

T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

İSLÂM HUKUKU ve BEŞERÎ HUKUKTA BOŞANMA

“HUKÛK-I AİLE KARARNAMESİ-TÜRK MEDENÎ KANUNU
KARŞILAŞTIRMASI”

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mehmet Salih KUMAŞ

109022

109022

DANIŞMAN:

Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

BURSA 2001

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	VI
KISALTMALAR.....	IX

GİRİŞ

BOŞANMA SİSTEMLERİ VE TARİHİ SÜREÇ İÇİNDE BOŞANMA

I- BOŞANMA SİSTEMLERİ	2
A) Boşanmanın Yasak Olduğu Sistem	2
B) Boşanmanın Eşlerin Birinin veya Her İkisinin İsteğine Bağlı Olduğu Sistem.....	2
C) Boşanmayı Hakim Hükmüne ve Belirli Sebeplere Dayandıran Sistem.....	3
D) İslam'ın Boşanma Sistemi.....	3
II- TARİHİ SÜREÇ İÇİNDE BOŞANMA.....	5
A) Hammurabi Kanunlarında Boşanma.....	5
B) Roma Hukukunda Boşanma.....	5
C) İslâm Öncesi Türklerde Boşanma.....	6
D) Ortaçağ Sonrası Avrupa'da Boşanma.....	6
E) Eski Rus Hukukunda Boşanma.....	7
F) Cahiliyye Arap Döneminde Boşanma.....	8
I- KUTSAL METİNLERDE BOŞANMA.....	10
A) Eski Ahit (Tevrat)'ta Boşanma.....	10
B) Yeni Ahit (İncil)'de Boşanma	11

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA ve HUKUKİ MAHİYETİ

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE BOŞANMA.....	14
A) Talâkın Tanımı.....	15
B) Talâkın Gayesi (Hikmeti).....	15
C) İslâm Hukukuna Göre Boşanma Çeşitleri.....	17
1- Sünnete Uygun Olup Olmama Bakımından Boşanma.....	17

a- Kur'an ve Sünnete Uygun (Sünnî) Boşanma.....	17
aa) Tanımı.....	17
bb) Şartları.....	18
i- Boşama Yetkisini Bir Anda Kullanmama.....	18
ii- Kadını Temiz Olduğu Bir Günde Boşama.....	18
iii-Cinsel İlişkinin Olmadığı Bir Temizlik Gününde Boşama.....	19
iv-İki Şahidin Huzurunda Boşama.....	19
b- Kur'an ve Sünnete Uygun Olmayan (Bid'î) Boşanma.....	20
2- Dönülebilir Olup Olmama Bakımından Boşanma.....	21
a- Dönülebilir Boşanma	21
b- Dönülemeyen Boşanma.....	22
3- Boşanma Talebinde Bulunanlara Göre Boşanma Çeşitleri.....	25
a- Erkeğin İsteği Üzerine Boşanma.....	25
b- Karşılıklı Rıza İle Boşanma (Muhâla'a-Hul' ve Mubâra'e).....	25
c- Kadının İsteği Üzerine Boşanma (Tefviz-i Talak).....	34
d- Mahkeme Yoluyla Boşanma (Tefrîk).....	38

II- BEŞERÎ HUKUKTA BOŞANMA

A) BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER.....	43
1- İrade İlkesi.....	43
2- Kusur İlkesi.....	43
3- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması İlkesi.....	44
4- Elverişsizlik İlkesi.....	44
5- Eylemli Ayrılık İlkesi.....	45
B) TÜRK MEDENÎ KANUNUNUN BOŞANMA KONUSUNDAKİ GENEL EĞİLİMİ	
1- Türk Hukukunun Boşanmaya Yaklaşımı.....	45
2- Türk Medenî Kanununa Göre Boşanma Sebepleri.....	48
a- Boşanmanın Özel Sebepleri.....	49
b- Boşanmanın Genel Sebepleri.....	49

III- TMK. ve HAK. 'NE GÖRE BOŞANMA SEBEPLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

A- Boşanmanın Özel Sebepleri	52
1- Zina.....	52
2- Cana Kast.....	55
3- Yüz kızartıcı Suç ve Haysiyetsiz Hayat Sürme.....	56
4- Terk.....	58
5- Akıl Hastalığı.....	61
B- Boşanmanın Genel Sebepleri	62
1- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması.....	63
2- Eşlerin Boşanma Hususunda Anlaşması.....	64
3- Müşterek Hayatın Kurulamaması.....	64

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA HUKUKUNUN GENEL GAYESİ

I- EVLİLİK BİRLİĞİNİ (KAMU MENFAATİNİ) KORUMAK.....	67
A- İslâm Hukukunun Aile Birliğini Korumaya Yönelik Aldığı Tedbirler.....	68
1- Evlilikte Denklik (Kefâet) Şartını Getirmek	68
a) Evlilikte Denkliğin (Kefâetin) Tanımı.....	69
b) Evlilikte Denkliğin (Kefâetin) Hukukî Dayanağı.....	69
c) Evlilikte Denkliğin (Kefâet) Gerekli Olduğu Yerler.	69
2- Aile Büyüklerinin Müdahalesi Hakem Tayin Etme.....	72
a) Hakem ile Hâkim Arasındaki Fark.....	73
b) Hakemlerde Aranan Şartlar.....	74
c) Hakem Tayininde Yetki.....	75
3- Boşanmanın Zamana Yayılması.....	76
a) Kadını Hayızlı İken Boşayamama.....	77
b) Temizlik Halinde Cinsel Birleşmeden Sonra Boşayamama.....	77
c) Üç Talakı Birden Kullanamama.....	78
d) Zihâr Kararından Geri Dönebilme İmkânı	80
e) İ'lâ Kararından Geri Dönebilme İmkânı	81
4- Ekonomik Tedbirler.....	83
a) Eski Eşe Mehr-i Müeccel Ödemek.....	83

b) İddet Nafakasını Sağlamak.....	84
c) Yeni Kadına Mehir-i Mu'accel Vermek.....	84
5- Ahlakî-Dinî Tedbirler.....	84
B- Türk Medenî Kanununun Aile Birliğini Korumaya Yönelik Aldığı Tedbirler	86
1- Boşanmayı Hakimin Hükmüne ve Belirli Sebeplere Dayandırmak.....	86
2- Ayrılık Kurumunun Kabul Edilmesi.	87
3- Terk Eden Eşe İhtar Gönderme.	88
4- Mahkemenin Boşanma Kararını Zamana Yayması.	89
5- Ekonomik Tedbirler.....	90
II- KİŞİSEL HAKLARI KORUMAK.....	91
A- HAK KAVRAMI VE MAHİYETİ.....	91
1- Hakkın Tanımı.....	91
2- Hakkın Menşei ve Kaynağı.....	92
3- Hakkın Özellikleri.....	92
4- Hakkın Kısımları.....	92
5- Hakkın Kullanımı.....	93
6- Hakkın Kötüye Kullanımı.....	94
B- KADININ HAKLARINI KORUMAK.....	95
1- Manevi Hakları.	96
a) Kişisel Haklar.....	96
b) Cinsel Tatmin Hakkı.....	97
c) Sosyal Düzene Katılma Hakları.....	98
d) Anne Olma Hakkı.....	99
e) Tek Eş Olma Hakkı.....	100
f) Boşanma Davası Açma Hakkı.....	100
2- Maddi Haklar	101
a) Mehir veya Tazminat Hakkı.....	101
b) Nafaka Hakkı.....	102
c) Yeniden Evlenme Hakkı.....	103
C- ERKEĞİN (KOCANIN) HAKLARINI KORUMAK.....	103
1- Manevî Haklar.....	104
a) Kişisel (Şahsî) Haklar.....	104

b) Aile Birliğinin Başkanı Olma Hakkı.....	104
c) Baba Olma Hakkı.....	106
d) Boşama veya Boşanma Davası Açma Hakkı.....	106
2- Maddî Haklar.....	107
a) Maddî ve Manevî Tazminat Hakkı.....	107
b) Yeniden Evlenme Hakkı.....	107
D- ÇOCUKLARIN HAKLARINI KORUMAK.....	107

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOşANMA KONUSUNDAKİ HUKUKİ İHTİLAFLAR VE SEBEPLERİ

I) DİNÎ FAKTÖRLER.....	109
A) Dinin Tanımı ve Mahiyeti.....	110
B) Din-Hukuk İlişkisi.....	110
C) Dinî Faktörlerin Boşanma Hukukuna Etkisi.....	111
1- İslam Hukukunun Dinî Karakterinin Boşanma Konusundaki Tezahürü....	111
2- Dinî Anlayış Farklılıklarının Boşanma Konusuna Etkisi.....	114
II) AHLÂKÎ FAKTÖRLER.....	117
A) Ahlâkın Tanımı ve Mahiyeti.....	117
B) Hukuk-Ahlâk İlişkisi.....	118
C) Boşanma Hukukunu Etkileyen Ahlâkî Faktörler.....	118
1- İslam Hukukunun Ahlâkî Karakterinin Boşanma Konusundaki Tezahürü....	119
2- Ahlâkî Bozulmanın Boşanma Hukukunda Yeni Fikirlerin Ortaya Çıkışına Etkisi.	121
III) SOSYAL VE EKONOMİK YAPIDAKİ DEĞİşİM.....	124
TABLÖLAR.....	131
SONUÇ.....	133
BİBLİYOGRAFYA.....	135

ÖNSÖZ

Aile, insanlık tarihi kadar eski bir kurumdur. İnsanlığın başlangıcından günümüze kadar var olagelmiş ve bütün ferdiyetçi yaklaşımlara ve temayüllere rağmen varlığını sürdürecektir. Evlilik kurumunun olmadığı hiç bir toplum yoktur. İsrail’de Kibutzlar’ın ve komünist ülkelerde komün yaşama denemelerinin başarısızlıkla sonuçlanması, ailesiz yaşanamayacağını göstermiştir.

Böylesine evrensel bir özelliğe sahip evlilik kurumuyla yakından ilgili, en az onun kadar evrensel bir kurum daha vardır ki, o da boşanma müessesesidir. Toplumun geleceğini ve menfaatini temin eden evliliğin bu hedefinden uzaklaşması mümkündür. Bu gibi durumlarda bahsedilen gayeyi gerçekleştirmek için boşanma kurumu devreye girmektedir. Artık işlevini kaybetmiş bir aile birliğinin sona erdirilmesi ve yeni bir ailenin kurulmasına imkan verilmesi, en az evlilik kadar önemlidir. Bu sebeple, boşanmayı aşırı zorlaştırmak veya tamamen yasaklamak, faydadan çok zarar getirir. Tezimizin giriş kısmında ele aldığımız üzere, bazı hukuk sistemlerinin boşanmayı yasaklama yoluna gitmeleri, toplumda gayri meşru ilişkilerin önünü açmıştır. Buna mukabil bazı hukuk sistemlerinin de boşanmayı tamamen eşlerin inisiyatifine bırakmaları boşanma vakalarının aşırı bir şekilde artmasıyla sonuçlanmıştır. Günümüz dünya hukuk sistemlerinin büyük kısmı, tarihte düşülen hataları tekrarlamamak için, boşanmayı mahkeme kararına bağlama yolunu tercih etmeye başlamışlardır. Son zamanlarda müslüman çevrelerde de bu yönde fikirler dile getirilmeye başlamıştır.

Tezimiz, Yüksek Lisans düzeyinde bir çalışma olduğu için, konu işlenirken, İslâm Hukukunda boşanmaya dair bugüne kadar söylenenlerin tamamını ele almak yerine, 1917 tarihli **Hukuk-ı Aile Kararnamesi**’ni esas aldık. Konuyla ilgili olarak mezheplerin birbirlerinden ayrıldıkları noktalar üzerinde gerekli olmadıkça durmadık. Adı geçen kararname, İslam Hukuk tarihinde, aile hukukunu düzenleyen önemli bir kanunlaştırma (taknîn=kodifikasyon) çalışması olup, 1917 yılında Mecelle Ta’dil Komisyonu tarafından hazırlanmıştır. Kısa ömürlü olan bu kararname, hem müslümanların hem de gayrimüslimlerin hukukunu düzenlemesinin yanısıra, tüm Ehl-i Sünnet mezheplerinin görüşlerine de yer vermesinden (telfik) dolayı, alanında ilk olma özelliği taşır.

Aynı şekilde, çalışmamızda kullandığımız **Beşerî Hukuk** ifadesiyle de, bu karakterde olan bütün hukuk sistemlerini ele almak yerine, ülkemizde cârî olan ve beşerî hukuk özelliği taşıyan **İsviçre-Türk Hukuku**'nu çalışmamızda baz aldık.

Bu karşılaştırma denemesi, iki hukuk düzeni arasındaki sistem ve yöntem farklılıklarından dolayı çok kolay olmamıştır. Çünkü, İslam Hukuku dinî bir karakter taşımakta olup, boşanmayı kişilerin inisiyatifine bırakırken, beşerî bir özellik taşıyan Türk Medenî Kanunu ise -1988 tarihli 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklikleri saymazsak- boşanmayı tamamen mahkemenin iradesine bırakmıştır.

İki hukuk sistemi arasındaki farklılığa rağmen, aslında bütün hukuk sistemleri, boşanma konusunda genel olarak iki temel gaye gütmüştür. **İkinci Bölümde** geniş bir şekilde ele aldığımız bu gayeler; **“Toplum Menfaatini Korumak”** ve **“Kişisel Hakları Korumak”** şeklinde formulize edilebilir. Mâlesef toplum menfaati ile kişisel haklar her zaman örtüşmemektedir. Çünkü birbirlerinden hoşlanmayan eşlerin boşanarak yeni bir evlilik birliği kurmaları, ferdi planda çok olumsuz sonuçlar doğurmasa da, özellikle yaygınlık kazanması halinde, toplum için telafisi mümkün olmayan zararlara yol açabilmektedir. Tarihte birçok örneğini gördüğümüz bu durum, çok sert tedbirlerin alınmasını gerekli kılmıştır. Boşanmayı tamamen yasaklamaya kadar giden bu tedbirlerin yol açtığı olumsuzluklar sebebiyle, günümüz hukuk sistemleri boşanmayı yasaklama yerine, hem toplumsal hem de kişisel hakları koruyan tedbirler alma yoluna gitmişlerdir. **Aile Birliğini Koruyucu Tedbirler** diyebileceğimiz bu düzenlemeler, toplum menfaatini koruma çerçevesinde değerlendirilebilir. Çünkü boşanma, başta nüfus oranlarını olmak üzere, ahlakî ve sosyal yapıyı, ekonomiyi, hatta millî güvenliği olumsuz yönde etkilemektedir. Ülkemizde son zamanlarda boşanma oranlarında görülen artış sebebiyle, Milli Güvenlik Kurulu, aylık olağan toplantısında boşanma konusunu gündeme getirmiş ve bunun ülke güvenliği açısından sakıncalar doğurabileceğini vurgulamıştır.

Aile kurumu, toplumu ayakta tutan yapı taşlarıdır. Bundan dolayı toplumun sağlamlığı, bu yapı taşlarının sağlamlığına bağlıdır. Eşler arasında kin ve nefretin hakim olduğu bir aile, topluma rûhî ve fizikî bozukluğa sahip fertlerden başka bir şey kazandırmaz. Bundan dolayı, hukuk sistemleri, boşanma sebepleri ile kişilerin aslî

haklarının ihlalini özdeş kabul etmiştir. Çünkü toplumun menfaati kadar kişilerin hakları da, bir hukuk sistemi için korunmaya değer haklardır. Zaten hakları ihlal edilmiş kişilerden oluşan bir toplumun mutlu olması da imkansızdır. Bundan dolayı, boşanma konusunda “Kişisel Hakların Korunması” konusu çalışmamızda geniş olarak incelenecektir. Hukuk sistemleri, genel prensiplerde buluşmalarına rağmen, bu prensiplerin tatbikinde farklılık göstermişlerdir. Hukuk sistemlerinin oluşmasında direkt rol oynayan sosyal gerçeklerin değişmesi, hukuk sistemlerini de farklılaştırmıştır. Hatta bir hukuk sistemi, zamanla eskiyi yadsıyan düzenlemeler yaparak kendini yenilemektedir. 1926 yılında kabul edilen İsviçre-Türk Medenî Kanunu, aradan 76 yıl gibi kısa bir süre geçtikten sonra köklü bir değişime uğramıştır.

Hukukî anlayıştaki bu kaçınılmaz değişimden, İslâm hukuku da nasibini almış ve klasik İslâm hukukunun kabul ettiği düzenlemelerin dışına çıkacak şekilde yeni yaklaşımlar, son zamanlarda dile getirilmeye başlanmıştır. Boşanma hukukundaki değişimi ve bu değişimi zorunlu hale getiren faktörleri ise Üçüncü Bölümde ele almaya çalıştık.

Her geçen gün boşanma oranlarının arttığı dünyada, insanlığın mutluluğu için gerekli düzenlemelerin yapılmasına yönelik bütün hukukçuların mücadele etmeleri gerekmektedir. Özellikle İslâm’ın bu konuda insanlığa sunacağı kurtuluş reçetesinin hazırlanmasında, üzerine vazife düşenlerin, bu vazifeyi hakkıyla yerine getirmeleri ise daha gereklidir. Böyle bir çalışma yapmama vesile olan değerli hocam, Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN başta olmak üzere, tüm hocalarıma ve mesâi arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Mehmet Salih KUMAŞ

Bursa-2001

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.md.	: Adı Geçen Madde
a.g.t.	: Adı Geçen Tebliğ
AÜİF.	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
DİA	: Diyanet İslâm Ansiklopedisi
Bkz.	: Geniş Bilgi Bakınız
HAK.	: Hukuk-ı Aile Kararnamesi
md.	: Madde
MMK.	: Mısır Medenî Kanunu
s.	: Sayfa
s.a.v.	: Sallallahu Aleyhi Vesellem
SMK.	: Suriye Medenî Kanunu
sy.	: Sayı
ŞİA.	: Şamil İslâm Ansiklopedisi
TCA.	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TMK.	: Türk Medenî Kanunu
tsz.	: Tarihsiz
Yay.	: Yayınları

GİRİŞ

BOŞANMA SİSTEMLERİ VE TARİHİ

SÜREÇTE BOŞANMA

I- BOŞANMA SİSTEMLERİ

II- TARİHİ SÜREÇ İÇİNDE BOŞANMA

III- KUTSAL METİNLERDE BOŞANMA

BOŞANMA SİSTEMLERİ VE TARİHİ SÜREÇTE BOŞANMA

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

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

Fakat tarihi serüvenine bakılınca, bu hassas dengenin her zaman korunamadığı görülecektir. Bazen dini inançlar gereği veya toplum menfaati düşünülerek, boşanma çok zor şartlara bağlanmış veya tamamen yasaklanmış, bazen de ferdiyetçilik düşüncesinin güçlenmesiyle birlikte, hiçbir kısıtlama yapılmaksızın, kişilere tam bir tasarruf yetkisi verilerek boşanmaların önü açılmıştır.³

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

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

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

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

I- BOŞANMA SİSTEMLERİ

A) Boşanmanın Yasak Olduğu Sistem

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

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

Bu sistemde eşler veya sadece onlardan biri, istediği zaman evlenmeye son verebilir. Serbest boşanma, evlenmedeki ferdiyetçi düşünceyle izah edilir. Şöyle ki, evlenme tarafların iradeleriyle meydana geldiğine göre, onların serbest iradeleriyle de ortadan kaldırılabilmelidir. Bu sistemde eşler, karşılıklı anlaşma suretiyle boşanabilecekleri gibi, tek taraflı irade ile de evliliğe son verebilirler. Serbest boşanma sistemi, eski hukuk sistemlerinde genellikle kocanın karıyı serbestçe boşaması şeklinde görülmektedir. Örneğin, Roma'da boşanma önceleri sadece erkeğe tanınmıştır. Sonraları, namuslu olmayan biriyle evlenmiş kadınlara da bu hak verilmiştir.⁷ Karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul eden Cermen hukuku, tek taraflı iradeye dayalı boşanmayı da kabul ederek bu hakkı erkeğe vermiştir. X. asırdan sonra Kilise hukukunun etkisiyle Frank, Roma ve Cermen hukuklarında boşanma yasaklanmıştır. Kilise hukukunun bu yasağı XVIII. yy. ferdiyetçi görüşü karşısında tutunamamış ve boşanmaya cevaz verilmiştir. Bu tür boşanmaların en tipik örnekleri Rus hukukunda görülmüştür.⁸

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

⁵ Matta, 9/9.

⁶ Velidedeoğlu, a.g.e., II/178.

⁷ Ebu Zehra, Muhammed, İslam'da Toplum Düzeni, s. 16.

⁸ Cin, a.g.e., s. 17; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 146-147.

C- Boşanmayı Hakim Hükmüne ve Belirli Sebeplere Dayandıran Sistem

Bu sistem ilk iki sistem arasında yer alan uzlaştırıcı bir sistemdir. Bu gün dünyanın birçok ülkesinde kabul edilen bu sistem, Protestan hukukunun, boşanma yasağı prensibine bir tepkisi olarak doğmuştur. Bu sistemde boşanma mümkündür. Fakat bu, ancak hakim kararıyla ve belli sebeplerin gerçekleşmesi halinde olur. 18-19. asırlarda Katolik Kilisesinin boşanma yasağı prensibine itibar edilmemiş ve bir çok Katolik ve Protestan ülkelerde belli sebeplere dayanan boşanma ve hatta karşılıklı rıza ile boşanma kabul edilmiştir.⁹

İsviçre ve Türk Medeni Kanunları da hakim kararına ve belli sebeplere dayanan boşanma sistemini kabul etmiştir. Türk Medeni Kanunu, boşanma sebeplerini genel ve özel sebepler olmak üzere iki kısımda ele almıştır. Özel boşanma sebepleri şunlardır: Zina, cana kast ve pek fena muameleler, cürüm ve haysiyetsizlik, terk, akıl hastalığı. Genel boşanma sebepleri ise evlilik birliğinin temelinden sarsılması, müşterek hayatın kurulamaması, eşlerin boşanma hususunda anlaşması olarak kabul edilmiştir. Geçimsizlik hakim tarafından takdir edilecektir. Fakat her geçimsizlik boşanmaya yeterli değildir. Eşler arasında müşterek hayatı çekilmez hale getirecek kadar şiddetli bir geçimsizlik varsa, boşanmaya hükmedilebilir. Bu bakımdan geçimsizlik kesin değil, nispi boşanma sebebidir. Diğer boşanma sebepleri ise mutlak boşanma sebebi olup ailede geçimsizliğin olması gerekmez.¹⁰

D- İslâm'ın Boşanma Sistemi:

İslâm, kendine özgü bir boşanma sistemi getirmiştir. Bu boşanma sistemi, yukarıdaki sistemlerin hiç birine tam olarak uymaz. İslâm, sadece dünyevî boyutu olan bir hukuk düzeni öngörmediği için, boşanma konusunda bir çok ahlakî-dinî motiflerle örülü hukukî normlar belirlemiştir. Bu hukukî normların bir kısmı, dünyevî yürütme mekanizması ile desteklenirken, bir kısmı ise tamamen uhrevî olup, ceza ve mükafatı ahirete te'hir edilmiştir. İleride ayrıntılı olarak vereceğimiz bu hususlar, İslâm'ın boşanma konusundaki yaklaşımını büyük ölçüde etkilemiştir.

⁹ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 182.

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

İslâm, boşanmayı “Allah’a helalin en sevimsizi”¹¹ olarak vasıflandırır da, boşanmayı yasaklamamıştır. Bu konu, İslâm’ın ana kaynaklarında şüpheye mahal bırakmayacak kadar açıktır. Kur’an-ı Kerim’de doğrudan veya dolaylı olarak boşamadan bahseden otuzdan fazla ayet vardır.¹² Bir çok hadis ve sahabe uygulamaları boşanmanın caiz olduğunu göstermektedir. Burada zikretmeye gerek duymadığımız bir çok hadis, boşanmanın caiz ve helal olduğunu göstermektedir.

İslâm Hukukunda erkek, mahkemeye başvurmadan doğrudan boşama yetkisini kullanma hakkına sahiptir. İslâm hukukunun boşama hakkını prensip olarak erkeğe vermiş olmasının bazı sebepleri vardır. Bu husus, tezimizin III. Bölümde ayrıntılı olarak inceleneceği için konuyu açma gereği duymuyoruz.

Kadınlar ise, bazı yöntemlerle (tefvîz-i talâk, muhâle’a, buluş muhayyerliği, vb.) boşanabilmektedir. Mahkemeye başvurarak boşanma ise başta kadın olmak üzere, her iki eş için mümkündür. Erkek, kadının sebep olduğu bir boşanmanın doğuracağı ekonomik zararlara kadını ortak etmek için kendi kendine değil de mahkeme yoluyla boşanabilir. Ayrıca karşılıklı anlaşma ile de eşler boşanabilirler. Bundan dolayı İslâm’ın boşanma sistemi kendine özgü olup diğer sistemlerden farklılık gösterir.¹³

İslâm boşanma hukukunun en belirgin özelliklerinden biri de “hakem” kurumunu kabul etmesidir. Boşanma noktasına gelmeden önce, eşlerin barıştırılmaya çalışılması diye tanımlanabilecek olan **hakem** kurumu, eşlerin, boşanmak için mahkemeye konuyu intikal ettirmelerinden önce, ailelerden seçilen hakemler aracılığı ile var olan problemlerin çözüme kavuşturulmasına yönelik bir çalışmadır. Şayet bu girişim sonucu boşanmanın gerekli olduğuna hükmedilirse, mahkeme eşleri birbirinden ayırır. Hakem kurumuna benzer bir uygulama, boşanma oranlarının artması sonucu, batıda psikologlar tarafından yapılmaya başlanmıştır.¹⁴

¹¹ Ebu Dâvûd, Talâk, 3; İbn Mâce, Talâk, 1,

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

¹³ Döndüren, a.g.e., s. 271; Acar, a.g.e., s. 20.

¹⁴ Saygılı, Sefa, *Evlilikte Mutluluk Sanatı*, 3. Baskı, Türdav Yay. İst. 2000, s. 80;

II- TARİHÎ SÜRECİ İÇİNDE BOŞANMA

A) Hammurabi Kanunlarında Boşanma

Hammurabi kanunları, gerek kocaya, gerekse kadına bazı gerekli durumlar dolayısıyla evlilik birliğini ortadan kaldırma imkanı tanımıştır. Mesela bir erkek, kısır olması halinde karısını drahomasıyla¹⁵ birlikte uygun bir tazminat vererek boşayabilirdi. Kezâ, kendisinden çocukları olan karısını da boşayabilirdi. Nitekim, bu kanunun 141. maddesinde, bir erkek eşini, kadınlık vazifesini yapmaması, uygunsuz halleri ve müsrifliği dolayısıyla kayıtsız şartsız boşayabildiği gibi, onun üstüne başka bir kadınla evlenerek, ilk karısını hizmetçi olarak evinde tutabileceği belirtilmektedir.¹⁶

Hammurabi kanunları, kadına da boşanma hakkını tanımıştır. Buna göre kadın, müşterek hayatın gereklerine riayet etmemesi, kendisine alaka göstermemesi, vazifelerini ihmal etmesi gibi durumlarda veya kötü davranması halinde kocasından boşanabilirdi. Bu gibi nedenler bulunmadan sadece inatçı tavırlardan dolayı, kocasından ayrılmak isteyen bir kadın, sebepsiz yere böyle bir davranışta bulunduğu kabul edildiğinden ya esir olarak satılır veya suya atılırdı.¹⁷

B) Roma Hukukunda Boşanma

Roma Hukukunda boşanma hakkı erkeğe ait olup istediği zaman herhangi bir sebep göstermeksizin karısını boşayabilirdi. Kadın, Roma toplumunda hukukî hakları olan bir varlık olarak kabul edilmediği için bütün hakları bekarken babasına, evlendikten sonra ise kocasına intikal ederdi. Köleye eşdeğer kabul edilen kadının mülkiyet edinme hakkı olmadığı için evlilik esnasında erkeğin verdiği tüm mallar, kızın babası tarafından alınırdı. Erkek dilerse karısını boşar, dilerse tekrar alırdı. Boşarken hiçbir sebep göstermesi gerekmezdi.¹⁸ Cumhuriyet devrinin sonlarında ve İmparatorluk devrinin başlarında Roma'da boşanmalar oldukça çoğalmıştır. Bu çoğalmalar, nüfus oranlarını oldukça azaltmıştı. Bütün bunlara rağmen, devlet uzun zaman herhangi bir müdahalede bulunmadı. Nihayet İmparator

¹⁵ Drahoma: Hristiyanlarda kız tarafının erkeğe götürdüğü mal veya para.

¹⁶ Acar, Halil İbrahim, İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi, Kültür Eğitim Vak.Yay. Erzurum, 2000, s. 3.

¹⁷ Okandan, Recai Galip, "Hammurabi Mecellesi", İ.Ü. Hukuk Fak. Mec. İst. 1951, C. XVII, S.1-2

¹⁸ Ebu Zehra, a.g.e., s.16-17

Diocletien bir emirnâme yayımlayarak, şerefsizlik dolayısıyla boşanma durumunda çocukların hangi tarafa bırakılacağına hakimın hükmetmesi lazım geldiği kuralını koydu ki, bu emirname, boşanmaya Roma devletinin yaptığı ilk müdahale idi.¹⁹ Daha sonraları kocanın karısını bazı sebepler hariç boşaması yasaklandı. Kadının boşama hakkı yoktu. Fakat koca zina ediyorsa veya şerefsiz bir hayatı alışkanlık haline getirmişse, kadın da mahkeme yoluyla boşanabilirdi.²⁰ Daha sonraları, karşılıklı anlaşma ile karı-kocanın boşanabilecekleri kabul edildi.²¹

C) İslâm Öncesi Türklerde Boşanma

İslâm'dan önce Türklerin sosyal hayatıyla, özellikle de aile hukukuyla ilgili sağlam bilgilere ulaşmak oldukça zordur. Türklerle ilgili bilgilerin büyük bir kısmı Çin'den ve o dönemde Türklerin yaşadığı yerlere seyahat eden seyyahların bildirdiklerinden ibarettir. Bu kaynaklara göre Türklerde aile çok önemli bir müessesedir. Aile, baba hakimiyetine dayanan bir yapı arz etmekle birlikte kadına değer verilmekteydi.²²

Eski Türkler evlenmeye, dolayısıyla aileye büyük değer atfederlerdi. Evlenme eşler arasında devamlı olmak üzere tesis edilirdi. Fakat bazı durumlarda karı-koca birbirinden ayrılabilirdi. Kocanın herhangi bir sebep göstermeden karısını boşayabilmesi de genelde zinası dolayısıyla boşardı. Kadın ise, zinâ, fenâ muamele, iktidarsızlık gibi gerekçelerle kocasından ayrılabilirdi. Karısını boşayan koca, karısına verdiği *kalını* ²³ geri alamaz ve kadından aldığı *cihaz*²⁴ denen malları da iade etmek zorunda idi.²⁵

D) Ortaçağ Sonrası Avrupa'da Boşanma

Orta çağda, Avrupa ülkeleri katı bir Hristiyanlık düşüncesine sahipti. Daha önce Roma Hukuku boşanmaya imkan verirken, daha sonraları Katolik mezhebinin etkisiyle boşanma yasaklanmıştır. IX. yy.dan itibaren bu ülkeler teker teker boşanmayı yasaklamaya başlamıştır. Fakat XVIII. yy.dan itibaren, Protestanlığın ortaya çıkmasıyla birlikte

¹⁹ Velidedeoğlu, H. Veldet, a.g.e., II,179-180

²⁰ Cin, a.g.e., s. 18

²¹ Acar, a.g.e., s. 8.

²² Cin, a.g.e., s. 27; Yavuz, Yunus Vehbi, Kur'an'da Kadın Hak Ve Özgürlüğü, s. 46

²³ Kalın: Kocanın evlendiği kadına vermiş olduğu hediyeler.

²⁴ Cihaz: Kadının evlenince babasının evinden kocasının evine getirdiği eşya vb. şeyler (çeyiz).

boşanmaya karşı takınılan bu katı tavır yumuşamıştır. Ferdietçi özgürlük düşüncesinin alabildiğine güçlendiği Rönesans ve Reform sonrasında, boşanma hukuken kabul edilmeye başlanmıştır.²⁶

Avrupa'da ilk kez, 1789 Fransız İhtilali ve daha sonra 1791 Anayasası ile evlenmenin laik bir muamele olduğu hükme bağlandı. 1792 tarihli kanunla boşanma resmen kabul edildi. Bu kanunun gerekçesinde, boşanma yetkisinin ferdi hürriyetin sonucu olduğu ve boşanma yasağının bu hürriyeti kısıtlayacağı belirtiliyordu. Bu kanunla karşılıklı rıza ile boşanmaya cevaz verildi. Boşanma nüfus memuruna yapılacak basit bir irade beyanı ile tamam oluyordu.

Fransa'da boşanma, 1792 Kanunu ile, Avusturya'da 1811 tarihli medeni kanunla sadece Protestanlar için kabul edilmiştir. Almanya'da 1794 tarihli Prusya umumi kanunu, birçok sebeplere dayanarak boşanmaya cevaz vermiş, hatta bazı hallerde karşılıklı rıza ile boşanmayı da meşru saymıştır.²⁷

Almanya'da boşanma mevzuatı, 1896 tarihli medeni kanunla birleştirilmiş, eşlerin kusurlu bir takım davranışları ve akıl hastalığı sebebiyle boşanma imkan dahiline girmiştir. 1971 ve 1976 yıllarında Almanya'da düzenlenen yasalarla özellikle boşanma konusunda köklü reformlara gidilmiş ve evliliğin başarısızlığı, yani eşler arası ilişkinin düzeltilemeyecek şekilde bozulması, boşanmanın tek gerekçesi olarak kabul edilmiştir. Hakim, bir evliliğin başarısızlığına beş yıl sürmüştü hükmretmektedir. Eşler bir yıldan beri ayrı yaşıyorlarsa boşanma talebi ikisinin ortak kararına dayanır. Üç yıl ayrı yaşamışlarsa, aksine bir delil getirilmediği sürece evliliğin başarısız olduğu sonucuna varılırdı.²⁸

E) Eski Rus Hukukunda Boşanma

Rusya'da 1917 tarihli bir kararname ile boşanma, kilisenin yetkisinden alınarak mahkemelerin ve nüfus memurlarının yetkisine verildi. Boşanma usulü önemli derecede kolaylaştırıldı. 1926 tarihli kanun, boşanmayı daha da kolaylaştırdı ve bir nüfus

²⁵ Cin, a.g.e., s. 28.

²⁶ Cin, age., s. 17

²⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 187.

²⁸ Cin, Halil, age. s. 19; Acar, age., s. 9.

memurunun boşanmaya karar verebilmesi kabul edildi. Bu durum, çok basit nedenlerle evlilik birliğine son verilmesine ve boşanmaların son derece çoğalmasına yol açtı.²⁹

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

Sovyet mevzuatı, boşanma sebeplerini sayma yoluna gitmemiştir. Çünkü bu sistem çoğu kez gerekli olmasına rağmen boşanmayı önlemek istemiştir. Mahkeme, 16 Eylül 1949 tarihli Sovyet Yüksek Mahkemesinin kararında belirtildiği gibi, dava somut hallerden hareketle boşanmanın gerçekten iyi düşünülmüş olduğu ve evlilik birliğinin muhafazasının aile hayatına ve çocukların eğitimine elverişli şartları temin etmeksizin komünist ahlakın prensiplerine aykırı düşeceği kanaatine varırsa, boşanmaya hükmederdi.³⁰

F) Cahiliyye Arap Döneminde Boşanma

Cahiliyye devri Arapları'nda aile, ataerkil (pedersâhî), yani baba otoritesine dayalı bir karakter arzeder. Bu, o dönemin ve komşu milletlerin de genel özelliğidir. Aile, erkekler tarafından temsil edilir ve erkeğin akrabalarından oluşur, kadının akrabaları aileden sayılmazdı. Bilhassa göçebe hayatı yaşayan ve devamlı bir biriyle savaşıyan Araplar arasında erkek, ailenin savaşıyan, üreten, ganimet getiren bir üyesi sayıldığından itibar görür, kadına

²⁹ Velidedeoğlu, H. Veldet, age., II/181.

³⁰ Cin, Halil, age. s. 20.

ise tüketici bir üye nazarıyla bakılırdı. Kız çocuklarına karşı takınılan olumsuz tavır da bu hayat tarzının ve anlayışının önemli bir payı vardı.³¹

Birbiriyle çelişen bazı rivayetler olsa da, bu hususta kabul görmüş olana göre kadın, alınıp satılan bir mal gibidir. Kocasının ölümü halinde, kadın terekeye dahil mallarla birlikte mirasçılara intikal ederdi. Kocanın başka kadından olan oğulları, üvey anaları ile evlenebilecekleri gibi, onu başkalarına da satabilirdi.³²

Cahiliyye Arapları'nın kadın ve evlilikle ilgili telakkîleri, mülkiyet anlayışlarıyla da ilgiliydi. Kadın hak sahibi olmaktan ziyade, hakka ve temellüke konu olan bir eşya durumunda idi. Evlenme, bilhassa göçebe Araplar arasında karı-koca arası bir hayat ortaklığı fikrinden çok, mehir karşılığı erkeğin kadına sahip olması şeklinde anlaşıldı. Bunun için de, evlenme; bir nevi satım akdi gibi düşünülürdü. Evlenen kadın, babanın hakimiyetinden çıkıp, mehir karşılığı kocanın hakimiyetine girmiş olurdu. Mehir velinin hakkı idi. Evlenme akdinde de, taraf olarak kız adına velisi bulunurdu. Bu anlayışın sonucu olarak koca, mehir vererek sahip olduğu karısını, istediği zaman boşayabilir veya boşadıktan sonra istediği zaman geri alabilirdi. Koca, mehrini vermeyi göze aldığı sürece, istediği sayıda karınla evlenebilirdi. Bu uygulama, savaşılan erkek nüfusunun giderek azalmasını telafi edici bir nüfus artışı politikasıyla da açıklanabilir.³³

Cahiliyye devrinin bu erkek üstün yapısı, kadınların aile içinde küçük görülmesine ve erkeklerle çatışan tüm haklarından mahrum olmalarına neden oluyordu. Koca boşamak istediği zaman, karısına sormadan boşayabilirdi. **Zihâr** ve **îlâ**, cahiliyye döneminin en yaygın boşama türlerindendi. İslâm'ın da kabul ettiği bu boşanma türleri, kadınların hakları korunacak şekilde bazı değişikliklere uğramıştır.³⁴

Cahiliyye devrinde koca, karısına kızıp onu cezalandırmak istediği zaman, onu boşayıp iddet beklemesini isterdi. İddeti bitmek üzereyken karısına tekrar dönerek yeniden iddet beklemesini isterdi. Her iddet bitimi gelince koca, geri dönerek bu şekilde karısını

³¹ Bardakoğlu, Ali, "Cahiliye Dömenimde Kadın" adlı tebliğ, İSAV, Sosyal Hayatta Kadın, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1996, s. 11.

³² Cin, Halil, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, s.250.

³³ Topaloğlu, Bekir, İslâm'da Kadın, s. 18.

³⁴ Abd el-Âti, Hammude, Nasıl Bir Aile, (çev. Mesut Karaşahan) s. 311.

cezalandırmış oluyordu. Kadın ne tam anlamıyla boşanmış ne de gerçek anlamda bir evli hayatı yaşamış oluyordu. Hatta bu durum o kadar topluma nüfuz etmişti ki, İslâm'ın gelişinden sonra bile bazıları bu uygulamaya devam ediyordu. Bakara Sûresi'nin 229. ayeti ile yasaklanan bu durum, kadınlara tam bir zulüm hayatı yaşatıyordu.³⁵

Cahiliyye Araplarına göre kadın, hayız gördüğü günlerde, pis olduğu gerekçesiyle her şeyden uzak tutulur, ailesi ile birlikte aynı sofrada yemek yemesine, aynı kaptan su içmesine ve kocasıyla aynı yatakta yatmasına izin verilmezdi. Erkek genelde birden çok eşe sahip olduğu için, güzel, genç ve kendisinden çocuk sahibi olduğu karısına daha yakın ve müşfik olurken, bu vasıfları taşımayan karısına sert ve haşin davranırdı.³⁶

Boşanma kocanın hakkı olmakla birlikte, bazı üst düzey kabile başkanlarının kızları ve yakınları, boşanma hakkına sahip olabiliyordu. Mal karşılığı boşanma, bu dönemde de uygulanmakla birlikte, genellikle zengin kadınların yapabileceği bir şey olduğu için, fakir kadınların faydalanabildiği bir hak değildi.³⁷

İslâm, topluma nüfuz etmiş olan bu haksızlık ve zulüm dolu sosyal ilişkiler bütününe birden yok saymak yerine, tedricî olarak ıslaha girişmiştir. Bu noktada İslâm'ın yapmış olduğu ıslahatları tezimizin farklı bölümlerinde ele alacağız.

III- KUTSAL METİNLERDE BOŞANMA

A) Eski Ahitte Boşanma

Yahudilerde aile, sosyal bir kuruluş olmaktan çok, ekonomik ve siyasi bir kuruluş olarak kabul edilirdi. Kadın aşağı bir varlık olup, Adem'in (a.s.) cennetten çıkmasına sebep olan Havva'nın takipçileri olarak değerlendirilirdi. Kadın, hayız günlerinde yemek pişirmez, pişirdiği yenmezdi.³⁸

Musevilik'te boşanma, genel olarak İslâm Hukuku'ndakine benzer. Tevrat'taki ifadelerden anlaşıldığına göre Yahudiler nezdinde talak, iyi karşılanmayan bir uygulama

³⁵ Doğan, Yusuf, Hz. Peygamber Döneminde Boşanma, (Basılmamış Yük. Lisans Tezi) Bursa, 1996 s. 8.

³⁶ Yavuz, Yunus, Vehbi, Kur'an'da Kadın Hak ve Özgürlüğü, s.45.

³⁷ Dalgın, a.g.e., s.20.

³⁸ Gnş. Bil. Bk. Güç, Ahmet, Yahudilikte Aile,(Yayınlanmamış Makale); Yavuz, a.g.e., s. 14.

olmakla birlikte³⁹ meşru olarak kabul edilirdi. Eski İsrail hukukuna göre boşama yetkisi erkeğe ait olup, karısına bir talaknâme vermesi halinde nikah akdi sona ermiş olurdu. Boşanan kadın, bir başkasıyla evlenmediği takdirde ilk kocası onu tekrar alabilirdi. Ancak kadın, ikinci evliliğini yaptıktan sonra boşanır veya kocası ölürse, kendisini boşayan ilk kocasına dönemezdi.⁴⁰

Fakat buna rağmen eşlerin ikisinin de boşanma hakları olup, bunu hahama başvurarak gerçekleştirirlerdi. Yahudi cemaatinden biri, eşinden ayrılmak istediğinde mahalli hahamlığa başvurarak boşanma talebini dile getirirdi. Eğer haham, eşlerin arasını bulabilirse problem halledilmiş oluyordu. Fakat aralarını bulamazsa boşanmaya hükmetme yetkisi yoktur.⁴¹

Bu hukuk sistemine göre erkek, evlendiği kadının kız olmadığını iddia eder de, bu iddianın aksi ispat edilirse veya bir kıza zorla tecavüz neticesinde onunla evlenmeye mecbur tutulursa, boşanma hakkını kaybederdi. Erkek her iki durumda da karısını zelil ettiğinden, hiç bir zaman onu boşayamazdı. Ancak zikredilen bu durumların dışında dilediği zaman karısını boşama imkanına sahipti. Meselâ Yahudilere göre eşlerden birisinin başka bir dine geçmesi boşanma sebebi sayılırdı.⁴²

B) İncil’de Boşanma

Hz. İsa’nın “Allah’ın birleştirdiğini insan ayıramaz. Her kim bir başka kadınla evlenmek için, karısını boşarsa, ona karşı zina işlemiş sayılır; ve bir kadın başka bir erkekle evlenmek için kocasını terk ederse zina işlemiş olur”⁴³ yolunda ki sözlerine dayanarak Katolik kilisesi, boşanmayı kabul etmemiştir.

