ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI. No: 341

İSLÂM VE OSMANLI HUKUKUNDA EVLENME

Doç. Dr. Halil CİN

Ankara Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

Emel Cin'e

ANKARA ÜNİVERSİTESİ BASIMEVİ . 1974

ÖNSÖZ

Türk Hukuk Tarihi araştırmalarının ilmî faydaları yanında bugünkü hukukumuza bir katkıda bulunması da arzu edilen bir şeydir.Bunu düşünerek, İslâm ve Osmanlı hukukunda evlenmeyi inceleme konusu olarak seçtik. Türk Medenî Kanununun kabulünden bu yana 48 *sene geçmiş olmasına rağmen, resmî nikâh mecburiyetine uyulmaksızın vatandaşlar arasında imam nikâhı adı verilen evlenmeler, birleşmeler devam etmektedir.* 48 *seneden beri çözüme bağlanamamış olan bu mesele zaman zaman Medenî Kanuna aykırı olarak çıkarılan ve af kanunu denen bazı kanunlarla, Medenî Kanuna göre evlenme sayılmayan birleşmeler meşru evlenme olarak tescil edilmek suretiyle halledilmek yoluna gidilmiştir. Son af kanunu* 1970 *yılında yürürlükten kalkmıştır. Ama imam nikâhı ile birleşmeler yurdun her yerinde devam etmektedir. Demek oluyor ki bu meseleyi sadece af kanunlarıyle çözmek mümkün değildir. O halde halkı imam nikâhı ile birleşmeye sevkeden nedenleri bulmak gerekir. Ancak bundan sonradır ki hastalığın kesin tedavisi mümkün olabilir. Türk halkının imam nikâhı ile birleşmeye itibar etmesinin belli başlı nedenlerinden biri, tarihîdir. Bu, İslâm hukukunun asırlarca Türk toplum hayatını tanzim etmiş olması vakıasıdır. Başka bir deyimle, İslâm hukuku Türk'ün hukuku olmuştur. İslâm hukukunda evlenmeyi incelemek hem asırlarca Türk aile hayatını düzenlemiş olan hukuku yeni neslin bilgisine sunmak, hem de resmî nikâh müessesesinin başarıyle uygulanmasını bertaraf eden amilleri bulmak bakımından faydalı olacaktır. İçinde bulunduğumuz günlerde Türk siyasî hayatının arzettiği dikkate değer özellik bakımından da İslâm hukuku incelemeleri önem kazanmıştır.*

İslam hukuku tedvin edilmemiş bir hukuktur. Özellikleri sebebiyle, gerçek anlamda bir tedvin de İslâm hukuku için mümkün değildir. Bu ise, İslâm hukukunda bir müessesenin ilmî ve sistematik bir şekilde incelenmesini çok zorlaştırmaktadır. Biz güçlüğe rağmen, İslâmî evlenmeyi modern hukuka uygun bir sistem içinde incelemeye gayret ettik.

Bu incelemenin hazırlanması sırasında değerli görüşlerinden istifade ettiğim hocam Prof. Dr. Coşkun ÜÇOK'a şükranlarımı arzederim. Müsveddelerin hazırlanması ve teksiri sırasında çeşitli yardımlarından dolayı sayın Mustafa Gürelli'ye teşekkürü borç bilirim.

Doç. Dr. Halil CİN
Yukarı Ayrancı, 16 Mart 1974

İÇİNDEKİLER

İSLÂM VE OSMANLI HUKUKUNDA EVLENME

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA EVLENME

§ 1. GİRİŞ

I. KONU VE KONUNUN TAKDİMİ 3

II. İLKEL TOPLUMLARDA EVLİLİK VE AİLE ANLAYIŞI 8

III. İSLÂMİYETTEN ÖNCE ARABİSTAN'DA EVLENME 29

1) Umumî Olarak 29

2) İslâmiyetten Önce Arabistan'da Mevcut Olan Evlenme Şekilleri 33

A) Nikâh al makt 33

B) Nikâh-ı muta 34

C) Nikâh-ı şigar (takas evlenmesi) 36

D) Nikâh-ı istibda 37

E) Gurup evlenmesi 37

F) Serbest birleşmeler 37

G) Nikâh-ı bedel 38

H) Nikâh-ı hdn (veya Khidr) 38

I) Deneme evlenmesi 38

J) Polyandrie'ye dayanan deneme evlenmesi ... 38

K) Nikâh-ı sahih 38

§ 2. **İSLAM'DA UMUMİ OLARAK EVLENME VE NİŞANLANMA** 39

I. EVLENMENİN TARİFİ 39

II. İSLÂM'IN EVLENMEDE YAPTIĞI DEĞİŞİKLİKLER 43

III. İSLÂM'DA NİŞANLANMA 46
1) Evlenme Teklifinin Şartları 46
A) Muhtemel bir evlenmeyi önliyecek evlenme engelleri olmamalıdır 47
B) Aynı kadına önceden bir başkası tarafından evlenme teklif edilmemiş olmalı 47
2) Evlenme teklifinin Hükümleri 48
A) Nişanlılığın hüküm ve neticeleri 48
B) Nişanın bozulmasından doğan neticeler 49
a) Nişanın bozulması halinde tazminat ödenip ödenmiyeceği 49
b) Nişanın bozulması halinde hediyelerin iadesi meselesi 50
IV. İSLÂM'DA EVLENMENİN HUKUKÎ MAHİYETİ 51
§ 3. **EVLENMENİN ŞARTLARI** 59
I. ESASA AİT ŞARTLAR 59
1) Müsbet Şartlar 59
A) Evlenecek kimselerin ayrı cinsten olması 59
B) Tarafların rızası 59
a) Taraflar rızalarını nikâh meclisinde açıklamak zorundadır 60
b) İcap ve kabul her bakımdan birbirine uygun olmalıdır 61
c) İcap ve kabul taraflarca işitilmelidir 63
d) Tarafların rızalarını bizzat açıklayıp açıklıyamıyacakları meselesi 64
a') Erkek bakımından 65
b') Kadın bakımından 65
a") Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde 65
b") Hanefi mezhebine göre 68
e) Evlenmede velâyet 70
a') Genel olarak evlenmede velâyet ve ihtiyarî velâyet 71
b') Velâyet-i icbar veya cebr hakkı 76

a") Evlenmeye cebr hakkının menşeî ve gayesi 77
b") Kimler cebr hakkına sahiptir? .. 79
c") Cebr hakkı kimler üzerinde kullanılabilir? 80
f) Veli ve vasi tarafından evlendirilen küçüklerin seçim hakkı (Hıyar-ül bülûğ) ... 87
a') Tarifi ve gayesi 87
b') Seçim hakkı kime aittir? 88
c') Seçim hakkının kullanılması 88
a") Kadın bakımından 89
b") Erkek bakımından 89
g) Evlenmede vekâlet 91
a') Tarifi 91
b') Şartları 91
a") Müvekkil bakımından 91
b") Vekil bakımından 91
c') Hükümleri 92
h) Vekâleti olmadan başkası adına nikâh aktetmek 95
i) Haber gönderme suretiyle nikâh aktetmek (Risalet) 96
C) Evlenmenin iki şahit huzurunda aktedilmesi. 96
a) Umumî olarak 96
b) Hanefi, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinin görüşü 96
c) Malikî mezhebinin görüşü 97
d) Evlenmede şahit olma ehliyeti 98
a') Şahit mümeyyiz ve reşit olmalıdır ... 98
b') Hür olmalı 99
c') Müslüman olmalı 99
e) Evlenmede en az iki şahidin bulunması gerekir 99
2) Menfi Şartlar, (Evlenme engelleri) 100
A) Umumî olarak 100
B) Mutlak evlenme engelleri 101
a) Kan hısımlığı 102

b) Sıhrî hısımlık 102
c) Süt hısımlığı (reda) 105
a') Umumî olarak 105
b') Menşeî 105
c') Süt hısımlığının şartları 106
d') Süt hısımlığının neticeleri 107
e') Evlenmeleri yasak olan kimseler 108
f') Evliliğin devamı sırasında ortaya çıkan süt hısımlığı 109
g') Süt hısımlığının isbatı 109
C) Geçici veya nisbî evlenme engelleri 110
a) Din ayrılığı 111
a') Umumî olarak 111
b') Putperestlerle evlenme yasağı 112
c') Müslüman erkek ehli kitap kadınla evlenebilir 112
d') Müslüman kadın müslüman olmıyan erkekle evlenemez. 114
e') Gayrımüslim karı kocadan birinin veya ikisinin İslâmiyeti kabul etmesi = (irtidat) 114
b) Üçlü boşanmadan doğan evlenme engeli. 115
a') Umumî olarak 115
b') Hüllenin şartları 116
c) İddete bağlı evlenme engeli 119
a') Evliliğin ölümle sona ermesi halinde 119
b') Evliliğin talâkla sona ermesi halinde 120
c') İddete bağlı engelin neticeleri 121
d) Çok karılılığa bağlı evlenme engeli 123
a') Eski Araplar'da çok karılılık (Polygynie) 123
b') İslâm'da çok karılılık 125
e) Sıhrî hısımlıktan doğan engel 128
f) Başkasıyle evli olmaktan doğan engel ... 129

g) Mülkiyet münasebetinden doğan engel .. 130
h) İhram halinden doğan engel 131
i) Öldürücü hastalığa ilişkin engel 132
II. EVLENMENİN ŞEKLÎ ŞARTLARI 132
1) Umumî olarak 132
A) Serbest birleşme 133
B) Dinî evlenme 133
C) Medenî veya laik evlenme 133
2) İslâm'da Evlenmenin Şeklî Şartları 134
A) Yapıcı şeklî şartlar 135
a) İradelerin kanuna uygun olarak açıklanması 135
a') Evlenecek kadın bâkire ise 135
b') Evlenecek kimse bir dilsizse 135
c') İcabta bulunan kimse uzak bir yerde ise 136
b) İradelerin açıklanması anında iki şahit bulunması 136
B) İsbata ve Aleniyeti temine matuf şeklî şartlar 137
§ 4. **EVLENMENİN BUTLANI** 144
I. UMUMÎ OLARAK 144
II. İSLÂM HUKUKUNDA BÂTIL MUAMELE 146
III. EVLENMENİN BUTLANI 148
1) Zifaftan Önce 148
2) Zifaftan sonra 149
IV. MUTLAK BUTLANLA BÂTIL EVLENMELER 151
1) Kanunen Yasak Derecede Hısımlık 151
2) Evli Bir Kadınla Evlenme 152
3) İddet İçinde Olan Bir Kadınla Evlenme 153
4) İki Kız Kardeşle Evlenme 153
5) Üçlü Boşanma İle Boşanmış Kadınla Evlenme ... 154
6) Putperest Kadınla Evlenme 154
7) Dört Kadınla Evli Olma 154
8) Şahitsiz Aktedilen Evlenme 154

V. FÂSİT VEYA NİSBİ BUTLANLA BÂTIL EVLENMELER 155
1) Velinin İzni Olmadan Yapılan Evlenme 156
2) Daha Yakın Derecede Veli Varken Uzak Derecede Bir Veli Tarafından Aktedilen Evlenme ... 156
3) Yetkisiz Kimse Tarafından Başkası Adına Yapılan Evlenme 156
4) Vekilin Yetkisini Aşması 157
5) Mehre İlişkin Kaidelere Uyulmaması 157
6) Kadının Küfvü Olmayan Bir Erkekle Evlenmemesi 158
A) Umumî olarak 158
B) Kefaete karşı olan görüş 160
C) Kefaeti kabul eden görüş 160
D) Kefaetin unsurları 161
a) Nesep veya doğum bakımından eşitlik 161
b) Dinde (İslâm olmada) eşitlik 162
c) Meslek bakımından denklik 162
d) Dindarlıkta ve iyi ahlâk sahibi olmada denklik 163
e) Servette veya malda eşitlik 163
f) Hürriyet'e eşitlik 164
E) Malikî mezhebinde kefaet 164
F) Hanbelî mezhebinde kefaet 164
G) Şâfiî mezhebinde kefaet 164
H) Kefaetin neticeleri 165
I) Modern islâm aile hukuku kodlarında kefaet 166
7) İrade Fesadı Halleri 167
§ 5. **EVLİLİĞİN HÜKÜMLERİ** 173
I. UMUMÎ OLARAK 173
1) Koca Hâkimiyetine Dayanan Evlilik 173
2) Eşlerin Eşitliği Esasına Dayanan Evlilik 173
3) Ortalama Sistem 173
II. EVLENMENİN ŞAHSÎ HÜKÜMLERİ 176
1) Kocanın Karıya Karşı Ödevleri 176

A) İyi muamele 176
B) Eşit muamele 178
C) Gecelerin karılar arasında eşit olarak paylaştırılması 179
D) Zifafı gerçekleştirme 181
E) Birlikte Oturma 182
2) Kocanın Karıya Karşı Olan Hakları 182
A) İkametgâhı tesbit hakkı 182
B) Karının evden çıkışını kontrol hakkı 184
C) Karının eve ziyaretçi kabulünü yasaklama hakkı 185
D) Karıyı birlikte seyhate götürme hakkı 186
a) Mehri muaccelin ödenmiş olması 186
b) Kocanın güvenilir bir kimse olması 186
c) Seyahatin kadın için tehlikeli olmaması .. 186
E) Karıyı tedip hakkı 186
3) Karının Kocaya Karşı Ödevleri 187
A) Kocaya itaat 187
B) Birlikte oturma 187
C) Özürü olmadıkça cinsî münasebetten kaçınmama 187
D) Kocaya sadakat 187
E) Evin ve eşin mallarının korunmasına ihtimam etmek 187
4) Karının Kocaya Karşı Hakları 192
A) Kendine iyi muamele edilmesini istemek 192
B) Gecelerin eşit olarak paylaştırılmasını istemek 192
C) Ana babasını ve yakın hısımlarını ziyaret edebilmek 192
III. EVLENMENİN MALÎ HÜKÜMLERİ 192
1) Kadının Şahsî Malları Üzerindeki Tasarruf Hakkı 192
2) Kadın Evin Masraflarına Katılmaya Zorlanamaz. 195
3) Kocanın Nafaka Mükellefiyeti 196
A) Umumî olarak 196

B) Nafakanın konusu 197
a) Karının yiyeceklerini temin 197
b) Karının giyim ihtiyacının temini 199
c) Karıya müstakil mesken temini 199
d) Karıya ev işlerinde hizmetçi temini 201
C) Nafaka Mükellefiyetinin başlangıcı 202
a) Evlenme muteber olmalı 203
b) Kadın cinsî birleşmeye dayanabilecek fizikî olgunluğa erişmiş olmalı 203
c) Kocanın karısı üzerindeki hakları karının kendi kusuru ile geçici olarak ortadan kalkarsa nafaka borcu da geçici olarak kalkar 203

§ 6. **EVLENMEDE MEHR MESELESİ** 210

I. UMUMÎ OLARAK 210
II. HANEFİ, ŞAFİÎ VE HANBELÎ MEZHEPLERİNE GÖRE 212
III. MALİKÎLERE GÖRE 212
IV. MEHRİN KONUSU VE MİKTARI 214
1) Mehrin Konusu 214
2) Mehrin Miktarı 216
V. MEHRİN ÇEŞİTLERİ 217
1) Mehri Müsemma 217
A) Mehri muaccel 217
B) Mehri müeccel 218
C) İtimada müstenit ve hakem tarafından tesbit edilen mehr 220
2) Mehri Misl 221
A) Mehri misl verilmesi gereken haller 221
a) Evlenme ile mehrin miktarı tesbit edilmemişse 221
b) Mehr olarak verilmesi caiz olmayan bir şeyden mehr tesis edilmiş olması 221
c) Hiç mehr ödenmiyeceğinin kararlaştırılması 222
d) Şigar halinde 222

e) Mehr olarak karıya kur'an öğretilmesinin taahhüt edilmesi halinde (Malikîlere göre) 223
B) Mehri mislin tayini 223
3) Şarta Bağlı Mehr 224
A) Kararlaştırılan mehrin, mehri misldan az olması 224
B) Kararlaştırılan mehrin mehri misldan fazla olması 224
4) Muvazaalı Mehr 225
VI. MEHRİN HUKUKÎ MAHİYETİ 225
1) İslâmiyetten Önce Arabistan'da Mehr 226
A) Kocaya prestij ve şeref vermesi 227
B) Kocaya karının şahsı üzerinde bir otorite kazandırması 227
C) Taraflar arasında akdin yapılmış olduğunu göstermesi 227
2) İslâm'da Mehrin Hukukî Mahiyeti 228
A) Evlenmenin bir satış akdi ve mehrin de satış bedeli olduğu 229
B) Mehrin talâk hakkını kötüye kullanacak kocaya karşı kadına verilmiş bir silâh olduğu .. 231
C) Mehrin talâk veya kocanın ölümü halinde karının geleceğini temine hizmet etmesi 231
D) Mehrin evlenmenin aktedildiğini gösteren bir formaliteden ibaret olması 232
VII. MEHRİN KESİNLEŞMESİ VEYA DEĞİŞMESİ 233
1) Mehrin Tamamının Kesinleştiği Haller 234
A) Zifaf 234
B) Halvet-i sahiha 234
C) Eşlerden birinin ölümü 236
2) Mehrin Yarısını veya Tamamını Ortadan Kaldıran Haller 237
A) Kadının ancak mehrin yarısını alabildiği haller 237
B) Kadının mehrin tamamını kaybettiği haller .. 239

VIII. MEHRİN ÖDENMESİ 240
1) Umumî Olarak 240
2) Mehrin Borçlusu Kimdir? 241
3) Mehrin Kabzı 241
A) Kadın henüz küçükse 241
B) Kadın erginse 242
4) Kadının Mehr Üzerindeki Tasarruf Hakkı 242
A) Mehr mislî şeylerden ibaretse 243
B) Mehr ferdiyle muayyen şeylerden ibaretse ... 244
5) Mehrin Kefaletle Temini 244
A) Kefil kadının velisi ise, kefaleti kabul ettiği anda sıhhatte olması 245
B) Vekil kefâleti kabul ettiği sırada hasta ise ... 245
6) Mehr'de Hasar ve Nef'i 246
A) Nef'i meselesi 246
a) Mehri teşkil eden şeyler henüz kocanın yedinde ise 246
b) Mehr tamamiyle kadına teslim edilmişse 247
B) Hasar meselesi 247
C) Ayıba karşı tekeffül 248
a) Mehr konusu şey umulmayan bir hal sonucu ayıplanmışsa 249
b) Ayıp kocanın fiili neticesi ortaya çıkmışsa 249
c) Ayıp üçüncü şahsın fiili neticesi ortaya çıkmışsa 249
d) Ayıp kadının fiilinden doğmuşsa 249
D) Zapta karşı tekeffül 249
IX. MEHRİN ÖDENMEMESİNİN NETİCELERİ .. 249
X. KARI KOCA ARASINDA DOĞABİLECEK MEHRE İLİŞKİN İHTİLÂFLAR 251
1) Umumî Olarak 251
2) Mehrin Tesbitine İlişkin İhtilâflar 251
3) Mehrin Miktarına İlişkin İhtilâflar 252
4) Mehrin Ödenmesine İlişkin İhtilâflar 253

A) Zifaftan önce 253
B) Zifaftan sonra 253
5) Mirasçılar Arasında Çıkan İhtilâflar 255
XI. MUT'AH VEYA TESELLİ HEDİYESİ 255
XII. CİHAZ 256
1) Umumî Olarak 256
2) Mehrin Bir Kısmının Cihaz Tesisinde Kullanılması 257
3) Baba Tarafından Cihaz Tesisi 257
XIII. 20. YÜZYILDA YAPILMIŞ OLAN İSLÂM AİLE HUKUKU KANUNLARINDA MEHRİN TANZİMİNE KISA BİR BAKIŞ 258
1) Mehrin Evlenme Akdindeki Rolü 259
2) Mehrin Aşağı Haddi Olarak Tesbit Edilmiş Miktarlar Terkedilmiştir. 259
3) Mehrin Konusu 260
4) Mehrin Ödenmesi 260
5) Mehri Teyit Eden Veya Kısmen Yahut Tamamen Kaldıran Haller 260
§ 7. **EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI** 261
I. UMUMÎ OLARAK 261
II. İSLÂM HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI 261
III. EVLENME AKDİNE DERCİ MÜMKÜN ŞARTLAR 262
1) Hanbelî Mezhebinde 263
2) Hanefi, Malikî ve Şâfiî Mezheplerinde 263
A) Kanuna Uygun olan şartlar 263
B) Kanuna aykırı olan şartlar 264
§ 8. **EVLENMENİN İSBATI** 266
I. UMUMÎ OLARAK 266
II. EVLENMENİN İSBATINA YARAYAN USULLER 266
1) İkrar Veya İki Taraflı Beyan 266
2) Şahadet 267
3) Yemin 267

İKİNCİ BÖLÜM

OSMANLI HUKUKUNDA EVLENME

§ 1. **İSLÂM'DAN ÖNCE TÜRKLER'DE EVLENME** 271

I. ESKİ TÜRKLER'DE AİLE VE EVLİLİK ANLAYIŞINA KISA BİR BAKIŞ 271

II. ESKİ TÜRKLER'DE KALIN 274

III. KALININ HUKUKÎ MAHİYETÎ 274

1) Kalın Bir Satış Bedelidir 275

2) Kızın Yetiştirilmesi Masraflarına İştiraktir. 275

3) Babanın Velâyet Hakkının Karşılığıdır 275

VI. KALIN VERİLMESİNİN HUKUKÎ NETİCELERİ 276

1) Nişan Kalının Tesliminden Önce Bozulursa 277

2) Nişan Kalının Tesliminden Sonra Bozulursa 277

§ 2. **OSMANLI HUKUKUNDA DEVLETİN EVLENMEYE MÜDAHALESİ** 281

I. UMUMÎ OLARAK 281

II. OSMANLI HUKUKUNDA 282

1) Tanzimattan Önce 282

2) Tanzimattan Sonra 285

III. H. 1333/M 1917 TARİHLİ HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ 292

1) Kanunun Sistematiği 292

2) H. A. K. nin Getirdiği Yenilikler 293

A) Nişanlanma 294

B) Evlenme ehliyeti 294

C) Evlenme akdine devletin müdahalesi 296

a) Hâkim veya naibinin huzuru 296

b) İlân mecburiyeti 299

D) Çok kadınla evlenme = taaddüd-i zevcatın sınırlandırılması 300

3) H. A. K. nin Evlenmenin Butlânına İlişkin Hükümleri 303

4) H. A. K. nin İlgası 305

IV. BMM. HÜKÜMETİ ZAMANINDA AİLE HUKUKUNUN TEDVİNİ ÇALIŞMALARI 306

§ 3. **MEDENÎ KANUN VE RESMÎ NİKÂH** 311
I. UMUMÎ OLARAK 311
II. KANUN DIŞI (İMAM NİKÂHI İLE) BİRLEŞMELER VE NESEPSİZ ÇOCUKLAR MESELESİ 314
1) Umumî Olarak 314
2) Kanun Dışı Birleşmeler 317
3) Kanun Dışı Birleşmelerin Sebebleri 318
A) Mevzuata taallûk edenler 318
a) Adlî Kanunlar bakımınan 318
b) İdarî kanunlar bakımından 320
c) Askerî Kanunlar bakımından 321
d) Malî kanunlar bakımından 321
e) Sıhhî kanunlar bakımından 322
B) Kültürel ve eğitimle ilgili sebebler 322
C) Sosyo-ekonomik sebebler 324
4) Kanun Dışı Birleşmeleri Önlemek İçin Teklif Edilen Tedbirler 325
A) Adlî bakımdan 326
B) İdarî bakımdan 327
C) Sağlık bakımından 328
D) Kültürel bakımdan 328
E) Sosyal ve ekonomik bakımdan 329
F) Askerî bakımdan 329
5) Sebebler ve Tedbirlerin Tartışılması 329
A) Evlenmenin kolaylaştırılması 329
B) Boşanmanın kolaylaştırılması 331
a) Sulh teşebbüsünün kaldırılması 332
b) MK. nun boşanma hükümlerinde değişiklik yapılması 332
§ 4. NETİCE 350
BİBLİYOGRAFYA 369
PERİYODİKLER 381
KISALTMALAR 382

İSLÂM VE OSMANLI HUKUKUNDA EVLENME

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA EVLENME

§ 1. GİRİŞ

I- KONU VE KONUNUN TAKDİMİ.

Tezimizin konusu "İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme = Nikâhtır." İslâm aile hukukundan bir konuyu araştırma konusu olarak alışımız tesadüfi değildir: Genel olarak İslâm hukuku etütlerinin üç faydası vardır:

1) Hukuk Tarihi Bakımından:

İslâm hukuku, bir yandan, Sümer, Babil ve Akad medeniyetlerinin yaşadığı bir bölgede ortaya çıkmıştır. Bu ülkelerde uygulanmış olan meşhur kanunlarla İslâm hukuk sistemi arasında bazı irtibat noktalarının tesbitine hizmet eden tarihi temel vazifesini görür. Öte yandan, Roma hukukunu kabul etmiş ve uzun asırlar boyunca uygulanmış olan ülkelerde yayılmış olduğundan, İslâm hukuku, antik = kadim hukukların tarihinde bir kavşak noktası teşkil eder.

Nihayet çok kısa bir zaman zarfında hazırlanmış homojen bir hukuk sistemi olarak, hukuk tarihçilerine İslâm hukukunun nasıl doğduğu meselesini vazeder.

2) Mukayeseli Hukuk Bakımından:

İslâm hukuk sistemi, eksikliklerine rağmen, kendi tekniği ve özellikleri olan orijinal bir hukuk sistemi olarak karşımıza çıkar. Hukuk sistemleri bakımından dünyayı gruplara ayırmak gerekirse, bugün İslâm hukuk sistemi de, Roma, Anglo-sakson hukuk sistemleri gibi müstakil bir hukuk sistemi olarak karşımıza çıkar. İslâm hukukunun mukayeseli hukuk kaynağı olarak değeri 1932 de La Haye'de toplanan "Milletler Arası Mukayeseli Hukuk Kongresi" tarafından kabul edilmiştir.

3) Pratik Bakımdan:

İslâm hukuku, eskiliğine rağmen yaşayan bir hukuktur. Ortadoğu ve Magrep ülkelerinin ekserisi Medenî Kanunlarını Batı'dan iktibas etmiş olmalarına rağmen, bu kanunlar, İslâm hukuku esaslarını tamamen terkedememişlerdir. Kaldı ki bu ülkelerde, İslâm hukukunun aileye ve mirasa taalluk eden hükümleri halen mer'idir.

Suudi Arabistan, Afganistan gibi ülkelerde İslâm hukuku, prensip olarak, bütün konularda uygulanabilen tek pozitif hukuk olmakta devam etmektedir. Asya'da ve Afrika'da, İslâm hukukunu uygulayan devletler, Dünya yüzünde geniş bir alan kapladıkları gibi, müfusları da Avrupa nüfusunun 1 /3 den fazlasına tekabül eder. Bir kısmı komşumuz olan ve İslâm hukukunu uygulayan devletler, bilhassa iktisadî yönden, modern Dünyanın gelişmesinde önemli rol oynamaktadırlar. Bu bakımdan da İslâm hukukunun tetkiki, önem arzeder.

İslâmî evlenmeyi incelemek, Türk toplum düzenini anlamak bakımından çok faydalı olduğu gibi, yeni Türkiye Cumhuriyetinin, 50. yılında hâlen karşı karşıya bulunduğu çok önemli bir sosyal sorunun çözümüne de yardımcı olacaktır:

İslâm hukuku 9 Yüzyıldan fazla bir müddet Türk aile hayatını düzenlemiştir. Türk Medenî Kanununun kabulünden bu yana 47 sene geçmiş olmasına rağmen hâlâ islâmî evlenme esasları Türk toplumunda fiilen yaşamakta ve TMK'nun evlenmeye ilişkin hükümlerinin topmun bazı tabakalarında, uygulamada tesirsiz kalmasına sebep olmaktadır. İslâm Hukuku evlenmeyi tamamen laik bir müessese olarak kabul ettiği halde, müslümanlar arasında, evlenmenin akdi anında bir imamın hazır bulunması ve dua okuması usulü yerleşmiştir. "İmam Nikâhı" adını alan bu usul Türkiye'de halen çok geniş ölçüde uygulanmakta ve TMK. nun evlenmeye ilişkin hükümleri bir çok çevrelerde uygulama imkânını yitirmektedir. Bu bakımdan İslâmî evlenme konusunda yapılacak araştırma sadece ilmî bir değer taşımakla kalmayıp fakat aynı zamanda Türk hukuku bakımından, pratik bir önem de arzetmektedir. Halk arasında büyük bir itibar gören imam nikâhının İslâm Hukukunda mevcut olmadığını ve esas itibariyle, TMK. nun kabul etmiş olduğu evlenme ile islâmî evlenme arasında bir çok noktalarda ayniyet bulunduğunu izah ve isbat etmek bu incelemenin pratik faydalarından birini teşkil eder. Bu şekilde, Medenî Kanunun evlenmeye ilişkin hükümlerine aksaksız olarak bütün vatandaşlarca uyulması temin edilmiş olur.

Tezimiz, İslâm hukukunda evlenmeyi Cumhuriyet neslinin istifadesine sunan tek ilmî eser olacaktır. Bu bakımdan da büyük bir boşluğun doldurulmasına hizmet edecektir.

Evlenme ailenin temel taşıdır. Aile ise asırlardan beri tekrar edilen bir deyimle, toplumun temeli, çekirdeğidir. Siyasî rejimi ne olursa olsun her toplum aile birliğine büyük bir önem vermekte ve onun kuruluş, yaşayış ve sona ermesiyle çok yakından ilgilenmektedir[1]. Aile, toplumla fert arasında bir aracı rolünü oynar. Aileye önem veren, onu sağlam temeller üzerine oturtan toplum bizzat kendi bünyesini sağlamlaştırmış ve kuvvetlendirmiş demektir. Toplumların devamlı olması aile müessesesiyle mümkündür. Aileye gereken önemi vermemiş olan toplumlar yıkılmağa mahkûmdurlar. Hukuk tarihi, bu konuda bize faydalı ve kesin bilgiler vermektedir[2]. Maddî ve manevî bir takım menfaatleri bünyesinde toplayan aile müessesesinin din, ahlâk, sosyoloji ve ekonomi bilimleriyle yakından ilişkisi vardır. Bu sebeple aileye, dolayısiyle evlenmeye taallûk eden mevzuat genellikle tutucu bir karakter taşır. Çünkü insanlar dinî ve ahlâkî telâkkilerin tesirinden kolay kolay kurtulamazlar[3]. Aile hukukunda, örneğin evlenme konusunda bir araştırma yaparken dinî, ahlâkî, sosyal ve ekonomik sorunları da gözden uzak tutmamak gerekir. Aileye özellikle evlenmeye ilişkin bir kural koymak gereği duyulduğu zaman, önce bu kuralın uygulama şansını düşünmek gerekir. Bu sahada uygulama ile teori, her yerdekinden daha titizlikle birbirinden ayrılmalıdır. Evlenmeye ilişkin bir kural, toplumun dinî ve ahlâkî düşünceleriyle bağdaşmıyorsa ya hiç uygulama alanı bulamaz yahut güçlükle uygulanır. Aile hukukunda müesseselerin gelişmesi ve değişmesi yavaş yavaş olur ve çok uzun zamana bağlıdır.

İnsanlık tarihinde aile deyiminin ifade etmiş olduğu anlamlar çeşitlidir. Her toplumun ve her devrin kendine özgü bir aile anlayışı

---

1 Örneğin , aile bağlarının çok gevşek olduğu bilinen Sovyet Rusya'da, 1944 tarihli Présidium kararında evlenme ve boşanmaya ilişkin teferruatlı hükümler yer almaktadır. Bk. Principes du droit Soviétique, Moscou. Traduit du Russe Par Leon PIATIGORSKI. Türkiye Cumhuriyetinin 1961 tarihli Anayasası aileye verdiği önemi şu şekilde ifade etmiştir: "Aile Türk toplumunun temelidir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar" (Md. 35).

2 Bak. DECUGIS, H.; Les étapes du droit dès origines à nos jours (Suite) Paris 1943. Sh. 159.

3 Örneğin, bugün bazı ülkelerde eski devirlerin kalıntısı olarak medenî nikâhın yanında dinî nikâh mecburiyeti vardır. Yunanistan'da ve İspanya'da durum böyledir. Ayrıca ülkemizde çok yaygın olan imâm nikâhı ile evlenmeler de buna örnektir.

vardır. Eski devirlerin ailesi geniş anlamda aile idi. yani aile yalnız ana baba ve çocukları değil, aynı zamanda uzak yakın bir takım civar hısımlarını da içine alan bir topluluktu. Bu çeşit aile siyasî ve ekonomik bir bütün teşkil ederdi. Aile fertleri bir takım sıkı kayıtlarla bağlıydı. 18. Yüzyılın ferdiyetçilik akımı ve bunun neticesinde çıkan 1789 Fransız İhtilâli geniş anlamda aileye büyük bir darbe vurmuştur[4]. Karı koca ve çocuklardan oluşan dar anlamdaki aile kavramına insanlık uzun bir gelişme devresinden sonra ulaşabilmiştir. Ailenin ve dolayısiyle evlenme müessesesinin geçirdiği evrime kısaca dokunmadan önce tezimizin plânını tanıtmayı faydalı buluyoruz.

Tezimiz iki bölümden ibarettir. I. Bölümün I. paragrafında İslâmiyetten önce Arabistan'da mevcut evlenme çeşitlerini inceleyeceğiz. Çünkü İslâmî evlenme, cahiliyye devrinde Arabistan'da var olan evlenme şekillerinden birine dayanmaktadır. Evlenecek erkekle kadının velisi arasında yapılan bir anlaşmadan ibaret olan bu evlenme tarzı İslâm dinince kadının iyiliğine değiştirilmiş ve kadının evlilik birliği içindeki durumu yükseltilmiştir.

II. paragrafta umumî olarak İslâm'da evlenme ve nişanlanmayı inceliyeceğiz. İslâmın evlenmeye verdiği anlam ve önemi belirttikten sonra, islâm hukukunun evlenmede yaptığı reformu ve evlenmenin hukukî mahiyetini izah edeceğiz. III. paragrafta evlenme akdinin inikadı için gerekli esas ve şekil şartlarını inceledikten sonra, IV. paragrafta evlenmenin butlanını inceleyeceğiz. V. paragrafta evlenmenin hüküm ve neticelerini gözden geçirip, evlenmede mehr meselesini VI. paragrafta inceleyeceğiz. I. Bölümün son iki paragrafında evlilik birliğinin himayesinden ve evlenmenin isbatı meselesinden kısaca bahsedeceğiz.

Evlenmenin tanziminde mezhepler arasında mevcut fikir ayrılıklarına yeri geldikçe temas edeceğiz. Ancak biz incelememizin temelini daha çok Hanefi mezhebine dayandırıp diğer mezheplerin ayrıldıkları noktaları belirtmekle yetindik. Diğer taraftan çağımızda muhtelif İslâm ülkelerinde uygulanmakta olan Ahval-i Şahsiye kanunlarının konumuzla ilgili hükümlerini, klasik İslâm hukukunun çözüm tarzlarıyla karşılaştırarak zaman zaman mukayeseli bir metot uygulamağa çalıştık.

Kaynaklar meselesine gelince: İslâm hukukunun kaynakları Kur'an, Sünnet ve Hadis, İcmâ ve Kıyas'tır. Evlenme ile ilgili ana prensip-

4 VELİDEDEOĞLU, H. V. Türk Medeni Hukuku, İst. 1949 c. I cüz. II sh. 3-4

ler Kur'an'da mevcuttur. Peygamber, davranışlariyle ve sözleriyle Kur'an hükümlerine açıklık getirmiş ve onları pekiştirmiştir. Mezhep kurucu İmamların fikirleri ve diğer değerli fıkıhçıların reyleri de İslâm hukukunun teşekkülünde büyük rol oynamıştır. İslâm hukuku tedvin edilmemiş bir hukuktur. İslâm aile hukuku sahasında yapılan ilk resmî tedvin denemesi 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesidir. Ancak bundan önce, Hanefi hukukunun esaslarını toplayan ve XII. asırda meydana getirilen Hedaya ile (H. 923) İbrahim Halebi tarafından meydana getirilen "Multeka El-Ebhur" ilk önemli İslâm hukuku kodları olarak karşımıza çıkar. Kısaca Multeka olarak anılan bu eser D'OHSSON tarafından Fransızcaya çevrilmiştir[5]. Multekanın Türkçe çevirisi ise 1968 tarihinde Mustafa Uysal tarafından yapılmıştır. Bu arada 1875 tarihinde Kadri Paşa tarafından Hanefi mezhebinin esaslarına göre hazırlanmış ve Mısır hükûmeti tarafından kabul edilmiş olan Ahvali Şahsiye Kanunu da zikre değer eserler arasındadır. Fransızca metninden faydalandığımız bu kanunu, kısaca CSPE kısaltması ile tezimizde gösterdik.

Malikî mezhebinde İbni Rüşd'ün Bidayat al müştahid'i ile malikî fıkıhçı Halil'in eserleri başvurulabilecek belli başlı kaynaklar arasındadır.

VAN DEN BERG tarafından Fransızcaya çevrilmiş olan Minhâdj at-tâlibin adlı fıkıh kitabı Şâfiî hukukunun esaslarını ihtiva etmektedir.

IBN KUDÂMA tarafından yazılmış olan Al-mugnî, Hanbeli fıkhı için başvurulacak önemli kaynaklardan biridir.

Ancak belirtmek gerekir ki, Arapça yazılmış olan fıkıh kitaplarından istifademiz dolayısıyle olmuştur.

İslâm hukuku ile ilgili araştırmalarda çok başvurulan diğer bir kaynak da muhtelif İslâm bilginleri tarafınan meydana getirilmiş olan hadis külliyatlarıdır. Bunların en meşhuru Buharî (ölümü 256/870) ve Müslim'in (ölümü 261/875) kitaplarıdır. Bugünkü mahkeme içtihatlarına tekabül eden fetvalar da İslâm hukuku araştırmalarında yardımcı kaynaklar arasındadır. Bir çok fıkıhçı tarafından fetva mecmuaları meydana getirilmiştir. Bunların en meşhurları Ebussûd Efendi Fetvaları, Fetvâyı Behce, Feyziye, Fetava-i Ali Efendi ve Fetava-i İbni Nüceym vs.dir.

---

5 Bk. D'OHSSON, M; Tableau Général de L'Empire othoman. Paris 1787-1820. 7 c. Multeka, eserin V-VI. c. de yayınlanmıştır.

Eski Türkçe ile yazılmış bir kaç eserden başka Türkçe kaynak olarak Ömer N. Bilmen'in Hukuki İslâmiyye ve Istılahâtı Fıkhıye Kamûsu, sistemden mahrum olmakla beraber, zikredilmelidir.

Yabancı dillerde de İslâm hukuku üzerine bir çok eserler yazılmıştır. Başvurduğumuz yapıtlar arasında en yenilerinden ve derli toplu olanlarından biri şüphesiz ki BELLEFONDS'un "Traité de droit musulman Comparé" isimli eseridir.

Tezimizin ikinci bölümünde Osmanlı hukukunda evlenmeyi inceliyeceğiz. Eski Türklerde evlenmeye genel olarak çok kısa bir şekilde temas ettikten sonra Osmanlı hukukunda devletin evlenmeye müdahalesinin tarihi gelişimi ve bu arada izinname meselesi üzerinde duracağız. Daha sonra İslâm aile hukuku sahasında gerçekleştirilen ilk esaslı kanun olan 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesinin evlenmeye ilişkin, bilhassa klasik İslâm hukukuna göre yenilik sayılan hükümlerini inceliyeceğiz. Daha sonra 1339 ve 1340 tarihli Hukuk-i Aile Kanun Tasarılarına da kısaca temas edeceğiz. Araştırmamıza son vermeden önce, Türkiye'nin çok önemli ve sosyal bünyesinden doğan bir meselesine, "kanun dışı birleşmeler"e parmak basacağız. Bir hukuk tarihi tezinde incelenmesi gereksiz gibi görünen bu konuya ait izahat kanaatimizce çok faydalıdır. Türk hukuk tarihi araştırmaları modern toplum ve hukuk düzenimizin sorunlarının çözülmesine bir katkıda buduğu ölçüde değer kazanır. Medenî kanun, Aile Hukukunu İslâm hukukundan çok farklı bir şekilde tanzim etmiş ve evlenmede resmî nikâh mecburiyetini koymuştur. Kabulünden bu yana 47 sene geçmiş olmasına rağmen, MK. nun evlenmeye ve boşanmaya ilişkin hükümleri hâlâ toplumun bazı kesimlerinde uygulama imkânı bulamamaktadır. Bu vakıanın sebebleri ve alınacak tedbirler konusunda kısaca bilgi vermeyi zorunlu telâkki ettik. Şimdi genel hukuk tarihi ve tezimiz bakıdan faydasına inanarak ilkel toplumlarda evlilik ve aile anlayışına kısaca dokunacağız.

II- İLKEL TOPLUMLARDA EVLİLİK VE AİLE ANLAYIŞI

Bazı sosyologlar, insanlığın bu günkü aile ve evlenme şekline gelmeden önce bir karışık cinsel ilişkiler devresi yaşamış olduğunu savunmaktadırlar[6]

6 Mc. LENNANN, Studies in Ancient History. 95. BACHOFEN, Das Mitterreht, P. XX. 10. MORGAN, Systems of Consanguinity and affinity sh. 480-487 G. WESTERMARCK, Histoire du mariage. I. 1934. Traduit de l'anglais Par Arnold VAN GENNEP sh. 115-116.

Her erkeğin her kadınla cinsel ilişki kurabildiği bu devrede evlilik kavramı yoktur. Kadın toplumun malı sayılır. Klâna dahil olsun olmasın bütün erkekler bütün kadınlarla cinsel ilişkiler kurabilirler. Bu şekilde doğan çocuklar toplumun malı sayılır; çocuklar sadece analarını bilirler, babalarını tanımazlardı[7]. Karışık cinsel ilişki devresi bütün insanlık için ortak bir devre de değildir. Son derece ilkel ve dağılma yolunda olan bazı toplumlarda rastlanmış olan istisnaî bir durumdur[8]. Karışık cinsel ilişkiler fikri, münferit bazı vakıalara ve yanlış olarak değerlendirilen bir takım âdetlere dayanmaktadır. Örneğin, tarihin en eski devirlerinde özellikle Japonya, Mısır ve Peru'da mevcut olan erkek ve kız kardeşler arasındaki evlenmeler, birçok ilkel toplumlarda rastlanan soyun yalnız ana tarafından tayini geleneğine ve bazı müellifler tarafından da karışık cinsel ilişkiler faraziyesine delil olarak kullanılmıştır[9]. Ancak ilkel toplumların bir çoğunda ana tarafından soy tayini geleneğinin var olması, karışık cinsel ilişkilerin varlığı lehine bir delil olamaz. Çünkü bu toplumlarda soyun anaya göre tayini, babalığın belli olmamasından değil, çocuğun meydana gelişinde babanın rolünün bilinmeyişinden doğuyordu. Gerçekten bazı ilkel toplumlarda gebelik, ataların ruhunun kadının vücuduna girerek çocuk halinde şekillenmesi ile izah olunur. Örneğin, Avustralya'da yaşayan Arunta'lar, gruplarını idare eden bazı erkek ve dişi ataların varlığına inanırlar; bunlar bazı yerlere ruh-çocuklar bırakırlar ve kadınların vücuduna giren bu ruhlar insan şeklinde yeniden doğarlar[10]. İngiliz Yeni Ginesi yerlilerinde, çocuğun doğuşu, kadının vücuduna giren bir ölünün ruhunun insan şekline bürünmesine bağlanır [11]. İleri bir medeniyete sahip bazı toplumlarda raslanan boş inançlar, gebeliğin cinsel ilişkiden başka bir sebeple meydana geldiği yolunda ilkel tribülerde mevcut olan inancı doğrulamaktadır.

Diğer taraftan ilkel toplumlarda, ana ve çocuk arasındaki bağ, çocuğu babaya bağlayan bağdan daha kuvvetlidir; çünkü analık bir vakıadır. Babalık ise faraziyedir. Diğer taraftan ana, çocuğu çok uzun zaman besler; emzirme 3 veya 4 yıl devam eder. Ayrılık halinde küçük anayı takip eder[12]

7 Mc. LENNANN, age. sh. 95. MORGAN, age sh. 480-487.
8 DECUGIS, age. sh. 44. WESTERMARCK, II. sh. 5-32
9 WESTERMARCK, II sh. 5; DECUGIS, age. sh. 44
10 WESTERMARCK, age II. sh. 20
11 MALINOWSKI, Baloma, in Jour. Roy. Anthr. Inst. XLIV. 407. WESTERMARCK, II sh. 21
12 HARTLAND, Primitive Paternity i, 301. 599. sh. 325. WESTERMARCK, age II sh. 16

Ana tarafından soy tayini, sadece babalığın şüpheli olduğu hallerde değil, kesin olduğu zaman da görülmektedir[13] Demek oluyor ki, sadece babalığın şüpheli olması, ana tarafından soy tayininin sebebi olamaz. Ana tarafından soy tayini de karışık cinsel ilişkiler devrinin varlığına delil olamaz; kaldı ki erkeğin kıskançlık hissinin karışık cinsel ilişkilere engel olacağı ileri sürülmektedir. Gerçekten ilkel toplumların pek çoğunda kadının zinası ölümle cezalandırılmaktadır[14]

Karışık cinsel ilişkiler devrini çok koca ile evlenme demek olan poliandri = Polyandrie'nin izlediği ileri sürülmektedir. Gerçekten insanlık tarihinde bu güne kadar çeşitli evlenme nevilerine rastlıyoruz. Polyandrie çok karıyla evlenme geleneği olan Poligini = polygynie'den daha seyrek görülen bir evlenme tarzıdır. Dünyanın çeşitli bölgelerinde değişik şekillerde yaşamaktadır: Bazı Eskimo kabilelerinde Polyandrie, polygygnie'nin islâm ülkelerinde yaygın olduğu kadar çok uygulanmaktadır[15]. Burada bir kadının muhtelif kocaları genellikle kardeştirler. Eşin seçimi hukuken en büyük kardeşe aittir. Yaptığı evlenme mukavelesi aynı zamanda diğer kardeşleri için de geçerlidir. Yani büyük kardeşin karısı diğer kardeşlerin de karısı olmaktadır. Önce küçük kardeşler evlenmişlerse, büyük kardeş evi terkeder. Bir babanın oğlunun karısiyle, amcanın yeğeninin karısıyle yaşaması mümkündür. Keşmir'in bir bölgesi olan Ladakh'da ilginç bir polyandrie şekli görülür. Büyük oğul evlenince bütün aile mallarının zileydi olur ve yaş itibariyle kendisinden sonra gelen iki kardeşini beslemek zorundadır. Bunlar evlenemezler; ağabeylerinin karısını paylaşırlar ve ikinci dereceden koca durumundadırlar. İkiden fazla erkek kardeş varsa, onlar ağabeylerinin karısını paylaşamazlar ve aileyi terketmek zorundadırlar[16]. Evde kalan diğer iki kardeş en büyük kardeşin uşakları durumundadırlar. Bu evlenmeden doğan çocuklar üç kocayı da baba olarak bilirler; ancak ailenin şefi sıfatiyle en çok saygıyı büyük kardeşe gösterirler. Evli kadın bazen ikinci bir evlenmeyle yabancı bir aileden kendine bir koca daha bulabilir. Bu genellikle üç kardeşi bulunan ve ağabeylerinin karısına ortak olmayan bir erkektir. Bu yeni koca "Magpa" adını alır; ve karı memnun olmazsa buna yol verebilir. Daha başka polyandrie şekillerine de rastlanmaktadır. Örneğin, Rus köylüleri arasında ve Sırbistan'da mevcut olan bir geleneğe göre, küçük olan genç-

13 WESTERMARCK, age II sh. 31-33
14 WESTERMARCK, age. II sh. 34-37
15 AHMAD SHAD, Four Years in Tibet. sh. 52. WESTERMARCK, age. V. sh. 115 vd.
16 WESTERMARCK, age V. sh. 125 vd.

lerle evlenmiş olan ergin kadınlar, kocaları erginlik çağına gelinceye kadar kocalarının babalariyle cinsel ilişkilerde bulunabilir[17].

Polyandrie'nin başlıca sebepleri demografik ve ekonomiktir. İlk sebep şüphesiz ki cinsler arasındaki sayı dengesizliğidir. Müelliflerin çoğunluğu Polyandrie'yi kadın sayısının erkek sayısından az olması vakıasına bağlamaktadırlar. Bir müellife göre Tibet'te polyandrie'nin sebebi, önce ülkenin kısırlığı ve ekilecek toprakların yetersiz oluşu; ikinci olarak da kadınların sayısının azlığıdır. Prejevalsky, Moğollarda kadınların erkeklerden [18] az olduğunu nakletmektedir. Yavorski, Türkmenlerde 100 erkek çocuğa karşılık 76 kız çocuğunun doğduğunu söylemektedir. Polyandrie'nin uygulandığı bir çok ilkel toplumlarda erkeklerin sayıca kadınlara üstünlüğü, kız çocuklarının öldürülmesine bağlanır. Kendilerini ruhanî hayata vermiş olan kadınların çok fazla olması ve bunların bekâr kalmak zorunluluğu, Tibet'te Polyandrie'nin sebeplerinden biri olarak kabul edilmektedir[19].

Ekonomik faktörler, polyandrie'nin önemli sebeplerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Bhutay'da Polyandrie'nin menşeî ülkenin fakirliğine ve mülklerin bölünmesini önlemek arzusuna bağlanır. Güney Hindistan'da kardeşler arasında var olan polyandrie'nin sebebi, fakirlik ve aile mülkiyetini kuvvetlendirme arzusudur. Ekonomik imkânlar, beslenecek kimselerin sayısına göre mahduttur. Böyle olunca da Polyandrie'ye baş vurulur[20]. İslâmiyetten önce Araplar arasında uygulanmış olan kardeşler arasındaki polyandrie, kız çocuklarının öldürülmesi geleneğinin doğurduğu kadınların azlığı vakıası yanında fakirliğe de dayanır.

Polyandrie, satış evlenmesinin uygulandığı toplumlarda kadın için ödenecek meblâğı temin güçlüğünden gelmektedir. Bu, kardeşleri ve diğer erkekleri birlikte anlaşmaya ve müştereken bir kadın almaya sevkeder[21]. Güney Afrika'lı Bantu'lar da fakir bir erkek karısını paylaşmak şartiyle zengin bir kimsenin kendisine yardım etmesini isteyebilir.

Birçok hallerde polyandrie'nin göçebe hayat tarzının alışkanlıklariyle ilgili olduğu neticesine varılmıştır[22]. Ticaret yahut avcılıkla uğra-

17 WESTERMARCK, age V. sh. 139

18 PUINI, op. cit. sh. 131. WESTERMARCK, age sh. 169.

19 Örneğin Tibet'te bu hal Polyandrie'nin sebeplerinden biri olarak görünür. WESTERMARCK age. V. sh. 201.

20 WESTERMARCK, age. V. sh. 201.

21 DALTON, op. cit. sh. 33. WESTERMARCK age. V. sh. 202

22 John ROSCOE, Totemisme and Exogamy, ii 539. WESTERMARCK, age. V. sh. 202

şan Himalaya Moğolları ve Tibetliler, kocanın uzun süre evden ayrı kalması halinde kadını tehlikelerden korumak için polyandrie'ye müracaat ederler[23].

Bazan poliyandrie çocuk sahibi olmak arzusundan doğar. Çocuğu olmayan evli bir erkek, güçlü bir bekârın kendisine arkadaş olmasını ister. Bu âdet Afrika tribülerinin bir çoğunda görülür.

İlkel toplumlarda görülen bir diğer evlenme şekli de grup evlenmeleridir. Bir grup erkeğin bir grup kadınla birlikte yaşadığı bu evlenme polyandrie'yi uygulayan toplumların bir çoğunda görülür. Müellifler bu evlenme şeklini izah için, birçok karı ve kocaların mevcut olduğu evlerden bahsedeler[24]. Çoğu zaman birden fazla erkek kardeşler birden fazla kız kardeşlerle evlenirler. Bu halde bütün eşler müşterektir; en yaşlı kadının çocukları en büyük erkek kardeşe; ikinci kadının ki yaşça ikinci olan erkek kardeşe ve en küçük kadının çocukları da en küçük erkek kardeşe ait olur. Kadınlardan birinin veya bir çoğunun çocukları yoksa, diğer kadınlardan çocuklar kocalar arasında yapılan bir anlaşmaya göre paylaşılır[25]. Bu durumda, grup evlenmesi polygynie'nin polyandrie ile bir kombinezonu şeklinde ortaya çıkmaktadır. Gerçek grup evlenmesi polyandrie ile yanyana yaşamıştır. Fakat öyle toplumlar vardır ki, onlarda cinsel bir komünizm vardır; kadınlardan hiç biri gerçek anlamda birden fazla erkekle evli olmadığı halde, bir çok erkek bu kadınlarla cinsel ilişkilerde bulunabilir. Ancak bu neviden ilişkilere grup evlenmesi adı verilmesi, grup evlenmelerinin karışık cinsel ilişkilerle karıştırılmasına yol açmaktadır.

Tchouktchiler'de evlenme, bir tek çifte taallûk etmez; fakat bütün bir grup üzerine şâmildir. Böyle bir evlilik birliğine ait olan erkekler, "karılarda arkadaş" adını alırlar. Her arkadaş, arkadaşlarının bütün karılariyle cinsel ilişkilere girmek hakkına sahiptir; fakat bu haktan nadiren istifade edilir. Örneğin, şu veya bu sebeble arkadaşlardan biri, diğerinin kampını ziyaret ettiği zaman o, karısını konuk arkadaşına terkeder ve mümkünse geceyi başka bir yerde geçirir. Böyle bir ziyaret sebebiyle konuğunu ağırlamış olan arkadaş, bunun rövanşını almanın ve haklarından faydalanmanın fırsatını arar[26]. Grup evlenmeleri sadece düzenlenmiş bir cinsel bağlılık değil, fakat aynı zamanda bir ekonomik müessesedir.

23 GORDON CUMMING, op. cit. sh. 604. WESTERMARCK age. sh. 204.
24 GRENARD, Tibet, sh. 257. WESTERMARCK age. V. sh. 234.
25 WHİTE, Sikhim and Bhutan, sh. 320. WESTERMARCK age., V. sh. 236.
26 WESTERMARCK, age., V. sh. 241.

Ancak normal zamanlarda kadın ve erkek sayısı aşağı yukarı eşit olduğundan doğal evlenme türü bir kadının bir erkekle evlenmesidir. Fakat diğer evlenme türlerinin yanında bir erkeğin birden fazla kadınla evlenmesi de tarihin her devrinde çeşitli toplumlarda uygulanmıştır. Şunu belirtmek gerekir ki, bir erkeğin tek bir kadınla evlenmesi olan monogami = monogamie, birden fazla kadınla evlenme (polygynie) den çok daha yaygındır. Polygynie'yi kabul eden bazı ilkel toplumlarda, sadece şef birden fazla kadınla evlenme hakkına sahiptir. Güney Amerika yerlilerinde çok karılılığı uygulayan tribüler, monogame olan tribülerin sayısının ancak üçte biri kadardır[27]. Eskimoların büyük bir çoğunluğu monogame'dır. Pasifik'teki adaların çoğunda polygynie ancak şeflere hastır.

Gerek sayı ve gerekse sıklık itibariyle polygynie'ye en çok Afrika'da rastlanmaktadır. Örneğin Unyora'da bir küçük şef için bile 10-15 den aşağı karıya sahip olmak onur kırıcı bir hal sayılır. Polygynie'nin sıklığı konusunda verilen rakamlara göre Afrika'da 110 erkek'ten 81 yahut 89 u çok karılıdır. Halbuki Dünyanın diğer bölgeleri için bu oran % 30 dur[28]. Ziraatçılık ve hayvancılıkla uğraşan toplumlarda çok karılılık daha yaygındır.

Polygynie'yi uygulayan bazı toplumlarda müşterek eşlerden herbiri aynı haklara sahiptir. Fakat genel olarak eşlerden biri diğerine göre üstün durumdadır. O, evin sahibesi rolündedir. Genelllikle ilk evlenilen kadın bu durumdadır. Birinci kadına bu üstünlüğün tanınmasının nedeni, eskiden toplumların büyük bir kısmının monogame olmasıydı[29].

Seyrek olmakla beraber eski Mısır'da polygynie mevcuttu[30]. Hamurabi kanunu ise evlenmenin monogame olmasını emreder. Ancak karısının kısırlığı yahut hastalığı halinde, kocanın bir metres alması kabul ediliyordu[31]. Fakat bu kadından doğan çocuklar meşru sayılmazdı.Bunun için babanın çocuğu tanıması ve tanıma keyfiyetinin ilân edilmesi gerekirdi[32].

Yahudiler'de bir erkek bir çok kadınla evlenebiliyordu ve bu kadınlar arasında fark yoktu[33].

27 WESTERMARCK, age. V. sh. 5.
28 WESTERMARCK, age. V. sh. 25
29 WESTERMARCK, age. V. sh. 35
30 MAHMUD ES'AD, Tarihi İlmî Hukuk, İstanbul 1331. sh. 44.
31 OKANDAN, Umumî Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1951. sh. 109.
32 DELAPORTE, les Hittits, Paris. 1934. sh. 73, 83.
33 Bk. GALANTİ, Üç Sâmi vazı-ı kanun. İst. 1927 sh. 14.

Yaradılış (Genèse) ın bazı paragraflarından anlaşıldığına göre, Tevrat'da monogamie esastır[34]. Ancak çıkış (Exode) erkeklerin cariye almasını normal kabul ediyor.

İslâmiyet, çok karılılığı tahdit etti ve 4 karıdan fazlasını yasak etti. Ancak istendiği kadar cariye alınabilirdi. Uygulamada monogam erkeklerin sayısı daha fazladır.

Atina'da polygynie çok istisnaî bazı hallerde kabul edilmiştir[35].

M. Ö. 413-403 seneleri arasında çok karılılığa izin verilmiştir. Sicilya seferinden sonra Atina'da nüfusu yeniden çoğaltmak için evli erkeklerin ikinci bir kadın alabilmelerini öngören bir kanun çıkarıldı.

Roma'da evlenme katı bir şekilde monogame'dı. Roma evlenmesi şekle bağlı değildi. Evlenmenin, rızaya ve samimi olan bir irade beyanına dayanması, evli kimsenin ikinci defa evlenmesini engelliyordu. birinci evliliğinin sona erdiğini beyan etmeden ikinci defa evlenmek isteyen kimse, evlenme beyanında samimi sayılmazdı. Bu sebeble ikinci evlilik mümkün değildi. Evlilik evlenme niyeti, (affectio maritalis) ile tamam olurdu. Bu niyet olmadan evlilik meydana gelmezdi. Bu niyetin ortadan kalkması ile evlilik de sona ererdi[36]. İkinci defa evlenmek isteyen kimse, birinci evliliği devam ettirme niyetini kaybettiğinden artık birinci evlilik sona erer ve ikinci evliliği çok karılılığa meydan vermezdi. Buna rağmen Dioclétien bigamiyi cezalandıran ilk imparator olmuştur[37]. Yunan ve Roma'da monogamie kaide olduğuna göre, Batı dünyasına monogamie'yi empoze eden Hıristiyanlık değildir. Hıristiyanlık açıkça monogamie'yi yasaklamamış ve ilk yüzyıllarda hiç bir konsil çok karılılığa karşı çıkmamıştır. Örneğin Charlemagne iki kraliçe ve bir çok metrese sahipti. Charlemagne çok karılılığı sadece papazlara yasaklamıştı. Luter bigamiyi tasvip eder ve ondan büyük bir toleransla bahseder. Bazı Hıristiyanlık mezhepleri polygynie lehine hareretle mücadele etmişlerdir. 1531 de Anabaptist'ler Münstel'de açıkça çok karılılığı salık verdiler; her gerçek Hıristiyanın bir çok karısı olmak gerektiğini ilâve ettiler. Mormon'lar çok karılılığı ilâhi bir müessese olarak kabul ettiler[38].

34 Genèse Ch. 24-25; IV. 19. La Bible, éditions de la Concorde. Lausanne, 1930.

35 OKANDAN, age. sh. 280-281. WESTERMARCK, age. V. sh. 54 Aksi Fikir. Bk. BEAUCHET, le droit privé d'Athènes, sh. 40-48. ARSAL, S. M; Umumî Hukuk Tarihi, İstanbul 1944. sh. 137 den.

36 DECUGIS, H; age. c. II. sh. 130-132

37 Bk. AYİTER, K; Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku. Ankara 1960 sh. 8, 9, 10.

38 WESTERMARCK, age. V. sh. 54.

Şimdi kısaca polygynie'nin ve monogamie'nin sebebine temas etmek gerekir. Çok karılılığa veya tek karılılığa temayül doğuran bazı haller vardır. Önemli faktörlerden biri muhtelif toplumlarda erkek ve kadın sayısının birbirlerine nazaran oranlarıdır. Monogamie'nin insanî evlenmenin doğal şekli olduğu; çünkü kadın erkek sayısının aşağı yukarı aynı olduğu yolundaki iddia her zaman ve her devir için geçerli değildir. Bir kere cinslerin nisbeti zamana ve içinde yaşanan şartlara göre değişir. Sık sık savaşlara sahne olan ülkelerde erkek sayısı kadın sayısına göre daha azdır. Keza hayat şartlarının çok ağır olduğu ve mücadele istediği toplumlarda erkeklerde ölüm nisbeti daha fazladır. Örneğin, bir çok Eskimo tribülerinde kadın sayısı erkeklere göre daha fazladır. Erkek, hayatının büyük bir kısmını denizde, yağmurda ve karda geçirir. Bu hayat tarzının neticesi olarak pek az erkek 50 yaşına kadar gelebilmektedir. Afrika'da yaşayan tribülerin bir çoğunda kadınlar erkeklere göre çoğunluktadır. Dünyanın bu kıtasında yaygın olan çok karılılığın sebebi budur[39].

Erkeğin bir çok kadından faydalanmak isteğinin de çok karılılığa sebep olduğu ileri sürülmektedir. Bu isteğin çeşitli nedenleri vardır: Monogamie erkeğin belli zamanlarda karısından uzak durmasını icabettirir. İlkel toplumlarda kadının reglinin gerçek nedeni bilinmiyordu. Regl kanaması, kadını tabiat üstü bir hayvanın ısırması ve yahut onunla bir kötü ruhun birleşmesi suretiyle izah ediliyordu. Regl anında kadın tehlikeli bir varlık olarak görünür ve bu devrede ondan uzak kalınır. Kadın hiç bir yiyeceğe elini sürmez; kocasıyla birlikte yemek yemez vb. gibi. Bir çok toplumlarda gebelik sırasında koca kadına yaklaşmaz. Kocaya yüklenen bu mahrumiyet çok karılılığın önemli sebeplerinden biridir[40].

İlkel toplumlarda çok karılılığın önemli nedenlerinden biri de kadın güzelliğinin ve çekiciliğinin erkek üzerinde yaptığı etkidir. İlk karısı yaşlandığı zaman, erkek genellikle ikinci bir genç kadınla evlenir. Örneğin, Magellan Boğazı ile Penas Körfezi arasında yaşayan yerliler, karıları yaşlanıp çirkinleştiği zaman ikinci güzel ve genç bir kadınla evlenirler[41]. İngiliz Guyane'nında iki genç kadınla evli bir yerli görmek mümkün değildir. Ancak birinci karısı yaşlandığı zaman yerli, ikinci bir genç kadınla evlenir[42].

39 WESTERMARCK, age. V. sh. 71.

40 WESTERMARCK, age. V. sh. 71-73.

41 SKOTTSBERG, Wilds ot Patagonia. sh. 97. WESTERMARCK, age. V. sh. 76.

42 EHRENREICH, Beitrage Zur Volkezkude. Brasiliens. sh. 27. WESTERMARCK, age. V. sh. 76-80.

Polygynie'nin bir başka nedeni'de erkeğin değişiklik arzusudur: Faslı'ların Avrupalılar gibi niçin tek kadınla yetinmediği sorusuna muhatap olan Faslı Şerifin verdiği" eh hergün balık yenmez ki" cevabı bunu açık bir şekilde göstermektedir[43].

Çok çocuğa ve bilhassa erkek çocuğa sahip olmak arzusu da çok kadınla evlenmenin sebepleri arasındadır. Çünkü ilkel toplumlarda çok çocuk sahibi olan ve kalabalık bir aileye mensup olan kimse yaşadığı toplumun en zengin ve itibarlı ferdi olarak bilinir. Afrika zencilerinde büyük aileye sahip olmak arzusu polygynie'nin önemli bir sebebi olarak görünür[44].

Polygnie'nin sebebleri arasında, Levirat'ı da zikretmek gerekir. Sağ kalan kardeşin ölen kardeşinin karısıyle evlenmesi zorunluluğu olan levirat evli bir erkeği çok karılı olmağa zorlamaktadır[45]. Karının bacısı yahut kuzeni ile evlenme âdeti" Sororat" da çok karılılığa sebep olmuştur.

Çok karılılığın nedenlerini bu şekilde özetledikten sona şimdi kısaca tek kadınla evlenmenin nedenleri üzerinde duralım: Kadın ve erkek sayısının hemen hemen eşit olduğu ve netice olarak her kadının bir koca bulmak imkânına sahip olduğu toplumlarda, kadın nadiren evli bir erkeğin ikinci karısı olmak ister. Ya ana baba tarafından o buna zorlanmıştır. Yahut bu tarz bir evlilik ekonomik ve sosyal bakımdan bazı avantajlar sağlıyacaktır.

Satış evlenmelerinin uygulandığı toplumlarda, fakir erkekler tek bir kadınla yetinmek zorundadırlar. Bir çok kadına bakmak güçlüğü tek karılılığın temel nedenlerinden biri olmaktadır.

Kadınlar arasındaki kıskançlık çok karılılığa bir engel olabilir[46] Monogamie bütün toplumlar tarafından kabul edilen tek evlenme şeklidir. Polygynie, polyandrie yahut grup evlenmelerine rastladığımız her yerde monogamie'ye raslanmaktadır. Bir çok hallerde ise kanun ve âdet tarafından caiz görülen, tek evlenme şeklidir.

Evlenme ister monogame ister polygame olsun, ilkel erkeğin kendine bir eş bulmak için başvurduğu ilk yol, kızın zorla kaçırılması yahut

43 WESTERMARCK, age. V. sh. 81.
44 WESTERMARCK, age. V. sh. 91.
45 Levirat hk. bilgi için bk. ÜÇOK, C; Türk Hukuk Tarihi Dersleri, V. Bası. Ankara 1972 sh. 14-15. ARSAL, S. M; Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947. sh. 336-337.
46 WESTERMARCK, age. V. sh. 104.

çalınmasıydı. Evlenmenin bu ilk biçimi, kadının kendi rızası olmaksızın zorla elde edilmesinden ibarettir. Buna kaçırma veya gasb evlenmesi denir; ki ekzogami = exogamie'nin menşei de budur[47]. Bazı ilkel toplumlarda kızı kaçırmanın nedeni, erkeklerin kızı satın almak için gerekli imkânlara sahip olmamalarıdır. Hattâ bazı toplumlarda, örneğin, Hititler'de kız kaçırma bir eş temin etmek için herkesin tabiî hakkı sayılırdı[48]. Kırım Tatarlarında nişanlı kızın kaçırılması usulü halen devam etmektedir. Erkek kalın'ı ödiyemiyecek durumda bulunduğu zaman nişanlısını kaçırır. Avustralya'da bu biçim evlenmeler düşman tribüler arasında olmaktadır. Ancak çoğu zaman kan gütmeyi ve çekişmeleri doğurduğundan, tribülerin çoğu bu biçim evlenmeye izin vermemektedir. Eski Yunanistan'da ve Roma'lılarda da kız kaçırmanın mevcut olduğu ileri sürülmektedir[48]. Kaçırma suretiyle evlenme, Avrupalı bazı toplumların evlenme biçimleri üzerinde zayıf'da olsa bir çok izler bırakmıştır. İskandinavya'da Viking korsanları devrinde denizde kadın hırsızlığı yaygındı. XVIII. yüzyılda kadını kaçırmak İsveç evlenmelerinde yalancıktan uygulanmak isteniyordu. Günümüzde uygulanan ve açıkça kaçırma evlenmesinden gelen bir Aşağı Breton âdeti vardır: Kadın kiliseye gitmeden önce saklanır; onu kiliseye götürmek için arayıp bulmak gerekir[50].

Kaçırma evlenmesinden sonra görülen bir diğer evlenme biçimi de de satış evlenmesidir[51].

İlkel toplumlarda, karşılıksız olarak bir evlenmeye rıza gösterilmesi pek seyrektir. Çoğu zaman, kadına karşılık nişanlının babasına veya akrabalarına bir bedel yahut tazminat ödenir. Karşılık olarak verilen bedel veya tazminat kıza karşı kız vermekten ibaret olabileceği gibi herhangi bir işin yapılması yahut muayyen bir müddet kızın ailesine hizmet etmek de olabilir; veya bu, iktisadî değeri olan her hangi bir şeyin verilmesi biçiminde de ortaya çıkabilir[52].

Çoğu zaman bir eş bulmak için verilen tazminat, para ödenmesi veya bazı malların tesliminden ibaret olabilir. Miktarı toplumlara göre

47 Bk. ÜÇOK, age. sh. 72.

48 DELAPORTE, age. sh. 216-217.

49 Dionysius of Harlicarnassus, Antiguitatum Romanarum guae Supersunt, ii 30-5. WESTERMARCK, age. III. sh. 288. ORTOLAN, Histoire de la législation romaine sh. 81.

50 Bk. DECUGIS, H; age. sh. 66

51 Bk. ÜÇOK, age. sh. 72.

52 Bk. WESTERMARCK, age. IV. sh. 90. ÜÇOK, age. sh. 72. Eski Hint'te satış evlenmesi meşru olmayan evlenmeler arasında sayılırdı. Bk. OKANDAN, age. sh. 58-59.

değişir. İlkel toplumlarda bu bir miktar yiyecek olabileceği gibi.[53], kızın babasına sunulan bir hediye de olabilir; bu hediyeler, genellikle bıçak, balta vb. gibi basit aletlerdir[54]. Kuzey Amerika yerlilerinde bazen bu tazminat yüksek bir bedeldir ve gerçek bir satış bedeli vasfını kazanır. Uygur-Fin ve Türk - Tatar toplumlarında kızın babasına veya velisine evlenecek erkek tarafından bir miktar mal verilir ki buna kalın denir. Bu, evlenmenin inikadının esaslı bir şartıdır ve halen de böyledir[55]. Votyak'larda kalın, sürü ve kümes hayvanları hariç 150 ruble; Mordvin'lerde 200 ve Tehérémisse'lerde 500 rubleye kadar çıkar. Bir Ostyak kızı 100 ren geyiği ve çeşitli kürklerden oluşan bir kolleksiyon olmadan evlenmez[56]. Bazı toplumlarda kızın bedeli tek bir şekilde ve âdet tarafından tesbit edilmiştir. Fakat bu çoğu zaman şartlara göre değişir. Ödenecek bedel tarafların ailelerinin sosyal durumuna, servetine ve kızın vasıflarına göre düşük veya yüksek olabilir.

Kız için ödenen bedel çoğu zaman babasına verilir; ancak baba bunu ailenin diğer fertleriyle yahut kızın akrabalarıyle paylaşmak zorunda kalabilir. Bu konuda ana avantajlı bir duruma sahiptir.

Kıza karşılık verilecek bedel, bir kerede ödenebileceği gibi taksitle de ödenebilir. Sibirya'da yaşayan bazı toplumlar da erkek, Kalın'ın bir kısmını ödedikten sonra nişanlısı ile cinsel ilişkilere girişmek iznini elde eder; bedelin tamamı ödenmeden önce de evlenme aktedilebilir[57].

Orta Afrikalı Banyora'larda, kızın alış fiyatı için gerekli hayvanın temin edemeyen fakir bir kimse, taksitle ödeme hususunda müstakbel eşinin babasıyle anlaşır. Fakat bu arada doğacak çocuklar kadının babasına aittir.

Çoğu zaman babaya ödenen bedel, kızın verilmesinden dolayı hissedilen kayıp için bir tazminat biçiminde görünür; bazen de evlenme anına kadar kızın yetiştirilmesi için yapılmış masrafların bir karşılığı olarak kabul edilir[58]. Anaya verilen hediyeler ise kızı beslemiş olmasının

53 Örneğin, Seylan'lı Vedda'larda durum böyledir. Bk. WESTERMARCK, age. IV. sh. 113

54 Örneğin, Perak'lı Sakai'lerde durum budur. Bk. WESTERMARCK, age. IV. sh. 113.

55 Eski Türkler'de mevcut olan bu kalın müessesesini araştırmamızın II. bölümünde genişçe bir şekilde izah edeceğiz. Bk. ARSAL, Türk Tarihi ve Hukuk, sh. 334-335.

56 WESTERMARCK, age. IV. sh. 119-120.

57 WESTERMARCK, age. IV. sh. 130 vd.

58 Eski Türkler'de kızın babasına ödenen kalın'ı (ARSAL age. sh. 334. de) kızın yetiştirilmesi için yapılan masraflara iştirak olarak kabul eder.

ücreti yahut süt bedeli; veya bazen onun bekâretini korumasının karşılığıdır[59]

Kız için bir bedel ödenmesinin sebebi ne olursa olsun, bundan kocanın karısı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceği neticesi çıkarılamaz. Bedelin miktarının az veya çok olması buna tesir etmez. Koca ancak âdet tarafından karı üzerinde kocaya tanınmış olan hakları satın almış kabul edilir. Kaldı ki bedel ödemek suretiyle kız almak, kelimenin gerçek anlamında bir alım-satım muamelesi olarak kabul edilmemektedir; çünkü kadının akrabaları da nişanlı erkeğe ve akrabalarına, karşılık hediyeler vermektedirler[60]. Ancak bu tarz evlenmeler, genellikle satış evlenmesi olarak adlandırıldığı için biz de aynı terimi kullanmağa devam edeceğiz. Kıza karşılık bir bedel ödeme sâmi ırkından olan bütün toplumlarda mevcuttur[61]. Babil'de evlenmek isteyen erkek müstakbel kayın pederine "tirhatum" denen bir bedel ödemek zorundaydı ki bu bedel iki tarafın sosyal durumuna göre değişiyordu. Erkek gerekli paraya sahip değilse, baba ve anası bunu ona temin etmek zorundadır. Eski İsrail'de de bir eş bulmanın doğal biçimi mohar adı verilen bir bedelin ödenmesini gerektirirdi. Önce kadının velisine verilen bu bedel sonraları bizzat kadına verilmeğe başlanmıştır[62].

İslâm'dan önce Araplar'da da kadına karşılık erkek tarafından kadının babasına yahut vasisine mehr adı verilen bir bedel ödeniyordu. Bu âdet İslâmiyetin ortaya çıkışından sonra da devam etmiş ve bazı islâm ülkelerinde, erkek tarafından kadına verilen bir hediye olan "sadâk" ile karıştırılmıştır. Kur'an mehrin kadının mülkü olması gerektiğini kabul ettiği halde [63], bu kaide pratikte her zaman uygulanmamıştır. Örneğin, Filistin'in kırsal kesimlerinde, mehrin büyük bir kısmı hiç olmazsa yarısı kızın babasına verilir. Bu, bazı müellifleri evlenmeyi bir nevi satış akdi olarak kabul etmeğe götürmüştür[64].

Aristo, Yunanistan'ın ilkel devirlerinde, erkeklerin karılarını satın aldıklarını söylüyor. Çok eski devirlerde erkek, kadının babasına hayvanlardan ibaret bir "hedna" veriyordu.

---

59 DECIE, Three Years in Savage Africa, sh. 233. WESTERMARCK, age. IV. sh. 134.

60 WESTERMARCK, age. IV. sh. 135. Bk. Ayrıca. İslâm Hukukunda mehrin Hukukî mahiyeti hk. görüşlere (6. paragraf).

61 Örneğin, İbranilerde. Bk. OKANDAN, age. sh. 180.

62 ÜÇOK, age. sh. 74. OKANDAN, age. sh. 180. WESTERMARCK, age. IV. sh. 147-149.

63 Bk. Kur'an, Nisa sûresi. â. 4. 19, 20. Bakara sûresi. â. 236, 237. Mehir Hak. ilerde ilgili bahiste geniş bilgi vereceğiz.

64 Bk. WESTERMARCK, age. IV. sh. 148-149.

Satış evlenmesinin Roma'da evliliğin normal biçimi olduğu kesin olarak anlaşılamamıştır. Fakat bu evlenmenin izlerinin "Coemtio" usulünde yaşadığı söylenir[65]. Esasında coemtio, manus'un tesis şekillerinden biri olup, hayali bir alım satım şeklinde cereyan ederdi. Koca karısı üzerinde kocalık otoritesini kazanabilmek için kadını vesayeti altında bulunduğu şahıstan satın almaktadır. Burada koca karısını hususî bir takım sözlerle satın alır. Hususî bir şekil kullanılmasının sebebi, karıyı gerçekten satın alınmış bir köle durumuna düşürmemekti[66]. Bazı müellifler satış evlenmesinin izlerini coemtio'da değil fakat tarihten sonraki devirlerde kıza verilmiş olan Arrha Sponsalicia" da görürler[67]

Kıza karşılık bir bedel ödeme âdeti, hemen bütün Cermen kavimlerinde mevcuttu. Almanya'da kadını satın almak usulü orta çağın sonuna kadar yürürlükte kaldı, Hollanda'da, halk dilinde halen nişanlı satılmış gibi gösterilir. Eski Cermenlerde satın alınan şey, "Mund" yani kadını koruma hakkı ve onun vesayeti idi.

Bazı ilkel toplumlarda, kıza karşı bir bedel ödemek yerine, iki kızı trampa etmek âdeti vardır. Avustralyalı erkek, çoğu zaman kız kardeşlerini yahut kendi öz kızlarını eş olarak almak istediği kızla trampa eder[68]. En yaygın uygulama, oğullarına kız almak isteyen ana babaların karşılıklı olarak kızlarını değiştirmeleridir; yani oğlunu evlendirmek isteyen bir baba, kızını, alacağı kızın ailesine vermektedir. Değiştirilenler yalnız kız kardeşler olmayıp aynı zamanda aynı tribüden olan kızlar da buraya dahildir. Avustralya'da kıza karşı kız değiştirme âdetinin çeşitli tribülerde yaygın olduğu müelliflerin çoğu tarafından doğrulanmaktadır[69].

65 WESTERMARCK, age. IV. sh. 152. Aksi fikir, MARQUARDT, Das Privatleben der Römer, sh. 38. WESTERMARCK, age. IV. sh. 152. den.

66 UMUR, Z; Roma Hukuku (Umumî mefhumlar - Hakların Himayesi) İstanbul 1967. sh. 76.

67 KARLOWA, Römische Rechtsgeschiehte, ii. 66. WESTERMARCK, age. IV. sh. 152. Arrha sponsalicia, bir cezaî şart olarak nişanlanmaya bağlanır ve nişanın bozulmasında geri istenemez veya duruma göre iki mislinin tediyesi gerekir Bk. KOSCHAKER, P; Modern Hususî Hukuka Giriş olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları. Ankara 1971 sh. 300-301.

68 CURR, The Australien Kace, i, 107. WESTERMARCK, IV. sh. 90.

69 MALINOWSKI, The Family Among the Australien Aborigines, sh. 6. FRAZER, Folk-Lore in the old Testament, ii, 195, ROTH, Ethnological Studies among the North-West-Central Queensland Aborigines, sh. 181. WESTERMARCK, age. IV. sh. 90-91.

Sumatra'da kıza nakdî bir bedel ödemek yerine, bâkire kız diğer bâkire kızla değiştirilir. Bir oğlu ve bir kızı olan baba, kızını oğluna alacağı kıza karşılık verir ve kızı alan karşı taraf, kendi öz kızı gibi onda dilediği biçimde tasarruf edebilir; onunla evlenebilir. Kızın bedelinin çok yüksek olduğu Sibirya Buriatlerinde "adlayi" denen bir âdet, tarafların birbirlerine nakdî bedel ödemelerini bertaraf etmektedir. Buna göre, oğlan ve kızları bulunan iki aile, kızlarını oğullarına eş olarak değiştirirler. Kızın babası "Kalın" almasına rağmen benzer bir âdet Tunguzlarda da vardır. Afganistan'ın vahşi sınır tribülerinde, satış evlenmesinin belli başlı istisnası değiş tokuş (trampa) evlenmesidir. Evlenecek kızları ve oğulları bulunan aileler hiç bir ödemede bulunmaksızın kızlarını değiştirir ve böylece çifte bir evlilikle sorunu kolaylıkla çözmüş olurlar. Kıza karşı kız değiştirme âdeti Bulicistan'da da çok yaygındır[70]

Eski Arabistan'da iki baba yahut iki vasi mehr ödemek yerine kızlarını yahut vesayetlerine tevdi edilmiş olan kızları değiştiriyorlardı[71]. Filistin köylülerinde, mehr ödenmesini bertaraf etmek için kız kardeşlerin karşılıklı olarak değiştirilmesi sık kullanılan bir usuldür.

Bazen iki erkek sürekli olarak yahut belli bir zaman için karılarını değiştirirler ki buna da trampa evlenmesi denir. Kıza karşı kız verme, kızın satın alınması âdetiyle birlikte rastlanan fakat ekonomik temele dayanan bir usuldür. Ancak hemen ilâve etmek gerekir ki, kıza karşı kız verme usulünü bilmeyen iktisaden çok fakir toplumlara da raslanmaktadır. Avustralya'da bu usulün çok yaygın olmasının nedeni, erkeklerin evlenecek kadın bulmakta hissetikleri güçlüktür. Bu güçlük sınıf ve klan exogamisinin çok sert kaidelerinden doğmaktadır. Alacağı kadın karşılığında verecek bir kız kardeşi olan erkek için bahis konusu güçlük yoktur[72]. Salomon takım adalarında kadınların karşılıklı olarak değiştirilmesinin muhtemelen cemaatler arasında iyi dostluk ilişkileri kurmak amacından doğmuş olduğu ileri sürülmektedir[73].

70 WESTERMARCK, age. IV. sh. 92-93.

71 Bu biçim evlenme İslâm'dan sonra şigar adını almıştır: Bir baba kızını mehri müsemma ile bir kimseye verir. Evlenecek kimse de kendi kızını o kimseye aynı miktar mehir ile verir. İki kızın mehri de aynı olduğundan, taraflar birbirlerine hiç bir şey ödemeksizin, mehr borcundan kurtulurlar. Gerçekte burada kadınların şahsen değiştirilmeleri bahse konudur. Bk. MILLIOT, Introduction à l'étude du droit musulman. Paris 1953. sh. 302.

72 WESTERMARCK, age. IV. sh. 95.

73 THURNWALD, R; In memoirs of the American Anthropological Association. iii 258. WERSTERMARCK, age. IV. sh. 95.

İlkel toplumlarda, adam öldürme halinde katilin ve mağdurun aileleri arasında uzlaşmayı sağlamak için kaatil taraftan bir kadın mağdur tarafa gelin olarak verilir. Kuzey doğu Afrika Bogo'larında ve Afganlar'da bu usule raslanmaktadır[74]. Fas'ın Arapça konuşan kuzey bölgesi dağlılarında kan davası, katilin ailesinden bir kız veya kadının mağdur aileye verilmesiyle önlenmektedir.

Bir başka ilkel evlenme biçimi de hizmet veya iş evlenmesidir[75]. Burada genellikle erkek kadının ailesi içinde muayyen bir zaman yaşar ve orada uşak yahut hizmetçi olarak çalışır. Kuzey ve güney Amerika yerlilerinde, Sibirya'da yaşayan bazı toplumlarda, Çin'in yerli tribülerinde ve Endonezya'nın bir çok yerlerinde görülen bu evlenme biçiminde, istenen hizmetin süresi toplumlara göre çok değişmektedir. Seyrek olarak 1 seneden kısadır; 10-15 seneye kadar da çıkabilir. Bu müddet içinde erkek, kadınla cinsel ilişkilere girebilir veya girmez.

Hizmet bazen evlilikten sonra bir çocuk doğuncaya kadar devam edebilir ve hattâ erkek bütün hayatı boyunca karısının ailesi içinde yaşamak zorunda da kalabilir[76]. Bazen erkek, karısının ailesini, şahsi sürüsünden geçinmek üzere kendi kampında yaşamağa çağırır. Çoğu zaman, hizmet evlenmesi normal bir evlenme biçimi olarak ortaya çıkmaz: fakat satış evlenmesinin yerine kaim olan bir şekil olarak görünür. Erkek, kadının bedelini ödeyemiyecek kadar fakir ise bu yola başvurur. Bazen sadece hizmet etmek kızı almak için yeterli görülmez; bundan başka bir alış bedelinin de ödenmesi gerekir. Bir eş bulmak için hizmet etmek ve çalışmak âdeti, çoğu zaman başka bir anlam taşır: Hizmet süresi, damat adayını denemek, iyi çalışıp çalışmadığını görmek ve iyi bir damat ve koca olup olmadığını anlamak için kabul edilmiş bir sınav olmaktadır. Damat adayına zor işler yaptırılır; ve o normal bir işçiden daha ağır ve küçültücü bir muamele görür. Böylece damat adayının tahammülü, kabiliyeti ve davranışları ölçülür. Ancak bundan sonradır ki baba kızının evlenmesine rıza gösterir[77].

Bazı toplumlarda evlenecek erkekle kadın 1-2 yıl bir arada yaşarlar; Cermenlerde ve diğer bazı toplumlarda uygulanan bu biçim evlenmeye, "deneme evlenmesi" adı verilir [78].

74 MUNZINGER, Die Sitten und das Rechtder BOGOS. sh. 84. WESTERMARCK, age. IV. sh. 96.
75 ÜÇOK, age. Sh. 72. WESTERMARCK, age. IV. sh. 96-98 vd.
76 WESTERMARCK, age. IV. sh. 110-111
77 WESTERMARCK, age. V. sh. 284.
78 ÜÇOK, age. sh. 72.

Evlenme, ister monogame ister Polygame olsun, prensip olarak süresizdir. Yani evlenme devamlılık arzeder. Fakat sınırlı bir devre yahut çok kısa bir müddet için aktedilen evlenmeler de vardır. Örneğin, Ungava bölgesi Eskimolarında muayyen bir müddet için evlenilir. Kuzey Amerika'nın bir çok yerlilerinde ve Doğu Afrika'nın bazı zencilerinde de durum aynıdır[79]. Şiîlerde'de muta adını alan muvakkat evlenmeler çok revaçtadır.

Evlenmenin tarihi gelişim içindeki bu çeşitli ilkel biçimlerini kısaca gözden geçirdikten sonra, aile içinde eşlerin durumuna bir göz atmakta yarar vardır. Kadının ilk durumu hakkında bir şey bilmiyoruz. Bununla beraber, başlangıçta kadının hukukî durumunun erkeğinkinden farklı olduğunu gösteren hiç bir delil yoktur. Ancak genellikle ilkel toplumlarda kadının hak süjesi olmadığı, erkeğin mülkü olduğu ve bir kölenin yahut yük hayvanının sahibine karşı sahip olduğu haklardan daha fazlasına sahip olmadığı vakıası üzerinde durulmaktadır. Fakat toplum hayatının başlangıcında, erkekle kadın arasında böyle bir fark gören anlayış isabetli değildir[80]. çünkü ilk toplumlar klanlardan oluşurlardı. Aynı ailenin veya klânın üyeleri kişilik (şahsiyet) kavramını bilmiyorlardı. Onlar arasında sosyal dayanışma o kadar kuvvetlidir ki grup her şey ve fert bir hiçtir. Her şey müştereken grubun üyelerine aittir. Fiillerinden dolayı müteselsilen sorumludurlar. Onlar birbirlerini bir bütün, birlik teşkil eden organik bir ünitenin yapıcı parçaları gibi kabul ederler. Bir kişi herkesi, herkes herkesi temsil ederdi. Bu şartlar içinde kadın da erkek de hukukî bakımdan birbirlerine eşittir. Kadın ve erkeğin hukukî durumları arasındaki fark ancak klan içinde ferdî mülkiyetin gelişmeye başlamasından sonra ortaya çıkmıştır; bundan sonra bireysel hak ve hürriyetler doğdu ve aile klan içinde sivrilmeye başladı[81]. Yaratılış itibariyle erkeğe nazaran daha zayıf durumda olması gebelik sırasında karşılaştığı güçlükler, çocuğuna uzun zaman bakmasının gerekli olması, kadını erkeğin tâbiiyeti altına soktu; çünkü o, erkek tarafından bakılmağa ve korunmaya muhtaçtır. Kadının bu durumuna ek olarak, kendi grubuna karşı kişiliğinin oluşmaya başla-

79 WESTERMARCK, age. V. sh. 284
Eski Arabistan'da mevcut olan ve İslâmiyetten sonra da devam eden muvakkat evlenmeler hakkında ilerde ilgili bahiste bilgi vereceğimiz için burada bu konuya dokunmuyoruz.

80 DECUGIS, H; age. II. sh. 119. Gerçekten ilk çağ toplumlarının bir çoğunda örneğin eski Mısır'da, Sümerler'de ve Asurlar'da evlenmede kadına geniş haklar tanınmıştı. Bk. OKANDAN, age. sh. 88-90, 108, 158.

81 DECUGIS, H; age. II. sh. 120. ÜÇOK, age. sh. 73.

ması, erkeği doğal olarak ailenin şefi haline getirdi. O, kadın ve birlikte yaşadığı diğer kimseler üzerinde hukukî bir üstünlük kazandı; aile mallarının tek sahibi oldu. Bu nedenle tarihte aileler, her zaman erkeğin egemen olduğu (Pederşahi) patriarcale aile biçiminde görülür[82]. Bazı ilkel toplumlarda hısımlığın anaya göre derecelendirilmesi veya evlenen erkeğin karısının klanına gitmesi, ailenin ilk biçiminin ana hâkimiyetine dayanan matriarcat olduğu yolunda bazı iddiaların ortaya atılmasına sebep olmuştur. Ancak bu iddialar doğru değildir. İlkel veya medeni, erkeğin kadına itaate mecbur olduğu, ona gerçek bir hukukî üstünlük tanıdığı hiçbir toplum mevcut değildir. Hısımlığın kadın tarafından sayıldığı toplumlarda kadın bir nüfuza sahip olabilir; fakat karı veya ana hiç bir zaman ailede egemen değildir. Akrabalığın anaya göre derecelendirilmesi, ananın ailede egemen olmasından değil, başka bir sebepten doğmaktadır: İlkel toplumlarda çocuğun meydana gelişinde babanın rolü pek bilinmemekte ve gebelik atalardan birisinin ruhunun kadının vücuduna girmesiyle izah edilmektedir. Bu toplumlarda hısımlık anaya göre sayılmakta ise de, egemen olan kadın değil gene erkektir; fakat bunlar kadının kardeşi, dayısı vb. dır[83]. Bazen erkek kadının ailesine gider ve onlarla birlikte yaşar. Matrilokal aile adı verilen bu biçim ailelerde de gene egemen olan kadının kardeşleri veya dayılarıdır.

İlkel toplumlarda mevcut olan kadının ehliyetsizliği, onu kendi zayıflığına karşı korumak için değil, fakat klanın yahut ailenin mallarını muhafaza etmek amacıyla kabul edilmiştir. Kaçırma ve satış evlenmeleri devam etmekte ve exogami sebebiyle kadın başka bir klana gitmektedir. Aile mallarının bir kısmını kocasının klan veya ailesine götürmesini önlemek için kadına mal sahibi olma hakkı tanınmamıştır. Kadın önce babasına, yoksa kardeşlerine veya kocasına veya onun kardeşlerine uyruk olmuştur[84].

Soyun kadınlara göre sayılması usulü eski Sâmiler'de ve özellikle Mısır'da vardı. Ancak ailede gemen olan gene erkektir.

Göçebelikten yerleşik kültüre geçen toplumlarda endogami ekzogaminin yerine geçti ve kadın yerleşik hayatta önemli bir rol oynamaya başladı. Bu gelişme kadının hukukî durumunu iyileştirdi. Böylece kadın Mısır'da Orta imparatorluk devrinde (2100-1700) geniş haklar elde

82 ÜÇOK, age. sh. 73. DECUGIS, H; age. II. sh. 122-123.

83 MILLIOT, age. sh. 269. WESTERMARCK, age. II. sh. 7 vd. DECUGIS, age. II. sh. 121. ÜÇOK, age. sh. 73.

84 Bk. ÜÇOK, age. 73. DECUGIS, age. II sh. 123.

etti. Bu devrin kadını mâlik olabilir, dava açabilir ve mirasçı olabilirdi[85]. Mısırlı kadınının sahip olduğu bu haklar o zaman medeniyetin zirvesine erişmiş olan Yunan'da ve Roma'da kadına tanınmıyordu[86]. Yunan'da kadın uzun zaman erkeğe uyruk olarak yaşadı. Atina'da kız evleninceye kadar anasıyle birlikte babasının hareminde ve onun velâyeti altında yaşar ve babası onu dilediği erkekle evlendirirdi; evli kadın kocasının vesayeti altına girer ve onun ölümünden sonra mirasçılarının vesayetine geçerdi. Kocanın mirascıları yoksa, devlet kadına bir vasi tayin ederdi; Aynı durum kızın babasının ölümü halinde de bahis konusu olurdu[87].

Isparta'da kadının haklarını elde etmesi IV. Yüzyılın sonuna doğru olmuştur. Isparta'da erkeklerin sürekli kamplarda yaşamaları, sık sık yapılan savaşlar aile hayatını hiçe indirdi. Erkeklerin karılarını ara sıra ziyaret edebilmeleri nüfusun azalmasına sebep olduğu gibi, ekonomik işlerin kadınlara kalması ve bu yüzden kadınların her alanda haklar elde ederek erkeklere eşit bir duruma yükselmesi sonucunu doğurmuştur[88].

Roma'da ilk kuruluş yıllarında yalnız erkek Roma vatandaşı, Sui juris'tir; yani hak ve borçlara sahiptir. Kadın en eski devirlerden beri erkeklerle eşit miras hakkına sahip olmasına rağmen mamelekini idare etmek yetkisi, yani fiil ehliyeti tahdit edilmiştir[89]. Ancak kadın erkekler gibi aile tapınmalarına katılır ve eş yahut ana olarak herkesten saygı görürdü. Romalı kadın evlenmedikçe babasının veya kardeşlerinin velâyeti altındadır. Manussuz evlendikten sonra da babanın velâyeti devam eder. manuslu evlenmede bu hak kocaya yahut koca bizzat hâkimiyet altında ise, kocanın babasına ait olur. Yalnız küçükler değil, olgun kadınlar da vesayet altındadırlar.

Zamanla Roma'da da kadınlar haklar elde etmeğe başladı; evlenmenin ilk şekli olan manuslu evlenmeler gittikçe azaldı. Manussuz evlenmelerde, eşlerden her birisinin özel bir mameleki vardır; manussuz

85 Bk. PIRENNE, J; Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Égypte. Bruxelles 1933-1935. sh. 347-9, 356, 359. OKANDAN, age. sh. 88. DECUGIS, age. II. sh. 126. ÜÇOK, age. sh. 74.

86 Bk. OKANDAN, age. sh. 279-80, ÜÇOK, age. sh. 74. DECUGIS age. II. sh. 127.

87 DECUGIS, age. II. sh. 127-128. OKANDAN, age. sh. 280.

88 DECUGIS, age. II. sh. 130. OKANDAN, age. sh. 282. ÜÇOK, age. sh. 75. ARSAL, S M; Umumî Hukuk Tarihi, İstanbul 1944, sh. 172.

89 Bk. UMUR, age. sh. 148-150

evlenmiş olan kadın cihaza dahil olmayan mallarının mâlikidir. Augustus zamanında çıkarılan Lex Julia de Fundo Dotali ile kocanın karısının cihazını kötüye kullanmaması için tedbirler alındı; bu kanuna göre, koca karısının rızasıyle cihaz üzerinde tasarruf edebilecekti.

Cumhuriyet devrinden sonra kadının tâbi olduğu vesayet bağları gevşetildi. Koca vasiyetname ile karısına varisini seçmek hakkını verebiliyordu. Claudius devrinde, evli olmayan kadın varisini bizzat seçebiliyordu. Gerçekten kadınlar üzerideki vesayet IV. Yüzyıldan sonra ve imparator Théodorius ve Honorius devrinde kadın özgürlüğüne kavuştu[90] Ancak Orta çağda, kadın binlerce yıllık bir evrim neticesinde elde ettiği haklarının bir kısmını yeniden kaybetmiş ve bu konuda konan kayıtlar bir çok medenî ülkelerde yakın zamana kadar muhafaza edilmiştir.

Genel olarak evlenme şekillerini ve kadının hukukî durumunu hukuk tarihi açısından kısaca inceledikten sonra evlenmeyi tanımlayıp unsurlarını belirtmeyi faydalı buluyoruz.

Evlenmeyi "tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere karşı cinsten iki kişinin hukuk nizamınca geçerli kabul edilen bir şekilde birleşmeleri" olarak tanımlıyabiliriz[91]. Bu tanımdan evlenmenin unsurlarını çıkartmak mümkündür:

1) **Cinsiyet Ayrılığı**:

Evlenme ancak bir kadınla bir erkek arasında olabilir. Aynı cinsten iki kimse arasında evlenme mümkün değildir.

2) **Hayat Ortaklığı**:

Evlilik kaideten karı koca arasında tam bir hayat ortaklığı kurmak gayesini güder. Bu sadece cinsel bir ortaklık olmayıp, aynı zamanda hayatın her türlü egelini birlikte aşmak, sevinçlerini paylaşmak ve acılara birlikte katlanmak gibi ömür boyu devam edecek olan bir his, duygu ve ideal ortaklığı da buraya girer[92].

90 Bk. ÜÇOK, age. sh. 75. DECUGIS, age. sh. 132-135. Bu konuda fazla bilgi için Bk. UMUR, age. sh. 148-151.

91 Aynı mahiyette tarifler için Bk. VELİDEDEOĞLU, H. V; Türk Medeni Hukuku, C. II. Aile Hukuku Cüz. I. Evlilik, İstanbul 1949. sh. 44. ÜÇOK, age. sh. 72. FEYZİOĞLU F. N.: Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971. sh. 78. SCHWARZ, A. B. Aile Hukuku, 2. bası İstanbul 1945. sh. 27.

92 Bk. FEYZİOĞLU, age. sh. 79. VELİDEDEOĞLU, age. sh. 45.

3) **Devamlılık**:

Karı koca arasında mevcut olan bu ortaklık devamlıdır. Hukuk sistemlerinin boşanma imkânını kabul etmiş olmaları, evlenmenin devamlılığına zarar vermez. Muayyen bir süre için yahut deneme kaydıyle yapılan evlenmeler muteber değildir[93]

4) **Hukuka Uygunluk**:

Bir kadınla bir erkeğin kurduğu birliğin evlenme vasfını kazanabilmesi, bu birliğin hukuk nizamı tarafından kabul edilen şekil ve esaslara uygun olarak kurulmuş olmasıyle mümkündür. Hukuk nizamının istediği şekilde kurulmayan birlik, hissi bakımdan ne kadar samimi olursa olsun, evlenme olarak kabul edilemez. Çünkü hukukîlik unsuru yoktur. Bu çeşit birleşmelere "fiilî birleşmeler" adı verilir. Fiilî birleşmelerle, ülkemizde halen yaşayan İmam nikâhı ile evlenmeler arasında bir gaye farkı vardır. Her iki birlik hukuken evlenme vasfını taşımaz; ancak fiilî birleşmelerde taraflar birliklerinin gayrımeşru olduğunu bildikleri halde, imam nikâhı ile yapılan birleşmelerde taraflar samimi olarak bir evlilik birliği kurup karı koca gibi yaşamak amacını gütmektedirler[94]

Evlenmenin unsurları hakkında verdiğimiz bu izahat aşağı yukarı islâmî evlenme hakkında da aynen geçerlidir.

Bazen taraflar, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmayı hiç düşünmedikleri halde, muayyen bir şey elde etmek örneğin, bir haktan faydalanmak yahut bir devlet vatandaşlığını kazanmak gibi bir sebeble, görünüşte bir evlenme aktedebilirler. Câli evlenmeler adı verilen bu tür birleşmeler, şeklen kanuna uygun olarak yapıldıkları için müelliflerin çoğu tarafından muteber kabul edilmektedir[95].

Evlenmenin hukukî mahiyeti hakkında müellifler arasında görüş birliği yoktur. Bu konuda ortaya atılan görüşleri üç grupta toplamak mümkündür.

Bazı müellifler evlenmeyi bir müessese olarak kabul ederler. Hauriou'nun temsilciliğini yaptığı müessese teorisine göre, müessesenin kurulabilmesi için önce bir teşebbüs fikri; ikinci olarak bu fikrin gerçek-

93 İran'da yakın tarihe kadar mevcut olan muvakkat evlenme kanunla yasak edilmiştir.

94 İmam nikâhiyle evlenme konusunu tezimizin II. Bölümünde inceliyeceğimiz için burada üzerinde durmuyoruz.

95 Bk. VELİDEDEOĞLU, age. sh. 44. Gizli evlenmeler hakkında fazla bilgi için bk. COURVOISIER, R; Le mariage fictif en droit Suisse. Lausanne 1943.

leşeceği sosyal muhit; üçüncü olarak organize bir kuvvet ve bu kudret etrafında bir birlik ve dayanışma bulunması gerekir. Bu şartları bünyesinde toplayan müessese, ya aynı duyguyu hisseden şuurların birleşmesiyle yavaş yavaş ortaya çıkar; yahut açık bir irade beyanıyle birdenbire doğar. Evlilik de böyle açık bir irade beyanıyle doğmuş olan bir müessesedir[96].

Bir kısım müellifler de evlenmeyi bir şart tasarruf olarak kabul ederler. Şart tasarruflarda muamelenin hükümleri önceden genel ve objektif olarak tayin ve tesbit edilmiştir.

Kadın ve erkek, evlenme iradelerini beyan etmekle herkes için ayni olan ve değiştirilmesi mümkün olmayan hukukî bir statü içine girdiklerinden, evlenme bir akit değil, bir yabancının vatandaşlığa alınması, bir şahsın memuriyete tayini, bir öğrencinin fakülteye kaydı ve bir mahkemenin verdiği iflâs kararı, haciz kararı vb. gibi bir şart tasarruftur[97].

Ancak şuna işaret etmek gerekir ki, hemen bütün şart tasarruflarda muamelenin bir tarafını devlet, belediye vb. gibi kamu hükmî şahısları ve kurumları teşkil ettiği halde, evlenmede her iki taraf da birbirine eşit sayılan iki kişiden ibarettir. Bu nedenle evlenmenin bir şart tasarruf olarak kabulü isabetli olamaz[98].

Müelliflerin çoğunluğu evlenmeyi bir aile hukuku akdi olarak kabul ederler. Evlilik birliği tarafların iradelerini kanunun aradığı şekilde evlendirme memuru huzurunda beyan ettikleri anda doğmaktadır. Taraflar bu yolda iradelerini kullanıp, kullanmamakta serbesttirler. Kullandıkları anda artık hüküm ve neticeleri kanun tarafından tanzim edilmiş bulunan evlilik statüsüne girmiş olurlar. O halde evlenme iki tarafın iradesinden doğan bir akittir[99].

Kanaatimizce sonuncu görüş en isabetli olanıdır. Ancak bu akit borçlar hukukunda tanzim edilen akitlerden farklı olup şekli, hüküm ve neticeleri önceden tesbit edilmiş olan bir aile hukuku aktidir. Yargıtay da 14. 6. 1965 tarih ve 3 /13 sayılı bir İçtihatı Birleştirme kararında, evlenmenin bir akit olduğunu açıkça ifade etmiştir[100]

96 FEYZİOĞLU, age. Sh. 87. VELİDEDEOĞLU, age. sh. 46.

97 SAYMEN, F. H; -ELBİR. H. K; Türk Medeni Hukuku, C. III. Aile Hukuku. Sh. 72. SAYMEN, F. H.; İBM. 1942. sh. 657. Bu görüş Fransa'da Duguit tarafından savunulmuştur. Bak. DUGUIT, Traité de Droit Constitutionnel. 1928. 3 e édition. sh. 411.

98 FEYZİOĞLU, age. sh. 88.

99 VELİDEDEOĞLU, age. sh. 47. FEYZİOĞLU, age. sh. 89, SCHWARZ, age. sh. 54. EGGER, A; Medeni kanun Şerhi, II. Aile Hukuku (Tercüme: Dr. Tahir Çağa, İstanbul 1943. Md. 52.

100 Bk. R. G. 17-5. 1965. N: 12069

Evlenme modern hukuklarda olduğu gibi İslâm hukukunda da tarafların karşılıklı iradelerinden doğan bir akittir. Ancak İslâmî evlenme bir takım kayıt ve şartlara tâbi olmasına rağmen, borçlar hukukunda düzenlenmiş olan diğer akitlerden pek farklı görülmemektedir. Hattâ erkeğin kadına vermek zorunda olduğu mehr sebebiyle, evlenme bazı müellifler tarafından bir satış akdi olarak kabul edilmiştir[101]

III. İSLÂMİYETTEN ÖNCE ARABİSTAN'DA EVLENME

1– **Umumî Olarak**

İslâm hukukunda evlenmeyi tetkik ederken İslâm'dan önce Arabistan'da uygulanan evlenme şekillerine de bir göz atmak zorunluluğu vardır. Zira İslâm dini Arabistan'da doğmuş ve oradan dünyaya yayılmıştır; diğer taraftan İslâm hukukunun kabul ettiği evlenme, cahiliyye devrinde Arabistan'da mevcut muhtelif evlenme çeşitlerinden birinin kadının iyiğine değiştirilmesi neticesi ortaya çıkmıştır. İslâmdan önce Arabistan'da uygulanmış olan evlenme çeşitleri ve kadının hukukî durumuna ilişkin fikirler çeşitlidir. Bir kısım müellifler kadının çok kötü bir durumda bulunduğu ve buna bağlı olarak bir takım anormal evlenme çeşitlerinin mevcut olduğu görüşünü ileri sürerler[102]. Kadın kölenin hukukî durumuna benzer bir statü içinde yaşamaktadır. İnsanın şahsına bağlı en tabiî hakları bile kadına tanınmamıştır. Kadın hak sujesi değil, temellüke elverişli bir eşya idi. Kadın aile içinde babanın, kardeşlerinin yahut oğlunun otoritesi altındadır. Bir kız çocuğunun doğumu Arap tarafından büyük bir felâket olarak kabul edilirdi. Kız çocuklarının diri diri toprağa gömülerek öldürülmesi Arabistan'da yerleşmiş bir âdetti. Kocası öldüğü zaman, kadın genellikle büyük oğlunun miras payına dahil olurdu [103]. Evlenme bir satış akdi gibidir. Karı koca arasında bir hayat ortaklığı kurmak fikri yoktur. Kadın babanın ha-

101 Bu konuda, Bk. ilerde evlenmenin hukukî mahiyeti isimli paragrafa,

102 Bk. JOLY, Henry; De l'esprit du droit familial dans l'islamisme. thèse. Montbeliard 1902. ANSAY, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku. Ankara 1958. sh. 193-4. ABD El FETTAH EL-SAYED BEY,De l'étendu des droits de la femme dans le mariage musulman. Paris 1922 sh. 17-18. GÜNALTAY, Ş; İslâm'dan Önce Araplar Arasında Kadının Durumu, Aile ve Türlü Nikâh şekilleri. BELLETEN, Sy. 60. C. XV. Ekim 1951 sh. 691 vd. TAPLAMACIOĞLU, M. N; Cahiliyye ve İslâm'da Evlenme, Adalet Dergisi. Sy. 5. Mayıs 1950 sh. 679.

103 MORAND, M; Etudes de droit Musulman Algérien. Alger 1913. sh. 19-20. HELOU, Rahmin; Etude sur la condition juridique des femmes musulmanes. thèse. 1894. Paris sh. 4-5. MILLIOT, L; age. sh. 270. MANSOUR FAHMY, La Condition de la Femme dans la tradition et l'évolution de l'Islamisme. Paris 1913. sh. 5.

kimiyeti altından çıkar ve bir ferağ mucibince kocanın hakimiyetine geçer. Koca kadın üzerinde mutlak bir mülkiyet hakkına sahiptir. Onu icabında bedel mukabili satabilir. Evlenmeyi serbest birleşmeden ayıran husus, evlenmede mehir verilmesi keyfiyetidir. Mehir verilmeksizin yapılan evlenme, kadın için yüz karası sayılır[104].

Bazı müellifler cahiliyye devrinde Arabistan'da karışık cinsel ilişkiler rejiminin mevcut olduğunu ileri sürerler. Tarihçi Strabon, çok eski devirlerde Arapların malların ve kadınların ortaklığı rejimini uyguladıklarına işaret etmektir[105]. Buharî'nin zikrettiği şu iki evlenme şekli de karışık "cinsel ilişkiler" faraziyesini doğrular mahiyette kabul edilmektedir[106]:

– On kişiyi aşmayan bir grup erkek aynı kadınla cinsi münasebette bulunurlardı. Kadın bir çocuk doğurduğu zaman, bu erkeklerden birinin çocuğun babası olduğunu söyler ve bundan sonra o kimse gerçekten baba olarak kabul edilirdi.

– Bir kadın çadırına bayrak asar ve her gelen erkeği kabul ederdi. Bir çocuk doğduğu zaman fizyonomi bilgileri olan ve kaif adı verilen kimselerden biri çağrılır. O, kadının kabul ettiği erkeklerle çocuk arasındaki benzerliklere dayanarak çocuğun babasını tayin ederdi.

Ancak, kanaatimizce bu iki evlenme şekli eski Arabistan'da karışık cinsel ilişkiler rejiminin mevcut olduğunu kesin olarak göstermez. Yukarda zikrettiğimiz evlenme şekillerinden birincisi, bir çeşit poliandriye dayanan deneme evlenmesi veya grup evlenmesidir. İkincisi ise, gene bir nevi polyandrie olmakla beraber, belki daha çok kendisini fahişeliğe veren kadınların bu faaliyetini kontrol altına almak gayesine matuf olabilir.

Cahiliyye devrinde patriarcat rejiminin Arabistan'da çok yaygın olduğu hususunda ittifak edilmektedir [107]. Ancak patriarcat'dan önce

---

104 JOLY, H; age. sh. 17. MORAND, age. sh. 19.

105 Y. Linant de BELLEFONDS, Traité de droit musulman Comparé. Paris-La Haye 1965. V. II. sh. 17. MORAND, age. sh. 13. MILLIOT, age. sh. 269. GIDE. P. Étude sur la condition privée de la femme. sh. 16 vd.

106 EL-BOKHARI, Les traditions Islamiques. traduites de l'arabe avec notes et index Par O. HOUDAS, MDCCCC VIII Paris. V. III. sh. 565. MILLIOT. age sh. 269.

107 MORAND, age. sh. 19. SALAMA, M. Mahmut; Le mariage en droit musulman. Montpelier, 1928. sh. 16. BELLEFONDS age sh. 20. MILLIOT, age. sh. 268. M. FAHMY, age. sh. 5. vd. GÜNALTAY, agm. Belleten, s. XV. S. 60. sh. 691.

matriarcat'nın Arabistan'da uygulandığı da ileri sürülmektedir[108]. Küçük yaştaki çocukların muhafazasının anaya yahut akrabalarına bırakılması âdeti, bazı hallerde kadına tanınan kocayı boşama hakkı ve süt hısımlığı matriarcat'nın birer kalıntıları gibi kabul edilmektedir[109]. Ancak bu biçim ailede egemen olan kadın değil, gene erkektir. Fakat bu erkekler kadın tarafından yani onun akrabaları olan erkeklerdir. Örneğin, kadının kardeşi yahut dayısı gibi. Hısımlığın ana tarafından derecelendirildiği toplumlarda görüldüğü belirtilen bu aile rejiminin cahiliyye devrinde Arabistan'da varlığı kesin olarak isbat edilememiştir. Diğer taraftan, Sâmi ırkından olan toplumların hiç birinde matriarcat'ya rastlanmadığı gibi halen göçebe yahut yarı yerleşik bir hayat yaşayan Araplar'da matriarcat'nın izlerine bile raslanmamaktadır[110]

Cahiliyye devri Arap ailesinin pederşahi bir karakter taşıdığı hususunda ihtilaf yoktur[111]. Pederşahi (Patriarcal) aileyi karakterize eden başlıca husus, onun sadece erkekleri ihtiva etmesi ve ancak erkek tarafından hısımlardan meydana gelmesidir. Kadın aile fertleri arasında sayılmazdı. Bir kız çocuğunun doğumu çok kötü karşılanırdı. Yarımadanın iklimi ve tabiî kaynakları icabı halk göçebe bir hayat yaşıyordu. Tribüler sürekli bir savaş içindeydi. Bu hayat tarzının neticesi olarak erkek, tribünün bir savunma unsuru olarak kabul edildiği halde kız çocukları tüketici birer külfet olarak telâkki edilirdi. Bu sebeble bir kızın doğumu, aile içinde büyük üzüntü yaratmakla kalmayıp, aynı zamanda tribüsü için bir zayıflık ve şerefsizlik vesilesi olurdu[112]. Baba, ailede yeteri kadar kadın olduğu kanaatine varırsa, yeni doğan kız çocuğunu öldürebilir. Hatta üzüntüsünü yenemeyen Arap, kız çocuğunu diri diri toprağa gömerdi[113]. Kadın kişiliğine sahip değildir. Dul kalan kadın kocasının mirasına dahil olur. Kadın tarafından akraba olan kimseler aileden sayılmazdı[114].

108 MORAND, age., sh. 19. MILLIOT age. sh. 268. HUSSAMI, Le mariage et le divore en droit musulman. et particulièrement dans son application en Syrie sh. 12. Gaudefroy-DEMOMBYNES, Institutions musulmanes, Paris, 1931.

109 ÇANDARLI, Z.; L'évolution du mariage en droit turc et la condition du mari. Thèse. Fribourg 1941. sh. 26. Bk. ayrıca MILLIOT age. sh. 269. MORAND, age. sh. 13-17.

110 Bk. ÇANDARLI, age sh. 26. Kaldı ki hısımlığın ana tarafından tayini, ailenin ana hâkimiyetine dayanmasından dolayı değil, mevcut anormal evlenme şekilleri yüzünden babalığın kesin olarak tayin edilememesindendir.

111 TEHERANI, Morteza Hosseini; Le Statut de la Femme mariée en droit Scyite. Thèse Pour le doctorat. Paris 1935. sh. 7-11 MILLIOT, age. sh. 270. MORAND, age. sh. 19.

112 TEHERANI, age. sh. 7-11 MILLIOT, age. sh. 270. MORAND, age. sh. 20.

113 MORAND, age sh. 20. MILLIOT, age. sh. 270.

114 Bu hususu, şu halk sözü açık bir şekilde ifade ediyordu: Oğullarımızın oğulları bizim oğullarımız, kızlarımızın oğulları yabancıların oğullarıdır". Bk. MORAND, age. sh. 20.

Kız evleneceği zaman baba asla onun fikrini almaz ve erkekle doğrudan anlaşır. Bababaya mehr adı verilen muayyen bir para ödemeksizin evlenme mümkün değildir. Kadın, en çok mehir verene satılacak bir şey gibidir. Çöl insanının ferdiyetçiliği, göçebe halkın faydalandığı sınırsız bağımsızlık, Arab'ın vahşi iradesinin önüne çıkabilecek her türlü engeli ortadan kaldırıyordu. Evlenmenin geçerli olabilmesi için tek ve vazgeçilmez unsur mehr idi[115]. Bu sebeble cahiliyye devrinde evlenme akdinin bir nevi satım olduğu fikri ileri sürülmekte ve baba satıcı, evlenecek erkek alıcı ve kadın da satılan şey olarak görülmektedir[116] Koca karısını istediği zaman boşayabilir. Kadının kısırlığı bunun başta gelen sebeblerinden biriydi. Kocanın ölümünde kadın onun terekesindeki diğer mallar gibi mirasçılara geçer ve koca mirasçı bırakmadan ölmüşse babasının evine geri dönerdi[117]. Bu sosyal ortamda evlilikle "Serbest birleşme" arasında hissedilir bir fark yoktur. Kadınların kaçırılması çok sık görülen bir olaydır. Kaçırılan kadın köle olur ve efendi, üzerinde inhisarî bir kullanma hakkına sahiptir. Doğan çocuğun babası efendidir. Bu çocuk erkekse, hür bir kadından doğan çocuk gibi efendinin ailesine dahil olurdu. Bu devirde, Arabistan'da çok karılılık erkeğin malî gücünden başka bir sınır tanımıyordu.

Bazı müellifler, İslâmiyetten önce Arabistan'ın yaşadığı devrenin cahiliyye çağı olarak nitelendirilmesini haksız bulurlar; ve bu devrede kadının hukukî durumunun çok iyi olduğunu hattâ İslâmiyetin kadını bazı önemli haklardan mahrum etmiş olduğunu ileri sürerler [118]. Bu müelliflere göre, çok karılılık Meke ve Medine'de tamamiyle istisnaî mahiyette idi. Kadın istediği zaman evlenmeye son verebiliyordu. Koca tarafından ödenen mehri çoğu zaman kadın almaktaydı [119]. Hattâ, İslâm'ın evlenmede daha çok erkek lehine bir reform yapmış olduğu ileri sürülür [120].

---

115 WESTERMARCK, age. IV. sh. 157-58. PERRON, Femmes arabes, sh. 54. TEHERANI, age. sh. 8-10.

116 TEHERANI, age. p. 8-10. WESTERMARCK, age. IV. sh. 157-158. MORAND, age. sh. 20. SPIES, O; İslâm Ansk. Mehir. c. 7.

117 TEHERANI, age. sh. 11,

118 PERRON, age., sh. 54. vd. MONTET, E; L'İslâm. Paris 1921. sh. 7. LAMMENS, Le Berceau de l'İslâm. Rome 1914. sh. 279-282.

119 BERTRUDE STERN, Marriage in e arly İslam, Londres 1934 sh. 62 ve 70. WELLHAUSEN, Die ehe bei den Arabern, Goettingen, 1983. sh. 434. WESTERMARCK, age. IV. sh. 157-158; BELLEFONDS, age. II. sh. 21. MORAND, age. sh. 115.

120 LAMMENS, age. sh. 282.

Ancak sosyolojik araştırmaların büyük bir kısmı, bu son fikrin aksine olarak, İslâm'dan önce Arabistan'ın gerçekten karanlık bir devir yaşadığını doğrulumaktadır. Tarihin ilk devirlerinde yaşamış olan ilkel toplumların bir çoğunda mevcut olan âdetlerin ayni sosyal ve ekonomik şartlar içinde yaşamış olan cahiliyye devri Araplarında da mevcut olması normaldir. Müelliflerin hemen hepsi tarafından zikredilen ve aşağıda izah edeceğimiz atipik evlenme şekileri de bu görüşü doğrulayıcı mahiyettedir.

2. İslâmiyetten Önce Arabistan'da Mevcut Olan Evlenme Şekilleri

İslâmiyetten önce Arabistan'da uygulanan başlıca evlenme şekilleri şunlardır:

A) Nikâh al Makt:

Bu evlenme şekline göre; kocası ölen kadın otomatikman kocanın erkek kardeşine yahut yeğenine; ve çoğu zaman kocanın başka bir kadından oğlu varsa ona geçer. Kocanın mirasçısı olan bu kimseler, dul kadınla bizzat evlenebilecekleri gibi mehirinden faydalanmak için onu yabancı bir erkekle de evlendirebilirler[121]. Bu gaye ile erkek kadına gider ve ihramını onun üzerine fırlatır. Bu, kadın üzerinde zilyetliğin kazanıldığını gösterir. Sonra, erkek kadınla bizzat evlenmek istiyorsa onu evine götürür. Yahut belli bir bedel (mehr) karşılığında başka bir erkeğe verebilir[122].

Bu evlenme şekli, ilkel toplumların çoğunda görülen ve bu arada eski israilde çok uygulanan "Levirat"a benzer. Gerçekten eski İsrailliler, kadını ölen kocasının mirasının bir parçası olarak kabul ederler. Mirasçı, ölünün soyunu devam ettirebilmek için bu kadınla evlenmek zorundadır. Nikâh Al Makt eski İsrail'de ve Arabistan'da ailenin Pederşahi (Patriarcal) karakteri ile izah edilir. Çoğu zaman kaçırılan yahut satın alınan kadın kocanın mamelekine ve ölümünde mirasına dahil olurdu. Uygulanmasına müsaade edildiği halde, Araplar bu evlenmeye kötü gözle bakarlar ve onu "iğrenç" olarak vasıflandırırlardı[123].

---

121 BELLEFONDS, age. II. sh. 19. SALAMA, age. sh. 18. ÇANDARLI, age. sh. 30-31. SALAMA, age. sh. 18. ÇANDARLI, age. sh. 30,

122 ABDEL-FATTAH EL SAYED, age. sh. 17. ÇANDARLI, age sh. 30-31 SALAMA, age. sh. 18.

123 MORAND, age. sh. 19. ÇANDARLI, age sh. 31. SALAMA, age. sh. 18. ABD-EL FATTAH, age., sh. 17.

B) Nikâh-ı Muta:

Süreli yahut geçici evlenme diyebileceğimiz bu usulle, kadın ve erkek belli bir müddet birlikte yaşamak için anlaşırlar. Erkek kadına bir bedel (mehr) öder; tesbit edilen müddetin sonunda taraflar ayrılabilirler. İsterlerse yeni bir anlaşma ile birlikte yaşamağa devam ederler. Tesbit edilen müddet kısa (bir kaç gün, bir kaç ay) olabileceği gibi uzun da olabilir. (Bir veya bir çok seneler). Müelliflerin çoğu tarafından kadının kendini muayyen bir müddet erkeğe kiralaması olarak kabul edilen [124] bu evlenme, İslâmiyetin ilk yıllarında zinayı önlemek için hoş görülmüş; ancak Halife Ömer zamanında kesin olarak yasaklanmıştır[125]. Sünnîler tarafından reddedilen Muta, Şiîler tarafından hararetle savunulmakta ve günümüzde İran'da resmen yasaklandığı halde, uygulanmaktadır. Şiîler Kur'an'ın 4. sûresinin 28 âyetine dayanarak muta'nın meşruiyetini isabata çalışırlar ve Halife Ömer tarafından muta'nın yasaklandığı iddiasını da kabul etmezler[126]. Onlara göre, önce Halife Ömer bu konuda yetkili değildir. Muta, Peygamber tarafından kaldırılmış ise, böyle önemli bir olayın sahabiler tarafından bilinmesi gerekirdi. Hattâ böyle bir ilga onlar tarafından inkâr edilmektedir. Bir şiî müellif [127], sünnî ulema'dan olan Tormaz Hérévi'nin naklettiği şu olayı, Halife Ömer'in muta'yı yasakladığı yolundaki iddiayı çürütmek için ileri sürer: Ömer'in oğlu Abdullah, Muta'nın meşruiyeti konusunda kendisine soru soran Şam'lı bir şahsa şu cevabı veriyor: "Peygamber muta'yı kabul etti. Onun emrettiği yahut yaptığı şey, sadece babamın iradesiyle nasıl yasak edilebilir?"[128].

---

124 HUSSAMI, age. sh. 13. SALAMA, age sh. 17 ÇANDARLI, age. sh. 31. AMIRIAN, Le Mouvement Législatif en IRAN "Perse" et le Mariage en droit et fait. 2 ème édition. Paris 1938. sh. 34.

125 MORAND, age. sh. 16. RAYMOND CHARLES, Le Droit Musulman. Que sais-je? Presses universitaires de France. Paris. 1965. sh. 50. Aksi fikir, EMAMY HASSAN, age sh. 96. KITABGI KHAN, Droit musulman Schyte. Le mariage et le divorce. Lausanne, sh. 79. BELLEFONDS, age sh. 19. MILLIOT, age sh. 309.
Söylendiğine göre, Peygamber muta henüz izaha muhtaç bir halde iken ölmüştür. Hayber savaşı günlerinde yasaklanmış, Mekke'nin fethinden sonra tekrar helâl kılınmıştır. Ancak Halife Ömer kesin olarak muta'yı yasaklamıştır. Şiîler hariç bütün mezhepler bu konuda müttefiktirler. Bk. O. FERRUH. İslâm Aile Hukuku, Beyrut 1951 (Çev. Y. Z. Kavakçı) sh. 123-124. ANSAY, S. Ş. Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku Ank. 1953. sh. 194.

126 Bk. Ö. FARUK, age. sh. 124. MILLIOT, age. sh. 309.

127 KITABGI KHAN, age. sh. 80.

128 KITABGI KHAN, ae. sh. 80.

Gerçekten, Muta'nın İslâmiyetin ilk devirlerinde uygulandığı hususu müellifler tarafından ittifakla kabul edildiği gibi, Hadis-i Buhari'de yer alan bazı hadislerle de desteklenmektedir[129]. Ancak gene Buhari'de zikredilen hadislere göre muta sadece güç şartlar içinde bulunulduğu veya kadınların az olduğu zamanlar uygulanmış[130] ve Halife Ömer tarafından kesinlikle yasak edilmiştir[131]. Şiîler tarafından normal bir evlenme şekli olarak kabul edilen muta'nın akdi için gerekli şekil ve şartlar şunlardır:

a) Evlenmenin akdi anında şahit bulunması gereği yoktur.

b) Evlenmenin süresi mutlaka tesbit edilmelidir. Aksi halde muta bâtıldır. Muta'dan doğan çocuklar babaya tâbi olurlar. Mutanın sona ermesi halinde kadın, normal evlenmede kadının tâbi olduğu iddetin yarısı kadar bekler.

c) Bir bedel (Mehr) verilmesi muta'nın muteberiyeti için şarttır. Kararlaştırılan süreden önce kadın erkeği terkederse aldığı mehrden geri kalan müddete uygun bir kısmını kocaya iade eder.

d) Boşanma ve talâk yoktur. Tesbit olunan müddetin sonuna kadar eşler birlikte yaşamak zorundadırlar. Ancak taraflar birbirlerini tesbit olunan müddet dolmadan serbest bırakabilirler.

e) Eşler birbirlerinin mirasçısı olamazlar.

f) Erkeğin kadına yiyecek, giyecek ve mesken temin etmek mecburiyeti yoktur.

---

129 Djabir-ben Abdallah ve Salama-ben-el-Akna şöyle dediler:
"Seferdeydik, Peygamber bize ulaştığı zaman şunu söyledi: Sizler geçici evlenmeler aktetmeğe yetkili kılındınız. Bu yetkiyi kullanınız".
Bir başka isnad'a göre SALAMA, Peygamber'in şöyle söylediğini naklediyor: "Kadın ve erkek, aranızdan 3 gün birlikte yaşamak için anlaşanlar, bunu yapabileceklerdir. Bundan sonra onlar isterlerse bu müddeti uzatabilecekler; ayrılmak isterlerse, ayrılabileceklerdir. Bk. EL-BOKHÂRI, III. sh. 565.

130 Abu Djamra "Muta konusunda kendisine sual sorulan İbn-Abbas'ın bunun meşru kılındığını söylediğini "işittim" diyor. Bk. EL-BOKHARI, III. sh. 561.

131 Muta'nın Peygamber tarafından mı yoksa Ömer tarafından mı kaldırıldığı hususu kaynaklarda kesin olarak belirtilmemektedir.
EL-HASAN-Ben-Mohammed-Ben Ali ve Kardeşi Abdullah, babaları Ali'nin İbni Abbas'a şöyle söylediğini naklediyor: "Peygamber Hayber Seferinden Sonra Muta'yı ve evcil eşek etini yasakladı" Bk. EL-BOKHÂRI, II. sh. 561. Ancak müelliflerin çoğunluğu, muta'nın kesin olarak Ömer zamanında yasak edilmiş olduğu fikrindedirler. Bk. MILLIOT, age. sh. 309. Ö. FERRUH, age., sh. 123. MORAND, age sh. 16.

g) Normal evlenme engelleri muta için de geçerlidir[132].

Şiî hukukunda hukukî bir müessese olarak kabul edilmesine rağmen zikredilen bu özellikler muta'nın gerçek bir evlenmeden ziyade, kadının kendisini muayyen bir müddet için bir erkeğe kiralaması olduğunu gösteriyor [133].

Gerçekten muta, yasak edilmesine rağmen hâlen İran'da uygulanmaktadır. Bu ülkede muta, kocanın talâk hakkını bertaraf etmek için kullanılmaktadır. Muayyen bir müddet için evlenmeye razı olan erkek, artık o müddetin sona ermesinden önce talâk hakkını kullanamaz. Yüksek aileler, ekseriya kızlarını evlendirirken erkeğin evlenmeye muayyen ve uzun bir müddet koymasını isterler. Örneğin, 90 sene gibi uzun bir müddet tesbit edilmişse bu süre içinde koca talâk hakkını kaybettiği için, kocanın her an evliliği sona erdirebilme tehlikesine karşı kadının durumu sağlamlaştırılmış olmaktadır. Muta'nın en az müddeti bir cinsi münasebet için geçecek zaman parçasıdır. En çok ise 99 senedir[134].

C) Nikah-ı Şigar: (takas evlenmesi)

Bu evlenme şu şekilde olur: İki kişi aynı miktar mehirle (örneğin 300 dinar) kızlarını birbirlerine evlenmek üzere vermeyi taahhüt ederler. Her iki taraf birbirlerine 300 dinar borçludurlar. İki borç takas edilir ve taraflar hiç bir mehir ödemeden evlenirler. Burada esasında kadına ait olması gereken mehirden babalar ve kocalar faydalanmaktadırlar[135]. Şigar, esasında bir değiş tokuş evlenmesinden başka bir şey değildir.

---

132 KITABGI KHAN, age. sh. 80. QUERRY, Recueil des lois concernant les musulmans Schiytes. Paris 1871-72. Ö. FERRUH, age. sh. 125.
EMAMY HASSAN. age. sh. 100 vd. TORNAUW, Le droit Musulman exposé d'après les sources. Traduit en français par M. ESCBACH. Paris 1860 sh. 106.

133 Bk. AMIRIAN, A. M. Le mouvement legislatif en IRAN et le mariage en droit. paris 1938. sh. 33-34. TEHERANI, age. sh. 62.
ARMINJON-NOLD-WOLF, Traité de droit comparé. Paris. 1951. T. III. 1015. de, Şiî hukukunda kabul edilen Muta ile sünnî mezheplerce kabul edilen küçüğün baliğ olduktan sonra kullanabileceği evlenmeyi feshetme hakkı arasında neticeleri itibariyle benzerlik görüyorsa da bu doğru değildir; çünkü fesih hakkı mutlaka kullanılmak gerekmez. Halbuki muayyen müddetin sonunda evliliğin sona ermesi muta'nın muteberiyet şartıdır.

134 MILLIOT, age sh. 309. AMIRIAN, age. sh. 34.

135 ÇANDARLI, age. sh. 30. HUSSAMI, age. sh. 13. TORNAUW, age. sh. 101. MILLIOT, age. sh. 302.

Şigar peygamber tarafından yasak edilmiştir [136]. Mehir verilmeden yapılan evlenme, Malikîlerce bâtıl kabul edildiği halde, Hanefi, Şafiî ve Hanbelîler tarafından muteber sayılır. Çünkü bu halde şigar şartı yok sayılır ve evlenme muteber olur. Bu taktirde kadına mehr misl verilir[137].

D) Nikâh-ı İstibda:

Esas itibariyle polyandrie'e dayanan bu evlenmede, kendi soyundan gelen çocuklardan daha asîl ve sağlam bir çocuk sahibi olmak isteyen koca, karısını zekâsı, cesareti ve diğer meziyetleriyle tanınmış olan bir erkeğe gönderir. Kadın bu erkekten gebe kaldıktan sonra kocasının evine döner. Koca, bahis konusu erkekle karısının münasebetinden doğan gebeliğin kesin belirtileri ortaya çıkıncaya kadar karısına yaklaşmaz. Doğan çocuk kocadan olmuş sayılır ve onun mirasçısı olurdu. İslâmiyet nikâh-ı istibdayı da yasak etmiştir[138].

E) Grup Evlenmesi

Grup evlenmesine benzeyen bir diğer evlenme şekli de şuydu: Sayıları 10 u geçmeyen bir grup erkek ki ekseriya bunlar kardeş olabilir, aynı kadınla cinsî münasebette bulunurlardı. Kadın, gebe kalır bir çocuk doğurursa, doğumdan bir müddet sonra bu erkeklerin hepsini davet eder ve onların hepsi gelirlerdi: Kadın onlara şu konuşmayı yapar: "Benimle olan ilişkilerinizden doğan şeyi biliyorsunuz. Bir çocuk sahibi oldum; ey filân (erkeklerden birine hitaben) istediğin adı koy. Bu andan itibaren o kimse çocuğun babası olur ve babalığı reddedemez[139].

F) Serbest Birleşmeler:

Bazı kadınlar bütün erkekleri kabul ederler ve kapılarına bayrak asarlardı; bir çocuk doğurunca, bütün müşterilerini toplar ve kaif denilen bir kimse çocuğun babasının kim olduğunu tayin ederdi. Artık o kimse çocuğun babası olurdu[140].

---

136 BOUSQUET, G. H; et BERCHER, L; Le statut personnel en droit musulman hanefite, sh. 28. dipnot. ÇANDARLI, age. sh. 30. TORNAUW, age., sh. 101.

137 Bk. CSPE. Md. 15 ve 16. MILLIOT, age. sh. 303. BOUSQUET-BERCHER, age. sh. 28. dipnot.

138 Bk. EL BOKHARI, age. III. sh. 565. MORAND, age. sh. 114. ÇANDARLI, age. sh. 31. ÜÇOK, age. sh. 76. ABD-EL FATTAH EL-SAYED, age. sh. 17. HUSSAMI, age. sh. 13. SALAMA, age. sh. 17. GÜNALTAY, agm. Belleten. s. 60, C. XV. Ekim 1951, sh. 702.

139 EL BOKHARI, age. III. sh. 565. MORAND, age. sh. 114. BELLEFONDS, age. sh. 19. SALAMA, age. sh. 20. ANSAY, age. sh. 192. GÜNALTAY, agm. Belleten s. 60, C. XV. sh. 702. MAHMUD ESAD. Tarihi Dinî İslâm, methal. sh. 224, vd. 557 vd. ABD-EL FATTAH EL-SAYED age. sh. 17-18. TAPLAMACIOĞLU, agm. AD. S. 5 Mayıs 1950. sh. 679.

140 MORAND, age. sh. 114. ÜÇOK, age. sh. 77. EL BOKHARI, age. III. sh. 566

G) Nikâh-ı Bedel:

İki erkeğin karılarını karşılıklı olarak muayyen bir müddet için değiştirmeleridir. Bu evlenme şeklinde Polyandrie ve polygynie birlikte görülmektedir[141].

H) Nikâh-ı Hdn (veya Khidr):

Bir nevi metres hayatı doğuran bu evlenme çeşidine göre, erkek muayyen bir bedel mukabilinde bir kaç gün birlikte yaşamak için kadınla anlaşırdı. Bazı müellifler, Kur'an'ın 4. sûresinin 28. âyetinde yer alan "faydalandığınız kadınların ücretini veriniz" hükmüne dayanarak bu çeşit evlenmenin muteber olduğunu iddia ederler. Ancak İslâm hukukçuları şu hadise dayanarak Hdn'nin yasak olduğunu kabul etmişlerdir. "Size Hdn (Khidr) i vadetmiştim, sonra Allah onu kıyamete kadar yasak etti"[142].

I) Deneme Evlenmesi:

Kadının muayyen bir dostu varsa ve bundan bir çocuk doğurmuşsa beyanı üzerine kadın o kimseye nikâhlanırdı. Bu bir çeşit deneme evlenmesidir[143].

J) Polyandrie'ye Dayanan Deneme Evlenmesi:

Bazen kadının birden fazla dostu vardır; bir çocuk doğurur ve çocuğun kimden olduğunu söylerse, kadın o kimseye nikâhlanırdı. "Bu da bir çeşit polyandrie'ye dayanan deneme evlenmesidir."[144].

K) Nikâh-ı Sahih:

İslâmiyetten önce Arabistan'da uygulanan evlenme şekillerinden en yaygın olanı budur. Evlenecek erkekle kızın velisi arasında yapılan bir anlaşmaya dayanan bu evlenme şekli, İslâm tarafından benimsenerek kadının iyiliğine değiştirilmiştir[145]. Yukarda kısaca izah ettiğimiz diğer evlenme şekillerinin hepsi peygamber tarafından yasak edilmiştir[146].

141 BELLEFONDS, age. sh. 19. ANSAY. S. Ş. age. sh. 194. GÜNALTAY, agm. Belleten S. 60, C. XV. sh. 702.
142 Bk. ÇANDARLI, age. sh. 32. ÜÇOK. age. sh. 76.
143 Bk. ÜÇOK. age. sh. 76.
144 Bk. ÜÇOK. age. sh. 76.
145 Bk. ÜÇOK, age. sh. 76. ANSAY, S. Ş. age. sh. 193. MORAND, age. sh. 114, 116.
146 Bk. EL-BOKHARI, age. III. sh. 566. GÜNALTAY, agm. Belleten, S. 60. C. XV. 1951. sh. 692.

§ 2. İSLÂM'DA UMUMÎ OLARAK EVLENME VE NİŞANLANMA

I EVLENMENİN TARİFİ

İslâm Aile Hukuku, genel olarak "ahval-i şahsiye–statut personnel" deyimiyle ifade edilmektedir[1].Batı hukuk sistemlerinden alınmış olan bu deyim, İslâm hukukunda çok geniş bir anlam ifade eder. Evlenme, boşanma, velâyet ve vesayet müesseseleri "statut personnel"in ana konuları olduğu gibi, şahsın hukukuna ilişkin bütün meseleler, tüm miras hukuku ve bazı borçlar hukuku müesseseleri de "statut personnel" içinde mütalaa olunur[2]. Ancak bütün bu müesseseler aile hukukunu yakından ilgilendirmesine rağmen, İslâm hukuku esaslarına göre hazırlanmış olan ve evlenmeyi tanzim eden yeni kanunlar, ahvali şahsiye=statut personnel deyiminin kapsamını daraltmak yoluna gitmişlerdir[3].

Aile hukuku esas itibariyle evlenme müessesesine dayanır. İslâm hukuk dilinde evlenmeyi ifade etmek için kullanılan teknik terim "nikâh"tır. Kelime anlamı cinsî münasebet olan nikâh, hukuken bu cinsî münasebeti meşru kılan akittir[4].

Klasik müellifler evlenmenin tarifini yapmak ihtiyacını duymamışlardır. Post-klasik müellifler,evlenmeyi" bir akittir ki kasten mülki müt'ayı ifade eder" tarzında tarif etmişlerdir[5]. Kasten tabiri evlenmeyi

1 Bk. 1875 tarihli Code du statut personnel égyptien. Bu kanunun tam metni için bk. CLAVEL, Eugen; Droit musulman du statut personnel et des successions. Paris. 1895. livre deuxième. sh. 263 vd.

2 Örneğin hibe. Bk. CSPE.

3 Bk. 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi. La Moudawwana: Fas Aile Hukuku Kanunu, Législation égyptien de la famille. Bk. CHEHATA, Chafik; Droit musulman. Précis dalloz, Paris 1970. sh. 68.

4 SARAHSI. IV. 192. CHEHATA, age. sh. 68.

5 Elhac M. ZİHNİ. Münakehat ve Mufarakat, İst. 1957. sh. 11. BİLMEN. age. II. sh. 13. İSMAİL HAKKI. Mesailûn Nikâh. İst. 1313 sh. 5. IBN AL-HUMAM, Fath al-Kadir. II. 34. CHEHATA, age. sh. 68. Ebn Acem, evlenmeyi. şahitlerin müdahalesinden sonra, bedelini ödemeksizin kadından faydalanmayı temin eden bir akit olarak tarif eder. Bk. DULOUT, Fernand; Traité de Droit musulman, Alger 1947. sh. 12. HACI REŞİT PAŞA, İslâmda Nikâh Bahisleri. İst. 1958. sh. 3.

cariye satın almadan ayırmak için kullanılmıştır. Çünkü efendi cariyenin mülki rakabesine sahiptir. Halbuki evlenmede bahse konu olan mülki müt'a, kadının kadınlığından faydalanma anlamına gelir[6]. Bu sebeble yukardaki tarifi "erkeğin nikâhı yasak olmayan bir kadından meşru olarak istifadesini temin eden bir akittir" şeklinde sadeleştirmek mümkündür. Ancak bu tarif daha çok akdin konusunu belirtmekle yetinip, gaye ve hükümlerinden bahsetmemektedir. Halbuki Roma hukuku evlenmeyi, karı koca arasında bir hayat ortaklığı "Consortium vitae olarak kabul eder. Roma hukukunun bu evlilik anlayışı, Batılı hukukçuları da etkilemiştir[7]. Kilise hukukunda da İslâm hukukunda olduğu gibi, evlenme, eşlerden her birine diğerinin vücudu üzerinde faydalanma hakkı kazandıran bir akittir[8]. Ancak İslâm'da evlenmenin klâsik tarifi bahis konusu hakkı sadece erkek bakımından düşünüyor. Kadının erkeğin vücudu üzerinde hak sahibi olması bahse konu değildir. Kadın akdin hem tarafı hem de konusudur. Bu anlayış sadece Hanefilere has olmayıp, Malikîler de evlenmeyi "erkeğin kadından istifadesini sağlayan bir akit" olarak kabul etmişlerdir[9].

Fakat modern müellifler, eşler arasında fark yapmaksızın, evlenmeyi "eşlerden her birine diğerinden faydalanmak hakkını veren bir akit" olarak tarif ederler[10].

Yeni kabul edilen bazı İslâm ülkeleri kanunları, Batı hukuk sistemrinin evlenme tarifini aynen benimsemişlerdir. Örneğin, Suriye kanunu 1. md. de evlenmeyi şöyle tarif ediyor: "Evlenme, evlenmeleri yasak olmayan bir erkekle bir kadın arasında yapılan ve müşterek hayat ve nesli sürdürmek için bir bağ yaratan akittir." Mudavvana adını taşıyan Fas kanunu 1. maddesinde evlenme konusunda daha ileri bir tarif veriyor: "Evlenme kanunî bir akittir ki onunla bir kadınla bir erkek

---

6 M. ZİHNİ. age. sh. 11-12. BİLMEN, age. II. sh. 13. HACI REŞİT PAŞA, age. sh. 8. SEMİZ, R; Eski Hukukta Nikâh ve Talâk Meseleleri, İst. 1948. sh. 7. HALEBİ, İzahlı Multeka-el-Ebbur Tercümesi. Çev. Mustafa UYSAL, 1968. sh. 328.

7 Örneğin, A. COLIN et CAPITANT'a göre "evlenme bir akittir ki onunla ailenin reisi olan kocanın idaresi altında kadın ve erkek birlikte yaşamak ve birbirlerine karşılıklı olarak yardımda bulunmak için birleşirler" Droit civil, d'après le traité de droit civil d'A. COLIN et H. CAPITANT; t. I par. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris. 1965 sh. 262.

8 CHEHATA, age. sh. 69.

9 SANTILLANA, I. 197. IBN ASIM, I. 152. CHEHATA, age. sh. 69. Bk. ayrıca DULOUT, age. sh. 12.

10 MUHAMMED YUSUF MUSA. sh. 28; ABD AL VAHHAB KHALLAF, sh. 13. ZAKIYY AL-DIN ŞABAAN, sh. 51. CHEHATA, age. sh. 69. dan.

sürekli bir hayat kurmak için birleşirler. Evlenme, Kocanın yönetimi altında, eşlere karşılıklı vecibelerini güvenlik, huzur, karşılıklı sevgi ve saygı içinde yerine getirmek imkânını veren, sağlam temeller üzerine inşa edilmiş bir aile yuvasının tesisiyle sadakat, saflık ve nesli sürdürme arzusu içinde bir hayatı gaye edinir".

