şart üzere seninle evlendim*” ifadesini kullanması halinde tefviz meydana gelmez. Çünkü aralarında evlilik sabit olmadığından erkeğin boşama yetkisi söz konusu değildir.⁹¹

Bu bölümün başında da belirttiğimiz gibi Tefvîz-i talâk ile boşanan kadın sayısı azdır. M. Akif Aydın, konuyla ilgili olarak Şer’iyye Sicillerinde boşama yetkisinin koca tarafın-

⁸⁷ Kurtubî, *el-Câmi li Ahkâmî'l-Kur’an*, XIV/170.

⁸⁸ Buharî, Talâk, 5, VI, 165; Müslim, Talâk, 4, II, 1104; Ebû Dâvûd, Talâk, 12.

⁸⁹ Acar, a.g.e., s.214; Döndüren, a.g.e., 418-419; Yılmaz, a.g.e., s. 76.

⁹⁰ İbn Abidin, a.g.e., VI/349; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/334.

⁹¹ İbn Âbidîn, a.g.e., VI, 349.

dan kadına verildiğinin örneklerine nadiren de olsa rastlanıldığı, bu yetkinin nikah esnasında verildiğinin örneklerine rastlanmadığı, bunun tek istisnasının Osmanlı padişahlarının kızlarının olduğunu belirtmiştir. Bu uygulamanın da tüm Osmanlı tarihine teşmil etmek mümkün değildir. Özellikle XVI. yüzyıldan sonra bu uygulama varlığını göstermektedir.⁹²

ee- Boşama Yetkisinin Devri Konusunda Tefviz, Tevkil ve Temlik Terimleri Arasındaki Farklar: Kocanın boşama yetkisini karısına vermesine Tefvîz-i talâk denildiğini belirtmiştik. Tefviz bazı lafızlar kullanılarak ifade edilir. Mesela, “*nefsini ihtiyar et*”, “*işin kendi elindedir*”, “*dilersen kendini boş*.”⁹³ Bu tabirlerle koca, kadına boşama hakkını bazen kendi adına kullanması niyetiyle verirken (tevkil), bazen de boşama yetkisini tamamen kadının salahiyyetine vermeye (temlik) niyet eder. Bazı mezheplere göre **tevkil** ile **temlik** arasında fark yokken bazılarına göre ise, farklı sonuçlar doğuracağı için, aynı şey değildirler.⁹⁴

Koca eşine boşama yetkisi verince (temlik) artık bu sözünden geri dönemezken, müvekkil, vekilini istediği anda azledebilir. Şayet temlik belirli bir süreyle sınırlı ise bu süreden sonra kadının bu hakkı kendiliğinden düşer. Vekaleten boşama hakkı verilen kişi ise, azledildikten sonra bu hakkı kaybeder.

Erkeğin boşama hakkını ister vekaleten ister tamamen vermesiyle bu hakkı kaybetmez. Koca bu hakkı kendi adına kullanmak üzere (vekaleten) verdiği zaman, kocanın bu tekline kadının hemen veya o mecliste cevap verme zorunluluğu yoktur. Fakat bu hakkın tamamen kadına verilmesi halinde ise icap-kabulün aynı mecliste olması gereklidir.

Tek taraflı vekil tayin etme mümkün olduğu için koca, karısı susup cevap vermese bile bu kadın bu hakkı kazanmış olur. fakat mülkiyetin intikali için icap kabulün gerekli olma-

⁹² Aydın, İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, s. 110-112.

⁹³ Cin, a.g.e., s. 68.

⁹⁴ İbn Rüşd, a.g.e., III/41; Döndüren, a.g.e., s. 138.

sından dolayı, kadın susup cevap vermez veya başka bir işle uğraşırsa, koca bu teklifinden vazgeçebilir.

Boşama yetkinin kadına tefviz, tevkil ve temlik şeklinde verilmesi çok önemli bir konu olmayıp, birbirinden ayırt edilemeyecek kadar karışık sözcük ve tabirlerle icra edildiği için karışıklıklara saebep olabilmektedir. Bundan dolayı “emru bi'l-yed, tahyir, meşiiyyet” tabirlerini kullanmak, özellikle Arap olmayan toplumlar için zorunlu olmayıp, istediği dilde, istediği kelimelerle bu yetkiyi vermesi mümkündür. Bundan dolayı, Arapça bilmeyen insanların tahyîr ile meşiiyyet arasındaki farkı bilerek, karısını vekil tayin etmek istediği zaman hangi sözcüğü, talâk hakkını tamamen vermek istediği zaman ise hangi sözcüğü kullanacağını bilmesi mümkün değildir. Bundan dolayı, önemli olan karı-kocanın, yaşadıkları toplumda anlaşılan kelimeleri kullanarak boşama yetkisini vermeleridir.

ff- Tefvîz-i Talâk'ın Sonucu: Boşanma hakkına sahip kadının, bu hakkını kullanarak kocasından boşanması bir ayırıcı (bâin) talâk meydana gelmiş olup, kadının rızası olmadığı müddetçe erkek evlilik birliğine dönemez. İster temlik, isterse tevkil niyetiyle olsun, durum aynıdır.⁹⁵

Şayet boşanma yetkisi zamanla sınırlı olarak verilmişse, bu sürenin dolmasıyla birlikte kadının talâk hakkı bitmiş olur. Meselâ, erkek “yarın muhayyersin, ister boşan, ister boşanma” dese, kadında o gün içinde boşanmazsa boşanma hakkını kaybetmiş olur.

Tefvîz-i talâk verilmiş kadının, bu hakkına dayanarak kocasından ayrılması halinde kaç talâkla boşandığı hususunda ihtilaf vardır. Bazılarına göre sadece bir talâk meydana gelirken, bazılarına göre ise, koca bu yetkiyi verirken kadına kaç talâk hakkını kullanabileceğini söylemişse, en fazla o kadar talâk ile kocasından ayrılabilir.⁹⁶

⁹⁵ Cin, a.g.e., s. 69; Döndüren, a.g.e., s. 418.

⁹⁶ ez-Zuhaylî, a.g.e., s. IX/332-333; Yılmaz, a.g.e., s. 95.

İslâm'ın kadınlara vermiş olduğu haklardan biri olan boşanma hakkı, kişilerin inisiyatifine bırakıldığı için gerektiği gibi kullanılamamıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kadınların büyük bir kısmı böyle bir haklarının olduğundan haberdar değilken, bu hakkın farkında olanlar ise kınanmak ve kötü niyetli olmakla suçlanmaktan korkarak bu haklarını savunamamaktadırlar. Tarihte uygulamasına hemen hemen hiç rastlanmayan bu tür boşanma şekli, sadece kitaplara konu olmuş, boşanmak isteyen kadınlar da tüm haklarından feragat etmek zorunda kalmışlardır.⁹⁷

Devletin bu hususta yapacağı birkaç değişiklikle birçok kadın, İslâm'ın vermiş olduğu bu yetkiyle uğradığı bir çok haksızlıktan kurtulmuş olacaktır. Özellikle bu hakla kadınlar, mahkeme yoluyla boşanma için yeterli boşanma sebeplerinin olmadığı fakat mevcut evlilikten huzursuz ve mutsuz olan kadınların, kendilerini boşamak istemeyen veya muhâle'aya yanaşmayan kocalardan kurtulmaları için tek çıkış yoludur. bazı sakıncaları da olan bu hak, boşamada yetki konusu incelenirken, yeniden ele alınacaktır.

e- Mahkeme Yoluyla Boşanma (Tefrîk)

İslâm Hukukunda boşanma yetkisinin üçüncü ayağını mahkeme oluşturur. *Kazâî boşama* veya *tefrîk* denilen bu tür boşanmalar, bazen mahkemenin bizzat müdahalesi ile, bazen de eşlerden birinin talebi ile meydana gelir.⁹⁸

Boşanma hakkı prensip olarak kocaya verilmiş olmakla beraber, kadın bazı maddî haklarından vazgeçerek kocayı boşanmaya ikna edebileceği (muhâle'a) gibi, evlenmeden önce veya nikah esnasında boşama hakkına ortak olmak isterse (tevfiz), kadın da evlilik birliğine son vermiş olur. Mahkemenin evlilik birliğine son vermesi iki durumda söz konusu olabilir. Birincisi, mevcut evlilik birliğinin İslâm Hu-

⁹⁷ Osmanlıdaki boşanma şekillerine göre boşanma oranları için bkz. Kurt, Abdurrahman, *Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi*, Uludağ Üni. Basımevi, Bursa, 1998, s. 57.

⁹⁸ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/403.

kukuna ters düşecek şekilde meydana gelmiş olması. İkincisi ise, taraflardan birinin veya her ikisinin boşanma talebiyle mahkemeye başvurmaları.

aa- Mahkemenin Bizzat Evlilik Birliğine Son Verdiği Durumlar:

1- Evlilik Birliği İçin Gerekli Hukukî Şartların Eksik Olması: Bu konu boşanmayı dolaylı olarak ilgilendirmektedir. Çünkü mahkemenin evlilik birliğini feshetmesi boşanmaya benzese de aynı şey değildir. Türk Medeni Kanununda **but-lan** konusunda ele alınan bu mevzuu çalışmamız içine almadık.

İslâm Hukuku'na göre bir evliliğin hukuka uygun olabilmesi için, bazı şartların yerine getirilmesi gereklidir. Bu şartlar; in'ikad (meydana gelme) şartları, sıhhat şartları, nefâz (yürürlük) şartları, lüzum şartlarıdır. Bu şartlarından birinin eksik olması halinde aktedilmiş olan nikahın meşru olmadığına ve evlilik birliğinin derhal sona erdirilmesi gerektiğine hükmedilir. Şayet eşler evlilik birliğine devam etmek isterlerse mahkeme tarafından sona erdirilir. Hukuk-ı Aile Kararnamesinde bu konuda şöyle denilmektedir: "*Ale'l-ıtlak nikah-ı bâtil ve fasidde tarafeynin zevciyyet üzre bekâları memnûdur. Müfâratat etmeleri sûretde bi'l-muhakeme beyneri tefrik olunur.*"⁹⁹

Evlenenlerin ehliyetsiz olması, eşlerin evliliğe karşılıklı rıza ile evlenmemeleri, evliliğe engel teşkil edecek geçici veya sürekli bir durumun olması, şahitlerin olmaması vb. gibi durumlar fesih yoluyla mahkemenin evlilik birliğine son verdiği durumlara örnektir.¹⁰⁰

2- Evlilik Akdinden Sonra Meydana Gelen Engeller: İslâm dininden çıkma veya eşi müslüman olduğu halde kocanın İslâm'a girmemekte direnmesi, hurmet-i müsâhare, zihâr, liân, îlâ gibi şeyler eşlerin mahkeme tarafından ayrılmasına yeterli sebeplerdir. Aile birliğini koruyucu tedbirler bahsinde

⁹⁹ H.A.K., md. 77.

¹⁰⁰ Döndüren, a.g.e., s. 160; Acar, a.g.e., s. 228.

daha geniş ele alınacağı için, burada ayrıntıya inmeyi gerekli görmedik.¹⁰¹

bb- Eşlerden Birinin İsteği Üzerine Mahkemenin Evliliğe Son Vermesi:

Tezimizde etraflıca ele alacağımız ve Türk Medeni Kanunu'ndaki boşanma sebepleriyle karşılaştırmaya çalışacağımız bu husus, hukukun genel gayelerinin bir tezahürü sayılır. Çünkü kişinin hak ve hürriyetlerinin belirlendiği bu boşanma sebepleri, iki hukuk sisteminin genel felsefesini de göstereceği için karşılaştırılması faydalı olacaktır.

Konuya girmeden belirtmeliyiz ki, İslâm Hukuku'na göre eşlerin huzursuzluğu aile ocağının dışından anlaşılacak kadar ileri bir safhaya ulaşmışsa, eşler daha fazla huzursuz olmadan, mahkeme eşlerin barıştırılması için iki tarafın ailelerinin ileri gelenlerinden, sözü dinlenir kişiler gönderir. İslahların mümkün değilse, geçimsizliğe sebep olana ve meydana gelebilecek muhtemel bir boşanmadan en fazla zarar görecektarafa göre mahkeme, tarafların haklarını gözетerek boşanmaya hükmeder. Bazen muhâle'aya, bazen talâka, bazen de tefrike hükmedebilir.

T.M.K.'na göre eşlerin talebi olmadan mahkemenin aile birliğine müdahale yetkisi yoktur. Bundan dolayı ne kadar geçimsiz olursa olsun, eşlerin talebi olmadığı müddetçe eşleri birbirinden ayırmak hukuken mümkün değildir.

İslâm Hukuku, aileye daha geniş bir perspektiften baktığı için eşlerin her şeye rağmen evliliğe devam etmelerinin bazı mahsurları olduğu için, öncelikli amacı ıslah olan bir aile heyeti kurulmasını emreder. İslâm Hukuku literatüründe **hakem tayin etme** denilen bu girişimi meşru kılan ayette şöyle buyrulmaktadır: *“Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barıştırmak isterlerse*

¹⁰¹ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/276; Dalgın, a.g.e., s. 142.

Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olanıdır."¹⁰²

Burada boşanma için eşlerin ileri sürecekleri sebepler izah edileceği için, hakem tayin etmeyi, "Aileyi Koruyucu Tedbirler Alma" başlığında geniş bir şekilde ele alacağımız mahkemenin boşanmaya hükmettiği durumlara geçelim.

1- Kocanın Mahkemeye Başvurması: İslâm Huku-ku'na göre koca boşamaya ehliyetli olduğu için, çoğu kez mahkemeye başvurmadan karısından boşanabilmektedir. Böyle bir boşanmada kocanın kararının mahkeme tarafından onanması da gerekli değildir.

Fakat koca karısını boşadığı zaman büyük çapta maddi zararlara uğramaktadır. Bundan dolayı erkek, şayet boşanmayı gerekli hale getiren kadınsa bizzat kendi yetkisiyle boşamayıp mahkeme kararıyla boşanmak isteyebilir. Böyle erkek, boşanmadan dolayı karşılaşacağı maddi zarara kadını da ortak etmiş olmaktadır. Erkeğin bu amaçla mahkemeye başvurabilmesi için şu durumlardan birinin olması gereklidir: Bazen koca sevmediği karısından ekonomik bir yük altına girmeden boşanmak için mahkemeye asılsız bilgi vererek kadına verdiği hediyeleri ve mehri geri almaya çalışabilir. Böyle bir girişimde bulunanları Kur'an-ı Kerim, ağır bir şekilde eleştirmektedir. *"Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak isterseniz, onlardan birine yüklerle mehir vermiş olsanız dahi ondan hiçbir şeyi geri almayın. Siz iftira ederek ve apaçık günah işleyerek onu geri alır mısınız?"*¹⁰³

i- Cinsel Birleşmeye Engel Olan Kusurlar: Cinsel birleşmeyi imkânsız kılan bir durumun olması.¹⁰⁴ Bu durumun evlilikten önce de varolması ve erkekten saklanmış olması gereklidir. Fakat evlilikten sonra meydana gelen bu tür hastalık veya ayıpla koca için mahkemeye başvurma sebebi değildir. Ayrıca boşanma için ileri sürülen illetin tedavisi im-

¹⁰² en-Nisâ 4/35.

¹⁰³ en-Nisâ 4/20.

¹⁰⁴ Hanefilere göre tefrik için yeterli sebep değildir.

kânsız olması gerekir.¹⁰⁵ Erkek, Hanefîlere göre karısındaki bu tür bir kusur veya rahatsızlıktan dolayı boşanma davası açamaz. Fakat diğer İslâm Hukukçuları bu tür bir hastalık ver rahatsızlığın erkek için bir boşanma sebebi olacağını savunmuşlardır.

Şayet kadın kendisinde cinsel bir kusur veya hastalık bulunduğu halde bu durumu önceden belirtmemişse kocanın böyle bir durumu ileri sürerek boşanma talebinde bulunması mümkündür. Fakat evlilikten sonra meydana gelen bu tür hastalık veya ayıplar koca için mahkemeye başvurma sebebi değildir. Ayrıca boşanma için ileri sürülen illetin tedavisi imkânsız bir şey olması gereklidir. Yoksa tedavi ile geçecek bir hastalığı bahane ederek karısına verdiği mehri geri almak amacıyla bit kocanın mahkemeye gitmesi yukarıda zikri geçen ayetin belirttiği bir duruma düşmüş olunur.

Bu konuyla ilgili olarak HAK., çoğunluğun görüşünü benimsenmişlerdir. Bu konunun izahını II. Bölümün son kısmında yapacağız.¹⁰⁶

ii- Kadında İğrenç ve Bulaşıcı Hastalıkların Olması: Bu tür hastalıkların da önceden biliniyor olması ve erkekten gizlenmiş olması şarttır. Klasik hukukçular kendi dönemlerinde mevcut olan bu tür hastalıkları zikretmişlerdir. Günümüzde yeni ortaya çıkan bu özellikteki bütün hastalıklar boşanma sebebi sayılır. Cüzzam ve alaca hastalığının boşanma sebebi olduğu kabul edilmiş, diğer hastalıklar ise tartışılmıştır. İbn Kayyim el-Cevziyye (ö.752/1354) eşlerden hangisi olursa olsun, diğer eşteki bu tür hastalıkların tamamını boşanma sebebi olarak ileri sürebilirler.¹⁰⁷

Kanaatimize göre Hanefîlerin bu hususlarda erkeği feshetmek değil de daha ziyade boşanmaya başvurmaya zorlayıcı prensipler almasındaki asıl etken, kadının suçu ve isteği olmadığı halde kendisinde meydana gelen bu tür hastalıklar-

¹⁰⁵ Dalgın, a.g.e., s.155.

¹⁰⁶ HAK., md.122.

¹⁰⁷ İbn Kayyim, Zâdu'l-Meâd, V/284.

dan dolayı kocanın vermiş olduğu mehri geri almasının uygun olmamasıdır. Zaten boşama yetkisine sahip olan bir erkeğin, karısına verdiği mehri geri almayarak ona destek olması ve böylece karısına en azından maddi bir fayda sağlamış olması bir müslüman için zorunlu bir durumdur. Fakat böyle bir durumun olduğu kocadan nikah öncesi saklanmışsa bu bir aldatma olduğu için isterse verilen mehrin geri alınmasını mahkemeden isteyebilir.

iii- Akıl Hastalığı: Akıl hastalığının durumu da aynıdır. Evlenmeden önce kocanın, karısında iyileşmeyecek türden bir akıl hastalığının var olduğu bilinmesine rağmen, kocadan saklanmışsa, erkeğin mahkemeye başvurma hakkı doğmuş olur.

iv- Kadının Kocasını Terk Etmesi: Kadının kocasını terk ederek başak bir yerde yaşaması halinde erkeğin mahkeme kanalıyla boşanma hakkı doğmuş olur. Çünkü kadına mehrin verilmesini ve nafakasının sağlanmasını zorunlu kılan şey, kadının kocasının evinde yaşamasıdır. Bu durumun ortadan kalkması ise kadının bu haklarından mahrum olmasına sebep olacaktır.

v- Kadının Kocasına İtaat Etmemesi: Kadının kocasına kafa tutması ve isyankar tavırları aile içinde huzursuzluk çıkaracak bir noktaya gelmesi halinde erkek, isterse talâk yoluyla, isterse mahkeme yoluyla karısını boşayabilir.¹⁰⁸

Hanefiler erkeği mahkeme yoluyla (tefrik) boşanmasından daha ziyade talâkla karısını boşamasını istemiştir. Kanaatimizce bu şekilde bir düzenleme yapmasının amacı, kadını gözetilmesidir. Erkeği karısına vermiş olduğu mehri geri almayarak ona destek olması ve böylece karısına en azından maddi destek sağlaması, bir müslüman için en güzel davranış olacaktır. Fakat kadının kötü niyetli olduğu açıksa, erkeğin mahkeme yoluyla boşanması mümkündür.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Yılmaz, a.g.e., s. 141.

¹⁰⁹ ez- Zuhaylî, a.g.e., IX/405.

2- Kadının Mahkemeye Başvurması: İslam hukukuna göre kadın, boşama yetkisine sahip değilse, maddi haklarından vazgeçmeden ancak mahkeme yoluyla boşanabilir. Aile birliğini çekilmez hale getiren koca, boşanmamakta direniyorsa kadının mahkemeye başvurarak boşanma hakkı vardır. Osmanlı'nın son dönemlerine kadar kadına mahkeme yolunu hemen hemen kapayan düzenlemeler değiştirilmiş ve Malikî mezhebinin görüşleri temel alınarak kadının mahkemeye başvurma hakkı da genişletilmiştir.

Prensip olarak boşama yetkisi erkeğe verildiği için erkek istemediği bir evliliğe bu yetkisini kullanarak son verebilir. Fakat kadının yukarıda zikrettiğimiz durumlar haricinde boşama hakkı yoktur. Evlilik akdi esnasında boşama yetkisine ortak olmamış bir kadın, şayet muhâle'aya yanaşmayan bir koca ile evli ise ve bu evlilikten sürekli zarar görüyorsa kadın ne yapabilir? İslâm Hukukunun en fazla eleştirilen noktalarından biri olan boşanma konusu, bir çok etkenin var olması sonucu zamanımıza ve yirmi birinci yüzyıl insanın mantığına ters düşecek hale gelmiştir.

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi kadının mahkemeye başvurma hakkını bazı sebeplere bağlamıştır. Boşanma sebepleri diyebileceğimiz bu sebepler, günümüz beşeri hukuk sistemlerinin kabul ettiği boşanma sistemleriyle esaslı olarak benzeşmektedir. Bundan dolayı, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin belirlediği boşanma sebepleri ile İsviçre-Türk Medeni kanunun kabul ettiği boşanma sebeplerini bu bölümün son kısmında karşılaştırmalı olarak ele almayı uygun bulduk.

II- TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE BOŞANMA

Konuya başlarken belirttiğimiz gibi, Çalışmamızın başlığı "İslam Hukukunda ve Beşeri Hukukta Boşanma" olmasına rağmen, yüksek lisans düzeyinde bir çalışma olduğu için, İslam hukuku derken Hukuk-ı Aile Kararnamesini baz alarak mezheplerin boşanma konusundaki ihtilaf ettikleri konuların

bütününe girmedik. Beşeri hukuk derken de İsviçre kaynaklı Türk Medeni Kanunu merkeze alarak diğer ülkelerin hukuklarına kısmen girdik.

Tüm hukukların düzenleme yaptığı, özel hukuku ilgilendirdiği kadar kamu hukukunu da ilgilene boşanma konusu, genel gayeleri itibariyle aynı olmakla birlikte bu gayeye ulaşma noktasında, hukuk sistemleri farklılıklar arz etmektedir. Temizde özellikle üzerinde duracağımız nokta, hukukların bu ortak ve evrensel gayelere ulaşmada tatbik ettikleri usûl ve yöntemlerin gerçekten uygun olup olmadığı meselesidir. Yoksa mukayeseye dayalı bir çalışma yaparken sadece hukukların belirledikleri genel gayelere ulaşmak için tatbik ettikleri usûl ve metotları ele almak mukayese imkânını zorlaştıracaktır. Çünkü İslâm hukukunun din menşeli bir hukuk olması dolayısıyla ahlaki değerlerin fazlalığı ve boşanma yetkisini prensip olarak kocaya vermiş olması, pozitif bir hukuk özelliği gösterdiği için dünyevi bir düzenleme ile yetinmek zorunda kalan ve boşanmayı mahkeme eliyle mümkün kılan bir hukukun karşılaştırılması oldukça zordur.

“Boşanma konusunda hukuk sistemlerinin ortak (genel) amaçları” başlığı altında üçüncü bölümde ele alacağımız üzere, bütün hukuk sistemleri aile birliğinin korumasının gereğini belirterek konuya girmişlerdir. Boşanma insanlığın inkar edemediği bir gerçek olduğu halde, mevcut aileleri korumak ile boşanma arasındaki dengelerin nasıl ve ne şekilde korunabileceğinin örneklerini tarih içinde görmek mümkündür. İlk bölümde verdiğimiz tarih içinde uygulamalar ve düzenlemeler, bize, konuya gerekli hassasiyetle yaklaşma imkânı sağlayacaktır. Şimdi Kilise hukukunun etkisi altındaki İsviçre hukukunun Türkiye intikalinden ibaret olması itibariyle beşeri hukukun bir tezahürü olarak Türk Medeni Kanunun boşanmayla ilgili maddeleri ışığında konuyu ele almadan önce beşeri hukukta boşanmanın dayandığı genel ilkeleri ele alım.

A) BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER

1- İrade İlkesi:

İrade prensibine göre evlilik, tarafların iradeleri ile kurulduğuna göre yine onların iradeleri ile sona erdirilmelidir. Bu ilke boşanmayı doğrudan doğruya tarafların iradelerine dayandırmaktadır. Eğer karı kocadan yalnız birinin boşanma iradesiyle yetinilirse, boşanma nedenleri esasından tamamen vazgeçilmiş ve serbest boşanma kabul edilmiş olur. Buna karşılık, iki tarafın iradesi, diğer bir deyişle, bu konuda anlaşması gerekli görülürse, bu durum serbest boşanmaya bir ölçüde yaklaşılmış olur; bununla birlikte, tarafların boşanma için anlaşmasının evlilik birliğini kökünden sarsıldığının bir göstergesi olduğu kabul edilirse, bir anlamda irade ilkesi değil, yine düzen bozukluğu (evlilik birliğinin kökünden sarsılması) ilkesine dayanılmış olacaktır.¹¹⁰

2- Kusur İlkesi:

Bu ilkeye göre, boşanma ancak eşlerden birinin kusurlu olarak evlilik bağına zedelemesi halinde söz konusu olur. Bu durumda, yalnız kusurlu olan eşe tanınan boşanma hakkı, hem kusurlu eşe uygulanan bir ceza, hem de zarar gören eşin koruyan bir hukuksal araç niteliğini taşımaktadır. Kusur ilkesi açısından, ortak yaşam yalnızca kusursuz eş yönünden çekilmez hale gelmiş sayılmakta ve ondan artık evliliği sürdürmesi istenememektedir. Buna karşılık, evlilik bağı kendi kusuruyla zedeleyen eş boşanmayı talep edememektedir.¹¹¹

Son değişiklikten önceki İngiliz hukukunda, Fransız Medenî Kanununda ve Alman Medenî Kanununda bu prensip hâkimdir. Bu hukuklara göre, boşanma sebebi, kusurlu bu-

¹¹⁰ Hatemi, Hüseyin-Serozan, Rona, *Aile Hukuku*, Filiz Yayınları, İstanbul, 1993, s. 204-205; Köprülü, Bülent-Kaneti, Selim, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Yayınları, İstanbul, 1993, s.142.

¹¹¹ Köprülü-Kaneti, a.g.e., s.142.

lunan eş bakımından incelenir. Böylece bu prensip kabul edilen memleketlerde – karı-kocanın huylarının ve karakterlerinin hiçbir surette uyuşmaması durumunda olduğu gibi- eşlerin açık kusuru olmasa bile, bunlar boşanabilmek için mahkemede birbirine olmadık kusurlar yüklemek zorunda kaldılar. Halbuki kusur evlilik birliğinin kökünden sarsıldığını belirtmez; olsa olsa bu birliğin sarsılmasında, diğer bir çok sebeplerden sadece biri olabilir. Demek ki, sadece kusur prensibi boşanmada gerçek ve objektif ihtiyaca cevap vermekten uzaktır.¹¹²

3- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması İlkesi:

Bu ilke evlilik birliğinin temelinden sarsılması, kökünden bozulması halinde, boşanmayı öngörmektedir. Meydana gelen düzen bozukluğu, evliliğin amaç ve işlevini yok etmekte ve devamını toplumsal açıdan zararlı hale getirmektedir. Bu açıdan bu ilkeye toplum menfaati ilkesi de denebilir. Çünkü böyle bir durumda evliliğin devamında ısrarlı olmak, yarar yerine zarar getirir. Taraflar arasında artık düzen, sevgi, saygı, güven ve gerekli ilgi kalmadığı için, evliliğin sona ermesini kabul etmek gerekir. Aksine bir davranış, taraflar arasındaki kötü durumu, daha da arttıracaktır.¹¹³

Eşler için bu kadar zararlı sonuçlar doğurabilen bir evliliğin, çocuklar için de toplum için de zararlı olacağı muhakkaktır. Bu prensibe göre, boşanmaya karar verirken mesele- nin daha çok toplum yönünden incelenmesi gerekmektedir. Kökünden sarsılmış bir evlilik birliği kendinden beklenen gayeleri artık gerçekleştirmekten uzaklaşmışsa, ona boşanma imkânı verilmelidir. Bu evlilik, ister eşlerin hatası olsun ister olmasın, kuruluş gayesine hizmet edemediğine göre, eşler bu birliktelikten maddi ve manevi olarak ayrılmış olmaktadır.

¹¹² Velidedeoğlu, a.g.e., II/184.

¹¹³ Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 143.

Artık bunları hukuken birbirine bağlı tutmanın faydası ve anlamı kalmamıştır.¹¹⁴

4- Elverişsizlik İlkesi:

Bu ilke uyarınca, eşlerden biri, bedensel ya da ruhsal yönden, evlilik birliğini sürdürebilme yeterliliğini yitirip, evliliğe elverişsiz duruma gelirse, diğer eş evlilik bağının boşanma ile sona erdirilmesini isteyebilir. Örneğin, iktidarsızlık, kısırlık, bulaşıcı ve tiksinti veren hastalıklar, akıl hastalığı böyledir.¹¹⁵

5-Eylemli Ayrılık İlkesi:

Evlilik bir yaşam birliğidir. Eşler beraber olmayı istemedikleri için eylemli olarak ayrı yaşıyorlarsa, evliliğin amacı ve anlamı ortadan kalkmış demektir. Eşler, eylemli olarak birbirinden kopmuşsa, evlilik bağının çözülmesine olanak sağlamak gereklidir. Eylemli ayrılık ilkesinin uygulanmasında eşlerin kusurlu olup olmaması, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı önem taşımaz. Önemli olan eylemli ayrılık durumudur. Eylemli ayrılık ilkesinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, eylemli ayrılık süresinin çok dikkatli olarak belirlenmesine bağlıdır. Eylemli ayrılık süresinin kısaltılması, tek yanlı boşanmaya yol açar; uzun tutulan süre ise yeni bir evliliği zorlaştırır.¹¹⁶

B) TÜRK MEDENİ KANUNUNUN BOŞANMA KONUSUNDAKİ GENEL EĞİLİMİ

1- Türk Hukukunun Boşanmaya Yaklaşımı:

Osmanlının son döneminde hazırlanan Hukuk-ı Aile Karamanesi, tüm amelî ehl-i sünnet mezheplerinin fikirle-

¹¹⁴ Velidedeoğlu, a.g.e., II/185.

¹¹⁵ Oğuzman, Kemal- Dural- Mustafa, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İst. 1994, s. 121; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 144.

¹¹⁶ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 129; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 144.

rinden istifade edilerek zamanın şartlarına en uygun düzenlemeler içermesine rağmen uzun ömürlü olmamıştır. 1917 tarihinde Mecelle tadil komisyonu tarafından oluşturulan bir heyete hazırlatılan kanunname, hem içten hem de dıştan birçok eleştiriye uğradığı için, gereken iyileştirmeyi sağlayamamış ve 19 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.¹¹⁷

Hukuku-ı Aile Kararnamesinin kaldırılıp 04 Ekim 1926'da İsviçre Medeni Kanunun kabulünden sonra, kadın-erkek eşitliğine dayanan ve evlenme boşanma işlemlerinin bizzat resmi kurumlar tarafından yapılmasını öngören yeni bir hukuk kabul edilmiştir. Kökeninde Hristiyanlığın bulunduğu bu hukuk sisteminin, Müslüman Türk toplumunun genel ahlak, örf ve geleneklerine uymayan kısımlar dışarıda bırakılmıştır. Fakat yeni kurulan Türk Devleti'nde yapılmış olan inkılâpların sonucu olarak, İsviçre hukuk sistemi büyük çoğunlukla kabul edilmiştir.¹¹⁸

Tüm hukuk sistemleri gibi Türk hukuk sistemi de, aile kurumunu korumayı prensip olarak belirlemiştir. Ayrıca kurulan ve sona erdirilen bir aile birliğinde tarafların zarar görmemesi için gerekli düzenlemeler yapmıştır. Aile hukukunu düzenleyen kanun maddeleri, Anayasanın aşağıdaki ilkelerinin çerçevesinde hazırlanmıştır: a) Aile toplumun temelidir.¹¹⁹ b) Aile birliği korunmalıdır.¹²⁰ c) Eşler eşittir.¹²¹

Toplumun temeli olan aile, devletin kontrolünde kurulmalı ve yine aynı şekilde sona erdirilmelidir. Kişilerin inisiyatifine bırakılmasının bazı mahzurları olacağı için, hiçbir sebep yokken boşanmak isteyenlere izin verilmemiştir. Boşanmayı, kocanın iki dudağı arasından çıkacak bir kelimeye bağlamak, evliliklerin geçici olarak kurulmasına imkân sağlayabilmekte-

¹¹⁷ Aydın, *İslâm-Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s. 17.

¹¹⁸ Tekinay, Selahattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1986, s. 2-3; Velidedeoğlu, a.g.e., II/9.

¹¹⁹ T.C.A., md. 41.

¹²⁰ T.C.A., md. 41.

¹²¹ T.C.A., md. 10.

dir. Kocanın hiç kimseye danışmadan karısını boşayabilmesi kadar eşlerin karşılıklı anlaşarak boşanmaları da o derece zararlı sonuçlar doğurmaktadır. Bundan dolayı eşlerin tek taraflı veya anlaşarak boşanmaları yasaklanmıştır. Kocanın rızası olmadan karısını boşaması, kadına ne kadar zarar verirse, eşlerin anlaşarak boşanmaları da, topluma ve varsa çocuklara o kadar zarar verecektir. Bundan dolayı eşlerin anlaşarak boşanabileceği prensibi, İsviçre Medenî Kanunu tarafından kabul edilmesine karşın, Türk Medenî Kanununa alınmamıştır.¹²²

Daha önce *irade ilkesine* yer vermeyen Türk Medenî Kanunu, 04-05-1988 tarihli ve 3444 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerle bu ilkeyi kabul etmiştir.¹²³

Yapılan bu değişik aşağıdaki kararları öngörmektedir.

a) Şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma, “evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma” şeklinde adlandırılmıştır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davası açan taraf için evlilik, devamında davacı ve çocuklar açısından her hangi bir fayda sağlamayıp bilakis zarar verdiği anlamına gelmektedir.¹²⁴

b) Evlilik en az bir yıl sürmüştü, tarafların anlaşmasıyla boşanma kabul edilmiştir.¹²⁵

c) Eylemli ayrılık nedeniyle boşanma kabul edilmiştir.¹²⁶

Türk Medenî Kanunu, karşılıklı rıza ile boşanma prensibini İsviçre Medenî kanununda olmasına rağmen Türk milletinin sosyal yapısına ve kültürüne uyuşmaması dolayısıyla 1988 tarihli 3444 sayılı yasaya kadar kabul etmemiştir. O dönemin önde gelen hukukçuların çoğu tarafından reddedilen bu prensibin, Türk toplum yapısına uymadığı belirtilmiş ve bu prensibi savunanlar keskin bir dille eleştirilmiştir. Fakat

¹²² Velidedeoğlu, a.g.e., II/182.

¹²³ Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 212.

¹²⁴ T.M.K., md. 134/II.

¹²⁵ T.M.K., md. 134/III.

¹²⁶ T.M.K., md. 134/IV.

zaman geçtikçe bu prensibin taraftarları artmış ve 1988’de resmen kabul edilmek zorunda kalmıştır. İlk dönem hukukçulardan olan Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’nun konuyla ilgili görüşlerini vererek, bu prensibin olumlu ve olumsuz yönlerini görelim.