Luka İncili’nde birbirinden ayrılan eşler hakkında şu ifadeler yer almaktadır: “Karısını boşayıp başkasıyla evlenenler ve boşanan kadınla evlenenler zina yapmış olurlar.”⁴⁴ Bu ve benzeri dinî metinlere dayanarak kilise, boşanmayı yasaklamıştır.

³⁹ Eski Ahit, Malaki,2/15-16.

⁴⁰ Abd el-Âtî, a.g.e., s. 287.

⁴¹ Kitab-ı Mukaddes, Eski Ahit, Tesniye, 4/2-4.

⁴² Dalgın, a.g.e., s. 24.

⁴³ Matta, 9/9.

⁴⁴ Luka 16/18.

Hristiyanlığın ortaya çıktığı ilk dönemlerde boşanma yasağı vurgulanmazken boşanmaların artması sonucu, boşanmanın yasak olduğu fikri güç kazanmaya başlamıştır. Bu yolda Kilise çok büyük çalışmalar yapmıştır. Bu gayretlerin sonucu olarak bir çok batı ülkesinde, örneğin İtalya'da, İspanya'da ve X. asırdan itibaren Fransa'da boşanma reddedilmiştir.⁴⁵

Katolik kilisesi, boşanma yasağının doğuracağı kişisel ve toplumsal zararları hafifletmek için “**ayrılık**” kurumunu kabul etmiştir. Buna göre müşterek hayatın eşler için çekilmez hale gelmesi durumunda, ayrılığa hükmedilebilir. Ayrılığa hakim karar verir. Ayrılık evlilik bağı ortadan kaldırmaz. Ayrılan eşler, sadece birlikte yaşamak zorunluluğundan kurtulmuş olurlar.

Hakim ayrılığa devamlı olmak üzere veya geçici bir süre için hükmedebilir. Devamlı ayrılığa zina halinde karar verilir. Geçici ayrılık sebepleri ise; ağır hakaret, eşinin sıhhatini tehlikeye düşürmek, haysiyetsiz hayat sürmek, çocuklara Katolikliğin esaslarına aykırı terbiye vermek ve Hristiyanlığı terk etmektir.⁴⁶ Fakat boşanmanın reddedilmesi, bir çok gayri meşru ilişkinin kapılarını açmıştır. Bazıları anlaşılmadıkları eşlerinden ayrılmak için yalancı şahitlerle daha önce başka biriyle evli olduğunu ileri sürerek mevcut evliliğini iptal ettirme yoluna baş vururken, bazıları ise gizli ilişkilere girmişlerdir.⁴⁷

Görüldüğü üzere boşanma, sosyal bir gereksinim olup, zorlaştırılması veya yasaklanması, toplumda birçok usulsüz ve gayri meşruların önünü açmaktadır. Bundan dolayı tarihin gösterdiği tecrübelerle diyebiliriz ki, boşanma birbirini sevmeyen hatta düşman olan insanlar için bir çıkış yolu, bir kurtuluş, toplum için ise daha sağlıklı ailelerin oluşmasına imkan verdiği için faydalı olmakta, fakat gereksiz boşanmalarla yaygınlık kazanınca toplum ve devlet için büyük sosyal problemler doğuracağı için zararlı olacaktır. Bundan dolayı aile kurumunun kurulması ve korunması sadece hukukî düzenlemelerle yetinilmeyip, dinî ve ahlakî değerlerden de yardım istenmesi gereken önemli bir kurumdur.

⁴⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., II, 178.

⁴⁶ Cin, a.g.e., s.17.

⁴⁷ Abd el-Âtî, Hammude, Nasıl Bir Aile, İslâmî Bakışın İmkanları, (Çev: Mesut Karaşahan), Pınar Yay. İst. 2000, s. 286.

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMANIN HUKUKÎ MAHİYETİ

- I- İSLAM HUKUKUNA GÖRE BOŞANMA
- II- TÜRK MEDENÎ KANUNUNA GÖRE BOŞANMA
- III- TMK. VE HAK. GÖRE BOŞANMA SEBEPLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

I- İSLÂM HUKUKUNA GÖRE BOŞANMA

İslâm Hukuku, boşanma konusunu, **müfârakât** başlığı altında ele almaktadır. İki kişinin birbirinden ayrılması anlamına gelen **müfârakât**, İslâm hukuk dilinde, evlilik bağının çözülmesiyle eşlerin birbirinden ayrılması anlamına gelir. Evliliğin sona ermesi, bazen evlilik akdindeki bir bozukluk veya eksiklikten, bazen de eşlerin evlilik birliğini devam ettirememelerinden dolayı söz konusu olmaktadır. Birinci durumda evlilik birliği feshedilmiş olurken, ikinci durumda talâkla sona erdirilmiş olur.¹

Evlilik birliğini sona erdirdiği için, talâkla birlikte ele alınan fesih; evlilik akdi yapılırken var olan veya daha sonra meydana gelen bir eksiklik veya bir engel sebebiyle evlilik birliğinin bozulmasını ifade eden bir terimdir. Sıhhat şartlarından birinin eksik oluşu; nikâh akdi sırasındaki bir bozukluğu ifade eder. Meselâ şahitsiz enlenme akidindeki bir bozukluktur. Eşlerden birinin dinden çıkmış olması da akidden sonra meydana gelen bir bozukluğa örnektir. Birazdan ayrıntılı olarak ele alacak olduğumuz talâk, fesih gibi evliliği sona erdirse de, ondan farklı hukukî sonuçlar doğurur.²

Tezimiz, İslâm Hukuk literatüründeki kullanımıyla “talâk” yani boşanma olduğu için, genelde dini gerekçelerle evliliğe son vermek anlamındaki feshi mukayese imkanı bulamadığımız için çalışmamıza almıyoruz. Çünkü din kaynaklı bir hukuk sisteminin bazı prensipleri, laik bir hukuk sistemi tarafından kabul görmeyebilir. Meselâ aralarında hiçbir sorun olmadığı halde, eşlerden birinin dinden çıkmasından dolayı mevcut evlilik birliği sona erdirilir. Din olgusunu değerlendirmeye almayan bir hukuk sistemi için bu çok anlaşılır olmayabilir. Bu farklılığın merkezinde dinin olduğu açıktır. Hem Hıristiyanlıkta hem de Yahudilikte, dinden çıkmak, boşanma sebebi iken dinî bir karakter taşımayan Türk Medeni Kanuna göre böyle bir durum, boşanma için yeterli bir sebep sayılmaz.³

¹ Cin, Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, s. 33.

² Döndüren, Hamdi, Delilleriyle Aile İlmihali, s. 342; Aydın, Mehmet Akif, İSAM- İlmihal, II/ 224

³ Dalgın, a.g.e., s. 169.

A) TALÂKIN TANIMI

Talâk, Arapça bir kelime olup, hem **boşanmak** (masdâr) hem de **boşamak** (tatlîk) anlamında isim olarak kullanılır. Sözlükte bağı çözmek, serbest bırakmak, hürriyete kavuşturmak anlamlarına gelir. Talâk, hem hissî hem de manevî bağdan kurtulmak için kullanılır. İslâm Hukuk literatüründe talâk; belli lafızlarla nikâh akdinin çözülmesi anlamında kullanılmaktadır. Bununla birlikte talâk sözcüğü ile genellikle tek taraflı irade beyanıyla yapılan boşamalar kastedilmiştir.⁴

İslâm Hukuku'nda talâk terimi hem tek taraflı irade beyanıyla yapılan boşanmayı, hem tarafların anlaşarak evlilik birliğine son vermelerini hem de mahkeme kararıyla meydana gelen boşanmaları kapsar. Kadının malî bir ödeme yapması veya malî bir hakkından ferâgat etmesi suretiyle tarafların anlaşarak evlilik birliğine son vermelerine **hul'** veya **muhâle'a**, mahkemenin evlilik birliğine son vermesine ise **tefrîk** denir. **Talâk** ise çoğu kez kocanın karısını boşaması anlamında kullanılmaktadır. Esasen meydana geliş şekilleri farklı olmakla birlikte her üç boşanma türü de aynı hükümlere sahiptir.⁵

B) TALÂKIN GAYESİ (HİKMETİ)

İslâm Hukuku'na göre evlilik, zaman sınırlaması yapılmadan akdedilen, ölümle biten bir birlikteliktir. Belirli bir zamana kadar devam etmek üzere yapılmış (muvaqqat) evlilikler, İslâm Hukukuna göre muteber olmayıp zinâ olarak telakki edilmiştir. Mut'a türü evliliklerin yasak kapsamında olmasının sebebi de budur. Bir evlilik birliği, şayet amaçlarına uygun devam etmiyor ve toplumdaki fonksiyonunu yerine getirmiyorsa, bu evliliğe son vermek daha faydalı olacaktır.

İslâm'a göre evlilik, manevi bir birliktelik olup, merkezinde sevgi ve rahmet vardır.⁶ Sosyal hayatta evliliğin büyük maslahatları olduğu doğrudur. Ancak bu maslahatlar, sadece nikâhın kıyılmasıyla ve nikâh akdinin devam etmesiyle değil, aynı zamanda, eşlerin anlaşmalarıyla ve birbirlerine karşı sevgi ve saygı duymalarıyla sağlanabilir. İki taraf arasında anlaşmazlık meydana gelir de, aradaki sevgi ve saygı yok

⁴ İbn Abidîn, Reddû'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhatar, (Tec: Ahmed Davudoğlu), Şamil Yay. İst- 1983, VI/142; Bilmen, Ömer Nasuhî, Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılah-ı Fıkhiyye Kamus, II/ 174.

⁵ Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslâm Hukuku, Nesil Yay. 5. Baskı, İst. 1996, I/ 349.

olup, yerine nefret ve düşmanlık hakim olursa, evlilik hayatı azap olur. Böylece evlilik, büyük bir esaret haline gelir ve o zaman boşanma zorunlu hale gelir.

Aile birliğini zedeleyen, sarsan, karı koca arasında huzursuzluğa sebep olan herhangi bir durum yokken, boşanmaya kalkmak doğru bir şey olmayıp, Kur'ân-ı Kerim' in yasakladığı bir şeydir. Çünkü Kur'ân-ı Kerim' de *"Eğer size itaat ederlerse, artık onların aleyhine başka bir yol aramayın..."*⁷ Allah Rasulü de, *Allah katında en sevilmeyen helalin boşanma...*"olduğunu belirterek, *"sırf başka bir kadın almak için karısını boşayan kişiye Allah lanet eder"*⁸ buyurmuştur.⁹

Kendilerini boşamaları hususunda kocalarını zorlayan ve sırf boşanmak için huzursuzluk çıkaran kadınlar hakkında da Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: *"Bir kadın, gerekli bir durum yokken, kocasından kendisini boşamasını isterse artık ona, cennetin kokusu dahi haramdır."*¹⁰

Hayatın gerçeklerinden biri olan, aile içi huzursuzluk ve uyumsuzluk, eşler için çekilmez hale geldiğinde, boşanma, aile için en büyük nimet haline gelir. Bundan dolayı, boşanmayı asırlarca yasaklayan ülkeler, boşanmanın toplumsal bir ihtiyaç olduğunu anlamışlar ve boşanmayı kabule mecbur kalmışlardır. Çünkü evlilik, sevgiyle nimet olur. Aksi takdirde, kişilikleri, kültürleri, zevkleri taban tabana zıt olan, birbirlerine tahammül bile edemeyen insanların, aynı çatı altında yaşamaya mecbur olmaları, nimetten ziyade eziyet ve zulüm olur. Bu durumdan sadece eşler değil, ziyadesiyle çocuklar da zarar görür. Hatta devam eden huzursuz bir evlilik, iki sülaleyi bile düşman edebilmektedir.¹¹

Bu şartlar altında boşanmadan başka bir çare kalmamış olup, boşanma, eşler için nimet haline gelmiştir. Düzelmesi mümkün olmayan evlilik birliği, kangren olmuş bir uzvun kesilmediği takdirde vücudun tamamına zarar vermesi gibi, toplumun tamamına zarar verecektir. Bundan dolayı İslâm Hukuku, şartlarına ve kurallarına uygun yapmak şartıyla boşanmayı caiz görmüştür.

⁶ er-Rum, 21

⁷ en-Nisâ, 4/ 34

⁸ Ebu Davudî, Talâk, 3; İbn Mace, Talâk, 1.

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

¹⁰ Ahmed b. Hanbel, Müsned, 2226; Ebu Dâvûd, 1187; Tirmizi, 2055.

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

C) İSLÂM HUKUKUNA GÖRE BOŞANMA ÇEŞİTLERİ

İslâm Hukuku'na göre boşanma, Kur'an ve sünnete uygun olup olmamasına, vazgeçilebilir olup olmamasına ve boşanma talebinde bulunana göre bazı kısımlara ayrılır. Şimdi bu kısımları genel çerçeveyi ortaya koyacak şekilde ele alalım.

1- SÜNNETE UYGUN OLUP OLMAMASINA GÖRE BOŞANMA ÇEŞİTLERİ

Boşanma, Kur'an ve Hz. Peygamber'in belirlediği şekilde olup olmamasına göre iki kısma ayrılır: **Sünnî** ve **bid'î boşanma**. İslâm Hukuku'na göre, hem erkeğin hem de kadının bazı şartları yerine getirmedikçe boşanmaları uygun değildir. Bu şartları aşağıda ele alacağız. Fakat şunu hemen belirtelim ki, sünnetin ve dolayısıyla İslâm Hukuku'nun boşanma konusunda belirlediği kuralların bir çoğu, ahlakî yönü ağır basan kurallardır. Bu kuralların ihlal edilmiş olması, bu şekilde yapılan boşanmaların geçersiz olduğu anlamına gelmez. Fakat bu, dinen meşru olduğu anlamına da gelmemektedir. Bu tür ihlaller, Allah'ın gazabını, lanetini ve dolayısıyla cehennem azabını gerekli kılar.¹²

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

1- **Tanımı:** Kur'an ve sünnetin öngördüğü şekilde yapılan boşanma olup iki şekilde yapılır: **Ahsen** (en güzel) boşanma ve **Hasen** (güzel) boşanma. *Ahsen* boşanmada koca, boşamak istediği hanımını temizlik günlerinde cinsel ilişkiye girmeksizin bir talâkla boşayıp iddet süresi dolana kadar bir daha boşamamasıdır. Yani tek talakla meydana gelen boşanma şeklidir. Erkek iddet bitmeden önce yeni bir nikâh ve mehir gerekmeden karısına döner. Kadının iddeti bittikten sonra ise yeni bir nikâh ve mehir gerekli olur.¹³

Hasen boşanmada koca, temizlik döneminde olan eşini, cinsel ilişkiye girmeden bir talâkla boşar. Daha sonraki iki temizlik döneminde ise her bir dönemde birer kez olacak şekilde, geri kalan talâk haklarını kullanarak karısını üç talakla boşar.¹⁴ Bu tür boşama da sünnete uygun olup, kadının başka biriyle evlenip daha sonra uygun bir şekilde boşandıktan sonra, eski kocasıyla yeniden evlenmesi mümkündür. Fakat bu,

¹² Doğanay, Ekrem, *İslâm'da Talâk'ın Hükümü ve Hikmetleri*, Gonca Yay. İst. 1984, 28.

¹³ Kudûrî, Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Muhammed, el-Muhtasar (Lübâb'ın metni), Dersaadet Kitabevi, İstanbul, tsz.III/37; Bilmen, a.g.e., II/ 176.

¹⁴ Kudûrî, a.g.e., III/ 37; Bilmen, a.g.e., II/ 176.

kocanın pişman olduğu takdirde, karısına geri dönmesini oldukça zorlaştırdığı için telafisi çok zor bir boşanma şekli olmaktadır. Bundan dolayı sahabe, bu tür boşamaya fazla baş vurmamıştır.¹⁵

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

i- Boşanma Yetkisini Bir Anda Kullanmamak: İslâm dinine göre, erkek boşama yetkisine sahip olsa da bu yetkisini istediği şekilde kullanamaz. Üç talâk hakkını bir anda kullanarak veya cahiliyye döneminde olduğu gibi îlâ ve zihâr ile karısını boşaması caiz değildir. Çünkü bu tür boşanmalar, pişmanlık halinde geri dönme imkanı vermemektedir. Kişinin bir anlık duygularıyla verdiği kararının, bir ailenin bütün hayatını alt üst etmesi mümkündür. Bundan dolayı İslâm, üç talakın birden kullanılamayacağını, îlâ ve zihârın ise keffaretle geri dönülebilir bir karar olduğunu kabul etmiştir.

Boşanmanın bir anda olmamasını öngören ayetlerden biri şöyledir: *“Onlarla güzel geçinin. Eğer onlardan hoşlanmıyorsanız, (hemen boşamayın) sabredin, hoşlanmadığınız bir şeyi Allah çok hayırlı kalmış olabilir.”*¹⁶

Diğer bir ayet de şöyledir: *“Boşama iki defadır. Bundan sonra ya iyilikle tutma veya güzel bir şekilde salıverme vardır...”*¹⁷ Bu ayetlerden anlaşıldığı üzere boşanmak isteyen koca, karısını üç talâk hakkını bir anda kullanarak boşamamalı, şayet bir daha dönmek üzere boşanmak istese bile, iddet dönemini dikkate alarak, üç kez ayrı iddet dönemlerinde boşamalıdır.¹⁸

ii- Kadını Temiz Olduğu Bir Günde Boşamak: Sünnete uygun boşanmanın diğer bir şartı da kadının temiz olduğu bir durumda iken boşamaktır. Buna göre koca, karısının hayızlı olduğu en az üç, en fazla on gün müddetince karısını boşayamaz. Ayrıca koca, kendisinden cinsel olarak istifade edemediği için karısına karşı bir soğukluk hissedebilir. Hatta hayızlık (ay hali) süresinin uzamasıyla bu duygu nefrete dönüşebilir. Böyle bir psikolojik haldeyken vereceği karara, sonradan pişman olması

¹⁵ es-Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ebi Sehl, Kitabu'l-Mebsut, Dâru'l-Mârif, 2. Baskı, Beyrut, 1406/1985, VI/ 6; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 336; Döndüren, a.g.e., s. 403.

¹⁶ en-Nisâ, 4/19.

¹⁷ el-Bakara, 2/229.

muhtemeldir. Bundan dolayı kocanın, karısından cinsel olarak istifade ettiği günlerinde boşaması daha doğru olacaktır. Aynı zamanda kadınların bu dönemlerde daha sinirli ve daha duygusal davrandıkları göz önünde bulundurulunca, kocanın bu kötü durumundan dolayı, karısını boşaması çok doğru olmayacaktır.¹⁹

Nitekim eşini hayız günlerinde boşayan Abdullah b. Ömer (ö.73/693) hakkında Hz. Peygamber, Hz. Ömer'e şöyle demiştir: *"Ona emret, eşine dönsün, hayızından temizleninceye kadar onu evde tutsun, sonra yeniden hayız görüp, yeniden temizlenince isterse onunla cinsel ilişkiye girmeden yeniden boşasın."*²⁰

iii- Cinsel İlişkinin Olmadığı Bir Temizlik Gününde Boşamak: Kur'an'da yer alan, *"Ey Peygamber! Kadınları boşayacağınızda onların iddetlerini gözeterek boşayın..."*²¹ ayetiyle kadınların temizlik döneminde iken boşamak emredilmiştir.²² Yukarıda zikrettiğimiz hadisten de anlaşılacağı üzere, bir boşamanın sünnete uygun olabilmesi için, kocanın karısına cinsel temasta bulunmadığı bir temizlik döneminde onu boşaması gerekir. Kadının, hayızlıktan temizlenerek cinsel birleşme için uygun hale gelmesine rağmen, kocanın karısına cinsel temasta bulunmayarak onu boşaması, kocanın karısına karşı cinsel anlamda bile olsa, istek duymadığını gösterir ki bu aradaki duygusal bağın gerçekten koptuğunu göstermektedir.

iv- İki Şahidin Huzurunda Boşanmak:

Boşamanın sünnete uygun olabilmesi için kocanın iki şahit huzurunda hanımını boşaması gerekir. Boşama konusunda iki şahit getirilmesi Kur'an'da şu şekilde geçmektedir: *"Sonra boşadığınız hanımların süreleri dolunca, ya iyi bir şekilde tutun, yada iyi bir şekilde bırakın, içinizden iki kişiyi şahit tutun ve şahitliği Allah için yapın"*²³

Yukarıdaki ayetin gereklilik ifade etmediğini savunanlar, Hz. Peygamber'in boşanmanın iki şahit ile tespit edilmesini emretmediğini ileri sürmüşlerdir. İmam Buhârî

¹⁸ Ateş, Süleyman, "Kur'an-ı Kerim'de Evlenme ve Boşanma İle İlgili Ayetlerin Tefsiri", Ankara Üni. İlahiyat Fak. Dergisi, sy. XXIII, Ankara, 1977, s. 265.

¹⁹ Cin, a.g.e., s. 72; Döndüren, a.g.e., s.403

²⁰ el-Buhârî, Talâk, 1.

²¹ et-Talâk, 65/1.

²² Yazır, Elmalılı Hamdi, a.g.e., IIIV/102.

²³ et-Talâk, 65/2.

başta olmak üzere, bazı Ehl-i Sünnet ilim adamları ve Şia'nın büyük çoğunluğu, boşamanın sahih olabilmesi için iki şahidi gerekli görmüşlerdir.²⁴

Kanaatimizce ilim adamlarının bu şekilde düzenleme yapmalarında bazı düşünceler etkili olmuş olabilir. Şöyle ki, şahitler olmadan akdedilen nikâh, sahih değilken, boşanmayı sahih görmek tutarsızlık gibi görünse de, evlilik akdinde şahitlerin olması, evlilikle zinâyı ayırdığı için çok önemlidir. Çünkü zinâ edenlerin evlendiklerini iddia etmeleri mümkündür. Bilakis boşanmada iki şahidin bulunmaması, bu derece büyük bir zarara yol açmaktadır.

Fakat boşanmanın tescili, özellikle kadının bazı haklarının ihlal edilmemesi için önemlidir. Kadının ne kadar iddet beklediği, iddet döneminin ne zaman biteceğini tespit, ancak bu şekilde mümkündür. Çünkü kadının bazı hakları, onun iddet dönemine bağlıdır: İddet döneminde koca kadının mesken, nafaka ihtiyaçlarını sağlamakla sorumludur. Bu dönem bitmeden erkek ölürse kadın ona mirasçı olur. Yine aynı şekilde iddet bittikten sonra kadın istediği kişiyle evlenmesi mümkündür. Kadını bazı haklardan mahrum etmek için iddet süresinin kısaltılması veya uzatılması mümkün olduğuna göre, boşanma tarihinin tescili gereklidir.²⁵

b) Kur'an ve Sünnete Uygun Olmayan (Bid'i) Boşanma: Boşama yetkisine sahip olan koca, şayet karısını yukarıda zikrettiğimiz şartlara riayet etmeden boşarsa, bu boşama Kur'an ve Sünnet'e uygun olmadığına işaret olarak **Bid'i Talâk** adını alır. Erkeğin karısını, hayızlı iken veya temizlik döneminde olsa bile cinsel ilişkiye girdikten sonra boşaması bid'attır, yani İslâm'a uygun değildir. Ayrıca kocanın tüm talâk haklarını biranda kullanarak karısını boşaması da bid'attır. Klasik dönem İslâm hukukçularının çoğunluğu bu tür boşamaları hukuka uygun görmüş olsalar da özellikle son dönem İslâm hukukçularının çoğunluğu bu tür boşamaları üç talâk değil de bir talâk saymaktadır. Çalışmamızın ileri aşamalarında bu konuyu tekrar ele alacağımız için burada kısa geçiyoruz.

²⁴ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 336; Döndüren, a.g.e., s.403; Ateş, a.g.m., s. 265.

2- DÖNÜLEBİLİR OLUP OLMAMASINA GÖRE BOŞANMA ÇEŞİTLERİ

İslâm hukuku, prensip olarak boşama yetkisini erkeğe verse de onun bu yetkiyi kötüye kullanarak hem kendine hem de başta hanımı olmak üzere ailenin diğer fertlerine zarar vermemesi için bazı tedbirler almıştır. II. bölümdeki “Aileyi Birliğini (Kamu Menfaatini) Koruyucu Tedbirler Almak” başlığı altında daha geniş bir şekilde ele alacağımız üzere, İslâm hukukunun aldığı tedbirlerin başında *boşanmayı zamana yaymak* gelmektedir. İslâm Hukuku’nda zamana yayılmış (*dönülebilir-ric’î*) ve zamana yayılmamış (*dönülemez-bâin*) olarak ifade edilen bu boşanma şekillerini izah edelim.

a- Dönülebilir (Ric’î) Boşanma: Cinsel ilişkiye girdikten sonra meydana gelip, açık bir şekilde veya dolaylı olarak üç adedine veya bir bedele karşı olmayan ve kesin boşanmaya delalet eden bir özellik taşımayan boşamadır.²⁶ Dönülebilir boşama ile karısını boşayan erkeğin karısına yeniden dönebilmesi için yeni bir nikâh ve mehir gerekli değildir.²⁷

İslam hukukunda boşanmanın dönülebilir tarzda yapılması istenmiştir. Bu durum Kur’an-ı Kerim’de şu şekilde ifade edilmiştir: “ *Boşama iki defadır. Bundan sonra ya iyilikle tutma veya güzel bir şekilde salıverme vardır...*”²⁸ Sahabenin uygulaması da bu tarzda olmuştur. Fakat insanlar, Allah’ın ve Rasulünün belirlediği yoldan ayrılarak, zulüm ve haksızlık olacak şekilde boşanmaktan sakınmaz olmuşlardır. Boşanma konusunda, korunması gereken sınırlar ihlal edilmiş ve aceleci davranarak tüm talâk haklarını birden kullanmaya başlamışlardır.

Bir boşanmanın dönülebilir olabilmesinin bazı şartları vardır.²⁹

- i) Boşamanın zifaktan sonra olması.
- ii) Kocanın, bir bedelden dolayı (muhâle’a) karısını boşamış olmaması.
- iii) Boşanma (tefvîz-i talâk) hakkına sahip kadının boşanmayı istemiş olmaması.
- iv) Mahkemenin kararıyla boşanmamış olmak.

²⁵ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 369; bkz. Ateş, a.g.m., s. 265.

²⁶ Bilmen, a.g.e., II/174; Erdoğan, Mehmet, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Rağbet Yay. İst.1998. s.434.

²⁷ Karaman, a.g.e., I/ 358.

²⁸ el-Bakara, 2/229.

v) Boşanmanın üç talakla olmaması.

vi) Koca bir veya iki talakla karısını boşamışsa kadının iddet döneminin bitmemiş olması.

vii) Kocanın boşamak istediği karısını kırıcı ve küçük düşürücü sözler kullanarak boşamaması. Çünkü ağır hakaret ve onuru rencide edici söz ve davranışlar, yeni bir evlilik için kadının rızasını gerekli kılar. Kadının kocasının evlilik teklifini kabul etmesi ise onu affettiğini ve evlilik birliğinin sarsılmadığını göstermektedir.³⁰

Dönülebilir (ric'î) boşanma, evlilik bağına hemen ortadan kaldırmaz. Kadın üç hayz (kuru') süresince kocasının evinde bekler. Kocanın bu bekleme süresinde, karısına sözlü veya fiilî olarak dönme hakkı vardır. Bu bekleme süresi içinde evlilik ilişkileri, zayıf bir şekilde devam eder ve koca, vermiş olduğu bu kararı, boşadığı eşini hergün görerek yeniden değerlendirir. Bu durum hem kocanın kendi mağduriyetini, hem de kadının ve çocukların mağduriyetini görüp karısına geri dönmesini kolaylaştırmaktadır. Fakat kadının kocasının evini terketmesi, kocanın, pişman olsa bile karısını çağırarak evlilik birliğine dönmelerini zorlaştıracaktır. Dönülebilir boşanmayı bu açıdan, Hristiyan ülkelerde ve Türk Medeni Kanununda yer alan ayrılık müessesine benzetmek mümkündür.³¹

b) Dönülemeyen Boşanma (Bâin Talâk):

Zifaktan önce meydana gelen veya zifafa girdikten sonra olup, tam ayrılığı (beynûnet) ifade eden kinayeli veya açık bir ifade ile meydana gelen veya üç talâk hakkının da kullanıldığı boşanmaya **dönülemez boşanma** (bâin talâk) denir.³²

Şayet erkek, üç talâk hakkını kullanarak karısını boşamışsa, kocanın aynı kadınla yeniden evlenmesi ancak hulle ile caiz olup bu tür talâka **beynûnet-i kübrâ** (büyük ayrılık) denir. Talâk haklarından sadece bir veya ikisiyle meydana gelen talâklar, ric'î olup kadının beklemesi gereken iddet süresi dolduktan sonra, bâine dönüşür. Fakat hulle gerekmeden eşler isterlerse yeniden evlenebilirler. Bu tür bâin

²⁹ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 368.

³⁰ Zihni Efendi, Mehmet, Nimet-i İslâm, Salâhbilici Kitabevi Yay. İst. 1990, s. 97.

³¹ Cin, a.g.e., s. 53.

³² Bilmen, a.g.e., II/175; Erdoğan, a.g.e., s.434.

talâklara ise **beynûnet-i suğrâ** (küçük ayrılık) denilir.³³ Ayırıcı boşanma ile karı-koca birbirinden ayrılmış olurlar. Erkeğin karısına geri dönebilmesi için kocanın yeni bir nikâh akdi ve mehirle evlenmesi gerekir. Şayet kadın bu evliğe rıza göstermezse, kocanın karısını zorlaması mümkün değildir.³⁴

İslâm hukuku, boşanmada dönülebilirlik esasını kabul etmiş olmakla birlikte yukarıda saydığımız dönülebilir boşanmanın şartlarından birinin ihlali boşanmayı dönülemez hale getirir.³⁵

Ayırıcı veya dönülemeyen boşanma, adından da anlaşılacağı üzere evlilik birliğini hemen sona erdirir. Artık kadın ve erkek birbirine yabancıdırlar. Koca evlilik birliğine yeniden dönebilmek için karısının rızasını almalı ve yeniden nikâh kıymalıdırlar. Kadının bu evlilikten dolayı yeni bir mehir isteme hakkı da vardır. Halbuki dönülebilir boşanmada evlilik rabitası devam ettiği için koca, isterse yeni bir nikâha gerek olmadan karısına geri dönebilir.

Boşanma ister dönülebilir, isterse kesin olsun, aynı kadın hakkında ancak iki defa tekrar edebilir. İki ric'î boşanmadan sonra koca bir üçüncü defa karısını boşarsa, eşler arasında geçici bir evlenme yasağı doğar. Bu yasak ortadan kalkmadıkça eski kocanın aynı kadınla evlenmesi imkansızdır. Bu sebeple üçüncü boşanmadan sonra karı ile koca arasında meydana gelen ayrılığa **büyük ayrılık** (beynûnet-i kübrâ) adı verilir. Kocanın bu boşanmadan sonra karısı ile yeniden evlenebilmesi için, kadının bir başka erkekle usulüne göre evlenmesi ve bu evliliğin usulüne uygun şekilde sona ermesi gerekir.³⁶

Hulle denilen bu yöntem, kocanın cezalandırılmasına yöneliktir. Çünkü koca, kendisine verilen boşama yetkisini gereksiz ve yanlış yere kullandığı için, verdiği kararından pişman olmuştur. Bundan dolayı onur kırıcı bir ceza ile cezalandırılmıştır. Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulmuştur:

“Eğer erkek, kadını (üçüncü defa) boşarsa, ondan sonra kadın bir başka erkekle evlenmedikçe onu alması kendisine helâl olmaz. Eğer bu kişi de onu boşarsa, (her iki

³³ Mehmet Zihnî Efendi, a.g.e., s. 99.

³⁴ Karaman, a.g.e., I/359.

³⁵ Cin, a.g.e., s. 55; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 346-347.

taraf da) Allah'ın sınırlarını muhafaza edeceklerine inandıkları takdirde, yeniden evlenmelerinde bir sakınca yoktur. Bunlar Allah'ın sınırlarıdır. Allah bunları, bilmek, öğrenmek isteyenler için açıklar.”³⁷

Bu ayetin hükmü gereği kadının, bir üçüncü şahısla gerçek bir evlenme akdetmesi ve bu evlenmenin zıfılla sonuçlanması gerekir; yani sadece mücerred nikâh kıyarak yapılan evlenmeler bu yasağı kaldırmaz. Evlenme, ya boşanma yada kocanın ölümü ile sona ermelidir. Bu şekilde kadın, iddetinin akabinde, eski kocası ile yeniden evlenebilir.

Erkeğin eski karısı ile arasındaki evlilik yasağını kaldırmak amacıyla, kadının yaptığı evlilik, bir nevi süreli evlenme (mut'a nikâhı) sayıldığı için meşru değildir. Sırf mevcut yasağı bertaraf etmek için, bir bedel karşılığında olsun veya olmasın, eski koca ile anlaşarak bu tür evlilikler yapan kişiler, Hz. Peygamber tarafından lanetlenmiştir.³⁸ Bu şekilde yapılan evlilikler, mevcut yasağı ortadan kaldırmaz.³⁹

Bu konuda 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesinde, “*sırf mevcut evlenme yasağını kaldırmak amacıyla yapılacak evlenmenin amacı temin etmeyeceği yani üçlü boşanmış kadını eski kocasına meşru hale getiremeyeceği*”⁴⁰ esası hükme bağlanmıştır.⁴¹

Sonuç olarak diyebiliriz ki; İslam, boşanma konusunda aceleci davranmamayı emreder. Erkeklerin düşmanca bir tavırla hanımlarını boşamaları yerine, zamana yayarak, kadının rûhî ve fizikî durumunu gözönünde bulundurarak kararlar vermeleri, İslâm'ın istediği boşama tarzıdır. Üç talâk hakkının bir anda kullanılması, İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından hukuken muteber görülse de, kadının sosyal durumundaki değişiklikler, bu görüşün yeniden tetkik edilmesini zorunlu kılmıştır.

³⁶ Ateş, a.g.m., s. 273.

³⁷ el-Bakara, 2/230

³⁸ en-Nesâî, Zînet, 25, (8, 147).

³⁹ Bkz. Ateş, a.g.m., s. 275.

⁴⁰ HAK., 118. md.

⁴¹ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 375.

3- BOŞANMA TALEBİNDE BULUNANLARA GÖRE BOŞANMA ÇEŞİTLERİ

Daha önce de belirttiğimiz üzere, prensip olarak boşama yetkisi kocaya verilmiş olsa da kadın, bizzat veya mahkeme yoluyla boşanabilme hakkına sahiptir. Evlilik birliğini sona erdirmesi bakımından bir fark olmasa da, boşanma talebinde bulunana göre boşanmanın doğuracağı sonuçlar, farklılık arz etmektedir.⁴²

a- Erkeğin İsteği Üzerine Boşanma: İslâm hukuk literatüründe talâk, özellikle erkeğin karısını boşaması ifade eder. Bu tür boşanmalarda koca, herhangi bir sebepten dolayı⁴³ kadının rızası olmasa da boşayabilmektedir. Ayrıca herhangi bir şekilde mahkemenin bu kararını onaması da gerekmez.⁴⁴ Bu talâkla koca, talâk haklarından birini kullanmış olur. Erkek, karısını dönülebilir tarzda boşamışsa ve kadının iddet dönemi bitmemişse (ric'î talâk), karısına isterse dönebilir. Bu dönüş, nikâh hükmünde olup yeni bir nikâh gerekli değildir.⁴⁵ İslâm hukukunun boşama yetkisi erkeğe vermesinin bazı sebepleri vardır. Bu konunun tahlilini çalışmamızın son bölümünde ele alacağız.

b- Karşılıklı Rıza İle Boşanma (Muhâle'a-Hul' ve Mubâra'e): İslâm hukukuna göre, mevcut evlilik birliğinden memnun olmaması halinde erkek, boşama yetkisine dayanarak bu birlikteliğe son verebilmektedir. Koca, karısının rızasına uygun olarak onu boşayabileceği gibi, rızasını almadan da boşayabilmektedir. Fakat kadın, boşanmak istediği zaman durum aynı değildir. Kadın, şayet boşanma hakkını önceden almamışsa ve boşanmak için yeterli bir durum da yoksa, mahkeme kanalıyla da boşanamaz. Böyle bir durumda ya kocasını boşanmaya ikna edecek ya da sabredecektir.

Gerekli bir durum yokken, kocasından boşanma talebinden bulunan kadınlar hadislerde kınanmıştır. Bir hadiste; *“Önemli bir neden olmaksızın kocasından ayrılmak*

⁴²Cin, a.g.e., s. 36.

⁴³Bu husus, tartışmalara sebep olmuş, bazı İslâm Hukukçuları, hiç bir sebep yokken boşanmayı ayet ve hadislerin ruhuna ters düştüğü gerekçesiyle kabul etmemişlerdir. Bazıları ise boşama hakkı erkeğin aslî haklarından olup, herhangi bir sınırlamaya gitmenin doğru olmadığını söylemişlerdir.(Bkz. Carullah,Musa, Hatun, (Hazırlayan: Mehmet Görmez), Kitabiyât Yay. Ankara, 1999. s. 83).

⁴⁴1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, boşanan eşlerin,boşandıklarını mahkemeye bildirmelerini zorunlu kılar (md. 110), 1924 tarihli Aile Hukuk Tasarısı,e boşama yetkisi olan kocanın bu yetkisini mahkeme veya hakem heyeti huzurunda kullanmasını zorunlu hale getirmiştir. (md. 86) M. A. Aydın, İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, s. 238-239.

⁴⁵Dalgın, Nihat, İslam Hukukunda Boşanma Hakkı, s. 31.

isteyen kadına cennet kokusu haram olur"⁴⁶ buyrulurken, diğerk bir hadiste ise; "*Hiçbir mazeret olmaksızın kocasından boşanmak isteyen kadınlar münafıktır*"⁴⁷ buyrulmuştur.

Fakat bazı durumlar, kadının boşanma talebini meşru kılabilir. Bu durumlar erkekten kaynaklanıyor olabileceğı gibi, kadından da kaynaklanıyor olabilir. Erkekten kaynaklanan bir durum olunca, kadının mahkeme yoluyla boşanma hakkı doğar. Ancak mahkeme tarafından boşanmaya yeterli bir durum yoksa kadın mahkemeye de müracaat edemez. Böyle bir durumda kadın, istemediğı bir evlilik birliğine devam etmek zorunda mı kalmalıdır? Sevmediğı biriyle ömrünün sonuna kadar birlikte yaşamak anlamına gelen bu durum, kadının haklarını ihlal etmek olmaz mı?⁴⁸

Bu durum, İslam'dan önce Arap toplumunda sık karşılaşılan bir durumdur. Böyle bir durumda kadının haklarını en yakın akrabaları bile savunamazdı. Çünkü kadın, kocanın malı sayılırdı. Erkek, karısına karşılık babasına vermiş olduğı maldan dolayı kadın üzerinde, kadının babasından daha yetkili sayılırdı.⁴⁹

İslam'ın kadınlara tanıdığı temel haklardan biri de kocasına belirli bir bedel vererek boşanma hakkıdır. İslam Hukuk literatüründe **muhâle'a** veya **Hul'** denilen bu yöntem, boşanmak isteyen kadınların en fazla baş vurdukları yöntemlerden biri olmuştur.⁵⁰

aa- Tanımı:

Hul' veya muhâle'a, sözlükte çıkarma ve giderme anlamına gelir. Örfte ise evliliğı ortadan kaldırmak demektir. Boşanma, mehrin tamamı karşılığında olursa **hul'**, bir kısmı karşılığında olursa **sulh**, daha fazla mal karşılığında olursa **fidy**e, kocası üzerindeki haklarının tamamını düşürmesi karşılığında olursa **mübâra'e** adını alır.⁵¹

Muhâle'a ile meydana gelen boşanmanın, kocanın tek taraflı boşamasından farklılık arzettiğı noktalar şunlardır:

⁴⁶ Ebu Davud, Talâk, 3; İbn Mace, Talâk, 1.

⁴⁷ Tirmizi. Talâk. 10; Müsned, 2/414.

⁴⁸ Bkz. II. Bölüm, "Kadının Manevi Haklarını Koruma" .

⁴⁹ Kıyıcı, Selahattin, İslâm Hukukunda Örf ve Adet, İşaret Yay. İst. 1990, s. 88.

⁵⁰ es-Serahsî, el-Mebcut, V/ 171.

⁵¹ Bilmen, Nahuhi, a.g.e., s. 178; Erdoğan, Mehmet, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Hul' Md. s. 162; ez-Zuhaylî, Vehbe, a.g.e., IX/379.

- i- Koca muhâle'a anlaşmasına kadını zorlayamadığı için kadının rızası olmadan muhâle'a meydana gelmez.
- ii- Muhâle'a teklifi hem kadından hem de kocadan gelebilir.
- iii-Böyle bir teklif kadından gelirse, prensip olarak kadının kocaya bir bedel vermesi gerekir.⁵²

Buna göre, muhâle'anın muteber olabilmesi için, hul' veya hul' anlamına gelecek sözcüklerle yapılması, bedelin zikredilmesi ve kadının bu bedeli vermeyi kabul etmesi gerekir.⁵³

Muhâle'a, huysuz ve geçimsiz (nâşiz) bir kocadan, kadının kurtulabilmesi için İslam'ın getirdiği bir çıkış yoludur. Yoksa amaç, boşama yetkisi verilen kocanın, bu yetkiyi kullanarak kadından ekonomik kazanç sağlamasına fırsat vermek değildir. Zira erkeklerin eşlerini muhâle'aya zorlamaları da haram kılınmıştır. Aynı şekilde karısını suçlu göstererek mahkeme kararıyla boşanıp, kadına verdiği mehri geri almak veya vereceği mehri vermemek için, erkeğin hanımına iftiralarda bulunmaması da yasaklanmıştır: Konuyla ilgili ayet şöyledir: *"Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak isterseniz, onlardan birine yüklerle mehir vermiş olsanız dahi ondan hiçbir şeyi geri almayın. Siz iftira ederek ve apaçık günah işleyerek onu geri alır mısınız?"*⁵⁴

bb- Muhâle'anın Meşruiyeti:

Muhâle'ayı meşru kılan ayet şöyledir: *"Boşanma iki defadır. Bundan sonra yapılması gereken ya meşru tarzda güzelce birlikte yaşama yahut, eşini güzellikle salıvermedir. Ey kocalar, boşama sırasında eşinize daha önce vermiş olduğunuz mehirden herhangi bir miktarı geri almanız size helal olmaz. Fakat Allah'ın koyduğu sınırlarda duramayacaklarından endişe etmeleri hali bunun dışındadır. Şayet siz de onlar gibi, onların Allah'ın koyduğu sınırlarda duramayacaklarından endişe ederseniz, bu durumda zevcenin, ayrılmak için meşru çerçevede hakkından bir şey vermesinde, her ikisi için de bir vebal yoktur. İşte bunlar Allah'ın tayin ettiği haklardır ki sakın onları aşmayasınız. Her kim Allah'ın sınırlarını aşarsa işte onlar zalimlerin ta kendileridir".*⁵⁵

⁵² Cin, Halil, a.g.e., s.71.

⁵³ Şamil İ. A., Hul' md. (Hamdi Döndüren), III/ 320.

⁵⁴ en-Nisâ, 4/20.