Ancak belirtmek gerekir ki, yukarda zikrettiğimiz kanunlar ve diğer çeşitli islâm ülkelerinin kanun koyucuları bu neviden evlenme tariflerini kabul ederken, Klâsik İslâm Hukukundan uzaklaşmışlardır. Bu, Batı ile temas neticesi başlayan fikirlerdeki değişmenin bir görüntüsüdür[11].

Tariflerinde belirtmemiş olmakla beraber, İslâm müellifleri eserlerinde evlenmenin amaçlarından da bahsetmektedirler. Çoğunluğun fikrine göre, evlenmenin ilk gayesi, gayrımeşru cinsel ilişkileri önlemektir. Müellifler bu konuda Peygamber'in şu hadisine dayanırlar. "Evlenme gözü haramdan saklamanın, ırzı en sağlam korumanın en iyi şartıdır. Evlenilemiyorsa, oruç tutmak gerekir; onda bir kurtuluş yolu bulunacaktır"[12]. "Ey gençler, içinizden evlenmeye muktedir olanlar evlenmelidirler, buna ihtiyaç hissetmiyenler ise oruç tutsunlar; oruç bir teskin edicidir"[13].

Aynı fikir, Ortaçağ Kilise hukukunda da mevcuttur[14].

Hanefi müellif SARAHSİ, evlenmenin gayesinin bir arzunun tatmini olmadığını daha ziyade maddî ve manevî menfaatlerin temini ve bu arada zinaya karşı korunmak olduğu fikrindedir[15]. Bir başka müellife göre, evlenme cinsel ihtiyacı tatmin ettiği ölçüde meşru, fakat günahtan korumağa yöneldiği zaman mecburîdir[16].

Ancak evlenme, eşlerin birbirlerinden istifade etmesini sağlayan bir akit olarak tarif edildiği taktirde, onun ilk gayesinin eşlerin fizikî ihtiyaçlarını tatmin etmek olacağı tabiîdir[17].

11 CHEHATA, age. sh. 70-71.

12 Trad. de LAOUST, Précis de droit d'IBN KUDAMA sh. 167. CHEHATA, age. sh. 71. İBRAHİM HALEBİ, Multeka (Tercüme: M. UYSAL) sh. 326.

13 EL-BOKHARI, age. III sh. 545. HUSSAMI, age. sh. 62.

14 BRISSAUD, Manuel d'histoire du droit Privé sh. 10.

15 CHEHATA, age. sh. 71. Evlenmediği taktirde zina yapma korkusu olursa, evlenme o zaman farzdır. HALEBİ, Multeka sh. 326.

16 KASANI, II. 229. CHEHATA, age. sh. 71. İ. HAKKI, Mesailün Nikâh. İst. 1313. sh. 7. HALEBİ, Multeka. sh. 326.

17 ROUSSIER, J; Le droit musulman moderne en Algérie. Handbuch der orientalistik, Erganzungs Band III. Orientalisches Recht. LEIDEN/KÖLN. 1964. sh. 400-425.

İslâmda bekârlık iyi gözle görülmez. Peygamber muhtelif hadislerinde müminleri evlenmeğe çağırdığı gibi [18], Kur'an'da bekârları evlendirmeği emreden âyetler de vardır[19]. Evlenme, buna ihtiyaç hisseden ve kadının mehrini verebilecek her mümin erkek için bir ödev sayılır[20]. Hattâ "Ebu Hanife'ye göre nikâhla uğraşmak nâfile ibadetle uğraşmaktan daha iyidir (eftaldir)'[21]".

Bazı müelliflere göre, evlenmenin amacı, cinsin sürdürülmesi ve çoğaltılmasıdır. Cinsel arzunun tatmini de bu amaca hizmet eder. Yani bu müelliflere göre cinsi sürdürmek ve çoğaltmak evlenmenin ilk amacıdır. Gerçekten klasik müellifler de cinsi sürdürme ve çoğaltmayı, evlenmenin gayelerinden biri olarak kabul etmişlerdir. Onlar bu konuda peygamber'in kısır kadınla evlenmeyi tavsiye etmeyen hadisine dayanırlar[22].

Modern müellifler evlenmenin bu amacını diğerlerine üstün tutarlar[23].

Bununla beraber Hanefi ve Malikî mezhebinde iktidarsızlık yahut cinsel arzuların yokluğu evlenmenin mutberiyetine tesir etmez. Bu halde kadın ancak evliliğin feshini talebedebilir[24].

---

18 Örneğin, "Evlenmeyen benim ümmetimden değildir" Bk. HUSSAMI age. sh. 62. "Aranızdan evlenmeye ehil olanlar evlensinler. Bu daha uygundur". Peygamber bir gün yanında bulunan bir kimseye evli olup olmadığını sorar: Adam, evli olmadığını söyleyince Peygamber şöyle dedi: "Hıristiyan papazı olsaydın, haklı olacaktın; çünkü papazlıkla kadın birlikte yürümez. Halbuki sen bizdensin. Bizim Prensiplerimize göre evlenilir, evlenmek gerekir." Bk. HELOU, age sh. 37-38 PERRIN, age. sh. 316-317.

19 Le Coran, tome II, (traduction intégrale par Edouard MONTET) Paris 1958. Sourate 24. Verset 32.

20 VAN DEN BERG, L. W. C; Mınhâdj At-Tâlibin, Le guide des zélés croyants, Manuel de jurisprudence musulmane selon le rite de Châfi'î. texte Arabe publié par ordre du gouvernement avec traduction et annotations V. Batavia. 1883. sh. 312. CHATILA, Khled; Le mariage chez les musulmans en Syrie, étude de sociologie. Paris. 1933 sh. 11-12. ARMINJON-NOLD-WOLF, age. t. III. Prag. 1015. DEMOMBYNS, age. sh. 120. M. ZİHNİ, age. sh. 16.

21 M. MEVKUFATİ, Kitab-ı Mevkufat, c. I. Dersaadet. 1318, sh. 211,

22 HALEBİ, Multeka (Çev. Mustafa UYSAL) sh. 327. Nayl al-avtar de CHUKANI. VI. 104. CHEHATA, age. sh. 72. den.

23 MUHAMMAD YUSUF MUSA, sh. 29. CHEHATA, age. sh. 72 den.

24 CHEHATA, age. sh. 73.

Modern müellifler, birlikte hayatı da evlenmenin gayelerinden biri olarak kabul ederler. Eşler, hayatın çeşitli ihtiyaçlarına cevap verebilmek için tek bir vücut gibi birbirlerine bağlanırlar[25]. Fakat genel olarak klasik müellifler, evlenmenin kadına hayatını temin ettiği görüşündedirler[26]. Çünkü İslâm'da kadın ailenin malî yüklerine iştirak etmez. Karı ve çocukların infak ve iaşesi tamamen kocaya aittir.

Gerçekten, İslâmî evlenmeyi sadece erkeğin kadından faydalanmasını sağlayan bir akit olarak kabul etmemek gerekir. Evlenme eşler arasında bir hayat ortaklığı yaratır. Çocuk sahibi olmak, dolayısiyle cinsi sürdürmek ve çoğaltmak için eşler arasında her bakımdan bir hayat ortaklığının kaçınılmaz olduğu açıktır. "Nikâhlanıp çoğalınız ki ben kıyamet gününde diğer ümmetlere karşı sizin çokluğunuzla iftihar edeceğim"[27] diyen Peygamber, evlenmeyi yalnız erkeğin kadından faydalanması için bir vasıta olarak görmüyor; fakat sağlam bir aile yuvasının kurulması ve müslümanların çoğalması için gerekli bir müessese olarak kabul ediyor. Diğer taraftan evlenmedikleri taktirde kötü yola sapmaları mümkün olan erkek kadın her müslümana evlenmeyi farz kılmıştır[28]. Bu eşler arasında her bakımdan sıkı bir hayat ortaklığı kurarak sağlam bir aile ve dolayısiyle sağlam bir toplum düzeni kurma arzusunun neticesidir. Aksi halde, Peygamber'in İslâmîyetten önce Arabistan'da mevcut olan anormal evlenme şekillerinin hepsini yasak etmesini ve evlenmede kadın lehine yaptığı reformları başka bir sebeple izah etmeğe imkân yoktur.

Şimdi İslâm'ın evlenmede yaptığı değişiklikleri kısaca gözden geçirelim:

II. İSLÂM'IN EVLENMEDE YAPTIĞI DEĞİŞİKLİKLER

İslâmiyetin doğuşundan sonra, Arabistan'da evlenme düzensiz bir müessese olmaktan çıkmıştır. Kur'an'da yer alan bir çok âyetler[29] ve Peygamber'in hadisleri evlenme hakkında hükümler koyarak, onu önce metres hayatından "serbest birleşmeden" kesin olarak ayıran bir düzenleme şekli getirmişlerdir. Başlıca yenilikler, kadının hukukî duru-

25 SARAHSI, IV. 192. CHEHATA, age. sh. 73. den
26 KASANI, VI. sh. 228. CHEHATA, age. sh. 73 den.
27 İBRAHİM HALEBİ, age. c. I. sh. 326. HUSSAMI, age. sh. 62.
28 TORNAUW, age. sh. 85. HALEBİ, age. c. I. sh. 326.
29 Bk. Kur'an 4 Sûre.

munda onun iyiliğine yapılan değişikliklerdir[30]. Kadın hak sujesi olarak kabul edilmiş ve binnetice kişiliğini kazanmıştır. Artık evlenmede akdin taraflarından biri olmuştur. Ergin bir kadın, bazı istisnalar hariç rızası olmadıkça kimse tarafından evlendirilemez[31]. Kadın cahiliyye devrinde kocanın mirasına dahil bir mal gibi kabul edilirken, İslâmiyet onu kocasının mirasçıları arasına sokmuştur. Çok kadınla evlenmeyi tahdit etmiş ve aynı zamanda dörtten fazla kadınla evlenmeye izin vermemiştir. Kız çocuklarının öldürülmesi yahut terkedilmesi kesin olarak yasaklanmıştır. Peygamber daha çok monogame bir evliliğe taraftar olmasına rağmen ümmetinin çoğalmasını önlemekten korkarak tetragamiye (Dört kadınla evlenme) müsaade etmiştir. Ancak Kur'an eşler arasında mutlak bir eşitlik gözetemiyecek kimselere tek kadınla evlenmeyi emretmektedir. İnfak ve iaşe, karı-koca ilişkileri bakımından aranan bu eşitliğin sağlanması hemen hemen imkânsız olduğundan İslâm'ın prensip olarak tek kadınla evlenmeyi kabul ettiğini söylemek doğru olur[32]. Diğer taraftan, erkeğin ödemesi gereken mehrin bizzat kadına ait olacağı kabul edilmiş ve mehrsiz evlenmelere izin verilmemiştir. Bunun neticesi olarak "Şigar" denen evlenme şekli yasaklanmıştır. İslâmiyet, dinî bakımdan erkekle kadın arasında fark yapmamıştır[33]. Kur'an'ın muhtelif âyetleri ve peygamber'in bir çok hadisleri erkeklerin karılarına iyilik ve tatlılıkla muamele etmelerini emretmektedir[34]. Evlenme kadının ehliyeti üzerinde herhangi bir etki yapmaz. Karı malları üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Hattâ kadın bazı hallerde evlilik birliğine son vermek hakkına sahiptir[35]. Kocanın talâk hakkı bazı şartlara bağlanmış ve kanunî olmakla beraber talâk, Tanrı tarafından hoş görülmemiştir[36]. Peygamber tarafından gerçekleştirilen bu reformlar

---

30 Bu konuda Bk. MILLIOT, age. sh. 271. vd. JOLY, age. sh. 20-28. SALAMA, age. sh. 21-23. HUSSAMI, age. sh. 14-16. BELLEFONDS, age. sh. 20-21.

31 Velinin çocukları üzerinde kullanabildiği cebir hakkı Mâliki mezhebinde, bu prensibe bir istisna teşkil eder. İlerde ilgili bahiste bu konuda artık bilgi verilecektir.

32 Bk. ÇANTAY, H. B; Kur'anı hâkim Meâl-i Kerim. En-Nisâ sûresi, âyet 3. C. I. sh. 117-118. Le CORAN, (Traduction par E. MONTET.) Sourate 4. verset 3. Tome I. sh. 115. Le CORAN. (al-Qor'ân) traduit par Règis BLACHÈRE. Paris 1966. sourate IV. Verset 3 /4. sh. 104. BERKİ, Ş; - HÂMİDİ, H.; İslâm Hususî Hukukunun Ana Prensipleri. Kur'anda Hukuk. Ank. 1962. II. basım. sh. 41-42.

33 Bk. SALAMA, age. sh. 21-23. HUSSAMI, age. sh. 15-16.

34 Bk. Nisa sûresi â. 19.

35 Bk. Le Coran, (Traduit par E. MONTET). Sourate 2. Verset 229. ÇANTAY, Kur'an-ı Hâkim... C. I. Sh. 61. 2 sûre, 229 âyet. BERKİ-HAMİDİ, age. sh. 47-48.

36 JOLY, age. sh. 25.

zamanı için son derece cesur ve ileri bir zihniyeti temsil etmektedir[37]. Bu reformlar cahiliyye devri Arap kadınının hukukî durumu nazara alınmaksızın değerlendirilecek olursa, yetersiz görülebilir. Gerçekten kadının iyiliğine yapılan bu önemli değişikliklere rağmen, İslâmiyet pederşahi aile düzenine bağlı kalmış ve erkeklerin kadınlara üstün olduğunu kabul ederek ona toplum hayatında önemli bir yer vermemiştir[38]. Ancak ifade etmek gerekir ki, muayyen bir toplumda kadının huhukukî durumunun iyileştirilmesi sadece kanun koyucunun iradesiyle değil fakat aynı zamanda sosyal çevrenin de gelişmesiyle olur. Tribüler arasındaki sürekli savaş hali ve göçebe hayat şartları, disiplinli, gerekirse ailesi için ölmekten çekinmeyecek kimseleri içine alan bir pederşahi aile tipini zorunlu kılmıştır. Savaş gücü olmadığından böyle bir aile düzeni içinde kadının rolü cinsi çoğaltmak ve erkekleri dinlendirmekten ibaret oluyordu[39]. Fakat her şeye rağmen İslâmîyetin kadının hukukî durumunda ve evlenmede yaptığı reformlar, bu dine yeni girmiş olan toplumların çoğunun yerleşmiş ilkel âdetlerine göre çok ilerici bir karakter taşıyordu. Bu yüzden islâm'ın evlenme ve kadının hukukî durumuna ilişkin prensiplerine yer yer reaksiyonlar doğmuştur. Bazı ülkelerde hukuk tatbikatı, kadına tanınan hakları ortadan kaldırmak amacıyle bir takım çarelere başvurduğu gibi, bazı toplumlarda da koyu müslüman olunmasına rağmen, islâmî prensipler yerine yerli âdetler uygulanmaktadır. Örneğin, Fas'ın Kablie ve Atlas bölgesinde pederşahi aile rejiminde herhangi bir değişikliğe yanaşılmamıştır. Berberiler, Müslüman oldukları halde, islâmî kaideler yerine, kendi yerli örf ve âdetleri-

---

37 Aynı fikir bk. MILLIOT, étude sur la condition de la femme musulmane au Magrèbe. Thèse, Paris. sh. 167. MERCIER. M; Condition de la femme musulmane dans l'Afrique septentrionale. Alger-Jourdan 1895. Kur'ân'da evlenme ve boşanmaya ilişkin başlıca âyetler şunlardır:

Sûre II. âyet 187 (Bakara sûresi)

S. II. â. 223 — S. II. â 226 — S. II. â. 228 — S. II. â. 229 — S. II. â. 230 — S. II. â. 231 — S. II. â. 232 — S. II. â. 233 — S. II. â. 234 — S. II. â. 235 — S. II. â. 236 — S. II. â. 240 — S. II. â. 241 —

S. IV. â. 3 (Nisâ Suresi)

S. IV. â. 4 — S. IV. â. 19 — S. IV. â. 22-24: — S. IV. â. 25 — S. IV. â. 34 — S. IV. â. 35 — S. 33. â. 37. —

Bk. Kur'an'ı Kerim ve Türkçe Anlamı (Meâl) Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları. Ankara 1973.

38 Le Coran. (traduction Par. E. MONTET). sourate 4. Verset. 38. Sourat 2. Verset 228. ÇANTAY, Kur'an-ı Hâkim.. 2 sûre, âyet 228. 4. sûre, âyet 35.

39 MILLIOT, age. sh. 273.

ni uygulamaktadırlar. Genellikle, Kuzey Afrika'nın müslüman toplumlarında kadın sert bir hukukî rejim içinde yaşamaktadır[40].

Netice olarak diyebiliriz ki, Peygamber'in reformları yüksek bir zihniyetin damgasını taşıdığı gibi, sonraki gelişmeleri için Arap halkına geniş bir ufuk açmıştır. O, müesseselerin toplumun ihtiyaçlarına göre değişebileceğini düşündüğü halde, kendisinden sonra yaşayan hukukçular, İslâm hukukunun ilâhî iradenin mahsulü olması sebebiyle, değişmezliği ilkesini kabul ederek, bu hukuku donmuş, modern ihtiyaçlara cevap veremez hale getirmişlerdir[41]. Ancak son yıllarda bir çok Islâm ülkeleri, Batı ile temas neticesi, kadının hukukî durumunda esaslı değişiklikler yapmışlardır[42]. Bu konuda en köklü ve ilk reformu yapan islâm ülkesi Türkiye'dir. İslâm hukukunun modern Türk toplumunun ihtiyaçlarını karşılıyamıyacağını bilen Atatürk, bu hukuku tamamiyle terkederek, Batı hukuk sistemini ülkemize getirmiştir.

İslâm'da evlenmenin şartları ve hukukî mahiyetini tetkike başlamadan önce, evlenmeye bir başlangıç olması nedeniyle, İslâm'da nişanlanmayı da kısaca gözden geçirmek faydalı olacaktır.

III. İSLÂM'DA NİŞANLANMA

Evlenmenin muteber bir şekilde aktedilebilmesi için mutlaka önce bir nişan merasimine yahut başka bir muameleye ihtiyaç yoktur. Ancak gelenek ve âdetler, evlenmeden önce erkek tarafından evlenme teklifinde bulunulmasını ister. İslâm hukuku, bugünkü anlamda bir nişanlılık ilişkisini tanzim etmemiş fakat erkek tarafından yapılan evlenme teklifine bazı hüküm ve neticeler bağlamıştır. Evlenme teklifi, erkeğin bir kadına, onunla evlenmek istediğini açık veya kapalı bir şekilde hissettirmesi veya anlatmasıdır. Öyleyse, hangi hallerde geçerli bir evlenme teklifinde bulunulabilir ve neticeleri nelerdir?

1) **Evlenme Teklifinin Şartları:**

Geçerli bir evlenme teklifi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir[43].

40 MILLIOT, age. sh. 273.

41 JOLY, age. sh. 28.

42 Örneğin, Tunus, Mısır, Cezayir, Suriye, Irak, Fas gibi devletler.

43 Bu konuda Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 30-36. EL FATTAH, age. sh. 26-30.

A) Muhtemel bir evlenmeyi önliyecek evlenme engelleri olmamalıdır:

Bu konuda kabul edilen esasa göre; evlenme teklif eden erkekle evlenme teklif edilen kadının halen evlenmelerine bir engel varsa, bu evlenme sonradan mümkün olsa bile, erkeğin teklifi geçersizdir. Mutlak bir evlenme engeli (örneğin, kan veya süt hısımlığı gibi) bulunduğu zaman normal kabul edilen bu çözüm tarzını, nisbî veya geçici olarak vasıflandırılan engellerin varlığı halinde aynı şekilde haklı olarak kabule imkân yoktur. Örneğin, ölüm yahut boşanma sebebiyle iddet içinde bulunan kadın, bu müddetin sonunda evlenebilir. Yahut müslümanla evlenmesi yasak olan putperest kadının evlenmenin akdinden önce islâmiyeti kabul etmesi mümkündür. Bu sebeple İslâm hukukçuları iddet içinde bulunan kadına bazı hallerde evlenme teklif edilebileceğini kabul etmişlerdir. Ancak cayılabilir boşanma (talâk-ı ricî) ile boşanmış kadına evlenme teklifi yapılamıyacağı hususunda tereddüt yoktur[44]. Çünkü bu boşanma türünde iddet bitinceye kadar, koca karısını tekrar almak hakkına sahiptir; evlilik birliği henüz sona ermemiştir. Buna rağmen, kadına bir başkası tarafından evlenme teklif edilmesi, kocanın hakkının ihlâli olduğu gibi bir takım sürtüşmelere de yol açabilecektir. Ayırıcı boşanma yahut ölüm neticesi iddete tâbi olan kadına ancak dolayısiyle yani zımmen evlenme teklif etmek mümkündür. Böyle bir kadına açıkça evlenme teklif edilemez[45]. Bunun sebebi, ölüm halinde karının kocasının anısına saygı duyduğu ve onu hemen unutamıyacağı faraziyesidir. Ayırıcı boşanma halinde ise, iddetin sonuna kadar eski karısına bazı görevlerle yükümlü olan kocanın incitilmesini önlemek fikri, açıkça evlenme teklifi yasağının sebebi olarak kabul edilir[46]. Kocası ölen kadına dolayısiyle evlenme teklif edilebileceği Kur'an'ın 2. sûresinin 234. âyetinde açıkça belirtilmiştir. Ayırıcı boşanma ile boşanmış kadına evlenme teklif edilebileceği hususu, müelliflerin çoğunluğu [47] tarafından, sahabilerin bu konudaki müsbet tutumlarına dayandırılmaktadır.

B) Aynı kadına önceden bir başkası tarafından evlenme teklif edilmemiş olmalı:

Böyle bir evlenme teklifine kadın henüz cevap vermemiş yahut kabul etmişse, ikinci evlenme teklifi muteber olmaz. Bu konuda Buharî

44 EL FATTAH, age. sh. 26-30, BELLEFONDS. age. II. sh. 30-31.
45 Bk. CSPE. art. 2. Ayrıca bk. dipnot. 44 deki eserlere.
46 BELLEFONDS, age. II sh. 31.
47 Hanefi Müellifler hariç.

tarafından nakledilen bir hadise dayanılmaktadır. "Peygamber alıcının satın almak için satıcı ile görüştüğü sırada, bahis konusu malın bir başkası tarafından satın alınmasını yasak ettiği gibi, bir erkeğin evlenme teklif ettiği kadına, bu teklif reddedilmedikçe yahut geri alınmadıkça, bir başkası tarafından evlenme teklif edilmesine karşıdır" [48].

2. **Evlenme Teklifinin Hükümleri:**

Kadın evlenme teklifini kabul etmişse taraflar arasında bir nişanlılık münasebeti doğar. Ancak İslâm hukukunda nişanlanma bir sözleşme olarak kabul edilmemiş ve ona hukukî neticeler bağlanmamıştır[49]. Yukarda izah ettiğimiz kaidelerin müeyyidesi hukukî olmaktan ziyade dinîdir. Bununla beraber kabul edilen evlenme teklifinin yani nişanlanmanın bazı hüküm ve neticeleri vardır. Bu hüküm ve neticeleri, nişanlılık münasebetinin devamı sırasında ortaya çıkanlar ve nişanının bozulmasından doğanlar olmak üzere iki kısımda incelemek mümkündür:

A) Nişanlılığın hüküm ve neticeleri:

Erkeğin Evlenme teklifinin kadın tarafından kabuliyle ortaya çıkan durumu, bugünkü hukukta olduğu gibi "nişanlılık olarak" nitelemek mümkündür. Nişanlanma ise tarafların birbirlerine karşılıklı olarak evlenme va'dinde bulunmalardır.

İslâm hukukunda nişanlanmanın ilk ve önemli neticesi, evlenme teklifi kabul edilen erkeğin kadını görmek hakkına sahip olmasıdır. Bu hak sadece erkeğe tanınmıştır[50]. Erkek, nişanlısı kadının ellerini, yüzünü ve ayaklarını görebilir. Kadın ise erkeği yolda, işinde veya

48 EL-BOKHARI, age. III. sh. 571.

49 Bk. CSPE. art. 4. Ayrıca Bk. MILLIOT, age. sh. 285. ABD-EL FATTAH, age. sh. sh. 26. CHARLES, R; age. sh. 44. HUSSAMI, age. sh. 70-71. BELLEFONDS. age. sh. 34. DULOUT, age. sh. 17.

İslâm hukukunun aksine Kilise hukuku nişanlanmaya esaslı bir takım hukukî neticeler izafe etmiştir. Bir kere nişanlılar aralarında va'dedilen evlenmeyi akdetmek zorundadırlar. Yani taraflar birbirlerini evlenmeye zorlıyabilirler. Bunun için dava açabilirler. Buna karşılık, Kilise hukuku evlenme va'adini cezaî bir şartla kuvvetlendirmeyi kabul etmemiştir.

İkinci olarak, nişanlılar arasında vukubulan cinsî birleşme nişanlılığı evlilik haline getirir. Üçüncü olarak, nişanlılık ilişkisi mutlak bir evlenme engeli doğurmaz. Nişanlılar birbirlerinin yakın akrabalarıyle evlenemezler. Bk. ESMEIN, A; Le mariage en droit canonique. t. I. Paris. 1891. I. sh. 139-141.

50 Bk. CSPE. art. 4. BELLEFONDS, age. II. sh. 32.

umumî yerlerde uzaktan görmek imkânına sahiptir. Kadın devamlı evde kapalı kaldığı için erkeğin gözü kapalı evlenmemesi için kadını görmesi faydalı sayılmıştır. Bu konuda en sert davranan Malikî mezhebi, kadının sadece yüz ve elinin görülmesine müsaade etmektedir. Diğer mezhepler ise, kadının yakın akrabalarından birinin huzurunda olmak şartiyle, kadın ve erkeğin birbirleriyle istedikleri gibi konuşabileceklerini kabul etmektedirler[51].

Şekline uygun olarak yapılmış olan evlenme teklifi, teklif sahibi erkeğe kadın üzerinde bir rüçhan hakkı sağlar mı? Başka bir ifadeyle, teklifin kadın yahut temsilcisi tarafından açıkça reddedilmesinden önce başka bir talip çıkar ve onunla evlenme aktedilirse evlenme bâtıl mı olacak? Malikîler hariç, diğer mezhepler böyle bir evlenmenin hukuken muteber olduğunu, normal hüküm ve neticelerini doğuracağını kabulde ittifak etmektedirler. Ancak yukarda zikredilen kaidelere uymayan kimse, şeriatın emirlerine aykırı hareket ettiği için günâh işlemiş olmaktadır. Bazı müelliflere göre, bu kaidelere aykırı hareket mekrûh, bir kısmına göre ise haramdır.

Malikî müelliflerden bazılarına göre, önceki evlenme teklifi reddedilmeden aktedilen evlenme, henüz cinsi birleşme olmamışsa iptal edilebilir. Hattâ Cordoue okulu, böyle bir evlenmenin cinsî birleşmeden sonra da iptal edilebileceğini savunmaktadır[52]. Son yıllarda yapılan İslâm aile hukuku kodları nişanlanmanın tarafları bağlamıyacağını açıkça ifade etmektedirler[53].

B) Nişanın bozulmasından doğan neticeler:

Nişanın bozulması iki bakımdan önem arzeder:

a) Haklı sebeb olmaksızın nişanı bozan tarafın kusursuz tarafa bir tazminat ödeyip ödemiyeceği meselesi:

Hukuk sistemlerinin çoğu, nişanı haklı bir sebebe dayanmadan bozan tarafın kusursuz nişanlıya veya onun yakınlarına bir tazminat ödemesini kabul etmişlerdir[54]. İslâm Hukuku haklı sebep olmaksızın da nişanın bozulabileceğini kabul etmiş ve kusursuz tarafa nişanı bozanın tazminat ödemesine cevaz vermemiştir. Bu bir bakıma normaldir. Çün-

51 BELLEFONDS, age. II. sh. 33.
52 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 10. BELLEFONDS, age. II. sh. 34.
53 Bk. Code Syrien art. 3. Code marocain art. 3, Code irakien art. 3. al. 3.
54 Bk. İMK. Md. 92-93. AMK. Md. 1297-1032. TMK. Md. 84-85.

kü İslâm Hukukunda borçların birinci ve en önemli kaynağı akitlerdi. İslâm'da nişanlanma bir akit olarak kabul edilmediği cihetle, bunun bozulmasından dolayı da bir tazminat istenmesi hukuken düşünülmemiştir. İslâm memleketlerinde içtihatlar tarafından kabul edilen çözüm tarzı da budur[55]. Ancak Fransız Hukukunda olduğu gibi [56], İslâm Hukukunda da sebepsiz olarak nişanın bozulmasını bir haksız fiil olarak kabul edip, nişanı bozan tarafa kusursuz tarafın bundan dolayı uğradığı zararı tazmin borcunu yüklemekte hukukî ve dinî bir sakınca olmasa gerek[57].

b) Nişanın bozulması halinde hediyelerin iadesi meselesi:

Erkeğin verdiği hediyelerin kadın tarafından kabulü yahut evlenme için tesbit edilmiş olan mehrin bir kısmının yahut tamamının ödenmiş olması nişanın bozulmasına engel değildir[58]. Ancak bu taktirde hediye yahut mehir olarak verilen şeylerin iade edilip edilmeyeceği meselesi ortaya çıkar. Bu konuda bir ayırım yapmak gerekir:

a") Erkek nişanlısına verdiği şeyin ilerde ödiyeceği mehrin bir kısmı yahut tamamı olduğunu isbat ederse bunun iadesi gerekir. Çünkü mehr olarak verilen şey sadece evlenme ile iktisap edilir; diğer taraftan kadın mehrin tamamına ancak hakikî yahut hükmî (halvet-i sahih) cinsel birleşmeden sonra hak kazanır[59]. O halde ilerde ödenecek mehrin bir kısmı olarak yahut ona mahsuben verilmiş olan şeylerin iadesi gerekir. Bu konuda müellifler arasında hiç bir çekişme yoktur[60]. Mehr ferden muayyen şeylerden teşkil edilmiş ve nişanın bozulmasından önce bu şeyler yok olmuşsa, nişanlı kadın veya temsilcisi bahis konusu malların değerini ödemek zorundadır.

b") Nişanlı kadına verilen şeylerin hediye olduğu gerçekleşirse, bu taktirde "sağlar arası bağışlama" hükümleri uygulanacaktır.

55 Bk. HUSSAMI, age. sh. 71. BELLEFONDS, age. II. sh. 34. DULOUT, age. sh. 17. CLAVEL, age. I. sh. 10 da Alger mahkemesinin 22 Aralık 1862 tarihli bir kararını zikretmektedir.

56 Fransız hukuku nişanlanma müessesesini tanzim etmemiştir. Bu durum tatbikatta büyük mahzurlar doğurduğundan, Fransız Mahkemeleri, Code Civil'in haksız fiillere ilişkin 1382. maddesi gereğince haklı sebep olmaksızın nişanı bozan tarafı maddî ve manevî tazminata mahkûm etmeğe başlamışlar ve böylece kanunun boşluğunu içtihatlarla doldurmuşlardır. Bk. VELİDEDEOĞLU, age. sh. 21. SALAMA, age. sh. 32.

57 Aynı fikirde Bk. SALAMA, age sh. 32. ABD-EL FATTAH, sh. age. sh. 29.

58 Bk. CSPE, art. 4.

59 Bk. İlerde mehrle ilgili paragrafa.

60 Bk. ABD-EL FATTAH, age. sh. 28. BELLEFONDS, age. II. sh. 35.

Ancak belirtmek gerekir ki sağlar arası bağışlama, mezheplerce farklı şekillerde düzenlenmiştir. Hanefi mezhebine göre, prensip itibariyle bağışlamadan cayılabilir; yeter ki bağışlanan şey yok olmasın yahut şekil değiştirmemiş olsun veya caymaya engel bir başka hal bulunmasın[61] Bu prensip gereğince erkek nişanı bozan kendisi olduğu halde, çoğu zaman verdiği şeyleri, örneğin ziynet yahut verilmesi âdet olan eşyaları geri alabilecektir[62].

Malîkî mezhebinin bu konuda uyguladığı sistem şöyledir:

Ülkede, konuyu düzenleyen bir örf ve âdet kaidesi varsa, bu kaide uygulanır. Çünkü nişanlanma ve evlenme örf ve âdetin çok rol oynadığı bir sahadır. Böyle bir örf kaidesi yoksa, nişan erkek tarafından bozulmuşsa kadın verilen hediyeleri iade etmek zorunda değildir. Nişan kadın tarafından bozulmuşsa erkek verdiği hediyeleri geri alabilecektir[63].

IV. İSLÂM'DA EVLENMENİN HUKUKÎ MAHİYETİ

Nikâh = evlenme teriminin anlamı ve evlenmede bir mehr verilmesi mecburiyeti, Malikî mezhebinden bazı hukukçuları ve bir çok Avrupalı müellifleri, İslâm'da evlenmenin hukukî mahiyeti hakkında ihtilâfa götürmüştür.

Bazı müellifler, islâmî evlenmenin bir satış akdi ve mehrin de satış bedeli olduğu tezini savunurlar. Bu tezin en ateşli savunucusu Marcel Morand'dır[64]. Bir kısım müellifler de, bahis konusu tezin tutarsız olduğunu ve dolayısiyle evlenmenin bir satım muamelesi olarak kabul edilemiyeceğini; aksine eşler arasında hayat ortaklığı yaratan bir aile hukuku müessesesi olduğunu isabata çalışırlar[65]. Bu ilmî münakaşa,

61 Mecelle'nin 864. md. ne göre kabzdan sonra hibeden rücu iki tarafın rızasıyle olur. Rıza yoksa rücu hâkim hükmüyle olur.

62 Bk. BELLEFONDS, age. II sh. 35-36.

63 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 36.

64 MORAND, M; age. sh. 117-127. MEGNIN, Etudes sur l'Islamisme et les mariages arabes. sh. 152. SALMON, Les mariages musulmans à Tanger. Archives marocaines. t. I. sh. 277. Ayrıca Bk. NORES, Essai de codification de droit musulman. DULOUT, age. sh. 13. den.

65 MILLIOT, age. sh. 277-284. PESLE, O. Le mariage chez les malékites de l'Afrique du nord. Rabat, 1936. sh. 128. ROUSSIER-THEAUX, Revue marocaine 1935.I. 936. No: 4. SURDON, Précis éléméntaire de droit musulman de l'école malékite d'occident, sh. 65. SALAMA, age. sh. 64-70. ABD EL-FATTAH, age. sh. 66. CHEHATA, age. sh. 80-86.

teorik faydası yanında, pratik bir önem de arzeder: Evlenme konusunda çıkacak bir anlaşmazlığa uygulanacak hüküm veya prensip, evlenmenin bir satış akdi olarak kabul edilip edilmemesine göre değişecek ve bu hal anlaşmazlığın çözümünü şu veya bu yönde etkileyecektir.

Gerçekten Marcel Morand'a göre İslâm'dan önce Arabistan'da, evlenme bir satış aktiydi. Peygamber'in yaptığı reformlara rağmen gene bir satış olmakta devam ediyor. Yalnız İslâm'dan önce kadın sadece akdin konusu iken, İslâm'dan sonra aynı zamanda bu akdin tarafı olmak mevkiine yükselmiştir. Yani o, hem satılan şey, hem de satıcıdır. Kadın kendisini muayyen bir bedel karşılığında satmaktadır. Bu bedel ise, erkek tarafından ödenen mehirdir[66]. Morand bu tezini Kur'an'ın bazı âyetlerine, hadislere ve bazı islâm hukukçularının fikirlerine istinat ettirmektedir: Kur'an'ın IV sûresinin (En- Nisa sûresi) 4. âyeti "Aldığınız kadınların mehrlerini yürekten istiyerek .... veriniz"[67a], IV. sûrenin 24/28. âyeti. "... kendisiyle cinsî münasebette bulunduğunuz kadınlara mehrlerini, kanunî bir borç olduğu cihetle, veriniz" Aynı sûrenin 25/29. âyeti ".. kölelerle ancak efendisinin rızasıyle evleniniz ve onlara uygun bir şekilde mehrlerini veriniz..."[67b]. Gene aynı sûrenin 34. âyeti "Erkekler meziyetleri sebebiyle kadınlara üstündür ki bu meziyetleriyle Allah Onları kadınlara üstün kıldı. Çünkü erkekler mallarını kadınlara mehr vermek için kullanırlar..."[68], hükümleri yer almaktadır. V. sûre'nin 5. âyetinde de, mehirlerini vererek Hıristiyan ve Musevî kadınlarla evlenmenin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Yukarda zikredilen âyetlerin hepsinde erkeğin kadına bir mehr vermesinden söz ediliyor. Mehr ise, Morand'a göre, satış bedelidir.

Şu iki hadis de evlenmenin satış olduğu tezini kuvvetlendirmekte kullanılmıştır." Bir kadın birbiri arkasından iki erkekle evlendiği zaman, kadın birinci erkeğin olur; aynı şekilde bir şey birbirini takiben iki kişi tarafından satın alındığı zaman şey ilk satın alana aittir". Buhari'nin naklettiğine göre, "Peygamber, daha önce aynı konuda bir başkası ile pazarlık yapmakta olan kişiye aynı şeyi başkasından satın

66 MORAND, age. sh. 119 vd.

67a Bk. ÇANTAY, Kur'an-hâkim... c. I. sh. 118.

67b Bk. Kur'an'ı Kerim ve Türkçe Anlamı (meâl), Diyanet İşleri Başkanlığı yayınları, Ankara 1973. sh. 81. Le Coran, (Par E. MONTET t. 1. sh. 120. Sourate IV. 28-29 verset Le Coran, (Par O. PESLE, - A. TIDJANI) sh. 49. Sourte IV. verset 24-25.

68 Bk. Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Anlamı, sh. 63. Le Coran, t. I. sh. 120 (Traduction par E. MONTET) Le Coran, (Par O. PESLE, -A. TIDJANI), Paris 1948 sh. 50.

almayı ve bir başkası tarafından evlenme teklif edilmiş olan kadına, ilk isteyen kimse buna müsaade etmedikçe, evlenme teklif etmeyi yasaklamıştır."[69]. Ünlü bir Malikî hukukçuya göre evlenme satışa benzer. Mehr de satış bedelinin benzeridir. Mehrin ayıp ve hasarına ilişkin kaideler, bu konuda satış aktinde uygulanan prensiplerin aynıdır"[70].

Bir diğer Malikî hukukçu, Al-Karsi, kadın, mehr ödenmedikçe kocasıyle cinsî münasebeti reddedebilir; çünkü kadın satıcıdır; ve satıcı da satış bedelini almadıkça, mehri teslimden imtina edebilir"[71] görüşünü savunmaktadır.

Evlenmenin satış olduğu fikri, bilhassa Kuzey Afrika'da halkın evlenme hakkında sahip olduğu kanaate de uygundr. Gerçekten Fas'ta yaşayan "mehir rahimi açar" halk ata sözü; Cezayir'de, evlenme için tanzim edilen yazılı belgelerin temlikî mahiyette kabul edilmesi ve aynen satış senetleri gibi kaleme alınması' mahkemede kadi'nin kullandığı filân ve filan geldiler; birincisi, ikincisine kızının mülkiyetini terk etti." gibi ifadeler[72] "evlenme bir satıştır" tezini destekleyici mahiyettedir.

Morand, tezine karşı ileri sürülebilecek itirazları da peşin olarak çürütmeğe çalışıyor. Bu itirazları ve Morand'ın cevaplarını şöyle sıralayabiliriz:

1- Mehir bir satış bedeli değildir. Çünkü çok küçük kıymette bir mehr de verilebilir. Hattâ peygamer, çok fakir bir müslümanın demirden bir yüzüğü mehr olarak vermesini; bu da yoksa karısına Kur'an'dan bildiği âyetleri öğretmeyi taahhüdü karşılığında evlenmesini kabul etmiştir[73]. Morand, zikredilen bu hadisin şüpheli olduğu fikrindedir. Halil ise bu halde kadına gerçekten bir mehr verilmiş olup olmadığı meselesinin ihtilâflı olduğunu ; mehrin belli bir nakdî kıymeti olması gerektiğini; aksi halde, mehri misl ödeninceye kadar kadının kocasına kendini reddedebileceğini ileri sürer[74].

2- Mehr kıymetli bir şeyden tesis edilmek gerekirse de, bir satış bedeli olmayıp, evlenmenin isbatına yarar. Morand bu itirazın hiç bir

---

69 Bk. EL-BOKHARI. III. sh. 571.

70 Sidi HALIL, Mariage et répudiation. traduction par FAGNAN. sh. 54. SEIGNETTE, Code Musulman par Halil. Paris 1911. Art. 1062. MORAND, age. sh. 120.

71 Bk. MILLIOT, age. sh. 278.

72 MILLIOT, age. sh. 278. MORAND, age. sh. 125-126-127.

73 Bk. Bu konuda "Mehrin Hukukî mahiyeti ile ilgili izahat"

74 Mehrle ilgili paragrafta etraflı bilgi verileceği için burada fazla teferruata girmeyeceğiz.

şeyi isbat etmediğini beyanla, kadının bir erkekle birleşmesi münasebetiyle bir miktar para alması vakıasının evliliği olduğu kadar bir metres hayatını da isbat edebileceğini; kaldı ki evlenmenin isbatı usulleri arasında mehr ödenmesi keyfiyetinin bulunmadığını ileri sürmektedir[75]

3- Mehir tesisi, kocanın talâk hakkını kötüye kullanmasına karşı kadını korur[76]. Mehrin bir kısmı, ekseriya yarısı, evlenmenin aktedilmesinden uzun seneler sonra çoğu zaman boşanma anında muacceliyet kesbeder. Morand, bu itirazın, ancak mehri müeccel'in boşanma ile muaccel olması hali için doğru olduğunu, halbuki çoğu zaman mehrin boşanmadan önce tamamen ödenmiş olacağını beyanla, tezini çürütemiyeceğini ileri sürmektedir[77].

4- Mehr, evliliğin talâk yahut kocanın ölümü ile sona ermesi halinde, kadının hayatını devam ettirebilmesine yarayan iktisadî bir imkân, geleceği için bir garanti teşkil eder[78]. Morand bu itirazı da reddeder. Ona göre ciddi bir sebeb olmaksızın talâk halinde, koca karıya bir teselli hediyesi vermek zorundadır. Bu hediye talâk sebebiyle kadının uğradığı zararı tazmin gayesine matuftur. Kur'an, ölüm halinde, kadının müstakilen hayatını temin etmesi için, kocanın karıya vasiyetname ile bir teberruda bulunmasını emretmektedir[79]. Fakat bu âyet, kadına kocasının mirasından pay almak hakkını veren ve sonradan inen âyetlerle neshedilmiştir. Yani mehr boşanmış yahut dul kalmış kadının hayatını devam ettirmesine hizmet eden bir müessese değildir[80].

Sonuç olarak, Morand'a göre evlenme bir satış ve mehr bu satışın yani kadından faydalanma hakkının bedelidir[81].

Miliot, Morand'ın bu tezinin doğru olmadığını isabata çalışmıştır. Milliot'ya göre: Kur'an'ın hiç bir âyeti , hiç bir hadis ve ne de hiç

75 MORAND, age. sh. 115-127. MILLIOT, age. sh. 279.

76 CLAVEL, age. I. sh. 49. SALAMA, age. sh. 69. MILLIOT, age. sh. 279. Aksi fikir için bk. ABD EL-FATTAH EL-SAYED BEY, age. sh. 68.

77 Bk. MORAND, age. sh. 119 vd. MILLIOT, age. sh. 279.

78 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 49. Kısmen aksi fikir BERKİ-HAMİDİ, age. sh. 31.

79 Kur'an'ın Hasan Basri Çantay tarafından yapılan Türkçe çevirisinde ve BLACHÈRE tarafından yapılan Fransızca tercümesinde, kocanın ölümü halinde karısının evinden çıkarılmıyarak bir yıl süre ile ona bakılmasını vasiyet etmesinden bahsedildiği halde, E. MONTET'nin çevirisinde Morand'ın ifade ettiği gibi, kocanın vasiyetle karısına hayatını idame ettirebilecek bir teberruda bulunmasından bahsedilmektedir. Ayrıca Bk. MORAND age. sh. 119.

80 Bk. MORAND, age. sh. 122 vd. MILLIOT, age. sh. 279. ABD EL-FATTAH, age. sh. 68-69.

81 MORAND, age. sh. 122-123.

bir islâm müellifi evlenmenin bir satış, mehrin'de satış bedeli olduğu hususunu açıkça söylemiyor. Bahis konusu olan şey, mehr ile satış fiyatı arasında bir mukayese yapılmasıdır. Gerçekten Malikî hukukçu Halil'e göre "mehr bir satış bedeli benzeridir." Muhtasar şerhlerine göre, mehrin konusuna ve öenmesine ilişkin esaslar satış akdinin bu konudaki şartlarına benzer[82] Şüphesiz böyle bir şarih kıyas mantığını daha ileri götürerek, mukayesesini haklı göstermek için şöyle diyecek "Bir pazarda mal satın alınır; bir evlenmede ise kadının cinsel tarlası satın alınır."[83].

Fakat bu bir mukayesedir. Aynı müellife göre, bu mukayeseyi fazla uzağa götürmemek gerekir. "Her ne kadar mehr hakkında satış bedeli için aynı olan şartlar aranıyorsa da, bundan zarurî olarak mukayese edilen şeyle, bu mukayeseye hizmet eden şeye her bakımdan aynı hukukî neticeyi izafe etmek gerekmez". Örneğin, hasar teorisi, zabta ve ayıba karşı tekeffül kaideleri mutlaka mehr hakkında uygulanmaz[84].

Aynı şekilde meşru bir satış bedeli olabilen her şey, meşru bir mehr tesisine elverişlidir. Fakat bunun aksi doğru değildir. Bazı şeyler mehr olarak verilebildiği halde satış bedeli olarak kabul edilemez. Sonuç olarak, satış bedeli ile mehr arasında ayniyet değil, bir benzerlik vardır[85].

Aynı mukayese evlenme ile satış arasında da yapılabilir. Çünkü evlenme eşlerin birbirlerine karşı bazı edimlerde bulunmasını gerektirir. Fakat bu hiç bir zaman evlenme ile satış arasında ayniyeti göstermez. Morand'ın dayandığı benzerlikler gerçektir; ve zikredilen metinlerden de böyle bir benzerlik çıkıyor. Fakat bunlara dayanılarak çıkarılan netice bahis konusu metinlerin sözünü ve ruhunu çok aşmaktadır[86].

Milliot'ya göre burada şu fikirden hareket etmek gerekir: İslâm hukukunda bir kadınla bir erkeğin serbest birleşmesi kesin olarak haramdır. Böyle bir birleşme zina sayılır. Öyleyse erkekle kadının cinsel birleşmesini nasıl meşru kılacağız? Bu konuda bir müslümanın elinde iki kanunî imkân vardır: Bir köle satın almak yahut evlenmek. Görülüyor ki evlenme ile satış birbirinden çok farklıdır. Şu iki kesin hukuk kaidesi bu fikri doğrulamaktadır:

82 HALIL, Muhtasar, Trad. Perron, II. sh. 427-429.

83 MILLIOT, age. sh. 280.

84 AL KARSI, Commentaire du Muhtasar de Halil, II sh. 293-96. MILLIOT, age. sh. 280-81 den naklen.

85 MILLIOT, age. sh. 281.

86 MILLIOT, age. sh. 281.

Bir kere bir kadın veya erkek bir köle (erkek veya kadın) satın almak yerine, onunla evlenebilir. Bu evlenmenin hukukî neticeleri, kölenin satın alınmasından çok farklıdır[87]. Köle satın alınmış ise, efendinin onu beslemek dışında bir mükellefiyeti yoktur. Aksine hür bir erkek köle bir kadınla evlenme aktederse, kadın eş sıfatını alır ve bu durumun imtiyazlarından da istifade eder. Örneğin, hâkim fikre göre, erkek hür veya köle bütün karıları arasında gecelerini eşit olarak paylaşmak zorundadır. Köle karının bir mehr hakkı vardır; kocasının mirasçısı olur. Fakat mehr ve miras kölenin efendisinin malı olur[88].

İkinci olarak; hür bir kadın ve erkeğin kendi köleleriyle evlenmeleri mümkün değildir. Evlilik birliği eşler arasında, birinin diğeri üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkı ile bağdaşması imkânsız olan bir takım ilişkiler doğurur. Hür kadının kölesiyle evlenmesi ve bu sebeple üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu köle erkeğin tâbiiyeti altına girmesi hali düşünüldüğü zaman, tezat özellikle ortaya çıkar. Köle bir kadınla evli hür bir kimse, sonradan miras yahut hibe yollarından biriyle köle karısının mâliki olduğu taktirde, evlilik münfesih olur[89]

Bu iki esas gösteriyor ki, evlenme ve satış çok farklı neticeler doğurmaktadır. İslâm hukukunda mâlikin haklariyle eşlerin hak ve ödevleri arasında reddi mümkün olmayan bir zıtlık vardır. Diğer taraftan bir müessesenin diğerine benzerliği yolundan hareketle iki müessesenin ayniyeti neticesine varılamaz. Kaldı ki satışla evlenmenin gayeleri çok farklıdır. Evlenme kadının şahsı üzerinde bazı haklar iktisabından çok ileri giden bir anlam taşır[90].

Morand tarafından savunulan, evlenmenin satış olduğu tezi başlangıçta bir hata üzerine kurulmuştur. Şöyle ki, İslâm hukukunda evlenme, kocaya Romalıların Manus"u ve Cermenlerin Mundium"u gibi karı üzerinde bir kudret bahşeder. Bu kudret ne kadar uzağa giderse gitsin, kadının durumunu ne kadar güçleştirirse güçleştirsin, hiç bir zaman mülkiyet hakkı değildir[91].

Milliot'ya göre İslâm'da evlenme, prensip olarak fizyolojik veçhesi içinde düşünülmüştür. Gerçekten daha önce gördüğümüz gibi[92], müelliflerin bir kısmı, islâmî evlenmeyi, kocaya karıdan faydalanma

87 Bu konuda ilerde "Eşlerin hak ve görevleri" paragrafında geniş bilgi vereceğimiz için burada üzerinde durmuyoruz.

88 MILLIOT, age. sh. 282.

89 MILLIOT, age sh. 282.

90 MILLIOT, age. sh. 282.

91 MILLIOT, age. sh. 283.

92 Bk. "İslâm'da evlenmenin tarifi" Paragrafı.

§ 3. EVLENMENİN ŞARTLARI

I ESASA AİT ŞARTLAR

1) **Müsbet Şartlar**:

Evlenmenin muteber bir şekilde aktedilebilmesi için gerekli şartları, önce esasa ve şekle ait olmak özere iki kısıma ayırdık. Sonra esasa ait şartları, müsbet ve menfi şartlar şeklinde iki grupta inceledik. Esasa ilişkin müsbet şartlar, evlenmenin teşekkülü için mutlaka gereklidir. Bunlar, eşlerin ayrı cinsten olmaları ve evlenecek tarafların veya onların veli veya vasilerinin rızasıdır.

A) Evlenecek kimselerin ayrı cinsten olması:

"Bu şart evlilik birliğinin tabiî ve manevî fonksiyonlarının zorunlu sonucudur." Evlenme ancak bir erkekle bir kadın arasında mümkündür. Binnetice aynı cinsten iki kişinin yani iki erkek veya iki kadının birbirleriyle evlenmeleri hukuken mümkün olmadığı gibi[1], ahlâken de caiz değildir. Ayrıca, insan üstü yaratıklar olan cin, peri veya meleklerle de evlenmek imkânı yoktur.

B) Tarafların rızası:

Akit olarak kabul edildiğine göre evlenmenin, tarafların iradelerinin birbirine uygun olarak açıklanması suretiyle teşekkül etmesi tabiîdir. İradelerin açıklanması sırasında iki şahitten başka kimselerin (örneğin, bir imamın veya bir devlet memurunun) hazır bulunmasına ihtiyaç yoktur. İlerde göreceğimiz gibi İslâm'da evlenme, hiç bir dinî yanı olmayan rızaî bir akittir[2]. Bu akit, tarafların icap ve kabulüyle

1 Bk. FEYZİOĞLU, N; age. sh. 90.

2 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 39. JUNBOLL, age sh. 208 vd. SALAMA age. sh. 36. ÜÇOK, age. sh. 79. CHEHATA, age. sh. 74. BERKİ-HAMİDİ age. sh. 34.

teşekkül eder[3]. Evlenmede icap ve kabul, beldelerin örf ve âdetine göre nikâh akdetmekte kullanılan sözlerdir ki bunların taraflarca söylenmesinden sonra evlenme teşekkül eder[4]. Evlenecek erkek ve kadının veya onların temsilcilerinin beyan edecekleri iradenin muteber bir evlenme neticesini doğurabilmesi için zaman ve yer bakımından bazı şartların yerine getirilmesi gerekir. Bir kere:

a) Taraflar evlenme konusundaki iradelerini nikâh meclisinde[5] açıklamak zorunda oldukları gibi, icap ve kabulün de hemen birbirini izlemesi gerekir[6]. Evlenmenin rızaî bir akit olma özelliğiyle pek bağdaşır görünmeyen bu şartlarla İslâm, icap ve kabul arasına uzun bir fasıla girmesine mâni olarak, tarafların anlaşmasına kesinlik vermek istemiştir. Gerçekten icap ve kabul hemen birbirini izlerse, tarafların niyetleri üzerindeki şüpheler ve yanlış anlamalar bertaraf edilmiş olur[7]. Bu sebeple, icap ve kabulün aynı mecliste vukua gelmesi gerekir. Nikâh meclisinde, icaptan sonra kabul bulunmadıkça, her iki taraf da meclisin sonuna kadar icabından caymak yahut kabulünü geri almak imkânına sahiptir. Nikâh meclisi icabın yapıldığı andan itibaren başlar ve tarafların birbirlerinden ayrıldıkları yani toplantı mahallini terkettikleri ana kadar devam eder. Bu iki an arasında kalan süre içinde her zaman anlaşma mümkündür. Taraflardan biri, diğerinden onun normal konuşmasını işitemiyecek şekilde uzaklaşmışsa meclisi nikâh terkedilmiş olacağından, artık bundan sonra icap ve kabul evlenmeye vücut veremez[8]. Hanefiler bu konuda daha ileri giderek tarafların bazı hareketlerinden nikâh meclisinin sona erdiği neticesini çıkarırırlar. Örneğin, evlenme teklifini yapan erkek veya temsilcisi, kız veya temsilcisi tarafından cevap verilmeden konu ile hiç ilgisi olmayan şeylerden, havadan sudan konuşmağa başlar yahut aynı şey kız tarafında görülürse bu o

3 Bk. CHEHATA, age. sh. 74 vd. BİLMEN, Ö. N; Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu. C. II. İstanbul 1950. sh. 14. BELLEFONDS, age II. sh. 39. D'OHSSON, de M: Tableau Général de L'Empir Othoman, Paris M. Dccc XXIV. tome V. sh. 145. CLAVEL, age. II. sh. 12. SALAMA, age. sh. 36-42. İBRAHİM HALEBİ, Multeka sh. 328. M. ZİHNİ EFENDİ, age. sh. 12. CHATILA. K; age. sh. 39. ABD-EL-FATTAH, age. sh. 55.

4 Bk. BİLMEN, age. sh. 14. SCHACHT, Nikâh, İslâm Ansiklopedisi C. IX. sh. 259. H. REŞİT PAŞA, age. sh. 34-35. vd.

5 Meclisî Nikâh, "Nikâh akti için toplanılan yerdir" BİLMEN, age. sh. 5.

6 Bk. CSPE art. 6. ve dip not 3 de zikrettiğimiz eserlere.

7 Bk. BELLEFONDS, age. II sh. 43. ABD-EL-FATTAH, age. sh. 55.

8 Örneğin, bir fikre göre, iki taraf yürürken yahut at üzerinde giderken icap ve kabulde bulunsalar evlenme doğmaz. Buna karşılık yürüyen bir gemi üzerinde vukubulacak icap ve kabulle evlenme münakit olur. Bk. BİLMEN, age. II. sh. 14.

taraf ın icabından vazgeçtiği veya diğerinin icabını reddettiği anlamına gelir. Şâfiîler icabın hemen kabulü izlemesini benimsedikleri halde, bu iki irade beyanı arasında kısa bir zaman geçmesini de kabul ederler. Ancak taraflar bir kere anlaştıktan sonra, nikâh meclisi dağılmadıkça artık kararlarından cayamazlar. "Hıyarı meclis" adını alan ve yalnız Hanbelîlerle Şâfiîler tarafından kabul edilmiş olan bu yetki, evlenme konusunda geçerli değildir[9]. Evlenmenin muteber bir şekilde inikad edebilmesi için tarafların bizzat nikâh meclisinde hazır bulunmaları zorunlu değildir. Veli veya vasiler evlenecek kadın ve erkeği temsilen mecliste hazır bulunabilecekleri gibi; gaib de mektupla yahut bir vekil vasıtasıyla evlenme için icabda bulunabilir. Bu taktirde mektup hazır olan şahitler huzurunda okunur yahut vekil müvekkili olan gaibin arzusunu bildirir. Karşı taraf icabı kabul ederse evlenme tamam olur[10].

Taraflardan hangisinin rızasını önce beyan edeceği hususu, Hanbeliler hariç, diğer mezheplerde önem taşımaz. Birinci teklif icap, ikincisi de kabul telâkki edilir. İcap ve kabulün usulüne göre yapılması evlenmeyi meydana getirir. Hanefi mezhebi dışında kalan diğer mezheplerde icabı yapan kızın velisidir. Ancak Hanbelîlerde icabın kızın velisinden gelmesi bir zorunluluktur. Aksi halde evlenme bâtıl olur[11].

b) İcap ve kabul her bakımdan birbirine uygun olmalıdır. Tarafların evlenme konusundaki iradeleri açık bir şekilde anlaşılmalı ve birbirlerine uygun olmalıdır. İcap ve kabul arasında hata, hile veya ikrah sebebi ile bir fark varsa, evlenme inikat etmez. Tatbikatta çoğu zaman şu ihtimalden bahsedilir:

Bir baba kızlarından birini ismini zikrederek bir erkeğe verir ve erkek de o kimsenin öteki kızlarından birinin adını söyliyerek icabı kabul eder. Tabiîdir ki bu bir faraziyedir ve bu halde evlenme inikat etmez. İcap ve kabulün birbirinden farklı olması meselesi bilhassa mehrde ortaya çıkar. Örneğin. Kadın belli bir miktar mehrle evlenme teklif etmiş ve erkek teklifi kabul etmekle beraber, daha az bir mehr vermek istediğini bildirmişse, icap ve kabulün birbirine uygunluğundan bahsedilemez. Buna karşılık, erkek kadının istediğinden daha fazla bir mehr vermek istiyora, icap ve kabul arasındaki bu farkın evlenmenin inikadına engel olmaması gerekir[12].

9 BİLMEN, age. sh. 15. BELLEFONDS. age. II. sh. 44.
10 Bk. CSPE. Art. 9, 57. BELLEFONDS. age. II sh. 44. BİLMEN, age. sh. 15.
11 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 45.
12 Bk. BELLEFONDS, age. sh. sh. 45.

Mantıkî olarak, aynı prensibi evlenme sözleşmesine konulabilecek şartlara da uygulamak gerekir. Binnetice, bu şartlar üzerinde taraflar anlaşamazlarsa evlenme muteber olmaz. Evlenmede icap ve kabul için kullanılan sözler ya sarih olur ya da zımnî olur. "Tezevvüç ettim; nikâhlandım, nikâh ettim, nikâhla aldım, tezviç ettim, nikâhla verdim" gibi sözler tarafların evlenme iradelerini açıkça gösteren tâbirlerdir. Buna karşılık mülkiyetin nakli neticesini doğuran satış, hibe gibi sözler de, yerine göre, nikâh konusunda icap ve kabul olarak anlaşılabilir. Örneğin, kadın erkeğe kendimi sana sattım" veya şu kadar mehrle hibe ettim" der. Erkek de "Seni satın aldım" diye cevap verirse evlenme inikat etmiş sayılır. Çünkü mehrin zikredilmesi; şahitlerin hazır bulunması ve meclisin bir nikâh meclisi olması, tarafların gayelerinin evlenmek olduğunu açık bir şekilde gösterir. Buna karşılık, kira, rehin, ibra, vedia gibi tâbirler tarafların evlenme iradelerinin izharı olarak kabul edilemez. Çünkü bu tâbirlerin ifade ettikleri muameleler mülkiyetin nakli neticesini doğurmazlar. Burada mülkiyetin nakli neticesini doğuran tâbirlere iltifat edilmesinin sebebi, evlenmenin satış veya buna benzer bir muamele olarak telâkki edilmesi değil, aksine mülkiyetin devrinin ifade ettiği kesinlik, açıklıktır. Halbuki kira, rehin, vedia vb. gibi sözler de böyle bir kesinlik yoktur[13]. Ancak icap ve kabulü ifade eden sözler konusunda bütün hukukçular arasında birlik yoktur. Şafiî ve Hanbelî hukukçulara göre, nikâh ancak nikâhladım, tezviç ettim vb. gibi sarih sözlerle inikat edip, zımmen icap ve kabul olarak telâkki edilen tabirler bu konuda hüküm ve netice doğurmaz. Fakat İmam Malik, Ebu Hanife ve Şâfi'ye göre, sarih yahut zımnî icap ve kabulle evlenme inikat edebilir. Aldım verdim gibi sözler sarih olmadığından bunlarla evlenmenin inikadı bazı karinelere dayanılarak kabul edilebilir. Örneğin, mehrin tesbiti, tarafların birbirlerine hediyeler vermesi gibi. Kabul ve rıza sözleriyle de evlenme aktedilebilir[14]. Örneğin, bir kız babası bir erkeğe "kızım filâneyi sana tezviç ettim" dese ve erkek de, "ona razı oldum, bu tezvici kabul ettim" diye cevap verse, nikâh tamam olur[15].

İcap ve kabulün şarta bağlı ve kullanılan sıyganın da "gelecek zaman" olmaması gerekir. Genellikle, icap ve kabulün her ikisi de" geniş

13 İBRAHİM HALEBİ, age. sh. 328. H. REŞİT PAŞA, age. sh. 37-38. BİLMEN, age. C. II. sh. 15. BOUSQUET-BERCHER, age. sh. 18. ABD - EL FATTAH, age. sh. 51. Bk. VAN DEN BERG, age. sh. 317. II.

14 Şâfiîlerden bazılarına göre, kabul ve rıza tâbirleriyle nikâh aktolunamaz.

15 BİLMEN, age. C. II. sh. 16. MEHMET ZİHNİ, age. sh. 12-13 dipnot.

zaman = mazi" sıygasında olur[16]. Bazen icap şimdiki zaman, kabul de mazi sıygasıyle ifade edilir[17]. İcabın geniş zaman ve kabulün mazi ile ifadesi de mümkündür [18]. Bazen de icap emir, kabul ise mazi sıygasında olabilir[19]. Ancak nikâh konusunda emir sıygasının rolü imamlar arasında tartışmalıdır[20].

Dilsizlerin evlenmesi kendilerine mahsus işaretleriyle inikat eder; yeter ki bu işaretler onların evlenme niyetlerini göstersin[21]. Nikâh meclisinde hazır olan taraflar yazılı olarak icap ve kabulde bulunamazlar. Yazılı olarak, icabta bulunma hâli, sadece gaip olan kimseler için kabul edilmiştir[22].

c) İcap ve kabul taraflarca işitilmelidir.

İcap ve kabulün muteber olması için evlenecek kadın ve erkeğin birbirlerini işitmeleri gerekir. İcap ve kabulün karşı tarafın anlamadığı bir dille yapılmış olması halinde, "akitlerin birbirlerini işitmeleri gerektiği" prensibi ihlâl edilmiş olmaz. yeterki karşı taraf evlenme aktedildiğini bilmiş olsun[23]. Fakat bu prensip, sağır ve dilsizler için bertaraf edilmiş, mektupla icap konusunda ise kısmen muhafaza edilmiştir. Bu şöyle olmaktadır: Mektupla evlenme teklif eden talibin bu arzusunu ifade eden mektubu diğer taraf ve şahitler huzurunda okunur. Böylece işitme şartı yerine getirilmiş sayılır. Ancak bir kısım müellifler, bu şartı geniş bir yoruma tâbi tutarak, tarafların birbirlerini işitmelerinin yetmeyip aynı zamanda anlamaları gerektiği tezini savunurlar. Fakat bu anlamının bütün detayları kapsaması gerekli olmayıp, global olması da mümkündür. Yani kadın erkeğin evlenme teklifine rıza gös-

16 "Erkeğin, Kadına "Ben seni kendime nikâh ettim" demesi ve kadının da tezviç eyledim" cevabını vermesi gibi. H. REŞİT PAŞA, age. sh. 38-39 vd.

17 Erkek kadına "Seni tezevvüç ediyorum" kadın da "Ben de sana nefsimi tezviç ettim" derse nikâh muteber olarak aktedilmiş olur.

18 Erkek Kadına " Şu kadar mehr ile seni tezevvüç ederim" dese ve kadın da" Ben de nefsimi sana tezviç ettim" dese durum aynıdır. Bk. BİLMEN. age. II. sh. 16-17.

19 Erkek kadının vekiline "müvekkilen filâneyi bana tezviç et" dese ve vekil de "müvekkilem filâneyi bilvekâle sana tezviç ettim dese" nikâh aktedilmiş olur. Bk. BİLMEN. age. II. sh. 16.

20 Bk. BİLMEN. age. II. sh. 16.

21 Bk. CSPE. art. 10.

22 Bk. CSPE. art. 9.

23 Bk. CSPE. art. 6. ABD-EL-FATTAH. age. sh. 55. BELLEFONDS, age. II. sh. 46 H. REŞİT PAŞA, age. sh. 35 vd.

termesi için kendisine başvurulduğunu, erkek de icabının kabul yahut red edildiğini bilmelidir.

İcap ve kabul, yukarıda izaha çalıştığımız özellikleri muhtevi ise, gerekli diğer şartların da inzimamı ile evlenme muteber olarak doğar. Ancak burada şu soru karşımıza çıkmaktadır; Evlenmenin inikadı için gerekli icap ve kabulün şartları ve mahiyeti evlenecek kimselerin cinsiyeti ve ehliyetlerine göre değişir mi? Değişirse ne ölçüde değişir? Daha açık bir anlatımla, taraflar rızalarını bizzat mı yoksa veli veya vasileri vasıtasiyle mi izhar edecektir? Şimdi bu meseleyi inceleyeceğiz.

d) Tarafların rızalarını bizzat açıklayıp açıklıyamıyacakları meselesi.

Bir çok İslâm ülkelerinde Batı ile temas neticesi kabul edilen esaslar bir tarafa bırakılırsa, klasik İslâm hukukunun bir evlenme yaşı tesbit etmemiş olduğu görülür[24]. Tarafların cinsel birleşmeleri ancak bülûğ çağından sonra mümkün olduğundan, İslâm evlenme için muayyen bir yaşı doldurmak şartını aramamıştır. Buna karşılık, küçüklerin ve mümeyyiz olmayan baliğlerin ancak velileri tarafınan evlendirilebilecekleri esası kabul edilmiştir. Bu durumda küçüğün ve mümeyyiz olmayan bâliğin, evlenmenin inikadı için rıza beyanında bulunmasına ihtiyaç yoktur. Esasen bu kimselerin rızasından da bahsedilemez. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, İslâm hukuku, bir yandan tarafların rızasını evlenmenin birinci şartı olarak kabul ederken diğer yandan da veli veya vasinin küçüğü veya gayrimümeyyiz bâliği zorla evlendirme hakkını kabul etmek suretiyle, bu konuda tenakuza düşmüştür. Bazı mezheplerde mümeyyiz ve reşit kadına da şâmil olan bu evlenmeye zorlama hakkını [25] ayrı bir paragrafta inceliyeceğiz. Şimdi mümeyyiz ve bâliğ (reşit) olan erkek ve kadın evlenmeye rızalarını nasıl izhar edecekler? yani rızalarını bizzat mı yoksa bir temsilci vasıtasiyle mi açıklıyacaklar? sorusunu cevaplandırmaya çalışacağız. Meseleyi erkek ve kadın bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir:

---

24 Örneğin, 1917 tarihli Hukuk-i aile Kararnamesi, evlenme yaşını erkek için 18, kadın için 17 olarak tesbit etmiştir. 1956 tarihli Tunus kanunu, erkek için 18, kadın için 15 yaşı doldurmuş olmak şartını arıyordu. Aynı kanunda 1964 tarihinde yapılan bir değişiklikle evlenme yaşı yükseltilerek erkek için 20 kız için 17 olarak tesbit edildi. 1957 tarihli Fas Kanunu, erkek için 18 ve kız için 15 yaş şartını aramaktadır.

25 Bâliğ ve bâkire kadının evlenmeye zorlanması meselesi mezhepler arasında ihtilâflıdır. Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri bâliğe kadın için cebir hakkını kabul ettikleri halde, Hanefi mezhebi bunu reddetmiştir. Bk. BİLMEN, age. sh. 58-60. BELLEFONDS age. II. sh. 48.

a') Erkek bakımından:

Mümeyyiz ve baliğ erkeğin rızası, evlenmenin muteberiyeti için şarttır. O, rızasını bizzat açıklıyabileceği gibi, bu gaye için tayin ettiği bir vekil vasıtasiyle de beyan edebilir. Bu konuda mezhepler ve müellifler arasında görüş ayrılığı yoktur[26].

b') Kadın bakımından:

Kadının iradesini açıklaması meselesi mezhepler arasında ihtilâfa yol açmıştır. Hanefi mezhebine göre, hür mümeyyiz ve bâliğe bir kadın, kendi mameleki üzerinde dilediği gibi tasarruf etmek yetkisine sahip olduğundan bizzat evlenme de aktedebilir. Bu evlenmenin muteberiyeti için velisinin izin veya icazetine ihtiyaç yoktur[27]. Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri ise, bu konuda Hanefi mezhebinin görüşüne tamamen zıt bir anlayışı benimsemişlerdir. Bu mezheplerin müşterek anlayışına göre, bâliğe ve mümeyyiz kadın, daha önce bir çok kere evlenmiş olsa bile, bizzat yahut bu gaye ile kendisinin tayin ettiği bir vekil vasıtasiyle evlenme iradesini açıklıyamaz. Kadın, gerek önceki evliliği ve gerekse herhangi başka bir sebeble bekâretini kaybetmişse, artık yeni bir evlenme için rızası muhakkak surette aranır. Fakat buna rağmen kadın rızasını velisi aracılığı ile beyan etmek zorundadır. Velinin müdahalesi, evlenme aktinin muteberiyet şartıdır. Aksi halde evlenme hükümsüzdür. Burada veli, temsil ettiği kadın adına icapta bulunmakta yahut yapılan icabı kabul etmektedir. Bu konuda tereddütleri ortadan kaldırmak için müellifler kadın yahut vekili tarafından aktedilen evlenmenin fâsit veya bâtıl ve hattâ yoklukla muallel bulunduğunu açıkça ifade etmektedirler. Şimdi Hanefî mezhebinin ve diğer üç mezhebin bu konudaki fikirlerini daha yakından görelim.

a") Malikî, Şafiî ve Hanbelî mezheplerinde:

Bu üç mezhebin hukukçularına göre kadın rızasını ancak velisi vasıtası ile açıklayabilir. Kadının önceden bu konuda velisi tarafından yetkili kılınması da yeterli olmayıp, böyle şartlar içinde kadın tarafından aktedilmiş evlenmeler fâsit hattâ bâtıldır. Bazı Şafiî ve Hanbelî müelliflere göre böyle bir evliliğin hâkim tarafından iptal edilmesine ihtiyaç yoktur[28]. Bu görüş tarzına göre, hür ve bâliğe kadın, efendisi tarafından

26 Bk. BELLEFONDS. age. II. sh. 48. SALAMA, age. sh. 36-37 vd. MILLIOT age. sh. 295-96 vd. H. REŞİT PAŞA, age. sh. 40.

27 Bk. CSPE art. 34. BİLMEN, age. II. sh. 57. BELLEFONDS, age. II. sh. 52-53.

28 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 49.

bu konuda "önceden yetkili kılınmış olan erkek köleden daha az yetkiye sahiptir. Çünkü böyle bir erkek köle, kendi evlenmesini bizzat aktedebilmektedir[29]. Velisine müracaat etmeksizin, kadının bizzat aktetmiş olduğu evlenme hangi hukukî müeyyideye maruz kalır? Genel olarak böyle bir evlenme bâtıldır; tarafların cinsel birleşmelerinden sonra bile iptal edilmesi gerekir. Ancak zina sebebiyle kadına hadd cezası uygulanamıyacağı gibi, kadın mehri misli de istiyebilir ve eşlerin iyi yahut kötü niyetli olmalarına bakılmaksızın doğan çocukların nesebi sahih olur. Burada kadının zinadan mahkûm edilemeyişinin ve çocukların nesebinin sahih olmasının sebebi, meselede uygulanacak hukukî müeyyide üzerinde müellifler ve mezhepler arasında bir ittifakın daha açık bir deyimle bir icma'ın mevcut olmayışıdır[30]. Bu sebeple, mezkûr çözüm tarzı, Hanbelî ve Şâfiî mezhebinden bazı önemli hukukçuların itirazına uğramıştır. Örneğin, İbn Hanbel'e göre, kadının bizzat aktetmiş olduğu evlenme bâtıldır ve zina sebebiyle hadd cezasının uygulanması gerekir. Ancak bu fikir fazla kabul görmemiştir[31].

Dul ve bâkire, küçük yahut bâliğe olsun, kadın kendi evlenmesine bizzat iştirak edemediği halde, veli bazı hallerde örneğin daha önce bir kere evlenmiş olan kadına, her hangi bir erkeği koca olarak empoze edemez. Yaş ve bekârete ilişkin bazı istisnalar dışında, veli kadının rızasını almak zorundadır. Veli, bu rızayı erkeğe nakletmekle yetinir. Durum böyle iken akdin yapılması anında iradesini bizzat açıklamak hakkı kadına niçin reddedilmektedir.? Bu konuda gösterilen sebepler tarihî, yahut sadece şekle tallûk etmektedir. Daha önce de söylediğimiz gibi[32]. cahiliyye devrinde, Arabistan'da bir çok evlenme türleri vardı. Bunlardan sadece biri sahih olarak kabul edilmiş, diğerleri iyi gözle görülmememiştir. İşte bu evlenme şekli, kadının velisiyle erkek arasında aktedilen sahih evlenmeydi. Bu düşünce, evlenmede velinin rolünü fazlaca büyütmüştür. Gerçekten, yakın tarihlerde yapılan araştırmalar[33]

29 Kölelerin evlenmesi konusunda ilerde ilgili paragrafta daha geniş bilgi vereceğiz.

30 İslâm hukukunda mevcut ceza teorisine göre, zina için kabul edilmiş olan had cezası gayrımeşru cinsel ilişkiler meşru ilişkilere benzediği veya evlenmenin butlânı tartışmalı olduğu zaman uygulanmaz. Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 50. dipnot. sh. 156-157.

31 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 50.

32 Bk. İslâmiyetten önce Arabistan'da mevcut evlenme çeşitlerinden bahseden paragrafa. Ancak kadının velisi tarafından evlendirilmesi sadece İslâm hukukuna has bir özellik değildir. Tarihin her çağında bu tip evlenmeye raslanmaktadır. Bk. OKANDAN, age. sh. 158-179-180. 279-80.

33 Bk. SCHACHT, age. sh. 183. STERN, age. sh. 37 BELLEFONDS. age. sh. 51.

cahilliyye devrine ilişkin ve kesin olarak kabul edilen bazı kavramların yeniden gözden geçirilmesi zorunluluğunu ortaya çıkardı. Gerçekten, veli cahiliyye devri kadınının evlenmesinde söz sahibi olmakla beraber, o zamanki fonksiyonları İslâmiyetten sonraki kanunların fıkıhta ona tanıdığı fonksiyonların aynı değildir[34].

Bahis konusu üç mezhep, kadına evlenmede iradesini bizzat açıklama imkânını reddeden görüşlerini Kur'an'ın 2. sûresinin 232. âyetine ve bazı hadislere istinat ettirirler. Ancak bu konuda dayanılan hadisleri Hanefiler de kendi görüşlerini desteklemek için kullanmaktadırlar. Hz. Ayşe'nin naklettiğine göre, peygamber "velisinin rızası olmaksızın evlenen kadın, bâtıl bir evlenme aktetmiştir" diyor. Hadis metninde, bâtıl kelimesi üç kere tekrarlanmıştır. Bir başka hadiste "velisiz evlenme olmaz" deniyor. İbn Abbas tarafından nakledilen bir hadise göre, evlenmede şu dört kişinin hazır bulunması gerekir: Evlenecek erkek, kadının velisi ve iki şahit. Bunlardan birinin hazır bulunmadığı evlenme zina teşkil eder. Ancak incelendiği zaman bu hadislerin isnat kısmında büyük zayıflıklar görülür. Örneğin, yukarda ilk olarak zikrettiğimiz ve Ibni Hanbel'in "Musnad"ın da mevcut olan hadis, isnat kısmında Az Zuhrî'nin (ölümü H. 124) adını da zikreder. Genel olarak kabul edildiğine göre, Az-Zuhrî, Peygamber'in bu sözlerini bilmediğini ifade etmiştir[35]. Diğer taraftan zikredilen bu hadisler Buharî ve Müslim'in hadis külliyatlarında zikredilmemişlerdir[36]. Kaldı ki Kur'an'ın zikredilen 2. sûresinin 232. âyetinden tamamiyle zıt bir anlam çıkarmak mümkündür.

Kadının bizzat evlenme aktedemiyeceğini savunan bu görüşün temeli, Hanefi müellif Sarahsî tarafından şöyle izah edilmiştir: Evlenme gayesi ve hükümleri itibariyle önemli bir muameledir. Bu sebeble şeriat evlenmenin inikadı anında iki şahdin hazır bulunmasını emretmektedir. Bu şart, başka muameleler için aranmamıştır[37]. Kadın fikrî fizik ve moral yetenekleri itibariyle erkekten daha zayıf olduğundan, hayatın en önemli muamelesi olan evlenme aktetme yetkisini, onun ya-

34 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 51.

35 Bk. STERN, age. sh. 37. vd.

36 "Velisiz evlenme olmaz" hadisi Buharî'nin III. cildinde (sh. 161. de) zikredilmekteysede, orada zikredilen hadiselerden hiç biri onu açıkça teyit etmemektedir.

37 Müelliflerin hemen hepsi evlenme iradelerinin izharı anında iki şahidin hazır olması gerektiği fikrinde iseler de TABERİ, sonradan iki şahide durumu bildirmek şartiyle, şahitsiz aktedilen nikâhın da muteber olduğunu bildiren bir hadis nakletmektedir. Bk. TABERİ, Milletler ve Hükümdarlar Tarihi, II. (Çevirenler: Zâkir Kadırî Ugan, Ahmet Temir) sh. 889.

kın erkek akrabasına vermekte menfaat vardır[38]. Veli, ancak küçük yahut ergin bâkire kızını evlenmeye zorlıyabilir. Diğer taraftan, velâyeti altında bulunan kadının aktetmek istediği evlenme, bizzat kadının kendisi için zararlı ise, bu evlenmeye mani olabilir. Fakat veli bu yetkisini kadının menfaatlerini korumak için kullanmak zorundadır. Aksi halde, kadın kadi'ye müracaat edebilir. Kadi, velinin red kararını sebebsiz bulursa, onun yerine kadını bizzat evlendirebilir[39].

b") Hanefi mezhebine göre:

Bu mezhepten hukukçular, evlenme konusunda kadına velisine başvurmasını her zaman tavsiye etmekle beraber, ergin kadının, velisine müracaat etmeksizin bizzat evlenme aktedebileceğini kabul etmektedirler[40]. Hanefilere göre, diğer üç mezhep hukukçularının dayandıkları ve yukarda zikretmiş olduğumuz hadisler ancak ergin olmayan kızlara taallûk eder. Ergin olmayan kızın ancak velisi tarafından evlendirilebileceği hususu bütün müelliflerce kabul edilmektedir. Hanefiler, Halife Ali'nin, velisinin muhalefetine rağmen bir kadının aktetmiş olduğu evlenmeyi muteber sayan kararını tezlerine dayanak olarak alırlar. Diğer taraftan "kadınları boşadığınız ve onlar iddetlerini doldurdukları zaman yeniden evlenmelerine manî olmayın.."[41] hükmünü ihtiva eden El-bakare süresinin 232. âyeti de hanefilerce, diğer üç mezhep mensuplarının aksine olarak, kadının bizzat evlenme aktedebileceğini tecviz eder mahiyette kabul edilmektedir. Ebu Hanife'ye göre kadın bizzat yahut velisi sayılmayan bir vekil vasıtasıyle muteber surette evlenme aktedebilir. Kadının bâkire olması onun bu yetkiyi kullanmasına mâni değildir. İmam Muhammed'e göre, böyle bir evlenme mevkûftur. Yani hüküm ve netice doğurması, velinin icazeti ile mümkündür. Şu kadar ki, veli sebebsiz yere icazetten imtina ettiği taktirde, kadi onun velâyet hakkını nezeder; ve kadının nikâhını yeniler Böylece önce aktedilen nikâh bâtıl olur[42]. Ancak Ebu Hanife'nin fikri bu mezhebin resmî görüşü olarak kabul edilmiştir.

İzaha çalıştığımız bu iki zıt mezhep görüşü yanında Zahirîlerin de bir görüşü vardır. Buna göre, bâkire kadın bizzat evlenme aktedemez.

38 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 52.

39 Bk. CSPE, art. 41.

40 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 57. CSPE. art. 34. BELLEFONDS, age. II. sh. 53. D'OHSSON, age. IV. sh. 155.

41 Bk. Le Coran (traduction Par E. MONTET). I. sh. 68. Le Coran (traduction par R. BLACHÈRE). sh. 64. ÇANTAY. H. B. Kur'ân-ı Hâkim ve Meal-i Kerim, I. sh. 62.

42 BİLMEN, age. II. sh. 58.

Bâkire olmayan kadın ise velisinin aracılığına başvurmaksızın evlenebilir[43]. Bazı müellifler, bu konuda demokratik olmayan bir ayrım yaparak, zengin ve sosyal bakımdan yüksek kadınların velileri aracılığıyle; fakir yahut sosyal durumları mütevazi olanların ise bizzat evlenme akte debileceklerini kabul etmektedirler[45]

Çağdaş İslâm hukuku kodlarının büyük bir kısmı Ebu Hanife'nin fikrini kabul etmişlerdir. 1917 tarihli Osmanlı Hukuku Aile Kararnamesi, Suriye Ahvali Şahsiye kanunu ve 1961 tarihinde Pakistan Hükümetinin çıkardığı kararname bu arada zikredilebilir[46]. Örneğin, Suriye Kanununun 5. maddesi ergin kadının evlenmede iradesini bizzat beyan edeceğini açıkça hükme bağlamaktadır. Malikî mezhebi esaslarına uygun olarak hazırlanan Tunus ve Fas kanunları bu konuda farklı hükümler ihtiva etmektedir.

Tunus kanunu, ergin ve mümeyyiz kadının evlenebilmesi için, akdin yapılması anında velinin hazır bulunması şartını aramamaktadır. Buna karşılık Fas kanunu, Malikî mezhebinin prensiplerine sadık kalarak, evlenmenin evlenecek erkek ile kadının velisi arasında yapılması gerektiği hükmünü koymuştur[47].

Yukarıdaki izahatımızdan anlaşılacağı üzere, kadınların ve hangi cinsten olura olsun küçüklerin ve genellikle ehil olmayan kimselerin evlenmesinde velinin önemli bir rolü vardır. Acaba kimler evlenmede veli olabilir? Bunların fonksiyonları ve yetkileri nelerdir? Şimdi evlenmede velâyet adını alan bu meseleyi incelemeğe çalışacağız.

---

43 BELLEFONDS, age. II. sh. 52.

45 Örneğin, Sidi HALİL, CLAVEL, age. I. sh. 37. de. MABSUT, V. sh. 10. BELLEFONDS, age. II. sh. 53. de

46 İlâve etmek gerekir ki bu kanunların hepsi Hanefi Mezhebinden mülhem olarak hazırlanmıştır. 1875 tarihinde hazırlanmış olan Mısır Ahvali Şahsiye Kanununu (CSPE) da burada zikretmek gerekir. Tamamiyle Hanefi Mezhebinin esaslarına göre hazırlanmış olan bu kanunun 51. maddesi "ergin hür ve mümeyyiz, bâkire olan veya olmayan kadın hiç kimsenin müdahalesi olmadan serbestçe evlenebilir" hükmünü koymaktadır. Bu kanunun tam metni için Bk. CLAVEL, age. I. sh. 263. vd.

47 Bk. La Moudawwana, art. 5. Sudan'da bu konuda çok ilginç bir siyaset izlenmiştir. 1935 tarihinde çıkarılan 35 numaralı adlî sirküler, Malikîlerin görüşünü benimsiyerek yaşı ne olura olsun kadının bizzat evlenme aktedemiyeceğini kabul etmiştir. Hattâ, bu sirkülere göre veli bâkire kadını 33 yaşına kadar evlenmeye zorlıyabilmektedir. 1960 tarih ve 54 no.lu sirküler ise velinin bu cebir hakkını kaldırdı. Ancak kadın kendi evlenmesini bizzat kendisi aktedememektedir. Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 53-54.

e) Evlenmede velâyet.

İslâm hukuku, evlenmede velâyeti kabul etmiştir. Velâyet, kanunun muayyen kimselere, başkasının şahsı üzerinde tanıdığı hak olarak tanımlanabilir[48].

Başkası üzerinde bir takım haklara sahip olan kimseye veli denir. İslâm hukukunda, küçükler, ergin olup da çeşitli sebeblerle ehliyetsiz olan kimseler ve bazı mezheplerde ergin kadın velâyet altındadır. Ancak nikâhta velâyet iki kısma ayrılır. Birincisi, veliye velâyeti altındaki küçüğü rızası hilâfına evlendirme yetkisini veren velayet-i icbar; diğeri ise, sadece ergin kadınlar üzerinde uygulanan velâyet-i nedb yahut ihtiyari velâyettir[49].

Burada veli, velâyeti altındaki kadını rızası olmaksızın her hangi bir kimse ile evlendiremez. Veli, kadının iradesini karşı tarafa nakleden bir vasıta durumundadır. Evlenmeye cebr yetkisini veren velâyet-i icbarı veya evlenmeye cebr hakkını ilerde ayrı bir paragrafta inceliyeceğimiz için burada önce genel olarak evlenmede velâyetten ve velâyeti nedb-= ihtiyari velâyetten söz edeceğiz. Bu arada işaret edelim ki, evlenmede velâyetle vekâleti birbirine karıştırmamak gerekir. Bunlar birbirinden farklı müesseselerdir. Vekâlet bir kimsenin iradesinden doğduğu halde, velâyet kanundan ve İslâm hukukunda akitten doğar. Evlenmede vekâlet meselesini de ayrıca göreceğimiz için burada üzerinde fazla durmıyacağız.

Ancak evlenmede velâyeti incelemeğe başlamadan önce, genel olarak sebepleri hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır.

İslâm hukukunda velâyetin kaynağı dörttür:

-Velâyetin asıl kaynağı kan hısımlığıdır. Yalnız asebeden olan kan hısımları değil zevül erhamdan sayılan hısımlar da veli olabilir.

-Velâyetin ikinci kaynağı, mülkiyet hakkıdır. Efendinin kölesi üzerinde sahip olduğu velâyet hakkı, mülkiyet münasebetinden doğmaktadır. Çünkü köle efendinin malı telakki edilir.

-Velâyete vücut veren üçüncü kaynak velâdır. Bu, velâ-i itâka ve velâ-i mevalat olmak üzere ikiye ayrılır: Vela-î itâka, azat eden kimsenin

48 İslâmda velâyet ise başkası üzerinde onun rızası olsun olmasın sözünü geçirmek yani hükmünü infaz etmektir" Bk. M. ZİHNİ, age. sh. 32. İSMAİL HAKKI, Vesailül Felâh fi Mesaillün Nikâh, İst. 1313. sh. 36. H. REŞİT PAŞA, age. sh. 43 vd.

49 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 49. ABD-EL FATTAH, age. sh. 40.

eski kölesi üzerindeki hakkıdır. Velâ-i mevalat ise, nesebi sahih olmayan iki kimse arasında yapılan ve mevlâlık akdi denen bir sözleşmeden doğar[50].

-Velâyetin sonuncu kaynağı imamet'tir. Velisi olmayan küçükleri yahut genel olarak ehliyetsizleri, kamu kudretinin sahibi olan halife veya onun adına kadi evlendirebilir. Halifenin haiz olduğu velâyet "velâyeti amme" adını alır. Buna karşılık yukarda zikrettiğimiz üç kaynaktan doğan velâyet, "velâyeti hassa"dır[51].

a') Genel olarak evlenmede velâyet ve ihtiyarî velâyet (Velâyet-i nedb): Velide aranan şartlar aşağı yukarı bütün mezhepler için aynıdır. Veli olmak için, hür, ergin, mümeyyiz ve bir müslim erkekle bir müslim kadının evlenmesi bahis konusu ise, müslüman olmak gerekir[52]. Bu esaslar mezheplerin hepsi tarafından kabul edilmekle beraber, velâyetin kimlere intikal edeceği hususu mezhepler tarafından farklı şekilde tanzim edilmiştir. Ancak mirasta asebeden sayılanların veli olması hususu bütün mezheplerce benimsenmiştir.

Hanefi mezhebi, velâyetin mirastaki intikal sırasına göre geçmesini kabul etmiştir. Bu sıra içinde yakın hısım uzak hısımı velâyetten mahrum eder. Evlenmede velâyeti icra edebilecek olan asebe şu kimselerden ibarettir.

Birinci derecede: Usul, yani: Babalar, babaların babaları ve dedeleri gibi,

İkinci derecede: Ana baba bir erkek kardeşler, baba bir erkek kardeşler ve bunların oğulları.

Üçüncü derecede: Ana baba bir amcalar, baba bir amcalar ve bunların oğulları.

Akıl hastası bir kadın bahis konusu ise velâyet, oğluna oğlu yoksa torununa ve hattâ tercihan babaya intikal edecektir[53]. Asebeden kimse yoksa, veli olabilecek kimseler şunlardır: Ana, ananın anası ve

50 Bu konuda Bk. ÜÇOK, age. sh. 86.

51 Bu konuda Bk. İSMAİL HAKKI, age. sh. 36-37. YOUNG, Corps de Droit ottoman, II. sh. 216. BİLMEN, age. II. sh. 46-47 . M. ZİHNİ age. sh. 32. İBRAHİM HALEBİ, age. I. sh. 355-356.

52 Bk. CSPE. art. 33. HELOU, age. sh. 48-49. DULOUT, age. sh. 35. CLAVEL, age. I. sh. 37. BELLEFONDS, age. II. sh. 55. CSPE. nin 33. maddesi dinsiz kimsenin de veli olabileceğini kabul etmektedir.

53 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 29. Aksi fikir. CSPE. art. 35.

onun anası. Kızlar, oğlun kızları, kızın kızları, oğlun oğlunun kızları, kızın kızının kızları, öz kız kardeşler, baba bir kız kardeşler, ana bir erkek ve kız kardeşler; sonra bunların evlâdı, daha sonra amcalar, dayılar, teyzeler, halalar nihayet amca kızları, hala kızları.

Yukarda zikrettiğimiz şahıslar veliyyi hastır. Bunlardan hiç biri mevcut değilse, velâyeti devlet başkanı veya onun seçtiği hakim icra eder[54]. Devlet başkanı veya kadi'nin velâyeti velayeti amme olup, veliyyi hassı olmayan herhangi bir kasırın nikâhında velilik yaparlar. Velâyeti hassayı haiz olan zatın mirasa da ehil olması gerekir. Zira aralarında tevarüs cereyan etmiyecek kimseler arasında hısımlık sebebi ile velâyet mevcut olmaz. Bu sebeple bir müslim gayrimüslim bir kadını veya bir gayrımüslim bir müslüman kadını aralarındaki akrabalığa dayanarak velâyeti hassa ile evlendiremez. Fakat bir müslüman haiz olduğu velâyeti ammeye binaen gayrimüslim bir kadını evlendirebilir[55].

Malikîler velâyetin icrasında şu sırayı takip ederler. Kadının önceki evlenmesinden doğmuş olan oğlu, torun, baba, cebir hakkını haiz olmayan vasi; erkek kardeş ve onun oğlu; baba tarafından büyükbabalar, amca, amca oğlu, azat edilmiş köle, velâyeti ammeyi haiz olan kadi ve nihayet herhangi bir müslüman. Ancak vasinin velâyeti icrada yetkili olup olmadığı hususu doktrinde ve içtihatta ihtilâflıdır[56].

Velâyetin icrasında Şafiilerin ve Hanbelîlerin kabul ettiği sıra daha değişiktir. Buna göre; baba, babanın babası, oğul, ana baba bir erkek kardeş, baba bir erkek kardeş ve bunların oğulları, amca, amca oğlu, vasi ve kadi evlenmede veli olabilirler.

Zahiriyye mezhebine göre; bir kadının nikâh konusundaki velisi, babası, kardeşleri veya dedesi, amcaları ve amcası oğullarıdır[57].

Nikâhta velâyet icra edilirken, velilerin dereceleri nazara alınır. Önceki dereceden veli varken sonraki dereceden veli velâyet hakkını kullanamaz. Örneğin, akıl hastası bir kadının oğlu ile babası veya basi veya babası ile dedesi içtima etse; birinci halde oğul, ikinci halde baba kadının velisi olacaktır. Burada oğulun babaya üstün tutulması

54 Bk. CLAVEL. age. I. sh. 30. BİLMEN, age. II. sh. sh. 49.
55 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 49-50.
56 Bk. CLAVEL. age. I. sh. 36. DULOUT age. sh. 35. BELLEFONDS, age. II. sh. 56.
57 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 48.

Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göredir. İmam Muhammed ise babanın oğuldan önce veli olması gerektiği fikrindedir[58]. İmam Mâlike göre, nikâhta vekâlet konusunda baba oğuldan önce gelir. İmam Şâfiî ve İmam Ahmed'e göre velâyeti icrada baba ve babanın erkek ataları oğuldan önce gelirler[59].

Hanefilere göre, kadınlar da veli olabilirler. Malikîler, kadının diğer bir kadının velisi olamıyacağını kabul etmişlerdir. Bunlar, peygamber'in "Bir kadın başka bir kadını evlendiremez" yolundaki hadisine dayanırlar[60]. Şâfiîler ve Hanbelîler de Malikîlerin görüşüne katılırlar.

Uzak yakın hiç hısımı olmayan küçük ve ehliyetsizler hükümdarın yahut onun bu konuda yetkili kıldığı memur veya kadi'nin vesayeti altındadırlar.

Yetkili velinin gaip olması da velâyetin icrası bakımından bazı problemler ortaya çıkarır. Yalnız burada bahis konusu gaip, ölümüne muhakkak nazarıyle bakılacak bir ahvâl içinde kaybolmuş yahut uzun müddetten beri kendisinden haber alınamayan kimse olmayıp, sadece ikametgâhından çeşitli sebeblerle örneğin, seyahat sebebiyle uzakta bulunan kimsedir. Yetkili velinin bulunduğu uzaklık konusunda muhtelif fikirler vardır. Hanefilere göre, veli öyle bir yerde bulunmalı ki, ondan cevap gelinceye kadar şartlara uygun olan talibin teklifinden vazgeçme ihtimali bulunsun[61]. Bazı müellifler, yetkili velinin iki günde gidilebilecek bir yerde olması gerektiğini ileri sürerken, bazı müellifler de onun, kervanın senede ancak bir kere uğradığı bir mahalde bulunması gerektiği tezini savunurlar[62]. Veli, böyle bir sebeble ikametgâhından uzakta ise, velâyeti icra hakkını Hanefiler sonraki derecede bulunan kimseye verirler[63]. Yetkili veli döndüğünde, sonraki derecede bulunan velinin küçük adına aktettiği evlenmeyi feshettiremez. Velide kanunun gösterdiği ehliyetsizlik sebeplerinden biri mevcutsa durum yine aynıdır. Malikîler ve Şâfiîler ise, bu durumda daha uzak velinin değil, kamu kudretinin temsilcisi olan kadi'nin velâyeti icra edebileceğini kabul etmektedirler. Gerçekten bunlara göre, veli sağ ve

58 ABD-EL FATTAH, age. sh. 41. BİLMEN, age. II. sh. 48.

59 BİLMEN, age. II. sh. 48. CLAVEL, age. I. sh. 35-36.

60 CLAVEL, age. I. sh. 31.

61 Bk. CSPE art. 40. PESLE, age. sh. 112. zımmen aynı fikirde. BİLMEN age. II. sh. 49.

62 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 55. Sidi HALİL, velinin 10 günlük bir yürüyüşle gidilebilecek yerde olması halinde kadi'nin müdahale hakkını kabul eder. HELOU, age. sh. 51. BOUSQUET-BERCHER, age. sh. 20.

63 Bk. CSPE, art. 40.

velâyetten azledilmemiş olduğuna göre, yetkisini her zaman muhafaza eder. Binnetice onun yerine sonraki sıradaki veli geçemez. Kadi ise, velinin yetkilerinden birini onun yerine kullanmaktadır[64].

Küçüğe daha yakın olan veli, küçüğün evlenme talebini reddettiği taktirde, sonraki dereceden veli küçüğü evlendiremez. Velinin kasırın evlenme talebini reddi, Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde büyük önem arzeder. Çünkü bu hukuk sistemlerinde ergin kadın bile hiç bir şekilde bizzat evlenme aktedemez. Binnetice velisinin sistematik red kararları karşısında kadın bekâr kalmağa mahkûm edilmiş olacak veya en azından iyi bir fırsatı kaçırmak tehlikesine maruz kalacaktır. Mesele Hanefi mezhebinde, sadece küçükleri ve ehliyetsizleri ilgilendirir[65]. Çünkü Hanefilere göre, ergin kadın velisinin rızası olmadan da evlenebilir. Burada şu soru aklımıza geliyor: Acaba velinin bu red kararına karşı başvurulabilecek bir yol yok mudur? Bütün mezheplerin birleştiği nokta, velinin bu yetkisini keyfî olarak kullanamıyacağı hususudur. Bu taktirde, küçükler veya ergin kadın kadi'ye müracaat edebilir. Kadi, velinin küçüğün veya kadının evlenme talebini reddetmesini haksız bulursa örneğin, erkeğin küçük kızın dengi olduğuna ve verilecek mehrin mehri misilden aşağı olmadığına kanaat getirirse, kasırı veya ergin kadını bizzat yahut naibi vasıtası ile evlendirebilir. Yalnız Hanbelî mezhebinin bu konudaki çözüm tarzı diğer mezheplerinkinden farklıdır. Buna göre, velinin küçüğün yahut kadının evlenme talebini reddi halinde, sonraki sırada bulunan veli evlenmeye izin verebilir. Yetkili hiçbir veli yoksa ancak o zaman kadi kasırı evlendirebilir[66]. Erkek kızın küfvü değilse ve mehri misilden az bir mehr ödenmesi kararlaştırılmışsa, velinin küçüğün evlenme talebini reddi haklı sayılır ve kadi velinin iradesi hilâfına küçüğü evlendiremez[67]. Aynı derecede yakın iki hısım varsa bunlardan herbiri, diğerinin rızasına ihtiyaç olmaksızın kasırı evlendirebilir. Yeter ki evlenme, şartlarına uygun olarak aktedilmiş olsun [68]. Yetim küçük kızları evlendirme yetkisine sahip olan kadi, velisi olmayan küçük kızla bizzat evlenemiyeceği gibi onu kendi usul yahut furularından biri ile de evlendiremez[69].

---

64 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 56-57.

65 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 55.

66 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 57. Fas Kanunu "Moudawwana" 13. maddesinde İslâmın klâsik çözüm tarzını kabul etmiştir.

67 Bk. CSPE. art. 41.

68 Bk. CSPE. art. 42.

69 Bk. CSPE. art. 43.

"Velâyeti nedb" denen ihtiyari velâyette, velinin ergin ve mümeyyiz kadını evlenmeye cebr hakkı yoktur. Sadece kadının nikâhını velisi vasıtasıyle aktetmesi, onu sıkılmaktan kurtarmak için mendup (= iyi) farzedilmektedir[70]. Ancak, Ergin ve mümeyyiz kadın için veliye başvurmak sadece Hanefî mezhebinde ihtiyari olup, diğer üç mezhep, daha önce izah ettiğimiz gibi, kadınların kendi nikâhlarını bizzat aktedemiyeceklerini kabul etmiştir. Fakat bu, evlenmede kadının rızasının aranmıyacağı anlamına gelmez. Bu cümleden olarak hür, ergin ve mümeyyiz kadın, velisi tarafından kendi rızasıyle evlendirilirse, nikâh tabiatiyle muteber olacağı gibi, veli onu önceden rızasını almadan evlendirip sonradan akte icazetini temin etse evlenme gene muteber olur. Çünkü kadının akitten önceki rızası vekâlettir. Akidden sonraki rızası ise *fuzulî olarak yapılmış akte icazet vermektir. Sonraki icazet ise* önceden verilmiş bir vekâlet hükmündedir[71]. Kadın bazen iradesini sözle beyan etmekten çekinebilir. Bu sebeble bâkire genç kızların bazı tutum ve davranışlarına hukukî neticeler izafe edilmiştir. Yakın akrabasından olan velisi veya onun vekili tarafından evlenme konusunda fikri sorulan bâkire ve bâliğe kadın, evleneceği erkeği ve ödenecek mehri öğrendiği halde susarsa yahut tebessüm ederse veya alay etme kasdı olmaksızın gülerse veyahut da sessiz olarak ağlarsa; susma, tebessüm etme, gülme ve ağlama fiilleri akitten önce rızaya ve akitten sonra ise icazete eşittir[72]. Fakat bâliğ ve bâkire kızın evlenme konusunda fikrini alan yahut aktedilmiş evlenmeyi ona bildiren kimse uzak hısımlardan biriyse, kız, evleneceği erkek ve ödenecek mehr hakkında bilgi sahibi olsa bile, rızasını sözle yahut rızayı farzettirecek bir fiille açıklamak zorundadır.

Ergin fakat bâkire olmayan kadın iradesini sözle yahut akte katıldığını açıkça bildiren bir hareketiyle açıklar. Kadının rızasını soran kimse ister yakın ister uzak hısım olsun, kadının susması evlenmeyi kabul ettiği anlamına gelmez[73].

Bir kaza neticesi bekâretini kaybeden kadın bâkire sayılır ve bâkirenin iradesini açıklaması için tâbi olduğu esaslar bunlar hakkında da uygulanır. Aynı şekilde kocanın iktidarsızlığı sebebiyle ayrılmış, yahut zifaftan önce, evlenmenin boşanma yahut kocanın

70 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 49.

71 Mecelle Md. 1453. Bk. BİLMEN, age. II. sh. 50.

72 CSPE. art. 53. ABD-EL FATTAH, age. 52-53. BİLMEN, age. II. sh. 50. BELLEFONDS. age. II. sh. 79-80.

73 CSPE. Art. 53. BELLEFONDS. age. II. sh. 79-80. ABD-EL FATTAH, age. sh. 52-53. BİLMEN. age. II. sh. 50.

ölümü neticesi sona ermesi sebebiyle serbest kalmış kadın da iradesini açıklama konusunda bâkire muamelesi görür. Bekâretini gayrimeşrû bir birleşme neticesi kaybetmiş olan kadın ahlâk dışı hareketi tekerrür etmemiş veya bu hareketinden dolayı alçaltıcı bir cezaya mahkûm edilmemişse bâkire gibi kabul edilir. Aksi halde, bâkire olmayan kadınlar için kabul edilen usullere göre iradelerini izhar ederler. Şahısta hata yüzünden birisiyle cinsî münasebette bulunarak bekâretini kaybeden yahut mutlak butlanla bâtıl bir evlenmeden sonra serbest kalan kadınlar, bâkire farzedilmeyip iradelerini sarih olarak açıklamaları gerekir[74].

Burada bir meseleye dokunmadan geçemiyeceğiz: Bu, velinin, ölümünden sonra kendi yerine geçebilecek bir kimse ki buna vasi denilmektedir, tayin edip edemiyeceği keyfiyetidir. Küçük yahut ehliyetsiz kimselerin mallarını idare eden velileri, vasiyetname ile ölümlerinden sonra vasi olacak bir kimse tayin edebilirler. Ancak Hanefî hukuku bu yetkiyi evlenme konusunda kabul etmemiştir. Veli, vasiyetnamesinde kasırı evlendirme yetkisini açıkça vermiş olsa bile, vasiyet yoliyle tayin edilen vasi kasırı evlendiremez. Yeter ki vasi bu yetkiyi, bir akrabalık yoliyle yahut yetkili makamın tevcihi ile kazanmış olsun; yahut da velâyet hakkını kullanacak hiç bir akraba mevcut olmasın[75]. Çünkü, diyor Hanefiler, velâyetin icrası sırası kanun tarafından tesbit edilmiş olup, bunu kimse değiştiremez. Şâfiîler ise asebeden hiç kimsenin bulunmaması halinde, vasinin kasırı evlendirebilmesini kabul ederler.

Buna karşılık Malikî ve Hanbelî mezhepleri vasiyetname ile vasi tayin edilmesini kabul etmektedirler[76]. Bu iki mezhebe mensup müellifler görüşlerini şu şekilde izah ederler: Veli, sağlığında bir kimseyi kendi yerine kasırı evlendirmesi için tevkil edebilir. Vasi ise müvekkilin ölümünden sonra bir vekil gibi kabul edilir[77]. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu izah tarzı isabetli değildir. Çünkü müvekkilin ölümü ile vekâlet münasebeti sona erer[78].

b') Velâyet-i icbar veya cebr hakkı.

Bu çeşit velâyet, bâkire kadın ve ehliyetsizler hakkında câri olup, veliye velâyeti altında bulunan kimseyi, rızasını almadan hattâ rızası

74 Bk. CSPE. art. 55.
75 Bk. CSPE. art. 38. BELLEFONDS, age. II. 56.
76 Bk. ZEYS. age. sh. 40-41. CLAVEL, age. II. sh. 28. BELLEFONDS, age. II. sh. 56.
77 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 56.
78 Bk. Mecelle Md. 1527. "müvekkilin vefatı ile vekil mün'azil olur."

hilafına evlendirme yetkisini verir. İslâm hukukunda evlenme için asgari bir yaş ve mümeyyiz olma şartı aranmadığı için, yeni doğan çocuğun veya bir gayri mümeyyizin evlendirilmesi mümkündür. Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri, yaşı ne olursa olsun bâkire kızları da ehliyetsizler hakkında uygulanan usule tâbi tutmuştur[79]. Burada, cebr hakkını haiz olan velinin fonksiyonu sadece kasır adına irade beyanında bulunmak değil, aynı zamanda onları hiç haberleri yokken yahut faydalı buluyorsa, iradelerine aykırı olarak evlendirebilmektir. Evlenmede cebr hakkının menşeî ve gayesi nedir? Kimler bu hakkı haizdir ve bu hak kimler üzerinde kullanılabilir? Şimdi bu soruların cevaplarını vermeye çalışalım.

a") Evlenmeye cebr hakkının menşeî ve gayesi:

Cebr hakkı İslâm'a has bir müessese olmayıp aşağı yukarı bütün ilk ve ortaçağ toplumlarında ve bu arada özellikle İslâmiyetten önce Arabistan'da ve Musevî hukukunda mevcuttu. İslâmiyet önemli bazı tahditler getirmekle beraber, cebr müessesesini muhafaza etmiştir. İslâm müellifleri, cebr hakkını, Kur'an'ın El-Bakara sûresinin 221. âyetinde mevcut "Müşrik erkeklere, onlar iman edinceye kadar, müm' in kadınları nikâhlamayın"[80] hükmüne ve Peygamber'in "çocuklarınızı henüz onlar küçükken (gençken) evlendiriniz"[81] mealindeki hadisine dayandırmaktadırlar. Yukarda zikredilen âyet ve hadis cebir hakkının kabulü için sağlam bir delil olmamakla beraber, uygulamada bu hakkın geniş ölçüde kullanıldığına şahit oluyoruz. Örneğin, Peygamber, karısı Ayşe'yi 8 yaşında iken babasından istedi. Ayşe'nin babası cebr hakkını kullanarak Peygamber'e onu nikâhladı ve Ayşe 9 yaşına bastığı zaman Peygamber onunla birleşti[82]. Ancak, cebr hakkının kabulüne rağmen, velinin her zaman bizzat evlendirebileceği kız veya oğlanın, mümeyyiz iseler, fikrini sorması; bâkire ve ergin kadının rızasını alması, müellifler tarafından hararetle tavsiye edilmektedir[83]. Diğer taraftan, İslâm, bu şekilde aktedilmiş olan evlenmenin esas hüküm ve neticelerini, kızın bülûğ çağına erişmesine kadar tâlik etmiştir. Bunun

79 Bk. CLAVEL, age. II. sh. 27. DULOUT. age. sh. 29. HELOU, age. sh. 49-50, 58-60.

80 Bk. ÇANTAY, Kur'anı hâkim... s. 2. â. 221. I. sh. 60. HELOU, age. sh. 43. vd. CLAVEL, age. I. sh. 26. BELLEFONDS, age. II. sh. 63. MILLIOT, age. sh. 296. GARDET'ye göre, icma ile kabul edilmiştir. İslâm, sh. 276.

81 MILLIOT, age. sh. 299. HELOU, age. sh. 43. JOLY, age. sh. 70 de bu konuda "Kadınları velisiz evlendirmeyiniz" mealinde bir hadis zikretmektedir.

82 Bk. JOLY, age. sh. 48.

83 Bk. MILLIOT, age. sh. 296. BELLEFONDS, age. II. sh. 63. JOLY, age. sh. 49.

sebebi, küçüğün fizikî bakımdan olgunlaşmasını beklemek ve binnetice evlenmenin kadının sıhhatine zararlı olmasını önlemektir. Bu hususta, hangi mezhepten olursa olsun, bütün müellifler mutabıktırlar[84].

Müslümanlara göre, cebr hakkının kabulü sebebleri muhteliftir: Bir kere, daha küçükken çocuğa, fırsatı çıktığı anda, avantajlı bir evlenme yapmak. İkinci olarak, çocukların erken bulûğa erdiği toplumlarda, bilhassa kızları, evlilik dışı cinsel maceralardan ve bunların doğuracağı skandallardan korumak ;onlara daha küçük yaşta sıcak bir aile yuvası hazırlamak; üçüncü olarak, çocukları, bulûğa eriştikleri andan itibaren nesli çoğaltmak ve sürdürmek çabasına meşru bir şekilde ortak etmek. Cebr hakkının gerçek rolü budur. Zira göçebe ve savaşçı toplumlarda ölüm nisbeti yüksektir. Doğumları ve binnetice nesli çoğaltmak bu toplumlar için hayati önem arzeden bir husustur. Sonuç olarak diyebiliriz ki, cebr hakkı patriakal aile rejiminin bir kalıntısı olarak kendisini kabul ettirmiştir[85].

Cebr hakkını velinin bir hâkimiyet hakkı olarak değil, ehliyetsizleri korumak için tanınmış bir himâye yetkisi olarak kabul hususunda müellifler birleşmektedirler. Binnetice cebr hakkını haiz olan veli, bu hakkı kendi şahsî menfaatine değil fakat sadece çocuğun menfaatine kullanmak zorundadır. Veli bu hakkını kötüye kullanırsa, örneğin, çocuk için avantajlı bir evlenmeyi reddederek ona neticesi zararlı bir evlenme empoze ederse, çocuk yahut yakınları kadi'ye müraacaat ederek velinin hakkını kötüye kullanmasını önlemek için müdahale etmesini isteyebilirler[86].

Hanefi mezhebi, bu konuda daha titiz davranarak bazı hallerde, cebr hakkı sahibi veli tarafından aktedilmiş olan evlenmeleri bâtıl kabul etmiştir. Örneğin, velâyet altında bulunan kasır erkek veya kız baba veya büyükbabadan başka bir veli tarafından, dengi olmayan bir eşle veya erkeğe göre fazla, kıza göre az olan bir mehrle evlendirilmişlerse, bu evlenme mutlak butlanla bâtıldır[87]. Bazı hallerde ise, bülûğ çağına erişen kadın veya erkek veli tarafınan aktedilmiş olan evlenmenin kendileri için zararlı olduğunu isbata mecbur olmaksızın evlenmenin feshini istiyebilirler[88].

84 Bk. MILLIOT, age. sh. 296. BELLEFONDS, age. II. sh. 63. CSPE, 56. maddesinde bu hususu açıkça belirtmiştir. Buna göre "çok küçük iken evlendirilmiş kadın, evlenmenin gayesini tahakkuk ettirecek hale gelmeden kocasının evine götürülemez."

85 Bk. MILLIOT, age. sh. 297.

86 CLAVEL, age. I. sh. 32. MILLIOT, age. sh. 297. JOLY. age., sh. 52.

87 Bk. CSPE. art. 46. BİLMEN, age. II. sh. 52. MILLIOT, age. sh. 297.

88 Bk. CSPE. art. 47. Bu konuda hıyar-ül bülûğdan bahsederken artık bilgi vereceğiz.

Evlenmede veli olabilen herkes cebr hakkına sahip midir? Şimdi bu meseleyi tetkik edeceğiz.

b") Kimler Cebr hakkına sahiptir?

Mezhepler bu konuda farklı esaslar kabul etmişlerdir:

Malikî mezhebi yalnız babaya bu hakkı tanımış olup, büyükbaba ve diğer akrabalar cebir hakkına sahip değildir. Baba, cebr hakkını erkek ve kız üzerinde farksız olarak kullanabilir. Babanın küçükleri, ergin ehliyetsizleri ve bunlar gibi muamele gören bazı kimseleri evlenmeye cebr yetkisi, vasiyet yoluyle tayin edeceği kimseye intikal eder. Evlenmede vasi adını alan bu şahıs, cebr hakkını sadece erkek çocuklar üzerinde kullanabilip, kız çocuklar hakkında bu yetkiyi haiz olması vasiyetnamede bu konuda açık bir kaydın bulunması şartına bağlıdır. Baba, anayı da vasi olarak tayin edebilir. Yeter ki o müslüman olsun ve vesayeti icraya ehil bulunsun, Ancak ana cebr hakkını çocukları üzerinde bizzat kullanamaz. Onu bir erkek vekil vasıtasıyle icra eder. Baba, cebr hakkını kullanacak bir şahıs tayiń etmemişse, bu yetki ancak kadi tarafından ve sadece erkek çocuklar üzerinde kullanılabilir[89]. Kadi'nin ve sarih yetki olmadıkça vasinin kız çocukları üzerinde cebr hakkına sahip olmayışlarının sebebi şudur: Erkek , kendisine empoze edilen evlenme hoşuna gitmediği taktirde, bulûğa erdikten sonra talâk yoliyle her zaman bu evlenmeye son verebildiği halde, kız böyle bir imkâna sahip değildir. Baba kızını evlendirirken, şefkati ve sevgisi sayesinde onun için en iyi ve en doğru olanı yapar farzedilmektedir. Halbuki aynı şey vasi ve kadi hakkında söylenemez[90].

Hanbelî mezhebinin çözüm tarzı da Malikîlerinkinin aynıdır.

Şâfiîler ise cebr hakkını babaya ve onun daha önce ölmesi halinde, büyükbabaya verirler[91].

Hanefi mezhebi, diğer mezheplerden farklı olarak velâyeti icbar ile ihtiyarî velâyet arasında fark gözetmiyerek evlenmede veli olabilecek herkese cebr hakkını kullanma yetkisini vermiştir. Yani bu mezhebe göre, yukarda velâyetin icrası konusunda verdiğimiz veli listesine uygun

89 BOUSQUET, Précis de droit musulman principalement malékite et algérien, tom I, Alger. sh. 103. BELLEFONDS. age. II. sh. 61. CLAVEL. age. I. sh. 30-31. MILLIOT age. sh. 297-98.

90 Bk. MILLIOT, age. sh. 298.

91 Bk. BOUSQUET, age. I. sh. 103. BELLEFONDS, age. II. sh. 61. CLAVEL, age. I. J. sh. 28.

olarak, başta asebeden olan hısımlar cebr hakkına sahiptir. Bunlardan kimse yoksa küçükleri evlenmeye zorlama hakkı zev-ül-erhamdan olan hısımlara intikal eder. Yalnız Ebu Hanife'ye ait olan bu fikir, öğrencileri İmam Muhammed ve Ebu Yusuf tarafından benimsenmemiştir. Bu iki imam, asebeden kimse bulunmadığı taktirde, cebr hakkının kadi'ye ait olması fikrindedirler. Ancak İmameynin görüşü taraftar bulamamıştır. Kadi sadece yakın veya uzak hiç bir hısımı olmayan küçükleri evlendirebilir[92]. İhtiyari velâyette olduğu gibi, veliler cebr hakkını mirastaki sıralarına göre kullanırlar; ve yakın hısım varken uzak hısım cebr hakkını kullanamaz. Diğer taraftan, yukarda belirttiğimiz gibi, Hanefi mezhebi vasiye evlenmede cebr hakkı tanımamıştır[93].

Görülüyor ki, Hanefi mezhebi çok geniş bir zümreye cebr hakkı tanımıştır. Ancak bu mezhep cebr hakkının kullanılmasına bazı önemli kayıtlar koyarak[94], geniş bir zümreye tanınan bu yetkinin zararlı neticelerini hafifletmiştir. Öyle ki, diğer üç mezhepte sadece bir veya iki kişiye verilen cebr hakkı, Hanefi mezhebindekinden daha ağır ve zararlı neticeler doğurmaktır.

Cebr hakkı kimler üzerinde kullanılabilir? Şimdi bu meseleyi inceliyeceğiz.

c") Cebr hakkı kimler üzerinde kullanılabilir?

Köleler bir tarafa bırakılırsa, cebr hakkının iki grup şahıs üzerinde kullanıldığı söylenebilir:

–Akıl hastalığı veya zayıflığı sebebiyle kısıtlı olan ergin kadın ve erkek üzerinde.

–Doğumlarından itibaren bütün çocuklar üzerinde. Bu konuda mezhepler arasında görüş birliği vardır. Erkek bülûğa erdiği andan itibaren artık zorlanamaz. Kızın hangi andan itibaren cebredilmekten kurtulacağı meselesi mezheplere göre değişmektedir[95].

92 BELLEFONDS. age. II. sh. 62. BOUSQUET, age. I. sh. 103. MILLIOT, age. sh. 298-299.

93 Bk. CSPE, art. 35, 36, 37, 38, Ayrıca Bk. Dip not 81 de zikredilen eserler. H. REŞİT PAŞA, age. sh. 46.

94 Bir kere, Hanefî mezhebi, bâkire veya saib bâliğ kadını evlenmeye zorlamayı kabul etmiyor. İkinci olarak, baba veya büyükbaba dışında bir veli tarafından evlendirilmiş olan küçük kadın veya erkek, bâliğ oldukları andan itibaren bu evlenmeyi feshetmek hakkına sahiptirler. Hıyar-ül bülûğ adı verilen bu yetkiyi ilerde etraflıca inceleyeceğiz.

95 Bk. BOUSQUET, age. sh. 103. MILLIOT, age. sh. 299-300. BELLEFONDS, age II. sh. 64-66. CLAVEL, age. I. sh. 26-28. ABD-EL FATTAH, age. sh. 62-66.

Bu konuda en serti Malikî mezhebidir. Kız ancak bekâretini meşru bir şekilde kaybettikten[96] sonradır ki velinin cebr hakkından kurtulabilir. Demek oluyor ki Malikî mezhebine göre cebr hakkı kız üzerinde ancak iki halde kullanılabilecektir: Küçüklük ve bâkirelik. Yaşı ne olursa olsun, bülûğa ersin yahut bâliğ farzedilsin, kız bâkire olduğu müddetçe velinin cebr yetkisinden kurtulamaz. Şu kadar ki Malikî mezhebi bu konuda bazı istisnalar kabul etmiştir:

Bir kere babası ve cebr hakkına sahip vasisi olmayan kızlar ancak rızalarıyle ve bâliğ olduktan sonra evlendirilebilirler.

İkinci olarak imam Malik'in fikrine göre, evde kalmış kızlar da cebr hakkı ile evlenmeye zorlanamaz.

Üçüncü olarak, babası tarafından mezun kılınmış kızlar ancak rızalarıyle evlendirilebilirler.

Dördüncü olarak, şu ihtimalden bahsedilir:

Babası tarafından evlendirilmiş olsa bile, empoze edilen evlenme kız için uygun değilse, onun rızası olmaksızın muteber olmaz. Kocanın köle olması, bazı bulaşıcı hastalıklara müptela olması vb. gibi haller, cebr hakkı sahibi veli tarafından aktedilen evlenmenin muteberiyetini kızın rızası şartına bağlar.

Bâliğ olmadan aktedilen bir evlenme neticesi bekâretini kaybeden kız cebr hakkından kurtulamaz. Kadının bir sene kocasının ikametgâhında oturması hali de, bekâretin kaybı neticesini doğuran bir hal olarak kabul edilmektedir[97].

Hanefi Mezhebi, cebr hakkının kullanılmasında ölçü olarak bülûğ çağını nazara alır; kız bâkire de olsa, bir kere bâliğ olduktan sonra, artık cebredilemez. Bundan başka, velisi tarafından evlendirilmiş olan kız, bâliğ olduktan sonra hıyarül bülûğ adı verilen bir seçim hakkına sahiptir. Kız isterse velisi tarafından aktedilmiş olan evlenmeyi feshettirebilir[98].

Şâfiî mezhebi, kızın bâkireliğini onun cebr hakkına tâbi olması için gerekli esaslı tek şart olarak kabul eder. Kız hangi yaşta olursa olsun herhangi bir sebeble bekâretini kaybetmişse, artık rızası olmadan ev-

96 Yani birinci evliliğin neticesi olarak zifafa girdiği zaman.

97 Bk. Bu konuda MILLIOT, age. sh. 300. BOUSQUET, age. 104. BİLMEN, age. II. sh. 54.

98 Hıyar-ül bülûğ için Bk. BİLMEN, age. II. sh. 51-54.

lendirilemez. Bundan başka, bekâretin kaybı hususunda kızın beyanı, bu vakıanın isbatı için yeterlidir.[99].

İmam İbni Hanbel'e göre, 9 yaşını doldurmuş ve bâkire olmayan kadın ancak rızasıyle evlendirilebilir. Ancak bâliğ de olsa veli bâkire kızını cebren evlendirebilir[100].

Yukardaki izahatımızdan anlaşılacağı üzere, bilhassa Hanefi mezhebi dışında kalan diğer üç mezhebe göre, kadın üzerinde cebr hakkının kullanılmasını tayin eden faktör bekâret vakıasıdır. Bâkire kadın rızası olmadan evlendirilebilir. Halbuki bâkire olmayan kadın ancak rızasıyle evlendirilebilir. Bu sebeble, bâkire ve bâkire olmayan kadın tâbirlerinden ne anlaşıldığını kesin olarak tesbit etmek gerekir. Malikî, Şâfiî ve Hanbelî Mezhepleri, bekâretini bir kaza [101] veya günümüzde tıbbî bir müdahale neticesi kaybetmiş olan kadını, cebr hakkının kullanılması bakımından bâkire olarak kabul etmekte ve binnetice rızası olmadan onun evlendirilmesine cevaz vermektedir. Bu gruba giren kadınların velinin cebr hakkına tâbi olmalarının sebebi, bunların henüz erkekleri tanımayışlarıdır. Bahis konusu kaza, onların bu cehâletini gidermiş sayılmaz[102].

Bekâretini gayrımeşrû birleşmeleri sebebiyle kaybetmiş kadını, Hanbelî ve Şâfiîler seyyib olarak kabul ederler ve bunların rızaları hilâfına evlendirilmelerine cevaz vermezler.

Hanefiler ve Malikîler "Seyyib" tâbirine dar bir anlam verirler. Onlara göre seyyib, daha önce evlenmiş olan kadındır. Binnetice uygun olmayan hareketleriyle bekâretini kaybeden kadın seyyib değildir ve babası veya yetkili veli tarafından rızası olmadan evlendirilebilir. Malikîler, bu halde cebr hakkının diğer her hangi bir haldekinden daha çok meşru olduğu görüşündedirler. Çünkü, diyor Malikîler, kadın, uygunsuz hareketleriyle aşırı bir arzunun baskısı altında olduğunu göstermiştir; cebr hakkının varlığı sebeblerinden biri ise kadını bu tarz ahlâk dışı durumlara düşmekten kurtarmaktır[103].

Mesele Hanefilerde o kadar önemli değildir. Çünkü ergin kadın bâkire olsun olmasın, rızası olmadıkça evlendirilemez[104]. Buna karşılık

99 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 55. BOUSQUET, age. sh. 104.
100 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 55.
101 Örneğin, yüksek bir yerden düşme veya atlama veya şiddetli kanama vb. gibi.
102 Bk. BELLEFONDS, age. II sh. 64.
103 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 65.
104 Bk. CSPE. art. 53.

henüz küçük olan kız, bâkire olup olmamasına bakılmaksızın velisi tarafından evlendirilebilir. Bâkire veya seyyib olmanın önemi, Hanefi mezhebinde, ancak evlenme iradesinin açıklanmasında kendini gösterir. Yukarda belirttiğimiz gibi[105], bâkire kadın rızasını zımmen açıklamak imkânına sahip olduğu halde, seyyib kadın sözle yahut rıza anlamına geldiği çok açık olan bir davranışıyle, evlenme iradesini sarih olarak izhara mecburdur. Ancak Ebu Hanife, zina sebebiyle bekâretini kaybetmiş olan fakat ahlâk dışı davranışlarından vazgeçmiş ve bahis konusu davranışlarından dolayı ceza görmemiş olan kadını, rızasını açıklama konusunda bâkire gibi kabul etmiştir[106].

Şâfiî hukukunun, küçük fakat bâkire olmayan kıza ilişkin bir özelliğini burada belirtmekte fayda vardır. Diğer üç mezhebe göre, henüz bülûğ çağına gelmemiş kız, ister bâkire ister bekâretini kaybetmiş olsun, velisi tarafından evlendirilebilir. Fakat Şâfiî mezhebi, cebr hakkının kullanılmasında münhasıran kızın bekâretini nazara almaktadır. Bekâretini herhangi bir sebeble kaybetmiş olan fakat henüz küçük olan kız rızası olmadan velisi tarafından evlendirilemiyecektir. Ancak, küçüğün rızası hukuken hükümsüzdür. Bu, gerçekten bir fâsit dairedir. Buna göre, Şafiî mezhebinde, bekâretini kaybetmiş olan gayribâliğ kız evlendirilemiyecektir. Bu durumda, velisi sağ ve ehil olduğu halde seyyib fakat küçük olan kadın evlenme imkânsızlığı içinde bulunacaktır[107].

Yukarda söylediğimiz gibi, akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya buna benzer herhangi bir sebeble temyiz kudretinden mahrum olan kimseler de velinin cebr hakkından kurtulamazlar. İslâm hukuku, evlenme konusunda bir ehliyet teorisi kuramamış olduğundan, mezheplere göre değişik şekiller altında da olsa, akıl hastaları veya akıl zayıflığına musab olanların evlendirilmeleri mümkündür. Bu bir bakıma normaldir. Çocuk doğduğu andan itibaren evlendirilebilirken, bâliğ fakat akıl hastası olan bir kimsenin de evlendirilebilmesi tabiîdir. Fakat burada da bir hususa işaret etmek gerekir. Küçükler için aktedilen evlenme, ancak küçük erkek veya kadının evlenmenin gayesini gerçekleştirecek fizikî olgunluğa eriştikleri andan itibaren gerçek hüküm ve neticelerini doğurur. Halbuki bâliğ akıl hastaları veya bunlar gibi kabul edilen diğer

105 Bk. Yukarda Evlenmede velâyet başlığını taşıyan bahse.

106 CSPE. art. 55. Ancak İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed aksi fikri savunurlar. Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 65.

107 Bk. BELEFONS, age. II. sh. 65.

ehliyetsiz kimselerin evlenmede cinsi fonksiyonlarını yerine getirmelerine mâni bir hal yoktur. Şimdi akıl hastası veya bunlar gibi kabul edilen kimseler üzerinde cebr hakkının nasıl kullanıldığı ve neticelerinin ne olduğu meselesini kısaca inceliyeceğiz:

Küçüklerin evlendirilmesi konusunda yukarda zikrettiğimiz veliler, burada da aynı hakkı haizdirler. Ancak, akıl hastalarının kadi tarafından evlendirilmesi bahse konu olduğu zaman bir şart aranmaktadır; bu da, kadi'nin evliliği akıl hastası için faydalı telâkki etmesidir[108]. Hanefi mezhebi, küçüklerin evlendirilmesi konusunda kendilerine cebr yetkisi verdiği velilere akıl hastalarını da evlendirmek yetkisini vermiştir. Ancak akıl hastaları, hastalıkları devam ettiği müddetçe talâk hakkına sahip olmadıklarından, geniş bir zümreye akıl hastaları üzerinde cebr yetkisi tanınması suistimale müsait bir ortam yaratmaktadır[109]. Fakat belirtmek gerekir ki, Hanefi mezhebinde baba veya büyükbaba dışında bir veli tarafından evlendirilmiş olan akıl hastası kadın veya erkek, yeniden sıhhatlerine kavuşurlarsa, hıyar-ül ifâka" denen bir seçim hakkına sahip olurlar. Fakat akıl hastalığı devam ettiği müddetçe, hasta evliliğe son veremez[110].

Müellifler, akıl hastası erkek veya kadın üzerinde cebr hakkının kullanılmasının, evlilik hayatının akıl hastası için faydalı olması şartına bağlanıp bağlanamıyacağı konusu üzerinde de durmuşlardır. Özellikle Şâfiîler, akıl hastası kadın veya erkeğin, ancak evliliğin kendileri için zarurî bir ihtiyaç olması veya gerçek bir fayda temin etmesi halinde evlendirilebileceğini kabul etmişlerdir[111]. Ancak bâliğ veya küçük erkek ve kadın akıl hastasının evlenmesini tetkik ederken bazı ayrımlar yapmak gerekir:

Akıl hastası erkek bâliğ değilse evlendirilmemelidir. Zira evlenme onun için bir ihtiyaç değildir. Mürneyyiz küçüklerin evlendirilmelerini haklı göstermek için ileri sürülen sebeb[112] ne olacağı belli olmayan bir

---

108 Ancak kadi'nin akıl hastalarını evlendirebilmesi keyfiyeti mezhepler arasında ihtilâfa meydan vermiştir. Örneğin, Hanefi mezhebinde kadi sadece akıl hastası erkeği evlendirebilir. Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 66 dip not.

109 BELLEFONDS, age. II. sh. 66.

110 BELLEFONDS, age. II. sh. 66.

111 BELLEFONDS, age. II. sh. 67.

112 İslâm'da küçükleri hattâ yeni doğan çocukları evlendirmek için dayanılan esas, küçüğe ilerisi için çok önceden bir yuva hazırlamak ve onun geleceğini teminat altına almak fikridir.

akıl hastası küçük hakkında vârit değildir. Prensip olarak, bâliğ akıl hastası da evlendirilmemelidir. Çünkü akıl hastası bir erkek belki mehr ve nafaka ödiyecek durumda değildir. Hastalık, doğacak çocuklar için tehlikeli olabilir. Ancak her şeye rağmen, hal ve şartları nazara alarak, evlenmenin akıl hastası için faydalı olup olmadığını tetkik etmek gerekir. Örneğin, akıl hastası zina yapmaya mütemayil bir tipse, yahut âdil ve dürüst bir doktor evlenmesinin onun sağlık durumunu düzelteceği kanaatinde ise veya yakın akrabasından hiç bir kadın bulunmayıp evleneceği kadının ihtimamı ona faydalı olacaksa, evlenmenin akıl hastası için faydalı ve hattâ gerekli olduğunu kabul etmek gerekir[113]. Fakat akıl hastasının evlenmesine izin verilince bazı meseleler ortaya çıkmaktadır: Örneğin, akıl hastasına da birden çok kadınla evlenme izni verilecek mi? Vasinin ödiyeceği mehr nasıl tesis edilecek? Bütün bunlar akıl hastasının evlenmesi konusunda üzerinde durulması gerekli hususlardandır. Ekseriya akıl hastası bir adamla evlenecek kadın, yüksek bir mehrle bu evlenmeyi kabul etmiş olabilir. Ancak evlenmenin faydalı veya gerekli olduğu araştırılmadan yapılması halinde hukukî durumun ne olacağı konusu müellifler tarafından cevapsız bırakılmaktadır.

Akıl hastası kadın bakımından herhangi bir problem yoktur. Kaldı ki evlenme onun lehinedir. Çünkü koca tarafından infak ve iaşe edilecektir; mehre hak kazanacaktır[114].

Müsrif veya akıl zayıfı olan kimsenin, velinin cebr yetkisine tâbi olup olmıyacağı hususu ihtilâflara yol açmıştır. Ebu Hanifeye göre, müsrif veya akıl zayıfı olan kimseyi, şahsiyet haklarının en önemlilerinden biri olan evlenme aktetmek yetkisinden mahrum etmek doğru değildir. Ebu Yusuf ve İmam Şeybanî ve diğer üç mezhebin kurucuları, aksi fikri benimseyerek, müsrif veya akıl zayıfı olan kimsenin veli veya vasisinin rızası olmadan evlenemiyeceğini kabul ederler. Hanefi hukukunda, akıl zayıfı veya müsrif olan kimse, veli veya vasisinin önceden rızasını bile almaya ihtiyaç olmaksızın evlenme aktedebilir. Çünkü bu mezhebe göre, vekil tarafından aktedilmiş olan ve temsil edilenin şahsiyet haklarına ilişkin muameleler muteberdir. Böyle bir muamele bizzat müsrif veya akıl zayıfı tarafından yapılmışsa öncelikle muteberdir[115].

---

113 BİLMEN, age. II. sh. 54-55. BELLEFONDS, age sh. 67.
114 BELLEFONDS, age sh. 68.
115 BELLEFONDS, age. sh. 68-69.

Diğer üç mezhep, müsrif veya akıl zayıfı olan kimsenin ancak velinin daha açık bir deyimle cebr hakkı sahibi olan velinin izniyle evlenebileceğini kabul etmektedir[116]. Ancak bu iznin nasıl tezahür edeceği meselesi akla gelmektedir: Veli veya vasi evlenmeyi, müsrif veya akıl zayıfı adına bizzat mı aktedecek yoksa önceden ona rıza göstermekle mi yetinecek? Bir fikre göre, veli veya vasi evlenmeyi bizzat aktetmelidir. Aksi halde müsrif veya akıl hastasının aktedeceği evlenme bâtıldır. Fakat çoğunluğun kabul ettiği fikre göre, veli veya vasinin önceden müsrif veya akıl zayıfı olan kimseyi bu konuda yetkili kılması yeterlidir. Şâfiîler, böyle bir yetkinin ilgili kimsenin evleneceği kadını ve ödeyeceği mehr miktarını da bildirmesi gerektiği fikrindedirler. Müsrif veya akıl zayıfı olan kimse dilediği kadını seçmekte serbest olursa, bazı mahzurlar ortaya çıkabilir. Örneğin, yüksek tabakadan bir kadınla evlenen müsrif çok yüksek bir mehr ödemek zorunda kalabileceği gibi, böyle bir kadının infak ve iaşesi de daha çok masraflı olacaktır[118].

Müsrif veya akıl hastası kimse velinin iznini almaksızın evlenmiş ve Şâfiîlere göre, izinde gösterilen şartlara uymamışsa, aktedilen evlenmenin hukukî durumu ne olacaktır?

Malikîlere göre, bu evlenme mevkûftur. Yani veli veya vasi icazet verirse muteberdir. Veli veya vasi, evlenmenin müsrif veya akıl zayıfı için zararlı olmadığına kanaat getirirse icazet verir. Aksi halde evlenmeyi iptal ettirebilir. Hanbelî ve Şâfiî mezhepleri böyle bir evlenmeyi bâtıl kabul etmektedir. Cinsel birleşme vâki olsa bile eşler ayrılmak zorundadırlar. Ancak bu evlenmeden doğan çocukların nesebi sahihtir. Kadının mehre hakkı olup olmadığı mezhepler arasında ihtilâflıdır[118]. Müsrif veya akıl zayıfı kimsenin, izinde gösterilenden başka bir kadınla evlenmesi halinde[119], kararlaştırılan mehrle önceden belirtilmiş olandan daha güzel yahut daha genç bir kadınla evlenme bahse konu ise yahut kadın, veli veya vasinin tesbit ettiği mehrden daha az bir mehr istemişse, artık evlenme iptal edilemez.

Veli veya vasi, suiniyetle müsrif veya akıl zayıfının evlenme talebini reddeder ve bunun üzerine ilgili kimse, izinsiz olarak evlenirse, du-

116 ROUSSIER, Le mariage du mineur de statut musulman dans revue algérienne, 1959, no 3, 12 et s.

117 BELLEFONDS, age. sh. 69.

118 Örneğin, Şâfiîlere göre, kadın erginse mehri istiyemez. Buna karşılık, kadının zina sebebiyle cezalandırılmamış olması nedeniyle mehri misle hak kazanacağı da ileri sürülmektedir.

119 Bu ihtimal sadece Şafiî mezhebi için varittir.

rum ne olacaktır? Mesele Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri için önemlidir. Bir kısım Şafiî ve Hanbelî müellifler böyle bir evlenmeyi muteber kabul ederler. Ancak veli veya vasinin suiniyetli olup olmadığını hadiseye göre tayin etmek gerekir [120].

Köleler üzerinde cebr hakkının kullanılıp kullanılmıyacağı hususu mezhepler arasında ihtilâflıdır. İmâm Mâlik ve Hanefi'ye göre efendi, erkek kölesini evlenmeye zorlıyabilir. Şâfiî ise aksi görüşü savunur[121]. Fakat Şâfiî mezhebi uygulamada her iki görüşe de yer vermiştir. Köle kadın, efendisi tarafından her zaman evlenmeye icbar edilebilir. Kadına ödenecek mehr ve evlenmeden doğacak çocuklar kendisine ait olan efendi kölesini evlenmeye zorlamamakta menfaat sahibidir. Erkek kölenin efendisinin iznini almaksızın yaptığı evlenme Şâfiî ve Hanbeli'lere göre bâtıldır[122]. Hanefi ve Malikîler ise böyle bir evlenmeyi mevkûf kabul ederler[123]. Ancak efendi, erkek kölesinin aktettiği evlenmeye icazet vermeyi çoğu zaman kendi menfaatine aykırı bulacaktır. Çünkü köle bir mehr ödemek zorundadır. Diğer taraftan evlenmenin yükliyeceği külfetler, kölenin çalışma gücünü azaltabilir.

Etraflı bir şekilde izaha çalıştığımız evlenmeye cebr hakkı bazı hallerde mutlak değildir. Daha açık bir ifadeyle, cebir hakkına tâbi olan küçükler velileri tarafından kendileri için aktedilmiş evlenmeye karşı çıkabilirler. Yani bu evlenmeye karşı kanun yoluna başvurabilirler. İşte şimdi bu meseleyi tetkike çalışacağız.

f) Veli veya vasi tarafından evlendirilen küçüklerin seçim hakkı: (hıyar-ül bülûğ)

a') Tarifi ve gayesi:

Yukarda izah ettiğimiz gibi, İslâm hukuku küçük erkek ve kızların velileri tarafından evlendirilebilmelerini kabul etmiştir. "Evlenmede cebir hakkı" adını alan bu yetki, bazı mezheplerde geniş bir akraba zümresi tarafından sırasıyle kullanılmaktadır. Bu hakkın kötüye kullanılması ihtimali her zaman mevcuttur. Bunu nazara alan İslâm, veli veya vasisi tarafından evlendirilen küçüğe, bülûğa erdikten sonra, evliliği feshettirebilme yetkisini tanımıştır. Ancak bülûğa ermiş kü-

120 BELLEFONDS, age. II. sh. 70.

121 D'OHSSON, age. V. sh. 189. BİLMEN, age. II. sh. 66. M. ZIHNİ, age. sh. 58. BELLEFONDS, age. II. sh. 70.

122 D'OHSSON, age. V. sh. 186. BİLMEN, age. II. sh. 65-66. BELLEFONDS, age. II. sh. 70.

123 M. ZİHNİ, age. Sh. 58. BİLMEN, age. II. sh. 65. BELLEFONDS, age. II. sh. 70. İSMAİL HAKKI, Vesa ilül felah fi mesaillün Nikâh. İstanbul 1313 s.h. 44-48.

çükler tarafından kullanılabileceği için bu seçim hakkına "hıyar-ül bülûğ" adı verilmiştir[124].

b) Seçim hakkı kime aittir?

Velisi tarafından evlendirilmiş olan ve henüz bâliğ olmuş bulunan erkek ve kız bu haktan faydalanır. Ancak seçim hakkının kullanılması, hak sahibinin erkek veya kadın olmasına göre bazı farklılıklar gösterir. Şimdi meseleyi kadın ve erkek bakımından ayrı ayrı inceliyelim.

c') Seçim hakkının kullanılması:

Bu konuda önce belirtilmesi gereken önemli bir husus vardır. O da şudur: Seçim hakkı ancak küçüğün babası veya babasının babasından başka bir veli tarafından aktedilmiş olan evlenmeye karşı kullanılabilir. Daha açık bir deyimle, küçük erkek veya kadın, babaları veya babalarının babaları tarafından kendileri için aktedilmiş olan evlenmeye, bâliğ olsalar bile, itiraz edemezler[125]. Ancak baba ve babanın babası cimriliğinden veya sefahatından dolayı suiihtiyarı ile maruf bir kimse ise veya evlenmenin akdi anında sarhoş olup küçüğü mehrinde fâhiş gabinle yahut dengi (küfvü) olmayan bir kimse ile evlendirmişse, nikâh bâtıl olup tarafları bağlamaz[125]. Kefaet burada hem kadın hem de erkek için aranır[127].

Küçük kadın veya erkek, yukarda zikredilenlerden başka velileri tarafından (örneğin anaları yahut kardeşleri veya kadi) evlendirilmişlerse, duruma bakılır: Mehri misil ile evlenme aktedilmiş ve taraflar birbirlerinin küfvü ise akit muteberdir: Ancak hüküm ifade etmesi taraflardan birinin seçim hakkını kullanmaması şartına bağlıdır. Hakkın kullanılabilmesi için evlendirilmiş olan küçüğün bülûğa ermiş olması gerekir. Ancak seçim hakkının kullanılmasında hak sahibinin erkek veya kadın olmasına göre, bazı farklar gözetilmiştir.

124 Bu konuda Bk. CSPE. art. 49-50. YOUNG G; Corps de Droit Ottoman II. sh. 218. MEHMET ZİHNİ, age. sh. 36. BİLMEN, age. II. sh. 52. ASAF, A. A. FYZEE, outlines of Muhammadan law third édition, oxford 1864. sh. 91 vd. ÜÇOK, age. sh. 78. H. REŞİT age. sh. 51 vd.

125 Bk. İSMAİL HAKKI, age. sh. 44. mesele 49-50. BİLMEN, age. II. sh. 51. M. ZİHNİ sh. 36. YOUNG, age. II. sh. 218. "Hind-i nâbâligayı, Zeyd nikâh eylese sahih olur mu?" Elevap: olur, amma veli babası yahud dedesi değil ise, hiyar-i feshi vardır hin-i bulûğda." EBUSSUD EFENDİ. Bk. DÜZDAĞ, E; EBUSSUUD EFENDİ Fetvaları Işığında 16 Asır Türk Hayatı. İst. 1972. sh. 38. fetva 39.

126 İSMAİL HAKKI, age. sh. 44. BİLMEN, age. II. sh. 51-52. M. ZİHNİ sh. 36-37.

