MARMARA ÜNİVERSİTESİ
İLAHİYAT FAKÜLTESİ VAKFI YAYINLARI Nu.11

İSLÂM - OSMANLI AİLE HUKUKU

M. Âkif Aydın

Osmanlı âile hukuku esas itibariyle İslâm âile hukukunun altı asırlık bir uygulamasından ibarettir. Ne var ki İslâm âile hukukunun Osmanlı devletinde nasıl uygulandığını tesbit etmek ve Osmanlı uygulamasının bu hukuka verdiği şekli ortaya koymak için yine de ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bu inceleme doktrindeki esasların uygulamada ne gibi neticeler verdiğini ortaya koyması bakımından da önemlidir.

Osmanlı âile hukuku 1917'de hazırlanmış bulunan ilk İslâm âile kanunu, Hukuk-ı Âile Kararnâmesiyle de ayrıca dikkati çekmektedir. Bu kararnâme, sahasındaki ilk kanun olması dolayısıyla İslâm ülkeleriyle âile kanunlarına tesir etmiş ve yol göstermiştir.

İşte bu eserde hem İslâm âile hukukunun altı asırlık Osmanlı uygulaması ve hem de bu uygulama üzerine hazırlanan Hukuk-ı Âile Kararnâmesi ele alınıp incelenmeye çalışılmıştır.

İSLAM - OSMANLI
AİLE HUKUKU

«Dedem Mehmed Emin Efendi'nin aziz ruhuna»

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
İLAHİYAT FAKÜLTESİ VAKFI YAYINLARI No: 11

İSLÂM - OSMANLI AİLE HUKUKU

Dr. M. Âkif AYDIN
M.Ü. Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi Öğretim Üyesi

İLAHİYAT FAKÜLTESİ VAKFI YAYINLARI Nu: 11

Ilmi Eserler Serisi: 6

Editör: Dr. Mustafa Uzun

İsteme Adresi: İlâhiyat Fakültesi Vakfı, Bağlarbaşı - İST.
Tel: 333 83 00

Dizgi - Baskı: ANKA OFSET A.Ş.

İstanbul — 1985

ÖNSÖZ

Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam ve Osmanlı hukukunda da aile hukukunun önemli bir yeri ve hukuki hayatta oynadığı önemli bir rolü vardır. Bu bakımdan sistematik İslam hukuku eserlerinde ve fetva mecmualarında aile hukuku bölümleri önemli bir yer tutar. Bir başka ifadeyle aile hukuku İslam ve Osmanlı hukukunun gerek doktrinde, gerekse uygulamada en fazla üzerinde durulmuş ve işlenmiş bir bölümünü teşkil eder.

Osmanlı aile hukuku esas itibariyle İslam aile hukukunun altı asırlık bir uygulamasından ibarettir. Ne var ki İslam aile hukukunun Osmanlı devletinde nasıl uygulandığını tesbit etmek ve Osmanlı uygulamasının bu hukuka verdiği şekli ortaya koymak için yine de ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bu inceleme doktrindeki esasların uygulamada ne gibi neticeler verdiğini ortaya koyması bakımından da önemlidir. Bu bakımdan Osmanlı aile hukukunu uygulamaya dayalı olarak ortaya koymak maksadıyla yapmış olduğumuz bu çalışma sadece doktriner bir tarzda İslam aile hukukunun esaslarını ortaya koyan yerli ve yabancı dillerde bir çok örnekleri bulunan çalışmaların bir tekrarı değildir.

Bu çalışma görüldüğü gibi bir giriş bölümüyle beş bölümden ibarettir. Giriş bölümünde daha sonraki bölümlere ışık tutmak ve lüzumsuz tekrarları önlemek maksadıyla İslam aile hukukunun yeterli bir özeti verilmeye çalışılmıştır. Birinci bölümde Osmanlı aile hukukuna giriş olmak üzere aile hukukunun Osmanlı hukukundaki yeri, uygulanış şekli, padişahların bu sahadaki rol ve yetkileri hakkında bilgi verilmiştir. İkinci bölümde başlangıçtan Tanzimata kadar Osmanlı aile hukukunun uygulanışı ve bu uygulanışın ortaya çıkardığı meseleler ele alınmıştır. Üçüncü bölümde Tanzimattan 1917 tarihine kadar olan devrede aile hukukundaki gelişmeler ele alınmıştır. Dördüncü bölüm ise 1917 tarihinde hazırlanan Osmanlı aile kanununa, Hukuk-ı Aile Kararnamesine ayrılmıştır.

Hem Osmanlı devletinde ve hem de İslam ülkelerinde İs-

lam aile hukuku sahasında ilk kanun olması ve sahasında köklü yenilikleri taşıması bakımından son derece önemli olan bu Kararname özellikle yerli araştırıcıların fazla dikkat ve alakalarını çekmemiştir. Kararnamenin yabancı ilim muhitlerinde daha fazla alaka çektiğini belirtelim. İşte dördüncü bölümde Hukuk-ı Aile Kararnamesi ele alınmış, nasıl ve hangi şartlarla hazırlandığı, getirdiği esas ve yenilikler, Osmanlı devletinde ve diğer İslam ülkelerindeki uygulanması, yürürlükten kaldırılışı ve İslam ülkeleri kanunlaştırma hareketlerine tesirleri ortaya konmaya çalışılmıştır. Beşinci bölümde ise kararname sonrası ele alınmış, ayrıca araştırıcılara kolaylık olmak üzere Kararnamenin metni de kitabın sonuna eklenmiştir.

Elinizde bulunan bu eser Tanzimattan sonraki dönem ve özellikle Hukuk-ı Aile Kararnamesi üzerinde bir doktora çalışması olarak hazırlanmış ve Eylül 1981 de İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Tarih bölümünde Prof. Dr. Nejat Göyünç, Prof. Dr. Şehabettin Tekindağ (merhum), Prof. Dr. M. Nihat Çetin, Prof. Dr. Salih Tuğ ve Prof. Dr. Mübahat Kütükoğlu'dan oluşan bir jüri önünde müdafaa edilmişti. O günden bugüne Tanzimattan önceki dönem üzerinde tekrar çalışılmış ve eser Osmanlı aile hukukunun bütününü içine alır bir hale getirilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışma sırasında her zaman şükranla hatırladığım destek ve yardımlar gördüm. Burada özellikle Prof. Dr. Nejat Göyünç, Prof. Dr. Salih Tuğ, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Prof. Dr. Bekir Kütükoğlu, Dr. Hayrettin Karaman Doç. Dr. İsmail E. Erünsal'a eserin hazırlanmasındaki yardımlarından ötürü teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca her zaman yakın ilgi ve yardımlarını gördüğüm Başbakanlık Osmanlı Arşivi, Şeriye Sicilleri Arşivi, Topkapı Sarayı Arşivi yetkililerine büyük şükran borçlu olduğunu belirtmeliyim. Yine bu çalışmanın yayınlanma imkanını sağlıyan M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları yetkililerine ve özellikle Dr. Mustafa Uzun'a ve basım sırasında titiz bir çalışma örneği gösteren Anka Ofset mensuplarına da burada teşekkür etmeliyim.

Bu çalışmayla konuya biraz olsun ışık tutabilmişsem kendimi bahtiyar sayacağım. Rastlayacağınız eksiklikler ve yanlışlıklar için şimdiden engin müsamahanıza sığınıyorum.

Üsküdar, 13 Nisan 1985
M. Âkif Aydın

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ ... VII
KISALTMALAR ... XV

GİRİŞ

İSLAM AİLE HUKUKU ... 1

I. AİLE HUKUKUNUN İSLAM HUKUKUNDAKİ YERİ VE ÖNEMİ ... 2

II. İSLAM AİLE HUKUKUNUN KAYNAKLARI ... 5

A. KİTAB ... 5
B. SÜNNET ... 6
C. İCMÂ ... 7
D. KIYAS ... 8
E. DİĞERLERİ ... 10

III. İSLAM AİLE HUKUKUNUN ANA HATLARI ... 12

A. EVLENMENİN TARİF VE MAHİYETİ ... 12
B. NİŞANLANMA ... 14
C. EVLENMENİN UNSURLARI ... 15
a. Taraflar ... 15
b. İrade Beyanı ... 15
D. EVLENMENİN ŞARTLARI ... 17
a. İnikad Şartları ... 17
b. Sıhhat Şartları ... 20
c. Nefaz Şartları ... 21
d. Lüzum Şartları ... 21
E. EHLİYET ... 22
a. Tam Ehliyetliler ... 22
b. Eksik Ehliyetliler ... 23
c. Ehliyetsizler ... 23
F. VELÂYET ... 24
a. Tarif ... 24

b. Kısımları ... 24
c. Veliler ... 25
d. Büluğ Muhayyerliği ... 26
G. KEFÂET ... 27
H. EVLENME MANİLERİ (MUHARREMÂT) ... 28
a. Devamlı Evlenme Manileri ... 28
b. Geçici Evlenme Manileri ... 28
I. EVLİLİĞİN ÇEŞİTLERİ ... 29
a. Sahih Evlilik ... 29
b. Fâsit Evlilik ... 30
c. Bâtıl Evlilik ... 30
d. Mevkuf ve Gayr-ı Lazım Evlilik ... 31
J. EVLİLİĞİN NETİCELERİ ... 31
a. Kadının Hakları ... 31
b. Kocanın Hakları ... 34
K. EVLİLİĞİN SONA ERMESİ ... 35
a. Tarif ve Mahiyeti ... 35
b. Talakla Fesih Arasındaki Farklar ... 35
L. TALAK ... 36
a. Muhteva ve Özellikleri ... 36
b. Talakın Şartları ... 36
c. Talak İçin Kullanılan Sözler ve Talakın Adedi 38
d. Talakın Kısımları ... 39
aa. Dönülebilir Olup Olmamasına Göre ... 39
1. Ric'i Talak (Dönülebilir Boşama) ... 39
2. Bâin Talak (Ayırıcı Boşama) ... 40
bb. Sünnete Uygunluğuna Göre ... 40
e. Talakın Şarta veya Vadeye Bağlanması ... 41
M. MUHÂLAA (KARŞILIKLI RIZA İLE BOŞANMA) 42
N. TEFRİK ... 43
a. Hastalık ve Kusur Sebebiyle Tefrik ... 44
b. Kocanın Nafakayı Temin Etmemesi Sebebiyle Tefrik ... 45
c. Kocanın Kaybolması Sebebiyle Tefrik ... 46
d. Fena Muamele ve Geçimsizlik Sebebiyle Tefrik 46
e. Lîân Sebebiyle Tefrik ... 47
f. İlâ Sebebiyle Tefrik ... 48
O. EVLİLİĞİN SONA ERMESİNİN NETİCELERİ ... 49
a. İddet ... 49

b. İddet Nafakası ... 51
P. DOĞUM VE NETİCELERİ ... 51
a. Neseb ... 51
b. Emzirme (Radâ) ... 53
c. Çocuğun Bakım ve Terbiyesi ... 54
d. Nafaka ... 55

BİRİNCİ BÖLÜM

OSMANLI AİLE HUKUKUNUN, GENEL YAPISI VE İŞLEYİŞİ ... 57
I. OSMANLI HUKUKU VE AİLE HUKUKUNUN BU HUKUK İÇERİSİNDEKİ YERİ ... 59
A. OSMANLI HUKUKUNUN GENEL YAPISI VE ŞER'İ-ÖRFİ HUKUK AYIRIMI ... 59
B. AİLE HUKUKUNUN BU AYIRIMDAKİ YERİ ... 65
II. PADİŞAHLARIN AİLE HUKUKUNDAKİ ROL VE YETKİLERİ ... 67
III. OSMANLI HUKUKUNDA RESMİ MEZHEP ANLAYIŞ VE UYGULAMASI ... 71
IV. FETVA ve KAZA MÜNASEBETİ ve AİLE HUKUKUNUN İŞLEYİŞİNDEKİ ROLÜ ... 76
V. OSMANLI AİLE HUKUKUNUN YÜRÜRLÜK VE BİLGİ KAYNAKLARI ... 79
A. KİTAPLAR ... 79
B. FETVA MECMUALARI ... 81
C. KANUNNAMELER ... 82
D. ŞERİYYE SİCİL DEFTERLERİ ... 82

İKİNCİ BÖLÜM

OSMANLI AİLE HUKUKU (BAŞLANGIÇTAN TANZİMATA KADAR) ... 83

I. EVLENME ... 85
A. EVLENME AKDİNİN YAPILIŞI ... 85
a. Nikahın Bizzat Kadılar Tarafından Kıyılması ... 85
b. Nikahın Kadı Kontrolünde Bir Din Adamı Tarafından Kıyılması ... 89
B. NİKAHTA VELİLER VE VELİ İZİNSİZ NİKAH 96
C. MÜKREHİN NİKAHI ... 99
D. NİKAHTA İLERİ SÜRÜLEN ŞARTLAR ... 100

E. EVLAT EDİNME ... 101
II. EVLENMENİN NETİCELERİ ... 103
A. MEHİR ... 103
B. NAFAKA ... 107
C. EVLİLİKTE MAL REJİMİ ... 107
III. EVLİLİĞİN SONA ERMESİ ... 109
A. TALAK ... 109
a. Talakın Meydana Gelişi ve Tesbiti ... 109
b. Talak Yetkisinin Eşe de Verilmesi ... 110
c. Mükrehin Talakı ... 112
d. Şartlı Talak ... 113
B. MUHALAA ... 114
C. TEFRİK ... 115
IV. EVLİLİĞİN SONA ERMESİNİN NETİCELERİ ... 123
A. İDDET ... 123
B. İDDET NAFAKASI ... 124

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TANZİMAT DÖNEMİNDE AİLE HUKUKU ALANINDAKİ GELİSMELER ... 125
I. TANZİMATTAN SONRA HUKUK ALANINDAKİ GELİŞMELER ... 127
A. ADLİ TEŞKİLAT ALANINDAKİ GELİŞMELER VE KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ ... 127
B. KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE AİLE HUKUKU ... 133
II. HUKUK-I AİLE KARARNAMESİNE ZEMİN HAZIRLAYAN GELİŞMELER ... 136
A. NİKAH ... 136
a. Nikahın Tescili ve Devletin Müdahelesi ... 136
b. Velinin İmtinaında Kadı'nın Nikaha İzin Vermesi ... 140
c. İran Tebalılarla Evlenme ... 141
d. Mehir Hususunda Getirilen Tahditler ... 141
B. TALAK ... 142
C. TEFRİK ... 144
a. Gaiblik Sebebiyle Tefrik ... 146
b. Hastalık Sebebiyle Tefrik ... 148

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ ... 150

I. KARARNAMENİN OSMANLI VE İSLAM HUKUK TARİHİNDEKİ YERİ VE ÖNEMİ ... 151
II. KARARNAMEYİ DOĞURAN AMİLLER ... 154
A. HUKUKİ AMİLLER ... 154
B. SİYASİ VE İKTİSADİ AMİLLER ... 157
C. SOSYAL AMİLLER ... 158
D. KÜLTÜREL AMİLLER VE KADINLIK CEREYANI 159
III. KARARNAMENİN HAZIRLANIŞI ... 163
IV. KARARNAMEDE ROL OYNAYAN HAKİM FİKİRLER 166
A. DEVRİN FİKİR HAREKETLERİNİN AİLE HUKUKUNDAKİ DÜŞÜNCELERİ ... 166
a. Batıcılar ... 166
b. Türkçüler ... 169
c. İslamcılar ... 174
B. BU FİKİRLERİN KARARNAMEDE OYNADIĞI ROL ... 176
V. KARARNAMENİN SİSTEMİ VE TEKNİĞİ ... 181
VI. HÜKÜMLERİNİN GENEL BİR TAHLİLİ ... 183
A. NİŞANLANMA ... 183
B. NİKAH EHLİYETİ ... 184
a. Âkıl-Bâliğ Olan Erkek ve Kızların Evlenmesi ... 184
b. Akıl Hastalarının Evlenmesi ... 186
C. NİKAHI YASAK OLANLAR ... 187
D. NİKAH AKDİ ... 188
a. Nikahın Akdi ve Devletin Rolü ... 188
b. Taraflar Nikah Lafızları ve Şahitler ... 190
c. Nikahta İleri Sürülen Şartlar ... 192
E. KEFÂET ... 193
F. FASİT VE BATIL NİKAHLAR ... 194
G. NİKAHIN HÜKÜMLERİ ... 195
H. MEHİR ... 196
I. NAFAKA ... 197
J. MUFARAKATA AİT HÜKÜMLER ... 198
K. RİC'I VE BAİN TALAK ... 199
L. TEFRİK ... 200
a. Evliliğe Mani Bir Ayıp Sebebiyle Tefrik ... 200

b. Hastalık Sebebiyle Tefrik ... 201
c. Gaiblik Sebebiyle Tefrik ... 202
d. Geçimsizlik Sebebiyle Tefrik ve Aile Meclisi ... 203
M. İDDET ... 205
N. İDDET NAFAKASI ... 206
O. MUHTELİF MADDELER ... 206

VII. KARARNAMENİN ÖZELLİKLERİ VE GETİRDİĞİ YENİLİKLER ... 207
A. İLK KANUN OLUŞU ... 207
B. ÜÇLÜ KARAKTERİ ... 208
C. EKLEKTİK KARAKTERİ ... 209
D. KAZAİ BİRLİĞİN TEMİN EDİLMESİ ... 210
E. EVLENME VE BOŞANMADA DEVLETİN KONTROLÜ ... 212
F. KAZAİ BOŞANMA ... 213
G. POLİGAMİNİN SINIRLANDIRILMASI ... 215
H. EVLENME İÇİN ASGARİ YAŞ SINIRI ... 216
VIII. EKSİKLERİ VE GİDERME TEŞEBBÜSLERİ ... 218
IX. KARARNAMENİN İLGASI VE SEBEPLERİ ... 221
X. DİĞER İSLAM ÜLKELERİNDEKİ MER'İYYETİ ... 225
A. SURİYE ... 225
B. LÜBNAN ... 225
C. FİLİSTİN VE İSRAİL ... 225
D. ÜRDÜN ... 226
XI. KARARNAMENİN İSLAM ÜLKELERİNDEKİ KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİNE TESİRİ ... 227

BEŞİNCİ BÖLÜM

KARARNAME SONRASI ... 235
I. YENİ BİR KANUNA DUYULAN İHTİYAÇ ... 236
II. HAZIRLANAN TASARILAR ... 236
A. 1923 TASARISI ... 236
B. 1924 TASARISI ... 238

SONUÇ ... 241
EK ... 241
HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ ... 243
BİBLİYOĞRAFYA ... 283
KARMA İNDEKS ... 301

KISALTMALAR

ADTCFD	:	Ankara Dil Tarih ve Coğrafya Fakültesi Dergisi
AFDI	:	Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul
age	:	Adı geçen eser
agm	:	Adı geçen makale
AHFD	:	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AİFD	:	Ankara İlahiyat Fakültesi Dergisi
B	:	Receb
bk.	:	Bakınız
BOA	:	Başbakanlık Osmanlı Arşivi
BŞS	:	Bursa Şeriye Sicilleri
C	:	Cemâziye'l-Âhir
CA	:	Ceride-i Adliye
CA	:	Cemâziye'l-Evvel (Tarihlerde)
Cİ	:	Ceride-i İlmiye
D.I.T.	:	Düstur Birinci Tertip
D.II.T.	:	Düstur İkinci Tertip
d.n.	:	Dip not
E.	:	Evrak
EI2	:	l'Encyclopédie de l'Islam, nouvelle edition
EŞS	:	Edirne Şeriye Sicilleri
H.	:	Hicrî
HAK	:	Hukuk-ı Aile Kararnamesi
HAK-EML	:	Hukuk-ı Aile Kararnamesi Esbab-ı Mucibe Layıhası
IAŞH	:	Irak Ahval-i Şahsiye Kanunu
IJTS	:	International Journal of Turkish Studies
İA	:	İslam Ansiklopedisi
İHFM	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İM	:	İslam Mecmuası
İTED	:	Islam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi
İŞS	:	İstanbul Şeriye Sicilleri

JESHO	:	Journal of the Economic and Social History of the Orient
L	:	Şevval
K.	:	Kurân-ı Kerim
KM	:	Küçük Mecmua
KŞS	:	Kayseri Şeriye Sicilleri
M	:	Muharrem
MTM	:	Millî Tetebbular Mecmuası
N		Ramazan
R	:	Rebiu'l-Âhır
RA	:	Rebiu'l-Evvel
REI	:	Revue des Etudes Islamiques
RMM	:	Revue du Monde Musulman
S	:	Safer
s.	:	Sahife
SAD	:	Selçuklu Araştırmaları Dergisi
SAŞK	:	Suriye Ahval-i Şahsiye Kanunu
SBFD	:	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
SI	:	Studia Islamica
SR	:	Sebilürreşad
sy.	:	Sayı
Ş		Şaban
TOEM	:	Tarih-i Osmânî Encümeni Mecmuası
TM	:	Türkiyat Mecmuası
TSA	:	Topkapı Sarayı Arşivi
TŞS	:	Trabzon Şeriye Sicilleri
ty.	:	Baskı tarihi yok
ÜAŞK	:	Ürdün Ahval-i Şahsiye Kanunu
v. d.	:	Ve devamı
YM	:	Yeni Mecmua
yy.	:	Baskı yeri yok
Z	:	Zi'l-Hicce
ZA	:	Zi'l-Ka'de

GİRİŞ

İSLAM AİLE HUKUKU

I. AİLE HUKUKUNUN İSLAM HUKUKUNDAKİ YERİ VE ÖNEMİ

Aile hukuku İslam hukukunun müstakil bir bölümünü teşkil eder. Klasik İslam hukuku kitaplarında bu bölüm, *«nikah-talak»*, *«münâkehât-mufârakât»* başlıkları altında incelenir. İslam hukukunun muhtevası ve sistematiği gerek Roma hukukunun ve bu hukukun büyük ölçüde tesiri altında teşekkül eden bugünkü Batı hukukunun ve gerekse diğer hukuk sistemlerinin muhteva ve sistematiğinden farklıdır. İslam hukuku (Fıkıh), insanların sadece birbirleriyle olan münasebetlerini düzenlemekle yetinmemiş, insanlarla Allah arasındaki münasebetler (ibadetler)e de yer vermiştir. Klasik fıkıh kitaplarında hemen daima ilk bölüm ibadetlere ayrılmıştır. Öte yandan İslam hukukçuları Roma hukukundan gelmekte olan kamu hukuku-özel hukuk ayırımına da yer vermeyerek hukuku, *«İbâdât»* (ibadetler), *«Muâmelât»* (Borçlar, Ticaret ve Usul hukuku) ve *«Ukûbât»* (Ceza hukuku) kısımlarına ayırmışlar ve bu sistem içerisinde incelemişlerdir.[1]

Konumuz olan Aile hukuku bu üçlü ayırımda ibadetlerle muâmelât arasında yer alır. Bazı hukukçular aile hukukunu ibadetler, bazıları muâmelât bölümüne dahil ederler. Çağdaş İslam hukukçuları ise bu üçlü ayırımı terkederek daha geniş bir ayırıma gitmekte ve aile hukukuna ahvâl-i şahsiye içerisinde yer vermektedir.[2]

Diğer hukuk sistemlerinde nisbeten geç devirlerde müstakil olarak ele alınan aile hukukunun[3] İslam hukuku içerisinde başlan-

1. M. Fuad Köprülü, «Fıkıh», *İA.*; Bu ana başlıklar altında işlenen konular için bk. Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İst. 1974, s.24 v.d.
2. Karaman, s.28
3. Mesela Roma hukukunda aile hukukuna müstakil olarak yer verilmemiş, ancak XVII ve XVIII. asırdan itibaren bu hukuk, tabii

gıçtan itibaren hukukun diğer dallarından ayrı olarak ele alınması yanında, titiz ve teferruatlı bir biçimde işlendiği de görülmektedir. İslam hukukunun ana kaynağı olan Kur'ân-ı Kerim'de hukuka ait ayetler içerisinde aile hukukuna ait olanlar önemli bir yekun teşkil ettiği gibi, hadis kolleksiyonlarında mevcut olan bu saha ile ilgili hadisler de büyük bir sayıya ulaşır.[4]

Gerek kaynaklarda aile hukukuna ait malzemenin bol oluşu, gerek insanların bu sahaya daha fazla ihtiyaç duymaları ve gerekse aile hukukunun, İslam hukukunun en çok uygulanma imkanı bulan sahalarından birisi oluşu, hukukçuların bu saha üzerinde daha fazla ve titizlikle durmalarına ve işlemelerine sebep olmuştur. Öyle ki İslam hukuku kitapları içerisinde *«münâkehât»* bölümü büyük bir hacim teşkil etmekte ve ele alınan meseleler teferruatlı bir biçimde işlenmiş bulunmaktadır.

Biz bu ayrıntılı bilgi yığını içerisinde kitabımızın ana konusuna ışık tutacak ölçüde İslam aile hukukunun ana hatlarını belirtmeye çalışacağız. Yalnız bu bahse geçmeden önce, bu hukukun kaynaklarını kısaca görmek, konunun aydınlığa kavuşması bakımından faydalı olacaktır.

hukuk nazariyesinde tek başına ele alınmaya başlanmıştır. Andreas B. Schwarz, *Aile Hukuku* I, Ter. Bülent Davran, İst. 1946, s.3-4

4. Muhammed Ebû Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usulü)*, Çev. Abdülkadir Şener, Ank. 1973, s.104; Abdülvehhab Hallâf, *İslam Hukuku Felsefesi (İlmu Usûli'l-Fıkh)*, Çev. Hüseyin Atay, Ank. 1973, s. 176-177; Karaman, s. 224.

II. İSLAM AİLE HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Hemen belirtelim ki İslam Aile Hukukunun, İslam hukukunun kaynaklarından farklı bir kaynağı yoktur. Burada aile hukukunun kaynağı derken kastedilen bütün olarak İslam hukukunun kaynaklarıdır.

Bu kaynaklardan dördü üzerinde, hukukçular arasında hemen hemen tam bir görüş birliği vardır. Bu dört kaynağın dışında, hukukçuların üzerinde ittfak edemedikleri diğer bazı kaynaklar daha vardır ki, bu bölümde onlardan da kısaca bahsedilecektir.

Üzerinde ittifa edilen kaynaklar sırasıyla: Kitab, Sünnet, İcmâ ve Kıyastır.

A. KİTAP

İslam hukukunun ilk ve asıl kaynağıdır. Bir hukukî meselede ilk önce Kur'ân-ı Kerime başvurulur, burada aranılan hüküm bulunamazsa sırasıyla diğer kaynaklara müracaat edilir.

Kur'ân-ı Kerim baştan sona bir hukuk kitabı veya bir kanunlar külliyatı değildir; zira o, İslam hukukunun olduğu kadar, İslam dininin diğer müesseselerinin de temel kaynağıdır. Bu yüzden onda fıkhî-hukukî hükümler bulunduğu gibi, imana ait esaslar ve ahlak kaideleri de bulunur. Hatta hukuki hükümler, iman ve ahlak hükümlerine nisbetle daha küçük bir yekun teşkil ederler. Bu yüzden de her hukukî meselenin hükmünü Kitab'da bulmak mümkün değildir. Diğer kaynaklara müracaat zarureti de esasen bu yüzden doğmuştur.

Kur'ân-ı Kerim'deki hukukî hükümlere daha ziyade medenî (Medine'de inmiş) surelerde rastlanır. Bunlar da ekseriyetle hukukun genel prensiplerini ve muhtasar hükümleri ihtiva eder. Bununla beraber az da olsa teferruatlı hükümlere de rastlanır.[5] Yi-

5. Abdü'l-Kerîm Zeydân, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, Bağdâd 1967, s. 129-130.

ne bunlar içerisinde kamu hukuku ile ilgili esaslar daha az olduğu, halde, özel hukuk, bilhassa aile hukuku ve miras hukukuna ait esaslar oldukça büyük bir yekun teşkil ederler. Buradan anlaşılmaktadır ki Kur'ân-ı Kerim zamanın değişmesiyle değişebilecek sahalarda umumiyetle genel prensipler koymuş, zamanın değişmesinden daha az etkilenecek alanlarda oldukça teferruatlı hükümler getirmiştir. Anayasa hukukiyle doğrudan ilgili on kadar ayet mevcutken, aile hukukuna yetmiş kadar ayetin ayrılmış bulunması bu yüzdendir.

Kur'ân-ı Kerim'deki hukukî prensip ve hükümler, müctehit hukukçular tarafından büyük bir titizlikle incelenmiş ve fıkıh usulü ilminde geniş bir şekilde ele alınan çeşitli yorum ve hüküm çıkarma usulleriyle bu ayetlerden hükümler çıkarılmıştır. Bu çalışma sonucunda Kitab'da aranılan hükümler bulunamayınca sırasıyla hukukun diğer kaynaklarına müracaat edilmiştir.[6]

B. SÜNNET

Sünnet Hz. Peygamberin sözü, fiili ve tasvibidir. İslam hukukunun ikinci aslî kaynağıdır. Hükümleri açıklama bakımından Kitab'ın tamamlayıcısı ve yardımcısıdır. Kitab ve Sünnet'in her ikisine birden nas adı verilir. Kitab'da aradığı hükmü bulamayan hukukçu ikinci olarak Sünnet'e başvurur.

İnsan hayatının her cephesine, her devrede rehberlik etmek isteyen Kur'ân-ı Kerim teferruattan kaçınmayı tek çıkar yol kabul etmiştir. İşte Sünnet Kur'ân-ı Kerim'in vermediği bu teferruatı verir, onun eksiklerini tamamlar. Mesela Kur'ân-ı Kerim *«namaz kılın»* der, Sünnet ise bunun nasıl kılınacağını gösterir.[7] Kur'an-ı Kerim'in Sünnet'le tamamlanma ihtiyacı daha Hz. Peygamber devrinde hissedilmiştir; meşhur *Muâz* hadisinde: «... *Allah'ın kitabında bir hüküm bulamazsam peygamberinin sünneti ile hükmederim.*» cevabı Hz. Peygamberin tasvibini görmüş ve memnuniyetine sebep olmuştur.[8]

6. Bir hukuk kaynağı olarak Kur'ân-ı Kerim hakkında daha geniş bilgi için bk. Ebû Zehra, *Metodoloji*, 86 v.d.; Hallâf, 165 v.d.; Zeydân, 126 v.d.
7. Muhammed Hamidullah, «Sünnet», *İA*.
8. Hamidullah, «Sünnet», *İA*.

Sünnetin getirmiş olduğu hükümlerin Kur'ân-ı Kerim hükümleri karşısındaki durumunu şu üç guruptan birisine sokabiliriz: Ya Sünnet'in getirmiş olduğu hüküm, Kur'ân'ın hükümlerini destekler ve kuvvetlendirir mahiyettedir; bu durumda hükmün iki kaynağı ve delili olmuş olur. Veya Sünnet'in getirmiş olduğu hüküm, Kur'ân'ın mücmel hükmünü tefsir eder, mutlak olanını kayıtlandırır, âm olanını tahsis eder.[9] Veyahut da Sünnet'in getirmiş bulunduğu hüküm, Kitab'ın susmuş olduğu bir sahada yeni bir hüküm koyar. Mesela *«Neseb ile haram olan süt ile de haram olur.»* hadisi Kur'ân'da olmayan yeni bir hüküm koymuştur.[10]

Hz. Peygamberin sünnetinin sonraki nesillere intikali farklı şekillerde (mütevâtir, meşhûr, âhâd)[11] olmuş, hukukçular da bunlara farklı neticeler bağlamışlardır. Bir başka ifadeyle hukukçular Sünnet'den hüküm çıkarırlarken Sünnet'in kendilerine intikal şekline de dikkat etmişler ve buna göre farklı yorumlama ve hüküm çıkarma yoluna gitmişlerdir.

Hukukçular Hz. Peygamberin her hareketini ve sözünü hukuk kaynağı Sünnet olarak kabul etmemişlerdir. Hz. Peygamberin sadece kendisine ait olan hareketleriyle (bazı ibadetler gibi), bir insan olarak kişisel tecrübesiyle elde ettiği tecrübe ve bilgilerinin ve devrinin adetlerine uyarak yaptığı hareketlerinin hukuk kaynağı olan Sünnet sınıfına girmeyeceği kabul edilmiştir.[12] Hangi hareketlerinin bu guruba girdiği noktasında ise hukukçular arasında ortak bir görüş yoktur.[13]

C. İCMÂ

İcmâ Hz. Peygamberin vefatından sonra müctehit hukukçuların her hangi bir asırda fıkhî-hukukî bir hüküm üzerinde birleşmeleridir.[14] İcmâ İslam hukukunun üçüncü kaynağını teşkil eder. Önceleri diğer üç usulün katî bir karara bağlamadan bıraktığı hallere tatbik edilmekte iken, sonraları yavaş yavaş bir başka aslın

9. Mücmel, mutlak ve âm hakkında geniş bilgi için bk. Ebû Zehra, *Metodoloji*, 134, 157-169.
10. Hallâf, 184-185.
11. Mütevatir, meşhur ve âhâd hadis için bk. Ebû Zehra, *Metodoloji*, 113-114; Zeydân, 140 v.d.
12. Ebû Zehra, *Metodoloji*, 119; Hallâf, 189; Zeydân, 137 v.d.
13. Sünnet hakkında geniş bilgi için bk. Hamidullah, «Sünnet», *İA.*; Ebu Zehra, *Metodoloji*, 111 v.d.; Hallâf, 181 v.d.; Zeydân, 134 v.d.
14. Ebû Zehra, *Metodoloji*, 194; Hallâf, 191; Zeydân, 150.

katî karara bağladığı hallere de uygulanmaya başlandı.[15] Bu durumda İcmâ'ın kuvvetlendirici bir fonksiyonu vardır. Haricîler ve Şiîlerden bir kısmı İcmâ'ı kaynak olarak kabul etmezler. Zahiriler ise sadece sahabenin İcmâını kaynak olarak kabul ederler.[16]

İcmâ'ın mutlaka İslamın kaynaklarından birisine dayanması gerekir. Böyle bir kaynağa dayanmadan hukukçuların bir mesele üzerinde birleşmeleri İcmâ sayılmaz. Kitab ve Sünnet'e dayanan icmâın olabilmesinde ittifak varsa da bunların dışındaki kaynaklara dayanan icmâın olup olmayacağı tartışmalıdır.[17]

İcmâ'da müctehit hukukçuların dinî bir meclis aracılığıyla değil de kendiliğinden, adeta otomatik olarak ittifaklarının söz konusu olduğu[18] göz önüne alınırsa, hukukçuların müsbet olarak görüşlerini ifade etmek suretiyle bir mesele üzerinde birleşmelerinin (Sarih İcmâ) daha zor, bir kısmının ifade ettiği görüşlerin itiraza uğramaması suretiyle adeta zımnen birleşmelerinin (Sukutî İcmâ) daha kolay olacağı aşikardır. Ne var ki bu durumda Sukutî İcma'ın Sarih İcmâ kadar güçlü olduğunu söylemek zordur. Bu yüzdendir ki Sarih İcma'ın delil ve kaynak oluşunda sunnî hukukçular arasında ittifak varsa da Sukutî İcma'ın delil oluşunda ve hatta İcma kabul edilip edilmeyeceği noktasında tartışmalar vardır.[19]

İcmâ'ın bilhassa günümüzde kendiliğinden meydana gelmesinin zorluğu karşısında, bazı çağdaş İslam hukukçuları İcmâ'ın meydana gelmesine dinî-hukukî bir meclisin hiç değilse öncülük etmesinin mümkün olduğunu, ancak bu yolla İcmâ'ın meydana geleceğini ve böylece bu kaynağın günümüzde de kullanılabileceğini ileri sürmektedir.[20]

D. KIYAS

Kıyas hakkında nas (Kitab ve Sünnet) bulunmayan bir meselenin hükmünü aralarındaki ortak sebep(illet)ten dolayı hak-

15. D. B. Macdonald, «İcmâ», *İA.*
16. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ank. 1958, s. 17; Macdonald, «İcmâ», İA.*
17. Ebû Zehra, *Metodoloji,* 204-205.
18. Macdonald, «İcmâ», *İA.*
19. Hallâf, 197; Zeydân, 154-155; Ebu Zehra, *Metodoloji,* 201-202.
20. Zeydân, 162.

kında nas bulunan bir meselenin hükmüyle açıklamaktır.[21] İslam hukukunun dördüncü asıl kaynağıdır. İslam hukukçularının çoğunluğu fıkhî-hukukî meselelerde kıyası delil olarak kabul ederler. Nazzamiye, Zâhiriye ve bazı Şia fırkaları kıyası delil olarak kabul etmezler.[22]

Bazı hukukçular Kıyas'ı bir kaynak olmaktan ziyade bir metod olarak kabul ederler.[23] Zira Kıyas'ta bulunan illet Kitab, Sünnet ve İcmâ'dan çıkarılmıştır derler. Bu suretle kıyasla sabit olan bir hüküm esasında bu üç delilden biri ile sabit olmuş demektir. Yani Kıyas bir hükmü isbat etmeyip üç delilden biri ile sabit olan hükmü meydana koymaktadır.[24]

Bir Kıyas'da önce hükmü ortaya koyan bir nas(asıl), sonra hakkında nas bulunmayan bir mesele (fer'), kıyas yoluyla bu asıldan fer'e geçmesi istenen bir hüküm ve nihayet hem asılda ve hem de fer'de bulunması gereken bir ortak vasıf (illet)ın bulunması gerekmektedir.[25] Kıyas ameliyesinde önemli meselelerden birisi bu illetin tesbiti meselesidir. Aynı hükümden farklı illetlerin tesbiti hukukçuları kıyas sonucu farklı hükümlere götürmüştür. Esasen mezhepler arasındaki ihtilafların bir bölümü, illetlerin bu farklı tesbitine dayanmaktadır.

Kıyası reddedenler ve kabul edenler her ikisi de bu illet noktasından hareket etmektedirler. Kıyası reddedenler nasların illetinin tesbitini kabul etmezler, nasları yalnız ibaresine hasrederler. İllet tesbit edilmeden kıyas olamıyacağı için de kıyas'ı reddederler. Kıyas'ı kabul edenler ise illetin tesbitini kabul ederek bu, nasların uygulama alanını genişlemektir derler.[26] Yine bu hukukçulara göre sahabe hukuki meselelerde kıyasa başvurmuştur. *Hz. Ömer, Ebu Musâ'l-Eş'arî*'ye gönderdiği mektubunda şöyle demektedir: «*Birbirine benzeyen şeyleri iyi anla, sonra ona göre olayları kıyas et.*»[27] Bu görüşte olanlar, hukukçuların çoğunluğunu teşkil ederler.

21. Zeydân, 163.
22. Hallâf, 201.
23. Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, Çevirenler: Mehmet Dağ, Abdülkadir Şener, Ank. 1977, s. 125; Ansay, *İslam Hukuku*, 19.
24. Ansay, *İslam Hukuku*, 19.
25. Hallâf, 207; Zeydân, 164; Ebû Zehra, *Metodoloji*, 222.
26. Ebû Zehra, Metodoloji, 218, 222.
27. Ebû Zehra, *Metodoloji*, 218-219.

Icmâ'ın olduğu gibi Kıyas'ın da şer'î bir delile dayanması gerekmektedir. Bu delil nas veya İcmâ olmalıdır. Hukukçuların ekserisi —bir kısım Malikiler müstesnâ— kıyasa bir başka kıyası delil ve dayanak olarak kabul etmezler.[28]

Son olarak şunu belirtelim ki İslam hukukunun gelişmesinde ve yeni durumlara intibakında Kıyas'ın önemli bir rolü olmuştur.

E. DİĞERLERİ

İslam hukukunun kaynakları yalnız bu dördünden ibaret değildir. Müctehit hukukçunun bu dört kaynakta cevabını bulamadığı problemler için başvuracağı başka kaynaklar da vardır.

Bu kaynaklar arasında sahabenin hukukî görüş ve fetvalarından ibaret olan *«Sahabe Kavli»*ni,[29] müctehit hukukçunun kuvvetli gördüğü bir hususun dolayı Kıyas ile sabit olan bir hükümden başka bir hükme dönmesi ve onu tercih etmesi demek olan *«İstihsan»*ı[30] insanların sürekli olarak yapageldikleri, nassa aykırı olmayan —nassa aykırı olanlar fâsit örftür, İslam hukuku bakımından kaynak değildir— söz ve davranışlardan ibaret olan *«Örf»*ü,[31] Örf içerisinde bilhassa Mâlikîlerde özel bir yeri olan *«Medine Örfü»*nü,[32] canı, malı, aklı, dini ve nesebi korumayı gaye edinen maslahatın bir delil olarak kabul edilmesinden ibaret olan *«Maslahat-ı Mürsele»*yi,[33] haram ve helale vasıta olan iş ve hareketlerin de bunların hükmünü alması demek olan *«Zerâyi»*i,[34] bir nesnenin daha önce bulunduğu durum değişmedikçe o durumun olduğu gibi bâki kalmasına hükmetmek olan *«İstishab»*ı[35] Kur'an ve sünnette önceki dinlere ait nakledilen hükümlerin İslam ümmeti için de

28. Ebû Zehra, *Metodoloji*, s. 223-224.
29. Ebû Zehra, *Metodoloji*, 208; Hallâf, 247-248; Zeydân, 222.
30. R. Paret, «İstihsan», *İA.*; Ebû Zehra, *Metodoloji*, 253 v.d.; Hallâf, 227 v.d.; Zeydân, 196 v.d.
31. Halil İnalcık, «Örf», *İA.*; Ebû Zehra, *Metodoloji*, 263 v.d.; Hallâf, 237 v.d. Zeydân, 215 v.d.
32. Muhammed Hamidullah, «İslam hukukunun kaynaklarına dair yeni bir tedkik», *İTED*, I/1-4, s. 65.
33. R. Paret, «İstislah», *İA.*; Ebû Zehra, *Metodoloji*, 267 v.d.; Hallâf, 231 v.d. Zeydân, 201 v.d.
34. Ebû Zehra, *Metodoloji*, 267 v.d.; Zeydân, 209 v.d.
35. Th.W.Juynboll, «İstishab». *İA.*; Ebû Zehra, *Metodoloji*, 284 v.d.; Hallâf, 241 v.d.; Zeydân, 227 v.d.

yürürlükte kalması demek olan «*Önceki Şeriatları*»[36] sayabiliriz. Yalnız bunların kaynak olup olmadıkları hususunda ve hudutlarında hukukçular arasında bir görüş birliği sağlanamamıştır. Mesela Hanefî ve Mâlikîlerce kabul edilen İstihsan'ı *İ. Şafiî* (ö.204/820) reddetmiş, Malikî ve Hanbelilerce müstakil bir delil olarak kabul edilen Maslahat-ı Mürsele Şafiî ve Hanefîlerce müstakil bir delil sayılmamıştır. Şunu da ilave edelim ki bu kaynakların haricinde hukukçular tarafından daha başka bazı kaynaklar da ileri sürülmüştür.[37] Konunun dışına fazla çıkmamak için burada bu kadarla yetinilmektedir.

Netice itibariyle görülmektedir ki aralarında ayrılıklar olmakla birlikte müctehit hukukçuların kabul ettikleri İslam hukuku kaynakları dörtten ibaret değildir. Yeni ihtiyaçlara ve zaruretlere cevap verebilmek için hukukçular sayıları ona kadar varan ve hatta geçen kaynaklardan belirli ölçülerde istifade etmişlerdir. Şunu da ilave edelim ki İslam hukuku bu kaynaklardan istifade ederek onu zamanlarının ihtiyaçlarına göre ortaya koyan müctehit İslam hukukçularının ilmî mesâilerinin eseridir. Teşekkülünün hiçbir devresinde bir yasama meclisi İslam hukukunun meydana gelmesinde rol oynamamıştır.

36. Ebû Zehra, *Metodoloji*, 293 v.d.; Hallâf, 245 v.d.; Zeydân, 224 v.d.
37. Hamidullah, agm, 63-67.

III. İSLAM AİLE HUKUKUNUN ANA HATLARI

A. EVLENMENİN TARİF VE MAHİYETİ

Evlenmenin eski ve yeni İslam hukukçuları tarafından birbirine yakın bir çok tarifleri yapılmıştır.[38] Bu tariflere burada yer vermek ve münakaşasına girmek konu harici olduğundan, burada evliliğin bütün unsurlarını bünyesinde toplayan bir tarif verilmekle yetinilecektir. Buna göre evlilik: *«Karı koca arasında beraber yaşamaya ve yardımlaşmaya müsade eden ve taraflara karşılıklı hak ve vazifeler yükleyen bir akittir.»*[39]

Evlenme akdinin İslam dininde önemli bir yeri olmasına ve evlenmeye çeşitli durumlara göre farz, vâcib, mekruh, haram gibi bazı dini neticeler bağlanmasına[40] ve bu yönüyle bazı bakımlardan ibadet sayılmasına[41] rağmen bu akit, İslam hukukunda dinî bir akit değildir.[42] İki şahit huzurunda tarafların irade beyanlarıyla diğer şartlar gerçekleşmişse akdedilmiş olur. Din adamının hazır bulunması şart olmadığı gibi, dini bir merasim de gerekmez.[43] Bu yüzden nikahta bir din adamının mevcut oluşu ve dua okuması, ona dinî bir karakter vermez.[44] Nikah akdinin hususi bir akit ol-

38. Bu tarifler için bk. Chafik Chehata, *Précis de Droit Musulman*, Paris 1970, s. 68 v.d.; Muhammed Ebû Zehra, *el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye*, y.y. 1950, s. 17.
39. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 18.
40. Ebû Zehra, el-Ahvâl, s. 22-23; Zekiyyü'd-Din Şa'bân, *el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye li'l-Ahvali'ş-Şahsiyye*, Beyrut 1978, s. 53 v.d.
41. Mahmud Esad, *Kitab-ı Nikah ve Talak*, Dersaadet 1326/28, s. 9-11.
42. Chehata, 74.
43. Muhammed Muhyi'd-Din Abdü'l-Hamid, *el-Ahvalü'ş-Şahsiyye*, Mısır 1958, s. 11; Karaman, 236.
44. Chehata, 75.

duğunu söyleyen hukukçular varsa da[45] hukukçuların ekserisi onun bir medenî hukuk akdi olduğu görüşündedirler.[46]

Ote yandan bilhassa bazı müsteşrikler tarafından nikahta ödenen mehre bakarak nikahın bir alım-satım akdi, mehrin de satış bedeli olduğu ileri sürülmüştür. Bilhassa *Morand* bunların başında gelmektedir.[47] Fakat bu görüşün revaç bulduğunu söylemek güçtür. Mehri satış bedeline benzetsek bile nikah akdiyle alım-satım akdinin birbiriyle uyuşmayan bir çok yönleri vardır. Özetle ifade etmek gerekirse nikah akdinde mehir bir sihhat şartı değil bir neticedir; taraflar mehir ödenmemesi hususunda anlaşsalar dahi nikah geçerlidir ve mehir yine gerekir. Halbuki alım-satım akdinde fiyat tesbit edilmezse akit fâsittir. Fâsit şartlar nikahı geçersiz kılmadığı halde alım-satım akdini kılar. Vekalet iki akitte farklı neticeler doğurur. Teâti (satışa arzedilen bir malı parasını uzatıp, icab ve kabul sözcüklerini kullanmadan satın almak) ile alım satım geçerli, nikah akdi geçersizdir. Mükrehin alım-satımı geçersiz, nikahı geçerlidir. Bu farkları daha da uzatmak mümkündür. Bütün bu uyuşmayan yönleri bir tarafa bırakarak sadece mehri satış bedeline benzetip nikah akdi bir alım-satım aktidir demek fazla tutarlı değildir. İki tarafın delillerini ince bir tahlile tabi tutan *Chehata* ve *Linant de Bellefonds* nikahın bir alım-satım akdi olduğu görüşüne şiddetle karşı çıkmaktadırlar.[48] Milliot da ayni görüştedir.[49] Meselenin teorik yanı bir tarafa evlenmenin alım-satım akdi olarak kabul edelip edilmemesi bir ihtilaf vukuunda uygulanacak hükme tesir etmesi bakımından pratik bir önem de taşımaktadır.[50]

Evlenmenin tarif ve mahiyeti hakkındaki bu kısa bilgiden sonra şimdi nişanlanmadan itibaren bu müessesenin kuruluşunu, doğurduğu neticeleri ve sona erişini gözden geçirelim.

45. Schwarz, 92.
46. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, *Essai sur la Transformation du Code Familial en* Turquie, Paris 1936, s. 5; Ansay, *İslam Hukuku*, 197; Karaman, 236; Schacht, *İslam Hukuku*, 167.
47. Y. Linant de Bellefonds, *Traité de Droit Musulman Comparé*, Paris 1965, II/24.
48. Chehata, 80 v.d.; Linant de Bellefonds, II/25.
49. Louis Milliot, *Introduction à l'Etude du Droit Musulman*, Paris 1953, s. 282-283.
50. Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ank. 1974, s. 51-52.

B. NİŞANLANMA

Nişanlanma İslam hukukunda bir evlenme vâdinden ibarettir. Hukuk kitaplarında «*hıtbe*» başlığı altında incelenir. Kilise hukukunun ve onun tesiri altında gelişen batı hukukunun düzenlediği tarzda[51] düzenlememişse de, İslam hukuku, nişanlılık müessesesine yer vermiş, gerek kurulmasına gerek sona ermesine ait bir takım esaslar koymuş, neticeler bağlamıştır.

Nişanlanma, tarafların birbirleriyle evlenmek hususunda anlaşmalarıyla gerçekleşir. Nişanlanma anında umumiyetle mehir de tesbit edilir, fakat akit yapılmaz. Nişanlanma evlenmek kasdıyla yapıldığından taraflar arasında devamlı veya geçici bir evlenme engelinin bulunmaması gerekir. Bu kaidenin bir istisnası olarak vefat iddeti bekleyen kadına üstü kapalı olarak evlenme teklifi yapılabileceği hukukçular tarafından kabul edilmiştir.[52]

Nişanlılık İslam hukukunda taraflara evlenme mecburiyeti yüklemez; taraflar her an nişanı bozabilirler. Arzusu hilafı nişanı bozulan kimse mahkemeye müracaatla karşı tarafı evlenmeye zorlayamıyacağı gibi, sırf bu sebeple bir tazminât da talep edemez. Bu durumda hediyelerin ve mehre mahsuben verilenlerin akıbetine gelince, mehre mahsuben verilenler mevcutsa aynen, kullanılmış veya telef olmuşsa bedel olarak iade edilir. Hediyelerde hibe hükümleri uygulanır; mevcutsa iâdesi gerekir, kullanılmışsa veya şekil değiştirmişse iâdesi gerekmez.[53] Hediyeler hususunda diğer mezheplerde farklı hükümlere rastlanmaktadır.[54]

Tazminât meselesine gelince nişanın bozulması durumunda maddî ve manevî tazminât hususunda klasik fıkıh kitapları bir hüküm ihtiva etmemektedir. Çağdaş İslam hukukçularından bir kısmı maddî ve manevî tazminâtı yine kabul etmemektedirler. Onlara göre nişan taraflara evlenme mecburiyeti yüklemez; taraflar

51. Kilise hukukunun nişanlılığa bağladığı neticeler hakkında bk. A. Esmein, *Le Mariage en Droit Canonique*, Paris 1891, s. 139 v.d.
52. Ahmed Kubeysî, *el-Ahvalü'ş-Şahsiyye fi'lFıkh ve'l-Kaza ve'l-Kanun*, Bağdat 1975, s.42-43; Karaman, 238; Şa'bân, 65.
53. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukı İslamiyye ve İstalahatı Fıkhıyye Kamusu*, İst. 1968 II/12-13; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 38-39; Linant de Bellefonds, II/35-36; Şa'bân, 77-78.
54. Geniş bilgi için bk. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 40-41; Linant de Bellefonds, II/36; Şa'bân, 78.

dilediklerinde bunu bozma hakkına sahiptir, bir hakkın kullanılmasından ise tazminat doğmaz.[55] *Ebû Zehra, Zekiyyüddin Şa'bân* gibi diğer bazı hukukçular ise zararın tazmin edilmesi gerektiği noktasından hareketle bazı şartlarla tazminâtın gerektiği kanaatindedirler. Bazı İslam ülkelerinde bu yönde bir kazaî içtihat yavaş yavaş gelişmektedir.[56]

C. EVLENMENİN UNSURLARI

a. Taraflar

Bunlar geçerli bir irade beyanıyla evlenecek olan eşler veya bunların velileri, vekilleridir.[57] İslam hukukunda taraflar şartlarını haizseler bizzat nikaha iştirak edebilecekleri ve kendi irade beyanlarıyla geçerli bir evlilik kurabilecekleri gibi, bunların velileri veya vekilleri de yine gerekli şartlara sahip olmak kaydıyla onlar adına geçerli bir nikah akdi yapabilirler. Hatta evlenen kimselerin sonradan icazet vermeleri şartıyla evlenecek kimselerle aralarında velayet veya vekalet ilişkisi olmayan üçüncü şahıslar da tarafları geçerli olarak evlendirebilirler. Böyle kıyılan nikaha fuzûlen nikah, böyle nikahla başkasını evlendirene de fuzûlî denir.[58]

b. İrade Beyanı

Evlenmenin ikinci unsuru irade beyanı, bir başka ifadeyle evlenme akdine iştirak edenlerin îcâb ve kabulleridir. Îcâb akdi meydana getirmek için taraflardan birinin önce söylediği söz, kabul de karşı tarafın îcâbı kabul ettiğini ifade eden sözüdür. Îcâb ve kabul sözle olduğu gibi, gaibler arasında yazı ile ve sağır-dilsizler

55. Karaman, 241.
56. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 36-38; Şa'bân, 79 v.d.
57. Hanefi İslam hukuku kitaplarında taraflar evlenmenin unsurları arasında açıkca zikredilmez (Alaü'd-Din Ebu Bekr'ibn Mes'ud el-Kasanî, *Bedâiu's-Sanâi' Fi Tertibi'ş-Şerâi*, Beyrut, 1982, c.II s. 229; Abdu'r-Rahman el-Cezirî, *Kitabü'l-Fıkh Ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, Mısır ty, c.IV, s. 12-13). Bu tarafların bir unsur (rükün) olarak zikredilmeyişinden değil, diğer unsur olan irade beyanının zarureten bu beyanı yapacak tarafları da içine almış olması yüzündendir (Kubeysî, 49). Burada konuya daha fazla açıklık getirmek maksadıyla diğer mezheplerin de kabul ettiği gibi (Cezirî, IV/12-13) taraflar ayrı bir unsur olarak sayılmıştır.
58. Karaman, 265-266.

arasında işaretle de olur.[59] Keza îcâb ve kabul tarafların bizzat ifade etmeleriyle olduğu gibi, veli veya vekil vasıtasıyla da olur. Bu arada risalet yani elçi göndermek suretiyle de irade beyanının kullanıldığını, dolayısıyla nikah akdinin yapıldığını ilave edelim.[60]

Geçerli bir irade beyanından bahsedebilmek için tarafların birbirlerinin sözlerini işitmeleri ve bu sözlerden nikah akdinin kastedildiğini anlamaları ve birbirlerine uygun bir îcâb ve kabulde bulunmaları gerekmektedir.[61] Taraflar birbirlerinin îcâb ve kabullerini işitmez, anlamaz veya îcâb ve kabul birbirine uygun düşmezse geçerli bir evlilik yapılmış olmaz. Mesela veli vasıtasıyla yapılan nikahta veli kızı Fatma için îcâbta bulunur erkek de kız kardeşi Zeynep için kabulde bulunursa burada îcâb ve kabul arasında bir uygunluk yoktur.

İrade beyanında kullanılan kelimelerin sarih veya kinayeli olup olmaması noktasında mezhepler arasında farklı fikirler vardır. Hanefilere göre *«nikah»* ve *«tezvîç»* gibi sarih kelimelerle nikah akdedildiği gibi, hibe, temlik, sadaka ve alım-satım için kullanılan kelimelerle de evlenme kastolunarak nikah akdedilebilir. Şâfiî ve Hanbelîler ise nikah ve tezvic gibi sarih kelimelerin dışındaki kelimelerle nikahın akdedilemiyeceği görüşündedirler. Mâlikîler sonunculardan mehrin belirlendiği hibe sözcüğünde ayrılırlar. Onlara göre bununla da nikah akdolunur.[62]

İslam hukukçuları, büyük bir itina ile işledikleri aile hukuku sahasında irade beyanında kullanılan zaman konusunda büyük bir titizlik göstermişlerdir. Evlenme kayıtlarının hiç veya bugünkü kadar muntazam tutulmadığı, tutulma imkânının da olmadığı bir devirde İslam hukukunun teşekkül ettiği göz önüne alınırsa, karışıklıklara veya yanlışlıklara mani olmak için hukukçuların irade beyanında kullanılan kelimelerde ve bunların zamanlarında gösterdikleri titizlik yadırganmaz.

59. Şa'bân, 86-87.
60. Bilmen, II/60-61; Ebû Zehra, el-Ahvâl, 46.
61. Abdül'l-Hamîd, 20; Karaman, 267; Şa'bân, 100-102 Tâc, 33-34, Ebû Zehra, el-Ahvâl, 43.
62. Ali b. Ebi Bekr el Mergigânî, *Hidâye*, İst. 1290, c. I, s. 195; Cezirî, IV/24; Kâsânî, II/229; Abdu'r-Rahman Tâc, *Ahkâmü Ahvâli'ş-Şahsiyye fi'ş-Şeriati'l-İslamiyye*, Mısır, 1955, s. 21-22; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 43-44.

Hanefi hukukçulara göre tarafların kullandığı fiilin zamanının en az birisi geçmiş zamanda olması şartıyla, diğer tarafın kullandığı fiil, geçmiş, şimdiki ve gelecek zamanda olabilir. Hukukçuların bunları tesbit ederken bulundukları yer ve zamanın örflerini dikkate aldıkları unutulmamalıdır. Bu bakımdan belirli bir bölgede evlenme akdi için kullanılan her dil ve zamandaki ifadenin nikah akdi için kabulü İslam hukukunun ruhuna uygun düşmektedir.[63]

D. EVLENMENİN ŞARTLARI

Nikah akdinin birbirinden ayrı dört gurup şartı vardır; bunlar sırasıyla inikad, sihhat, nefâz ve lüzum şartlarıdır. Şartların bu şekilde taksimi Hanefi'lere göredir.[64] Bu ayırımın pratik faydası farklı guruplardaki şartlara riayetsizliğin farklı sonuçlar doğurmasıdır. Akdin nevileri incelenirken görüleceği gibi, inikad şartları eksik olan akde batıl, sihhat şartları eksik olana fâsit, nefâz şartları eksik olana mevkûf ve lüzum şartları eksik olan akde gayr-ı lâzım veya câiz akid denir. Bunların her biri farklı sonuçlar doğurmaktadır.

a. İnikad Şartları

İslam hukukuyla ilgili eserlerde inikad şartları hususunda bazı farklılıklar varsa da bunlar esas itibariyle şu şekilde sıralanabilir:

aa. *Ehliyet*: Nikaha gerek kendisi ve gerekse velâyet veya vekâlet ilişkisiyle başkası adına iştirak edenlerin nikaha ehil olmaları şarttır. Bu da akıl ve temyiz kudretiyle olur. Akıl hastasının ve müeyyiz olmayan çocuğun gerek kendileri ve gerekse başkaları için akdettikleri nikahlar ehliyetsiz oldukları için bâtıldır.[65]

bb. *Meclis Birliği:* Tarafların rızalarını beyan eden îcâb ve kabullerini araya başka bir iş veya îcâbdan dönüşü ifade eden bir davranışın girmediği aynı toplantıda söylemeleri gerekir. Buna meclis birliği (ittihâdü'l-meclis) denir.[66] Mektup ve elçi göndermek suretiyle akdedilen nikahlarda mektubun okunduğu ve elçinin ha-

63. Karaman, 264.
64. Şa'bân, 97-99.
65. Şa'bân, 100.
66. Abdü'l-Hamîd, 29; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 42; Şa'ban, 101; Tac, 35.

beri ulaştırdığı meclis nikah meclisi sayılır ve bununla meclis birliği gerçekleşmiş olur.[67] Meclis birliği bozulmadıkça kabulün hemen îcâbı takip etmesi Hanefiler ve Hanbelilerce şart değildir, Şafiilere göre ise bu şarttır.[68]

cc. *Evlenme Mâniinin Olmayışı:* Evlenme mâniinin olmayışının hangi gurup şartlara gireceği hususunda görüş ayrılıkları vardır. Bir kısım hukukçular evlenme mâniinin olmayışını bir sihhat şartı sayarlar ve buna riayetsizlik neticesinde, sihhat şartını ihlal etmenin tabii sonucu olarak akdi fâsit kabul ederler. Çünkü evlenme maniinin olmayışının nikah akdine vücut veren bir karakteri yoktur, dolayısıyla inikad şartı olamaz derler. Üstelik bir çok Hanefi hukukçusuna göre de nikah hususunda fâsit-bâtıl ayırımına lüzum yoktur. Sihhat şartı sayıp da fâsit demekle, inikad şartı sayıp bâtıl demek arasında fark yoktur.[69] Diğer bir kısım hukukçular ise evlenme mânilerini ikiye ayırırlar; hukukçuların üzerinde ittifak ettikleri mâniler, etmedikleri mâniler. İşte üzerinde ittifak edilen mânilerin olmayışı bu guruba giren hukukçulara göre bir inikad şartı, üzerinde ittifak edilmeyen bir mâniin olmayışı ise bir sihhat şartıdır.[70] Kişinin annesi, kız kardeşi, kızı, halası, teyzesi gibi yakınlarıyla veya halen evli olan bir kadınla veyahut da müslüman bir kadınla gayr-ı müslim erkek arasındaki evlenmenin yasak oluşunda ihtilaf yoktur. Dolayısıyla buna riayet bir inikad şartıdır, riayetsizlik durumunda akit bâtıldır. Bazı hukukçular da evlenme mâniinin olmayışını sihhat şartı saymakla birlikte, taraflar bu mânii bilmiyorsa onların bu şarta riayet etmeden akdettikleri nikahı fâsit saymakta, bu mânii bilerek akdettikleri nikahı bâtıl kabul etmektedirler.[71] Ne var ki bir maniin olmayışını hem sihhat şartları arasına sokup hem de taraflar bu mânii bilerek nikah akdetmişlerse bunu inikad şartlarına riayetsizlik gibi bâtıl saymak fazla tutarlı olmasa gerektir. Netice olarak ikinci görüş, bâtıl-fâsit ayırımını sihhatlı ve isabetli yapma imkânı sağladığından daha uygun gibi görünmektedir. Bu bakımdan bu şart burada inikad şartları arasında sayılmıştır.

67. Kâsânî, II/233; Şa'bân, 101-102.
68. Kâsânî, II/233; Cezirî, IV/24.
69. Ebû Zehra, *el-Ahval*, s. 61.
70. Şa'bân, 100, 108 d.n. 1; Tâc, 34-35.
71. Abdü'l-Hamîd, 21, 42.

dd. *Tencîz Sıgası:* İcâb ve kabul sığalarının tencîz sığası olması gerekir. Sıganın tencîz sıgası olması demek geciktirici (talikî) bir şartı ihtiva etmemesi, sonuçlarını doğurmaya hemen hazır olması demektir.[72] Burada incelenmesi gereken bir konu da geciktirici bir şartı ihtiva edemiyen nikah akdine kayıtlandırıcı (takyîdî) bazı şartların eklenip eklenemiyeceğidir. Bu guruba giren şartlar tarafların evlilik içerisindeki durumlarını daha müsait hale getirmeyi hedef alırlar. Geciktirici şartla bunun arasındaki en önemli fark, geciktirici şartta nikahın doğuşunun müstakbel bir hadiseye veya gelecek bir zamana bağlanmasına mukabil, kayıtlandırıcı şartta nikahın hemen doğması, fakat belli kayıt ve şartlarla doğmasıdır. Bu şartlara riayetsizlik karşı tarafa çoğu kere bir fesih hakkı vermekte ve bu durumda geriye doğru yürümeyen bir fesih söz konusu olmaktadır.[73]

Bu şartları iki gurupta değerlendirebiliriz; muteber olan ve riayeti gerekli şartlar, riayeti gerekli olmayan fâsit şartlar. Mezhepler hangi şartların muteber olup hangilerinin olmadığı noktasında farklı görüşlere sahiptirler. Hanefîler nikahta ileri sürülen şartları muteber olup olmamalarına göre şöylece sınıflandırırlar:

1. Evlilik düzenine, evliliğin tabiatı icabı meydana getirdiği neticelere aykırı olan şartlar. Bunlara riayet gerekli değildir. Şu kadar var ki fâsit şartlar alım-satım (bey') akdinin aksine nikah akdine tesir etmez; şart fâsit nikah sahihtir. Nafaka ile mükellef olmamak şartıyla evlenmek gibi.

2. Riayet edilmemesini gerektiren hususun bulunmadığı, yerine getirilmesi akdin gayesine ve İslamın ruhuna uygun bulunan şartlar. Bunlar riayeti gerekli şartlardır.[74] Kadının, kocasının bir diğer eşiyle aynı evde oturmamayı şart etmesi gibi.

Hanbelîler bu hususta daha liberal davranmaktadırlar. Onlara göre akdin tabiatına ve evlilik düzenine aykırı olmayan ve tarafların menfaatine olan şartlar sahih şartlardır ve riayeti gereklidir.[75] Kocanın tek evli (monogam) kalması şartıyla evlenmek de riayeti gerekli şartlardandır.[76]

72. Kubeysî, 57; Şa'bân, 104; Tâc, 38.
73. Linant de Bellefonds, II/89.
74. Karaman, 271; Tac. 40-41.
75. Linant de Bellefonds, II/90-91; Karaman, 272; Şa'bân, 107.

Bu şartlara riayetsizliğin müeyyidesi de mezhepler arasında farklıdır. Hanbelîler şarta riayetsizlik durumunda kadının nikahı feshettirme hakkının doğduğunu kabul ederler.[77] Hanefîler ise bu riayetsizlikte kadına fesih hakkı tanımazlar.[78] Bu durumda şarta riayet hukuki değil daha ziyade ahlaki bir görev olmaktadır.

b. Sihhat Şartları

aa. *Şâhitler:* Sihhat şartlarından birincisi akit anında iki şâhidin bulunmasıdır. Bu, Hanefî, Şafiî ve Hanbelî mezhebine göredir. Malikî mezhebine göre şart olan nikah anında iki şâhidin hazır bulunması değil, evliliğin fiilen gerçekleştiği anda (düğün sırasında) hazır bulunması veya ilândır.[79] Hanefi mezhebi dışındakiler şâhitlerin erkek olmasını şart koşarlar. Hanefîler ise iki erkek veya bir erkek iki kadın şâhidin şâhitliğini kabul etmektedirler.[80] Şâhitlerin akıllı, büluğa ermiş hür ve müslüman olmaları ve tarafların îcâb ve kabullerini birlikte işitmeleri şarttır.[81] Şâhitlerin müslüman olmaları konusunda *Ebû Hanîfe* (ö. 150/767) ve *Ebû Yusuf* (ö. 182/798) bir istisna getirmekte ve kadın ehl-i kitaptan ise şahitlerin de ehl-i kitaptan olabileceklerini söylemektedirler.[82]

bb. *Evlenme Mâniinin Olmayışı:* Bu guruba giren evlenme manilerinde hukukçular arasında bir ittifak yoktur. Şayet ittifak olsaydı buna riayet bir sihhat şartı değil, bir inikad şartı olurdu. Bâin talak iddeti bekleyen kadınla evlenmenin yasak oluşu hususunda hukukçular arasında bir görüş birliği yoktur. O halde buna riayet bir sihhat şartıdır ve riayetsizlikte akdin neticesi butlan değil fesattır.[83]

cc. *İkrahın Olmaması:* Hanefiler nikahta cebir ve tazyikin olmamasını sihhat şartı olarak kabul etmezler. Onlara göre mük-

76. Linant de Bellefonds, II/91; Şa'bân, 107.
77. Cezirî, I/87; Ebû Zehra, *el-Ahval*, 167; Kubeysî, 60; Tâc, 155.
78. Kubeysî, 60; Linant de Bellefonds kabul edilen geçerli şartlara riayetsizlikte Hanefîlerde de fesih hakkının olduğunu söylemektedir, bk. II/92.
79. Cezîrî, IV/25; Ebû Zehra, *el-Ahval*, 56; Tâc, 42-44.
80. el-Merğınânî, I/195-196.
81. el-Merğınânî, I/195-196; Cezîrî, IV/17: Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 57; Şa'bân, 113 v.d.
82. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 58; Linant de Bellefonds, II/102-103; Şa'bân, 114.
83. Şa'bân, 118; Tâc, 54.

rehin (cebir ve tazyikle zorlananın) nikahı sahihtir. Diğer üç mezhebe göre ise ikrahın olmayışı bir sihhat şartıdır ve buna riayetsizlikte nikah fâsittir.[84]

Bu üç şartın haricinde diğer mezhepler daha başka sihhat şartları da ileri sürerler. İlerde Hukuk-ı Aile Kararnamesinde geçeceği için biz burada diğer mezheplerce kabul edilen bir sihhat şartı olarak ikrahın olmayışını zikirle yeteneceğiz.[85]

c. Nefâz Şartları

Tarafların veya velilerinin rızalarının alınmasının gerekli olduğu durumlarda bu rızanın alınmış olması bir nefâz şartıdır. Bu şarta riayetsizlikte tarafların veya velilerinin icâzetine kadar nikah askıdadır (mevkûf). Taraflar tam ehliyetli değilse, bizzat akdettikleri nikahlar velilerinin, tam ehliyetli iseler velilerinin akdettikleri nikahlar tarafların icâzetine kadar mevkûftur. Bu yüzden matûhun, mümeyyiz çocuğun ve kölenin bizzat akdettikleri nikah, velilerinin, akıllı ve büluğa ermiş bir kimsenin velisinin onun adına akdettiği nikah, bu kimsenin icazetine kadar mevkuftur. Keza fuzûli'nin nikahı da adına nikah akdettiği kimsenin icâzetine kadar mevkuftur.[86] Akıl hastası ve gayr-ı mümeyyiz çocukların akdettikleri nikahlar, nikah ehliyetleri olmadığı için esasen batıl olduğundan buraya girmemektedir.

d. Lüzûm Şartları

Nikah akdi esas itibariyle lâzım akitlerdendir; taraflardan birinin onu feshetme selahiyeti yoktur. Talakın bir fesih olmadığı unutulmamalıdır. Fakat bazı durumlarda nikah akdinin lâzım olmadığı, tarafların belirli şartlarla bunu feshettirebilecekleri kabul edilmektedir. Bu hususta şu durumlar tesbit edilebilir.

Tam ehliyetli kadın evlenme akdini bizzat yapıyorsa, kocasının kendisine denk ve mehrinin de misil mehir olması gerekir. Aksi halde velilerinin nikahı feshettirme hakları vardır.[87] Keza babaları ve dedelerinin dışındaki velileri tarafından evlendirilen

84. Şa'bân, 123.
85. Diğer mezheplerce kabul edilen sihhat şartları için bk. Şa'bân, 124 v.d.
86. Abdü'l-Hamîd, 25-26; Karaman, 269; Şa'bân, 127, v.d.; Tâc, 58.
87. Abdü'l-Hamîd, 27; Ebû Zehra, *el-Ahval*, 64; Karaman, 270; Tâc, 56-60.

küçüklerin nikahları, kocalarının bunlara denk (küfüv) ve verdikleri mehir de misil olmak şartıyla gayr-ı lâzımdır, bir başka ifadeyle küçükken bu şekilde evlendirilenleri bağlayıcı değildir. Bunlar büluğa erdiklerinde nikahlarını dilerlerse feshettirebilirler. Buna bülûğ muhayyerliği (hiyârü'l-bülûğ) denmektedir.[88]

E. EHLİYET

İslam hukukunda esas itibariyle evlenme ehliyetine sahip olabilmek ve başkalarının izin ve icâzetine muhtaç olmadan evlenebilmek için tam eda ehliyetine sahip olmak, bir başka ifadeyle akıl, büluğ ve hürriyet şartlarının bir kimsede toplanmış olması gerekmektedir. Bu şartlara sahip olmayan kimselerin evlenmeleri ya başkaları tarafından veya başkalarının izin ve icazetiyle mümkün olabilmektedir. Fakat böylece çocuk, akıl hastası gibi eksik ehliyetliler veya ehliyetsizler velileri tarafından evlendirilmekte, dolaylı bir şekilde adeta ehliyet kazanmaktadırlar. Bu bakımdan evlenme ehliyeti noktasından fertleri üç gurup halinde incelemek daha doğru olacaktır.

a. Tam Ehliyetliler

Hanefî mezhebine göre erkek olsun kadın olsun akıllı ve büluğa ermiş herkes aile hukuku bakımından tam ehliyetlidir;[89] bizzat nikah akdetmeye muktedirdir.[90] Bu hususta Hanefî mezhebi mezhepler içerisinde en liberal olanıdır. Hanefî mezhebi dışındaki üç mezhebe göre akıllı ve bâliğ erkek dilediği gibi nikah akdetmeye muktedirse de, büluğa ermiş de olsalar kızlar, ancak velileri vasıtasıyla evlenebilirler.

Hanefî mezhebine göre sefih de aile hukuku bakımından tam ehliyetli sayılır; nikahı kimsenin izin ve icazetine muhtaç olmaksızın sahih ve nâfiz olarak akdolunur.[91] Diğer üç mezhebe göre sefih ancak cebir hakkı sahibi velisinin izniyle evlenebilir.[92]

Tam ehliyette önemli bir yeri olan bülûğ için Hanefî mezhebinde başlangıç yaşı kızlarda 9, erkeklerde 12 olarak kabul edil-

88. Abdü'l-Hamîd, 28; Karaman, 269-270; Tâc, 60.
89. Ebû Zehra, *Metodoloji*, 324.
90. Karaman, 246, 248.
91. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 42; Linant de Bellefonds, II/69.
92. Linant de Bellefonds, II/69.

miştir. *Ebû Hanîfe*'ye göre biyolojik olarak kızlarda 17, erkeklerde 18 yaşında büluğa ermeyenler bâliğ sayılır. *Ebû Yusuf* ve *Muhammed*'e (ö. 189/805) göre bu yaş her ikisi için de 15 tir.[93] Bu yaşlara ulaşan ve akıl hastası olmayan kimseler tam ehliyetli sayılır.

b. Eksik Ehliyetliler

Bunlar ancak velilerinin izin veya icazetiyle evlenebilen veya velileri tarafından evlendirilen kimselerdir.

aa. *Mümeyyiz Küçükler*: Bunlar temyiz kudretine sahip çocuklardır. Hanefî'lere göre bunlar nikaha bizzat iştirak edebilirler, fakat nikahları velilerinin icazetine kadar askıdadır (mevkûf).[94] Şunu da ilave edelim ki: bu guruba giren kimseler velileri tarafından rızaları hilafına da evlendirilebilirler.

bb. *Matuhlar ve Köleler:* Bunlar da kendi başlarına evlenebilirler, fakat nikahları velayeti altında bulundukları kimselerin icazetine kadar askıdadır.[95]

c. Ehliyetsizler

Bunlar mümeyyiz olmayanlardır. Bu da yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi biyolojik sebepler sonucu olabilir.

aa. *Mümeyyiz Olmayan Küçükler:* Bunların nikah ehliyeti yoktur. Velilerinin izin veya icâzetiyle dahi evlenemezler. Bunlar sadece velileri tarafından evlendirilebilirler.[96] Böylece dolaylı olarak adeta ehliyet kazanırlar. Şu kadar var ki *Osman el-Bettî* (ö. 145/760), *İbn Şübrüme* (ö. 146/761) ve *Ebu Bekir el-Esam* gibi hukukçulara göre küçüklerin evlendirilmeleri muteber değildir.[97]

bb. *Akıl Hastaları*: Bunlar da mümeyyiz olmayan çocuklar gibi velilerinin izin veya icazeti olsa dahi kendi irade beyanlarıyla evlenemezler. Fakat bunları velileri evlendirebilir. Hanefî hukukçulardan *Züfer* (ö 158/775) e göre akıl hastalığı büluğdan sonra olmuşsa hastayı kimse evlendiremez. *Şâfiî* ise akıl hastalarının ka-

93. Bilmen, II/7; Karaman, 245.
94. Bilmen, II/23; Karaman, 245.
95. el-Mergınânî, I/224; Şa'bân, 127.
96. Karaman, 242, 245.
97. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 113-114; Karaman, 242.

dın ve erkek oluşuna göre evlendirme yetkisini değişik kimselere tanımaktadır; hasta kadınsa babası veya dedesi, erkekse, hakim bazı şartlarla akıl hastasını evlendirebilir.[98]

F. VELÂYET

a. Tarif

Umumi olarak velâyet başkaları adına onların rızaları aranmaksızın hukuki muamelede bulunma yetkisidir.[99] Nikahda velâyet denince bununla velinin velayeti altında bulunan kimseleri evlendirme yetkisi kastedilir. Burada veli tarafından evlendirilmeleri söz konusu olan kimseler eksik ehliyetliler ve ehliyetsizlerdir. Tam ehliyetli kızların rızaları alınmak şartıyla velileri tarafından evlendirilmelerini de buraya dahil edebiliriz. İslam hukukunda velâyet, ehliyeti olmayan veya eksik bulunan kimselerin haklarını korumak maksadıyla kabul edilmiş bir müessesedir.[100]

Hanefî mezhebi dışındaki üç mezhepte bilhassa kadınlar üzerindeki velâyetin ayrı bir önemi vardır. Zira Hanefîlerde bülûğ çağına ulaşmış kızlar kendi irade beyanlarıyla bizzat evlenebildikleri halde diğer üç mezhepte kadınların nikahları bazı durumlarda rızaları aransa bile mutlaka velileri aracılığıyla olmaktadır.[101]

b. Kısımları

Velâyet bu yetkiye sahip olan velilerin, velâyetleri altındaki kimselere karşı cebir haklarının olup olmamasına göre ikiye ayrılır:

aa. *Zorlayıcı Velâyet (Velâyet-i İcbâr):* Veliye velâyeti altında bulunan kimseleri rızaları aranmaksızın evlendirme yetkisi veren velâyettir. Bu çeşit velâyet altına giren kimseler ehliyetsizler ve eksik ehliyetlilerdir.[102] Zorlayıcı velâyet yetkisine sahip kimselerin kimler olduğu hususunda mezhepler arasında farklı görüşler

98. Karaman, 243-244.
99. Velayetin lügat ve istilah manaları için bk. Abdül-Hamîd, 70-71; Ebû Zehra, *el-Ahval,* 112; Şa'bân, 205 v.d.; Tâc, 85.
100. Karaman, 250.
101. Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b.Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesıd,* Beyrut, 1982, c.II s. 8-9; el-Merğınânî, I/202; Cezirî, IV/51.
102. Ebû Zehra, *el-Ahvâl,* 113; Tâc, 89.

vardır. Hanefî mezhebi dışındakiler bu yetkiye sahip velileri çok sınırlı tutmuşlardır.[103]

bb. *Zorlayıcı Olmayan Velâyet (Velâyet-i Nedb veya İhtiyâr):* Veliye velayeti altında bulunan kimseyi ancak onun rızasıyla evlendirme yetkisi veren velâyettir. Bu velâyet altına büluğa ermiş kızlar girer.[104] Büluğa ermiş kızlar esasan kendi başlarına da evlenebilirler. Diğer mezheplerde kimlerin bu tip bir velâyet altına gireceği konusunda farklı görüşler vardır.[105]

Velâyetin bu taksimi Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göredir. Muhammed ise velâyeti velâyet-i istibdad ve velâyet-i şirket nevilerine ayırır. Velâyet-i İstibdad zorlayıcı velâyet (velâyet-i cebr)den başka bir şey değildir. Velâyet-i şirkette ise veli ile büluğa ermiş kız arasında müşterek bir velâyet söz konusudur; veli kızını rızasını almadan evlendiremez, fakat kız da velisinin izni olmadan evlenemez.[106]

Velâyetin zorlayıcı olup olmamasında mezhepler arasında farklı ölçüler tesbit edilmiştir. Bir başka ifadeyle zorlayıcı velâyetin sebebi Hanefîlere göre küçüklük, Şâfiîlere göre bekaret, Mâlikîlere göre her ikisidir.[107] Buna göre Hanefîlerde bülûğdan itibaren artık zorlayıcı velâyet söz konusu değildir.

c. Veliler

Nikahta veliler iki ana gurup altında incelenmelidir:

aa. *Hususi Veli (Veliyy-i Hâs):* Velayet altında bulunan kimseyi evlendirme yetkisine sahip bulunan akrabalardır. Hangi akrabaların bu guruba dahil olduklarına gelince, hukukçuların ekserisine göre bu guruba dahil olanlar asabe velilerdir.[108] Asabe derecesinde veli bulunmadığı takdirde velâyet umumi veli (veliyy-i âm)ye intikal eder. Şu kadar var ki *Ebû Hanîfe* burada velâyetin

103. Bu yetkiye sahip veliler için bk. İbn Rüşd, II/6-7; Cezirî, IV/51; Abdü'l-Hamîd, 71-72; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 116 v.d.
104. Abdü'l-Hamîd, 77; Şa'bân, 219.
105. Geniş bilgi için bk. Şa'bân, 218 v.d.
106. Bilmen, II/47.
107. Şa'bân, 215-216.
108. Bir kimsenin araya kadın girmeden kendisine bağlanan erkek akrabalarına asabe denir. Geniş bilgi için bk. Abdü'l-Hamîd, 83; Karaman, 405; Kubeysî, 77.

veliyy-i âmma intikalini kabul etmemekte, asabeden sonra bu guruba dahil olmayan usul, fürû ve zevilerhamı içine alan oldukça geniş bir zümreye velâyet hakkı tanımaktadır.[109] Buna göre velilerin sırası şöyle olmaktadır: 1. Asabe 2. Zevilerham.[110] Hanefîlere göre bu velilerin hepsi zorlayıcı velâyet yetkisine sahip olduğu halde, diğerleri asabe zümresi içerisinde çok küçük bir zümreye bu yetkiyi tanımışlardır.

Asabe derecesindeki veliler de kendi aralarında mirastaki sıraya göre sıralanırlar.[111] Bu tertibin önemi şuradadır: Önceki bir veli varken sonraki bir veli velâyeti altındakini evlendiremez. Evlendirirse önceki velinin icazet vermesine kadar bu nikah askıdadır.[112] Yetkili veli, velâyeti altındaki kızı zulmen evlendirmekten kaçınırsa, durum hakime intikal ettirilir. Bu durumda genç kızı hakim evlendirir.[113]

Hususi velinin bu yetkiye sahip olabilmesi için akıl, büluğ ve hürriyet sıfatlarını kendisinde toplamış olması, ayrıca veli ile velâyeti altındaki kimse arasında mirasa mani bir durumun olmaması gerekir.[114] Velinin erkek olması Hanefilere göre şart değilse de diğerlerine göre şarttır.[115]

bb. *Umumi Veli (Veliyy-i Âm):* Hususi velinin bulunmadığı zaman velâyet umumi veliye intikal eder. Umumi veli devlet başkanı ve hakimdir.[116] Umumi velide mirasa ehil olma şartı aranmaz.[117]

d. Bülûğ Muhayyerliği (Hiyârü'l-Bülûğ)

Hanefî mezhebinde çok geniş bir zümreye zorlayıcı velâyet (velâyet-i icbar) yetkisi verildiğinden bunun muhtemel zararlarını önlemek için büluğ muhayyerliği hakkı tanınmıştır. Büluğ mu-

109. Abdü'l-Hamîd, 82; Karaman, 250-251. Ayrıca zevilerham gurubuna dahil akrabaların kimler olduğu hususunda geniş bilgi için bk. Karaman, 417 v.d.
110. Çezirî, IV/26; Kubeysî, 77.
111. Karaman, 250.
112. Cezirî, IV/41; Abdü'l-Hamîd, 87.
113. İbn Rüşd, II/15; Bilmen II/48; Tâc, 96.
114. Abdü'l-Hamîd, 80; Tâc, 88.
115. Cezirî, IV/53.
116. el-Merğınânî, I/207; Cezirî, IV/28; Tâc, 87.
117. Bilmen, II/46.

hayyerliği, velileri tarafından küçükken evlendirilenlerin büluğa erince hakime müracaat ederek istemedikleri evlenmeleri feshettirme hakkıdır.

Baba ve dedeleri tarafından evlendirilenlerin böyle bir hakları yoktur. Bunlar dışındaki veliler tarafından evlendirilenler, büluğe erince hakime başvurarak nikahlarını feshettirebilirler. Hakimin feshine kadar evlilik bütün muteber sonuçlarını doğurur.[118]

G. KEFÂET

Kefâet evlenecek çiftler arasında dinî, iktisadî ve sosyal seviye bakımından bir denkliğin var olmasıdır. Burada esas itibariyle erkeğin kadına denk olması aranırsa da bazı istisnaî durumlarda kadının da erkeğe denk olması gerekir.[119] Hukukçuların ekserisi tarafından kabul edilen kefâet, *Ebu'l-Hasan el-Kerhî* (ö. 340/952) ve *Sevrî* (ö. 161/778) gibi bazı hukukçular tarafından İslamın getirdiği eşitlik anlayışına aykırı olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir.[120]

Diğer mezheplerde az çok farklılıklar olmakla birlikte Hanefî mezhebinde şu altı noktada denklik aranır: Soy, müslüman oluş, dindar oluş, hürriyet, servet ve sanat.[121] Bu noktalardan birinde kadına denk olmayan erkek ona küfüv sayılmaz. Hanefîler kadına evlenme ehliyeti tanımışlar, buna mukabil ailenin bundan zarar görmemesi için de bir çok noktada erkeğin kadına denk olmasını aramışlardır.

Hanefîlerdeki hakim görüşe ve Şâfiîlere göre kefâet lüzûm şartıdır.[122] Bu şarta riayet edilmemişse velinin hakime müracaat ederek nikahı feshettirme hakkı vardır. Evlilik bu fesihle sona erer; feshe kadar muteber bütün sonuçlarını doğurur. Yalnız bu fesih çocuk doğuncaya, bazı hukukçulara göre hamilelik ortaya çıkıncaya kadar mümkündür.[123]

118. el-Merğınânî, I/205; Abdü'l-Hamîd, 73; Bilmen, II/50, 52.
119. Kubeysî, 87-88.
120. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 143 d.n. 1; Karaman, 253; Tâc, 107.
121. Cezîrî, IV/54; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 143; Abdü'l-Hamîd, 99 v.d.
122. Bazı durumlarda kefâet bir lüzum şartı değil bir sihhat şartıdır, bk. Tâc, 106-107.
123. Bilmen, II/71-72; Karaman, 254-255.

H. EVLENME MÂNİLERİ (MUHARREMAT)

Kendisiyle evlenilmesi yasak olan kimseleri (kadınları) iki ana gurupta incelemek gerekir. Buna göre evlenme manileri devamlı ve geçici olmak üzere ikiye ayrılır.

a. Devamlı Evlenme Mânileri

Bunlar taraflar arasındaki evliliği ebedi olarak engelliyen mânilerdir:

aa. *Kan Hısımlığı:* Kan hısımlığı sebebiyle evlenilmesi yasak olan akrabalar dört guruptur: Usûl, fürû, ana babanın fürûu, dede ve ninenin sadece çocukları.[124]

bb. *Sıhrî Hısımlık:* Evlenmeden doğan hısımlık sebebiyle haram olanlar da keza dört guruptur: Usûlün eşleri, fürûun eşleri, eşin usûlü, eşin fürûu. Bu son gurubda eşin fürûunun (kocanın üvey kızları) kocaya haram olması için sadece nikah kafi değildir, nikahla birlikte zifaf da gerekir.[125]

cc. *Süt Hısımlığı:* Çocukla anası dışında ona süt veren kadın ve akrabaları arasında meydana gelen hısımlıktır. Bu hısımlık miras hakkı doğurmazsa da kan ve sıhrî hısımlık gibi bir evlenme mânii meydana getirir. Süt hısımlığı yoluyla evlenilmesi yasak olanlar şunlardır: Sütten olan usûl, fürû, süt ana ve babanın neseb ve sütten olan fürûu, süt dede ve ninenin sadece çocukları, süt usûlün eşleri, süt fürûun eşleri, eşin sütten olan usûl ve fürûu. Bu son durumda koca için fürûun haram olmasında zifaf yine şarttır.[126]

Ekseri hukukçulara göre çocuğun ilk iki yaşı içerisinde emdiği süt, süt hısımlığını doğurur. *Ebû Hanîfe* ve *Mâlik* (ö. 179/795)e göre sütün az veya çok oluşu arasında fark yoktur. *İmam Şâfiî* ise beş doyurucu ve fasılalı emişin şart olduğunu ileri sürmektedir.[127]

b. Geçici Evlenme Mânileri

Bunlar geçici evlenme manileridir; ortadan kalkmaları her zaman mümkündür.

124. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 67; Karaman, 258; Şa'bân, 141; Tâc, 69.
125. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 71; Karaman, 259; Şa'bân, 146 v.d.; Tâc, 70.
126. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 78-79; Şa'bân, 154 v.d.,; Tâc, 71-72.
127. el-Merğınânî, I/233; İbn Rüşd, II/25-26; Karaman, 260; Tâc, 413.

aa. *Başkasının Eşi Olma:* Evli olan veya iddet bekleyen kadınla evlenmek yasaktır.

bb. *İki Akraba ile Birden Evlenme:* Birisini erkek kabul ettiğimizde diğeri ona haram olan iki kadını bir nikah altında birleştirmek yasaktır; iki kız kardeş veya teyze ile yeğeni bir nikah altında birleştirmek gibi. Bunlardan birisini erkek kabul ettiğimizde diğeri ona haram olmaktadır.

cc. *Üç Kere Boşama:* Bir kimse üç kere boşamış olduğu kadını, bu kadın bir başka erkekle evlenip bu evlilik sona ermeden tekrar alamaz.

dd. *Beşinci Kadın:* Dört karısı olan beşinciyle evlenemez.

ee. *Din Farkı:* Müslüman bir erkeğin müşrik bir kadınla, müslüman bir kadının gayr-ı müslim erkekle evlenmesi yasaktır. Yalnız müslüman bir erkek ehl-i kitab (yahudi-hıristiyan) bir kadınla evlenebilir.[128]

Bunlar dışında *Ebû Hanîfe*'ye göre lîân da muvakkat bir evlenme maniidir.[129] Keza kölelik efendilik ilişkisi geçici bir evlenme manii olduğu gibi,[130] hür bir karısı olanın bir cariyeyle evlenmek istemesi durumunda bu birinci evliliği de ikincisi için bir muvakkat evlenme maniidir.[131]

I. EVLİLİĞİN ÇEŞİTLERİ

Nikah akdinin unsurlarından veya inikad, sihhat, nefâz ve lüzûm şartlarından birisinin eksik oluşu akdin neticelerinin ve hukuki niteliğinin farklı oluşunu gerektirir. Keza bu eksikliklerin bir kısmı sonradan telafi edilebildiği halde, bir kısmı ancak akdin yenilenmesiyle telafi edilebilir, bir kısmı ise hiçbir şekilde telafi edilemez. Buna göre evlilik şu guruplara ayrılır:

a. Sahih Evlilik

Unsurları, inikad ve sihhat şartları tamam olan evliliktir. Mevkûf evlilik ilgili tarafın kabulü ile, gayr-ı lâzım (câiz) evlilik fesih

128. Bu geçici maniler için bk. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 88 v.d.; Karaman, 261-262. Şa'bân, 169 v.d.; Tâc, 75 v.d.
129. Bilmen, II/106; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 101-102; Tâc, 80.
130. Bilmen, II/106; Mahmud Esad, *Kitab-ı Nikah ve Talak*, s. 128.
131. Abdü'l-Hamîd, 68; Bilmen, II/106-107; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 100.

hakkının kullanılmamasıyla sihhat kazanır.[132] Böyle bir evlilik, karı koca ilişkisinin helal olması, mehir, nafaka, hürmet-i musâhere, neseb ve karşılıklı mirascılık gibi evliliğin bütün muteber sonuçlarını doğurur.[133]

b. Fâsit Evlilik

Unsurları ve inikad şartları tamam olup, sihhat şartlarında eksiklik bulunan akittir, şahitsiz evlilik gibi.[134] Bazı Hanefî hukukçular bütün akitlerde bâtıl-fâsit ayırımına yer verdikleri halde nikah akdinde böyle bir ayırıma yer vermemekte, ibadetlerde olduğu gibi bâtıl ve fâsidi bir kabul etmektedirler. *Ebû Hanîfe* ise nikahda da bu ayırıma yer vermektedir.[135] Bu yüzden bu ayırımı yapmayan hukukçuların eserlerinde batıl yerine fâsit, fâsit yerine bâtıl tabirinin kullanıldığına rastlanmaktadır.

Fâsit evlilikte tarafların evliliğe devam etmeyip derhal ayrılmaları gerekir. Ayrılmadıkları takdirde hakim kararıyla ayrılırlar. Dolayısıyla fâsit evlilik hiçbir netice doğurmaz. Fakat fâsit evlilik üzerine zifaf olmuşsa bu evlilik şu neticeleri doğurur: 1. Mehr-i misil ile müsemmâdan az olanı; 2. nesebin sabit oluşu; 3. talak iddetinin gerekmesi; 4. hürmet-i musâherenin sabit oluşu.[136]

c. Bâtıl Evlilik

Unsurları veya inikad şartlarından birisi eksik olan evliliktir.[137] Bir müslüman kadının gayr-ı müslim erkekle evlenmesi veya akıl hastasının kendi başına evlenmesi gibi.

Batıl bir evlilik sahih bir evliliğin hiçbir neticesini doğurmaz, tarafların derhal ayrılmaları gerekir. Kendiliklerinden ayrılmazlarsa hakim vasıtasıyla ayrılırlar. Yalnız *Ebû Hanîfe* zifaf olmuşsa mehr-i misil gerekir demektedir.[138]

132. Karaman, 276.
133. Şa'bân, 123-124; Tâc, 62-63.
134. Abdü'l-Hamîd, 42; Şa'bân, 134; Tâc, 65.
135. Linant de Bellefonds, II/156, 160; Karaman, 275; Tâc, 32.
136. Abdü'l-Hamîd, 43; Şa'bân, 134-135; Tâc, 65-66.
137. Şa'bân, 135.
138. Şa'bân, 136; Tâc, 67.

d. Mevkûf ve Gayr-ı Lâzım (Câiz) Evlilik

Mevkûf evlilik unsurları, inikad ve sihhat şartları tamam olan, fakat nefâz şartlarında eksiklik bulunan evliliktir. Mevkûf evlilik icâzet sahibinin icâzetinden evvel fâsit nikah hükmündedir.[139]

Gayr-ı lâzım evlilik diğer şartları tamam olup lüzûm şartlarında eksiklik bulunan evliliktir. Bu evlilikte fesih hakkına sahip olanların evliliği feshettirme hakkı vardır. Birleşmeden önce fesih hakkı kullanılmışsa bu evlilik hiçbir netice doğurmaz. Zifaf vukubulmuşsa feshedilinceye kadar muteber bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur. Bu bakımdan sahih bir evlilikle aralarında bir fark yoktur.[140]

J. EVLİLİĞİN NETİCELERİ

a. Kadının Hakları

aa. *Mehir:* Mehir erkeğin evlenirken kadına verdiği veya taahhüd ettiği para veya maldır. Mehir nikahın şartlarından değil, neticelerinden birisidir. Bu bakımdan nikah esnasında belirtilmese ve hatta verilmeyeceği belirtilse bile kadın yine mehre hak kazanır.[141] Mehir doğrudan doğruya kadının malıdır; diğer mallarında olduğu gibi onda da dilediği gibi tasarruf eder. Erkek mehre cihaz hazırlanması kaydıyla bir ilave yapmamışsa ondan cihaz hazırlamaya zorlanamaz.[142]

Mehrin asgari miktarı hususunda farklı görüşler vardır. Şâfiî ve Hanbelîlere göre mehrin asgari bir miktarı yoktur. Hanefîlerde bu miktar on, Mâlikîlerde üç dirhem gümüştür. Mehrin yukarı sınırı içinse bir miktar tesbit edilmiş değildir.[143] İslam hukukunda mal denebilecek her şey ve maddi bir değeri olan her menfaat mehir olabilir.[144]

Mehir ikiye ayrılmaktadır: Mehr-i müsemmâ ve mehr-i misil. Tarafların üzerinde anlaştıkları mehre mehr-i müsemmâ, kızın

139. Abdü'l-Hamîd, 42; Karaman, 278; Şa'bân, 133-134; Tâc, 63-64.
140. Ebû Zehra, *el-Ahval*, s. 161-162.
141. el-Mergınânî, I/211.
142. Bilmen, II/147-148; Şa'bân, 305-306; Tâc, 178.
143. İbn Rüşd, II/18; Cezîrî, IV/96; Ebû Zehrâ, *el-Ahvâl*, 180-181; Linant de Bellefonds, II/207-208; Şa'bân, 261 v.d.
144. Cezîrî, IV/105; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 183-184; Karaman, 283; Şa'bân, 264.

babası tarafındaki benzer şartlarda bulunan kadınların mehri göz önüne alınarak tesbit edilen mehre de mehr-i misil denir. Evlenme akdi sırasında mehir tesbit edilmez veya tesbit edilen mehirler herhangi bir sebeple fâsit olursa kadına mehr-i misil gerekir.