Ayetten çok açık bir şekilde anlaşılacağı üzere muhâle'a, huzursuz ve ıslahı mümkün olmayacak kadar sarsılmış bir evliliğin devamında, Allah'ın belirlediği sınırları ihlal etmekten korkan kadının, mevcut aile birliğinin sona erdirilmesi için erkeğin ekonomik zararına ortak olmasıdır. Çünkü boşanma ile kadın, eski kocasından, sonraya bırakılmış olan (müeccel) mehrini, hemen almaya hak kazanmış olmaktadır. Ayrıca kadının iddet dönemindeki nafakası da kocaya aittir. Böyle bir durumda kadının, eski kocasının lehine, alacaklarından vazgeçmesi, boşanmayı kolaylaştırmak ve Allah'ın sınırlarını ihlal etmeme konusunda birbirlerine yardım etmek anlamına gelmektedir. Çünkü huzursuz bir evde, karı-kocanın birbirinin haklarını gerektiği gibi gözetebilmeleri oldukça zordur.⁵⁶

Kadının sevmediği kocasından ayrılmak istemesini de, Allah'ın sınırlarını korumak çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Çirkinlik veya fizikî bir eksiklikten dolayı olabileceği gibi, kişilik ve kültür farklılıklarından dolayı da kadının kocasını sevememesi mümkündür. Bu durumda kadının boşanma talebinde bulunmasında bir sakınca yoktur. Çünkü kocasını sevmeyen bir kadının, kocasına karşı itaatkar olması, rûhî ve cinsel açıdan tatmin olması mümkün olamayacağından, bu ihtiyaçların tatminini dışarıda araması ve hatta gayri meşru ilişkilere girmesi mümkündür. Böyle bir durumda kadının, gerçekten sevebileceği bir kişiyle evlenmek için, eski kocasının boşanmadan doğan masraflarına ortak olması veya tamamen üstlenmesi, ayetin belirlediği sınırlar içinde olup yukarıda zikrettiğimiz hadislerde kınanan kadınlardan olmaya sebep değildir.⁵⁷

Hz. Peygamber döneminde bu durumun örnekleri mevcuttur: “Habîbe bint Sehl, Sâbit b. Kays'ın nikâhı altında idi. Sâbit kısa boylu, çirkin bir adamdı. Habîbe, ya Rasulellah! Vallahi eğer Allah korkusu olmasaydı, kocam Sâbit yanıma girdiğinde onun yüzüne tükürürdüm, dedi. Bunun üzerine Rasûlullah kadına, Sâbit'in vaktiyle mehir olarak sana verdiği bostanı kendisine geri verir misin? diye sorunca, kadın; evet veririm,

⁵⁵ el-Bakara, 2/229

⁵⁶ Karaman, a.g.e., I/ 366; Doğanay, Ekrem, İslâm'da Talâkın Hükümü ve Hikmetleri, s. 56.

⁵⁷ ez-Zuhaylî, Vehbe, a.g.e., IX/ 379-380; Bilmen, Ömer Nasuhi, a.g.e., s. 269; Dalgın, a.g.e., s. 94.

dedi. Bunun üzerine kadın bostanı Sâbit'e geri verdi. Ondan sonra, Rasulullah, Sâbit ile Habîbe'yi biribinden ayırdı.”⁵⁸

Ekonomik külfetinden dolayı koca, huzursuzluğa rağmen karısını boşamak istemeyebilir. Böyle bir durumda Allah'ın sınırlarını aşmama hususunda kadından kendine yardımcı olmasını ve bazı haklarından vazgeçerek ekonomik açıdan destek vermesini isteyebilir. Böyle bir talep, caiz olmakla birlikte Hanefilere göre muhâle'a olmayıp, **mubâra'e** sayılmıştır. Şafiiler ise, teklifin kocadan gelmesi ile kadından gelmesi arasında fark görmeyip ikisini de muhâle'a olarak kabul etmişlerdir.⁵⁹

cc- Muhâle'a'nın Sıhhat Şartları

1- Erkeğe Ait Şartlar: Hul' yapabilmek için kocanın boşama hakkına sahip olması gereklidir. İslâm Hukukçularının çoğuna göre erkeğin hul' yapabilmesi için, akıllı ve buluğ çağına ermiş olması gerekir. Çocuk, akıl hastası, bunak (matuh), yaşlılık veya hastalıktan dolayı aklî dengesi bozuk kişilerin hul'u sahih değildir. Mükellef olmayan çocuk veya akıl hastasının velisi eğer fayda görürse, onlar adına hul' yapabilir.⁶⁰

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

Ayrıca kadının da akıllı ve ergen olması, ölümle sonuçlanan bir hastalığa yakalanmamış ve sefih olmasından dolayı malı hacr (ipotek) altına alınmamış olması gerekir.⁶¹

3- Hul'a Konu Olacak Şeye Ait Şartlar: Kadının kocasına vereceği hul' bedelinin illa da para olması gerekmez. Mehir olabilecek her şey hul'a konu olabilir. Hanefilere göre, ekonomik değer ifade eden (mütekavvim) her mal sahihtir. Şafiilere

⁵⁸ İbn Mâce, Talâk, 22, I, 663.

⁵⁹ es-Serahsî, el-Mebcut, VI/ 172; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/379-380; Bilmen, a.g.e., s. 269 ; Acar, , a.g.e., s. 126.

⁶⁰ Zihni Efendi, a.g.e., s. 114; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/387.

⁶¹ Şamil İ. A., a.g.m., s. 321; Cin, a.g.e., s. 73.

göre, koca meçhul veya haram bir şey karşılığında hul'u kabul ederse, hanımı mehr-i misil karşılığında ondan bâin talâk ile ayrılmış olur. Hanefilere göre ise, ric'i talâk sayılır.⁶²

Muhâle'a bedeli, mehre denk, ondan az veya ondan çok olabileceği gibi, çocukların belli bir yaşa kadar bakılıp terbiye edilmesi şartıyla da olabilir.⁶³

dd- Muhâle'a'da Hakimin Rolü: Muhâle'a ile boşanmanın gerçekleşmesi için hakimin müdahalesi ve kararına gerek olup olmadığı hususunda farklı iki yaklaşım vardır. İlkine göre, hul' ile boşanmanın gerçekleşmesi için hakimin müdahalesine ve kararına gerek yoktur. Bu görüş, İslâm hukukçularının çoğunluğuna aittir. Hul' ile boşanmaya cevaz veren *"şayet karı-kocanın, Allah'ın koymuş olduğu sınırlara uyamayacaklarından korkarsanız, o zaman kadının boşanmak için kocasına verdiği fidyeden (veya mehir hakkından vazgeçmesinden) dolayı, her ikisi için de bir günah yoktur..."*⁶⁴ ayeti ve hul' ile ilgili diğer ayetler⁶⁵ mutlak olup, hiç birinde hakimin müdahalesinden bahsedilmemektedir. Aksine ayette, *"...kadının boşanmak için fide vermesinde her ikisi için de bir günah yoktur..."* buyurularak hul'un eşler arasında karşılıklı rıza ile olacağına işaret edilmiştir.⁶⁶

Diğer yandan muhâle'a, satış akdi gibi bedelli (ivazlı) bir akittir. Nasıl ki satış akdi için hakimin kararına gerek yoksa, hul' ile boşanma için de gerek yoktur. Ayrıca hul', iki tarafın karşılıklı rıza ile anlaşarak bir akdi ortadan kaldırmaları demek olan "ikâle" akdine benzemektedir. İkâle için, hakimin kararına gerek olmadığına ise ittifak vardır.⁶⁷

Hanefilerin ünlü fıkıh kitaplarından olan el-Mebsut'ta konuyla ilgili olarak şöyle denilmektedir: Hul' ile boşanma hakim kararıyla olsun olmasın caizdir. Çünkü hul', diğer akitlerde olduğu gibi karşılıklı rızaya dayanır. Diğer yandan hul', bedel karşılığında olan talâk gibidir. Nasıl ki kocanın hakim kararına gerek olmaksızın

⁶² Yılmaz, İbrahim, İslam Hukunda Boşanma Yetkisi (Basılmamış Yüksek Lisans tezi), Bursa, 1996, s. 99; M. Zihni Efendi, a.g.e., s. 117.

⁶³ Döndüren, a.g.e., s.438-439; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/ 392.

⁶⁴ el-Bakara, 2/229.

⁶⁵ bkz. en-Nisa, 4/4,19,20,128.

⁶⁶ el- Cessas, Ahkâmü'l-Kur'an, II/95; III/ 155; Bilmen, a.g.e., II/ 272.

⁶⁷ İnş. Kudâme, el-Muğnî, X/ 268; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX/383.

boşama hakkı varsa, hul' ile boşanma için de hakimın kararına gerek yoktur. Kadının da bedeli üstlenme ehliyeti ve yetkisi vardır. Bu sebeple hul' ile boşanmada hakimın kararını şart koşmanın bir anlamı yoktur.⁶⁸

Hasanu'l-Basrî, Said b. Cübeyr ve İbn Sîrin'in başını çektiği diğer bir grup ise, hul'un mahkeme kararıyla olabileceğini savunmuşlardır. Çünkü, "...Allah'ın yasalarını ikisi koruyamayacak diye korkarsanız..." mealindeki ayette hitap mahkeme heyeti veya hakimlere yapıldığından bunların kararları olmaksızın muhâle'a yoluyla boşanma gerçekleşemez.⁶⁹

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

Bu yaklaşım, önceki iki görüşün ortasını bulan bir görüş olup zamanımıza en uygun olanı da budur. Bu görüşe göre, hul' hakkı kadına tanınmış bir hak olduğundan, erkek talâk hakkını kullanırken, normal durumlarda, mahkemeye müracaatı gerekmediği gibi, burada da durum aynıdır. Ancak, kadının bu hakkını kullanmasına erkeğin itiraz etmesi durumunda, kadın bu hakkını kullanmak için mahkemeden yardım talep edebilecektir.⁷⁰

e- Kocanın Muhâle'aya İtiraz Hakkı:

Anahatlarıyla anlatmaya çalıştığımız muhale'a, eşlerin karşılıklı anlaşması halinde bir problem oluşturmamaktadır. Fakat kadının, muhale'a ile boşanmak istemesine rağmen, kocanın boşamamakta ısrar etmesi halinde durum ne olacaktır?

⁶⁸ es-Serahsi, a.g.e., VI/173.

⁶⁹ İbn Rüşd, a.g.e., II,57; Acar, a.g.e., s.137.

⁷⁰ Döndüren; a.g.e., s. 440; Yılmaz, a.g.e., s. 100-101; Dalgın,a.g.e., s. 112.

Hanefî ve Şâfiîlere göre, kocada bulunan bazı cinsel kusur ve hastalıklardan başka, kadının boşanma talebiyle mahkemeye baş vurma hakkı yoktur.⁷¹ Bu kusur ve hastalıkların dışında, kadını huzursuz eden veya aile birliğini sarsan diğer şeyler, kadının mahkeme kararıyla boşanmasına yeterli değildir. Evliliğin sadece cinsel bir birliktelik olarak algılanmasından dolayı, kadının sadece cinsel yönden tatmin edilememesi halinde evlilik birliğine son vermek gerekli görülmüştür.⁷² Fakat evlilik, Kur'ân-ı Kerim' de manevî ve duygusal bir birliktelik olarak vasıflandırılmasına rağmen, kocasını sevemeyen, hatta kocası tarafından şiddete maruz kalan bir kadının boşanma talebiyle mahkemeye gidememesi düşündürücü bir durumdur. 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesine kadar bu görüş özellikle Osmanlı'da kabul görmüştür. Fakat Hukuk-ı Aile Kararnamesi, diğer mezheplerin görüşlerini de dikkate alarak, kadının mahkemeye başvurma hakkını genişletmiştir.⁷³

Kadına mahkeme yoluyla boşanma imkanı çok sınırlı tutulduğu için, muhâle'a daha bir önem kazanmış ve tarihte kadının isteği üzerine meydana gelen boşanmaların büyük bir kısmı, bu yolla gerçekleşmiştir. Kadın için, huzursuz ve şiddetli geçimsizliğin olduğu bir evlilikten kurtulmanın tek yolu olan muhâle'a, koca tarafından reddedilirse durum ne olacaktır? Kocanın buna yetkisi var mıdır? Böyle bir durumda mahkeme ne kadar müdahale hakkına sahiptir?

Hanefî ve Şafiîlere göre kadının geçimsizlikten dolayı mahkemeye baş vurma hakkı yoktur. Fakat Hukuk-ı Aile Kararnamesi, bu konuda Mâlikî mezhebinin görüşlerine göre düzenleme yaparak kadına geçimsizlikten dolayı mahkemeye başvurma hakkı verilmiştir. Konuyla ilgili olarak Mâkilî mezhebinin yaklaşımı şu şekildedir:

Kadın, boşanma talebiyle mahkemeye başvurunca, mahkeme boşanma gerekçesinin, çözülebilir türden bir problemten kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmek için, en-Nisâ suresi 35. ayetinde meâlen zikredilen, *"Karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir*

⁷¹ Aydın, M. Akif, İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, s. 26-27.

⁷² Erdoğan, Mehmet, İslâm Düşüncesinde Yeni Arayışlar III/40-41 (Milk-i Mut'a Tartışması).

⁷³ Bk. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, (Haz: Çeker, Orhan) Mehîr Vakfı Yay. Konya, 1999. md. 130.

hakem gönderin...” hükmü gereğince eşlerden her birinin ailesinden birer hakem tayin eder. Hâkim tarafından tespit edilen hakemler, geçinemeyen eşlerin aralarını ıslah etmekle görevlendirilmiş olmakla birlikte, karı-kocayı bedel mukabilinde veya bedelsiz olarak ayırmaya da yetkilidirler.⁷⁴

Hakemlerin yapacakları ilk şey, eşleri barıştırmaya çalışmaktır. Hakemler eşlerin arasını ıslah teşebbüsünde muvaffak olur ve eşlerin ayrılmamalarına karar verirlerse, eşlerin vekâletine ihtiyaç hissedilmeksizin sözleri geçerli olur ve itiraz kabul edilmez. Fakat hakemler ıslah edemezler ve geçimsizliğin kaynağının kadın olduğu kanaatine varılırsa, aralarında muhale’aya hükmederler. Şayet geçimsizlik erkekten kaynaklandığına hükmederlerse, boşanmaya (tefrîk) hükmederler. Geçimsizliğin kaynağının eşlerden her ikisi olduğu kanaatine varılırsa, mehrin bir kısmı mukabilinde aralarını ayırırlar.⁷⁵ Hakemler eşlerin birbirlerinden ayrılmasına hükmederlerse, hâkim konumunda olduklarından, kararlarını uygulamaya koymak için vekâlet veya izne ihtiyaç yoktur. Sonuç olarak diyebiliriz ki: muhâle’a, eşlerin anlaşarak boşanmaya karar vermeleri olup, hiçbir tarafın haksızlığa uğramaması gereken bir boşanma şeklidir.

Kadının asli hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği bir evlilik birliğine kocanın ısrarla devam etmek istemesi, ayetlerle yasaklanmıştır. “...Fakat haksızlık ederek ve zarar vermek için onları nikâh altında tutmayın. Kim bunu yaparsa muhakkak kendine kötülük etmiş olur...”⁷⁶ “İddet müddetlerini doldurduklarında onları ya meşru ölçüler içerisinde (nikâhınız altında) tutun veya onlardan meşru ölçülere göre ayrılın.”⁷⁷ Şayet kocanın, yeni bir evliliğe gücü yetiyorsa, eski karısından hiçbir şey almadan onu boşaması daha iyi olur. Fakat ekonomik durumu kötü ise, karısından malî yardım almasında bir sakınca yoktur.

Şayet koca, boşanmayı gerekli kılacak kadar huzursuzluk çıkarıyorsa, karısından gelen muhâle’a teklifini reddetme hakkı yoktur. Böyle bir durumda mahkeme, kocayı muhâle’a teklifini kabul etmeye zorlayabilir. Şayet koca, bunu kabul etmemekte

⁷⁴ Ez-Zuhayli, a.g.e., s. 383; Döndüren, a.g.e., s. 440,.

⁷⁵ İbn. Rüşt. a.g.e., II,81.

⁷⁶ el-Bakara, 2/231.

⁷⁷ et-Talâk, 65/2.

diretirse ve aşırı geçimsizlik kadının asli haklarını ihlal noktasına gelmişse, mahkeme kocayı karısından ayırabilir (kazâî boşanma).⁷⁸

ff- Muhâle'a'nın Sonuçları:

Muhâle'a ile meydana gelen boşanma, bir bâin talâk olup, eşler yeniden evlenmek isterlerse yeniden nikâh yapmaları gerekir. Bu görüş İslâm hukukçularının çoğunluğuna ait olup, az bir kesime göre ise bu, talâk değil, fesihtir.⁷⁹

Bu boşanmanın talâk olduğunu savunanlara göre kadın, boşaması şartıyla kocasına bir bedel ödediği için, bunun bâin bir talâk olması gerekir. Yani sözün kadına geçtiği ve kadının rızası olmaksızın erkeğin tekrar eski karısına dönemediği bir ayrılık meydana gelmiştir. Muhale'a bir talâk olup, erkeğin üç boşama hakkından biri eksilmiş olur. Bâin talâkla biten bir evlilik, kadın isterse yeniden kurulabilir. Böyle bir durumda yeni bir nikâh ve yeni mehir gereklidir.⁸⁰

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

c- Kadının İsteği Üzerine Boşanma (Tefvîz-i Talâk)

Daha önce de belirttiğimiz gibi, İslâm Hukuku'na göre boşanma hakkı erkeğe ait olup, erkek bu hakkını bizzat kendi kullanabildiği gibi bir vekil aracılığıyla da kullanabilir. Bu vekil, herhangi birisi olabileceği gibi, karısı da olabilir. Fakat bundan ayrı olarak koca, boşama yetkisini bizzat eşine vermişse, bu yetki vermeye “tefvîz-i talâk”, karısına da “mufavvaza” denir.

Belirtmek gerekir ki, bu yolla kocalarından boşanan kadınlar enderdir. Hem kadınların İslâm'ın kendilerine verilen haklardan habersiz olmaları hem de böyle bir talepte bulunan kadınların hoş karşılanmamış olması, tefvîz-i talâk müessesini teoride bırakmıştır.

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

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

⁸⁰ İbn Kudâme, el-Muğnî, VII/.....; Karaman, a.g.e., s. 366.

aa- Tefvîz-i Talâkın Tanımı:

Kelime olarak tefvîz, bir işin tasarruf ve idaresini başkasına vermek ve havâle etmektir. Tefvîz-i talâk ise, İslâm Hukuku'nda, “erkeğin sahip olduğu boşama hak ve yetkisini hanımına vererek, boşanmayı onun irade ve isteğine bırakması” şeklinde tarif edilmektedir. Bu vekaletten farklı bir tasarruf olup, bundan kocanın vazgeçme hakkı yoktur.⁸¹

bb- Tefvîz-i Talâkın Çeşitleri:

Tefvîz, zamanla sınırlı olup olmamasına göre üç kısma ayrılır.⁸²

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

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

3- Genel Tefvîz: Zaman açısından bir sınırlama yapmadan kocanın boşanma hakkını kadına vermesidir. “*Ne zaman istersen boşa*” demesi gibi.

cc- Tefvîz-i Talâk'ın Meşru Oluşu:

Tefvîzin meşru olduğu ayet ve hadislerle sabittir. Kur'an'da “*Ey Peygamber! Eşlerine söyle: “Eğer dünya hayatını ve süslerini istiyorsanız gelin size bağışta bulunayım ve güzellikle salıvereyim. Eğer Allah'ı, peygamberini, ahiret yurdunu istiyorsanız bilin ki, Allah içinizde iyi davrananlara büyük ecir hazırlamıştır*”⁸³ buyrulmaktadır. Alimlerin çoğunluğuna göre, kadınların dünyayı tercih etmelerinden kasıt, boşanmayı talep etmeleridir. Dolayısıyla boşanma yetkisi onlara verilmiştir.⁸⁴

Hız. Aişe de, “Hz. Peygamber bizi serbest bıraktı, biz ise Allah ve Rasûlünü tercih ettik...”⁸⁵ buyurmuştur. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere, onların boşanmayı tercih ederek boşanabilme hakları vardı.⁸⁶

⁸¹ Bilmen, a.g.e., s. 177; Erdoğan, a.g.e., s. 447; İbn Rüşd, a.g.e., II, 41

⁸² Bilmen, a.g.e., II, 177.

⁸³ el-Ahzâb. 33/28-29.

⁸⁴ Kurtubî, el-Câmi li Ahkâmî'l-Kur'ân, XIV,170.

⁸⁵ Buhârî, Talâk, 5, VI, 165; Müslim, Talâk, 4, II, 1104; Ebu Davud, Talâk, 12, II, 653-654.

⁸⁶ Acar, a.g.e., s.214; Döndüren, a.g.e., 418-419; Yılmaz, a.g.e.,76.

dd- Tefvîz-i Talâk'ın Zamanı:

Boşama yetkisinin kadına devri, nikâh akdinden önce yapılacağı gibi nikâh anında veya daha sonra da yapılabilir.

Hanefilere göre erkeğin nikâh akdinden önce “Şayet evlenirsek dilediğin zaman kendini boşayabilirsin” şeklinde kadına boşama yetkisini vermesiyle kadın boşama yetkisine sahip olmuş olur. Hanefilerin bu görüşü, boşamanın nikâh öncesinde mümkün olabildiğini ve talâkın evlilik şartına bağlanmasını caiz görmelerinin bir sonucudur.⁸⁷

Daha önce belirttiğimiz gibi tefvîz-i talâk ile boşanan kadın sayısı azdır.⁸⁸ M. Akif Aydın, konuyla ilgili olarak şer’iyye sicillerinde boşama yetkisinin koca tarafından kadına verildiğinin örneklerine nadiren de olsa rastlanıldığı, bu yetkinin nikâh esnasında verildiğinin örneklerine rastlanmadığı, bunun tek istisnasının Osmanlı padişahlarının kızlarının olduğunu belirtmiştir. Bu uygulamayı da tüm Osmanlı tarihine teşmil etmek mümkün değildir. Özellikle XVI. yy.’dan sonra bu uygulama varlığını göstermektedir.⁸⁹

ee- Boşama Yetkisinin Devri Konusunda Tefviz, Tevkil ve Temlik Terimleri Arasındaki Farklar:

Kocanın boşanma yetkisini karısına vermesine tefvîz-i talâk denildiğini belirtmiştik. Tefvîz bazı sözcükler kullanılarak ifade edilir. Mesela, “*nefsini ihtiyar et*”, “*işin kendi elindedir*”, “*dilersen kendini boş*.”⁹⁰ Bu tabirlerle koca, kadına boşama hakkını bazen kendi adına kullanması niyetiyle verirken (tevkil), bazen de boşanma yetkisini tamamen kadının salahiyetine vermeye (temlik) niyet eder. Bazı mezheplere göre **tevkil** ile **temlik** aynı şey olarak kabul edilirken, bazılarına göre ise, farklı sonuçlar doğuracağı için, aynı şeyler değildir.⁹¹

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

⁸⁷ İbn Âbidîn, a.g.e., VI, 349; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 334.

⁸⁸ Bkz. Tablo.?

⁸⁹ Aydın, M. Akif, İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, s. 110-112

⁹⁰ Cin, a.g.e., s. 68.

⁹¹ İbn Rüşd, a.g.e., III/41; Döndüren, a.g.e., s. 138.

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

ff- Tefvîz-i Talâk’ın Sonucu:

Boşanma hakkına sahip kadının, bu hakkını kullanarak kocasından boşanması bir ayırıcı (bâin) talâk meydana gelmiş olup, kadının rızası olmadığı müddetçe erkek evlilik birliğine dönemez. İster tefviz, ister temlik, isterse tevkil niyetiyle olsun, durum aynıdır.⁹²

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

Tefviz-i talâk verilmiş kadının, bu hakkına dayanarak kocasından ayrılması durumunda kaç talâkla boşandığı hususunda ihtilaf vardır. Bazılarına göre sadece bir talâk meydana gelirken, bazılarına göre ise, koca bu yetkiyi verirken kadına kaç talâk hakkını kullanabileceğini söylemişse, en fazla o kadar talâk ile kocasından ayrılabilir.⁹³

İslâm’ın kadınlara verdiği bu hak, kişilerin inisiyatifine bırakıldığı için gerektiği gibi kullanılamamıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kadınların büyük bir kısmı böyle bir haklarının olduğundan haberdar değildir. Bu hakkın farkında olanlar ise kınanmak ve kötü niyetli olmakla suçlanmaktan korkarak bu haklarını savunamamaktadırlar. Tarihte uygulamasına hemen hemen hiç rastlanmayan bu tür boşanma şekli, sadece kitaplara konu olmuş, boşanmak isteyen kadınlar da tüm haklarından feragat etmek

⁹² Cin, a.g.e., s. 69; Döndüren, a.g.e., s. 418.

zorunda kalmışlardır.⁹⁴ Devletin bu hususta yapacağı yeni düzenlemeyle bir çok kadın, İslâm'ın vermiş olduğu bu yetkiyle uğradığı bir çok haksızlıktan kurtulmuş olacaktır.

d- Mahkeme Yoluyla Boşanma (Tefrîk)

İslâm Hukukunda boşanma yetkisinin üçüncü ayağını mahkeme oluşturur. **Kazâî Boşanma** veya **Tefrîk** denilen bu tür boşanmalar, bazen mahkemenin bizzat müdahalesi ile, bazen de eşlerden birinin talebi ile meydana gelir.⁹⁵

Mahkemenin evlilik birliğine son vermesi, iki durumda söz konusu olabilir. Birincisi, mevcut evlilik birliğinin İslâm hukukuna ters düşecek şekilde meydana gelmiş olması. İkincisi ise, taraflardan birinin veya her ikisinin boşanma talebiyle mahkemeye başvurmaları.

aa- Mahkemenin Bizzat Evlilik Birliğine Son Verdiği Durumlar

1- Evlilik birliği için gerekli hukukî şartların eksik olması: Bu konu boşanmayı dolaylı olarak ilgilendirmektedir. Çünkü mahkemenin evlilik birliğini feshetmesi boşanmaya benzese de aynı şey değildir. Türk Medenî Kanununda **butlan** konusunda ele alınan bu konuyu çalışmamız içine almadık.

İslâm Hukuku'na göre bir evliliğin hukuka uygun olabilmesi için, bazı şartların yerine getirilmesi gereklidir. Bu şartlar; in'ikad (meydana gelme) şartları, sıhhat şartları, nefâz (yürürlük) şartları, lüzûm şartlarıdır. Bu şartlarından birinin eksik olması halinde akdedilmiş olan nikâh meşru olmayıp hemen sona erdirilmelidir. Şayet eşler evlilik birliğine devam etmek isterlerse mahkeme tarafından sona erdirilir. Hukuk-ı Aile Kararnamesinde bu konu, şöyle dile getirilir: "*Ale'l-ıtlak nikâh-ı bâtil ve fasidde tarafeynin zevciyyet üzere bekâları memnûdur. Müfâratat etmeleri sûretde bi'l-muhakeme beynleri tefrik olunur.*"⁹⁶

Evlenenlerin ehliyetsiz olması, eşlerin evliliğe karşılıklı rıza ile evlenmemeleri, evliliğe engel teşkil edecek geçici veya sürekli bir durumun olması, şahitlerin olmaması

⁹³ ez-Zuhaylî, a.g.e., s. IX, 332-333; Yılmaz, a.g.e., s. 95.

⁹⁴ Osmanlıdaki boşanma şekillerine göre boşanma oranları için bkz: Kurt, Abdurrahman, Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi, Uludağ Üni. Basımevi, Bursa, 1998, s. 57.

⁹⁵ İbn Rüşd, a.g.e. III/ ; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 403.

⁹⁶ H.A.K., md., 77.

vb. gibi durumlar fesih yoluyla mahkemenin evlilik birliğine son verdiği durumlara örnektir.⁹⁷

2- Evlilik akdinden sonra meydana gelen engeller: İslâm dininden çıkma veya eşi müslüman olduğu halde kocanın İslâm'a girmemekte direnmesi, hurmet-i müsâhare, zihâr, liân, îlâ eşlerin mahkeme tarafından ayrılmasına yeterli sebeplerdir.⁹⁸

bb- Eşlerden Birinin İsteği Üzerine Mahkemenin Evliliğe Son Vermesi

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

1- Kocanın Mahkemeye Başvurması:

İslâm Hukuku'na göre koca, boşamaya ehliyetli olduğu için, çoğu kez mahkemeye baş vurmada karısından boşanabilmektedir. Böyle bir boşanmada kocanın kararını mahkeme tarafından onanması da gerekli değildir.

Fakat koca karısını boşadığı zaman, büyük çapta maddî zararlara uğramaktadır. Bundan dolayı erkek, şayet boşanmayı gerekli hale getiren kadınsa, bizzat kendi yetkisiyle boşamayıp mahkeme kanalıyla boşanmak isteyebilir. Böyle erkek, boşanmadan dolayı karşılaşacağı maddî zarara kadını da ortak etmiş olmaktadır. Erkeğin bu amaçla mahkemeye başvurabilmesi için şu durumlardan birinin olması gereklidir:

i- Cinsel Birleşmeye Engel Olan Kusurlar: Cinsel birleşmeyi imkansız kılan bir durumun olması.⁹⁹ Bu durumun evlilikten önce de var olması ve erkekten saklanmış olması gereklidir. Fakat evlilikten sonra meydana gelen bu tür hastalık veya ayıplar koca için mahkemeye baş vurma sebebi değildir. Ayrıca boşanma için ileri sürülen hastalık veya eksikliğin tedavisi imkansız olması gerekir.¹⁰⁰

⁹⁷ Döndüren, a.g.e., s. 160; Acar, a.g.e., s. 228.

⁹⁸ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX,276; Dalgın, a.g.e., s. 142.

⁹⁹ Hanefilere göre tefrik için yeterli sebep değildir.

¹⁰⁰ Dalgın, a.g.e., s.155; Yılmaz, a.g.e., s. 138.

ii- Kadında İğrenç ve Bulaşıcı Hastalıkların Olması: Bu tür hastalıkların da önceden biliniyor olması ve erkekten gizlenmiş olması şarttır. Klasik hukukçular, kendi dönemlerinde mevcut olan bu tür hastalıkları zikretmişlerdir. Günümüzde yeni ortaya çıkan bu özellikteki bütün hastalıklar boşanma sebebi sayılır.

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

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

v- Kadının Kocasına İtaat Etmemesi: Kadının kocasına kafa tutması ve isyankar tavırları aile içinde huzursuzluk çıkaracak bir noktaya gelmesi halinde erkek, isterse talâk yoluyla isterse mahkeme yoluyla karısını boşayabilir.¹⁰¹

Hanefiler erkeği mahkeme yoluyla (tefrîk) boşanmasından daha ziyade talâkla karısını boşamasını istemiştir. Kanaatimizce bu şekilde bir düzenleme yapmasının amacı, kadının gözetilmesidir. Erkeğin karısına verdiği mehri geri almayarak ona destek olması ve böylece karısına en azından maddi destek sağlaması, bir müslüman için en güzel davranış olacaktır. Fakat kadının kötü niyetli olduğu açıksa, erkeğin mahkeme yoluyla boşanması mümkündür.¹⁰²

2- Kadının Mahkemeye Başvurması:

İslâm hukukuna göre kadın, boşama yetkisine sahip değilse, maddî haklarında vazgeçmeden ancak mahkeme yoluyla boşanabilir. Şayet aile birliğini çekilmez hale getiren koca, boşanmamakta direniyorsa kadının mahkemeye başvurarak boşanma hakkı vardır. Osmanlının son dönemlerine kadar kadına mahkeme yolunu hemen hemen

¹⁰¹ Karaman, a.g.e., I/ 373; Yılmaz, a.g.e., s. 136.

¹⁰² ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 405; Yılmaz, a.g.e., s. 141.

kapayan düzenlemeler değiştirilmiş ve Malikî mezhebinin görüşleri temel alınarak kadına mahkemeye başvurma hakkı da genişletilmiştir.

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



II- BEŞERÎ HUKUKTA BOŞANMA

İnsanların kendi çaba ve gayretleri ile meydana getirdikleri hukuk sistemlerine beşerî hukuk denir. Aslında tüm hukuk sistemleri insanlar tarafından oluşturulmuştur. Fakat bazıları dinî referanslara sahip oldukları için, beşerî özelliğinden çok dinî özelliğine vurgu yapılır. Aslında hukuku oluşturan bir çok hüküm ve düzenlemeler insanlara ait olmasına rağmen, asıl kaymak din olduğu için beşerî olarak isimlendirilmezler. Böylece diğer hukuk sistemlerinden belirgin bir şekilde ayrılmış olurlar.

İster beşerî olsun ister dinî olsun tüm hukuk sistemlerinin en genel amacı insanların mutluluğunu sağlamaktır. İnsanların mutluluğu ise adaletle yani güçlünün zayıfın haklarını ihlal etmesine engel olmakla mümkündür. Zenginin fakiri, kuvvetlinin kuvvetsizi, hürün köleyi, çoğunluğun azınlığı, yetişkinin çocuğu, erkeğin kadını koruyup gözetdiği bir dünya mutlu ve huzurlu bir dünyadır.

Bundan dolayı tüm hukuk sistemleri, boşanma konusunda düzenleme yapmak gereğini duymuşlardır. Hukuk sistemleri boşanma konusunda iki açıdan adaleti sağlamaya çalışmışlardır: “Kadın-erkek arası adalet” ve “birey-toplum arası adalet.” Yani erkeğin kadını, toplumun bireyi görmezden gelmesine engel olmak. Tarihte daha çok kadın erkek arası ihlaller söz konusu olurken, artık toplum birey dengesinin kurulmasında problemlerin ortaya çıktığı görülmektedir.

Bütün hukuk sistemleri, boşanma konusunda genel amaçlar itibariyle aynıdır. Fakat bu genel amaçlara ulaşmak için hep aynı yolu kullanmamışlardır. Yöntem farklılığı diyebileceğimiz bu farklılığın kaynağında bir çok etken vardır. Bu farklılıkların olması asıl amacın da farklı olduğu zannedilmemelidir.

Beşerî hukukun en güzel örneklerinde biri olan ve bizim yakından bildiğimiz Türk Medenî Kanunun konuyla ilgili düzenlemelerine geçmeden önce, beşerî hukuklarda boşanma hukukunun genel yapısını belirleyen *temel ilkeleri* kısaca da olsa belirtmek, konunun anlaşılması için faydalı olacaktır.

A) BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER

1- İrade İlkesi:

Bu ilkeye göre evlilik, tarafların iradeleri ile kurulduğuna göre yine onların iradeleri ile sona erdirilebilmelidir. Bu ilke, boşanmayı doğrudan doğruya tarafların iradelerine dayandırmaktadır. Eğer karı kocadan yalnız birinin boşanma iradesiyle yetinilirse, boşanma nedenleri esasından tamamen vazgeçilmiş ve serbest boşanma kabul edilmiş olur. Buna karşılık, iki tarafın iradesi, diğer bir deyişle, bu konuda eşlerin anlaşması gerekli görülürse, bu durum serbest boşanmaya bir ölçüde yaklaşılmış olur; bununla birlikte, tarafların boşanma hususunda anlaşmaları evlilik birliğinin kökünden sarsıldığının bir göstergesi olduğu kabul edilirse, bir anlamda irade ilkesi değil, yine düzen bozukluğu (evlilik birliğinin kökünden sarsılması) ilkesine dayanılmış olacaktır.¹⁰³

2- Kusur İlkesi:

Bu ilkeye göre, boşanma ancak eşlerden birinin kusurlu olup evlilik bağına zedelemesi halinde söz konusu olur. Bu durumda, yalnız kusurlu olan eşe tanınan boşanma hakkı, hem kusurlu eşe uygulanan bir ceza, hem de zarar gören eşi koruyan bir hukuksal araç niteliğini taşımaktadır. Kusur ilkesi açısından, ortak yaşam yalnızca kusursuz eş yönünden çekilmez hale gelmiş sayılmakta ve ondan artık evliliği sürdürmesi istenememektedir. Buna karşılık, evlilik bağına kendi kusuruyla zedeleyen eş, boşanmayı talep edememektedir.¹⁰⁴

Son değişiklikten önceki İngiliz hukukunda, Fransız Medenî Kanununda ve Alman Medenî Kanununda bu prensip hakimdir. Bu hukuklara göre, boşanma sebebi, kusurlu bulunan eş bakımından incelenir. Böylece bu prensibin kabul edildiği ülkelerde - karı kocanın huylarının ve karakterlerinin hiçbir surette uyuşmaması durumunda olduğu gibi- eşlerin açık kusuru olmasa bile, bunlar boşanabilmek için mahkemede

¹⁰³Hatemi, Hüseyin-Serozan, Rona, Aile Hukuku, s. 204-205; Köprülü, Bülent-Kaneti, Selim, Aile Hukuku, s.142.

¹⁰⁴Köprülü-Kaneti,a.g.e., s.142.

birbirine olmadık kusurular yüklemek zorunda kalmışlardır. Halbuki kusur, evlilik birliğinin kökünden sarsıldığını belirtmez; olsa olsa bu birliğin sarsılmasında, diğer bir çok sebeplerden sadece biri olabilir. Demek ki, sadece kusur prensibi boşanmada gerçek ve objektif ihtiyaca cevap vermekten uzaktır.¹⁰⁵

3- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması İlkesi:

Bu ilke, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp bozulması halinde, boşanmayı öngörmektedir. Meydana gelen düzen bozukluğu, evliliğin amaç ve işlevini yok etmekte ve devamını toplumsal açıdan zararlı hale getirmektedir. Bu açıdan, bu ilkeye toplum menfaati ilkesi de denebilir. Çünkü böyle bir durumda evliliğin devamında ısrarlı olmak, yarar yerine zarar getirir. Taraflar arasında artık düzen, sevgi, saygı, güven ve gerekli ilgi kalmadığı için, evliliğin sona ermesini kabul etmek gerekir. Aksine bir davranış, taraflar arasındaki kötü durumu, daha da arttıracaktır.¹⁰⁶

Eşler için bu kadar zararlı sonuçlar doğurabilen bir evliliğin, hem çocuklar hem de toplum için zararlı olacağı muhakkaktır. Bu prensibe göre, boşanmaya karar verirken, meselenin daha çok toplum yönünden incelenmesi gerekmektedir. Kökünden sarsılmış bir evlilik birliği, kendinden beklenen gayeleri artık gerçekleştirmekten uzaklaşmışsa, ona boşanma imkanı verilmelidir. Bu evlilik, ister eşlerin hatası olsun ister olmasın, kuruluş gayesine hizmet edemediğine göre, eşler bu birliktelikten maddî ve manevî olarak ayrılmış olmaktadır. Artık bunları hukuken birbirine bağlı tutmanın faydası ve anlamı kalmamıştır.¹⁰⁷

4- Elverişsizlik İlkesi:

Bu ilke uyarınca, eşlerden biri, bedensel ya da ruhsal yönden, evlilik birliğini sürdürebilme yeterliliğini yitirip evliliğe elverişsiz duruma gelirse, diğer eş evlilik

¹⁰⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 184.

¹⁰⁶ Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 143.

¹⁰⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., II/185.

bağının sona erdirilmesini isteyebilir. Örneğin, iktidarsızlık, kısırlılık, bulaşıcı ve tiksinti veren hastalıklar, akıl hastalığı böyledir.¹⁰⁸

5-Eylemli Ayrılık İlkesi:

Evlilik bir yaşam birliğidir. Eşler beraber olmayı istemedikleri için eylemli olarak ayrı yaşıyorlarsa, evliliğin amacı ve anlamı ortadan kalkmış demektir. Eşler, eylemli olarak birbirinden kopmuşsa, evlilik bağının çözülmesine imkan sağlamak gereklidir. Eylemli ayrılık ilkesinin uygulanmasında eşlerin kusurlu olup olmadığı veya evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı önem taşımaz. Önemli olan eylemli ayrılık durumudur. Eylemli ayrılık ilkesinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, eylemli ayrılık süresinin çok dikkatli olarak belirlenmesine bağlıdır. Eylemli ayrılık süresinin kısaltılması, tek taraflı boşanmaya yol açar; uzun tutulan süre ise yeni bir evliliği zorlaştırır.¹⁰⁹

B- TÜRK MEDENİ KANUNUNUN BOŞANMA KONUSUNDAKİ GENEL EĞİLİMİ

1- Türk Hukukunun Boşanmaya Yaklaşımı:

Osmanlının son döneminde hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnamesi, tüm ameli ehl-i sünnet mezheplerinin fikirlerinden istifade edilerek zamanın şartlarına en uygun düzenlemeler içermesine rağmen, uzun ömürlü olmamıştır. 1917 tarihinde Mecelle tadil komisyonun tayin ettiği bir heyetin hazırladığı kanunname, hem içten hem de dıştan bir çok eleştiriye uğradığı için, gereken iyileştirmeyi sağlayamamış ve 19 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.¹¹⁰

Hukuku-ı Aile Kararnamesinin kaldırılıp 04 Ekim 1926'da İsviçre Medeni Kanununun kabulünden sonra, kadın-erkek eşitliğine dayanan ve evlenme-boşanma işlemlerinin bizzat resmi kurumlar tarafından yapılmasını öngören yeni bir hukuk kabul

¹⁰⁸ Oğuzman, Kemal-Dural, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İst. 1994. s. 121; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 144.

¹⁰⁹ Oğuzman, Kemal-Dural-Mustafa, Aile Hukuku, s129; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 144.

¹¹⁰ Aydın, Mehmet Akif, İslâm-Osmanlı Hukuku Araştırmaları, s. 17.

edilmiştir. Kökeninde Hristiyanlığın bulunduğu bu hukuk sisteminin, Müslüman Türk toplumunun genel ahlak, örf ve geleneklerine uymayan kısımları dışarıda bırakılmıştır. Fakat yeni kurulan Türk Devleti'nde yapılmış olan inkılapların sonucu olarak, İsviçre hukuk sistemi büyük çoğunlukla kabul edilmiştir.¹¹¹

Tüm hukuk sistemleri gibi Türk hukuk sistemi de, aile kurumunu korumayı prensip olarak belirlemiştir. Ayrıca kurulan ve sona erdirilen bir aile birliğinde tarafların zarar görmemesi için gerekli düzenlemeler yapmıştır. Aile hukukunu düzenleyen kanun maddeleri, Anayasanın aşağıdaki ilkelerinin çerçevesinde hazırlanmıştır: a) Aile toplumun temelidir.¹¹² b) Aile birliği korunmalıdır.¹¹³ c) Eşler eşittir.¹¹⁴

Toplumsal temeli olan aile, devletin kontrolünde kurulmalı ve yine aynı şekilde sona erdirilmelidir. Kişilerin inisiyatifine bırakılmasının bazı mahsurları olacağı için, hiçbir sebep yokken boşanmak isteyenlere izin verilmemiştir. Boşanmayı, kocanın iki dudağı arasında çıkacak bir kelimeye bağlamak, evliliklerin geçici olarak kurulmasına imkan sağlayabilmektedir. Kocanın hiç kimseye danışmadan karısını boşayabilmesi kadar eşlerin karşılıklı anlaşarak boşanmaları da o derece zararlı sonuçlar doğurmaktadır. Bundan dolayı kocanın eşlerin tek taraflı veya anlaşarak boşanmaları yasaklanmıştır. Kocanın, rızası olmadan karısını boşaması, kadına ne kadar zarar verirse, eşlerin anlaşarak boşanmaları da, topluma ve varsa çocuklara o kadar zarar verecektir. Bundan dolayı eşlerin anlaşarak boşanabileceği prensibi, İsviçre Medeni Kanunu tarafından kabul edilmesine rağmen, Türk Medenî Kanununa alınmamıştır.¹¹⁵

Daha önce, *irade ilkesine* yer vermeyen Türk Medenî Kanunu, 04-05- 1988 tarihli ve 3444 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle bu ilkeyi kabul etmiştir.¹¹⁶

Yapılan bu değişiklik, aşağıdaki kararları öngörmektedir:

a) “Şiddetli geçimsizlik” nedeniyle boşanma, “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” şeklinde adlandırılmıştır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle

¹¹¹ Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, s. 2-3; Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 9.