127 BİLMEN, age. II. sh. 52.

a" Kadın bakımından:

Velisi tarafından evlendirilmiş olan küçük kız bülûğa erdiği anda veya nikâhtan haberdar olduğu zaman, şahitler huzurunda evliliği feshettireceğini hemen beyan etmelidir. Bülûğa ermiş olan küçük nikâha muttali olduğu halde susarsa, artık seçim hakkı sâkıt olur. Küçüğün bu konudaki bilgisizliği özür sayılmaz. Ancak fesih iradesini bir kere beyan ettikten sonra, hemen kadi'ye başvurmaması seçim hakkını düşürmez; fesih davasını istediği kadar tehir edebilir. Yeter ki geçen süre içinde rızasına delâlet edecek bir söz veya fiilde bulunmasın[128]. Küçük bâkire ise, bâliğ olduğu veya nikâhı öğrendiği ve şahitlik edecek kimseleri bulduğu anda fesih iradesini beyan etmelidir. Susarsa hakkı düşer. Halbuki, küçük bülûğa erdiği anda bâkire değilse, sadece susması ile seçim hakkı düşmeyip bunun için akde rıza gösterdiğini sarahaten veya zımmen bildirmesi gerekir. Sarahaten rıza, ilgilinin nikâhı kabul ettiğini açıkça bildirmesidir. Kocasından mehr veya nafaka istemesi, onunla birleşmeyi kabul etmesi, kadının zımmen rızasına delâlet eder[129].

b") Erkek bakımından:

Babası veya dedesinden başka bir velisi tarafından evlendirilmiş olan erkek bülûğa erdiği anda fesih hakkını kullanmak zorunda değildir. Sarahaten veya zımmen nikâhı kabul ettiğini bildirmedikçe, fesih hakkı hayatı boyunca devam eder. Bu bakımdan erkek, bâkire olmayan fakat henüz bülûğa ermemiş olan kadınla aynı muameleye tâbidir[130].

Fesih hakkını kullanacak kimse, nikâhı kabul etmediğini bildiren sözler söyler. Nikâhı reddettim, feshettim "aktedilmiş nikâha razı değilim" gibi sözler[131], ilgilinin fesih iradesini gösterir.

İki tarafın hazır bulunduğu bir celsede, kadi evlenmenin feshine hükmeder. Taraflardan biri henüz bülûğa ermemiş olduğu taktirde, kadi küçüğün velisi huzurunda kararını verir. Kadi karar vermedik-

---

128 Bk. CSPE. art. 49. İBRAHİM HALEBİ, age. I. sh. 354. BİLMEN, age. II. sh. 53. İSMAİL HAKKI, age. sh. 44. YOUNG. age. II. sh. 218, ÜÇOK, age. sh. 78. M. ZİHNİ, age. sh. 36-37.

129 BİLMEN, age. II. sh. 52-53. CSPE. art. 50. YOUNG, age. II. sh. 218. İSMAİL HAKKI, age. sh. 45.

130 YOUNG, age. II. sh. 218. M. ZİHNİ, age. sh. 36-37. BİLMEN age. II sh. 53. CSPE. art. 50. İSMAİL HAKKI, age. sh. 45.

131 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 53.

çe evlilik devam eder. Eşlerden biri, seçim hakkını kullanacağını bildirdikten sonra fakat kadi feshe karar vermeden önce ölürse, sağ kalan eş onun mirasçısı olur. Çünkü evlilik kadi'nin kararıyle sona erer[132]. Akıl hastası olan kimseler de iyileştikleri taktirde velileri tarafından aktedilmiş olan nikâhı feshettirmek hakkına sahiptirler[133].

Hıyar-ül bülûğun yanında bir de "hıyarı itk veya hıyarı itaka" vardır. Bu, cariyenin nikâhı feshetmek hakkıdır. Efendisi yahut hanımı tarafından evlendirilmiş olan dişi köle[134], azat edildiği taktirde; eşini istemezse ondan ayrılabilir. Hıyar-ül bülûğdan farklı olarak evliliğin sona ermesi için burada kadi'nin kararına ihtiyaç yoktur[135]. Azadını müteakip cariyenin "ben nefsimi ihtiyar ettim" demesi kâfidir[136]. Azat edilen cariyenin seçim hakkı susmasıyla düşmez. Nikâhı kabul ettiğini sarahaten veya zımmen belirtmiş olması gerekir[137]. Cariyenin seçim hakkına sahip olduğunu bilmemesi, hür küçüklerin aksine, bir özür sayılır ve evliliği feshetme hakkını kaybetmez[138]. Ancak belirtmek gerekir ki, hıyar-ül bülûğ sadece Hanefi Mezhebince kabul edilmiştir. Diğer mezheplerde ise, cebr hakkını kullanan baba veya büyük baba kötü ün yapmış bir kimse ise ve evlenmede kefaet ve uygun bir mehr tesbiti kaidesini ihlâl etmişlerse, aktedilen evlenme bâtıl sayılır[139]; ve bu butlan, bir seçim hakkının kullanılması değildir. Hıyar-ül bülûğ Hanefi mezhebinde, çok geniş bir veli grubuna cebir hakkı verilmesinin mahzurlarını bertaraf etmek amacıyle kabul edilmiştir.

Yukardaki izahlarımız sırasında, İslâm hukukunun evlenme akdini, inikadı bakımından borçlar hukukunda tanzim edilen akitlerden ayırmadığını söylemiştik. Bu nedenle, evlenme evlenecek erkek ve kadının icap ve kabulü ile tamam olur. Taraflar evlenme iradelerini bizzat

132 Bk. M. ZİHNİ, age sh. 37. İSMAİL HAKKI, age. sh. 45-46. mesele 52. BİLMEN, age. II. sh. 53.

133 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 51.

134 Efendinin cariyesiyle evlenmesi de mümkündür.

135 M. ZİHNİ, age. sh. 37. Cariyenin evliliği bu şekilde feshi, talâk sayılmaz. İmam Malik ve Evzâi'ye göre ise bu fesh bir talâk-ı bâindir. Bk. BİLMEN, age. II. sh. 66.

136 M. ZİHNİ, age. sh. 37.

137 Zikredeceğimiz şu fetva nikâhın zımmen kabulüne güzel bir örnektir. "Zeyd, cariyesi Hindi, Amrûya tecviz ettikten sonra, azad edip bâdehû, Hind azad olduğunu öğrendiği mecliste, nefsini ihtiyar etmeyip kendini Amrûya teslim etmekle, Amrû dahi Hind'e mukarrenette bulunsa, bil-âhara-Hind nâdim olarak, mezkûr akdi feshe kadir olur mu? Elcevap: Olmaz " Bk. M. ZİHNİ, age. sh. 37.

138 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 67. M. ZİHNİ, age. sh. 37-38.

139 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 33. BİLMEN, age. II. sh. 53.

açıklayabilecekleri gibi bunu bir vekil vasıtası ile de yapabilirler. İşte şimdi evlenmede vekâlet meselesini tetkik edeceğiz.

g) Evlenmede vekâlet:

a') Tarifi:

İslâm hukukunda vekâlet, bir kimsenin kendi işini başkasına tefviz edip, onu bu işte kendi yerine ikâme etmesidir"[140]. Evlenmede vekâlet, bizzat evlenme aktedebilmek yetkisini haiz olan kimselerin, bu yetkilerini bir vekil vasıtasıyle kullanabilmeleridir. Evlenmede vekâletin uygulanabilmesi için vekil ve müvekkil bakımından bazı şartlar aranmaktadır:

b') Şartları:

a") Müvekkil bakımından:

Vekil vasıtasıyle evlenme aktedecek kimsenin hür, mümeyyiz ve reşit olması gerekir. Hanefi mezhebi kadın ve erkek arasında bu bakımdan fark yapmadığı halde, diğer üç mezhep bu hakkı sadece erkeklere tanımıştır. Nikâhta vekâletin muteber olması için, müvekkilin bizzat evlenme aktetmeye muktedir olması gerekir. Bu sebeble küçük ve g. mümeyyiz olanlar vekil tayin edemezler. Bunlar velileri tarafından temsil olunurlar. Ancak velinin haiz olduğu velâyet hakkını kullanmak için birini tevkil etmesi mümkündür[141].

b") Vekil bakımından:

Evlenmede vekil olabilmek için sadece mümeyyiz olmak yeter. Bunun içindir ki köle veya mümeyyiz bir çocuk nikâhta vekil olabilir. Zira yapılan hukukî muamelenin neticeleri sadece müvekkile ait olacaktır. Ayrıca vekilin erkek olması da şart değildir[142].

Evlenmede vekâlet yazılı veya sözlü olarak verilebilir. Tevkil sırasında şahit bulunması şart olmayıp sadece vekâleti isbat bakımından gerekli olabilir[143].

---

140 Bk. M. ZİHNİ age. sh. 17. Vekâlet Hk. da fazla bilgi için bk. Mecelle Md. 1449-1530.

141 Evlenmede vekâlet için Bk. HASAN RIZA, Ahval-i Şahsiye Tercümesi ve Şerhi, Dersaadet 1315. sh. 28-29. İSMAİL HAKKI age. sh. 49-50. BELLEFONDS, age. II. sh. 57-58, YOUNG, age. II. sh. 218. SALAMA, age. sh. 42-43. BİLMEN, age. II. sh. 60-61. İ. HALEBİ, age. I. sh. 364-365. M. ZİHNİ, age. sh. 17. CSPE art. 57-61.

142 M. ZİHNİ, age. sh. 17. HASAN RIZA, age. sh. 28-29. BİLMEN, age. II. sh. 60.

143 HASAN RIZA age. sh. 29. mesele 58. İSMAİL HAKKI, age. sh. 49-50: BİLMEN, II. sh. 60. M. ZİHNİ, age. sh. 17. ABD-EL FATTAH age. sh. 61. İ. HALEBİ, age. I. sh. 364.

c') Hükümleri:

Vekil tarafından verilen yetkiye uygun olarak aktedilen evlenme, bizzat ilgililerce yapılmış gibi hüküm ve neticeler doğurur. Ancak vekilin müvekkilinden aldığı yetkiyi aşması halinde akit, yerine göre mevkûf veya bâtıl telâkki edilir. Müvekkil, muayyen bir kadın veya erkekle evlenme aktetmesi için vekil tayin etmiş ve vekil tayin edilenden başka bir şahısla evlenme aktetmişse, nikâh mevkûf olup, müvekkilin icazeti inzimam etmedikçe hüküm ifade etmez. Vekil, müvekkilin tayin ettiği mehr miktarını arttırmışsa, nikâh gene mevkûf olur. Müvekkil kadın ise ve tesbit edilenden az bir mehrle evlendirilmişse, akit gene mevkûf sayılır[144]. Müvekkilini bir kadınla evlendirmek yetkisini alan vekil iki kadınla evlenme aktetmişse, önce yapılan nikâh lâzım olup[145] hemen hüküm ve netice doğurur. Halbuki sonra yapılan nikâh mevkûf olup, müvekkilin tasdikiyle hüküm ifade eder. Vekilin muayyen bir zamanda veya günde evlenme aktetmesi de şart kılınabilir. Örneğin, 10 Ağustos perşembe günü evlenme akdi kararlaştırıldığı halde, akit cumartesi günü yapılsa, muteber değildir[146]. Vekil, müvekkilesini küfvü olmayan birine nikâhlasa, akit muteber olmaz. Mutlak yetkisi olan vekil, müvekkilesini küfvü olmayan bir kimseye nikâhlasa, Ebu Hanife'ye göre akit muteber, İmameyne göre mevkûf olur[147]. Vekil, mezun olmadıkça müvekkilesini kendine veya usul ve füruundan birine tezviç edemez. Aynı şekilde vekil olan kadın, kendini veya kızını müvekkiline nikâhlıyamaz.

Bir kadın kocası Zeyd'e "her ne zaman beni talâkla boşarsan yine kendine beni nikâhlamaya seni vekil ettim deyip Zeyd de kabul ettikten sonra, Zeyd Hind'i evvelâ bir talâkı bâyinle boşayıp sonra şahitler huzurunda Hind'i kendime nikâhladım dese, bu sözle nikâh sahih olup Hind ile karı koca muamelesine kâdir olur"[148].

---

144 Bu konuda bir fetva zikredelim: "Hind, kendini şu kadar para mehrle zeyd'e nikâhlaması için Amr'i vekil tayin ettikten sonra Amr Hind'i o kadar az paradan mehr konuşarak Zeyd'e nikâhlasa, Hind vâkıf olduğunda kabul etmeyip red edince kıyılan bu nikâh bâtıl olur mu? Elcevap... olur" Ali Efendi. Bk. İ. HALEBİ, age. I. sh. 365. M. ZİHNİ, age. sh. 17.

145 İslâm'da akdin lâzım olması tâbiriyle anlatılmak istenen husus, akdin muteberiyetidir. Lâzım akit hemen hüküm ifade eder.

146 Bk. geniş bilgi için BİLMEN. age. II. sh. 61. HASAN RIZA, age. sh. 29. İSMAİL HAKKI, age. 39-40. İ. HALEBİ, age. I. sh. 364-365.

147 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 61-62.

148 Bk. BEHCE, İ. HALEBİ, age. II. sh. 365.

Vekil müvekkilinin izni olmadıkça kendi yerine başkasını tevkil edemez. Mezun olmadığı halde birini tevkil eder ve bu şahıs nikâhı kendi huzurunda aktederse, akit muteber olur[149].

Müvekkil vekili her zaman azledebilir. Ancak azilden haberdar olmadığı müddetçe vekilin aktettiği nikâh muteberdir.

İki kişi birden vekil tayin edilmişse, yalnız biri evlenme akdine yetkili olmayıp birlikte hareket etmeleri gerekir[150]. Bir kimse muhtelif tarihlerde iki ayrı kişiyi kendi adına bir evlenme aktetmesi için tevkil etse ve birbirlerinden habersiz olan vekiller iki ayrı nikâh aktetseler, önceki tarihli nikâh muteber olup, sonra aktedilen nikâh hükümsüzdür. Bu husus Ebussûd Efendinin şu fetvasında çok açık bir şekilde belirtilmiştir: "Hind Kendüyü Amr'a nikâh eylemeğe Bekr'i vekil ettikten sonra, yine kendüyü Zeyd'e nikâh eylemeğe Beşr'i vekil etmiş olsa, birbirinin haberi olmayıp ikisi bile nikâh etmiş olsalar, kangısının nikâhı sahih olur? Elcevap: Kangısı evvel nikâh ettiyse ol mu'teberdir, azl-i zımnîde ilim mu'teber değildir"[151].

Vekil akdin ifasından sorumlu değildir. Bu cümleden olmak üzere müvekkilesini kocasına teslime mecbur olmadığı gibi, mehrden dolayı kadına sorumlu da değildir. Meğer ki mehri kadına karşı garanti etmiş olsun[152].

Buraya kadar izah ettiğimiz hususlar, islâm hukukunun prensiplerine tamamiyle uygundur. Ancak evlenmeye vekâlet konusunda ilginç bir durum karşımıza çıkmaktadır. Bu da tek bir şahsın evlenecek erkek ve kadın tarafından aynı zamanda tevkil edilmesidir. Daha açık bir deyimle, vekil hem erkeği hem de kadını temsilen evlenme aktedebilir. Yani vekil hem icabı yapan hem de onu kabul eden şahıs durumunu ihraz etmektedir. Gerçekten bir şahsın aynı anda iki eşin velisi olması mümkündür. Örneğin, bir büyükbaba, babalarını kaybetmiş olan iki torununun evlenmesinde velîdir. Henüz küçük olan amca çocukları, müşterek büyükbabaları olan kimse tarafından birbirlerine nikâhlanabilirler[153]. Bu durum bir akitte tarafların ayrı ayrı şahıslar tarafından temsil edilmesi gerektiği kaidesine aykırı düşmektedir. Ancak zikret-

149 Bk. CSPE. art. 59. BİLMEN, age. II. sh. 62. M. ZİHNİ, age. sh. 20.
150 BİLMEN, age. II. sh. 62. Aksi fikir için Bk. M. ZİHNİ, age. sh. 20.
151 Bk. DÜZDAĞ, age. sh. 38-39. Fetva 43.
152 Bk. H. RIZA, age. sh. 29. mesele 60. CSPE. art. 60.
153 Bk. İ. HAKKI, age. sh. 48. BELLEFONDS, age. sh. 58.

tiğimiz örnekte, bir kişinin aynı anda eşlerin müşterek velisi olması bir zarurete dayandığından, mezheplerce normal kabul edilmektedir[154]. Fakat belirtmek gerekir ki, bu durum, Peygamber'in "4 kişinin hazır bulunmadığı evlenme ancak fuhuştur" mealindeki hadisiyle pek bağdaşmaz. Hadiste bahse konu olan 4 kişi, evlenecek erkek, kadının velisi ve iki şahittir. Hadisede ise ancak 3 kişi bulunmaktadır. Bununla beraber bütün mezhepler böyle bir evlenmeyi muteber kabul ediyorlar. Çünkü bu, tarafların iradesinden değil, kanundan doğmaktadır[155].

Hanefi mezhebi daha da ileri giderek eşlerin aynı kişiyi vekil olarak tayin edebileceklerini kabul etmektedir. Bu durum nasıl haklı gösterilebilir? Hanefiler şöyle diyor: Vekil, eşlerden her birinin şahsında, kendilerine ait hakların doğmasına vasıta olur ve sonra aradan çekilir. Evlenmede satış akdinde olduğu gibi birbiriyle bağdaşmaz haklar ve borçlar doğmaz. Aynı şahsın alıcı ve satıcının vekili olması halinde garip bir durum ortaya çıkacaktır. Evlenmede ise böyle bir tehlike yoktur. Hanefiler, Peygamber'in yukarda zikrettiğimiz hadisiyle çelişkiye düşmemek için şöyle bir yorum tarzına başvuruyorlar: Vekil tek olmasına rağmen, nazarî olarak, kendinde iki şahsiyet taşımaktadır. Sarahsî'nin deyimiyle vekil çifte şahsiyet gibidir. Böyle olunca, evlenmede hazır bulunması istenen 4 şahsiyet ortaya çıkar[156].

Hanefi mezhebine göre, şu hallerde eşlerin aynı şahıs tarafından temsili mümkündür.

- Aynı şahıs evlenecek kişilerin vekili veya velisi olabilir.
- Aynı şahıs bir tarafın velisi ve diğer tarafın vekili olabilir[157]

Modern hukuk evlenmede vekâleti kabul etmemektedir. Evlenme sosyal hayatın en önemli muamelelerinden biri olması itibariyle, tarafların iradelerini bizzat açıklamaları uygun görülmüştür. Evlenme tarafların şahsını hayatları boyunca bağlayacak olan bir akittir. Taraflar akdin inikadında bizzat hazır bulunmalı ve son ana kadar akdi yapıp yapmama serbestisini muhafaza etmelidirler. Evlenmede vekâleti reddetmek suretiyle irade muhtariyetinin zayıflatılmış olduğu söylenemez. Aksine ferdin hürriyeti korunmaktadır. Kaldı ki evlenme, irade muhtariyetinin mutlak surette hâkim olduğu bir akit de değildir.

---

154 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 58.
155 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 58.
156 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 59.
157 Bk. İ. HAKKI, age. sh. 48. BELLEFONDS, age. II. sh. 59.

İslâm'ın evlenmede vekil kabul etmesinin başlıca sebebi harplerdir. Kur'an dünyanın karışık bir devresinde inmiş ve İslâmiyeti yaymak için bir çok harpler yapmak zarureti hâsıl olmuştur. Böyle bir ortamda vekil vasıtasiyle evlenme, evleneceklere kolaylık sağlar ve nüfusun artmasına yardım eder. Nitekim aynı sebeblerle I. Dünya savaşı sırasında, Fransa evlenmede vekâleti 4 Nisan 1915 tarihli bir kanunla kabul etmiştir[158]. Hattâ bazı Fransız hukukçuları vekille evlenmenin her zaman için geçerli olmak üzere kabul edilmesini istemişlerdir[159].

h) Vekâleti olmadan başkası adına nikâh aktetmek:

İslâm hukuku sadece nikâhta vekâleti kabul etmekle kalmamış aynı zamanda vekâleti olmadan başkası hesabına evlenme akdini de tanzim etmiştir. Ancak hemen belirtelim ki Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri bu tür evlenme akdini reddetmektedirler[160]. Hanefi ve Malikîlere göre, yetkisi olmadığı halde bir kadın veya erkek adına bir mecliste icapta bulunan kimsenin bu icabı orada bulunan bir kimse tarafından kabul edilirse, nikâh mevkûfen inikat eder. Yani haberi olmadan evlendirilen taraf icazet vermediği taktirde, nikâh hükümsüz olur. Kabul eden kimse de yetkisiz (fuzuli) ise, akit her iki tarafın icazet vermesiyle hüküm ifade eder. İcazet bizzat evlenecek kadın veya erkekten sadır olabileceği gibi, küçük yahut köle bahse konu ise, veli veya efendiden de gelebilir. İcazetten sonra artık akit muteber olup, icazetten cayılamaz[161]. Vekâleti olmadan başkası adına nikâh akteden kimsenin ölümünden sonra da icazet mümkündür ve bu icazet sözle olabileceği gibi fiilen de olabilir. Örneğin, mehrin verilmesi veya kabulü fiilen icazet sayılır. İcazet şarta bağlanamaz. Örneğin, "Babam razı olursa ben de icazet verdim" şeklinde bir beyan icazet olarak kabul edilemez[162]. Vekâletsiz iş gören aktettiği nikâhı icazetten evvel feshedemez.

---

158 Gerçekten bu kanunun I. maddesi şu hükmü ihtiva ediyor:
"Harp zamanında muhik sebeblerle Adliye, Erkan-ı harbiye veya Bahriye nazırının müsaadesi ile kara ve deniz askerlerinin evlenmeleri, cephede bulunan müstakbel kocanın bizzat hazır bulunmasına lûzum olmaksızın özel bir vekil marifetiyle aktedilebilir" Bk. LECARPANTIER, le mariage par procuration, thèse, Paris 1918.

159 Bk. LECARPANTIER, age.

160 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 59. BİLMEN. age. II. sh. 65.

161 Gerçekten "bir hurrei bâliğa, nefsini şahitler huzurunda filan zâtın gıyabında ona tezviç edip, fuzulî bir kimse dahi, o zat için kabul eylemekle, o zat vâkıf olarak, vâki akde icazet eylese, nikâh münakit ve lâzım olmakla, zevce pişman olarak cayamadığı gibi zevç dahi icâzetine nâdim olup, mezkûr akdi feshedemez" Bk. M. ZİHNİ, age. sh. 18.

162 BİLMEN, age. II. sh. 64. M. ZİHNİ, age. sh. 19.

ı) Haber gönderme suretiyle nikah aktetmek (Risalet):

İslâm hukuku, evlenme iradesinin risalet=haber gönderme suretiyle dahi izhar edilebileceğini kabul etmiştir. Örneğin, (A) erkek, (B) ye "git haber ver, C yi kendime nikâhladım" dese ve (B) de gidip şahitler huzurunda A nın söylediklerini nakletse ve orada hazır bulunan kadın C bu icabı kabul etse, nikâh münakit olur. Ancak haberci B nin söylediklerini şahitlerin işitmesi şarttır. C icabı o mecliste reddetse ve başka bir mecliste haberci tarafından tekrar edilen icabı kabul etse nikâh münakit olmaz. Zira haberci bir kere başkasının sözlerini naklettikten sonra artık görevi sona erer. Habercinin ergin veya küçük, âdil yahut fâsık olması arasında fark yoktur. Bunların her biri haber gönderenin sözlerini nakletmeye muktedir sayılır[163].

C) Evlenmenin iki şahit huzurunda aktedilmesi.

a) Umumî olarak:

Evlenmenin iki şahit huzurunda aktedilmesi mecburiyeti, bu akdi, inikadı anında şahit bulunması faydalı olan diğer akitlerden ayırmakta ve ona özel bir karakter kazandırmaktadır. Borçlar hukukunda tanzim edilen akitlerde şahit, genellikle isbat kolaylığı için aranır. Evlenmede ise, şahitlerin huzuru akdin muteberiyet şartıdır. Şahitsiz olarak aktedilmiş evlenme hüküm ifade etmez[164]. Ancak evlenmede şahit bulunması keyfiyeti mezhepler arasında bazı ihtilâflara sebeb olmuştur:

b) Hanefi, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinin görüşü:

Bu üç mezhebe göre evlenme iradelerinin beyanı anında iki şahidin bulunması zaruridir. Öyle ki onlara göre "şahitsiz evlenme olmaz"[165]. belirtmek gerekir ki mezhepler bu noktada mübalağaya kaçıyorlar. Çünkü şahit bulunması, akdin teşekkülü için değil, hukukî hüküm ve neticeler doğurabilmesi için gereklidir. Hanefi müellif Sarahsî'ye göre, "bir kadın şahitsiz olarak yahut sadece bir şahit huzurunda evlense ve sonradan bu evlenme vakıasına şahit olunsa, akit muteber olmaz. Çünkü şahitler evlenme iradelerinin izharına değil, eşler tarafından yapılan bir ikrara şahit olmuşlardır[166]. Evlenmede şahit bulunması, bu üç

163 BİLMEN, age. II. sh. 62-63.
164 Bk. CSPE. art. 7. BELLEFONDS, age. II. sh. 99. SALAMA, age. sh. 55.
165 Bu söz Peygamberin bir hadisi olarak nakledilmektedir.
166 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 99. SALAMA, age. sh. 56.

mezhebin bütün hukukçuları tarafından kabul edilmektedir. Müellifler bu konuda peygamber'in yukarda zikrettiğimiz "Dört şahsın hazır bulunmadığı evlenme ancak fuhuştur" mealindeki hadisine dayanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, evlenmede vekâlet konusunda, Hanefiler bu hadise pek önem vermedikleri gibi çok eski hukukçular böyle bir hadisin mevcut olmadığını ve peygamber'in karısı Safiye ile şahitsiz olarak evlenmiş olduğunu ileri sürerler[167]. Diğer taraftan, Kur'an'da şahadete ilişkin âyet hükmünün[168] ticarî muamelelere taallûk ettiği, evlenmede şahit bulunması mecburiyetinin hiç bir âyette ifade edilmediği hususu da ileri sürülmüştür. Netice olarak, mezkûr üç mezhebe göre, şahitsiz olarak aktedilen evlenme hükümsüzdür.

c) Malikî mezhebinin görüşü:

Evlenmenin iki şahit huzurunda aktedilmesi keyfiyeti Malikîlerce de kabul edilmektedir. Esasında diğer mezheplerle bu bakımdan aralarına fark yoktur. Ancak Mâlikilerin şahitlerin huzuru vakıasına verdikleri anlam, diğer üç mezhep hukukçularını yanlış bir anlayışa götürmüştür. Bu da şudur: Evlenme olayın etrafta duyulmasına yarayan bir takım merasimlerle birlikte olmuş ise, artık iki şahidin huzuru keyfiyeti, akdin muteberiyeti için şart değildir[169]. Gerçekten Malikîlere göre iki şahidin hazır bulunması evlenmenin âleniyetini temine yarayan diğer merasimler (örneğin düğün, ziyafet vs.) cümlesindendir. Ancak bu merasimlerin yapılması ihtiyarî olduğu halde, şahit bulunması mecburidir. Prensip olarak, Malikîlere göre de şahitler, evlenme iradelerinin izharı sırasında hazır bulunmalıdırlar. Ancak kadının kocasının evine götü-

167 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 100. Gerçekten, TABERİ'de de Peygamber'in bir keresinde şahitsiz evlenmiş olduğunu nakleden bir hadise rastlıyoruz:".. Haris bin Hazric'in kızı Leylâ'nın Tanrı elçisi katına gelerek ona kendisi ile evlenme teklifinde bulunduğu rivayet edilir. Leylâ geldiği vakıt Tanrı elçisi arkasını güneşe çevirmiş olduğu halde oturuyordu. Leylâ onun yanına gelerek kürek kemiğine vurdu. Tanrı elçisi ondan: Kimsin diye sordu: O, Ben.. Hutayman'ın kızı Leylâ'yım, kendimi sana arzetmek üzere geldim, benimle evlen dedi. Tanrı elçisi teklifini kabul edip seninle evlendim, dedi. O, bundan sonra kavmi yanına dönerek: Tanrı elçisi benimle evlendi dediğinde, onlar: Çok kötü yapmışsın, sen kıskanan bir kadınsın, Tanrı elçisinin kadınları var, onun yanına git akdini boz diye tavsiye ettiler. Bunun üzerine o Tanrı elçisinin yanına gelerek, aramızdaki akdi boz, dedi. Tanrı elçisi aramızdaki akdi bozdum cevabını verdi....". TABERİ, age. II. sh. 584. Bu hadis sahihse, şahitlerin mutlaka evlenmenin inikadı anında hazır olmalarına lûzum yoktur. Taraflar sonradan evlenmiş olduklarını şahit huzurunda beyan ederlerse akit tamam olacak demektir.

168 Bk. ÇANTAY Kur'an.. II. s. 282. âyet.

169 Bk. CHEHATA, age. sh. 97. BELLEFONDS, age. II sh. 100. SALAMA, age. sh. 56. MILLIOT, age. sh. 310.

rüldüğü esnada şahitlerin hazır bulunması da yeterli sayılmaktadır[170] Evlenmenin inikadı ile eşlerin birlikte yaşamağa başladıkları tarih arasında uzun bir zaman fasılası varsa[171] şahitlerin, evlenme iradelerinin açıklandığı anda değil, kadının kocanın ikametgâhına götürüldüğü sırada hazır bulunmaları gerekir. Ancak Malikî hukukundan mülhem olarak yapılan modern kanunlarda, iki şahidin huzuru, kesin olarak evlenmenin muteberiyet şartlarından biri olarak kabul edilmiş ve şahitlerin karının kocasının ikametgâhına götürüldüğü anda değil, evlenme iradelerinin izharı anında hazır bulunmaları şart koşulmuştur[172].

d) Evlenmede şahit olma ehliyeti:

Evlenmenin akdi sırasında şahit olarak bulunacak kimselerin bazı vasıflara sahip olmaları gerekir. Şahidin fonksiyonu evlenmeye ilişkin icap ve kabulü işitmek ve anlamaktan ibarettir. Bunun için şahitlerin aynı yerde birlikte bulunmaları gerekir. Ayrı ayrı yerlerde veya aynı yerde olmakla beraber birbiri arkasından evlenme iradelerine şahit olan kimselerin şahadeti muteber sayılmaz. Şunu da belirtmek gerekir ki, evlenmede şahitlik ile mahkemede diğer konularda şahitlik etmenin şartları aynı değildir[173]. Evlenmede şahit olacak kimselerde aranan vasıfları şöylece özetliyebiliriz:

a') Şahit mümeyyiz ve reşit olmalıdır:

Bu hususta mezhepler arasında pek ayrılık yoktur. Ancak Malikîler ve Hanbelîler akıl zayıfı ve sağır olan kimselerin de şahit olabileceklerini kabul etmektedirler.[174] Uyuyan, etrafta olup bitenleri anlayamayacak kadar sarhoş veya sağır olan kimseler evlenmede şahit olamazlar; bunların huzurunda aktedilen nikâh fâsittir[175]. Sağırların şahadeti, bir halde mümkündür: Eşler de sağırsa ve anlaşılabilen işaretlerle rızalarını beyan ediyorlarsa sağırın şahitliği kabul olunur[176]. Körlerin, dinsizlerin ve fâsıkların şahadeti kabul edilir, Ancak Şâfiî mezhebi, fâsıkların şahadetini caiz görmeyip, âdil olmalarını istemektedir[177].

170 MILLIOT, age. sh. 310. BELLEFONDS, age. II. sh. 100

171 Evlenmede yaş kaydı aranmadığına göre, bu durum her zaman ortaya çıkabilir.

172 Bk. Code Tunisien, art. 3. Code marocain (La Moudawwana) art. 5.

173 İslâmda Şahadetle isbat konusunda Bk. SALAMA, age. sh. 58-63. TYAN, E. L'organisation judiciaire en pays d'Islâm, 2 e éd. Leiden 1960.

174 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 101-102.

175 Bk. CSPE. art. 7. MILLIOT, age. sh. 310. SALAMA, age. sh. 57. BELLEFONDS, age. II. sh. 101.

176 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 102.

177 Bk. CSPE. art. 7. BELLEFONDS, age. II. sh. 103. SALAMA, age. sh. 57.

b') Hür olmak:

Şahitte aranan diğer bir vasıf da onun hür olmasıdır. Hanefi ve Şâfiîler, efendisinin ölümü sebebiyle hürriyetine kavuşmuş yahut hürriyetini efendisinden satın almak için akti mukatebe" imzalamış kölenin de şahadetini kabul etmezler. Buna karşılık Malikîler ve Hanbelîler bu konuda çok daha liberal davranmaktadırlar.

c') Müslüman olmak:

Evlenecek erkek ve kadın müslümansa, şahitlerin de müslüman olması gerekir[178]. Bu husus bütün mezheplerce tartışmasız kabul edilmektedir. Zimmîlerin nikâhında, İslâm hukuku şahitlerin dini üzerinde durmamaktadır. Bir zımmî diğer bir zımmînin evlenmesinde şahit olabilir. İhtilâf konusu olan hal, bir müslim erkekle bir ehli kitap Hıristiyan veya Musevî kadının evlenmesinde şahitlerin hangi dinden olacağıdır. Müelliflerin büyük ekeriyeti bu durumda şahitlerin müslümanlardan olması gerektiği fikrindedirler; çünkü şahitlik bir kamu görevidir. Bir müslüman bahse konu olduğu zaman bu görev başka bir müslüman tarafından yerine getirilir[179]. Kaldı ki Kur'an'da mevcut bazı âyetlerin ruhu bu görüşü doğrular mahiyettedir[180]. Hanefi mezhebinde sadece Şeybani ve Züfar bu görüşleri paylaşırlar. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre kadın Hıristiyan yahut Musevî ise, şahitlerin mutlaka müslüman olması gerekmez. Bu iki İmâmın fikri Hanefi mezhebinin resmî görüşü olarak kabul edilmiştir[181].

e) Evlenmede en az iki şahidin bulunması gerekir.

Bu husus bütün mezheplerce ittifakla kabul edilmektedir. Bazı müellifler ise, ikiden fazla şahit bulunmasının mendup (iyi) sayıldığı fikrindedirler[182]. Bazı hallerde tek şahitle de evlenme aktedildiği ileri sürülebilirse de, tetkik edildiğinde bunun doğru olmadığı görülür: Şu iki hadisede durum böyledir:

Bir baba, ergin kızını, kız bizzat hazır ise, tek şahit huzurunda evlendirebilir. Ancak burada, iki şahit bulunması" kaidesi ihlâl edilmiş olmuyor. Hanefi mezhebinde ergin kız, bâkire olsun veya olmasın, bizzat evlenme aktedebilir. Babanın müdahalesi şart değildir. Kız da

178 Bk. CSPE. art. 7.
179 BELLEFONDS, age. II. sh. 102.
180 Bk. ÇANTAY, Kur'an . . . III . s. 28. âyet ve VIII. s. 73. âyet.
181 BELLEFONDS, age. II. sh. 103.
182 Bk. JUNBOLL, age. sh. 208.

hazır bulunduğu için baba ikinci şahidin yerini tutmakta ve böylece prensibe bir aykırılık bahse konu olmamaktadır. Kız, babasına önceden vekâlet vermiş olsa bile durum gene aynıdır. Çünkü müvekkil, başkasına yetki vermesine rağmen, o işi bizzat da yapabilir. Böyle bir halde baba vekil sıfatiyle değil, şahit olarak mecliste bulunuyor demektir. Aynı şekilde, bir baba, küçük kızını veya oğlunu evlendirmesi için birisine vekâlet vermiş ve kendisi de nikâh meclisinde bizzat hazır ise, ikinci şahit rolünü oynamış olacak ve hazır olan diğer şahidin huzuru ile evlenme aktedilmiş olacaktır[183].

Evlenmede hazır bulunacak şahitlerin mutlaka erkek olması şart mıdır? Fakihlerin büyük bir kısmı bu soruya müsbet cevap vererek, iki şahidin de erkek olması gerektiğini savunurlar. Yalnız Hanefi mezhebi bu fikre katılmamış ve Kur'an'ın II. sûre'sinin 282. âyetinde mevcut"... Erkeklerinizden iki şahit yapın. Eğer iki erkek bulunmazsa o halde raazî (ve doğruluğuna emin) olacağınız şâhitlerden bir erkek ve iki kadın yeter..." hükmüne dayanarak evlenmede kadınların da şahit olabileceklerini kabul etmiştir. Buna göre, iki kadının şahadeti, bir erğinkine müsavi addedilir[184]. Ancak evlenme 4 kadın huzurunda yapılsa muteber sayılmaz. Diğer üç mezhebe mensup müellifler ise, Hanefilerin dayandığı âyet hükmünün mamelekî muamelelere ilişkin olup evlenmede uygulanamıyacağını iddia etmişlerdir. Buna karşılık Hanefiler, mezkûr âyet hükmünün genel mahiyette olduğu ve dolayısiyle kadınların evlenmede de şahadet edebilecekleri cevabını vermişlerdir[185].

2) **Menfi Şartlar (Evlenme Engelleri)**:

A) Umumî Olarak:

Evlenmenin şartlarını müsbet ve menfi olmak üzere iki kısma ayırdık. Yukarda müsbet şartların izahına çalıştık. Menfi şartlar evlenmenin muteber bir şekilde doğabilmesi için taraflarda bulunmaması gereken engellerdir. Buna kısaca evlenme engelleri de diyebiliriz. Zamanımız mevzuatlarının hemen hepsinde evlenme engellerine rastlanır. Bu engellerin menşeî bir takım ahlâkî, sosyal ve fizyolojik düşüncelere dayanır. Ancak eski ilkel toplumların çoğunda bu günkü anlamda evlenme engelleri yoktur. Örneğin, İslâmiyetten önce Arabistan'da, genel olarak evlenme engelleri bilinmiyordu. Başlıca evlenme engeli zina

183 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 104.
184 Bk. CSPE. art. 8.
185 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 102.

fiiliydi. Bu fiil, cezayı müstelzimdir. Ancak zina, ahlâkî değerlerin ihlâli sayıldığı için değil, kocanın mülkiyetine bir tecavüz teşkil ettiğinden dolayı cezalandırılıyordu.

Eski İran'da da genel olarak evlenme engelleri pek azdı. Bu gün kesin olarak evlenme engeli sayılan bir çok hallerde evlenme, Eski İran'da hoş görülmüş ve hattâ kardeşler veya ana ile oğul arasındaki evlenmeler iyi sayılmıştır[186]. Aynı şey eski Mısır'da ve İsparta'da da mevcuttu[187].

Muhtelif hukuk sistemlerinin evlenme engellerini tanzim tarzı tetkik edilirse, aralarında esaslı yakınlıklar olduğu görülür. Örneğin, Kilise hukuku ile İslâm hukukunun evlenme engeli saydıkları haller arasında esaslı bir benzerlik bulunduğu gibi [188] Kur'an'da sayılan evlenme engelleri de bugünkü hukukumuzda mevcut engellere hemen hemen aynen uymaktadır.

Evlenme engelleri mahiyetleri itibariyle iki kısımda incelenebilir: Bir kısmı hiç bir şekilde ortadan kalkmıyan daimi engellerdir ki bunlara mutlak evlenme engelleri de diyebiliriz. Diğeri ise, muayyen hallerde ortadan kalkan veya tarafların iradesiyle bertaraf edilebilen geçici veya nisbî engellerdir. Şimdi bu iki gruba giren engelleri ve bunların hüküm ve neticelerini tetkik edeceğiz[189].

B) Mutlak evlenme engelleri:

İslâmda mutlak evlenme engelleri, Kur'an'da Nisa sûresinin 23. âyetinde açıkça ifade edilmiştir. Bu âyetin "Analarınız, kızlarınız, kız

186 Bk. TEHERANI, age. sh. 101-111.

187 Bk. OKANDAN, age. sh. 90, 280.

188 Kilise hukukunda evlenme engelleri için bk. ESMEIN, age. I. sh. 211-226: 336-377.

189 İslâmda evlenme engelleri hk. Bk.
Le Coran (Trad: par E. MONTET) I. sourate 4. verset 26, 27, 28. Le Coran (Trad: par R. BLACHÈRE). sourate 4, verset 26/22, 27/23, 28/24. ÇANTAY, Kur'an-ı... S. 2. â, 22, 23, 24. CSPE art. 19-32. M. ZİHNİ, age. sh. 21. vd. BİLMEN. age. II. 79. vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 107. vd. JUNBOLL, age. sh. 217-223. MILLIOT, age. sh. 285 vd. HASAN RIZA, age. 14 vd. YOUNG, age. II. sh. 213.vd. BOUSQUET, age. I. sh. 95. vd. HALEBİ, age. I. sh. 333 vd. CLAVEL, age. I.sh 14. vd. D'OHSSON, age. V-VI sh. 161. vd.
ABD-EL FATTAH, age. sh. 56. vd. ÜÇOK, age. sh. 77. SALAMA, age. sh. 75 vd. BOUSQUET-BERCHER, age. sh. 13. vd. A. FYZEE, age. sh. 93. vd. Ö. FERRUH, İslâm Aile Hukuku (Tercüme: Y. ZİYA KAVAKÇI) Beyrut 1951. sh. 104 vd. SCHACHT, İslâm Ansiklopedisi. C. 9. sh. 259. İ. HAKKI, age. sh. 24 vd. VAN DEN BERG, age. II sh. 344. vd. ÇANDARLI, age. sh. 61-66. COLOMER, Le mariage au Maroc, Juris-classeur. 2. Fas. Année 1965. sh. 12-14. PESLE, age. sh. 148 vd. HUSSAMI, age. sh. 83 vd. AMIRIAN, age. sh. 29-30. BERKİ-HAMİDİ age. sh. 34. vd. H. REŞİT, age. sh. 9 vd.

kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, birader kızları, hemşire kızları ve sizi emziren süt analarınız, süt kardeşleriniz ve karılarınızın analarıyle... evlenmeniz size haram edildi"[190]. hükmünden üç mutlak engel ortaya çıkıyor: Kan hısımlığı, sıhrî hısımlık ve süt hısımlığı.

a) *Kan hısımlığı*:

Bütün kan hısımları arasında evlenme engeli yoktur. Kur'an'da kimlerle evlenilemiyeceği teker teker sayılmıştır. Zikrettiğimiz âyet hükmünü daha hukukî bir şekilde ifade etmek gerekirse, usul ve füru hısımları arasında evlenmenin yasak olduğu neticesine varılır. Bu yasak sınırsız olup, usul fürua herhangi bir dereceden sonra birbirleriyle evlenme hakkı verilmemiştir. Bu cümleden olarak, bir kimse büyükanası veya onun anası; kızının kızı veya onun torunuyla evlenemez. Daha uzak derecelerde bulunan usul ve füru arasında da evlenme yasaktır.

Üçüncü dereceye kadar civar hısımları arasında da evlenme yasağı vardır. Daha açık ifade etmek gerekirse, bir kimse kardeşi, kardeşinin çocukları, hala, teze, amca ve dayısıyle evlenemez. Amca, teyze, hala ve dayı çocukları, dördüncü dereceden hısım olmaları itibariyle evlenebilirler[191]. Görülüyor ki, kan hısımlığına ilişkin yasaklar TMK. nunda tanzim edilmiş olan yasakların aynıdır[192].

b) Sıhrî hısımlık:

Sıhriyet, eşlerden birini, diğerinin hısımlarına bağlayan hukukî bir rabıtadır. Eşlerden biriyle diğerinin usul ve füruğu arasında evlenme yasak edilmiştir. Buna göre karı veya kocadan biri, diğerinin ana babası, büyükbaba veya büyük anası ile evlenemiyeceği gibi; eşlerden biri, diğerinin başka bir evlenmeden doğan fürularıyle de evlenemez. Kur'an sıhrî hısımlıktan doğan evlenme yasağını "Babalarınızla evlenmiş olan kadınlar, karılarınızın anaları ve kendileriyle zifafa girdiğiniz karılarınızdan olup himâyelerinizde bulunan üvey kızlarınızla evlenmeniz size haram edildi"[193] hükmüyle açıkça ortaya koymaktadır. Gö-

190 Bk. ÇANTAY, Kur'an Hâkim... I. S. IV. â. 23. Kur'an'ı Kerim ve Türkçe Anlamı. Diyanet İşleri Başkanlığı yayınları. Ankara 1973. S. IV. â. 23. Le Coran (E. MONTET) I, sourate, IV. verset 27.

191 Bk. Dip not. 188 de zikrettiğimiz eserler.

192 Bk. TMK. Md. 92/1.

193 Bk. ÇANTAY, Kur'an-ı Hâkim.... I. s. IV. â. 22-23. Kur'an'ı Kerim ve Türkçe Anlamı (meâl). Diyanet İşleri Başkanlığı yayınları, Ankara 1973. s. 4. â. 22-23. Le Coran, (par PESLE, O. - TDJANI, A;) Paris 1948. sourate IV. verset 22-23. sh. 48. Le Coran, (Par R. BLACHÈRE) sourate IV. verset 26/22, 27/23. Le Coran, (Par E. MONTET). I. sourate IV. verset 26/27

rüldüğü üzere, sıhrî hısımlıktan doğan yasaklar da TMK. nunda kabul edilmiş olan yasakların aynıdır[194]. Sıhriyet doğuran evlenmenin ölüm veya boşanma ile sona ermesi, yasağı bertaraf etmez. Evliliğin zifaftan sonra sona ermesi şart olmayıp, mücerret müteber bir şekilde inikat etmesi yasağın doğumuna yeterlidir. Ancak evlenme her hangi bir şekilde fâsit veya bâtılsa, bu taktirde, zifaftan sonra evlenme yasağı doğar [195]. Eşlerden birinin usul ve füruğu arsında mevcut bu yasak sınırlı olmayıp uzak yakın bütün usul füru hısımlarına şâmildir[196].

Üvey babanın üvey kızıyla evlenmesi de, sıhrî hısımlığın icabı olarak yasaklanmıştır. Yalnız Kur'an burada bir fark yaparak, evlenme yasağının doğumunu, üvey baba ile üvey kızın anası arasında cinsî birleşmenin gerçekleşmesi vakıasına bağlamıştır[197].

Diğer taraftan, İslâm hukuku, Kilise hukukunda olduğu gibi[198], bir erkekle bir kadının evlilik dışı cinsel ilişkisini evlenme engeli olarak kabul etmektedir. Bir kadınla evlilik dışı cinsel ilişkiler kurmuş olan erkek o kadının kızı ve annesiyle; kadın da erkeğin babası ve oğlu ile evlenemez. Fakat bu kimseler, kadının kızı ve annesiyle evlenebilirler[199] Kilise hukuku bu konuda daha da ileri giderek, bir erkeğin evlilik dışı münasebette bulunduğu iki kadından birinin üçüncü dereceye kakadar kan hısımlarının, diğer kadınla evlenmesini yasaklamıştır[200]. Ancak evlilik dışı cinsel ilişkilerden doğan yasak, İslâm'ın mezhepleri arasında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebeb olmuştur. Gerçekten Şâfiîlere göre, evlilik dışı cinsel ilişki, kadının kızı ve anasıyle erkek ara-

194 Bk. TMK. Md. 92/2.

195 Konu ile ilgili bir fetva zikredelim: "Zeyd, Hind'i nikâhı sahih ile tezevvüç ettikten sonra zifafa girmezden evvel Hind'i boşasa, Zeyd'e Hind'in anası Zeyneb'i alması câiz olur mu?... Elcevap olmaz". "Zeyd, Hind'i nikâhı fâsitle alsa lâkin aralarında yakınlıktan dolayı nikâhın haramlığına bir sebeb bulunmadan Hind Zeyd'den ayrılsa, Zeyd'e Hind'in anası Zeyneb'i nikâhla alması caiz olur mu?... Elvecap.. Olur." FEYZİYE. Bk. HALEBİ, age. I. sh. 337.

196 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 96. BELLEFONDS. age. II. sh. 112. MILLIOT, age. sh. 285. HALEBİ. age. I. sh. 334. vd. D'OHSSON, age. V-VI. sh. 162-163. Kilise hukukunda sıhrî hısımlığın doğabilmesi için sadece evlenmenin inikadı yetmeyip Copula Carnalis'in yani cinsî birleşmenin de gerçekleşmiş olması gerekir. Bk. ESMEIN, age. I. sh. 377.

197 Bk. ÇANTAY, Kur'an'ı Hâkim, I s. IV. â. 29. Le Coran (Par: E. MONTET) I. sourate IV. verset. 27. Le Coran (Par: R. BLACHÈRE) sourate IV. verset 27/29.

198 Bk. ESMEIN age. I. sh. 377.

199 Bk. CSPE. art. 24. İ. HAKKI, age. sh. 25. CLAVEL, age. I. sh. 15. BELLEFONDS, age. II. sh. 109.

200 Bk. ESMEIN, age. I. sh. 380.

sında evlenme yasağı doğurmaz. İmdi bir kimse evlilik dışı kızı ile evlense bu evlenme muteber sayılacaktır. Çünkü kızın anası ile tabiî baba arasında, bâtıl da olsa herhangi bir evlilik rabıtası mevcut değildi. Bununla beraber, bu neviden evlenmeler iyi sayılmaz (mekrûh)[201].

Hanefi ve Hanbelî hukukunda ise, bir kadınla evlilik dışı münasebette bulunmak, o kadının usul ve füru ile evlenmeye engel teşkil eder. Çünkü nikâh cinsî münasebet anlamına gelip, bunun meşru veya gayrı meşru olması arasında fark yoktur. Hattâ sadece şehvetle bir kadını öpmek veya okşamak yahut tenasül uzuvlarına bakmak, evlenme yasağı doğurmaya yeterli sayılır. Aynı şey kadın için de vârittir.[202] Bu yasak yüksek ahlâkî düşüncelerle kabul edilmiştir.

Mâlikilerin bu konudaki tutumu kesin değildir. Malikî hukukçulardan bazıları bu engeli kabul ederken, bazıları da reddetmektedir[203]. Mâlikî Dardîr'e göre, evlilik dışı münasebetten erkek veya kız bir çocuk doğmuşsa yasak vardır; aksi halde sadece cinsî münasebet evlenmeye engel değildir[204]. Bir hususu ilâve etmekte fayda mülahaza ediyoruz: İslâm hukuku, bugünkü hukukumuzda mevcut olan evlâtlıkla evlât edinen veya bunlardan biriyle diğerinin karı veya kocası arasındaki evlenme yasağını kabul etmemektedir. Cahiliyye devrinde evlât edinme çok sık uygulanıyordu. Evlâtlık, evlât edinenin öz oğlu oluyordu. Hal böyle olunca evlât edinen evlâtlığının karısıyle evlenemiyordu. Ancak Peygamber'in, evlâtlığı Zeyd'in karısı ile evlenmek istemesi üzerine, evlât edinme müessesesi ve bundan doğan evlenme yasağı refedilmiştir[205].

201 Bk. MILLIOT, age. sh. 288 BELLEFONDS, age. II. sh. 109. CLAVEL, age. I. sh. 15. BİLMEN, age. II. sh. 98-100-102.

202 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 97, 98, YOUNG, age. I. sh. 213. BOUSQUET-BERCHER, age. sh. 14. (dip not 15) MILLIOT, age. sh. 288. BELLEFONDS, age. II. sh. 109-110. CLAVEL, age. I. sh. 15. D'OHSSON, age. V-VI. sh. 163. Ö. FERRUH, age. sh. 105.

203 Bk. MILLIOT age. sh. 288. CLAVEL, age. I. sh. 15. BELLEFONDS, age. II. sh. 110, BİLMEN, age. II. sh. 98.

204 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 110.

205 Le Coran (Par: E, MONTET) I. sourate XXX III. versets 4, 5, 37 . Kur'an'ı Kerim ve Türkçe Anlamı (meâl), Diyanet işleri Başkanlığı yayınları Ankara 1973. s. 33. â. 4,5,37. sh. 417, 421. 33. sûrenin 37. âyeti Peygamberin evlâtlığı Zeyd'in, karısı ile evlenmesini meşrulaştırmak için inmiştir. Eski kölesi ve evlâtlığı Zeyd'in karısı Zeyneb'i bir ziyaret sırasında gören Peygamber ona hayran olur ve evlenmek ister. Zeyd, Peygamber'in arzusunu yerine getirmek için Zeyneb'i boşar:ve Peygamber Zeyneb ile evlenir. Ancak bu evlenme Arap toplumunda bir skandal yaratmış ve Peygamber'in hareketini meşru göstermek için, evlâtlığın karısı ile evlenmeye cevaz veren 37. âyet indirilmiştir. Le Coran, II (Par: E. MONTET) sourate XXXIII. verset 37. dip not 5. Le Coran, (par PESLE, O. TDJANI, A;) sourate XXIII verset 4, 5, 37. sh. 273. 276. MILLIOT, age. sh. 287.

c) Süt hısımlığı = (Reda):

a') Umumî Olarak

İslâm hukuku, kan ve sıhriyet yoluyle hısımlıktan başka bir hısımlık daha kabul etmiştir. Bu, süt hısımlığıdır. Kendinden olmayan bir çocuğu emziren kadınla o çocuk arasında süt hısımlığı doğar. Kadın süt ana, çocuk da süt evlât sayılır. Sütle kurulan bu rabıta, çocukla, süt ana ve diğer bazı hısımlar arasında evlenme engeli doğurur. Öyle ki süt hısımlığı, bazı istinalar dışında kan hısımlığı ile aynı yasağı doğurur[206]. Manevî hısımlık da diyebileceğimiz bu rabıtaya benzer bir durum kilise hukukunda da mevcuttur. Gerçekten Hıristiyanların "Vaftiz" âdeti, babası yahut anası ile vaftiz edilen çocuk arasında manevî bir hısımlık rabıtasına müncer olur ve bu şekilde hısım olanlar birbirleriyle evlenemezler. Justinien vaftiz ana veya baba ile vaftiz edilen erkek veya kızın evlenmesini kesinlikle yasaklamıştır. Daha sonra vaftiz baba ve ana ile çocuğun asıl ana ve babası arasında da bir hısımlık rabıtasının doğacağı kabul edilmiş ve "Compater" ve "Commater" denen bu kimseler arasında evlenme yasaklanmıştır. Kilise hukukunda manevî hısımlığın bir üçüncü nevi'de "Fraternitas"tır. Vaftiz babası veya anasının çocukları ile vaftiz edilen kimse arasında da bir hısımlık doğar ve binnetice manevi kardeş sayılan bu kimselerin evlenmeleri yasaktır. Fakat bu yasak mutlak değildir[207]. Ancak Kilise hukukunda mevcut bu hısımlık, İslâm'ın tanzim ettiği süt hısımlığı kadar şumüllü neticeler doğurmaz. İslâm, sütü kana benzeterek, ona aşağı yukarı kan hısımlığının bütün neticelerini izafe etmiştir.

b') Menşeî:

Süt hısımlığı menşeîni cahiliyye devrinde bulur. Eski Araplar, çocuklarını iki yaşına gelinceye kadar süt anasına bırakırlardı[209]. Çocukla süt anası ve diğer bazı hısımlar arasındaki evlenme yasağının menşeî muhtemelen bu âdete dayanır. Kur'an'da sadece süt ana ve süt kardeşlerle evlenilemiyeceği belirtiliyorsa da [210], İslâmiyetin ilk yıllarından itibaren hukukçular bu yasağın şumulünü genişletmişlerdir. Diğer taraftan Peygamber, muhtelif hadislerinde süt hısımları arasındaki evlenme yasağına işaret etmiştir[211]. Süt hısımlığının kan hısım-

206 Bk. CSPE. art. 25.

207 Bk. ESMEIN, age. I. sh. 362-375.

208 Bk. MILLIOT, age. sh. 286. PESLE, age. sh. 151-153.

209 Bk. CHATILA, age. sh. 209.

210 Bk. Le Coran (Par E. MONTET) I. sourate IV. verset 27. ÇANTAY Kur'an-ı Hâkim... s. IV. â. 23. Le Coran, (Par R. BLACHÈRE) sourate IV. verset 27 /23.

211 Bk. El-BOKHARI, age. III. sh. 556 daki hadisler.

lığına benzetilmesinin sebebi şöyle izah edilmektedir: Süt, çocuğun gelişmesi ve büyümesi için zarurî bir gıdadır. Çocuğun asıl anası gibi, süt anası da onun gelişmesine hizmet etmektedir. Süt vasıtasıyle, süt ana ile çocuk arasında koparılması mümkün olmayan bir ilişki doğar. Çocuk âdeta süt ananın bir parçası sayılır. Bu derece saygıya lâyık bir rabıta evlenme fikri ile bağdaşmaz[212]. 20. asırda yapılmış olan bütün İslâm aile hukuku kodları, süt hısımlığından doğan evlenme yasağını, Klâsik İslâm hukukunun tanzim ettiği şekilde aynen muhafaza etmişlerdir[213]. TMK nu ilk iktibası sırasında süt ana ve kardeşle evlenmeyi yasaklamıştı. Fakat kanun daha yürülüğe girmeden önce, süt hısımlığına ilişkin yasak hükmü metinden çıkarıldı[214]. Bellefonds, bu değişiklikten habersiz, halen TMK. nunda süt hısımlığından doğan yasak hükmünün mevcut olduğunu ileri sürmektedir[215].

c') Süt hısımlığının şartları:

Süt ana ile emzirdiği çocuk arasında hısımlık rabıtasının doğabilmesi için bazı şartlar aranır:

Bir kere, emzirilen çocuk iki yaşını geçmemiş olmalıdır[216]. Çünkü normal olarak çocuğun 2 yaşına kadar emmeye muhtaç olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu konuda İmam Ebu Hanife ile öğrencileri E. Yusuf ve Muhammed arasında görüş ayrılığı vardır. Ebu Hanifeye göre, çocuğun doğumundan itibaren 30 ay içinde vukubulan emzirmeler hısımlık doğurur. İmameyn ise bu süreyi iki sene olarak kabul etmiştir. Neticede İmameynin fikri bütün mezheplerce benimsenmiştir[217]. Emzirme bu müddet geçtikten sonra olmuşsa, süt hısımlığı doğmaz.

Bundan başka süt anasında da bazı şartlar aranmaktadır: Hanefilere göre, süt anası sayılacak kadın dokuz yaşından küçük olamaz. Ancak kadının bâkire veya yaşlı olması arasında fark yoktur. Ölü kadının sütü ile de hısımlık doğar. Malikîler de bu konuda Hanefiler gibi düşünmektedir. Şâfiîler, ölü kadının sütünün hısımlık doğurmayacağını kabul ederler. Bâkire kadının sütü ile hısımlık doğar.

212 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 95. BELLEFONDS, age. II. sh. 115.

213 Bk. Code tunisien, art. 17. Code marocain, art 28. Code irakien, Loi jordanienne de 1951, art. 15. Hukuk-i Aile Kararnamesi md. 18, 54. Code Syrien. art. 35.

214 Bk. FEYZİOĞLU, age. sh. 98. VELİDEDEOĞLU, İsviçre Medeni Kanunu Karşısında Türk Medenî Kanunu sh. 353. Mk. nun XV. Yıldönümü için... İst. 1944.

215 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 115.

216 Bk. CSPE. art. 375.

217 Bk. HALEBİ, age. I. sh. 421-422. BOUSQUET-BERCHER, age. I. 48. BİLMEN, age. II. sh. 84. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 170. YOUNG, age. II. sh. 214.

Hanbelîlere göre, gebe olmayan kadının ve bâkirenin sütüyle hısımlık doğmaz; çünkü bu halde gerçek sütten bahsedilemez.

Zahiriyye mezhebine göre de ölmüş kadının sütü ile hısımlık sabit olur[218]. Hanefilere göre, çocuk tarafından emilen veya çocuğun boğazına dökülen yahut enjekte edilen sadece bir damla süt, evlenme yasağı doğurmaya yeterlidir. Malikîler de aynı görüşü paylaşmaktadırlar. Buna karşılık Şâfiîler, çocuğun en az 5 defa emmiş olması halinde süt hısımlığının doğacağını kabul ederler. Hanbelîler de Şâfiîlerin fikrine katılırlar[219]. Ancak Peygamber'in Hadis-i Buharî'de zikredilen bir hadisine göre, emmenin süt hısımlığını doğurabilmesi için çocuğun açlığını gidermesi gerekir. Yani bir kaç damla sütü emmekle hısımlık doğmaz[220]. İfade etmek gerekir ki, bu hadis hükmü yukarda ifade edilen fikirlerden daha mantıkîdir. Süt hısımlığı, sütün çocuğun gelişmesinde oynadığı rol nazara alınarak izah edildiği cihetle, sadece bir kaç damla sütün veya ölünün sütünün çocuğun sıhhatine faydalı olmıyacağı ve hattâ zararlı olabileceği izaha muhtaç bir şey değildir.

Sütün hangi hallerde hısımlık doğuracağı hususunda çok çeşitli ihtimaller üzerinde durulmuştur. İslâm hukukunun kazuistik karakteri icabı olan bu haller, tatbiki önemi haiz olmadığından üzerinde durmuyoruz. Şimdi, süt hısımlığının neticeleri üzerinde duracağız:

d') Süt hısımlığının neticeleri:

Süt hısımlığının bizim için önemli olan neticesi süt veren ve süt emen ve bunların bazı yakınları arasında mevcut olan evlenme yasağıdır. Süt veren kadına süt ana denir; süt ananın kocası da emen çocuğun süt babasıdır. Kadının sütünün sebebi olan hâmilelik, kocanın fiiliyle, ister muteber veya bâtıl bir evlenme neticesi olsun ve hattâ hataen vukubulan bir cinsî münasebetle olsun, süt babalığın doğumuna yeter[221]. Süt baba veya süt ananın tabiî çocukları ve onlara süt hısımlığı ile bağlı olanlar kadından süt emmiş olan çocuğun kardeşleri sayılır. Durum böyle olunca süt hısımlığı, kan ve sıhrî hısımlık gibi evlenme yasağı doğurur.

---

218 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 83-84.

219 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 82-83. BELLEFONDS, age. II. sh. 119. CSPE. art. 375. MILLIOT, age. sh. 286.

220 Bk. EL BOKHARI, III sh. 556.

221 Bk. CSPE. art. 376.

e') Evlenmeleri yasak olan kimseler:

Süt hısımlığından doğan evlenme yasağını şöyle ifade etmek mümkündür: "Emene emdirenin küllü haram, emdirene emenin nefsi haram"[222]. Bunu izah etmek gerekirse:

– Bir kimse, süt anası ve süt anın usulü ile evlenemez, yasak muayyen bir dereceye kadar olmayıp sonsuzdur.

– Süt kızı yani karısının emzirdiği kız ve onun füruğlarıyle;

– Süt kız kardeş ve sınırsız olarak onun füruğlarıyle; süt kız kardeş, ana baba bir, baba veya ana bir olabilir.

– Süt ananın hala ve teyzesiyle evlenemez[223]. Bu yasaklar, süt hısımlığının kan hısımlığına benzetilmesinden doğmaktadır. Bir kısım süt hısımları arasındaki evlenme yasağı da sıhrî hısımlıktan doğan yasağa benzer. Bunları şöylece sıralıyabiliriz:

– Bir kimse, süt oğlunun veya süt torununun karısıyle evlenemez; Evlilik zifaftan evvel boşanma ile yahut kocanın ölümüyle sona ermiş olsa bile yasak devam eder.

– Süt babanın karıları veya süt babanın usullerinin karılarıyle evlenilemez.

– Karının süt anneleri ve sınırsız olarak onların usulleriyle evlenmek caiz değildir. Bu yasak evlenmenin inikadı anında doğar.

Kan hısımlığı ve sıhrî hısımlıktan farklı olarak, bazı süt hısımlarıyle evlenmek mümkündür. Halbuki bu kimseler kan veya sıhrî hısımlıkla birbirlerine bağlı kimseler olsaydı evlenemezlerdi.

– Gerçekten erkek veya kız kardeşin süt anası ile;

– Kız veya erkek kardeşin süt kız kardeşi ile;

– Süt çocuklarının büyük anaları ile;

– Süt amca, dayı, hala ve teyzenin anasıyle;

– Süt kızı veya oğulun babası, kız veya erkek kardeşinin kızları ile;

– Süt torunun süt anası ile;

222 Bk. HALEBİ, age. (M. UYSAL tercümesi). I. sh. 427.

223 Bk. CSPE. art. 377. BELLEFONDS, age. II. sh. 115. BİLMEN, age. II. sh. 85-86. HALEBİ, age. I. sh. 423. İSMAİL HAKKI, age. sh. 27.

– Süt kardeşin kız kardeşi ve süt dayının kız kardeşi ile evlenmek mümkündür.

– Süt ana, süt oğlunun neseben babası, büyük babası, kardeşi, dayısı, teyzesinin oğlu, amcası ve dayısı ile evlenebilir[224].

Ancak belirtmek gerekir ki, kan hısımlığı bahse konu olsaydı yukarda zikredilen kimseler arasında evlenme mümkün olmazdı.

f') Evliliğin devamı sırasında ortaya çıkan süt hısımlığı:

Bilindiği gibi İslâm'da evlenme için bir yaş kaydı yoktur ve çok karılılık esası câridir. Şimdi bir kimse, aynı zamanda bir reşit kadın ve bir süt çocuğu ile evlenir ve reşit karı bu çocuğu emzirirse; reşit kadınla zifaf vukubulduğu taktirde her ikisi de kocaya ebediyyen yasak olurlar. Aksi halde, koca yeni bir nikâhla emzirilen küçüğü alabilir. Reşit kadın küçük ortağını süt hısımlığının neticelerini bilerek ve kötü niyetle emzirmişse, aldığı mehrin yarısını kocasına iade etmek zorunda kalır[225]. Küçük olan karı ise mehrin yarısını alır.

g') Süt hısımlığının isbatı:

Süt hısımlığı şahitle veya ilgililerin ikrarı ile isbat edilebilir. Evlenmiş olan kimselerin süt hısımı olduğu sabit olursa, evlenme kendiliğinden sona ermez; kadi'nin evlenmeyi feshetmesi gerekir[226].

Bir erkek, karısı ile süt kardeş olduğunu ikrar ederse, onun bu beyanı muteber kabul edilir ve evlenme kadi tarafından feshedilir. İkrar üzerinde israr edilmişse, sonradan bu ikrardan cayılamaz. İsrar etmeksizin sadece ikrar edilip sonradan hataya düşüldüğü iddia edilirse, tarafların ayrılmasına hükmedilemez. Ancak süt hısımlığını isbat hususunda karının ikrarına itibar edilmez. Çünkü kadın hayali bir süt hısımlığı iddiası ile istemediği evlenmeden kurtulmak isteyebilir. Halbuki erkeğin buna ihtiyacı yoktur; mutlak olarak haiz bulunduğu ta-

224 Bk. CSPE. art. 377. Ayrıca Bk. BOUSOUET-BERCHER, age. sh. 48. vd. BİLMEN, age. II. sh. 88-89. HALEBİ, age. I. sh. 434-435. Bu konuda bir fetva zikredelim'. Zeyd, Hind'i nikâhladıktan sonra, Hind Zeyd'in diğer karısı Zeyneb'in süt anası olduğu şeriat hükmü üzere sabit olsa, Hind'in Zeyd'den ayrılması lâzım olur mu? Elcevap: Olur." (BEHCE). HALEBİ, age. I. sh. 435-36.

225 Bk. CSPE, art. 378.

226 Süt hısımlığının isbatı konusunda Bk. BİLMEN, age. II. sh. 91-94. VAN DEN BERG, age. III. sh. 72. PESLE, age. sh. 155. CLAVEL, age. I. sh. 16. BELLEFONDS, age. II. sh. 119. HALEBİ age. I. sh. 435. vd. BOUSQUET-BERCHER, age. sh. 52. CSEP. art. 397.

lâk yetkisinini kullanmak suretiyle evlenmeye son verebilir. Bu bakımdan, süt hısımlığının isbatında karının ikrarı nazara alınmayıp sadece kocanın ikrarına itibar edilir[227].

Şahitle isbat konusuna gelince: Hanefilere göre süt hısımlığı, iki erkek veya bir erkek iki kadının şahadeti ile sabit olur[228].

Mâliki mezhebinde iki erkeğin şahadeti asıl olmakla beraber, evlenmenin inikadından önce halk arasında süt hısımlığının isbatı için, bir erkek ve bir kadının veya iki kadının şahadetinin yeterli sayıldığı hususunda bir örf varsa, bunların şahadeti ile hükmolunur. Ancak bir kadının şahadeti süt hısımlığını isbata yetmez[229]. Fakat böyle bir ikrar vukuunda, eşlerin ayrılması dinî yönden iyi sayılır.

Şâfiîlere gelince; süt hısımlığı, iki erkeğin veya bir erkekle iki kadının veyahut yalnız dört kadının şahadeti ile isbat olunabilir. Fakat isbat için sadece taraflar arasında süt hısımlığı olduğunu beyan etmek yetmeyip, aynı zamanda emmenin zamanı ve miktarı, sütün çocuğun ağzına verildiği ve çocuğun bunu yuttuğu gibi hususların da şahitler tarafından beyan edilmesi gerekir[230].

Hanbelî mezhebinde ise, şahitle isbat konusunda muhtelif görüşler vardır: Bir fikre göre, sadece süt anasının veya âdil bir şahsın şahadeti, isbat için yeterlidir. İmam Ahmed'e atfedilen bir rivayete göre, ancak iki kadının şahadeti muteberdir. Fakat İmam Ahmed'e mal edilen başka bir rivayete göre, âdil tek bir kadının şahadeti ile de süt hısımlığı sabit farzedilir[231].

Böylece daimî veya mutlak evlenme engellerini incelemiş olduk. Şimdi de geçici veya nisbî diyebileceğimiz evlenme engellerini gözden geçirmeğe çalışacağız.

---

227 BELLEFONDS, age. II. sh. 119-120. BİLMEN, age. II. sh. 92. Kadının ikrarı konusunda bir fetva zikredelim: "Hind kendini Zeyd'e nikâhladıktan sonra, ben Zeyd'i emme müddetinde emdirmiştim dediğinde Zeyd' inkâr edip, emişme sâbit olmasa, Hind kendi sözü ile kendini Zeyd'den tefrik ettirmeye kadir olur mu?..." "Elcevap... olmaz" (ALİ EFENDİ), Bk. HALEBİ, age. I. sh. 436.

228 Bk. CSPE, art. 379.

229 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 94. Aksi fikir, Bk. HALEBİ, age. I. sh. 435.

230 Bk. VAN DEN BERG, age. III. sh. 76. BİLMEN, age. II. sh. 94. HALEBİ, age I. sh. 435.

231 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 16. BİLMEN, age. II. sh. 94.

C) Geçici veya nisbî evlenme engelleri:

Mutlak veya daimî engeller, hiç bir şekilde bertaraf edilemedikleri halde, geçici yahut nisbî engeller muayyen hallerde ortadan kalkabilir ve önce evlenmeleri yasak olan kimseler muteber bir şekilde evlenebilirler. Başlıca geçici engelleri şöyle sıralayabiliriz: Din ayrılığı, dört kadınla evli olma (tetragamie); üçlü boşanma, bekleme müddetleri; mülkiyet hakkı, ihram hali, başkasıyle evli olma vs. Geçici evlenme engeli sayılan halleri zikrettikten sonra, bunların niçin geçici vasfını taşıdıkları kolayca anlaşılır. Örneğin, din ayrılığı bahse konu ise; bu engel dini ayrı olan tarafın İslâmiyeti kabul etmesiyle ortadan kalkar veya kadının bekleme müddeti dolmakla bu hale ilişkin yasak da ortadan kalkar. Şimdi geçici evlenme engeli teşkil eden halleri ayrı ayrı kısaca tetkik edeceğiz[232].

a) Din ayrılığı:

a') Umumî olarak:

Evlilik hayatı, eşlerin karşılıklı sevgi ve saygı anlayışı içinde birbirleriyle tam olarak anlaşmalarını icabettirir. Aynı dine inanan kimseler, farklı dinlerden olanlardan daha kolay ve iyi anlaşırlar. Diğer taraftan karı kocanın ayrı dinlerden olması doğacak çocukların dinî veya ahlâkî eğitimlerini de şu veya bu yönde etkiliyecektir. Bu sebeble İslâm'da olduğu kadar Hıristiyanlıkta ve Musevîlikte de din ayrılığı bir evlenme engeli olarak karşımıza çıkar. Gerçekten Kilise hukuku, 12. asırda Hıristiyanlarla Hıristiyan olmayanların evliliğini bâtıl saymıştır. Roma İmparatorluğu kanunları ise Hıristiyanlarla Musevîlerin evlenmesini kesin olarak yasaklamıştı. Daha IV. asıran itibaren mahallî konsiller, Hıristiyanlarla Hıristiyan olmıyanların evlenmelerini yasaklayan bir çok kararlar aldılar. Hattâ bazı metinler, Hıristiyanlığın muhtelif mezhepleri arasında evlenme yasağı kabul etmektedirler. Bu yasağı koyarken Hıristiyanlığın güttüğü amaç da İslâmiyetinki gibidir. Ancak Kilise hukukunda evlenmenin dinî bir yanı vardır. Evlenme,

232 Geçici evlenme engelleri için Bk. CSPE. art. 26-32. SALAMA, age. sh.85. vd.CLAVEL, age. I. sh. 17. vd. BİLMEN, age. II. sh. 104. vd. MILLIOT, age. sh. 288. vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 122. vd. TEHERANI, sh. age. 115. vd. VAN DEN BERG, age. II. sh. 347. 349. BOUSQUET, age. I. sh. 98. vd. BOUSQUET-BERCHER, age. sh. 40-44. HUSSAMI, age. sh. 85-86. İSMAİL HAKKI, age. sh. 29. HALEBİ. age. I. sh. 345 vd. A. A. FZEE, age. sh. 93 vd. SAUSER-HALL, G. la réception des droits européens en Turquie. Recueil de travaux Publiés à l'occasion de l'assemblée de la société suisse des juristes à Genève. 1938 sh. 327-360. NEIL BAILLIE, age. sh. 23 vd.

Kilise, İsa ve Tanrı'nın meydana getirdiği birliği temsil eder. Halbuki Hıristiyan olmayan kimselerin evlenmesi böyle bir netice doğurmaz[233].

İslâm, bu konuda Hıristiyanlık kadar sert değildir. Din ayrılığı yalnız kadınlar bakımından bir engel sayılıp erkeklerin, semavî dinlerden birine inanan kadınlarla evlenmesi mümkündür. Ancak puta tapanların veya müşriklerin = (Allaha eş tanıyan) İslâmlarla evlenmesi kadın erkek farkı gözetilmeksizin kesin olarak yasaktır.

Şimdi meseleyi biraz daha yakından görelim:

b') Putperestlerle evlenme yasağı.

Müslüman erkek veya kadın, putperestlerle evlenemez. Yalnız Allaha eş tanıyanlar değil, güneşe, aya ve yıldızlara, tabiat kuvvetlerine tapanlar da putperest, müşrik sayılırlar. Puta tapanlarla evlenme yasağı, Kur'an'da açıkça ifade edilmiştir. Gerçekten "İnanmadıkça, putperest kadınlarla evlenmeyiniz. Şüphesiz, inanmış bir köle, hoşunuza gitse bile, putperest kadından daha iyidir. İslâmiyeti kabul etmedikçe, kızlarınızı putperest erkeklere vermeyiniz. Çünkü inanmış bir köle, hoşunuza gitse bile, putperest erkekten daha iyidir." hükmünü koyan Bakara sûresinin 220/221. âyeti[234] bu konuda tereddüde meydan bırakmamaktadır. Bazı hukukçuların sert tepkisine rağmen, Sabiiyye bir kadınla bir müslümanın evlenmesi, kadının aynı zamanda semavî bir kitaba inanması şartiyle, hoş görülmüştür. Ekseriya bunların yıldızlara karşı olan saygıları bir tapınma gibi değil, Müslümanların ibadet için kıbleye dönmeleri gibi telâkkî edilmektedir[235]. Allah'a eş tanıyan kimselerle evlenme yasağı, bu kimselerin semavî dinlerden birini kabul etmeleri halinde ortadan kalkar.

Semavî dinlerden birine inananlara ehli kitap tâbir edilir. Müslümanlarla ehli kitap olanların evlenmesi mümkündür. Ancak hemen ilâve edelim ki, İslâm burada kadınla erkek arasında bir ayrım yapmış ve sadece müslüman erkeklerin, ehli kitap yani Hıristiyan veya Musevî kadınlarla evlenebileceklerini kabul etmiş, kadınların ise ehli kitap erkeklerle evlenmesini yasaklamıştır.

c') Müslüman erkek ehli kitap kadınla evlenebilir.

Müslüman bir erkeğin, Hıristiyan veya Musevî bir kadınla evlenmesine cevaz verilmiştir. İslâm, bunda bir sakınca görmemiştir. Çünkü

233 Kilise Hukuku için Bk. ESMEIN, age. I. sh. 212-226.

234 Bk. Le Coran (Par: E. MONTET). I. sourate. II. verset 220. ÇANTAY, Kur'an-ı Hâkim.... I s. II. â. 221. Le Coran, (Par: R. BLACHÈRE). sourate II. verset 220/221.

235 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 122. BİLMEN, age. II. sh. 108.

ailenin şefi kocadır. Kadın kocasına tâbidir. Koca, İslâmiyeti kabul etmesi için kadın üzerinde tesirli olabilir. Ana Hıristiyan veya Musevî ise, evlenmeden doğan çocuklar babanın dininden sayılır[236].

Ehli kitap kadınlarla evlenme, İslâmiyetin yayılmasına yardımcı bir faktör olarak da kabul edilmektedir[237]. Ehli kitap kadınlarla evlenme, bizzat Kur'an'da kabul edilmiştir. Gerçekten El-Mâide sûresinin 5. ayetinde "Bugün size bütün iyi ve temiz nimetler helâl kılındı. Kendilerine kitap verilenlerin yiyeceği sizin için halâl olduğu gibi, sizin yiyecekleriniz de onlar için halâldır.... müminlerden hür ve iffetli kadınlarla, kendilerine sizden evvel kitap verilenlerden yine hür ve iffetli kadınlar dahi, mehrini verdiğiniz zaman, size halâldır..." [238] deniyor.

Ehli kitap kadın, zimmî olabileceği gibi harbî de olabilir. Evlenme, Hıristiyan veya Musevî olan kızın velisi ile erkek arasında ve iki şahit huzurunda muteber olarak aktedilir. Şahitlerin müslüman veya kadının dininden olması şart olmayıp, Hıristiyan yahut Musevî olabilirler. Şahitlerin beyanı evlenmenin kadın tarafından inkârı halinde isbata yeterli olup, kocanın inkârı halinde hükümsüz sayılır. Müslüman kadınla evli bir erkek aynı zamanda ehli kitap bir kadınla da evlenmişse, her iki eş kocaya karşı aynı haklara sahiptirler[239].

Kur'an'da mevcut bazı âyetler, ehli kitap kadınlarla evlenme konusunda tereddütleri mucip olmuştur. Gerçekten, IX. sûre'nin 30. âyeti "Yahudiler, Uzeyr Allah'ın oğludur; Hıristiyanlar da İsa Allah'ın oğludur dediler... onlar bununla kendilerinden evvel küfredenlerin sözlerini taklid ediyorlar. Hey Allah kahretsin onları, çünkü onlar yalancıdırlar."; V. sûrenin 76. âyeti, "Gerçekten Allah, Meryem'in oğlu İsa'dır. diyenler, kâfirdir.". Aynı sûrenin 77. âyeti ise "Gerçekten, Allah üçün üçüncüsüdür" diyenler kâfirdir. Çünkü Allah birdir ve ondan başka Tanrı yoktur.." hükmünü ihtiva etmektedir. Sûrenin 77. âyetinde bahse konu olan trinité = üçlük, Allah, Meryem ve İsa' dır. Şimdi bu âyetler karşısında, ehli kitap olan Musevî ve Hıristiyan ların da, Allah'a eş tanıdıklarından, müşrik sayılmaları ve müslümanlarla evlenememeleri gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim bazı müellifler,

236 Bk. CSPE. art. 124.

237 Bk. SALAMA, age. sh. 96. MILLIOT, age. sh. 289.

238 Bk. ÇANTAY, Kur'an-ı Hâkim... I. s. V. â. 5. Le Coran (Par: E. MONTET). I. sourate V. verset. 7.

239 Bk. CSPE. art. 120-121. Bk. Ayrıca Dipnot 217 de zikredilen eserlere.

ancak Uzeyr ve İsa'nın Allahın oğlu olduğuna ve trinité'ye inanmıyan Musevî ve Hıristiyan kadınlarla evlenilebileceğini ileri sürmüşlerse, de, sonradan inmiş olan V. sûrenin 5/7 âyetinin, Musevî ve Hıristiyanları, daha önce inmiş olan II. sûrenin 220/221. âyeti hükmünün dışında bıraktığı icma ile kabul edilmiştir[240]. Ancak Kur'an'da mevcut bu açık hükümlere rağmen Malikî ve Hanbelî'ler, bir müslümanın bir ehli kitap kadınla aktetdiği evlenmeyi mekrûh kabul ederler[241].

Bir müslümanla evli Hıristiyan kadın Musevî veya Musevî bir kadın Hıristiyan olursa, evlenmenin muteberiyetine hâlel gelmez[242]. Ancak din ayrılığı, eşler arasında miras hükümlerinin cereyanına mâni olur; yani eşler birbirlerinin mirasçısı olamazlar.

d') Müslüman kadın müslüman olmıyan erkekle evlenemez:

Müslim kadın ancak müslim bir erkekle evlenebilir. Bütün mezheplerce kabul edilmiş olan bu esas, ayrıca Kur'an'da açıkça belirtilmiştir.[243]. Müslüman kadının ehlî kitap erkeklerle evlenememesinin sebebi, yabancı ile evlenen kadının kaybedildiği yolunda İslâm'da mevcut zihniyettir. Daha açık bir deyimle, yukarda müslüman erkeğin ehli kitap kadınla evlenmesine cevaz veren sebebler, burada müslüman kadını gayrimüslim erkekle evlenmeden men ediyor. Bu yasak üzerinde o kadar çok ısrar edilmiştir ki 20. asırda yapılan İslâm aile hukuku kodlarının hemen hepsi müslim kadının gayrimüslim erkekle evlenemiyeceğini sarih olarak tekrar etmek ihtiyacını hissetmişlerdir[244].

Din ayrılığından doğan geçici evlenme engelinin tetkiki sırasında gayrimüslim olan karı kocadan birinin veya her ikisinin İslâmiyeti kabul etmesi yani irtidat halinde onların evliliklerinin hukuken ne olacağı meselesi üzerinde de durmak gerekir.

e') G. müslim karı kocadan birinin veya ikisinin İslâmiyeti kabul etmesi = (İrtidat).

Burada muhtelif ihtimaller ortaya çıkabilir: Bir kere g. müslim kocanın g. müslim karısı İslâmiyeti kabul etmiş olabilir. Bu takdirde,

240 Bk. İbn Rüşd, Bidâya. II. 44. BELLEFONDS, age. II sh. 123. de.

241 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 108-109. BELLEFONDS, age. II. sh. 123

242 Bk. CSPE, art. 123.

243 Bk. Le Coran (par: E. MONTET) II. sourate LX. verset 10. ÇANTAY, Kur'an-ı hâkim... III. S. LX. â. 10.

244 Örneğin, 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi, 58. maddesinde, müslim kadının gayrimüslim erkekle evlenmesini bâtıl saymıştır. Ayrıca Bk. Code irakien art. 17.

koca müslüman olmağa çağrılır. Çağrıya uyar, İslâmiyeti kabul ederse, eşlerin her ikisi de müslüman olduğundan evlenme muteber olarak devam eder; yeter ki eşler müslüman olmakla birbirleriyle evlenmeleri yasak kimseler haline gelmiş olmasınlar. Koca müslüman olmağı reddetmişse kadın evlenmeyi fesheder. Yalnız koca henüz küçük ve hareketlerinin neticesini anlama yeteneğine sahip değilse, onun bu yeteneği kazanacak çağa gelmesi beklenir. Koca akıl hastası ise iyi olması beklenmeden, ana ve babası müslüman olmağa çağırılır. Onlardan biri İslâmiyeti kabul ederse, henüz mümeyyiz olmayan koca da müslüman olmuş sayılır ve evlenme feshedilemez. Red halinde evlenme feshedilir. Kadi karar vermedikçe, evlenme devam eder[245]

G. Müslim karı kocadan müslüman olanı koca ise, evlenme feshedilemeyip muteber olarak devam eder. Çünkü müslim bir erkekle ehli kitap bir kadının evlenmesi hukuken muteber ve dinî bakımdan da caizdir. Kadın Hıristiyan veya Musevî değilse müslüman olmağa çağrılır; kabul etmezse evlenme feshedilir. Fesih için kadi'nin kararı gerekir[246]

Karı koca birlikte müslüman olmuşlarsa önceki evlenmeleri muteber olarak kalır. Ancak İslamiyetin kabulu ile, karı koca arasında evlenme engeli teşkil eden bir husus ortaya çıkarsa kadi evlenmeyi fesheder[247].

b) Üçlü boşanmadan doğan evlenme engeli:

a') *Umumî olarak*:

İslâm hukuku, kocaya mutlak talâk yetkisi tanımıştır. Prensip olarak, karısını boşayan koca, onunla tekrar birleşebilir. Bu birleşme, cayılabilir = (talâkı ricî) boşanma halinde, kanunî müddeti içinde olmak şartıyle yeniden bir nikâh akdine ihtiyaç olmaksızın gerçekleşebilir; veya ayırıcı boşanma = (Talâk-ı bâin) bahse konu ise, yeniden bir nikâh aktetmek suretiyle olabilir. Fakat koca boşandığı karısı ile her zaman yeniden evlenmek imkânına sahip değildir. Köle karısını üst üste iki defa; hür karısını da üç defa boşamış olan koca, artık dilediği zaman bu kadınlarla tekrar evlenemez; evlenebilmesi için bazı şartların tahakkuku gerekir. Bunlar, kocası tarafından üçlü boşanma ile boşanmış olan kadının bir başkasıyle muteber bir şekilde evlenmesi ve bu evlenmenin talâk, fesih veya ölümle ortadan kalkmış

245 Bk. CSPE. art. 126. SALAMA, age. sh. 97-98.
246 Bk. CSPE. art. 127.
247 Bk. CSPE. art. 128

olmasıdır. Koca ile eski karısı arasında mevcut bu geçici yasağı ortadan kaldırmağa matuf muamelelere tahlil = (helâl kılma) veya hülle adı verilir[248].

b') Hülle'nin şartları.

El-bakare sûresinin 230. âyetinde belirtildiği üzere karısını üç kere boşayan kimsenin, tekrar karısı ile evlenebilmesi için, kadının bir başka erkekle evlenmesi ve sonra bu evliliğin sona ermesi ile kadının serbest kalmış olması gerekir. Ancak bu evlenmenin muteber bir şekilde aktedilmiş olması gerekir. Müellifler bu nokta üzerinde özellikle durmaktadırlar. Bu cümleden olmak üzere, kadının boşanma müddetini geçirmiş olması ve evlenmenin yalancı (câli) evlenme olmaması gerekir; yani zifafın mutlaka vukuu şarttır[249]. Ancak belirtmek gerekir ki, tarafların anlaşmaları halinde bu hususun isbatı çok güçleşecektir. Diğer taraftan, yeni kocanın kadını boşaması ve kadının boşanma için tesbit edilen iddeti geçirmesi gerekir.

Hülle'nin gayesi, kocaya karşı kadını korumak, talâk yetkisinin gereksiz kullanılmasını bertaraf edecek bir fren vazifesi görmektir. İslâm erkeğin ve bilhassa Arab'ın aşırı kıskançlığından, bu yolda istifade etmek gereğine inanmıştır. Karısını seven bir kimse, hülle'yi düşünerek, yerli yersiz onu boşamak yoluna gitmiyecektir[250]. Ancak belirtmek gerekir ki, tatbikatta hülleyi sadece bir formalite haline sokan bir takım hilelere başvurulmuştur. Örneğin, Kuzey Afrika'da koca, boşanma anında kendisinin delilik halinde bulunduğunu bildiren bir fetva alır[251]. Çaresiz kalan koca, kendisine güvendiği bir kimse ile anlaşır; bu kimse boşanmış karı ile evlenir ve onu hemen boşayacağını eski kocaya taahhüt eder. Bu açık bir anlaşma ile olabileceği gibi zımnî de olabilir. Şimdi bu mesele üzerinde birazcık duralım:

Üçlü boşanma ile karısını boşamış olan koca, bir üçüncü şahısla anlaşır; bu şahsa, eski karısı ile evlenmesi için gerekli mehri öder;

248 Bu konuda Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 141. vd. JUNBOLL, age sh. 232. EŞREF EDİP Hukuki Aile Hakkında Türk Ocağındaki İçtimaı Münasebetleriyle SR. C. 23. Sayı 585, 24 K. sâni 1340. BİLMEN, age. II. sh. 112 vd. MILLIOT, age. sh. 292 vd. İSMAİL HAKKI age. sh. 34. HASAN RIZA, age. sh. 18. BOUSQUET-BERCHER, age. 116 vd. BOUSQUET-age. I. sh. 96. 142. CSPE. art. 28. CLAVEL, age. I. sh. 19 ÜÇOK, age. sh. 82. HÜSEYİN CAHID, age. sh. 41, VAN DEN BERG. age. II. sh. 344.

249 Bk. D'OHSSON, age. IV. sh. 205. EŞREF EDİP, SR. C. 23. sayı 585.

250 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 142. HÜSEYİN CAHİD. age. sh. 41. EŞREF EDİP, SR. C. 23. sayı 585. BİLMEN, age. II sh. 116-117.

251 Bk. BOUSQUET, age. I. sh. 142.

o da evlenmeden hemen sonra kadını boşıyacağını açıkca taahhüt eder. Bu şekilde, açıkca kanuna karşı hile yapılmaktadır. Malikî, Hanbelî ve Şafiî mezhepleri böyle bir evlenmeyi fâsit saymaktadırlar[252]. Binnetice evlenme yasağı ortadan kalkmaz ve koca eski karısıyle evlenemez; evlenirse evlilik feshedilir.

Hanefî mezhebinde bu konuda üç ayrı fikir ortaya çıkmıştır. İmam Ebu Yusuf'a göre, boşanmış karıyı eski kocasına helâl kılmak için aktedilmiş böyle bir evlenme fâsittir. Geçici kocanın kadını boşama taahhüdü, evlenmeyi muvakkat evlenme haline sokmaktadır. Bu ise hükümsüzdür. İmam Muhammed'e göre, bu halde evlenme muteber sayılır; fakat kocanın eski karısıyle evlenmesi mümkün değildir. Ebu Hanife'nin fikri Hanefî mezhebinin resmî görüşü olarak kabul edilmiştir. Buna göre, mezkûr şart yok farzedilir; evlenme muteberdir ve eski karı koca arasındaki evlenme yasağını ortadan kaldırır. Bununla beraber, hemen boşanmak şartıyle aktedilen bu evlenmeyi Hanefiler mekrûh sayarlar. Kaldı ki böyle bir anlaşma, eski kocaya istediği garantiyi sağlamaktan uzaktır. Zira, şart yok farzedildiğinden geçici koca fikir değiştirerek kadını boşamaktan vazgeçebilir. Eski kocanın ona karşı kullanabileceği her hangi bir çare yoktur[253].

Bazen taraflar arasındaki anlaşma zımnî olabilir. Geçici koca (muhallil) kadını hemen boşıyacağını zımnen kabul etmiş olabilir. Fakat bu takdirde isbat güçlüğü ortaya çıkacaktır. Ancak isbat imkânsız değildir. Taraflar niyetlerini üçüncü şahıslara bildirirler. İhtilâf halinde bu şahısların şahadetine başvurulur. Eskiden bazı kimseler muhallil olarak hizmet etmeyi meslek haline getirmişlerdi; para karşılığında bu işi yapan kimseler, kendilerine olan itimadı sarsmamak için taahhütlerine sadık kalırlardı. Ancak bu neviden kimseleri İslâm kötü gözle görmekte ve onları lânetlemektedir[254].

Taraflar arasında mevcut zimnî anlaşma isbat edilse bile, muhallil'in evlenmesi muteber sayılmakta ve o bir kere kadını boşadıktan sonra, birinci kocanın eski karısıyle yeniden evlenmesi mümkün

252 Bk. EŞREF EDİP, SR. C. 23. sayı 585. BİLMEN, age. II. sh. 144-145. VAN DEN BERG, age. II. sh. 344. BELLEFONDS, age. II. sh. 143.

253 BELLEFONDS, age. II. sh. 144. BİLMEN, age. II. sh. 115.

254 Peygamber'e atfedilen bir hadis şöyle diyor." "Kim bir kadınla sadece onu birinci kocasına helâl kılmak için evlenirse ona lânet olsun, kim bundan istifade ederse ona da lânet olsun"
Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 142. EŞREF EDİP, SR. C. 23. sayı 585. D'OHS SON, age. IV-V. sh. 206.

olmaktadır. Hanefi ve Şâfiîlerin kabul ettiği görüş budur. İmam şâfiî görüşünü şöyle açıklıyor: "Evlenme, sarih boşanma şartı olmaksızın aktedilmişse, muteberdir; çünkü tarafların niyeti, hiç bir akdi ihlâl etmez. Niyet kesinlikle bilinemiyen insanın iç dünyasına ilişkin bir hadisedir. Eşler de câli bir evlenme akdetme niyeti olsa ve bu niyet şahitler tarafından bilinse bile, sarih bir anlaşma olmadığı için evlenme muteberdir"[255].

Malikî'lere göre , sarih veya zımnî olsun, tahlil şartıyle aktedilen evlenme fâsittir. Cezayir mahkemesi, bu yasağa aykırı olarak yapılan evlenmeleri feshe karar vermiştir[256].

Hanbeliler niyete önem verirler ve eski karıyı kocasına meşru kılmak gayesine matuf olan evlenmeyi bâtıl sayarlar. Geçici kocanın kadını boşama taahhüdü zımnî veya sarih olsun, hattâ bu husus evlenme akdinden önce kararlaştırılmış olsun durum gene aynıdır[257]. Hülleyi bertaraf etmek için yapılan bu hileli evlenme muteber olmadığına göre, eski kocanın, boşadığı karısıyle evlenmesi mümkün olmıyacaktır[258].

Üçlü boşanmadan doğan yasak bu gün eski önemini yitirmiştir. Kısmen üçlü boşanmaların azalması ve kısmen de bu tür boşanmaların talâkı ricî olarak kaydedilmeleri, hülle gibi dolambaçlı ve günümüzün değer hükümlerine aykırı düşen bir yola başvurulması ihtiyacını azaltmıştır. Ancak buna rağmen günümüzde yapılan İslâm hukuku kodlarında, üçlü boşanmadan doğan evlenme yasağının klasik İslâm hukukunun anlayışı içinde tanzim edildiğine şahit oluyoruz. Örneğin, 1917 tarihli Osmanlı Hukuku Aile kararnamesinin 15. maddesi "bir kimse üç talâk ile tatlik eylediği (boşadığı) kadını beynuneti katiyye = (kesin aralık, ayrılık) baki oldukça tezevvüç edemez" hükmünü ihtiva etmektedir. Ayni kararnamenin 118. maddesi ise "beynunet-i katiyye zevcenin iddeti mürur eyledikten sonra maksadı tahlil olmıyarak zevci âhere varup ba'dettekarrub ondan iftirakı ve iddetinin mürüru ile zail olur" hükmünü koymaktadır. Görülüyor ki kararnamenin ilgili hükümleriyle İslâm hukukunun yukarıda izaha çalıştığımız esasları arasında fark yoktur. Son olarak 1961 tarihli Pakistan

255 BELLEFONDS, age. II. sh. 144.

256 Bk. BOUSQUET, age. I. sh. 142. Aynı fikir, EŞREF EDİP, SR. C. 23. sayı 585.

257 Bk. İBN KUDÂMA, Mugnî, VI. 646-648. BELLEFONDS, age. II.sh. 144. BİLMEN, age. II. sh. 115. den.

258 BİLMEN, age. II. sh. 114-115.

Aile Hukuku Kararnamesi de aynı mahiyette bir hüküm ihtiva etmektedir[259].

c) İddete bağlı evlenme engeli:

İddet, evliliğin ölüm, boşanma veya fesih sebeblerinden biriyle sona ermesi halinde, yeniden evlenebilmek için kadının beklemeye mecbur olduğu müddettir. Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslâm hukuku da doğacak çocukların babasını kesinlikle tesbit edebilmek için, evlenmenin mezkûr sebeblerden biriyle sona ermesi halinde, kadına muayyen bir müddet bekleme mecburiyeti tahmil etmiştir. TMK.nu da 95. maddesinde "kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğin butlanına hükmedilen kadın; vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez. Doğurmakla müdet biter" hükmünü ihtiva etmektedir. Ancak İslâm hukukunda bu müddet evliliğin sona erme sebebine ve kadının hür veya köle olmasına göre değişmektedir[260]. Şimdi iddetin nevileri ve neticeleri üzerinde kısaca duralım.

a') Evliliğin ölümle sona ermesi halinde.

İslâmiyetten önce Arabistan'da kadınlar, kocalarının ölümünden sonra bir yıl müddetle çadırlarına çekilirler, yas yutarlar ve hiçbir temizlikte bulunmazlardı[261]. "İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları zevceler kendi kendilerine 4 ay 10 gün beklerler. İşte bu müddeti bitirdikleri zaman artık onların kendileri hakkında meşru vech ile yaptıkları şeyden size günah yoktur..." hükmünü koyan Kur'an'ın II. sûresinin 234. âyeti cahiliyye devrine ait olan mezkûr âdeti ortadan kaldırdı. Demek ki evlenmenin kocanın ölümü ile sona ermesi halinde, kadın 4 ay 10 gün beklemek zorundadır. Bu müddet dolmadan yeniden evlenemez. Kadın köle ise, iddeti 2 ay 5 gündür. Evlenme hangi sebeble sona ererse ersin, sona erme anında kâdın gebe ise iddet doğuruncaya kadar devam eder. Kadın, kocasının ölümünden sonra 4 ay 10 günden önce doğurursa, Şiîlerin iddiasına göre, doğumdan sonra II. sûrenin 234. âyetinde bildirilen mezkûr müddetin hita-

259 Ayrıca 1951 tarihli Ürdün kanunu Md. 12. Suriye kanunu md. 36. Fas Kanunu md. 29/3 ve Irak kanunu Md. 13 aynı mahiyette hükümler ihtiva etmektedir.

260 İddet hk. Bk. DULOUT, age. sh. 150-161. D'OHSON, age. IV-V. sh. 238. MILLIOT, age. sh. 291-92. BİLMEN, age. II. sh. 390 vd. ÜÇOK, age. 80 vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 127 vd. BOUSQUET-BERCHER, age. sh. 156 vd. CLAVEL, age. sh. 17. BOUSQUET, age. I. sh. 96 vd.

261 Bk. ÜÇOK, age. sh. 80.

mını beklemek zorundadır. İbn-i Rüşd'ün ifadesine göre İmam Malik de bu fikirdeydi. Ancak Malikî mezhebi bu konuda diğer üç mezhebe uyarak, iddetin kadının doğurmasıyle son bulacağını kabul etmiştir[262]. Mezhepler iddetin doğumla sona ereceğini bildiren LXV. sûrenin 4. âyetinin daha önce inmiş olan II. sürenin 234. âyetini neshetmiş olduğu esası üzerinden hareket etmişlerdir. Buna göre, evlilik hangi sebeble sona ererse ersin kadının iddeti, doğurmasıyle sona erer.

Kadın evlilik dışı bir cinsî münasebet neticesi gebe kalmışsa, durum ne olacaktır? Kadın suç ortağı sayılan kimse ile evlenecekse, iddete tâbi olmayıp hemen evlenebilir. Üstelik bu çeşit evlenmeler iyi sayılır. Bu konuda mezhepler ve müellifler arasında fikir birliği vardır. Kadın yabancı bir erkekle evlenecekse, Hanefi ve Şâfiîlere göre, evlenme muteber olur; fakat zifafın doğuma kadar tehir edilmesi gerekir. Hanbelî ve Malikîlere göre, bizzat evlenme kadının doğurmasından sonraya bırakılır. Çünkü, nasıl olsa zifaf kadının doğurmasına kadar talik edilmiştir, o halde hemen evlenme aktetmek neye yarar? Hanbelî ve Malikîlerin bu fikri, evlenmenin inikadı ile zifafın ayrılığı esasına dayanmaktadır. Gerçekten İslâmî evlenmede, bizzat evlenme akdinden ziyade zifafa önemli neticeler atfedilmiştir. Ancak bu görüş isabetli değildir. Muayyen bir müddet cinsî münasebette bulunmasa bile, bir erkeğin sevdiği kadınla evlenme aktetmesinde menfaati vardır[263].

Kocasının ölümü anında gebe olmayan kadın da 4 ay 10 gün beklemek zorundadır. Kadın henüz büluğa ermemiş, zifaf vukubulmamış ve hattâ kadın kocasıyle hiç birlikte yaşamamış olsa bile, iddeti geçirmek zorundadır. Burada iddetin gayesi artık babalığın tesbiti olmayıp, kocanın hâtırasına saygı olsa gerektir[264]. Ancak bu halde kadının iddete tâbi olması için evlenmenin muteber olması gerekir.

b') Evliliğin talâkla sona ermesi halinde:

Kur'an'ın II. sûresinin 228. âyetinde "boşanmış kadınlar kendi kendilerine üç hayız ve temizlenme müddeti beklerler..." hükmü yer alıyor. Buna göre boşanmış olan kadın 3 manstrüasyon = (Kuru) veya 3 ay beklemek zorundadır. Bu müddet içinde koca karısını yeni-

262 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 128.
263 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 128-129.
264 Bk. MILLIOT, age. sh. 291. BELLEFONDS, age. II. sh. 129.

den alabilir. Bunun için tekrar nikâh gerekmediği gibi mehr de verilmez. İddet henüz dolmadan koca ölmüşse, kadın ölüm tarihinden itibaren ölüm için kararlaştırılmış olan 4 ay 10 günlük iddete tâbi olur[265]. Kadın köle ise boşanmadan dolayı iddeti 2 manstrüasyon veya 1,5 aydır. Ancak ilâve edelim ki "Kuru" kelimesine verilen anlam konusunda mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır. Biz bu teferruat üzerinde durmayı faydasız telâkki ediyoruz.

Dul kadından farklı olarak, talâk neticesi evliliği sona ermiş kadınlar, hakikî veya hükmen zifaf tahakkuk etmemişse iddete tâbi değillerdir. Kur'an'ın LXV. sûresinin 4. âyetine göre, artık hayz görmeyen veya henüz hayz görmiyecek kadar küçük olan kadınlar, şüphe halinde 3 ay beklemek zorundadırlar. Diğer üç mezhebin aksine olarak, Malikîler henüz cinsî münasebete tahammül edemiyecek kadar küçük olan veya kocası cinsî organlarından mahrum olan kadını bekleme mecburiyetine tâbi tutmazlar[266].

İddetten bahsederken "istibra" denen bekleme müddetinden de kısaca söz etmek gerekir. İstibra da babalığın tesbitine matuf bir bekleme müddetidir. Ancak bu, sadece evlilik dışında, hatâen veya iradî olarak cinsî münasebette bulunmuş veya ırzına geçilmiş köle veya hür kadınlar hakkında câri olup, sadece bir kuru bazen iki kuru devam eder; örneğin, bir ırza geçme fiilinin mağduru olan kadın evlenmek istediği takdirde, gebe olup olmadığının anlaşılması için bir kuru veya bir ay beklemek zorundadır. Fâhişeler ve efendisi ile cinsî münasebette bulunmuş olan kadın hakkında da aynı hükümler uygulanır[267].

c') İddette bağlı engelin neticeleri:

İddet içinde olan kadın, müddetin sonuna kadar yeniden evlenemez. Ancak boşanmış kadın iddeti içinde eski kocası tarafından onun rızasına ve talâk-ı ricî halinde yeni bir nikâha ihtiyaç olmaksızın alınabilir. İddeti içinde bulunan kadınla aktedilen evlenme bâtıldır. Bazı müellifler, Hanefilerin bu yasağa rağmen aktedilmiş olan evlenmeyi muteber saydıklarını ve ancak muayyen müddetin sonuna kadar cinsî birleşmeye izin vermediklerini ileri sürmüşlerse de[268], Hanefi hukukunun tedvini olan ve Kadri Paşa tarafından hazırlanmış olan

265 D'OHSSON, age. IV-V. sh. 242.
266 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 131.
267 Bk. MILLIOT, age. sh. 292. BOUSQUET, age. I. sh. 97.
268 Bk. SAUTAYRA-CHERBONNEAU, age. no. 91.

kanunun (CSPE) 27. ve 132. maddeleri karşısında bu görüşe katılmağa imkân yoktur. Gerçekten CSPE'nin 132. maddesi iddete rağmen aktedilen evlenmeyi bâtıl saymakta ve zifaf vukuunda kocayı iyi niyetli veya kötü niyetli olmasına göre, hafif veya ağır bir ceza ile cezalandırmaktadır. İddeti içinde bulunan kadınla aktedilen evlenme zifafla neticelendiği takdirde, karı koca birbirlerine ebediyyen yasak sayılırlar; yani iddetin hitamından sonra yeniden nikâh yaparak evlenemezler[269]. İslâm hukuku, iddete o kadar önem vermiştir ki, iddeti içinde bulunan bir kadına açıkça evlenme teklif edilmesi bile yasaklanmıştır. Fakat böyle bir kadına üstü kapalı bir şekilde evlenme teklif etmek mümkündür. Şu kadar ki müddetin dolmasından önce kadınla evlenme aktetmek yoluna gidilemez[270].

İddet erkek için de vârittir. Gerçekten şu hallerde erkek yeni bir evlenme için beklemek zorundadır:

— Erkek, boşadığı kadının iddeti bitmedikçe onun kardeşi, teyzesi ve halası ile evlenemez.

— Dört karısından birini boşamış olan erkek, iddet dolmadan bir beşinci kadınla evlenemez[271].

— Üçlü boşanma halinde, kadın bir başkasıyle evlenip, sonra ondan boşanıp iddetini doldurmadıkça eski kocası ile evlenemez.

— Hür karısını boşayan koca, iddet sona ermedikçe bir cariye ile evlenemez[272]. Bu örnekleri çoğaltmak mümkünse de biz bu kadarıyle yetinmeyi uygun bulduk.

20. asırda yapılmış olan İslâm aile hukuku kanunları iddete geniş yer vermişlerdir. Örneğin, 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesi, iddetin tanzimine 11 madde ayırmıştır. 1951 tarihli Ürdün, 1959 tarihli Irak kanunları ile Fas, Tunus, Suriye kanunları için de aynı şeyi söyliyebiliriz. Bu kanunların iddeti tanzim tarzı, klâsik İslâm hukukunun tanzim tarzından farklı değildir[273].

---

269 Bk. MILLIOT, age. sh. 291. BOUSQUET, age. I. sh. 97. CLAVEL, age. I. sh. 17

270 Bk. CSPE, art. 2. D'OHSSON, age. IV.- V. sh. 245. CLAVEL, age. I. sh. BOUSQUET, age. I. sh. 97. MILLIOT, age. sh. 292.

271 Ancak ayırıcı boşanma halinde Malikîler ve Şâfiîler iddetin sona ermesini beklemeden kocanın bir başka kadınla evlenebileceği görüşündedirler. Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 136.

272 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 391. D'OHSSON, age. IV - V. sh. 245-246.

273 Bk. Hukuk-i Aile Kararnamesi Md. 139-149. Code jordanien, art. 101-112. Code Syrien art. 122-127. Code marocain art. 72-79. Code tunisien. art. 34-35. Code irakien, art. 47-50.

d) Çok karılılığa bağlı evlenme engeli:

Evlenmenin, bir kadınla bir erkeğin birlikte yaşamak gayesiyle hayatlarını hukuken muteber bir şekilde birleştirmeleri" anlamını kazanıncaya kadar geçirdiği safhaları ve bu arada çok karılılığı (polygynie) tezimizin giriş kısmında kısaca incelediğimiz için burada tekrar bu konu üzerinde durmıyacağız. Fakat cahiliyye devrinde Arabistan'da uygulanan çok karılılık rejimi ile İslâmiyetin tanzim ettiği çok karılılık rejimi hakkında kısaca bilgi vermeden de geçemiyeceğiz.

a') Eski Araplar'da çok karılılık (polygynie):

İslâmiyetten önce Arabistan'da çok karılılığın sınırsız bir şekilde uygulandığı kabul edilmektedir. Erkek dilediği kadar kadınla ayni zamanda evlenebilir. Erkeği bu yolda sınırlayabilecek tek faktör, onun ekonomik gücüdür. Ancak çok karılılığın sınırsız olduğuna bakılarak, bunun toplumun bütün sınıfları için geçerli olduğu neticesine varmak biraz zordur. Çok karılılık daha çok kabile şefleri için vâritti. Halktan erkeklerin çoğunluğu ise tek karılıydı [274].

Bir müesseseyi incelerken onu içinde bulunduğu toplumun şartlarından ayrı olarak düşünmeğe imkân yoktur. Eski Arabistan'da çok karılılığın nedenlerini de gene bu toplumun sosyal, iktisadî ve kültürel yapısında aramak gerekir.

Eski Araplar savaşçı bir toplumdu. Savaş, hayatın en şerefli olayı sayılırdı. Ölümlerin en güzeli savaş meydanında ölmekti. Bir Arabın diğerine "rahat yatağında ölesin" demesi çok büyük hakaret telâkki edilirdi[275]. Arapların savaşçı özelliği şeref ve intikam duygusundan ve toprağın fakirliğinden doğuyordu. Kabile fertlerinden birine vâki tecavüz, bütün kabileye yapılmış sayılır ve failin kabilesine topyekûn savaş açmayı gerektirirdi. Diğer tarftan toprağın çok fakir ve iklimin kurak olması sık sık kıtlıklara sebeb oluyordu. Bu yüzden Kabileler, çıkar yolu diğer kabilelere saldırıp onların mallarını ve kadınlarını almakta buluyorlardı. Yaşantısı ve ekonomisi savaş üzerine kurulmuş olan bir toplumun başta gelen amaçlarından biri, nüfusu özellikle savaşçı erkek sayısını arttırmaktır. Çok kadınla evlenmek, bu amaca ulaşmak için başvurulan çarelerden biridir. Gerçekten bütün kabile

274 Bk. CHATILA, age. sh. 224 vd. MONTET, E. L'Islam. Paris. 1921. sh. 135. 144. TEHERANI, age. sh. 118-120-. ABD-EL FATTAH, age. sh. 264 vd. vd. SALAMA, age. sh. 85 vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 134. BİLMEN, age. II. sh. 118.

275 Bk. CHATİLA, age. sh. 237-238.

şefleri çok karılıdır ve her biri sayıları bazen 30'a kadar çıkan çocukların babasıdır. Kısır olmak bir kabile şefi için büyük şanssızlık sayılır. Demek ki eski Araplar'da çok karılılığın sebeblerinden biri, toplumun savaşçı özelliğinden doğmaktadır[276].

Araplar arasında cömertlik çok takdir edilen bir meziyetti. Mehr'e ilişkin izahatımız sırasında belirteceğimiz gibi, kabile şefleri servet ve cömertliklerini göstermek için yarış ederlerdi. Bunun için bazen müsabakalar, şölenler tertiplenirdi. Örneğin, şefler şeref yarışına girerek deve keserlerdi. Kim fazla deve keserse o, şerefce üstün sayılırdı. Bu nevi yarışmalar bazen iki tarafı da iktisaden çökertmeye kadar giderdi. Çok kadınla evlenme de servet ve cömertliği göstermeye yarayan bir fırsat sayılırdı. Çünkü karısına yüksek bir mehr veren ve masraflı düğün merasimleri yapmış olan kimse cömertliğini göstermiş sayılırdı[277].

Polygynie'nin bir diğer sebebi de, kabileler arasında hüküm süren devamlı savaş haline son verip sulhu ve yakınlaşmayı temin için muhasım kabilelerden kız alıp verme âdettir. Gerçekten Araplar hısımlık rabıtasına çok önem verirlerdi. Hısımlık, dayanışmanın kaynaşmanın sembolü idi. Bu sebeble bir kabile şefi karşı kabileden ne kadar çok kadınla evlenirse, dostluğunu o kadar sağlamlaştırmış demekti[278].

Diğer taraftan, kadın erkek sayısı arasındaki nisbetsizlik de polygynie'nin sebeblerinden biri sayılır. Devamlı savaş halinde yaşayan toplumlarda kadın sayısının erkek sayısından fazla olacağı açıktır. Hal böyle olunca, bir kısım kadınları ebedî bekârlığa mahkûm etmemek için çok kadınla evlenme usulüne baş vurulmuştur. Bu durum eski Arabistan için de geçerlidir.

Kadına iş gücü olarak ihtiyaç duyulan ilkel toplumlarda, mâli durumları iyi olan erkekler fazla kadınla evlenmeyi, işçi çalıştırmaya tercih ederler. Ayni şeyin eski Araplar için de geçerli olduğunu söylemekte hatâ olmasa gerek[279].

İşte İslâmiyet doğduğu zaman Arap toplumu izaha çalıştığımız bu şartlar içinde yaşamını sürdürüyordu. Şimdi çok karılılığa karşı İslâmiyetin tutumu ne olmuştur? meselesini kısaca izaha çalışacağız.

---

276 Bk. CHATILA, age. sh. 228-29. ABD-EL FATTAH, age. sh. 264

277 Bk. CHATILA, age. sh. 231.

278 SALAMA, age. sh, 90. CHATILA, age. 234. vd. ABD-EL FATTAH, age. sh. 264 vd.

279 Bk. ÜÇOK, age. sh. 76-77. SALAMA, age. sh. 87. OKANDAN, age. de muhtelif ilkçağ toplumlarında polygynie'nin varlığına işaret etmektedir.

b') İslâm'da çok karılılık:

İslâm, kadının hukukî durumunda onun lehine sayılacak bir takım değişiklikler yapmasına rağmen çok karılılığı kaldırmamış, ancak en çok dört kadınla evlenilebileceğini kararlaştırmıştır. Gerçekten en Nisa sûresinin üçüncü âyetinde "sizin için helâl olan kadınlardan ikişer, üçer, dörder olmak üzere nikâh edin" hükmü yer almaktadır. Bu âyetle İslâm, prensip olarak, polygynie'ye cevaz vermiş'; fakat aynı âyet çok kadınla evlenmeyi tahakkuku çok zor hattâ imkânsız olan bir şarta bağlamıştır[280]. Bu, eşlerin hepsine her bakımdan eşit olarak muamele etmektir. İnsan için bu şartı yerine getirmenin mümkün olmıyacağı yine IV. sûrenin 129. âyetinde mevcut "ne kadar çok isterseniz isteyin kadınlar arasında adâleti temine muktedir olamazsınız. Bâri birine büsbütün meyledip de ötekileri ihmal etmeyiniz.." hükmü ile açıkca ifade edilmiştir[281]. Görülüyor ki, İslâm bir taraftan çok kadınla evlenmeye cevaz vermekte bir taraftan da onu tahakkuku imkânsız bir şarta bağlamaktadır. Bu, çok karılılığın ustaca yasak edilmesinden başka bir şey değildir. Ancak İslâm'ın niçin kesin olarak çok karılılılığı ilga etmediği sorunu akla gelebilir. Bu soruyu cevaplandırmak zor değildir. İslâmiyet, çok karılılığın sınırsız bir şekilde uygulandığı bir toplumda doğmuştur. Asırlardan beri halk arasında kökleşmiş bir müesseseyi birden kökünden kazımak mümkün olmadığı gibi, böyle bir hareket, yeni yayılmağa başlamış olan İslâmiyetin geleceğini tehlikeye sokabilirdi. Yani çok kadınla evlenmeğe alışmış olan halkın, bu konuda getirilecek yasağa tepkisi sert olabilirdi. Bu ise dinin yayılmasını zorlaştırabilir ve hattâ önliyebilirdi. Diğer taraftan dinin yayılabilmesi için önce kabileler arasında sulhü temin etmek gerekiyordu. Bu ise, kabilelerden kız alıp vermekle tesis edilecek dostlukla daha iyi ve sağlam bir şekilde gerçekleştirilebilir. Tabiî bu şekilde kız alıp vermeler çoğu zaman birden fazla kadınla evlenme neticesini doğuruyordu. Ayrıca nüfus artışına da müessir olacağı düşüncesiyle, polygynie kesin olarak

280 IV. Sûrenin 3. âyeti "Şayet adalet yapamıyacağınızdan endişe ederseniz o zaman bir tane ile yahud mâlik olduğunuz câriye ile iktifa edin" hükmünü ihtiva etmektedir. ÇANTAY, Kur'anı Hâkim... I. s. IV. â 3. Le Coran (Par E. MONTET) I. sourate 4. verset 3. le Coran (Par: R. BLACHÈRE) sourate 4. verset 3.

281 Bk. Kur'an'ı Kerim ve Türkçe Anlamı (Meâl). Diyanet İşleri Başkanlığı yayınları, Ankara 1973 S. IV. â. 129. sh. 98. Le Coran (Par. R. BLACHÈRE). sourate IV. verset. 127/128. Le Coran (Par (MONTET) Sourate IV. Verset 128. ÇANTAY, Kur'anı Hâkim.. S. IV. â. 129.

yasaklanmamıştır[282]. Ancak tatbikatta görülmüştür ki, çok kadınla evlenenler son derece azdır. Bazı müelliflerin verdiği rakamlara göre yüz erkekten biri iki kadınla evli; 500 erkek arasında ikiden fazla kadınla evli olanına rastlanmamıştır[283]. Zeydan'a göre Suriye'de çok kadınla evli olanların sayısı bütün evli erkeklerin %5 ni teşkil eder[284]. Çünkü birden fazla müstakil ev kurup hepsi için ayni şeyleri temin etmek bir haylî malî külfeti gerektirir. Hal böyle olunca, çoğu zaman zengin kimselerin çok kadınla evlenmeleri gerekirdi. Halbuki fiiliyatta durum tersinedir; çok kadınla evlenmeye daha çok fakir köylü tabakası arasında rastlanmaktadır. Bunu normal karşılamak gerekir. zira köyde kadın işgücü olarak köylünün yaşamında faal bir rol oynar.

Bazı müellifler, çok karılılığın faydalarının mahzurlarından fazla olduğu görüşündedirler[285]. Buna göre: Çok karılılık fuhuşu önler; nüfus artışını temin eder; bir kısım kadınların evlenmelerini sağlar ve ortak eşlerin çalışmalarına yardımcı olmak suretiyle onların sıhhat ve istirahatlerine hizmet eder. Çok karılılığın faydası olarak ileri sürülen bu esasları bugün savunmak en azından gülünç olur. Polygnie kadına indirilmiş olan büyük bir darbedir. Ailede ortak eşler ve bunlardan doğan çocuklar arasındaki çekişmeler, çoğu zaman sosyal ve psikolojik ciddi bir takım problemler ortaya çıkarır. Nitekim daha 20. asırın başlarında İslâm dünyasında kadınlar, Polygynie'nin sınırlandırılmasını ve hattâ kaldırılmasını istemeğe başlamışlardır. Örneğin, 4 Mayıs 1911 tarihinde toplanan I. Mısır kongeresine sunulan ve Mısırlı kadının yazar Malaka Hefni Nassef tarafından hazırlanmış olan ve İslâm kadınının hukukî durumunu ıslaha ilişkin tedbirleri belirten raporda, çok karılılığa şiddetle çatılmakta ve ancak son derece ciddî sebeblerin doğurduğu ihtiyaç halinde buna müsaade edilmesi istenmektedir. Raporda çok karılılığın zararları belirtilmekte ve şöyle denilmektedir: "Dinî kanun tarafından cevaz verilmiş bir şey fertlere yahut topluma bir zarar verecek mahiyette ise, artık o andan itibaren meşruiyetini kaybeder[286]. Fakat muhtelif İslâm ülkelerinde 20. asrın ortalarında yapılan aile hukukuna

282 Bk. TEHERANI, age. sh. 120. SALAMA, age. sh. 90. ABD-EL FATTAH, age. sh. 264 vd. CHATILA, age. sh. 236 vd. BERKİ-HAMİDİ, age. sh. 37. H. REŞİT, age. sh. 88.

283 ZEYDAN, civilisation musulmane. V. sh. 79. Bk. CHATILA, age. sh. 239.

284 Bk. GIDE, age. sh. 43.

285 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 118-119. ÖMER FERRUH, age. sh. 116. Ayrıca Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 135-137 deki izahat Ö. NASUHİ Taaddüd-ü Zevcat Müessesei İçtimaisi, SR. C. 23, Sy. 540. Şubat 1340; C. 23. Sy. 591. 6 Mart 1341.

286 Bk. SALAMA, age. sh. 93. ABD-EL FATTAH, age. sh. 267.

ilişkin kanunlar, Tunus Kanunu hariç, Polygynie'yi yasaklamamışlar ve sadece bazı himaye tedbirleriyle yetinmişlerdir. Örneğin, Suriye, Irak ve Pakistan'da çok kadınla evlenebilmek için hâkimden izin alınması şartı konmuş fakat evli bir erkeğin izinsiz olarak aktettiği ikinci ve daha sonraki evlenmeler muteber kabul edilerek sadece ilgiliye ceza verilmesi yoluna gidilmiştir[287]. Yalnız Tunus kanunu, çok karılılığı sert ceza tehdidi altında yasaklamıştır[288]. Fakat bu kanun evli bir erkeğin, kanunun açık hükmüne aykırı olarak aktettiği ikinci evlenmeyi muteber, evli bir kadın tarafından aktedilen evlenmeyi ise hükümsüz sayarak [289], çok karılılığı yasaklayan hükmün değerini ve geçerliliğini azaltmıştır. Nitekim gizli olarak çok kadınla evlenmelerin artması üzerine 4 temmuz 1958 tarihinde, önceden tesbit edilmiş olan cezalar arttırılmıştır. Ancak Tunus mahkemeleri, kanun koyucunun niyetini yorumlıyarak ikinci evlenmeleri bâtıl saymışlardır. Nihayet 20 Şubat 1964 tarihinde çıkarılan bir kanun kuvvetinde kararname ile [290], Polygynie'yi yasaklayan hükümlere aykırı olarak yapılan evlenmelerin bâtıl sayılması esası kabul edilmek suretiyle, bu konuda yapılmak istenen reform tamamlanmıştır[291]. Fas kanunu ise, hemen hemen klasik islâm hukukunun çok karılılığı tanzim tarzına aynen bağlı kalmıştır[292].

Yukardaki izahlarımızdan anlaşılacağı üzere, İslâm, aralarında eşitliği sağlamak şartıyle, erkeğin dört kadınla aynı zamanda evlenmesini tecviz etmiştir. Dört kadınla evli olan kimse artık bir beşinci kadınla evlenemez[293]. Ancak karılardan birinin ölümü veya boşanması halindedir ki koca yeniden başka bir kadınla evlenebilir. Ayrıca ölüm

287 Bk. Code du statut personnel syrien art. 17. Code du statut personnel irakien art 3 /4. Ordonnance du 2 avril 1961 sur le droit de la famille pakistanais. Ayrıca Bk. ROUSSSIER, l'ordonnance du 2 avril 1961 sur le droit de la famille au Pakistan. dans Revue de droit Comparé, 1961. n: 4 sh. 802.

288 Bk. Le code du Statut Personnel Tunisien, art. 18.

289 Bk. Aynı kanun md. 20-21.

290 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 138.

291 Mutazilitler adı verilen ve İslâm'ın Ortodoks mezheplerine aykırı bir takım dinî ve felsefî inançları olan bu ekol, İslâm'da çok karılılığın kesin olarak yasaklanmış olduğunu iddia eder. Bu ekol hakında bilgi için Bk. MONTET, De l'état présent de L'Islâm sh. 140-158. BAMMATE, H; Visage de l'Islâm. Lausanne 1958. sh. 144-149.

292 Bk. Code du Statut Personnel marocain (La Moudawwana). art. 30-31.

293 Yalnız Peygamber bu yasağın dışında bırakılmıştı. O, aynı zamanda dilediği kadar kadınla evlenebilir. Bu, Peygamber'e tanınmış bir imtiyazdır. Bk. Le Coran, Sourate XXXIII. verset 49. Ayrıca. BİLMEN, age. II. sh. 117-118. BOUSQUET-BERCHER, age. sh. 36. JUNBOLL, age. sh. 217.

ve boşanma hallerine ilişkin iddetlere de riayet etmesi gerekir[294]. Cayılabilir boşanma halinde iddete riayet edilmesi tabiîdir. Çünkü iddetin sonuna kadar evlilik rabıtası devam eder ve koca kararından cayarak yeniden nikâh yapmaksızın karısını tekrar alabilir. Bu konuda o, yabancı bir erkeğe nazaran, tabir caizse, rüçhan hakkına sahiptir. Fakat ayırıcı boşanma halinde kocanın iddetin sonuna kadar beklemesi keyfiyeti mezhepler arasında görüş ayrılığına sebeb olmuştur. Hanefi ve Hanbelîlere göre, boşanma ayırıcı da olsa koca iddete uymakla mükelleftir. Çünkü sona ermiş olan evlenmenin bazı neticeleri iddetin sonuna kadar devam eder. Örneğin, kocanın iddet içinde boşadığı karıya bakmakla mükellef olması ve kadının iddetin sonuna kadar eski kocasının evinde oturabilmek hakkı, sona ermiş olan evlenmenin son izleri olarak, kocayı iddetin hitamına kadar beklemeğe mecbur eder[295].

Şâfiî ve Malikîler ise, ayırıcı boşanma halinde kocanın iddetin sona ermesini beklemeden bir başka kadınla evlenebileceğini kabul etmektedirler[296].

e) Sıhrî hısımlıktan doğan engel:

Sıhrî usul-füru hısımlığının mutlak veya daimi evlenme engeli teşkil ettiğini yukarda belirtmiştik. Şimdi sıhrî civar hısımlığına bağlı evlenme engeli üzerinde duracağız. Kur'an, IV. sûrenin 27. âyetinde, iki kız kardeşle aynı zamanda evlenilemiyeceği hükmünü koymuştur. Ancak kur'an'da derpiş edilen bu yasak hadislerle genişletilmiş ve karının teyzesi, halası ve yeğeni ile aynı zamanda evlenilemiyceği kabul edilmiştir[297].

Evlenmek istenilen kadınlardan herhangi biri erkek farzedildiği takdirde diğeri ile evlenmesi yasaksa, o kadınlarla aynı zamanda evlenme aktetmek mümkün değildir[298]. Örneğin iki kız kardeşle aynı zamanda evlenilemez. Ancak bunlardan biri ile olan evlilik ölüm veya boşanma ile sona erdiği takdirde diğeri ile evlenmek mümkündür. Tabiî, ölüm veya boşanma haline ilişkin iddete de

294 Bk. CSPE. art. 31.

295 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 136.

296 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 136.

297 Bk. EL-BOKHARI, age. III. sh. 559 da zikredilen hadislere. ayrıca Bk. CSPE, art. 26

298 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 105. M. ZİHNİ, age. sh. 24. JUNBOLL, age. sh. 217-223. BELLEFONDS, age. II. sh. 139. CSPE. art. 26. Bk. Ayrıca Hukuk-i Aile Kararnames Md. 16. Le Code du statut personnel marocain. art. 29.

uymak gerekir. Aynı esas karının teyzesi, halası ve yeğeni hakkında da geçerlidir[299].

Bir kimse, aynı zamanda evlenilmesi yasak olan iki kadınla evlendiği takdirde bakılır: Nikâh tarihleri arasında fark varsa, eski tarihli nikâh muteber olup sonraki tarihli nikâh fâsittir. Zifaf vuku bulmuşsa, nikâhı fâsit olan kadın iddete tâbidir ve mehri misle hak kazanır. İkisinin nikâhı da aynı tarihte aktedilmişse, her iki nikâh da fâsit sayılır ve ayrılmaları gerekir[300].

Birlikte evlenilmesi mümkün olmayan kadınları, köle olsalardı birlikte câriye olarak almak da caiz olmazdı. Örneğin, iki kız kardeş olan cariyeyi birlikte satın alan kimse, bunlardan biri mülkünden çıkmadıkça diğeriyle cinsî münasebette bulunamaz[301].

20. yüzyılın başlarında ve ortalarında yapılmış olan ve İslâm Aile hukukunun tedvini sayılan muhtelif kanunlarda sıhrî civar hısımlığına ilişkin klasik İslâm hukuku esasları aynen yer almıştır[302].

Birbirine çok yakın hısım olan kadınlarla aynı anda evlenmenin yasaklanması sebebi, daha çok ahlâkidir. Aralarında kalbî sevgi ve saygı bulunması gereken, iki kız kardeşi veya yeğen ile teyze veya halayı aynı zamanda nikâhlamak, onlar arasında bir kıskançlık ve rekabete sebeb olacaktır. Bu ise ahlâkî yönden olduğu kadar bizzat aile için de zararlı bir şeydir.

f) Başkasıyle evli olmaktan doğan engel:

İslâm polygynie'yi kabul etmesine karşılık, polyandrie'yi yani bir kadının birden fazla erkekle evlenmesini yasaklamıştır. Gerçekten IV. sûrenin 28 âyeti "evli kadınlarla evlenmeyiniz..." hükmünü ihtiva etmektedir. Yalnız âyet, harpte esir alınan evli köle kadınları yasağın dışında bırakmıştır[303].

---

299 Bk. CSPE, art. 26. BİLMEN, age. II. sh. 105-106. HALEBİ, age. I. sh. 340. M. ZİHNİ, age. sh. 24-25. SALAMA, age. sh. 94. A. FYZEE, age. sh. 102. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 162. BELLEFONDS, age. II. sh. 139. CLAVEL, age. I. sh. 18. Ayrıca boşanma halinde Şâfiî ve Malikîlerle, Hanefi ve Hanbelîler arasında yukarda zikrettiğimiz görüş ayrılığı burada da vardır.

300 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 106. Fıkıhçılar, burada fâsitle bâtılı birbirine karıştırmıştır,

301 Bk. M. ZİHNİ, age. sh. 25. BİLMEN, age. II. sh. 106. D'OHSSON, age. IV. sh. 162.

302 Bk. 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesi md. 16. Le code du statut personnel jordanien, art. 16. Le Code du statut personnel syrien art. 39. Le code du statut personnel marocain, art. 29.

303 Bk. ÜÇOK, age. sh. 17. BİLMEN, age. II. sh. 104. CSPE, art. 27. ANSAY, Hukuk Tarihinde... sh. 204. MILLIOT, age. sh. 290. ABD-EL FATTAH, age. sh. 58.

Evli kadın kocasından boşanmış veya evlenme kocanın ölümü ile sona ermişse, yasak ortadan kalkar. Bu bakımdan kadının evli olmasını geçici veya nisbî evlenme engelleri arasında sayıyoruz.

Gebe bir kadınla, doğuruncaya kadar evlenmek yasaktır. Yeter ki gebelik meşru bir münasebetin neticesi olsun. Fakat zina teşkil eden birleşmelerle gebe kalmış olan kadınla evlenmek mümkündür. Şu kadar ki, evlenme akdine rağmen, bu kadınla cinsî münasebette bulunulamaz. Meğer ki kadın suç ortağı olan kimse ile evlenmiş olsun. Görülüyor ki gebelik de geçici bir evlenme engeli teşkil etmektedir[304].

g) Mülkiyet münasebetinden doğan engel:

Efendi kölesi üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir. Bir kimse, azad etmedikçe, sahip olduğu köle kadınla evlenemez. Çünkü eş ve mâliklik sıfatları birbirleriyle bağdaşmayacağı gibi, köle hak süjesi olmadığından irade beyanında bulunamaz. Aynı şekilde bir kadın, azad etmedikçe erkek kölesiyle evlenemez. Demek ki, kölelik ortadan kalkmadığı müddetçe evlenme yasağı da devam eder. Kölenin azad edilmesiyle evlenme yasağı da yok olur [305].

Buna karşılık, başkasına ait olan köle ile evlenmek bazı şartlar tahtında mümkündür. Malikî, Şafiî ve Hanbelî mezheplerine göre, başkasına ait bir köle ile şu hallerde evlenilebilir:

— Hür bir kadının mehrini ödiyemiyecek kadar fakir olmak.

— Bekâr kaldığı takdirde g. ahlâkî yollara başvuracak bir temayüle sahip olmak.

— Köle müslüman olmalıdır. Ehli kitap kölelerle evlenilemez[306]. Bu husus, IV. sûrenin 25/29. âyetinde yer alan "Kim hür bir kadınla evlenecek kadar zengin değilse, mümin kölelerinden alsın" hükmüne dayanır.

Buna karşılık hür bir kadınla evli olan kimse köle kadınla evlenemez. Zira hür kadınla evli olduğuna göre, yukarda zikredilen I. ve II. şartlar yok demektir. Hanefiler de, hür bir kadınla evli olan erkeğin başkasına ait köle bir kadınla evlenemiyeceğini kabul ederler. Hür kadına bir kölenin ortak eş olarak getirilmesi onun alçaltılması telâkki

304 Bk. CSPE, art. 29.

305 Bk. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 164. BELLEFONDS, age. II sh. 150. ANSAY, age. sh. 204.

306 BİLMEN, age. II. sh. 111. BOUSQUET, age. I. sh. 98.

edilir; bu ise eşler arasında huzursuzluk yaratır[307]. İmdi başkasının kölesiyle evlenmek isteyen bir kimse, önce hür olan eşini boşamak zorundadır. Ayrıca iddete de uyması gerekir. Ancak bundan sonradır ki köle kadınla evlenebilir. İlâve edelim ki Hanefilerin hür kadınla evli erkeğin köle ile evlenmesini yasak edişlerinin sebebini, diğer üç mezhepce ileri sürülen ve Kur'an'da mevcut olan mezkûr iki şarta bağlamak gerekir. Buna karşılık cariye ile evli olan kimse, aynı zamanda hür bir kadınla evlenebilir[308]. Hemen belirtelim ki, hür bir kadınla evli olan erkeğin başkasının kölesi ile evlenememesi, hür kadına kölenin ortak eş olarak alınmasının uygun olmıyacağı düşüncesine dayanıyorsa, aynı şey ikinci halde yani köle ile evli erkeğin aynı zamanda hür bir kadınla evlenmesi hali için de vârittir. Diğer taraftan Hanefilere göre, zengin ve gayrîahlâkî yollara sapacak durumda olmayan kimse de köle ile evlenebilir; Ayrıca, mekruh olmasına rağmen hür erkek, ehli kitap olan köle ile evlenebilir. Halbuki diğer üç mezhep ehli kitap köle ile evlenmeye bu cevaz vermemektedir[309].

Yukarda izaha çalıştığımız geçici veya nisbî engeller bütün mezheplerce kabul edilmiştir. Mevcut görüş ayrılıkları prensibe değil, teferruata taallûk eder. Fakat bazı engeller vardır ki bunlar mezheplerin bir kısmınca reddedilirken diğerlerince kabul edilmektedir. Şimdi kısaca bu engelleri gözden geçireceğiz:

h) İhram halinden doğan engel:

İhram, Mekke'yi ziyarete gelen hacıların giydikleri elbisedir. Bu elbiseyi giydikten sonra, hacılar haccın icabettirdiği dinî vecibeleri yerine getirirler. İhram hali devam ettiği sürece hacılara bazı şeyler yasak edilmiştir. Bu yasaklardan biri hacının evlenememesidir. Zifaf olmasa dahi evlenme yasaktır. Bu yasak Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerince kabul edilmiştir. Bu yasağa aykırı olarak yapılmış olan evlenmeler bâtıldır; eşlerin mutlaka ayrılmaları gerekir. Yasağa rağmen evlenilmiş olduğunun zifaftan önce veya sonra ortaya çıkmasının farkı yoktur. Yalnız zifaftan önce ayrılık vukubulmuşsa, koca ayrıldığı kadının kızı ile evlenebilir[310].

---

307 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 112. D'OHSSON, age. sh. 165. BELLEFONDS, age. II. sh. 150.

308 Bk. BİLMEN, age. sh. 112.

309 BELLEFONDS, age. II. sh. 150-151

310 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 147. BOUSQUET, age. II. sh. 99.

Hanefiler ihram halinde aktedilmiş olan evlenmeyi muteber kabul ederler; çünkü Peygamber karısı Maymûna ile ihram halinde iken evlenmiştir[311].

i) Öldürücü hastalığa ilişkin engel:

Malikî mezhebine göre, ölmek üzere olan bir kadın veya erkek tarafından aktedilen evlenme muteber değildir. Hasta ölürse, zifafa rağmen evlenme bâtıl sayılır. Zira böyle bir evlenmenin, sağlam eşin hastanın mirasçısı olmasını temin gayesine matuf olduğu kabul edilmektedir. Fakat bunun aksi isbat edilebilir. Aktedilen evlenmenin, hastanın fizyolojik ihtiyacı için gerekli olduğu veya onun bir yardımcıya veya arkadaşa muhtaç olduğu isbat edilirse, evlenme muteber olur. Buna karşılık böyle bir ihtiyaç tahakkuk etmediği takdirde, mirasçılar razı olsalar bile evlenme muteber değildir. Hasta iyileşirse tabiîdir ki evlenme muteber olur[312].

II. EVLENMENİN ŞEKLÎ ŞARTLARI

1) **Umumî Olarak**:

Evlenme sosyal hayatın en önemli hukukî muamelelerinden biridir. Toplumun çekirdeğini teşkil eden aile müessesesinin temeli evlenmedir. Bu bakımdan evlenme, doğuşu, hüküm ve neticeleri bakımdan tam bir aleniyet ve kesinlik ister. Ancak bu suretledir ki evlenme, serbest birleşmelerden kolayca ayrılabilir. Gerekli aleniyet ve kesinliği sağlamak için evlenme, inikadından önce, inikadı sırasında ve sonra bir takım şeklî şartlara tâbi tutulmuştur. Bu şeklî şartların bir kısmı yapıcı nitelikte bir kısmı ise sadece alenîyeti ve isbatı temine matuf formaliteler mahiyetindedir. Bugünkü medenî evlenme şekli, uzun bir tekâmülün neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Bilhassa Hıristiyan dünyasında, evlenmeyi tanzim konusunda, kilise ile laik kuvvet (devlet) uzun bir mücadeleye girişmiş ve bu mücadele dinî ve resmî (medenî) nikâh ayırımını ortaya çıkarmıştır[313]. Laik veya dinî bir makamın müdahalesi bakımından evlenmenin geçirdiği tekâmülü şöylece özetliyebiliriz:

---

311 Bk. BOUSQUET-BERCHER. age. sh. 16. BELLEFONDS, age. II. sh. 147-148.

312 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 148-149.

313 Hıristiyanlıkta dinî ve medenî nikâh konusunda Bk. ESMEIN age. I. sh. 46-53. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, I. Droit civil, I (DALLOZ) Paris 1965 sh. 263-268.

A) Serbest birleşme:

Bu safhada evlenme tamamen özel nitelikte bir muameledir. Dinî veya laik herhangi bir otoritenin müdahalesi bahse konu değildir. Evlenme, borçlar hukukunda tanzim edilen herhangi bir akit gibi sadece tarafların serbest iradeleriyle meydana gelir. Örneğin, satış evlenmesi ve İslâmiyetteki cariye edinme usulü bu grupta yer alır. Önemli bazı şeklî unsurlara rağmen, İslâm ve eski Kilise hukukunda evlenme tamamen rızaî bir akittir; evlenmenin inikadı için tarafların birbirlerini karı koca olarak kabul etmek iradeleri yeter[314].

B) Dinî evlenme:

Evlenme kutsal bir muameledir. Bir din adamının iştiraki ile aktedilir. 16. yüzyıla kadar Hıristiyanlıkta durum böyledir. Rızaî bir akit olmasına rağmen ruhanî bir şahıs önünde aktedilmeyen evlenme, mükemmel bir evlenme sayılmaz. Hıristiyanlıkta evlenme, İsa'nın, Kilise ve Tanrı ile teşkil ettiği farazî birliğin ifadesi sayılır. Hattâ bu yüzden kilise hukuku boşanmayı kabul etmemiştir[315]. Bazı Hıristiyan ülkeler medenî evlenme usulünü kabul etmelerine rağmen, önce dinî nikâhın akdedilmesi mecburiyetini koymuşlardır. Örneğin, Romanya 1864 tarihli kanunla, medenî evlenmenin muteberiyetini önce dinî evlenmenin aktedilmiş olmasına bağlamıştır[316]. Yunanistan'da da halen önce dinî evlenme mecburiyeti vardır.

C) Medenî veya laik evlenme:

Burada resmî bir devlet memuru evlenme akdine iştirak etmektedir. Memurun iştiraki sadece alenîyeti temine matuf olmayıp, evlenmenin sıhhat şartlarından biri sayılır. Avrupa'da medenî evlenme 1789 Fransız ihtilâlinden sonra yayılmağa başlamıştır. 1556 tarihinden itibaren, merkezi otorite evlenme konusunda, kilisenin yetkilerini kısmağa başlamış ve giderek evlenmeyi tanzim yetkisini tamamıyle kendisine hasretmiştir. Fransa'da 1787 kasımında çıkarılmış olan bir kral buyruğu ile, katolik olmıyanların, evlenmelerini dilerlerse ikametgâhlarının bulunduğu yer kilisesinde dilerlerse aynı mahallin hâkimi önünde aktedebilecekleri kabul edilmiştir. Evlenmenin kesin olarak laikleşmesi, 1791

314 Bk. FEYZİOĞLU, age. sh. 136-37. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, age. I. sh.267.

315 Bk. ESMEIN, age. II. sh. 63-64. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, age. I. sh. 264-268.

316 Bk. ESMEIN, age. I. sh. 59.

Anayasasında gerçekleşmiştir. Gerçekten bu Anayasanın 7. maddesinde "kanun evlenmeyi ancak medenî bir akit olarak kabul eder" hükmü yer almaktadır. Ancak bu hükümle kanun koyucu dinî evlenmeyi yasak etmemiş; fakat önce medenî nikâh mecburiyetini getirmiştir. Resmî memur önünde evlenen kimseler, isterlerse bir de dinî nikâh aktedebilirler[317].

Medeni nikâh ihtiyarî veya mecburî de olabilir. İhtiyarî olması halinde; evlenecek kimseler, dilerlerse dinî şekilde dilerlerse resmî şekilde evlenirler. ABD. de, İngiltere'de ve İskandinav memleketlerinde ihtiyarî medenî evlenme usulü câridir[318]. Mecburî medenî evlenme şeklinde ise, muteber bir evlenme aktedebilmek için resmî bir devlet memurunun evlenme akdine iştiraki şarttır. Daha doğru bir deyimle, resmî memur huzurunda aktedilmeyen evlenme yok sayılır. Hollanda 1795 tarihinde, İsviçre 24 Aralık 1874 tarihli kanunla, Federal Almanya 6 Şubat 1875 tarihli kanunla mecburî medenî evlenme usulünü kabul etmişlerdir[319]. TMK. nu da bu usulü benimsemiştir[320].

Umumî mahiyetteki bu izahatımızdan sonra şimdi İslâm'da evlenmenin şeklî şartları konusunu incelemeğe çalışacağız.

2) **İslam'da Evlenmenin Şeklî Şartları**:

Evlenmenin şeklî şartlarını üç kısımda incelemek mümkündür: Bunlar akdin inikadından önce, inikadı sırasında ve inikadından sonra uyulması gereken esaslardır. İslâmda evlenmenin bariz özelliklerinden biri, şekilciliğin mevcut olmayışı olarak kabul edilir. Evlenme esas itibariyle rızaî bir akittir. Sadece tarafların icap ve kabulü ile inikat eder. Bu husus bütün müelliflerce kabul edilmektedir[321]. Fakat evlenmeyi meşru olmayan birleşmelerden ayırmak için tarafların iradelerini muayyen şekillerde ve açıkca izhar etmeleri gerekir. İradenin izharına ilişkin esaslar, evlenmenin inikadı anında yerine getirilmesi gerekli şeklî şartlar olup, evlenmenin muteber hüküm ve neticeler doğurabilmesi için

317 Bk. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, age. I. sh. 265-266. ESMEIN, age. I. sh. 46-48, 53. FEYZİOĞLU, age. sh. 137.

