



İLAHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ 25:1 (2020), SS. 29-64.

**Makale Gönderim Tarihi: 10.02.2020 Makale Kabul Tarihi: 07.04.2020**

### **Araştırma Makalesi**

## **HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ'NDE HANEFİLER DIŞINDAKİ MEZHEPLERİN GÖRÜŞLERİNE DAYANAN MADDELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ\***

**Erdoğan SARITEPE\*\***

**Ramazan Aydemir\*\*\***

### **Öz**

Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam Hukukunun da vazgeçilmez bir parçası olan Aile Hukuku, İslam tarihi boyunca ilk kez Osmanlı Devleti'nin son dönemine doğru, 1917 tarihinde, "Hukuk-i Aile Kararnamesi" adı altında müstakil bir kanun halinde tanzim edilmiştir. İlk olma özelliğine sahip bu kararname hazırlanırken, Osmanlı Devleti'nde resmi olarak uygulanan Hanefi mezhebi dışındaki mezhep ve İslam hukukçularının görüşlerinden de geniş çaplı faydalanılmıştır. Bu çalışmada Hanefi mezhebi dışında diğer mezheplerden alınan maddeler ve alındığı mezhep veya İslam hukukçuları tespit edilerek görüşleri değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İslam hukuku, Hukuk-i Aile Kararnamesi, Fikhî İhtilaflar, Osmanlı Hukuku.

### **Evaluation of Substances Based on The Views of The Secrets Except The Hanefis in The Ottoman Law of Family Right**

### **Abstract**

As in all other laws, Family law which is one of the indispensable part of Islamic law had been classified as under the name of "Family Law Decree" in the form of a separate law in 1917 for the first time in the late periods of Ottoman State throughout the Islamic history. While this first decree was being prepared in Ottoman State, views of other sects and Islamic jurists' were applied beside

---

**Atıf:** Saritepe, Erdoğan; Aydemir, Ramazan. "Hukuk-İ Aile Kararnamesi'nde Hanefiler Dışındaki Mezheplerin Görüşlerine Dayanan Maddelerin Değerlendirilmesi". *Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 25:1 (2020): 29-64.

\* Bu makale, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde 2013 yılında tamamlanan "Hukuk-İ Aile Kararnamesi'ne Hanefiler Dışındaki Mezheplerden Alınan Maddelerin Değerlendirilmesi" yüksek lisans semineri geliştirilerek oluşturulmuştur.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, [esaritepe@firat.edu.tr](mailto:esaritepe@firat.edu.tr) Orcid: 0000-0002-1801-4625

\*\*\* Öğretmen, MEB, [r-aydemir@hotmail.com](mailto:r-aydemir@hotmail.com) Orcid: 0000-0002-9574-3397

Hanefi Sect of Islam widely. In this study, the items taken from other sects apart from Hanafi sect or Islamic jurists will be determined and evaluated.

**Key Words:** Islamic Law, Jurisprudence Family Decree, Juridical Disputes, Ottoman Law.

### **Giriş**

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan sonra başlayan kanunlaştırma hareketlerinin son halkasını, Aile Hukuku sahasındaki "Hukuk-i Aile Kararnamesi (HAK)" oluşturur. Kararnamenin hazırlanması, Osmanlı Devleti'nin yıkılmasına takaddüm eden yıllara rastlamıştır. Kararname Hicri 8 Muharrem 1336, Miladi 25 Ekim 1917 tarihinde kabul edilmiştir. Hukuk-i Aile Kararnamesi sadece Osmanlı Hukuku'nda değil, İslam hukuk tarihinde de Aile Hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma hareketidir. Dolayısıyla Hukuk-i Aile Kararnamesi daha sonraki İslam devletlerinde Aile Hukuku alanında hazırlanmış kanunlara örnek teşkil etmiştir.<sup>1</sup>

Osmanlı'da medeni hukuk alanında kanunlaştırmalar, Arazi Kanunu ve Mecelle ile başlamıştır. Ancak devrin siyasi, sosyal ve hukuki şartları, aile hukuku alanındaki kanunlaştırmayı yarım asır sonraya bırakmıştır. Gecikmeyle de olsa Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin hazırlanmasıyla, daha önce başlanan kanunlaştırma hareketlerinin tamamlanması açısından önemli bir adım atılmıştır.

Birinci Dünya Savaşı'nın en badireli günlerine denk gelmesi nedeniyle müsait olmayan şartlarda hazırlanan kararname, hazırlandığı devrin müspet ve menfi izlerini de taşımaktadır.

Bu nâmüsait ortamda hazırlanan kararname, bazı yenilikleri ihtiva etmişse de, bu olumsuz şartlar, onun birçok bakımdan da eksik hazırlanmasına ve uygulamada henüz menfi ve müspet yönleri anlaşılmadan yürürlükten kaldırılmasına sebep olmuştur.

### **1. Kararnameyi Doğuran Etkenler**

Hukuk-i Aile Kararnamesi, Tanzimat'tan sonra hukukî düzenlemelerin son halkası olarak kabul edilir.<sup>2</sup> Birinci Dünya Savaşı'nın sıkıntılı günlerinde böyle bir kanunun hazırlanmasına sebep olan etkenlerin neler olduğu sorusuna cevap bulmak, konumuzun daha iyi anlaşılması için öncelikle ifade edeceğimiz husus olacaktır.

<sup>1</sup> M. Akif Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları No: 11, İstanbul 1985 s. 152-153; Muhammed Tayyib Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara, 2008, s. 210.

<sup>2</sup> Halil Cin, Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 1995, c. II, s. 56.

### 1.1. Hukukî Etkenler

Tanzimat'tan sonra başlayan kanunlaştırma hareketleri, hukukun birçok dalının kanunlaşmasıyla sonuçlanmıştır. Aile hukuku ise bu dalların dışında kalmıştır. O güne kadar aile hukukundaki ihtilaflar daha çok fıkıh kitaplarındaki hükümler ve bir kısım fetva mecmualarındaki fetvalar ile hallediliyordu.<sup>3</sup> Gerek hâkimlerin hukukî bilgi açısından yetersizliği, gerekse şer'iyeye mahkemelerine fazla sayıda davaların gelmesi, Aile hukukunda bir kanunlaştırmaya olan ihtiyacı açık bir şekilde göstermekte idi.<sup>4</sup>

Hukukî açıdan kararnamenin doğmasına sebep olan bir başka neden ise Osmanlı Devleti'nin kendi içindeki hukuk ve kazâ çokluğuna son verme isteğiydi.<sup>5</sup> Osmanlı Devleti'ne ticaret için gelen yabancılar, özellikle medeni hukuk sahasında, kendi konsolosluk mahkemeleri ve yargıçları tarafından yargılanırlardı. Osmanlı Devleti vatandaşı olan gayri Müslimlerin meseleleri ise, kendi ruhani reisleri tarafından hallediliyordu.<sup>6</sup> Bu durum, hem yargı yetkisinin çeşitli ellere dağılmasına hem de yargıda kargaşaya yol açıyordu. Dönemin ilim adamları ve devlet erkânı yargıdaki bu çeşitliliği bitirip, hukukî birliği temin etmek gayesiyle kanunlaştırmaların zorunlu olduğunu gördüler. Akabinde yapılan kapsamlı çalışma ile aile hukuku alanında bir kararname hazırlanmış oldu.<sup>7</sup>

### 1.2. Siyasi, İktisadi ve Sosyal Etkenler

Gerek Tanzimat hareketi, gerekse Balkan ve Birinci Dünya Savaşları sonunda Osmanlılarda meydana gelen değişiklikler de kararnamenin ortaya çıkmasına sebep teşkil etmektedir.<sup>8</sup> Çünkü Tanzimat sonrası Osmanlı toplumunun siyasi, sosyal ve iktisadi yapısı kendi değerlerinden uzaklaşıp Batı'ya meyletmiştir.<sup>9</sup> Ayrıca o dönemde meydana gelen Balkan ve Birinci Dünya Savaşları kadını sosyal faaliyetlerin içine çekmiştir. Kadının sosyal faaliyetlere

<sup>3</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 154.

<sup>4</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 154; Asal Ali, *Mehmed Zihni Efendi'nin el-Vücûhu'l-m ilâh fî fusûli'n-nikâh adlı eseriyle Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Mukayesesi*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), s. 34.

<sup>5</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 155.

<sup>6</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 156.

<sup>7</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 154-155; Yazıcı, Abdurrahman, "Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnamesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", *Ekev Akademi Dergisi* Yıl: 19 Sayı: 62, 2015, s. 569-570.

<sup>8</sup> Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, s. 291.

<sup>9</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 158; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, c. II, s. 56.

katılması ona olan bakış açısını değiştirmiş, bu bakış açısı, kadını yakından ilgilendiren aile hukukunun derli toplu hale getirilmesini gerekli kılmıştır.<sup>10</sup>

### 1.3. Kültürel Sebepler ve Kadınlık Cereyanı

Kültürel sebeplerin başını kadın hakları meselesi teşkil etmektedir. Tanzimat'la başlayan yeni eğitim sisteminde kız çocuklarının eğitimine yönelik yeni müesseseler kurulmuştur. İlk defa 1858'de İstanbul'da bir Kız Rüşdiyesi ve 1870 yılında yine İstanbul'da bir Kız Öğretmen Okulu (Darü'l-Mu'allimat) açılmıştır. Daha sonraları Kız Sanayi Mektepleri ve İkinci Meşrutiyet'ten sonra da kızlar için İnâs Darü'l-Fünunu'nun açılmasıyla kızlara yüksek tahsil imkânı tanınmıştır. Bu okullarda yetişen kızların gittikçe artması ve cemiyet içerisinde rol alması, Osmanlı'da bir kadınlık (feminizm) cereyanının doğmasına neden olmuştur. Bunun neticesinde kurulan "Müdafaa-i Hukuk-i Nisvân", "Tefeyyüz", "Cemiyeti Hayriye-yi Nisvan", "Nisvan-ı Osmaniye" vb. cemiyetler, kadınlara yeni haklar verilmesini ısrarla talep etmiştir.<sup>11</sup>

Bu devrede hâkim fikir cereyanları olan Batıcılar, Türkçüler ve İslamcılar da kadınlık meselesi ile ilgili fikir beyanında bulunuyorlardı. Mesela Batıcılardan olan Abdullah Cevdet, "Bir ikinci medeniyet yoktur. Medeniyet Batı medeniyetidir."<sup>12</sup> diyerek ısrarla Batı tipi bir Aile Hukukunu istemekteydi. Batıcılara göre; kadının hukuki durumunu düzeltici tedbirler alınmalı, küçük yaştaki evlilikler önlenmeli, çok eşlilik mutlaka kaldırılmalı, ayrıca kadının aşağılanmasına sebep olarak kabul edilen tesettür de mutlaka kalkmalıydı.<sup>13</sup>

Öncülüğünü Ziya Gökalp'in temsil ettiği Türkçüler, Osmanlı cemiyetindeki aile buhranının, medeniyetle harsın (kültür) birbirine karıştırılmasından kaynaklandığını, medeniyeti beynelmilel, harsı milli olarak kabul etmek gerektiğini söylüyorlardı. Türkçülere göre, Türk ailesi Avrupa'dan yeni zihniyet alarak asrileşmeli, bununla beraber milli vasfını da kaybetmemelidir. Türkçüler de, Batıcılar gibi çok eşliliğe karşıydılar.<sup>14</sup> Türkçülere göre devlet reisi, çok eşliliğe müdahale edip yasaklamalıdır. Ayrıca Türkçüler, kadınların

<sup>10</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 157; Asal, *Mehmed Zihni Efendi'nin el-Vücûhu'l-milâh fî fusûli'n-nikâh adlı eseriyle Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Mukayesesi*, s. 33; Ensar Durmuş, *1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler*, Çanakkale On Sekiz Mart Üniversitesi (yayımlanmamış yüksek lisans tezi) 2017, s. 21.

<sup>11</sup> Asal, *Mehmed Zihni Efendi'nin el-v ücûhu'l-m ilâh fî f usûli'n-n ikâh adlı eseriyle Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Mukayesesi*, s. 35-36; Neslihan Kılıç, *Osmanlı Basınında Muhafazakâr Bir Kadın Dergisi Mürüvvet*, Kriter Yayınları, İstanbul, 2019, s. 9-14.

<sup>12</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 166.

<sup>13</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 161.

<sup>14</sup> Gökalp, Ziya, *Türkçülüğün Esasları*, Varlık Yayınları, Yedinci Baskı, İstanbul, 1968, s. 157.

kendilerine uygun düşecek iş ve mesleklerde çalışıp sosyal hayata girmelerine karşı değillerdi.<sup>15</sup>

Batıcılara bir reaksiyon olarak cevap veren İzmirli İsmail Hakkı ve Ahmet Naim gibi İslamcılar, kadının cemiyette aşağı bir durumda olmasının İslam dini ve medeniyetinden kaynaklanmadığını ve İslam dininin kadına gerekli mevkii ve hakları verdiğini ifade ediyorlardı.<sup>16</sup> Dolayısıyla bu dönemdeki yeni fikri oluşumların, yeni bir aile kanununun hazırlanması zarureti ortaya koymaları da, Hukuk-î Aile Kararnamesi'nin hazırlanmasının zeminini oluşturmuştur denilebilir.

## 2. Kararnamenin Hazırlanışı

Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin meydana gelmesine sebep olan etkenler dikkate alındığında, kararnamenin hazırlanmasının bir zaruret haline geldiği görülmektedir. İkinci Meşrutiyet'ten sonra Mecelle tadillerini gerçekleştirmek için kurulan komisyonlardan biri de Hukuk-i Aile Kararnamesi komisyonudur. Bu komisyon şu üyelerden oluşuyordu:

Mahmud Esad Efendi (Reis, Isparta Mebûsu)

Hafız Şevket Efendi (Aza, Fetvahane mümeyyizlerinden)

Said Bey (Aza, Menteşe Mebûsu)

Ali Baş Hampa Efendi (Aza, Şura-yi devlet azasından)

Mustafa Fevzi Efendi (Aza, Mahkeme-i evkaf kadısı).

Bir başkan ve dört üyeden oluşan komisyon,<sup>17</sup> Osmanlı Devleti'nde yaşayan üç din mensuplarının (Müslüman, Hıristiyan ve Musevi) hukuklarını göz önünde bulundurarak, her bir din mensubu için ayrı ayrı hükümlerin tespitini kararlaştırmıştır.<sup>18</sup> Bu hükümler ayrı ayrı tespit edildikten sonra, bu hükümleri bir araya getirip Müslümanlara ait hükümleri ortaya koyup bunlarla bağdaşmayan Musevi ve Hıristiyan hukuk esaslarını ayrıca beyan ederek, Hukuk-i Aile Kararnamesi'ni meydana getirmişlerdir.

Kararname 25 Ekim 1917'de muvakkat kanun olarak kabul edilip adliye encümenine havale edilmiştir.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 162.