¹¹² TCA. md. 41.

¹¹³ TCA. md. 41.

¹¹⁴ TCA. md. 10.

¹¹⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 182.

boşanma davası açan taraf için evlilik, devamında davacı ve çocuklar açısından her hangi bir fayda sağlamayıp bilakis zarar verdiği anlamına gelmektedir.¹¹⁷

b) Evlilik en az bir yıl sürmüşse, tarafların anlaşmasıyla boşanma kabul edilmiştir.¹¹⁸

c) Eylemli ayrılık nedeniyle boşanma kabul edilmiştir.¹¹⁹

Türk Medeni Kanunu, eşlerin anlaşarak boşanabilme prensibini İsviçre Medenî kanununda olmasına rağmen Türk milletinin sosyal yapısına ve kültürüne uyuşmaması dolayısıyla 1988 tarihli 3444 sayılı yasaya kadar kabul etmemiştir. O dönemin önde gelen hukukçuların çoğu tarafından reddedilen bu prensibin, Türk toplum yapısına uymadığı belirtilmiş ve bu prensibi savunanlar keskin bir dille eleştirilmişti. Fakat zamanla bu prensibin taraftarları artmış ve 1988’de resmen kabul edilmek zorunda kalmıştır. İlk dönem hukukçulardan olan Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’nun konuyla ilgili görüşlerini vererek, bu prensibin olumlu ve olumsuz yönlerini görelim.

“Karşılıklı anlaşma ile boşanmanın, Türk Medeni Kanununa eklenmesinin bizde de taraftarları vardır. Fakat bizce bu sistem, memleketimiz bakımından sakıncalıdır. Biz bu suretle boşanma usulünü kabul edersek, o zaman, toplumsal varlığımız, sosyal ve ahlaki yapımız için tehlikeli bir yol açmış oluruz. Bugün boşanma isteyenlerden acaba kaçta kaç söz birliği etmiştir? Bu nispet çok azdır ve sözbirliği ettikten sonra boşanamayan eşlere rastlamak da imkansızdır. Gerçi buna karşı: “Söz birliği ile boşanmaya cevaz vermemek, eşleri kanun hilelerine müracaata mecbur kılıyor ve bu suretle umumi ahlak bozuluyor” denilebilir ise de, bu usulün kabul edilmesi halinde doğacak sakıncaların yanında, yukarıda ki mahsur çok küçük ve önemsiz kalır. Bundan dolayı fikrimizce, karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul etmek, Türk camiasının dayandığı aile düzenini bozar. Taraflara, istedikleri zaman evlenip, istedikleri zaman boşanma imkanı vermek, düşüncesiz ve hatta geçici evlenmelere yol açar ve bu suretle aile mefhumunun yıkılmasına sebep olur. Düşünmek lazımdır ki, insan tabiatı olgun değil, kusurlu ve noksanlıdır. Bundan dolayı böyle bir serbesti kötüye kullanılır; toplumda

¹¹⁶ Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 212.

¹¹⁷ TMK., md. 134/II.

¹¹⁸ TMK., md. 134/III.

¹¹⁹ TMK., md. 134/IV.

*karışıklığa, bünye bozukluğuna sebep olur. Evlilik, yalnız zevk ve eğlence için kurulmaz; bunun- nahoşta olsa- karı-kocaya yüklediği mükellefiyetler vardır; bu mükellefiyetler bir taraftan birbirine karşı, diğer taraftan da çocuklara ve topluma karşıdır. Bundan dolayı söz birliği ile boşanma esası kabul edilecek olursa, bu ödevler biraz ağır gelmeye başlayınca, ondan kurtulmak, fena ve istikrarsız sonuçlar doğurur. Bugün karşılıklı rıza ile boşanmanın kabul edildiği İskandinavya, Belçika, ve Lüksemburg gibi ülkelerde dahi bu tür boşanmaya karşı olanlar vardır.*¹²⁰

Kendi istekle evlenmelerine rağmen anlaşılmayan nice eşler vardır. Rûhî ve fizikî açıdan birbirlerine uyum sağlayamamış eşlerin, bu evlilik birliğini devam ettirmeleri anlamsızdır. Çünkü yeni bir neslin oluşması için sadece eşlerin cinsel birleşmeleri yeterli olsa da, sevgi, hoşgörü ve dayanışmanın olmadığı bir ailede yetişen çocuklardan oluşan bir nesil, topluma faydadan daha çok zarar getirecektir. Bundan dolayı devletin eşleri böyle bir evlilik birliğini devam zorlaması hem fertler açısından hem de toplum açısından doğru değildir. Böyle bir evlilik, ya aile birliğinin kökten sarsılması noktasına gelene kadar devam edecek ya da duygusal bir birlikteliğin olmadığı “mantık evliliği” şeklinde devam edecektir ki, bu da, aile kurumundan beklenen vazifelerin yerine getirilmesini imkansız kılacaktır.

Bundan dolayı ahlakî yapının güçlü olduğu bir toplumda, eşlerin isteği üzerine aile birliğinin sona erdirilmesi en doğru olanıdır. Fakat ihtilal sonrası Rusya’da olduğu gibi, ahlakî çöküntünün olduğu bir toplumda, bu durum büyük istismarlara yol açacağı için, boşanmalar artacak ve toplum olumsuz etkilenecektir.¹²¹

2- Türk Medenî Kanununa Göre Boşanma Sebepleri

Bu konu ayrı bir başlık altında Hukuk-ı Aile Kararnamesinin ilgili maddeleriyle karşılaştırmalı olarak ele alınacağı için, burada konu bütünlüğünü korumak için sadece Türk Medenî Kanunundaki konuyu düzenleyen maddeleri zikredeceğiz.

¹²⁰ Velidedeoğlu, a.g.e., II/180-181

¹²¹ Cin, Halil, age. s. 20.

a- Boşanmanın Özel Sebepleri:

Zinâ: “Karı kocadan her biri, diğerinin zinâ etmesi sebebiyle, boşanma davası açabilir.”¹²²

Cana Kast ve Pek Fena Muameleler: “Karı kocadan her biri, diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek fena muamelede bulunulması sebebiyle boşanma davası ikame edebilir.”¹²³

Yüz Kızartıcı Suç ve Haysiyetsiz Hayat Sürme: “Karı kocadan her biri, terzil edici (yüz kızartıcı) bir suç işleyen yahut kendisiyle birlikte yaşamayı çekilmez bir hale getirecek derecede haysiyetsiz bir hayat süren diğ er eş aleyhine her zaman boşanma davası açılabilir.”¹²⁴

Terk: “Karı kocadan biri, evlenmenin kendisine tahmil ettiğ i (yüklediğ i) vazifeleri ifa etmemek maksadiyle diğ er eş i terk ettiğ i veya mühik (haklı) bir sebep olmaksızın evine dönmediğ i takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte ise, diğ er eş , boşanma davasını açabilir.”¹²⁵

Akıl Hastalığı: “Karı kocadan biri üç yıldan beri devam eden bir akıl hastalığına yakalanmış olup da bu hastalık müşterek hayatın devamını diğ er eş için imkansız hale getiriyorsa ve şifası kabil olmadığı da ehilleri tarafından tasdik edilmiş bulunursa, diğ er eş in her zaman boşanma davası açma hakkı vardır.”¹²⁶

b- Boşanmanın Genel Sebepleri

Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması: “Evlilik birliğ i, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış sa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.”¹²⁷

Eşlerin Boşanma Hususunda Anlaşması: “Evlilik en az bir yıl sürmüş se, eşlerin birlikte baş vurma sı ya da bir eş in diğ erinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik

¹²² TMK., md. 129.

¹²³ TMK., md. 130.

¹²⁴ TMK., md. 131.

¹²⁵ TMK., md. 132.

¹²⁶ TMK., md. 132.

¹²⁷ TMK., md. 134/II.

birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerini serbestçe açıklandığına kanaat getirilmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumları hususunda yaptıkları anlaşmayı, hukuka uygun bulması şarttır. ”¹²⁸

Müşterek Hayatın Kurulamaması (Fiilî Ayrılık): “Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi halinde, her ne sebep olursa olsun, müşterek hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verilir. ”¹²⁹



¹²⁸ TMK., md. 134/III.

¹²⁹ TMK., md. 134/IV.

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

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

İslâm Hukuku, prensip olarak erkeğe boşama yetkisini, kadına ise boşanmak için mahkemeye başvurma hakkını vermiştir. Fakat kadının bazı yollarla boşanma hakkı olduğu gibi erkeğin de mahkeme kanalıyla boşanma hakkı vardır. Daha çok kadınların boşanmak için başvurdukları *kazâî boşanma* dediğimiz bu boşanma türü, Malikî mezhebinin görüşleri esas alınarak Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 119-130. maddelerinde düzenlenmiştir.¹³¹

İslâm hukuku, boşanma sebepleri arasında genel ve özel diye bir ayrım yapmamıştır. Fakat boşanma sebeplerini, “*kişilerin kendi iradeleriyle evlilik birliğine son verebildikleri*” ve “*mahkemenin boşanma için yeterli bir durumun bulunduğuna hükmettiği*” boşanma sebepleri diye bir taksim yaparsak o zaman bütün boşanma yöntem ve sebeplerinin hukuk mantığı itibarıyla aynı olduğu anlaşılır. Türk Medenî Kanununun 134. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre “*müşterek hayatın kurulamaması (fiilî ayrılık) ve eşlerin boşanma hususunda anlaşmaları*, mahkemenin boşanma için gerekli bir durumun olup olmadığını tetkik etmeden boşanmaya hükmetmesi gereken boşanma sebepleridir. İslâm hukukunda ise erkeğin veya boşanma yetkisi verilmiş kadının (tek taraflı) boşanmaya hükmetmesi ve muhâle'a (eşlerin anlaşarak) ile boşanmaları mahkemenin yetkisi dışında meydana gelen boşanma şekilleridir. Türk Medenî Kanununun geri kalan boşanma maddeleri ile İslâm hukukun

¹³⁰ Oğuzman, Kemal; Dural, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Yay. İst. 1994, s. 113; Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 190; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s.150-177; Tekinay, a.g.e., s. 187; Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 217.

¹³¹ Çeker, Orhan, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s.55-58; Aydın, Mehmet Akif, a.g.e., s. 34.

tefrîk veya kazâî boşanma denilen boşanma şekli ise mahkemenin tedkîk ve araştırmaları sonucunda mümkün olabilecek boşanma sebepleridir.

Birinci boşanma sebepleri arasında sadece bir farktır; İslâm hukukuna göre tek taraflı boşanma mümkünken Türk Medenî Kanunu ise ancak karşılıklı anlaşma durumunda boşanmanın olabileceğini öngörmüştür. İyice tetkik edilince görüleceği üzere, tek taraflı boşanmaların da dolaylı bir ittifakla meydana gelir. Şöyle ki, kadının boşanma yetkisini talep etme hakkı olduğu halde istememesi, kocasının bu konuda vereceği kararlara şimdiden razı olduğunu gösterir. Tersî de aynıdır. Yani erkeğin boşanma hakkını kadına vermesi, onun ileride vereceği her türlü kararı şimdiden kabul ettiğini gösterir. Bu itibarla hem kocanın hem de kadının tek taraflı boşanmaları gizli bir anlaşmayla olmuş demektir.

İkinci boşanma sebepleri ise asıl karşılaştırmamıza konu olduğu için, şimdi geniş bir şekilde bu maddeleri ele alalım. Bu maddeleri karşılaştırılmasını, Türk Medenî Kanununun yaptığı ayrımı baz alarak yapacağız.

A- Boşanmanın Özel Sebepleri

1- Zinâ: Bütün hukuk sistemleri zinâyı boşanma için yeterli görmüşlerdir. Zinâ evlilik birliğine yapılan en büyük sadakatsizliktir. Hatta, boşanmaya karşı olan Katolik mezhebi bile, zinâyı ebedi ayrılık sebebi kabul etmiştir. Türk Medenî Kanununa göre de zina, evlilik birliğinin sona erdiren mutlak bir sebeptir.¹³²

Türk Medenî Kanununa göre, *“Karı kocadan her biri, diğerinin zinâ etmesi sebebiyle, boşanma davası açabilir”*.¹³³ Kanun zinadan anlaşılacak manayı belirtmemiştir. Genellikle zinâ, evli bir kimsenin, eşinden başka biriyle cinsî münâsebette bulunması olarak anlaşılmıştır. Fakat kanunda, bir eşin kusuru olmadan böyle bir münasebette bulunmasının zinâ sayılmayacağı belirtilmektedir.¹³⁴

Türk Medenî Kanununa göre zinâ, mutlak bir boşanma sebebidir; yani zinâ olayı ispat edildikten sonra hakim, artık bu olayın eşler arasındaki müşterek hayatı

¹³² Velidedeoğlu, H. Veldet, age., II., 193.

¹³³ TMK., 129.

¹³⁴ Oğuzman-Dural, Aile Hukuk, s. 114; Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 193.

çekilmez hale getirip getirmediğini araştırıp incelemeyiz. Diğer eşin isteği üzerine, doğrudan doğruya boşanmaya karar verir.¹³⁵

Zinâ suçu sabit olmasına rağmen diğer eşin affetmesi halinde dava kendiliğinden düşer. Şayet diğer eş, malî veya çocuklarla ilgili bazı kaygılardan dolayı zinâ eden eşten boşanmak istememiş ve bunun üzerinden de beş yıl geçmişse bu sebepten dolayı mahkemeye başvurma hakkı yoktur. Zinâ, evli biri için eşine karşı ihanet sayılmış ve affetme yetkisi diğer eşe verilmiştir. Diğer eş affederse zinâ her hangi bir hukukî sonuç doğurmayacaktır. Fakat Türk Ceza Kanununa göre, kadının bir kez bile olsa zinâ etmesi suç sayılırken erkeğin bu işi alışkanlık haline getirmesi veya başka biriyle karı-koca gibi yaşaması suç sayılmıştır.¹³⁶

İslâm hukuku, hem evlinin hem de bekarın, nikah bağı olmayan biriyle cinsel ilişkiye girmesini suç olarak kabul etmiştir. Zinâ, dolaylı olarak bütün topluma zarar verdiği için, kul hakkından ziyade, kamu düzeninin ihlali olarak kabul edilmiştir. Bütün topluma zarar veren suçlar, Allah hakkı (hukukullah) olarak kabul edilmiş ve kutsiyet atfedilmiştir. Bundan dolayı devlet başkanının veya hukuk adamlarının, bu hakları ihlal edenleri affetmeleri söz konusu olamaz. Zinâ edenin eşi ise affederek zinâ suçunu düşüremez. Çünkü zinâ eşlerin birbirine ihanetinden ziyade konu düzenine karşı yapılmış bir suçtur.¹³⁷

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

İslâm Hukuku, zina eden kişiye, şayet bekar ise yüz kırbaç ceza öngörmüştür.¹³⁸ Zina eden evli olursa, o zaman cezayı hafifletecek bir durum yoksa recmedilir, yani

¹³⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 193.

¹³⁶ Hatemi-Serozan, a.g.e., s.223; Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 198.

¹³⁷ Gnş. Bil. Bk.; Keskin, Yusuf Ziya, Recm Cezası.

¹³⁸ en-Nur, 24/2.

taşlanarak öldürülür.¹³⁹ Recim cezası son iki yüz yıldır çok tartışılan bir konu olmakla birlikte, konumuzu ilgilendirmediği için bu konuya girmiyoruz.

İslâm Hukuku'na göre, en az dört kişi, hiç şüpheye mahal vermeyecek bir şekilde evli birinin zina ettiğini görüp, bu durumu mahkeme huzurunda ifade ederse, o kişinin zinâ ettiğine hükmedilir ve recmedilir. Bu durumda geride kalan eş, boşanarak değil de, ölüm yoluyla evlilik bağından kurtulmuş olur.¹⁴⁰ Bundan dolayı İslâm'a göre, zina; evliler için, boşanma sebebi değil, ölüm sebebidir. Recm cezasının uygulanmasına engel olacak bir durum varsa, o zaman durum ne olacaktır?

Erkek karısının zinâ ettiğini görür, duyar veya böyle bir şeyden şüphelenirse boşama yetkisine dayanarak boşayabilir veya bu iddia ile mahkemeye başvurarak karısından **li'ân** (mulâ'ane) yoluyla boşanabilir. Fakat kadının böyle bir durum karşısında ne yapacağı klasik eselerde belirtilmemiştir. Kanaatimizce bunun sebebi, kadının zinâsı sonucu doğacak çocuk, kocasına isnat edileceği için erkeğin kendisinden olmadığını bildiği bir çocuğun kendine isnad edilmesine engel olmaktır. Fakat erkeğin zinâsı karısını dolaylı etkilemektedir ki bu zarar kocanın zararına nazaran çok azdır. Ayrıca boşanmanın daha çok erkek için malî yükler oluşturacağı için, çok basit şüphelerden dolayı böyle bir iddiada bulunması oldukça zordur.

Yukarıda belirttiğimiz liân veya mulâ'ane, Kur'an-ı Kerim'de şu şekilde ifade edilmektedir: *"Eşlerine zina isnadında bulunup da kendilerinden başka şahitleri olmayanlara gelince, onların her birinin şahitliği, kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ederek şahitlik etmesidir. Beşinci defa da: eğer yalan söyleyenlerden ise Allah'ın lânetinin kendi üzerine olmasını dilemesidir. Kadının, kocasının yalan söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ve şahitlik etmesi, kendisinden cezayı kaldırır. Beşinci defa da, eğer (kocas) doğru söyleyenlerden ise Allah'ın gazabının kendi üzerine olmasını diler."*¹⁴¹

Yukarıdaki ayetten anlaşılacağı üzere, eşlerin birbirinden şüphe duymaları ve sadakatsizlikle suçlamaları, aile birliğini ayakta tutan güven ve itimadı yok edeceği için, zinâ, her iki eş için boşanma sebebi olmalıdır. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin

¹³⁹ İbn Mace, Hudud, 9; Malik, Muvatta, Hudud, 10; A. b. Hanbel, V, 132-183

¹⁴⁰ Karaman ,a.g.e., I/376.

¹⁴¹ en-Nur, 24/6-9.

Hristiyanlar için boşanma sebebi kabul ettiği zinanın, gerçekten meydana gelmiş olduğu anlaşılınca ve recm cezası da uygulanmayınca/uygulanamayınca, her iki eş için boşanma sebebi olması gerekir.

Bu açıklamalardan sonra diyebiliriz ki, kadının zinası aileye gayri meşru bir çocuk getireceği için kocaya nazaran daha büyük bir suç olsa da, erkeğin zinâ etmesi aile birliğini sarsacağı için boşanma sebebi sayılmalıdır.

2- Cana Kast ve Pek Fena Muameleler:

Türk Medeni Kanunu, 130. madde ile “cana kast” ve “pek fana muameleler”i boşanma sebebi saymıştır. Cana kast; eşlerden birinin diğer eşi öldürmeye teşebbüs etmesi veya onu intihara teşvik etmesi olarak izah edilmiştir. Cana kastın gerçekleşebilecek bir tarzda olması gereklidir. Kuru bir tehditle, seni öldürürüm, gibi sözler boşanma için yeterli sebep değildir. İhmal veya hata ile eşin ölebileceği bir olayın meydana gelmesi de aynı şekilde boşanma sebebi sayılmaz. Fakat ihmal ve hatadan uzak, bizzat cana kastın mümkün olduğu davranışlardan dolayı boşanmaya hükmedilebilir.¹⁴²

Pek fana muameleler ise; eşe yapılan cismani zarar ve eziyetler, onun sağlığını tehlikeye düşürecek hareketler, eşini hapsedmek, aç bırakmak, dövmek, anormal cinsi münasebete zorlamak gibi ağır muamelelerdir. Gerçi bu durumları aşırı *geçimsizlik* maddesine koymak ta mümkünse de, bu durumlar mutlak boşanma sebebi olup, böyle bir durumda hakimın ayrıca aşırı geçimsizliğin olup olmadığını araştırmasına gerek yoktur.¹⁴³

İslâm hukukçuları, kadının isteği üzerine evlilik birliğinin hangi durum ve sebeplerden dolayı son verilmesi gerektiği (tefrik) konusunda hemfikir değildirler. Hanbelîler ve özellikle de Malikîler, kadına mahkeme yoluyla boşanma hakkını çok geniş tutarken, Şafiîler ve özellikle Hanefîler çok ender durumlarla sınırlandırmışlardır.

Cana kast ve pek fena muameleler evlilik birliğini temelinden sarsıp kadının aslı haklarını tehdit ettiği için Hukuk-ı Aile Kararnamesine göre boşanma sebebi sayılmıştır. Çünkü hayatî tehlikenin söz konusu olduğu böyle bir evliliğe devam etmesini kadından istemek, kul hakkının ihlali sayılır. İslâm Hukuku, muhafaza edilmesi gereken temel

¹⁴² Velidedeoğlu, a.g.e., s. 198-199; Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 116.

hakların başında “hayat hakkını” kabul etmiştir. Her an kocası tarafından öldürölme tehlikesi olan bir kadından, çocuklarıyla ve eşıyle gerektiğı gibi iletişim kurması, üzerine düşen vazifeleri gönöl huzuruyla ve isteyerek ifâ etmesi beklenemez.¹⁴⁴

Fena muamele ve itaatsizlik (nüşûz) kadın tarafından gelebileceğı gibi erkekten de gelebilmektedir. İki tarafın karşılıklı nefreti ve haksız davranışları, evlilik birliğini bitirme noktasına getirebilir. Kur’an’da **şıkâk** diye ifade edilen bu durum, eşlere dışardan müdahaleyi gerekli kılmaktadır. Kur’an’ın bir emri olan bu müdahale (hakem tayini), ıslahı mümkün olmayacak bir şekilde sarsılmış bir aile birliğinin sona erdirilmesine de imkan vermektedir.¹⁴⁵ Hukuk-ı Aile Kararnamesi¹⁴⁶ de hakem tayinini öngörmüş, hakemlerin verdiği hükümler, hakimın verdiği hüküm gibi kabul edilmiştir.¹⁴⁷

3- Yüz kızartıcı suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme:

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

Medeni Kanuna göre *yüz kızartıcı* (terzil edici) suçlar bizzat zikredilmemiş, bu konu zamana ve karı-kocanın toplumsal konumuna göre değışiklik arzeden bir durum olarak kabul edilmiştir. Fakat milletvekili olma yeterliğini düzenleyen 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 76. maddesinin ikinci fıkrası, “*zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolaylı iflas*” yüz kızartıcı suç olarak zikredilmiştir.¹⁴⁸ Fakat bu tür suçları zikredilenlerle sınırlamamak, eşleri toplumda küçük düşürecek ve toplum nezdinde itibarlarını sarsacak

¹⁴³ Velidedeoğlu, a.g.e., s. 199-200; Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 117.

¹⁴⁴ Aydın, Mehmet Akif, a.g.e., s. 25.

¹⁴⁵ Hakemler eşlerin ailelerinden seçilen kişilerden oluşmaktadır. Bu konu II. bölümde “Ailyi Koruyucu Tedbirler” bahsinde geniş olarak ele alınacaktır.

¹⁴⁶ HAK. 130. md.

¹⁴⁷ Şeltut, M. Mahmut; Sayis, M. Ali, Mukayeseli Mezhepler Hukuku, İlim Yay. (Çev: Sait Şimşek), İst. ty. s. 134.

her suç bu kategoriye koymak mümkündür. İyi tetkik edilince görülecektir ki bu ve benzeri suçların, aile birliğine zarar verdiği ve aile içi geçimsizliğe neden olduğu için boşanma sebepleri arasında zikredilmiştir Yoksa bu suçları işleyenlere Türk Ceza Kanunu'nun belirlediği cezalar yeterli olup ayrıca aile birliğine son verilmemektedir.¹⁴⁹

Haysiyetsiz hayat sürme, namus, şeref ve haysiyet kavramları ile bağdaşmayan bir hayat tarzını tercih etmek olup; içki, uyuşturucu madde müptelası olma, kumarbazlık, randevü evi işletme, erkeklere kadın bulmayı meslek haline getirme, homoseksüellik, haysiyetsiz hayat sürme olarak kabul edilmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu suçları sınırlandırmamak ve zamana-şartlara göre belirlemek daha uygun olacaktır. Mesela, 1960'lı yıllarda, Yargıtay'ca yüz kızartıcı suç olarak kabul edilen şeylerden biri "müstehcen veya hayasızca yapılmış şarkıları alenen (teganni etmek) söylemek ve bu kabil gramofon plakları çalmak..." Bu suçu işleyenler için "bir ayla altı ay hapis cezası ve otuz liradan elli liraya kadar da para cezası öngörmektedir."¹⁵⁰ Toplumsal değişim dolayısıyla günümüzde yukarıda belirtilen vasıflarda şarkı söylemek veya çalmak yüz kızartıcı bir suç olmaktan çıkmıştır. Böyle bir gerekçeyle boşanma davası açmak artık mümkün değildir.¹⁵¹

131. maddede zikri geçen boşanma sebeplerinden yüz kızartıcı suçlar mutlak boşanma sebepleri olarak kabul edilmişken, haysiyetsiz hayat sürme, ancak müşterek hayatı çekilmez hale getirince boşanma sebebi olarak kabul edilebilir. Yani haysiyetsiz hayat sürme mutlak değil nispî bir boşanma sebebidir. Eşlerin bu suçtan sonra, beraber yaşamaya devam etmeleri, bu suçun boşanma sebebi olarak kabul edilmesine engel olur. Çünkü eşlerin beraber yaşamaya devam etmeleri, bu suçtan dolayı aile birliğinin sarsılmadığını gösterir.¹⁵²

İslâm Hukuku, yukarıda zikri geçen "yüz kızartıcı ve haysiyeti zedeleyici tarzda bir hayat sürme anlamına gelecek suçlar yasak kapsamında olmakla birlikte, boşanma sebebi olarak zikredilmemiştir. Fakat bu tür bir suç işleyen biriyle yaşamayı kabul

¹⁴⁸ Köprülü-Kaneti, age, s. 155.

¹⁴⁹ Velidedeoğlu, H. Veldet, age., s. 203. Köprülü-Kaneti, age, s. 155.

¹⁵⁰ TCK., md. 428.

¹⁵¹ Velidedeoğlu, H. Veldet, age., s. 203.

¹⁵² Hatemi-Serozan, age., 224; Velidedeoğlu, H. Veldet, age., s. 203.

etmeyen eş, bu tür suç ve günahları işlemekten vazgeçmediğinden ailede geçimsizliğin ortaya çıktığını ileri sürerek boşanma talebinde bulunma hakkına sahiptir.¹⁵³

4- Terk: Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinin 1. fıkrasında şöyle denilmektedir: *"Karı kocadan biri evlenmenin kendisine yüklediği vazifeleri ifa etmemek maksadiyle diğerini terkettiği veya haklı bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte bulunmuş ise, diğer eş boşanma davasında bulunabilir."*¹⁵⁴

Terk, haklı bir sebep olmaksızın evden ayrılarak müşterek hayatın sona erdirilmesi veya eşin evden atılması tarzında gerçekleşebilir. Mutlak boşanma sebebi olmasına rağmen hakim, terkeden eşin, haklı gerekçelerle terk edip etmediğini tetkik etmesi gerekir. Şayet haklı bir sebep varsa, ortak hayatı terkeden eşin aleyhine, boşanmaya hükmedilemez. Eşler arasındaki geçici kırgınlık dolayısıyla gerçekleşen ani terk olaylarının derhal boşanmaya hükmetmek doğru değildir. Terkeden eşe bir düşünme süresi tanımak gerekir. Böyle bir durumda terkeden eşe önce "ihtar" gönderilmesi gerekir.¹⁵⁵

Bu maddenin belirlediği terk süresi, 2001 yılında yapılan son değişiklikle 3 aydan 6 aya çıkarılmıştır. Terk eden eş 6 ay olduğu halde ortak meskene geri dönmediyse mahkeme terkeden eşe ihtar gönderir. Bu ihtar, terkten en az iki ay sonra yapılırken yeni değişikliğe göre 6. ayın bitiminden sonra yapılması gerekir. İhtar yapıldıktan sonra, bir ay geçtiği halde terkeden eş evine dönmezse, diğer eş, boşanma davası açma hakkı kazanmış olur.

Şayet erkek, karısını evden kovmuşsa, kocaya karısını geri çağırması için ihtarda bulunulur. Şayet kadın, meskenin oturmaya elverişsiz olmasından dolayı evi terketmişse, kocadan konutun oturmak için uygun hale getirmesi istenir. Şayet koca MK. 152. maddesinin 2. fıkrasına göre ev seçiminde bulunmuşsa kadının buna uymak zorunluluğu vardır. Kadın, oturulabilir bir evi terketmişse ihtar kadına yapılır.¹⁵⁶

Eşlerden biri aşağıdaki sebeplerden birine binaen ortak meskeni terk etmişse, terk, boşanma için yeterli görülmez: a) hakim tarafından ayrılığa karar verilmişse, b)

¹⁵³ Şeltut-Sayis, a.g.e., s. 134.

¹⁵⁴ Velidedeoğlu, H. Veldet, age., s.206.

¹⁵⁵ Hatemi-Serozan, age., s. 225.

boşanma ve ayrılık davası devam ederken,¹⁵⁷ c) karı kocadan biri “müşterek hayatın devamı yüzünden sıhhati, şöhreti veya işi ciddi bir şekilde olumsuz olarak etkilendiği için, ayrı bir ev tutmuşsa,¹⁵⁸ d) koca, kadının sosyal haline uygun bir ev hazırlamamışsa. Şayet terk, ortak yaşama son vermek ve evlilik birliğinden kaynaklanan vazifeleri yerine getirmemek amacıyla gerçekleşmiş olup haklı bir gerekçeye dayanmayıp aralıksız en az altı ay devam etmişse boşanma sebebi sayılır.¹⁵⁹

İslâm Hukuku'na göre müşterek meskeni terkederek evliliğin üzerine yüklediği görevleri yerine getirmemek diğer eş için boşanma sebebi sayılmıştır. Erkeğin üzerine düşen en büyük görev, ailesinin nafakasını ve emniyetini sağlamak, kadının ise kocasıyla aynı evi paylaşarak aile içinde üzerine düşen işleri yapmaktır. Eşlerin evi terk etmesi bu görevlerini yerine getirmekten kaçınmak anlamına gelmektedir.¹⁶⁰

İslâm hukukunda, evini maksatlı olarak terk edene “gâib”, meşru bir amaçtan dolayı evden çıkıp bir daha dönmeyen için ise “mefkud” terimi kullanılmıştır. Boşanmaya sebep olan kaybolmak değil de evi maksatlı olarak terketmek olduğu için, mefkûdun hukukî durumuna değinmeyeceğiz.

Gâib olan eş, sağ olduğu ve nerede olduğu belli olduğu halde eşini cezalandırmak için evine dönmemesi, boşanma sebebi sayılır. Evi terkeden koca ise nafakasını ödemediği için devlet tarafından, bu görevlerini ifaya zorlanır ve eve dönmesi istenir. Şayet kocanın bu gaipliğinin haklı bir mazereti varsa kadına boşanma hakkı verilmez. Hanefiler göre kocanın nafakayı ödemediği kaçınması tefrik sebebi değildir. Fakat Maliki, Hanbeli, ve Şafiîlere göre boşanma sebebidir.¹⁶¹ Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 92-101. maddeleri konuyu, Hanefilerin görüşüne göre düzenlemiş ve böyle bir durumda kocanın malından kadına nafakasını sağlama imkanı verilir. Şayet kadın, kocasını birlikte yaşadıkları eve girmekten men eder veya evi terk ederse o takdirde kocanın kadına nafaka yükümlülüğü kendiliğinden düşer.¹⁶²

¹⁵⁶ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 120; Hatemi-Serozan, age., s. 226.

¹⁵⁷ MK. 162/III

¹⁵⁸ MK. 162/I

¹⁵⁹ Köprülü-Kaneti, age, s. 158-159

¹⁶⁰ Şeltut-Sayis, a.g.e., s. 135; Döndüren, a.g.e., s. 425.

¹⁶¹ Bilmen, age., s.458; Zuhaylî, a.g.e., s. 403.

¹⁶² Döndüren, a.g.e., s. 426.

Nafaka konusu İslâm Hukuku'nda çok geniş bir şekilde ele alınmıştır. Çünkü aile içi yetkilerin ve sorumlulukların dağılımında ekonomik yükümlülük, erkeği hem kadına karşı üstün kılmakta, hem de kadına karşı borçlu yapmaktadır. Erkeğin fakir olması veya kadının zengin olması, nafaka sorumluluğunu düşürmez. Nafaka vermekten kaçınan koca zenginse kadının bu maldan ihtiyacı kadar alabilmesi mümkün ve caizdir.¹⁶³ Şayet hanım, kocasının malından alma imkanı yoksa, mahkeme yoluyla nafaka talebinde bulunur. Mahkeme kocaya ihtarda bulunur. Koca, zengin olduğu halde yine nafaka vermemek için diretirse, mahkeme uygun gördüğü kadar hapis cezasıyla cezalandırır. Bu Hanefî'lerin yaklaşımı olup nafakanın terki durumunda tefrik yoluna gitmeye gerek duymamışlardır. Fakat Mâlikîlere göre nafaka vermeme hususunda direten kocadan, karısını boşaması istenir. Çünkü Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulmaktadır: *"Ya iyilikle tutma ya da iyilik yaparak bırakmak vardır..."*¹⁶⁴ *"haklarını tecavüz etmek için onları zararlı olacak şekilde tutmayın..."*¹⁶⁵ Bu ve benzeri ayetler gereği, gücü yettiği halde nafaka ödemekten kaçınan koca karısını boşamak zorundadır. Şayet bundan da kaçınırsa mahkeme aralarını tefrik eder. Şafiîlerde de tercih edilen görüş budur.¹⁶⁶

Koca haklı mazeretlerden dolayı eşinin nafakasını karşılayamıyorsa, durum farklılık arzeder. Çünkü kocadan eşinin nafakasını sağlamasını istemek ondan gücünün üstünde bir şey istemek olur. Mesela hastalık sonucu çalışamayan veya iş bulamadığı için nafakasını sağlayamayan kocayı zorlamak veya kocasının bu kötü durumunda kadına hemen boşanma imkanı vermek, kocanın daha fazla ezilmesine ve toplumda küçük görülmesine sebep olacaktır. Evlilik birliğinin temelinde hayatın zorluk ve meşakkatine beraber göğüs germek, eşlerden birinin karşılaşacağı bir zorluğa diğer eşin ortak olması ve beraberce zorlukları aşmaya çalışmaları aile birliğinin temel hedeflerindendir.¹⁶⁷

1916 tarihli ve 17 numaralı Sudan Kararnamesine göre kadın, nafaka borcunu ödenmeyen kocadan ayrılmak için mahkemeye başvurabilir. Sudan Kararnamesi, bu

¹⁶³ Hz. Peygamber, bu durumda olan Ebu Süfyan'ın karısı Hind'e, kocasının malından, kendine ve çocuklarına yetecek kadar almasını söylemiştir. Buhârî, Nafaka, 9, VI, 193; Müslim, Ukdiyye, 7, II, 1338

¹⁶⁴ el- Bakara, 2/229.

¹⁶⁵ el-Bakara, 2/231.

¹⁶⁶ Döndüren, a.g.e., s. 427; Acar, a.g.e., s. 176-177.

¹⁶⁷ Şeltut-Sayis, a.g.e., s. 138; Acar, a.g.e., s. 175.

konuda kocanın kötü niyetli olup olmadığına bakmaz. Her iki durumda da gerekli görülünce kadın kocasından tefrik edilebilir.¹⁶⁸

1917 tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi ise acziyetinden dolayı nafakasını sağlayamayan koca aleyhine, tefrike hükmetmeyi prensip olarak kabul edilmeyip, Hanefi yaklaşımını kabul etmiştir.¹⁶⁹

1929 tarihli Mısır Kanunu'nun 12-14 maddeleri terk eden eşin kocanın durumunu belirlemektedir. Bu kanuna göre: "Koca mazeretsiz olarak bir yıl veya daha fazla bir müddet evini terkederse, nafakası olsa bile kadının boşanmak için mahkemeye başvurma hakkı vardır."¹⁷⁰ Şayet kocaya ulaşma imkanı varsa belirli bir müddet içinde ya geri dönmek ya karısını yanına çağırmak ya da boşamak arasında tercihte bulunması istenir. Belirtilen müddet geçtiği halde cevap vermezse mahkeme boşanmaya hükmeder.¹⁷¹ Üç veya daha fazla bir müddet hapis cezasına çarptırılmış olan erkek nafakasını sağlasa bile kadının isteği üzerine karısından ayrılır.¹⁷²

Kadının terki de aynı olup, kocanın nafaka yükümlülüğün düşmesine sebep olup boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde kocasından ayrılan kadının alacağı mehir hakkı da düşer. Aile birlikte yaşamayı gerekli kıldığı için iki eşten hangisi bu kuralı ihlal ederse etsin, diğeri lehine boşanmaya hükmedilir.

5- Akıl Hastalığı: Türk Medeni Kanununun 133. maddesi, akıl hastalığını , bazı şartların varlığı halinde, bir boşanma sebebi olarak kabul etmiştir. Akıl hastalığının, evlilikteki dayanışma ve kara gün dostluğu ile bağdaşmaması nedeniyle, boşanma nedeni olmaması gerektiği ileri sürülebilir. Ne var ki, akıl hastalığının evlilik birliği üzerindeki derin etkileri, çocukların yetiştirilmesi için taşıdığı tehlikeler gözönünde tutulunca, boşanma nedeni olarak kabul edilmelidir.¹⁷³ Türk Medenî Kanununa göre akıl hastalığının boşanma nedeni sayılabilmesi için şu özellikler taşıması gerekir:

a) İyileşmesi mümkün olmamalı: Bu hususun tespiti, tıp biliminin uzmanlık alanına girer. MK.un 133. maddesinde kastedilen akıl hastalığı, hem tıbbî anlamdaki

¹⁶⁸ Cin, Halil, age., s. 107.

¹⁶⁹ HAK., 94. md.

¹⁷⁰ MMK. 12.md.

¹⁷¹ MMK. 13. md.

¹⁷² MMK. 13 md.; Cin, Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, s. 107

¹⁷³ Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 165.

akıl hastalıklarını, hem de evlilik birliğini bir akıl hastalığı kadar sarsan, ağır psöşik bozuklukları kapsar.

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

c) Ortak hayatın çekilmez hale gelmesi: Akıl hastalığı, eşler arasında huzursuzluk çıkarmış ve aile birliğini sarsmışsa boşanma sebebi sayılır. Aksi takdirde akıl hastalığı nedeniyle boşanma davası açılmaz.¹⁷⁵

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

Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin 123. maddesi konuyla alakalı olup, şöyle denilmektedir: “*Âkd-i nikahtan sonra zevce hâkime bi’l-müracaat tefrikini taleb etse, hakim tefriki bir sene müddetle te’cil eder. Bu müddet zarfında cinnet zail olmadığı ve zevce musırr (ısrarda) bulunursa tefrika hükmeyler.*” Bu maddede açık bir şekilde belirtildiği gibi İslâm Hukuku’nda da, hastalığın tedavisi imkansız ise ve en az bu hal bir yıl devam etmişse boşanma sebebi sayılır. Kadının boşanma hususunda ısrar ediyor olması da aile birliğinin bu hastalık dolayısıyla sarsıldığını ve kadın aleyhine bir durumun meydana geldiğini göstermektedir. Fakat İslâm hukuku, boşanma talebinde bulunan taraf, mevcut hastalığı bile bile evlenmeye razı olmuşsa, boşanma isteği reddedilir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin 119-123. maddeleri, kocadan kaynaklanan boşanma sebeplerinden biri olarak akıl hastalığını kabul etmiştir.¹⁷⁶

B- Boşanmanın Genel Sebepleri: Türk Medenî Kanununa göre şiddetli geçimsizlik (imtizaçsızlık) boşanmanın genel sebebi olarak kabul edilmiştir.¹⁷⁷ 1988 tarihli 3444 sayılı kanunla bu madde “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikle genel boşanma sebepleri, evlilik birliğinin temelinden

¹⁷⁵ Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 227.

¹⁷⁶ Karaman, a.g.e., s. 369.

¹⁷⁷ TMK. 134. md.

sarsılması, müşterek hayatın kurulamaması ve eşlerin boşanma hususunda anlaşması şeklinde üç ayrı başlık altında toplanmıştır. Üç madde de geçimsizliğin (imtizaçsızlık) sonucunda ortaya çıktığı için üç maddeyi de “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” maddesinde toplamak mümkündür.

Özel sebep olarak zikrettiğimiz beş madde, mutlak boşanma sebebi iken “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” nispi boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir.¹⁷⁷

1- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması: Medenî Kanunun 134. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre: “Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Yukarıdaki maddeye dayanarak dava açan davacının daha suçlu olması halinde davalının itiraz etme hakkı vardır. Mahkemenin bu maddeye dayanarak boşanmaya hükmedebilmesi için şu şartlar gereklidir: a) Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması. b) Evlilik birliğinin sarsılmış olması, eşlerden evlilik birliğini devam ettirmeleri beklenemeyecek kadar sarsılmış olmalıdır. c) Davacının kusurunun daha ağır olduğu itirazı yapılmamış veya itiraz gerçeğe uygun bulunmamış olmalıdır.

İslâm hukuku da aşırı geçimsizliği boşanma için yeterli görmüştür. İster erkekten, ister kadından, isterse her iki taraftan kaynaklanıyor olsun, sonuç aynıdır. İslâm hukukuna göre eşler arasında var olan geçimsizlik, önce eşlerin ailelerinden seçilen hakemler tarafından giderilmeye çalışılır. Şayet bu girişim sonucunda var olan problemin geçici bir problem olmadığı ve boşanmanın eşler için daha faydalı olduğu kabul anlaşılırsa boşanmaya hükmedilir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin ilgili maddesi şu şekildedir: “.....*Bu şekilde oluşan aile meclisi iki tarafın ifadelerini ve müdafaalarını inceler ve aralarını ıslaha çalışır. Şayet bu mümkün olmazsa kusur kocada ise aralarını ayırır (tefrîk). Şayet kadında ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine (muhâle’a) aralarını ayırır...*”¹⁷⁸ Geçimsizliğin gerçekten var olup olmadığını tespit ve takdir hakemlere bırakıldığı için İslâm hukukuna göre de nispi boşanma sebebidir.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 214; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 166.

¹⁷⁸ HAK. 130. md.

¹⁷⁹ Bkz. Hallâf, Abdulvehhap, İslâm Hukuk Felsefesi, (Giriş ve notlar ekleyerek çeviren: Atay, Hüseyin, Ankara Üni. İlahiyat Fak. Yay. 2. Baskı. Ankara, 1985, s. 13.