318 Bk. FEYZİOĞLU, age. 137. ESMEIN, age. I sh. 48.

319 Bk. ESMEIN, age. I. sh. 48.

320 Bk. TMK. md. 108.

321 Bk. M. ZİHNİ, age. III. 12, BERKİ-HAMİDİ, age. sh. 33. HALEBİ, age. I. sh. 327-328. BİLMEN, age. II. sh. 14 vd. ANSAY, age. sh. 197. BELLEFONDS, age. II sh. 39. MILLIOT, age. sh. 307. BOUSQUET-BERCHER, age. sh. 12. Ayrıca Bk. Yukarda ilgili dip notlarda zikretmiş olduğumuz İslâm Hukuku ile ilgili eserlerin hepsine.

mutlaka uyulmaları gerekir. Klâsik İslâm Hukuku, evlenmenin inikadından önce ve sonra yerine getirilmesi gerekli şartları vazetmemiştir. Akdin inikadından önce gelen evlenme teklifi ve hıtbe adı verilen adaylık = nişanlılık ile evlenmenin bazen dinî veya resmî bir kimse huzurunda aktedilmesi ve durumun yazı ile tesbiti gibi usuller evlenmenin sıhhatine hiç bir şekilde tesir etmeyen ve sadece alenîyeti ve isbatı temine matuf formalitelerdir. Yapıcı şekli şartların hepsini, esasa ilişkin izahlarımız sırasında belirttiğimiz için burada çok kısa olarak bunlar üzerinde durup daha çok evlenmenin dinî veya medenî karakteri ve buna bağlı meseleler üzerinde durmağa çalışacağız[322].

A) Yapıcı şeklî şartlar:

Bunları iki kısımda inceleyebiliriz:

a) İradelerin kanuna uygun olarak açıklanması:

Evlenme iradesinin her hangi bir şekilde açıklanması akdin teşekkülü için yetmeyip, bunun muayyen şekillerde olması gerekir. Bir kere irade sözlü olarak açıklanmalıdır. Bu kaidenin istisnaları vardır:

a') Evlenecek kadın bâkire ise:

Onun mutlaka sözle iradesini açıklaması gerekmez. İcaba karşı susması, alay etmek kastı olmayarak gülmesi, bâkirenin icabı kabul ettiği anlamına gelir. Bâkire, velisi tarafından mezun kılınmış veya velinin evlenme talebini reddetmesi üzerine evlenmeye kadi tarafından izin verilmişse, rızasını açıkça sözlü olarak beyan etmek zorundadır[323].

b') Evlenecek kimse bir dilsizse:

Onun evlenme iradesi işaretlerle muteber bir şekilde açıklanmış sayılır. Yeter ki bu işaretler, dilsizin evlenme niyeti konusunda şüphe bırakmasın[324].

322 İslâm'da evlenmenin şeklî şartları konusunda Bk. COLOMER, Le statut musulman. Juris-classeur (Législation Comparée: Maroc) 2 è Fascicule 1 er cahier: 1965. sh. 12. ÇANDARLI, age. sh. 69-71. CHATILA, age. sh. 265 vd. PESLE, age. sh. 133. KITABGI KHAN, age. sh. 3-4, 8. ROUSSIER, dans Orientalisches Recht. sh. 400-425. ABD-EL FATTAH, age. sh. 50 vd. HUSSAMI, age. sh. 63. BOUSQUET, İntroduction à l'étude de L'islâm indonésien, sh. 234-235. TORNAUW, age. sh. 90-92. ANSAY, age. sh. 197-198. ÜÇOK, age. sh. 79. BELLEFONDS, age. II sh. 39 vd. MILLIOT, age. sh. 306 vd. BİLMEN, age. II. sh. 12-13. A. FYZEE, age. sh. 88 vd. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 147-148.

323 Bk. MILLIOT, age. sh. 307. BELLEFONDS, age. II. sh. 38-43 vd. BİLMEN, age. II. sh. 16-17 vd.

324 Bk. CSPE. art. 10.

c') İcapta bulunan kimse uzak bir yerde ise:

Bu taktirde o kimse icabını yazılı olarak da bildirebilir. İcabı alan tarafın, yazılı irade beyanını iki şahit önünde okuması ve bunun filân şahıs tarafından kendisine yapılmış evlenme teklifi olduğunu ve bu teklifi kabul ettiğini onlara söylemesi gerekir[325].

Diğer taraftan, evlenme iradesinin açıklanmasında kanunî ve rızaî temsil mümkündür.

Önemli bir husus da icap ve kabulün aynı mecliste vuku bulması, kayıtsız ve şartsız olması ve her bakımdan birbirine uymasıdır. Ayrıca taraflar veya temsilcileri birbirlerinin sözlerini işitmelidirler. Mektupla icap veya kabul halinde ise, mektubun şahitler huzurunda okunması yeter[326].

b) İradelerin açıklanması anında iki şahit bulunması:

Tarafların iradelerini iki şahit huzurunda beyan etmeleri keyfiyeti, evlenmenin yapıcı şeklî şartlarından en önemlisidir[327]. Evlenmede şahit bulundurmanın iki gayesi vardır. Biri nikâhın varlığını isbat edebilmek diğeri de zinayı bertaraf etmektir. Evlenme aleniyet isteyen bir muameledir. İki kişinin tarafların evlenme iradelerine şahit olması, onların gayrımeşru olarak yaşadıkları kanaatini siler ve evlenme herhangi bir sebeble hükümsüz olsa bile, evlenen kadın ve erkek için zina haddi gerekmez[328]. Diğer taraftan evlenmenin şahitler huzurunda aktedilmesi, evlenme yasakları ile ilgili hükümlerin bertaraf edilmesini de önler. Modern hukuk sistemlerinin hemen hepsi evlenmede şahit bulundurulması mecburiyetini koymuşlardır. İslâmî evlenmede şahitler, ergin, mümeyyiz, hür ve müslüman olmalıdırlar. Hanefî mezhebine göre, iki kadın ve bir erkeğin şahadeti de evlenmenin muteber olması için yeterlidir.

Diğer mezhepler ise şahitlerin her ikisinin de erkek olması gerektiği görüşünü savunurlar[329].

Evlenmenin şeklî şartları incelenirken üzerinde durulması gereken önemli konulardan biri de, evlenme akdine resmî veya dinî bir şahsın

325 Bk. CSPE. art. 9.

326 Bk. CSPE. art. 9.

327 TABERİ, age. II. sh. 584 de yer alan hadise bakılırsa şahitlerin huzuru, iradelerin açıklanması anında şart değildir.

328 Bk. ANSAY, age. sh. 198. BELLEFONDS, age. II. sh. 99-100.

329 Bk. Yukarda şahitlerle ilgili izahat.

iştirak edip etmiyeceği meselesidir. Evlenmeye dinî veya medenî (civil) sıfatının verilmesine yol açan bu keyfiyet Klasik İslâm hukukunda fazla bir önem arzetmez.

B) İsbata ve aleniyeti temine matuf şeklî şartlar:

Burada en önemli husus, evlenme akdine dinî veya resmî bir şahsın iştirak edip etmiyeceği meselesidir.

İslâm hukukunda nikâh, bugünkü hukukumuzda uygulanan nikâhla aynı anlamı taşır. Daha açık bir ifadeyle, İslâmî nikâh tamamiyle medenî olup, hiç bir dinî karakter taşımaz. Evlenmeye dinî bir şahsın iştiraki gerekmediği gibi, evlenme akti sırasında herhangi bir dua okunması mecburiyeti de yoktur. Bu sebeble evlenmeyi tanzim konusunda Avrupa'da kilise ile devlet arasında cereyan etmiş olan mücadeleye benzer bir durum İslâm âleminde ortaya çıkmamıştır. Esasen İslâm hukukunda buna ihtiyaç da yoktur. Çünkü devlet dinî esaslara ve dinî hukukun kaidelerine göre yönetilmekteydi. Ancak buna rağmen İslâm hukuku, evlenmeyi medenî bir muamele olarak kabul etmiş ve ona en küçük dinî bir mahiyet izafe etmemiştir. Evlenmenin muteber bir şekilde inikadı bizzat evlenecek kimselerin veya kanunî yahut rızaî temsilcilerinin iki şahit huzurunda evlenme iradelerini açıklamalarına bağlıdır. İslâm'da evlenmenin medenî karakteri üzerinde bütün müellifler fikir birliğine varmışlardır[330]. Ancak evlenmenin hiç bir resmî veya dinî bir şahsın iştiraki olmadan serbestçe aktedilebilmesi, çoğu zaman hakkın kötüye kullanılması neticesini doğurmuş, bilhassa isbat konusunda önemli güçlükler ve haksızlıklar ortaya çıkmıştır. Örneğin, kendisine düşen vecibeleri yerine getirmek istemeyen bir koca, karısı ile evli olduğunu inkâr edebildiği gibi evli olmayan bir kadının kendi karısı olduğunu da iddia edebilir. Nitekim miras, nafaka gibi malî menfaatler için sırf yalancı şahadete dayanarak hakikatte mevcut olmayan evlilikler uydurulduğu ve buna istinaden miras, nafaka, mehr, nesep ve karı kocalık haklarına ilişkin davalar açıldığı görülmüştür[331]. Bu

330 Bk. ANSAY, age. sh. 197. JÄSCHKE, G; Türkiye'de İmam Nikâhı. (Çev: Dr. A. MUMCU) Sabri Şakir ANSAY'ın Hâtırasına Armağan, Ank. 1964. sh. 13 vd. SALAMA, age. sh. 36-37.CHEHATA, age. sh. 74-75. BELLEFONDS age. II. sh. 39.ÜÇOK age. sh. 79. CHATILA, age. sh. 265. ÇANDARLI, age. sh. 47-51. Aksi fikirde, BAŞGİL. A. F; Gayrimeşru birleşmeler meselesi İş. M. C. 8. İst. 1942 sh. 81. ABD-EL FATTAH, age. sh. 50. HUSSAMI, age. sh. 63. SABİNE DIRKS, La Famille musulmane turque, Paris-la Haye. 1969. sh. 19.

331 Bk. ANSAY, age. sh. 197-198.

sebeble evlenme akdine devletin müdahalesi ihtiyacı daha ilk zamanlardan itibaren kendini hissettirmiş; fakat bu sahada ilk müessir adımlar ancak 19. Yılın ikinci yarısından sonra ve 20. Y. Yılda muhtelif İslâm memleketlerinde gerçekleşme yoluna girmiştir[332].

Klâsik İslâm hukukunda bazı hallerde kadi'nin evlenmeye iştiraki kabul edilmiştir. Yukarda evlenmede velâyeti incelerken işaret ettiğimiz gibi, kadın tatbikatta evlenme iradesini ekseriya şer'an velisi olan kimseler vasıtasıyle açıklar. Kadının velisi yoksa, yani yakın akrabadan veli olacak hiç kimse bulunmuyorsa, Kadi haiz olduğu velâyeti ammeye binaen velisiz kadını evlendirebilir. Kadi bu velilik görevini bizzat ifa edebileceği gibi naibi (vekili) vasıtasiyle de yerine getirebilir[333]. Kadi sadece nikâhın ön şartlarını kontrol etmekle kalmayıp istek üzerine yüksek kişilerin nikâhlarına da iştirak edebilir[334]. İslâm memleketlerinde şuhud denen noterlerin de evlenme akdine iştirak ettiklerini görüyoruz. Bunlar, nikâhta şahitlik neticesinde ortaya çıkmışlardır. Şahit olabildiklerinden âdil oldukları hususunda bir karîne vardır. Diğer taraftan şeriat kuralları hakkındaki bilgiler azaldıkça, nikâhta tecrübeli bir kimsenin bilgisine olan ihtiyaç artmıştır[335]. Böylece kadi'nin nezareti altında çalışan ve evlenme işleriyle meşguliyeti kendilerine meslek edinmiş bir noterler sınıfı türemiştir[336]. İBN BATTUTÂ, 1326 yılında Şam'a yaptığı seyahat sırasında gördüğü noter bürolarından bahseder. İbn Battûta gördüğü noter bürolarından ikisinin Şâfiî mezhebinden olan noterlere, diğerlerinin ise öteki sünnî mezheplerden olan noterlere tahsis edildiğini; her büroda beş altı âdil kişi ile bir de kadi tarafından nikâh akdine yetkili kılınmış yani evleneceklerin nikâhına işitirak hususunda izinname almış bir şahsın bulunduğunu söylemektedir[337]. Bu kimseler sadece evlenecek kimselerin müşaviri olmayıp aynı zamanda kadi'nin vekili, resmî nikâh memuru gibidir. Bu devirde, Memlûklar devletinin diğer bölgelerinde de nikâh akdi ile ve nikâh

332 Bu konuda, Osmanlı Hukukunda, Mısır'da ve son olarak Kuzey Afrika Devletlerinde görülen gelişmeleri zikretmek gerekir. Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 41 vd. SCHACHT, İslâm Ansiklopedisi, C. 9. sh. 259. Osmanlı Hukukunda bu konuya ilişkin olarak müracaat edilen usulleri tezimizin ikinci bölümünde inceleyeceğiz.

333 Bk. JUNBOLL, age. sh. 213.

334 JÄSCHKE, agm. sh. 12.

335 JÄSCHKE, agm. sh. 12. Aynı mahiyette Bk. ROUSSIER, Orientalisches Recht. sh. 400-425.

336 JASCHKE, agm. sh. 12. SCHACHT, İslâm Ansiklopedisi, Nikâh c. 9. sh. 259.

337 Bk. Voyages d'Ibn Batoutah, éd. Defrémery et sanguinetti, Paris 1914. I. sh. 187-208. JÄSCHKE, agm. sh. 12. den.

muamelelerinin yazılmasıyle görevlendirilmiş noterlere ve kadi'nin nezareti altında nikâh muameleleri yapan özel kişilere raslıyoruz[338]. Zamanla kendini hissettiren isbat güçlüğü, izhar edilen evlenme iradelerinin yazılı olarak tesbiti usulünün yerleşmesine müncer olmuştur. 19. yüzyılda Mısır'da, Cezayir'de ve Medine'de bu usul yerleşmeğe başlamış ve günümüzde Mısır'da "mezun" Mekke'de mumlik denen kimseler; Tunus, Fas, Cezayir gibi ülkelerde noterler evlenme işlerini kendilerine meslek edinmişlerdir; bunlar, tarafların irade beyanlarını ve hatta mehr ve evlenmede kabulü caiz bazı şartları tesbit eden bir senet tanzim ederek her iki tarafa birer nüsha verirler[339]. İlâve etmek gerekir ki, evlenme akdine kadi, noter veya yetkili başka bir şahsın katılması ve bir senet tanzimi sadece usulî bir gerek olup evlenmenin muteberiyetine tesir etmez[340].

Gerçekten Mısır'da ilk defa 1897 tarihinde, evlenecek kimselere nikâhın yazılı olarak tesbiti mecburiyeti tahmil edildi. Fakat bu mecburiyete uyulmadığı taktirde, evlenme hükümsüz sayılmıyor ve bütün hüküm ve neticelerini doğuruyordu. 1897 tarihli Şeri'ye Mahkemeleri Teşkili Nizamnamesi "evlenmenin tesbitine ilişkin davaların, eşlerden birinin ölümünden sonra ve inkâr halinde, her türlü şüpheden uzak belgelere dayanılmadıkça, kabule şayan olmıyacağı..." hükmünü koymuş tur. Davanın sağ kalan eş veya ilgili herhangi bir şahıs tarafından açılması arasında fark yoktur[341]. Ancak nizamnamede geçen "vesikalar" tâbiri çok müphem olduğundan çıkarılarak 1911 de "resmî senet veya tamamı ölen eş tarafından yazılmış ve imzalanmış senet" tâbirleri ilâve edildi. Nihayet 12 Mayıs 1931 tarihli kanunun 99. maddesiyle mezkûr nizamname hükmü kesin şeklini aldı ve evlenmenin tesbitine ilişkin davaların, inkâr halinde, ancak bir resmî senede daynadıkları taktirde kabule şayan olacağı esası kabul edildi[342]. Görülüyor ki resmî senet,

---

338 TYAN, E; Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islâm, Paris 1938-1943. II. 34. n. I; JÄSCHKE agm. sh. 13.

339 Bu konuda Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 41-42. JÄSCHKE, age. sh. 12. ROUSSIER, orientalisches Recht. sh. 400-425. ÜÇOK, age. sh. 79.

340 Sümerler'de ve Asurlular'da evlenmenin yazılı bir vesikaya raptedilmesi, onun sıhhat şartı telâkki edilmiştir. DELAPORTE, La mésopotamie. Paris. 1923. sh. 79. Hamurabi Kanunu Md. 128.

341 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 41.

342 Bu konuda fazla bilgi için bk. SCHACHT, J; L'évolution moderne du droit musulman en Egypte dans Mélanges Maspero, Le caire, 1935-1940. BELLEFONDS, Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte, dans Revue de Droit comparé, 1955. sh. 1-30.

isbatı yani davanın kabule şayan olmasını temin için istenmektedir. Çünkü taraflardan biri evenmeyi inkâr etmediği taktirde resmî senet istenmiyecektir. Diğer taraftan böyle bir hükmün adlî teşkilata ve usule ilişkin bir kanunda yer alması da onu akdin esasına müessir olmadığını göstermeğe yeter. Tatbikatta evlenmeler mezun adı verilen resmî kimseler nezdinde yazılı olarak tesbit edilmiştir[343]. Evlenmeye ilişkin fıkıh kaidelerinin çoğundan habersiz olan halk, resmî bir memurun iştirani nikâhın muteberiyeti için zaruri telâkki etmiştir. Bununla beraber, resmî senede bağlanmamış evlenmelerin muteber olduğunu bilen kimseler de bu şarta riayete dikkat etmişlerdir. Çünkü taraflardan birinin inkârı halinde, evlenmeyi isbat etmek imkânsız olacaktır.

Cezayir'de kadiler, evlenme akdine bizzat iştirak ederek noter görevini ifa etmişler ve evlenmeleri yazılı olarak tesbit etmişlerdir. Bu sebeble tanzim edilen vesikalara kadi senetleri" adı verilmiştir[344]. Cezayir 23 Mart 1882 tarihinde nüfus sicilli teşkilâtını kurdu ve kadi senedine dayanan veya kadi'nin iştiraki olmaksızın aktedilen evlenmeleri mücerret evlenme beyanı üzerine muteber kabul etti. 4 Şubat 1959 tarihli bir kararname ile kadi veya nüfus memuru tarafından evlenmenin aktedildiğini bildiren bir vesika tanzim edilmesi esası kabul edilmiştir. Kararname evlenme beyanlarını tesbite her iki memuru da yetkili saymıştır. 17 Eylül 1959 tarihli bir kararname ise, mucbir sebeb hariç, evlenmenin ancak nüfus kaydı ile isbat edilebileceğini kabul etmiştir[345].

Endonezia'da 1895 tarihli bir kararname ile evlenmeye şeriati iyi bilen bir şahsın yardımcı olarak katılması kabul edilmiş ve sonradan bu yardımcı şahsın faaliyeti, evlendirme memurluğu görevi haline geçmiştir. Bu memur ekseriya bir cami görevlisi yahut da bir dinî memurdur[346]

20. Yüzyılda yapılmış olan İslâm Aile hukuku kanunları evlenme akdinden önce, akit sırasında ve sonra yerine getilmesi gerekli idarî formaliteleri örneğin, Fas kanununda, evlenmede hazır bulunması gereken şahitler aynı zamanda noter görevini yaparlar ve evlenmenin aktedildiğini gösteren yazılı bir vesika tanzim ederler. Yalnız bu iki noterin evlenmeyi aktedebilmesi için evlenecek tarafların, hukukî ve fiilî durumlarına ilişkin idarî bir takım vesikalar ibraz etmeleri gere-

343 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 41. JÄSCHKE, agm. sh. 13. ROUSSIER, Orientalisches Recht. sh. 400-425.

344 Bk. ROUSSIER, Orientalisches Recht. sh. 400-425.

345 ROUSSIER, Orientalisches Recht. sh. 400-425.

346 BOUSQUET, Introduction à l'étude de l'Islâm Indonésien sh. 234-35.

kir[347]. İki şahit-noter tarafından tanzim edilen evlenme senedi (akdi nikâh) mahkemelerde bulunan evlenme kütüğüne ve nüfus siciline kaydedilir. Ayrıca birer nüshası da karı kocaya verilir[348]. 4 Mart 1960 tarihli bir kararname ile, Faslı bir erkekle yabancı bir kadın arasında aktedilecek evlenmeye nüfus memurunun iştiraki kabul edilmiştir[349].

Tunus kanunu 5. maddesinde resmî evlenme senedini, evlenmenin isbat şartı olarak kabul etmiştir.

Evlenmeye açıklık kazandırma yolunda en ileri adım 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile kararnamesi ile atılmıştır Kararnamenin 33. maddesinde ilân mecburiyeti konulmuş; 27. maddesinde ise, evlenmenin inikadı anında, taraflardan birinin ikametgâhı hâkiminin veya nâibinin hazır bulunması mecburiyeti öngörülmüştür. Bu konuyu tezizimizin ikinci bölümünde etraflıca inceliyeceğimiz için burada üzerinde fazla durmıyacağız[350].

Aynı esaslar 1951 tarihli Ürdün kanununun 17. maddesinde de kabul edilmiştir. Evlenmeye ilişkin formaliteler 1953 tarihli Suriye kanununda daha da çoğaltılmış (md. 40-46) tır. Fakat bunlara uyulmaması hiç bir şekilde evlenmeyi sakatlamaz. Müeyyide tamamen cezaîdir.

Son olarak Irak kanununda ve 1961 tarihli Pakistan Kararnamesinde, evlenmenin tescili mecburiyetinin derpiş edildiğini görüyoruz. Pakistan Kararnamesi, tesbit edilen şekli esaslara uymayanların para veya hapis cezasına çarptırılacaklarını hükme bağlamıştır[351].

Yukarda izaha çalıştığımız esaslardan anlaşılacağı üzere daha ilk devirlerden itibaren evlenmeyi tam bir açıklığa kavuşturmak ve isbat kolaylığı sağlamak gayesiyle, nikâh esnasında resmî veya özel bir şahsın hazır bulunması ve bu şahıs tarafından evlenmeyi tesbit eden bir vesika tanzim edilmesi esası muhtelif İslâm memleketlerinde kabul edilmiştir. Kaldı ki kabul edilen şeklî şartların hiç biri İslâm hukukuna aykırı değildir. İslâm bazı muamelelerin yazılı olarak tesbitini tavsiye etmekte-

347 Le Code du statut personnel marocain (La Moudawwana) art. 41, Ayrıca Bk. PESLE, age. sh. 133.

348 La Moudawwana art. 43.

349 COLOMER, Juris-classeur (Législation comparée: Maroc) 2 e fascicule. Le statut musulman. 1965. sh. 12.

350 Bu kararnamenin metni için Bk. II. t c. 9. sh. 762 vd. ANSAY, Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar. Ankara 1952, sh. 3 vd.

351 BELLEFONDS, age. II. sh. 42.

dir. Evlenme de bu muameleler arasındadır[352]. Hattâ sırf aleniyeti temin ve bir çok kimseler tarafından işitilip görülmesini sağlamak gayesiyle ilk devirlerde evlenme akitleri camilerde yapılmıştır. Hattâ dâvalarda da âzamî aleniyeti temin etmek için yargılamaların camilerde yapıldığı söylenir[353]. Görülüyor ki, camide aktedilmiş olması evlenmeye dinî bir mahiyet izafe etmek için değil, ona tam bir alenîyet kazandırmak içindir. Yalnız hiç bir mecburiyet olmadığı halde, nikâhtan önce bir hutbe okunması yani Allah'a şükrü ve Peygamberine duayı ihtiva eden âyetler okunması, hadisler zikredilmesi ve nikâhtan sonra eşlerin mutlu olmaları için dua edilmesi iyi sayılır[354]. Bu hutbenin okunması bu alanda bilgi sahibi bir kimsenin çağrılmasını zarurî kılmıştır. İşte bu ihtiyaç, İslâm'da dinî nikâh mecburiyeti olduğu yolunda halk arasında yanlış bir inancın kökleşmesi neticesini doğurmuştur.

Osmanlı hukuku bu bakımdan ayrı bir özellik arzeder. Muhtemelen nikâhtan önce okunması iyi sayılan hutbe için çağrılmış olan imamın [355] nikâha iştiraki zamanla hukukîleşmiş ve kadi tarafından nikâh akdi hususunda imamlara yetki verilmiştir[356]. Bu suretle bu gün de memleketimizde çok revaçta olan ve yurdun bazı bölgelerinde Medenî kanunun kabul etmiş olduğu medenî nikâhı uygulanmayan bir müessese haline getiren "İmam nikâhı" meselesi ortaya çıkmıştır. Bu konuyu teziminin ikinci bölümünde etraflıca inceliyeceğimiz için burada üzerinde durmuyoruz.

Evlenmenin şeklî şartları hakkındaki izahatımızdan sonra (netice olarak) şunu söyliyebiliriz: İslâm hukukunda nikâh tamamiyle medenî bir akittir. Hiç bir dinî tarafı yoktur. İki şahit huzurunda, tarafların usulüne uygun icap ve kabulü ile nikâh inikat eder. Nikâh'a resmî veya

352 BİLMEN, age. II. sh. 13.

353 ANSAY, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, sh. 197. İSMAİL HAKKI age. sh. 7-8.

354 BİLMEN, age. II. sh. 12. TORNAUW. age. sh. 90-92. İSMAİL HAKKI, age. sh. 7-8. JÄSCHKE, agm.sh. 13. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 148.

355 JÄSCHKE-agm. sh. 13. CHATILA, age. sh. 265.

356 Ebussûd Efendi'nin şu fetvasında İmamın nikâha iştiraki resmen kabul edilmektedir. "Zeyd Zevcesi Hind'e Şer'e muhalif söz söyleyüb tecdid-i nikâh lâzım oldukda izn-i Hâkim lâzım mıdır. Yoksa İmamın ad-i nikâhı kifayet eder mi? El cevap: İder" Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 15. Diğer taraftan 8 Şevval 1298 /2 Eylül 1888 tarihli Nüfus Nizamnamesinin 33. maddesinde, "Nikâhı akdeden imamın en geç 15 gün içinde, nüfus memurluğuna evlenmenin aktedildiğini bildiren bir ilmuhaber vermesi mecburiyetinden" bahsedilmektedir. Bk. Düstur. Zeyl II. sh. 16-24. YOUNG, age. II. sh. 250.

dinî bir şahsın iştiraki, tamamen nikâha aleniyet kazandırmak ve isbatını kolaylaştırmak gayesine matuftur. Bu dahi mecburî olmayıp tatbikatta raslanan isbat güçlüğünü bertaraf etmeye, evlenmeleri takibe ve doğan çocukların nesebini sıhhatli bir şekilde tesbite hizmet eder.

İslâm'da Hıristiyanlıkta olduğu gibi bir ruhban sınıfı yoktur. Şeriatı bilen herkes imamlık yapabilir. Bu bakımdan nikâh sırasında okunması iyi sayılan hutbe, ilgili duaları bilen herkes tarafından okunabilir. Halk arasında şeriatı iyi bildiği farzedilen kimseler camilerde ibadeti yönetmek görevini ücret mukabilinde yüklenmişler, böylece esasında mevcut olmadığı halde, bir imam sınıfı ortaya çıkmıştır. Bu bir ihtiyacın neticesi olup İslâm'ın gereği değildir. Bugün şunu söylemek gerekir: Medenî kanunun kabul ettiği medenî nikâhla İslâmî nikâh arasında esasta hiç bir fark yoktur. Medenî kanunun hükümlerine uygun olarak evlenmiş olan kimseler, aynı zamanda İslâm'a göre de muteber bir şekilde evlenmiş olurlar. Evlendirme memuru önünde usulüne uygun olarak evlenme iradelerinin açıklanmasından sonra, eşler isterlerse başka bir yerde dua okutabilirler. Ancak bu, İslâm dininde mecburî olmayıp, halk arasında yerleşmiş olan bir âdetten ibarettir. Bu âdete uyulmasına, önce evlendirme memuru önünde evlenmiş olmak şartiyle, hiç bir mâni yoktur.

§ 4. EVLENMENİN BUTLANI.

I. UMUMÎ OLARAK

Evlenmenin sıhhati, teşekkülü için gerekli esas ve şeklî şartlara tam olarak uyulmasına bağlıdır. Bu şartlardan her hangi birine uyulmaması, duruma göre evlenmeyi sakatlar. Sakatlığın derecesi yerine getirilmemiş olan şartın mahiyetine bağlıdır. Evlenmenin esasa ilişkin şartları çoğu zaman doğrudan kamu düzenini ilgilendirir. Böyle hallerde evlenme ya hiç teşekkül etmemiştir veya sadece ölü olarak doğmuştur. Bazı hallerde ise daha çok tarafların menfaatine ilişkin bir esas yerine getirilmemiş olabilir. Bu taktirde evlenme prensip olarak tamam sayılır. Ancak bünyesinde küçük bir eksiklik vardır. Taraflar isterlerse butlanı kabul ederek evlenmeyi muteber hale getirirler; dilerlerse fesih haklarını kullanarak sona erdirirler. Buna göre, şartlarına uygun olarak aktedilmeyen evlenme yokluk veya butlan müeyyidelerinden birine maruz kalır. Butlan da yerine getirilmeyen şartın ağırlık derecesi itibariyle mutlak ve nisbî olarak iki kısma ayrılır. Ancak arzettiği önem nazara alınarak, hukuk sistemlerinde evlenmenin butlanı halleri ayrı ayrı ve Borçlar hukukunda mevcut butlan hallerinden farklı şekillerde tanzim edilmiştir.

Bugünkü hukukumuzda, evlenmenin kamu düzenini ilgilendiren esaslarından birine uyulmaması mutlak butlanı; özel menfaati korumak düşüncesiyle konulmuş olan kaidelere uyulmaması da nisbi butlanı doğurur[1].

Butlan sebebleri kanunda tahdidi olarak sayılmıştır. Bunu "kanunsuz butlan olmaz" şeklinde ifade edebiliriz[2].

1 Bk. ARSEBÜK, age. sh. 625. VELİDEDEOĞLU, age. 5. bası. İst. 1965. sh. 287. SAYMEN, F. -H. ELBİR, H. K; Türk Medenî Hukuku. Aile Hukuku İst. 1960. sh. 206-207. AKINTÜRK, T; Aile Hukuku. Ank. 1967. sh. 167.

2 Bk. SAYMEN-ELBİR, age. sh. 202. ARSEBÜK, age. sh. 623. VELİDEDEOĞLU, age. sh. 266.

Hâkim kararı olmaksızın, bâtıl evlenme tarafların iradesi ile veya kendiliğinden sona ermez. Halbuki Borçlar hukukunda bir akit mutlak butlanla bâtılsa, hiç hüküm ifade etmez. Butlanı hâkimin tebit etmesine ihtiyaç yoktur[3].

Evlenmenin butlanı herkes tarafından istenemez. Ancak kanunla kendilerine bu hak verilmiş olanlar talepte bulunabilirler. Butlan riayet olunmayan kaidenin mahiyetine göre mutlak ve nisbî olmak üzere ikiye ayrılır[4].

Evlenmenin yokluğu, doktrinin yarattığı bir kavramdır[5]. Yokluk müeyyidesi ilk defa Alman hukukçusu Zacharria tarafından ortaya atılmış ve hukuk sahasına sokulmuştur[6]. Yokluk müeyyidesinin kabulüne sebeb şu olmuştur: Evlenmenin mutlak butlan ve nisbî butlan sebebleri kanunda tahdidi olarak sayılmıştır. Halbuki öyle haller vardır ki ortada bir evlenme yoktur; fakat bu haller kanunda butlan sebebleri arasında da sayılmamıştır[7]. İşte bu hali karşılamak için yokluk müeyyidesi kabul edilmiştir. Türk hukukunda evlenmenin yokluğunu mucip olan sakatlıklar şunlardır:

- Aynı cinsten kimseler arasında evlenme aktedilmesi.
- Evlenmenin resmî memur önünde aktedilmemiş olması
- Tarafların iradelerini beyan etmemiş olması[8].

İslâm hukukunun hukukî muamelelerin butlanını tanzim tarzı, bugünkü hukukun butlan teorilerinden çok farklı ve karışıktır. Gerçekten bu mesele İslâm hukukunun en güç ve karışık konularından birini teşkil eder. Genel bir teorinin bulunmayışı kendini hemen hissettirir. Aynı mezhep içinde bile butlan halleri üzerinde fikir birliği yoktur. Terimlerde de birlik sağlanamamıştır. Bazen ayrı ayrı iki butlan hali için kullanılan kelimeler birbirinin yerine kullanılmıştır[9].

---

3 Bk. AKINTÜRK, age. sh. 168. SAYMEN-ELBİR, age. sh. 202. ARSEBÜK, age. sh. 624.

4 Bk. SAYMEN-ELBİR, age. sh. 206-207, AKINTÜRK, age. sh. 167. ARSEBÜK age. sh. 625. VELİDEDEOĞLU, age. sh. 285-287.

5 Bk. AKINTÜRK, age. sh. 164. SAYMEN-ELBİR, age. sh. 203.

6 Bk. AKINTÜRK, age. sh. 164.

7 Bk. AKINTÜRK, age. sh. 164.

8 Bk. SAYMEN-ELBİR, age. sh. 204-205. AKINTÜRK, age. sh. 164-165. VELİDEDEOĞLU, age. sh. 281. ARSEBÜK, age. sh. 626-627.

9 Bk. CHEHATA, Théorie Générale de l'obligation en droit musulman hanafite. Les sujets de l'obligation. éd. Sirey. Paris. 1969. sh. 126.

İslâm'da şartlarına uygun olarak yapılmayan akitler ya bâtıldır veya fâsittir. Ancak müellifler bu konuda birbirlerinden çok farklı görüş tarzları ileri sürdüklerinden bir sentèz yapmak gerçekten güçtür. Bir kere müelliflerin çoğu, yokluk ve butlân ayrımının İslâmda mevcut olmadığı fikrindedirler[10]. Diğer taraftan bir çok eserlerde fâsit ve bâtıl muameleler birbirine karıştırılmış, fâsit olması gereken muamele bâtıl, bâtıl olması gereken muamele de fâsit olarak tavsif edilmiştir. Bazı hallerde ise bâtıl olarak kabul edilen muamele, modern hukuk sistemlerinde mevcut yoklukla muallel muamelelere tekabül eder. Gerçekten Fransızca eserlerin bir çoğunda "inexistant" sıfatı bâtıl sıfatının karşılığı olarak verilmiştir[11]. Bâtıl kabul edilen muamelelere izafe edilen sonuçlara bakılırsa, "inexistant" ın yokluk anlamına kullanıldığını kabul etmemek mümkün değildir. Fâsit sıfatıda nisbî butlanla bâtıl muameleler için kullanılmıştır. Halbuki fâsit olarak tavsif edilen bazı muamelelerin, tetkik edilirse, esasında (mutlak butlanla) bâtıl muamelelerden olduğu görülür[12].

Şimdi İslâm hukukunda, genel olarak, bir hukukî muamele hangi hallerde bâtıl ve hangi hallerde fâsit kısaca gözden geçirelim:

II. İSLÂM HUKUKUNDA BÂTIL MUAMELE

Genel olarak, kurucu unsurlarından biri eksik olan akit bâtıl sayılır. Örneğin, akdin konusu mevcut değilse veya ahlâk ve adaba aykırı ise veyahut da irade beyanları birbirine uygun değilse akit bâtıldır.

Bâtıl muamele hiç bir hukukî netice doğurmaz Örneğin, satış aktinde, şey alıcıya teslim edilmiş olsa bile mülkiyet intikal etmez. Kira akdi bâtılsa kiracı kira bedelini ödemek zorunda değildir.

Fâsit muamele ise, esas şartların yerine getirilmesine rağmen kanunen riayeti mecburî olan bazı talî şartların eksik olması halinde bahse konu olur. Örneğin, menkul satışında satıcının mebie zilyet olması gerekir. Satıcı teslimden önce mebii bir başkasına ikinci kere satmışsa, bu satış fâsit olur[13].

10 Bk. BELLEFONDS, age. II sh. 156. MILLIOT, age. sh. 312. BOUSQUET, age. I. sh. 119. Aksi fikir Bk. HUSSAMI, age. sh. 107.

11 Bk. CHEHATA, Théorie générale.. sh. 128 vd. CLAVEL, age. I. sh. 106. vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 156 vd.

12 Bu hali özellikle 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesinde görebiliriz. Bk. Md. 52 vd.

13 Bk. CHEHATA, Théorie générale... sh. 131.

Fâsit muamele de hukukî netice doğurmaz. Örneğin, satış akdi fâsitse, alıcı mebi'in mâliki olamaz. Âkit taraflar, akdin feshi için mahkemeye müracaat zorunda değildir. Her iki taraf feshe yetkili olup, kadi de re'sen feshe hükmedebilir. Taraflar fâsit muameleyi sıhhatli hale getiremezler. Kanuna aykırılık, daima kamu düzenini ilgilendirir. Akdin ifası da fesadı bertaraf etmez. Örneğin, fâsit bir kefâlet akdine müsteniden ödeyen kefil ödediği meblâgı geri alabilecektir[14]. CHEHATA'nın verdiği bu bilgiye bakılırsa, fâsit muamelenin bâtıl muameleden farkı kalmamaktadır.

İrade fesadı halleri için özel bir butlan hali kabul edilmiştir. Ancak İslâm'da bir irade fesadı teorisi mevcut değildir. Sadece ikrah (tehdit) irade fesadı sebebi olarak kabul edilmiş ve diğer haller için dolaylı yollardan bu neticeye varılmıştır. Akit ikrah neticesi yapılmışsa tam sıhhatli olmayıp fâsittir. Yalnız buradaki fesat sadece ikrâha maruz kalan kimseyi ilgilendirir. O ikrâhı ileri sürmediği taktirde akit tamamen muteber olur.

Hile ve hatâ hali de iradeyi sakatlayan ve binnetice hukukî mualelerin muteber şekilde teşekkülüne mâni olan fesat sebeblerinden sayılmıştır. Ancak esaslı hata halinde, hukukî muamele mutlak butlanla bâtıl sayılır. Kısmî ehliyetsizlik hali ve gabin de irade fesadı sebebleri arasında sayılmıştır[15]

Yukarda belirtmeğe çalıştığımız esaslardan anlaşılacağı üzere, İslâm hukukunun butlan teorisi, modern hukukun bu konudaki tanzim tarzına bir çok bakımlardan ters düşmektedir. Ancak butlan hallerinin tasnifi ve bu hallere atfedilen hukukî neticeler arasında bir mukayese yapıldığı zaman görülür ki, İslâm hukuku bâtıl muamele ile fâsit muamele arasındaki farkı kaldırmış gibidir. Her ne kadar eski hukukun müesseselerini modern hukuk mantığı ile tetkik ve tahlil etmek hatalı isede, kanaatimizce islâm hukukunun bâtıl saydığı muameleleri yok, fâsit saydığı muameleleri mutlak butlanla bâtıl, irade fesadı hallerini ve diğer bazı sebeblerle sakatlanmış olan muameleleri de nisbî butlanla bâtıl kabul etmek yanlış olmaz. Örneğin, müelliflerin çoğunun yaptığı gibi fâsit muameleyi nisbî butlanla bâtıl kabul edersek, evlenmeleri yasak olan kan veya sıhrî hısımlar arasında aktedilmiş evlenmeleri ilgili tarafların fesih hakkını kullanmamak su-

14 Bk. CHEHATA, aynı eser. sh. 132.

15 Bk. BOUSQUET, age. I. sh. 119-120. CHEHATA, aynı eser. sh. 134. -135.

retiyle muteber kılmalarını tecviz etmek gerekir[16]. Bu ise İslâm'a göre mümkün değildir.

Evlenmenin butlanı konusunda İslâm hukukunda mevcut karışıklık ve müphemiyet nereden doğmaktadır? Bu, evlenmeye talâkla her zaman son verebilme imkânı yüzünden konuya önem verilmemesinin neticesi midir? sorunun cevabını burada aramak doğru değildir. Çünkü sadece erkek talâk yetkisine sahip olup, kadın her zaman evlenme bağından kolayca kurtulmak imkânına sahip değildir. Bu sahada hüküm süren fikir keşmekeşi daha çok zinanın ceza hukukunda tanzim tarzıyle ilgilidir[17]. Şöyle ki; İslâm'a göre bâtıl bir evlenme hiç yapılmamış sayılır; zifaf vuku bulmuşsa bu münasebet zina sayılır. Kur'an ise zinanın 100 değnek darbesi ile cezalandırılmasını emretmektedir[18]. Sonradan bir icma ile zina yapan kadın ve erkeğe recim cezası uygulanması kabul edilmiştir. Durum böyle olunca, fıkıhçılar muayyen bir özüre dayanan kimseyi bu cezadan kurtarmanın yollarını aramışlardır. Her hangi bir sebeble iptal edilen evlenme neticesi gerçekleşmiş olan cinsi münasebetin meşru sayılması başvurulan çarelerden biri olmuştur. Bu sebeble hangi hallerde cinsî münasebetin meşru sayılması meselesî, evlenmenin butlanı konusunda çeşitli ihtimallerin ortaya çıkmasına sebeb olmuştur[19]. Ancak bu konuda mezhepler arasında birlik olmadığı gibi, zifafın vukubulup bulmamasına göre, varılan sonuçlar da değişmektedir[20].

III. EVLENMENİN BUTLANI

1) **Zifaftan Önce**:

"Evlenmede bâtılla fâsit arasında fark yoktur'. sözü [21] burada önem kazanmaktadır. Evlenme, kurucu unsurlarından birinin veya hüküm ve netice doğurması için gerekli fakat bizzat aktin esasını ilgilen-

16 1917 tarihli Hukuk-i Aile kararnamesi böyle bir evlenmeyi fâsit kabul etmektedir. Bk. Md. 54.

17 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 153.

18 Bk. Le Coran, sourate XXIV. verset. 12.

19 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 153.

20 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 106. vd. BİLMEN age. 1. sh. 34-36. DULOUT, age. sh. 100-107. ARMINJON-NOLD-WOLF, age. III. Prg. 1015. JOLY, age. sh. 98-103. BOUSQUET. age. I. sh. 121. MILLIOT, age. sh. 312. vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 155. vd.

21 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 22. BELLEFONDS, age. II. sh. 155.

dirmeyen şartlardan birinin eksikliği sebebiyle sakatlanmışsa netice farklı olmayacaktır; Evlenme hiç aktedilmemiş gibi kabul edilecek akit tarihi ile eşlerin ayrıldıkları tarih arasında geçen zaman fasılası için karı nafaka isteyemiyecek ve bu arada eşlerden biri ölürse, sağ kalan eş ölenin mirasçısı olamıyacaktır. Halveti sahiha zifafa karine sayılmaz. Eşlerin ayrılması için kadi'nin, butlan kararına ihtiyaç yoktur. Bu otomatikman kanundan doğar. Taraflar kendiliklerinden ayrılmazlarsa, durumdan haberdar olan kadi yalnız hâkim sıfatiyle değil aynı zamanda genel ahlâk ve âdabın koruyucusu olarak evlenmenin iptaline karar verir. Herkes bu konuda kadi'ye müracaat hakkına sahiptir[22].

2) **Zifaftan sonra**:

Sebeb ne olursa olsun, eşler ayrılmak zorundadırlar. Evlenme hiç bir zaman sıhhat kazanamaz. Buraya kadar mezhepler arasında, ihtilâf yoktur. Ancak zifafın hangi ölçüde bâtıl evlenmeye müessir olduğu meselesinde fikir birliği yoktur. Hanefi mezhebi dışında kalan üç mezhep aynı görüş tarzını paylaşmaktadırlar. Bunlara göre, zifaftan önce ve sonra evlenme bâtıldır. Fakat zifaftan sonra bâtıl evlenmeye bazı neticeler izafe edilmek istenmiştir. Bunun için başvurulan formül şudur: Bahis konusu butlan bütün fıkıhçılar tarafından kabul edilmemişse yani sadece bir hukukçu veya bir mezhep ilgili butlanı kabul etmiyorsa[23] zifaf bâtıl evlenmenin bazı neticeler doğurmasına hizmet eder. Butlan bütün fıkıhçılar tarafından kabul edilmekle beraber, eşler kanunu bilmiyerek veya hata neticesi bâtıl bir evlenme aktetmişlerse, zifaf gene bazı neticeler doğuracaktır:

A) Zinadan dolayı ceza verilemiyecektir.

B) Kadın, boşanmış kadının iddetine tâbi olacaktır. Çünkü butlan halinde evlenmenin iptali boşanma gibi kabul edilmektedir[24].

Ç) Kadın mehri misle hak kazanır. Yalnız mehri müsemma, mehr mislden az ise, Hanefilere göre, kadına mehri müsemmayı ödemek gerekir. Buna karşılık Malikiler miktarı ne olursa olsun her halde mehri müsemmanın ödenmesi gerektiği fikrindedirler[25].

22 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 155-156. MILLIOT, age. sh. 313. BİLMEN, age. II. sh. 34-36 vd. CLAVEL, age I. sh. 106. vd.

23 Örneğin, ergin kadının velisinden izinsiz olarak yaptığı evlenme Hanefilere göre muteber, diğer mezheplere göre bâtıl sayılır.

24 Hanefilere göre evlenmenin iptali boşanma hükmünde değildir. Bk. M. ZİHNİ, age. sh. 54.

25 Bu konuda Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 159. BİLMEN, age. II. sh. 35. M. ZİHNİ, age. sh. 53.

D) Eşlerin ayrılmasından önce, kanunun tesbit ettiği müddet içinde doğan çocukların nesebi sahihtir[26].

E) Zifaftan sonra iptal edilen evlenme, eşler arasında ve bunlardan biriyle diğerinin usul ve füruğu arasında evlenme engeli doğurur[27].

Eşler, evlenmenin butlanı halinde hiç bir özür ileri süremezlerse yani ne fıkıhçılar arasında mevcut fikir ayrılığına ne de iyi niyete dayanıyorlarsa, yukarda zikredilen neticelerin hiç biri doğmaz. Vukubulmuş olan zifaf, zina sayılır. Doğan çocuk nesepsizdir. Hanbelî, Malikî ve Şafiî Mezheplerinin ve İmameyn'in fikirleri budur.

Ebu Hanife ise bâtıl ve fâsit nikahı ayrı ayrı mütalaa eder. Zifaftan evvel nikâh ister fâsit ister bâtıl olsun hiç bir netice doğurmaz. Evlenme fâsitse yukarda zikredilen neticeler ancak zifaftan sonra doğar. Evlenme bâtılsa, fâsit evlenmeye zifaftan sonra atfedilen neticelerden hiç birini doğurmaz. Fakat bu taktirde Ebu Hanife bir çareye başvurmaktadır: Görünüşte muteber bir evlenme akti varsa, başka bir deyimle eşlerde evlenmenin muteberiyeti hakkında zayıf da olsa bir kanaat (şüphe) mevcutsa, evlenme bâtıl olmasına rağmen aşağıdaki neticeleri doğurur:

a) Eşler zina sebebiyle hadd cezasına uyruk olmazlar.

b) Kadın mehri misle hak kazanır.

c) Ayrılan karı kocadan biri diğerinin usul ve füruu ile evlenemez. Bu tabiîdir. Çünkü Hanefi mezhebi evlilik dışı münasebetleri bile evlenme saymıştır. Bâtıl da olsa nikâh, eşlerin yakın hısımları arasında evlenme engeli yaratır. Ebu Hanife'nin çözüm tarzına göre, mutlak bir evlenme engeline aykırı olarak evlenme akteden kimseler, sırf bir akdin mevcut olması sebebiyle, zina haddinden kurtuldukları ve kadın mehre hak kazandığı halde, diğer üç mezhebe ve İmameyn'e göre bâtıl evlenme bir serbest birleşme olarak kabul edilecek ve taraflar zina haddi ile cezalandırılacaklardır[28].

---

26 Bk. CSPE. art. 135. BELLEFONDS, age. II. sh. 159. CLAVEL, age. I. sh. 107.

27 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 159.

28 Bk. BELLEFONDS, age. sh. 160-161. BİLMEN, age. sh. 36-37. Hânefi mezhebinde evlenmenin butlânı hk. yukarda zikrettiğimiz eserlerden başka. Bk. SYED AMEER ALİ, Mohammedan Law, 5 e éd. Calcutta 1928. sh. 332 vd. J. N. D. ANDERSON, Invalid and void marriages in hanefi Law, Bulletin of the School of oriental and African studies 1950, 2 e partie sh. 357. vd.
Mâlikî mezhebi için bk. LAPANNE-JOINVILLE, Théorie des nullitées de mariage en droit musulman malékite, Revue algérienne, 1951. sh. 92-102. ROUSSIER. L'annulation du mariage vicié en droit malékite, Revue algérienne, 1956. sh. I. vd.

Yukarda verdiğimiz izahattan anlaşılacağı üzere bir iki istisna hariç, fâsit evlenme ile bâtıl evlenme aynı hükümlere tâbi tutulmuştur. Bu durumda fâsit evlenmeyi, nisbî butlanla bâtıl evlenme olarak kabule imkân yok zannediyoruz.

Türkçe yazılmış fıkıh kitapları sadece iki butlan hali zikretmektedirler. Biri nikâh-ı muta diğeri de müslim kadının gayrimüslim erkekle evlenmesi. Evlenmenin kurucu unsurları arasında olan ve mutlak evlenme engeli teşkil eden esasa ve şekle ilişkin şartlara uyulmadan yapılan evlenmeler fâsit sayılmaktadır[29]. Belki fâsit tabiri hem mutlak butlan hem de nisbî butlan halleri için kullanılmaktadır. Fâsit evlenmelerin çoğunda kadi, re'sen evlenmeyi iptal etmek yetkisine sahiptir. Bu, kadi için aynı zamanda bir mecburiyettir. Fâsit kabul edilen bazı evlenmeler ise münhasıran tarafların talebi üzerine iptal edilebilir[30].

Bu çapraşık durum Hukuk-i Aile Kararnamesinin 52-58. maddelerinde açıkça görülmektedir. Ancak biz bu kavram karışıklığı üzerinde fazla durmıyarak, İslâmın hangi hallerde evlenmeyi tamamen geçersiz saydığını ve hangi hallerde taraflara akdi devam ettirme veya sona erdirme yetkisi vermiş olduğunu tetkik edeceğiz.

IV. MUTLAK BUTLANLA BÂTIL EVLENMELER

Daimî veya mutlak evlenme engelleri olarak tavsif ettiğimiz hallerden birine aykırı olarak yapılan evlenmeler mutlak butlanla bâtıl sayılır. Ancak ilâve edelim ki bazı hallerde evlenmenin bâtıl mı yoksa fâsit mi olduğu hususu mezhepler arasında hattâ aynı mezhep içinde bile ihtilâflıdır. Fakat Kur'an'a veya bir hadise dayanan kaideye uyulmaması halinde evlenmenin mutlâk butlanla bâtıl olduğunu kabul hususunda ittifak vardır.

1) **Kanunen Yasak Derecede Hısımlık.**

Evlenmeleri yasak olan kan, sıhrî ve süt hısımları arasında aktedilen evlenmeler mutlak butlanla bâtıldır. Eşlerin iyi niyetli olması duruma tesir etmez. Kanun bu çeşit evlenmeleri bir nevi cürüm kabul

---

29 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 23-24. İSMAİL HAKKI, age. sh. 78-83. ANSAY, Hukuk Tarihinde... sh. 205. Buna karşılık, HASAN RIZA, Fâsit tâbiri yerine g. sahih tâbirini kullanmıştır. age. sh. 58. vd.

30 Bk. MILLIOT, age. sh. 313-314.

etmiş ve kocaya, ağırlığı onun iyi veya kötü niyetle hareket etmiş olmasına göre değişen uzvî bir ceza uygulanması yoluna gidilmiştir. Durum böyle olunca, eşlerin derhal ayrılmaları gerekir. Aksi halde kadi resen evlenmenin iptaline karar verir[31].

Bununla beraber kanunen yasak derecede sıhrî hısım olan bir kadınla evlenme mümkün olabilir. Bu, bizzat sıhrî hısımlığa vücut veren evlenmenin bâtıl olması halinde gerçekleşebilir. Örneğin, bir kimse karısının bacısı ile evlendiği taktirde, birinci evlenme zaten bâtılsa, ikinci evlenme muteber olur. Fakat evlenmelerden hangisinin daha önce aktedildiğini kesin olarak tesbit etmek gerekir. Aksi halde her iki evlenme de bâtıl sayılır. Ancak evlenilen kadınlar arasında usul füru hısımlığı varsa; örneğin, ana ve kız iseler, her iki kadınla da zifaf vukubulduğu taktirde, önce veya sonra olduklarına bakılmaksızın her iki evlenme iptal edilir ve bu iki kadın erkeğe ebediyyen yasak olur[32] Henüz zifaf yoksa, koca bu iki kadından birini boşıyarak diğeri ile olan evlenmeyi muteber hale getirebilir. Yalnız kadınlardan biri ile zifaf vukubulmuşsa, diğerini boşamak suretiyle evlenmeyi muteber hale getirebilir[33].

2) **Evli Bir Kadınla Evlenme**:

Başkasıyle evli bir kadınla aktedilen evlenme mutlak butlanla bâtıldır. Böyle bir evlenme akteden erkek, kadınla cinsî münasebette bulunmuşsa, iyi veya kötü niyetli olmasına göre hafif veya ağır bedenî bir ceza ile cezalandırılır[34]. Kadın aynı derecede yakın ve birbirinden müstakilen hareket eden iki veli veya ayrı ayrı yetki vermiş olduğu vekiller tarafından evlendirilmişse, tarihi önce olan evlenme muteber sonraki ise bâtıl olur. Tarihler kesin olarak tesbit edilemezse her iki evlenme de bâtıl sayılır. Kadın biribiri arkasından iki evlenme aktetmiş ve ikinci kocası ile zifafa girmişse, İslâm hukuku, birinci evlenmeyi muteber kabul etmekte ve iddete bakmaksızın birinci kocanın kadınla birleşebile-

31 Bk. CSPE. art. 131. MILLIOT, age. sh. 314. CLAVEL, age. I. sh. 107. DULOUT, age. sh. 102. BOUSQUET, age. I. sh. 121.

32 Hedâya, I. sh. 80-92. CLAVEL. age. I. sh. 108. den MILLIOT, age. sh. 316.

33 CLAVEL, age. I. sh. 108. MILLIOT, age. sh. 316.

34 Bu konuda bir fetva zikredelim: "Zeyd'in zevcesi Hind'i Amr boş sanıp, marifeti hâkimle nikâhlanıp, Hind'den bir veledi olduktan sonra Zeyd taht-i nikâhında idüğü sâbit ve zâhir olup yine Zeyd'e hükm olunsa, Hind'in Amr'dan olan veledinin nesebi sabit olur mu ve Amr fevt oldukta vâris olur mu? Elvevap: olur, egerçi, nikâhın sahih değildir, ettiği nikâh icabı hakkında zinâdır. Amma zâhir nikâh sureti olmağın Amr'a had vurulmaz. Veledin Amr'dan nesebi Kat'olunmaz." (EBUSSUD EFENDİ) DÜZDAĞ, age. sh. 39. Mesele 47.

ceğini kabul etmektedir. Yalnız ikinci koca, iyi niyetli ise, kadın iddete tâbi olacak ve ancak iddetin hitamından sonra karı ile meşru bir şekilde birleşebilecektir[35].

3) **İddet İçinde Olan Bir Kadınla Evlenme**:

Boşanma veya ölüm sebebiyle iddete tâbi olan kadınla evlenmek yasaktır. Böyle bir kadına açıkça evlenme teklif etmek bile mümkün değildir. Evlenme herhalde kadi tarafından iptal edilir ve koca iyi veya kötü niyetli olmasına göre hafif veya ağır bir ceza ile tecziye edilir[36].

4) **İki Kız Kardeşle Evlenme**:

Evli olmayan ve iddet içinde bulunmayan iki kız kardeşle birbiri ardından aktedilen evlenme bâtıldır ve kadi tarafından iptali gerekir. Kız kardeşlerden biri zaten aynı erkekle evli ise yalnız diğer kardeşin evlenmesi iptal edilir. Buna karşılık, kız kardeşlerden biri başka bir erkekle evli ise, bekâr olanın aktettiği evlenme muteber sayılır ve evli kadının ikinci evlenmesi iptal edilir. Zifaftan önce evlenmenin iptaline karar verilmişse, kadınların her ikisi de mehrden mahrum olur.

İki kız kardeşle ayrı ayrı zamanlarda evlenme aktedildiği taktirde önceki tarihli nikâh muteber olup sonraki iptal edilir. Koca sonradan evlendiği kadınla cinsî münasebette bulunmuşsa, iddetin sonuna kadar, birinci karısıyle cinsî münasebette bulunamaz.

Kadınların hiç biri ile zifafa girilmemişse, koca iki kız kardeşten biri ile muteber şekilde evlenebilir. Bu taktirde, mehrleri miktar ve kalite itibariyle eşitse, her iki kız kardeş mehri müsemmanın yarısını talep eder. Şu kadar ki her iki eş kendi evlenmesinin daha önce olduğunu iddia etmiş olmalıdır. Eşlerden biri kendi evlenmesinin daha eski olduğunu kesinlikle isbat ederse, mehrin tamamını o alır.

Mehr tesbit edilmeksizin evlenme aktedilmişse, her iki eş ancak bir mutah (teselli hediyesi) ile yetinmek zorundadırlar.

Evlenme zifaftan sonra iptal edilmişse, her iki eş de mehri müsemmanın tamamını alır[37].

---

35 Bk. CSPE. art. 132. Cezayir mahkemesi 30 temmuz 1863, 28 Ekim 1863, 26 Haziran 1867 tarihli kararlarında, zifaf vukubulmuşsa ikinci evlenmenin muteber olarak muhafaza edileceğini kabul etmiştir. Bk. CLAVEL, age. I. sh. 109. Bu fikir Malikî mezhebinde çok taraftar bulmuştur. MILLIOT, age. sh. 317.

36 Bk. CSPE. art 132. MILLIOT age. sh. 314. BOUSQUET, age. I. sh. 121. DULOUT, age. sh. 106. JOLY, age. sh. 100.

37 Bk. CSPE. art. 133. CLAVEL, age. I. sh. 111.

5) **Üçlü Boşanma ile Boşanmış Kadınla Evlenme**:

Bir kimse karısını üç kere arka arkaya veya muhtelif zamanlarda boşamışsa artık onunla yeniden evlenebilmesi için "hülle" lâzım gelir. Yani kadının bir başka kimse ile muteber bir şekilde evlenmesi ve bu evliliğin talâk veya kocanın ölümü ile sona ermesi gerekir. Bu usule uyulmadan eski karı ve kocanın aktedecekleri evlenme mutlak butlanla bâtıldır[38].

6) **Putperest Kadınla Evlenme**:

Evlenme engellerini incelerken gördüğümüz gibi, Kur'an müslüman erkeklerin ancak ehli kitap kadınlarla evlenebileceğini kabul etmiştir. İslâm'a aykırı olarak ehli kitap olmayan bir kadınla aktedilen evlenme bâtıldır[39],

7) **Dört Kadınla Evli Olma**:

Halen dört kadınla evli olan bir kimse, bu kadınlardan birini boşamadıkça, bir beşinci kadınla evlenemez. Daha önce belirttiğimiz gibi, İslâm çok karılılığı tahdit etmiş ve aynı anda dört kadınla evlenebileceğini kabul etmiştir. Bu esasa uyulmadan yapılan evlenme bâtıldır[40].

8) **Şahitsiz Aktedilen Evlenme**:

Yukarda ilgili bölümde izah ettiğimiz veçhile, rızaların beyanı anında iki şahidin hazır bulunması, evlenmenin yapıcı şekli şartlarının başında gelmektedir. Evlenmenin aleniyetini sağlayan bu şartın yerine getirilmemesi akdin butlânını mucip olur[41].

Malikîler cebr hakkına aykırı olarak yapılan veya ergin bir kadın tarafından velisi olmadan veya ehliyetsiz bir velinin iştiraki ile aktedilmiş olan evlenmeyi ve eşlerin iradesinin hata, hile ve ikrâhla sakatlandığı evlenmeyi mutlak butlanla bâtıl sayarlar[42].

---

38 Bk. CSPE. art. 134. DULOUT, age. sh. 104. CLAVEL, age. I. sh. 112. MILLIOT, age. sh. 314.

39 Bu konuda fazla bilgi için Bk. "Geçici evlenme engelleri" ile ilgili izahat.

40 Bk. CSPE. art. 134.

41 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 113. CSPE. art. 134. Aksi fikir. Bk. BİLMEN, age. II. sh. 24. ANSAY, age. sh. 205. HAK. Md. 56.

42 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 113.

Yukarda zikredilen bütün butlan halleri kadi tarafından re'sen tesbit olunabilir. Fakat taraflardan her biri kadi'nin hükmüne itiyaç olmaksızın, zifaftan önce veya sonra, diğerine bilgi vermek suretiyle ayrılabilir. Bu sebeblerden biriyle bâtıl olan evlenmeler zifaftan önce iptal edildikleri taktirde evlenme yasağı doğurmaz ve eşler birbirlerinin mirasçısı olamazlar. Diğer taraftan bâtıl evlenmeden doğan çocukların nesebi sahih kabul edilir[43].

V. FASİT VEYA NİSBÎ BUTLANLA BÂTIL SAYILAN EVLENMELER

Daha önce de belirttiğimiz gibi, hangi sebebler evlenmeyi bâtıl ve hangileri fâsit kılar? meselesi müellifler tarafından çok çeşitli şekillerde incelenmiş ve birbirlerine taban tabana zıt çözüm tarzları ortaya çıkmıştır. Örneğin, bazı müellifler, hukuken bâtıl olması gereken evlenmelerin hemen hepsini fâsit kabul etmişler ve bir iki küçük istisna hariç[44] bâtıl ve fâsit evlenmeyi aynı hükümlere tâbi tutmuşlardır[45].

Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Bâtıl evlenme hiç bir şekilde sıhhatli hale getirilemeyen ve mutlaka iptali gereken bir muameledir. Çünkü Kur'an veya hadisle sabit olan ve evlenmenin kurucu unsuru olan bir şart yerine getirilmemiştir. Yapısında böyle bir sakatlık ihtiva eden evlenme kamu düzenini ihlâl eder. Bazen evlenme herhangi bir şekilde sakatlanmıştır. Fakat bu sakatlık tarafların iradesiyle ortadan kaldırılabilir; zira kamu düzeninden çok eşlerin menfaatini ilgilendirir. İşte böyle yapısında bir fesat sebebi bulunan ve eşlerin iradesiyle bozulabilen veya muteber hale getirilebilen evlenmeleri fâsit olarak tanımlıyoruz. Aralarında farklar bulunmasına rağmen anlatımda kolaylık sağlamak amacıyle fâsit evlenmeye nisbî butlanla bâtıl evlenme diyoruz[46].

Şimdi evlenmeyi fâsit veya nisbî butlanla bâtıl kılan başlıca halleri kısaca gözden geçireceğiz:

43 Bk. MILLIOT, age. sh. 315. CSPE. art. 134-135.

44 Zifaf vukubulduğu taktirde fâsit evlenmede kadın mehr ve nafakaya hak kazanır ve ayrılık halinde iddet gerekir. Halbuki bâtıl nikâhta bunların hiçbiri yoktur.

45 Bk. M. ZİHNİ, age. sh. 53-54. BİLMEN, age. II. sh. 23-24; 35-36.

46 Zımmen aynı fikir, DULOUT, age, sh. 107-109. JOLY, age. sh. 103-109. TORNAUW, age. sh. 100-103.

1) Velinin İzni Olmadan Yapılan Evlenme:

Mümeyyiz küçük veya mahcur velisinin izni olmadan evlenme aktedemez. Aktettiği taktirde evlenmenin hüküm ifade etmesi velinin icazetine bağlıdır. Ancak velinin icazeti uygun bir mehrin tayin edilmiş olmasına bağlıdır. Başka bir deyimle, kız için son derece düşük bir mehr tayin edilmiş veya erkek çok yüksek bir mehr ödemek zorunda kalmışsa, velinin icazetle akdi sahih hale getirmek yetkisi yoktur. Normal bir mehr tayin edilmiş ve veli akde icazet vermişse evlenme muteber olur. Aksi halde iptali gerekir. Bu çeşit evlenmeye "mevkuf" evlenme de denir[47]. Velinin icazeti gerçekleşmeden eşlerden biri ölürse, sağ kalan eş mirasçı olamaz. Çünkü icazet verilmeyen fâsit evlenme eşler arasında veraseti mucip olmaz[48].

2) Daha Yakın Derecede Veli Varken Uzak Derecede Bir Veli Tarafından Aktedilen Evlenme:

Evlenme de velâyet bahsinde gördüğümüz gibi, mümeyyiz küçük ve mahcurlar, Malikî mezhebinde bâkire reşit kadınlar, kanunen yetkili velileri tarafından evlendirilebilirler. Ancak velâyet, mirasta câri sıraya göre intikal ettiğinden önceki derecede velâyeti haiz bir kimse varken sonraki dereceden bir kimse bu yetkiyi kullanamaz. Durum böyle olunca, daha yakın derecede bir velinin varlığına rağmen, küçük adına uzak derecede bulunan veli tarafından aktedilen evlenmenin muteberiyeti hak sahibi yakın dereceli velinin icazetine bağlıdır. O icazet vermediği taktirde evlenmenin iptali gerekir[49].

3) Yetkisiz Kimse Tarafından Başkası Adına Yapılan Evlenme

Kanunî ve rızaî temsilcilik yetkisini haiz olmadığı halde, başkası adına bir iş yapan kimseye İslâm hukuku "fuzulî" adını vermektedir. Fuzulî'nin aktettiği evlenme ilgili kimsenin yani haberi olmadan evlendirilen kadın veya erkeğin icazetiyle sıhhate kavuşur. İcazet verilinceye kadar muamele askıda sayılır. İcazet verildiği taktirde muteber olur, aksi halde iptali gerekir. Malikîler, ilgili taraf akitten haberdar olur olmaz yeminle reddettiğini bildirmediği taktirde fuzulînin aktettiği bu evlenmeyi muteber sayarlar[50].

---

47 Bk. HASAN RIZA, age. sh. 62. BİLMEN, age. sh. 4. Ayrıca Bk. CSPE. art. 138. CLAVEL, age. I. sh. 118. DULOUT, age. sh. 107. JOLY, age. sh. 104.

48 İSMAİL HAKKI, age. sh. 78.

49 Bk. HASAN RIZA, age. sh. 64. CLAVEL, age. I. sh. 118. CSPE. art. 139.

50 Bk. İSMAİL HAKKI, age. sh. 62. CSPE. art. 144.

4) **Vekilin Yetkisini Aşması:**

İlgili bahiste izah ettiğimiz gibi, İslâm hukuku evlenmede vekâleti de kabul etmiştir. Vekil yetkisini aşarak müvekkilinin istemediği bir evlenme aktederse; örneğin, tek bir kadınla evlenme aktetmek için yetki verilen vekil, iki kadınla müvekkilini evlendirirse, evlenme her iki kadın için de askıda kalır. Müvekkil isterse bu iki nikâha da icazet verir, akdi muteber hâle getirir; dilerse her ikisini veya yalnız birini reddedebilir[51]. Vekil, birbirini takiben iki ayrı nikâh yapmışsa, önce aktedilen hemen geçerli olup sonraki ise müvekkilin icazetine kadar askıda kalır. O icazet vermezse nikâhın iptali gerekir.

Müvekkil muayyen bir kadınla kendisini evlendirmesi için birisini tevkil ettiği taktirde, vekil tayin edilenden başka bir kadınla evlenme aktederse, akit ancak müvekkilin icazetiyle muteber olur. Müvekkil önceden tesbit ettiği mehrden daha yüksek bir mehrle vekili tarafından evlendirilmişse, durum gene aynıdır. Mehrin arttırılmış olduğunu bilmeden evlenmeyi tasdik etmesi, zifaftan sonra bile, müvekkilin akdi iptal ettirmek yetkisini ortadan kaldırmaz. Vekil fazladan tesbit edilen mehri bizzat ödemeyi taahhüt etmek suretiyle müvekkilini evlenmeyi kabule zorlıyamaz[52].

5) **Mehre İlişkin Kaidelere Uyulmaması.**

İlerde "evlenmede mehr" konusunu incelerken göreceğimiz gibi, Hanefi, Şafiî ve Hanbelî mezhepleri, mehri evlenme akdinin hükümlerinden biri olarak kabul ederler. Malikîler ise mehri evlenmenin sıhhat şartları arasında sayarlar. Durum böyle olunca mezkûr üç mezhebe göre, akdin inikadı anında mehre ilişkin esasların yerine getirilmemesi evlenmeyi sakatlamaz. Malikî mezhebinde ise aynı hal evlenmenin butlânını mucip olur. Fakat bu butlan nisbî olup tarafların iradesiyle bertaraf edilebilir. Kaldı ki gerçek veya hükmî olarak zifaf vukubulmuşsa akit tamamen muteber olup artık taraflarca iptal ettirilemez[53]. Şimdi Malikî mezhebine göre evlenmeyi sakatlayan mehre ilişkin başlıca halleri kısaca gözden geçireceğiz.

A) Mehr, kanunen aşağı had olarak kabul edilen 3 dirhem gümüşten az ise veya sadece görünüşte bir mehr tesbit edilmişse;

51 Bk. HASAN RIZA, age. sh. 63. CSPE. art. 140. CLAVEL, age. I. sh. 118.
52 Bk. CSPE. art. 141. HASAN RIZA age. sh. 63-64.
53 Fazla bilgi için bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 202-203.

B) Mehrin ödenmesi için uzun bir müddet (örneğin 100 sene) tesbit edilmiş veya ödeme için hiç bir tarih tesbit edilmemişse;

C) Hiç mehr ödenmiyeceği kararlaştırılmışsa;

D) Mehr, kullanılması İslâm'a göre yasak bir şeyse (örneğin, domuz veya şarap gibi);

E) Bir Şigar evlenmesi bahse konu ise: yani iki kimse hiç mehr ödemeksizin birbirlerine karşılıklı olarak kardeş veya kızlarından birini verirse, Şigar denen evlenme şekli ortaya çıkar. Burada iki kadından biri diğerinin mehri olarak kabul edilmektedir. Bu durumda evlenen erkekler mehr ödemekten kurtulmaktadır. Halbuki mehr bizzat kadına aittir. Şigar suretiyle evlenmede kadın mehrden mahrum olmaktadır[54].

Yukarda zikretmiş olduğumuz mehre ilişkin haller, Hanefi, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde evlenmenin sıhhatine tesir etmez. Yalnız bu şartlar yok sayılır. Malikîlere göre bu halde evlenme fâsittir. İlgililer evlenmeyi feshedebilirler. Yalnız zifafın vukuu ile evlenme herhalde muteber hale gelir.

6) **Kadının Küfvü Olmayan Bir Erkekle Evlenmesi:**

A) Umumî olarak:

Kefaet kelime olarak "bir şeye yeter ve denk olma" veya eşit ve benzeri olma" anlamlarına gelir[55]. Fıkıhta ise, kadının muhtelif bakımlardan kendine denk sayılan bir erkekle evlenmesi anlamında kullanılmaktadır. Tariften anlaşılacağı üzere, kefaet sadece kadın bakımından aranmaktadır, yani kadının mutlaka kendine denk bir erkekle evlenmesi istendiği halde erkek herhangi bir kadınla evlenebilir. Fıkıhçılara göre, erkek kadını kendi seviyesine yükseltir. Kadın erkeğe denk olmasa bile, böyle bir evlenmeden doğacak çocuklar babalarıyle aynı ortamda yaşıyacaklarından, analarının babalarından aşağı bir sosyal muhitten olmasından zarar görmiyecektir[56]. Fakat kefaetin sadece kadına zararlı olduğunu kabulde isabet yoktur. Evlenmenin gayesine ulaşabilmesi yani eşlerin huzur ve mutluluk içinde yaşayabilmesi için aralarında asgari müştereklerin bulunması gerekir. Karakter, sosyal muhit ve kültür bakımından birbirlerine denk olan kimseler

54 Bk. MILLIOT, age. sh. 317. DULOUT. age. sh. 107-111.
55 Bk. ÖZÖN, M. N. Osmanlıca-Türkçe sözlük. İstanbul, 1959. M. ZİHNİ, age. sh. 39.
56 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 171. vd. MILLIOT, age. sh. 294.

arasında ahenk ve anlaşmanın temini kolay olur. Karı koca arasında bu bakımdan çok fark varsa, umumiyetle evlilik bağı bir gün kopmağa mahkûmdur. Eşlerin birbirlerine denk olmamasının doğuracağı sonuçlar mutlaka çocuklar üzerinde tesirini gösterir. İslâm'ın kefaet bulunmamasından dolayı sadece kadına ve velisine evlenmeyi bozma hakkını tanımasının sebebi şu olsa gerek: Erkek mutlak talâk yetkisine sahiptir. Kendine denk olmayan bir kadınla evlenmiş ve buna pîşman olmuşsa, söyliyeceği iki kelime ile istemediği karısından kurtulabilir. Kadın ise böyle bir yetkiyi çok istinaî olarak ve güçlükle elde edebilir. Bu sebeble, kendine küfüv olmayan bir erkekle evlenmiş olan bir kadına evlenmeyi feshetme yetkisinin verilmesi ihtiyaca uygun görülmüştür.

Hanefi mezhebi iki halde erkeğe de kefaet sebebiyle evlenmeyi feshetme hakkını tanımıştır.

a) Cebr hakkına dayanarak mümeyyiz küçük veya mahcur oğlunu dengi olmayan bir kadınla evlendiren baba veya büyük baba, çocuklarına karşı isabetsiz davranışlarıyle tanınmış kimselerse, küçük veya mahcur evlenmeyi feshetmek hakkına sahiptir. Aynı durum, baba veya büyükbabadan başka veliler tarafından küçük veya mahcur adına aktedilen evlenmeler için herhalde vârittir[57].

b) Kendisini dengi bir kadınla evlendirmesi için her hangi bir kimseyi tevkil eden erkek, vekilin uygun olmayan bir eşle evlenme aktetmesi halinde, evlenmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır[58]. Ancak erkek tarafından ileri sürülebilen kefaet ile kadın tarafından ileri sürülen kefaet arasında müeyyide bakımından fark vardır. Erkeğin kefaet itirazında bulunduğu hallerde evlenme bâtıldır. Halbuki kadına ilişkin kefaet halinde evlenme mevkuftur. Yani icazete bağlıdır. İcazet verilmezse evlenme akit tarihinden itibaren geçersiz olur[59].

Hanefi mezhebi kefaete önem vererek bu konuda derli toplu bir teori kurmağa çalışmıştır. Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri de bu konuda aşağı yukarı Hanefileri takip ederler. Malikîler prensip olarak kefaeti kabul etmezler. Ancak belirtmek gerekir ki Hanefiler tarafından formüle edilen kefaet teorisi uzun bir gelişme neticesinde ortaya çıkmıştır. Çünkü mezhepler arasında olduğu kadar aynı mezhep içinde de kefa-

57 Bk. CSPE. art. 46-47.

58 KÂSÂNI, II. 320. BELLEFONDS, age. II. sh. 178.

59 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 178.

etin lehinde ve aleyhinde görüşler ortaya çıkmıştır. Şimdi kısaca bu görüşlere temas edeceğiz[60].

B) Kefaete karşı olan görüş:

Kefaete karşı olanlar her şeyden önce, kur'an'ın 49. sûresinin. 13. âyetinde mevcut "şüphesiz ki sizin Allah nezdinde en şerefli olanınız takvâca, en ileride olanınızdır" hükmüyle[61], Peygamber'in "İnsanlar kendi aralarında bir tarağın dişleri gibi eşittirler; Arabın Arap olmıyana üstünlüğü yoktur" mealindeki hadisine dayanırlar[62]. Diğer taraftan Peygamber'in Habeşli azat edilmiş bir köle olan Bilâl'in ileri gelen Arap ailelerinden birinin kızıyle evlenmesine müsaade etmesi de kefaete karşı olanların dayandıkları noktalardandır. Peygamber ve arkadaşları kefaete aykırı olarak yapılan evlenmeleri kınamadıkları gibi bazen teşvik de etmişlerdir.

Kefaete karşı olanlara göre, evlenmede kefaet şart olsaydı kısasda da aranması gerekirdi. Halbuki kısasda kefaet aranmaz. Soylu bir kimse bayağı bir şahıs için kısasa uyruk olabilir[63].

Aynı şekilde, kadın için aranan kefaetin erkek için de aranması gerekir[64].

Kefaete karşı olanlar, bütün insanları, Adem'in çocukları olarak kabul edip aralarında herhangi bir fark yapılmasına taraftar değildirler[65].

C) Kefaeti kabul eden görüş:

Evlenmede eşlerin birbirlerine denk olmasını isteyenler önce Kur'an'ın II. sûresinin 183/187. âyetinde [66] mevcut "karılarınız sizler

60 Kefaet hakkında Bk. BİLMEN, age. II. sh. 67-77. MILLIOT age. sh. 293-294. CLAVEL, age. I. sh. 121. vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 171-181. M. ZİHNİ, age. sh. 39. vd. HASAN RIZA, age. sh. 30. vd. Ö. FERRUH (Çev. YUSUF. Z. Kavakçı). sh. 108-109. YOUNG. age. II. sh. 219. D'OHSSON, age. IV. V. sh. 157. vd. CSPE. art. 62-69.

61 Bk. ÇANTAY, Kur'an. III. s. 49. â. 13. Le coran (Par. E. MONTET) sourate 49. verset 13.

62 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 75-76. BELLEFONDS, age. II. sh. 172-173. D'OHSSON' age. IV-V. age. sh. 158.

63 BİLMEN, age. II. sh. 76.

64 BİLMEN, age. II. sh. 76.

65 Bk. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 158.

66 Bk. Le Coran (Par E. MONTET). I. sourate II. verset 183. ÇANTAY, Kur'anı Hâkim. I. s. II. â. 187.

için sizler de karılarınız için bir elbiseniz" hükmünü eşler arasında tam bir denklik lehine tefsir ederler. Eşler arasında aile, kültür ve sosyal muhit bakımından çok fark varsa, ideal olan bu denkliği sağlamağa imkân yoktur. Fakat kefaete taraftar olanlar, dayandıkları âyetin her iki eşe de şamil hükmünü sadece kadın bakımından ele almaktadırlar.

Kefaet teorisinin kurucusu olan Hanefiler, kefaete karşı olanların (ve bu arada Malikîlerin) dayandıkları 49. sûrenin 13. âyeti ile yukarda zikredilen hadisi öbür dünyaya ilişkin hükümler olarak kabul ederler. Bu hükümlerle kast olunan şey, ahirette herkesin işlediği hayır ve günaha göre yargılanacağı ve insanlar arasında bu bakımdan hiç bir fark yapılmıyacağı hususudur[67].

Diğer taraftan, İslâmiyetin ilk zamanlarında yapılan ve kefaet esasına uymayan evlenmeler, kefaetin aranmadığını göstermez. Çünkü böyle evlenmelerin eşlerin velileri tarafından tasdik edildiğini gösteren deliller yoktur[68].

Kefaete taraftar olanlar da kendi tezlerine uygun hadisler ileri sürmektedirler. "kadınları ancak velileri tezviç edebilirler, onlar da küfüvlerinden başkasına tezviç edemezler"; "Kureyş batın batın birbirinin küfvüdür, sair Araplar da" kabile kabile birbirlerinin küfüvleridir.." mealindeki hadisler bu cümledendir[69].

Evlilik birliğinde tam bir anlaşma sağlanmasının gerçekten eşler arasında sosyal ve kültürel yönden büyük farklar bulunmaması vakıasına bağlı olması da kefaete taraftar olanlara hak veren delillerden biridir.

D) Kefaetin unsurları:

a) Nesep veya doğum bakımından eşitlik:

Bu eşitlik sadece Araplar için aranır. Arapça konuşan herkes Arap sayılmaz; aynı zamanda Arabistan yarım adasından olması gerekir. Araplar muhtelif kabileler arasında bir hierarşi tesbit etmişlerdi. Bu cümleden olmak üzere Kureyş soyundan kabileler ancak kendi aralarında küfüv sayılırlar. Diğer Arap kabileleri ise birbirlerinin küfvü kabul edilirler. Bu sebeble Kureyş kabilesinden bir kadının herhangi bir

67 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 173-174.
68 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 174.
69 Bk. Mebsut. BİLMEN, age. II. sh. 75. de

Arap kabilesinden bir erkekle evlenmesi uygun sayılmaz. Ancak nesep yönünden eşitlik, erkeğin bir bilgin veya ilim adamı olması halinde nazara alınmamaktadır. "Bilgi ve kabiliyetle kazanılmış asalet doğumla kazanılmış asaletten üstündür" hükmünü ihtiva eden Kadri paşa konun (CSPE) 65. maddesi bu hususu gayet güzel bir şekilde ifade etmektedir. Bu sebeble Arap olmayan bir bilgin Kureyş kabilesinden bir kadınla evlenebildiği gibi, fakir bir bilgin çok zengin bir kimsenin kızıyle evlenebilecektir[70]. Prensibe getirilmiş olan bu istisnaya dinî bir temel aranmış ve Kur'an'ın 39. sûresinin 11/12 âyeti ile 58. sûrenin 12/11 âyeti hükümlerine dayanılmıştır. 39. sûrenin mezkûr âyeti "bilenlerle bilmiyenler aynı muameleye mi tâbi tutulacak..?" sorusunu ve 58. sûrenin 12/11 âyeti de".. Allah imân etmiş olanlarla kendilerine ilim verilmiş olanları yükseltir." hükmünü ihtiva etmektedir[71].

b) Dinde (İslâm olmada) eşitlik:

İslâm olmada eşitlik ise Arap ırkından olmıyan kimseler arasında aranır ve yalnız koca, kocanın baba ve büyük babası bakımından nazara alınır. Araplar din yönünden birbirlerine denk sayılırlar. Sonradan müslüman olan bir kimse, müslim babanın kızına denk olmadığı gibi, müslim babanın oğlu, ve g. müslim dedenin torunu, babası ve büyük babası müslüman olan kıza küfüv olmaz. Fakat babası ve büyük babası müslüman olan kimse, bütün ataları müslüman olan kadına denk sayılır[72].

c) Meslek bakımından denklik:

Burada kefaet kocanın mesleği ile kadının babasının mesleği arasında aranır. Meslek eşitliği konusunda çok çeşitli ihtimallere yer verilmiş olmasına rağmen bundan asıl maksat şudur: Koca ve kayın pederin meslekleri toplumda aşağı yukarı aynı şeref ve itibardan istifade etmelidir. İmameyn tarafından ileri sürülen bu fikir Hanefi mezhebinin resmî görüşü olarak benimsenmiştir. Mesleklere verilen değer zamana

70 Bk. CSPE. art. 65. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 157. BELLEFONDS, age. II. sh. 174. HASAN RIZA, age. sh. 30. MILLIOT, age. sh. 294.

71 Bk. Le Coran (Par. E. MONTET) II. sourate 39. verset 12. sourate 58. verset 12. Le Coran (Par. R. BLACHÈRE) sourate 39. verset 11/8. sourate 58. verset. 12/11. ÇANTAY, Kur'anı Hâkim... III. s. 58. â. 11.

72 Bk. CSPE. art. 64. HASAN RIZA. age. sh. 30. BİLMEN, age. II. sh. 68. D'OHSSON, age. sh. 187. M. ZİHNİ, age. sh. 39. YOUNG, age. II. sh. 219. BELLEFONDS, age. II. sh. 175. Ö. FERRUH (Çev. Y. Z. Kavakçı). age. sh. 180.

ve toplumlara göre değiştiğinden bu konuda kesin bir kefaetten bahsedilemez[73]. Ebu Hanife'ye göre, kocanın ve kayın pederin meslekleri arasında çok aşikâr bir itibar farkı varsa kefaet yok demektir[74]. Örneğin bir doktorun kızı ile bir temizlik işçisinin oğlunun aktedeceği evlenme uygun sayılmıyacaktır.

d) Dindarlıkta ve iyi ahlâk sahibi olmada denklik:

Bundan maksat, kocanın ahlâksız ve iyilik şuurundan mahrum bir kimse olmamasıdır. Böyle kimselere İslâm'da fâsik tâbir edilir. Fazilet sahibi bir kadınla fâsik bir erkeğin evlenmesi uygun sayılmaz[75].

e) Servette veya malda eşitlik:

Kefaette servet kelimesine değişik anlamlar verilmiştir. Ebu Hanife ve İmam Şeybânî, kelimeyi alışılmış anlamında yani bir kimsenin sahip olduğu mal ve paranın tamamı olarak kabul ederler[76]. Halbuki İslâm "nikâhtan maksat mal değildir" fikrini benimsemiştir. Bundan hareket eden Ebu Yusuf servette eşitlik kavramını farklı bir şekilde yorumlamıştır. O'na göre, önemli olan eşlerin malî imkânlarını karşılıklı olarak tartmak değildir. Her hangi bir iş sahibi olmayan erkek karısının bir aylık nafakasını ve bir meslek sahibi erkek karısının günlük ihtiyacını temin edebilecek durumda; ve herhalde mehri muacceli ödemeğe muktedir ise, kadın çok zengin de olsa, kefaet şartı yerine getirilmiş sayılır. Bu fikir Hanefi mezhebinin resmî görüşü olarak kabul edilmiştir[77]. Gerçekten Nur sûresinin 33. âyetinde mevcut "evlenmeye çare bulamayanlar (yani mehri, nafakayı teminden âciz olanlar) Allah kendilerini[78] fazlinden zengin kılıncaya kadar evlenmesinler" mealindeki hükümde Ebu Yusuf'un görüşünü desteklemektedir.

73 Bk. CSPE. art. 68. BELLEFONDS, age. II. sh. 175. HASAN RIZA, age. sh. 31. BİLMEN, age. II. sh. 69. M. ZİHNİ, age. sh. 39.

74 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 175. Meslek bakımından kefaet konusu incelenirken başvurulan ihtimaller için Bk. BRUNSCHVIG, R. Métiers vils en Islam. in Studia İslamica fasc. XVI.

75 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 68. BELLEFONDS, age. II. sh. 176. Ö. FERRUH (Çev. Y. Z. Kavakçı) age. sh. 109. HASAN RIZA, age. sh. 31. M. ZIHNİ, age. sh. 40. CSPE. art. 67.

76 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 176. Aksi fikir, HALEBİ, age. I. sh. 360.

77 Bk. BELLEFONDS. age. II. sh. 177. BİLMEN, age. II. sh. 68-69. MILLIOT, age. sh. 294. M. ZİHNİ, age. sh. 40.

78 ÇANTAY, Kur'anı Hâkim... c. II. s. 24. â. 33. Ö. FERRUH, (Çev. Y. Z. Kavakçı) age. sh. 109.

f) Hürriyette eşitlik:

Hür kadın bir kölenin dengi olmadığı gibi, azad edilmiş bir kimse de babası ve ataları hür olan bir kadına denk değildir. Hürriyet bakımından kefaet bütün islâmlarlar arasında geçerlidir[79].

E) Malikî mezhebinde kefaet:

Malikîler iki hususta kefaet ararlar:

a) Dindarlık ve iyi ahlâk,

b) Eşin bir takım ayıplardan yani fizikî ve ruhî durumunu ilgilendiren hastalıklardan ve kusurlardan berî olması gerekir. Örneğin, cüzzamlı veya akıl hastası olan bir erkek, sağlam bir kadına küfüv olamaz. Malikîler bu iki halin dışında kefaet aramazlar[80].

F) Hanbelî mezhebinde kefaet.

Hanbeliler şu hususlarda kefaet ararlar:[81].

a) Nesep.

b) Dindarlık ve iyi ahlâk.

c) Meslek

d) Hürriyet

e) Servet.

G) Şâfiî mezhebinde kefaet:

Şâfiîlerin kefaet anlayışı Hanefilerinkine çok yaklaşır. Bu sebeble Şâfiîler de aşağı yukarı aynı haller için kefaet ararlar:

a) Nesep.

Yalnız Hanefilerden farklı olarak, Şâfiîler nesepte kefaeti sadece Araplar için değil bütün müslümanlar için ararlar[82].

b) Fizikî - ruhî sağlamlık.

c) Hürriyet

d) Dindarlık ve iyi ahlâk.

e) Meslek.

79 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 68. BELLEFONDS, age. II. sh. 177. D'OHSSON, age. V. sh. 157.

80 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 179. BİLMEN, age. II. sh. 69-70.

81 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 70. BELLEFONDS, age. II. sh. 179.

82 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 70.

Servette kefaetin şart olup olmadığı hususu Şafiî fıkıhçılar arasında tartışmalıdır. Hâkim görüş servette kefaet aranmıyacağı yolundadır[83].

Hattâ bazı Şafiî müellifler, eşler arasında yaşça da kefaet aranması gerektiği fikrindedirler. Örneğin 70 yaşında bir kimse 18 yaşında bir kıza küfüv değildir[84].

H) Kefaetin neticeleri:

Eşler arasında kefaet bulunmaması evlenmenin sıhhatine tesir etmez. Ancak kadının veya velinin icazeti inzimam edinceye kadar akit askıda kalır. İcazetin verildiği anda, evlenme akdin inikadı anından başlamak üzere muteber olur. Veli veya kadın fesh yetkisini kullandıkları taktirde gene akit başlangıçtan itibaren hükümsüz olur. Bu konuda mezhepler arasında fark yoktur.

Kadın gebe ise, Hanefiler evlenmenin feshedilemiyeceğini kabul ederler[85]. Bazılarına göre, fesih yetkisi çocuğun doğumuna kadar devam eder[86].

Kefaet akit tarihinde aranır. Sonradan kaybolması kadına ve velisine fesih yetkisi vermez[87]. Evlenmeyi feshetme yetkisi veliye ve bizzat kadına aittir. Veli, kadını rızasıyle, küfüv olduğunu tahkik etmeden, bir kimse ile evlendirmişse, her ikisinin de fesih hakkı ortadan kalkar. Fakat başlangıçta kefaet şart koşulmuş veya koca nikâhtan önce kadının küfüv olduğunu beyan etmişse, sonradan kocanın kadından aşağı bir kimse olduğu anlaşıldığı taktirde hem veli hem de kadın evlenmeyi feshedebilir[88].

Dereceleri eşit olan velilerden biri, akitten önce veya sonra uygun olmayan bir evlenmeye rıza göstermişse, artık diğer velilerin itiraz hakkı ortadan kalkar. Örneğin, bir kadının aynı derecede yakın iki veliden birinin rızasıyle küfvü olmayan bir erkekle aktettiği evlenme, diğer veli tarafından feshedilemez[89]. Çünkü kefaet sebebiyle velinin haiz ol-

83 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 179. BİLMEN, age. II. sh. 70.
84 Bk. Ö. FERRUH (Çev. Y. Z. Kavakçı) age. sh. 109. BELLEFONDS, age. II. sh. 180-181.
85 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 180. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 159.
86 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 73.
87 Bk. CSPE. art. 62.
88 Bk. M. ZİHNİ, age. sh. 40-41. BİLMEN, age. II. sh. 70-72. BELLEFONDS, age. II. sh. 178.
89 1917 tarihli HAK. md. 49.

duğu hak bölünemez. Ancak Ebu Hanife tarafından savunulan bu fikir, İmam Ebu Yusuf ve İmam Züfer tarafından kabul edilmemiştir. Bunlara göre, velilerden birinin evlenmeye itiraz hakkından vazgeçmesi diğerlerinin hakkına tesir etmez. Aynı fikir Şâfiîlerce de kabul edilmiştir [90].

Kefaet yokluğu sebebiyle evlenmenin feshi ancak kadi'nin kararı ile mümkün olur. Kadi kararı olmadıkça evlenme devam eder. Bunun sebebi şudur: Kefaet bulunmaması yüzünden evlenmenin feshi bütün imamlarca kabul edilmiş değildir. Eşlerden biri kefaete taraftar olmayan imamların fikrine dayanarak evlenmenin feshini bertaraf etmek isteyebilir. İlgililerin bu yola gitmesini önlemek için kadi'nin feshe karar vermesi uygun bulunmuştur [91].

Velinin sarahaten veya zımnen evlenmeye icazeti, fesih hakkını düşürür. Rızayı gösteren her fiil zımnen icazet sayılır. Örneğin, veli kadının mehrini talep ve dava ederse, evlenmeye zımnen icazet vermiş sayılır. Ancak susmak burada rızayı göstermez[92].

I) Modern İslâm aile hukuku kodlarında kefaet:

20.Yüzyılda muhtelif İslâm ülkelerinde gerçekleştirilen aile hukuku kodları, kefaeti tanzim etmekle beraber, ona verilen önemi azaltmışlardır. 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile kararnamesi kefaetin neticelerini teferruatlı bir şekilde tesbit etmesine rağmen [93] sadece iki hususta kefaeti gerekli bulmuştur. Gerçekten kararnamenin 45. maddesi "mal ve hirfet gibi hususta erkeğin kadına küfüv olması nikâhın lüzûmunda şarttır" hükmüyle, servet ve meslekte kocanın karıya denk olması gerektiğini hükme bağlamıştır.

1951 tarihli Ürdün kanunu 23-27. maddelerinde, 1917 Osmanlı kararnamesinin tanzim tarzını aynen kabul etmiş fakat kefaet yokluğuna sebeb olan haller arasında sadece "servet"i zikretmiştir.

1953 tarihli Suriye kanunu, 28. maddesinde eşler arasında kefaetin tayinini "mahallî örf ve âdete" bırakmıştır.

---

90 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 72. M. ZİHNİ, age. sh. 41. BELLEFONDS, age. II. sh. 178.

91 BİLMEN, age. II. sh. 72

92 Bk. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 159. M. ZİHNİ, age. sh. 41. BİLMEN, age. II. sh.73

93 Bk. 1917 ta. HAK. md. 45-50.

1959 tarihli Irak kanunu ise kefaete hiç yer vermemştir [94].

Malikî mezhebinin önem vermemesine rağmen, Fas kanunu kefaetin akit anında nazara alınacağı ve yerleşmiş âdetlere göre tayin edileceği hükmünü koymuştur [95].

Klâsik İslâm hukukundan farklı olarak 1951 tarihli Ürdün ve 1953 tarihli Suriye kanunları, eşler arasında yaşça kefaet bulunmasını öngörmüşlerdir. Ürdün kanunu, eşler arasında 20 yaştan fazla bir yaş farkı bulunması halinde, evlenmeyi iki şartla tecviz etmektedir: Hâkim, eşlerden yaşça küçük olanın rızasında ve böyle bir evlenmeden elde edeceği faydadan emin olmalıdır [96].

1953 tarihli Suriye kanunu ise, eşler arasında mevcut yaş farkının kefaete mânî olup olmadığı hususunun takdirini teamüle bırakmaktadır [97].

7) **İrade Fesadı Halleri**:

İradeyi sakatlıyan haller, hata, hile ve ikrahtır. Bu hallerden birine maruz kalan taraf, hakiki iradesini beyan etmemiş sayılır; çünkü hata, ve hile neticesi gerçek durumu görememiş veya zorla irade beyanında bulunmuştur. Bu taktirde, iradesi fesada uğrayan kimse dilerse akdi fesheder, dilerse kabul eder.

İslâm hukukunda, irade fesadı hallerinin tanzimi mezheplere göre farklılık arzeder. Hanefi mezhebi irade fesadına gereken önemi vermemiştir. Üzerinde en fazla durulan fesat sebebi ikrahtır [98]. İkrah, bir kimseyi korkutup rızası olmaksızın haksız olarak bir şey yapmaya zorlamaktır" [99]. Hanefilere göre, ikrah şaka irade beyanları ile inikat etmeyen tasarruflarda nazara alınır; yani böyle muamelelerde ikrah iradeyi sakatlar. Buna karşılık, şaka irade beyanlarının da muteber neticeler doğurduğu muamelelerde ikrah nazara alınmaz. İşte evlenme de bu guruba girer. Daha açık bir deyimle ikrah ile aktedilen evlenme muteberdir[100].

---

94 Bk. BELLEFONDS. age. II. sh. 181.
95 Bk. La Moudawwana, art. 14.
96 Bk. Le code jordanien du statut personnel, art. 6.
97 Bk. Le code syrien du statut personnel. art. 19.
98 Bk. Mecelle, IX. kitap II. bab. md. 948, 949, 1003, 1007.
99 Bk. ANSAY, Hukuk Tarihinde... sh. 45.
100 Bk. ANSAY, age. sh. 47. BİLMEN, age. II. sh. 23.

Diğer üç mezhep, ikrah neticesi aktedilen evlenmenin fâsıt olduğu yani iradesini zorla açıklamış olan kimsenin fesih yetkisine sahip bulunduğu görüşünü savunur. Hata ve hile hallerine de bu mezheplerce önemli neticeler atfedilmiş ve iradesi fesada uğrayan eşlere evlenmeyi feshetme hakkı tanınmıştır[101]. Ancak belirtmek gerekir ki, irade fesadı halleri, eşlerden birinde evlenme anında mevcut olupta diğer eşten gizlenmiş olan veya eşin kendi hatası ile farkına varamadığı bir takım ayıplar dolayısıyle incelenmektedir. Eşlerden birinde bulunan ayıp dolayısıyle diğerinin evlenmeyi feshetme hakkı, temelde irade fesadına dayanır. Bu konuda, Şiîler de sünnî mezheplerle aynı çözüm tarzını kabul etmişlerdir[102].

Eşlerden birinde bulunan ve diğeri için evlenmeyi çekilmez hale getirebilecek hastalıklar veya bazı organlarda görülen anormal teşekkülat veya noksanlıklar diğer eşe evlenmeyi feshetme yetkisini veren ayıplar cümlesindendir. Ancak bu ayıplar ve bunlara atfedilen sonuçlar konusunda mezhepler arasında birlik yoktur.

Bugün kaybolmuş olan Zahiriyye mezhebine göre, evlenme eşlerden birinde mevcut her hangi bir hastalık veya buna benzer bir ayıp sebebiyle feshedilemez[103].

Dört ortodoks mezhep ise, aralarında fark olmakla beraber, eşlerden birinde mevcut ve diğeri için evlenmeyi çekilmez kılan hastalıkları, evlenmenin feshine sebeb saymıştır. Borçlar hukukunda örneğin, satış aktinde mebi gizli bir takım ayıplar ihtiva ediyorsa, alıcı seçimlik bir hakka sahiptir. Dilerse akdi fesheder, dilerse mebii kabul eder ve fiyatın tenzilini ister. Müellifler kıyas yoliyle, kendi hatası veya başkasının hilesi sebebiyle evlenme iradesi fesada uğrayan eşe, evlenmeyi feshetme yetkisini tanımışlardır; fakat imkân nisbetinde fesih davalarını azaltmak gayesiyle, açıkça taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça, sadece evlenmenin gayesine ulaşmasını önliyen hastalıkların fesih sebebi olacağı esası kabul edilmiştir[104]. Bu hastalıkların başında cüzzam, frengi, akıl hastalığı gelir. Cinsel organların anormal teşekkülü ve erkeğin iktidarsızlığını da bu arada zikretmek gerekir[105].

---

101 Bk. JOLY, age sh. 105. DULOUT, age. sh. 114. vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 183. vd. TEHERANI, age. sh. 159-162. BİLMEN, age. II. sh. 365. vd. CLAVEL, age. I. sh. 122 vd.

102 Bk. TEHERANI, age. sh. 158-162.

103 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 183. BİLMEN, age. II. sh. 389.

104 Bk. JOLY, age. sh. 106.

105 Bk. TORNAUW, age. sh. 102. JOLY, age. sh. 106. vd. VAN DEN BERG age. II sh. 361-63. DULOUT, age. sh. 113-14.

Bazı Hanbeli müellifler ise, eşlerde bulunan ve diğeri için bir tiksinti yaratan bütün fizikî ayıpları fesih sebebi olarak kabul ederler[106].

Fakat ne kur'an'da ne de hadislerde hastalık sebebiyle feshe cevaz veren bir hükme raslıyoruz. Sadece Peygamber'in karılarından birini, evlenir evlenmez, vücudunda mevcut beyaz lekeler sebebiyle geri gönderdiği söylenir. Fakat bu bir boşamadır.

Ayıp sebebiyle feshin dinî bir temele dayanmayışı Zahirriyye mezhebini, eşlere bu konuda hiç bir hak tanımamağa götürmüştür. Öyle ki kocanın cinsî organlarından mahrum olması bile kadına evlenmeyi feshetme yetkisi vermemektedir. Ancak bu mezhebe göre, eşlerin evlenme akdine her türlü ayıptan salim olmaları şartı konabilir. Bu takdirde eşlerden birinin akıl hastası veya cüzzamlı olması veyahut da cinsî organlarında anormallikler bulunması, diğerine evlenmeyi feshetme hakkını verir[107].

Hanefi mezhebine göre, ayıp sebebiyle evlenmeyi feshetme yetkisi sadece kadına ait olup bu da ancak erkeğin iktidarsızlığı veya cinsî organlarından mahrumiyeti haline münhasırdır.

Ebu Hanife ve Yusuf tarafından zikredilen bu hale İmam Şeybanî, erkekte bulunan akıl hastalığı, cüzzam ve alatenlik hastalığını da eklemektedir[108]. Ayıp sebebiyle fesih hakkını sadece kadına tanımak hususunda Hanefiler müttefiktirler. Çünkü bunlara göre, karısından herhangi bir şekilde memnun olmayan koca, talâk yetkisine dayanarak dilediği zaman evlenmeye son verebilir. Halbuki kadın böyle bir hakka sahip olmadığından kendisi için çekilmez olan bir evlilik birliğini devam ettirmeğe mecbur olacaktır.

Diğer üç mezhep, ayıp sebebiyle fesih hakkı konusunda Hanefilerden farklı bir yol izlemiştir. Bunlar, kadında mevcut muhtelif anormallikler sebebiyle kocaya da evlenmeyi feshetme yetkisini tanımışlardır. Gerçekten talâk hakkına sahip olmakla beraber, kocanın ayıp sebebiyle fesih yoluna gitmesi, mehr bakımından kendisine fayda sağlar. Çünkü evlenme, zifaftan önce talâkla sona ermişse eş mehri misl alır. Halbuki zifaftan önce fesih halinde, koca mehr ödemekten kurtulur[109]. Akıl

106 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 183.

107 Bk. BELLEFONDS, age. II. 184. CLAVEL, age. I. sh. 126.

108 Bk. CSPE, art. 298-302. BİLMEN, age. II. sh. 376. BELLEFONDS, age. II. sh. 185. DULOUT, age. sh. 115-116.

109 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 376-379 vd. DULOUT, age. sh. 114. vd. CLAVEL, age. I. sh. 126 vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 185.

hastalığı, cüzzam ve alatenlik her iki eşe de fesih yetkisi veren ayıplardır. Erkeğin iktidarsızlığı veya cinsî organlardan mahrum bulunması halinde kadın ve kadının anormal cinsî teşekkülata sahip olması halinde erkek evlenmeyi feshedebilir. Ancak kadında bulunan fizikî ayıplar, kocaya karıya karşı bir iğrenme hissi doğurduğu ölçüde fesih yetkisi verir[110]. Malikîler yalnız eşin fizikî durumuna ilişkin hataya değil aynı zamanda kefaet hallerinin dışında kalan ve eşin ahlâkî durumuna ilişkin olan hataya da önem vererek, eşlere evlenmeyi feshetme yetkisi tanımıştır[111].

Fesih yetkisinin kullanılması bakımından mezhepler arasında görüş ayrılıkları vardır. Bir kere, Hanefiler bu hakkı sadece kadına tanımışlardır. Diğer taraftan, prensip olarak, bahis konusu ayıpların akdin inikadı anında mevcut olması ve isbatı gerekir. Sonradan meydana gelen ayıplar (hastalıklar) feshe imkân vermez. Ancak bu düşünce tarzı, erkeğin iktidarsızlığı bakımından bütün mezheplerce kabul edilmiştir. Yani erkek zifafta bulunduktan sonra iktidarsız olmuşsa artık kadın bu sebebe dayanarak evlenmeyi feshedemez[112]. Evlenme aktinden önce mevcut ayıplar için fesih hakkının kullanılması, akit anında ilgili eşin bir hatasına veya karşı tarafın veya bir üçüncü şahsın hilesine bağlıdır. Ancak akdin hazırlık safhasında normal bir insandan beklenen ihtimamı göstermeyen eşin davası reddedilir[113].

Erkeğin iktidarsızlığı dışında kalan ayıplar için mezhepler arasında görüş birliği yoktur. Ancak genellikle ayıpların evlenmeden önce veya sonra olmasına göre ayrım yapılmaktadır. Şafiîlere göre evlenmenin devamı sırasında erkekte meydana gelen ayıplar kadına fesih yetkisi verir[114]. Buna karşılık evlenmeden sonra kadında meydana gelen ayıplar için kocanın bu hakka sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı müellifler kocaya fesih yetkisi tanır, bir kısmı ise reddeder; Birinci görüş İmam Şâfiî'nin fikrine uygundur[115].

---

110 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 186.

111 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 126.

112 Bk. CSPE. art. 298-302. CLAVEL, age. I. sh. 127. vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 187. DULOUT, age. sh. 114.

113 Bk. JOLY, age. sh. 107. TEHERANI, age. sh. 162. Musevîlere göre eşlerin oturduğu yerde bir umumî hamam varsa, hamam personeli nezdinde, diğer eş hakkında gerekli soruşturmayı yapmamış olan eş. hatasına dayanarak fesih davası açamaz. JOLY, age. sh. 108.

114 Bk. VAN DEN BERG, age. II. sh. 362.

115 Bk. VAN DEN BERG, age. II. sh. 362. BELLEFONDS, age. II sh. 188.

Malikîler ise bir takım tasnifler yüzünden asıl prensibi kaybetmişlerdir. Buna göre, kocada evlenmeden sonra meydana gelen cüzzam ve alatenlik hastalıkları kadına fesih hakkı verir. Akıl hastalığı her iki eş için de muteber bir fesih sebebidir. Hastalığın evlenmeden önce veya sonra olması arasında fark yoktur[116].

Bir kısım Hanbelîler, hastalığın evlenmeden önce veya sonra olmasına bakmaksızın, karı kocanın yek diğerinde bulunan hastalık sebebiyle evlenmeyi feshedebileceği fikrindedir. İbn Kudâma ise akdin inikadı anından sonra ortaya çıkan hastalıkları hiç bir şekilde fesih sebebi saymaz[117],

Eşinin hastalığı sebebiyle evlenmenin feshini isteyen eş de aynı veya benzer bir hastalığa tutulmuş ise, karşı tarafın itirazı üzerine davacı eşin davası reddedilecek midir? Prensip itibariyle bu soruya menfi cevap verilmektedir. Yani bizzat hasta olan karı veya kocadan biri diğerinin hastalığını ileri sürerek evlenmenin feshini isteyebilecektir. Ancak bu husus ittifakla kabul edilmiş değildir[118].

Eşinde bulunan ayıbı öğrendikten sonra kısa veya uzunca bir müddet susan karı veya kocanın fesih hakkı sâkıt olmaz. Hanefi mezhebinde kocanın iktidarsızlığı sebebiyle kabul edilen bu esas [110], diğer ayıplar hakkında Malikî ve Hanbelî mezheplerince de kabul edilmiştir[120]. Şâfiîler, fesih yetkisine sahip olan karı veya kocanın gereğinden fazla müddet susmasını onun hakkından vazgeçerek eşinin ayıbını kabul etmiş olduğu şeklinde yorumlar[121]. Ancak hasta eşle bilerek karı kocalık ilişkisini devam ettiren karı veya koca fesih hakkını kaybeder[122].

Evlenmenin feshine kadi karar verir. Bu husus bütün mezheplerce ittifakla kabul edilmektedir. Mutlak butlan hallerinde olduğu gibi,

116 CLAVEL. age. I. sh. 127. BELLEFONDS, age. II. sh. 188. Akıl hastalığının fesih sebebi sayılması pek anlaşılamamaktadır. Çünkü akıl hastaları muteber bir şekilde evlenebilirler. Evlenme engeli olmıyan bir halin fesih sebebi sayılması mantıkî bir şey değildir. Fakat bu nevi tutarsızlıklar Islam hukukunun özelliklerinden biridir. Bu bakımdan İslam hukuku araştırmalarında sağlam bir sentez çok güç ve hattâ bazı konularda imkânsızdır.

117 Bk. MUGNİ, VI. 654. BELLEFONDS, age. II. sh. 188. den.

118 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 379. BELLEFONDS, age. II. sh. 189.

119 Bk. CSPE. art. 289. BELLEFONDS, age. II. sh. 189. CLAVEL, age. I. sh. 128.

120 BELLEFONDS, age. II. sh. 183.

121 Alî AL HAFİF, Furag az-zawaj. sh. 272. TORNAUW, age sh.102. BELLEFONDS, age. II. sh. 189. vd.

122 Bk. VAN DEN BERG, age. III sh. 360-363. CLAVEL, age. I. sh. 128.

burada eşlerin kadi'ye gitmeden evlenmeye son vermeleri mahzurlu telâkki edilmiştir. Zira eşlerden biri tarafından ileri sürülen ayıp hali bazen tetkike muhtaç görülebilir. Hastalığın tedavisi için muayyen bir müddet beklemek gerekebilir. Örneğin, erkeğin iktidarsızlığı halinde durum böyledir. Karı kocasının iktidarsızlığını ileri sürer ve koca da bunu kabul ederse, kadi kocaya bir senelik bir müddet verir. Bu müddetin hitamında karı gene kocasının iktidarsızlığından şikayet eder ve evlenmenin feshini isterse, kadi kocaya karısını boşamasını emreder. Koca kadi'nin emrine uymazsa, kadi bizzat evlenmeyi fesheder. Koca cinsî organlarından tamamiyle mahrumsa hiç beklemeğe lüzum kalmadan kadi evlenmenin feshine karar verir[123].

Ayıp halinde kadi'nin kararının hukukî mahiyeti tartışmalara sebeb olmuştur. Bir fikre göre, akdin inikadından sonra fakat zifaftan önce vâki talep, butlan davası karekterine sahip olup aynı neticeleri doğurur[124]. Hanefi ve Malikîlere göre kadi'nin kararı bir talâk-i bayine benzer ve bu, üçlü boşanmanın hesabında nazara alınır. Yani fesih hakkını kullanan koca, hülleye başvurmaksızın iki kere daha karısıyle evlenebilecektir[125]. Şâfiî ve Hanbelîlere göre, kadi'nin kararı gerçek bir feshi hüküm altına almaktadır; üçlü boşanmanın hesabında nazara alınmaz.

Zifaftan veya halvetten önce vukubulan fesih talâka benzetilirse, kadın tayin edilen mehrin yarısını alır. Hanefilerce kabul edilen görüş budur. Malikîler aynı çözüm tarzını takip etmelerine rağmen, kadına mehr verilmesini kabul etmezler. Diğer iki mezhep ise kadi'nin kararını gerçek bir fesih kararı olarak görür; bu karar zifaftan önce verilmişse, kadın hiç mehr alamaz. Halvet vukubulmuş olsa bile durum aynıdır. Çünkü halvet ancak muteber evlenmelerde zifafa karine sayılır[126]. Fesih zifaftan sonra olmuşsa, Hanefi mezhebi, karıya mehri müsemmayı verir. Malikîler ise kadına hiç mehr vermezler. Hanbelî ve Şâfîlere göre, kadın mehri misle hak kazanır.

123 Bk. CSPE. art. 299-300, BOUSQUET, age. sh. 38.
124 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 126.
125 BOUSQUET, (Muhtasar...) sh. 38. BELLEFONDS, age. II sh. 190.
126 BELLEFONDS, age. II. sh. 191.

§ 5. EVLİLİĞİN HÜKÜMLERİ

I. UMUMÎ OLARAK

Karı kocadan meydana gelen evlilik birliğinin idare ve işleyişini temin için tarih boyunca muhtelif hukuk sistemlerinde üç ayrı usul uygulanmış ve uygulanmaktadır[1].

1) **Koca Hakimiyetine Dayanan Evlilik** :

Tezimizin giriş kısmında izah ettiğimiz gibi, erkek daha toplum hayatının başlangıcından itibaren aile içinde ve dışında kadına üstünlük kazanmış ve bu imtiyazlı durumunu yüz yıllar boyunca sürdürmüştür. 18 ve 19. yüzyılda Avrupa'da meydana gelen çok önemli siyasî ve sosyal devrimlere rağmen koca evlilik birliği içinde hâkim rolünü bazı hukuk sistemlerinde muhafaza etmiştir. Örneğin, büyük ihtilâlden sonra da Fransız Medenî kanunu (Code Napoléon) evlilikte kocanın hâkimiyetini devam ettirmiştir. Nepoléon'un ısrarı ile, adını taşıyan Fransız MK. nunda kadının kocaya itaat borcu sarih olarak kabul edildi[2]. Bununla, Fransız imparatoru, karının kocaya tâbiiyetini gerçek ve kesin bir bağımlılık ilkesi haline getirmek istemiştir[3]. Fransız koca, kendinden izinsiz olarak, karısının sokağa çıkmasını, her hangi bir kimse ile görüşmesini men edebilecektir[4]. Ancak Code Civil'de yapılan değişikliklerle kadına şahsiyeti tanınmış ve daha çok ortalama bir sistem kabul edilmiştir[5]. Code Napoléon, Roma hukuku-

1 Bk. VELİDEDEOĞLU, age. II. bası. sh. 88.

2 Bk. SALAMA, age. sh. 119-120.

3 Bk. VIALETTON, Henri; L'autorité maritale sur la personne de la femme. Thèse Montpellier, 1919. sh. 9.

4 Bk. THIBAUDEAU, Mémoires sur le consulat, sh. 426.

5 Bk. Code Civil art. 213. vd. Bu madde 22 Eylül 1942 tarihli kanun ve 9 Ekim 1945 tarihli kararname ile değiştirilmeden önce, "koca karısını korumaya kadın kocasına itaate mecburdur" hükmünü ihtiva ediyordu. Bk. LAIR, Jacques; Études de droit comparé sur la capacité civile de la femme mariée (Italie, Angleterre, Allemagne, Suisse) Thèse. Paris. 1909. sh. 7.

nun tesiri altında kalmıştır. Eski Roma'da evlilik tamamiyle kocanın hâkimiyetine dayanıyordu. Aynı şeyi 1900 tarihli kanundan önce muhtelif Alman devletlerinde de görmekteyiz. Ancak bunların kanunları Code Napoléon'a göre az çok liberal sayılırlardı. Cermen örf ve âdet hukukunun tesiri, Roma hukukunun sızmaları ve Code Napoléon'un komşuluğu, çeşitli Alman devletlerini karı kocanın durumunu tanzimde farklı yollara götüren sebeblerdir[6].

2) **Eşlerin Eşitliği Esasına Dayanan Evlilik**:

19 ve 20. yüzyılda değişen iktisadî ve sosyal şartlar kadına toplum içinde aktif bir rol oynamak fırsatını vermiştir. Üst üste geçirilen savaş dönemleri, kadının iktisadî hayatta ve bir çok idarî kademelerde görev alması zorunluluğunu ortaya çıkarmış ve binnetice kadın hürriyetine kavuşmuştur[7]. Bu şartlar içinde eski sistemi "koruma ve itaat" anlayışı terkedilerek, karı kocanın mutlak eşitliği esasına yer verilmiştir. Örneğin, Rusya'da karı koca mutlak surette eşittirler. Bu sebeble Rus karı, kocasının soy adını taşımak zorunda değildir. İkametgâh değişikliği halinde isterse kocasını takip etmiyebilir. Kısaca, Rusya'da evlenme, kadının ehliyeti üzerine en küçük bir şekilde tesir etmez ve hiç bir şekilde kadının kocasına tâbi olması bahse konu değildir[8]. İskandinav memleketlerinde de durum aynıdır[9].

3) **Ortalama Sistem**:

Bir çok Avrupa ülkelerinin ve özellikle İsviçre-Türk Medenî kanunlarının kabul ettiği sistem budur. Karı koca esas itibariyle eşit olmakla beraber, evlilik birliğinin korunması için kocaya bazı hususlarda üstünlük tanınmıştır. Bu cümleden olmak üzere, koca birliğin reisi kabul edilmiştir. Karı kocanın soyadını taşır ve onun rızası olmadan herhangi bir meslek ve sanat icra edemez[10].

Ancak kocaya tanınan bu münferit imtiyazlar, hiç bir zaman karının onun vesayeti altında girmesini tazammun etmez. Her topluluk, düzenli bir şekilde yönetilebilmek için bir başa muhtaçtır. Toplumun

6 Bk. LAIR, age. sh. 7-10, 12.
7 Bk. SALAMA, age. sh. 114.
8 Bk. Principes du droit soviétique (Academie des sciences L' U. R. S. S. Institut de droit et de L'Etat) Traduit du Russe Par Leon PIATIGORSKI.
9 VELİDEDEOĞLU, age. sh. 89.
10 Bk. TMK. Md. 152-159. İMK. (CCS) art. 160-162-167.

çekirdeğini teşkil eden ailenin reisi kocadır. Erkek hayat mücadelesinde kadına nazaran daha kuvvetli ve tecrübeli olduğu için, evlilik birliğini yönetme yetkisi kendisine verilmiştir. Kocanın bu sıfatı, kadının şahsı üzerinde ona bir hâkimiyet hakkı vermez. Kadın evlenmeden önce sahip olduğu fiil ehliyetini muhafaza eder[11].

İslâm hukukundaki duruma gelince; İslâm hukukunda, her hangi bir konuda mevcut kaidelerin tamamından umumî bir prensip çıkarmak çok güçtür. Evlenmede kanının durumu bahse konu olduğu zaman, bu güçlük daha da artmaktadır. Çünkü kadın şahsî bakımdan kocasına tâbi olduğu halde, mameleki üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir. Her türlü hukukî muameleyi yapabilir; dava açabilir. Bunun için kocanın rızasına ihtiyaç yoktur. Evlenmeden önce vesayet altında ise, reşit olmadıkça, kadının mameleki velisi veya vasisi tarafından idare edilir. Evlenme kocaya karının malları üzerinde hiç bir hak bahşetmez. Serveti ne olursa olsun kadın evin masraflarına iştirak zorunda değildir[12]. Mamelekini idare ve ona tasarruf konusunda kadının sahip olduğu bu serbesti, muhtemelen kocanın talâk yetkisine dayanır. Koca dilediği an evlenmeye son verebildiği cihetle, kadının kendi mameleki üzerinde mutlak hâkim olması menfaatine telâkki edilmiştir. Eşler arasında tam bir mal ayrılığı câri olduğundan talâk halinde eşlerin malları konusunda hiç bir problem ortaya çıkmaz.

Mamelekî yönden, sahip olduğu bu tam hürriyete karşılık, kadın şahsî bakımdan kocanın vesayeti altındadır. Bu sebeble evlilik birliği kocanın mutlak hâkimiyetine dayanır. Kur'an'da ve hadislerde erkeğin kadına üstün olduğu açıkça ifade edilmektedir. Gerçekten En-Nisâ sûresinin 34. âyetinde "erkekler kadınlar üzerine haakimdirler. O sebeble ki Allah onlardan kimini (erkekleri) kiminden (kadınlardan) üstün kılmıştır.."; El-bakara sûresinin 228. âyetinde "erkekler kadınlar üzerinde daha üstün bir dereceye mâliktirler.." hükümleri yer almaktadır. Erkeğin kadına üstünlüğü, sahip olduğu vasıflardan ve kadının infak ve iaşesini temin etmesinden doğmaktadır[13].

Ancak İslâm, evlilik içinde kocayı kadına üstün tutmakla kadını erkeğin kölesi yapmak istememiş, kadına kocaya ittaati emrederken

11 Bk. VELİDEDEOĞLU, age. sh. 89.

12 Bk. CSPE. art. 206. KHIAT, age. sh. 99-100. GUEMARD, age. 47-48. MILLIOT, age. sh. 323. CLAVEL, age. I. sh. 162-163. SALAMA, age. sh. 130. vd. ABD- EL FATTAH, age.. sh. 123. vd.

13 Le Coran (Par E. MONTET), sourate IV. verset 38. Dipnot. I. MILLIOT, age. sh. 323. CLAVEL, age. I. sh. 162-163.

kocaya da kadına karşı bir takım ödevler yüklemiştir. Nitekim II. sûre'nin 228. âyetinde kadınların da kocaları üzerinde bir takım haklara sahip oldukları ifade edilmektedir.[14]. Aynı şeyi Peygamber "ey erkekler sizler karılarınız üzerinde, karılarınızda sizler üzerinde haklara sahiptirler" mealindeki bir hadisiyle ifade etmektedir[15].

Şimdi bu izahatın ışığı altında İslâm'da evlenmenin hükümlerini inceleyebiliriz: Evlenmenin hükümlerini şahsî ve malî olmak üzere iki kısma ayırmak gerekir. Biz evlenmenin şahsî hükümlerini sadece eşler bakımından tetkik edip, çocuklarla ana baba arasındaki ilişkilere dokunmıyacağız. Malî neticelerini de etraflı bir şekilde izaha çalışacağız. Evlenmenin şahsî hükümleri deyince, önce akla eşlerin birbirlerine karşı olan hak ve ödevleri gelir.

II. EVLENMENİN ŞAHSÎ HÜKÜMLERİ

1) **Kocanın Karıya Karşı Ödevleri**:

Kocanın karısına karşı yerine getirmekle mükellef olduğu ödevlerini aşağıdaki şekilde özetliyebiliriz:

A) İyi muamele:

Koca karının şahsı üzerinde geniş bir takım yetkilere sahip olmasına rağmen, ona iyi muamele etmekle mükelleftir. Bu sadece bir tavsiye olmayıp kur'an'ın emridir. Gerçekten IV. sûrenin 19. âyeti "..karılarımızla iyi geçinin. Eğer kendilerinden hoşlanmadınızsa olabilir ki bir şey sizin hoşunuza gitmezse Allah onda bir çok hayır takdir etmiş bulunur"[16]. hükmünü ihtiva etmektedir. Ancak karıya karşı iyi muamele emreden bu hükmün yanında Kur'an kocanın karısını dövebileceğini de kabu etmektedir. "Şerlerinden, serkeşliklerinden yıldızğınız kadınlara gelince; onlara (önce) öğüt verin (vazgeçmezlerse) yataklatında yalnız bırakın (yine kâr etmezse) döğün. Size itaat ederlerse aleyhlerine yol aramayın. Çünkü Allah çok yücedir.."[17] âyeti kocaya

14 Le Coran (Par R. BLACHÈRE). Sourate II. verset 228. ÇANTAY, Kur'an'ı, Hâkim.. I. S. II. â. 228.

15 MILLIOT, age. sh. 323. HELOU, age. sh. 93.

16 Bk. Kur'an'ı Kerim ve Türkçe anlamı S. IV. â. 19. ÇANTAY, Kur'an'ı Hâkim... I. s. IV. â. 19. Le Coran (par O. PESLE A. TIDJANI) sourate IV. verset. 19. Le Coran (Par. MONTET) I. sourate IV. verset 23.

17 Kur'an'ı Kerim ve Türkçe anlamı S. 4 â. 34. 83. ÇANTAY, Kur'an'ı Hâkim.... I. s. IV. â. 34. Le Coran (Par. E. MONTET) I. sourate IV. verset 38.

karısını tedip yetkisini vermektedir. Fakat bu âyet hükmünü kocanın iyi muamele yapmak ödevi ile bağdaştırmak zor değildir. Kendine düşen ödevleri yerine getirmeyen karı, kocasına karşı yükümlü olduğu itaat görevini ihlâl etmiş demektir. Bu halde koca karısına önce ihtar edecek, ona ödevlerini hatırlatıcı telkin ve tavsiyelerde bulunacak, bu yol tesirsiz kalırsa, onu yatağında yani odasında yalnız bırakacaktır. Bu çoğu zaman ilerde izah edeceğimiz gibi, kocanın birden fazla kadınla evli olması halinde, gecelerini karıları arasında eşit olarak paylaştırma ödevini, itaatsiz karı bakımından yerine getirmemesi şeklinde ortaya çıkar. Bu da tesir etmezse koca karısını bir nevi disiplin cezası olarak, hafifçe döğebilecektir[18]. Ancak önce ilk iki çareye başvurmak gerekir. Âyet hükmü gayet açıktır. Tedip hakkı hiç bir zaman şiddet haline dönüşemez. Koca karısını ancak vücudunda iz bırakmıyacak şekilde tedip edebilir[19]. Hanefî mezhebi esas alınarak Kadri Paşa tarafından hazırlanmış olan Mısır MK. nu da (CSPE). 209. maddesinde kocanın tedip yetkisini tanzim etmiştir. Madde kocanın tedip yetkisini bir şarta bağlamıştır. Kadının işlediği hata veya gayrimeşru fiil için kanunda bir ceza tesbit edilmemiş olmalıdır. Ancak bu halde koca karısını hafifçe tedip edebilecektir. Çok meşru bir sebeb dahi olsa koca karısına karşı şiddet kullanamaz. karı kocasının kötü muamelesinden şikayet eder ve kendisine karşı şiddet kullandığını isbat ederse, kadi kocayı duruma göre hafif veya ağır bir ceza ile teczıye eder[20]. Koca, çok meşru bir sebebe dayanarak bunu yapsa bile durum değişmez; ve fiili, cezayı müstelzimdir. Malikî mezhebi, kocasının kötü muamelesine ve şiddet hareketlerine maruz kalan kadına boşanma hakkı vermektedir. Bu taktirde kadi'nin kararıyle evlilik sona ermektedir[21]. Kadi bizzat karar vere-

---

18 Bu konuda mezhepler ve müellifler arasında ittifak vardır. Bk. MILLIOT age. sh. 335. CLAVEL, age. I. sh. 164. ABD-EL FATTAH, age. sh. 156-160. CHALTUT, L'ISLAM, Dogme et loi. 1959 Le Caire. sh. 153 vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 294-295. CSPE. art. 209. HÜSEYİN CAHİD, age. sh. 33-36. SALAMA age. sh. 123. vd. İSMAİL HAKKI. age. sh. 76. HASAN RIZA, age. sh. 74. BİLMEN, age. II. sh. 175. BOUSQUET, age. I. sh. 127. VAN DEN BERG, age. II sh. 407. vd. HELOU, age. sh. 144. TEHERANI, age. sh. 172. vd.

19 Bk. MILLIOT, age. sh. 335.

20 Yani kadi tazir yetkisini kullanır.

21 Bk. BOUSQUET, age. I. sh. 127. BELLEFONDS, age. II sh. 295. ABD-EL FATTAH, age. sh. 159. CLAVEL, age. I. sh. 165. Ayrıca 10 Mayıs 1929 tarihli Mısır kanununda, Ürdün Ahval-i Şahsiye Kanununun 96-97. mad. lerinde, Suriye Ahval-i Şahsiye Kan. nun 112 vd. md.lerinde; Irak Ahval-ı Şahsiye Kanununun 40. mad. e aynı yetkinin kadına tanınmış olduğunu görüyoruz. Sudan'da ilk defa 1916 tarih ve 17 numaralı Sirkülerin 14-15. maddesi ile, bu konuda Hanefi Mezhebine aykırı olarak, kocanın kötü muamelesinden dolayı kadına boşanmayı isteme hakkı verilmiştir. Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 295. Şiî mezhebi de kadına aynı hakkı tanımıştır. Bk. TEHERANI, age. sh. 172.

bileceği gibi tarafları uzlaştırmak için iki hakem de tayin edebilir. Hakemlerden biri kadının ailesinden biri de kocanın ailesinden seçilir. Uzlaştırma çabaları sonuç vermezse, hakemler karı kocanın boşanmasına karar verirler. Ancak taraflar bu konuda önceden hakemlere açıkça yetki vermiş olmalıdırlar. Hakemlerin kararı her halde kadi tarafından tasdik edilmek gerekir. Kadi'nin tasdiki olmadan hakemlerin kararı icra edilemez[22].

Ancak ilâve edelim ki, aynı usül eşler arasında umumî bir geçimsizlik bulunması halinde Hanefi mezhebince de kabul edilmektedir[23].

Burada Şâfiî mezhebinin bir özelliğine işaret etmeden geçemiyeceğiz: Kadi, müdahalesinin koca nezdinde müessir olmıyacağına kanaat getirirse, koca karısına karşı davranışlarını düzeltinceye kadar, eşlerin ayrı yaşamalarına karar verebilir. Bu, Kilise hukukunda uygulanan ayrılık müessesesine benzer. Geçici ayrılık süresince koca karısının nafakasını ödemekle mükelleftir[24].

Belirtmek gerekir ki, kocanın karı üzerinde tedip hakkına sahip olması İslâm hukukuna has bir özellik değildir. Klasîk Kilise hukuku, haklı bir sebebe dayanarak kocanın hafifçe karıyı tedip edebileceğini kabul etmiştir[25]. XII ve XIII. yüzyıllarda Fransa'da koca, karısını yaralamamak şartiyle dövebilirdi[25]. 18 Ağustos 1882 tarihli kanundan önce İngiltere'de de kocanın karısını tedip hakkı vardı. Bu kanun İngiliz kadınını bağlı bulunduğu zincirlerden kurtararak, prensip olarak, koca ile eşit haklara sahip kılmıştır[27].

B) Eşit muamele.

Birden fazla hür kadınla evli olan koca, gerçekleştirilmesi kendi iradesine bağlı olan bütün hususlarda, karılarına eşit muamele etmek zorundadır[28]. Bu, özellikle nafaka yani kadınların infak ve iaşesi, gece-

22 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 165. VAN DEN BERG, age. II. sh. 408. ABD-EL FATTAH, age. sh. 159-60. MILLIOT, age. sh. 335.

23 Bk. CSPE. art. 210.

24 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 295.

25 Bk. ESMEIN, age. II. sh. 7.

26 Bk. BRISSAUD, age. sh. 251. HELOU, age. sh. 144.

27 Bk. LAIR, age. sh. 13. GUEMARD, age. sh. 47. ABD EL FATTAH, age. 158. HELOU age. sh. 144.

28 Bk. CSPE. art. 152. CLAVEL, age. I. sh. 137. MILLIOT, age. sh. 328 ABD EL FATTAH, age. sh. 118. GUEMARD, age. sh. 46. VAN DEN BERG, age. II. sh. 401-406. BİLMEN, age. II. sh. 169.

lerin karılar arasında eşit bir şekilde paylaştırılması konularında önem kazanmaktadır. Kadının iaşesinden başka mesken, giyim vb. gibi ihtiyaçlarının karşılanmasını da kapsamına alan nafaka mükellefiyetini evlenmenin malî hükümleri içinde tetkik edeceğimiz için burada sadece kocanın gecelerini karıları arasında eşit olarak paylaştırması meselesi üzerinde duracağız.

C) Gecelerin karılar arasında eşit olarak paylaştırılması:

Bundan maksat çok karılı kocanın, karılarından herbiri ile geçireceği zamanın eşit olmasıdır. Örneğin, iki kadınla evli olan bir kimsenin, haftanın 3 gününü karılarından birinin yanında diğer üç gününü de öbürünün yanında geçirmesidir. Bu ödevin yerine getirilmesi bakımından bütün hür kadınlar birbirinden farksızdır. Bunların bâkire veya saib olması müslim veya gayrimüslim olması duruma tesir etmez. Kadının hastalığı, gebeliği vs. gibi sebebler, kocayı zamanını eşit olarak paylaştırmak görevinden berî kılmaz[29].

Ancak eşit olarak paylaştırılması gereken şey kocanın geceleridir. Gündüzleri koca dilediği karısının yanında kalabilir[30]. Eşitlik sadece eşlere ayrılan zaman parçasına ilişkin olup yoksa kocanın bütün eşlere aynı sevgi ve yakınlığı göstermesi mümkün değildir[31]. Zaten bu husus Kur'an'da da açıkça ifade edilmiştir. Gerçekten "Kadınlar arasında adâlet (ve müsâvâtı tatbik) etmenize ne kadar hırs gösterirseniz, aslâ güç yetiremezsiniz. Bâri (birine) büsbütün meyledipte ötekini (ne dul ne kocalı bir durumda) askılı gibi bırakmayın..." hükmünü ihtiva eden IV. sûrenin 129. âyeti eşler arasında adalet ve eşitliği sağlama ödevinin sadece nazariyatta kaldığını göstermektedir.

Birden fazla kadınla evli olan erkek, karılarını ziyaret süresini ve ziyaretlerin sırasını kendisi tayin eder. Örneğin, 24 saatlik, 3 günlük veya birer haftalık nöbetler tesbit edebilir. Koca, karılarından birini faydalandırmak için, diğerlerinin zararına, tesbit etmiş olduğu süre veya sırayı aşmamalıdır[32].

29 Bk. CSPE. art. 153.

30 Bk. AD EL FATTAH, age. sh. 120. CSPE. art. 154. Bazı müellifler, geceyi 24 saatlik bir zaman parçası olarak kabul ederler. Bu sebeble gündüz de koca, sırası dışında karılarından birini ziyaret edemez. Bk. MILLIOT, age. sh. 328.

31 Bk. MILLIOT, age. sh. 328. ABD EL FATTAH, age. sh. 120. BELLEFONDS, age. II. sh. 285. GUEMARD, age. sh. 45. VAN DEN BERG age. II. sh. 401-406.

32 Bk. CSPE. art. 154-155. İmam Ahmed ve Şâfii'e göre, kadınların rızaları olmaksızın koca, nöbet sürelerini bir geceden fazla olarak tesbit edemez. Bk. BİLMEN, age. II. sh. 172

Ancak belirtmek gerekir ki, gecelerin eşit olarak paylaştırılması kaidesine bazı istisnalar getirilmiştir.

a) Kadınlardan biri diğeri lehine, karşılıksız olarak, muayyen bir zaman için sırasından vazgeçebilir. Fakat dilediği taktirde kararından caymasına hiç bir engel yoktur[33].

b) Seyahat halinde gecelerin eşit olarak paylaştırılması istenemez. Koca istediği karısını kendisine refakatçı olarak alabilir. Fakat eşler arasında kura çekmesi iyidir. Eşlerden hiçbiri, birlikte seyahat ettiği karısı ile geçirdiği günler kadar bir sürenin kendi sırasına ilâvesini kocasından isteyemez[34].

c) Koca ziyareti sırasında karılarından birinin evinde hastalandığı taktirde, ziyaret sırası gelen karısının evine gidebilecek durumda değilse, evinde bulunduğu eşte kaldığı fazla süre kadar bir müddet sırası geçen eşte kalmak şartiyle, hastalığının sonuna kadar bulunduğu yerde kalabilir. Sıhhî engeli sebebiyle evinden çıkamayan koca, sırası gelen kadını ikametgâhına getirtebilir[35].

d) Yukarda temas ettiğimiz gibi, koca, itaatsiz karısının bu hakkını geçici olarak ortadan kaldırabilir.

e) Buhari'de zikredilen bazı hadislere göre, koca yeni evlenmiş olduğu karısına arka arkaya bir kaç gün tahsis ettikten sonra, gecelerini karıları arasında eşit olarak paylaştırır. Evli iken bâkire bir kızla evlenen erkek, yeni karısına 7 gün, dul kadınla evlenmişse 3 gün tahsis edebilir. Öteki eşler buna itiraz edemezler. Fakat bu ancak bir kereye mahsustur[36].

İzaha çalıştığımız bu kaideler hür kadınlar hakkında olup, köle olan kadınların hakları hür olanların haklarının yarısı kadardır. Örneğin, hür kadın için 2 gece tesbit edilmişse, cariye olan karıya 1 gece tahsis edilir. Şâfiilerden bir kısmı bu fikre katılmazlar ve hür ve köle farkı yapmaksızın bütün kadınlara aynı hakkı tanırlar[37].

Karılar arasında adalet ve eşitliğe ilişkin kaidelere uymayan koca, karıları tarafından kadi'ye şikâyet edilebilir. Kadi kocaya bir ihtar

33 Bk. CSPE. art. 156. M. ZİHNİ. age. sh. 69. BİLMEN, age. II. sh. 170.
34 Bk. CSPE. art. 157. ABD EL FATTAH, age. sh. 120-121 MILLIOT, age. sh. 329. CLAVEL, age. I. sh. 138.
35 CLAVEL, age. I. sh. 138. CSPE art. 158. EL-BOKHARI age. III. sh. 595.
36 Bk. EL-BOKHARI, age. III. sh. 595.
37 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 172.

göndererek âdil olmasını ister. Buna rağmen koca karılarından birine veya bir kaçına haksızlık etmeğe devam ederse tazirle cezlandırılır. Fakat hapsedilemez[38]. Koca cezaya rağmen karıları arasında eşitliği sağlamaz ve içlerinden bazılarına haksızlık ederse, ona karşı uygulanacak bir müeyyide yoktur. Kadına bir çok hallerde boşanma hakkı tanıyan Malikî mezhebi bile burada susmaktadır. Bundan şu netice çıkıyor. Kocanın karıları arasında eşitliği sağlamak görevinin müeyyidesi daha çok manevîdir. Kaldı ki, iktisadî ve sosyal sebeblerle çok karılılık azalma yolunda olduğundan, eşler arasında eşitliği sağlama meselesi de önemini yitirmiştir.

D) Zifafı gerçekleştirme:

Koca zifafı gerçekleştirmeli ve kocalık ödevini yapmaktan da kaçınmamalıdır. Evlenme kocanın iktidarsızlığı sebebiyle gayesine ulaşamamışsa, yukarda ilgili paragrafta belirttiğimiz gibi[39], kadın evlenmeyi feshettirebilir. Hanefi ve Şâfiî mezheplerine göre, kocanın bütün evlilik hayatı boyunca karısı ile bir kere cinsî münasebette bulunmuş olması hukuken yeterli sayılmaktadır[40]. Ancak koca önceden tayin ettiği sıra üzerinden karılarını ziyarete ve onlarla birlikte kalmağa mecburdur. Fakat bu ziyaretler mutlaka cinsî birleşmeyi gerektirmez.

Malikî mezhebine göre, kocanın cinsî fonksiyonunu yapmaması veya yapamaması, evlenmenin gayesine aykırıdır. Peygamber muhtelif hadislerinde, müslümanları isteyerek evlenmeye ve çoğalmaya davet etmektedir. Kocanın bir kere münasebetten sonra, bu ödevini yerine getirmekten çekinmesi, doğumları önler. Bu taktirde kadın evlenmenin feshini isteyebilir. Kocalık ödevinin yapılmaması ister kocanın karıya hakaret niyetinden isterse iradesi dışında bir sebebten doğsun, netice aynıdır. Karı evlenmenin feshini ister. Hattâ Sidi Halil'e göre karı buna mecburdur[41]. Cezayir'de Setif Kadi'si 17 Nisan 1865 tarihli bir kararında, cinsel ödevin yerine getirilememesi kocanın iradesi dışında bir olaydan, örneğin kocanın hapiste bulunmasından doğsa bile, kadının evlenmenin feshini istiyebileceği görüşünü izhar etmiştir.

38 Bk. CSPE. art. 159.

39 Bk. Yukarda "evlenmenin butlanı" paragrafına.

40 Bk. CSPE. art. 151.

41 Bk. BOUSQUET, age. I. sh. 126. MILLIOT, age. sh. 326. Karının bu konudaki fesih hakkı üzerinde bütün Cezayir mahkemeleri mutabıktırlar. Bk. CLAVEL, age. I. sh. 136 daki kararlar.

Fakat bu karar Cezayir Kadi'sinin 19 haziran 1865 tarihli bir kararıyle çürütülmüştür. Buna göre, kocanın cinsî fonksiyonunu yerine getirmemesi iradesinden doğduğu ölçüde evlenmenin feshine hak verir[42].

E) Birlikte Oturma:

Koca karısıyle birlikte oturmalıdır. Kadın bünyesi itibariyle zifafa müsait hale geldiği zaman, koca onu velisinden isteyerek evine götürmelidir. Koca kadını talep etmemişse gelinlik çağına gelmiş olması şartiyle, onu evine götürmesi kocadan istenebilir[43].

Koca karısını evine götürdükten sonra, onu evde yalnız bırakmak ve uzun zaman için evden uzaklaşmak hakkına sahip değildir. Evden ayrılması kısa süreli ise bu fazla tekerrür etmemelidir. Aksi halde, kocanın sık sık evden uzaklaşması kendi iradesinden doğmasa bile, karı evlenmenin feshini istiyebilir. Bu esnada karının infak ve iaşesi kocanın babası tarafından bizzat temin edilse dahi durum değişmez. Çünkü nafaka mükellefiyeti ayrı bir borç teşkil eder. Kocanın iradesi dışında olan fakat meşru bir sebebe dayanmayan evden uzaklaşma örneğin, hapislik kadının fesih yetkisini kaldırmaz. Ancak hapislik süresi üzerinde müellifler anlaşamamışlardır. Bazıları 5 sene, bazıları da 2 sene hapisliğin evlenmenin feshi için yeter sebeb teşkil edeceği fikrindedir[44].

2) **Kocanın Karıya Karşı Olan Hakları:**

Yukarda belirttiğimiz gibi, koca karının şahsı üzerinde bir nevi vesayet hakkına sahiptir. Bu sebeple koca, karının aile içinde ve dışındaki davranışlarını denetlemek, gerekirse bazı şeyleri ona yasaklamak durumundadır. Şimdi kocanın evlenme ile karısına karşı kazanmış olduğu hakları kısaca gözden geçirelim.

A) İkametgâhı tesbit hakkı:

Koca müşterek ikametgâhı tesbit eder ve karısının buraya yerleşmesini ister[45]. Yalnız karı, mukavele ile veya mahallî örf ve âdete göre önceden ödenmesi kararlaştırılan mehri almadıkça, kocanın tesbit ettiği müşterek ikametgâha gitmeyi reddedebilir. Kocanın bu hakkı

42 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 136.

43 BOUSQUET, age. I. sh. 125-126. MILLIOT, age. 324.

44 Bk. MILLIOT, age. sh. 325.

45 Kocanın ikametgâhı tesbit hakkı modern kanunlarda da kabul edilmiştir. Örneğin İMK. Md. 160. AMK. (BGB) Md. 1354. Aynı esas Kilise Hukukunda da mevcuttur. Bk. ESMEIN, age. II. sh. 5.

kamu düzenini ilgilendirir. Bu sebeble koca, karısının devamlı surette babasının evinde kalacağını önceden kabul etse, bu şart yok farzedilir. Ancak Hanbelî mezhebi böyle bir şartı geçerli saymaktadır[46]. Aynı şey Şiîler için de söylenebilir[47].

Kocanın karısını müşterek ikametgâhta oturmaya zorlayabilmesi için bir takım şartların yerine getirilmesi gerekir: Bir kere, koca karısını kendi akrabaları ile birlikte oturtamaz: Fakat önceki bir evlenmeden doğan ve henüz bâliğ olmamış çocukların karı ile birlikte kalmasında bir sakınca yoktur. Buna karşılık kadın kendi akrabalarından hiç birini, küçük olsalar bile önceki evliliğinden olan çocuklarını, müşterek ikametgâhta barındıramaz.

Seçilen ikametgâhın gayrı sıhhî olması, içinde oturmak için gerekli eşyaların bulunmaması veya kötü kimselerle komşu olması, çok karılılık halinde karılardan bir diğeri ile birlikte oturmak da kocanın karıyı müşterek meskende oturmaya zorlamasını önleyen haller arasındadır[48].

Koca karısını evlenmenin aktedilmiş olduğu yerden başka bir mahalle götürebilir. Yeterki kendisi itimada şayan bir kimse ve gidilen yer akdin yapıldığı yerden yaya yürüyüşle ancak 3 günde gidilebilecek bir uzaklıkta bulunsun. Kadın mehri muaccelini tamamen kabz etmiş olsa bile daha uzak bir yere gitmek zorunda değildir.

Öngörülen istisnalar dışında kadın kocasını takip etmeyi reddeder yahut ikametgâhı terkederse koca kadi kararıyle karıyı eve dönmeye mecbur edebilir[50]. Yukarda zikredilen esaslar ülkelere ve mahallî âdetlere göre değişebilmektedir. Örneğin, CSPE'nin 207. maddesinde, önceden açıkça taahhüt etmiş olmasına rağmen kocanın karısının kendi ailesi içinde birlikte oturmasına izin vermiyebileceği kabul edildiği halde, Cezayir'de bu şart muteber ve mecburî kabul edilmiştir[51].

