

TÜRK MEDENİ KANUNU'NA (TMK) GÖRE GERÇEKLEŞEN BOŞANMALARIN İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. İbrahim YILMAZ*

A Study on Divorcements Performed According to Turkish Civil Law (TMK) in Terms of Islamic Law

Discussions on marriage and divorce started with the adoption of the new Turkish Civil Law (TMK) on 4 October 1926 have not finished yet. One of the topics discussed is that whether divorcements performed according to TMK are valid in terms of Islamic law or not. After enduring discussions on the dilemma of "civil marriage – religious marriage", most of the modern scholars of Islamic law has declared that a civil marriage performed "in accordance with terms" is valid in terms of religious/Islamic principles. But we can't say the same about a civil divorce performed with the court decision according to TMK. Because such civil divorcements have not been discussed sufficiently by modern scholars of Islamic law, so a common or widespread opinion on this matter hasn't been reached. Also there is no tangible proposals for the solution of social problems emerging because of this matter. This work aims to study this issue which causes some important social problems in our society in terms of "some special cases in Islamic law" and in terms of "procedure (forms) of divorce in Islamic law", and to put the issue in discussion agenda of Islamic law scholars.

Key words: divorce, Islamic law, Turkish Civil Law

* Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğrt., Melikgazi Mustafa Eminođlu Anadolu Lisesi, Kayseri, ibrh.yilmaz@hotmail.com

I. GİRİŞ

A. KONUNUN GÜNCELLİĞİ

Ülkemizde 4 Ekim 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibasla hazırlanan yeni Medeni Kanun'un kabul edilmesinden sonra, evlenme ve boşanmaların hukuken geçerli olabilmesi bu kanuna uygunluğuna bağlı hale gelmiştir. Bununla birlikte İslamî/dinî kurallara göre yapılan evlenme ve boşanmalar da kanunen serbesttir. Dolayısıyla ülkemizde, dün olduğu gibi bugün de, “resmi nikah - resmi boşanma” uygulaması ile birlikte “dinî nikah - dinî boşanma” uygulaması varlığını devam ettirmektedir. Ne var ki, yeni Medeni Kanun'un kabulüyle başlayan evlenme ve boşanma konusundaki tartışmalar hiç bitmemiştir.

Resmi nikah - dinî nikah ayırımı konusunda uzun yıllar süren tartışmalar neticesinde, din adamlarının/İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğu, “şartları dahilinde” gerçekleşen resmi nikahın dinî açıdan da geçerli olduğu kanaatini ortaya koymuşlardır. Dahası, özellikle kadının haklarını ve itibarını güvence altına alabilmek için, resmi nikah yaptırmadan dinî nikah yaptırmanın dinî ve sosyal açıdan sakıncalı olduğunu da söylemektedirler.¹ Nitekim Diyanet İşleri Başkanlığı'nın 15-18 Mayıs 2002 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlemiş olduğu “Güncel Dinî Meseleler İstişare Toplantısı-I” isimli bilimsel toplantının “Kadının Evlenmesi ve Boşanması” başlıklı iki oturumunda söz alan tüm katılımcılar, evlenmenin resmi kurumların denetimi dahilinde yapılması ve bunun tescil edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.² Katılımcılardan Dr. İbrahim Paçacı³ ise, resmen tescil edilmeyen ve dinî nikah/imam nikahı adı altında yapılan evlenmelerle ilgili şu görüşleri dile getirmiştir:

“(Bu tür evliliklere) zina diyemeyiz; ancak, haksızlık ve zulmün çoğunlukla, hatta yüzde yüz olacak seviyelere çıktığı durumlar vardır ki, haksızlıktan dolayı bu evliliğin en azından **tahrime** mekruh olduğunu, hatta bazı durumlarda **haram** bile olabileceğini düşünüyorum. Yani, bu evlilik caiz değil, helal değil haramdır. Ancak, resmen tescil ettirmeksizin evlenenler, zina değil de başka bir günah işlemiş olurlar, diye düşünüyorum.”⁴

¹ Örnek olarak bkz. Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1986, I, 236-237; a.m.f., *İslamın Işığında Günün Meseleleri*, İstanbul 1988, II, 811-813; 827-830; a.m.f., *İslam'da Kadın ve Aile*, İstanbul 1994, s. 206; Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul 1995, s. 585-586; Aydın, M. Akif, “Aile Hayatı”, *İlmihal: İslam ve Toplum (II)*, Ankara 2008, s. 199-201.

² Bkz. *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-I*, (T.C. Başbakanlık Diyanet İşleri Başkanlığı /15-18 Mayıs 2002 İstanbul), Ankara 2004, s. 237-288.

³ Emekli Din İşleri Yüksek Kurulu Üyesi

⁴ Bkz. *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-I*, s. 263. Katılımcılardan Prof. Dr. Osman Eskicioğlu da, “İslam hukuku açısından, bugün imam nikahı Türkiye’de caiz değildir diyebiliriz” demektedir (a.g.e., s. 268). Paçacı'nın, hukuken tescil edilmeyen evliliklerin haksızlığa ve zulme sebebiyet vereceği gerekçesi ile “tahrime mekruh” veya “haram” kabul edilebileceği konusundaki geniş bir değerlendirmesi için bkz. İbrahim Paçacı, “Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evlenme ve Boşanma Örneği)”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy: 11, Yıl: 2008, s. 71-73.

Resmi nikah olmadan yapılan dinî nikah konusu, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bir ilim heyetine hazırlanmış olduğu tefsirde de şöyle değerlendirilmektedir:

“Resmi geçerliliği olmayan bir evlenme akdi, İslam'ın da nikaha bağladığı hak ve ödevlerin gerçekleşmesi ve uygulanması bakımından sakıncalıdır. Hakların zayi ve tarafların mağdur olacağını bile bile resmi nikah yapmadan “imam nikahı” ile evlenmek caiz olamaz; haksızlıklara kapı aralayan davranışların günah olduğu unutulmamalıdır.”⁵

Diyanet İşleri Başkan Yardımcısı Fikret Karaman ise, “resmi nikah - dinî nikah” konusunda yaşanan sorunların, devletin müftülüklere resmi nikah kıyma yetkisi vermesiyle halledilebileceğini ifade etmektedir.⁶

Bu değerlendirmelerden de anlaşılabilir olduğu gibi, resmî nikah - dinî nikah meselesi kamuoyunda yeterince tartışılmış ve bu kanaatler ortaya konabilmiştir. Ancak Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre **mahkeme kararı ile gerçekleşen boşanmaların (resmi boşanma) dîni açıdan geçerliliği** konusunun yeterince tartışıldığı söylenemez. Bu yüzden bu tür boşanmaların dinî açıdan geçerli olup olmadığı hususunda kamuoyunu ikna edecek ve bu konudaki sorunları çözüme kavuşturacak yaygın bir kanaat oluşmamıştır.

Dini açıdan hassas ve Müslüman kamuoyu açısından oldukça önemli olan bu konunun bütün yönleri ile bir makalede ele alınıp tartışılması mümkün değildir. Bununla birlikte biz bu araştırmamızda, toplumumuzda güncelliğini koruyan, bir takım ciddi sorunlara ve sıkıntılara sebep olan bu konuyu, **“içerik/İslam hukukunda yer alan bazı özel durumlar”** ve **“şekil/usul/yöntem/hukuki prosedür”** bir başka ifade ile **“tefrîk/İslam hukukunda yargı yoluyla boşanma”** açısından değerlendirerek konunun İslam hukukçuları tarafından tartışılmasını amaçlamaktayız.

B. TMK'YA GÖRE GERÇEKLEŞEN BOŞANMALARIN İSLAM HUKUKU AÇISINDAN TARTIŞILAN YÖNLERİ

Türkiye gibi hukuk sistemi laiklik esasına dayanan ülkelerin medeni kanunlarına göre gerçekleşen boşanmaların İslâm hukuku açısından geçerliliğiyle ilgili temelde iki tartışma konusu vardır. Birincisi, boşama yet-

⁵ Bkz. *Kur'an Yolu: Türkçe Meal ve Tefsir*; (haz. Hayreddin Karaman ve dğr.), DİB. Yay., Ankara 2006, I, 369. Hayreddin Karaman, bir gazetedeki köşe yazısında ise imam nikahının geçerli olduğunu söylemektedir: *“Resmi olmayan evlenme akıtlarını geçersiz saymak, İslam dünyasında yaşayan ve imam nikahı ile yetinen milyonlarca Müslüman kadın ve erkeğin evli olmadıklarına, meşru olmayan ilişki içinde yaşadıklarına ve çocuklarının neseplerinin de sahil olmadığına hükmetmek demektir. Evliliğin birçok sonucundan biri kadınıla erkek arasındaki haramlığın ortadan kalkmasıdır. Bu bakımdan sıhhat şartlarına riayet edilmiş imam nikahını geçerli ve yeterli saymak zorunludur; aksine bir delil bulunamaz. Herhangi bir akdin, başta hedeflenmese bile bazı haksızlıklara sebep olması, bu akıtların daha başta batıl olması sonucunu doğurmaz, ancak haksızlığın engellenmesi için başka tedbirler alınır, alınmalıdır.”* Bkz. Karaman, “Evlilikle İlgili Problemler”, *Yeni Şafak Gazetesi*, 23.11.2007, (www.yenisafak.com.tr)

⁶ Bkz. *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-I*, s. 268.

kisinin eşlerden alınarak hakimlere/mahkemeye devredilmesi,⁷ ikincisi de laik mahkemelerce verilen boşanma kararlarının İslam hukuku açısından bağlayıcı olup olmamasıdır. Boşanma konusunda toplumda bazı sorun ve sıkıntılara sebep olan bu meseleler, yukarıda işaret ettiğimiz Diyanet İşleri Başkanlığı'nca düzenlenen Güncel Dîni Meseleler İstişare Toplantısı'nda ele alınarak tartışılmıştır.