Mehrin tamamı peşin ödenebileceği gibi, bir kısmı peşin bir kısmı da daha sonra ödenebilir. Peşin ödenen mehre muaccel mehir (peşin mehir), ödenmesi sonraya bırakılan mehre müeccel mehir (vadeli-veresiye mehir) denir. Tatbikat umumiyetle mehrin bir kısmının peşin, bir kısmının daha sonra ödenmesi şeklinde olmuştur.

Sahih bir nikahın mehri gerektirdiği bilinmektedir. Fakat kadının mehrin tamamına hak kazanabilmesi için ya zifaf veya sahih halvet[145] vuku bulmalı veya bundan önce taraflardan birisi vefat etmelidir.[146] Nikahtan sonra fakat zifaf veya sahih halvetten önce bir ayrılık vuku bulur da bu ayrılığa koca sebep olursa kadın mehrin yarısına hak kazanır.[147] Şayet kadın sebep olmuşsa veya erkek büluğ muhayyerliğinden dolayı nikahı feshettirmişse bu durumda kadın mehir namına hiçbir şey alamaz.[148]

bb. *Nafaka:* Nafaka, başkasının yaşamasını temin için kişinin yüklendiği masraflardır. Burada kocanın karısı için yüklendiği masraflar söz konusudur. Nafaka giyecek, yiyecek ve barınacak yer manasında kullanılır, yalnız yiyecek manasında kullanıldığı da vardır.[149] Kocanın nafaka borcuyla mükellef olması için zengin olması gerekmediği gibi, kadının fakir olması da gerekmez. Kadın zengin bile olsa nafaka kocaya aittir.[150]

Kocanın nafaka borcuyla mükellef olabilmesi için sahih bir nikah akdinin yanında kadının fiilen evliliğe hazır bir durumda olması da gerekmektedir.[151] Kocasının evine taşınmayı reddeden veya evlilik için elverişli olmayacak derecede küçük olanlara kar-

145. Sahih halvet kimsenin göremiyeceği veya ansızın gelemiyeceği bir yerde eşlerin başbaşa kalmalarıdır, bk. Karaman, 279.
146. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 196-198; Linant de Bellefonds, II/223; Şa'bân, 281-282; Tâc, 131.
147. Linant de Bellefonds, II/228; Şa'bân, 287.
148. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 214; Şa'bân, 291-292; Tâc, 148-149.
149. Linant de Bellefonds, II/258; Tâc, 206.
150. Tâc, 210.
151. Karaman, 287.

şı kocanın bir nafaka borcu yoktur.[152] Belirtilen şartlar gerçekleştiğinde eş nafakaya hak kazanmış olur; bunun için hakimin hükmüne veya tarafların rızasına ihtiyaç yoktur.[153]

Kocanın karşılamakla yükümlü olduğu nafakanın şümulüne yiyecek, giyecek, mesken, tedavi ve ilaç ve bazı durumlarda hizmetçi masrafları girer.[154] Koca lüzumlu eşyalarıyla birlikte gücüyle mütenasib müstakil bir mesken temin etmekle mükelleftir. Koca karısının rızası olmadan gayr-ı mümeyyiz çocuğundan başkasını —mesela varsa ikinci karısını— bu evde oturtamayacağı gibi, kadın da küçük çocuğu dahil hiçbir yakınını bu evde oturtamaz.[155] Tedavi masraflarına gelince eski hukukçular kocanın doktor ve ilaç masraflarını karşılama mecburiyeti yoktur demekteyseler de çağdaş İslam hukukçuları kocanın bu mükellefiyetinin var olduğu kanaatindedirler.[156]

Nafakanın normal olarak temini, kocanın evinin ihtiyaçlarını gidermesi şeklindedir. Koca bu vazifeyi yerine getirmezse kadın mahkemeye müracaatla nafaka takdir ettirebilir.[157] Kocanın bu vazifeyi yerine getirmemesi, kasden evini ihmal etmesi şeklinde olabileceği gibi, nafaka bırakmadan yolculuğa çıkması veya gâib olması şeklinde de olur. Nafaka takdir edilirken karı kocanın durumu birlikte dikkate alınır. Yalnız kocanın durumu dikkate alınır diyenler de vardır.[158] Nafaka takdirinden sonra fiyatlardaki değişikliğe göre takdir edilen bu miktar arttırılıp eksiltilebilir.[159]

Takdir edildiği halde karısının nafakasını temin etmeyen kocanın, hakim, varsa görünen mallarını nafakayı temin etmek için satmak ve kocayı ödemeye zorlamak için hapsetmek hakkına sahiptir.[160] Şayet koca fakirse bu durumda hakim hapis kararı vere-

152. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s.247, 250.
153. Bilmen, II/447.
154. Linant de Bellefonds, II/259-261; Karaman, 286-287.
155. Tâc, 225. Bazı hukukçular kocanın akrabalarını evinde oturtamamasını, kadının rızasına değil, bundan zarar görmemesi şartına bağlarlar, bk. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 256; Şa'bân, 329.
156. Kubeysî, 147 v.d.; Tâc, 212.
157. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 253.
158. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 254; Linant de Bellefonds, II/262; Şa'bân, 324-325; Abdü'l-Hamîd, 204-205.
159. Bilmen, II/448; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 253.
160. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 259-261; Şa'bân, 331. Yalnız burada Ebû

mez; sadece karı için nafaka takdir edip, borç isteme (istidâne) için kadına izin verir. Böylece nafaka borcu düşmekten kurtulup kocanın durumunun düzelmesine kadar zimmetinde bir borç olarak kalmaktadır.[161] Borç isteme (istidâne)ye iznin faydası şuradadır ki izinden sonra nafaka borcu kuvvetli bir borç olmakta, ancak ödeme veya ibra ile düşmekte[162] ve borca doğrudan doğruya koca da muhatap olabilmektedir.[163] Aksi takdirde birikmiş nafaka borcu Hanefîlere göre zayıf bir borçtur; ölümle, talakla ve kadının itaatsiz olmasıyla düşer.[164] Kocanın nafakadan aczi durumunda bu imkanın dışında bir kazâî boşanma (tefrik) hakkının olup olmadığı mezhepler arasında tartışma konusudur. Hanefîler bunu tanımaz, diğer mezhepler belirli şartlarla tanırlar.[165]

Kadın kocasının izni olmaksızın evini terkederse, terkettiği süre içerisinde itaatsiz (nâşize) durumuna düşer ve nafaka hakkı kaybolur. Kocasının izni olmadan evi dışında bir işte çalışan kadın da itaatsiz sayılır.[166]

Kocanın karısına adalet ve iyilikle muamele etmesi de kadının koca üzerindeki haklarındandır. Ahlaki yönü ağır basan bu hak üzerinde ayrıca durulmayacaktır.[167]

b. Kocanın Hakları

Geçerli bir evlilikte kocanın da bir takım hakları vardır ki bunlar kadın için birer borç teşkil ederler. Özet olarak bunlar kadının kocasına itaati, kocanın evinde ikamet ve onu gözetmesi ve kocanın izni olmadan burayı terketmemesidir.[168]

Şüphesiz ailede huzur ve saadetin temini için karı-kocaya bir takım hak ve borçlar daha terettüp etmektedir ki bunlar hukuki

Zehra hakime kocayı hapis ve mallarını satma hakkını birlikte tanırken, Şa'bân kocanın görünen bir malı yoksa ancak hapis imkânından bahsetmektedir.

161. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 259; Şa'bân, 331-332.
162. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 264; Tâc, 233.
163. Şa'bân, 332.
164. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 268; Şa'bân, 335.
165. el-Mergınânî, I/313; Bilmen, II/464 v.d.
166. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 250-251.
167. Geniş bilgi için bk. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 184 v.d.; Şa'bân, 343.
168. Geniş bilgi için bk. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 170 v.d.; Şa'bân, 346 v.d.

olmaktan ziyade ahlakidir. Bu yüzden üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

K. EVLİLİĞİN SONA ERMESİ

a. Tarif ve Mahiyeti

Evlilik birliğinin herhangi bir sebeple sona ermesidir. İslam hukuku bu sona erişin usullerini, çeşitlerini ve neticelerini ayrı ayrı düzenlemiştir. Bu sona eriş bazen akitteki bir bozukluktan, bazen de taraflardan birisinin bunu arzu etmesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre evliliğin sona ermesi başlıca iki yolla olmaktadır: Fesih ve talak.

b. Talakla Fesih Arasındaki Farklar

Talak evlilik birliğinin kocanın, bazı istisnaî durumlarda kadının veya her ikisinin irade beyanıyla veyahut da hakimin hükmüyle sona ermesidir. Fesih ise akit anında veya sonradan meydana gelen bir eksiklik veya bozukluk sebebiyle evliliğin bozulmasıdır. Akitteki sihhat şartlarından birisinin eksik oluşu akit anındaki eşlerden birinin sonradan irtidat etmesi (dinden dönmesi) akitten sonraki bozukluğa misal olabilir.[169]

Bir ayrılığın talak mı yoksa fesih mi sayılacağı hususunda mezhepler ve bir mezhep içerisindeki hukukçular arasında farklı görüşler ve bunun tesbiti için farklı ölçüler bulunmaktadır.[170]

Talakla fesih arasında yalnız mahiyetleri itibariyle değil, sonuçları itibariyle de farklılıklar vardır. Bunları şu şekilde özetleyebiliriz :

aa) Fesih evlilik birliğine derhal son verir. Talaka gelince bâin talak evlilik birliğine derhal son verirse de, rîcî talak ancak iddetin bitiminde bu birliğe son verir; bu ana kadar geri dönüş imkanı daima vardır.[171]

169. Karaman, 293.
170. Geniş bilgi için bk. Mahmut Esad, age 137-138; Linant de Bellefonds, II/308-309; Karaman, 293; Şa'bân, 361 v.d.; Tâc, 338 v.d.
171. Abdü'l-Hamîd, 243-244; Linant de Bellefonds, II/307; Şa'bân, 364; Karaman, 293.

bb) Fesih talak adedini azaltmış olmaz. Halbuki kullanılan her talak kocanın sahip olduğu üç talak hakkını azaltır.[172]

cc) Zifaftan önce fesih yoluyla ayrılmalarda mehir gerekmediği halde, talak yoluyla olan ayrılmalarda belirli şartlarla mehr-i müsemmânın yarısı veya mut'a gerekir.[173]

L. TALAK

a. Muhtevâ ve Özellikleri

Talak kelimesi genel olarak hem kocanın tek taraflı bir irade beyanıyla yaptığı boşamayı, hem de karısıyla bir bedel karşılığında anlaşarak yapmış olduğu boşanmayı (muhâlaa) ve hem de hakimin kararıyla meydana gelen boşanmaları içine alır. Esasen boşanmanın kimin iradesiyle, ne zaman ve hangi şartlar dahilinde gerçekleşeceği noktasında aralarında ayrılıklar olmakla birlikte her üç boşanma nevi de müşterek hükümlere sahiptir. Ne var ki çağdaş İslam hukukçuları talak başlığı altında kocanın tek taraflı boşamasını ele almakta, diğer iki boşanma nevini muhalaa ve tefrik başlıkları altında incelemektedirler. Üç boşanma nevi arasındaki farklılıkları göstermesi ve konunun daha iyi anlaşılmasını temin etmesi bakımından bu üçlü ayırım daha isabetli olduğu için talak adı altında esas itibariyle tek taraflı irade beyanıyla yapılan boşamayı inceleyecek, muhalaa ve tefriki ayrıca tetkik edeceğiz.

Talak bilhassa şu özellikleriyle belirgin olmaktadır: O münhasıran kocanın hakkıdır. Sebepsiz olarak boşama dinen hoş görülmese bile koca boşama esnasında hukuken bir sebebe dayanmak zorunda değildir. Keza talakta koca karısının rızasını almak zorunda değildir. Son olarak talakın geçerli olabilmesi için bir hakim kararına da ihtiyaç yoktur.

b. Talakın Şartları

aa. Kocaya Ait Şartlar

1) Talaka başvuran kimsenin bizzat koca olması gerekmektedir. Koca bu hakkı bizzat kullanabileceği gibi, vekili veya elçisi

172. Abdü'l-Hamîd, 244; Linant de Bellefonds, II/307; Karaman, 293; Şa'bân, 364 Tâc, 239.
173. Linant de Bellefonds, II/308; Kubeysî, 169; Şa'bân, 364.

vasıtasıyla da kullanabilir.[174] Koca boşanma yetkisini karısına da vermişse (tefvizü't-talak) bu tefvizde kullanılan ifadeye göre kadın ya o anda veya dilediği zamanda boşanma hakkına sahiptir.[175] Bu arada karısına boşanma yetkisi veren kocanın talak yetkisinin kendisi için daima var olduğunu da unutmamak gerekir.

Eksik ehliyetlileri ve ehliyetsizleri velileri bazı şartlarla evlendirebilirlerse de, bunların eşlerini onlar adına boşayamazlar.[176] Dolayısıyla bir akıl hastasını evlendiren veli, onun adına karısını boşama yetkisine sahip değildir.

2) Kocanın tam ehliyetli, bir başka ifadeyle akıllı ve büluğa ermiş olması gerekir. Çocuğun ve akıl hastasının boşaması geçerli değildir.[177] Sefih de aile hukuku bakımından tam ehliyetli kabul edilir; talakı geçerlidir.[178]

Bu şartların dışında kocada daha başka şartların bulunmasının gerekip gerekmediği hususunda görüş ayrılıkları vardır. Bu bakımdan sarhoşun ve mükrehin talaklarının geçerli olup olmadıkları tartışmalıdır.

Sarhoşluk veren maddeyi ilaç v.s. gibi mübah bir şekilde alan kişinin talakının geçerli olmadığı hususunda hukukçular arasında görüş birliği vardır, İhtilaf, haram yolla sarhoş olanın talakındadır. Hukukçuların ekserisine, özellikle Hanefîlere, *Mâlik*, *Şâfii* (bir görüşüne göre) *Said b. Müseyyeb*, *Şâbî* ve *Evzaî*'ye göre sarhoşun talakı geçerlidir.[179] *Hz. Osman*, *Ömer b. Abdülaziz*, Hanefî hukukçulardan *Tavahî* (ö 321/933) ve *Kerhî*'ye, Hanbelîlerin bir görüşüne ve *Müzenî*'ye göre hangi yolla olduğuna bakılmaksızın sarhoşun talakı geçersizdir.[180]

Canı veya malı ağır bir şekilde tehdit edilen ve bu tehdidi başka bir sekilde defetmeye gücü yetmeyen mükrehin talakı Hanefî

174. Abdü'l-Hamîd, 257; Karaman, 298.
175. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 347 v.d.; Şa'bân, 454.
176. Linant de Bellefonds, II/327; Abdü'l-Hamîd, 257.
177. İbn Rüşd, II/81-82; Cezîrî, IV/381-383; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 307; Tâc, 354-355; Abdü'l-Hamîd, 357.
178. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 311; Tâc, 256.
179. İbn Rüşd, II/82; Karaman, 299.
180. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 308-309; Karaman, 299; İbn Rüşd, II/82.
181. İbn Rüşd, II/92; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 308; Karaman, 298-299;

mezhebi dışındaki ekseri hukukçulara göre geçerli değildir. Hanefî hukukçulara ve *İbrahim en-Naha'î* (ö. 76/695), *Şa'bî* (ö. 110/728)'ye göre mükrehin talakı geçerlidir. Zira mükrehin bu hususta rızası yoksa da irade ve ihtiyarı vardır.[181]

Şaka ile talak *Ebû Hanîfe* ve *Şâfiî* başta olmak üzere hukukçuların ekserisine göre geçerlidir; zira şakanın ciddi gibi geçerli olduğu üç yerden birisi de talaktır.[182]

bb. Kadına Ait Şartlar

Talaka muhatap olan kadının boşayanın eşi olması gerekmektedir. Halen evli olan veya ric'i talak iddeti bekleyen kadın hakkında talakın geçerli olduğu hususunda görüş birliği vardır. Büyük ayrılık (beynûnet-i kübrâ) olmamak kaydıyla bâin talak iddeti bekleyen kadın hakkında yeni bir talakın geçerli olduğunu Hanefîler kabul ederler. Fakat Hanbelî, Mâlikî ve Şâfiîler kabul etmezler. Bunlara göre böyle bir kadına tekrar talak verilemez.[183]

c. Talak İçin Kullanılan Sözler ve Talakın Adedi

Boşamayı ifade etmek için kullanılan sözler iki türlü olur: Sarih ve kinayeli. Sarih sözler boşama iradesi kendisinden açık olarak anlaşılan ve örfen daha ziyade boşama için kullanılan sözlerdir. Talak niyetine ve halin delaletine ihtiyaç duyulmaksızın bu sözlerle yapılan boşamalar geçerli olur.[184]

Kinâye ise sözün hem talaka hem de başka bir manaya delaleti olmasıdır. Kinâyeli sözlerle yapılan talak, durumun talak iradesine delalet etmesiyle veya niyetle geçerli olur.[185]

Talak adedi üçtür; koca gerek ric'î olsun gerek bâin olsun karısını üç defa boşamak hakkına sahiptir. İlk ikisinde dilerse belirli şartlarla karısına tekrar dönebilir.[186] Koca üçüncü talak hakkını da kullanmışsa, boşamış olduğu karısıyla bu kadın bir başka erkekle evlenip zifaftan sonra boşanma veya ölümle bu evlilik so-

182. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 308; Karaman, 302; Şa'bân, 409.
183 Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Ank. 1976, s. 43-44; Şa'bân, 410-411.
184. Abdü'l-Hamîd, 265; Şa'bân, 412.
185. Ebû Zehra *el-Ahvâl*, 315-316; Abdü'l-Hamîd, 265-266; Şa'bân, 413.
186. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 324.

na ermeden tekrar evlenemez.[187] Bu üçüncü boşanmaya büyük ayrılık (beynûnetü'l-kübrâ) denir.

Ayrı ayrı yapılan talaklarda hukukçular arasında bir ihtilaf yoktur. Fakat üç talakın birden veya bir temizlik içerisinde vukubulması durumunda, bunun bir talak mı üç talak mı olduğu hususunda hukukçular arasında ihtilaf vardır. Dört mezhep kurucusuna ve hukukçuların ekserisine göre bir anda verilen üç talak, üç talak olarak geçerlidir.[188]

Ali b. Ebî Tâlib (ö. 40/661), *İbn Mes'ûd* (ö. 32-33/652), *Ebû Musa'l-Eş'arî* (ö. 103/721-722), *İbn Teymiye* (ö. 728/1327), *İbn Kayyım* (ö. 751/1350) ve diğer bazı hukukçulara göre bir temizlik içerisinde verilen üç talak, bir talak olarak geçerlidir.[189]

Şia-İmamiyye mezhebinden bazı hukukçulara atfedilen bir üçüncü görüş daha vardır ki buna göre bir temizlik içerisinde verilen üç talak bid'î talaktır; asla geçerli değildir.[190]

d. Talakın Kısımları

Talakın kısımlarını iki ana gurup altında ele almak gerekir:

aa. Dönülebilir Olup Olmamasına Göre

1. *Ric'î Talak (Dönülebilir Boşama):* Kocaya, yeni bir nikaha ihtiyaç duymaksızın boşadığı eşine dönme imkanı veren boşama şeklidir. Bir ric'i talaktan bahsedebilmek için daha önce evliliğin zifafla fiilen başlamış bulunması ve talakın sarih sözlerle, şiddet ve mübalağa ifade eden sözler kullanılmaksızın yapılmış olması gerekmektedir. Ayrıca bu boşamanın üçüncü boşama olmaması gerekmektedir.[191] Bu durumda koca, boşanma iddeti içerisinde olmak şartıyla karısının rızasını almaksızın ve tabiatıyla yeni bir nikaha ve mehre muhtaç olmaksızın karısına dönebilir.[192] Dönme sözle olabileceği gibi, Hanefilere göre evlilik hayatına devam et-

187. Cin, *Evlenme*, s. 116.
188. İbn Rüşd, II/61; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 324; Karaman, 306; Şa'bân, 389.
189. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 326; Karaman, 307; Şa'bân, 389.
190. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 325; Karaman, 307; Şa'bân, 309.
191. Karaman, 303.
192. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 333.

mek suretiyle fiilen de olabilir.[193] Dönüşün şahitlerle tesbiti Şafiîlere göre şart, diğer üç mezhebe göre müstehaptır.[194]

Ric'i talakta evlilik iddet bitene kadar devam eder kabul edilmektedir. Bu yüzden iddet bitene kadar ric'i talak mirascılığa mani olmadığı gibi, boşanmaya kadar vade tanınmış olan mehrin de vadesi gelmiş kabul edilmez.[195]

2. *Bâin Talak (Ayırıcı Boşama):* Kocaya, boşadığı eşine ancak yeni bir nikahla dönme imkanı veren boşama şeklidir. Bu boşama üçüncü boşama ise yeni bir nikah da kâfi değildir; boşanan eşin bundan önce yeni bir evlilik geçirmiş olması gerekmektedir.

Bâin bir talaktan bahsedebilmek için ya boşamanın nikahtan sonra, fakat zifaftan önce vukubulmuş olması veya bir bedel karşılığında meydana gelmesi (muhâlaa) veyahut da üçüncü talak hakkının kullanılmış olması gerekmektedir.[196] Kinayeli sözlerle veya şiddet ve mübalağa ifade eden kelimelerle yapılan talaklar da Hanefîlere göre bâin talaktır. Fakat Şâfiîler ve Hanbelîler bunun bâin değil bir ric'î talak olduğu görüşündedirler.[197]

Bâin talak evlilik birliğine derhal son verir. Buna bağlı olarak da talak vadeli mehrin vadesi gelmiş kabul edildiği gibi, bu nevi talak mirasçılığa da mânidir.[198] Şu kadar var ki koca ölüm hastalığında (maraz-ı mevt) karısını, rızası olmaksızın bâin talakla boşarsa, boşanma geçerli olmakla beraber karısı iddet beklerken koca ölürse, kadın kocasına mirasçı olur.[199]

bb. Sünnete Uygunluğuna Göre

1. *Sünnî Talak:* Sünnete uygun boşamadır. Sünnete uygun olabilmesi için de kadının bir temizlik devresinde ve onunla cinsi münasebette bulunulmadan yapılması ve talakın da ric'i talak olması gerekmektedir. Bu bir talaktan sonra iddetin bitmesi beklenebileceği gibi, ondan sonraki iki temizlik devresinde iki talak da-

193. el-Mergınânî, I/273; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 334.
194. İbn Rüşd, II/85; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 334; Tâc, 306.
195. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 333; Karaman, 324-325; Şa'bân, 419.
196. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 330; Karaman, 303-304; Şa'bân, 416-417; Tâc, 270-271.
197. el-Mergınânî, I/250-251; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 331; Tâc, 270-274.
198. Karaman, 325; Şa'bân, 194.
199. el-Mergınânî, I/269; Ebû Zehra, el-Ahvâl, 341; Şa'bân, 434-435.

ha verilip üç talak hakkının tamamı da kullanılabilir. Hanefîlere göre bu da sünni bir talaktır.[200]

2. *Bid'î Talak:* Sünnete aykırı boşamadır. Kadın hayızlı iken veya temizlik devresinde fakat cinsi münasebette bulunulduktan sonra boşanırsa veya bir temizlik devresinde birden fazla boşanırsa bu durumlarda bir bid'î talak söz konusudur.[201]

Talakın sünnî-bid'î ayırımının hukuki sonuçlarına gelince hukukçuların ekserisine göre bid'î talak, bu yola başvuran kimse dinen günahkar olmakla birlikte hukuken sünnî talak gibi geçerlidir. Şiî-İmamiyye hukukçularına, *İbn Teymiye* ve diğer bazı hukukçulara göre ise bid'î talak geçerli değildir.[202] Şu kadar var ki bir temizlik içerisinde verilen birden fazla talak İmamiyyeye göre hiç geçerli olmadığı halde, *İbn Teymiye* ve *İbn Kayyım*'a göre bir talak olarak geçerlidir.[203]

e. Talakın Şarta veya Vadeye Bağlanması

Kocanın boşamayı ifade eden irade beyanı kayıtsız ve şartsız olabileceği gibi, geciktirici (talikî) bir şarta veya vadeye de bağlanabilir. Bu vasfıyla talak nikâhtan ayrılmaktadır.[204] Talakta kullanılan irade beyanı kayıtsız şartsızsa buna müneccez talak, tâlikî bir şarta bağlanmışsa buna muallak talak, vadeye bağlanmışsa buna da muzâf talak denmektedir.[205]

Tâlikî bir şarta bağlanma durumunda, talak bu şart gerçekleştiği anda hüküm ve neticelerini doğurur. Bu şart gerçekleşene kadar, evlenme bütün hüküm ve neticeleriyle devam eder.[206] Şartlı talakın yemin yerinde kullanılması durumunda ise hukukçuların ekserisine göre bu da normal bir şartlı talaktır; şart gerçekleşirse talak da gerçekleşir. *İkrime* (ö. 150/767), *Şureyh* (ö. 78/697), *İbn*

200. el-Mergınânî, I/237-238; İbn Rüşd, II/63-64; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 305-306; Linant de Bellefonds, II/323; Karaman, 304.
201. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 306; Linant de Bellefonds, II/323; Karaman, 305.
202. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 306-307; Linant de Bellefonds, II/323-324; Karaman, 305 v.d.; Kubeysî, 204.
203. Ebû Zehra, el-Ahvâl, 325-326; Karaman, 305 v.d.; Kubeysî, 204 v.d.
204. Cin, *Boşanma*, 57.
205. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 317; Şa'bân, 439-440.
206. Cin, *Boşanma*, 59-60.

Teymiye İbn Kayyım ve diğer bazı hukukçulara göre ise bu durumda şart gerçekleşse de talak vaki olmaz.[207]

Vadeye bağlanması durumunda da talak, bu vade geldiğinde gerçekleşir.

M. MUHÂLAA (KARŞILIKLI RIZA İLE BOŞANMA)

İslam hukuku esas itibariyle boşama hakkını kocaya vermiştir. Bununla beraber kadının da bazı durumlarda söz hakkı bulunmaktadır. Erkek istemediği bir evlilikten dilediği anda kurtulma imkanına sahiptir. Fakat bu evliliğin devamını kadın istemezse veya devamından maddî manevî büyük zarar görürse, bu durumda evlilikten kurtulmak için kadının elinde ne gibi imkanlar vardır?

Bazı hukukçular İslam hukukunda boşanmanın yalnız erkeğe has olduğunu ve kadının böyle bir hakkının bulunmadığını ileri sürmekteyseler de[208] kadın istemediği bir evlilikten iki yolla kurtulma imkanına sahiptir: Ya kadın bir mal, umumiyetle mehir alacağı karşılığında kocasını kendisini boşamaya razı eder (muhâlaa), veya belirli durumlarda mahkemeye müracaatla kazaî boşanma (tefrik) talebinde bulunur. Muhâlaada kocanın rızası gerektiği halde, tefrikte bu rıza aranmaz. Bu arada kadın evlenirken boşama yetkisinin kendisinde de olacağı şartını ileri sürmüş, koca da bu şartı kabul etmişse kadının dilediği zaman boşanma yetkisinin bulunduğunu unutmamak gerekir. Netice olarak diğer mezhepler de göz önüne alındığında kadının madden ve manen evlilikten zarar gördüğü birçok durumda boşanma imkânına sahip olduğu, bu haktan mahrum kalmadığı görülmektedir. Ne var ki kadın, koca gibi tek taraflı bir irade beyanıyla —tefvîz-i talak müstesna— boşanamaz. Kadının boşanmasında bir hakim kararı zaruridir.

Muhâlaa veya hul' kadının kocasına vereceği bir bedel karşılığında evlilik bağından kurtulmasıdır.[209] Muhâlaada kocanın talak

207. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 321-322; Kaman, 309; Kubeysî, 234-235; Şa'bân, 444.
208. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, «Boşanma sebeplerinin hukuk tarihi, kilise hukuku ve hukuk politikası bakımından umumi surette tetkiki», *Cemil Bilsel'e Armağan*, İst. 1939, s. 669-671.
209. Abdü'l-Hamîd, 326.

ehliyetine sahip olması kâfi ise de kadının boşanan kadında bulunması gereken şartlar yanında mameleki üzerinde serbestçe tasarruf edebilme ehliyetine de sahip olması,[210] bir başka ifadeyle malî muameleler bakımından tam ehliyetli olması gerekmektedir. Çünkü muhalaa kadın bakımından iki tarafa borç yükleyen bir akittir.[211] Bu bakımdan akıl hastası bir kadınla veya reşit olarak bülûğa ermemiş bir kadınla geçerli olarak muhâlaa yapılamaz.[212]

Muhâlaa bedeli olarak, mehir konusu olabilen her türlü mal kararlaştırılabileceği gibi, çocuğa ücretsiz olarak bir müddet süt vermek, büyütmek gibi menfaatler de kararlaştırılabilir.[213] Koca muhâlaa bedeli olarak az veya çok bir miktar tesbit edebildiği halde, muhâlaaya yol açan geçimsizlik karısı tarafından ise verdiği mehirden fazlasını, kendi tarafından ise vermiş olduğu mehri alması dinen hoş karşılanmamıştır.[214] Muhâlaa mutlak olarak zikredilip ne karşılığı yapıldığı belirtilmezse *Ebû Hanîfe*'ye göre mehir ve birikmiş nafaka borçları karşılığında yapılmış sayılır.[215]

Muhâlaa bir bâin talak kabul edilir[216] ve bununla bir talak hakkı kullanılmış olur.

N. TEFRİK

Biraz önce de ifade edildiği gibi kadın bazı durumlarda kazaî boşanma (tefrik) hakkına sahiptir. Fakat kadının tek taraflı irade beyanıyla bu boşanma gerçekleşmez; hakimin hükmü şarttır. Hakimin hükmüne kadar evlilik bütün muteber sonuçlarını doğurur. Halbuki kocanın boşamasında ayrıca hakimin kararına ihtiyaç yoktur. Çağdaş İslam hukuku terminolojisinde hakimin kararıyla gerçekleşen bu boşanma nevine tefrik denmektedir.

Mezhepler tarafından kabul edilen tefrik sebepleri karşısında hakimin durumu çoğu kere bir tesbitten ibarettir, takdir hakkı umumiyetle sınırlıdır. Mezhepler tarafından kabul edilen bir tefrik sebebini tesbit eden hakim tefrike hükmetmek zorundadır.

210. Linant de Bellefonds, II/430; Cin, *Boşanma*, 73.
211. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 353; Şa'bân, 462.
212. Linant de Bellefonds, II/431-432.
213. Abdü'l-Hamîd, 331-332; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 355; Cin, *Boşanma*, 76; Şabân, 465.
214. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 354; Abdü'l-Hamîd, 334-335.
215. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 353; Tâc, 334; Mahmud Esad, age, 182.
216. Abdü'l-Hamîd, 335; Şa'bân, 468.

Hanefî mezhebinde kazâî boşanma hakkı doğuran sebepler çok sınırlıdır. Diğer mezheplerde ise bu sınır daha geniştir. Şimdi diğer mezhepleri de göz önüne alarak umumiyetle kabul edilen kazâî boşanma durumlarını teker teker gözden geçirelim.

a. Hastalık ve Kusur Sebebiyle Tefrik

Burada iki nevi hastalık ve kusur birbirinden ayrılmaktadır:

aa. *Erkekte bulunan iktidarsızlık v.s. gibi cinsi münasebete mâni kusur ve hastalıklar.* Bu nevi bir hastalık ve kusurun tefrik sebebi olduğu noktasında hukukçular görüş birliği içerisindedirler. Esasen Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf yalnız bu guruba giren bir hastalık sebebiyle tefrike izin vermektedirler.[217]

bb. *Delilik, cüzzam ve baras (alaca hastalığı) gibi hastalıklar.* Bu hastalıkların tefrik sebebi olmasını hanefî hukukçulardan *Muhammed* ve diğer üç mezhep kurucusu kabul eder, *Ebû Hanîfe* ve *Ebû Yusuf* kabul etmezler.[218]

Muhammed'e göre bu kusur ve hastalıklardan dolayı tefrik talebinde sadece kadın bulunabilir. Kocanın talak yetkisi olduğundan karısında böyle bir hastalık bulunması durumunda tefrik talebinde bulunamaz. Diğer mezheplere göre karı olsun koca olsun kusur kimde ise karşı taraf tefrik talebinde bulunabilir.[219]

Bu guruba giren bir hastalık ve kusur sebebiyle kadının tefrik talebinde bulunabilmesi için akit anında bu hastalık ve kusuru bilmemesi ve öğrendikten sonra da razı olmaması gerekir. Aksi halde tefrik talebinde bulunamaz.[220] Kadının rızasını bildirmeden bir müddet beklemesi rıza sayılmaz.

Umumiyetle bu hastalıklar sebebiyle hakime başvurulduğunda hastalık iyi olabilecek gibi ise, hakim tefriki bir sene tecil eder, iyi olma ümidi yoksa derhal tefrike hükmeder.[221] Bu tefrik bir bâin talaktır.[222]

217. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 335; Şa'bân, 468.
218. Kâsânî, II/327; İbn Rüşd, II/51; Tâc, 351.
219. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 382; Karaman, 314; Şa'bân, 482-483.
220. Kâsânî, II/322 v.d.; Şa'bân, 486.
221. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 379; Şa'bân, 487-488.
222. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 380; Şa'bân, 490; Tâc, 350.

Bazı hukukçular karşı tarafta nefret uyandıran veya karşı tarafa zarar veren her türlü kusur ve hastalığın her iki taraf için de tefrik sebebi olduğunu kabul ederler.[223]

b. Kocanın Nafakayı Temin Etmemesi Sebebiyle Tefrik

Kocanın karısının nafakasını temin etmemesi iki türlü olur: Koca gücü yettiği halde karısının nafakasını temin etmez veya gücü yetmediği için temin edemez. Her iki halde de Hanefîler kadının tefrik hakkının bulunduğunu kabul etmezler.[224] Bu durumda kadın nafakasını temin için tefrik dışında hukukun kendisine tanıdığı diğer imkanlardan istifade eder.[225] Diğer üç mezhebe göre ise aralarında farklılıklar olmakla birlikte koca karısının nafakasını temin etmez ve görünen bir malı da olmazsa, kadın hakime müracaatla tefrik talebinde bulunabilir.[226]

İbn Kayyım ise daha değişik bir görüş ileri sürmektedir: Kadın fakirliğini bilerek evlendiği veya sonradan fakir düşen kocasına karşı nafaka temin edememesi sebebiyle tefrik talebinde bulunamaz. Ancak koca fakirliğini gizlemiş ve kadın aldatılmış ise, ancak bu durumda kadın tefrik talebinde bulunabilir.[227] Esasen İmam Mâlik de kocasının fakirliğine razı olan kadının sonradan tefrik talebinde bulunamıyacağı görüşündedir.[228]

Bu tür tefrik *Şâfiî* ve *Ahmed b. Hanbel* (ö. 241/855)e göre bir fesih *Mâlik*'e göre bir ric'î talaktır. Fakat bu talakta kocanın dönüş hakkını kullanması için bu tefriki icabettiren sebebin ortadan kalkmış olması gerekmektedir.[229]

223. Karaman, 314; Şa'bân, 485.
224. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 371-372; Tâc, 352. Fındıkoğlu, *Code Familial*, s. 8-9 da sahife numarası vermeden İbrahim Halebîden naklen Ebû Hanîfe'ye göre kocanın nafaka borcunu yerine getirmemesi durumunda kadının ayrılmayı talep hakkının bulunduğunu zikretmedir ki zühul eseri olarak kaleme alınmış olsa gerektir. Halebî'nin en önemli eseri olan Mülteka'da tam tersine böyle bir boşanma hakkının bulunmadığı açıkca belirtilmektedir. İbrahim Halebî, *Mülteka'l-Ebhur*, İzmir 1303, s. 73-74.
225. Kadının Hanefi mezhebinde sahip olduğu imkânlar için bk. s. 33-34.
226. İbn Rüşd, II/52; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 375; Abdü'l-Hamîd, 307; Kubeysî, 276.
227. Karaman, 317.
228. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 375; Şa'bân, 481.
229. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 376; Şa'bân, 481.

c) Kocanın Kaybolması Sebebiyle Tefrik

Burada iki durum söz konusu olmaktadır: Kocanın mefkûd olması, gâib olması. Kaybolup kendisinden haber alınamayan, ölümü diri mi olduğu bilinemiyen kimseye mefkûd, evini terkedip giden hayatta olduğu halde evine gelmeyen kimseye gâib denir.[230]

Mefkûd için Ebû Hanîfe ve Şâfiî'ye göre yaşıtlarının hayatı kadar bir müddet beklenir. *Mâlik*'e göre ise karısının tefrik talebinde bulunabilmesi için dört yıl beklenmelidir. *Ahmed b. Hanbel* ise mefkûdun ölümü kuvvetli bir ihtimal ise dört yıl, aksi takdirde ömür boyu beklenmelidir demektedir.[231]

İslam hukuku kavramı olarak gâiblik bugünkü Türk hukukundaki terke benzemektedir. Hanefî ve Şâfiî hukukçulara göre kocası gâib olan kadının tefrik hakkı yoktur.[232] Mâlikîler ve Hanbelîler ise kocanın gaibliği uzar ve kadın da bundan zarar görürse geride karısının ihtiyaçlarını karşılayabilecek mal bırakmış bile olsa, kadının tefrik hakkının bulunduğunu kabul etmektedirler.[233] Yalnız Hanbelîler bu gaibliğin bir özre dayanmaması gerektiğini de ilave ederler. Bir özre dayanırsa bu durumda kadın tefrik talebinde bulunamaz.[234] Mâlikîlere göre gâiblik bir sene veya daha fazla, Hanbelîlere göre altı ay veya daha fazla sürerse hakim belirli şartlarla tefrike hükmeder.[235] Bu ayrılık Malikîlere göre bir bâin talak, Hanbelîlere göre fesihtir.[236]

d) Fena Muamele ve Geçimsizlik Sebebiyle Tefrik

Fena muamele ve geçimsizlik sebebiyle tefrikte mezhepler farklı görüşlere sahiptir. *Ebû Hanîfe* ve *Şâfiî*'ye göre fena muamele sebebiyle tefrik mümkün değildir. *Ahmed b. Hanbel* ve *Mâlik*'e göre ise fena muamele ve geçimsizlik durumunda hakim tefrike hükmeder.[237]

Mâlikîlere göre kadın kendisine fena muamelede bulunan kocasının durumunu hakime bildirir ve tefrik talebinde bulunur da

230. Karaman, 315.
231. İbn Rüşd, II/52; Karaman, 315-316.
232. Şa'bân, 496.
233. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 389-390; Şa'bân, 496.
234. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 390-391; Şa'bân, 497.
235. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 390; Şa'bân, 297-298.
236. Karaman, 316; Şa'bân, 297-298.
237. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 385; Şa'bân, 492-493.

bu iddiasını da isbat ederse hakim aralarını tefrik eder.[238] Kadın bu durumu isbat edemez, fakat şikayetinde israr ederse hakim her iki taraftan münasib birer hakem seçer ve durumu onlara havale eder. Bu iki hakem mümkünse karı kocanın aralarını islaha çalışırlar, bu mümkün olmazsa geçimsizliğe sebep kocaysa talaka, kadınsa bir bedel karşılığında muhâlaaya hükmederler.[239] Bunun için kocanın boşamak üzere hakemlere bir vekalet vermesine ihtiyaç yoktur. Esasen Mâlikîlerin Hanefî ve Şâfiîlerden ayrıldıkları nokta burasıdır. Hanefîler ve Şâfiîler de fena muamele ve geçimsizlik durumunda hakeme müracaatı kabul etmektedirler. Fakat onlara göre bu durumda hakemler kendilerine koca tarafından bir vekalet verilmemişse talaka hükmedemezler.[240] Mâlikîlere göre bu tür bir ayrılık bâin talaktır.[241]

e) Liân Sebebiyle Tefrik

Karısının zina ettiğini veya çocuğunun zina mahsulü olduğunu iddia eden ve bu iddiasını dört şahitle isbat edemiyen koca hakim huzurunda karısıyla hususi bir şekilde yeminleşir ki buna liân veya mülâane denir.[242] Liânın asıl gayesi karısının zinasını tesbit etmek ve zina mahsulü çocuğun kocaya nisbet edilmesini önlemektir. Evlenmenin sona ermesi bunun zaruri bir sonucudur.[243]

Karı koca arasında liânın olabilmesi için her ikisinin de hür, akıllı, bülûğa ermiş ve daha önce iftira suçundan (kazf) ceza görmemiş ve kadının iffetli olması lazımdır.[244]

Yemine önce erkek başlar, sonra kadın eder. Erkek dört defa karısına zina isnadında doğru söylediğine dair Allah adıyla yemin eder. Dördüncü yeminden sonra şayet yalan söylüyorsa Allah'ın lanetinin kendi üzerine olmasını diler. Kadın da keza önce dört defa kocasının yalan söylediğine dair Allah adıyla yemin eder, sonra şayet doğru söylüyorsa Allah'ın gadabının kendi üzerine olmasını diler.[245]

238. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 386; Şa'bân, 493.
239. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 385-386; Şa'bân, 494.
240. İbn Rüşd, II/98-99; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 386; Karaman, 318.
241. Şa'bân, 494.
242. Şa'bân, 507; Tâc, 342.
243. Cin, *Boşanma*, 79.
244. İbn Rüşd, II/119; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 368; Ansay, *İslam Hukuku*, 211: Karaman, 322.
245. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 368; Şa'bân, 508; Tâc, 343-344.

Koca yeminden kaçınırsa yemin edinceye veya yalan söylediğini kabul edinceye kadar hapsedilir. Kocanın yemininin bitmesinden sonra kadın yeminden kaçınırsa yemin edinceye veya kocasını tasdik edinceye kadar hapsedilir.[246] Kadın kocasını tasdik ederse tabiatıyla yemin etmesine lüzum kalmayacaktır. Böyle bir durumda liân tamamlanmamış olduğu için tefrik de gerekmiyecektir.[247]

Liân tamam olunca hakim karı kocanın arasını tefrik eder. Hakimin bu tefrik kararına kadar evlilik devam eder.. *Ebû Hanîfe* ve *Muhammed*'e göre bu bir bâin talaktır.[248] *Ebû Hanîfe*, tarafların belli şartları yerine getirmek şartıyla tekrar evlenebilecekleri görüşünde ise de diğer üç mezhep kurucusu ve Hanefîlerden *Ebu Yusuf* tarafların ebedi olarak birbirlerine haram olduğu kanaatindedirler.[249] Lianın mevzuu zina mahsulü çocuğun nesebinin reddi ise, çocuğun koca ile neseb bağı kesilmiş olur.[250]

f. Îlâ Sebebiyle Tefrik

Bir kimsenin dört ay veya daha fazla karısına yaklaşmayacağına Allah adıyla yemin etmesine veya yaklaşmayı ağır bir ibadete bağlamasına îlâ denir.[251] Hanefîlere göre bu müddet içerisinde koca karısına dönerse yemin etmişse yemin keffareti, bir ibadete bağlamışsa o ibadet gerekli olur. Şayet dönmezse dört ayın geçmesiyle hakimin kararına ihtiyaç kalmadan kadın bir bâin talakla boşanmış sayılır.[252]

Hanefîler dışındaki üç mezhebe göre îlâ vukuunda sadece dört ayın geçmesiyle talak meydana gelmez. Dört ayın geçmesiyle kocaya karısına döner veya onu boşar. İkisinden birini yapmazsa kadın durumu hakime bildirir. Hakim kocayı bu iki şıktan birisini yapmaya davet eder. Koca yine yanaşmazsa hakim aralarını tef-

246. el-Mergınânî, I/292; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 368; Şa'bân, 510-511; Tâc, 345.
247. Linant de Bellefonds, II/375.
248. el-Mergınânî, I/294; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 368; Şa'bân, 514; Tâc, 346.
249. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 368-369: Şa'bân, 515.
250. Şa'bân, 515.
251. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 365; Karaman, 321; Şa'bân, 501.
252. el-Mergınânî, I/279; İbn Rüşd, II/100-102; Ebû Zehra, *el-Ahval*, 366; Şa'bân, 503.

rik eder. Bunlara göre bu tefrik bir ric'î talaktır; iddeti içerisinde koca karısına dönebilir.[253]

Dört ay geçince Hanefîlerde dönüş mümkün olmadığı halde, diğer mezheplerde mümkündür ve dört ay geçmiş bulunduğu için de keffaret veya ibadet gerekmez.[254]

O. EVLİLİĞİN SONA ERMESİNİN NETİCELERİ

Evliliğin sona ermesinin bir takım neticeleri, aynen evlilik gibi erkek ve kadına yüklediği bir takım hak ve borçlar vardır.

a. İddet

aa. *Tarif ve Mahiyeti:* Talak, fesih ve ölüm gibi bir sebeple evliliği sona eren kadının başkasıyla evlenmeden önce beklemesi gerekli müddete iddet denir.[255] Kadının hamile olup olmadığının anlaşılması, vefat eden kocanın hatırasına hürmet ve ric'î talakta kocaya karısına dönmek için düşünme imkanı sağlamak gibi maksatlarla emredilmiştir.[256]

Sahih evlenmeden sonra zifaf ve sahih halvet, fasit evlenmeden sonra zifaf gerçekleşir de sonra ayrılık vuku bulursa, kadının iddet beklemesi gereklidir. Ayrıca sahih bir evlenmeden sonra koca ölürse zifaf veya sahih halvet şartı aranmaksızın, kadının vefat iddetini beklemesi gerekir.[257] İddeti esas itibariyle kadın beklemekteyse de, dört karısı olup da bunlardan birisini boşayan veya boşadığı karısının bir nikahta birleştiremiyeceği bir yakınıyla evlenmek isteyen erkek de, evlenmeden önce boşadığı karısının iddetinin bitmesini beklemek zorundadır.[258]

bb. *Kısımları:* İddeti ona sebebiyet veren hadiseye göre iki kısma ayırmak gerekmektedir:[259]

253. İbn Rüşd, II/100-102; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 366; Karaman, 321; Şa'bân, 504
254. Tâc, 325.
255. Karaman, 328; Şa'bân, 521.
256. Abdü'l-Hamîd, 349-350; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 396; Karaman, 328-329; Şa'bân, 524.
257. Abdü'l-Hamîd, 348; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 397; Karaman, 329.
258. Abdü'l-Hamîd, 347; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 396; Karaman, 329.
259. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 397-398.

1. *Vefat İddeti:* Kocaları ölen kadınların bekledikleri iddettir. Bunlar şayet hâmile değillerse dört ay on gün beklerler, hâmile iseler iddetleri ölümle biter, isterse bu doğum ölümden çok kısa bir müddet sonra olsun.[260] Fasit nikahla evli olanlar vefat iddeti beklemezler, zifaf olmuşsa talak iddeti beklerler.[261] Hâmile olmayan eş ric'î talak iddeti beklerken koca vefat ederse bu defa talak iddetini terkederek ölümden itibaren vefat iddeti bekler. Bâin talakta esas itibariyle beklemez, başlamış olduğu iddeti tamamlar.[262]

2) *Talak veya Fesih İddeti:* Boşanmış veya nikahı feshedilmiş olan kadının beklemesi gerekli olan iddettir. Bu gurupta olan kadınları hâmile olup olmadıklarına göre iki ana guruba ayırmak gerekir. Kadın hâmile ise onun iddeti doğumla biter.[263] Kadın hâmile değil ve normal olarak hayız görüyorsa onun iddeti üç hayız süresince beklemektedir. Bu Hanefîlere ve Hanbelîlere göredir. Şafiîlere ve Malikîlere göre ise iddet üç temizlik süresi beklemekle biter.[264] Kadın hayızlı iken boşanırsa bu hayız hesaba katılmaz.[265]

Küçüklüğünden ve yaşlılığından dolayı hayız görmeyen kadınların iddeti ise üç aydır.[266] Bu iki devre (15-55 yaş arası) arasında olup da herhangi bir sebepten dolayı hiç hayız görmeyen veya bir veya iki defa görüp sonradan kesilen kadınların iddeti hususunda mezhepler arasında büyük farklılıklar vardır. *Ebû Hanîfe*'ye göre bu kadın hayızdan kesilme yaşı olan (sinnü'l-ye's) 55 yaşına kadar bekledikten sonra üç ay iddet bekler.[267] Bu, tabiatıyla hem bu yaşa kadar karı-koca hayatı yaşamadığı halde boşadığı karısının iddet nafakasını ödeyen koca, hem de ne evli ne de be-

260. Ebû Zehra, *el-Ahvâl,* 398-401; Karaman, 330; Şa'bân, 526-527; Tâc, 373-374.
261. el-Mergınânî, I/299.
262. Ebû Zehra, *el-Ahvâl,* 403.
263. Abdü'l-Hamîd, 354; Ebû Zehra, *el-Ahvâl,* 398; Şa'bân, 527; Tâc, 374.
264. el-Mergınânî, I/298; Ebû Zehra, *el-Ahvâl,* 399; Şa'bân, 528.
265. Ebû Zehra, *el-Ahvâl,* 400; Şa'bân, 528.
266. Linant de Bellefonds, II/132; Karaman, 330; Şa'bân, 528; Tâc, 372-373.
267. Ebû Zehra, *el-Ahvâl,* 404; Karaman, 330; Kubeysî, 301; Şa'bân, 530.

kar sayılan kadın için son derece mahzurlu ve meşakkatlidir. Kötü niyetli kadınlar için suistimale açık bir yoldur. Bu bakımdan burada Mâlikîlerin görüşü daha uygun görünmektedir. Onlara göre bu durumdaki kadınların iddeti oniki aydır.[268]

b. İddet Nafakası

Hanefîlere göre ric'î ve bâin talak ve istisnaları olmakla birlikte fesih iddeti bekleyen kadının yiyecek, giyecek ve mesken gibi ihtiyaçlarının giderilmesi kocasına aittir. Mâlikî ve Şâfiîler ric'î talak ve kadının hâmile olduğu bâin talak iddetinde nafaka gerektiğini kabul etmekteyseler de, hâmile olmayan kadına bain talak iddetinde nafaka gerektiğini kabul etmezler. Onlara göre bu durumda kadın sadece meskene hak kazanır.[269]

Vefat iddeti bekleyen kadına ise hukukçular hiçbir nevi nafakanın gerekmediği kanaatindedirler.[270]

Evliliğin sona ermesinin bu evlilikten doğan çocukların bakım ve büyütülmesi ile ilgili bir takım neticeleri daha vardır ki bu konu bundan sonraki başlık altında incelenecektir.

P. DOĞUM ve NETİCELERİ

İslam hukuku doğuma bir takım neticeler bağlamıştır. Doğumdan çocuk için nesebin sabit olması gibi bir takım haklar doğduğu gibi, onun beslenip büyütülmesi, akrabaların birbirlerine bakım mükellefiyeti altına girmeleri gibi bir takım borçlar da doğmaktadır.

a. Neseb

aa. *Tarif:* Geniş manada neseb bir kimsenin geldiği soy ile münasebetini kan ve hısımlık rabıtasını ifade eder. Dar manada neseb ise çocuğun ana babasıyla olan hısımlık münasebetidir.[271] Bizi burada daha ziyade dar manada neseb alakadar etmektedir.

bb. *Nesebin Sübutu:* Çocuğun doğduğu kadınla neseb bağı sabittir. Buna mukabil babasıyla olan neseb bağının tesbiti için üç

268. Karaman, 330; Kubeysî, 301; Şa'bân, 530.
269. İbn Rüşd, II/95; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 409-410; Şa'bân, 542-543.
270. el-Mergınânî, I/303; Ebû Zehra, *el-Ahval*, 409; Şa'bân, 543.
271. Karaman, 335.

yol vardır: Sahih evlilik, fâsit evlilik veya evlilik şüphesiyle birleşme ve nihayet ikrar.[272] Bu üç yolu incelemeden önce nesebin sübutunda önemli bir yeri olan hâmileliğin süresi üzerinde bir nebzecik durmak gerekir.

Hukukçuların ittifakıyla hâmileliğin asgari süresi altı aydır. Azamisi ise ihtilaflıdır: *Ebû Hanîfe*'ye göre iki sene, *Şâfiî*'ye göre dört sene, *Muhammed b. el-Hakem*'e göre bir ay senesi, Zâhirîlere göre dokuz aydır.[273] Bu müddetin hukukçular tarafından bu kadar farklı kabul edilişi, bu hususta nassın bulunmaması, hukukçuların devirlerindeki çeşitli hadiselere bakarak bu müddeti tahminen takdir etmelerine dayanmaktadır.[274]

1) *Sahih Evlilikte Nesebin Sübutu:* Sahih bir evlilikte doğan çocuğun nesebi kocaya bağlanır. Yalnız bunun için çocuğun evlilikten en az altı ay sonra doğmuş olması, erkeğin adeten baba olacak yaşta bulunması[275] ve karı kocanın bir araya gelmediklerinin sabit olmaması, bir başka ifadeyle karı kocanın birleşmelerinin imkan dahilinde olması gerekmektedir. Hanefîler bu son şartı kabul etmezler. Onlara göre nikah akdi kafidir, ayrıca bir araya gelmediklerinin sabit olmaması gerekmez.[276]

Kocası vefat eden veya talak iddeti bekleyen ve iddetinin bittiğini bildirmeyen kadın, vefat veya talaktan itibaren azami hâmilelik müddeti içerisinde doğum yaparsa, çocuğun nesebi kocaya bağlanır. Hatta talak ric'î ise, azami hâmilelik müddetinden sonra da çocuk doğsa neseb yine kocaya bağlanır.[277] Kadın şayet iddetinin bittiğini bildirmiş fakat bu bildirme tarihinden itibaren altı aydan daha kısa bir zaman içerisinde doğum yapmışsa, her hal ü karda bu çocuğun nesebi kocaya bağlanır.[278]

2. *Fasit Evlilikte ve Evlilik Şüphesi ile Birleşmede Nesebin Sübutu:* Fasit evlilikte nesebin sübutu için akit değil, fiili birleş-

272. Karaman, 335.
273. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 411-412; Şa'bân, 558.
274. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 412; Karaman, 336.
275. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 415-416; Şa'bân, 567-568.
276. Ebû Zehra, *el-Ahval*, 413, 416; Karaman, 337; Şa'bân, 568. Burada İbn Teymiyye sahih nikahla birlikte yalnız birleşme imkânı değil, nesebin sabit olması için karı kocanın fiilen birleşmiş olmalarını da şart koşmaktadır, bk. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 413.
277. Şa'bân, 576-577.
278. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 417; Şa'bân, 576-577.

me aranır. Bu evlilikte çocuğun nesebinin sabit olması için birleşmeden en az altı ay veya daha fazla bir zaman geçtikten sonra doğmuş olması gerekir.[279] Aynı şekilde fâsit nikah üzerine meydana gelen ayrılıktan itibaren azami hâmilelik müddeti içerisinde doğan çocukların nesebi kocadan sabit olur.[280]

3. *İkrar ile Nesebin Sübutu:* Neseb, sahih ve fâsit evlilikte sabit olduğu gibi, ikrar ile de yani bir kimsenin bir başkasının kendi çocuğu veya babası olduğunu kabul etmesiyle de sabit olur. İkrar yoluyla nesebin sabit olabilmesi için baba ile çocuk arasında bu ilişkiye uygun bir yaş farkının bulunması, çocuğun nesebinin meçhul olması, ayrıca çocuğun zina mahsulü olduğunun söylenmemiş bulunması ve çocuk mümeyyizse onun da bu ikrarı kabul etmiş olması gerekmektedir.[281]

Sahih veya fâsit evlilikle sabit olan neseb ile ikrar ile sabit olan neseb arasında neticeleri bakımından fark yoktur.

Neseb bahsinde son olarak şunu söyliyelim ki İslam hukukunda evlat edinme yoktur. Evlatlık ile evlat edinen arasında hiçbir neseb bağı mevcut değildir.[282] Dolayısıyla aralarında tek veya çift taraflı mirasçılık cereyan etmiyeceği gibi evlat edinmeye dayanan bir evlilik mânii de söz konusu değildir. Şu kadar var ki kimsesiz çocukları alıp büyütmek, bazı durumlarda dinî bir vazife teşkil etmektedir.

b. Emzirme (Radâ)

Çocuğun bakımında emzirmenin de önemli bir yeri vardır. Bu bakımdan İslam hukuku ana babaya terettüp eden bir vazife olarak bunu da ayrıca düzenlemiştir.

Hanefi-İslam hukukçuları ananın çocuğunu emzirmeye dinen mecbur olduğunu, fakat hukuken olmadığını söylemektedirler. Hukuken bu mükellefiyet çocuğun nafakası kime aitse ona aittir. Diğer mezhepler ananın dinen olduğu gibi hukuken de mükellef olduğu kanaatindedirler.[283] Şu kadar var ki çocuk yalnız ananın sütünü kabul ediyor veya süt anne bulunamıyor veyahut da baba

279. Karaman, 337; Şa'bân, 579-580.
280. Şa'bân, 580.
281. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 422-423; Karaman, 338; Şa'bân, 585-587.
282. Bilmen, II/406.
283. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, s. 428.

veya bizzat çocuğun süt anne tutacak malî gücü bulunmuyorsa, bu durumda ana Hanefîlere göre hukuken de çocuğunu emzirmeye mecburdur.[284]

Ana emzirme için evlilik devam ederken veya talak iddeti beklerken bir ücret talep edemez. Zira bu devrede ananın nafakası esasen babaya aittir. Fakat talak iddetini bitiren veya vefat iddeti bekleyen ana ücret talep edebilir.[285] Bu durumda ücret istemekle birlikte ananın bir öncelik hakkının bulunduğunu da ilave etmek gerekir.

Emzirme müddeti iki yıldır Ana tabiatıyla daha fazla da çocuğunu emzirebilir. Fakat emzirme için bir ücret alıyorsa iki yıldan sonrası için bir ücret talep edemez.[286]

c. Çocuğun Bakım ve Terbiyesi

Çocukların bakım ve terbiyesi bilhassa evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda önem kazanmakta ve bunun kim tarafından nasıl yerine getirileceği meselesi ortaya çıkmaktadır.

İslam hukukunda çocukların bakım ve terbiyesine hıdâne adı verilmektedir. Çocuğun belli bir yaşa kadar bakımı ilk önce anaya verilmiştir. Ana yoksa çocuğun bakımı ananın akrabalarına ve kadınlara öncelik verilerek diğer akrabalarına verilir.[287] Yalnız çocuğun bakım ve terbiyesi kendisine verilen kimse (hâdine)'nin hür, akıllı ve bülûğa ermiş, çocuğa bakmaya muktedir ve çocuğun sihhat ve ahlakını korumada güvenilir kimse olması gerektiği gibi, hâdine kadınsa çocuğa yabancı bir kimseyle de evli olmaması gerekir. Ayrıca hâdinenin çocuğu, ona iyi duygular beslemeyen kimselerle birlikte oturtmaması da gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleştiğinde kadının ayrıca müslüman olması aranmaz.[288]

284. Abdü'l-Hamîd, 397; Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 428; Karaman, 344-345; Şa'bân, 601-602.
285. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 429-430; Karaman, 345; Şa'bân, 603-604; Tâc, 421.
286. Ebû Zehra, *el-Ahvâl*, 430; Karaman, 345; Şa'bân, 605-606.
287. Bu akrabaların sırası için bk. Ebu Zehra, *el-Ahval*, s. 432-433; Abdü'l-Hamid, 407; Tac, 427 v.d.
288. Abdü'l-Hamid, 404-405; Ebu Zehra, *el-Ahval*, 433-434; Tac, 330-332.

Hıdânenin, hâdine (umumiyetle ana) için bir hak mı yoksa bir vazife mi olduğu tartışılmıştır. Bir hak olarak kabul edildiği takdirde ana buna zorlanamıyacak, vazife olarak kabul edildiğinde zorlanabilecektir. Hanefî mezhebinde tercih edilen görüş hidânenin hem çocuk hem hadine için bir hak teşkil ettiği şeklindedir. Buna bağlı olarak da hadine kaçındığı takdirde bazı şartlarla buna zorlanabilecektir.[289]

Çocuğun bakıma muhtaç olduğu yaş (hidâne yaşı) kız ve erkeklerde farklıdır. Umumiyetle kızlarda bu yaşın nihâî sınırı 9-11, erkeklerde 7-9 olarak tesbit edilmiştir. Bu yaşlara kadar çocuk annesinin (veya hâdinesinin) yanında kalır. Bu yaşlardan sonra çocuk normal olarak babasının yanında kalacaktır.[290]

Hâdine çocuğun anası değilse ücrete hak kazanır. Keza ana, babadan ayrılmış ve iddeti bitmişse o da ücrete hak kazanır.[291] Bu ücret çocuğun malı varsa malından ödenir, malı yoksa nafaka kime aitse onun tarafından ödenir.[292]

d. Nafaka

Evlilikten doğan nafaka borcu daha önce görülmüştü. Burada usûl ve fürû nafakasıyla, akrabalık nafakasından kısaca bahsedilecektir. Nafakada aslolan kişinin kendi malından kendi ihtiyaçlarını karşılamasıdır. Fakat bazen çeşitli sebeplerle bu mümkün olmamakta, bu durumda yakından uzağa doğru akrabalar birbirlerine karşı bazı şartlarla nafaka mükellefiyeti altına girmektedirler. Bunları da üç ana gurup altında incelemek gerekir.

aa. *Fürû Nafakası:* Fürû nafakası esas itibariyle baba ve diğer usûl üzerine vaciptir. Fakat bunun için çocuk ve torunların malı olmamalı ve kazanmaya da güçleri yetmemelidir. Bu güç yetmeme küçüklük ve hastalık sebebiyle olabileceği gibi, fürûun okuması veya kız çocuğu olması gibi bir sebeple de olabilir. Tabiatıyla usûlün nafaka borcu altına girmesi için malının ve kazanma gücünün olması da ayrıca gerekmektedir.[293]

289. Ebu Zehra, *el-Ahval*, s. 439; Tac, 432-433.
290. Abdü'l-Hamid, 417-419; Ebu Zehra, *el-Ahval*, s. 441; Karaman, 342.
291. Abdü'l-Hamid, 409-410; Şa'ban, 628.
292. Karaman, 343; Şa'ban, 632; Tac, 434.
293. Abdü'l-Hamîd, 225-226; Şa'bân, 685-688.

Bu şartlar gerçekleştiğinde erkek çocuğun emsali kazanmaya başlayıncaya kadar, kız çocuğunun evleninceye kadar nafakası usûl üzerine vaciptir.[294]

bb. *Usûl Nafakası:* Fakir olan usûlün nafakası çocuklarına aittir. Baba ve ana çalışabilecek durumda olsalar dahi muhtaçsalar, nafakalarının zengin veya para kazanmaya gücü yeten çocukları üzerine gerektiği umumiyetle kabul edilmektedir.[295]

cc. *Hısımlık Nafakası:* Aralarında kan hısımlığı olan ve birbirleriyle evlenmeleri yasak olacak derecede birbirlerine yakın bulunan akrabalar, aralarında karşılıklı nafaka ile mükelleftirler.[296] Fakat bunun için de nafakaya muhtaç olanın fakir ve kazanmaktan âciz, nafaka borcu altına girenin de zengin olması gerekir.[297] Usûl ve fürû nafakasının aksine hısımlık nafakasında din birliği de şarttır. Aralarında din birliği olmayanların birbirlerine karşı usûl ve fürû nafakası mükellefiyeti varsa da hısımlık nafakası mükellefiyeti yoktur.[298] Ayrıca usûl ve fürû nafakası hakimin hükmü gerekmeden sabit olduğu halde, hısımlık nafakası ya karşılıklı anlaşma ile veya hakimin hükmü ile sabit olur ve kesinlik kazanır.[299]

294. Karaman, 349-350; Şa'bân, 686.
295. Karaman, 349-350; Şa'bân, 686.
296. Abdü'l-Hamîd, 232; Karaman, 351.
297. Şa'bân, 698-699.
298. Şa'bân, 698.
299. Karaman, 352.

BİRİNCİ BÖLÜM

OSMANLI AİLE HUKUKUNUN GENEL YAPISI VE İŞLEYİŞİ

I. OSMANLI HUKUKU VE AİLE HUKUKUNUN BU HUKUK İÇERİSİNDEKİ YERİ

A. OSMANLI HUKUNUN GENEL YAPISI VE ŞER'İ-ÖRFÎ HUKUK AYIRIMI

Osmanlı hukuku gerek kamu ve gerekse özel hukuk alanlarında esas itibariyle İslam hukukuna dayanmaktadır.[1] Diğer Türk devletleri gibi Osmanlı devleti de İslam dininin sadece iman, ibadet ve ahlak prensiplerini benimsemekle yetinmemiş İslam hukukunu da benimseyerek hukukî hayatı bu hukuka göre düzenlemiştir. İslam hukuku ise teşekkül ve gelişme devrelerinin siyasî ve hukukî şartları sonucu kamu hukuku alanından çok, özel hukuk alanında gelişme göstermiştir. İslam hukukçuları Emevîlerle gelen ve onlardan sonra da devam eden hükümdarlık idaresinin ortaya koyduğu fiilî durum karşısında, kamu, özellikle anayasa hukuku alanında çalışma imkanı bulamamışlar, mesailerini daha ziyade özel hukuk alanında yoğunlaştırmışlardır. Netice olarak da özel hukuk alanı teferruatlı bir biçimde işlenmiş ve bununla ilgili büyük bir hukuk edebiyatı meydana getirilmişken, kamu hukuku alanı aynı ölçüde işlenmemiştir. Bunda kamu hukuku alanının, özel hukuka nisbetle daha değişken bir karaktere sahip olmasının da belirli bir rolü olsa gerektir. İşte Osmanlılarda, bahsettiğimiz sebeplerle özellikle kamu hukuku alanında var olan boşluğun doldurulması, merkezi idarenin kuvvetlendirilmesi ve sair siyasî, hukukî ve iktisadî sebeplerle İslam hukuku (şer'î hukuk)nun yanında, yavaş yavaş doğrudan ona dayanmayan ayrı bir hukuki sistem (örfî hukuk) daha belirmeye başlamıştır.

1. Sıddık Sami Onar, «Osmanlı İmparatorluğunda İslam hukukunun bir kısmının codification'u, Mecelle», *İHFM*, XX/1-4, s. 59; A. Selçuk Özçelik, «Türkiye'de hukukun gelişmesi», *Türk Dünyası El Kitabı*, Ank. 1976, s. 1324; Talat Miras, «Le Tanzimat et son systeme legislatif», *AFDI*, c.XVII, s. 2

Osmanlıların ilk kuruluş yıllarından itibaren bazı mahallî örf ve adetlerin, vergilerin[2] ve özellikle esas teşkilat alanında bazı eski siyasî ve idarî geleneklerin hukuki hayata girdiği, bir başka ifadeyle padişahların irade, ferman ve uygulamalarıyla pozitif hukuk haline geldiği veya İslam hukukunun açık bir hüküm ortaya koymadığı durumlarda padişah irade ve fermanlarıyla doğrudan doğruya pozitif hukuk kurallarının konduğu görülmektedir. İşte zamanla çoğalan ve gelişen bu hukuki kuralların hepsi birden örfî hukuku meydana getirmiştir. Böylece Osmanlı hukukunda şer'i hukuk denilen İslam hukukunun yanında bir de örfî hukuk var olmuştur.[3] O halde Osmanlı hukuku denilince bununla özellikle özel ve daha sonra kamu hukuku alanı da var olan İslam hukukuyla, hemen sadece kamu hukuku alanında var olan örfî hukukun birlikte meydana getirdikleri bir hukuki yapı anlaşılmalıdır.

Örfi hukuk denince bununla isminin ilk nazarda hatıra getirdiği gibi, örf ve adet hukuku anlaşılmamalıdır. Temelinde zaman zaman örf ve adet hukuku varsa da esas itibariyle örfî hukuk, padişahın, cemiyetin hayrı için şeriatın boş bıraktığı alanlarda sırf kendi iradesine dayanarak çıkardığı kanunları, bir başka ifadeyle koyduğu hukuku ifade etmektedir.[4] *«Örf-i padişahi»*, *«Örf-i münif-i sultanî»* deyimleriyle kastedilen de bu manadır.[5] Örf hakkında bilgi veren en eski kaynaklardan Tarih-i Ebu'l-Feth'de örf,

2. Mahalli bir verginin Osmanlılarca kabulünün ilk örneği mahalli bir pazar vergisinin Osman Gazi tarafından da alınmasıdır. Âşık Paşazâde, *Aşık Paşazade Tarihi*, İst. 1332, s. 19-20.
3. Uriel Heyd XVI. yüzyılda Osmanlı idaresindeki Mısır'da yaşamış bir yahudi hahamının Osmanlıların şer'î ve örfî olmak üzere iki çeşit hukuk sistemlerinin var olduğundan bahsettiğini belirtmektedir. Uriel Heyd, «Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat», Ter. Selahattin Eroğlu, *AÜİFD*, c. XXVI, s. 634. Mahkeme defterlerinde kayıt tutma usulü olan sakkın da erken devirlerden itibaren şer'i-örfi hukuk ayırımına paralel olarak şer'i-kânunî (âdi) sak diye ikiye ayrıldığı görülmektedir. Mehmed b. Musa, *Bid'atü'l-Kâdî*, Sül. Ktb. Denizli 166, v. 2b-3a; Karahisarî Hamza, *Mühimmâtü'l-Kudât*, Sül. Ktb. Yazma Bağışlar, 51/3, v. 54a-54b.
4. Halil İnalcık, «Osmanlı hukukuna giriş», *SBFD*, c. XIII/2, s. 103; keza bk. Robert Anhegger-Halil İnalcık, *Kanunnâme-i Sultanî Ber Muceb-i Örf-i Osmânî*, Ank. 1956, s. IX-X.
5. Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford 1973, s. 168-169.

Tursun Bey tarafından hemen aynı şekilde tarif edilmektedir.[6] Gerçi belirttiğimiz gibi bu şekilde konan kanunlar çoğunlukla örf ve adete dayanmaktaysa da[7] bu şart değildir. Bunlara uygulama gücünü veren örf ve adete dayanmaları değil, padişahlar tarafından uygulanmalarının emredilmesidir. O halde örfi hukuk, örf ve adet hukuku değil, esasları padişahların irade, ferman ve kanunlarıyla belirlenen bir kanun hukukudur.

Örfi hukuk sistemli bir yasama faaliyetinin veya bir kanunlaştırma (codification) hareketinin sonucu olarak doğmuş değildir. Bilakis tarifinden de anlaşılacağı üzere seneler ve hatta asırlar boyunca teker teker sadır olan padişah irade ve fermanlarının bir araya gelmesi sonucu meydana gelmiştir.[8] Şer'î hukuk esasları fıkıh kitaplarında toplanırken, örfî hukuk esasları da zaman zaman kanunnameler halinde toplanmıştır. Fakat bu kanunnameler modern manada bir hukuk dalının tamamını içine alan genel kanunlar şeklinde değildir. Bilinen ilk kanunnameler XV. yüzyıla aittir.[9]

Şer'î ve Örfî hukuk arasındaki münasebete gelince örfî hukuk, sadece İslam hukukçularının mesâileri dışında meydana geldiği için İslam hukukuna zıt kabul edilemez. Esasen örfî hukukun zaman zaman temelinde var olan örf ve adet belirli şartlarla İslam hukukunun kaynakları arasında da yer almaktadır.[10] Bizzat Hz Peygamber Medine'deki İslam hukukunun şartlarına uygun örf ve adeti benimsemekte bir mahzur görmemiştir.[11] Keza Hz Ömer İran fethedilince İslam hukuku bakımından aykırı hükümler taşımayan mahalli vergi kanunlarının yürürlükte kalması-

6. «Yani bu tedbir ol mertebe olmazsa, belki mücerred tavr-ı akl üzere nizâm-ı alem-i zâhir için mesela tavr-ı Cengiz Han gibi olursa sebebine izâfe ederler, siyâset-i sultânî ve yasağ-ı padişâhî derler ki örfümüzce (urefâmızca) ona örf derler.» Tursun Bey, *Tarih-i Ebu'l-Feth*, Hazırlayan: Mertol Tulum, İst. 1977 s. 12.
7. İnalcık, «Osmanlı hukukuna giriş», s. 103.
8. Ö. Lütfi Barkan, «Kanunname», İA.
9. Halil İnalcık, «Suleiman the Lawgiver, and Ottoman Law», *Archivum Ottomanicum, I*, The Hague 1969 s. 109.
10. Örf ve hangi şartlarla İslam hukukunda kaynak olduğu hususunda bk. Zeydân, 216-220.
11. Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, Ank. 1979 s. 81.

nı emretmiştir.[12] O halde örfî hukukun şer'î hukuka ters düşmesi için, onun dışında meydana gelmesi yetmemektedir. Onun açık bir hükmünü değiştiren veya ortadan kaldıran, onun madde ve ruhuna ters düşen esaslar getirmiş olması gerekmektedir.

Bilindiği kadarıyla örfi hukuk kuralları konurken devletin hakim hukuku olan İslam hukukuyla çatışmamasına, İslam hukuku kurallarına açıkca ters düşülmemesine belirli bir özen gösterilmiştir. Bazı kanunnâmelerin baş taraflarına kanunnâmenin *«şer'-i şerîfe»* uygun olduğunun belirtilmesine ihtiyaç bile hissedilmiştir.[13] Bazı araştırıcıların ileri sürdüğü gibi bu kısım, bazı zaruretlerle sonradan kanunnâmelere sokulmuş ve kanunnâmelerin şer'î hukuka uygunluğunun tesbitine sonradan ihtiyaç duyulmuş[14] bile olsa, bizzat padişahların bütün müslümanların halifesi olarak böyle bir titizliği gösterdikleri,[15] şer'î hukuku temsil eden başta şeyhülislam olmak üzere kadı, müftü ve müderrislerin de zaman zaman şer'î hukuka aykırı düzenleme ve uygulamalara kar-

12. Hamidullah, «İslam hukukunun kaynaklarına dair yeni bir tetkik». s. 65.
13. MTM'de neşredilen Kanuni devrine ait bir kanunnamenin baş tarafında «.. kanunname-i sultanidir ki şer'-i şerife muvafakati mukarrer olup hala muteber olan kavanin ve mesâildir.» ifadesi buna bir misaldir. «Osmanlı Kanunnameleri», *MTM*, I/49.
14. Barkan ve Heyd bu kanaattedirler. Barkan, «Kanunname», *İA;* Heyd, *Criminal Law*, s. 174.
15. Örfi ilk pazar vergisini koyan Osman Gazi'nin böyle bir titizliği gösterdiği, Allah'ın emri değil diye başlangıçta pazar vergisini koymaya yanaşmadığı bilinmektedir *(Aşık Paşazade Tarihi*, s. 19-20). Topkapı sarayı arşivinde bulunan çeşitli konulara ait fetvalar (TSA, E. 10751, 12079) Heyd'in de isabetle belirttiği gibi (Heyd, «Kanun ve şeriat», s. 646) padişah veya sadrazam tarafından istendiği intibaını vermektedir. Bu tip fetvalara Başbakanlık Osmanlı Arşivinde de rastlanmaktadır (BOA, HH., 17438.A). 1224 (1809) tarihli bir telhiste siyaseten idamları istenen, fakat gerekli fetva alınamıyan firarilerin siyaseten idamları için padişahın onayı istenmektedir. Padişah hatt-ı hümayunuyla mutlaka fetva almak gerektiğine işaret etmekte ve «.. ferman fetvaya mutâbık olmak münâsibtir, mugâyeret olmasın. Reis Efendi gidip istilam eylesin.» demektedir (HH, 16763). Bütün bunlar gerek padişahların ve gerekse üst kademedeki idarecilerin hüküm ve kararlarında en azından şeklen İslam hukukuna uymaya belirli bir özen gösterdiklerine bir karîne teşkil etmektedir.

şı çıktıkları bilinmektedir.[16] Bu yüzden hukuku, özellikle şer'î hukuku temsil eden ehl-i şer' ile yürütme kuvvetini temsil eden ehl-i örf[17] arasında zaman zaman çatışmalar çıkmamış da değildir.[18] Ne var ki yine de örfî hukuk kuralları daha ziyade şer'î hukuk tarafından düzenlenmemiş sahalarda görüldüğünden, esasen padişahların İslam hukuku tarafından düzenlenmemiş sahalarda, ona ters düşmeyecek şekilde kural koyma yetkisi kabul edildiğinden[19] örfî ve şer'î hukuk arasında belirli bir uyumun sağlandığı söylenebilir.[20] Bu bakımdan Osmanlı hukukunda şer'î hukukun yanında

16. Özellikle şeyhulislamların zaman zaman İslam hukukuna uymayan uygulamalara karşı çıktıkları görülmektedir. Müste'minler (İslam ülkesinde geçici olarak bulunan izinli gayr-ı müslimler)in şehadetleri dolayısıyla vermiş olduğu bir fetvada Ebussuud Efendi «Nâ meşrû olan nesneye emr-i sultanî olmaz» (Heyd, *Criminal Law*, s. 180, 191-192) diyerek padişahın İslam hukukuna aykırı olarak vermiş olduğu bir müsadeye karşı çıkmaktadır. Bu karşı çıkmaların hemen olmasa bile bir müddet sonra netice verdiği, şer'î hukuka uymayan uygulamalardan zaman zaman vazgeçildiği görülmektedir. Şer'î hukuk temsilcilerinin bu yöndeki gayret ve etkinliklerinin XV. yüzyıldan itibaren giderek arttığı, bu asırdan itibaren örfî hukukun daha çok şer'î hukuka yaklaştırıldığı söylenebilir (Halil İnalcık, «Padişah», *İA;* keza Halil İnalcık, «Osmanlı Padişahı», *SBFD*, c. XIII/4, s. 71; Heyd, «Kanun ve şeriat», s. 649). Bazı kanunnamelere XVI ve XVII. yüzyıllarda düşülen notlar bazı kanun hükümlerinin yanlış ve İslam hukukuna aykırı olduğu, bu yüzden de yürürlükten kaldırıldığını belirtmektedir. Bu notların çoğu nişancılar tarafından düşülmüştür (Heyd, «Kanun ve şeriat», s. 648). Bu, örfi hukukun sonradan başlangıçtan daha fazla şer'i hukuka yaklaştırıldığını göstermektedir.
17. Osmanlı devletinde kadı, müftü, müderris gibi şer'î hukuk temsilcilerine ehl-i şer', hukukun, özellikle örfî hukukun uygulayıcılarına, devletin yürütme gücünü temsil eden idareci ve yardımcılarına ehl-i örf denmektedir. Mustafa Akdağ. *Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası, Celali İsyanları*, Ank. 1975, s. 17-18; Heyd, *Criminal Law*, s. 169; İnalcık, «Osmanlı hukukuna giriş», s. 103.
18. İnalcık, «Suleiman the Lawgiver», s. 109.
19. Nitekim padişahın bu yetkisi Pir Mehmed'in bir fetvasında şöyle ifade edilmektedir: «Gerçi şer'î maslahat değildir... ululemre müracaat olunur, nice memûr ise öyle olur. Nizâm-ı memleket için olan emr-i âliye itaat vâciptir.» «Osmanlı Kanunnameleri», *MTM*, 2/306.
20. Çoğu ferman ve hükümlerdeki davanın «şer' ve kanuna» uygun olarak görülmesi emri. Osmanlı devletinde şer'î ve örfî hukukun birbirleriyle çatışan değil, birbirini tamamlayan iki hukuk olarak

onunla doğrudan çatışmayan, onun açık bir hükmünü değiştirmekten ziyade boşluklarını doldurmak maksadını taşıyan örfî hukukun ortaya çıkışı, Osmanlı hukukunun esas itibariyle İslam hukukuna dayalı olma niteliğine halel getirmez. Hatta gerek devrindeki ve gerekse daha önceki İslam devletleri dikkate alınırsa[21] Osmanlı devletinin bütünü itibariyle İslam hukukunu uygulama noktasında diğer devletlerden daha dikkatli ve daha başarılı olduğu söylenebilir.[22] Osmanlı idarecileri diğer devletlerde var olduğu ileri sürülen kazâî ikiliğin[23] olmaması için kâdıyı kazâî hayatta tek yet-

kabul edildiği göstermektedir. Böyle bir fermana misal olarak Kanunî devrine ait Evahir Şaban 953 (1546) tarihli bir ferman gösterilebilir. Fermanda daha önce «muktezâ-yı şer' ve kânun üzere» hükme bağlanan davanın tekrar görülmesi emredilmekte ve «şer'-i kavîme muhâlif ve kânûn-ı kadîme mugâyir kimesneye iş etdirmeyesin» denmektedir. (BOA, Ali Emiri, Kanuni, 157). Keza davanın şer' ve kanun üzere görülmesini emreden bir hükme misal olarak bk. BOA, MÜD, 3, s. 219 (10 RA 967 tarih ve 602 numaralı hüküm). Burada kanunla kastedilen örfî hukuktur. Osmanlı devletinde ulemanın etkinliği artıp kanunun yani örfî hukukun etkinliği azaldıkça kanuna daha az müracaat edilir olmuştur. Evail ZA 1107 tarihli bir hükümde bundan böyle bütün emirlerin şer'-i şerîfe dayalı olacağı ve hükümlerin ancak şer'a dayanarak verileceği emredilmektedir: «İstanbul kadısına hüküm ki..... kânûnî olan bazı evâmirde şer'-i şerîf kânûn ile takîp ve ta'tîf olunup mevzi-i gayr-ı lâyıkında irâddan gayri, şer'i kanunla mukabele hatar-ı azîm ve vizr-i cesîm olmağla ba'de'l-yevm evâmir ve ahkâmda cemî umûr ancak rükn-i rekîn-i şer'-i şerîfe istinâd ve hısn-ı hasîn-i şâmihü'l-bünyân din-i mübîne itimâd ile tahrîr ve inşallah teâla niyet-i amîmetü'l-meymene hümâyunum üzere şevâğıl-ı gazavâttan intihâz-ı fırsatla umûr-ı bilâd ve ibâd bi rimmetihâ galib-i şer'a ifrâğ oluncaya değin kânûn sarf olup zıl ve rîf-i şer'-i şerîfe istizlâli mümkün olmayan umûr şânına münâsib lafızla tâbîr ve kelime-i şer'-i şerîf kanunla izdivâcdan tahzîr olunmak bâbında hatt-ı humâyûn-ı şevketmakrûnumla fermân-ı âlî-şân sâdır olmakla sen ki vezîr-i müşarün ileyhsin asıtâne-i saâdetimden verilen ahkâmda dahi vech-i meşrûh üzere amel olunmak üzere tenbih ve tekid eylemek babında fermân-ı âl-î-şân sadır olmuştur. Buyurdum ki..» BOA, MÜD, 108, s. 293.

21. Daha önceki İslam devletlerindeki İslam hukuku uygulaması için bk. M. Fuad Köprülü, «Fıkıh», *İA*.
22. Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Ter. Metin Kıratlı, Ank. 1970, s. 13 ve 109; Schacht, *İslam Hukuku*, s. 97-98.
23. G.H. Bousquet, *Du Droit Musulman et de son Aplication Effective dans le Monde* Alger, 1949, s. 8-9; Köprülü, «Fıkıh», *İA;* Schacht, *İslam Hukuku*, s. 64. Ne var ki Fahrettin Atar İslam adliye teşki-

kili kabul ederek[24] hem kazâî hayatta ikiliği büyük ölçüde önlemişler ve hem de her iki hukukun uygulamasında şer'î hukukun temsilcisi olan kadıya önemli bir yer ve etkinlik vermişlerdir.

Fakat yine de şer'î hukuk ile örfî hukuk arasında tam bir uyum sağlandığı ve örfî hukuk kurallarının şer'î hukuka tam olarak uyduğu zannedilmemelidir. Özellikle ceza hukuku alanındaki bazı hüküm ve uygulamaların İslam ceza hukuku kurallarıyla izahı hayli zordur.[25]

Doğuş ve gelişmesini bu şekilde gördüğümüz örfî hukuk anayasa, ceza ve vergi hukuku gibi daha ziyade kamu hukuku alanını, şer'î hukuk ise özel ve kamu hukukunun her ikisini, fakat özellikle özel hukuk alanını düzenlemiştir.[26] Bu durum bugüne kadar neşredilmiş bulunan kanunnamelerde açıkca görülmektedir.[27] Esasen örfî hukukun, şer'î hukukun boşluklarını doldurmak ve ortaya çıkan yeni hukuki ihtiyaçları karşılamak ihtiyacından doğduğu göz önüne alınırsa, onun neden daha çok kamu hukuku sahasında var olduğu kolayca anlaşılır.

B. AİLE HUKUKUNUN BU AYIRIMDAKİ YERİ

Özel hukukun en önemli bölümlerinden birisi olan aile huku-

latına ayırdığı incelemesinde, İslam devletlerindeki diğer mahkemelerin de İslam hukuku esaslarına göre kurulduğunu, dolayısıyla Mezâlim, Hisbe ve Şurta kuruluşlarının kullandıkları kaza yetkisine bakarak bir kazâî ikilikten bahsedilemiyeceği kanaatindedir. Atar, 24.

24. Heyd, *Criminal Law*, s. 216. Barkan'ın naklettiği bir kanunname mukaddimesinde kadı'nın kazâî hayatta tek yetkili olduğu şöylece belirtilmektedir: «..zira hükkâm-ı şer'-i mutahhar mücerred umûr-ı şer'iyye istimâına munhasır değildir. Belki cemîan umûr-ı şer'iyye ve âyin-i örfiyyede kat'-ı nizâ ve fasl-ı husûmet için mevzû ve memûrdurlar.» Ömer Lütfi Barkan, *XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, Kanunlar*, İst. 1943, c.I, s. XXV.
25. Bu hususta Heyd'in neşrettiği ceza kanunnamesinin bazı maddeleri yeterli bir fikir verebilir. Heyd, *Criminal Law*, s. 56 v.d.
26. Ömer Lütfi Barkan, «Türkiye'de din ve devlet ilişkilerinin tarihsel gelişimi», *Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Semineri*, Ank. 1975, s. 52-55; keza Barkan, «Kanunname», *İA*.
27. «Osmanlı Kanunnameleri», *MTM*, 1/49-112, 2/305-348, 3/497-544; «Kanunname-i Âl-i Osman», Neşreden: Mehmed Arif, *TOEM*, sy. 13-15'e ek; Barkan, *Kanunlar*, s. 1 v.d.; Anhegger-İnalcık, s. 3-85; Heyd, *Criminal Law*, s. 56-93.

ku, bu ayırımda tabiatıyla şer'î hukuk içerisinde yer almaktadır. Esasları kanunnamelerde değil, fıkıh kitapları içerisinde bulunmaktadır. Kanunnâmelerde yer alan aile hukukuyla ilgili maddeler münferit ve ârizîdir.[28] İslam aile hukukunun herhangi bir hükmünü değiştiren veya yürürlükten kaldıran bir madde kanunnâmelerde yer almamaktadır. Esasen örfi hukuk sahasında büyük yetkileri olan ve bu yetkiye dayanarak pozitif hukuk kuralları koyan padişahlar, şer'î hukuk sahasında yetkili kabul edilmemişlerdir.[29] Bunun sonucu olarak da kendilerini aile hukukuna müdahele etmek ve onun bir hükmünü değiştirmekle değil, bilakis eksiksiz uygulanmasını temin etmekle vazifeli kabul etmişlerdir.[30] Aile hukukunun İslam hukukuna uygun işleyişini Osmanlı mahkeme kayıtlarını ihtiva eden şer'iyye sicil defterlerinden takip etmek mümkündür.

28. Mükrehin nikahıyla ilgili «Veya kız veya avret çeküp cebr ile nikah itdürene cebr ile boşadalar..» (Heyd, *Criminal Law*, s. 60) hükmü, keza iddet içerisinde evlenen kimselerle ilgili «Ve dahi iddet tamam olmadan nikah iden kimesnenin muhkem hakkından geleler.» (Heyd, *Criminal Law*, s. 84) hükmü buna örnektir.
29. Ahmet Mumcu, *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, Ank. 1976, s. 83.
30. Barkan, «Din devlet ilişkisi», s. 55.

II. PADİŞAHLARIN AİLE HUKUKUNDAKİ ROL ve YETKİLERİ

İslam hukukunun tanzim etmemiş bulunduğu sahalarda hükümdarın kanun koyma yetkisi aksi fikri savunanlar olmakla birlikte umumiyetle kabul edilmektedir.[31] Osmanlı padişahları da bu yetkiyi kullanarak kendilerine ayrılan sahalarda serbestçe kanunlar koymuşlardır.[32] Ne var ki örfî hukuk sahasında oldukça serbest bir şekilde kanunlar koyarken şer'i hukuk, bu arada aile hukuku sahasında böyle bir yetkiye sahip olmamışlardır.[33] Ama bu, Osmanlı padişahlarının aile hukuku sahasında hiçbir rol ve yetkileri yoktur ve olmamıştır demek değildir. Bilakis Osmanlı hükümdarlarının aile hukuku gibi tamamen şer'î hukuka ait olan bir sahada, bu hukukun kendilerine verdiği yetkiyle hukuki hayatta birliği ve istikrarı sağlamak ve ortaya çıkan yeni durumlara hukuku uydurmak hususunda önemli tanzim yetkileri olmuştur.

Herşeyden önce padişahın resmi mezhep olan Hanefî mezhebi içerisinde herhangi bir görüşü diğerine tercih etmek,[34] hatta

31. İnalcık, «Osmanlı hukukuna giriş», s. 103-104; keza İnalcık, «Suleiman», s. 108-109; ayrıca Pir Mehmed'in padişahın yetkisiyle ilgili bir fetvası için bk «Osmanlı Kanunnameleri», *MTM*, 2/306 keza bk önceki bölüm d.n. 19.
32. Barkan, «Kanunname», *İA.;* keza Barkan, «Din devlet ilişkisi», s. 54.
33. Barkan, «Kanunname», *İA.;* Mumcu, *Divanı Hümayun*, s. 83.
34. Barkan, «Kanunname», *İA.;* keza Ömer Lütfi Barkan, «Osmanlı İmparatorluğunda Teşkilat ve Müesseselerinin şeriliği meselesi», *İHFM*, XI/3-4, s. 206; keza Ömer Lütfin Barkan, «Türkiye'de sultanların teşri sıfat ve selahiyetleri ve kanunnameler», *İHFM-XII*/2-3, s. 716 v.d.; Ali Himmet Berki, *Büyük Türk Hükümdarı İstanbul Fatihi Sultan Mehmed Han ve Adalet Hayatı*, İst. 1953, s. 102; Heyd, *Criminal Law*, 185-186.

çok az örnekleri olmakla birlikte, diğer mezheplerdeki bir görüşün zamanın ihtiyaçlarına daha uygun olduğu düşüncesiyle mahkemelerde tatbik edilmesini emretmek selahiyeti vardır.[35]

Osmanlı devletinde tek mezhebe ve o mezhep içerisinde en sahih kabul edilen görüşe bağlı kalmanın hukukî hayatta birlik ve istikrarı sağlamada müsbet bir rolü vardır. Fakat buna mukabil, zaman zaman diğer mezheplerden ve Hanefî mezhebi içerisindeki diğer görüşlerden istifade zarureti de ortaya çıkmıştır. İşte hem hukukî birlik ve istikrari bozmamak ve hem de hukukî hayatta ihtiyaç duyulan yenilikleri yapabilmek için bir taraftan kadılar diledikleri hukukçunun görüşünü uygulamaktan menedilip Hanefî mezhebinin en sahih görüşüne göre hükmetmekle mükellef tutulmuş,[36] diğer taraftan da Hanefî mezhebinin en sahih görüşü dışındaki bir görüşü *«muâmelât-ı nâsa evfak ve maslahat-ı asra erfak»* bularak tercih etmek, kazâ ve fetvâda bunun tatbik edilmesini emretmek selahiyeti padişahlara tanınmıştır.[37] Böylece bugünkü manada kanunların bulunmadığı bir devrede hem hukuki birlik ve istikrarın temini, hem de hukuku yeni ihtiyaçlara göre düzenleme gayeleri birlikte gerçekleştirilmek istenmiştir.

Bir görüşün terkedilip diğerinin kabul edilmesinde şüphesiz şeyhulislamların önemli bir rolü vardır. O zamana kadar tatbik edilen görüşün terkedilip diğerinin kabul edilmesinin zamanın ihtiyaçlarına daha uygun olduğunu tesbit edip bunu padişahın iradesine hem de doğrudan doğruya arzeden şeyhulislamdır.[38] İşte esasen padişahın dinî sahadaki temsilcisi olan şeyhulislamın[39] arzı üzerinedir ki padişah duruma müdahele etmekte ve şeyhulislamın arzına uygun emir ve irade sadır olmaktadır. Ne var ki İslam-Osmanlı hukukunun gelişmesinde önemli bir vasıta olan bu yol, en

35. Bunun aile hukuku sahasında bir örneği 1916'da neşredilen irade-i seniyyeye gelinceye kadar bildiğimiz kadarıyla mevcut değildir. Fakat diğer sahalarda nadiren de olsa vardır, bk. Ebussuûd Efendi, «Maruzât» *MTM*, 2/341-342.
36. Barkan, «Din devlet ilişkisi», s. 61; Heyd, *Criminal Law*, s. 185.
37. Barkan, «Müesseselerin şer'iliği», s. 206.
38. Ebul'Ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*. İst. 1946, s. 106.
39. M. de M. D'Ohsson, *Tableau Général de l'Empire Ottoman*, Paris 1787, c. II s. 259; J.H. Kramers, «Şeyhulislam», *İA*.

çok *Kanunî* devrinde kullanılmış,[40] sonraları muhtemelen Ebussûd Efendi gibi büyük ve dirayetli hukukçuların yetişmemesi sonucu fazla kullanılmamıştır.

Padişahın Hanefî mezhebinin en sahih görüşü dışında yine Hanefî hukukçulardan bir başkasının görüşünün tatbikini emretmesinin misalini velinin izni olmadan kıyılan nikahların yasaklanmasında görmekteyiz. Hanefî mezhebindeki bülûğa eren kızların, velilerinin izin veya icazetini almadan evlenebilecekleri şeklindeki hakim görüş, *Kanunî* zamanına kadar yürürlükte kalmış, 951/1544 yılında bu görüş terkedilerek *İmam Muhammed*'in bu durumdaki kızların da ancak velilerinin izinleriyle evlenebilecekleri şeklindeki görüşü kabul edilmiş ve kadılar veli izinsiz nikahtan menedilmişlerdir.[41]

Padişahın aile hukukundaki rolü, bazı meselelerde başka bir müctehit hukukçunun görüşünün tercihine munhasır kalmamakta, bunun dışında da rol ve tesiri bulunmaktadır. Kadıdan izin alınmadan kıyılan nikahların yasaklanmasında olduğu gibi, padişah aile hukuku sahasında hukuki hayatın ihtiyaç duyduğu bazı düzenlemelere gitmekte ve bunlara uyulmaması durumunda mahkemeleri bu tip nikahların varlığıyla ilgili davaları dinlemekten men etmektedir. Yerinde görüleceği üzere nikahta ilave bir hukuki garanti olarak kadı izninin aranması ve padişahın bu yoldaki müdahelesi son derece önemlidir.

Sadece yeniçeriler için getirilen âzamî mehir sınırı da padişahın bu sahadaki müdahelelerine bir başka misaldir. Bilindiği gibi mehir için İslam hukukunda âzamî bir sınır yoktur. *Pir Mehmed*'in bir fetvasında ise sadece yeniçeriler için olmak üzere bin akçalık âzamî bir sınır getirildiğinden bahsedilmektedir. Bu miktardan daha fazlasını tabiatıyla yeniçeri karısına verebilir. Fakat kararlaştırılan miktar bin akçeyi geçerse kadın kocasını bu geçen miktar için ödemeye zorlayamaz.[42]

40. Ebussuûd Efendi'nin Maruzat'ında bunun çeşitli örneklerini görmek mümkündür, bk, Ebussuud Efendi, Maruzat, s. 337-348.
41. Ebussuud Efendi, Maruzât, s. 339-340; Barkan, «Din devlet ilişkisi», s. 61-62.
42. «Mesele: Zeyd-i yeniçeri Hind-i bikri on bin akçe mehr-i müeccel ile akd-i nikah edüp ba'de'l-vat' Zeyd vefat edüp babası Amr'ı terkedüp Hind mehr-i müsemmâsını talep ettikde Amr, Zeyd ye-

Görülmektedir ki padişahların aile hukuku sahasında kanun koyma yetkileri yoktur. Fakat İslam hukukunun tanıdığı hudut dahilinde hukukî hayatın daha düzenli ve ihtiyaçlara daha uygun yürüyebilmesi için gerekli tedbirleri alma yetkileri vardır ve Osmanlı hükümdarları bu yetkilerini az da olsa kullanmışlardır.

niçeridir, kanunları bikri binle seyyibe(yi) altı yüz akça (ile) akd eylemektir deyüp müsemmâyı vermemeye kâdır olur mu? Elcevap: Şer'-i şerifin kimseye ihtisası yoktur. Kânûn-ı şer'-i şerîf tesmiye olunanı vermektir. Lakin memnû olup nehy-i sultânî mukarrer ise hakim cebredemez. Bu haber var söylenir, amma biz anı görmedik. Amma ba'de't-tezvîc yeniçeri olsa müsemmâ alınur.» Pir Mehmed, *Zahirü'l-Kudat*, Süleymaniye ktb. Esad Efendi, no. 852/1, vr. 4b-5a. Aynı mealdeki bir fetvayı Beyazıt Umumi Kütüphanesindeki bir fetva mecmuasından Barkan da nakletmektedir, bk. Barkan, «Sultanların selahiyetleri», s. 723.