Diğer taraftan başlangıçta ikametgâh olarak tesbit edilen meskende oturması şeref ve haysiyetiyle mütenasip değilse, kadın buradan

---

46 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 289. MILLIOT, age. sh. 338.

47 Bk. TEHERANI, age. sh. 172.

48 CSPE. art. 185. ABD EL FATTAH, age. sh. 137. BELLEFONDS, age. II. 289. sh. CLAVEL, age. I. sh. 150.

49 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 289.

50 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 169. Müellif bu konuda Cezayir Mahkemesinin 22 Aralık 1884 tarihli bir kararını zikretmektedir.

51 Bk. Constantine kadi'sinin 10 Mart 1866 tarihli kararı, Cezayir Kadi'sinin 9 Ağustos 1862 tarihli kararı. CLAVEL, age. I. sh. 70.

çıkmaya zorlanabilir; veya koca, mesleği dolayısiyle önceden kararlaştırılan ikametgahı değiştirmek zorunda kalırsa kadın kocasını takibe mecburdur[52].

B) Kadının evden çıkışını kontrol hakkı.

Koca, izni olmadan evden sokağa çıkmayı karısına yasaklıyabilir. Şu kadar ki,muayyen zamanlarda kadının ana babasını ve kendisiyle evlenmesi yasak olan hısımlarını ziyaret etmesine engel olamaz. Taraflar bu hakkın şumulünü ve sınırlarını aralarında aktedilmiş bir mukavele ile tayin edebilirler. Anlaşamamışlarsa, bu konuda mevcut kanunî hükümler uygulanır.

Buna göre, Hanefi mezhebinde koca, karısının haftada bir kere ana babasını; senede bir kere kendisiyle evlenmeleri yasak bulunan diğer hısımlarını ziyaret etmesine mani olamaz. Ancak kadın kocanın izni olmadıkça hiç bir şekilde geceyi müşterek mesken dışında bir yerde geçiremez. Fakat burada da bir istisna göze çarpmaktadır: Kadının babası ağır bir hastalığa yakalanmış ve kendisine ihtimam gösterecek hiç bir kimsesi de yoksa, hastalığın sonuna kadar karı kocasının izni olmasa bile babasının evinde kalabilecektir[53].

Malikî mezhebi bu konuda kesin kaideler koymamıştır. Koca kadının meşru ziyaret hakkını tanımazsa kadi, talep üzerine duruma müdahale eder. Kadının yakınlarını ziyaret hakkı dışında, kocanın karısının sokağa çıkmasını yasaklama hakkı, herhangi bir sınır tanımaz.

Durum böyle olunca, koca karısının her hangi bir meslek veya sanatla iştigalini de yasaklıyabilir. Kocanın rızası hilafına ev dışında bir işle meşgul olan kadın, müşterek ikametgâhı terketmiş gibi kabul edilir ve kocadan artık nafaka istemek hakkını geçici olarak kaybeder[54].

İzinsiz olarak sokağa çıkan kadın, kocasına itaat vecibesini yerine getirmeyen kadına uygulanacak müeyyidelere maruz kalır[55].

Ancak ifade etmek gerekir ki, kocanın karısının sokağa çıkmasını önleme yetkisine ilişkin esaslar, günlük hayatın icaplarına tamamen ters

52 (Bk. Oran Kadi'sinin 6 Mart 1864 ve 10 Nisan 1861 tarihli kararları. Cezayir Mahkemesinin 10 Mayıs 1869 tarihli kararı. CLAVEL, age. I. sh. 170. de.

53 Bk. CSPE. art. 215-216. Ayrıca Bk. DULOUT, age. sh. 148-149.

54 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 291. BÎLMEN, age. II. sh. 175.

55 Bk. Le Coran (Par. E. MONTET), sourate 4. verset 38.

düşen bir takım nazarî kaidelerden ibarettir. Halkının çok büyük bir kısmı göçebe olan veya köylerde oturan İslâm ülkelerinde kocanın karısını eve kapatmasının mümkün olmıyacağı açıktır. Ziraat ve hayvancılıkla yaşamını sürdüren toplumlarda kadın kocasının değişmez yardımcısıdır. Öyle ki bazı islâm ülkelerinde topumun muayyen sınıflarında, kocanın karısını evin dışında herhangi bir işte çalışmaya zorlayıp zorlamıyacağı meselesi ortaya çıkmıştır. Hanefi ve Malikîler", koca ihtiyaç halinde bile olsa, karısını dışarda bir iş yapmaya zorlıyamaz"[56], fikrini savunurlar. Bazı Hanbelî ve Şâfiîler ise, dışarda çalışmak şöyle dursun, karının kocasına hizmet etmek; onun yemeğini yapmak, çamaşırlarını yıkamak mecburiyetinde bile olmadığı görüşündedirler. Bunlara göre, kadının tek vecibesi cinsel fonksiyonlarıdır[57]. Fakat belirtmek gereki ki, bu anlayış kadının şahsiyetini hiçe saydığı kadar, günlük hayatın ihtiyaçlarıyle de kabili telif değildir.

C) Karının eve ziyaretçi kabülünü yasaklama hakkı:

Karı kocasının izni olmadan sokağa çıkamadığı gibi onun rızası olmadan eve ziyaretçi de kabul edemez. Bu husus bütün fıkıhçılar tarafından ittifakla kabul edilmektedir. Çünkü onlara göre, ev kocaya aittir. Oraya kimlerin girebilip kimlerin giremiyeceğini tayin yetkisi tamamen kocanındır[58]. Malikîler, karının önceki evliliğinden doğma ve henüz ergin olmıyan çocuğunun, her gün annesini ziyaret edebileceği ve kadının haftada bir kere ana ve babasını, sene de bir kere de kendileriyle evlenilmesi yasak olan diğer hısımlarını kabule yetkili olduğu fikrindedirler[59]. Buna karşılık Hanefiler her zamankinin aksine, bu konuda sert bir tavır takınmışlardır. Hanefi fıkıhçısı Kâsâni'ye göre, koca karısının ana ve babasına ve önceki evliliğinden doğan çocuklarına evine girmeyi yasaklıyabilir. Evin sahibi olması dolayısiyle bu konuda mutlak yetkilidir. Ancak evin dışında karısının mezkûr kimselerle konuşmasına engel olamaz. Şu kadar ki, ana baba kızlarına kötü tesir etmekte iseler, bu tolerans da ortadan kalkar[60]. Kadri Paşa ise, kadının ana ba-

56 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 291.

57 Bk. SİRAZİ, Al-Muhaddadb, éd. Halabî, II. sh. 67. BELLEFONDS, age. II. sh.291de

58 Bk. KUDURİ, (traduction par BOUSQUET-BERCHER) sh. 60, BELLEFONDS, age. II. sh. 292.

59 Bk. BOUSQUET, age. I. sh. 127. BELLEFONDS, age. II. sh. 292. Cezayir kadisi 13 Şubat 1871 tarihli bir kararında, karının amcasını haftada bir kere belli saatte ve kocanın huzurunda kabul etmesine müsaade etmiştir. CLAVEL, age. I. sh. 166.

60 Bk. KUDURİ, (Par BOUSQUET-BERCHER) sh. 58. BELLEFONDS, II. sh. 292.

basını haftada bir kere, diğer yakın hısımlarını ise senede bir kere kabul edebileceği fikrindedir[61].

D) Karıyı birlikte seyahate götürme hakkı:

Kocanın bu hakkından, gecelerin eşler arasında eşit olarak paylaştırılması ödevini incelerken dolayısiyle bahsetmiştik. Burada kısaca şunları söyliyeceğiz:

Koca, birden fazla kadınla evliyse, karılarından dilediğini birlikte seyahate götürmek hakkına sahiptir. Kadın kocasını seyahatte takip etmek zorundadır. Ancak eski devirlerde seyahat çoğu zaman tehlikeli olduğundan, kadına bu mecburiyetin tahmil edilebilmesi için bazı şartlar aranmıştır;

a) Koca mehri muacceli ödemiş olmalıdır. Bu, bir çok hallerde kadının kendisine düşen ödevi yerine getirmesinin ön şartıdır[62].

b) Koca güvenilir bir kimse olmalıdır. Yani bu seyahati münhasıran karısına zarar vermek için yapmış olmamalıdır[63].

c) Seyahat kadın için ciddî tehlikeler doğuracak mahiyette olmamalıdır. Hanefiler, deve ile üç günden fazla sürecek bir seyahati tehlikeli sayarlar[64]. Diğer mezheplerde benzer bir tehlike karinesi yoktur. Modern çağlarda, bu karinenin değerini kaybetmesi sebebiyle, müellifler seyahatin tehlikeli olup olmadığının takdirini hâkim bırakmaktadırlar[65].

E) Karıyı tedip hakkı:

Kocanın, karısına iyi muamele etmek ödevini incelerken hangi hallerde karıyı tedip edebileceğini ve bu hakkın şumülünü ve tedip şekillerini gözden geçirdiğimiz için burada tekrar üzerinde durmıyacağız. Şu hususu yeniden belirtmekte fayda görüyoruz: Kocanın tedip hakkı, karısına karşı şiddet kullanmasını, onu dövmesini ve kötü muamele etmesini hiç bir şekilde tecviz etmez. Kocasına karşı ödevlerini yerine getirmeyen ve bunda ısrar eden kadına karşı uygulanacak müeyyidenin

61 Bk. CSPE. art. 215.

62 Bk. CSPE. art. 208. 212. BİLMEN, age. II. sh. 175-176.

63 Bk. CSPE. art. 208.

64 Bk. AL-SAID MUSTAFA, De l'étendue et de l'exercice des droits conjugaux. Le Caire, 1936. sh. 92.

65 Bk. CSPE. art. 17, 212. Kilise hukukunda da kocanın uzun sürecek bir seyahatine karı katılmak zorunda değildir. Bk. ESMEIN, age. II. sh. 6.

sonuncusu kocanın karıyı hafifçe döğebilmesidir. Ancak bundan önce kadına kocanın ihtarda bulunup ödevlerini hatırlatması; bu fayda etmemişse onu yatağında yalnız bırakması yani itaatsiz karıya tahsis ettiği gece ziyaretlerini iptal etmesi gerekir. Bu tedbir de sonuç vermemişse, koca karısını hafifçe döğebilir. Kocanın bu yetkisi sadece bir disiplin cezası mahiyetindedir. Kadri Paşa'ya göre, bu cezanın uygulanabilmesi için kadının hareketine uygun bir cezanın kanunda tesbit edilmemiş olması gerekir[66].

3) **Karının Kocaya Karşı Ödevleri**:

Karının kocaya karşı ödevleri ile kocanın karısına karşı hakları arasında karşılıklı bir bağlantı vardır. Tekrardan kaçınmak için, kocanın haklarını incelerken dolayısiyle temas ettiğimiz ve karının ödevleri arasında yer alan hususları burada sadece zikretmekle yetineceğiz.

Kadri Paşa'ya göre karının ödevleri şunlardır:

A) Kocaya itaat:

B) Müşterek ikametgâhta birlikte oturma.

C) Özürü olmadıkça cinsi münasebetten kaçınmama.

D) Kocaya sadakat.

E) Evin ve eşin mallarının korunmasına ihtimam gösterme ve evin işlerini görme.

Şimdi karının bu ödevlerinin kısaca gözden geçirelim.

A) İtaat ödevi, kapsamı ve sınırları açıkça belirtilmemiş bir ödevdir.

Meşru ve kanunen eşin ödevi olarak kabul edilen her şeyde karı kocasına itaat borçludur[67]. Buna karşılık koca her konuda karısını korumalıdır. Karının itaat borcu hiç bir şekilde onun kocanın kölesi olması anlamına gelmez. Koca, karıdan ahlâk ve adaba aykırı ve kanunun ona tanıdığı hakları ihlâl eden bir şey isterse, karının itaat vecibesi ortadan kalkar. Normal şartlar içinde bu ödevin yerine getirilmemesinin müeyyidesi, kocanın tedip hakkını kullanmasıdır[68]. Karı

66 Bk. SALAMA, age. sh. 123. MILLIOT, age. sh. 337-38. CLAVEL, age. I. 134. 146. BİLMEN, age. II. sh. 173.

67 Bk. CSPE. art. 17. 212. SALAMA, age. sh. 123.

68 Bk. SALAMA, age. sh. 124.

evlenmekle kocanın tâbiiyetini almak ve dinini kabul etmek zorunda değildir. Karının kocaya itaat borçlu olması, onun ehliyeti üzerinde de herhangi bir rol oynamaz.

B) Kocanın tesbit ettiği ikametgâhta oturmak ve izinsiz olarak orayı terketmemek de karının ödevleri arasındadır.

Kocanın ikametgâhı tesbit hakkını incelerken kadının bu ödevinden de bahsetmiştik. Burada şunları söyliyeceğiz.

Evlenme çağına gelmiş olan kadın, kocasıyle birlikte oturacaktır. Kocadan izinsiz olarak ikametgâhı terkedemez. Ancak kocanın karıdan bu ödevin yerine getirilmesini isteyebilmesi için onun zifafa uygun bir fizikî olgunluğa erişmiş olması ve kocanın da mehri muacceli tediye etmesi gerekir. Mehri muaccelini kabz etmedikçe karı istediği zaman müşterek ikametgâhı terkedebilir. Diğer taraftan ikametgâh olarak seçilen meskenin müstakil, oturmaya elverişli ve kadının sosyal durumuna uygun olması, her bakımdan emniyetli bir mıntıkada bulunması gerekir. Karı, kocanın usul füruğu ve diğer yakınlarıyle birlikte oturmağa mecbur edilemez. Birden fazla kadınla evli olan koca karılarını birlikte oturmağa zorlıyamaz. Bu şartlar yerine getirilmedikçe, karı müşterek meskende birlikte oturmağa mecbur edilemez. Kocadan izinsiz olarak evi terkederse itaatsiz sayılmaz ve nafakadan mahrum edilemez[69]. Hatta Malikî fıkıhçı Halil'e göre ikametgâh olarak seçilen yerde adlî teşkilat yoksa kadın gene kocayı takibe mecbur değildir. Çünkü adlî teşkilat bulunmayan yerde karının kaderi tamamen kocanın keyfine tâbi kılınmış olur[70].

C) Karının bu görevi üzerinde durmak ihtiyacını hissetmedik.

D) Kocaya sadakat:

Evlilik birliğinin sağlam temeller üzerinde kurulabilmesi ve devam edilebilmesi için eşlerin birbirlerine sadık olmaları gerekir. Burada sadakattan maksat, eşlerden birinin bir üçüncü şahısla yasak ilişkilere girmemesidir. Kur'an'da eşlerin karşılıklı sadakat borcundan bahsedilmemektedir. Zinaya ilişkin âyet hükümlerinden ancak dolayısıyle karı kocanın birbirlerine sadakatle mükellef olduğu neticesine varılmaktadır[71]. Kölelerle evlenmeden bahseden IV. sûrenin 25. âyetinde "..fu-

69 Bk. CSPE, art. 184-188. 214.

70 Bk. MILLIOT, age. sh. 338.

71 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 173. HELOU, age. sh. 94-95. M. ZİHNİ, age. sh. 71.

huşta bulunmayan, gizli dostlar da edinmeyen namuslu kadınlar olmak üzere onları sahiplerinin izniyle nikâhlayın...", Aynı sûrenin 24. âyetinde erkeklere hitaben ".. namuskâr ve zinaya sapmamış insanlar halinde yaşamanız şartıyle... size halâl edildi..[72]. denilmektedir. 24. sûrenin 2. âyetinde mevcut "Zinâ eden kadınla zinâ eden erkekten her birine yüzer değnek vurun..." emriyle, aynı sûrenin 3. âyetinde mevcut "zinâ eden erkek zinâ eden veya müşrik olan kadından başkasını nikâhlıyamaz. Zinâ eden kadını da zinâ eden... erkekten başkası nikâhlayamaz. Bu suretle evlenmek müminler üzerine haram kılınmıştır".[73]. hükmü, kocanın da zina yapmaması dolayısiyle karısına sadık olması gerektiği kanaatini kuvvetlendiren deliller olarak kabul edilebilir.

Ancak kadının sadakat borcundan bahseden CSPE. nin 212. maddesi, bu mükellefiyeti sadece kadın için öngörmekte ve erkeğin de karısına karşı aynı ödevle yükümlü olduğunu belirten herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Kaldı ki aynı zamanda dört kadınla evlenebilen, dilediği anda karıyı boşayabilen ve malî imkânları nisbetinde istediği kadar cariye alabilen koca için sadakat borcunun bir anlamı olmasa gerek[74]. Nitekim Fas kanunu da sadakatı kocanın karıya karşı olan hakları arasında saymakta ve kocanın karıya karşı sadakat ödevinden hiç bahsetmemektedir[75]. Bundan çıkan netice, sadece kadının kocaya karşı sadakatla mükellef olmasıdır.

Genellikle karının sadakat borucu ile birlikte incelenen bir noktaya kadınların örtünmesi (tesettür) meselesine kısaca temas etmeyi faydalı buluyoruz.

Halk arasında zannedildiği ve bazı çevrelerde iddia edildiği gibi, İslâm dini bütün kadınlara örtünmeyi emretmemiştir. Örtünmenin, hiç olmazsa doğrudan doğruya dinle alakası yoktur[76]. Örtünmeye iliş-

72 Bk. ÇANTAY, Kur'an'ı Hâkim.... I. s. IV. â. 24-25.

73 Bk. Le Coran (Par R. BLACHÈRE), sourate 24. versets 2-3. ÇANTAY, Kur'an'ı Hâkim... s. 24. â. 2-3.

74 Aynı fikir. Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 301-302.

75 Bk. La Moudawwana, art. 35-36. Orléansville Asliye Ceza Mahkemesi 9 Ağustos 1894 tarihli bir kararında, müslüman kocanın sadakatla mükellef olmadığına hükmetmiştir. Cezayir Mahkemesi 10 Kasım 1894 tarihli kararıyle aynı görüşe katılmıştır. Bk. Revue algérienne et tunisienne, 1896, 2-28. Bk. HELOU, age. sh. 94-95.

76 Bk. MANSOUR FAHMY, age. sh. 56. Türkiye'de Tesettür üzerinde cereyan eden münakaşalar Bk. Bk. A. NAİM. Yine Tesettür Meselesi. SR. c. XVI. Sy. 393, 1335 sh. 37-39. İ. EDHEM, Hayatı beşer. 2. b. İst. 1339 sh. 59. MUHSİNE, Tesettür Muarızlarına Meydan okunuyor. SR. c. XI. Sy. 281. 346-47. İ. HAKKI, Tesettür meselesinin Tarik-i halli. SR. c. XXII Sy. 291. 1330 sh. 78-79. M. FAHREDDİN, Ya Tesettür Kalkarmış yahut...? SR. c. XII. Sy. 289. 1330, sh. 45-47. M. F. VECDİ. Yine Tesettür Meselesi, SR. c. XI. Sy. 276. sh. 241-243.

kin hükümler hukukî olmaktan çok sosyolojiktir. Örtünme mecburiyeti menşeîni İslâm'da mevcut sınıf ayrımında bulur[77]. Bilindiği gibi İslâm, insanları köle ve hür olmak üzere iki kısma ayırmıştır. Toplumda hür kadınlar tabiîdir ki daha fazla saygı görmektedir. Fakat köle kadınlarla aynı giysileri giydiklerinden, hür kadınlar köle zannıyle, bazen erkeklerin tecavüzlerine maruz kalmışlardır. Nakledildiğine göre, Peygamber'in karıları bir akşam üzeri ihtiyaçlarını karşılamak için sokağa çıkmak zorunda kalırlar. Fakat kötü niyetli ahlâksız bir kaç erkek tarafından takip edilirler. Kadınlar durumu peygamber'e anlattıkları zaman, suçlu erkekler" aldandıklarını ve peygamber'in karılarını köle zannnetiklerini söyliyerek özür dilemişlerdir". Bu kabil hadiseleri önlemek için peygamber hür olan karılarına, kıyafetlerini köle olanlarınkinden farklı olmasını emretmiştir[78]. Gene nakledildiğine göre, bir gün Halife Ömer evine döndüğünde, üzerinde şal bulunan tanımadığı bir kadınla karşılaşır. Halife içeri girmez, bir kaç dakika sonra yabancı kadın çıkar gider. Ömer, bu kadının kim olduğunu karısına sorar ve "filân ailenin kölesidir", cevabını alır. Bu hale kızan Ömer, köle kadınların hür kadınlar gibi giyinmelerini, baş ve yüzü örten şal taşımalarını yasaklar. Halifenin buyruğu Medine'de hemen yayınlanır ve Kur'an'da yer alan ve esas itibariyle peygamber'in karılarına ilişkin olan hükümlerin maksadı iyice anlaşılmış olur. Artık bu tarihten sonra kadınlar kıyafetleriyle de hür ve köle olarak ayrılırlar[79].

Kur'an'da yer alan ve örtünmeye dair âyetler sadece Peygamber'in karılarına taallûk eder[80]. Gerçekten 33. sûrenin 53. âyetinde yer alan hüküm şöyledir: "Ey müminler, Peygamber'in evine ancak sizi bir yemeğe davet ettiği zaman girin. Bu yemek anını beklemeksizin asla girmeyin. Bununla beraber, davet edilmişseniz giriniz. Yemeğinizi yer yemez senli benli sohbete dalmadan çekilip gidin. Çünkü bu Peygambere saygısızlık teşkil etmekte ve o sizden utanmaktadır.. ... Peygamber'in karılarından bir şey istediğiniz vakit onu perde arkasından isteyiniz. Bu hem sizin kalbleriniz hem de onların kalbleri için daha uygundur. Allah'ın Peygamber'ine saygısızlık etmeniz doğru olmadığı gibi, kendinden sonra karılarını nikâhla almanız da hiç bir zaman caiz değildir. Bu Allah'a karşı büyük günahtır." [81]. Gene 33. sûrenin 55.

77 Bk. MANSOUR FAHMY, age. sh. 57.

78 Bk. MANSOUR FAHMY, age. sh. 56.

79 Bk. MANSOUR FAHMY, age. sh. 58.

80 Bk. MILLIOT, age. sh. 339. SALAMA, age. sh. 126-127. MANSOUR FAHMY, age. sh. 49-50.

81 Bk. Le Coran (Par R. BLACHÈRE), sourate 33. verset 53.

âyeti "Peygamber'in karıları, babaları, oğulları, kardeşleri, kardeşlerinin oğulları, kız kardeşlerinin oğulları ve onların karıları ve kendi köleleri tarafından görülürlerse, onlara hiç günah yoktur". Yani sayılan kimseler, Peygamberin karılarıyle doğrudan doğruya konuşabilirler.

Bununla beraber 33. sûrenin 59. âyetinin bütün müslüman kadınlar için örtünme mecburiyetini getirdiği iddia edilir. Âyet hükmü şöyledir: "Ey Peygamber, karılarına kızlarına ve müminlerin karılarına dış elbiselerini ayaklarına kadar indirmelerini söyle. Bu onların tanınmaları ve tecavüze uğramamaları için en basit çare olacaktır..."[82]. Görülüyor ki, örtünmenin menşeî dinî olmayıp tamamiyle sosyal gerçeklere dayanmaktadır. Kaldı ki 33. sûrenin 59. âyetinde bahse konu olan örtü çarşaf olmayıp, peygamber'in, Hıristiyan ve Musevî kadınlarından kolaylıkla farkedilebilmeleri için kendi karılarına, kızlarına ve müminlerin karılarına taşımalarını emrettiği bir nevi şal (Jilbab) dır[83].

Netice olarak şunu söylemek gerekir: Kur'an müslüman kadınlara çarşaf vs. gibi bir takım acaip giysiler taşımalarını emretmemektedir[84]. Kaldı ki yukarda zikredilen âyet hükümleri münhasıran o zaman mevcut olan sosyal gerçekleri hedef almaktadır[85].

E) Karı, kocanın yokluğunda evine ve kocanın mallarına iyi bakmak ve onları korumak zorundadır[86]. Gerekirse karı evin işleriyle bizzat meşgul olacaktır. Koca malî durumu müsaitse ve karının sosyal durumu icabettiriyorsa, ona hizmetçiler temin etmekle mükelleftir. Aksi halde kadın evin işlerini bizzat yapmak zorundadır. Karının bu ödevi, kocaya düşen evin malî külfetlerine katlanma ödevinin karşılığını teşkil eder[87].

Burada şu hususu tekrar etmekte fayda umuyoruz: Kocanın karıdan ödevlerinin yerine getirmesini isteyebilmesi için önce kendine düşen

82 Bk. Le Coran (Par R. BLACHÈRE), sourate 33. verset 59. Le Coran (Par E. MONTET), sourate 33. verset 59.

83 Bk. MILLIOT, age. sh. 340. MANSOUR FAHMY, age. sh. 58.

84 Aynı fikir de, SALAMA, age sh. 127. MILLIOT, age. sh 339-40.

85 Tesettür meselesi hk. geniş bilgi edinmek için Bk. MANSOUR FAHMY, age. sh. 49-85. İçtihat dergisinde 1329 tarihinde yayınlanan "İzdivaç Meselesi" adlı yazıda, tesettürün islâmlıkla ilgili olmadığı ve Peygamber zamanında kadınların serbest yaşadıkları kaydedilmektedir. Bk. İçtihat, IV sene sa. 1-59. 1329. sh. 1293.

86 Bk. M. ZİHNİ, age. sh. 73. BİLMEN, age. sh. 174. MİLLIOT, age sh. 337. MANSOUR FAHMY, age. sh. 130-131.

87 Bk. MILLIOT, age. sh. 341. SALAMA, age. sh. 149. ABD EL FATTAH, age. sh. sh. 123.

bir ödevi yerine getirmesi gerekir. Bu, mehri muaccelin kadına tamamen ödenmiş olmasıdır. Kadın mehri muaccelini almadan koca ile birlikte oturmak zorunda değildir. Dilediği zaman evi terkedebilir. İtaat vecibesi yoktur[88].

4) **Karının Kocaya karşı Hakları**

Karının haklarının neler olduğunu tesbit etmek çok kolaydır. Çünkü kocanın ödevi olan şeyler karının haklarına tekabül etmektedir. Dolayısıyle karının haklarını da kocanın ödevlerini anlatırken görmüştük. Burada sadece karının haklarını zikretmekle yetineceğiz.

A) Kendine iyi muamele edilmesini istemek.

B) Kocanın gecelerini karıları arasında eşit olarak paylaştırmasını istemek.

C) Ana babasını ve yakın hısımlarını ziyaret edebilmek.

Karının nafaka ve mehr istemek, mallarına dilediği gibi tasarruf edebilmek haklarını evlenmenin malî yükümlerini incelerken anlatacağımız için burada üzerinde durmuyoruz.

Böylece evlenmenin şahsî neticelerini gözden geçirmiş olduk. Evlenmenin şahsî neticelerinden olmamakla beraber, şu hususları da burada belirtmeyi faydalı buluyoruz.

a) Evlenme taraflardan birinin ölümüne kadar devam etmişse, sağ kalan eş diğerinin miraçısı olur.

b) Evlenme eşlerden her biri ile diğerinin usul ve füru arasında sıhrî hısımlık doğurur.

c) Nikâh taraflar arasındaki birleşmeyi helâl kıldığı cihetle, doğan çocukların nesebi sahihtir.

III. EVLENMENİN MALÎ HÜKÜMLERİ

1) **Kadının Şahsî Malları Üzerindeki Tasarruf Hakkı.**

İslâm hukukunda, reşit ve mümeyyiz kadın kimsenin rızasına ve yardımına ihtiyaç olmaksızın, malları üzerine ivazlı veya ivazsız her türlü tasarruf muamelesinde bulunabilir. Evlenme kadının bu ehliyeti

88 Bk. CSPE. art. 213-214.

üzerinde hiç bir değişiklik yaratmaz. Karı kocanın rızasını almadan malları üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Kadının hiç bir hukukî muamelesine, kocanın şu veya bu şekilde karışmak, engel olmak hakkı yoktur. Karı mallarını bizzat idare edebileceği gibi, bunu kocasından başka bir şahsa da bırakabilir[89]. Kadına malları konusunda tanınan bu serbesti, onun şahsı üzerinde kocanın haiz olduğu vesayete ve her zaman kullanabileceği talâk hakkının neticelerine karşı korumak amacıyle kabul edilmiştir. Gerçekten kocanın mutlak boşama ve çok kadınla evlenme hakkına sahip olduğu bir hukuk sisteminde, ona bir de karının malları üzerinde tasarruf ve idare hakkı tanımak, karıyı tamamen kocanın kölesi durumuna düşürmek olurdu. Kocanın karının mallarını gelişi güzel sarfedip mamelekini sıfıra indirdikten sonra onu boşaması ihtimali her zaman için vârittir. Karıyı acıklı bir sonla karşı karşıya bırakmamak için ona mameleki üzerinde mutlak tasarruf yetkisi tanınmak yoluna gidilmiştir[90]. Yani İslâm hukuku eşler arasında tam bir mal ayrılığı rejimi kabul etmiştir.

Ancak Malikî mezhebi, kadının mameleki üzerindeki bu tasarruf serbestisine bir tahdit koymuştur. Bu tahdit, kadının bağışlama yoluyle mallarından bir başkasına temliklerde bulunması veya bir üçüncü şahsın menfaatına olarak teminat göstermesi hallerine ilişkindir. "Buna göre kadın bağışlama suretiyle, bir kerede veya kısa fasılalarla yapılan muhtelif muamelelerle, mallarının 1 /3 den fazlasını ancak kocanın rızasıyle bağışlayabilir veya teminat olarak gösterebilir. Koca bu hükme aykırı olarak yapılan ivazsız tasarrufun iptalini istiyebilir."[91]. Kadının tasarruf yetkisine getirilen bu tahdidin sebebi, kocanın muhtemel miras hakkı ve kadının yahut ailenin korunması düşüncesidir. Morand ve diğer bazı müellifler (Mohammed el-Arbi) Peygamber'e atfedilen ve "Kocanın rızası olmadıkça kadın bağışlamada bulunamaz." mealindeki hadise dayanarak kadına her türlü bağışlamayı yasaklamak eğilimindedirler[92]. Ancak İmam Malik küçük değerdeki şeylerin kadın tarafından kocanın rızası olmaksızın bağışlanabileceğini fakat bunun

89 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 152 vd. SALAMA, age. sh. 140 vd. CSPE. art. 206. KHIAT, age. sh. 99-100. HELOU, age. sh. 128 vd. MILLIOT, age. sh. 340.

90 Bk. SALAMA, age. sh. 140. ABD EL FATTAH, age. sh. 152-155.

91 Bk. MORAND, Avant-Projet de code du droit musulman algérien, Alger 1921. art. 78. BELLEFONDS, age. ve Des donations en droit musulman, thèse pour le doctorat. Le Caire 1935. sh. 68-69. MILLIOT, age. sh. 340. HELOU, age. sh. 130.

92 Bk. MORAND, Avant-Projet... sh. 58. PESLE, La donation dans le droit musulman (rite malékite), Rabat 1933. BELLEFONDS, Des donations... sh. 68-69. HELOU, age. sh. 130.

kadının mallarının 1 /3 den fazla olamıyacağını kabul etmiştir. Gerçekten yasaklanan şey, kadının bir kerede veya kısa fasılalalarla mallarının üçtebirinden fazla bağışlamada bulunmasıdır. Bu miktarı aşan bağışlamalar bâtıl olmayıp kabili iptaldir. Yalnız, koca tarafından açılacak dava, 1 /3 tasarruf nisabını aşan kısmın tenkisine dair olmayıp bütün tasarrufun ortadan kaldırılmasına matuftur. Bu yetki, evlilik müddetince yalnız kocaya ait olup kadın dahi bağışlamanın iptalini istiyemez[93]. Bazı Malikî fıkıhçılar, 1 /3 tasarruf nisabının, kadının yalnız bağışlama veya teminat gibi muameleleri için değil bütün ticarî muameleleri hakkında da geçerli olduğunu ileri sürerler. Buna göre, bir sene içinde yapılan akitler 1 /3 miktarını aşmamışsa, iptal ancak gelecek sene yapılacak muamelelere taallûk edecektir[94]. Fakat bu fikir doktrinde ve içtihatlarda kabul görmemiştir.

Malikî mezhebince yapılan bu istina bir tarafa bırakılırsa, İslâm, hukukunun, malları konusunda kadına tanıdığı yetki, eski Yunan ve Roma'da kadının sahip olduğu yetkilerden daha geniştir. Örneğin, Atina'da kadının malları, evlenmeden önce babası; evlenmeden sonra da kocası tarafından idare edilirdi[95]. Roma'da, hiç olmazsa klasik hukukta, kadın kendi mallarını idare etmek yetkisine sahip değildir. İmparatorluk devrinde kadına geniş yetkiler verilmiş fakat Senatus Consulte Vellien kadını korumak gayesiyle onun malları üzerindeki tasarruf serbestisine bazı kayıtlar koymuştur. Örneğin, kadının kefil olması önlenmiştir[96].

19. Yüzyılda yapılmış olan kanunlar, evli kadının malları üzerinde tasarruf hakkını esaslı şekilde tahdit ederek, bu konuda kocaya geniş yetkiler tanımışlardır. Örneğin, Code Napoléon kadının herhangi bir hukukî muamele yapabilmesi için mutlaka önceden bu konuda bir izin almak mecburiyetini koymuştur. Bu cümleden olmak üzere kadın yetkili kılınmadıkça davalı ve davacı olamaz. Mal ayrılığı rejimine tâbi olsa bile, kadın mallarını kocanın akte iştiraki yahut yazılı izni olmaksızın bağışlayamaz, ipotek edemez; hattâ ivazlı veya ivazsız iktisapta bulunamaz[97]. Ancak 1907 ve 1919 tarihli kanunlarla, Fransız kadını kendi kazancı üzerinde tasarruf edebilmek hakkını elde etmiştir[98].

93 Bk. HELOU, age. sh. 130. MILLIOT, age. sh. 340-341. BELLEFONDS, Des donations..... sh. 68-69.

94 Bk. SAUTAYRA et CHERBONNEAU, age. I. sh. 390.

95 Bk. GIDE, age. sh. 72.

96 Bk. GIDE, age. sh. 156.

97 Bk. Code Napoléon, art. 215 ve 217. LAIR, age sh. 29. ABD EL FATTAH, age. sh. 153.

98 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 154.

1865 tarihli İtalyan MK. nun 134. maddesine göre, kadın kocasının rızası olmaksızın, gayrımenkullerini başkasına ferağ veya ipotek edemez; karz akdi yapamaz, kefil olamaz ve izinsiz olarak yaptığı muamelelere ilişkin olarak dava açamaz[99].

İngiliz kadını 1882 tarihinden önce kendi başına hiç bir muamele yapamıyordu. 1870 tarihli kanunla kadın mallarının muayyen bir kısmı üzerinde serbest tasarruf hakkı elde etmiştir. 18 Ağustos 1882 tarihli kanun ise kadının tasarruf yetkisini son derece genişletmiştir[100].

Netice olarak şunu söyliyebiliriz: İslâm'da evlenme eşler arasında tam bir mal ayrılığı yaratır. Eşler şahsî malları üzerinde diledikleri gibi gibi tasarruf edebilirler. İslâm hukukunun bu konuda kadına tanıdığı serbesti, bir çok modern kanunlarda mevcut değildir. İslâm, kocanın talâk yetkisini nazara alarak, kadına mameleki üzerinde mutlak tasarruf hakkı vermiştir.

2) **Kadın Evin Masraflarına Katılmaya Zorlanamaz:**

Karı ve çocukların infak ve iaşesi kocaya aittir. Serveti ne olursa olsun, karı evin masraflarına katılmak zorunda değildir[101]. Koca dışarda çalışır, evin masraflarını karşılar; kadın da evin içişlerini tedvir eder ve çocukların bakımı ve yetişmesi ile uğraşır. İslâm kadını bu bakımdan da Avrupalı hemcinslerine göre daha avantajlıdır. Örneğin, Code civil eşlere karşılıklı yardım mükellefiyeti yüklemekte ve karının evin masraflarına iştirak edeceğini öngörmektedir[102]. Kadının getirdiği dot evin masraflarına iştiraki temin gayesine matuftur; koca dot üzerinde müşterek masrafları temin için tasarruf edebilir. Halbuki İslâm hukukunda durum tamamen tersinedir. Koca karıya mehr verir ve mehri teşkil eden mallar karının mülkiyetine geçer. Bundan başka evliliğin bütün malî yüküne koca katlanır.

Yukarda söylenenlerden çıkarılabileceği gibi kocanın malî yükü iki kısımda incelenebilir. Birincisi nafaka; ikincisi de mehr'dir. Şimdi kocaya düşen bu iki ödevi ayrı ayrı incelemeğe çalışacağız.

---

99 Bk. LAIR, age. sh. 43.

100 Bk. GIDE, age. sh. 250 vd. LAIR, age. sh. 68. ABD EL FATTAH, age. sh. 154.

101 Bk. CSPE. art. 206. MILLIOT, age. sh. 323. SALAMA, age. sh. 143. ABD EL FATTAH, age. sh. 123. vd.

102 Bk. Code Civil français, art. 212-213. 1537.

3) **Kocanın Nafaka Mükellefiyeti**:

A) Umumî olarak:

Nafaka, "lügatta çıkmak, gitmek, sarf etmek anlamlarına gelir ve bir kimsenin eş ve çocuklarına sarf ve infak ettiği şeye denir"[103]. Dar anlamda nafaka, hak sahibine ihtiyacı olan yiyecekleri temin etmek demektir. Geniş anlamda nafaka giyecek, mesken ve hizmetçi masraflarını da içine alır [104]. İslâm hukukunda koca, karısının yiyecek, giyecek, mesken ve hizmetçi masraflarını temin etmek zorundadır. Kadının görevi eve bakmak ve çocukları yetiştirmek olduğuna göre, kocanın da dışarda çalışıp karı ve çocukların nafakasını temin etmesi tabiîdir. Kocanın zengin veya fakir, iktidarsız yahut kocalık ödevini yerine getiremiyecek kadar küçük olması, nafaka mükellefiyetine tesir etmez. Kadının zengin veya fakir, müslüman veya gayrımüslim olması, yaşça ilerlemiş veya küçük olması kocasından nafaka istemesine mâni değildir. Yeter ki kadın cinsî fonksiyonunu yerine getirebilecek durumda olsun[105].

Nafaka borcu temelini kur'an'da, hadislerde ve icmada bulur. Gerçekten Kur'an'ın 2. sûresinin 233. âyetinde "çocuğun babası yani koca karının yiyeceğini ve elbiselerini uygun bir şekilde temine mecburdur" hükmü yer almaktadır. 65. sûrenin 6. âyetinde ise, mesken ihtiyacının koca tarafından karşılanması gereği hatırlatılmaktadır. Kocanın karısına ve çocuklarına olan nafaka borcu Peygamber'in muhtelif hadislerinde de belirtilmiştir. Bunlardan birine göre, "Zengin fakat cimri bir adam olan Ebu Sufyan'ın karısı, Ey Allah'ın elçisi, kocam bana ve çocuğuma yetecek yiyecek vermiyor. Haberi olmaksızın onun malından alabilir miyim? dedi. Peygamber, çocuğuna ve sana yetecek miktarı al "cevabını verdi"[106].

Nihayet bütün İslâm hukukçuları karının nafakasının kocası tarafından karşılanması gereğini her zaman ittifakla kabul etmişlerdir[107].

---

103 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 472.

104 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 258. BİLMEN, age. II. sh. 472. ABD EL FATTAH, age. sh. 123. ÇANDARLI, age. sh. 83-86. BOUSQUET, age. I. sh. 127. SALAMA, age. sh. 146-147. MILLIOT, age. sh. 333-334. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 179.

105 Bk. CSPE. art. 160. HASAN RIZA, age. sh. 70. İSMAİL HAKKI, age. sh. 88 vd.

106 Bk. EL-BOKHARI, age. III. sh. 650.

107 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 257. TORNAUW, age. sh. 107-108. PESLE, age. sh. 139. TEHERANI, age. sh. 163-166. KUDURİ (Par BOUSQUET-BERCHER) sh.54. BİLMEN, age. II. sh. 473 vd. SALAMA, age. sh. 143 vd. ABD EL FATTAH, age. sh. 123. vd. CLAVEL, age. I. sh. 140 vd. MILLIOT, age. sh. 340 vd. D'OHSSON, age. IV-V. sh. 178. vd. ZİHNİ, age. sh. 47 vd. VAN DEN BERG, age. III. sh. 78. JOLY, age. sh. 117 vd. HELOU, age. sh. 121 vd. İSMAİL HAKKI, age. sh. 88 vd. HASAN RIZA, age. sh. 70 vd.

Nafakanın sebebleri, karı kocalık, hısımlık ve mülkiyettir. Hısımlıktan doğan nafaka, ana baba ve evlatları arasında bahse konu olur. Efendi kölesine mülkiyet sebebiyle nafaka borçludur. İslâm hukuku hayvan mâlikini veya zilyedini de hayvan için nafaka ile mükellef tutmuştur[108].

Biz sadece karı koca arasında cereyan eden nafaka mükellefiyetini inceliyeceğiz.

B) Nafakanın konusu.

Kocanın karıya olan nafaka borcu başlıca şu hususları içine alır. Yiyecek, giyecek, mesken ve hizmetçi temini.

a) Karının yiyeceklerini temin (dar anlamda nafaka).

Koca, karının normal bir şekilde hayatını devam ettirebilmesi için gerekli bütün yiyecek ve diğer ihtiyaç maddelerini temin etmek zorundadır. Bazı kitaplarda verilecek besin maddelerinin cinsi bile belirtilmiştir[109]. Biz bu kazuistik yola gitmeden sadece prensipler üzerinde duracağız.

Kocaya tahmil edilen bu borcun muhtevası, eşlerin durumları nazara alınarak tesbit olunur. Her iki eş de zenginse koca karıya lüks bir nafaka vermek zorundadır. Her ikisi de fakirse, basit ve biri zengin biri fakirse orta derecede bir nafaka tesbit etmek gerekir. Fakir olan koca ise, tesbit edilen nafakadan gücünün yettiği kadarını öder ve kalanı karı için bir alacak teşkil eder. Karı, kocanın durumu düzeldiği zaman bakiye nafaka alacağını istiyebilir[110]. Ancak Şafiîler nafakanın tesbitinde sadece kocanın durumunu nazara alırlar. Bu yol daha mantıkî ve 65. sûrenin "Haali vakti yerinde olan nafakayı genişliğine göre versin. Rızkı kendisine daraltılmış bulunan fakir de nafakayı Allah'ın ona verdiğinden versin. Allah hiç bir nefse, ona verdiğinden başkasını yüklemez..."[111] , hükmünü koyan 7. âyeti hükmüne de uygundur[112].

Nafaka ayın olarak tesbit edildiği gibi yiyecek maddelerinin fiyat değişiklikleri nazara alınarak, para olarak da tesbit edilebilir. Kadi

108 Bk. BELLEFONDS, age. sh. 258. BİLMEN, age. II. sh. 474. Hukuk Mecmuası, C. I. sayı I de Eylül 1331 sh. 49. da Ahkâmı nafak.

109 Örneğin Bk. BİLMEN, age. II. sh. 480-81.

110 Bk. CSPE. art. 173. CLAVEL, age. I. sh. 146.

111 Bk. CANTAY, Kur'an'ı Hâkim... III. s. 65. â. 7.

112 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 262.

hükmü ile tesbit edildikten sonra bile, yiyecek fiyatlarının artması halinde, kadın nafakanın arttırılmasını isteyebilir. Aynı şekilde, fiyatlar düşmüşse, koca da nafakanın indirilmesini isteyebilecektir[113].

Ayın veya para olarak tesbit edilen nafakanın ödeme tarzı, kocanın gelir durumuna göre değişir. Hayatını günlük çalışması ile kazanan koca, nafakayı her gün ve peşin olarak öder. Ücretini haftalık olarak alan zanaatkar koca, haftalık; tüccar veya aylık alan memur da karısının nafakasını aylık olarak öder. Hasılatını yıllık olarak yapan çiftçi ise nafakayı her sene öder. Bununla beraber, önceden kararlaştırılan ödeme şekli ne olursa olsun, koca vadesinde borcunu ifa etmediği takdirde, kadın nafakanın her gün ödenmesini isteyebilir[114].

Nafaka borcunun yerine getirilmemesi, evlenmenin kocaya yüklediği diğer ödevlerden farklı olarak, sert bir takım maddi müeyyidelerin uygulanmasını gerektirir. Koca borcunu muntazaman ödemediği taktirde, karı kadi'ye gidebilir. Kadi kocayı huzuruna davet eder; karının şikâyetinin haklı olduğunu tesbit ettikten sonra kocaya görevini hatırlatır ve hemen nafaka borcunu yerine getirmesini sert bir dille ihtar eder. İhtara rağmen borcunu ödemeyen kocayı karının talebi üzerine kadi tutuklayabilir. Ancak üç kere ihtardan sonra bu yola başvurulur ve mütemerrit koca hapsedilir. Kadi, gerekiyorsa, kocanın şahsı için zarurî olmayan bütün mallarını sarttırarak bedelini karının nafakakasını temine hasrettirebilir[115].

Ancak kocanın nafakayı ödeme imkânı yoksa, onu hapisle tazyik etmek meseleyi halletmiyecektir. Esasen kadi kocanın aciz halinde olduğunu ve nafaka borcunu karşılamaya yeterli malı olmadığını tesbit ederse hapisle tazyik yoluna gidemez. Nafakanın miktarını tesbit ederek, kadının kocası hesabına yiyeceklerini ödünç veya satın almaya yetkili kılar. Kocasının yokluğu halinde kadına nafaka vermeye mecbur olan hısımlarla, babalarının ölümü halinde çocukların nafakası ile yükümlü olan hısımlar, kadına ve çocuklarına ihtiyacı olan şeyleri ödünç vermek zorundadırlar. Aksi halde hapisle tazyik edilirler[116].

Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri, kocanın nafaka borcunu yerine getirmemesi halinde karının evlenmeyi feshettirmek hakkını kabul

113 Bk. CSPE.lart. 173. ABD EL FATTAH, age. sh. 131. CLAVEL, age. sh. 147.
114 Bk. CSPE. art. 173.
115 Bk. CSPE. art. 176. ABD EL FATTAH, age. sh. 132 vd.
116 Bk. CSPE. art. 177. ABD EL FATTAH, age. sh. 134. BELLEFONDS, age. sh. 282.

etmektedirler. Hanefi mezhebi ise kadına bu yetkiyi vermez[117]. Kocanın borcunu kasten yerine getirmemesi ile aciz halinde bulunması sebebiyle yerine getirememesi arasında fark yoktur. Ancak Malikîlere göre, kadın kocanın aciz halini evlenme sırasında bilerek kabul etmişse, artık evlenmenin feshini istiyemez[118].

b) Karının giyim ihtiyacını temin:

Koca, senede karısına biri yazlık ve diğeri de kışlık olmak üzere iki takım elbise almak zorundadır. Verilecek elbiseler, eşlerin servet durumları ve mahallî âdetler nazara alınarak tesbit olunur. Elbise yerine bedeli de verilebilir. Tesbit olunan elbise borcunun peşin ödenmesi gerekir[119]. Genellikle kabul edilen fikre göre, senede iki kere elbise verilir. Biri kış diğeri ise yaz mevsiminde. Hanbeliler ise her iki elbisenin de bir kerede verilmesi gerektiği fikrindedirler. Bu mesele azda olsa pratik önemi haizdir. Şöyle ki; Elbiseler peşin olarak verilmiş ve mevsim gelmeden önce evlenme boşanma ile sona ermişse, Malikî ve Şâfiî'ler henüz işlememiş olan va'deye ait elbiseyi kocanın geri alabileceğini kabul etmişlerdir. Buna karşılık Hanbelîler de, bir defada verilen elbise üzerinde mevsim gelsin veya gelmesin kadının tasarruf edebileceği fikri hâkimdir. Hanefilere göre, koca vermiş olduğu elbiseyi geri alamaz[120].

Kadın, hakkı olan elbiseleri aldıktan sonra, kanunen veya akdî olarak kararlaştırılan müddet dolmadan, kocadan yeni bir elbise talebinde bulunamaz. Meğer ki elbiseler normal bir kullanma ile vaktinden önce eskimiş olsunlar. Elbisenin hasara uğraması halinde sorumluluk tamamen karıya aittir. Yani va'desi gelmeden koca yeni bir elbise vermeğe mecbur değildir[121].

c) Karıya müstakil mesken temini.

Koca birden fazla kadınla evli ise, eşlerden her birine müstakil bir mesken temin etmek zorundadır. Bulunan mesken kadınların sosyal durumuna uygun olmalı ve gerekli mobilya yatak vb. gibi şeyleri ihtiva etmelidir. Kadının şahsî mobilyaları olması, kocayı bu borcun-

117 Bu konuda fazla bilgi için Bk. BİLMEN, age. II. sh. 494-495. BELLEFONDS, age. sh. 282. ABD EL FATTAH, age. sh. 135. BOUSQUET, age. I. sh 127. MILLIOT age. sh. 135.

118 Fazla bilgi için Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 282-283.

119 Bk. CSPE. art. 181-182.

120 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 259.

121 Bk. CSPE. art. 183.

dan kurtarmaz. Ayrıca ev için gerekli mutfak eşyası ve memleketin âdetlerine göre, kadının tuvaleti için kaçınılmaz olan kozmetikler koca tarafından karının istifadesine konacaktır[122].

Karı, kocanın hısımlarıyle birlikte oturmak zorunda değildir. Ancak koca, bir başka evliliğinden olan ve henüz reşit olmayan çocuğunu karısıyle birlikte oturtmak hakkına sahiptir. Buna karşılık, kadın kocasının rızası olmadan kendi hısımlarından hiç birini hattâ kendi küçük çocuklarını evinde barındıramaz. Aynı ev içinde fakat ayrı bölümlerde oturan yakın hısımların mevcudiyeti, karıya ayrı yerde mesken isteme hakkını vermez. Şu kadar ki, karı bu kimselerin hakaretine maruz kalıyorsa yahut kötü alışkanlıkları varsa, başka bir yerde kendisine mesken temin edilmesini istiyebilir. Fakat müşterek eşler, ayrı bölümlerde olmasına rağmen aynı çatı altında yaşamak zorunda değillerdir[123].

Mesken henüz iskân edilmemiş bir yerde bulunmamalıdır. Koca, karıyı geceleri yalnız bırakıp diğer eşlerine gidiyor ve kadının yanında çocuk veya hizmetçisi de yoksa, ona bir arkadaş bulmak veya başka bir yerden mesken temin etmek zorundadır[124].

Hanefi mezhebince kabul edilen yukardaki esaslar, aşağı yukarı diğer mezheplerce de benimsenmiştir. Çeşitli mezheplere mensup müellifler bazı farklı fikirler ortaya atmışlarsa da bunlar esasa müessir ve hukukî kıymeti olan fikirler olarak kabul edilmemiştir. Örneğin, Malikî fıkıhçı Halil'e göre kadın orta halli bir aileden gelmişse, kocanın babası ile birlikte oturmaya zorlanabilir. Fakat bu fikir ekseriyet tarafından benimsenmiştir[125].

Usulüne uygun olarak bir mesken temin edilmediği taktirde, karı evi terketmek hakkına sahiptir. Bu halde karı itaatsiz sayılmaz ve kocasından nafakasını isteyebilir. 20. Yüzyılda yapılmış olan bazı İslâm Aile hukuku kodları da kocanın bu borcuna önem vererek muhtelif maddelerinde meseleyi tanzime çalışmışlardır[126].

---

122 Bk. CSPE. art. 184. 188. Ayrıca Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 259. CLAVEL, age sh. 150. SALAMA, age. sh. 149-150. MILLIOT, age. sh. 333-334. HASAN RIZA, age. sh. 77.

123 Bk. CSPE. art. 185-186.

124 Bk. CSPE. art. 187.

125 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 260.

126 Bk. 1917 ta. Osmanlı H. A. K. Md. 70-72. 1953 ta. Suriye Ahval-i Şahsiye Kanunu Md. 65, 67, 69, 1959 ta. Irak Kanunu Md. 26.

d) Karıya ev işlerinde hizmetçi temini.

Koca, malî durumuna ve evin ihtiyaçlarına göre, karısına bir veya daha çok hizmetçi temin etmek zorundadır. Bu yardımcıların nafakası ve ücretleri kocaya ait olur. Malikî mezhebi kocanın karıya bir veya daha çok hizmetçi temini konusunda güçlük çıkarmamaktadır. Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri kadına hizmetçi teminini bir takım şartlara bağlamıştır: Kadın sosyal durumu itibariyle kendi işlerini bizzat yapmıyorsa veya hasta ise sadece tek bir hizmetçi isteyebilecek. Çünkü esas itibariyle kadın, evin işlerini yapmak ve ona ihtimam etmek zorundadır. Hanefi mezhebinde, Ebu Yusuf hizmetçi sayısının birle tahdidine karşı çıkmıştır. Daha sonra Tahâvi de aynı fikri kabul etmiştir. Böylece Ebu Hanife ve Şeybani'nin fikirlerinin aksine, kadının kocasından birden fazla hizmetçi isteyebileceği esası, Hanefi mezhebince kabul edilmiştir[127].

Kadri Paşa hizmetçinin nafakasının ödenmesini kocanın malî durumunun iyi olması şartına bağlamaktadır. Gerçekten CSPE. nin 165. maddesi", refah içinde olan koca, karının özel hizmetinde olan hizmetçiye gerekli nafakayı vermekle mükelleftir. Kadın bir çok hizmetçi ile kocasının evine gelmişse, imkânları varsa, koca hepsinin nafakasını vermek zorundadır.

Kocanın birden fazla çocuğu varsa ve tek bir hizmetçi bunların işlerini yapamıyorsa, refah içinde olan koca, ihtiyaca göre iki veya daha fazla hizmetçi temin edecektir", hükmünü ihtiva etmektedir. Buna göre önemli olan kocanın malî durumudur. Karı, çok fakir olan kocadan hizmetçi tutmasını veya beraberinde getirdiği hizmetçilerinin nafakasını isteyemez[128].

Fıkıh kitaplarının çoğu kadının doktor ve ilaç masraflarını nafakaya dahil etmemişlerdir. Bazıları sadece doğum masraflarını kocaya tahmil ederken bir kısmı da doktor ve ilaç masraflarının nafakaya dahil olmadığını açıkça savunmaktadırlar. Örneğin, Malikî hukukçu Halil şöyle diyor: "Koca karıya ilaç almağa ve doktor ücretini ödemeğe mecbur değildir. Çünkü bu masraflar kadının sıhhî durumunu eski hale getirmek gayesini gütmektedir. Nasıl ki kiracı büyük tamiratlardan sorumlu değilse, koca da karının vücudunu yani sıhhatini eski hale getirmeğe matuf masraflara katlanmak zorunda değildir."[129].

Bu izah tarzının en azından komik olduğunu söylemeğe lüzum yok zannediyoruz. Çünkü kadın dışarda çalışamadığına göre, şahsî

127 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 261.
128 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 514.
129 Bk. HALİL, age. II.sh. 132BELLEFONDS, age. II. sh. 261.

imkânları da yoksa, doktora gidemiyecek, ilaç alamıyacak ve belki ölüme mahkûm edilmiş olacaktır. Nitekim çağdaş İslâm aile hukuku kodları doktor ve ilaç masraflarının nafakaya dahil olduğunu açıkça kabul etmişlerdir. Örneğin, Fas Kanunu karının kocasına karşı haklarını sayan 35. maddesinde, doktor ve ilaç masraflarının da nafakaya dahil olduğunu açıkça kabul etmiştir[130].

C) Nafaka mükellefiyetinin başlangıcı:

Karı hangi andan itibaren kocasından nafaka talep edebilir? Bu mesele mezhepler ve müellifler arasında görüş ayrılıklarına sebeb olmuştur.

Bazı müelliflere göre, nafaka mükellefiyeti evlenmenin akdi anından itibaren başlar[131]. Kadri Paşa tarafından hazırlanan CSPE. nin 160. maddesi hükmüne dayanarak Hanefi mezhebinin resmi görüşü olarak kabul edilen bu esas, tenkide müsaittir. İslâm hukuku evlenmede yaş kaydı aramadığından, çoğunlukla evlenmenin inikadı anı ile eşlerin fiilen birleştikleri an arasına uzunca bir zaman fasılası girer. Bu görüşe itibar edilirse, henüz bebeklik çağında bulunan bir çocukla evlenmiş olan koca, baliğ olmasına kadar onun nafakasını verecek demektir. Eşlerin her ikisinin de küçük olması halinde durum aynıdır[132]. Ancak evlenmenin akdi tarihinde kadın bâliğ ve reşit fakat koca küçükse, zifafın kocanın küçüklüğü sebebiyle vuku bulmamasına rağmen akit tarihinden itibaren kadına nafaka vermek gerekecektir[133]. Gerçekten CSPE. nin 160. maddesi "akit muteber olduğu taktirde, nafaka mükellefiyeti akdin inikadı tarihinden itibaren başlar" hükmünü koymuştur. Ancak aynı kanunun 166. maddesi, kadının cinsî birleşmeye elverişli olmıyacak kadar küçük olması halinde kocanın nafaka ödemeyi reddedebileceğini öngörmüştür. Bu hüküm, 160. maddenin aksine, Hanefi, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinin resmî görüşü olarak kabul edilen esası desteklemektedir. Bu üç mezhebe göre, nafaka müekellefiyeti, kadının erkeğin emrine hazır bulunduğu yani kadının kocasına teslim edildiği andan itibaren başlar[134]. Tabiî bununla kastedilen şey, karının

130 Ayrıca Bk. 1951 ta. Ürdün Kanunu Md. 65. 1959 ta. Irak Kanunu Md. 24. 1958 ta. Suriye kanunu md. 71.

131 Bk. MILLIOT, age. sh. 331. SALAMA, age. sh. 145. CLAVEL, age. I. sh. 140.

132 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 264.

133 Bk. MILLIOT, age. sh. 331. CLAVEL, age. sh. 140. SALAMA, age. sh. 152.

134 Bk. KUDURİ, Muhtasar (Traduction Par BOUSOUET-BERCHER) sh. 54. BİLMEN age. II. sh. 483-486. BELLEFONDS, age. II. sh. 265. Aksi fikir için Bk. SALAMA, age. sh. 152.

kocasıyle aynı meskende birlikte oturmağa başlamasıdır. Aralarındaki ufak tefek farklara rağmen Hanefi, Şafiî ve Hanbelî mezhepleri, nafakanın istenebilmesi için şu şartların tahakkukunu isterler:

a) Evlenme muteber olmalıdır.

Şartlarına uygun olmayan bu sebeble bâtıl veya fâsit olan evlenme nafaka borcu doğurmaz. Bu halde eşlerin ayrılmaları gerekir.

b) Bâliğ olmasa bile kadın cinsî birleşmeye dayanabilecek bir fizikî olgunluğa erişmiş olmalıdır. Bu konuda mezhepler arasında fark yoktur. Bununla birlikte, Yusuf'a göre, koca henüz baliğ olmayan karısını sırf arkadaş olması ve kendine hizmet etmesi için evine getirmişse onun nafakasını vermek zorundadır[135].

c) Kocanın karının şahsı üzerindeki hakları, karının kendi hatası ile neticesiz kalmışsa, nafaka borcu geçici olarak ortadan kalkar. Karının hapsedilmesi; kocasının iştiraki olmaksızın seyahate gitmesi meşru bir sebeb olmadan ikametgâhı terketmesi, kocanın izni olmadan bir meslek veya sanatla iştigal etmesi gibi sebebler kocaya geçici olarak nafakayı kesmek yetkisini verirler[136]. Bütün bu hallerde, meşru bir özür olmadıkça kadın itaatsiz sayılır ve nafaka hakkını geçici olarak kaybeder.

Nafaka mükellefiyetinin başlangıcı için Malikîler ayrı bir kıstasa başvururlar. Bunlara göre nafaka mükellefiyeti zifafın vukuu tarihinden itibaren başlar.[137] Ancak zifaf için kadının kocanın emrine hazır olması yetmeyip, koca tarafından bir imkânsızlık da olmamalıdır. Yani koca bâliğ olmalıdır. Bazı müelliflere göre (Dardir ve Dasûkî), henüz küçük olan koca, zifafa rağmen nafaka borçlusu değildir. Çünkü ehil değildir. Ancak Malikî müellifler, zifaf olmasa da şu şartların bulunması halinde kadının nafaka hakkını kabul ederler: Kadının hasta olmaması, erkeğin reşit olması, kadının cinsî münasebete elverişli olması ve kendini kocanın emrine âmade kılması [138]. Aynı müellifler, kocanın gaip olması halinde kadın, kadi'ye giderek kocasının ortaya çıkması halinde derhal emrine hazır olacağını bildirirse; kocanın gaipliği zifaftan önce olsa bile, nafakaya hükmederler[139]. Görülüyor ki, Malikî mezhebin-

135 Nafaka için gerekli şartlar konusunda Bk. BİLMEN, age. II. sh. 483-85. CLAVEL. age. I sh. 140. vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 266. MILLIOT, age. sh. 330-341.

136 SALAMA, age sh. 152-153. ABD EL FATTAH, age. sh. 127-128. BELLEFONDS, age. sh. 266-267. CLAVEL, age. I. sh. 143. MILLIOT, age. sh. 331. HELOU, age. sh. 122

137 Bk. CLAVEL, age. sh. 141. SALAMA, age. sh. 145. BELLEFONDS, age. sh. 145. MILLIOT, age. sh. 331. BİLMEN, age. II. sh. 484.

138 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 268.

139 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 268-269.

de nafaka borcunun zifafla birlikte doğduğunu kabul etmek bir zorlama neticesi olmaktadır.

Kocanın nafaka borcu, prensip itibariyle, evlenme mevcut oldukça devam eder. Ancak bazı hallerde, evlenmenin sona ermesine rağmen kocanın nafaka vermek mükellefiyeti muayyen bir müddet için devam eder. Burada bahse konu olan iddet nafakasıdır. Bilindiği gibi iddet ölüm veya boşanma halinde bahse konu olur.

Kur'an'da II. sûrenin 240. âyeti "Sizden zevcelerini geride bırakıp ölecek olanlar eşlerinin (kendi evlerinden) çıkarılmıyarak yılına kadar faidelenmesini (bakılmasını) vasiyet etsinler.."[140], hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hüküme göre, koca ölümünden sonra 1 sene müddetle karısının nafakasını temin gayesiyle ona bir muayyen mal vasiyetinde bulunmak zorundaydı[141].

Kadına miras hakkı tanıyan 4. sûrenin 12. âyetinin inmesiyle, II. sûresinin 240. âyeti mensuh farzedilmiş ve ölüm iddetine tâbi olanın nafaka istiyemiyeceği kabul edilmiştir[142]. Bu esas bütün mezheplerce benimsenmiştir.

Cayılabilir boşanma halinde, iddetin sonuna kadar kocanın nafaka mükellefiyeti devam eder. Zira evlilik, ancak iddetin hitamında ortadan kalkar. Bu konuda mezhepler arasında ihtilâf yoktur[143].

Ayırıcı boşanma halinde, mezheplerin çözüm tarzları arasında farklar vardır. Hanefilere göre boşanma ister ayırıcı ister cayılabilir olsun, iddetin sonuna kadar nafaka borcu devam eder. Kadının gebe olup olmaması da duruma tesir etmez[144].

Malikî mezhebi, kadın gebe değilse, iddet esnasında ona sadece sükna hakkı tanır. Gebelik halinde kadın tam nafaka alır[145]. Şafiî mezhebi, iddet içinde bulunan fakat gebe olmayan kadına nafaka hakkı tanımaz; kadın gebe ise doğuruncaya kadar nafaka isteyebilir. Hanbelîler de aynı görüşü paylaşırlar[146].

---

140 Bk. ÇANTAY, Kur'an'ı Hâkim... I. s. II. â. 240.

141 Bk. MILLIOT, age. sh. 332

142 Bk. MILLIOT, age. sh. 332. BELLEFONDS, age. II. sh. 270.

143 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 518-523. CSPE. art. 324. MILLIOT, age. sh. 332. BELLEFONDS, age. II. sh. 270. VAN DEN BERG, age. III. sh. 88 vd.

144 Bk. CSPE. art. 324. Kur'an'ın 65. sûresinin 6. âyeti ve II. sûrenin 241. âyeti hükümleri de iddet sırasında kadının nafaka hakkını açıkça kabul etmiştir. BELLEFONDS, age. III. sh. 270.

145 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 522-524.

146 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 523-24.

Boşanmada kusurlu olan karı nafaka isteme hakkını kaybeder. Bazı hallerde, karıya iddet içinde nafakasını kaybettiren sebeb ortadan kalksa bile, karı artık nafaka isteyemez. Örneğin, İslâmiyeti terketmiş olan kadın tekrar müslüman olsa, iddet içinde nafaka isteyemez. Buna mukabil itaatsizliği sebebiyle boşanmış olan kadın, müşterek meskene dönmüşse, iddet nafakası alabilir[147].

İddet nafakası konusunda Hanefi mezhebinin çok liberal tutumu, bazen mantıkî olmayan neticeler verebilecek mahiyettedir. Boşanmadan sonra üç kere hayz gördüğünü inkâr eden kadın âdetten kesilme çağına kadar iddet nafakası alabilecektir[148]. Gerçekten CSPE. nin 328. maddesine göre, iddeti başladıktan sonra, bir veya iki kere hayz görüp hastalık veya başka bir sebeble üçüncü kere hayz görmeyen kadın, âdetten kesilme çağından üç ay sonraya kadar iddet nafakası alabilecektir. Yani arka arkaya üç hayz tamamlanıncaya kadar kadın iddet nafakası alabilecektir Bunun son sınırı kadının âdetten kesilme çağından sonra gelen üç aydır. Söylemek gerekir ki bu çözüm tarzı iddet nafakasının gayesini aşmakta olup, kocayı istismara da çok müsaittir. Çünkü kadın boşadıktan sonra arka arkaya üç kere hayz görmediğini iddia ederse başka hiç bir delile ihtiyaç olmaksızın sözüne inanılır ve nafakası verilir. Bu, esasında boşanmadan sonra yoksulluk içine düşen kadın için bir nevi kurtuluş yoludur.

Bununla beraber 20. asırda Hanefi mezhebi esaslarından mülhem olarak yapılan Aile hukuku kanunlarında, iddet nafakası muayyen bir zamanla tahdit edilmiştir. Bu cümleden olmak üzere 1917 tarihli H. A. K. si 140. maddesinde, boşanma iddetinin 9 ayı geçemiyeceği esasını kabul etmiştir. Yani kadın bu müddetin hitamında hiçbir şekilde nafaka alamaz. 1927 tarihinde Sudan'da yayınlanan 28. numaralı sirküler bu müddeti 12 ay kabul etmiştir. 1951 tarihli Ürdün kanunu (md. 102), 1953 tarihli Suriye kanunu da aynı esasları benimsemişlerdir. 1959 tarihinde kabul edilen Irak Ahvali Şahsiye Kanunu ise, klâsik Hanefi hukukuna aynen bağlı kalmış ve kadının, üçüncü kere hayz görmedikçe iddet nafakası alabileceğini kabul etmiştir (Md. 48).

Malikî mezhebinden mülhem olan Tunus kanunu 38. maddesinde, boşanmış kadına sadece üç aylık bir iddet tanımakta ve bu müddet içinde kadına nafaka vermektedir. Gene kadına gelince, klasik hukukta olduğu gibi, o doğuruncaya kadar nafakasını alır. Gebeliğin en uzun süresi 1 sene olarak kabul edilmiştir (Md. 35).

147 Bk. CSPE, art. 326-327.
148 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 232.

Fas kanunu, ayırıcı boşanma ile boşanmış ve gebe olmayan kadının nafakası hakkında açık bir hüküm ihtiva etmemektedir. İcma ile kabul edildiği veçhile gebe kadın doğuruncaya kadar nafakasını alır. Gebelik için kabul edilen azamî süre olan 1 senenin sonunda, kadının gebeliği hususunda bir şüphe varsa, ilgili şahıs hâkime müracaat ederek kadının mütehassıs bir doktora muayene ettirilmesini isteyebilir. Doktor iddetin sona erip ermediğini veya bir senelik müddetin uzatılmasının gerekli olup olmadığını bildirecektir. Bu bir yıllık müddet doktorun gebeliği tesbit edebilmesi için kabul edilmiştir[149].

Yukarda verdiğimiz izahat, nafaka borçlusu kocanın hazır olduğu faraziyesine dayanılarak yapılmıştır. Şimdi koca gaipse, karının nafaka hakkını nasıl kullanacağı sorusu akla gelmektedir. Bu konuda çeşitli ihtimaller vardır. Önce belirtmek gerekir ki burada da gaiplikten maksat, sadece kocanın kendisinden uzun müddetten beri haber alınamaması değil, aynı zamanda haberleşilmesi güç uzak bir yerde bulunmasıdır[150]. Fakat bu hakkın kullanılması bazı özellikler gösterir.

Kocası gaip olan kadın kadi'ye müracaat eder. Kadi kadına, evlenmenin muteber olup olmadığı, kocasına karşı ödevlerini yerine getirip getirmediği, iddet halinde bulunup bulunmadığı ve kocanın ayılırken kendisine nafaka olarak bir şeyler bırakıp bırakmadığı hususlarında yemin ettirir. Bundan sonra nafakanın miktarını tesbit eder ve kocanın malları veya üçüncü şahıslarda mevcut alacakları üzerinden nafakasını alabilmesi için kadına yetki verir. Burada şu ihtimaller ortaya çıkabilir:

Kadının elinde kocaya ait ve nafaka borcunun konusu olan şeylere benzer menkul mal örneğin, yiyecek şeyler, elbise veya altın ve gümüş gibi kıymetli eşyalar varsa, nafakasını bunlar üzerinden alabilir[151]. Hattâ kadın, ihtiyacı olan şeyleri kadi'nin kararından önce de kocanın malları üzerinden alabilir. Kadi'nin kararı sonradan çıkacak anlaşmazlıkları bertaraf etmek gayesine matuftur. Kaldı ki buradaki rolü bir nizasız kaza işi olduğundan kadi, kadının evli olduğunu isbat edememesi halinde durumu bizzat biliyorsa gene kadının lehine yani kocanın malları üzerinden nafakasını almasına karar verir[152],

149 Bk. La Moudawwana, art. 76.

150 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 280.

151 Bk. CSPE. art. 189. ABD EL FATTAH, age. sh. 138. BELLEFONDS, age. II. sh. 280-281.

152 İslâm hukuku nizalı kaza bahse konu olduğu zaman kadi'nin hadise hakkında şahsi bilgi ve görgüsüne dayanarak karar vermesini kabul etmez.

İkinci ihtimal, kocanın üçüncü şahıslarda alacağı veya vedia olarak tevdi edilmiş malları bulunmasıdır. Kadi, alacak veya vedia mallar üzerinden nafakasını alabilmesi için kadına yetki verir. Ancak borçlu alacağı, vedia alan tevdi edilmiş malları veya evlenmenin mevcudiyetini inkâr etmemiş olmalıdırlar. Kadi, evlenmeyi ve bahis konusu alacak veya vediayı bizzat biliyorsa, inkâra rağmen kadının talebini kabul eder.

Kadi inkâr edilen vakıaları şahsen bilmediği taktirde, verilecek karar konusunda ihtilâf vardır. İmam Ebu Hanife ve öğrencileri Muhammed ve Ebu Yusuf kadının talebinin reddedilmesi gerektiği fikrindedirler. İmam Züfer ise kadının talebinin kabulü gerektiği reyindedir[153]. Bu çözüm tarzı kadını koruyacağı gibi kocaya zarar da vermez. Çünkü koca, döndüğü zaman kadına karşı dava açarak nafaka olarak alınan şeylerin iadesini istiyebilir. Diğer taraftan kadının yalan söylemesi ve hile yapması ihtimalleri nazara alınarak, ona kabzettiği nafaka için bir kefil göstermesi mecburiyeti tahmil edilmiştir[154].

Kadın nafakasını önce kocanın evde bulunan malları üzerinden; ikinci olarak başkasına vedia suretiyle tevdi edilmiş mallardan ve üçüncü olarak da alacakları üzerinden tahsil edebilir[155]. Kocanın sadece gayrımenkulleri varsa, gaibin gayrımenkullerinin satışı kabul edilmediği cihetle kadın nafakasını tahsil için kocasının gayrımenkullerinin satışını isteyemiyecektir[156].

Gaibin hiç malı bulunmadığı taktirde, kadın, gaiple evli olduğunu isbat ederse, kadi koca hesabına karının nafakasını temin için ödünç almasına veya ihtiyacı olan şeyleri taksitle satın almasına izin verir[157].

Gaip kocanın bir gün geri dönmesi halinde bir takım meseleler ortaya çıkabilir:

Koca evinden ayrılırken karısının nafakasını bıraktığını iddia ederse, bakılır: Karı nafakayı sebebsiz olarak fazladan aldığını ikrar ederse, koca, karıdan aldığı nafakanın iadesini istiyebilir. Bu taktirde karının kefili borçtan kurtulur. Çünkü ikrar sadece ikrar edeni bağlar.

---

153 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 139-140.

154 Bk. CSPE. art. 189. HASAN RIZA age. sh. 80-81. İSMAİL HAKKI, age. sh. 95.

155 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 158. BELLEFONDS, age. II. sh. 281. ABD EL FATTAH, age. sh. 140. HASAN RIZA, age. sh. 80-81. İSMAİL HAKKI, age. sh. 94-95.

156 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 281. CLAVEL, age. I. sh. 158. ABD EL FATTAH. age. sh. 140.

157 Bk. İSMAİL HAKKI age. sh. 95. HASAN RIZA, age. sh. 81. CSPE. art. 190.

Karı inkâr ederse isbat yükü kocaya düşer. Koca yeterli delil ikame edemezse, karıya yemin teklif eder. Karı yemini reddederse, koca hem karıyı hem de kefili, sebebsiz olarak alınmış olan nafakanın iadesi için dava edebilir[158].

Koca, dönüşünde evlenmeyi inkâr eder ve karı aksini isbat edemezse, kocanın yeminli beyanı esas alınır. Bu taktirde sebebsiz alınan nafakanın iadesi için koca, karıya yahut vedia alan kimseye müracaat edelir. Nafaka bir alacak üzerinden tahsil edilmişse sadece borçlu, kocanın talep hakkına hedef olur. Ancak borçlunun kadına rücu etmek hakkı vardır[159].

Evlenmenin boşanma ile sona erdiği, iddetin geçtiği ve karının sebebsiz olarak nafaka aldığı koca tarafından iddia edilir ve isbat edilirse, sorumlu olan sadece karıdır. Vedia alan veya borçluya karşı herhangi bir talepte bulunulamaz. Yeterki vedia alan veya alacaklı evlenmenin sona ermiş olduğunu bilmesinler[160].

Yukarda vermeğe çalıştığımız izahat, Hanefi mezhebince kabul edilmiş olan esaslara göre yapılmıştır. Gaibin malları üzerinden alınacak nafaka konusu, diğer mezhepler bakımından pek önemi haiz değildir. Çünkü Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre, kocası gaip olan ve bu sebeble nafakasını alamayan kadın, sırf bu sebebe dayanarak, evlenmenin feshini istiyebilir. Bu bakımdan kendine nafakasını vermeyen koca ile kadın uzun zaman uğraşmak zorunda değildir. Halbuki Hanefi mezhebi, kocanın nafaka ödememesi sebebiyle karıya boşanmayı isteme (fesih) hakkı tanımamaktadır[161].

Nafaka hakkındaki izahatımıza son vermeden önce, nafaka alacağının özelliklerine de kısaca temas etmeyi faydalı sayıyoruz.

Kadi'nin kararı veya eşlerin anlaşması ile tesbit edilmiş olan nafaka masrafları, kadın lehine kocaya karşı bir alacak teşkil eder. Yalnız bu alacağın bir takım özellikleri vardır:

Bir kere nafaka alacağı imtiyazlı bir alacak olup, bütün diğer alacaklardan önce ödenmesi gerekir[162].

158 Bk. CSPE. art. 191. HASAN RIZA, age. sh. 81. İSMAİL HAKKI, age. sh. 96. ABD EL FATTAH, age. sh. 141-142. CLAVEL, age. I. sh. 159-160.

159 Bk. CSPE. art. 192. HASAN RIZA, age. sh. 81-82. İSMAİL HAKKI, age. sh. 96-97.

160 Bk. CSPE. art. 193. İSMAİL HAKKI, age. sh. 96-97. HASAN RIZA, age. sh. 82. ABD EL FATTAH, age. sh. 143-144.

161 CSPE. art. 190. BELLEFONDS, age. II. sh. 281-282.

162 Bk. HASAN RIZA, age. sh. 83. BİLMEN, age. II. sh. 506-507. CSPE. art. 197.

Diğer taraftan, kadi tarafından veya taraflarca tesbit edilmemiş olan nafaka masrafları bir alacak vasfını kazanamaz[163].

Nafaka alacağı önceden tesbit edilmiş olup olmamasına göre farklı zaman aşımına tâbidir.

Kadi tarafından veya bizzat eşler tarafından tesbit edilmiş olan nafaka alacağı, koca hayatta bulundukça zaman aşımına uğramaz[164]. Usulüne uygun olarak önceden tesbit edilmemiş olan nafaka alacağını talep hakkı ise bir aylık zaman aşımına tâbîdir[165].

Malikîlere göre, nafaka koca refah içinde olduğu zaman, bir alacak teşkil eder. Miktarının önceden tesbit edilmiş olup olmamasının önemi yoktur. Kocasından nafakasını alamayan Malikî kadın derhal boşanma isteyebilir. Malikîler, vâ'desinde istenmeyen geçmiş nafaka alacaklarının, önceden kadi tarafından tesbit edilmiş olsa bile, karı tarafından kocaya hibe edilmiş olduğunu farz ederler. Bununla beraber nafaka alacağı bir adlî kararın konusu olmuşsa bu karine işlemez[166].

Şafiî ve Hanbeliler için, nafaka menşeîni bizzat evlenmede bulur. Önceden kadi tarafından tesbit edilmiş olsun, olmasın kadın nafaka istiyebilir[167]. Kanaatımızca bu iki mezhebin görüşü daha doğru ve ihtiyaca uygundur. Madem ki nafaka evlenmenin hükümlerinden biridir. O halde kadi'nin veya tarafların önceden nafakayı tesbit edip etmemeleri bu hakkın esasına tesir etmemeliydi. Fakat yukarda belirttiğimiz gibi bilhassa Hanefî mezhebi, nafakanın önceden kadi veya bizzat taraflarca tesbitini, bu hakkın her zaman talep edilebilmesinin bir şartı olarak kabul etmektedir.

Şimdi evlenmenin malî hükümlerinden bir diğerini, kocanın karıya mehr olarak bir şey verme mecburiyetini gözden geçireceğiz. Önemine binaen, mehri ayrı bir paragraf halinde incelemeyi uygun bulduk.

---

163 Bk. CSPE. art. 198. İSMAİL HAKKI, age. sh. 98. HASAN RIZA, age. sh. 83. ABD EL FATTAH, age. sh. 146-147. BİLMEN, age. sh. 506-507.

164 Bk. CSPE. art. 139. ABD EL FATTAH, age. sh. 146. HASAN RIZA, age. sh. 82. İSMAİL HAKKI, age. 99. BİLMEN, age. sh. 506-507.

165 Bk. CSPE. art. 200. HASAN RIZA, age. sh. 83. BİLMEN, age. II. sh. 506.

166 Bk. ABD. EL FATTAH, age. sh. 147.

167 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 148.

§ 6. EVLENMEDE MEHR MESELESİ

I. UMUMÎ OLARAK

İslâm hukukunda, koca evlenmenin akdi anında veya devamı sırasında bazen de sona ermesi halinde karıya muayyen bir mal veya para gibi ticarî değeri olan bir şey vermek zorundadır.

Arapça "mehr" yahut "sadak" adını alan ve koca tarafından karıya verilen bu hediyenin Avrupa hukuklarında özellikle Fransız hukukunda mevcut olan "dot" ile hiç bir ilgisi yoktur. Dot mehrin aksine, karı veya ana babası tarafından kocanın emrine tahsis edilen mal topluluğunu ifade eder. Koca tarafından evlenme ile karıya muayyen bir mal veya para verilmesi, tarihin ilk çağlarından bugüne kadar muhtelif hukuk sistemlerinde mevcut olan bir usüldür. Örneğin, Babil'de, İsparta'lılarda Roma'lılarda ve Cermenlerde[1] koca evlenme sırasında veya evlenmenin ertesi günü karısına muayyen bir dot vermek zorundadır. Aynı şey Musevî hukuku için de varittir[2]. Söylemek gerekir ki, bu hediyelerin veriliş gayeleri arasında farklar vardır. İslâm hukukunda, kocanın karıya verebileceği şey menkul veya gayrimenkul bir mal, her hangi bir hayvan [3] veya bir menfaat örneğin, bir malın intifa hakkı olabilir[4].

---

1 Koca tarafından karıya verilen dot, Roma hukukunda Donatio propter nuptias; Cermen hukukunda Ex marito; Hamurabi Kanununda Tirhatu ve Musevî Hukukunda Mohar adını alır. BRISSAUD, Manuel d'histoire du droit privé. sh. 717-718 vd. OURLIAC, P; DE MALAFOSSE, J; Histoire du droit privé. t. III. Paris 1968. sh. 284-85. HELOU, age. sh. 102. vd. CRUVELLHIER. P.; Commentaire du Code D'hammourabi. Paris 1938. sh. 39. ABD EL FATTAH, age. sh. 67. SALAMA, age. sh. 70-71. CHEHATA, age. sh. 84. KOSCHAKER, agk.

2 Bk. SALAMA, age. sh. 70. Le Code D. hammourabi, sh. 138. OKANDAN, age. sh. 180.

3 Müslümanlarca meşru bir şekilde tasarruf edilemeyen hayvanlar örneğin, domuz mehr olarak verilemez.

4 Bk. CSPE. art. 71.

Mehr, İslâmiyetten önce Arabistan'da da mevcuttu. İslâm, bu eski âdeti kadının lehine değiştirerek kabul etmiştir. Gerçekten Kur'an'da muhtelif âyetlerde[5] Peygamber'in hadislerinde karıya mehr vermesi gereğinden bahsedilmektedir. Bu hususta aksini iddia eden hukukçu yoktur[6]. Ancak mezhepler arasında çekişmeli olan husus şudur: Mehr evlenmenin bir sıhhat şartı mıdır yoksa evlenmenin hükümlerinden biri midir? İşte bu mesele mezhepler arasında görüş ayrılığına sebeb olmuştur. Malikî mezhebi mehrin evlenmenin bir sıhhat şartı olduğu ve mehrsiz evlenmenin muteber olmıyacağı görüşünü savunmaktadır[7]. Buna karşılık Hanefi, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri, mehri evlenmenin kaçınılmaz bir sonucu olarak kabul ederler. Onlara göre mehr tesbit edilmeden yapılmış olan veya hiç mehr verilmiyeceğine dair bir şart ihtiva eden evlenmeler muteberdir. Böyle hallerde, miktarı şartlara göre tesbit edilen mehri misil vermek gerekir[8]. Şimdi şu mesele ortaya çıkıyor: Evlenmeye ilişkin bir etütde mehir hangi kısımda incelenecektir? Evlenmenin sıhhat şartları arasında mı yoksa hüküm ve neticeleri kısmında mı? incelediğimiz eserlerde her ikisine de rastladık. Önemli olan mehrin etütdeki inceleme yeri değil, fakat ona verilen değer ve terettüp eden hükümlerdir. Gerçekten İslâm hukuku mehre büyük önem vermiştir. Fakat müesseseyi o şekilde tanzim etmiştir ki, onunla güdülen gayenin ne olduğunu kesin olarak tesbit etmek mümkün değildir. Şimdi Malikî mezhebi ile diğer üç sünnî mezhep arasında

---

5 Bk. Le Coran (Par. E. MONTET). sourate IV. verset. 3.

6 Mehr konusunda Bk. NEIL B. E. BAILLI, Digest of Moohummadan law, Lahor 1965 sh. 91. vd. CLAVEL, age. sh. 49-89. BERKİ-HAMİDİ, age sh 31-33. MILLIOT, age. sh. 301. vd. CHATILA, age. sh. 163-183. ABD EL FATTAH, age. sh. 67-103. SALAMA, age. sh. 63-74. BELLEFONDS, age. II. sh. 199-255. D'OHSSON, age. V. sh. 171. vd. HASAN RIZA, age. sh. 32-51 İSMAİL HAKKI, age. sh. 55-67. BİLMEN, age. II. sh. 121.vd. İ. HALEBİ. age. sh. 55-67. ARMINJON-NOLD-WOLF. age. t. III. sh. 1015. COLOMER, A; La dot en droit marocain, Jurisclasseur. fascicule 2,1'année I, 1965. sh. 14-16. DOLOUT, age. sh. 79. vd. KHIAT, age. sh. 96. vd. EL-BOKHARI, age. III. sh. 551-52. M. ZİHNİ, age. sh. 42. vd. YOUNG age II. sh. 219 vd. JOLY, age. sh. 79 vd. GUEMARD, age. sh. 60. HUSSAMI, age. sh. 117 vd. HELOU, age. sh. 102. vd. VAN DEN BERG, age II. 373. vd. EMAMY HASSAN, age. sh. 13 vd. TEHERANI, age. sh. 135 vd. KITABGI KHAN age. sh. 43 vd. BOUSQUET, age. I. sh. 106-111. A. FYZEE, age. sh. 126. vd. MANSOUR FAHMY, age. sh. 143 vd. Ö. FERRUH, (Çeviren: Y. Z. Kavakçı), İslâm Aile Hukuku, İst. 1969. sh. 118 vd.

7 Bk. HELOU, age. sh. 103. CHEHATA, age. sh. 83. BELLEFONDS, age. sh. 199-200. CLAVEL, age. I. sh. 51-52. MILLIOT, age. sh. 301. DULOUT, age. sh. 62.

8 Bk. CSPE. art. II. M. ZİHNİ, age. sh. 42. CLAVEL, age. I. sh. 49. HUSSAMI, age. sh. 117-120. ANSAY, age. sh. 200.

mevcut ve mehrin evlenmenin sıhhat şartı mı yoksa neticesi mi olduğu yolundaki fikir ayrılığına biraz yakından bakalım.

II. HANEFİ, ŞÂFİÎ VE HANBELÎ MEZHEPLERİNE GÖRE :

Koca tarafından karıya bir mehr verilmesi, muteber bir şekilde inikad etmiş olan evlenme akdinin doğurduğu sonuçlardan biridir. Mehr tarafların iradesinden veya kanundan doğabilir. Mehrin taraflarca önceden tesbiti, genel kaide olup sonradan çıkabilecek ihtilâfları bertaraf etmek gayesine matuftur. Bu sebeble önceden mehrin kararlaştırılması sünnettir[9]. Ancak mehr tayin edilmeden aktedilmiş olan evlenme hukuken muteber fakat Şâfiî ve Hanbelîlere göre, dinen mekrûhtur[10]. Mehr tayin etmeksizin yapılan evlenmenin muteber olduğu "Kur'an'ın 2. sûresinin 237. âyetinde mevcut "Cinsî münasebette bulunmadığınız veya mehrini tayin etmemiş olduğunuz karılarınızı boşarsanız sizin için günah yoktur"[11] mealindeki hükümden de anlaşılmaktadır. Bu hüküm mehr tesbit edilmeden yapılan evlenmenin muteber olduğunu kabul eden bir icma'ya sebeb olmuştur. Bu üç mezhep daha da ileri giderek, hiç mehr verilmiyeceğine dair bir kayıt ihtiva eden evlenme akdinin de muteber olduğunu, ancak şartın yok farzedileceğini kabul ederler. Bu taktirde kadına, mehri misl tâbir edilen ve onun baba ailesinde kendine denk kadınlara verilen mehre göre tesbit edilen bir mehr verilir. Diğer taraftan mehr tesisinde kanuna aykırı bir durum varsa örneğin, alkollü içkilerden veya bir domuzdan ibaret mehr tesis edilmişse, durum gene aynıdır; mehre ilişkin kayıt yok farzedilir. Evlenme ise muteberdir[12]. Şiîler'de üç sünnî mezhebin benimsediği görüşe katılmaktadırlar[13].

III. MALİKÎLERE GÖRE

Kocanın karıya bir mehr vermesi evlenmenin sıhhat şartlarından biridir. Evlenme sırasında mehr tayin edilmemişse veya mehr tayini kanuna aykırı olarak yapılmışsa veyahut da hiç mehr verilmiyeceği

9 BİLMEN, age. II. sh. 122. BELLEFONDS, age. II. sh. 202.

10 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 202. VAN DEN BERG, age. II. sh. 375 vd. CSPE. art. II.

11 Bk. Le Coran (Par. E. MONTET) I. sourate II. verset 237.

12 Bk. TEHERANI, age. sh. 137.

13 Bk. CSPE. art. 12. VAN DEN BERG, age. II. sh. 377 vd. BİLMEN, age. II. sh. 121-123. CLAVEL, age. I. sh. 52-53 vd. HASAN RIZA, age. sh. 34. EMAMI HASSAN, age. sh. 35. vd. CHEHATA, age. sh. 81. ANSAY, age. sh. 200.

şart edilmişse bu şartla birlikte evlenme de hükümsüz sayılır[14]. Fakat tenkitler karşısında, Malikî müellifler bu konuda bir takım ince ayrımlar yapmak yoluna gitmişlerdir. Örneğin, Dasukî, "mehrin sıhhat şartı olmasından sadece "hiç mehr verilmiyeceğinin kararlaştırılamıyacağını" anlamak gerektiğini ileri sürüyor[15]. Demek ki bu müellifin fikrine göre, akit sırasında taraflar mehr hakkında hiç bir şey konuşmamışlarsa evlenme muteber olacaktır ve bu taktirde, kadın mehri misle hak kazanır. Çünkü mehr verilmiyeceğine dair bir kayıt yoktur. Ancak Malikîlerin mehre ilişkin görüşü kabul edilirse, eşlerin ve bilhassa kadının menfaatine aykırı düşen çözüm tarzlarına varılmış olur. Diyelim ki taraflar mehr ödenmiyeceğini kararlaştırmışlar ve fiilen birleşerek müşterek hayata başlamışlardır. Bu durumda evlenmeyi bâtıl kabul edip feshettirmek bilhassa kadının menfaatini zedeler. Nitekim Malikîler doğabilecek mahzurları farketmişler ve bu konuda bir ayrım yapmak zorunda kalmışlardır. Buna göre taraflar fiilen birleşmişlerse yani zifaf vukubulmuşsa, evlenme artık feshedilemez. Zifaf vakıası akidde mehr sebebiyle mevcut sakatlığı kapatmaktadır. Bu taktirde kadının mehri misle hakkı vardır. Malikî hukukçular bu suretle İslâm hukukunda yeni bir butlan şekli ortaya koymuş oldular. Halbuki İslâm hukuku, bâtıl muamelelerin herhangi bir şekilde sıhhate inkılâbını kabul etmemektedir[16].

Mehrin evlenme akdindeki rolü konusunda ortaya çıkan bu iki görüşten Hanefi, Şâfiî ve Hanbeliler tarafından müştereken savunulmuş olanı daha isabetlidir. Yani mehr evlenmenin bir sıhhat şartı olmayıp, aksine neticelerinden biri olarak kabul edilmek gerekir. Çünkü akit tarafların rıza beyanlarıyle inikad eder. Mehrin mutlaka akit anında verilmesi gerekmez; evlenmenin devamı sırasında ve hatta boşanma anında, kısmen veya tamamen, ödenmesi kararlaştırılabilir. Mehr, kararlaştırıldıktan sonra fakat ödenmeden önce kadın tarafından kısmen veya tamamen kocasına hibe edilebilir. Bu husus Kur'an'da mevcut âyetlerle sabittir[17]. Kaldı ki hiç mehr kararlaştırılmadığı taktirde, kadın kanunen mehri misle hak kazanmaktadır. Tarafların hiç mehr öden-

14 Bk. GUEMARD, age. sh. 61. HELOU, age. sh. 110. BELLEFONDS, age. sh. II. 203.

15 Bk. BELLEFONDS, age. sh. 203. CHEHATA, age. sh. 83.

16 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 203.

17 Bk. ÇANTAY Kur'an'ı Hâkim... s. 2. â. 237. s. 4. â. 24. Ayrıca Bk. BİLMEN, age. II. sh. 143. EBUSSUUD,un şu fetvasında mehrin kadın tarafından kocasına hibe edilebildiğini göstermektedir: "Bir kaç kimse Hind gelin oldukta cümle mehrin hibe etti" deyu şahâdet edip, mehri ne miktar idûğün bilmeseler, şehâdetleri makbul olur mu?" "Elcevap: Bağışladım dediğine şehâdet ederler ise olur," bağışladı "diye şehâdet ederlerse olmaz." Bk. DÜZDAĞ, age. sh. 42. Mesele. 59.

miyeceğine dair bir anlaşma yapmış olmaları halinde de aynı neticeye varmamak için sebeb yoktur. Klasik İslâm hukuku, mehrin miktarını da belirtmemiştir. Öyle ki demirden bir yüzüğün, bu da yoksa daha sonra aksi kararlaştırılmış olmasına rağmen, Kur'an öğretmenin mehr olarak kabul edilebileceği Peygamber'in muhtelif hadisleriyle sabittir[18]. Kadri Paşa tarafından Hanefi mezhebinin esaslarına göre hazırlanmış olan Mısır MK. nu mehrin aşağı haddini 10 dirhem gümüş olarak tesbit etmiştir ki bu bizim paramızla 25-30 TL. eder. Malikîler ise daha liberal davranarak mehrin aşağı haddini 3 dirhem gümüş yani 6-7 TL. gibi çok cüzi bir rakam olarak tesbit etmişlerdir[19]. Hal böyle iken örneğin, 6-7 TL. değerinde bir mehr tesbit edilmedi diye aktedilmiş olan evlenmeyi bâtıl kabul etmek, eşlerin olduğu kadar toplumun da menfaatine aykırı düşen yanlış bir davranış olsa gerek. Bu yüzden biz de mehri evlenmenin bir sıhhat şartı değil fakat hükümlerinden biri olarak kabul etmeyi uygun bulduk[20].

Umumî mahiyetteki bu izahatımızdan sonra, şimdi mehre taallûk eden hükümleri daha yakından tetkik edeceğiz.

IV. MEHRİN KONUSU VE MİKTARI:

Acaba hangi şeyler mehr olarak verilebilir. Koca dilediği her hangi bir şeyi vermekle veya yapmakla mehr verme vecibesini yerine getirmiş sayılacak mı? Şimdi bu meseleyi inceliyeceğiz:

1) **Mehrin Konusu**:

Satışı veya kullanılması yasak olmayan her şey mehr olarak verilebilir. Başka bir ifadeyle verilecek şey, İslâm dininde yasak olmamalı

18 Sahih-i Buhari'de mevcut olan bir hadisi mealen zikretmek istiyoruz: "Bir gün Peygamber'e bir kadın gelir ve kendisini karılığa kabul etmesini ister. Peygamber cevap vermeyince kadın sessizce bir kenara oturur. O sırada hazır olan Peygamber'in arkadaşlarından biri ona şöyle der: "Ey Tanrı Elçisi bu kadına ihtiyacın yoksa onu benimle evlendir." Peygamber neyin var diye sorar. Adam hiç bir şey cevabını verir. O, öyleyse git ailenden bir şeyler bul der. Adam gider hiç bir şey bulamıyarak döner. Peygamer bunun demirden bir yüzük de olabileceğini söyler. O gene gider ve yüzüğü de bulamıyarak gelir. Bunun üzerine Peygamber adama Kur'an'dan bir şeyler bilip bilmediğini sorar. O da filân âyetleri biliyorum cevabını verir. Peygamber Kur'an'dan bildiği âyetler karşılığında kadını adama nikâhlar." Bak. EL-BOKHARI, age. III. sh. 551-552. Bir başka hadis için Bk. P. 573. Aynı hadis M. FAHMY, age. sh. 145 de de mevcuttur. Aksi için bk. CSPE. art. 76.

19 Bk. CSPE. art. 70. ABD EL FATTAH, age. sh. 70.

20 Aynı fikir CHEHATA, age. sh. 81.

ve diğer taraftan mamelekî bir değeri olmalıdır[21]. Kadri Paşa'nın eseri olan Mısır MK. nu (CSPE) 71. maddesinde nelerin mehr tesisine elverişli olduğunu tayin etmiştir. Buna göre, menkul ve gayrımenkul mallar, ziynet eşyaları, hayvanlar, misli şeyler ve hattâ menkul ve gayrımenkul bir malın intifa hakkı mehr olarak tesis olunabilir. İslâm dininin gayrımeşrû telakkî ettiği şeyler örneğin, alkollü içkiler, domuz, ölmüş hayvan etleri mehr olarak tesbit edilemez. Edildiği taktirde, bu mehr tesisi yok farzedilir ve kadın mehri misle hak kazanır. Bu konuda müellifler arasında görüş ayrılığı yoktur. Ancak verilecek şeyin mutlaka mamelekî bir değer taşıması gerektiği bütün müelliflerce kabul edilmiş değildir[22]. Kocanın önceki karısından boşanmak vaadi, kısasa uyruk suç işlemiş olan kadını af, evlenmede mehr olarak kabul edilmiyor. Çünkü bunların para ile ölçülebilen bir değerleri yoktur. Diğer taraftan, bazı Hanbelî müellifler, Şiîler ve Zahiritler azledilen köle ile mehr ödenmeden evlenebileceği fikrini ileri sürmüşlerse de [23] ekseriyet bu görüşe katılmıyarak, azledilen köle ile evlenilmek istenirse, ona da mehr vermek gerektiği tezini savunmuşlardır[24].

Peygamber'in sahihi Buharî de zikredilen hadisine rağmen[25] Kur'an öğretmek taahhüdü, Şiîler ve Şafiîler dışında kalan müelliflerce muteber bir mehr tesisi olarak kabul edilmemiştir[26]. Hanefi mezhebinin görüşü bu mezkezdedir. Nitekim Hanefi mezhebinin esaslarına göre hazırlanmış olan Mısır MK. (CSPE), 76. maddesinin son fıkrasında, bu yoldaki taahhüdü muteber bir mehr tesisi olarak kabul etmemiş ve kadına mehri misl verileceği hükmünü koymuştur. Şâfiî mezhebi ise, kur'an veya fıkıh öğretmeyi ücrete lâyık bir iş olarak kabul ettiği için böyle bir mehr taahhüdünü, işin mamelekî bir değer ifade etmesi sebebiyle muteber kabul etmiştir. Diğer iki mezhep de bu konuda müttereddit davranmaktadırlar. Ancak Kur'an öğretmenin, süresi ve önemi kesin olarak tayin edildikten sonra muteber bir mehr

21 CLAVEL, age. I. sh. 52. BELLEFONDS, age. II. sh. 204. BİLMEN, age. II. sh. 122. NEIL BAILLIE, age. sh. 93.

22 Bk. EMAMY HASSAN, age. sh. 25-26.

23 Çünkü köle efendisi ile yaptığı bir sözleşme mucibince de hürriyetini elde edebilir. Bu taktirde efendiye bir bedel ödemesi gerekirdi. Karşılıksız hürriyetini almış olan kadın esasında mamelekî bir kazanç elde etmektedir. Yani mehrin konusu azat etmedir. Bk. EMAMY HASSAN, age. sh. 20-21.

24 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 205.

25 Bk. Dipnot 18.

26 Bk. EMAMY HASSAN, age. sh. 21. vd.

27 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 131. BELLEFONDS, age. II. sh. 205.

tesisi olarak kabul edilmesi daha uygun olur[27]. Zira Hanefi mezhebinin, mehrin asgari haddi olarak tesbit etmiş olduğu 10 dirhem gümüş, muayyen bir müddet kur'an öğretmekten daha fazla mâmelekî değeri olan bir meblağ değildir. Hanefilerin bu konudaki itirazları şudur: Kur'an ve fıkıh öğretme ücretle yapılmaması gereken işlerdendir. Ancak değişen şartlar neticesi bu mezhep de Fıkıh öğretenlerin örneğin, bir fıkıh Profesörünün ücrete lâyık olduğunu kabul etmiştir[28]. Nihayet, buradaki mâmeleki değer kavramını kadinin elde ettiği herhangi bir istifade olarak kabul etmek suretiyle de aynı neticeye varılabilir.

2) **Mehrin Miktarı**:

Hanefi ve Malikî mezhepleri mehrin aşağı haddini tesbit etmişlerdir. Hanefilere göre mehr olarak verilebilecek en düşük miktar, Para haline getirilmiş olsun veya olmasın, 10 dirhem gümüştür. Bu miktardan aşağı bir mehr tesbit edilemez[29]. Edildiği taktirde 10 dirhem gümüşe iblağ edilmesi gerekir. Malikîler ise mehrin aşağı haddini halis altından bir dinarın dörtte biri, halis gümüşten de 3 dirhem veya bunlara değerce eş bir mal olarak tesbit etmişlerdir[30].

Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri mehre bir minimum tayin edilmesini kabul etmemişlerdir. Mal olan her şey az olsun çok olsun mehr olarak verilebilir. Bununla beraber İmam Ahmed'e göre mehrin 10 dirhemden aşağı olmaması tavsiyeye şayandır[31]. Bu miktarlardan az mehr dinî bakımdan hoş görülmez. Buna karşılık, mehrin ulaşabileceği en yüksek meblağın ne olacağı hususu tesbit edilmemiştir. Yani taraflar, yukarda zikrettiğimiz hadlerin üzerinde olmak kaydıyle diledikleri miktar mehr tesbit edebilirler. Koca kendi imkânlarını nazara alarak çok yüksek bir mehr tesbit edebilir. Bu husus müellifler arasında ittifakla kabul edilmektedir. Ancak bütün fıkıh kitapları, çok yüksek mehr istenmemesini tavsiye ederler. İmam Ahmed'e göre, mehrin 400 dirhemden fazla olmaması iyidir. Fazla olmasında bir mahzur yoktur. Ancak mehrin tahfifi dinî bakımdan makbul bir şeydir[32]. Ancak tatbikat

28 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 205.

29 Bk. CSPE. art. 70. BİLMEN, age. II. sh. 122. A. FZEE, age. sh. 128. SALAMA, age. sh. 67. MILLIOT, age. sh. 302.

30 Bk. A. FZEE, age. sh. 128-29. MILLIOT, age. sh. 302. BİLMEN, age. II. sh. 122. NEIL BAILLIE, age. sh. 92-93. ABD EL FATTAH, age. sh. 70. BOUSQUET. age. I. sh. 107.

31 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 122. BELLEFONDS, age. sh. 207.

32 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 122. BELLEFONDS, age. II sh. 207. "Mehrin en hayırlısı en ehven olanıdır". Ebu Davud ve Hâkim. Bk. HALEBİ, age. I. sh. 371.

tamamen aksi yönde gelişmiş ve kadınlar, sosyal durumlarına göre çok yüksek sayılan mehr istekleriyle ortaya çıkmışlardır. Bu sebeble Halife Ömer'in ve daha sonra gelen Emevi sultanlarının mehrin azamî haddini 400 dirhem olarak tesbit ettikleri kaydedilmektedir[33]. Şiî müellif Morteza ise, mehrin 500 dirhemi aşmaması gerektiğini ileri sürer. Ona göre bu miktarı aşan kısım tenkis edilmelidir[34]. Zira çok yüksek mehr evlenmeleri güçleştirecek ve nüfus artışını önliyecektir. Nitekim bugün yurdumuzun bazı bölgelerinde yaşayan başlık âdeti de fakir erkeklerin evlenmelerini zorlaştırmakta ve kız kaçırma olaylarını arttırmaktadır.

V. MEHRİN ÇEŞİTLERİ:

Mehr evlenmenin akdi anında taraflarca veya bir başkası tarafından tesbit edilip edilmemesine göre muhtelif kısımlara ayrılır. Mehr taraflarca tayin edilmişse mehri müsemma adını alır. Aksine mehr tesbit edilmemiş veya hiç mehr verilmiyeceği kararlaştırılmış yahut mehr tesisine elverişli olmayan bir şey tayin edilmişse kadına mehri misil verilmesi gerekir[35]. Mehri müsemma ise kararlaştırılan ödeme şekline göre iki kısma ayrılır. Tesbit edilen mehr peşin ödenecekse, mehri muaccel bahse konu olur. Mehrin kısmen veya tamamen ödenmesi ilerdeki bir tarihte olacaksa, buna mehri müeccel adı verilir[36]. Şimdi mehrin çeşitlerini daha yakından görmeğe çalışacağız:

1) **Mehri Müsemma**:

A) Mehri muaccel:

Bilindiği gibi, şarta ve ecele bağlı evlenme aktedilemez. Fakat mehr kadının evlenmeden doğan bir alacağı olduğundan ödeme şekli üzerinde taraflar bazı anlaşmalar yapabilirler. Çünkü bu tarz anlaşmalar evlenmenin sıhhatına zarar vermez. En kötü ihtimâl mehre taallûk eden şartın yok farzedilmesi ve kadının mehri misle hak kazanmasıdır. Mehr, evlenmenin inikadı anında ödenebileceği gibi daha sonraki bir tarihte de ödenebilir. İşte akit anında peşin olarak ödenen mehre, mehri muaccel adını veriyoruz. Taraflar, mehrin miktarını tesbit etmiş olmalarına rağmen, ödeme şekli üzerinde durmamışlarsa ne yapmak gerekir?

33 Bk. S. FAHMY, age. sh. 147.

34 Bk. E. HASSAN age. sh. 35. TUNUS'da 1941 tarihli bir kararname ile mehrin azamî haddi 3 bin Fransız frangı olarak tesbit edildi. Bk. BOUSQUET. age. I. sh. 108.

35 Bk. CSPE. art. 76.

36 Bk. ÜÇOK, age. sh. 78. A. FZEE, age. sh. 130. vd. M. ZİHNİ, age sh. 44-45. MILLIOT, age. sh. 304-305. HASAN RIZA, age. sh. 33 vd. BİLMEN, age. II. sh. 124. vd.

Bu taktirde peşin olarak ödenecek miktarı örf ve âdete göre tesbit etmek gerekir[37]. Bazı hukukçular, böyle bir ihtimalin vukuu halinde, mehrin tamamının muaccel olması gerektiği fikrindedirler. Ancak bu konuda gelenekler galip gelmiş ve Ebu Hanife'den beri, mehrin ödeme şekli kararlaştırılmadığı zaman, bir kısmının akdin inikadı anında, bir kısmının da daha sonra ödenmesi esası kabul edilmiştir. Peşin olarak ödenecek miktar toplumlara ve bu toplumlarda yaşayan muhtelif halk sınıflarına göre değişmektedir[38]. Örneğin Mısır'da câri âdete göre genel olarak mehrin 2/3 peşin alınır. Fas'da ise mehrin yarısı peşin ödenir[39].

B) Mehri müeccel:

İslâm hukuku, prensip olarak, mehrin tamamının peşin olarak ödenmesini şart koşmamaktadır. Hattâ Malikî mezhebi dışında kalan diğer mezheplere göre, mehrin tamamının evlenmenin sona ermesi halinde ödenmesi de kararlaştırılabilir; veya bu konuda muayyen bir va'de, örneğin, 5 sene 10 sene veya kocanın ölümü gibi, tesbit olunabilir. İşte bu şekilde ödenmesi muayyen bir va'deye bağlanmış olan mehr, mehri müeccel adını alır. Kadın tayin edilen vâ'denin gelmesinden önce mehri talep edemez. Çünkü bu hakkını kendi iradesiyle iskat etmiştir. Örneğin, beş senelik bir va'de tayin edilmiş ve 3 senenin sonunda evlilik talâkla sona ermişse, va'de dolmadığı için kadın mehri müeccelini istiyemez. Şu kadar ki kocanın ölümü halinde, mehr borcu mutlaka muacceliyet kesbeder. Mehri müeccel için bir müddet tayin edilmemişse, mehr talâk veya eşlerden birinin ölümü anına kadar müeccel addolunur. Talâkın cayılabilir veya kat'i olması arasında fark yoktur[40]. Mehri müeccel için muayyen bir va'de tayin edilmemiş ve bu halde talâk vukubulmuş veya koca ölmüşse, mehr muaccel addolunur[41].

Mehri müsemma, ister muaccel isterse müeccel olsun, konusunun muayyen ve kesin olmasını gerektirir. Kesin olarak bilinmeyen müphem bir şey mehr olarak tesis edilmişse, mehri müsemma fâsid olup, yerine mehri misl kaim olur. Mehr olarak verilecek şeyin tayini o şeyin nikâh meclisinde hazır olup olmamasına göre değişir. Şey nikâh meclisinde

37 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 124. BERKİ-HAMİDİ, age. II. sh. 31, 33. BELLEFONDS, age. sh. 218.

38 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 219. BİLMEN, age. II. sh. 125.

39 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 72.

40 Bk. BOUSQUET, age. I. sh. 110. BİLMEN, age. II. sh. 125. M. ZİHNİ, age. sh. 44-45. İ. HAKKI, age. sh. 62.

41 Bk. İ. HAKKI, age. sh. 62. BİLMENage. II. sh. 125.

ise onu işaretle tâyin etmek yetişir. Hazır değilse bakılır; Şey bir tane ise güçlük yoktur; birden fazla ise mehr tesisi muteber sayılmaz.

Mehrin konusunu teşkil eden şey, cinsi itibariyle muayyen fakat vasfı tayin edilmemişse, koca orta vasıfta bir şeyi veya onun kıymetini vererek borcunu ifa etmiş sayılır[42]. Şey, hem vasfı hem de cinsi itibariyle gayrımuayyense bu taktirde mehri misl gerekir.

Başkalarına ait olan bir malın mehr olarak tayini mümkündür. Koca bu malı teslim edemezse, bedelini mehr olarak ödemek zorunda kalır. Bir alacak da mehre konu olabilir. Alacağın kadına karşı veya bir başkasına karşı olması mümkündür. Ancak alacak başkasında ise, kadın borçluya müracaat etmek zorunda olmayıp, doğrudan kocasından talepte bulunabilir. Borçluya müracaat yolunu seçmişse, kocanın kadını bu iş için tevkil etmesi gerekir[43]. Muayyen bir miktar para mehr olarak verilmişse, mühim olan paranın akit anındaki kıymeti olup, sonradan meydana gelen değişiklikler nazara alınmaz.

Akar ve hayvanat da mehrin konusunu teşkil edebilir.

Bir şey yapma veya yapmama borcunun mehr olarak tesbit edilip edilemiyeceği hususu müellifler ve mezhepler arasında ihtilâfa sebeb olmuştur[44]. Şiîler, "yasak olmayan şey caizdir" prensibine dayanarak hür bir kimse de olsa kocanın karısına karşı muayyen bir hizmette bulunması veya onun için muayyen bir süre çalışması gibi taahhütleri mehr olarak kabul ederler. Sünnî mezheplerden sadece Hanefiler ve Malikîler bu tarz mehr tesisine muhaliftirler. E. Hanife, Peygamber'in "hür bir kimsenin hizmeti mal değildir" mealindeki hadisine dayanarak kocanın kadına bizzat hizmet taahhüdünü mehr olarak kabul etmektedir[45]. Buna mubil kocanın, karının arazisini ekmek, koyunlarını otlatmak veya işlerini görmek şeklindeki taahhütlerini muteber bir mehr tesisi olarak kabul etmektedirler[46].

Mehr olarak verilecek şey maddî bir mal ise akit anında teslimi mümkün olmalıdır. Bu sebeble kamuya ait olan bir malın örneğin, bir

---

42 Burada kocanın durumu, Borçlar kanunumuzun 70. maddesinde bahse konu olan hale benzemektedir.

43 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 128. E. HASSAN, age. 27-30.

44 Bk. E. HASSAN, age. sh. 23 vd. BELLEFONDS, age. II sh. 206. vd. BİLMEN, age. II. sh. 130-131.

45 E. HASSAN, age. sh. 225-26. BİLMEN, age. II. sh. 130.

46 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 130.

köprünün bir cami'in mehr olarak tesbiti mümkün değildir. Diğer taraftan köle azadının mehre konu olup olamıyacağı konusu da ihtilâflara sebeb olmuştur[47]. Bu mesele üzerinde biraz durmak istiyoruz. Azınlıkta kalan bir kaç fakih hariç sünnîler bu tarz mehr tesisini muteber saymazlar[48]. Buna karşılık Şiîlere göre kölenin azadı mehr olarak kabul edilebilir. Azat ile köle hürriyetine kavuşmaktadır. Dolayısiyle bir menfaat temin etmektedir. Bu mehr tesisi için yeterlidir. Şiîler, Peygamber'in kölesi olan Safiya'yı Hayber'in fethi sırasında böyle bir mehr karşılığında nikâhladığını ileri sürerler. Sünnîler ise bu hadisenin genelleştirilemiyeceğini ve sadece Peygamber'e tanınmış bir imtiyaz olduğunu kabul ederler[49]. Şiîler bu konuda şu üç ihtimali nazara alırlar: Azat evlenmeden önce vuku bulmuştur. Bu taktirde kadın hür olduğu için bir mehre hakkı vardır; ve önceden gerçekleşmiş olan azat vakıası mehr olamaz. İkinci olarak, evlenme azattan önce olmuşsa bizzat bu evlenme hükümsüzdür. Çünkü efendisinin kölesi üzerinde mülkiyet hakkı vardır. Kocalık ve mülkiyet hakkı birbiriyle bağdaşmaz. Üçüncü ihtimal ise, evlenme ile mehr tesisinin aynı anda olmasıdır. Bu taktirde kölenin azadı onun mehri olarak tesbit olunabilir. Efendi, kölesine seninle evleniyorum ve hürriyetini de mehr olarak veriyorum dese, Şiîlere göre bu tarz mehr tesisi muteberdir[50]. Bize Şiîlerin görüşü daha doğru görülüyor. Nitekim İmam Ebu Yusuf'da cariyenin evlenme kasdıyle azadını onun mehri olarak kabul etmektedir[51].

Taraflar bazen mehrin evlenmeden sonra eşlerden biri tarafından veya tayin edecekleri bir üçüncü şahıs(hakem) tarafından tesbit edileceğini kararlaştırabilirler. Bu şekilde tesbit edilen mehr, itimada müstenit veya hakem kararıyle tesbit edilmiş mehr adını alır.

C) İtimada müstenit ve hakem tarafından tesbit edilen mehr:

Evlenecek taraflar mehrin sonradan karı kocadan biri veya bir üçüncü şahıs tarafından tesbit edileceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu tarz mehr tesisi Arapça tabirle "tafvid veya tahkim suretiyle" mehr adını alır ki bunu itimada müstenit ve hakem tarafından tesbit edilmiş mehr olarak vasıflandırabiliriz[52].

47 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 205. E. HASSAN, age sh. 20-22.
48 Bk. BELLEFONDS, age. sh. 204.
49 Bk. E. HASSAN, age. II. sh. 21 vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 204-205.
50 Bk. E. HASSAN, age. sh. 22.
51 Bk. HALEBİ, age. I. sh. 375.
52 Bk. HELOU, age. sh. 108. BELLEFONDS, age. II. sh. 212-213. CSPE. art. 78.

Mehri tayin edecek olan koca ise karı, kocasından zifaftan evvel mehrin tesbit edilmesini isteyebilir. Bu taktirde şu ihtimaller ortaya çıkabilir. Koca mehri misle muadil veya onun üstünde bir mehr tesis edebilir. Tabiî bu taktirde güçlük yoktur. Mehri mislden az bir mehr tesbit etmişse, kadın bunu reddedebilir ve o zaman mehri misle hak kazanır[53]. Koca mehri tayinden imtina ediyorsa, kadın Kadi'ye başvurabilir; Kadi kocaya bir ihtar gönderir; netice alamazsa, mehri misl hakkındaki esaslara göre kadının mehrini bizzat tesbit eder ve koca bu mehri kadına borçlanmış olur[54].

Mehri tayin etmek hakkı kadına verilmişse, koca kabul etmedikçe, kadın mehri misilden fazla bir miktar tayin edemez. Bir üçüncü şahıs mehri tayin hususunda yetkili kılınmış ve mehri mislden fazla bir mehr tesbit etmişse, koca dilerse bu miktarı kabul eder, dilerse mehri misl öder. Kadın ise en azından mehri misl alır[55].

2) **Mehri Misl**

Yukarda izaha çalıştığımız gibi, kaideten mehr evlenme sırasında taraflarca tesbit olunur. Fakat bazı hallerde mehr hakkında herhangi bir anlaşma yapılmamış veya hiç mehr ödenmiyeceği kararlaştırılmış; veyahutta tesis edilen mehrin herhangi bir sebeble hükümsüz sayılması cihetine gidilmişse, kadının hakkı olan mehri artık kanun tayin ediyor. İşte aynı sosyal durumda bulunan ve karakteri, özellikleri itibariyle birbirlerine denk sayılan kadınların aldıkları mehr nazara alınarak tesbit edilen mehre, "mehri misl" diyoruz. Kadri Paşa tarafından hazırlanmış olan Mısır MK. nu 76. maddesinde hangi hallerde mehri misl lâzım geleceğini açıkça belirtmiştir. Buna göre aşağıdaki hallerde kadına mehri misil verilmek gerekir.

A) Mehri misil verilmesi gereken haller:

a) Evlenme ile mehrin miktarı tesbit edilmemişse;

b) Koca yahut velisi mehr olarak verilmesi caiz olmayan bir şeyi örneğin alkollü içkiler, domuz vb. gibi, mehr tesis etmiş yahut mehr olarak vermeyi düşündüğü hayvanın veya şeyin cinsini ve vasfını tayin etmemişse, kadın kocasından mehri misl talep eder. Çünkü şeriata uygun bir mehr tesis olunmamıştır.

53 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 213.
54 Bk. CSPE. art. 78.
55 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 213.

c) Hiç mehr ödenmiyeceği kararlaştırılmışsa, tarafların bu anlaşması hüküm ifade etmez ve kadına mehr misl verilir.

d) Şigar adı verilen takas evlenmesi bahse konu ise, gene kadına mehri misl verilecektir[56]. Şigar hakkında kısaca bilgi vermek faydadan uzak değildir.

Şigar gerçek bir takas evlenmesine benzer. Kızını evlendirecek olan baba, erkeğe şu şartı kabul ettirir. Aynı mehrle, damat kız kardeşini kayın pederine nikâhlıyacaktır. Veya iki kimse mehr ödemeksizin birbirlerinin kızını veya kardeşlerini alıp vereceklerdir. Bunu bir örnekle izah edelim. Ahmet, bâliğ olmayan kızını Mehmetle evlendirecekse, Mehmed'in de kızını veya kız kardeşini Ahmed'e vermesi gerekir. Belirtmek gerekir ki asıl takas, mehr borç ve alacakları bakımından bahse konu olmaktadır. Örnekte Ahmet kızı için 400 dirhem altın mehr istemiş ve Mehmet'de aynı miktar mehrle kızını veya kız kardeşini Ahmed'e nikâhlamağı kabul etmişse şigar var demektir. Çünkü her iki taraftan mehr alacaklarını takas etmek suretiyle borçtan kurtulmaktadırlar. Halbuki mehr kadının hakkıdır. Şigar ise kadını bu hakkından mahrum etmektedir. Yukarda izah ettiğimiz gibi, mehri bertaraf eden şartlar yok sayılarak kadına mehri misl verilir[57].

Malikî mezhebine göre, takas evlenmesi olan şigar bâtıldır. Zira yukarda izah ettiğimiz gibi, bu mezhep, mehr verilmesini evlenmenin sıhhat şartlarından biri olarak kabul eder. Şigar da ise mehr fiilen bertaraf edilmiş olduğundan, Peygamber'in "mehrsiz evlenme hükümsüzdür; iki baba karşılıklı olarak kızlarını evlenmek için verseler bile.." mealindeki hadisine dayanan Malikî'ler şigarı bâtıl sayarlar. Hanefilere göre ise bu tarz evlenme muteberdir. Zira onlara göre burada gerçek bir şigar evlenmesi olmayıp, sadece mehre ilişkin şartı hükümsüz olan bir evlenme vardır. Şart yok farzedilir ve kadına mehri misl vermek gerekir[58].

Şâfiîler de Malikîler gibi şigarı gerçek bir takas evlenmesi saydıklarından fâsit kabul ederler. Zahiriyye mezhebine göre ise haram olup her zaman feshedilebilir. Bununla nafaka, mehr, iddet ve miras gibi

56 Bk. CSPE. art. 15, 76, HALEBİ. age. I. sh. 375. MILLIOT, age. sh. 302. BELLEFONDS, age. sh. 213-214. BİLMEN, age. II. sh. 125-126. 147. vd.

57 Bk. KUDURİ (BOUSQUET-BERCHER), sh. 28. MILLIOT, age. sh. 302-303. BİLMEN, age. II. sh. 149. BELLEFONDS, age. II. sh. 213-214. HALEBİ, age. I sh. 375.

58 Bk. CSPE. art. 16, 76. MILLIOT, age. sh. 203.

nikâh hükümleri sabit olmaz. Bilerek, şigar suretiyle evlenen karı ve koca zina sebebiyle hadd cezasına çarptırılırlar[59].

e) Mehr olarak kadına kur'an öğretilmesi taahhüt edilmişse, Hanefilere göre böyle bir taahhüt hükümsüz sayılır ve kadına mehri misl vermek gerekir[60]. Buna karşılık, Şâfiîler kur'an öğretme taahhüdünü muteber bir mehr olarak kabul ederler. Malikîler, mehrin bir mal olması gerektiği prensibinden hareketle böyle bir mehr tesisini reddederler. Hanbeliler de Hanefilerin görüşüne katılmaktadırlar[61].

B) Mehri mislin tayini:

Hür bir kadının mehri misli, çeşitli bakımlardan kendisine benzeyen ve babasının soyundan olan kadınlara ödenen mehr nazara alınarak tesbit edilir. Örneğin, kadının ana baba bir kız kardeşi veya baba bir kız kardeşi, halası veya amcası kızına ödenen mehr emsal olarak alınır. Anasının yahut teyzesinin mehrleri emsal vazifesi görmez. Şu kadar ki ana da babanın kabilesindense bu mümkündür.

Mehrin tesbitinde, akit anında kadının haiz olduğu çeşitli özellikler nazara alınır. Yaş, güzellik servet, ahlâk, fazilet, zeka, merhamet, bekâret, kısırlık veya doğurganlık, oturulan memleket, yaşanan zaman kocanın durumu mehri mislin tayininde rol oynayan unsurlardır[63]. Kadın haiz olduğu özellikleriyle babanın kabilesinden hiç bir kadınla mukayese edilemiyorsa, babanın kabilesine benzer bir kabileden olan kadının mehri emsal alınacaktır. Kadının oturduğu yer ahalisinden benzeri bulunamadığı taktirde, mehri tayin yetkisi kocaya ait olur. Mehri mislin tayininde nazara alınan esaslar bakımından mezhepler arasında önemli görüş ayrılıkları yoktur. Ancak Hanbelîlere göre, mehri mislin tayininde hem baba tarafından hem de ana tarafından akraba olan kadınlar nazara alınır[64].

59 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 150. KUDURÎ, Muhtasar (BOUSQUET-BERCHER) sh. 28. Dipnot 65.

60 Bk. CSPE, art. 76.

61 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 131

62 Ebussuûd Ef. dinin şu fetvası da aynı şeyi ifade etmektedir. "Hind mehr-i misli, anası mehriyle ma'lum olur mu, ne ile ma'lûm olur?" "Elcevap: Babası canibinden olan nisâ' mehrine kıyas olunur" DÜZDAĞ, age. sh. 47. Mesele 58.

63 Bk. CSPE. art. 77. İ. HAKKI, age. sh. 61 vd. H. RIZA, age. sh. 34. YOUNG age. II. sh. 220. A. FZEE, age. sh. 131. vd. BİLMEN, age. 125. vd. BELLEFONDS, age. II. sh. 214. ABD EL FATTAH, age. sh. 74-75. M. ZİHNİ, age. Sh. 42. HELOU, age. sh. 109 H. REŞİT PAŞA, age. sh. 64-65. BERKİ-HAMİDİ, age. sh. 31.

64 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 127.

Mehrin tayininde evlenecek kadınla, ona emsal alınacak kadınların evlenme akdinin inikadı anında haiz oldukları vasıfları nazara alınır. Bu vasıfların akitten sonra değişikliğe uğraması emsale zarar vermez. Mehri mislin isbatı için âdil iki erkek veya iki kadın bir erkeğin şahadeti gerekir. Şahitler âdil olmadıkları taktirde kocanın yeminle teyid edilmiş beyanına inanılır[65].

3) **Şarta Bağlı Mehr**:

Şu kadar ki izahlarımız sırasında evlenmede şart ve vâ'denin geçerli olmadığını belirtmiştik. Buna karşılık, şarta bağlı mehr tesbiti mümkündür. Taraflar mehrin tahakkukunu her hangi bir şartın gerçekleşmesine bağlayabilirler. Bu konuda sık raslanan ihtimaller şunlardır. Kadın, kocasının sağlamayı taahhüt ettiği bir menfaat karşılığında, mehri misldeh az bir mehre razı olabilir. Veya koca, karısının şu veya bu maddî ve manevî özelliklere saip olması halinde mehrî misldeh fazla bir mehr vermeyi va'dedebilir. Şimdi meseleyi kısaca inceleyelim.

A) Kararlaştırılan mehr'in mehri mislden az olması;

Koca temin edeceği bir menfaat karşılığında karısını, hakkı olandan az bir mehre razı etmiş olabilir. Örneğin, karının bu fedakârlığına karşılık, koca onu sevdiği bir yerde oturtmayı veya ikinci bir kadınla evlenmemeyi taahhüt edebilir. Koca taahhüdünü yerine getirirse, ancak kararlaştırılan mehri öder. Aksi halde tesbit edilen mehr, mehri misle iblağ edilir. Diğer taraftan, taahhüt edilen şeyin meşru olması gerekir. Kanunun yasak ettiği bir iş veya menfaat taahhüt edilmişse, şart bâtıl sayılır. Koca sadece kararlaştırılmış olan mehri öder. düşük tesbit edilen mehr, mehri misle tamamlanmaz[66]. Böylece yasak şeylerin doğrudan veya dolayısiyle kadına bir menfaat sağlaması önlemek istenmiştir. Hanbelîler, taahhüdünü yerine getirmeyen kocaya karşı, karının evliliğin feshini isteyebileceğini kabul etmektedirler[67].

B) Kararlaştırılan mehrin mehri mislin üstünde olması:

Koca, karının muayyen bir özelliğe sahip olmasını şart koşarak, mehr mislden fazla bir mehr ödemeyi taahhüt etmiş olabilir. Örneğin,

65 CSPE. art. 77. İ. HAKKI, age. sh. 34 BİLMEN, age, II. sh. 126, H. RIZA, age. sh. 34. ABD EL FATTAH, age. sh. 75. HELOU, age. sh. 109.

66 Bk. CSPE. art. 91. H. RIZA age. sh. 42. İ. HAKKI, age. 58-59. ABD EL FATTAH, age. sh. 90-91. BELLEFONDS, age. II. sh. 219-220.

67 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 91.

fazla için kadının bekâretini şart koşmuş olan koca, karı bu özelliği haiz değilse, ancak mehri misli öder. Buna mukabil koca kadının bekâretini evliliğinin şartlarından biri olarak kabul etse bile, kadının bâkire çıkmaması halinde, önceden kararlaştırılan mehrin tamamını öder; hiç mehr kararlaştırılmamışsa, mehri misl ödemek gerekir; bâkirelik şartı tahakkuk etmediği için mehri mislin tenzili mümkün değildir.

Koca bazen alternatif bir mehr tesbit edebilir. Şöyle ki; birbirinden farklı iki mehr tayin edilir. Bunlardan biri yüksek, diğeri düşük. Kadın kocanın istediği fizikî veya manevî özelliklere sahipse, miktarı yüksek olan mehri alır; aksi halde koca, miktarı az mehri ödemek suretiyle borcundan kurtulur[68].

4) **Muvazaalı Mehr**:

Taraflar bazen aralarında gizlice mütevazi bir mehr tesbit ettikten sonra, gösteriş veya başka maksatlarla, evlenmenin inikadı anında çok yüksek bir mehr üzerinde anlaşmış görünürler. Tesbit edilen mehr, kadının özellikleriyle ilgili olduğu için, eşler çoğu zaman gösteriş maksadıyle bu yola başvururlar. Sonradan taraflar arasında ihtilaf çıkarsa, koca hangi mehri ödiyecektir? Gizli tesbit ettiklerini mi yoksa alenen beyan ettiklerini mi?

Hanefi ve Şâfiîlere göre, ortada bir muvazaa olduğu isbat edilmedikçe veya eşler kendiliklerinden muvazaaayı kabul etmedikçe, alenen beyan olunan mehr kocanın borcu olur. Hanbeli mezhebi, her türlü muvazaayı reddettiği için, şahitler huzurunda beyan olunan mehrin kadına ödenmesini emreder.

Malikîlere göre, koca karısının mehrini sonradan arttırırsa, kadın verilen bu fazlayı da iktisap eder. Çünkü sonradan verilen mehr, asıl mehrin bir cüzü olup, asıl şeye malik olan kadın onun cüzüne de sahip olur. Binnetice muvazaalı mehr muteber olur[69].

VI. MEHRİN HUKUKÎ MAHİYETİ:

Mehrin hukuken ne olduğu hususu müellifler arasında tartışmalıdır. Israrla savunulmuş olan bir fikre göre, mehr bir satış bedeli-

68 Bk. CSPE. art. 93-94. Hanefi mezhebince kabul edilmiş olan bu esaslar, İmameynin fikrine dayanmaktadır. Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 220-221.

69 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 212-213. BİLMEN, age. II. sh. 136-137 M. ZİHNİ age. sh. 50.

dir[70]. Evlenmenin hukukî mahiyetini incelerken temas etmiş olduğumuz bu görüşün tenkit ve tahlili, mehrin gayesi ve hukukî mahiyetini izah eden başka görüşlerin ortaya çıkmasına sebeb olmuştur. Ancak İslâm'da mehrin hukukî mahiyetini tetkik etmeden önce, cahiliyye devrinde mehrin hukukî mahiyetine ilişkin düşüncelere de temas etmek gerekir[71].

1) **İslamiyetten Önce Arabistan'da Mehr**:

Mehr kelimesi, etimolojik bakımdan, cahiliyye devrinde satış fiyatı (bedeli) anlamına geliyordu. Bu kelime Kur'an'da, hediye anlamını tazammun eden sadak yahut "nehla" kelimelerinin sinonimi olarak kullanılmıştır[72]. Ayrıca mahr, ecir, (ücret = mükâfat) ve farize (pay) kelimelerinin yerine de kullanılmıştır[73]. Eski Araplar'da kadın hak süjesi değildi; her hangi bir eşya veya bir hayvan gibi ekonomik değeri olan bir şeydi. Telâkki böyle olunca, kadınla evlenmek isteyen erkeğin, kadının babasına veya mâlikine, onun hizmetlerinden mahrumiyetine karşılık, muayyen bir bedel ödemesi tabiîdir. Aynı anlayışın neticesi olarak, koca öldüğü taktirde, kadın kocanın mirasçılarına geçer ve onlar dilerse kadınla evlenirler, dilerse bir başkasına satarlardı[74]. Ancak İslâmiyetin doğuşuna tekaddüm eden son devirlerde mehrin bir kısmının bizzat kadına ödenmesi usulü yerleşmiş ve kadının hukukî durumu biraz iyileşmiştir. Fakat mehrin kadının babasına ödenmesi ve akdin kadınla değil bizzat babasiyle yapılması gibi hususlar, cahiliyye devrinde evlenmenin bir satış akti ve mehrin de satış bedeli (semen) olduğu görüşünün ortaya atılmasına sebeb olmuştur. K. CHATILA, satış bedeli görüşünü reddederek, İslâmiyetten önce Arabistan'da mehrin menşeî ve fonksiyonlarını mantıkî bir şekilde izah etmiştir.

Bu müellife göre, cahiliyye devrinde mehr, Arabistan'da, çok yaygın bir âdet olan "Potlaş"ın bir görünüşüdür. Potlaş, bir hediye

70 Bk. MORAND, ag. e. sh. 115-127. TORNAUW, age. sh. 99.

71 Mehrin hukukî mahiyetine ilişkin görüşler için Bk. MORAND, age. sh. 116-126. CHATILA, age. sh. 163. TEHERANI, age. sh. 135. vd. MILLIOT, age. sh. 277 vd. HELOU, age. sh. 103. vd. CHEHATA, age. sh. 87. vd. JOLY, age. sh. 79. vd. TORNAUW, age. sh. 99 vd. SALAMA, age. sh. 63. vd. ABD EL FATTAH, age. sh. 68-9. vd. CLAVEL, age. I. sh. 68 vd. S. FAHMY, age. sh. 144. ANSAY. age. sh. 199. PERRON, age. sh. 171. KHIAT, age. sh. 98. REİSOĞLU, safa; Mihri Müeccele Müteallik 2/12/1959 tarihli Tevhid-i içtihat kararı hakkında. A. D. Y. 51. Mart. 1960. Sy. 1. sh. 19-195. SPIES, O. İslâm Ansiklopedisi. C. 7. sh. 494-5 (Mehir).

72 Bk. Kur'an IV. sûre, 3 âyet.

73 Bk. Kur'an VI. sûre. 28. âyet. 33. sûre. 49. âyet.

74 Bk. TEHERANI, age. sh. 135. SALAMA, age. sh. 63. SPİES, İ. S. Ank. c. 7. sh. 495.

yarışı olarak tavsif edilebilir. Başkalarına bağışlarda bulunmak, ziyafetler çekmek hususunda Araplar birbirleriyle yarış ederlerdi. Hediyi alan kimsenin de bağışta bulunana bir hediye vermesi gerekirdi. Öyle ki bu hediye yarışı sonunda bazen bir kimse bütün servetini kaybedebilirdi. Potlaş bir şeref meselesiydi. Kim fazla verirse onun şerefi de o kadar yüksek sayılırdı. Hediyeleri alanlarla verenler arasında sıkı bir bağlılık ve dostluk doğardı. Araplar bunu, "malını veren bizzat kendini verir" deyimiyle izaha çalışırlar. Hediye verenle alan arasında âdeta bir birlik doğar ve az hediye veren çok verene tâbi sayılırdı. Potlaşın dinî bir yanı vardı. İşte kadın için verilen mehr Potlaşın uygulama şekillerinden biri olup, bütün bağışlar gibi şu üç fonksiyona sahiptir[75].

A) Kocaya prestij ve şeref vermesi.

Evlenme, eski Arapların en büyük merasimlerinden biriydi. Potlaş Arabın zenginliğini göstermeye iyi bir fırsat sayılırdı. Koca karısına önemli bir mehr verdiği taktirde, cömertliğini ve zenginliğini göstermiş olur; ayrıca karısının grubunda ve kendi kabilesi içinde şerefli bir yer tutardı. Aksine mehr vermeyen veya önemsiz bir mehr tesis eden kimse kendi zayıflığını ve fakirliğini itiraf etmiş olurdu. Bu sebeble Araplar, erkek mehri tayin etmeden önce hiç bir şekilde kızlarını vermezlerdi.

B) Kocaya karının şahsı üzerinde bir otorite kazandırması:

Kadın mehri almakla kocasının otoritesi, himayesi altına girmiş kabul edilir ve artık ona minnettar olurdu. Fakat bu bağlılık mutlak değildi. Karı kocasından ayrılmak isterse ona "hul" adı verilen bir bedel öder ve bundan sonra artık tamamen serbest olurdu[76].

C) Taraflar arasında akdin yapılmış olduğunu göstermesi:

Hısımlık, Araplar'da hakların ve borçların belli başlı kaynağı idi. Hısımlık, kan ortaklığına dayanır. Mukavalelerde zarurî olan karşılıklı tam anlaşma, aynı şeyden yemek veya içmek, ellerini kan içine batırmak gibi sun'i bir takım usullerle gösterilmek isteniyordu Kan nasıl hısımları kendi aralarında bağlarsa, müracaat olunan bu sun'i usuller de

75 Bk. CHATILA, age. sh. 157.
76 Bk. CHATILA, age. sh. 159.

âkit tarafları birbirine bağlar. Mehr de tarafları birbirine bağlar ve onların rızalarına kesinlik kazandırır. Mehrin önemli fonksiyonu budur. Mehr, kadının yahut doğuracağı çocukların bedeli olmayıp, tâbir caizse, evlenme akdinin mühürlenmesidir. Mehrin bu fonksiyonu bir kaç Arapça kelimenin tetkikinde görülür. Eski Arabistan'da mehre verilen adlardan biri "Çadak"tır. Çadak'ın anlamlarından biri (Samimiyet"tir.

Mehr de kocanın evlenme talebinde samimi olduğunu gösterir. Bir kere mehr ödendikten sonra, artık evlenme kesin bir şekilde aktedilmiş sayılır.

Mehre verilen bir diğer isim, yaklaşmak birbirine bağlanmak anlamını tazammun eden "haba" kelimesinden gelen hiba'dır. Bu kelime aynı zamanda, vermek demektir Mehrin gayesi bu kelime içinde daha açık bir şekilde görünmektedir.

Nihayet bir üçüncü isim de Alaka (Alaga) idi. Bu kelime rabıta, bağ anlamına gelir ve kadının ailesi ile koca arasında teessüs eden ilişkiyi gösterir[77].

Özet olarak, CHATILA'nın fikrine göre, İslâmiyetten önce Arabistanda mehr ne kadının ne de onun doğuracağı çocukların satın alınmasıdır. Kadının geleceğini teminat altına almak gayesine de matuf değildir. O sadece Potlaş sisteminin bir görünüşü olup yukarda belirttiğimiz üç fonksiyona sahiptir[78].

2) **İslam'da Mehrin Hukukî Mahiyeti**:

İslâmiyet Arabistan'da ortaya çıktığı için, cahiliyye devrinde evlenme konusunda bu ülkede mevcut olan örf ve âdetlere imkân nisbetinde bağlı kalmaya çalışmış; fakat bunları bir çok bakımlardan kadının lehine değiştirmiştir. İşte mehr de cahiliyye devrinden İslâm hukukuna geçmiş olan âdetlerden biridir. İslâm mehrin ancak kadına ödeneceğini ve kadının mülkü olacağını hükme bağlamıştır. Bu gerçekten o zaman için önemli bir değişiklikti. Kadın artık hak süjesi olmuştur[79]. Diğer taraftan İslâmiyet evlenmede muhakkak bir mehr verilmesi gerektiğini kabul etmek suretiyle mehr'i âdeta kamu düzenini ilgilendiren bir usul haline getirmiştir. Çünkü akitten önce ve akit sıra-

77 CHATILA, age. sh. 161.
78 Bk. CHATILA, age. sh. 162.
79 Bk. TEHERANI, age. sh. 136. CHATILA, age. sh. 163.

sında kadının bu hakkından vazgeçmesi muteber değildir. Mehrin az veya çok olması arasında fark yoktur. Önemli olan miktar değil, mehr olarak bir şeylerin verilmesidir. Hal böyle olunca, İslâm'da mehrin gerçek hukukî mahiyeti nedir sorusu karşımıza çıkıyor. Müellifler arasında derin görüş ayrılıklarına sebeb olmuş bulunan bu konuyu kısaca gözden geçireceğiz. Mehrin hukukî mahiyeti konusunda ileri sürülen başlıca görüşleri şu şekilde özetliyebiliriz:

A) Evlenme bir satış aktidir. Mehr kadının fiyatı veya kocanın kadından faydalanma hakkının karşılığıdır[80]. Bu görüşü evlenmenin hukukî mahiyetini incelerken tahlil ettiğimiz için üzerinde çok fazla durmıyacağız. Satış görüşünün meşhur temsilcisi Morand'a göre, mehr İslâmiyetten önce kadının alış bedeliydi. İslâmiyetten sonra da bu karakterini muhafaza etmiştir. Ancak şu değişiklik olmuştur; kadın eskiden sadece akdin konusu iken şimdi aynı zamanda taraf olmuştur. yani kadın kendi kendini satmaktadır[81].

Tornauw ise, Satış aktinde daima bir şeyin temlik edildiği, evlenmede temlik edilen şeyin (genitale arvum mulieris) kadının kadınlığı daha açık bir ifadeyle cinsel organları olduğu fikrini savunur. Ona göre mehr cinsel organların fiyatıdır[82].

Perron'da, mehrin erkeğin kadından faydalanmasının karşılığı olduğu fikriyle aşağı yukarı Tornauw'ın görüşüne katılmaktadır[83]. Cezayir Mahkemesi de 10 Kasım 1894 yılında verdiği bir kararla yukardaki görüşlere katılmıştır[84].

Bu görüşler şiddetle tenkit edilmiştir. Tenkitler başlıca şu noktalara yöneltilmiştir:

Bir kere evlenmenin bir satış akti olduğu fikri yanlıştır. Satış akdinde üç unsur aranır. Tarafların rızası, mebi ve semen[85]. Kocayı alıcı olarak kabul edelim, satıcı kim olacak? Kadın mı? Kadın hem kendini satacak ve kocasının mülkü olacak, hem de aldığı satış bedeli (mehr) üzerinde dilediği gibi tasarruf edecek. Bu, hukuken mümkün

80 Bk. TORNAUW, age. sh. 99. MORAND, age. sh. 116-122, 124-127. PERRON, age. sh. 171.

81 Bk. MORAND, age. sh. 115-122. 124-127.

82 Bk. TORNAUW, age. sh. 99. vd. MORAND, age. sh. 124-125.

83 Bk. PERRON, age. sh. 171.

84 Bk. Revue algérienne et tunisienne, 1895-2-29. Bk. HELOU, age. sh. 104.

85 CARDAHI, C; La vente en droit comparé occidental et oriental. Paris. 1968 sh. 22.

değildir. Akdin konusu sayılan yani hak süjesi olmayan kadın, mameleki üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir mi? Her şeyden önce mameleki olabilir mi? Gerçekten İslâm'da evlenme kadının mameleki üzerinde hiç bir değişiklik yaratmaz. Eşler arasında mutlak bir mal ayrılığı vardır. Kadın malları üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Morand'ın iddia ettiği gibi , bir kimse hem akdin konusu hem de tarafı olamaz[86]. Kaldı ki aşağı haddi 3 veya 10 dirhem gümüş olan bir bedelle kadın satın alınmaz. Aksi halde, bir İslâm hukukçusunun dediği gibi, Fransa'da kadınların kocalarını satın aldıkları pekâla iddia edilebilir. Çünkü kadın miktarı bazan 50-100 bin Frank'a bâliğ olan dot getirmektedir[87].

Satış nazariyesine yöneltilen en önemli tenkitler, evlenme ve satış akitlerinin mahiyetine ilişkindir. Evlenme akdine, kadına hiç mehr ödenmiyeceğine dair bir kayıt konsa; bu, evlenmenin muteberiyetine tesir etmez; sadece ilgili kayıt yok farzedilir. Halbuki satış aktinde semen ödenmiyeceğine dair bir kayıt, akdi tamamen bâtıl kılar. Aynı şey kira akdi için de varittir. Kira bedeli tayin edilmemişse, kira akdi bâtıldır. Taraflar, isterlerse yeniden bir mukavele yapabilirler. Yalnız kiracı hükümsüz sayılan akit sebebiyle, malike mecura benzer bir mal için ödenen kirayı borçlanmış olur. Halbuki evlenme de, mehr tayin edilmediği taktirde, akit muteber olup, ancak kadın mehri misle hak kazanır[88]. Diğer taraftan satış akdine taraflar, kanun ve ahlâka aykırı olmamak üzere diledikleri şartı koyabildikleri halde, evlenmede ve mehr konusunda böyle mutlak bir serbesti yoktur. Çünkü evlenme yalnız tarafları değil, aynı zamanda toplumu ilgilendiren bir muameledir. Örneğin, satıcı satış aktinden doğan alacağını, alacaklının kendisine karşı olan borcuyla takas edebildiği halde, mehr borcu kocanın karıdan olan bir alacağı ile takas edilemez[89]. Nitekim yukarda kısaca bahsetmiş olduğumuz şigar evlenmesinde mehr borçlarının takası kabul edilmemektedir.