“Karşılıklı anlaşma ile boşanmanın, Türk Medeni Kanununa eklenmesinin bizde de taraftarları vardır. Fakat bizce bu sistem memleketimiz bakımından sakıncalıdır. Biz bu suretle boşanma usulünü kabul edersek, o zaman, toplumsal varlığımız, sosyal ve ahlaki yapımız için tehlikeli bir yol açmış oluruz. Bugün boşanma isteyenlerden acaba kaçta kaç söz birliği etmiştir? Bu nispet çok azdır ve sözbirliği ettikten sonra boşanamayan eşlere rastlamak da imkânsızdır. Gerçi buna karşı: “Söz birliği ile boşanmaya cevaz vermemek, eşleri kanun hilelerine müracaata mecbur kılıyor ve bu suretle umumi ahlak bozuluyor” denilebilir ise de, bu usulün kabul edilmesi halinde doğacak sakıncaların yanında, yukarıda ki mahsur çok küçük ve önemsiz kalır. Bundan dolayı fikrimizce, karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul etme, Türk camiasının dayandığı aile düzenini bozar. Taraflara, istedikleri zaman evlenip, istedikleri zaman boşanma imkânı vermek, düşüncesiz ve hatta geçici evlenmelere yol açar ve bu suretle aile mefhumunun yıkılmasına sebep olur. Düşünmek lazımdır ki, insan tabiatı olgun değil, kusurlu ve noksanlıdır. Bundan dolayı böyle bir serbesti suiistimal edilir; toplumda karışıklığa, bünye bozukluğuna sebep olur. Evlilik, yalnız zevk ve eğlence için kurulmaz; bunun- nahoşta olsa- karı-kocaya yüklediği mükellefiyetler vardır; bu mükellefiyetler bir taraftan birbirine karşı, diğer taraftan da çocuklara ve topluma karşıdır. Bundan dolayı söz birliği ile boşanma esası kabul edilecek olursa, bu ödevler biraz ağır gelmeye başlayınca, ondan kurtulmak için, fena ve istikrarsız sonuçlar doğar. Bugün karşılıklı rıza ile boşanmanın caiz olduğu İskandinav-

ya, Belçika, ve Lüksemburg gibi ülkelerde dahi bu tür boşanmaya karşı olanlar vardır.¹²⁷

Kendi istekleriyle evlenmelerine rağmen anlaşmayan nice eşler vardır. Ruhi ve fiziki açıdan birbirlerine uyum sağlayamamış eşlerin bu evlilik birliğini devam ettirmenin anlamsızdır. Çünkü yeni bir neslin oluşması için sadece eşlerin cinsel birleşmeleri yeterli olsa da, sevgi, hoşgörü ve dayanışmanın olmadığı bir ailede yetişen çocukların oluşturduğu bir nesil, topluma faydadan daha ziyade zarar getirecektir. Bundan dolayı devletin, eşleri böyle bir evlilik birliğini devam ettirmesi hem fertler açısından hem de toplum açısından doğru değildir. Böyle bir evlilik, ya aile birliğinin kökten sarsılması noktasına gelene kadar eşler birbirine zulmedecekler, ya da duygusal bir birlikteliğin olmadığı “mantık evliliği” şeklinde devam edecektir ki, bu da, aile kurumundan beklenen vazifelerin yerine getirilmesini imkânsız kılacaktır.

Bundan dolayı ahlakî dengelerin yerinde olduğu bir toplumda eşlerin isteği üzerine aile birliğinin sona erdirilmesi en doğru olanıdır. Fakat ihtilal sonrası Rusya’da olduğu gibi, ahlakî çöküntünün olduğu bir toplumda bu durum büyük istismarlara yol açacağı için, boşanmalar artacak ve toplum olumsuz etkilenecektir.¹²⁸

Türk Medeni Kanunu, eşlerin karşılıklı boşanmalarına imkân vermezken, 1988 tarihli 3444 sayılı yasa ile *eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları* boşanmanın dayandığı ilkelerden biri olarak kabul edilmiştir.¹²⁹ Fakat Türk Medeni Kanunu eşlerden biri tarafından açılan boşanma davalarında, boşanmaya hükmedilebilmesi için, bazı sebepleri öngörmüştür. Bu sebeplerin bulunmaması halinde ise boşanmaya hükmetmemektedir. *Özel Boşanma Sebepleri* ve *Genel Boşanma Sebepleri* şeklinde iki kısma ayrılan boşanma sebepleri ayrıntılı olarak bir sonraki başlıkta Hukuk-ı Aile

¹²⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., II/180-181.

¹²⁸ Cin, a.g.e., s. 20.

¹²⁹ Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 144.

Kararnamesi'nin belirlediği boşanma sebepleriyle karşılaştırılmalı olarak ele alınacağı için burada kısaca değineceğiz.

2- Türk Medenî Kanununa Göre Boşanma Sebepleri

Bu konu ayrı bir başlık altında Hukuk-ı Aile Kararname-sinin ilgili maddeleriyle karşılaştırmalı olarak ele alınacağından dolayı burada konu bütünlüğünü korumak için sadece Türk Medeni Kanunundaki konuyu düzenleyen maddeleri zikredeceğiz.

a- Boşanmanın Özel Sebepleri

aa- Zinâ: *“Karı kocadan her biri, diğerinin zinâ etmesi sebebiyle, boşanma davası açabilir”*.¹³⁰ Kanun zinadan anlaşılacak manayı belirtmemektedir. Umumiyetle zinâ, evli bir kimsenin, eşinden başka biriyle cinsi münâsebette bulunması diye tarif edilmekte ise de, yapılan açıklamalarda, bir eşin kusuru olmadan böyle bir münasebette bulunmasının zinâ sayılmayacağı belirtilmektedir.¹³¹

ab- Cana Kast ve Pek Fena Muameleler: *“Karı kocadan her biri, diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek fena muamelede bulunulması sebebiyle boşanma davası ikame edebilir.”*¹³² Cana kast, bir eşin diğerini öldürme niyetinin bazı fiillerle açıklanmasıdır. Cana kast bazen öldürmeye teşebbüs olabileceği gibi, bazen de diğer eşi intihara teşvik etmek de boşanma sebebidir.¹³³

Pek fena muameleler ise eşe yapılan cismanî zarar ve eziyetler, onun sağlığını tehlikeye düşürecek hareketler, eşini hapsetmek, aç bırakmak, dövmek, anormal cinî münasebette zorlamak vb. şeylerdir.¹³⁴

ac- Yüz kızartıcı Suç ve Haysiyetsiz Hayat Sürme: *“Karı kocadan her biri, terzil edici (yüz kızartıcı) bir cürüm işleyen*

¹³⁰ T.M.K., md. 129.

¹³¹ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 114; Velidedeoğlu, a.g.e., II/193.

¹³² T.M.K., md. 130.

¹³³ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 117.

¹³⁴ Velidedeoğlu, a.g.e., II/199.

yahut kendisiyle birlikte yaşamayı çekilmez bir hale koyacak derecede haysiyetsiz bir hayat süren diğeri aleyhine her zaman boşanma davası açılabilir.”¹³⁵

Bu madde ile yüz kızartıcı suçlar ve haysiyetsiz hayat sürme, boşanma için yeterli görülmüştür. Ayrıca aile içi huzursuzluğun olup olmadığı, mahkeme tarafından araştırılmaz. Çünkü eşlerden birinin, boşanma amacıyla mahkemeye başvurmuş olması, başvuran eşin mevcut durumdan rahatsız olduğunu gösterir. Zira yüz kızartıcı suç işleyen kişi, eşi istemediği müddetçe evli olarak kalmaya devam eder.¹³⁶

ad- Terk: “Karı kocadan biri, evlenmenin kendisine tahmil ettiği (yüklediği) vazifeleri ifa etmemek maksadıyla diğer eş terk ettiği veya mühik (haklı) bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte ise, diğer eş boşanma davası açabilir.”¹³⁷ Dava-ya hakkı olan tarafın talebiyle hâkim, diğer tarafa bir ay zarfında evine dönmek üzere ihtarda bulunur. Bu ihtar icabında ilan yoluyla da olabilir. Şu kadar ki, boşanma davasını ikame için muayyen müddetin ikinci ayı hitam (son) bulmadıkça ihtar talebinde bulunulamaz ve ihtar vukuunda bir ay bitmeden dava ikame olunamaz.¹³⁸

ae- Akıl Hastalığı: “Karı kocadan biri üç seneden beri devam eden bir akıl hastalığına duçar olup da bu hastalık müşterek hayatın devamını diğer eş için imkânsız hale getiriyorsa ve şifası kabil olmadığı da ehilleri tarafından tasdik edilmiş bulunursa diğer eşin her zaman boşanma davası açma hakkı vardır.”¹³⁹

b- Boşanmanın Genel Sebepleri

ba- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması: “Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden bekleneme-

¹³⁵ T.M.K., md. 131.

¹³⁶ Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 155.

¹³⁷ T.M.K., md. 132.

¹³⁸ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 119.

¹³⁹ T.M.K., md. 132.

yecek derecede temelinden sarsılmışsa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.”¹⁴⁰ yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir.¹⁴¹

bb- Eşlerin Boşanma Hususunda Anlaşması: 1988 tarihli 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce tarafların anlaşması kanunen boşanma sebebi teşkil etmiyordu. Fakat uygulamada taraflar anlaşırca, çok kere uydurma bir boşanma sebebi ileri sürerek boşanmayı sağlayabiliyorlardı. Boşanma konusunda anlaşan tarafları zorla evli tutmanın anlamsızlığı düşüncesiyle, boşanma hususunda eşlerin anlaşmasına bir boşanma sebebi olarak kanunda yer verilerek kanun dışı uygulamaya da son verilmiştir. Bu yolu bazı sınıncalarını da önlemek için bazı kayıtlar konularak 3444 sayılı Kanunla değiştirilen Medenî Kanunun 134. Maddesinin 3. Fıkrasında şu hükme yer verilmiştir:

*“Evlilik en az bir yıl sürmüştse, eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin devasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirilmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.”*¹⁴²

bc- Müşterek Hayatın Kurulamaması (Fiilî Ayrılık): “Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi halinde, her ne sebep olursa olsun, müşterek hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden birinin ta-

¹⁴⁰ T.M.K., md. 134/II.

¹⁴¹ Velidedeoğlu, a.g.e., II/214; Hatemi- Serozan, a.g.e., s. 228.

¹⁴² T.M.K., md. 134/III.

lebi üzerine boşanmaya karar verilir.”¹⁴³ 3444 sayılı Kanunla kabul edilen bu yeni boşanma sebebi, fiilen çözülmüş olan evlilikleri, zorla sürdürmenin anlamı kalmadığı fikrine dayanmaktadır.¹⁴⁴

III-TÜRK MEDENİ KANUNU VE HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NE GÖRE BOŞANMA SEBEPLERİ

Türk Medeni Kanunu, boşanma nedenlerini bir önceki kısımda belirttiğimiz şekilde, özel ve genel sebepler olmak üzere iki kısma ayırmıştır. Özel sebepler; zina (MK.129), cana kast ve pek fena muameleler, (MK.130), yüz kızartıcı suçlar işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (MK.131), terk (MK.132), akıl hastalığı (MK.133). Genel sebep ise müşterek hayatın kurulamaması(fiili ayrılık) (MK.134) eşlerin boşanma hususunda anlaşması, evlilik birliğinin temelinden sarsılması (MK.134/I). Fakat genel sebeplerin hepsini, “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” maddesinde toplamak mümkündür.¹⁴⁵

İslâm hukukunda ise prensip olarak boşanma yetkisi erkeğe verilmiş ve kadın ise ancak mahkeme yoluyla veya erkeğin evlilik birliğinin yıkılması ile karşılaşacağı ekonomik yükü tamamen veya kısmen üstlenmesi (muhâle'a) ile boşanmasına imkân verilmiştir. Tarihte çok ender olarak görülse de erkeğin boşanma hakkını kadına da vermesi halinde kadının tek taraflı iradesi ile de evliliğin sona ermesi mümkündür. İslam hukuku kadınların daha çok kazaî boşanma (tefrik) yoluyla boşanmalarına imkân verecek düzenlemeler yapmıştır. Bu konuda kadına en geniş hakları tanıyan Malikî mezhebinin görüşlerini esas alan Osmanlı Hukuk-ı Aile kararnamesi de kadına mahkemeye başvurma konusunda ge-

¹⁴³ T.M.K., md. 134/IV.

¹⁴⁴ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 130; Hatemi- Serozan, a.g.e., s. 229.

¹⁴⁵ Oğuzman, Kemal; Dural, Mustafa, *Aile Hukuku*, Filiz Yay. İst. 1994, s.113; Velidedeoğlu, a.g.e., II/190; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s.150-177; Tekinay, a.g.e., s.187; Hatemi- Serozan, a.g.e., s.217.

niş haklar tanımıştır. Bu mesele Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 119-130. maddelerinde belirtilmiştir. İslâm Hukuku'na göre, mahkemenin evlilik kurumuna müdahale edebilmesi için eşlerden birinin başvurması ya da evlilik kurumunun devamını engelleyen bir sebebin bulunması gerekir. Aksi takdirde mahkemenin aile kurumuna müdahalesi söz konusu değildir.

İslâm hukukunda boşanmanın özel ve genel sebepleri gibi bir ayırım olmamasına rağmen, bazı durumlar boşanma sebebi olarak kabul etmiştir. İslâm Hukuku'nun kabul ettiği boşanma nedenleri, Medeni Kanunun kabul ettiği özel sebeplerle uyduğu için bunlara özel sebep diyebiliriz. Boşamaya yetkili olan tarafın, (prensip olarak erkeğin, ama tefviz-i talâk veya muhâle'a yoluyla kadının), boşanma hakkını kullanmasına sebep olan durumlara da genel sebep diyebiliriz.¹⁴⁶

İslam hukukuna göre tek taraflı boşanma mümkün görülmüşken Türk Medeni Kanunu'nda ise ancak karşılıklı anlaşma durumunda boşanmanın olabileceği karara bağlanmıştır. Şöyle ki, İslam hukukuna göre kadının evlilik akdi gerçekleştirirken boşanma yetkisini talep etme hakkı olduğu halde böyle bir talepte bulunması, bu konuda kocasının vereceği kararları baştan kabul etmiş olmaktadır. Aynı şekilde erkeğin boşama yetkisini kadınla paylaşması (tefviz-i talâk) da erkeğin kadının tek taraflı vereceği karara saygı duyacağını göstermektedir. Bu itibarla hem kocanın hem de kadının tek taraflı boşanabilmeleri zimnen anlaşmalı bir boşanma sayılır.

İkinci boşanma sebepleri ise asıl karşılaştırmamıza konu olduğu için, şimdi geniş bir şekilde bu maddeleri ele alalım. Bu maddeleri karşılaştırılmasını, Türk Medeni Kanununun belirlediği başlıklar çerçevesinde yapacağız.

¹⁴⁶ Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s. 34.

A) Boşanmanın Özel Sebepleri

1- Zina:

Bütün hukuk sistemleri tarafından boşanma için yeterli sebep olarak kabul edilen zina, eşlerden birinin, diğer cinsiyetten, başka bir kimse ile cinsi ilişkide bulunmasıdır ki, bu; evlilik birliğine yapılan en büyük sadakatsizliktir. Hatta, boşanmaya karşı olan Katolik mezhebi bile, zinayı ebedi ayrılık sebebi olarak kabul etmiştir. Türk Medeni Kanunu göre de zina, evlilik birliğinin sona ermesi için yeterli bir sebeptir.¹⁴⁷

Türk Medeni Kanunu'na göre, "Karı kocadan herhangi biri, diğerinin zina etmesi sebebiyle, boşanma davası açabilir."¹⁴⁸ Kanun, zinadan anlaşılacak manayı belirtmemiştir. Genellikle zina, evli bir kimsenin, eşinden başka biriyle cinsi münasebette bulunması olarak anlaşılmıştır. Fakat kanunda bir eşin kusuru olmadan böyle bir münasebette bulunmasının zina sayılmayacağı belirtilmektedir.¹⁴⁹

İslâm hukukunda, hem evlinin hem de bekarın, nikah bağı olmayan biriyle cinsel ilişkiye girmesi, zina olarak kabul edilmiştir. Zina, dolaylı olarak bütün topluma zarar verdiği için, kul hakkının değil de, kamu düzeninin ihlali olarak kabul edilmiştir. Bütün topluma zarar veren suçlar, Allah hakkı (hukukullah) olarak kabul edilmiştir ve kutsiyet atfedilmiştir.. Bundan dolayı devlet başkanının veya hukuk adamlarının Allah hakkını ihlal edenleri affetme yetkileri yoktur. Zina edenin eşi ise affederek zina suçunu düşüremez. Çünkü zina, eşlerin birbirine ihanetinden ziyade konu düzenine karşı yapılmış bir suçtur.¹⁵⁰

Türk Medeni Kanununa göre zina evli biri için suçtur. Zina eden bekar, ne anne-babasının ne de diğer akrabaları

¹⁴⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., II/193.

¹⁴⁸ T.M.K., md. 29.

¹⁴⁹ Oğuzman- Dural, a.g.e., s. 114; Velidedeoğlu, a.g.e., II/193.

¹⁵⁰ Gnş. Bil. Bkz. Keskin, Yusuf Ziya, *Recm Cezası: Ayet ve Hadis Tahlilleri*, Beyan Yay., İst., 2001.

nın hakkını ihlal etmiş olur. Zina eden evliyse, işlediği suç direkt diğer eşin hakkını ihlal sayılır. Şayet diğer eş, zina eden eşini affederse, evlilik birliğinin devam etmesinde bir sakınca yoktur. Fakat İslâm hukukunda durum farklıdır. Zina kamu düzenini bozan bir suç olup kocanın affetmesi ile suç işlenmemiş kabul edilemez.

Klasik İslâm Hukuku kitaplarında zina, boşanma sebepleri arasında zikredilmemiştir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde de boşanma sebepleri arasında geçmemektedir. Fakat Hukuk-ı Aile Kararnamesi, İseviler (Hristiyanlar) için zinayı boşanma sebebi saymıştır. Müslümanlar için zina boşanma sebebi sayılmazken Hristiyanlar için boşanma sebebi sayılmasının nedeni, zina suçunun İslam dinindeki algılanış şekliyle ilgilidir. Bu konuyu izah edebilmek için, zina ve onu işleyene verilecek ceza konusunu biraz açmamız gerekir.

İslâm Hukuku, zina eden kişiye, şayet bekar ise yüz kırbaç ceza öngörmüştür.¹⁵¹ Zina eden evli olursa o zaman cezayı hafifletecek bir durum yoksa recmedilir, yani taşlanarak öldürülür.¹⁵² Recim cezası son iki yüz yıldır çok tartışılan bir konu olmakla birlikte konumuzu dolaylı ilgilendirmediği için bu konuya girmiyoruz.

İslâm Hukuku'na göre, en az dört kişi, hiç şüpheye mahal vermeyecek bir şekilde evli birinin zina ettiğini görüp, bu durumu mahkeme huzurunda ifade ederse, o kişinin zina ettiğine hükmedilir ve recmedilir. Bu durumda geride kalan eş, boşanarak değil de, ölüm yoluyla evlilik bağından kurtulmuş olur.¹⁵³ Bundan dolayı İslâm'a göre, zina; evliler için, boşanma sebebi değil de, ölüm sebebi olarak görülmüştür. Recm cezasının uygulanmasına mani bir durum olursa, zina eden eşini boşama yetkisine sahip olan taraf kullanarak zina eden biriyle yaşamaya bilir. Boşama hakkı genelde erkeğin, bazen de boşama hakkı verilmişse kadındır. Fakat zina eden,

¹⁵¹ en-Nûr 24/2.

¹⁵² İbn Mâce, *Hudud*, 9; Malik, *el-Muvatta*, Hudûd, 10; İbn Hanbel, V/132-183.

¹⁵³ Karaman, a.g.e., I/376.

erkekse ve kadının da boşanma hakkı yoksa mahkeme zina-yı diğer eş lehine boşanma sebebi olarak kabul eder mi? Bu sorunun cevabına geçmeden önce bu sorumuza ışık tutacak olan, yeterince delili olmayan eşlerle ilgili olan, Kur'an-ı Kerim'de açık bir şekilde yer alan, mahkeme huzurunda yeminleşme konusuna değinelim (liân-mulâ'ane).

Kur'an-ı Kerim'de bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: *“Eşlerine zina isnadında bulunup da kendilerinden başka şahitleri olmayanlara gelince, onların her birinin şahitliği, kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ederek şahitlik etmesidir. Beşinci defa da: eğer yalan söyleyenlerden ise Allah'ın lânetinin kendi üzerine olmasını dilemesidir. Kadının, kocasının yalan söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ve şahitlik etmesi, kendisinden cezayı kaldırır. Beşinci defa da, eğer (kocas) doğru söyleyenlerden ise Allah'ın gazabının kendi üzerine olmasını diler.”*¹⁵⁴

Yukarıdaki ayetten anlaşılacağı üzere, eşlerin birbirinden şüphe duymaları ve sadakatsizlikle suçlamaları, aile birliğini ayakta tutan güven ve itimadı yok edeceği için zina ithamı, her iki eş için boşanma sebebi sayılmıştır. Modern hukukta kabul edilmediği halde, İslâm Hukuku'nun yemini bu konuda delil kabul etmesindeki asıl faktör, belirttiğimiz duygusal bağın olmasıdır. Normal şartlarda böyle bir isnatta bulunan yabancının durumu farklıdır.

2- Cana Kast ve Pek Fena Muameleler:

Türk Medeni Kanunu, 130. Madde ile “cana kast” ve “pek fana muameleler”i boşanma sebebi saymıştır. Cana kast; eşlerden birinin diğer eşini öldürmeye teşebbüs etmesi veya onu intihara teşvik etmek olarak izah edilmiştir. Cana kastın gerçekleşebilecek bir tarzda olması gereklidir. Kuru bir tehditle, “seni öldürürüm” gibi sözler boşanma için yeterli

¹⁵⁴ en-Nûr 24/6-9.

sebepe değildir. İhmal veya hata ile eşin ölebileceği bir olayın meydana gelmesi de aynı şekilde boşanma sebebi sayılmaz. Fakat ihmal ve hatadan uzak, bizzat cana kastın mümkün olduğu davranışlardan dolayı boşanmaya hükmedilebilir.¹⁵⁵

Pek fana muameleler ise; eşe yapılan cismani zarar ve eziyetler, onun sağlığını tehlikeye düşürecek hareketler, eşini hapsetmek, aç bırakmak, dövmek, anormal cinsi münasebete zorlamak gibi ağır muamelelerdir. Gerçi bu durumları aşırı *geçimsizlik* maddesine koymak mümkünse de, bu durumlar mutlak boşanma sebebi olup, böyle bir durumda hâkimin ayrıca aşırı *geçimsizliğin* olup olmadığını araştırmasına gerek yoktur.¹⁵⁶

İslâm hukukçuları, kadının isteği üzerine evlilik birliğinin hangi durum ve sebeplerden dolayı son verilmesi gerektiği (tefrik) konusunda hemfikir değildirler. Hanbelîler ve özellikle de Malikîler, kadına mahkeme yolunu en fazla açan mezhepken, Şafiîler ve Hanefîler çok ender durumlarla sınırlandırmışlardır.

Cana kast ve pek fena muameleler evlilik birliğini temelden sarsıp kadının asli haklarını tehdit ettiği için Hukuk-ı Aile Kararnamesine göre boşanma sebebi sayılmıştır. Çünkü hayatî tehlikenin mevzu bahis olduğu böyle bir evliliğe devam etmesini kadından istemek veya bu duruma mecbur etmek, kul hakkının ihlalidir. Çünkü İslâm Hukuku, muhafaza edilmesi gereken temel hakların başında “hayat hakkını” kabul etmiştir. Her an kocası tarafından öldürülme ihtimali olan bir kadından, çocuklarıyla ve eşiyle gerektiği gibi iletişim kurarak, üzerine düşen vazifelerini gönül huzuruyla ve isteyerek ifâ etmesi beklenemez.¹⁵⁷

Fena muamele ve itaatsizlik (nüşûz) kadın tarafından gelebileceği gibi erkekten de gelebilir. İki tarafın karşılıklı nefreti ve haksız davranışları, evlilik birliği bitirme noktasına

¹⁵⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., s. 198-199; Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 116.

¹⁵⁶ Velidedeoğlu, a.g.e., s. 199-200; Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 117.

¹⁵⁷ Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s. 25.

getirebilir. Kur'an'da şikâk diye ifade edilen bu durum, eşlere dışarıdan müdahaleyi gerekli kılmaktadır. Kur'an'ın bir emri olan bu müdahale (hakem tayini), ıslahı mümkün olmayacak şekilde sarsılmış bir aile birliğinin sona erdirilmesine de imkân vermektedir.¹⁵⁸ Hukuk-ı Aile Kararnamesi¹⁵⁹ de hakem tayinini öngörmüş, hakemlerin verdiği hükümler, hâkimin verdiği hüküm gibi kabul edilmiştir.¹⁶⁰

3- Yüz Kızartıcı Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme

Türk Medeni Kanunu 131. madde ile yüz kızartıcı suçlar ve haysiyetsiz hayat sürme, boşanma için yeterli görülmüşür. Bu maddeye göre boşanmaya hükmedilebilmesi için aile içi huzursuzluğun olması gerekmez. Çünkü eşlerden birinin, boşanma amacıyla mahkemeye başvurmuş olması, başvuran eşin mevcut durumdan rahatsız olduğunu gösterir. Zira yüz kızartıcı suçun boşanma sebebi olması için, diğer eşin bu durumdan rahatsız olması ve boşanma talebiyle mahkemeye başvurması gerekir.

Medeni Kanuna göre yüz kızartıcı (terzil edici) suçlar bizzat zikredilmemiş olup, bu konu zamana ve karı-kocanın toplumsal konumuna göre değişiklik arz eden bir durum olarak kabul edilmiştir. Fakat milletvekili olma yeterliğini düzenleyen 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 76. maddesinin ikinci fıkrası, “*zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolaylı iflas*” yüz kızartıcı suç olarak zikredilmiştir.¹⁶¹ Fakat bu suçları zikredilenlerle sınırlamamak, eşleri toplumda küçük düşürecek ve toplum nezdindeki değerini azaltacak her suçu bu kategoriye koymak mümkündür. İyi tetkik edilince görü-

¹⁵⁸ Hakemler eşlerin ailelerinden seçilen kişilerden oluşmaktadır. Bu konu ileride

“Aileyi Koruyucu Tedbirler” başlığı altında ele alınacaktır.

¹⁵⁹ H.A.K., md. 130.

¹⁶⁰ Şeltut, M. Mahmut; Sayis, M. Ali, *Mukayeseli Mezhepler Hukuku*, İlim Yayınları, (Çev: Sait Şimşek), İstanbul, ty, s. 134.

¹⁶¹ Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 155.

lecektir ki bu ve benzeri suçların aile birliğine zarar vermesi ve aile içi geçimsizliğe sebep olması sebebiyle boşanma sebepleri arasında zikredilmiştir. Yoksa bu suçları işleyenler için Türk Ceza Kanunu'nun belirlediği cezalar yeterli olup ayrıca aile birliğine son verilmemektedir.¹⁶²

Haysiyetsiz hayat sürme, namus, şeref ve haysiyet kavramları ile bağdaşmayan bir hayat tarzını tercih etmek olup; içki, uyuşturucu madde müptelası olma, kumarbazlık, randevu evi işletme, erkeklere kadın bulmayı meslek haline getirme, homoseksüellik, haysiyetsiz hayat sürme olarak kabul edilmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu suçları sınırlandırmamak ve zamana- şartlara göre belirlemek daha uygun olacaktır. Mesela, 1960'lı yıllarda, Yargıtayca yüz kızartıcı suç olarak kabul edilen şeylerden biri "müstehcen veya hayâsızca yapılmış şarkıları alenen teganni etmek ve bu kabil gramofon plakları çalmak..." Bu suçu işleyenler için bir ayla altı ay hapis cezası ve otuz liradan elli liraya kadar da para cezası öngörülmektedir.¹⁶³ Toplumsal değişim dolayısıyla yukarıda belirtilen vasıflarda şarkı söylemek veya çalmak yüz kızartıcı bir suç olmaktan çıkmıştır. Böyle bir gerekçeyle boşanma davası açmak artık mümkün değildir.

131. maddede zikri geçen boşanma sebeplerinden yüz kızartıcı suçlar mutlak boşanma sebepleri olarak kabul edilmişken, haysiyetsiz hayat sürme, ancak müşterek hayatı çekilmez hale getirince boşanma sebebi olarak kabul edilebilir. Yani haysiyetsiz hayat sürme mutlak değil nispi bir boşanma sebebidir. Eşlerin bu suçtan sonra, beraber yaşamaya devam etmeleri bu suçun boşanma sebebi olarak kabul edilmesine engel olur. Çünkü eşlerin beraber yaşamaya devam etmeleri, bu suçtan dolayı aile birliğinin sarsılmadığını gösterir.¹⁶⁴

İslâm Hukuku, yukarıda zikri geçen ve yüz kızartıcı ve haysiyeti zedeleyici tarzda bir hayat sürme anlamına gelecek

¹⁶² Velidedeoğlu, a.g.e., s. 203.

¹⁶³ Velidedeoğlu, a.g.e., s. 203; Köprülü- Kaneti, a.g.e., s.155.

¹⁶⁴ Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 224.

suçlar yasak kapsamında olmakla birlikte boşanma sebebi olara zikredilmemiştir. Fakat bu tür bir suç işleyen biriyle yaşamayı kabul etmeyen eş, bu tür suç ve günahları işlemekten vazgeçmediğinden ailede geçimsizliğin ortaya çıktığını ileri sürerek boşanma talebinde bulunma hakkına sahiptir.¹⁶⁵

4- Terk:

Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinin 1. fıkrasında şöyle denilmektedir: “Karı kocadan biri evlenmenin kendisine yüklediği vazifeleri ifa etmemek maksadıyla diğerini terkettiği veya haklı bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte bulunmuş ise, diğer eş boşanma davasında bulunabilir.”¹⁶⁶

Terk haklı bir sebep olmaksızın evlilik konutundan ayrılarak müşterek hayatın sona erdirilmesi veya eşin evlilik konutundan çıkarılması, kovulması tarzında gerçekleşebilir. Mutlak boşanma sebebi olmasına rağmen hâkim, terk eden eşin, haklı gerekçelerle terk edip etmediğini tetkik etmesi gerekir. Şayet haklı bir sebep varsa, ortak hayatı terk eden eşin aleyhine, boşanmaya hükmedilemez. Eşler arasındaki geçici kırgınlık dolayısıyla gerçekleşen ani terk olaylarının derhal boşanmaya hükmetmek doğru değildir. Terk eden eşe bir düşünme süresi tanımak gerekir. Böyle bir durumda terk eden eşe önce “ihtar” gönderilmesi gerekir.¹⁶⁷

Bu maddenin belirlediği terk süresi, 2001 yılında yapılan son Medeni Kanun değişikliği ile üç aydan altı aya çıkarılmıştır. Terk eden eş altı ay ortak meskene geri dönmediyse mahkeme, terkeden eşe ihtar gönderir. Bu ihtar, terkten en az iki ay sonra yapılırken yeni değişikliğe göre altıncı ayın bitiminden sonra yapılması gerekir. İhtar yapıldıktan sonra, bir ay geçtiği halde terkeden eş evine dönmezse, diğer eş boşanma davası açma hakkı kazanmış olur.

¹⁶⁵ Şeltut-Sayis, a.g.e., s. 134.

¹⁶⁶ Velidedeoğlu, a.g.e., s. 206.

¹⁶⁷ Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 225.

Şayet erkek, karısını evden kovmuşsa, kocaya karısını geri çağırması için ihtarda bulunulur. Şayet kadın, meskenin oturmaya elverişsiz olmasından dolayı evi terk etmişse, kocadan konutun iskan için uygun hale getirmesi istenir. Şayet koca MK. 152. maddesinin 2. fıkrasına göre ev seçiminde bulunmuşsa kadının buna uymak zorunluluğu vardır. Kadın, oturulabilir bir evi terk etmişse kadın terk etmiş sayılıp, ihtar kadına yapılır.¹⁶⁸

Eşlerden biri aşağıdaki sebeplerden birine binaen ortak meskeni terk etmişse, terk, boşanma için yeterli görülmez: a) hâkim tarafından ayrılığa karar verilmişse, b) boşanma ve ayrılık davası devam ederken,¹⁶⁹ c) karı kocadan biri “müşterek hayatın devamı yüzünden sıhhati, şöhreti veya işinin terakkisi ciddi bir şekilde olumsuz olarak etkilendiği için, ayrı bir ev tutmuşsa,¹⁷⁰ d) koca, karı için sosyal haline uygun bir ev hazırlamamışsa, meydana gelmiş terk boşanma sebebi sayılmaz. Şayet terk, ortak yaşama son veriyorsa, evlilik birliğinden kaynaklanan vazifeleri yerine getirmemek amacıyla gerçekleşmişse, haklı bir gerekçesi yoksa ve aralıksız olarak en az altı ay devam etmişse boşanma sebebi sayılır.¹⁷¹

İslâm Hukuku'na göre müşterek meskeni terk ederek üzerine düşen nafaka yükümlülüğünü ifa etmemekle veya cinsel yönden karısını tatminden kaçınmakla, kadının hakkını ihlal etmiş olup, erkeğin üzerine düşen borçlarını eda etmemiştir. Baştan belirtmek gerekir ki; İslâm hukukunda, “terk” için “gâib” terimi, “kaybolmak” için ise “mefkûd” terimi kullanılmıştır. *Gâib olma*; sağ olduğu belli olup, karısını cezalandırmak için evine dönmeyen koca için kullanılır. Gâib koca nafakasını ödemediği ve cinsel açıdan karısının ihtiyacını karşılamadığı için devlet tarafından, bu görevlerini ifaya zorlanır ve eve dönmesi istenir. Şayet kocanın bu gaipliğinin haklı bir mazereti varsa kadına boşanma hakkı verilmez.

¹⁶⁸ Oğuzman- Dural, a.g.e., s.120; Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 226.

¹⁶⁹ MK. 162/III.

¹⁷⁰ MK. 162/I.

¹⁷¹ Köprülü-Kaneti, a.g.e, s. 158-159.

Hanefîler göre kocanın nafakayı ödemededen kaçınması tefrik sebebi değildir. Fakat Malikî, Hanbelî, ve Şafilere göre boşanma sebebidir.¹⁷²

Nafaka konusu İslâm Hukuku'nda çok geniş bir şekilde ele alınmıştır. Çünkü aile içi yetkilerin ve sorumlulukların dağılımında ekonomik yükümlülük, erkeği hem kadına karşı üstün kılmakta, hem de kadına karşı borçlu yapmaktadır. Erkeğin fakir olması veya kadının zengin olması nafaka sorumluluğunu düşürmez. İslâm Hukuku'nda karı kocanın durumlarının tespiti için, nafaka konusunu biraz açarak irdelemeye çalışacağız.

Evini terkederek veya karısını evden kovarak nafakadan kaçınacağı gibi aynı evde yaşamaya devam ettiği halde eşinin aslı ihtiyaçları hususunda kadını mağdur ederek de nafaka sorumluluğundan kaçınmış olur. Bu durum bazen kötü niyetli olup kadını cezalandırmak amaçlı olabileceği gibi bazen de gerçekten nafakayı sağlayacak kadar ekonomik güce sahip olmamaktan da kaynaklanıyor olabilir.

Nafaka vermekten kaçınan koca zengin olup da, kadın, kocasının malından ihtiyacı kadar alabilir.¹⁷³ Şayet hanım, kocasının malından alma imkânı yoksa, mahkeme yoluyla nafaka talebinde bulunur. Mahkeme kocaya ihtarda bulunur. Koca, zengin olduğu halde yine nafaka hususunda diretirse, mahkeme uygun gördüğü kadar hapis cezasıyla cezalandırır. Bu Hanefî'lerin yaklaşımı olup nafakanın terki durumunda tefrik yoluna gitmeye gerek duymamışlardır. Fakat Mâlikîlere göre nafaka vermeme hususunda direten kocadan, karısını boşaması istenir. Çünkü Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulmaktadır: "Ya iyilikle tutma ya da iyilik yaparak bırakmak vardır..."¹⁷⁴ "haklarını tecavüz etmek için onları zararlı olacak

¹⁷² Bilmen, a.g.e., s.458; Zuhaylî, a.g.e., IX/403.