III. OSMANLI HUKUKUNDA RESMÎ MEZHEB ANLAYIŞ VE UYGULAMASI

İslam hukukunun teşekkülüyle birlikte mezhepler de yavaş yavaş teşekkül etmeye ve devirlerinin siyasi ve hukuki şartları sonucu değişik bölgelerde yayılmaya başlamışlardır. Malikî mezhebi Mısır ve Kuzey-batı Afrika'da, Şâfiî mezhebi Mısır ve Ortadoğuda, Hanbelî mezhebi Arabistan'da ve Hanefî mezhebi de daha ziyade Türklerin meskun bulunduğu bölgelerde, Ortadoğu, Mısır, Pakistan, Hindistan ve Endonezya'da yayılma imkanı bulmuştur. Gittikçe bu yayılma daha da kökleşmiş önce Selçuklu sonra Osmanlı Türkleri sünnî-hanefî müslümanlığın en güçlü temsilcisi durumuna gelmişlerdir. Bunun sonucu olarak da Selçuklularda ve bilhassa Osmanlılarda Hanefî mezhebi resmî mezhep olmuştur; kadılar hükümlerinde ve müftüler fetvâlarında bu mezhebe uygun hüküm ve fetvâ vermekle mükellef tutulmuşlardır.[43]

Hakimlerin tayin edilirken bir mezhebe göre hüküm vermekle mükellef tutulmalarının ne ölçüde geçerli olduğu hukukçular tarafından tartışılmıştır. Daha ziyade ilk devir hukukçuları hakimin belli bir mezheple sınırlandırılmasını geçerli saymazlar.[44] Fakat kadıların diledikleri mezhep ve diledikleri hukukçunun görüşüne göre karar verebilmeleri hukukî istikrarı bozduğundan, aynı ülkede ve hatta aynı şehirde aynı konuda değişik kararlar verilebildiğinden[45] kadıların belirli bir mezheple sınırlandırılmalarına

43. D'Ohsson, II/266 ve 284; İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devleti Teşkilatına Methal,* Ank. 1970, s. 122; keza Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı,* Ank. 1965, s. 83; Berki, 72; Ebu'l-Ula Mardin, «Fetva», *İA.;* Mehmet Altan Köymen, «Alp Arslan zamanı Büyük Selçuklu İmparatorluğu dini siyaseti», SAD, IV/150-152.
44. Ebul-Hasan el-Maverdî, *el-Ahkamü's-Sultaniyye İslamda Hilafet ve Devlet Hukuku,* Çev. Ali Şafak, İst. 1976, s. 76-77; Berki, 41.
45. Muhammed Hamidullah, *İslamın Hukuk İlmine Yardımları,* Derleyen, Salih Tuğ İst. 1962, s. 123-124; Şa'bân, 19-20.

hukuken zaruret hasıl olmuştur. Böylece sonraki asırlardaki hukukî ve siyasî şartların zorlamasıyla hakimin belirli hususlarla ve belirli bir mezheple sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir.[46] İşte Osmanlılar da buna dayanarak kazâ ve fetvâda Hanefî mezhebinin merî olmasını emretmişlerdir. Kadıların beratlarında, müftülerin menşurlarında bu nokta açıkca belirtilmiştir.[47]

Hanefî mezhebinin tatbikine bilhassa XVI. asırdan itibaren büyük titizlik gösterildiği bu asra gelinceye kadar zaman zaman ve ihtiyaç duyuldukça diğer mezheplerden istifade edildiği anlaşılmaktadır. Bunun en belirgin örnekleri XV. yüz yıl Bursa şer'iyye sicillerinde görülmektedir.[48] O devirde Bursa'da bulunan şafii hakim (nâ'ib) yalnız Bursa'dan değil, bütün Batı Anadolu'dan kendisine yapılan müracaatlarda davayı Şâfiî mezhebine göre halletmekte, hanefî kadıları da bunları tasdik ve tatbik etmekte idiler.[49] İşin dikkat çekici yönü bu şekilde karara bağlanan davalarda aile hukukunun önemli bir yeri olmasıdır. Kocaları tarafından geride eşlerinin geçimlerine yetecek bir mal bırakılmadan terkedilen ve dört yıldan fazla bir müddet kocalarından haber alamıyan kadınlar, Hanefî mezhebine göre boşanamadıkları ve bu durumdan da büyük zarar gördükleri için söz konusu devirde şâfiî kadısına başvurmakta ve bu mezhep esaslarına uygun olarak boşanmaktadırlar.[50] Esasen belli bir devrede diğer mezheplerden faydalanma imkanının dolaylı olarak var olduğu *Ebussuûd Efendi*'nin fetvalarından anlaşılmaktadır.[51] Ne var ki XVI. asırdan sonra Ha-

46. Ebu'l Ula Mardin, «Kadı», *İA.*; keza Mardin, «Fetva», *İA.*; Ansay, *İslam Hukuku*, s. 296; Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, *el-Mukarenatü't-Teşri'iyye*, Kahire 1366/1947, I/56.
47. Kadı beratlarında bilhassa XVI. asırdan itibaren «... eimme-i hanefiyyeden muhtelefun fihâ olan mesâili kemâ yenbeğî tetebbû edup esahh-ı akvâlı bulup anınla amel eyleye...» ifadelerine rastlanmaktadır. Bu kadı beratı için bk. «Osmanlı Kanunnameleri», *MTM, 2/326-327*; Uzunçarşılı, *İlmiye*, s. 85-86. Hemen hemen aynı veya benzer ifadeleri ihtiva eden kadı beratları için bk. Hıfzı efendi, *Kanunname-i Cedid*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi ktb. vr. 49b-50a; Uzunçarşılı, *İlmiye*, s. 112-113.
48. Halil İnalcık, «Mahkeme», *İA.*
49. Halil Sahillioğlu, «Bursa kadı sicillerinde iç ve dış ödemeler aracı olarak 'Kitabü'l-Kadı' ve 'Süfteceler'», *Türkiye İktisat Tarihi Semineri*, Ank. 1975, s. 123.
50. Örnek için bk. BŞS, Defter no.lla vr. 15a, 16a, 20b.
51. Aynı meseleye ait birbirini takip eden şu iki fetva bunun açık

nefî mezhebi uygulamasında daha titiz davranılmış, diğer mezheplerden dolaylı da olsa istifade yolları kapatılmıştır.

Hanefî mezhebine göre hüküm veren kadılar, bu mezhep içerisinde aynı mevzuda birkaç görüş varsa en sahihine göre hüküm vermekle de ayrıca mükelleftirler.[52] Bu durum kadı beratlarında *«esahh-ı akvâl ile amel»* ifadesiyle belirtilmektedir. Hanefî mezhebi içerisinde bir başka hukukçunun görüşünün asrın ihtiyaçlarına daha uygun olduğu görülürse, hakim bunun uygulanmasına resen karar veremez, bunu ancak sultan emredebilirdi. Veyahut da o hu-

bir misalidir: «Mesele: Zevci nâbedid olan Hind nafakaya aczi olıcak, teşeffu edip şâfiî kadısı tefrik edip zevc-i ahara varsa badehu Zeyd gelse zevcesin geri alabilir mi? Elcevab: Alamaz. Ahmed. Cevâb-ı Âhar: Teşeffu hususu Diyâr-ı Rum'da câri olmaya deyû men-i sultânî vâki olmuştur. Ebussuud.» M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhulislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İst. 1972, s. 44. Burada açıkca belli bir devrede Şâfiî mezhebinin uygulanmasının geçerli olduğu birinci cevaptan, belli bir devreden sonra yasaklandığı ikinci cevaptan anlaşılmaktadır. Aynı sual ve sadece Ebussuûd Efendi'nin cevabı Maruzat'ta da bulunmaktadır (s. 340-341). Ayrıca yine Maruzat'ta bir başka hususla ilgili fetvada şu kayıt vardır: «Bu diyarda Şâfiî kavliyle amel etmek memnudur» (s. 341). Bütün bunlardan sonra İnalcık'ın ileri sürdüğü «müddei davanın dört mezhepten birine göre bakılmasını istediği takdirde kadı bu isteğe uymak zorunda idi» (İnalcık, «Mahkeme» *İA;* aynı fikri İnacık'a dayanarak Ortaylı da ileri sürmektedir. İlber Ortaylı, «Osmanlı şehirlerinde mahkeme», *Bülent Nuri Esen Armağanı*, Ank. 1977, s, 249) şeklindeki görüşe katılma imkânı yoktur. Bursa'da XV. asırdaki sınırlı bir uygulamayı İnalcık, her zaman ve her yerde uygulanan genel bir kural zannetmiştir. Kaldı ki yine Ebussuûd Efendi'nin bir fetvasından davacı (müddeî) mesela şâfiî olsa bile kadılar davalı (müdeâ aleyh) mezhebine muhalif hükümden men oldunduğu açıkca belirtilmiştir: «Zeyd-i hanefî gâib iken fevt olup şâfiî dâyinleri (alacaklıları) cümle verese gâib iken deynlerin (alacaklarını) isbat edüp badehu hanefî kadısı tenfîz eylese makbûl olur mu? Elcevab: Olmaz! Kudât memâlik-i mahrûsede müddeâ aleyh mezhebine muhalif hükümden men olunmuştur. Hükmü ve tenfizi bâtıldır.» (Maruzat, s. 345). Bu yasak da İnalcık'ın ileri sürdüğü gibi davacı istese de XVI. asırdan itibaren hakimin bir başka mezhebi uygulama imkanının olmadığını ortaya koymaktadır.

52. «Mesele: Esahh-ı akvâl ile amel eyliyesin deyû beratında mukayyed olan kadı kavl-i zaîf ile amel eylese, hükmü nâfiz olur mu? Elcevab: Gayet zaîf olunca olmaz.» Ebussud Efendi, Maruzat, s. 344.

kukçunun görüşünü uygulamak hususunda hakimin açıkca yetkili kılınmış olması gerekirdi.[53]

Mekke, Medine, Mısır, Kudüs, Haleb gibi ahalisinin önemli bir kısmı Hanefî mezhebi dışındaki üç mezhebe mensub olan yerlerin durumuna gelince öyle anlaşılıyor ki buralara bir hanefî baş kadı ve diğer mezheplerden kadılar tayin edilmiştir.[54] Bu kadılar diğer mezheplerdeki kimselerin davalarını o mezheplerin görüşlerine uygun olarak halletmekteydiler. Ne var ki bu uygulamanın nerelerde olduğu ve ne zamana kadar devam ettiği hususunda kesin bir söz söyleme imkânından mahrumuz. Şu kadarını söyliyebiliriz ki bu uygulama Mısır'da *Mehmed Ali Paşa* zamanına kadar devam etmiş, *Mehmed Ali Paşa* zamanında diğer mezheplerin tatbik imkanı ortadan kaldırılarak Hanefî mezhebi fetvâ ve kazâda tek yetkili kabul edilmiştir.[55]

53. Şu iki fetva bu durumun açık bir misalini teşkil etmektedir: «Mesele: Zeyd mecnûn olmakla hakim zevcesi Hind'i şer'an tefrika kadir olur mu? Elcevab: Hakim İmam Muhammed kavliyle amele memur ise olur ve illâ olmaz.» Ebussuud, Maruzat, 340. «Mesele: Hind Zeyd'in meczûm (cüzzamlı) idüğünü bilmeden nefsini Zeyd'e tezvic eylese Hind vâkıfa oldukta râziye olmayıp nefsini kâdıya tefrik ettirmeye kâdire olur mu? Elcevab: Olmaz! Meğer kadı İmam Muhammed kavliyle amele memur ola.» Ali Efendi, *Fetava*, İst. 1272, I/91.

54. Mardin, «Kadı», *İA.*; Berki, 43; Şa'bân, 20 v.d. Bazı kaynaklar Mısır dışındaki yerlerde sadece Hanefi mezhebinin uygulandığını belirtmekteyseler de (Subhî Mahmasanî, *el-Evdâ'u't-Teşrî'iyye fi'd-Düveli'l-Arabiyye Mâdihâ ve Hadiruhâ*, Beyrut 1962, s. 162) bu görüşe katılma imkanı yoktur. Biz Mekke'de diğer üç mezhep kadısının vazife yapmakta olduğunu bilmekteyiz. 12.S.973 (1565) tarihli Mekke kadısına hitaben yazılan bir hükümde şâfiî, hanbelî ve malikî mahkemelerinde görülen davaların hanefî mahkemesinde —bu mahkemeye hükümde mahkeme-i kübrâ denmektedir— olduğu gibi sicile kaydedilmediği, bundan böyle bu mahkemelerin üç ayda bir yazdıkları sicilleri mahkeme-i kübrâya teslim etmeleri gerektiği belirtilmektedir. BOA, Mısır Mühimmesi Defteri, no.5 s. 91, hüküm no. 211. Keza Anadolu kazaskerine gönderilen Evâhir ZA 955 (1548) tarihli bir fermanda Haleb kadısının şafii nâibinin kendi mezhebine göre vermiş olduğu bir tefrik kararından bahsedilmekte ve davanın tekrar görülmesi istenmektedir. BOA., Fekete, A.DVN, 350. Buradan Haleb'te de Mekke ve Medine'de olduğu gibi diğer mezheplerden kadıların vazife gördüğü anlaşılmaktadır.

55. Berki, 43; Mahmasanî, 162; Şa'bân, 20 v.d. Evail RA 1227 (1812)

Esasen aynı uygulamanın müftüler için de var olduğu ve adı geçen yerlere hanefî müftülerin yanısıra diğer mezheplerden müftülerin de tayin edildiği bilinmektedir.[56] Öyle anlaşılıyor ki Hanefî mezhebini fetvâ ve kazâda tek resmî mezhep kabul eden sıkı uygulama daha ziyade tamamen Hanefîlerin meskun veya çoğunlukta olduğu yerlerde titizlikle uygulanmış, diğer yerlerde belirli ölçüde diğer üç mezhebin uygulanmasına imkan verilmiştir.

Bir mezhebi takip etmenin hukuki birlik ve istikrarı temin etmede müsbet bir rolü olmakla birlikte, bilhassa XVI. asırdan itibaren bu prensibin çok sıkı bir şekilde takip edilmesi hukuki gelişmeye mani olmuş ve hukuki hayatta bir takım zorluklar çıkarmıştır. Ayrıca bu prensibe bağlı kalmak uğruna bazan hukuk dışı yollara sapıldığı da görülmüştür. Bunun en çarpıcı misali mükrehin nikahını geçerli sayan hanefî görüşüne uymak fakat çeşitli durumlarda meydana gelen mahzurları bertaraf etmek için kabul edilen usulde görülür. Kanunî devri ceza kanunnamesinde: *«Veya kız veya avret çeküp cebr ile nikah itdürene cebr ile boşadalar, dahi siyaset edeler ve nikah idenin sakalın kesüp muhkem let ideler.»* denmektedir.[57]

Tek mezhebe bağlı kalma prensibi daha yumuşak bir ölçü içerisinde tatbik edilseydi bu hukukun gelişmesi bakımından daha elverişli bir yol olurdu.

tarihli bir hükümde ise 1. Vakfın akarının satılması; 2. Kocası gâib olan kadının tefriki; 3. Uzun süreli kiranın geçerli olması ve 4. Üç talakın bir sayılması hususunda diğer mezheplere dayanılarak verilen fetvâlar ve bu fetvâların kadı tarafından uygulanması yasaklanmaktadır. Mısır Mühimmesi Defteri, no. 12, s. 152 153. Aynı konuyla ilgili olarak bk. BOA., HH, 16576.

56. D'Ohsson, II/284; Uzunçarşılı, *İlmiye*, s. 174; J.R.Walsh, «Fatwa» EI². Medine-i Münevvere'ye yapılan bir şafii müftüsü tayini için bk. Mısır Mühimmesi Defteri, no. 5, s. 201, hüküm no. 508.
57. Heyd, *Criminal Law*, s. 60; Coşkun Üçok, «Osmanlı kanunnamelerinde İslam ceza hukukuna aykırı hükümler», *AHFD*, IV/1-4, s. 58md. 34; Barkan, «Din-devlet ilişkisi» s. 69. Halbuki Osmanlıların belli bir bölgesinde belirli bir zaman için de olsa tatbik edilmiş olan Alaüddevle kanununda mükrehin nikahı fasit kabul edilerek hukuk dışı yollara gidilmeden diğer mezheplerden istifadeyle mesele halledilmiştir: «Eğer kız çeküp alup gittiğinden sonra nikah itse nikahı fâsittir, tazir ideler..» Barkan, *Kanunlar*, s. 121 md. 16; Üçok, agm.s. 70, md. 16. Keza Bozok kanunnamesinde de aynı hüküm vardır. Barkan, *Kanunlar*, s. 125 md. 16.

IV. FETVÂ VE KAZÂ MÜNASEBETİ VE AİLE HUKUKUNUN İŞLEYİŞİNDEKİ ROLÜ

İslam-Osmanlı hukukunun ve bu hukuk içerisinde aile hukukunun işleyişinin anlaşılabilmesi için fetvâ-kazâ münasebetinin, fetvâ ve fetvâ makamının hukukta oynamış olduğu rolün iyi bilinmesi gerekir.

Gerek diğer İslam devletlerinde ve gerekse Osmanlılarda müftünün adlî bir vazifesi olmamakla[58] ve vermiş olduğu fetvâların bağlayıcılık karakteri bulunmamakla[59] birlikte, yine de hukukun sağlıklı işlemesinde önemli rolleri olmuştur. Her şeyden önce müftü gerek tarafların gerekse hakimin hukuki bir problemin aydınlatılması için kendisine sıkça başvurdukları bir kimsedir.[60] Bu önemli yardımcı rolünden ötürü İslamın ilk devirlerinden itibaren bir fetvâ makamının mevcudiyetine hemen daima rastlanmıştır. *Hz. Ömer*'in Medine'de yedi hukukçuyu bir araya getirerek kurduğu komite Medine kadısı dahil herkesin serbestçe başvurup hukuki problemlerini hallettikleri bir merci idi.[61]

58. Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devletinde Rüşvet Özellikle Adli Rüşvet*, Ank. 1969, s. 124.
59. Berki, 60.
60. D'Ohsson, II/262; Emile Tyan, *L'Histoire de l'Organisation Judiciaire en Pays d'Islam*, Paris 1938, I/327; M.A. Ubucini, *Türkiye 1850*, Ter. Cemal Karaağaçlı, İst. t.y., s. 165; Ronald C. Jennings, «Kadı, court and legal procedure in 17th C. Ottoman Kayseri», *SI*, XVIII, s. 135. Mısır'daki uygulama için bk. Joseph Schacht, «Mahkeme», *İA*. Tarafların mahkemede fetva ibraz ettiği dava örnekleri için bk. Halit Ongan, *Ankara'nın 1 Numaralı Şeriye Sicili*, Ank. 1959, s. 59, dava no. 232; keza Ongan, *Ankara'nın İki Numaralı Şeriye Sicili*, Ank. 1974 s. 36, 59 ve 102'deki 470, 739, 1298 ve 1341 no'lu davalar.
61. Muhammed Hamidullah, «Ebu Hanife'nin İslam hukukunun tedvin için tesis ettiği akademi», *İslamın Hukuk İlmine Yardımları*, Derleyen: Salih Tuğ, İst. 1962, s. 121.

Taraflar kadıya başvururken dilerlerse müftüden kendi durumlarıyla ilgili ve kendilerine önemli bir hukukî yardım temin eden bir fetvâ alırlardı. Kadılar da umumiyetle önlerine gelen davalarla ilgili hükmü bulmakta güçlük çekerlerse veya Hanefî mezhebi içerisinde hangi görüşün en sahih görüş olduğu hususunda tereddüde düşerlerse müftüye başvururlardı.[62] Bu yönüyle müftüler kadıların adeta müşaviri durumundadırlar.

Müftünün Osmanlı hukukundaki önemli bir rolü de kadı'nın vermiş olduğu kararların gayrı resmi olarak müftünün ilmî kontrölüne açık olmasıdır.[63] Osmanlı hukukunda sistematik bir temyiz yolunun olmadığı göz önüne alınırsa, bilhassa merkezden uzak bölgelerde bir ikinci hukukçunun varlığı karşısında kadıların daha dikkatli davranacakları tabiidir. Ayrıca müftülerin kadıların yükünü hafiflettikleri de unutulmamalıdır. Bugün mahkemeye intikal eden bir çok mesele, o devirlerde müftülerin fetvâlarıyla halledilmektedir.

Fetvâların bağlayıcılık karakteri yoktur; fetvâya göre hüküm vermesi için kadılar zorlanamaz. Ne var ki bu, kadıların kendilerine getirilen veya kendilerinin talep ettikleri fetvâları gelişigüzel reddedebildikleri manasına gelmez. Kendisine arzedilen fetvâyı reddeden kadı'nın herhalde daha sağlam bir hukuki dayanağı olmalıdır. Aksi halde ilgili taraf davayı Divan-ı Hümayun gibi bir üst mercie aksettirdiğinde, fetvâyı sebepsiz reddeden kadı müşkül durumda kalırdı. *Mumcu*'nun naklettiği Şam kadısına hitaben kaleme alınan bir fermanda, davacının elindeki şer'î temessüke ve fetvâya bir daha nazar kılınması hususu kadıya emredilmekte ve bunları gelişigüzel reddettiği için kadı adeta tekdîr edilmektedir.[64] Bu da göstermektedir ki fetvâların nazarî olarak bağlayıcılık vasfı olmamakla birlikte kadılar fetvâlara, hele bu fetvâlar şeyhulislam tarafından verilmişse umumiyetle uyarlardı.[65] Bu yüzden müf-

62. Mustafa Akdağ, *Türkiye'nin İktisadi ve İctimai Tarihi*, İst. 1979, c.I s. 405; Mumcu, *Siyaseten Katil*, s. 106.
63. Berki, 59.
64. Mumcu'nun Matuz'dan naklettiği fermandaki ifadeler bu hususta gayet açıktır: «...ve elinde olan şer'î temessüke ve fetvâya nazar kılıp göresin... tekrar kapıma şikayetlü gelmelü eylemeyesin..» Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, s. 105 d.n. 147.
65. H. Gerber Bursa şer'iyye sicilerinde kadıların getirilen fetvâyı daima kabul ettiklerini ve incelediği devrede fetva getiren tarafın

tülerin ve özellikle şeyhulislamın kadılar üzerinde büyük nüfuzu ve manevî otoritesi vardı.[66]

Netice olarak Osmanlı aile hukukunun sağlıklı ve İslam hukukuna uygun olarak işleyişinde müftünün ve vermiş olduğu fetvânın önemli bir yeri vardır.[67] Ayrıca bu müessesenin hukuk tatbikatında kadı için temin ettiği kolaylık da küçümsenmemelidir.

davayı daima kazandığını belirtmektedir. Haim Gerber, «Sharia, Kanun and Custom in the Ottoman Law: The Court records of 17th Century Bursa» *IJTS*, II/1, s. 145-146.

66. Mumcu, *Rüşvet*, s. 141-142; Jennings, «Kadı», s. 140.
67. Fetva ve müftü hakkında geniş bilgi için bk. Emile Tyan, J.R. Walsh, «Fatwa» *EI²*; Mardin, «Fetva» *İA.*; Atar, 117-126.

V. OSMANLI AİLE HUKUKUNUN YÜRÜRLÜK VE BİLGİ KAYNAKLARI

İslam-Osmanlı hukukunun uygulanması sırasında kadıların elleri altında bugünkü manada kanunlar yoktu. Fakat bu, Osmanlı kadısının hüküm verirken çok dağınık ve sihhati şüpheli kaynaklara dayandığı ve aradığı hukuk kuralını bulmakta güçlük çektiği manasına gelmez. Bilakis Osmanlı mahkemelerinde kadıların elleri altında her zaman kolaylıkla başvurabilecekleri belirli bilgi ve yürürlük kaynakları daima var olmuştur. Bunlar fıkıh kitapları, fetvâ mecmuaları, kanunnâmeler ve kadıya gönderilen irade, ferman ve hükümlerin yazılı olduğu şer'iyye sicil defterleridir. Kadılar bu kaynakları kullanırken genellikle bunlara açıkca atıf yapmazlar. Fakat bazı hükümlerinde kadıların hükmü dayandırdıkları hukuk kitabını, fetvâ kolleksiyonunu veya kanunnâmeyi açıkca zikrettiklerine de rastlanmaktadır.[68] Böyle bir atıf usulünün yerleşmemiş olması o devrede gerek davaların azlığı gerekse bu sınırlı davalara uygulanacak kuralın adı geçen kaynaklarda kolaylıkla bulunabilmesi sebebiyle buna ihtiyaç hissedilmemesiyle izah edilebilir.

Bu kaynaklar bugünün kanunları gibi maddeler halinde kaleme alınmış değildir. Ne var ki kadı aradığı hukuk kuralını kendilerine has bir sistem içerisinde tertiplenen ve kaleme alınan bu kaynaklar içerisinde kolaylıkla bulabilme imkanına sahiptir. Bu bakımdan bugünkü manada kanunların bulunmadığı bu devrede hukukî bir dağınıklığın ve düzensizliğin bulunduğunu düşünmemek gerekir.

A. KİTAPLAR

Bilhassa özel hukuk ve aile hukuku alanında bilgi kaynağı ola-

68. Gerber Bursa şer'iyye sicillerinde nadiren bu kaynakların zikredildiğini belirtmektedir (Gerber, 146).

rak belirli sayıda kitaplar önemli bir rol oynamışlardır. Fatih devrine gelinceye kadar Hidâye,[69] Kenzü'd-Dekâik,[70] Kudurî,[71] Vikâye,[72] ve el-Muhtâr[73] gibi esasen Osmanlı medreselerinde ders kitabı olarak okutulan kitaplar aynı zamanda da mahkemelerde de bilgi kaynağı olarak kullanılmıştır.[74]

Fatih devrinden itibaren büyük hukukçu *Molla Hüsrev (Mehmed b. Firamurz b. Ali)*'in kendi eseri Gurerü'l-Ahkâm'ına bir şerh olarak kaleme aldığı Dürerü'l-Hükkâm Fi Şerh Gureri'l-Ahkâm, kısaca Dürer Osmanlı mahkemelerinde hemen hemen en çok müracaat edilen bir kaynak olmuştur.[75]

Kanuni devrinden itibaren ise mahkemelerde Dürer'in yerini *İbrahim b. Muhammed b. İbrahim el-Halebi* tarafından yazılmış bulunan Mülteka'l-Ebhur Fi Furû'i'l — Hanefiyye adlı eser almıştır. Bu küçük kitap o derece itibar görmüştür ki bu eserden sonra kadılar hemen daima kararlarını ona dayanarak verir olmuşlardır.[76]

Bu durumlarıyla bu iki eser belirli dönemlerde Osmanlı mahkemelerinde adeta bir kanun mecmuası gibi bilgi ve yürürlük kaynağı olarak kullanılmışlar ve kadılara hukukun tatbikinde bü-

69. *GAL*, I/376.
70. *GAL.SUP*, II/265.
71. *GAS*, I/451.
72. *GAL*, I/377.
73. *GAL*, I/382.
74 Uzunçarşılı, *İlmiye*, s. 22, 29 ve 115 d.n.1.
75. D'Ohsson, I/7-8; İnalcık, «Osmanlı hukukuna giriş», s. 126. Molla Hüsrev'in bu eseri o derece meşhur olmuştur ki bu eser üzerine bir çok şerh ve haşiyeler yazılmıştır, bk. Katib Çelebi, *Keşfü'z-Zunûn an Esâmi'l-Kütüb ve'l-Fünûn*, İst. 1972, II/1199; ayrıca bk. *GAL*, II/226.
76. D'Ohsson, I/8-10; Gotthard Jaeschke, *Yeni Türkiye'de İslamlık*, Ter. Hayrullah Örs, Ank. 1972 s. 12; Uzunçarşılı, *İlmiye*, s. 115. Bu eser de Dürer gibi bir çok şerh ve haşiyelere konu olmuştur. Katib Çelebi, II/1814 v.d.; Bağdatlı İsmail Paşa, *İzâhu'l-Meknûn Fi'z-Zeyl Alâ Keşfi'z-Zunûn*, İst. 1972, II/551; ayrıca bk. *GAL*, II/432; *GAL-SUP*, II/642. D'Ohsson adı geçen eserinde İslam hukuku hakkında verdiği bilgileri Mülteka'ya dayandırmaktadır. Cin, Mülteka'nın D'Ohsson tarafından fransızcaya tercüme edildiği söylemekteyse de (Cin, *Evlenme, s. 7)* D'Ohsson Mülteka'yı tercüme etmiş değil, ilgili bölümleri ona dayanarak yazmıştır. İki kitabın karşılaştırması bunu ortaya koymaktadır.

yük kolaylık sağlamışlardır. Osmanlı müesseseleri hakkında kıymetli bilgiler veren *D'Ohsson*'un bu iki eserden bahsederken kanun mecmuası manasına gelen code kelimesini kullanması bu iki eserin o devirde nasıl telakki edildiklerini göstermesi bakımından dikkate değer.

B. FETVÂ MECMUALARI

Osmanlı kadısının elinde bu kitapların yanında bir de fetvâ mecmuaları vardır. Fetvânın Islam-Osmanlı hukukunun işleyişinde oynadığı role temas edilmişti. Süal cevap tarzında hazırlanan ve olur veya olmaz şeklinde kesin ifadelerle sonucu belirten bu fetvâların bir araya getirilmeleriyle meydana gelen fetvâ mecmuaları, kadıların devamlı başvurdukları bilgi kaynakları arasındadır. Kadı aradığı hükmü fıkıh kitaplarının yanında, elinin altında hemen birkaç tanesi hazır bulunan fetvâ mecmualarında da rahatlıkla bulma imkanına böylece sahip olmaktadır.[77] Bu fetvâ mecmualarında müftâ bih olan yani Hanefî mezhebinin en sahih görüşü toplandığından, herhangi bir meselede hangi görüşün en sahih görüş olduğunda tereddüde düşen kadı, bu bakımdan da fetvâ mecmualarından istifade edebilirdi. Ayrıca kararlarının doğruluğundan emin olmak için kadıların onları güvenilir bir hukukçunun mesela bir şeyhulislamın fetvâsına dayandırma arzuları, fetvâ mecmualarının sıkça kullanılmalarına sebep olmuş ve sadece Osmanlı devleti zamanında meydana getirilen fetvâ mecmualarının sayısı yüzü geçmiştir.[78]

Bu fetvâ mecmuaları içerisinde bilhassa *Yenişehirli Abdullah Efendi* (ö. 1155/1742), *Zekeriyazâde Yahya Efendi* (ö. 1041/1681), *Feyzullah Efendi* (ö. 1115/1703), *Ankaralı Mehmed Emin Efendi* (ö. 1098/1687), *Çatalcalı Ali Efendi* (ö. 1103/1692)[79] ve tabiatıyla *Ebussuûd Efendi*'nin (ö. 982/1574)[80] fetvâ mecmuaları diğerleri arasında daha çok şöhret kazanmış ve en çok başvurulan fetvâ mecmuaları olmuştur.

77. D'Ohsson, I/17-18.
78. Bu fetva mecmuaları için bk. Katib Çelebi, II/1218 v.d.; Bağdatlı İsmail Paşa, II/100 v.d.
79. D'Ohsson, XX I/17-18; Uzunçarşılı, *İlmiye*, s. 197.
80. Mumcu, *Rüşvet*, s. 9.

C. KANUNNÂMELER

Kanunnâmeler daha ziyade örfî hukuk sahası için önemli birer yürürlük ve bilgi kaynağıdır.[81] Esas itibariyle şer'î hukuk sahasında hükümler ihtiva etmediğinden, aile hukuku sahasında sıkça kullanılan bir yürürlük ve bilgi kaynağı değildir. Ne var ki nadiren de olsa bunlarda mevcut olan aile hukukuyla ilgili bir maddenin tatbiki için kadılar kanunnâmelerden de istifade etmişlerdir.[82]

D. ŞER'İYYE SİCİL DEFTERLERİ

Kadılara gönderilen irade, ferman ve hükümler kadılar tarafından şer'iyye sicil defterlerine muntazaman kaydolunmuştur. Şer'iyye sicil defterlerinde böyle kaydedilen çok sayıda ferman ve hüküm suretleri vardır. İşte kadı hükmünü verirken padişah irade ve fermanlarına da bağlı olmak zorunda olduğundan ilgili hüküm ve fermanı, bunların sicil defterlerindeki suretlerinden öğrenmek durumunda idi.[83] Bu bakımdan her vilayet ve kazadaki sicil defterlerinin dikkatle tutulmasına ve mahallinde muhafazasına büyük itina gösterilmiştir. Yalnız gönderilen ferman ve hükümler daha çok aile hukuku dışındaki sahaları ilgilendirdiğinden sicil defterlerinin kanunnâmelerde de olduğu gibi aile hukuku bakımından sıkça başvurulan bir yürürlük kaynağı olduğunu düşünmemek gerekir.

Netice olarak bu yürürlük ve bilgi kaynaklarının kadıların kolayca yararlanabilecekleri bir durumda olması, bunlara ilave olarak kadının her zaman hukuki görüşlerinden istifade edebilecekleri bir müftünün ve şeyhulislamın mevcut oluşu, hukukun sağlam ve istikrarlı bir biçimde işlemesini temin etmiştir denebilir. Bu aynı zamanda umumi olarak hukuk ve özellikle aile hukuku sahasında kanunlaştırma hareketlerine neden batıdaki kadar erken bir devirde ve batı ölçüsünde ihtiyaç duyulmadığını da izah etmektedir.

81. Anhegger-İnalcık, XI; Barkan, *Kanunlar* I, s. XXV.
82. Daha önce zikri geçen mükrehin nikahı ile ilgili kanunname hükmü buna bir misaldir. Heyd, *Criminal Law*, s. 60.
83. İnalcik, «Suleiman», s. 117.

İKİNCİ BÖLÜM

OSMANLI AİLE HUKUKU

(BAŞLANGIÇTAN TANZİMATA KADAR)

I. EVLENME

A. EVLENME AKDİNİN YAPILIŞI

a. Nikahın Bizzat Kadılar Tarafından Kıyılması

Osmanlı aile hukukunun şer'î hukuk içerisinde yer aldığı bir başka ifadeyle bütünü itibariyle İslam hukukuna dayandığı belirtilmişti. Bu bakımdan burada Osmanlı aile hukuku ana hatları içerisinde verilirken bu hukukun bütün müesseselerine temas edilmeyecektir; bu giriş bölümünün lüzumsuz bir tekrarı olur. Bu bölümde altı asırlık bir hukuk tatbikatı içerisinde gerekli görülen noktalara işaret edilecek, diğerlerinden hiç bahsedilmeyecek veya gerekli görülen yerlerde ilgili bölüme atıfla yetinilecektir.

Daha önce de belirtildiği gibi İslam hukukunda nikah, esas itibariyle tarafların ve şahitlerin iştirakiyle akdedilen medeni bir akittir; muteber olabilmesi için resmi bir memurun veya bir din adamının huzurunda yapılması şart değildir.[1] Nikah akdi için İslam hukukunda aranılan şartların gerçekleştiği her akit, sahih ve muteberdir. Bu şartlar arasında nikahın bir hukukçu veya bir din adamının huzurunda kıyılması şartı yoktur. Ne var ki nikah akdinin önemi ve cemiyet hayatında oynadığı rol dolayısıyla, oldukça erken devirlerden itibaren bu akit, gelişi güzel bir şekilde akdedilmemiş, onun hukuki yönünü bilen ve önüne gelen evlilikte bunun gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol eden bir meslek adamının önünde yapılmasına önem verilmiştir.[2] Bu kişi bazen bir hakim veya nâibi, bazan munhasıran bu işlere bakan bir nevi noter, bazan da hakim kontrolünde bir din adamı olmuştur. Bu kişilerin nikaha iştirakleri, hem nikahın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol ve akdin sahih bir şekilde akdedilmesi im-

1. Chehata, age, 74-75; Karaman, 236; Abdü'l-Hamîd, 11.
2. Joseph Schacht, «Nikah» *İA.;* Linant de Bellefonds, II/39-40.

kanını vermiş, hem de nikah akdinin diğer akitler karşısındaki önemini ortaya koymuştur.

Nikaha taraflar ve şahitler dışında adeta nikah memuru gibi üçüncü bir şahsın iştiraki ve nikahın bunun huzurunda kıyılması hangi tarihten itibaren başlamıştır? Bu hususta kesin bir tarih verme imkanı yoktur. Fakat bu tatbikatın Osmanlılardan çok daha önce başlamış olduğu söylenebilir. Esasen hakimlerin velisi olmayan kimselerin nikahlarına veliyy-i âm olarak iştirakleri ve onları evlendirmeleri İslam hukukunun gereğidir.[3] İlk devirlerden itibaren bu husus kadıların vazifeleri arasında sayılmış[4] ve kadıların tayin beratlarında açıkca belirtilmiştir.[5] Sonraları sair kimselerin nikah akitlerini tanzim etmek de kadıların salahiyet ve vazifeleri arasında sayılmıştır. *Emile Tyan* XII. asırdaki kadı beratlarında nikah akdetmenin de kadıların vazifeleri arasında sayıldığının misalini vermektedir.[6] Keza Selçuklu devrine ait kadı menşurlarında kadıların vazifeleri arasında nikah akdetmek de sayılmaktadır.[7] Esasen yüksek mevkideki kimselerin nikahlarının devrin ileri gelen hukukçuları tarafından kıyılması geleneği daha eski tarihlere kadar uzanmaktadır. Onbirinci asırda Selçuklu sultanı *Melikşah* (1072-1092)'ın nikahının bir kadı tarafından kıyıldığı görülmektedir.[8] Keza *I. İzzettin Keykavus*'un (1197-1220) kadı *Sadrettin Lehaverî* tarafından kaleme alınan nikah akdi vesikası bugüne kadar gelmiştir.[9] Anlaşıldığına göre nikahların yetkili bir hukukçu, bir hakim tarafından kıyılması geleneği sonraları halk arasında da yaygınlaşmıştır. Yine muhtemel olarak nikah için her zaman kadıya müracaatın kolay olmayışı, bunların nezaretleri altında bir nevi nikah memurlarının ortaya çıkması zaruretini doğurmuştur. *İbn Batuta* 726/1326 yılında Şamdan geçerken burada rastladığı nikah akitlerini yapan teşkilatlı bir nevi noterlerin varlı-

3. Karaman, 250-251.
4. el-Maverdi, 79; Tyan, age., II/15-16.
5. Tyan, age. II/47-49.
6. Tyan, age., II/20.
7. Osman Turan, *Türkiye Selçukluları Hakkında Vesikalar*, Ank. 1958, s. 41-43; keza bu vesikalar arasında neşredilen *Tekârirul-Menâsıb*, s. 48, 51, 55-56.
8. Ebu'l-Abbas Şemsü'd-Din Ahmed b. Hallikan, *Vefeyâtü'l-A'yân ve Enbâ'ü Ebnâi'z-Zamân*, Kahire 1948- IV/373; Tyan, age., II/48.
9. Turan, 44.

ğından bahsetmektedir.[10] *İbn Batuta*'nın Şam'ı ziyareti Osmanlıların kuruluş yıllarına rastlarsa da teşkilatlı bu bürolar, bunların biraz daha geçmişi olduğu intibaını vermektedir. Yine Mısır'da Memluklular devrinde kadıların nezareti altında çalışan nikah memurlarının (akkâdü'l-enkiha) varlığı bilinmektedir.[11] Bütün bunlar, Osmanlılardan önce ve onların kuruluş yıllarında nikahların kadıların veya onların kontrolündeki hususi memurların nezareti altında kıyılması geleneğinin yerleşmiş veya yerleşmekte olduğunu göstermektedir.

İlk devirlerden itibaren gerekli olmamakla birlikte nikah akitlerinde bir hukukçunun varlığına ve kontrolüne ihtiyaç duyulması şu sebeple de izah edilebilir: İslam dininde hukuki hükümlerle dini hükümler çoğu kere bir içiçelik arzederler. Mesela nikahın sihhat şartlarından birisini ihmal ederek evlenen kimse, sadece hukuken fâsit bir nikahla karşı karşıya kalmaz, aynı zamanda geçerli bir evlilik bağı bulunmadan kendisine yabancı olan bir kimseyle evlilik ilişkisi içerisinde olduğu için, dinen de günahkar olur. İşte yapılan hukuki muamelenin eksik ve geçersiz olması yanında dinen de günahkar olmak endişesi, muhtemelen İslamın ilk devirlerinden itibaren nikahların bir hukukçunun kontrolü altında kıyılması ihtiyacını hissettirmiştir.

Osmanlılara gelince Osmanlı devletinde kadıların veliyy-i âm olarak velisiz kimseleri evlendirmeleri yanında, diğer kimselerin nikah akitlerini yapmakla da yetkili ve vazifeli oldukları görülmektedir.[12] Kadılara vazifelerini tevcih eden kazâ beratlarında bunların neler yapacakları sayılırken, nikah akitleri (ukûd-ı enkiha) de daima sayılmıştır.[13] Esasen sayıları onbinleri aşan ve Os-

10. Gotthard Jaeschke, «Türkiye'de imam nikahı», Ter. Ahmet Mumcu, *Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ank. 1964, s. 12.
11. Jaeschke, «İmam nikahı», s. 12-13.
12. D'Ohsson, II/283; Jaeschke, «İmam nikahı», s. 14; Mustafa Akdağ, «Osmanlı müesseseleri hakkında notlar», *ADTCFD*, XIII/1-2, s. 51; Ongan, *1 Numaralı Sicil*, s. XXXV v.d.; İlber Ortaylı, «Osmanlı kadısının taşra yönetimindeki rolü üzerine», *Amme İdaresi Dergisi*, IX/1, s. 97.
13. Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesinde de kadıların vazifeleri arasında nikah «..ve ukûd-i enkiha ve tenfîz-i vasâyâ ve sair kazâyâ-yı şer'iyyede mutesarrıf olalar» şeklinde geçmektedir, «Osmanlı Kanunnameleri», *MTM*, 3/541; ayrıca bk. Uzunçarşılı, İlmiye, s. 85-86; çeşitli kadı beratları için bk. aynı eser, s. 112 v.d.

manlı hukuk tarihi hakkında en önemli bir kaynak vazifesini gören şer'iyye sicilleri mahkemelerde kadılar tarafından kıyılan nikahların sayısız misalleriyle doludur. Bu kayıtlara bir göz atılırsa Osmanlılarda nikahların belli bir bölümünün mahkemelerde kadılar tarafından kıyılmış olduğu görülür. Lakin yine de nikahların yüzde kaçının mahkemelerde akdedildiği hususunda sihhatli bir nisbet verme imkanı yoktur.

Osmanlılarda kadılar hangi tarihten itibaren nikah akitleriyle meşgul olmuşlardır? Bir başka ifadeyle hangi tarihten itibaren nikahlar kadı'nın kontrolünde kıyılmıştır? Bulabildiğimiz en eski kadı beratlarında nikah akitleri kadıların vazifeleri arasında sayılmaktaysa da bu kadı beratları XVI. yüzyıla aittir.[14] Bu tarihin daha eskiye götürülmesi hususunda kadıların yapmış oldukları iş karşılığında taraflardan aldıkları harçlar bize yardımcı olmaktadır. Bilindiği gibi Osmanlıların ilk kuruluş yıllarında kadılar gördükleri iş karşılığında kimseden para talep etmemişler, kendilerine tahsis edilen vakıfların gelirleriyle geçinmişlerdir. Bu usul onların geçimlerine yetmediği ve suistimallere sebep olduğu için *Yıldırım Bayezid* devrinde, veziriâzam *Çandarlı Ali Paşa*'nın tavsiyesiyle mahkemelerde harç usulü ihdas edilmiş ve kadılar gördükleri iş karşılığında taraflardan harç almaya başlamışlardır. İşte *Yıldırım Bayezid* devrinde tesbit edilen bu ilk harçları listesinde on iki akçelik bir nikah harcının da var olduğu görülmektedir.[15] Mahkemelerde yapılmayan muameleler için harç tesbiti düşünülemiyeceğine göre Osmanlıların daha ilk devirlerinden itibaren kadıların nikah akitlerini düzenledikleri söylenebilir. *Fatih* kanunnamesinde de bâkire nikahı için otuz iki akçe ve dul nikahı için onbeş akçe nikah harcının alınacağı yazılıdır.[16] Esasen daha sonraki Osmanlı kanunnamelerinde nikah harcına hemen hemen daima rastlanmaktadır.[17] Kadıların nikah akitleriyle meşgul olup nikah

14. Uzunçarşılı, *İlmiye*, s. 112-113.
15. Hoca Sadettin Efendi, *Tacü't-Tevarih*, İst. 1279, I/140; Mehmed Hemdemî Solakzade, *Tarih-i Solakzade*, İst. 1297, s. 60.
16. «Kanunname-i Al-i Osman, *TOEM*, 29; ayrıca bk. İnalcık, «Osmanlı hukukuna giriş», s. 139; keza Halil İnalcık, «Bursa şer'iyye sicillerinde Fatih Sultan Mehmed'in fermanları», *Belleten*, 44/700; Uzunçarşılı, *İlmiye*, s. 85.
17. Hamza Bey Kanunu, *MTM*, 3/325; Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, *MTM*, 3/543; Halil İnalcık, «Adaletnameler», *Belgeler, Türk Tarih Belgeleri Dergisi*, II/3-4 s. 78.

harcı almaları geleneğinin diğer bazı Anadolu beyliklerinde de var olduğu görülmektedir: *Alaüddevle Bey* kanununda kazasker için her nikahtan sekiz akçe alınması emredilmektedir.[18] Bu, Selçuklularda da böyle bir tatbikatın olabileceğini düşündürmektedir. Selçuklu kadısının nikah kıymakla vazifeli ve yetkili olduğu bilindiğine göre bu geleneğin arada bir kesiklik olmadan Osmanlılarda da devam ettiğini kabul etmek gerekmektedir.

Netice olarak Osmanlı devletinde nikah akitlerinin bir bölümünün mahkemelerde kıyıldığı, bunun için de tarafların ya bizzat veya vekilleri vasıtasıyla mahkemeye başvurdukları anlaşılmaktadır. Bu durumda hakim tarafların evlenme ehliyetine sahip olup olmadıklarını, aralarında bir evlenme maniinin bulunup bulunmadığını araştırmakta, bütün şartlar gerçekleşmişse nikahı kıyarak mahkeme defterine kaydetmektedir.[19]

b. Nikahın Kadı Kontrolünde Bir Din Adamı Tarafından Kıyılması

Çeşitli sebeplerle kadıya başvuramıyanların nikahlarına gelince, bunların kadı tarafından değil, fakat yine de kadı kontrolünde kıyıldığını söyleyebiliriz. Mahkemede kadı tarafından kıyılma-

18. Barkan, *Kanunlar I*, s. 123, md. 46.
19. Burada bir misal olmak üzere Kanuni Sultan Süleyman'ın kızı Mihrimah Sultan'ın Rüstem Paşa'yla olan nikahlarının mahkeme kaydını aynen veriyoruz: «Sebeb-i tahrir budur ki Cenâb-ı Dürret-i İklîli'l-İffe Hazret-i Sultân Mihrimâh bt. Hazret-i Sultân-ı A'zam Süleyman Han kıbelinden akd-i nikah için Sünbül Ağa b. Abdurrahman ve Bilal Ağa b. Abdurrahman şehâdetleriyle vekaleti sâbit olan Selmân Ağa b. Abdülmu'în ve Cenâb-ı Ali Hazret-i Rüstem Paşa b. Abdurrahman kıbelinden akd-ı tezevvüc için Mehmed b. Süleymân ve Mustafa b. Ömer şehadetleriyle vekâleti sabit olan Hazret-i Süleyman Paşa meclis-i şer'a hazırân olup mezkûr Selmân Ağa, hazret-i müekkile-yi merkûmeyi zikr olunan vekâleti hükmü ile mümâileyh Rüstem Paşa hazretlerine yüz bin tâmmü'l-vezn filori-i sultanî mehr-i müeccel üzere tezvîc ve nikâh edüp ve müşârun ileyh Süleyman Paşa dahi hazret-i müekkil-i merkûm için zikrolunan mehr üzere akd-ı mezbûri kabûl ettikten sonra şerâit-i îcâb ve kabûl-i akd-i nikâh kemâ yenbeğî riâyet ve müeddâ kılındıktan sonra bu hurûf tahrîr olundu. Fi yevmi'l-cum'a 23 akibe's-salah min recebi'l-Müreccb, 946» İŞS, Evkaf-ı Hümayun Müfettişliği, def. no.2, s. 89.

yan nikahlar umumiyetle bir din adamı, çoğu kere mahallenin imamı tarafından kıyılmaktadır.[20] Ne var ki imamlar her istendiğinde hemen nikah kıyamazlar, taraflar bulundukları yer mahkemesinden nikah için gerekli izni alıp, o din adamına hitaben bir izin kâğıdı (izinnâme) getirdiklerinde bu vazifeyi yerine getirirlerdi.[21] Burada kadı izninin aranması evlenmenin şartlarının gerçekleşmiş olduğunun, bir başka ifadeyle tarafların evlenmeye mâni bir durumlarının bulunmadığının yetkili bir hakim tarafından tesbiti gayesiyledir.[22] Zira her ne kadar okur yazar bir kimse olsa da nikah akdedecek din adamı her durumda evlenmeye mani bir durumun var olup olmadığını kontrol ehliyetine sahip olamıyacağı gibi[23] esasen kazâî bir karar da veremiyeceğinden bu karar ilerde tekrar kolaylıkla dava ve ihtilaf konusu olabilecektir. İşte bütün bunlara mâni olabilmek için taraflar önce hakime başvurmakta, oradan aldıkları bir izinnâme ile umumiyetle bulundukları mahallenin imamı huzurunda nikahlarını kıydırmaktadırlar. Bu yönde bir tatbikat kadı tarafından kıyılmayan nikahlarda da devlet kontrolünün kaybolmadığını, bunların da netice itibariyle devleti temsil eden kadı'nın kontrolünde kıyıldığını göstermesi bakımından önemlidir.

Diğer bazı İslam ülkelerinde nikah akitlerini yapmak üzere hususi memurlar olduğu ve her münferit hadisede kadıdan izin

20. D'Ohsson, II/286. Müellif İstanbul'daki müşahedelerine dayanarak bu vazifenin her çamide birinci imam tarafından yerine getirildiğini söylemektedir.
21. Jaeschke, «İmam nikahı», s. 16; Ongan, *1 Numaralı Sicil*, s. XXXVI. İstanbul Bab mahkemesince verilen 29 Ramazan 1160 tarihli bir izinnamede Mustafa Ağa b. Mahmûd'un velisi bulunduğu yeğeni Fatma'yı küfvü olan Ebu Bekir b. İbrahim'le evlendirmek için izin istediği belirtilmekte şahitlerle anlattıklarının sabit olması üzerine kendisine izin verilmektedir. İŞS, Bab Mahkemesi, def, no. 192, vr.6a.
22. Jaeschke, «İmam nikahı», s. 12. Yine İstanbul Bab mahkemesince verilen 11 CA 1161 tarihli bir izinnamede şöyle denmektedir: «Hoca Hayrettin mahallesinde sakine Hatice bt. Mustafa nam hatun meclis-i şer'de tarih-i kitabtan yetmiş iki gün mukaddem İbrahim b. Mehmed nam kimesne beni tatlik edüp tarih-i mezbûrdan berû üç hayz gördüğün ba'de't-tahlîf zevc-i âhara tezvîce izin verilmiştir.» İŞS, Bab Mahkemesi, no. 193, vr. 1a; keza bir başka izinnâme için bk. Bab Mahkemesi, no. 192, vr. 59a.
23. Jaeschke, «İmam nikahı», s. 17.

almak gerekmediği halde, Osmanlılarda kadıdan başka hususi bir nikah memuru hiçbir zaman olmamış, din adamlarına da umumi bir nikah izin ve yetkisi verilmek yerine, her münferit nikahta ayrı bir izin ve izinnâme verilmiştir.[24] Mahkeme kayıtlarındaki düzen ve yeknesaklığı temin için hüccet ve ilam örneklerini bir araya toplayarak meydana getirilen sak kitaplarında çeşitli örnekler arasında mahkemelerce verilen muhtelif izinnâme örneklerine de rastlanmaktadır.[25]

Kadıların bizzat nikah kıymalarında olduğu gibi din adamlarının da hangi tarihten itibaren kadı izniyle nikah kıydıkları problemine burada da rastlanmaktadır. *Ebussuûd Efendi*'nin fetvâlarında hakim izinsiz nikahın yasaklandığı belirtilmekteyse de[26] bu, hakimden nikah için izin alınmaya bu tarihten, yani *Ebussuûd Efendi* devrinden itibaren başlanmış olduğunu göstermez. Olsa olsa bu tatbikatın bu tarihten itibaren dikkatli bir şekilde takip edildiğini gösterir. Esasen kadı iznine *İbn Kemâl*'in fetvalarında da rastlanmaktadır.[27] Hatta nikahdaki kadı izninden bahseden fıkhi

24. Jaeschke, «İmam nikahı», s. 14.
25. Mesela bir genç kız için verilen izinname şöyledir: «Medine-i Kastamonu'da falan mahallenin imamı efendi el-mükerrem, Ba'de's-selâm inhâ olunur ki mahalle-i merkûmede sâkin Aişe bt. Saraç Hasan b. Mehmed nam bikr-i bâliğa-yı âkilenin mâni-i şer'îsi yok ise velisi izni ve tarafeynin rızâları ile iş-bu tezevvüce tâlibi olan yine mahalle-i mezbûre ahalisinden ve tüccârdan Mehmed Rıza b. Ali b. Abdullah nâm kimesneye mahzar-ı şuhûdda tesmiye-i mehr edüp akd-i nikâh eyliyesün vesselâm.» Dul kadın için de benzer bir izinnâme verilirdi. Çavuşzâde Mehmed Aziz, *Dürrü's-Sukuk*, İst. 1288, I/28.
26. «Mesele: Hâkim marifetsiz nikah olmaya deyu emr-i padişahi varid olmuş iken hâkim marifetsiz nikâh sahîh olur mu? Elcevâb: Olmaz, meğer nizâ ve husûmet olmaya». Düzdağ, 37; keza hâkim izinsiz nikahın men olunduğuna dair bk. Ebussuud Efendi, Maruzat, s. 340.
27. İbn Kemal Mühimmât-ı Müftî isimli eserinde Şerhu'l-Muhît'ten naklen «kadının izni ve emri olmaksızın evlenen kimsenin nikahı câiz değildir.» demektedir. İbn Kemal, *Mühimmat-ı Müfti*, Süleymaniye ktb. Çorlulu Ali Paşa, no. 280, vr. 30a. Ne var ki İbn Kemâl tarafından Şerhu'l-Muhît'ten nakledilen bu görüş hukukçular tarafından pek kabul görmemiştir. Hatta bizzat İbn Kemal'in kadı izinsiz nikahın sahih olduğuna dair fetvası vardır (M. Esat Kılıçer, Kemal Paşazade'nin aile hukuku ile ilgili bazı fetvaları», *AİFD*, c. XIX, s. 89). Burada iki görüş arasında İbn Ke-

eserler Osmanlı öncesi dönemlere kadar uzanmaktadır. Kadı izni olmadan nikah akdinin geçerli olmadığını söyleyen *Burhânettin Mahmûd* (ö. 570/1174)'un ölüm tarihi Osmanlıların kuruluş yıllarından öncedir.[28] Bu kadı izniyle nikahın Osmanlı devletinden önce en azından teorik olarak bilindiğini ve tartışıldığını göstermektedir. O halde din adamlarının kıydığı nikahlarda kadı izninin aranması tatbikatının Osmanlıların ilk devirlerine kadar uzanması muhtemeldir. Ne var ki bu hususu kesin olarak tevsik edecek belgeler elimizde yoktur. Bazı kaynaklar *Yıldırım Bayezid* devrinde tesbit edilen mahkeme harçları listesini verirken biraz evvel söz konusu edilen oniki akçayı nikah harcı olarak değil, izinname harcı olarak zikretmektedirler.[29] Buradan kaydı ihtiyatla bu oniki akçenin hem nikah harcı olarak hem de izinname harcı olarak tesbit edildiği, dolayısıyla din adamlarının kıydığı nikahlarda kadı izninin aranmasına Osmanlıların ilk devirlerinden itibaren başlanmış olduğu neticesine varılabilir. Kesin olan hiç değilse XVI. yüz yıldan itibaren kadı tarafından kıyılmayan nikahların yine kadı'nın kontrolünde onun verdiği izinle kıyıldığıdır.

Osmanlı devletinde nikahların ne ölçüde ya mahkemede bizzat kadı tarafından veya kadı izniyle bir din adamı tarafından kıyıldığına gelince bu hususta kesin bir nisbet vermek zordur. Bir kısım nikahların kadı'nın izni dahi aranmaksızın kıyıldığını kabul etmek gerekir. Zira belirtildiği gibi nikaha hakimin veya onun izniyle bir din adamının iştiraki hukuken zarurî değildir. Fetvâ mecmuaları bu noktayı ısrarla belirtmişlerdir.[30] Bu yüzden kadı izniyle nikah kıyma uygulamasının zaman zaman gevşediği ve kadı

mal açısından en azından zahirde bir tezadın var olduğu görülmektedir. Muhtemeldir ki önceki fetvadaki câiz değildir ifadesi gerçek manasında değil, kıyılmaması gerekir manasında kullanılmıştır. Keza bir fetvâsında da kadı izninden, bu izinnameden alınacak ücret dolayısıyla bahsedilmektedir: «Bir kimse nikah etmek için kadıdan izin almağa geldikçe kadı bir miktar akçesin almayınca kağıdı vermese, ol akçe kadıya helâl olur mu? Elcevab: Olmaz, kağıt emr-i örftür». Mumcu, *Rüşvet*, s. 203, d.n.98.

28. Jaeschke, «İmam nikahı», s. 14.
29. Ahmet Lütfi, *Osmanlı Adalet Düzeni (Mir'at-ı Adalet)*, Sadeleştiren: Erdinç Beylem, İst. 1979, s. 16; Berki, 112.
30. «Hind-i bâliğa nefsini Amr'a tezvîc ettikte izn-i kadı bulunmasa akd-i mezbûr sahih olur mu? Elcevab: Olur». Ali Efendi, I/35; benzer bir fetva için bk. Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetava*, İst. 1266, s. 51.

izni olmadan da nikah kıyıldığı görülmektedir.[31] Fakat bu durum da nikahların gelişigüzel akdedildiği manasına gelmez. Öyle anlaşılıyor ki kadıdan izin alınmasa dahi nikahlar yine bir din adamı tarafından kıyılmakta ve din adamları da nikah kıyarken nikahın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol etmekte[32] ve kıymış oldukları nikahları bunun için ayırdıkları deftere tarafların, şahitlerin isimlerini, ve mehrin miktarını da belirterek kaydetmekte idiler.[33] Bu da din adamlarının kıydıkları nikahlarda belirli bir düzen ve intizamın var olduğunu ortaya koymaktadır. Ama yine de bu tür nikahları asgariye indirmek için şöyle bir tedbir getirilmiştir: Kadı huzurunda veya kadı izniyle kıyılmayan nikahların varlığıyla ilgili bir ihtilaf mahkemeler tarafın dinlenmez olmuş-

31. İsmail Erünsal'ın özel kütüphanesinde bulunan ve lütufkar müsadeleriyle kullanmamıza izin verdiği, Tophane Akarçeşme mahallesi İlyas Çelebi mescidi imamına ait olan ve 1229-1254 (1813-1838) yıllarına ait nikah kayıtlarını ihtiva eden nikah defterinde izinname ile kıyılan nikahlara rastlandığı gibi izinnamesiz kıyılan nikahlara da rastlanmaktadır. Esasen 1254 tarihli bir gurup belgeden kadı izniyle nikah kıyılmasının İstanbul kadılığında muhtemelen belirli bir tarihten sonra uygulanmadığı, fakat bilâd-ı selase (Üsküdar, Galata, Eyüp) ve diğer Rumeli ve Anadolu vilayetlerinde uygulanmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Söz konusu belgelerde İstanbul kadılığı tarafından bilad-ı selase ve diğer Osmanlı vilayetlerinde olduğu gibi İstanbul kadılığı dahilinde de imamların ancak kadı izniyle nikah kıymalarının emredilmesi istenmekte, fakat bu istek Meclis-i Valâ-yı Ahkâm-ı Adliyede müzakere edilerek buna İstanbul dahilinde ihtiyaç olmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir. BOA, HH, 48373, 48373 A, 48409, 48409 A.
32. 1229 (1813-1814) tarihli bir belgeden bu kontrolde ihmali görülen bir imamın cezalandırıldığı görülmektedir. Belgeden daha önce üç kere boşanmış bir kadını, başka bir erkekle evlenip bu evlilik sona ermeden tekrar eski kocasına nikahlıyan ve böylece hukuka aykırı olarak nikah kıyan Kasımpaşa el-Hac Ahmed mahallesi imamının Bozcaada'ya sürüldüğü anlaşılmaktadır. BOA, Cevdet Adliye, 1908.
33. Yukarda söz konusu ettiğimiz Tophane İlyas Çelebi mescidi imamının tutmuş olduğu orjinal nikah defterinden ayrı olarak Sadık Albayrak'ın özel kütüphanesinde mevcut olan ve Üsküdar Bağlar mahallesi imamları tarafından 1210-1317 tarihleri arasında 107 senelik bir devrede kıyılan nikah kayıtlarını ihtiva eden orjinal nikah defterlerinden niçin, ne zaman ve kim tarafından kopya edildiği bilinmeyen bir defterde bu uzun devrede adı geçen mahallede kıyılan nikahların taraflarına, tarihine, şahitlerine

tur.[34] Böylece kadı izinsiz nikahlar geçerli kabul edilmekle birlikte, nikahın varlığıyla ilgili bir ihtilaf vukuunda taraflar ihtilafı mahkemeye intikal ettiremez olmuşlardır.[35]

Gerek bu tedbir, gerekse idârî bakımdan kadıya bağlı olan imamların[36] kadıların rızası hilafına kadı-izinsiz nikah kıymalarının düşünülememesi[37] ve gerekse ailelerin nikahların aleniyetini ve is-

ve mehrin miktarına ait çok düzenli kayıt ve bilgiler vardır (Bu defterden faydalanmama izin veren sayın Sadık Albayrak'a burada teşekkürü bir borç bilirim). Bu iki örnekten anlaşılmaktadır ki mahalle imamları kıydıkları nikahları bir deftere düzenli olarak kaydetmekte idiler.

34. «Nizâ vâki olsa izn-i hâkimsiz olıcak istimâ olunmaz ve kendi toprağı kadısı izinsiz nikah nizâı istimâ olunmamak memûrdur». Ebussuûd Efendi, Mâruzât, s. 340. Pir Mehmed de aynı mealdeki fetvasında: «İzn-i kâdi sihhat-i nikâha şart değildir; bunun zararı tecâhül olunduktadır. Hind münkire olursa nihayet hâkim Zeyd'in davasın istima eylemiye». Pir Mehmed, *Zâhiru'l-Kudât*, vr. 5b; keza bk. «Osmanlı kanunnameleri», *MTM*, 2/326.
35. Şu fetva padişahların bazı davaları dinlemekten kadıları mene kadir olduklarını göstermektedir: «Bir husûsu kudât istimâ etmeyeler deyu taraf-ı sultândan emr-i şerîf vârid olduktan sonra hilafına emr-i âhar vârid olmadan Zeyd-i kâdı husus-ı mezbûru istimâ ile hükmedüp hüccet verse hükmü nafiz olur mu? Elcevab: Olmaz.» Yenişehirli Abdullah Efendi, 423.
36. D'Ohsson, II/237; Jaeschke, «İmam nikahı», s. 13-14; Ortaylı, «Osmanlı kadısının taşra yönetimindeki rolü üzerine», s. 99.
37. Kadıların o devirde sadece mahkeme harçlarıyla geçindikleri göz önüne alınırsa kadıların kendilerinden izinname alınmamasına en azından bu yönden razı olmayacakları kolayca anlaşılabilir. İbn Kemal ve Ebussuud Efendi fetvalarında kağıdın emr-i örf olduğu (Friedrich Selle, *Prozessrecht des 16. Jahrhunderts im Osmanischen Reich*, Wiesbaden 1962, s. 25; Mumcu, *Rüşvet*, s. 203 d.n. 98) keza Pir Mehmed'in bir fetvasında izin veya nikah akçesinın ancak hibe olduğu takdirde helal olduğu («Osmnalı Kanunnameleri», *MTM*, 2/326) belirtilmişse de bu konuda müteaddit fetvâlar çıkarılmasına ihtiyaç hissedilmesinden kadıların bu işi oldukça sıkı takip ettikleri neticesi çıkmaktadır. Hatta kadıların zaman zaman bu hususta suistimale de başvurdukları görülmektedir. Canik beyine hitaben kaleme alınan 13 Sefer 979 (1571) tarihli bir hükümde nikah akçesi almak için ahaliyi «bekar olan kızlar Kıbrıs'taki kul taifesine verilecek» diye korkutan ve bekar kızları dengi olmayanlarla evlenmeye zorlayan kadıların isimlerinin bildirilmesi istenmektedir. (BOA, MÜD, 12, s. 349) Bu da hiç değilse bir kısım kadıların ya bizzat nikah kıyarak veya izinnâme ve-

bat kolaylığını temin için bu iki kanuni yoldan birini tercih etmeleri, nikahların ekserisinin ya kadı tarafından veya kadı izniyle bir din adamı tarafından kıyıldığını söylememize imkan vermektedir. Nitekim Osmanlı devletinde bulunan yabancılar ve Anadolu'yu gezen seyyahlar bu hususta bize oldukça yardımcı olmaktadırlar. XVI. asırda Osmanlı devletine bir elçilik heyeti içerisinde gelmiş bulunan *Baron W. Wratislaw*[38], keza XVII. asırda Osmanlı devletinde bulunan *Jean Thévenot*[39] yazmış oldukları eserlerinde Osmanlı hukuku hakkında çok eksik ve yanlış bilgiler vermekle birlikte nikahların kadılar tarafından kıyılmakta olduğuna işaret etmişlerdir. Ayrıca 1553-1555 yılları arasında Anadolu'yu gezen *Hans Dernschwam* bu hususta şu bilgileri vermektedir: «Erkek hakimin yanından izin belgesi ile birlikte imama gelir. Kadın ve erkek birlikte evlenme iradelerini beyan ederler ve imam tarafından nikahla bağlanırlar».[40] *Baron de Tott* da evlenmelerin izinnâmelerle yapıldığını hatıralarında nakletmektedir.[41]

Bütün bunlardan sonra bazı yazarlar tarafından izhar edilen bir yanlış kanaati burada düzeltmek gerekir. Osmanlılarda evlenmeler devletin her türlü kontrolünden uzak, alım-satım gibi bir özel müessese değildir.[42]

Bu şekilde gerek kadı tarafından gerekse bir din adamı tarafından kıyılan nikahlarda umumiyetle evlenen erkek nikaha bizzat iştirak etmekte, evlenecek kız ise bir vekil vasıtasıyla temsil edilmektedir.[43] Mâmâfih bunun aksi de tabiatıyla mümkündür; kı-

rerek nikah harcı toplamaya çok fazla haris olduklarını göstermektedir. Çatalcalı Ali Efendi'nin şu fetvası da bu görüşü de doğrular niteliktedir: «Hind-i bâliğa nefsini Zeyd'e tezvîc etmek istedikte kâdı bana izin akçası namına şu kadar akça vermeyince nikâh ettürmem deyu Hind'i mene kâdir olur mu? Elcevab: Olmaz». Ali Efendi, I/57-58.

38. Baron Wenceslaw Wratislaw, *Anılar*, Ter. M. Süreyya Dilmen, İst. 1981, s. 73, 80.
39. Jean Thévenot, *L'empire du Grand Turc*, Paris 1965, s. 151.
40. Jaeschke, «İmam nikahı», s. 16.
41. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, «Tanzimatta içtimai hayat», *Tanzimat I*. İst. 1940 s. 649.
42. Bu görüş için bk. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Aile Hukuku*, İst. 1965, s. 8.
43. 6 M 1021 tarihli bir nikahta Süleyman b. Mustafa, Aişe bt. Abdullah ile vekili Osman b. Abdullah vasıtasıyla 600 dirhem me-

zın bizzat[44] veya her iki tarafın vekillerle[45] iştirak ettikleri nikahlara da rastlanmaktadır.

B. NİKAHTA VELİLER VE VELİ İZİNSİZ NİKAH

Nikah kayıtlarında bilhassa eksik ehliyetli ve ehliyetsizlerin velileri tarafından evlendirildikleri görülmektedir.[46] Bazan bilhassa tam ehliyetli kızlar da velileri tarafından evlendirilmektedirler.[47] Bilindiği gibi baba ve dedelerinin haricindeki velileri tarafından evlendirilenler bülûğa erdiklerinde bülûğ muhayyerliği hakkını kullanmakta ve dilerlerse nikahlarını feshettirmektedirler. Şer'iyye sicillerinde işte bu haklarını kullanarak nikahlarını feshettiren kimselerle ilgili kayıtlara da rastlanmaktadır.[48]

hirle evlenmektedir. İŞS, İst. Kadılığı, 1/78a; keza bk. 49b, 55b, 62a; TŞS, 1820, 10a, 11a, 15b, 19a, 20b, 41a, 46a, 58b.

44. Örnek olarak bk. İŞS, İst. Kadılığı, 1/32b, 41b, 2/10a; TŞS, 1820/8b.
45. Örnek olarak bk.TŞS, 1820/4a, 9a, 14b, 23a, 49a.
46. Örnek olarak bk. İŞS, İst. Kadılığı, 3/54b, Ongan, İki Numaralı Sicil, s. 24 no. 310; Çavuşzade, I/23-24.
47. Babanın hem veli hem vekil olarak reşid kızını evlendirmesi hk. bk. TŞS, 1820 14b, 49a, 58b.
48. Ongan, *1 Numaralı Sicil*, s. 75, no. 563; Çavuşzade, I/37-38; Ziyaeddin Efendi, *Câmi' Envâri's-Sukûk ve Lâmi'i'z-Zıyâ li Zevi'ş-Şükûk*, İst. 1284, s. 41-44; Şanizade Mustafa *Sakk-ı Şânizade*, İst. 1284, s. 36; Ronald Jennings, «Women in early 17th century Ottoman judicial records the sharia court of Anatolian Kayseri» *JESHO*, XVIII/1, s. 77. Şu noktaya işaret etmek gerekir ki Jennings adı geçen makalesinde (s. 76-77) küçük büyük ayırımı yapmaksızın babaları tarafından evlendirilen kızların büluğa erince bu nikahı feshettirebildiklerini söylemektedir. Keza s. 79-80'de de küçük kızların babaları veya velileri tarafından rızaları hilafına evlendirilebildiklerini, fakat bunların büluğ çağına gelince bu nikahı feshettirme hakkına sahip olduklarını söylemektedir. Halbuki baba ve dede büluğa ermiş kızlarını rızaları hilafına evlendiremezlerse de küçük kızlarını evlendirebilirler ve diğer velileri tarafından evlendirilen kızların büluğa erince nikahı feshettirme hakları olduğu halde, babaları ve dedeleri tarafından evlendirilen kızların artık bu nikahı büluğdan sonra feshettirme hakları yoktur (Bunların fesih haklarının olmadığını bildiren bir karar örneği için bk. Çavuşzade, I/39). Jennings de s. 80 d.n.26'de Hidâye'den naklen bunu belirtmektedir. Fakat uygulamada farklılık varmış gibi bir ifade kullanmaktadır ki doğru değildir. Esasen Jennings'in s. 77-78'de vermiş olduğu fesih misallerinde babası veya dedesi tarafından evlendirilip de büluğa erince nikahını feshettiren hiç kimse yoktur. Mamafih burada Jennings'in

Yine bilindiği gibi Hanefî mezhebinde büluğa eren kızlar velilerinin rızalarını almaksızın istedikleriyle evlenebilirler. Hanefî hukukçulardan *İmam Muhammed* ise büluğa eren kızların rızalarına ilaveten velilerinin rızalarını da şart koşar. Osmanlı devletinde 951/1544 yılına kadar birinci görüş en sahih görüş kabul edilmiş ve uygulama alanı bulmuştur. Bu tarihten itibaren *Muhammed*'in görüşü zamanın ihtiyaçlarına daha uygun kabul edilerek, kadılar veli izinsiz nikahtan menedilmişlerdir.[49] Burada hükümdarın zamanın ihtiyaçlarına daha uygun gördüğü başka bir hukukçunun görüşünü kabul etmesi söz konusu olmaktadır. Artık bu tarihten sonra kadılar veli-izinsiz nikah kıymamaya ve veli-izinsiz nikahların sihhatiyle hükmetmemeye başlamışlardır.[50]

verdiği misallerden Hacı Halil kızı Cemile'nin durumu (s. 77) buna uyar görünmektedir. Fakat babası tarafından evlendirilen Cemile kocasını istemediğinden mahkeme nikahı feshetmemektedir. Zira böyle bir yetkisi yoktur. Sadece koca, karısının kendisini istemediğini görünce belli bir bedel karşılığında muhalaaya razı olmaktadır. Yazar burada birbirinden her yönden farklı fesih ve muhâlaayı birbirine karıştırmıştır. Burada koca muhâlaaya razı olmasaydı babası tarafından küçükken evlendirilen kızın nikahını mahkeme feshedemezdi. Jennings'in s. 80'de verdiği misalde ise baba varken dedenin torununu evlendirmesi söz konusudur. Burada yakın veli varken uzak velinin evlendirmesi bahis konusudur ki yakın velinin rızası olmadan geçerli değildir. Nitekim yakın veli bu nikaha itiraz etmektedir. Jennings bunu da büluğ muhayyerliği olarak anlamaktadır ki bu şekilde anlamak mümkün değildir. Büluğa ermiş kızın hiç kimse tarafından rızası hilafına evlendirilemiyeceğini tekrar belirtelim. Nitekim aynı makalede (s. 78) Hüseyin kızı Hacı Bola büluğa erdikten sonra babası tarafından evlendirildiği için nikahını feshettirmektedir. Keza İst. Bab mahkemesinde kayıtlı 24 CA 1161 tarihli bir davada Ayşe bt. Ahmet babası tarafından rızası hilafına Yunus b. Hüseyin ile evlendirilmek istenmekte, mahkeme Ayşe'nin başvurusu üzerine bu evliliğe mani olmaktadır. İŞS, Bab mahkemesi, 193/84a.

49. «951 tarihinde kudât velisi izinsiz nikah itmemekle memurdurlar». Ebussuûd Efendi, Maruzat, s. 339.

50. «Bu suretle hâkimü'l-vakt bu husûsta rivâyât ve ahvâl muhtelifedir. Ben dahi kavl-i âhar ile amel idüp sihhat-i nikâha hükm câizdir deyû hükmeylese şer'an hüküm nâfiz olur mu? Elcevab: Memnû olıcak cidden câiz değildir. Zira kudâtın velâyeti sâhib-i hilâfetin izin ve icâzetinden müstefâddir. Ve hem esahh-ı akvâl ile hükme memûrdurlar». Ebussuûd Efendi, Mâruzât, s. 339-340.

İmam Muhammed'in bu görüşünün uygulanması ne zamana kadar devam etmiştir? Hiç değilse bazı yönleriyle Osmanlı İmparatorluğunun sonuna kadar devam ettiğinde ciddi şüpheler vardır. *Kanunî* devrinde bu görüşün her yönüyle uygulandığı şüphesizdır; kadılar hem veli-izinsiz nikah kıymamışlar hem de veli-izinsiz nikahların feshine hükmetmişlerdir.[51] Kadı kontrolündeki nikahlarda da veli izninin XX. yüzyıla kadar arandığı söylenebilir.[52] Mahallin imamına yazılan izinnâme örneklerinde de veli izninin arandığı açıkca görülmektedir.[53] Durum böyle olmakla birlikte kadıların veli-izinsiz olarak kıyılmış nikahların feshine sonuna kadar hükmettiklerini söylemek zordur. Kanunî devrinde ve belli bir müddet daha veli-izinsiz nikahların feshine kadılar hükmetmişlerdir. Fakat daha sonraları böyle nikahların feshine hükmedilmediğini, dolayısıyla Hanefî mezhebindeki *Ebû Hanîfe* ve *Ebû Yusuf*'un görüşüne kısmen dönüldüğünü gösteren işaretler vardır.

51. «Mesele: Zeyd Hind-i bâliğa-yı babası Amr izinsiz nikâh eylese Amr râzı olmasa nikâhı feshe kâdir olur mu? Elcevâb: Olur». Düzdağ, 38. 997-998 yıllarına ait Ankara'nın şer'iyye sicillerinde de babası razı olmadığı için bir kız ile bir erkeğin nikahının feshedildiği zikredilmektedir (Organ, *İki Numaralı Sicil*, s. 68, no. 832). Kayıt yeterli açıklıktan yoksundur, burada kız büluğa ermişmidir değil midir belli değildir. Aksi ihtimal de varit olmakla birlikte burada bâliğa kızın nikahının feshi daha kuvvetle muhtemeldir. Küçüğün nikahı söz konusu olsa Hanefî mezhebinde bunu câiz gören hiç bir görüş olmadığı için nikahı kıyanın esasen bunu kıymaması gerekirdi.
52. Başbakanlık Osmanlı Arşivindeki çeşitli belgelerde son zamanlara kadar dul veya bâkire kızların nikahlarında veli izninin arandığı görülmektedir. Kastamonu kadısının 25 M 1215 (1800) tarihli arzında mahalli idarecilerin genç kızları zorla evlendirdiklerinden şikayet ederken «bundan akdem bâkire ve dul hatunlara velisi izni ve kendisinin rızası olmadıkça vâli ve hâkim tarafından cebr ile tezvîc mugâyır-ı şer' iken..» (BOA, Cevdet Adliye, 792) diyerek veli izninden ve kızın rızasından bahsetmektedir. Keza 1260 (1844) tarihli bir irade-i seniyyeden veli izninin nikah esnasında arandığı, hatta velilerin bu hususta aşırı davranıp izinden imtina ettikleri anlaşılmaktadır. BOA, Cevdet Adliye, 825; aynı irade-i seniyye için bk. Şerafettin Turan, «Tanzimat devrinde evlenme meselesi», *İş ve Düşünce*, sy. 182 s. 14-15.
53. 1288 (1871) tarihli bir izinnâmede: «..veli izni ve tarafların rızaları» ile nikahın kıyılması için izin verilmektedir. BOA, Cevdet, Adliye, 1731; keza mahkemede babasının da izni zikredilerek kıyılan bir nikah örneği için bk. Çavuşzâde, I/24.

Önce daha sonraları telif edilen fetvâ mecmualarında veli-izinsiz nikahın feshedilemiyeceğine dair fetvalar vardır.[54] Ayrıca veli izinsiz olarak aktedilen nikahlarda velilerin fesih taleplerinin mahkemeler tarafından reddedildiğine de rastlanmaktadır.[55] Buradan şu netice çıkmaktadır: Kadılar yirminci asra kadar veli iznini nikahta aramışlar, fakat bu izin olmadan kıyılan nikahların feshine muhtemelen XVI. asırdan sonra hükmetmemişler ve bu noktada *Muhammed*'in görüşünden ayrılmışlardır. Esasen padişahlar tarafından konan kanunlar ve hukukçular arasındaki bir görüşün diğerine tercih edilmesi hakkındaki kararlar padişahların hayatlarıyla kaim olduğundan[56] veli izinsiz nikahların feshinden sonraları vazgeçilmiş olması muhtemeldir.

C. MÜKREHİN NİKAHI

Bilindiği gibi diğer mezheplerin aksine Hanefî mezhebinde mükrehin nikahı geçerlidir. Bu hükmün Osmanlı devletinde uygulamada ne gibi sonuçlar verdiği üzerinde durulması gerekir. Bilhassa kız kaçırmalarda veya bazı mahalli idarecilerin genç kızları zorla diledikleriyle evlendirme durumlarında zorla yapılan bu nikahları geçerli saymak bu şekilde evlendirilen kızlar için çok haksız neticelere yol açmaktadır.[57] Burada diğer mezheplerden is-

54. «Hind-i bâliğa nefsini mehr-i misliyle küfvü Amr'a tezvîc eylese babası Bekir benim iznim bulunmadı deyu akd-i mezbûru feshe kâdir olur mu? Elcevab: Olmaz». Ali Efendi, I/35.
55. Ziyaeddin Efendi'nin örnek olarak neşrettiği bir kararda veli, velâyeti altındaki kızın nikahının feshini talep etmekte, fakat mahkeme kızın büluğa erdiği gerekçesiyle bu talebi reddetmektedir. Ziyaeddin Efendi, 40. Jennings «Women», s. 78'de Amasya şer'iyye sicillerine ait bir davayı vermektedir. Cemaziyelevvel 1034 tarihli bu davada büluğa ermiş olan Hüseyin kızı Hacı Bola babasının, rızası hilafına kendisini evlendirmesine karşı çıkmakta, elindeki fetvaya da uygun olarak mahkeme bu nikahı feshetmekte ve kızın dilediği kimseyle evlenmesine izin vermektedir.
56. Barkan, «Din devlet ilişkisi», s. 54-55; Mâruzâtnı giriş bölümünde de bu risalenin yeni hükümdarın bu hususlaki görüşünü öğrenmek üzere ona takdim edildiği belirtilmektedir. Ebussuûd Efendi, Mâruzât, s. 337-338.
57. Bilhassa mahalli idarecilerin çeşitli maddî menfaatler elde etmek maksadıyla genç kızları diledikleri kimselerle evlenmeye zorladıkları görülmektedir. Çeşitli adaletnamelerde böyle idareciler tarafından zorla yapılan nikah ve talakların önlenmesine ait hüküm-

tifade edilerek zorla yapılan nikahı geçersiz sayma yerine, bu şekilde evlendirilen kimselerin mağduriyetine mani olmak için hukukun zorlandığı ve bu çeşit nikahlarda kocanın zorla boşamaya mecbur edildiği, gerek bu şekilde evlenen kimseler ve gerekse bu nikahı kıyan kimselerin cezalandırıldığı görülmektedir.[58] Hukukiliği tartışmalı bu uygulama yerine bazı bölgelerde uygulanan Alaüddevle ve Bozok kanunnamelerinde muhtemelen Şâfiî mezhebinin tesiriyle yer alan mükrehin nikahının fâsit olduğu hükmü,[59] bütün Osmanlı devletinde uygulansaydı bu, şüphesiz hem daha hukuki ve hemde bu şekilde cebrî bir nikahla evlenen kimseler için daha cesaret kırıcı olurdu.

D. NİKAHTA İLERİ SÜRÜLEN ŞARTLAR

İslam hukukunda taraflar —daha ziyade kadın— nikah akdi esnasında evlilik içerisindeki durumlarını daha müsait hale getirmek için bir takım şartlar ileri sürebilirler. Osmanlı şer'iyye sicillerinde nikah esnasında kadının ilave şartları ileri sürdüğüne çok nadiren rastlanmaktadır.[60] Bunun iki sebebi olsa gerektir: Bi-

ler vardır (İnalcık, «Adaletnameler,» s. 99, 107). Gerek mahalli idarecilerin gerekse sair kimselerin böyle zorla yaptıkları evlendirme örnekleri ve bunlara yapılan muameleler için bk. BOA, MÜD, 28, s. 245; Cevdet, Adliye, 58, 1715, 2632; keza bk. Akdağ, *Türkiye'de Dirlik ve Düzenlik Kavgası*, s. 284.

58. Kanuni devri ceza kanunnamesinde: «Veya kız veya avret çeküp cebr ile nikah itdürene cebr ile boşadalar ve dahi siyâset edeler ve nikah edenin sakalın kesüp muhkem let ideler». Heyd, *Criminal Law*, s. 60.
59. Barkan, *Kanunlar I*, s. 121, md. 16; s. 125, md. 16; Üçok, «Osmanlı kanunnamelerinde İslam ceza hukukuna aykırı hükümler», s. 70, md. 16.
60. Jennings, «Women», s. 88. Burada Cemile bt. Hacı Halil başka bir yere götürülmemek ve dövülmemek şartıyla evlenmektedir. Müellif nikahda ileri sürülen şartlara örnek olmak üzere onbir kadar mahkeme kaydı vermekteyse de (s. 87-89) bunların yalnız bir tanesi bu tavsife uygundur; diğerleri kocanın şartlı talakta bulunmasıdır. İkisi arasında şu önemli fark vardır ki nikahta ileri sürülen şartlarda şartı umumiyetle kadın ileri sürmekte, karşı taraf uymayı taahhüd etmekte ve nikah akdedilmektedir. Halbuki şartlı talakta şart nikah anında ileri sürülmez. Koca ekseriyetle evlilik devam ederken şartlı olarak karısını boşar. Kadının rızası aranmaz; şart gerçekleştiği anda ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın kadın boşanmış olur. Şarta riayetsizliğin sonucu olan fesihte ise evlilik ancak mahkeme kararıyla sona erer.

rincisi yürürlükteki Hanefî mezhebi esaslarına göre nikahta ileri sürülebilen şartlar, mesela Hanbelî mezhebine göre daha sınırlıdır ve çoğu kere zaten evliliğin normal bir neticesinin sarahetle belirtilmesinden ibarettir; karısına iyi muamelede bulunmak, ayrı bir ev açmak gibi. Bunlar esasen kocanın vazifeleri arasında olduğundan ayrıca belirtilmesine lüzum hissedilmemiş, bunda pratik bir fayda görülmemiştir. İkincisi yine Hanefî mezhebinde bu şartlara riayetsizliğin müeyyidesi Hanbelîlerde olduğu gibi nikahın feshi değildir.[61] Bu müeyyidenin olmayışı da bu müessesenin hemen hemen hiç işlememesine sebep olmuştur denebilir.

Kadının boşanma hakkının kendisinde de olması şartıyla evlenmesinde ise, burada bir şarttan ziyade boşanma yetkisinin kadına da tanınması söz konusu olmaktadır ki bu konu boşanma ile ilgili bölümde ele alınacaktır.

E. EVLAT EDİNME

İslam hukukunda evlat edinme müessesesi yoktur. Kimsesiz ve özellikle terkedilmiş çocukları bakıp büyütmek dinen makbul ve bazı durumlarda dinî bir vazife teşkil ettiği halde, gerek nesebi belli olan gerekse olmayan çocukların, bugünkü anlamda evlat edinilmesi hukuken mümkün değildir.

İslam hukukunda evlatlık müessesesine hiçbir hukuki netice bağlanmadığı için Osmanlılarda da hukuki neticelerinden mahrum fiilî bir evlatlık müessesesi bulunmaktadır. Şer'iyye sicillerinde önemli sayıda evlat edinme (tebennî) kayıtlarına rastlanmaktadır.

Bu kayıtlardan anlaşıldığına göre çoğu kere kimsesiz ve bakıma muhtaç çocuklar evlatlık olarak alınmaktadır. Yalnız evlatlık olarak alınma ile evlat edinenle evlatlık arasında neseb alakası kurulmadığı gibi, bundan bir evlilik mânii de doğmaz. Evlat verenler diledikleri zaman çocuklarını geri alma hakkına da sahiptirler. Şu kadar var ki evlatlık edinenler tebennî ile birlikte ha-

Bu iki şarttan nikahta ileri sürülen şart takyidî (kayıtlandırıcı), şartlı talaktaki şart ise infisahî (bozucu) bir şarttır.

61. Jennings, «Women» 87'de şarta riayetsizlik durumunda boşanmadan bahsetmektedir. Müellif muhtemelen şartlı talakla nikahta ileri sürülen şartı birbirine karıştırdığından bu hataya düşmektedir.

kime çocuk için günlük nafaka takdir ettirdikleri ve gerekli harcamayı yapmak üzere izin aldıkları için evlatlarını diledikleri zaman geri isteyenler bu birikmiş nafaka borçlarını da ödemek zorundadırlar.[62] Muhtemelen bu usule, evlatlığı ana babasının veya diğer akrabalarının diledikleri zaman geri almalarına mâni olmak ve böylece emeklerin boşa gitmesini önlemek için başvurulmuştur. Zira bu usule başvurmadan yapılan harcamalar hukuken hibe kabul edileceğinden kimseden talep edilemez.

Evlatlıkla evlat edinen arasında mirasçılık cereyan etmemekle birlikte bu şekilde evlat edinenlerin evlatlıklarına vasiyet yoluyla mirastan pay ayırdıkları[63] veya daha hayatta iken hibe yoluyla bağışta bulundukları söylenebilir.

62. Bu tip tebenni kayıtları için bk. İŞS, İst. Kadılığı, 1/3a, 77b, 78a, 94b, 2/6b, 14b, 26a, 29a; Bab Mahkemesi, 193/62b.
63. Lady Montegu mektuplarında Osmanlılardaki evlatlık ilişkisinden bahsederken muhtemelen kulaktan dolma malumat sebebiyle bazı yanlış bilgiler vermekte ve evlatlığın mirasçı olduğunu ve artık mirastan mahrum edilemediğini söylemektedir. Lady Montegu, *Şark Mektupları*, Ter. Ahmet Refik, İst. 1933, s. 136-137. Öyle anlaşılıyor ki Lady Montegu'nün burada bahsettiği vasiyet yoluyla mirasçılıktır. Vasiyet yoluyla mirasçılık kanuni mirasçılıktan farklıdır ve bazı şartlarla miras birakanın arzu ve iradesine bağlıdır.

II. EVLENMENİN NETİCELERİ

A. MEHİR

Evlenmenin tabii bir neticesi olan ve nikah akdi esnasında açıkca belirtilmese de kadına ödenmesi gereken mehrin, bu akit esnasında hemen hemen daima tesbit edildiği ve nikah mahkemede kıyılmışsa şer'iyye sicil defterine bunun miktarının da yazıldığı görülmektedir.[64] Bu sicil kayıtlarından anlaşıldığına göre mehir olarak çoğu kere para, bazan da bağ, bahçe, ev gibi sair mallar tesbit edilmektedir.[65] Yine anlaşıldığına göre İslam hukuku geleneğine uygun olarak mehrin bir kısmı peşin (muaccel-peşin mehir), diğer kısmı da evlilik içerisinde[66] veya evliliğin talak[67] veya ölümle[68] sona ermesi durumunda ödenmektedir (müeccel-vadeli mehir).

Mehir için İslam hukukunda bir üst sınır tesbit edilmemiştir. Ne kadar yüksek olursa olsun tesbit edilen mehri koca ödemek zorundadır. Yalnız daha önce de tesbit edildiği gibi Osmanlı devletinde sadece yeniçeriler için 1000 ve 600 akçalık iki üst sınır getirilmiştir. Buna göre yeniçerinin evleneceği kadın bakire ise

64. Bu şekilde mehir miktarının açıkca yazıldığı nikahlara örnek olarak bk. İŞS, İst. Kadılığı, 1/46a, 81a, 84a, 99a, 2/10a, 23b, 3/9b, 40b, 65a, 95b; TŞS, 1820/3b, 20b, 23a, 23b, 41a, 46a.
65. Mehir olarak bağ verilmesi, Ongan, *İki Numaralı Sicil*, s. 24; Jennings, «Women», s. 85. Ev verilmesi, KŞS, 27/5.
66. İŞS, İst. Kadılığı, 1/32a. Bu kayıtta Saliha bt. Hüseyin'in kocasında olan 5000 dirhem mehir alacağının tamamını aldığı ve kocasında mehir alacağı kalmadığı belirtilmektedir.
67. İŞS, İst. Kadılığı, 1/21b. 2 B 1021 tarihli bu kayıtta Peymane bt. Abdullah sabık kocası Mehmed b. Durmuş'un kendisini boşadığını, 1500 akça mehir alacağına mukabil 8 adet sikke-i hasene aldığını, kalanını da bağışladığını söylemektedir. Keza diğer örnekleri için bk. 2/3a, 3/15a, 26b, 75b.
68. Çavuşzade, I/44, 46.

1.000 akça, dul ise 600 akçadan fazlasını ödemeye yeniçeri zorlanamaz. Koca tabiatıyla daha fazlasını gönül rızasıyla ödeyebilir. Fakat bu miktarları aşan mehir ihtilaflarını dinlemekten mahkemeler menedilmişlerdir. Dolayısıyla mehrin tesbit edilen bu sınırlarını aşan kısmı, dava hakkından ve hukukî müeyyideden mahrumdur.[69]

Osmanlı devletinde bazı bölgelerde mehrin yanında bugün de kısmen var olduğu gibi *«başlık-kalın»* adıyla bir uygulamanın daha olduğu ve erkek tarafından mehir dışında bir miktar paranın daha alındığı görülmektedir. Bir kısım araştırıcılar tarafından bu uygulamaya bakılarak mehir ve başlığın hemen hemen aynı şey olduğu[70] veya mehrin başlıkla uyuştuğu ölçüde tatbik edildiği[71], dolayısıyla başlıktan ayrı olarak mehrin bir tatbik imkanının olmadığı veya Anadoludaki başlık uygulamasının mehrin cemiyetin bütün tabakalarında uygulanmadığını ortaya koyduğu[72] ileri sürülmüştür. Bu iddiaların ne ölçüde gerçeği yansıttığı, ve mehir, başlık-kalın ilişkisi üzerinde biraz durmak gerekir.

Bilindiği gibi mehir, evlenen kadının hakkı ve malıdır; onda dilediği gibi tasarruf hakkına sahiptir. Karşılığında bir cihaz hazırlamak mecburiyeti de yoktur. Evlilik esnasında umumiyetle miktarı tesbit edilirse de, şart değildir. Nikah akdinde mehirden hiç bahsedilmemiş olması kadının bu hakkının zayi olmasını gerektirmez. Mehir her halükarda evliliğin tabii bir neticesidir. Kadın bağışlamadığı sürece kocası er veya geç bunu ödemek zorundadır. Halbuki başlık evlenen kadının değil, ailesinin hakkıdır. Mutlaka evlilikten önce kararlaştırılır ve evlilikten önce ödenir. Esasen hukuken korunmadığı için evlilikten sonraya bırakılan bir başlık uygulaması da düşünülemez. Kız tarafı genellikle başlığın bir kısmını cihaz masraflarına harcar. Keza eski Türk hukukunda var olan kalın da yine evlilikten önce kararlaştırılıp kızın babası-

69. Geniş bilgi için bk. Birinci Bölüm, s. 69 d.n. 42.
70. Hinçer'in bu görüşü için bk. Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İst. 1976, s. 295; Arsal da kalının mehre tekabül ettiğini söylemektedir. Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İst. 1947 s. 147.
71. Fındıkoğlu, *Code Familial*, s. 7-8.
72. İlber Ortaylı, «Anadolu'da XVI. yüzyılda evlilik ilişkileri üzerine bazı gözlemler», *Osmanlı Araştırmaları*, I/37.

na veya velisine ödenir.[73] Kızın kalında da bir tasarruf hakkı yoktur. Umumiyetle kız tarafı kalının yarısı kadar cihaz hazırlamak zorundadır.[74] Bu yönüne bakarak bazı yazarlar kalın düğün masraflarına bir iştiraktir derler.[75] Keza evlilikten sonraya kalan bir kalın uygulaması yoktur. O halde gerek mülk ve tasarrufunda olduğu şahıs bakımından, gerek ödeme zamanı ve tesbit edilmemesi durumunda uygulanacak müeyyiyide bakımından ve gerekse karşılığında yapılacak harcamalar bakımından mehirle başlık ve kalın arasında hukuken bir ayniyet ve benzerlik yoktur. Kalın ve başlık kız tarafına terbiye bedeli, düğün masraflarına iştirak, yetiştirme hakkı gibi düşüncelerle verildiği halde mehir bizzat kıza, bilhassa boşanma ve ölüm hallerinde bir iktisadi garanti, keyfi boşamalara karşı bir mukabil tedbir gibi düşüncelerle verilmektedir.

Kalınla mehrin aynı zannedilmesi muhtemel ki Türklerin İslam dinini ve hukukunu kabulden sonra mehir için ikisinin de erkek tarafından kız tarafına verilmesindeki benzerliğe dayanarak bir müddet kalın terimini kullanmalarından ileri gelse gerektir.[76] Ne var ki mehre bir müddet eski Türk hukukunun bir terimi olan kalın dense ve ikisi arasında alan ve veren taraf bakımından görünüşte bir benzerlik olsa bile bu, ikisinin aynı olduğu manasına gelmez; ikisi arasında temelde zikrettiğimiz farklılıklar vardır.