<sup>16</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 161.

<sup>17</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 163; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, c. II, s. 57.

<sup>18</sup> Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, s. 209.

<sup>19</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 164-165; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II/58; Kararnamenin muvakkat bir kanun şeklinde çıkarılıp yürürlüğe koyulması birçok tartışmaya neden olmuştur. Bkz. Durmuş, Ensar-Yargı, Mehmet Ali. "1917 Tarihli Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler". *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 15 (2019): s. 322 vd.

### 3. Kararnamenin Sistematiği

Kararname biri münâkehât (evlenme) diğeri mufârekât (boşanma) olmak üzere iki kitaptan (bölümden) oluşmaktadır. Münâkehâttan bahseden birinci kitap 6 bab, 15 fasıl ve 101 maddeden; mufârekâttan bahseden ikinci kitap ise, 3 bab, 5 fasıl ve 56 maddeden oluşmaktadır. Kararnamenin tamamı 157 maddeden müteşekkildir.<sup>20</sup>

### 4. Kararnamenin Özellikleri ve Getirdiği Yenilikler

#### 4.1. İlk Kanun Oluşu

Kararname İslam Aile Hukuku açısından ilk kanundur.<sup>21</sup> Her ne kadar Mısır'da Muhammed Kadri Paşa tarafından Ahvâl-i Şahsiyye adı altında bir tasarı hazırlanmışsa da bu tasarı kanunlaşmamıştır.<sup>22</sup> Aynı şekilde Sudan'da Aile Hukuku alanında değişik adlar altında hazırlanmış olan tamimler de Aile Hukuku alanında bir kanun özelliği taşımamaktadırlar.<sup>23</sup> Kararname, ilk kanun olmasından dolayı daha sonra İslam ülkelerinde aile hukuku alanında yapılan çalışmalara da kaynaklık etmiştir.<sup>24</sup>

#### 4.2. Üçlü Karakteri

Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin önemli özelliklerinden biri, Müslüman, Hıristiyan ve Museviler için ayrı ayrı hükümler ihtiva etmesidir.<sup>25</sup> Hukuki birliği sağlamıyor tenkidine maruz kalsa da,<sup>26</sup> kararnamenin farklı din mensupları için farklı hükümler ihtiva etmesi, geleneksel İslam hukukunun gayri Müslim teb'aya olan bakış açısının devamı olarak değerlendirilmelidir.

<sup>20</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 181; Cin Evlenme, s. 293; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II/57; Orhan Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Mehir Vakfı Yayınları Üçüncü Baskı, 2016, s. 11; Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, s. 210; Ensar-Yargı, "1917 Tarihli Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne Yöneltilen Eleştiriler", *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* s. 315.

<sup>21</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 207; Cin, *Evlenme*, s. 292; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II, s. 58.

<sup>22</sup> M. Akif Aydın, "Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü" *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, Ankara 1992 II/449; Yazıcı, "Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", *Ekev Akademi Dergisi* s. 571; Durmuş, *1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler*, s. 24.

<sup>23</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 206- 207; Aydın, "Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü" *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, II, s.449; Durmuş, *1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler*, s. 24.

<sup>24</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 207; Asal, *Mehmed Zihni Efendi'nin el-Vücûhu'l-milâh fî fusûlî'n-nikâh adlı eseriyle Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Mukayesesi*, s. 39; Durmuş, *1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler*, s. 24-25.

<sup>25</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 13.

<sup>26</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 208.

### 4.3. Eklektik Karakteri

Kararnamenin en önemli özelliklerinden biri, getirdiği hükümlerde diğer mezheplerden yararlanma (eklektik) özelliğidir.<sup>27</sup> Kararnameden yaklaşık yarım asır önce yapılan Mecelle'de ise bu yöntem uygulanmamıştır.<sup>28</sup> Ancak aradan geçen bu süre zarfında, hukuk alanında doğan ihtiyaçlardan dolayı olmalı ki, yarım asır sonra hazırlanan Hukuk-i Aile Kararnamesi'nde böyle bir yola gidilmiştir. Zira kanunlar ihtiyaçlardan dolayı yapılır. Osmanlı diyarında zaman zaman ihtiyaçtan dolayı bazı yörelerde Şâfiî mezhebinden Şâfiî Naibler vasıtasıyla istifade edilmişse de Osmanlı diyarında, özellikle XVI. asrın yarısından sonra "Bu diyarda Şâfiî kavli ile amel etmek memnudur." denerek Şâfiî görüşünün uygulanması yasaklanmıştır.<sup>29</sup> Bu tarihten itibaren Osmanlı'da Hanefi mezhebinin görüşleri uygulanmaya başlanmıştır. Ancak bu sıkı uygulama, hukuki açıdan birçok kez zorluklara neden olmuştur. Mesela; Kocası kaybolmuş kadının evlenememesi, kocası nafaka temin etmeyen kadınların karşılaştıkları zorluk vb. durumlardan doğan ihtiyaçlar, hukukçuları diğer mezheplerden istifadeye adeta zorlamıştır. Diğer mezheplerden yararlanmanın ilk etabı 1916 tarihli İrade-i Seniyye ile denenmiş ve kararname ile bu yararlanma, Aile Hukuku sahasında tam olarak tatbik edilmiştir.<sup>30</sup>

Çalışmamızın konusunu da oluşturan kararnamenin eklektik özelliği, ileride detaylı bir şekilde izah edilecektir. Biz burada kararnamenin hangi maddelerinde Hanefi mezhebi dışında diğer mezheplerden istifade edildiğini ve bu maddelerin numaralarını vermekle yetineceğiz.

Sıra no	Madde no	Maddenin alındığı mezhep veya kişiler
1	7	İbn Şübrüme ve Ebûbekir el-Esam
2	9	Şâfiî mezhebi
3	34	Maliki, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri
4	35	Şâfiî mezhebi
5	36	Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel
6	38	Hanbelî mezhebi
7	57	Şâfiî mezhebi

<sup>27</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 12.

<sup>28</sup> Aydın, "Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü" *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, c. II, s. 450.

<sup>29</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 117.

<sup>30</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 209; Durmuş, *1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler*, s. 27.

8	104	Muhammed b. Selam, Hz. Osman ve Ömer b. Abdülaziz
9	105	Maliki, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri
10	109	Şâfiî mezhebi
11	126	Maliki, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri
12	127	Maliki mezhebi
13	129	Hz Ömer, İbn Ömer, İbn Abbas, İmam Malik, Ahmed b. Hanbel, İshak ve Şâfiî'nin bir görüşü
14	130	Maliki mezhebi
15	140	Maliki mezhebi

#### 4.4. Kazâî Birliğin Temin Edilmesi

Osmanlı Devleti'nde XX. yüzyıla kadar Aile Hukuku sahasında birbirinden ayrı üç kazâ mercii vardı. Bunlardan biri, normal olarak Müslümanların ve kendilerine müracaat eden gayri Müslim teb'a'nın ahval-i şahsiyye ile ilgili ihtilaflarına bakan Şer'iyeye Mahkemeleri; diğeri, gayri Müslimlerin ahvali şahsiyye davalarına bakan kendi Cemaat Mahkemeleri ve diğeri bir mahkeme ise, kapitülasyonlarla verilen, gayr-i Müslim teb'a'nın medeni ve cezâî davalarına bakan Konsolosluk Mahkemeleridir. Osmanlı Devleti 1914'de tek taraflı olarak aldığı bir kararla kapitülasyonları iptal ederek, konsolosluk mahkemelerini kaldırmıştır.<sup>31</sup> Osmanlı Devleti'nin aldığı bu karar yabancı devletler tarafından kabul edilmese de yargı birliğinin sağlanması açısından ilk ve önemli bir adımdır. 1917'de Hukuk-i Aile Kararnamesinin kabulü ile de, cemaat mahkemeleri kaldırılıp, Osmanlı Devleti'nde kazâî birlik sağlanmıştır.<sup>32</sup>

#### 4.5. Evlenme ve Boşamada Devletin Kontrolü

Kararnamenin getirdiği yeniliklerden biri de evlenme ve boşamalarda devlet kontrolünün daha sağlıklı bir biçimde sağlanmasıdır. Kararname ile yapılan bu kontrol, kararnameden önce mevcut ise de, kararname ile tekâmül etmiştir. Kararname, nikâh kıyılmadan önce nikâh ilanını şart koşup evlenmeye mani bir durumun olup olmadığının tespit edilmesini ve hâkim veya naibi huzurunda nikâhın kıyılıp tescil edilmesini zorunlu kılarak devlet kontrolünü

<sup>31</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 211; Aydın, "Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü" *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, c. II, s. 451; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, c. II, s. 58.

<sup>32</sup> Aydın, "Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü" *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, c. II, s. 451; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II/58; Yazıcı, "Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnamesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", *Ekev Akademi Dergisi* s. 571; Durmuş, *1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler*, s. 28.



sağlamıştır.<sup>33</sup> Boşamada ise, kocanın boşamayı belirli müddet içerisinde mahkemeye bildirme yükümlülüğüyle gerçekleşmiştir.<sup>34</sup>

#### 4.6. Çok Eşliliği Sınırlandırması

Hukuk-i Aile Kararnamesi ile Osmanlı hukuk tarihinde ilk defa, belirli ölçüde çok evliliği (poligami) sınırlandırma yoluna gidilmiştir. Kararname hazırlanmadan önce Batıcılar ve Türkçüler çok evliliğe karşı tavır belirlemiş ve çok evliliğin yasaklanmasını ısrarla istemişlerdir. Kararname, İslam Hukuku dışına çıkmadan çok evliliğe bir sınırlama getirmek için, Hanbelî mezhebine göre, kadının nikâh akdi anında kocasının evlilik hayatı boyunca tek kendisiyle evli kalması şartını koşabileceği<sup>35</sup> görüşünü kabul ederek çok evliliğe bir sınırlama getirmiştir.<sup>36</sup> Kararnamenin Osmanlı Aile Hukuku'na getirdiği yeniliklerin içerisinde, tartışmaya en çok sebep olan konu, çok eşliliği (poligami) sınırlandırmasıdır.<sup>37</sup>

#### 4.7. Kazâî Boşama

Kararnamenin getirdiği önemli yeniliklerden biri de bazı durumlarda kadına kazâî boşanma (tefrik) hakkını vermesidir. Kararnameye göre, kocada evliliğe mani bir ayıbın bulunması; kocada cüzzam, baras, zührevi ve akli hastalıklar gibi rahatsızlıkların oluşması,<sup>38</sup> kocanın nafaka bırakmadan<sup>39</sup> veya bırakarak<sup>40</sup> uzun bir süre kaybolması ve eşler arasında şiddetli geçimsizliğin (şikâk)<sup>41</sup> ortaya çıkması boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir.<sup>42</sup> Kararnamenin

<sup>33</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 14.

<sup>34</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 212-213; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, c. II, s. 58-59; Yazıcı, "Osmanlı Hukûk-ı Aile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", *Ekev Akademi Dergisi* s. 572; Durmuş, *1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesine Yöneltilen Eleştiriler*, s. 26.

<sup>35</sup> Ebû Ali Muhammed b. Ahmed b. Ebî Musa eş-Şerif el-Haşimî el-Bağdâdî (v.428), *el-İrşâd ilâ sebîl'r-raşâd*, (Tahkik Abdullah b. Abdülmühsin et-Türki), Müessesetü'r-Risâle, Birinci Baskı yy. 1919/1419, s. 287; Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Makdisîel-Muğni, *Mektebeti'l-Kahire*, ty, c. VII, s. 92-93,349; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 215-216; Cin, *Evlenme*, s. 301.

<sup>36</sup> Yazıcı, "Osmanlı Hukûk-ı Aile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", *Ekev Akademi Dergisi* s. 573.

<sup>37</sup> Bu dönemde konuyla ilgili gerek Batıcılar gerek İslamcılar tarafından birçok makale yazılmıştır. Bkz. Durmuş, *1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'ne Yöneltilen Eleştiriler*, s. 22-22.

<sup>38</sup> HAK, md. 119,123.

<sup>39</sup> HAK, md.126.

<sup>40</sup> HAK, md.127.

<sup>41</sup> HAK, md.130.

<sup>42</sup> Asal, *Mehmed Zihni Efendi'nin el-Vücûhu'l-milâh fî fusûli'n-nikâh adlı eseriyle Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Mukayesesi*, s. 43.

getirdiği bu yenilikler, her ne kadar kararnameden önce de diğer Sünni mezheplerde var ise de, Hanefi mezhebinin mer'î olduğu Osmanlı topraklarında bunlar aile hukuku bakımından küçümsenemeyecek yeniliklerdir.

#### 4.8. Evlenme İçin Asgari Yaş Sınırı

Kararnamenin, Osmanlı Aile Hukuku sahasına getirdiği başka bir yenilik de, evlenme yaşına bir alt sınır getirmesidir.<sup>43</sup> Kararnameden önce, gerek Osmanlı Devleti'nde mer'î olan Hanefi mezhebinde gerekse diğer Sünni üç mezhepte, evlenmek için bir alt sınır belirlenmemiştir.<sup>44</sup> Kararnamenin evlenme yaşı için getirdiği bu yenilik, Sünni dört mezhebin dışında, İbn Şübrüme (v.144/761)<sup>45</sup> ve Ebû Bekir el-Esamm'ın (v.200/816)<sup>46</sup> görüşleri esas alınarak<sup>47</sup> kızlarda 9, erkeklerde ise 12 yaşın evlenmede alt sınır olarak belirlenmesidir.

#### 5. Kararname'nin Hanefî Dışındaki Mezheplerin Görüşlerine Dayanan Maddeleri

Hukuk-i Aile Kararnamesi hazırlanırken fıkhnın dışına çıkmamış ancak farklı fikhî mezheplerden uygun görüşler seçilmiştir. Kararnamenin ekser maddeleri Osmanlı Devleti'nde meri olan Hanefi mezhebinden alınırken az bir kısmı da diğer mezhep ve fukahanın görüşlerinden seçilmiştir. Bu kısımda, Hanefilerin dışındakilerden alınan maddeleri konularına göre tasnif edip kaynaklarıyla beraber izah edeceğiz.

<sup>43</sup> HAK, md. 7; Yazıcı, "Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", *Ekev Akademi Dergisi* s. 571-572.

<sup>44</sup> Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris eş-Şâfiî, *el-Ümm*, Beyrut 2009, c. V, s. 23; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VII, s. 51.

<sup>45</sup> Abdullah b. Şübrüme hicri 70 veya 72 yılında doğmuş Şabi, Nehaî ve Hammâd gibi birçok ileri gelen âlimden fıkhnı tahsil etmiştir. Hicri 144yılıda vefat etmiştir. Bkz. Ebû İshak İbrahim b. Ali eş-Şirâzî (v. 476), *Tabakâtü'l-fukahâ*, (Thk. Dr İhsan Abbas), Dârü'l-Raidi'l-Arabî Birinci Baskı Beyrut, 1970, s. 84; Şükrü Özen, "İbn Şübrüme" md. *Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi* İstanbul, 1999, c. XX, s. 379; Durmuş-Yargı, "1917 Tarihli Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne Yöneltilen Eleştiriler", *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* s. 331-332.