1. Boşama Yetkisinin Eşlerden Alınarak Hakime/Mahkemeye Devredilmesi

Erkeğin "talâk/boşama" yetkisini suistimal etmesi, bunun neticesinde de kadının ve özellikle çocukların mağdur olması sebebiyle gündeme gelen meselelerden biri, erkeğin boşama yetkisinin mahkemeye devredilmesidir.

Ömer Nasuhi Bilmen (ö. 1971), Muhammed Ebû Zehre (ö. 1974), Zekiyyüddin Şa'bân ve Hayreddin Karaman gibi bazı son dönem İslam hukukçuları, boşanma yetkisinin tümüyle eşlerden alınarak hâkime veya mahkemeye devredilmesinin mümkün olamayacağı görüşündedirler.⁸ Ancak günümüzde, boşanma yetkisinin tümüyle eşlerden alınarak mahkemeye devredilmesinin mümkün olduğunu söyleyen İslam hukukçuları da bulunmaktadır.⁹ Diğer taraftan günümüz İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğu, İslam hukukunun boşanmada getirmiş olduğu sistemle ilgili gerekli hukuki düzenlemeler yapılarak, günümüzde İslam hukukunun uygulandığı yerlerde boşanmaların "yargı yoluyla" gerçekleşmesi ve boşanmak isteyen eşlerin mahkemeye başvurması gerektiği görüşünü dile getirmektedirler.¹⁰ Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı'nın sonuç bildirgesinde, "İslâm

⁷ Bu konuda İslam hukukçularının görüş ve değerlendirmeleri için bkz. Dalgın, Nihat, *İslam Hukuku'nda Boşama Yetkisi*, Samsun 1999, s. 209-228.

⁸ Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslâmîyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, İstanbul, ts., (Kahraman Yay.), II, 193, 217-220; Muhammed Ebû Zehre, *el-Ahvâlî'ş-şahsiyye*, Kahire 1950, s. 281, 284; Zekiyyüddin Şa'bân, *el-Ahkâmü'ş-şer'iyye fi'l-ahvâlî'ş-şahsiyye*, Bingazi 1993, s. 372, 375; Karaman, *İslâm'da Kadın ve Aile*, s. 245.

⁹ Bkz. *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-I*, s. 249-250 (Hamza Aktan'ın görüşleri). Nihat Dalgın, *İslam Hukuku'nda Boşama Yetkisi* adlı eserinin "Sonuç" bölümünde (s. 126) görüşlerini şöyle ifade eder: "Fertlerin İslami şuurdan uzaklaştıkları ve hak meşrumunun sık sık ihlal edildiği günümüzde, Allah'ın muradı doğrultusunda bir boşanma işleminin gerçekleşebilmesi için, devlet organının, evli çiftlerin hakkı olan boşanma ile ilgili yasal düzenleme yaparak, boşama yetkisini kullanmada yeni bazı sınırlandırmalar getirmesi ya da bu yetkiyi eşlerden alıp, taraflar adına, hak ve adalet ölçüsünde kullanmak için hakimlere verilmesi maslahat görünmektedir. Boşanma yetkisinin kocaya veya onun izniyle kadına bırakılması, yetki kullanımında tarihte bir çok istismara sebep olmuştur." Dalgın'ın bu ifadelerinden, "boşama" yetkisinin eşlerden alınarak hakimlere devredilmesi gerektiği açıkça anlaşılabilir birlikte, kendisi Diyanet İşleri Başkanlığı'nın sempozyumunda, "boşanmanın tamamen mahkemeye devredilmesini uygun bulmadığını" belirtmektedir (*Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-I*, s. 285).

¹⁰ Bkz. Aktan, Hamza, "Kuran'a Göre Boşanma Prosedürü", (yayınlanmamış bildiri), *I. Ulusal Kadın ve Aile Sempozyumu*, Mehir Vakfı, Konya 1998, s. 30-32; *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-I*, s. 249-250 (Aktan'ın görüşleri), 251-252 (Yunus Vehbi Yavuz'un görüşleri); Döndüren, Hamdi, *Aile İlmihali*, s. 387, 419, 420, 451; Erdoğan, Mehmet, "Talâk: Milk-i Müt'a Mâlikiyetinin Sona Erdirilmesi ve Kadının Özgürlüğe Kavuşturulması Ya da Kadının Yuvasının Yıkılması", www.yeniayrislar.com, (05.05 2007); Acar, H. İbrahim, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Erzurum 2000, s. 307.

hukukunda kadının da erkek gibi boşanma hakkına sahip olduğu” tespit ve kararı yer almış olmakla birlikte¹¹, bu konuda daha somut çözüm önerileri ileri sürülmemiştir.

2. TMK'ya Göre Gerçekleşen Boşanmaların Dini Durumu

Günümüzde İslâm ülkelerinde aile hukuku genellikle İslâm hukuku esaslarına göre düzenlendiğinden,¹² bu ülkelerde Türkiye’de olduğu gibi “Medeni Kanun’a göre gerçekleşen (resmî) boşanmaların İslam dini açısından geçerliliği” gibi bir tartışma yaşanmamaktadır. Türkiye’de ise, aile hukuku laiklik prensibi gereğince her hangi bir dinî inanç esasına göre düzenlenmediğinden,¹³ uygulamada TMK’ya göre meydana gelen resmi boşanma işleminin yanı sıra bir de dinî boşanma şekli bulunmaktadır. Bu da toplumun dindar/muhafazakar kesiminde bazı sorunlara ve sıkıntılara yol açmaktadır.

Görebildiğimiz kadarıyla mahkemelerin TMK’ya göre vermiş olduğu boşanma kararlarının dinî açıdan geçerli olup olmadığı, Müslüman-Türk kamuoyunda ilahiyatçılar ve din adamları tarafından henüz yeterince tartışılmış değildir. Bu yüzden konunun dinî hükmü hakkında yaygın bir kanaat oluşmamıştır.

Her ne kadar Güncel Dîni Meseleler İstişare Toplantısı’nda, Prof. Dr. Yunus Vehbi Yavuz, Prof. Dr. Hamdi Döndüren, Ayşe Sucu, Rıdvan Çakır gibi katılımcılar tarafından bu konuda toplumda yaşanan bazı sorunlar gündeme getirilmişse de,¹⁴ toplantının sonuç bildirgesinde konuyla ilgili açık ve net bir hüküm/karar yer almamaktadır. Ancak katılımcılardan Prof. Dr. Mehmet Aydın, konuyla ilgili düşüncesini şöyle ifade etmiştir:

“Türkiye’de, dine sonradan girmiş veya cahil adam, tarikat mensubu şu bu bir adam, ‘efendim mahkeme boşadığı halde ben seni boşamadım, senin talâkın benim üzerimde, evlenemezsin; evlenirsen zina etmiş olursun’ diyor. Bu konuda da, eğer uygun görürseniz, **açık bir karar almamız**

¹¹ Toplantının “Sonuç Bildirgesi”nin 16. maddesi şöyledir: “Evlilik birliğinin devamı asıl gaye olmakla birlikte İslâm dini, eşlerin birbirleri ile uyumadığı ve ayrılmanın zarurî haline geldiği durumlarda, Kur’an ve Hz. Peygamber’in gözettiği amaçlar ve hukukî süreç dikkate alınarak bu birliği sona erdirmeye haklarının bulunduğu kabul eder.” (Güncel Dîni Meseleler İstişare Toplantısı-I, s. 784). Ancak bu maddede yer alan “hukukî süreç”ten maksadın ne olduğu açıkça ifade edilmemiştir.

¹² Örnek olarak bkz. Mustafa Sibâî, *Şerhu Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye (Sûriye)*, Beyrut 1997; Muhammed Ali es-Sertâvî, *Şerhu Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye (Ürdün)*, Umman 1997; Ahmed Gandûr, *el-Ahvâli's-şahsiyye fi'l-teşrii'l-İslâmî maa beyâni Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye li'l-kadâ fi mehkâmi'l-Kuveyt*, Kuveyt 1985; Abdülkerim Şehbûn, *Şerhu Müdevveneti'l-ahvâli's-şahsiyyeti'l-Mağribiyye (Fas)*, Ribat 1987.