Uygulamada bu iki müessesenin birbirine karışıp karışmadığına gelince, prensip olarak mehir ile başlık ve kalının biri hukuki diğeri sosyal iki ayrı vakıa olarak devam ettiğini kabul etmek ge-

73. Arsal, 334-335.
74. Bilge Öztan, «Evlilikte mal rejimleri», *Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler*, Ank. 1974, s. 44.
75. Hıfzı Timur, «Eski hukukumuzda nişanlanma ve kalın», *Ebul Ula Mardin'e Armağan*, İst. 1943, s. 1141 Bazıları da kalının kızın terbiyesi için sarfedilen masraflara bir iştirak olduğu kanaatindedir. Arsal, 335. Köymen kalının olduğu gibi başlığın da yetiştirme hakkı olarak babaya verildiğini söylemektedir. Mehmet Altay Köymen, «Alp Arslan zamanı Türk toplum hayatı», *SAD*, IV/21; keza Köymen, *Alp Arslan ve Zamanı*, Ank. 1983, I/311.
76. Kaşgarlı Mahmud'un Divan-ı Lügat-i Türk'ünde kalın karşılığı olarak mehir kullanılmaktadır. Arsal, 143. İbn Kemal'in Burhaneddin (bu Osmanlılardan önce yaşamış olan Burhaneddin b. Mahmud olmalıdır)'den yaptığı nakilde muaccel mehir için Türklerin örfünde buna kalın denir denmektedir. İbn Kemal, *Mühimmât-ı Müftî*, vr. 35b.

rekir. Tarihi kaynaklarda ve günümüzde başlık uygulamasının olduğu durumlarda mehir ve başlığın ayrı ayrı tesbit edildiği ve bunların birbirinin yerine geçmediği görülmektedir.[77] Genel prensip bu olmakla birlikte bazan ve bazı bölgelerde —her zaman ve her yerde değil— peşin ödenen mehirle (muaccel mehir) başlık ve kalının birbirine karışması bir başka ifadeyle söz kesme sırasında ağırlık adıyla kız tarafına yapılan ödemenin zimnen hem muaccel mehir hem başlık veya bir kısmının mehir bir kısmının başlık olarak kabul edilmesi ve bazen kızın bazen ailesinin mülk ve tasarrufunda olması muhtemeldir. Ne var ki böyle durumlarda dahi mehir ve başlığın ayrı hukukî statüleri olduğu, mesela nişanın bozulması durumunda bu ağırlığın mehir kabul edilen kısmının hukuken korunup iade edildiği, başlık kabul edilebilecek kısmının ise mevcutsa ve şekil değiştirmemişse iade edildiği, böylece hediye statüsünde kabul edildiği görülmektedir.[78]

Mehrin başlıkla uyuştuğu ölçüde tatbik edildiği görüşüne gelince şer'iyye sicil defterlerindeki nikah kayıtlarında mehrin daima tesbit edilip yazılması, talak kayıtlarında mehir ödenmişse bunun belirtilmesi, ödenmemişse talep edilmesi, ölüm durumlarında mehrin muntazaman talep edilmesi mehrin başlık ve kalın uygulamasına bağlı olmayan düzenli bir uygulamasının var olduğunu ortaya koymaktadır.

77. I. Murad'ın kızı Nefise Sultan'ın Karaman beyi Alaaddin Ali Bey'le nikahlarında hem Nefise Sultan için ve onun mülkünde olmak üzere mehir tesbit edilmiş ve hem de Osmanlı sarayına «rusum-ı kalın-başlık» adı altında bir yığın para ve mal gönderilmiştir (Feridun Bey, *Münşeâtüs-selâtîn*, İst. 1274-1275, I/104, 105-107). Bu mehir ve başlığın farklı müesseseler olarak kabul edildiğini göstermektedir. Ayrıca burada kalın ve başlığın aynı manada kullanılışına da dikkati çekmek gerekir. Benedict mehirle başlık arasındaki farklılığın bugün için de var olduğunu söylemektedir. Peter Benedict, «Hukuk reformu açısından başlık parası ve mehir», *Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler*, Ank. 1974, s. 7 ve s. 35 d.n.5.

78. Pir Mehmed'in konuyla ilgili şu fetvası bu konuda dikkate değerdir: «Mesele: Zeyd Amr'ın kızına namzet oldukta ağırlık deyu bir miktar akçe ve esbab verüp badehu Amr, kızı, Zeyd'e vermeyüp âhara tezvîc eylese Zeyd verdiği akçe ve esbâbı Amr'den talep edüp almağa kadir olur mu? Elcevab: Aynı kâim olanı istirdâd eder, hâlik ve müstehlik olanın kıymetin alır, mehir diye gönderilenin. Hediye diye gönderilen kâim ise alır, hâlik ve

Netice olarak denebilir ki mehir hukukî, başlık ve kalın sosyal iki ayrı vakıadır.[79] Mehir hukuken korunmuş ve her yerde ve her zaman uygulanmıştır. Başlık ise ancak belirli bölgelerde uygulanma imkanı bulmuştur.

B. NAFAKA

Evlilikten itibaren kadının meşru bütün ihtiyaçları kocasına aittir ve bunun normal ödeme şekli de kocanın evinin ihtiyaçlarını bizzat karşılaması şeklindedir. Koca bu ihtiyaçları karşılamıyorsa kadın hakime başvurarak nafaka takdir ettirebilir. Osmanlı hukukunda tabiatıyla bu tip nafaka talep ve takdirlerine az da olsa rastlanmaktadır.[80] Bu arada kocaları nafaka bırakmadan kaybolan kadınlar da mahkemeye başvurmakta, kendileri için nafaka takdir ettirmekte ve borçlanmak için de izin almaktadır.[81] Böylece birikmiş nafaka alacakları zayi olmamakta ve borca doğrudan koca muhatap olabilmekte ve kadınlar da ihtiyaçlarını bu yolla giderme imkanı bulabilmektedirler.

C. EVLİLİKTE MAL REJİMİ

İslam hukukunda karı koca mallarıyla ilgili bir tek rejim kabul edilmiştir, o da mal ayrılığıdır.[82] Dolayısıyla evlendikten sonra kadının malları yine kendi mülk ve tasarrufunda kalmakta devam eder; ivazlı ivazsız her türlü hukukî muamele ve tasarrufları serbestçe yapabilir. Dilerse bu malları kendisi idare eder, dilerse bir yakınını vekil tayin ederek ona idare ettirir. Bu vekilin koca olma mecburiyeti yoktur; koca olabileceği gibi, bir başkası da olabilir.

müstehlik ise alınmaz». Pir Mehmed, *Fetava*, Süleymaniye ktb. Halet Efendi, 122, vr. 19b.

79. Benzer görüş için bk. Halil Cin, «İslam hukukunda mehir», *AHFD*, XXIX/1-2, s. 225-226; Hatemi, 295 v.d.
80. Örnek olarak bk. BOA, HH, 11709.
81. İst. Kadılığında kayıtlı bulunan 7 B 1021 tarihli bir davada Sultan bt. İsmail gâib kocası üzerine nafaka takdir ettirmek istemekte, hakim Sultan ve hizmetçisi için günlük 6 dirhem nafaka takdir etmekte ve borç isteme (istidâne) için izin vermektedir. İŞS, İst Kadılığı, 1/22a; keza bk. 1/21b, 25b; 2/22a; BabMahkemesi, 193/17a; Ongan, *İki Numaralı Sicil*, s. 21,36 no. 262,469.
82. Fındıkoğlu, *Code Familial*, s. 8; Schacht, *İslam Hukuku*, s. 173; Kubeysi, 7-8; Zahit Çandarlı, *L'Evolution du Mariage en Droit Turc et la Condition du Mari*, Fribourg 1941, s. 99; Hüseyin Ca-

Osmanlı hukukunda bu kuralın titizlikle uygulandığı ve kadınların mallarını serbestçe mülk ve tasarrufları altında bulundurdukları görülmektedir.[83] Yine bu malvarlıklarıyla kadınların kocalarının rızalarını almaksızın serbestçe vakıflar kurabildikleri görülmektedir.[84]

Esasen İslam hukukunda sistem olarak kolay boşanma sistemi benimsendiğinden boşanmayı tamamen reddeden veya çok güç şartlar altında kabul eden hukuk sistemlerinde geçerli olabilecek mal birliği rejimlerinin İslam hukuku için uygun olabileceği düşünülemezdi.

hit Oğuzoğlu, *La Condition de la Femme d'après l'Ancien et le Nouveau Droit Turc*, Fribourg 1933, s. 31; Öztan, 54.

83. Jennings, «Women», s. 65-66; Ortaylı Jennings'den aldığı bu malumatı şöyle değerlendirmektedir: «Evlilikte o çağda bazı yerlerde karı-koca mal ayrılığı rejiminin esas olduğu anlaşılıyor» «Anadolu'da XVI. yüzyılda evlilik ilişkileri üzerine bazı gözlemler», s. 37). Bu ifadeden o çağda bu bir yenilikmiş ve diğer bazı yerlerde de başka mal rejimleri uygulanıyormuş gibi bir mana çıkmaktadır ki doğru değildir.
84. Gabriel Baer incelediği dönem ve yerlerdeki vakıfların 1/3'nin kadınlar tarafından kurulduğunu tesbit etmektedir. Gabriel Baer, «Women and wakf, an analysis of the Istanbul Tahrir of 1546», *Asian and African Studies*, 17/9-10.

III. EVLİLİĞİN SONA ERMESİ

A. TALAK

a. Talakın Meydana Gelişi ve Tesbiti

Burada talak sözüyle kastedilen dar manada talaktır, kocanın tek taraflı bir irade beyanıyla evlilik birliğine son vermesidir. Bu manada talakın meydana gelebilmesi için esas itibariyle bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur; kocanın boşanma iradesini ortaya koyan sözü bunun için kafidir. Buna rağmen Osmanlı hukukunda bu tip talakların da belirli bir nisbet dahilinde mahkeme defterlerine kaydedildiği görülmektedir. Şer'iyye sicilleri bu tip talakların zengin örnekleriyle doludur. Bu tür talakların mahkeme defterlerine kaydedilmelerinin bunların meydana gelişleriyle ilgisi yoktur. Bu kayıt meydana gelmiş olan bir talakın ve buna bağlı olan neticelerin ilerde gerektiğinde kolaylıkla isbat edilmesi maksadıyladır.

Bu talak kayıtlarının ekserisinde mehir ve iddet nafakası gibi boşanma ile vadesi gelen veya doğan borçların ne şekilde halledildiği, koca tarafından ödenmişse ödendiği belirtilmektedir.[85] Talak kayıtlarının mahkeme defterinde yer almalarının önemli sebebi işte bu borçların ne şekilde halledildiğinin, ödenmişse ödendiğinin tesbit ve tescili ihtiyacıdır. Bazı durumlarda boşanmış kadınların da bu boşanmanın tesbit ve tesciline özen gösterdikleri görülmektedir. Bunun sebebi boşandığını mahkeme siciline kayıtla tes-

85. İst. Kadılığında bulunan 16 CA 1027 (1618) tarihli bir kayıtta Ebu Bekir b. Sefer'in karısı Râbia bt. Mehmed'i mahkemede şahitler huzurunda boşadığı ve müeccel mehri için 200, iddet nafakası için 300 akçe ödediği kaydedilmektedir. İŞS, İst. Kadılığı, 3/47b. Diğer örnekler için bk. 1/21b, 2/1b, 3a; 3/15a; 75b 4/19b; Bab Mahkemesi, 193/11b, 12a; Ongan, *İki Numaralı Sicil*, s. 6, no. 70.

bit ederek daha sonra yapacağı evliliğin, birinci evlilik sona ermeden vuku bulduğu iddialarını önlemek düşüncesiyle olsa gerektir. Bilhassa başka bir şehirde bulunan kocalarının kendilerini boşadığını öğrenen veya kocalarından bunu bildiren bir mektup alan kadınlar bu durumun mahkemelerce tesciline ihtiyaç duymuşlardır.[86]

Bu talak kayıtlarından anlaşıldığına göre boşanmaların önemli bir kısmı mahkeme dışında vukubulmakta ,sonra mahkeme siciline kaydedilmektedir.[87] Bununla beraber kadı'nın huzurunda yapılan talaklara da rastlanmaktadır.[88]

b. Talak Yetkisinin Eşe de Verilmesi

Talak yetkisine sahip olan esas itibariyle kocadır. Koca nikah anında veya daha sonra karısına da bu yetkiyi verirse, kadın da verilen bu yetki çerçevesi dahilinde boşanma hakkını kullanabilir.

Şer'iyye sicilerinde boşama yetkisinin koca tarafından kadına terkedildiğinin örneklerine nadiren de olsa rastlanmaktadır.[89] Bu yetkinin nikah anında verildiğinin örneklerine ise incelediğimiz ka-

86. İst. Bab Mahkemesinde bulunan 16 R 1160 (1747) tarihli bir kayıtta Emine bt. Abdullah'ın altı ay önce kocası Ali b. Ali'nin Ürgüp'e giderken kendisini bayin talakla boşadığını şahitlerle isbat ettiğini görmekteyiz. İŞS Bab Mahkemesi, 191/4a; keza bk. Çavuşzade, I/59-60.
87. İstanbul Kadılığında bulunan 29 RA 1027 tarihli bir kayıtta Kamer bt. Abdullah kocası Ahmed Halîfe'nin kendisini daha önce boşadığını, halen mehr-i müeccelini ve iddet nafakasını tamamen aldığını ve kocasının zimmetinde hiç bir alacağının kalmadığını belirtmektedir. İŞS, İst. Kadılığı, 3/15a; keza bk. 1/21b, 2/3a, 3/23a, 75b; Bab Mahkemesi, 193/11b, 12a; TŞS, 1820/52b; Ongan, *İki Numaralı Sicil*, s. 96,105 no. 1248, 1385.
88. Örnek için bk. İŞS, İst. Kadılığı, 1/93a, 2/1b, 3/47b, 4/19b; Ongan, *1 Numaralı Sicil*, s. 83 no. 666.
89. İst. Bab Mahkemesinde bulunan 3 C 1160 tarihli bir kayıtta Zeyneb bt. Ali kocası Abdurrahman bt. Abdulkâdir'in bundan onaltı ay önce Şam'a giderken «eğer on aya kadar gelmezsem iraden elinde olsun» diye talakı kendisine terkettiğini işbu Cemâziyelevvelin gurresinde on ayın tamam olduğunu ve kendisinin de talak hakkını kullandığını belirtmektedir. Şahitler hem tefvîz-i talaka hem de talaka şehadet etmektedirler. İŞS, Bab Mahkemesi, 191/27a. Burada talakın hem şarta bağlanması ve hem de tefvîzi (kadına devri) söz konusu olmaktadır.

darıyla rastlayamadık. Bunun tek istisnası Osmanlı padişahlarının kızlarıdır; bunların hiç değilse belirli bir tarihten sonra böyle bir yetkiye sahip olarak evlendikleri anlaşılmaktadır.[90] Yalnız bu uygulamanın bütün Osmanlı tarihi boyunca var olduğunu söyle-

90. Sultan Vahdettin'in kızı Fatma Ulviye Sultan'la Tevfik Paşa'nın oğlu İsmail Hakkı Bey'in (Okday) nikahlarında Ulviye Sultana böyle bir yetkinin verildiği görülmektedir: «Devletlû, necâbetlu Vahîdettin Efendi hazretlerinin büyük kerîme-i muhteremeleri devletlu, ismetlu Fatma Ulviye Sultân hazretleriyle, Londra sefiri sadr-ı esbak ubbehetlu, devletlu Tevfik Paşa hazretlerinin büyük mahdumu İsmail Hakkı Beyefendi'nin akitleri 1001 kise mehr-i müeccel ve 1000 kise mehr-i muaccel tesmiyesiyle ve emr-i talak sultân-ı müşârun ileyhânın yeddinde (yedinde) olmak şartıyla ber mantûk-ı irâde-i seniyye-i Hazret-i Hilafetpenâhî Şeyhulislam devletlu, semâhatlu Hayrî Efendi hazretleri tarafından bugün teyemmünen Dolmabahçe saray-ı hümayununda icrâ olunmuş ve beynlerinde hüsn-i muâşeretin devamı mümkün olmadığı nezd-i hümâyun-ı mülükânede tahakkuk eylediği takdirde sultân-ı müşârun ileyhâya vekâleten ikâ-ı talak buyurmak üzere sultân-ı müşârun ileyhâ cânibinden zât-ı hazret-i padişahî tevkil buyrulmuştur. 22 Z 332 (30 Teşrin-i evvel 330 (12 Kasım 1914). Şahitler:..» Bu yetkiye dayanarak da Ulviye Sultan'ın kocasını 22 Haziran 1922 tarihinde boşadığı görülmektedir: «Ulviye Sultan Nişantaşı'nda kâin devlethanelerinde Hanedan-ı Al-i Osman kararnamesinin 19. maddesine tevfikan muvacehemizde takrir-i kelam ile '23 Şevval 332 ve 30 Teşrin-i evvel 1330 tarihinde ben nefsimi emr-i talak yedimde olmak şartıyla ve icab benim vekilim canibinden olarak İsmail Bey'e 1000 kese mehr-i muaccel ve 1000 kese mehr-i müeccel mukabilinde tezvîc ve müşârun ileyhin vekili dahi bu şartı kabul edip, beynimizde hüsn-i muâşeretin devamı mümkün olmadığı nezd-i hümâyunda tahakkuk eylediği takdirde vekâleten ikâ-yı talâk buyurmak üzere amm-ı efhamım cennetmekân Sultan Mehmed Reşad Hân hazretlerini tevkîl etmiş idim. Zevc-i muşârün ileyh ile aramızda hasıl olan adem-i imtizaçtan nâşi hüsn-i muâşeretin devamı mümkün olamıyacağı tahakkuk eylemesine mebni şâyân buyrulan müsâde-i seniyye-i cenab-ı padişahi üzerine bu kerre ben bi'l-asale talâkı ihtiyâr ve nefsimi bâyinen tatlîk ve müşârun ileyhin zimmeti(ni) taleb-i mehirden ibrâ eyledim' dediğini musaddık işbu vesika tanzîm ve tarafımdan imza kılındı. 23 L 340. 22 Haziran 338(1922). Mazhar Anber imam-ı evvel Osman Nesim. İşbu vesika huzurumda imza olunmuştur. Şeyhulislam Nuri.» Her iki belge için bk. Arı İnan, «Son sadrazam Tevfik Paşa ve oğulları» *Tarih ve Toplum*, sy. 5, Mayıs 1984, s. 371.

mek zordur.[91] Muhtemelen XVI. asırdan sonraki bir tarihten itibaren bu uygulamanın başlamış olduğu söylenebilir. Ne varki gerek Topkapı Sarayı Arşivindeki sultan düğünlerine ait bol malzeme[92] arasında, gerekse Osmanlı tarihlerinde,[93] Osmanlı padişahlarının kızlarına ait orjinal nikah kayıtlarına rastlanamadığı için bu uygulamanın kesin olarak hangi tarihten itibaren başladığı hususunda bir bilgi verme imkanı yoktur. Burada söylenebilecek olan nazari olarak esasen var olan bu imkanın belirli bir tarihten sonra uygulamaya da girmiş olduğudur.

c. Mükrehin Talakı

Mükrehin nikahının geçerli sayılmasına paralel olarak mükrehin talakı da geçerli sayılmaktadır. Bir başka ifadeyle Osmanlı hukukunda tehditle ve zorla yapılan boşamalar geçerli kabul edilmektedir. Bunun bir takım zorluklara ve maddî-manevî zararlara yol açacağı aşikardır. İşte Osmanlı delvetinde bu muhtemel za-

91. Yılmaz Öztuna *(Büyük Türkiye Tarihi*, İst. 1978, VIII/184) ve Coşkun Üçok («Talak» *İA*)'un ifadelerinden bu uygulamanın bütün Osmanlı tarihi boyunca var olduğu manası çıkmaktadır ki kanaatimizce doğru değildir. Daha önce metnini aynen verdiğimiz Kanuni'nin kızı Mihrimah Sultan'la Rüstem Paşa'nın nikah kaydında Mihrimah Sultan'a böyle bir yetkinin verildiğine dair bir kayıt yoktur (bk. d.n.19). Esasen Öztuna'nın Osmanlı Tarihinde bu yolla kocasından boşanan tek sultan olarak bildirdiği Şah Sultan'ın Lütfi Paşa'dan olan mehir alacağıyla ilgili Topkapı Sarayı Arsivinde bulunan iki belgede de talakın böyle bir yetki kullanılarak vukubulduğuna dair bir kayıt da yoktur. Bilakis bu belgelerde Lütfi Paşa'nın talakından ve mehir borcundan bahsedilmektedir. TSA, E. 7924.
92. Muhtelif sultanlara ait nikahların ne kadar bir mehirle, kim tarafından, kimlerin şehadetleriyle kıyıldığı, tarafların vekillerinin kimler olduğu hakkında Topkapı Sarayı Arşivinde zengin malumat vardır, bk. TSA. E. 271. 272, 922, 1393, 2005,9014, 12050, 12082. Ne var ki orjinal bir nikah kaydı yoktur.
93. Sultan düğünlerinden bahseden tarihlerde de daha ziyade bu düğünlerin nasıl ve kimlerin iştirakiyle yapıldığı hakkında bilgi vardır, bk. Şemdanîzâde Fındıklılı Süleyman Efendi, *Mür'i't-Tevârîh*, Nesreden: M. Münir Aktepe, İst. 1976, I/39 ve 140; Defterdar Sarı Mehmed Paşa, *Zübde-i Vekâiyât*, Sadeleştiren: Abdülkadir Özcan. İst. 1977, I/103; Silahdar Fındıklılı Mehmed Ağa, *Silahdar Tarihi*, İst. 1928.I/646; Ahmed Vasıf Efendi, *Tarih-i Vasıf (Mehasinü'l-Asar ve Hakaikü'l-Ahbar)*, I/107 ve 110; keza Ahmed Vasıf Efendi, *Mehasinü'l-Asar ve Hakaik'ul-Ahbar*, yayınlayan:

rarların önüne cezaî müeyyidelerle geçilmek istenmiştir.[94] Ne var ki zorla nikaha cüret edenleri cezalandırmak her zaman mağdurları tatmin etmemektedir. Zorla boşatılan kadın bir başkasıyla muhtemelen yine zorla evlendirildiğinde devletin elinde şayet ikinci koca aldığı hanımı gönül rızasıyla boşamazsa zorla boşatma imkanından başka imkan yoktur. Bunun hukukiliği ise hayli şüphelidir. Kaldı ki zorla boşatılan kadın, ikrah durumu ortadan kalsa bile, bazı durumlarda kendisini istemeyerek boşayan kocasına dönme imkanını da büyük ölçüde kaybetmektedir.[95] Bunun bilhassa kadın için hayli zarar verici bir durum olduğu aşikardır. Ne var ki Hukuk-ı Aile Kararnamesine kadar bu durumu düzeltme yolunda bir adım atılamamıştır.

d. Şartlı Talak

Osmanlı hukukunda talakın sık rastlanan şekillerinden birisi şartlı talaktır. Bu talakta koca, karısını boşamayı belirli bir işi yapmaya bağlamakta ve o işi yaparsa karısı boşanmış olmaktadır. Şer'iyye sicillerinde bazen bu yolla yapılan boşanmalara[96] bazan de ilerde isbat kolaylığı olsun diye bu tip şarta bağlamaların tes-

Mücteba İlgürel, İst. 1978, s. 138. Modern araştırmalarda da sadece sultan nikahlarının kim tarafından ve ne kadar bir mehirle kıyıldığından bahsedilmektedir, bk. Çağatay Uluçay, *Padişahların Kadınları ve Kızları*, Ank. 1980, s. 46; keza Uluçay, «Fatma ve Safiye Sultan'ın düğünlerine ait bir araştırma», *İstanbul Enstitüsü Mecmuası*, sy.4, s,149.

94. Bu hususta kadılara yazılan iki ferman için bk. İnalcık, «Adalet-nameler», s. 99; Coşkun Üçok, «Türk hukuk tarihi bakımından devlet arşivinden istifade imkanları», *AHFD*, VIII/1-2, s. 699-700.
95. Koca daha önce karısını iki defa boşamış da ikrah ile vuku bulan talak üçüncü talaksa veya ikrah ile bir defada karısını üç talakla boşamışsa, boşanmış olan kadın bir başkasıyla evlenip de bu evlilik ölüm veya talakla sona ermeden, istese bile kadın, eski kocasıyla tekrar evlenemez.
96. İstanbul Bab Mahkemesinde bulunan 8 L 1160 (1747) tarihli bir kayıtta Fatma bt. Abdullah, kocası Hüseyin Beşe b. Abdullah'ın 1159 senesi sonlarında Rumelide Vidin kalesinde şahitler huzurunda «Eğer yaz gelir de İstanbul'a varıp zevceme mülâki olmazsam zevcem üç talak boş olsun.» diye şartlı talakta bulunduğunu ve yaz geldiği halde kocası gelmediğinden üç talakla boşanmış olduğunu söylemektedir. Şahitlerin duruma şehadet etmeleri üzerine vaki hal kaydedilmektedir. İŞS, Bab Mahkemesi, 192/5b; keza bk. 192/13a, 191/9a; Jennings, «Women», s. 88-89.

cil edildiğine rastlanmaktadır.[97] Koca bazan uzun bir yolculuğa çıktığında talakı belirli bir süre dönmeme şartına bağlamakta[98] muhtemelen böylece karısının mağduriyetini önlemek istemektedir. Ne var ki bu şekildeki şartlı talakların git gide suistimal edildiği ve olur olmaz durumlarda, çoğu kere sözün manasını kuvvetlendirmede kullanıldığı da bir gerçektir.

Sonuç olarak talakta erkeğin büyük bir yetkisi olduğu şüphesizdir; o dilediği anda ve sebep göstermek zorunda olmaksızın karısını boşayabilir. Fakat bu nazari duruma bakıp da Osmanlı aile hukukunda boşanmaların çok yaygın olduğunu düşünmemek gerekir. Tam tersine cemiyet dokusunun sağlam oluşu, sebepsiz boşamaları hoş karşılamayışı, hukuken serbest olmakla birlikte kocanın dinen aynı serbesti içerisinde olmayışı, boşanmanın getirdiği küçümsenemiyecek malî mükellefiyetler talakın Osmanlı cemiyetinde bugünkü boşanmalara nisbetle çok daha az bir ölçüde tatbiki neticesini doğurmuştur.[99]

B. MUHÂLAA

Kocanın tek taraflı bir irade beyanıyla karısını boşaması (talak) yanında kadının çoğu kere mehir alacağından ve iddet nafakasından vazgeçme karşılığında kocasını kendisini boşamaya razı etmesi (muhâlaa) de Osmanlı hukuk tarihi boyunca kullanılmış bir boşanma şeklidir. Talak gibi muhâlaanın da mahkemede yapılması veya mahkemeye tescil ettirilmesi gerekmediği halde, bunlar bazen mahkemelerde yapılmış[100] veya dışarda yapılan muhâlaalar

97. Ongan, *İki Numaralı Sicil*, s. 1,26 no. 1. 333; Jennings, «Women», s. 88.
98. İstanbul Bab Mahkemesinde bulunan 7 CA 1160 tarihli bir kayıtta Fatma bt. Hacı Abdullah kocası el-Hac İsmail b. Osman'ın 1156 (1743) senesi Cümâdelûla gurresinde Mısır'a giderken «Üç seneye kadar gelmezsem karım Fatma Hanım benden boş olsun.» diye şahitler huzurunda şartlı talakta bulunduğunu söylemektedir. Durumun şahitlerle isbat edilmesi üzerine vaki hal tesbit ve tescil olunmuştur. İŞS, Bab Mahkemesi, 191/13a; keza bk. 191/6b; Çavuşzade, I/62; Jennings, «Women», s. 94-95.
99. Fındıkoğlu ve Jennings de Osmanlılarda talakın azlığına işaret etmektedirler. Fındıkoğlu, *Code Familial*, s. 16; Jennings, «Women», s. 95-96.
100. Nazenin bt. Abdullah 21 Z 1021 (1614) tarihinde mahkemede kocası Hasan Çavuş b. Abdullah'la ondan 540 dirhem aldıktan sonra 300 dirhem olan mehr-i müeccel, iddet nafakası ve sair davalar-

talaktan daha titiz bir biçimde mahkeme defterlerine kaydettirilmişlerdir.[101] Bunun başlıca sebebi kocanın muhâlaa yapıldığını tescil ettirerek ilerde eski karısının mehir ve iddet nafakası ve bazı durumlarda birikmiş evlilik nafakasını talep etmesine mâni olmak arzusudur. Bu yüzdendir ki şer'iyye sicillerinde talak kayıtlarından daha çok muhâlaa kayıtlarına rastlanmaktadır. Talakta olduğu gibi muhâlaada da mahkemelerin rolü sadece tesbit ve tescilden ibarettir.

Muhâlaalarda en çok kullanılan şekil, kadının kocasıyla müeccel mehir, iddet nafakası hakkından vazgeçme karşılığında muhâlaa yapmasıdır.[102] Bunun dışında sadece iddet nafakası hakkından vazgeçme karşılığında yapılan ve kadının daha lehine olan muhâlaalara[103] rastlandığı gibi, müeccel mehir, iddet nafakasına ilaveten kadından alınan belirli bir para veya mal veya küçük çocuğun büyütülmesi gibi hizmet karşılığında yapılan ve kadının daha aleyhine olan muhâlaalara da rastlamak mümkündür.[104] Bunu belirleyen en önemli faktör kadının malî gücü olmalıdır.

Talak yetkisinin kocada olmasına mukabil kadın da muhâlaa yoluyla —ön şart olarak kocanın rızası gerekmekle birlikte— istemediği bir evlilikten kurtulma imkanına umumiyetle sahip olmuştur. Şer'iyye sicillerinde görüldüğü kadarıyla da bunun için müeccel mehir ve iddet nafakası alacağından başka ilave bir miktar ödemeye pek mecbur kalmamıştır.

C. TEFRİK

Kocasını muhalaaya razı edemiyen veya mehir ve iddet nafakasından vazgeçmek istemeyen kadın, belirli sebeplerin varlığı

dan feragat ederek muhalaa yapmakta, kocası da bunu kabul etmektedir. İŞS, İst. Kadılığı, 1/66a. Burada kadının çok müsait şartlarla muhalaa yaptığı görülmektedir. Keza bk. 1/13b, 2/5b; Bab Mahkemesi, 193/5a

101. Bu tip muhalaa örnekleri için bk. İŞS İst. Kadılığı, 1/1b, 6b, 48a, 68b, 76b; 2/2b, 10a.
102. Örnek olarak bk. BOA, İbnülemin Adliye, 911; İŞS, İst. Kadılığı, 1/9b, 13b, 15b, 18b, 20b, 22a, 26a, 27b, 29b, 80a, 81a; 82a; 84a; 86a, 91a, 2/1b, 45b KŞS, 27/s. 5; İŞS, Bab Mahkemesi, 193/5a, 12a, 14a; Ongan, *İki Numaralı Sicil*, s. 14, 69 no. 169, 847; Jennings, «Women», s. 83.
103. Örnek olarak bk. İŞS, İst. Kadılığı, 1/1b, 27b, 48a, 49a, 76b, 94b.
104. Örnek olarak bk. BOA, İbnülemin, Adliye, 27; İŞS, İst. Kadılığı, 1/6b, 11a, 66a, 68b, 77a, 81b, 2/2b, 5b, 10a, 39b; Bab Mahkemesi, 193/2a, 7b, 9a; Ongan, *1 Numaralı Sicil*, s. 99 no. 881.

durumunda hakime başvurarak kazâî boşanma (tefrîk) isteme hak ve imkanına sahiptir. Ne var ki bu imkanın Hanefî-Osmanlı hukukunda çok sınırlı olarak var olduğunu belirtmek gerekir.

Diğer mezhepleri de nazarı itibare alırsak dört sebepten (kocanın belirli hastalıklara yakalanmış olması, evninin ihtiyaçlarını karşılamaması, gâib olması, karısına fena muamele etmesi) birinin varlığı durumunda hakime başvurarak kazai boşanma talebinde bulunabilen kadın, sadece Hanefî mezhebini dikkate alırsak yalnız bir sebepten dolayı boşanma talebinde bulunabilir; o da kocada bulunan ve evliliğin fiilen devamına mani cinsî rahatsızlıktır. Hanefi hukukçulardan *Muhammed* buna akıl hastalığı, cüzzam, baras (alaca hastalığı) gibi hastalıkları da ilave etmektedir. Yalnız bu görüş fetvâ ve kazâda 1916 yılına kadar uygulanmamış, sadece kocada bulunan cinsî rahatsızlıkları boşanma sebebi kabul eden *Ebû Hanîfe* ve *Ebû Yusuf*'un görüşü uygulanmıştır.

Osmanlı devletinde esas itibariyle Hanefî mezhebinin uygulandığı göz önüne alınırsa, Hanefî mezhebince kabul edilen bu sınırlı tefrik imkanının ihtiyacı ne ölçüde karşıladığı, bir başka ifadeyle kocaları kaybolan veya kocaları tarafından terkedilen, nafakasız bırakılan veya fena muameleye maruz kalıp aralarında şiddetli geçimsizlik olan ve diğer iki boşanma nevi olan talak ve muhâlaadan birisiyle istedikleri halde evliliklerine son veremiyen kadınların nasıl boşanabildikleri, üzerinde durulması gereken bir meseledir.

Özellikle kocaları geçimlerine yetecek kadar nafaka bırakmadan kaybolan kadınların XVI. asrın ortalarına kadar diğer mezheplerin kabul ettikleri kazâî boşanma (tefrîk) imkanından dolaylı bir şekilde yararlandıkları bilinmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi Hanefî-İslam hukuku hükümlerine göre nafaka bırakmadan kaybolan kimselerin boşanmalarına hükmedemiyen Osmanlı kadıları, bu gibi durumlarda özellikle Şâfiî mezhebinden nâibler tayin ederek ve onların kendi mezheplerine göre verdikleri boşanma kararlarını uygulayarak bu durumdaki kadınların boşanmalarına imkan sağlamışlardır.[105] Ne zaman döneceği ve hatta dönüp

105. Halil Sahillioğlu, «Bursa kadı sicillerinde iç ve dış ödemeler aracı olarak 'Kitabü'l-Kadı' ve 'Süfteceler'», s. 123. Bursa şer'iyye sicillerinde kayıtlı bulunan 28 M 898 (1492) tarihli bir davada davacı Abdullah kızı Gülsüm(?) davalı kocası Veli b. Ivâz'ın dört

dönmeyeceği bilinmeyen bir kocayı beklemek vefa duygusuyla gerekli görülebilirse de bilhassa evlerinin ihtiyacını giderecek maddî imkanı olmayanları buna zorlamak bazen çok haksız neticelere yol açmaktadır. Bu bakımdan dolaylı yolla sağlanan bu imkanın belirli bir ihtiyacı karşıladığı söylenmelidir. Ne var ki bu imkan ancak XVI. asır ortalarına kadar kullanılmış, bu tarihten sonra «*bu diyarda Şâfiî kavliyle amel etmek memnudur*» denerek Şâfiî görüşünün uygulanması yasaklanmıştır.[106] Hangi mülahazalarla alındığı kesin olarak bilinmeyen bu yasaklama kararının bir çok zorluklara ve kimsesiz eşlerin fakr ü zaruret içerisinde yaşamalarına yol açtığı aşikardır. Zira aynı probleme Hanefî mezhebinin bulabildiği çözüm, kadın için mahkemece günlük nafaka takdir etmek ve başkalarından borç alabilmesi için izin vermektir. Bu izinle borç kuvvetli bir borç haline gelmekte, zamanaşımı ve ölümle düşmemekte ve borca doğrudan doğruya koca muhatap olabilmektedir. Ne var ki bu usul her zaman yeterli olmamakta, borç verecek kimsenin bulunmadığı durumlarda nafaka takdirinin ve borçlanmaya izin vermenin pratik bir faydası olmamaktadır.

buçuk senedir gâib olduğunu ve nafaka olarak bir şey bırakmadığını söyliyerek tefrikini talep etmektedir. Durumun şahitlerle isbat edilmesi üzerine şâfiî hakim tefrîke hükmetmektedir. BŞS, def. no.lla, vr. 16a; diğer örnekler için bk. aynı defter vr. 15a, 20b. (Bursa şer'iyye sicillerindeki bu bilgileri muhterem Halil Sahillioğlu'nun lütufkar yardımlarına borçluyum). H. 982/1574 M. tarihinde vefat eden Külkedisi Mehmed b. Musâ el-Bursevî'nin kaleme aldığı sak mecmuasında bu şekilde şâfiî nâib tarafından boşanmalarına hükmedilen hanefî kadı tarafından da uygulanan boşanma davalarının sicil örnekleri vardır. Mehmed b. Musa, *Bid'atü'l-Kâdî*, vr. 6a-6b. Sak mecmuaları mahkeme kayıtlarındaki yeknasaklığı sağlamak için kaleme alınırlar. Çoğu kere kadılar, nâibler veya mahkeme katipleri tarafından mahkeme defterlerinden örnek kayıtların seçilip bir araya toplanmasıyla meydana getirilirler. XVI. asır ortalarında Osmanlı devletinde bulunan Busbecq de kocanın karısını nafakasız bırakmasının Osmanlı devletinde bir boşanma sebebi olduğunu kaydetmektedir. Ogier Ghiselin de Busbecq, *Türk Mektupları*, Ter. Hüseyin Cahit Yalçın, İst. 1939, s. 149-150. Gerek XVI. asırda kaleme alınan Sak mecmuasındaki hüccet örneği ve gerekse Busbecq'deki bu bilgi kocaları nafaka bırakmadan kaybolan kadınların Osmanlı devletinde yaygın bir biçimde boşanma hakkına sahip olduklarını göstermektedir.

106. Bu yasaklamanın hiç değilse Ebussuûd Efendi devrinden itibaren var olduğu anlaşılmaktadır. Gerçi XVII. yüzyıl ortalarında

Bu mahzuru bertaraf etmek ve eşlerinin şayet geri dönmezlerse bir ömür boyu kendilerini beklemelerine mani olmak için muhtemelen harbe veya uzun ve tehlikeli bir yolculuğa çıkan kocaların bu yolculuğa çıkmadan evvel karılarını şartlı olarak boşadıklarına rastlanmaktadır.[107] Bu şartlı boşamada koca 1 veya 2 yıl zarfında geri dönmezse karısının boş olduğunu söylemekte, söylediği süre içerisinde dönmediği takdirde karısı bir mahkeme kararına ihtiyaç olmadan boşanmış olmaktadır. Bu usulün söz konusu sebeple kazâî boşanmayı kabul etmeyen Hanefî uygulamasını yumuşatmak için getirilmiş bir tedbir olduğu düşünülebilir.

Kocanın karısına fena muamele etmesi ve geçimsizlik durumlarında ise Hanefî mezhebince boşanma hakkının verilmemesinin meydana getirdiği boşluk, muhâlaa yolu kullanılarak doldurulmaya çalışılmıştır. Şöyle ki böyle bir geçimsizlik durumunda kadın tarafından mehir ve iddet nafakasından vazgeçerek gelen bir boşanma talebi umumiyetle kabul görmüştür. Böyle eş tarafından gelen ısrarlı bir boşanma (muhâlaa) talebinin koca tarafından kabulü için sosyal çevrenin telkin ve manevî bir baskı yaptığı da düşünülebilir. Bazen eş de koca evini terkederek kocayı muhâlaaya zorlamaktadır.[108] Şer'iyye sicil defterlerindeki çok sayıdaki muhâlaa kayıtları kadınların oldukça rahat bir şekilde istemedikleri evliliklerine son verebildiklerini göstermektedir.

Kocanın kötü niyetle veya sair sebeplerle muhâlaaya yanaşmadığı durumlarda ise kadının boşanabilmek için Hanefî mezhebi içerisinde sahip olduğu başka bir imkan hemen hemen yok gibidir.[109] İşte özellikle kocanın ısrarla karısını boşamayı reddettiği

Osmanlı devletinde bulunan Thévenot kocaların karılarını nafakasız bırakmalarını hala bir boşanma sebebi olarak zikretmektedir, fakat muhtemelen bu, eski bilginin müellif tarafından tahkik edilmeden tekrarından ibarettir. Thévenot, 157.

107. Jennings, «Women», s. 94-95.

108. Jennings'in özet olarak naklettiği bir hadisede Halil kızı Cemile istemediği bir evlilikten kurtulmak için fiili bir durum yaratmakta, bütün ısrarlara rağmen kocasının evine dönmeyerek onu muhalaaya razı etmektedir. Jennings, «Women», s. 77.

109. Nitekim İstanbul kadılığında kayıtlı bulunan 20 Ş 1335 (1917) tarihli bir davada, koca böyle bir muhalaa talebini geri çevirmekte, mahkemece boşanma için başkaca bir işlem yapılamamaktadır. İŞS, İst. Kadılığı, 318/s. 62-63. Ebussuûd Efendi fetvalarında da bu imkansızlık açıkça görülmektedir. «Mesele: Zeyd zevcesine

bazı durumlarda kadının hukuken sahip olmadığı boşanma imkanına fiilen sahip olduğu görülmektedir. Şöyle ki karı koca arasında şiddetli geçimsizliğin sabit olduğu ve kocanın da boşanmaya razı olmadığı durumlarda koca muhalaayı kabule ve karısını boşamaya bu defa mahkemece fiilen zorlanmaktadır. Bilhassa kocasıyla şiddetli bir geçimsizlik içerisine düşüp de mutlaka boşanmak isteyen kadınların bizzat padişah veya divân-ı hümâyuna başvurmaları halinde bu muhâlaa yolunun zorlandığı görülmektedir.[110] Ne var ki kazâî boşanmaya hükmetmek yerine kocayı bu şekilde

envâı eza edip kadı'nın malumu olsa Zeyd'den tefrîka kadir olur mu? Elcevâb: Ezâdan ne tarîk ile mümkün ise men eylemeğe kâdirdir.» Düzdağ, 54. Gerçi Ebussuûd Efendi bu fetvasıyla kadıların her türlü yolla ezayı önleyeceğini belirtmekteyse de aile hayatına kadı'nın her zaman müessir bir tarzda müdahele edemiyeceği de aşikardır. Kocanın karısına etitği fena muamelenin mahkemeye intikal eden örnekleri için bk. Jennings, «Women» s. 84, 89, 92. Bu davaların bir kısmında koca fena muameleyi inkar etmekte, bir kısmında karısına iyi muamelede bulunması için kocaya tenbih edilmektedir.

110. 1215 (1800) tarihli bir belgede Şeyh Süleyman isimli bir baba kızı Mesûde'yle damadı Hasan arasında hüsnü muâşeretin kalmadığı gerekçesiyle bizzat padişaha başvurmakta, ikisinin arasının tefrik edilmesini taleb etmektedir. Belli ki kadın tarafı daha önce normal mahkeme kararıyla boşanmak istemişler, taleplerinin kabul edilmemesi üzerine son çare olarak her Osmanlı vatandaşının sahip olduğu hakkı kullanarak bizzat padişaha başvurmuşlardır. Rumeli kazaskerine havale edilen dava, Rumeli kazaskeri tarafından muhâlaa yoluyla çözülmüş, koca muhâlaayı kabule razı olmuştur. BOA, HH, 15587, Gerçi burada kocaya baskı yapıldığına dair bir işaret yoktur. Fakat daha önce muhalaaya razı olmayan kocanın —ki olsaydı kadın tarafının bizzat padişaha başvurmasına gerek yoktu— bu defa tam bir gönül rızasıyla razı olduğunu söylemek zordur.

Bu belgede olduğu gibi normal olarak bulundukları yer mahkemesince boşanamıyan kadınların bizzat padişaha veya divân-ı hümâyuna başvurduklarına ve aynı yolla boşandıklarına rastlanmaktadır. Selh R 967 (1560) tarihli bir hükümde şöyle denmektedir: «Edirne kadısına hüküm ki, haliya Edirne bostancıbaşısı olan Sinân dâme mecdühü mektup gönderüp kızını mahrûse-i mezbûreden Bekir imâreti kurbunda mütemekkin olan sipahi oğlanları zümresinden olan Müstedâm nâm kimesneye verüp hüsn-i zindegânesi olmadığın arz idüp tefrîk olunmasını rica etmeğin buyurdum ki vardıkta bizzat müşârun ileyhin kızını mezbûrdan tefrîk eyleyüp taallül ve inad ettirmeyesin. Şöyle ki taallül ve niza ederse yazıp bildiresin ki hakkından gelüp sâyirlerine mûcib-i ib-

muhâlaaya zorlamanın hukukîliği tartışmalıdır. Hukukîliği tartışmalı bu yol yerine diğer mezheplerin kabul ettiği kazâî boşanma sebeplerini kabul etmek çok daha hukuki ve kadının daha lehine olurdu. Zira kocanın fena muamele ve geçimsizliği yüzünden muhâlaaya razı olan eş, bunun maddî külfetini üstlenmekte, mehirden mahrum kalmaktadır. Halbuki geçimsizlik sebebiyle kazâî boşanmada iki tarafın ailelerinden seçilen hakemler suç kadında ise muhâlaaya, kocada ise talaka hükmetmekte, bu son durumda koca mehri ödemek zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla bu yolun mağdur durumda olan kadının daha lehinde olduğu ve daha hukuki bir çözüm olduğu aşikardır. Esasen diğer mezheplerden faydalanma yolu az da olsa Osmanlı devletinde kullanılmıştır. Fakat her nedense bu yol kazâî boşanma sahasında kullanılmamıştır.

Bunun dışında zaman zaman başka usullerin de denendiği görülmektedir. *Jennings*'in Kayseri şer'iyye sicillerinden yaptığı nakillerde Kayseri kadısının karılarına karşı fena muamelede bulunan kocaların bu davranışlarına karşı şöyle bir tedbir getirdiği gö-

ret vaki ola.» BOA, MÜD, 3, s. 256, h.n. 739. Bu hükümde kocaya yapılan baskı izi açık bir şekilde görülmektedir. Bu hadisede hanefî kadı'nın diğer mezheplerce kabul edilen kazâî boşanmaya hükmetme imkanı yoktur. Böyle bir imkan olsa kocanın inad etmesinin hiç bir önemi yoktur. Boşanma kocanın rızasıyla değil, hakimin hükmüyle gerçekleşecektir. Burada kadı'nın elindeki imkan, kocayı talaka veya daha ziyade muhâlaaya zorla da olsa razı etmektir. İşte hükümde kocanın buna razı olmama ihtimali de göz önüne alınarak «taallül ve niza ederse bildiresin ki hakkından gelip sayirlerine mûcib-i ibret vaki ola» denmektedir.
Yine 25 ZA 979 (1572) tarihli bir hükümde şöyle denmektedir: «Silistre beyine hüküm ki, hatunun Asıtâne-i saâdetime gelüp senden şikayet eyleyüp tefrîk olunmasın rica eylemeyin buyurdum ki tehîr eylemeyüp yarar vekilin gönderüp mezbûre ile bertaraf olasın. «BOA, MÜD, 16, s. 198 Burada da daha önceki kadar açık olmasa da bir zorlama izi yine vardır. Silistre beyine, yarar vekil göndererek mezbûre ile bertaraf olunması emredilmektedir. Meselenin nasıl karara bağlandığı bilinmemektedir. Fakat muhtemelen şöylece halledilecektir. Vekil İstanbul'a gelecek müvekkili adına karısını ya talak veya muhâlaa ile boşayacaktır. Önceki hükümde olduğu gibi bölge kadısına doğrudan benzer bir hükmün gönderilmemesi, muhtemel ki bölge kadısının Silistre beyi üzerinde böyle fiilî bir zorlamaya muktedir olamıyacağı düşüncesiyledir. Halbuki bu zorlama divân-ı hümâyunda kolaylıkla mümkündür.

rülmektedir. Karısına fena muamele eden kocaya kadı şartlı talak teklif etmektedir. Koca bu teklifi kabul ederek bir daha karısına kötü muamele ederse karısının boş olmasını söyliyerek şartlı bir boşamada bulunmaktadır. Bu şarta riayet etmediği takdirde de karısı her hangi bir karara ihtiyaç duymadan boşanmış olmaktadır. *Jennings*'in naklettiği olaylar arasında böyle altı şartlı talak vakası vardır.[111] Bu Kayseri kadısının kocanın karısına kötü muamele etmesini önlemeye, önleyemiyorsa bu yolla kadına bir boşanma imkanı sağlamaya çalıştığını göstermektedir.

Leon Ostrorog bir başka yol olarak kadınların bazan iki yalancı şahitle kocaların kendilerini boşadıklarını mahkeme huzurunda isbat ederek kocalarından boşanabildiklerini söylemektedir.[112] Şer'iyye sicillerinde çok nadir de olsa bu şekille boşanmayı deneyen kadınların davalarına rastlanmaktadır.[113]

Buradan şu anlaşılmaktadır: Osmanlı hukuk tarihinde bilhassa karı-koca arasında geçimsizlik ve kocanın her hangi bir sebeple kaybolup geride nafaka bırakmadığı durumlarda kazai boşanma ihtiyacı hissedilmiştir. Osmanlı hukukçuları diğer mezheplerin sağladığı imkanları kullanıp bu ihtiyacı İslam-Osmanlı hukuku çerçevesi içerisinde karşılama yoluna gitmemişlerdir. Bunda Hanefî mezhebine bir devreden sonra aşırı şekilde bağlanmanın belirli bir rolü olsa gerektir. Kazâî boşanmaya duyulan bu ihtiyaç bazan diğer boşanma nevilerinin sağladığı imkanlardan yararlanılarak bazan da hukukî zorlamalara ve hukuk dışı yollara başvurularak giderilmeye çalışılmıştır.

Netice olarak Osmanlı aile hukukunda üç boşanma nevinden (talak, muhâlaa, tefrîk) her birisinin boşanma arzusunun karı veya kocadan gelmesine veya boşanma sebebine göre kullanıldığını, kocanın nazarî olarak çok daha geniş bir boşama yetkisinin bu-

111. Jennings, «Women», s. 88-92.
112. Count Leon Ostrorog, *Ankara Reformu*, Ter. Yusuf Ziya Kavakçı, İst. 1972, s. 85.
113. İstanbul Kadılığında kayıtlı bulunan 3 B 1335 (1917) tarihli bir davada Nezihe Hanım kocası Hüseyin Efendi'nin kendisini boşadığını iddia etmekte, kocası hayli uzun süren bu davada karısını boşamadığını ve şahitlerin yalancı olduğunu isbat etmekte ve netice olarak kadının evine dönmesine hükmedilmektedir. İŞS, İst. Kadılığı, 318/39-43.

lunduğunu, fakat sosyal ve hukukî sebeplerle bu nazari genişliğin aynı ölçüde tatbikata yansımadığını, kadının ise boşanma hakkının daha sınırlı olduğunu, fakat diğer iki yolun (talak-muhâlaa) yardımıyla istemediği bir evlilikten kurtulma imkanını fiilen artırdığını ve kazâî boşanmanın sınırlı olmasının yarattığı boşluğu belirli ölçüde doldurduğunu belirtmek gerekir.

IV. EVLİLİĞİN SONA ERMESİNİN NETİCELERİ

A. IDDET

İddet evliliğin sona ermesinin önemli neticelerinden birisidir. Boşanma hangi şekilde olursa olsun kadın yeniden evlenmeden önce çeşitli durumlara göre değişen bir süreyi beklemek zorundadır. İddeti bitmeden evlenen kadınların bu evlilikleri feshedileceğinden bilhassa yeniden evlenmek isteyen kadınlar bu sürenin bittiğini mahkmeye tescil ettirme ve böylece iddeti içerisinde evlendiği yolundaki muhtemel iddiaları önleme ihtiyacını duymuşlardır.[114] Esasen daha önce de belirtildiği gibi, daha önce evlenip bu evlilikleri sona eren kadınlar, tekrar evlenmek istediklerinde kadıdan izin alırken iddetlerinin bittiğini isbat etmek zorunda idiler.[115] İddeti bitmeden evlenenin nikahı feshedileceği gibi, ayrıca bu nikahı kıyanlar da cezalandırılmakta idiler.[116]

114. Jennings, «Women», s. 96; Ongan, *İki Numaralı Sicil*, s. 88 no. 1125; Ziyaeddin Efendi, 96-98.
115. İŞS Bab Mahkemesi, 193/1a.
116. Kanuni devri ceza kanunnamesindeki şu hüküm bununla ilgilidir: «Ve dahi iddet tamam olmadan nikah iden kimesnenin muhkem hakkından geleler». Heyd, *Criminal Law*, s. 84; Ahmet Lütfi, 44; Babaeski kadısına hitaben yazılan 984 (1576) tarihli bir hükümde de vefat iddeti bekleyen bir kadının iddia edildiği gibi iddet içerisinde evlendiği sabit olursa, nikahı kıyanın südde-i saadete bildirilmesi istenmektedir. BOA, MÜD, 27, s. 361. Ortaylı, «Anadolu'da XVI. yüzyılda evlilik ilişkileri üzerine bazı gözlemler» adlı makalesinde «zevci tarafından boş olduğu söylenen kadının yeniden evlenmek için üç ay beklemesi genel bir uygulama gibi görünüyor.» demektedir (s. 38). Buradan aksi bir uygulama da olabilirmiş gibi bir mana çıkmaktadır ki doğru değildir. Kaldı ki boşanan kadının beklemesi gereken iddet müddeti de her hal ü karda üç ay değildir; kadının özel durumuna ve hamile olup olmadığına göre bu müddet değişmektedir.

B. İDDET NAFAKASI

Boşanma iddeti bekleyen kadının nafakası kocasına aittir. Şer'iyye sicillerindeki talak kayıtlarının ekserisinde iddet nafakasından da bahsedilmektedir. Bu kayıtlardan anlaşıldığına göre boşanan karı koca çoğu kere anlaşarak iddet nafakası için bir miktar tesbit etmektedirler. Aralarında bir anlaşma olmazsa tabiatıyla bu miktarı hakim tesbit etmektedir.[117]

Muhâlaada hemen hemen daima kadın iddet nafakasından da vazgeçtiğinden koca ancak talak ve tefrik durumlarında bu borçla mükellef olmaktadır.

117. İstanbul Kadılığında kayıtlı bulunan 22 B 1021 (1612) bir davada Mustafa b. Derviş tarafından boşanan Meryem bt. Meryem kendisi için nafaka talep etmekte ve mahkemece iddetinin bitimine kadar günlük üç dirhem iddet nafakası takdir edilmekte ve istidâne (borç isteme) için kadına izin verilmektedir. İŞS İst. Kadılığı, 1/29a; keza bk. 2/1b, 3a; 3/15a, 47b, 75b; Bab Mahkemesi, 193/11b-12a; Jennings, «Women», s. 86-87.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TANZİMAT DÖNEMİNDE AİLE HUKUKU ALANINDAKİ GELİŞMELER

I. TANZİMATTAN SONRA HUKUK ALANINDAKİ GELİŞMELER

A. ADLÎ TEŞKİLAT ALANNDAKİ GELİŞMELER VE KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ

Tanzimat, Osmanlı devletinde 1839'da Gülhane Hatt-ı Humayunun okunmasıyla başlayan ve 1876'da I. Meşrutiyetin ilanına kadar devam eden devreye ve bu devrede yapılan islahat ve batılılaşma hareketlerine verilen umumî isimdir. Bu dönem Osmanlı devlet düzeninde ,hukukî, iktisadî ve sosyal yapısında köklü değişikliklerin yapıldığı, devlete daha ziyade batılı bir çehre ve yapı verilmeye çalışıldığı bir dönemdir.

Bu dönem sair bakımlardan olduğu kadar hukuk tarihi bakımından da önemlidir. Kuruluşundan XIX. asır ortalarına kadar devam eden klasik Osmanlı hukuk düzeni, ilk defa Tanzimat döneminde gerek mahkemelerin yeniden düzenlenmesi, gerekse bu mahkemelerde uygulanmak üzere yeni kanunların hazırlanmasıyla köklü bir değişikliğe uğramıştır. Bu yüzden Osmanlı hukukunu Tanzimattan önceki klasik dönem ve Tanzimattan sonraki yeni dönem olmak üzere iki bölüme ayırmak ve öylece incelemek gerekir.

Tanzimata kadar devam eden tek hakimli ve tek dereceli klasik Osmanlı mahkemesi, Tanzimattan sonra faaliyet alanı daraltılmış bir şekilde şer'iyye mahkemeleri olarak devam etmiş, fakat bunun yanında ticari davalara bakmak üzere toplu hakimli karma ticaret mahkemeleri ceza ve hukuk davalarına bakmak üzere yine toplu hakimli nizamiye mahkemeleri kurulmuştur. Bu yeni düzenlemelerle birlikte istinaf ve temyiz mahkemesi sistemi de düzenli bir biçimde Osmanlı hukukuna girmiş olmaktadır.[1] Bu yeni düzen-

1. Tanzimat döneminde adli teşkilat alanında yapılan değişiklikler hakkında geniş bilgi için bk. Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu, *Türk*

lemelerle birlikte Osmanlı devletinde beş ayrı mahkeme faaliyet gösterir olmuştur; eskinin bir devamı olan şer'iye mahkemeleri, azınlıkların cemaat mahkemeleri, konsolosluk mahkemeleri, yeni kurulan ticaret ve nizamiye mahkemeleri.

Tanzimat döneminde adlî teşkilat alanında yapılan bu düzenlemelerin yanısıra şer'iye, ticaret ve nizamiye mahkemelerinde uygulanmak üzere yeni kanunların hazırlanmasına da önem verilmiştir. Gülhane'de okunan ve yeni bir devri başlatan Tanzimat fermanında[2] Osmanlı devletinin gerileme sebepleri ve bunların çareleri üzerinde durulmuş ve bu çareler arasında fermanda *«bazı kavânin-i cedîdenin vaz' ve tesisi»* de sayılmıştır. Fermanın okunmasından sonra ihtiyaç duyulan kanunların hazırlanma vazifesi *II. Mahmud* devrinde kurulmuş bulunan Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'ye verilmiştir.[3]

Tanzimat döneminde gerek bu meclisce, gerekse çeşitli heyetler tarafından hazırlanmış bulunan kanunlar 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları,[4] 1858 tarihli Arazi Kanunu,[5] 1869-76 tarihleri arasında hazırlanan Mecelle,[6] 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret[7], 1858 tarihli Ceza Kanunu[8], 1861 tarihli Usul-i Muhâkeme-i Ticaret Nizamnamesi[9], 1863 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi[10], 1879

Hukuk Tarihi, Ank. 1982, s. 330 v.d. Mustafa Reşit Belgesay, «Tanzimat ve Adliye Teşkilatı» *Tanzimat I*, İst. 1940, s. 213 v.d.; Ed. Engelhard, *Türkiye ve Tanzimat Devlet-i Osmaniye'nin Tarih-i İslahatı* (1826-1882), Mütercimi; Ali Reşad, İst. 1328, s. 79, 486; Enver Zıya Karal, *Osmanlı Tarihi*, Ank. 1976, VI/148 v.d.

2. Hatt-ı Hümayunun tam metni için bk. Karal, *Tarih*, V/255.
3. Engelhard, 42; Lewis, 108; Halil İnalcık, «Sened-i İttifa ve Gülhane Hatt-ı Humayunu», *Belleten*, sy. 112, s. 615; Üçok-Mumcu, 323-324.
4. Metinleri için bk. Ahmet Lütfi, *Osmanlı Adalet Düzeni (Mirat-i Adalet)*, Sadeleştiren: Erdinç Beylem, İst. 1979, s. 121 v.d.; Reşat Kaynar, *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat* Ank. 1954, s. 303 v.d.
5. *D.I.T.*, I/165 v.d.
6. *D.I.T.*, I/20 v.d.
7. *D.I.T.*, I/375 v.d. Ayrıca bk. *Kanunname-i Ticaret ve Zeyilleri*, Yeni Harflere çevirenler: Fikri Gürzümar, Tekin Gürzümar, Ank. 1962, s. 43 v.d.
8. *D.I.T.*, I/537 v.d.
9. *D.I.T.*, I/780 v.d.
10. *D.I.T.*, I/466 v.d.; ayrıca bk. *Kanunname-i Ticaret ve Zeyilleri*, s. 143.

tarihli Usûl-ı Muhâkemat-ı Cezâiye Kanunu[11] ve 1880 tarihli Usûl-ı Muhâkemat-ı Hukukiye kanunudur[12]. Sayıları ona ulaşan bu kanunlar önemli bir kanunlaştırma hareketinin meydana geldiğini ortaya koymaktadır.[13]

Bu kanunlaştırma hareketlerinin hangi amiller altında doğduğu ve hangi istikametlerde yürütüldüğü noktası üzerinde durmak müstakil bir araştırmanın konusu olacak kadar geniştir. Burada şu kadarını belirtelim ki Osmanlı devletindeki kanunlaştırma hareketlerinin Batıdaki kanunlaştırma hareketlerinin amillerinden farklı amilleri vardır. Bu hareketin meydana gelişinde hukukî, sosyal ve iktisadî ihtiyaçlar önemli ölçüde rol oynamıştır. Fakat bunlar kadar Batının tesir ve baskısıda bu harekette rol oynamıştır. Batı devletleri bir taraftan Osmanlı devletine karışmak, onun üzerinde bir nüfuz tesis etmek ve azınlıklar nezdinde itibar temin etmek maksadıyla sık sık gayrımüslim azınlıklara yeni hak ve imtiyazlar verilmesi için baskı yapmışlar, bunun sonucu olarak gerek 1839 tarihli Tanzimat fermanının, gerekse 1856 tarihli İslahat fermanının ilanında ve kamu hukuku alanında gayrımüslim tebaya bu fermanlarla verilen hak ve imtiyazlarda müessir rol oynamışlardır.[14] Verilen bu hak ve imtiyazlar da gayrımüslim tebanın daha güçlü olmasını sağlamış ve Osmanlı devletinden bir an önce kopmalarına yol açmış, dolayısıyla Osmanlı devletinin aleyhine neticeler doğurmuştur. Öte taraftan batı devletleri gelişen sanayileri için müsaid bir pazar olarak gördükleri Osmanlı devletinde özellikle ticaret hukuku alanında kendi hukuk sistemlerini empoze etmişler, böylece kendi tacirlerini Osmanlı tacirleri karşı-

11. *D.I.T.*, IV/251 v.d.
12. *D.I.T.*, IV/257 v.d.
13. Kanunlaştırma hareketleri hakkında geniş bilgi için bk. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, «Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat», *Tanzimat I*, İst. 1940, s. 139-209; keza Velidedeoğlu, «le Mouvement de codification dans les pays musulmans, ses rapports avec les mouvement juridigues occidentaux», *AFDI*, VIII/s. 1-55; Tahir Taner, «Tanzimat devrinde ceza hukuku», Tanzimat I, İst. 1940, s. 221-232; Ömer Lütfi Barkan, «Türk toprak hukuku tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) tarihli Arazi kanunnamesi», *Tanzimat I*, İst. 1940, s. 321-421.
14. Ahmet Cevdet Paşa, *Tezakir*, Ank. 1953, I/67 v.d.; Karal, *Tarih*, VI/8 v.d., 20 vd. Halil İnalcık, «Tanzimat nedir», *Tarih Araştırmaları 1940-1941, DTCF Yıllık Araştırmalar Dergisi*, I/256.

sında imtiyazlı duruma geçirmişlerdir.[15] Batının istekleri doğrultusunda kurulan karma ticaret mahkemeleri ve bu mahkemelerde uygulanmak üzere 1808 tarihli Fransız Ticaret Kanunu esas alınarak hazırlanan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaretten Osmanlı tacirleri ve netice itibariyle Osmanlı ticareti ve ekonomisi zarar görmüştür.[16] Netice olarak denilebilir ki Tanzimat dönemindeki hukuki düzenlemeler millî ihtiyaçlarla ve bu ihtiyaçlar doğrultusunda yapıldığı kadar, Batının tesir ve baskısıyla ve o baskı doğrultusunda da yapılmıştır.[17] Öyle anlaşılıyor ki Tanzimat ricali Batının bu baskısını hafifletmek için Batının istekleri doğrultusunda düzenleme yapmaya kendilerini mecbur hissetmişler ve bu düzenlemelerle Batının baskısının azalacağını ümid etmişlerdir.[18]

15. Barkan, «Din devlet ilişkisi», s. 93; Velidedeoğlu, «Codification», s. 30-34; Ergun Özsunay, «Türkiye'de yabancı hukukun benimsenmesi hareketi içerisinde Türk Medeni Kanununun anlamı ve önemi», *Medeni Kanununun 50. Yıl Sempozyumu*, İst. 1978, s. 400-401.
16. Namık Kemal ticari alandaki düzenlemeler hakkında şu tesbiti yapmaktadır: «Emr-i ticaretle muhakemata gelince muahedeler bu cihetlerce Avrupalıları müsavat-i umumiyenin fevkine çıkardığı için mülken mazarratbahş olduğu kabil-i inkar değildir» (Namık Kemal'den naklen İhsan Sungu, «Tanzimat ve Yeni Osmanlılar», *Tanzimat I*, İst. 1940, s. 793). Cevdet Paşa'nın karma ticaret mahkemeleri hakkındaki tesbiti de şöyledir: «Himaye-i ecnebiye belası bize yeterken bir de mahkeme-i muhtelite yapıldı. Ya o zamanın hükmüne muvafık bir yolda bir ticaret mahkemesi yapmak kabil değil mi idi.» (Cevdet Paşa'dan naklen Karal, *Tarih*, VI/152). Vakanuvis Lütfi Efendi de Osmanlı tacirlerinin bu yeni düzenlemelerden çok zararlı çıktıkları belirtmektedir (Karal, *Tarih*, VI/152).
17. Engelhard, 7-8; Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri*, İst. 1960, s. 37; Guido Tedeshi, *Studies in Israel Law*, Jerusalem 1960, s. 85-86; J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, London 1959, s. 22-23; Enver Ziya Karal, «Gülhane Hattı Hümayununda Batının etkisi», *Belleten*, sy. *112*, s. 590; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar*, İst. 1959 I/62-65.
18. Tanzimat ricali hukuk alanındaki islahatlarda Batının baskısını sürekli üzerlerinde hissetmişlerdir. Çoğu kere sefirler vasıtasıyla yürütülen bu baskı zaman zaman o dereceye ulaşmıştır ki mesela Âli Paşa İngiliz sefirinin baskılarından bunaldığından onu geri çağırması için teşebbüse geçmek zorunda kalmıştır (Ali Fuat Türkgeldi, *Rical-i Mühimme-i Siyasiyye*, İst. 1288, s. 86 vd). Keza Âli Paşa Paris kongresinde tercümanlar vasıtasıyla mahkemelere ya-

Bu tesir ve baskının neticesi olarak Tanzimat döneminde hazırlanan kanunlar iki ana guruba ayrılmaktadır. Klasik Osmanlı hukukunun kanunlaştırılmasıyla ortaya çıkan milli kanunlar, Batıdan ya aynen veya kısmî değişikliklerle alınan batı menşeli kanunlar. İlk guruba 1840 ve 1851 tarihli Ceza kanunları, Arazi kanunu ve Mecelle girmektedir. Burada bizi daha ziyade medeni hukukun önemli bölümlerini kanunlaştıran Mecelle-i Ahkam-ı Adliye ilgilendirmektedir.

Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketlerinin en büyük ve en orjinal eseri kabul etmek gerekir ki Mecelledir. *Ahmet Cevdet Paşa*'nın büyük gayretleri sonucu Fransız Medeni Kanununun alınmasından vazgeçilip onun yerine hazırlanmaya başlanmış ve yine *Cevdet Paşa*'nın gayretleriyle tamamlanmıştır. Mecelle *Cevdet Paşa*'nın tek başına kaleme aldığı bir eser değildir. Onun başında bulunduğu bir heyet tarafından hazırlanmıştır. Fakat her maddesinde *Cevdet Paşa*'nın izleri görülür.[19]

Mecelle 16 kitap halinde 1851 maddeden ibarettir. Başında yüz maddelik genel fıkhî prensipleri ihtiva eden bir mukaddime bulunur.

pılan müdahelelerden şikayet edince kendisine bundan kurtulmak için mahkemelerde —tabiatıyla Batının istekleri doğrultusunda— islahat yapılması hatırlatılmıştır (Ahmed Cevdet Paşa, *Maruzat*, Yayına hazırlayan: Yusuf Halaçoğlu, İst. 1980, s. 198-199; keza bk. Mardin, *Cevdet Paşa*, 242). Yine bu kongrede Osmanlı kanunlarının değiştirilmesi karşılığında kapitülasyonlardan vazgeçilebileceği belirtilmiştir (Karal, *Tarih*, VII/172). İşte Âli Paşa Batının bu devamlı baskılarını hafifletmek düşüncesiyle daima onların istedikleri istikametlerde ve şekilde islahat yapılması taraftarı olmuştur (Halil İnalcık, «İmtiyazat», *EI*²). Muhtemelen Âli Paşa bu baskı yüzünden Fransız code civile'inin alınması istemiş (Lewis, 122; Türkgeldi, 127; Karal, *Tarih*, VII/172; Velidedeoğlu, «Codification», 199-200), hatta buna hazırlık olmak üzere Sait Paşa'ya code civile'in arapça tercümesinden türkçeye aktarılması vazifesini vermiştir (Karal, *Tarih*, VII/172; Osman Ergin, *Türkiye Maarif Tarihi*, İst. 1939, I/230). Türkgeldi Âli Paşa'nın bunu sadece batılı devletleri hoşnud etmek ve susturmak düşüncesiyle yaptığını belirtmektedir (Türkgeldi, 81). Namık Kemal Tanzimat dönemindeki yeniliklerin temelinde daima Batıyı hoşnut etmek düşüncesinin yattığını söylemektedir (Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, İst. 1978, 293).

19. Lewis'in ifadesiyle «Mecelle pek geniş ölçüde alim, tarihçi ve dahi hukuk adamı Cevdet Paşa'nın eseridir», Lewis, 122.

Mecelle medeni hukukun önemli kısımlarını kanunlaştırmasına rağmen tam bir medeni kanun olarak hazırlanmış değildir. Hükümleri arasında aile ve miras hukukuna ait hükümler yoktur. Bunun sebebi kanunun hazırlandığı devrede acilen ihtiyaç duyulan sahaları ilk önce kanunlaştırmayı hedef almış olmasıdır.

Mecele fıkhın geleneksel yolundan ayrılmayarak meseleci (kazuistik) bir usulle hazırlanmıştır. Bu yüzden hükümlerinde bir çok tekrarlara rastlanır. Ayrıca bir kanundan ziyade hukuk ilminde yer alması gereken tarif ve izahlara kanun metninde yer verilmiştir. Hazırlandığı devrin şartları göz önüne alınmadan neden böyle bir yol takip edildiği anlaşılamaz.

Mecelle kuvvetli hukukçuların yetişmediği bir dönemde ve özellikle hukukçu olmayan üyelerden kurulu karma ticaret ve nizamiye mahkemelerinde uygulanmak üzere hazırlanmıştır. Dolayısıyla bu tip hakim ve üyelere yol göstermek tabir caizse hukuk öğretmek vazifesini de üstlenmiştir. Mecelledeki tariflerin ve izahların bolca var oluşu bu yüzdendir. Bu usulün doğruluğu bir yana devrin ihtiyaçlarına daha uygun olduğu bir gerçektir. Mecellenin kazuiztik bir metodla hazırlanmasını tenkit edenler[20] muhtemelen onun hazırlandığı devrin şartlarını göz önüne almamaktadırlar. Sonra Mecelle asırlardır kazuistik metodla doğan ve gelişen bir hukuk sistemi içerisinde hazırlanan ilk kanundur. İlk olmasının doğurduğu bazı eksiklikleri taşıması normaldir ve bu durum onun değerini düşürmez. Gelişme çizgisini devam ettirebilseydi genel hükümler ihtiva eden bir kanun haline dönüşmesi mümkün olabilirdi.

Mecellede Hanefî mezhebinden ve bu mezhep içerisindeki en sahih görüşten esas itibariyle ayrılma olmamıştır. Bazı meselelerde Hanefî mezhebindeki nisbeten zayıf görüşler kabul edilmişse de bu durum özellikle *Cevdet Paşa* üzerine yıldırımların çekilmesine sebep olmuştur.[21] Esasen *Cevdet Paşa* Mecellenin hazırlanması sırasında çeşitli kesimlerden gelen muhaliflerle de uğraşmak zorunda kalmış ve bu muhaliflerin tesiriyle bir kaç defa Mecelle cemiyetinden ayrılmak zorunda kalmıştır. Netice itibariyle denebilir ki *Cevdet Paşa* Mecellenin hazırlanması esnasında rahat bir çalışma zemini bulamamıştır. Muhtemelen Mecelledeki bazı eksiklik-

20. Chehata, age., s. 18.
21. Mardin, *Cevdet Paşa*, s. 80-82.

lerin temelinde de hazırlanışındaki bu gayri müsait ortam yatmaktadır.

B. KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE AİLE HUKUKU

Tanzimattan sonraki bir dizi kanunlaştırma hareketleri sırasında belirtildiği gibi aile hukukunun bu hareket dışında tutulduğu ve kanunlaştırılmadığı görülmektedir. Bilhassa Mecellenin bütünlüğünü temin bakımından son derece önemli olan bu kanunlaştırmaya neden gidilmediği meselesi üzerinde biraz durmak gerekir.

Burada Mecelle Cemiyetinin ve özellikle *Cevdet Paşa*'nın bunu hiç hatıra getirmediği düşünülemez. Mecelle Cemiyetinin en azından 16. kitaptan sonra aile hukukunun tedviniyle meşgul olmayı planladığına dair emareler vardır. *Cevdet Paşa* Sultan *II. Abdülhamit*'e yazdığı arizada «Mecellenin bir kaç kitabı nakıs kalmış ise de Cemiyet bunların ikmaliyle meşgul olamıyor. Şimdi meşguliyeti ancak ahkam-ı Mecellenin tatbikinde mehâkimce görülen müşkilâttır.»[22] demektedir. *Cevdet Paşa*'nın hazırlamayı düşündüğü kitaplar çok muhtemeldir ki aile hukukuna ait olanlardır.[23] Fakat Mecelle Cemiyeti bu imkanı bulamamış ve 1888 de faaliyetine son verilmiştir.

Acaba aile hukuku Mecellenin hazırlanması sırasında neden kanunlaştırma dışında kalmıştır? Bunun kanaatimizce bir değil bir kaç sebebi vardır: Birincisi Osmanlı devletinde muhtelif din ve mezheplerden insanların yaşaması ve çeşitli dini hukukların aile hukukunda müessir oluşu, hepsine şamil bir aile kanununun hazırlanmsaını zorlaştırmıştır.[24] Bir Fransız hukukçusu bu durumu şu sözlerle tesbit etmektedir: *«Osmanlı İmparatorluğu 1868 de tanzim edilmiş bir medeni kanuna malikse de çok eksiktir. Hukukun aile ve miras gibi en mühim kısımlarını ihmal etmek icab etmiştir. Bunun sebebi İmparatorluğun ihtiva ettiği ırklar ve din-*

22. Mardin, *Cevdet Paşa*, 154.
23. Berkes, 222; Mardin, *Cevdet Paşa*, 172.
24. Jaschke, «İmam nikahı», 18; Barkan, «Din ve devlet ilişkileri», 96; Onar, 69; Mehmet Ünal, «Medeni Kanunun kabulünden önce Türk aile hukukuna ilişkin düzenlemeler ve özellikle 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi», *AHFD*, XXXIV/1-4, s. 208; Cin, *Evlenme*, 286; Ansay, Sabri Şakir *Medeni Kanunumuzun 25. Yıldönümü Münasebetiyle Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar*, Ank. 1952, s. 1 Mahmesani, 182.

lerdir.»[25] Bu zorluk Hukuk-ı Aile Kararnamesinin hazırlanması sırasında da hissedilmiş, devrin kanun yapıcıları hukuki realiteyi göz önüne alarak bütün tebayı kazaî bakımdan birleştirmişler, fakat hukukî bakımdan her dinin mensuplarına ait müstakil hükümler getirmişlerdir.

Mecelle Cemiyeti muhtemelen Mecellenin hazırlanması sırasında karşılaşmış bulundukları güçlükler arasına bir de bunu katmak istememiş, aile hukukunun tedvinini daha sonraya bırakmıştır. Hukuk-ı Aile Kararnamesinin gayr-ı müslim cemaat reislerinin, sadece kaza yetkileri ellerinden alındığı için büyük ölçüde muhalefetleriyle karşılaştığı ve yaklaşık bir buçuk sene sonra meriyetten kaldırılmasında bu muhalefetin önemli ölçüde rol oynadığı göz önüne alınırsa Mecelle Cemiyetinin bu sahayı kanunlaştırma dışı bırakmasının ne ölçüde tedbirli bir hareket olduğu daha iyi anlaşılır.

İkinci sebep —ki bu birincisiyle az çok alakalıdır— aile hukukunun tedvini sırasında muhtemelen ortaya çıkacak itirazlara maruz kalmamak için bu hukuk sahasını tedvin dışında bırakmadır.[26] Mecellenin hazırlanması sırasında meşihatın hayli hücumlarına maruz kalan Mecelle Cemiyeti Mecelleye göre daha dikenli bir saha olan aile hukukunu da tedvine teşebbüs etseydi şüphesiz bu defa daha da fazla hücumların hedefi olacaktı. Esasen kanunlaştırmalarda umumiyetle daha az itiraza maruz kalan borçlar ve ticaret hukuku sahaları daha önce, dini hukukun daha çok hakim olduğu ve daha çok itirazlara konu olabilecek aile hukuku sahaları daha sonra kanunlaştırılmaktadır.[27] Mecellenin de bu yola giderek aile hukuku sahasını en sona bırakmasını akıllı bir siyaset olarak kabul etmek gerekir.

Üçüncü bir sebep de aile hukuku sahasında bir kanunlaştırmaya gidilmesine o devirde diğerleri kadar acil bir ihtiyacın duyulmayışıdır.[28] Meçelenin hazırlanmasındaki amillerin ve bu kanu-

25. Planiol, Traité du Droit Civile, Paris 1924 s. 33 den naklen Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu *Hukuk Sosyolojisi*, İst. 1958 s. 249.
26. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, «Aile hukukumuzun tedvini meselesi.» *Ebul ula Mardin'e Armağan*, İst. 1943, s. 692-93, keza *Hukuk Sosyolojisi*, s. 241.
27. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 242.
28. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 241; keza Fındıkoğlu, «Aile hukukumuzun tedvini meselesi», 692-693; Cin, *Evlenme*, 287.

na o devirde duyulan ihtiyacın aile hukuku sahasında da aynen var olduğunu söylemek mümkün değildir. Bir defa Osmanlı ailesi devrin ictimai ve iktisadi yenilikleri karşısında henüz köklü bir değişikliğe uğramamıştır.[29] Osmanlı hukukunun en çok işlenmiş bir sahası olan aile hukuku, bu sahadaki münasebetleri tanzimde fazla güçlük çekmemektedir. İkinci olarak fikri hareketlerdeki feminist cereyan henüz çok cılızdır; bu sahada bir kanunlaştırmayı doğuracak kadar güçlü değildir.[30]

İşte bu üç sebep aile hukukunun Mecelleye alınmamasında belirli nisbetler dahilinde rol oynamış ve bu sahanın yarım asır gecikerek kanunlaştırılması neticesini doğurmuştur.

29. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 239.
30. Fındıkoğlu, *Hukuk Soosyolojisi*, 242.

II. HUKUK-I AİLE KARARNAMESİNE ZEMİN HAZIRLAYAN GELİŞMELER

A. NİKAH

a. Nikahın Tescili ve Devletin Müdahelesi

Aile hukuku yukarda belirtilen sebeplerle Tanzimattan sonraki kanunlaştırma hareketlerine konu olmamıştır. Yalnız devlet bu sahayı tamamen de başıboş bırakmamış, dolaylı yollarla da olsa tanzime çalışarak Hukuk-ı Aile Kararnamesine müsait bir zemin hazırlamıştır.

Bu hususta Tanzimattan sonraki ilk düzenleme teşebbüsleri 8 Şevval 1298/2 Eylül 1881 tarihli Sicill-i Nüfus Nizamnamesiyle başlar.[31] Bu nizamnamenin 23. maddesi: «*Ahali-i müslime beyninde cereyan eden münakehât, mehâkim-i şer'iyyeden ve cemaat-ı gayr-ı müslime münâkehatı rüesâyı ruhaniyeleri tarafından verilen izinnâmeler üzerine icra kılınır. İzdivacın vukuundan nihayet sekiz gün sonra nikahı icra eden veya reis-i ruhanî, keyfiyet-i izdivâcı musaddık sicill-i nüfus memuruna ilmühaber itâ etmeğe mecburdur*» demektedir. Ayrıca 8 Muharrem 1302/28 Ekim 1884 tarihli bir tarifname[32] ile de mahalle imamları ve ruhani reisler tarafından verilecek ilmühaberlerin şekillerine ait açıklamalı bilgi verilmektedir.

Her ne kadar bazı yazarlar tarafından devletin evlenme işlerine ilk müdahelesinin bu nizamname ile gerçekleştiği ileri sürülmüşse de,[33] bu göşe katılmak güçtür. Burada yeni bir usul konma sözkonusu değildir. Sadece işlemekte olan sistem bir düzene bağ-

31. Cin, *Evlenme*, 287. Ayrıca nizamnamenin metni için bk. *D.I.T. Zeyl* 2 s. 15.
32. *D.I.T.* 5/83 v.d.
33. Velidedeoğlu bu görüştedir bk. *Aile Hukuku*, 79.

lanmıştır. Osmanlılarda devletin evlenmeye müdahelesi ve onun kadı kontrolü altında yapılmasını temin çabaları devletin kuruluş yıllarına kadar uzanır. Zaman zaman aksaklıklar olmakla ve istisnaları bulunmakla birlikte, bu sistem belirli ölçüde daima işlemiştir. Dolayısıyla izinnâme ile nikah kıymak ve böylece devletin evlenme işlerine müdahelesi Sicill-i Nüfus Nizamnâmesi ile başlamış değildir.

Esasen bu nizamnameden 25 yıl önce neşredilmiş bulunan 16 Sefer 1276/14 Eylül 1859 tarihli şeriye mahkemeleri nizamnamesinde[34] mahkemelerin hem nikah akitlerinden hem de verdikleri izinnamelerden alacakları harçlar tesbit edilmiştir. Bu nizamnamenin 35. maddesinde: «*Akd-i nikah ve isbat-ı nikah senedât-ı şer'iyyesi için mehr-i muaccel ve müeccelin kemmiyetine göre kezalik kuruşta bir para ahzolunacaktır*» denmektedir. Yine bu nizamnamenin 59. maddesinde «*Emr-i tezvîci icrâ olunacak bakir için yalnız on kuruş, seyyib için yalnız beş kuruş izinnâme harcı alınacaktır*» denmektedir.

Bir nizamnâmede cereyan etmeyen muameleler için harç tesbiti düşünülemiyeceğine göre, Sicill-i Nüfus Nizamnamesinden çok önce devletin esasen evlenme muamelelerine müdahale ettiği anlaşılmaktadır.

Sicill-i Nüfus Nizamnamesinin yaptığı işleyen bir sistemi daha düzenli hale getirmektir. Yalnız ilk defa bu nizamname ile getirilen bir yenilik olarak da artık imamlar nikah kıydıklarında taraflara bir nikah vesikası vermekle yetinmeyecekler, durumu bir ilmühaberle sicill i-nüfus memuruna da bildireceklerdir.

Bu usule riayet etmeden kıyılan nikahların durumu ne olacaktır? Bu devrede buna bir açıklık getirilmiş değildir. Gerçi 18 Aralık 1884 tarihli bir Şura-yı Devlet kararında şeriat mahkemesinden izinname almadan nikah kıyan imam aleyhine savcıya ihbarda bulunulması ve cezalandırılması için mahkeme tarafından bir madde tayin ettirilmesi lüzumu üzerinde durulmuş[35] ve nihayet 1913 senesinde ceza kanununa bir madde ilavesiyle izinnamesiz nikah kıyanlar cezalandırılmışsa da bunların kıydıkları nikahların akıbeti hususunda yine de bir açıklık getirilmiş değildir. Bu du-

34. *D.I.T.* 1/301.
35. Jaschke, «İmam nikahı», 19.

rumda eski hükümler hala câridir; yani izinnâmesiz kıyılan nikahlar hala muteberdir. Esasen bu nizamnâme meseleye sadece nüfus kayıtları yönünden temas etmiştir.

Bu nizamnâmeden kısa bir müddet sonra neşredilen 7 Kanunuevvel 1297/19 Aralık 1881 tarihli bir kararnamede[36] İstanbul ve bilad-ı selasedeki ahali için yeni bir kayıt daha getirilmekte, mahkemeden alınan izinnamelerin bir de belediyece tasdiki istenmektedir[37] Keza 29 Ramazan 1304/21 Haziran 1887 tarihli Sicill-i Nüfus Nizamnâmesinin 4 ve 5. fasıllarına ilave edilen bir madde[38] ile de tenâkuh, izdivâc, talak ve vefeyâta ait vukuatı zamanında nüfus memuruna bildirmeyen bütün imam, muhtar ve ruhani reislerden iki çeyrek mecidiye para cezası alınacağı belirtilmektedir.

Bu nizamnameden çeyrek asır sonra izinnâmesiz kıyılan nikahlar hususunda yeni tedbirler getirilmiştir. Ceza kanununun 200. maddesine 11 Ramazan 1331/14 Ağustos 1913 tarihinde bir zeyl-i sani eklenmiştir:[39] *«Devair-i âidiyesinden izinnâme istihsal olunmaksızın nikah akdedenler üç aydan iki seneye kadar habsolunur. Taht-ı nikahda bulunan bir kadını bilerek tezevvüc eden ve böyle bir akdi bilerek icra eyleyen kimse altı aydan üç seneye kadar habs ile mücazat olunur.»* Kısa bir müddet sonra bu madde tekrar bir değişikliğe uğrayarak 19 Rebiulahir 1332/17 Mart 1914 tarihinde ceza kanununun 200. maddesinin 11 Ramazan 1331 tarihli zeyl-i sanisi değiştirilerek izinnamesiz nikah kıyanların yanında bu defa bizzat evlenenlere de ceza tertib edilmiştir[40] Ayrıca

36. *D.I.T. Zeyl*: 2, s. 2-3.
37. Md. 2: «Dersaadet ve bilad-i selasede bulunan ahali-i müslime beyninde eimme-i mahallât marifetiyle cereyan-ı münakehât için mehakim-i şer'iyyeden ve cemaat-ı gayr-ı müslimenin münakehâtı hakkında patrikhanelerden verilen izinnameler işbu kararname mucebince devair-i belediyeden tasdik ettirilmedikçe münakehât icra olunamıyacaktır.» Md. 4: «Devair-i belediyeye kaydolunan izinnameler belediyeye mahsus mühür ile tasdik edilecek ve nikahlar onun üzerine icra kılınacaktır.» Md. 7: «Devair-i belediyeden musaddak olmayan izinname ile icra-yı nikah eden... imam papas ve hahamlardan kanun-ı cezanın 254. maddesi mucebince ceza-yı nakdi alınır». Burada alınan ceza belediye nizamlarına uymayanlardan ceza kanunu 254. madde mucebince alınan bir beyaz beşlikten beş beyaz beşliğe kadar olan para cezasıdır.
38. *D.I.T.* 5/839.
39. *D.II.T.* 5/629.
40. *D.II.T.* 6/316 Md. 2 şöyledir: «Münakehât için mahkeme-i aidiye-

bu yeni değişiklikle yalnız kıyanlar ve evlenenler değil, usulüne uygun izin vermeyen hakimler de cezalandırılmaktadır. Böylece devlet bu son değişiklikle izinnamesiz evlenmelerin önünü cezai müeyyidelerle almak istemektedir. Zira iki şahit huzurunda kıyılan bir nikahın hakim izinnamesi yok diye geçersiz sayılması mümkün değildir. Nitekim ceza kanununun bu değişikliğinden üç sene sonra bile Ceride-i İlmiyyede bu tip nikahların geçerli olduğu belirtilmektedir.[41]

1881 tarihli Sicill-i Nüfus Nizamnamesinin yerine kaim olan 29 Sefer 1318/27 Haziran 1900 tarihli yeni Sicill-i Nüfus Nizamnamesi[42] nikahların kıyılması ve tescili hususunda eski nizamnamenin hükümlerini hemen aynen tekrar eder. Sadece mahalle imamları ve ruhani reisler tarafından bu nikahı 8 gün zarfında sicill-i nüfus memuruna bildirme vazifesi 15 güne çıkarılmıştır.[43] Bu nizamnameyi de yürürlükten kaldıran 5 Rebiulevvel 1320/11 Haziran 1902 tarihli yeni nizamname ise bu hususta değişik bir hüküm getirmemiş eski hükümleri tekrar etmiştir.[44]

5 Şevval 1332/27 Ağustos 1914 tarihli Sicill-i Nüfus Kanunu da izinname ve nikahın tescili hususundaki meri ahkamı tekrar etmektedir.[45] Sadece nizamnamede kıyılan nikahları sicill-i nüfuz memuruna haber verme vazifesi nikah kıyana aitken bu kanunda bu vazife kocaya verilmektedir.

sinden behemehal izinname lazımdır. İzinname istihsal etmeksizin izdivac eden zevc bir aydan altı aya kadar habsolunur. Ve akdi icra edenler haklarında dahi iki aydan bir seneye kadar hapis tertib olunur. Yirmi yaşından dûn bir sinde bulunan baliğanın nikahı için izinname istihsali zımnında mehâkime müracaat vukuunda kadı veliyy-i akrebinin izin ve icazeti dahi ikmal olunduktan sonra izinnameyi ita eder. Bu kayıt ve şarta riayet etmeksizin izinname itasından hükkam katiyyen memnu' olup hilafında hareket edenler memuriyetlerinden azlolunacakları gibi kendilerinden üç liradan yüz liraya kadar ceza-yı nakdî alınır. Ve bir aydan altı aya kadar hapsolunur.»

41. *Cİ*, Sefer 1335, 28/721: «Hind-i baliğa nefsini Zeyd'e tezvic ettikte izn-i kadı bulunmasa akd-i mezbur sahih olur mu? Elcevab: Olur.»
42. *D.I.T.* 7/433 v.d.
43. Md. 33.
44. *D.I.T.* 7/864 v.d.
45. Md. 26: «Ahali-i müslime beyninde cereyan eden münakehât hükkam-i şer' veya naibleri ve cemaat-ı gayr-ı müslime münakehâ-

Böylece Tanzimattan sonra bir kaç münferit kanun maddesiyle de olsa devletin evlenme muamelelerindeki kontrolü artmakta ve eskiden vukubulan devlet kontrolsüz (kadı izinsiz) nikahlar cezai müeyyidelerle tamamen ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır.

b. Velinin İmtinaında Kadı'nın Nikaha İzin Vermesi

Kanuni devrinden itibaren uygulanmaya başalyan ve *İ. Muhammed*'e ait olan baliğa kızın nikahında da velisinin izninin gerektiği hususundaki görüşün zaman içerisinde bazı zorluklar çıkardığı ve bazı velilerin haklı bir sebebe dayanmaksızın baliğa kızlarının nikahlarına mani oldukları anlaşılmaktadır. İşte bu duruma mani olmak ve velilerin haksız engellemeleri yüzünden baliğa kızların uzun müddet evlenmemiş olarak kalmalarını önlemek için Cemaziyelevvel 1269/Mayıs 1844 de Kocaili meclisinin başvvurusu üzerine isdar edilen bir fermanda[46] velinin haksız imtinaında bu kızların kadı'nın izniyle evlenebilecekleri hatırlatılmaktadır. Bu imkan esasen bu tarihten itibaren tanınmış değildir. Velileri tarafından zulmen evlilikleri önlenen kızlar, kadıya başvurma ve kadı tarafından evlendirilme imkanına her zaman sahiptirler. Bu fermanda bu imkan tekrar hatırlatılmakta ve adeta kadılardan bu yetkilerini kullanmaları istenmektedir.[47]

Nikahda velinin iznine 19 Rebiulahir 1332/17 Mart 1914 tarihli ve Ceza Kanununun zeyl-i evveliyle zeyl-i sanisini değiştiren muvakkat kanunda da rastlanmaktadır. Bu kanunun ikinci madde-

tı ruesa-yı ruhaniyeleri veyahut selahiyettar olan vekilleri tarafından verilen izinnameler üzerine icra kılınacaktır. Akdin vukuundan sonra keyfiyet-i akdi mübeyyin bir ilmühaber tanzim ve akdi icra eden imam, papas veya hahama tasdik ve tahtim ettirilerek nüfus memurları bulunan mahallerde iki hafta ve bulunmayan mahallerde iki mah zarfında mensub olduğu nüfus idaresine itaya zevc mecburdur.» Kanun için bk. *D.II.T.* 6/1244 v.d.

46. Turan, Şerafettin 14-15 keza BOA, Cevdet Adliye, 825, 936.
47. Ortaylı «Anadolu'da XVI. yüzyılda evlilik ilişkileri üzerine bazı gözlemler» adlı makalesinde (s. 40) Şerafettin Turan'ın adı geçen ve sözkonusu fermanı neşreden makalesine atıfta bulunarak «Esasen Tanzimattan sonra İslami hukuktan aile konusunda da bazı ayrılmalar görülmektedir» demektedir. Halbuki sözkonusu fermanda bu görüşü haklı çıkaracak bir nokta bulunmadığı gibi, makalenin yazarı Turan da fermanın tahlilinde böyle bir görüş izhar etmiş değildir.

sinde yirmi yaşından daha aşağı yaşda bulunan baliğa kızların nikahı için izinname alınması sırasında yakın velisinin izin ve icazetinin var olduğunun kadı tarafından aranılacağı tasrih edilmektedir.[48] Pek de ilgisi olmayan bir yerde 20 yaşından aşağıdakiler için velinin izninin aranılacağının açıkça belirtilmesinden anlaşılacağı gibi, bu izin 20 yaşından sonra aranmayacaktır. Böylece 20 yaşından sonrakiler için bu tarihe kadar aranan veli izni bu tarihten itibaren aranmamaya başlanmıştır. Yalnız bu 20 yaşın hangi ölçüye göre tesbit edildiği belli değildir. Bu yaş, Hukuk-ı Aile Kararnamesiyle kızlar için 17 ye indirilmiş ve kararnameyle aynı tarihte çıkarılan bir başka kararnameyle de sözkonusu muvakkat kanunun ilgili hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.[49]

c. İran Tebalılarla Evlenme

Tanzimattan sonra çıkan bir başka nizamname İran tebalılarla olan evlenme yasağı ile ilgilidir. 25 Şaban 1291/7 Ekim 1874 tarihli bu nizamname[50] ile önceden olduğu gibi İran tebalılarla evlenme yasağının devam ettiği ve bu yasağa rağmen bu tip nikahları kıyan yetkililerin mesul olacakları belirtilmektedir.

Bu nizamnamenin üçüncü maddesiyle de devletler hukuku bakımından önemli bir noktaya temas edilmekte, bu yasağa rağmen Osmanlı tebası bir kadın bir İranlı ile evlenmişse kadının ve çocuğunun Osmanlı tebası sayılacağı tasrih edilmektedir. Bu konudaki 6 Receb 1305/18 Mart 1888 tarihli iradeden de[51] anlaşıldığına göre bu yasakla daha ziyade İranlı erkeklerle Osmanlı kadınlarının evlenmeleri önlenmekte ve bu evlilik Osmanlı devletiyle İran arasında tabiiyet vs. problemler doğuracağı için mahzurlu kabul edilmektedir. Burada aile hukukundan ziyade devletler hukukunu ilgilendiren bir yasak sözkonusudur.

d. Mehir Hususunda Getirilen Tahditler

Tanzimattan sonra devlet, zaman zaman aile hukuku sahasında fermanlar neşrederek evlenmeyi kolaylaştırmaya, devletin ve milletin iktisadi vaziyetiyle alakalı olarak bu sahadaki israfı önlemeye yönelik emirler vermiştir. 25 Şaban 1291/7 Ekim 1874 tarihli

48. bk. d.n. 40.
49. Kararname için bk. *Cİ*, 34/1021.
50. *D.I.T.* 4/614.
51. *D.I.T.* 5/1074.

fermanda[52] aynı sahada daha önce iki fermanın neşredildiğinden bahsedildikten sonra, evlenmeleri kolaylaştırmak bu sahadaki israfı önlemek için evlenecekler dört guruba ayrılarak herkesin kendi guruplarına göre evlenirken edecekleri masraflar teker teker sayılmakta, bu arada kadına ödenen mehir de belirli bir sınırlandırmaya tabi tutulmaktadır.

Daha önce bir benzerine rastlamadığımız ve tam manasıyla tatbik edildiği şüpheli[53] bu fermanda evlenecekler dört guruba ayrılmaktadır. Birinci guruptakiler mehr-i muaccel olarak 1000 kuruşu, mehr-i müeccel olarak 10 adet mecidiye yüzlük altını, ikinci guruptakiler mehr-i muaccel olarak 500 kuruşu, mehr-i müeccel olarak 5 mecidiye yüzlük altını, üçüncü guruptakiler mehr-i muaccel olarak 100 kuruşu, mehri- müeccel olarak 3 adet yüzlük mecidiye altınını geçmeyen bir miktar vereceklerdir. Dördüncü guruptakiler ise 30 kuruştan 100 kuruşa kadar mehr-i müeccel, buna kıyasen münasib bir miktar da mehri- muaccel verecekler-dir.

XIX. asrın iktisadi ve sosyal şartlarının devleti bu yola ittiği bir gerçekse de fermanın hem işlerliği hem de hukukiliği tartışma konusudur.