¹⁷³ Hz. Peygamber, bu durumda olan Ebu Süfyan'ın karısı Hind'e, kocasının malından, kendine ve çocuklarına yetecek kadar almasını söylemiştir. Buhârî, Nafaka, 9, VI, 193; Müslim, Ukdiyye, 7, II, 1338.

¹⁷⁴ el- Bakara 2/229.

şekilde tutmayın...”¹⁷⁵ Bu ve benzeri ayetler gereği, gücü yettiği halde nafaka ödemekten kaçınan koca karısını boşamak zorundadır. Şayet bundan da kaçınırsa mahkeme aralmasını tefrik eder. Şafîilerde de tercih edilen görüş budur.¹⁷⁶

Koca haklı mazeretlerden dolayı eşinin nafakasını karşılayamıyorsa, durum farklılık arz eder. Çünkü kocadan eşinin nafakasını sağlamasını istemek ondan gücünün üstünde bir şey istemek olur. Mesela hastalık sonucu çalışamayan veya iş bulamadığı için nafakasını sağlayamayan kocayı zorlamak veya kocasının bu kötü durumunda kadına hemen boşanma imkânı vermek, kocanın daha fazla ruhi bunalıma girmesine ve toplumda küçük görülmesine sebep olacaktır. Evlilik birliğinin temelinde hayatın zorluk ve meşakkatine beraber göğüs germek, eşlerden birinin karşılaşacağı herhangi bir zorluğa diğer eşin ortak olması ve beraberce zorlukları aşmaya çalışması aile birliğinin temel hedeflerindendir.¹⁷⁷

1916 tarihli ve 17 numaralı Sudan Kararnamesine göre kadın, nafaka borcunu ödenmeyen kocadan ayrılmak için mahkemeye başvurabilir. Sudan Kararnamesi, bu konuda kocanın kötü niyetli olup olmadığına bakmaz. Her iki durumda da gerekli görülünce kadın kocasından tefrik edilebilir.¹⁷⁸

1917 tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi ise acziyetinden dolayı nafakasını sağlayamayan koca aleyhine, tefrike hükmedilme prensip olarak kabul edilmeyip, Hanefî yaklaşımı kabul edilmiştir.¹⁷⁹

1929 tarihli Mısır Kanununa göre nafaka erkek için borç olarak kabul edilmiş, kötü niyetli olarak nafaka borcunu ödemedenden kaçınan koca, karısından ayrılır. Şayet koca kötü niyetli olmadığını ve haklı mazeretlerinin olduğunu delillerle

¹⁷⁵ el-Bakara 2/231.

¹⁷⁶ Döndüren, a.g.e., s. 427; Acar, a.g.e., s. 176-177.

¹⁷⁷ Şeltut-Sayis, a.g.e., s. 138; Acar, a.g.e., s. 175.

¹⁷⁸ Cin, a.g.e., s. 107.

¹⁷⁹ HAK., md. 94.

kanıtlarsa mahkeme bir aylık bir beklendikten sonra yine tazmin edilmezse mahkeme tefrike hükmeder.¹⁸⁰

Gaiplelikle ilgili ikinci durum ise mefkudun durumudur. Mefkud; hiç bir sebep yokken ortadan kaybolan ve yaşayıp yaşamadığı hususunda kesin bir bilgi bulunmayan kişidir. Fıkıh kitaplarında daha ayrıntılı olarak vasfedilen ve belli şartlar öngörülen gaiplik hali, evini terkeden veya nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyen kocanın verdiği zarar kadar, kadını mağdur etmektedir.. Bundan dolayı kadın; tüm aramalara rağmen kendisinden haber alınamayan kocasının varsa geri kalan malından nafakasını alır. fakat hiçi bir mal bırakmadan kaybolmuşsa, eşe mahkeme örfe uygun olarak belirli bir nafaka tayin eder. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne göre kadın dört yıl kocasını bekler. Şayet kocası dört yıl içinde geri dönmezse, ölü olduğuna hükmedilir, varsa malları varislerine taksim edilir ve kadın bu hükmün verilmesinden itibaren, kocası ölmüş kadın gibi iddet bekler. İddetin bitiminden sonra istediği kişiyle evlenebilir. Şayet savaş varsa veya cinayetlerin fazla olduğu bir bölgede kaybolmuşsa bir yıl beklemesi yeterlidir.¹⁸¹

5- Akıl Hastalığı:

Türk Medeni Kanununun 133. maddesi, akıl hastalığını, bazı şartların varlığı halinde, bir boşanma sebebi olarak kabul etmiştir. Akıl hastalığının, evlilikteki dayanışma ve kara gün dostluğu ile bağdaşmaması nedeniyle, boşanma nedeni olmaması gerektiği ileri sürülebilir. Ne var ki, akıl hastalığının evlilik birliği üzerindeki derin etkileri, nesil için ve çocukların yetiştirilmesi için taşıdığı tehlikeler göz önünde tutulunca, boşanma nedeni olarak kabul edilmelidir.¹⁸² Türk Medeni Kanununa göre akıl hastalığının boşanma nedeni sayılabilemesi için şu özellikleri taşıması gerekir:

¹⁸⁰ M.M.K., 1-2. mad.; Cin, a.g.e., s. 107.

¹⁸¹ H.A.K., md. 127; Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s.25.

¹⁸² Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 165.

a) İyileşmesi mümkün olmamalı: bu hususun tespiti, tıp biliminin uzmanlık alanına girer. MK.un 133. maddesinde kastedilen akıl hastalığı, hem tıbbî anlamdaki akıl hastalıklarını, hem de evlilik birliğini bir akıl hastalığı kadar sarsan, ağır psikik bozuklukları kapsar.

b) Hastalığın en az üç yıl sürmüş olması: Akıl hastalığı davanın açıldığı tarihte üç yıldan beri devam ediyor olmalıdır. Üç yıllık süre dava gününden geriye doğru hesaplanır. Hastalığın evlilikten önce başlamış olması çok önemli değildir.

c) Ortak hayatın çekilmez hale gelmesi: Akıl hastalığı aile birliği sarsmış ve eşler arasında huzursuzluğun çıkmasına ve aile birliğinin sarsılmasına neden olmuşsa boşanma sebebi sayılır. Aksi takdirde akıl hastalığı nedeniyle boşanma davası açılamaz.¹⁸³

2001 yılında yeniden değiştirilen maddelerden biri de bu maddedir. Yapılan değişikliğe göre: “Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler.” Bu değişiklik ile akıl hastalığı sonradan meydana gelmediyse veya hastalıkta bir ilerleme olmadıysa boşanma sebebi olmaktan çıkmış olmaktadır.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin 123. maddesi konuyla alakalı olup, şöyle denilmektedir: “Âkd-i nikahtan sonra zevce hâkime bi’l-müracaat tefrikini taleb etse, hâkim tefriki bir sene müddetle te’cil eder. Bu müddet zarfında cinnet zail olmadığı ve zevce musırr (ısrarda) bulunduğu halde tefrika hükmeyleyler.” Bu maddede açık bir şekilde belirtildiği gibi İslâm Hukuku’nda da, hastalığın tedavisi imkânsız ise ve en az bu hal bir yıl devam etmişse boşanma sebebi sayılır. Kadının boşanma hususunda ısrarlı olması da aile birliğinin bu hastalık dolayısıyla sarsıldığını ve kadın aleyhine bir durumun meydana geldiğini göstermektedir. Fakat İslam hukuku, boşanma talebinde bulunan taraf, mevcut hastalığı bile bile

¹⁸³ Hatemi-Serozan, a.g.e., s.227.

evlenmeye razı olmuşsa boşanma isteği reddedilir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 119, 123. maddeleri, kocadan kaynaklanan boşanma sebeplerinden biri olarak akıl hastalığını kabul etmiştir.¹⁸⁴

B) Boşanmanın Genel Sebepleri

Türk Medeni Kanunu'na göre şiddetli geçimsizlik boşanmanın genel sebebi olarak kabul edilmiştir.¹⁸⁵ 1988 tarihli 3444 sayılı kanunla bu madde "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikle genel boşanma sebepleri, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, müşterek hayatın kurulamaması ve eşlerin boşanma hususunda anlaşması şeklinde üç ayrı başlık altında toplanmıştır. Üç madde de geçimsizliğin (imtizaçsızlık) sonucunda ortaya çıktığı için üç maddeyi de "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" müşterek hayatın kurulamaması ve eşlerin boşanma hususunda anlaşması şeklinde üç ayrı başlık altında toplamak mümkündür.

Özel sebep olarak zikrettiğimiz beş madde, mutlak boşanma sebebi iken "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" nisbî boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir.¹⁸⁶

1- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması:

Medenî Kanunun 134. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre: "Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Yukarıdaki maddeye dayanarak dava açan davacının daha suçlu olması halinde davalının itiraz etme hakkı vardır. Mahkemenin bu maddeye dayanarak boşanmaya hükmedebilmesi için şu şartlar gereklidir: a) Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, b) Evlilik birliğinin sarsılmış olması, eşlerden evlilik

¹⁸⁴ Karaman, a.g.e., I/369.

¹⁸⁵ T.M.K., md. 134.

¹⁸⁶ Velidedeoğlu, a.g.e., II/214; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 166.

birliğini devam ettirmeleri beklenemeyecek kadar sarsılmış olmalıdır, c) Davacının kusurunun daha ağır olduğu itirazı yapılmamış veya itiraz gerçeğe uygun bulunmamış olmalıdır.

İslâm hukuku da aşırı geçimsizliği boşanma için yeterli görmüştür. İster erkekten, ister kadından, isterse her iki taraftan kaynaklanıyor olsun, sonuç aynıdır. İslâm hukukuna göre eşler arasında var olan geçimsizlik, önce eşlerin ailelerinden seçilen hakemler tarafından giderilmeye çalışılır. Şayet bu girişim sonucunda var olan problemin geçici bir problem olmadığı ve boşanmanın eşler için daha faydalı olduğu kabul anlaşılırsa boşanmaya hükmedilir. Hukukî Aile Kararnamesi'nin ilgili maddesi şu şekildedir: " *Bu şekilde oluşan aile meclisi iki tarafın ifadelerini ve müdafaalarını inceler ve aralarını ıslaha çalışır. Şayet bu mümkün olmazsa kusur kocada ise aralarını ayırır (tefrik). Şayet kadında ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine (muhâle'a) aralarını ayırır...*"¹⁸⁷ Geçimsizliğin gerçekten var olup olmadığını tespit ve takdir hakemlere bırakıldığı için İslâm hukukuna göre de nispi boşanma sebebidir.¹⁸⁸

2- Eşlerin Boşanma Hususunda Anlaşmaları:

Genel boşanma sebeplerini düzenleyen aynı maddenin 3. fıkrasına göre eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları boşanma sebebi sayılmış ve aşağıdaki şartların olması halinde araştırma yapılmadan boşanma sebebi sayılmıştır: a) Evlilik, en az bir yıl sürmüş olmalıdır, b) Boşanmak için mahkemeye eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eş, diğerinin açtığı boşanma davasını kabul etmelidir, c) Hâkimin bizzat tarafları dinlemesi gereklidir, d) Eşlerin boşanma konusundaki iradelerini serbestçe açıkladığına kanaat getirmelidir, e)

¹⁸⁷ H.A.K., md. 130.

¹⁸⁸ Bkz. Atay, Hüseyin, *İslam Hukuk Felsefe*, (Abdolvahhab Hallaf'ın *İlmu Usulü'l-Fıkıh* adlı eserinin başına yazdığı giriş ve notlar), Ankara Üni., İlahiyat Fak., Yay., 2. Baskı, Ankara, 1985, s. 13.

Taraflar sadece boşanma konusunda değil, aynı zamanda boşanmanın malî sonuçları ve çocukların durumunun ne olacağı konusunda da anlaşmış olmaları ve bu anlaşmanın da hukuka uygun olması gereklidir.¹⁸⁹

İslâm hukukuna göre, eşlerin gerekli bir durum yokken boşanmaları, kınanmış bir şey olmakla birlikte, eşlerin karşılıklı anlaşmaları halinde boşanmaları hukuken meşru kabul edilmiştir. İslâm'a göre karşılıklı boşanmanın en bariz örneği muhâle'adır. Daha önce geniş bir şekilde incelediğimiz üzere, hem erkeğin hem de kadının muhâle'a teklifinde bulunma hakkı vardır. Karşı tarafın sunulan teklifi ve bedeli kabulüyle eşler birbirinden ayrılmış olurlar. Boşanmak isteyen kadına, kocanın boşanma yetkisini vermesi de (tefvîz-i talâk) karşılıklı boşanma sayılır.

3- Müşterek Hayatın Kurulamaması:

134. maddenin 4. fıkrası, eşlere müşterek hayatı kuramamaları halinde boşanma davası açma hakkı vermiştir. Şayet eşlerden biri daha önce boşanma sebeplerinden herhangi biriyle boşanma davası açmış ve reddedilmişse, bu reddin üzerinden tam üç yıl geçtikten sonra eşlerden birinin bu gerekçeyle boşanma davası açma hakkı doğmuş olur. Şayet red kararından sonra geçen süre içinde hiç birlikte yaşanmamışsa boşanmaya hükmedilir.¹⁹⁰

Türk Medenî Kanununun 134. Maddesinin bu fıkralarına göre, kaynağı ne olursa olsun, birlikte yaşamak eşlerden beklenemeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu durum mutlak boşanma sebebi olup herhangi bir araştırma yapmaya gerek olmadan boşanmaya hükmedilir.

İslâm hukukuna göre eşlerden birinin ortak meskeni terk etmesi veya aynı evde yaşamasına rağmen, evliliğin gerektirdiği bir yaşamın olmaması, diğer eşin evlilik birliğinin

¹⁸⁹ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 129; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 126.

¹⁹⁰ Hatemi-Serozan, a.g.e., 8.231; Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 122.

den beklediği menfaatlerden mahrum olması anlamına gelmektedir. Müşterek hayatın kurulamamasına yol açan eş aleyhine diğer eşin mahkemeye başvurma hakkı vardır. Erkek bu şekilde ödemekle yükümlü olduğu mehr-i müecceli ödemekten kurtulur. Mahkemeye başvuran kadın ise erkekten mehr-i müeccel ve nafaka alma hakkına sahip olur ve iddet süresi bittikten sonra yeniden evlenebilir.

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA HUKUKUNUN GENEL AMAÇLARI

Hukukun gayesi, sosyal ve ekonomik adalet içinde toplu ve düzenli yaşama imkânını sağlayarak, insanların huzur, güvenlik ve mutluluğunu gereği gibi sağlamak şeklinde tanımlanmıştır. Hukukun alt birimlerinin oluşturan hukuk dallarının da aynı genel amaca uygun düzenlemeler yapması gereklidir. Fakat her hukuk dalının kendine sınırları içinde belirlediği daha özel gayeleri de söz konusudur.¹

Birbirine ters görünen birçok farklı hukuk kuralından genel bir amaç ortaya koymak zordur. Tahir b. Aşûr, konuyla ilgili olarak şunları söylemektedir: *“Hukukun gayelerini araştıran kişinin, bir hukuk gayesi ortaya koyarken, uzun boylu düşünmesi ve araştırmasını derinleştirmesi, bu konuda önemsemezlik ve acelecilikten sakınması gerekir. Çünkü tümel (külli) veya tekel (cüzî) bir hukuki gayenin belirlenmesinden (istinbat) sonra kendisinden birçok delil ve hüküm doğacaktır. Bunda yapılacak bir hatada, büyük bir tehlike söz konusu olacaktır.”*²

Konunun hassasiyeti ve zorluğuna rağmen, zamanla değişen şartlar içinde sağlıklı kurallar konulabilmesi için boşanma konusunda hukukun genel amaçlarını ortaya koymak çok faydalı olacaktır. Bu çerçevede yaptığım çalışmalar, hukukun bu konuda iki temel amacının olduğunu göstermiştir. Bu amaçların hem İslam hukuku, hem de Türk hukuk sistemi³ için geçerli olduğunu göstermiştir. Bu amaçların birincisi aile birliğini korumaktır. Bu amaç özelde çocukların genelde

¹ Köprülü, a.g.e., s. 13.

² İbn Aşur, *İslam Hukuk Felsefesi*, s. 73.

³ T.C.A., md. 41.

ise tüm toplumun (kamunun) sağlıklı bir gelişme göstermesi için çok önemlidir. İkinci amaç ise eşlerin haklarını korumaktır. Boşanma noktasına gelen eşlerin, aile birliğini devam ettirmeleri, çoğu kez kendi haklarından feragat etmeli anlamına gelmektedir. Boşanarak daha mutlu ve huzurlu bir hayat yaşamayı tercih ettiklerinde ise sağlıklı bir duygusal gelişim gösterememiş çocukların, sağlıklı bir toplum için en büyük tehdit haline gelmelerine yol açmış olmaktadır.

Hukuk Felsefesinin Prensipleri adlı eserinde Hegel şunları söylemektedir: *“Evlilik, objektif ahlak idesinin ilk dolaysız şekli, başka bir şey değildir. Bunun için onun objektif realitesi ancak bilincin ve sübjektif duygunun iç derinliğinde bulunur ve mevcudiyetinin ilk olağan karakteri olara kendini gösterir. İnsanları evlendirmek için üzerlerine baskı yapılmayacağı gibi, aralarında zıt ve düşmanca duygular baş gösterdiği zaman tarafları bir arada tutmaya yarayacak hukuki bir bağ da yoktur.”*⁴ Hegel’in de belirttiği gibi aile birliğini korumak kişilere rağmen yapılamaz. Belki aile birliğinin korunması faydalı bir o kadar da gerekli olabilir. Ama kişileri istemedikleri bir evlilik birliğine zorlamak hem mümkün değildir, hem de faydalı değildir. Çünkü aile, iki kişinin kendi istekleri ile oluşturdukları bir birliktelik olduğu için dışardan müdahale oldukça zor ve bir o kadar da zararlı olabilmektedir. Fakat aile kurumu sadece karı-kocayı ilgilendirmeyip, toplumu dolayısıyla da devleti ilgilendiren bir kurum olduğu için, devletler ister istemez bazı düzenlemeler yaparak aile birliğine müdahil olmaktadır.

İster dinî, isterse beşerî kaynaklı olsun tüm hukuk sistemleri, aileyi toplumun temeli olarak görmüş ve korunması gereken bir kurum olarak kabul etmiştir. Bunun doğal sonucu olarak, evlilik teşvik edilmiş ve boşanmalar kontrol altına alınarak suiistimallere engel olunmaya çalışılmıştır. Aile hukukunda genel olarak iki amaç güdülmüştür: a) Mevcut aile

⁴ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, (Çev: Cenap Karakaya), Sosyal Yay., İst., 1999, s. 154.

birliğini korumak ve devamını sağlayarak, toplumun menfaatini gözetmek. b) Devamı mümkün değilse; eşlerin, çocukların ve ailenin diğer fertlerinin hakları göz ardı edilmeden bu birlikteliğe son vermek.

Çalışmamızın bu bölümünde, boşanma konusundaki hukukî düzenlemelerin ortak amaçlarını ortaya koyarak, bu amaçlar doğrultusunda uygulanan yöntemleri karşılaştırmaya çalışacağız. Baştan belirtmemiz gerekir ki, tüm hukuk sistemleri aile, birliğinin korunması ve boşanmadan etkilenenlerin haklarının korunmasını gerekli görmektedir. Fakat ailenin nasıl ve ne şekilde korunacağı, kişilerin ve toplumun menfaatinin nasıl gözetileceği noktasında farklı yaklaşımları olmuştur. Toplumdan direkt etkilenen hukuk sistemleri, toplumlardaki değişikliğin doğal sonucu olarak, hedeflere ulaşmada yöntem farklılıkları göstermiştir. Fakat genel amaçlarda çok büyük farklılıklar söz konusu değildir.

I- EVLİLİK BİRLİĞİNİ (KAMU MENFAATİNİ) KORUMAK

Evlilik, hem ferdi hem de toplumsal yönü olan bir kurumdur. Evlilik kurumunun olmadığı hiç bir toplum yoktur. İsrail’de Kibutzlar’ın ve komünist ülkelerde komün yaşama denemelerinin hüsrana uğraması, ailesiz yaşanamayacağını göstermeye yeterlidir. Çünkü evlenerek aile kurmak, insan fitratına en uygun olan yaşam şeklidir. Cinsel yönden bakılınca bir ömür boyu sadece bir kişiyle yaşamak, çok cazip gözükebilir. Fakat aile birliği, sadece cinsel tatmin için değil aynı zaman da, üreme, çocukların fiziki ve ruhî gelişimi, ekonomik işbirliği gibi daha önemli gayeler için de var olmak zorundadır.⁵

Kişilerin sebepsiz veya çok önemli olmayan problemlerden dolayı boşanmaları, yukarıdaki amaçların gerçekleşmesini zorlaştırır. Çünkü boşanma, çocukların bakım ve kişilik

⁵ Saygılı, a.g.e., s. 10.

kazanımlarını olumsuz etkilediği ve boşanan eşlerin yeni evliliklerinin de çok fazla başarılı olmadığı araştırmalarda ortaya çıkmıştır. Ayrıca boşanma oranlarıyla nüfus oranları arasında ters bir orantının olduğu da açıktır.⁶ Diyebiliriz ki, boşanma kişilerden çok toplumu etkilediği için aile birliğini korumak, öncelikle toplum menfaatini korumak demektir. Önce İslâm Hukukunun aileyi korumak üzere aldığı tedbirleri ele aldıktan sonra, Türk Medeni Kanunun almış olduğu tedbirleri belirtelim.

A) İslâm Hukukunun Aile Birliğini Korumaya Yönelik Aldığı Tedbirler

İslâm hukukunda boşama yetkisinin kocaya ait olması, bu hukuk sisteminin eleştirilmesinde en büyük etkenlerden biri olmuştur. Fakat daha önce de belirttiğimiz gibi İslâm hukuku, birçok ahlakî ve dinî motiflerle desteklenmiş bir hukuk sistemidir. Bundan dolayı İslâm'ın istediği standartlarda insanların olmadığı bir toplumda bu hukuku canlı tutan dini ve ahlaki değerler yaptırım gücünü kaybedeceği için İslam Hukukunun kanun boşlukları ortaya çıkacak ve tatbiki zorlaşacaktır.⁷

İslam Hukuku, aile birliğini koruyucu bu ahlâkî ve dînî kurallar dışında hukukî düzenlemelere de gitmiştir. Evlilik birliğini korumak amacıyla, İslâm Hukuku'nun almış olduğu tedbirler şunlardır:

1- Evlilikte Denklik (Kefâet) Şartını Getirmek:

İslâm hukuku, evliliğin sağlam temeller üzerine kurulması ve boşanmaya zemin oluşturacak durumların oluşması için, evlilik birliği kurulmadan önce bazı tedbirler almış-

⁶ Rusya örneği buna en iyi örnektir. Bk. Velidedeoğlu, a.g.e., II/181; Cin, a.g.e., s. 20.

⁷ Hz. Ömer'in üç talâkın birden kullanılmasını geçerli kabul etmesi gibi. Bk. Bilmen, a.g.e., II/207.

tır. Bu düzenlemelerin başında hukuk literatüründe kefaet denilen, denk insanların birbiriyle evlenmesi gereği, gelir.

a- Evlilikte Denkliğin (Kefâetin) Tanımı:

Sözlükte eşitlik ve münâsebet anlamlarına gelen kefâet, İslâm hukuk literatüründe, evlenecek eşlerin, dindarlık, ailenin İslâm'a giriş tarihi, ekonomik ve sosyal statü, fizikî özellikleri gibi bazı hususlarda birbirlerine denk olmaları veya erkeğin kadından daha üst mertebede bulunması anlamına gelir.⁸

b- Evlilikte Denkliğin (Kefâetin) Hukukî Dayanağı:

Kur'an'da kefâetle ilgili her hangi bir ayet bulunmamaktadır. Hadislerde ise, sıhhat yönüyle kuvvetli olan birkaç hadis vardır. Bu hadislerin birinde Hz. Peygamber, Hz. Ali'ye hitaben şöyle buyurmuşlardır: “Üç şeyi geciktirme: vakti gelince namazı, hazır olunca cenazeyi ve dengini bulunca evlenecek kızı.”⁹

Denklik konusu naslarla kesin bir şekilde ortaya konmamasına rağmen, İslâm hukukçuları, evlilikte denkliği gerekli görmüşlerdir. Fakat İmam Sevrî ve İmam Kerhî gibi bazı âlimler, müslümanların bir tarağın dişleri gibi eşit olduğu ve üstünlüğün takva ile olacağını bildiren hadislere dayanarak, evlilikte denkliği gerekli görmemişlerdir.¹⁰

c- Evlilikte Denkliğin (Kefâet) Gerekli Olduğu Yerler:

İslâm hukukçularının çoğunluğu evlilikte denkliği, nikahtın sıhhatinin değil de lüzumunun şartı olarak gerekli görürken, hangi konularda denkliğin gerektiğinde ihtilaf etmişlerdir. Kefâet (denklik) konusunda en fazla şart ileri sürenler

⁸ Bilmen, a.g.e., II/8; Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, s. 238.

⁹ Beyhakî, Ebu Bekr Ahmed b. Huseyn, *es-Sünenü'l- Kübrâ*, Daru'l-Fikr, ty., VII/133.

¹⁰ İbn Âbidîn, a.g.e., V/426; Karaman, a.g.e., I/310.

Hanefîler olmuştur. Onlara göre kefâet şu noktalarda olmalıdır:

i- Soy: Arap olan Arap olana, Arap olmayan ise yine Arap olmayana denktir. Hür hüre, köle köleye denktir. Farklı sosyal yapıdan olan kişilerin evlenmeleri boşanmaya daha fazla ortam hazırladığı için, aynı sosyal yapıdan insanların birbirleriyle evlenmeleri daha doğrudur. Arada din birliği olsa bile, insanların anlaşmaları için din bazen yeterli olmayabilmektedir. Sahabeden Zeyd b. Sâbit ile Zeyneb b. Cahş'ın durumu buna en güzel örnektir.¹¹ Özellikle soy bakımından insanların sınıflara ayrılması Arap toplumunda kuvvetli bir şekilde hissedildiği için, farklı soydan olanların kuracakları ailenin, bu durumdan dolayı olumsuz yönde etkilenmesi mümkündür.¹²

Farklı kültürlerin sürekli birbirine yaklaştığı şu dünyada, birçok bakımdan birbirinden farklılık arz eden toplumlara ait kişilerin evlilikleri, genelde uzun süreli olamamaktadır. Çoğu kez boşanmayla sona eren bu tür evlilikler, gereken huzuru ve mutluluğu eşlere maalesef sağlayamamaktadır.¹³ Bundan dolayı aynı soy ve kültürden olan eşlerin evlilikleri daha sağlıklı ve sağlam olacaktır.

ii- *Ailelerin İslâm'a Giriş Tarihi*: Evlenecek eşlerin kendilerinden başlayarak baba, dede ve yukarıya doğru diğer dedelerin İslâm'a giriş zamanları birbirine uymayan kişiler, birbirine denk sayılmazlar. Bu şart özellikle İslâm'a yeni girdiği için eski inanç ve alışkanlıklarından vazgeçemeyen bir eşin, müslümanca yaşayan bir eşe uygunluk gösteremeyeceği düşüncesinden kaynaklanıyor olabilir. Fakat şunu yine belirtmek gerekir ki, bu şart, daha çok asabiyet düşüncesinin kuvvetli olduğu dönemlerde ve toplumlarda önem ifade ederken, günümüz dünyasında artık o kadar büyük önem taşımamaktadır.

¹¹ el-Ahzâb 33/37.

¹² İbn Âbidîn, a.g.e., V/428; Karaman, a.g.e., I/310;

¹³ Saygılı, a.g.e., s. 17.

iii- *Ekonomik Durum*: Hanefî hukukçularına göre zenginle zenginin, fakirle fakirin evlenmesi gerekir. Özellikle erkeğin kendinden zengin bir kadınla evlenmesi sakıncalıdır. Çünkü ekonomik olarak belli bir seviyede yetişmiş bir kadının, bir anda daha düşük seviyede biriyle evlenmesi, ailede problemler çıkabilmektedir.

iv- *Meslek*: Toplumda itibar görmeyen ve az gelirli bir işte çalışan biriyle, itibar gören ve yüksek gelirli işte çalışan birinin evlenmesi uygun değildir.¹⁴ Bu şart sosyal kabul ile doğrudan ilgili bir şart olup Hukuk-ı Aile Kararnamesi, bu şartla ilgili olarak şunları söylemektedir: “*Hırfetde (meslekte) kefâet zevcin sülûk ettiği (yapmakta olduğu) ticaret veya hizmetin şerefçe zevce velilerinin ticaret veya hizmetine mütekarib (yakın) olmasıdır.*”¹⁵

v- *Dindarlık ve Ahlâkî Seviye*: Dindar ve ahlaklı bir insan ile dinden uzak ve ahlaksız birisi birbirine denk değildir. Böyle bir farklılığa rağmen yapılan evlilik, ahlaklı ve dindar olan tarafın haklarının ihlali sayılmakta ve eşler arasındaki sevgi ve saygının yok olmasına neden olabilmektedir. Özellikle ahlaksız insanların toplumda küçük görülmesi ve kınanması diğer eşi olumsuz yönde etkileyip, evlilik birliğini sarsacaktır.¹⁶

vi- *Fizikî Özellikler*: Bulaşıcı ve iğrenç hastalıklardan uzak olan, yine bu vasıflarda birine denktir. Genelde klasik kaynaklarda sadece kusur ve hastalıkla sınırlandırılan bu şarta, beden güzelliği de eklenebilir. Çünkü beden güzelliği, eşlerin birbirine karşı sevgi ve yakınlık hissedebilmeleri için önemli bir faktördür. Çok çirkin birinin, çok güzel biriyle evlenmesi çoğu kez huzursuzluğa ve aşırı kıskançlığa sebep olacağı için, aile birliği olumsuz yönde etkilenecektir.¹⁷

¹⁴ Geniş bil. Bk. Dalgın, a.g.e., s.182.

¹⁵ H.A.K., md. 45.

¹⁶ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/191.

¹⁷ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/196.

Birbirine denk insanların evlenmeleri başta eşler için, daha sonra da ailenin diğer fertleri ve dolayısıyla toplum için faydalı olmaktadır. Fakat yukarıda belirttiğimiz şartların çoğu, zamanla değişebilir. İnsan zenginken fakirleşebilir, itibar gören bir işte çalışırken, daha düşük seviyeli bir işte çalışmak durumunda kalabilir, güzel ve sağlıklı iken hastalanabilir ve güzelliğini kaybedebilir. Bundan dolayı Hz. Peygamber, eş seçiminde bulunurken, dinî ve ahlakî yönü itibarıyla uygun insanları tercih etmeyi tavsiye etmiştir.¹⁸

Suriye Medeni Kanununda, eşler arasında aranan denklik şartlarından, dindarlık ve iyi ahlak hariç diğer şartlar dönemden döneme, toplumdan topluma farklılık arzedeceği kabul edilmiştir.¹⁹

Hukuk-ı Aile Kararnamesinin 45-51. maddeleri kefâet konusunu düzenlemektedir. Bu maddelere göre kefâet, evliliğin lüzum (bağlayıcılık) şartlarından olup, denkliğin olmadığı bir evlilik geçersiz kabul edilebilir. Böyle bir evliliğe herhangi bir itiraz olmadığı müddetçe evlilik devamında bir sakınca yoktur. Fakat her hangi bir itiraz halinde evliliğe son verilmelidir. Örneğin; küçük yaşta evlendirilen kızın, buluş çağına geldiğinde evliliğe itiraz etme hakkı vardır. Ayrıca kızın, velisinden izinsiz olarak dengi olmayan biriyle evlenmesi durumunda da velinin itiraz etme hakkı vardır. Böyle bir durumda, evlilik akdindeki bağlayıcılık (lüzûm) şartlarının yerine gelmemesinden dolayı evlilik birliğine mahkeme tarafından son verilir. Asıl itibarıyla denklik, kadının haklarını korumak amacıyla belirlenmiş olup, denklik şartları erkekte aranmıştır. Yani bir erkeğin, evleneceği kadına yukarıdaki belirtilen noktalarda uygunluk göstermesi gerekir.²⁰

Hanefîlerin evlilikte denklik konusuna, diğer mezheplerden daha fazla önem vermelerinin sebebi, kadının mahkemeye başvurarak boşanabilme hakkını çok sınırlı tutmala-

¹⁸ Buhari, Nikâh 15; Müslim, Radâ' 53; Ebu Dâvud, Nikâh 2; Nesâî, Nikâh 13.

¹⁹ S.M.K., md. 28.

²⁰ Dalgın, a.g.e., s. 179.

rıdır. Bundan dolayı boşanmaya sebep olacak şeylere önceden engel olup, eşleri boşanma noktasına getirmemek amaçlanmıştır. Sonuç itibariyle denebilir ki, bu şartlara uygun olarak yapılan bir evliliğin daha sağlam ve sağlıklı olacağı düşünülür. Bu kadar hassas bir noktada İslâm'ın düzenlemeye gitmesi aile birliğini ve özellikle kadının haklarını koruması itibariyle takdire şayandır.

2- Aile Büyüklerinin Müdahalesi (Hakem Tayini)

İslâm hukuku, aile kurumunu koruyan tedbirlerin büyük bir kısmını, aile birliğinin kurulmasından sonra almıştır. Eşlerin birbirine karşı kırıci davranmaya başlayıp aralarındaki sevgi ve saygı bağı zedelenmeye başlayınca, boşama yetkisi olan kocanın, bu yetkiyi kullanma konusunda aceleci davranmaması istenmiştir.²¹ en-Nisâ suresinde, eşler arasında meydana gelebilecek huzursuzluk halinde, eşlerin nasıl davranması gerektiği belirtilmiştir. Fakat bu düzenleme hukukî olmaktan ziyade dinî/ahlakî boyutu olan ve kocanın inisiyatifine bırakıldığı için, bu konuyu dinî/ahlakî tedbirler arasında ele almayı daha uygun bulduk.

İslâm hukukunun kurumsallaştırdığı ve resmi merciler tarafından yürütülen aileyi koruyucu diğer bir tedbir ise, **hakem** kurumudur.²² Birbirleriyle anlaşamayıp sürekli huzursuz olan eşlerin problemlerini tespit edip, çözüme kavuşturmak üzere, kendi ailelerinden sözü dinlenen ve saygı duyulan kişilerin, araya girerek mevcut evliliğin devamını sağlamaya çalışması anlamına gelen hakem kurumu, ilgili ayetle sabittir.²³

Hakem tayininin bizzat ayetle emredilmesi, aileyi koruması yönüyle bu girişimin önemini göstermektedir. Ayrıca ailenin korunmasının sadece eşlerin üzerine düşen bir vazife

²¹ Döndüren, a.g.e., s. 429.

²² Atay, a.g.e., s. 13.