¹³ Bkz. T.C. 1982 Anayasası, md. 2 ve 24. Aslında 1926 yılında hazırlanan TMK, İsviçre Medeni Kanunu’ndan iktibasla hazırlanmıştır. İsviçre Medeni Kanunu ise Protestan-Hıristiyan hukukuna göre düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu’nun temelinde Hıristiyan hukukuna dayandığı söylenebilir. Bkz. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Aile Hukuku*, İstanbul 1960, s. 166-167; a.mlf., *Ailenin Çilesi Boşanma*, İstanbul 1976, s. 148-149.

¹⁴ Bkz. Güncel Dîni Meseleler İstişare Toplantısı-I, s. 246, 252, 275, 282-283.

lazım. Yani, Türkiye’de resmi nikahın geçerli olduğunu ve ayrıca dinin nikaha ihtiyaç olmadığını; ayrıca mahkemelerin boşanma kararının dinî bakımdan mutlak manada geçerli olduğunu ifade etmeliyiz. Bunu açık seçik söylememiz gerekir, eğer uygun bulursanız.”¹⁵

Dr. İbrahim Paçacı da konuyla ilgili makalesinde şu görüşleri dile getirir:

“...Diğer taraftan ülkemizde boşama yetkisi kanunla mahkemelere verilmiştir. Resmi nikahla evlilik yapanlar, boşama yetkisinin mahkemeye ait olduğunu kabul ederek evlenmektedirler. Boşanmada İslam’ın öngördüğü prosedür ve günümüzdeki hukukî düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde erkeğin mahkeme kararı olmaksızın yapacağı tek taraflı boşama geçerli olmamalıdır. Konunun bu yönüyle İslam hukukçuları tarafından yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.”¹⁶

Paçacı’nın da ifade ettiği gibi, günümüzde TMK’ya göre mahkemelerin vermiş olduğu boşanma kararları, hem “şekil/boşanmada uyulması gereken hukukî prosedür” açısından, hem de “laik mahkemelerin vermiş olduğu kararların İslam hukukuna göre geçerliliği” açısından Müslüman-Türk kamuoyunda yeterince tartışılmamıştır. Konunun fazla gündeme gelmemesinin siyasi ve sosyal bazı özel sebepleri bulunduğunu kabul etsek de, toplumun önemli bir kesimini ilgilendiren bu tür konuların inanç, düşünce, fikir ve bilim özgürlüğünün bulunduğu demokratik bir ülkede, en azından akademik düzeyde tartışılabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

II. TMK’YA GÖRE GERÇEKLEŞEN BOŞANMALARIN İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu çalışmada, konunun genişliği göz önünde bulundurularak, mahkemelerin TMK’ya göre vermiş olduğu boşanma kararları, sadece “içerik” ve “şekil/usul//hukukî prosedür” açısından değerlendirilecektir. Konunun “laik mahkemelerin vermiş olduğu kararların İslam hukukuna göre geçerliliği” şeklinde ifade ettiğimiz “esastan değerlendirilmesi” boyutunu ise, ayrı bir makale konusu olarak ele almayı düşünüyoruz.

Buna göre, TMK’ya göre gerçekleşen boşanmaları iki başlık altında, önce “İslam hukuk doktrininde yer alan bazı özel durumlar” açısından, ardından “eşlerin tefrik/yargı yoluyla boşanma hakkı” açısından ele alıp inceleyeceğiz.

¹⁵ Bkz. Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-I, s. 287-288.

¹⁶ Bkz. Paçacı, a.g.e., s. 89.

A. KONUNUN İSLÂM HUKUK DOKTRİNİNDE YER ALAN “BOŞANMAYA AİT BAZI ÖZEL DURUMLAR” AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bugün ülkemizde, TMK'ya göre boşanma davası açan müslüman bir erkek, bu davaya binaen hâkimin boşanmaya hükmetmesi halinde dinî açıdan herhangi bir sorun yaşamamaktadır. Çünkü, genellikle erkeğin İslâm hukukunun kendisine vermiş olduğu talâk yetkisini tek taraflı olarak, mahkemeye başvurmadan kullanma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla erkek bu hakkını mahkemeye başvurmadan kullanabileceği gibi, mahkeme aracılığıyla kullanması, yani boşama hak ve yetkisini hâkime devretmesi (tefvîz) de İslâm hukuku açısından bir sorun oluşturmamaktadır. Örneğin konuyla ilgili günümüzde verilmiş bir fetva şöyledir:

“Mahkemede hâkimin 'boşanmayı kabul ediyor musun?' sorusuna, erkek 'evet ediyorum, boşadım, boşuyorum' gibi sözlü bir cevap vermişse, karısını gerçekten bir *ric'î talâkla* boşamış olur.”¹⁷

Din İşleri Yüksek Kurulu da, sadece erkeğin veya eşlerden her ikisinin boşanma davası açmalarını, erkeğin boşamayı hâkime “tefvîz-i talâk” yoluyla devretmesi olarak değerlendirecek mahkemenin vereceği boşanma kararının dînen de geçerli olacağı görüşüne sahiptir.¹⁸

Ancak boşanma davasını kadının açması ve bu davaya binaen mahkemenin TMK'ya göre boşanmaya hükmetmesi halinde, özellikle de “kadının talâk/boşama yetkisi yoktur, erkeğin rızâsı (hul') olmadan veya kendisine tefvîz-i talâk yetkisi verilmeden kadının boşanması veya boşanma davası açması mümkün değildir” görüşünde olanlara göre, durum nasıl değerlendirilecektir?¹⁹

Günümüzde, kadının açmış olduğu bu tür boşanma davalarını, klasik İslâm hukuk doktrininde yer alan “talâkın şarta bağlanması (talâk-ı muallak)” veya “mükrehin boşaması” durumlarına benzetilenler olduğu gibi,²⁰ “talâkta vekalet vermeye (tefvîz-i talâk)” benzeterek çözüm önerisinde bulunanlar da vardır.²¹ Prof. Dr. Hayreddin Karaman ise, kendi internet sitesinde bir soruya verdiği cevapta (fetvâ) bu konudaki çözüm önerisini şöyle ifade eder:

¹⁷ Bkz. Beşer, Faruk, *Fıkıh Penceresinden Sosyal Hayatımız-I*, İstanbul 1993, s. 162

¹⁸ Bkz. *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, (Din İşleri Yüksek Kurulu Fetvaları), T.D.V. Yay., Ankara 1996, s. 81.

¹⁹ Kadının boşama yetkisi konusundaki çağdaş görüş ve yaklaşımların değerlendirilmesi için bkz. Yılmaz, İbrahim, *Yetki ve Sistem Açısından İslam Hukukunda Boşanma*, Kayseri 2007, s. 176-240; Dalgın, a.g.e., s. 67-137.

²⁰ Bkz. *Güncel Dini Meseleler İstişâre Toplantısı-I*, s. 282-283 (Hamdi Döndüren'in görüşleri).

²¹ Bkz. *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, s. 81.

“Mahkemeye başvurup boşanan bir kadını, kocası -dinî bakımdan-boşamamakta ısrar ederse durum hakemlere intikal ettirilir. Hakemler kadının, kocanın kusuru yüzünden ayrılmak istediğini tespit ederlerse ayrılmaya (tefrik) karar verirler. Ayrılmayı talak sayan ictihada göre de kadının mehri- nin ödenmesi gerekir. Bu ifadelerimin kısıdan ve geçerli delili, Osmanlılar zamanında Şeyhülislamlık makamının da onayı ile çıkarılan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 119, 130 ve 131. maddeleridir.”²²

Aşağıda, özellikle kadının açtığı boşanma davasına binaen TMK'ya göre gerçekleşen boşanmaların, İslâm hukuk doktrininde yer alan bazı özel durumlar açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durulacaktır. Hemen şunu da ifade edelim ki, TMK için geçerli olan bu değerlendirmeler, aile hukuku İslam hukukuna göre düzenlenmemiş ülkelerin medeni kanun- larına göre gerçekleşen tüm resmi boşanmalar için de geçerlidir.

1. “Boşamayı Şarta Bağlama” Açısından Değerlendirilmesi

Klasik İslâm hukuk doktrinine göre, erkeğin talâkı/boşa(n)mayı ilerde olması muhtemel bir işe/olaya bağlaması caizdir ve buna “*şarta bağlı boşama (talâk-ı muallak)*” denilmektedir. Dört mezhebe göre şartın gerçek- leşmesi ile boşanma da gerçekleşmiş olur.²³

Prof. Dr. Hamdi Döndüren, mahkemelerin TMK'ya göre vermiş ol- duğu boşanma kararları ile ilgili şu değerlendirmeyi yapar:

“Şartları dahilinde bugün Türkiye’de icra edilen resmi nikâh İslâ- m’a da uygun olduğundan, *resmi nikâhla evlenen kişiler/eşler resmi şekilde boşanmayı da kabul ediyorlar demektir. Yani eşler, “biz ileride bu resmi ev- liliği ancak mahkeme önünde sona erdirebiliriz”* diyerek, bunu başlangıçta kabullenmiş oluyorlar. Bu da askıya alınan bir boşama (talâk-ı muallak) demektir.”²⁴

Bu durumda erkek nikâh akdiyle kadına zımnen “*eğer bir gün seni boşamak zorunda kalırsam veya boşanmak zorunda kalırsak, mahkeme ka- rarı ile boş ol veya boşanalım*” diyerek, boşanmanın vukuunu ve şeklini ile- ride gerçekleşmesi muhtemel olan “**hâkim kararıyla boşanma şartına**” bağlamış olmaktadır.