2- Eşlerin Boşanma Hususunda Anlaşmaları: Genel boşanma sebeplerini düzenleyen aynı maddenin 3. fıkrasına göre eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları boşanma sebebi sayılmış ve aşağıdaki şartların olması halinde araştırma yapılmadan boşanma sebebi sayılmıştır: a) Evlilik, en az bir yıl sürmüş olmalıdır. b) Boşanmak için mahkemeye eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eş, diğerinin açtığı boşanma davasını kabul etmelidir. c) Hakimin bizzat tarafları dinlemesi gereklidir. d) Eşlerin boşanma konusundaki iradelerini serbestçe açıkladığına kanaat getirmelidir. e) Taraflar sadece boşanma konusunda değil, aynı zamanda boşanmanın malî sonuçları ve çocukların durumunun ne olacağı konusunda da anlaşmış olmaları ve bu anlaşmanın da hukuka uygun olması gereklidir.¹⁸⁰

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

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

Türk Medenî Kanununun 134. Maddesinin bu fıkralarına göre, kaynağı ne olursa olsun, birlikte yaşamak eşlerden beklenemeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu durum mutlak boşanma sebebi olup herhangi bir araştırma yapmaya gerek olmadan boşanmaya hükmedilir.¹⁸¹

İslâm hukukuna göre eşlerden birinin ortak meskeni terk etmesi veya aynı evde yaşamasına rağmen, evliliğin gerektirdiği bir yaşamın olmaması, suçsuz taraf için

¹⁸⁰ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 129; Köprülü-Kaneti, a.g.e., s. 126.

¹⁸¹ Hatemi-Serozan, a.g.e., s.231; Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 122.

boşanma sebebidir. Hakemler eşlerin birlikte yaşayamayacaklarına hükmettikleri takdirde suçlu olan tarafı tespit ederek evlilik birliğine son verebilir.¹⁸²

Son olarak diyebiliriz ki, boşanmada asıl söz sahibi olan eşlerin kendisidir. Her ne kadar mahkemenin takdirine bırakılmış olsa da, boşanmak isteyen eşlerin anlaşmaları halinde mahkemenin yapacağı bir şey yoktur. Her iki hukuk sisteminin tarih içindeki değişimi göz önüne alınınca aynı noktaya geldikleri görülmektedir. Hem İslâm hukuku hem de Türk Medenî Kanunu, yapmış oldukları bazı düzenlemelerle bir birine yaklaşmışlardır.

Türk Medenî Kanununu İslâm hukukuna yaklaştıran en önemli düzenlemeleri şöyle sıralayabiliriz:

- 1- 1988 tarihli 3444 sayılı kanunla kabul edilen “irade prensibi” ile eşlerin boşanma talebi, mutlak boşanma sebebi olmuştur.
- 2- 2001 yılında yapılan düzenleme, “mahkeme boşanma davalarını eşlerin talebi üzerine gizlilik içinde yürütmek zorundadır” prensibini öngörmüştür.

İslâm Hukukunu Türk Medenî Kanununa yaklaştıran en önemli düzenlemeler ise şunlardır:

- 1- Her iki eş için mahkeme yoluyla boşanma yolunun açılarak boşanma sebeplerinin belirlenmesi. 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne kadar kadının mahkemeye baş vurma hakkı yok denecek kadar sınırlı iken bu kararname ile başta geçimsizlik olmak üzere bir çok sebepten dolayı her iki eşin de mahkemeye başvurma hakkı sağlanmıştır.
- 2- Son dönemde tartışılan eşlerin boşanma yetkilerinin sınırlandırılması veya tamamen iptali ise İslâm boşanma hukukunda büyük çapta değişimi öngörmektedir.

¹⁸² HAK. 130. md.

İKİNCİ BÖLÜM
BOŞANMA HUKUKUNUN GENEL GAYESİ

- I- AİLE BİRLİĞİNİ KORUMAK
II- KİŞİLERİN ASLİ HAKLARINI KORUMAK

BOŞANMA HUKUKUNUN GENEL GAYESİ

Hukukun gayesi; “sosyal ve ekonomik adalet içinde toplu ve düzenli yaşama imkanını sağlayarak, insanların huzur, güvenlik ve mutluluğunu gereği gibi sağlamak” şeklinde tanımlanmıştır. Hukukun alt birimlerini oluşturan hukuk dallarının da aynı genel amaca uygun düzenlemeler yapması gereklidir. Fakat her hukuk dalının kendine sınırları içinde belirlediği daha özel gayeleri vardır.

Hukukun genel amaçlarını belirlemenin zor bir olduğu kesindir. Çünkü birbirine ters görünen bir çok hukukî normdan tek bir prensip belirlemek kolay değildir. Tâhir b. Aşûr, konuyla ilgili olarak şunları söylemiştir: “*Hukukun gayelerinin araştıran kişinin, bir hukuk gayesi ortaya koyarken, uzun boylu düşünmesi ve araştırmasını derinleştirmesi, bu konuda önemsemezlik ve acelecilikten sakınması gerekir. Çünkü tümel (külli) veya tikel (cüz’î) bir hukukî gayenin belirlenmesinden (istinbat) sonra kendisinden bir çok delil ve hüküm doğacaktır. Bunda yapılacak bir hatada, büyük bir tehlike söz konusu olacaktır.*”¹

Bu itibarla konun hassasiyetini gözönünde bulundurarak boşanma konusunda hukukun genel gayelerini tespiti çalıştık. Boşanma hukukunun en belirgin gayesi, toplumun zarar görmesine imkan verecek derecede gereksiz boşanmalarının meydana gelmesine mani olmaktır. Bu hem Türk Anayasasında² hem de İslâm hukukunda öncelikle vurgulanan bir husustur. Boşanma konusunda en öncelikli amaç “*aile birliğini korumak*”tır. Bu aynı zamanda kamu menfaatini korumak anlamına da gelmektedir.

Hukuk Felsefesinin Prensipleri adlı eserinde G. W. F. Hegel, şunları söylemektedir: “*Evlilik, objektif ahlak İdesi’nin ilk dolaysız şeklinden başka bir şey değildir. bunun için, onun objektif realitesi ancak bilincin ve sübjektif duygunun iç derinliğinde bulunur ve mevcudiyetinin ilk olağan karakteri orada kendini gösterir. İnsanları evlendirmek için üzerlerine baskı yapılamayacağı gibi, aralarında zıt ve düşmanca duygular başgösterdiği zaman tarafları birarada tutmaya yarayacak hukukî bir bağ da yoktur.*”³ Hegel’in de belirttiği gibi aile birliğini korumak kişilere rağmen

¹ İbn. Aşur, İslâm Hukuk Felsefesi, s. 73.

² TCA., md. 41.

³ Hegel, Hukuk Felsefesinin Prensipleri, (Çeviren: Cenap Karakaya), Sosyal Yay. İst. 1991. s. 154.

yapılamaz. Belki aile birliğinin korunması faydalı bir o kadar da gerekli olabilir, ama kişileri istemedikleri bir evlilik birliğine zorlamak hem mümkün değildir, hem de faydalı değildir. Çünkü aile, iki kişinin kendi istekleri ile oluşturdukları bir birliktelik olduğu için dışardan müdahale oldukça zor ve bir o kadar da zararlı olabilmektedir. Fakat aile kurumu sadece karı-kocayı ilgilendirmeyip, toplumu, dolayısıyla da devleti ilgilendiren bir kurum olduğu için, devlet, ister istemez bazı düzenlemeler yaparak, aile birliğine müdahil olacaktır.

İster dinî kaynaklı, isterse beşerî kaynaklı olsun, tüm hukuk sistemleri, aileyi toplumun temeli olarak görmüş ve korunması gereken bir kurum olarak kabul etmiştir. Bunun doğal sonucu olarak, evlilik teşvik edilmiş ve boşanmalar kontrol altına alınarak sûistimallere engel olunmaya çalışılmıştır. Devamı tarafların aslî haklarını ihlal noktasına gelmiş bir evliliğin devamını istemek doğru olmayacağı için, bu nokta da hukukun ikinci gayesi ortaya çıkmış olacaktır. Kişilerin aslî haklarının çiğnenmemesi için, boşanmayı mümkün kılmak.

Boşanma Hukukunda genel olarak iki amacın güdüldüğü anlaşılmaktadır: a) Mevcut aile birliğini koruyup devamını sağlamak. b) Kişilerin aslî haklarını korumak.

I- EVLİLİK BİRLİĞİNİ (KAMU MENFAATİNİ) KORUMAK

Evlilik, hem ferdi hem de toplumsal yönü olan bir kurumdur. Evlilik kurumunun olmadığı hiç bir toplum yoktur. İsrail’de Kibutzlar’ın ve komünist ülkelerde komün yaşama denemelerinin hüsrana uğraması, ailesiz yaşanamayacağını göstermeye yeterlidir. Çünkü evlenerek aile kurmak, insan fitratına en uygun olan yaşam şeklidir. Cinsel yönden bakılınca bir ömür boyu sadece bir kişiyle yaşamak, çok cazip gözükmebilir. Fakat aile birliği, sadece cinsel tatmin için değil aynı zaman da; üreme, çocukların fizikî ve ruhî gelişimi, ekonomik işbirliği gibi daha önemli gayeler için de var olmak zorundadır.⁴

Kişilerin sebepsiz veya çok önemli olmayan sebeplerden dolayı boşanmaları, yukarıdaki amaçların gerçekleşmesini zorlaştıracaktır. Çünkü boşanma, çocukların bakım ve kişilik kazanımlarını olumsuz etkilediği ve boşanan eşlerin yeni evliliklerin

⁴ Saygılı, a.g.e., s. 10.

fazla başarılı olmadığı araştırmalarda ortaya çıkmıştır. Ayrıca boşanma oranlarıyla nüfus oranları arasında ters bir orantının olduğu da açıktır.⁵ Diyebiliriz ki, boşanma kişilerden çok toplumu etkilediği için aile birliğini korumak, öncelikle toplum menfaatini korumak demektir. İslâm Hukukunun aileyi korumak üzere aldığı tedbirleri ele aldıktan sonra, Türk Medeni Kanunun almış olduğu tedbirleri belirtelim.

A- İslâm Hukukunun Aile Birliğini Korumaya Yönelik Aldığı Tedbirler

İslâm hukukunda boşama yetkisinin kocaya ait olması, bu hukuk sisteminin eleştirilmesinde en büyük etkenlerden biri olmuştur. Şöyle ki *İslâm hukukuna göre erkek, kadının ve çocukların aleyhine olacak şekilde bu yetkiyi gereksiz yere kullanabilecektir. Böyle durumlarda İslâm hukuku, herhangi bir müdahalede bulunamamaktadır. Kocanın yanlışlıkla, şakayla söylenen veya zorla söylettirilen bir söz, karısının ondan ayrılmasına yeterli görülmektedir.*⁶

Bu ve buna benzer iddialar, İslâm'ın aile kurumuna gereken değeri vermediğinin zannedilmesine sebep olmuştur. Fakat daha önce de belirttiğimiz gibi, İslâm hukuku, bir çok ahlakî ve dinî motiflerle kuvvetlendirilmiş, yaşanabilir ve hayata tatbîk edilebilir bir hukuk sistemidir. Bundan dolayı İslâm'ın istediği standartlarda insanların olmadığı bir toplumda bu hukuku canlı tutan dinî ve ahlakî değerler yaptırım gücünü kaybedeceği için, İslâm hukukunun konun boşlukları ortaya çıkacak ve tatbiki zorlaşacaktır.⁷

İslâm hukuku, aile birliğini koruyucu bu ahlakî ve dinî kurallar dışında, hukukî düzenlemelere de gitmiştir. Evlilik birliğini korumak amacıyla İslâm hukukunun almış olduğu tedbirler şunlardır:

1- Evlilikte Denklik (Kefâet) Şartını Getirmek: İslâm hukuku, evliliğin sağlam temeller üzerine kurulması ve boşanmaya zemin oluşturacak durumların oluşmaması için, evlilik birliği kurulmadan önce bazı tedbirler almıştır. Bu düzenlemelerin başında hukuk literatüründe kefâet denilen, *denk insanların birbiriyle evlenmesi gereği*, gelir.

⁵ Rusya örneği bunlardan en barizidir. Bk. Velidedeoğlu, H. Veldet, age., II, 181; Cin, Halil, age. s. 20.

⁶ Portakal, Hüsen, Boşanma ve Kadın, s. 121.

⁷ Hz. Ömer'in üç talakın birden kullanılmasını meşrulaştırması gibi. Bk. Bilmen, a.g.e., II/207.

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

b) **Evlilikte Denkliğin (Kefâetin) Hukukî Dayanağı:** Kur'an'da kefâetle ilgili her hangi bir ayet bulunmamaktadır. Hadislerde ise, sıhhat yönüyle kuvvetli olan birkaç hadis vardır. Bu hadislerin birinde Hz. Peygamber, Hz. Ali'ye hitaben şöyle buyurmuşlardır: *"Üç şeyi geciktirme: Vakti gelince namazı, hazır olunca cenazeyi ve dengini bulunca evlenecek kızı."*⁹

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

c) **Evlilikte Denkliğin (Kefâet) Gerekli Olduğu Yerler:** İslâm hukukçularının çoğunluğu evlilikte denkliği, nikahın sıhhatinin değil de lüzumunun şartı olarak gerekli görürken, hangi konularda denkliğin gerektiğinde ihtilaf etmişlerdir. Kefâet (denklik) konusunda en fazla şart ileri sürenler, Hanefiler olmuştur. Onlara göre kefâet şu noktalarda olmalıdır:

i) Soy: Arap olan Arap olana, Arap olmayan ise yine Arap olmayana denktir. Hür hüre, köle köleye denktir. Farklı sosyal yapıdan olan kişilerin evlenmeleri boşanmaya daha fazla ortam hazırladığı için, aynı sosyal yapıdan insanların birbirleriyle evlenmeleri daha doğrudur. Arada din birliği olsa bile, insanların anlaşmaları için din bazen yeterli olmayabilmektedir. Sahabeden Zeyd b. Sâbit ile Zeyneb b. Cahş'ın durumu buna en güzel örnektir.¹¹

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

⁹ Beyhakî, es-Sünenu'l- Kübrâ, VII/133.

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

¹¹ el-Ahzâb, 33/37.

Özellikle soy bakımından insanların sınıflara ayrılması Arap toplumunda kuvvetli bir şekilde hissedildiği için, farklı soydan olanların kuracakları ailenin, bu durumdan olumsuz yönde etkilenmesi mümkündür.¹²

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

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

iii. Ekonomik Durum: Hanefî hukukçularına göre zenginle zengin, fakirle fakirin evlenmesi gerekir. Özellikle erkeğin kendinden zengin bir kadınla evlenmesi sakıncalıdır. Çünkü ekonomik olarak belli bir seviyede yetişmiş bir kadının, bir anda daha düşük seviyede biriyle evlenmesi, ailede problemler çıkabilmektedir.¹⁴

iv. Meslek: Toplumda itibar görmeyen ve az gelirli bir işte çalışan biriyle, itibarlı ve yüksek gelirli işte çalışan birinin evlenmesi uygun değildir.¹⁵ Bu şart, sosyal kabul ile doğrudan bir ilgili bir şart olup Hukuk-ı Aile Kararnamesi, bu şartla ilgili olarak şunları söylemektedir: "*Hırfetde (meslekte) kefâet zevcin sülûk ettiği (yapmakta olduğu) ticaret veya hizmetin şerefçe zevce velilerinin ticaret veya hizmetine mütekarib (yakın) olmasıdır.*"¹⁶

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

¹³ Saygılı, Sefa, Evlilikte Mutluluk Sanatı, s. 17.

¹⁴ Döndüren, a.g.e., s. 181.

¹⁵ Geniş bil. Bk. Dalgın, a.g.e., s.182.

¹⁶ H.A.K., 45. md.

v. Dindarlık ve Ahlakî Seviye: Dindar ve ahlaklı bir insan ile dinden uzak ve ahlaksız birisi, birbirine denk değildir. Böyle bir farklılığa rağmen yapılan evlilik, ahlaklı ve dindar olan tarafın haklarının ihlali sayılmakta ve eşler arasındaki sevgi ve saygının yok olmasına neden olabilmektedir. Özellikle ahlaksız insanların toplumda küçük görülmesi ve kınanması diğer eşi olumsuz yönde etkileyip evlilik birliğini sarsacaktır.¹⁷

vi. Fizikî Özellikler: Bulaşıcı ve iğrenç hastalıklardan uzak olan, yine bu vasıflarda birine denktir. Genelde klasik kaynaklarda sadece kusur ve hastalıkla sınırlandırılan bu şarta, beden güzelliği de eklenebilir. Çünkü beden güzelliği, eşlerin birbirine karşı sevgi ve yakınlık hissetmeleri için önemli bir faktördür. Çok çirkin birinin, çok güzel biriyle evlenmesi çoğu kez huzursuzluğa ve aşırı kıskançlığa sebep olacağı için aile birliği olumsuz yönde etkilenecektir.¹⁸

Birbirine denk insanların evlenmeleri başta eşler için, daha sonra da ailenin diğer fertleri ve dolayısıyla toplum için faydalı olmaktadır. Fakat yukarıda belirttiğimiz şartlar, zamanla değişebilir. İnsan zenginken fakirleşebilir, itibarlı bir işte çalışırken, daha düşük seviyeli bir işte çalışmak durumunda kalabilir, güzel ve sağlıklı iken hastalanabilir veya güzelliğini kaybedebilir. Bundan dolayı Hz. Peygamber, eş seçiminde bulunurken, dinî ve ahlakî yönü itibarıyla uygun insanları tercih etmeyi tavsiye etmiştir.¹⁹

Suriye Medeni Kanununda, eşler arasında aranan denklik şartlarından, dindarlık ve iyi ahlak hariç diğer şartların dönemden döneme, toplumdan topluma farklılık arzedeceği kabul edilmiştir.²⁰

Hukuk-ı Aile Kararnamesinin 45-51. Maddeleri kefâet konusunu düzenlemektedir. Bu maddelere göre kefâet, evliliğin lüzum (bağlayıcılık) şartlarından olup, denkliğin olmadığı bir evlilik geçersiz kabul edilebilir. Böyle bir evliliğe herhangi bir itiraz olmadığı müddetçe evliliğin devamında bir sakınca yoktur. Fakat her hangi bir itiraz halinde evliliğe son verilmelidir. Örneğin, küçük yaşta evlendirilen kızın, buluş

¹⁷ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 191.

¹⁸ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 196.

¹⁹ Buhari, Nikâh 15; Müslim, Radâ' 53, (1466); Ebu Dâvud, Nikâh 2, (2047); Nesâî, Nikâh 13, (6, 68).

²⁰ SMK. 28. md.

çağına geldiğinde evliliğine itiraz etme hakkı vardır. Ayrıca kızın, velisinden izinsiz olarak dengi olmayan biriyle evlenmesi durumunda da velinin itiraz etme hakkı vardır. Böyle bir durumda, evlilik akdindeki bağlayıcılık (lüzûm) şartlarının yerine gelmemesinden dolayı evlilik birliğine mahkeme tarafından son verilir. Asıl itibariyle denklik, kadının haklarını korumak amacıyla belirlenmiş olup, denklik şartları erkekte aranmıştır. Yani bir erkeğin, evleneceği kadına yukarıdaki belirtilen noktalarda uygunluk göstermesi gerekir.²¹

Hanefilerin evlilikte denklik konusuna, diğer mezheplerden daha fazla önem vermelerinin sebebi, kadının mahkemeye baş vurarak boşanabilme hakkını çok sınırlı tutmalarıdır. Bundan dolayı, boşanmaya sebep olacak şeylere önceden engel olup, eşleri boşanma noktasına getirmemek amaçlanmıştır. Sonuç itibariyle denebilir ki, bu şartlara uygun olarak yapılan bir evliliğin daha sağlam ve sağlıklı olacağı düşünülür. Bu kadar hassas bir noktada İslâm'ın düzenlemeye gitmesi, aile birliğini ve özellikle kadının haklarını koruması itibariyle takdire şayandır.

2- Aile Büyüklerinin Müdahalesi (Hakem Tayini)

İslâm hukuku, aile kurumunu koruyan tedbirlerin büyük bir kısmını, aile birliğinin kurulmasından sonra almıştır. Eşlerin birbirine karşı kırıcı davranmaya başlayıp aralarındaki sevgi ve saygı bağı zedelenmeye başlayınca, boşama yetkisi olan kocandan, bu yetkiyi kullanma konusunda aceleci davranmaması istenmiştir.²² en-Nîsâ suresinde, eşler arasında meydana gelebilecek huzursuzluk halinde, eşlerin nasıl davranması gerektiği belirtilmiştir. Fakat bu düzenleme hukukî olmaktan ziyade dinî/ahlakî boyutu olan ve kocanın inisiyatifine bırakıldığı için, bu konuyu dinî/ahlakî tedbirler arasında ele almayı daha uygun bulduk.

İslâm hukukunun kurumsallaştırdığı ve resmî merciler tarafından yürütülen aileyi koruyucu diğer bir tedbir ise, **hakem** kurumudur.²³ Birbirleriyle anlaşamayıp sürekli huzursuz olan eşlerin problemlerini tespit edip, çözüme kavuşturmak üzere,

²¹ Dalgın, a.g.e., s. 179.

²² Döndüren, a.g.e., s. 429.

²³ Atay, Hüseyin, *İslâm Hukuk Felsefesi*, (Abdolvahhâb Hallâf'ın eserine eklediği giriş ve notları), Ankara Üni. İlahiyat Fak. Yay. 2. Baskı. Ankara, 1985.

kendi ailelerinden sözü dinlenen ve saygı duyulan kişilerin, araya girerek mevcut evliliğin devamını sağlamaya çalışması anlamına gelen hakem kurumu, ayetle sabittir.²⁴

Hakem tayininin bizzat ayetle emredilmesi, aileyi koruması yönüyle bu girişimin önemini göstermektedir. Ayrıca ailenin korunmasının sadece eşlerin üzerine düşen bir vazife olmayıp, başta eşlerin aileleri olmak üzere, tüm toplumun bir vazifesi olarak görülmesi, aile kurumunun önemine işaret etmektedir.²⁵

İslâm dinine göre, eşler boşanacak olsalar bile, birbirlerini kırmadan ve incitmeden bu işi yapmaları gerekir. Kur'an-ı Kerim'de, eşlerinizi boşadığınız zaman onları güzel bir şekilde boşayın ve onlara hediyeler vererek gönüllerini alın”²⁶ denilmektedir. Özellikle boşanan eşlerin çocukları olunca, çok hassas ve temkinli bir şekilde evlilik birliğine son verilmelidirler. Bu noktada hakemler, geçinemeyen eşlerin problemleriyle ilgilenerken, çözüm bulmaya çalışmalı, çözümü mümkün değilse en güzel şekilde ayrılımları için, eşlere yardımcı olmaları gerekir. Başta çocukların durumu olmak üzere, mehir, nafaka, maddi veya manevi tazminat ve mevcut mal varlığının dağıtımı gibi problemlerin çözüme kavuşturulması da hakemlerin sorumluluğundadır. Şayet hakemler anlaşılmazlarsa o takdirde, bu gibi konular mahkemeye havale edilerek, hakim tarafından çözüme kavuşturulur.²⁷

Klasik kaynaklarda geniş bir şekilde ele alınan hakem meselesinin, günümüz için önem arzeden noktalarını izah edeceğiz. Hakem ile hâkim arasındaki farkın ne olduğu, hakemlerde aranan şartlar, hakem tayini talebinin kimden gelebileceği, ayette geçen “hakem gönderin” emrinin kime yönelik olduğu, hakem tayininin amacı²⁸ gibi, bazı noktalar önem arz ettiği için bu konuları ele almaya çalışacağız.

a) Hakem ile Hâkim Arasındaki Fark: Bu noktanın önem arz etmesinin sebebi, tayin edilen hakemlerin yetkileri sadece ıslah ve barıştırmak mı, yoksa aynı zamanda gerekli görürlerse eşleri birbirinden ayırabilirler mi? Şayet eşlerin boşanmasına

²⁴ en-Nisâ, 04/35.

²⁵ Atay, a.g.e., s. 13.

²⁶ el-Bakara, 2/236.

²⁷ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 414

²⁸ Atay, a.g.e., s. 13.

karar verirlerse, mahkeme kararı gibi bağlayıcı mıdır? Mahkemenin, verilen boşanma kararını yeniden tedkik etmesi gerekir mi?

Bu konuda temel iki görüş vardır. Birincisine göre hakemler sadece ıslah ve barıştırma yetkisine sahip olup, boşanmaya hükmedemezler. Bu görüşü savunanlar; Ebu Hanîfe, İmam Şafî, Ahmed b. Hanbel, Atâ, Ebu Sevr ve Hasanü'l- Basrî gibi hukukçulardır. İmam Mâlik, Hz. Ali, İbn Abbâs, Ebu Seleme ve en-Nehaî gibi ilim adamları ise hakemlerin boşanmaya da yetkili olduğunu savunmuşlardır.²⁹

İslâm hukukçuları şu iki noktada hem fikir olmuşlardır: a) Hakemler ihtilaf ederlerse görüşleri itibara alınmaz. b) Eşlerin ayrılmamaları neticesine varırlarsa, eşlerin fikirleri alınmaksızın evlilik birliği devam ettirilir.³⁰

Hukuk-ı Aile Kararnamesinin konuyu düzenleyen maddesine göre hakemler aynı zamanda hakim olarak kabul edilmiştir. Madde şu şekildedir: *“...bu şekilde teşekkül edilen aile meclisi tarafların ifadelerini ve müdafaalarını dinler ve aralarını ıslaha çalışır. Kabil olmadığı takdirde kusur zevcede (koca) ise, aralarını ayırır. Kusur zevcede ise, mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlea yoluyla birbirinden ayırır. Hakemlerin vereceği hüküm kat'î olup itiraz edilemez.”*³¹

b) **Hakemlerde Aranan şartlar:** en-Nisâ suresinin 35. ayetinde açık bir şekilde belirtildiği üzere hakemlerin karı-kocanın ailelerinden olmaları gereklidir. Aksi halde yabancı birinin hakem tayin edilmesi ile mahkemeye baş vurulması arasında bir fark olmayacaktır. Yakın akrabalarından sözü dinlenen, saygı duyulan ve hakkaniyete dikkat eden birisi hakem olarak tayin edilebilir. Fıkıh kitaplarında genellikle erkek olarak kabul edilen hakemin, kanaatimizce kadın olmasında bir sakınca yoktur. Özellikle kızın ailesinden seçilmiş, yukarıdaki vasıfları üzerinde taşıyan bir kadının, kendi tecrübelerine dayanarak, ailede huzursuzluğa sebep olan şeyleri daha kolay çözüme kavuşturacaktır. Bu vasıflarda birinin boşanmak isteyen akrabasını (kızını, torununu, yeğenini vb.) ikna etmesi daha kolaydır. Özellikle mahrem konuların konuşulması hususunda kadın kadına konuşmak, daha kolay ve daha yapıcı olacaktır.

²⁹ Bilmen, a.g.e., II/ 367; Döndüren, a.g.e., s. 430; Acar, a.g.e., s. 38.

³⁰ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 414; Acar, a.g.e., s. 36.

³¹ HAK. 130. md.

Yukarıdaki özelliklerde birinin eşlerin ailelerinde bulunmaması halinde, aile dostlarından, komşulardan veya itibarlı bir din adamından yardım istenebilir.³²

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

Hakemlerin tayinini gerekli gören ayet şöyledir: *“Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barıştırmak isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.”*³³

Ayette geçen *“...korkarsanız.....gönderin...”* gibi ifadelerde muhatabın kim olduğunda ihtilaf edilmiştir. Bazılarına göre muhatap hakimlerdir. Bazılarına göre ise, akrabalar, dolayısıyla toplumdur.³⁴ Kanaatimizce bu nokta çok fazla önem arz etmemektedir. Çünkü ister resmi merciler olsun, isterse akrabalar veya toplum olsun, önemli olan anlaşılamayan ve birbirinden kopma noktasına gelmiş olan eşlerin, barıştırılması ve ıslahıdır. Bazen mahkemenin müdahalesiyle hakem gönderilmesi uygun olurken, bazen de akrabaların ferdi girişimleri daha uygun olabilmektedir.³⁵

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

“Baş kaldırmasından (nüşûz) endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarda yalnız bırakın ve (bununla da yola gelmezlerse) hafifçe dövün. Eğer size

³² ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 415.

³³ en-Nisâ, 04/35.

³⁴ Yazır, a.g.e., I/561-562.

³⁵ Atay, a.g.e., s. 14.

itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın; çünkü Allah yücedir, büyüktür.”³⁶

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

“Eğer bir kadın kocasının geçimsizliğinden yahut kendisinden yüz çevirmesinden endişe ederse, aralarında sulh yapmalarında onlara günah yoktur. Sulh (boşanmadan) daha hayırlıdır. Zaten nefisler kıskançlığa hazırdır. Eğer iyi geçinir ve Allah’tan korkarsanız şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır.”³⁷

İster kadın olsun, ister erkek olsun, eşlerden her birinin, aile bütünlüğünü korumak için hakemlerden yardım istemesi Allah’ın bir emridir. Eşleri boşanma noktasına getiren problemlerin tespit edilmesi ve uygun çözümlerin üretilmesi mahkemede her zaman mümkün olmamaktadır. Boşanmak isteyen eşlere ait mahrem problemlerin, soğuk mahkeme duvarları arasında değil de ailenin önde gelen, tecrübe sahibi fertleri tarafından çözüme kavuşturması daha kolaydır. Hakemlerin, mahkemede söylenemeyecek sorunları tespit etmesi ve bu sorunları gizlilik içinde çözüme kavuşturması, aile birliğinin sıhhati ve devamı için daha faydalı olacaktır.³⁸ 2001 yılında yapılan Türk Medenî Kanunundaki yeni düzenlemelere göre, eşler boşanma davalarının gizlilik içinde yürütülmesini talep edebilmektedir.

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

3- Boşanmanın Zamana Yayılması: İslâm hukukunun aile birliğini korumak için aldığı tedbirlerden biri de; boşanmanın kesinleşmesini zamana yaymaktır. Çünkü erkek, ağzından çıkacak bir sözle ile hem kendinin, hem karısının, hem de çocuklarının

³⁶ en-Nisâ, 4/34.

³⁷ en-Nisâ, 4/128.

tüm hayatını etkileyecek bir karar vermiş olur. Çoğu kez duygularıyla hareket eden insanın, her zaman aynı ruh haline sahip olması mümkün değildir. Kızgınlık, üzüntü, dalgınlık gibi psikolojik durumlardan veya bazı ruhî problemlerden dolayı erkeğin üzerinde çok fazla düşünmeden vermiş olduğu boşanma kararından pişman olması mümkündür. İkinci bölümde geniş bir şekilde ele aldığımız Kur'an ve Sünnete uygun boşanma, boşanma kararının kesinleşmesini zamana yayarak böyle bir duruma düşülmesine engel olmuştur. Geri dönülemez türden olan **zıhâr** ve **ilâ** gibi cahiliyye dönemi boşama yöntemlerini de, kefaretle dönülebilir hale getirmiştir. Boşanmayı zamana yayan ve geri dönülebilir hale getiren düzenlemeler şunlardır:

a) Kadını Hayızlı İken Boşayamama: İslâm'a göre koca, karısını ancak temizlik döneminde boşayabilir.³⁹ Çünkü hayızlı olduğu zamanlarda, kadının çekiciliği azalır. Kadın âdet gördüğünde kocasıyla cinsel ilişkiye giremez. Çoğu kez kadın, bu günlerde vücudunun farklı yerlerinde adet ağrıları görmekte, psikolojik açıdan gergin, huysuz ve aşırı alıngan olmaktadır.⁴⁰ Koca, bu dönemde ondan cinsel olarak istifade edemediği için, karısına duyduğu ihtiyacı takdir edemeyerek onu boşamak isteyebilir. Bundan dolayı İslâm, kadının cinsel birleşmeye uygun olduğu günlerinde ancak boşanabileceğini emretmiştir.⁴¹

b) Cinsel Birleşmenin Olduğu Temizlik Döneminde Boşayamama: Erkek, cinsel ilişkiye girdiği karısını, yeni bir hayız hali gelip geçtikten sonra ancak boşayabilir. Koca, karısını bu şekilde boşayınca, kadının bekleyeceği iddetin süresi uzadığı için ona zulmetmiş olacaktır. Ayrıca kadınla cinsel ilişkiye girdikten sonra onu boşamak, kadına cinsel yönden fazla ihtiyaç hissetmediği bir anda boşamak olur ki bu, çok doğru bir karar değildir. Sünnete uygun boşamada koca, karısının hayız görmesini bekler, kadın hayız görüp temizlik dönemine girince, cinsel ilişkiye girmeden onu boşar. Bu durum, kocanın karısına karşı cinsel olarak bir şey beslemediğini ve aralarındaki duygusal bağın koptuğunu göstermektedir.⁴²

³⁸ Saygılı, Sefa, Evlilikte Mutluluk Sanatı, s.7; Yavuz, Yunus Vehbi, Kur'an'da kadın Hak ve Özgürlüğü, s. 107.

³⁹ Buhârî, Talâk, I.

⁴⁰ Sağlığımız Herkesin Tıp Ansiklopedisi, VI/1950.

⁴¹ Yazır, a.g.e., VIII/ 102-103.

⁴² Ateş, Süleyman, Kur'an- ı Kerim'de Evlenme ve Boşanma, AÜİFD., S. XXIII, s. 265.

c) **Üç Talâk Hakkını Birden Kullanamama:** İslâm hukukunun en tartışmalı meselelerinden biri de üç talâk hakkının biranda kullanmanın hukuka uygun olup olmadığı meselesidir. Üç talâk hakkının birden kullanılmasının sünnete uygun olmadığı (bid'î talak) olduğu noktasında tüm İslâm hukukçuları aynı görüştedirler.⁴³

Kaynaklarda geniş olarak ele alınan ve büyük tartışmalara sebep olan bu konuda temel iki yaklaşım vardır. Birinci görüşe göre üç talâk hakkının birden kullanılması, sünnete aykırı ve haram olmakla birlikte, hukukî açıdan muteberdir.⁴⁴ Diğer görüşe göre ise, bir anda kullanılan talâk, sayısı ne olursa olsun, bir talâk sayılır. İlk görüşü savunanlar, İslâm hukukçularının çoğunluğunu oluşturmaktadır. Sahabenin, tabiînin büyük kısmı ve mezhep imamlarının tamamı bu görüştedirler.

Üç talâkı bir anda kullanmanın, bir talâk olduğunu savunanlar ise sahabeden; Zübeyr b. Avvâm, Abdurrahman b. Avf, bir rivayete göre Hz. Ali, İbn Abbas, tabiînden; Atâ, Tavus, en-Nehâî, İkrime, İbn Teymiyye (ö. 728/1327), talebesi İbnu'l-Kayyim el-Cevziyye (ö.751/1350), Şia'dan Zeydiye ekolü, Muhammed Abduh, M. Reşid Rıza, Ali

⁴³ Bilmen, a.g.e., II/ 204; Doğanay, Ekrem, İslâm'da Talakın Hükümü ve Hikmetleri, s. 121.

⁴⁴ Bu görüş, asıhtan Hz. Ömer, Ali, İbn Ömer, İbn Abbas ve İbn Mes'ud (r.a.), dört mezhep imamı ve İslâm fakîhlerinin büyük çoğunluğuna aittir. Bu görüşü savunanlar, Kur'an'dan, sünnetten ve icma'dan deliller getirmişlerdir:

Kur'an'dan getirdikleri deliller: Boşanmayla ilgili ayetler mutlak olup, üç talak hakkının birden kullanılmasını zorunlu kılan herhangi bir kaydın bulunmaması, bu tür boşamaların Kur'an'a aykırı olmadığını göstermektedir. (Doğanay, a.g.e., s. 140; ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 324)

Sünnetten getirdikleri deliller: İslam hukukçularının çoğunluğunun dayandığı hadislerin ilki, Ubâde b. es-Sâmit'in hadisidir. "Dedem bir hanımını bin talakla boşadı. Gidip Rasûlullah (s.a.s.)'e durumu haber verdim. Buyurdu ki: Deden Allah'tan korkmadı mı? Onun üç boşama hakkı var. 997'si ise haddi aşmak ve zulümdür. Allah, dilerse onu cezalandırır, dilerse bağışlar." (Darekutni, IV, 20; Şaltut- Sayis, a.g.e., s.116)

Diğer bir hadiste geçtiği üzere Rukâne b. Yezîd, hanımını kesin olarak boşamıştı. Yaptığına pişman olan Rukâne, durumu Hz. Peygamber (s.a.v.)'e bildirdiğinde, Peygamber (s.a.v.) ona kaç talaka niyet ettiğini sormuş ve yemin etmesini istemişti. O da sadece bir talakı kasdettiğine dair yemin etmişti. Hz. Peygamber (s.a.v.)'in Rukâne'ye bir talakı kastettiğine dair yemin ettirmesi, üç talakın birden kullanılabileceğini göstermektedir. (Ebu Dâvûd, Talâk, 14, II, 656,657; Tirmizî, Talâk, 2, III, 480; İbn Mace, Talâk, 19, I, 661.)

Çoğunluğun dayandığı diğer bir hadis de, Ebu Dâvûd'un Mücahid'den rivayetidir: "İbn Abbas'ın yanındaydım. Ona biri geldi ve hanımını üç talakla boşadığını söyledi. Mücahid diyor ki: İbn Abbas sustu. Öyle sandım ki hanımını ona iade edecek. Sonra şöyle dedi: Sizden biri kalkar ahmaklık eder, sonra da ey İbn Abbâs, ey İbn Abbâs diye yalvarır. Her kim Allah'tan korkarsa ona bir çıkış yolu açar. Sense Allah'tan korkmadın ve O da sana bir çıkış yolu açmadı. Sen Rabbine isyan ettin. Hanımın senden kesin olarak ayrılmıştır" (Malik, Muvatta, Talâk, 1, II, 550.) Sahabe, Tabiûn ve onlardan sonraki müctehidlerin çoğunluğu, üç talakın bir defada gerçekleşeceği görüşünde oldukları için bu konuda icma' sabit olmuştur. Hiç kimse üç talâk hakkının birden kullanılmasının hukukta bir şey ifade etmediğini söylememiştir. Hz. Ömer, Rasûlullah (s.a.v.)'in döneminde uygulamanın nasıl olduğunu

Sayis, Muhammed Şaltût ve son dönem İslâm hukukçularının bir çoğu, bu görüştedir. Bu görüşü savunanlar nastan getirdikleri deliller yanında, aklî bir çok delille de görüşlerini kuvvetlendirmişlerdir.⁴⁵

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, kocanın üç boşama hakkının olduğunu belirtmekle yetinmiş, bu yetkinin nasıl ve ne şekilde kullanılacağını belirtmemiştir.⁴⁶ Kadri Paşa'nın

bilenlerin de bulunduğu bir topluluğa, üç talakla yemin edenin üç talâkının vaki olacağını hutbesinde bildirmiş ve herkes ona muvafakat ederek kimseden bir itiraz gelmemiştir. (Bilmen, a.g.e., II/ 207)

⁴⁵ Kitaptan getirdikleri deliller şunlardır: "Boşama iki defadır. Ya iyilikle tutma ya da iyilikle bırakma vardır."⁴⁵ Buna göre, boşamanın ayrı zamanlarda olması gerekir. Çünkü Allah Teâlâ "talâk ikidir" yerine "talâk iki defadır" buyurmuştur. Bu durum bir defada üç boşamanın meşru olmadığını gösterir. Bir koca, eşine "Seni üç talâkla boşadım derse yalnız bir boşama meydana gelir. (İbn Rüşd, a.g.e., II, 52, 53; İbn Kesir, a.g.e., I, 204; Ez-Zuhayli, a.g.e.VII, 407) Hadisten getirdikleri deliller şunlardır: Ahmed b. Hanbel'in İbn Abbas (r.a) 'dan naklettiğine göre Rukâne b. Abdi Yezid, karısını bir mecliste üç defa boşamış, sonra da bundan dolayı çok üzölmüştü. Hz. Peygamber, kendisine, eşini nasıl boşadığını sorunca; "üç defa boşadım" demiş, bir mecliste mi, sorusuna ise "evet" cevabını vermişti. Bunun üzerine Allah'ın elçisi; "Bu ancak bir boşama olup, istersen eşine yeniden dönebilirsin" buyurunca Rukâne eşine dönmüştür. (Ahmed b. Hanbel, Müsned, 265,H.No:2387) Başka bir delil de, Tâvûs'un İbn Abbâs'tan naklettiği şu rivayettir: "Rasulullah (s.a.v.) in dönemiyle Ebu Bekir'in döneminde ve Hz. Ömer'in hilafetinin ilk iki yılında üç talak bir sayılırdı. Daha sonra Ömer b. Hattab: İnsanlar kendilerine mühlet verilmiş olan bir işte acele ettiler. Keşke şunu (üç talakın bir anda kullanılması) onlara uygulasak, dedi ve bir süre sonra uygulamaya koydu." Tâvûs'tan gelen bir rivayette ise: Ebu's-Sahba İbnu Abbâs'a: "Bize bir şeyler anlat bakalım; Rasulü Allah (s.a.v.) ile Ebu Bekir devirlerinde üç talak bir sayılmıyor muydu?" demiş ve İbnu Abbas: Evet, öyleydi. Lakin Ömer döneminde insanlar boşamaya düşkünlük gösterince, o da üç talakı onlara infaz etti, karşılığını verdi. (Müslim, Talâk, 2, II, 1099; Ebu Dâvûd, 10, II, 649) Başka bir hadis ise şöyledir: "Mahmud İbnu Lebid (r.a.) anlatıyor: "Resûlullah (s.a.v.)'e bir adamın hanımını üç talakla birden boşadığını haber verdiler. Hz.Peygamber de öfke ile kalkıp: "Daha ben aranızda iken Allah'ın kitabıyla mı oynanıyor?" buyurdu. Derken birisi kalkıp: "Ey Allah'ın Resulü, onu öldüreyim mi?" dedi." (en-Nesâî, Talak 6, 142.) Bu görüşü savunanların aklî delillerine gelince; üç talakı bir arada kullanmak haram kılınmıştır. Çünkü sünnete uygun boşanma üç talakın ayrı ayrı zamanlarda kullanılmasını gerektirdiği için, üç talakın birden kullanılması bid'attır. Bunun bid'at olduğu noktasında hiç kimse farklı bir şey söylememiştir. Şayet üç talâk hakkını birden kullanmak bid'at ise, bid'at ile amel etmek nass ile reddedilmiştir. Çünkü her bid'at bir sünneti yok eder. Bundan dolayı sünnete aykırı tasarrufların hukuka da aykırı olması gerekir. Allah Teâlâ, boşamayı üç ayrı talâka ayırırken bir maksadı vardır. Pişmanlık ihtimaline karşı, boşayan için geri dönme imkânı tanınmıştır. Üç talak bir arada vaki olursa, bu imkân gerçekleşemez. Allah'ın hedeflediği hikmetin önü tıkanmış olur. Bu hikmetin gerçekleşmesi için üç talakın bir olarak sayılması gerekir. (Şeltut-Sayis, a.g.e., s. 115-116) Deliller gözden geçirilince görülecektir ki, her iki grup da görüşlerini ispatlamak için nasstan kuvvetli deliller getirmişlerdir. Bu grupların öne sürdükleri aklî deliller ise dönemden döneme farklılık göstermiştir. Çünkü hukukun gayesi, hakların ihlaline engel olmak ve kişilerin haklarının zayi olmamasını sağlamaktır. Bu evrensel gaye her dönemde aynıdır. İlk dönem hukukçularının bir anda kullanılan üç talakı meşru saymalarının sebebi, kadının haklarının bu şekilde korunabileceğini düşünmeleridir. Hz. Ömer'in de belirttiği gibi, daha ziyade kadınların aleyhine olan bir konuda aceleci davranan erkeklerin cezalandırılması için bu yola başvurulmuştur.⁴⁵ (Gnş. Bil. Bk. Doğanay, a.g.e., s.166-196; Döndüren, a.g.e., s. 381)

⁴⁵ HAK. 117. md

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

⁴⁷ Döndüren, a.g.e., s. 368.

hazırladığı kanunun 239. maddesi, çoğunluğun görüşüne göre düzenlenmiştir. Riyad'da toplanan fetva komisyonu da çoğunluğun görüşünü kabul etmiştir.⁴⁷

d) “Zihâr” Kararından Geri Dönebilme İmkânı: Zihâr, sırt anlamına gelen *zahr* kelimesinden türemiş olup ıstılahta, kocanın, karısını nesep, süt emme veya evlilik sebebiyle ebediyen kendisiyle evlenmesi haram olan bir kadının, bakılması caiz olmayan bir uzvuna (arkası, karnı, uyluğu gibi) benzeterek karısını boşaması demektir.⁴⁸

Bu boşama türü, cahiliye devrinin yaygın boşama türlerindendir. Erkek karısına kızarak onu boşamak isteyince; “*Bana annemin sırtı gibi ol*” diyerek karısını boşardı. Bu boşama türü ile kadın, cezalandırılmış olurdu. Bu cahiliye örfü, toplumda yaygınlık kazandığı için İslâm'dan sonra da bazıları tarafından tatbik edilmiştir. Hatta bu konuyla ilgili ayet, bu şekilde kocası tarafından boşanan bir kadının, Hz. Peygamber'e yapmış olduğu hararetli şikayeti üzerine inmişti. Hz. Peygamber'den, haklarının korunmasını talep eden kadının yapmış olduğu şerefli **mücadelesinden** dolayı, sureye bu isim verilmiştir. Aynı surede şöyle buyrulmaktadır:

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

*Sizden kadınlarına zihar yapanlar (Bana annemin sırtı gibi ol! diyenler) bilmelidirler ki o kadınlar, onların anaları değildir. Onların anaları ancak kendilerini doğuran kadınlardır. Onlar çirkin ve yalan bir söz söylüyorlar. Bununla birlikte Allah affedicidir, bağışlayıcıdır.”*⁴⁹

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

Cahiliyye döneminde erkek zihâr yapınca, karısı benzettiği kişi gibi, ebedî olarak kendisine haram olurdu. Kadının kocasıyla olan evlilik bağı resmen devam eder,

⁴⁸ Bilmen, a.g.e., II/ 179; Erdoğan, a.g.e., s.464.