Gerçekten İslâmiyetten önce Arabistan'da uygulanan mehr bir satış bedeli karakteri arzediyordu. Ancak İslâmiyet mehrin kadının babasına değil, bizzat kendisine ödenmesini emrederek mehri bir bedel

86 Bk. SALAMA, age. sh. 66-67. HELOU, age. sh. 104.
87 Bk. SALAMA, age. sh. 67.
88 Bk. CHEHATA, age. 82-83.
89 Bk. HELOU, age. sh. 106.

değil bir hediye olarak kabul etmiştir. Nitekim kur'an, nisa sûresinin 19/24. cü ayetinde[90] ".. Kadınlara verdiğiniz mehrin birazını elinize geçirebilmeniz için onlara baskı yapmanız doğru olmaz" hükmünü ihtiva etmektedir. Diğer taraftan satış nazariyesini savunanlar "sadak" kelimesi üzerinde duramamışlardır. Kur'an'da ve fıkıh kitaplarında mehr kelimesinin sinonimi olarak kullanılan bu kelime, hediye, bağış anlamına gelir. O halde bir hediye almak kendini satmak ve hediye vermek de satın almak demek değildir[91]. Binnetice mehr bir satış bedeli değildir. O halde mehrin gerçek mahiyeti nedir?

B) Mehr, talâk yetkisini kötüye kullanan kocaya karşı kadına verilmiş bir silâhtır. Mehrin yukarı haddini kanun tesbit etmemiştir. Evlenme anında önemli bir mehr tesis ettiren kadın kocasının talâk yetkisine bir fren koymuş sayılır. Çünkü mehri müeccelin ekseriya evliliğin sona ermesi halinde ödenmesi kararlaştırılır. Önemli bir mehr ödeyecek koca, talâk yetkisini kullanmaya her zaman cesaret edemez. Nitekim İran'da ve Kuzey Afrika devletlerinden olan Tunus, Fas ve Cezayir'de, çoğunlukla yüksek mehrler tesbit olunur. Düşük bir mehrle evlenmeyi kabul eden kadın iyi gözle görülmez[92]. Diğer taraftan mehrin bir kısmı veya tamamı ödenmedikçe kadın kocasına kendini reddedebileceği gibi ona itaat zorunda da değildir. Ancak kadın buna rağmen kocasından nafaka istiyebilir.

C) Mehr talâk veya kocasının ölümü gibi sebeblerle evlenmenin sona ermesi halinde kadının geleceğini temin etmek gayesine matuf bir para veya maldır. Evliliğin sona ermesi halinde kadın ekseriya yokluğa ve sefalete mahkûm olmaktadır. Böyle bir ihtimali bertaraf etmek için kadına mehr verilmektedir[93]. Bu bakımdan Roma Hukukunda mevcut "donatio ante nuptias" ve Cermen hukunun "ex-marito" suna benzer. Her iki dot'da evlenmenin sona ermesi halinde kadının geleceğini garanti etmek gayesini güder.Bir kimse evleneceği zaman ona şöyle denir: "Her şeyden evvel hayatını paylaşacağın kadının geleceğini temin et. Onu boşayabilirsin veya ölebilirsin; yokluğun sert sınavlarına onu maruz bırakma..."[94].

90 Bk. ÇANTAY, Kur'an.... I. s. IV. â. 19. Le Coran (par. E. MONTET), I. sourate IV. verset 24.

91 Bk. HELOU, age. sh. 106. TEHERANI, age. 137-139.

92 Bk. JOLY, age. sh. 79. TEHERANI, age. sh. 138. CLAVEL, age. I. sh. 49. MILLIOT, age. sh. 279.

93 Bk. HELOU, age. sh. 107. CLAVEL, age. I. sh. 49. TEHERANI, age. 138. vd. JOLY, age. sh. 79. MILLIOT, age. sh. 279.

94 Bk. HELOU, age. sh. 107. CHEHATA, age. sh. 84.

D) Mehr evlenmenin aktedildiğini gösteren, ona aleniyet sağlayan bir formaliteden ibarettir. Sadece iki kişinin karşılıklı anlaşmasıyle aktin inikadının pek kabul edilemediği bir devirde, meşru bir evlenmenin aktedildiğini göstmek için iki şahidin hazır bulunması ve kadına, miktarı az veya çok bir mehr verilmesi şart kılınmıştır. Bu, evlenmeyi gizli kalmaktan kurtarmak ve dolayısiyle taraflar arasında akdî rabıtanın doğduğunu göstermek gayesine matuftur [95].

Kanaatimizce, yukarda izaha çalıştığımız görüşlerin hemen hepsi az veya çok bir gerçek payı taşımaktadır. Ancak mehrin İslâmiyetten önce Arabistan'da mevcut uygulama şeklini nazara alarak, İslâmî evlenmenin bir satış ve mehrin de kadının fiyatı olduğunu söylemek, en azından insafsızlık ve İslâm hukukunun evlenmeye atfettiği önemi tanımamak olur. Gerçekten, İslâm, kadının hukukî durumunu islah gayesini güden bir çok hükümler getirmiştir. Evlenmede kadının rızasına verilen önem, çok karılılığın sınırlandırılması, kadına miras hakkı tanınması ve nihayet cahilliyye devrinde mevcut olan atipik evlenme şekillerinin yasak edilmesi hep kadının ve evlenmenin İslâm hukukundaki önemli yerini göstermektedir. Baba veya diğer bazı hısımların evlenecek kimseler üzerinde kullanabilecekleri cebr hakkı, sadece İslâm hukukuna has olmayıp, İslâmdan önce veya sonra gelen bir çok hukuk sistemlerinde de mevcuttur. Örneğin, aralarında farklar olmakla beraber, Klasik kilise hukuku, Roma ve Cermen hukuku ve hattâ Code Napoléon, baba ve anaya çocuklarının evlenmeleri konusunda çok geniş yetkiler vermişlerdir [96].

Diğer taraftan, İslâm hukuku, kadını evlilik birliğinin mâli külfetlerine iştirak ettirmemiştir. Serveti ne olursa olsun kadın ancak isterse evliliğin mâli yüküne ortak olur. Bu bakımdan İslâm kadını, kocasına miktarı bazan çok yüksek meblağlara bâliğ olabilen dot getirmek zorunda olan Hıristiyan kadınına nazaran çok iyi bir durumdadır. Öte yandan Kur'an'da mevcut bir çok âyetler karı kocanın karşılıklı hak ve vecibelerini tesbit etmekte ve karı kocaya karşılıklı sevgi ve saygı anlayışı içinde evlilik birliğini sürdürmelerini tavsiye etmektedir [97]. İzahatımızdan açıkça görüleceği gibi, evlenme ile satış arasında gerek aktin şartları ve gerekse gayeleri bakımından çok büyük farklar vardır.

---

95 Bk. CHATILA, age. sh. 182-183. sh. SALAMA, age. sh. 68. MILLIOT, age. sh. 279.

96 Örneğin, Roma'da uzun zaman Paterfamilias, evlenme kendi rızası ile aktedilse bile, çocuklarına boşanmayı empoze etmek hakkına sahipti. Roma, Cermen ve Kilise hukuklarında "consensus"un izahı için Bk. KHIAT age. sh. 81-91.

Bu bakımdan mehri bir satış bedeli olarak tavsif etmek doğru değildir.

Mehrin karıya, kocaya karşı hareket serbestisi verdiği; onun keyfî talâk yetkisini frenlediği ve evlenmenin herhangi bir sebeble sona ermesi halinde kadının geleceğini garanti altına aldığı görüşüne gelince; klâsik İslâm hukukunun mehr anlayışına bakılırsa, yukardaki görüşü desteklemek pek mümkün olmaz. Mehrin aşağı ve yukarı hadleri konusunda vermiş olduğumuz izahattan anlaşılacağı veçhile 3 veya 10 dirhem gümüşten veya kocanın karıya Kur'an öğretmesinden ibaret olan bir mehr ne kocayı talâk yetkisini yersiz olarak kullanmaktan meneder ne de evliliğin sona ermesi halinde kadının geleceğini temin eder. Kaldı ki bütün mezhepler mehrin çok yüksek olmamasını tavsiye etmektedirler. Ancak 20. asırda bir çok İslâm ülkelerinde özellikle İran'da evlenmede çok yüksek mehr tesbit edilmek suretiyle, kadına kocasının otoritesini frenleme ve geleceğini temin etme imkânı verilmek istenmiştir.

Kanaatimizce klâsik İslâm hukuku açısından mehr, evlenmenin kanunî neticelerinden biri olup aynı zamanda taraflar arasında kurulmuş olan evlilik bağını isbata yarayan bir formaliteden ibarettir. Mehrin en az ve en çok miktarlarının tesbit edilmemiş oluşu; herhangi bir hizmet taahhüdünün örneğin, kur'an veya sanat öğretmenin mehr olarak kabul edilebileceği; ve herhangi bir sebeble mehr tesisinin hükümsüz olması veya hiç mehr ödenmiyeceğinin kararlaştırılması halinde kadının mehri misle hak kazanacağı gibi hususlar, mehrin evlenmenin kanunî neticesi ve aynı zamanda isbatına yarayan bir formalite olduğu kanaatine kuvvet kazandırmaktadır. Ancak ilâve etmek gerekir ki, bazı İslâm ülkelerinde yüksek meblağlara baliğ olan mehr, kadının kocasına karşı kullanabileceği bir silâh ve geleceğini teminat altına alan bir kaynak vasfını da kazanmıştır[98].

VII. MEHRİN KESİNLEŞMESİ VEYA DEĞİŞMESİ:

Evlenmenin muteber bir şekilde inikadıyle eşlerin karşılıklı hak ve borçları doğar[99]. Bu cümleden olmak üzere kadının mehr hakkı da

97 Kadına ilişkin muhtelif meseleler hakkında hükümler koyan Kur'an âyetlerinden bir kaçını zikredelim: s. IV. â. 5, 23, 29, 36, 38, 39, 82.; s. II. â. 228-229, 239, 241, s. XXV. â. I, 2, 4, 6. s. XXXIII. â. 53, 55. bk. Le Coran (Par E. MONTET) I-II.

98 Bk. CHATILA, age. sh. 182-183. TEHERANI, age. sh. 138.

99 Bk. CSPE. art. 17, 74. BİLMEN, age. II. sh. 131. M. ZİHNİ. age. 47. vd.

akdin inikadıyle doğar. Ancak hak doğmuş olmasına rağmen, bazı hadiselerin onu kısmen veya tamamen ortadan kaldırması mümkündür. Bazı hadiseler de vardır ki akdin inikadıyle doğmuş olan mehri kesinleştirir. Yani artık kadının hakkına dokunulamaz. Şimdi hangi hallerde mehrin kesinlik kazandığını ve hangi hadiselerin mehri kısmen veya tamamen ortadan kaldırdığını tetkik edeceğiz.

1) **Mehrin Tamamının Kesinleştiği Haller**:

Üç hadise mehrin tamamını kesin olarak kadına iktisap ettirir. Bunlardan birincisi zifaf, ikincisi halveti sahiha, hükmî zifaf ve üçüncüsü de zifaftan evvel eşlerden birinin ölümüdür. Şimdi bu hadiselerin mehr üzerine tesirini yakından görelim.

A) Zifaf:

Kadının mehrin tamamı üzerindeki hakkını kesinleştiren vakıaların başında zifâf gelir. Eşlerin cinsel birleşmeleri olan bu hadisenin mehre tesiri kesin olup evlenmenin muteber olması şartına bağlı değildir. Evlenme bâtıl da olsa hatta hiç evlenme olmadığı halde, taraflar şahısta hata neticesi birleşmiş olsalar yine kadın mehrin tamamını alır[100].

B) Halveti sahiha:

Halvet, kelime itibariyle, bir yerde yalnız kalmak anlamına gelir. Burada ise, eşlerin hiç kimsenin göremiyeceği ve iradeleri hilâfına kimsenin giremiyeceği kapalı veya kapalı sayılan bir mahalde yalnız kalmaları demektir. Hükmî zifaf diyebileceğimiz bu halde de kadının mehrin tamamı üzerindeki hakkı kesinleşir. Ancak hemen ilâve edelim ki mezhepler hükmen zifafın neticeleri üzerinde mutabık olmadıkları gibi[101] hakiki zifafla hükmen zifafın neticeleri arasında da bazı farklar vardır. Bunların izahına geçmeden önce halvetin muteber bir şekilde vukubulması için gerekli şartları gözden geçirelim. Bunlar halvetin sıhhat şartları sayılır:

a) Halvetin birinci şartı önce muteber bir evlenmenin aktedilmiş olmasıdır. Halbuki zifaf, evlenme muteber olmasa ve hattâ hataen vuku

100 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 223. vd. CLAVEL, age. I. sh. 56 vd. H. RIZA, age. sh. 37 vd. İ. HAKKI, age. sh. 69. vd. BİLMEN, age. II. sh. 132. M. ZİHNİ, age. sh. 48-49.

101 Bk. Örneğin, Şâfiîler halvetin mehre tesirini kabul etmezler. Bk. BİLMEN, age. II. sh. 134-135. Ancak İmam Şâfiî sonraki içtihatlarında halveti zifaf gibi kabul etmiştir.

bulsa bile, kadının mehrin tamamı üzerinde hak sahibi olmasını sağlar[102].

b) Tarafların, izinleri olmadan başkalarının giremiyeceği bir yerde bulunmaları gerekir. Tabiîdir ki yanlarında bir üçüncü şahsın da hazır bulunmaması gerekir[103].

c) Halvete mâni bir özür bulunmamalıdır.

Bu şart yalnız Hanefiler tarafından aranmakta olup, taraflarda cinsî birleşmeye mâni bir halin bulunmamasını tazammun eder. Halvete mâni olan özürler, hissî ve şerî olmak üzere ikiye ayrılır. Hissî özürler, taraflardan birinin hasta, küçük veya çelimsiz olması gibi hallerdir. İktidarsızlık halvete mâni değildir. Şer'i özürler ise, farz olan namaz, oruç ve nâfile de olsa hac ve hayz ve lohusalıktır. Hanbelî ve Malikîler şer'i özürleri kabul etmezler[104].

Malikîler, cinsî birleşme vuku bulmasa bile, karının bir sene kocasıyle aynı yerde kalmasını zifafa eş sayarlar. Şâfiîler, mehrin ancak zifaf ve ölümle kesinleşeceğini kabul ederler. Ancak İmam Şâfiî, sonradan halvetin mehri kesinleştireceğini kabul etmiştir. Hanbelîler, yalnız halveti değil, kocanın karısını okşaması veya şehvetle ona bakmasını da, kadının mehrini kesinleştiren sebebler arasında saymaktadırlar[105].

Halvetle zifaf arasında, hukukî nticeleri bakımından bir takmı farklar bulunduğunu söylemiştik. Şimdi kısaca bu farkları belirtelim.

a') Kadının halvet neticesi mehrin tamamını alabilmesi için ortada muteber bir evlenmenin bulunması gerekir. Halbuki zifaf muteber olmayan bir evlenmeden sonra veya şahısta hata neticesi, evli olmayan kimseler arasında olsa bile, kadın mehrin tamamını alır. Zifaf akitte bulunan sakatlığı bertaraf eder ve onu tamamlar[106].

---

102 Bk. CSPE. art. 81. BELLEFONDS, age. II. sh. 225. M. ZİHNİ, age. sh. 47-48. BİLMEN, age. sh. 134-135.

103 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 134. BELLEFONDS, age. II. sh. 225. M. ZIHNİ, age. sh. sh. 47-48. İ. HAKKI, age. sh. 66. vd. H. RIZA, age. sh. 37 vd. CLAVEL, age. I. sh. 57 vd.

104 Bk. KUDURÎ, Muhtasar BOUSQUET-BERCHER) sh. 26. BELLEFONDS, age. II. sh. 224. HALEBİ, age. sh. 376. BİLMEN, age. II. sh. 134-135. CLAVEL, age. I. 57. vd.

105 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 135. BELLEFONDS, age. II. sh. 224.

106 Bk. CSPE. art. 83. YOUNG, age. II. sh. 221. CLAVEL, age. sh. 56. BELLEFONDS, age. II. sh. 227.

b') Gerçek cinsî birleşme olan zifaftan sonra, kadın boşanmış yahut ölmüş olsa bile, kadının başka bir kocadan olan kızıyle ikinci kocası evlenemez. Halbuki halvet aynı engeli doğurmaz. Halvetten sonra kadın boşanmış veya ölmüşse, koca kadının bir başka kimseden olan kızıyle evlenebilir[107].

c') Karısını üçlü boşanma ile boşamış olan kimsenin tekrar eski karısıyle evlenebilmesi için, kadının bir başka şahısla evlenip boşanması gerekir. Aksi halde evlenme mümkün olmıyacaktır. Hülle adını alan bu usulün tamamlanması için halvet yetmeyip, gerçek zifaf gerekir[108].

d') Halveti sahihadan sonra taraflardan biri ölse, sağ kalan eş diğerinin mirasçısı olamaz[109].

e') Talâkı ricî ile boşanmış olan kadın kocası tarafından tekrar alınabilir. Yani koca boşanmadan cayabilir. Bu cayma sarih olabileceği gibi zımnî de olabilir. Cinsî münasebetlerin tekrar tesisi zımmen cayma olarak kabul edilir. Halbuki halveti sahiha bu neticeyi doğurmaz[110].

Yukarda zikrettiğimiz farklar hariç, halveti sahiha gerçek zifaf gibi hüküm ve neticeler doğurur. Örneğin, kadının nafakaya hakkı vardır. Doğan çocukların nesebi sahihtir. Kadın için iddet gerekir vs.

C) Eşlerden birinin ölümü:

Karı veya kocadan birinin ölümü halinde, mehr kat'iyet kesbeder. Ölen karı ise, mehr mirasçıları tarafından istenebilir, Çünkü mehr evlenmenin akdiyle doğmuştur; ölüm kadının bu hakkını kesinleştirmiştir. Ölümün tabiî veya katl yahut intihar neticesi olması arasında fark yoktur. Ayrıca ölümün zifaftan önce veya sonra olması da neticeye tesir etmez[111]. Ancak hiç mehr tesbit edilmemiş ve eşerden biri zifâftan önce ölmüşse durum ne olacaktır? Malikîlere göre hiç bir şey vermek gerekmez. Hanefi ve Hanbelîlere göre, kadın mehri misle hak kazanır.

107 Bk. CSPE. art. 83. BELLEFONDS, age. II. sh. 227. CLAVEL, age. I. sh. 57. ABD EL FATTAH, age. sh. 80.

108 Bk. CSPE, art. 83. ABD EL FATTAH, age. sh. 80. BELLEFONDS, age. II. sh. 227. CLAVEL, age. I. sh. 57. M. ZİHNİ, age. sh. 48.

109 Bk. M. ZİHNİ, age. sh. 48. CLAVEL, age. I. sh. 57. BELLEFONDS, age. II. sh. 227. CSPE. art. 83. ABD EL FATTAH, age. sh. 80.

110 Bk. CSPE, art. 83. BELLEFONDS, age. II. sh. 227.CLAVEL, age. I. sh. 57. ABD EL FATTAH, age. sh. 80.

111 Bk. CSPE. art. 81. M. ZİHNİ, age. sh. 48. BELLEFONDS, age.sh. 227. EBUSSUUD EF. nin şu fetvası da durumu gayet açıkça izah etmektedir. "Zeyd Hind'e nikâhlanıp halvet-i sahiha olmazdan evvel fevt olsa, Hind tamam mehrin almağa şer'an kadire olur mu?" "Elcevap: olur". DÜZDAĞ, age. sh. 42. Mesele 62.

Şafiîler ise zaman zaman her iki görüşe de taraftar olmuşlardır.[112]. İsabetli olanı Hanefi ve Hanbelîlerin fikridir. Çünkü hiç mehr tayin edilmediği taktirde kadın mehri misle hak kazanır. Ölüm halinde de durumun aynı olması gerekir.

2) Mehrin Yarısını veya Tamamını Ortadan Kaldıran Haller

Bazı hallerde kadın tayin edilmiş olan mehrin ancak yarısını talep edebilir veya mehrin tamamı peşin olarak ödenmişse, kadın bunun yarısını kocasına iade etmek zorunda kalabilir. Bazı hallerde ise kadın mehri tamamen kaybeder veya sadece, Arapça "mutah" denilen bir teselli hediyesi ile iktifa etmek zorunda kalabilir. Şimdi bu halleri kısaca gözden geçirelim.

A) Kadının ancak mehrin yarısını alabileceği haller:

Evlenme, zifaf veya halvetten önce kocanın fiiliyle sona ermişse, kadın kararlaştırılan mehrin yarısını alır. Bu husus Kur'an'da açık bir şekilde ifade edilmiştir. Gerçekten II. sûre'nin 238. âyetinde mevcut "bir kadını zifaftan önce fakat mehrin tesbitinden sonra boşarsanız o, mehrin yarısını alır"[113], hükmü tereddüde meydan bırakmamaktadır. Demek ki kadının mehrin yarısından mahrum olması, evliliğin kocanın talâk yetkisini kullanması veya ona atfı kabil bir kusur neticesi, kadının isteği üzerine kadi tarafından feshedilmesi haline münhasırdır. Ancak evlenme muteber bir şekilde aktedilmemişse, kadın mehrin tamamını kaybedecektir. Kocanın kendi fiiliyle evliliğe son verebileceği haller şunlardır:[114].

a) Tâlak yetkisini kullanabilir.

b) 4 ay müddetle karısı ile hiç bir şekilde cinsel ilişkilere girmeyeceğine alenen yemin eden kimsenin karısı bu müddetin sonunda boşanmış sayılır.

c) Lian: Koca karısına zina iftirasında bulunur. Kadın suçsuzluğunu ileri sürer. Koca inandırıcı delillerle zinayı isabat edemediği takdirde, her iki taraf yalan söylemediklerinine dair yemin ederler. Bunun üzerine kadi evliliği fesheder; kadın boşanmış sayılır.

---

112 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 227.

113 Bk. Le Coran (Par E. MONTET), sourate II. verset 238.

114 Bu konuda Bk. CSPE. art. 84-86. ABD EL FATTAH, age. sh. 81-88. BELLEFONDS, age. sh. 228. H. RIZA, age. sh. 38-39. vd. E. HASSAN. age. sh. 69. DULOUT, age. I. sh. 76-78. ÇANDARLI, age. sh. 59-60.

d) Kocanın iktidarsızlığı: Kadi bu taktirde 1 seneyi geçmemek üzere kocaya bir müddet verir. Bu müddet sonunda aynı durum devam ederse evlenme kadinin kararıyle feshedilir.

e) Koca islâmiyeti terkederse evlilik kendiliğinden sona erer.

f) Koca islâmiyeti kabul etmeyi reddettiği taktirde de evlilik kendiliğinden sona erer. Bu her ikisi de gayrımüslim olan eşlerden birinin örneğin karının müslüman olması ve kocanın dininde ısrar etmesi halinde ortaya çıkabilir.

g) Kocanın, karısının kızı veya annesiyle zina yapması halinde evlilik sona erer ve kadın kararlaştırılan mehrin yarısını alır.

Kadın mehrin tamamını peşin olarak almışsa, yarısını kocaya iade etmesi gerekir. Hâkim kararı olmaksızın veya kadınla anlaşmaksızın, koca kadının elinde bulunan ve iadeye tâbi mehr üzerinde tasarrufta bulunamaz. Kadın ise, hukuken muteber bir şekilde elinde bulunan mehr üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Mehr bir maldan ibaret olduğu ve bunda bir takım çoğalma veya kıymet artması olduğu taktirde; artışların boşanmadan önce veya sonra olduğuna bakılmaksızın, kadın ancak ilk ödeme anındaki değerin yarısını borçlanır. Yani mehri teşkil eden mallarda meydana gelen artışlar, mahiyeti ne olursa olsun münhasıran kadına ait olur. Burada şöyle bir ayrım yapmak gerekir: Mehrin tamamı kadına teslim edilmişse ve bundan sonra bir takım ziyadeler ortaya çıkmışsa, bunların hepsini kadın alır. Buna karşılık mehr henüz kocanın yedinde ise, tabiî mahiyetteki ziyadeler örneğin, mehr olarak verilen bahçenin meyveleri veya bir hayvanın yavruları gibi, karı koca arasında yarı yarıya bölüşülür. Ziyadeler bizzat koca tarafından yapılan çalışmalar neticesi ise ve asıl maldan ayrılması mümkün değilse, bunlar artık taksim edilemez[115]. Mehrin tesbitinden sonra koca tarafından kadına va'dedilen fazlalar üzerinde kadının hiç hakkı yoktur[116]. Mehr koca tarafından yapılacak bir işten ibaretse ve iş henüz yapılmamışsa; iş bölünebildiği taktirde, koca yarısını ifa etmekle kurtulabilecektir. Mehr olarak bir üçüncü şahıs bir şey yapma taahüdünde bulunmuşsa, şeyin aynen ifası gerekir. Yapılacak şey bölünmeye müsait değilse, işin para olarak taktir edilecek değerinin yarısını vermekle koca mehr borcundan kurtulabilir.

Mehr bir haktan ibaretse, hizmet taahüdüne ilişkin kaideler burada da uygulanır.

115 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 234.
116 Bk. CSPE. art. 85.

Mehr kadının mamelekinden çıkmışsa örneğin, hasara uğramış veya herhangi bir şekilde elden çıkarılmışsa; kadın, mehr mislî bir maldan ibaretse aynı cinsten malın yarısını, ferdiyle muayyen bir mal ise o malın kıymetinin yarısını kocaya iade eder. Mehr kölenin azadından ibaretse, yarısı nasıl tesbit edilecektir? Köle bir kadın, azadından önce, köle olarak değeri ne idiyse onun yarısını efendisine ve kocasına borçlanır[117].

Mehr önceden tesbit edilmemişse, evlenmenin zifaftan önce sona ermesi halinde kadına nasıl bir mehr verilecektir? Mantıkî olarak mehri mislin yarısı demek gerekir. Ancak Hanefi, şâfiî, Hanbelî müelliflerin çoğunluğu, bu taktirde kadına mehr değil, sadece mut'ah adı verilen ve sadece elbiselerden ibaret olan bir hediye verilmesi gerektiği görüşünü savunurlar[118].

Mehr tesisi butlanla muallelse, Hanefiler gene mut'ah verilmesine taraftardırlar. Şafiî ve Hanbelîler ise, bu halde kadına mehri mislin yarısını verirler. Bu son fikir daha doğrudur. Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi, mehr tesisi muteber değilse mehri misl vermek gerekiyordu. Burada da aynı kaideyi uygulayarak mehri mislin yarısını kadına vermek daha âdil ve daha hukukî bir çözüm tarzı olurdu.

Malikîler için bu konuda problem yoktur: Çünkü onlara göre, mehr tesisi bâtılsa, evlenme de hükümsüz sayılır ve kadın hiç bir şey alamaz[119].

B) Kadının mehrin tamamını kaybettiği haller:

Evlenmenin zifaftan önce sona ermesi kendi fiiliyle, daha açık bir deyimle kusuruyla olan kadın, mehrin tamamını kaybeder. Kadına mehrin tamamını kaybettiren kusurlu hareketleri şunlar olabilir[120].

a') İslâmiyeti terkederse;

b') Her ikisi de Hıristiyan veya Musevî olan eşlerden koca islâmiyeti kabul eder fakat karı bu yolda kocayı takip etmezse;

---

117 Bk. E. HASSAN, age. sh. 65-73. BELLEFONDS, age. II. sh. 233-34.

118 Bk. KUDURİ Muhtasar (BOUSQUET-BERCHER), sh. 26. BELLEFONDS, age. II. sh. 229. H. RIZA, age. sh. 38-41.

119 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 230.

120 Bk. CSPE. art. 85-89. ABD EL FATTAH, age. sh. sh. 82. HASAN RIZA, age. sh. 36-41. KUDURİ, Muhtasar (BOUSQUET-BERCHER) sh. 42. BELLEFONDS, age. II. sh. 230-331. CLAVEL. age. I. sh. 58.

c') Kocanın başka kadından olan oğlu veya babasıyla yasak ilişkilere girerse;

d') Henüz küçükken babası veya büyükbabası dışında bir veli tarafından evlendirilmişse, bülûğa erdikten sonra, fakat zifaftan önce hıyar-ül bülûğ yetkisini kullanırsa, evlenme kadi tarafından feshedilir ve kadın hiç mehr alamaz. Bu son halde hıyar hakkı koca tarafından kullanılmışsa, kadına mehr ödenip ödenmiyeceği hususu farklı görüşlere sebeb olmuştur. Bir fikre göre, koca ister seçim hakkını kullansın isterse talâk yoluna başvursun, evlenme muteber bir şekile aktedilmiş olduğu için, koca mehrin yarısını ödemek zorundadır. Tabiî evliliğin zifaftan önce sona ermesi gerekir. Bir diğer fikre göre, seçim hakkını kullanan koca, talâk yetkisini değil fakat kadının da haiz olduğu bir hakkı kullandığı cihetle, mehr olarak hiç bir şey ödemek zorunda değildir. Aksi halde, kanunen tanınmış olan bir hakkın kullanılması zorlaştırılmış olacaktır[121].

Kadının zifaftan önce intihar etmesi halinde, mehr ödenip ödenmiyeceği hususu tereddütlere sebeb olmuştur. Burada iki prensip çatışmaktadır. Bir taraftan, eşlerden birinin ölümü kadına mehrin tamamını iktisap ettirmekte ve diğer taraftan evliliğin kadının fiiliyle zifaftan önce sona ermesi mehrin tamamını kaybettirmektedir. İntihar halinde, kadın kendi fiiliyle evliliğe son vermiş olmaktadır. Hal böyle iken fıkıhçıların büyük ekseriyeti, ölüm sebebini nazara almakzın kadının miraçılarının mehri istiyebileceklerini kabul etmektedirler[122]. İmam Züfer ise kadının intiharıyle mehrin tamamen sâkıt olacağı fikrindedir[123].

VII. MEHRİN ÖDENMESİ

1) **Umumî Olarak**

Mehr genellikle iki kısım halinde ödenir. Yukarda mehrin nevilerini incelerken gördüğümüz gibi, mehrin muayyen bir kısmı ekseriya yarısı, akdin inikadı sırasında ödenir. Bu kısma "nakd" adı verilir. Diğer yarısı da taraflarca tesbit edilen bir tarihte ödenir. Bu kısmın nasıl ve ne zaman ödeneceği hususu ekseriya mahallî adetlere göre tayin edilir[124]. Örneğin Cezayir 'de mehrin ikinci kısmı 6 ayla 20 sene ara-

121 Bk. CLAVEL, age. sh. 60-61. CSPE. art. 88.
122 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 231.
123 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 131.
124 Bk. CSPE. art. 73.

sında değişen bir müddetin hitamında istenebilir. Kâli adı verilen ve mehri müecceli teşkil eden bu kısım va'desi ne olursa olsun evliliğin sona ermesiyle muacceliyet kesbeder.

2) **Mehrin Borçlusunun kim Olduğu**:

Mehrin borçlusu şüphesiz ki kocadır. Evlenmeye rıza göstermemiş veya cebr hakkına dayanarak velisi tarafından evlendirilmiş olsa bile durum değişmez. Fakat bir üçüncü şahsın koca adına mehri ödemeyi taahhüt etmiş olması da mümkündür. Bu taktirde mehrin borçlusu o şahıstır ve tediye ondan talep edilecektir. Üçüncü şahıs kocanın haberi olmadan mehri ödemeği taahhüt etmişse, kocaya bir hibede bulunmak istediği kabul edilir. Kocanın rızasına müsteniden mehri ödeyen kimsenin, ödediği miktar nisbetinde kocaya rücu edebileceği bazı fıkıhçılarca kabul edilmektedir[125].

3) **Mehrin Kabzı**:

Daha önce söylediğimiz gibi, İslâmiyetten önce Arabistan'da mehri kadının babası alıyordu. Yani mehr babanın mamelekine giriyordu. İslâm bu usulü değiştirerek, mehrin bizzat kadına ait olacağını ve açık yetkisi bulunmadıkça kimsenin kadın adına mehri kabzedemiyeceğini kesinlikle hükme bağlamıştır. Ancak bu kaide mutlak olmayıp, kadının küçük veya ergin olmasına, bâkire olup olmamasına göre farklı bir takım esaslar kabul edilmiştir.

A) Kadın henüz küçükse;

Babası, büyük babası, bunlar yoksa vasisi veya kadi henüz bâliğ olmayan kadının mehrini kabzedebilirler. Koca, mehri bu kimselere tediye etmekle borcundan kurtulur ve binnnetice kadın bâliğ olduğu zaman mehr için kocaya müracaat edemez. Kadın bâliğe değilse, bâkire olup olmaması arasında mehrin kabzı bakımından fark yoktur. Küçükler malları üzerinde tasarrufa ehil olmadıklarından, veli veya vasilerinin mehri onlar adına kabzetmeleri normaldir[126]. Ancak mehri kabza yetkili olan kimseler sadece yukarda zikrettiklerimizdir[127].

---

125 Bk. MILLIOT, age. sh. 305.

126 Bk. CSPE. art. 95-96. ABD EL FATTAH, age. sh. 83. BELLEFONDS, age. II. sh. 235. MILLIOT, age. sh. 304-305. CLAVEL, age. sh. 63 vd. BİLMEN, age. II. sh. 146. H. RIZA age. sh. 43.

127 Bk. CSPE, art. 95.

B) Kadın erginse:

Ergin kadın mehrini bizzat kabzeder. Kadın açıkça yetki vermedikçe veli veya vasi mehri kabzedemez. Ancak ergin kadının bâkire olup olmaması, mehrin kabzı bakımından mezhepler arasında bazı farklara sebebiyet vermiştir. Hanefiler, ergin ve bâkire kadının mehri bizzat kabzedeceği prensibini koymalarına rağmen, kadın açıkça men etmedikçe, veli veya vasisinin mehri onun adına kabz etmesinde bir mahzur görmemektedirler. Kadın bâkire değilse, veli veya vasinin kabzı için açıkça yetki vermesi gerekir. Bâkire'nin zımnen muvafakati ancak baba ve büyükbaba için muteber sayılıp, diğer veli veya vasiler ancak sarih yetkiye binaen mehri kabzedebilirler[128].

Hanbelîlere göre, ergin kadın diğer malları üzerinde sahip olduğu bütün haklarını mehr üzerinde de kullanabilir. Onun bâkire olup olmamasının önemi yoktur.

Malikîlere gelince; daha önce ifade etmiş olduğumuz gibi bu mezhep ergin bâkire kızın evlenmeye zorlanmasını kabul etmektedir. Binnetice veli, üzerinde cebr yetkisine sahip olduğu bâkire kızın mehrini kabzetmeye öncelikle yetkili sayılır. Şâfiîler ise, bazen Hanefilerin bazen de Malikîlerin görüşlerine katılmışlardır[129].

4) **Kadının Mehr Üzerindeki Tasarruf Hakkı**:

Mehr mutlak olarak kadının mülküdür. Kadın reşitse, kimsenin rızasına ihtiyacı olmaksızın, mehr üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Örneğin, mehrin konusu bir mal ise, onu başkalarına devredebilir. kiraya verebilir veya her hangi bir kimseye hibe edebilir[130]. Prensip bu olmakla birlikte, mezhepler bazı küçük ayrıntılar üzerinde de durmuşlardır. Örneğin, Şâfiîlere göre, mehr ferdiyle muayyen mallardan meydana geliyorsa, kadın ancak fiilen mehrin zilyedi olduktan sonra bu mallar üzerinde tasarruf edebilir. Diğer taraftan koca mehr ile birlikte kadına bir miktar para vererek bunu çeyiz temininde kullanmasını istiyebilir. Bu para mehrin tamamından ayrı ise mesele yok; kadın bu parayı çeyiz alımında kullanmak zorundadır. Burada

128 Bk. CSPE. art. 95-96. BELLEFONDS, age. II. sh. 235-236. ABD EL FATTAH, age. 84-85.

129 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 235. CSPE. art. 96. CLAVEL, age. I. sh. 65-66.

130 Bk. CSPE. art. 97. SAUTAYRA-CHERBONNEAU, age. II. sh. 547-577. HELOU, age. sh. 117 vd. MILLIOT, age. sh. 305. BELLEFONDS, age. II. sh. 236. ABD EL FATTAH, age. sh. 83. vd. CLAVEL, age. sh. 67 vd.

mükellefiyetle tahdit edilmiş bir hibe bahse konu olduğundan, kadın mükellefiyeti yerine getirmediği taktirde, koca hibeden cayarak verdiğini geri alabilir. Fakat koca ekseriya yüksek bir mehr tayin ederek, karısının mehrin bir kısmını çeyiz tesisinde kullanmasını düşünmüş olabilir. Kadın bu ciheti düşünmeyip mehr üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunmaya yanaşmazsa, durum ne olacaktır? Hanefi hukukçulardan bazılarına göre, bu taktirde mehrin mehri misle indirilmesi gerekir. Bir kısmı ise kocanın hangi saikle mehr tesis etmiş olduğu önemli olmadığından, karının mehrin tamamına sahip olacağı görüşündedir. Malikîler, kadının kendi ve kocasının sosyal durumuyla mütenasip bir ceyiz yapması gerektiğini savunurlar[131].

Karı, mehrin bir kısmını veya tamamını kocasına bağışlamış olabilir. Koca zifaf veya halvetten önce karısını boşamışsa, daha önce gördüğümüz gibi, boşanmada kusuru olmayan karı mehrin yarısını alır, mehrin tamamını kabz etmiş ise, yarısını kocaya iade etmek zorundadır. Mehrin bir kısmı veya tamamı kendisine bağışlanmış olan koca, boşanma halinde karısından bir şey talep edebilir mi? Şimdi kısaca bu meseleye temas edeceğiz. Yalnız bu konuda getirilen hükümler mehri teşkil eden şeylerin mislî veya ferdiyle muayyen şeyler olmasına göre değişmektedir.

A) Mehr misli şeylerden ibaretse:

Karı mehr üzerinde, kabzdan önce veya sonra, dilediği gibi tasarruf edebilir. Bu cümleden olmak üzere, kabzetmiş olduğu mehrin bir kısmını veya tamamını kocasına bağışlamış ve evlilik zifaftan önce boşanma ile sona ermişse, koca kararlaştırılan mehrin yarısını karıdan talep edebilecektir[132]. Şu kadar ki, bunun için kadının, mehri boşanmadan önce kabzetmiş olması gerekir. Hanefiler tarafından kabul edilmiş olan bu çözüm tarzı, adâletsiz olduğu kadar mantıkla da pek bağdaşmamaktadır. Koca karısını boşadığı için âdeta mükâfatlandırılmaktadır. Mehrin tamamı kendisine hibe edilmiş olan koca, bu mehrin yarısına eşit bir bedeli karısından istemekle sebebsiz zenginleşmiş olacaktır. Ancak ne varki Hanbelî ve Şafiî mezhepleri de Hanefilerin bu görüşüne katılmamaktadırlar. Sadece Malikîler, mehrin en az yarısı kendine bağışlanmış olan kocanın, zifaftan önce boşanma halinde karıdan hiç bir şey istemiyeceği fikrindedirler[133]. Ancak belirtmek gerekir

131 Bk. BELLEFONDS, age. sh. 236-37.

132 Bk. CSPE. art. 98.

133 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 142. H. RIZA, age. sh. 44. ABD EL FATTAH, age. sh. 84. BELLEFONDS, age. II. sh. 237.

ki, karı henüz mehri kabzetmemiş ve bunun tamamını veya bir kısmını kocasına hibe etmişse, artık koca kadından bir şey istemiyecektir[134].

B) Mehr ferdiyle muayyen şeylerden ibaretse:

Mehr, kadına teslîminden önce teker teker belirtilmesi gereken mallardan ibaretse, yani ferdiyle muayyen şeyler örneğin, mobilya eşyaları mehr tesisinde kullanılmışsa; karısını zifaftan önce boşayan ve mehrin tamamını veya bir kısmını hibe suretiyle temellük etmiş olan koca, karısından hiç bir şey talep edemez. Bu çözüm tarzı âdil ve mantıkidir[135]. Mehrin mislî şeylerden ibaret olması halinde de aynı çözüm tarzının kabulü gerekirdi.

Kocanın mehrin bir kısmının iadesine ilişkin alacağı âdi bir alacak olup, diğer alacaklıların hakkından farkı yoktur. Bu sebeble kadın, mehrin bir kısmını iade etmeyi redderse, koca ancak kadi'ye başvuracaktır.

Mehr kadının mülkü olduğundan, ölümü halinde mirasçılarına intikal eder ve henüz kabz edilmemişse, mirasçılar kocayı veya mirasçılarını takip edebilirler.

5) **Mehrin Kefaletle Temini**:

Yukarda gördüğümüz gibi, mehrin peşin olarak ödendiği haller pek nadirdir. Genel olarak mehrin bir kısmı peşin ve bir kısmı da muayyen bir müddet sonra ödenir. Kadın mehrin ödenmeyen kısmı veya tamamı için kocanın iyi niyetinden başka bir garantiye sahip değildir. İslâm kadını Fransa'da olduğu gibi, mehr alacağını temin için kocanın malları üzerinde bir ipotek hakkına da sahip değildir. Ancak kadının elinde bir imkân vardır; o da mehrin kefâletle teminini istemektir[136].

Kefil, başkasına ait borcun ifasının teminini alacaklıya taahhüt eden kimsedir. Mehrin tediyesini garanti edecek şahıs karı veya kocadan birinin babası, büyükbabası veya vasisi olabileceği gibi bir üçüncü şahıs da olabilir. Üçüncü şahsın kefil olması halinde, borçlar hukukunda mev-

134 Bk. CSPE. art. 98.

135 Bk. CSPE. art. 98. ABD EL FATTAH, age. sh. 83-84. BELLEFONDS, age. II. sh. 287 H. RIZA, age. sh. 44.

136 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 86-87. HASAN RIZA, age. sh. 45-46. CLAVEL, age. I. sh. 70. BELLEFONDS, age. II. 240-241. CSPE. art. 100-102. MILLIOT, age. sh. 305-306. BİLMEN, age. sh. 145-146. ÇANDARLI, age. sh. 60.

cut kefâlete dair hükümler uygulanır. Böyle bir kimse kocanın haberi olmaksızın kendiliğinden harekete geçmiş ve mehri kadına tediye etmişse, koca lehine bir bağışlamada bulunmuş farzedilir ve ödediği meblağ için asıl borçlu kocaya müracaat edemez.

Kefil eşlerden birinin babası, büyükbabası veya her ikisinin de müşterek vasisi olan bir kimse ise, kefâlet hakkında uygulanacak hükümler ayrıdır. Bu taktirde, kefilin, kefil olduğu andaki sıhhî durumuna karı veya kocada birinin kendi mirasçısı olup olmamasına göre özel bir takım hükümler uygulamak gerekecektir[137].

A) Kefil, kadının velisi ise ve kefâleti kabul ettiği anda sıhhati yerinde idiyse, üçüncü şahıs kefil hakkındaki hükümler uygulanacaktır; kocanın velisi mehrin tediyesini garanti etmişse, kefâletin muteber olması için, bizzat kadının yahut henüz küçükse veli veya vasisinin kabulü gerekir[138].

B) Kefil olduğu sırada hasta olan ve sonra aynı hastalık neticesi ölen velinin kefaleti, karı veya kocadan biri mirasçılarından ise muteber sayılmaz. Karı kocadan hiç biri kefil olan velinin mirasçısı değilse, kefalet mamelekinin 1 /3 nisbetinde geçerli olacaktır. Bu hükmün gayesi, diğer mirasçılara zarar vermemektir[139]. Kefalet bazen gayrımuayyen bir mehr için de aktedilmiş olabilir. Bu, mehrin tesbitinin evlenmenin inikadından sonra eşlerden birine veya bir üçüncü şahsa bırakılması halinde ortaya çıkar. Gayrimuayyen bir borç için olmasına rağmen kefâlet muteberdir. Kasten çok fazla mehr tesbit edilmesi halinde, normal olarak kefilin önceden tahmin edebileceği mutedil bir rakam kefilin borcu olarak kabul edilir ve kefilin zararına haksız menfaat temini önlenmiş olur[140].

Mehr borcu kefaletle temin edildiği taktirde kadın tediyeyi kimden talebedecektir? Bu konuda iki ayrı görüş vardır:

Hanefi mezhebine göre, kefalet müteselsil sayılır ve kadın isterse doğrudan kefile veya borçluya müracaat edebilir. Kefil, kadına önce borçluya müracaat etmesi definde bulunamaz.

Malikîler ise, kefilin kadını önce borçlu kocaya göndermek hakkını kabul etmişlerdir. Binnetice karı, önce kocadan tediye talebinde bulunacak ve netice alamadığı taktirde kefile müracaat edecektir. Bu tak-

137 Bk. CSPE. art. 100-102. Ayrıca Bk. Dipnot 136. da zikredilen eserlere

138 Bk. CSPE. art. 100 ve Dipnot 136.

139 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 89. CSPE. art. 100.

140 Bk. CLAVEL age. I. sh. 70. BİLMEN, age. sh. 145-146. CLAVEL, age. I. sh. 37.

tirde, kefil ödemek zorundadır[141]. Kefille alacaklı arasındaki münasebeti kısaca gördükten sonra şimdi de borçlu ile kefilin durumlarını gözden geçirelim.

Prensip olarak borcu ödeyen kefilin borçluya rücu etmek ve ödediği meblâğı ondan istemek hakkı vardır. Ancak İslâm hukuku mehr borcunun kefaletle temini bahse konu olduğu zaman bir ayrım yapmıştır:

a) Mehr borcunu garanti eden kimse baba veya büyük baba ise, onların kocaya rücu etmeleri şu şarta bağlıdır: Kocanın akit anında reşit olması ve kefalete rıza göstermesi: Bu, kefalet hakkındaki genel esasların uygulanmasından başka bir şey değildir[142].

b) Koca henüz küçük ve fakirse, borcu ödeyen kefil (veli), akit yahut ödeme anında, ilerde ödediği meblağ için kocaya müracaat edeceğini şahitler önünde açıkça beyan etmişse, rücu hakkına sahiptir. Aksi halde bu hakkı kaybeder. Koca henüz küçük fakat serveti varsa, onun malları üzerinde tasarruf hakkına sahip olan veli, mehri bizzat çocuğun mamlekinden ödemek hakkına da sahiptir.

Oğlunun mehr borcunu garanti etmiş olan baba borcunu ödemeden ölürse, kadın terekeye müracaat edebilir ve diğer mirasçılar da asıl mehr borçlusu olan kardeşlerini takip ederek terekeden ödenen kısmı onun miras payından mahsup ettirebilirler.

6) **Mehr'de Hasar ve Nefi:**

Mehr olarak verilen şeylerde meydana gelen ziyadelerin kime ait olacağı meselesini daha önce kısmen incelemiştik[143]. Burada kısaca bu konuya tekrar temas etmeden geçemiyeceğiz.

A) Nefi meselesi:

Burada önce iki hususu birbirinden ayırmak gerekir:

a) Mehri teşkil eden şeyler henüz kocanın yedinde ise, meydana gelen artışlar (nefi) tabiî mahiyette ve asıl şeyden ayrılması kabil ise (örneğin hayvanın yavruları, bahçenin meyvesi, arazinin mahsulü ve bu sırada zifaf veya ölüm vukubulmuşsa, ziyadenin tamamı kadına ait olur. Evlilik boşanma ile zifaftan önce sona ermişse, ziyadenin ancak yarısı kadına ait olur. Ziyade, kocanın fiiliyle meydana gelmiş ve asıl

141 Bk. MILLIOT, age. sh. 306. CLAVEL, age. I. sh. 71.

142 Bk. CSPE. art. 101. ABD EL FATTAH, age. sh. 88.

143 Bk. Mehrin tamamını veya bir kısmını ortadan kaldıran haller başlığı altındaki izahat.

şeyden ayrılması da mümkün değilse, kocaya ait olur. Örneğin araziye bina yaptırılmış olması gibi[144].

b) Mehr tamamiyle kadına teslim edilmişse:

Ziyadelerin mahiyeti ne olursa olsun tamamı kadına ait olur. Şu kadar ki taraflar nefinin aralarında taksim edileceğini kararlaştırmışlarsa, bu anlaşma hükümlerine göre hareket edilir[145].

Malikîlere göre, zifaftan önce boşanma vâki olmuşsa, mehrde hasıl olan ziyadeler yarı yarıya paylaşılır. Evlenme zifaftan sonra sona ermişse, ziyadelerin tamamı kadına ait olur.

Şâfiîler ise, evlenmenin kimin fiiliyle (kusur) sona erdiğine bakarlar ve ona göre hüküm verirler. Evlilik kadının fiili neticesi sona ermişse ziyadelerin tamamı kocaya ait olur. Zaten bu taktirde mehrin tamamı kocanındır. Aksine kocanın fiiliyle sona ermişse ziyadenin yarısı karının yarısı da kocanındır. Ancak ziyadeler, karı kocanın ayrılmasından önce vukubulan ve tabiî mahiyette olan semerelerse, tamamı kadına ait olur.

Hanefilere göre, mehr kadının mülkü olduğundan, husule gelen tabiî mahiyetteki ziyadeler, mehr kabzedilmiş olsun olmasın, kadına ait olur[146].

B) Hasar meselesi:

Mehir fiilen kadına teslim veya tediye edilmedikçe meydana gelen hasardan koca sorumlu olur. Hasarın kocanın veya bir üçüncü şahsın fiiliyle yahut umulmayan hal sebebiyle meydana gelmiş olması arasında fark yoktur. Kadın muahayyerdir; dilerse aynı cinsten malların verilmesini; ferdiyle muayyen şeyler bahse konu ise, dilerse hasara uğrayan şeyin para olarak değerini istiyebilir[147]. Hasar üçüncü şahsın fiili neticesi ortaya çıkmışsa, kadın bu şahsa veya kocaya müracaat edebilir. Üçüncü şahsa müracaat etmesi, kocaya karşı talebinden zımnen vazgeçmesi demektir. Hasar, mehrin tediye veya tesliminden sonra vukua gelirse, tabiîdir ki kadına ait olacaktır[148].

---

144 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 234. BİLMEN, age. II. sh. 137-138.
145 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 138. BELLEFONDS, age. II. sh. 234-35.
146 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 139.
147 Bk. H. RIZA. age. sh. 46. CSPE. art. 103.
148 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 141.

Şâfiî, Malikî ve Hanbelî mezhepleri, hasarın umulmayan halden, koca veya karının veya bir üçüncü şahsın fiilinden veyahutta mehri teşkil eden şeylerin tabiatından doğmuş olmalarına göre bir takım ayrımlar yapmışlardır.

Malikîlere göre zifaftan evvel mehrde vukua gelen hasara karı koca müştereken katlanırlar[149].

Şâfiîlerin bu konudaki görüşü ise şöyledir: Mehr umulmayan hal yahut kocanın fiili neticesi hasara uğramışsa, mehri müsemma münfesih olup yerine mehri misl vermek gerekir. Hasar reşit olan kadının kendi kusurundan doğmuşsa, o artık hiçbir şey talep edemez. Bir üçüncü şahıs hasara sebeb olmuşsa o şahıs tazminle mükelleftir. Kadın dilerse bu şahsa müracaat eder; dilerse kocasına. Hasarı tazmin eden koca üçüncü şahsa rücu edebilir.

Hanbelîlere göre, mehr evlenmenin inikadıyle kadının mülkü olur. Bu sebeble, kabzdan evvel veya sonra olsun, mehrde meydana gelen hasar kadına aittir. Mehr kocanın elinde sadece emanet olarak bulunmaktadır. Ancak kadın mehrin teslimini istediği halde koca reddetmiş ve bu arada hasar meydana gelmişse, gasıp hükmünde olan koca hasarı tazmin etmek zorundadır[150].

C) Ayıba karşı tekeffül:

Mehrde hıyar-ül rûya olmayıp[151], hıyar-ül ayb vardır. Bu sebeble karı mehri teşkil eden mal fâhiş şekilde ayıplı ise mehri reddedebilir. Fakat önemsiz ayıplardan dolayı mehri iade edemez. Ancak mislî mallardan ibaret bir mehr tesis edilmişse, kadın önemsiz ayıplar için de mehri kabul etmiyebilir[152]. Bazen akit anında mehri teşkil eden şeyin ayıbı bilerek gizlenmiş olabilir. Bu taktirde, kadın ayıbı tesbit ettikten sonra, dilerse ayıplı mehri kabul eder ve tazminat ister; dilerse, mislî bir şey bahse konu ise, benzer bir şeyin mehr olarak verilmesini talebeder. Ferdiyle muayyen bir şey mehr olarak verilmişse, ayıp halinde, kadın şeyin kıymetini istiyebilir[153]. Henüz kocanın yedinde bulunan mehr şu hallerde fâhiş bir ayıba maruz kalabilir:

149 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 89. BELLEFONDS, age. II. sh. 241. H. RIZA, age. sh. 46.

150 Bk. VAN DEN BERG, age. II. sh. 330-333. BİLMEN, age. II. sh. 142.

151 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 140. Hıyar-ül rûye, akdin konusu olan şeyi gördükten sonra akdi feshetmektir. Bk. ÜÇOK, age. sh. 103.

152 Bk. E. HASSAN, age. sh. 63-64. BİLMEN, age. II. sh. 140.

153 Bk. E. HASSAN, age. sh. 63.

a) Umulmayan bir hal neticesi mehrin konusu olan mal ayıplanmışsa, kadın dilerse mehri ayıplı olarak kabul eder dilerse mehrin akit anındaki değeri üzerinden kocasına müracaat eder.

b) Kocanın fiiliyle mehre ayıp iras edilmişse, kadın, ayıbın tazmini şartıyle mehri kabul edebileceği gibi, tamamen de reddedebilir.

c) Üçüncü şahsın fiili ayıba sebeb olmuşsa kadının seçim hakkı vardır. Dilerse mehri ayıbıyle kabul eder ve üçüncü şahıstan tazminat ister; dilerse mehrin kıymetini kocasına tazmin ettirir.

d) Ayıp kadının fiilinden geliyorsa, seçim hakkı yoktur. İzaha çalıştığımız bu hükümler, zifafın vukubulmuş olduğu faraziyesine dayanır. Aksi halde, söylenenler mehrin yarısı üzerinde câri olur[154]. Ancak bize öyle geliyor ki, İslâm hukuku mehr de hasar ve ayıp meselesinin tanzimini birbirine karıştırmıştır. Ne var ki biz dinî hukukun tesbit ettiği esasları aynen aktarmak zorundayız.

D) Zapta karşı tekeffül:

Mehri teşkil eden malların kısmen veya tamamen bir üçüncü şahıs tarafından zabtedilmesi mümkündür. Tamamen zabt halinde kadın kocasına müracaatla aynı nevinden ve aynı kıymette malların kendisine teslimini istiyebilir. Aynı maldan mecut değilse koca değerini ödemek suretiyle borcundan kurtulur[155].

Mehr gayrimislî mallardan ibaret ve zabt, bu malların bir kısmı üzerinde vâki olmuşsa, kadın dilerse kalan kısmı muhafaza eder ve zabtedilen kısmın kıymetini ister; dilerse elinde kalan kısmı terkederek mehrin tamamının kıymetini talep eder[156].

Bu esnada, zifaf vukubulmadan evlilik boşanma ile sona ererse, kadın elinde kalan kısmı muhafaza eder. Bu kısım, toplam mehrin yarısından az ise kadın seçim hakkına sahiptir. Dilerse zaptedilmiyen kısmı muhafaza eder ve eksik kalan kısım için tazminat ister; dilerse elinde kalanı iade ederek mehrin tamamının kıymetini talep eder[157].

IX. MEHRİN ÖDENMEMESİNİN NETİCELERİ.

Karı koca, mehrin bir kısmının yahut tamamının, zifaftan önce peşin ödenmesini kararlaştırabilecekleri gibi, örf ve âdet de çoğu za-

154 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 140.
155 Bk. CSPE. art. 103. CLAVEL, age. I. sh. 74. ABD EL FATTAH, age. sh. 89-90.
156 Bk. CSPE. art. 103.
157 Bk. CLAVEL, art. I. sh. 74. CSPE. art. 103. ABD EL FATTAH, age. sh. 90.

man mehrin bir kısmının muhakkak zifaftan önce ödenmesini âmir olabilir. Buna rağmen koca mehri muacceli tediye veya teslim etmezse, karı zifafı reddedebilir. Karının bu yetkisi bütün mezheplerce ittifakla kabul edilmektedir. Koca kendi vecibesini yerine getirmedikçe karıyı zifafa zorlıyamıyacağı gibi, onun üzerinde haiz olduğu vesayet yetkisini de kullanamaz. Önce kadının kendine düşen vecibesini yerine getirmek zorunda olduğu iddialarına karşı, müellifler önce kocanın vecibesini yerine getirmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Çünkü koca mehri ödediği halde, karı zifafı reddederse, O verdiğini her zaman geri alabilir; halbuki kadın vecibesini bir kere yerine getirdikten sonra artık kocaya karşı ileri sürebileceği bir hakkı kalmamaktadır.

Sirâzî bu konuda şu çözüm tarzını teklif ediyor: koca, mehrî âdil bir kimseye tevdi etsin ve yedi emin olan bu kimse mehri, kadın vecibesini yerine getirdikten sonra ona teslim etsin[158].

Evlenmenin inikadı sırasında mehr hakkında hiç bir şey konuşulmamışsa, kadın zifaftan önce mehrin miktarının belli edilmesini istiyebilir. Mehrin tamamının ilerdeki bir tarihte ödenmesini kabul eden kadın artık zifafı reddetmek hakkını kaybetmiş demektir. Bir kere zifaf vukubulduktan sonra, karı cinsî münasebetleri inkıtaa uğratmak ve bu konuda önce sahip olduğu hürriyeti tekrar kazanmak imkânına sahip değildir. İmam Şâfiî, Malik ve İmameynin katıldığı bu görüş, Ebu Hanife tarafından kabul edilmemiştir. Bu imama göre, koca vecibesini yerine getirmedikçe, önceden zifafı kabul etmiş olsa bile, kadın kendini kocasına reddedebilecektir. Her ne olursa olsun izaha çalıştığımız bu hükümler ancak ergin ve mümeyyiz kadınlar hakkında uygulanır[159].

Burada şu soru akla gelmektedir: Acaba mehrin ödenmemesi evliliğin sona erdirilmesi neticesini doğurur mu? Hanefi mezhebi buna cevaz vermiyor. Zaten bu mezhep kadının evliliğe son verebilme hakkını son derece tahdit etmiştir. Kocanın mehri ödemeyi reddetmesi veya ödeyememesi hiç bir şekilde evliliğe son vermek hakkını doğurmaz[160]

Diğer üç mezhep ise, koca mehre ilişkin vecibelerini yerine getirmediği taktirde, zifaftan önce kadının evlenmenin feshini istiyebileceği görüşünü savunmaktadır. Malikîler, bu şekilde evlenmeye son verilmesini ayırıcı boşanmaya benzetirler. Şâfiî ve Hanbelîler ise bunu bir nevi fesih olarak kabul ederler. Şâfiî hukukunda kadi, kocanın mehri

158 BELLEFONDS, age. I. sh. 239.
159 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 238-239.
160 Bk. BELLEFONDS, age. sh. 239.

ödemeden aczini usulüne göre tesbit ettikten sonra evlenmeyi fesheder. Diğer taraftan, karar verilmeden önce kocaya 3 günlük bir süre tanınır. Karı 4. günden itibaren evliliğin feshini istemekte serbest sayılır. Şu kadar ki koca, aynı günün nafakasını kadına vermiş olsun. Diğer taraftan koca, karının daha akdin inikadı sırasında durumu bildiği ve buna razı olduğu itirazında bulunabilir. Kocanın mehri ödemekten aczi sebebiyle evliliğin feshini bizzat kadın istiyebilir, Küçük yahut akıl hastası olan kadının veli veya vasisi bu konuda yetkisizdir[161].

Zifaftan sonra, mehrin ödenmemesi sebebiyle, evliliğin iptal ettirilemiyeceği hemen bütün müellifler tarafından kabul edilmektedir[162].

X. KARI KOCA ARASINDA DOĞABİLECEK MEHRE İLİŞKİN İHTİLÂFLAR

1) **Umumî Olarak**:

İslâm hukuku şekilci bir hukuk değildir. Pek az muamelelerin muayyen şekillerde yapılması emrolunmuştur. Böyle bir hukuk sisteminde, ihtilâf halinde, büyük isbat güçlüklerinin doğacağı açıktır. Mehre ilişkin ihtilâflar konusunda da aynı isbat güçlüğüne raslıyoruz. Yukarda izah ettiğimiz gibi, mehre ilişkin anlaşmalar için herhangi bir şekil şartı konmamıştır. Mehr evlenmenin inikadı anında tesbit edilebileceği gibi sonradan da tayin edilebilir. Hattâ bazen mehr hakkında hiç bir şey konuşulmamış olabileceği gibi, hiç mehr verilmiyeceğinin de kararlaştırılması mümkündür. Tabiî bu hükümler Hanefi, Şâfiî ve Hanbelîler için geçerli olup, mehri evlenmenin muteberiyet şartı olarak kabul eden Malikîler, evlenmenin inikadı anında mutlaka mehrin tesbit edilmesini isterler. Diğer taraftan, taraflarca kararlaştırılmış olan mehr her zaman kesin sayılmaz. Mehri teyid eden zifaf ve halvet gibi vakıaların isbatı da ayrı zorluklar çıkarmaktadır. Karı koca arasında çıkabilecek mehre ilişkin başlıca ihtilâflar, mehrin tesbit edilip edilmediği, mehrin miktarı ve ödenmesi konusunda olabilir. Bu ihtilâfların hallinde her türlü delile başvurulabilir. Son çare yemindir. Çoğu zaman tarafların yazılı delili ve şahidi olmadığından yemine başvurulmaktadır. Şimdi bu ihtilafların İslâm hukukunca nasıl çözümlendiğini kısaca gözden geçirelim[163].

161 Bk. VAN DEN BERG, age. III. sh. 91-92.

162 Bk. VAN DEN BERG, age. III. sh. 91. BELLEFONDS, age. II. sh. 242 vd.

163 Mehre ilişkin ihtilaflar konusunda Bk. CLAVEL, age. I. sh. 76-83. H. RIZA, age. sh. sh. 42-50. BİLMEN, age. II. sh. 152 vd. BELLEFONDS, age. II. 242 vd. ABD EL FATTAH, age. sh. 92. vd. HALEBİ, age. I. sh. 389. CSPE. art. 104-109.

2) Mehrin Tesbitine İlişkin İhtilâflar:

Karı koca her ikisi de hiç mehr tesbit edilmediğini ileri sürüyorlarsa meselenin çözümü çok kolay: Eşler arasında zifaf vukubulmuşsa mehri misl lâzım gelir[164]. Zifaftan önce evlenme talâk suretiyle sona ermişse, kadın sadece mut'ah adını taşıyan bir hediye ile yetinmek zorunda kalır. Bu son halde, mehrin hiç tesbit edilmemiş olduğunu ileri sürmek kocanın menfaati icabıdır. Çünkü mehr tesbit edilmiş olsaydı, evlenme zifaftan evvel sona erdiği için mehri müsemmanın yarısını kadına bırakmak zorunda kalacaktı. Halbuki mehrin tesbit edilmemiş olduğunu isbat edebilirse sadece bir kaç elbise vb. gibi şeylerden ibaret bir hediye ile kurtulacaktır. Şâfiî ve Hanbelî hukukunda, bu konuda kocanın menfaati daha açıktır. Zira bu iki mezhebe göre, taraflar arasında mehre ilişkin bir anlaşma yapılmışsa, bu anlaşma muteber olmasa bile, koca evlenmenin zifaftan evvel talâkla sona ermesi halinde mehri mislin yarısını vermek zorundadır.

Şimdi eşlerden biri mehrin tesbit edildiğini ileri sürer diğeri de bunu inkâr ederse; davacı tarafın müsbit delili yoksa, davalıya yemin teklif edilir; yemini reddederse, davacının istediği miktar mehri ödemeğe mahkûm edilir. Davalı yemini kabul ettiği taktirde kadına mehr misl verilir; yalnız bu, kadının talep ettiği miktardan fazla olamaz. Örneğin, kadın 3000 TL. lık bir mehr tesbit edildiğini iddia ettiği taktirde lehine hükmedilecek mehr misl 3000 TL. dan fazla olamaz. Davacı koca ise, kadın lehine hükmedilecek mehri misl kocanın beyan ettiği miktardan aşağı olamaz[165].

Bu ihtilâf zifaftan önce ve evliliğin talâkla sona ermesi halinde ortaya çıkmışsa, mehr misl yerine koca sadece mut'ah denen ve bir kaç elbiseden oluşan bir hediye vererek borcundan kurtulur[166].

3) Mehrin Miktarına İlişkin İhtilâflar:

Burada eşler bir mehrin tayin edildiği hususunda mutabık olup sadece miktar üzerinde ihtilâfa düşmüşlerdir. Bu taktirde, mehr misl davanın çözümünde esas alınacaktır Davanın zifaftan önce veya sonra yahut evliliğin boşanma ile sona ermesinden sonra ortaya çıkması neticeye müessir olmaz. Mehri misl, kadının talep ettiği miktara eşit veya

164 Bk. CSPE. art. 76.

165 Bk. CSPE. art. 105. CLAVEL, age. I. sh. 76. BELLEFONDS, age. 244-245. ABD EL FATTAH, age. sh. 92 HALEBİ, age. I. sh. 389. HASAN RIZA, age. sh. 47.

166 Bk. CSPE. art. 105. H. RIZA, age. sh. 47. ABD EL FATTAH, age. sh. 94.

ondan yüksekse, koca aksini isbat etmedikçe, karının yeminle teyid edilen talebi kabul edilir. Mehri misl kocanın beyan ettiği miktara eşit yahut ondan aşağı olduğu taktirde, kadın aksine delil ikame etmedikçe, kocanın yeminle teyit edilen talebi kabul edilir. Her iki tarafın iddiası mehr misle dayanmıyorsa iki taraf birbirlerine karşılıklı olarak yemin teklif ederler. Her ikisi de yemin etmişse mehr misle hükmolunur. Taraflar iddialarını zıt delillerle isbat etmişlerse durum gene aynıdır. Karşılıklı olarak yemin ettikleri taktirde, mehri misle hükmolunur. Bir taraf yemini reddederse, diğer tarafın istediği meblağı ödemek zorunda kalır.

İddiasını kesin delillerle isbat eden, davayı kazanır[167].

4) **Mehrin Ödenmesine İlişkin İhtilâflar**:

Burada tarafların anlaşamadıkları husus, miktarı önceden tesbit edilmiş olan mehrin tamamının veya bir kısmının ödenip ödenmediğidir. En çok isbat güçlüğü burada kendini göstermektedr. Zira mehre ilişkin anlaşmayı taraflar yazılı olarak yapabilecekleri gibi, beyanlarını şahitle de tesbit ettirebilirler. Halbuki mehrin ödenmesi halinde, çoğu zaman koca, bu durumu tesbit ettirmekten çekinir. Kaldı ki mehrin ödeme şekilleri ülkeden ülkeye değiştiği gibi aynı memlekette muhtelif bölgelere ve kadının sosyal durumuna göre farklılık arzetmektedir[168]. Diğer taraftan, ihtilâfın zifaftan önce veya sonra çıkması isbat külfetine tesir etmektedir.

A) Zifaftan önce:

İsbat yükü kocaya aittir. Yani koca mehrin tamamını veya bir kısmını ödemiş olduğunu şahitler varsa yazılı vesika ile isbat edecektir. İsbat edemezse kadına yemin teklif etmek hakkı vardır. Kadın yemin ederse, kocanın iddiası reddedilmiş olur.

B) Zifaftan sonra:

Bu taktirde koca bir karineden istifade eder. Karı itiraz etmeden zifafa razı olmuşsa mehri muacceli almadığını iddia edemez. Çünkü

167 Bk. CSPE. art. 105. Burada bir fetva zikredeceğiz: "Zeyd. dâhil olduğu karısı Hind'i talâkla boşadığında Hind Zeyd'den konuşulan mehrin şu kadardır diye dâva ve Zeyd şu kadar noksandır diye dâva edip her iki tarafın şahit ve delilleri olmasa, Hind'in mehri misli Zeyd'in dediği miktara musaid olunca Zeyd yeminiyle tastik olunur mu," "Elcevap: olunur" FEYZİYE. Bk. HALEBİ, age. I. sh. 389.

168 Bk. BELLEFONDS, age II. sh. 245.

kadın mehri muaccel olmadıkça zifafı reddedebilir. Fakat bu konuda mahallî âdetler büyük rol oynadığından önce mehri muaccel hakkında bir âdet olup olmadığı araştırılır. Mahalli âdetler, kadının mehrin bir kısmını almadıkça zifafı reddedebileceğini doğruluyorsa, kadına aldığı miktarı beyan etmesini emreden bir ihtar gönderilir. Kadın reddederse mehri misle hükmolunur; ancak peşin olarak aldığı kabul edilen miktar mehri mislin miktarından tenzil edilir. Böyle bir âdet yoksa, isbat yükü gene kocaya düşer. İddiasını isbat edemediği taktirde, kadının yeminle teyid edilen iddiası kabul edilir[168].

Mehre ilişkin ihtilâflar konusunda yukarda verdiğimiz izahat, Hanefi mezhebinin kabul ettiği esaslara dayanmaktadır. Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri, ufak tefek farklar hariç, Hanefilerce kabul edilen esasları benimsemişlerdir[170].

Şâfiîlere göre: Yukarda belirttiğimiz üç konuda eşler veya mirasçıları arasında ihtilâf çıkarsa bakılır: İki tarafın da müsbit delili yoksa veya delilleri bir birini nakzediyorsa iki tarafa yemin verilir. Bir taraf yemini redderse, diğer tarafın talebi kabul edilir. İkisi de yemin ederse mehri misle hükmolunur.

Hanbelîlere göre: Taraflar arasında mehrin miktarında ihtilâf varsa, iddiasını sağlam delillerle isbat eden tarafın talebi kabul edilir. Aksi halde, davalı durumunda olan kocanın iddiasına hak verilir. Mehrin ödenip ödenmediği konusunda ihtilâfa düşülmüşse ve taraflardan hiç biri iddiasını isbat edemezse kadının talebi kabul edilir. Mehrin tesbitine ilişkin davalarda da aynı usuller uygulanır[171].

Malikîlerin bu konudaki görüşleri ise tamamen farklıdır. Zira malikîler mehrin muteber bir şekilde tayin edilmesini evlenmenin sıhhat şartlarından biri olarak kabul ederler. Şimdi, zifaftan önce taraflar arasında mehrin miktarında ihtilâf çıkarsa her iki tarafa yemin teklif edilir. Her ikisi de yemin eder veya her ikisi de redderse, evlenme feshedilir. Biri yemini kabul diğeri reddetmişse, yemin eden tarafın davası kabul edilir. Bu çözüm tarzı tarafların, bölgelerinde verilmesi mutad olan bir mehr iddia etmiş olmaları hali içindir. Davalı veya davacıdan birinin iddiası mutad olan mehre ilişkinse, o tarafın yeminle teyid edilen iddiası kabul edilir ve nikâh feshedilmez[172].

169 Bk. CSPE. art. 104. ABD EL FATTAH, age. sh. 95-96. BELLEFONDS, age. II. sh. 245-246. CLAVEL, age. I. sh. 81-82. H. RIZA, age. sh. 47.

170 Bk. BELLEFONDS, age. sh. 244.

171 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 155.

172 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 154-155. CLAVEL, age. I. sh. 179.

İki taraf zifaftan önce, mehrin cinsinde veya nevinde ihtilâfa düşmüşlerse, yemin edip etmemelerine bakılmaksızın evlenme mutlaka feshedilir.

Eşler, zifaftan sonra mehrin miktarında anlaşamamışlarsa, delilleri bulunmadığı taktirde, kocanın yeminle teyid edilen iddiası kabul edilir; aksi halde kadının talebi kabul edilir. İhtilâf mehrin tesbitine ilişkinse, her iki tarafa yemin verilir. Yemini kabul eden davayı kazanır. Her ikisi de yemin ederse, kadına mehri misl verilir[173].

5) **Mirasçılar Arasında Çıkan İhtilâflar:**

Eşlerden biri ölmüşse, yukarda izah ettiğimiz usulî muameleler, sağ kalan eşle ölen eşin mirasçıları arasında cereyan eder. Her iki eş de ölmüşse, mirasçılar arasında çıkabilecek ihtilâflar şu şekilde çözümlenecektir. İhtilâf mehrin miktarına ilişkinse, kocanın mirasçılarının beyanlarına itibar edilir ve iddia ettikleri miktar kadar mehrin ödenmesine mahkûm edilirler. Tabiî karı önce ölmüşse, miras yoliyle babalarına gelecek hisseyi, mehrden tenzil ederler. Her iki eşin mirasçıları mehrin tesbiti meselesinde ihtilâfa düşmüşlerse; kocanın mirasçıları, mehrin tesbitini inkâr ve yemini reddettikleri taktirde, mehr misli ödemeğe mahkûm olurlar[174].

XI. MUT'AH VEYA TESELLİ HEDİYESİ

Yukarda mehre müteallik izahlarımız sırasında belirttiğimiz gibi, zifaftan önce evlenme talâk suretiyle sona ermişse, kadın mehri müsemmanın yarısını alır. Fakat evlenmenin inikadı anında mehr tesbit edilmemişse, zifaftan evvel evlenmenin kocanın fiiliyle sona ermesi halinde kadına ne vermek gerekecek? Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre, "mut'ah" denen bir hediye vermek gerekir. Kadının "mut"ah" alabilmesi için, hiç mehr almamış olması ve evlenmenin zifaftan önce kocanın fiiliyle sona ermesi gerekir[175]. Mut'ah menşeîni Kur'an'da bulur. Gerçekten El-bakara sûresinin 236. âyetinde "Kendileriyle temas etmediğiniz yahut kendilerine bir mehr tayin eylemediğiniz kadınları

173 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 79-80. BİLMEN, age. II. sh. 154-155. BELLEFONDS, age. II. sh. 244.

174 Bk. CSPE. art. 107. ABD EL FATTAH, age. sh. 96-97.

175 Mut'ah için Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 215-16. BİLMEN, age. II. II. sh. 150-151. ABD EL FATTAH, age. sh. 85-86. CLAVEL, age. I. sh. 59. HALEBİ, age. I. sh. 378.

boşamışsanız bunda üzerinize vebâl yoktur. Onları, zengin olanınız kudretince, darda bulunanızda halince olmak üzere ma'ruf bir fâide ile fâidelendiriniz. Bu, iyilik etmek şiarında bulunanların üzerine bir borçtur."[176]. hükmü yer almaktadır. Hanefi, Şâfiî ve Hanbelî hukukçulara göre, mut'ah koca için gerçek bir borçtur ve yalnız zikredilen halde mecburîdir. Diğer hallerde ise mut'ah verilmesi iyidir[177]. Malikîler ise "âyette mevcut... bu, iyilik yapanların üzerine bir borçtur" ifadesine dayanarak mut'ah'ın mecburî değil ihtiyarî olduğu fikrindedirler. Mehr tesbit edilmeden aktedilmiş evlenme zifaftan evvel boşanma ile sona erdiği taktirde, Malikîler kadına mehri mislin yarısını vermektedirler[178].

Mut'ah'ın miktarı, mahallî âdetler ve eşlerin sosyal ve mâlî durumları nazara alınarak tesbit edilir. Mut'ah elbise olarak verilebileceği gibi, para da olabilir. Fakat miktarı, hiç bir zaman, koca ne kadar zengin olursa olsun, mehri mislin yarısından fazla olamaz[179]. Aşağı haddi ise koca ne kadar fakir olursa olsun 5 dirhem gümüşten aşağı olamaz. İbn Kudama, zengin koca için en az mut'ah'ın bir köle; fakir içinde sokağa çıkarken giyilebilecek bir rob veya bir şal olabileceğini söylüyor[180].

Zifaftan sonra boşanmış olan kadına da, mehri müsemmayı almış olmasına rağmen, bir mut'ah verilmesi iyidir[181].

Mehre ilişkin izahatımıza son vermeden önce kadın tarafından müşterek yuvaya getirilen eşyalardan ibaret olan "cihaz"a da kısaca temas etmek faydadan uzak değildir.

XII. CİHAZ:

1) **Umumî Olarak**:

Mehr koca tarafından kadına verildiği halde, cihaz kadın tarafından getirilir. Ancak her ikisi de kadının mülküdür. Koca cihaza dahil malları, kadının rızası olmadan kullanamaz, onda her hangi bir şekilde

176 Bk. ÇANTAY, Kur'an'ı Hâkim... I. s. II. â. 236. Le Coran (Par. E. MONTET). sourate II. verset 237. Le Coran (Par. R. BLACHÈRE) sourate II. verset 237-238.

177 B. Le Coran (Par E. MONTET) sourate II. verset 242. ÇANTAY, Kur'an... s. II. â. 241., Le Coran (R. BLACHÈRE). sourate II verset 242 /241.

178 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 216.

179 Bk. CSPE. art. 90.

180 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 217.

181 Bk. CSPE. art. 90.

tasarruf edemez. Halbuki Batı hukuk sistemlerinde câri olan dot, kadın tarafından erkeğin istifadesine sunulur. Diğer taraftan İslâm hukukunda kadını cihaz getirmeye zorlıyan hiç bir hüküm yoktur. Bu bakımdan hibe ile ilgili hükümler cihaza da uygulanır. Ancak bazı İslâm ülkelerinde mahallî âdetler o şekilde gelişmiştir ki, babaya kızına bir çeyiz vermek mecburiyeti tahmil edilmiştir. Hattâ kuzey Afrika devletlerinde, babanın kızına, damat tarafından ödenen mehrin iki misli kıymetinde bir çeyiz yapması gerekir[182]. Klâsik İslâm hukukunda cihaz, baba tarafından, kendi mallarından tesis edilebileceği gibi, kadının mehri de bu yolda kullanılabilir.

2) **Mehrin Bir Kısmının Cihaz Tesisinde Kullanılması:**

Koca mehri tayin ederken bundan bir kısmın kadın tarafından cihaz tesisinde kullanılmasını düşünmüş veya bunu şart koşmuş olabilir. Kadının mehr üzerindeki tasarruf hakkını tahdit edeceği gerekçesiyle muteberiyeti münakaşalı olan böyle bir şart Malikîlerce kabul edilmektedir[183]. Gerçekten Malikî mezhebine göre kadın, şu üç şartın tahakkuku halinde mehrinden cihaz yapmaya mecburdur:

A) Kadın mehrini zifaftan önce kabz etmiş olmalıdır. Zifaftan sonra kabz etmişse cihaz gerekmez.

B) Cihaz için mehrden başka bir şey verilmemiş ve verilmesi de âdetten değilse

C) Mehr nakden ödenmelidir. Ancak Malikî müellifler, cihaz tesisi için babayı, kızın mehrine dahil malları satmaya yetkili saymaktadırlar[184].

3) **Baba Tarafından Cihaz Tesisi:**

Baba, mecbur olmadığı halde, reşit kızı lehine kendi parasiyle bir cihaz tesis etmişse; kız cihazı teşkil eden malları teslim anında iktisap eder. Artık o andan itibaren baba cihazı geri alamaz. Ancak malları fiilen teslimi gerekir; aksi halde, kız cihaz konusu mallar üzerinde hak iddia edemez. Kadın cihazı babasının marazı mevtinde teslim almışsa, ancak diğer mirasçıların rızalarıyle mâlik olabilir[185]. Malikî mezhebinde ise, hibe akdin inikadıyle tamam sayıldığından, teslime lüzum yoktur[186].

182 BOUSQUET, age. I. sh. 107. BELLEFONDS, age. sh. 247.
183 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 158. BELLEFONDS, age. sh. 247.
184 Bk. BİLMEN, age. II. sh. 158.
185 Bk. CSPE. art. 113.
186 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 248.

Baba, henüz küçük olan kızı lehine cihaz tesisi için bazı mallar iktisap etmişse; kız, babanın iktisabı anında mâlik olur ve o andan itibaren ne babası ne de diğer mirasçılar tarafından cihaz konusu mallardan mahrum edilebilir; Kızın, malları babasının sağlığında veya hastalığı sırasında hattâ ölümünden sonra teslim alması arasında fark yoktur[187].

Hanefi hukukunda cihaz, cayılması mümkün olmayan bir hibe sayılır. Hanefi mezhebinin esaslarına göre hazırlanmış olan CSPE. 520. maddesinde, kendileriyle evlenilmesi yasak olan akrabalara yapılan hibelerden cayılamıyacağını açıkça belirtmektedir. Malikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri ise tamamen aksi görüşü benimsemişlerdir. Onlar, Peygamber'e atfedilen" baba hariç hiç bir hibe eden hibesinden cayamaz" hadisine dayanarak, cihazın baba tarafından geri alınabileceğine inanırlar[188].

Baba veya mirasçıları, cihaz konusu malların ariyet olarak verildiğini iddia eder ve kadın veya kocası aksini savunursa, ihtilâfın çözümünde mahallî âdetler rehberlik eder. Buna göre, bahis konusu mallardan bir cihaz tesisi usuldense, aksini isbat etmedikçe, baba veya mirasçılarının talebi reddedilir. Mahallî âdetler iddia edilen malların, O kadının sosyal seviyesinde bir kadın için cihaz tesisinde kullanılamıyacağını doğrularsa, kadının veya ölümü halinde kocasının talebi reddedilecektir[189].

Karı koca arasında çıkabilecek ve evde kullanılan mobilya veya diğer eşyalara ilişkin ihtilafların hallinde ise, eşyaların normal olarak daha çok kime yaradığı hususu nazara alınır[190].

Yukarda mehre ilişkin olarak vermiş olduğumuz izahat klâsik İslâm hukuku esaslarına göredir. 20. Yüzyılın ilk çeyreğinde ve ortalarında muhtelif İslâm ülkeleri, İslâm Aile hukukunun tedvini yoluna gitmişlerdir. Şimdi çok kısa bir şekilde, belli başlı İslâm Aile hukuku kodlarında mehrin tanzim şeklini gözden geçireceğiz:

XIII. 20. YÜZYILDA YAPILMIŞ OLAN İSLÂM AİLE HUKUKU KANUNLARINDA MEHRİN TANZİMİNE KISA BİR BAKIŞ

İslâm Aile hukukunun 20. yüzyılda gerçekleştirilen ilk esaslı tedvin denemesi, 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesidir[191].

187 Bk. CSPE. art. 114.

188 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 248.

189 Bk. CSPE. art. 117.

190 Bk. CSPE. art. 118.

191 Bu kanunun hükümlerini tezimizin II. bölümünde inceliyeceğiz. Kanun metni için Bk. Düstur. II. t. C. 9 sh. 762 vd. Ayrıca Bk. ANSAY, S. Ş. Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar. Ankara 1952.

Daha sonra 1951 tarihli Ürdün, 1953 tarihli Suriye, 1956 tarihli Tunus 1958 tarihli Fas, 1959-60 Irak tarihli kanunlariyle, Pakistan'ın 1961 tarihli Aile Hukuku kararnamesini zikredebiliriz. Bu kanunlardan ikisi (Tunus ve Fas) Malikî mezhebinden; diğerleri de Hanefi hukukunun esaslarından mülhemdir. Şimdi mehr konusunda bu kanunlarda yer alan önemli hükümlere kısaca bir göz atacağız:

1) **Mehrin Evlenme Akdindeki Rolü**:

Hanefi mezhebinden mülhem kanunların hepsinde mehr, klâsik İslâm hukukunda olduğu gibi, evlenmenin zorunlu bir neticesi olarak kabul edilmiştir. Yani evlenme akdinde mehrden hiç bahsedilmemiş veya hiç verilmiyeceği kararlaştırılmış olsa bile, evlenme muteber oiup, kadına mehri misl vermek gerekir.

Malikî mezhebinin esaslarına göre hazırlanmış olan Tunus, kanunu, 3. maddesinde evlenmenin kurucu unsurlarını; tarafların iradesi, iki şahidin huzuru ve bir mehrin tesbit edilmesi olarak sayıyor. Fas kanunu ise daha müphem bir ifade kullanarak, kadın lehine bir mehr tesbitinin gerekli olduğu ve mehri tamamiyle bertaraf etmenin yasak olduğu hükmünü getirmektedir[129]. Görülüyor ki bilhassa Tunus kanunu, "mehirsiz evlenme olmaz" prensibini halen muhafaza etmektedir. Ancak müelliflerin çoğunun yaptığı gibi mezkûr prensibi, hiç mehr ödenmiyeceğinin kararlaştırılamıyacağı şeklinde tefsir etmek gerekir. Böyle bir şart evlenmeyi hükümsüz kılar. Zifaf vukubulmuşsa, artık evlenme muteber sayılır ve kadına mehri misl verilir[193].

2) **Mehrin Aşağı Haddi Olarak Tesbit Edilmiş Olan Miktarlar Terkedilmiştir**:

Hanefi mezhebinin mehrin aşağı haddi olarak tesbit ettiği 10 dirhem gümüş esası ilk defa 1917 tarihli Hukuki Aile kararnamesinde terkedilmiştir. Kararnamenin gerekçesinde, bu miktarın artık günümüzün hayat şartları karşısında hiç bir şey ifade etmediği belirtilmekte ve mehrin tayini tarafların serbest iradesine bırakılmaktadır[194].

---

192 Bk. La Moudawwana art. 5. alinéa. 2.

193 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 251. Aksi fikirde, COLOMER, Le code du statut personnel marocain, Alger 1962, sh. 59, 63.

194 Bk. Münâkahat ve Mufârekat Kararnamesi Esbabı Mucibe Layihası. ANSAY, age. sh. 28.

Irak ve Suriye kanunları da bu yolda Osmanlı kanununu izlemişlerdir[195]. Fas kanunu 17. maddesinde mehrin maksimum ve minimumu yoktur" hükmüyle Klasik Malikî hukukunun kabul ettiği 5 dirhem gümüş esasını terketmiştir. Tunus kanunu ise 12. mad. nin 2. fıkrasında "mehrin miktarı uygun olmalıdır" hükmüyle mehrin tesbitini tarafların iradesine bırakmıştır.

3) **Mehrin Konusu:**

Klâsik İslâm hukukunda bu konuda mevcut teferruat terkedilmiştir. Suriye ve Fas Ahvali Şahsiye Kanunları muteber bir borcun konusu olabilen her şeyin mehr tesisine müsait olduğu "hükmünü ihtiva etmektedirler. Tunus kanunu ise 12. maddesinde, "mehrin konusunun parayla kabili taktir bir şey olması gerektiği esasını benimsemiştir[196].

4) **Mehrin Ödenmesi:**

Gerek Hanefi ve gerekse Malikî kanunlar, bu konuda tarafların serbestçe anlaşabilmelerine cevaz vermek suretiyle Klâsik hukukun çözüm tarzını teyid etmişlerdir.

5) **Mehri Teyid Eden Veya Kısmen Yahut Tamamen Kaldıran Haller:**

Bu konuda yukarda ilgili bölümde vermiş olduğumuz esaslar, mezkûr kanunlar tarafından aynen kabul edilmiştir[197].

Mehrin ödenmemesinin neticeleri konusunda da kanunlar, bağlı oldukları mezhebin esaslarından ayrılmamışlardır. Yalnız 1951 tarihli ürdün Aile hukuku kodu, 55. maddesinde, Malikî Hezhebinde olduğu gibi, mehri muaccelin ödenmemesi halinde, kadına zifaftan önce evliliği feshettirme hakkını tanımıştır. Bilindiği gibi, Malikî mezhebine göre, mehri muaccelin kısmen veya tamamen ödenmemesi halinde, kadın zifaftan önce evlenmeyi feshettirebilir. Hanefi mezhebi ise kadına bu imkânı tanımamıştır. [198].

195 Bk. Code syrien du statut personnel art. 54.
196 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 252-253.
197 Bk. ANSAY, age. BELLEFONDS, age. II. sh. 253.
198 Bk. BK. BELLEFONDS, age. II. sh. 254-255.

§. 7. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. UMUMÎ OLARAK:

Hukukî olduğu kadar ahlâkî bir birlik olan evlilik birliği bazen sarsılır ve hattâ yıkılma tehlikesi ile karşılaşır. Bu duruma eşlerden birinin veya her ikisinin davranışları sebebiyet vermiş olabilir. Eşler boşanma yoluna başvurmak suretiyle böyle bir evlilikten kurtulabilirler. Fakat evlilik birliğinin korunması da eşlerin olduğu kadar toplumun da menfaati vardır. Aile toplumun çekirdeği sayıldığı cihetle, bu müesseseyi dolayısiyle evlenmeyi tanzim eden kaideler sosyal niteliği baskın kaidelerdir. Bu sebeble hâkim muayyen hallerde evlilik birliğini koruyucu tedbirler alabilir. Fakat hâkimin bu konudaki müdahalesi re'sen olmayıp, eşlerden birinin talebi gerekir. Çünkü sosyal niteliğine rağmen evlenme mahrem bir mahiyet taşır. Evlilik birliğini koruma tedbirleri aynı zamanda, birlik içinde kocaya nazaran zayıf durumda bulunan karıyı da korumak gayesini güder[1].

II. İSLÂM HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

İslâm hukuku, karıyı kocasına karşı korumak için bazı esaslar kabul etmiştir. Kocanın karısına karşı kadi'ye gitmesine lüzum yoktur. Çünkü İslâm, evlenmede kocaya geniş yetkiler vermiştir. Kocanın ödevlerini yerine getirmemesi veya hakkını kötüye kullanması halinde, kadın kadi'nin müdahalesini istiyebilir. Örneğin, kocanın karıya kötü muamelesi, nafaka mükellefiyetini yerine getirmemesi, eşler arasında adaleti gözetmemesi halleri kadi'nin müdahalesini istemeğe hak verir[2]. Kadi önce kocaya bir ihtarda bulunarak ona ödevlerini hatırlatır. İkrarın semeresiz kaldığını gören kadi yerine göre, kocayı tazirle cezalandıra-

1 Bk. VELİDEDEOĞLU, age. sh. 116-117. FEYZİOĞLU, age. sh. 177.
2 Bk. CSPE. art. 159, 176. 211.

bilecek ve bazen hapsedebilecek veya mallarını cebri icra ile sattırmak yoluna gidebilecektir[3].

Eşler arasında geçimsizlik varsa, kadi onları hakem önüne de gönderebilir. Hakemler iki kişi olup, tercihan biri kadının diğeri de kocanın ailesinden seçilir. Hakemler karı kocanın şikâyetlerini dinlerler ve onları uzlaştırmak için her türlü çareye başvururlar. Sonuç alamazlarsa, önceden eşler tarafından yetkili kılınmış olmak şartiyle, boşanmaya karar verirler. Ancak hakemlerin kararı kadinin tasdikinden sonra icraîlik kazanır[4].

İfade etmek gerekir ki yukarda izaha çalıştığımız esasların pratik değeri yok gibidir. Evlilik birliği bir kere sarsılmışsa, adlî kararlarla onu sulhe kavuşturmak çoğu zaman mümkün değildir. Kaldı ki, koca talâk yetkisini kullanarak her zaman evlenmeye son verebilir[5]. Kadi'nin müdahalesi, bir konuda, kadının nafakasının ödenmemesi halinde müessir olmaktadır. Kadi, karısına borçlu olduğu nafakayı ödemeyen kocayı hapsedebileceği gibi, mallarını da cebri icra ile sattırabilir[6].

III. EVLENME AKDİNE DERCİ MÜMKÜN ŞARTLAR

Burada bahse konu olan şart gerçek anlamda şart olmayıp, eşlerin evlenmenin normal neticelerini değiştirmeğe matuf ihtirazî kayıtlarından ibarettir. Çünkü evlenmenin inikadı veya sıhhati vukuu meşkûk bir hadiseye bağlanamaz. Gerçek şart vasfını taşımayan kayıtlara gelince; Hanbelî mezhebi hariç diğer mezhepler, tarafların istedikleri şekilde, şeriat kaidelerinin neticelerini değiştirmelerini hoş karşılamamaktadırlar. Fakat hukukî muamelenin esaslı neticelerine müessir olmayan kayıtlar bütün mezheplerce kabul edilmiştir. Bu konuda en liberal ekol Hanbelî mezhebidir. Buna göre şeriatın açıkça yasaklamadığı bütün kayıtlar evlenme akdine dercedilebilir[7]. Bunlara yardımcı şartlar da diyebiliriz. Yardımcı şartlar bilhassa kadının menfaatine hizmet eder. Koca

---

3 Bk. CSPE. art. 159, 176. Eşlerin hak ve ödevlerini incelerken bu konuya temas ettiğimizden burada tekrar üzerinde durmıyacağız.

4 Bk. CSPE. art. 210.

5 Aynı fikir. HÜSEYİN CAHİD, age. sh. 51-52.

6 Bk. KUDURİ Muhtasar (traduction Par BOUSQUET-BERCHER) sh. 60-64. CSPE. art. 176.

7 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 89. Evlenme akdine derci mümkün şartlar konusunda ayrıca Bk. JOLY, age. sh. 64-68. VAN DEN BERG, age. II. sh. 381-383. PESLE, age. sh. 134-139.

her zaman talâk yetkisine sahiptir. Dilediği zaman hoşuna gitmiyen karıyı boşayabilir. Kadın bu imkâna sahip olmadığından ancak yardımcı şartlar sayesinde evlenmede kocaya karşı arzu ettiği serbestiyi kazanabilir.

Şimdi evlenme akdine derci mümkün olan yardımcı şartlar konusunda mezheplerin görüşlerine kısaca temas etmek istiyoruz.

1) **Hanbelî Mezhebinde**:

Hanbelîler evlenmenin esasına aykırı olmayan ve kadına faydalı olan bütün kayıtları yani yardımcı şartları muteber kabul ederler. Örneğin, koca karısını memleketinden, çıkarmamayı yahut kendi evinde oturmasına izin vermeyi taahhüt edebilir. Kadın kocasının monogam kalmasını veya cariye almamasını şart koşabilir.

Koca lehine bir şart bahse konu olduğu zaman Hanbelî mezhebi aynı toleransı göstermiyor. Daha açık bir ifadeyle, koca tarafından bir takım kayıtlar konması halinde fikirler farklılık göstermektedir. Örneğin, koca karısının bâkire olmasını şu veya bu vasıfları taşımasını şart koştuğu halde kadın istenilen şartları haiz değilse İmam Hanbelî' nin fikrine göre koca evliliği feshedebilir; aynı imama atfedilen diğer bir fikre göre ise kocanın bu halde fesih yetkisi yoktur[8].

İbni Taymiya göre, İmam Hanbel'e izafe edilen bu iki fikirden doğru olanı, koca lehine konan şartların da muteber olduğu ve binnetice yerine getirilmemiş olması halinde evlenmenin feshedilebileceği fikridir[9].

2) **Hanefi, Malikî ve Şafiî Mezheplerinde.**

Bu mezheplerin görüşüne temas etmeden önce evlenme akdine konabilecek kayıtlar veya yardımcı şartlar arasında bir ayrım yapmak gerekir.

A) Kanuna uygun olan şartlar:

Bunlar evlenmenin normal neticelerini teyid eden şartlardır. Örneğin, kocanın karının nafakasını temin edeceğine dair kayıt. Bunlar hukuken muteber olmakla beraber, önemi haiz değildirler. Çünkü mevcudu tekrardan başka bir işe yaramazlar[10].

8 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 91.

9 Bk. BELLEFONDS, age. II. 91.

10 Bk. PESLE, age. sh. 134. VAN DEN BERG, age. II. sh. 382. BELLEFONDS, age. II. sh. 91.

B) Kanuna aykırı olan şartlar:

Kanuna aykırı şartlar bâtıldır; bunlar yok farzedilir ve evlenme muteber olarak kalır. Fakat Malikîler ancak zifaftan sonra evlenmeyi, bâtıl şarta rağmen muteber kabul ederler. Zifaftan önce, bâtıl şart bizzat evlenmeyi de bâtıl kılar[11].

Hanefilere göre, evlenmenin gayesiyle bağdaşan yahut âdetçe kabul edilmiş olan yardımcı şartların evlenme akdine derci kabul edilmiştir.

Şâfiî ve Malikîler ise, bir yardımcı şartın muteber bir şekilde akde derci için, eşlerden birine faydalı olması gerektiği görüşündedirler. Tabiî bu şartların evlenmenin normal neticeleriyle çatışmaması gerekir.

Fakat bu üç mezhep, evlenmeye ilişkin kaideleri ihlâl etmemesine rağmen, gerçekten zararlı olan şartları reddetmektedirler. Örneğin, kadının evlenmeden sonra babasının evinde kalmağa devam edeceği, erkeğin monogam kalma mecburiyeti, eşlerden birinin fizikî ve ruhî durumlarına ve mesleklerine ilişkin şartlar zararlı telâkki edildiği cihetle kabul edilmemektedir[12]. Yalnız kefaete ilişkin esaslar saklıdır. Ancak Malikî ve Şâfiî mezheplerinde kocanın yetkilerini kısıtlamayan yardımcı şartların hoş görülmesi yolunda bir temayül mevcuttur[13]. İşaret etmek gerekir ki, yardımcı şartların kocanın yetkilerini kısıtlamaması kaydı, yardımcı şartların kabulü gayesiyle pek bağdaşmaz. Çünkü yardımcı şartlar daha çok kadına kocası karşısında bir hareket serbestisi sağlamak ve ona bazı haklar temin etmek gayesine matuftur.

Çağdaş İslâm kanun koyucusu, yardımcı şartlar konusunda klasik Hanbelî hukukunun liberalizmini kabul etmek cesaretini göstermemiştir. Endişe edilen husus, İslâmî evlenmenin zaten mevcut kararsızlık karakterinin, yardımcı şartlarla daha da kuvvetlendirilmiş olacağıdır. İslâm Aile hukukunun ilk esaslı kanunlaştırma denemesi olan 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile kararnamesi, tek ve önemli bir yardımcı şart kabul etmiştir. Bu da kocanın monogam kalması şartıdır[14].

1951 tarihli Ürdün kanunu, 21. maddesinde daha liberal bir davranışla, kadın veya erkek lehine olan her türlü yardımcı şartı muteber

11 Bk. VAN DEN BERG, age. II. sh. 382. BELLEFONDS, age. II. sh. 91. PESLE, age. sh. 134.

12 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 92.

13 Bk. BELLEFONDS, age. II. sh. 93-94.

14 Bk Gerçekten HAK. nin 38. maddesi "üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartiyle bir kadını tezevvüç sahih ve şart muteberdir." hükmünü ihtiva etmektedir.

kabul etmiştir. Fakat Ürdün kanun koyucusunun daha çok kadını düşünmüş olduğu, aynı maddede mevcut "konulan kayda koca tarafından riayet edilmezse, evlenme kadinin talebi üzerine feshedilir" hükmünden anlaşılmaktadır.

Buna mukabil Tunus (Md. 28), Suriye (Md. 14), Fas (Md. 38), Irak ahvali şahsiye kanunları (md. 6) aşağı yukarı "şeriatın kocaya tanıdığı yetkileri kısıtlamayan ve evlenmenin esasına yahut gayesine aykırı olmayan yardımcı şartlar muteberdir" şeklinde bir prensip kabul etmekle Ürdün kanununa göre daha muhafazakâr bir tutum içine girmişlerdir. Zira, şartın kabulü için nazara alınan esaslar tereddüdü mucip olabilecek mahiyettedir. Ancak Fas kanunu, riayet edilmemesi halinde evlenmenin feshini gerektiren iki yardımcı şart kabul etmiştir. Bunlardan biri erkeğin monogam kalması; diğeri de kadının memleketin kamu hizmetleriyle uğraşabilmesidir[15].

Görülüyor ki, yardımcı şartlar veya kayıtlar, daha çok kadının lehine bir çare olarak hizmet ediyorlar.

15 Bk. Fas kanunu (La Moudawwana) Md. 31. 38.

§. 8. EVLENMENİN İSBATI

I. UMUMÎ OLARAK

İslâm hukuku, tarafların icap ve kabulünü evlenmenin inikadı için yeterli görmüştür. Fakat bu kolaylık bir güçlüğü beraberinde getirmiştir. Bu, evlenmenin isbatı meselesidir. Muntazam nüfus sicillerinin tesis edildiği modern hukuk sistemlerinde ve evlenme akdini yazılı şekle tâbi tutmuş olan eski ve yeni hukuklarda evlenmeyi isbat etmek çok kolaydır. İslâm hukuku evlenmenin yazılı şekilde tesbitini istemediği gibi nüfus sicili müessesesine de yabancıdır. Bu durum çeşitli ihtilâflara sebeb olmuştur. Kötü niyetli bazı erkekler karılarına karşı hükümlü oldukları ödevlerinden kurtulabilmek için onlarla evli olmadıklarını ileri sürmüşler veya aksini iddia etmişlerdir. Evlenmenin varlığını sıhhatli bir şekilde isbat edebilmek için muhtelif isbat vasıtalarına başvurulmuştur.

II. EVLENMENİN İSBATINA YARAYAN USULLER

Evlenmenin isbatında kullanılan başlıca isbat vasıtaları şunlardır[1].

1) **İkrar veya İki Taraflı Beyan**

2) **Şahadet**

3) **Yemin**

1) Bir kimse bir kadının eşi olduğunu iddia eder ve kadın da bunu kabul ederse, evlenme isbat edilmiş olur. Bu şekilde evlenmenin subutu için ilgili erkek ve kadın arasında mutlak veya nisbî evlenme engellerinden hiç biri bulunmamalıdır. Hal böyle ise, kadın kocadan

1 Bk. CSPE. art. 145-149. ABD EL FATTAH, age. sh. 104. vd. MILLIOT, age. sh. 320-322. CLAVEL, age. I. sh. 98. vd.

nafaka isteyebilir; birinin ölümü halinde, sağ kalan eş ölenin mirasçısı olur[2].

Kadın, belli bir kimse ile evli olduğunu iddia eder ve o kimse, karının sağlığında, bu iddiayı kabul ederse, evlenme isbat edilmiş olur ve ölümü halinde koca, karının mirasçısı olur. Koca karının iddiasını onun ölümünden sonra kabul etmişse, artık mirasçısı olamaz[3].

2) **Şahadet**:

Evlenme iradelerinin iki şahit huzurunda açıklanmasının İslâmî evlenmenin kurucu şeklî şartlarından biri olduğunu ve kimlerin evlenmede şahit olabileceğini önceki izahlarımız sırasında belirtmeğe çalışmıştık. İslâm hukukunda, akdin inikadı anında şahit olabilmek ve mahkemede herhangi bir vakıa hakkında şahadette bulunmak birbirinden farklı olup ayrı ehliyet şartlarını icabettirir. Evlenmenin akdi anında şahit olacak kimseler, evlenecek kadın ve erkeğin usul ve füruu veya yakınları arasından seçilebileceği halde, birisiyle evlenme akdettiğini iddia eden karı veya kocanın füruğu olan kimselerin şahadeti, evlenmenin isbatında geçerli sayılmaz. Füruğun şahadeti, karşı tarafça, onların kendi usulleri aleyhinde başvurulduğu taktirde, muteber kabul edilir[4]. Nikâhın isbatı için bilgisine başvurulacak şahitlerin, nikâhın akdi sırasında hazır bulunmaları da şart değildir[5].

Malikîler, evlenmenin isbatı konusunda kadınların şahadetini kabul etmezler. Onlara göre ancak iki erkek şahidin şahadeti evlenmenin isbatına yarar. Ayrıca şahitlerin âdil olması ve dinsizlik olarak vasıflandırılabilecek davranışlarda bulunmamış olmaları gerekir[6].

---

2 Bk. CSPE. art. 148.

3 Bk. CSPE. art. 149. CLAVEL, age. I. sh. 102-103. ABD EL FATTAH, age. sh. 105-106.

4 Bk. CLAVEL, age. I. sh. 99. CSPE. art. 146.

5 Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin bu konuda vermiş olduğu bir kararı burada zikretmeyi faydalı bulduk: "Tanık Ali, Havva ile Ömer'in evlendiklerini duyduğunu bildirmiş tanık Ahmet bu kişilerin düğün yaparak bir araya geldiklerini söylemiş; İsmail ise, usulen dinî nikâh yapılarak birleştiklerini, hattâ nikâh sırasında dahi hazır olduğunu, fakat nikâhı akteden din adamı ve nikâh tanıklarını hâtırlıyamıyacağını ifade etmiştir. *Eski hükümlere göre, aktedilen nikâhın sübutu için şahitlerin nikâh sırasında hazır bulunmaları şart değildir.* Kaldı ki, İsmail Erkan nikâhın vukuuna da şahadet etmiştir. Şahitlerin birbirini tamamlayan beyanları ve olayların tabiî akışı karşısında nikâhın sübutuna karar verilmesi gerekirken tanık sözlerinin hükme yetersiz sayılarak davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır."

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi. 7.3.1972 ta. 1317 Esas no ve 1366 nolu kararı. Karar için Bk. Ankara Barosu Dergisi 1972, yıl 29.s. 3. sh. 496.

3) **Yemin**:

Diğeri ile evli olduğunu iddia eden bir kadın veya erkek, iddiasını isbat edecek deliller getirememişse, son çare olarak davalıya yemin teklif eder. Davalı yemini kabul ederse, davacının iddiası reddedilmiş sayılır. Aksi halde davalının talebi haklı sayılır ve iddia ettiği gibi, davalı ile aralarında bir evlenmenin varlığına hükmedilir[7].

Evlenme iradelerinin beyanından sonra, isbat gayesiyle, bir vesika tanzim edilmesine hiç bir engel yoktur. Aksine Kur'an II. sûrenin 282. âyetinde, müminlere hukukî muamelelerini yazdırmalarını yani bir senede bağlamalarını emretmektedir.

Mısır kanun koyucusu 1910 yılında, evlenmenin yazılı delille isbatı mecburiyetini koymuştur. Yalnız bu mecburiyet sadece eşlerden birinin ölümünden sonra, sağ kalan eşin evlenmeyi inkârı haline münhasırdır. Evlenmenin tesbitine ilişkin ihtilâf mahkemeye geldiği zaman her iki eş de hayatta ise, yukarda izah ettiğimiz isbat vasıtalarına başvurulur. Evlenmenin isbatı için aranan vesikanın resmî olması şart olmayıp ölen eşin el yazısıyle yazılmış ve imzalanmış olan adî bir vesika yeterlidir[8].

Morand, Cezayir için hazırlamış olduğu İslâm hukuku kodu öntasarasında (Md. 54) evlenmenin isbatı için kadi tarafından tanzim edilmiş resmî bir senet ibrazı mecburiyetini tahmil ediyordu. Yalnız böyle bir vesikanın münakaşasız isabat gücünü haiz olması için, kadi tarafından tutulan sicillerin muntazaman tutulmuş olması ve her türlü tahrif şüphesinden uzak bulunması gerekir.[9].

---

6 CLAVEL, age. I. sh. 99. ABD EL FETTAH, age. sh. 106.
7 CSPE. art. 145. ABD EL FATTAH, age. sh. 106-107.
8 ABD EL FATTAH, age. sh. 109-111.
9 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 112-113.

OSMANLI HUKUKUNDA EVLENME

İKİNCİ BÖLÜM

OSMANLI HUKUKUNDA EVLENME

§ 1. İSLÂM'DAN ÖNCE TÜRKLER'DE EVLENME

Türklerin İslâm'dan önceki dinleri Şamanlıktı. Türklerin sonradan kabul etmiş oldukları ilk din İslâmiyet değildir. İslâmiyetten önce, Türkler zaman zaman ve yer yer Budizm, Mazdeizm, Maniheizm, Nestorianizm gibi din veya mezhepleri de kabul etmişlerdir. Kabul etmiş oldukları bu dinlerin Türklerin hukuku ve sosyal hayatı üzerine tesir edeceği tabiîdir. İslâmiyetten önce, Türkler kendilerine has bir hukuk sistemi kurmuşlardı. Bilhassa özel hukuk sahasında, Türklerin ileri bir zihniyete sahip olduklarını, Uygurlardan kalan hukukî belgelerden açıkça anlamaktayız[1].

Türkler, X — XI. asırda toptan İslâmiyeti kabul etmişler ve bundan sonra İslâm hukukunu ve kültürünü benimsemişlerdir. İslâmiyetin fazlaca tesiri altında kalan Türkler kendi öz hukuklarını büyük ölçüde terketmişlerdir. Osmanlı hukukunda evlenmeyi incelerken, Eski Türk hukukunda evlenmeye de kısaca temas etmek gerekir. Evlenme konusunda, eski Türk hukuku ile İslâm hukuku arasında bir çatışma olmuş mudur? İslâm tesirine rağmen varlığını koruyabilmiş Eski Türk Aile Hukuku müesseseleri var mıdır? gibi sorulara da cevap verebilmek ancak Eski Türkler de evlenmeye kısaca bir gözatmakla mümkün olacaktır.

I. ESKİ TÜRKLER'DE AİLE VE EVLİLİK ANLAYIŞINA KISA BİR BAKIŞ

Eski Türk hukukunu incelemek için başvurulan başlıca kaynaklar: Çinlilerin Türkler hakkında yazdıkları eserler, epigrafik, arkeolojik

1 Bk. RADLOFF, V; Altuigurische sprachdenkmaeler aus Turfan. sh. 55 vd. ARSAL, sh. 55 vd. ARSAL, S; Türk Tarihi ve Hukuk. İstanbul. 1947. sh. 82-83 vd. ÜÇOK, age. sh. 27-31.

ve etnografik kaynaklarla, dil üzerinde yapılan incelemelerdir. Fakat bu kaynakların hiç biri doğrudan hukuk kaynakları olmayıp, ancak dolayısiyle hukukî müesseselerin izahına yardımcı olurlar. Ne var ki eski Türk hukuku hakkında kesin bilgiler veren hukukî incelemeler de yoktur. 19. Yüzyılda Türkistan'a ve uzak Doğu'ya giden Avrupalı seyyahların hatıralarından da Türklerin özel hukukuna ve aile hayatına ilişkin bilgiler çıkartmaktayız.

Bu kaynaklara göre, eski Türkler aileye büyük önem vermişlerdir. Aile, baba hâkimiyetine dayanan patriakal aile tipindedir. Akrabalığı ifade eden tâbirlerin hepsi de baba ailesi fikrini doğrulayıcı mahiyettedir[2].

Bununla beraber, eski Türklerde kadının hukukî durumu çağdaş toplumlara göre, çok iyidir. Eski Türkler kadınlar hakkında saygı değer ifadeler kullanmışlardır. Hanım, begüm, bike, eke gibi tabirler bu arada sayılabilir. Çin kaynakları, eski Türk İmparatoriçelerine yen-şi dendiğini kaydederler[3]. Gene Çin kaynaklarının naklettiğine göre, bilhassa evli kadınlara karşı işlenen suçlar şiddetle cezalandırılmıştır. Örneğin, evli bir kadını öldüren idam edilir; bir genç kızı kirleten erkek ağır bir para cezasına mahkûm olur ve kızla evlenmek zorundadır[4]. Kadın, babasının veya kocasının velâyeti altında olmasına rağmen, askerlik ve devlet memuriyeti hariç, toplumsal ve dinî hayatta önemli bir rol oynamaktadır. Sık sık yapılan savaşlar kadına ev işlerinin idaresinde geniş bir serbesti sağlamış ve savaş zamanlarında teessüs eden bu durum barış zamanlarında da devam etmiştir. Kadın erkekten kaçan ve haremde yaşayan bir varlık değildir. Dinî merasimlere iştirak eder ve hattâ dinî törenlerde başkanlık da yapar[5].

Türk hükümdarları yabancı sefirleri kabul ettikleri zaman, karıları da resmî kabule iştirak ederlerdi. M. S. 981 senesinde Çin imparatoru,

---

2 Bk. ARSAL, S. M; age. sh. 33. ÇANDARLI, age. sh. 17.

3 Bk. GÖKALP, Z. Türk Ailesinin Bünyesi, Yeni Mecmua, c. I. Sy. 23 sh. 441-444. 13 K. evvel 1917, GÖKALP, Aile ahlâkı ve Türk Ailesinin Temelleri. YM. c. I. Sy. 22. sh. 421-424. 2. K. evvel 1917.

4 Bk. JULIEN. S. A; Documents historiques sur les To-kioué (turcs), traduit du Chinois Par JULIEN, S. A: Paris 1877. sh. 9. Bk. TEKVE HAN Kanunu. Md. 9. ARSAL, age. sh. 162. AFETINAN, A. Atatürk ve Türk Kadın Haklarının Kazanılması, Tarih boyunca Türk Kadınının hak ve Görevleri. İst. 1968. sh. 28.

5 Bk. ARSAL, age. sh. 338. Ayrıca Bk. ÜÇOK, age. sh. 22. ÇANDARLI, age. sh. 18. 18. GÖKALP, Aile Ahlâkı ve Türk Ailesinin Temelleri, YM. C. I. Sy. 22. sh. 421-24. 2 K. evvel 1917.

Güney Uygur hükümdarı Arslan Han'a bir elçi göndermiştir. Elçi imparatoruna verdiği raporda uygurların yüksek bir medeniyete sahip olduğunu gösteren bilgiler vermektedir. Bu arada elçi şerefine yapılan kabul merasimine Han'ın karısının ve çocuklarının da iştirak ettiği bildirilmektedir[6]. "Bizans elçilerinden müverrih Priskas, Atilla'nın huzuruna gittiğini anlatırken, Kraliçe Rekka'nın kendisini karşıladığını yazıyor"[7]. Bu dahi eski Türk kadınının hukukî durumunu göstermeğe yeter.

Evlenmede eşlerin rızasından başka ana babanın da rızası gereklidir. Ancak ana baba evlenecek erkek veya kızlarının temayülünü nazara alırlar.

Evlenmenin önemli şartlarından biri de erkeğin veya velisinin yahut akrabalarının kızın babasına bir miktar mal vermesidir. Miktarı tarafın sosyal ve ekonomik durumlarına göre değişen bu mala "kalın" tâbir edilir[8]. Önemine binaen kalın'a aşağıda ayrıca temas edeceğiz.

Yakın kan hısımlığı evlenme engeli teşkil eder. Evlenme için muayyen bir yaş şartı yoktur. İslâm hukukunda olduğu gibi, baba veya veli çocuklarını küçükken evlendirebilir. Yalnız karı koca hayatı, eşlerin bülûğa ermelerinden sonra başlar[9]. Kadın kendinden aşağı durumda olan bir erkekle evlenemez[10] Görülüyor ki İslâm hukukunda önemli bir yer işgal eden kefaet meselesi eski Türk hukukunda da mevcuttur.

Uygulamada çok seyrek olmasına rağmen, eski Türklerde teaddüdü zevcat da mevcuttu. Birden fazla kadınla evlenme halinde, kadınlardan biri baş kadın sayılır. Evlenme tarihi eski olan yahut babasının soyu asil olan kadın evde baş kadın olur ve diğer kadınlar ona hürmet gösterirler[11]. Eski Türklerde mevcut üvey ana ve yenge ile evlenme (Levirat) mecburiyeti, bu toplumda birden fazla kadınla evlenme usulünün varlığını gösteren kuvvetli bir delildir[12].

---

6 ARSAL, age. sh. 321-322.

7 AFETİNAN, age. sh. 28.

8 Kalın hk. Bk. MEHMED HIFZI, Le lien du mariage à travers l'histoire juridique turque. Thèse pour le doctorat. Paris. 1936. sh. 23-28. TİMUR, H. Eski örfî Hukukumuzda Nişanlanma ve Kalın Müessesesi. Ebubula Mardin'e Armağan, İst. 1943 sh. 1138 vd. LEVCHINES, A; Descriptions des Hordes et des Steppes des Kirghyz-Kazaks, traduit du Russe par PIGNY, Paris 1840, sh. 358-360. ARSAL, age. sh. 335. AFETİNAN, age. sh. 28.

9 Bk. ARSAL, age. sh. 334. -335.

10 Bk. ÜÇOK, age. sh. 22. AFETİNAN, age. sh. 28.

11 Bk. M. HIFZI, age. sh. 48-51. ARSAL, age. sh. 336.

12 Bk. ÜÇOK, age. sh. 22. ARSAL, age. sh. 336.

Ailede, karı koca birbirlerine mutlak sadakat borçludurlar. Türkler ailede sadakat meselesine büyük önem vermişlerdir. Evli bir adamın zinası eski Türk hukukunda idamla cezalandırılırdı. Cengiz yasası, Kazak Tevke Han'ın kanunları da zinayı aynı ceza ile cezalandırmıştır[13].

II. ESKİ TÜRKLER'DE KALIN

Eski Türkler, İslâm hukukundan farklı olarak nişanlanma müessesesine önem vermişlerdir. Erkek ailesi kız ailesine bir elçi yollar; kızın babası teklifi kabul ederse kalın tesbit edilir[14].

Kalın, erkek veya ailesi tarafından kızın babasına veya ailesine verilen ve miktarı tarafların malî ve sosyal durumuna göre değişen muayyen eşya veya hayvandan ibarettir. Kalının aşağı ve yukarı haddi tesbit edilmiştir. [15]. Kalın dört kısma ayrılır ve her kısım ayrı bir amaca tahsis olunur:

1) **Kara-mal**: Bu kısım, kızın babasına verilir. Baba aldığı kalını kızın çeyizini hazırlamada kullanır.

2) **Yelü**: Erkeğin nişanlısını ilk ziyaretinde ona verdiği hediyedir.

3) **Tüy-mal**: Miktarı 20-60 at arasında değişen ve düğün masraflarını karşılamak üzere verilen hediyedir.

4) **Süt Hakkı**: Kızın anasına nişanlı erkek tarafından verilen hediyedir[16].

Mehr hakkında olduğu gibi, kalının hukukî mahiyeti konusunda da müellifler arasında fikir birliği yoktur.

III. KALININ HUKUKÎ MAHİYETİ

Kalın kıza mukabil babaya ödenen bir satış bedeli midir? veya ana babaya ödenen ve kızın yetiştirilmesi için yapılan masraflara iştirak midir? Yoksa nezaketen verilen bir hediye midir? İşte bu sorular kalının mahiyeti hakkında müellifleri farklı görüşleri savunmaya götürmüştür.

---

13 Bk. ARSAL, age. sh. 337. TEVKE HAN Kanunu Md. 9. ARSAL age. sh. 162. de. Bk. CENGİZ Han'ın Büyük Yasası. Md. 1. ALINGE, K. Moğol Kanunları (Çev. C. ÜÇOK) Ank. 1967 sh. 142.

14 Bk. JULIEN, age. sh. 10.

15 Bk. TİMUR, agm. E. MARDİN'e Armağan sh. 1140. M. HIFZI, age. sh. 23. vd.

16 Bu ayrım için Bk. M. HIFZI, age. sh. 23-25. TİMUR, agm. M. MARDİN'e Armağan. sh. 1140.

1) **Kalın Bir Satış Bedelidir:**

Bu fikre göre, kalın kızın fiyatıdır. Evlenme bir satıştan başka bir şey değildir. Kalın da bu satışın bedelidir[18].

2) **Kalın Kızın Yetiştirilmesi Masraflarına İştirakten İbarettir:**

Bu görüşü savunan müelliflere göre, kalına ticarî bir mahiyet izafe etmek doğru değildir. Zira Türklerin kadına verdikleri değer, evlenmeyi bir satış akdi ve kadını da satılık bir meta olarak kabule müsait değildir. Kalın mecburî bir nezaket vecibesinden başka bir şey değildir. Kız evleninceye kadar babasının evinde emanet olarak büyütülmekte ve mühafaza edilmektedir. Baba, muvakkaten yanında kalacak olan kızı için yaptığı masrafları istemek hakkına sahiptir. İşte kalın bu masraflara iştirak usulü veya görülen hizmetlerin tazmini şeklidir[18]. Aynı fikre iltihak eden bir müellif de, kalını kızın terbiye ve eğitim masraflarının iadesi olarak kabul etmektedir[19].

3) **Kalın, Babanın Velayet Hakkının Karşılığıdır:**

A. Ağaoğlu tarafından savunulan bu fikre göre, evlenme ile babanın kızı üzerinde haiz olduğu velâyet hakkı kocaya intikal etmektedir. Kalın bu hakkın bedelidir. Müellif, Yakut Türklerinde mevcut bir âdete dayanarak bu kanaate varmaktadır[20]. Mezkûr âdete göre, gelin, düğün gecesi babasının ocağından bir miktar ateş alır, baba da kızının başına bir duvak koyar. Babanın bu hareketinden sonra nişanlı kız evli sayılır.

Müellife göre, kızın başına duvak konulması babanın velâyet hakkının sona erdiğine ve koca otoritesinin başladığına elâlet eder.

Yukarda izaha çalıştığımız fikirler H. Timur tarafından tahlil ve tenkit edilmiştir. Müellife göre, satış fikri tamamiyle yanlıştır. Kalının satış bedeli olarak kabulü halinde, karının bazı hallerde kocasını terketmek ve ailesine dönmek hakkını izah etmek imkânsız olur.

Kalının kızın yetiştirilmesi masraflarına işitirak olduğu görüşü de aynı müellif tarafından tesbit edilmektedir. Erkek de evlenme ile asıl ailesinden ayrılmaktadır. Erkek ailesi de evlâdı için bir takım

17 Bk. LEVCHIN, age. sh. 360. DINGELSTED, V; Le régime patriarcal et le droit coutumier des kirgkiz. Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence. Vol. XIV. 1890 sh. 148.

18 GRENARD, F; Mission Scientifique dans la Haute-Asie, II (Le Turkestan et Le Tibet, étude étnografique) sh. 125. ARSAL, age. sh. 335.

19 Bk. RICHARD, G; La Femme dans l'histoire, Paris 1909. sh. 55.

masraflar yapmıştır. O zaman erkek ailesinin de bir kalına hakkı olmak gerekirdi. Halbuki erkek ailesine kalın ödendiği hiç görülmemiştir.

Kalının, velâyetin bedeli olduğu yolundaki görüş de tutarsız kabul edilmektedir. Mezkûr adet, velâyetin intikalini göstermez. Öyle olsaydı duvağın kadının başına değil, erkeğin başına konması gerekirdi[21].

H. Timur'a göre, kalın nezaket icabı verilmesi gerekli bir hediyeden başka bir şey değildir. Bir çok nezaket vecibeleri gibi evlenme akdi arefesinde riayeti mecburîdir. Fakir ailelerde, kalın tek bir koyuna kadar düşmektedir. Bu kadar düşük bir bedelle kadını satın almağa imkân yoktur. Bazı ailelerde ise kalının miktarı çok yükselmektedir. Örneğin, 200 at, 1000 deve gibi. Böyle bir bedeli nezaket vecibesi olarak kabule imkân olmasa gerek[22].

Kanaatimizce, kalının yukarda zikrettiğimiz muhtelif kısımlarını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Kabul etmek gerekir ki, kalının bir kısmı düğün masraflarını karşılamak veya kıza bir nezaket hediyesi sunmak gayesine matuftur. Fakat anaya verilen süt hakkı ve babaya verilen kalının, kızın yetiştirilmesi için yapılan masraflara iştirak şeklinde kabulü mümkündür. Fakat babanın aldığı kalını, mutlaka kızına çeyiz yapmak için kullanmak mecburiyeti, bunun bir nevi düğün masraflarına iştirak olduğu fikrine de hak vermektedir.

IV. KALIN VERİLMESİNİN HUKUKÎ NETİCELERİ

Kalının tesbiti nişanlanmaya mecburî bir karakter vermektedir. Yani modern hukukların aksine olarak eski Türkler'de nişanlanma tarafları evlenmeye zorlayıcı bir karakter taşımaktadır. Hattâ kalının tesbiti ile tarafları evlilik bağı ile birbirlerine bağlı farzetmek mümkündür. Öyle ki kalının tesbitinden sonra evlenme sadece bir formalitenin yerine getirilmesi olarak telâkki edilir[23].

Kalının tesbitinden sonra, taraflar birbirlerine karşı bazı ödevlerle yükümlü olurlar:

---

20 Bk. AĞAOĞLU, A; Hukuk Tarihi, İst. 1931. sh. 101.
21 Bk. TİMUR, agm. E. MARDİN'e Armağan, sh. 1142-1145. M. HIFZI, age. sh. 27-28.
22 Bk. M. HIFZI, age. sh. 27-28. TİMUR, agm. E. M. A. sh. 1144-1145.
23 TİMUR, agm. E. MARDİN'e Armağan, sh. 1145-1146.

Bir kere, kızın ailesi çeyizi hazırlayıp evlenme sırasında teslim etmek zorundadır. Kararlaştırılan tarihte çeyiz hazır olmazsa erkek, önceden ihtarda bulunmak ve bir mühlet vermek şartiyle, kızı kaçırmak hakkına sahiptir.

Diğer taraftan, nişanlamanın devamı sırasında erkek ve kız ailesi mümkün olduğu ölçüde birbirleriyle temastan kaçınmak zorundadırlar. Nişanlanmanın gayesine ters düşen bu mecburiyetin sebebi, aileler arasında çıkması mümkün küçük ihtilâflar yüzünden nişanın bozulmasının önüne geçmek düşüncesi olarak gösterilmektedir[24]. Ancak nişanlı erkeğin gündüzleri olmak kaydıyle nişanlısını sık sık ziyaret edebildiği de kaydedilmektedir[25].

Kalın, nişanın bozulması halinde de önem arzeder. Burada bir ayrım yapmak gerekir:

1) **Nişan Kalının Tesliminden Önce Bozulursa**:

Bugünkü hukukta olduğu gibi, eski Türk hukukunda da nişanlılar diledikleri zaman nişanı bozabilirlerdi. Prensip olarak, nişanın bozulmasından dolayı bir tazminat da gerekmezdi. Fakat kalının tesliminden önce, kız ailesi başka bir talibi reddetmiş ise, erkek muayyen bir tazminat ödemek zorunda kalırdı. Nişanda verilmesi mutat olan hediyelerin iadesi zorunlu değildir[26].

2) **Nişan Kalının Tesliminden Sonra Bozulmuşsa**:

Nişan erkek tarafından bozulmuşsa, kızın ailesi kalının tamamını muhafaza eder. Nişanı bozan kız tarafı ise kalın olduğu gibi iade edilmek gerekir.

Nişan bazen tarafların iradesi dışında olan bir sebeble örneğin, eşlerden birinin ölümü ile bozulmuş olabilir.

Erkeğin ölümü halinde, teslim edilmiş olan kalının iadesi gerekir. Ancak ölen nişanlının erkek kardeşi nişanlı kızla evlenebilir. Kız buna rıza gösterdiği halde, ölen nişanlının kardeşlerinden hiç biri kızla evlenmek istemezse, erkeğin ailesi verdiği kalını istiyemez[17].

---

24 M. HIFZI, age. sh. 31-32. TİMUR, agm. E. MARDİN'e ARMAĞAN, sh. 1146.
25 ARSAL, age. sh. 335.
26 ARSAL, age. sh. 335. TİMUR, agm. E. MARDİN'e Armağan, sh. 1147.
27 Bk. TİMUR, agm. E. MARDİN'e Armağan, sh. 1148. M. HIFZI, age. sh. 35.

Nişan kızın ölümü ile bozulmuşsa, kalının iadesi gerekir[28]. Yalnız kızın ailesi kızlarından bir diğerini vermek isterse kalını iade zorunda değildir. Baldızı ile evlenecek olan nişanlı, küçük miktarda ilâve bir kalın vermek borcu ile mükelleftir. Buna "baldız kalın" adı verilir[29].

Nişanlı erkek düğünden önce habersiz olarak uzun müddet kaybolduğu taktirde, kız kalını iade etmeksizin bir başkasıyle evlenebilir[30]

Eski Türkler'de Aile ve evlenme hakkında söylediklerimizi şöyle özetliyebiliriz.

Aile patrikal aile tipinde olmakla beraber, kadına geniş haklar tanınmış ve o devrin kadınlarına nisbetle Türk kadını çok üstün bir mevkie sahip olmuştur. Ailede karı, kocanın sahip olduğu haklara yakın bir takım yetkilerle teçhiz edilmiştir. Toplum hayatında kadın önemli bir rol oynar. Merasimlerde, pazarda, tarlada kadın kocasıyle birlikte görünür. Yani harem hayatı yoktur. Ailenin önemli işlerinde koca karısının da rızasını alır[31].

Eski Türkler nişanlanma müessesesine büyük önem vermişlerdir. Evlenmede evlenecek erkek ve kadınla velilerinin de rızası gereklidir. Kalının tesliminden önce evlenme mümkün değildir. Kalın bu şekliyle, bugün ülkemizin bir çok bölgelerinde câri olan başlığı andırmaktadır.

Evlenmeden sonra bir mukavele tanzimi âdet değildir[32]. Evlenme tamamiyle medenî bir muameledir. Eşlerin ve velilerin rızası, kalının tediyesi evlenmenin muteber bir şekilde akdi için yeterlidir. Ancak Türkler her devirde mahiyeti itibariyle dünyevî olan bu akdi din adamlarına takdis ettirmeyi ihmal etmemişlerdir[33].

Dikkat edilecek olursa, bu konuda eski Türk hukuku ile İslâm hukuku arasında fark yoktur. Yukarda söylediğimiz gibi İslâm da evlenme tamamen medenî vasıfta bir muamele olup, bir din adamının nikâh akdinde hazır bulunması ve dua okuması mecburiyeti yoktur. Ancak evlenmede bir imamın hazır bulunması ve dua okuması İslâmlar arasında çok yaygındır. Demek oluyor ki, bugün Türkiye'de

---

28 Bk. ARSAL, age. sh. 335.
29 Bk. TİMUR, agm. E. MARDİN'e Armağan sh. 1148.
30 Bk. ARSAL, age. sh. 335.
31 Bk. GRENARD, age. II. sh. 125-126. AFETİNAN age. sh. 28, ARSAL, age. sh. 311, 338. M. HIFZI, age. sh. 37 vd.
32 Bk. JULIEN, age. sh. 27.
33 Bk. VAMBERY, Das Türken Volk, sh. 161. ARSAL, age. sh. 336. dan.

yaygın bir şekilde yaşamağa devam eden İmam nikâhını İslâmiyete bağlamak doğru değildir. Esasen İslâm evlenmeye hiç bir dinî karakter tanımaz. Türkler İslâmiyeti kabul ettikten sonra da bu konudaki eski âdetlerini devam ettirmişlerdir. Yalnız Türkiye'de, Medenî Kanuna rağmen, imam nikâhı ile evlenmelerin devamını tek bir sebebe ve bu kadar basite irca etmek mümkün değildir. Bu konuyu araştırmamızın sonuna doğru teferruatlıca izaha çalışacağız.

Aynı şeyi kalın ve başlık hakkında da söyliyebiliriz. Kalın, ayın olarak verildiği halde başlık prensip olarak nakden ödenir. Fakat kısmen veya tamamen ayın olarak verilmesine de her hangi bir mâni yoktur. Kalının miktarı tarafların sosyal ve malî durumlarına göre değişir. Bazen bir kaç hayvandan ibaret olabileceği gibi yüzlerce at, binlerce koyundan da teşekkül edebilir[34]. Başlık da bu gün çoğu zaman yüksek meblağlara ulaşmakta ve bir çok fakir gençlerin evlenmelerine engel olmaktadır. Bu durum gençleri kız kaçırmaya sevketmekte ve bazı çevrelerde büyük bir sosyal huzursuzluk yaratmaktadır. Türkiye'nin bilhassa doğu ve Güney doğu bölgelerinde çok yaygın olan başlık, hukukî mahiyeti itibariyle kızın yetiştirilmesi masraflarına erkeğin iştiraki şeklinde tavsif edilebileceği gibi kızın erkek tarafından satın alınması olarak da kabul edilebilir. Ancak burada kelimenin gerçek anlamında bir satış bahse konu olmasa gerek. Hatta bir çok yerlerde başlığı satış bedeline benzetmek mümkün değildir. Çünkü baba başlık olarak aldığı paranın büyük bir kısmını bazen tamamını kızına çeyiz almağa tahsis eder. Başlığa ilişkin âdetler bölgeden bölgeye ufak tefek farklılık gösterirler. Bazı hallerde başlık olarak alınan para veya mal altın olarak kıza iade edilir. Bu ise daha çok boşanma veya kocanın ölümü halinde kadının geleceğini sağlamak amacına hizmet eder. Alınan başlığın bir kısmı da düğün masraflarını karşılamakta kullanılır. Ancak başlığın kullanılma şekli daha çok babanın keyfine bağlıdır. Anaya da süt hakkı namıyle bir hediye verilir. Biz bu konu üzerinde fazla durmayacağız. Önemli olan, başlıkla eski Türkler'de mevcut olan kalının belki aynı müesseseler olarak kabul edilebileceğidir. İslâm hukukunda mevcut mehrle kalın ve başlık arasında önemli farklar vardır: Kalın ve başlık kızın babasına veya ailesine verildiği halde, mehr bizzat evlenecek kadına verilir. Diğer tarftan, mehr evlenmenin hükümlerinden biri olup önceden tesbit edilmesi veya hiç verilmiyeceğinin kararlaştırılması evlenmenin sıhhatine tesir etmez. Halbuki kalın ve başlık

34 Bk. ARSAL age. sh. 335. Ayrıca Bk. 1640 tarihli Oyrat-Moğol Kanunu Aile hukuku Md. 2, ALINGE, age. sh. 149. (Çev. C. ÜÇOK).

evlenmenin ön şartı olup, önceden miktarı tesbit edilmeden ve tamamı veya bir kısmı peşin ödenmeden yahut ödenmesi garanti altına alınmadan evlenme mümkün değildir.

Görülüyor ki, İslâmiyetin kabulüne rağmen eski Türk hukukunun bazı müesseseleri Türkler arasında varlıklarını devam ettirmişler ve ettirmektedirler.

Eski Türkler'de evlenme kadının ehliyeti üzerine tesir etmez. Kadın kızlık soyadını taşımağa devam eder. Mamelekî üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir[35]. Yani eşler arasında mal ayrılığı rejimi câridir.

İslâm hukukundan farklı olarak kadın da erkek gibi boşanma hakkına sahiptir[36].

Fakat belirtmek gerekir ki, eski Türk hukukunda, İslâm hukukunda olduğu gibi, evlenmeye resmî bir memurun iştiraki bahse konu değildir. Başka bir ifadeyle, evlenme akdine devlet müdahale etmemiştir. Aynı durum, İslâmiyetin kabulünden sonra da Türklerde devam etmiştir. Fakat zamanla evlenme akdini tamamen devlet otoritesinin dışında telâkki etmenin mahzurlu olduğu anlaşılmış ve devlet evlenmeye dolayısıyle aile hukukuna müdahale etmek ihtiyacını duymuştur. Devlet bu müdahalesini evlenmeye ilişkin kaideleri tedvin etmek suretiyle yapar. İslâm hukukunun evlenmeye ilişkin esasları hemen hemen, bütünüyle Osmanlı Hukukunda da uygulanmıştır. Ancak çok önemli bir noktada yani evlenmeye devletin müdahalesi hususunda, Osmanlı hukukunun, cesur bir hamle yapmağa çalıştığını görüyoruz. Bu da evlenmenin aktinden önce resmî bir makamdan izin alınması veya resmî makamın tayin ettiği bir kimsenin evlenmeyi tesbit veya ona bir resmiyet vermek amacıyle, tarafların evlenme iradelerini açıkladıkları anda hazır bulunmasıdır. Bu usul, evlenme ve daha geniş anlamda Aile hukuku alanında bir tedvin hareketinin başlangıcı olmuştur. Bu sebeble, Osmanlı hukukunda evlenmeyi, özellikle devletin evlenmeye müdahalesinini tezimizin II. bölümü olarak incelemeyi faydalı bulduk.

35 Bk. LEVCHINE, age. sh. 356. GRENARD, age. sh. 116.
36 Bk. GRENARD, age. II. sh. 113. ARSAL, age. sh. 337.

§ 2. OSMANLI HUKUKUNDA DEVLETİN EVLENMEYE MÜDAHALESİ

I. UMUMÎ OLARAK

Ailenin toplumun temeli sayıldığı ülkelerde, evlilik halini serbest birleşmelerden ayırmak zarureti vardır. Bu da ancak devletin evlenme konusunda bir takım kaideler koyması ve bir erkekle bir kadının birleşmesinin bu kaidelere uygun olup olmadığını kontrol etmesi ile mümkün olabilir[1]. Devlet bu kontrolü, evlenmeye bir memurun iştirakini şart koşmak veya evlenecek kimselerin evlenme iradelerini dinî veya resmî bir kişi önünde açıklamalarını zorunlu kılmak suretiyle gerçekleştirebilir. Nitekim Kilise hukukunda 10. yüzyıldan itibaren evlenmeye bir ruhanînin iştiraki âdeti ortaya çıkmış ve giderek evlenmenin kilisede rahip önünde aktedilmesi bir mecburiyet haline gelmiştir. Bu mecburiyet evlenmeye dinî bir karakter vermiştir. Evlenmenin bir dinî mesele olmaktan çıkıp devlet işi haline gelmesi, Avrupa'da ancak Fransız ihtilâlinden sonra gerçekleşmiştir[2].

İslâm hukukunda evlenme, tarafların icap ve kabulü ile inikad eden bir akit telâkki edilmiştir. Bu sebeble herhangi bir memurun veya bir din adamının (imamın) evlenmeye işitirak etmesi mecburiyeti yoktur. Fakat İslâm hukuku, velâyeti ammesi dolayısıyle kadi'nin, bazı hallerde evlenmeye müdahale edeceğini kabul etmiştir. Örneğin, velisi olmayan küçüklerin ve bazı hallerde reşit kadınların evlendirilmesi[3]. Kadi'nin görevi olduğu gibi, velilerin velâyet haklarını kötüye kullanmaları halinde örneğin, velâyetleri altında bulunanlara sebebsiz olarak evlenme izni vermekten kaçınmaları halinde, kadi ilgili kimselere evlenme izni vermek hakkına sahiptir. Belirtmek gerekir ki, kadi'nin bu-

1 Bk. VELİDEDEOĞLU, Aile Hukuku İst. 1945. sh. 74.

2 Bk. VELİDEDEOĞLU, aynı eser. sh. 74. Ayrıca Bk. I. Bölüm Evlenmenin şekli Şartları ile ilgili paragrafta zikredilen dip notları.

3 Bk. TYAN, age. (1960) sh. 372-373.

radaki faaliyetini gerçek anlamda bir devlet müdahalesi olarak tavsif etmek güçtür. Fakat daha önceki izahlarımız sırasında belirttiğimiz gibi, zamanla muhtelif İslâm ülkelerinde nikâhta şahitlik etmeyi kendilerine meslek edinmiş şahit-noterler türemiştir. Bu noterlerden bir kısmı, kadi tarafından nikâh aktetmekle görevlendirilmiştir. Bu kimseler sadece evlenecek kimselere nikâhın akdi konusunda yardımcı olmakla kalmayıp aynı zamanda bir nevi resmî nikâh âkidi olarak vazife görürlerdi[4]. Yani O, kadi'yi dolayısıyle devleti temsil eder. İbn Battûta 726-1326 yılında Şam'a yaptığı seyahat sırasında gördüğümüz noter bürolarından bahseder[5]. Memlûklarda da nikâh akdi ve nikâha ilişkin muamelelerin yazılmasıyle görevli noterlerden ve kadi'nin nezareti altında görev yapan özel kişilerden bahsedilmektedir[6].

19. Yüzyılda Mısır'da mez'un, Mekke'de mumlik adını alan kimseler evlenme akdinin hazırlanması ve yapılması için Kadi tarafından tayin edilen kimselerdir[7]. Hattâ Mısır'da "mezun"lar bazen mahallî halk tarafından tayin edilmişlerdir. Bu taktirde mezunların görev yapabilmeleri ancak seçimlerinin Adliye bakanlığınca tasdikinden sonra olmaktadır. Mezunlar kadi'nin denetimi altında görev yaparlar ve bir nevi evlendirme memurudurlar[8].

II. OSMANLI HUKUKUNDA

1) **Tanzimattan Önce**:

Diğer İslâm ülkelerinde olduğu gibi Osmanlı devletinde de kadi belirli hallerde evlenmeye müdahale etmekle görevlidir. Bazen nikâh akdinde bizzat hazır bulunur ve hüccet-i nikâh adı verilen bir belge tanzim ederdi. Fakat tarafların evlenme için kadiye gitmeleri mecburiyeti olmadığı gibi her hangi bir memurun veya imamın evlenmede hazır bulunmasına da lüzum yoktur. Ancak çok eskiden beri Türkler'de İmamın nikâh sırasında hazır bulunması ve dua okuması geleneği teessüs etmiştir[9]. Yalnız Arap noterleri gibi Türk imamları da kadi'nin nezareti altında vazife görmüşlerdir. Araplar arasında uygulanan şahit-noter usulü yerine, Türklerde imamın her özel hal için ayrı bir

4 Bk. JÄCSHKE, agm. (Çev. A. MUMCU) S. Ş. Ansay'a Armağan. sh. 12.
5 Voyages d'Ibn Batoutah, I. Paris. 1914, sh. 187, 208.
6 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 13.
7 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 111. JÄSCHKE, agm. sh. 13.
8 Bk. ABD EL FATTAH, age. sh. 112.
9 Bk. JASCHKE, agm. 13-14.

izinname alarak nikâh akdetmesi usulü yerleşmiştir[10]. İzinname, "İmamlara hitaben hatip ve mahtubenin (evlenecek kız ve erkek) nikâhlarının akdine izni havi kadi veya naipleri tarafından yazılan resmi varadır[11]. İziname usulü devletin evlenmeye ilk müdahalesini teşkil eder. İzinname, ilerde göreceğimiz gibi hem evlenecek kimseler bakımından hem de nikâh akdinde hazır bulunacak imam için aranmaktadır[12]. Jäschke izinname alma usulünün, Burhaneddin Mahmud (ölümü, 570/1174) tarafından "Muhît" isimli eserinde zikredildiğini söylüyor. Burhaneddin "kadı"nin izni ve emri olmaksızın nikâhlanan kimsenin nikâhı caiz değildir[13]. demektedir. Osmanlı devletinde, ancak Kanunî zamanında resmen izinname alma usulünden bahsedilmektedir. Ebussûd Efendinin fetvalarından anlaşıldığına göre, Padişah evlenme akdi için kadi'den izinname alma usulünü emretmiştir. Gerçekten "Hâkim marifetsiz nikâh olunmaya" deyu emr-i pâdişahî vârit olmuş iken, hâkim ma'rifetsiz nikâh olur mu? "Elcevap: Olmaz, meğer nizâ' ve husumet olmaya", "Hind, izn-i kadi yok iken, bir kaç kimse huzûrunda "Kızım Zeynebi-i sagîreyi, kardeşim Amr'ın oğlu Bekr-i sagîre verdim" deyip Amr "Bekr için Zeynebi alıp kabul ettim" dese nikâh olur mu? "Elcevap: İzn-i hâkimle olmak emrolunmuştur"[14]. "Zeyd İmam Hind'i rızasıyle veli-i akrebi izniyle kadı izinsiz Amr'a tezviç eylese nikâh sahih olur mu? "Elcevap: İzn-i hâkim lâzım olur." ve "Bu suretde Zeyd sonra hâkimden izin almak diledikde hâkim izin virmeyüb nikâhı feshe kadir olur mu?" "Elcevap: Veli-i akrebi izni ile Hind'in rızası olıcak Kadı feshe me'mur değildir. Bir garaz-i fâsid için imtina ederse azle müstahak olur."[15], hükümlerini ihtiva eden ve Ebussûd Efendi'ye ait olan fetvalardan açıkça anlaşılacağı üzere, Padişah evlenmeden önce kadi'den izin alınmasını emretmiştir. Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, imamın nikâh âkitliği görevinin resmen kabul edilmiş olmasıdır. İmamın nikâh akdine iştiraki ve kadi'den önceden izinname alınması, şer'i hukukta mevcut olmayıp tamamen örfî huku-

10 JÄSCHKE, agm. 14.

11 Türk Hukuk Lugatı, Ankara 1944. Osmanlı devletinde kadi'den izinname almak suretiyle aktedilen nikâhlara nikâhı nizami de denmiştir. Bk. GÖKALP, Z. Aile Ahlâkı-Düğün âdetleri. Y. mecmua C. I. Sy. 21, sh. 401-403, 29 T. sâni 1917.