<sup>46</sup> Ebû Bekr Abdurrahman b. Keysân el-Esam (v.200/816), Basra'da doğmuştur. Basra mutezile kelim kolüne bağlı olduğu bilinmektedir. Bkz. Yusuf Şevki Yavuz, "Esam, Ebû Bekir" md. *Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi* İstanbul, 1995, c. XI, s. 353 vd.

<sup>47</sup> Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsü'l-Eimme es-Serahsî (v.483), *el-Mebsût*, Dârü'l-Marife, Beyrut, 1993/1414, c. IV, s. 212; Ebu Velid Muhammed b. Ahmed, b. Reşid el-Kurtebî İbn Rüşd el-Hafid, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktasid*, Dârü'l-Hadis, Kahire, 2004/1425, c. III, s. 34,35.

## 5.1. Nikâh Akdi ile İlgili Maddeler

### 5.1.1. Sağır ve Sağirenin Tezvic

*On iki yaşını itmam etmemiş olan sağır ile dokuz yaşını itmam etmemiş olan sağire, hiç bir kimse tarafından tezvic edilemez. (HAK madde:7)<sup>48</sup>*

Hukuk-i Aile Kararnamesinin en çok dikkat çeken ve dört sünnî mezhebin görüşüne muhalif olan tek madde yedinci maddedir. Çünkü İslam Aile Hukukundaki Sünni mezheplerin görüşüne göre, erkek çocukların on iki yaşından önce, kız çocuklarının da dokuz yaşından önce velileri tarafından evlendirilmelerinde herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir.<sup>49</sup> Oysa Kararnamedeki bu madde, İslam hukukundaki hâkim görüşe muhalif olarak evlenmeye bir alt sınır getirmektedir. Bu maddeye göre, on iki yaşını bitirmemiş erkek ve dokuz yaşını bitirmemiş kız çocukları velileri dâhil hiç kimse tarafından evlendirilemezler.

Kararnameyi hazırlayanların neden böyle bir yeniliğe ihtiyaç duydukları ve kararnamedeki bu maddenin dayanağı hakkında şunları söyleyebiliriz: Yukarıda da belirttiğimiz gibi sağır (küçük erkek) ve sağirenin (küçük kız) nikâhlarının velisi tarafından akdedilmesi sünnî dört mezhep imamına göre geçerli kabul edildiğinden kararnameye kadar bu şekilde uygulanmıştır. Ebeveynin ailedeki temel vazifesi çocuklarını iyi bir dini talim ve terbiye ile yetiştirmektir. Ancak zamanla bu temel vazife unutulmuş, ana-babanın düşüncesi, biran önce çocuklarını evlendirip mürüvvetini görmek olmuştur. Bu da zamanla çocukları, özellikle kız çocuklarını eğitimden uzaklaştırmış ve eğitimsiz bir toplumun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ayrıca Osmanlı diyarında, velileri tarafından evlendirilen küçük yaştaki çocukların, buluş çağına geldiklerinde küçük yaştaki evlenmeden dolayı mutlu olmadıklarından, buluş çağına girdiklerinde hâkim yoluyla tefrik istedikleri çokça görülmüştür.<sup>50</sup> Bu tür tefriklerin olması ailevi felaketlere, ailelerin dağılmasına ve mutsuz bir toplumun

<sup>48</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 24.

<sup>49</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, V/35; Ebü'l-Kasım Ubeydullah b. Hüseyin b. Hasan el-Cellâb el-Basrî (v.378), *et-Tefri*, (Thk. Hüseyin Dihmanî), Darü'l-Garbi'l-İslâmî Birinci Baskı, 1987/1408, c. I, s. 361,365; İbn Kudâme, *el-Muknî*, (Tahkik Mahmud Arnaut-Yasin Mahmud Hatib), Mektebeti's-Sevadi li'l-Tevzi, Birinci Baskı Cidde, 1421/2000, s. 304; a.g.m. *el-Muğni*, c. VII, s. 51; Ebü'l-Fazl Meccüddin Abdullah b. Mahmûd, b. Mevdûd el-Mevsilî (v. 683), *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-muhtâr*, Matbaatü'l-Halebî, Kahire, 1937/1356, c. III, s. 94; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 34; Vehbe ez-Zuhaylî, *el-Fikhu'l-islâmî*, Dimaşk, (Tercüme: Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdürrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız) 1990, c. IX, s. 42, 144.

<sup>50</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 76; Muhammed Tayyib KILIÇ, XVIII. YY. Diyarbakır Şeriyye Sicillerine Göre Osmanlı'da Kadının Hukuki Statüsü, Uluslararası Diyarbakır Sempozyumu, Diyarbakır, 02-05 Kasım 2016 *Bildiriler Kitabı*, Cilt: 2, Diyarbakır Valiliği Yayınları, 2017, Diyarbakır, s: 1301-1302.

oluşmasına zemin hazırlamıştır. Kararnameyi hazırlayanlar, bu tür felaketleri göz önünde bulundurarak Sünni mezheplerin genel görüşüne muhalif bir yenilik getirmişlerdir.<sup>51</sup> Buna göre de erkek çocuklarının on iki, kız çocuklarının dokuz yaşını bitirmeden hiç kimse tarafından evlendirilemeyeceğini kararnamenin yedinci maddesinde beyan etmişlerdir. Kararnameyi yapanlar, bu yeniliği getirirken, İslam hukuku dışına çıkmadan, İslam hukukçularından İbn Şübrüme (v. 144/761) ve Mu'tezilî Ebû Bekir el-Esam'ın (v. 200/816) görüşlerinden faydalanmışlardır.<sup>52</sup> İbn Şübrüme ve Ebû Bekir el-Esam, çocuklar üzerindeki velayetin, onların menfaati üzerine bina edildiğini, onları buluş çağından önce evlendirmede hiçbir menfaatin olamayacağını, dolayısıyla küçük yaştaki çocukların evlendirilmelerinin caiz olmadığını ileri sürmüşlerdir.<sup>53</sup> Görüşlerini, *"Evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri (gözetip) deneyin, eğer onlarda akılca bir olgunlaşma görürseniz hemen mallarını kendilerine verin. Büyüyecekler (de geri alacaklar) diye o malları israf ile ve tez elden yemeyin. Zengin olan (veli) iffetli olmaya çalışsın, yoksul olan da (ihtiyaç ve emeğine) uygun olarak yesin. Mallarını kendilerine verdiğiniz zaman yanlarında şahit bulundurun. Hesap sorucu olarak da Allah yeter."*<sup>54</sup> ayeti, evlenme ehliyetini belli bir çağa bağlamıştır, diyerek delillendirmişlerdir.<sup>55</sup>

Kararnameyi hazırlayanlar, İbn Şübrüme ve Ebû Bekir el-Esam'ın görüşünü zamanın içtimai ihtiyaçlarına daha uygun bulmuşlardır. Asırlardan beri küçük yaştaki çocukların evlendirilmelerinde genel bir maslahatın olamayacağını, hatta küçük yaşta gelin olmuş kızların çocukluklarını yaşayamadıklarını, bundan daha ötesi çocuk yaşta hamilelik vs. gibi sıkıntılı bir hayat yaşadıklarını göz önünde bulundurmışlardır. Bu zorlukların yaşanmaması için de adı geçen iki hukukçunun görüşleri benimsenerek kararnamenin yedinci maddesi bu yolda tanzim edilmiştir.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 271.

<sup>52</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 34,35; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 186,271.

<sup>53</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. IV, s. 212; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 271-272, naklen; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 144; Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, İstanbul, 2011 c. II, s. 74; Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 77.

<sup>54</sup> Nisa, 4/6.

<sup>55</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. IV, s. 212; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 271-272, naklen; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 144; Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, İstanbul, 2011 c. II, s. 74; Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 77.

<sup>56</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 272.

### 5.1.2. Mecnun ve Mecnunenin Tezvici

*Mecnun ile mecnunenin bir zarurete mebni olmadıkça nikâhları caiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hâkimin izniyle nikâhları velileri tarafından akdolunur. (HAK madde:9)*<sup>57</sup>

HAK bu maddede ehliyet arızalarından biri olan cünunluk (delilik) halini konu edinmektedir. Cünun sözlükte; örtünmek, gizlenmek, aklını kaybetmek anlamlarına gelir. Terim mânâsıyla ilgili değişik tarifler yapılmıştır. Bunlardan en yaygını: "Söz ve fiillerin nadir haller dışında normal cereyan etmesini engelleyen akıl bozukluğu"<sup>58</sup> şeklinde yapılan tanımdır.

Akıl hastalarının, kendi irade beyanları ile evlenmelerinin geçersiz sayılması, cünunla ilgili genel kuralın bir gereğidir. Ancak böyle kimselerin kanuni temsilcileri tarafından evlendirilebileceği, İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kabul edilmiştir.<sup>59</sup> Hanefi hukukçularından Züfer, kişinin akıl hastalığına buluştan sonra müptela olması halinde mecnunu kimsenin evlendiremeyeceği görüşündedir.<sup>60</sup> Hanefi mezhebindeki genel kanaate göre, akıl hastalarının velileri tarafından evlendirilmeleri caizdir.<sup>61</sup> Şâfiî mezhebine göre ise, deli erkek ve deli kadının velileri tarafından evlendirilmeleri caiz değildir. Sadece bir zarurete mebni caiz görülmüştür.<sup>62</sup> Osmanlı diyarında, Hanefi mezhebi meri olduğundan bu konudaki Hanefi mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. HAK, dokuzuncu madde ile akıl hastalarının bir zaruret olmadıkça evlendirilmemeleri esasını getirmiş ve zaruret durumunda hâkimin izniyle velileri tarafından evlendirilebileceklerini beyan etmiştir. Kararnameyi hazırlayanlar, bu hükümde Hanefi mezhebinin görüşünü terk ederek Şâfiî mezhebinin görüşünü benimsemiş ve dokuzuncu maddeyi tanzim etmişlerdir.<sup>63</sup>

Kararnamenin söz konusu maddesinde geçen "zaruret" kelimesinin kapsamına nelerin gireceği hakkında bir açıklık getirilmemiştir. Kuvvetle muhtemeldir ki burada, zaruretin ne olduğu hâkimin takdirine bırakılmıştır.

<sup>57</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 24.

<sup>58</sup> Ebû Nasr İsmail b. Hammâd el-Cevherî el-Fârâbî (v. 393), *es-Sihâh tâcü'l- luga ve shâhi'l-arabiyye*, (Thk. Ahmed Abdulgafur), Daru'l-İlm lil Melâyyîn, Dördüncü Baskı, Beyrut, 1987/1407, c. V, s. 2093; Sa'dî Ebû Hubeyb, *Kâmûsu'l-fikhî lugaten ve istilâhen*, Dârü'l-Fikr, İkinci Baskı, Dımaşk Suriye, 1988/1408, s. 69, 70, 242, 291; İbrahim Kâfi Dönmez, "Cünun" *Maddesi Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi*, İstanbul, 1993, c. VIII, s. 125.

<sup>59</sup> İbn Kudâme, *el-Muknî*, s. 304; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmî*, c. IX, s. 147-148.

<sup>60</sup> Ebû'l-Leys Nasr b. Muhammed b. İbrahim es-Semerkindî (v. 375), *Uyûnu'l-mesâil fi furû'l-hanefiyye*, (Thk: Seyyid Muhammed Mühenni), Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1419/1998, s. 52; Serahsî, *el-Mebsût*, c. IV, s. 228; Dönmez, "Cünun", md. *DİA*, c. VIII, s. 129.

<sup>61</sup> Mevslî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 94; Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 79.

<sup>62</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, s. 21-22; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmî*, c. IX, s. 148.

<sup>63</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 272.

Doktrinde, daha ziyade evlilik sebebiyle şifa ümidi üzerinde durulmuştur.<sup>64</sup> Bunun dışında uygulamada akıl hastası kadının hamile olması da evliliği gerektirici bir sebep olarak kabul edilmiştir. Kararname, mecnunun nikâhı konusunda, nikâhta söz sahibi velileri ayrı bir maddede<sup>65</sup> belirtmiştir.<sup>66</sup> Bunlar binefsihi asabe olan velilerdir.

Şüphesiz, nikâhta maddi ve manevi faydalar olup sadece cismani bir arzunun tatmin olması düşünülemez, cinnet hali ise bu tür faydalara ulaşmaya manidir. Bundan dolayı genel olarak deli veya delilerin evlendirilmesinde bir fayda beklenemez.

### 5.1.3. Nikâh Akdinde İki Şahidin Bulunması

*Akd-i nikâh esnasında mükellef iki şahidin huzuru nikâhın sıhhatinde şarttır. Hatib ve mahtubenin usul ve furu'u da şahit ittihaz edilebilir. (HAK madde:34)*<sup>67</sup>

Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin tartışmaya en müsait maddesi 34. maddesidir. Çünkü maddede iki mükellef şahitten bahsedilmekle birlikte şahitlerin erkek mi, kadın mı olduğu açıklanmamıştır.

Madde ile ilgili değerlendirmeye geçmeden önce, konunun daha iyi anlaşılması için konuyla ilgili Ehl-i sünnet hukukçularının görüşlerini aktarmakta fayda vardır. Şahitliğin nikâhın sıhhat şartı olduğu birçok İslam hukukçusu tarafından kabul edilmiştir.<sup>68</sup> Hanefiler tarafından nikâhta iki erkek veya bir erkek iki kadının şahitliği nikâhın sıhhati açısından yeterli görülmüştür.<sup>69</sup> Şahitlerin Müslüman ve tam ehliyetli olması gerekir.<sup>70</sup> Diğer taraftan Ebû Hanife ve Ebû Yusuf şahitler konusunda daha farklı bir yorum benimsemekte ve evlenecek kadın Ehl-i kitap ise, şahitlerin de Ehl-i kitap olabileceğini kabul etmektedirler.<sup>71</sup> Hanefiler dışındaki diğer mezhepler ise, nikâh akdinde hazır bulunan iki şahidin erkek olmasını şart koşmuşlardır.<sup>72</sup> Ayrıca Malikiler dışında üç mezhebe göre de şahitlerin nikâh anında hazır bulunmaları gerekirken, Malikiler, şahitlerin nikâh

<sup>64</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, s. 22; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 186.

<sup>65</sup> HAK md. 10.

<sup>66</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 80.

<sup>67</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 30.