Olayı şöyle de düşünmek mümkündür: “Eğer bir gün ikimizden birisi mahkemeye gidip boşanma davası açar ve boşanma kararı verilirse, sen boş ol”. Bu durumda erkek, talakı “kendisinin ya da eşinin mahkemeye başvur- ması ve boşanma kararı verilmesi” şartına bağlıyor / talik ediyor, demektir.

²² Bkz. <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0161.htm> (15.12.2009)

²³ Bkz. Abdurrahman el-Cezûrî, *Kitâbü'l-fikh ale'l-mezâhibi'l-erba'a*, Beyrut 1990, IV, 315-321; Bilmen, *a.g.e.*, II, 232; Ebû Zehre, *a.g.e.*, s. 297 vd.; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 309; Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 389-390; “Talâk”, *el-Mevsûatü'l-fikhiyye*, Küveyt 1414/1993, XXIX, 38.

²⁴ Bkz. *Güncel Dini Meseleler İstisare Toplantısı-I*, s. 282 (Hamdi Döndüren’in görüşleri).

Boşamayı şarta bağlama işlemini, hukukî işlemlerde örfe itibar edilmesi gerektiğini bildiren fıkâh/hukuk kaideleri²⁵ çerçevesinde değerlendirdiğimizde şu sonuca varmak mümkündür: “Medeni Kanun’a göre resmi nikâhla evlenen kimseler, yine herkes tarafından bilinen resmi yoldan, yani Medeni Kanun’a göre mahkemede boşanmayı kendilerine şart koşmuş olmaktadır”. Bu durumda, boşanma davası ister kadın ister erkek tarafından açılmış olsun, mahkemenin boşanmaya hükmetmesi ile İslâm hukuku açısından da boşanma gerçekleşmiş olmaktadır.

2. “Nikâh Akdinde Şart Koşma” Açısından Değerlendirilmesi

İslam hukukuna göre nikâh akdinde, akdin tabiatına, gayesine ve İslâm'ın temel esaslarına aykırı olmamak üzere, evliliği kayıt altına alan (takvîdî) bazı şartlar ileri sürülebilir. Akitle birlikte bu şartlar da gerçekleşmekte; yani nikâh akdiyle birlikte ileri sürülen şartlar, akdin gerçekleşmesiyle taraflar için bağlayıcı hale gelmektedir. Bu şartların niteliği ve hangi tür şartların geçerli sayılacağı konusunda mezheplerin farklı yaklaşımları bulunmaktadır. En dar yorum Hanefî mezhebine, en geniş yorum ise Hanbelî mezhebine aittir.²⁶

Buna göre resmi nikâhla evlenen eşlerin, akit esnasında açıkça ifade etmeseler de *zımnen/örfen*, herkes tarafından bilinen resmi yoldan, yani Medeni Kanun’a göre boşanmayı *şart kılmış oldukları* ve evliliğin ancak, mahkeme kanalıyla ve hâkimin kararıyla sona erdirilebileceği hususunda aralarında anlaşmış oldukları düşünülebilir. Dolayısıyla, yukarıda olduğu gibi, boşanma davası ister kadın ister erkek tarafından açılmış olsun, mahkemenin boşanmaya hükmetmesi ile İslâm hukuku açısından da boşanma gerçekleşmiş olacaktır.²⁷

Ancak bu durumda iki husus tartışmaya açık görünmektedir. Birincisi, kocanın boşama yetkisinin tamamen mahkemeye mi devredilmiş sayılacağı, yoksa bu yetkiyi mahkemeyle paylaşmış mı olacağıdır. İkincisi ise, erkeğin nikah akdi sırasında koşulan bu şarta riayet etmemesi ve kendi başına talakda bulunması halinde durumun nasıl değerlendirileceğidir. Bu meselelerden ilkinde işaret eden ve nihai bir yetki devrinden söz edilemeyeceğini belirten Hayreddin Karaman'ın değerlendirmesi şöyledir:

“Resmi olarak evlenen çiftlerin daha başta (bu resmi evlilik akdini yaparken), üstü kapalı da olsa boşama hakkını mahkemeye devretmiş oldukları, bu sebeple kocanın kendi başına boşamasının geçerli olmayacağı şeklindeki görüşe katılmam mümkün değildir. Çünkü bazı Batı ülkelerinde bulunmasına

²⁵ Bkz. Mecelle, “Adet muhakkemdir” (md. 36); “Örfen maruf olan/bilinen, şart kılınmış gibidir” (md. 43); “Örf ile ta'yin, nass ile ta'yin gibidir (örf ve adetin belirlemesi nassın belirlemesi gibidir)” (md. 45).

²⁶ Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 483-484; Cezîrî, *a.g.e.*, IV, 82; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 270; Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 159; Atar, Fahreddin, “Nikah”, *DİA*, İstanbul 2007, XXXIII, 115.

²⁷ Bkz. *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-1*, s. 282-283 (Döndüren'in görüşleri); Paçacı, *a.g.e.*, s. 89.

rağmen, Türkiye’de Müslümanların önünde “ister imam nikahı ile ister resmi nikahla evlenme” şeklinde bir seçenek yoktur. Kanuna göre evli sayılmak isteyenler tek yol olarak resmi nikaha mecbur edilmişlerdir. Bu yüzden “hür irade ile bir yetki devri” söz konusu değildir. Ayrıca koca, serbest iradesiyle birine boşama yetkisi verse bile bu, onun yetkisini elinden almaz; yetki çift yönlü hale gelir. Boşama yetkisinin kocadan tamamen alınması ise bu yetkiyi ona veren naslara (ayetlere ve hadislere) aykırı olur. Kadın evli kalmayı istemediği halde kocanın boşamayı reddetmesi halinde günümüzde de kadının, hakemlere başvurarak evliliği dini bakımdan sona erdirmesi mümkündür.²⁸

3. Mükrehin Boşaması Açısından Değerlendirilmesi

Klasik İslâm hukuk doktrininde, cebir ve tehdit altında bulunan kimsenin (mükreh) boşaması, Hanefî mezhebi dışındaki mezheplere göre geçersiz, Hanefî mezhebine göre geçerlidir.²⁹ Medeni Kanun’a göre mahkemenin vermiş olduğu boşanma kararı her iki görüş açısından da değerlendirildiğinde, erkek istememiş olsa bile kendisine “kamu gücüyle zorla kabul ettirilen” bir boşanma olarak görmek mümkündür.³⁰

Buna göre, boşanmak bir zaruret haline geldiği halde bundan kaçınarak boşama/talâk yetkisini kötüye kullanmak isteyen erkek açısından, Hanefilerin görüşü doğrultusunda kadının açmış olduğu boşanma davasında, mahkemenin verdiği boşanma kararının geçerli olduğuna hükmedilebilir.

Diğer taraftan muvâzaalı/anlaşmalı boşanmalarda olduğu gibi, iç irade dikkate alınarak, boşanmak istemedikleri halde sosyal, siyasal veya ekonomik bir takım sebep, kaygı ve şartlardan dolayı şeklen boşanmak zorunda kalan eşlerin durumu, cumhurun görüşü doğrultusunda değerlendirilerek, mahkemenin verdiği boşanma kararının dinen geçersiz olduğuna hükmedilebilir.³¹

4. Tefvîz-i talâk Açısından Değerlendirilmesi

Din İşleri Yüksek Kurulu’nun Türkiye’de mahkeme kararı ile gerçekleşen boşanmalarla ilgili bir kararında/fetvasında yer alan aşağıdaki değerlendirme, Kurul’un bu soruna “tefvîz-i talâk” yöntemi çerçevesinde bir çözümler getirmeye çalıştığını göstermektedir:

²⁸ Bkz. Karaman, “Evlilikle İlgili Problemler”, *Yeni Şafak Gazetesi*, 23.11.2007, (www.yenisafak.com.tr)

²⁹ Bkz. İbn Hazm, *el-Muhallâ*, (thk. Ahmed Muhammed Şâkir), Kâhire ts, (Dâru’t-Turâs), X, 202-203; İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, İstanbul 1985, II, 67; İbn Kudâme, *a.g.e.*, X, 351; Hatib eş-Şirbîni, *Muğni’l-muhtâc*, Kâhire ts, (Daru’l-Fkr), III, 289; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, Kâhire ts. (Daru’l-Fikr), III, 489; “Talâk”, *el-Mevsûatü’l-fikhiyye*, XXIX, 17-18.

³⁰ Bkz. *Güncel Dini Meseleler İstişâre Toplantısı-1*, s. 282 (Döndüren’in görüşleri).