B. TALAK

Tanzimattan sonra kabul edilen Sicill-i Nüfus Nizamnameleri ve Sicill-i Nüfus Kanunuyla nikahların sicill-i nüfus memurluğuna kaydına paralel olarak talaklar da aynı memurluğa kaydedilmeye başlanmıştır. İlk olarak 1881 tarihli nizamname, meydana gelen talakların imamlar ve ruhani reisler tarafından ilmühaberle sicill-i nüfus memurluğuna bildirilmesi vazifesini getirmiştir.[54] 7 Kanunuevvel 1297/19 Aralık 1881 tarihli kararname ise meseleyi İstanbul ve havalisi için daha sıkı bir şekilde takip etmektedir.[55] 1884 tarihinde de verilecek ilmühaberlerin şekli hususunda açıklık getiril-

52. Fermanın metni için bk. *D.I.T.* 1/736. Fermanda tarih yoktur. Cin, Young'dan naklen yukardaki tarihi vermektedir. Cin, *Evlenme*, 287.
53. Hatemi, 272.
54. Md. 26.
55. Sözkonusu kararnamenin 5. maddesi şöyledir: «Talak vukuunda imamlar ve sair cemaat hadime-i ruhaniyesi taraflarından mensub oldukları daire-i belediyeye ilmühaber verilecek ve dairece

miştir.[56] Bildirmeyenlere de 1887 tarihli kanunla para cezası verilmeye başlanmıştır.[57] 1881 tarihli nizamnamede talakın haber verilmesi için bir vakit tayin edilmemişti. 19 Cemaziyelahır 1306/20 Şubat 1889 tarihli bir irade-i seniyye[58] ile bu boşluk da doldurularak talakın sicill-i nüfus memurluğu bulunmayan yerlerde iki, bulunan vilayet, kaza ve bunların köylerinde bir ay zarfında bildirilmesi esası getirilmiştir. 1900 tarihli nizamname bu müddeti onbeş güne indirmiş[59] 1902 tarihli nizamname de bu hükmü aynen muhafaza etmiştir.[60]

5 Şevval 1332/27 Ağustos 1914 tarihli Sicill-i Nüfus Kanunu ise talakın vukuunu bildirme vazifesini imam ve ruhani reislerden alarak doğrudan doğruya kocaya vermektedir. Sözkonusu kanunun 29. maddesi şöyledir: «*Talak vukuunda zevc iki şahit huzurunda bir ilmühaber tanzim ve onlarla eimme ve muhtarana tasdik ettirerek ve cemaat-ı gayr-ı müslimede selahiyattar olan ruesa-yı ruhaniyeden bir ilmühaber alarak bu ilmühaberi tashih-i kayd için nüfus idaresine ita edecektir Mutallaka veya kaydı ahar diyarda ise işbu ilmühaberlerin bir sureti mahalli nüfus memuruna tebliğ edilecektir. Bu muameleyi nüfus memuru bulunan mahallerde iki hafta ve bulunmayan mahallerde iki mah zarfında ifa etmeyen zevcden hükmen yirmibeş kuruştan 50 kuruşa kadar ceza-yı nakdi alınacak, vermediği surette yirmi beş kuruştan elli kuruşa kadar 24 saat hapsolunacaktır.*»

30. madde ise şöyledir: «*Mehakim-i şer'iyyede icra kılınan nikah ve talaklar için zevc hükkam veya naiblerinden bir ilmühaber alarak nüfus idaresine ita edecektir*»[61]

münakehata mahsus sicilin kaydı bilaharç tashih edilecektir.» 7. madde ise şöyledir: «Devair-i belediyeden musaddak olmayan izinname ile icra-yı nikah eden ve talak ve tevellüdat ve vefeyat ilmühaberlerini göndermiyen imam ve papas ve hahamlardan kanun-ı cezanın 254. maddesi mucebince ceza-yı nakdi alınır.» D.I.T. Zeyl 2, s. 3.

56. *D.I.T.* 5/83.
57. *D.I.T.* 5/839.
58. *D.I.T.* 6/1075-1077.
59. Md. 36 Nizamname için bk. *D.I.T.* 7/442.
60. Md. 36 Nizamname için bk. *D.I.T.* 7/873.
61. *D.II.T.* 6/1250-1251.

Burada şuraya da işaret edelim ki bu hükümler tamamen nüfus kayıtlarının tanzimi maksadına matuftur. Bu kayıtlar oluncaya kadar vukuundan itibaren talak bütün muteber hukuki sonuçlarını doğurur.

C. TEFRİK

Hukuk-ı Aile Kararnamesi öncesinde aile hukuku sahasındaki en önemli gelişmelerden birisi, kadına bazı durumlarda mahkemeye müracaatla boşanma hakkını veren iki irade-i seniyyenin çıkmış olmasıdır. Hanefi mezhebinin hakim görüşüne göre kadının kazai boşanma hakkı son derece sınırlıdır. Hemen her devirde bu sınırlı boşanma imkanı bazı problemler ortaya çıkarmış ve bazan hukuki zorlamalarla kadınlar boşanma imkanını elde etmeye çalışmışlardır. Fakat bu hususta son devre gelinceye kadar ısrarla Hanefi mezhebi esaslarına bağlı kalınmıştır. Yirminci asır başlarında ise peşpeşine ortaya çıkan harpler ve bu harplerin doğurduğu problemler, hazırladığı yeni iktisadi ve sosyal şartlar artık bu meselenin bir an önce halledilmesi lüzumunu ortaya çıkarmıştır. Nihayet 1916 yılında kısa aralıklarla çıkan iki irade-i seniyye diğer mezheplerden de istifade ile kadına bazı şartlarla boşanma hakkını vererek bu sahada tereddütlü, fakat önemli iki adım atmıştır.[62] Bu iki irade-i saniyye ile ve özellikle birincisi ile ilk defa başka mezheplerden istifade yolu açılmış[63] ve bu hazırlanmakta olan Hukuk-ı Aile Kararnamesine müsait bir zemin hazırlanmıştır. Hatta kararnameden yaklaşık birbuçuk sene önce çıkan bu iki irade-i seniyyenin efkar-ı umumiyede bir zemin yoklama vazifesi gördüğü dahi söylenebilir.

62. İrade-i seniyyelerin tarihi bilhassa yabancı kaynaklarda 1915 olarak verilmektedir. bk. Anderson, *İslamic law*, 27, keza Norman Anderson, *Law Reform in the Muslim World*, London 1976, s. 39 Chehata, age. 93; keza Chafik Chehata, «L'Evolution moderne du droit de la famille en pays d'Islam», *REI*, XXXVII/1, s. 104. Halbuki gaiblik sebebiyle tefrike izin veren birinci iradenin tarihi 29 Rebiulahır 1334/5 Mart 1916, hastalık sebebiyle tefrike izin veren ikinci iradenin tarihi 18 Cumadelula 1334/23 Mart 1916 dır. Robert H. Eisenman, *Islamic Law in Palestine and Israel*, Leiden, 1978. s. 34, d.n.12 de ikinci iradenin tarihi birinci iradenin de tarihi olarak vermektedir.

63. Chehata, age. 93; keza Chehata, agm. 104-105; Anderson, *Islamic Law*, 26; Eisenman, 36.

İkinci Meşrutiyetten sonra, daha önce faaliyetine son verilmiş bulunan Mecelle Cemiyeti Şeyhulislamlık tarafından yeniden ihya edilmek istenmiş, buna imkan bulunmayınca bu boşluğu doldurmak, dört mezhepten istifade ile daha ziyade klasik fıkıh kitaplarında bulunmayan meseleleri içine alan bir fetva kolleksiyonu (muhitü'l-fetava) hazırlanmak üzere bir «*Heyet-i İftaiye* (fetva odası) kurulmuştu.[64]

Esasen daha önce bilhassa şeriye mahkemeleri için icab eden «*kavanin ve nizamat ve talimat*» layıhaları hazırlamak üzere yine Şeyhulislamlığa bağlı olmak üzere bir «*Şura-yı İlmiyye*» kurulmuştu.[65] Fakat bu şuranın en azından bizim meşgul olduğumuz sahalarda müsbet bir çalışmasına şahit olamadık. Bir kaç sene sonra biraz daha değişik bir maksatla ihtiyaç duyulan fetvaları hazırlamak üzere bir de «*Heyet-i İftaiye*» kurulmuştur.

Burada önemli bir nokta bu «*Heyet-i İftaiye*»nin fetva hazırlarken tek mezheple bağlı kalmamasının kabul edilmiş olması ve bunun nizamnamesinde açıkça belirtilmesidir.[66]

64. Mardin, *Cevdet Paşa*, 153.
65. Jaschke, *İslamlık*. 55. 3 Ramazan 1327 tarihli Şura-yı İlmiye nizamnamesinin 3. maddesi bu komisyonun vazifelerini şöyle saymaktadır: «Şura-yı ilmiyyenin vezaifi evvelen mehakim-i şer'iyye ve mecalis ve şuabat-ı ilmiyyeye müteallik müceddeden veya tadilen icab eden kavanin ve nizamat ve talimat layıhaları tanziminden, saniyen...» *D.II.T.* 2/675.
66. 30 Şaban 1332 tarihli Heyet-i İtfaiye nizamnamesinin ilgili maddeleri şunlardır: Md. 3: «Telif-i mesail şubesi kütüb-i mütedavilede tesadüf edilemiyen mesâilin suver-i halliyesini tayin edecek ve makam-ı meşihattan tensib olunan mevzulara dair mezâhib-i erba'aya mensub bilumum kütüb-i fıkhıyye ve asar-ı ilmiyyeden istikra suretiyle mehaz göstererek cem' edeceği mesâil-i şer'iyyeyi muhtevi müdevvenât-ı mahsusa ve meşâyih-i islamiyyenin zikrine nakilleri bililave taht-ı intizama alınacak bila tekrar matbu ve gayr-ı matbu fetvalarından müteşekkil ve kütüb-i fıkhıyyedeki tertibe muvafık muhitü'l-fetava vücuda getirecektir.»
Md 6: «Telif-i mesail şubesi mezheb-i Hanefiyyeden gayr-ı müftabih addolunan bir kavli maslahat-ı asra evfakiyetinden nâşi ihtiyar eder veya ilcâ-yı maslahatla eimme-i selase meşâyihine ait bir kavli tercihan muvafık görürse bu babda müdellelen bir mazbata tanzim ve fetva eminine tevdi eder. Mazbatanın muhtevi bulunduğu kavil makam-ı iftanın bittasvib arzı üzerine irade-i seniyyeye iktiran ettikten sonra esas-ı ifta olur.» *D.II.T.* 4/948 v.d.

İşte bu komisyon kadına bazı şartlarda kazaî boşanma hakkı tanıyan iki fetva hazırlamış ve bu fetvalar irade-i seniyyeye iktiran ederek kanuniyet kesbetmiştir. Şimdi Osmanlı hukuk tarihi için büyük bir yenilik arzeden bu iki irade-i seniyyeyi yakından inceleyelim.

a) Gaiblik Sebebiyle Tefrik

Yirminci asır başlarında peşpeşe meydana gelen harpler cemiyette birçok iktisadi, sosyal ve hukuki problemler doğurmuştur. Bu devrede eli silah tutan hemen herkes harbe gitmiş ve bunların önemli bir bölümü şehit olmuştur. Bir kısmından da ölü mü diri mi olduğu hususunda hiçbir haber alınamamıştır. Kocaları şehit olanlar, çektikleri maddi ve manevi acı bir tarafa, dilerlerse yeni bir yuva kurma imkanına sahip olmuşlardır. Fakat harbe giden kocalarından harp içerisinde ve harp bittikten sonra bir haber alamıyan kadınlar yeni bir hukuki problemle karşı karşıya kalmışlardır. Bunlar kocalarının şehit olduğu hususunda kesin bir bilgileri olmadığından hukuken evli kabul edilmişler ve yürürlükteki Hanefî mezhebi hükümlerine göre bir ömür boyu gelmeyecek kocalarını beklemeye mahkum edilmişlerdir. Bu durum bilhassa kendilerine bakacak kimsesi ve kocalarından kalan malı bulunmayan kadınlar için büyük iktisadi problemler doğurmuştur. Bu arada çeşitli İslam ülkelerinden ticaret vs. maksatlarla Osmanlı devletine gelen, burada evlenen sonra da ailesini terkederek memleketlerine geri dönen kimselerin karılarının da aynı problemle karşılaştıklarını belirtelim.

İşte bu problemlere bir çare bulmak maksadıyla Şeyhulislamlık karılarını geçindirecek bir mal bırakmadan kaybolan kocaların ortaya çıkardığı bu durumla ilgilenerek 1332 Şabanında Hızan kadılığının bir sorusu üzerine meseleye dolaylı bir çözüm getirmiştir.[67] Şeyhulislamlık Hızan kadılığına verdiği cevapta benzer durumlarda ve mücbir zaruret vukuunda meseleye şöyle bir çözüm getirmektedir: Hakim benzer durumlarla karşılaştığında

67. Hızan kadılığı yazısında kaza dahilinde kocaları tarafından «bilâ nafaka velâ munfık» terkedilen kadınların beşer, sekizer, onar senedir kocalarını bekledikleri ve sefaletlerinin «takat fersa bir halde» bulunduğu zikredilerek Şafiî mezhebinden istifade ile bunların tefriklerinin mümkün olup olmadığı sorulmaktadır. bk. *Cİ*, 14/66.

bir şafiî alimini naib tayin edecek, şafiî hukukçunun karı koca arasında bu durumda verdiği tefrik kararını infaz edecektir.[68]

Burada mesele dolaylı olarak halledilmekte, hakim tefrik kararını doğrudan kendisi vermemekte, bir şafiî hukukçudan istifade etmektedir. Böylece XV. yüzyılda İmparatorluğun bazı bölgelerinde tatbik edilen şafiî kadıdan istifade usulü dört asır aradan sonra tekrar tatbik sahasına çıkmaktadır.

Bu cevaptan kısa bir müddet sonra 7 Muharrem 334 tarihli bir tebligat-ı umumiye ile bu usul bütün kadılara duyurulmaktadır.[69] Bu tebligatta hakimler bu hususta titizliğe davet edilmekte ve sadece nafaka takdir edildiği halde kadın veya kocanın akrabalarından veyahut da sair kimselerden bu nafakayı borç olarak verecek kimse bulunmadığı ve zevcin de hiç malı olmadığı durumlarda şafiî bir hukukçu naib tayin edilerek vereceği tefrik kararının kadı tarafından tenfiz edilmesi gerektiği bildirilmektedir. Esasen burada şafiî bir hukukçudan ve dolayısıyla Şafiî mezhebinden istifade sözkonusu olduğuna göre başka türlü bir çözüm mümkün de değildi. Zira Şafiî mezhebinde gaiblik değil, kocanın nafaka temin etmemesi bir tefrik sebebidir.

Bu tarihten kısa bir müddet sonra da bu dolambaçlı yol terkedilerek Heyet-i İftaiye Nizamnamesinin 6. maddesi uyarınca bu heyetçe hazırlanan fetva 29 Rebiulahır 1334/5 Mart 1916 tarihinde irade-i seniyyeye iktiran ederek bu gibi durumlarda artık istinabe yoluna başvurulmadan doğrudan hakimlerin tefrik kararı vermeleri kabul edilmiştir.[70]

Fetvahane-i Âli mazbatasında her ne kadar istinabe yolu açılmışsa da Osmanlı devletinin her tarafında şafiî hukukçu bulmak güç olacağı için ve müctehedün fih meselelerde emirü'l-mü'minin *«hangi kavl ile amel olunmasıyla emir ve ferman buyurursa»* onunla amel etmek gerektiği bütün fıkıh kitaplarında kaydedilmiş bulunduğu zikredilerek irade-i seniyyenin istihsali cihetine gidildiği kaydedilmektedir[71] Böylece gaiblik halinde ve nafaka temininin

68. Meşihatın Hızan kadılığına cevabı için bk. *Cİ*, 14/66.
69. *Cİ*, 18/279.
70. *Cİ*, 20/353.
71. *Cİ*, 20/353 v.d. Bu yolla verilen bir tefrik ilam nümunesi için bk. Cİ, 24/552 v.d. Keza bu şekilde verilen bir tefrik kararına İstanbul kadılığı kayıtlarında da rastlanmaktadır. 20 Şaban 1335

mümkün olmadığı durumalrda kadına doğrudan hakime başvurarak tefrikini isteme hakkı tanınmıştır.[72] Şafiî ve Malikî mezheplerinde benzer ve yakın görüşler bulunmakla birlikte arz tezkiresinde de belirtildiği üzere burada asıl olarak Hanbelî mezhebine dayanılmıştır. Bu tarihten kısa bir müddet sonra hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnamesinin 126. maddesine bu irade esas teşkil etmiştir.

b. Hastalık Sebebiyle Tefrik

Kadına boşanma hakkını veren ikinci sebep kocanın bazı hastalıklara düçar olmasıdır. Yukardaki irade-i seniyyenin isdarından kısa bir müddet sonra bu defa kadına kocasının cünun, cüzzam, baras (âlaca hastalığı) veya bunların derecesinde bulunan hastalıklara düçar olması durumunda tefrik hakkını veren ikinci bir irade-i seniyye sadır olmuştur.[73] 18 Cumadelula 1334/23 Mart 1916 tarihli irade-i seniyye ile o zamana kadar Osmanlı devletinde meri olan ve *Ebû Hanife* ve *Ebû Yûsuf*'a ait bulunan görüş terkedilmiş ve *İ. Muhammed*'in görüşü kabul edilmiştir.

İrade-i seniyyeye eklenen Fetvahane-i Âli mazbatasında hakimin böyle bir hastalık vukuunda şifa ihtimali varsa tefriki bir sene tecil edeceği, bir senede geçmezse ve zevce de tefrikde israr ederse hakimin tefrike karar vereceği zikredilmektedir.

Hastalık sebebiyle tefrikde başka bir mezhepten istifade sözkonusu değildir. Bu yüzden de gaiblik sebebiyle tefrikde olduğu gibi başka bir mezhep hukukçusundan istinabe yoluyla istifade yoluna gidilmemiştir. Hakimler böyle durumlarda doğrudan tefrik kararı vereceklerdir. Bu irade-i seniyye daha sonra kabul edilen Hukuk-ı Aile Kararnamesinin 122. maddesine esas olmuştur.

tarihli bu tefrik kararında Hadiye Hanım'ın kocası Mustafa Asım Efendi tarafından yedi sene önce terkedildiği, nafakasının temini mümkün olmadığı, başkasından da istidâne imkanı bulunmadığı şahitlerle sabit olunca tefrikine hükmedildiği zikredilmektedir. bk. İŞS İst. Kadılığı, 320/s. 58-9.

72. Balıkesir mahkemesinin nafakanın temininin mümkün olup almadığı delillerle sabit olmadan verdiği bir tefrik kararını Meşihat temyizen bozmuştur. bk. *Cİ*, 24/555.

73. *Cİ*, 24/394.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ

I. KARARNAMENİN OSMANLI ve İSLAM HUKUK TARİHİNDEKİ YERİ ve ÖNEMİ

Tanzimattan sonra başlayan kanunlaştırma hareketlerinin son büyük halkası 8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesidir.[1] Arazi Kanunu ve Mecelleyle başlayan medeni hu-

1. Kararnamenin metni için bk. *DJI T.* 9/762-781; *Cİ*, 34/986; v.d.; Ansay, *Aile Hukukumuza Bir Nazar*, Ank. 1952, 3-31. Kararname ayrıca müstakil kitap olarak da neşredilmiştir. *Nikah-ı Medeni ve Talak Hakkında Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, İst. 1336. Kararname fransızcaya da tercüme edilmiş ve Istanbul 1917'de, ayrıca Revue de Turquie'nin 1918 Ağustos ekinde yayınlanmıştır (Bernard Caporal, *Kemalizm'de ve Kemalizm sonrasında Türk kadını*, Ank. 1972, s. 120). Yukarda verilen 8 Muharrem 1336 tarihi kararnamenin Sultan Reşad'ın iradesine iktiran ettiği tarihtir. Kararname Takvim-i Vekayi'in 14 Muharrem 1336 tarih ve 3046 sayılı nüshasında neşredilmiştir. Çandarlı, 88 ve Onar, 64 de ve onlara dayanarak Ünal, 210 da kararnamenin 8 Ekim 1917 de yürürlüğe konulduğundan bahsetmektedirlerdir ki doğru değildir. (Zahid Çandarlı, *L'Evolution du Mariage en Droit Turc et la Condition du Mari*, Fribourg, 1941) 25 Ekimde Sultan Reşat tarafından tasdik edilen kararnamenin 8 Ekimde yürürlüğe girmesi mümkün değildir. Abdul Karım Hussami *Le Mariage et le Divorce en Droit Musulman et Particulièrement dans son Application en Syrie* Lyon 1931 s. 1 de kararnamenin tarihini 22 Ekim 1917, L. Bouvat da «Le Code familial Ottoman de 1917», *RMM*, XLIII, s. 21 de 1 Muharrem 1336 olarak vermektedir. Gotthard Jaeschke «Türk hukukunda evlenme aknin şekli», İHFM, XVIII, s. 1137 de kararnamenin tarihini doğru vermekle birlikte onun 1 Ocak 1918 tarihinden itibaren yürürlüğe girdiğini söylemektedir. Halbuki kararname üzerinde 1 Ocak 1918 tarihinde yürürlüğe gireceğine dair bir kayıt yoktur. 1 Ocak 1918 tarihinde yürürlüğe giren kararname değil, kararnameden iki ay sonra neşredilen 6 Rebiulahır 1336/31 Aralık 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesine müteallik muamelat-ı idariye hakkında nizamnamedir. Bu nizamnamenin 19. maddesinde 1 Kanunusani (Ocak) 1918 de yürürlüğe gireceği belirtilmektedir. Jaeschke muhtemelen bu kayda bakarak kararnamenin de aynı tarihte yürürlüğe gireceğini zannetmiştir ki doğru değildir.

kuk alanını kanunlaştırma çalışmaları, yaklaşık yarım asırlık bir aradan sonra ve en nâmüsait şartlar içerisinde bir aile kanununun hazırlanmasıyla sona ermiştir. Aile hukukunun daha Mecellenin hazırlanması sırasında kanunlaştırılması, medeni kanunun bütünlüğünün yarım asır önce temin edilmesi bakımından şüphesiz daha iyi olurdu. Fakat devrin siyasi, sosyal ve hukuki şartları aile hukukunun yarım asır geç kanunlaştırılması zaruretini doğurmuştur.

Yarım asırlık bir gecikmeyle de olsa aile hukukunun kanunlaştırılmasıyla Mecellenin tamamlanması yolunda önemli bir adım atılmış ve devrin hukukçularının medeni kanununun tamamlanması yolundaki en büyük arzuları da böylece gerçekleşmiştir. Aynı zamanda Tanzimattan sonra aile hukuku alanında görülen münferit gelişme, kararname ile toplu ve köklü bir hüviyete bürünmüştür. Bu bakımdan kararnamenin Osmanlı hukuk tarihinde önemli bir yeri vardır. Ne var ki hiç de müsait olmayan şartlar içerisinde aceleyle hazırlanan kararname, hazırlandığı devrin müsbet ve menfi izlerini de taşımaktadır. Bu nâmüsait şartlar kararnamenin bazı yenilikleri ihtiva etmesinde zorlayıcı bir faktör olmuş, fakat yine bu şartlar onun bir çok bakımdan eksik hazırlanmasına, tatbikatın ortaya koyacağı müsbet ve menfi yönleri anlaşılmadan kısa bir müddet sonra yürürlükten kaldırılmasına sebep olmuştur. Bu bakımdan kararnamenin Osmanlı hukuk tarihinde layık olduğu mevkii tam olarak alma fırsatını bulamadığı söylenebilir. Fakat yine de aile hukuku gibi dikenli bir sahayı büyük bir cesaretle ve bir çok köklü değişiklik ve yenilikleri ihtiva eder bir şekilde kanunlaştırmakla devrin idarecilerinin son derece önemli bir vazifeyi yerine getirdiklerini kabul etmek gerekir.

Kararname garip bir talih eseri olarak Osmanlı hukuk tarihinde oynadığı rolden çok daha büyüğünü İslam hukuk tarihinde oynamıştır. Önce Osmanlı devletinde bir buçuk sene gibi kısa bir müddet yürürlükte kalmasına mukabil, Suriye, Ürdün, Lübnan, İsrail gibi ortadoğu ülkelerinde 1950 lere kadar uzanan ve bir kısmında hala devam eden uzun bir hayatiyete sahip olmuştur. Sonra kararname aile hukuku sahasında İslam ülkelerinde yapılan ilk kanundur. Sudan ve Mısır'daki kısmî düzenlemeleri nazarı itibare almazsak 1950 lere kadar bu sahada ikinci bir kanun da yapılmamıştır. Bu bakımdan kararnamenin ilk kanun olarak diğer ülkelere örneklik etmek ve yol göstericilik vazifesinde bulunmak gi-

bi son derece önemli bir vazifeyi de üstlendiğini belirtmek gerekir. Yine kararname, ilk defa diğer mezheplerden istifade (telfik) yolunu açarak devrin ihtiyaç duyduğu bir çok yeniliklerin İslam Hukuku çerçevesinden ayrılmadan kanuna dahil edilmesi yolunu açmıştır. Sonraları diğer İslam ülkelerinin de bu usulü kabul ederek kararnamenin getirdiği yeniliklerin hemen tamamını ufak tefek değişikliklerle benimsediği görülecektir.

Böylece kararname İslam hukuk tarihinde kanunu hazırlayanların da hiç düşünmediği ölçüde bir hayatiyete ve tesire sahip olmuştur.

II. KARARNAMEYİ DOĞURAN ÂMİLLER

Birinci Dünya Harbinin en sıkışık günlerinde böyle bir kanunun hazırlanması hangi saiklerle olmuştur, kararnameyi doğuran amiller nelerdir? Konunun incelenmesine buradan başlamak daha doğru olur.

Kararnameyi doğuran amilleri dört ana gurupta toplamak gerekir ;hukuki amiller, siyasi ve iktisadi amiller, sosyal amiller, kültürel amiller ve kadınlık (feminizm) cereyanı.

A. HUKUKÎ ÂMİLLER

Tanzimattan sonra başlayan kanunlaştırma hareketleriyle hukukun bir çok dalları kanunlaştırılmış, bu sahaların esasları tatbikat ve hukuk öğreniminde büyük kolaylık temin edecek şekilde müstakil kanunlar halinde tesbit edilmişti. Bu kanunlaştırmalardan hemen sadece aile hukuku sahası hariç kalmıştı. Şeriye mahkemelerinde hakimler, hukukî problemleri hala eskiden olduğu gibi muteber fıkıh kitaplarına ve fetva mecmualarına bakarak halletmekteydiler. Bir taraftan hakimlerin hukuk kültürü bakımından yetersizliği[2], diğer taraftan şeriye mahkemelerine hergün daha fazla sayıda davanın gelmekte oluşu aile hukukunun da bir kanun halinde tesbiti zaruretini hissettirmekteydi.[3]

Devrin hukukçuları bu zarureti göz önüne alarak ve aynı zamanda Mecellenin de tamamlanmasını temin için bir aile kanununun hazırlanması lüzumu üzerinde zaman zaman durmaktaydılar.

2. «...medar-ı hükm olacak mesele-yi şer'iyyeyi kütüb-i fıkhıyyeden istinbat ve istihraç ve müftabih olan müteaddit akval-ı fukahadan birini diğerine tercih için muktazi olan ihtisas ve fazl ve irfanın bütün hükkamda vücudunu temin etmek müşkil ... bulunması sebebiyle» HAK-EML bk. s. 265
3. 1331 yılına ait mahkeme istatistikleri şeriye mahkemelerine gelen davaların sayıları hakkında bir fikir verebilir. bk. Cİ, sy. 28, 29, 30.

Hukuk fakültesi müderrislerinden *Ahmed Şuayb* 1910 larda *«.. kanun-ı medenimiz tam değildir, nakıstır. Bir defa eşhasa ait ahkam yoktur. Münakehât için ayrıca kitabü'n-nikah vardır, fakat mecelle halinde değildir. İlerde Mecelleye münakehat için ayrıca bir fasıl ilave edilecektir. Sonra hukuk-ı aile yani veraset, vesayet ve feraiz (miras hukuku)e ait kanunumuz yoktur. Bab-ı Meşihat bu hususta fukaha-yı kiramın ictihadatına riayet ederek hükmediyor.»*[4] derken *Celal Nuri* de 1913 lerde *«Umur-ı şahsiyye yani fransızca tabiri ile (statut personnel) mesâili, mehâkim-i şer'iyyeye mevdûdur. O halde bu nevi ahkam-ı hukukiyyeyi niçin bir kanun tahtına almıyalım da hakim efendileri aşağı yukarı serbest bırakalım»*[5] demekteydi. Bunların haricinde *İbrahim Hakkı, Mansurizade Said, Ahmed Cevad* ve *Selahattin Asım* gibi devrin önde gelen hukukçu ve şahsiyetleri de bir aile kanununun hazırlanması zarureti üzerinde durmaktaydılar.[6]

Öte yandan aile hukuku sahasında yeni bazı düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktaydı. Peşpeşe girilen Balkan ve Birinci Dünya harplerinin ortaya çıkardığı yeni şartların bu ihtiyacı artırdığı söylenebilir. Nitekim 1916 da kocanın kaybolması ve hastalanması durumunda kadına boşanma hakkını veren iki irade-i seniyye, bu ihtiyaçların neticesi ortaya çıkmıştı. Fakat bunlar münferit düzenlemelerdi ve bu münferit düzenlemeler meseleye ancak kısmî bir çözüm getirmekteydi. Öte yandan hakimlerin sadece Hanefî mezhebinin en sahih görüşünü uygulamakla mükellef olmaları, yeni ihtiyaçlara diğer mezheplerden istifade ile cevap vermek imkanını da önlemekteydi. Devlet reisinin uygun gördüğü noktalarda diğer mezheplerden istifade etmek ve yeni ihtiyaçlara topluca cevap vermek, en güzel şekliyle bu sahada hazırlanacak bir kanunla mümkün olabilirdi. İşte kararnamenin hazırlanmasında rol oynayan önemli bir amil, duyulan bu hukuki ihtiyaçtır.

Kararnamenin hazırlanmasında rol oynayan diğer önemli bir amil de İmparatorluk dahilinde hukuk ve kaza çokluğuna son verme ve bu sahalardaki birliği temin etme ihtiyacıdır. Osmanlı devletinde hayli eski bir geçmişi olan kapitülasyonlarla İmparatorluk

4. Ahmed Şuayb, *Hukuk-ı İdare*, Birinci Kısım, Dersaadet 1328/26, s. 17.
5. Celal Nuri, *Havaic-i Kanuniyemiz*, İst. 1331H. s. 51.
6. Fındıkoğlu, «Aile hukukumuzun tedvini meselesi», 698.

dahilinde daha ziyade ticari maksatlarla bulunan yabancılara, hukukî ve kazaî imtiyazlar tanınmıştı. Yabancılar bilhassa medeni hukuk sahasında kendi konsolosluk mahkemelerinde ve kendi hukuklarına göre muhakeme edilmekteydiler.[7] Çeşitil zamanlarda ve çeşitli yollarla kapitülasyonları kaldırmak isteyen Osmanlı devleti nihayet 1914 de tek taraflı olarak kapitalüsyonları kaldırdığını ilan etmişti.[8] Böylece o zamana kadar devam etmiş olan hukuk ve kaza alanındaki üçlü durum ikiye inmiş olmaktaydı; devletin normal hukukî ve kazâî yetkisi, gayr-ı müslim cemaat mahkemelerinin aile hukuku sahasında sahip oldukları kazaî ve hukukî yetki.

Osmanlı devlet adamları aile hukukunun dini karakterini ve milletlere göre arzettiği farklılığı dikkate alarak bu sahada hukukî birliğe gitmeyi düşünmemişti.[9] Fakat konsolosluk mahkemelerinden sonra cemaat mahkemelerinin kaza yetkilerine de son vererek kazaî hayatta birliği temin etmeyi istemekteydi.[10] Bunun için de gayr-ı müslimlere ait hukukî esasların şeriye mahkemelerinde uygulanmasına imkan verecek şekilde tesbiti ve kanunlaştırılması zarureti vardı.[11] İşte devrin idarecileri kararname ile bir taraftan gayr-ı müslimlere ait aile hukuku esaslarını tesbit ederken, diğer taraftan da cemaat mahkemelerinin kaza yetkilerine son vermişlerdir.[12]

Ne var ki nasıl kapitülasyonların ve konsolosluk mahkemelerinin tek taraflı ilgası büyük protestolara sebep olmuş ve kabul edilmemişse, cemaat mahkemelerinin kaza yetkilerinin bu ani kaldırılışı da büyük protestolara ve kavgalara sebep olmuştur.

7. İnalcık, «Imtiyazat», *EI²*.
8. İnalcık, «Imtiyazat», *EI²*.
9. «Asırlardanberi aile umurunu ahkam-ı diniyyeye tevfik eden bir kavmin bütün ananâtını bir anda ve hiçbir usul-i tedric ve istifaya riayet etmeksizin tebdil etmek, kanunu her türlü nüfuz-ı maneviden mahrum ve kabiliyet-i tatbikiyesini pek esaslı bir surette rahnedar eder.» HAK-EML bk. s. 266.
10. Jaschke, «Evlenme akdinin şekli», 1135.
11. Esbab-ı mucibe layıhasında gayr-ı müslimlere ait bu hükümlerin bu güne kadar tedvin edilmemiş bulunmaması yüzünden, kaza hakkının devletin her türlü kontrolünden uzak cemaat mahkemelerine verildiğinden ve bunun mahzurlarından bahsedilmektedir. bk. HAK-EML, s. 265.
12. HAK, md. 156.

Netice olarak bir kısmı müslümanlar, bir kısmı gayr-ı müslimler bir kısmı da devletin kaza yetkisiyle alakalı bu hukuki ihtiyaç ve zaruretler kararnamenin hazırlanmasında önemli rol oynamıştır.

B. SİYASÎ ve İKTİSADÎ ÂMİLLER

Ard arda gelen Balkan ve Birinci Dünya harpleri ve bu harplerin Osmanlı iktisadi yapısında meydana getirdiği değişiklik de belirli ölçüde kararnamenin hazırlanmasında rol oynamıştır. Bu harplerden önce, bilhassa şehirlerde kadının iktisadî hayatta faal bir rol oynadığını söylemek zordur. Fakat bilhassa Birinci Dünya harbinin ortaya çıkışıyla erkeklerin önemli bir kısmı harbe katılmak zorunda kalınca, onların iş hayatında boşalan yerlerini kadınlar doldurmak mecburiyetinde kalmışlardır.[13] Böylece o zamana kadar evinde ev işleriyle uğraşmaktan başka bir iş yapmayan Türk kadını, kendisini birdenbire iktisadi hayatın içinde bulmuştur. Artık o, bilhassa büyük şehirlerde kocasından, kardeşinden boşalan yeri dolduran memur, müteşebbis ve işçi olarak iş hayatına atılan kimsedir.[14]

Bu, hem cemiyetin kadınlık anlayışında mecburi bir değişikliğe sebep olmuş, hem de bizzat kadınların psikolojilerinde büyük değişiklik meydana getirmiştir. Kadının iktisadi hayata bu ani girişi yeni yeni filizlenmiye başlayan kadınlık (feminizm) cereyanının birdenbire kuvvet kazanmasına ve bu yolda yarım asırda alacağı mesafeyi kısa zamanda almasına sebep olmuştur.[15]

Bu şekilde kadının iktisadi hayat içerisinde daha önemli bir rol alması, kadınları yakından ilgilendiren aile hukukunun derli toplu bir şekilde ortaya konması lüzumunu daha kuvvetle hissettirmiştir. Bu yüzden bazı yazarlar kadının iktisadi hayata girişinin, kadınlık cereyanının gelişmesinde ve aile hukukunun kanun-

13. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 31; Lewis, 237; Berkes, 437; Ercument Kuran; «Osmanlı İmparatorluğunda yenileşme hareketleri «*Türk Dünyası El Kitabı*, Ank. 1976 s. 1012.
14. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 31-32. Keza bu devirde İstanbul ve Anadolu'da çeşitli imalathane ve tezgahlarda çalışan kadınlar hk. geniş bilgi için bk. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 250, Lewis, 228; Ünal, 215; Caporal, 136.
15. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 31-32; Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 252.

laştırılmasında birinci derecede rol oynadığını iddia etmektedirler.[16] Bu iktisadi amillere kararnamenin hazırlanmasında birinci derecede rol vermesek bile, Birinci Dünya Harbinin ve bu harbin getirdiği iktisadi değişikliklerin yeni bir aile kanununun hazırlanmasında belirli bir rol oynadığı da inkar edilemez.

C. SOSYAL ÂMİLLER

Tanzimattan sonra batılılaşma hareketlerinin tesiriyle Türk cemiyetinin sosyal yapısı değişmeye başlamıştır. Klasik Osmanlı cemiyetinin yerini artık gittikçe daha çok batıya benzeyen bir cemiyet almaktadır.[17] Bilhassa İstanbul, Selanik ve İzmir gibi batının tesirine daha açık olan şehirlerde kıyafet, moda ve sosyal hayat üzerinde Avrupa'nın tesiri gittikçe artan bir şekilde görülmeye başlamıştır.[18] Öte yandan aile yapısı da bir değişiklik geçirmekte, eski konak ailesinin yerini daha dar bir yapıya sahip konjugal aile tipi almaktadır.[19] Bütün bu gelişmeler kadını cemiyet içerisinde daha ön plana çıkarmaya başlamıştır.

Bunun yanında XIX. yüzyıl sonları ve XX. yüzyıl başlarında meydana gelen harpler, kadını sosyal faaliyetlerin içine çekmiştir. 1876 Osmanlı-Rus harbinde daha önce kurulmuş bulunan *«Malul ve Hasta Askerlere Yardım Cemiyet-i Osmaniyesi»* nin büyük hizmetleri dokunmuştur. Bu cemiyetin üyeleri arasında kadınlar da vardı. 1897 Osmanlı-Yunan harbinde de bu cemiyetin faaliyetleri görülmektedir. Daha sonraki İtalyan ve Balkan harplerinde de Türk kadınlarının her çeşit destekleri sayesinde bu cemiyet büyük işler görmüş ve daha sonra da Hilal-i Ahmer (Kızılay) olarak faaliyetlerine devam etmiştir.[20] 1913 de açılan hastabakıcılık kurslarında yetişen genç kızların hem harplerdeki yaralıların tedavisinde, hem de yurdun çeşitli köşelerine muhtelif sosyal hizmetlerin götürülmesinde büyük rolleri olmuştur.[21]

16. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 31; Keza Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 251-52.
17. Hilmi Ziya Ülken, «Tanzimattan sonraki fikir hareketleri», *Tanzimat I*, İst. 1940, s. 758.
18. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 241-242.
19. Ünal, 219.
20. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 251, Caporal, 149.
21. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 251.

Balkan harbinden sonra kadına sosyal faaliyetler içerisinde daha çok rastlanmaktadır. «*Türk Kadınları Esirgeme Derneği*», kadınlar tarafından idare edilen «*Kadınlar Eşya Pazarı*»[22] ve «*İstihlak-i Milli Kadınlar Cemiyeti*»[23] bu faaliyetlerden birkaçıdır.

Bütün bunlar kadınları cemiyette ön plana çıkarmış, kadınlık anlayışında tabiatıyla bir değişiklik meydana getirmiş ve kadına daha müsait hukuki imkanlar hazırlayan bir aile kanunu hazırlanması zaruretini doğurmuştur.

Öte yandan peşpeşe gelen harpler cemiyette sosyal bir takım problemler de doğurmuştur. Bir çok erkek harpten geri dönmemiştir. Bir kısmının ölü mü diri mi olduğu hususunda sihhatli bir haber alınamamıştır. Kocalarından bu şekilde haber alamıyan kadınların hukuki durumları hiç de müsait değildi. Gerçi 1916 da kabul edilen bir irade-i seniyye ile bu durumda olan ve nafakasını temin edemiyen kadınların durumları kısmen düzeltilmişse de, mesele yalnız nafakanın teminiyle bitmediğinden durumları askıda olan kadınların bir çok sosyal problemler doğuran bu durumlarına çare bulmak gerekiyordu. İşte kararnamenin doğuşunda bu tip sosyal amiller de önemli bir rol oynamış ve kararname bu sahalarda köklü değişiklikler getirmiştir.

D. KÜLTÜREL ÂMİLLER ve KADINLIK CEREYANI

Duraklama ve gerileme devirlerinde bütün sahalarda olduğu gibi, Osmanlı eğitim müesseselerinde de bir gerileme meydana gelmiştir. Medreselerin eğitim ve öğretim fonksiyonlarını gerektiği gibi icra edememeleri Tanzimattan sonra yeni eğitim müesseselerinin kurulması mecburiyetini doğurmuştur. Kurulan bu yeni eğitim müesseseleri içerisinde kız çocuklarının eğitiminin de düşünüldüğü görülmektedir. İlk defa 1858 de İstanbul'da bir kız rüşdiyesi[24] 1870 yılında yine ilk defa İstanbul'da bir kız öğretmen okulu (Dârü'l-Mü'allimât) açılmıştır.[25] 1883 de sadece İstanbul'daki kız rüşdiyelerinin sayısının onbire yükseldiği görülmektedir.[26] Erkek rüşdiyelerinin sayısının onbeş kadar olduğu düşünülürse, bu

22. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 251.
23. Abdullah Cevdet, «İstihlak-i Milli Türk Kadınlar Cemiyeti münasebetiyle» *İctihad*, 68/1478.
24. Karal, *Tarih*, VII/172.
25. Karal, *Tarih*, VII/209.
26. Karal, *Tarih*, VIII/391.

devrede kızların eğitimine oldukça önem verildiği anlaşılır. Daha sonraları kız sanayi mektepleri açıldığı gibi, II. Meşrutiyetten sonra sadece kızlar için «*İnas Darülfünun*»u kurularak kızların yüksek tahsillerine imkan sağlanmıştır.[27]

Kadınların yavaş yavaş ilkokuldan üniversiteye kadar eğitim müesseselerinin her kademesine kabul edilmesi, buralardan yetişen kızların gittikçe artması ve bunların her geçen gün cemiyet içerisinde daha belirgin bir rol oynamaları, kadınlık anlayışının değişmesine ve bilhassa 1900 lardan itibaren bir kadınlık (feminizm) cereyanının doğmasına sebep olmuştur. Bu cereyanın doğuşunda Birinci Dünya harbinin ve bu harp neticesinde kadının iktisadi ve sosyal hayata girişinin oynamış olduğu role daha önce temas edilmişti. Netice olarak Balkan ve Birinci Dünya harplerinin ortaya çıkardığı iktisadi ve sosyal şartlar, Tanzimattan sonra eğitim imkanlarının artmasıyla meydana gelen kültürel şartlar neticesinde doğan kadınlık cereyanı, yirminci asır başlarında kadın hakları konusunda önemli bir faaliyet göstermiş ve kadının hukuki, iktisadi ve sosyal durumunu düzeltme yolunda büyük çaba sarfetmiştir.

«*Tefeyyüz*», «*Cemiyet-i Hayriye-yi Nisvân*», «*Nisvân-ı Osmaniyye*» ve «*Müdafaa-yı Hukuk-ı Nisvân*» adlarındaki cemiyetler,[28] keza «*Kadınlar Dünyası*», «*Mehasin*» ve «*Demet*» gibi irili ufaklı uzun veya kısa ömürlü dergiler[29] kadın haklarını savunmak için bu devrede ve bu cereyanın tesiriyle kurulmuşlar ve bu cereyanın kuvvetlenmesinde belirli ölçüde rol oynamışlardır.

Bu devrede hakim fikir cereyanları olan Batıcılar, İslamcılar ve Türkçülerin de kadınlık meselesiyle yakından alakadar oldukları görülmektedir. Her üç gurubun yayın organlarında kadın meselesinin çeşitli yönlerine temas eden muhtelif yazılara rastlanır. Üç gurubun da üzerinde anlaştıkları bir nokta vardır: Osmanlı cemiyetinde bir aile buhranı ve bir kadınlık meselesi vardır. Bu müşterek noktadan sonra her gurup bu buhranın halli için farklı reçeteler ileri sürmektedirler.[30]

27. Nejat Göyünç, «Türkiye'de eğitim» *Türk Dünyası El Kitabı*, Ank. 1976, s. 1046; Kuran, 1012; Ünal, 216. Tanzimattan sonra açılan kız okulları için bk. Caporal, 101 v.d.
28. Berkes, 437; Caporal, 150.
29. Berkes, 436.
30. Fındıkoğlu, «İctimai hayat», 655.

Batıcılara göre, geri kalışımızın sebebi kadının cemiyette aşağı bir mevkide oluşudur. Bunun sebebi de bazılarına göre din anlayışı ve din adamlarıdır, bazılarına göre ictimai terbiye ve cehalettir. Kadını bir an evvel bu aşağı durumdan kurtarmak, sosyal ve iktisadi hayatın içerisine sokmak zarureti vardır. Bunun için de tesettürün mutlaka kalkması lazımdır. Bütün geriliklerin, kadının aşağı bir durumda olmasının sebebi tesettürdür. Yalnız tesettür meselesinde Rıza Tevfik ve Celal Nuri daha mutedildirler. Onlara göre bu meselede biraz daha itidalle hareket etmek gerektiği gibi, kadının tesettürü kalkınca bütün meseleleri de halledilmiş olacak değildir. Bunun karşısında bazı Batıcılar da tam tersine bu kıyafetlerin atılması ve Avrupa kadınının kıyafetlerinin alınması gerektiği kanaatindedirler. Ayrıca Batıcılara göre, kadının sosyal ve ailevi problemlerinin halli için evlenme usulünün de mutlaka halli gerekir. Görücülük usulü terkedilmeli, genç kız ve erkeklerin evlenmeden önce resmiyetten ayrılmadan birbirlerini tanımalarına imkan verilmelidir. Ayrıca kadının hukukî durumunu düzeltici tedbirler alınmalı, çok karılılık mutlaka kaldırılmalı, küçük yaşdaki evlilikler önlenmelidir.[31]

Daha ziyade Sebilürreşad dergisi etrafında toplanan ve Batıcılara karşı reaksiyoner olarak görünen İslamcılara göre ise, kadının cemiyette aşağı bir durumda olmasının sebebi İslam dini ve din adamları değil, dini yanlış anlayışımızdır. İslam dini kadına layık olduğu mevkii ve hakları vermiştir. Kadın yükselmesi demek ,erkeğin katıldığı bütün sosyal ve iktisadi faaliyetlere katılması demek değildir. Kadının yaratılışı farklıdır ve erkekten farklı vazifeleri vardır. Keza kadının yükselmesi demek tesettürü terketmesi demek değildir. Tesettür İslamın önemli emirlerinden biridir ve kadının daha rahat ve emniyet içerisinde hareket etmesini sağlar. Çok karılılığa gelince, bu, İslamcılara göre İslamın bir emri değil, bazı şartlarla verdiği bir iznidir. Suistimal edilmeden kullanılması ve şartlarına uyulması durumunda onun cemiyet hayatında oynadığı bir rol vardır. Bu bakımdan da kaldırılması doğru değildir ve esasen devlet reisinin buna hakkı da yoktur. Kadın-

31. Batıcıların kadın meselesindeki bu görüşleri için bk. Celal Nuri, *Kadınlarımız*, İst. 1331 H.; Rıza Tevfik, «Kadın meselesi etrafında», *İctihad*, 94/2099; Selahattin Asım, «Tesettür ve mahiyeti», *İctihad*, 100/2256-2257; A.L. «İzdivac meselesi», *İctihad*, 59/1295; «Tesettür meselesi», *İctihad*, 29/810-811, Berkes, 435-436.

lık meselesinde batıyı taklit etmek dini ve milli yapımıza aykırıdır. Bunu zaruretmiş gibi ileri sürenler halkı dinden ayırmak isteyenlerdir.[32]

Bu iki gurup arasında yer alan ve fikirleri bazan İslamcılarla bazan Batıcılarla uyuşan Türkçülere göre Osmanlı cemiyetindeki aile buhranı medeniyetle harsın birbirine karıştırılmasından doğmaktadır. Medeniyet beynelmilel, hars millidir. Batıcılar her hususta olduğu gibi ailede de körü körüne batıyı taklide çalışmaktadırlar. Böylece asrî aileye ulaşalım derken milli aileyi tahrip etmektedirler. İslamcılar da asri kadınlık asri aile telakkisine karşı çıkmaktadırlar. Türkçülere göre Türk ailesi Avrupadan yeni zihniyetler alarak şüphesiz asrileşecektir, fakat milli vasfını kaybetmeyecektir. Esasen Avrupa'dan alacağı bazı yenilikler eski Türk aile hayatında da vardır. Bunun dışında Türkçüler de Batıcılar gibi çok karılılığın aleyhindedirler. Devlet reisi bu günkü şartlara ve cemiyet düzenine uymayan çok karılılığı yasak etmelidir. Buna hakkı ve selahiyeti vardır. Onlar ayrıca kadınların kendilerine uygun düşecek bazı mesleklerle, iş ve sosyal hayata girmesine pek karşı değildirler.[33]

Netice olarak aralarında anlaşamamalarına rağmen her üç gurubun da kadın ve aile konusuyla bu ölçüde meşgul olmaları, kadın meselesinin o zamanın umumi efkarını ne ölçüde meşgul ettiğini göstermesi bakımından önemlidir. Bu cereyanın akisleri sosyal ve iktisadî sahada görüldüğü gibi hukuki sahada da görülmeliydi. Nitekim kararnamenin hazırlanmasında bu cereyanın önemli bir rolü olmuştur.

32. M. Şemseddin, «İslamda kadının mevki-i ictimaisi», *İM*, 5/145; F. Lütfiye «Sebilürreşad mecmua-yı islamiyyesi vasıtasıyla İkdam'ın Londra muhabiri Mehmed Sadi Beye», *SR*, 288/28; Mehmed Tahir, *Çarşaf Meselesi*, İst. 1331: Mahmud Esad, «Tesettür-i nisvân hakkında son söz», *SR*, 279/289-90; Fatma Aliye, «Kadın nedir?» *YM*, 21/415-417; Fatma Lütfiye, «İctihaddaki hezeyanlar», *SR*, 281/329-330; Muhammed Ferid Vêcdi, «Yine tesettür meselesi», *SR*, 276/241-243; Aksekili Ahmed Hamdi, «İslamiyet ve taaddüd-i zevcat», *SR*, sy. 275-285 arasındaki altı makale.

33. Ziya Gökalp, «Aile ahlakı», *İM*, sy. 10-22 arasında neşredilmiş bulunan 13 makale; Mansurizade Said, *İM*, sy. 8-38 arasında değişik isimde 20 makale. Bunların ilerde tahliline girilecek ve makalelerin isimleri teker teker verilecektir. Berkes, 440-442.

III. KARARNAMENİN HAZIRLANIŞI

Yukarda izaha çalışılan amiller altında hazırlanması artık bir zaruret haline gelen aile kanunu, II. Meşrutiyetten sonra iktidar partisi olan İttihat ve Terakki Partisi tarafından da benimsendi ve aile kanunu ve ihtiyaç duyulan Mecelle tadillerini gerçekleştirmek üzere üç ihzar-ı kavanin komisyonu kuruldu. Bu komisyonlar ilk toplantılarını 22 Mayıs 1916 da yaptılar. İşte bu komisyonlardan ikincisi Hukuk-ı Aile komisyonudur ki mesaisini müsbet bir eserle sona erdiren sadece bu komisyondur.[34]

Bu komisyon şu üyelerden meydana gelmişti:

1. *Mahmud Esad Efendi* Reis İsparta mebusu
2. *Hafız Şevket Efendi* Aza Fetvahane mümeyyizlerinden
3. *Said Bey* Aza Menteşe mebusu
4. *Ali Baş Hampa Efendi* Aza Şura-yı devlet azasından
5. *Mustafa Fevzi Efendi* Aza Mahkeme-i evkaf kadısı[35]

Komisyon İmparatorlukta yaşayan üç din mensuplarının hukuklarını nazarı itibara alarak müslümanlar, hiristiyanlar ve museviler için ayrı ayrı hükümlerin tesbitini kararlaştırdı. Bunun için de komisyon önce alt komisyonlara ayrılarak İslam, Hıristiyan ve Musevi aile hukuku esaslarını tesbit etti.[36] Sonra bunları bir araya getirip esas olarak müslümanlara ait hükümleri ortaya koydu. Bunlarla bağdaşmayan Hıristiyan ve Musevi aile hukuku esasları-

34. Jaschke, *İslamlık*, 23.
35. *CA*, XII/149, s. 66.
36. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 42. Esbab-ı mucibe layihasında «gayr-ı müslimlerin ahkamını tertib ve tanzim hususunda müslim olmayan erbab-ı ihtisasın malumatlarından istifade edilmiştir. «HAKEML, s. 266.

nı ayrıca belirterek Hukuk-ı Aile Kararnamesini meydana getirdi.[37]

Kararname muhtemelen meclis çoğunluğunun oylarını alamıyacağı endişesiyle meclise sunulmadan muvakkat bir kanun olarak kabul edildi.[38] Zira kararnamede İslamcıları, Batıcıları ve Türkçüleri memnun eden hükümler bulunduğu gibi, memnun etmeyen hükümler de vardı. Esasen Batıcıları memnun eden hükümlerin İslamcıları, İslamcıları memnun eden hükümlerin Batıcıları memnun etmeyeceği tabii idi. Bunun yanında gayr-ı müslim cemaat reislerinin kaza yetkisini kaldıran hükmün de gayr-ı müslim üyeleri memnun etmiyeceği aşikardı. Kanun bu şekliyle meclise gelse bir çok gürültülere sebep olacak, ya hiç çıkmayıp tamamen reddedilecek veya kanunu hazırlayanların hoş görmeyeceği bazı değişiklikler yapılacaktı. Meclisin ve devrin şartlarını iyi değerlendiren hükümet, akıllı bir siyasetle ve biraz da hukuku zorlıyarak[39] kararnameyi muvakkat bir kanun olarak çıkarmıştır.[40] 25 Ekim 1917

37. Çandarlı, 88 de komisyon başkanı Mahmud Esad'ın eseri Kitab-ı Nikah ve Talakın muhtemelen bir ön proje olarak kabul edildiğini söylemektedir ki komisyon başkanının böyle bir eserinin oluşundan başka buna delalet eden bir işaret bulunamamıştır.
38. Lewis, 229; Jaeschke, «Evlenme akdinin şekli», 1137. 1876 Kanun-i Esasisinin muvakkat kanunla ilgili 36. maddesi şöyledir: «Meclis-i umumi mün'akid bulunmadığı zamanlarda devleti bir muhataradan veya emniyet-i umumiyeyi halelden vikaye için bir zaruret-i mübreme zuhur ettiği ve bu babda vaz'ına lüzum görülecek kanunun müzakeresi için meclisin celb ve cem'ine vakit müsait olmadığı halde kanun-i esasi ahkamına mugayir olmamak üzere heyet-i vükela tarafından verilen karar, heyet-i mebusanın ictimaıyla verilecek karara kadar bâ irade-i seniyye muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetindedir.»
39. Çünkü kararnamenin hazırlanmasıyla, kanun-i esaside muvakkat kanun için aranan devleti bir muhataradan kurtarma veya emniyet-i umumiyenin bozulmasına mani olma gayelerinin gerçekleştiğini ileri sürmek oldukça zordur. Nitekim Ahmet Rıza Meclis-i A'yânda bu kanunun muvakkat kanun hakkının suistimali bakımından kanun-i esasiye aykırı olduğunu söylemiştir. bk. Jaeschke, «Evlenme akdinin şekli», 1142. Aynı şekilde devrin bazı hukukçuları da bu maddeye dayanarak çıkarılan muvakkat kanunların bizzat bu maddeye aykırı olduğunu ileri sürmekteydiler. bk. Celal Nuri, *Havaic-i Kanuniyemiz*, 99 v.d.
40. Ünal, 210 da kararnamenin şeyhulislamın doğrudan padişaha arz yetkisi uyarınca parlemanto ve sadrazamın reyine sunulmadan hükümdara arzedildiğini ve böylece kanunlaştığını söylemektedir.

de muvakkat kanun olarak kabul edilen kararname kanun-i esasi gereğince 1917 sonbaharında toplanan Meclis-i Mebusana gelmiş, kanunu görüşürken çıkabilecek kavgalara işaret edecek şekilde oldukça münakaşalı bir görüşmeden sonra incelenmek üzere Adliye Encümenine havale edilmiştir.[41] İlgası tarihine kadar da bu komisyondan bir haber alınamamıştır.

1916 da çıkan iki irade-i seniyye Ünal'ın söylediği yolla, yani padişaha direkt arz suretiyle kanunlaşmışsa da kararname bu şekilde kanunlaşmamıştır. Kanun-i esasinin 36. maddesi uyarınca hükümet tarafından padişahın iradesine kanun-i muvakkat olarak sunulmuş ve o yolla kanunlaşmıştır. Esasen kararnamenin altında şeyhulislamın değil, sadrazam Talat Paşa ve adliye vekili Halil Beyin imzası vardır. Dolayısıyla sadrazamın haberi olmadan şeyhulislam tarafından doğrudan hükümdara arzedilmiş değildir.

41. *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi* Üçüncü Devre-i İntihabiyye Dördüncü İctima 5. İnikad s. 26 v.d.

IV. KARARNAMEDE ROL OYNAYAN HAKİM FİKİRLER

A. DEVRİN FİKİR HAREKETLERİNİN AİLE HUKUKUNDAKİ DÜŞÜNCELERİ

Kararnamenin muhtevasında devrin fikir cereyanları olan Batıcılar Türkçüler ve İslamcıların hangisinin hakim rol oynadığını ve diğerlerinin oynadığı rolü tesbit etmek önemli ve faydalı olacaktır. Bu hususta sihhatli bir tesbit yapabilmek için de herbirinin kendisine mahsus hukukçuları olan bu üç fikir cereyanının[42] aile hukukunun kanunlaştırılması ve bu kanunda yer alması gerekli müesseseler hakkındaki fikirlerini bilmek, sonra da bunlardan hangisinin kanunun hazırlanması sırasında hakim rol oynadığını tesbit etmek gerekir.

Şunu hemen söyliyelim ki bu üç fikir cereyanı da aile hukukunun kanunlaştırılmasından yanadır. Devrin şartları onları bu noktada birleştirmiştir. Fakat her üçü de kanunun muhtevası bakımından köklü ayrılıklara sahiptir.

a. Batıcılar

Batıcılar içerisinde hukuk sahasında en çok yazı yazan *Celal Nuri*dir. Diğer Batıcılar kadın ve ailenin daha ziyade sosyal yönü üzerinde durmuşlardır. Bu bakımdan burada hemen sadece *Celal Nuri*'nin aile hukuku sahasındaki görüşlerine yer verilecektir.

Celal Nuri mutedil bir batıcıdır; o *Abdullah Cevdet* gibi «*Bir ikinci medeniyet yoktur, medeniyet Avrupa medeniyetidir. Bunu*

42. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 243 de Batıcıların hukukçusu olarak Celal Nuri'yi, Türkçülerin hukukçusu olarak Ziya Gökalp'ı ve İslamcıların hukukçusu olarak da Mansurizade Said'i gösterir. Yalnız Mansurizadenin aile hukukundaki görüşleri İslamcılardan ziyade Türkçülere yakındır. Bu yüzden de aile hukuku ve özellikle çok karılılık üzerine Türkçülerin dergisi İslam Mecmuasında İslamcılarla şiddetli bir kalem kavgasına girmiştir.

gülü ile dikeni ile isticlas etmek zaruridir»[43] dememektedir. Fakat onun da hukuk sahasındaki görüşleri fazla tutarlı değildir, kendi içerisinde tezatlar taşımaktadır.

Celal Nuri bir taraftan medeniyeti sinai ve hakiki medeniyet diye ikiye ayırır, sinai medeniyette batıya uymak hakiki medeniyette ise muhafazakar kalmayı ısrarla tavsiye ederken,[44] aynı şekilde Tanzimattan sonraki devreyi kopyacı olmak ve batıdan devamlı tercüme yapmış olmakla suçlarken,[45] diğer taraftan *Cevdet Paşa*'nın Mecelleyi hazırlamasını da irticai bir davranış olarak görmektedir.[46] Keza bir taraftan Fransız kanunlarının, usulünün, adetlerinin Büyük Britanya'ya nakledilmesi durumunda oradaki umumi hayatın duracağını, aksinin de Fransa'yı aynı hale getireceğini, o halde halda hakiki medeniyetin başka milletlerden alınamıyacağını ileri sürer[47] ve böylece hukuku da hakiki medeniyet zümresine sokarken, diğer taraftan *«Garp karşımızda bize bütün bir kütüphane-i kavanin arzediyor. Bunların ahz ve iktibası pek o kadar müşkil bir iş değildir... Avrupa hukuku bizim için kapısı açık bir hazinedir»* demektedir.[48] Görüşlerindeki bu tutarsızlıklar bir yana anlaşıldığı kadarıyla o, batıdan kanun iktibasına taraftardır. Fakat bir kanunun Fransa'dan diğerinin İtalya'dan sadece tercüme yoluyla alınarak hukuki hayatın kırk yamalı bir görünüm arzetmesine karşıdır.

Genel olarak hukuk sahasındaki bu görüşlerinin yanında *Celal Nuri*, aile hukukuyla da yakından ilgilenmiştir. Onun aile hukuku sahasında yapılmasını istediği değişiklikler şu şekilde sıralanabilir:

Ona göre nikahlar nikah memurlarının huzurunda ve bizzat tarafların iştirakiyle kıyılmalıdır. Bilhassa cahil imamlar nikah üstüne nikah kıymakta, bir çok karışıklığa sebep olmaktadırlar.[49] Ayrıca küçük çocukların evlendirilmelerine de artık bir son verilmelidir. Bu yaşdakiler, iyiyi kötüyü ayırdedemedikleri gibi, küçük yaşdaki bu evlilikler bir çok problemler de doğurmaktadır. Evlen-

43. Lewis, 235.
44. Celal Nuri, *İttihad-ı İslam*, İst. 1331 H. s. 26-33.
45. Celal Nuri, *Havaic-i Kanuniyemiz*, 45-46.
46. Celal Nuri, *Havaic-i Kanuniyemiz*, 46.
47. Celal Nuri, *İttihad-ı İslam*, 34-35.
48. Celal Nuri, *Havaic-i Kanuniyemiz*, 48-49.
49. Celal Nuri, *Kadınlarımız*, 190-191.

mek için batı kanunlarında olduğu gibi bir asgari yaş sınırı konulmalıdır.[50]

Celal Nuri çok karılılığın da şiddetle aleyhindedir. Ona göre esasen İslam, taaddüd-i zevcata pek taraftar değildir, onu başlangıçtan beri hoş görmemiştir. Bugün ise şartlar daha da değişmiştir. Halife taaddüd-i zevcatı tamamen menedebilir veya bir geçiş devresi için kısmen izin verebilir.[51]

Bugünkü talak usulü de mutlaka islah edilmelidir. Bu günkü şekliyle talak, aile binasını kökünden sarsmaktadır. Ciddi bir talak kanunu cemiyeti bir çok kötülüklerden kurtarır.[52] Önce sebepsiz boşanmalara son verilmeli, erkekler ancak hakimce kabul edilebilecek bir sebebe dayanarak karılarını boşayabilmelidir. Sonra bu boşamalarda kadının bir kusuru yoksa sadece mehirle iktifa edilmemeli, münasib bir tazminata da hükmolunmalıdır. Ayrıca iki taraf boşanma için anlaşmış olsalar bile, küçük çocukları varsa onların durumlarını dikkate alarak boşanmaya imkan verilmemelidir.[53] *Celal Nuri*'nin bilhassa bu görüşlerinde batı hukukunun tesirleri açıkça görülmektedir.

Kadının mahkeme yoluyla boşanması hususunda yürürlükte bulunan Hanefî mezhebi esasları ihtiyaca kafi gelmemektedir. İmamü'l-müslimin hazretleri ya Malikî mezhebine uygun içtihatlara izin vermeli veya yeni bir içtihadı irade-i seniyye ile kanun haline getirerek kadınlara kazai boşanma hakkı vermelidir.[54]

Görüldüğü gibi *Celal Nuri*, aile hukukunun bir çok noktasında yürürlükte bulunan hukuka nisbetle, oldukça köklü yenilikler istemektedir. Bu istekler ona göre İslam dinine ters düşmez. Zira dinin bir vicdana taalluk eden kısmı vardır, bir de muamelata. Vicdana taalluk eden kısım değişmezse de muamelat (hukuk)a taalluk eden kısım kökten değişebilir.[55] Bu izahlarıyla *Celal Nuri*, dini semavi kısım ve ictimai umdeler diye ikiye ayıran *Gökalp*'le bir paralellik arzetmektedir. Fakat *Celal Nuri* daha radikaldir. Ona göre nas (Kuran-Sünnet), icma ve diğer bütün ictihatların

50. Celal Nuri, *Kadınlarımız*, 193-194.
51. Celal Nuri, *Kadınlarımız*, 143-145.
52. Celal Nuri, *Kadınlarımız*, 136-137.
53. Celal Nuri, *Kadınlarımız*, 154-156.
54. Celal Nuri, *Kadınlarımız*, 154.
55. Celal Nuri, *İttihad-ı İslam*, 45-47.

terk edilmesinde bir mahzur yoktur.[56] Devrin siyasi, sosyal ve kültürel şartları bu devrin Türkçü ve Batıcılarını faydalı gördükleri yeniliklerin geniş bir yorumla İslama uygunluğunu ısrarla belirtme mecburiyetinde bırakmıştır.

b. Türkçüler

Bilhassa II. Meşrutiyetten sonra hukuk ve özellikle aile hukukunda yapılması gereken yenilikler konusunda en çok yazı yazanlar Türkçüler ve bilhassa bunlar içerisinde *Ziya Gökalp*'tir. *Gökalp*'in yazıları diğer Türkçülere yol göstermiş, onlar da *Gökalp*'in fikirleri doğrultusunda yazı yazmışlardır.

Gökalp hukukta laikleşme taraftarıdır. O da bu fikirlerini *Celal Nuri* gibi, Osmanlı devletinde ve İslamcıların güçlü olduğu bir devrede açıkça ifade edememişse de, yazıları arasına serpiştirdiği cümleler onun bu görüşünü ortaya koyar. *Gökalp* İmparatorluk devrinde bu görüşünü ifade etmede ne kadar kapalı ve tedbirli ise, Cumhuriyetin kuruluş yıllarında da o kadar açık ve serttir. O yıllarda yazılmış bulunan «*Hukuki Türkçülük*» adlı makalesinde şöyle demektedir: «*Bu çağın milletleri arasına geçebilmek için en esaslı şart, milli hukukun bütün dallarını teokrasi ve klerikalizm kalıntılarından büsbütün kurtarmaktır.*»[57]

Hukuk ve aile hukukunun laikleştirilmesi hususunda Cumhuriyet devrinde açıkça ifade ettiği bu fikirlere *Gökalp'in* başlangıçtan beri sahip olduğu söylenebilir. Aksi görüşteki bazı yazılarına bakarak *Gökalp*'in fikri bir tekamül neticesi bu noktaya geldiği ileri sürülebilirse de, Gökalp İslamın sadece iman ve ibadet sahasına münhasır olmasını, siyaset, hukuk ve iktisat gibi sahalara karışmaması gerektiğini daha 1914-15 lerde ifade etmişti.[58] Bu bakımdan *Gökalp*'in başlangıçtanberi laiklik taraftarı olduğunu kabul etmek daha doğru olur. Ne var ki *Gökalp* bilhassa 1917 aile kanunu arefesinde aile hukuku sahasında düşündüğü yenilikleri, hukukta laikleşmeden hareket ederek gerçekleştiremezdi. Devrin şartlarını iyi değerlendiren *Gökalp*, aile hukukunun laikleştirilmesini İslam hukukunun müesseselerinden ve mefhumlarından istifade ederek gerçekleştirmeye çalışmıştır.

56. Celal Nuri, *İttihad-ı İslam*, 51.
57. Ziya Gökalp, *Türkçülüğün Esasları*, İst. 1970 s. 174.
58. Ziya Gökalp, «Dinin ictimaî hizmetleri» *İM*, 36/772.

Gökalp'e göre devleti teşkil eden hukukun ahlaki duygulara dayandığı için bir ayağı harsta, fakat asri ilimlere ve usullere uyması gerektiği için de bir ayağı medeniyettedir.[59] Aile ve kadınlık telakkilerinde eski zihniyetlerimizin değişerek Avrupa zihniyetini kabul etmemiz zaruri idi. Fakat ailede milli ve harsın ortaya koyduğu bir tarafın da var olduğunu unutmamalıdır.[60] Bu yüzden de hukukta tamamen batılılaşmak yanlıştır. Tanzimatçılar batılılaşmayı milli şahsiyetimizin en derin menbalarına kadar götürdükleri için hata etmişlerdir.[61] Esasen batı hukukundaki esaslar eski Türk hukukunda da bulunduğundan bu hususta batılılaşmaya ihtiyaç da yoktur.[62]

Fakat cemiyette yaşamakta olan dini hukuk karşısında bu millî ve aynı zamanda batı hukukunun esaslarını yerleştirmek nasıl mümkün olacaktır. İşte *Gökalp*'ın İslam hukukunun mefhum ve müesseselerinden istifadesi burada başlar.

Gökalp İslam dinini ikiye ayırır: Birincisi semavi kısımdır ki bununla kasdettiği iman ve ibadet esaslarıdır. İkincisi de ictimai umdelerdir; bununla da yukardaki esaslar dışında kalan hukuki, iktisadi ve sosyal esaslar kastedilmektedir. *Gökalp*'e göre dinin semavi kısmı değişmez, her türlü tekamülden münezzehtir. İctimai umdelere gelince bunlar ictimai şekillerin ve bünyelerin istihalelerine tabidir, binaenaleyh bunlarla beraber değişebilir.[63]

Pekala bu değişme hangi esaslara ve ölçülere göre olacaktır. *Gökalp*'e göre fıkhın iki menbaı vardır; nakli şeriat, ictimai şeriat. Nakli şeriat değişmez ama ictimai şeriat, ictimai hayat gibi daimi bir oluşum halindedir.[64] Esasen zamanın değişmesiyle ahkamın değişmesinin caiz oluşu da bu yüzdendir. *Gökalp*'e göre İslam hukukunun iki asıl kaynağı vardır: Nas ve örf. Nassın varid olmadığı yerde örf ile amel, nas ile amel gibidir. Nassın bulunduğu yerde örfe müracaat edilemez, fakat bazı fakihlere göre nas örften mütevellid ise nassın bulunduğu yerde de itibar örfedir.[65] Gerek

59. Gökalp, «Aile ahlakı», *YM*, 20/382.
60. Gökalp, «Aile ahlakı», *YM*, 20/382.
61. Gökalp, «Aile ahlakı», *YM*, 20/382.
62. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 248.
63. Ziya Gökalp, «Fıkıh ve ictimaiyat», *İM*, 2/42-43.
64. Gökalp, «Fıkıh ve ictimaiyat», *İM* 2/44.
65. Ziya Gökalp, «İctimai usul-ı fıkh», *İM* 3/87, keza «Fıkıh ve ictimaiyat» *İM* 2/44. Ayrıca bk. Uriel Heyd, *Türk Ulusculuğunun Temelleri*, Ank. 1979, s. 101-102. Çeviren: Kadir Günay.

halifelerden sadır olan emirler, gerek fakihlerden sadır olan fetvalarda örfün tesiri vardır. «*Örfü emret*»[66] mealindeki ayetin manasını idrak eden halifeler ve fakihler, asra muvafık emir vermekten ve ictihatta bulunmaktan asla çekinmemişlerdir.[67] O halde nassın dışında en önemli kaynak örftür. Örf değişirse hükümler de tabiatıyla değişecektir. Örften mütevellid naslarda dahi örfe itibar edilebileceği kabul edilip, dünyevi işlere ve ictimai hayata taalluk eden nasların hemen hepsi örften mütevellid kabul edilirse,[68] iman ve ibadet esasları dışında bilhassa İslam hukukunda değişiklikten kendisini kurtarabilecek hiç bir hüküm bulunmayacağı kolayca anlaşılabilir. O halde Gökalp'e göre İslam hukuku içinde kalınarak dahi örf değiştikçe istisnasız bütün hukuki esasların değişmesi mümkündür. Peki İslam hukukunda kaynak olarak bu kadar büyük bir yer tutan örf için sağlam bir ölçü var mıdır? Örf nedir? Onu da *Gökalp*'in tilmizlerinden biri tarif etmektedir: «Örf, vicdan-ı umuminin iyi gördüğü şeydir.»[69]

Gökalp örfün İslam hukukundaki önemli yerini belirtmekle başka delillere de başvurur. Ona göre Mâlikî mezhebinde büyük bir yer tutan «*amel-i ehl-i Medine*» Medine örfünden başka bir şey değildir. *Mâlik* Medine ahalisinin ictimai ananesini Sünnetin halk arasında münteşir bir şekli diyerek kaynak olarak kabul etmiştir.[70] *İmam-ı Azam*'ın istihsan delili de örfün tatbikatından başka bir şey değildir.[71] Örfün bu geniş kaynaklarından ihtiyaç giderilemediği zaman icma ve kıyasa müracaat edilmiştir.[72] Böylece örf, icma ve kıyastan daha önemli ve önde bulunan bir delil olarak ortaya çıkmaktadır.

Gökalp bütün bu izahları yaparken İslam hukukunun mefhum ve müesseselerine bağlı kalıp kalmadığına dikkat etmez. Zira böyle bir endişesi yoktur. İslam dinini nakli şeriat-ictimai şe-

66. K. 7/199.
67. Gökalp, «Aile ahlakı», *YM* 13/245.
68. Bizzat Gökalp böyle kabul etmektedir bk. «İctimai usul-i fıkh», *İM* 3/87.
69. Halim Sabit, «Örf-Ma'ruf», *İM* 10/311.
70. Gökalp, «İctimai usul-i fıkıh», *İM*, 3/85; keza bk. Heyd, *Türk Ulusçuluğun Temelleri*, 102.
71. Gökalp, «İctimai usul-i fıkıh», *İM* 3/85; keza bk. Heyd, *Türk Ulusçuluğunun Temelleri* 102.
72. Gökalp, «İctimai usul-i fıkıh», *İM*, 3/85.

riat diye kendisinden önce kimse ayırmadığı gibi, fıkhın kaynağı nas ve örfdür diye bir sözü de daha önce kimse söylememiştir. Esasen İslam hukukunda da bir delil olarak kabul edilen örfün hududunu *Gökalp* bütün diğer delilleri silecek ölçüde genişletmiş ve örfün ne olduğu hususunda açık bir fikir ileri sürmemiştir. İslamcılarla Türkçüler arasında büyük bir kavgayı başlatacak olan bu yazılarıyla *Gökalp*, İslam hukuku çerçevesinde kalır görünerek aklında olan her fikri bu çerçeveye sokmak istemiştir. Bunu yaparken de İslam hukukunun mefhum ve müesseselerini çarpıtmış, fakat bunu hissetmiş bile olsa aldırış etmemiştir. Cumhuriyetin kuruluş yıllarında ise bu dolambaçlı yolları bir tarafa atarak hukukta laikleşme hususundaki fikrini direkt olarak ortaya koymuştur.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi öncesinde *Gökalp*'in yukardaki yazılarını yazdığı dönemde, çok karılılık (taaddüd-i zevcat-poligami) hususunda Türkçülerle İslamcılar arasında basında şiddetli bir kavga kopmuştur. Enteresan olan nokta bu kavgada islamcı olan *Mansurizade Said*'in Türkçülerin tarafını tutarak onların mecmuası olan İslam Mecmuasında çok karılılığın aleyhine yazılar yazması ve hatta bu kavgayı Sebilürreşad yazarlarıyla bizzat onun başlatmasıdır.

Hukuk-ı Aile Kararnamesini hazırlayan komisyonda bulunması ve kanunun hazırlanmasında faal rol oynaması bakımından bizim için son derece önemil olan *Mansurizade Said*, çok karılılığın devrin şartlarına uymadığı, esasen İslam dininin bunu emretmemiş sadece müsade etmiş bulunduğu, yine bu hukuk çerçevesinde kalınarak bunun yasaklanabileceği ve yasaklanması gerektiği kanaatindedir.

Çok karılılığın yasaklanabilmesi için *Mansurizade Said* birbirine bağlı iki yol göstermektedir. Yazara göre şeriat ve kanun ayrı ayrı müesseselerdir. Devlet reisi şeriatın menetmediklerini kanun yoluyla menedebilir. Onun bu menedişi şeriat olmadığı için daha önceki cevaza ait hüküm neshedilmiş olmaz. Bu bir kanundur ve kanun yoluyla şeriatın menetmediklerini devlet reisi menedebilir.[73] Devlet reisi şeriatın menettiği şeyi emrederse şeriata muhalif hareket etmiş olur, fakat şeriatın menetmediğini mene-

73. Mansurizade Said, «Şeriat ve kanun» *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 8/604-605.

derse bu, şeriata uygun bir harekettir. Mesela nikah iki şahit huzurunda akdedilir. Şayet devlet reisi nikah hakimin huzurunda iki şahit hazır bulunarak akdedilir diye bir kanun vazederse bu, hakimin huzurunda akdedilmeyen nikahları —ki bunlar şeran muteberdir— yasak etmek demek olur ki bu şeriata uygundur.[74] Bunun hülefa-yı raşidin devrinde de tatbik edildiği görülmektedir. *Hz. Ömer* müellefe-i kuluba zekat verilmesini şeriatın menetmediğini meneden kanun vazetmek suretiyle menetmiştir.[75] O halde medeni kanunun mühim bir kısmını teşkil etmesi lazım gelen münakehatta da medeni ve zaruri ihtiyaçlara uygun bir şekilde *«velayet-i saltanatı hasebiyle»* devlet reisinin kayıtsız şartsız kanun vazetmeğe ve tadil etmeğe selahiyeti vardır.[76] Kaldı ki cevaz şerî bir hüküm değildir, ulu'l-emrin onda tasarruf selahiyeti vardır.

Mansurizade Said'in gösterdiği ikinci yol cevazın şerî hükümlerden olmadığıdır. Hanefi ve şafiî hukukçuların bazıları cevazın şerî hükümlerden olmadığını ileri sürmüşlerse de mezhep imamlarının tamamı ve fakihlerin çoğunluğu cevaz şerî hükümlerdendir demişlerdir.[77] Fakat *Mansurizade Said*'e göre şeriat nizam ve intizamı muhafaza maksadıyla vazedilmiş bir kanundan ibarettir. Kanun ise fiil ve hareketleri kayıt altına almak için vazolunur. Buna yarayan hükümler ise vücub ve hürmet gibi hükümlerdir. Cevaz ise fiil ve hareketin serbest oluşunu ifade eder, kayıt altına alıcı bir rolü yoktur. Binaenaleyh cevaz şerî hükümlerden değildir.[78] Kuranı Kerimde cevaza ait ayetler onların cevazlarını bildirmek için değil, başka bir maksada mebni nazil olmuşlardır. Çok karılılıkla ilgili ayet de dörtten fazlanın haram olduğunu bildirmek için nazil olmuştur, taaddüd-i zevcatın caiz olduğunu bildirmek için değil.[79]

Cevaz şerî hükümlerden olmayınca devlet reisinin onda dilediği gibi tasarruf selahiyeti vardır. Dolayısıyla şeriatın emir ve nehyine aykırı emirler ve yasaklar da bulunamaz ama caiz olan

74. Mansurizade Said, «Şeriat ve kanun», 6/533.
75. Mansurizade Said, «Şeriat ve kanun», 6/533.
76. Mansurizade Said, «Şeriat ve kanun», 6/535.
77. Mansurizade Said, «Cevazın ahkamı şer'iyyeden olmadığına dair», *İM* 10/295.
78. Mansurizade Said, agm 10/296.
79. Mansurizade Said, agm 10/297.

hususlarda yasaklama yetkisi vardır.[80] Çok evlilik ise İslâmiyette caiz olan bir iştir; hakkında emir ve yasak varid olmamıştır. Binaenaleyh devlet reisi taaddüd-i zevcatı tamamen yasaklayabildiği gibi, dilediği gibi kayıt altına da alabilir, bu hususta hiç bir mani yoktur.[81]

Esasen cevazı şerî hükümlerden saysak bile ulu'l-emrin caiz hususları kanun vazederek yasaklaması mümkünse de cevazı şerî hükümlerden kabul etmezsek daha kolay bir şekilde taaddüd-i zevcatın yasaklanabileceği aşikar olarak ortaya çıkar.[82]

Mansurizade, İslam hukukunu *Gökalp* gibi çok geniş bir yoruma tabi tutarak çarpıtmış değildir. O bazı İslam hukukçularının da kabul ettiği bir usulü kullanarak aile hukukunun günün ihtiyaçlarına uygun bir şekilde tanzim edileceği ve bu arada taaddüd-i zevcatın tamamen yasaklanmasının veya en azından kayıt altına alınmasının mümkün olacağı kanaatindedir.

c. İslamcılar

İslamcılar bu devrede görüşlerini bir aksiyon olarak değil bir reaksiyon olarak ortaya koymuşlardır, reaksiyonerdirler. Batıcıların ve Türkçülerin İslam dinine ve hukukuna aykırı gördükleri görüşlerini reddetmeyi vazife edinmişlerdir. Bu hususta *İzmirli İsmail Hakkı*'nın *Gökalp*'in ve *Mansurizade*'nin görüşlerine karşı çıkması, *Ahmed Naim*'in *Mansurizade*'nin taaddüd-i zevcat hakkındaki görüşlerine karşı çıkması iki önemli ve canlı misaldir.

İzmirli İsmail Hakkı önce *Gökalp*'e karşı çıkar. *İzmirli*'ye göre dini semavi kısım ve ictimai umdeler diye ikiye ayırıp ictimai umdelerin zamanla değişeceği görüşü yanlıştır. Külli hükümler ve şerî adetler değişmez, değişen cari adetlerdir, örf ve adetlere dayanan cüzi hükümlerdir, külli kaidelerin hadiseye tatbik cihetidir.[83]

80. Mansurizade Said, «Taaddüd-i zevcat İslamiyette men olunabilir», *İM* 8/236.
81. Mansurizade Said, «Taaddüd-i zevcat İslamiyette men olunabilir», *İM* 8/238.
82. Mansurizade Said, «Cevazın ahkam-ı şer'iyyeden olmadığına dair», *İM* 10/303.
83. İzmirli İsmail Hakkı, «İctimai usul-ı fıkha ihtiyaç var mı?», *SR* 298/214.

İzmirli, Gökalp'in örfü hudutsuz genişletmesine de karşı çıkar. Ona göre örf bir şerî delildir, fakat şerî delillerden sadece bir tanesidir. Kıyas ve icma gibi bir delildir. Bütün bunları içine alan ve bunlardan önce gelen bir delil değildir. Dolayısıyla şerî deliller sayılırken kitap, sünnet, icma ve kıyas veya nas, icma ve kıyas denilebilirse de şerî deliller nas ve örftür denilemez.[84] Bu denilemediği gibi nas bulunmadığı yerde örf nassın yerini tutar, şeriat nassa ne kadar önem vermişse örfe de o kadar önem vermiştir, nas ile örf aynı kuvveti haizdir de denemez. Diğer delilleri ihmal edecek tarzda örfe genişlik tanımak İslam hukukunda mümkün değildir.[85]

İzmirli'ye göre örfün ölçüsü de önemlidir. Örf ictimai vicdanın güzel gördüğü iş değildir. Ümmetin güzel gördüğünü şeriat güzel görmemişse o örf dinde muteber örf değildir.[86] O halde örfte şeriatın güzel ve çirkin görme ölçüsü esastır. Şeriata ve nassa muhalif olan örfün reddi şarttır.[87]

Amel-i ehl-i Medine'ye gelince *İmam Mâlik* Medine örfüne hiç bir zaman sünnet dememiştir, örfü esas almamıştır. *Malik*'in de esas ölçüsü sünnettir. Amel-i ehl-i Medine'yi o, sünnetin bir tatbikatı olarak görmektedir. Dolayısıyla *İmam Mâlik*'de aslolan amel değil sünnettir.[88] *İzmirli* istihsanın örfün bir tecellisi olduğunu da kabul etmemektedir.[89]

İzmirli İsmail Hakkı örf meselesinde daha ziyade *Gökalp*'e karşı çıkarken aynı mecmuada *Ahmed Naim, Mansurizade Said*'le taaddüd i zevcatın menedilip edilemeyeceği hususunda bir kalem kavgasına girmektedir.

Ahmed Naim'e göre caizde ulü'l-emrin tasarruf selahiyeti yoktur. O helalı haram, haramı helal kılamaz. Devlet reislerinin emir ve yasaklarına itaat şerî hükümlerin tatbikinde ve kendi

84. İzmirli, agm *SR* 298/211.
85. İzmirli İsmail Hakkı, «Örfün nazar-ı şeriattaki mevkii», *SR* 293/132.
86. İzmirli, «Örfün nazar-ı şeriattaki mevkii», *SR* 293/132.
87. İzmirli, agm *SR* 293/132.
88. İzmirli İsmail Hakkı «Amel-i ehl-i Medine», *SR* 294/137.
89. İzmirli İsmail Hakkı «İcma, kıyas ve istihsanın esasları», *SR* 295/154.

haklarına ait olan hususlardadır.[90] Devlet reisinin tasarrufu maslahata bağlıdır. Taaddüd-i zevcatı yasaklamakta ise hiç bir maslahat ve faide yoktur. Bilakis taaddüdi zevcatın müminlerin iffetli yaşamalarına ve çoğalmalarına yardımcı olmak gibi faydaları vardır. Bunu yasaklamak müminlerin azalmaları ve bazı haram yollara kapı açmak gibi kötülüklere sebep olur. Bu yüzden çok karılılığı yasak eden bir kanun vazetmek haramı kolaylaştıracağı için haramdır bile.[91] Esasen bugün memleketimizde devrin şartları icabı taaddüd-i zevcatı uyguluyanlar son derece azdır. Hal böyle iken onu tamamen menederek hükm-i ilahiyi menetmeye lüzum yoktur.[92] Onun yasaklanmasını isteyenleri bu yola sevkeden amil, apaçık görülmektedir ki frenklerin taaddüd-i zevcata itirazları korkusudur. Frenkler taaddüd-i zevcatı orta çağdan kalma bir vahşet kabul ediyorlar diye büyük bir korkuya kapılıyor, bundan kurtulmak için de herkesin bildiği bu müesseseyi inkar edip çıkıyorlar.[93]

Görülmektedir ki İslamcılar örfün keyfi yorumunu ve örf vesile edilerek ve İslam hukuku çerçevesinde kalınıyormuş intibaı verilerek İslam hukukunun yozlaştırılmasına karşı çıktıkları gibi, çok karılılığın yasaklanmasına da karşı çıkmaktadırlar.

B. BU FİKİRLERİN KARARNAMEDE OYNADIĞI ROL

Kararnamenin devrin üç hakim fikrine değişen nisbetler dahilinde yer veren telifçi bir karaktere sahip olduğu söylenebilir.[94] Fakat bunlardan hangisi kararnamede hakim rolü oynamıştır?

İhzar-ı kavanin komisyonlarına ait talimatnamenin birinci maddesinde: «*Komisyonlar deruhde eyledikleri vazifenin icrasında muamelât-ı nasa erfak ve ihtiyacât-ı zamana evfak ve bilhassa memleketin terakkiyât-ı iktisadiyesine hadim ahkam vazına sarf-ı mesai edilecek ve husul-i maksad için ahkam-ı fıkhıye ve hukukiyemizden ve gerek milel-i sairece kabul ve tatbik edilmiş esasât-*

90. Ahmed Naim, «Taaddüd-i zevcat İslamiyette men olunabilir mi?» *SR* 298/219.
91. Ahmed Naim, «L'il-Bâtıl salve sümme yadmehill», *SR* 304/313.
92. Ahmed Naim, «Taaddüd-i zevcat İslamiyette men olunabilir mi?», *SR* 298/221.
93. Ahmed Naim, aynı makale, *SR* 298/217.
94. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 261.

tan istifade edilecektir.»[95] denilmektedir. Buradan ilk bakışta komisyonun telifçi bir yol izleyeceği anlaşılmaktaysa da devrin adliye nazırı vekili ve daha sonra da adliye vekili olan *Halil Bey*'in 22 Mayıs 1916 da komisyonlar huzurunda yaptığı konuşma meseleye biraz daha açıklık getirmektedir: «*Muamelâta müteallik kavaninin, istinad ettiği kavanin-i müştereke yekdiğere takrib edilerek izah ettiğim veçhile mehma emken bir hukuk-ı umumiye-i medeniyye tahassul eylemiş ise de, hukuk-ı aileye taalluk eden ahkamda her millet kendi esasâtına ve ananesine sadık kalmıştır. Biz de tabii bu hususta ahkam-ı esasiyemize merbut kalacağız.*»[96] Buradan anlaşıldığına göre «*milel-i saire esasâtından*» istifade daha ziyade kanun-i medeni komisyonu için sözkonusudur, hukuk-ı aile komisyonu kendi usullerimize ve ananemize sadık kalacaktır.

Bu durumda Avrupa hukukunun bizim için kapısı açık bir hazine gibi durduğunu söyleyen Batıcıların tesirinin diğer iki guruba nisbetle çok daha sınırlı olduğu söylenebilir. Gerçi *Celal Nuri*'nin bazı görüşlerinin kararnameye aksettiği görülmektedir; nikah ve talak kayıtlarını kararname biraz daha intizam altına almıştır. Çok karılılığı sınırlandırma yolunda bazı adımlar atılmıştır, kadınlara kazai boşanma hakkı tanınmıştır. Fakat bütün bunlarda Batıcıların tesirinden ziyade, şartların kanun yapıcılarını bu noktaya getirmesi başlıca rölü oynamıştır. Evlenmenin daha önceden ilanı, çok karılılığın sınırlandırılması gibi neticelerde ise Batıcılarla Türkçülerin müşterek tesirlerinden söz edilebilir. Netice olarak Batıcıların istekleri İslam hukukuyla uyuştuğu ölçüde kararnameye aksetme imkanı bulmuştur. *Celal Nuri*'nin kocanın boşanma hakkını sınırlayan, kadına mehrin haricinde tazminat da ödenmesini isteyen teklifleri muhtemelen İslam hukukuyla uyuşmadığı düşüncesiyle dikkate alınmamıştır.

Türkçülere gelince onlar kararnamenin hazırlanmasında büyük bir rol oynamışlardır.[97] Onların ısrarlı gayretleri olmasaydı kararname harbin dertleriyle bunalmış Osmanlı devletinde gün ışığına çıkmazdı.[98] 1917 ye tekaddüm eden yıllarda kendi neşir organlarındaki yazılarıyla *Gökalp* ve arkadaşları böyle bir kanu-

95. *CA* XII/149, s. 67.
96. *CA* XII/149, s. 66-67.
97. Tarık Zafer Tunaya, *İslamcılık Cereyanı*, İst. 1962, s. 103.
98. Eisenman, 36.

nun hazırlanmasına gerekli zemini hazırlamışlardı. 1917 Sonbaharında da yine *Gökalp* iktidar partisi olan İttihat ve Terakkinin kongresine medreselerin kapanması, şeyhulislamlığın lağvı vakıflar müessesesinde ve aile hukuku sahasında köklü islahat yapılmasını isteyen yeni bir muhtıra sunmuştu.[99] Esasen kararnamenin neşri de bu tarihlere rastlar.

Şüphesiz hazırlanmasında bu kadar rol oynadıkları kararnamenin muhtevasında da rolleri olmuştur. Fakat onların istekleri göz önüne alınırsa yine de oynadıkları rol sınırlı olmuştur denebilir. Bir defa, *Gökalp*'in örfün sahasını sınırsız olarak genişletmesinin izlerini kararnamede bulmak zordur. Her ne kadar adliye nazırı vekili *Halil Bey* ihzar-ı kavanin komisyonları önünde yaptığı konuşmada[100] örf ve adetin önemi ve değeri üzerinde durmuşsa da örfün, bir başka ifadeyle zamanın icabatının öngördüğü değişiklikler yine İslam hukuku çerçevesi içerisinde kalınarak ama bu defa diğer mezheplerden de istifade edilerek kararnameye dahil edilmiştir.

Nikah akitlerine devletin müdahelesinin kararname ile daha açık ve tesirli bir şekilde sağlanmış olmasını bazı yazarlar *Gökalp*'in kararname üzerindeki tesirine bağlarlar.[101] Burada belirli ölçüde *Gökalp*'in de tesiri olmuş olabilir. Fakat nikah akdinde devletin kontrol ve müdahelesini temin eden maddelerin kararnameye sadece *Gökalp*'in tesiriyle dahil edildiğini söylemek, Osmanlı hukuk tarihinde daha önce meydana gelen bir dizi gelişmeyi görmemek olur. Daha önce bu sahada herhangi bir gelişme olmasaydı, kadı izninin nikahlarda temini uğrunda yapılan mücadeler, sicill-i nüfus nizamnameleriyle bu sahayı tanzim gayretleri bulunmasaydı o zaman bu yeniliklerin *Gökalp*'in tesiriyle kararnameye dahil olduğu ileri sürülebilirdi. Kararname ile getirilen tedbirlerin daha tesirli hale getirilmesinde *Gökalp*'in cüzi tesirinden söz edilebilir. Fakat geçmişteki hukuki ananenin ve başlamış olan bir dizi tekamülün de kanun koyucuları bu noktaya getirmiş olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Kararname ile getirilen tedbirler içerisinde evliliğin önceden ilanında bir yabancı tesir —bu *Gökalp* vasıtasıyla da olabilir— düşünülmelidir.

99. Heyd, *Türk Ulusçuluğunun Temelleri*, 42 ve 106.
100. Bu konuşmanın tam metni için bk. *CA* XII/149 s. 65 v.d.
101. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 29-30; Jaschke, «Evlenme akdinin şekli», 1137; Heyd, *Türk Ulusçuluğunun Temelleri*, 112.

Kararnamede yer alan *«aile meclisi»* fikrinde de *Gökalp*'in tesirleri görülebilir. Gerçi burada Malikî mezhebinden istifade edilmişse de bu hükmün kararnameye sokulması muhtemelen *Gökalp*'in tesiriyledir.[102] Kısa süren tatbikatı içerisinde bu aile meclisi müessesesinin iyi işleyip işlemediği, ihtiyaçlara cevap verip veremediği, üzerinde durulması gereken önemli bir konudur.

Çok evlilik hususundaki hükümlerde de Batıcıların yanında ve daha büyük bir nisbet dahilinde Türkçülerin tesiri vardır.[103] Bu meselede Türkçülerin tarafını tutan *Mansurizade Said*'in kararnameyi hazırlayan heyette yer alması, bu tesiri daha da kolaylaştırmıştır. Fakat *Mansurizade*'nin tesiri yine de sınırlı kalmıştır. Zira *Mansurizade* cevazda sultanın tasarruf selahiyeti bulunduğunu, buna dayanarak çok karılılığı menetmesinin veya belli kayıtlar altına almasının mümkün olduğunu ve böyle yapılması gerektiğini ileri sürmekteydi. Kararnamede bu yollara gidilmemiştir. Poligami yine serbesttir. Sadece nikah akdi esnasında tek karılılığın şart olarak ileri sürülmesi ve riayet edilmediğinde kadına boşanma hakkının tanınması kabul edilmiştir. Burada dolaylı bir sınırlama sözkonusudur. Neden bu dolaylı yola gidilmiştir? Monogaminin ateşli bir taraftarı olan *Mansurizade* poligaminin doğrudan menini kararnameye sokmaya çalışmıştır. Kararname için komisyon tarafından kaleme alınan esbab-ı mucibe mazbatasında üyelerden bazısının —bu *Mansurizade Said'dir*— cevazda sultanın men yetkisinin bulunduğunu, dolayısıyla caiz kabul edilen noktalarda sultanın bu yetkiyi kullanıp yasaklamalar getirebileceğini ileri sürdüğünü, fakat diğer üyeler tarafından böyle indi delillere dayanarak layıha hazırlanırsa irade-i seniyyeye iktiran etmiyeceği ve esasen hukuk-ı ailede esasat-ı fıkhıyyeye bağlı kalınmasının komisyondan istendiği düşüncesiyle bu görüşün kabul edilmediği, sırf bu usulle yasaklamalara gidilmediği belirtilmektedir.[104] Anlaşıldığına göre ya *Ahmed Naim*'in söylediği gibi poligaminin cemiyette tatbikatı çok az olduğu için böyle üzerine daha çok yıldırım çekecek bir yola gidilmeye lüzum hissedilmemiş veya devrin şartları içerisinde ve sultan tarafından benimsenmiyeceği korkusuyla bu yola gidilmeye cesaret edilememiştir.

102. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 30; Jaschke, «Evlenme akdinin şekli», 1137.
103. Jaschke, «Evlenme akdinin şekli», 1137.
104. *CA*, sy. (162-167), s. 951.

Çıktığı şekliyle dahi bazı İslamcılar tarafından ağır tenkitlere hedef olan kararname, poligamiyi tamamen yasaklasaydı üzerine daha da yıldırımlar çekeceği şüphesizdi. Bütün bunlara rağmen poligaminin bu şekilde de olsa sınırlandırılması Türkçülerin gayretiyledir.

İslamcıların durumuna gelince onların kararnamede en hakim rolü oynadıklarını söylemek yanlış olmaz. Fındıkoğlu'nun ifadesiyle «*yalnız bu mahsül içerisinde mefkure veya vakıa gibi düşünülen İslamın ağır bastığı çok aşikar olarak görülecektir.*»[105]

Bir defa bütünü itibariyle kararnamede İslam hukukundan ayrılınmamıştır. İhtiyaç duyulan hususlarda başka mezheplerden istifade edilmiştir, fakat daima İslam hukuku çerçevesi içerisinde kalınmıştır.

Esasen aile hukuku gibi bir sahada o devirde Batıcıların ve bir kısım Türkçülerin istediği istikamette radikal bir değişiklik yapmaya imkan yoktu. Kararname Meşrutiyet devrinin ruhunu bünyesinde taşımakta, bir taraftan yeniye yönelirken diğer taraftan eskiye göz kapamamaktadır.[106] Esasen kararname bu şekliyle bile çok tenkitlere uğrayacağı ve meclislerden geçmiyeceği endişesiyle muvakkat bir kanun olarak çıkarılmıştı. Sonra komisyon başkanı Mahmud Esad samimi bir İslam hukuku taraftarı ve samimi bir İslamcı idi. Bu yüzdendir ki gerek komisyonun yapısı icabı ve gerekse günün şartları gereği İslamcıların görüşleri daha ağır basmış, İslam hukuku çerçevesinden çıkılmamıştır.

105. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 248-249.
106. Fındıkoğlu, «Aile hukukumuzun tedvini meselesi», 735-736.

V. KARARNAMENİN SİSTEMİ ve TEKNİĞİ

Kararname münakehât (evlenme) ve müfarakât (boşanma) diye iki kitaptan meydana gelmiştir. Birinci kitap altı bab, onbeş fasıl ve yüzbir maddeden ibarettir. İkinci kitap ise üç bab, beş fasıl ve eli altı maddeden ibarettir. Böylece kararnamenin tamamı yüz elli yedi maddeden ibaret olmaktadır. Kararnamenin bab ve fasıllardan meydana gelen planı şu şekildedir:

Kitab-ı Evvel:	**Münakehat Hakkındadır**	**Md.**
I. Bab 1. Fasıl:	Nişanlanmak hakkındadır	1-3
2. » :	Ehliyet-i nikah hakkındadır	4-12
II. Bab 1. Fasıl:	Nikahı memnu olanlar hakkındadır	13-19
2. » :	Museviler hakkında nikahı memnu olanlara mütedairdir	20-26
3. » :	İseviler hakkında nikahı memnu olanlara mütedairdir	27-32
III. Bab 1. Fasıl:	Nikahın akdi hakkındadır	33-39
2. » :	İseviler hakkında nikahın akdine dairdir	40-44
3. » :	Kefaet hakkındadır	45-51
IV. Bab 1. Fasıl:	Nikahın fesat ve butlanı hakkındadır	52-58
2. » :	Musevilere müteallik nikahın fesat ve butlanı hakkındadır	59-62
3. » :	İsevilere müteallik nikahın fesat ve butlanı hakkındadır	63-68
V. Bab 1. Fasıl:	Nikahın ahkamı beyanındadır	69-77
2. » :	İsevilere müteallik nikahın ahkamına mütedairdir	78-79
VI. Bab 1. Fasıl:	Mehir hakkındadır	80-91
2. » :	Nafaka hakkındadır	92-101

Kitab-ı Sani: Müfarakât Hakkındadır

I. Bab	1. Fasıl:	Ahkam-ı umumiyye	102-110
	2. » :	Talak-ı ric'i ve bâin hakkındadır	111-118
	3. » :	Hıyar-ı tefrik hakkındadır	119-131
II. Bab	1. Fasıl:	İsevilerin mufarakatı beyanındadır	132-138
III. Bab	1. Fasıl:	İddet hakkındadır	139-149
	2. » :	Mu'teddenin nafakası hakkındadır	150-154
		Mevadd-ı şetta	155-157

Kararnamenin umumi planında göze çarpan ilk nokta Museviler ve İseviler hakkında ayrı hükümlerin getirilmiş olmasıdır. Bu, bugünkü hukukun ana prensiplerinden biri olan hukuk birliği prensibine aykırı ise de bu durum aile hukuklarının dini karakterleri ve imparatorlukların heterojen yapıları sebebiyle bir ölçüde haklılık kazanmaktadır. Nitekim 1883 tarihli Rusya Medeni Kanunu da farklı mezheplere farklı hükümler getirmiştir.[107]

Kararnamede maddeler oldukça başarılı bir kanun tekniği ile kaleme alınmıştır; kısa, özlü ve anlaşılır bir durumdadır. Bazı maddelerin birleşik yazılmaları pekala mümkün ve gerekli iken muhtemelen daha kolay anlaşılmaları ve tereddüde meydan vermemeleri için ayrı ayrı maddeler halinde kaleme alınmıştır. Ayrıca bazı maddeler eksik kaleme alınmıştır; ihtiva etmesi gereken bütün hükümleri ihtiva etmemektedir. Bu kanunda bazı boşlukların doğmasına sebep olmuştur.

Kararnamede bab ve madde başlıkları bulunmadığı halde, kitap ve fasıl başlıkları bulunmaktadır.

107. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 34.

VI. HÜKÜMLERİNİN GENEL BİR TAHLİLİ

A. NİŞANLANMA

Kararname aile hukukuna nişanlılığı tanzimle başlar. Kararnameye göre nişanlılıkla nikah akdedilmiş olmaz.[108] Nişan bozulduğunda mehre mahsuben verilenler mevcutsa aynen, telef olmuşsa bedel olarak geri alınır. Hediyeler hibe hükümlerine tabidir; mevcutsa geri alınır, telef olmuşsa veya hediye edilenin mülkünden çıkmışsa artık geri alınamaz.[109]

Bazı yazarlar İslam ve Türk hukukunda nişanlılık müessesesini ilk defa bu kararnamenin düzenlediğini iddia etmişlerdir.[110] Kararnamenin nişanlılık kelimesini ilk defa kullandığı doğrudur, fakat bu ad altında tanzim ettiği hükümler İslam hukukunda zaten var olan «*hıtbe*» müessesesinin hükümleridir. Hıtbe ile nişanlılığın aynı şey olup olmadığı tartışılabilir. Netice ne olursa olsun kararname nişanlılık adı altında söz kesme de diyebileceğimiz hıtbeyi tanzim etmiştir. Esasen ikinci madde açıkça söz kesmeden bahsetmektedir. O halde kararname İslam hukukunda olmayan bir müesseseyi ilk defa kabul etmiş ve düzenlemiş değildir. Haddı zatında var olan bir müesseseyi tanzim etmiştir.

Kararname nişanın bozulması durumunda mehir ve hediyelerin tabi olacağı hükümleri açıklamıştır ama maddi ve manevi tazminattan hiç bahsetmemiştir. Bu yüzden nişanın bozulması durumunda kararnamenin açıkça veya zımnen tazminat hakkı tanıdığı ileri sürülemez.[111] Kararname bu hususta tamamen meskuttur.

108. HAK, md. 1.
109. HAK, md. 2.
110. Cin, *Evlenme*, 293-294; Ünal, 226.
111. Çandarlı, 89 da açıkca kararnamenin bu hakkı tanıdığından bahsetmekte ve delil olarak İzmir şeriye mahkemesinin verdiği bir kararı zikretmektedir. Cin de *Evlenme*, 294 de Çandarlı'nın naklettiği mahkeme kararına dayanarak kararnamenin bu hakkı zımnen kabul ettiğini ileri sürmektedir. Halbuki İzmir mahkemesi-

Muhtemelen meselenin hallini kazaî ve ilmî içtihatlara bırakmıştır.[112]

B. NİKAH EHLİYETİ

Bu fasılda nikah ehliyeti tanzim edilmekte, Hanefî mezhebinin haricindeki mezheplerden de istifade edilerek bu konuda oldukça yeni hükümler getirilmektedir. Şimdi bunları guruplar halinde görelim.

a. Akıl-Baliğ Olan Erkek ve Kızların Evlenmesi

Kararname bunları da erkeklerde 18 kızlarda 17 yaşını bitirenler ve bitirmiyenler olarak ikiye ayırmaktadır.

aa. 18-17 Yaşını Bitiren Erkek ve Kızlar: Nikah ehliyetine sahip olmak için erkeklerin 18 kızların 17 yaşını bitirmiş olmaları şarttır.[113] Kararname bu hükmüyle Mecelledeki akitlere ehliyetle, nikah akdine ehliyeti birbirinden ayırmıştır. Hanefî mezhebinde büluğ yaşının sonu *Ebû Yûsuf* ve *Muhammed*'e göre erkek ve kızlarda 15, *Ebû Hanîfe*'ye göre erkeklerde 18 kızlarda 17 dir. Mecelle 986. maddesinde *Ebû Yûsuf* ve *Muhammed*'in görüşünü kabul ederek 15 yaşına ulaşanları baliğ ve akitlerini muteber saymıştır. Kararnameyi hazırlayanlar ise memleket şartları bakımından nikaha ehliyet için 15 yaşına kafi görmüyerek *İbn Abbâs* ve *Ebû Hanîfe*'nin görüşünü kabul etmiş ve erkeklerde 18 kızlarda 17 yaş sınırını getirmiştir.[114] Esasen bugün diğer bazı medeni kanunlarda da aynı yol takip edilerek diğer akitlerle nikah akdine ehliyet yaşları farklı kabul edilmiştir.[115]

nin 20 Nisan 1917 tarihli Çandarlı'nın naklettiği kararı kararnamenin neşrinden öncesine rastlamaktadır. Kararnamenin neşrinden önce verilmiş bulunan bu mahkeme kararına dayanarak kararnamenin açıkca veya zımnen tazminat hakkı tanıdığı tabiatıyla ileri sürülemez. Esasen kararda kararnameye değil açıkca Mecelleye atıf vardır.

112. Muasır İslam hukukçuları İslam hukukunun umumi prensiplerinden hareketle bazı şartlarla bu tazminatı kabul etmektedirler. Karaman, 241 Kararnameye dayanmamakla birlikte Çandarlı'nın s. 89 da naklettiği mahkeme kararı bu hususta tipik bir misaldir.
113. HAK, md. 4.
114. HAK-EML, bk. s. 270.
115. Medeni Kanunda rüşd yaşı erkek ve kadın için 18 olduğu halde (md. 11) evlenmeye ehliyet yaşı erkeklerde 17, kızlarda 15

Kararname nikah ehliyetine sahip erkek ve kızlar arasında da bir ayırım yapmıştır. Nikah ehliyetine sahip olan erkekler diledikleri gibi evlenebildikleri halde, kızlar sözkonusu olduklarında, hakim durumu kızın velisine bildirmekte ve bir itirazının olup olmadığını sormaktadır. Velinin itirazı bulunmaz veya varid görülmezse nikaha izin verilmektedir.[116] Burada velinin itirazının olup olmadığının sorulmasını velinin izniyle karıştırmamak gerekir. Veliye burada erkeğin kızına denk olup olmadığı sorulacaktır. Veli itirazını yalnız bu hususta yapabilir. Esasen kendi rızası olmadan kızı evlenirse, evlendikten sonra bile damadının kızına denk (küfüv) olmadığını ileri sürerek nikahın feshini talep edebilir. Kararname evlilik gerçekleştikten sonra erkeğin küfüv olmadığı gerekçesiyle yuvanın yıkılmasını mahzurlu gördüğü için, Malikî mezhebinden istifade ederek nikahdan önce velinin bir diyeceği olup olmadığını sorma yoluna gitmiştir.[117] Aksi halde evliliğe velinin kefaet noktasından bir itirazı yoksa, diğer noktalarda izin ve rızası gerekmemektedir.[118] Böylece burada velinin iznini de şart koşan ve Osmanlı devletinde uzun müddet tatbik edilen *İ. Muhammed*'in görüşü terkedimliş olmaktadır.

bb. 18-17 Yaşına Ulaşmamış Erkek ve Kızlar: Kararnameye göre 18 yaşına ulaşmamış erkekler ve 17 yaşına ulaşmamış kızlar büluğa erdiklerini iddia ederek evlenmek için müracaat ederlerse, hakim durumları mütehammil ise evlenmelerine müsade edebilir.[119] Yalnız kızlarda velilerinin izinleri de şart koşulmuştur. Böylece 17 yaşından önce büluğ iddiası durumunda yine *Muhammed*'in görüşü kabul edilerek kızın rızası yanında velinin de izni istenmektedir.

dir (md. 88). Geniş bilgi için bk. Velidedeoğlu, *Aile Hukuku*, 53-54.

116. HAK, md. 8.

117. HAK-EML, bk. s. 272.

118. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 36 da erkek ve kızların yaşları ne olursa olsun ailelerinin rızalarını almadan evlenemezler demektedir ki doğru değildir. 18 yaşını bitiren erkek ve 17 yaşını bitiren kızlar diledikleri gibi evlenebilirler. Yalnız kızlarda veliye kefaet noktasında itirazı olup olmadığı sorulur. 47. madde de esasen bu görüşü doğrular niteliktedir; velisini gizleyerek evlenen kebîrenin nikahı ancak kefaet noktasından itiraza konu olabilmektedir.

119. HAK, md. 5-6; Bouvat s. 7 de hakimin bu şekilde yalnız bir tarafa izin verebileceğini, iki tarafın da kabul edilen evlenme ya-

Kararname İslam hukukundaki hakim görüşe bir yenilik olarak evlenmeye bir de alt sınır getirmiştir. Buna göre 12 yaşını bitirmemiş erkek ile 9 yaşını bitirmemiş olan kız çocukları hiç kimse tarafından evlendirilemezler.[120] Halbuki hakim görüşe göre velilerin küçükleri evlendirme yetkileri sınırsızdır. Öngörülen 12 ve 9 yaş sınırı sadece zifaf için aranmaktadır. *İbn Şübrüme* ve *Ebû Bekir el-Esam* ise, çocuklar üzerindeki velayetin onların menfaati üzerine bina edildiği, büluğdan önce evlendirmede ise bir menfaat olamıyacağı için çocukların büluğdan önce evlendirilmelerinin caiz olmadığını ileri sürmektedir. Kanunu hazırlayanlar bu görüşü devrin ihtiyaçlarına daha uygun bulmuşlardır.[121] Hanefîlerde büluğ başlangıcı erkeklerde 12 kızlarda 9 kabul edildiği için, bu yaşlardan önce velileri tarafından kız ve erkek çocukların evlendirilmesi kabul edilmemiştir.

b. Akıl Hastalarının Evlenmesi

Hanefî mezhebinde akıl hastalarının velileri tarafından evlendirilmeleri mümkündür. Kararname ise akıl hastalarının bir zaruret olmadıkça evlendirilmemeleri esasını getirmiştir. Zaruret durumunda ise bunlar ancak hakimin izniyle velileri tarafından evlendirilmektedir.[122] Bu hususta Şafiî mezhebinden istifade edilmiştir.[123] Evliliği haklı gösterecek zaruretlerin neler olduğu hususunda açıklık yoktur, bunu hakim takdir edecektir. Doktrinde daha ziyade evlilik sebebiyle şifa ümidi üzerinde durulmaktadır.[124] Tatbikatta akıl hastası kadının hamile olması da evliliği gerektirici bir zaruret olarak kabul edilmiştir.[125]

Kararname bu hususta nikahda söz sahibi velileri de saymaktadır. Bunlar binefsihi asabe olan velilerdir[126] Kararname bu

şından (18-17) küçük olması durumunda, her iki tarafa birden evlenme iznini veremiyeceğini söylemektedir ki kararnamede buna delalet eden bir hüküm yoktur.

120. HAK, md. 7.
121. HAK-EML, bk. s. 271.
122. HAK, md. 9.
123. HAK-EML, bk. s. 272.
124. Hussami, 81.
125. Çandarlı, s. 90 da naklettiği bir kararda 20 yaşında akıl hastası bir kadının hamile olması neticesinde mahkeme tarafından evlenmelerine izin verildiğini zikretmektedir.
126. HAK, md. 10.

hususta *İ. Muhammed*'in görüşünü kabul ederek Hanefî mezhebinin o zamana kadar müftabih olan görüşünden ayrılmıştır.[127] Hanefîlerde binefsihi asabe velilerin yanında çok geniş bir zümrenin daha velayet hakkı bulunmaktadır.

C. NİKAHI YASAK OLANLAR

Bu bölümde nikahı yasak olanlar sayılmıştır. Nikahı yasak olanlar üzerinde mezheplerin umumiyetle ittifakı vardır. Bu fasıl da nikahı ebediyyen yasak olanlar teker teker sayılmış, sadece zina konusunda Şafiî mezhebine uyulmuştur. Hanefîlerde zina da hürmet-i musaharayı vücuda getirir; kişi zina ettiği kimsenin usul ve füruu ile evlenemez. Şafiîlerde ise zina bu hürmeti doğurmaz, zira hürmet-i musahara bir nimettir, kişi bu nimete haram yolla ulaşamaz. İsbat güçlüğü de esasen bu yolun işlemesine manidir.[128]

Nikahı muvakkaten haram olanlardan üç zümre, muhtemelen işlerliği kalmadığı düşüncesiyle kararnameye dercedilmemiştir. Kararnamenin hazırlandığı devirde kölelik-cariyelik hemen hemen tamamen kalktığı için, kişinin mülkünde olan cariyeyi nikahlaması ve hür karısı üzerine cariyeyi nikahlaması hakkındaki muvakkat evlenme yasakları bu fasılda zikredilmemiştir. Ayrıca liândan doğan evlenme yasağıda bu fasılda zikredilmemiştir. Aynı şekilde din farkı da artık Osmanlı devletinde musavi ve hıristiyanlardan başka diğer dinlere mensub olanlar bulunmadığı için burada evlenme yasağı olarak sayılmamıştır. Bir müslüman kadının gayr-ı müslim bir erkekle evlenmesinin batıl olduğu ise bir başka fasılda zikredilmiştir.[129]

Başkasının nikahlısını veya muteddesini nikahlamanın yasak olduğunun kararnamede zikredilmesinin yanında[130] kararname ile aynı tarihte kabul ve neşredilen Ceza Kanununun 200. maddesinin 19 Rebiulevvel 1332 tarihli zeyl-i sanisini muaddil kararname[131] ile de başkasının nikahında bulunan bir kadınla bilerek evlenen, böyle bir nikahta vekillik veya şahitlik yapanlar veya böyle

127. HAK-EML, bk. s. 273.
128. HAK-EML, bk. s. 273.
129. HAK, md. 58.
130. HAK, md. 13.
131. *Cİ*, 34/1021-1022.

bir nikahı bilerek akdedenler hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası getirilmiştir.

D. NİKAH AKDİ

Bu bölümdeki hükümleri üç bölümde incelememiz mümkündür.

a. Nikahın Akdi ve Devletin Rolü

Osmanlı devletinin, başlangıcından beri evlenme işlerine bigane kalmadığı, nikahların umumiyetle kadıların kontrolünde veya kadılar tarafından kıyıldığı bilinmektedir. Son devirlerde zayıflayan bu sistem Tanzimattan sonra tekrar islah edilmiş, Sicill-i Nüfus Nizamnameleri ve Sicill-i Nüfus Kanunuyla bu saha tekrar tanzim edilerek devletin bu sahadaki kontrolü arttırılmıştır. Kararname ile getirilen esaslarla da bu saha daha sağlam bir şekilde tanzim edilmiş, imparatorluk dahilinde kıyılan nikahların tamamının devlet kontrolünde kıyılmasının teminine çalışılmıştır.

Kararname bu hususta iki önemli esas getirmektedir. Birincisi nikahtan evvel keyfiyetin ilan edilmesi,[132] diğeri de nikah akdi esnasında taraflardan birinin ikametgahı hakiminin veya bunun özel bir izinname ile izinli kıldığı vekilinin hazır bulunması ve nikah akidnamesini tanzim ve tescil etmesidir.[133] Nikahın ilan edilmesi İslam hukukunda da sünnet kabul edilmiştir. Hatta nikahın camide akdedilmesi mendup kabul edilmiştir. Fakat Sebilürreşad yazarlarından *Sadrettin*'in de isabetle belirttiği gibi[134] sünnet olan ilan düğün sırasında evliliğin etrafa duyurulması ve kutlanması ilanıdır. Şüphesiz taraflar arasında bir evlilik manii varsa evliliğin düğünle ilanı sırasında bunu bilen kimse bunu ortaya koyacak ve evliliğe mani olabilecektir. Kararnamede öngörülen ilan ise evlilikten önce evliliğe mani bir sebebin bulunup bulunmadığını öğrenmek için[135] mahkemece yapılan resmi bir duyurmadır.

Şimdi gerek kararname hükümleri ve gerekse kararnameden kısa bir müddet sonrada hazırlanarak yürürlüğe giren 6 Rebiula-

132. HAK, md. 33.
133. HAK, md. 37.
134. Sadreddin, «Hukuk-ı Aile ve Usul-i Muhakemat-ı Şer'iyye kararnameleri hakkında», *SR*, 386/386-387.
135. Cin, *Evlenme*, 299.

hır 1336 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesine Müteallik Muamelat-ı İdariye Hakkında Nizamnameyi[136] göz önüne alarak evlenecek kimselerin takip etmeleri gereken usulü şu şekilde özetleyebiliriz:

Evlenmek isteyen kimseler önce bulundukları mahalle ve köy ihtiyar heyetlerinden birer nüsha nikah ilmühaberi alacaklardır. Bu ilmühaberde tarafların ahval-i şahsiyelerine ait bilgiler yer alacaktır. Ayrıca tarafların nikah ehliyetlerinin bulunup bulunmadığı, nikaha mani hallerinin bilinip bilinmediği, biliniyorsa neden ibaret olduğu, tarafların yaş ve mezheplerine göre velilerinin iznine ihtiyaç bulunup bulunmadığı da bu ilmühaberde belirtilecektir. Alınan bu ilmühaberler nüfus kağıtlarıyla birlikte taraflardan birinin ikametgahı hakimine verilir. Tarafların nikah ehliyetleri bulunmaz veya nikaha mani bir halleri bulunursa evlenme talepleri reddolunur. İlmühaberde velinin adem-i muvafakatı belirtilmişse, mahkeme itiraz sebeplerini bildirmek üzere veliyi mahkemeye davet eder. Mahkemece nikah evrakının tamam olduğu, evliliğe mani bir durumun olmadığı ve nüfus kayıtlarının sicill-i nüfus kaydına uygun olduğu anlaşıldıktan sonra keyfiyet ilan olunur. Nikaha itirazları olanların on gün zarfında mahkemeye müracaatları istenir. Taraflardan birisi başka bir mahkemenin kaza dairesinde oturuyorsa durum orada da ilan edilir. İlan mahkemenin divanhanesine ve insanların uğrak yerlerine asılarak yapılır. Lüzum görülürse gazete ile de ilan edilir. Gerek ilandan önce veli tarafından, gerek ilandan sonra üçüncü şahıslar tarafından yapılan itirazlar ve tarafların bunlara verdiği cevap ve ibraz ettiği deliller mahkemece değerlendirilerek bir karara varılır. Mahkemece nikahın kıyılabileceğine karar verildiği takdirde mahkemede veya başka bir mahalde nikahları akdolunur. Şu kadar var ki nikah mahkemeden başka bir yerde kıyıldığı takdirde, mahkeme veya nüfus daireleri müstahdemini, mektep muallimleri, mahalle imam ve muhtarları gibi, resmi bir sıfatı haiz olanlardan ve muteberan-ı ahaliden bir zat hususi bir izinname ile mahkeme tarafından nikahda bulunmak üzere vekil tayin edilir. Nikah meclisinde hazır buulnan hakim veya naibi bir akidname tanzim eder. Bu akidnamede tarafların ve şahitlerin isim ve şöhretleri gibi mutad kayıtlardan başka tesbit edilen mehrin miktarı, akit sırasında ileri sürülen şartlar da yazıldığı gibi, taraflar arasında başka bir

136. Nizamname metni için bk. *Cİ* sy. 35.

mukavele de varsa o da akidnameye raptedilerek altı hazır olanlar tarafından imza edilir.[137]

Burada halledilmesi gereken önemli bir mesele nikahın ne zaman akdedilmiş sayılacağıdır. İcab ve kabulün söylendiği anda mı yoksa akidnamenin tanzim edilip taraflarca imza edildiği anda mı? Akidnamenin tanziminin ve taraflarca imzalanmasının akdin özüyle ilgisi yoktur. Akid 35. maddede de sarahetle belirtildiği gibi tarafların veya vekillerinin icab ve kabullerini ifade ettikleri an akdedilmiş kabul edilir.[138] Bu bakımdan icab ve kabulden sonra ve fakat akidnamenin tanziminden önce taraflardan birisi ölse, bu ölüm normal bir evlilikte meydana gelen ölümün doğuracağı sonuçları doğurur.

Bütün bu formalitelere uyulmaksızın akdedilen nikahların akibetine gelince, bu usullere uyulmadan akdedilen nikahlar da geçerlidir.[139] Sadece ceza kanununda yapılan değişiklikle, koca, varsa tarafların vekilleri bir aydan altı aya kadar, şahitler bir haftadan bir aya kadar, bu usullere riayet etmeyen hakim veya naibi ve selahiyeti olmaksızın nikah kıyan imamlar bir aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadırlar.[140]

b. Taraflar, Nikah Lafızları ve Şahitler

Kararnameye göre nikah, nikah meclisinde tarafların veya vekillerinin icab ve kabulleriyle akdolunur.[141] Kararname bu hükmüyle açıkça ifade etmese bile, İslam hukukunda kabul edilmiş olan birkaç evlenme şeklini yürürlükten kaldırmış olmaktadır. Birinci olarak mektup göndermek suretiyle evlenmektir. Gerek kararname gerekse ilgili nizamnamede bununla ilgili hiçbir kayıt yoktur. İkincisi de fuzulinin nikahıdır. Gerçi bu nikah Şafiî mez-

137. İlgili nizamname md. 1-13.
138. Pierre, Catala - André Gervais, *Le Droit Libanais*, Paris, 1963, I/106 Kanunun esbab-ı mucibe layihasında da şöyle denmektedir: «Rıza-yı tarafeynin akd-i nikah için kafi olup olmadığı hakkında milel-i sâire beyninde münâkaşât cereyan etmekte iken din-i mübin-i İslam bu hususta asla tereddüde mahal bırakmayacak surette hall-i mesele ederek rızanın hakimiyetini ilan ettiği...» bk. s. 268.
139. Linant de Bellefonds, II/42.
140. Kanun-ı Cezanın 200. maddesinin 19 Rebiulahır 1332 tarihli zeyl-i sanisini muaddil kararname, md. 1 *Cİ*, 34/1021-1022.
141. HAK, md. 35.

hebi gibi bazı mezheplerde esasen kabul edilmemekteyse de Hanefî mezhebi fuzulinin nikahını, adına nikah kıyılan kimsenin sonradan icazet vermesi şartıyla kabul etmektedir.[142] Kararname her iki nikah şeklini meskut geçerek ve tatbikatta yer vermeyerek yürürlükten fiilen kaldırmıştır.[143]

Kararnameye göre icab ve kabul, tezvic ve tenkih gibi sarih lafızlarla olur.[144] Bu hükmüyle kararname kinayeli lafızlarla da nikahın akdedilebileceğini kabul eden Hanefî mezhebinin görüşünden ayrılarak *İ. Şâfi'î* ve *Ahmed b. Hanbel*'in görüşünü kabul etmiş olmaktadır. Çünkü nikahın kinayeli lafızlarla değil de sarih lafızlarla akdedilmesi, onun her türlü şüpheden uzak kalmasını temin etmektedir.[145]

Kararnameye göre nikah akdi esnasında mükellef iki şahidin huzuru şarttır.[146] Madde bu şekliyle açık değildir. Mükellef şahit derken lafzının delalet ettiği gibi, iki erkek şahit mi istenmektedir, yoksa kadın erkek ayırdetmeksizin iki şahidin varlığı kafi midir? Kanunun metni iki erkek şahidin gerektiğini anlamaya daha müsaittir. Eğer böyle ise burada da Hanefî mezhebinden ayrılınmış olmaktadır. Esbab-ı mucibe layihası bu hususta bir açıklık ihtiva etmemektedir. Eğer kadın olsun erkek olsun iki şahit kafi ise bu defa da İslam hukukunda hiç kabul edilmeyen bir tarzda tek kadının veya sadece iki kadının şahitliği kafi addedilmektedir. *Çandarlı*, kanunun şahitlerin erkek olmasını istemediğini fakat doktirinin bunu istediğini ileri sürmektedir.[147] Kanun metni de sarih olmamakla birlikte iki erkek şahide daha müsaittir. Fakat Sadreddin'in isabetle belirttiği gibi *«biri erkek biri kadın iki şahit gayr-ı kafi ise de iki erkek şahıt de gayr-ı zaruridir»*[148] Ka-

142. Sadreddin bunun bir eksiklik olduğunu ve fuzulinin nikahının da 35. maddeye eklenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. *SR*, 383/383.
143. Bu fiili kaldırılışa rağmen bu şekilde kıyılan nikahları da tabiatıyla geçerli kabul etmek gerekecektir. Tarafları cezalandırmaktan başka yapılacak yoktur. Linant de Bellefonds da (II/60) bazı kanunlarda mektupla nikahın meskut bırakılmasının onun zımnen kaldırıldığı manasına gelmiyeceğini belirtmektedir.
144. HAK, md. 36.
145. HAK-EML, bk. s. 273.
146. HAK, md. 34.
147. Çandarlı, 92.
148. Sadreddin, *SR* 386/387.

nun metninin eksik olduğu bir gerçektir. Fakat gerek doktirin gerekse tatbikatın bunu iki erkek şahit olarak anlamaları burada Hanefî görüşünden ayrılındığını kabule bizi zorlamaktadır.

c. Nikahda İleri Sürülen Şartlar

Kararnameye göre üzerine evlenmemek veya evlendiği takdirde kendisi veya ikinci karısı boş olmak şartıyla evlenmek sahih ve şart muteberdir.[149] Kararnameye tekaddüm eden yıllarda bilhassa Türkçülerle İslamcılar arasında çok karılılığın kaldırılması hususunda çetin bir mücadelenin geçtiği görüldü. Bu mücadele şüphesiz kararnamenin hazırlanması sırasında da olmuştur. Zira kararnameyi hazırlayan komisyonda İslamcılardan *Mahmud Esad,* Türkçülerden de *Mansurizade Said* bulunmaktaydı. Aralarındaki mücadelenin izleri esbab-ı mucibe layihasında görülmektedir. *Mansurizade* komisyonda da önceki fikirlerinde israr ederek cevazda sultanın tasarruf selahiyeti bulunduğunu, sultanın çok evliliği yasaklamasının veya birinci hanımın rızasına bağlamak gibi bazı kayıtlara tabi tutmasının mümkün olduğunu ve bunun gerektiğini ileri sürmüşse de taaddüd-i zevcatın bazı faydaları ve harp sonrasında kadınların erkeklerden fazla olduğu ve dolayısıyla cemiyetin buna ihtiyacı olduğu göz önüne alınarak tamamen meni cihetine gidilmediği gibi, birinci karının rızasına bağlamak da bu müesseseyi tamamen ortadan kaldıracağı düşüncesiyle o yola da gidilmemiştir.[150]

Bunların yerine kararname poligamiye makul bir sınır getirebilmek gayesiyle Hanbelî mezhebinin kabul ettiği bir imkandan faydalanarak kadının evlenirken kocasının evlilik boyunca monogam kalması şartını ileri sürebileceğini kabul etmiştir. Böyle bir şart Hanefî mezhebine göre fasit sayıldığı halde, Hanbelî mezhebine göre muteber ve yerine getirilmesi gereklidir.

Kararnameye bu maddenin alınması o zamanın şartları içerisinde önemli bir hadisedir. Bir kısım İslamcılar bu maddenin kabul edilmesi üzerine kararnameyi şiddetle tenkit etmiş ve ikinci evliliği birinci hanımın rızasına bağlamanın kitap, sünnet ve icmaa aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.[151] Bu maddenin eklen-

149. HAK, md. 38.
150. HAK-EML., bk. s. 276.
151. Sadreddin, *SR* 382/323 ve 388/418.

mesiyle İslamcılarla Türkçüler arasında telifçi bir yol kabul edilmiş, Türkçülerin isteklerine İslam hukuku çerçevesi içerisinde kalınarak belirli bir ölçüde cevap verilmiştir. Poligamiye belli bir sınır getiren kararname ile onu tamamen ortadan kaldıran Medeni Kanun arasında bir mukayese yapan Fındıkoğlu şöyle bir neticeye varmaktadır: *«Acı fakat şeniyetteki vaki hadiseler 40 yıl önceki aile kararnamesiyle 32 yıl önceki Medeni Kanun arasında hukuk realizmi itibariyle evvelkisinin lehine neticelenebilecek bir mukayeseye imkan veriyor. Şüphesiz hukuk ile ahlakın kukuk tarafına ağır bastığı, basması da lazım gelen Türkiye'de poligami hadiselerini önlemeye çalışmak, monogamiyi muzaffer kılmak icab eder. Aile sahasındaki hukuk siyasetimizin mefkuresi, bu olmakla beraber, artık Türkiye'de aktüel manası kalmamış olan kararnamenin mutlak bir hukuk rasyonalizmi ile değil, şeniyeti kabul suretiyle onu kanallaştırmağa çalışan bir hukuk politikası bakımından haiz olduğu kıymet inkar edilemez.»*[152]

E. KEFAET

Kefaet hususuna bir fasıl ayıran kararname Hanefî mezhebinde altı yerde aranan kefaet (denklik)i sadece iki yerde aramıştır. Kararnameye göre mal ve sanat gibi hususlarda erkeğin kadına denk olması nikahın lüzumunun şartıdır. Kocanın mehr-i muacceli verecek ve karısının nafakasını temin edecek bir malî güce sahip olması malda denklik için kafidir. Sanatta denk olması da şeref ve itibarca karısının velilerinin meşgul oldukları sanata denk bir sanatla meşgul olmasıdır.[153] Hanefî mezhebi bu iki şıkkın haricinde neseb, islamiyet, diyanet ve hürriyette de denklik arar. Hemen herkesin hür olduğu ve asırlardanberi İslamiyeti kabul etmiş bulunduğu Osmanlı cemiyetinde artık islamiyet ve hürriyet hususunda denklik aramanın pratik bir önemi kalmamış bulunmamaktadır. Soy sopa Osmanlı cemiyetinde Araplar kadar değer verilmediği için, muhtemelen kanun yapıcıları nesebi de kefaete dahil etmemişlerdir. Diyanet hususundaki denkliğin sağlanması da ictimai müeyyidelere terkedilmiştir. Bu hususta Türk-

152. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 257.
153. HAK, md. 45. Kararname öncesinde verilmiş bulunmasına rağmen aynı hukuki esaslara göre verilmiş bulunan bir mahkeme kararında bir eski valinin kızı bir sıvacıya denk kabul edilmemiştir. bk. Çandarlı, 93.

çülerin tesirinden de söz edilebilir. Diyanette denklik hususuna bir makalesinde temas eden *Gökalp* şöyle demektedir: «*Bugün bir cemiyetin zürriyeti oldukları halde irfan ve ahlakça ayrı alemlere mensub fertlerin mevcudiyeti nadir değildir. Binaenaleyh aile kanunu ancak bugünkü örfde yaşayan bir külfviyete kıymet verebilir.*»[154]

Kararnamenin kabul ettiği mal ve sanatta denkliğe riayet etmeden yapılan evliliklerde velinin rızası alınmamışsa, onun nikahı fesih hakkı vardır. Fakat yukarda görüldüğü gibi kararname bu hususta değişik bir yol tutarak 17 yaşını tamamlamış kızların nikahında bu velilerin bir itirazı olup olmadığını sorarak nikahdan sonra fesih imkanını asgariye indirmiştir. Bu durumda kararnamenin de açıkça belirttiği gibi ancak bir kızın velisini saklıyarak dengi olmayan bir erkekle evlenmesi durumunda, velinin nikahı feshettirme selahiyeti bulunmaktadır.[155]

Kararname mehrin denk olması hususunda bir hüküm getirmemiştir. *İmam-ı Azam* ise mehrin denk olmasını da kefaetten addeder. Kararnamede bu hususta *Ebû Yûsuf* ve *Muhammed*'in görüşüne uyulmuştur. Esbab-ı mucibe layihası kendi mallarında dilediği gibi tasarrufta bulunan baliğe kızın mehrinin miktarında da bulunması gerektiğini ileri sürmektedir.[156]

F. FÂSİT ve BATIL NİKAHLAR

Bâtıl ve fâsit akitlere bir fasıl ayıran kararname Hanefî mezhebindeki batıl-fasid ayırımına böylece aile hukukunda da yer vermiştir. Ne var ki bu ayırımda Hanefî mezhebindeki hakim görüşün kabul ettiği kıstaslara riayet edilmemiş, akdin inikad ve sıhhat şartlarından hangisine riayet edilip edilmediğine dikkat edilmeksizin gayr-i müslim erkekle yapılan nikah dışındaki bütün nikahlar fasid kabul edilmiştir.[157] Esbab-ı mucibe layıhası bu hususta *Ebû Hanîfe*'nin görüşüne uyulduğunu söylemekteyse de böyle bir görüşün *Ebû Hanîfe*'ye aidiyeti şüphelidir.[158]

Kararname ikrah ile vukubulan nikah konusunda yeni bir hüküm getirmektedir. Hanefî mezhebine göre ikrah ile vukubulan

154. Gökalp, «Aile ahlakı», *YM* 18/343.
155. HAK md. 47.
156. HAK-EML, bk. s. 275.
157. HAK, md. 52-58.
158. Şa'bân, 134-136; Sadreddin, 389/425-426.

nikah sahihtir. Kararnameye kadar da Osmanlı devletinde bu hüküm meri olmuş, bilhassa kız kaçırmalarda ikrah ile yapılan nikahlar, kızlara istemedikleri kimselerle beraber olma mecburiyeti getirmiştir. Kararname bu hususta *İ. Şâfiî*'nin görüşünü kabul ederek ikrah ile vukubulan nikahı fasid saymıştır.[159]

Kararnamenin batıl kabul ettiği tek nikah gayr-ı müslimle evlenen müslüman kadının nikahıdır.[160] Batıl ve fasid nikahlara hangi neticelerin terettüb ettikleri bir başka fasılda hükme bağlanmıştır.

G. NİKAHIN HÜKÜMLERİ

Bu fasılda nikahdan sonra koca üzerine lazım gelen mehir, nafaka ve mesken gibi maddi borçlar ve birkaç karısı varsa aralarında adaletle davranış gibi manevi borçlar ve birbirleriyle iyi geçinmek hususundaki karşılıklı vecibeler zikredilmiştir.[161] Ayrıca kararnameye göre koca, başka karısından olan gayr-ı mümeyyiz çocuğundan başka akrabalarını, zevcesinin rızası olmaksızın aynı evde barındıramaz. Zevce dahi kocasının rızası olmaksızın kendi evlat ve akrabalarını beraber oturtamaz.[162] Osmanlı devletinin ilk yıllarından itibaren aynı hükümler meri olduğu halde bu hükümlerin her zaman tatbik imkanı bulduğunu söylemek oldukça güç olsa gerektir. Pederşahi aile sisteminin hakim olduğu Osmanlı cemiyetinde kadınlar isteseler de istemeseler de çoğu kere kocanın kardeş ve ana babasıyla beraber oturmak mecburiyetinde kalmışlardır.[163]

159. HAK, md. 57.
160. HAK, md. 58.
161. HAK, md. 69, 70, 73, 74.
162. HAK, md. 72.
163. Nitekim Üsküdar şeriye mahkemesi 16 Haziran 1917 tarihli bir kararında kocanın kızkardeşinin küçük ve ana babasının olmadığı gerekçesiyle kadının ayrı oturma hususundaki müracaatını reddetmiştir. Bu karar kararnameden öncedir. Fakat kararname öncesinde de kararnamedeki görüş meri idi. Karar için bk. Çandarlı, 93. Mahkeme kayıtlarında 72. maddeye uygun kararlara da rastlanmaktadır. Nitekim Edirne mahkemesinin 16 Ramazan 1337 tarihli bir kararında davacı kadın kayınvalidesi ve görümcesiyle birlikte oturduğunu ve bundan mutazarrır olduğunu beyan ederek ayrı bir mesken talebinde bulunmaktadır. Mahkemece yapılan tahkikatta kadının talebinde haklı olduğu anlaşılarak kadının lehine hükmedilmekte ve ayrı bir mesken temin edinceye

Bu faslın sonunda batıl ve fasid nikaha terettüb eden hükümler zikredilmiştir.

H. MEHİR

Kararname mehre 12 madde ayırmıştır. Umumi olarak Hanefi-İslam hukukuna uygun olarak kaleme alınan bu maddeler içerisinde şu hususlar ayrıca zikre değer.[164]

Kararname mehir için bir alt sınır tesbit etmiyerek bunun 10 dirhem olmasını kabul eden Hanefî mezhebinden ayrılmıştır. Esbab-ı mucibede 10 dirhemin çok önemsiz bir miktar olduğu, memleketin hiç bir yerinde bu kadarcık bir mehir üzerine artık nikah kıyılmadığı, bu yüzden de Hanbelî mezhebine uyularak mehr-i müsemmada bir alt sınır tesbitinin terkedildiği belirtilmektedir.[165]

Burada mehr-i müsemmaya bir üst sınır da getirilmemiştir. Halbuki Tanzimattan sonra memleketin iktisadi şartlarıyla ilgili olarak Osmanlı cemiyeti dört tabakaya ayrılmış, her bir tabaka için mehirde bir üst sınır tesbit edilmişti. Öyle anlaşılmaktadır ki o zaman dahi tatbik imkanı bulmuş olduğu çok şüpheli olan bu karar, kararnamenin hazırlanışı sırasında hiç hatırlanmamış, İslam hukukundaki müstakar tatbikata uyularak mehr-i müsamma için bir üst sınır getirilmemiştir.

Kararname mehr-i müsemmanın miktarında ihtilaf edildiğinde, koca mehir olabilecek bir mal iddia ederse onun sözüne itibar etmektedir.[166] Hanefî mezhebinde müftabih olan ve Osmanlı devletinde o zamana kadar tatbik edilen görüş ise *İ. Ebû Hanîfe*'nin ihtilaf vukuunda mehr-i misle itibar eden görüşüdür. Mehrin miktarında ihtilaf vukuunda mehr-i mislin tesbiti ise her zaman o kadar kolay olmayan bir meseledir. İşte bunu nazara alan komis-

kadar koca üzerine karısı için nafaka takdir edilmektedir. bk. EŞS 612/94b-95a.

164. Bouvat s. 10 ve 11 de mehrin kararnameye göre boşanma halinde ödeneceğinden bahsetmektedir ki bu ifade yanlış anlamaya müsaittir. Mehir mutlaka boşanma halinde ödenmez. Nikahdan sonra kadın ona hak kazanır ve her zaman ödenmesini isteyebilir. Yalnız mehir için bir vade tayin edilmemişse boşanma ile vadesi gelmiş kabul edilir. HAK, md. 82.
165. HAK-EML, bk. s. 277.
166. HAK, md. 87.

yon üyeleri mehr-i mislin tesbitinde her zaman uzaması muhtemel ihtilafları önlemek için *Ebû Yûsuf*'un görüşünü kabul ederek kocanın sözüne itibar etmiştir.

Kararname ayrıca ana-babanın veya diğer akrabaların düğün karşılığında kocadan para veya mal almalarını da yasaklamıştır.[167] Burada söz konusu olan şüphesiz başlıktır. Mehir tamamen kadının malı olduğu halde başlık kadının ailesine verilir. Fakat bu ikisinin zaman zaman tatbikatta birbirine karıştığı da bir gerçektir. Başlığın bugün bile Anadolu'nun köy kesiminde yaşadığı düşünülürse, kararnameye dahil edilen bu yasak hükmüyle başlığın kaldırılması yolundaki bu mütevazi gayretin önemi daha iyi anlaşılır. Ne var ki başlığın kökü bir kanun maddesiyle kaldırılamıyacak kadar derindedir.

I. NAFAKA

Nafaka ile ilgili fasılda sadece evlilik nafakasıyla ilgili hükümler zikredilmiş, aile hukukuna dahil olan diğer nafaka nevilerinden bahsedilememiştir.

Bu fasıldaki hükümler Hanefî mezhebi esaslarına uygun olarak kaleme alınmıştır. Burada daha ziyade evinin ihtiyaçlarını görmüyen veya muhtelif sebeplerle göremiyen kocalara karşı kadınların nafaka temini için sahip oldukları imkanlar üzerinde durulmuştur. Bu da esas itibariyle kadının mahkemeye müracaatla kendisi için kocası üzerine nafaka takdir ettirmesidir.[168]

Ayrıca bu fasılda hangi ihtiyaçlar göz önüne alınarak nafaka

167. HAK, md. 90.

168. Gerek kararnamenin meri olduğu devrede gerek kararname öncesinde nafaka hususunda oldukça zengin mahkeme kayıtlarına rastlamak mümkündür. Örnek olarak şunlar zikredilebilir: Edirne mahkemesinin 3 Ramazan 1337 tarihli bir kararında davacı kadın, dört senedenberi kayıp olan kocasından nafaka talebinde bulunmakta mahkeme isteğe uygun olarak gaib koca üzerine nafaka takdir etmektedir (HAK, md. 97). bk. EŞS 612/92a. Keza Edirne mahkemesinin 3 Zilka'de 1336 tarihli bir kararında davacı kadın hapiste bulunan kocasından nafaka talebinde bulunmakta, mahkeme isteğe uygun olarak kadın için nafaka takdir etmektedir. bk. EŞS 612/25a. Benzer nafaka talep ve hükümleri için bk. EŞS 612/22a, 25b, 29a-29b, 50a, 83a-84b; İŞS İst. Kadılığı, 320/s. 74 ve 77.

takdir edileceği hususunda bir açıklık getirilmemiştir. Muhtemelen bu husus hakimin takdirine bırakılmıştır.

J. MUFARAKATA AİT HÜKÜMLER

Kararnamenin bu faslında talaka ehliyet, talakın mahalli ve talak lafızları hakkındaki hükümler kaleme alınmıştır. Kararnameye göre talak ehliyetine sahip olan kimse, mükellef olan kocadır.[169] Koca bir hakimin hükmüne muhtaç olmaksızın karısını boşayabilir. İslam hukukunun esaslarına da uygun olan bu hükme göre, kocanın karısını boşamasına devletin bir müdahelesi söz konusu değildir. Kadının boşanması söz konusu ise, o zaman duruma devlet müdahele etmekte ve ancak hakimin kararından sonra boşanma gerçekleşmektedir.

Kararname kocanın karısını dilediği zaman boşama hakkını kabul etmekle birlikte nikah ve talak muamelelerinin belirli bir düzen içerisinde yürüyebilmesini temin için, karısını boşayan kocaya durumu hakime bildirme mecburiyetini getirmiştir.[170] Ceza kanununda yapılan bir değişiklikle de karısını boşadıktan sonra onbeş gün zarfında durumu hakime bildirmeyen koca için bir haftadan bir aya kadar hapis cezası getirilmektedir.[171] Böylece nikahda hakimin kontrolü sağlandığı gibi, talakda da onun bilgisi temin edilmiş olmaktadır.

Komisyon üyeleri bu fasılda yer alması gereken mektup ve elçi ile boşama ile fuzulinin boşamasına hiç yer vermiyerek onları tatbikattan kaldırmıştır. Buna rağmen mektup veya elçi göndermek suretiyle karısını boşayan sonra da bunu mahkemeye haber veren kocanın boşamasını yine de geçerli saymak gerekecektir.

Kararname sarhoşun boşaması hususunda önemli bir adım atmıştır. Kararnameye göre sarhoşun boşaması geçerli değildir.[172] Kararname bu hükmü getirirken sarhoşluğun mübah veya haram yolla olması hususunda hiç bir ayırım yapmamıştır. Halbuki mubah yolla —ilaç v.s. yollarla— sarhoş olanın talakı geçer-

169. HAK, md. 102.
170. HAK, md. 110.
171. Kanun-ı Cezanın 200. maddesinin 19 Rebiulahır 1332 tarihli zeyl-i sanisini muaddil kararname, md. 1.
172. HAK, md. 104.

sizse de haram yolla sarhoş olanın talakı geçerlidir. Burada sarhoşun talakı geçersiz kabul edilirken sarhoşun talakından yalnız kendisinin değil ailesinin de mütezarrır olduğu, dolayısıyla sarhoşu cezalandıralım derken ailesinin de cezalandırıldığı göz önüne alınmış ve *Muhammed b. Selam* tarafından ileri sürülen ve hanefî hukukçulardan *Tahâvî* ve *Kerhî* tarafından da benimsenen görüş kabul edilmiştir.[173] Esbab-ı mucibe layıhasında bu sayılan hukukçulardan başka *Hz. Osman* ve bir görüşe göre *İ. Şâfiî*'nin de bu görüşte olduğu belirtilmiştir.[174]

Kararnameye göre ikrah ile vukubulan nikah da muteber değildir.[175] Kararname bu hükmüyle Hanefî mezhebinden ayrılmakta, diğer üç mezhebin görüşüne uymaktadır. Esbab-ı mucibe layıhasında bu görüşün ahval-i zamana daha çok uyduğu belirtilmiştir. Böylece o zamana kadar bilhassa devletin, asayişi tam olarak temin edemediği devirlerde bir çok haksız durumların ortaya çıkmasına sebep olan ve cezai müeyyidelerle ve hukuk dışı yollarla önlenmeye çalışılan bir tatbikat da böylece ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Sarhoşun ve mükrehin boşamasına bir açıklık getiren kararname hata veya şaka yoluyla vukubulan boşamalar hususunda bir açıklık ihtiva etmemektedir.

Kararname 109. maddede mütearef olmayan kinayeli lafızlarla talak vukuunda sadece kocanın niyetine itibar ederek *İ. Şâfiî*' nin görüşüne uymuştur. Bu durumda Hanefî mezhebine uygun olarak halin delaletine itibar edilmez. Koca talaka niyet etmemişse hal ona delalet ediyor diye talaka hükmetmek komisyonca maslahata muvafık görülmemiştir.[176]

K. RİC'Î ve BÂİN TALAK

Hanefî mezhebi esaslarına göre kaleme alınan bu fasılda üzerinde ayrıca durulacak önemli bir mesele yoktur.[177] Yalnız şu ka-

173. HAK-EML, bk. s. 277-278.
174. HAK-EML, bk. s. 278.
175. HAK, md. 105.
176. HAK-EML, bk. s. 278-279.
177. Bouvat s. 15 de ric'î talakta tarafların dilerlerse evlilik hayatına dönebileceklerinden bahsetmektedir ki doğru değildir. Ric'î talakta koca dilerse devam ettirebilir, bu durumda boşanmış kadı-

darını söyliyelim ki üç talaktan sonra kati ayrılığın kalkması için kadının hülle kasdı olmaksızın bir başka erkekle evlenmesi ve bu evliliğin de ölümle veya talakla son bulması gerekir. Hanefiler dışındaki üç mezhebin görüşü budur. *Ebû Yûsuf* ve *Muhammed*'in de görüşleri buna yakındır. *İ. Azamın* mezhepte hakim olan görüşüne göre ise, böyle bir ikinci nikah mekruhtur. Fakat bu şart yok farzedilerek bu nikah sahih kabul edilir. Talak ve ölümle son bulması durumunda da kadın birinci kocasına helal olur.[178] Kararname bu görüşü terketmiştir; ikinci evliliğin maksad-ı tahlil ile olmıyarak vuku bulması gerekir.[179]

Kararnamede muhalaaya hiç yer verilmemiştir. Gerçi 116. maddeden muhalaanın geçerli olduğu anlaşılmaktadır, fakat bu hususta başka hiç bir hüküm getirilmemiştir. Muhtemelen mahkemeler bu yoldaki boşluğu doktirinle dolduracaklardır.

L. TEFRİK

Kararnamenin en önemli bölümlerinden birisi de kadına bazı durumlarda kazaî boşanma hakkını veren hiyar-ı tefrik bölümüdür. Hanefî mezhebindeki hakim görüşe göre kadına sadece kocasında bulunan ve evliliğin devamına mani bir ayıp sebebiyle tefrik hakkı tanındığı halde kararname hem Hanefî mezhebindeki diğer görüşlerden hem de diğer mezheplerden istifade ederek kadına başka durum ve zaruretlerde de tefrik hakkını tanımıştır. Böylece 1916 de kadına bazı durumlarda tefrik hakkı tanıyan iki irade-i seniyye ile başlayan gelişme kararname ile tamamlanmış olmaktadır.

a. Evliliğe Mani Bir Ayıp Sebebiyle Tefrik

Kararnameye göre kocasında iktidarsızlık v.s. evliliğin devamına mani bir ayıp olan kadın hakime müracaatla tefrikini talep edebilir. Yalnız bunun için kendisinde de benzer bir ayıbın bulunmaması gerekir.[180] Evlenmeden önce kocasının innetten başka mani-i takarrub aybından haberdar olan ve evlilikten sonra buna

nın ayrıca dilemesi gerekmediği gibi, kadının tek başına dilemesi de evlilik hayatının devamı için kâfi değildir.

178. Şa'bân, 230-231; Linant de Bellefonds, II/417.
179. HAK, md. 118.
180. HAK, md. 119. Karının da benzer bir ayıbı sebebiyle mahkemenin tefrik talebini reddetmesi hakkında bk. Çandarlı, 96-97.

razı olan kadın tefrik talebinde bulunamaz.[181] Böyle bir tefrik talebi vukuunda şayet iyileşme ümidi varsa hakim tefriki bir sene tecil eyler. Bu müddet zarfında da iyileşme olmaz, koca talaka yanaşmaz ve kadın da talebinde israr ederse hakim tefrike hükmeder.[182]

b. Hastalık Sebebiyle Tefrik

aa. Cüzzam, Baras ve Zührevi Hastalıklar Sebebiyle Tefrik

Kararnameye göre kocasının bu nevi bir hastalığa mübtela olduğunu evlendikten sonra öğrenen veya bu nevi bir hastalığı evlilikten sonra ortaya çıkan kadın, hakime müracaatla tefrikini talep edebilir. Bu hastalıklardan şifa ümidi varsa hakim tefriki bir sene tecil eder. Bu müddet içerisinde de şifa olmaz. Koca talaka yanaşmaz ve kadın da tefrikde israr ederse hakim aralarını tefrik eder.[183] Bu Hanefî mezhebinde *İ. Muhammed*'in görüşüdür. 1916 da isdar edilen irade-i seniyye ile bu görüş kabul edilmiş ve kararname de bu görüşü devam ettirmiştir.

bb. Akıl Hastalığı Sebebiyle Tefrik

Kararnameye göre esasen akıl hastalarının evlenmesine zaruret halinde ve hakim izniyle müsade edilmektedir. Evlilikten sonra akıl hastalığı meydana gelir de kadın tefriki talep ederse, hakim tefriki bir sene tecil eder. Bu müddet zarfında da hasta iyi olmaz ve kadın talebinde israr ederse hakim tefrike hükmeder.[184] Burada da yine *İ. Muhammed*'in görüşüne uyulmuştur.

Burada aynı tip hastalıklara kadın yakalanırsa, kocanın bir tefrik hakkının olduğundan bahsedilmemektedir. Hanefî mezhebine göre onun esasen talak hakkı olduğundan tefrik hakkına lüzum yoktur. Diğer üç mezhep ise erkeğe de tefrik hakkı tanımaktadırlar.

181. HAK, md. 120.
182. HAK, md. 121.
183. HAK, md. 122.
184. HAK, md. 123; İstanbul Kadılığının 27 Şaban 1337 tarihli bir kararında davacı kadın, kocasının üçbuçuk sene önce cinnet getirdiğinden bahisle tefrik talebinde bulunduğunu, tefrik talebinin bir sene tecil edildiğini, halen kocasının iyileşmediğini söyliyerek tefrik talebinde israr etmektedir. Doktor raporuyla kocanın halen mecnun olduğu sabit olduğundan mahkemece tefrike hükmedilmektedir. İŞS İst. Kadılığı, 320/s. 71.

c. Gaiblik Sebebiyle Tefrik

Gaiblik sebebiyle tefrikte iki durumu birbirinden ayırmak lazımdır.

aa. Kocanın Nafaka Bırakmadan Kaybolması

Kararnameye göre koca gizlenir, uzak veya yakın bir yere giderek kaybolur veya mefkud olur da kadın için nafaka temini güçleşirse, kadının talebi üzerine gerekli araştırmaları yapan hâkim aralarını tefrik eder.[185] Hanefiler dışındaki üç mezhebe ait olan bu görüş de ilk defa 1916 da irade-i seniyye ile kabul edilmişti. Kararname devrin iktisadi ve ictimai şartlarına daha uygun olan bu görüşü aynen benimsemiştir.[186]

bb. Kocanın Nafaka Bırakarak Kaybolması

Koca gaib olduğunda nafakanın temin edilmiş olması her zaman tatmin edici bir durum değildir. Keyfi veya bir mazerete mebni evini terkeden koca, nafaka bıraktı diye karısını 90 sene onu beklemeye mahkum etmeyi komisyon üyeleri kadın için bir yıkım kabul ederek bu hususta da Hanefî mezhebinin görüşünden ayrılmışlardır. Kararname burada Malikî mezhebinin görüşüne yer vererek kadına böyle durumlarda tefrik hakkı vermiştir. Yalnız kararname iki ayrı durumda kadın için iki ayrı bekleme müddeti kabul etmiştir.

Birinci olarak gaib olan kocanın nerede olduğu bilinmiyor, hayat veya mematına dair bir haber alınamıyorsa, haber alınmasından ümit kesildiğinden itibaren tefrik vaktini hakim dört sene tecil eder. Bu dört sene zarfında da haber alınamaz ve kadın da talebinde israr ederse hakim tefrike hükmeder.[187]

İkinci olarak koca bir muharebede gaib olmuşsa, hakim tefriki, iki tarafın muhariplerinin ve esirlerinin yerlerine avdetinden itibaren bir sene tecil eder. Bu bir sene geçtikten sonra da tefrika hükmeder. Her iki halde de kadın, hüküm tarihinden itibaren vefat iddeti bekler.[188]

185 HAK, md. 126.
186. Bu maddeye göre verilen iki tefrik kararı için bk. EŞS, 612/93b-94a, 94b.
187. HAK, md. 127.
188. HAK, md. 126.

Bu esasların Malikî mezhebinden istifade edilerek kanuna alınmasında şüphesiz peşpeşe gelen Balkan ve I. Dünya harplerinin ve bunların getirdiği ictimai çalkantıların da büyük rolü vardır.[189] Kararname sadece kendilerinden haber alınamıyan kocaları dikkate almış, nerede oldukları bilinen fakat evlerine dönmeyen kocalar için bir hüküm getirmemiştir. Ayrıca hapis v.s. gibi durumlarda Malikîlerde yine tefrike hükmedildiği halde, kararname hapis ne kadar uzun müddet devam ederse etsin böyle bir durumda tefriki kabul etmemiştir.

Kararnameye göre bu şekillerde tefrikine hükmolunan kadın başka bir erkekle evlenirse, daha sonra ilk kocasının dönmesi bu ikinci evliliğin feshedilmesine sebep olmaz.[190] Fakat vefatına hükmedilen koca, daha sonra dönerse karısı başka kocaya varsa bile bu nikah feshedilir.[191] Tefrik durumunda bir hakim kararı olduğu için bundan dönüş kabul edilmemiş, fakat vefatına hüküm-de böyle bir tefrik kararı sözkonusu olmadığı için ikinci nikahın feshi cihetine gidilmiştir. Hanefî hukukçular içerisinde ikinci nikahın feshedilmeyeceği görüşünde olanlar varsa da komisyon, bu hususta *Ebussuud*'un görüşünü kabul ederek 129. maddeyi ona göre tanzim etmiştir.[192]

d. Geçimsizlik Sebebiyle Tefrik ve Aile Meclisi

Kararnamenin getirdiği önemli hükümlerden biri de yukardaki durumların dışında ailede meydana gelen bir geçimsizlik durumunda kadına tefrik hakkını tanımasıdır. Daha önce de belirtildiği gibi ailede geçimsizliği kadın çıkarırsa kocanın esasen talak hakkı vardır. Fakat geçimsizliği koca çıkarır da talak veya muhalaa yoluyla karısını boşamaya yanaşmazsa, Hanefî-İslam hukukuna göre kadının yapabileceği hiçbir şey yoktur. Gerçi aralarını islah için yine hakemler tayin edilir. Fakat bu hakemlerin va-

189. Eisenman, 44.
190. HAK, md. 128 Ayrıca İstanbul şeriye mahkemesinin bu tip bir davada birinci kocanın fesih talebini reddetmesi hakkında bk. Çandarlı, 97.
191. HAK, md. 129 Bouvat s. 17 de hakim tarafından tefrikine hükmolunan veya kocasının vefatına hükmolunan kadının ikinci evliliği esnasında birinci koca geri dönerse, kadının iki eş arasında seçim hakkı vardır demektedir ki doğru değildir, tamamen bir yanlış anlamanın eseridir.
192. HAK-EML, bk. s. 280.

zifesi sadece ahlakidir; taraflardan bir vekalet verilmemişse bir tefrik sözkonusu değildir. Kararname bu hususta da Malikî mezhebinden istifa edip kadına benzer durumlarda tefrik hakkı tanıyarak kadınlar için önemli bir hak temin etmiştir.

Kararnameye göre eşler arasında nifak ve şıkak zuhur eder de eşlerden birisi mahkemeye müracaat ederse hakim eşlerin ailelerinden birer hakem tayin eyler. Bu suretle meydana gelen *«aile meclisi»* tarafların arasını islaha çalışır, bu mümkün olmadığı takdirde kusur kocada ise aralarını tefrik eder. Kusur kadında ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhalaaya hükmeder. Hakemler ittifak edemezlerse, hakim üçüncü bir hakem veya yeni bir hakem heyeti tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hükümler katidir ve itiraz kabil değildir.[193]

Hangi saiklerle kararnameye girdiği ayrıca tartışılacak olan aile meclisi kararıyla, kadın önemli bir hak elde etmiş olmaktadır.[194] Burada aile meclisi hakimin oynadığı rolü oynamış olmaktadır.[195] Bu maddeye göre her ne kadar tefrik talebinde koca da bulunabilirse de kocanın esasen talak yetkisi olduğundan böyle merasimli bir usule riayet etmiyeceği bellidir. Ne var ki bazen bu yola müracaat —kusur kadında ise— koca için daha avantajlı olmaktadır; hakemler kadını kusurlu bulursa muhalaaya hükmedecek, koca bundan madden daha kazançlı çıkacaktır. Osmanlı devletindeki sınırlı tatbiki sırasında gördüğümüz kadarıyla bu maddeye sadece kadın başvurmuştur.[196]

Kararnameye göre tefrik faslına göre verilen hükümler birer bâin talak hükmündedirler ve durum usulüne uygun olarak tescil

193. HAK, md. 130.
194. Kararnamenin yürürlüğe girmesinden itibaren bu maddenin kadınlar tarafından hemen kullanılmaya başlanması, bunun önemli bir ihtiyaca cevap verdiğini ortaya koymaktadır. Bu maddeye dayanılarak verilen tefrik kararları için bk. EŞS 612/11b, 31b; İŞS İst. Kadılığı, 320/ s. 8-10, 39, 41-42.
195. Çandarlı, 98.
196 D.n. 198 deki davalarda başvuran daima kadındır. Ayrıca kararnamenin Suriye'deki 20 yıllık bir tatbikatından sonra 1931'lerde Hussami de erkeklerin bu maddeye dayanarak tefrik talebinde bulunduklarına hiç rastlamadığını belirtmektedir. bk. Hussami, 160-161.

olunur.[197] Burada bazı İslam ülkeleri kanunları 126. maddedeki tefrik kararını bir ric'î talak olarak kabul etmektedirler. Kararname ise burada bir ayırım yapmamış hakim tarafından hükmedilmesini nazara alarak bain talaka hükmetmiştir. Halbuki adem-i infak sebebiyle tefrikler, bunu talak kabul edenlerce ric'î talak olarak kabul edilmektedir.[198]

M. İDDET

Bu fasılda talak ve vefat iddetine ait hükümler zikredilmiştir. Kararname bir madde hariç Hanefî mezhebinin esaslarından ayrılmamıştır. Sadece 140. maddede Malikî mezhebinden istifade edilmiştir. Kadının talaktan sonra hamilelik durumu yoksa iddeti üç hayız müddetidir. Bir hastalık sebebiyle hiç hayız görmeyen kadın Hanefî mezhebine göre «*sinn-i iyâs*»a kadar bekler sonrada tekrar dokuz ay iddet bekler. Bu kadın için büyük problemler doğurmaktadır. Bir hastalık sebebiyle hayız görmeyen kadın bir ömür boyu ne evli ne dul ikisi ortası bir durumda beklemekte, erkek de yine bir ömür boyu iddet bekleyen boşamış olduğu karısının nafakasını ödemektedir. Bilhassa kötü niyetli kadınlar bundan büyük ölçüde istifade etmekte bunun karşısında koca da o ölçüde zarar görmektedir.[199] İşte kararname bunu hakkaniyete uygun görmüyerek bu hususta Malikîlerin görüşünü kabul etmiştir. 140. maddeye göre iddet esnasında kadın hiç hayız görmezse veya bir veya iki defa gördükten sonra üçüncüsünü görmezse bu kadın eğer sinn-i iyasa vasıl olmuşsa, bu tarihten itibaren üç ay, eğer vasıl olmamışsa iddetin lüzumu tarihinden itibaren dokuz ay iddet bekler.

Bu faslın son iki maddesinde Musevilere ve İsevilere ait iddet müddetleri belirlenmiştir.

197. HAK, md. 131.
198. Bk. s. 45.
199. Nitekim kararname öncesine ait bir mahkeme kararı bu hususta yeterli bir fikir verebilir. İst. Kadılığının 25 Ramazan 1335 tarihli bir kararında davacı koca karısını boşamasının üzerinden 20 ay 14 gün geçtiğini fakat hâlâ boşamış olduğu karısının iddetinin bitmediğini belirterek mahkemenin yardımını istemekte, fakat kadın iddetinin bitmediğini iddia ettiğinden mahkeme Hanefi mezhebi esaslarına uygun olarak davayı reddetmektedir. İŞS İst. Kadılığı, 318/s. 62.

N. İDDET NAFAKASI

Kadın naşize değilse talak iddetinde nafaka kocaya aittir.[200] Vefat iddetinde iddet nafakası lazım gelmez.[201] Kazaen veya rızaen nafaka takdir edilmeden iddet geçerse nafaka sakıt olur.[202] Nafakadan biriken miktar taraflardan birinin ölümü üzerine sakıt olmaz.[203]

O. MUHTELİF MADDELER

Burada üzerinde durulacak iki nokta vardır. Birincisi kararnameye göre müslümanlar hakkında zikredilen hükümler aksine bir sarahet olmadıkça gayr-ı müslimlere de uygulanır.[204] İkincisi de kararnamenin istikbaline tesir etmiş olan maddedir. Buna göre ruhani reislerin aile hukukundan doğan kaza hakları mülgadır.[205]

200. HAK, md. 150-151.
201. HAK, md. 152.
202. HAK, md. 153.
203. HAK, md. 154.
204. HAK, md. 155.
205. HAK, md. 157.

VII. KARARNAMENİN ÖZELLİKLERİ ve GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Hükümlerinin genel bir tahlilinden sonra şimdi bu tahlil ışığında kararnamenin maddi ve şekli hukuk yönünden getirdiği yenilikleri gözden geçirelim. Bazı yazarlar tarafından kararnamenin daha ziyade şekli hukuk yönünden önem taşıdığı, o zamana kadar dini bir saha olarak kabul edilen aile hukukunun ilk defa bu kanunla kanunileştiği ileri sürülmüşse de[206] kararname hem şekli, hem maddi hukuk yönünden özellikler ve yenilikler taşır. Hatta kararnamenin maddi hukuk yönünden getirdiği yeniliklerin şekli hukuk yönünden getirdiği yeniliklerden çok daha önemli ve köklü ve bu yönüyle de diğer İslam ülkelerindeki kanunlaştırma hareketlerine müessir olduğunu söylemek mümkündür. Ne var ki kararname maddi hukuk yönünden çok önemli yenilikler getirirken İslam hukukunun çerçevesinden dışarı çıkmamış, fakat bu çerçeve içerisinde oldukça serbest hareket ederek köklü değişiklikler yapmıştır. Maddi hukuk yönünden yenilikler getirmediğini iddia eden yazarları yanıltan nokta, bu İslam hukuku çerçevesi içerisinde kalınmış olmasıdır. Şimdi kararnamenin özelliklerini ve getirmiş olduğu yenilikleri maddeler halinde görmeye çalışalım.

A. İLK KANUN OLUŞU

Kararname aile hukuku sahasında İslam ülkelerindeki ilk kanundur.[207] Daha önce Mısır'da Muhammed Kadri Paşa tarafından hazırlanan tasarı hususi bir çalışma olmaktan öteye gidememiştir.[208] Keza 1916'da Sudan'da Aile Hukuku sahasında muhtelif ad-

206. Velidedeoğlu, «Codification», 21; Fındıkoğlu, «Aile hukukumuzun tedvivini meselesi», 715-716.
207. Chehata, agm, s. 105; keza Chehata, age, 94; Linant de Bellefonds, II/162.
208. Schacht, «Mahkeme», *İA.*; Bousquet, 40; Tedeschi, 95.

lî tâmimler çıkarılmışsa[209] da bunlar önemli olmakla birlikte bir aile kanunu hüviyetinden uzaktır. Dolayısıyla Hukuk-ı Aile kararnamesinin ilk kanun olma vasfına halel getirmez. Kararname bu vasfıyla İslam hukuk tarihinde önemli bir yer tutmuş ve diğer ülke kanunlarına yol göstericilik vazifesini görmüştür.

Gerçekten de kararnameden bilhassa ortadoğu İslam ülkeleri kendi kanunlarını hazırlarken önemli ölçüde istifade etmişlerdir. Bu ülkelerde aile hukukunun ne kadar geç ve ne kadar güç kanunlaştırıldığı düşünülürse, bu dikenli sahada kararnamenin ifa ettiği vazife daha iyi anlaşılır. Kararnamenin bilhassa muhafazakar İslamcılar tarafından çok tenkit edilmesinde onun ilk kanun oluşunun da belirli bir nisbet dahilinde rölü vardır.

Kararnamenin ilk kanun olarak aile hukuku sahasındaki bazı hukuki tabirlerin yerleşmesinde de belirli bir rolü olmuştur.[210]

B. ÜÇLÜ KARAKTERİ

Kararnamenin önemli özelliklerinden birisi onun Müslümanlar, Hıristiyanlar ve Museviler hakkında ayrı hükümler getirmiş olmasıdır. Bazı yazarlar tarafından kararnamenin bu üçlü karakteri bilhassa tenkit edilmiş, hukuki birliği sağlamayan bu usulün modern kanunlaştırma tekniğine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.[211]

Bu tenkitler mütecanis cemiyetler ve daha ziyade hukukun diğer sahaları için doğru olabilir. Fakat Osmanlı devleti gibi gayr-ı mütecanis cemiyetlerde aile hukuku gibi bir sahada din ve kültürleri, hukuki teamülleri farklı cemaatları, aynı kalıba dökmek hukuk realitesi ile bağdaşır bir durum değildir. Bu bakımdan bu durum kararname için bir eksiklik sayılmamalıdır.[212] Kaldı ki üç farklı cemaat için aynı hukuki esasların konulmasının tatbikatta müsbet bir netice verip vermemesi bir tarafa, o günün şartları içerisinde hangi hukuk lehine bir birlik temin edileceği sorusu da yerinde bir sualdir. En güçlü devirlerinde Yahudi ve Hıristiyanlara kendi hukukunu empoze etmemiş bir devletin en

209. Anderson, *Law Reform*, 40.
210. Ünal, 227.
211. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 33-34; Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 347.
212. Benzer bir görüş için bk. Ünal, 228.

zayıf devrinde istese bile bunu yapabileceği hayli şüphelidir. *Fındıkoğlu* yukardaki suali Medeni Kanun için sormaktadır: *«1926 daki Medeni Kanun hareketinin bu üçlükten kurtulduğu ne kadar aşikar ise, üçlüğün hangi unsurunu prensip bakımından daha çok tatmin eylediği o kadar düğümlü bir meseledir.»*[213]

Tedvin tarihinde böyle üçlü bir kanuna Fındıkoğlu'nun ifadesiyle pek ender tesadüf edilmesi de[214] devletlerin umumiyetle mütecanis topluluklardan meydana gelmiş olmaları sebebiyledir. Nitekim Osmanlı devleti gibi gayr-ı mütecanis topluluklardan meydana gelmiş Rusya'da da 1830 tarihli medeni kanunda hukuki birlik fikri hukuki realiteye feda edilerek farklı mezhepler için farklı hükümler getirilmiştir.[215]

C. EKLEKTİK KARAKTERİ

Aile hukukunu ilk defa kanunlaştıran kararname yine ilk defa Hanefi mezhebine bağlı kalma geleneğinden ayrılarak, ihtiyaç duyulan noktalarda diğer mezheplerden istifade (telfik) yolunu açmıştır.[216] Bu, İslam hukuk tarihinde son derecede önemli bir yeniliktir. Nitekim kararnameden sonra diğer İslam ülkelerinde hazırlanan kanunlarda da bu usul takip edilmiş ve diğer mezheplerden serbestçe istifade edilmiştir. Hatta yalnız dört sünni mezhepten değil, bunlardan önceki devre ait hukukçuların görüşlerinden de az da olsa istifade edilmiştir.

Kararname öncesinde bir kanun metninin bulunmamasından doğabilecek istikrarsızlığı ve düzensizliği önlemede bir mezhebe bağlı kalmanın önemi küçümsenemezse de, bu prensibin Osmanlı devletinde gittikçe daha sıkı takip edilerek nihayet bir mezhep taassubuna dönüşmesi ve Osmanlı padişahlarının ihtiyaç duyuldukça diğer mezheplerden istifade yolunu çok nadiren kullanmaları, İslam hukukunun tatbikinde bir çok güçlükler ortaya çıkarmıştır. İşte bu güçlükleri bertaraf etmek için ilk defa 1916 tarihli irade-i seniyye ile denenen diğer mezheplerden istifade usulü, kararname ile tam olarak tatbik sahasına çıkmıştır.

213. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 349-350.
214. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 347.
215. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 347 d.n. 38.
216. Chehata, age. 19; Eisenman, 37; Anderson, *Law Reform*, 48.

Hanefi mezhebinin sıkı bir şekilde takip edildiği Mecelleden yarım asır sonra, ihtiyaçların sevkiyle gelinen bu nokta önemlidir. Bu bakımdan İslam hukukunun yeni ihtiyaçlara cevap verebilmesinde önemli bir rol oynayan bu usulün kabulüyle, kanunu hazırlayanların yaptıkları yenilik küçümsenmemelidir. Esasen kanunda yapılan yenilikleri yapabilmek için diğer mezheplerden istifade zaruri idi. Bu sayededir ki İslam hukuku çerçevesinde kalınarak aile hukukunun kanunlaştırılması mümkün olmuştur. Ne var ki bu usul bazı muhafazakar İslamcıların tepkilerini doğurmuş[217] ve kararnamenin aleyhinde bir cereyanın doğmasına sebep olmuştur.

Kararnamede başlıca büluğun en alt sınırından önce evlendirilmeme, akıl hastalarının sadece zaruret halinde evlendirilmesi, nikah lafızları, nikahda monogam kalmanın şart koşulması, ikrah ile vukubulan nikah ile talakların geçerli olmaması, sarhoşun talakı ve çeşitli sebeplerle kadının tefrik (kazai boşanma) hakkı gibi hususlarda diğer mezheplerden istifade edilmiştir. Burada açıkça görülmektedir ki diğer mezheplerden istifade edilen noktalar son derece önemli noktalardır ve o zamana kadar meri Hanefî aile hukukuna nisbetle son derece köklü yenilikler getirmektedir. Bu bakımdan kararname maddi hukuk noktasında da önemli yenilikleri ihtiva etmektedir.

D. KAZAİ BİRLİĞİN TEMİN EDİLMESİ

Osmanlı devletinde yirminci yüzyıla girildiği yıllarda aile hukuku sahasında birbirinden ayrı ve bağımsız üç kaza mercii vardı. Normal olarak müslümanların ve kendilerine müracaat eden gayr-ı müslim tebanın ahval-i şahsiye ile ilgili davalarına bakan ve devletin normal kaza mercii olan şer'iye mahkemeleri,[218] gayr-ı müslim tebanın ahval-i şahsiye davalarına bakan kendi cemaat mahkemeleri ve tebalarının medeni ve cezai davalarına bakan konsolosluk mahkemeleri.

217. Bilhassa bu noktalarda kararnameye yönelttiği tenkitleri için Hukuk Fakültesi müderrislerinden Sadreddin'in Sebilürreşad'da neşredilen şu yirmi makalesine bakılabilir. Sadreddin, «Hukuk-ı Aile ve Usul-i Muhakemat-ı Şer'iyye Kararnameleri hakkında», *SR*, sy. 382-445.

218. Devletin başlangıçtan beri normal kaza mercii olan şer'iye mahkemelerini cemaat mahkemeleri gibi görmek hatadır, Jaeschke

Bu durum devletin kaza teşkilatındaki yeknesaklığı bozmakta ve çeşitli karışıklıklar doğurmakta idi. Zamanla devletin bağımsızlığı anlayışıyla da bağdaşmayan durumların ortaya çıkması[219] bu üçlü kazai sistemin teke indirilmesi zaruretini doğurmuştu.

Tanzimattan beri kabul edilen bu zaruret devletin içinde bulunduğu iç ve dış gaileler sebebiyle tatbik mevkiine konamamıştır. Nihayet 1914 yılında Osmanlı devleti tek taraflı bir kararla kapitülasyonları ilga ettiğini ilan etmiştir. Bunun neticesi olarak konsolosluk mahkemelerinin kaza yetkileri kalkmıştır.[220] Her ne kadar bu olup bitti bazı devletlerce kabul edilmemiş ve bu karışık durum Osmanlı devletinin sonuna kadar devam etmişse de hiç değilse nazari olarak devletteki kaza daireleri ikiye inmiştir.

Işte kararname cemaat mahkemelerinin kaza yetkilerini de kaldırarak bu sahadaki kazai birliği temin etmek istemiştir.[221] Bu-

> «Mamafih harb-i umumi esnasında mevcut hususi vaziyet genç Türk devlet idealine, fakat mantığa uymayan bir hal suretini mümkün kılmıştı: Gayr-ı müslimlerin ruhani mahkemeleri kapatılmış, buna mukabil şeriat mahkemelerinin selahiyeti genişletilmişti.» («Evlenme akdinin şekli», 1135) diyerek şer'iye mahkemelerini adeta bir cemaat mahkemesi olarak görmektedir. Yazarı bu yanılgıya götüren muhtemelen şer'iye mahkemelerinin meşihata bağlı olmasıdır. Halbuki şer'iye mahkemeleri devletin başlangıçtan beri devam edip gelen kaza sisteminin bir devamıdır. Sonraları nizamiye mahkemelerinin kurulması ahval-ı şahsiye dışındaki medeni ve cezai davaların bu mahkemelerde görülmesi, şer'iye mahkemelerinin devlet mahkemesi olma vasfını değiştirmez. Bu sadece görev bakımından bir iş bölümüdür. Keza bu mahkemelerin meşihata bağlı olması da bu durumu değiştirmez. Bu Osmanlı devlet teşkilatındaki bir gelişmenin neticesidir. Kazaskerliğin fonksiyonunun zayıflamasından sonra meşihat onun yerine ön plana çıkmış ve adeta onun vazifelerini üstlenmiştir. Şer'iye mahkemelerinin belli bir devrede Adliye nezaretine de bağlı olduğu düşünülürse bu durumların onun devletin normal kaza mercii olduğu vakıasına aykırı olmadığı daha iyi anlaşılacaktır. Devlet, İmparatorluktaki gayr-ı mütecanis yapıyı nazara alarak realist bir hukuk anlayışıyla gayr-ı müslimlere ahval-i şahsiye davalarında kaza yetkisi tanınmıştır.

219. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 40-41.
220. Fındıkoğlu, *Code Famiilal*, 41-42; İnalcık, «İmtiyazat», *EI²*.
221. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 40-41, 52; Jaschke, «Evlenme akdinin şekli», 1135.

nun neticesinde gayr-ı müslimlerin aile hukuku davalarına da bakmakla da görevlendirilen şer'iye mahkemelerine bir kolaylık sağlamak ve aile hukukunu bir metin içerisinde toplamak için de gayr-ı müslimlere ait hükümler ayrı fasıllar halinde kararnameye dercedilmiştir. Ne var ki gayr-ı müslim ruhani reisler yetkilerinin bu ani kaldırılışını kabul etmemiş ve bu hükme uymayacaklarını belirtmişler ve bu karışık durum kararnamenin kaldırılışına kadar devam etmiştir.

E. EVLENME ve BOŞANMADA DEVLETİN KONTROLÜ

Kararnamenin getirdiği önemli yeniliklerden bir tanesi de evlenme ve boşanmalarda devlet kontrolünün daha iyi ve güvenilir bir biçimde sağlanmış olmasıdır.[222] Devlet bu kontrolü nikahda iki yolla sağlamıştır: Birincisi nikahdan önce bir evlenme maniinin olup olmadığını tesbit için durumun ilan edilmesi, ikincisi nikahların hakim veya naibinin huzurunda kıyılıp tescil edilmesidir. Boşamada ise bu, kocanın boşamayı belirli müddet içerisinde mahkemeye bildirmesi şeklinde olmuştur.

Nikahdan önce ilan keyfiyetinin Osmanlı hukukunda daha önce tatbik edilmediği ve kararname ile ilk defa Osmanlı hukukuna girdiği bir gerçektir. Hangi saiklerle kararnameye girdiği hususunda kesin bir şey söylenemez. Batı hukuklarındaki benzer hükümler bir batı tesirini burada düşündürmektedir. Fakat nazariyede çok müsbet bir yenilik gibi görünen bu ilan keyfiyetinin, gerek kararnamede ve gerekse daha sonraki Medeni Kanunda müsbet bir netice verdiğini söylemek pek mümkün değildir.[223]

Kararname nikah akitlerinin devlet kontrolünde kıyılmasını kesin esaslara bağlamakla Osmanlı devletindeki nikahların devlet kontrolüne alınması yolundaki temayülün, Tanzimattan önceki devrede tatbikatta bir düzensizlik ve kesiklik olmakla birlikte gelişmesini tamamladığını ortaya koymaktadır. Bilhassa *Ebussuud Efendi* devrinde nikahda kadı izninin temini yolunda gösterilen gayretler daha sonraları devam ettirilseydi, şüphesiz nüfuz nizamnameleri ve kanunundan ve kararnameden çok daha önce bu hususta müsbet bir neticeye varmak mümkün olurdu. Bu yüzden

222. Chehata, age, 19; Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 253 v.d.; Bousquet, 25-26.
223. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 423-424.

kararname ile gelinen noktayı *Ebussuud*'la başlayan tekamülün tabii bir neticesi saymak gerekir. Bunun neticesi olarak *«aile kararnamesinden önceki evlenme akitleri bu kararnamenin tanzim eylediği devletleştirmeye tamamen yabancıdır»*[224] denemiyeceği gibi *E. Durkheim*'den gelen evlenmenin hususi bir mukaveleden ziyade içtimai bir hadise olması düşüncesinin ve evlenme akit şeklinin devlet tarafından tesbiti icabedeceği hususundaki Fransız hukuk görüşünün burada ilham kaynağı olduğunu söylemek de[225] pek mümkün değildir. Bu son görüşte yazarı bu düşünceye sevkeden saik *Gökalp*'in düşüncelerinde *Durkheim*'in oynadığı rol olmalıdır. Fakat unutmamak gerekir ki devlet kontrolündeki nikah akitlerinin ta başlangıçtan beri Osmanlı devletinde ve hukukunda bir ananesi esasen mevcuttu. Bu noktanın gözden uzak tutulması yanlış olarak farklı ve yabancı tesirlerin varlığı fikrini doğurmaktadır.

Kaldı ki bu şekil hükümlerine riayetsizliğin neticesinde akdin fesat ve butlana müncer olmaması, sadece cezai müeyyidelerle müeyyidelendirilmesi, Osmanlı hukuk teamülüne uygun bir keyfiyettir. Bilindiği gibi kadı izninin nikahda bir emr-i sultani olduğunu bildiren *Ebussuud Efendi*, buna rağmen kadı izinsiz nikahların fasid veya batıl olduğunu ifade etmemiş, bilakis bunun nikahın sihhatine halel vermiyeceğini belirtmiştir.

Netice olarak şunu söylemek mümkündür ki evlenme ve boşanmalarda devlet kontrolünün daha iyi tanzimine ihtiyaç duyulmasında yabancı tesirler sözkonusu olabilirse de, mesele tamamen İslam-Osmanlı hukuku ve geleneği içerisinde kalınarak halledilmiştir.

F. KAZAİ BOŞANMA

Kararname bazı durumlarda kadına kocasından tefrik hakkını vermektedir. Kararnamenin bir boşanma sebebi olarak kabul ettiği bu durumlar, daha öncede belirtildiği gibi kocanın evliliğe mani bir ayıbının olması, cüzzam, baras, zührevi hastalıklar veya akıl hastalığı gibi hastalıklara düçar olması, keza kocanın nafaka bırakmadan veya bırakarak uzun müddet gaib olması ve karı koca arasında bir geçimsizliğin ortaya çıkması gibi durumlardır.

224. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 254.
225. Jaeschke, «Evlenme akdinin şekli», 1137.

Kararname bu son derece önemli hükümleri getirirken Hanefî mezhebinden ziyade diğer sünni mezheplerden, bilhassa Malikî mezhebinden istifade etmiştir. Bu bakımdan bu hükümler Hanefî mezhebi için bir yenilik teşkil ederse de[226] İslam hukuku için bir yenilik teşkil etmez. Kanunu hazırlıyanlar devrin şartlarını ve sosyal bünyeyi iyi değerlendirerek kadın lehinde olan bu hükümleri getirmişlerdir. Hanefî mezhebinin hakim olduğu memleketlerde diğer mezheplerden istifade ile kazaî boşanma yolunu ilk defa açan Hukuk-ı Aile Kararnamesidir. Bu bakımdan kararnamenin getirmiş olduğu bu hükümler büyük önem taşır.

Kararnamenin 130. maddesi üzerinde ayrıca durmak gerekir. Bu madde karı koca arasındaki geçimsizlik durumunda iki tarafın ailelerinden birer hakem tayin ederek bir aile meclisi kurar ve bu meclis tarafları dinledikten sonra gerek görürse tefrike veya muhalaaya hükmeder.

Bu müessesenin hangi saiklerle kararnameye dahil edildiği hususuna gelince *Fındıkoğlu,* bu hususta batı tesirinin daha müessir olduğu kanaatindedir. Ona göre kararnamenin mucib sebepleri fıkhî hükümlere dayanıldığını göstermekteyse de muhtemelen ilk tesir Avrupaîdir, sonradan bunun tefsirine gidilmiş kitaptan yeri aranmıştır.[227] Yazar bu hususta bilhassa *«aile meclisi»* tabirinin fransızca *«conseil de famille»* den aynen tercüme edilmiş olmasından istidlal etmektedir. *Bouvat* da burada bir yabancı taklitten söz etmektedir.[228]

Burada sadece bir isim benzerliğinden hareketle bu müessesenin Avrupaî bir tesirle kararnameye dahil edildiğini söylemek güçtür. Bir Avrupai tesirden bahsedebilmek için bu müessesenin İslam hukukunda bilinmemiş olması gerekir. Halbuki Hanefîler de dahil İslam hukukunda karı koca arasında bir geçimsizlik vukuunda, ailelerden islah-ı beyn için birer hakem tayin edilmesi usulü vardır. Bu hususu komisyon başkanı olan *Mahmud Esad* daha önce yazdığı eserinde açıkça belirtir.[229] Ne var ki Malikîler dışındaki sünni mezheplerde hakemlerin vazifesi sadece ahlakidir; taraflardan vekalet verilmediği müddetçe tefrike hükmede-

226. Cin, *Boşanma,* 104.
227. Fındıkoğlu, «Aile hukukumuzun tedvini meselesi», 711-712.
228. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi,* 255; Bouvat, 25.
229. Mahmud Esad, *Kitab-ı Nikah ve Talak,* s. 144 d.n.1.

mezler. Malikîlerde ise hakemler bir vekalete ihtiyaç duymaksızın tefrike hükmedebilirler. Nitekim bu hususta Maliki görüşünü kabul eden İslam ülkelerinde mesele aynı veya benzer hükümlerle halledilmiştir. Sudan'ın 1916 da yayınladığı adlî tamimde benzer hükümler getirildiği gibi,[230] Mısır'ın son olarak kabul ettiği 1953 tarihli Cezaî ve Medenî Murafaa Kanununda da 774-777. maddeleri arasında durum hemen benzer şekillerde tanzim edilmiştir.[231]

Görülmektedir ki hakem müessesesine müracaatın İslam hukukunda esasen var olduğunu, birisi kararnameden de önce olmak üzere iki İslam ülkesinde aynı veya benzer şekilde kanunlaştırıldığını gözden uzak tutarak bir Avrupaî tesirden bahsetmek doğru değildir. Esasen *Fındıkoğlu*'nun da belirttiği gibi bu müessesenin *Napolyon*'un Mısır seferi sırasında fransız hukukçularının Maliki hukukunu burada incelemeleri sonucu Fransa'ya geçtiği iddiaları da vardır.[232] Ne var ki bu meseleyi incelemek bizim konumuz dışında olduğundan ayrıca üzerinde durmuyoruz.

G. POLİGAMİYİ SINIRLANDIRMASI

Kararname evlenme akdi esnasında kadının kocasının evlilik boyunca monogam kalmasını şart koşabileceğini kabul etmektedir.[233] Böylece doğrudan olmasa bile çok karılılığın sınırlandırılması yolunda önemli bir adım atılmış olmaktadır. Bu bakımdan bu madde o zamana kadar meri Osmanlı hukukuna göre son derece önemli bir yenilik taşımaktadır. Kararnameden sonra yapılan diğer İslam ülkeleri kanunları da, bir kısmı kararnamede olduğu gibi kadının monogam kalma şartını nikah akdine dercetmesine müsade ederek, bir kısmı da ikinci evliliği birinci eşin ve-

230. Linant de Bellefonds, II/478.
231. Şa'bân, 495 Mezkür Mısır kanununun ilgili maddelerini burada aynen vermek zannederim meseleye biraz vuzuh getirecektir. md. 774: Hakemler eşler arasındaki anlaşmazlık sebeplerini bilmeli ve islah için gayret sarfetmelidir. Mümkünse belli bir yol tesbit etmelidir. *md. 775:* Hakemler islahtan aciz olurlarsa hata kocada veya karıda veya her ikisinde ise veya kimde olduğu bilinmiyorsa duruma göre bedelli veya bedelsiz bir bâin talaka hükmederler. *md. 776:* Hakemler arasında ihtilaf çıkarsa hakim bahsi bir daha gözden geçirmelerini onlara emreder. Aralarındaki ihtilaf devam ederse başka hakem tayin olunur.
232. Fındıkoğlu, «Aile hukukumuzun tedvini meselesi», 711-712.
233. HAK, md. 38.

ya hakimin iznine bağlıyarak çok karılılığı sınırlandırma yoluna gitmişlerdir.[234]

Kararnameyi hazırlayanlar şüphesiz devrin sosyal ve iktisadi şartlarının ve feminizm cereyanının tesiri altında kalarak poligamiyi tahdit etmek istemişlerdir. Onu tamamen yasaklamayı da hukuk realitesine uygun görmiyerek muhtemelen fiilen benzer bir sonucu doğurabilecek olan bir yola giderek[235] İslam hukuku çerçevesinden ayrılmadan onu sınırlandırmayı hedef almışlardır. *Fındıkoğlu* monogam kalma şartını kabul etmenin poligamiyi yasaklamakla bir olduğuna inanmaktadır.[236]

Burada *Jaeschke*'nin kararnamenin bu hükmünü tahlil ederken içerisine düştüğü tezadı belirtmeden geçemiyeceğiz. Yazar kanunu hazırlayanların diğer mezheplerden de istifade ettiklerini ve kadının monogam kalma şartını kabul ettiklerini ifade ettikten hemen sonra bunun şeriatla açıktan açığa çeliştiğini ifade etmektedir.[237] Diğer mezhepler de şerî hukukun bir parçası olduğuna göre onlardan istifade etmek şerî hukukla çelişkiye düşmek olarak vasıflandırılamaz.

H. EVLENME İÇİN ASGARİ YAŞ SINIRI

Kararname bir başka önemli yenilik olarak evlenme yaşına bir alt sınır getirmiştir.[238] Gerek Hanefî mezhebinde, gerekse diğer üç mezhepte bu hususta bir sınır olmamasına ve velileri tarafından hangi yaşda olursa olsun küçükler evlendirilmesine rağ-

234. Anderson, *İslamic Law*, 50; Linant de Bellefonds, II/137; Chehata, agm, 111-112.
235. Fındıkoğlu, *Code Familial*, 43; Fındıkoğlu, «Aile hukukumuzun tedvini meselesi», 715.
236. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 257; Eisenman da aynı görüştedir. bk. s. 40. Fakat Hussami de tam bir zıt görüş olarak bu şartı nikah akitlerine hemen hiçbir kadının ilave etmediğini ileri sürmektedir. bk. s. 148. Bu iki zıt görüşten bu imkanın kullanılmasının her memleketin sosyal şartlarına göre değişiklik arzetmekte olduğu neticesi çıkarılabilir.
237. Jaeschke, *İslamlık*, 12: «Genç Türkler bir adım daha ileri gittiler ve 1917 tarihli geçici aile kanununda başka İslam mezheplerinin öğretilerini de göz önünde bulundurdular ve evlenecek olan çiftlerin önceden tek eşlilik için sözleşebilmeleri gibi açıktan açığa şeriatla çelişen cüretli bir adım attılar.»
238. Chehata, agm, 108; Eisenman, 37; Bousquet, 25-26.

men kararname *İbn Sübrüme* ve *Ebû Bekir el-Esam*'ın görüşünü kabul ederek büluğdan evvel küçüklerin evlendirilmesini yasaklamıştır. Hanefilerde büluğun alt sınırı erkeklerde 12 kızlarda da 9 olduğundan bu yaşlardan aşağı yaşda bulunan çocuklar kimse tarafından evlendirilemezler.[239] Esbab-ı mucibe layıhası aile hayatında görülen bazı problemlerin sebeplerinin bu küçük evlilikler olduğuna işaret etmekte ve bu yüzden bu tip evliliklerin önlendiğini belirtmektedir.[240] Daha sonra diğer İslam ülkeleri de küçüklerin evlendirilmelerini benzer şekillerde yasaklamışlardır.[241]

239. HAK, md. 7. md. 52 ise bu hükme aykırı olarak yapılan evlilikleri nikah ehliyetine sahip olmayanların evlilikleri olduğu için fasid kabul etmektedir.
240. HAK-EML, bk. s. 271.
241. Chehata, agm, 108-109. Mısır'ın 1923 yılından itibaren küçüklerin evlenmelerini geçersiz saymayıp, sadece bunlarla ilgili davaları mahkemelere kabul etmediği göz önüne alınırsa daha önceki tarihli kararnamenin bu hususta yaptığı yeniliğin önemi daha iyi anlaşılır.

VIII. EKSİKLERİ ve GİDERME TEŞEBBÜSLERİ

Kararname İslam aile hukukunu ilk defa kanunlaştırmak ve devrine göre büyük yenilikler taşımakla birlikte bir takım eksiklikleri de ihtiva etmektedir. Bunun bir kaç sebebi vardır. Bir defa kanun çok nâmüsait şartlar içerisinde ve aceleyle hazırlanmıştır. Şüphesiz Birinci Dünya Harbinin meydana getirdiği iktisadi, sosyal ve hukuki zaruretlerin bu kanunun hazırlanmasında önemli rolleri olmuştur. Fakat kararnamenin harbin o sıkışık günlerinde alelacele hazırlanması bir çok eksiklikler de doğurmuştur. Kararnameyi hazırlayanlar da bunun farkındadırlar, fakat bunu ilerde tamamlamayı ve aile hukuku sahasını eksiksiz kanunlaştırmayı ümid etmektedirler.[242] Esasen kararnamenin meriyete konuş şekil de bu aceleciliği açıkça ortaya koymaktadır; kanunu hazırlayanlar bunu normal usulle meclisten geçirecekleri yerde —biraz da mecliste kanunun takılacağından korktukları için— Kanun-i Esasinin 36. maddesini kendilerine verdiği yetkiyle muvakkat bir kanun olarak çıkarmışlardır. Yalnız şurası da var ki hükümet bu meselede bu kadar acîl davranmasaydı 1917 yi takip eden yıllardaki siyasi hadiseler, kararnamenin çıkışını herhalde imkansız hale getirirdi. Bu bakımdan kararnamenin gün ışığına çıkmasını biraz da bu aceleciliğe borçluyuz.

Kararnamenin eksikler ve boşluklarla dolu olmasının ikinci sebebi komisyonun teşekkül tarzıdır. Komisyonun insicamlı ve Mecelle cemiyetine kıyasla fazla kuvvetli bir kadrosunun olmadığı anlaşılmaktadır. *Cevdet Paşa* gibi böyle bir çalışmayı büyük bir dirayetle yürütecek bir kimsenin olmayışı, kanunun eksik ve boşluklarla dolu olarak neşredilmesine sebep olmuştur. Fakat yine de kurulan ihzar-ı kavanin komisyonları içerisinde tek müsbet eseri bu komisyonun ortaya koyduğunu unutmamak gerekir. Ko-

242. Fındıkolu, *Hukuk Sosyolojisi*, 263

misyon daha müsait bir çalışma ortamı bulsaydı her halde daha mükemmel bir kanun ortaya koyabilirdi.

Kanun gerek tam bir aile kanununda bulunması gerekli kısımlar ve gerekse ihtiva etmesi gerekli hükümler itibariyle boşluklar ve eksiklikler taşımaktadır.[243] Kararname aile hukukunun sadece evlenme ve boşanmaya ait kısımlarını tanzim etmiştir. Halbuki bir aile kanununda bunların yanıda neseb, hıdane, vesayet ve nafaka ve mal rejimini tanzim eden hükümlerin de yer alması gerekir. Kararname ise sadece karı-koca nafakasına yer vermiştir.