⁴⁹ el-Mücadele, 58/1-2.

kadın ömrünün sonuna kadar yeniden evlenemezdi. Ayrıca koca, zihârdan dönmek istese bile geri dönemezdi. Bir anda verdiği karardan dolayı hem kendi, hem de karısı mağdur olmaktaydı.⁵⁰

İslâm hukuku, başta kadının, daha sonra da tüm ailenin mağduriyetlerini gidermek için, bazı değişiklikler yapmıştır. Zihâr, iki yönlü bir değişime tabi tutulmuştur: a) Zihâr yapan pişman olur da karısına dönmek isterse, keffâret vererek dönebilir. b) Şayet koca yapmış olduğu zihârdan pişman olmazsa, kadın iddet süresi bittikten sonra hükmen boşanmış sayılmaktadır.⁵¹

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

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

Buna imkan bulamayan, cinsel temastan önce aralıksız olarak iki ay oruç tutmalıdır. Buna da gücü yetmeyen, altmış yoksulu doyurmalıdır. Allah ve elçisine inanmanız için bu hükümler konmuştur. Bunlar Allah'ın sınırlarıdır. İnkâr edenler için acı bir azap vardır.”⁵²

Koca, boşama konusunda bu şekilde acele etmesinden dolayı, günahkar olmuştur. Bu günahına karşılık, yukarıda belirtilen yöntemlerden biriyle, karısına dönebilme imkanı sağlanmıştır. Pişmanlık söz konusu değilse, kadın iddeti bittikten sonra istediği ile evlenebilir.⁵³

e) “İlâ” Kararından Geri Dönebilme İmkânı: Sözlükte yemin etmek anlamına gelen *ilâ*, İslâm hukuk literatüründe, kocanın karısına cinsel olarak yaklaşmayacağına yemin etmesi anlamına gelmektedir. İlâ'nın bazı şekilleri vardır: Süresiz ilâ, süreli ilâ, süresi belli olmayan ilâ gibi.⁵⁴

⁵⁰ Ferrûh, Ömer, İslâm Aile Hukuku, (Çev: Yusuf Ziya Kavakçı), Sebil Yay. İst. 1978, s. 200.

⁵¹ İbn Rüşd, a.g.e. III/ 119; Ferrûh, a.g.e., s. 201.

⁵² el-Mücadele, 58/3-4.

⁵³ İbn Rüşd, a.g.e., III/ 95; Abd el-âtî, Hammûde, Nasıl Bir Aile, İslâmî Bakışın İmkanları., s. 311.

⁵⁴ Bilmen, a.g.e., II/ 178; Erdoğan, a.g.e., s.192.

Îlâ da zihâr gibi cahiliyye dönemi boşanma şekillerinden olup, İslâm'ın bazı değişiklikler yaparak bünyesine uygun hale getirdiği boşama türlerindendir. Cahiliyye döneminde koca, çeşitli sebeplerden dolayı karısıyla ilişkiye girmemek üzere yemin ediyor ve istediği kadar bunu sürdürüyordu. Bu süre bazen bir yıl olabileceği gibi, bazen de ölene kadar devam edebiliyordu. İslâm, süre sınırlaması getirerek kadının mağduriyetini gidermiştir.⁵⁵ Îlâ ile ilgili ayet şöyledir:

"Kadınlarına yaklaşmamaya yemin edenler için dört ay beklemek vardır. Eğer erkekler (o müddet içinde kefarete yaparak zevcelerine) dönerlerse şüphe yok ki Allah cidden gafur ve rahîmdir..."⁵⁶

Boşama yetkisi olan erkek, insan olması hasebiyle sinir ve öfke anında, hem kendinin hem de karısının zararına olacak şekilde ve dönülemeyecek tarzda bir boşanma kararı vermesini engellemek için İslâm hukuku, hem üç talakın birden kullanılmasını, hem zihâr veya îlâ ile boşanmayı kınayarak boşanmayı bir anlık karara hapsedmekten kurtarmıştır.

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

Kocadan boşama yetkisi tamamen alınmamış, ama olabildiğince sınırlandırılmış ve zamana yayması sağlanmıştır. Kişinin boşanmanın gerçekten kaçınılmaz bir sonuç olduğuna hükmedecek kadar bir zaman diliminde, mevcut evliliğin eksilerini ve artılarını düşünerek daha isabetli karar vermesi sağlanmıştır. Böylece hem eşler hem çocuklar hem de dolaylı olarak toplum, boşanmanın açacağı yaralardan azamî derecede korunmuş olacaktır.⁵⁷

⁵⁵ Abd el-Âtî, a.g.e., s. 311.

⁵⁶ el-Bakara, 2/226.

⁵⁷ Gen. bil. bk. Abd el-Âtî, a.g.e., s. 322-323.

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

Her şeyden evvel belirtmek gerekir ki erkek, ekonomik külfeti itibariyle boşanmaya asla rıza göstermez. Çünkü, evliliğin hem oluşmasında hem de sona ermesinde koca, malî sorumluluk altına girmektedir. Biraz sonra geniş olarak ele alacağımız bu ekonomik külfet, kocanın, gerçekten zorunlu bir durum yokken boşanmasına engel olmaktadır. Durum böyle olunca, ne boşanmadan ne de yapacağı yeni evlilikten dolayı ekonomik bir kaybı olan kadının, erkeğe nazaran boşanmaya daha meyilli olması mümkündür. Bundan dolayı İslâm, boşanma yetkisini sadece kocaya vererek, boşanma ihtimalini yarı yarıya düşürmüş olmaktadır. Hem kocanın, hem de kadının boşanma yetkisinin olması, 1917 ihtilalinden sonra Rusya'da olduğu gibi boşanma oranlarını iki misline çıkaracaktır.⁵⁸

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

a) Eski Eşe Mehr-i Müeccel Ödemek: Bir erkeğin evleneceği kadına vermesi gereken ve miktarı nikah akdi yapılırken belirlenen bedele **mehir** denir. Mehrin bir kısmı nikah yapılırken, bir kısmı da daha sonraya bırakılabilir. Nikah yapılırken hemen ödenmesi gereken mehre, **mehr-i mü'accel** denir. Genellikle boşanma veya kocanın ölümü gibi bazı durumlarda ödenmek üzere daha sonraya bırakılan mehre de **mehr-i müeccel** denir.⁵⁹

Kur'an'da mehirle ilgili olarak şöyle denilmektedir. "*Aldığınız kadınların mehirlerini yürekten isteyerek ve Allah'ın bir atıyyesi olarak verin.*"⁶⁰ Bu ayet ve Hz.

⁵⁸ Velidedeoğlu, H. Veldet, age., II, 181.

⁵⁹ Bilmen, a.g.e., II/ 10; Erdoğan, a.g.e., s. 284.

⁶⁰ en-Nisâ, 4/4.

Peygamber'in bir çok hadisleri,⁶¹ mehrin erkek üzerine vacip olduğunu göstermektedir. Buna göre erkek, boşadığı kadına mehrin geri kalan kısmını hemen ödemek zorundadır.

b) İddet Nafakasını Sağlamak: Erkeğin ölümü veya karısını boşaması durumunda, kadının başka biriyle evlenmeden önce beklemesi gereken süreye iddet süresi denir.⁶² Kadının beklediği iddet, ister ölümden, isterse boşanmadan kaynaklansın, bu dönemde kadının tüm ihtiyaçlarını karşılamak kocaya aittir (ölmüşse malından karşılanır). Çünkü kadının evlenmesine engel olan şey, daha önce yapmış olduğu evliliğidir. Bundan dolayı erkek, dolaylı olarak kadının başka biriyle evlenmesine engel olduğu için, kadının ekonomik olarak tüm ihtiyaçlarını karşılamak zorundadır.

İddet nafakasının erkek üzerine bir görev olduğunu bildiren ayet şöyledir: *"Onları (boşadığınız kadınları) gücünüz ölçüsünde oturduğunuz evin bir bölümünde oturtun, onları sıkıştırıp (gitmelerini sağlamak için) kendilerine zarar vermeye kalkışmayın. Eğer hâmile iseler, doğum yapıncaya kadar nafakalarını verin."*⁶³

Erkek boşadığı kadını, şayet hamile ise doğum yapana kadar, hamile değilse dört ay on gün evinde barındırarak tüm ihtiyaçlarını karşılamalıdır. Kadını evden atmak veya babasının evine gitmesi için incitici ve sert tutumlar sergilemek, asli ihtiyaçlarını kısmak veya karşılamamak yukarıdaki ayette belirtildiği üzere haramdır.⁶⁴

c) Yeni Kadına Mehir-i Mu'accel Vermek: Yukarıda da belirttiğimiz gibi, erkek evlenirken eşine belli bir miktar bedel öder. Mehr-i mu'accel denen ve hemen ödenmesi gereken bu kısım, yeni bir evliliğe başlamak için gereklidir.⁶⁵

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

5- Ahlakî-Dinî Tedbirler: İslâm hukukunun ahlakî bir çok öge ile beslendiğini daha önce belirtmiştik. Bu ahlakî yönden dolayı, ceza ve mükafatın bir kısmı âhirete

⁶¹ Buhârî, Talak 12; Nesâî, Talâk 34, (6,169); İbnu Mâce, Talak 22, (2056).

⁶² Bilmen, a.g.e., II/ 179; Erdoğan, a.g.e., s. 179.

⁶³ et-Talâk, 65/6.

⁶⁴ ez-Zuhaylî, a.g.e., IX, 501; İbn Rüşd, a.g.e. III/ 83.

⁶⁵ Karaman, a.g.e., I/ 339; Döndüren, a.g.e., s.225.

tehir edilmiştir. Çünkü ahlakî hükümler, kişilerin inisiyatifine bırakılmış şeyler olup, bunların ihlalden dolayı herhangi bir yaptırım söz konusu olmamaktadır.

Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun da belirttiği üzere, Aile Hukuku, hukukun, ahlakî yönü en fazla olan alanıdır. Çünkü aile denilen şey, bir çatı altında yaşayan insanların oluşturdukları birlikteliktir. Mahremiyeti olan ve dışarıdan müdahalelere çoğu kez kapalı olan aile, hukukun en aciz kaldığı alanlardan biridir.⁶⁶

Ahlakî hükümler, kişilerin kimsenin müdahalesine gerek kalmadan uydukları kurallar olduğu için, aile hukukunda ahlakî yönü ağır basan birçok hüküm vardır. Mesela kişinin, hayızlı iken veya cinsel birleşmenin olduğu bir temizlik döneminde karısını boşaması caiz değildir. Bu yasak, dinin belirlediği bir yasak olup ahlakî normlar olarak kabul edilmiştir. Çünkü, kocasının kendisini yasak bir haldeyken boşadığını ileri sürerek, boşama kararını iptal ettirme yoluna gitmesi, bir kadın için oldukça zordur. Çünkü bu durumun tetkik edilmesi mümkün değildir. Kadının hangi günlerde adet gördüğünün veya kocanın boşadığı esnada kadının hangi durumda olduğunun araştırılması bilhassa kadının onur ve kişiliğini zedeleyeceği için doğru bir şey olmaz. Bu konuda yapılacak herhangi bir araştırma ailenin mahremiyetini ihlal olup herhangi bir fayda da sağlamaz. Bundan dolayı sünnete uygun olmasa bile bu şekilde yapılan boşanmalar meşru sayılmıştır. Bundan dolayı sünnete uygun olmayan bir boşanma, kişiye günah kazandırmış olur. Böyle bir boşamadan dolayı ayrıca dünyevi bir ceza gerekli görülmemiştir.

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

⁶⁶ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 11.

⁶⁷ Gnş. Bil. Bk. Abd- el Âti, a.g.e., s.291-292.

B- Türk Medenî Kanununun Aile Birliğini Korumaya Yönelik Aldığı Tedbirler

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

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

1- Boşanmayı Hakimin Hükmüne ve Belirli Sebeplere Bağlamak:

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

4-5-1988 tarihli 3444 sayılı kanundan önce Türk Medeni Kanununa göre eşlerin karşılıklı anlaşmış olmaları boşanma sebebi sayılmamakta idi. Eşlerin bu yöndeki talepleri tetkik edilir ve boşanma sebeplerinden herhangi biri varsa, boşanmaya hükmedilirdi. İsviçre Medenî Kanununda karşılıklı anlaşma, boşanma sebebi sayılırken, Türk Medeni Kanunu, bu maddeyi Türk toplum yapısına uymamasından dolayı kabul etmemiştir. Ayrıca bu maddenin, geçici evliliklerin önünü açacağı için büyük tehlike

⁶⁸ TCA. md. 41.

⁶⁹ TMK. md. 4.

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

oluşturacağı ileri sürülmüştür.⁷¹ Fakat Türk Medeni Kanunu, 3444 sayılı kanun ile, eşlerin boşanma konusunda karşılıklı anlaşmalarını, mutlak boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu maddeye göre, eşlerin boşanma ve sonuçları konusunda anlaşmış olmaları halinde mahkeme boşanmaya hükmetmek zorundadır.⁷²

Karşılıklı anlaşmanın boşanma için yeterli görülmesinin sùistimallere imkan vermemesi için Medenî Kanununun 134. maddesinin 3. fıkrasında şu şartlarla boşanmaya hükmedilebileceği belirtilmiştir:

*“Evlilik en az bir yıl sürmüŖse, eşlerin birlikte baş vurması ya da bir eşin diğ erinin devasını kabul etmesi halinde evlilik birliğı temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirilmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.”*⁷³

Türk Medenî Kanununun 142. maddesi, bir ceza niteliğinde olmak üzere, boşanmada kusurlu olan eŖe hakimin, boşanma hükmüyle birlikte, bir yıldan az ve iki yıldan çok olmamak üzere evlenme yasağı koyabileceğini öngörmekteydi. Fakat boşanmayı kolaylaştıran 3444 sayılı kanunla bu madde yürürlükten kaldırılmıştır.⁷⁴ Bu değışiklikle cezaî bekleme süresi kaldırılmış ve sadece kadının üç yüz günlük (iddet) bekleme süresi kabul edilmiştir.⁷⁵

2- Ayrılık Kurumunun Kabul Edilmesi:

Aile birliğini korumak amacıyla alınan tedbirlerden bir diğ eri de ayrılık kurumudur. Türk Medenî Kanunu, Kanonik (kilise) hukukun etkisiyle İsviçre hukukuna giren “*ayrılık*” kurumunu kabul etmiştir.⁷⁶ Ayrılık kurumu, Hristiyan hukukunda boşanmanın yasak olmasından dolayı ortaya çıkmıştır. Aralarında *ayrılık’a* hükmedilmiş olan geçimsiz eşler, daha huzurlu yaşayabilecekleri başka bir evde yaşama

⁷¹ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 180-181.

⁷² Köprülü-Kaneti, age, s. 144.

⁷³ TMK. md.,134/III.

⁷⁴ Köprülü-Kaneti, age, s. 160.

⁷⁵ Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 127.

⁷⁶ MK. Md. 135.

hakkını kazanmış olurlar; yatakta ve sofrada ayrılık prensibi. Bu dönemde eşler arasında ki evlilik bağı resmen devam etmekle birlikte, fiilen sona ermiş sayılır.⁷⁷

Türk Medeni Kanunu ayrılığı, evlilik birliğinin korunması amacıyla benimsemiştir. Ayrılık belirli bir süre için eşlerin ayrı yaşayarak birbirlerinin değerini takdir etmeleri ve sağlıklı karar verebilmeleri için faydalı olmaktadır. Boşanmış eşlerin, pişman olduklarında eski eşlerine geri dönmeleri zorken, ayrı olarak yaşayan eşlerin, evlilikleri resmen devam ettiği için, fikirlerindeki bir değişiklik, evlilik birliğine geri dönmek daha kolaydır. İsviçre Medeni Kanunu, edebî ayrılığı kabul etmiş olmasına rağmen, Türk Medenî Kanunu, ebedi ayrılığı kabul etmemiştir. Çünkü ayrılık boşanmanın yerine ikame edilmiş bir kurum değil, aile birliğini korumaya yönelik bir tedbirdir. 139. madde ile ayrılık, “en az bir, en fazla üç yıl olabilir” şeklinde geçici ayrılık kabul edilmiştir.

Türk Medenî Kanununun 138. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ayrılık isteğiyle mahkemeye baş vurulunca, mahkeme boşanmaya hükmedemez. Fakat boşanma talebiyle başvurulsa bile mahkeme, barışma imkanı varsa ayrılığa hükmedebilir. Çünkü genel prensip evlilik birliğinin korunmasıdır.⁷⁸

İslâm'ın aile birliğini koruyucu tedbirler içinde zikrettiğimiz boşanmanın zamana yayılması düşüncesiyle, ayrılık kurumu aynı noktada birleşmektedir. Şöyle ki, İslâm hukukuna göre kişi, eşini bir anda üç talâkla boşayamaz. Boşanma kararı verilmiş olsa bile kadının iddet dönemi bitmeden kesinlik kazanmaz. Bir ve ikinci talâk ile eşler dönülebilir şekilde boşandıkları için, yeniden nikâh gerekmeksizin, eşler birbirine dönebilirler. Ayrılıkta olduğu gibi ric'î talâkta da, resmen evlilik devam ederken fiili olarak bir süre devam etmez. Bu yönüyle ric'i talâk dediğimiz dönülebilir boşanma ile ayrılık kurumu aynı amaca yöneliktir.

3- Terkeden Eşe İhtar Gönderme:

Şayet eşlerden biri evi terk etmişse, mahkeme diğer eşe hemen boşanma davası açma hakkı vermez. Mağdur olan eş, ortak hayatı terkederek başka bir yerde yaşamaya başlayan ve evliliğin gerektirdiği vazifeleri yerine getirmeyen eşin terkinden en az altı

⁷⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 229.

ay sonra mahkemeye başvurarak, terkeden eşin geri çağrılmasını ister. Şayet terkeden eş, bir ay içinde geri gelmezse, diğer eş o takdirde boşanma davası açabilir. Ayrıca ortak hayatı terke zorlayan durumlar davacı olan eşten kaynaklanıyorsa, bu sebepleri ortadan kaldırmadığı müddetçe, boşanma davası açamaz. Bu aynı zamanda dava açmayı geciktirerek boşanma kararının zamana yayılması anlamına gelmektedir.⁷⁹

4- Mahkemenin Boşanma Kararını Zamana Yayması:

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

Mahkeme, boşanma sebebi bir hastalık veya ahlaksızlık ise, bu durumun devamlılık arz edip etmediğini tespit etmek için davanın görüşülmesini tehir ederek ailenin hemen dağılmasına hükmetmez.⁸⁰

Türk Medeni Kanununa göre eşler boşanma konusunda anlaşmaları halinde, mahkemenin boşanmaya hükmedebilmesi için şu şartlar gereklidir:

a) Daha önce boşanma sebeplerinden herhangi biriyle boşanma davası açılmış ve reddedilmiş olmalıdır.⁸¹

b) Boşanma talebini reddeden kararın kesinleşmesinde itibaren üç yıl geçmiş ve bu üç yıl içinde her ne sebeple olursa olsun müşterek hayat yeniden kurulmamış olmalıdır.⁸²

Öte yandan, evlilik kader birliğini zorunlu kılıp, iyi ve kötü günde beraberlik ister. Eşlerden birinin sürekli hastalığı, ilke olarak, boşanmayı haklı kılmaz. Örneğin evlilik devam ederken, kadının rahminin ameliyatla alınması ve bu yüzden doğurma yeteneğini yitirmesi bir çeşit “semavi afet”tir; eşlerin bu durumu birlikte göğüslemesi gerekir. Bundan dolayı mahkeme boşanmaya hükmetmez.

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

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

⁸⁰ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 206.

⁸¹ MK. Md. 234/IV.

⁸² Oğuzman-Dural, a.g.e., s. 131.

5- Ekonomik Tedbirler:

Türk Medenî Kanununa göre, boşanmanın doğurduğu maddî ve manevî zararlar suçlu tarafa tazmin ettirilebilir. Medeni Kanunun ilgili maddesinde şöyle denilmektedir: *“Mevcut veya ileride meydana gelecek bir menfaati boşanma yüzünden kaybeden eş, boşanmaya sebep olan eşten münasip maddi bir tazminat talebi vardır.”*⁸³

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre suçsuz olan eşin manevi tazminat açma hakkı da vardır. Boşanma hususunda suçlu olan tarafın bu tazminatları ödememesi halinde boşanma kararından vazgeçilir. Bu gibi ekonomik yükler, kişileri boşanma konusunda daha temkinli ve isabetli karar vermeye zorlayacaktır.⁸⁴

Özet olarak diyebiliriz ki, tüm hukuk sistemleri, aile birliğini korumayı en genel prensiplerden kabul etmiş ve bu prensip doğrultusunda bir çok düzenleme yapmıştır. Yapılan bu düzenlemelerin farklılık arzetmesinden dolayı, asıl gayenin de farklı olduğu anlamına gelmez. Bu farklılıkların sebep ve sonuçlarını, tezimizin son bölümünde ele alacağız.

⁸³ MK. 143/I.

⁸⁴ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 258.

II- KİŞİSEL HAKLARI KORUMAK

İdeal bir hukuk sistemi, toplumu gözetdiği kadar toplumu oluşturan fertleri de gözetmelidir. Çünkü toplumda huzur ve sükûnun olabilmesi için, fertlerinin mutlu olması şarttır. Fertleri huzursuz bir toplumdan ideal bir toplum meydana getirilemez. Toplum düzeninin ayakta durması için kişilerin aslî haklarının ihlali, uzun vadede büyük tehlikeler doğuracaktır. Bundan dolayı ideal bir hukuk sisteminde kişilerin hakları, en az devlet menfaati kadar önemlidir.

İster dinî kaygılardan dolayı olsun, ister devletin devamı için olsun, -1944 yılında Rusya'da olduğu gibi- boşanmayı yasaklayan tüm hukuk sistemleri, sonunda bireyin aslî haklarını yok saymanın imkansız olduğunu anlamışlardır. Çünkü boşanma yasağı, her şeye rağmen, evlilik birliğine devam etmek demektir. Bu birliktelik sonucu bir çok insan, ruh sağlığı bozulacak derecede mutsuz ve huzursuz olmuştur. devlet zoruyla bir arada zorla tutulan insanların oluşturduğu bir ailenin kişilerden çok devlete zarar getireceği ise sonradan anlaşılmıştır.

Toplumun sıhhati ailelerin sıhhatine, ailelerin sıhhati ise fertlerin sıhhatine bağlıdır. Aslî hakları ihlal edilen kişilerin ruhen ve bedenî sıhhatli olması mümkün değildir. bundan dolayı her hukuk sistemi, kişilerin aslî haklarını ihlal eden her şey ortadan kaldırılmalıdır. Bu, mevcut evlilik birliği dahi olsa durum aynıdır. Aslında evlilik, aslî ihtiyaçların en güzel şekilde tatmin edildiği kurumdur. Fakat bu genel kuralın istisnaları da yok değildir. bundan dolayı kişilerin istemedikleri bir evlilik birliğine zorlanmaları yanlıştır. Sürekli tekamül gösteren hukuk, bugün bu noktaya gelmiştir. Bu bağlamda “hak” kavramını izah ettikten sonra, boşanma konusunda hukukun gözetmesi gereken ferdî hakların neler olduğuna geçelim.

A- Hak Kavramı ve Mahiyeti

1- **Hakkın Tanımı:** Sözlükte *hak*; gerçek, sabit, doğru, vâkı'aya uygun anlamlarına gelmektedir. Terim olarak ise, hukuk sisteminin benimsediği, yetki ve yükümlülük doğuran bir aidiyettir. Hak genel olarak, hukukun kişilere tanıdığı yetki olup, kişiler bu yetkiye dayanarak bir talepte bulunabilme imkanına kavuşurlar.⁸⁶ Hakkın iki şekli vardır:

⁸⁶ Köprülü, Bülent, Medenî Hukuk, s. 15.

2- Hakkın Menşe'i ve Kaynağı: Hakkın menşei konusu, genelde hakkın meşruiyeti anlayışıyla, hakkın kaynağı (varlık sebebi) ise, genel borç nazariyesine bağlı olarak mevcut hukuk doktrin ve düzeniyle ilgilidir.

Hakkın menşe'i konusunda farklı yaklaşımlar vardır. İslâm hukukçuları, hakkın menşe'inin Allah olduğunu, kişinin var olmakla bu hakları kazanmadığını savunmuşlardır. Fakat bazı hukukçular hakkın kaynağı, bizzat insanın kendisidir derken, bazıları ise hakkın kaynağı toplumdur, demişlerdir.⁸⁸

Bir hakkın kazanılabilmesi için, şu iki yoldan birinin kullanılması gerekir.

a- Asli yoldan hak elde etme: Başkasına ait olmayan bir hakkın ilk sahibi olarak doğrudan doğruya kazanılması, aslî yoldan hak kazanmadır. Hukukî olay, hukukî fiil ve hukukî işlemlerle de aslî haklar kazanılabilir. Temyiz yaşına girmek, evlenmek vb.

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

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

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

4- Hakkın Kısımları:

a-Toplumsal-Kişisel Hak: Hukuk sistemlerinin hak taksimleri farklılık göstermekle birlikte en yaygın ayırım, toplum hakkı ve kişisel haklar şeklinde yapılan ayırımdır. İslâm hukukundaki Allah Hakkı-Kul Hakkı ayırımı ile aynıdır. Allah hakkı ibadetleri de içine alacak şekilde toplumu ilgilendiren haklardır.⁹⁰

⁸⁸ DİA, Hak md. (Ali Bardakoğlu), XV/139; Meydan Larousse, Hak md. V/ 527.

⁸⁹ Karaman, a.g.e., I/ 154.

⁹⁰ Şamil İslâm Ansiklopedisi, Hukukullah-Hukukulibâd md. III, 138.

b- Aynî-Şahsî Hak: Diğer bir ayrım ise, aynî haklar ve şahsî haklar şeklindedir. İslâm hukukunda ise “*ayna ilişkin haklar*” ve “*zimmete ilişkin haklar*” olarak isimlendirilmiştir. Aynî haklar kişiyi değil de kişiye ait mallara yönelik olan haklardır. *Ayn*, müşahhas ve muayyen (belirli) maddî varlık demektir. Meselâ bir *ayn* üzerindeki mülkiyet hakkı, kiracının kiraladığı şeyi kullanma hakkı gibi.

Şahsî veya Zimmete ilişkin haklar ise, kişiler arasındaki borç ilişkisini ifade eder. Zimmet borcu, belli bir malı değil de şahsı bağlayan bir borçtur. Bu bir hakkı imal etme, bir işte çalışma şeklinde malî karakterde bir iş olabileceği gibi, karı koca arasında ailevî haklar, sadakat borcu, çocuğun nesep hakkı şeklinde de olur. İslâm hukuk literatüründe yer alan *ayna taalluk eden hak-zimmete taalluk eden hak* şeklindeki bu ayrım, malî olmayan bir çok hakkı da içerdiğinden, Batı hukukundaki aynî hak-şahsî hak ayırımından daha kapsamlıdır.⁹⁰

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

Dinî Haklar, dinin hükümlerine göre esasen mevcut olduğu halde, mahkemede ispat edilemeyen hakları, kazaî haklar ise dinin hükümlerine göre mevcut olsun veya olmasın, mahkemede ispatı mümkün olan hakları ifade eder. Özellikle konumuz olan aile hukuku alanında bu ayrıma göre bir çok hüküm bina edilmiştir.

d- Diğer hak ayrımları: Mücerret hak-müekked hak, mutlak hak-nispî hak, yenilik doğuran haklar-yenilik doğurmayan haklar gibi bazı hak ayrımları mevcuttur.⁹¹

5- Hakkın Kullanımı:

Hukuk tarafından kişilere verilen hakların nasıl kullanılması gerektiği konusunda, iki farklı görüş vardır: Ferdiyetçi görüş. Sosyal görüş. Binci görüşe göre kişi, sahip olduğu tüm hakları istediği gibi kullanabilir. Başkalarının zarar görmesi ise hakkın meşruluğunu etkilemez. Romalıların dediği gibi, kendi hakkını kullanan kimse başkasına

⁹⁰ Köprülü, a.g.e., s. 22.

⁹¹ DİA, a.g. md., s.144.

zarar vermiş sayılmaz. Zira kullanılan hak bizzat kullanana ait olup ona bu hakkı kullanma yetkisini kanun vermiştir.

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

6- Hakkın Kötüye Kullanımı: Hakkın kötüye kullanılmasının bir çok tanımı yapılmıştır. Biz sadece en kabul gören tanımı belirtmekle yetineceğiz: *“Hakkın verilmiş gayesi dışında veya bir başkasına zarar vermek kastıyla ya da zarar verecek şekilde kullanılmasıdır.”*⁹⁴

Hakkın kötüye kullanıldığının söylenilebilmesi için, bazı şartları taşıyor olması gerekir. Bu şartlar şunlardır:

- a- Hakkın bir başkasına zarar vermek amacıyla kullanılmış olması gerekir.
- b- Hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkan zararın fahiş (büyük) derecede olması gerekir.
- c- Hakkın üçüncü şahıslar için umumi zarar meydana getirmesi gerekir.
- d- Hakkın kullanılmasıyla meşru olmayan menfaat sağlanmış olmalıdır.
- e- Menfaatlerde aşırı dengesizlik olmalıdır.

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

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

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

⁹⁴ Köse Saffet, İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, s. 56; Dalgın, a.g.e., s. 114.

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

⁹⁶ TMK. md. 2/II.

bir şey, çocuklar için hak sayılırken, eşler için hak sayılan şey, çocuklar için görev sayılmaktadır.

Karşılıklı menfaat ve sorumluluk ilişkisi içinde olan aile fertlerinin görevlerini yerine getirmemesi halinde, ailenin diğer fertlerinin hakları ihlal edildiği için, ailede geçimsizlik ve huzursuzluk hemen kendini gösterir. Toplumsal vazifelerin ihmali bu kadar çabuk sonuç vermezken aile içi ihmal ve ihlaller, aile birliğini hemen etkiler. Mesela lokantacıların hiçbir sebep yokken yemek yapmayı bırakmalarının olumsuz etkileri daha çok uzun vadeli iken, evde kadının yemek yapmama hususunda direktmesi hemen olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Bundan dolayı aile içi görev ve haklar daha hassas bir şekilde kontrol edilmeli, aile birliğini sarsacak noktaya gelmeden, problemin çözümü için hemen müdahalede bulunulmalıdır.⁹⁷ Bundan dolayı Kur'an, boşanma (şikâk) noktasına gelmeden müdâhale edilmesini istemiştir.⁹⁸

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

B- KADININ HAKLARINI KORUMAK

Fizikî açıdan erkekten daha zayıf olmasından dolayı, insanlık tarihi boyunca kadınların hakları ihlal edilmiş, köle gibi satılmış, hatta bazen insan olup olmadığı tartışılmıştır. İslâm, kadın hakları üzerinde çok durmuş, onların Allah'ın emaneti olduğunu söylemiştir. Hz. Peygamberin, veda hutbesinde, kadın haklarının ihlal edilmemesi yönünde uyarılarda bulunmuştur. Veda hutbesinde bu konunun zikredilmiş olması, bu noktanın istismarlara ve ihlallere gebe olduğunu göstermektedir.⁹⁹

Ortaçağ Avrupası'nda kadın, daha vahim bir durumda idi. Kadınlar bir meta gibi kabul edilmekte ve hiçbir hak iddia edememekte idi. Reform ve Rönesans'ın etkisiyle kadınlar bazı haklar elde etmeye başlamıştır. 1789 Fransız Devrimi ile hızlanan bu hareket kadınlara siyasî, sosyal ve ekonomik bazı haklar kazandırmıştır.¹⁰⁰

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

⁹⁸ en-Nisâ, 4/35.

⁹⁹ Sami, Şemseddin, Kadınlar, Gündoğan Yay. Ankara, 1996. s. 5-6; Aktan, Hamza, "İslâm'a Göre Kadının Sosyal Aktivitesi" adlı tebliğ, İSAV, Sosyal Hayatta Kadın, s. 255.

¹⁰⁰ Bensadon, Ney, Başlangıcından Günümüze Kadın Hakları (çev.Şirin Tekeli), İletişim Yay. İst. 1994, s. 7-12.

Biz de çalışmamızda tarih boyunca çoğu kez hakları ihlal edilmiş olması hasebiyle kadının haklarını öncelikli olarak ele almayı uygun bulduk. Kadının haklarını boşanma öncesi ve sonrası diye iki kısma ayırmak mümkün olsa da, biz bu hakları manevî ve maddî haklar taksim etmeyi daha uygun bulduk.

1- Manevi Hakları:

a) *Kişisel (Şahsî) Haklar:* Kadın, fizikî ve psikolojik açıdan erkek gibi olmasa da, insan olması hasebiyle aynı haklara sahiptir. Kadının en önemli hakları, onun insan olmasından dolayı elde ettiği aslî haklarıdır. Bu açıdan, tüm insanların sahip olduğu haklar aynıdır. Kişi (şahıs) tabiri insanın yalnız vücut varlığını değil, içtimaî hayattaki rolünü ve yerini, onun hak sahipliği sıfatını da ifade etmektedir. Kişilik ise, onun haklardan istifade ehliyetini anlatmaktadır. Bugün genellikle medenî milletlerin hukukunda insan olarak doğmuş bulunmak, şahıs sayılmak ve haklardan istifade etmek için yeterli görülmüştür. Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında *"şahsiyet çocuğun sağ olarak doğduğu andan başlar ve ölüm ile nihayet bulur"* denmektedir.¹⁰¹

Kendine ait bir şahsiyeti olan kadın, şahsiyetinden dolayı kazanmış olduğu haklarına evlendikten sonra da sahip olmaya devam eder. Erkeğin, kadının sahip olduğu bu haklarını iptal etme veya ihlal etme hakkı yoktur. Örneğin kadının yaşama hakkının, kocası tarafından tehtid edilmesi, boşanma için yeterli bir sebeptir. Kocanın karısının canına kast etmesi hem Hukuk-ı Aile Kararnamesine hem de Türk Medenî Kanununa göre özel boşanma sebebidir.¹⁰²

Kadını insan yapan şey, sadece yaşaması değildir. Tüm insanlar gibi kadının itibar ve haysiyetinin korunması da gereklidir. Erkek, kadının inançlarına ve şahsiyetine yönelik ağır hakaretler ve davranışlarda bulunamaz. Namus ve şerefine zedeleyici alışkanlık ve tutumlar, -zinâda olduğu gibi- aynı şekilde kadına boşanma hakkı doğurur.¹⁰³

Evlilik kurumu, kadının huzurlu ve mutlu bir şekilde yaşaması için zorunludur. İnsanların hem rûhen hem de bedenen ihtiyaçlarının giderilmesi gereklidir. Kadın kocasından ilgi, şefkat ve saygı bekler. Sevginin ve saygının olmadığı, iletişimin

¹⁰¹ Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, s. 211.

¹⁰² HAK., md. 132/ VII; TMK. md., 130.

kurulamadığı bir evlilik sağlıklı olamaz. Çünkü evlilik sadece cinsel ihtiyaçların giderilmesi için var olan bir kurum değildir. Eşler arasında olması gereken fizikî ve ruhî iletişimi bir psikolog şöyle açıklar:

“Evlilikle psikolojik ve emosyonel (duygusal) birliktelik sağlanır. Aile içinde bütün bireyler ve öncelikle de karı ve koca arasındaki karşılıklı ilişkiler, menfaate dayalı değildir. Ruhsal bir ilişki de söz konusudur ve bu ilişki sevgiyi, şefkati merhameti, sevecenliği, karşılıklı güveni, fedakarlığı, teselli ve yardımı doğurur. İnsanın kendini ifadesi en iyi bu şekilde olur. Eşlerin sevdiği, güvendiği, cesaret verdiği, birlikte gülüp birlikte üzüldüğü ve kendisine –yalnızca kendisine- ait olduğunu bildiği birinin olmasının getirdiği güven duygusu evliliğin bir diğer faydasıdır. Evliliğin amacı, eşleri kısıtlamak değil, ikisini bir bütün yapmaktır.”¹⁰⁴

İdeal bir ailenin her zaman oluşması mümkün olmamakla birlikte, ideal ailenin oluşmasına engel olan eş, diğerinin haklarını dolaylı olarak ihlal etmiş sayılmaktadır. Eşler arasında olması gereken bu duygusal bağın, hukuk eliyle yapılması mümkün olmasa da, ortak hayatı çekilmez hale getirecek şekilde, diğer eşin haklarını ihlal etmek, boşanma sebebi sayılır. Boşanmanın gerçekleşebilmesi için, bu durumun uzun süre devam etmesi ve eşler arasında büyük çapta anlaşmazlık oluşturması gerekir.¹⁰⁵ Aksi halde, her olumsuz şey, boşanmaya sebep olur ki, bu daha tehlikelidir.

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

Kadının, bu hakkını kullanabilmesi için kocasıyla aynı meskeni paylaşması gerekir. Kocanın, karısıyla cinsel ilişkiye girmemekte diretmesi veya evi terk etmesi, kadının hakkını ihlal sayılır. HAK. ve TMK., “terk”i boşanma için yeterli saymıştır.¹⁰⁶

Erkekten cinsel ilişkiyi imkansız kılacak veya zorlaştıracak türden bir eksikliğin veya hastalığın bulunması, kadın aleyhine bir durum oluşturabilir. Şayet tedavisi mümkün olmayacak türden bir eksiklik veya hastalıkta, bu durum kadına boşanma hakkı

¹⁰³ HAK., md. 132/ I; TMK. md., 129.

¹⁰⁴ Saygılı, a.g.e., s.12.

¹⁰⁵ Gnş. Bil. Bk. Genel Boşanma Sebepleri.

¹⁰⁶ Bkz. Özel Boşanma Sebeplerinden “Terk”.

doğurur.¹⁰⁷ Kocanın kaybolması ve uzun süreli hapis cezasına çarptırılması da hukuk sistemleri tarafından boşanma sebebi olarak görülmüştür.

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

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

Türk Medenî Kanununa göre kadın, erkek gibi devletin bir vatandaşı olup devletin meşru gördüğü, evin dışında yapılabilen aktivitelere katılabilir. Meselâ siyasî oluşumlara aktif veya pasif olarak katılabileceği gibi, vakıf ve derneklerde görev alabilir. Aynı şekilde kadının seyahat etme hakkı olup, hem ticarî amaçlı hem de ziyaret amaçlı seyahatler yapabilir. Fakat evli bir kadın kocasının iznini almadan her istediğini yapmamalıdır. Çünkü aile birliğini zedeleyecek veya ister doğmuş olsun, isterse doğacak olsun, çocukların sıhhatini tehlikeye düşürecek tasarruflar, kadının bazı haklarını kısıtlayabilir. Bundan dolayı erkeğin karısını bazı noktalarda sınırlandırabileceği tüm hukuk sistemleri tarafından kabul edilmiştir. Fakat bu sınırlandırmanın ne kadar olacağına ihtilaf etmişlerdir.¹¹⁰ Bu yıl TMK.da yapılan değişiklikte kadının iş seçiminde kocasından izin alma zorunluluğu kaldırılmıştır.

İslâm'a göre kadının sosyal hayata iştiraki, belirtilen şekilde örtündüğü müddetçe mümkündür. Kadın, gerekli durumlarda nafakasını kazanmak, akrabaları ziyaret etmek, cemaatle yapılması gereken ibadetlere ve eğitim faaliyetlerine katılmak ve toplu

¹⁰⁷ HAK. md. 132/ VI.

¹⁰⁸ Saygılı, a.g.e., s. 12.

¹⁰⁹ Bkz. Aktan, a.g.t., s. 255.

¹¹⁰ Tekinay, Selahattin Sulhî, Türk Aile Hukuku, s. 333.

yaşamının gereği olan faaliyetlerden dolayı evinin dışına çıkabilir. Toplu yaşamın gerektirdiği faaliyetler, zaman ve mekana göre farklılık arz edeceği için, bulundukları bölgenin şartlarına göre koca, karısına bu faaliyetleri yapabilmesi için izin vermelidir. Kocanın kadını sosyal hayattan tecrit edecek derecede sınırlandırması kadının aslî haklarının ihlali olacaktır. Çünkü ayet, “...*Ya güzelce tutun ya da güzellikle salıverin*”¹¹¹ buyurmaktadır.

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

Kadını yaşama bağlayan, mücadele azmini arttıran çocuk, bir kadının sahip olacağı en değerli şeylerden biridir. Bundan dolayı, kocanın kadını çocuk sahibi olmaktan men etmesi söz konusu olamaz. Cinsel ilişkiden kaçınmakla veya tıbbî bazı müdahalelerle çocuğun olmasına engel olmak, kadının aslî haklarından olan *anne olma hakkını* ihlâl sayılır. Şayet çocuğun doğması bazı mahsurlar arz ediyorsa eşlerin karşılıklı anlaşarak bu işe karar vermeleri gerekir.

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

Anne olmak, sadece çocuk doğurmak değil, çocuklarını büyütmek ve yetiştirmek anlamına da gelmektedir. Kadın boşandıktan sonra çocuklarını görüp onlarla duygusal bir iletişim kuracak kadar aynı ortamı paylaşma hakkına da sahiptir. Hukuk kararıyla erkeğe

¹¹¹ El-Bakara, 2/ 231.

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

¹¹³ HAK. 119-121. md.

verilmiş çocuk, kaç yaşında olursa olsun annesinden koparılamaz. İnsanlar arası bağların en kuvvetlisi olan anne-çocuk bağı koparmak en büyük kişilik hakkını çiğnemektir.¹¹⁴

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

İslâm hukuku çok evliliği kadınların lehine olacak şekilde dörtle sınırlandırmıştır. Dört kadınla evlenebilme, teşvik edilmemiş, zorunlu durumlar için meşrû kabul edilmiştir. Tek evliliğin insan için en iyi olduğu aynı ayette vurgulanmıştır.¹¹⁷ İslâm hukukuna göre, kadın, ikinci bir evliliği yapmaması şartıyla erkeğin evlilik teklifini kabulü halinde, erkeğin ikinci bir kadınla evlenmesi caiz olmaz. Bu durumu gerekçe göstererek kadın mahkeme yoluyla kocasından ayrılabilir.¹¹⁸

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

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

¹¹⁴ Yavuz, Yunus Vehbi, a.g.e., s. 164.