³¹ Konuyla ilgili günümüzde verilmiş bir fetva şöyledir: “Koca mahkemede,sözlü ifadesi mümkün olan bir yerde (muvâzaalı boşanmada olduğu gibi) kalben boşanmadığı halde, bir evraka boşadığını yazsa ya da yazılı bir evraka inzalasa, (diyâneten) boşanmış olmaz.” (Beşer, *a.g.e.*, s. 162).

“Bir kimsenin bizzat veya avukatı aracılığıyla boşanmak üzere mahkemede dava açması, hâkime eşini boşaması için yetki vermesi (*tefvîz-i talâk*) demektir. Bu itibarla sadece erkeğin veya her iki tarafın açtığı dava sonucu, mahkemece boşanmış olan eşler, dinen de boşanmış olurlar. Ancak, daha önce eşler arasında başka boşanmalar olmamış ise, mahkemenin boşaması, bir boşama sayıldığından, mahkeme kararı ile boşanmış olan eşlerin, istedikleri takdirde -geride kalan iki talâk hakkı ile- tekrar evlenmeleri mümkündür.”³²

Klasik İslam hukuk doktrininde yer alan görüşler dikkate alındığında, Din İşleri Yüksek Kurulu'nun bugün ülkemizdeki mahkemelerin vermiş olduğu boşanma kararları hakkındaki bu yaklaşımı erkek açısından kabul edilebilir olsa da, kadının açtığı boşanma davası açısından aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir. Çünkü erkek, şahsa bağlı medeni ve hukukî bir tasarruf olan talâk yetkisini bizzat kullanabileceği gibi vekalet verme (tevkîl) ya da yetki devri (tefvîz) yoluyla başkasına da devredebilmektedir.³³

Kadın ise, klasik İslâm hukuk doktrinine göre nikah akdiyle elde edilmiş bir talâk/boşama yetkisine sahip olmadığından, mahkemeye dava açarak bunu devretmesi söz konusu değildir. Bunun kadın açısından da geçerli olabilmesi için, önce erkeğin nikâh akdi esnasında veya sonrasında tefvîz-i talâk yoluyla eşine boşama yetkisi vermiş olması gerekmektedir. Kadın nikâh akdi esnasında talâk hak ve yetkisinin kendisine akitle birlikte verilmesini isteyebileceği gibi, gerektiğinde kullanmak üzere ileride bu yetkinin kendisine verilmesini de şart koşabilir veya bu yetkinin üçüncü bir şahsa verilmesini de isteyebilir.³⁴

Mâlikilere göre, boşama yetkisinin üçüncü şahsa tefvîz yoluyla devredilmesi gıyâben de olabilmektedir. Ayrıca, boşama yetkisi kendisine verilen bu şahıs (kadın veya erkek) Müslüman olabileceği gibi, zimmî yani gayr-i müslim de olabilir.³⁵ Ancak bu şahsın, tefvîz işleminin yapıldığı belde veya o beldeye yakın bir mesafede bulunması şarttır. Aksi halde tefvîz, tercih edilen görüşe göre kadına intikal eder.³⁶ Diğer taraftan erkek, talâk yetkisini eşinin dışında birden fazla kişiye de tefvîz edebilir ve bunların birlikte karar vermeleri şart koşulmamış ise her biri müstakil olarak boşama yetkisine sahip olurlar.³⁷

³² Bkz. *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, s. 81.

³³ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 59; İbn Kudâme, *a.g.e.*, X, 381; Şirbîni, *a.g.e.*, III, 285; İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, IV, 76; Cezîrî, *a.g.e.*, IV, 328; “Talâk”, *el-Mevsûatü'l-fikhiyye*, XXIX, 45-49.

³⁴ Şemseddin er-Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, Beyrut 1984, VI, 439; İbn Kudâme, *a.g.e.*, X, 384; Cezîrî, *a.g.e.*, IV, 328; M. Mustafa Şelebî, *Ahkâmü'l-üsrâ fi'l-İslam*, Beyrut 1977, s. 521-522; Vehbe ez-Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletüh*, 3. baskı, 1409/1989, VII, 53 vd.

³⁵ Derdir, *eş-Şerhus-sağîr alâ akrebi'l-mesâlik ilâ mezhebi'l-İmâm Mâlik*, (nşr. Mustafa Kemal Vasfî), Kahire ts., II, 600; Vehbe ez-Zühaylî, *el-Fikhu'l-Mâlikîyyü'l-mütyesser*, Dımaşk 1423/2002, II, 172

³⁶ Derdir, *a.g.e.*, II, 600-601; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî*, VII, 416-417.

³⁷ Derdir, *a.g.e.*, II, 601.

Boşama yetkisinin üçüncü şahsa tefvîz yoluyla devredilmesi “temlik” niteliğinde olduğundan, Hanefî ve Mâlikî mezheplerine göre, erkeğin bundan dönmesi ve kendisine talâk’ın devredildiği şahsın iradesine müdahale etmesi de mümkün değildir. Ayrıca tefvîz, boşamayı bir başkasının iradesine bağlama (ta’lik) olduğundan yemin hükmündedir. Yeminden rücû da caiz değildir.³⁸ Bu sebeple boşama yetkisi kendisine verilen üçüncü şahıs, uygun gördüğü takdirde tefvîzin çeşidine göre dilediği zaman boşamayı yapabilir.³⁹ Bu durumda kadın, tefvîz-i talâk hakkını kendisi kullanabileceği gibi, bunun *hakîkî bir üçüncü şahsa verilmesini* de isteyebilir; bu yetkinin kendisi veya üçüncü şahıs tarafından mahkemenin denetimi ve aracılığı ile kullanılmasını da şart koşabilir.⁴⁰

Şu halde Mâlikî mezhebinin boşama yetkisinin üçüncü şahsa gıyâben de tefvîz edilebileceği hükmünden hareketle, kadının nikâh akdi esnasında boşama yetkisinin, *hükmi bir şahıs olan mahkemeye* tefvîz edilmesini şart koşması veya bu yetkiyi kadına vermek istemeyen erkekten, hâkime devredilmesini (tefvîz) istemesi mümkün müdür?

Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslâm hukukunda da, devlet başkanı ve idârecilerin devlet adına yapmış oldukları bir çok tasarrufun meşruiyeti, devleti hükmi bir şahsiyet olarak kabul etme esâsına dayanmaktadır. Aksi halde devleti, tasarruflarında ve hükûkî muâmelelerinde, devlet başkanının ve onun idâresi altında bulunan devlet memurlarının temsil ettiği hükmi bir şahsiyet olarak kabul etmeden, devletin dış siyâset ve iç idâre bakımından tasarruflarını izâh etmek mümkün değildir.⁴¹ Aynı şekilde, devletin yargı organları olan mahkemeler birer hükmi şahsiyet, hâkimler de amme adına tasarruflarda bulunan hükmi şahıslar olarak kabul edilmektedir.⁴²

İslâm hukukunda boşama hak ve yetkisinin kadının dışında üçüncü bir “hakiki şahsa” tefvîz yoluyla devredilmesi câiz olduğuna göre, bu yetkinin “hükmi bir şahıs” olan hâkimlere/mahkemelere devredilmesi de câiz olmalıdır. Nitekim Din İşleri Yüksek Kurulu yukarıda geçen kararında, birer hükmi şahsiyet olan hâkimleri gerçek şahıs olarak kabul etmiş ve mahkemelerde açılan boşanma davalarını tefvîz-i talâk olarak değerlendirmiştir.⁴³ Buna göre kadının, -dîni veya resmi- nikâh akdi esnasında tefvîz-i talâk hakkının birer hükmi şahıs olan mahkeme veya hâkimlere devredilmesini

³⁸ Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, Beyrut 1406/1986, III, 113; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 71; “Talâk”, *el-Mevsûatü’l-fikhiyye*, XXIX, 45-46, 47, 48.

³⁹ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 71; Ebû Zehre, *a.g.e.*, s. 323.

⁴⁰ Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 420.

⁴¹ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü’l-fikhiyyü’l-âmm: el-Fıkhü’l-İslâmî fi sevbihi’l-cedid*, Dımaşk 1968, III, 239-287 (özellikle 239, 256, 261-264); Halil Cin – Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 1990, II, 11 vd.; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 171, 208.

⁴² Karaman, *a.g.e.*, I, 208.

⁴³ Bkz. *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, s. 81.

şart koşabileceğini söylemek mümkündür. Ayrıca bu yetkiyi kadına vermek istemeyen erkek bunu hâkimlere tefvîz de edebilir. Şu halde, kadının şart koşması veya erkeğin istemesi üzerine, talâk hak ve yetkisinin hükmi birer şahıs olan mahkemelere/hâkimlere tefvîz/temlik edilmesi halinde, mahkemenin/hâkimin vermiş olduğu boşanma kararının, İslâm hukukuna göre kadın açısından da gerçekleşmiş olduğu ve bu kararın erkek için bağlayıcı olduğu söylenebilir.