²³ en-Nisâ 04/35.

olmayıp, başka eşlerin aileleri olmak üzere, tüm toplumun da bir vazifesi olarak görülmesi, aile kurumunun önemine işaret etmektedir.²⁴

İslâm dinine göre eşler boşanacak olsalar bile, birbirlerini kırmadan ve incitmeden bu işi yapmaları gerekir. Kur'an-ı Kerim'de, eşlerinizi boşadığınız zaman onları güzel bir şekilde boşayın ve onlara hediyeler vererek gönüllerini alın²⁵ denilmektedir. Özellikle boşanan eşlerin çocukları olunca, çok hassas ve temkinli bir şekilde evlilik birliğine son verilmelidir. Bu noktada hakemler, anlaşılamayan eşlerin problemleriyle ilgilenerek, çözüm bulmaya çalışmalı, çözümü mümkün değilse en güzel şekilde ayrılımları için, eşlere yardımcı olmaları gerekir. Başta çocukların durumu olmak üzere, mehir, nafaka, maddi veya manevi tazminat ve mevcut mal varlığının dağıtımı gibi problemleri çözüme kavuşturulması da hakemlerin sorumluluğundadır. Şayet hakemler anlaşılamazlarsa o takdirde, bu gibi konular mahkemeye havale edilerek, hâkim tarafından çözüme kavuşturulur.²⁶

Klasik kaynaklarda geniş bir şekilde ele alınan hakem meselesinin, günümüz için çok fazla önem arzeden noktalarını izah edeceğiz. Hakem ile hâkim arasındaki farkın ne olduğu, hakemlerde aranan şartlar, hakem tayini talebinin kimden gelebileceği, ayette geçen "hakem gönderin" emrinin kime yönelik olduğu, hakem tayininin amacı²⁷ gibi, bazı noktalar önem arz ettiği için bu konuları ele almaya çalışacağız.

a- Hakem ile Hâkim Arasındaki Fark:

Bu noktanın önem arz etmesinin sebebi, tayin edilen hâkimlerin yetkileri sadece ıslah ve barıştırmak mıdır, yoksa aynı zamanda gerekli görürlerse eşleri birbirinden ayrılabilmek mi? Şayet eşlerin boşanmasına karar verirlerse, mah-

²⁴ Atay, a.g.e., s. 13.

²⁵ el-Bakara 2/236.

²⁶ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/414

²⁷ Atay, a.g.e., s. 13.

keme kararı gibi bağlayıcı mıdır? Mahkemenin verilen boşanma kararını yeniden tetkik etmesi gerekir mi?

Bu konuda temel iki görüş vardır. Birincisine göre hakemler sadece ıslah ve barıştırma yetkisine sahip olup, boşanmaya hükmedemezler. Bu görüşü savunanlar; Ebu Hani-fe, İmam Şafiî, Ahmed b. Hanbel, Ata, Ebu Sevr ve Hasanü'l- Basrî gibi hukukçulardır. İmam Malik, Hz. Ali, İbn Abbas, Ebu Seleme ve en-Nehaî gibi ilim adamları ise hakemlerin boşamaya da yetkili olduğunu savunmuşlardır.²⁸

İslâm hukukçuları şu iki noktada hem fikir olmuşlardır: a) Hakemler ihtilaf ederlerse görüşleri itibara alınmaz. b) Eşlerin ayrılmamaları neticesine varırlarsa, eşlerin fikirleri alınmaksızın evlilik birliği devam ettirilir.²⁹

Hukuk-ı Aile Kararnamesinin konuyu düzenleyen maddesine göre hakemler aynı zamanda hâkim olarak kabul edilmiştir. Madde şu şekildedir: “...bu şekilde teşekkül edilen aile meclisi tarafların ifadelerini ve müdafaalarını dinler ve aralarını ıslaha çalışır. Kabil olmadığı takdirde kusur zevcede (koca) ise, aralarını ayırır. Kusur zevcede ise, mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlea yoluyla birbirinden ayırır. Hakemlerin vereceği hüküm kat’î olup itiraz edilemez.”³⁰

b- Hakemlerde Aranan şartlar:

En-Nisâ suresinin 35. ayetinde açık bir şekilde belirtildiği üzere hakemlerin karı-kocanın ailelerinden olmaları gereklidir. Aksi halde yabancı birinin hakem tayin edilmesi ile mahkemeye baş vurulması arasında bir fark olmayacaktır. Yakın akrabalarından sözü dinlenen, saygı duyulan ve hakkaniyete dikkat eden birisi hakem olarak tayin edilebilir. Fıkıh kitaplarında genellikle erkek olarak kabul edilen hakemin, kanaatimizce kadın olmasında bir sakınca yoktur. Özellikle kızın ailesinden seçilmiş, yukarıdaki vasıfları üzerinde taşıyan bir

²⁸ Bilmen, a.g.e., II/367; Döndüren, a.g.e., s. 430; Acar, a.g.e., s. 38.

²⁹ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/414; Acar, a.g.e., s. 36.

³⁰ H.A.K., md. 130.

kadının, kendi tecrübelerine dayanarak ailede huzursuzluğa sebep olan şeyleri daha kolay çözüme kavuşturacaktır. Bu vasıflarda birinin boşanmak isteyen akrabasını(kızını, torununu, yeğenini vb.) ikna etmesi daha kolaydır. Özellikle mahrem konuların konuşulması hususunda kadın kadına konuşmak, daha kolay ve daha yapıcı olur.

Yukarıdaki özelliklerde birinin akrabalar arasında bulunmaması halinde, aile dostlarından, komşulardan veya itibarlı bir din adamından yardım istenebilir.³¹

c- Hakem Tayininde Yetki: Hakemlerin tayin edilmesi için resmî başvuruya gerek var mıdır? Yoksa aileler kendi aralarında hakem tayin edebilirler mi? Şunu belirtmek gerekir ki, hâkimlerin ıslah çalışmaları sonucu, aile birliğinin devam etmesi kararı çıkmışsa, resmi bir müdahaleye gerek kalmaz. Fakat eşlerin birbirinden ayrılmasına hükmedilmesi halinde, verilen kararın ne kadar hukukî olduğu, hakemlerin gerekli vasıfları taşıyıp taşımadığı gibi noktaların tetkik edilmesi için, mahkemenin müdahalesi zorunlu olur.

Hakemlerin tayinini gerekli gören ayet şöyledir: *“Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barıştırmak isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olan-
dır.”*³²

Ayette geçen *“...korkarsanız.....gönderin....”* gibi ifadelerde muhatabın kim olduğunda ihtilaf edilmiştir. Bazılarına göre muhatap hâkimlerdir. Bazılarına göre ise, akrabalar, dolayısıyla toplumdur.”³³ Kanaatimizce bu nokta çok fazla önem arz etmemektedir. Çünkü ister resmi merciler olsun, isterse akrabalar veya toplum olsun, önemli olan anlaşamayan ve birbirinden kopma noktasına gelmiş olan eşlerin, barıştırılması ve ıslahıdır. Bazen mahkemenin müdahalesiyle

³¹ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/415.

³² en-Nisâ 04/35.

³³ Yazır, a.g.e., I/561-562.

hakem gönderilmesi uygun olurken bazen de akrabaların ferdî girişimleri daha uygun olabilmektedir.³⁴

Hakemlerin tespit edilmesi için, hem eşlerin, hem de eşlerin yakınlarının mahkemeye başvurma hakkı vardır. Hakem tayinini gerekli gören en-Nisâ suresinin 35. ayeti, kadının itaatsizliğinden bahsettikten sonra, hakemlerin tayin edilmesi için erkeğin mahkemeye başvurabileceğini dolaylı olarak belirtmiş olmaktadır:

*“Baş kaldırmasından (nüşûz) endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarda yalnız bırakın ve (bunlarla yola gelmezlerse) hafifçe dövün. Eğer size itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın; çünkü Allah yücedir, büyüktür.”*³⁵

Aynı surenin 128. Ayetinde ise kocanın geçimsizliğinden bahsedilmekte ve 35. ayete atıfta bulunularak, kadınların da ıslah girişiminde bulunmalarının gerektiği belirtilmiştir. İlgili ayet şöyledir:

*“Eğer bir kadın kocasının geçimsizliğinden yahut kendisinden yüz çevirmesinden endişe ederse, aralarında bir sulh yapmalarında onlara günah yoktur. Sulh (daima) hayırlıdır. Zaten nefisler kıskançlığa hazırdır. Eğer iyi geçinir ve Allah’tan korkarsanız şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır.”*³⁶

İster kadın olsun, ister erkek olsun, eşlerden her birinin, aile bütünlüğünü korumak için hakemlerden yardım istemesi Allah’ın bir emridir. Eşleri boşanma noktasına getiren problemlerin tespit edilmesi ve uygun çözümlerin üretilmesi mahkemede her zaman mümkün olmamaktadır. Boşanmak isteyen eşlere ait mahrem problemlerin, soğuk mahkeme duvarları arasında değil de ailenin önde gelen, tecrübe sahibi fertleri tarafından çözüme kavuşturulması daha kolaydır. Hakemlerin, mahkemede söylenemeyecek sorunları tespit et-

³⁴ Atay, a.g.e., s. 14.

³⁵ en-Nisâ 4/34.

³⁶ en-Nisâ 4/128.

mesi ve bu sorunları gizlilik içinde çözüme kavuşturması aile birliğinin sıhhati ve devamı için daha faydalı olacaktır.³⁷ 2001 yılında yapılan Türk Medenî Kanunu'ndaki yeni düzenlemelere göre, eşler boşanma davalarının gizlilik içinde yürütülmesini talep edebilmektedir.

İslâm hukukunun kabul ettiği hakem kurumu, son yıllarda batı dünyasında da kullanılmaya başlanmıştır. Fakat aile birliğini korumak için yapılan bu girişim, batı'da aile büyüklerinden ziyade psikologlar tarafından yapılmaktadır. Bunun sebebi, ailelerin daha çok çekirdek aile tarzında olması ve şehirleşme ile birlikte gelen, akrabalık bağlarının zayıflamasıdır.

3- Boşanmanın Zamana Yayılması:

İslâm hukukunun aile birliğini korumak için aldığı tedbirlerden biri de boşanmanın kesinleşmesini zamana yaymasıdır. Çünkü erkek, ağzından çıkacak bir sözle hem kendinin, hem karısının, hem de çocuklarının tüm hayatını etkileyecek bir karar vermiş olur. Çoğu kez duygularıyla hareket eden insanın, her zaman aynı ruh haline sahip olması mümkün değildir. Kızgınlık, üzüntü, dalgınlık gibi psikolojik durumlardan veya bazı ruhi problemlerden dolayı erkeğin, üzerinde çok fazla düşünmeden vermiş olduğu boşanma kararından pişman olması mümkündür. İkinci bölümde geniş bir şekilde ele aldığımız Kur'an ve Sünnete uygun boşanma, boşanma kararının kesinleşmesini zamana yayararak böyle bir duruma düşülmesine engel olmuştur. Geri dönülemez türden olan *zihâr* ve *îlâ* gibi cahiliye dönemi boşama yöntemlerini de, kefaretle dönülebilir hale getirmiştir. Boşanmayı zamana yayan ve geri dönülebilir hale getiren düzenlemeler şunlardır:

a- Kadını Hayızlı İken Boşayamama: İslâm'a göre koca karısını ancak temizlik döneminde boşayabilir.³⁸ Çünkü hayızlı olduğu zamanlarda, kadının çekiciliği azalır. Kadın

³⁷ Saygılı, a.g.e., s. 7; Yavuz, a.g.e., s. 107.

³⁸ Buharî, Talâk, 1.

adet gördüğünde kocasıyla cinsel ilişkiye giremez. Çoğu kez kadın, bu günlerde vücudunun farklı yerlerinde adet ağrıları görmektedir. Psikolojik açıdan gergin, huysuz ve aşırı alıngan olmaktadır.³⁹ Koca, bu dönemde ondan cinsel olarak istifade edemediği için, karısına duyduğu ihtiyacı takdir edemeyerek onu boşayabilir. Bundan dolayı İslâm, kadının cinsel birleşmeye uygun olduğu günlerinde ancak boşayabileceğini emretmiştir.⁴⁰

b- Cinsel Birleşmenin Olduğu Temizlik Döneminde Boşayama: Erkek, cinsel ilişkiye girdiği karısını, yeni bir hayız hali gelip geçtikten sonra ancak boşayabilir. Koca karısını bu şekilde boşayınca, kadının bekleyeceği iddetin süresi uzadığı için ona zulmetmiş olacaktır. Ayrıca kadınla cinsel ilişkiye girdikten sonra onu boşamak, kadına cinsel yönden fazla ihtiyaç hissetmediği bir anda boşamak olur ki bu, çok doğru bir karar değildir. Sünnete uygun boşamada koca, karısının hayız görmesini bekler, kadın hayız görüp temizlik dönemine girince cinsel ilişkiye girmeden onu boşar. Bu durum kocanın karısına karşı cinsel olarak bir şey beslemediğini ve aralarındaki duygusal bağın koptuğunu göstermektedir.⁴¹

c- Üç Talâk Birden Kullanama: İslâm hukukunun en tartışmalı meselelerinden biri de üç talâk hakkının birden kullanmanın hukuka uygun olup olmadığı meselesidir. Üç talâk hakkının birden kullanılmasının sünnete uygun olmadığı (bid'î talâk) olduğu noktasında tüm İslâm hukukçuları aynı görüştedirler.⁴²

Kaynaklarda geniş olarak ele alınan ve büyük tartışmalara sebep olan bu konuda temel iki yaklaşım vardır. Birinci görüşe göre üç talâk hakkının birden kullanılması, sünnete

³⁹ Sağlığımız Herkesin Tıp Ansiklopedisi, VI/1950.

⁴⁰ Yazır, a.g.e., VIII/102-103.

⁴¹ Ateş, Süleyman, "Kur'an- ı Kerim'de Evlenme ve Boşanma", AÜİFD. Sayı 23, s. 265.

⁴² Bilmen, a.g.e., II/204; Doğanay, Ekrem, *İslâm'da Talâkın Hükümü ve Hikmetleri*, Gonca Yayınları, İstanbul, 1984, s. 121.

aykırı ve haram olmakla birlikte, hukukî açıdan muteberdir.⁴³ Diğer görüşe göre ise, bir anda kullanılan talâk, sayısı ne olursa olsun, bir talâk sayılır. İlk görüşü savunanlar, İslam Hukukçularının çoğunluğunu oluşturmaktadır. Sahabenin, tabîinin büyük kısmı ve mezhep imamlarının tamamı bu görüştedir.

Üç talâkı bir anda kullanmanın, bir talâk olduğunu savunanlar ise sahabeden; Zübeyr b. Avvam, Abdurrahman b. Avf, bir rivayete göre Hz. Ali, İbn Abbas, tabîinden; atâ, Tavus, en-Nehâî, İkrime, İbn Teymiyye (ö. 728/1327), talebesi İbnu'l-Kayyim el-Cevziyye (ö.751/1350), Şia'dan Zeydiye ekolü, Muhammed Abduh, M.Reşit Rıza, Ali Sayis, Muhammed Şaltût ve son dönem İslam Hukukçularının bir çoğu, bu görüştedir. Bu görüşü savunanlar nistan getirdikleri deliller yanında, aklî birçok delille de görüşlerini kuvvetlendirmişlerdir.⁴⁴

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, kocanın üç boşama hakkının olduğunu belirtmekle yetinmiş, bu yetkinin nasıl ve ne şekilde kullanılacağı belirtmemiştir.⁴⁵ Kadri Paşa'nın hazırladığı kanunun 239. maddesi, çoğunluğun görüşüne gör'e düzenlenmiştir. Riyad'da toplanan fetva komisyonu da çoğunluğun görüşünü kabul etmiştir.⁴⁶

d- Zihâr Kararından Geri Dönebilme İmkânı:

Zihâr, sırt anlamına gelen *zahr* kelimesinden türemiş olup ıstılahta, kocanın, karısını neseb, süt emme veya evlilik sebebiyle ebediyen kendisiyle evlenmesi haram olan bir kadının, bakılması caiz olmayan bir uzvuna(arkası, karnı, uyluğu gibi) benzeterek karısını boşaması demektir.⁴⁷

Bu boşama türü, cahiliye devrinde en yaygın boşama türlerindendir. Erkek bunu, karısına "*Bana annemin sırtı gibi ol*" diyerek karısını boşardı. Bu boşama türü ile kadın, ceza-

⁴³ Karaman, a.g.e., I/361.

⁴⁴ Doğanay, a.g.e., s. 166-196; Döndüren, a.g.e., s. 381.

⁴⁵ H.A.K., md.117.

⁴⁶ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/321; Döndüren, a.g.e., s. 387.

⁴⁷ Bilmen, a.g.e., II/179; Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, s. 494.

landırılmış olurdu. Bu cahiliye örfü, toplumda yaygınlık kazandığı için İslam'dan sonra da bazıları tarafından tatbik edilmiştir. Hatta bu konuyla ilgili ayet, bu şekilde kocası tarafından boşanan bir kadının, Hz. Peygamber'den haklarının korunmasını talep eden kadının yapmış olduğu şerefli mücadelesinden dolayı, sûreye bu isim verilmiştir. Aynı sûrede şöyle buyurulmaktadır:

"Allah, kocası hakkında seninle tartışan ve Allah'a şikayetle bulunan kadının sözünü işitti. Allah, ikinizin konuşmasını işitir; kuşkusuz O işitendir, görendir.

*Sizden kadınlarına zihar yapanlar (Bana annemin sırtı gibi ol! diyenler) bilmelidirler ki o kadınlar, onların anaları değildir. Onların anaları ancak kendilerini doğuran kadınlardır. Onlar çirkin ve yalan bir söz söylüyorlar. Bununla birlikte Allah affedicidir, bağışlayıcıdır."*⁴⁸

İslâm Hukuku, zihârın kötü bir şey olduğunu belirtmekle birlikte, hukukî sonuç doğurması itibariyle kabul etmiştir. Çünkü erkek, yanlış bir benzetme yaparak da olsa, bu şekilde boşama iradesini belirtmiş olmaktadır. Fakat İslâm Hukuku zihârın kadına vermiş olduğu zararı telafi ederek kadın daha az zarar görecektir şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Cahiliye döneminde erkek zihâr yapınca karısı benzettiği kişi gibi ebedi olarak kendisine haram olurdu. Kadının kocasıyla olan evlilik bağı resmen devam eder, kadın ömrünün sonuna kadar yeniden evlenmezdi. Ayrıca koca zihârdan dönmek istese bile geri dönemezdi. Bir anda verdiği zarardan dolayı hem kendi hem de karısı mağdur olmaktadır.⁴⁹ İslâm hukuku başta kadınların daha sonra da tüm ailenin mağduriyetlerini gidermek için bazı değişiklikler yapmıştır. Zihâr iki yönlü bir değişime tabi tutulmuştur: a) Zihâr yapan pişman olur da karısına dönmek isterse, keffaret vererek dönebilir. b) Şayet koca yapmış olduğu zihardan pişman

⁴⁸ el-Mücadele 58/1-2.

⁴⁹ Ferrûh, Ömer, *İslam Aile Hukuku*, (Çev: Yusuf Ziya Kavakçı), Sebil Yay., İst., 1978, s. 200.

olmazsa, kadın iddet süresi bittikten sonra hükmen boşanmış sayılmaktadır.⁵⁰

Aynı surenin devam eden ayetinde Allah Teâlâ, bu şekilde boşanmanın kötülüğünü belirterek, pişman olanlar için bazı yollarla evlilik birliğine devam etme imkânı sağlamıştır. Ayet şu şekildedir:

“Kadınlarına zihâr yapıp sonra söylediklerinden dönenler, eşleriyle cinsel temastan önce bir köleyi hürriyetine kavuşturmalıdırlar. Size öğütlenen budur. Allah yaptıklarından haberdardır.

*Buna imkân bulamayan, cinsel temastan önce aralıksız olarak iki ay oruç tutmalıdır. Buna da gücü yetmeyen, altmış yoksulu doyurmalıdır. Allah ve elçisine inanmanız için bu hükümler konmuştur. Bunlar Allah’ın sınırlarıdır. İnkâr edenler için acı bir azap vardır.”*⁵¹

Kocanın boşama konusunda bu şekilde acele etmesinden dolayı, günahkâr olmuştur. Bu günahına karşılık, yukarıda belirtilen yöntemlerden biriyle karısına dönebilme imkânı sağlanmıştır. Pişmanlık söz konusu değilse, kadın iddet bittikten sonra istediğiyle evlenebilir.⁵²

e- İlâ Yapana Kararından Geri Dönebilme İmkânı: Sözlükte yemin etmek anlamına gelen ilâ, İslâm hukuk literatüründe, kocanın karısına cinsel olarak yaklaşmayacağına yemin etmesi anlamına gelmektedir. İlânın bazı şekilleri vardır: süresiz ilâ, süreli ilâ, süresi belli olmayan ilâ gibi.⁵³

İlâ da zihâr gibi cahiliye dönemi boşanma şekillerinden olup, İslâm’ın bazı değişiklikler yaparak bünyesine uygun hale getirdiği boşama türlerindendir. Cahiliye döneminde koca çeşitli sebeplerden dolayı karısıyla ilişkiye girmemek üzere yemin ediyor ve istediği kadar bunu sürdürüyordu. Bu süre bazen bir yıl olabileceği gibi, bazen de ölene kadar de-

⁵⁰ İbn Rüşd, a.g.e. III/119; Ferrûh, a.g.e., s. 201.

⁵¹ el-Mücadele 58/3-4.

⁵² İbn Rüşd, a.g.e., III/95; Abd el-Âtî, a.g.e., s. 311; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/474.

⁵³ Bilmen, a.g.e., II/178; Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, s. 192.

vam edebiliyordu. İslâm, süre sınırlaması getirerek kadının mağduriyetini gidermiştir.⁵⁴ İlâ ile ilgili ayet şöyledir:

*"Kadınlarına yaklaşmamaya yemin edenler için dört ay beklemek vardır. Eğer erkekler (o müddet içinde kefaret yaparak zevcelerine) dönerlerse şüphe yok ki Allah cidden gafur ve rahîmdir..."*⁵⁵

Boşama yetkisi olan erkek, insan olması hasebiyle sinir ve öfke anında, hem kendinin hem de karısının zararına olacak şekilde ve dönülemeyecek tarzda boşanma kararı vermesini engellemek için, İslam Hukuku, hem üç talâkın birden kullanılmasını, hem zihâr yoluyla boşanmayı hem de ilâ ile boşanmayı yasaklayarak boşanmayı bir anlık karara hapsedmekten kurtarmıştır.

Zihârın ve ilânın keffareti Kur'an'da açık bir şekilde belirtilmiştir. Üç talâkın bir anda veya peyderpey olarak kullanılması da hulle ile cezalandırılmıştır. Cahiliyye Arapları için Hulle çok ağır bir cezadır. Çünkü Araplar, boşadığı karısının, başka biriyle evlenmesine izin vermezlerdi. Bu onların şereflerini rencide eden bir durumdu. Buradan anlaşılmaktadır ki, İslâm dini, ailenin korunması için sosyal yapıyı tamamen göz ardı etmeden, gereken tüm ıslah çalışmalarını yapmış, dönemine göre kadına çok büyük haklar vermiş ve karşılaştıkları haksızlıklar ve zulümleri kaldırılmıştır.

Kocadan boşama yetkisi tamamen alınmamış, ama olabildiğine sınırlandırılmış ve zamana yayılması sağlanmıştır. Kişinin boşanmanın gerçekten kaçınılmaz bir sonuç olduğuna hükmedecek kadar bir zaman diliminde, mevcut evliliğin eksilerini ve artılarını düşünerek daha isabetli karar vermesi sağlanmıştır. Böylece hem eşler hem çocuklar hem de dolaylı olarak toplum, boşanmanın açacağı yaralardan azamî derecede korunmuş olacaktır.⁵⁶

4- Ekonomik Tedbirler: Daha önce de belirttiğimiz

⁵⁴ Abd el-Âtî, a.g.e., s. 311.

⁵⁵ el-Bakara 2/226.

⁵⁶ Gen. bil. bk. Abd el-Âtî, a.g.e., s. 322-323.

gibi, İslâm hukukuna göre koca, boşanma noktasında kadına nazaran daha yetkilidir. Prensip olarak boşanma hakkı kocanın olurken, kadının bu yetkiyi kullanabilmesi için ayrıca kocasıyla bir anlaşma yapması gerekmektedir. Evlenirken kadının rızasının alınmasına karşın, boşanırken kadının fikrinin alınmaması, haksızlık gibi anlaşılabilmektedir. Fakat İslâm'ın belirlediği haklar ve görevler dikkate alınınca durumun zannedildiği gibi haksızlık olmayıp, boşanmanın yaygınlık kazanmasını engelleme amacına yönelik olduğu anlaşılacaktır.

Her şeyden evvel belirtmek gerekir ki erkek, ekonomik külfeti itibariyle boşanmaya asla rıza göstermez. Çünkü, evliliğin hem oluşmasında hem de sona ermesinde koca, malî sorumluluk altına girmektedir. Biraz sonra geniş olarak ele alacağımız bu ekonomik külfet, kocanın, gerçekten zorunlu bir durum yokken boşanmasına engel olmaktadır. Durum böyle olunca ne boşanmadan ne de yapacağı yeni evlilikten dolayı ekonomik bir kaybı olan kadının, erkeğe nazaran boşanmaya daha meyilli olması mümkündür. Bundan dolayı İslâm, boşanma yetkisini sadece kocaya vererek, boşanma ihtimalini yarı yarıya düşürmüş olmaktadır. hem kocanın, hem de kadının boşama yetkisinin olması, 1917 ihtilalinden sonra Rusya'da olduğu gibi boşanma oranlarını iki misline çıkaracaktır.⁵⁷

Erkeğin bir evliliği bitirip yenisini yapabilmesi için, üstüne düşen mali yükümlülükler şunlardır:

a- Eski Eşe Mehr-i Müccel Ödemek: Bir erkeğin evleneceği kadına vermesi gereken ve miktarı nikah akdi yapılırken belirlenen bedele **mehir** denir. Mehrin bir kısmı nikah yapılırken, bir kısmı da daha sonraya bırakılır. Nikah yapılırken hemen ödenmesi gereken mehre, *mehr-i mü'accel* denir. Genellikle boşanma veya kocanın ölümü gibi bazı durumlarda ödenmek üzere, daha sonraya bırakılan mehre

⁵⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., II/181.

de mehr-i müeccel denir.⁵⁸

Kur'an'da mehirle ilgili olarak şöyle denilmektedir. “Al-dığınız kadınların mehirlerini yürekten isteyerek ve Allah'ın bir atıyyesi olarak verin.”⁵⁹ Bu ayet ve Hz. Peygamber'in birçok hadisleri,⁶⁰ mehrin erkek üzerine vacip olduğunu göstermektedir.

b- İddet Nafakasını Sağlamak: Erkeğin ölümü veya karısını boşaması durumunda kadının, başka biriyle evlenebilmesi için beklemesi gereken süreye iddet denir.⁶¹ Kadının beklediği iddet, ister ölümden, isterse boşanmadan kaynaklansın, bu dönemde kadının tüm ihtiyaçlarını karşılamak kocaya aittir (Ölmüşse malından karşılanır). Çünkü kadının evlenmesine engel olan şey, daha önce yapmış olduğu evliliğidir. Bundan dolayı erkek, dolaylı olarak kadının başka biriyle evlenmesine engel olduğu için, kadının ekonomik olarak tüm ihtiyaçlarını karşılamak zorundadır.

İddet nafakasının erkek üzerine bir görev olduğunu bildiren ayette şöyle buyrulmaktadır: “Onları gücünüz ölçüsünde oturduğunuz yerin bir bölümünde oturtun, onları sıkıştırıp (gitmelerini sağlamak için) kendilerine zarar vermeye kalkışmayın. Eğer hâmile iseler, doğum yapıncaya kadar nafakalarını verin.”⁶²

Erkek boşadığı kadını, şayet hamile ise doğum yapana kadar, hamile değilse dört ay on gün evinde barındırarak tüm ihtiyaçlarını karşılamalıdır. Kadını evden atmak veya babasının evine gitmesi için, incitici ve sert tutumlar sergilemek, asli ihtiyaçlarını kısmak veya karşılamamak yukarıdaki ayette belirtildiği üzere haramdır.⁶³

c- Yeni Eşe Mehir-i Mu'accel Vermek: Yukarıda da belirttiğimiz gibi, erkek evlenirken eşine belli bir miktar bedel

⁵⁸ Bilmen, a.g.e., II/10; Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, s. 284.

⁵⁹ en-Nisâ 4/4.

⁶⁰ Buhârî, Talâk 12; Nesâî, Talâk 34; İbnü Mâce, Talâk 22.

⁶¹ Bilmen, a.g.e., II/179; Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, s. 179.

⁶² et-Talâk 65/6.

⁶³ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/501; İbn Rüşd, a.g.e., III/83.

öder. Mehr-i mu'accel denen ve hemen ödenmesi gereken bu kısım, yeni bir evliliğe başlamak için gereklidir.⁶⁴

Yukarıda saydığımız ve miktarı zamana ve bölgeye göre değişen bu ekonomik yükümlülükler, erkeğin gerekli bir durum olmadığı müddetçe, mevcut evliliğe devam ederek yeni bir evliliğe kalkışması için önemli bir caydırıcı unsurdur.

5- Dinî-Ahlakî Tedbirler: İslâm hukukunun ahlaki birçok öge ile beslendiğini daha önce belirtmiştik. Bu ahlaki yönden dolayı, ceza ve mükafatın bir kısmı ahirete tehir edilmiştir. Çünkü ahlakî hükümler, kişilerin inisiyatifine bırakılmış şeyler olup, bunların ihlalinden dolayı herhangi bir yaptırım söz konusu olmamaktadır.

Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun da belirttiği üzere, Aile Hukuku, hukukun, ahlaki yönü en fazla olan alanıdır. Çünkü aile denilen şey, bir çatı altında yaşayan insanların oluştukları birlikteliktir. Mahremiyeti olan ve dışardan müdahalelere çoğu kez kapalı olan aile, hukukun en aciz kaldığı alanlardan biridir.⁶⁵

Ahlakî hükümler, kişilerin kimsenin müdahalesine gerek kalmadan uydukları kurallar olduğu için, aile hukukunda ahlaki yönü ağır basan birçok hüküm vardır. Mesela kişinin, hayızlı iken veya cinsel birleşmenin olduğu bir temizlik döneminde karısını boşaması caiz değildir. Bu yasak dinin belirlediği bir yasak olup ahlâkî normlar olarak kabul edilmiştir. Çünkü kocasının kendisini yasak bir haldeyken boşandığını ileri sürerek boşama kararını iptal ettirme yoluna gitmesi, bir kadın için oldukça zordur. Çünkü bu durumun tetkik edilmesi mümkün değildir. Kadının hangi günlerde adet gördüğü veya kocanın boşadığı esnada, hangi durumda olduğunun araştırılması bilhassa kadının onur ve şerefine zedeleyeceği için doğru bir şey olmaz. Bu konuda yapılacak herhangi bir araştırma ailenin mahremiyetini ihlal olup herhangi bir fayda da sağlamaz. Bundan dolayı sünnete uygun olmasa bile bu

⁶⁴ Karaman, a.g.e., I/339; Döndüren, a.g.e., s. 225.

⁶⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., II/11.

şekilde yapılan boşanmalar meşrû sayılmıştır. Böyle bir boşanmadan dolayı ayrıca dünyevî bir ceza gerekli görülmemiştir.

Hız. Peygamber, veda hutbesinde kadınların erkeklere Allah'ın bir emaneti olduğunu, haklarını ihlal etmeden onlarla güzel geçinmek gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶ Boşanmanın Allah'ın hoşuna gitmeyen bir helal olduğu ve Allah'ın tahtını titrettiği, gereksiz yere veya başka biriyle evlenmek amacıyla boşanmak isteyenlerin Allah'ın lanetine uğrayacağı belirtilmiştir.⁶⁷ Bunun gibi birçok dinî-ahlâkî kurallar ekonomik gücü olmasına rağmen Allah'ın rızasına uygun yaşayan Müslümanların gereksiz olarak boşanmalarına mani olmuştur. Bunun tarihi birçok kanıtı vardır.

B) Türk Medenî Kanununun Aile Birliğini Korumaya Yönelik Aldığı Tedbirler

Bütün hukuk sistemleri gibi Türk Medeni Kanunu da aile birliğini koruyucu bazı tedbirler almıştır. Aile birliğinin korunması anayasa ile belirlenmiştir. Türk Anayasasında “*aile toplumun temeli olup korunması gerekir*” ilkesi kabul edilmiştir.⁶⁸

Boşanma, sadece ferdi planda kalan bir hukuki mesele olmadığı için, ideal bir hukuk düzeninde devlet, bir takım tedbirler alıp kamu düzenine zarar verecek derecede, boşanmanın yaygınlık kazanmasına engel olmalıdır. Bu hukukî tedbirlerin etkili olabilmesi için, yaptırım gücü olan tedbirler olması gerekir. Günümüz dünyasında var olan hukuk sistemlerinin hemen hemen tamamı, boşanmayı kişilerin tasarrufuna bırakmayıp, devlet gözetimine almıştır. Türk Medeni Kanununun almış olduğu tedbirlerin başında boşanmayı mahkeme kararına bağlaması gelmektedir.

⁶⁶ Abd el-Âtî, a.g.e., s. 291-292.

⁶⁷ Ebu Dâvûd, Talâk, 3; İbni Mâce, Talâk, 1.

⁶⁸ T.C.A. md. 41.

1- Boşanmayı Hâkimin Hükmüne ve Belirli Sebeplere Bağlamak:

1926 yılında İsviçre Medenî kanununun kabulüyle birlikte, İslam Hukukunun erkeğe vermiş olduğu boşama yetkisi alınarak, hâkimin hükmüne bağlanmıştır. İslâm hukukunda boşama yetkisinin erkeğe verilmesi, gereksiz yere boşanmalara sebep olmakta, kadın-erkek eşitliğini ihlal de etmektedir. Çünkü boşanma hakkının erkeğe verilmesiyle kadın ikinci sınıf bir varlık olarak kabul edilmiş olmaktadır. Bu eşitsizliğin ortadan kaldırılması için Türk Medenî Kanunu, İsviçre Medenî kanununda olduğu gibi boşama yetkisini erkekten alarak hâkimin kararına bağlamıştır.⁶⁹ Çalışmamızın I. Bölümde ayrıntılı olarak ele aldığımız özel veya genel sebeplerden birinin bulunması halinde, mahkeme hükmedebilmektedir.⁷⁰

04.05.1988 tarihli 3444 sayılı kanundan önce Türk Medeni Kanununa göre eşler, karşılıklı olarak anlaşmış olsalar bile, mahkeme uygun bulmadıkça boşanamazlardı. Eşlerin bu yöndeki talepleri tetkik edilir ve boşanma sebeplerinden herhangi biri varsa, boşanmaya hükmedilirdi. İsviçre Medenî Kanununda karşılıklı anlaşma, boşanma için yeterli sebep olarak görülmesine rağmen, Türk Medeni Kanununda geçici evliliklerin önünü açacağı düşüncesiyle bu şekilde boşanmaya imkân verilmemiştir.⁷¹ Fakat 3444 sayılı yasa ile eşlerin boşanma konusunda karşılıklı anlaşmaları, mutlak boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Buna göre, eşlerin boşanma ve sonuçları konusunda anlaşmış olmaları halinde mahkemenin boşanmaya hükmetmek zorunda olduğu hükme bağlamıştır.⁷²

Karşılıklı anlaşmanın boşanma için yeterli görülmesinin suiistimallere imkân vermemesi için Medenî Kanunun 134. maddesinin 3. fıkrasında şu şartlarla boşanmaya hükmedilebileceği belirtilmiştir:

⁶⁹ T.M.K., md. 4.

⁷⁰ Velidedeoğlu, a.g.e., II/182; Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 4.

⁷¹ Velidedeoğlu, a.g.e., II/180-181.

⁷² Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 144.