12 Bk. 1329-1913 tarihli Mvk. k. ve 1330/1914 tarihli Mvk. k. Düstur. II. tertip. C. V. sh. 629. C. VI. sh. 316.

13 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 14.

14 Bk. DÜZDAĞ, M. E.; Şeyhülislâm EBUSSUUD EFENDİ Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı. İst. 1972. sh. 37-38. JÄSCHKE, agm. sh.15

15 Bk. JÂSCHKE, agm. 15. DÜZDAĞ, age. sh. 38.

kun mahsulüdür. Tanzimat'tan sonra çıkarılan muhtelif kanunlarda da imamın resmî nikâh âkidi olarak kabul edildiğini görüyoruz[16]. Ancak belirtmek gerekir ki kadi'den izinname alınması, hiç bir şekilde nikâhın sıhhatine tesir etmeyip sadece idarî zaruretlerden doğan bir formaliteden ibarettir. Bununla evlenmenin ön şartlarının tesbiti örneğin, taraflar arasında evlenme engelleri bulunup bulunmadığının tetkiki ve evlenme muamlelerini resmî bir vesikaya rabtetmek suretiyle vatandaşlar arasında bu konuda çıkması muhtemel ihtilafları önlemek amacı güdülmüştür[17]. Bizzat Ebussuûd Efendi "izn-i kadı sıhhat-i nikâha şart değildir", [18] "Kadısı izni olmadan akdedilmiş nikâha ilişkin ihtilâf istima olunmaz"[19] mealindeki fetvalarıyle, izinnamenin sadece idarî bir muamele olduğunu açıkça belirtmiştir. Bir müellife göre evlenmeye devletin müdahalesi, eski bir Türk âdetinin kodifiye edilmiş şeklinden başka bir şey değildir[20]. Şurası gerçektir ki, evlenme için kadiden izinname alınması usulü tamamen bir örfî hukuk müessesesidir. Evlenmenin muteberiyeti üzerinde herhangi bir tesiri yoktur. Bu sadece idarî bir formaliteden ibarettir.

Erkek kadi'den aldığı izinname ile imama gider; kadının velisi ve evlenecek erkek iradelerini beyan ederler. İmam bir hüccet tanzim eder[21]. Daha önce de belirttiğimiz gibi İmamın evlenme akdinde hazır bulunması evlenmeye asla dinî bir karakter vermez. Çünkü İslâm hukuku evlenmeyi tamamen dünyevî bir muamele olarak kabul etmiştir. Kaynağını kur'an'dan almasına rağmen İslâmî evlenme tamamen civil bir muameledir. Hatta bir müellife göre İslâm hukuku, dünyanın en dünyevî aile hukuku anlayışına sahiptir[22]. "Hutbe ve nikâh duası, imam nikâhını dinî motiflerle süslenmiş bir medenî nikâh" haline sokmak için kullanılan teferruattır. İmam önünde mehrin miktarı da kararlaştırı-

16 Bk. 1881 /8 Şevval 1298 tarihli Sicilli Nüfus Nizamnamesi. Düstur. Zeyl II. sh. 15-24. tarihli Zeyli sanisini Muadil Kararnâme. Bk. D. 2. t. C. 9. sh. 782. ANSAY, S. Ş; Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar, sh. 36.

17 Bk. SEYYİD BEY, Medhal-i usûl-i Fıkh. sh. 101. JÄSCHKE, agm. sh. 16.

18 Bk. JÂSCHKE, agm. sh. 14.

19 Bk. Millî Tetebbular Mecmuası. C. I. Sy. 2. sh. 333-340. Mayıs-Haziran 1331.

20 Bk. FINDIKOĞLU, Z. Fahri Essai sur la transformation du code familial en Turquie, Paris 1936. sh 5.

21 Kadi veya İmam tarafından tanzim edilmiş olan bir hüccet örneği için Bk. TORNAUW age. sh. 93.

22 Bk. GÖKTÜRK, H. A. Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, III. Bası. Ankara 1955. sh. 271.

lır. Bu da evlenmeye tamamen dünyevî bir karakter verir[23]. Osmanlı devrinde Anadolu köyünde imam, okur yazar tek kişi olmasına rağmen kaideten şeriat hakkında yeterli bilgi sahibi değildir. Bu bakımdan, evlenme şartlarının önce kadi veya naibi tarafından incelenmesi ve ilgililerin eline imama hitaben yazılmış ve evlenmelerinde bir sakınca olmadığını bildiren bir izinname verilmesi uygun görülmüştür. Ancak tatbikatta bu usulün işleyip işlemediği veya hangi ölçüde uygulandığı hakkında bilgi sahibi değiliz.

2) **Tanzimattan Sonra**:

Osmanlı devletinde III. Selim'le başlayan ve II. Mahmud'la devam eden batılılaşma hareketi Abdülmecit zamanında Tanzimat fermanıyle meyvelerini vermeğe başlamıştır. Her konuda olduğu gibi hukuk sahasında da Tanzimatla birlikte bir yenilik devresi başlamıştır. Tanzimat devri hukuk sahasında bir düalizm arzeder. 1839 dan önce, Osmanlı devletinde sadece İslâm hukuku câridir. Her ne kadar Padişah iradelerine dayanan bir örfî hukuk mevcutsa da prensip olarak, bu hukuk İslâm hukukuna aykırı olamaz; özellikle ferdî haklara ve fertler arasındaki münasebetlere taallûk etmez. Binnetice 1839 den önce İmparatorlukda ana hukuk İslâm hukukudur. Bilhassa Özel hukuk tamamiyle saf islâmî karakterini muhafaza etmektedir[24]. 1839 tarihinden sonra İslâm hukukunun yanında Avrupa'dan iktibas edilen kanunlar da uygulanmaktadır. Böylece bir taraftan İslâm hukuku, diğer taraftan menşeîni Avrupa hukukundan özellikle Fransız hukukundan alan muhtelif kanun ve nizamnameler. Bu cümleden olmak üzere ilk defa 1850 tarihinde Avrupa devletleriyle artan ticarî ilişkileri kolaylaştırmak ve iyi bir şekilde düzenliyebilmek için Fransız Ticaret Kanunu iktibas edildi. Daha sonra Deniz Ticareti Kanunu, Usul ve İcra Kanunları da iktibas edildi.

İktibas edilen bu yeni kanunların, İslâm hukukunu uygulamağa alışmış şeriye mahkemeleri tarafından uygulanması imkânsız olacağından yeni bir takım kazaî teşkilata ihtiyaç vardı. Bu ihtiyacın neticesi olarak 1871 tarihinde Nizamiye mahkemeleri kuruldu[25]. Ancak yeni kanun ve nizamnamelerin uygulanmasında önemli bir güçlük

23 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 17.

24 Bk. ONAR, S. S; Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir kısmının Codification'u, Mecelle İHFD. C. II XX. Sy. 1-4 , sh. 59.

25 Bk. ÜÇOK, age. sh. 192-193. ONAR, S. S; agm. sh. 60.

ortaya çıktı: Ticaret kanunlarının temelini Medenî hukuk teşkil ediyordu. Bu kanunlar Avrupa'dan alınmış olmasına rağmen, Medenî hukuk tamamen İslâm hukukuna dayanmaktaydı. Birinin menşeî ilâhî hukuk diğerinin ki ise Roma hukukudur. Bu sebeble Medenî hukukla onun tâli kısımlarını teşkil eden Ticaret kanunları arasında tam bir ahenk kurulamıyordu. İslâm hukuku muhtelif fıkıh kitapları içinde dağınık bir haldeydi. Mecelle mazbatasında ifade edildiği üzere, şeriata vâkıf kimseler azaldığından nizamiye mahkemeleri üyelerinin fıkıh kitaplarından hüküm çıkarmaları şöyle dursun, şeriye mahkemelerine hâkim bulmakta güçlük çekiliyordu[26].

İşte bu durumda her şeyden önce yeni kanunların uygulanmasında hâkimlere yol gösterecek bir Medenî kanuna ihtiyaç vardı. Bu ihtiyaca kâni olan devlet adamları, Medenî kanunu hazırlamak hususunda takip edilecek yolda anlaşamadılar. Başında Alî Paşa'nın bulunduğu bir grup Fransız MK. nun (Code Civil) iktibasını isterken, bir grup devlet adamı da İslâm hukukuna ve hattâ bunun bir mezhebine, Hanefi mezhebine, uygun bir kanun yapılması tezini savunmuşlardır. Savunucularının başında Cevdet paşa bulunan bu fikir galip geldi ve Hanefi mezhebi esaslarına göre bir kanun olan Mecelle hazırlandı. Ancak Mecelle tam bir Medenî kanun değildi. Şahsın hukuku, Aile ve Miras hukuku gibi Medenî hukukun esaslı kısımları Mecellede tanzim edilmemişti. Esasen Mecelle teknik anlamda bir kanun da değildir. "İçtihatla içtihat nakzolunmaz" kaidesi mevcutken İslâm hukukunun tedvin edilmesi mümkün değildir. Kadi, ayrı ayrı zamanlarda önüne gelen aynı neviden davaları birbirine tamamen zıt fikirler ileri süren imamların reylerine dayanarak farklı şekillerde çözümliyebilir. Bu ise kanunlaştırma ile bağdaşmaz. Bu sebeble Aile hukukuna dolayısıyle evlenmeye ait hükümler Mecelleye alınmamış ve Hanefî mezhebi esaslarına göre yazılmış fıkıh ve fetva kitaplarına bırakılmıştır. Bunun bir başka sebebi de İmparatorluk tebasının çeşitli din ve mezheplere mensup olmasıydı. Mezhebî imtiyazların devam ettiği bir devirde Aile hukukunu kendi dinlerine göre tanzim etmek azınlıkların işine geliyordu[27]. Kaldı ki gayrımüslimlerin ahvali şahsiyesini Hanefi mezhebi esaslarına göre hazırlanmış olan bir kanunla tanzim etmek, İslâm huku-

---

26 Bk. ONAR, agm. sh. 62.

27 Bk. ANSAY, Eski Aile Hukukumuza.. sh. 1. JÄSCHKE, agm. sh. 18. PLANIOL, Traité élémentaire du droit civil, paris. 1924. sh. 33. ONAR, agm. sh. 69. ÜÇOK, age. sh. 188-189.

kuna da uygun olamazdı[28]. Diğer taraftan dinle ailevî meseleler arasında mevcut çok sıkı rabıta, birlik bütün kuvvetiyle devam etmektedir. Türk ailesinin yapısında henüz bir değişiklik yoktur. Tanzimatla kuvvet kazanan Avrupalılaşma hareketinin tesirleri daha çok iktisadî sahada kendini göstermektedir. Bu bakımdan Aile hukukunun fıkıha sadık kalacak bir tedvine bile henüz tahammülü yoktur. Muamelatı tanzim gayesiyle yapılan kanunlaştırmaya karşı yükselen muhalefeti biraz olsun yenebilmek için de evlenme sahasında şimdilik kanunlaştırmaya gidilmemesi uygun bir siyaset olarak düşünülmüş olabilir. Fakat Mecelle cemiyetinin Aile hukukuna ilişkin esasları Mecellenin ayrı bir kitabı olarak hazırlamak istediği ancak buna imkân ve zaman bulamadığı da ileri sürülmektedir[29].

Tanzimattan sonra, (1841 yılına) bazı evlenme meselelerine ilişkin olarak çıkarılan bir fermandan bahsedilmektedir[30]. Velisi tarafından evlenmesine izin verilmeyen bâliğe kızların ve dul kadınların kadi izniyle evlenmesi bu fermanla temin edilmiştir. Fermanda yer alan diğer önemli bir hüküm de memleketin bazı yerlerinde âdet hükmünü alan başlık vb. gibi para verme usullerinin terkedilmesine dair olan hükümdür[31].

25 Şaban 1291 (H) ve 24 Eylül 1290 (R) tarihli bir irade ile [32] mehrin maksimum miktarı, tarafların malî ve sosyal durumlarına göre 1000 akçe, 500 akçe veya 100 akçe olarak tesbit edilmiş ve bunun dışında evlenme sırasında hediye verilmesi yasaklanmıştır, yine aynı tarihli bir irade ile yargı hakkı ve vergi mükellefiyeti düşüncesiyle Osmanlı tebaasından olan kimselerle İran tebaasından olan kimseler arasında mevcut evlenme yasağının devam ettiği hatırlatılmış ve aksine hareket edenlerin sorumlu olacakları belirtilmiştir.

Tanzimattan sonra, evlenme sahasına devletin ilk ciddi müdahalesi H. 8 Şevval 1298, M. 2 Eylül 1881 tarihli Sicilli Nüfus Nizamnamesi[33] ile gerçekleşmiştir. Bu nizamnamenin 33. maddesine göre; ev-

28 Bk. FINDIKOĞLU, Z. F; Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi. E. MARDİN'e Armağan. sh. 690. 692.

29 Bk. ONAR, agm. sh. 69.

30 Bk. TURAN, Ş; Tanzimat Devrinde Evlenme Meselesi. İş ve Düşünce 1956, Sy. 182. sh. 14.

31 Bk. TURAN, agm. sh. 14.

32 Bk. YOUNG, age. II. sh. 209.

33 Bk. Düstur, Zeyl II. sh. 15-24. YOUNG, age. II. sh. 25. Yalnız bu müellif Nizamnamenin tarihini yanlış yazmıştır.

lenecek müslümanlar şer'iye mahkemesinden, garyrimüslimler ise kendi dinî reislerden izinname alacaklardır. Evlenmeyi akteden imam yahut dinî reis, evlenme tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde, nüfus idaresine evlenmenin aktedilmiş olduğunu bildiren bir ilmuhaber vermekle mükelleftir. Bu konuda mahalle ve köylerden verilen ilmuhaberlerin doğruluğunu tetkik için, izinname vermekle görevli memurlar, ayda bir defa olmak üzere nüfus idaresine evlenen kimselerin isimlerini, oturdukları mahalle, sokak adlarını ve ev numaralarını ihtiva eden bir liste gönderirler. Tayin edilen müddet içinde Nüfus idaresini haberdar etmeyen imam ve dinî reislerden yarım Türk lirası para cezası alınacaktır[34]. Bahis konusu ilmuhaber, evlenen kimselerin adlarını, yaş ve ehliyetlerini, kadın ve erkeğin ikametgâhlarını gösterir. Ayrıca, eşlerin ana babalarının adları, ikametgâhları, meslekî durumları ve hangi dinden oldukları ve şahitler hakkında bilgi ihtiva eder[35].

Nizamnamenin 36. maddesi, boşanma halinde de mahalle veya köy imamına yahut gayri müslim tebaanın dinî reislerine durumu bir ilmuhaberle nüfus idaresine bildirmek ödevini yüklemiştir. İlgililer 15 gün içinde bu ödevi yerine getirmediği taktirde yarım Türk lirası para cezasına çarptırılırlar.

Nizamnamenin yukarda izaha çalıştığımız hükümleri iki esası hükme bağlamaktadır. Bir taraftan, evlenecek kimselerin mahkemeden izinname almaları istenirken diğer taraftan imamın eskiden beri devam eden nikâh âkitliği görevi tam anlamıyle hukukîleştirilmiştir. İmam bir nevi evlendirme memuru statüsünü kazanmış; evlenme ve boşanmaları nüfus idaresine bildirmekle mükellef sayılmıştır.

Tekrar belirtmek gerekir ki, hâkimden izinname alınması tamamen idarî bir formaliteden ibarettir. İzinname alınmadan yapılan evlenme tereddütsüz muteberdir[36]. Diğer taraftan İmamın nikâh âkidi olarak kabulü evlenmeye hiç bir dinî karakter kazandırmaz. Çünkü İslâm hukukunda, evlenme tarafların serbest iradeleriyle tamam olan dünyevî bir muameledir.

18 Aralık 1884 tarihli bir Şurâyı Devlet kararında şeriye mahkemesinden izinname almadan nikâh kıyan imam aleyhine savcılığa ih-

34 Bk. Sicilli Nüfus Nzm. Md. 33.

35 Bk. Sicilli Nüfus Nzm. Md.

36 Bk. SAİD, Yeni Hukuki Aile Layihası Hakkında Mütalaa. Sebül-ür Reşat. C. 25. Sy 627. 27 T. sâni 1340. sh. 40. SEYYİD BEY, age. sh. 101. JÄSCHKE, agm. sh. 16.

barda bulunulması ve cezalandırılabilmesi için mahkeme tarafından bir madde tayin ettirilmesi gereği üzerinde durulmuştur[37].

1913 tarihli bir muvakkat kanunla 1858 tarihli ceza kanununun 200. maddesine bir fıkra ilâve edilerek "Devair-i aidesinden izinname istihsal olunmaksızın nikâh aktedenler üç aydan iki seneye kadar hapsolunur" hükmü getirilmiştir[38]. 4 Mart 1330/17 Mart 1914 tarihli kanunu muvakkat mezkûr fıkra hükmünü şu şekilde değiştirmiştir. "Munâkehat için mahkeme-i aidesinden behemehal izinname lâzımdır. İzinname istihsal etmeksizin izdivaç eden zevc bir aydan altı aya kadar hapsolunur ve akdi icra edenler haklarında dahi iki aydan bir seneye kadar hapis cezası tertip olunur"[39]. Ancak bütün bu cezaî tedbirlere rağmen evlenme muameleleri bir zabtı rabta alınamamış ve Osmanlı devletinde nikâhın icrası pek düzensiz bir hale girmiş, nerede iki şahit hazır bulunursa hemen orada icrasına teşebbüs olunmuştur[40].

Çok geçmeden bu münferit tedbirlerin yetmiyeceği anlaşılmış ve Mecelle'ye bir evlenme ve boşanma kitabının eklenmesi gereği üzerinde durulmuştur. 1902 tarihinde, bir müellif bu ihtiyacı şöyle belirtiyor: "Bir devlet kanunu Medenîsi nikâh ve onun füruatından olarak talâk ve nafaka ve hukuk-i irsiye mesailini hâvi olup bunlar da münakâhat ünvaniyle bir kısmı mahsus olur ve muamelât ve münakâhatın mecmuu hukuk-i medeniyeyi terkibeyler. Bunlar bir mecmuada toplanmış olursa o mecmuaya Kanunu Medenî denir"[41]. Mecelleye Aile hukuku ile ilgili esasların eklenmesi, bazı üniversite hocaları tarafından vazgeçilmez bir ihtiyaç olarak gösterilmiştir[42]. Artık görülüyor ki 20. yüzyılın başından itibaren Aile hukukunun tedvini konusunda bir hareket başlamıştır. Bu hareketi yürütenler farklı yollardan girmektedirler. Bu yolla, 20. yüzyılın başında Türkiye'de mevcut olan ve Osmanlı devletini kurtarmaya çalışan fikir akımları ile ilgilidir. İslâmcılar, Aile hukukunu mevcut İslâm hukuku esasları dahilinde kanunlaştırmak ve gerekirse bazı noktalarda devrin ihtiyaçlarına göre değişiklikler yapmak tezini savunular. Batılılaşma taraftarları ise bu konuda köklü bir değişiklik yapılarak bir Avrupa kanunun özellikle Fransız MK (Code Civil'in) Türkiye'de kabulünü istiyorlardı. Türkçüler ise Avrupa kodla-

37 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 18.

38 Bk. Düstur, II. t. c. V. sh. 629. Ayrıca Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 18

39 Düstur, II. t. c. VI. sh. 316.

40 Bk. HAK. Esbabı mucibe lâyihası. ANSAY, Eski Aile Hukukumuza... sh. 25.

41 Bk. İBRAHİM HAKKI, Methal-i İlm-i Hukuk, İst. 1319, sh. 38.

42 Bk. AHMET ŞUAYP, Hukuk-u İdare, İst. 1325. sh. 17. FUAT ŞÜKRÜ, Nikâh ve Talâk Gibi Bazı Mesailin Usul-ü Medeniyeti Hazıraya Göre tashihi.

rındaki esasların eski Türk hukukunda mevcut olduğu tezinden hareketle millî bir hukuk romantizmi yapıyorlardı[43].

1908 de ilân edilen II. meşrutiyet memlekette bir hürriyet havası estirmiş ve Türk Toplumunun problemleri serbestçe dile getirilmeğe başlanmıştır. Bu arada Avrupa ile artan temaslar, bazı çevrelerde aile ve kadın hakkında mevcut fikirlerin değişmesine sebeb olmuştur.

Türk kadının hukukî durumunun düzeltmek için muhtelif gazete ve mecmualarda yazılar yazılmağa başlanılmıştır."... Artık yeter. Cahil hocaların bâtıl itikatlarına darbeler vurmalıdır. Bu hocalardan bir şey ümit etmiyelim. Çünkü onlar da kadınların haklarını ilân edecek derecede henüz yükselmediler. Onlara kalırsa dinin verdiği kaideleri bile kırmak, hakları gasbetmek, kadınları bir esir gibi kullanmak isterler... Bağıralım, tâki kadınların da insan oldukları anlaşılsın" "Yirminci asırla Türk kızları ve kadınları arasında hiç bir münasebet yoktur. Bizim kadınlarımız 20. değil, hattâ 15. asırda bile yaşamıyorlar. Onların hayatları, esareti tasvir eden muhtelif safhalardan başka bir şey değildir. Onların his ve fikirleri iptidaî kavimlerinkinden farkolunamıyacak derecede iptidaîdir..."[41] şeklindeki yazılar, aile hukukunda köklü değişiklikler yapılması arzusunu ifade etmektedirler.

Aile hukukunun tedvini, devletin evlenme müessesesine müdahalesini davet etmektedir. Başka bir deyimle, devletin evlenmeyi tanzime matuf müdahaleleri, bir aile kodunun yapılması istikametinde yavaş yavaş ilerlemektedir. Bu hareket bazı hâkimler tarafından da açıkça desteklenmiştir. Galata Şer'iye mahkemesi kadisi Bahaddin Efendi, "Gerek İstanbul'da gerek taşrada münakâhat münhasıran mehakim-i şer'iyede huzuru hâkimde icra olunarak meccanen bir vesikaya rabtedilmelidir. Meşru sebeblere binaen münakâhatın meskenlerde icrası talep edildiği taktirde, kadi tarafından gönderilecek naib vasıtasıyle mahallinde icra olunmalıdır.. "demektedir. Aynı kadi, vilâyetlerde yapılacak umumî bir ilândan itibaren tayin olunacak muayyen bir müddetin hitamından sonra şer'iye mahkemeleri haricinde icra olunacak nikâhlardan doğacak davaların rüyet edilmemesini ve bu gibi akidleri icra edenlerin 5 liradan 500 liraya kadar para cezası ve bir haftadan 5 seneye kadar hapis cezalarıyle tecziyelerini öngören bir maddenin ceza kanununa eklenmesini teklif etmektedir[45].

43 Bk. FINDIKOĞLU, agm. sh. 695-702.
44 Bk. M. ZEKERİYA, Felsefe Mecmuası, Selânik 1327 Sy. 6. sh. 20.
45 Bk. Galata Mahkeme-i şer'iye kadisi Bahaddin Efendi tarafından Makam-ı Mesihayı Celileye takdim Kılınan Arızanın suretine destires olduk. Muhamat, İstanbul 10 K. evvel 1329. Sy. 29. sh. 881.

Devletin evlenme sahasına müdahalesi ve Aile hukukunun tedvinini isteyen fikirler, Kasım 1333/1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesinin kabulü neticesine müncer olmuştur[46].

Hukuk-i Aile Kararnamesinin kabulünde rol oynayan önemli sebeblerden biri de 1914 tarihinde başlayan I. Dünya Savaşının Osmanlı Toplumunda ortaya çıkardığı sosyal ve iktisadî sorunlardır. Yukarda izah ettiğimiz veçhile, Mecelle'nin Aile hukukunu tedvin etmemiş olması; sosyal ve iktisadî hayat şartlarının değişmesi ve gelişmesi; Avrupa ile temasların artması neticesi toplumun bazı kesimlerinde gerçekleşen zihniyet değişiklikleri, Aile hukukunun tedvini zaruretini hissettirmeğe başladı. I. Dünya savaşı bu yolda sarfedilen çabalara hız verdi. İddia edildiğine göre, I. Dünya savaşı olmasaydı, devletin Aile hukukuna müessir bir şekilde müdahalesi ve bu hukukun kısmen laikleşmesi daha çok gecikecekti[47].

Savaşın yarattığı ve Aile hukukunun tedvininde rol oynıyan sebeblerin başında ekonomik sorunlar gelmektedir. Savaş erkeklerin çok büyük bir kısmını cepheye çektiğinden, kadın peçesini atarak erkeğin sosyal ve iktisadî hayattaki yerini doldurmak zorunda kalmıştır. Kadın iktisadî hayatta bilfiil görev almış, devlet dairesinde memur, pazarda satıcı ve savaşta geri hizmetlerine yardımcı olmak suretiyle hem şahsitini kazanmağa başlamış hem de yurt savunmasına katkıda bulunmuştur. Bu cümleden olmak üzere 1915 senesinde Osmanlı Ticaret Nezaretince kadınlar için bir nevi mecburî hizmet kanunu nerşedilmiş; Adana havalisinde Cemal Paşa'nın emriyle kadın askerî mıntıkaları teşkil edilmiş ve geri hizmetleri kısmen kadınlara devredilmiştir[48]. İzmir, Ankara, Konya, İsparta, Niğde, Kütahya, Eskişehir ve Diyarbakır gibi illerde bir çok halı tezgahlarında ve mensucat işlerinde yüzlerce, binlerce kadın amele olarak çalışmağa başlamış; bu durum ücret, çalışma müddeti ve yatacak yer sorunları üzerinde Osmanlı hükümetini bir takım kararlar almağa sevketmiştir[49].

1913 tarihinde Teşvik-i Sanayi kanunu neticesinde meydana gelen işletmeler, Kapitülasyonların ilgası ve yeni Gümrük tarifeleri büyük

46 Bu kararname için Bk. Düstur, II. t. c. IX. sh. 762 vd. Bk. ANSAY, S. Ş; Eski Aile Hukukumuza bir Nazar, Ankara 1952 BUVAT, L; Le code familial Ottoman de 1917 in R. du M. M. 1928 février sh. 5.

47 Bk. FINDIKOĞLU, agm. sh. 705. FINDIKOĞLU, İçtimaiyat İst. 1947. 3. bası. sh. 283 vd. FINDIKOĞLU, age. sh. 31.

48 Bk. LORENZ, C. H; Die Frauefrage im Osmanischen Reische, Berlin 1919, sh. 21.

49 Bk. LORENZ, age. sh. 16, 37.

sanayin kurulmasını teşvik etmiştir. Kadının sosyal ve idarî hayata girmesi daha gerilere de götürülebilir. Daha 1874 yılında "Mâlûl ve Hasta Askerlere Yardım Cemiyeti Osmanîyesi" kurulmuş ve üyeleri arasında kadınların da bulunduğu bu cemiyetin 1877 Osmanlı Rus savaşında, 1897 Türk-Yunan savaşından büyük faydaları olmuştur. 1907 de Hilâl-i Ahmer adını alan bu cemiyet, Padişahın himayesi altına girdikten sonra Trablusgarb ve Balkan savaşlarında, Türk kadınının gayretleri sayesinde büyük bir sosyal değer kazanmıştır. 1913 de açılan hasta bakıcılık kursları, Türk kadınını yurdun muhtelif hastahanelerinde çalışmağa sevketmiştir[50].

Savaş bir taraftan cephedeki erkeğin bıraktığı her türlü işe kadını çağırırken, diğer taraftan kadını modern çaptaki sınaî hayatın istediği terbiyevî ve içtimaî vasıflarla cihazlandırdı. Kadın böylece yeni bir ruh kazandı, erkek karşısında hissettiği aşağılık duygusunu atarak hak ve ödevlere sahip olduğunu, hiç olmazsa bir şeyler yapmağa muktedir olduğunu anladı. Savaşın sonunda İnas = Kızlar Darûlfünunu" ile erkekler Darülfünunu birleştirilmiş, artık kadın ve erkek sosyal, idarî iktisadî hayatta yan yana yürüyen iki varlık haline gelmiştir[51].

İşte yukardan beri izaha çalıştığımız hukukî, sosyal, iktisadî ve kültürel gelişme neticesinde, Türk aile hukuku sahasında ilk ciddi kanunlaştırma hareketinin ürünü olan 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi kabul edilmiştir.

III. 1333/1917 TARİHLİ HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ

1) **Kanunun Sistematiği**:

Hukuk-i Aile kararnamesi (HAK), İslâm hukukunun evlenmeye ve boşanmaya ilişkin esaslarının tedvininden ibarettir. HAK. si dört sünnî mezhebin esaslarından istifade edilmek suretiyle yapılmış olup gayrimüslim teb'anın evlenme ve boşanmaları kendi dinlerinin esaslarına göre tanzim edilmiştir. Ruhanî reislerin akde ve feshi nikâha ve buna bağlı olarak karı koca nafakasına, drahoma ve cihaza ilişkin ihtilâflarda kaza yetkileri kaldırılmıştır[52]. HAK., İslâm aile hukukunun ve gayrimüslim teb'anın ahvali şahsiyesine ilişkin kaidelerin ilk resmî tedvini olmaktan ileri gidememiş ve önemli sayılacak değişiklikler getirememiştir.

50 Bk. LORENZ, age. sh. 54.
51 Bk. FINDIKOĞLU, agm. sh. 707-708.
52 Bk. HAK. Md. 156.

Her şeyde önce hukukî vahdeti sağlıyamamıştır. Fakat kararnamenin Musevî ve Hıristiyan teba hakkında ayrı hükümler ihtiva etmesini hoş görmek gerekir. Çünkü kararname tamamen İslâm hukukuna göre hazırlanmıştı. Her şeye rağmen kararname ilerisi için ümit verici bir adım teşkil etmiştir. Ne yazık ki kararname uzun müddet uygulanma şansı bulamamış ve içten Hürriyet ve İtilâf Fırkasının tesiri, dıştan 18 haziran 1919 tarihinde işgal devletleri yüksek komiserliğinin müdahalesiyle yürürlükten kaldırılmıştır[53]. Kararname koyu islâmcıların tepkisi ile karşılaştığı gibi[54]. gayrimüslim teb'anın da hoşuna gitmemişti. Çünkü yukarda zikrettiğimiz gibi, kararname onların bir kısım imtiyazlarını ellerinden almıştı. Kararnamenin ilgası, eski durumun ihyası anlamına gelmektedir. Gerçekten kararnamenin ilgasına dair Şurâyı Devlet Tanzimat Dairesi mazbatasında, kararnamenin fıkıh kitaplarına aykırı hükümler ihtiva ettiği, bu bakımdan sadece müslümanlar için dahi yürürlükte kalmasının mahzurlu olacağı belirtilmiştir.

Kararname iki kitap ve 157 maddeden meydana gelmiştir. Birinci kitap, münakâhat = evlenme hakkında olup 6 bab'a ve bablar da fasıllara ayrılmıştır.

İkinci kitap, müfarakat yani boşanma hakkındadır. 3 bab halinde tanzim edilen bu kitap da fasıllara ayrılmıştır.

Kararnamenin sonunda mevaddı şetta= çeşitli hükümler adı verilen bir bölüm de mevcuttur.

HAK., ağırlık Hanefi mezhebinde olmakla beraber, İslâm'ın dört sünnî mezhebinin aile hukukuna ilişkin kaidelerini biraraya toplayan bir kanunlaştırma mahsulüdür. Tezimizin birinci bölümünde klasik İslâm hukukunda evlenmeyi teferruatlı bir şekilde incelediğimiz için burada sadece kararnamenin yenilik sayılabilen ve İslâm hukukundan inhiraf olarak kabul edilen hükümlerinden bahsetmekle iktifa edeceğiz.

2) H.A.K.'nin Getirdiği Yenilikler:

A) Nişanlanma:

Daha önce belirttiğimiz gibi İslâm hukuku nişanlanma müessesesine hukukî netice izafe etmemiş, sadece evlenme teklifi veya talebi diye-

53 Bk. FINDIKOĞLU, age. sh. 48. ÇANDARLI, age. sh. 83.

54 Bu konuda Bk. SADRETTİN, Hukuk-i Aile ve Usulü Muhakematı Şer'iye Kararnamesi Hakkında. SR. c. 15. 1324. sh. 1321.S y. 382. 383, 391, Ayrıca SR. c. 24. sh. 616. c. 25. sh. 40, Sy. 627. HUSSAMI, age. sh. 1.

bileceğimiz bir usul kabul etmiştir. H. A. K., nişanlanmayı hukukî bir müessese olarak kabul eden ilk İslâm hukuku kodu sayılabilir. Kararname 1. maddesinde "nişanlanmakla veya vaad ile nikâh mün'akid olmaz" hükmünü koymaktadır. Taraflardan birinin ölümü veya nişandan vazgeçmesi halinde, erkeğin mehre mahsuben verdiği şeyler mevcut ise aynen ve herhangi bir şekilde elden çıkmış yahut telef olmuşsa bedelen istirdat edilir. Tarafların birbirlerine hediye olarak verdikleri şeyler hakkında hibe hükümleri uygulanır[55]. Kararname, nişanın muhik sebeb olmadan nişanlılardan biri tarafından bozulması halinde, diğer nişanlının tazminat davası açıp açamıyacağı konusunda bir sarahat ihtiva etmiyor. Fakat İzmir Şer'iye mahkemesinden 20 nisan 1917 tarihinde verilmiş olan bir karar, H. A. K. nin, zımmen bu imkânı kabul ettiğini göstermeğe yeter zannediyoruz: Karar özü itibariyle şöyledir "Davacı nişanlı kız 10 haziran 1916 tarihinde davalı O. Z. ile nişanlanmıştır. Kız nişan sebebiyle, halı dokumakta kullandığı aletini satmıştır. Az zaman sonra erkek nişanı sebebsiz olarak bozmuştur. Kız bir dava açarak, aletlerin satış fiyatıyle yeni aletler satın almak için ödediği meblağ arasındaki fark ve reddettiği siparişlerden kaybettiği kazanca mukabil 500 TL. zarar ziyan istemiştir. Mahkeme davalıyı mahkûm ederek davacı kıza 500 TL. ödemesine karar vermiştir."[56]. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu karar H. A. K. nin kabulünden 6 ay önce verilmiştir. Kararnamede açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, mahkemelerin aynı yolda yürümelerine hukukî bir engel yoktur.

Hediyelerin ve mehre mahsuben verilen şeylerin iadesine ilişkin olan 2. madde hükmü, gayrimüslimlere ait drahoma hakkında da uygulanır[57].

B) Evlenme ehliyeti:

Bilindiği gibi, İslâm hukuku evlenme konusunda bir ehliyet teorisi kuramamış, küçüklerin ve akıl hastalarının evlendirilmesine cevaz vermiştir. H. A. K. ilk defa, evlenecek erkek ve kadın için muayyen bir yaşı doldurmuş olmak mecburiyetini getirmiştir. Buna göre, evlenebilmek için erkeğin 18 ve kadının 17 yaşını doldurmuş olması gerekir. 18 yaşını doldurmamış erkek ve 17 yaşından küçük kadın hâkime müracaat ederek bâliğ olduğunu beyanla evlenmesine müsaade edil-

55 Bk. HAK. md. 2.
56 Bk. Bu kararın metni için ÇANDARLI, age. sh. 89.
57 Bk. HAK. Md. 3.

mesini istiyebilir. Hâkim, müracaat eden erkek veya kadını evlenme için gerekli fizikî olgunluğa sahip görürse, müsaade eder. Yalnız kadın bahse konu olduğu zaman velinin de iznini almak gerekir[58].

Kararname 7. maddesinde "on iki yaşını itmam etmemiş olan sagir ile dokuz yaşını itmam etmemiş olan sagîre hiç bir kimse tarafından tezvic edilemez" hükmünü koymuştur. Bu ve yukarda zikrettiğimiz hükümler, gerçekten İslâm hukukunda yenilik sayılır. Çünkü klasik İslâm hukuku, evlenme konusunda hiç bir yaş şartı koymamış ve çok küçük çocukların dahi evlendirilmesine cevaz vermiştir.

Diğer taraftan, İslâm hukukuna göre akıl hastalarının da evlenmesi mümkündü. H. A. K. bu konuda da yenilik sayılabilecek bir hüküm getirmiş ve bir zaruret olmadıkça akıl hastalarının evlenmesine cevaz vermemiştir. Fakat kararname bu konuda kesin bir yasak hükmü getirmek cesaretini göstermemiş; zaruret bulunması halinde, hâkimin izniyle akıl hastalarının velileri tarafından evlendirilmesine izin vermiştir[59].

Evlenmede muayyen bir yaş şartı aranması ve belli bir yaşın altında bulunanların hiç bir şekilde evlendirilemiyeceği hükmü, henüz yeterli bir fizikî ve ruhî olgunluğa erişmemiş olan kadın ve erkekte evliliğin doğurabileceği maddî ve manevî zarar ve binnetice evlilik birliğinin karşılaşması muhtemel sarsılma veya yıkılma tehlikesi ile izah edilmektedir[60].

H. A. K. nin evlenme ehliyeti konusunda getirdiği bu hükümler, koyu İslamcılar tarafından şiddetle eleştirilmiş ve kararnamenin halkın örf ve âdetine ve millî ahlâka aykırı olduğu iddiasının ileri sürülmesine yol açmıştır[61]. Fakat İslâmiyet, "Caiz'de ulul' emrin hakkı tasarrufu vardır; mevcut ahkâmı şer'iyenin menetmediği şeyleri münkire düşmemek ve örfünden ayrılmamak şartıyle men edebilir" prensibini benimsemiştir[62]. Ulul'emr, şeriatın menetmediği şeyi yasak edecek olursa, bu şeriata uygundur. Örneğin, "şer'an nikâh alelıtlak iki şahit huzurunda aktedilir" hükmünü, "hâkimin huzuriyle iki şahit önünde akte-

58 Bk. HAK. Md. 4-5, 6.

59 Bk. HAK. Md. 9.

60 Bk. HAK. Gerekçe. ANSAY, age. sh. 22.

61 Bk. SADRETTİN, Hukuki Aile ve Usul-i Muhakematı Şeriyye Kararnamesi Hakkında Sebül-ür Reşat. c. 15. Sy. 382. 12 K. evvel 1334. sh. 321. Sy. 383. T. sâni, 1334. sh. sh. 337-338. c. 16. Sy. 391, 13. Şubat 1335. sh. 5.

62 Bk. MANSURİZADE SAİT, Hukuki Aile Kanunu Layihası Münasebetiyle, İslâm Mecmuası yılı 3. Sy. 53. c. 5. 15 Mayıs 1333.

dilir" şeklinde kanunla takyit etmek şeriata aykırı değildir[63]. H. A. K. nin evlenme ehliyeti konusunda getirdiği hükümlere yöneltilen tenkitleri de bu şekilde cevaplandırmak mümkündür.

C) Evlenme akdine devletin müdahalesi:

a) Hâkim veya naibin huzuru.

H. A. K. nin tedvinine kadar bu konuda cereyan etmiş olan gelişmeleri yukarda görmüştük. Ancak evlenmeye devletin gerçek müdahalesi bu kararname ile tahakkuk etmiştir. "Esnâyi akitte hâtıp ve mahtûbeden birinin ikametgâhı bulunan kaza hâkimi veya bunun izinnâme-i mahsus ile mezun kıldığı nâib hazır bulunup akitnameyi tanzim ve tescil eder" hükmünü koyan H. A. K. nin 37. maddesi, evlenmeyi serbest irade ile istenildiği yer ve zamanda aktedilen bir akit olmaktan çıkarmak, evlenmeleri sıhhatlî bir şekilde tesbit etmek istemiştir. Madde hükmüne göre, hâkim veya naibin iki görevi vardır. Birincisi, tarafların irade açıklamaları sırasında hazır bulunmak; ikincisi de hüccet-i nikâh tâbir edilen senedi tanzim ve tescil etmektir. Görülüyor ki, kararname bugünkü hukukta olduğu gibi, evlenmenin muayyen bir resmî memur önünde yapılması ve tescil edilmesi mecburiyetini getirmiştir. Ancak hemen ifade edelim ki arada önemli bir fark vardır: Kararnamenin mezkûr hükmüne riayet edilmeden yapılan evlenmeler gene muteberdir. Hâkimin müdahalesi tamamen idarî bir kontrol mekanizmasından ibarettir. Bu husus kararnamenin gerekçesinde yer alan aşağıdaki satırlardan açıkça anlaşılmaktadır: ".. Bir müddettir memâliki osmâniyede akdi nikâhın icrası pek intizamsız bir hale girmiş ve nerede iki şahit hazır bulunursa hemen icrasına teşebbüs olunmuştur. Gerçi... iki şahidin huzuriyle icra edilen akd-i nikâh şer'an sahih ve muteber ise de böyle mühim bir akdin intizam dairesinde cereyan etmemesinden pek çok yolsuzluklar husule gelmiş ve mevani'i şer'iyesi olan nice kadınların icrai akdiyle eşhası sairenin ibtal-i hukuku cihetine gidilmiştir. Halbuki hîni akidde ahkâm-ı nikâha vâkıf bir zâtın huzuriyle akidnâmeyi tanzim etmesi de bir emri mendup olduğundan ve böyle bir akidname tanzim ve tescil olunduğu taktirde ileride akdin vücudu veya mehrin miktarı hakkında ve daha bir çok mesâilde zuhuru melhuz ihtilâfâtın önü alınacağından 37. madde bu esasa bina edildiği gibi vezaifi mezkûrenin nüfus veya belediye memurlarına veya kâtib-i adillere tevdii ciheti de düşünülmüş ise de hükkâmın her hususta velâyeti âmmeyi

63 Bk. MANSURİZADE SAİT, agm.

haiz olmasına ve akidnamenin, bilâ beyyine mazmuniyle amel edilmesi muktazi olan vesaik cümlesinden bulunması lüzumuna binâen işbu vezâifin hükkâma tevdi'i daha münasip olacağı mülâhaza olunmuştur."[64].

Gerekçe metninden anlaşılacağı üzere, hâkimin müdahalesi tamamen idarî mahiyette olup aynı zamanda fertlere isbat kolaylığı sağlamak gayesine matuftur.

Halbuki bugünkü hukumuzda, evlendirme memuru önünde yapılmayan evlenme yoklukla mualleldir[65].

37. madde hükmü yeni bir izinname çeşidine ihtiyaç olup olmadığı konusunda şüphe yaratacak mahiyettedir. Yukarda izah ettiğimiz gibi imamlar kadi'den izinname almak suretiyle evlenme akdine iştirak ediyorlardı. Acaba 37. madde ile HAK. imamların bu yetkisini kaldırmış mıdır? Bu soruyu cevaplandırmak için Ceza Kanununun 200. maddesinin değişik şekli ve "Hukuki Aile Kararnamesine müteallik muamelâtı idariye hakkındaki nizamname"nin 9. maddesi [66], üzerinde durulması gereken hükümlerdir.

"Ceza Kanununun 200. maddesinin 19 Rebiülâhir 1332 tarihli zeyli sanisini muaddel kararnâme"[67]'nin 1. maddesinin 2. fıkrası "Merasim-i kanuniyeyi ifa etmeksizin akitnâme tanzim ve tescil eden hâkim ve naibi ile hâkim veya naib hazır olmaksızın hilâfı selâhiyet nikâh akteden eimme dahi bir aydan altı aya kadar hapsedilir" hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hükümden, önceden izinname almış olsalar bile, hâkim veya naibi hazır olmaksızın evlenme akteden imamların cezalandırılacağı anlamı çıkmaktadır. Buna göre, hâkim veya naibi hazır bulunmazsa, imamın önceden almış olduğu izinname yetmiyecektir. Fakat "Hukuk-i Aile Kararnamesine müteallik muamelâtı idariye Hakkında Nizamnâme"[68] nin 9. maddesi "Mahkemece nikâhın cevazı akdine karar verildiği taktirde tarafeynin veya vekillerinin talebine göre huzur-i mahkemede veya tayin edecekleri diğer bir mahalde

64 Bk. ANSAY, age. sh. 25-26. Bununla H. A. K. i mevcut âdetleri mümkün mertebe muhafaza ederek hâkimin evlenmeye iştiraki ile hukukî emniyeti sağlamak istemiştir. Ancak kararname hâkimin iştiraki olmaksızın kıyılan nikâhı bâtıl kabul etmek cesaretini gösterememiştir.
JÄSCHKE, G; Türk Hukukunda Evlenme Aktinin şekli. (Tercüme: N. BERKİN) İHFD. c. 19. sh. 400-431.

65 Bk. FEYZİOĞLU, age. sh. 150.

66 Bk. Düstur , II. t. c. 10. sh. 52-57.

67 Bk. Düstur II. t. c. 9. sh. 782.

68 Bk. Düstur. II. t. c. 10. sh. 52-57.

nikâh akd olunur. Akdin mahkemeden başka bir yerde icrası halinde mahkeme ve nüfus daireleri müstahdemini ve mektep muallimleri ve mahallât eimme ve muhtârânı gibi sıfatı resmiyeyi haiz olanlardan veya mu'teberâni ehâlinden bir zat mahkeme tarafından izinname-i mahsus ile nâib tâyin ve meclis-i akde i'zam olunur" hükmünü koymuştur. Bu hükümle, imamların özel izinname ile evlenme akdinde hazır bulunmak üzere yetkili kılınmış olduklarından bahsedilmektedir. Bundan çıkan netice şudur: Müslüman olanların evlenmesi bahse konu olduğu zaman, nikâh mahkeme dışında bir yerde örneğin, mahalle veya köyde aktedilecekse, hâkim mahalle veya köy muhtar yahut imamını naib tayin edecek ve bu kimseler evlenme aktedebilecekler. Buna göre, Müslimlerin evlenmesi konusunda eskiden beri yerleşmiş olan "imam için izinname"nin yeterli olduğu kabul edilebilir[69].

Netice olarak şunu söyliyebiliriz: İzinname almak için mahkemeye müracaat etmiş olan kimseler veya vekilleri, isterlerse mahkemede evlenme iradelerini beyan edebilirler; hâkim bu beyanı tesbit eder ve bir akidname tanzim ederek bunu özel defterine tescil eder. Mahkeme dışında köyde veya şehirde evlenecek kimselerin nikâhı ise, hâkimin bu konuda yetki (izinname) verdiği imam, öğetmen, muhtar veya nüfus memuru tarafından aktedilecektir. Bu kimselere evlenme aktetme yetkisi verilmesinin sebebi belki bunların okur yazar olmalarından dolayıdır. Çünkü nikâhtan sonra bir akitname tanzim edilecek ve nüfus idaresine gönderilecektir. Okur yazar olmıyan bir kimse bu işi yapamıyacaktır.

Gayrimüslimlerin nikâhına gelince; nikâhı aktedecek olan ruhanî memur, durumu en geç 24 saat evvel mahallî mahkemeye bildirmek zorundadır. Hâkim bildirilen gün ve saatte nikâhın aktedileceği yere bir memur gönderir. Bu memur aktedilen evlenmenin özel defterine tescilini sağlar[70]. Hâkim veya naibi veya görevlendireceği herhangi bir

69 Bk. Aynı fikirde JÄSCHKE, agm. sh. 19.

70 Bk. HAK. Md. 43. Müslim ve gayrımüslim Türk teb'asının ve yabancıların Türkiye'de evlenme akdi için Bk. JÄSCHKE, Türk Hukukunda Evlenme Akdinin Şekli, İHFD. c. 19, sh. 400-431. ARMINJON, P; Etrangers et Protégés dans L'Empire Ottoman. Paris 1903.

MANDELSTAM, A; Du mariage et du divorce des ottomans à l'étranger et des étrangers en Turquie dans le Journal du droit international Privé et de la Jurisprudence comparée. (clunet) Bd. 3a (1903). sh. 86.

PAPADOPOULOS, G; Les Privilèges du Patriarcat oecumenique dans L'Empire Ottoman Paris. 1924.

memur olmadan nikâh akteden veya akitname tanzim ve tescil eden ruhanî memur 1 aydan 6 aya kadar hapsedilir. Aynı ceza kendisine ihbar vâki olduğu halde, nikâh meclisinde hazır bulunmayan hâkim veya naibi hakkında da uygulanır[71].

b) İlân mecburiyeti:

H. A. K. nin 33. maddesi "akd-i nikâhın icrasından evvel keyfiyet ilân olunur" hükmünü koymuştur. Evlenmeden önce ilân keyfiyeti, modern bir düşünüşün mahsulüdür. İslâm hukukunda ilân mecburiyeti yoktur. Fakat evlenmenin alenîyetini temin etmek için bir takım tedbirler alınmış örneğin, evlenmenin iki şahit huzurunda akdi mecburiyeti konulmuş ve evlenmelerin Cuma günleri camiilerde aktedilmesi mendup sayılmıştır[72]. Belirtmek gerekir ki, ilân akdin alenîyetini temin den ziyade, evlenecek kimseler arasında evlenmeye engel bir sebebin mevcudiyeti halinde, yakınların veya üçüncü şahısların mahkemeye itiraz etmelerini sağlamak gayesine matuftur. Her ne kadar izinname vermeden önce, hâkim taraflar arasında bir evlenme engeli bulunup bulunmadığını tetkik edecek ise de mevcut bir engelin gözden kaçması da mümkündür.

Bu konuda yerine getirilmesi gerekli idarî formaliteden kısaca bahsetmek yerinde olacaktır:

Evlenecek erkek ve kadın oturdukları mahalle veya köy ihtiyar heyetine müracaat ederek bir ilmuhaber alırlar. Bu ilmuhaberde tarafların ahvalî şahsiyesine ilişkin bilgiler ve aralarında bir evlenme engeli bulunup bulunmadığı gibi hususlar yer alır. Herhangi bir evlenme engeli

---

PAPASIAN, Th; Le mariage religieux des différents cultes et le mariage civil en Turquie in Revue de Droit international et de législation Comparée, 3. Reiche. Bd. XV. (1934) sh. 44 ff. und 550 ff.

SALEM, E. R; Du mariage des étrangers en Turquie in Journal Clunet. Bd. 16 (1889). sh. 28 ff. und. 381 ff.

SALEM, E. R; Des mariages célébrés en Pays musulman entre sujets européens de nationalité differente devant le Consul du Pays de l'un d'eux in Journal Clunet Bd. 17. 1890 sh. 477.

STEEN DE JEHAY, F; De la situation légale des sujets Ottomans non-musulmans. Brüxsel 1906.

TENEIDES, C. G; Les Conditions de forme du mariage des étrangers en Turquie. Essai de solution d'un Conflit des lois in Journal Clunet. Bd. 56 (1920). sh. 50.

71 Bk. Kanun-i Cezanın 200.maddesinin 19 Rebiülâhir 1332 tarihli Zeyl-i sanisini Muaddil kararnâme.

72 Bk. HAK. Gerekçe.

mevcut olsa veya velinin izni bulunmasa bile ihtiyar heyeti mezkûr ilmuhaberi vermek zorundadır. Mahkeme ilmuhaberi inceler; evlenlenmeye mâni hususlar varsa bunları kadın ve erkeğe bildirir. İtirazları varsa onu dinler; itirazı redderse izinname vermez. Hâkim evlenmeye mâni bir husus görmez veya tarafların itirazlarını kabul ederse, elde mevcut ilmuhaber nüfus idaresinden celbedilecek evraklarla karşılaştırılır. Uygun oldukları anlaşılırsa, akdin icra olunacağı, bir itirazı olanların ilân tarihinden itibaren 10 gün içinde bu itirazlarını mahkemeye bildirmeleri hususu ilân edilir[73].

Taraflardan birinin ikametgâhı başvurulan mahkemenin kazası dışında ise evlenme orada da ilân edilir.

İlânnamenin bir nüshası mahkeme divanhanesine, bir nüshası da herkesin gelip geçtiği yerlere asılır. İlânın gazete ile yapılması da mümkündür[74].

Veli veya sair ilgililerden bir itiraz geldiği taktirde, itiraz edenlerin evlenecek kimseler veya vekilleri huzurunda ifadeleri alınır. İbraz edilecek delillere göre mahkeme evlenmenin mümkün olup olmıyacağına karar verir. İtiraz edenler, tayin edilen günde gelmezler ve itiraz sebebleri de önceden bildirilmemişse, itiraz yok sayılır. Sebeb beyan edilmişse mahkeme bu konuda bir karar verecektir[75].

D) Çok kadınla evlenme = taaddüd-i zevcatın sınırlandırılması:

Teziminin birinci bölümünde izaha çalıştığımız gibi, İslâm prensip itibariyle tek kadınla evlenme usulünü kabul etmekle beraber, eşler arasında mutlak eşitliği gerçekleştirmek kaydıyla en çok dört kadınla evlenebilme imkânını da kabul etmiştir. Ancak bu şartın yerine getirilemiyeceğini nazara alanlar, "İslâmiyette taaddüd-i zevcat yoktur" neticesine varmışlardır[76]. Kaldı ki taaddüd-i zevcat bir emir olmayıp sadece caizdir. Caiz'de ulul' emrin tasarrufu kaidesine binaen bu müessese

73 Bk. Hukuki Aile Kararnamesine Müteallik Muamelâti idariye Hakkında Nizamnâme, md. 1-5.

74 Bk. Aynı Kararname Md. 6.

75 Bk. Aynı kararname Md. 7-8.

76 Bk. MUSTAFA SABRİ, Dinî İslâmda Hedefi Münakaşa Olan Mesailden Teaddüd-i Zevcat. Beyan-ül Hak. sene I. Sy. 11. I. k. evvel 1324. sh. 226. MANSURİZADE SAİT İM. c. I. 1330-1332. sh. 325. Teaddüd-ü Zevcat Münasebetiyle efkârı Umumiyeye, SR. daki A. Naim beyin makalesine cevap.

ortadan kaldırılabilirdi[77]. Nitekim gerekçesinde aynı fikri ifade eden H. A. K. 20. yüzyılda gülünç sayılabilecek bazı sebeblerle taaddüd-ü zevcatı haklı göstermeğe çalışmış ve evlenme mukavelesine konabilecek bir şartla taaddüd-i zevcatın bertaraf edilebileceği tezini savunmuştur: "Taaddüd-i zevcenin vâcibattan olmayıp umuri câizden olmasına ve umûri câizede veliyy ül emrin tasarrufa salâhiyyeti kâidesi müsellemattan bulunmasına binaen taaddüd-i zevcenin men'edilmesi ve hiç olmazsa ilk zevcenin rızasının şart kılınması lüzumu vârid-i hâtır olmuş ise de şer'i şerifin taaddüd-i zevceye müsaadesi fuhşun men'i ve nüfus-i ehalinin tezyidi gibi nice esbab ve mesalihe müstenid olup kadınların erkeklerden ez'afi müzaafe ziyade olduğu hali hazırda taaddüd-i zevcenin cevazına olan ihtiyaç sadr-i islâmdan dun bulunmamasına...". Görülüyor ki, nüfusun arttırılması, fuhşun önlenmesi ve kadın sayısının erkeklerden fazla olması gibi sebeblerle [78], H. A. K. taaddüd-i zevcatı yasaklamak yoluna gitmemiş sadece evlenme mukavelesine dercedilebilecek "üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartiyle bir kadını tezevvüc sahih ve şart muteberdir" hükmiyle yetinmiştir[79]. Buna göre kadın evlenmeden önce erkeğe mezkûr şartı kabul ettirmek suretiyle taaddüd-i zevcatın zararlarından kendini koruyabilir. Nitekim H. A. K. nin gerekçesinde yer alan "... şart-ı mezkûrun vücudu taaddüd-i zevcat kaziyyesinden melhuz olan mezahirin fiilen vukuuna mâni bulunacağına mebni taaddüd-i mezkûrun ayrıca men'i cihetini iltizama lûzum görülmemiş ve bunun

77 Bk. MANSURİZADE SAİT, İslâm M. Sene 3 Sy. 53. c. 5. 15 mayıs 1333. AKSEKİLİ, A. H; İslâmiyette Teaddüdü Zevcat. SR. c. 11. No. 375 5. K. evvel 1329. sh. 226 Aksi fikir Bk. SR. 31. Temmuz 1329. sh. 380. Bk. HAK. Gerekçe. ANSAY, S. Ş. sh. 27. Hattâ bir müellife göre, teaddüd-i zevcat usulü bir tarihte Halifenin iradesiyle kat'iyen men olunmuştu. Bk. ATEŞZADE İSMAİL HAKKI BEY, 1400 Sene-i hicriyesinde akdi nikâh derneği, İçtihat, IV. sene. Sy. 72. 18 Temmuz 1329. sh. 1590-1594. Bazıları taaddüd-i zevcatı sünnet olarak kabul ederler. İbn-i Abbas'ın Said İbni Cabire evlenmek istemediği için "evlen zira bu ümmetin en hayırlısı zevceleri çok olanlardır" buyurduklarını rivayet eder. Enes Bin Mâlik'den nakledilen bir hadise göre, bütün geceleri namaza hasretmeğe, bütün yıl oruç tutmağa hiç evlenmemeğe niyet eden üç zata, Peygamer "Allahım'a kasem ederim ki sizin hepinizden ziyade Allah'a itaat ederim. Lâkin hem oruç tutar hem iftar ederim. Hem namaz kılar, hem uyurum; kadınları da tezevvüç ederim. Artık sünnetimi terkeden benden değildir" buyurmuşlardır. Bk. AHMET NAİM, Sebül-ür Reşat c. 12. No: 308. sh. 378. Ahmet Naim'e göre taaddüd-i zevcat sünnettir. fakat bu herkes hakkında değildir.

78 Bk. Bu sebebler Taaddüd-i zevcatın faydaları olarak gösterilmektedir. Bk. ÖMER NASUHİ, Taaddüd-i zevcat müessese-i içtimaiyesinin faydaları. SR. Sy. 591. c. 23. 6 Mart 1340. Ayrıca Bk. SR. c. 23. Sayı 590. 28 Şubat 1340.

79 Bk. HAK. Md. 38.

makamına kaim olmak üzere zikr olunan şartı muhtevi 38. maddenin takririyle iktifa olunmuştur." sözleri bu hususu gayet açık bir şekilde ifade etmektedir.

Kabul etmek gerekir ki, H. A. K. nin, taaddüd-ü zevcatı önceden konulacak bir şartla kadının rızasına bağlayan hükmü, kısmî bir yenilik sayılabilir. Zira klasik İslâm hukukunda, fıkıhçıların büyük ekseriyeti böyle bir şartı mekruh farzetmişlerdir[80].

Netice olarak şunu söyliyebiliriz: H. A. K. taaddüd-i zevcatı olduğu gibi kabul etmiştir. "Menkûha veya mu'tedde olarak dört zevcesi bulunan kimsenin diğer bir kadınla izdivacı memnudur" hükmü[81] bunu açıkça göstermektedir. Ancak kadın, kocasının başka bir kadınla evlenmemesi ve evlendiği taktirde kendisi veya ikinci kadının boş olması şartını koyabilir. Koca bu şartı kabul ettiği taktirde, karısı sağ iken ikinci bir kadınla evlenemez. Evlendiği taktirde, kadınlardan birinin boş olması gerekir.

Buna mukabil kararname, Hıristiyanlar için çok kadınla evlenmeyi yasaklamıştır[82]. Fakat bu kararnamenin getirdiği bir yenilik değildir. Hıristiyanlık zaten çağımızda taaddüd-i zevcatı kabul etmemektedir. Kararname hazırlanırken, Hıristiyan ve Musevîliğin en yetkili din adamlarının kendileriyle ilgili hükümlerin görüşülmesi sırasında, komisyon çalışmalarına iştiraki sağlanmıştır. Hıristiyanlara da çok kadınla evlenme imkânının verilmesi bizzat onların dinî hukukunu ihlâl olurdu.

Yukarda izaha çalıştığımız esaslar dışında, H. A. K. i yenilik sayılabilecek hükümler ihtiva etmemektedir. Kaldı ki ülkenin o zamanki sosyal, iktisadî, idarî ve kültürel yapısının bu hükümlere gerçekten uygulanma imkânı verip vermediği hususu da incelenmeğe muhtaç bir konu olarak kalmaktadır[82].

Kararname, evlenmenin fesat ve butlanı konusunda isabetli hükümler getirememiş, fâsit ve bâtıl evlenmeleri birbirlerine karıştırmıştır. Şimdi kısaca bu konu üzerinde duralım.

---

80 Bk. BELLEFONDS, age. I. sh. 94.

81 Bk. HAK. Md. 14.

82 Bk. HAK. Md. 30.

82a JÄSCHKE, Türk Hukukunda Evlenme Akdinin Şekli makalesinde zımmen bizi teyid etmektedir. Bk. İHFD. c. 19. sh. 428-29.

3) H. A. K.nin Evlenmenin Butlanına İlişkin Hükümleri:

Kararnamenin 52-58. maddeleri hükümleri evlenmenin fesat ve butlanına tahsis edilmiştir. Yalnız ifade etmek gerekir ki, kararnamede fâsit ve bâtıl evlenmeler birbirlerine karıştırılmış ve bâtıl olması gereken evlenmeler fâsit sayılmıştır. Örneğin, evlenmenin bütün esas ve şeklî şartlarına, evlenme engellerine aykırı olarak yapılan evlenmeler fâsit sayılmıştır. Buna göre, yakın kan ve sıhrî hısımlar arasında aktedilecek evlenmeler bâtıl olmayıp sadece fâsittir[83]. Halbuki bu kabil evlenmelerin bâtıl olması gerekir. Kararnamenin bu tanzim tarzı, bir çok fıkıhçılar tarafından ifade edilen "..münakehatta butlan ile fesad arasında fark yoktur" prensibiyle izah edilebilir. Ancak evlenmede dahi butlanla fesadın aynı şeyler olmayıp başka başka mahiyette oldukları kararnamenin gerekçesinde ifade edilmiş ve "...nikâh-ı bâtıl ile nikâh-ı fâsidin berveçhi mâruz başka başka mahiyette oldukları esası kabul edilerek dördüncü babın muhtevî olduğu ahkâm bu esasa göre tanzim olunmuştur."[64]. Bu ifadeden anlaşılacağı üzere, kararnamede bâtıl ve fâsit evlenme birbirinden ayırdedilmiştir. Fakat ilgili maddeler incelenecek olursa, gerekçede ifade edilen hususun pek gerçekleşemediği görülür. H. A. K. sadece bir tek butlan hali zikretmiştir. Bu da gayri müslim bir erkeğin müslim bir kadınla evlenmesi halidir. Buna karşılık bir kimsenin annesi yahut kayınvalidesi veya yeğeni ile evlenmesi fâsit sayılmaktadır. Bu hal kanaatimizce ya bir yanılmanın veya yukarda zikrettiğimiz "evlenmede fâsit ile bâtıl arasında fark yoktur" yolundaki düşüncenin mahsulüdür.

Hıristiyan teb'anın yakın kan ve sıhrî hısımlar arasında aktettiği evlenmeler ise bâtıl kabul edilmiştir[85]. Halbuki yakın akrabalar arasında vukubulacak evlenmelere karşı İslâmiyet Hıristiyanlıktan daha az hassas davranmamıştır. Kararname 3 kere evlenip boşanmış bir Hıristiyan teba'nın dördüncü defa evlenmesini de bâtıl saymıştır[86].

HAK. nin "İkrah ile vuku bulan nikâh fasittir" hükmünü koyan 57. maddesi ancak Hanefi hukuku açısından bir yenilik sayılır. İmam Ebu Hanife'ye göre ikrah ile yapılan evlenme muteber sayılır. Halbuki kararname, böyle bir evlenmeyi fâsit sayarak İmam Şâfiî'nin fikrini kabul etmiştir[87].

83 Bk. HAK. Md. 54.
84 Bk. HAK. Gerekçe ANSAY, age. sh. 27.
85 Bk. HAK, Md. 63.
86 Bk. HAK. Md. 65.
87 Bk. HAK. Gerekçe. ANSAY, age. sh. 27.

H. A. K. Klâsik İslâm hukukunun çeşitli bakımlardan aradığı kefaeti sadece mal ve meslek hususunda aramaktadır.

Malda kefaet, kocanın mehri muacceli ödemeye ve karının nafakasını vermeye muktedir olmasıdır. Meslekte kefaet ise kocanın uğraştığı ticaret veya mesleğin şerefce karının velilerinin ticaret veya mesleki ile aşağı yukarı aynı seviyede bulunmasıdır[88].

Kararname, mehri evlenmenin hükümleri arasında incelemiş ve Klasik İslâm hukuku kaidelerinden farklı bir esas getirmemiştir. Bu arada bir hususa işaret etmek gerekir: Kararname "Bir kızı tezviç veya teslim için ebeveyn veya akrabâsının zevcden akçe veya eşyai saire almaları memnudur"[89]. hükmüyle, başlık veya ağırlık adı ile bu gün Anadolu'nun bir çok bölgelerinde yaşayan ve kıza karşılık kızın babasına veya yakınlarına muayyen bir para veya mal vermekten ibaret olan usulü yasaklamak istemiştir.

Kararnamenin kefaet ve mehre ilişkin hükümleri gayrı müslim tebaa hakkında uygulanmadığı gibi, evlenme engelleri, evlenmenin akdi, butlanı ve hükümleri konusunda Hıristiyan ve Musevî teba hakkında ayrı hükümler konmuştur[90].

H. A. K., böyle dağınık bir şekilde fıkıh kitaplarında yer alan İslâm hukuku kaidelerinin bir araya toplanmasından meydana getirilmiş bir kanundur. Durum böyle olunca, kararnamenin köklü değişiklikler veya yenilikler getirmesini beklemek fazla iyimserlik olur. Esasen statik bir şekilde fıkıh kitaplarında yer alan İslâm hukukunun değiştirilebilmesi için yepyeni bir zihniyet ve değişik bir ortama ihtiyaç vardı. Ancak her şeye rağmen H. A. K. evlenme ve boşanma konusunda ilerde gerçekleştirilecek tedvin faaliyetine bir başlangıç teşkil etmiş ve ahval-i şahsiye konusunda başvurulabilecek kaideleri toplu bir hale getirmek suretiyle uygulayıcılara esaslı bir kolaylık sağlamıştır. Bütün devlet tebasına şamil olmak üzere devletin evlenme müessesesine müdahalesini düzenliyen kararname kanunlarda bulunması gereken vahdet prensibinden mahrumdur. Devlet, Müslüman, Hıristiyan ve Musevîler için ayrı ayrı kaideler getirmiş ve dinî cemaatlerin teamüllerini kanunlaştırmıştır[91].

88 Bk. HAK. Md. 45.
89 Bk. HAK. Md. 90.
90 Bk. HAK. Md. 20-32. 40-44. 59-68. 78-79.
91 Bk. FINDIKOĞLU, agm. sh. 716.

4) **H. A. K. nin İlgası:**

Kararname sadece iki sene yürürlükte kalmış ve "Muharrem 1336 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesinin Lâğvı Hakkında Kararname"[92]. ile ilga edilmiştir.

H. A. K. nin ilgasında rol oynayan başlıca amiller, fanatik islâmcıların muhalefeti, azınlıkların işgal devletleri nezdindeki teşebbüsleridir[93]. Zira kararname İslâmcıların bir kısmı ve azınlıklar tarafından hoş görülmemiştir. İslâmcılar kadına ufak tefek haklar tanıyan hükümlere örneğin, taaddüd-i zevcatı önleme yetkisini veren hükme şiddetle karşı çıkmışlardır. İlâhiyat fakültesinden bir müderris "Nikâh-ı sani için zevce-i ûlânın muvafakatine bakılmıyacağı kitap ve sünnet ile malûm olduğu halde yine şart imiş gibi nazar-ı itibara alıp da andan sonra biddelâle rızasını iddia... etmek gibi ahvalin yakışır ciheti olmayıp usul-ü İslâm ile kabil-i tevfik olmadığı müstağni-i azade-i beyandır"[94]. diyor. Aynı müderris kararnamenin evlenme yaşı ve izinname konularında ihtiva ettiği hükümlere şu gerekçe ile karşı çıkıyor: "şu surette bikes = (kimsesiz) olup en ziyade izdivaçla setrü selâmete muhtaç olan genç kızlar bu nimetten mahrum kalacaklardır. Ahlâkları bozulacak, fakrü zaruret taammüm edecek, memleketimizde fuhşiyatın ve bilvasıta emraz-ı zühreviyenin tekessürü münteç olacak. Bunun maslahat neresinde?"[95]. Bu tenkitlerin son derece basit ve en ufak bir ilmî hakikate dayanmadığı ortadadır.

Gayrımüslim teba, dinî reislerinin nikâhın akdi, feshi ve bunlara bağlı olarak, karı koca nafakası, dırahoma ve cihaz hakkında çıkan davalara bakmak yetkisinin kaldırılmasından hiç memnun kalmamıştı. Eski imtiyazlarına tekrar kavuşmak için İtilaf devletleri işgal kumandanlığına müracaat etmişlerdir. Kararname 19 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılarak eski durum tekrar ihya edilmiştir. Ancak itilâf devletleri kararnamenin Suriye'de meriyette kalmasına müsaade etmişlerdir. Fakat 1921 yılında, kararnamenin azınlıkların dinî reislerinin kaza haklarını kaldırmış olan 156. maddesi ilga edilmiştir[96]. Buna rağmen H. A. K. Suriye'de 25 sene mer'iyette kalmıştır.

92 Bk. Düstur, II. t. c. II. sh. 299.

93 Bk. SABINA DIRKS, La famille musulmane turque, sh. 34. JÄSCHKE, agm. 19. FINDIKOĞLU, agm. sh. 718.

94 Bk. SADRETTİN, Hukuk-u Aile, Sebil-ür Reşat. c. 10. sh. 320.

95 Bk. SADRETTİN, agm. SR. sh. 339.

96 Bk. FINDIKOĞLU, agm. sh. 719.

IV. B.M.M. HÜKÜMETİ DEVRİNDE AİLE HUKUKUNUN TEDVİNİ ÇALIŞMALARI.

Millî mücadele kazanıldıktan sonra eski kanunları tadil ederek zamanın ihtiyaçlarına uydurmak zarureti kendini kuvvetle hissettirmeğe başladı. Bunu temin için 1923 yılı başlarında bir Medenî Kanun Komisyonu kuruldu. Bu komisyon iki ayrı tali komisyon halinde çalışmalarına başladı: Biri, Ahval-i Şahsiye Komisyonu diğeri de Vâcibat Komisyonu idi. Bu komisyonların çalışma tarzlarını göstrmek için de bir talimatname hazırlandı. Talimatnamenin geçici maddesi komisyonların bünyesi ve çalışma ilkeleri konusunda açık bilgi vermektedir. Gerçekten bu maddeye göre "İhtiyacatı memleketi her noktai nazardan temin edecek şekilde bir kanunu medenî lâyihası tanzimi vazifesiyle mükellef olan kanunu Medenî Komisyonu ikiye tefrik edilmiş olup, birinci Komisyon terakkiyatı hukukîyenin istilzam eylediği tasnifi ilmî dairesinde kavaidi esasiye ile emvale ve alelıtlak hukuku tasarrufiyeye ve vâcibat ve ukuda ait aksamın müzakere ve tesbiti ve ikinci komisyon ahkâmı şahsiyeye müteferri bilcümle mebahisin müzakere ve tedvini ile iştigal edecektir."

"Birinci komisyon 1332 senesinde içtima ve müzakerata iptidar eylemiş olan Kanunu Medenî Komisyonunun mesaisini takiben mezkûr komisyonun tâli encümeninde, esasatı muhtevi olmak üzere olvakit ihzar kılınmış olan lâyihanın evvelemirde sür'atle müzakeresini itmam ve ikinci Ahkâmı Şahsiye Komisyonu dahi kezalik tarihi mezkûrda müteşekkil komisyonu mahsusu istihlâf suretiyle mesaiye devam eyliyeceklerdir." [97].

Talimatnamenin bu maddesinden anlaşılacağı üzere yeni teşkil olunan komisyonlar, 1916 tarihinde teşkil edilmiş olan Mecelle ve Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonlarının devamından başka bir şey değildir. Komisyonlar, çalışmalarında esas itibariyle fıkıh esaslarından faydalanacaklardı. Bu arada ikinci derecede olmak üzere, modern milletlerin kabul ettiği esaslar da göz önüne alınacaktı.

İfade etmek gerekir ki, temeli fıkıh olacak kanunların hazırlanması veya mevcut kanunların tadili, yeni Türkiye'nin ihtiyaçlarını karşılamağa yetmezdi. Ancak laik bir hukuk sistemi kurmak için görüşler henüz olgunlaşmış değildi. Buna rağmen, Vâcibat Komisyonunun müzakereleri sırasında, bir azanın İsviçre BK. dan günü gününe çevrilmiş

97 Bk. Adliye Ceridesi. 1339. sh. 463.

maddeleri komisyonda okuması dikkate değer bir hadisedir[98]. Bundan anlaşılıyor ki, bazı kimselerin kafasında Avrupa hukukundan iktibas fikri yatmaktadır.

Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu ilk toplantısını 2 mayıs 1923 de İstanbul'da yaptı. Birinci toplantıda, hazırlanacak lâyihanın şer'i esasra dayanması meselesi müzakere edildi. Uzun çalışmalardan sonra bir "Hukuk-i Aile Kanunu Lâyihası" hazırlandı ve meclise sunuldu. Fakat bu lâyiha görüşleri alınmak üzere Adliye ve Şer'iye encümenlerine havale edildi; Sonra da tekrar görüşüleceği gerekçesi ile Adliye Vekâleti tarafından geri alındı [99]. 1339 tarihli Aile Kanunu tasarısı, 1917 tarihli H. A. K. nin aynıdır. Zikretmeğe değer hemen hiç bir değişiklik yapılmamıştır. Üzerinde durulması gereken en önemli iki müessese taaddüd-i zevcat ve talâk hiç dokunulmadan varlığını sürdürüyordu.

Hilâfet ve şer'iye mahkemeleri yerinde durdukça dinî hukuktan laik hukuka geçilemiyeceği artık iyice anlaşılmıştı. Bu sebeble önce bu iki müessesenin kaldırılması gerekiyordu. Bu arada mezkur komisyonların çalışmalarına ara verildi. 29 Ekim de Cumhuriyet ilân edildi. 3 Mart 1924 tarihinde Hilâfet ilga edildi. 8 Nisan 1924 tarih ve 469 sayılı kanunla şer'iye mahkemeleri kaldırıldı.

Bu hamlelerden sonra, devlet idaresinin laikleştirilmesi ve radikal reformların yapılması yolunda epeyce yol alınmış oluyordu. Bu kanaatle 19 Mayıs 1924 tarihinde Ahkâmı Şahsiye ve Vacibat komisyonları yeniden teşkil edildi. Komisyon çalışmaları için yeni bir talimatname hazırlandı[100]. Komisyonlardan beklenen iş talimatnamede şöyle ifade edilmiştir. ".... tedvin edilecek kavaninin tamamen asrî bir devlet mefhumat ve esasatı âdliyesiyle azamî bir tetabuku haiz olması ve memleketin ihtiyacatı nazardan dûr tutulmamasıdır. Bu maksadın istihsali için gerek mevzuatı hazıradan, gerek bilcümle yüksek medeniyeti temsil eden garp milletleri âsar ve kavanini mütekâmilesinden icap eden bilcümle esaslar ahiz ve istinbat olunmalı ve tahsisen Ticaret Kanunu için beynelmilel hukuk ve örf-ü âdât asla ihmal olunmamalıdır.".

Görülüyor ki yapılacak kanunların hazırlanmasında Garp hukukundan faydalanılması fikri tamamen açıklığa kavuşmuş vaziyettedir.

98 Bk. HIFZI VELDET. İsviçre Medenî Kanunu Karşısında Türk Medeni Kanunu. MK. nun XV. yıl dönümü. İstanbul, 1944. sh. 359.

99 Bk. ANSAY, age. 52-58.

100 Bk. Adliye Ceridesi. 1339-1340. sh. 849-50.

Komisyonlar yeniden çalışmalarına başladı. Ahkâm-ı Şahsiye komisyonu 1924-25 yıllarındaki çalışmaları sonunda 142 maddeden ibaret bir Hukuk-i Aile Kanunu Lâyihası hazırladı[101]. Bu lâyiha da 1917 H. A. K. den pek farklı değildi. Taaddüd-ü zevcat tahdit edilmekle beraber mevcuttur. Lâyihanın 12. maddesi "İzdivaçta zevcenin vahdeti asıldır; binaenaleyh ikinci bir kadın ile izdivaç etmek isteyen kimse zarûretini ve zevceler beyninde adalete ehliyetini isbat ve hâkimin müsaadesini istihsal etmedikçe, taaddüd-i zevât memnu'dur" hükmünü ihtiva etmektedir. Demek ki, bir kimse, çok kadınla evlenmeye ihtiyacı olduğunu ve bu kadınlar arasında eşit muameleyi temine muktedir bulunduğunu isbat eder ve hâkim de buna müsaade ederse, birden fazla kadınla evlenebilecektir. Tatbikatta bu hükmün gerçekten uygulanabilebileceği çok şüpheliydi. Kaldı ki Lâyihanın 13. maddesi" neseben veya rıdaen yekdiğerine mahrem olan iki kadını nikâhta cemetmek memnudur" hükmiyle taaddüd-i zevcatın yasaklanmamış olduğunu açıkça göstermektedir. Buna rağmen, koyu İslâmcılar, 1917 kararnamesine karşı olduğu gibi bu kanun lâyihasına karşı da şiddetli eleştirilerde bulunmuşlardır[102].

Lâyiha eskiden olduğu gibi, evlenmede vekâleti kabul etmiş ve bu müesseseye gereken önemi vermemiştir.

Vacibat Komisyonu da çalışmalarına başlamış ve önceki komisyonlara nazaran daha çok iş yapmış, çalışmalarında batı hukukundan geniş ölçüde yararlanmıştır. Komisyon 1340/924 yılında 251 maddelik bir BK. Lâyihası hazırlanmıştır. Bu lâyiha geniş ölçüde İsviçre BK. dan mülhem olmuştur[103]. Hattâ temsile ilişkin hükümlerin İBK. dan alındığı Vâcibat Komisyonunun müzakere özetlerini ihtiva eden raporda açıkça zikredilmektedir[104]. Bu lâyiha, Mecelle ile garp mevzuatının birleşmesinden meydana gelmiş olan bir kanun taslağı idi.

Ancak bu kanun lâyihası da yeni Türk toplumunun ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktı. Diğer taraftan, komisyonların çalışmaları sırasında batı kanunlarının Türkiye'de iktibas edilmesi fikri yavaş yavaş su yüzüne çıkmıştı. Bir batı kanununun Türk Medenî kanunu olarak iktibası fikri 1924 yılında daha da kuvvet kazandı ve nihayet Adliye

101 Bu lâyihanın metni için Bk. Adliye Ceridesi, 1340-1341. sh. 888, 953. vd., 1033 vd.; 17 vd. Ayrıca Bk. ANSAY, age. sh. 136.vd.

102 Bk. SAID, Yeni Hukuku Aile Lâyihası Hakkında Mütalaa SR. C. 25. Sayı 627. 27 teşrinisani 1340. sh. 40. Hukuk-i Aile SR. c. 24. Sayı 616. 11 Eylül 1340.

103 Bk. HIFZI VELDET, agm. sh. 359.

104 Bk. Adliye Ceridesi, 1340-1341. sh. 1145.

vekili Mahmud Esat bey (Bozkurt) bu komisyonlar önünde yaptığı bir konuşmada "... kanunlarımızı oldukları gibi Batıdan almak zorundayız. Böylelikle Türk Ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız... şimdiye kadar geçen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veririm"[105] diyerek artık mevcut hukuku ıslah suretiyle neticeye varılamıyacağını ve bir Batı kanununun Türkiye'de iktibası fikrini açıkça ortaya koymuştur.

Hükümet İsviçre MK. nun bazı değişikliklerle bir bütün halinde iktibasına karar verdi. İktibas için İMK. nun seçilmesi farklı şekillerde izah olunmaktadır: Bir kere içlerinde Adliye Vekili Mahmut Esat'ın da bulunduğu önemli sayıda Türk hukukçusu tahsillerini İsviçre'nin Fransızca konuşan kesiminde yapmışlar ve bu ülkenin demokratik ve ve düzenli mevzuatından geniş ölçüde esinlenmişlerdi. Fakat bu keyfî bir karar değildir diğer batı kanunları örneğin, Fransız ve Alman MK. ları tetkik edilmiş; her iki kanun, evlilik birliği içinde kadını geniş ölçüde kocaya tâbi tutmaları ve komplike olmaları sebebiyle kabule şayan görülmemiştir[106]. İsviçre MK., açıklığı, kesinliği ve basitliği ile iktibası uygun bir kanun olarak kabul edildi. Çünkü bu kanun Avrupa kanunlarının en yenisi ve liberali idi; demokratik ve halkçı bir adaletin isteklerine cevap verebilecek durumdaydı[107].

İktibas konusunda Türk kanun koyucusunu en çok etkileyen husus, İsviçre MK. nunda ailenin çok güzel bir şekilde tanzim edilmiş olmasıydı. Çünkü kanun koyucunun hemen gerçekleştirmek istediği reformlardan biri, erkek ve kadın eşitliği, evlilik birliği içinde kuvvetli bir anlaşma zemini üzerine kurulmuş bir aile düzeniydi.

İMK.nun Türkçeye tercümesi için bir komisyon teşkil edildi. 11 Eylül 1924 de çalışmalarına başlayan komisyon tercüme işini kısa zamanda bitirdi. Hazırlanmış olan lâyiha bir esbabı mucibe lâyihası ile birlikte Adliye Vekâletinden Başvekâlete tevdi edildi. İcra vekilleri heyeti 20 Aralık 1925 tarihli toplantısında lâyihanın TBMM. ne sevkini kararlaştırdı. Yeni bilgilerle mücehhez hâkim ihtiyacını karşılamak üzere Ankara'da Adliye Vekâletine bağlı bir hukuk mektebi açılması da kabul edildi. 5 Kasım 1925 tarihinde, Ankara Hukuk Mektebi Gazi Mustafa Kemâl tarafından açıldı.

105 Bk. MAHMUT ESAT BOZKURT, Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı? Medenî Kanunun XV. yılı için İstanbul 1943. sh. 11

106 Bk. SAUSER-HALL, Réception des droits européens en Turquie, sh. 344.

107 Bk. DAVID, R; Cours de législation civile comparée, Cours de droit polycopés, Paris 1946-47. sh. 288. Ayrıca Bk. Türk MK. Esbabı Mucibe Lâyihası.

TMK. Lâyihası 17 Şubat 1926 tarihinde TBMM. de ittifakla kabul edildi. Kanun 4 Nisan 1926 tarihli resmî gazetede yayınlandı ve 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girdi. Görüldüğü üzere, TMK. nun yayınlanması ile meriyeti tarihi arasında 6 aylık bir zaman fasılası vardır. Şeriye mahkemelerinin 8 Nisan 1924 tarih ve 469 numaralı kanunla kaldırılmasından sonra, kadi'nin evlenme izinnamesi verme görevini sulh hakimi üzerine almıştır. 4 Ekim 1926 ya kadar, imamın nikâh aktedebilmek için bir izinnameye ihtiyacı vardır. 469 numaralı kanunun 6. maddesi hükmüne göre, ".... Gerek sulh hakimleri ve gerek sulh hahakimleri vazifesini ifa ile mükellef kılınan... zevat (mehakim-i sulhiyenin aza ve mülâzımları) nikâh izinnameleri itaası... selâhiyetini haizdir.". Böylece imam 4 Ekim 1926 tarihine kadar sulh hakiminin denetimi altında vazife görmüştür.

Millî mücadele sırasında evlenme vak'alarının nüfus kütüğüne kaydını temin için 16 Temmuz 1337/1921 tarih ve 136 sayılı kanun çıkarılmıştır. Bu kanuna göre: "... altı ay zarfında her mahalle ve karyenin imam ve muhtarı bu karye dahilinde vukua gelip de henüz tescil olunmamış... münakehat ... vukuatına ait ilmuhaberlerini bittakip tanzim ettirip nüfus idarelerine vermeğe mecburdurlar. 3 kasım 1337/1921 tarih ve 162 numaralı kanun ise "... izinnâmesiz izdivaç eden zevçler ile akdi icra edenler... altı ay zarfında muamele-i resmiyyelerini kaydettirdiklerinde mürettep olan cezadan affolunmuşlardır"[108].

29 Mayıs 1926 tarih ve 861 numaralı kanun, nüfus kanununun koyduğu müddet geçtiği halde kütüğe kaydettirilmemiş olan evlenme vak'alarını, kanuna göre nüfus idarelerine bildirmeğe mecbur olanlar bu vak'aları kütüğe yazdıracak olurlarsa bunlardan cezayı nakdi alınmaz" hükmünü getirmiştir. Yalnız bu küküm 3 yıllık bir müddet için kabul edilmiştir. Ayrıca 18. 3. 1924 tarih ve 442 numaralı köy kanunu da muhtarlara nikâhlananların defterini tutup ertesi ayın onuncu gününden evvel nüfus memuruna vermek" ödevini yüklemiştir[109].

Görülüyorki, devlet MK. nun kabulüne kadar, muhtelif kanunlarla evlenmeyi kontrol altına almak ve bir düzene sokmak gayesini gütmüştür.

108 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 21.
109 Bk. 442 Sayılı Köy K. Md. 36.

§. 3. MEDENÎ KANUN VE RESMÎ NİKÂH.

I. UMUMÎ OLARAK

17 Şubat 1926 tarih ve 763 sayılı TMK. nun meriyete girmesiyle artık İslâm hukuku tamamiyle terkedilmiş ve Türkiye diğer medenî devletler gibi modern bir Medenî Kanuna kavuşturulmuştur. Medenî Kanunun aileyi tanzim tarzı ile İslâm hukukunun tanzim tarzı arasında çok büyük farklar ve hattâ tam bir zıddiyet vardır. İslâmî ailenin esaslarını şu şekilde özetliyebiliriz:

1) Çok karılılık.

2) Karı koca eşitsizliği.

3) Kocanın keyfî olarak dilediği zaman evlilik birliğine son verebilmesi.

4) Akit olarak evlenmenin borçlar hukukunda tanzim edilen muamelelerden pek farklı tutulmaması.

Halbuki TMK. nun Aile hukuku kitabı, İslâm hukukunun tam aksine aşağıdaki esasları kabul etmiştir:

1) Monogami.

2) Karı koca eşitliği.

3) Eşlerin ancak mahkeme kararıyle evlilik birliğine son verebilmeleri; yani karı kocadan her biri, kanunda sayılan sebeblerin vücudu halinde hâkim kararıyle diğerini boşayabilir[1].

4) TMK. evlenmeyi doğrudan doğruya devleti ilgilendiren sosyal bir müessese olarak ele almıştır. Aile hukukunun bütün kaidelerinde bu ruh hâkimdir[2]. Evlenme ehliyeti evlenmenin akdi, hüküm ve netice-

1 Bk. TMK. Md. 129-134.

2 Bk. VELİDEDEOĞLU, Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Medenî ve Cezaî Bakımdan ne Gibi Tadilata İhtiyaç Vardır? Türk Hukuk Kurumu Konferanslar serisi No. 79, Ankara 1944 sh. 16.

leri bakımından, MK. İslâm hukukundan çok değişik esaslar getirmiştir. Durum böyle olunca, bir erkekle bir kadının diledikleri zaman iki şahit huzurunda bizzat veya temsilcileri vasıtasiyle evlenme akdetmelerine imkân yoktur. MK. evlenecek kimselerin evlenme iradelerini resmî bir memur huzurunda açıklamaları zorunluluğunu getirmiştir. Gerçekten "evlenme; reşid iki şahid muvacehesinde belediye dairesinde veya heyeti ihtiyariyede, belediye reisi veya reisin evlenme işlerine memur ettiği vekili veya muhtar tarafından alenen aktolunur. Evleneceklerden birinin belediye veya heyeti ihtiyariyeye gelemiyecek derecede hastalığı tabip raporiyle tebeyyün ederse, evlenme başka bir yerde dahi aktolunabilir" hükmünü koyan MK. 108. maddesi, resmî nikâh müessesesini getirmiştir. Evlenme talimatnamesi, aşağıda zikredilecek hükmü ile MK. nun 108. maddesine açıklık getirmiştir: "kadınlar da erkek gibi şahit olabilirler. Evlenme esnasında evlenecekler bizzat bulunur. Vekil kabul olunmaz"[3]. Aynı talimatnamenin 13. maddesine göre "evlenme memuru evlenmenin yapıldığını karı ve kocanın hüviyet cüzdanına kaydeder ve Nüfus idaresine tahriren bildirir".

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, Türk hukukunda imamın evlenme akdetme görevi resmen sona ermiştir. Bu sebeble, imamın resmî nikâh sırasında hazır bulunmasına cevaz yoktur. Fakat Köy kanununun 23. maddesine göre, imam ihtiyar heyeti üyesidir. Köylerde evlenme ihtiyar heyeti huzurunda akdedileceğine göre, imam resmî nikâh sırasında hazır bulunabilecek mi? suali akla gelebilir. Şüphesiz buna imkân yoktur. MK. nun 108. ve 123. maddelerinde bahse konu olan heyeti ihtiyariye deyimlerini, mehaz kanunun 116. maddesinde olduğu gibi, nikâh salonu olarak anlamak gerekir. Yani artık imam hiç bir şekilde resmî nikâhta hazır bulunamaz.

Medenî Kanun ve İslâm hukuku bir nokta üzerinde birleşmektedir: O da evlenmenin laik bir müessese olarak kabulü başka bir deyimle evlenmeye dinî bir mahiyet atfedilmemiş olmasıdır[4]. Medenî kanunun kabul etmiş olduğu resmî nikâh da, İslâm hukukunda olduğu gibi, iki şahit önünde aktedilir. Taraflar evlenme iradelerini hiç bir şüphe ve tereddüde meyana vermiyecek şekilde izhar ederler Bu bakımdan MK'a göre aktedilmiş olan resmî nikâhın şer'i meşruiyetinden şüphelenmeye hiç bir sebeb yoktur. Yani daha önce de söylediğimiz gibi,

3 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 23.

4 Başgil, İslâmda evlenmenin dinî ve mukaddes müessese olduğuna işaret eder. Bk. BAŞGİL, A. F.; Gayrımeşrû Birleşmeler. İş Mecmuası. c. 8, sh. 83.

MK. a göre resmen evlenmiş olan bir müslüman aynı zamanda şer'i hukuka göre de evlenmiş sayılır. Çünkü, İslâm hukuku evlenmede herhangi bir dua okunması veya imam huzurunda evlenilmesi gibi bir mecburiyet koymamıştır. Nikâhta hutbe ve dua okunması sonradan halk arasında yerleşmiş olan ve İslâm'ın mendup saydığı bir teamülden ibarettir[5].

Türk hukukunda imamın evlenme akdetme görevi ise önce fiilen sonra da idarî düşüncelerle, hukuken kabul edilmiş olan bir vakıadır. İmamın nikâhta hazır bulunması akde hiç bir dinî mahiyet izafe etmediği halde, halk arasında bu usule tamamen dinî bir gözle bakılmakta ve MK.a göre resmen evlendikten sonra, taraflar bir de imam önünde evlenme iradelerini beyan etmek ihtiyacını hissetmektedirler.

MK., nikâhta dua işini tamamen hususî ve vicdanî bir mesele telâkki etmiş ve sadece dinî merasimin, ancak evlenme akdinin icrasından sonra yapılabileceğini zikretmekle yetinmiştir. Ancak MK. a göre resmî nikâh yapılmadan dinî merasim yapmak ve yaptırmak TCK. nun 237. maddesi mucibince suç sayılmıştır. MK. nun 110. maddesine göre: "Evlendirme memuru, merasimin hitamı üzerine derhal karı ve kocaya bir evlenme kağıdı verir. Evlenme kağıdı ibraz edilmeden evlenmenin dinî merasimi yapılmaz. Bununla beraber evlenmenin tamamiyeti dinî merasimin icrasına mütevakkıf değildir". Bazı müelliflere göre, MK. nun bu hükmü Türkiye'de mevcut gayrımüslimleri istihdaf etmektedir[6]. Buna karşılık bir kısım müellifler de Türkiye'de mevcut gayrımüslimlerin sayısının bu görüşü doğrulamağa yetmediği ve "kanun koyucunun daha çok imam nikâhında gelenek olan hutbe ve nikâh duasının halk görüşündeki mübâlağalı değerine karşı koymak istediği "kanaatini izhar etmektedirler[7]. Fakat 110. maddede mevcut dinî merasime ilişkin hüküm belki de mehaz kanunun 118. maddesinde mevcut" "..Dinî merasim ancak evlenme kağıdının ibrazı üzerine yapılır" hükmünün, Hıristiyanlıkta evlenmenin dinî bir karakter taşıdığı nazara alınmadan, olduğu gibi iktibas edilmesinin neticesi olabilir.

Osmanlı hukukunda evlenme için kadi'den izinname alınması veya kadi tarafından görevlendirilecek bir memurun evlenmede hazır bulunması[8], tamamiyle idarî bir ihtiyacın neticesi olarak başvurulmuş bir

5 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 23.
6 Bk. FINDIKOĞLU, La transformation... sh. 67.
7 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 23.
8 Bk. HAK. Md. 37.

çare olduğu halde, TMK. na göre evlenmenin ilgili memur önünde yapılması akdin sıhhat şartıdır. Evlendirme memuru önünde aktedilmemiş evlenme, yokluk müeyyidesine marûzdur Buna rağmen yurdumuzun bir çok bölgelerinde özellikle kırsal kesimde hiç resmî nikâh yapılmadan, imam nikâhı ile evlenilmekte ve MK. nun resmî nikâh müessesesi uygulama alanı bulamamaktadır. Yüzyılların halk arasında kökleştirdiği imam nikâhı usulü ve evlenmeye yanlış olarak atfedilmiş olan dinî karakter, MK. nun kabulünden bu yana 48 sene geçmiş olmasına rağmen, nesebsiz çocuklar ve taaddüd-i zevcat problemlerinin sebebi olarak önemini muhafaza etmektedir.

II. KANUN DIŞI BİRLEŞMELER VE NESEBSİZ ÇOCUKLAR MESELESİ.

1) **Umumî Olarak**:

Yukarda izaha çalıştığımız gibi, Medenî Kanunun kabulünden önce Türkiye'de evlenme, evlenecek kimselerin veya vekillerinin iradesiyle iki şahit önünde aktedilen bir özel hukuk muamelesiydi. Halbuki Medenî kanun evlenmeye sosyal bir karakter izafe ederek, onu sosyal ve doğrudan doğruya devleti ilgilendiren bir müessese olarak kabul etmiştir. Yani evlenme, mutlaka devletin müdahalesini gerektiren nevi şahsına has bir akit tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bütün medenî milletlerin yaptığı gibi, yeni Türkiye Cumhuriyeti de kabul ettiği yeni kanunun hükümleriyle aileyi ve dolayısıyle Türk toplumunu sağlam esaslar üzerine oturmak istemiştir. Buna göre, bir kadınla bir erkeğin birlikte yaşamasının evlenme olarak kabulü için, ilgili kimselerin kanunun aradığı şartlara uygun olarak evlendirme memuru önünde iradelerini açıklamaları gerekir. Fakat kökünü ve cevherini maşerî vicdandan alan bir müesseseyi bir kanun hükmiyle bir çırpıda ortadan kaldırmak mümkün olmadığından, MK. na aykırı olarak, eski hukuk hükümlerine göre evlenmeler devam etmiş ve etmektedir. MK. hükümlerine göre, evlendirme memuru önünde yapılmıyan evlenme yokluk müeyyidesine maruzdur ve sadece kanun dışı bir birleşme olarak kabul edilir. Kanun dışı birleşmelerden doğan çocuklar ise hukuken babasız yani nesebsizdir.

Kanun dışı birleşmeden maksat, bir erkekle bir kadının gelip geçici münasebetleri olmayıp, bir karı koca hayatı manzarası arzeden devamlı münasebetleridir. Kanun dışı birleşmeler bir kaç şekilde görünür: Bunların bir şekli, bekâr bir erkekle bekâr bir kadının evli imiş gibi bir-

likte yaşamalarıdır ki buna "serbest birleşme" denir. Bir diğer şekli concubinage = metres hayatı olarak vasıflandırılan evli bir erkeğin meşru karısından yahut evli bir kadının meşru kocasından başka biriyle devamlı olarak açık veya gizli münasebette bulunmasıdır. Bu çeşit kanun dışı birleşmeye her zaman her yerde raslanabilir. Kanun dışı birleşmelerin bir üçüncü şekli daha vardır ki, bu sadece Türkiyeye hastır ve dinî nikâh kisvesine bürünmüş maskeli bir taaddüd-i zevcattir[9]. Bu çeşit birleşmelerin özelliği şudur: Yukarda zikrettiğimiz iki nevi kanun dışı bireşmede, kadın ve erkek, münasebetlerinin, durumlarının gayrımeşru olduğunu bilmektedirler. Şu veya bu sebebden dolayı durumlarına meşruiyet vermek imkânına sahip değillerdir. Halbuki imam nikâhı ile vukubulan birleşmelerde, tersine kadın ve erkek birleşmelerinin meşruiyetine inanmaktadırlar. Çünkü onlar İslâm'a göre evlendikleri dolayısiyle Kur'an'a uygun hareket ettikleri kanaatindedirler. İşte bu çeşit kanun dışı birleşmelerle mücadele güçtür. Çünkü meşruiyetini halkın vicdanından almaktadır. Bu sebeble Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bu tarz birleşmeler devam etmiştir. nesebsiz çocukların sayısı günden güne çoğalmağa başlamıştır; öyle ki tehlikenin büyüklüğünü gören kanun koyucu MK. nun kabulünden 7 sene sonra duruma bir çare bulmak ümidiyle 26.10.1933 tarihinde 2330 sayılı bir kanun çıkarmıştır. Af kanunu adını alan bu teşriî vesikanın 16. maddesi, "Kanunu medenînin meriyetinden bu kanunun neşri tarihine kadar evlendirme memuru huzurunda yapılmış akde müstenit olmıyarak birleşip karı koca halinde yaşayanlardan çocuk olduğu taktirde bu yaşayış evlenme akdi sayılarak bu birleşmelerin evlenme sureti ile ve bunlardan doğan çocukların da nesebi sahih olarak kadın ve erkeğe izafesiyle tescili yapılır. Şu kadar ki erkek evli ise bu suretle vâki olan birleşmelerde bu hükümler câri olmaz. Ancak bu birleşmelerden hasıl olan çocuklar yukardaki hükme göre tescil olunur" hükmünü koymuştur. Karı koca halinde yaşayanlar ibaresinden imam nikâhıyle veya metres olarak birlikte yaşayan kimseleri anlamak gerekir. Böylece özel bir kanunla, kanun dışı birleşmeler memleketin şartlarından doğan bir zaruret neticesi meşru evlenme olarak kabul edilmiş ve MK. da, evlenmenin şekil ve merasimi konusunda esaslı bir gedik açılmıştır.

Mesele bu kanunla halledilmiş olmadı ve kanun dışı birleşmeler devam etti. Nesebsiz çocukların sayısı günden güne çoğalmağa başladı. 1938 senesi istatistiklerine göre, Türkiye'de bir sene içindeki tescil edil-

9 Bk. BAŞGİL, agm. İş. c. 8. sh. 88.

miş evlenme sayısı 30, 272 dir. Bu evlenmelerin 29.521 Vilâyet ve kaza merkezlerinde; geriye kalan 751 nikâh da köylerdedir. O zaman için 17 milyon olan nüfûsun 14 milyonunun köyde yaşadığı nazara alınırsa, köylerde evlenmelerin çok büyük bir kısmının g. resmî şekilde yapıldığı kolaylıkla anlaşılır; Köylerdeki evlenme sayısı esasında şehirlerdekinden çok daha fazladır. Fakat bu evlenmeler imam nikâhı ile yahut serbest birleşmeler şeklinde olduğundan sicillerde görünmüyor.

Adliye Vekâleti, bu sosyal ve kanunî bozukluğun düzeltilmesinde kendine düşebilecek ödevi yapmak ve fiilî vaziyeti öğrenmek maksadıyle 3. 4. 1941 tarihinde bütün vali ve savcılara bir tamim göndererek, kanun dışı birleşmelerin sebebleriyle bu birleşmeleri önliyecek ve doğan çocukların durumunu düzeltmeğe yarıyacak olan tedbirler hakkındaki düşüncelerini sormuştur. Bakanlık, alınan cevapları bir rapor halinde yayınlamış[11] ve rapor hakkında bazı kamu kuruluşlarının, tanınmış bilim adamlarının ve özellikle üniversitelerin mütalaalarını almıştır. Derdin sebeblerini ve çarelerini çeşitli bakımlardan izah eden rapor, bu konuda son derece kıymetli bir çalışma olarak değerini muhafaza etmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki, meselenin çözümü için köklü tedbirler alınması yoluna gidilmiyerek, MK. nun özüne ve sözüne aykırı düşen af kanunları çıkarılması ciheti tercih edilmiştir. Bu güne kadar 6 tane af kanunu çıkarılmış olmasına rağmen[12] mesele halen ciddiyetini muhafaza etmektedir.

Şimdi Türkiye'de kanun dışı birleşmelerin sebeblerini ve bunlara karşı alınacak tedbirleri Adliye Vekâletinin mezkûr raporu ışığı altında kısaca gözden geçireceğiz.

---

10 Bk. BAŞGİL, agm. İş c. 8. sh. 89.

11 Bu raporun metni için Bk. Kanun Dışı Birleşmeler ve Nesebi Sahih Olmayan Çocuklar Hakkında Rapor. Adliye Ceridesi, Otuzüçüncü sene, 1942. Sy. 12. 1327 vd.

12 Bk. Bu af kanunlarının tarihi ve sayıları şöyledir:
26. 10. 1933 t. ve 2330 sayılı
30. 4. 1945 t. ve 4727 sayılı
1. 11. 1950 t. ve 5524 sayılı
30. 1. 1956 t. ve 6652 sayılı
11. 5. 1964 t. ve 461 sayılı
29. 3. 1965 t. ve 554 sayılı
Bu kanunların metni için Bk. İNAN, A. N.; Fiilî Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline Dair Mevzuat, Ankara, 1958, 1965.

2) **Kanun Dışı Birleşmeler:**

Raporda kanun dışı birleşmelerin başlıca tezahür şekilleri şöyle özetleniyor:

A) Herhangi bir yaşta kız veya kadın kaçırma suretiyle;

B) Bâkire veya dul kızların arka arkaya muhtelif erkeklere satılması;

C) Başkasının birlikte yaşadığı kadını satın almak veya aynı durumdaki kadını karşılıklı değişmek[13].

D) Ağırlık, başlık almak için nikâhlı nikâhsız kız verme;

E) Muayyen müddetli geçici evlenme (Iğdır ve Tuzluca'da);

F) İlk karısı ile nikâhlı, ikincisi ile nikâhsız veya ilk karısı ile nikâhsız ikincisi ile nikâhlı olarak yaşama suretiyle[14].

Kanaatimizce bu şekiller istisnaî olup asıl kanun dışı birleşmeler imam nikâhı ile evlenmeler şeklinde olmaktadır[15]. Bunlar da iki şekilde görülmektedir:

a) Birden fazla kadınla evlenmek için yapılan imam nikâhı. Örneğin, resmî nikâhla evli olan bir kimse, muhtelif sebeblerle[16] ikinci veya üçüncü bir kadınla da evlenmek ister. Bu, MK. na göre mümkün olmadığından başvurulacak yol, imam nikâhıdır. Çünkü bu nikâh meşruiyetini halkın vicdanına yerleşmiş köklü bir inançtan almaktadır.

b) Evlenme çağında bulunan veya bulunmayan gençlerin çeşitli sebeblerle imam nikâhı ile iktifa edilerek evlendirilmeleri. Örneğin, köylerde erken evlenme âdeti vardır. Henüz evlenme rüşdüne ulaşmamış olan çocukları resmî nikâhla evlendirmek imkânı yoktur. Onların birleşmelerini meşru kılacak en kolay ve uygun yol tabiî imam nikâhı olacaktır.

Kanunsuz bireşmelere ilişkin mezkûr raporda bahse konu olan vak'aların belkide % 95'i imam nikâhı ile vâki olan birleşmelerdir. Biz

13 Raporda Sivas Vâlisinin Verdiği bilgiye göre, bu şekil birleşmeler Kağızman'ın bazı köylerinde görülür.

14 Bk. Rapor, Adliye Ceridesi. 1942 Sayı 12. sh. 1328.

15 Aynı fikir Bk. BERKER, N; Adliye Ceridesi, 33. Sene, 1942. Sayı 12. sh. 1398.

16 Örneğin, karının kısır olması veya istihsalde Kocaya daha fazla yardımcı olacak iş gücü ihtiyacı vb gibi.

önce kanunsuz birleşmelerin raporda belirtilmiş olan sebeblerini ve bunlara karşı alınacak tedbirleri kısaca gözden geçirip sonra da zikredilen sebebler ve teklif edilen tedbirleri kısaca tahlil edeceğiz. Ancak şu hususa da işaret etmek gerekir: Rapor 1941 tarihinde yapılan bir anket neticesinde hazırlanmış olduğu cihetle, kanunsuz birleşmelerin sebebleri arasında zikredilen bazı haller bugün için mevcut değildir.

Raporda zikredilen Kanunsuz birleşme sebeblerini üç grupta toplamak mümkündür:

- Muhtelif mevzuata taallûk eden sebebler.
- Kültürel ve eğitimle ilgili sebebler.
- Sosyo-ekonomik sebebler[17].

3) **Kanun Dışı Birleşmelerin Sebebleri:**

A) Mevzuata taallûk edenler:

Muhtelif kanunlarda mevcut hükümler ve bunların uygulanması kanunsuz birleşmelerin sebebi olarak gösterilmektedir. Bu kanunlar adlî, idarî, askerî, malî ve sıhhî mahiyette kanunlardır.

a) Adlî kanunlar bakımından:

a') Tabiîdir ki burada ilk akla gelen kanun TMK. dur. MK. nun evlenme ve boşanmaya ilişkin bazı hükümleri halkın Medenî = resmî nikâha iltifatını önleyici tesirler yapmaktadır. MK. nun resmî nikâhı zorlaştırıcı hükümleri bertaraf edilmelidir. Bu cümleden olmak üzere, evlenme için konulmuş ilân formalitesi lûzumsuz ve 15 günlük ilân müddeti uzun sayılır[18]. Aynı köyde veya kasabada oturan ve birbirlerini tanıyan kimseleri ilân formalitesi için bekletmek faydasızdır. Taraflar arasında evlenmeye engel bir hususun bulunmadığı muhtar tarafından tasdik edilmiş ve nüfus idaresince aynı mahiyette cevap verilmişse artık ilâna gerek yoktur.

MK. nun 95. maddesinde, dul kadınlara tahmil edilmiş olan 300 günlük bekleme müddeti, bilhassa zelzele mıntıkalarında yardıma muhtaç kadınları imam nikâhı ile evlenmeye götürmektedir. Çünkü iddetin dolmasıyle de iş bitmemekte, nüfus idaresinde yapılacak bazı muamelelerin de tamam olması gerekmektedir. Ancak bundan sonradır ki resmî nikâhla evlenme mümkün olacaktır.

17 Bk. Rapor, AC. sh. 1328-1345
18 Bk. TMK. Md. 97.

– Evlenenler arasında bir yaş haddi bulunmaması, eşleri kanunsuz birleşmelere sevketmektedir.

– Boşanma sebebleri dar, muhakeme usulleri uzun ve masraflıdır. Uzun müddet mahkemede sürünmeği göze alamıyan eşler fiilen birbirlerinden ayrılmayı ve imam nikâhı yaparak başkası ile evlenmeyi tercih etmektedirler.

– Boşanmada sulh teşebbüsü tamamen lüzumsuzdur. Belirtelim ki bu sebeb bugün için vârit değildir.

Tarafların ikrarlarına ve anlaşmalarına önem verilmeksizin mutlaka şahit istenilmesi, davanın uzamasına sebeb olmakta ve daha başlangıçta ilerde vukuu muhtemel bir boşanmanın zorluklarını düşünen taraflar, imâm nikâhı ile evlenmeyi tercih etmektedirler. Boşanmanın kolaylaştırılmasının aileyi sarsacağı iddia edilmişse de, mutlak boşanma kolaylığına rağmen Türk ailesinin yüzyıllarca sağlam kalması, bu iddianın tutarsızlığını göstermiştir[19].

– Resmî nikâhla aldığı karısının kısırlığı veya devamlı hastalığı halinde, erkeğin ikinci defa evlenmesine müsaade edilmemesi de kanunsuz birleşmelere sebeb olmaktadır[20].

b') Ceza Kanunu bakımından:

– Aralarında evlenme engeli bulunan kimselerin evlenmesini bilerek akteden evlendirme memuru ve bu suretle evlenen erkek ve kadın ile bunları evlenmeye sevkeden veya evlenmelerine rıza gösteren veli veya vasileri; "aralarında evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinî merasimini yaptıran erkek ve kadınlar ve dinî merasimi yapanlar.. cezalandırılır" hükmünü ihtiva eden TCK. nun 237. maddesi hükmü yüzde bir nisbetinde bile uygulanamamaktadır.

– TCK. nun 430. maddesi, "cebr ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın şehvet hissi veya evlenme maksadiyle reşit olmayan kimseyi rızası ile kaçıran veya bir yerde alıkoyan" kimseyi cezalandırmaktadır.

Temyiz mahkemesi, 6. 5. 1940 tarihli bir içtihadı birleştirme kararıyle bu suçun meydana gelmesi için veli veya vasinin rıza göstermemesi gerektiğini şart koşmuştur. Buna göre, kız kaçırma hadiseleri veli veya vasinin muvafakatı üzerine cezasız kalmaktadır. Anadolu'da

19 Bk. Rapor. AC. sh. 1329
20 Bk. Rapor, AC. sh. 1330.

kız kaçıran kimse istenen başlık veya ağırlığı verip bu rızayı elde etmekte güçlük çekmemekte ve binnetice medenî nikâh yapmaksızın imam nikâhı ile yetinmektedir.

– Bir çok kimseler saf kızları evleneceğim diye kandırarak münasebette bulunduktan sonra, muhtelif bahanelerle onları oyalayıp kaçmaktadırlar. TCK. nun 108. maddesinde mevcut 6 aylık şikâyet müddeti çok kısadır. Fail cezasız kalmakta ve genç kızlar sokağa düşmekten ve kanunsuz birleşmeler yapmaktan kendilerini kurtaramamaktadırlar.

– Evli erkeğin zinadan dolayı cezalandırılması nikâhlı karısının şikâyetine bağlıdır. Karının davadan vazgeçmesi de caizdir. Bu hal kanunsuz evlenmelere yol açmaktadır[21].

b) İdarî kanunlar bakımından:

İdare kanun dışı birleşmelere karşı ilgisiz kalmıştır. İdarî kurumlar bunlarla savaşacak güçte değildir.

Nüfus kanunu tatbikatta iyi işlememektedir. Takip edilmezse nüfus muameleleri kendiliğinden yürümez. İlgilinin müracaatı gerekir. Doğu ve Güney Doğu bölgelerimizde gizlenmiş nüfus meselesi imam nikâhı ile evlenmelerin başlıca sebeblerinden biridir.

Gizlenmiş nüfus deyimi şunu ifade eder: Evlenecek kimselerin veya ana babalarının evli olarak veya hiç bir şekilde nüfus kütüğüne yazılmamış olmaları halidir. Ne kendisi, ne ana babası, ne nişanlısı, ne nişanlısının ana babasının nüfusta kaydı olmayan köylü, evlenmek istediği taktirde, kendisinin ve nişanlısının ana babasını nüfus kütüğüne geçirmek; onların evli olduklarına dair mahkeme kararı elde etmek ve sonra da belli ana babadan olduklarını isbat edip nüfus kütüğüne geçirtmek zorundadır. Bunlar masraflı ve köylünün mevcut bilgisi ve durumu ile takibedebileceği işler değildir. Kaldı ki nüfus memurları yeterli bilgi sahibi olmadıklarından, medenî kanuna aykırı evlenmeleri meşru evlenmelerden ayıramamaktadırlar. Diğer taraftan, memurların köylü vatadaşa çıkardığı güçlükler, dava harcı, şahit bulma mükellefiyeti, köylüyü basit ve ucuz olan imâm nikâhı ile evlenmeye teşvik ediyor[22].

–Bir çok hallerde, köyden şehre uzaklığı veya sadece ihmal sebebiyle veya askere geç gitmek vb. gibi düşüncelelerle, erkek çocuklar doğduklarından çok zaman sonra nüfus kütüğüne kaydettirilmektedir. Çocuk

21 Bk. Rapor AC. sh. 1330-1331
22 Bk. Rapor, AC. sh. 1332.

evlenme yaşına geldiği zaman yaş tashihi yaptırmaktansa, kolay ve hiç bir masrafı olmayan imam nikâhı ile evlenme yolunu tercih etmektedir.

– Bilhassa kış mevsiminde köyden şehre geliş gidiş çok zordur. Memurların keyfî hareketleri yüzünden köylü bir gelişde işini yaptıramaz. Zaman kaybeder ve masrafa boğulur. Bu zorluklardan yılan, köylü, kolaylığı imam nikâhında bulmaktadır.

– Nüfus daireleri sayı ve kalitece yeterli elemana sahip olmadıklarından işler intizamla ve zamanında yürümemektedir[23].

– Köy kanununa uygun köy idaresi henüz bir çok köylerde kurulamamış ve muhtarlar üzerinde gerekli kontrol tesis edilememiştir. Düzenli bir köy odası yoktur. Köyde imam nikâhı ile düğün merasimleri serbestçe yapılır.

Muhtarların çoğu okuma yazma bilmez. Evlenme kağıtlarını evlenecekler dolduramadığı gibi muhtarlar da dolduramaz; kağıtlar kasabada ücret mukabilinde arzuhalciye doldurtulur.

Muhtar akdi yapsa bile evlenme defterini dolduramaz. Resmen evlendikleri bildirildiği halde, karı kocanın ve şahitlerin imzaları deftere atılmaz. Muhtar, kayıtları çoğu zaman vaktinde nüfus idaresine bildirmez; nikâh akdinden sonra köy sandığı adına haksız para istemeğe kalkar[24].

c) Askerî kanunlar bakımından;

Ordu Mensuplarının evlenmelerine dair 7 Temmuz 1939 gün ve 3663 sayılı kanuna göre: "Muvazzaf Subaylar üstteğmen rütbesinde en az bir sene bulunmadıkça ve askerî memurlar 25 yaşını ikmal etmedikçe ve ... gedikli erbaşları başçavuş olmadıkça evlenemezler. Askerî okul talebelerinin evlenmelerine izin verilmez..."[24a]. Bu kanun hükmü fiilî evlenmelere yol açmaktadır.

d) Malî kanunlar bakımından;

Bazı kızlar ve kadınlar aldıkları dul ve yetim maaşlarını kaybetmemek için resmen evlenmemekte ve imam nikâhı ile yaşamağı tercih etmektedirler[25].

---

23 Bk. Rapor. AC. sh. 1333.

24 Rapor. AC. sh. 1334.

24a Bu kanunun I. maddesi 1950 tarih ve 5753 sayılı kanunla ilga edilmiştir.

25 Bk. Rapor AC. sh. 1335.

e) Sıhhî kanunlar bakımından;

1593 sayılı Umumî Hıfzıssıha kanununun 122 ve 123. maddelerine göre evlenecek erkek ve kadınlar evlenmeden önce muayeneye tâbidirler. Frengi, belsoğukluğu, yumuşak şankır, cüzzam ve akıl hastalıklarına yakalanmış olanların evlenmeleri yasaktır. Evlenmek isteyenler bu hususta bir rapor göstermek zorundadırlar.

Toplumun ve neslin sıhhati bakımından çok faydalı olan bu tedbirlerin, memleketimizin şartları içinde uygulanması güç bir manzara arzetmektedir. 17. 8. 1941 tarihli nizammameye göre, evlenme muayenesinin hükûmet tabibi tarafından ücretsiz olarak yapılması yahut özel hekim tarafından verilmiş olan raporun hükümet tabibi tarafından tasdik edilmesi gerekir. Kazada hükûmet tabibi yoksa[26] ,muayene yapılmaz. Vatandaş civar kasaba veya vilâyete gidip muayene olmak veya rapor almak zorundadır. Bu ise köylü için hem zor hem de masraflıdır.

Kaldı ki bu muayene pek üstün körüdür ve böyle sudan bir muayeneyi gören iş sahipleri rapor almak için kaza merkezine kadar giderek zaman kaybetmek ve emek sarfetmektense dinî nikâh ile işini görmeyi tercih ediyor"[27].

Diğer taraftan köyünden hiç dışarı çıkmamış, evlenmeğe engel hastalığı bulunması pek muhtemel olmayan utangaç ve kapalı köy kızının yabancı bir erkek hekim tarafından muayenesi de onları korkutmakta ve böyle bir muayeneden geçecek kız, nişanlısı tarafından pek hoş karşılanmamaktadır. İşte köylü bu dinî kaygısını imam nikâhı ile gidermektedir[28].

Kanunen evlenmeğe engel hastalığı bulunanlar da istenilen raporu elde edemediklerinden kanunsuz birleşme yolunu seçmektedirler[29].

B) Kültürel ve eğitimle ilgili sebebler:

a) Burada ilk göze çarpan husus halkın bilgisizliği ve yanlış akide ve göreneklere körükörüne bağlılığıdır. Kadının bir mal gibi alınıp satılabildiği telâkkisi yurdumuzun bir çok bölgelerinde henüz silinmiş

26 Raporda Sivas Valisi Kars'ın Tuzluca ve Göle Kazalarına 1930-1937 seneleri arasında yedi sene hükümet tabibi gelmediğini söylüyor. Bk. Rapor. AC. sh. 1336.

27 Bk. Rapor, AC. sh. 1336.

28 Bk. Rapor. AC. sh. 1336.

29 Bk. Rapor, AC. sh. 1336.

değildir. Kız ana babaları başlık, ağırlık, kalın, ana hakkı, baba hakkı vb. gibi çeşitli adlar alan para veya mal karşılığında kızlarını imam nihâhı ile evli veya bekâr kimselere vermektedirler.

b) Eski aşiret zihniyetinin ve pederşahi aile anlayışının izleri, Türk toplumunun bazı kesimlerinde hâlâ yaşamaktadır. Oğluna kendi aşiretine yakın bir kaç aşiretten bir kaç kız veya kadın alarak onlarla kendisi arasında dostluk ve hısımlık rabıtası kurmak iseyen ağalar, çıkar yolu imam nikâhına başvurmakta buluyorlar[30].

c) İslâm'ın cevaz verdiği çok kadınla evlenme âdeti, halen halk arasında yaşamaktadır. Halk resmî nikâhla imam nikâhı arasındaki farkı henüz iyice anlamış değildir. İmam nikâhı ile evlenmenin meşruiyetine dair halkta mevcut inanç sebebiyle resmî nikâhla evlenmiyenler toplumun baskısına maruz değildirler. Köylü, imam nikâhı ile evlendiği karısının başkasıyle münasebette bulunması halinde bunun suç (zina) teşkil etmiyeceğini; doğacak çocukların mirasçı olamıyacağını ve kendi soyadını taşıyamıyacağını bilmez. Ancak devlet dairesine işi düştüğü zaman köylü durumu bütün çıplaklığı ile anlamaktadır.

d) Kars, Tuzluca ve Iğdır havalisinde muvakkat evlenme usulü vardır. Buna göre, bir kadın muayyen zamanlar için belli erkeklerle evlenir ve müddet bitince ayrılır. Bu ilkel birleşme çeşidi çok sayıda nesebsiz çocuk türemesine sebeb olmaktadır[31].

e) Halkın kafasında kanun fikri tam anlamıyle yer tutmuş değildir. Halkın kanuna ve devlet memuruna pek itimadı yoktur. Bir çoklarında, kanun yakaladığını çarpar, masrafa sokar; cezaya uğratır, kaçan kurtulur, fikri hâkimdir. Uzak köylerde, lâübali memurların bulundukları yerlerde kanun yoktur. Küçük kasabada veya köyde evlenme için belediyeye veya muhtarlığa müracaat eden köylü vatandaş bin türlü güçlüklerle karşılaşacağını tahmin eder. Çünkü evlenecek erkek ve kadınların veya ana babalarının evlilikleri kütüğe geçmemiştir[32].

f) Köylünün resmî nikâhın hukukî neticelerini bilmemesinde okullardaki öğretim sisteminin de rolü vardır. Ortaokul, Lise ve öğretmen okullarında, örencilere evlenme, özellikle resmî nikâh konusunda basit bilgiler verilmelidir. Bunların köylüyü aydınlatıcı fonksiyonları büyük olacaktır.

30 Rapor, AC. sh. 1336.
31 Bk. Rapor, AC. sh. 1337.
32 Bk. Rapor, AC. sh. 1337.

g) Köylü evlenmenin bir merasimle birlikte olmasına çok dikkat eder. Köyde yapılan resmî evlenmenin çekici bir tarafı yoktur. İmam nikâhında, dua okunması vb. gibi şeyler evlenecekleri daha çok tatmin eder. Muhtarın bir evlenme odası yoktur. Her şey lâübalidir. Köylü, ne yaptığını bilmeyen bir muhtarın aktedeceği resmî nikâha imam nikahını üstün tutmaktadır[33].

C) Sosyo-ekonomik sebebler:

a) Yurdumuzun bazı bölgelerinde, özellikle doğu ve Güney doğu Anadolu bölgelerinde, evlenecek kızın babasına veya yakınlarına başlık, ağırlık vb. gibi bir takım isimlerle anılan önemli miktarda para veya mal verilmesi mecburiyeti, kaçırma yoliyle birleşmelere yol açmaktadır[34].

b) Batı ve Orta Anadolu'nun bazı Vilâyetlerinde "levirat" usulüne benzer bir âdet vardır. Müştereken tasarruf olunan arazinin veya malların bölünmesini önlemek için küçük kardeş, ölen ağabeyinin karısı ile evlenmektedir. Tabiî bu taktirde küçük kardeş resmen evliyse, yengesini ancak imam nikâhı ile alabilecektir. Bazen erkek kendinden yaşlı ve küçük erkek çocukları olan dul bir kadınla evlenir. Maksat kadının çocuklarından iş gücü olarak yararlanmaktır. Ancak aradaki yaş farkı sebebiyle, kadın yaşlanıyor ve erkek genç kalıyor. Bu halde kadının arzusiyle, koca başka bir kadını imam nikâhı ile almaktadır. Bundan da nesebsiz çocuklar doğmaktadır. Bu âdete Zonguldak, Kastamonu ve Sivas Vilâyetlerinde çok raslanır[35].

c) Köylü vatandaş için kadının çocuk doğurması çok önemlidir. Bilhassa oğlan doğurması gerekir. Çünkü oğlan soyu devam ettirir; ocağın sönmesine mâni olur. Doğan çocuk erkek olmazsa, kocanın karısına karşı sevgisi ve bağlılılığı azalmağa başlar. Bu sebeble, bazı yerlerde kadın oğlan doğuruncaya kadar resmî nikâh yapılmaz. Hattâ bazen oğlan çocuğu okul çağına gelinceye kadar kadın resmen nikâhlı karı vasfını kazanamaz.

Köylünün tarlasında çalıştırmak için çocuğa ve kola ihtiyacı vardır. Resmî nikâhlı karısı çocuk doğurmamışsa, erkek ikinci bir kadınla evlenmek ihtiyacını hisseder. Birden fazla kadınla evlenmek (taaddüd-i

33 Bk. Rapor. AC. sh. 1338.
34 Bk. Rapor, AC. sh. 1338.
35 Bk. Rapor AC. sh. 1338.

zevcat) usulü, sadece İslâm'da caiz görüldüğü için değil aynı zamanda ziraatçı köylüye iyi çalışan, ucuz ve sadık emek unsuru sağladığı için de halk arasında yaşamaktadır[36].

d) Kanun dışı evlenmenin kız kaçırma yoliyle vukuu bazı yerlerde kaçırılan kızlar için bir meziyet ifade eder. Resmî nikâhla usulüne göre evlendirilmiş kız beğenilmemiştir. Şu veya bu gencin kaçırmak suretiyle fedakârlık göstermediği kız, değersizdir. İşte bu görenekler resmî evlenmelere engel olan esaslı sebeblerden biridir[37].

Böylece kanunsuz birleşmelerin sebeblerini mezkûr rapor hükümlerine göre kısaca izaha çalıştık. İleri sürülen sebeblerin büyük bir kısmı üzerinde ittifak edilmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki rapora esas olan anket 1941 Türkiye'sinin şartları içinde yapılmıştır. Aradan 33 sene gibi uzun bir zaman geçmiştir. Raporda zikredilen sebeblerin bir kısmı bugün için ciddiyetini kaybetmiş ve hattâ ortadan kalkmış; mevzuata ilişkin bazı değişiklikler yapılmış, halkın kültür seviyesi, okuma yazma oranı az çok yükselmiştir. Bugün muhtar olabilmek için 442 sayılı köy kanununun 18. 7. 1963 tarih ve 286 sayılı kanunla muaddel 25. maddesine göre, Türkçe okuyup yazma bilmek şarttır. Ancak aradan 47 sene geçmesine rağmen TMK. nun resmî nikâha ilişkin hükümleri halen tam uygulanma imkânı bulmuş değildir. İmam nikâhı ile evlenmeler devam etmektedir. Kanunsuz birleşmelerden doğan çocukların nesebini düzeltmek için çıkarılmış olan 29. 3. 1965 tarihli son af kanunu Nisan 1970 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

Raporda kanun dışı birleşmeleri önlemek için alınması gerekli tedbirler de sayılmıştır. Bunları da kısaca gördükten sonra zikredilen sebebler ve teklif edilen çareleri kısaca tahlil edeeğiz. Konu ile ilgili olarak, Adalet Bakanlığı tarafından kurulan bir komisyonca hazırlanmış olan Türk Medenî Kanunu Öntasarısında getirilen hükümlere, başka bir deyimle, kanunsuz birleşmeleri önlemek için TMK. da yapılması düşünülen değişikliklere temas edip araştırmamızı sonuca bağlıyacağız.

4) Kanun Dışı Birleşmeleri Önlemek İçin Teklif Edilen Tedbirler:

Kanun dışı birleşmeleri önlemek için alınması gerekli tedbirler de raporda sayılmıştır:

36 Bk. Rapor. AC. sh. 1338-1339.

37 Bu düşünce Tunceli ve Urfa Valileri tarafından açıklanmıştır. Bk. Rapor, AC. sh. 1339.

A) Adlî bakımdan:

a) Reşit olan kadın veya erkeğin belli bir müddet karı koca gibi yaşamaları suç sayılmalı ve TCK. nun 237. md. si bu esas dahilinde değiştirilmelidir.

b) TCK. nun 430. maddesine bir fıkra ilâve edilerek, reşit olmayan bir kızın kendi isteği ile ve şehvet duygusiyle kaçırılması veya alıkonması halinde, veli veya vasi razı olsa bile, failin cezalandırılması sağlanmalıdır.

c) TCK. nun 108. maddesindeki müruru zaman müddetini, evlenme vaadiyle kızlık bozma suçlarında, kadının aldatıldığını anladığı tarihten itibaren başlatmak ve bu müddeti bir yıla çıkarmak gerekir.

d) Köy ve mahalle muhtarları, resmî nikâhla evli olmadıkları halde karı koca gibi yaşayan her ikisi de bekâr erkek ve kadınları ilgili makamlara haber vermekle mükellef tutulmalıdır. Bu kimselere MK. na göre evlenme akdetmeleri için muayyen bir müddet verilmeli, resmî nikâh yaptırmadıkları taktirde haklarında takibat yapılmalıdır.

e) Evlendirme işleri nahiye müdürlerine verilmelidir.

f) Evlenmeğe ilişkin kağıtlar miktarca ve muhtevaca azaltılmalı, her türlü pul ve harçtan muaf tutulmalıdır.

g) Evlenmede ilân müddeti kısaltılmalı ve bazı hallerde kaldırılmalıdır.

h) Gezici evlendirme memurluklar kurulmalı ve köylerdeki evlenmeler muayyen zamanlarda köye uğrayan memurlar tarafından tescil edilmelidir.

ı) Evlenecek kimseler arasında bulunabilecek en yüksek yaş farkı tesbit edilmelidir.

i) Boşanma kolaylaştırılmalı; bu cümleden olmak üzere sulh teşebbüsü kaldırılmalıdır.

Karşılıklı rıza ile boşanma kabul edilmeli. Yalnız dava kabul edilmeden önce taraflara münasip bir düşünme müddeti verilmelidir.

Şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanmada kusur aranmamalıdır. Fiilen devam ettiği sabit olan ayrılık hallerinde ayrıca kusur aramaya lüzum kalmadan boşanmaya hükmedilmelidir.

Boşanmada kabahatli eşe tahmil edilen kazaî bekleme müddeti (TMK Md. 142) kaldırılmalıdır[38].

Karının çocuk yapamayacak veya karılık vazifesini göremiyecek surette ağır ve devamlı hastalığı boşanma sebebi olmalıdır.

k) Evlilik dışında doğan çocukların haklarını korumak için savcıya babalık davası açmak yetkisi verilmeli; babalık davası açmak için MK. nun 296. maddesinde öngörülen bir yılık süre, ana ve kayyum için doğum tarihinden çocuk için rüşt tarihinden itibaren 1 sene olarak kabul edilmelidir.

Evli erkeğin zinasından doğan çocuğun tanınabilmesi için TMK. nun 232. maddesinde değişiklik yapılmalıdır.

MK. nun 310. maddesinde değişiklik yapılarak erkek cinsî münasebet zamanında evli olsa bile babalığa hükmedilmelidir.

l) Yaş düzeltme davaları kolaylaylaştırılmalı ve çabuklaştırılmalıdır[39].

B) İdarî bakımdan:

a) Devletin mülkî taksimatı esaslı bir tadilata tâbi tutulmalıdır. Nahiyelerin köy adedi azaltılmalı ve köylerin toplulaştırılması yoluna gidilmeli; köy birlikleri tesis edilmeli ve birlik başkanları ortaokul mezunu kimselerden seçilmelidir.

b) Köy muhtarları kursa tâbi tutularak okuma yazma öğretilmeli ve evlenme işleri kendilerine anlatılmalıdır.

c) Nahiye müdürlerine ve muhtarlara nüfus memuru yetkisi verilmeli. Yeni bir nüfus kanunu ile MK. nun bahsettiği şahsi haller nizamnamesi en kısa zamanda çıkarılmalı, küçük yazdırma, yanlış haber verme ve hiç haber vermeme hallerine müeyyideler konmalıdır.

Nüfus memurlukları sık sık teftiş edilmeli; seyyar nüfus memurlukları ihdas edilerek köylerdeki gizli nüfusun yazılması temin edilmelidir[40].

---

38 Bk. Rapor, AC. sh. 1341.

39 Bk. Rapor, AC. sh. 1341.

40 Bk. Rapor, AC. sh. 1342. Nitekim, 1. 9. 1974 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5. 5. 1972 tarih ve 1587 no.lu Nüfus Kanunu 2. maddesinde "gerekli görülen bölgelerde gezici nüfus memurları çalıştırmaya İçişleri Bakanlığını yetkili" kılmıştır. Kanun için Bk. RG. 16.5.1972 ta. ve 14189 sayı.

d) Askere alma sırasında mükelleflerin şahsî halleri tahkik edilerek, bir kadınla fiilen birlikte yaşadığı halde resmî nikâh yaptırmamış olanların evlilikleri ve çocukları tescil edilmelidir.

e) Birden fazla kadınla evli olan ve tek bir kadınla resmî nikâhsız yaşayan memurlar meydana çıkarılmalı; durumlarını düzeltinceye kadar bu memurlar Vâli tarafından geçici olarak işlerinden alınmalı ve medenî durumlarını düzeltmedikçe yeniden işe başlatılmamalıdır.

f) Yurt içinde çalışmak için bulundukları yerden başka yerlere giden ve gurbetçi denen işçilerin çalıştıkları yer zabıtası, onların memleketleri zabıtasıyle temasa geçerek evli olup olmadıklarını tahkik etmeli ve bu surettle yeniden evlenmelerine mâni olunmalıdır

g) Birden fazla karılı olanlar sınırlarımız içine kabul edilmemelidir"[41].

h) Evlilik dışında doğan, tanınmaları veya babalarının hükmen tayinine kanunen imkân olmayan yahut ana babaları bulunmayan çocukların devlet tarafından korunması için gerekli idarî tedbirler alınmalıdır[42].

C) Sağlık bakımından:

a) Doktor bulunmayan kazalarda sağlık raporları ehliyetli sağlık memurları tarafından verilmelidir.

b) İmkân olduğu ölçüde köylerde kadınların muayeneleri ebeler tarafından yapılmalıdır.

c) Sağlık memurları, belli zamanlarda bilhassa son baharda köyleri dolaşarak muayene işini halletmelidirler. Hükümet tabibi veya sağlık memurunun evlenme muayenesi için vatandaştan herhangi bir ücret istemesi önlenmelidir[43].

D) Kültürel bakımdan:

Bütün yurtta bir medenî evlenme = resmî nikâh seferberliğine girişilmelidir. Her türlü vasıtadan istifade edilerek resmî nikâhın anlamı, faydaları halka anlatılmalıdır. İlk okuldan başlıyarak bütün orta öğretim sıralarında ve öğretmen okullarında resmî nikâh hakkında öğrencilere bilgi verilmelidir.

41 Bk. Rapor, AC. sh. 1342.
42 Bk. Rapor, AC. sh. 1343.
43 Bk. Rapor, AC. sh. 1343.

Kanunsuz birleşmelerin sonuçları hakkında tablolar, afişler yapılıp köy odalarına asılmalıdır.

Ordudaki öğretim esnasında resmî nikâhın anlamı ve önemi üzerinde bilgi verilmelidir[44].

E) Sosyal ve ekonomik bakımdan:

a) Başlık, ağırlık, kalın vb. gibi adlarla kız babaları tarafından evlenecek erkekten para veya mal istenmesi yasaklanmalıdır.

b) Vergilemede, maaşda çok çocuklu olanlar için tesirli koruma tedbirleri alınmalıdır.

c) Resmen evli olmadan başkalarıyle yaşayan kadınlara yetim ve dul maaşı verilmemelidir.

d) Köylüye toprak verilmelidir[45].

F) Askerî bakımdan:

Askerlerin muayyen bir müddet evlenmelerini yasaklayan kanun hükümleri tadil edilmelidir[46].

Böylece kanun dışı birleşmeleri önlemek için raporda alınması teklif edilen tedbirleri de kısaca özetlemiş olduk.

5) **Sebebler ve Tedbirlerin Tartışılması**:

Yukarda verdiğimiz izahattan anlaşılacağı üzere kanunsuz birleşmeler tek bir sebebe bağlanamaz. Ancak sayılan sebeblerden ve alınması istenen tedbirlerden hangisi daha çok neticeye müessir olabilir hususu tartışılabilir. Nitekim bunu temin etmek için Adliye Vekâleti, rapor hakkında bir çok hukukçu ve sosyologların, baroların ve üniversitelerin mütalâalarını almıştır.

Aşağı yukarı herkesin üzerinde durduğu hususlar :

A) Evlenme formalitelerinin basitleştirilmesi ve evlenmenin mümkün mertebe kolaylaştırılmasıdır. Evlenmenin kolaylaştırılması için ileri sürülen çareler şunlardır:

a) MK. nun 97. maddesinde mevcut ilân formalitesi tatbikatta işe yaramamaktadır. Hiç olmazsa köy evlenmelerinde bu ilân mecbu-

44 Bk. Rapor, AC. sh. 1343.

45 Bk. Rapor, AC. sh. 1343.

46 Bk. Rapor, AC. sh. 1334-35. Nitekim 1939 tarih ve 3663 sayılı kanunun 1. md si 1951 tarih ve 5753 sayılı kanunla ilga edilmiştir.

riyeti kaldırılmalı ve herhalde müddet kısaltılmalıdır. Bilindiği gibi ilândan maksat, evlenecek kimseler arasında evlenme engeli varsa ilgililerin ve üçüncü şahısların evlendirme memuruna, köylerde muhtara itiraz etmelerini sağlamak ve binnetice böyle bir evlenmenin akdine engel olmaktır. Bilhassa köylerde ve küçük kasabalarda hemen hemen herkes birbirini tanır. Aralarında evlenme engeli olan kimselerin evlenmeleri pek yok gibidir. Şehirlerde ise 3 veya 5 günlük bir ilân yeterlidir. Çünkü tatbikatta bu ilânlar hiç kimsenin dikkatini çekmez. Çeşitli sebeblerle bir an önce evlenmek isteyen vatandaş 15 gün beklemekten sıkılmaktadır[47]. Nitekim Adliye Vekâletince teşkil edilen bir komisyonca hazırlanan Türk MK. Öntasarısı, 97. maddede öngörülen ilân müddetini 15 günden 10 güne indirmiştir. İsviçre Medeni Kanunu da 112. maddesinde ilân için 10 günlük bir müddet kabul etmiştir.

d) Evlenme muayenesi kaldırılmalı veya hiç olmazsa kolaylaştırılmalıdır. Esasında evlenecek kimselerin evlenmeye mâni hastalıkları olup olmadığının tesbiti için muayenesi ailenin ve neslin sıhhatı için faydalıdır[48]. Ancak memleketin şartları gözönüne alındığı zaman, bu muayenenin köylü vatandaş için büyük bir külfet olduğu kolayca anlaşılır. Bir kere köylü muayene için kasaba veya şehire gelmek zorundadır. Bilhassa kış mevsiminde köyden şehire geliş çok zor hattâ bazı bölgelerde imkânsızdır. Halen Hükûmet tabibi olmayan kasabalar mevcuttur. Köylü, bin bir güçlükle kasabaya gelip doktoru beklemek veya civar şehir veya kasabaya gitmek gibi külfetli işlere katlanmaktansa imam nikâhı ile evlenmeyi tercih etmektedir. Diğer taraftan köylü kız bir erkek doktora muayene olmaktan sıkılmakta ve nişanlı erkek de nişanlısının muayene edilmesinden rahatsız olmaktadır. Bu bakımdan ehliyetli ebe ve sağlık memurları yetiştirmek ve bunları seyyar hale koyarak köylünün ayağına getirmek; genç kızları ebelere muayene ettirmek çok faydalı birer tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır[49].

Kaldı ki tatbikatta bu muayeneye gereken önem verilmiyor; gördüğümüz doktorlar evlenecek kadın ve erkeğin dış görünüşlerine ve dillerine bakıp sağlamdır diye rapor veriyorlar. Böyle baştan savma bir bir muayene davaya fayda yerine zarar getirir.

47 Bu fikre katılanlar: GÖNENSAY, A. S; AC. 1942 sayı 12 sh. 1370 vd. SAYMEN, F. H. AC. sh. 1375-1387. Bu müellif ilânı faydalı buluyor, fakat müddetin kısaltılmasını istiyor. İSTANBUL BARO HEYETİ, AC. sh. 1418. vd. Aksi fikir, VELİDEDEOĞLU, Evlenme ve Boşanma... I sh. 14.

48 Aynı fikirde, GÖKAY, F. K.; AC. sh. 1388 vd. SAYMEN, AC. sh. 1375-1387. MAZHAR OSMAN, AC. sh. 1365 vd.

49 Aynı fikirde. BELGESAY, M. R; AC. sh. 1427 vd.

e) Evlenmenin kolaylaştırılması için alınması gereken en önemli tedbirlerden biri de nüfus idarelerinin islahı, bilgili nüfus memuru yetiştirilmesidir. Anadolu'da doğumlar nüfus siciline ya vaktinde geçmez yahut hiç tescil edilmez. Bu durum, evlenecek kadın veya erkek için, medenî nikâh yaptırmak istedikleri zaman büyük güçlükler ortaya çıkarmaktadır. Esasında evlenme yaşını ikmal ettikleri halde nüfusta küçük görünürler. Çünkü doğumları zamanında tescil edilmemiştir. Resmî nikâh yaptırmaları için yaş tashihi davası açmaları gerekir veya nüfus kütüğünde hiç kayıtlı değillerdir. Belki ana babaları bile kayıtlı değildir. bu defa muamele çok daha uzun ve yorucudur. Köylü bu güçlüğü göze alamaz. Bilgisi, zamanı, malî durumu buna müsait değildir. Çıkar yolu imâm nikâhında bulur.

İşte bu güçlükler nazara alınarak Gezici nüfus memurlukları ihdas edilmesi ve bu memurlara köyde evlendirme memurluğu yetkisi verilmesi teklif olunmuştur. Nitekim bu esas 5. 5. 1972 tarih ve 1587 tarihli nüfus kanununda benimsenmiştir[50a]. Diğer bir teklif de orta dereceli, evlendirme memuru yetiştirecek okullar açılmasıdır. Bu okulda öğrencilere MK. nun evlenmeye ilişkin hükümleri öğretilir. Ayrıca İslâm dininin nikâha ilişkin esasları hakkında da bilgi verilir. Evlenme akdetme işi münhasıran bu memurlara verilir. Bunlar resmî nikâhı yaptıktan sonra istiyenlere bir dua da okuyabilirler. Buna hiç bir engel yoktur[50b]. Ancak böyle bir usulün Türkiye Cumhuriyetinin laik karakteri ile bağdaşıp bağdaşmıyacağı münakaşa olunabilir[51].

Demek ki kanun dışı birleşmeleri önlemek için formalitelerin azaltılması ve bir takım hizmetlerin vatandaşın ayağına götürülmesi suretiyle evlenmenin kolaylaştırılması gerekir.

B) *Boşanmanın kolaylaştırılması:*

Hemen herkesin üzerinde durduğu hususlardan biri de Türkiye'de boşanmanın çok zor olmasıdır. Boşanma sebebleri mahdut. Davalar

50a Mezkûr Kanun 5 yıl içinde bütün memlekette evlendirme memurluğu görevinin nüfus memurlarına geçeceği esasını getirmiştir. Gerçekten bu kanunun 15. maddesi "İçişleri Bakanlığının lüzum gördüğü bölgeler idare bölümlerinde başlanmak üzere gezici ve sabit nüfus memurlarına bakanlar kurulu kararıyle evlendirme memurluğu yetkisi verilir ve 5 yıl içinde bütün memlekette evlendirme memurluğu görevi, nüfus memurlarına geçer" hükmünü ihtiva etmektedir Buna göre, 1 eylül 1979 yılından itibaren Türkiyede evlendirme memurluğu yetkisi nüfus memurlarına geçmiş olacaktır.

50b Bk. VELİDEDEOĞLU, AC. sh. 1362-1363.

51 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 28-29.

uzun sürmekte; bazen fiilen senelerden beri ayrı yaşadıkları halde, eşler boşanamamaktadırlar. Vatandaşın aylarca, senelerce mahkemelerde sürünmeğe tahammülü yoktur. Bu sebeble, hiç bir formalite ve masrafa ihtiyaç olmaksızın boşanabileceği imam nikâhını tercih etmekte veya resmen evli ise, uzun sürecek resmî boşanma yoluna gitmeden, imam nikâhı ile yeniden evlenmektedir[52].

Boşanmanın kolaylaştırılması yolunda alınması teklif edilen tedbirler şunlardır:

a) Boşanma davasından önce istenen sulh teşebbüsü kaldırılmalıdır:

Gerçekten mezkûr raporda ittifakla üzerinde durulan hususlardan biri budur. Sulh teşebbüsü aileyi kurtarmak için son bir teşebbüs olmasına rağmen, tatbikatta faydalı sonuçlar vermemiştir. Hâkimin bir kaç sözü ile barışabilecek karı koca zaten işi o safhaya kadar getirmezdi. Binnetice sulh teşebbüsü davaları uzatmaktan başka bir şeye yaramamıştır. Raporda kaldırılması lehine ittifakla fikir beyan edildiği halde, kanun koyucu HMUK. nun boşanmada sulh teşebbüsüne ilişkin 494-499. maddelerini 1963 senesine kadar muhafaza etmiş ve nihayet 26. 9. 1963 gün ve 338 sayılı kanunla mezkûr maddeleri ilga ederek sulh teşebbüsünü kaldırmıştır. Bu suretle boşanma davalarının biraz da olsa çabuklaştırılması sağlanmıştır.

b) Medenî Kanunun boşanma hükümlerinde değişiklik yapılmalıdır.