Diğer taraftan erkek, talâk/boşama yetkisini, (resmi veya dinî) nikah akdi esnasında veya sonrasında, eşine veya hükmi bir şahıs olan hâkime tefvîz etmeyi açıkça ifade etmese veya bunu kabul etmese bile, resmi nikaha imza atan erkeğin, zımnen/örfen boşama yetkisini eşine veya hâkime tefvîz/devr ettiğini ve boşama yetkisini kullanmaları konusunda onları kendisine “vekîl” tayin ettiğini söylemek de mümkündür.⁴⁴ Şöyle ki, resmi nikah akdinin yapılması ile erkek, açıkça ifade etmese bile, zımnen karısına “bir gün seni boşamak zorunda kalırsam veya boşanmak zorunda kalırsak, mahkemede kendi adına boşanma davası açabilmen için talâk/boşama yetkimi sana tefvîz ediyorum, kendini boşaman için seni vekil tayin ediyorum” demiş olmaktadır.

Yine aynı şekilde, “bir gün boşanmak zorunda kalırsam veya eşim boşanma davası açarsa, benim adıma boşanmaya hükmedebilmesi için, talâk/boşama yetkimi hakime tefvîz ediyorum, onu vekil tayin ediyorum” demiş olmaktadır. Dolayısıyla ister kadın ister erkek tarafından boşanma davası açılmış olsun, mahkemenin boşanmaya hükmetmesi ile İslâm hukuku açısından da boşanma gerçekleşmiş olmaktadır.

B. KONUNUN İSLÂM HUKUK DOKTRİNİNDE YER ALAN “EŞLERİN TEFRİK (YARGI) YOLUYLA BOŞANMA HAKKI” AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Günümüzde eşlerin TMK'ya göre yargı yoluyla boşanma haklarını, klasik İslam hukuk doktrininde yer alan “tefrîk/yargı yoluyla boşanma hakkı” ve devletin yasama yetkisine dayalı olarak “şekil ve prosedür açısından boşanmada gerekli hukuki düzenlemeleri yapması” açısından iki başlık altında ele almak mümkündür.⁴⁵

1. Eşlerin Tefrîk/Yargı Yoluyla Boşanma Hakları Açısından

İslâm hukuk doktrininde, evliliğin sona ermesi konusunda mahkemenin müdahalesine ve hâkim kararıyla boşanmaya yer verilmiş; bu şekilde meydana gelen boşanmalar İslâm hukukçuları tarafından “tefrîk” ola-

⁴⁴ Bkz. Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-I, 282-283 (Döndüren'in görüşleri).

⁴⁵ İslam hukukunda “eşlerin tefrîk/yargı yoluyla boşanma hakkı” ve “şekil/prosedür açısından boşanmada gerekli hukuki düzenlemenin yapılması” konusuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Yılmaz, İbrahim, *Yetki ve Sistem Açısından İslam Hukukunda Boşanma*, Kayseri 2007, s. 243-457; Dalgın, a.g.e., s. 141-228.

rak isimlendirilmiştir.⁴⁶ Hukûkî bir terim olarak *tefrîk*, mezheplerin kabul etmiş olduğu sebeplerden birine istinaden eşlerden birisinin mahkemeye başvurması üzerine *hâkimin boşanmaya/ayrılığa hükmetmesi* şeklinde tarif edilir.⁴⁷ Buna göre, karı-kocalık işlerini güçleştiren ya da imkânsız hâle getiren “*hastalıklar veya fizyolojik kusurlar, erkeğin hanımının nafakasını temin edememesi, şiddetli geçimsizlik ve fena muamele...*” gibi sebeplerden dolayı, eşlerin mahkemeye başvurarak boşanma talebinde bulunma hakları vardır.⁴⁸ Ancak eşler için, özellikle kadın için *tefrîk* yoluyla boşanma hakkı doğuran sebepler ictihâdî olduğundan, mezheplerin yaklaşımları farklıdır. Hanefî mezhebinde *tefrîk/yargı* yoluyla boşanma sebepleri sınırlı olarak sadece kadına verilmişken,⁴⁹ özellikle Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde *tefrîk* yoluyla boşanma hakkı eşlerin her ikisine de verilmiş ve kadın için boşanma hakkı doğuracak sebepler oldukça geniş tutulmuştur.⁵⁰

1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi (HAK), bugünkü TMK’da “genel boşanma sebepleri” olan *aile hukukunu ihlal etme ve şiddetli geçimsizlik* sebeplerine dayalı olarak eşlerin her birinin mahkemede dava açma haklarını kabul etmiş ve bunu ilgili madde şöyle düzenlemiştir:

“Karı koca arasında anlaşmazlık ve geçimsizlik meydana gelip de **tarafardan biri hâkime başvurursa**, hâkim iki tarafın ailelerinden birer **hakem** tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden tayin olunacak kimse bulunmaz veya bulunup da hakem olacak vasıflara haiz olmazsa dışardan münasip kişileri tayin eyler. Bu şekilde teşekkül eden **aile meclisi**, tarafların iddia ve savunmalarını inceleyerek aralarını ıslaha çalışır. Bu mümkün olmadığı takdirde, kusur kocada ise **talâk** ile aralarını *tefrîk* eder. Kusur (suç) karıda ise, mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine **muâhalea** yoluyla hükmeder. Hakemler ittifak edemezlerse hâkim, gerekli vasıflara hâiz diğer bir hakem heyeti veya taraflara akrabalığı olmayan üçüncü bir hakem tayin eder. **Hakemlerin vereceği karar kesin olup itiraz edilemez.**”⁵¹

Prof. Dr. Ali Bardakoğlu’nun da ifade ettiği gibi, 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi’ne de kaynaklık eden özellikle Mâlikî hukuk ekolünün “*zarar ve şikâk sebebiyle tefrîk*” konusundaki esnek ve hoşgörülük tavrı, kadını kocasının zulmüne ve haksız baskısına karşı korumayı, kendisi için çekil-

⁴⁶ Bkz. Ebû Zehre, *a.g.e.*, s. 342 vd.; Şa’bân, *a.g.e.*, s. 473 vd.; Zerkâ, *a.g.e.*, I, 37; Bilmen, *a.g.e.*, II, 344

⁴⁷ Cin, Halil, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya 1988, s. 87, 126; Aydın, M. Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 43; Cin-Akgündüz, *a.g.e.*, II, 110.

⁴⁸ Bilmen, *a.g.e.*, II, 344; Cin, *a.g.e.*, s. 87; Döndüren, Hamdi, “Talâk”, *Şamil İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1991, VI, 105.

⁴⁹ Merginâni, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti’l-mübtedî*, İstanbul 1986, II, 28; İbnu’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadir*, IV, 303; Halebî, *Mülteka’l-ebhur*, I, 289.

⁵⁰ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 42; Karâfî, *ez-Zehîra*, IV, 419, 428; Derdîr, *a.g.e.*, II, 467; Şirbînî, *Muğni’l-muhtâc*, III, 202; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 55; Zuhâylî, *a.g.e.*, VII, 509 vd. Ayrıca bkz. Bilmen, *a.g.e.*, s. 359-362; Ebû Zehre, *a.g.e.*, s. 347; Cin, *a.g.e.*, s. 88 vd.; “Talâk”, *el-Mevsûatü’l-fikhiyye*, XXIX, 53-77.

⁵¹ Hukuk-u Aile Kararnamesi, md. 30. Ayrıca bkz. Cin, *a.g.e.*, s. 131-132.

mez bir hal almış bulunan evlilik bağından kadını kurtarmayı ve bu konuda hâkimi de devreye sokarak *makul bir objektifliği* sağlamayı hedef alan görüşleri, gerçekten, çağdaş kanunlardan **on küsur asırlık** bir önceliğe sahip ileri bir yaklaşımdır.⁵²

Netice itibariyle, aralarında ciddi bir anlaşmazlık çıktığında veya şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde eşlerden birinin, özellikle kadının, Türk Medeni Kanunu'nda öngörüldüğü şekilde boşanma davası açması ve açılan bu davaya binaen mahkemenin boşanmaya hükmetmesi İslâm hukuku açısından da geçerli sayılabilir. Bu durumda mahkemenin verdiği bu boşanma kararı eşler açısından bağlayıcı olacaktır.

2. Devletin Boşanmada Hukuki Düzenleme Yapma Yetkisi Açısından

İslâm'da şer'î/dînî hükümler, mutlak olmayıp, meşru kılındıkları maksatlarla sınırlıdır.⁵³ Bundan dolayı günümüz İslâm hukukçularından bazıları, kişinin sahip olduğu hakların kullanımına toplumsal maslahat yönünde, "*sedd-i zerâi*" ve "*siyâset-i şer'iyye*" prensiplerine dayanılarak sınırlandırmalar getirilebileceğini söylemektedirler.⁵⁴

Bu anlayıştan hareketle, İslâm hukukuna göre devlet, "mübah olan bir konuda" maslahatı gözeterek ve şer'î esaslarla çatışmamak şartıyla, hakların kullanımını sınırlayıcı hükümler koyabilir.⁵⁵ Zira "*Şer'at'ın men etmediği şeyi menetmek şer'an caizdir. Şer'an caiz olmayan, şeriatin menettiği şeyi emretmektir.*"⁵⁶ 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hazırlanmasında rol oynayan, dönemin önde gelen İslâm hukukçularından Mansurizâde Saîd (ö. 1923), "*devlet başkanı, şer'atın menetmediklerini kanun yoluyla menedebilir ve mübah (câiz) olan konularda da gerekli hukûkî düzenlemeleri yapabilir*" diyerek, devlet başkanının aile hukuku alanında, medenî ve zarûrî ihtiyaçlara uygun bir şekilde "*velâyet-i saltanatı hasebiyle*" kayıtsız şartsız kanun koymaya ve gerekli hukûkî düzenlemeleri yapmaya yetkili olduğunu ortaya

⁵² Bardakoğlu, Ali, "Hukuki ve Sosyal Açısından Boşanma", *Türk Aile Ansiklopedisi*, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Ankara 1991, I, 230

⁵³ Fethî Dirîni, *el-Hak ve Medâ sultani'd-devle fi takyîdih*, Beyrut 1984, s. 84.