¹¹⁵ TMK. md. 93; Tekinay, a.g.e., s. 94.

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

¹¹⁷ en-Nisâ, 4/ 3.

¹¹⁸ HAK. md. 38; Karaman, a.g.e., I/ 328.

¹¹⁹ Gnş. Bil. Bk. Vedud Muhsin, Amine, Kur'an ve Kadın, s.128; Carullah, Musa, Hatun, s. 82.

mutluluğuna, ailelerin mutluluğu ise kişilerin mutluluğuna bağlıdır. Kişilerin temel hak ve hürriyetlerini tamamen kısıtlayan bir hukuk sistemi, ideal bir toplum oluşturamaz.

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

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

2- Maddî Hakları:

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

Türk Medenî Kanununa göre kadın, kocanın sebep olduğu boşanmadan dolayı tazminat davası açabilir. Bu m. ağıduriyetin, maddî veya manevî olması bu hakkını etkilemez. Mahkemenin gerekli görmesi halinde koca, bu tazminatı ödemekle yükümlü olur. Kadının tazminat alabilmesi için bazı şartların yerine gelmesi gerekir. TMK.un ilgili maddesinde şöyle denmektedir: “*Mevcut ve hatta muntazar (olabilecek) bir menfaati boşanma yüzünden kaybeden kabahatsiz karı veya kocanın, kabahatli olan taraftan münasip maddî bir tazminat talebine hakkı vardır.*”¹²² Aynı maddenin ikinci fıkrasına

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

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

¹²² TMK: md. 143/I

göre eşlerden birinin “*ağır ihlal*”i söz konusu ise, diğer eşin manevî tazminat davası açma hakkı doğmuş olur.¹²³

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

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

b) Nafaka Hakkı: Hukukta, insanın normal bir hayat sürebilmesi için gerekli olan, mesken, yiyecek, içecek, giyecek, tedavi vb. ihtiyaçlar için kullanılan bir kelimedir.¹²⁵ Hem İslâm hukuku hem de Türk Medenî Kanununa göre erkek ailenin nafakasını sağlamakla mükelleftir.¹²⁶ Hiçbir sebep yokken koca, nafaka temininden kaçınamaz. Çünkü evlilik birliğinin başkanı (reis) kocadır. Bundan dolayı koca hem karısının hem de çocuklarının nafakasını sağlamakla mükelleftir. Koca ekonomik giderleri karşılamakla mükellef olduğu için, aynı maddenin aynı fıkrası ile evin seçimi kocanın yetkisine verilmiştir.

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

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

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

¹²⁶ HAK. md. 92-101; TMK. 152/ II.

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

Kadının boşandıktan sonra da bir müddet kocasından ekonomik olarak destek görme hakkı vardır. Çünkü kadın, TMK'na göre 300 gün, İslâm Hukukuna göre ise hamileyse doğuma kadar, hamile değilse dört ay on gün iddet beklemek zorundadır. Bu beklemenin amacı, doğacak çocuğun nesebinin karışmamasıdır. Kadının yeni bir evlilik yapabilmesi için beklemesi gerekli olan bu süre, eski kocadan olan evliliğinden kaynaklandığı için, bu dönemde kadının nafakasını sağlamak eski kocaya aittir.¹²⁸

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

c) *Yeniden Evlenme Hakkı*: Kadın, kocasından boşandıktan sonra beklemesi gereken sürenin bitimiyle birlikte yeniden evlenme hakkına sahip olur. Bu konuda eski kocasına herhangi bir şekilde fikir danışması veya ondan izin alması söz konusu değildir. Cahiliyye Araplarında yaygın olan bir adete göre kadın boşansa bile kocasının izni olmaksızın yeniden evlenemezdi. İslâm hukuku bu geleneği kaldırarak kadının mağdur olmasını engellemiştir.¹³⁰

C- ERKEĞİN (KOCANIN) HAKLARINI KORUMAK

Erkekler, tarih boyunca, insanlığın kuvvetli ve güçlü kesimini oluşturmuşlardır. Erkekteki fiziki güç, onun kadından üstün olduğunu ve kadınların onlar için var olduğunu akıllara getirmiştir. Tarih boyunca hâkim görüşe göre erkek; koruyan, kazanan ve yöneten, kadın ise korunan, tüketen ve yönetilendir. Genel anlayış böyle olunca, kadın-

¹²⁷ HAK. 98; TMK. md. 187/II.

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

¹²⁹ TMK. md. 144; Hatemi-Serozan, a.g.e., s. 251.

erkek hak ve sorumluluklarının aynı olması düşünülmemiştir. Erkek kadının haklarının çatışması mümkün olmamakta, olursa da erkek lehine bu çatışma sona ermekte idi. Bundan dolayı erkeklerin hakları, yine kendileri gibi birileri tarafından ihlal edilmedikçe veya kısıtlanmadıkça erkekler haklarını kullanabilmişlerdi.

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

1- Manevî Haklar:

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

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

Türk Medenî Kanunu, erkeğin aile reisi olduğu fikrini bu yıl yapılan Medenî Kanun çalışmaları sonucunda reddederek eşlerin evin idaresinde eşit oldukları fikrini kabul etmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre kadın, şayet isterse herhangi bir işte çalışma

¹³⁰ Bkz. (Bardakoğlu, Ali, "Cahiliyye Döneminde Kadın" adlı tebliğ), İSAV, a.g.e., s. 255.

¹³¹ Bkz. Yavuz, a.g.e., s. 79.

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

hakkına kavuşmuş olmaktadır. Kadın isterse kendi soyadını taşıma hakkına da bu yeni değişiklikle kavuşmuş olmaktadır.

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

“Allah’ın insanlardan bir kısmını diğerlerine üstün kılması sebebiyle ve mallarından harcama yaptıkları için erkekler kadınların yöneticisi ve koruyucusudur (kavvam). Onun için sâliha kadınlar itaatkârdır. Allah’ın kendilerini korumasına karşılık gizliyi (namuslarını) koruyucudurlar. Baş kaldırmamasından endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarda yalnız bırakın ve (bunlarla yola gelmezlerse) dövün. Eğer size itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın; çünkü Allah yücedir, büyüktür.”¹³³

Ayette konumuza ışık tutan iki nokta vardır. Erkeklerin bazı yönlerle kadından üstün olması ve bu üstünlüğün kaynağında erkeğin ekonomik gücünün olması. Erkeğin hangi açılardan kadına üstün olduğu sorunu ise, İslâm’ın genel ruhu göz önünde tutulunca çözülmüş olacaktır. Çünkü İslâm, insanların Allah katında eşit olduğunu, üstünlüğün sadece kişisel kazanımlar sonucu elde edilen insan-ı kamil (muttakî) olma vasfıyla olacağını belirtmiştir. Bundan dolayı erkeğin kadından daha üstün olduğu iddiası İslâm’a ait bir düşünce değildir. Yukarıdaki ayette de belirtildiği üzere, erkeği kadından üstün kılan şey, erkeğin ekonomik üstünlüğüdür. Bu üstünlük Allah’ın bahsettiği vasıflardan ileri gelmektedir. Kadının erkeğe itaat etmesini gerekli kılan en önemli faktör, budur. Müslüman bir erkek, ekonomik üstünlüğe sahip olsun olmasın, alacağı kararlarda kadına söz hakkı vermesi, istişareyi emreden bir dinin ferdi olmasından dolayı, gereklidir.¹³⁴ Sonuç olarak söyleyebiliriz ki, erkeğin aile reisi olması, her istediğini yapmaya yetkili olduğunu, kadının bu hususta hiçbir söz hakkına sahip olmadığını ifade etmez.

Kadının itaat etmesi, kocasının kendine karşı daha şefkatli ve merhametli olmasına, böylece ailenin daha sağlam ve sıhhatli yürümesine imkan sağlar. Kadın, ekonomik bağımsızlığını kazanmış olsa bile, kocasına itaat ederek ailenin bütünlüğünü

¹³³ en-Nisâ, 4/34.

¹³⁴ Nisâ, 4/34.

ve sıhhatini korumaya çalışmalıdır. Tabi ki bu itaat, meşru sınırlar içinde olup, kadının kendi aslî haklarını yok sayması anlamına gelmez.

Bundan dolayı, küçük de olsa bir topluluk olan ailede bir başkan olmalıdır. Her şeyde tam eşitliğin olması, adaletin korunmasından ziyade, karışıklıkların ve kavgaların olmasına sebep olur. Bundan dolayı İslâm, evin yönetimini erkeğe vermiş, ona da eşine danışarak (istişare) kararlar almasını emretmiştir.

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

İslâm hukukuna göre meşru bir sebep olmadığı takdirde, kadının cinsel birleşmekten kaçınması haramdır. Çünkü bu, hem neslin devamı hem de cinsel tatmin için gereklidir. Kadında cinsel bir kusur veya çocuk olmasına engel olan bir eksiklik varsa, İslâm, erkeğe kadını boşamayı değil de ikinci biriyle evlenmeyi tavsiye etmektedir. Çünkü İslâm hukukuna göre böyle durumlarda ikinci bir kadınla evlenmekte hiçbir sakınca yoktur. Çünkü kocayı böyle bir şeyden men etmek, onun aslî haklarından olan baba olma hakkının ihlali olmaktadır.¹³⁵

Türk Medenî Kanununa göre, kadında böyle bir hastalığın veya eksikliğin olması halinde kocanın ikinci biriyle evlenmesi mümkün değildir. Başka bir sebep yoksa boşanmaya da hükmedilmez.¹³⁶ Bu durum, erkeğin gayri meşru bir yola başvurmasına veya aslî haklarından vazgeçmesine sebep olacaktır ki, hukukun koruması gereken hakları koruyamaması anlamına gelmektedir.

d) *Boşama veya Boşanma Davası Açma Hakkı*: İslâm hukukuna göre erkek, istemediği biriyle yaşamak zorunda olmayıp bazı ekonomik zararları göze alarak karısının boşayabilir. Erkek, mahkeme kanalıyla da boşanabilir. Bu şekilde boşanınca boşanmanın sebep olduğu malî zararlara kadını ortak edebilir.¹³⁷ Türk Medenî Kanununa göre her iki eşinde boşanma davası açma hakkı vardır.¹³⁸

¹³⁵ Ferruh, a.g.e., s. 121.

¹³⁶ Semavî afet olarak kabul edilmiş ve boşanma sebeplerinden sayılmamıştır.

¹³⁷ HAK. 130. md.

¹³⁸ TMK. 16/2. Md.; Tekinay, a.g.e., s. 254.

2- Maddî Haklar:

a) *Maddî ve Manevî Tazminat Hakkı*: İslâm hukukuna göre kocanın boşanma sebep olduğu için, kadın aleyhine boşanma davası açma hakkı yoktur. Sadece mahkeme yoluyla boşanıp da kadın suçlu bulunması halinde, en fazla, verdiği/vereceği mehri geri alabilir. Bu miktardan daha fazlasını istemesi meşrû değildir. Muhâle'a yapılırken de durum aynıdır.¹³⁹

Fakat Türk Medenî Kanunu, eşlerin birbiri aleyhinde maddî ve manevî tazminat davası açma hakkını vermiştir. 143. Maddenin I. ve II. fıkralarına göre tazminat davası açma hakkı şu şartlara bağlanmıştır: “*Mevcut veya muntazar (beklenen) bir menfaati boşanma yüzünden dolayı kaybetmiş olan taraf, kabahatli taraftan maddî-manevî bir tazminat talebine hakkı vardır.*”¹⁴⁰

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

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

D- ÇOCUKLARIN HAKLARINI KORUMAK

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

Boşanma sonrası, çocuk hangi tarafa verilirse versin, çocuğun anne veya babasıyla, ömrünün sonuna kadar iletişim halinde olma hakkı vardır. Çocuğun bir tarafa

¹³⁹ Geniş bilgi için I. Bölümdeki Muhâle'a konusuna bakınız.

¹⁴⁰ Tekinay, a.g.e., s. 266; Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 255.

verilerek diğ er eş in görm esine izin vermemek, çocuğ un en önemli haklarından birinin ihlalidir. Konumuzla dolaylı olarak ilgili olduğ u için ayrıntıya inmeyeceğ imiz bu konu, hukukun boş anma konusunda üzerinde hassas bir şekilde durması gereken bir konudur. Hukuk kitaplarında ayrıntılı olarak durulan bu konu, İslâm hukukun hidâne, velâyet ve vesâyet¹⁴¹ bölümlerinde, Türk Medenî Kanununun ise nesep hukuku¹⁴² (hısımlık hukuku) bölümde geniş bir şekilde incelenmiştir.



¹⁴¹ Döndüren, a.g.e., s. 275; Karaman, a.g.e., I/ 394

¹⁴² Velidedeoğ lu, a.g.e., II/ 317; Tekinay, a.g.e., s. 405.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA KONUSUNDAKİ HUKUKİ İHTİLAFLAR VE SEBEPLERİ

I- DİNÎ FAKTÖRLER

II- AHLAKÎ FAKTÖRLER

III- SOSYAL VE EKONOMİK FAKTÖRLER

BOŞANMA KONUSUNDAKİ HUKUKÎ İHTİLÂFLAR VE SEBEPLERİ

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

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

I- DİNİ FAKTÖRLER

Toplumu derinden etkileyen unsurların başında muhakkak ki din gelmektedir. Din, asırlarca kabul görmüş, inanç ve alışkanlıkları değiştiren hatta ortadan kaldıran bir güç unsuru olmuştur. Bundan dolayı toplumun bir manada fikir mimarı olan dinler, dolaylı olarak hukuk sistemlerini de etkilemişlerdir. Özellikle *Aile Hukuku*, toplumun değer ve anlayışlarından en fazla etkilenen hukuk alanı olmuştur. Çünkü aile hukuku, toplumda yaşayacak ve toplumun yaşatacağı bir hukuk alanıdır. Bundan dolayı, toplumda yerleşmiş inançlara ters düzenlemeler yapmak, hukuku işlevsiz hale getirecektir.¹ Öyleyse özellikle İslâm hukukunun diğer hukuk sistemlerinden ayrılmasında, ayrıca İslâm hukukçularının kendi aralarında farklı yaklaşımlar sergilemelerinde, dinin etkisi nedir? Önce dinin tanımı, mahiyeti ve din-hukuk ilişkileri hakkında kısa bir bilgi verecek,

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

daha sonra da, dinin ve dinî anlayış farklılıklarının boşanma konusundaki tezahürlerini ele alacağız.

A) Dinin Tanımı ve Mahiyeti: Din, sözlükte âdet, cezâ, mükâfât, hâkimiyet, itaat anlamlarına gelmektedir. Terim olarak bir çok tanımları yapılmış olmakla birlikte en kapsamlısı ve kabul görmüş olanı, “İnsanın tabiat üstü mukaddes bir varlığa inanması ve bağlanması” şeklinde yapılandırılır.²

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

B) Din-Hukuk İlişkisi: Dinler, toplumdaki sosyal ve ekonomik farklılıkların yol açabileceği karışıklık ve haksızlıkları engellemek için çalışmış, bu doğrultuda bir çoğu ahlakî olmak üzere, normatif kurallar belirlemiştir. Böylece din, ister istemez hukukun alanına girmiştir. Bu durum bazen birleşmelere, bazen de çatışmalara sebep olacak şekilde bir etkileşim sürecini başlatmıştır.

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

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

² Bkz. DİA., “Din” md. IX/312.

³ Karaman, a.g.e., I/ 10.

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

Dinî bir karakter taşıyan İslâm hukukunun beşerî hukuk sistemlerinden farklılık göstermesinde, bu karakteri etkili olmuştur. İslâm hukuku, diğer hukuk sistemlerinden ayrıldığı gibi, dinî anlayış farklılıklarından dolayı kendi içinde de farklılıklar barındırmaktadır. Bundan dolayı boşanma merkezli bir değerlendirme yaparak, önce İslâm hukukunun Türk Medenî Kanunundan ayrıldığı noktaları, daha sonra da İslâm hukukçularının kendi aralarındaki önemli ihtilaf konularını ve sebeplerini ele almaya çalışalım.

1- İslâm Hukukunun Dinî Karakterinin Boşanma Konusundaki Tezahürü

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

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

İslâm dini, iki kişinin kendi istekleriyle meydana getirdikleri bir birlikteliğe yine kendilerinin son verebilmelerini, hukukî açıdan sakıncalı görmemiştir. Kişilerin anlaşarak boşanmaları, ciddi bir problem oluşturmamakla birlikte, boşama yetkisinin sadece erkeğe

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

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

verilmiş olması tartışma konusu olmaktadır. “Zîrâ, 3444 sayılı kanun değişikliğiyle, Türk Medenî Kanunu, karşılıklı boşanmayı kabul etmiştir. Fakat İslâm hukuku, boşanmayı erkeğin yetkisine vererek, kadının aleyhine olabilecek bir düzenleme yapmıştır. Bu ise hukukun kabul edebileceği bir şey değildir” gibi itirazlar aslında spekülatif bir tartışmadır. Çünkü İslâm hukuku, sadece hukukî düzenlemelerle işleyen bir hukuk sistemi değildir. Bir çok dinî ve ahlakî kurallar bu hukukun boşluk diye zannedilebilecek alanlarını doldurmaktadır. Bunun kanıtı, boşanmaların İslâm toplumlarında, gayrimüslim toplumlara nazaran daha az olması ve genelde eşlerin anlaşarak boşanmış olmalarıdır.⁶

Türk Medenî Kanunu, bu dinî ve ahlakî kuralları hukukun işleyişi için faydalı görmüştür. Ancak onlardan bağımsız olarak hukukî düzenlemeler yaparak, kişilerin bu ahlakî veya dinî kuralları ihlal ederek gereksiz boşanmalara ve eşler arası hak ihlallerine imkan vermemeyi gaye edinmiştir. İslâm hukuku, gereksiz boşanmaların olmayacağı düşüncesinden yola çıkarak, kişileri bu noktada tamamen serbest bırakmıştır. Fakat Türk Medenî Kanunu, gereksiz boşanmaların olmaması için boşanmayı hakimın hükmüne bağlamıştır.

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

İslâm hukukunun, Türk Medenî Kanunundan ayrıldığı diğer bir nokta ise, boşanma sebepleridir. Kazâî boşanma dediğimiz hakimın boşanmaya hükmetmesi, bazı sebeplerin varlığında söz konusu olmaktadır. Birinci bölümde geniş bir şekilde karşılaştırmaya çalıştığımız bu konuda, hukuk sistemleri büyük çapta benzerlik arz etmektedir. Fakat zinâ ve yüz kızartıcı suçlar İslâm hukuku için boşanma sebebi sayılmazken, din değiştirme ve kocanın ailenin nafakasını sağlamaması ise Türk Medenî Kanununa göre boşanma sebebi sayılmamıştır. Yapılan son değişikliklere göre kadın,

⁶ Nitekim 1255/1839 ile 1294/1875 yıllarını kapsayan Bursa sicillerinde kayıtlı 36 yılda 428 adet boşanma görülmektedir. Bunların 78 (%18)’i erkek tarafından, 348 (%81)’ kadının bir bedel vermesi sonucu anlaşma

erkek kadar ailenin nafakasından sorumlu tutulmuştur. Kocanın çalışmaması veya çalışmaması halinde ailenin nafakasını sağlamak kadının üzerine düşmektedir.⁷

Bu farklılığın sebebinde de aynı şekilde hukuk sistemlerinin bütünündeki anlayış farklılığı yatmaktadır. Şöyle ki İslâm hukukuna göre zinâ, kul hakkını (hukukul'ibâd) ihlalden ziyade, tüm topluma karşı (hukukullah) işlenmiş bir suç olarak telakki edilmiştir. Konuyu biraz açmak gerekirse şunları söylemek gerekir.

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

Hukukulibâd ise; kul hakları anlamına gelip, fıkıhta, sırf kişisel haklar kastedilmektedir. Mesela, kişinin alacakları, diyet hakkı, telef edilen mal bedelleri gibi.⁹ Allah haklarının ihlalden dolayı gereken cezaları ne devlet başkanı ne de hakları ihlal edilmiş olan kişi veya kişiler düşürebilir. Meselâ, malı çalınan, tecavüze uğrayan veya yolu kesilip malları çalınan kişiler, hırsız veya zânîyi affetme haklarına sahip olmadıkları gibi, devlet başkanı bu gibi hukukullah sınırlarına giren hakların ihlalinde ceza indiriminde de bulunamaz. Çünkü bu gibi suçlar, sadece mağdur edilenin değil, aynı zamanda toplumun haklarını, yani Allah'ın haklarını ihlal sayılır.¹⁰

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

yoluyla ve 2 (% 0. 5)'i ise mahkeme yoluyla meydana gelmiştir. (Bkz. Abdurrahman Kurt, Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi, Uludağ Üni. Basımevi, Bursa, 1998, s. 57.)

⁷ TMK. 151. md.

⁸ Şamil İslâm Ansiklopedisi., Hukukullah md., III,139.

⁹ ŞİA., Hukukulibâd md., III,138.

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

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

2- Dinî Anlayıştaki Farklılıkların Boşanma Konusuna Etkisi

İslâm hukukçularının boşanma konusunda ihtilafa düştükleri bir çok konu vardır. Fakat bu ihtilaf konuları, genelde küçük ve önemsiz konulardan ibaret olduğu için, köklü bir ayrım meydana getirmemiştir. Bu konuda Hanefilerin genelde diğer üç mezhepten ayrıldığı görülmektedir.¹² Fakat bu farklılıklar boşanma sistemlerinde yeni bir ekol oluşturacak çapta değildir. Günümüz insanını çok yakından ilgilendiren ihtilaflar olmadığı için bu ihtilaf konularını ayrıntılı olarak ele almayı gerekli görmedik. Günümüzü ilgilendiren önemli meselelerin başında, üç talâkın birden kullanılıp kullanılamayacağı meselesi gelmektedir. Bu konu hem ilk dönem hukukçuların hem de son dönem ilim adamlarının tartıştığı bir meseledir. Konunun tahlilinde dinî anlayış farklılıkları kadar, sosyal ve ekonomik faktörlerin de önemli olduğunu düşündüğümüzden, konuyu ilgili kısımda ele almayı uygun gördük.

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

Erkeğin boşama yetkisine sahip olmasını sosyal yapıyla izah eden ve İslâm hukukunun konuyla ilgili naslarının ve uygulamalarının, sonradan yanlış anlaşıldığını ileri süren Amine Wedûd-Muhsin*, dinî metinlerin anlaşılmasında o dönemin sosyal

¹¹ Boşanmanın Özel Sebeplerinden “Zinâ” için bkz. I. bölüm, s. 52.

¹² Mükrehin, sarhoşun talakı, kazai boşanma nedenleri, mefkudun karısının bekleme süresi vb.

* Virginia Commonwealth Üni. Felsefe ve Dinî İlimler Bölümü Öğretim Üyesi.

realitelerinin dikkate alınmamasının, bu yanlış anlayışın asıl sebebi olduğunu söylemektedir. Uzun uzun tahliller yapan A. W. Muhsin, konuyu bir çok açıdan ele almıştır. Boşanma konusundaki nasların yanlış anlaşılmasıyla ilgili olarak şunları söyler:

“Vahyin indirildiği dönemde varolan uygulamaların ışığında bakıldığında, boşamanın bu şekilde yapılması anlaşılır bir şeydir. Zîrâ sadece müslümanlar için değil, tüm milletler için durum böyledir. Fakat Kur’ân’da boşanmanın tek taraflı olarak ve bunun da sadece koca tarafından yapılabileceğine dair herhangi bir işaret yoktur. ... Kur’ân kocalarını boşayan kadınlara hiç deyinmez. Bu durum daha sonraları kadınların kocalarını bırakamayacağı şeklinde bir yoruma yol açmıştır. Aslında sonradan varılan bu yorum, İslâm öncesi dönemdeki adetlere de aykırıdır. Zîrâ o dönemde bir kadının, bir erkekle olan evlilik birliğini sona erdirmek istediğinde, çadırının girişini başka bir yöne çevirmesi yeterliydi. Kur’ân’da boşama hakkının tamamen kadınların elinden alınması gerektiğini belirten herhangi bir işaret yer almamaktadır....”¹³

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

Öyleyse boşanmak isteyen ister erkek ister kadın olsun, bir anlık sinirle ağızdan çıkacak bir kelimeyle aile birliğine son vermek doğru değildir. İslâm’a göre güzel bir şekilde boşanmak emredildiği için, diğer eşi çok kötü bir durumda bırakacak şekilde

¹³ Wedud-Muhsin, Amine, Kur’ân ve Kadın, İz Yay. 2. Baskı, İst. 2000, s. 123.

¹⁴ el-Bakara, 02/102,201,228,230,232,235; en-Nisâ, 04/35,19,22,26,78,81,82,83; el-Araf, 07/189,190; en-Nûr, 24/3,32,33; er-Rum, 30/407; el-Ahzab, 419/37; el-Mümtehine, 60/10,12.

¹⁵ Erdoğan, “Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Sorunu” adlı tebliğ, İslâm Düşüncesinde Yeni Arayışlar III/146.

boşamak meşru ve muteber olmamalıdır. Bundan dolayı boşanmak isteyen tarafın, diğer eşinde razı olacağı şekilde boşanması gerekir.

Gerçekten geçinemedikleri¹⁶ halde eşlerden birinin boşanmamakta diretmesi söz konusu olunca, yapılacak iş, boşanma isteğini hakime iletme olmalıdır. Ancak boşama yetkisi hakime de verilmemeli, bu yolla aile mahremiyet ve sırları mahkeme salonlarına taşınmamalıdır. Hakim, Kur'ân'ın emri üzere, her iki aileden birer tane hakem tayin etmeli,¹⁷ gerektiğinde her iki ailenin tasvibini kazanmış saygın bir zat da bu heyete dahil edilmelidir.¹⁸ Aileden olan veya eşleri yakından tanıyan, onların sırlarına vâkıf olan, yahut olmasında bir sakınca görülmeyen bu heyet, eşlerle teker teker, sonra bir araya getirilerek meseleyi müzakere eder ve sonunda bir karara varır. Şayet evliliğin devamına engel olacak bir durumun olmadığı, aralarında ki problemlerin çözülebilir olduğu, boşanmanın her iki taraf için de zararlı olduğu kanaatine varılınca, mahkeme eşlerin boşanma taleplerini reddeder.¹⁹ Fakat eşlerin boşanmaları her iki taraf için de faydalı olacaksa mahkeme resmen bunu tescil ederek birbirinden ayırır.

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

¹⁶ en-Nisâ, 04/34.

¹⁷ en-Nisâ, 04/ 35.

¹⁸ HAK, 130 md.

¹⁹ Ateş, a.g.m, s. 265.

²⁰ Erdoğan, a.g.t., s. 147.

Bu düşüncelere göre erkeğin ağzından çıkan talâk sözleri, ne kadar kesinlik ve çokluk bildirirse bildirsın, hiçbir şey ifade etmemektedir. Kullanılan kelimelerin mecâz veya hakikat olması, şaka veya cidden söylenmiş olması, sarhoşken veya değilken boşaması, mahrem birine benzetmesi, boşamayı zamana veya başka bir şeye ta'lik (şart) etmesi, her hangi bir sonuç doğurmamaktadır.²¹

Bu iddialar, bazı açılardan eleştirilere açık olsa da, önemli bir konunun altı çizilmektedir: Mevcut hukukî düzenlemelerin, İslâm'ın genel ruhuna ve amaçlarına (mekâsıd) ters düşmeyecek şekilde olması gerektiği, toplumsal değişimin hukukî değişimi de zorunlu hale getirdiği gerçeğidir. Bu zorunluluğun tarihte bir çok örneklerini görmek mümkündür.²² İslâm dünyasındaki görülen bu farklı yaklaşımlar, dinî nasların farklı anlaşılması veya yorumlanmasından ziyade, İslâm'ın değişmeyen prensiplerinin, değişen şartlar içinde, bu farklı fikirlerin söylenmesini zorunlu hale getirmesinden kaynaklanmaktadır.

II- AHLÂKÎ FAKTÖRLER

A) Ahlâkın Tanımı ve Mahiyeti: Arapça bir kelime olan *ahlâk*, seciye, tabiat, huy anlamlarına gelen, “*hulk*” kelimesinden türemiş bir kelimedir. İstilahta, “bir toplum içinde kişilerin benimsedikleri, uymak zorunda bulundukları davranış biçimleri ve kuralları” olarak tanımlanır.²³

İnsanlar çok eski zamanlardan beri toplum içinde kendilerini maddî ve manevî bir takım görevlerle sorumlu hissetmişlerdir. Bu görevler, önce insanların kendine karşı, sonra da başkalarına karşı olan vazifelerdir. Bunlardan birincisine ait kurallar, sübjektif ahlaka, ikincisine ait kurallar ise objektif ahlaka konu olmuştur. Bu kural ve görevler, çok eski devirlerden başlayarak toplumun bünyesinde kökleşmiş olan bir takım adet, görenek ve dinî inanışların etkisiyle oluşan kabullerden ibarettir.²⁴

B) Hukuk-Ahlak İlişkisi: Ahlak kuralları da dinî kurallar gibi toplumun düzen ve huzuru için var olan ve hukuku yakından ilgilendiren kurallardır. Çünkü hukuk, dinî kurallar gibi topluma mal olmuş ahlakî kurallardan beslenmektedir. Objektif (nesnel)

²¹ Carullah, Musa, Hatun, s. 100; Atay, a.g.e., s. 16.

²² Erdoğan, İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, s. 161.

²³ DİA., “Ahlak” md. II/ 1; Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, “Ahlak” md. s. 8.

ahlak, hukuk kuralları gibi insanın, toplumdaki diğer bireylere karşı ödevlerini içerir. Bu kurallar yazılı olmadığı için biçimsel bakımdan hukuktan farklı olmakla birlikte, gene de ahlak ile hukukun örtüştüğü, hatta özdeşleştiği durumlar vardır. Toplumun genel ahlak görüşlerine ve toplumsal vicdana uygun düşmeyen hukuk düzenlemeleri, kendilerinden beklenen toplumsal işlevi yerine getiremeyeceğinden uzun ömürlü olamaz. Ahlak ve hukuk kuralları arasındaki özdeşlik kimi zaman çok belirginleşir. Bilhassa ceza hukukunun yasakladığı ve ceza tehdidi altına aldığı fiillerden çoğu, yalnız hukuka aykırı değil, aynı zamanda ahlaka da aykırı fiillerdir. Başkasını öldürmek, çalmak, iftira atmak hukuk tarafından cezalandırılmış olmakla birlikte, toplumun ahlakî vicdanı tarafından da fena görülmüştür. Fakat ahlak, yazılı olmayıp kural koyucunun ve taşıyıcısının, devlet yerine bizzat fertler olması, onu hukuktan ayıran en belirgin özelliğidir.²⁵

Hukukla ahlak arasındaki diğer önemli fark ise, müeyyidedir. Hukuk kurallarının çiğnenmesi halinde ceza söz konusu iken ahlak kuralları için böyle bir durum söz konusu değildir. Şayet ahlakî kurallar devlet tarafından hukuk kuralı haline getirilirse o takdirde durum farklı olur. Zaten ahlak kurallarının devlet tarafından kontrol altına alınarak, ihlali halinde cezalandırma söz konusu olunca, bu kurallar artık ahlak kuralı olmaktan çıkıp hukuk kuralı olarak kabul görülür.²⁶

C) Boşanma Hukukunu Etkileyen Ahlâki Faktörler: Aile hukukunu şekillendiren kuralların başında, ahlaki olanları gelmektedir. Özellikle evlenme-boşanma gibi toplumda her an var olan alanlarda, bu etkileşim daha da belirgindir. Hukuk-ahlak ilişkisi sadece bu tarzda değildir. Ayrıca hukuk, bazı hususları ahlak kurallarına bırakmıştır. Çünkü aile içi ilişkiler gibi, dışardan müdahalelere açık olmayan alanlarda, hukukî düzenlemelere gitmek zor olmaktadır. Karı-koca veya ebeveyn-çocuk arası ilişkiler, duygusal bir atmosferde oluşan ve menfaate dayanmayan ilişkilerdir. Anne-baba için çocuklar, dünyanın en değerli varlıklarıdır. Aynı şekilde bir eş, diğeri için en az çocukları kadar değerlidir. Bu kadar hassas bir noktada dışardan yapılacak müdahaleler, çoğu kez gereksiz ve faydasız olacaktır. İster dinî karakterli olsun ister olmasın, tüm hukuk sistemleri, aile hukukunda ahlakî değerlere oldukça yer vermiştir. Meselâ Türkiye

²⁴ Karaman, a.g.e., I/12.

²⁵ Anabiritannica Genel Kültür Ansiklopedisi, Ana Yayıncılık, İstanbul, 1993, “ahlâk” maddesi, I/201.

²⁶ Fazlurrahman, “İslâm’da Hukuk ve Ahlak”, İslâmî Yenilenme, Makaleler I, (Çev: Adil Çiftçi), Ankara Okulu Yay. Ankara, 2000, s. 124-139.

Cumhuriyetinin ilk hukukçularından biri olan Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, aile hukuku için şunları söylemiştir: “ *Aile hukuku, Medenî Hukuk içerisinde, ahlakî unsurları en çok kapsayan kısımdır. Bu da tabiidir; Zîrâ aile kurumu aynı zamanda sosyal ve ahlakî bir kurumdur. Bunu bir hukuk kurumu olarak ele alan ve düzenleyen kuralların, toplum içindeki ahlakî görüş ve düşüncülerden etkilenmemesi ve bunları yansıtmaması imkan dışıdır. Mübalağaya kaçmadan denilebilir ki, aile kurumu hukukî olmaktan çok ahlakî bir kurumdur. Zîrâ taraflar, bunu sürdürecektir ahlaki şartlardan yoksun oldukları takdirde, bu kurumu sadece kanun kurallarıyla ayakta tutmanın imkanı yoktur.*”²⁷

Ahlakî değerlerin en kuvvetli olduğu toplumlar, daha ziyade dinî eğilimlerin canlı olduğu toplumlar olduğuna göre, İslâm hukukunun ahlakî değerlere daha çok atıfta bulunması doğaldır. Ahlakî kuralların bir çoğu, aynı zamanda dinî kurallardır.

1- İslâm Hukukunun Ahlakî Karakterinin Boşanma Konusundaki Tezahürü

Boşama yetkisini eşlerin inisiyatifine bırakmış olması, İslâm hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran en belirgin özelliğidir. Belki bu durumu, ilk dönemlerde devlet yapısının yeterince oturmamış olması ve yargı kurumlarının yetersizliğiyle izah etmek mümkündür. Fakat İslam dünyasında boşanmaların hala aynı tarzda olması, bu izahı tatminkar kılmamaktadır. Kanaatimizce bu durum, tarihî realiteler göz ardı edilmeden, İslâm dinini bir bütün olarak değerlendirmekle ancak anlaşılabilir.

İslâm, bir hukuk sistemi olarak değerlendirilmeden önce, bir din olarak değerlendirilmelidir. İslam’da var olan, ahiret inancının doğal sonucu olarak, ceza ve mükafat sadece dünya ile sınırlandırılmamıştır. İnsanlar, dünyevî cezalardan ziyade, uhrevî cezalarla suç işlemekten caydırılmaya çalışılmıştır. Hukukî açıdan suçsuz kabul edilmenin, cezadan kurtulmak için yeterli olmadığını bildirmiştir. Bu canlı ahiret inancı, kişileri, hukuken tespit edilemeyen suçları işlemekten alıkoymaktadır. Mesela İslâm hukukuna göre geçici evlilikler meşru kabul edilmemiştir. Fakat kişilerin asıl niyetlerini tespit etmek mümkün olmadığı için, ilerde boşanmak niyetiyle evlenen kişilerin evliliklerine, bu niyetlerini açıklamadıkları müddetçe engel olunamaz. Hukuken muteber kabul edilse bile yapılan bu evlilik, dini açıdan caiz değildir. Aynı şekilde gereksiz

²⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 11.

evlilikler dinen caiz değilken hukuk bunu meşru kabul eder. Kısaca denilebilir ki, *İslâm hukuku, Allah inancı kuvvetli olan bir toplumda hakkıyla uygulanabilir.*

Daha önce belirttiğimiz gibi,²⁸ boşanma hususu, ahlakî normlarla çepeçevre kuşatılmıştır. Bu ahlakî normlar, aile içi ilişkileri düzenleyici ve boşanmayı oldukça azaltıcı bir rol oynar.²⁹ Boşanma yetkisinin kişilerin inisiyatifine bırakılmasına rağmen, boşanmaların fazla olmaması, müslüman toplumlar da varolan ahlakî yapının etkin bir yaptırım gücüne sahip olduğunu göstermektedir. Bu ahlakî yapıdan dolayı, evlilik ve boşanmanın sûistimale uğraması ender bir durumdur. İkinci bölümde de belirttiğimiz gibi, sünnete uygun boşanma kurallarının büyük bir kısmı, devlet tarafından kontrol edilemeyecek türden kurallardır. Meselâ boşama anında kadının hayızdan uzak bulunması veya boşanmanın cinsel temasın olmadığı bir temizlik döneminde olması gibi. Kocanın bu hususlara dikkat etmeden karısını boşaması, hukukun değil, dinî-ahlakî kuralların çiğnenmesi anlamına gelmektedir.³⁰ Bu kuralların toplumda gücünü kaybetmesi ile boşanmaların arttığı görülmüştür.³¹

İslam dünyasında ortaya çıkan farklı yaklaşımların kaynağında da, toplumda meydana gelen bu ahlaki bozulmayı aramak yanlış olmaz. İslâm hukuk literatüründe kullanılan şekliyle **fesâdu’z-zamân** terimini tahlil ederek ahlakî değişimin boşanma konusundaki yansımalarını ele almaya çalışalım.

2- Ahlakî Bozulmanın Boşanma Hukukunda Yeni Fikirlerin Çıkışına Etkisi:

Fesâd, Arapça’da masdar olarak “bozulmak, çürümek, sağ duyudan sapmak” anlamlarına gelmektedir. İsim olarak da, “zulüm, çalkantı, düzensizlik, kuraklık, kıtlık” anlamlarına gelmektedir. Fesâd kelimesi “*zaman*” kelimesiyle birlikte kullanılınca,

²⁸ İslâm Hukukunun Aile Birliğini Koruyucu Tedbirler Alması, II. Bölüm, s. 68.

²⁹ Bkz. 1-2. Tablo, s. 131.

³⁰ Ubâde b. es-Sâmit, “Dedem bir hanımını bin talakla boşadı. Gidip Rasulü Allah (s.a.s.)’e durumu haber verdim. Buyurdu ki: Deden Allah’tan korkmadı mı? Onun üç boşama hakkı var. 997’si ise haddi aşmak ve zulümdür. Allah, dilerse onu cezalandırır, dilerse bağışlar, dediğini haber verdi.” (Darekutni, IV, 20; Şaltut- Sayis, a.g.e., s.116)

³¹ Müslim, Talâk, 15; Hz. Ömer döneminde boşanmaların artması ile ilgili olarak bkz. Erdoğan, Mehmet, İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, İFAV. Yay. 3. Baskı, İst. 1994, s. 172.

toplumda meydana gelen dinî, siyasi, ahlakî, ekonomik vb. bozukluklar kastedilmiş olur.³²

Zamanın bozulması ifadesi sahabe döneminden itibaren kullanılan bir tabirdir. Bu tabirle, insanların sahip oldukları ahlakın bozulması, takva ve başkalarının haklarına saygının zayıflaması veya yok olması, dinî duygu ve aksiyonların zayıflaması, değerlerin bozularak sorumluluk duygusunun kalmaması, zulmün artması ve yöneticilerin hak ve adaletten ayrılması kastedilmiştir.³³

Ahlakî değerlerin, İslam'ın ilk dönemlerinden itibaren bozulmaya başladığı görülmektedir. Özellikle tabiîn döneminde dinî-ahlakî değerler toplumda itibar görmez olmuştur. Muhâle'a yapmak için Hasan el-Basrî'ye (ö.110/718) gelen bir kadına; O "Hayır yapma! Çünkü Hz. Peygamber, (as.) "*Kocasından gereksiz yere zorla ayrılan kadın münafiktir*" buyurmuştur" deyince kadın, "Allah'a yemin ederim ki sabredeceğim." der. Kadın uzaklaşınca Hasan el-Basrî: "Kendisine ulaşan bir hadisten dolayı, hoşlanmadığı bir şeye sabredecek bir kadının yeryüzünde halen bulunabileceğini sanmıyordum." diyerek hayretini ifade eder.³⁴ Hz. Peygamber'den bir asırlık bir süre sonra meydana gelen bu dinî ve ahlakî bozulma, asırlar geçtikçe daha da artmıştır. Bunun doğal sonucu olarak da müslümanlar yeni hukukî düzenlemelere gitmek zorunda kalmışlardır.

İslâm hukukunda evlilik ve boşanmalar kişilerin iradelerine bırakıldığı için, toplumda oluşacak ahlaki bozulmalar, öncelikle evlenme ve boşanmalarda kötü sonuçlar doğurmuştur. Böyle bir durumda devletin bu alana müdahalesi zorunlu olacaktır. Bu düşüncelerden yola çıkan bazı ilim adamları, İslam hukukunda da boşanmaların mahkeme eliyle yapılmasının daha olacağını savunmuşlardır. Gün geçtikte sesi yükselen bu fikir, şöyle temellendirilmeye çalışılmıştır.

İslâm hukukunun genel ilkelerinden biri olan ve Mecelle'de yer alan "*zamanın değişmesiyle hükümlerin değişeceği ilkesi inkar edilemez*" maddesi, zamanla toplumda meydana gelen değişimlerin hukuku da etkileyeceğinin kabul edilmesi anlamına gelir. Bu maddeye göre mevcut hukukî düzenin topluma cevap verememesi halinde hukuk, bazı

³² DİA. "Fesad" md. XII/ 421.

³³ Bkz. Erdoğan, Mehmet, İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, s. 153; Bayraklı, a.g.e., s. 131.

³⁴ Muhammed Edip Salih, en-Nuzûmu'l-İktisadiyye, s. 67'den naklen bakınız, Erdoğan, a.g.e., s. 33.

değişikliklere gitmek zorundadır.³⁵ Çünkü hukukun genel gayesi, toplumunun düzenini gözetmek, toplumu ve toplumu oluşturan fertlerin haklarını korumak olduğuna göre, bu gayelerin sağlanmasına yönelik zamanla yeni düzenlemeler yapmak gerekli olmaktadır.³⁶ Şatıbî'nin de dediği gibi, hükümler iki kısımdır: *vesâil/araçlar* ve *mekâsıd/amaçlar*. Vesâil dediğimiz hükümler, asıl amaç olmayıp sadece amaçlara ulaşmak için kullanılan araçlardır. Şayet mevcut araçlarla asıl amaçlara ulaşılamıyorsa, o zaman yeni araçlar bulmak mümkün ve caizdir.³⁷ Zira, Mecellenin kanunlaştırdığı bu prensipten kasıt da budur.