<sup>68</sup> İbn Kudâme, *el-Muknî*, s. 306; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 83; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 58; Malikiler, nikâhta ilanın şart olduğunu dolayısıyla şahitleri nikâhın sıhhat şartlarından saymamışlar. Bkz. Ebû'l-Kâsım, *et-Tefrî'*, c. I, s. 369.

<sup>69</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 83; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 61; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 92.

<sup>70</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, s. 23; Zuhaylî, *age.*, c. IX, s. 60-61.

<sup>71</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 84; Zuhaylî, *age.*, c. IX, s. 62; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 92.

<sup>72</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 6; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 92.

anında hazır bulunmalarını şart görmezler, nikâhın ilan edilmesinin düğün yapılması ya da çevreye duyurulması suretiyle de olabileceğini ifade ederler.<sup>73</sup>

Mezkûr madde ile ilgili iki ihtimalden bahsedilebilir. Birincisi, maddede geçen iki mükellef şahitten maksat, edâ ehliyetine sahip iki erkek şahit olabileceği gibi iki kadın veya biri erkek biri kadın iki şahit de olabilir. Eğer kararnamede, birinci ihtimalde olduğu gibi iki mükellef şahitten maksat iki erkek şahit kabul edilirse, kararname, bu maddedeki hükmü ile Hanefi mezhebinin görüşü dışına çıkmış, diğer üç mezhebin görüşünü benimsemiş ve maddeleştirmiş olur. İkincisi, iki mükellef şahitten maksat iki kadın veya biri erkek biri kadın iki şahit kabul edilirse, kararname bu maddedeki hükmüyle İslam hukukçuları tarafından muteber kabul edilmeyen, bir kadın bir erkeğin veya sadece iki kadının şahitliğini yeterli saymaktadır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu, 17-10-2002 tarihli kararı ile kadının şahitliğinin erkeğin şahitliğine denk olduğu yönünde görüş beyan ederek<sup>74</sup> ikinci ihtimali tercih etmiş gözükmektedir.

Maddedeki metnin çok açık olmadığı bir gerçektir. Fakat gerek doktrin gerekse tatbikatın, bu maddedeki mükellef iki şahit ifadesinin mükellef iki erkek şahit olarak anlaşılmasını zorunlu kılıyor ve kararname burada Hanefi mezhebinin görüşünden ayrıldığını kabule bizi zorluyor.<sup>75</sup> Aksi takdirde yukarıda belirttiğimiz gibi, Hukuk-i Aile Kararnamesi, İslam Hukukçularınca şahitler konusunda kabul edilen görüşlerin dışına çıkmış olur. Hâlbuki Hukuk-i Aile Kararnamesinin maddeleri hakkında yapılan analizler sonucu kararnamenin herhangi bir maddesinde İslam Hukuku dışında bir alıntı yapılmadığı görülmektedir. Bu da bizi bu maddedeki şahitlerden maksadın, iki erkek şahit olduğuna yönlendiriyor.

#### 5.1.4. Nikâhta İcab ve Kabul

*Nikâh, meclis-i nikâhta tarafeynin veya vekillerinin icab ve kabulü ile akd olunur. (HAK madde:35)*<sup>76</sup>

Kararname bu madde ile nikâh akdinin iki önemli unsurundan (rûknünden) bahsetmiştir. Bunlardan biri taraflar, diğeri ise tarafların irade beyanıdır. Taraflar, geçerli bir evlenme beyanıyla evlenecek olan eşler veya bunların vekilleridir. Evlenme ehliyeti taşıyan ve evlenmelerinde mani olmayan her erkek ve kadın evlenmede taraf olabilirler. Taraflar, evlenme konusundaki

<sup>73</sup> Ebü'l-Kâsım, *et-Tefrî'*, c. I, s. 369-370; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 91.

<sup>74</sup> Komisyon, *Türkiye Diyanet Vakfı İlmihali*, Ankara, 2007, c. II, s. 207.

<sup>75</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 192.

<sup>76</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 30.

iradelerini nikâh meclisinde açıklamak zorundadırlar. Cumhura göre irade beyanını gösteren icab ve kabulün birbirini takip etmesi gerekir.<sup>77</sup> İslam Hukuku, icab ve kabulün arka arkaya söylenmesini istemekle tarafların anlaşmasına şüphe bırakmayacak bir şekilde kesinlik vermek istemektedir. Tarafların iradelerinin beyanı olarak kabul edilen icab ve kabul, sözle olabildiği gibi gerektiğinde yazıyla, sağır ve dilsizler arasında ise işaret ile de olabilir.<sup>78</sup>

Maddede geçmekte olan nikâh meclisini de izah etmekte fayda vardır. Nikâh meclisi, nikâh akdi için toplanılan yerdir. Nikâh meclisi, icabın yapıldığı andan itibaren başlar, tarafların toplantı mahallini sözlü ya da fiili olarak terk ettikleri zamana kadar devam eder. Taraflardan biri, diğerinin sözlerini işitemeyecek kadar uzaklaşmışsa nikâh meclisi terk edildiğinden, icab ve kabul evlenme akdine geçerlilik kazandırmaz.<sup>79</sup>

İslam hukukunda bütün akitlerde olduğu gibi nikâh akdinde de hukuki temsil (vekâlet) caiz görülmüştür.<sup>80</sup> Her iki taraf yahut taraflardan biri vekil vasıtasıyla nikâh akdinde taraf olabilir. Nikâh için vekâlet verilirken, şahitlerin bulunması şart olmamakla beraber, doğabilecek ihtilafların ispatı için faydalı görülmüştür.<sup>81</sup> Hanefi hukukçuları göre fuzûlînin (yetkisiz temsilinin) yaptığı nikâh, adına nikâh akdi yapılanın icazet vermesi ile geçerlilik kazanır.<sup>82</sup>

Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin 35. maddesine göre, iki tür nikâh geçersiz kabul edilmiştir: Bunlardan biri, Hanefiler tarafından geçerli kabul edilen fuzûlînin (yetkisiz temsilcinin) yaptığı nikâh, diğeri ise mektup ile akdedilmiş nikâhtır. Hukuk-i Aile Kararnamesi açıkça ifade etmese de, bu iki tür nikâh hakkında herhangi bir düzenleme yapmayıp tatbikatta da yer vermeyerek fiilen yürürlükten kaldırmıştır.<sup>83</sup> Kararname'nin esbab-i mucibesinde (gerekçeli kararında) de bu iki nikâhla ilgili bir açıklama yapılmamıştır. Hukuk-i Aile

<sup>77</sup> İbn Kudâme, *el-Mukni'*, s. 303; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-islâmî*, c. IX, s. 43.

<sup>78</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 15; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-islâmî*, c. IX, s. 40-41; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 90.

<sup>79</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. V, s. 19; Ebi'l-Hüseyin Yahyâ b. Ebi'l-Hayr b. Salim el-İmranî eş-Şafiî el-Yemenî (h. 489-558), *el-Beyân fî mezhebi'l-imâmî's-şâfiî*, (Tahkik Kasım Muhammed Nuri), Dârü'l-Minhâc, Birinci Baskı, Cidde, 2000/1421, c. IX, s. 236; İbn Kudâme, *el-Mukni'*, s. 303; Muhammed b. Ahmed el-Hatib Şemsüddin eş-Şirbinî (v. 977/1570), *Muğni'l-muhtâc ilâ marifeti metni elfâzi'l-Minhâc*, Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1415/1994, c. II, s. 330; Ebû İshak İbrahim b. Muhammed b. Abdullah b. Muhammed İbn Muflih (v. 884), *el-Mubdî fî şerhi'l-mukni'*, Dârü'l-Kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1419/1997, c. VI, s. 96-97.

<sup>80</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, s. 21; Nevevî, *Kitâbu'l-mecmû'* (*Şerhu'l-mühezzeb li's-şîrâzî*), (Thk. Muhammed Necib Mutî), Mektebetü'l-İrşâd, Cidde, Suudi Arabistan, ty, c. XIV, s. 96, vd. XVI/177; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 94-95; İbn Âbidîn, Muhammed Emin, *Hâşiyetü reddü'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr*, Beyrut 2000, c. III, s. 104 vd.

<sup>81</sup> Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 90.

<sup>82</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. V, s. 19; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 98; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-islâmî*, c. IX, s. 176; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 90.

<sup>83</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 190-191; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, c. II, s. 70.



Kararnamesi, fuzûlî'nin nikâhını geçerli saymamakla Hanefi mezhebinin görüşünü terk etmiş, bu nikâhı caiz görmeyen Şâfiî mezhebinin görüşünü benimseyip 35. maddeyi bu konuda tanzim etmiştir.<sup>84</sup>

### 5.1.5. Nikâhta Sarîh Lafızların Kullanılması

*Nikâhta icab ve kabul, tenkih ve tezvic gibi sarîh lafızlarla olur.(HAK madde:36)<sup>85</sup>*

HAK, bu maddede nikâh akdinin unsurlarından olup irade beyanını gösteren icab ve kabulü tanzim etmiştir. İslam Hukukunda, icab ve kabulün sarîh lafızlarla olabileceği hakkında hukukçular arasında ittifak vardır.<sup>86</sup> Bununla beraber Hanefi mezhebine göre nikâh akdinde irade beyanı için kullanılan ifadelerin sarîh ve kinayi sözler olup olmaması önemli değildir. Hanefilere göre "nikâh" ve "tezvic" gibi sarîh lafızlarla nikâh akdedildiği gibi, sadaka, temlik, hibe ve alım-satım için kullanılan (mülkiyet naklini ifade eden) lafızlarla da, evlenme kastedilmek şartıyla, nikâh akdedilebilir.<sup>87</sup> Şâfiî<sup>88</sup> ve Hanbelîlere<sup>89</sup> göre ise kinayeli sözlerle nikâh akdi yapılamaz. Kur'an'da zikredilen "seni onunla evlendirdik"<sup>90</sup> ve "babalarınızın nikâhladıklarını nikâhlamayınız"<sup>91</sup> ayetlerinde olduğu gibi, nikâh, yalnız nikâh ve evlendirme sözleriyle akd olunabilir. Söz konusu mezheplere göre nikâh akdinin ancak sarîh lafızlarla olabileceği belirtilmiştir.<sup>92</sup> Kararname bu maddede Hanefi mezhebinin görüşünü terk ederek Şâfiî ve Hanbelî mezhebinin görüşlerini benimseyerek otuz altıncı maddeyi yukarıdaki şekilde tanzim etmiştir. (Mâlikîlerin bu konudaki görüşleri Hanefîlerinkine yakındır.)

<sup>84</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 190-191.

<sup>85</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 30.

<sup>86</sup> İmrânî, *el-Beyân*, c. IX, s. 233; Aladdin Ebû Bekr b. Mesud b. Ahmed el-Kâsânî el-Hanefî (v. 587), *Bedâi'ü's-sanâi fî tertibi şerâi*, Dârü'l-Kütübî'l-İlmîyye, İkinci Baskı, yy 1986/1486, c. II, s. 230; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 32; İbn Kudâme, *el-Muknî*, s. 303; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 34.

<sup>87</sup> Kâsânî, *Bedâi'ü's-Sanâi*, c. V, s. 59; Mevslî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 83; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 62.

<sup>88</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, s. 40-41; Nevevî, *Mecmû'*, c. IX, s. 170; İmrânî, *el-Beyân*, c. IX, s. 233 vd.; Halil Güneç, *Büyük Şafii İlmihali*, İstanbul, 1988, s. 44.

<sup>89</sup> İbn Kudâme *el-Muknî*, s. 303; a.g.m. *el-Muğnî*, c. VII, s. 78; İbn Muflih, *el-Mubdi fî şerhi'l-muknî*, c. VI, s. 94.

<sup>90</sup> Ahzâb, 33/37.

<sup>91</sup> Nisâ, 4/22.

<sup>92</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, 40-41; Nevevî, *Mecmû'*, c. IX, s. 170; İmrânî, *el-Beyân*, c. IX, s. 233 vd.; Güneç, *Büyük Şafii İlmihali*, s. 41; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 35; Seyyid Sâbık, *Fıkhü's-sünne*, (Tercüme Heyet) Ayet ve Hadislerle İslam İlmihali ve İslam Hukuku, Beyrut, 1997 c. II, s. 317.

### 5.1.6. Nikâh Esnasında Kadının Kocasına Çok Eşliliği Şarta Bağlanması

*Üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevüc ve şart mu'teberdir. (HAK madde:38)<sup>93</sup>*

Klasik İslam Hukuku eserlerinde, nikâh konusunda değinilen şarta bağlı evlilik konusu, Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin 38. maddesinde Hanbelî mezhebi esas alınarak tanzim edilmiştir. Hanbelî mezhebine göre kadın, nikâh akdi yapılırken kocasının evlilik boyunca tek eşli kalması şartıyla yapılan evlenme akdi geçerlidir.<sup>94</sup> Bu şart Hanefi mezhebince fasid kabul edildiği<sup>95</sup> halde, Hanbelîlerce mu'teber ve yerine getirilmesi gerekli bir şart olarak kabul edilmiştir.<sup>96</sup>

Kararnamenin yapılmasında şüphesiz devrin hâkim fikirlerinin rolü büyük olmuştur. Batıcılar, taaddüd-i zevcata (çok eşliliğe) karşıydılar. Türkçüler de Batıcılar gibi çok eşliliğin aleyhinde olup, devlet reisi günümüz şartlarına ve toplum düzenine uymayan çok eşliliği yasak etmelidir ve buna hakkı ve yetkisi vardır, diyorlardı.<sup>97</sup> İslamcılar ise çok eşlilik İslam'ın bir emri değil, bazı şartlarla verdiği bir izindir. Şartlarına uyulması halinde toplum hayatında oynadığı önemli bir rolü vardır. Bu bakımdan çok eşliliğin tamamen kaldırılması doğru değil, devlet reisinin de buna hakkı ve yetkisi yoktur, şeklinde görüşlerini beyan etmekteydiler.<sup>98</sup>

Kararnamenin hazırlanmasından önceki yıllarda İslamcılar, Batıcılar ve Türkçüler arasında çok eşlilik konusunda büyük tartışmalar yaşanmıştır. Kararnameyi hazırlayan komisyonda bulunan İslamcılardan Mahmut Esad ile Türkçülerden Mansurizade Sait arasındaki büyük mücadelenin izleri esbab-ı mûcibe layihasında da görülmektedir.<sup>99</sup> Bu tartışmalar içinde hazırlanan kararnamede, İslam hukuku dışına çıkmadan çok eşliliğe makul bir sınır getirebilmek gayesiyle Hanbelî mezhebindeki bir imkândan faydalanılarak, çok eşliliğe bir sınır getirilmiştir.

HAK'ın gerek hazırlandığı dönem gerekse kabulünden sonra tartışmaların hiç bitmediği teaddüd-i zevcat konusunda<sup>100</sup> HAK'ın az da olsa bir

<sup>93</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 30.

<sup>94</sup> Hâşimî, *el-İrşâd* s. 287; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VII, s. 92-93, 349.