*“Evlilik en az bir yıl sürmüŖse, eŖlerin birlikte baŖvurması ya da bir eŖin diğeri için devasını kabul etmesi halinde evlilik birliğı temelinden sarsılmıŖ sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirilmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.”*⁷³

Türk Medeni Kanununun 142. maddesi, bir ceza niteliğinde olmak üzere, boşanmada kusurlu olan eŖe hâkimin, boşanma hükmüyle birlikte, bir yıldan az ve iki yıldan çok olmamak üzere evlenme yasağı koyabileceğini öngörmektedir. Fakat boşanmayı kolaylaŖtıran 3444 sayılı kanunla bu madde yürürlükten kaldırılmıŖtır.⁷⁴ Bu değıŖlikle cezai bekleme süresi kaldırılmıŖ ve sadece kadının üç yüz günlük bekleme süresi kabul edilmiŖtir.⁷⁵

2- Ayrılık Kurumunun Kabul Edilmesi:

Aile birliğini korumak amacıyla alınan tedbirlerden bir diğeri de ayrılık kurumudur. Türk Medeni Kanunu, Kanonik (kilise) hukukunun etkisiyle İsviçre hukukuna giren **“ayrılık”** kurumunu kabul etmiŖtir.⁷⁶ Ayrılık kurumu, Hristiyan hukukunda boşanmanın yasak olmasından dolayı ortaya konulmuŖtur. Aralarında *ayrılık*’a hükmedilmiŖ olan aşırı geçimsiz eŖler, daha huzurlu yaşayabilecekleri baŖka bir evde yaşama hakkını kazanmıŖ olurlar.(Yatakta ve sofrada ayrılık prensibi). Bu dönemde eŖler arasında ki evlilik bağı resmen devam etmekle birlikte, fiilen sona ermiŖtir.⁷⁷

Türk Medeni Kanunu, ayrılığı evlilik kurumunun korunması için benimsemiŖtir. Ayrılık belirli bir süre için eŖlerin ayrı yaşayarak birbirlerinin değıerini takdir etmeleri ve sağılıklı karar verebilmeleri için faydalı olmaktadır. BoŖanmıŖ eŖlerin,

⁷³ T.M.K., md., 134/III.

⁷⁴ Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 160.

⁷⁵ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 127.

⁷⁶ T.M.K., md. 135.

⁷⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., II/229.

pişman olma hallerinde tekrar evlenmeleri zorken, ayrı olarak yaşayan eşlerin, evlilikleri resmen devam ettiği için fikirlerindeki bir değişim, ayrı yerde yaşayan eşin, tekrar evine dönmesi mümkündür. İsviçre Medeni Kanunu, edebî ayrılığı kabul etmiş olmasına rağmen, Türk Medenî Kanunu, ebedi ayrılığı kabul etmemiştir. Çünkü ayrılık boşanmanın yerini doldurması için değil de, aile birliğini koruması için kabul edilmiştir. 139. Madde ile ayrılık, “en az bir, en fazla üç yıl olabilir” şeklinde geçici ayrılığı kabul etmiştir.

Medeni Kanunu’nun 138. maddesinin II. fıkrasına göre, ayrılık isteğiyle mahkemeye başvurulunca, mahkeme boşanmaya hükmedemez. Fakat boşanma talebiyle başvurulsa bile mahkeme barışma imkânı varsa ayrılığa hükmedebilir. Çünkü genel prensip evlilik birliğinin korunmasıdır.⁷⁸

İslâm’ın aile birliğini koruyucu tedbirler içinde zikrettiğimiz boşanmanın zamana yayılması düşüncesiyle, ayrılık kurumu aynı noktada birleşmektedir. Şöyle ki, İslâm hukukuna göre kişi, karısını bir anda üç talâkla boşayamayıp, boşamayı kadının adet günlerine göre zamana yayar. Bir ve ikinci talâk ile eşler dönülebilir şekilde boşandıkları için, yeniden nikah gerekmeksizin, eşler birbirine dönebilir. Ayrılıkta olduğu gibi ric’î talâkta da, resmen evlilik devam ederken fiili olarak bir süre devam etmez. Bu yönüyle ric’î talâk dediğimiz, dönülebilir boşanma ile ayrılık kararı aynı amaca yönelik düzenlemelerdir.

3- Terkeden Eşe İhtar Gönderilmesi:

Şayet eşlerden biri evi terk etmişse mahkeme diğer eş hemen boşanma davası açma hakkı vermez. Mağdur olan eş, ortak hayatı terkederek başka bir yerde yaşamaya başlayan ve evliliğin gerektirdiği vazifelerini yerine getirmeyen eşin terkenden en az iki ay sonra mahkemeye başvurarak, terkeden eşin geri çağrılmasını isteyebilir. Şayet terkeden eş, bir ay içinde geri gelmezse diğer eş o takdirde boşanma davası açar. Ayrıca ortak hayatı terkeden eşin terk edişindeki

⁷⁸ Köprülü-Kaneti, a.g.e, s. 148; Velidedeoğlu, a.g.e., II/239.

sebepler diğer eşten kaynaklanıyorsa, bu sebepleri ortadan kaldırmadığı müddetçe, diğer eş, boşanma davası açamaz. Çünkü geri çağırma ihbarı, terkin sebeplerin ortadan kaldırıldığına, terk eden eşi affedip olan her şeyi unuttuğu anlamına gelir.⁷⁹

Öte yandan, evlilik kader birliğini zorunlu kılıp, tasada ve kıvanca beraberlik ister. Eşlerden birinin sürekli hastalığı, ilke olarak, boşanmaya hak vermez. Örneğin evlilik devam ederken, kadının rahminin ameliyatla alınması ve bu yüzden doğurma yeteneğini yitirmesi bir çeşit “semavi afet”tir; eşlerin bu durumu birlikte göğüslemesi gerekir.

T.M.K. 142 bir ceza niteliğinde olmak üzere, boşanmada kusurlu olan eşi hâkimin, boşanma hükmüyle birlikte, bir yıldan az ve iki yıldan çok olmamak üzere evlenme yasağı koyabileceğini öngörmekteydi. Fakat boşanmayı kolaylaştıran 3444 sayılı kanunla T.M.K.’nın 142. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.⁸⁰

4- Mahkemenin Boşanma Davasını Zamana Yayma:

Eşlerin boşanmak niyetiyle mahkemeye başvurusu halinde mahkeme, hemen boşanmaya hükmetmeyip, eşlerin barışıp barışamayacağını da tetkik ederek mahkeme süresini uzatır. Bazen ayrılığa hükmeder. Bazen de ayrılığa hükmetmeden eşlerin aynı evde kalarak problemlerini çözmeye çalışmalarını sağlar.

Mahkeme, boşanma sebebi bir hastalık veya ahlaksızlık ise, bu durumun devamlılık arz edip etmediğini tespit etmek için davanın görüşülmesini tehir ederek ailenin hemen dağılmasına hükmetmez.⁸¹

Türk Medeni Kanununa göre mahkemenin boşanmaya hükmedebilmesi için şu şartlar gereklidir:

⁷⁹ Velidedeoğlu, a.g.e., II/239; Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 209.

⁸⁰ Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 160.

⁸¹ Velidedeoğlu, a.g.e., II/206.

a) Daha önce boşanma sebeplerinden herhangi biriyle boşanma davası açılmış ve reddedilmiş olmalıdır.⁸²

b) Boşanma talebini reddeden kararın kesinleşmesinde itibaren üç yıl geçmiş ve bu üç yıl içinde her ne sebeple olursa olsun müşterek hayat yeniden kurulmamış olmalıdır.⁸³

5- Ekonomik Tedbirler:

Boşanma sonucu suçsuz olan eşin, göreceği maddi ve manevi zararları diğer eşten tazmin etme hakkı vardır. Medeni Kanunun ilgili maddesinde şöyle denilmektedir: “*Mevcut veya ileride meydana gelecek bir menfaati boşanma yüzünden kaybeden eş, boşanmaya sebep olan eşten münasip maddi bir tazminat talebi vardır.*”⁸⁴

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre suçsuz olan eşin manevi tazminat açma hakkı da vardır. Boşanma hususunda suçlu olan tarafın bu tazminatları ödememesi halinde boşanma kararından vazgeçilir. Bu gibi ekonomik yükler, kişileri boşanma konusunda daha temkinli ve isabetli karar vermeye zorlayacaktır.⁸⁵

II- KİŞİLERİN HAKLARINI KORUMAK

İdeal bir hukuk sistemi, toplumu gözettiği kadar toplumu oluşturan fertleri de gözetmelidir. Çünkü toplumda huzur ve sükûnun olabilmesi için, fertlerin mutlu olması şarttır. Fertleri huzursuz bir toplumdan ideal bir toplum meydana getirmek mümkün değildir. Toplum düzeninin ayakta durması için kişilerin asli haklarının ihlali, uzun vadede büyük tehlikeler doğuracaktır. Bundan dolayı ideal bir hukuk sisteminde bireysel hakların korunması, devlet menfaati gereğidir.

İster dini gerekçelerle, isterse devlet menfaati amaçlanarak (1944 yılında Rusya’da olduğu gibi) boşanmayı yasaklayan tüm hukuk sistemleri, sonunda bireylere rağmen sürdü-

⁸² T.M.K., md. 234/IV.

⁸³ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 131.

⁸⁴ T.M.K. 143/I.

⁸⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., II/258.

rülen bir evliliğin zararlı olduğuna hükmetmiştir. Çünkü boşanma yasağı, her şeye rağmen, evlilik birliğini devam ettirmek demektir. Bu birliktelik ise öncelikli olarak çocukları ve eşleri mutsuz ve sağlıksız bir yaşam sürmeye zorlamak anlamına gelmektedir. Bu durum ise devletin amaçladığı toplum düzenini kurmaya engel bir durumdur. Devletin amaçladığı toplum düzeni için sağlıklı bir aile yapısı şarttır. Bu aynı zamanda bireylerin duygusal, cinsel, sosyal vb. birçok ihtiyacını karşılanması için de gereklidir. Bundan dolayı ideal hukuk sistemlerinde, toplumun yanı sıra bireylerin de hakları gözeltilmelidir. Bu bağlamda kısaca “hak” kavramını izah ettikten sonra, boşanma konusunda hukukun gözetmesi gereken ferdi hakların neler olduğunu ele alacağız.

A) Hak Kavramı ve Mahiyeti

1- Hakkın Tanımı:

Hak kelimesi, sözlükte gerçek, sabit, doğru, vakıya uygun anlamlarına gelmektedir. Terim olarak hak, hukuk sisteminin benimsediği, yetki ve yükümlülük doğuran bir aidiyettir. Hak, genel olarak hukukun kişilere tanıdığı yetki olup, kişiler bu yetkiye dayanarak bir talepte bulunabilme imkânına kavuşurlar.⁸⁶ Hakkın iki şekli vardır:

a- Objektif Hak: Toplumsal hayat nizamının korunması ve sürdürülmesi için, toplum üyeleri sıfatıyla fertlerle fertler veya devletle fertler veya muhtelif devletler arasındaki münasebetleri düzenleyen usûl ve kaideler.

b- Sübjektif Hak: Objektif hakkın usûl ve kaidelerine dayanarak hak sahibi sıfatıyla fertlere veya devletlere tanınmış salahiyetler.⁸⁷

2- Hakkın Menşei ve Kaynağı:

Hakkın menşei konusu genelde hakkın meşruiyeti anlayışıyla, hakkın kaynakları (varlık sebebi) ise, genel borç naza-

⁸⁶ Köprülü, a.g.e., s.15.

⁸⁷ Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, s. 132.

riyesine bağlı olarak mevcut hukuk doktrin ve düzeniyle yakından ilgilidir.

Hakkın menşei konusunda farklı yaklaşımlar vardır. İslâm hukukçuları, hakkın menşeinin Allah olduğunu, kişinin var olmasıyla bu hakları kazanmadığını savunmuşlardır. Fakat bazı hukukçular hakkın kaynağının, bizzat insanın kendisidir derken, bazıları ise hakkın kaynağı toplumdur, demişlerdir.⁸⁸

Hakkın kaynağı ikidir. Yani bir hakkın kazanılabilmesi için, şu iki yoldan birinin kullanılması gerekir.

a- Asli yoldan hak elde etme: başkasına ait olmayan bir hakkın ilk sahibi olarak doğrudan doğruya kazanılması aslı yoldan hak kazanmadır. Hukuki olay, hukukî fiil ve hukukî işlemlerle de asli haklar kazanılabilir. Temyiz aşına girmek, evlenmek vb.

b- Devir yoluyla hak elde etme: Genel olarak haklar bu yolla elde edilir. Bir hakkın devir yoluyla elde edilmesi için bir kişiye ait olan hakkın, hukukî bir olayla ve hukukî bir işlemle bir kimseye geçmesi. Murisin vefatı ile varisin elde ettiği hak vb.

3- Hakkın Özellikleri:

Hak bizzat gaye olmayıp, gayelere ulaşmak için vasıta-
dır. Her hakkın bir sahibi vardır ve sahibinin izni olmadan o hakkı hiç kimsenin kullanma yetkisi yoktur. Hakkın aidiyeti hukuk tarafından belli olmalıdır. Hukukun belirlediği bir hakkın gasp edilmesi halinde, hukuk tarafından hak sahibine iade edilir.

Hak kullanılırken hukuk düzeninin tanıdığı bir menfaat ve gayeye ulaşmak amacı güdülmelidir. Aksi takdirde, hakka dayanarak bir haksız yapılmış olur. Bundan dolayı hakkın kötüye kullanılması durumunda hak, gayesine uygun olarak kullanılmadığı için, düşürülebilir.⁸⁹

⁸⁸ Bardakoğlu, Ali, "Hak", *DİA*, XV/139.

⁸⁹ Karaman, a.g.e., I/154.

4- Hakkın Kısımları:

a- Toplumsal-Kişisel Hak: Hukuk sistemlerinin hak taksimleri faklılık göstermekle birlikte en yaygın ayırım, Toplum hakkı ve kişisel haklar. İslâm hukukundaki Allah Hakkı-Kul Hakkı ayırımı da ilke olarak aynıdır. Allah hakkı ibadetleri de içine alacak şekilde toplumu ilgilendiren haklardır. Bu hakların değiştirilmesi, kaldırılması veya azaltılması mümkün değildir.⁹⁰

b- Aynî-Şahsî Hak: diğer bir ayırım ise, aynı haklar ve şahsi haklar şeklindedir. İslâm hukukunda ise ayna ilişkin haklar ve zimmete ilişkin haklar olarak isimlendirilmiştir. Aynî haklar kişiyi değil de kişiye ait mallara yönelik olan haklardır. Ayn, müşahhas ve muayyen (belirli) maddi varlık demek olup, mesela bir ayn üzerindeki mülkiyet hakkı, kiracının kiraladığı şeyi kullanma hakkı gibi.

Şahsî veya zimmete ilişkin haklar ise, kişiler arasındaki borç ilişkisini ifade eder. Zimmet borcu, belli bir malı değil de şahsı bağlayan bir borçtur. Bu bir hakkı imal etme, bir işte çalışma şeklinde mali karakterde bir iş olabileceği gibi, karı koca arasında ailevî haklar, sadakat borcu, çocuğun nesep hakkı şeklinde de olur. İslâm hukuk literatüründe yer alan ayna taalluk eden hak- zimmete taalluk eden hak şeklindeki bu ayırım, malî olmayan birçok hakkı da içerdiğinden, Batı hukukundaki aynî hak-şahsî hak ayırımından daha kapsamlıdır.⁹¹

c- Dinî-Kazaî Hak: sadece İslâm hukukun benimsediği bu ayırım, bu hukukun dinî mahiyetiyle yakından ilişkilidir. Kanun hükmü veya mahkeme kararının temsil ettiği formel hukukun sadece şekil ve zahiri adaleti gerçekleştirmesi, bundan ayrı olarak gerçek ve mutlak adaletin gerçekleşebilmesi için, dini boyutu olan İslâm hukukunun böyle bir ayırımı yapmasını gerekli kılmıştır.

⁹⁰ Ünalın, Abdulkerim, “Hukûku’l-İbâd”, *Şamil İslam Ansiklopedisi*, III/138.

⁹¹ Köprülü, a.g.e., s. 22.

Dinî Haklar, dinin hükümlerine göre esasen mevcut olduğu halde, mahkemede ispat edilemeyen hakları, kazaî haklar ise dinin hükümlerine göre mevcut olsun veya olmasın, mahkemede ispatı mümkün olan hakları ifade eder. Özellikle konumuz olan aile hukuku alanında bu ayrıma binaen birçok hüküm konulmuştur. Çünkü aile içinde meydana gelen tartışma ve geçimsizliklerin çoğu ya mahkemede ispatlamaz ya da ispatlanması faydasından çok zarar getirir türden meseleler olduğu için, birçok hak, diyaneten kişilerin inisiyatifine bırakılmıştır.

d- Diğer hak ayrımları: Mücerret hak- müekket hak, mutlak hak- nispî hak, yenilik doğuran haklar- yenilik doğurmayan haklar gibi bazı hak ayrımları mevcuttur.⁹²

5- Hakkın Kullanımı:

Hukuk tarafından kişilere verilen hakların nasıl kullanılması gerektiği konusu, iki farklı görüşle vücut bulmuştur. Birincisi ferdiyetçi görüş. İkincisi ise sosyal görüş. Binci görüşe göre kişi, sahip olduğu tüm hakları istediği gibi kullanabilir. Başkalarının zarar görmesi ise hakkın meşruluğunu etkilemez. Romalıların dediği gibi, kendi hakkını kullanan kimse başkasına zarar vermiş sayılmaz. Zira kullanılan hak bizzat kullanana ait olup ona bu hakkı kullanma yetkisini kanun vermiştir.

İkinci görüşe göre her hak istifade edilmek ve kullanılmak üzere vardır. Hukukun vermiş olduğu haklar, verilen kişinin hukuken korunması gereken menfaatlerini sağlaması için verilmiştir. Zira herhangi bir hakkın mutlak bir şekilde tanınması hukuk açısından mümkün değildir. Aksi halde, hak kötü amaçlı kullanılır ve toplum menfaati zedelenebilir.⁹³

6- Hakkın Kötüye Kullanımı: Hakkın kötüye kullanılmasının birçok tanımı yapılmıştır. Biz sadece en kabul

⁹² Bardakoğlu, "Hak", XV/144.

⁹³ Köprülü, a.g.e., s. 141; Karaman, a.g.e., I/150; Dalgın, a.g.e., s. 114.

gören tanımı vererek konuyu uzatmayacağız: “Hakkın verilmiş gayesi dışında veya bir başkasına zarar vermek kastıyla ya da zarar verecek şekilde kullanılmasıdır.”⁹⁴

Hakkın kötüye kullanıldığının söylenilebilmesi için, bazı şartlar gereklidir. Bu şartlar şunlardır:

a- Hakkın bir başkasına zarar vermek amacıyla yapılmış olması gereklidir.

b- Hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkan zararın fahiş (büyük) derecede olması gereklidir.

c- Hakkın üçüncü şahıslar için umumi zarar meydana getirmesi gerekir.

d- Hakkın kullanılmasıyla meşru olmayan menfaat sağlanmış olmalıdır.

e- Menfaatlerde aşırı dengesizlik olmalıdır.

Yukarıdaki sonuçları doğuran bir hakkın kullanımı, ister aktif olsun ister pasif olsun, hem İslâm dinine göre⁹⁵ hem de Türk Medeni Kanununa göre yasaktır.⁹⁶ Böyle bir durumda kanunun vermiş olduğu bu hak geri alınır.

Toplum halinde yaşayan insanlar, kanunun vermiş olduğu hakları ve görevleri yerine getirmediği müddetçe mutluluğu ve nizamı yakalayamazlar. Çünkü her hak bir başkası için görev, her görev de bir başkası için hak sayılır. Görevlerini yerine getiremeyen insanlar haklarını elde edemezler. Bu söylediklerimiz aile çerçevesinde düşünülünce daha açık olarak ortaya çıkar. Yani eşlerden biri için hak olan şey diğeri için görev sayılırken, birisi için olan görev ise diğeri için hak sayılır. Eşler için görev sayılan bir şey, çocuklar için hak sayılırken, eşler için hak sayılan şey, çocuklar için göre sayılmaktadır.

⁹⁴ Köse, Saffet, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, Marmara Üni. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., İstanbul, 1997, s. 56.

⁹⁵ el-Bakara 2/231; en-Nisâ 4/12; İbn Mâce, Ahkam, 17; Muvatta, Akdiye, 31; Mecelle, md. 19-20.

⁹⁶ T.M.K. md. 2/II.

Karşılıklı menfaat ve sorumluluk ilişkisi içinde olan aile fertlerinin görevlerini yerine getirmemesi halinde, ailenin diğer fertlerinin hakları ihlal edildiği için, ailede geçimsizlik ve huzursuzluk hemen kendini gösterir. Toplumsal vazifelerin ihmali bu kadar çabuk sonuç vermezken aile içi ihmal ve ihlaller, aile birliğini hemen etkiler. Mesela lokantacıların hiçbir sebep yokken yemek yapmayı bırakmalarının olumsuz etkileri daha çok uzun vadeli iken, evde kadının yemek yapmaması hemen olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Bundan dolayı aile içi, görev ve haklar daha hassas bir şekilde kontrol edilmeli, aile birliğini sarsacak noktaya gelmeden, problemin çözümü için hemen müdahalede bulunulmalıdır.⁹⁷ Bundan dolayı Kur'an, boşanma noktasına gelmeden müdahale edilmesini istemiştir:

*“Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barıştırmak isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.”*⁹⁸

Çalışmamızın bu noktasında kişilerin boşanma öncesi ve sonrası haklarının neler olduğunu ele alacağız. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir tarafın hakları diğer tarafın vazifelerini oluşturduğu için ayrıca aile içi vazifeleri ve yükümlülükleri belirtmeyeceğiz.

B) KADININ HAKLARINI KORUMAK

Fiziki açıdan erkeğe göre daha zayıf olan kadının, insanlık tarihi boyunca hakları ihlal edilmiş, köle gibi satılmış, hatta bazen insan olup olmadığı dahi tartışılmıştır. İslâm, kadın hakları üzerinde çok durmuş, onların Allah'ın emaneti olduğunu söylemiştir. Hz. Peygamberin, vefatından önce, kadın haklarının ihlal edilmemesi yönünde uyarılarda bulunması da bu konun isticmara ve ihlallere gebe olduğunu göstermektedir. İslâm'la birlikte geniş haklar kazanan kadın,

⁹⁷ Saygılı, a.g.e., s. 37; Yavuz, a.g.e., s. 79-171.

⁹⁸ en-Nisâ 4/35.

ortaçağın sosyal ve kültürel yapısının etkisiyle bu haklarını zamanla kaybetmiştir. Maalesef Müslümanlar bile Allah'ın emaneti olan kadınları gerektiği gibi koruyup gözetememişlerdir.⁹⁹

Ortaçağ Avrupası'nda kadın, daha vahim bir durumda idi. Kadınlar bir meta gibi kabul edilmekte ve hiç bir hak iddia edememekte idi. Reform ve Rönesans'ın etkisiyle kadınlar bazı hakları elde etmeye başlamıştır. 1789 Fransız Devrimi ile hızlanan bu hareket kadınlara siyasi, sosyal ve ekonomik birçok hak kazandırmış. Osmanlı da bu gelişmelerden etkilenerek, Meşrutiyet yıllarıyla birlikte kadınlara bazı haklar verilmeye başlanmıştır.¹⁰⁰

Biz de çalışmamızda tarih boyunca çoğu kez hakları ihlal edilmiş olması hasebiyle kadının haklarını öncelikli olarak ele almayı uygun gördük. Kadın boşanmadan önce ve sonra bazı haklara sahiptir. Genel olarak manevi ve maddi haklar diye taksim ettiğimiz bu haklar tüm insanların sahip olduğu haklardır.

1- Manevî Hakları:

a- Kişisel Haklar: Kadın, fiziki ve psikolojik açıdan erkek gibi olmamasına rağmen, insan olması hasebiyle bazı haklara sahiptir. Kadının en önemli hakları, onu insan eden haklarıdır. Bu açıdan, tüm insanların sahip olduğu haklar aynıdır. Kişi (şahıs) tabiri insanın yalnız vücut varlığını değil, içtimai hayattaki rolünü ve yerini, onun hak sahipliği sıfatını da ifade etmektedir. Kişilik ise onun haklardan istifade ehliyetini anlatmaktadır. Bu gün genellikle medenî milletlerin hukukunda insan olarak doğmuş bulunmak, şahıs sayılmak ve haklardan istifade etmek için kâfidir. Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında “şahsiyet çocuğun sağ olarak doğduğu andan başlar ve ölüm ile nihayet bulur”

⁹⁹ Sami, Şemseddin, *Kadınlar*, (Hazırlayan: İsmail Doğan), Gündoğan Yayınları, Ankara, 1996, s. 5-6.

¹⁰⁰ Bensadon, Ney, *Başlangıcından Günümüze Kadın Hakları* (Çev. Şirin Tekeli), İletişim Yayınları, İstanbul, 1994, s. 7-12.

denmektedir.

Kendine ait bir şahsiyeti olan kadın, şahsiyetinden dolayı kazanmış olduğu haklarına evlendikten sonra da sahip olmaya devam eder. Erkeğin kadının sahip olduğu bu haklarını iptal etme veya ihlal etme hakkı yoktur. Örneğin kadının yaşama hakkının, kocası tarafından tehdit edilmesi, boşanma için yeterli sebeptir. Kocanın karısının canına kast etmesi hem Hukuk-ı Aile Kararnamesine göre hem de Türk Medenî Kanununa göre özel boşanma sebepleridir.¹⁰¹

Kadını insan yapan şey sadece yaşaması değildir. Tüm insanlar gibi kadının itibar ve haysiyetinin korunması gereklidir. Kocanın kadının inançlarına ve şahsiyetine yönelik ağır hakaretler ve davranışlar, onun aslî haklarının ihlali olmaktadır. Namus ve şerefini zedeleyici alışkanlık ve tutumlar, aynı şekilde kadına boşanma hakkı doğurur. Diğer eşin onun ve şahsiyetini en fazla zedeleyen suçlardan biri olan zinâ, tüm hukuk sistemlerine göre en önemli boşanma sebeplerinden biridir.¹⁰²

Evlilik kurumu, kadının huzurlu ve mutlu bir şekilde yaşaması için zorunludur. İnsanların hem ruhen hem de bedenen ihtiyaçlarının giderilmesi gereklidir. Kadın kocasından ilgi, şefkat ve saygı bekler. Sevginin ve saygının olmadığı, iletişimin kurulamadığı bir evlilik sağlıklı olamaz. Çünkü evlilik sadece cinsel ihtiyaçların giderilmesi için kurulmuş bir kurum değildir. Eşler arasında olması gereken fizikî ve ruhî iletişimi bir psikolog şöyle belirtir:

“Evlilikle psikolojik ve emosyonel (duygusal) birliktelik sağlanır. Aile içinde bütün bireyler ve öncelikle de karı ve koca arasındaki karşılıklı ilişkiler menfaate dayalı değildir. Ruhsal bir ilişki de söz konusudur ve bu ilişki sevgiyi, şefkati merhameti, sevecenliği, karşılıklı güveni, fedakarlığı, teselli ve yardımı doğurur. İnsanın kendini ifadesi en iyi bu şekilde olur. Eşlerin sevdiği, güvendiği, cesaret verdiği, birlikte gülüp

¹⁰¹ H.A.K. md. 132/VII; T.M.K. md., 130.

¹⁰² H.A.K. md. 132/I; T.M.K. md. 129.

*beraber geliştiği ve kendisine –yalnızca kendisine- ait olduğunu bildiği birinin olmasının getirdiği güven duygusu evliliğin bir diğer faydasıdır. Evliliğin amacı, eşleri kısıtlamak değil, ikisini bir bütün yapmaktır.*¹⁰³

İdeal bir ailenin her zaman oluşması mümkün olmakla birlikte, ideal ailenin oluşmasına engel olan eş diğerinin haklarını dolaylı olarak ihlal etmektedir. Eşler arasında olması gereken bu duygusal bağın, hukuk eliyle yapılması mümkün olmasa da, ortak hayatı çekilemez hale getirecek şekilde, diğer eşin haklarının ihlal eden eş aleyhine boşanma davası açma hakkı her iki eş için geçerlidir. Boşanmanın gerçekleşebilmesi için, bu durumun uzun süre devam etmesi ve eşler arasında büyük çapta soğukluk oluşturmaları gerekir.¹⁰⁴ Aksi halde, her olumsuz şey, boşanmaya sebep olur ki, bu daha tehlikelidir.

b- Cinsel Tatmin Hakkı: Evlilik kurumunun en önemli amaçlarından birisi, neslin devamı ve cinsel olarak tatmin olmasıdır. Neslin devam edebilmesi için eşlerin cinsel olarak ilişkiye girmeleri zorunludur. Ayrıca cinsel tatmin kişilerin fıtratlarının gereğidir. Yemek içmek kadar önemli bir ihtiyaç olan cinsel tatmin, her evli insanın bir hakkıdır.

Kadın, bu hakkını kullanabilmesi için kocasıyla aynı meskeni paylaşması gereklidir. Kocanın, karısıyla cinsel ilişkiye girmemekte diretmesi veya evi terk etmesi, kadının haklarının ihlalidir. H.A.K. ve T.M.K., terki boşanma için yeterli saymışlardır.¹⁰⁵

Erkeklerde cinsel ilişkiyi imkânsız kılacak veya zorlaştıracak türden bir eksikliğin veya hastalığın bulunması, kadın aleyhine bir durum oluşturur. Şayet tedavisi mümkün olmaya-
cak türden bir özür veya hastalıkta, bu durum kadına boşanma hakkı doğurur.¹⁰⁶ Kocanın kaybolması ve uzun süreli

¹⁰³ Saygılı, a.g.e., s.12.

¹⁰⁴ Gen. bil. bk. Genel Boşanma Sebepleri.

¹⁰⁵ H.A.K. md. 132/V; T.M.K. md. 132.

¹⁰⁶ H.A.K. md. 132/VI.

hapis cezasına çarptırılması da hukuk sistemleri tarafından boşanma sebebi olarak görülmüştür.¹⁰⁷

Bu açıdan bakılınca, kocanın zina etmesi, kadının dolaylı olarak cinsel hakkının ihlali olmaktadır. Çünkü evlilik eşleri birbirine ait kıldığı için, tarafların tüm ihtiyaçlarını birbirlerinden sağlamaları gereklidir. Aksi takdirde birbirine ait olmamanın vermiş olduğu teslimiyet ve sadakat duygusu zedelenmiş olur. Bu açıdan bakılınca zarurî bir durum olmadıkça çok evlilik de aynı ruhî zararı vereceği için, eski eşin rızası olmadan yeni biriyle evlenmek kadının haklarının ihlâl sayılır.¹⁰⁸

c- Sosyal Hayata Katılma Hakkı: İnsanı insan yapan sadece yemek, içmek ve cinsel tatmin değildir. Kadın, fizikî ihtiyaçlarını tatmin ettiği gibi ruhî ihtiyaçlarını da tatmin etmek ister. Çünkü insan sosyal bir varlıktır. Tek başına yaşamak, hem fizikî olarak hem de ruhî olarak imkânsız gibidir. Bu gereksinimden dolayı kadın, sadece evine mahkum edilmemeli ve ona sosyal hayata iştirak etme imkânı verilmelidir. Bu her insan gibi, ister evli olsun, ister bekar olsun, tüm kadınların aslî haklarındanır.¹⁰⁹

Türk Medenî Kanununa göre kadın, erkek gibi devletin bir vatandaşı olup devletin meşru gördüğü, evin dışında yapılabilen aktivitelere katılabilir. Meselâ siyasî oluşumlara aktif veya pasif olarak katılabileceği gibi, vakıf ve derneklerde görev alabilir. Aynı şekilde kadının seyahat etme hakkı olup, hem ticarî amaçlı hem de ziyaret amaçlı seyahatler yapabilir. Fakat evli bir kadın kocasının iznini almadan her istediğini yapmamalıdır. Çünkü aile birliğini zedeleyecek veya ister doğmuş olsun, isterse doğacak olsun, çocukların sıhhatini tehlikeye düşürecek tasarruflar, kadının bazı haklarını kısıtlayabilir. Bundan dolayı erkeğin karısını bazı noktalarda sınırlandırabileceği tüm hukuk sistemleri tarafından

¹⁰⁷ H.A.K. md. 132/III.

¹⁰⁸ Saygılı, a.g.e., s. 12.

¹⁰⁹ Bkz. Aktan, "İslâm 'a Göre Kadının Sosyal Aktivitesi" (Sosyal Hayatta Kadın Konulu Tartışmalı İlmî Toplantı Tebliği), Ensar Neşriyat, İstanbul, 1996, s. 255.

kabul edilmiştir. Fakat bu sınırlandırmanın ne kadar olacağında ihtilaf etmişlerdir.¹¹⁰ Bu yıl Medeni Kanunda yapılan değişiklikle kadının iş seçiminde kocasından izin alma zorunluluğu kaldırılmıştır.

İslâm'a göre kadının sosyal hayata iştiraki, belirtilen şekilde örtündüğü müddetçe mümkündür. Kadın, gerekli durumlarda nafakasını kazanmak, akrabaları ziyaret etmek, cemaatle yapılması gereken ibadetlere ve eğitim faaliyetlerine katılmak ve toplu yaşamanın gereği olan faaliyetlerden dolayı evinin dışına çıkabilir. Toplu yaşamın gerektirdiği faaliyetler, zaman ve mekana göre farklılık arz edeceği için, bulundukları bölgenin şartlarına göre koca, karısına bu faaliyetleri yapabilmesi için izin vermelidir. Kocanın kadını sosyal hayattan tecrit edecek derecede sınırlandırması kadının aslî haklarının ihlali olacaktır. Çünkü ayet, "... Ya güzelce tutun ya da güzellikle salıverin"¹¹¹ buyurmaktadır.

d- Anne Olma Hakkı: Her insan ontolojik olarak çocuk sahibi olmak ister. Çünkü bu durum, aynı zamanda toplumda değer görmesine de sebep olmaktadır. Bilhassa bazı sebeplerden dolayı çocuğu olmayan kadınlar depresyona girmekte, kendini eksik ve aşağı görmektedir. Özellikle kadınlar için çocukla ilgilenmek, onunla vakit geçirmek ve ane diye çağrılmak, dünyanın en değerli şeyleri arasındadır. Hem fizikî hem de ruhî açıdan, çocuğu olan kadınlar daha mutlu ve sıhhatli yaşamaktadır. Çocuk doğuran kadınların daha çok yaşadığı da araştırmalarla ortaya konmuştur.¹¹²

Kadını yaşama bağlayan, mücadele azmini arttıran çocuk, bir kadının sahip olacağı en değerli şeylerden biridir. Bundan dolayı, kocanın kadını çocuk sahibi olmaktan men etmesi söz konusu olamaz. Cinsel ilişkiden kaçınmakla veya tıbbî bazı müdahalelerle çocuğun olmasına engel olmak, kadının aslî haklarından olan *anne olma hakkım* ihlâl sayılır.

¹¹⁰ Tekinay, a.g.e., s. 333.

¹¹¹ el-Bakara 2/231.

¹¹² Bayraklı, Bayraktar, *Kadın Sevgi ve Temel Haklar*, İşaret Yay. İst. 2000, s. 152.

Şayet çocuğun doğması bazı mahsurlar arz ediyorsa eşlerin karşılıklı anlaşarak bu işe karar vermeleri gerekir.

Kocada bulunan bir hastalık veya eksiklikten dolayı çocuk olmuyorsa, o zaman kadının bu duruma sabretmesi en uygun olanıdır. Çünkü evlilik, eşleri sadece mutlulukta beraber olmayı değil, zor durumlarda da birbirine destek olmayı, dertlerini ve hüznlerini paylaşmayı da gerektirir. Kocanın çocuğunun olamayacağına dair haberi almasından sonra karısı tarafından da terk edilmesi kocayı yıkabilir. Fakat koca bu durumu bildiği halde, evlenirken kadından saklaması söz konusu olursa o zaman kadına boşanma hakkı doğar.¹¹³

Anne olmak, sadece çocuk doğurmak değil, çocuklarını büyütmek ve yetiştirmek anlamına da gelmektedir. Kadın boşandıktan sonra çocuklarını görüp onlarla duygusal bir iletişim kuracak kadar aynı ortamı paylaşma hakkına da sahiptir. Hukuk kararıyla erkeğe verilmiş çocuk, kaç yaşında olursa olsun annesinden koparılamaz. İnsanlar arası bağların en kuvvetlisi olan anne-çocuk bağını koparmak en büyük kişilik hakkını çiğnemektir.¹¹⁴

e-Tek Eş Olma Hakkı: Türk Medenî Kanununa göre kocanın birden fazla kadınla evlenmesi yasaktır.¹¹⁵ Bundan dolayı dinî nikah yoluyla başka bir kadınla daha evlenmesi, ilk kadının boşanma davası açma hakkını doğurur. Çünkü dinen meşru olsa da Türk Medenî Kanununa göre, kocanın ikinci evliliği zina sayılmaktadır. Kadının bu durumu gerekçe göstererek dava açması halinde mahkeme boşanmaya hükmeder.¹¹⁶

İslâm hukuku çok evliliği kadınların lehine olacak şekilde dörtle sınırlandırmıştır. Dört kadınla evlenebilme, teşvik edilmemiş, zorunlu durumlar için meşru kabul edilmiştir. Tek evliliğin insan için en iyi olduğu aynı ayette vurgulanmış-

¹¹³ H.A.K., md. 119-121.