⁵⁴ Dirîni, *a.g.e.*, s. 21-22, 70-73, 110-111; Köse, Saffet, *İslâm Hukukunda Hakın Kötüye Kullanılması*, İstanbul 1997, s. 43-45, 56-57; Bardakoğlu, Ali, "Hak", *DİA*, XV, 142, 147; M. Tahir b. Aşûr, *İslâm Hukuk Felsefesi*, (trc. Vecdî Akyüz-Mehmet Erdoğan), İstanbul 1988, s. 195; Ahmed er-Reysûnî, *Nazarîyyetü'l-makâsîd*, Riyad 1992, s. 74.

⁵⁵ M. Mustafa eş-Şelebî, *Ta'lîlî'l-ahkâm*, Beyrut 1981, s. 58-59; Abdülvehhâb Hallâf, *es-Siyâsetü 'ş-şer'iyye*, Beyrut 1987, s. 10-12; Dirîni, *a.g.e.*, s. 110-111; Gandür, *el-Ahvâlü 'ş-şahsiyye*, s. 722-723. Siyâset-i şer'iyye ve maslahat gereği devlet başkanının bazı mübahları yasaklayabileceğini gösteren örnekler için bkz. Şelebî, *a.g.e.*, s. 35-72; Dirîni, *a.g.e.*, s. 110-114; Yusuf el-Karadâvî, *Evrensellik-Süreklilik Açısından İslâm Hukuku*, (trc. Yusuf İçicik ve Ahmet Yaman), Konya 1997, s. 60-62; Döndüren, Hamdi, "Sosyal Değişme Karşısında İslâm Hukuku ve Yeni Yaklaşımlar", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy: 1, (2003), s. 34-40

⁵⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut 1989, IV, 196.

koymuştur.⁵⁷ Devletin bu yetkisinin aile hukuku düzenlemelerine nasıl yansıtacağı konusunda ise Mansurizâde Saîd'in görüşleri şöyledir:

“Şer’î ahkâmdan olmayan cevâza (hakkında yapınız veya yapmayınız şeklinde bir hüküm bulunmayan konulara) tabiatıyla şeriat/din müdahale etmeyeceğinden, çok kadınlı evlilik, evlenme, boşanma gibi caiz olan şeyler hakkında hükümet/devlet, milletin vicdanına ve asra uygun şekilde hükümler ve kanunlar vaz’ ve tesis edebilir.”⁵⁸

Görülüyor ki, İslâm hukukunda devletin aile hukukuyla ilgili şekil ve prosedür açısından gerekli hukûkî düzenlemeleri yaparak “umur-u câizede sınırlamalar getirmesi”, konuyla ilgili hükümleri kanunlaştırması ve bu konuda zamanın şart ve icaplarına göre en uygun olan görüşü tercih ederek bunu zorunlu kılması da mümkündür.⁵⁹ Bu konudaki tarihi tecrübe, özellikle Osmanlı uygulaması, tadrîci de olsa İslâm hukukunda devletin aile hukukuyla ilgili gerekli hukûkî düzenlemeler yapabileceğini göstermektedir.⁶⁰

Devletin yasama hakkını kullanarak *maslahat ve siyâset-i şer’iyye* gereği, zamanın şart ve icaplarına göre, boşanmaları belirli bir hukûkî prosedüre bağlamasının mümkün olduğu kabul edildiği takdirde, vatandaşların bu hukûkî prosedüre/kanuna diyâneten ve hukuken uymak zorunda oldukları da ifade edilmelidir.⁶¹ Dolayısıyla yargı yoluyla gerçekleşmeyen boşan/maların diyâneten geçerliliği tartışma konusu olsa bile, hukuken/kazâen bir

⁵⁷ Mansurizâde Saîd'in “Şeriat ve Kânun” adlı makalesinden (*Dârulfunun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, VIII, 604-605) özetle: bkz. Aydın, *Aile Hukuku*, s. 172 vd.; Deniz, Gülsüm, “İslâm Hukukunda Yenileşme ve Tanzimat Sonrası Osmanlı İmparatorluğunda Aile Hukuku İle İlgili Yenilikçi Düşünceler”, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 1992, s. 118, 128, 131, 132; Yılmaz, Ayşe-gül, “Mansurizâde Saîd, Hayatı ve Görüşleri”, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003, s. 21-22, 96-101. Ayrıca bkz. Berkes, Niyazi, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Ankara ts., s. 395-396; Akyol, Taha, *Medine’den Lozan’a*, İstanbul 1996, s. 76-77

⁵⁸ Bkz. Yılmaz, *a.g.e.*, s. 95-96; Deniz, *a.g.e.*, s. 128, 132; Güneş, Ahmet, “İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi Bu Yetkinin Sınırlandırılması ve Devri”, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 1994, s. 77. Dönemin İslâm alimlerinden bazıları, “*Caizde devletin tasarruf yetkisi* ve buna dayanarak çok karılı evlenmenin yasaklanamayacağı”, “*devletin caizde tasarruf yetkisi*” olmadığını savunarak, asr-ı saadetten beri “çok karılı” evlenmenin yasaklanmadığını, böylece ‘icma’ (görüş birliği) oluştuğunu ve hiçbir yeni icihadın bu ‘icma’ı ihlal edemeyeceğini ifade eder (bkz. Albayrak, Sadık, *Meşrutiyet İstanbulunda Kadın ve Sosyal Değişim*, İstanbul 2002, s. 483-488; Deniz, *a.g.e.*, s. 142.). Mustafâ Sabri Efendi (1869-1954) ise dinin cevâz verdiği hususları devletin yasaklamasının mümkün olmadığı görüşünü savunmuş, hatta “Şer’î izni (icazeti) kabul etmemenin veya beğenmemenin küfür olduğunu” iddia etmiştir (Mustafa Sabri Efendi, *Dini Müceddidler*, İstanbul 1977, s. 309-333). İzmirli İsmail Hakkı (1869-1946) da *Sebilürreşad*’da “Cevâzın Ahkâmı Şer’iyyeden Olup Olmadığı” başlıklı bir dizi makaleyle Mansurizâde’ye cevap vermiştir. (Deniz, *a.g.e.*, s. 133-141.)

⁵⁹ Abdüsselam Muhammed Şerif, *Nazariyyetü’s-siyâseti’s-şer’iyye: ed-davâbit ve’l-tatbikât*, Bingazi 1996, s. 155-156, 157-159; Zerkâ, *a.g.e.*, I, 207-210.

⁶⁰ Bkz. Aydın, *Aile Hukuku*, s. 83-89, 125-130, 212-218; Cin, Halil, *Eski Hukukumuzda Evlenme*, Ankara 1974, s. 281 vd.; a.mlf., *Eski Hukukumuzda Boşanma*, s. 122 vd.; Cin-Akgündüz, *a.g.e.*, II, 62 vd.

⁶¹ Bkz. Şerif, *Nazariyyetü’s-siyâseti’s-şer’iyye*, s. 157, 158; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 49; Akgündüz, *İslâm Anayasa Hukuku*, 24-25.

bağlayıcılığı ve geçerliliği olmayacaktır.⁶²

Diğer taraftan, Buhârî'nin (ö. 256/869) boşamanın Kur'ân ve Sünnet'te belirtilen esaslara uygun (sünnî) olabilmesi için gerekli olan şartlara, *iki şahidin bulunmasını* da ilave etmesinden⁶³ hareketle bazı İslâm hukukçuları, günümüzde yapılan boşamaların "sünnî" olabilmesi için, "yargı yoluyla gerçekleşmiş olması" şartının da aranabileceği kanaatinde dirler.⁶⁴ Bu yaklaşımdan hareketle, günümüzde "sünnî" boşamanın şartlarından birinin de, "yargı yoluyla gerçekleşmiş olması gerektiği" kabul edilecek olursa, sünnete aykırı olan bid'î boşamanın geçersiz olduğunu söyleyen klasik İslâm hukukçularının görüşü doğrultusunda, yargı yoluyla gerçekleşmeyen boşamaların dinen de geçersiz olduğu söylenebilir.⁶⁵ Böylece klasik kaynaklarda bazı "boşama" durumları ile ilgili olarak yer alan, "diyâneten geçerli, ancak kazâ-en geçersiz" şeklindeki ikilemler de yaşanmayacaktır.⁶⁶ Çünkü, bir boşanma olayının farklı açılardan iki türlü değerlendirilmesi bir ikilem oluşturduğu gibi, olayı yaşayan kişi açısından da vicdanen bir takım huzursuzluklara sebebiyet vermesi kaçınılmazdır.