Bu bilgiler ışığında boşanma konusunu değerlendirirsek, boşanmanın erkeğe verilmesi asıl amaç değildir. Bu yetkinin erkeğe verilmesi sosyal ve ekonomik şartların gereğidir. Yoksa kadının ehliyetsizliğinin bir sonucu değildir. Ayrıca kadının boşama hakkı dolaylı yollarla da olsa vardır. Bu durum onun bu konuda yetkili olabileceğini göstermektedir. Zaten kadın-erkek, Allah katında eşit yaratılmış farklı cinsiyetten insanlardır. İslâm'ın kadını erkeğe kıyasla daha düşük bir varlık kabul ettiğini söyleyen hiçbir müslüman ilim adamı yoktur. Bundan dolayı konjonktür gereği kadına da boşanma hakkı verilebileceği gibi, her ikisinden de almak mümkündür. Çünkü asıl amaç boşama yetkisine sahip olmak değil, eşler arası adaletsizliğe ve haksızlığa engel olmaktır.³⁸ İlk dönemler boşama yetkisinin erkeğe verilmesi bu amaca uygunluk arz ettiği için her hangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Fakat günümüzde bazı ilim adamları tarafından boşama yetkisinin kocadan alınarak resmi mercilere verilmesinin daha isabetli görülmesi³⁹ asıl amaca bu şekilde daha kolay ulaşılacağını düşünmelerinden kaynaklanmaktadır.

Zamanın değişmesiyle hükümlerde meydana gelen değişimin bir çok örneğini İslâm hukuk tarihinde görmek mümkündür. Daha önce resmi bir müdahaleye gerek duyulmadığı halde toplumdaki ahlakî bozulmanın zorunlu sonucu olarak, fetva kurumunun resmileştirilmesi, şahitlerin tezkiye edilmesi, tek hakim sisteminden toplu hakim sistemine geçilmesi, akraba ve eşlerin birbirini hakkında şahitliklerinin kabul

³⁵ Erdoğan, a.g.e., s. 4-5.

³⁶ İbn Aşûr, Tahir, *İslâm Hukuk Felsefesi*, İklim Yayınları, İstanbul, 1988, s. 129.

³⁷ Şatıbî, Ebu İshak, el-Muvâfakât, II/18.

³⁸ İslâm Düşüncesinde Yeni Arayışlar III (Panel) Erdoğan, Mehmet, "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Sorunu" s. 149.

³⁹ Bkz. a.g.e., "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Sorunu, s. 138-199.

edilmemesi, mülkiyet hakkının kullanımına sınırlama getirilmesi, iktisadî hayattaki ahlakî bozulmadan dolayı hisbe teşkilatının kurulması, borçlunun ipotek (hacr) edilmesi, kadınların mescide gelmelerinin engellenmesi, zanaatkarın sebep olduğu zararı tazmin zorunluluğunun getirilmesi, bu örneklerin sadece birkaçıdır.⁴⁰

Aile içi ilişkilerdeki görülen bozulmaların sonucunda da bazı tedbirler alınmıştır. Mesela mehrini tam olarak ödediği halde, kocanın karısını istediği beldeye götürmesine engel olunmuştur. Daha önceki uygulamalara göre, kişi karısını istediği yere götürebilmekteydi. Çünkü ayette, “...kadınları gücünüz nispetinde, oturduğunuz yerde oturtun”⁴¹ buyrulmaktadır. Bu ayet doğrultusunda koca istediği her yere karısını götürebilmekteydi. Fakat sonra gelen alimler, ahlakın değiştiğini, zulmün arttığını, pek çok erkeğin karılarını akrabalarından uzak bir beldeye götördüklerini ve onlara kötü muamelede bulunarak zulmettiklerini görmüşler ve kadının, bütün mehri ödenmiş olsa bile, gurbet diyarına gitmesi için zorlanamayacağına dair fetva vermişlerdir. Fakat bu uygulama da sûistimale uğradığı için, Hukuk-ı Aile Kararnamesi eski hükme geri dönmüştür.⁴²

Hem ülkemizde hem de diğer müslüman ülkelerde boşanma konusunda var olan yeni yaklaşımları, toplumdaki dinî-ahlakî bozulmalara bağlamak mümkündür. Bu eksikliklerin sonucu kadının mağdur olduğu boşanmalara engel olmak için, bu yetkinin mahkemeye verilmesini istemektedirler. Gerçi boşama yetkisinin hakimın kararına bağlanması boşanmaları azaltmasa da⁴³ haksızlıkların önlenmesi için faydalı olacağını düşünmektedirler.

III- SOSYAL VE EKONOMİK YAPIDAKİ DEĞİŞİM

Aile hukukunu etkileyen diğer bir faktör de toplumun sosyal ve ekonomik yapısıdır. Hukuk sistemleri, toplumdaki sosyal ve ekonomik değişimi gözönünde

⁴⁰ Bkz. Erdoğan, İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, s. 159.

⁴¹ et-Talâk, 65/6.

⁴² HAK., md. 71.

⁴³ 1900-1941 yılları arasındaki boşanma oranları için bk. Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 225

bulundurarak hukukî değişikliklere gitmek zorundadırlar. 1926 yılında kabul edilen Türk Medenî Kanununun aradan bir asır bile geçmeden, bu denli köklü bir değişime uğramasının sebebi, toplum bünyesinde meydana gelen değişimdir. Özellikle kadının ekonomik bağımsızlığını kazanması, aile hukukunun cehresini değiştirmiştir.

İlk ve orta çağda, tüm hukuk sistemleri, erkeği evin reisi olarak kabul edip boşama yetkisini ona verirken, günümüz hukuk sistemlerinin çoğu, evin idaresinde, kadını erkeğe eşit tutmuş, boşamayla da hakimın hükmüne bağlamıştır.

Giriş kısmında geniş olarak ele aldığımız üzere, ilk ve ortaçağ hukukları, kadına hemen hemen hiçbir hak tanımamakta idi. Kadının mülk edinme hakkı yoktu. Kadının yönetime iştiraki mümkün değildi. Erkek, toplumun savaşı ve kazanan kesimini, kadın ise korunan ve tüketen kesimini oluştuyordu. Bundan dolayı kadın, özellikle göçebe yaşayan milletler için, askerî ve ekonomik zarardan başka bir şey değildi. Bu açıdan bakılınca Cahiliye Araplarının kız çocuklarını istememelerini anlamak daha kolay olacaktır.⁴⁴

Böyle bir sosyal yapı içinde ortaya çıkan İslâm, kadına sosyal ve ekonomik bir çok haklar veriyordu. Kadınlar kendilerine verilen bu sosyal, ekonomik ve siyasî hakları, İslâm'la şekillenen yapı içinde, azamî derecede kullanabiliyorlardı. Mesela sosyal hayatın merkezi olan Mescid-i Nebevî, Hz. Peygamber döneminde hem kadınların hem de erkeklerin günde birkaç kez hazır bulundukları bir yerdi. Bu, sosyal hayata iştirak edebilme hakkı demekti. Bu hakkı onlara İslâm vermişti. Fakat sosyal hayattaki cahiliyye dönemini hatırlatan değişimler, kadının bu sosyal hakkını elinden almıştı.⁴⁵ İslâm'ın getirdiği noktadan geri dönüş anlamına gelen bu durumun örneklerini arttırmak mümkündür.

İslâm'ın kadınlara vermiş olduğu bu haklar, toplumda var olan ve İslâm'dan sonra da tamamen yok olmayan gelenek ve sosyal anlayışlardan dolayı, müslümanlar tarafından gerektiği gibi savunulmamış ve yaşatılmamıştır. Ortaçağda hakim olan bu kadın anlayışı, sanayi ihtilaline kadar devam etmiştir. Sanayi ihtilali ile başlayan ekonomik dengelerdeki değişim, Rönesans ve Reformla birlikte düşünce boyutunda da kendini göstermeye

⁴⁴ Bkz. Abd el-Âtî, a.g.e., s. 18.

⁴⁵ Şâtıbî, a.g.e., III/ 304; Erdoğan, a.g.e., s. 169.

başlamıştır. Kadınların, erkekler gibi ticarî ve sosyal hayata iştirak etmelerinin gerekli olduğu savunulmuş, siyasî ve sosyal bir çok haklar verilmeye başlanmıştır. Kadınlara verilen bu haklar, bazı feminist hareketlerle daha da genişletilmiştir.⁴⁶

20. yy.la birlikte, düşünce boyutunda var olan bu haklar, hayata intikal etmeye başlamıştır. Kadınlar, erkekler gibi eğitim-öğretim hakkına sahip olmuş, siyasî ve sosyal hayata katılmaya başlamışlardır. Kadın, artık ekonomik özgürlüğünü kazandığı için kocasına bağımlılıktan kurtulmuş, bunun sonucunda da, erkeklerin sahip olduğu bütün haklar, kadınlar için de geçerli olması gerektiği savunulmaya başlamıştır. Bu gelişmelerin hukukî yansımaları hemen görülmeye başlamış, *erkek aile birliğinin (başkanı) reisidir* fikri, yavaş yavaş zayıflayarak, *kadın ve erkek ailenin yönetiminden ortak sorumludur*, fikri kabul görmeye başlamıştır.

Hem İslâm hukuku hem de 2001 yılına kadar Türk Medenî Kanunu, aile reisinin erkek olduğunu kabul etmiştir. Evin seçiminde, kadının çalışıp çalışmamasında söz sahibi erkektir. Çünkü erkek, ailenin malî sorumluluğunu üstlenmek zorundadır. Bu sorumluluk onun üzerine düştüğü için, kadını çalışmaya zorlama hakkı yoktur. Erkek, ailenin nafakasını bırakmadan evini terk edince, kadın, onun adına borçlanabilmektedir.

Yukarıdaki kadın lehine olan gelişmeler sonucu, kadın ve erkeğin toplumsal rolleri değişmiş ve bu alanı düzenleyen hukuk kuralları da bu değişimden etkilenmiştir. Bundan dolayı son yüzyılda, bu alanda köklü düzenlemeler yapmak gerekmiştir.

Son dönemlerde, bazı ilim adamlarının klasik İslâm hukuk anlayışına uymayan yorumlar yapmasının ardında yatan sâiklerin biri de bu sosyal değişimdir. İslam hukukunun eleştirilmesine sebep olan, buna karşılık olarak müslümanları yeni

⁴⁶ Bkz. Bensadon, Kadın Hakları, s. 55; Şemseddin Sami, Kadınlar, s. 5-6.

düzenlemeler yapmaya iten faktörler arasında, dini-ahlaki bozulma kadar bu gerçeği de görmek mümkündür.

Günümüz hukukçularının klasik hukuk anlayışından ayrıldıkları başlıca iki nokta vardır: *Üç talâk* meselesi ile *boşama yetkisinin erkeğe ait olması*. Daha önce diğer faktörler çerçevesinde ele aldığımız bu ihtilaf konularını, şimdi sosyal ve ekonomik faktörler bağlamında yeniden ele alalım.

İlk dönem İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre erkek, ayette belirtildiği üzere üç talâk hakkına sahiptir. Bu yetkisini ister ayrı zamanlarda, isterse bir anda kullanabilme hakkına sahiptir. Bir anda kullanılması bid'at (dinde olmayan bir uygulama) olsa da hukuken muteberdir. Fakat özellikle son dönem ilim adamları,⁴⁷ üç talâk hakkının bir anda kullanılmasıyla meydana gelen boşanmaların, hem dinen caiz olmadığını hem de hukuken sadece bir talâk yerine geçtiğini savunmuşlardır.⁴⁸ İlgili yerde⁴⁹ ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, her iki grup, ayet ve hadislerden yeterince delil getirmiştir. Aklî dayanakları da birbirinden zayıf değildir. Öyleyse, ilk dönem hukukçuların büyük çoğunluğu, üç talakın birden kullanılmasıyla meydana gelen boşanmayı kabul ederken, son asır ilim adamlarının, üç talâk hakkının birden kullanılmasını meşru görmemelerinin sebebi ne olabilir? Kanaatimizce bu ihtilafli durum, yukarıda değindiğimiz sosyal ve ekonomik değişimle ancak anlaşılabilir.

İslâm, boşanmayı “helallerin en sevimsizi” saymış, gereksiz yere boşananları ağır bir dille kınamıştır. Hz. Peygamber ve Hz. Ebu Bekir döneminde gereksiz boşanmalara rastlamak çok mümkün değildir. meydana gelen boşanmalar ise sünnete uygun olarak yapılıyordu. Sahabe, **en güzel**⁵⁰ şekilde eşlerini boşuyor, pişman olunca hemen geri dönebiliyordu. Fakat Hz. Ömer döneminde erkekler boşanma konusunda gevşekli göstermeye başlanmış, gereksiz boşanmalar artmıştı. Kişiler boşanmaya isteklerinden dolayı, bir anda üç talak haklarını kullanarak hemen boşanmayı amaçlıyorlardı. Hz. Ömer bu şekilde boşananları önceleri kamçılattmış, fakat yeterince caydırıcı olmayınca, bu

⁴⁷ İbn Teymiyye (ö. 728/1327), talebesi İbnu'l-Kayyim el-Cevziyye (ö.751/1350), Şevkanî, Muhammed Abduh, M. Reşid Rıza, Ali Sayis, Muhammed Şaltût, Muhammed Ebu Zehra ve son dönem İslâm hukukçularının bir çoğu, bu görüştedirler.

⁴⁸ Karaman, a.g.e., I/ 362.

⁴⁹ Bkz. II. Bölüm, s. 78-79.

⁵⁰ Sadece bir talakla yapılan ve pişmanlık durumunda geri dönmeye imkan veren boşanma şekli.

şekilde yapılan boşanmaları üç talâk sayarak eşlerine geri dönmelerini yasaklamıştır. Hz. Ömer, kendileri aleyhinde olan bir hususta aceleci davranmalarında dolayı erkekleri cezalandırmak amacıyla böyle bir karar almıştır.⁵¹ Alınan bu karar, çok eşliliğin yaygın olduğu o toplumda, kadından çok erkeğin aleyhine bir durum arz ediyordu. Çünkü dul bir kadın, çok fazla beklemeden başka bir erkeğin ikinci veya üçüncü eşi olması mümkündü. Erkek ise eski karısına ve yeni evleneceği kadına vereceği mehirler ve nafakalardan dolayı büyük ekonomik zarara uğruyordu. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, erkeklerin boşanma konusundaki bu tutumları, kadınların mehir miktarlarını yükseltmelerine sebep olmuştur.⁵² Bu şekilde yapılan bir değişiklikle boşanmalar azaltılmış olup kadınların zarar görmesi engellenmiş olmaktadır. Bundan dolayı o dönem fakihlerinin büyük çoğunluğu, yapılan bu düzenlemeyi bid'at olmasına rağmen muteber kabul etmişlerdir.

Fakat toplumdaki sosyal değişim, boşanmayı erkeklerden daha ziyade kadınlara zarar verir hale getirince, boşanmaya hükmetmek, erkekleri cezalandırmaktan çok kadınları cezalandırmak olacaktır. Meselâ çok eşliliğin ender olduğu bir toplumda, demografik oranlar (nüfus oranı) gözönünde bulundurulunca, dul kadınlardan ziyade, hiç evlenmemiş kadınlarla evlenmek tercih edilecek, bir çok dul kadın ise evlenme noktasında büyük zorluklarla karşılaşacaktır.⁵³ Daha önemlisi, yukarıda da belirttiğimiz gibi, günümüzde kadın artık ekonomik bağımsızlığını kazanmıştır. Evlenecek kızlar, yeni ailenin kurulmasına en az erkekler kadar ekonomik destek sağlamaktadırlar. Böyle bir sosyal ve ekonomik yapı içinde erkeğin bir kızgınlık anında ağzından çıkan bir sözden dolayı, daha ziyade kadının zarar göreceği bir düzenleme yapmak asıl macından tamamen uzak olur. Çünkü kadın hem dul konumuna düşmüş hem de yeni kurulacak aileye ekonomik olarak erkek kadar katkısı vardır. Durum böyle olunca erkeğin suçundan dolayı, daha ziyade kadın cezalandırılmış olacaktır. Bundan dolayı son dönem hukukçuları, bir anda kullanılan üç talâkın bir talâk kabul edilmesini tercih etmişlerdir.⁵⁴

Hz. Ömer'i, yukarıdaki düzenlemeye zorlayan hiç şüphesiz İslâm'ın kınadığı bir şeye düşkünlük göstermeleridir. Halbuki Katolik kilisesi aynı durum karşısında

⁵¹ Müslim, Talâk, 15; Erdoğan, a.g.e., s. 172.

⁵² Bkz. Erdoğan., Mehmet, "Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Konusu", İslâm Düşüncesinde Yeni Arayışlar III, s. 137.

⁵³ Kamil, Miras, Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tercîd-i Sarîh Tercemesi, Diyanet İşleri Baş. Yay. 9 Baskı, Ankara, 1988, XI/354-355.

boşanmayı yasaklamıştır.⁵⁵ Her iki düzenlemenin de amacı boşanmaları frenlemek olmasına rağmen, alınan tedbirlerdeki farklılık, sosyal yapıdaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Çünkü Hz. Ömer'in yaşadığı toplumda boşanma erkeğin mahzâ zararına idi.⁵⁶ Meselâ, sarhoşun boşamasında takınılan tavırda da bunu görmek mümkündür. İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, haram yolla sarhoş olup hanımını boşayanın fiili hukukî açıdan muteberken, helal yolla, meselâ ilaç içerek veya yanlışlıkla sarhoş olan kişinin bu halinde karısını boşaması muteber görülmemiştir. Bu ayrımın sebebi, haram yolla sarhoş olanın cezalandırılmak istenmesidir.⁵⁷

İkinci ihtilaf konusu olan boşama yetkisine gelince; son zamanlarda bazı İslâm bilginleri, klasik hukuk anlayışına rağmen boşama yetkisinin erkeğe ait olmasının dinî gereklilik olmadığını savunmuşlardır. Onlara göre; “Asıl olan gereksiz boşanmalarının önüne geçmektir. Bu hukukî düzenlemelerin yapıldığı dönemlerde boşamanın erkeğin mahzâ zararına olduğu gözönünde bulundurulunca, bu yetkinin erkeğe verilmesi, gereksiz boşanmalara engel olmak amacına yöneliktir. Sadece kadına veya her iki eşe boşama yetkisinin verilmesi ise boşanmaları arttıracaktır. Bazı araştırmaların sonucunda görüldüğü üzere, tarihte boşanma taleplerinin erkekten çok kadından geldiği⁵⁸ göz önünde bulundurulunca, boşama yetkisinin erkeğe verilmesinin isabetli bir karar olduğu anlaşılabacaktır. Mahkemeye havale edilmemesindeki sebep ise yargı sisteminin her yerde teşekkül edememesinden dolayı, boşanmayı zorlaştıracak ve kişilerin hukuk sınırlarını aşmalarına sebep olacaktır. Ayrıca dinî ve ahlakî değerlerin de canlılığını koruduğunu düşünürsek, böyle bir toplumda kişilerin tasarrufuna bırakmak, çok kötü sonuçlar doğurmayacaktır.

Fakat belirttiğimiz ahlakî, sosyal ve ekonomik değişim sonucu erkeğe boşama yetkisini vermenin bir hikmeti kalmayacaktır. Bundan dolayı dinin genel ruhu ve İslâm

⁵⁴ Erdoğan, a.g.t., s. 145.

⁵⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 179.

⁵⁶ Küçük çocuğun boşaması da muteber görülmemiştir. Çünkü küçüğün lehine yaptığı tasarruflar muteber görülmüşken zararlı tasarrufları muteber görülmemiştir.

⁵⁷ es-Sâbûnî, Ahkâmü't-Talâk fi'l-Fıkhı'l-İslâm, s. 59; Döndüren, a.g.e., s. 368.

⁵⁸ Osmanlı'daki boşanma oranları için bkz. III. Bölüm, 6. dipnot.

hukukunun genel prensipleri sınırları içinde, boşama yetkisini, hakimin gözetiminde kurulacak aile meclisine (hakem) bırakmak, mümkün ve caizdir.⁵⁹

Bu gibi fikirler genelde ilim çevrelerinde konuşulurken, son günlerde Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından da tartışmaya açılmıştır. Hazırlık aşamasında olan “Konulu Kur’an-ı Kerim Tefsiri” çalışmasında konumuzla ilgili olarak şunlar söylenmektedir. Bu bölümü, yapacağımız bu alıntıyla bitiyoruz.

“Özellikle son yüzyılda İslâm dünyasında toplum ve onun bir parçası olarak aile yapısındaki değişim, kadının sosyal hayata katılımı ve kadın hakları telakkisi, aile hukukunun yasal düzenlemelere konu edilip evlenmenin yanı sıra boşanmanın da resmi prosedüre bağlanması gibi gelişmeler, doğal olarak diğer bir çok tartışma yanında Kur’an’da yer alan evliliğin sona ermesiyle ilgili hükümlerin nasıl anlaşılması gerektiği sorununu da ön plana çıkardı. Benzeri gelişmeler, Yahudi hukukunda ve Hristiyan batı dünyasında da yaşanmıştı. Çünkü şekilci bir anlayışla bakıldığında, Kur’an’da evlilik birliğinin kurulması ve sona erdirilmesinin daha çok ikili ilişki olarak görülüp böyle bir çerçevede taraflara yönelik telkinlerin yapıldığı, topluma sınırlı bir ödev yüklendiği, devletin aktif müdahalesinden ise hiç söz edilmediği sonucuna varılabilir. Diğer bir açıdan bakıldığında ise, Kur’an ailede huzur ve sükunu besleyecek, hak ihlallerini en aza indirecek temel ahlakî öğretiyi vermekte, bu yönde bir zihniyet oluşumunu ve vicdani sorumluluk bilincini aşılacaktır. İlk dönemlerden itibaren, İslâm toplumunda aile kurumunun sağlıklı ve iyi işleyişini, sözgelimi boşanmanın kocanın ağzından çıkacak birkaç sözle gerçekleşebilmesine rağmen, fiiliyatta boşama oranlarının hayli düşük olmasını da fıkhnın formel düzenlemesinden ziyade, Kur’an ve Sünnet’in oluşturduğu bu zihniyet ve sorumluluk bilincinin ürünü saymak gerekir. Yeni dönemde evliliğin kurulması, sona erdirilmesi ve aile içi ödevler gibi temel konularda, toplumsal denetim ve katkı amacıyla, yasal düzenlemeye gidilmesine ihtiyaç doğduğundan, birinci bakış açısının geçerlilik derecesi tartışılır olsa da, ikinci açı her zaman için önemini korumaktadır.

⁵⁹ Bkz. Halil Cin, Eski hukukumuzda boşanma, M Akif Aydın, İslâm-osmanlı Aile Hukuku; İslâm Düşüncesinde Yeni Arayışlar III, “Kadın Hakları Bağlamında Boşanma Konusu”(panel); Musa Carullah, Hatun; Hüseyin Atay, Kur’an’a Göre Araştırmalar I; A. M. Wedud, Kur’ân ve Kadın; Fazlurrahman, İslamî Yenilenme Makaleler II.

Konunun iki farklı yönü arasında sıkışan çağımız İslâm bilginlerinin önemli bir kısmı aile kurumunun, günümüzdeki sosyal yapısını ve yasal şeklini Kur'an-ı Kerim'in çizdiği çerçevenin dışında, Hristiyan batı kültürünün etkisinin ürünü bir sapma olarak görürken, ikinci bir kesim, bu yeni durumu ilke olarak olumlu karşılamış ve Kur'an'ın geniş yorumunun bu tür değişimlere de imkan verdiği kanaatine sahip olmuştur. Çünkü boşamada şahit bulundurulmasını öğütleyen, toplumu ve hakemi hatta bazı müfessirlere göre devlet başkanını devreye sokan, hakkın kötüye kullanımını yasaklayan ya da kadının iradesine atıfta bulunan ayetler, evlenme ve boşanmaların yasal ve resmi prosedüre bağlanmasına kapı aralamaktaydı. Ancak bu yapılırken ayetler arasında seçmeci bir tavır izlememenin ve karşı görüşü açıkça destekleyen ayetlere zorlama yorum getirmenin tedirginliğinden de tamamen uzaklaşmış değildi. Bu bağlamda İslâm hukuk doktrinde yer alan farklı görüşler, en azından Kur'an'la çelişmediği yönündeki genel kabulün verdiği cesaretle, yeni toplumsal şartların ve beklentilerin karşılanmasında ve geçmişle meşruiyet bağının kurulmasında önemli bir imkan sunmuş oldu.⁶⁰

⁶⁰ Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı, Konulu Kur'ân-ı Kerim Tefsiri (Örnek Fasikül), "Evliliği Sona Ermesi" Ankara, 2001, s. 45.

Tablo: 1- BAZI ÜLKELERİN BOŞANMA ORANLARI(%)

ÜLKE	1970	1995
Amerika	42.3	58.4
İsveç	23.4	44.1
Danimarka	25.1	44.0
İngiltere	16.2	41.7
Kanada	18.6	38.3
Fransa	12.0	31.5
Macaristan	25	31
Hollanda	11	28.1
Yunanistan	5.0	12.0
İtalya	5.0	8.0
Türkiye*	-	0.05

*Ülkemizde 1986 yılında 60 865, 1990 yılında 77 233, 1996 yılında 104 851 çift boşanmak için mahkemeye başvurmuştur.

Tablo: 2¹

OSMANLI'NIN SON-TÜRKİYE'NİN İLK YILLARINA GÖRE BOŞANMA ORANLARI*

YIL	Geçimsizlik	Zinâ	Cana Kast	Cürüm	Akıl Has.	Terk	Toplam
1891/1900	639	123	199	40	17	79	1097
1901/1910	883	136	299	45	25	53	1441
1911/1920	1205	206	259	115	33	49	1867
1922/1930	1740	285	163	97	43	24	2352
1931	2245	320	113	113	50	16	2857
1932	2400	375	94	97	57	18	3041
1933	2361	383	108	85	40	15	2992
1934	2410	385	83	95	52	9	3034
1935	2420	332	80	126	47	10	3015
1936	2574	359	86	136	46	18	3219
1937	2668	405	121	120	48	17	3379
1938	2697	388	83	137	64	21	3390
1939	2469	294	62	102	45	24	2996
1940	2466	382	77	103	50	15	3093
1941	2412	406	84	94	53	17	3066

* Boşanan kişi sayısı. İlk üç yıl, Türk Medenî Kanununun kabulünden öncesine aittir.

¹ Bkz. Velidedeoğlu, a.g.e., II/ 226.

Tablo: 3- 1998 YILINA AİT BURSA İLİ BOŞANMA ORANLARI

Hayati İstatistikler	TÜRKİYE	MARMARA	BURSA
Cinsiyete göre boşanmalar	64 334	18 402	1 096
.....Erkek	32 167	9 201	548
.....Kadın	32 167	9 201	548
Nedenlerine göre boşanmalar	32 167	9 201	548
.....Zina	217	24	2
.....Cana kast ve fena muamele	119	27	1
.....Cürüm ve haysiyetsizlik	89	32	2
.....Terk	735	156	14
.....Akıl hastalığı	96	27	2
.....Geçimsizlik	29 898	8 781	510
.....Diğer	1 013	154	17
Kaba boşanma oranı (%) *	0.92	1.12	0.43

*Not. Kaba boşanma oranı 1994 yılına aittir.

SONUÇ

Çalışmamız, boşanma perspektifli olup, iki hukuk sisteminin genel anlayışı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Tarih boyunca tartışılmış, dile getirilmiş ve ayrıntıda kalmış fikirlere yer verilmemiş, sadece genel kabul görmüş ve mensup olduğu hukuk sisteminin mantık ve felsefesini en iyi yansıtan fikirler ele alınmıştır. Yapmış olduğumuz çalışmanın yüksek lisans düzeyinde bir çalışma olduğu göz önünde bulundurularak, İslâm hukuku ile Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Beşerî Hukuk ile de Türk Medenî Kanunu kastedilmiştir.

Aralarındaki mantık ve sistem farklılığından dolayı karşılaştırma faaliyeti, çok genel çizgilere çekilmiştir. İki hukuk sisteminin genel gayeleri tespiti çalışılmış, aradaki benzerlikler ve farklılıklar ortaya konulmuştur. Çalışmanın en sonunda ise bu farklılığı oluşturan faktörler üzerinde durulmuştur.

Çalışmamız sonucu ortaya çıkan en önemli sonuçlar şunlardır.

- *Tüm hukuk sistemleri aileyi korumayı birinci hedef olarak belirlemişlerdir. Fakat bu hedef, onların boşanmayı yasaklamaları anlamına gelmemektedir. Bu amaçla boşanmanın yasaklanması, faydadan çok zarar getirmiştir.*
- *İslâm hukuku, boşanmayı, diğer akitlerden ayırmamış, kişilerin özgür iradelerine bırakmıştır. Kişiler ihtilafa düşmedikçe müdahalede bulunmamıştır. Prensip olarak boşanmayı erkeğe vermiş, kadına ise mahkeme kanalıyla boşanma hakkı vermiştir.*
- *İslâm hukuku, eşlerin anlaşamamaları halinde, kendi ailelerinden seçilecek olan hakemler tarafından ıslah edilmesini öngörmüştür. Bu hakemler, ikna gücü olan saygı değer kişilerden olmalı ve eşlerin aile birliğini devam ettiremeyeceklerini tespit edecek kadar da tecrübeli olmalıdırlar. Şayet hakemler boşanmanın faydalı olacağına hükmederlerse, suçlu olan tarafa göre boşanmanın mali zararları eşler arasında paylaştırılır.*
- *Türk Medenî Kanunu, boşanmayı hakim hükmüne ve belirli sebeplerin mevcudiyetine bağlamıştır. Özel ve genel boşanma sebepleri diye iki kısma*

ayrılmıştır. Bu sebeplerden bazıları mutlak boşanma sebebiyken bazıları ise mahkemenin takdir edeceği nispi boşanma sebepleridir.

- *Türk Medenî Kanununa göre eşler, boşanma ve malî sonuçları konusunda anlaştıkları takdirde, mahkeme ayrıca bir araştırma yapmaksızın onları birbirinden ayırır.*
- *İki hukuk sistemin tarih içinde birbirine yaklaştıkları görülmüştür:*
 - a) *Türk medenî kanunu, eşlere hiçbir sebep göstermeksizin boşanma hakkı vermezken, 1988 tarihinde yapılan değişiklikle bu hak verilmiştir.*
 - b) *Mahkeme salonlarında en mahrem konuların ortaya konularak eşlerin hatta ailelerin küçük duruma düşürülmemesi için 2001 yılında yapılan değişiklikle, İslâm hukukun ön gördüğü hakem kurumuna benzerlik arzedecek şekilde davaların gizlilik içinde yürütülmesi öngörülmüştür.*
 - c) *İslâm Hukuku, boşanma konusunda kişilere yeterince geniş bir hak verirken, Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile mahkeme de eşler kadar söz sahibi olmuştur. Boşanmaların resmi birimlere bildirilmesi zorunlu hale getirilmiştir.*
 - d) *Kadına boşanma talebinde bulunma hakkı veren sebepler arttırılmıştır. Hem kadın hem de erkek mahkeme yoluyla boşanma hakkına sahip olmuştur.*
 - e) *Kazaî boşanma denen bu boşanma şekline göre, boşanma sebepleri, Türk Medenî Kanununda kabul edilen boşanma sebepleriyle büyük ölçüde örtüşmektedir.*

Son zamanlarda boşanmanın sûistimale uğramaması için İslam hukukuna göre boşanma yetkisinin tamamen hakimın hükmüne bağlanması gerektiği savunulmaya başlanmıştır.

Son olarak diyebiliriz ki, ister dinî karakterli olsun ister beşerî karakterli olsun, tüm hukuk sistemleri kişilerin haklarının korunması için hukukî düzenlemeler yapmıştır. Fakat aile hukuku, devletin her zaman müdahale ederek düzenleme yapmasına imkan vermemektedir. Mahremiyeti olan ailenin huzur ve sükûnu kişilerin huzur ve sükûna bağlı olduğu için, kişileri mutlu ve huzurlu olmayan bir toplumun, aileleri de huzursuz ve mutsuz olacaktır. Böyle bir toplumda ise boşanmalar hep fazla olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- ABD el-ÂTÎ, Hammûde**, Nasıl Bir Aile (İslâmî Bakışın İmkanları) Çev: Mesut Karaşahan, Pınar Yayınları, İstanbul, 2000.
- ACAR, Halil İbrahim**, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Kültür Eğitim Vakfı Yayınları, Erzurum, 2000.
- *İslâm Aile Hukukunda Kadınlara Tanınan Malî Haklar*, (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum, 1994.
- AHMED B. Hanbel** (241/855), *Müsnedü İbn Hanbel*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1982, (I-VI).
- AKTAN, Hamza**, “*İslâm’a Göre Kadının Sosyal Aktivitesi*” (Sosyal Hayatta Kadın Konulu Tartışmalı İlmî Toplantı Tebliği), Ensar Neşriyat, İstanbul, 1996.
- ALTUNKAYA, Mehmet**, *Ailede İslâm Nizamı*, Bahar Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 1976.
- ANABRITANNICA GENEL KÜLTÜR ANSİKLOPEDİSİ**, Ana Yayıncılık, İst., 1993.
- ARMAĞAN, Servet**, *İslâm hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Diyanet İşleri Baş. Yayınları, Ankara, 1987.
- ATAY, Hüseyin**, *Kur’an’a Göre Araştırmalar I*, Semih Ofset, 2. Baskı, Ankara, 1993.
- ATEŞ, Süleyman**, “*Kur’an-ı Kerim’de Evlenme ve Boşanma İle İlgili Ayetlerin Tefsiri*”, Ankara Üni. İlahiyat Fak. Dergisi, sy. XXIII, Ankara, 1977.
- AYDIN, Mehmet Akif**, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık. İstanbul, 1996.
- BARDAKOĞLU, Ali**, “*Cahiliye Döneminde Kadın*” (Sosyal Hayatta Kadın Konulu Tartışmalı İlmî Toplantı Tebliği), Ensar Neşriyat, İstanbul, 1996.
- BAYRAKLI, Bayraktar**, *Kadın Sevgi ve Temel Haklar*, İşaret Yayınları, İstanbul, 2000.
- BELGESAY, Mustafa Reşit**, *Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk*, İstanbul Üni. Yayınları, İstanbul, 1963.
- BENSADON, Ney**, *Başlangıcından Günümüze Kadın Hakları* (çev.Şirin Tekeli), İletişim Yayınları, İstanbul, 1994.

- BİLMEN, Ömer Nasuhî**, *Hukukî İslamiyye ve Istılahı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yay, 2. İstanbul, 1985, (I-VIII).
- el-BUHÂRÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail** (ö. 256/870), *Câmiu's-Sahîhi'l-Buhârî*, Çağrı Yayınları, İstanbul, tsz. (I-VIII).
- CARULLAH, Mûsâ**, *Hatun, Hazırlayan: Mehmet Görmez*, Kitabiyât Yayınları, Ankara, 1999.
- el-CESSÂS, Ahmed b. Ali er-Râzî**, *Ahkamu'l-Kur'ân*, Daru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, 1400 (h.), (I-V).
- CİN, Halil**, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 2. Baskı, Selçuk Üni. Yayınları, Konya, 1988.
- İslâm Ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üni. Hukuk Fak. Yayınları, Ankara, 1974.
- DALGIN, Nihat**, *İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi*, Etüt Yayınları, Samsun, 1999.
- Diyanet İslâm Ansiklopedisi, Hak md. (Ali Bardakoğlu), XV/139.
- DÂRİMÎ, Ebu Muhammed Abdullah b. Abdurrahmen İbni'l-Fadl b. Behram** (ö. 225/840), *Sünenü'd-Dârimî*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981.
- DOĞAN, Yusuf**, *Hiz. Peygamber Döneminde Boşanma*, (Basılmamış Yük. Lis. Tezi) Bursa, 1996.
- DOĞANAY, Ekrem**, *İslâm'da Talak'ın Hükümü ve Hikmetleri*, Gonca Yayınları, İstanbul, 1984.
- DÖNDÜREN, Hamdi**, *Aile İlmihali*, Altınoluk Yayınları, İstanbul, 1995.
- EBU DÂVÛD, Süleyman b. el-Eş'as, es-Sicistanî** (275/888), *Süneni Ebi Dâvûd*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992, (I-V).
- EBU ZEHRA, Muhammed**, *İslâm'da Toplum Düzeni*, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 1993.
- ELHAC Mehmet Zihni**, *Nimet-i İslâm*, Ergin Kitapevi Yayınları, İstanbul, 1957.
- ERBAY, Celal**, *İslâm Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, Göktürk Yayınları, Bakü, 1995.
- ERDOĞAN, Mehmet**, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 1998.
- İslâm Düşüncesinde Yeni Arayışlar III, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2000.

- İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, İFAV. Yayınları, 3. Baskı.
İstanbul, 1994.
- FAZLURRAHMAN**, “İslâm’da Hukuk ve Ahlak”, (İslâmî Yenilenme, Makaleler I), (Çev: Adil Çiftçi), Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2000.
- FERRUH, Ömer**, *İslâm Aile Hukuku*, (Çev: Yusuf Ziya Kavakçı), Sebil Yayınları, İstanbul, 1978.
- GÖGER, Erdoğan**, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Ankara Üni. Hukuk Fak. Yayınları, Ankara, 1972.
- HALLAF, Abdulvehhap**, *İslâm Hukuk Felsefesi*, (Giriş ve Notlar Ekleyerek Çeviren: Atay, Hüseyin), Ankara Üni. İlahiyat Fak. Yayınları, 2. Baskı. Ankara, 1985.
- HATEMİ-SEROZAN**, *Aile Hukuku*, Filiz Yayınları, İstanbul, 1993.
- HEGEL, G.W.F.**, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, (Çeviren: Cenap Karakaya), Sosyal Yay. İst. 1991.
- İBN ABİDÎN, Muhammed Emin**, *Reddû’l-Muhtar Ale’l-Dürri’l-Muhyar*, (Tec: Ahmed Davudoğlu), Şamil Yayınları, İst- 1983.
- İBN AŞÛR, Tahir**, *İslâm Hukuk Felsefesi*, İklim Yayınları, İstanbul, 1988.
- İBN HÜMÂM, Kemalüddin, Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdulhamid b. Mes’ûd es-Sivasî, Şerhu Fethi’l-Kadîr**,. Beyrut, tsz.
- İBN KUDÂME, Muvaffakuddin, Ebu Muhammed b. Ahmed b. Mahmûd b. Kudâme** (ö. 620/1223), el-Muğnî, Beyrut, tsz.
- İBN RÜŞD, Ebu’l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Hafid el-Kurtubî**, bidâyetü’l-Müctehin ve’n-Nihâyü’l-Muktesid, (Çev: Ahmed Meylânî), Beyan Yayınları, İstanbul, 1991.
- İNCİL**, Kitabı Mukaddes Şirketi, İstanbul, 1999.
- İSAM, İLMİHAL**, Divantaş Yayınları,, 3. Baskı, İstanbul, 2000.
- KABAKÇI, Osman**, *İslâm Hukukuna Göre Evlilikte Kadının Hakları ve Görevleri*, (basılmamış Yük. Lis. Tezi), Bursa, 1993
- KARAMAN, Hayrettin**, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, Nesil Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 1996.
- KIYICI, Selahattin**, *İslâm Hukukunda Örf ve Adet*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1990.

- KUDÛRÎ**, Ebu'l-Hüseyin Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Ca'fer (ö. 428/1037), el-Muhtasar, Dersaadet Kitabevi, İstanbul, tsz.
- KURT, Abdurrahman**, Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi, Uludağ Üni. Basımevi, Bursa, 1998.
- el-KURTUBÎ**, Muhammed b. Ahmed b. Ebi Bekr, *Ahkamu'l-Kur'ân*, 2. Baskı, Daru's-Şa'b, Kahire, 1372(h.), (I-XX).
- KÖPRÜLÜ, BÜLENT – KANETİ, SELİM**, *Aile Hukuku*, 2. Bas. Filiz Yayınları, İstanbul, 1993.
- KÖPRÜLÜ, Bülent**, *Medeni Hukuk*, İstanbul Üni. Yayınları, İstanbul, 1979.
- KÖSE, Saffet**, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul, 1997.
- MEYDAN LAROUSSE**, Meydan Yayınevi, İstanbul, 1985.
- MEVSİLÎ**, Abdullah b. Mahnud b. Mecdûd b. Mahmud (ö. 683/1284), *el-İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtâr*, Daru'l-Erkam b. el-Erkam, Beyrut, tsz.
- MİRAS, Kâmil**, *Sahih-i Buhârî Muhtasarı Tecdîd-i Sarîh Tercemesi*, Diyanet İşleri Baş. Yayınları, 9 Baskı, Ankara, 1988.
- el-MÜSLİM**, Ebu2l-Hüseyin Müslim b. El-Haccac el-Kuşeyrî en-Nisaburî (261/874), *Sahîhu Müslim*, Çağrı Yayınları, İstanbul, tsz. (I- III).
- en-NESÂÎ**, Ebu Abdurrahman b. Şuayb (ö. 303/915), *Sünenu'n-Nesâî*, Çağrı Yay, İstanbul, 1981, (I-VIII).
- OĞUZMAN, Kemal; DURAL, Mustafa**, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.
- OSMANLI HUKUK-I ÂİLE KARARNAMESİ**, Hazırlayan: Orhan ÇEKER, Mehir Vakfı Yayınları, Konya, 1999.
- es-SÂBÛNÎ**, Abdurrahman, *Ahkâmu't-Talâk Fi'l-Fıkhi'l-İslamî*, Dâru'l-Kalem, Suriye, 1407/1987.
- SAĞLIĞIMIZ HERKESİN TIP ANSİKLOPEDİSİ.**, Gelişim Yayınları, İstanbul, 1978. (I-VIII).
- SÂMÎ**, Şemseddin, *Kadınlar*, (Hazırlayan: İsmail Doğan), Gündoğan Yayınları, Ankara, 1996.

- SAYGILI, Sefa**, *Evlilikte Mutluluk Sanatı*, 3. Baskı, Türdav Yayınları, İstanbul, 2000.
- ŞAMIL İSLÂM ANSIKLOPEDİSİ**, Dergah Yayınları, İstanbul, 2000.
- es-SERAHSÎ, Ebu Bekir Muhammed b. Ebi Sehl**, *Kitabu'l-Mebhut*, Dâru'l-Mârife, 2. Baskı, Beyrut, 1406/1985.
- ŞELTUT, M. Mahmut; SAYİS, M. Ali**, *Mukayeseli Mezhepler Hukuku*, İlim Yayınları, (Çev: Sait Şimşek), İstanbul, ty.
- T.C. BAŞBAKANLIK AİLE ARAŞTIRMA KURULU**, *Türkiye Aile Yıllığı*, Ankara, 1990.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi**, *Türk Aile Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1986.
- et-TİRMİZÎ, Ebu İsa Muhammed b. İsa (ö.279/892)**, *Sünenü't-Tirmizî*, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981, (I-V).
- TOPALOĞLU, Bekir**, *İslâm'da Kadın*, Yağmur Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 1977.
- ÜNAL, Asife**, *Yahudilik'te Hristiyanlık'ta ve İslâm'da Evlilik*, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1998
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet**, *Türk Medenî Kanunu (Aile Hukuku)*, Nurgök Mat., 5. Baskı, İstanbul, 1965.
- WEDUD-MUHSIN, Amine**, *Kur'an ve Kadın*, İz Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2000.
- YAMAN, Ahmet**, *İslâm Aile Hukuk*, Mehîr Vakfı Yayınları, Konya, 1998.
- YAVUZ, Yunus Vehbi**, *Kur'an'da Kadın Hak ve Özgürlüğü*, Bayrak Yayınları, İstanbul, 1999.
- YAZIR, Elmalılı Hamdi**, *Hak Dinî Kur'an Dili*, Feza Gazetecilik A.Ş. Yayınları, İstanbul, 1992.
- YILMAZ, İbrahim**, *İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi*, (Basılmamış Yük. Lis. Tezi), Bursa, 1996.
- ZİHNÎ EFENDÎ, Mehmet**, *Nimet-i İslâm*, Salâhbilici Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1990.
- ZUHAYLÎ, Vehbe**, *İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi*, (Tercüme: Komiyyon), Risale Yayınları, İstanbul, 1994.