¹¹⁴ Yavuz, a.g.e., s. 164.

¹¹⁵ T.M.K. md. 93; Tekinay, a.g.e., s. 94.

¹¹⁶ Gnş. Bil. Bk. Tekinay, a.g.e., s.208; Hatemi- Serozan, a.g.e., s. 220.

tır.¹¹⁷ İslâm hukukuna göre, kadın, ikinci bir evliliği yapmaması şartıyla erkeğin evlilik teklifini kabulü halinde, erkeğin ikinci bir kadınla evlenmesi caiz olmaz. Bu durumu gerekçe göstererek kadın mahkeme yoluyla kocasından ayrılabilir.¹¹⁸

Bu durumun en bariz örneği; Hz. Peygamber'in Hz. Ali'yi yeniden evlenmekten alıkoymasıdır. Hz. Ali, Hz. Fâtıma ile evli iken Ebu Cehil'in kızı ile de evlenmek isteyince Hz. Ali'ye bu işi kızını boşamasından sonra yapabileceğini söylemesi, kadının rızası olmadığı müddetçe, kocanın başka biriyle evlenmesinin İslâm hukukuna göre uygun olmadığını göstermektedir.¹¹⁹

f- Boşanma Davası Açma Hakkı: Kadının en temel haklarından biri de mevcut evlilik birliğinden memnun olmaması halinde, boşanma davası açabilme hakkına sahip olmasıdır. Türk Medenî Kanununa göre boşanma davası açabilme, hem erkeğin hem de kadının hakkıdır. Birinci bölümde belirttiğimiz boşanma sebeplerinin varlığı, boşanma için yeterli görülmüştür. Şayet eşlerden birinin temel haklarının ihlali halinde, kanunlara göre boşanma talebinde bulunması yasaklanmışsa, bu durum, kişilerin hukukunu çiğnemek olur. İdeal bir hukuk sistemi toplumun menfaatini gözetmek istiyorsa, kişilerin hak ve menfaatini de gözetmek zorundadır. Çünkü toplumun mutluluğu, ailelerin mutluluğuna, ailelerin mutluluğu ise kişilerin mutluluğuna bağlıdır. Kişilerin temel hak ve hürriyetlerini tamamen kısıtlayan bir hukuk sistemi, ideal bir toplum oluşturmaz.

Türk Medenî Kanununa göre boşanma talebinde bulunma hakkı, her iki eşe de verilmiştir. Bu maddeye göre: “Boşanma davası açmaya hakkı olan taraf, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir.”¹²⁰

¹¹⁷ en-Nisâ 4/3.

¹¹⁸ H.A.K. md. 38; Karaman, a.g.e., I/328.

¹¹⁹ Gnş. Bil. Bk. Wedud-Muhsin, Amine, *Kur'ân ve Kadın*, İz Yay. 2. Baskı, İst. 2000, s.128; Cârullah, a.g.e., s. 82.

¹²⁰ T.M.K., md. 135; Bk. Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 131; Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 238.

İslâm hukukunda boşanma yetkisi erkeğe verilmiş olup, koca mahkemeye başvurmadan boşayabilmektedir. Kadın ise boşanabilmek için bazı yöntemler takip etmelidir. I. Bölümde ele aldığımız üzere, kadın, talâk yetkisini baştan alabileceği gibi (tefvîz-i talâk), almış olduğu mehirleri geri vermek ve iddet nafakasından feragat ederek de (muhâle'a), kocasını boşamaya ikna etmekle de boşanabilir. Ayrıca evlilik birliğinin devamına engel olan taraf erkekse o zaman Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 119-131. maddelerinde belirtilen sebeplerden herhangi birine istinaden, mahkemeye baş vurarak boşanabilmektedir.

2- Maddî Hakları:

a- Mehir veya Tazminat Hakkı: İslâm hukukuna göre kadın, evleneceği erkekten bir kısmı hemen (mu'accel) bir kısmı ise genelde boşanma veya ölüm halinde ödenmek üzere tehir edilmiş (müeccel) mehir almayı hak kazanır. Evlilik akdinde belirtilmemesi halinde bile düşmeyen bu hak, bizzat kadının hakkıdır. Koca karısını boşadığı zaman bu miktarı ödemekle yükümlüdür. Kadının bu konuda mağdur edilmemesi için İslâm hukuku bazı tedbirler almıştır.¹²¹

Türk Medenî Kanununa göre kadın, kocanın sebep olduğu boşanmadan dolayı tazminat davası açabilir. Bu mağduriyetin, maddî veya manevî olması bu hakkını etkilemez. Mahkemenin gerekli görmesi halinde koca, bu tazminatı ödemekle yükümlü olur. Kadının tazminat alabilmesi için bazı şartların yerine gelmesi gerekir. Medeni Kanunun ilgili maddesinde şöyle denmektedir: "*Mevcut ve hatta muntazar (olabilecek) bir menfaati boşanma yüzünden kaybeden kabahatsiz karı veya kocanın, kabahatli olan taraftan münasip maddî bir tazminat talebine hakkı vardır.*"¹²² Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre eşlerden birinin "*ağır ihlal*" i söz konusu ise, diğer eşin manevî tazminat davası açma hakkı doğmuş

¹²¹ Ferrûh, a.g.e., s. 125; Karaman, a.g.e., I/338.

¹²² TMK: md. 143/I.

olur.¹²³

İslâm hukukuna göre kadının suçu ne olursa olsun, erkek, kadına verdiği mehirlerden daha fazlasını talep edemez. Koca, karısının suçundan dolayı evlilik birliğine son vermek istiyorsa, talâk hakkım kullanmayıp mahkeme yoluyla veya muhâle'a yoluyla boşanabilir. Fakat kendi yetkisiyle boşanması halinde kadına verdiği ve vereceği mehirlerden hiçbir şey alamadığı gibi, iddet nafakasını da ödemek zorundadır. Çünkü kadın boşanma yetkisine sahip olmadığı için, kocanın sûistimaline uğrayabilir. Kadının aldığı mehirler daha çok manevî tazminat gibidir. Çünkü kadının biriyle evlendikten sonra yeniden evlenmesi zorlaşacaktır. O artık kız değil dul bir kadın olmuştur. Bu durum kadının sosyal olarak, dul olmayan kadınlara nazaran daha az değer görmesine sebep olabilir. Bundan dolayı karısına hiç sormadan onu boşayan erkek karısına, belirlenen mehrin tamamını vermek zorundadır.¹²⁴

Hız. Ömer döneminde erkeklerin karılarını boşama konusunda aceleci davranmalarından dolayı kadınlar, boşanma sırasında ödenmek üzere yüksek miktarlarda mehir talep ederek, erkeklerin sûistimallerine engel olmaya çalışmışlardır. Denilebilir ki, mehir, kadının maddî ve manevî zararlarına mukabilen hak ettiği bir bedeldir. Bu açıdan bakılınca mehir ile tazminat hakkı kadın için aynı amaç doğrultusunda düzenlenmiş hükümlerdir.

b- Nafaka Hakkı: Hukukta, insanın normal bir hayat sürebilmesi için gerekli olan, mesken, yiyecek, içecek, giyecek, tedavi vb. ihtiyaçlar için kullanılan bir kelimedir.¹²⁵ Hem İslâm hukuku hem de Türk Medenî Kanununa göre erkek ailenin nafakasını sağlamakla mükelleftir.¹²⁶ Hiçbir sebep yokken koca, nafaka temininden kaçınamaz. Çünkü evlilik birliğinin başkanı (reis) kocadır. Bundan dolayı koca hem

¹²³ Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 254-255.

¹²⁴ Döndüren, a.g.e., s. 228; Karaman, a.g.e., I/339.

¹²⁵ Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, s. 359; Döndüren, a.g.e., s. 236; Karaman, a.g.e., I/341.

¹²⁶ H.A.K. md. 92-101; T.M.K. md. 152/II.

karısının hem de çocuklarının nafakasını sağlamakla mükelleftir. Koca ekonomik giderleri karşılamakla mükellef olduğu için, aynı maddenin aynı fıkrası ile evin seçimi kocanın yetkisine verilmiştir.

İslâm hukukuna göre herhangi bir sebep yokken kocanın, nafaka mükellefiyetinden kaçınması durumunda kadın kocası adına borçlanabilir. Bu borç kocadan zorla tahsil edilir.¹²⁷ Kocanın bu yöndeki ihmalinden dolayı, aile fertleri sürekli mağdur oluyor ve bütün hukukî yollara başvurulmasına rağmen koca, bu hususta diretiyorsa, mahkeme eşleri aşırı geçimsizlik gereği ayırabilir.

Kadının boşandıktan sonra da bir müddet kocasından ekonomik olarak destek görme hakkı vardır. Çünkü kadın, T.M.K.'na göre 300 gün, İslâm Hukukuna göre ise hamileyse doğuma kadar, hamile değilse dört ay on gün iddet beklemek zorundadır. Bu beklemenin amacı, doğacak çocuğun nesebinin karışmamasıdır. Kadının yeni bir evlilik yapabilmesi için beklemesi gerekli olan bu süre, eski kocadan olan evliliğinden kaynaklandığı için, bu dönemde kadının nafakasını sağlamak eski kocaya aittir.¹²⁸

Kadının boşanmadan dolayı fakir bir duruma düşmesi söz konusu ise kadının isteği üzerine mahkeme, yoksulluk nafakası bağlayabilir. Erkeğin ödemesi gereken bu nafaka, kadının fakirlikten kurtulmasıyla son bulur.¹²⁹ Genelde olumsuz biten bir evlilikten sonra kocanın kadına gerektiği gibi davranmaması, nafakasını zamanında ve uygun bir şekilde ödememesi, çoğu kez söz konusu olmaktadır. Bundan dolayı hukuk sistemleri, kadının haklarını korumada daha dikkatli olmalıdır.

c- Yeniden Evlenme Hakkı: Kadın, kocasından boşandıktan sonra beklemesi gereken sürenin bitimiyle birlikte yeniden evlenme hakkına sahip olur. Bu konuda eski

¹²⁷ H.A.K. 98; T.M.K. md. 187/II.

¹²⁸ Döndüren, a.g.e., s. 240; Karaman, a.g.e., I/382.

¹²⁹ T.M.K. md. 144; Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 251.

Kocasına herhangi bir şekilde fikir danışması veya ondan izin alması söz konusu değildir. Cahiliyye Araplarında yaygın olan bir adete göre kadın boşansa bile kocasının izni olmaksızın yeniden evlenemezdi. İslâm hukuku bu geleneği kaldırarak kadının mağdur olmasını engellemiştir.¹³⁰

C) ERKEĞİN (KOCANIN) HAKLARINI KORUMAK

Erkekler, tarih boyunca, insanlığın kuvvetli ve güçlü kesimini oluşturmuşlardır. Erkekteki fiziki güç, onun kadından üstün olduğunu ve kadınların onlar için varıldığını akıllara getirmiştir. Tarih boyunca hâkim görüşe göre erkek; koruyan, kazanan ve yöneten, kadın ise korunan, tüketen ve yönetilendir. Genel anlayış böyle olunca, kadın-erkek hak ve sorumluluklarının aynı olması düşünülmemişti. Erkek kadının haklarının çatışması mümkün olmamakta, olursa da erkek lehine bu çatışma sona ermekte idi. Bundan dolayı erkeklerin hakları, yine kendileri gibi birileri tarafından ihlal edilmedikçe veya kısıtlanmadıkça erkekler haklarını kullanabilmişlerdi.

Yirminci yüzyılla birlikte kadın hak ve özgürlüklerindeki ilerleme, erkeğin haklarını ihlal edecek noktaya gelmeye başlamıştır. Özellikle boşanma yetkisinin erkekte olmadığı sistemlerde, erkeğin haklarının ihlali daha fazla olmaya başlamıştır. İnsan yapısında olan aşırı uçlara kayarak (ifrat-tefrit) orta yolu (itidal) bir türlü bulamama, son aşırıda kadın lehine gerçekleşmiştir. Bundan dolayı ideal bir hukuk sistemi, tüm insanların haklarını, cinsiyet ayrımı yapmaksızın gözetmek zorundadır. Erkeğin de kadın gibi maddî ve manevî olmak üzere bazı hakları vardır. Bu haklar birbirine benzerlik arz etmekle birlikte, sosyal roller itibarıyla farklılık arzeden noktalar da vardır.

¹³⁰ Bardakoğlu, “Cahiliyye Döneminde Kadın”, s. 255.

1- Manevî Haklar:

a- Kişisel (Şahsî) Haklar: insanı diğer varlıklardan farklı kılan ve yaşadığı müddetçe sahip olduğu bazı haklarının varolduğunu, bu hakların talep etmekle kazanılmayıp kendiliğinden insana verildiğini ve bu haklara şahsî veya kişisel haklar denildiğini daha önce belirtmiştik. Bu haklar, tüm insanlar için aynı olup, evlenmekle bu haklarda bir azalma veya artma olmamaktadır. Bu haklar erkekle kadın için aynı olduğu için, konuyu tekrar ele almaya gerek duymuyoruz.¹³¹

b-Aile Birliğinin Başkanı Olma Hakkı: Erkeği kadına göre öncelikli kılan bazı sebepler vardır: Fizikî olarak kadından daha güçlü olması, ekonomik olarak evin devamını sağlaması, kadının çocuk doğurmak ve yetiştirmek gibi bazı görevlerinden dolayı aile haklarının, dışarıda koca tarafından korunması gibi. Bu öncelikli durum, erkeğin tarih boyunca ailenin reisi olarak kabul edilmesinde en büyük rol oynamıştır.¹³²

Türk Medenî Kanunu, erkeğin aile reisi olduğu fikrini bu yıl yapılan Medenî Kanun çalışmaları sonucunda reddederek eşlerin evin idaresinde eşit oldukları fikrini kabul etmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre kadın, şayet isterse herhangi bir işte çalışma hakkına kavuşmuş olmaktadır. Kadın isterse kendi soyadını taşıma hakkına da bu yeni değişiklikle kavuşmuş olmaktadır.

İslâm hukukunda erkek, ailenin reisidir. Kadın Allah'a isyan olmadığı müddetçe kocasına itaat etmelidir. Karı-koca ilişkileri belirleyen birçok ayet ve hadis vardır. Bir ayette şöyle buyrulmaktadır:

"Allah'ın insanlardan bir kısmını diğerlerine üstün kılması sebebiyle ve mallarından harcama yaptıkları için erkekler kadınların yöneticisi ve koruyucusudur (kavvam). Onun için

¹³¹ Bkz. Yavuz, a.g.e., s. 79.

¹³² Ünal, Asife, *Yahudilik'te Hristiyanlık'ta ve İslâm'da Evlilik*, Kültür Bakanlığı Yay. Ankara 1998, s. 179.

*sâliha kadınlar itaatkârdır. Allah'ın kendilerini korumasına karşılık gizliyi (namuslarını) koruyucudurlar. Baş kaldırmından endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarda yalnız bırakın ve (bunlarla yola gelmezlerse) dövün. Eğer size itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın; çünkü Allah yücedir, büyüktür.*¹³³

Ayette konumuza ışık tutan iki nokta vardır. Erkeklerin bazı yönlerle kadından üstün olması ve bu üstünlüğün kaynağında erkeğin ekonomik gücünün olması. Erkeğin hangi açılardan kadına üstün olduğu sorunu ise, İslâm'ın genel ruhu göz önünde tutulunca çözülmüş olacaktır. Çünkü İslâm, insanların Allah katında eşit olduğunu, üstünlüğün sadece kişisel kazanımlar sonucu elde edilen insan-ı kamil (muttaki) olma vasfıyla olacağını belirtmiştir. Bundan dolayı erkeğin kadından daha üstün olduğu iddiası İslâm'a ait bir düşünce değildir. Yukarıdaki ayette de belirtildiği üzere, erkeği kadından üstün kılan şey, erkeğin ekonomik üstünlüğüdür. Bu üstünlük Allah'ın bahsettiği vasıflardan ileri gelmektedir. Kadının erkeğe itaat etmesini gerekli kılan en önemli faktör, budur. Müslüman bir erkek, ekonomik üstünlüğe sahip olsun olmasın, alacağı kararlarda kadına söz hakkı vermesi, istişareyi emreden bir dinin ferdi olmasından dolayı, gereklidir. Sonuç olarak söyleyebiliriz ki, erkeğin aile reisi olması, her istediğini yapmaya yetkili olduğunu, kadının bu hususta hiçbir söz hakkına sahip olmadığını ifade etmez.

Kadının itaat etmesi, kocasının kendine karşı daha şefkatli ve merhametli olmasına, böylece ailenin daha sağlam ve sıhhatli yürümesine imkân sağlar. Kadın, ekonomik bağımsızlığını kazanmış olsa bile, kocasına itaat ederek ailenin bütünlüğünü ve sıhhatini korumaya çalışmalıdır. Tabi ki bu itaat, meşru sınırlar içinde olup, kadının kendi aslî haklarını yok sayması anlamına gelmez.

Bundan dolayı, küçük de olsa bir topluluk olan ailede bir başkan olmalıdır. Her şeyde tam eşitliğin olması, adaletin

¹³³ en-Nisâ 4/34.

korunmasından ziyade, karışıklıkların ve kavgaların olmasına sebep olur. Bundan dolayı İslâm, evin yönetimini erkeğe vermiş, ona da eşine danışarak (istişare) kararlar almasını emretmiştir.

c- Baba olma Hakkı: Her kadın gibi her erkek de çocuk sahibi olmak ister. Bu insanın en kutsal isteklerinden biridir. Bu, aynı zaman da aslî haklardan biridir. Bundan dolayı erkeğin bu hakkını elde etme konusunda meşru çizgiler içinde yapmış olduğu her çalışma hukuka uygundur. Fakat bazen erkeğin çocuk sahibi olmasına engeller çıkabilir. Bu engellerin kadından kaynaklanıyor olması durumunda erkek ne yapmalıdır?

İslâm hukukuna göre meşru bir sebep olmadığı takdirde, kadının cinsel birleşmekten kaçınması haramdır. Çünkü bu, hem neslin devamı hem de cinsel tatmin için gereklidir. Kadında cinsel bir kusur veya çocuk olmasına engel olan bir eksiklik varsa, İslâm, erkeğe kadını boşamayı değil de ikinci biriyle evlenmeyi tavsiye etmektedir. Çünkü İslâm hukukuna göre böyle durumlarda ikinci bir kadınla evlenmekte hiçbir sakınca yoktur. Çünkü kocayı böyle bir şeyden men etmek, onun aslî haklarından olan baba olma hakkının ihlali olmaktadır.¹³⁴

Türk Medenî Kanununa göre, kadında böyle bir hastalığın veya eksikliğin olması halinde kocanın ikinci biriyle evlenmesi mümkün değildir. Başka bir sebep yoksa boşanmaya da hükmedilmez.¹³⁵ Bu durum, erkeğin gayrı meşru bir yola başvurmasına veya aslî haklarından vazgeçmesine sebep olacaktır ki, hukukun koruması gereken hakları koruyamaması anlamına gelmektedir.

d- Boşama veya Boşanma Davası Açma Hakkı: İslâm hukukuna göre erkek, istemediği biriyle yaşamak zorunda olmayıp bazı ekonomik zararları göze alarak karısının boşayabilir. Erkek, mahkeme kanalıyla da boşanabilir. Bu

¹³⁴ Ferrûh, a.g.e., s. 121.

¹³⁵ Semavî afet olarak kabul edilmiş ve boşanma sebeplerinden sayılmamıştır.

şekilde boşanınca boşanmanın sebep olduğu malî zararlara kadını ortak edebilir.¹³⁶ Türk Medenî Kanununa göre her iki eşinde boşanma davası açma hakkı vardır.¹³⁷

2- Maddî Haklar:

a- Maddî ve Manevî Tazminat Hakkı: İslâm hukukuna göre kocanın boşanmaya sebep olduğu için, kadın aleyhine boşanma davası açma hakkı yoktur. Sadece mahkeme yoluyla boşanıp da kadın suçlu bulunması halinde, en fazla, verdiği/vereceği mehri geri alabilir. Bu miktardan daha fazlasını istemesi meşru değildir. Muhâle'a yapılırken de durum aynıdır.¹³⁸

Fakat Türk Medenî Kanunu, eşlerin birbiri aleyhinde maddî ve manevî tazminat davası açma hakkını vermiştir. 143. Maddenin I. ve II. fıkralarına göre tazminat davası açma hakkı şu şartlara bağlanmıştır: "*Mevcut veya muntazar (beklenen) bir menfaati boşanma yüzünden dolayı kaybetmiş olan taraf, kabahatli taraftan maddî-manevî bir tazminat talebine hakkı vardır.*"¹³⁹

2001 yılında yapılan son değişikliklere göre, kadının ekonomik durumu yerinde ise, erkeğin yoksunluk nafakası talep etme hakkı vardır.

b-Yeniden Evlenme Hakkı: Boşanmayı kabul eden her hukuk sistemi, boşanan eşlere yeniden evlenme hakkını vermiştir. Bu hakkın ilk kez evlenme hakkından hiçbir farkı yoktur. İslâm hukukuna göre erkeğin boşandıktan sonra beklemesi gereken bir süre yoktur. Türk Medenî Kanunu ise boşanmaya sebep olan erkek için en az bir, en fazla iki yıl olmak üzere evlenme yasağı koymuşken 1988 tarihli 3444 sayılı kanun ile bu yasağı kaldırmıştır. Yani bu değişiklikle her iki hukuk aynı noktaya gelmişlerdir.

¹³⁶ H.A.K. md. 130.

¹³⁷ T.M.K., md. 16/II; Tekinay, a.g.e., s. 254.

¹³⁸ Geniş bilgi için bkz. Muhâle'a.

¹³⁹ Tekinay, a.g.e., s. 266; Velidedeoğlu, a.g.e., II/255.

D) ÇOCUKLARIN HAKLARINI KORUMAK

Çocuk hakları, en fazla korunmaya değer haklardır. Çünkü hakların savunma noktasında en aciz olanlar onlardır. Çocuğun haklarını en iyi koruyacak anne-baba olduğundan, hukuk siteminin bu noktada yapacağı en güzel şey, aile birliğini korumasıdır. Şayet aile, huzursuz ve temelinden sarsılma noktasına gelmişse, bu durum çocuğun ruhî ve fizikî gelişimini olumsuz olarak etkileyeceği için, boşanmaya hükmetmek, bu defa çocuğun menfaatini gözetmek olmaktadır.

Boşanma sonrası, çocuk hangi tarafa verilirse versin, çocuğun anne veya babasıyla, ömrünün sonuna kadar iletişim halinde olma hakkı vardır. Çocuğun bir tarafa verilerek diğer eşin görmesine izin vermemek, çocuğun en önemli haklarından birinin ihlalidir. Konumuzla dolaylı olarak ilgili olduğu için ayrıntıya inmeyeceğimiz bu konu, hukukun boşanma konusunda üzerinde hassas bir şekilde durması gereken bir konudur. Hukuk kitaplarında ayrıntılı olarak durulan bu konu, İslam hukukunun hidâne, velayet ve vesayet¹⁴⁰ bölümlerinde, Türk Medeni Kanunu'nun ise nesep hukuku¹⁴¹ (hısımlık hukuku) bölümünde geniş bir şekilde incelenmektedir.

¹⁴⁰ Döndüren, a.g.e., s.275; Karaman, a.g.e., I/394.

¹⁴¹ Velidedeoğlu, a.g.e., II/317; Tekinay, a.g.e., s. 405.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA HUKUKUNDAKİ İHTİLÂFLAR VE SEBEPLERİ

Bugün dünya üzerindeki milletler ve devletler, birbirinden farklı yapıda hukuk sistemlerine sahiptir. Her biri kendi hukuk sistemiyle diğerlerinden ayrılır. Amerika Birleşik Devletlerinin hukuk sistemini İngiliz hukuk sistemine, Avrupa devletlerinin hukuk sistemini ve dolayısıyla İsviçre-Türk hukuk sistemini Roma hukukuna, Müslüman ülkelerin sahip oldukları hukuk sistemlerini ise İslâm hukukuna dayandırmak mümkündür. Dünya hukuk sistemlerini büyük çapta birbirinden ayıran faktör de dayandıkları bu hukuk sistemleridir. Çünkü kaynak durumundaki bu sistemler, farklı yerlerden beslenmişlerdir. Bazısı din menşeli iken, bazısı adet ve geleneklerden vücuda gelmiştir. Dinî karakterli olup olmaları, hukuk sistemlerini birbirinden farklı kılan önemli sebeplerden biri olsa da, bu farklılıkların oluşmasında din, tek sebep olmamıştır.

Aile hukukunun, dolayısıyla da boşanma hukukunun oluşumunda sadece hukukun genel ilkeleri değil, aynı zamanda dinî, ahlakî, sosyal ve ekonomik faktörler de etkili olmaktadır. Boşanma konusunda da farklılıkların oluşmasında bu dış faktörlerin etkisi olduğu için, konunun anlaşılmasında bu faktörlerin izahı faydalı olacaktır.

I- DİNİ FAKTÖRLER

Toplumu derinden etkileyen unsurların başında muhakkak ki din gelmektedir. Din, asırlarca kabul görmüş,

inanç ve alışkanlıkları değiştiren hatta ortadan kaldıran bir güç unsuru olmuştur. Bundan dolayı toplumun bir manada fikir mimarı olan dinler, dolaylı olarak hukuk sistemlerini de etkilemişlerdir. Özellikle *Aile Hukuku*, toplumun değer ve anlayışlarından en fazla etkilenen hukuk alanı olmuştur. Çünkü aile hukuku, toplumda yaşayacak ve toplumun yaşatacağı bir hukuk alanıdır. Bundan dolayı, toplumda yerleşmiş inançlara ters düzenlemeler yapmak, hukuku işlevsiz hale getirecektir.¹ Öyleyse özellikle İslâm hukukunun diğer hukuk sistemlerinden ayrılmasında, ayrıca İslâm hukukçularının kendi aralarında farklı yaklaşımlar sergilemelerinde, dinin etkisi nedir? Önce dinin tanımı, mahiyeti ve din-hukuk ilişkileri hakkında kısa bir bilgi verecek, daha sonra da, dinin ve dinî anlayış farklılıklarının boşanma konusundaki tezahürlerini ele alacağız.

A) Dinin Tanımı ve Mahiyeti:

Din, sözlükte âdet, ceza, mükâfat, hâkimiyet, itaat anlamlarına gelmektedir. Terim olarak birçok tanımı yapılmış olmakla birlikte en kapsamlısı ve kabul görmüş olanı, "İnsanın tabiatüstü mukaddes bir varlığa inanması ve bağlanması" şeklinde yapılanıdır.²

Din ilk insanla birlikte var olmuştur. Din, kutsal olan varlıklara inanma meylinin bir tezahürü olarak tüm toplumlarda görülmüştür. Dinin semavî veya beşerî olması, etkinliğinde bir değişiklik yapmamıştır. Şuan dünya üzerinde üç semavî ve dinlerce de beşerî din varlığını sürdürmektedir.

B) Din-Hukuk İlişkisi:

Dinler, toplumdaki sosyal ve ekonomik farklılıkların yol açabileceği karışıklık ve haksızlıkları engellemek için çalışmış, bu doğrultuda birçoğu ahlakî olmak üzere, normatif kuralları belirlemiştir. Böylece din, ister istemez hukukun alanına gir-

¹ Meselâ, İslâm dinin yasakladığı sütkardeşle evlenme, Türk Medenî Kanununa göre yasak kapsamına alınmamasına rağmen Türk toplumunda sütkardeşle evlilik kabul görmemiştir. Bkz. Velidedeoğlu, a.g.e., II/70.

² Tümer, Günay, "Din", *DİA*, IX/312.

miştir. Bu durum bazen birleşmelere, bazen de çatışmalara sebep olacak şekilde bir etkileşim sürecini başlatmıştır.

Toplumları düzenleyen ilk kaideler dinî karakter taşımaktadır. İlk çağın en gelişmiş hukuk sistemi olan Roma hukukunun eski devirlerinde din kaidelerini görmek mümkündür. O dönemlerde din adamlarının aynı zamanda hukukçu olduğu bilinmektedir. Dinle hukuk aynı amaca yönelik var olan kurumlardır. Fakat hukuk, insanların dünya üzerindeki mutluluğu için çalışırken, din; hem dünya hem de âhiret mutluluğunu sağlamak için kurulmuş/indirilmiştir. Böyle olunca, hukukla din ya çatışmış veya/yada bir birini etkileyerek sentez bir kurum oluşturmuşlardır. İslâm hukuku, Yahudî hukuku ve Kanonik (kilise) hukuk, ikincinin en önde gelen örnekleridir.³

Brahmanizm, Konfüçyüsçülük, Musevilik, Hristiyanlık ve İslâm, hem din olarak varlığını sürdürmüş, hem de bir hukuk sistemi olmuşlardır. Bu dinlerin müntesipleri hukuk sistemlerini oluştururken ya direkt dinî kuralları kullanmışlar ya da dinlerine ters olmayacak şekilde bir hukuk sistemi oluşturmuşlardır.

C) Dinî Faktörlerin Boşanma Hukukuna Etkisi:

Yukarıda zikrettiğimiz gibi, dinin etkisi altına giren tüm hukuk sistemleri, her konuda olduğu gibi, boşanma konusunda da dinî kurallardan etkilenmişlerdir. Boşanma sistemlerini belirtirken de ele aldığımız üzere, boşanmayı yasaklayan hukuk sistemlerinin, bu şekilde bir düzenlemeye gitmesinde dinî kaygılar asıl sebep olmuştur.⁴

Dinî bir karakter taşıyan İslâm hukukunun beşerî hukuk sistemlerinden farklılık göstermesinde, bu karakteri etkili olmuştur. İslâm hukuku, diğer hukuk sistemlerinden ayrıldığı gibi, dinî anlayış farklılıklarından dolayı kendi içinde de farklılıklar barındırmaktadır. Bundan dolayı boşanma merkezli bir değerlendirme yaparak, önce İslâm hukukunun Türk Medenî

³ Karaman, a.g.e., I/10.

⁴ Bkz. Boşanmayı yasaklayan sistem, Giriş, s. 3.

Kanunundan ayrıldığı noktaları, daha soma da İslâm hukukçularının kendi aralarındaki önemli ihtilaf konularını ve sebeplerini ele almaya çalışalım.

1- İslâm Hukukunun Dinî Karakterinin Boşanma Konusundaki Tezahürü:

İslâm hukukunun carî hukuktan farklılık arzettiği ilk ve en önemli nokta, boşanma yetkisinin İslâm hukukunda prensip olarak erkeğe, dolayısıyla kişilerin inisiyatifine, Türk Medenî Kanununda ise mahkeme kararına bağlanmış olmasıdır. Bu farklılığın temelinde dinî metinlerin (nass) ve din büyüklüğünün uygulamaları yatmaktadır.

"Eğer erkek kadını (üçüncü defa) boşarsa, ondan sonra kadın bir başka erkekle evlenip daha sonra boşanmadığı müddetçe onunla evlenemez... " *"Kadınları boşadığınız ve onlar da bekleme müddetlerini bitirdikleri vakit ya onları iyilikle tutun yahut iyilikle bırakın.... "* *"Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak isterseniz... "* *"Kadınları boşayacağınızda, onları iddetlerini gözeterek boşayın ve iddeti de sayın "*⁵ gibi ayetler ve Hz. Peygamber döneminde erkeklerin boşama yetkisine sahip olmaları, İslâm hukukunda boşama yetkisinin erkeklere ait bir hak olarak kabulünde etkili olmuştur.

İslâm dini, iki kişinin kendi istekleriyle meydana getirdikleri bir birlikteliğe yine kendilerinin son verebilmelerini, hukukî açıdan sakıncalı görmemiştir. Kişilerin anlaşarak boşanmaları, ciddi bir problem oluşturmamakla birlikte, boşama yetkisinin sadece erkeğe verilmiş olması tartışma konusu olmaktadır. "Zîrâ, 3444 sayılı kanun değişikliğiyle, Türk Medenî Kanunu, karşılıklı boşanmayı kabul etmiştir. Fakat İslâm hukuku, boşanmayı erkeğin yetkisine vererek, kadının aleyhine olabilecek bir düzenleme yapmıştır. Bu ise hukukun kabul edebileceği bir şey değildir" gibi itirazlar aslında spekülâtif bir tartışmadır. Çünkü İslâm hukuku, sadece hukukî

⁵ el-Bakara 2/226, 228, 229, 230, 234, 236, 237, 240, 241; et-Talâk 65/1, 2, 4, 6; en-Nisa 4/12, 20, 130; el-Mümtahine 60/10, 11.

düzenlemelerle işleyen bir hukuk sistemi değildir. Birçok dinî ve ahlakî kurallar bu hukukun boşluk diye zannedilebilecek alanlarını doldurmaktadır. Bunun kanıtı, boşanmaların İslâm toplumlarında, gayrimüslim toplumlara nazaran daha az olması ve genelde eşlerin anlaşarak boşanmış olmalarıdır.⁶

Türk Medenî Kanunu, bu dinî ve ahlakî kuralları hukukun işleyişi için faydalı görmüştür. Ancak onlardan bağımsız olarak hukukî düzenlemeler yaptığı için, kişilerin bu ahlakî veya dinî kuralları ihlal ederek gereksiz boşanmalara ve eşler arası hak ihlallerine imkân vermemek için bu kurallar yok sayılarak düzenlemeler yapılmıştır. İslâm hukuku, gereksiz boşanmaların olmayacağı düşüncesinden yola çıkarak, kişileri bu noktada tamamen serbest bırakmıştır. Fakat Türk Medenî Kanunu, gereksiz boşanmaların olmaması için boşanmayı hâkimin hükmüne bağlamıştır.

Boşanma konusunda var olan diğer farklılıkların tamamı, boşanma yetkisindeki bu ihtilaftan kaynaklandığı için, bu iki hukuk sisteminin karşılaştırılması dar bir alanda kalmıştır. Mesela, sarhoşun veya şaka ile boşayanın durumunu, boşanmak için kullanılan ifadeler (mecaz, hakikat), boşanmayı şarta veya zamana bağlama gibi ayrıntılı meseleler, karşılaştırılamamıştır. Bu konuların karşılaştırılmasını İslâm hukukçuları arasında yapmak mümkündür.

İslâm hukukunun, Türk Medenî Kanunundan ayrıldığı diğer bir nokta ise, boşanma sebepleridir. Kazâî boşanma dediğimiz hâkimin boşanmaya hükmetmesi, bazı sebeplerin varlığında söz konusu olmaktadır. Birinci bölümde geniş bir şekilde karşılaştırmaya çalıştığımız bu konuda, hukuk sistemleri büyük çapta benzerlik arz etmektedir. Fakat zina ve yüz kızartıcı suçlar İslâm hukuku için boşanma sebebi sayılmaz-

⁶ Nitekim 1255/1839 ile 1294/1875 yıllarını kapsayan Bursa sicillerinde kayıtlı 36 yılda 428 adet boşanma görülmektedir. Bunların 78 (%18)'i erkek tarafından, 348 (%81)'i kadının bir bedel vermesi sonucu anlaşma yoluyla ve 2 (% 0. 5)'i ise mahkeme yoluyla meydana gelmiştir. (Bkz. Abdurrahman Kurt, Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi, Uludağ Üni. Basımevi, Bursa, 1998, s. 57.)

ken, din değıştirme ve kocanın ailenin nafakasını sağlama-
ması ise Türk Medenî Kanununa göre boşanma sebebi sa-
yılmamıştır. Yapılan son değışikliklere göre kadın, erkek ka-
dar ailenin nafakasından sorumlu tutulmuştur. Kocanın ça-
lışmaması veya çalışamaması halinde ailenin nafakasını sağ-
lamak kadının üzerine düşmektedir.⁷

Bu farklılığın sebebinde de aynı şekilde hukuk sistem-
lerinin bütünündeki anlayış farklılığı yatmaktadır. Şöyle ki
İslâm hukukuna göre zina, kul hakkını (hukukul'ibâd) ihlal-
den ziyade, tüm topluma karşı (hukukullah) işlenmiş bir suç
olarak telakki edilmiştir. Konuyu biraz açmak gerekirse şun-
ları söylemek gerekir.