Komisyon bu hususiaki eksikliği bilmekte ve Mecellenin kitap kitap neşredilerek tamamlanması gibi, bunları neşrederek tamamlamayı ümid etmektedir. Komisyon azasından biri, kararnamenin meriyete girişinin beşinci ayında bir gazeteye verdiği beyanatta şöyle diyor: «*Hukuk-ı aile kanununu henüz bitirmedik. Evvelce münakehat ve mufarakat mebahisini tanzim etmiştik. Komisyonumuz bu mebahisi ariz ve amik tedkik eyledikten sonra mevaddı kınuniyesini tanzim eylemiştir. Şimdi neseb, nafaka, mufarakat vukuundan sonra hadane yani çocuk büyütme, vasiyet, miras mesail-i mühimmesini tetkik ediyoruz.*»[244]

Esasen aynı tarihlerde meşihatta da aile hukukunun tanzimi için belirli bir gayret sarfedilmektedir. Daha önce kurulmuş bulunan heyet-i iftaiyenin telif-i mesail şubesi kararnamen hemen hazırlık devrelerinde aile hukukunun ilk önce nafakaya ait olan kısmını kaleme almış ve bir «*Kitabü'n-Nafakat*» vücuda getirmiştir. Bu kitap incelenmesi ve eksik ve yanlışlarının bildirilmesi için de şer'iye mahkemelerine gönderilmişti.[245]

Nafakaya ait bütün hükümleri kanun tekniğine uymayan bir şekilde ihtiva eden bu kitap muhtemelen adliye nezaretince hazırlanması düşünülen kanunun bütünlüğünü bozmamak için irade-i seniyyeye iktiran edip meriyete girmemiştir.[246]

243. Jaschke, «Evlenme akdinin şekli», 1142-43; Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 262.
244. Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 263.
245. *Cİ*, sy. 20 s. 364 de bu kitabın bab ve fasılları hakkında, *Cİ* sy.21 s. 431 de de yine bu kitap hakkında aydınlatıcı bilgi vardır.
246. Döndüren bu kitaptan bir kanun olarak bahsetmektedir. bk. Hamdi Döndüren, Delilleriyel *İslam Hukuku*, Konya 1977, s. 210

Meşihat makamı bu kitabı, ahkam-ı şahsiyenin 1. cüzü olarak neşretmişti. Heyet-i iftaiyenin telif-i mesail şubesi bu serinin devamı olarak nikah ve talak meselelerini de tedvin etmeyi muhtemelen düşünüyordu. Belki de kararnameyi hazırlayanları aceleye sevkeden husus, aile kanununun hazırlanmasında meşihatın önüne geçerek onların böyle bir tanzime gitmelerine mani olmaktı.

Kararname aile kanununda yer alması gereken bazı kısımlara yer vermemesinin yanında bizzat maddelerde de boşluklar bırakmıştır. Kararnamede umumi hükümler bulunmadığı gibi,[247] kanunun hayli fazla olan boşluklarının ne ile doldurulacağı da belirtilmemiştir. Gerçi gerek kazai içtihatlarda, gerek ilmi içtihatlarda bu hususta bir tereddüt olmamış, geçmişte de esasen meri olan Hanefî-İslam hukukuna müracaat edilmiştir. Fakat bunun sarahatle belirtilmesi faydalı olurdu. Kararnamenin batıl-fasid nikahlar hususunda sıhhatli bir ayırım yaptığını söylemek de zordur.[248]

Bunun haricinde dilsizin nikahı, şahitlerin ikisinin de erkek olmasının şart olup olmadığı, mukatebe ve mürasele yoluyla nikah, fuzulinin nikahı, muhalaa, evlenme yasağı olarak liân, hata ile vukubulan talakın neticesi gibi hususlarda açık ve yeterli hükümler getirilmemiştir.

Bütün bunlar bir çok yenilikler taşımasına rağmen kararnamenin çok dikkatli bir çalışmanın ürünü olmadığını ortaya koymaktadır.[249]

Kitap her ne kadar bir kanun tasarısı olarak hazırlanmışsa da kanuniyet kesbetmemiştir.

247. Von W. Petrich, «Das provisoriche gesetz über das familienrecht in der Türkei», *Der Neu Orient*, 1918, III/470.
248. Cin, *Evlenme*, 303.
249. Petrich, 470.

IX. KARARNAMENİN İLGASI ve SEBEPLERİ

Bazı eksikleri olmasına rağmen sahasında büyük bir boşluğu dolduran ve bir çok yenilikleri ihtiva eden Hukuk-ı Aile Kararnamesi Osmanlı devletinde onu hazırlıyanların hiç hatırlarına getirmedikleri ölçüde kısa ömürlü olmuştur. Kararname 20 Ramazan 1337/19 Haziran 1919 tarihli yine muvakkat bir kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.[250]

Aile hukukunun İslam ülkelerindeki bu ilk kanunu neden bu kadar kısa ömürlü olmuştur? Bu sorunun cevabı devrin siyasi ve sosyal şartlarında ve kanunun ihtiva ettiği yeniliklerde yatmaktadır. Kanun umumiyet itibariyle tasvib görmesine rağmen, iki gurubun şiddetli tepkisini doğurmuştur; muhafazakar İslamcılar ve gayr-ı müslim cemaatların ruhani reisleri. Bu iki gurup kararname aleyhinde bir muhalefet havası estirmişler ve Osmanlı devletinin içerisinde bulunduğu siyasi durum, muhafazakârların hükümet nezdinde, gayr-ı müslim ruhani reislerin de itilaf devletleri nezdinde tesirini büyük ölçüde artırmıştır. Bu yüzden genel kanaat her iki gurubun tesir ve gayretleri sonucu kararnamenin ilga edildiği noktasındadır.[251]

Kararnamenin bihlassa diğer mezheplerden istifade etmesi, bazı muhafazakar İslamcıların şiddetle kararname aleyhinde bulunmalarına sebep olmuştur.[252] Mütarekeden sonra bu muhalefet daha da artmıştır.[253]

250. *D.II.T.* 11/299 Berkes, 454 de kararnamenin Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği 1926 yılına kadar meriyette kaldığını söylemektedir ki bir dikkatsizlik eseri kaleme alınmış olsa gerektir.
251. Fındıkoğlu, «Aile hukukumuzun tedvini meselesi», 719; Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 260; Cin, *Evlenme*, 293; Jaschke, «Evlenme akdinin şekli» s. 1143-1144.
252. Darülfünun muallimlerinden Sadreddin'in Sebilürreşad mecmuasında yazmış olduğu yirmi kadar makalede diğer mezheplerden istifade edilen her noktada kararnameyi şiddetle tenkit etmiştir.

Kararnamenin gayr-ı müslimler hakkında hükümler ihtiva etmesi ve bilhassa 156. maddesiyle ruhani reislerin aile hukuku sahasındaki kaza yetkilerini kaldırması, bunların da şiddetli bir şekilde kararname aleyhinde bulunmalarına sebep olmuştur.[254]

Gayr-ı müslimlerin kararname aleyhinde çok yönlü bir çalışmaları olmuştur. Kararnamenin meclis-i mebusanda ilgili komisyona havalesi sırasında yaptığı konuşmada Aydın mebusu *Emanuelidi Efendi*, kararnamenin Kanun-i Esasinin İmparatorluktaki muhtelif dini cemaatların dini haklarıyla ilgili maddesine[255] muhalif olduğunu, bu kanunla 600 senelik gayr-i müslimlerin ahvali- şahsiyelerine karışılmaması ananesinin bozulduğunu, diğer devletlerde azınlıktaki dini cemaatların nikahlarına karışılmadığı halde Osmanlı devletinde bu kararnameyle karışıldığından bahsetmektedir.[256] *Emanuelidi Efendi* bu konuşmasıyla kararnamenin ayrı bir encümende görüşülmesini istemişse de kabul edilmeyerek kararname incelenmek üzere adliye encümenine havale edilmiştir.[257]

Öte yandan başta Rum-Ortodoks kilisesi olmak üzere diğer cemaat kiliseleri ve Yahudi hahamlığı gerek hükümet ve gerekse İstanbul'daki elçilikler nezdinde kararnamenin gayr-ı müslimleri ilgilendiren hükümlerinin uygulanmaması yolunda çalışmalar yapmışlardır. Patrikhanenin ruhani meclisi bu kararnameyle ilgili bir komisyon kurarak mebusan meclisi adliye encümenine gön-

bk. Sadrettin, «Hukuk-i Aile ve Usul-i Muhakemat-ı Şer'iyye Kararnameleri hakkında», SR, sy. 382 den 445 e kadar 20 makale.

253. Tunaya, *İslamcılık Cereyanı*, 103.
254. Cin, *Evlenme*, 305; Ünal, 211; Caporal, 124.
255. Sözkonusu madde 1876 Kanun-i Esasisinin 11. maddesidir. Kararnameye karşı yapılan muhalefet sırasında gayr-ı müslimler tarafından sık sık kullanılacak olan bu madde şöyledir: «Devlet-i Osmaniyenin dini, din-i İslamdır. Bu esası vikaye ile beraber asayiş-i halkı ve adab-ı umumiyeyi ihlal etmemek şartıyla memalik-i Osmaniyede maruf bilcümle edyanın serbesti-i icrası ve cemaat-ı muhtelifeye verilmiş olan imtiyazat-ı mezhebiyyenin kemakan cereyanı devletin taht-ı himayetindedir.»
256. *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi*, Üçüncü Devre-i İntihabiyye, Dördüncü İctima, Beşinci İnikad, s. 26-27.
257. Aynı kaynak, s. 28.

derilmek üzere bir «*Takrir-Memorandum*» hazırlatmıştır.[258] Bu takrirde Ortodoks kilisesince, nikahın münhasıran dini-ruhani bir vazife olduğu ve kilisece ifa edildiği, bu yüzden de bu vazifeye daha önce müdahele edilmediği, *Fatih* ve haleflerinin bu imtiyazı aynen muhafaza ettiği ve asırlarca bu imtiyazların muhtelif berat ve fermanlarla tasdik edildiği, ayrıca Kanun-i Esasinin 11. maddesinde de bu hakkın tasrih edildiği belirtilmektedir. Takrirde bilhassa 156. madde üzerinde durulmakta ve bu hakkın asırlarca muhafaza edildiği, 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve 1856 İslahat Fermanıyla da teyid edildiği, keza diğer devletlerce de aynı usulün benimsendiği ve azınlıktaki dini cemaatların dini imtiyazlarına karışılmadığı belirtilmekte ve Ortodoksların bu kararnameden muaf tutulması istenmektedir.[259]

Avusturya-Macaristan'ın İstanbul büyükelçiliğinin kendi dışişleri bakanlığına gönderdiği raporlardan anlaşıldığına göre gerek Rum ve Ermeni kilisesi ve gerekse Yahudi hahamlığının kanuna karşı kendilerinin Osmanlı devleti nezdinde desteklenmesi ve hatta bu hususta baskı yapılması yolunda ısrarlı istekleri vardır. Bu istekliler arasında papalık temsilcisi de vardır. Hatta hahamlık ve Rum kilisesi bu kanunu uygulamamak suretiyle kanuna karşı bir mukavemeti de düşünmektedirler.[260]

I. Dünya Harbinin Osmanlı devleti aleyhinde sonuçlanması ve devletin yer yer işgali gayr-ı müslimlerin yabancı devletler nezdindeki bu teşebbüslerinin müessiriyetini artırmıştır. Bu yüzden bazı yazarlar kararnamenin itilaf devletleri yüksek komiserliğinin müdahalesiyle kaldırıldığını söylemektedir.[261] Fakat bu tek taraf-

258. Avusturya-Macaristan büyükelçisinin kendi dışişleri bakanlığına gönderdiği rapor. bk. Avusturya Devlet Arşivi, Haus und Hof Archiv, Politisches Archiv (PA), XII, LVI 17 Kasım 1917 tarihli rapor. Kararnameyle ilgili Avusturya devlet arşivlerinden kıymetli arşiv belgelerinin teminini muhterem Prof. Dr. Nejat Göyünç'ün lütufkar yardımlarına borçluyum.

259. Burada İstanbul'daki büyükelçiliklere birer nüshası verildiği anlaşılan bu «Takrir-Memorandum»un Avusturya-Macaristan büyükelçiliğine verilen grekçe aslından bu elçilikçe yaptırılan ve kendi dışişleri bakanlığına gönderilen fransızca tercümesinden istifade edilmiştir. bk. Aynı kaynak 19 Ocak 1918 tarihli rapor eki.

260. Aynı kaynak 17 Kasım 1917, 18 Aralık 1917, 12 Ocak ve 19 Ocak 1918 tarihli raporlar.

261. Hussami, 1.

lı tesir yalnız gayr-ı müslimlerle ilgili hükümlerin yürürlükten kaldırılmasını izah ederse de kararnamenin bütünüyle yürürlükten kaldırılmasını izah edemez. Nitekim Fransız manda idaresindeki Suriye'de kararname yürürlükten kaldırılmamış, sadece ruhani reislerin kaza yetkilerini ortadan kaldıran 156. madde meriyetten kaldırılmıştır.[262] Keza Filistin'de de kararnamenin sadece gayr-ı müslimlere ait bölümü yürürlükten kaldırılmış diğer hükümleri tatbik edilmeye devam etmiştir.[263] İlga kararnamesinde şeyhulislam ve sadrazam vekili olarak *Mustafa Sabri Efendi*'nin imzasının bulunması kararnamenin gayr-ı müslimlere ait hükümlerinin ilgası sırasında muhafazakar islamcıların tesiriyle tamamının ilgası yoluna gidildiği şeklindeki genel kanaati kuvvetlendirmektedir. İlga kararnamesine dair Şura-yı Devlet Tanzimat Dairesi mazbatası kararnamenin münderecatındaki eksiklikler sebebiyle yalnız Müslümanlar için yürürlükte kalmasının da mahzurlu görüldüğünden bahsetmektedir.[264] Hukuk Fakültesi müderrislerinden *Abdurrahman Münip* de bu hususta şöyle demektedir: *«Teessüf edeceğimiz bir nokta var ki cemaat-ı gayr-ı müslimeye müteallik Hukuk-ı Aile Kararnamesinde mevcut ahkamın ilgası sırasında, bizim esasat-ı fıkhiyyemize tamamen, harfi harfine mutabık olduğu her zaman kemal-i muvaffakiyetle müdafaa edilebilen Müslümanlara ait ahkam da vahi bir mütalaa ile ilga edilmiştir. İşbu kararnamede Müslümanlara ait mesailin bir kısmının bazılarının iddiasına rağmen ekseriyetinin hilaf-ı şer'-i şerif olduğu füruhtesi işbu ilga için sebeb-i müessir olmuştur.»*[265]

İlga kararnamesinin 2. maddesi Hukuk-ı Aile Kararnamesinin ilgasından sonra kararnameden önceki hükümlerin meri olduğunu zikretmektedir. İlga kararnamesiyle aynı tarihte kabul edilen bir başka kararname[266] ile de Hukuk-ı Aile Kararnamesinin kabulüyle birlikte nikah akitlerinde devlet müdahelesini kuvvetlendirmek maksadiyla kabul edilen Kanun-ı Cezanın 200. maddesinin 19 Rebiulahır 1332 tarihli zeyl-i sanisini muaddil kararname de tabiatıyla ilga edilerek 19 Rebiulahır 1332 tarihli muvakkat kanun tekrar yürürlüğe konmuştur.

262. Jaschke, «Evlenme akdinin şekli», 1143-44.
263. Eisenman, 34, 50 ve 87.
264. Ansay, *Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar*, 55.
265. Abdurrahman Münip *Hukuk-ı Medeniyye*, İst. 1340-41, V-VI/s. 9.
266. *D.II.T.* 11/301.

X. DİĞER İSLAM ÜLKELERİNDEKİ MERİYETİ

Kararname Osmanlı devletinde 20 ay gibi kısa bir müddet meriyette kalmasına rağmen bazı ortadoğu ülkelerinde hayli uzun süren bir hayatiyet imkanına kavuşmuştur.

A. SURİYE

Hukuk-ı Aile Kararnamesi 1 Kasım 1953 tarihine kadar Suriye'de meriyette kalmış, bu tarihten itibaren yerini 17 Eylül 1953 tarihli Suriye ahval-i şahsiye kanununa bırakmıştır. Kararnamenin Suriye'deki tatbikatı esnasında Fransız manda idaresi tarafından 7 Aralık 1921 tarihli kararname ile 156. maddesi meriyetten kaldırılmış,[267] Suriye adliye nezaretinin 29 Haziran 1926 tarihli bir kararıyla da gayr-ı müslimler hakkındaki hükümler ilga edilmiştir.[268]

Böylece kararnamenin Suriye'deki müslümanlar hakkındaki meriyeti 36 sene sürmüş olmaktadır.

B. LÜBNAN

Kararname Lübnan'daki sünni müslümanlar hakkında meriyete girdiği tarihten bugüne kadar tatbik edilmiş olup hala da tatbik edilmektedir.[269] Gayr-ı müslimler tabiatıyla kararname haricinde bırakıldıkları gibi, aleviler de kararname hükümlerine değil Caferi mezhebi esaslarına tabi tutulmuşlardır.[270]

C. FİLİSTİN ve İSRAİL

Kararname İngiliz idaresi altındaki Filistin'de gerek askeri

267. Hussami, 38-39; Fındıkoğlu, *Code Familial*, 56; Bousquet, 24; Jaschke, «Evlenme akdinin şekli», 1144.
268. Hussami, 43-44; Jaschke, «Evlenme akdinin şekli», 1144 d.n.44.
269. Catala-Gervais, I/99; Chehata, age, 18; Anderson, *İslamic Law*, 54; Linant de Bellefonds, II/472.
270. Catala-Gervais, I/99.

ve gerekse sivil idare boyunca tatbik edilmiştir. Tabiatıyla bu tatbikat sırasında gayr-ı müslimlere ait hükümler meriyetten kaldırılmıştır.[271] İsrail devleti kurulduktan sonra ise şer'iye mahkemeleri kendi alanlarında tamamen serbest bırakılmışlardır. Bu devrede kararnamenin Kadri Paşa tarafından hazırlanan kanun tasarısıyla birlikte yardımcı bir kaynak olarak kullanıldığı görülmektedir.[272]

D. ÜRDÜN

Ürdün'de kararname zamanla bazı değişiklikler geçirerek 1951 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.[273]

Bunların haricinde kararname Irak'ın Osmanlı devletinden ayrılmasından sonra neşredildiğinden orada tatbik imkanı bulamamış, fakat kararnameden önce neşredilmiş bulunan iki irade-i seniyye orada da tatbik edilmiştir.[274]

271. Eisenman, 34, 50 ve 87.
272. Eisenman, 170.
273. Anderson, İslamic *Law*, 27 keza Anderson, *Law Retorm*, *40* Mahmesanî, 312-313.
274. Anderson, 27; Mahmesanî, 339.

XI. KARARNAMENİN İSLAM ÜLKELERİNDEKİ AİLE KANUNLARINA TESİRİ

Bilindiği gibi kararname İslam ülkelerinde aile hukuku sahasında yapılan ilk kanundur. Mısır'daki bazı münferit düzenlemeler bir tarafa bırakılırsa kararnameden sonra uzun seneler bu sahada ikinci bir kanun ortada görünmemiştir. Bu bakımdan kararname uzun seneler sonra bu sahayı kanunlaştırmak isteyen devletlere en azından örneklik etmiştir denebilir.

Yalnız kararnamenin diğer İslam ülkelerine tesirini incelerken, bu ülke kanunlarıyla kararname hükümleri arasında her benzerlikte tesir-teessür meselesini düşünmemek gerekir. Aynı hukukun çeşitli ülkeler tarafından kanunlaştırılmasında benzerlikler bulunması tabii ve hatta zaruridir. Bu normal benzerliklerin ötesinde kararnamenin tesiri vakıasını ortaya çıkarabilmek için bu ülkelerin —ki bunların bir kısmı kararnameyi uzun seneler tatbik etmiştir— kararnameden önceki hukuki teamüllerine ve kanunlarında bu teamüllere zıt ve fakat kararnameye paralel değişiklikleri tesbit etmek gerekir. İşte sadece bu noktalarda bir tesir-teessür vakıasından söz edilebilir.

Kararnamenin tesiri vakıası daha ziyade ortadoğu ülkeleri için sözkonusu olmaktadır. Zira bu ülkeler umumiyet itibariyle Osmanlı devletiyle aynı hukuk ekolüne sahiptir. Üstelik bu ülkelerden bir kısmı kararnameyi uzun müddet tatbik etmiş, bir kısmı da Osmanlı devletinin bir parçası olarak bu devlet ve onun hukuk sistemi içerisinde yaşamışlardır. Bunun dışındaki ülke kanunları üzerinde kararnamenin örneklik etmiş olmaktan öte doğrudan bir tesirini tesbit etmek oldukça güçtür.

Kararnamenin sözkonusu ülke kanunlarına tesiri iki noktada düşünülebilir: Şekli hukuk noktasından, maddi hukuk noktasından.

Şekil yönünden kararnamenin diğer ülkelere tesir etmiş bulunduğunu söylemek oldukça güçtür. Gerçi bu ülke kanunları birbirlerinin hemen hemen aynı ana başlıkları taşımaktadırlar ve ufak değişikliklerle bu bab ve fasıllar aynı sırayı takip etmektedirler. Fakat bu tesir-teessürden ziyade hepsinin aynı kaynaktan istifade etmiş olmalarındandır.

Maddi hukuk noktasına gelince kararnamenin diğerleri üzerine bu noktadan tesiri vardır. Burada maddelerin tahliline geçmeden önce şunu belirtelim ki kararname bilhassa diğer mezheplerden istifade yolunu ilk olarak açmak suretiyle diğer kanunlara öncülük etmiştir.[275] Kararnameden önce hazırlanmış bulunan kanunlarda tek bir mezhep kabul edilmişken ilk defa kararname ile telfik yolu açılmıştır. Söz konusu ülke kanunlarının da aynı yoldan yürüdükleri ve eklektik bir usulle diğer mezheplerden istifade ettikleri görülmektedir ki bu noktada kararnamenin tesiri açıktır ve son derece önemlidir. Bu umumi tesirden sonra şimdi maddelere geçebiliriz.

Kararname ilk defa olarak nikaha ehliyet için belli bir yaş sınırı kabul etmiştir. Bu yaş erkeklerde 18 kızlarda 17 dir. Suriye, Irak ve Ürdün de kararnamenin izinden yürüyerek nikaha ehliyet için belli bir yaşı aramışlardır. Bu yaş Suriye'de kararnamede olduğu gibi erkeklerde 18, kızlarda 17, Irak'ta her ikisi için 18, Ürdün'de erkek için 16 kız için 15 tir.[276] Bu yaşlara ulaşmadan önce taraflar büluğ iddia ederek evlenmek istediklerinde hakim belli şartlarla bu evliliğe müsade edebilir.[277] Fakat kararnameye göre erkeklerde 12, kızlarda 9, Suriye'ye göre erkeklerde 15 kızlarda 13, Irak'a göre her ikisinde 16 yaşından önce tarafların hiç bir şekilde evlenmeleri mümkün değildir.[278] Nikah ehliyeti için istenen yaşa ulaşan kızların evlenmelerinde ise kararname ve Suriye aynı yolu takip etmiştir. Böyle bir durumda hakim itirazının olup olmadığını veliye sormakta, velinin itirazı olmaz veya varid

275. Chehata, age, 19.
276. SAŞK, md. 15; IAŞK, md. 8; ÜAŞK, md. 5. Bütün çabalarımıza rağmen Ürdün'ün 1951 tarihli aile kanununu elde edemedik, Burada onun tadil edilmiş şekli olan 1976 tarihli aile kanunundan istifade edilmiştir.
277. HAK, md. 5-6; SAŞK, md. 18; IAŞK, md. 9.
278. HAK, md. 7; SAŞK, md. 18; IAŞK, md. 9.

görülmezse hakim nikaha izin vermektedir.[279] Yalnız Suriye'de *«kocanın küfüv olması kaydıyla»* ilavesi vardır.

Burada görülmektedir ki Hanefî mezhebinde küçüklerin velileri tarafından her yaşta evlendirilmeleri mümkünken, kararname büluğ yaşından evvel evlenmeyi yasak etmiş, diğer ülkeler de değişik yaşlarda olmak üzere onu takip etmişlerdir. Böylece kararnamenin bir ehliyet teorisi kuran maddelerinin ufak değişikliklerle diğerleri tarafından kabul edildiği ve bu hususta kararnamenin bu ülke kanunlarına tesir ettiği aşikardır.[280] Hatta 17 yaşını bitiren kızların evliliğini tanzim eden kararnamenin 8 ve Suriye'nin 20. maddeleri hemen hemen aynı ifadelerledir.

Kararnamenin akıl hastalarının evlenmeleri konusunda Hanefî mezhebinin mutlak müsadeyi ihtiva eden görüşünden ayrılarak bunların evlenmelerini yasaklayan Şafiî görüşüne uymasını Suriye, Irak ve Ürdün de aynen benimsemiştir.[281]

Nikah lafızlarında tenkih ve tezvic gibi sarih ifadeleri şart koşan kararnamenin hükmünü Ürdün aynen benimsemiştir.[282] Bu hususta Suriye ve Irak kararnameyi takip etmeyip kinayeli lafızlarla da nikaha müsade eden Hanefî görüşünü terketmemişlerdir.

Ürdün kanunu, kararnamenin nikahda eşin monogam kalmasını şart koşabileceği hükmünü de benimsemiştir. Yalnız Ürdün kanununda kararnamede olduğu gibi bu şarta riayetsizlikte ikinci eşin boş olması sözkonusu değildir. Bu durumda sadece birinci eşe fesih hakkı tanınmaktadır.[283]

Mehrin en azı hususunda Hanefî mezhebinin görüşünden ayrılarak bir hudut konmayışında da Suriye ve Ürdün kararnameyle bir paralellik arzetmektedir.[284] Ürdün kanununun konuya taalluk eden 44. maddesi kararnamenin mukabil maddesi olan 80. maddesinin kelime kelime tercümesinden ibarettir. Bundan baş-

279. HAK, md. 8; SAŞK, md. 20.
280 Anderson, *Law Reform*, 104. Bu noktalarda kararnamenin Suriye kanununa tesiri için ayrıca bk. Mustafâ es-Sıbâ'î, *el-Mer'e beyne'l-Fıkh ve'l-Kânûn*, Haleb, t. s. 58.
281. SAŞK, md. 15; IAŞK, md. 7; ÜAŞK, md. 8.
282. ÜAŞK, md. 15.
283. ÜAŞK, md. 19.
284. HAK, md. 80; SAŞK, md. 54; ÜAŞK, md. 44.

ka kız velilerinin mehir haricinde kocadan bir mal talep etmemeleri hakkındaki kararname hükmünü, Ürdün hemen hemen aynı ifadelerle tekrar etmiştir.[285]

Kararname bilhassa sarhoşun ve mükrehin talakının kabul edilmemesi hususunda ortadoğu İslam ülkeelrine öncülük etmiştir. Kararnameden önce gerek Osmanlı devletinde gerekse Hanefî mezhebinin hakim olduğu diğer yerlerde mükrehin talakı geçerli olduğu gibi, haram yolla sarhoş olanın talakı da geçerli idi. İlk defa kararname haram ve helal yolla olduğuna bakmaksızın sarhoşun talakını ve mükrehin talakını geçersiz saymıştır. Bu hususta kararnameyi aynen takip eden Suriye, Ürdün, Irak[286] ve Mısır[287] üzerinde kararnamenin tesiri düşünülebilir.

Kararnamenin Hanefî-İslam ülkelerine neticeleri bakımından son derece önemli bir tesir noktası da bazı durumlarda kadına tanınan kazai boşanma hakkıdır. Şimdi bunları biraz daha yakından görelim.

Cüzzam, baras ve zührevi hastalıklar gibi birlikte oturmak karşı taraf için mümkün olmayan hastalık durumlarında, kadına tefrik hakkı tanıyan kararname hükmü, Ürdün ve Irak tarafından da benimsenmiştir. Yalnız bu ülkeler bu hastalıklara bir de veremi ilave etmişlerdir. Ayrıca bu hastalıklardan şifa ümidi varsa kararname ve Ürdün kanununa göre bir sene, Irak kanununa göre iyi olana kadar tefrik tecil edilir.[288]

Keza kararnamenin akıl hastalığını bir tefrik sebebi olarak kabul eden hükmü Suriye, Ürdün ve Irak tarafından benimsenmiştir.[289] Kararname yine Hanefî İslam ülkelerinde ilk defa kocası gaib olan kadına tefrik kapısını açmıştır ki Suriye, Irak ve Ürdün de aynı yolu takip etmişlerdir.[290] Yalnız Ürdün, kararname ile hemen hemen aynı yolu takip eder ve aynı bekleme müddetlerini kabul ederken, Suriye ve Irak daha kısa bekleme müddetleri ka-

285. HAK, md. 90; ÜAŞK, md. 62.
286. HAK, md. 104-105; SAŞK, md. 89; ÜAŞK, md. 88; IAŞK, md. 35.
287. 1929 tarihli kanun md. 1 bk. Chehata, age, 113.
288. HAK, md. 122; ÜAŞK, md. 116; IAŞK, md. 44.
289. HAK, md. 123; SAŞK, md. 105; ÜAŞK, md. 120; IAŞK, md. 44.
290. HAK, md. 126-127; SAŞK, md. 109; IAŞK, md. 43; ÜAŞK, md. 123, 131.

bul etmişlerdir. Ayrıca kararnameden farklı olarak her üçü de uzun süreli hapsi tefrik sebebi saymışlardır.[291]

Bunlardan ayrı olarak şiddetli geçimsizlik durumunda karı koca arasını islah için meselenin iki hakeme havalesi ve islah kabil olmadığı takdirde tarafların suçlu oluşlarına göre hakemlerin tefrike veya muhalaaya hükmetmeleri hakkındaki kararname hükmü, ufak değişikliklerle Suriye, Ürdün ve Irak tarafından da benimsenmiştir.[292]

Üzerinde durulması gereken son bir nokta da kararnamenin iddet hususunda söz konusu ülkelere tesiri meselesidir. Kararname «mümteddü't-tuhr» tabir edilen hiç hayız görmeyen veya bir ve ikincisini gördükten sonra üçüncüsünü görmeyen kadının iddetini, sinn-i iyasa varmışsa üç ay, varmamışsa dokuz ay olarak tesbit etmiştir. Malikî mezhebinden istifade edilerek kabul edilen bu hükmü, Ürdün aynen benimsemiş, Suriye de bu durumdaki kadının bekleme müddetini bir sene olarak kabul etmiştir.[293] Hanefîlerde ise bu durumdaki kadınlar sinn-i iyasa (55 yaş) vardıktan sonra iddet için tekrar dokuz ay beklerler.

Kararnamenin ve ortadoğu İslam ülkeleri kanunlarının mukayeseli bir incelemesi şunu ortaya koymaktadır ki kararname zamanın zaruretleri icabı hangi noktalarda Hanefî mezhebinden ayrılmış ve diğer mezheplerden istifade etmişse söz konusu ülkeler de o noktalarda aynen veya ufak değişikliklerle kararnamenin kabul ettiği görüşü benimsemişlerdir. Kararnamenin Suriye ve Ürdün'de uzun seneler tatbik edildiği göz önüne alınırsa gerek Suriye ve gerekse Ürdün kanun yapıcılarının kararnamenin tesiriyle bu değişiklikleri benimsedikleri kolaylıkla kabul edilebilir. Irak'da kararname daha önce hiç tatbik edilmediği için, kararnamenin Irak kanunu üzerine tesiri daha azdır ve muhtemelen dolayısıyladır.

Bu ülkeler içerisinde Ürdün kararnamenin en fazla tesirinde kalan ülke olarak görünmektedir. Velidedeoğlu'nun Ürdün kanununu Osmanlı ve Mısır kanunlarının bir sentezi olarak görmesi[294] bu bakımdan haklılık kazanmaktadır.

291. SAŞK, md. 109; IAŞK, md. 41; ÜAŞK, md. 130.
292. HAK, md. 130; SAŞK, md. 112, 113, 114; IAŞK, md. 40; ÜAŞK, md. 132.
293. HAK, md. 140; ÜAŞK, md, 136; SAŞK, md. 121.
294. Velidedeoğlu, «Codification», 47.

BEŞİNCİ BÖLÜM

KARARNAME SONRASI

I. YENİ BİR KANUNA DUYULAN İHTİYAÇ

Hukuk-ı Aile Kararnamesinin ilgasından sonra kararname öncesinde meri hükümler fıkıh kitaplarında yazılı olduğu şekliyle bir müddet daha mahkemelerde meri olmuşsa da, yeni bir kanuna gittikçe daha fazla ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır. Esasen yeni Türk devletinin kuruluş yıllarında çeşitli sahalarda yeni kanunların hazırlanması da gündemde idi. Fakat bu kanunlar nasıl bir karaktere sahip olacaktı? Başlangıçta muhafazakarların hakim olduğu ve hazırlanacak kanunlarda batıdan istifade ile birlikte eski hukuki esasların muhafazası görüşünün ağır bastığı görülmektedir. Fakat gittikçe batı taraftarlarının ağır basması ve yeni Türk devleti kurucularının eski hukukla bağlarını koparma arzuları, kanunların batıdan alınması fikrine ağırlık vermiş ve bilhassa medeni hukuk sahasında eski hukukun devamı karakterini taşıyan bazı kanun layihaları hazırlanmışken bunlardan vazgeçilerek lüzumlu kanunların batıdan iktibası yoluna gidilmiştir.

Medeni Kanunun kabülüne kadar olan bu devrede, bilhassa aile hukuku sahasında yapılan bu çalışmaları ve neticede ortaya konan kanun layihalarını biraz daha yakından görmek faydalı olacaktır. Zira bu çalışmalar ve neticede ortaya konan kanun layihaları bir ölçüde Hukuk-ı Aile Kararnamesinin devamı niteliğindedir.

II. HAZIRLANAN TASARILAR

A. 1923 TASARISI

Bu devrede aile hukuku sahasında iki kanun tasarısı hazırlanmıştır; 1923 ve 1924 tarihli tasarılar. İstiklal harbinin hemen akabinde Osmanlı devletinden alınan kanunlarda gerekli değişiklikleri yapmak ve yeni kanun layihaları hazırlamak maksadıyla *«tadil-i kavanin için muktazı layihaları ihzara memur komisyonlar»* kurulmuştur. Bu komisyonlar şunlardır: 1. Mecelle vacibat komisyonu 2. Mecelle ahval-i şahsiye komisyonu 3. Usul-i muhakeme-i hukukiye ve şer'iye komisyonu 4. Ticaret-i bahriye ve berriye komisyonu 5. Usul-i muhakemat-ı cezaiye komisyonu 6. Kanun-ı ceza komisyonu.[1]

Bizi burada alakadar eden ahval-i şahsiye komisyonu, şu üyelerden meydana gelmişti:

Reis: Şura-yı Devlet Tanzimat Dairesi reisi *Sadeddin Bey efendi*

Aza: Hukuk müderrislerinden *Muammer Bey*
Aza: Hukuk müderrislerinden *Hafız Şevket Efendi*
Aza: Hukuk müderrislerinden *Mişon Vantura Efendi*
Aza: Sabık Şura-yı Evkaf azasından *Kemal Atıf Bey*
Aza Darülfünun muallimlerinden *Ahmet Samim Bey*
Aza Gönenli Mehmed Efendi
Aza *Erzurumlu Ömer Nasuhi Efendi*[2]

Bu tadil-i kavanin komisyonlarının usul-i mesaisine, vekaletle münasebetine ve azalara verilecek ücrete dair bir de talimatname hazırlanmıştır.[3] Bu talimatnameye göre komisyon çalışmala-

1. Bu komisyonların üyeleri için bk. *CA*, Mayıs 1339, sy. 10 s. 464-465.
2. *CA*, Mayıs 1339, 10/464.
3. *CA*, Mayıs 1339, 10/462-463.

rı sırasında «*muamelât-ı nasa evfak ve bilhassa memleketin terakkiyat-ı iktisadiyesinin inkişafına hadim ahkam vazına sarf-ı mesai edecek ve husul-i maksad için gerek ahkam-ı fıkhıyye ve gerek milel-i sairece kabul ve tatbik edilmiş esasattan istifade edilecektir.*»[4] Görülmektedir ki bu komisyonlar oldukça muhafazakar bir zihniyetle çalışacaklar, birinci derecede fıkhi hükümlerden, ikinci derecede diğer milletlerce kabul edilen esaslardan istifade ederek adeta bunları mezcedeceklerdi.[5] Bu devrede komisyonların radikal düşünceleri yoktur.

Ahval-i şahsiye komisyonu ilgili talimatnamenin açıkça ifade ettiği gibi, 1916 da kurulan ve Hukuk-ı Aile Kararnamesini hazırlayan komisyona halef olarak çalışmasını sürdürecekti.[6] Bu komisyon ilk toplantısını 2 Mayıs 1923 te İstanbul'da yaptı. Bu toplantıda «*heyet-i ictimaiyemizin menafii hangi ahkamın vazını istilzam ediyorsa komisyonca bilmüzakere o hükümlerin vaz'ı ve bunlardan kütüb-i şer'iyyede istinadgahı bulunanlar için kabullerine saik olan esbab-ı saire ile beraber sened-i şer'ilerinin dahi iraesi müttefikan kararlaştırıldı.*»[7]

Görülmektedir ki bu komisyon Hukuk-ı Aile Kararnamesine hakim olan zihniyet dairesinde çalışmalarını sürdürmekteydi. Neticede kararnamenin hemen aynı bir tasarı ortaya kondu.[8] 30 Aralık 1923 te adliye vekili *Seyit Bey* tarafından meclise sunulan bu tasarı görüşleri alınmak üzere adliye ve şer'iye encümenlerine havale edildi.[9] Her iki encümen de tasarı da çok cüzi bir iki değişiklik yapmış, tasarının özünü bozmamıştır.[10] Meclisin 3 Nisan 1340 /1924 tarihli toplantısında yeni adliye vekili *Necati Bey* tasarının tekrar görüşüleceği gerekçesiyle Adliye Vekaleti tarafından geri alındığını bildirmiştir.[11]

4. İlgili talimatname md. 1 CA, Mayıs 1339, 10/462.
5. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, «İsviçre Medeni Kanunu karşısında Türk Medeni Kanunu», *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin*, İst. 1944, s. 349.
6. *CA*, Mayıs 1339, 10/463.
7. Velidedeoğlu, agm, 356.
8. Cin, *Evlenme*, 307; ayrıca bu tasarının metni için bk. Ansay, *Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar*, s. 59-102.
9. Ansay, *Aile Hukukumuza Bir Nazar*, 57.
10. Ansay tasarıyla birlikte her iki encümenin yaptığı değişiklikleri de zikretmiştir. bk. *Aile Hukukumuza Bir Nazar*, 59-102.
11. Ansay, *Aile Hukukumuzda Bir Nazar*, 58.

B. 1924 TASARISI

11 Mayıs 1924 de tadil-i kavanin komisyonları tekrar kurularak çalışmaları için yeni bir talimatname hazırlandı.[12] Bu talimatname de: *«tedvin edilecek kavaninin tamamen asrî bir devlet mefhumât ve esasât-ı adliyesiyle azami bir tetabuku haiz olması ve memleketin ihtiyacâtı nazardan dûr tutulmaması gerekmektedir. Bu maksadın istihsali için gerek mevzuât-ı hazıradan gerekse bilcümle yüksek medeniyeti temsil eden garb milletleri âsâr ve kavanin-i mütekamilesinden icab eden bilcümle esaslar ahz ve istinbat olunmalı ve tahsisen ticaret kanunu için beynelmilel örf ü adet asla ihmal olunmamalıdır.»*[13] denmektedir. Bu suretle kanunlaştırmalarda garba yakınlaşma arzusu daha bariz bir şekilde belirtilmektedir.

Bu komisyonlar içerisinde ahval-i şahsiye komisyonu şu üyelerden meydana gelmekteydi:

Hacı Adil Bey Reis
Şevket Bey
Muammer Raşid Bey
Şükrü Kaya Bey
Ahmed Samim
Ömer Nasuhi Efendi

Ömer Nasuhi Efendi'nin sıhhi sebeplerle çekilmesinden sonra *Cemal Atıf Bey* komisyona dahil olmuştur. Bu komisyon 142 maddelik bir aile kanunu tasarısı hazırlamıştır.[14] Bu tasarıda iki kitap halinde evlenme ve boşanmaya ait hükümler kaleme alınmıştır. Tasarı Hukuk-ı Aile Kararnamesine bazı hükümleri ve ana yapısı bakımından benzemekteyse de ondan köklü olarak ayrıldığı noktalar da vardır. Tasarının çok aceleye geldiği bütün maddelerinden belli olmaktadır. Bundan önceki tasarıya nisbetle çok geri bir tasarıdır ve acemice kaleme alınmıştır.

Tasarı önce Hukuk-ı Aile Kararnamesindeki üçlü karakteri terkederek müslim ve gayr-ı müslim ayırdetmeksizin eşit hüküm-

12. Velidedeoğlu, agm, 356.
13 Cin, *Evlenme*, 307.
14. Bu tasarının metni için bk. CA, 1340-41 s. 888-891, 953-957, 1033-1036, 1117-1123. Ayrıca bk. Ansay, *Aile Hukukumuza Bir Nazar*, 136-151.

ler getirmiştir. Yalnız gayr-ı müslimlere ait bazı ahkam müslümanlarınkiyle birleştirilerek ifade edilmiştir. Mesela mehir ve drahoma bu şekilde 68. maddede birleştirilerek ifade edilmiştir.

Tasarıda talimatnameye uyularak batı hukukundan önemli ölçüde istifade edilmiştir. Bilhassa kazai boşanma sebepleri arasına İslam hukukunda bulunmayan bir çok boşanma sebepleri ilave edilmiştir. Ayrıca boşanma hususunda kadın ile erkek hemen hemen eşit hale getirilmişlerdir. Bunlar o zamana kadar meri olan hükümlere nisbetle önemli değişikliklerdir.

Tasarıda gerek koca tarafından vukubulan gerekse tefviz-i talak suretiyle kadın tarafından vukubulan talakların hakim veya hakemler önünde vukubulması esası getirilmiş, bunlar önünde vukubulmayan talaklar geçerli sayılmamıştır. Tasarıda ayrıca evlenme ve boşanmaya ait usul hükümleri kararnameye nisbetle hayli geliştirilmiş ve genişletilmiştir. Batıl ve fasid nikahlar hususunda kararnameden önemli ayrılıklar vardır.

Poligami müessese olarak devam etmekle birlikte hakimin iznine bağlanmıştır.

Görülmektedir ki tasarı kararnameye göre önemli değişiklikler ihtiva etmektedir. Bütün bunlara rağmen bu sırada kanunların batıdan alınması fikri hayli ağır bastığından bu tasarıdan da vazgeçilmiştir. 1 Aralık 1924 de tasarı adliye encümenine verilmişken, bu sırada Medeni Kanun hazırlıkları tamamlandığından görüşülmesine lüzum kalmadığına karar verilmiştir.[15]

15. Ansay, *Aile Hukukumuza Bir Nazar*, 133.

SONUÇ

Osmanlı aile hukukunda altı asır boyunca meydana gelen gelişmeleri ortaya koymak gayesiyle yapılan bu araştırmadan şu neticeleri çıkarmak mümkündür: Gerek nazariye ve gerekse tatbikat olarak gelişmiş ve istikrar bulmuş olan İslam aile hukuku, altı asırlık Osmanlı tatbikatı içerisinde oldukça istikrarlı ve titiz bir uygulama alanı bulmuştur.

Tanzimata kadar olan devrede Osmanlı tatbikatı, aile hukuku sahasında devlet kontrolünü sağlamak ve bu hukukun düzenli bir şekilde uygulanmasını temin için kendine has tedbirler getirmiştir. XVI. asra kadar da aile hukuku alanında yeni ihtiyaçlara cevap verebilmek için İslam hukuku çerçevesinde belirli ölçüde hukuki tolerans gösterilmiştir. Ne var ki bu tolerans XVI. asırdan sonra kaybolmuş, bu durum aile hukukunun donmasına ve kalıplaşmasına sebep olduğu gibi, bir çok güçlükler ve hukuki zorlamalar da getirmiştir. Böylece XVI. asırdan Tanzimat dönemine kadar aile hukuku alanında bir gelişme mümkün olamamıştır.

Tanzimattan sonra bu alanda, önce dolaylı yol ve kanunlarla meydana gelen gelişmeler, XX. asır başlarında bu sahada hazırlanan aile kanunuyla en üst noktasına ulaşmıştır. Ne var ki gerek cemiyetin hiç değilse bir kesimi itibariyle bu gelişmeye hazırlanmamış bulunması, gerekse Osmanlı devletinin heterojen bir yapıda oluşu ve devrin siyasi şartları, bu müsbet gelişmenin devamına imkan vermemiş ve atılan bu adım geri alınmıştır. Büyük ölçüde muhafazakarları tatmin için alınan bu geri adım onlar bakımından istikbalde hiç de beklemedikleri neticeler vermiştir. Tanzimatla başlayan ve yeni Türk devletinde de devam eden doğu batı mücadelesi, bilhassa aile hukuku sahasında kararnamenin ilgasından sonra batılılaşma taraftarlarının lehinde gelişmiş ve bu mücadele ancak İsviçre Medeni Kanununun kabulüyle sona ermiştir.

EK

HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ

MÜNÂKEHÂT — MÜFÂREKÂT

KİTÂB-I EVVEL
MÜNÂKEHÂT HAKKINDADIR
BÂB-I EVVEL
Fasl-ı Evvel
Nişanlanmak Hakkındadır

Madde: 1. Nişanlanmakla veya va'd ile nikâh mün'akid olmaz.

Madde: 2. Söz kesildikten sonra tarafeynden biri nikâhdan imtinâ' veya vefât etse hâtibin mehre mahsûben vermiş olduğu şeyler mevcûd ise aynen ve telef olmuş ise bedelen istirdâd olunabilir. Ama hediye olarak tarafeynin yekdiğere verdiği şeyler hakkında hibe ahkâmı cereyan eder.

Madde: 3. İkinci maddenin hükmü gayr-ı müslimlere ait drahoma hakkında dahi cârîdir.

Fasl-ı Sânî
Ehliyet-i Nikâh Hakkındadır

Madde: 4. Ehliyet-i nikâha hâiz olmak için hâtibin onsekiz ve mahtûbenin onyedi yaşını itmâm etmiş olmaları şarttır.

Madde: 5. Onsekiz yaşını itmâm etmemiş olan mürâhik bâliğ olduğunu beyân ile mürâcaat ettikde hâli mütehammil ise hâkim izdivâcına müsaade edebilir.

Madde: 6. Onyedi yaşını itmâm etmemiş olan mürâhika, bâliğa olduğunu beyân ile mürâcaat ettikde hâli mütehammil ve velîsinin izni munzam ise hâkim izdivâcına müsâade edebilir.

Madde: 7. Oniki yaşını itmâm etmemiş olan sağir ile dokuz yaşını itmâm etmemiş olan sağîre, hiç bir kimse tarafından tezvîc edilemez.

Madde: 8. Onyedi yaşını itmâm etmiş olan kebîre bir şahıs ile tezevvüc etmek üzre mürâcaat ettikde, hâkim keyfiyeti velîsine tebliğ eder ve veli i'tirâz etmediği veya i'tirâzı vârid görülmediği halde izdivâcına müsâade eyler.

Madde: 9. Mecnûn ile mecnûnenin bir zarûrete mebnî olmadıkça nikâhları câiz değildir. Zarûret bulunduğu takdirde hâkimin iznile nikâhları velîleri tarafından akdolunur.

Madde: 10. Nikâhda velî ale't-tertîb binefsihi asabe olan kimselerdir.

Madde: 11. Velâyete ehliyette velînin mükellef olması şarttır. Sabî, mecnûn ve ma'tûhun hiç bir kimse üzerinde velâyeti yoktur.

Madde: 12. İsevîlerde yirmi iki yaşını itmâm etmemiş olan hâtib ile yirmi yaşını itmâm etmemiş olan mahtûbenin nikâhının in'ikâdında velînin rızâsı şarttır.

BAB-I SÂNÎ

Fasl-ı Evvel

Nikâhı Memnû Olanlar Hakkındadır

Madde: 13. Başkasının menkûha veya mu'teddesiyle izdivâc memnû'dur.

Madde: 14. Menkûha veya mu'tedde olarak dört zevcesi bulunan kimsenin diğer bir kadın ile izdivâcı memnû'dur.

Madde: 15. Bir kimse üç talak ile tatlik eylediği kadını beynûnet-i kat'iyye bâkî oldukça tezevvüc edemez.

Madde: 16. Neseben veya rıdâ'an yekdiğerine mahrem olan iki kadını nikâhda cem' etmek memnû'dur. İki kadının yekdiğere mahrem olması ikisinden hangisi erkek farz edilirse diğeriyle tezevvüccü müebbeden memnû' olmağla ma'lûm olur; iki hemşire gibi. Ama yalnız biri erkek farz edildiği halde diğerini tezevvüc etmesi memnû' olup emr berakis edildiği takdirde memnû' olmazsa ikisi nikâhda cem' edilebilir; kız ile üvey vâlidesi gibi.

Madde: 17. Bir erkek ile beynlerinde karâbet-i nesebiyye bulunan zî rahm mahrem kadınların nikâhı müebbeden memnû'dur. Bu kadınlar dört sınıftır; Birincisi erkeğin vâlidesi ve ceddeleri;

ikincisi kız evlâd ve ahfâdı; üçüncüsü ale'l-itlâk kız kardeşleri ve kardeşlerinin kız evlâd ve ahfâdı; dördüncüsü ale'l-itlâk ammeleri ve teyzeleridir.

Madde: 18. Bir erkek ile beynlerinde rıdâ'an karâbet bulunan kadınların tezevvücü madde-i sâbikada muharrer zî rahm mahrem kadınlar gibi müebbeden memnû'dur.

Madde: 19. Bir erkek ile beynlerinde musaheret bulunan kadınların tezevvücü müebbeden memnû'dur. Bu kadınlar dört sınıftır: Birincisi gelinlerdir ki erkek evlâd ve ahfâdının zevceleridir; ikincisi kayınvalidelerdir ki zevcesinin anası ve ale'l-itlâk ceddâtıdır; üçüncüsü üvey vâlideleridir ki babasının ve cedlerinin zevceleridir; dördüncüsü üvey kızlardır ki zevcesinin kızları ve zevcesinin evlâd ve ahfâdının kızlarıdır. Lakin bu dördüncü sınıfta memnû'iyet için zevceye takarrub lazımdır. Nikâh-ı fâsid üzerine takarrub memnû'iyet-i musâhere husûle getirmez.

Fasl-ı Sânî

Mûsevîler Hakkında Nikahı Memnû' Olanlara Mütedâirdir

Madde: 20. Bir kimse berhayat olan zevce-i mutallakasının hemşiresiyle izdivâc edemez.

Madde: 21. Ale'l-itlâk zevcinden ayrılmış olan bir kadın şahs-ı âhar ile izdivâc edip ondan da ayrıldıktan sonra zevc-i evveliyle izdivâc edemez.

Madde: 22. Bir kimsenin kardeşinin kız evlâd ve ahfâdıyla izdivâcı memnû' değildir.

Madde: 23. Ondokuzuncu maddede dördüncü sınıf olarak beyân olunan mehârimde mücerred akd ile memnû'iyet-i musâhere sâbit olacağı gibi takarrub vukû bulsun bulmasın ale'l-itlâk nikah-ı fâsid ile dahi memnû'iyet-i musâhere sâbit olur.

Madde: 24. Zina sebebiyle tefrîk olunan kadını tekrar tezevvüc memnûdur.

Madde: 25. Evlâdı olduğu halde vefât eden biraderin zevcesini tezevvüc memnû'dur.

Madde: 26. Rıdâ mevâni'-i nikâhdan ma'dûd değildir.

Fasl-ı Sânî

İseviler Hakkında Nikahı Memnû' Olanlara Mütedâirdir

Madde: 27. Bir asıldan münşâib hatt-ı münkesir üzre karâbet-i nesebiyye ve sıhrıyye ashâbı beyninde izdivâc memnû'dur. Şu kadar ki bu memnû'iyet yedinci dereceyi tecâvüz edemez. Ancak esbâb-ı zaruriyye mevcûd olduğu halde, dördüncü dereceden i'tibâren hakimden mezûniyet istihsâl edilebilir. Derecat-ı mezkûre karâbet-i nesebiyye ve sıhriyyede hâtib ve mahtûbe ile asl-ı müşterekleri beynindeki batınların adediyle taayyün eder. Ve karâbet-i sıhrıyyenin derecesini ta'yinde hâtib ile mahtûbe şahs-ı vâhid i'tibâr olunur.

Madde: 28. Memnû'iyet-i musâhere nikahın zevâlinden sonra dahi kemâ kân bâkîdir.

Madde: 29. Vaftizden mütevellid karâbet mezâhib-i muhtelife-i iseviyye ahkâmına tevfîkan mani'-i izdivâcdır.

Madde: 30. Bir kimse taht-ı nikâhında iki veya daha ziyade kadın cem' edemez.

Maded: 31. Üç defa izdivâc eden bir kimsenin dördüncü defa izdivâcı memnû'dur.

Madde: 32. Rıdâ mevâni'-i nikâhdan ma'dûd değildir.

BAB-I SÂLİS

Fasl-ı Evvel

Nikahın Akdi Hakkındadır

Madde: 33. Akd-i nikhın icrâsından evvel keyfiyet i'lân olunur.

Madde: 34. Akd-i nikâh esnasında mükellef iki şahidin huzuru nikâhın sihhatinde şarttır. Hâtib ile mahtûbenin usûl furûu da şâhid ittihâz edilebilir.

Madde: 35. Nikâh, meclis-i nikahda tarefeynin veya vekillerinin îcâb ve kabuliyle akd olunur.

Madde: 36. Nikâhda îcâb ve kabul tenkîh ve tezvîc gibi sarih lafızlarla olur.

Madde: 37. Esnâ-yı akidde hâtib ve mahtûbeden birinin ikametgahı bulunan kaza hâkimi veya bunun izinnâme-i mahsûs ile mezûn kıldığı nâib hazır bulunup akidnâmeyi tanzîm ve tescîl eder.

Madde: 38. Üzerine evlenmemek ve evlendiği suretde kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevvüc ve şart mu'teberdir.

Madde: 39. İşbu fasıl ahkâmı mûsevîler hakkında dahi câridir.

Fasl-ı Sânî

İsevîler Hakkında Nikahın Akdine Dâirdir

Madde: 40. İsevîlerin nikâhı âyin-i dinîleri dairesinde memûrîn-i ruhâniyye tarafından icrâ olunur.

Madde: 41. Memûrîn-i ruhâniyye tarafından hüviyeti müş'ir evrâk-ı sübûtiyyeyi ba'de't-tedkîk tahkîkât-ı lâzimede bulunacağı gibi me'âbid kapılarına i'lânnâmler ta'liki veya suver-i sâire ile keyfiyeti i'lân eder.

Madde: 42. Akd-i nikaha i'tirâz vukuunda memûrîn-i ruhâniyye keyfiyeti bi't-tedkîk i'tirâz-ı vakiî gayr-ı vârid gördükleri halde memûr-ı mahsûs huzuruyle akdi icrâ eder.

Madde: 43. Nikâhı icrâ edecek olan memûr-ı ruhânî keyfiyeti lâ akal yirmi dört saat evvel mahallî mahkemesine ihbâra mecburdur. Hâkim vakt-i muayyende meclis-i nikâha bir memûr-ı mahsus i'zâm ile icrâ edilen nikâhı defteri mahsûsuna kayd ve tescîl ettirir.

Madde: 44. Akdin icrâsından imtinâ eden ruesâ-yı ruhâniyye hakkında tarafeyn mahallî mahkemesine mürâcaat ile imtinâ'-ı vâkıa itirâz ve nikâhın icrâsını taleb edebilir. Esbâb-ı imtinâ'ı mübin bir varaka mevcûd olduğu takdirde hakim keyfiyeti bi't-tedkîk mevâni'-i kanuniyyeden biri bulunmazsa akdi icrâ eder. Böyle bir varaka mevcûd değilse bir ay zarfında esbâb-ı imtinâ'ın bildirilmesini ve aksi takdirde nikâhın akd edileceğini ruesâ-yı ruhâniyyeye tebliğ eder.

Fasl-ı Sâlis

Kefâet Hakkındadır

Madde: 45. Mal ve hırfet gibi husûsâtda erkeğin kadına küfüv olması nikahın lüzumunda şarttır.

Malde kefâet zevcin mehr-i müacceli i'tâya ve zevcenin nafakasını tedarîke muktedir olmasıdır.

Hırfette kefâet zevcin sülûk etiği ticaret veya hizmetin şerefce zevce velilerinin ticaret veya hizmetleriyle mütekârib olmasıdır.

Madde: 46. Kefâet ibtidâ-yı akidde aranır. Ba'de'l-akd zâil olsa nikâha zarar vermez.

Madde: 47. Bir kebîre velisini ketm ile rızasını istihsâl etmeksizin nefsini âhara tezvîc ettiği surette nazar olunur: Eğer küfvüne tezvîc etmiş ise akid lâzım olur, velev ki mehr-i mislinden noksan ile olsun. Ama küfvü olmayan kimseye tezvic etmiş ise veli hakime mürâcaatla nikâhı feshettirebilir.

Madde: 48. Veli kebîreyi rızasiyle adem-i kefâetini ikisinin de bilmedikleri bir erkeğe tezvîc ettikten sonra küfüv olmadığı tebeyyün etse hiç birinin i'tirâza selahiyeti olmaz. Ama hîn-i akidde kefâet şart kılınmış veya zevc küfüv olduğunu kable't-tezvic ihbâr etmiş olub da muahharan adem-i kefâeti sâbit olsa her biri hâkime mürâcaatla nikâhı feshettirebilir.

Madde: 49. Dereceleri müsâvi velilerden birinin rızası diğerlerinin hakk-ı i'tirâzını ıskât eder. Kezalik veliy-yi akrab gâib iken dereceten baîd olanın rızâsı onun hakk-ı i'tirâzını ıskât eder.

Madde: 50. Adem-i kefâet sebebiyle hakim nikahı ancak hamlin zuhûrundan akdem fesh edebilir. Velinin delâleten veya sarâhaten rızası hakk-ı feshi ıskât eder.

Madde: 51. İşbu faslın ahkâmı gayr-ı müslimler hakkında câri değildir.

BAB-I RÂBİ'

Fasl-ı Evvel

Nikahın Fesâd ve Butlanı Hakkındadır

Madde: 52. Hin-i akidde tarafeynden biri şerâit-i ehliyeti hâiz bulunmazsa nikâh fâsid olur.

Madde: 53. Onaltıncı madde mûcebince nikahda cem'leri

memnû' olan iki kadından biri taht-ı nikâhda iken ikincisinin nikahı fâsiddir.

Madde: 54. Nikahlarının memnû'iyeti 14, 15, 17, 18, 19 uncu maddelerde beyân olunan kadınlardan birini nikâh fâsiddir.

Madde: 55. Nikâh-ı mut'a ve muvakkat fâsiddir.

Madde: 56. Bilâ şuhûd akdolunan nikâh fâsiddir.

Madde: 57. İkrah ile vukûbulan nikah fâsiddir.

Madde: 58. Gayr-ı müslimin bir müslimeyi tezevvücü bâtıldır.

Fasl-ı Sânî

Mûsevîlere Müteallik Nikâhın Fesâd ve Butlânı Hakkındadır

Madde: 59. 13, 14, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 inci maddeler mûcebince nikâhı memnû' olan bir kadını nikâh fâsiddir.

Madde: 60. Bab-ı evvelin fasl-ı sânisinde muharrer mevâd mûcebince tarafeynden biri şerâit-i ehliyeti haiz bulunmazsa nikâh fâsid olur.

Madde: 61. Hin-i akidde tarafeynden birinin nef'ine olarak dermeyân edilen şurût ba'de'l-akd tahakkuk etmezse nikah fâsid olur.

Madde: 62. Akd-i nikâhda hazır bulunan şuhûd evsâf-ı matlûbeyi haiz bulunmazsa nikah fâsid olur.

Fasl-ı Sâlis

İsevîlere Müteallik Nikâhın Fesâd ve Butlânı Hakkındadır

Madde: 63. 17, 27, 28, 29 uncu maddeler mûcebince beynlerinde derecât-ı muayyene üzere karâbet ve münâsebet bulunanların izdivâcı bâtıldır.

Madde: 64. Nikâh-ı mevcûd üzerine akdedilen ikinci nikâh bâtıldır.

Madde: 65. Üç defa tezevvüc edip ayrıldıktan sonra dördüncü defa tezevvüc bâtıldır.

Madde: 66. Mecnûnun nikahı fâsiddir.

Madde: 67. Hîn-i akidde tarafeynin birinde mâni'-i takarrub emrâz ve ahvâlden bir şey mevcûd olduğu surette nikâh fâsid olur.

Madde: 68. Hîn-i akidde bab-ı evvelin fasl-ı sânisinde muharrer mevâd mûcebince tarafeynden biri şerâit-i ehliyeti haiz bulunmazsa nikâh fâsid olur.

BAB-I HÂMİS

Fasl-ı Evvel

Nikâhın Ahkâmı Beyânındadır

Madde: 69. Nikâhın sahîhan in'kâdıyla beraber zevc üzerine zevcenin mehir ve nafakası lazım gelir ve aralarında hakk-ı tevârüs sâbit olur.

Madde: 70. Zevc kendi istediği mahalde zevcesi için bi'l-cümle levâzımiyle bir mesken-i şer'î tedarüküne mecbûrdur.

Madde: 71. Zevce mehr-i muacceli istîfâdan sonra zevcinin mesken-ı şer'î olan hanesinde ikâmete ve zevci başka memlekete gitmek istedikte bir mânî' bulunmadığı takdirde birlikte azîmete mecburdur.

Madde: 72. Zevc hanesinde gayr-ı mümeyyiz veled-i sağîrinden başka ehil ve akâribini zevcesinin rızâsı olmaksızın iskân edemez. Zevce dahi zevci râzı olmadıkça kendi evlâd ve akâribini birlikte iskân edemez.

Madde: 73. Zevc zevcesiyle hüsn-i mu'âşerete zevce dahi umûr-ı mubâhada zevcine itâate mecburdur.

Madde: 74. Müteaddid zevcesi olan kimse onlar beyninde icrâ-yı adâlet ve müsâvâta mecburdur.

Madde: 75. Takarrub vukû bulsun bulmasın ale'l-itlâk nikâh-ı bâtıl ile henüz takarrub vukûbulmayan nikah-ı fâsid asla hüküm ifade etmez. Binâenaleyh beynlerinde nafaka, mehr, neseb, iddet, hürmet-i musâhere ve tevârüs gibi nikâh-ı sahîh ahkâmı sâbit olmaz.

Madde: 76. Nikâh-ı fâsidde takarrub vukûbulmuş ise işbu takarrub üzerine yalnız mehir ve iddet lâzım ve neseb ve hürmet-i musâhere sâbit olur. Fakat nafaka ve tevârüs gibi ahkâm sâbit olmaz.

Madde: 77. Ale'l-itlâk nikâh-ı bâtıl ve fâsidde tarafeynin zevciyet üzerine bekâları memnû'dur. Müfârakât etmedikleri surette bi'l-muhâkeme beyinleri tefrîk olunur.

Fasl-ı Sânî

İsevîlere Müteallik Nikâhın Ahkâmına Mütedâirdir

Madde: 78. Nikâh-ı fâsidi fesh ile tarafeyni tefrîka hükm için da'vâ şarttır. Bu babda hakk-ı da'vâ munhasıran zevceyne aid olup sebeb-i fesâda ittilâ tarihinden itibaren bir sene mürûrunda sâkıt olur.

Madde: 79. 64 üncü madde mûcebince bâtıl olan nikâh sebeb-i butlân bilinmeyerek akd edilmiş ise ondan mütevellid çocuk meşrû' addedilir.

BAB-I SÂDİS

Fasl-ı Evvel

Mehir Hakkındadır

Madde: 80. Mehir ya mehr-i müsemmâdır ki tarafeynin az veya çok tesmiye ettikleri maldır. Veya mehr-i misildir ki zevcenin babası tarafından ve olmadığı takdirde beldesi ahalisinden akrân ve emsâli kadınların mehridir.

Made: 81. Mehr-i müsemmânın tamamen veya kısmen ta'cîl ve tecîli câizdir.

Madde: 82. Mehr-i müeccelde bir müddet ta'yîn edilmiş ise hulûlünden evvel mütâlebeye zevcenin hakkı yoktur. Müddet ta'yîn edilmemiş ise talâk veya zevceynden birinin vefatı vukuuna kadar müeccel addolunur.

Madde: 83. Akd-i sahîhde mehir tesmiye edildiği takdirde ahad-ı tarafeynin vefati veya ictimâ'ı sahîhden sonra talak vukûu ile mehr-i müsemmâ tamamen lâzım gelir. Ama İctimâ'-ı sahîhden evvel talâk vukûbulursa mehr-i müsemmânın nısfı ve adem-i kefâet dolayısıyla velisinin zevceyi tefrîk ettirmesi gibi bir suretle zevce tarafından iftirâk vukûbulursa tamamı sâkıt olur.

Madde: 84. Akd-i sahîhde mehir tesmiye edilmediği veya edilip de işbu tesmiye fâsid olduğu takdirde ahad-ı tarafeynin vefâtı veya ictimâ'-ı sahîhden sonra talâk vukûu ile mehr-i misil la-

zım olur. Ama İctimâ'-ı sahîhden evvel talâk vukûbulursa mut'a lazım gelir. Mut'a mehr-i mislin nısfını tecâvüz etmemek üzere örf ve âdete göre ta'yîn edilir.

Madde: 85. Akd-i fâsidde takarrubdan sonra iftirâk vukûunda eğer mehir tesmiye edilmiş ise mehr-i müsemmâ ile mehr-i misilden akalli ve tesmiye edilmemiş veya fâsid tesmiye edilmiş is bâliğan mâ belâğ mehr-i misil lazım gelir. Ama takarrubdan evvel iftirâk vukûbulursa asla mehir lâzım gelmez.

Madde: 86. Tesmiye-i mehirde ihtilâf olunup da tesmiye sâbit olmadığı takdirde mehr-i misil lâzım gelir. Şu kadar ki tesmiyeyi iddiâ eden taraf zevce ise mehir onun iddiâ ettiği mikdarı tecâvüz etmez. Zevc ise onun iddiâ ettiği miktardan dûn olmaz.

Madde: 87. Mehr-i müsemmânın miktarında ihtilâf olunup da zevc mehr olması müteâref bir şey iddia ettiği halde söz onundur.

Madde: 88. Bir kimse maraz-ı mevtinde tezevvüc eylediği sûrette mehr-i müsemmâ zevcesinin mehr-i misline müsâvi ise zevce onu terekesinden ahz eder, ziyâde ise fazlası hakkında vasiyet hükmü cereyân eder.

Madde: 89. Mehir menkûhanın malı olup onunla cihaz yapmağa cebr olunamaz.

Madde: 90. Bir kızı tezvîc veya teslîm için ebeveyn veya akrabâsının zevcden akça ve eşyâ-yı sâire almaları memnû'dur.

Madde: 91. İşbu fasıl ahkâmı gayr-ı müslimler hakkında câri değildir.

Fasl-ı Sânî

Nafaka Hakkındadır

Madde: 92. Nafaka Zevceynin muayyen bir şey üzerine terâzîsi veya hakimin kazâsı ile lâzımu'l-edâ olur ve bu sûretle takdîr edilen nafaka es'ârın teğayyürü veya usr ve yüsr itibariyle ahvâl-i zevceynin tebeddülü veya kadr-ı kifâyeden dûn veya efzûn takdîr edilmiş olduğunun tahakkuku üzerine tezyîd veya tenkîs edilebilir.

Madde: 93. Nafaka ta'cil ile muaccel olur. Ve zevce tarafından ba'de'l-istîfâ yedinde aynen mevcûd iken vefat veya talâk vukûbulsa istirdâd olunamaz.

Madde: 94. Zevc-i hâzır zevcesini infâkdan imtinâ' edip zevce nafaka taleb eder ise hâkim yevm-i talebden itibaren tarafeynin haline göre nafaka takdîr eder. Ve ta'yîn edeceği müddetler için peşin verilmesini emr eyler.

Madde: 95. Takdîr ve ta'cîlden evvel mürûr eden müddetin nafakası sâkıt olur.

Madde: 96. Zevc zevcesini infâkdan âciz kalıp da zevce nafaka taleb ederse hakim zevc zimmetinde deyn olmak üzere yevm-i talebden itibaren nafaka takdîr eder. Ve zevc namına istidâne etmesi için zevceye izin verir.

Madde: 97. Zevc zevcesini bilâ nafaka terk ile ihtifâ veyahut müddet-i sefer ba'îd veya daha karîb bir mahalde giderek teğayyüb eder veya mefkûd olursa hâkim zevcenin zevciyyet hakkında ikâme edeceği beyyine üzerine zevcin nafaka terk etmediğine ve el-ân nâşize ve iddeti geçmiş mutallaka olmadığına zevceyi tahlîf ettikten sonra yevm-i talebden itibaren nafaka takdîr eder. Ve lede'l-hâce zevc namına istidâne etmesi için zevceye izin verir.

Madde: 98. Mu'sıra olan zevcenin mevâdd-ı sâbıka mûcebince hakim tarafından istidâneye mezûn kılındığı yerlerde zatü'z-zevc olmadığı takdirde nafakası kime ait ise inde't-taleb onun zevceye ikraz etmesi lazım gelir. Ve ilerde yalnız zevce hakk-ı rücûu olur. Ama zevce ecnebiden istidâne etmiş ise dâin dilerse zevceden dilerse zevcden mutâlebe eder.

Madde: 99. Zevc-i gâibin başkası yedinde veya zimmetinde malı bulunur ve müstevdî veya medyûn kendi yedinde veya zimmetinde malı olduğunu ve zevciyeti ikrâr eder veya inkârı halinde husûsât-ı mezkûreyi zevce bi'l-beyyine isbât eyler ise hâkim zevcin kendisine nafaka terk etmediğine ve el-ân nâşize ve iddeti geçmiş mutallaka olmadığına dâir zevceyi tahlîf ettikten sonra o maldan veya semeninden verilmek üzere zevceye yevm-i talebden itibaren nafaka takdîr eder.

Madde: 100. Kazâen veya rızâen takdîr edilen nafakadan müterâkim mikdar talâk veya ahad-ı zevceynin vefatı ile sâkıt olmaz. Ama hâkimin emrile istidâne edilmiş olmayan miktar nüşûz ile sâkıt olur.

Madde: 101. Zevce bir sebeb-i meşrû olmaksızın zevcinin hanesini terk edüp gider veya hane kendisinin olup da başka bir haneye naklini taleb etmezden mukaddem zevcini dühûlden men eylerse işbu nüşûzun devamı müddetince nafaka sâkıt olur.

KİTAB-I SÂNÎ

MÜFÂREKÂT HAKKINDADIR

BAB-I EVVEL

Fasl-ı Evvel

Ahkâm-ı Umûmiyye

Madde: 102. Talâkın ehli mükellef olan zevcdir.

Madde: 103. Talâkın mahalli nikâh-ı sahîh ile menkûha veya mutedde olan kadındır. Nikâhı fesh edilen zevce-i mu'tedde mahall-i talâk olmaz.

Madde: 104. Sarhoşun talâkı mûteber değildir.

Madde: 105. İkrâh ile vukûbulan talâk mûteber değildir.

Madde: 106. Talâkın şarta ta'lîki sahîhtir.

Madde: 107. Talâkın zaman-ı müstakbele izâfesi sahîhtir.

Madde: 108. Zevc zevcesi hakkında üç talâka mâliktir.

Madde: 109. Talâk elfâz-ı sarîha ile vâki' olur. Müteâref olan elfâz-ı kineviyye dahi sarîh hükmündedir. Ama müteâref olamayan elfâz-ı kineviyye ile talâkın vukûu ancak zevcin niyetine mütevakkıftır. Zevcin talâka niyet edip etmediği hakkında tarafeyn ihtilâf etseler zevc yeminiyle tasdîk olunur.

Madde: 110. Zevcesini tatlîk eden zevc keyfiyeti hâkime beyân etmeğe mecbûrdur.

Fasl-ı Sânî

Talâk-ı Ric'î ve Bâyin Hakkındadır

Madde: 111. Bir kimse nikah-ı sahîh ile menkûhasını takarrubdan sonra lafz-ı sarîh ile tatlîk etse talak-ı ric'î vâkî' olur.

Madde: 112. Talâk-ı ric'î fi'l-hâl zevciyeti izâle etmez. İddet içinde zevcin zevcesine kavlen veya fi'len hakk-ı rücûu vardır. Bu hak iskât ile sâkıt olmaz.

Madde: 113. Zevc iddet içinde rücû ederse henüz mevcûd olan nikahı idâme etmiş olur. Bu husûsda kadının rızâsını istihsâle muhtâc olmaz ve mehr-i cedîd lazım gelmez.

Madde: 114. Şarta ta'lîk ve zaman-ı müstakbele izâfe olunan rücû' sahîh değildir.

Madde: 115. Birinci talâk-ı ric'iden sonra rücû sahîh olduğu gibi ikinci talâk-ı ric'iden sonra dahi sahîhtir. Ama üçüncü talâk-ı ric'î ile beynûnet-i kat'iyye hâsıl olur.

Madde: 116. Bir kimse nikâh-ı sahîh ile menkûhasını takarrubdan evvel tatlîk ederse talâk-ı bâyin vâkî' olur. Ve keza beynûnet ifâde eden elfâz ile veya bir ıvaza mukârin olarak tatlîk ederse talâk-ı bâyin vâkî' olur.

Madde: 117. Talâk-ı bâyin fi'l-hâl zevciyeti izâle eder. Şu kadar ki bir veya iki talâk-ı bâyin tecdîd-i nikâha mâni olmaz. Ama üç talakdan sonra beynûnet-i kat'iyye hâsıl olur.

Madde: 118. Beynûnet-i kat'ıyye zevcenin iddeti mürûr eyledikten sonra maksad-ı tahlîl ile olmayarak zevc-i âhara varıp ba'de't-takarrub ondan iftirâkı ve iddetinin mürûru ile zâil olur.

Fasl-ı Sâlis

Hiyâr-ı Tefrîk Hakkındadır.

Madde: 119. Mâni'-i takarrub uyûbdan sâlim olan kadın zevcinin böyle bir illet ile ma'lûl olduğuna muttalî oldukta hakime bi'l-mürâcaa tefrîkini taleb edebilir. Ama kendinde böyle bir ayıp bulunan kadının talebi mesmû' olmaz. Şu kadar ki takarrub edilmiş olan zevcenin zevcde hâdis olan bu kabil ayıp sebebiyle hakk-ı hiyârı yoktur.

Madde: 120. Kable'n-nikâh zevcinin innetten mâadâ mâni'-i takarrub aybına muttalî veya ba'de'n-nikah her hangi bir ayba razı olan zevcenin hakk-ı hıyârı sâkıt olur. Fakat kable'n-nikâh innete ittılâ hakk-ı hıyârı iskât etmez.

Madde: 121. Zevce mevâdd-ı sabıkada muharrer olduğu üzere hâkime mürâcaat ettikde nazar olunur: Eğer illet kâbil-i zevâl de-

ğilse hâkim derhal beynlerini tefrîke hükmeder. Ve eğer kâbil-i zevâl ise hâkim zevci zaman-ı murâfaadan ve şayet marîz ise vakt-i ifâkatinden itibaren bir sene müddetle tecîl eyler. Esnâ-yı tecîlde zevc veya zevce az çok bir müddet takarruba mâni olacak derecede hasta olur veya zevce ğaybûbet ederse bu sûretle geçen müddet hesaba idhâl edilmez. Lakin zevcin ğaybûbeti ve zevcenin eyyâm-ı hayzı hesaba idhâl edilebilir. Bu müddet zarfında illet zâil olmadığı ve zevc talaka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu halde hâkim tefrîke hükmeder. Murâfa'anın gerek bidâyet ve gerek nihâyetinde zevc takarrubunu iddiâ eylediği takdirde zevce seyyib ise söz ma'a'l-yemîn zevcindir, bâkir ise söz bilâ yemîn zevcenindir.

Madde: 122. Cüzzâm ve baras ve illet-i zühreviyye gibi bilâ zarar birlikte ikâmet mümkün olmayan illetlerden birinin zevcde vücûduna ba'de'n-nikâh muttalî olur veya muahharen böyle bir illet tahaddüs ederse zevce hâkime bi'l-murâcaa tefrîkini taleb edebilir. İllet-i vakı'anın zevâli ümid olunursa hâkim tefriki bir sene tecîl eder. Bu müddet zarfında zâil olmadığı ve zevc talâka râzı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu takdirde hâkim tefrîke hükm eyler. Ama kör veya topal olmak gibi uyûbdan birinin zevcde bulunması tefrîki mûcib olmaz.

Madde: 123. Akd-i nikâhdan sonra zevc tecennün edip de zevce hâkime bi'l-murâcaa tefrîkini taleb etse hakim tefrîki bir sene müddetle tecîl eder. Bu müddet zarfında cinnet zâil olmadığı ve zevce musır bulunduğu halde tefrike hükm eyler.

Madde: 124. Muhayyer olduğu yerlerde zevcenin hiyârı fevrî değildir. Da'vâyı bir müddet tehîr veya ikâme-i da'vâdan sonra bir müddet terk edebilir.

Madde: 125. Mevâdd-ı sâbıkaya tevfîkan tefrîkden sonra tarafeyn tecdîd-i akd ederlerse ikinci tezevvücde zevcenin hakk-ı hiyârı yoktur.

Madde: 126. Bir kadının zevci ihtifâ veyahut müddet-i sefer veya daha karîb bir mahalle giderek teğayyub edip veya mefkûd olup nafaka tahsîli müteâzzir olur ve zevcesi tefrîki taleb ederse hakim tahkîkât-ı lâzıme icrâsından sonra beynlerini tefrîke hükmeder.

Madde: 127. Nafaka cinsinden mal terk ettiği halde tegayyub eden bir kimsenin zevcesi hâkime bi'l-mürâcaa tefrîkini taleb etse hâkim o kimse hakkında icrâ-yı tahkîkat eder. Nerede olduğuna hayat ve memâtına dair haber alınmasından ye's hâsıl olur ise ye's tarihinden itibaren *dört sene* tecîl eyler. İşbu müddet zarfında haber alınamadığı ve zevce talebinde musır bulunduğu halde tarafeyni tefrîk eder .Eğer zevc muhârebede ğaybûbet etmiş ise hâkim tarafeyn muhâribînin ve üserânın yerlerine avdetinden itibaren *bir sene* mürûr eyledikten sonra tefrîke hükm eder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet-i vefat bekler.

Madde: 128. Mevâdd-ı sâbıka mûcebince tefrîkine hükm olunan kadın âhar bir şahıs ile tezevvüc ettikden sonra zevc-i evvelin zuhûru nikâh-ı ahîrin infisâhını mûcib olmaz.

Madde: 129. Vefatına hükmolunan kimsenin zevcesi ahar bir şahısla tezevvüc ettikten sonra zevc-i evvelin hayatı tahakkuk etse nikah-ı sânî münfesih olur.

Madde: 130. Zevceyn beyninde nizâ ve şikâk zuhûr edip de tarafeynden biri hâkime mürâcaat ederse, hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem ta'yîn eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem ta'yîn olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsâfı hâiz olmazsa haricden münâsiblerini ta'yîn eyler. Bu sûretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfaâtını tedkîk ile beynlerini islâha çalışır. Kabil olmadığı sûrette kusur zevcde ise beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlaa eyler. Hakemler ittifâk edemezler ise hakim, evsâf-ı lâzımeyi hâiz diğer bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne karâbeti olmayan üçüncü bir hakem ta'yîn eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'î ve nâ kâbil-i i'tirâzdır.

Madde: 131. Mevâdd-ı sâlife mûcebince tefrîke dair sâdır olan hüküm talâk-ı bâyini tazammun eder ve keyfiyet ale'l-usûl tescîl edilir.

BAB-I SÂNÎ

İsevîlerin Müfârekâtı Beyânındadır

Madde: 132. Esbâb-ı âtiyeden birinin tahakkukunda tarafeynden biri hâkime mürâcaatla müfârakatını taleb edebilir:

Evvelen- Zevceynden birinin fi'l-i zinayı irtikâbı. Şu kadar ki

müfârekât da'vâsı fi'l-i zinaya ittilâı tarihinden itibaren bir sene, vukûu tarihinden itibaren beş sene mürûruyla sâkıt olur.

Sâniyen- Hayat-ı zevceynin devamını müteazzir kılacak surette zevceynden birine ârız olan cinnetin üç sene zarfında zâil olmaması.

Sâlisen-Cerim-i âdiyeden dolayı zevceynden birinin beş seneden fazla ceza ile mahkûm olması.

Râbian- Zevceynden biri müddet-i sefer bâîd bir mahalde bulunup da beş sene müddet hayat ve memâtından ma'lûmat alınamaması.

Hâmisen- Zevceynden biri diğerini beş seneden fazla bir müddet terk etmesi.

Sâdisen- Zevceynden biri kable'n-nikâh firengi ve sara ile ma'lûl olup da diğerinin ba'de'l-izdivâc muttalî olması.

Sâbian-Zevceynden biri diğerinin hayatını tehlikeye ilkâ edecek ef'âle mücâsereti. Bu suretde hakk-ı da'vâ tarih-i vak'adan itibaren beş sene mürûrunda sâkıt olur.

Madde: 133. Müfârekata sebebiyet veren taraf üç seneyi tecâvüz etmemek üzere yeni bir nikâh akdinden men olunabilir. Eğer her iki taraf sebebiyet vermiş ise her ikisi men' olunabilir.

Madde: 134. Mufârekatı mûcib esbâbdan birine istinâden zevceynden biri nikâh ve ahkâmı bâki kalmak üzere ayrı yaşamalarını taleb ederse tahakkukı halinde olveçhile yaşamalarına hükm olunabilir. Şu kadar ki diğer taraf müfârakât talebinde israr ederse müfârakâtına hükm olunur. Ayrı yaşamalarına hükm olunan zevceynden hangi biri hükm-i vâkı'a istinâden müfârakât taleb edebilir.

Madde: 135. Esbâb-ı müfârakâttan olan bir fiilin afvı fiilden mütevellid hakk-ı da'vâyı iskât eder.

Madde: 136. Müfârakât da'vâsı vukûunda mahkemece evvel emirde tarafeyn ailelerinden müntehab birer muslıh veya ruesâyı ruhâniyye marifetiyle islâh-ı beyne tevessül olunur. İslâh-ı beyn mümkün olamadığı surette davâ-yı vâkıâ ale'l-usûl rüyet ve fasl edilir.

Madde: 137. Hükmün tarih-i sudûrundan itibaren üç mah zarfında ruesâ-yı ruhâniyyeye mürâcaatla nikâhın feshine müteallik merasim-i diniyyenin icrâsına tevessül olunabilir. Bu sûretde müddet-i mezkûre zarfında hükm-i vâkî' infâz olunmaz. Mehl-i mezbûrun inkızâsı üzerine nihayet yirmi gün zarfında mahkûmün leh tarafından hükm-i vâki'ın infâzını taleb lâzımeden olup aksi takdirde hüküm keenlem yekün olur.

Madde: 138. Talâkın zevc tarafından izn-i hâkime ta'lîki halinde mevâdd-ı sâlife ahkâmı mûsevîlerde dahi câri olur. Zevcenin esbâb-ı mezkûreden dolayı tefrîkini talebe hakkı vardır.

BÂB-I SÂLİS

Fasl-ı Evvel

İddet Hakkındadır

Madde: 139. Akd-i sahîh ile menkûha olup ictimâ'dan sonra zevcinden talâk veya fesih ve tefrîk ile iftirâk eden ve hâmil ve sinn-i iyâsa vâsıl olmayan kadınların müddet-i iddeti üç hayz-ı kâmildir. Şu kadar ki kadın üç ay mürûrundan mukaddem iddetinin inkizâsını iddiâ eylerse kabul olunmaz.

Madde: 140. Mu'tedde zikr olunan müddet zarfında hiç bir hayz görmediği veyahut bir veya iki hayz gördükten sonra münkatı' olduğu takdirde eğer sinn-i iyâsa vâsıl olmuşsa vusûl tarihinden itibaren üç ay, olmamış ise iddetinin lüzûmu zamanından itibaren dokuz ay iddet bekler.

Madde: 141. Akd-i sahîh ile menkûha olup ictimâ'dan sonra zevcinden talâk veya fesih ile ayrılan ve sinn-i iyâsa vâsıl olan kadınların müddet-i iddeti üç aydır.

Madde: 142. Mevâdd-ı sâbıkanın ahkâmı nikâh-ı fâsid ile takarrub edilmiş iken tefrîk olunan veya zevci vefat eden kadınlarda dahi câridir.

Madde: 143. Hâmil olanlardan mâadâ zevci vefat eden ve nikâh-ı sahîh ile menkûha olan kadınların ictimâ' vukûbulsun veya bulmasın dört ay on gün beklemesi lazım gelir.

Madde: 144. Nikâh-ı sahîh ile menkûha olup hâmil iken talâk veya fesih ile iftirâk eden veya zevci vefat eyleyen kadın hamlini vaz edinceye değin beklemek lâzım gelir. Sakıt vâkı oldukta eğer

müstebînü'l-hılka ise vaz-'ı haml gibidir, değil ise iddeti munkazî olmayıp mevadd-ı sâbıkada muharrer ahkâma tevfikan muâmele edilir.

İşbu fıkraların hükmü nikâh-ı fâsid ile menkûha olup da tefrîk edilen veya zevci vefat eden hâmil kadınlar hakkında dahi câridir.

Madde: 145. Mevâdd-ı sâbıkada muharrer iddetin mebdei talâk veya feshin vukû'u veya zevcin vefâtıdır. Velevki zevce bu hâlìere muttalî olmasın.

Madde: 146. Akd-i sahîh veya fâsidde ictimâ' veya takarrub ile teekküdden evvel talâk veya fesih vukû'bulursa iddet lâzım gelmez.

Madde: 147. Bir mu'teddenin zevci vefât etse talâk-ı ric'ide iddet münhedim olur. Ve yeniden iddet-i vefât beklemesi lâzım gelir. Ama talâk-ı bâyinde lâzım gelmeyip iddet-i talâk-ı ikmâl eder.

Madde: 148. Mûsevîlerde ale'l-ıtlâk akd-i sahîh veya fâsidde talâk ve fesih veya zevcin vefâtı vukû'unda iddet lâzım gelir. Müddet-i iddet doksan bir gündür. Şu kadar ki hâmile veya zât-ı veled olan kadının iddeti çocuğu iki yaşını ikmâl edinceye kadar imtidâd eyler. Çocuğun vefâtı hâlinde iddet târih-i vefâtdan itibâren doksan bir gündür.

Madde: 149. İsevîlerde müddet-i iddet ale'l-ıtlâk firkatden i'tibaren bir senedir. Meğer ki vaz'-ı haml etmiş ola.

Fasl-ı Sânî

Mu'teddenin nafakası hakkındadır

Madde: 150. Mu'teddenin nafakası zevci üzerine lâzım olur.

Madde: 151. Nâşize olduğu hâlde tatlîk olunan kadına nafaka-ı iddet lâzım gelmez.

Madde: 152. Zevci vefât eden kadın için nafaka-ı iddet lâzım olmaz. Gerek hâmil olsun ve gerek olmasın.

Madde: 153. Kazâen veya rızâen nafaka takdîr edilmeksizin müddet-i iddet munkazî olsa nafaka sâkıt olur.

Madde: 154. Nafaka-ı mukaddereden müterâkim mikdâr ahad-ı zevceynin vefâtiyle sâkıt olmaz.

Mevâdd-ı Şettâ

Madde: 155. İşbu kararnâmede gayr-ı müslimler hakkında istisnâen beyân olunan ahkâma muhâlif olmayan mevâd sarâhat-ı mahsûsa olmadıkça onlar hakkında dahi cârîdir.

Madde: 156. Ruesâ-yı ruhâniyyenin akd ve fesh-i nikâh ile müstenbi'âtından olan nafaka-ı zevcât, dırahoma ve cihâz hakkındaki hakk-ı kazâları mülgâdır.

Madde: 157. İşbu kararnâmenin icrâsına adliye nâzırı me'mûrdur. Meclis-i umûmînin ictimâ'ında kânuniyeti teklîf olunmak üzere işbu kararnâmenin mevkı'-ı tatbîka vaz'ını irâde eyledim.

8 Muharrem 1336 — 25 Teşrîn-i Evvel 1333

Mehmed Reşad

Adliye Nâzırı
Halîl

Sadr-ı A'zam
Mehmed Tal'at

MÜNÂKEHÂT ve MUFÂRAKÂT KARARNAMESİ
ESBÂB-I MUCİBE LÂYIHASI

Mecelle'nin hukûk-ı âileye müte'allık ahkâmı ihtivâ etmemesi cihetiyle memleketimizde bu husûsda anâsır-ı muhtelifeden her birinin müdevven olmıyan kendi ahkâm-ı mezhebiyyelerinin tatbîki ve işbu ahkam-ı mezhebiyyeye hukkâm-ı şer'ın vukûf ve ma'lûmâtı olmadığından nikâh ve feshi nikâh ile onun müstetbi'âtından olan nafaka-ı zevcât mesâilinde gayr-ı müslimler ruesâ-yı ruhniyyesine hakk-ı kazâ bahş olunmasını îcâb etmiştir. Hukûk-ı saltanattan bir cüz olan hakk-ı kazânın hükûmetin ciddî bir teftîşine tâbi' olmıyan ve mehâkim-i umûmiyye gibi efrâda te'mînât bahş olacak usûl ve kavâ'ıd ile techîz edilmemiş bulunan hey'âta tevdî'ı husûsunun ne derece mehâzîri istilzâm ettiği muhtâc-ı îzâh değildir. Tâbi' oldukları ahkâmın sâbit ve cümlece ma'lûm kavâ'ı de istinâd etmemesi i'tibâriyle efrâd-ı gayr-ı müslime münâkehât ve müfârakâta ve nafaka-i zevcâta müte'allık da'vâlarında ındî ve keyfî mahkûmiyetler karşısında bulunmak tehlikesine ma'rûz olmaları ve mehâkim-i şer'ıyye mu'âmelâtının mehâkim-i sâire vechile te'mînât-ı matlûbeyi ihtivâ eylemesine rağmen medâr-ı hükm olacak mesele-i şer'ıyyeyi kütüb-i fıkhıyyeden istinbât ve istihrâc ve müftâbih olan müte'addid akvâl-ı fukahâdan birini diğerine tercîh için muktezî olan ihtisâs ve fazl ve irfânın bütün hükkâmda vücûdunu temîn etmek müşkil ve hele eshâb-ı mesâlih indinde hükme esâs olacak meselenin evvelce keşf ve tahmîni büsbütün bir emr-i düşvâr bulunması sebebiyle efrâd-ı müslime için de gayr-ı müslimler gibi hukûk-ı âile mebâhisinin kânûn şeklinde tedvîni bir gün bile te'hîri câiz olmayan bir ihtiyâc-ı mübremdir. Gerek müslim ve gerekse gayr-ı müslim bi'l-umûm Osmanlılara âm ve şâmil olacak bir suretde ve sırf memleket ve milletle asrın ihtiyâcını nazar-ı i'tibara alarak tedvîn-i kânun kazıyyesi bu hususta en evvel nazar-ı dikkati câlib bir tarik olarak düşünülebilirse de şu suret ne müslimlerin ne de gayr-ı müslimlerin ve ne de masla-

hatın icabâtına tevâfuk etmez. Asırlardan beri aile umûrunu ahkâm-ı diniyyeye tevfîk eden bir kavmin bütün ananâtını bir anda ve hiçbir usûl-i tedrîc ve istifâya riâyet etmeksizin tebdîl etmek kanunu her türlü nüfûz-ı ma'nevîden mahrûm ve kabiliyet-i tatbîkiyesini pek esaslı bir suretde rahnedar eder. Hususiyle mezâhib-i muhtelifeye mensub olan fukâha akvâlinde ihtiyâc-ı asra tevafuk edenleri bulmak mümkün ve şu suretle müslimler için icabât-ı medeniyyeye müstenid olan kânunu esasât-ı fıkhıyyeye istinâd ettirmek sehil olduğundan gayr-ı müslimler hakkında da onların ahkâmı mezhebiyyesinden kavâ'id-i lâzimeyi istihrâc ve telfîk ile müşterek mesâilin cümleye âm ve şâmil olacak bir surette tedvini ve müslümanlar hakkında yazılacak kavâ'ıd-ı umûmiyyeden ahkâm-ı mezhebiyyelerine adem-i tevâfuku zâhir olanların gayr-ı müslimlere şâmil olmıyacağını ve istisnâen müslim olmıyanlara mahsus olarak lazımü't-tatbîk olan mesâili ayrı ayrı zikir ve tashîh etmek suretiyle onların akâid-i diniyyelerine ri'ayet ve ta'dâd olunan bütün mahzûrların bertaraf edilmesi kabil olduğundan tertib olunan lâyıha-ı kanuniyyede bu esas ta'kib edilmiş ve gayr-ı müslimlerin ahkâmını cem' ve tertîb ve tanzîm hususunda da müslim olmıyan erbâb-ı ihtisasın ma'lumatlarından istifade edilmiştir.

Nikâhın akdi ve münâkehât ve mufârakâta aid münaza'âtın mercı' ve suret-i halli hakkında kabul edilen şeklin mahiyeti ile ihtiyacât-ı hâzıra ve mezhebiyyeye derece-i tevâfukunu izah için biraz tarihten isti'âneye lüzum vardır.