<sup>95</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. IX, s. 120.

<sup>96</sup> Hâşimî, *el-İrşâd* s. 287; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VII, s. 349; İbn Muflih, *el-Mubdi fî şerhi'l-mukni'*, c. VI, s. 148.

<sup>97</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 162.

<sup>98</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 161.

<sup>99</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 276.

<sup>100</sup> Tartışma ve yapılan eleştiriler için bkz. Yazıcı, "Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnamesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", *Ekev Akademi Dergisi* s. 574 vd.

sınırlama getirmesi, Batıcılar ve Türkçüler tarafından memnuniyetle karşılanırken İslamcılar tarafından sert tepkilere neden olmuştur.<sup>101</sup>

### 5.1.7. Mükrehin Nikâhı

*İkrah ile vuku bulan nikâh fasiddir. (HAK madde:57)<sup>102</sup>*

HAK'ın Hanefi mezhebi dışında diğer mezheplerin görüşlerini benimseyip maddeleştirdiği hükümlerden biri de 57. maddedeki " ikrah ile vuku bulan nikâh fasiddir." hükmünü kararnameye almasıdır.

Hukuk-i Aile Kararnamesi bu madde ile nikâh akdini yapanların rızalarının önemine vurgu yapmıştır. Çünkü nikâh akdinde tarafların veya velilerinin rızası Hanefiler ve cumhura göre şarttır.<sup>103</sup>

Hanefiler ise, nikâh akdinde cebir ve ikrahın menfi bir etkisi olamayacağını,<sup>104</sup> cebir ve şiddete maruz kalanın rızası ortadan kalkmış olsa da ihtiyar (hür seçim imkânının) ortadan kalkmayacağını ifade ediyorlar. Bundan dolayı Hanefilere göre, ikrah ile vuku bulan nikâh akdi sahihtir.<sup>105</sup> Bu hüküm, Osmanlı Devleti'nde Hukuk-i Aile Kararnamesine kadar Hanefilerin görüşlerine binaen devam etmiştir.<sup>106</sup>

HAK'ı hazırlayanlar tarafından hukuk ve sosyal ihtiyaçlara cevap vermesi açısından daha uygun görüldüğü için 57. maddede Hanefilerin dışındaki hukukçuların görüşleri tercih edilmiştir. Asırlardan beri icra edilen tecrübeye göre bu tür nikâh, bir takım kötü niyetli insanlara cüret vermiş ve bilhassa kız kaçırılarda ikrah ile yapılan nikâhlar, kızları istemedikleri evliliğe mecbur etmiştir. Daha sonra aileler, kızlarını kurtarmak istediklerinde bu durum çoğu kez büyük hadiselerle sebep olmuştur. HAK,ı hazırlayanlar, bu konuda Osmanlı Devleti'nde meri olan Hanefî mezhebinin görüşünü terk ederek Şafiî mezhebinin görüşünü 57. maddede tanzim etmişlerdir.

## 5.2. Boşama İle İlgili Maddeler

### 5.2.1. Sarhoşun Boşaması

*Sarhoşun talakı muteber değildir. (HAK madde:104)<sup>107</sup>*

<sup>101</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 176.

<sup>102</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 34.

<sup>103</sup> Şafiî, *el-Ümm*, c. V, s. 154; İbn Kudâme, *el-Muknî*, s. 304; İbn Muflih, *el-Mubdi fî şerhi'l-muknî*, c. VI, s. 97 Zuhaylî, *el-Fikhu'l-islâmî*, c. IX, s. 63.

<sup>104</sup> İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. III, s. 259 vd.

<sup>105</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. XXIV, s. 85 vd.; Kâsânî, *Bedâiû's-Sanâi*, c. II, s. 310.

<sup>106</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 194.

<sup>107</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 49.

Talak kelimesi, boşamak manasında mastar olan “tatlik’ten” alınmış bir isimdir. Bir fıkıh terimi olarak talak, belli sözlerle evlilik bağına çözmek ve evlilik ilişkisini sona erdirmek anlamına gelmektedir.<sup>108</sup>

İslam hukuku boşama yetkisini kocaya vermiştir.<sup>109</sup> Kocanın bu yetkiyi kullanabilmesi için, kendisinde bazı şartların bulunması gerekir. Bunlar; kocanın tam ehliyetli, bir başka ifadeyle akıllı ve buluğa ermiş olması demektir. Dolayısıyla çocuğun ve akıl hastasının boşaması geçerli değildir.<sup>110</sup> Ancak sefih, Aile Hukuku bakımından tam ehliyetli kabul edildiği için boşaması geçerlidir.<sup>111</sup>

Bu şartlar dışında, kocada daha başka şartların gerekip gerekmediği hususunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılıkları mevcuttur. Bu bakımdan sarhoşun boşamasının geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Sarhoşluk veren maddeyi ilaç gibi mubah bir maksatla alan kişinin boşamasının geçerli olmadığı hususunda İslam hukukçuları arasında fikir birliği vardır.<sup>112</sup> İhtilaf, haram yolla sarhoş olanın boşamasındadır. Hukukçuların çoğunluğuna özellikle Hanefiler,<sup>113</sup> Malikîler,<sup>114</sup> Şâfiîler,<sup>115</sup> Said b. Museyyeb, Şa’bî ve Evzâî’ye göre, sarhoşun boşaması geçerlidir.<sup>116</sup> Sarhoşun boşamasını geçerli sayan hukukçular, görüşlerini şöyle savunuyorlar: Ma’siyet, (günah) kişinin üzerinden yükümlülüğü kaldırmadığı gibi cezayı da kaldırmaz. Sarhoş, içki içmekle ma’siyet işlemiştir. Bu ma’siyetten dolayı namaz yükümlülüğü kalkmadığı veya sarhoşluk halinde bir cinayet işlediği takdirde misli ile kısas yapılması ya da bir mal telef ettiğinde onu tazmin etmekle sorumlu tutulduğu gibi, sarhoşken boşama yaptığı takdirde de boşaması geçerlidir. Ayrıca bu görüş sahipleri, sarhoşun akli gittiğinden dolayı uykuda olan bir kişiye veya mecnuna kıyas edilemeyeceğini söylüyorlar. Onlara göre, kendi iradesi ile yaptığı haram bir fiil sonucu akli giden bir kişi, uykuda veya bir hastalık vs. gibi iradesi dışında akli olmayan bir kişiye kıyas edilemez ve

<sup>108</sup> Ebu'l-Fadl Cemâluddin İbn Manzûr el-Ensârî (v. 711), *Lisânü'l-arab*, Dârü Sadr Üçüncü Baskı, Beyrut,1414, c. X, s. 225-226; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 121; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 106; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 542.

<sup>109</sup> İbn Kudâme, *el-Muknî*, s. 334; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid* c. III, s. 101,117; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmî*, c. IX, s. 288-289; Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya 1988 s. 36.

<sup>110</sup> İbn Kudâme, *el-Muknî*, s. 334; Nevevî, *Mecmû*, c. XVII, s. 56; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 124; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmî*, c. IX, s. 289.

<sup>111</sup> İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. III, s. 263.

<sup>112</sup> Nevevî, *Mecmû*, c. XVII, s. 56; Ebi'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib, el-Mâverdî (h. 364-450), *el-Hâvi'l-kebir fi fikhî mezhebi'l-imâmî's-şâfiî* (Vehuve şerhu muhtasari'l müzeni), (Tahkik ve Ta'lik: Şeyh Ali Muhammd Muavviz ve Şeyh Adil Ahmed Abdu'l Mevcud), Darü'l-Kütübi'l-İlmîyye, Birinci Baskı, Beyrut, Lübnan, 1994/1414, c. X, s. 419; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 37.

<sup>113</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 124; Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, c. III, s. 99.

<sup>114</sup> Ebü'l-Kâsım, *et-Tefrî*, c. II, s. 75; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 102.

<sup>115</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, s. 270; Nevevî, *Mecmû*, c. XVII, s. 56.

<sup>116</sup> Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, c. X, s. 419; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid* c. III, s. 102; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 37.

sarhoş kendi iradesiyle sarhoş olup ma'siyet işlediği için, kendisine bir ceza olarak, yaptığı boşama geçerli kabul edilir.<sup>117</sup>

Hız Osman, Ömer b. Abdülaziz, Hanefilerden Züfer, Tahâvî ve Kerhî'ye,<sup>118</sup> bir rivayette göre Ahmed b. Hanbel'e ve Şafiîlerden Müzenî'ye, göre sarhoşun boşaması geçerli değildir.<sup>119</sup> Çünkü sarhoşun deli gibi akli gitmiş, tehdit altındaki kişi gibi de iradesi yok olmuştur. O halde sözlerinin şer'an bir hükmü yoktur. Ayrıca içki içmenin cezası haddir. Bunun üzerine başka bir ceza ilave etmek caiz değildir.<sup>120</sup>

HAK, sarhoşluğun mubah veya haram yolla olması arasında herhangi bir ayırım yapmadan<sup>121</sup> sarhoşun boşamasını geçersiz sayarak<sup>122</sup> bu konuda önemli bir adım atmıştır.

Kararname, aile birliğine verdiği önemden dolayı sarhoşun boşamasını kabul etmeyerek ailenin dağılmasını, akli yerinde olmayan sarhoş kocanın telaffuzuna bırakmamıştır.<sup>123</sup> Kararname, sarhoşun boşamasının kabul edilmediği 104. maddesinde İslam hukuku dışına çıkmamış, İslam hukukçularından Hanefilerden Züfer, Kerhî, Tahâvî, Şafiîlerden Müzenî, bir rivayet göre Ahmed b. Hanbel, Hız Osman ve Ömer b. Abdülaziz'in görüşünü tercih etmiştir.<sup>124</sup>

Muhtemelen kararname hazırlandığı dönemde sarhoşluk, önceki yıllara nazaran daha fazla olduğundan, kararnameyi hazırlayanlar, sarhoşluktan dolayı ailelerin dağılmasını önlemek istediklerinden sarhoşun boşamasını geçerli kabul etmemişlerdir. Çünkü boşama geçerli kabul edildiğinde, iddia edildiği gibi sadece sarhoş kocaya ceza verilmeyip, aynı zamanda hiç suçu olmayan eşine ve varsa çocuklarına da zarar verilmiş olmaktadır.

Günümüzde kararnamenin bu hükmüne daha fazla ihtiyaç olduğu bir gerçektir. Çünkü sarhoş edici maddelerin tüketimi daha fazla artmıştır. Bu da sarhoşun boşamasının kabul edilmesi halinde daha fazla ailenin dağılması, çocukların anne-babadan ayrı kalması ve sokaklara terk edilmesi demektir. Bu

<sup>117</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, s. 270; Kâsânî, *Bedâiû's-Sanâi*, c. III, s. 99-100.

<sup>118</sup> İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. III, s. 265.

<sup>119</sup> Ebû İbrâhîm İsmâil b. Yahya b. İsmâil el-Müzenî el-Mısırî (h. 175-264), *Muhtasarul Müzenî fi furûi's-Şâfiyye*, Haşiye: Muhammet Abdulkadir Şahin, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut Lübnan, 1998/1419, s. 268-269; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, c. X, s. 419-420; Zuhaylî, *el-Fikhu'l-islâmî*, c. IX, s. 290.

<sup>120</sup> Kâsânî, *Bedâiû's-Sanâi*, c. III, s. 99.

<sup>121</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 278.

<sup>122</sup> HAK md. 104.

<sup>123</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 278.

<sup>124</sup> Müzenî, *Muhtasar*, s. 268-269; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, c. X, s. 419-420; İbn Kudâme, *el-Muknî*, s. 334; *el-Fikhu'l-islâmî*, c. IX, s. 290.

tür hadiseleri en aza indirmek için sarhoşun boşamasının kabul edilmemesi günümüzde daha büyük önem arz etmektedir.

### 5.2.2. Mükrehin Talakı

*İkrah ile vuku bulan talak muteber değildir. (HAK madde:105)<sup>125</sup>*

HAK'ın 57. maddesinde ikrah ile vuku bulan nikâh kabul edilmediği gibi 105. maddesinde de ikrah ile vuku bulan talak kabul edilmemiştir. İslam hukukunda, nikâh kadar talak da önemlidir. Nikâhta olduğu gibi, talakı meydana getiren kişinin tam ehliyetli olması bir başka ifade ile kişinin akıllı ve buluğ çağına gelmiş olması gerekir. Dolayısıyla mecnun ve küçüğün talakı geçersizdir.<sup>126</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki çocuk ve mecnunu velisi evlendirebildiği halde bunların boşamalarını velileri yapamaz.<sup>127</sup>

Hanefiler tarafından kabul edilen mükrehin talakının geçerli olduğu görüşü,<sup>128</sup> diğer İslam hukukçuları tarafından kabul edilmemiştir.<sup>129</sup> Her ne kadar kararnamenin esbab-ı mucibe-i layihasında mükrehin talakı cumhur tarafından kabul edilmiştir denilse de,<sup>130</sup> talak-i mükreh cumhur tarafından değil, Hanefi mezhebinin müftabih görüşüne göre kabul edilmiştir.<sup>131</sup>

Kararnameye göre, ikrah ile vuku bulan talak muteber değildir. Kararname bu hükmüyle Hanefi mezhebinden ayrılarak diğer üç mezhebin görüşünü benimseyip 105. maddeyi tanzim etmiştir.

Yukarıda sarhoşun talakının geçerli sayılmasının mahzurlarına dair söylenenler mükrehin talakının geçerli sayılması için de geçerlidir.

### 5.2.3. Boşamada Sarih Lafızların Kullanılması

*Talak, elfaz-ı sariha ile vaki' olur. Mutearef olan elfaz-i kineviyye dahi sarih hükmündedir. Ama mutearef olmayan elfaz-i kineviyye ile talakın vukuu ancak zevcin niyetine mütevakıftır. Zevcin talaka niyet edip etmediği hakkında tarafeyn ihtilaf etseler zevc yeminiyle tasdik olunur. (HAK madde:109)<sup>132</sup>*

HAK, bu maddesinde talakta kullanılan sözlerden bahsetmektedir. Kararnameye göre talak, sarih lafızlarla niyete bakılmadan vaki olur. Ayrıca

<sup>125</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 49.

<sup>126</sup> İbn Kudâme, *el-Mukni'*, s. 334.

<sup>127</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, c. IX, s. 289.

<sup>128</sup> Mevslî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 124; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. III, s. 259.

<sup>129</sup> İbn Kudâme, *el-Mukni'*, s. 334; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 101-102; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, c. X, s. 227-228, 418; Nevevî, *Mecmû'*, c. XII, s. 67.

<sup>130</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 278.

<sup>131</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. XXIV, s. 42; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, c. X, s. 227; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 101.