İslâm hukukunda haklar, Allah hakları (hukukullah) ve
kul hakları (hûkulibâd) şeklinde iki kısma ayrılır. Hukukullah;
Allah'ın hakları, Allah'a ait haklar manasında olup, İslâm
hukuk literatüründe, toplum hakları veya amme hukukunu
ifade etmek üzere kullanılır. Hukukullah, kendisiyle Allah'a
yaklaşmak, O'nu ta'zim etmek ve dininin sembollerim (şeâir)
ayakta tutmak veya toplum yararını gerçekleştirmek için ifâ
edilen ve korunan haklardır.⁸

Hukukulibâd ise; kul hakları anlamına gelip, fıkhîta, sırf
kişisel haklar kastedilmektedir. Mesela kişinin alacakları, di-
yet hakkı, telef edilen mal bedelleri gibi.⁹ Allah haklarının
ihlalinin dolayı gereken cezaları ne devlet başkanı ne de
hakları ihlal edilmiş olan kişi veya kişiler düşürebilir. Meselâ,
malı çalman, tecavüze uğrayan veya yolu kesilip malları
çalman kişiler, hırsız veya zânîyi affetme haklarına sahip
olmadıkları gibi, devlet başkanı bu gibi hukukullah sınırlarına
giren hakların ihlalinde ceza indiriminde de bulunamaz.
Çünkü bu gibi suçlar, sadece mağdur edilenin değil, aynı
zamanda toplumun haklarını, yani Allah'ın haklarını ihlal

⁷ T.M.K., md. 151.

⁸ Ünalın, Abdulkerim, "Hukukullah", ŞİA, III/139.

⁹ Ünalın, a.g.m., III/138.

sayılır.¹⁰

Bu açıklamalardan sonra daha iyi anlaşılacağı üzere, bir eşin zina etmesi, diğer eşin hukukunu ihlal etmekten ziyade, tüm toplumun haklarını ihlal olduğu için, diğer eşe affetme veya bu suçtan dolayı boşanma davası açma hakkı verilmez. Boşanmanın özel sebeplerinden zina ele alınırken¹¹ belirtildiği gibi, İslâm'ın zina cezasına vermiş olduğu ceza, yeterince caydırıcı olduğu için, ayrıca bu suçtan dolayı, diğer eşin talebi olsa bile boşanmaya hükmetmek gerekli görülmemiştir.

Boşanma konusunda İslâm hukuku ile Türk Medenî Kanununun, sırf dinî faktörlerden kaynaklanan hukukî farklılıkların bunlardan ibaret olduğunu, diğer farklılıkların ise bundan sonra ele alacağımız diğer faktörlerin etkisiyle meydana geldiğini söyleyebiliriz. Fakat İslâm hukukçularının kendi aralarında ihtilaf etmelerine sebep olan etkenler, daha derin ve daha karışıktır. Daha çok ilk dönem hukukçuları ile son dönem hukukçularının arasında meydana gelen farklılıkları ele alarak konuyu fazla genişletmeyeceğiz.

2- Dinî Anlayış Farklılıklarının Boşanma Konusuna Etkisi:

İslâm hukukçularının boşanma konusunda ihtilafa düşükleri birçok konu vardır. Fakat bu ihtilaf konuları, genelde küçük ve önemsiz konulardan ibaret olduğu için, köklü bir ayrını meydana getirmemiştir. Bu konuda Hanefîlerin genelde diğer üç mezhepten ayrıldığı görülmektedir.¹² Fakat bu farklılıklar boşanma sistemlerinde yeni bir ekol oluşturacak çapta değildir. Günümüz insanım çok yakından ilgilendiren ihtilaflar olmadığı için bu ihtilaf konularını ayrıntılı olarak ele almayı gerekli görmedik. Günümüzü ilgilendiren önemli me-

¹⁰ İslâm Hukukunun tasnif ve taksimi için bkz. Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I/20-21

¹¹ Gnş.Bil. bkz. Boşanmanın Özel Sebeplerinden Zina.

¹² Mükrehin, sarhoşun Talâkı, kazaî boşanma nedenleri, mefkudun karısının beklemesi süresi vb.

selelerin başında, üç talâkın birden kullanılıp kullanılmayacağı meselesi gelmektedir. Bu konu hem ilk dönemi hukukçuların hem de son dönem ilim adamlarının tartıştığı bir meseledir. Konunun tahlilinde dinî anlayış farklılıkları kadar, sosyal ve ekonomik faktörlerin de önemli olduğunu düşündüğümüzden, konuyu ilgili kısımda ele almayı uygun gördük.

Daha önce hukukçular tarafından tartışma konusu edilmediği halde, son yüzyılda tartışılan en önemli konulardan biri de İslâm'ın boşama yetkisini erkeğe verip vermediği meselesidir. Bazıları, dinin boşama yetkisini erkeğe verdiğine dair herhangi bir emrin olmadığını savunurken, bazıları ise, biraz daha itidalli yaklaşarak, sûistimal olmadığı müddetçe, bu yetkinin erkeğe verildiğini savunmuşlardır.

Erkeğin boşama yetkisine sahip olmasını sosyal yapıyla izah eden ve İslâm hukukunun konuyla ilgili naslarının ve uygulamalarının, sonradan yanlış anlaşıldığını ileri süren Âmine Wedûd Muhsin, dinî metinlerin anlaşılmasında o dönemin sosyal realitelerinin dikkate alınmamasının, bu yanlış anlayışın asıl sebebi olduğunu söylemektedir. Uzun uzun tahliller yapan A. W. Muhsin, konuyu birçok açıdan ele almıştır. Boşanma konusundaki nasların yanlış anlaşılmasıyla ilgili olarak şunları söyler:

*"Vahyin indirildiği dönemde varolan uygulamaların ışı-
ğında bakıldığında, boşamanın bu şekilde yapılması anlaşılır
bir şeydir. Zira sadece müslümanlar için değil, tüm milletler
için durum böyledir. Fakat Kur'ân'da boşanmanın tek taraflı
olarak ve bunun da sadece koca tarafından yapılabileceğine
dair herhangi bir işaret yoktur. ... Kur'ân kocalarını boşayan
kadınlara hiç deyinmez. Bu durum daha sonraları kadınla-
rın kocalarını bırakamayacağı şeklinde bir yoruma yol aç-
mıştır. Aslında sonradan varılan bu yorum, İslâm öncesi
dönemdeki adetlere de aykırıdır. Zira o dönemde bir kadı-
nın, bir erkekle olan evlilik birliğini sona erdirmek istediğin-
de, çadırının girişini başka bir yöne çevirmesi yeterliydi. Kur
'ân 'da boşama hakkının tamamen kadınların elinden alın-*

*ması gerektiğini belirten herhangi bir işaret yer almamaktadır...*¹³

Bu konuda benzer yaklaşımların birçok ilim adamı tarafından da dile getirildiği görülmektedir. Boşama ile ilgili ayetlerde (sadece biri Hz. Peygamber'e hitap olmak üzere iki ayette kocanın bu yetkiye sahip olduğu belirtilmiştir) hitap çoğul olup ümmetin tamamına yöneliktir. Bundan dolayı boşama yetkisinin erkeğe verildiğini iddia etmek çok doğru değildir. Aynı şekilde Kur'ân'da evlenmeğe dair tüm ayetlerde¹⁴ hitap erkeğe olmasına rağmen kadının rızası olmaksızın yapılacak evliliğin caiz olmadığı bütün hukukçular tarafından kabul edilmektedir. Kur'ân'ın tamamı dikkate alınınca boşanmayla ilgili olan bu ayetlerden boşanmanın erkeğe verildiğini iddia etmek, tenakuz sayılır. Bundan dolayı, erkeğin iki dudağı arasından çıkacak bir kelimeyle bütün ailenin hayatını altüst edebilecek bir karar vermek, hakların ihlali açısından yeniden değerlendirmelidir.¹⁵

Öyleyse boşanmak isteyen ister erkek ister kadın olsun, bir anlık sinirle ağızdan çıkacak bir kelimeyle aile birliğine son vermek doğru değildir. İslâm'a göre güzel bir şekilde boşanmak emredildiği için, diğer eşi çok kötü bir durumda bırakacak şekilde boşamak meşru ve muteber olmamalıdır. Bundan dolayı boşanmak isteyen tarafın, diğer eşinde razı olacağı şekilde boşanması gerekir.

Gerçekten geçinemedikleri¹⁶ halde eşlerden birinin boşanmamakta diretmesi söz konusu olunca, yapılacak iş, boşanma isteğini hâkime iletmek olmalıdır. Ancak boşama yetkisi hâkime de verilmemeli, bu yolla aile mahremiyet ve sırları mahkeme salonlarına taşınmamalıdır. Hâkim, Kur'ân'm

¹³ Wedud-Muhsin, a.g.e., s.123.

¹⁴ el-Bakara 02/102, 201, 228, 230, 232, 235; en-Nisâ 04/35, 19, 22, 26, 78, 81, 82, 83; el-Araf 07/189, 190; en-Nûr 24/3, 32, 33; er-Rum 30/407; el-Ahzab 33/37; el-Mümtehhine, 60/10, 12.

¹⁵ Erdoğan, "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Sorunu" s. 146.

¹⁶ en-Nisâ 04/34.

emri üzere, her iki aileden birer tane hakem tayin etmeli,¹⁷ gerektiğinde her iki ailenin tasvibini kazanmış saygın bir zat da bu heyete dahil edilmelidir.¹⁸ Aileden olan veya eşleri yakından tanıyan, onların sırlarına vâkıf olan yahut olmasında bir sakınca görülmeyen bu heyet, eşlerle teker teker, sonra bir araya getirerek meseleyi müzakere eder ve sonunda bir karara varır. Şayet evliliğin devamına engel olacak bir durumun olmadığı, aralarında ki problemlerin çözülebilir olduğu, boşanmanın her iki taraf için de zararlı olduğu kanaatine varılınca, mahkeme eşlerin boşanma taleplerini reddeder.¹⁹ Fakat eşlerin boşanmaları her iki taraf için de faydalı olacaksa mahkeme resmen bunu tescil ederek birbirinden ayırır.

Bu düşünce, on dört asırlık İslâm hukuk geleneğinin iptali anlamına gelmiyor mu? Bu soruya M. Erdoğan, şöyle cevap vermektedir. *"Bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesi İslâm fıkına kesinlikle ters değildir. Şayet fıkıh hali hazırda uygulamada olsaydı, şimdiye kadar çoktan bu aşamaya gelinirdi. Zîrâ Osmanlı Aile Hukuk Kararnamesi'nde klasik fıkıh anlayışına, daha doğrusu uygulamada olan dört mezhebe göre yeni sayılan birçok hüküm bulunmaktaydı. 1340/1924 tarihli Cumhuriyet döneminde hükümetçe meclise gönderilen, meclisçe Adliye Encümenine havale edilen ve orada uzun süre tutulmak suretiyle kanunlaşamayan Hukuk-ı Aile Layiha-i Kanuniyyesi'nde ise, boşama yetkisi kocada ibka edilmekle birlikte ikâi (kullanımı) hâkimin iznine, yahut heyet-i hakemiyyenin huzuruna bağlanmıştır. Eğer bu süreç devam etseydi, nihaî adımda kanaatimizce bu yetki, sırf bu amaç için oluşturulacak bir mahkemeye verilecek ve bu mahkeme de oluşturacağı aile meclisleriyle bu işleri yürütecek ve karara bağlayacaktı."*²⁰

Bu düşüncelere göre erkeğin ağzından çıkan talâk söz-

¹⁷ en-Nisâ 04/35.

¹⁸ H.A.K., md. 130.

¹⁹ Ateş, a.g.m, s. 265.

²⁰ Erdoğan, "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Konusu", s. 147.

leri, ne kadar kesinlik ve çokluk bildirirse bildirsın, hiçbir şey ifade etmemektedir. Kullanılan kelimelerin mecaz veya hakikat olması, şaka veya cidden söylenmiş olması, sarhoşken veya değilken boşaması, mahrem birine benzetmesi, boşamayı zamana veya başka bir şeye ta'lik (şart) etmesi, her hangi bir sonuç doğurmamaktadır.²¹

Bu iddialar, bazı açılardan eleştirilere açık olsa da, önemli bir konunun altı çizilmektedir: Mevcut hukukî düzenlemelerin, İslâm'ın genel ruhuna ve amaçlarına (mekâsid) ters düşmeyecek şekilde olması gerektiği, toplumsal değişimin hukukî değişimi de zorunlu hale getirdiği gerçeğidir. Bu zorunluluğun tarihte birçok örneklerini görmek mümkündür,²² İslâm dünyasındaki görülen bu farklı yaklaşımlar, dinî nasların farklı anlaşılması veya yorumlanmasından ziyade, İslâm'ın değişmeyen prensiplerinin, değişen şartlar içinde, bu farklı fikirlerin söylenmesini zorunlu hale getirmesinden kaynaklanmaktadır.

II- AHLÂKÎ FAKTÖRLER

A) Ahlâkın Tanımı ve Mahiyeti

Arapça bir kelime olan *ahlâk*, seciye, tabiat, huy anlamlarına gelen, "*hulk*" kelimesinden türemiş bir kelimedir. İstilahta, "bir toplum içinde kişilerin benimsedikleri, uymak zorunda bulundukları davranış biçimleri ve kuralları" olarak tanımlanır.²³

İnsanlar çok eski zamanlardan beri toplum içinde kendilerini maddî ve manevî bir takım görevlerle sorumlu hissetmişlerdir. Bu görevler, önce insanların kendine karşı, sonra da başkalarına karşı olan vazifelerdir. Bunlardan birincisine ait kurallar, sübjektif ahlaka, ikincisine ait kurallar ise objektif ahlaka konu olmuştur. Bu kural ve görevler, çok eski devirlerden başlayarak toplumun bünyesinde kökleşmiş olan bir

²¹ Cârullah, a.g.e., s. 100; Atay, a.g.e., s. 16.

²² Erdoğan, *Ahkâmın Değişmesi*, s. 161.

²³ Çağrıci, Mustafa, "Ahlak", *DİA.*, II/1; Erdoğan, *Fıkıh Sözlüğü*, "Ahlak", s. 8.

takım adet, görenek ve dinî inanışların etkisiyle oluşan kabullerden ibarettir.²⁴

B)Hukuk-Ahlak İlişkisi:

Ahlak kuralları da dinî kurallar gibi toplumun düzen ve huzuru için var olan ve hukuku yakından ilgilendirmektedir. Çünkü hukuk, dinî kurallar gibi topluma mal olmuş ahlakî kurallardan beslenmektedir. Objektif (nesnel) ahlak, hukuk kuralları gibi insanın, toplumdaki diğer bireylere karşı ödevlerini içerir. Bu kurallar yazılı olmadığı için biçimsel bakımdan hukuktan farklı olmakla birlikte, gene de ahlak ile hukukun örtüştüğü, hatta özdeşleştiği durumlar vardır. Toplumun genel ahlak görüşlerine ve toplumsal vicdana uygun düşmeyen hukuk düzenlemeleri, kendilerinden beklenen toplumsal işlevi yerine getiremeyeceğinden uzun ömürlü olamaz. Ahlak ve hukuk kuralları arasındaki özdeşlik kimi zaman çok belirginleşir. Bilhassa ceza hukukunun yasakladığı ve ceza tehdidi altına aldığı fiillerden çoğu, yalnız hukuka aykırı değil, aynı zamanda ahlaka da aykırı fiillerdir. Başkasını öldürmek, çalmak, iftira atmak hukuk tarafından cezalandırılmış olmakla birlikte, toplumun ahlakî vicdanı tarafından da fena görül-müştür, fakat ahlak, yazılı olmayıp kural koyucunun ve taşıyıcısının, devlet yerine bizzat fertler olması, onu hukuktan en belirgin ayıran özelliğidir.²⁵

Hukukla ahlak arasındaki diğer önemli fark ise, müeyyidedir. Hukuk kurallarının çiğnenmesi halinde ceza söz konusu iken ahlak kuralları için böyle bir durum söz konusu değildir. Şayet ahlakî kurallar devlet tarafından hukuk kuralı haline getirilirse o takdirde durum farklı olur. Zaten ahlak kurallarının devlet tarafından kontrol altına alınarak, ihlali halinde cezalandırma söz konusu olunca, bu kurallar artık ahlak kuralı olmaktan çıkıp hukuk kuralı olarak kabul gö-

²⁴ Karaman, a.g.e., I/12.

²⁵ Anabiritannica Genel Kültür Ansiklopedisi, Ana Yayıncılık, İstanbul, 1993, "Ah-lâk" maddesi, I/201.

rür.²⁶

C)Boşanma Hukukunu Etkileyen Ahlâki Faktör- ler:

Aile hukukunu şekillendiren kuralların başında, ahlaki olanları gelmektedir. Özellikle evlenme-boşanma gibi toplumda her an var olan alanlarda, bu etkileşim daha da belirgindir. Hukuk-ahlak ilişkisi sadece bu tarzda değildir. Ayrıca hukuk, bazı hususları ahlak kurallarına bırakmıştır. Çünkü aile içi ilişkiler gibi, dışardan müdahalelere açık olmayan alanlarda, hukukî düzenlemelere gitmek zor olmaktadır. Karı-koca veya ebeveyn-çocuk arası ilişkiler, duygusal bir atmosferde oluşan ve menfaate dayanmayan ilişkilerdir. Anne-baba için çocuklar, dünyanın en değerli varlıklarıdır. Aynı şekilde bir eş, diğeri için en az çocukları kadar değerlidir. Bu kadar hassas bir noktada dışardan yapılacak müdahaleler, çoğu kez gereksiz ve faydasız olacaktır. İster dinî karakterli olsun ister olmasın, tüm hukuk sistemleri, aile hukukunda ahlakî değerlere oldukça yer vermiştir. Meselâ Türkiye Cumhuriyetinin ilk hukukçularından biri olan Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, aile hukuku için şunları söylemiştir: " Aile hukuku, *Medenî Hukuk içerisinde, ahlakî unsurları en çok kapsayan kısımdır. Bu da tabiidir; Zîrâ aile kurumu aynı zamanda sosyal ve ahlakî bir kurumdur. Bunu bir hukuk kurumu olarak ele alan ve düzenleyen kuralların, toplum içindeki ahlakî görüş ve düşüncülerden etkilenmemesi ve bunları yansıtmaması imkân dışıdır. Mübalağaya kaçmadan denilebilir ki, aile kurumu hukukî olmaktan çok ahlakî bir kurumdur. Zîrâ taraflar, bunu sürdürecektir ahlaki şartlardan yoksun oldukları takdirde, bu kurumu sadece kanun kurallarıyla ayakta tutmanın imkânı yoktur.*"²⁷

Ahlakî değerlerin en kuvvetli olduğu toplumlar, daha ziyade dinî eğilimlerin canlı olduğu toplumlar olduğuna göre,

²⁶ Fazlurrahman, " İslâm'da Hukuk ve Ahlak", *İslâmî Yenilenme, Makaleler I*, (Çev: Adil Çiftçi), Ankara Okulu Yay. Ankara, 2000, s. 124-139.

²⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., II/11.

İslâm hukukunun ahlakî değerlere daha çok atıfta bulunması doğaldır. Ahlakî kuralların bir çoğu, aynı zamanda dinî kuralardır.

1- İslâm Hukukunun Ahlakî Karakterinin Boşanma Konusundaki Tezahürü

Boşama yetkisini eşlerin inisiyatifine bırakmış olması, İslâm hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran en belirgin özelliğidir. Belki bu durumu, ilk dönemlerde devlet yapısının yeterince oturmamış olması ve yargı kurumlarının yetersizliğiyle izah etmek mümkündür. Fakat İslam dünyasında boşanmaların hala aynı tarzda olması, bu izahı tatminkar kılmamaktadır. Kanaatimizce bu durum, tarihî realiteler göz ardı edilmeden, İslâm dinini bir bütün olarak değerlendirmekle ancak anlaşılabilir.

İslâm, bir hukuk sistemi olarak değerlendirilmeden önce, bir din olarak değerlendirilmelidir. İslam'da var olan, ahiret inancının doğal sonucu olarak, ceza ve mükafat sadece dünya ile sınırlandırılmamıştır. İnsanlar, dünyevî cezalarla ziyade, uhrevî cezalarla suç işlemekten caydırılmaya çalışılmıştır. Hukukî açıdan suçsuz kabul edilmenin, cezadan kurtulmak için yeterli olmadığını bildirmiştir. Bu canlı ahiret inancı, kişileri, hukuken tespit edilemeyen suçları işlemekten alıkoymaktadır. Mesela İslâm hukukuna göre geçici evlilikler meşru kabul edilmemiştir. Fakat kişilerin asıl niyetlerini tespit etmek mümkün olmadığı için, ileride boşanmak niyetiyle evlenen kişilerin evliliklerine, bu niyetlerini açıklamadıkları müddetçe engel olunamaz. Hukuken muteber kabul edilse bile yapılan bu evlilik, dini açıdan caiz değildir. Aynı şekilde gereksiz evlilikler dinen caiz değilken hukuk bunu meşru kabul eder. Kısaca denilebilir ki, *İslâm hukuku, Allah inancı kuvvetli olan bir toplumda hakkıyla uygulanabilir.*

Daha önce belirttiğimiz gibi,²⁸ boşanma hususu, ahlakî normlarla çepeçevre kuşatılmıştır. Bu ahlakî normlar, aile içi ilişkileri düzenleyici ve boşanmayı oldukça azaltıcı bir rol

²⁸ Gnş. Bil Bkz. İslâm Hukukunun Aile Birliğini Koruyucu Tedbirler Alması.

oynar. Boşanma yetkisinin kişilerin inisiyatifine bırakılmasına rağmen, boşanmaların fazla olmaması, müslüman toplumlarda varolan ahlakî yapının etkin bir yaptırım gücüne sahip olduğunu göstermektedir. Bu ahlakî yapıdan dolayı, evlilik ve boşanmanın sûistimale uğraması ender bir durumdur. İkinci bölümde de belirttiğimiz gibi, sünnete uygun boşanma kurallarının büyük bir kısmı, devlet tarafından kontrol edilemeyecek türden kurallardır. Meselâ boşama anında kadının hayızdan uzak bulunması veya boşanmanın cinsel temasın olmadığı bir temizlik döneminde olması gibi. Kocanın bu hususlara dikkat etmeden karısını boşaması, hukukun değil, dinî-ahlakî kuralların çiğnenmesi anlamına gelmektedir.²⁹ Bu kuralların toplumda gücünü kaybetmesi ile boşanmaların arttığı görülmüştür.³⁰

İslam dünyasında ortaya çıkan farklı yaklaşımların kaynağında da, toplumda meydana gelen bu ahlaki bozulmayı aramak yanlış olmaz. İslâm hukuk literatüründe kullanılan şekliyle fesâdu'z-zamân terimini tahlil ederek ahlakî değişimin boşanma konusundaki yansımalarını ele almaya çalışalım.

2- Ahlakî Bozulmanın Boşanma Hukukunda Yeni Fikirlerin Çıkışına Etkisi:

Fesâd, Arapça'da masdar olarak "bozulmak, çürümek, sağ duyudan sapmak" anlamlarına gelmektedir. İsim olarak da, "zulüm, çalkantı, düzensizlik, kuraklık, kıtlık" anlamlarına gelmektedir. Fesâd kelimesi "zaman" kelimesiyle birlikte kullanılınca, toplumda meydana gelen dinî, siyasi, ahlakî, ekonomik vb. bozukluklar kastedilmiş olur.³¹

Zamanın bozulması ifadesi sahabe döneminden itibaren

²⁹ Ubâde b. es-Sâmit, "Dedem bir hanımını bin Talâkla boşadı. Gidip Rasulullah (s.a.s.)'e durumu haber verdim. Buyurdu ki: Deden Allah'tan korkmadı mı? Onun üç boşama hakkı var. 997'si ise haddi aşmak ve zulümdür. Allah, dilerse onu cezalandırır, dilerse bağışlar, dediğini haber verdi." Darekutnî, IV/20; Şaltut- Sayis, a.g.e., s. 16)

³⁰ Müslim, Talâk, 15; Hz. Ömer döneminde boşanmaların artması ile ilgili olarak bkz. Erdoğan, *Ahkâmın Değişmesi*, İFAV. Yay. 3. Baskı, İst., 1994, s. 172.

³¹ Apaydın, Yunus, "Fesad", *DİA*, XII/421.

kullanılan bir tabirdir. Bu tabirle, insanların sahip oldukları ahlakın bozulması, takva ve başkalarının haklarına saygının zayıflaması veya yok olması, dinî duygu ve aksiyonların zayıflaması, değerlerin bozularak sorumluluk duygusunun kalmaması, zulmün artması ve yöneticilerin hak ve adaletten ayrılması kastedilmiştir.³²

Ahlakî değerlerin, İslâm'ın ilk dönemlerinden itibaren bozulmaya başladığı görülmektedir. Özellikle tabiîn döneminde dinî-ahlakî değerler toplumda itibar görmez olmuştur. Muhâle'a yapmak için Hasan el-Basrî'ye (ö. 110/718) gelen bir kadına; O "Hayır yapma! Çünkü Hz. Peygamber, (as.) *"Kocasından gereksiz yere zorla ayrılan kadın münafıktır"* buyurmuştur" deyince kadın, "Allah'a yemin ederim ki sabredeceğim." der. Kadın uzaklaşınca Hasan el-Basrî: "Kendisine ulaşan bir hadisten dolayı, hoşlanmadığı bir şeye sabredek bir kadının yeryüzünde halen bulunabileceğini sanmıyordum." diyerek hayretini ifade eder.³³ Hz. Peygamber'den bir asırlık bir süre sonra meydana gelen bu dinî ve ahlakî bozulma, asırlar geçtikçe daha da artmıştır. Bunun doğal sonucu olarak da müslümanlar yeni hukukî düzenlemelere gitmek zorunda kalmışlardır. .

İslâm hukukunda evlilik ve boşanmalar kişilerin iradelelerine bırakıldığı için, toplumda oluşacak ahlaki bozulmalar, öncelikle evlenme ve boşanmalarda kötü sonuçlar doğurmuştur. Böyle bir durumda devletin bu alana müdahalesi zorunlu olacaktır. Bu düşüncelerden yola çıkan bazı ilim adamları, İslâm hukukunda da boşanmaların mahkeme eliyle yapılmasının daha olacağını savunmuşlardır. Gün geçtikçe sesi yükselen bu fikir, şöyle temellendirilmeye çalışılmaktadır:

İslâm hukukunun genel ilkelerinden biri olan ve Mecelle'de yer alan *"zamanın değişmesiyle hükümlerin değişeceği ilkesi inkar edilemez"* maddesi, zamanla toplumda meydana

³² Bkz. Erdoğan, *Ahkâmın Değişmesi*, s. 153; Bayraklı, a.g.e., s. 131.

³³ Muhammed Edip Salih, *en-Nuzûmu'l-İktisadiyye*, s. 67'den naklen bakınız, Erdoğan, *Ahkâmın Değişmesi*, s. 33.

gelen değişimlerin hukuku da etkileyeceğinin kabul edilmesi anlamına gelir. Bu maddeye göre mevcut hukukî düzenin topluma cevap verememesi halinde hukuk, bazı değişikliklerle gitmek zorundadır.³⁴ Çünkü hukukun genel gayesi, toplumunun düzenini gözetmek, toplumu ve toplumu oluşturan fertlerin haklarını korumak olduğuna göre, bu gayelerin sağlanmasına yönelik zamanla yeni düzenlemeler yapmak gerekli olmaktadır.³⁵ Şatîbî'nin de dediği gibi, hükümler iki kısım: *vesâil/araçlar* ve *mekâsıd/amaçlar*: Vesâil dediğimiz hükümler, asıl amaç olmayıp sadece amaçlara ulaşmak için kullanılan araçlardır. Şayet mevcut araçlarla asıl amaçlara ulaşamıyorsa, o zaman yeni araçlar bulmak mümkün ve caizdir.³⁶ Zira Mecellenin kanunlaştırdığı bu prensipten kasıt da budur.

Bu bilgiler ışığında boşanma konusunu değerlendirirsek, boşanmanın erkeğe verilmesi asıl amaç değildir. Bu yetkinin erkeğe verilmesi sosyal ve ekonomik şartların gereğidir. Yoksa kadının ehliyetsizliğinin bir sonucu değildir. Ayrıca kadının boşama hakkı dolaylı yollarla da olsa vardır. Bu durum onun bu konuda yetkili olabileceğini göstermektedir. Zaten kadın-erkek, Allah katında eşit yaratılmış farklı cinsiyetten insanlardır. İslâm'ın kadını erkeğe kıyasla daha düşük bir varlık kabul ettiğini söyleyen hiçbir müslüman ilim adamı yoktur. Bundan dolayı konjonktür gereği kadına da boşanma hakkı verilebileceği gibi, her ikisinden de almak mümkündür. Çünkü asıl amaç boşama yetkisine sahip olmak değil, eşler arası adaletsizliğe ve haksızlığa engel olmaktır.³⁷ İlk dönemler boşama yetkisinin erkeğe verilmesi bu amaca uygunluk arz ettiği için her hangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Fakat günümüzde bazı ilim adamları tarafından boşama yetkisinin kocadan alınarak resmi mercilere verilmesinin daha isabetli

³⁴ Erdoğan, *Ahkamın Değişmesi*, s. 4-5.

³⁵ İbn Aşûr, Tahîr, *İslâm Hukuk Felsefesi*, İklim Yayınları, İstanbul, 1988, s. 129.

³⁶ Şatîbî, Ebu İshak, *el-Muwâfakât*, (Çev. Mehmet Erdoğan), İz Yay., İst., 1999, II/18.

³⁷ Erdoğan, "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Sorunu", s. 149.

görülmesi³⁸ asıl amaca bu şekilde daha kolay ulaşılacağını düşünmelerinden kaynaklanmaktadır.

Zamanın değişmesiyle hükümlerde meydana gelen değişimin birçok örneğini İslâm hukuk tarihinde görmek mümkündür. Daha önce resmi bir müdahaleye gerek duyulmadığı halde toplumdaki ahlakî bozulmanın zorunlu sonucu olarak, fetva kurumunun resmileştirilmesi, şahitlerin tezkiye edilmesi, tek hâkim sisteminden toplu hâkim sistemine geçilmesi, ak-raba ve eşlerin birbirini hakkında şahitliklerinin kabul edil-memesi, mülkiyet hakkının kullanımına sınırlama getirilmesi, iktisadî hayattaki ahlakî bozulmadan dolayı hisbe teşkilatının kurulması, borçlunun ipotek (hacr) edilmesi, kadınların mes-cide gelmelerinin engellenmesi, zanaatkarın sebep olduğu zararı tazmin zorunluluğunun getirilmesi, bu örneklerin sade-ce birkaçıdır.³⁹

Aile içi ilişkilerdeki görülen bozulmaların sonucunda da bazı tedbirler alınmıştır. Mesela mehrini tam olarak ödediği halde, kocanın karısını istediği beldeye götürmesine engel olunmuştur. Daha önceki uygulamalara göre, kişi karısını istediği yere götürebilmekteydi. Çünkü ayette, "...kadınları gücünüz nispetinde, oturduğunuz yerde oturtun"⁴⁰ buyrul-maktadır. Bu ayet doğrultusunda koca istediği her yere karı-sını götürebilmekteydi. Fakat sonra gelen alimler, ahlakın değiştiğini, zulmün arttığını, pek çok erkeğin karılarını akra-balarından uzak bir beldeye götürdüklerini ve onlara kötü muamele ve zulmettiklerini görmüşler ve kadının, bütün mehri ödenmiş olsa bile, gurbet diyarına gitmesi için zorla-namayacağına dair fetva vermişlerdir. Fakat bu uygulama da sûistimale uğradığı için, Hukuk-ı Aile Kararnamesi eski hükme geri dönmüştür.⁴¹

Hem ülkemizde hem de diğer müslüman ülkelerde boşanma konusunda var olan yeni yaklaşımları, toplumdaki

³⁸ Bkz. Erdoğan, "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Konusu", s. 138-199.

³⁹ Erdoğan, *Ahkamın Değişmesi*, s. 159.

⁴⁰ et-Talâk 65/6.

⁴¹ H.A.K., md. 71.

dinî-ahlakî bozulmalara bağlamak mümkündür. Bu eksikliklerin sonucu kadının mağdur olduğu boşanmalara engel olmak için, bu yetkinin mahkemeye verilmesini istemektedirler. Gerçi boşama yetkisinin hâkimin kararma bağlanması boşanmaları azaltmasa da⁴² haksızlıkların önlenmesi için faydalı olacağını düşünmektedirler.

III- SOSYAL VE EKONOMİK FARKLILIKLAR

Aile hukukunu etkileyen diğer bir faktör de toplumun sosyal ve ekonomik yapısıdır. Hukuk sistemleri, toplumdaki sosyal ve ekonomik değişimi göz önünde bulundurarak hukukî değişikliklere gitmek zorundadırlar. 1926 yılında kabul edilen Türk Medenî Kanununun aradan bir asır bile geçmeden, bu denli köklü bir değişime uğramasının sebebi, toplum bünyesinde meydana gelen değişimdir. Özellikle kadının ekonomik bağımsızlığını kazanması, aile hukukunun cehresini değiştirmiştir.

İlk ve orta çağda, tüm hukuk sistemleri, erkeği evin reisi olarak kabul edip boşama yetkisini ona verirken, günümüz hukuk sistemlerinin çoğu, evin idaresinde, kadını erkeğe eşit tutmuş, boşamayı da hâkimin hükmüne bağlamıştır.

Giriş kısmında geniş olarak ele aldığımız üzere, ilk ve ortaçağ hukukları, kadına hemen hemen hiçbir hak tanımamakta idi. Kadının mülk edinme hakkı yoktu. Kadının yönetime iştiraki mümkün değildi. Erkek, toplumun savaşan ve kazanan kesimini, kadın ise korunan ve tüketen kesimini oluşturuyordu. Bundan dolayı kadın, özellikle göçebe yaşayan milletler için, askerî ve ekonomik zarardan başka bir şey değildi. Bu açıdan bakılınca Cahiliye Araplarının kız çocuklarını istememelerini anlamak daha kolay olacaktır.⁴³

Böyle bir sosyal yapı içinde ortaya çıkan İslâm, kadına sosyal ve ekonomik birçok haklar veriyordu. Kadınlar kendi-

⁴² 1900-1941 yılları arasındaki boşanma oranları için bk. Velidedeoğlu, a.g.e., II/225

⁴³ Bkz. Abd el-Âtî, a.g.e., s. 18.

lerine verilen bu sosyal, ekonomik ve siyasî hakları, İslâm'la şekillenen yapı içinde, azamî derecede kullanabiliyorlardı. Mesela sosyal hayatın merkezi olan Mescid-i Nebvî, Hz. Peygamber döneminde hem kadınların hem de erkeklerin günde birkaç kez hazır bulundukları bir yerdi. Bu, sosyal hayata iştirak edebilme hakkı demekti. Bu hakkı onlara İslâm vermişti. Fakat sosyal hayattaki cahiliyye dönemini hatırlatan değişimler, kadının bu sosyal hakkını elinden almıştı.⁴⁴ İslâm'ın getirdiği noktadan geriş anlamına gelen bu durumun örneklerini arttırmak mümkündür.