Aile teşkilatı insanlar için o kadar tabi'î bir ihtiyacdır ki tarihin en eski zamanlarına bile irca'-ı nazar edilse bu hususta mektûb ve gayr-ı mektûb adetlere veya kanunlara tesadüf olunabilir ve bir milletin seciyye-i ilim ve irfanını saha-ı medeniyette işgal ettiği mevki'ı teşkilât-ı ailesini tetebbû' ve tedkîk ile temyîz ve tayin etmek pek mümkündür. İşbu teşkilâtın ruh-ı millette işgâl ettiği mevkı'-i mühim sebebiyledir ki her şeyden ziyade hukuk-ı aile mesâilinde bütün milletler fevkel'âde muhafazakarlık etmeye ve bu babdaki müessesât-ı milliyye ve mezhebiyyesini tebdîlde son derecede dikkat ve i'tinâ sarf etmeğe mecbûrdurlar. Akd-i nikâh hususunda garb milletlerinin ekseriyyet-i azimesinde nikâh-ı mezhebiyyeye verilen mevkı'-i kânunî bu mülahazatın neticesidir. En eski Roma hukuku tedkik edilirse görülür ki ilk Romalılar beyninde akd-i nikâh için birisi mezhebî diğeri millî ve medenî olmak

üzere iki nev'-ı merasim mevcûd idi. İşbu merasimden hiç birine ri'âyet etmeksizin akd olunan nikâhların üzerine ibtidâları hiç bir netice-i hukukiyye terettüb etmez iken mürûr-ı zaman ile merâsim-i nikâhiyye zevce üzerinde nüfûz ve velayet-i zevci tevlid şerâitinden ad olunmuş ve merasim ve eşkâl-i mezkûreye ri'âyet olunmadan akd olunan nikâhlar bizâtihi meşrû' addedilmiştir. Bu esaslı tebeddülât sâikasıyladır ki nikâhı inde'l-iktizâ huzûr-ı hâkimde isbât etmek kesb-i müşkilât ettiğinden Romalılar inkârı sehil olmıyan bir hüccet elde etmek için akd-i nikâh esnasında keyfiyeti tahriri bir vesikaya rabt etmeği i'tiyâd etmiş idiler. Mürûr-ı zaman ile ve hususiyle Roma imparatorluğu arazisinin barbarlar tarafından işgâlinden sonra beyyine-i tahririyye ihzârı usülü de muhâfaza edilmediğinden her vakit şayan-ı i'timâd olmıyan beyyine-i şahsiyye ile tahkîm-i halden başka esbâb-ı sübûtiyye tedârik olunamamakda idi. Bu devrelerde sırf rızâ-yı tarafeyn ile in'ıkâd etmekde olan münâkehâtın usûl-i akd ve icrâsında ilk zuhûru sıralarında bir tebeddül ikâ' etmemiş olan Hıristiyanlık bilahare iktisâb ettiği nüfûz ve tevessû'dan istifade ederek kilisenin münâkehât akdinde müdahelesini hükümetlere tervîc ve kabul ettirmeğe muvaffak oldu. Kilise tarafından ittihâz edilen işbu yeni usûle göre hîn-i akidde bir reis-i ruhânînin huzûru meşrût ise de râhibin bi'l-fi'l akdi icrâ etmesi lâzimeden değil idi. Tarafeyn yine kendi iradeleriyle nikâhı akd edecekler ve râhib yalnız bir şâhid-i resmî sıfatıyle esnâ-yı akidde hâzır bulunacak idi. Fakat tatbikatda ruhbân, vazifelerini tecâvüz ile rızâ-yı tarafeyni tedkik ettikten sonra kilise namına akdi bizzat icrâya tevessül ettiler ve şu suretle efkâr-ı umûmiyyede nikâh rabıtasının ancak kilise tarafından ihdâs olabileceği zannını tevlîd ettiler. Hatta her hangi bir sebeb ile icrâ-yı akidden imtinâ' eden râhibin esnâ-yı nikâhda huzûru ketebe-i adl ve şühûd mahzarında resmen tahakkuk ettirilmek suretiyle doğruca tarafeyn beyninde in'ıkâd eden nikâhların meşrû' addolunup olunmıyacağına dair garbda bir çok zamanlar temâdî eden münakaşât kilise nüfuzunun derecesine göre mehâkimce muhtelif ictihâdâta meydan açmış idi. Bütün bu tezebzübleri bertaraf etmek için garb hukumât-ı hâzırası kanunlarına bu babda ahkâm-ı vâzıha dercine mecbûr olmuşlardır. Bu babdaki ahkâm-ı kanuniyye tedkîk edilirse görülür ki kanun-i medenîsi mevcûd olan milel-i garbiyyede ya munhasıran nikâh-ı medenî nikâh-ı kanunî olarak kabul edilmiş ve nikâh-ı mezhebî men' olunmamakla

beraber kanunen nikâh-ı mezhebîye hiç bir mevkı' verilmemiştir. Veyahut hem medenî hem mezhebî nikâhın ahkâmı kanun-ı medeniye derc ile tarafeyn bunlardan her hangisine tevfikan nikâhını icrâ ettirmekde serbest bırakılmış şu kadar ki akd-i nikâhın defâtir-i mahsûsasına tescîli usûlü ta'kîb edilmiştir veya munhasıran nikâh-ı mezhebî kabul edilmekle beraber emr-i tescîl kava'id-i mazbûta altına alınmıştır. İşbu üçüncü şıkkı kabul edenler bittabi' henüz hukûk-ı aile hakkında kanûn-ı medenî tedvîn etmiş olmıyanlardır. Kanun-ı medenîmizin hukuk-ı aile mebâhisini işbu lâyıha ile tedvîn edince bizce mutavassıt bir usûl ta'kibi en ziyade maslahata muvâfık telakkî olunmak tabi'idir. Rızâ-yı tarafeynin akd-i nikâh için kafi olup olmadığı hakkında milel-i sâire beyninde münâkaşât cereyan etmekde iken din-i mübin-i İslam bu hususta asla tereddüde mahal bırakmıyacak surette hall-i mesele ederek rızânın hakimiyetini i'lân ettiği ve gayr-ı müslimlerden bir kısmında yalnız ruesâ-yı ruhaniyyenin nikâkı akd edebileceği hakkındaki i'tikâdât-ı şâyı'aya ri'ayet-i lâzımeden olmakla beraber asıl ahkâm-ı mezhebiyyelerinde râhibin nikâh esnasında huzûrundan başka bir şart bulunmadığı ve Musevîler indinde de reis-i ruhânîlerin esnâ-yı nikâhda şerâit-i in'ikâddan addolunacak bir vazifeleri buulnmadığı ve münâkehâtın daima bila beyyine mazmûniyle amel mümkün olacak kuyudât ile tesbiti bir emr-i mübrem ve zarurî olduğu nazar-ı dikkate alınarak hâkim veya nâibin islam ve musevi münâkehâtından ale'l-ıtlâk akidnameyi tanzîm ve tescîl ile tavzîfi ve isevî münakehâtının hâkimin me'mur-ı mahsûsu hâzır olduğu halde ruesâ-yı ruhâniyye tarafından akd edilmesi ve şu kadar ki ruesâ-yı ruhâniyyece kanunen şayan-ı kabul olmıyacak bir suretde akd-i nikâhdan imtinâ' olunduğu halde hâkim huzurunda tarafeynin akd-i nikâh etmeleri usûlü kabul edilerek hem mu'âmelâtın mazbûtiyeti te'mîn hem de kavâid-i mezhebiyyeye ri'ayet edilmiştir. Hukuk-ı aile kavâ'idi şekl-i kanuniyyeti iktisab ettikten ve ashâbı mesâlih ile hukkâmın bu kavâ'idi sühûletle tefhîm ve tatbik edebilmeleri esbâbı şu sûretle istikmâl eyledikten sonra artık ruesâ-yı ruhâniyyece bu hususta evvelce zarûret-i maslahatla kabul edilmiş olan hakk-ı kazânın devamına lüzûm kalmıyacağı bir emr-i celîdir. Hükümet-i garbiyye arasında kanun-ı medenîsini tedvin etmiş olan milletlerde mehâkim-i mezhebiyyeye bu hususta hakk-ı kazâ bahş eden mevcûd olmadığı gibi müdevven ahkâma mâlik olmıyan milletlerde bile mehâ-

kim-i mezhebiyyeye bahş edilen hakk-ı kazâ dahi ancak i'lâmâtın mehâkim-i mahalliyece tasvîb ve tasdîki şartiyle ve pek mahdûd bir derecede olduğundan evvelce ihtiyac-ı hakikiyi mütecâviz bir şekilde ittihaz olunan ve hukuk-ı aile kanununun tedvini ile mahall-i tatbiki ve faidesi kalmıyan usûl-ı sâbıkanın muhafazası hukuk-ı saltanata îrâs edeceği zarardan başka mehâkimin bahş ettiği temînâttan bir kısım efrâd-ı milleti yani gayr-ı müslimleri mahrûm etmek neticesini intâc ederek bu da kanun-ı esasimizle i'lan ettiğimiz müsâvâta ve hukumet-i osmaniyece zaten ötedenberi tatbik edilen meslek-i adalet ve meşrûtiyete münâfî olacağından ruesâ-yı ruhâniyyenin bu babdaki hakkı kazâlarının mülgâ olduğu kanuna derc olunmuş ve ruesâ-yı müşârun ileyhimin esasen ba'demâ lüzumu kalmıyan bu gibi iştiğalâttan kurtarmak suretiyle vezâif-i diniyyelerine daha fazla hasr-ı mesâ'î edebilmelerine meydan bırakılmıştır. Lâyıhada ahkâm-ı umûmiyyeye müte'allık mevâdda mansûs ve mücma'un aleyh bulunan ahkâm-ı şer'iyye ile fetvehanece ma'mûlün bih olan sâdât-ı hanefiyyenin akvâl-ı mu'teberesi esas ittihâz edilmiş olduğu cihetle esbâb-ı mûcibe serdine lüzum görülmediği gibi milel-i gayr-ı müslimeye aid mevâd ahkâmı da el-yevm hahamhane ve patrikhanelerce mer'î ve mu'teber ahkâm-ı diniyye cümlesinden olmakla bunlar hakkında dahi ayrıca esbâb-ı mucibe ityânına lüzûm görülmemiştir. Ma'a haza bazı mesâilde gerek fukâha-yı hanefiyyeden ve gerek mezâhib-i sâire erbabından bazı eâ'zımın ictihâd ve fetvâsı mu'âmelât-ı nâsa daha mülâyim ve ihtiyacât-ı asra daha muvâfık görülerek tercihan layıhaya derc edildiğinden bunların kailleri irâe edilmekle beraber vech-i tercihlerine müte'allık esbâb-ı mûcibe ber vechi zîr muhtasaran irâd olunur.

Ehliyet-i nikâh. İmam Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed hâzerâtı erkek veya kız olsun onbeş yaşına vâsıl olmuş iken kendisinde âsâr-ı bülûğ zâhir olmıyan kimsenin gâlib ve şâyı'a nazaran hükmen bâliğ addolunmasına ve icrâ eyledikleri ukûdun mu'teber bulunmasına kâil oldukları gibi *İmam Mâlik ve İmam Şâfi'î* ve *İmam Ahmed* hazerâtı da bunu kabul etmişlerdir. Mecelle-i ahkâm-ı adliyyenin 986 ve 987 maddeleri müşârun ileyhimin kavline binâ olunmuştur. Gerçi onbeş yaşına kadar bâliğ olanların ekseriyet teşkil ettikleri derkar ise de fi'len baliğ olmıyanları yani kuvâ-yı bedeniyyeleri henüz tekemmül eylemiyenleri mücerred ekseriyete tâbi' kılarak kendilerine tahammül edemiyecekleri hu-

kûk bahş etmek işbu hukûk mukabilinde vezâife tahammül etmelerini ve bi'n-netice zararlarını müstelzimdir. Hatta sinn-i bülûğun nihayeti on beş yaş olmak üzere kabul edildiği halde sağırın malını i'tâ hususunda isti'câl edilmeyip asâr-ı rüşd ve sedâd zuhuruna değin tasarruftan men' olunmasına nazaran şer'-ı şerîf siğâra hukuk ve vezâif tahmîlinde teennî ile hareket etmektedir. Nikâh ise mala kabil-i kıyâs olmayıp cem'iyyet-i beşeriyyenin eczâsı olan ailelerin râbıta-ı teşkiliyyesidir. Bir aileyi teşkil eden efrâd hukuk-ı zevciyeti ne kadar ziyade takdîr ederlerse teşkil edecekleri aile o kadar kuvvetli ve diğer ailelerle merbutiyeti o kadar samimi olur. Halbuki mücerred on beş yaşını ikmâl etmiş olmak hasebiyle hükmen bâliğ addederek sığâra hakk-ı izdivâc bahş etmek nikâhı layık olduğu ehemmiyetle nazar-ı i'tibâra almamak demektir.

Bu babda en ziyade nazar-ı merhamete alınması lazım gelen kızlardır. Zevc ile zevcenin aileyi teşkil ve idare hususunda müşterek oldukları derkâr iken erkek çocukların sokakta oyun oynamakla imrâr-ı vakt etmesi ma'zûr göründüğü bir sinde kız çocuklara cem'iyyet-i beşeriyyece en büyük bir vazife yani bir ailenin vâlidesi ve müdîr-i umûru olmak vazifesi tevdî' olunuyor. Henüz teşkilât-ı bedeniyyesi teşekkül etmemiş olan bir biçare kız vâlide olmakla a'sâbı ilâ ahiri'l-ömr perişan oluyor, ilel-i güna gün iktisâb ediyor, ondan tevellüd eden çocuk cılız ve pek asabî bir şey olup unsûr-ı islamın gittikçe tedennîsi esbâbına inzımâm ediyor. Halbuki *İbn Abbâs* radiyallahü teala anhüma hazretleriyle tabi'leri sinn-i bülûğun on sekiz olduğuna kâil oldukları gibi ecille-i fukahâdan bazıları yirmi iki olduğuna kâil olmuşlardır. İçlerinden yirmi beş yaşı kabul edenler de vardır. *İmam-ı A'zam* rahmetüllahi aleyh hazretleri de *İbn 'Abbâs* hazretlerine tebe'an ve ihtiyaten sinn-i bülûğun nihayeti erkekler için tam onsekizyaş ve kızlar için tam on yedi yaş olmasını kabul ettiğinden memleketimizin en büyük mesâibinden olan işbu ahvâle çaresaz olmak üzere nikâh hususunda müşârun ileyhimin işbu kavli kabul edilerek beşinci madde bu esas üzerine tanzîm edildi. Bâliğ olduğu beyanıyle nefsini ahara tezvic etmek isteyen mürâhikalar hakkında nikâhın lüzûmunda velinin rızasını şart kılan *İmam Muhammed* rahmetüllahi aleyh hazretlerinin kavli kabul edilerek izdivâcına müsâ'ade i'tâsı velinin icâzetine ta'lîk kılındı. Bundan başka bi'l-cümle eimme hazerâtı tarafından kabul buyrulduğu üzere bâliğ olduğu beyanıyle tezevvüc etmek isteyen mürâhik ve mürâhikanın hali mütehammil

olup olmadığı hakkında hâkime hakk-ı takdir i'tâ edilerek beşinci ve altıncı maddeler bu esaslar üzerine kaleme alındı.

Sağîr ve sağîrenin tezvîci. Sağîr ve sağîrenin velileri tarafından cevâz-ı tezvîcine eimme-i erba'a rahımehümüllah hazerâtı kâil olduklarından şimdiye kadar mu'âmele bu yolda cereyan etmiş ise de zamanımızda ahvâlin tebeddülüne binaen diğer bir usul ittihazına lüzum görülmüştür. Şöyle ki her zamanda ve bilhassa hayat için mücadelenin son derece kesb-i şiddet ettiği şu zamanda çocuklar hakkında ebeveynin ilk vazifesi onları ta'lim ve terbiye ederek işbu alem-i cidâlde nâil-i zafer olacak ve muntazam bir aile teşkil edebilecek bir hale getirmekten ibaret iken bizde ebeveyn ale'l-ekser çocukalrının tahsîl ve terbiyesini bi'l-külliyye ihmâl ederek mücerred mürüvvetlerini görmek veya nâil-i miras kılmak maksadıyla onları daha beşikte iken nışanlaya gelmişlerdir. Netice biçareler dünyalarını görmeksizin tezvîc ve âtiyen felaketlerine düğünlerle vaz'-ı esas edilmiştir. Hiç bir mekteb yüzü görmeyen ve lisanını okuyup yazmaktan kat'-ı nazar emr-i dine dair bir kelimeye bile muttali' olmayan bu türlü çocukların teşkil edegeldikleri ailelerden çoğu cenîn-i mürdezâd gibi zifaflarının daha ilk aylarında infisâha mahkûm olmuştur. Memleketimizde ailelerin temelsizliğini mûcib olan esbâbdan biri de budur. Bu türlü nikâhlardan mütevellid da'vâların derecesini anlamak için kütüb-i fıkhıyyede sağîrenin eb ile ced tarafından tezvîci ve eb ile cedden ma'adâ evliyâ tarafından tezvîci ve ikince surette sinn-i bülûğa vâsıl olan sağîr ve sağîrenin hiyâr-ı bülûğunu keyfiyet-i isti'mâli hakkındaki ebvâb ve fusûle nazar etmek ve mehâkim-i şer'iyyenin sicillâtını tedkîk eylemek kafidir. Halbuki *İbn Şübrüme* ve Ebu *Bekir el-Esam* rahimehümallah hazerâtı sıgâr üzerine velâyet ancak onların menfa'ati maksadına mübtenî olup kabul-i teberru'ât gibi ihtiyâc olmıyan yerlerde velâyet dahi sâbit olmıyacağına ve onları tezvîc etmekte gerek tab'an ve gerek neseb gibi şer'an bir fâide mutasavvar olmadığı cihetle onların nikâha ihtiyacları bulunmadığına nazaran sağîrlerin kable'l-bülûğ hiç kimse tarafından tezvîci câiz olmadığına kâil olmuşlardır ve ale'l-husûs nikâh muvakkat bir şey olmayıp ma dâme'l-hayat devam eden bir akid olduğunu ve eğer velilerin onlar hakkında icrâ ettikleri akd-i nikâh mu'teber olsa ahkâm ve asâr-ı bülûğdan sonra dahi devam edeceğini nazar-ı i'tibâra alarak bülûğdan sonra onların harekâtını tahdîd edecek bir mu'âmelede bulunmağa hiç kimsenin sela-

hiyeti olmadığını ilave eylemişlerdir. Muşârün ileyhimânın işbu mütala'âtını asırlardan beri devam eden felaketli tecrübeler teyîd ettiğinden onların re'yi kabul edilerek 7 nci madde o yolda tanzîm edilmiştir.

Kebîrenin nefsini tezvîci. Mezheb-i muhtâra göre kebîre nefsini tezvîce kâdir olup velinin ancak ahvâl-i mahdûdede hakk-ı i'tirâzı vardır. Halbuki akd-i nikâhın icrasından sonra teşekkül etmiş bir aileyi velinin i'tirazı üzerine fesh etmekten ise kable'n-nikâh bu türlü avarızın izâlesi daha ma'kûl ve tarafeynin menfa'atine daha muvâfıktır. Mezheb-i Mâlîkide kebîre nefsini ahara tezvic için müraca'ât ettikte hâkim komşularından tetkikât icrâ eder. Velisi mevcûd ise keyfiyetten onu haberdar ederek re'yini süâl eyler. Velinin dermeyan edeceği i'tirazâtı gayrı vârid gördüğü tekdirde kızın tezvîci için bir vekil ta'yin eyler. Fi'lhakika veliye bu yolda ihbâr ve re'yi istifsar edilmekle bâlâda muharrer mahzûr bertaraf olacağından bir kebirenin ruhsat talebiyle hâkime vuku'bulacak müraca'âti üzerine veliye ihbâr-i keyfiyet edilmesi tensîb ve 8 nci madde bu esas üzerine tanzîm edildi.

Mecnûn ve mecnûnenin tezvîci. Mezheb-i Hanefîde mecnûn ve mecnûnenin velîleri tarafından tezvîcleri tecvîz edilmiş ise de nikâhdan maksad mücerred bir arzu-yı cismânîyi tatmînden ibaret olmayıp onun üzerine nice mekâsıd-ı maddiyye ve ma'neviyye terettüb etmektedir. Hâl-ı cinnet ise işbu mekâsıdı derk ve istihsâle mâni' olduktan başka cinnetin kabiliyet-i tevarüsiyyesine nazaran bu illetlere mübtelâ olanların tezvîcinden cem'iyet içinde hayırlı bir netice muntazar değildir. Halbuki mezheb-i şâfi'îde mecnûn ve mecnûnenin velileri tarafından tezvîci esas i'tibariyle gayr-i câiz olup ancak bir zarurete mebnî tecvîz edilmektedir. Bu re'y zamanımızın efkâr-ı hukukiyye ve ictimâ'ıyyesine daha muvafık görülmekle 9 ncu madde bu esas üzerine kaleme alınmıştır.

Velinin meratibi. Mezheb-i muhtara göre velinin merâtibinde asabâttan başka daha bir çok akraba ve ta'allukât ve zevîlerham ta'dâd edilmektedir. Halbuki fıkra-i sâbikada beyân edildiği üzere işbu lâyıhada *İbn Şübrüme* ve *Ebû Bekir el-Esam* rahimehumallah hazerâtının re'yine tevfîkan sağîr ve sağîrenin hiç kimse tarafından tezvîc edilememesi kabul edildiği cihetle ve mecnûn ve mecnûnenin bir zarurete müstenid olmadıkça adem-i cevâz-ı tezvîci de

esas olarak kabul edilmiş olmakla nikâhda velayet yalnız kefâet meselesinde hakk-ı i'tirâza munhasır kalmıştır. Diğer taraftan *İmam Muhammed* hazretleri nikâhda velâyeti asabât ile hâkime hasr etmiştir. Bedâyi'de beyan edildiğine göre *Ebû Yûsuf* rahimehullah hazretleri de eşhur-ı rivâyette bu re'ydedir. Hatta *İmam-ı A'zam* hazretlerinden asabâttan mâ'adâsı için velâyet-i nikâh olmadığı da rivayet edilmektedir. İşbu esbâba binâen merâtib-i veli hakkında 10. ncu madde İmam Muhammed'in re'yine ve maslahat muktezasına göre tanzim edilmiştir.

Nikâhı memnû' olanlar, Mezheb-i muhtarda zina ile dahi hürmet-i musâhere sâbit olursa da *İmam Şâfi'i* hazretleri sihriyyet gibi bir ni'metin bir fi'l-i memnû' üzerine terettüb etmiyeceğine kâil olmuşlardır. Sübutundaki müşkilâttan dolayı zinanın esbâb-ı sıhriyetten addedilmesi aileler beyninde bisûd bir takım da'vâlar tekevvününe sebebiyet vereceği derkardır. Bu mutala'âta binâen zina sıhriyyeti müstelzim esbâb meyânında ta'dâd edilmedi.

İ'lân. Nikâhın i'lânı sadr-ı islamdan beri bir emr-i mesnûn olup hatta akdin cum'a günleri mesâcid-i şerîfede icrâsı mendûbdur. İşbu i'lân keyfiyeti bilcümle memâlik-i islamiyyede ve fakat suver-i muhtelifede icra edilmektedir.

Filhakika ehemmiyeti derkar olan nikâhın alaniyyeti şer'an matlûb ve müstelzim olup hatta hin-i akidde şühûdun iştirat-ı huzûru bu maksada mebnî olduğu gibi nikâhın kable'l-akd i'lânı bu babda vücudu melhûz müdde'ileri ve tarafeyn beyninde reda' bulunduğuna muttalı' bulunanları vaktiyle haberdar ederek akdin icrasından meydana gelmesi melhûz fenalıkların önünü almak misillü nice mesâlihi muhtevi bulunduğundan 33 üncü madde buna hasr edildi.

Nikâhda elfaz-ı sarîha isti'mâli. Ulemâ-yı hanefiyye hazerâtı nikâhın elfâz-ı kineviyye ile de akdini tecvîz etmişlerdir. Halbuki elfâz-ı kineviyyenin hükmü tevakkuf olup hüküm ifade etmesi niyete veya karineye mütevakkıftır. Her lisanda akd-i nikâh için elfâz-ı sarîha mevcûd olduğundan nikâh gibi bir emr-i mühimde ihtilafât zuhuruna bâ'is olabilecek elfâz-ı kineviyyenin kabulünde bir zaruret yoktur. Diğer taraftan *İmam Şâfi'i* ve *İmam Ahmed b. Hanbel* hazerâtı nikâhın ancak tenkîh ve tezvîc lafızlariyle ve elsine-i sâirede dahi bunların makamına kâim olup tarafeyn-i aki-

deyn ile şâhitlerin anlıyacakları lafızlar ile mün'akid olacağını kabul etmişlerdir. Müşarün ileyhimanın re'yi nikâhın her türlü şübehâttan vareste kalmasını temin ettiğinden 36 ncı madde bu esas üzerine tanzîm edildi.

Akidnmenin tanzîm ve tescîli. Nikâhın nazar-ı şerî'atta tarafeynin icab ve kabuliyle mün'akid olan ukûd-ı sâireden hiç bir farkı yoktur. Hîn-i akidde şühûdun lüzûm-ı huzûru ve emr-i i'lânın icrâsı da mücerred akdi tevsik etmek ve tarafeyni töhmet-i zinadan masun bulundurmak maksadına mebnîdir. Bu cihetle akd-i nikâhın yalnız iki şahidin huzûrula bizzat zevc ve zevce tarafından icrâsı şer'an mu'teber olup mescid-i şerifde veya diğer bir mahall-i mahsûsta ulemâdan bir zat tarafından merâsim-i mahsûsa ile icrâsı meşrût değildir. Bununla beraber nikâh ehemmiyet-i mahsûsayı hâiz bir akid olmak hasebiyle şanına ri'ayeten çok vakitler mesâcid-i şerifede akdolunagelmiştir. Lakin bir müddetler memâlik-i Osmaniyede akd-i nikâhın icrâsı pek intizamsız bir hale girmiş ve nerede iki şâhit hazır bulunursa hemen icrâsına teşebbüs olunmuştur. Gerçi bâlâda arz ve beyân olunduğu üzere iki şâhidin huzûriyle icrâ edilen akd-i nikâh şer'an sahîh ve mu'teber ise de böyle mühim bir akdin intizam dairesinde cereyan etmemesinden pek çok yolsuzluklar husûle gelmiş ve mevâni'i şer'iyyesi olan nice kadınların icrâ-yı akd ile eşhâs-ı sâirenin ibtâl-i hukuku cihetine gidilmiştir. Halbuki hîn-i akidde ahkâm-ı nikâha vâkıf bir zatin huzûriyle akidnâmeyi tanzîm etmesi de bir emr-i mendûb olduğundan böyle bir akidnâme tanzîm ve tescîl olunduğu takdirde ileride akdin vücûdu veya mehrin miktarı hakkında ve daha bir çok mesâilde zuhûru melhûz ihtilâfâtın önü alınacağından 37 nci madde bu esasa bina edildiği gibi vezâif-i mezkûrenin nüfus veya belde memurlarına veya katîb-i adillere tevdi'i ciheti de düşünülmüş ise de hükkâmin her husûsta velâyet-i âmmeyi haiz olmasına ve akidnâmenin bilâ beyyine mazmûniyle amel edilmesi muktazî olan vesâik cümlesinden bulunması lüzumuna binaen işbu vezâifin hükkâma tevdi'i daha münasib olacağı mülahaza olunmuştur.

Mehr-i mislin esbâb-i kefaetten addedilmediği. *İmam-ı A'zam Ebû Hanife* rahimehullah hazretlerine göre mehr-i misil esbâb-ı kefaetten olup bir kebîre nefsini velev küfvüne mehr-i misilden noksan ile tezvîc etse evliyânın hakk-ı i'tirâzı vardır. Mezheb-i

muhtar dahi bu esasa müsteniddir. Halbuki bir kız reşiden bâliğ olduktan sonra tasarrufat-ı maliyesinde velayet mürtefi' olduğu gibi mehrin ta'yin-i miktarı dahi mu'âmelât-ı maliyeden olmak hasebiyle bu babda da mürtefi' olmak lazım gelir. Hatta imameyn hazerâtı mehr-i misil meselesinde evliyânın hakk-ı i'tirâzı olmadığına kil oldukları gibi *İmam Mâlik* ve *Şâfi'î* hazerâtı da bu ciheti kabul etmişlerdir. Filhakika kefâet meselesinde evliyâya hakk-ı i'tirâz verilmesinden maksad kızın mu'âmelesiyle ailesine tari olan arı def' içindir. Halbuki zamanımızda cereyan eden efkâra nazaran bilakis mehrin miktarındaki noksandan dolayı mevcûd bir akdin feshine kıyâm etmek mûcib-i ar olup nikâhı bir mu'âmele-i maliye derekesine indirmek demektir. İşbu esbâba binaen lâyıhada mehr-i mislin noksanı hasebiyle velinin hakk-ı i'tirâzı olmadığı kabul edilerek 47 nci madde bu esasa göre tanzîm edildi.

Nikâhın butlânı ve fesâdı. Mu'âmelâtta butlan aslen ve vasfen gayr-ı meşrû' bulunmak, fesâd aslen meşrû' ve fakat vasfen gayr-ı meşrû' bulunmak ma'nalarına olup mahiyetleri i'tibariyle aralarında bu suretle bir fark bulunduğu gibi butlân üzerine hiç bir hüküm terettüb etmemek fesâd üzerine ise bazı ahkâm terettüb eylemek i'tibariyle de bir fark vardır. Mu'amelâtta böyle olduğu halde münâkehâtta butlân ile fesâd arasında bir fark olmayıp elfâz-ı müterâdife kabilinden oldukları «*fethu'l-kadîr*» gibi bazı mu'teberât-ı fıkhıyyede beyân edilir. Halbuki müellefât-ı mezkûre dahi dahil olduğu halde bilcümle kütüb-i fıkhıyyede velev ki bilerek olsun mehârimi nikahın İmam-ı A'zam hazretleri indinde fâsid ve Imameyn hazerâtı indinde bâtıl olduğu dermeyan ve «*dürrü'l-muhtâr*» da da «*mecma'u'l-fetâvâ*»ya atfen bir gayr-ı müslimin bir müslimeyi nikâhı bâtıl olacağı ve binâen aleyh ondan neseb sâbit ve iddet lâzım olmayacağı ityân olunuyor. Bundan anlaşılıyor ki münâkehâtta dahi butlân ile fesâd bir şeyden ibaret olmayıp başka başka mahiyettedirler. Bu cihetle ve bey' ve icâre gibi mu'âmelâta müte'allik istilahât-ı kanuniyye arasında insicâm ve ittırâda halel vermemek maksadıyle «*fethü'l-kadîr*» sahibi *İbn Hümâm*'ın ve ona teb'an «*dürrü'l-muhtar*» müellifi *İbn Abidin*'in beyânâtı encümenimizce ihtiyar edilmeyip bilakis nikâh-ı bâtıl ile nikâh-ı fâsidin ber veçhi ma'rûz başka başka mahiyette oldukları esası kabul edilmiş ve dördüncü babın muhtevi olduğu ahkâm bu esasa göre tanzîm olunmuştur.

İmam-ı A'zam hazretleri hiç dahl ve sun'u olmayarak dünyaya gelen bir çocuğu veled-i gayr-ı meşrû' addederek hayatını heder etmekten ise mehmâ emken ihyâsı cihetine gitmek evlâ olduğunu bilbeyân fıkhın müsa'adesi nisbetinde emr-i nikâhda butlândan ziyade fesâd cihetini istilzâm ettiklerinden müşârun ileyhin zamanımıza pek muvafık olan işbu re'y-i aileri tercîh edilerek 55-56 ncı maddeler bu esas üzerine tanzîm ve 58 inci madde de sâlifü'z-zikr (mecma'u'l-fetâvâ) da muharrer fetvâya göre tahrîr edilmiştir.

Nikâh-ı Mükreh. Mezheb-i muhtâra göre ikrah ile vuku'bulan nikâh mu'teberdir. Asırlardan beri icra edilen tecrübeye göre bu hükm-i muhtar bir takım şerirlere cür'et vermiş ve bir çok namuslu ailelerin şeref ve haysiyetini ihlâle sebeb olmuştur. Nice muhâdderat kaçırılarak i'mâl-i cebr ve şiddet ile eşirrâdan birine nikâh edilmiş ve muahharen ailelerin kızlarını kurtarmak için vuku'bulan teşebbüsleri akim kalıp bu hal çok kere büyük felaketler intâc eylemiştir. Halbuki nikâh-ı mükrehin adem-i sihhatine kail olan *İmam Şâfi'î* rahmetüllahi aleyh hazretlerinin kavli kabul edildiği takdirde bu türlü fenalıkların önü alınmış olacağından 57 nci madde müşârün ileyhin re'yine tevfîkan tanzîm edildi. Ta'addüd-i zevcenin vacibâttan olmayıp umûr-ı câizeden olmasına ve umur-ı câizede veliyyü'l-emrin tasarrufa selahiyeti kâ'idesi müsellemâttan bulunmasına binaen ta'addüd-i zevcenin men' edilmesi ve hiç olmazsa ilk zevcenin rızasının şart kılınması lüzumu vârid-i hatır olmuş ise de şer'-i şerifin ta'addüd-i zevceye müsa'adesi fuhşun men'i ve nufus-ı ahâlinin tezyîdi gibi nice esbâb ve mesâlihe müstenid olup kadınların erkeklerden ed'âf-ı mudâ'afe ziyade olduğu hal-i hâzırda ta'addüd-i zevcenin cevâzına olan ihtiyac sadr-ı İslamdan dûn bulunmamasına ve hasbe'l-beşeriyye hiç bir kadının darreye muvafakât etmiyeceği tabi'i olup bu halde keyfiyeti onların rızasına ta'lik etmek men'a mu'âdil ve bu surette de cevâzındaki mesâlih zâil olacağına ve alelhusus 38 inci maddede kabul edildiği üzere nikâhın şarta talîki câiz olup dârre istemeyen kadının hîn-i izdivâcda bunu şart kılmadığı surette dârreye de delaleten muvâfakâtı hasıl bulunacağına ve ta'addüdi zevcâtın cevâzında bir emr-i izdırârî olan mahabbet-i kalbiyyeden mâ'adâ her hususta zevceler arasında tamamiyle adl ve müsavâtâ ri'âyet şart olup zamanımızda ise hasbe'l-beşeriyye bu şartın şer'an matlûb olduğu vechile icrâsı müte'assır ve belki de müte'azzir oldu-

ğundan şart-ı mezkûrun vücûdu ta'addüd-i zevcât kaziyyesinden melhûz olan mehâzirin fi'len vuku'una mâni' bulunacağına mebnî ta'addüd-i mezkûrün ayrıca men'i cihetini iltizama lüzûm görülmemiş ve bunun makamına kâim olmak üzere zikrolunan şartı muhtevi 38 inci maddenin tahririyle iktifâ olunmuştur.

Mehrin ekal mertebesi. Ulemâ-i hanefiyyeye göre mehrin ekal mertebesi on dirhem gümüş olmak üzere şer'an mu'ayyen olup tarafeyn bundan ekal takdîr ettikleri surette on dirhem gümüş lâzım gelir. Ancak on dirhem gümüş zamanımızdaki kıymeti i'tibariyle bir şey-i hasis olup memleketin hiçbir tarafında bu miktarda mehir ta'yini tarafeynin fikrinden mürûr etmiyeceği gibi dirhemin sadr-ı İslamdaki kuvve-i iştirâiyyesi nazarı- i'tibâra alınırsa hem kâ'ideye muhâlif hem çoklarının te'diye edemiyeceği bir hadde vsıl olur. Ulemâ-i hanbeliyye rahimehümüllah hazerâtı indinde ise mehrin ekal mertebesi için bir had mutasavver olmayıp tarafeynin rızâsıyle ta'ayyün edeceğinden işbu lâyıhada mehrin ekal mertebesine ta'arruz edilmeyerek tarafeynin bitterâzi ta'yîn edecekleri miktar malın lâzım geleceği kabul ve 80 inci madde bu esas üzerine tanzîm edildi.

Mehr-i mislin hüküm ittihâzı. Mehrin miktarında ihtilâf vuku'bulsa *İmam-ı A'zam* ve *Muhammed* hazerâtına göre mehr-i misil hüküm kılınır. Eğer zevcin müdde'âsına müsâvî veya ondan dûn ise zevcenin beyyinesi tercih olunur. Zevcenin müdde'âsına müsâvi veya ondan ziyâde ise zevcin beyyinesi tercih olunur. Mehr-i misil hangi tarafa şehâdet ederse yemin onundur. Mehr-i misil zevceynin müdde'âları beyninde olur ise ikisine de yemîn teklif olunur. Hangisi nükûl eder ise söz âharındır. İkisi de şahit getirir veya ikisi de yemin eder ise mehr-i misil lâzım gelir. Bir müddetten beri fetvâhânece bu kavil kabul edilmiştir. Halbuki bu tarz muhâkeme gayet muğlak olup da'vaların sinîn-i vefîre imtidâdını mûcib olduğu gibi şimdiye değin bu bâbda usûlüne muvâfık bir i'lâm suduru vâki' ise enderdir. Halbuki *Ebû Yûsuf* rahimehüllah hazretleri zevc örfe gayr-ı muvâfık bir şey zikretmediği halde söz onun olduğuna kail olmuştur. Burada dahi kavl-i mezkûr ihtiyâr edilerek 87 nci madde ona muvâfık surette yazılmıştır.

Talâk-ı sekrân. Cümhûr-ı Ulemâ hazerâtı sekri tarîk-i harâm ve tarik-i mübâh ile olmak üzere ikiye taksim edip tarîk-i harâm

ile sekrân olan kimsenin talâk-ı mu'teber ve tarik-i mübâh ile sekrân olan kimsenin talâkı gayr-ı mu'teber olduğuna kâil olmuşlardır. Halbuki burada maksat cinnet-i muvakkate halinde bulunan kimsenin talâkı meselesidir. Mecnûnun talâkı vâki' olmadığına nazaran bu hükümde olan sekrânın talâkı dahi suret-i mutlakada mu'teber olmamak lâzım gelir.

Sekrin tarik-i harâm veya tarik-i mübâh ile olmasına göre talâk hususunda bir fark olmamak icâb eder. Gerçi zevc bir emr-i harâmı irtikâb ettiğinden dolayı hakkında ceza tertîb edilebilirse de emr-i memnû'a cezâ tertib etmekle cinnet-i muvakkate halinde yaptığından dolayı hiçbir hüküm ifade etmemesi icâb eden bir fi'line eser tertib ederek bir ailenin mahvına gitmek beyninde bir münâsebet tasavvur edilememiş ve alelhusûs zamanımız gibi fıskın şüyû' bulduğu bir zamanda ailelerin sebât ve devamını sarhoşluğun tarîk-i harâm veya tarik- imübâh ile olması beynindeki farka bina etmek onları pek çürük bir temele istinad ettirmek demek olacağı derkar bulunmuştur. Halbuki *Muhammed b. Selâm* hazretleri talâk-ı sekrânın gayr-ı vâki' olduğuna kâil olduğu gibi *«Kerhî»* ile *«Tavâhî»* bunu ihtiyar etmiştir. Tatarhaniye'de dahi mesele böyle nakl edilmiştir. İmam Şâfi'î rahimehullah hazretlerinden mervî olan iki kavilden biri de budur. *ᶜOsmân b. ᶜAffân* radiyallahü anh hazretlerinden de böyle rivayet edilmiştir. Esbâb-ı sâlifeye binâen lâyıhada sarhoşun talâkı vâki' olmadığı kabul ve 104 üncü madde bu yolda tanzîm edildi.

Talâk-ı mükreh. Bir de talâk-ı mükrehin mu'teber olması cümhûr tarafından kabul edilmiş ise de lafz-ı talâkın zevcden kerhen sâdır olduğu hâkim huzûrunda sâbit olduktan sonra ona şer'an bir çare bulmaktan âciz kalmak muvâfık-ı maslahat olmadıktan başka emsâlini teşvik etmek demektir. Halbuki «Haniye»de bir kimse talâkı ikrâra cebr olunup o da ikrâr eylese talâk vâki' olmayacağı beyan edildiği gibi *«telvih»*de dahi mükrehen talâkın bâtıl olduğu gösterilmiştir. Ve *İmam Mâlik ibn Enes el-Esbahî* hazretlerinin de makbûlu olan re'y-i mezkûr ahvâl-i zamana daha muvâfık görülmekle 105 inci madde ona göre tanzîm edildi.

Talâkda müsta'mel elfâz-ı kineviyye. Bilcümle mezâhibde talâkın elfâz-ı kineviyye ile îka'ı sahîhtir. Ancak işbu elfâz kesb-i ma'rûfiyet etmediği halde onlarla talâk vukû'u mezheb-i muhtâ-

ra göre ya zevcin niyetine veya delâlet-i hale mütevakkıftır. Gerçi zevc talâka ehil olmak hasebiyle ta'ammüden bir lafz-ı kinevi ile ikâ'ı talâka selahiyeti derkar ise de kendisinin öyle bir niyeti yok iken halin delâletine istinâden sözünden maksûdu olmayan bir ma'na istinbâtıyle talâkın vukû'una kail olmak nikâhın mümkün mertebe mahfuziyetine ri'ayet edilmesi ve hayat-ı ailenin halelden lüzum-ı vikâyesi ka'idesine muhâliftir.

İmam Şâfi'î rahimehüllah hazretlerine göre elfâz-ı kineviyye ile talâkın vukûu mutlaka niyete mütevakkıftır. Filhakika zevc niyet etmiş ise delâlet-i hal bulunsun veya bulunmasın bir lafz-ı kinevî ile talâkın vâki' olacağı derkar ise de niyet etmediği halde kendi sözünden maksûdu olmayan bir ma'na istinbâtıyle münhasıran ona aid olan talâkın vukû'una kâil olmak muvâfık-ı maslahat görülememiş ve binâen aleyh 109 uncu madde müşârun ileyhin kavline göre tanzîm edilmiştir.

Mefkûdun zevcesi. Mefkûdun zevcesi ve malı hakkında gerek sadât-ı hanefiyye ve gerek diğer müctehidin hazerâtı beyninde ihtilafât-ı kesîre vâki' olmuştur. Mezheb-i muhtâra göre mefkûdun velâdetinden i'tibâren doksan sene mürûrundan ve bir tehlike ve muhatara zamanında mefkûd olmuş ise memâtı hakkında zann-ı gâlib husûlünden sonra mevtiyle hükmolunur. Emvâli o zamanda mevcûd olan veresesine verilir ve zevcesinin tefrîkine nükmedilir. İşbu mezheb nikâhın lüzûm-ı mahfûziyeti esasına müstenid ise de zevcenin hukukunu asla nazar-ı i'tibara almamaktadır.

İmam Malik hazretleri mefkûdun dâr-ı harbde veya dâr-ı islâmda gaybûbet ettiğine ve bu gaybûbetin bir tehlike esnasında olup olmadığına göre gerek zevcesi ve gerek malı hakkındaki hükmü dört hâle irca' etmiş ve bilâ muhârebe dâr-ı harbde gâib olanları esir addederek gerek malı ve gerek zevcesi hakkında müddet-i inkırâz-ı akrân olan yetmiş seneyi nazar-ı i'tibâra almıştır.

Zaman-ı harbde dâr-ı harbde zâyı' olanlar hakkında üç rivâyet vârid olup üçüncü rivâyete göre dâr-ı islâmda gâib olanlar ile bir hükümde addedilmiştir. Dâr-ı islâmda bir mehlike esnasında gaybûbet edenlerin gerek zevcesi ve gerek malı hakkında tarafeyn-i muhasımeynin mahallerine avdetine kadar mürûr eden

müddeti kâfî addetmiş ve bir mehlike olmayarak gaybûbet edenlerin malı hakkında yetmiş senenin hitâm bulması ve zevcesi hakkında dahi müraca'âtı üzerine hâkimin icra edeceği tahkikât neticesinde hayat ve memâtına ittila'dan ye's husulünden i'tibaren dört sene sonra nikâhın feshine hükmedilmesi re'yinde bulunmuştur. Müşârun ileyhin zevcât hakkındaki re'yi zamanın efkâr ve icabâtına muvâfık olduğundan 127 nci madde o esas üzerine tanzim edilmiştir.

Vefatına hükmolunan zevcin zevcesi şahs-ı âhar ile izdivâc ettikten sonra berhayat olarak zuhûru halinde ale'l-ıtlâk nikâh-ı sânînin münfesih olmayacağına dair «*Behcetü'l-fetâvâ*» da bir fetvâ mevcûd ise de «*reddü'l-muhtâr*»da *Ebussuud* mehrûma atfen bilakis nikâh-ı sânînin münfesih olacağı muharrerdir. Mahsûsun hilâfına vâki' olan hüküm asla mu'teber olamayacağından bir kimsenin berhayat olarak zuhûru vefatı hakkında vuku'bulan hükmün butlân ve infisâhını müstelzim olur. Bunun içindir ki şahs-ı mezkûr veresesine tevzî' edilmiş olan emvâlini istirdâd eder. Bir kimseye emvâlini istirdâd ettirip de zevcesini istirdâd ettirmemek tecezzî kabul etmeyen hükmün kısmen butlânına kısmen de sihhatine kâil olmak demek olur ki fıkhen ve mantıken hiçbir veçhile tecvîz olunamaz. Hususiyle zamanımızda bunu tecviz etmek fesâd-ı ahlak hasebiyle birçok fenalıklara meydan vermek demektir. Bu mülâhazaya mebnî 129 uncu madde müşârun ileyh *Ebussuud* merhûmun re'yi üzere tahrîr olunmuştur. Ama nikâhın feshine hükmolunmuş ise bu surette nikâh-ı evvel hükm-i hâkim ile ibtâl edilmiş olacağından artık zevcin berhayat olarak zuhûru işbu hükmün ve binâen aleyh nikâh-ı sânînin butlânını müstelzim olmayacağından 128 inci madde bu vechile tahrîr edilmiştir.

Aile meclisi. İşbu lâyıhada şimdiye kadar tatbik edilmemesi hasebiyle memleketimiz için pek yeni olan bir usûl kabul edilmiştir ki zevceyn arasında şıkâk zuhûru halinde hükme me'zûn bir aile meclisi yani tarafeyn ailelerinden müntehab bir hakem heyeti teşkilidir. Böyle bir hakem heyetinin lüzûm-ı teşekkülü me'mûrun bih olduğu halde memleketimizde tatbik edilmemesinin sebebi inde'l-hanefiyye heyet-i hakemiyyenin yalnız islâh-ı beyne mezûn olması ve tarafeyn cânibinden tevkîl edilmedikçe beynlerini tefrîke selahiyettar olamamasıdır. Halbuki iş yalnız islâh-ı beyne kalırsa ihtiyar-ı külfet ile öyle bir heyet teşkiline mahal ol-

mayıp ötedenberi her ne zaman zevceyn mahkemeye müraca'at ederse hükkam kable'l-hükm onlar hakkında muslih vazifesini ifâya çalışmaktadırlar. Zevceynin heyet-i hakemiyyeye vekâlet vermeleri ise ihtiyâra manût bir keyfiyet olup haksız olan tarafın bu babda vekâlet vermiyeceği derkârdır. Diğer taraftan mezheb-i mâlikide vekâlet şart edilmeksizin heyet-i hakemiyyeye hüküm salahiyeti i'tâ edilmektedir. Şöyle ki hakemler tarafeynin islâhı kabil olmadığına kana'at hasıl ettikleri sûrette haksızlık zevcede ise bilâ bedel zevcenin tefrîkine ve zevcede ise mehrin mecmû'u veya bir kısmı ile muhâla'alarına hükmederler. Hakemeynin hükmü zevceyn hakkında lâzımü'l-icrâ olup onların bu babda muaharen serd edecekleri i'tiraz kabul olunmaz. Zira bu hüküm şehadete müstenid olmayıp belki tarafeynin ahvâline nazaran takdîre müsteniddir. Bu babda mezheb-i mâlîkinin kabulü memleketimizde aileler içinde mevcûd pek çok uygunsuzlukların ref' ve izâlesine hâdim olacağı ve alelhusûs zevcelerine zülm ve i'tisâf ettikleri halde talâk kendi ellerinde olmak hasebiyle haklarında nafaka takdirinden başka bir mu'âmele icrâsı mümkün olmayan zevcelerin mu'âmele-i i'tisâfkâranelerine nihayet vereceği mütâla'asıyla kavl-i mezkûr kabul ve 130 uncu madde o esasa göre tanzim edilmiştir.

Genç mu'teddenin hayızdan inkıtâ'ı. Zât-ı hayz olan genç bir zevce henüz iddetini ikmal etmeksizin hayzı munkatı' olsa mezheb-i muhtâra göre sinn-i iyâsa vâsıl olmadıkça üç hayzı ikmâl edinceye değin beklemeğe mecbûrdur. Velev ki müddet-i medîde devam etsin. Sinn-i iyâsa vusûlünden sonra dahi üç ay iddet beklemesi lâzım gelir. Bu re'y iddetini ikmâl etmemesi hasebiyle zevc-i âhara varmaktan memnû' olan zevce hakkında ne kadar muzır ise iddetini ikmâl edinceye değin onu infâka mecbur olan zevc hakkında da o kadar muzırdır. Halbuki *İmam Mâlik* hazretlerine göre öyle bir zevce için iddetin lüzûmu zamanından i'tibaren dokuz ay bekledikten sonra üç ay iddet beklemek kâfidir. E'âzım-ı müteahhirîn-i hanefiyye bu meselede İmam Mâlik kavliyle fetvâyı tecvîz etmişlerdir. İşbu lâyıhada dahi kavl-i mezkûr kabul edilerek 140 ncı madde o esas üzere kaleme alınmıştır.

Bazı istılâhât. Sehlü'l-idrâk bir takım mülâhazâta mebni işbu lâyıhada âtiyü'z-zikr ıstılâhâtın kabulüne lüzum görülmüştür: Halvet yerine *«ictimâ»* halvet-i sahîha yerine *«ictimâ'-ı sahîh»* halvet-i fâside yerine *«ictimâ'-ı fâsid»* dühûl yerine *«takarrub»* ıstılâhları kabul edilmiştir.

BİBLİYOĞRAFYA

ve

BİBLİYOGRAFYADA KULLANILAN KISALTMALAR

I. ARŞİV BELGELERİ

A. BAŞBAKANLIK OSMANLI ARŞİVİ (BOA)

a. Hatt-ı Hümayun Tasnifi (HH):
11709, 15587, 16576, 16763, 17438 A., 48373, 48373 A., 48409, 48409 A,
b. Mühimme Defterleri (MÜD):
3, 12, 16, 27, 28, 108
c. Mısır Mühimmesi Defteri:
5, 12
d. Cevdet-Adliye:
58, 792, 825, 936, 1715, 1731, 1908, 2632
e. İbnül Emin Adliye:
27, 911
f. Ali Emirî, Kanuni:
157
g. Fekete:
A. DVN. 350

B. TOPKAPI SARAYI ARŞİVİ (TSA):

a. E. 271, 272, 922, 1393, 2005, 7924, 9014, 10751, 12050, 12079, 12082
b. Trabzon Şeriye Sicilleri (TŞS):
Defter no:
1820
c. Edirne Şeriye Sicilleri (EŞS):
Defter no:
612

C. İSTANBUL ŞERİYE SİCİLLERİ ARŞİVİ (İŞS):

a. İstanbul Kadılığı:
Defter no:
1, 2, 3, 4, 318, 319, 320

b. Bab Mahkemesi:
Defter no:
191, 192, 193

c. Evkaf-ı Hümâyun Müfettişliği:
Defter no:
2

D. BURSA ŞERİYE SİCİLLERİ (BŞS):

Defter no:
11a

E. KAYSERİ ŞERİYE SİCİLLERİ (KŞS):

Defter no:
27

II. KİTAP ve MAKALELER

Abdü'l-Hamîd, Muhammed Muhyi'd-Din : *el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye*, Mısır 1958

Abdullah Cevdet : «İstihlak-i Millî Kadınlar Cemiyeti münasebetiyle», *İctihâd*, 68/1477-1478

Abdurrahman Münip : *Hukuk-ı Medeniye*, İst. 1340-41, c. V-VI

Ahmed Cevdet Paşa *Maruzât*, Yayına hazırlayan: Yusuf Halaçoğlu, İst. 1980

(Ahmed) Cevdet Paşa : *Tezâkir*, Yayınlayan: Cavid Baysun, c. I-IV, Ank, 1953, 1960, 1963, 1967

Ahmet Lütfi : *Osmanlı Adalet Düzeni (Mirat-ı Adalet)*, Sadeleştiren: Erdinç Beylem, İst. 1979

Ahmed Naîm : «Taaddüd-i zevcat İslamiyette men olunabilir mi imiş?», *SR*, sy. 298, s. 216-221; sy. 300, s. 248-250; Sebilünnecât, sy. 1, s. 4-6

» » : «l'il-Batıl savle sümme yadmahill», *SR*, sy. 304, s. 309-314

Ahmed Şuayb : *Hukuk-ı İdare*, Birinci Kısım, Dersaadet 1328/1326

Ahmed Vasıf Efendi : *Tarih-i Vasıf*,

» » : *Mehâsinü'l-Âsâr ve Hakâiku'l-Ahbâr*, Yayınlayan: Mücteba İlgürel, İst. 1978

Akdağ, Mustafa : *Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası*, Celali İsyanları Ank 1975

» » : «Osmanlı müesseseleri hakkında notlar», *ADTCFD*, XIII/1-2, s. 27-52

» » : *Türkiye'nin İktisâdî ve İctimâî Tarihi*, c. I-II, İst. 1979

Aksekili Ahmed Hamdi : «İslamiyet ve taaddüd-i zevcât», *SR*, sy. 275, 276, 277, 280, 284, 285'deki altı makale.

A.L. : «İzdivac meselesi», *İctihâd*, sy. 59, s. 1293-1295

Ali Efendi : *Fetâvâ*, c. I-II, İst. 1272

Anderson, *Islamic Law* : Anderson, J.N.D., *Islamic Law in the Modern World*, London 1959

Anderson, *Law Reform* : Anderson, Norman. *Law Reform in the Muslim World*, London 1976

Anhegger-İnalcık : Anhegger, Rober-İnalcık, Halil. *Kânunnâme-i Sultânî Ber Mûceb-i Örf-i Osmânî*, Ank. 1956

Ansay, *Aile Hukukumuza Bir Nazar* : Ansay, Sabri Şakir. *Medenî Kanunun 25. Yıldönümü Münasebetiyle Eski*

Aile Hukukumuza Bir Nazar, Ank. 1952.

Ansay, *İslam Hukuku* : Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ank. 1958

Arsal, Sadri Maksudi : *Türk Tarihi ve Hukuk*, İst. 1947

Aşıkpaşazâde *Aşıkpaşazâde Tarihi*, Nâşir: Ali Bey, İst. 1332

Atar, Fahrettin : *İslam Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, Ank. 1979

Baer, Gabriel : «Women and wakf, an analysis of the Istanbul Tahrir of 1546», *Asian and African Studies*, sy. 17, s. 9-27

Bağdatlı İsmail Paşa *İzâhu'l-Meknûn Fi'z-Zeyl Ala Keşfi'z-Zunûn an Esâmi'l-Kütüb ve'l-Fünûn*, c. I-II, İst. 1972

Barkan, Ömer Lütfi : «Kanunname», *İA.*

Barkan, «Sultanların Selahiyetleri» : Barkan, Ömer Lütfi. «Türkiye sultanların teşrî sıfat ve selahiyetleri ve kanunnameler», *İHFM*, XII/1-2 s. 713-733

Barkan, «Arazi» : Barkan, Ömer Lütfi. «Türk toprak hukuku tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) tarihli Arazi Kanunnamesi», *Tanzimat* I, İst. 1940, s. 321-421

Barkan, «Din Devlet İlişkisi» : Barkan, Ömer Lütfi. «Türkiye'de din ve devlet ilişkilerinin tarihsel gelişimi», *Cumhuriyetin 50. Yıldönümü, Semineri*, Ank. 1975, s. 49-97

Barkan, *Kanunlar* : Barkan, Ömer Lütfi. *XV ve XVI ncı Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraî Ekonominin Mali ve Hukuki Esasları, Kanunlar*, İst. 1943

Barkan, «Müesseselerin Şeriliği» : Barkan, Ömer Lütfi. «Osmanlı İmparatorluğu teşkilat ve müesseselerinin

şeriliği meselesi», *İHFM*, XI/3-4 s. 203-224.

Belgesay, Mustafa Reşit : »Tanzimat ve adliye teşkilatı», *Tanzimat* I, İst. 1940, s. 211-220

Benedict, Peter : «Hukuk reformu açısından başlık parası ve mehir», *Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler*, Ank. 1974, s. 1-39

Berkes, Niyazi : *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, İst. 1978

Berki, Ali Himmet : *Büyük Türk Hükümdarı İstanbul Fatihi Sultan Mehmed Han ve Adalet Hayatı*, İst. 1953

Bilmen, Ömer Nasuhi : *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahatı Fıkhıyye Kamusu*, c. I-VIII, İst. 1967-1970

Bousquet, G.H. : *Du Droit Musulman et de Son Aplication Effective Dans le Monde*, Alger 1949

Bouvat, L. : «le Code familial Ottoman de 1917», *RMM*, XLIII/5-26

Brockelmann, Carl : *Geschichte der Arabischen Litteratur*, c. I-II, Leiden 1943; Supplementband, c. I-III, Leiden 1937

Busbecq, (Ogier Ghiselin de) : *Türk Mektupları*, Tercüme: Hüseyin Cahit Yalçın, İst. 1939

Caporal, Bernard : *Kemalizmde ve Kemalizm Sonrasında Türk Kadını*, Tercüme: Ercan Eyüboğlu, Ank. 1982

Catala, Pierre
Gervais, André : *Le Droit Libanais*, c. I-II, Paris 1963

Celal Nuri : *Havaic-i Kanuniyemiz*, İst. 1331

» » : *İttihâd-ı İslam*, İst. 1331

» » : *Kadınlarımız*, İst. 1331

Cezirî, Abdu'r-Rahman : *Kitabü'l-Fıkh Ala'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, c. I-IV, Mısır ty

Chehata, Chafik : *Precis de Droit Musulman*, Paris 1970

» » : «l'Evolution moderne de droit de la famille en pays d'Islam», *REI*, XXXVII/1, s. 103-114

Cin, *Evlenme* : Cin, Halil. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ank. 1974

Cin, *Boşanma*, : Cin, Halil. *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Ank. 1976

Cin, Halil : «İslam hukukunda mehir», *AHFD*, XXIX/1-2, s. 199-254

Çandarlı, Zahid : *l'Evolution du Mariage en Droit Turc et la Condition du Mari*, Fribourg 1941

Çavuşzâde Mehmed Aziz: *Dürru's-Sukûk*, c. I-II, İst. 1288

Defterdar Sarı Mehmet Paşa : *Zübde-i Vekâiyât*, Sadeleştiren: Abdülkadir Özcan, c. I-III, İst. 1977-1979

D'Ohsson, M. de M. : *Tableau Générale de l'Empire Ottoman*, c. I-IV, Paris 1787

Döndüren, Hamdi : *Delilleriyle İslam Hukuku*, Konya 1977

Düzdağ, M. Ertuğrul : *Şeyhulislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İst. 1972

Ebussuud Efendi : Maruzat, *MTM*, sy. 2 s. 337-348

Ebu Zehra, *el-Ahvâl* : Ebu Zehra, Muhammed. *el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye*, yy 1950

Ebu Zehra, *Metodoloji* : Ebu Zehra, Muhammed. *İslam Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usulü)*, Çeviren: Abdülkadir Şener, Ank. 1973

Eisenman, Robert : *Islamic Law in Palestine and Israel*, Leiden 1978

Engelhard, Ed. : *Türkiye ve Tanzimât Devlet-i Osmaniyenin Tarih-i İslahatı* (1826-1882), Mütercim: Ali Reşad, İst. 1328

Ergin, Osman : *Türkiye Maarif Tarihi*, c. III, İst. 1939

Esmein, A. : *le Mariage en Droit Canonique*, c. I-II, Paris 1891

Fatma Aliye : «Kadın nedir», YM, sy. 21, s. 415-417

Fatma Lütfiye : «Sebilürreşad mecmua-yı islamiyesi vasıtasıyla İkdam'ın Londra muhabiri Mehmed Sadi Beye», *SR*, sy. 288, s. 28

Fatma Lütfiye : «İctihaddaki, hezeyanlar», *SR*, sy. 281, s. 329-330

Fazlur Rahman : «A survey of modernization of muslim family law», *International Journal of Middle East Studies*, sy. 11, s. 451-465

Feridun Bey : *Münşeâtü's-Selâtîn*, c. I-II, İst. 1274-1275

Fındıkoğlu, Ziyaeddin *Hukuk Sosyolojisi*, İst. 1958

» » : «Aile hukukumuzun tedvini meselesi», *Ebul-Ula Mardin'e Armağan*, İst. 1943, s. 687-738

Fındıkoğlu, «İctimaî hayat» : Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri. «Tanzimatta ictimaî hayat», *Tanzimat* I, İst. 1940, s. 619-659

Fındıkoğlu, *Code Familial* : Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri. *Essai sur la Transformation du Code Familial en Turquie*, Paris 1936

F.N. : «Müracaat ediyorum», *İM*, sy. 2, s. 58-60

GAL : bk. Brockelmann

GAS : bk. Sezgin

Gerber, Haim : «Sharia, kanun and custom in the Ottoman law: The court records of 17 th century Bursa» *IJTS*, II/1, s. 131-147

Gökalp, Ziya : *Türkleşmek İslamlaşmak Muasırlaşmak*, İst. 1918

» » : *Türkçülüğün Esasları*, İst. 1970

» » «İctimâî Usul-ı Fıkıh», *İM*, sy. 3, s. 84-87

» » : «Fıkıh ve ictimâiyât», *İM*, sy. 2, s. 40-44

» » : «Dinin ictimâî hizmetleri», *İM*, sy. 34, 36, 37

» » : «Aile ahlakı», *YM*, sy. 10'dan 22'ye kadar onüç makale

» » : «Aile enmuzeçleri», *KM*, sy. 32, s. 1-7

» » : «Türk ailesinin tekamülü», *KM*, sy. 29, s. 6-8

» » : «Türk ailesinin bünyesi», *YM*, sy. 23, s. 441-444

» » : «Hüsün ve kubuh», *İM*, sy. 8, s. 228-230

» » : «Diyanet ve kaza», *İM*, sy. 35, s. 756-760

» » : «Örf nedir?» *İM*, sy. 10, s. 290-295

Göyünç, Nejat : «Türkiye'de eğitim», *Türk Dünyası El Kitabı*, Ank. 1976, s. 1044-1059

Halebî, İbrahim : *Mülteka'l-Ebhur*, İzmir 1303

Halim Sabit : «Örf-Marûf», *İM*, sy. 10, 11, 12, 14

Hallaf, Abdülvehhab — *İslam Hukuk Felsefesi (İlmu Usuli'l-Fıkh)*, Çeviren: Hüseyin Atay, Ank. 1973

Hamidullah, Muhammed: — *İslamın Hukuk İlmine Yardımları*, Derleyen: Salih Tuğ, İst. 1962

» » — «Sünnet», *İA*

» » — «Ebu Hanife'nin İslam hukukunun tedvini için tesis ettiği akademi», *İslamın Hukuk İlmine Yardımları*, Derleyen: Salih Tuğ, İst. 1962

» » — «İslam hukukunun kaynaklarına dair yeni bir tetkik», *İTED*, I/1-4, s. 63-67

Hatemi, Hüseyin : — *Hukuk ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İst. 1976

Heyd, Uriel : — *Türk Ulusculuğunun Temelleri*, Çeviren: Kadir Güney, Ank. 1979

Heyd, *Criminal Law* — Heyd, Uriel. *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford 1973

Heyd, «Kanun ve şeriat»: — Heyd, Uriel. «Eski Osmanlı hukukunda kanun ve şeriat», Ter: Selahattin Eroğlu, *AÜİFD*, c. XXVI, s. 633-652

Hıfzı Efendi : — *Kanunnâme-i Cedit*, El yazması, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Kütüphanesi.

Hoca Sadettin Efendi : — *Tacü't-Tevârîh*, İst. 1279, c. I-II, İst. 1279

Hussamî, Abdul Kerim : — *Le Mariage et le Divorce en Droit Musulman et Particulièrement dans son Application en Syrie*, Lyon 1931

İbn Hallikân, Ebu'l-Abbâs Şemsü'd-Din Ahmed : — *Vefeyâtü'l-A'yân ve Enbâü Ebnâi'z-Zamân*, c. I-VI, Kahire 1948

İbn Kemal, Şemsüddin Ahmed : — *Mühimmât-ı Müfti*, Süleymaniye ktb. Çorlulu Ali Paşa, no. 280

İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed : *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktasıd*, c. I-II, Beyrut 1982

İnalcık, Halil : «Adaletnameler», *Belgeler, Türk Tarih Belgeleri Dergisi*, II/3-4, s. 49-142

» » : «Bursa şeriye sicillerinde Fatih Sultan Mehmed'in fermanları», *Belleten*, sy. 44, s. 693-706

» » : «İmtiyazat», *EI²*

» » : «Mahkeme», *İA.*

» » : «Osmanlı padişahı», *SBFD*, XIII/4, s. 68-79

» » : «Örf», *İA.*

» » : «Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu», *Belleten*, sy. 112, s. 603-622

» » : «Tanzimat nedir», *Tarih Araştırmaları, 1940-1941, DTCF Yıllık Araştırmaları Dergisi*, I/s. 237-263

» » : «Osmanlı hukukuna giriş», *SBFD*, XIII/2, s. 102-126

İnalcık, «Suleiman» : İnalcık, Halil. «Suleiman the lawgiver and Ottoman law», *Archivum Ottomanicum* I, The Hague 1969, s. 105-138

İnalcık-Anhegger : bk. Anhegger-İnalcık

İnan, Arı : «Son sadrazam Tevfik Paşa ve oğulları», *Tarih ve Toplum*, sy. 5, Mayıs 1984, s. 371

İzmirli İsmail Hakkı : «Amel-i ehl-i Medine», *SR*, sy. 294

» » «İcmâ kıyas ve istihsanın esasları», *SR*, sy. 295

» » «İctimâî Usul-ı Fıkıh» a ihtiyaç var mı», *SR*, sy. 298

» » : «Örfün nazar-ı şeriattaki mevkii», *SR*, sy. 293

Jaeschke, *İslamlık* : Jaeschke, Gottard: *Yeni Türkiye'de İslamlık*, Tercüme: Hayrullah Örs, Ank. 1972

Jaeschke, «Evlenme akdinin şekli» : Jaeschke, Gottard; «Türk hukukunda evlenme akdinin şekli», *İHFM*, XVIII /s. 1128-54; XIX/s. 400-431

Jaeschke, «İmam nikahı» : Jaeschke, Gottard; «Türkiye'de imam nikahı», Tercüme: Ahmet Mumcu, *Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ank. 1964

Jennings, «Kadı» : Jennings, Ronald C.; «Kadı, court and legal procedure in 17 th C. Ottoman Kayseri», SI, XLVIII, s. 133-172

Jennings, «Women» : Jennings, Ronald C.; «Women in early 17 th century Ottoman judicial records the sharıa court of Anatolian Kayseri» *JESHO*, XVIII/1, s. 53-114

Juynboll, Th. W. : «İstishab», *İA*.

Kanunname-i Âl-i Osman: Neşreden Mehmed Arif, *TOEM*, sy. 13-15'e ek olarak

Kanunname-i Ticaret ve Zeyilleri : Yeni harflere çevirenler: Fikri Gürzümar, Tekin Gürzümar, Ank. 1962

Karahisârî Hamza : *Mühimmâtü'l-Kudât*, Süleymaniye ktb. Yazma Bağışlar, no: 51/3

Karal, Enver Ziya : *Osmanlı Tarihi*, c. V-VIII, Ank. 1970, 1976, 1977, 1962

» » : «Gülhane Hatt-ı Hümayununda batının etkisi», *Belleten*, sy. 112, s. 581-601

Karaman, Hayrettin : *Mukayeseli İslam Hukuku*, İst. 1974

Kâsânî, Alaü'd-Din Ebu *Bedâiu's-Sanâi' Fi Tertibi'ş-Şerâi'*,

Bekr' ibn Mes'ud : c. I-VII Beyrut 1982.

Kâtip Çelebi : *Keşfu'z-Zunûn An Esâmi'l-Kütüb ve'l-Fünûn,* c. I-II, İst. 1972

Kaynar, Reşat : *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat,* Ank. 1954

Kılıçer, M. Esad : «Kemalpaşazâde'nin aile hukuku ile ilgili bazı fetvaları» *AİFD,* c. XIX,

Köprülü, M. Fuad : *Osmanlı İmparatorluğunun Kuruluşu,* Ank. 1973

» » «Ortazaman Türk hukuk müesseseleri», *Belleten,* sy. 5-6 s. 39-72

» » «Fıkıh», *İA.*

» » «Bizans müesseselerinin Osmanlı müesseselerine tesiri hakkında bazı mülahazalar», *Türk Hukuk ve İktisat Tarihi Mecmuası,* c. I, s. 165-300

Köymen, Mehmet Altay : *Alp Arslan ve Zamanı,* c. I-II, Ank. 1983

» » : «Alp Arslan zamanı Türk toplum hayatı», *SAD,* IV/s. 1-73

» » : «Alp Arslan zamanı Büyük Selçuklu İmparatorluğu dini siyaseti», *SAD,* IV/s. 127-155

Kramers, J.H. : «Şeyhulislam», *İA.*

Kubeysî, Ahmed Abid : *el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye fi'l-Fıkh ve'l-Kadâ ve'l-Kânûn* Bağdat 1975

Kuran, Ercüment : «Osmanlı İmparatorluğunda yenileşme hareketleri», *Türk Dünyası El Kitabı,* Ank. 1976,

Lewis, Bernard : *Modern Türkiye'nin Doğuşu,* Tercüme: Metin Kıratlı, Ank. 1970

Linant de Bellefonds, Y.: *Traité de Droit Musulman Comparé,* c. I-II, Paris 1965

Macdonald, D.B. : «İcmâ», *İA.*

Mahmasânî, Subhî : *el-Evdâu't-Teşrî'iyye fi'd-Düveli'l-Arabiyye, Mâdihâ ve Hâdiruhâ,* Beyrut 1972

Mahmud Esad : *Kitab-ı Nikah ve Talak,* Dersaadet 1326-1328

» » «Tesettür meselesi hakkında son söz», *SR,* sy. 279, s. 289

Mansurîzâde Said : «Şeriat ve kanun», *Darülfünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası,* sy. 6, 8

» » «Taaddüd-i zevcât İslamiyette men olunabilir», *İM,* sy. 8, s. 233-238

» » «Cevazın ahkâm-ı şeriyyeden olmadığına dair», *İM,* sy. 10 14, 24, 25

» » «Cevaz makalesine mukabeleye müdafaa», *İM,* sy. 23, s. 570-75

» » «Taaddüd-i zevcat münasebetiyle», *İM,* sy. 9, 11, 12, 13

» » «İctihad hataları», *İM,* sy. 21, 23, 26, 27, 28, 38

Mardin, *Cevdet Paşa* : Mardin, Ebul Ula; *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa,* İst. 1946

Mardin, Ebul Ula : «Fetva», *İA.*

» » : «Kadı», *İA.*

El-Mâverdî, Ebul-Hasan : El-Ahkamü's-Sultaniyye, İslam'da Hilafet ve Devlet Hukuku, Çeviren: Ali Şafak, İst. 1976

Mehmed B. Mûsâ : *Bidatü'l-Kâdî,* Süleymaniye ktb. Denizli no: 166

Mehmed Tahir (İbnu'l-Hakkı) : *Çarşaf Meselesi,* İst. 1331

El-Merginânî, Ali B. Ebi Bekr : *El-Hidâye,* c. I-II, İst. 1290

Miras, Talat : «Le Tanzimat et son systeme legislatif», *AFDI,* XVII/s. 1-40.

Milliot, Louis : *Introduction à l'Etude du Droit Musulman,* Paris 1953

Montegü (Lady) : *Şark Mektupları,* Tercüme: Ahmet Refit, İst. 1933

M. Şemseddin : «İslamda kadının mevki-i içtimaisi», *İM,* sy. 5, s. 145

Muhammed Ferid Vecdî: «Yine tesettür meselesi», *SR,* sy. 276, s. 241-243

Mumcu, *Divan-ı Hümayun* : Mumcu, Ahmet; *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun,* Ank. 1976

Mumcu, Rüşvet : Mumcu, Ahmet; *Osmanlı Devletinde Rüşvet, Özellikle Adli Rüşvet,* Ank. 1969

Mumcu, *Siyaseten Katil*: Mumcu, Ahmet; *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil,* Ank. 1963

Nikah-ı Medenî ve Talak Hakkında Hukuk-ı Aile Kararnamesi, İst. 1336

Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit: *La Condition de la Femme d'Après l'Ancien et le Nouveau Droit Turc,* Fribourg 1933

Onar, Sıddık Sami : «Osmanlı İmparatorluğunda Islam hukukunun bir kısmının codification'u, Mecelle», *İHFM,* XX/1-4, s. 57-85

Ongan, *1 Numaralı Sicil*: Ongan, Halit; *Ankara'nın 1 Numaralı Şeriye Sicili,* Ank. 1958

Ongan, *İki Numaralı Sicil* : Ongan, Halit; *Ankara'nın İki Numaralı Şeriye Sicili,* Ank. 1974

Ortaylı, İlber : «Osmanlı şehirlerinde mahkeme», *Bülent Nuri Esen Armağanı*, Ank. 1977,

» » «Osmanlı kadısının taşra yönetimindeki rolü üzerine», *Amme İdaresi Dergisi*, IX/1, s. 95-107

» » «Anadolu'da XVI. yüzyılda evlilik ilişkileri üzerine bazı gözlemler», *Osmanlı Araştırmaları*, I/s. 33-40

«Osmanlı Kanunnameleri» : *MTM*, sy. 1, s. 49-112; sy. 2, s. 305-348; sy. 3, s. 497-544

Ostrorog, Count Leon : *Ankara Reformu*, Çeviren: Yusuf Ziya Kavakçı, İst. 1972

Özçelik, A. Selçuk : «Türkiye'de hukukun gelişmesi», *Türk Dünyası El Kitabı*, Ank. 1976.

Özsunay, Ergun : «Türkiye'de yabancı hukukun benimsenmesi hareketi içerisinde Türk Medeni Kanunu'nun anlamı ve önemi», *Medeni Kanunun 50, Yıl Sempozyumu*, İst. 1978, s. 399-414

Öztan, Bilge : «Evlilikte mal rejimleri», *Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler*, Ank. 1974, s. 41-91

Öztuna, Yılmaz : *Büyük Türkiye Tarihi*, VIII. cilt, İst. 1978

Paret, R. : «İstihsan», *İA.*

» » : «İstislah», *İA.*

Petrich, Von W. : «Das Provisarische Gesetz über das Familienrecht in der Turkei», *Der Neue Oricent*, c. III, (1918), s. 470-472

Pir Mehmed : *Zahîrü'l-Kudât*, Süleymaniye ktb. Esad Efendi, no: 852/1

» » *Fetâvâ*, Süleymaniye ktb. Halet Efendi, no: 122

Rıza Tevfik : «Kadın meselesi etrafında», *İctihâd,* sy. 94, s. 2099

Sadrettin : «Hukuk-ı Aile ve Usul-i Muhâkemât-ı Şer'iyye Kararnameleri hakkında», *SR,* sy. 382 den 445 e kadar yirmi makale

Sahillioğlu, Halil «Bursa kadı sicillerinde iç ve dış ödemeler aracı olarak Kitabü'-Kadi ve Sülfeteceler», *Türkiye İktisat Tarihi Semineri,* Ank. 1975, s. 103-144

Schacht, Joseph : «Nikah», *İA.*

» » «Talak», *İA.*

» » «Mahkeme», *İA.*

Schacht, *İslam Hukuku* : Schacht, Joseph; *İslam Hukukuna Giriş,* Çevirenler: Mehmet Dağ, Abdülkadir Şener, Ank. 1977

Schwarz, Andreas B. *Aile Hukuku* I, İst. 1942

Selahattin Asım : «Tesettür meselesi», *İctihâd,* sy. 100, s. 2256-2257

Selle, Friedrich : *Prozessrecht des 16 Jahrunderts im Osmanischen Reich,* Wiesbaden 1962

Seyyid Abdullah Ali Hüseyin : *el-Mukârenetü't-Teşri'iyye,* I, Kahire 1366/1947

Sezgin, Fuad : *Geschichte des Arabischen Schrifttums,* I, Leiden 1967

es-Sıbâî, Mustafa : *el-Mer'e Beyne'l-Fıkh ve'l-Kânûn,* Haleb ty.

Silahdar Fındıklılı Mehmed Ağa : *Silahtar Tarihi,* c. I-II, İst. 1928

Solakzâde Mehmed Hemdemî : *Tarih-i Solakzâde,* İst. 1297

Sungu, İhsan : «Tanzimat ve Yeni Osmanlılar», *Tanzimat* I, İst. 1940, s. 777-857

Şa'bân, Zekiyyü'd-Din : *el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye li'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye*, Beyrut 1978

Şânizâde el-Hac Mustafa: *Sakk-ı Şânizâde*, İst. 1284

Şemdânîzâde Fındıklılı Süleyman : *Mür'it-Tevârih*, Neşreden: M. Münir Aktepe, I, İst. 1976

Tâc, Abru'r-Rahman : *Ahkâmü'l-Ahvâli'ş Şahsiyye fi'ş-Şerîati'l-İslamiyye*, Mısır 1955

Taner, Taner : «Tanzimat devrinde ceza hukuku», *Tanzimat* I, İst. 1940, s. 221-232

Tedeschi, Guido(gad) *Studies in Israel Law*, Jerusalem 1960

«Tesettür meselesi», : *İctihâd*, sy. 29, s. 810-811

(Timur), Mehmed Hıfzı: *Le Lien du Mariage à Travers l'Histoire Juridique Turque*, Paris 1936

» » «Eski örfî hukukumuzda nişanlanma ve kalın», *Ebul Ula Mardin'e Armağan*, İst. 1943, s. 1137-1149

Thévenot, Jean : *L'Empire du Grand Turc*, Paris 1965

Tunaya, Tarık Zafer : *Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri*, İst. 1960

» » *İslamcılık Cereyanı*, İst. 1962

Turan, Osman : *Türkiye Selçukluları Hakkında Resmi Vesikalar*, Ank. 1958

Turan, Şerafettin : «Tanzimat devrinde evlenme meselesi», *İş ve Düşünce*, c. XXII, sy. 182, s. 14-15

Tursun Bey : *Tarih-i Ebu'l-Feth*, Hazırlayan: Mertol Tulum, İst. 1977

(Türkgeldi), Ali Fuad : *Ricâl-i Mühimme-i Siyasiyye*, İst. 1928

Tyan, *Organisation* Tyan, Emile; *l'Histoire de l'Organisation Judiciaire en Pays d'Islam*, c. I-II, Paris 1938-1948

Tyan, Emile : «Fatwa», *EI*²

Ubucini, M.A. : *Türkiye 1850*, Tercüme: Cemal Karaağaçlı, I-II, İst. ty

Uluçay, Çağatay : *Padişahların Kadınları ve Kızları*, Ank. 1980

» » : «Fatma ve Safiye Sultanların düğünlerine ait bir araştırma», *İstanbul Enstitüsü Dergisi*, sy. 4, s. 135-165

Uzunçarşılı, *Methal* : Uzunçarşılı, İsmail Hakkı: *Osmanlı Devleti Teşkîllatına Methal*, Ank. 1970

Uzunçarşılı, *İlmiye* : Uzunçarşılı, İsmail Hakkı; *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, Ank. 1965

Üçok, Coşkun : «Osmanlı kanunnamelerinde İslam ceza hukukuna aykırı hükümler», *AHFD*, III/1, s. 125-145; III/2-4 s. 365-383; IV/s. 48-73

» » : «Türk hukuk tarihi bakımından devlet arşivinden istifade imkanları», *AHFD*, VIII/1-2, s. 696-702

» » : «Talak», *İA.*

Üçok, Coşkun Mumcu, Ahmet : *Türk Hukuk Tarihi*, Ank. 1976

Ülken, Hilmi Ziya «Tanzimattan sonra fikir hareketleri», *Tanzimat* I, İst. 1940, s. 757-775

Ünal, Mehmet : «Medenî Kanunun kabulünden önce Türk aile hukukuna ilişkin düzenlemeler ve özellikle 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi», *AHFD*, XXXIV/1-4, s. 195-231

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet : *Aile Hukuku*, İst. 1965

» » *Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar*, I, İst. 1959

» » «Boşanma sebeplerinin hukuk tarihi, kilise hukuku ve hukuk politikası ba-

kımından umumi surette tetkiki», *Cemil Bilsel'e Armağan*, İst. 1939, s. 665-695

» » «Kanunlaştırma hareketleri ve Tanzimat», *Tanzimat* I, İst. 1940, s. 139-209

» » «İsviçre Medeni Kanunu karşısında Türk Medeni Kanunu», *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin*, İst. 1944, s. 339-406

Velidedeoğlu, «Codification» : Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet; «le Mouvement de codification dans les pays musulmans, ses rapports avec les mauvements juridiques occidentaux», *AFDI*, c. VIII, s. 1-55

Walsh, J.R. : «Fatwa», *EI*²

Williams, Henry : «Marriage and divorce in the legal culture of the old, the ottoman and the New Turks» *Journal of Turkish Studies*, c. 5 s. 131-200.

Wratislaw, Baron Wenceslaw : *Anılar*, Tercüme: M. Süreyya Dilmen, İst. 1981

Yenişehirli Abdullah Efendi : *Behcetü'l-Fetâvâ*, İst. 1266

Zeydan, Abdü'l-Kerim : *el-Vecîz fi Usuli'l-Fıkh*, Bağdad 1967

Ziyaeddin Efendi : *Câmi Envâri's-Sukûk ve Lâmiu'd-Dıya li zevi'ş-Şükûk*, İst. 1284

KARMA İNDEKS

— A —

Abdullah Cevdet: 166
Abdurrahman Münip: 224
Abdülhamid II: 133
Afrika: 71, 106
Âhâd Hadisler: 7
Ahmed b. Hanbel: 45, 46, 191
Ahmed Cevad: 155
Ahmed Nâim: 175, 179
Ahmed Rıza: 164
Ahmed Samim Bey: 236, 238
Ahmed Şuayb: 155
Ahvâl-ı Şahsiye: 3
Aile Meclisi: 179, 203, 204, 214, 229
Akıl Hastalığı: 23, 116, 201
Akıl hastası: 22, 23, 186, 213
Akkâd'ül-Enkiha: 87
Akrabalık Nafakası: 58
Alaaddin Ali Bey: 106
Alaüddevle Bey Kanunu: 75, 89, 109
Ali Baş Hampa Efendi: 163
Ali b. Ebi Talib: 39
Âli Paşa: 130, 131
Amel-i Ehl-i Medine: 171, 175
Anayasa hukuku: 59, 65
Ankaralı Mehmed Emin Efendi: 81
Arabistan: 71
Arazi Kanunu: 128, 131, 151
Asabe: 25
Âyet: 4

— B —

Bâin talak: 20, 35, 38, 40, 43, 44, 46, 47, 51, 199, 204, 205
Balkan harbi. 157, 158, 159, 160, 203
Baras: 44, 116, 201, 213, 230
Baron de Tot: 95
Baron W, Wratislaw: 95
Başlık: 104, 105, 106, 107, 197
Batı hukuku: 3
Batıcılar: 160, 161, 162, 164, 166, 169, 174, 177, 179, 180
Bâtıl: 30, 194, 195
Berât: 86
Beynûnet-i kübra: 39
Bid'î talak: 41
Birinci Dünya Harbi: 154, 155, 157, 158, 160, 203, 218
Bouvat: 214
Bozok Kanunnamesi: 100
Burhaneddin b. Mahmud: 92, 105
Busbecq: 117
Büluğ muhayyerliği: 22, 26, 96, 97

— C —

Celal Atıf Bey: 238
Celal Nuri: 155, 161, 166, 167, 168, 169, 177
Cemaat mahkemeleri: 128, 156, 211
Cemiyet-i Hayriye-i Nisvân: 160
Cengiz Han: 61
Ceride-i İlmiye: 139
Cevdet Paşa: 130, 131, 132, 133, 167, 218
Ceza hukuku: 65
Ceza Kanunnamesi: 75, 100, 123
Ceza Kanunu: 128, 131, 137, 140
Chehata: 13
Cihaz: 104, 105
Cünun: 148
Cüzzam: 44, 116, 148, 201, 213, 230

— Ç —

Çandarlı: 191
Çandarlı Ali Paşa: 88
Çatalcalı Ali Efendi: 95
Çok karılılık: 162, 168, 172, 173, 176, 192, 215

— D —

Dârü'l-Muallimat: 159
Delilik: 44
Demet: 160
Din adamı: 85, 89
Divân-ı Hümâyun: 77, 119, 120
Divân-ı Lügat-ı Türk: 105
D'Ohsson: 81
Drahoma: 239
Durkheim: 213
Dürerü'l-Hükkâm: 80

— E —

Ebu Bekir el-Esam: 23, 186, 217
Ebu Hanife: 20, 23, 25, 28, 29, 38, 43, 44, 45, 46, 48, 50, 52, 98, 116, 148, 171, 184, 194, 196, 200
Ebu'l-Hasan Kerhî: 27
Ebu'l-Mûse'l-Eş'arî: 9, 39
Ebussuud Efendi: 63, 69, 72, 83, 81, 91, 94, 117, 203, 212, 213
Ebu Yusuf: 20, 23, 25, 44, 48, 98, 116, 148, 184, 194, 197, 200
Ebu Zehra: 15
Ehl-i örf: 63, 67
Ehl-i şer': 63
Ehliyet: 17, 22
Ehliyetsizler: 22, 23, 24
Eksik ehliyetliler: 22, 24
Emanüelidi Efendi: 222
Emevîler: 59
Emile Tyan: 86
Endenozya: 71
Evlat edinme: 101
Evlatlık: 101, 102
Evlenme: 12, 13, 17, 85
Evlenme ehliyeti: 89
Evlenme manii: 18, 20, 28, 89
Evlilik nafakası: 115
Evzaî: 37

— F —

Fâsit: 30, 50, 52, 194, 195
Fâtih: 80
Fâtih Kanunnamesi: 88

Fatma Ulviye Sultan: 111
Feminizm: 157, 160, 216
Ferâiz: 155
Ferman: 60, 61, 62, 63, 64, 79, 82
Fesih: 35, 36, 46
Fesih iddeti: 56
Fetvâ: 62, 68, 72, 74, 75, 76, 77, 81
Fetvâ Mecmuaları: 79, 81, 92, 99
Fıkıh: 3
Fıkıh kitapları: 79, 154
Fındıkoğlu: 180, 193, 209, 214, 215, 216
Filistin: 224, 225
Fransa: 167
Fransız Ticaret Kanunu: 130
Fürû nafakası: 55

— G —

Gâiblik: 46, 147, 148, 202
Gayr-ı lazım evlilik: 31
Gökalp: 168, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 177, 178, 179, 194, 213
Gönenli Mehmed Efendi: 236
Gureru'l-Ahkâm: 80
Gülhane Hatt-ı Hümâyunu: 127, 223

— H —

Hacı Adil Bey: 238
Hâdine: 54, 55
Hadis: 4
Hadis kolleksiyonları: 4
Hafız Şevket Efendi: 163, 236
Haham: 138
Hahamlık: 223
Halep: 74
Halil Bey: 165, 177, 178
Hans Dernschwam: 95
Haram: 12
Harç: 88, 94
Heyet-i İftâiye: 147, 219
Heyet-i İlmiye: 145
Hıdâne: 54, 55, 219
Hıristiyanlar: 208
Hıtbe: 183
Hızan: 146
Hidâye: 80, 96
Hilal-i Ahmer: 158
Hindistan: 71
Hukuk-ı Aile Kararnamesi: 21, 113, 134, 136, 141, 144, 148
Hususi veli: 25
Hükümdar: 67
Hürmet-i musâhare: 30

— I —

Ikrime: 41
Irak: 226, 228, 229, 230, 231

— İ —

İbn Abbas: 184
İbn Batuta: 86, 87
İbn Kayyûm: 39, 41, 42, 45
İbn Kemal: 91, 94, 105
İbn Mes'ûd: 39
İbn Şübrüme: 23, 186, 217
İbn Teymiye: 39, 41, 42
İbrahim Hakkı: 155
İbrahim Halebi: 45, 80
İbrahim Nehaî: 38
İcmâ: 5, 7, 8, 9, 10, 168, 171, 175
İddet: 49, 66, 123, 205, 231

İddet nafakası: 50, 51, 109, 114, 115, 118, 124, 206
İktidarsızlık: 44, 200
İmam: 138, 142, 143
İnalcık: 73
İnas Darülfununu: 160
İnikad şartı: 17
İrâde: 60, 61, 79, 82
İrade beyanı: 15, 16
İrade-i seniyye: 68, 143, 146, 147, 148, 159, 168, 185
İseviler: 182, 205
İslahat Fermanı: 129, 223
İslam Mecmuası: 172
İslamcılar: 160, 161, 162, 164, 166, 172, 174, 176, 180, 192, 193, 221, 224
İsmail Hakkı Bey: 111
İsrail: 152, 225
İstanbul: 120, 158
İstidâne: 34
İstihlâk-i Millî Kadınlar Cemiyeti: 159
İstihsan: 10, 11, 175
İstishab: 10
İstinâf: 127
İtalya: 167
İttihat ve Terakki: 163, 178
İzinname: 90, 91, 92, 94, 98, 136, 137, 138, 139, 141, 189
İzinname harcı: 92
İzmir: 158
İzmirli İsmail Hakkı: 174, 175
İzzettin Keykavus I.: 86

— J —

Jaeschke: 216
Jennings: 96, 97, 120, 121

— K —

Kadı: 62, 63, 65, 68, 69, 73, 76, 77, 79, 81, 82, 85, 88, 89, 91, 92, 93, 99, 110, 120, 121
Kadı beratı: 72, 73, 88
Kadı izinsiz nikah: 140
Kadı menşuru: 86
Kadınlar Dünyası: 160
Kadınlar Eşya Pazarı: 159
Kadri Paşa: 207, 226
Kalın: 104, 105, 106, 107
Kamu Hukuku: 6, 59
Kan hısımlığı: 28
Kanun-i Esasi: 223
Kanunî: 62, 64, 69, 75, 89, 98, 100, 112, 123
Kanuni Sak: 60
Kanunname: 61, 63, 66, 79, 82
Kanunname-i Ticaret: 128, 130
Kapitülasyon: 131, 155, 156, 211
Karma Ticaret mahkemesi: 130, 132
Kaşgarlı Mahmud: 105
Kayseri: 120, 121
Kazaî boşanma: 34, 42, 43, 44, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 144, 146, 168, 177, 213, 230
Kazasker: 74, 89
Kazf: 47
Kazuistik metod: 132
Kefaet: 27, 37, 80, 193, 199, 236
Kıyas: 5, 10, 171, 175
Kız Rüşdiyesi: 159
Kitap (Kur'ân-ı Kerim): 5, 7, 8, 9, 175
Kitabü'n-Nafakât: 219

Kocaili: 140
Konsolosluk mahkemeleri: 128, 156, 211
Köle: 23
Kudurî: 80
Kudüs: 74
Kur'ân-ı Kerim: 4, 5, 6, 7, 10, 168, 173
Külkedisi Mehmed b. Musa: 117

— L —

Laiklik: 169
Leon Ostrorog: 121
Liân: 29, 47, 48, 187, 220
Linant de Bellefonds: 13
Lübnan: 152, 225
Lütfi Efendi: 130
Lütfi Paşa: 112
Lüzum şartı: 17, 21

— M —

Maddî tazminat: 14
Mahkeme: 88, 89
Mahmud II.: 128
Mahmud Esad Efendi: 163, 180, 192, 214
Mal rejimi: 207, 219
İ. Mâlik: 28, 37, 45, 46, 175
Malül ve Hasta Askerlere Yardım Cemiyet-i Osmaniyesi: 158
Manevî tazminat: 14
Mansurizâde Said: 155, 163, 172, 173, 174, 175, 179, 192
Maruzât: 73
Maslahat-ı Mürsele: 10, 11
Matûh: 21, 23
Mecelle: 128, 131, 132, 134, 135, 137, 151, 152, 155, 163, 167, 184, 210, 219
Mecelle Cemiyeti: 133, 134, 145, 218
Meclis birliği: 17, 18
Meclis-i Âyân: 164
Meclis-i Mebusân: 165, 222
Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye: 93, 128
Meczûm: 74
Medeni Kanun: 209, 212, 239
Medine: 74, 76
Medine Örfü: 10
Mefkûd: 202
Mehâsin: 160
Mehir: 13, 14, 21, 30, 31, 32, 36, 69, 89, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 111, 114, 115, 118, 120, 137, 141, 142, 168, 177, 183, 193, 194, 195, 196, 197, 239
Mehmet Ali Paşa: 74
Mekke: 74
Melikşah: 86
Memluklular: 87
Meşhur hadis: 7
Meşrutiyet I.: 127
Meşrutiyet II: 145, 160, 163, 169
Mezalim mahkemesi: 65
Mısır: 71, 74, 152, 207, 215, 217, 227, 230
Mihrimah Sultan: 89, 112
Milliot: 13
Miras: 6, 219
Mişon Vantura: 236
Molla Hüsrev: 80
Morand: 13
Muammer Bey: 236

Muammer Râşid Bey: 238
Muâz: 6
Muhalaa: 36, 40, 42, 43, 47, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 200, 214, 231
İ. Muhammed: 23, 25, 44, 69, 74, 97, 98, 99, 116, 140, 148, 184, 185, 187, 194, 200, 201
Muhammed b. Hakem: 52
Muhammed b. Selam: 199
Muhitü'l-Fetâvâ: 145
el-Muhtar: 80
Mumcu: 77
Murad I.: 106
Mustafa Fevzi Efendi: 163
Mustafa Sabri Efendi: 224
Museviler: 182, 205, 208
Müdafaa-yı Hukuk-ı Nisvân: 160
Müftü: 62, 63, 75, 77, 82
Müftü Menşuru: 72
Mühimmat-ı Müftî: 91
Mükrehin nikahı: 21, 66, 75, 99, 100
Mükrehin talakı: 37, 38, 112, 199, 230
Mültekâ: 45
Mümeyyiz çocuk: 21, 23
Mütevâtir hadis: 7
Müzenî: 37

— N —

Nafaka: 30, 32, 33, 51, 55, 56, 102, 107, 147, 193, 195, 197, 202, 219
Nâib: 72, 85, 116, 147
Namık Kemal: 130, 131
Napolyon: 215
Nas: 8, 9, 168, 170, 171, 172, 175
Nâşize: 34
Necati Bey: 237
Nefaz şartı: 17, 21
Nefise Sultan: 106
Nesep: 30, 51, 52, 53, 219
Noter: 85, 86
Nikah: 3, 15, 16, 19, 85, 86, 88, 94, 100, 143, 173, 178, 188, 229
Nikah akçesi: 94
Nikah harcı: 88, 92, 95
Nikah memuru: 86, 91, 167
Nisvân-ı Osmaniye: 160
Nişan: 14, 106
Nişancı: 63
Nişanlanma: 13, 14, 183
Nizamiye mahkemeleri: 127, 128, 132, 211

— O —

Hz. Osman: 37, 199
Osman el-Betti: 23
Osman Fevzi: 60
Osman Gazi: 62
Osmanlı Devleti: 59, 64

— Ö —

Ölüm hastalığı: 40
Hz. Ömer: 9, 61, 76, 173
Ömer b. Abdülaziz: 37
Ömer Nasuhi Efendi: 236, 238
Önceki Şeriatler: 11
Örf: 10, 170, 171, 172, 176, 178
Örf-i münif-i sultnî: 60
Örf-i Padişahî: 60
Örf ve Adet: 60
Örf ve Adet Hukuku: 60
Örfi Hukuk: 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 82
Özel Hukuk: 6, 59, 65

— P —

Padişah: 60, 62, 63, 66, 67, 68, 69, 94, 112, 119
Pakistan: 71
Patrikhane: 222
Pazar vergisi: 62
Hz. Peygamber: 6, 61
Pir Mehmed: 63, 67, 69, 94, 106
Poligami: 179, 180, 193, 215, 216, 239

— R —

Reis Efendi: 62
Resmî mezhep: 71
Reşad (Sultan): 111, 151
Rıza Tevfik: 161
Ric'î talak: 35, 38, 39, 40, 45, 51, 199, 205
Roma Hukuku: 3
Ruhani reisler: 142, 143, 222, 224
Rum kilisesi: 222, 223
Rumeli kazaskeri: 119
Rusya: 209
Rüstem Paşa: 89, 112

— S —

Sadrazam: 62
Sadrettin: 188, 191
Sadrettin Lehâverî: 86
Sahabe kavli: 10
Sahih evlilik: 29, 52
Sahih halvet: 32, 49
Said Paşa: 131
Sak: 60, 91, 117
Sarhoşun talakı: 37, 198, 199, 210, 230
Sarih İcmâ: 8
Sebilürreşad: 161, 172
Sefih: 22, 37
Selahattin Asım: 155
Selanik: 158
Selçuklu: 71, 86, 89
Sevrî: 27
Seyit Bey: 237
Sıhhat şartı: 17, 20
Sıhrî hısımlık: 28
Sicill-i Nüfus Kanunu: 139, 142, 143, 188
Sicill-i Nüfus Nizamnamesi: 136, 138, 139, 142, 178, 188
Silistre: 120
Sudan: 152, 207, 215
Sure: 5
Suriye: 152, 224, 225, 228, 229, 230, 231
Sükûtî İcmâ: 8
Sünnet: 5, 6, 7, 8, 9, 10, 168, 171, 175
Sünnî talak: 40, 41
Süt hısımlığı: 28

— Ş —

Şa'bî: 37, 38
İ. Şâfiî: 23, 28, 37, 38, 45, 46, 52, 191, 195, 199
Şah Sultan: 112
Şam: 87
Şartlı talak: 113, 114, 121
Şerhu'l-Muhît: 91
Şer'î hukuk: 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 82, 85
Şer'î sak: 60
Şeriye mahkemeleri: 127, 128, 145, 154, 156, 210, 211, 212, 219
Şeriye sicil defteri: 79, 82
Şevket Bey: 238

Şeyhulislam: 62, 63, 68, 77, 78, 81, 82, 111, 145
Şura-yı Devlet: 137, 224
Şura-yı İlmiye: 145
Şureyh: 41
Şurta: 65
Şükrü Kaya Bey: 238

— T —

Taaddüd-i zevcât: 168, 173, 174, 175, 176
Tabiî Hukuk: 3
Tahavî: 37, 199
Takyidî şart: 19
Talak: 3, 21, 35, 36, 41, 47, 103, 106, 109, 110, 113, 114, 115, 116, 120, 121, 122, 138, 142, 143, 144, 168, 198, 199
Talak iddeti: 50, 54
Talat Paşa: 165
Ta'likî şart: 19, 41
Tanzimat: 14, 127, 128, 130, 133, 168, 183
Tanzimat Fermanı: 128, 129
Tarih-i Ebu'l-Feth: 60
Tebennî: 101
Tefeyyüz: 160
Tefrik: 36, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 115, 116, 121, 144, 146, 147, 148, 200, 201, 202, 203, 204, 214, 230, 231
Tefviz-i talak: 37, 42
Telfik: 153, 209, 228
Tevfik Paşa: 111
Tevkiî Abdurrahman Paşa Kanunnamesi: 87
Thévenot: 95, 118
Ticaret mahkemesi: 127, 128
Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi: 128
Tursun Bey: 61
Türk Kadınları Esirgeme Derneği: 159
Türkçüler: 160, 162, 164, 166, 169, 172, 174, 177, 179, 180, 192, 193

— U —

Usul-i Muhakemâtı Hukukiye Kanunu: 129
Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi: 128
Usul nafakası: 55, 56

— Ü —

Ürdün: 152, 226, 228, 229, 230, 231

— V —

Vahdettin: 111
Vakılfar: 88
Vefat İddeti: 49, 50, 51, 123, 206
Velayet: 24
Velayet-i icbar: 24, 25, 26
Velayet-i ihtiyâr: 25
Velayet-i istibdâd: 25
Velayet-i nedb: 25
Velayet-i şirket: 25
Veli izinsiz nikah: 69, 96, 97, 98, 99
Veliyy-i âm: 26, 86, 87
Veliyy-i hâs: 25
Veraset: 155
Vergi: 60
Vergi hukuku: 65
Vıkâye: 80

— Y —

Yeniçeri: 69, 703, 104

Yenişehirli Abdullah Efendi: 81
Yıldırım Bayezit: 88, 92

— Z —

Zekeriyazâde Yahya Efendi: 81
Zekiyüddin Şa'bân: 15
Zerâyi: 10
Zifaf: 32, 49
Zina: 47
Züfer: 23
Zührevi hastalıklar: 201, 213, 230