<sup>132</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 49.

kineviyye-i mutearref sözler sarîh sözler hükmündedir. Talakın mutearref olmayan lafızlarla meydana gelmesi için zevcin niyetine itibar edileceği, zevcin niyetinde talak varsa talakın vuku bulacağını, niyetinde talak yok ise talakın geçerli olmayacağını ortaya koymuştur.<sup>133</sup>

Konunun daha iyi anlaşılması için klasik İslam hukukunun konu ile ilgili beyanlarını belirtmekte fayda vardır. İslam hukukunun klasik doktrinine göre boşamada kullanılan sözler mahiyeti ve neticeleri bakımından sarîh ve kinevi lafızlar olmak üzere ikiye ayrılır:

Sarîh lafızlar, söylendiği zaman konulduğu manadan başka bir mana ifade etmeyen lafızlardır.<sup>134</sup> Mesela "sen boşsun" demek ve talak kökünden türeyen tüm kelimeleri kullanmak sarîh söz kısmına girer.<sup>135</sup> Sarîh lafızda hüküm sözün bizzat kendisine taalluk ettiği için, ayrıca bir karineye ihtiyaç duyulmadan ve söyleyenin niyetine bakılmadan kelime neyi ifade ediyorsa o manada kullanılmış kabul edilir.<sup>136</sup> Onun için sarîh lafız ile yapılan talakta, boşamayı yapanın niyetine veya ortamın delaletine bağlı olmaksızın boşama gerçekleşmiş olur.

#### 5.2.3.1. Kinevi Lafız

Kinevi lafız, hem vaz' olunduğu manaya hem de başka manaya ihtimali olan lafızlardır. Kinayeli lafızlarla kastedilen mana, ancak söyleyenin maksadının ne olduğunu açıklaması veya bir karine ile anlaşılabilir. Kinayeli lafızdan neyin kastedildiği hakkında kapalılık bulunduğu için bu kapalılık giderilmedikçe onunla hüküm verilmez. Mesela "sen bâinsin" gibi bir söz, evlilikten uzaklaşma anlamına gelebileceği gibi kötülükten uzaklaşma anlamına da gelebilir. Yine "emrin elindedir" sözünün, tasarruf hakkına malik olmaya ihtimali olduğu gibi, kadının kendini korumasına malik olmaya da ihtimali vardır. Kinayeli söz kullanan bir kimse "ben karımı boşamayı kast etmedim, başka bir manayı kast ettim" derse hükmen sözü kabul edilir ve talakı vaki olmaz. Burada maksadı tayin edecek olan niyettir. Bu görüş Maliki ve Şâfiilere aittir.<sup>137</sup> Hanefî mezhebine gelince, kinayeli sözle yapılan talak, niyetle beraber vaki olacağı gibi, boşayanın halinin boşamaya delalet etmesiyle de vaki olur.<sup>138</sup>

<sup>133</sup> HAK md.109.

<sup>134</sup> Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 324,495.

<sup>135</sup> Seyyid Sâbık, *Fıkhu's-sünne*, c. III, s. 31.

<sup>136</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 125.

<sup>137</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, s. 129; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, c. X, s. 33; İmrânî, *el-Beyân*, c. X, s. 88; Seyyid Sâbık, *Fıkhu's-sünne*, c. III, s. 32.

<sup>138</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, c. III, s. 132.

Hanefi mezhebinin görüşü zaman zaman istenmeyen ayrılıklara neden olabildiğinden dolayı, kararname tarafından terk edilmiş. Şâfiî ve Maliki mezheplerinin görüşleri benimsenerek 109. madde tanzim edilmiştir.

Büyük ihtimalle kararnameyi hazırlayanlar, bu hükmü kabul ederken azda olsa boşamaların azaltılmasını ve ailelerin dağılmasını önlemeyi amaçlamışlardır. Kararnamenin bu hükmü kabul etmesi, sosyal hukuk açısından pozitif olarak kabul edilebilir. Çünkü bazen koca kinayeli kelime kullanıp maksadı boşama olmayabilir. Burada kocanın niyetine bakıp boşamayı geçersiz kabul etmek sosyal hukuk açısından pozitif bir neticedir.

### 5.3. Kazâî Boşama İle İlgili Maddeler

#### 5.3.1. Nafaka Bırakmayan Mefkûdun Zevcesi

*Bir kadının zevci ihtifa veyahut müddet-i sefer veya daha karib bir mahalle giderek tağayyüb edip veya mefkud olup nafaka tahsili müteazzir olur ve zevcesi tefriki talep ederse hâkim tahkikat-ı lazime icrasından sonra beynlerini tefriki hüküm eder. (HAK madde:126)<sup>139</sup>*

HAK'ın en önemli maddelerinden birisi de kadına bazı durumlarda tanınan tefriki (kazâî boşamayı) talep hakkının verilmesidir. Kocasını muhâlaaya razı edemeyen veya mehir ve nafakasından vazgeçmek istemeyen kadın, belirli sebeplerin varlığı durumunda hâkime başvurarak kazâî boşama hakkına sahiptir. Bu tür imkânlar mezhepler arasında farklılık göstermektedir. Hanefi mezhebi diğer üç mezhebe nazaran bu imkânı daha dar kapsamlı tutmuştur. Hanefi mezhebindeki hâkim görüşe göre kadın, kocasının iktidarsızlığı veya tenasül uzvunun bulunmaması halinde hâkime başvurarak evliliğe son vermesini isteyebilir.<sup>140</sup> Bu sebepler dışında diğer illetlerden dolayı kadın bu hakka sahip değildir.<sup>141</sup> Maliki mezhebinde, kazâ-i boşama sebepleri ise aşağıdaki maddelerden ibarettir:

- a) Eşlerde mevcut cinsel hastalıklar ve anormallikler
- b) Zifaktan önce mehrin ödenmemesi
- c) Kocanın gaipliği
- d) Kocanın nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesi<sup>142</sup>

Hanbelî ve Şâfiî mezheplerinde kazâî boşama sebepleri şunlardır:

<sup>139</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 54-55.

<sup>140</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. V, s. 103; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 406.

<sup>141</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. V, s. 96; Cin, *Boşanma*, s. 88.

<sup>142</sup> Ebû Muhammed Abdullah b. Ali b. Nasr es-Sa'lebî el-Bağdadî el-Mâlikî (v. 422), *et-Telkîn fi'l-fıkhî'l-mâlikî*, (Tahkik) Ebî Uveys Muhammed Buhubze el-Hüseynî et-Tatvanî Birinci Baskı, 1424/2004, c. II, s. 117-118; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 403 vd.; Cin, *Boşanma*, s. 94.



a) Eşlerden birinde (kocalık veya karılık görevine engel) fiziksel ayıpların bulunması

b) Kadına nafakasının ödenmemesi<sup>143</sup>

Ayrıca Hanbelî mezhebinde kocanın fiziki veya manevi bakımdan kadından uzak olması ve kocanın evlenme sözleşmesine aykırı hareket etmesi de tefrik için sebep sayılmaktadır.<sup>144</sup> Görüldüğü gibi Hanefi mezhebi dışındaki üç mezhep adli boşamaya (tefrik) daha geniş saha ayırmıştır.

HAK, tefrik konusundaki sıkıntılara çare bulmak için hem bazı Hanefi hukukçuların görüşlerinden<sup>145</sup> hem de diğer mezheplerden istifade ederek kadına belli durum ve zaruretlerde tefrik talep etme hakkını tanımıştır. Bu durum ve zaruretlere biri "gâiblik" sebebi ile tanınan tefrik hakkıdır. (Mefkûd: Kaybolmuş ve hayatta olup-olmadığı bilinmeyen kimse. Gâib: Hayatta olduğu bilinmekle beraber bulunduğu yer bilinmeyen ve kendisinden uzun süre haber alınamayan kimsedir.) Kararnameye göre, koca gizlenir, uzak veya yakın bir yere giderek kaybolur ve kadın için nafaka temini zorlaşırsa, kadının talebi üzerine hâkim gerekli araştırmaları yaptıktan sonra aralarını ayırır. HAK, bu görüşü, Hanefi mezhebi dışında diğer üç mezhebin görüşlerinden istifade ederek maddeleştirmiştir. Aslında bu görüş ilk defa 1916'da irade-i seniyye (Padişah emri) ile yine üç mezhebin görüşünden istifade edilerek alınmıştır.<sup>146</sup> HAK de zamanın sosyal ihtiyaçlarına daha uygun bulunan bu görüşü aynen benimsemiştir. Kararname, bu tür sıkıntılara duçar olan ailelere, özellikle kadınlara için, küçümsenmeyecek bir yeniliği Osmanlı Aile Hukuku'na kazandırmıştır. Tefrik konusundaki bu yenilik, kocaları tarafından terk edilen veya nafakasız bırakılan kadınların, ayrılmak istedikleri takdirde hâkime müracaat edip, hâkimin de gereken incelemeyi yaptıktan sonra eşler arasını ayırmasıyla, yaşadıkları bu tür sıkıntılı hayattan kurtulmalarının yolunu açmıştır.

### 5.3.2. Nafaka Bırakan Mefkûdun Zevcesi

*Nafaka cinsiden mal terk ettiği halde tağayyüb eden bir kimsenin zevcesi hâkime bi'l-müracaat tefrikini talep etse hâkim o kimse hakkında icra-yi tahkikat eder. Nerede olduğunu hayat ve memat'ına dair haber alınmasından ye's olur ise ye's tarihinden itibaren dört sene tecil eyler. İşbu müddet zarfında haber alamadığı ve zevce talebinde musir bulunduğu halde tarafeyni tefrik eder. Eğer zevce muharebede çaybubet etmiş ise hâkim tarafeyn muharibini ve üseranın*

<sup>143</sup> İbn Kudâme, *el-Muknî*, s. 313-314; Nevevî, *Mecmû'*, c. XVII, s. 286; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmî*, c. IX, s. 403 vd.; Cin, *Boşanma*, s. 100.

<sup>144</sup> Hâşimî, *el-İrşâd* s. 287; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VII, s. 93.

<sup>145</sup> İmam Muhammed'in farklı görüşleri için bk. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmî*, c. IX, s. 406.

<sup>146</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 202.

yerlerine avdetinden itibaren bir sene murur eyledikten sonra tefriğe hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet-i vefat bekler. (HAK madde:127)<sup>147</sup>

Nafaka bırakarak gâiblik sebebiyle tefrikte iki durum söz konusudur. Biri, kocanın kaybolup kendisinden haber alınmaması ve ölü mü diri mi olduğunun bilinmemesi olan mefkûdluk durumudur. Bu haldeki kişiye mefkûd denir. Diğeri ise, evini terk edip hayatta olduğu halde evine gelmeyen kişidir. Bu kimseye de gâib denir.<sup>148</sup> Mefkûd kişi için, Ebû Hanife ve Şâfiî, yaşatlarının hayatları devam ettikçe beklenmesini veya ömrünün 90 yıla tamamlanmasını şart koşmakta ve mefkûdun eşine tefriki talep hakkını tanımamaktadırlar.<sup>149</sup> İmam Malik'e göre, mefkûdun eşinin tefrik talebinde bulanabilmesi için dört yıl beklemesi gerekir.<sup>150</sup> Hanbelî mezhebinde ise, mefkûdun ölümü kuvvetli bir ihtimal ise eşinin dört yıl beklemesi, aksi takdirde ömür boyu beklemesi gerekir denmektedir.<sup>151</sup> Hanefi ve Şâfiî hukukçulara göre gâib kişinin eşi tefrik isteme hakkına sahip değildir.<sup>152</sup> Malikiler ve Hanbelîlere göre ise, gâib geride mal bıraksa bile uzun bir süre dönmez ve kadın da bundan zarar görürse, kadının tefrik talep etme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.<sup>153</sup> Ancak Hanbelîler, bu gâibliğin bir özre mebni olmaması gerektiğini beyan ederler. Bir özre mebni olan ayrılıktan dolayı, gâibin eşi tefrik talebinde bulunamaz.<sup>154</sup>

HAK'ın mezkûr maddesinde iki durumdan biri, gaip olan kocanın nerede olduğu bilinmiyor, hayat veya mematına dair bir haber alınamıyorsa, haber alınmasından ümit kesilmişse, ümit kesildiği andan itibaren tefrik vaktini hâkim dört yıl erteler. Bu dört yıl zarfında haber alınmaz ve eşi de tefrikte ısrar eder ise hâkim tefriğe hükmeder. İkincisi ise koca, bir savaşta gaip olmuşsa hâkim tefriki,

<sup>147</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 55.

<sup>148</sup> Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 123.

<sup>149</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, s. 255 vd.; Serahsî, *el-Mebsût*, c. XI, s. 35; İmrânî, *el-Beyân*, c. IX, s. 34; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 75; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 46; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, c. II, s. 99; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 123.

<sup>150</sup> Malik b. Enes b. Malik b. Amir el-Asbehî el-Medenî (v. 179), *el-Müdevvene*, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Birinci Baskı 1415/1994, c. II, s. 29-30; Ebü'l-Kâsım Ubeydullâh b. Hüseyin b. Hasan el-Cellâb el-Basrî v. 378), *et-Tefrî'*, (Tahkik Hüseyin Dihmanî), Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, Birinci Baskı, 1987/1408, c. II, s. 54; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 75.

<sup>151</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VII, s. 304-305, c. VIII, s. 131; İmrânî, *el-Beyân*, c. XI, s. 44-45; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 46; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 123.

<sup>152</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. XI, s. 35; İmrânî, *el-Beyân*, c. XI, s. 44-45; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 46; Şâfiî'nin kadim görüşünün İmam Malik'in yukardaki görüşüyle paralel olduğu görülmektedir. Ancak mezhepte müftabih görüş Şâfiî'nin de cedid görüşü olan mefkudun eşinin tefrik talebinde bulunamamasıdır. Bkz. İmrânî, *el-Beyân*, c. XI, s. 44-45.

<sup>153</sup> Malik, *el-Müdevvene*, İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 75; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 46.