MK. nun en çok itirazı mucip olan hükümleri boşanma sebeblerine ilişkin olanlardır. Bunları şöylece özetliyebiliriz:

a') Geçimsizlik sebebiyle boşanmayı hükme bağlayan 134. madde hükmü tadil edilerek kusur şartı aranmamalıdır. Gerçekten 134. maddenin son fıkrası, yargıtayca ancak kusursuz eşin boşanma davası açabileceği şeklinde yorumlanmış ve bu içtihat çoğu zaman davaların uzamasına sebeb olmuştur. Oysa boşanma davası açmak hakkı kusurun varlığına veya yokluğuna bağlanmamalıdır. Yargıtayın yerleşmiş içtihadına göre, boşanma davasına bakan mahkeme her şeyden önce davacının kusurlu olup olmadığını araştıracak ve böylece boşanma davası

52 Bk. YALGIN, H; AC. sh. 1391 vd. İSTANBUL BARO HEYETİ, AC. sh. 1418. vd. VELİDEDEOĞLU, AC. sh. 1363-64. MAZHAR OSMAN, AC. sh.1365 vd. GÖKAY, AC sh. 1388 vd. GÖNENSAY, AC. sh. 1370 vd. BELGESAY, AC. sh. 1426 vd. SAYMEN, AC. sh. 1388. Aksi fikir AHF. HUSUSİ KOMİSYONU, AC. sh. 1430 vd.

açmak hakkının mevcut olup olmadığını tesbit edecektir[53]. Bu içtihat geçimsizlik sebebiyle boşanmaları çok güçleştirmiştir. Yargıtayın bu kararı karşısında, evlilik birliği eşler için çekilmez hale gelse bile, hâkim bir tarafta kusur arıyacak, yani tarafları ille de birbirlerine kusur atfetmeye zorlıyacaktır. Önemli olan evlilik birliğinin çekilmez hale gelip gelmediğidir. "Boşanma hastalanmış bir ailenin tedavisi hususunda başvurulacak en son devadır. Bu bir deva olduğuna göre en seri ve masrafsız yoluna gidilmek icabeder ki hem ailenin hastalığı bir an evvel kabil olduğu nisbette şifa bulsun, hem de her vatandaş bundan kolaylıkla istifade edebilsin"[54]. Fakat 134. maddeye yöneltilen tenkitler, hâkimin kusuru kendiliğinden araştırıp araştıramıyacağı meselesinin çözümü ile kısmen bertaraf edilebilir. TMK. Öntasarısı 134. maddeye bir üçüncü fıkra ilâve ederek "Taraflar ileri sürmedikçe yargıtay kusuru kendiliğinden gözönüne alamaz" hükmünü getirmiştir. Böylece kusur meselesi, mahkemenin re'sen nazara alacağı bir nokta olmaktan çıkarılmış ve taraflardan biri tarafından ileri sürülmesi halinde nazara alınacak bir def'i haline getirilmek istenmiştir. Şu halde geçimsizlikte kusurlu olan taraf dahi boşanma davası açabilecektir. Davanın görülmesi sırasında davacı tarafından kusurlu olduğu anlaşılsa bile, davalı ileri sürmedikçe, hâkim davaya bakmağa devam edecektir. Bu durum 134. maddenin uygulamasına esaslı bir kolaylık getirecektir. Bununla birlikte eşlerden biri diğerinin kusurlu olduğunu ileri sürerse, kusurun araştırılması ve iddianın doğru olup olmadığının hâkim tarafından tesbiti gerekir. Dâvacının daha fazla kusurlu olduğu tahakkuk ederse dava reddedilir. Bu taktirde şu sakınca ortaya çıkar; tekrar birleşmeyi kabul etmedikleri taktirde çok uzun süren ayrı yaşamalar, tarafları kanunsuz birleşmelere sevkedecektir. İşte bu sakıncayı bertaraf etmek için Medenî Kanun Öntasarısı kanuna yeni bir madde ilâve etmiştir. Tasarıda getirilen 134/A madde, "Bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra boşanma sebeblerinden her hangi biriyle açılmış olan boşanma davasının reddine karar verilmiş ve kararın kesileştiği tarihten beş yıl geçtiği halde, her ne sebeble olursa olsun, ortak hayat yeniden kurulmamışsa, eşlerden birinin istemi üzerine her halde boşanmaya karar verilir.

Bu yasaya göre tazminat ve nafaka istemine hakkı olan tarafın bu hakkı saklıdır" hükmünü ihtiva etmektedir.

---

53 Bk. TMK. ÖNTASARISI, Ankara 1971. sh. 110.

54 Bk. SAYMEN, AC. sh. 1380.

Bu madde, 134. maddede bahse konu olan kusur prensibinin doğuracağı sakıncaları bertaraf etmek gayesiyle konmuştur. Gerçekten boşanma davası reddolunan eş, aynı sebeble yeniden dava açamaz. Ortak hayatın yeniden başlamaması yüzünden eşler çok uzun zaman ayrı yaşamak zorunda kalmakta ve belki de mutlu olabilecekleri yeni bir aile yuvası kurmak imkânından mahrum edilmekte ve kanunsuz birleşmelere sevkedilmiş olmaktadırlar. Yeni getirilen hüküm bu sakıncayı ortadan kaldıracaktır.

Ancak bu maddeye, kusurlu eşe tek taraflı olarak boşanma imkânı sağladığı tenkidi yöneltilebilir. Bu tenkitte bir gerçek payı olmakla beraber, uzun süre ortak hayata dönmemekte israr eden karı kocanın meydana getireceği aileden bizzat eşler, çocuklar ve toplum için hiç bir fayda doğmıyacağı da açıktır. Kaldı ki MK. nun yoksulluk nafakası ve tazminatla ilgili hükümlerinde değişiklik yapılarak kusursuz eşin maddeten ve manen tatmini cihetine de gidilmiştir.

Ön Tasarıda getirilen 134/A. madde, daha önceki durumları da kapsıyacak şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre, maddenin kabulünden evvel açılmış ve reddedilmiş olan dava sebebiyle ayrı yaşayan eşler de maddenin getirdiği imkândan faydalanacaklardır[55].

Bu madde hükmüne göre, boşanabilmek için red kararının kesinleşmesinden itibaren 5 yıl beklemek gerekir. Bu sebeble, mezkûr md.yi, gelişi güzel tek taraflı boşanmalara meydan veren bir madde olarak telâkki etmek doğru olmasa gerek.

b') MK. nun akıl hastalığı dışında kalan uzun süren ağır hastalıkları boşanma sebebi saymaması da üzerinde durulan hususlardan biridir. Tatbikatta uzun süren ağır hastalıklar sebebiyle boşanmak istiyenler, 134. madde de hükme bağlanmış olan geçimsizlik sebebine dayanarak dava açmak zorundadırlar. Geçimsizliğe dayanan davalar çok uzun sürdüğünden, bilhassa karısı hasta olan erkekler imam nikâhıyle veya nikâhsız olarak başka bir kadınla evleniyorlar. Bu ise nesebsiz çocuklar meselesine sebeb olmaktadır. Bu düşünceleri nazara alan TMK. Öntasarısı, akıl hastalığı sebebiyle boşanmayı tanzim eden 133. maddeyi değiştirerek bazı hastalıkları ve uzvî kusurları boşanma sebebi olarak kabul etmiştir. 133. maddenin değişik şekli şöyledir: "Eşlerden biri bir akıl hastalığına veya evlilik ödevlerinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen başka bir hastalığa veya sakatlığa veya kısır-

55 Bk. TMK. Öntasarısı, Md. 133. sh. 120-121.

lığa müptelâ olur ve bu yüzden birlikte hayat sürme öteki eş için çekilmez duruma gelirse ve bu durumların en az üç yıl sürdüğü ve dava sırasında da mevcut olduğu bilirkişi raporu ile saptanırsa, öteki eş boşanma dâvası açabilir".

Görülüyor ki, bu madde akıl hastalığı dışında, kısırlık ve evlilik ödevlerinin yerine getirilmesini önleyen diğer sakatlık veya hastalık hallerini boşanma sebebi saymış böylece mevcut boşanma sebeblerini genişletmiştir. Hastalık müşterek hayatı diğer eş için çekilmez hale koymuşsa, artık hastalığın iyileşip iyileşmiyeceğine bakılmaksızın diğer eşin talebi üzerine boşanmaya hükmedilecektir. Bu maddeye göre boşanmaya karar verebilmek için şu şartların bulunması gerekir:

– Hastalık, sakatlık veya kısırlık yüzünden evlilik ödevlerinin gereği gibi yerine getirilmesinin mümkün olmaması.

– Bu hallerin en az 3 yıldan beri devam etmesi ve dava tarihinde mevcut olması;

– Hastalık veya sakatlığın bilirkişi raporu ile tesbit edilmiş olması;

– Bu yüzden müşterek hayatın öteki eş için çekilmez hale gelmesi.

Evliliğin sağlam eş için çekilmez hale gelip gelmediğini taktir yetkisi hâkime aittir. Bu konuda, adaletsizliğe sebep olmamak için, hakimin taktir yetkisine önemli bir yer ayrılmıştır.

Kanaatimizce, bu madde kanunlaşırsa, bir takım sosyal meseleler ortaya çıkacaktır. Her şeyden önce, 151. maddedeki karşılıklı yardım vecibesi ile ters düşmektedir. Diğer taraftan eşinden başka kimsesi olmayan hasta bir kimseyi sokağa atmak herhalde hukukî yönden olduğu kadar ahlâkî bakımdan da doğru olmaz. Ancak işaret etmek gerekir ki, burada önemli olan imkân nisbetinde eşlerin menfaatlerini telif edebilmektir. Bunu da her zaman mükemmel bir şekilde gerçekleştirmek mümkün olmamaktadır.

Yalnız kanun dışı birleşmelere ilişkin raporda karısı hasta veya kısır olan erkeğin ikinci kere evlenmesine izin verilmesi de ileri sürülen çareler arasında gözükmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki bu yola başvurulması bütün MK. nun sistemini alt üst edecek kadar tehlikelidir. Çünkü bu, çok kadınla evlenmeyi yeniden kabul etmek ve hukuk devriminin temel taşlarından birini söküp atmak demektir.

c') Kanunsuz birleşmelerin sebebi olarak gösterilen diğer bir durum MK. nun 142. maddesinde öngörülen kazaî bekleme müddetidir.

Mezkûr raporda ittifakla üzerinde durulan hususlardan biri de boşanma neticesinde kusurlu olan tarafa yeniden evlenmemesi için hâkim tarafından tahmil edilen bir seneden az ve iki seneden fazla olmayan yasak müddetidir[56].

Gerçekten bu madde, kanun dışı birleşmeleri bilhassa köyler de imam nikâhı ile birleşmeleri arttırıcı bir rol oynamıştır. Tatbikatta geçimsizliğe dayanan boşanma davalarında yargıtayın içtihadı mucibince, mahkemeler her zaman re'sen kusur aramışlar ve bunun neticesinde bir taraf kusurlu çıktığı için 142. maddeyi uygulamak zorunda kalmışlardır. Bir seneden az ve iki seneden çok olmayan ve kusurlu tarafı bir nevi cezalandırmak gayesini güden bu yasak müddetine ekseriya riayet olunmamış ve imam nikâhı ile evlenme veya serbest birleşmeler yoluna gidilmiştir. Bunu nazara alan TMK. Öntasarısı, Medenî Kanunun 142. ve buna bağlı olarak 96. maddelerinin kaldırılmasını teklif etmektedir[57].

Bu maddenin tamamen kaldırılması teklifinin gerekçelerinden biri de, hâkim tarafından hükmedilen yasak müddetine uyulmamasının evlenmenin butlanını mucip olmamasıdır[58]. Yasağa rağmen, bir yolunu bulup resmî nikâhla evlenen kimsenin evliliği muteber olacak; kanuna uygun hareket edecek vatandaşlar ise beklemek zorunda kalacaklardır. Medenî kanun böyle bir çeşit çelişkiye düşmüştür. İşte bu çelişkiyi ortadan kaldırmak için Öntasarı MK. nun 96 ve 142. maddelerini kaldırmak yoluna gitmiştir.

Boşanmayı kolaylaştırmak için TMK. Öntasarısı tarafından getirilen diğer bir yenilik de terk sebebiyle boşanmayı hükme bağlayan MK. nun 132. maddesinde yapılan değişikliktir. Maddede 3 ay olarak tesbit edilmiş olan terk müddeti 6 aya çıkarılmış ve ihtar formalitesi kaldırılmıştır. 132. maddedeki ihtar hâkimin kendiliğinden yapacağı idarî bir işlem olduğu halde, bizde bu ayrı bir dava konusu yani kazaî bir işlem olarak kabul edilmiştir[59]. Madde bugün yürürlükte olan şekliyle kaldıkça, evlilik birliğini terkeden eşe ihtarda bulunulması ve kendisine verilen mühlet içinde evine dönüp dönmediğinin ayrıca şahitlerle tesbiti ve neticede bir karar verilmesi gerekir. Bunun için mahkemede

56 MK. nun 142. maddesi aleyhinde fikir beyan edenler: İSTANBUL BARO HEYETİ, AC. sh. 1418. SAYMEN, AC. sh. 1380. TMK. Öntasarısı sh. 133.

57 Bk. TMK. ÖNTASARISI, Md. 142. sh. 133.

58 Bk. TMK. Md. 122.

59 Bk. TMK. ÖNTASARISI, Md. 132. sh. 118.

taraf teşkili zorunludur[60]. Bu ise boşanma davalarını uzatmaktadır. Kesin bir boşanma sebebi olmasına rağmen, ihtar davası ve bu dava neticesinde verilen kararın temyiz edilmesi gibi sebeblerle, terk sebebiyle açılmış olan boşanma davaları bazen senelerce sürmekte ve bu esnada eşler kanunsuz birleşmeler yoluna gitmektedirler Bunu nazara alan TMK. Öntasarısı 132. maddedeki ilân formalitesini kaldırmış ve ve suistimalleri önlemek için de terk sebebiyle dava açma süresini 6 aya çıkarmıştır.

d') Kanun dışı birleşmelere ilişkin raporda, bazıları tarafından boşanmayı kolaylaştırmak için MK. da değişiklik yapılarak karşılıklı rıza ile boşanmanın kabul edilmesi tavsiye edilmektedir[61]. Buna göre, boşanma niyetinde olan karı koca, boşanmanın gerçek sebebini açıklamak istemediklerinden uydurma sebebler ve yalancı şahitler göstererek boşanma kararı almak yoluna gitmektedirler. Bilhassa geçimsizliğe dayanan boşanma davlarında, taraflar gerçekten birlikte yaşamak istemedikleri halde boşanamamaktadırlar. Halbuki karşılıklı rıza ile boşanma kabul edilirse bu mahzurlar ortadan kalkar[62].

Sovyet Rusya'da,[63] hemen bütün komünist ülkelerde ve bazı İskandinav memleketlerinde kabul edilmiş olan[64] karşılıklı rıza ile boşanmanın bazı faydaları vardır: Bir kere aile sırlarının herkesin gözü önüne serilmesini ve karşılıklı suçlamaları önler. Taraflar sulh içinde fakat mahkeme kararıyle boşanmış olurlar.

İlkbakışta mantıkî gibi görünen bu düşünce şekli Medenî Kanunun ruhuna ve memleketimizin gerçeklerine uymamaktadır. Halkının % 80 den fazlası köylerde oturan ve % 60 yakın bir kısmı okuma yazma bilmeyen Türkiye'de karşılıklı rıza ile boşanma çoğu zaman kadının aleyhine olacaktır.

Karşılıklı rıza ile boşanmanın zararları faydalarından çok fazladır,

– Bir kere karşılıklı rıza ile boşanma evlenmenin kamu hukuku karakteri ile bağdaşmaz. Eşler istedikleri zaman boşanabilecekleri için mahkemenin işi sadece boşanmayı tescilden ibaret kalacaktır. Bu ise boşanmanın devletin kontrolünden çıkması ve ilgililere ait özel bir me-

60 Bk. TMK. ÖNTASARISI, Md. 132. sh. 119.

61 Rapor hakkında mütalaası istenen İstanbul Baro Heyeti de karşılıklı rıza ile boşanmanın kabulü lehinde fikir beyan etmiştir. Bk. AC. sh. 1422. vd.

62 Bk. İSTANBUL BARO HEYETİ, AC. sh. 112.

63 Bk. Principes du Droit Soviétique, sh. 397.

64 Bk. TMK. ÖNTASARISI, sh. 111.

sele telâkki edilmesi demektir. Bunun neticesi olarak, boşanmanın hükümleri de eşler tarafından tayin edilecektir. Bu ise MK. nun aile hukukuna ilişkin kaidelerinin alt üst edilmesi demektir[65].

– İkinci olarak karşılıklı rıza ile boşanma imkânının kabulü boşanmaları arttıracak, özellikle genç evlileri ilk kavgada boşanmaya sürüklüyecek ve bu suretle bir çok aile yuvaları yıkılacak ve toplumun temeli olan aile sarsılacaktır[66].

– İkinci olarak karşılıklı rıza ile boşanma imkânının kabulü boşanmaları arttıracak, özellikle genç evlileri ilk kavgada boşanmaya sürükleyecek ve bu suretle bir çok aile yuvaları yıkılacak ve toplumun temeli olan aile sarsılacaktır.[66]

– Üçüncü olarak, karşılıklı rıza ile boşanma imkânı, bir çeşit muvakkat evlenmeye yol açar. İstedikleri zaman boşanabileceklerini bilen kadın ve erkek düşüncesiz evlilikler yapma tehlikesine maruzdurlar. Bunlar kısa zamanda boşanma ile son bulur. Böyle muvakkat mahiyette evlenmelerden doğan çocuklar toplumun geleceği bakımından büyük tehlike teşkil eder.

Bir fikre göre, karşılıklı rıza ile boşanma serbest birleşmeleri teşvik eder. Boşanmada serbesti kabul edilince, ilerde nasıl olsa bir gün kolaylıkla evlilik birliğinin ortadan kalkabileceği düşüncesi, eşleri, bir takım külfetlere katlanıp resmî nikâh yapmaktansa imâm nikâhı ile evlenme veya serbest birleşmeler yoluna götürecektir. Bu sayede, ihtiyaç olduğu zaman boşanmak için zaman kaybedip masrafa girmezler. Diledikleri zaman hiç bir merasime ihtiyaç olmaksızın evlilik birliğine son verebilirler[67].

Karşılıklı rıza ile boşanma câli (yalancı) evlenmeleri teşvik eder. İsviçre'de çok raslanan bu tip evlenmeler, eşlerden birine diğerinin vatandaşlığını kazandırmak veya her hangi bir fayda temin etmek maksadıyle aktedilen görünüşte evlenmelerdir. İstenildiği an boşanma imkânı olduğundan, evlenme esasında kanun dışı olan bir takım gayelerin tahakkuku için bir vasıta olarak kullanılabilecektir[68].

- Dördüncü olarak karşılıklı rıza ile boşanmanın kabulü memleketimizde çoğunlukla kadının aleyhine olur. Erkeğin haksız isteklerine

65 Bk. SAYMEN. AC. sh. 1384. TMK. ÖNTASARISI, sh. 112.
66 Bk. GÖNENSAY, AC. sh. 1372. TMK. ÖNTASARISI, sh. 112.
67 Bk. ESEN, B. N; AC. 1942. S. 12. sh. 1442.
68 Bk. ESEN, AC. sh. 1444.

yol açar. Erkek karısının rızasını elde edebilmek için bir takım hileli yollara başvurur. Halbuki şimdiki halde, MK. karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul etmediği cihetle bu yollara başvurmanın faydası yoktur[69].

Karşılıklı rıza ile boşanmanın aleyhinde ileri sürülen fikirlere biz de katılıyoruz. Karşılıklı rıza ile boşanma ailenin dolayısiyle toplumun menfaatine aykırıdır. Ailede en çok çocuklar bundan zarar görecektir. Çoğunluğunu mutsuz insanların teşkil ettiği bir toplum herhalde aydınlık bir geleceğe sahip olamaz. Bu sebeple TMK.nun karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul etmemesi tenkit edilecek bir nokta değil, aksine Türk toplumunun menfaati açısından sevinilecek bir husustur. Kaldı ki halen MK. da karşılıklı rıza ile boşanmaya imkân veren bir müessese mevcuttur. Taraflar anlaştıkları taktirde, terk sebebine müsteniden dava açabilirler ve kolaylıkla boşanabilirler.

e') Medenî Kanunun boşanma hükümlerine yöneltilen tenkitlerden biri de, bu hükümlerin davaların uzatılmasına, intikam duygularının tatminine ve bilhassa nafaka alan karının kocasını sömürmesine elverişli olduğudur. Bu iddiada bir gerçek payı olmakla beraber, bunun sebebini intikam duygusu veya karının kocasını sömürmesi gibi basit etkenlere bağlamak mümkün değildir. Bahsedilen mahzur karının iktisaden kocasına bağlı olmasından doğmaktadır. Türk kadının büyük bir çoğunluğu iktisaden tamamen kocasına bağlı durumdadır. Boşanma halinde, kadını sefalet bekler. Bu sebeble kadın kolay kolay boşanma istemez. Kocası boşanma davası açmışsa davayı uzatmak, boşanmayı geciktirmek veya önlemek için elinden geleni yapar[70]. Bu mahzuru ortadan kaldırmak için, TMK. Öntasarısı karının iktisadî ve malî geleceğini teminat altına alacak tedbirler getirmiştir. Bunlar tedbir ve yoksulluk nafakası, kusursuz eşe maddî veya manevî tazminat ödenmesi gibi hususlarda MK. da yapılması düşünülen değişikliklerdir. Öntasarı, maddî ve manevî tazminata taallûk eden MK. nun 143. maddesinde, tazminat talebine ve mahkemece tazminatın tesbitine ilişkin olarak önemli bir takım değişiklikler yapmıştır. Yoksulluk nafakası konusunda da Öntasarı gerçekçi ve mantıkî bir tutum izliyerek, "boşanmada kusuru olmayan veya kusuru ötekine kıyasla daha az olan eşe, boşanma yüzünden büyük bir yoksulluğa düşmüşse, öteki eşin, boşanmada kusuru olmasa bile, malî gücü oranında süresiz olarak nafaka ödemesi" esasını getirmiştir[71].

69 Bk. TMK. ÖNTASARISI, sh. 113.
70 Bk. TMK. ÖNTASARISI, sh. 109.
71 Bk. TMK. ÖNTASARISI, Md. 144. sh. 138.

TMK. nun 144. maddesinden farklı olarak, Öntasarı yoksulluk nafakasını bir senelik bir müddet için değil, süresiz olarak kabul etmiştir. Diğer taraftan, şartları varsa, hâkim yoksulluk nafakasına hükmetmek zorundadır.

Gerçekten yoksulluk nafakası ancak süresiz olduğu taktirde bir anlam ifade eder. Mevcut duruma göre, boşanma ile yoksulluğa düşen eş, 1 sene sonra gene yoksullukla karşı karşıya demektir. Öntasarı bu mahzuru bertaraf etmek için süresiz yoksulluk nafakasını getirmiştir.

Böylece, Kanun dışı birleşmeleri önlemek için, MK. nun boşanma hükümlerinde yapılması teklif edilen değişiklikleri tahlilî ve tenkidî bir şekilde gözden geçirdik.

Şunu söylemek gerekir ki, boşanmanın tanziminde çözümü en güç olan iş ferdî menfaatlerle toplumun menfaatlerini bağdaştırmaktır. Ferdî menfaat, boşanmanın mümkün olduğu ölçüde kolaylaştırılmasını ve evliliğin kendinden bekleneni veremediği anda son bulmasını ister. Halbuki evlenme, ailenin ve dolayısiyle toplumun temelini teşkil eder. Milletlerin geleceği, geniş ölçüde aile müessesesine bağlıdır. Evlenme mahiyeti itibariyle ferdî bir mesele olmakla beraber aynı zamanda kamu düzenini ilgilendiren bir müessesedir. Kamu düzeni ise mümkün olduğu kadar evlilik bağını muhafaza etmek ister. Önemli olan ferdî menfaatle sosyal menfaat arasında âdil bir denge tesis edebilmektir. Çeşitli hukuk sistemleri bu konuda farklı usuller getirmişler; fakat hiçbiri ideal olan düzenlemeye ulaşamamıştır[72].

TMK. u boşanma konusunda telifçi bir sistem getirmiştir. Türk toplumunun aile müessesesine verdiği önem, kanun koyucuyu, mümkün olduğu ölçüde, evlilik bağını muhafaza etmek amacına yöneltmiştir. Kanunsuz birleşmeler sebebiyle MK. nun boşanma hükümlerine yöneltilen tenkitler, esasında kanunun bünyesinden değil, uygulamasından doğan aksaklıklara taallûk etmektedir. Kanunda aksıyan taraflar olmakla beraber, önemli olan Türk toplumunun sosyal bünyesinin Medenî Kanun hükümlerinin rahatlıkla işliyebileceği bir seviyeye çıkarılmasıdır. Bir devrim kanunu olan TMK. nun şansızlığı, Türk toplumunda asırlarca uygulanmış olan ve tamamiyle farklı esaslara dayanan bir hukuk sisteminin yerine geçmiş olması vakıasından doğmaktadır. Tabiîdir ki asırların alışkanlığı ile yoğrulmuş olan kafalar, yeni düzene

72 Bk. SCHWARZ, A. B; La Crise du droit de divorce dans le monde contemporain, İş. c.8. sh. 118-119.

uymak hususunda bazı güçlükler hissedecek ve Medenî Kanun hükümlerinden bir takım sapmalar olacaktır. Burada ilginç bir noktaya da temas etmek gerekir: Köylü vatandaşı imam nikâhı ile birleşmelere sevkeden sebebler arasında, bu tarz birleşmeleri ortadan kaldırma kolaylığı da yer almaktadır. Erkek sarfedeceği iki kelime ile evlilik birliğine son verebilir. Ancak belirtmek gerekir ki İslâm hukukunun kocaya tanıdığı talâk hakkı, değişikliğe uğrayarak halk arasında bir nevî fiilî ayrılık haline dönüşmüştür. Karı koca, İslâm'ın talâk halinde kabul ettiği iddete riayet etmeden başkalarıyle evlenmektedir. Karı da dilediği zaman imâm nikâhı ile vücut bulmuş evlenmeye son verebilir. Görülüyor ki imam nikâhı ile evlendiği zaman dine uygun hareket ettiği inancında olan halk, İslâm'a aykırı olarak boşandığından habersizdir. Kaldı ki hiç bir dua okumaksızın resmî bir memur önünde aktedilmiş olan evlenmenin İslâm'a göre tamamiyle meşru olduğunu da vatandaş henüz idrak etmiş değildir.

Kanunsuz birleşmeleri önlemek amacıyle ceza kanununda mevcut hükümlere yenilerinin eklenmesi, mezkûr raporda teklif edilen tedbirler arasındadır. Bu cümleden olmak üzere, reşit bir erkekle kadının nikâhsız olarak karı koca gibi yaşamasının suç sayılması teklif edilmiştir. Ancak böyle bir tedbir ferdî hürriyeti fazlaca tahdit edeceği gerekçesiyle müelliflerin çoğunluğu tarafından kabule şayan görülmemiştir[73]. TCK. nun 237. md. nin uygulamasına ve 430. md. nin esasına ilişkin tenkitler gerçektir[74]. Ancak 237. md. ye ilişkin Yargıtay içtihatları değişmedikçe "İmamı nikâh akdinden men edebilmek için en ölçüsüz ve insafsız cezaların konması.."[75] fayda vermiyecektir[76]. Fakat her şeye rağmen ceza konmakla suç hemen ortadan kalkmaz. Daha şiddetli cezalar konsa dahi imam nikâhını ve çok kadınla evlenmeyi kökünden kazımak mümkün değildir.

---

73 Bk. TANER, T; AC. 1940. Sayı 12. sh. 1415 vd. VELİDEDEOĞLU, AC. sh. 1363-1364.

74 Bk. Yargıtay'ın 5. CD. nin 14. 1. 1949; ve gene aynı dairenin 5. 2. 1955 tarihli ve TCK. nun 237. ve 430. maddelerine ilişkin kararları bu iki madde ile ilgili uygulamaya yöneltilen tenkitleri doğrulayıcı mahiyettedir.

75 Bk. ESEN, AC. sh. 1451.

76 Gerçekten Yargıtay 5. CD.i "Eski hükümlere göre şahitler muvacehesinde tarafların icap ve kabulleri dinlenmek suretiyle dinî nikâh kıyıldığını subuta vardıran kesin deliller gösterilmeden H... beyanına müsteniden mahkûmiyet kararı verilmesi yolsuzdur" içtihadında bulunmuştur. Bu içtihat karşısında suçun isbatı çok istinasî hallere münhasır kalacaktır. Çünkü ceza korkusu altında, imâm nikahında şahitler daima çok yakın akrabalardan seçilmekte ve adlî takibat halinde nikâhın isbatı mümkün olmadığından imam ve resmî nikâh olmadan dini merasim yaptıranlar cezadan kurtulmaktadırlar.

Raporda, kanunsuz birleşmelere sebeb olduğu ileri sürülen hususlardan biri de, ordu mensuplarının evlenmelerine dair 1939 tarih ve 3663 sayılı kanunun ihtiva ettiği tahditlerdir. Bu konuda yöneltilen tenkitleri nazara alan kanun koyucu, mezkûr kanunun 1. maddesini 1951 tarih ve 5753 sayılı kanunla ilga etmiştir.

Kanun dışı birleşmelerin doğurduğu en önemli sonuçlardan biri, nesebsiz çocuklar meselesidir. Kanun dışı birleşmeler azaldıkça bu mesele de önemini kaybedecek demektir. Son 6652 sayılı af kanunu da dahil, şimdiye kadar çıkarılmış olan af kanunları ile 7. 724. 919 doğum vak'ası nüfusa tescil edilmiştir. Bu miktar Türkiye nüfusunun aşağı yukarı % 25 ne tekabül etmektedir[77]. Bu da gösteriyor ki, mesele gerçekten ciddidir; gerekli tedbirlerin alınması gerekir.

Bunu temin için TMK. nun tanıma ve babalık davasına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılması teklif edilmektedir[78].

TMK. Öntasarısı, MK. nun 292 ve 296. maddelerinde değişiklik yaparak kanunsuz birleşmelerden doğan çocukların durumunu düzeltmek istemiştir.

MK. nun 292. md. yapılan öemli değişiklik, evli erkeğin zinasından doğan çocuğun tanınabilmesi imkânının getirilmiş olmasıdır. Evli kadının zinasından doğan çocuğun tanınabilmesi, ancak çocuğun nesebinin kadının kocası tarafından reddedilmesi halinde mümkün olmaktadır. Bu normaldir. Çünkü evli kadının evlilik dışı münasebetinden doğan çocuğun nesebi, koca tarafından reddedilmedikçe, sahihtir. Sahih nesepli çocuğun tanınması ise mümkün değildir.

Evli bir erkek evli olmayan bir kadınla cinsî münasebette bulunmuş ve bundan bir çocuk doğmuşsa, o erkek bu çocuğu tanıyabilecektir[79]. MK. nun 292. Md. nin halen yürürlükte olan metnine göre, evli erkeğin zinasından doğan çocuğun tanınması yasaktır. Bu sebeble, bilhassa köylerde, evli erkeğin imam nikâhıyle veya nikâhsız olarak birleştiği kadından doğan evlilik dışı çocukları tanınmamakta ve bunlar için af kanunları çıkarmak zorunluluğu doğmaktadır. İşte Öntasarı MK. nun 292. maddesinde öngördüğü değişiklikle meseleye bir çözüm tarzı getirmek istemiştir.

77 Bk. İNAN, age. 1965. sh. 8.

78 Bk. İSTANBUL BARO HEYETİ, AC. sh. 1419 vd. SAYMEN, AC. sh. 1384 vd. Aksi fikir, BELGESAY, AC. sh. 427 vd.

79 Bk. TMK. ÖNTASARISI, Md. 292. sh. 263.

Diğer taraftan MK. nun 253. maddesinde öngörülen değişiklikle, evlilik dışında doğan çocuğun evlât edinilmesi kolaylaştırılmış olacaktır.

Öntasarı MK. nun 296. maddesinde değişiklik yaparak, babalık davası açmak için kabul edilmiş olan 1 senelik hak düşürücü müddeti 5 seneye çıkarmıştır. MK. 298. md. si gereğince atanması gereken kayyum, çocuğun doğumundan sonra atanmışsa, çocuk hakkında süre, atamanın kayyıma bildirildiği tarihten; her nasılsa kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren işlemeğe başlar[80]. Bu suretle, kanun dışı birleşmelerden doğan çocukların durumları ıslah edilmek istenmiştir.

Bu değişiklik tasarıları yerinde olmakla beraber, MK. nun 247 ve 249 md. leri ile de aynı ihtiyacı karşılamak mümkündür[81].

MK. nun 298. md. de evlilik dışında doğan çocuğa bir kayyım tayin edilmesi keyfiyeti hükme bağlanmıştır. Bu, evlilik dışında doğan çocukları korumaya matuf çok faydalı bir hükümdür. Fakat önemli olan hâkimin böyle bir vakıaya muttali olabilmesidir. Bu da her şeyden önce bir teşkilat işidir.

Böylece kanunsuz birleşmelerin sebeblerini ve bunlara karşı alınması gerekli tedbirleri gözden geçirmiş olduk. Dikkat edilirse ileri sürülen sebebler ve üzerinde durulan çözüm tarzları daha çok mevzuata taallûk etmektedir. Halbuki Medeni Kanuna aykırı olarak husule gelen birleşmeler daha çok Türk toplumunun sosyal bünyesinden doğmaktadır:

Bir kere, eski ve yeni hukukun ana prensipleri birbirlerine taban tabana zıttır. Bu iki nevi aile nizamı ve telâkkisi arasında bir çatışma yaratmış ve asırlarca Türk müslüman ailesini tanzim etmiş olan esaslar, halk arasında teessüs etmiş olan alışkanlıklar, TMK. na rağmen, toplumumuzda yaşamağa devam etmiştir. Bunu sosyolojik açıdan normal karşılamak gerekir. Türk toplumu dinî hukukla idare edilen bir toplum iken laik bir toplum haline geçmiştir. Fakat bu devrim sadece hukuk sahasında gerçekleşmiş olup, toplumun sosyal bünyesi, inançlar aynı değişikliğe maruz kalmamıştır.

İslâm hukuku, evlenmeye hiç bir dinî mahiyet izafe etmediği halde, nikâh sırasında okunması iyi sayılan hutbe ve dua, halkın vicdanın-

80 Bk. TMK. ÖNTASARISI, Md. 296. sh. 296.
81 Bk. SAYMEN, AC. sh. 1384.

da geniş bir kabul görmüş; giderek İslâm'a aykırı olarak, halk evlenmeye dinî bir karakter atfetmiştir. Bu sebeble, Medenî Kanun resmî nikâh mecburiyetini getirmiş olmasına rağmen diğer bazı sebeblerin de tesiri altında, halk arasında imam nikâhı ile birleşmeler devam etmiştir. Halkın nazarında bütün bu birleşmeler meşrudur ve doğan çocuklar da resmî nikâhla evlenmeden doğan çocuklardan farksızdır.

Eski hukuk çok kadınla evlenmeye müsaade ediyordu. Bir erkek aralarında mutlak eşitliği sağlamak şartıyle aynı zamanda 4 kadınla evlenebiliyordu. Fakat İslâm'ın çok kadınla evlenebilmek için koyduğu şartın tahakkuku imkânsızdır. Bu husus kur'an'da açıkça ifade edilmiştir. O halde, İslâm, ailede prensip olarak monogramiyi kabul etmiştir. Gerçek müslüman birden fazla kadınla evlenmemelidir. Çünkü çok kadınla evlenme, kadınlar arasında mutlak eşitlik sağlanamadığı taktirde caiz değildir. Fakat halk bundan habersiz, İslâm'ın çok kadınla evlenmeyi mutlak şekilde kabul ettiğine inanmaktadır. Buradan şunu çıkarmak istiyoruz: Halkı imam nikâhı ile birleşmeye sevkeden önemli sebeblerden biri yüzyıllardan beri devam edip gelen çok kadınla evlenme alışkanlığıdır. Ancak çok kadınla evlenme, İslâm'a has olmayıp eski hukuk sistemlerinin hemen hepsinde mevcuttur. Bu bakımdan, çok kadınla evlenme = (taaddüd-ü zevcat) sadece dinî faktörle izah edilemez. Mesele çok yönlü ve karışıktır. İktisadî , sosyal ve kültürel faktörler de çok kadınla evlenmenin sebebleri arasındadır. Anadolu'da, Medenî Kanun hükümleri örflerden çok köy ekonomik teşkilâtının iptidailiği ile çatışmaktadır. Teknolojik yetersizlik, para ekonomisinin köye girmemiş olması, kadının istihsalde çok faydalı ve ucuz bir eleman olduğu telâkkisini devam ettirmektedir. Bazı müelliflerin aksine olarak[82] Anadolu'da çok kadınla evlenmenin belli başlı sebeblerinden birinin iktisadî olduğu gerçektir. Hattâ bazen resmî nikâhla evlenmiş olan eş, ev ve tarla çalışmalarının kendisine yüklemiş olduğu ağırlıktan kurtulmak için kocasının ikinci bir kadınla evlenmesine memnuniyetle

82 Bazı müellifler çok kadınla evenmenin iktisadî sebeblerle izah edilemiyeceğini savunurlar. VELİDEDEOĞLU, Çok kadınla evlenmenin iktisadî zaruretten doğduğu fikrinin zengin köy ağalarının propogandasından başka bir sey olmadığı fikrindedir. AC. Sayı 12. sh. 1363. 1942.
BAŞGİL'e göre, çok kadınla evlenme köyiktisadî hayatının neticesi olamaz. Çünkü bu hayatın ihtiyacı kalabalık ailedir. Kalabalık aile ise her zaman çok karılı aile demek değildir. Diğer taraftan, çok karılılık iddia edildiği üzere nüfusu arttırmak için de zorunlu değildir. Nüfus artışı bakımından ilerde olan memleketler monogamdır. Çok karılılık, belkide karışık cinsî münasebetlerin (Promiscuité) bir devamından ibarettir. Bk. BAŞGİL, İş c. 8. s. 29-32 sh. 84.

razı olur. Bu suretle kadınlar aralarında iş bölümü yapmak suretiyle çalışmalarını hafifletirler[83].

Köylü vatandaş, çocuk özellikle erkek çocuk sahibi olmaya çok meraklıdır. Kadının çocuğu olmamışsa, köylü erkeğin ikinci bir kadınla imam nikâhı yaparak evlenmesi adetâ mukadderdir. Erkeğin değişiklik arzusu da çok kadınla evlenmenin sebebleri arasında sayılmaktadır.

Diğer taraftan kadına halâ lâyık olduğu değerin verilmemiş olması, rızasına bakılmaksızın başlık, ağırlık vb. gibi adlar taşıyan muayyen bir para veya mal kaşılığında, babası tarafından başkalarına verilmesi çok karılılığa ve dolayısiyle Medenî Kanuna aykırı olarak imam nikâhı ile birleşmelere sebeb olmaktadır. Resmî nikâhlı bir karısı varsa, erkek imam nikâhı ile aldığı kadından doğan çocukları da o karısının çocukları gibi nüfusa tescil ettirir. Bu suretle çocukların durumu da düzeltilmiş olur. Resmî nikâhlı kadın, başka bir kadının çocuklarının kendi çocuğu imiş gibi nüfusa tescilinin miras bakımından doğuracağı mahzurlardan habersizdir. Çünkü bu şekilde, kendinden doğmamış olan çocuklar da mirasına ortak olacaklardır. Kaldı ki kadın ortaya çıkacak bu durumu bilse dahi, kocasının tesiriyle başkasının çocuklarının kendi üzerine tesciline razı olur. Hattâ bazen kadının haberi dahi olmadan bu işler tamamlanır. Fakat bu şekilde başka bir kadına izafe edilen çocuklar, birgün asıl anaları ile evlenmek isteseler kanun buna mâni olmayacaktır. Bu ise korkunç bir şeydir.

İzaha çalıştığımız sosyal ve iktisadî sebeblere, adlî ve idarî mevzuatımızdan ve bu mevzuatın uygulamasından doğan aksaklıklar da eklenince, Medenî Kanunun evlenme ve boşanma ile ilgili hükümlerine muhalefet güç kazanmaktadır.

Yukarda tahlilini yapmağa çalıştığımız tedbirler çok faydalı olmakla beraber, kanunsuz birleşmeler meselesini kökünden halletmek, kanaatimizce sosyal, kültürel ve iktisadî kalkınma meselesinin halline bağlıdır. Çok köklü örfler, onları tutan sosyal şartlar yaşadıkça kanun hükümleri ile ortadan kaldırılamazlar. Türkiye hukukta yaptığı devrimi henüz sosyal bünyesinde gerçekleştirememiştir. Medenî Kanun, memleketin dörtte üçünde hâkim olan sosyal sistemden başka bir sos-

83 Aynı fikirde. Bk. IRMAK, AC. 1942. S. 12. sh. 1358. vd. YALGIN, AC. 1942. S. 12. sh. 1391 vd.

yal sisteme göre yapılmıştır[84]. Bu vaziyette, kanunla sosyal şartlar arasında bir sürtüşme başlaması tabiîdir. Meseleye kesin çözüm getirecek yol, Medenî Kanunda köklü değişiklikler yapıp, 1926 da gerçekleştirilmiş olan hukuk devrimini geriye götürmek değil, toplumu Medenî kanundaki hedef ve ülkülere göre değiştirmek; başka bir deyimle kanunun eksiksiz uygulanabileceği sosyal ortamı yaratmaktır. "..Türk milleti muasır medeniyeti kendisine değil, kendisi muasır medeniyetin icabatına her ne bahaya olursa olsun ayak uydurmak mecburiyetindedir"[85]. Ancak bunu yaparken mevzuatta da bir takım değişiklikler olacağı tabiîdir. TMK. Öntasarısında, Medenî kanunun evlenme ve boşanma hükümlerinde yapılması öngörülen değişiklikleri bu açıdan mütalâa etmek gerekir.

Sosyal meselelerin hallinde zecrî tedbirler, ceza en son plânda nazara alınmalıdır. Sadece cezaî tedbirlerle yetinmek, hastalığın teşhisini yapmadan hastaya ilaç vermeğe benzer.

Şimdiye kadar alınan tedbirlere rağmen, MK. a aykırı evlenmeler devam etmiştir. MK. da yapılması düşünülen değişikliklerden sonra da bu meselenin belli bir ölçüde devam edeceği şüphesizdir. Çünkü asırlık kökleşmiş geleneklere karşı mücadele, daha çok eğitimle ve kültür kalkınması ile olur. Bunun için bir resmî nikâh seferberliği yapmak gerekir. Resmî nikâha karşı sevgi uyandırmak için her türlü vasıtadan faydalanılarak halka resmî nikâhın faydaları ve imam nikâhının, doğacak çocukların nesebi ve miras hukuku açısından, zararları anlatılmalıdır. Radyo-televizyon, gazete ve mecmualar, afişler bu yolda kullanılabilecek belli başlı vasıtalardır. Diğer taraftan ilkokuldan başlayarak bütün orta öğretimde ve öğretmen okullarında öğrencilere resmî nikâh konusunda bilgi verilmelidir.

Kanaatimizce halka anlatılması gereken ve tekrarında fayda gördüğümüz en önemli husus şudur: İslâm dininde nikâhın imam önünde yapılmasını ve nikâh sırasında imam tarafından dua okunmasını emreden bir kaide yoktur. Çünkü İslâm hukuku, evlenmeyi, satış veya kira akdi ne kadar dinî ise o kadar dinî kabul etmiştir. Daha açık bir deyimle evlenmenin hiç bir dinî yanı yoktur. Esasen İslâm'da imam diye bir kişi de yoktur. Namaz kıldırmasını bilen herkes imamlık yapabilir. Nikâhta dua okuma, müslümanlar arasında sonradan yerleşmiş olan bir âdetten başka bir şey değildir. Evlenmenin muteber bir şekilde akdi,

84 Bk. BERKER, AC. 1942. S. 12. sh. 1403.
85 Bk. M. ESAT. MK. nun Esbabı Mucibe Layihası.

evlenecek kadın ve erkeğin iki şahit huzurunda evlenme iradelerini beyan etmeleri ile olur. İsterlerse taraflar bir dua okuyabilirler; kendileri dua bilmiyorlarsa bir başka kişiye okutturabilirler. Bu tamamen vicdanî bir meseledir. Duanın okunmaması nikâhı hiç bir şekilde sakatlamadığı gibi, dua okunarak aktolunan nikâh duasız yapılan nikâhtan daha mukaddes değildir. Durum böyle olunca, Medenî Kanunun evlendirme memuru önünde ve iki şahit huzurunda aktedilmesini emrettiği resmî nikâhın İslâm dinine de tamamiyle uygun olduğu açıkça anlaşılır. Farklı olan tek husus, İslâmda bir resmî memur önüne gitmeğe ihtiyaç olmaksızın evlenmenin aktedilebilmesidir. Bu da evlenmenin tamamen fertleri ilgilendiren özel bir muamele telâkki edilmesinden doğmuştur. Kaldı ki, zamanla idarî zaruretler neticesi, İslâmî evlenmenin de kadi'ler tarafından görevlendirilen noterler önünde yapılması esası kabul edilmiştir.

Türk toplumunda, köylerde okuma yazma bilen kişiler imam olarak sivrilmişler; cami'de halkın ibadetini idare ettikleri gibi, evleneceklerin nikâhlarını aktetmek ve nikâh sırasında bir dua okumak görevini de seve seve üzerlerine almışlardır. İlk defa Kanunî Süleyman devrinde olmak üzere, kadi'ler nikâh akdi hususunda imamlara izinname vermişlerdir.

2 Eylül 1881 /8 Şevval 1298 tarihli sicilli nüfus Nizamnamesi ve bu nizamnameye ilişkin olarak çıkarılmış olan 9 Muharrem 1302 tarihli tarifnamede, imamın nikâh akdetme görevi resmen kabul edilmiştir. Daha sonra 1917 tarihli HAK. ne ilişkin idarî muamelata dair nizamnamede de aynı şeyi görüyoruz. Ancak belirtmek gerekir ki, bu tamamen idarî bir ihtiyacın neticesi olarak ortaya çıkmış bir uygulamadır. Uyulmaması evlenmenin muteberiyetine tesir etmez.

TMK. nu, bütün medenî toplumlarda olduğu gibi, evlenmeyi kamu düzenini ilgilendiren sosyal bir müessese olarak kabul etmiş; yapılmasına ve sona ermesine devletin müdahalesini öngörmüştür. Bu, önce eşlerin ve çocukların sonra da toplumun menfaatinedir. Toplumun temeli olarak kabul edilen aile müessesesine vücut veren evlenme, fertlerin serbest iradelerine bırakılamaz.

İşte bütün bunları halka anlatabilmek gerekir. Bu konuda imamlardan faydalanmak mümkündür. İmamlara, namazdan sonra halka resmî nikâhın faydalarını anlatmak ve resmî nikâhla islâmî nikâhın aynı şeyler olduğunu belirtmek, resmî nikâh yapıldıkca dinî nikâh yapmanın yasak olduğunu halka anlatmak mecburiyeti tahmil edilebilir. Tabiî bu konuda önce imamları aydınlatmak gerekir.

Gerçekten 1962 yılında Trabzon (Maçka) da açılan bir imam gelişme kursuna katılanlar, kursun sonunda şu şekilde yemin etmişlerdir: ".. Türk Medenî Kanununa göre evlenme muamelesi yaptırmayanlara dinî nikâh kıymayacağımıza, resmî muamele yapılmadan bu nikâhın meşru olmıyacağını, yapılacak işlemin dinî esaslara ve insan haklarına uygun olmadığını açık delillerle halka anlatacağımıza, bu hususta şahsımıza yapılacak tekliflerin hiçbirini kabul etmiyeceğimize..... dinimiz üzerine yemin ederiz. Bu anlaşmamızda Cenabı Hak bizleri ve bütün meslekdaşlarımızı muvaffak kılsın, Amin."[86].

Bütün imamlar bu yeminde yapılması va'dedilen şeyleri yerine getirseler, eminiz ki kanunsuz birleşmeler çok büyük ölçüde azalacaktır. Çünkü imamın duası olmadan vâki birleşmeyi vatandaş gayrımeşru telâkki etmektedir. Bu neviden birleşmelerin dinî bakımdan da yasak olduğunu bilir. Halk imamın okuyacağı duadan bereket bekler. Öte yandan halk arasında yerleşmiş olan bir hurafe de, imamın duasına atfedilen önemin sebeblerinden biridir. Buna göre, nikâh merasimi esnasında yapılacak bir büyü ile erkek iktidarsız hale getirilebilir. Halk, resmî nikâh olmadan imanın bu duayı okumıyacağını bilirse, ister istemez resmî nikâh yapmak zorunda kalacaktır. Bu durumda en azından ilk defa evlenecek kimseler resmî nikâh yaptıracaklar; birden çok kadınla evlenmek isteyenler ise düşünmek zorunda kalacaklardır. İmamlar resmî nikâh olmadan dinî nikâh kıyma yasağına uysalar; gizli olarak vatandaşın arzusunu yerine getirme yoluna gitmeseler, belki dinî inançları sağlam olan vatandaş birden fazla kadınla evlenmekten vazgeçecektir. Çünkü resmî nikâhla bir kere evlenmişse, artık birinci evlilik sona ermeden ikinci defa evlenmesi mümkün değildir. Bu taktirde, ya ikinci bir kadınla metres hayatı yaşamağı tercih edecek veya yeniden evlenmekten vazgeçecektir. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu şekilde halkın dinî nikâh hakkındaki yanlış kanaatinden istifade edilerek resmî nikâh mecburiyetine riayet sağlanacaktır. Bu yolun, halka İslâm'da dinî nikâhın mevcut olmadığını anlatmaktan ve bu şekilde resmî nikâha yöneltmekten daha tesirli olduğu da kolaylıkla iddia edilebilir.

Vatandaş bir kere resmî nikâhın faydasına inandırıldıktan sonra artık iş kolaylaştırılmış demektir. Evlenme ile ilgili formalitelerin azaltılması; nüfus teşkilatının ıslah edilerek, gezici nüfus memurlukları ih-

86 Bk. Dünya, 9 Aralık 1962.
87 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 29.

das edilmesi ve bu memurlara evlendirme memurluğu yetkisi verilmesi en uygun çözüm tarzlarından biri olur. Bu şekilde, gezici memurlar muayyen zamanlarda örneğin, ayda bir veya iki kere, köye uğrarlar; hem evleneceklerin nikâhlarını aktederler hem de doğum ölüm ve evlenme vakıalarını zamanında deftere işlerler.

§ 2. NETİCE

Böylece iki bölümden ibaret olan tezimizin sonuna gelmiş bulunuyoruz. Şimdi vardığımız neticeleri belirtip araştırmamızı bitireceğiz.

Aile ve dolayısıyle evlenme müessesesi tarihin ilk çağlarından beri çeşitli safhalardan geçerek 19. ve 20. yüzyılda en son ve modern şekline kavuşmuştur. Evlenme ve genel olarak ailenin evrim tarihinde görüyoruz ki, ailede ve toplumda kadın daima erkekten aşağı bir durumdadır. Bazı toplumlarda kadın bir eşyadan farksızdır. Aile baba hâkimiyetine dayanır. Babanın karı ve çocukları üzerinde çok geniş yetkileri vardır.

İlkel toplumlarda, prensip olarak, aile poligamiye dayanır. Bu daha çok birden ziyade kadınla evlenme şeklinde tezahür eder.

Bilindiği gibi İslâmiyet Arabistan yarımadasında ortaya çıkmıştır. Arabistan'ın İslâm dininin doğuşundan önce yaşadığı devreye cahiliyye devri denmesi âdet olmuştur. Bu devir hakkında söylenenler bazen birbirini nakzetmektedir. Fakat müelliflerin büyük bir kısmının kanaati şudur: İslâmiyetten önce Arabistan'da aile baba hâkimiyetine dayanır. Kadın hak süjesi değildir. Alınıp satılabilen bir mal gibidir. Kocanın ölümü halinde, kadın terekeye dahil mallarla birlikte mirasçılara intikal eder. Kocanın başka kadınlardan olan oğulları üvey anaları ile evlenebilecekleri gibi, onu başkalarına da satabilirler.

Erkek dilediği kadar kadınla evlenebilir. Onu bu kanuda kayıtlayan tek şey malî gücüdür. Çünkü kadına karşılık kadının babasına mehr adı verilen muayyen bir bedel ödemek zorundadır. Mahr, para veya mal şeklinde ödenebilir. Müelliflerin çoğunluğu bu bedeli kızın fiyatı olarak kabul ederler. Yani evlenme ile baba kızını satmaktadır.

Pederşahi (patriakal) aile, erkek tarafından erkek hısımları ihtiva eder. Kadın aileye dahil olmaz. Bu ailede bir kız çocuğunun doğumu felâket sayılır. Çoğu zaman kız çocukları diri diri toprağa gömülmüştür.

Fakat bu, toplumun sosyal ve iktisadî yapısından doğan bir marazdı. Toplum savaş ekonomisi üzerine kurulmuştu. Kabileler birbirleriyle sürekli savaş halindeydiler. Bu savaşların gayesi ganimet elde etmekti. Böyle bir toplum savaş gücü sayılan erkek çocuğa ihtiyaç hisseder. Kadın sadece bir müstehlik ağız telâkki edilmektedir. Bu bakımdan kız çocuklar istenmemektedir. Fakat savaşçı bir toplum çoğalmak ve savaşacak erkeklerin sayısını arttırmak zorundadır. Bunu temin için erkek dilediği kadar kadınla evlenebilir. Kadın aynı zamanda ev işlerinde ve hayvancılıkta çok iyi bir yardımcıdır.

Cahiliyye devrinde muhtelif iptidai evlenme şekillerine raslanmaktadır. Normal evlenme, evlenecek erkekle kızın velisi arasında aktedilir.

İşte eski Arabistan bu durumda iken İslâmiyet doğmuştur. İslâm, şartlarını yukarda belirtmeğe çalıştığımız böyle bir toplumda yayılmak zorundaydı. İslâmiyet cahiliyye devrinde mevcut atipik evlenme şekillerini yasak etti ve kadının hukukî durumunda esaslı bir reform yaptı. Bundan sonra kadın artık bir eşya değil, hak süjesidir. Evlenmede ve aile içinde kadına önemli haklar tanınmıştır. İslâmiyetin yaptığı reformlar, o çağ için çok ileri sayılır. Bütün atipik evlenme şekilleri kaldırılarak kızın babası ile evlenecek erkek arasında yapılan evlenme şekli geliştirilmiştir.

Fıkıh kitapları nikâhı = (evlenmeyi) "kasden mülkü müt'ayı müfit olan bir akiddir" şeklinde tarif ederler. Mülk-i müt'a kadının menfaati mahsusasına mâlikiyettir ki bu "nikâhı memnu olmayan bir kadından erkeğin istifadesinin helal olmasıdır"[1]. Buna göre, nikâhtan maksat, kadının kadınlığından erkeğin faydalanması idi. Fakat Kur'an hükümleri ve hadisler iyice tetkik edilirse görülür ki, İslâm evlenmeyi bu kadar basite irca etmemektedir.

İslâm hukukunda evlenme, evlenecek erkek ve kadının veya kanunî yahut rızaî temsilcilerinin icap ve kabulü ile inikad eder. Yalnız icap ve kabul aynı anda vukubulmalıdır. Evlenme iradesi tereddüde meydan vermiyecek şekilde açıklanmalı ve aynı şekilde kabul edilmelidir. Evlenmediği taktirde zina işlemeye temayülü olan kimseler için evlenme farz sayılmaktadır. Yalnız bu kimsenin karının mehr ve nafakasını ödemeğe muktedir olması gerekir. Kendini zinadan koruyabilecek müminler

1 Bk. M. ZİHNİ EFENDİ, age. sh. 11.

için iyi sayılan evlenme, karısının mehr ve nafakasını veremiyecek ve onun haklarına riayette kusur edecek kimse için mekruhtur[2].

Evlenmenin hüküm ifade etmesi için iki erkek veya iki kadın bir erkek şahit huzurunda aktedilmesi gerekir. Bunlar evlenmenin tâbi olduğu esaslı şeklî şartlardır.

Evlenecek kimseler arasında evlenme engeli bulunmamalıdır. Yakın kan ve sıhrî hısımlar arasında evlenme yasaktır. Bugün olduğu gibi, 3. dereceye kadar kan hısımlarıyle evlenilemez. Eşlerden biri ile diğerinin usul füru arasında evlenme yasaktır. İslâm hukuku, evlenme engeli olarak bir hısımlık nevi daha tanımaktadır. Bu da süt hısımlığıdır. Süt hısımlığı kan hısımlığı gibi evlenme engeli doğurur. Bu evlenme yasağı TMK. nu İsviçre'den iktibas edilirken kanuna alınmışsa da sonradan kaldırılmıştır.

İslâm hukuku, evlenmede bir ehliyet teorisi kuramamıştır. Bu sebeble evleneceklerin muayyen bir yaşı doldurmaları istenmediği gibi, mümeyyiz olmaları da şart değildir. Çocuklar çok küçük yaşta velileri tarafından evlendirilirler. Hattâ Malikî, Şafiî ve Hanbelî mezheplerinde yaşı ne olursa olsun bâkire kız velisi tarafından evlendirilebilir. Hanefî mezhebi geniş bir veli zümresine, küçük kadın veya erkeği evlendirme hakkını tanımakla beraber, baba ve büyük baba dışında kalan veliler tarafından evlendirilmiş olan küçüklere, bülûğa erdikleri tarihte kullanılmak üzere bir seçme (hıyarül bülûğ) hakkı tanımıştır. Bu hakkın kullanılması için tayin dilen şartlar, kadın ve erkek bakımından bazı farklar gösterir. Erkek, sarahaten veya zımmen evlenmeye razı olduğunu beyan etmedikçe seçim hakkını her zaman kullanabilir. Kadın ise bülûğa erdiği anda iki şahit huzurunda evlenmeyi feshedeceğini bildirmediği taktirde seçim hakkını kaybeder.

Evlenme ve ehliyet şartı aranmadığından, akıl hastaları da evlendirilebilmektedir.

Her yaşta evlenme mümkün olduğu halde erkek ve kadın bülûğa ermeden zifaf vukubulmaz. Bülûğ yaşının başlangıcı kadınlarda 9, erkeklerde 12 yaşdır. 15 yaşına gelmiş olan kadın veya erkek her halde bâliğ sayılır.

Evlenmede temsil mümkündür. Zaten uygulamada evlenmelerin hemen hepsi Kanunî veya rızaî temsilciler tarafından aktedilir. Malikî,

2 Bk. HACI REŞİT PAŞA, İslâm'da Nikâh Bahisleri. İstanbul 1958. sh. 26-28. M. VEHBİ, Ahkam-ı Kur'an'iye İst. 1341-1343 sh. 125. vd.

Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde kadın, evlenmede rızasını mutlaka bir temsilci vasıtasıyle beyan etmek zorundadır. Bizzat rızasını beyan edemez. Hanefi mezhebinde ise hem kadın hem erkek erginlik çağına geldikleri andan itibaren bizzat evlenme aktedebilirler.

Evlenmede, evlenecek erkek kadına mehr adı verilen bir para veya mal vermek zorundadır. Mehr'in miktarı erkeğin malî gücüne ve kızın sosyal durumuna göre değişebilir. Genellikle, mehrin bir kısmı peşin ödenir ki buna mehri muaccel denir. Mehri müeccel denen diğer kısmı ise, ilerde kararlaştırılan bir tarihte herhal de evliliğin sona ermesi anında kadına ödenir. Erkeğin kadına bir mehr vermek borcu, bazı müellifleri İslâm'da evlenmeyi bir satış akdi olarak kabule sevketmiştir. Onlara göre mehr, kızın fiyatı yani satış bedelidir. Bu görüş tutarsızdır. Kadın hem akdin tarafı hem de konusu olamaz. Kaldı ki İslâm, kadını hak süjesi kılmıştır. Diğer taraftan, semen tayin edilmeden yapılan satış akdi fâsittir. Halbuki evlenme anında hiç mehr kararlaştırılmamış olabilir ve hattâ hiç mehr ödenmiyeceği de şart koşulmuş olabilir. Sadece bu neviden şart yok sayılır ve kadın mehr-i misl adı verilen ve babasının ailesinden olan kadınların evlenirken almış oldukları mehr kadar bir mehre hak kazanır.

Mehr evlenmenin muteberiyet şartı olmayıp sadece neticelerinden biridir. Fakat Malikîler bu fikirde değildir. Onlara göre, mehr evlenmenin muteberiyet şartıdır. Bu sebeble, hiç mehr tesbit edilmemiş veya mehr ödenmiyeceği kararlaştırılmışsa, Malikîler evlenmeyi hükümsüz sayarlar.

Evlenmeyi bir satış akdi telâkkî edenler, mehri de satış bedeli olarak kabul ederler. Bazı müellifler ise, mehri kocanın talâk yetkisini kötüye kullanmasını önleyen bir vasıta; bazıları da boşanma veya ölüm halinde kadının geleceğini teminat altına alacak bir garanti olarak tavsif ederler. Bu iki fikir de bir gerçek payı taşımakla beraber her zaman doğru olduğu ileri sürülemez. Bir demir yüzüğün veya Kur'an öğretme işinin mehr olarak kabulü hadislerle sabit iken, mehrin talâkı önleyici veya kadının geleceğini temin edici fonksiyonu her zaman kabul edilemez. Hele mehrin münhasıran boşanmayı önliyecek bir tedbir veya boşanma tazminatı olarak kabulü mümkün değildir. Böyle olsaydı alacağın kocanın ölümü halinde sakıt olması gerekirdi. Halbuki mehri müecceli kocanın mirasçıları ödemek zorundadır[3]. Ancak her şeye

3 Bk. Yargıtayın 2. 12. 1959 tarih ve 14/30 sayılı Tevhid-i İçtihat kararı. Kararın metni için Bk. FEYZİOĞLU age. sh. 295-6, Bu karın tahlili için Bk. REİSOĞLU, S. agm. AD. 1960, Sy. 1 sh. 191-195.

rağmen mehrin miktarı çok yüksek tutularak bahsedilen iki amaca ulaşmak mümkündür. Fikrimizce, mehr evlenmede daha çok şeklî bir anlam taşır ve halk arasında muteber bir evlenme aktedilmiş olduğu anlamına gelir. Fakat miktarı yüksek bir mehr gerçekten kocanın talâk yetkisini lüzumsuz kullanmasına mâni olabileceği gibi kocanın ölümü veya boşanma halinde kadının geleceğini temine de yarar. Bilhassa Kuzey Afrika müslümanlarında mehrin bu fonksiyonuna öem verilmektedir. Ülkemizin Güneydoğu ve doğu bölgelerinde imam nikâhı ile birlikte mehr verme âdeti de halen yaşamaktadır. Öğrendiğimize göre, buralarda, koca boşanma halinde ödenmek üzere kadına yüksek bir tazminat vermeyi taahhüd eder. Bu daha çok bir mücerret borç ikrarı şeklinde olur ve senede bağlanır.

Bilerek bir çok defa tekrar ettiğimiz gibi, İslâm hukukunda evlenme tamamiyle laik bir muameledir. Nikâh sırasında bir dua okunması veya nikâhı imamın aktetmesi gibi bir kaide yoktur[4]. Nikâhta hutbe ve dua okunması, müslümanların duaya verdikleri önem ve ondan bekledikleri hikmet veya bereketten doğmuştur. İki şahit huzurunda, kadın ve erkek veya temsilcileri evlenme iradelerini beyan ettikleri zaman Nikâh tamam olur. Başka hiç bir formaliteye ihtiyaç yoktur. Bundan anlaşılıyor ki, İslâm hukuku evlenmeyi kamu düzenini ilgilendiren sosyal bir müessese olarak kabul etmemiş; sadece fertleri ilgilendiren hususî bir muamele telâkki etmiştir. Evlenmede yaş ve temyiz kudreti aranmaması; temsilin çok revaçta olması ve hattâ bazı mezheplerde kadınlar için mecburî olması; mektupla bile evlenme aktedilebilmesi İslâmın evlenmeyi tamamen ferdî menfaata ilişkin hususî bir akit kabul etmiş olduğu düşüncesini kuvvetlendirmektedir. Fakat bu tarz evlenme telâkkisi zamanla sosyal bir takım meselelere sebeb olduğundan, devletin aile müessesesinin temeli olan evlenmeye müdahalesi zorunlu hale gelmiştir. Bu cümleden olmak üzere bazı İslâm memleketlerinde, evlenmenin kadi tarafından görevlendirilmiş ve onun gözetimi altında bulunan noterler (katib-i adil) önünde yapılması esası yerleşmiştir. Bu noterler hem evlenme muamelesinin hazırlanmasında taraflara yardımcı oluyorlar, hem de aktedilen evlenmeleri tescil ediyorlardı. Aynı

4 "Malûmdur ki eski geleneğimize göre evlenmeye mütedair rızaların imam huzurunda beyanı lâzımdır. Bir kadınla erkeğin sadece birbirine karşı beyanı rızada bulunması ile evlenme tamam sayılmazdı" diyen VELİDEDEOĞLU'nun, evlenme ve boşanma hukukumuzda medenî ve cezaî bakımdan ne gibi tadilata ihtiyaç vardır? isimli konferansta (sh. 50) ifade ettiği bu görüşe katılmağa imkân yoktur. Evlenmeye ilişkin Kur'an hükümlerinin tahlili için bk. M. VEHBİ, age. sh. 125. vd.

zamanda bir hüccet tanzim edilerek taraflara veriliyordu. Bu hüccet evlenmenin isbatına yarıyordu. 1910 yılında Mısır'da kabul edilen mahkemelerin yeniden teşkiline dair kanun, eşlerden birinin ölümünden sonra, evlenmenin isbatı konusunda bir ihtilâf çıktığı taktirde, evlenmenin ancak senetle isbat edilebileceği esasını getirmiştir. Fakat belirtmek gerekir ki bu sadece isbat bakımından olup evlenmenin muteberiyetine tesir etmez.

Esas ve şeklî şartlarından birinin yerine getirilmemesi evlenmeyi sakatlar. Yerine getirilemeyen şartın mahiyetine göre evlenme fâsit veya bâtıl olur. Ancak İslâm hukukunun evlenmenin butlanı ve fesadı (iptali) konusunda koyduğu kaideler çok çapraşık ve anlaşılması güçtür. Bugünkü hukukumuzda mevcut mutlak butlan halleri eski hukukta bâtıl; nisbî butlan halleri de fâsit terimiyle ifade edilmiştir[5]. Fakat fıkıh kitablarında belirtilen butlan ve fesat halleri bu tasnife uymamaktadır. Örneğin, yakın kan hısımları arasında aktedilen evlenme fâsit sayılmaktadır[6]. "Fesat aslan sahih olup vasfen sahih olmamaktır"[7]. Bir kimsenin kız kardeşi veya anası ile aktetmiş olduğu evlenme nasıl aslan sahih olabilir? Buna mukabil bir müslüman kadının gayrimüslüm bir erkekle aktettiği evlenme ve muta bâtıl sayılmıştır. Halbuki çok yakın akrabalar arasında vukubulan evlenmeler kamu düzeni, umumî ahlâk ve neslin sıhhati bakımından müslüman kadının gayrımüslim erkekle evlenmesinden çok zararlıdır. "İslâm hukuku, ana veya kız kardeşi ile cinsî münasebette bulunanların idamı ve mallarının müsaderesi lâzım geleceğini kabul eder"[8]. Durum böyle iken 1917 tarihli Hukuk-i Aile kararnamesinde, mutlak evlenme engellerine aykırı olarak aktedilen evlenmeler fâsit kabul edilmiştir. Kararnamenin evlenmenin butlân ve fesadına ilişkin faslında bulunan hükümler, biri hariç tamamen yanlıştır[9].

İslâm hukukunda aile kocanın üstünlüğü esasına dayanır. Buna rağmen karı kocanın birbirlerine karşı bir takım hak ve ödevleri vardır. Karı, meşru olan her hususta kocasına itaat borçludur. Koca karısına iyi muamele etmek onun infak ve iaşesini temin etmekle mükelleftir. Karı, itaat ödevini yerine getirmezse, koca önce onu azarlamak;

5 Bk. ARSEBÜK, E; Medenî Hukuk, II. Kısım I. Ankara 1942 sh. 634.

6 Bk. ANSAY, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, sh. 203.

7 Bk. MECELLE, Md. 109.

8 Bk. Şeyh-ül İslâm Arif Efendi'nin Siyasetname Tercümesi. sh. 28. ARSEBÜK, age. sh. 630 dan

9 Bk. Aynı fikirde ARSEBÜK, age. sh. 211

bu neticesiz kaldığı taktirde onu yatağında yalnız bırakmak; bu da fayda etmezse hafifce tedip etmek hakkına sahiptir. Fakat koca, bu tedip hakkını, karının kanunda cezası tesbit edilmemiş olan bir fiili için kullanabilir. Tedip yetkisi, meşru sebebler için dahi, karıya şiddet kullanılmasını tecviz etmez. Aksi halde kadın kadi'ye başvurarak kocanın cezalandırılmasını isteyebilir[10]. İnfak ve iaşe mükellefiyetini yerine getirmeyen kocaya karşı kadın kadi'nin müdahalesini isteyebilir. Mehri muaccel ödenmedikçe, karı kendisine düşen ödevleri yerine getirip getirmemekte tamamiyle serbesttir. Bu, kadının kocasına karşı kullanabileceği bir silâhtır.

İslâm hukuku esas itibariyle tek kadınla evlenmeyi kabul ettiği halde, aralarında mutlak eşitliği sağlamak şartiyle aynı zamanda 4 kadınla evlenmeye cevaz vermiştir. Yalnız birden fazla kadına karşı mutlak eşitliği sağlamanın pek güç hattâ imkânsız olduğu kur'an'da ifade edilmiştir. Hal böyle olunca, gerçek müslüman tek kadınla evlenmeyi tercih eder.

Koca karılarına eşit muamele etmezse, hakkı ihlâl edilen kadın kadi'nin müdahalesini istiyebilir.

İslâm'da evlenme kadının fiil ehliyeti üzerinde her hangi bir tesir yapmaz. Kadın erginlik çağına gelmişse, kimsenin rızasına ihtiyaç olmaksızın, mameleki üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Evlenmede karı koca arasında mal ayrılığı câridir. Boşanma halinde herkes kendi malını alır. Kocanın karıya verdiği mehr tamamen karının mülkiyetine geçer ve üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir. Kadın evin masraflarına katılmak zorunda değildir. Evlenmenin malî hükümleri bakımından İslâm kadını, çağdaş Avrupalı hemcinslerinden daha geniş haklara sahiptir.

Özetlemek gerekirse; İslâm'da evlenme bugün olduğu gibi bir erkekle bir kadının tam ve daimi bir hayat ortaklığı yaratmak için hukuka uygun bir şekilde birleşmeleridir; onu bir satış akdi olarak vasıflandırmak isabetli değildir.

Tekrarında daima fayda gördüğümüz, şey, evlenmenin hiç bir dinî yanı olmayan tamamen laik bir muamele olduğu hususudur. Bu bakımdan evlenmede bir din adamının hazır bulunmasına ve evlenmeyi takdis etmesine hiç gerek yoktur. Nikâhın imam huzurunda aktedil-

10 Bk. CSPE. art. 211.

meğe başlanması, daha önce izah ettiğimiz sosyal ihtiyaçların ve bilhassa ihtilaf halinde evlenmenin isbatını kolaylaştırmak arzusunun neticesi olmuştur. Bir müellife göre[11], belki de Hıristiyanlığın tesiriyle müslümanlarda evlenme bir imam huzurunda aktedilmeğe başlanmıştır. İslâmî evlenmeye yanlış olarak atfedilen dinî karakterin, evlenmeye ilişkin hükümlerin Kur'an'da yer alması vakıasından doğduğu da söylenebilir[12]. İslâm hem bir din hem de bir hukuk sistemi, bir dünya görüşüdür. Kur'an'da yer alan bütün kaideler dinî değildir. Örneğin, Ceza hukukuna, Medenî hukuka ve usul hukukuna ilişkin kaideler Kur'an'da yer almakla beraber dinî sayılmazlar.

Türkler İslâm dinîni kabul ettikten sonra, bu dinin hukukunu da toptan benimsemişlerdir. İslâmiyetin kabulünden önce, eski Türk hukukunda aile baba hâkimiyetine dayanmakla beraber, kadının hukukî durumu iyidir. Eski Türkler hakkında fazla bilgimiz olmamakla beraber, Hun ve Göktürk devletlerine gönderilen Çin ve Bizans elçilerinin anlattıklarına göre, Han'ın karısı da yabancı elçiler için tertiplenen resmî kabullere ve şenliklere Han'la birlikte katılmakta; ve büyük saygı görmektedir. Kadınlara hitap için kullanılan tabirler ve kadınlara karşı işlenen suçların şiddetle cezalandırılması da kadına verilen değer hakkında bir fikir vermektedir. Kadın babanın veya kocanın velâyeti altında olmasına rağmen, askerlik ve devlet memuriyeti hariç, toplumsal ve dinî hayatta önemli bir rol oynamaktadır. Sürekli savaşlar yüzünden erkeklerin cephede bulunması, kadınlara ev işlerinin idaresinde, ticaret hayatında geniş bir serbesti sağlamıştır.

Evlenmede erkek ve kızın rızasından başka ana babanın da rızası gereklidir. Yakın kan hısımlığı evlenme engeli teşkil eder. Kadın dengi olmayan bir erkekle evlenemez. Evlenecek erkeğin veya ailesinin kızın babasına kalın adı verilen muayyen bir mal vermesi de evlenmenin esaslı şartlarından biridir. Kalın'ın miktarı tarafların sosyal durumlarına ve malî güçlerine göre değişir. Kalın, hukukî mahiyeti hakkında ki farklı görüşlere rağmen, bugün ülkemizin bazı bölgelerinde yaşayan başlık verme usulünün aynıdır. Belki de başlık verme âdeti, Anadolu'ya eski Türklerin bu müessesesinden gelmektedir. Yalnız kalın ve başlığı İslâm hukukunun mehr müessesesiyle karıştırmamak gerekir. Mehr bizzat kadına verildiği ve onun malı olduğu halde, kalın veya başlık kızın babasına veya yakınlarına verilir.

11 Bk. SAYMEN, F. H. - ELBİR, H. K., Aile Hukuku. II. Bası. İstanbul. 1960. sh. 36.
12 Bk. SAYMEN-ELBİR, age. sh. 36.

Osmanlı devleti İslâm hukukunu, özellikle hususî hukukunu aynen uygulamıştır. Bu bakımdan İslâm'da evlenme hakkında söylenenler Osmanlı hukuku için de aynen tekrarlanabilir. Bilindiği gibi İslâm hukuku evlenmeyi tamamen özel bir muamele telâkki etmiş ve her hangi bir resmî otoritenin müdahelesini zorunlu kılmamıştır. Ancak bir çok İslâm ülkelerinde, tatbikatta ortaya çıkmış olan ihtilâfları, suistimalleri önlemek evlenmeleri sıhhatli bir şekilde tesbit edebilmek için devletin evlenme akdine müdahalesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Örneğin, Memlûkler devletinin çeşitli bölgelerinde özellikle Suriye'de, kadi'nin nezareti altında çalışan, nikâh akdi ve nikâh muamelelerinin yazılmasıyle görevlendirilmiş noterlere raslanmaktadır. 19. yüzyılda, Mısır'da ilkokul öğretmenleri (fiki), daha sonra mezun; Mekke'de mumlik adını alan kimseler nikâh akdinin hazırlanması ve icrası için tam yetkiyi haiz temsilciler olan noterler (şuhud udul) den başka kimseler değillerdir[12].

Evlenme insan hayatında çok önemli bir muamele olduğu cihetle, usulüne uygun olarak yapılmasına çok dikkat edilir. Hadisle tavsiye edilen hutbe ve duanın okunması bu alanda bilgili bir kimsenin yardımına ihtiyaç göstermiştir. Noterler icap ve kabul için gerekli olan sözleri taraflara söylerler, onlar da aynen tekrar ederler. Noterler bazen kızın velisi rolünü de oynarlardı[14].

Devletin evlenmeye müdahalesi ihtiyacı Osmanlı hukukunda da kendini hissettirmiştir. Evlenecek kimselerin kadi'den önceden izinname almaları ve nikâhın da gene kadi'den izinname almış olan imamlar tarafından kıyılması usulü, devletin evlenmeye müdahalesi düşüncesinin neticesi olsa gerek. Türk imamının evlenmedeki görevinin ilk defa, nikâh sırasında okunması icabeden hutbeden doğduğu ileri sürülüyorsa da [15] imamın ne zamandan beri nikâh âkidi haline geldiği kesin olarak bilinmemektedir[16]. Ancak eski Türkler'de de buna benzer bir

13 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 12-13.

14 Bk. İslâm Ansiklopedisi, c. 9. sh. 260.

15 Bk. JÄSCHKE, agm. sh. 13.

16 Bk. M. HIFZI, age. sh. 38'de "İslâmiyetin kabulünden itibaren; GÖKTÜRK, H. A; La vie juridique des Peuples. Vol. VIII: Turquie. Paris 1939 sh. 152 de"İlk zamanlardanberi"; VELİDEDEOĞLU, age. sh. 75 de "Evlenmelerde bir imam bulunması ve nikâhı onun kıyması çok kuvvetli bir gelenek halinde Türk cemiyetinin bünyesinde yerleşmişti" demek suretiyle, imamın evlenmedeki görevinin başlangıcı hakkında kesin bir şey söylemekten çekinmektedirler. JÄSCHKE ise agm. sh. 13. de "Osmanlı devletinin ilk zamanlarına şehirlerde bile imam nikâhının yerleşmiş olduğunun tahmin edildiğinden bahsetmektedir.

teamülden bahsedilmektedir. Buna göre, eski Türkler evlenmeyi laik bir muamele olarak kabul etmelerine rağmen bir din adamına takdis ettirmeyi de ihmal etmemişlerdir[17].

Osmanlı hukukunda, ilk defa Kanunî devrinde, devletin evlenmeye resmen müdahale etmek istediğini Ebussûd Efendi'nin fetvalarından anlıyoruz; gerçekten "hâkim marifetsiz nikâh olunmaya" deyu emr-i padişahi varit olmuş iken..."[18] diyen fetva evlenecek kimselerin kadi'den izinname almaları gerektiğini ifade etmektedir. Ancak bizzat Ebussûd Efendi tarafından belirtildiği gibi, kadi'den izin alınması nikâhın muteberiyetine tesir etmez[19]. Bu husus bütün müellifler tarafından ittifakla kabul edildiği gibi, devletin evlenmeye müdahalesinin ilk resmî vesikası olan 1881/1298 tarihli Sicilli Nüfus Nizamnamesinden ve bu nizamnamenin uygulanmasına ilişkin 8 Muharrem 1302 tarihli talimatnameden [20] ve 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi ve bu kararname ile ilgili nizamnameden açıkça anlaşılmaktadır.

1881/1298 tarihli nizamnamenin 33. maddesine göre evlenecek müslümanlar şer'iye mahkemelerinden, gayrimüslimler ise kendi dinî reislerinden izinname alacaklardır. Evlenmeyi akdeden imam veya dinî reis, 15 gün içinde nüfus idaresine, evlenmenin aktedildiğini bildiren bir ilmuhaber vermekle mükelleftir. Görülüyor ki, imamın başlangıçta fiilî olan nikâh akdetme görevi bu nizamname ile hukukîleşmiştir. Ancak imamın bu görevi tamamen idarî mahiyette olup, evlenmeye dinî bir mahiyet izafe etmediği gibi, imamın huzuru olmadan yapılan evlenme de tamamiyle muteberdir.

Aynı nizamnamenin 36. maddesi imama mahalle veya köyde vukua gelen boşanmaları da 15 gün içinde nüfus idaresine bildirmek ödevini yüklemiştir. Bu iki hükümden anlaşıldığına göre, devlet imama adetâ bugünün muhtarının görevlerini yüklemiştir. Bu ödevleri yerine getirmeyen imamlar yarım Türk lirası para cezasına çarptırılmaktadırlar.

İfade etmek gereki ki, burada imamın nikâh akdetme görevi bir örfî hukuk kaidesi haline gelmiştir. Ancak bu örfî hukuk kaidesi Şeriata aykırı bir çözüm tarzı getirmemiştir; fakat halk arasında şer'i bir kaide imiş gibi telâkki edilmiştir.

---

17 Bk. VAMBERY, Das Türken Volk. sh. 161. ARSAL, age. sh. 336 dan

18 Bk. DÜZDAĞ, age. sh. 32-38. JÄSCHKE, agm. sh. 15.

19 Bk. JÄSCHKE, agm.sh. 14.

20 Bk. D. I. t. c. 5. sh. 85.

Tanzimatla başlayan kanunlaştırma hareketlerinin en önemli sonuçlarından biri olan Mecelle, Medenî hukuk sahasını kanunlaştırmak iddiasında olduğu halde özellikle Aile ve Miras hukukunu ihtiva etmemektedir. Aile Hukukunun Mecelle'ye ithal edilmemesinin başlıca sebebi, devleti teşkil eden teb'anın muhtelif dinlere mensup olmasıydı. Halbuki Mecelle Hanefi mezhebinin esaslarına göre hazırlanmış bir kanundu. "Aile Hukukunu bir din gibi devam ettirmek" azınlıkların işine gelen bir hususta. Onlardan gelen istekle bu konuda yabancı devletlerin de kanun koyucu üzerinde müessir olduğu gerçektir.

Ancak devletin bütün teb'asına uygulanabilecek bir Aile Hukuku kanununun mevcut olmayışı büyük bir eksiklikti. Bu sebeble evlenme ve boşanma ile ilgili hükümlerin Mecelle'ye ilâve edilmesi veya müstakil bir Aile Hukuku kodu hazırlanması yolunda fikirler ileri sürülmeğe başlandı.

Diğer taraftan 20. yüzyılın başlarında Avrupa ile temasın artması; sosyal, iktisadî ve kültürel bir takım sebebler neticesi, Türk aile anlayışında yavaş yavaş bir değişiklik başlamış ve bazı kimseler açıkça kadın haklarını savunarak kadının bağlı olduğu zincirlerden kurtarılmasını istemişlerdir.

I. Dünya savaşı, kadının sosyal ve iktisadî hayattaki yerini almasına yardım etmiş; cepheye giden erkeğin bıraktığı işi yapmak için, kadın ticaret hayatında, fabrikalarda ve devlet dairelerinde çalışmağa başlamıştır. Bu şartlar, kadına bir ruh kazandırmış ve onu erkek karşısında aşağılık ve ehliyetsiz bir varlık olmak durumundan kurtarma yolunda atılacak adımları desteklemiştir. Kadının kafes arkasında yaşayan, toplumla hiç ilgisi olmayan bir varlık olduğu telâkkisi toplumun bazı kesimlerinde artık terkedilmeğe başlandı. Buna paralel olarak, devletin bir aile hukuku koduna sahip olmayışı zaten bir süreden beri tenkit edilmekte ve Mecelleye evlenme ve boşanma ile ilgili kısımların ilâvesi veya müstakil bir kanun yapılması yolunda fikirler ileri sürülmekteydi: Bu durum devletin daha etkili bir şekilde Aile Hukuku sahasına müdahalesini zarurî kılmıştır. Bu amaçla 1916 tarihinde Mecelle Komisyonu adıyle iki alt komisyon halinde çalışacak bir komisyon teşkil edildi; Ahval-i Şahsiye Komisyonu 1333/1317 tarihinde bir Aile Hukuku kanunu layihası hazırladı ve bu lâyiha Hukuk-i Aile kararnamesi olarak irade-i seniyeden geçerek kanunlaştı.

Kararname, İslâm Aile Hukukunun gerçekleştirilmiş ilk önemli tedvininden ibarettir. Bütün sünnî mezheplerin görüşlerinden faydalanıl-

mak suretiyle hazırlanmış olan kararname gayrimüslim teb'anın evlenme ve boşanmalarını kendi dinî esaslarına uygun olarak ayrıca tanzim ve böylece kanunlarda bulunması gereken vahdet prensibinden uzaklaşmıştır.

157 maddeden ibaret olan kanun, yenilik sayılabilecek sadece bir kaç esas getirebilmiştir. Bir kere ilk defa nişanlanma müessesesini tanzim etmiş; evlenme için muayyyen bir yaşın ikmali şartını koymuş; akıl hastalarının zaruret olmadıkça, 12 yaşını doldurmamış erkek ve 9 yaşını doldurmamış kız çocuğunun hiç bir şekilde evlendirilemiyeceğini hükme bağlamıştır.

Diğer taraftan, kararnamenin 33. maddesi nikâhtan önce ilân mecburiyetini getirmiştir. Kararnamenin en önemli hükmü şüphesiz 37. maddesidir. Buna göre evlenecek kadın veya erkekten birinin ikametgâhı hâkimi veya bunun izinname ile mezun kıldığı nâibi nikâhın akdi esnasında hazır bulunup akitnameyi tanzim ve tescil eder. Aynı esas gayrımüslim teb'anın evlenmeleri için de geçerlidir[21].

Kararnamenin bu ve yukarda zikrettiğimiz diğer hükümleri devletin evlenmeyi sosyal bir müessese telâkki etmek yolunda bir mesafe katetmiş olduğunu göstermektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, kararnamenin 37. maddesine aykırı olarak aktedilen evlenme gene muteberdir. Çünkü 37. madde hükmü evlenmenin sıhhati için şart değildir. Hâkimin veya naibin evlenme sırasında hazır bulunması sadece idarî bir formaliteden ibaret olup, o zamana kadar evlenme muamelelerinde görülen düzensizlikleri bertaraf etmek gayesine matuftur. Evlenmenin mahkeme dışında bir yerde aktolunması halinde, mahalle veya köy imamının, önceden izinname almak şartıyle nikâh meclisinde bulunup evlenme akdine yetkili olduğu H. A. K. ne ilişkin idarî muameleler hakkındaki nizamnamede açıkça belirtilmiştir.

Görülüyor ki, imamın evlenme aktetmesi tamamlayıcı mahiyette bir örfî hukuk kaidesi olmuştur. Fakat bu kaide, halk içinde kendiliğinden ortaya çıkan bir teamülün, idarî ihtiyaçlar nedeniyle devletçe tanınmasından ibarettir. Aslında, bir kaç defa tekrar ettiğimiz gibi, İslâm'da imam yoktur; ve evlenme sadece iki şahit huzurunda beyan edilen iradelerle tamam olur.

H. A. K. i çok kadınla evlenmeyi kaldırmağa muvaffak olamamış, sadece taaddüd-i zevcata mâni olmak için kadına bir imkân tanımış-

21 Bk. HAK. Md. 43.

tır. Gerçekten, kararnamenin 38. maddesi, "Üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartiyle bir kadını tezevvüc sahih ve şart muteberdir" hükmü ile kadına kocasını monogam kalmağa zorlama yetkisini vermiştir.

Kararnamenin evlenmenin butlan ve fesadına ilişkin hükümleri, biri hariç, tamamen yanlıştır[22].

H. A. K. i ancak iki yıla yakın bir süre uygulanabilmiş ve 1919 da Padişahın bir iradesiyle meriyetten kaldırılmıştır. Kararnamenin İtilâf devletlerinin baskısı sonucu ilga edildiği zannedilmektedir. Çünkü gayrimüslim dinî reislerin evlenme, boşanma, vb. gibi konularda haiz oldukları yargı yetkisi kararname ile kaldırılmıştı. İmtiyazları elden giden ruhanîlerin, işgal devletlerini bu konuda harekete geçirmiş olmaları çok muhtemeldir. Diğer taraftan koyu İslâmcı çevreler kararnameye temelinden karşıydılar. Onlar böyle bir kanunlaştırmanın hukuka ve ahlâka aykırı olduğu görüşünü ileri sürüyorlardı. İşte bu neviden tenkitler de kararnamenin ilgasına müessir olmuştur.

Millî mücadelenin kazanılmasından sonra, eski kanunların tadil edilerek günün ihtiyaçlarına uydurulması zarureti kendini hissettirdi. 1923 yılı başlarında bir Medenî Kanun Komisyonu teşkil edildi. Bu komisyon Vacibat ve Ahval-i Şahsiye Komisyonları adı altında iki tali komisyona ayrıldı. Ahval-i şahsiye komisyonu 1339/1923 tarihli Hukuk-i Aile Kanunu tasarısını hazırladı. Bu tasarı 1333/1917 tarihli kararnamenin aynıdır. Hiç bir yenilik getirmemiştir. Bu tasarı, görüşleri alınmak üzere Adliye ve Şer'iye Encümenlerine gönderilmişse de sonradan yeniden görüşüleceği düşüncesiyle Adliye Vekâleti tarafından geri alınmıştır. Bir müddet bu komisyonların çalışmalarına ara verildi. 29 Ekim 1923 de Cumhuriyet ilân edildi. 3 Mart 1924 de Hilâfet kaldırıldı. Şer'iye mahkemeleri lağvedildi.

Bu hamlelerden sonra köklü reformlar yapılması ve devletin lâikleştirilmesi yolunda epeyce yol alındı. Bu kanaatle, 19 Mayıs 1924 de Ahval-i Şahsiye ve Vacibat Komisyonları yeniden teşkil edildi. Komisyon çalışmaları ile ilgili tamimatnamede, komisyonların Avrupa kanunlarından da faydalanması tavsiyesi yer alıyordu.

Ahval-i Şahsiye Komisyonu 1340/1924 yılında 142 maddeden ibaret bir aile hukuku kanun tasarısı hazırladı. Bu tasarının da 1917 tarihli kararnamaden pek farkı yoktur. Tasarı, prensip olarak monoga-

22 ARSEBÜK, age. sh. 634.

miyi kabul etmekle beraber bazı şartların tahakkuku halinde hâkimin birden fazla kadınla evlenmeye izin vermesini de mümkün kılmıştır. Bunun için evlenmek isteyen kimsenin, çok kadınla evlenmeye ihtiyacını ve eşler arasında tam adaleti temine kudretini isbat etmesi gerekir. Bu şartlar varsa, hâkim çok kadınla evlenmeye müsaade edecektir. Görülüyor ki, lâyiha taaddüd-i zevcat-ı ortadan kaldıramamıştır. Tatbikatta tasarının şart koştuğu hâkim izninin kolaylıkla elde edilebileceği açıktır. Evlenmede temsili de benimseyen tasarı, evlenme müessesine layik olduğu önemi vermemiştir. Artık Şer'i hukuka dayanarak hazırlanacak kanunların Türk toplumunun ihtiyaçlarını karşılamasına imkân yoktu. Nihayet komisyon çalışmaları sırasında ortaya çıkmış olan "batı kanunlarının Türkiye'de iktibası "fikri 1925 yılında daha da kuvvetlendi. Aynı yıl bu komisyonların çalışmalarına son verilerek İsviçre Medenî Kanununun Tükiye'de iktibasına karar verildi. Kanunun tercümesi için bir komisyon teşkil edildi. Komisyon kısa zamanda tercüme işini tamamladı. İcra Vekilleri Heyeti 20 Aralık 1925 tarihli toplantısında yeni tasarının T. B. M. M. e sevkini kararlaştırdı. Kanun 17 Şubat 1926 da ittifakla kabul edildi. 4 Nisan 1926 da resmî gazetede yayınlandı ve 4 Ekim 1926 da mer'iyete girdi.

MK. nun mer'iyete girmesiyle, Türkiye Cumhuriyeti İslâm hukukunu tamamiyle terketmiş ve modern bir MK.a kavuşmuştur. MK.nun aileyi tanzim tarzı ile İslâm hukukunun tanzim tarzı arasında çok büyük farklar ve hattâ tam bir zıddiyet vardır. MK. monogamiyi, evlilik içinde karı koca eşitliğini, resmî nikâh ve hâkim kararıyle boşanmayı kabul etmiş ve evlenmeyi doğrudan doğruya devleti ilgilendiren sosyal bir müessese olarak ele almıştır. Aile hukukunun bütün kaidelerinde bu ruh hâkimdir. Bu sebeble İslâm hukukunda olduğu gibi, iki şahit önünde bizzat veya temsilciler vasıtasiyle evlenme akdetmek bugün artık mümkün değildir.

MK. nun 108. maddesi; evlenmenin reşit iki şahit huzurunda, belediye dairesinde veya ihtiyar heyetinde belediye reisi veya reisin bu işle görevlendirdiği memur veya muhtar tarafından aktedilebileceğini öngörmüştür. Evlenme esnasında taraflar bizzat hazır bulunmak zorundadır. Vekil kabul olunmaz.

Yukarda ifade ettiğimiz gibi, artık Türk hukukunda imamın evlenme akdetme görevi resmen sona ermiştir. İmam nikâhı önce fiilen halk arasında uygulanan sonrada idarî zaruretlerle bir nevi tamamlayıcı örfî hukuk kuralı haline gelen bir teamülden ibarettir. Tekrar edelim ki,

imamın nikâhta hazır bulunması nikâha hiç bir dinî mahiyet izafe etmediği halde, halk arasında bu usule tamamen dinî bir gözle bakılmakta ve MK.'a göre resmen evlendikten sonra taraflar bir de imam önünde iradelerini beyan etmek ihtiyacını hissetmektedirler. Fakat bu tamamen hukuka uygun bir durumdur. Önemli olan, ülkemizde henüz resmî nikâh müessesesinin tam olarak yerleşmemiş olmasıdır. Bilhassa köyler de vatandaş resmî nikâh yaptırmadan imam önünde ve onun okuyacağı bir dua ile evlenmeyi tercih etmektedir. Medenî kanun bu çeşit birleşmeleri evlenme olarak kabul etmemektedir. MK. a göre yok sayılan bu çeşit birleşmelerden doğan çocuklar nesepsizdir. MK. nun kabulünden itibaren Türkiye için çok önemli bir sosyal sorun olmaya başlayan kanun dışı birleşmeler ve nesepsiz çocuklar meselesi, kanun koyucuyu TMK. a tamamiyle aykırı bir çözüm tarzına götürmüştür. MK. nun kabulünden 7 sene sonra 1933 tarihinde, MK. a aykırı olarak, genellikle imam nikâhı ile vukubulan birleşmeler bazı şartlarla muteber evlenme olarak kabul edilmiş ve bunlardan doğan çocuklar sahih nesepli çocuklar olarak ilgili kadın ve erkek adına nüfusa tescil edilmiştir. Gerçekten, 1933 tarih ve 2330 sayılı af kanununun 16. maddesinin B bendi "Kanunu Medenînin mer'iyetinden bu kanunun neşri tarihine kadar evlendirme memuru huzurunda yapılmış akde müstenit olmıyarak birleşip karı koca halinde yaşayanlardan çocuk olduğu taktirde bu yaşayış evlenme akdi sayılarak bu birleşmelerin evlenme suretiyle ve bunlardan doğan çocukların da nesebi sahih olarak kadın ve erkeğe izafesiyle tescili yapılır. Şu kadar ki erkek evliyse bu suretle vâki olan birleşmelerde bu hükümler câri olmaz; ancak bu birleşmelerden hasıl olan çocuklar yukardaki hükme göre tescil olunur" hükmünü ihtiva etmektedir. Görülüyor ki resmî memur önünde yapılmış nikâha dayanmayan birleşmeler muteber evlenme olarak kabul edilmek suretiyle MK. nun evlenme ile ilgili hükümlerine esaslı bir istisna vazedilmiş ve böylece MK. nun sisteminde esaslı bir gedik açılmıştır. Fakat bu çok önemli bir sosyal ihtiyacın neticesi olup, Türk toplumunun temelini teşkil eden ailenin sağlamlaştırılması, sarsıntılardan korunması ve bozulmasının önlenmesi gayesine matuf olan bir tedbirdir. Dünyaya gelişinde hiç bir kusuru olmayan yüzlerce hattâ binlerce çocuğu hukuken babasız durumda bırakmak, onları mutlu bir ailenin sıcak havasından mahrum etmek, toplumun geleceği için büyük tehlikeler arzeden sorumsuz bir davranış olurdu. Fakat bu mesele bir kanunla çözülebilecek kadar basit değildir. Af kanunları, yarayı kökünden kurutmayan geçici tedbirlerden ileriye gidememektedir. Nitekim günümüze kadar 6 af kanunu çıkarılmış olmasına rağmen, MK. a aykırı olarak imam

nikâhı ile veya serbest birleşmeler devam etmektedir. Son çıkarılan 6652 sayılı kanun da dahil 6 af kanunu ile 7. 724. 913 doğum vakası nüfusa tescil edilmiştir. Bu rakam meselenin ciddiyetini açıkça ortaya koymaktadır.

Adalet Bakanlığı 1941 yılında kanun dışı birleşmeler ve nesebsiz çocuklar konusunda, bir tamimle, bütün vâli ve savcıların fikrini sormuş ve gönderilen cevapları bir rapor halinde neşretmiştir. Bu rapora göre MK. nun resmî nikâh prensibine aykırı olarak, imam nikâhı suretiyle veya başka şekiller altında devam eden birleşmelerin sebebleri muhteliftir. Bunlar, mevzuata, kültür ve eğitime, sosyal ve ekonomik duruma ilişkin sebebler olarak tasnif edilebilir. Tavsiye edilen tedbirler de bu tasnife uygundur.

Mevzuata ilişkin sebeblerin en önemlisi, evlenme ve boşanma güçlüğüdür. Evlenme ile ilgili formaliteler çoktur. Nüfus teşkilatının iyi işlemeyişi, evlenme konusunda vatandaşa çok büyük güçlükler çıkarır. Boşanma davaları yıllarca sürer. Halk bunu bildiği için, diğer sebeblerin de tesiri altında genellikle imam nikâhı ile evlenme yolunu seçer. Çünkü bu birleşme şekli, onun inancına göre, dine uygun olduğu için, tamamen meşrudur. Niyetleri gayet ciddidir; bir yuva kurmak ve çocuk sahibi olmak başlıca arzularıdır. Köyde kimse bu tarz birleşmeyi kınamaz. İmam nikâhı meşruiyetini halkın vicdanında bulmaktadır. Kaldı ki, Osmanlı devleti bu teamülü, idarî ihtiyaçların tazyiki ile, bir nevi tamamlayıcı bir örfî hukuk kaidesi haline getirmişti. Ancak ifade edelim ki, devlet imamın dinî fonksiyonu üzerinde asla durmamış onu evlenme akdini tescil eden, taraflara birer hüccet tanzim edip veren ve evlenme akdini nüfus idaresine bildiren bir memur gibi kabul etmiştir. Yukarda zikrettiğimiz ve devletin evlenmeye müdahalesini gösteren iradelerin hiç birinde imamın nikâh sırasında dua okumak ödevinden bahsedilmemektedir. Buna rağmen, imamlar ve halk daima dua okunmazsa islâmî nikâhın tamam olmıyacağı zehabına kapılmışlardır.

Diğer taraftan, bu nikâh şekli çok basittir. Hiç bir formaliteye ihtiyaç yoktur. Boşanma söylenecek iki kelime ile tamam olur.

Gerçekten MK. nun evlenme ve boşanma hükümlerine yöneltilen tenkitlerde bir hakikat payı vardır. Bu hususu nazara alan TMK. Öntasarısı, Medenî Kanunun evlenme ve boşanma ile ilgili hükümlerinde bir takım değişiklikler yapılmasını öngörmektedir. Bu değişiklik teklifleri, bilhassa boşanma hükümlerine taallûk etmektedir.

Evlenmeyi kolaylaştırmak için her şeyden önce formaliteleri azaltmak; köylüler için ilân formalitesini ya kaldırmak veya müddetini kısaltmak; sağlık muayenesi için gezici sağlık ekipleri teşkil etmek; gezici evlendirme memurluğu veya gezici nüfus memurlukları ihdas edilerek evlendirme memurluğu görevlerini bu memurlara vermek neticeye müessir olacak tedbirler arasındadır. Böylece halk kasaba veya şehre giderek sağlık muayenesi ve nüfus dairesi ile ilgili formaliteler için zaman kaybetmiyecektir. Bu arada nüfus idarelerinin ıslahı ve bilgili nüfus memuru yetiştirilmesi de üzerinde en çok durulan hususlardan biridir.

Boşanmanın kolaylaştırılması meselesine gelince; boşanmanın tanziminde önemli olan şey, ferdî menfaatle toplum menfaatini bağdaştırabilmektir. TMK. nu telifçi bir sistem kabul ederek mümkün olduğu ölçüde evlilik bağını muhafaza etmek amacına yönelmiştir. MK. na boşanma konusunda yöneltilen tenkitler, esasında kanunun bünyesinden değil uygulamasından doğmaktadır. MK. nun aksayan tarafları olmakla beraber, önemli olan Türk toplumunun sosyal bünyesini TMK. nun rahatça uygulanabileceği bir seviyeye çıkartmaktır. Medenî Kanun hükümleriyle toplum vicdanında kökleşmiş âdetler arasındaki çatışmayı bir bakıma normal karşılamak gerekir. Çünkü MK., Türk toplumunda yüzyıllarca uygulanmış bir hukuk sisteminin yerine geçmiş, aynı zamanda yeni bir dünya görüşü getirmiştir. Böyle köklü ve hızlı bir değişikliğe, asırlık alışkanlıklara sıkı sıkıya bağlı olan halkın birden uyamaması tabiî karşılanmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, kanunsuz birleşmeleri sadece şu veya bu sebebe bağlamak mümkün değildir. Türk toplumunun sosyal bünyesinden gelen sebeblere, ekonomik[23] ve kültürel sebebleri de eklemek gerekir.

Anadolu'da imam nikâhı ile evlenmelerin başlıca sebeblerinden biri, çok kadınla evlenme âdetidir. İslâm hukukunun, tahakkuku pek güç hattâ imkânsız bir şartla caiz gördüğü bu âdetin önde gelen sebebleri sosyal, ekonomik ve kültüreldir. Teknolojik yetersizlik, istihsal tekniğinin ilkelliği, kadının istihsalde çok faydalı ve ucuz bir eleman olduğu telâkkisini sürdürmektedir. Hattâ bazen resmî nikâhla evli olan eş, ev ve tarla çalışmalarının kendine yüklediği ağırlıktan kurtulmak için kocasının ikinci bir kadınla evlenmesine memnuniyetle razı olur. Bu suretle kadınlar aralarında bir iş bölümü yapmak suretiyle çalışmalarını hafifletmiş olurlar.

23 VELİDEDEOĞLU, age. sh. 12 de BAŞGİL, agm. İş c. 8. S. 29-32. sh. 84 de, çok kadınla evlenmede dolayısiyle kanun dışı birleşmelerde iktisadî sebeblerin rolünü reddetmektedirler.

Ülkemizin muhtelif bölgelerinde, erkek tarafından ödenecek başlık, ağırlık vb. gibi paralar mukabilinde, aileler kızlarını imam nikâhı ile başkalarına vermektedirler. İktisadî faktörlerin yanında kadın şahsiyetinin henüz lâyık olduğu değere kavuşamamış olması da bunda rol oynamaktadır.

Mevzuatta yapılacak değişiklikler, meselenin çözümü için tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra ekonomik ve sosyal kalkınmanın da gerçekleştirilmesi ve eğitime gereken önemin verilmesi gerekir. Bunun için bir resmî nikâh seferberliği yapılmalı, her türlü vasıtadan faydalanarak halka resmî nikâhın faydaları ve imam nikâhının, doğacak çocukların nesebi ve miras durumu bakımından, zararları ve ortaya çıkarabileceği problemler halka anlatılmalı; ilk ve orta öğretimde öğrencilere resmî nikâh hakkında bilgiler verilmelidir.

Yukarda söylediğimiz gibi, bu konuda halka anlatılması gereken en önemli nokta şudur: İslâm dini, nikâhta imamın hazır bulunmasını ve dua okumasını hiç bir şekilde emretmiş değildir. Esasen İslâm'da imam diye bir kişi de yoktur. Namaz kıldırmasını bilen herkes imam olabilir. Hıristiyanlıkta olduğu gibi İslâm'da bir ruhban sınıfı mevcut değildir. Nikâhta dua okumak halk arasında yerleşmiş bir âdetten başka bir şey değildir. Dua okunmaması evlenmeyi sakatlamadığı gibi, ona bir kutsiyet de vermez. Durum böyle olunca, resmî nikâhın İslâmî nikâhtan farksız olduğu anlaşılır. Yalnız şu fark vardır. Resmî nikâh devletin bir memuru önünde yapılır. Aksi halde evlenme yoktur. Ancak İslâm hukukunda da bazı sosyal sebebler, bilhassa isbat kolaylığı sağlamak amacıyle evlenme esnasında kadi tarafından görevlendirilmiş bir kimsenin hazır bulunması esası kabul edilmiştir. Fakat bu esasa riayet olunmadan yapılan evlenmeler tamamiyle muteberdir. Çünkü nikâhın resmî bir memur veya onun temsilcisi önünde yapılması, sadece idarî mahiyette bir muamele olup uyulmaması evlenmeyi sakatlamaz. Fakat TMK. nu bütün medenî toplumlarda olduğu gibi evlenmeyi kamu düzenini ilgilendiren sosyal bir müessese olarak kabul etmiş ve aktedilmesini, hükümlerine ve sonra ermesine devletin müdalesini vazgeçilmez bir esas olarak almıştır. Bu, önce eşlerin ve çocukların sonra da toplumun menfaatinedir. Toplumun temeli olarak kabul edilen aileye vücut veren evlenme, fertlerin serbest iradelerine terkedilemez.

İşte bütün bunları halka anlatabilmek gerekir. Bu konuda imamlardan faydalanmak mümkündür. Önce aydın fikirli imamlar yetiş-

tirilmeli; bunlara resmî nikâhın ve islâmî nikâhın esasları öğretilmelidir. İmam, resmî nikâh yapılmadan islâmî nikâh kıyamıyacağını, bunun kanun emri olduğunu; resmî nikâhın islâmî nikâhtan farksız olduğunu halka anlatmalıdır. Köylü vatandaş, imamın sözüne fazlaca itibar eder. Gerçekten imamlar resmî nikâh olmadan dinî nikâh yapmamayı samimi olarak benimsemiş olsalar, kanun dışı birleşmeler geniş ölçüde azalır. Kaldı ki resmî nikâh olmadan dinî nikâh yapılmasını CK. suç saymıştır. Fakat tatbikatta, CK. md. 237, isbat güçlüğü ve yargıtayın daha önce zikrettiğimiz içtihatları sebebiyle pek işlememektedir.

Yukarda ifade ettiğimiz gibi, halk duadan hikmet ve bereket umar. Bazı hürafeler de onun bu inancını kuvvetlendirir. Resmî nikâh olmadan imamın bu duayı okumıyacağını bilen halk, ister istemez resmî nikâh yaptırmak mecburiyetini hisseder. Böylece çok kadınla evlenme yolu da geniş ölçüde kapanmış olur. Bu şekilde halkın islâmî nikâhın mahiyeti hakkındaki yanış inancından faydalanılarak resmî nikâh mecburiyetine riayet sağlanmış olacaktır.

Resmî nikâhın faydalarını anlatmak, onu halka sevdirmek için köy öğretmenlerinden de istifade edilebilir.

Vatandaş bir kere resmî nikâhın faydasına ve zorunluluğuna inandırıldıktan sonra iş kolaylaşmış demektir. Evlenme ile ilgili formaliteler azaltılmalıdır; Bu arada 5. 5. 1972 tarih ve 1587 nolu Nüfus Kanunu ile gezici nüfus memurlukları ihdas edilmesi ve bu memurlara evledirme memurluğu yetkisi verilmesi ve 5 sene içinde bütün evlendirme memurluğu yetkinin nüfus memurlarına geçeceğinin kabulü uygun çözüm tarzlarından biri olmuştur. Böylece çok büyük bir kısmı bilgisiz olan ve bu sebeble köylerde evlenme muamelelerini usulüne göre yürütemeyen muhtarların da işi kolaylaştırılmış olacaktır. Evlenme muayenesinin köylerde yapılabilmesi için gezici sağlık ekipleri teşkil edilmesi de çok faydalı çözüm tarzlarından biridir. Tatbikatta gereği gibi yerine getirilmeyen muayene mecburiyeti köylüler için kaldırılabilir de. Aynı şeyi ilân formalitesi hakkında da söyliyebiliriz.

Makul ölçüler dahilinde, MK. nun ruhuna dokunmadan boşanmanın kolaylaştırılması da resmî nikâha ilgiyi arttırabilir. TMK. Öntasarısındaki değişiklik tekliflerini biz bu açıdan faydalı telâkki ediyoruz.

BİBLİYOGRAFYA

A. F. El Sayed Bey; *De l'étendue des droits de la femme dans le mariage et particulièrement en Égypte.* Paris. 1922.

A, Fyzee. A; *Outlines of Muhammadan law.* Oxford 1965.

Afetinan, A; *Atatürk ve Türk Kadın Haklarının Kazanılması.* Tarih Boyunca Türk Kadınının Hak ve Görevleri. İstanbul 1968.

Ağaoğlu, A; *Hukuk Tarihi.* İstanbul 1931.

Ahmed Naim; *Yine Tesettür Meselesi,* Sebül-ür Reşat C. XVI. Sy. 393. 1335. sh. 37-39.

Ahmed Naim; *Taaddüd-i Zevcat Hakkında.* Sebül-ür Reşat (SR) C. 12 No. 308. 31 Temmuz 1329. sh. 372.

Ahmet Şuayıp; *Hukuk-u İdare.* İstanbul 1325.

Aksekili, A. H; *İslâmiyette Taaddüd-i Zevcat.* SR. C. II. Sy. 375. 5. K. evvel 1329.

Akıntürk, T; *Aile Hukuku Dersleri.* Ankara 1967.

AHF. H. Komisyonu. *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da Mütalaa.* AC. 1942. Sy. 12. sh. 1430-1434.

Al-Katıfı; *Normes et valeurs dans l'Islam contemporaine.* Paris 1951.

Alınge, K; *Moğol Kanunları* (Çev: C. ÜÇOK) Ankara 1967.

Al Said Mustafa; *De l'étendue et de l'exercice de droits conjugaux*). Le Caire 1936.

Amirian, A. M; *Le mouvement législatif en Iran "Perse" et le mariage en droit et en fait.* 2 e éd. Paris 1938.

Ansay, S. Ş; *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku.* 3. bası. Ankara 1958.

Ansay, S. Ş; *Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar.* Ankara 1952.

Anderson. *Invalid and of oriental and African Studies* 1950. 2 *e partie.*

Arminjon-Nold-Wolf; *Traité de droit comparé.* Paris. 1951.

Arminjon, P; *Étrangers et protégés dans L'Empire ottoman.* Paris 1930.

Arsal, S. M; *Umumî Hukuk Tarihi.* İstanbul 1944.

Arsal, S. M; *Türk Tarihi ve Hukuk.* İstanbul 1947.

Arsebük, E; *Medenî Hukuk.* II. k. I. Ankara 1940.

Ateşzade İ. Hakkı Bey; 1400 *sene-i Hicriyesinde Akd-i Nikâh Derneği.* İçtihat Dergisi. IV. sene. Sy. 72. 18 Temmuz 1329. sh. 1590-1594.

Ayiter, K; *Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku.* Ankara 1960

Bahattin Efendi; *(Galata-Mahkeme-i Şeriye Kadisi) Tarafından Makam-ı Mesihayı Celileye Takdim Kılınan Arızanın Suretine Destires olduk.* Muhamat, 10 k. Evvel 1329 Sy. 29. sh. 881.

Bammate, H; *Visages de L'Islam.* Lausanne 1958.

Başgil, A. F; *Gayrımeşru Birleşmeler Meselesi.* İş. M. C. 8.

Belgesay, M. R; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da.* AC. 1942. Sy. 12. sh. 1430-1434.

Belgesay, M. R; *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk.* İstanbul 1963.

Bellefonds, Y. L; *Traité de droit musulman comparé.* II. Paris - La Haye 1965.

Bellefonds, Y. L; *Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Égypte.* Dans Revue de droit comparé. 1955. sh. I-1-30.

Bellefonds, Y. L; *Des donations en droit musulman.* Thèse Pour le doctorat. Le Caire 1935.

Berker. N; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da.* AC. 1942. Sy. 12. sh. 1396-1404.

Berki, Ş;-Hamidi; H; *İslâm Hukukunun Ana Prensipleri.* Kur'an'da Hukuk. II. bası. Ankara 1962.

Bertrude, S; *Marriage in e arly Islam.* Londres 1934. sh. 62, 70.

Bilmen, Ö. N; *Hukuk-i İslamiyye ve Istılahatı Fıkhıyye Kamusu.* C. II. İstanbul 1950.

La Bible, *édition de la concorde.* Lausanne 1930.

Bousquet, G. H; *Précis de droit musulman, principalement malékite et algérien.* t. I. 3 e éd. Alger.

Bousquet, G. H; *Introduction à l'étude de l'Islam indonésien.* Paris. 1938. Extrait de la revue des études islamiques, année 1938 Cahier I-II.

Bozkurt, M. E; *Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı.?* Medenî Kanunun XV. yılı için. İstanbul 1943.

Brunschvig, R; *Métiers vils en İslam, in Studia islamica.* fasc. XVI.

Buvat, L; *Le code familial ottoman de* 1917, *in Revue du monde musulman.* 1921. sh. 5.

Cardahi, C; *La vente en droit comparé occidental et oriental.* Paris 1968.

Charles, R; *Le droit musulman.* Que sais-je. Paris 1965.

Chatila, K; *Le mariage chez les musulmans en Syrie.* Étude de sociologie. Thèse pour le doctorat. Paris 1933.

Chehata, C; *Précis de droit musulman.* (Dalloz) Paris 1970.

Chehata, C; *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite.* Paris 1969.

Clavel, E; *Droit musulman.* Du statut personnel et des successions. I-II. Paris 1895.

Colomer, A; *Législation comparée*: Le mariage au Maroc, in Jurisclasseurs 2 e fascicule. I e cahier Le statut musulman. 1965. sh. 12.

Le Coran. *I-II (Traduction par E. MONTET)* Paris 1958.

Le Coran. *(Traduction par R. BLACHÈRE)* Paris 1966.

Le Coran. *(Traduction Par O. PESLE-A. TDJANI)* Paris 1948.

Code Egyptien Du Statut Personnel et **Des Successions,** *Trad. in CLAVEL, Droit musulman* II. Alexandrie 1875. (CSPE).

Courvoisier, R; *Le mariage fictif en droit Suisse.* Lausanne 1943.

Cruvelier; *Commentaire du code d'Hammourabi.* Paris 1938.

Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Anlamı (Meâl). Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları Ankara 1973.

Çantay, H. B; *Kur'an-ı Hâkim ve Meal-i Kerim.* C. I-II. İstanbul 1965.

Çandarlı, Z; *L'évolution du mariage en droit turc et la condition du mari.* Thèse Fribourg 1941.

David, R; *Cours de législation civile comparée, cours de droit polycopiés.* Paris 1946-47.

Decugis, H; *Les étapes du droit dès origines à nos jours* (suite) 1943.

Delaporte, *La Mesopotamie.* Paris 1923.

Delaporte; *Les Hittites.* Paris 1934.

Dingelsted, V; *Le régime partriarcal et le droit coutumier des Kırghızs Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence* 1890. C. XV.

Dirks, S; *La famille musulmane turque.* Paris-La Haye 1969.

D'Ohsson, M; *Tableau général de l'Empire othoman.* t. IV-V. 1824.

Doursmoussis, E; *Le principe de la liberté des contrats dans le droit occidental.* Thèse. Genève 1917.

Duguit, L; *Traité de droit constitutionnel.* Paris 1928.

Dulout, F; *Traité de droit musulman et algérien.* t. II. Alger 1947.

Düzdağ, M. E; *Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı.* İstanbul 1972.

Egger, A; *Medenî Kanun Şerhi (Çev. T. ÇAĞA) Aile Hukuku.* İstanbul 1943.

E. Hassan; *L'institution juridique de mahr (dot) en droit musulman du rite Chiite.* Thèse de doctorat. Lausanne 1933.

El Bokharı; *Les traditions islamiques.* Traduction de *I'Arabe avec notes et index Par O. HOUDAS.* Paris 1908. 3. v.

Esen, B. N; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da* AC. 1942. Sy. 12. sh. 1435-1453.

Esmein, A; *Le mariage en droit canonique.* t. I-II. Paris 1891.

Eşref Edip; *Hukuku Aile Hakkında Türk Ocağındaki İçtima Münasebetiyle.* SR. C. 23. Sy. 585. 24 K. sâni 1340. sh. 193-196.

Fahmy, M; *La condition de la femme dans la tradition et l'évolution de Islamisme.* Paris 1913.

Fares, E; *L'honneur chez lesarab es avant I'Islam.* Thèse pour le doctorat. Paris 1932.

Feyzioğlu, F. N; *Aile Hukuku Dersleri.* İstanbul 1971.

Fındıkoğlu, Z. F; *İçtimaiyat.* İstanbul. 1947.

Fındıkoğlu, Z. F; *Essai sur la transformation du code familial en Turquie.* Paris. 1936.

Fındıkoğlu, Z. F; *Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi.* E. Mardin'e Armağan İstanbul 1943. sh. 687 vd.

Fuat Şükrü. *Ahkam-ı Şer-iye Dairesinde Nikâh ve Talâk Gibi Bazı Mesailin Usul-i Medeniyet-i Hazıraya göre Tashihi.* Muhammat Sy. 30. 10 K. saâni 1329. sh. 913.

Galanti, A; *Üç Sâmi Vazı-ı Kanun.* İstanbul 1927.

Gannage, P; *Législation comparée.* Liban. Juris-classeurs de droit comparé. I. e fascicule 1962.

Gide, P; *Étude sur la condition privée de la femme.* Paris 1885.

Gökalp, Z; *Aile Ahlâkı, Düğün Adetleri.* Yeni Mecmua. C. I. Sy. 21. sh. 401-403. 29 T. sâni 1917.

Gökalp, Z; *Türk Ailesinin bünyesi.* Yeni Mecmua. 13. K. evvel 1917. C. I. Sy. 23. sh. 441-444.

Gökalp, Z; *Aile Ahlâkı ve Türk Ailesinin Temelleri.* Yeni Mecmua. 2. K. evvel 1917. C. I. Sy. 22. sh. 421-424.

Gökay, F. K; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da.* AC. 1342. Sy. 12. sh. 1388-1390.

Göktürk, H. A; *La vie juridiqe des peuples*, V. VIII Turquie. Paris 1935.

Göktürk, H. A; *Türk Medenî Hukuku.* Aile Hukuku III. Bası. Ankara 1955.

Gönensay, A. S; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da* AC. 1942. Sy. 12. sh. 1370-1373.

Grenard, F; *Mission scientifique dans la Haute-Asie (II le Turkestan et le Tibet).* Étude etnografique. 3. v. Paris 1898.

Guemard, G; *La condition juridique des gens mariés en droit musulman (notamment dans le rite hanéfite) comparé au droit français.* AIX 1915.

Günaltay, Ş; *İslâmdan Önce Araplar Arasında Kadının Durumu.* Aile ve Türlü Nikâh Şekilleri. Belleten Sy. 60. C. XV. Ekim 1951.

Halebi, İ; *Multeka-ı El Ebhur* (Tercüme: M. UYSAL) İstanbul C. I. 1958.

Hasan Rıza; *Ahkam-ı Şahsiye Tercümesi.* Dersaadet 1315.

Helou, R; *Étude sur la condition juridique des femmes musulmanes.* Thèse. Paris. 1896.

Hıfzı Veldet; *İsviçre Medenî Kanunu Karşısında Türk Medenî Kanunu.* MK. nun XV. yldönümü için. İstanbul 1943. sh. 1340. vd.

Hüseyin Cahid; *La condition juridique de la femme mariée d'après l'ancien et le nouveau droit turc.* Fribourg. 1933.

Hukuk-i Aile; Sebül-ür Reşat (SR). II Eylül 1930 .C. 24. sh. 616.

Hukuk-i Aile Kanunu Hk. da Şer'iye Encümeni Mazbatası; Sebül-ür Reşat (SR). C. 23. Sy. 590. 28 Şubat 1340.

Hussami, A. K; *Le mariage et le divorce en droit musulman et particulièrement dans son application en Syrie.* Thèse. Lyon 1931.

Irmak, S; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da* AC. 1942. Sy. 12. sh. 1358-1360.

İbrahim Hakkı; *Methal-i İlmi Hukuk.* İstanbul 1319.

İbrahim Edhem; *Hayat-ı Beşer.* İslâmiyette Ahlâk ve Kadınlarda Tesettür. 2. Bası. İstanbul 1339.

İnan, A. N; *Fiilî Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline Dair Mevzuat.* Ankara 1958. 1965.

İsmail Hakkı; *Fesailin El Felah Mesailün Nikâh.* İstanbul 1313.

İstanbul Baro Heyeti; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da* AC. 1942. Sy. 12. sh. 1417-1424.

İzdivaç Meselesi; İçtihat Dergisi IV. sene. Sy. 1-59. 21 Mart 1329. sh. 1293.

İzmirli İ. Hakkı; *Hüllenin Sukutu Sebebleri.* SR. C. 12. No. 1-300. 29 Mayıs 1329. sh. 241-42. 246-47.

Jambu-Merlin; *Le droit privé en Tunusie.* Paris 1960.

Jäschke, G; *Türkiye'de İmam Nikâhı* (Çev: A. MUMCU). S. Ş. *Ansay'ın Anısına Armağan.* Ankara 1964. sh. II-34.

Jäschke, G; *Türk Hukukunda Evlenme Akdinin Şekli* (Çev: N. BERKİN). İHFD. C. 19. sh. 400-431.

Joly, H; *De l'esprit du droit familial dans L'Islamisme.* Thèse. Montbéliard 1902.

Julien, S. A; *Documents historiques sur les Tou-kioues (turcs).* Traduit du Chinois Par IS. A. Paris 1877.

Julliot De La Morandière, L; *Droit civil I.* Paris (Dalloz) 1965.

Junboll, Th, W; *Handbuch des Islamichen Gesetzes.* Leipzig 1910.

Khiat, S; *Essai sur le statut personnel des musulmans.* - AIX-EN Provence 1924.

Kitabgı Khan, P; *Droit musulman Schite.* Thèse. Lausanne 1904.

Kanun Dışı Birleşmeler ve Nesebi Sahih Olmayan Çocuklar Hakkında Rapor. Adliye Ceridesi, 33. sene 1942. Sy. 12. sh. 1327 vd.

Kuduri; *Muhtasar (traduction Par BOUSOUET-BERCHER) "Le statut personnel en droit musulman Hanefite".* Paris.

Koschaker, P; *Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları.* Ankara 1971.

Koschaker, P; *Eski Hukuklarda Evlenme ve Satış* (Çev: K. AYİTER) Ankara 1950.

Lair, J; *Étude de droit comparé sur la capacité civile de la femme mariée.* (Italie, Angleterre, Allemagne, Suisse) Paris 1909.

Lammens; *Le berceau de L'Islam.* Rome 1914.

Lapanne-Joinville; *Théorie des nullités de mariage en droit musulman malékite.* Revue algérienne 1956. sh. I. vd.

Lecarpantier; *Le mariage par procuration.* Thèse. Paris 1918.

Levchines, A; *Description des hordes et steppes des Kırghyz-Kazaks* (Traduit du Russe Par PIGNY) Paris 1840.

Lorenz, C. H; *Die Frauenfrage im Osmanischen Reiche.* Berlin 1919.

Mansurizade Said; *Taaddüd-i Zevcat Münasebetiyle.* SR. daki Ahmet Naim Beyin Makalesine Cevap . İslâm Mecmuası. C. I. 1330-1332. sh. 325.

Mansurizade Said; *Hukuk-i Aile Kanunu Layihası Münasebetiyle* İM. Yıl 3. Sy. 53. C. V. 15 Mayıs 1933.

Mandelstam, A; *Du mariage et du divorce des ottomans à l'étranger et des étrangers en Turquie, dans le Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée.* Clunet Bd. 30. 1933. sh. 86.

Mahmud Esad; *Tesettürü Nisvan Meselesi Hakkında Son Söz.* SR. C. XI. Sy. 279. 1329. sh. 289-290.

Mahmud Esad; *Tarih-i Dinî İslâm.* Methal. Dersaadet...

Mazhar Osman; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da* AC. 1942 Sy. 12. sh. 1365-69.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını. Ankara 1959.

M. Zihni; *Nimet-i İslâm, Münekahat ve Mufarakat.* İstanbul 1957

Mehmed Ferid Vecdi; *Yine Tesesettür Meselesi.* SR. C. XI. Sy. 276. 1329 sh. 241-243.

Mehmed Hıfzı; *Le lien du mariage à travers l'histoire juridique turque.* Thèse pour le doctorat. Paris 1936.

M. Zekeriya; *Kadın Hakları Konusuda.* Felsefe Mecmuası. Selânik 1327. Sy. 6. sh. 20.

Megnin; *Études sur L'Islamisme et les mariages arabes.* Paris.

Mercier, M; *La condition de la femme musulmane dans L'Afrique septentrionale.* Alger-Jourdan 1895.

Mehmed Vehbi; *Akkâm-ı Kur'an'iye.* İstanbul 1341-1343.

Milliot, L; *Introduction à l'étude du droit musulman.* Paris. 1953.

Milliot, L; *Étude sur la condition de la femme musulmane au Magrèbe.* Thèse. Paris. 1910.

Montet, E; *De l'état présent et de l'avenir de l'Islam.* Six conférances faites au Collège de France en 1910. Paris.

Montet, E; *L'Islam.* Paris 1921.

Montety, H; *Femmes de Tunisie.* Paris-La Haye 1958.

Morand, M; *Avant-projet de code du droit musulman algérien.* Alger 1921.

Morand, M; *Étude de droit musulman algérien.* Alger 1910.

Muhammed Mevkufati; *Kitab-ı Mevkuat.* C. I. Dersaadet 1318.

Muhsine; *Tesettür Muarızlarına Meydan Okunuyor.* SR. C. XI. Sy. 282 1329 Sh. 346-347.

Mustafa Sabri; *Dini İslâm'da Hedef-i Münakaşa Olan Mesailden Teaddüd-i Zevcat.* Beyan-ül Hak. s. I. Sy. II. I. K. evvel 1324. sh. 226.

Neil, B. E. Baillie; *Digest of Moohummadan Law.* Lahor 1965.

Okandan, R. G; *Umumî Hukuk Tarihi Dersleri.* İstanbul 1951.

Onar, S. S; *Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Codification'u.* Mecelle. İHFD. C. XX. Sy. I-4.

Ourliac-Malafosse; *Histoire du droit privé.* t. III. Paris 1968.

Ömer Ferruh; *İslâm Aile Hukuku* (Çev: Y. Z. KAVAKÇI) İstanbul 1966.

Ömer Nasuhi; *İzdivaç Müessese-i İçtimaiyesi.* SR. Sy. 594. 27 Mart 1440.

Ömer Nasuhi; *Taaddüd-i Zevcat Müessesese-i İçtimaiyesinin Faydaları.* SR. Sy. 591. C. 23. 6 Mart 1340. SR. C. 23 SY. 590. 28 Şubat 1340.

Özön, M, N; *Osmanlıca Türkçe Sözlük.* İstanbul 1959.

Querry; *Droit musulman.* Recueil des lois concernat les musulmans Schites. Paris 1871-182. 2 v.

Papadopulos, G; *Les privilèges du patriarcat oecumenique dans l'Empire Ottoman.* Paris 1924.

Papasian, Th; *Les mariages religieux des différents cultes et le mariage civil en Turquie.* In revue de droit international et de législation comparée. 3. Reihe Bn. XV. (1934 sh. 44.)

Pesle, O; *La donation dans le droit musulman* (rite malékite) Rabat 1933.

Pesle, O; *La femme musulmane dans le droit, la religion et les moeurs.* Rabat 1936.

Perron; *Femmes arabes avant et depuis l'Islamisme.* Paris.

Prinne, J; *Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Égypte.* Bruxelles 1933-1935.

Planiol; *Traité élémentaire du droit civil.* Paris 1924.

Principes du droit soviétique. traduit du Russe par Leon PIATIGORSKI. Moscou.

Reşit Paşa. *İslâm'da Nikâh Bahisleri.* İstanbul 1958.

Richard, G; *La femme dans l'histoire.* Paris 1909.

Roussier, J; *Le droit musulman en Algérie.* Handbuch der orientalistik Ergänzungs bant III. Orientalisches recht. Leiden /Köln 1964. sh. 400-425.

Roussier, J; *Le mariage du mineur de statut musulman dans revue algérienne.* 1959. No. 3. 12.

Roussier, J; *L'ordonnance du 2 avril* 1961 *sur le droit de la famille au Pakistan,* dans revue de droit comparé. 1961. No. 4. sh. 802.

Sadrettin; *Hukuk-i Aile ve Usul-i Muhakemat-ı Şer'iye Kararnamesi Hakkında.* SR. C. 15. 1324. SR. 1324. sh. 616. 1321 Sy. 382-383. 391. C. 25. sh. 40. Sy. 627.

Sadrettin; *Hukuk-i Aile.* SR. C. X. sh. 320.

Said; *Yeni Hukuk-i Aile Lâyihası Hakkında Mütalaa.* SR. C. 25. Sy. 627. 27 T. sâni 1340. sh. 40.

Salama, M. M; *Le mariage en droit musulman.* Montpellier 1928.

Salmon; *Les mariages musulmans à Tanger.* Archives marocaines. t. I.

Salem, E. R; *Du mariage des étrangers en Turquie,* in Journal Clunet Bd. 16. 1889. sh. 21, 381.

Salem. E, R; *Des mariages célébrés en pays musulman entre sujets européens de nationnalité differente devant le consul du Pays de l'un d'eux,* in Journal Clunet. Bd. 17. 1890. sh. 477.

Samaran, C. H; *Le droit musulman tunisien modern.* Orientalisches recht. Leiden Köln 1964. sh. 387-399.

Sauser-Hall; *Réception des droits européens en Turquie.* Faculté de droit de Genève. Recueil des travaux publiés à l'occasion de l'assemblée de la société suisse des juristes à Genève. du 4 au 6 Septembre 1938.

Sautayra-Cherbonneau; *Droit musulman,* t. I-II. 1873-74.

Saymen-Elbir; *Aile Hukuku.* II. Bası. İstanbul 1960.

Saymen, F. H; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hakkında.*AC. 1942. Sy. 12. sh. 1374-1387.

Schacht, J; *L'évolution moderne du droit musulman en Égypte, dans mélanges Maspero.* Le Caire 1935.

Schacht, J; *Nikâh,* İslâm Ansiklopedisi. C. 9.

Schwarz, A. B; *La crise du droit de divorce dans le monde contemporaine.* İş. M. C. 8.

Schwarz, A. B; *Aile Hukuku Dersleri,* 2. Bası. İstanbul 1945.

Semiz, R; *Eski Hukukta Nikâh ve Talâk Meseleleri.* İstanbul 1948.

Seignette; *Code musulman Par Halil.* Paris 1911.

Spies, O; *Mehr.* İslâm Ansiklopedisi. C. 7. sh. 494-95.

Seyyid Bey; *Methal-i Usûl-i Fıkh. Dersaadet.* 1328.

Syed Ameer Ali; *Mohemmedan Law.* 5 e éd. Calcutta. 1928.

Steen De Jehay. F; *De la situation légale des sujets ottomans non-musulmans.* Bruxelles 1906.

Surdon; *Précis élémentaire de droit musulman de l'école malékite d'occident.* Alger.

Taner, T; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hak. da.* AC. 1942. Sy. 12. sh. 146-147.

Taplamacıoğlu, M. N; *Cahiliyye ve İslâm'da Evlenme.* AD. Sy. 5 Mayıs 1950.

Teherani, M. H; *Le statut de la femme mariée en droit Schyite.* Thèse pour le doctorat. Paris. 1935.

Teneides, C. G; *Les conditions du forme du mariage des étrangers en Turquie.* Essai de solution d'un conflit des lois in journal Clunet Band 56. 1920. sh. 50.

Timur, H; *Eski Örfî Hukukumuzda Nişanlanma ve Kalın Müessesesi.* E. Mardin'e Armağan. İstanbul 1943. sh. 1137 vd.

Türk Hukuk Lügatı, Ankara 1944.

Tyan, E; *Histoire de l'organisation judiciaire en Pays d'Islam.* Leiden 1960.

Türk Medenî Kanunu Öntasarısı, Ankara 1971 (Adalet Bakanlığınca bastırılmıştır).

Tornauw, N; *Le droit musulman exposé d'après les sources.* Traduit en Français Par ESCHBACH. Paris 1860.

Turan, Ş; *Tanzimat Devrinde Evlenme Meselesi.* İş ve Düşünce. 1956. Sy. 182. sh. 14.

Umur, Z; *Roma Hukuku (Umumî mefhumlar-Hakların Himayesi,* İstanbul 1967.

Üçok, C; *Türk Hukuk Tarihi Dersleri.* 5. Bası. Ankara 1972.

Van Den Berg; *Mınhâj-at-talibin.* Le guide des zélés croyants. *Manuel de Jurisprudence musulmane selon le rite de Châfii.* Texte arabe publié par ordre du gouvernement hollandais avec traduction et annotations. 3. v. Batavia 1883.

Velidedeoğlu, H. V; *Türk Medenî Hukuku.* C. II. Aile Hukuku. Cüz I. İstanbul 1949, 1965.

Velidedeoğlu, H. V; *Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Medenî ve Cezaî Bakımdan Ne gibi Tadilata İhtiyaç vardır* (Türk Hukuk Kurumu Konferansları Serisi No. 79. Ankara 1944).

Velidedeoğlu, H. V; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da* AC. 1942. Sy. 12. sh. 1360-64.

Voyages d'Ibn Batouttah; I. Paris 1914.

Westermarck; *Histoire du mariage.* v. I-VI. Traduit de l'anglais par Arnold Van GENNEP. Paris 1943.

Yalgın, H; *Kanun Dışı Birleşmelere İlişkin Rapor Hk. da* AC. 1942. Sy. 12. sh. 391-395.

Young, G; *Corps du droit ottoman.* II. Constantinople 1873.

Zeys; *Traité élémentaire de droit musulman algérien.* Rite malékite 1866. 2 v.

PERİYODİKLER

Adalet Dergisi
(Adliye Ceridesi)
Ankara Barosu Dergisi
Belleten
Beyan-ül Hak
Düstur
Felsefe Mecmuası
İçtihat Dergisi
İş ve Düşünce
İş Mecmuası
İslâm Mecmuası
İslâm Ansiklopedisi
İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal clunet
Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée.
juris-classeurs
Millî Tetebbular Mecmuası
Muhamat
Revue algérienne et tunusienne
Revue de droit comparé
Revue des études islamiques
Revue du monde musulman
Sebül-ür Reşat
Studia Islamıca
Yeni Memua

KISALTMALAR

a	Âyet.
AC.	Adliye Ceridesi
AD.	Adalet Dergisi.
age.	Adı geçen eser.
agk.	Adı geçen konferans.
agm.	Adı geçen makale.
AHF.	Ankara Hukuk Fakültesi
AMK.	Alman Medenî Kanunu.
Bk.	Bak.
BK.	Borçlar Kanunu.
C.	Cilt
CK.	Ceza Kanunu.
CSPE.	Code du statut personnel égyptien.
HAK.	Hukuk-i Aile Kararnamesi.
İD.	İçtihat Dergisi.
İHFD.	İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi.
İMK.	İsviçre Medenî Kanunu.
İM.	İslâm Mecmuası.
M.	Muhamat.
Prg.	Paragraf.
S.	Sene.
sh.	Sahife
SR.	Sebül-ür Reşat
su.	Sûre.
Sy.	Sayı.
t.	Tome.
TMK.	Türk Medenî Kanunu.
v.	Volume.
vd.	ve devamı.

İNDEKS

—A—

Abdülmecit: 285
Afganlar: 22
Afganistan: 4, 6, 9
Affectio maritalis: 14
Af kanunları: 315, 316.
Akad medeniyeti: 3
Anglo-sakson hukuk sistemi;3
Ahvali şahsiye: 39
Ahval-i şahsiye komisyonu: 306, 307, 308, 362
Arabistan: 230
Aristo: 19
Arrha sponsalicia, 20
Arslan Han: 273
Aruntalar: 9
Atina: 14
Az-Zuhri: 67
Avusturalya: 9, 90

—B—

Babil: 3, 19, 210
Baldız kalın: 278
Bantular: 11
Banyoralar: 18
Bâtıl: 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 152, 203
Bhutay: 7
Begüm: 272
Berberiler: 45
Budizm: 271
Buhari: 7, 30, 71, 215
Butlan: 144, 145, 146, 148

—C—

Cali evlenme: 27, 387
Cahiliyye devri: 30, 31, 104 120
Cezayir mahkemesi: 118
Cezayir kadisi: 182
Cebr hakkı: 77, 78, 79
Charlemagne: 14
Cihaz: 256, 257, 258
Cermenler: 210
Code Napoléon: 173, 195, 286, 289
Code civil: 173, 195, 286, 289
Coemptio : 20
Compater: 105
Commater: 105
Cordue okulu: 20

—Ç—

Çadak: 228

—D—

Dardir: 104, 203
Dasuki: 203
Deneme evlenmesi: 38
Deniz Ticaret Kanunu: 285
Diocletien: 14
Dot: 210, 232
Drahoma: 292

—E—

Ebu Hanife: 73, 117, 142, 166, 169, 210, 207, 219 220
Ebu Yusuf: 166, 169, 210 207, 220, 250
Ebussud Efendi: 284
Eke: 272
Endoneziya:: 22, 284
Epigrafi: 271
Eski İran: 101
Eski Mısır: 15, 23, 101
Evlâtlık: 104
Evlenme teklifi: 46: 47, 49
Exogamie: 17, 21, 22

—F—
Fâsit: 146, 147, 150, 155
Fas: 45
Fetavâ-i Behçe: 7
Fetavâ-i Feyziye: 7
Fetavâ-i Ali Efendi:7
Fetavâ-i İbn Nüceym: 7
Filistin: 19
Fiili Birleşme: 27
Fransız İhtilâli (1789): 6
Fraternitas: 105

—G—
Gezici nüfus memurları: 331
Gizlenmiş Nüfus meselesi: 320
Grup evlenmesi; 37

—H—
Halife Ali: 68
Halife Ömer: 34, 35
Halvet-i sahiha: 50, 234, 235, 236
Hamurabi Kanunu: 13
Hauriou: 27
Hadis-i Buhari: 107
Hıyar-ı meclis: 61
Hıyar-ül ıtk: 90
Hıyar-ül itaka: 90
Hilâl-i Ahmer: 292
Hıyar-ül büluğ: 87, 90, 352
Hititler: 17
Hedna: 19
Honorius: 26
Hul: 227
Hutbe: 313
Hülle: 116, 117, 118

—I—
Isparta: 25, 101

—İ—
İbni Taymiya, 263
İbn Battutâ: 138
İcazet: 95
İddet: 119
İhram hali: 131
İkrâh: 167, 303
İmam Ahmed: 110, 216
İmam Muhammed: 68, 80, 106
İmam Hanbeli: 263
İmam Şeybani: 85, 99
İmameyn: 250
İrtidat: 114
İtimada müstenit mehr: 220

—J—
Japonya: 7
Justinien: 105

—K—
Kablie: 45
Kasani: 185
Kadri Paşa: 201, 214, 215, 221
Kalın: 20, 21, 22, 274
Kara mal: 274
Kilise: 112, 113
Kazak Tevke Han: 274
Keşmir: 10, 11
Kilise hukuku: 40, 110, 111, 178
Küfüv: 88, 158, 161, 165

—L—
Ladak: 10
Lex Julia de funda dotali: 26
La Haye: 3
Levirat: 33
Lian: 237

—M—
Magpa: 10
Malaka Hefni Nasaf: 126
Maniheizm: 271
Matrilokal: 24
Magellan Boğazı: 15, 16
Manuslu evlenme: 25
Manussuz evlenme: 25
Manus: 56
Mahmud II: 285
Malûl ve Hasta Askerlere Yardım Cemiyeti Osmanisi: 309
Mahmut Esat Bey: 309
Mecelle: 286, 306
Mehr: 33, 35, 52, 53, 54, 157, 158, 201, 261
Mehr-i Misl: 149, 150, 221
Mehr-i muaccel: 188
Mehr-i müsemma: 217
Mehr-i müccel: 218
Muvazalı mehr: 225
Memlukler devleti: 139

Mekke, Medine: 32
Mezun: 282
Mısır: 9, 13, 25
Mısır'da Orta İmparatorluk: 24
Mund: 20
Muhît: 283
Mundium: 56
Monogam: 13
Monogami: 14, 15
Mormonlar: 14
Mordvenler: 18
Mutah: 255, 256
Muhayeseli Hukuk Kogresi: 13
Mülk-i müta: 351
Müsrif: 86
Münstel: 14

—N—

Nafaka: 196, 198, 208
Nakd: 240
Nestrorianizm: 271
Nikâh al makt: 33
Nikâh-ı muta: 33, 35, 36
Nikâh-ı şigar: 36, 37
Nikâh-ı istibda: 37
Nikâh-ı bedel: 38
Nikâh-ı hdn veya khidr: 38
Nikâh-ı sahih: 38
Nüfus Kanunu: 368

—O—

Ostyak: 18

—P—

Papasian: 299
Patriakal aile: 278
Pederşahi: 24, 31, 33, 57
Peru: 9
Penas Körfezi: 15
Polyandrie: 10, 11, 13, 16, 129
Polygynie: 10, 11, 13, 14, 123, 124
Polygame: 23
Potlaş: 226, 227
Prejevalsky: 11
Priskas: 273

—R—

Risalet: 95
Reda: 105
Rekka: 273
Roma: 23, 24, 25
Roma Hukuku: 3, 111
Rusya: 174

—S—

Sadak: 210
Safiye: 97, 220
Salem: 299
Salomon Takım adaları: 21
Sarahsi: 41
Setif kadisi: 181
Seçim hakkı: 88
Seyyip: 82, 83
Şer'iye mahkemeleri teşkili hak. nizamnameme: 139
Sicilli nüfus nizamnamesi:
Sovyet Rusya: 337
Sumatra: 21
Strabon: 30
Sümer medeniyeti: 3
Süt hakkı: 74
Steen de Jehay: 299

—Ş—

Şarta bağlı mehr: 224
Şigar: 158

—T—

Taaddüd-ü zevcat: 300, 301, 334
Talak: 120, 237
Talak-ı rici: 115
Talâk-i bain: 115
Tchouktchiler: 12
Teneides: 299
Tesettür: 14
Teşvik-i sanayi kanunu: 291
Tevrat: 14
Tibet: 11, 12
Tirhatum: 19
Tornauw: 229
Trampa: 21
Thedorius: 25
Tunguzlar: 21
TMK. Öntasarısı: 331, 337, 342, 343, 346

—U—

Ungava: 23
Unyora: 13
Usul ve İcras - iflas Kanunu: 285

—Ü—

Üçlü boşanma: 115, 118

—V—

Vacibat komisyonu: 306, 307, 362
Vasi: 86, 87
Velâyet: 70, 71, 72
Veli: 70, 71, 72, 86, 87
Velâyet–i hassa: 71
Velâyet–i amme: 71
Velâyet–i nedb: 75
Velâyet–i icbar: 76
Vekâlet: 91
Vekil: 91, 92, 93
Vekâleti olmadan başkası adına nikâh aktetme: 95
Viking korsanları:17

—Y—

Yaradılış (Genèse): 14
Yelü: 274
Yeni Gine: 9

—Z—

Zahirîler: 68
Zahiriyye Mezhebi: 72, 107, 22,
Zacharria: 145
Zifaf: 149, 152, 153, 172, 181, 249, 250, 253
Zina: 149, 150, 188, 189