İslâm'ın kadınlara vermiş olduğu bu haklar, toplumda var olan ve İslâm'dan sonra da tamamen yok olmayan gelenek ve sosyal anlayışlardan dolayı, müslümanlar tarafından gerektiği gibi savunulmamış ve yaşatılmamıştır. Ortaçağda hâkim olan bu kadın anlayışı, sanayi ihtilaline kadar devam etmiştir. Sanayi ihtilali ile başlayan ekonomik dengelerdeki değişim, Rönesans ve Reformla birlikte düşünce boyutunda da kendini göstermeye başlamıştır. Kadınların, erkekler gibi ticarî ve sosyal hayata iştirak etmelerinin gerekli olduğu savunulmuş, siyasî ve sosyal birçok haklar verilmeye başlanmıştır. Kadınlara verilen bu haklar, bazı feminist hareketlerle daha da genişletilmiştir.⁴⁵

20. yy.la birlikte, düşünce boyutunda var olan bu haklar, hayata intikal etmeye başlamıştır. Kadınlar, erkekler gibi eğitim-öğretim hakkına sahip olmuş, siyasî ve sosyal hayata katılmaya başlamışlardır. Kadın, artık ekonomik özgürlüğünü kazandığı için kocasına bağımlılıktan kurtulmuş, bunun sonucunda da, erkeklerin sahip olduğu bütün haklar, kadınlar için de geçerli olması gerektiği savunulmaya başlamıştır. Bu gelişmelerin hukukî yansımaları hemen görülmeye başlamış, *erkek aile birliğinin (başkanı) reisidir* fikri, yavaş yavaş zayıflayarak, *kadın ve erkek ailenin yönetiminden ortak sorumludur*, fikri kabul görmeye başlamıştır.

⁴⁴ Şâtibi, a.g.e., III/304; Erdoğan, *Ahkâmın Değişmesi*, s. 169.

⁴⁵ Bkz. Bensadon, a.g.e., s. 55; Sami, a.g.e., s. 5-6.

Hem İslâm hukuku hem de 2001 yılına kadar Türk Medenî Kanunu, aile reisinin erkek olduğunu kabul etmiştir. Evin seçiminde, kadının çalışıp çalışmamasında söz sahibi erkektir. Çünkü erkek, ailenin malî sorumluluğunu üstlenmek zorundadır. Bu sorumluluk onun üzerine düştüğü için, kadını çalışmaya zorlama hakkı yoktur. Erkek, ailenin nafakasını bırakmadan evini terk edince, kadın, onun adına borçlanabilmektedir.

Yukarıdaki kadın lehine olan gelişmeler sonucu, kadın ve erkeğin toplumsal rolleri değişmiş ve bu alanı düzenleyen hukuk kuralları da bu değişimden etkilenmiştir. Bundan dolayı son yüzyılda, bu alanda köklü düzenlemeler yapmak gerekmıştır.

Son dönemlerde, bazı ilim adamlarının klasik İslâm hukuk anlayışına uymayan yorumlar yapmasının ardında yatan sâiklerin biri de bu sosyal değişimdir. İslam hukukunun eleştirilmesine sebep olan, buna karşılık olarak müslümanları yeni düzenlemeler yapmaya iten faktörler arasında, dini-ahlaki bozulma kadar bu gerçeği de görmek mümkündür.

Günümüz hukukçularının klasik hukuk anlayışından ayrıldıkları başlıca iki nokta vardır: *Üç talâk meselesi ile boşama yetkisinin erkeğe ait olması*. Daha önce diğer faktörler çerçevesinde ele aldığımız bu ihtilaf konularını, şimdi sosyal ve ekonomik faktörler bağlamında yeniden ele alalım.

İlk dönem İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre erkek, ayette belirtildiği üzere üç talâk hakkına sahiptir. Bu yetkisini ister ayrı zamanlarda, isterse bir anda kullanabilme hakkına sahiptir. Bir anda kullanılması bid'at (dinde olmayan bir uygulama) olsa da hukuken muteberdir. Fakat özellikle son dönem ilim adamları,⁴⁶ üç talâk hakkının bir anda kullanılmasıyla meydana gelen boşanmaların, hem dinen

⁴⁶ İbn Teymiyye (ö. 728/1327), talebesi İbnu'l-Kayyim el-Cevziyye (5.751/1350), Şevkanî, Muhammed Abduh, M. Reşid Rıza, Ali Sayis, Muhammed Şaltut, Muhammed Ebu Zehra ve son dönem İslâm hukukçularının bir çoğu, bu görüştedirler.

caiz olmadığını hem de hukuken sadece bir talâk yerine geçtiğini savunmuşlardır.⁴⁷ İlgili yerde ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, her iki grup, ayet ve hadislerden yeterince delil getirmiştir. Aklı dayanakları da birbirinden zayıf değildir. Öyleyse, ilk dönem hukukçuların büyük çoğunluğu, üç talâkın birden kullanılmasıyla meydana gelen boşanmayı kabul ederken, son asır ilim adamlarının, üç talâk hakkının birden kullanılmasını meşru görmemelerinin sebebi ne olabilir? Kanaatimizce bu ihtilaflı durum, yukarıda değindiğimiz sosyal ve ekonomik değişimle ancak anlaşılabilir.

İslâm, boşanmayı "helallerin en sevimsizi" saymış, gereksiz yere boşananları ağır bir dille kınamıştır. Hz. Peygamber ve Hz. Ebu Bekir döneminde gereksiz boşanmalara rastlamak çok mümkün değildir. Meydana gelen boşanmalar ise sünnete uygun olarak yapılıyordu. Sahabe, en güzel⁴⁸ şekilde eşlerini boşuyor, pişman olunca hemen geri dönebiliyordu. Fakat Hz. Ömer döneminde erkekler boşanma konusunda gevşeklik göstermeye başlanmış, gereksiz boşanmalar artmıştı. Kişiler boşanmaya isteklerinden dolayı, bir anda üç talâk haklarını kullanarak hemen boşanmayı amaçlıyorlardı. Hz. Ömer bu şekilde boşananları önceleri kamçılatmış, fakat yeterince caydırıcı olmayınca, bu şekilde yapılan boşanmaları üç talâk sayarak eşlerine geri dönmelerini yasaklamıştır. Hz. Ömer, kendileri aleyhinde olan bir hususta aceleci davranmalarından dolayı erkekleri cezalandırmak amacıyla böyle bir karar almıştır.⁴⁹ Alman bu karar, çok eşliliğin yaygın olduğu o toplumda, kadından çok erkeğin aleyhine bir durum arz ediyordu. Çünkü dul bir kadının çok fazla beklemeden başka bir erkeğin ikinci veya üçüncü eşi olması mümkündü. Erkek ise eski karısına ve yeni evleneceği kadına vereceği mehirler ve nafakalardan dolayı büyük ekonomik zarara uğruyordu. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, erkeklerin

⁴⁷ Karaman, a.g.e., I/362.

⁴⁸ Sadece bir Talâkla yapılan ve pişmanlık durumunda geri dönmeye imkân veren boşanma şekli.

⁴⁹ Müslim, Talâk, 15; Erdoğan, *Ahkâmın Değişmesi*, s. 172.

boşanma konusundaki bu tutumları, kadınların mehir miktarlarını yükseltmelerine sebep olmuştur.⁵⁰ Bu şekilde yapılan bir değişiklikle boşanmalar azaltılmış olup kadınların zarar görmesi engellenmiş olmaktadır. Bundan dolayı o dönem fakihlerinin büyük çoğunluğu, yapılan bu düzenlemeyi bid'at olmasına rağmen muteber kabul etmişlerdir.

Fakat toplumdaki sosyal değişim, boşanmayı erkeklerden daha ziyade kadınlara zarar verir hale getirince, boşanmaya hükmetmek, erkekleri cezalandırmaktan çok kadınları cezalandırmak olacaktır. Meselâ çok eşliliğin ender olduğu bir toplumda, demografik oranlar (nüfus oranı) göz önünde bulundurulunca, dul kadınlardan ziyade, hiç evlenmemiş kadınlarla evlenmek tercih edilecek, birçok dul kadın ise evlenme noktasında büyük zorluklarla karşılaşacaktır.⁵¹ Daha önemlisi, yukarıda da belirttiğimiz gibi, günümüzde kadın artık ekonomik bağımsızlığını kazanmıştır. Evlenecek kızlar, yeni ailenin kurulmasına en az erkekler kadar ekonomik destek sağlamaktadırlar. Böyle bir sosyal ve ekonomik yapı içinde erkeğin bir kızgınlık anında ağzından çıkan bir sözden dolayı, daha ziyade kadının zarar göreceği bir düzenleme yapmak asıl amacından tamamen uzak olur. Çünkü kadın hem dul konumuna düşmüş hem de yeni kurulacak aileye ekonomik olarak erkek kadar katkısı vardır. Durum böyle olunca erkeğin suçundan dolayı, daha ziyade kadın cezalandırılmış olacaktır. Bundan dolayı son dönem hukukçuları, bir anda kullanılan üç talâkın bir talâk kabul edilmesini tercih etmişlerdir.⁵²

Hz. Ömer'i, yukarıdaki düzenlemeye zorlayan hiç şüphesiz İslâm'ın kınadığı bir şeye düşkünlük göstermeleridir. Hâlbuki Katolik kilisesi aynı durum karşısında boşanmayı yasaklamıştır.⁵³ Her iki düzenlemenin de amacı boşanmaları

⁵⁰ Bkz. Erdoğan., Mehmet, "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Konusu", s. 137.

⁵¹ Kamil, Miras, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tercid-i Sarîh Tercemesi*, Diyanet İşleri Baş. Yay. 9 Baskı, Ankara, 1988, XI/354-355.

⁵² Erdoğan, "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Konusu", s. 145.

⁵³ Velidedeoğlu, a.g.e., II/179.

frenlemek olmasına rağmen, alman tedbirlerdeki farklılık, sosyal yapıdaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Çünkü Hz. Ömer'in yaşadığı toplumda boşanma erkeğin mahzâ zararına idi.⁵⁴ Meselâ, sarhoşun boşamasında takınılan tavrda da bunu görmek mümkündür, İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, haram yolla sarhoş olup hanımını boşayanın fiili hukukî açıdan muteberken, helal yolla, meselâ ilaç içerek veya yanlışlıkla sarhoş olan kişinin bu halinde karısını boşaması muteber görülmemiştir. Bu ayrımın sebebi, haram yolla sarhoş olanın cezalandırılmak istenmesidir.⁵⁵

İkinci ihtilaf konusu olan boşama yetkisine gelince; son zamanlarda bazı İslâm bilginleri, klasik hukuk anlayışına rağmen boşama yetkisinin erkeğe ait olmasının dinî gereklilik olmadığını savunmuşlardır. Onlara göre; "Asıl olan gereksiz boşanmalarının önüne geçmektir. Bu hukukî düzenlemelerin yapıldığı dönemlerde boşamanın erkeğin mahzâ zararına olduğu göz önünde bulundurulunca, bu yetkinin erkeğe verilmesi, gereksiz boşanmalara engel olmak amacına yöneliktir. Sadece kadına veya her iki eşe boşama yetkisinin verilmesi ise boşanmaları arttıracaktır. Bazı araştırmaların sonucunda görüldüğü üzere, tarihte boşanma taleplerinin erkekten çok kadından geldiği göz önünde bulundurulunca, boşama yetkisinin erkeğe verilmesinin isabetli bir karar olduğu anlaşılabacaktır. Mahkemeye havale edilmemesindeki sebep ise yargı sisteminin her yerde teşekkül edememesinden dolayı, boşanmayı zorlaştıracak ve kişilerin hukuk sınırlarını aşmalarına sebep olacaktır. Ayrıca dinî ve ahlakî değerlerin de canlılığını koruduğunu düşünürsek, bole bir toplumda kişilerin tasarrufuna bırakmak, çok kötü sonuçlar doğurmayacaktır.

Fakat belirttiğimiz ahlakî, sosyal ve ekonomik değişim sonucu erkeğe boşama yetkisini vermenin bir hikmeti kalmayacaktır. Bundan dolayı dinin genel ruhu ve İslâm huku-

⁵⁴ Küçük çocuğun boşaması da muteber görülmemiştir. Çünkü küçüğün lehine yaptığı tasarruflar muteber görülüşken zararlı tasarrufları muteber görülmemiştir.

⁵⁵ Döndüren, a.g.e., s. 368.

kunun genel prensipleri sınırları içinde, boşama yetkisini, hâkimin gözetiminde kurulacak aile meclisine (hakem) bırakmak, mümkün ve caizdir.

Bu gibi fikirler genelde ilim çevrelerinde konuşulurken, son zamanlarda Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından da tartışmaya açılmıştır. Hazırlık aşamasında olan "Konulu Kur'an-ı Kerim Tefsiri" çalışmasında konumuzla ilgili olarak şunlar söylenmektedir:

"Özellikle son yüzyılda İslâm dünyasında toplum ve onun bir parçası olarak aile yapısındaki değişim, kadının sosyal hayata katılımı ve kadın hakları telakkisi, aile hukukunun yasal düzenlemelere konu edilip evlenmenin yanı sıra boşanmanın da resmi prosedüre bağlanması gibi gelişmeler, doğal olarak diğer birçok tartışma yanında Kur'an'da yer alan evliliğin sona ermesiyle ilgili hükümlerin nasıl anlaşılması gerektiği sorununu da ön plana çıkardı. Benzeri gelişmeler, Yahudi hukukunda ve Hristiyan batı dünyasında da yaşanmıştı. Çünkü şekilci bir anlayışla bakıldığında, Kur'an'da evlilik birliğinin kurulması ve sona erdirilmesinin daha çok ikili ilişki olarak görülüp böyle bir çerçevede taraflara yönelik telkinlerin yapıldığı, topluma sınırlı bir ödev yüklendiği, devletin aktif müdahalesinden ise hiç söz edilmediği sonucuna varılabilir. Diğer bir açıdan bakıldığında ise, Kur'an ailede huzur ve sükunu besleyecek, hak ihlallerini en aza indirecek temel ahlakî öğretiyi vermekte, bu yönde bir zihniyet oluşumunu ve vicdani sorumluluk bilincini aşlamaktadır. İlk dönemlerden itibaren, İslâm toplumunda aile kurumunun sağlıklı ve iyi işleyişini, sözgelimi boşanmanın kocanın ağzından çıkacak birkaç sözle gerçekleşebilmesine rağmen, fiiliyatta boşama oranlarının hayli düşük olmasını da fıkıhın formel düzenlemesinden ziyade, Kur'an ve Sünnet'in oluşturduğu bu zihniyet ve sorumluluk bilincinin ürünü saymak gerekir. Yeni dönemde evliliğin kurulması, sona erdirilmesi ve aile içi ödevler gibi temel konularda, toplumsal denetim ve katkı amacıyla, yasal düzenlemeye gidilmesine ihtiyaç doğduğundan, birinci bakış açısının geçerlilik derecesi tartışılır olsa da,

ikinci açı her zaman için önemini korumaktadır.

Konunun iki farklı yönü arasında sıkışan çağımız İslâm bilginlerinin önemli bir kısmı aile kurumunun, günümüzdeki sosyal yapısını ve yasal şeklini Kur'an-ı Kerim'in çizdiği çerçevenin dışında, Hristiyan batı kültürünün etkisinin ürünü bir sapma olarak görürken, ikinci bir kesim, bu yeni durumu ilke olarak olumlu karşılamış ve Kur'an'ın geniş yorumunun bu tür değişimlere de imkân verdiği kanaatine sahip olmuştur. Çünkü boşamada şahit bulundurulmasını öğütleyen, toplumu ve hakemi hatta bazı müfessirlere göre devlet başkanını devreye sokan, hakkın kötüye kullanımını yasaklayan ya da kadının iradesine atıfta bulunan ayetler, evlenme ve boşanmaların yasal ve resmi prosedüre bağlanmasına kapı aralamaktaydı. Ancak bu yapılırken ayetler arasında seçmeci bir tavır izlememenin ve karşı görüşü açıkça destekleyen ayetlere zorlama yorum getirmenin tedirginliğinden de tamamen uzaklaşmış değildi. Bu bağlamda İslâm hukuk doktrinde yer alan farklı görüşler, en azından Kur'an'la çelişmediği yönündeki genel kabulün verdiği cesaretle, yeni toplumsal şartların ve beklentilerin karşılanmasında ve geçmişle meşruiyet bağının kurulmasında önemli bir imkân sunmuş oldu.⁵⁶

⁵⁶ Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı, Konulu Kur'an-ı Kerim Tefsiri (Örnek Fasikül), "Evliğin Sona Ermesi" Ankara, 2001, s. 45.

SONUÇ

Toplumların devamı için zorunlu olan aile kurumu, genel olarak tüm hukuk sistemleri tarafından bir takım düzenlemelerle korunmaya çalışılmıştır. Toplumlar arası farklılıklardan dolayı bu hukuki düzenlemeler değişiklik arz etse de, aile birliğinin korunması her dönemde hukukların temel hedeflerinden biri olmaya devam etmiştir. Aile birliğini koruyucu tedbirlerin başında ise, boşanmanın devlet kontrolüne verilmesi gelmektedir. Bazı hukuk sistemleri boşanmayı tamamen yasaklarken, çoğu hukuk sistemi boşanmayı, bazı sebeplere bağlı olarak hâkimin kararına bağlamıştır. Prensip olarak boşanma yetkisini erkeğe veren İslam hukuku ise ilk bakışta boşanmayı kadının aleyhine olacak şekilde kolaylaştırmış gibi görünmektedir. Ancak yakından bakıldığında İslam hukukunda aile birliğini koruyucu birçok tedbirin alındığı ve boşanma durumunda ise tarafların haklarını koruyucu birçok düzenlemenin yapıldığı görülmektedir.

İslâm hukuku, boşanmayı diğer akitlerden ayırmamış ve kişilerin özgür iradelerine bırakmıştır. Tarafların boşanma konusunda anlaşmaları halinde devletin müdahalesine gerek görülmemiştir. Ailenin kurulmasında ve devamında ekonomik sorumluluğu üstlenmesinden dolayı, prensip olarak boşanmayı erkeğe veren İslam hukuku, erkeğin kabul etmesi halinde kanın da tek taraflı olarak aile birliğine son verebileceğini (tefviz-i talak) kabul etmiştir. Ancak kadının evlilik birliğini bitirmesi sonucu erkeğin karşılaşacağı ekonomik zararı kısmen veya tamamen üstlenmesi şeklindeki boşanma (muhâle'a) ise daha yaygındır. Bu iki yöntemin dışında, erkeğin ve özellikle kadının mağduriyeti söz konusu olduğu durumlarda mahkemeye başvurularak (tefrik yoluyla) boşanma hakkı imkânı da söz konusudur.

Türk Medenî Kanunu, boşanmayı hakimın hükmüne ve belirli sebeplere bağlayan hukuk sistemlerinden biridir. Bu

sebepler özel ve genel boşanma sebepleri olmak üzere iki kısma ayrılır. Bu sebeplerden bazıları mutlak boşanma sebebiyken bazıları ise mahkemenin takdir edeceği nispi boşanma sebepleridir.

Türk Medenî Kanununa göre daha önce mahkeme gerekli görmedikçe boşanma mümkün görülmezken 1988'deki değişiklikle eşlerin, boşanma ve malî sonuçları konusunda anlaşmaları halinde, mahkemenin eşleri birbirinden ayırması gerekli görülmüştür. Bu düzenleme ile Türk Medeni Kanunu İslam hukukuna yaklaşıırken, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinde, eşlerin mahkemeye başvurarak boşanmalarının kolaylaştırılması ile de İslam hukukunun, Türk Medeni Kanunu gibi boşanmayı hâkimin hükmüne ve bazı sebeplere bağlayan hukuk sistemlerine yaklaştığı görülmektedir. Ayrıca mahrem konuların mahkeme salonlarında ayrıntılı olarak ortaya konulmasıyla eşlerin ve ailelerinin rencide edilmemesi amacıyla 2001 yılında yapılan değişiklikle de İslâm hukukun öngördüğü hakem kurumuna benzer şekilde davaların gizlilik içinde yürütülmesini sağlayan aile mahkemeleri kurulması ile Türk Medeni Kanunu ile İslam hukuku arasındaki benzerlikler dikkat çekmektedir.

Her iki hukuk sistemi boşanma konusunda, aile birliğini korumayı öncelikli hedef olarak belirlemiştir. İslam hukuku, kefâet şartı ile aile birliğini koruyucu tedbirleri evlilik başlamadan önce almaya başlamıştır. Sosyal ve ekonomik anlamda eşlerin birbiriyle uyumlu olması anlamına gelen kefâet şartı, özellikle kadının haklarının ailesi tarafından korunmasını öngörmektedir. Ancak kurulan evlilikte işler yolunda gitmiyor ve eşler evlilik birliğini devam ettiremez hale gelmişlerse İslâm hukuku, eşlerin ailelerinden veya iki aile tarafın uygun gördüğü üçüncü kişilerden oluşan bir grubun (hakem), eşleri boşanmanın eşiğine getiren sorunları araştırmalarını ve gerekli görürlerse de aile birlikteliğine en uygun şekilde son verilmelerini öngörmektedir.

Şayet erkek aile birliğini tek taraflı olarak sonlandırmaya

niyet ettiyse, duygusallıkla boşanma kararını belirli bir zamana (üç ay) yayarak kesinleştirmesini gerekli görmüştür. Ayrıca erkeğin boşadığında kadına vermekle yükümlü olduğu ekonomik bedel (mehr-i müeccel) erkeğin bu konuda daha dikkatli davranmasını amaçlayan düzenlemelerdir. Tüm bunların yanında, İslam hukuku, hiçbir meşru sebep yokken erkeğin veya kadının boşanmasını büyük günahlar arasında görerek, aile birliğini koruyacak dini ve ahlaki kurallar belirlemiştir.

Türk Medeni Kanunu da benzer şekilde, boşanmayı hâkimin hükmüne bağlamış, ayrılık kurumunu kabul etmiş, terkeden eşe ihtar göndermek gibi bazı tedbirlerle aile birliğini koruyucu tedbirler geliştirmiştir. Ayrıca mahkemenin boşanma kararını zamana yayması veya aile birliğini yıkmaya çalışan eşe mali yükümlülükler getirerek evliliğin devamını sağlamayı amaçlamıştır.

Tüm bu tedbirlere rağmen yürümeyen bir evlilik birliğini, eşlerin ve çocukların haklarını ihlal etmeyecek şekilde sona erdirmek ise tüm hukuk sistemlerinde belirlenen diğer bir temel hedeftir.

Ancak bu hedeflerin gerçekleştirilebilmesi için öngörülen tedbir ve düzenlemeler, toplumun sosyal, ekonomik, ahlaki ve kültürel vb. farklılıklara göre değişiklik arz etmektedir. Tarım toplumundan sanayi ve bilgi toplumuna geçilmesi, ataerkil aile yapısının değişmesi, büyük aile yapısından çekirdek aile yapısının yaygınlık kazanması ve en önemlisi kadının ekonomik hayata katılması ile birlikte aile içindeki rolünün değişmesi bazı hukuki düzenlemelerin de değişimini gündeme getirmiştir. Ayrıca toplumun dünya görüşünü etkileyen kültürel değişimler, ahlaki ve dini anlayışlardaki farklılaşmalar da diğer bir önemli faktördür. İslam hukuku çerçevesinde hazırlanan 1917 tarihli Hukuk-ı Âile Kararnamesi ile İsviçre Medeni Kanunu temelinde hazırlanan Türk Medeni Kanunu arasındaki farklılıkları bu çerçevede değerlendirmek isabetli olacaktır..

BİBLİYOGRAFYA

- ABD el-ÂTÎ, Hammûde**, *Nasıl Bir Aile İslâmî Bakışın İmkanları*, (Çev: Mesut Karaşahan), Pınar Yayınları, İstanbul, 2000.
- ACAR, Halil İbrahim**, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Kültür Eğitim Vakfı Yayınları, Erzurum, 2000.
-, *İslâm Aile Hukukunda Kadınlara Tanınan Malî Haklar*, (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum, 1994.
- AHMED B. Hanbel** (241/855), *Müsnedü İbn Hanbel*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1982, (I-VI).
- AKTAN, Hamza**, "İslâm 'a Göre Kadının Sosyal Aktivitesi" (Sosyal Hayatta Kadın Konulu Tartışmalı İlmî Toplantı Tebliği), Ensar Neşriyat, İstanbul, 1996.
- ALTUNKAYA, Mehmet**, *Ailede İslâm Nizamı*, Bahar Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 1976.
- ANABRITANNICA GENEL KÜLTÜR ANSİKLOPEDİSİ**, Ana Yayıncılık, İst., 1993.
- APAYDIN, Yunus**, "Fesad", *DİA*, İstanbul, 1995.
- ARMAĞAN, Servet**, *İslâm hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Diyanet İşleri Baş. Yayınları, Ankara, 1987.
- ATAY, Hüseyin**, *İslâm Hukuk Felsefesi*, (Abdulvahhab Hallaf'ın *İlmu Usulü'l-Fıkh* adlı eserinin başına yazdığı giriş ve notlar), Ankara Üni., İlahiyat Fak., Yay., 2. Baskı, Ankara, 1985.
- ATEŞ, Süleyman**, "Kur'an-ı Kerim'de Evlenme ve Boşanma İle İlgili Ayetlerin Tefsiri", Ankara Üni. İlahiyat Fak. Dergisi, sy. XXIII, Ankara, 1977.
- AYDIN, Mehmet Akif**, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık. İstanbul, 1996.
-, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, MÜİF. Yay., İstanbul, ty.
- BARDAKOGLU, Ali**, "Cahiliye Döneminde Kadın" (Sosyal Hayatta Kadın Konulu Tartışmalı İlmî Toplantı Tebliği), Ensar Neşriyat, İstanbul, 1996.
-, "Hak", *DİA*, İstanbul, 1997.

- BAYRAKLI, Bayraktar**, *Kadın Sevgi ve Temel Haklar*, İşaret Yayınları, İstanbul, 2000.
- BELGESAY, Mustafa Reşit**, *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk*, İstanbul Üni. Yayınları, İstanbul, 1963.
- BENSADON, Ney**, *Başlangıcından Günümüze Kadın Hakları* (Çev. Şirin Tekeli), İletişim Yayınları, İstanbul, 1994.
- BEYHAKÎ, Ebu Bekr Ahmed b. Huseyn**, *es-Sünenü'l- Küb-râ, Dâru'l-Fikr*, yy., ty.
- BİLMEN, Ömer Nasuhî**, *Hukuki İslamiyye ve İstılahı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yay, 2.
- Baskı, İstanbul, 1985, (I-VIII).
- el-BUHÂRÎ, Ebu Abdillâh Muhammedi b. İsmail** (ö. 256/870), *Câmiu's-Sahih'i'l-Buhârî*, Çağrı Yayınları, İstanbul, tsz. (I-VIII).
- CARULLAH, Mûsâ**, *Hatun*, Hazırlayan: Mehmet Görmez, Kitabiyât Yayınları, Ankara, 1999.
- el-CESSÂS, Ahmed b. Ali er-Râzî**, *Ahkamu'l-Kur"ân*, Daru İhyâ'i't-Turâsî'l-Arabî, Beyrut, 1400 (h.), (I-V).
- CİN, Halil**, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 2. Baskı, Selçuk Üni. Yayınları, Konya, 1988
-, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üni. Hukuk Fak. Yayınları, Ankara, 1974.
- ÇAĞRICI, Mustafa**, "Ahlak", *DİA.*, İstanbul, 1989.
- DALGIN, Nihat**, *İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi*, Etüt Yayınları, Samsun, 1999.
- DÂRİMÎ, Ebu Muhammedi Abdullah b. Abdurrahman İbni'l-Fadl b. Behram** (ö. 225/840), *Sünenü'd-Dârimî*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981.
- DOĞAN, Yusuf**, *Hız. Peygamber Döneminde Boşanma*, (Basılmamış Yük. Lis. Tezi), Bursa, 1996.
- DOĞANAY, Ekrem**, *İslâm'da Talak'ın Hükümü ve Hikmetleri*, Gonca Yayınları, İstanbul, 1984.
- DÖNDÜREN, Hamdi**, *Aile İlmihali*, Altınoluk Yayınları, İstanbul, 1995.
- EBU DÂVÛD, Süleyman b. el-Eş'as, es-Sicistanî** (275/888),

- Süneni Ebi Dâvûd, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992, (I-V).
- EBU ZEHRÂ, Muhammed**, *İslâm 'da Toplum Düzeni*, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 1993.
- ELHAC Mehmet Zihni**, *Nimet-i İslâm*, Ergin Kitapevi Yayınları, İstanbul, 1957.
- ERBAY, Celal**, *İslâm Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, Göktürk Yayınları, Bakü, 1995.
- ERDOĞAN, Mehmet**, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yay., İstanbul, 1998.
-, "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Sorunu", *İslâm Düşüncesinde Yeni Arayışlar III*, Rağbet Yay., İst., 2000.
-, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İFAV. Yay., 3. Baskı. İst., 1994.
- FAZLURRAHMAN**, "İslâm 'da Hukuk ve Ahlak", (*İslâmî Yenilenme, Makaleler I*), (Çev: Adil Çiftçi), Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2000.
- FERRÛH, Ömer**, *İslâm Aile Hukuku*, (Çev: Yusuf Ziya Kavakçı), Sebil Yayınları, İstanbul, 1978.
- GÖGER, Erdoğan**, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Ankara Üni. Hukuk Fak. Yayınları, Ankara, 1972.
- HATEMİ, Hüseyin -SEROZAN, Rona**, *Aile Hukuku*, Filiz Yayınları, İstanbul, 1993.
- HEGEL, G.W.F.**, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, (Çeviren: Cenap Karakaya), Sosyal Yay. İst. 1991.
- İBN ÂBİDÎN, Muhammed Emin**, *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhyar*, (Tec: Ahmed Davudoğlu), Şamil Yayınları, İst- 1983.
- İBN AŞÛR, Tahir**, *İslâm Hukuk Felsefesi*, İklim Yayınları, İstanbul, 1988.
- İBN HÛMÂM, Kemalüddin, Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdulhamid b. Mes'ûd es-Sivasî**, *Şer hu Fethi 'l-Kadîr*,. Beyrut, tsz.
- İBN KUDÂME, Muvaffakuddin, Ebu Muhammed b. Ahmed b. Mahmûd b. Kudâme** (ö. 620/1223), el-Muğnî, Beyrut, tsz.
- İBN RÛŞD, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Hafid el-Kurtubî**, *Bidâyetül-Müctehin ve'n-Nihâyü'l-Muktesid*,

- (Çev: Ahmed Meylânî), Beyan Yayınları, İstanbul, 1991.
- İNCİL**, Kitabı Mukaddes Şirketi, İstanbul, 1999.
- İSAM, İLMİHÂL**, Divantaş Yayınları,, 3. Baskı, İstanbul, 2000.
- KABAKÇI, Osman**, *İslâm Hukukuna Göre Evlilikte Kadının Hakları ve Görevleri*, (Basılmamış Yük. Lis. Tezi), Bursa, 1993.
- KARAMAN, Hayrettin**, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Nesil Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 1996.
- KESKİN, Yusuf Ziya**, *Recm Cezası: Ayet ve Hadis Tahlilleri*, Beyan Yay., İst., 2001.
- KIYICI, Selahattin**, *İslâm Hukukunda Örf ve Adet*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1990.
- KÖPRÜLÜ, BÜLENT - KANETİ, SELİM**, *Aile Hukuku*, 2. Bas. Filiz Yayınları, İstanbul, 1993.
- KÖPRÜLÜ, Bülent**, *Medeni Hukuk*, İstanbul Üni. Yayınları, İstanbul, 1979.
- KÖSE, Saffet**, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, Marmara Üni. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., İstanbul, 1997.
- KUDÛRÎ, Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Ca'fer** (ö. 428/1037), el-Muhtasar, Dersaadet Kitabevi, İst., ty.
- KURT, Abdurrahman**, *Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi*, Uludağ Üni. Basımevi, Bursa, 1998.
- el-KURTUBÎ, Muhammed b. Ahmed b. Ebi Bekr**, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2. Baskı, Daru's- Şa'b, Kahire, 1372(h.), (I-XX).
- MEYDAN LAROUSSE**, Meydan Yayınevi, İstanbul, 1985.
- MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd b. Mahmud** (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, Daru'l-Erkam b. el-Erkam, Beyrut, tsz.
- MİRAS, Kâmil**, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarih Tercemesi*, Diyanet İşleri Baş. Yayınları, 9 Baskı, Ankara, 1988.
- el-MÜSLİM, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. El-Haccâc el-Kuşeyrî en-Nisaburî** (261/874), *Sahîhu Müslim*, Çağrı Yayınları, İstanbul, ty. (I- III).

- en-NESÂÎ, Ebu Abdirrahman b. Şuayb (ö. 303/915),**
Sünenü'n-Nesâî, Çağrı Yay, İstanbul, 1981, (I-VIII).
- OĞUZMAN, Kemal; DURAL, Mustafa, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.
- OSMANLI HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ**, Hazırlayan:
 Orhan ÇEKER, Mehir Vakfı Yayınları, Konya, 1999.
- SAĞLIĞIMIZ HERKESİN TIP ANSİKLOPEDİSİ**, Gelişim Yayınları, İstanbul, 1978, (I-VIII).
- SÂMÎ, Şemseddin, Kadınlar**, (Hazırlayan: İsmail Doğan), Gündoğan Yayınları, Ankara, 1996.
- SAYGILI, Sefa, Evlilikte Mutluluk Sanatı**, 3. Baskı, Türdav Yayınları, İstanbul, 2000.
- ŞAMİL İSLİM ANSİKLOPEDİSİ**, Dergah Yayınları, İstanbul, 2000.
- ŞATIBÎ, Ebu İshak, el-Muvâfakât**, (Çev. Mehmet Erdoğan), İz Yay., İst., 1999.
- es-SERAHSÎ, Ebu Bekir Muhammed b. Ebi Sehl, el-Mebсут**, Dâru'l-Mârife, 2. Baskı, Beyrut, 1406/1985.
- ŞELTUT, M. Mahmut; SAYİS, M. Ali, Mukayeseli Mezhepler Hukuku**, İlim Yayınları, (Çev: Sait Şimşek), İstanbul, ty.
- T.C. BAŞBAKANLIK AİLE ARAŞTIRMA KURULU, Türkiye Aile Yıllığı**, Ankara, 1990.
- TEKİNAY, Selahattin Suihi, Türk Aile Hukuku**, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1986.
- et-TİRMİZÎ, Ebu İsa Muhammed b. İsa (Ö.279/892),**
Sünenü't-Tirmizî, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981, (I-V).
- TOPALOĞLU, Bekir, İslâm 'da Kadın**, Yağmur Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 1977.
- TÜMER, Günay, "Din", DİA.**, İstanbul, 1994.
- ÜNAL, Asife, Yahudilik'te, Hristiyanlık'ta ve İslâm'da Evlilik**, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1998,
- ÜNALAN, Abdulkerim, "Hukûku'l-İbâd"**, Şamil İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1994.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medenî Kanunu (Aile Hukuku)**, Nurgök Mat., 5. Baskı, İstanbul, 1965.
- WEDUD-MUHSİN, Amine, Kur'ân ve Kadın**, İz Yayınları, 2.

Baskı, İstanbul, 2000.

YAMAN, Ahmet, *İslâm Aile Hukuku*, Mehir Vakfı Yayınları, Konya, 1998.

YAVUZ, Yunus Vehbi, *Kur'an'da Kadın Hak ve Özgürlüğü*, Bayrak Yayınları, İstanbul, 1999.

YAZIR, Elmalılı Hamdi, *Hak Dinî Kur'an Dili*, Feza Gazetecilik A.Ş. Yayınları, İstanbul, 1992.

YILMAZ, İbrahim, *İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi*, (Basılmamış Yük. Lis. Tezi), Bursa, 1996.

ZİHNÎ EFENDİ, Mehmet, *Nimet-i İslâm*, Salahbilici Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1990.

ZUHAYLÎ, Vehbe, *İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi*, (Çev: Komisyon), Risale Yayınları, İstanbul, 1994.