<sup>154</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. VIII, s. 130; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 46; Seyyid Sâbık, *Fıkhü's-sünne*, c. III, s. 64; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, c. II, s. 123.

harbe gitmiş iki tarafın muharib ve esirlerinin yerlerine dönmesinden itibaren bir yıl erteler. Bir yıl geçtikten sonra da haber alınmazsa hâkim tefriğe hükmeder. Her iki durumda da kadın hâkimin hükmünden itibaren vefat iddeti bekler.<sup>155</sup>

HAK'ın Osmanlı Aile Hukukunda mer'î olan Hanefî mezhebinin tefrik konusundaki görüşünü terk edip Maliki mezhebinin görüşünü kabul etmesindeki en büyük etken, şüphesiz ki peş peşe gelen Balkan ve Birinci Dünya savaşları ve bunların getirdiği ictimai/toplumsal çalkantılardır.<sup>156</sup> Aslında bu savaşların rolü büyük ise de o günkü sosyal şartlar da bu tür hükümleri adeta zaruri kılmakta idi. Mesela Osmanlı döneminde başka ülkelerden ticaret için Osmanlı diyarına gelip evlenen ve daha sonra memleketlerine geri dönen kişilerin eşleri son derece sıkıntılı hayatla baş başa kalıyorlardı.<sup>157</sup> Kararnameyi hazırlayanlar, o günün sosyal şartlarını göz önünde bulundurarak mer'î olan Hanefî mezhebinin tefrik konusundaki görüşünü terk ederek Maliki mezhebinin tefrik konusundaki tercihe şayan bu görüşünü, sosyal ve içtimai bakımdan daha uygun görmüş ve bu görüşü 127. maddede tanzim etmişlerdir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, Maliki mezhebinde, hapis vs. gibi durumlarda da tefriğe hükmedildiği<sup>158</sup> halde, kararname, nerede oldukları bilinen fakat evine dönmeyen ve müddeti kısa veya uzun olsun hapis cezası alan kocalar için ise tefriki kabul etmemiştir.<sup>159</sup>

### 5.3.3. Vefatına Hükmolunan ve Zevcesi Evlenen Mefkûdun Sağ Olduğunun Ortaya Çıkması

*Vefatına hükmolunan kimsenin zevcesi ahar bir şahıs ile tezevvüc ettikten sonra zevci evvelin hayatı tahakkuk etse nikâh-i sani münfesihi olur. (HAK madde:129)<sup>160</sup>*

HAK, bu maddede belirttiği gibi vefatına hükmolunan kişinin eşi başka bir şahısla evlendikten sonra ilk eşinin hayatta olduğu kesinleşirse ikinci şahısla akdettiği nikâh fesh olunur.

Kararnameye göre, hâkimin tefriğine karar verdiği kadın başka bir erkekle evlenirse, daha sonra ilk kocasının dönmesi bu ikinci evliliğin feshedilmesine sebep teşkil etmez.<sup>161</sup> Ancak vefatına hükmolunan kişinin

<sup>155</sup> HAK md.127.

<sup>156</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 203.

<sup>157</sup> CİN, *Boşanma*, s. 131.

<sup>158</sup> Ebû Abdullah Muhammed b. Yusuf b. Ebü'l-Kasım b. Yusuf el-Girnâti (v. 892), *et-Tâc ve'l-iklîl li muhtasari halil*, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Birinci Baskı 1416/1994, c. V, s. 495 Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-islâmî*, c. IX, s. 416.

<sup>159</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 203.

<sup>160</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 55.

<sup>161</sup> HAK. Md. 128.

karısında ise durum aynı değildir. Burada ikinci nikâh feshedilir.<sup>162</sup> Her iki karar arasındaki fark ise şudur: Birincisinde, yani hâkimin tefrik hükmünü vermesi durumunda boşanma hükmü hâkim kararına dayandığı için kesin geçerli kabul edilmiş, dolayısıyla mefkudun sağ olduğunun ortaya çıkmasıyla ikinci nikâhın feshi kabul edilmemiştir. İkincisinde ise yani hâkimin tefrik hükmü vermediği durumda ise boşanma hâkim kararına dayanmadığı için geçerli kabul edilmemiş dolayısıyla ikinci nikâh akdinde fesih kabul edilmiştir.

Kararnameyi hazırlayan komisyon bu konuda sahabeden Hz Ömer, İbn Ömer ve İbn Abbas, fukahadan İmam Malik, Ahmed b. Hanbel, İshak ve Şâfiî'nin bir görüşü ve Hanefilerden Ebû's-Suud'un görüşünü benimseyerek tanzim etmiştir.<sup>163</sup> Kararnamenin esbab-i mucibe layihasında şöyle denmiştir: *"Bir kimsenin ölümüne hükmolunsa malı varislerine verilirse o kimsenin hayatta olduğu tahakkuk ederse, varislerine verilen mal kendisine iade edilir. Bu kimseye malı iade edilip de eşini iade etmemek tecezzi (bölünme) kabul etmeyen hükmün kısmen butlanına, kısmen de sıhhatine kail olmak demek olur ki bu, fıkhen ve mantiken hiçbir surette caiz olmaz."*<sup>164</sup>

Vefatına hükmolunan kişinin eşi, başka bir şahısla nikâh akdettikten sonra kocasının yaşadığı kesinleşirse, ikinci nikâhı fesih kabul etmediğimiz takdirde bu durumun daha kötü neticelere sebep olabileceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla 127. maddenin analizini yaptığımızda, Hanefi ve Şâfiî mezhebi hukukçularının gaip koca hakkındaki temkinli görüşlerinin ne kadar isabetli olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.

#### 5.3.4. Aile Meclisi

*Zevceyn beyninde niza ve şikak zuhur edip te tarafeynden biri hâkime müracaat ederse, hâkim tarafeyn ailelerinden bir hakem ta'yin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem ta'yin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı haiz olmazsa haricden münasiblerini ta'yin eder. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifadat ve müdafaatını tetkik ile beynlerini ıslaha çalışır. Kabil olmadığı surette kusur zevcede ise beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlea eyler. Hakemler ittifak edemezler ise hâkim, evsaf-i lâzıme haiz diğer bir heyet-i hakimiye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem ta'yin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'i ve na kabil-i i'tirazdır. (HAK madde:130)<sup>165</sup>*

<sup>162</sup> HAK md, 129.

<sup>163</sup> İmrânî, *el-Beyân*, c. XI, s. 44-45; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 203.

<sup>164</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 280.

<sup>165</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 55-56.

Maddenin hülasası; eşler arasında geçimsizlik çıkar da birisi hâkime başvurursa, hâkim, eşlerin ailelerinden birer hakem tayin eder. Ailelerden uygun şahıs bulunmaz ise hâkim dışarıdan uygun şahısları hakem olarak atar. Böylece kurulan aile meclisi, tarafları dinler, durumu inceler ve eşlerin aralarını ıslaha çalışır. Durumu düzeltmek mümkün değilse, kusur kocada ise onları ayırır böylece evlilik hayatlarına son verir. Kusur kadında ise mehrin bir kısmını yahut tamamı karşılığında (muhâlea) tarafları ayırır. Hakemler karara varamazlarsa, hâkim ya başka bir hakem heyeti kurar yahut ailelere yabancı olan bir üçüncü şahsı hakem olarak görevlendirir. Hakemlerin kararları kesin olup itiraza mahal yoktur.

Osmanlı'da Hanefi mezhebinin görüşleri her konuda kabul edildiği gibi, tefrik konusunda da kabul edilmiştir. Hanefi mezhebine göre kötü muamele ve geçimsizlik sebebiyle kadın tefrik hakkına sahip değildir.<sup>166</sup> Şâfiî ve Hanbelî hukukçular da Hanefi hukukçularla aynı görüştedirler.<sup>167</sup> Malikilere göre ise, kadın kendisine fena muamelede bulunan kocasının durumunu hâkime bildirir ve tefrik talebinde bulunabilir.<sup>168</sup> Kadın bir iddiasında bulunur ve bu iddiasını ispat ederse hâkim tarafları ayırır.<sup>169</sup> Kadın bu iddiasını ispat edemez, fakat şikâyetinde de ısrar ederse hâkim birisi kadının yakınlarından, diğeri kocanın yakınlarından olmak üzere, iki kişiyi hakem olarak seçer ve durumu onlara havale eder. Bu iki hakem mümkünse eşlerin aralarını ıslaha çalışırlar. Bu mümkün değilse geçimsizliğe sebep olan kocaysa talaka, kadınsa mehrin yarısı veya tümü veya başka bir mal karşılığında muhâlea'ya hükmederler. Bunun için kocanın boşamak üzere hakemlere bir vekâlet vermesine ihtiyaç yoktur. Esasen Malikilerin, Hanefi, Şâfiî ve Hanbelîlerden ayrıldıkları nokta burasıdır. Diğer üç mezheb de fena muamele ve geçimsizlik durumunda hakeme müracaatı kabul etmektedirler.<sup>170</sup> Ancak onlara göre koca tarafından hakemlere bir vekâlet verilmemişse hakemler talaka hükmedemezler.<sup>171</sup> Malikilere göre, hakemler talaka hüküm eder ve bu tür bir boşama bâin talak olur.<sup>172</sup>

Kararnamenin 130. maddesine göre kabul edilen aile meclisi kararıyla boşama, kadına çok büyük bir hak vermiştir. Çünkü o güne kadar Osmanlı diyarında mer'î olan Hanefi mezhebi bu durumdaki kadına tefrik hakkı

<sup>166</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. V, s. 96; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. III, s. 501.

<sup>167</sup> Hâşimî, *el-İrşâd* s. 294; İmrânî, *el-Beyân*, c. IX, s. 290; Nevevî, *Mecmû'*, c. XVI, s. 265 vd.; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 414.

<sup>168</sup> Ebü'l-Kâsım, *et-Tefrî'*, c. II, s. 22; İbn Kudâme, *el-Muknî'*, s. 329.

<sup>169</sup> Ebü'l-Kâsım, *et-Tefrî'*, c. II, s. 22; İbn Kudâme, *el-Muknî'*, s. 329; Nevevî, *Mecmû'*, c. XVI, s. 451.

<sup>170</sup> İbn Kudâme, *el-Muknî'*, s. 329; Nevevî, *Mecmû'*, c. XVI, s. 451.

<sup>171</sup> Nevevî, *Mecmû'*, c. XVI, s. 451.

<sup>172</sup> Ebü'l-Kâsım, *et-Tefrî'*, c. II, s. 22; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 117; Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-islâmî*, c. IX, s. 414.

vermemiştir. Her ne kadar muhâlea yoluyla bu hak azda olsa telefi edilmeye çalışılmışsa da yeterli olmamıştır. Kararnameyi hazırlayanlar Osmanlı ülkesinde böyle bir ihtiyacın olduğunu hissetmiş olmalı ki bu konuda mer'î olan Hanefi mezhebinin görüşünü terk ederek Maliki mezhebinin görüşünü benimseyip kabul etmişlerdir.

1917 tarihli Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesi'nin kaynak teşkil ettiği 10 Mart 1929 tarihli Mısır Kanunu geçimsizlik nedeniyle kadının boşama hakkını detaylıca düzenlemiştir.<sup>173</sup> Ancak Mısır Kanununa göre boşamaya hakemler değil, hakemlerin raporu üzerine hâkim karar verir.<sup>174</sup>

### 5.3.5. Genc-i Mu'tedde'nin Hayzdan İnkıta

*Mu'tedde, zikr olunan müddet zarfında hiçbir hayz görmediği veyahut bir veya iki hayz gördükten sonra münkati olduğu takdirde eğer sinn-i iyasa vasıl olmuşsa vusul tarihinden itibaren üç ay, olmamış ise iddetinin lüzumu zamanından itibaren dokuz ay iddet bekler. (HAK madde:140 )<sup>175</sup>*

İddet, ona sebebiyet veren hadiseye göre vefat ve talak veya fesih iddeti olarak iki kısma ayrılır. Vefat iddeti, kocaları ölen kadınların bekledikleri iddettir. Bu kadınlar hamile iseler iddetleri doğumla, değil ise dört ay on gün sonra sona erer.

Talak veya fesih iddeti, boşanmış veya nikâhı feshedilmiş olan kadınların beklemesi gereken iddettir. Talak veya nikâhı feshedilmiş olan kadınları da, hamile olup olmadıklarına göre ikiye ayırmak gerekir. Kadın hamileyse onun iddeti doğumla biter.<sup>176</sup> Kadın hamile değil ve normal olarak hayz görüyorsa onun iddeti Hanefi ve Hanbelîlere göre üç hayzdır.<sup>177</sup> Şâfiî ve Maliki'lere göre ise, iddeti üç temizlik süresi beklemektir.<sup>178</sup> Küçüklüğünden ve yaşlılığından (sinnü'l-ye's) dolayı hayz görmeyen kadınların iddeti üç aydır.<sup>179</sup> Küçüklük ve yaşlılık devresi arasında olup da herhangi bir sebepten dolayı hiç hayz görmeyen veya bir veya iki defa görüp daha sonra hiç görmeyen kadınların iddeti hususunda mezhepler arasında açık farklılıklar vardır. Ebû Hanife'ye göre bu kadın hayzdan

<sup>173</sup> Mısır medeni kanun 6-11 maddeleri, Seyyid Sâbık, *Fıkhü's-sünne*, c. III, s. 64 nkl.

<sup>174</sup> Mısır medeni kanun 9. Md., Seyyid Sâbık, *Fıkhü's-sünne*, c. III, s. 63 naklen.

<sup>175</sup> Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 60.

<sup>176</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, c. III, s. 193; İbn Muflih, *el-Mubdi fî şerhi'l-mukni'*, c. VII, s. 72; Nevevî, *Mecmû'*, c. VIII, s. 130.

<sup>177</sup> Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi*, c. V, s. 59; İbn Muflih, *el-Mubdi fî şerhi'l-mukni'*, c. VII, s. 79.

<sup>178</sup> Şîrâzî, *el-Mühezzeb fî fikhil-imâmî's-şâfiî*, (Tashih eş-Şeyh Zakeriya Umeyrat), Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Birinci Baskı, Beyrut Lübnan, 1995/1416, c. III, s. 120; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 108 vd.; Nevevî, *Mecmû'*, c. XVIII, s. 130; Ebü'l-Kasım, *et-Tâc ve'l-iklil*, c. V, s. 470.

<sup>179</sup> Şâfiî, *el-Ümm*, c. V, s. 226-227; Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, c. III, s. 121; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, c. III, s. 108; İbn Kudâme, *el-Muğni*, c. VIII, s. 112.

kesilme yaşı olan elli beş yaşına kadar bekledikten sonra üç ay iddet bekler.<sup>180</sup> Şâfiilere göre hayzdan kesilme yaşı altmış iki, Hanbelîlere göre elli, Malikilere göre ise yetmiş yaş olarak kabul edilir.<sup>181</sup>

Küçüklük ve yaşlılık devreleri arasında olup da hiç hayz görmeyen veya bir ya da iki defa görüp daha sonra hayz görmeyen bir kadının, boşama ve fesih sonucu Hanefi mezhebine göre iddeti beklemesi, hem bu zaman içerisinde karı koca hayatı yaşamadığı halde boşadığı eşinin nafakasını veren kocaya, hem de uzun iddet döneminde evlenemeyen kadına son derece zor ve meşakkatli oluyordu.

Kararname, hem kocayı hem de boşamış olduğu eşini bu meşakkatli durumdan kurtarmak için o güne kadar mer'i olan Hanefi mezhebinden ayrılarak Maliki mezhebinin iddet bekleyen kadın hayzdan kesilme yaşına kavuşmuş ise üç ay, kavuşmamış ise dokuz ay iddet bekler görüşünü benimsemiş ve 140. maddeyi tanzim etmiştir.

### 6. Kararnamenin İlgası

Hicri 8 Muharrem 1336/ Miladi 25 Ekim 1917'de kabul edilen HAK, hiç beklenmedik bir anda henüz iki yıl bile yürürlükte kalmadan, hicri 20 Ramazan 1337/ miladi 19 Haziran 1919 da, muvakkat bir kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>182</sup>

Bazı eksiklikler ihtiva etmesine rağmen, Osmanlı Aile Hukukuna küçümsenmeyecek yenilikler kazandıran Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin henüz tam uygulanmadan böyle kısa bir zamanda yürürlükten kaldırılmasının sebepleri nelerdir? Bu sorunun cevabını devrin siyasi ve sosyal şartlarında görmek mümkündür. Kararname, umumiyet itibarıyla tasvip görmesine rağmen, Müslümanlar ve gayr-i müslim cemaatlerin ruhani reislerinin şiddetli tepkilerine maruz kalmıştır.<sup>183</sup>

Kararnamenin, getirdiği bazı yeniliklerden dolayı diğer mezheplerden yararlanması, İslamcılarının, kararname aleyhinde şiddetli muhalefet göstermelerine neden olmuştur. Ayrıca Kararnamenin gayri Müslimler hakkında,

<sup>180</sup> İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, c. III, s. 515.

<sup>181</sup> İmrânî, *el-Beyân*, c. XI, s. 26; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, c. I, s. 262-263, c. VIII, s. 107.

<sup>182</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 221; Cin, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, c. II, s. 59-60; Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, s. 10; ; Yazıcı, "Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", *Ekev Akademi Dergisi* s. 581; Durmuş-Yargı, "1917 Tarihli Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne Yöneltilen Eleştiriler", *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* s. 316.

<sup>183</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 221-222; Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, s. 211.

ruhani reislerin Aile Hukuku sahasındaki kazâ-i yetkilerini ellerinden alması, gayr-i müslimler tarafından kararnamenin aleyhinde bulunmalarına neden olmuştur. Bu durum, gayr-i müslimlerin, kararnamenin komisyona havalesi sırasında, kararnamenin kendileri hakkındaki maddelerini ilga etmek için, gerek bazı mebûslar gerek Rum kiliseleri başta olmak üzere, diğer cemaat ve Yahudi hahamlığı aracılığıyla itiraz etmelerine neden olmuştur. Bunlar, özellikle 156. maddenin kaldırılması için direk hükümete başvururken diğer taraftan da İstanbul'daki elçilikler nezdinde kararnamenin, gayr-i Müslimlerin hukukunu ihtiva eden maddelerinin uygulanmaması için çalışmalar yapmışlardır. Kararname aleyhinde gayr-i müslim cemaatlerin gösterdikleri bu çabalar onun ilgasında büyük rol oynamıştır. Ancak kararnamenin sadece gayr-i müslimlerin çalışmasıyla ilga olduğu da düşünülemez. Çünkü gayr-i müslimler, kararnamede kendilerini ilgilendiren maddelerin kaldırılmasını talep ediyorlardı. Kararnamenin tamamının ilga edilmesinde bazı muhafazakâr İslamcılar tarafından kararnamaya yöneltilen tenkitlerin rolü de unutulmamalıdır. İlga kararnamesinde Şeyhu'l-İslam ve Sadrazam vekili olarak Mustafa Sabri Efendi'nin imzasının bulunması, kararnamenin ilgasında muhafazakâr İslamcılarının da payı olduğunun bir göstergesidir.<sup>184</sup>

### Sonuç

Osmanlı Devleti'nin son dönemine denk gelen "Hukuk-i Aile Kararnamesi" Osmanlı Aile Hukuku alanında uygulamanın dışına çıkarak bir takım yenilikler getirmiştir. Bu yeniliklere örnek olarak; o güne kadar benimsenmeyen evlenme yaşına bir alt sınır getirilmesi, evlenme ve boşamalarda devlet kontrolü, çok evliliği sınırlandırma ve bazı durumlarda kadına kazâi boşanma (tefrik) hakkının verilmesini zikredebiliriz.

Hukuk-i Aile Kararnamesi'ni tanzim edenler, bu yenilikleri getirirken o güne kadar Osmanlı diyarında mer'î olan Hanefi mezhebinin bazı görüşlerini terk etse de yine fıkıhın içerisinde kalıp diğer Sünni mezhepler veya İslam hukukçularından istifade ederek günün ihtiyaçlarına cevap verecek yeni bir Aile Hukuku tanzim etmişlerdir.

Hukuk-i Aile Kararnamesi ile getirilen bu yenilikler tamamen o günün siyasi, sosyal ve içtimai yapısının bir neticesi olarak ortaya çıkmış ve Mecelle'de eksik kalan alanı tamamlamak için yapılan kanunlaştırma olarak kabul edilebilir. Bu kanunlaştırma ile sadece Müslüman aileler arasındaki ilişkiler düzenlenmekle kalınmamış aynı zamanda gayr-i müslim aileler arasındaki ilişkiler de tanzim edilmiştir.

<sup>184</sup> Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, s. 224; Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, s. 211.



Kararname, bu yenilikleri getirirken fikhın dışına çıkmamasına rağmen diğer mezheplerden faydalanmasından dolayı muhafazakâr İslamcılar tarafından çok sert muhalefete maruz kalmıştır. Kararnamenin getirdiği bütün bu yeniliklerin kaynağının İslam hukuku olduğu, bütün İslam hukukçuları tarafından kabul edilmişken, muhafazakâr İslamcılar tarafından yapılan bu tür sert muhalefeti anlamak mümkün değildir.

### Kaynakça

- Asal, Ali, *Mehmed Zihni Efendi'nin el-Vücûhu'l-milâh fi fusûli'n-nikâh adlı eseriyle Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Mukayesesi*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), 2014.
- Aydın, M. Akif, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları No:11 İstanbul 1985.
- M. Akif, "Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü" *Sosyo-kültürel değişme sürecinde türk ailesi*, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu yayınları Ankara 1992.
- Cevherî, Ebû Nasr İsmail b. Hammâd el-Cevherî el-Fârâbî (v.393), *es-Sihâh tâcü'l- luga ve shâhi'l- arabîyye*, (Tahkik: Ahmed Abdülgaffur), Daru'l-İlm lil Melâyyîn, Dördüncü Baskı, Beyrut, 1987/1407.
- Cin, Halil, *Eski Hukukumuzda Boşama*, Selçuk Üniversitesi Yayınları İkinci Baskı Konya 1988.
- İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Selçuk Üniversitesi Yayınları İkinci Baskı, Konya,1988.
- Cin, Halil-AGÜNDÜZ Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, II, Selçuk Üniversitesi Yayınları İkinci Baskı, Konya 1995.
- Çeker, Orhan, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Mehir Vakfı Yayınları Üçüncü Baskı, 2016.
- Dönmez, İbrahim Kâfi "Cünûn" *Maddesi Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi*, İstanbul, 1993, VIII.
- Durmuş, Ensar-YARGI, Mehmet Ali, "1917 Tarihli Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne Yöneltilen Eleştiriler" *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 15 (2019): 312-363.
- Durmuş, Ensar, *1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler*, Çanakkale On Sekiz Mart Üniversitesi (yayınlanmamış yüksek lisans tezi) 2017.

- Ebü'l-Kâsım, Ebî'l-Kasım Ubeydullah b. Hüseyin b. Hasan el-Cellâb el-Basrî (v.378), *et-Tefrî'*, (Tahkik: Seyyid Kesrevî Hasan), Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Birinci Baskı, Beyrut Lübnan 2007/1428.
- Ebü'l-Kâsım, Ebû Abdullah Muhammed b. Yusuf b. Ebî'l-Kasım b. Yusuf el-Girnâtî (v.892), *et-Tâc ve'l-iklîl li muhtasari halîl*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Birinci Baskı 1416/1994.
- Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 2010.
- Gökalp, Ziya, *Türkçülüğün Esasları*, Varlık Yayınları, Yedinci Baskı, İstanbul, 1968.
- Günenç, Halil, *Büyük Şâfiî İlmihali*, İlim Yayınları, İstanbul, 1988.
- Haşimî, Ebû Ali Muhammed b. Ahmed b. Ebî Musa eş-Şerif el-Hâşimî el-Bağdâdî (v.428), *el-İrşâd ilâ sebîli'r-raşâd*, (Tahkik: Abdullah b. Abdülmühsin et-Türki), Müessesetü'r-Risâle, Birinci Baskı yy. 1919/1419, s. 287.
- İbn abidin, Muhammed Emin (h.1252), *Hâşiyetu reddu'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtâr*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 2000.
- İbn kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Makdisî (v.620), *el-Muğnî*, Mektebeti'l-Kahire, 1968/1388.  
..... *el-Muknî' fi fıkhi'l-imâm ahmed b. hanbel eş-şeybânî* (Tahkik: Mahmud Arnut) Mektebeti's-Sivâdî li't-Tevzî, Birinci Baskı Cidde, 2000/1421.
- İbn manzûr, Ebu'l-Fadl Cemâluddin İbn Manzûr el-Ensârî (v.711), *Lisânü'l-arab*, Dârü Sadr Üçüncü Baskı, Beyrut, 1414.
- İbn muflih, Ebû İshak İbrahim b. Muhammed b. Abdullah b. Muhammed İbn Muflih (v.884), *el-Mubdi fi şerhi'l-muknî'*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1419/1997,
- İbn rüşd, Ebu Velid Muhammed b. Ahmed, b. Reşid el-Kurtubî İbn Rüşd el-Hafid (v.595), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktasid*, Dârü'l-Hadis, Kahire, 2004/1425.
- İmranî, ebî'l-hüseyin yahyâ b. Ebî'l-hayr b. Salim el-imrânî eş-şafiî el-yemenî (v.558), *el-beyân fi mezhebi'l-imâmi's-şâfiî*, (Tahkik: Kasım Muhammed Nuri), Dârü'l-Minhâc, Birinci Baskı, Cidde, 2000/ 1421.
- Karaman, Hayreddin, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, On Beşinci Baskı, Ensar Yayınları İstanbul, 2011.
- Kâsânî, Aladdin Ebû Bekr b. Mesud b. Ahmed el-Kâsânî el-Hanefî (v.587), *Bedâiü's-sanâi fi tertîbi şerâi*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, İkinci Baskı, yy 1986/1486.
- Kılıç, Muhammed Tayyib, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara, 2008.
- ..... XVIII. YY. Diyarbakır Şeriyye Sicillerine Göre Osmanlı'da Kadının Hukuki Statüsü, Uluslararası Diyarbakır Sempozyumu, Diyarbakır, 02-05 Kasım 2016 *Bildiriler Kitabı*, Cilt: 2, Diyarbakır Valiliği Yayınları, 2017, Diyarbakır, s: 1301-1302.
- Kılıç, Neslihan, *Osmanlı Basınında Muhafazakâr Bir Kadın Dergisi Mürüvvet*, Kriter Yayınları, İstanbul, 2019, s: 9-14.
- Komisyon, *Türkiye Diyanet Vakfı İlmihali*, II On ikinci Baskı Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları Ankara, 2007.

- Malik, Malik b. Enes b. Malik b. Amir el-Asbehî el-Medenî (v.179), *el-Mudevvene*, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Birinci Baskı 1415/1994,
- Mâverdi, Ebî'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib (v.450), *el-Hâvi'l kebîr fi fikhî mezhebi'l-imâmî's-şâfiî* (*Vehuve şerhu muhtasari'l-müzeni*), (Tahkik: ve Ta'lik: Şeyh Ali Muhammed Muavviz ve Şeyh Adil Ahmed Abdu'l-Mevcûd), Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Birinci Baskı, Beyrut, Lübnan, 1999/ 1419.
- Mevsilî, Ebû'l-Fazl Mevdûddin Abdullah b. Mahmûd, b. Mevdûd el-Mevsilî (v.683), *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-muhtâr*, Matbaatü'l-Halebî, Kahire, 1937/1356,
- Müzenî, Ebû İbrâhim İsmail b. Yahya b. İsmail el-Mısırî (h.175-264), *Muhtasaru'l müzeni fi furu's-şâfiyye*, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut Lübnan,1990/1410.
- Nevevî, Ebû Zekeriyya Muhyeddin Yahya b. Şeref (v.676), *Kitâbu'l mecmû' (Şerhu'l mühezzeb li's-şîrâzi)*, (me'a tekmeleti's-Sübki ve'l-Muti'i) Dârü'l-Fikr Cidde, Suudi Arabistan, ty.
- Özen, Şükrü, "İbn Şübrüme" maddesi *Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi* İstanbul, 1999.
- Sa'Lebî Ebû Muhammed Abdullah b. Ali b. Nasr es-Sa'lebî el-Bağdadî el-Mâlikî (v. 422), *et-Telkîn fi'l-fikhî'l-mâlikî* (Tahkik) Ebî Uveys Muhammed Buhubze el-Hüseynî et-Tatvanî Birinci Baskı, 1424/2004,
- Sâbık, Seyyid, *Fikhu's-sünne* (Tercüme Heyet) Ayet ve Hadislerle İslam İlmihali ve İslam Hukuku, altıncı baskı, Pınar Yayınları İstanbul 2007.
- Semerkandî, Ebû'l-Leys Nasr b. Muhammed b. İbrahim (v.375), *Uyûnu'l-mesâil fi furû'l-hanefiyye*, (Tahkik: Seyyid Muhammed Mühenni), Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1419/1998.
- Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsü'l-Eimme es-Serahsî (v.483), *el-Mebsût*, Dârü'l-Marife, Beyrut, 1993/1414.
- Şa'Bân, Zekiyyüddîn, (Tercüme: İbrahim Kâfi Dönmez) *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-fikh)* Dokuzuncu Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları Ankara 2007.
- Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed bin İdris (v.204), *el-Ümm*, ikinci Baskı, Darü'l-Ma'rife, Beyrut, 1990/1410.
- Şîrâzi, Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf eş-Şîrâzi (v.476), *el-Mühezzeb fi fikhî'l-imâmî's-şâfiî*, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut Lübnan, ty.
- ..... *Tabakâtü'l-fukahâ*, (Tahkik: Dr İhsan Abbas), Dârü'r-Râidi'l-Arabî Birinci Baskı Beyrut, 1970.
- Şîrbînî, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb Şemsüddîn eş-Şîrbînî (v.977), Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, Beyrut, 1415/1994.
- Yavuz, Yusuf Şevki, "Esam, Ebû Bekir" maddesi *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* İstanbul, 1995.
- Yazıcı, Abdurrahman, "Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", *Ekev Akademi Dergisi* Yıl: 19 Sayı: 62, 2015.

---

Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-islâmî ve edilletüh*, (Tercüme: Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdürrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız) 1990 İslam Fıkhı Ansiklopedisi, Risale Yayınları İstanbul 1990.