Klasik İslâm hukuk doktrininde göze çarpan boşanmaların "diyâneten ve kazâ-en" geçerliliği ile ilgili bu ikilem, günümüzde TMK'ya göre mahkeme kararıyla gerçekleşen boşanmalar konusunda da yaşanmakta ve mahkemelerin verdiği boşanma kararı sebebiyle bazı mütedeyyin müslümanlar, özellikle de kadınlar bir takım sıkıntılar yaşamaktadırlar. Şayet günümüzde, şekil ve prosedür açısından gerekli hukukî düzenlemelerin yapılması halinde, İslâm hukuku açısından da boşanmaların ancak yargı yoluyla olması gerektiği konusunda yaygın bir kanaat oluşacak olursa, insanlar boşanma konusunda daha dikkatli davranmak zorunda kalacaklar ve boşanmaların

⁶² Bkz. A. Muhammed Şerif, *ez-Zevâc ve 'l-talâk fi 'l-kânu 'l-Libyâ ve esânîdihü 'ş-şer'iyye*, Bingazi 1995, s. 222; Atay, Hüseyin, *Kur'ân'a Göre Araştırmalar-I*, Ankara 1993, s. 15, 19; a.mlf., "İslâm Hukuk Felsefesine Giriş" (çevirenin girişi): Abdülvehhap Hallaf, *İslâm Hukuk Felsefesi (İlmu Usuli 'l-Fıkıh)*, (çev. Hüseyin Atay), Ankara 1985, s. 13-14; Dalgın, a.g.e., s. 208. Örneğin Irak Medeni Kanunu'nun 38. maddesine göre, boşanmak isteyen eşler mahkemede dava açmak zorundadırlar. Buna göre mahkeme tarafından kabul edilebilecek bir özür olmaksızın, mahkeme dışında ika edilen/yapılan boşamalar geçersiz kabul edilmiştir. Ancak bir özürden dolayı mahkemede boşanma davası açamayanlar, daha sonra boşamayı mahkemeye tescil ettirmek zorundadırlar (bkz. Sertâvî, a.g.e., s. 295).

⁶³ Buhârî, "Talâk", 1.

⁶⁴ Yaman, a.g.e., s. 72.

⁶⁵ Bkz. Aktan, "Kuran'ana Göre Boşanma Prosedürü" (Bildiri), s. 32; amlf., "Kuran'a Göre Boşanma Prosedürü", *Dini Araştırmalar*, 14/5 (2002), s. 15; Atay, *Araştırmalar*, s. 15, 19; a.mlf., "İslâm Hukuk Felsefesine Giriş", s. 13-14; Dalgın, a.g.e., s. 208; Acar, a.g.e., s. 61-62.

⁶⁶ Hata ile boşama, Hanefî, Mâlikî ve Şâfîîlerin oluşturduğu cumhura göre, *diyâneten* geçersiz olmakla birlikte, *kazâ-en* geçerlidir. Yani, bu durumda kişinin eşiyile birlikte yaşamaya devam etmesinde dinen bir sakınca yoktur; ancak eşler arasında ihtilâf çıkar ve olay mahkemeye intikal ederse, hâkim boşanmaya hükmeder. Çünkü hâkimin, kocanın gerçek niyetini bilme imkânı yoktur. Hâkimin, boşamanın yanlışlıkla olduğunu kabul etmesi ise, gerçekten boşamada bulunup da, sonra "dil sürçmesi ile oldu" diyenlere, boşamayı hafife ve alaya alma kapısını açacağından hâkim, zâhire (vâkıaya) göre hükmetmek zorundadır. (Bkz. Şirbîni, a.g.e., III, 287; Derdîr, a.g.e., II, 544; Cezîrî, a.g.e., IV, 258; Ebû Zehre, a.g.e., s. 291; Şa'bân, a.g.e., s. 410; Mustafa İbrahim Zelemî, *Medâ sultânî 'l-irâdeti fi 'l-talâk*, Bağdâd 1984., II, 40)

geçerliliği konusunda “*diyâneten*” ve “*kazâen/hukuken*” şeklinde ikili bir değerlendirme yapılmasından kaynaklanan sorunlar yaşanmayacaktır.

Kur’ân’da, eşler arasında anlaşmazlık ve geçimsizlik baş gösterdiğinde söz konusu olabilecek boşanma prosedürü ile ilgili iki aşamaya dikkat çekilmiştir. Bunlardan birincisi aile içi prosedürü ilgilendiren gayr-i resmi aşama, diğeri ise toplumu ve devleti ilgilendiren resmi aşamadır.⁶⁷ Buna göre eşler, önce kendi aralarında aile birliğini korumak için bütün çare ve yollara baş vuracaklar,⁶⁸ bu gayr-i resmi aşamada evliliğin devamı yönünde bir uzlaşma sağlanamadığı takdirde, genel boşanma sebepleri olarak değerlendirilebileceğimiz “*aile hukukunu çiğneme korkusu*”⁶⁹ ve “*şikâk/ şiddetli geçimsizlik*”⁷⁰ gibi sebeplerle aile birliğini sona erdirmek için resmi yoldan boşanma davası açacaklardır.⁷¹

Şu halde günümüz şartlarında İslâm aile hukukuna göre evlilik birliğini sona erdirecek bir hukûkî düzenleme yapılacak olsa, Kur’ân’daki esaslar çerçevesinde ve “*tahkîm usulüne*” başvurmayı emreden âyetin hükmü⁷² gereğince Mâlikî mezhebinin öngördüğü,⁷³ 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi’nin kanunlaştırdığı,⁷⁴ 1923 ve 1924 tarihli Hukûk-i Aile Kanunu tasarı-

⁶⁷ *Güncel Dini Meseleler İstişâre Toplantısı-I*, s. 251-252 (Yunus Vehbi Yavuz’un görüşleri); Sîbâî, *a.g.e.*, I, 213-214.

⁶⁸ Bkz. Nisâ, (4), 34, 128.

⁶⁹ Bkz. Bakara, (2), 229.

⁷⁰ Bkz. Bakara, (2), 229; Nisâ, (4), 35; Muhâlea ile ilgili hadislerde de boşanmak için bu vb. sebepler ileri sürülmüştür (bkz. Buhârî, “Talâk”, 12-13; Nesâî, “Talâk”, 34-53; Ebû Dâvûd, “Talâk”, 17-18; Tirmizî, “Talâk”, 10; İbn Mâce, “Talâk”, 22; Dârimî, “Talâk”, 7; Muvatta, “Talâk”, 11).

⁷¹ Sîbâî, *a.g.e.*, I, 213-214; Gandûr, *el-Ahvâlü’s-şahsiyye*, s. 344; Ebû Zehre, *a.g.e.*, s. 365. Ayrıca 1924 tarihli Hukuk-i Aile Kanunu Tasarısı’nın konuyla ilgili 112-122. maddeleri için bkz. Ansay, Sabri Şakir, *Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar*, Ankara 1952, s. 146-148; Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 141-142. Güncel Dini Meseleler İstişâre Toplantısı’nın Sonuç Bildirgesi’nin 16. maddesinde “*Evlilik birliğinin devamı asıl gaye olmakla birlikte İslâm dini, eşlerin, birbirleri ile uyuşamadığı ve ayrılmanın zaruret haline geldiği durumlarda, Kur’an ve Hz. Peygamber’in gözettiği amaçlar ve hukukî süreç dikkate alınarak bu birliği sona erdirmeye haklarının bulunduğunu kabul eder.*” denilmektedir (*Güncel Dini Meseleler İstişâre Toplantısı-I*, s. 784). Ancak bu maddede yer alan “hukukî süreç”ten maksadın ne olduğu açıkça ifade edilmemiştir.

⁷² Bkz. Nisâ, (4), 35. HAK Esbâb-ı Mücibe Lâyhâsı’nda (Gerekçeli Karar) belirtildiğine göre, Nisâ suresi (4), 35. âyetin hükmü gereğince “hakem heyeti” teşkil edilmesi, bir tavsiye değil emirdir (Bkz. Ansay, *a.g.e.*, s. 30-31; Çeker, Orhan, *Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesi*, Konya 1999, s. 102). İzzet Derveze ise, bu âyette yer alan “*karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız*” ifadesininin, zamanın şart ve icaplarına göre devlet başkanına boşanmaya müdahale etme imkânı verdiği görüşündedir (Bkz. İzzet Derveze, *et-Tefsîrü’l-hadis: Nüzul Sırasına Göre Kur’an Tefsiri*, (çev. Vahdettin İnce), İstanbul 1997, s. 256.)

⁷³ Bkz. İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 81; Ebûbekir İbnü’l-Arabî, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, (thk. A. Muhammed el-Bicâvî), Mısır 1957, I, 424 Derdîr, *a.g.e.*, II, 512-514.

⁷⁴ Bkz. *Hukuk-i Aile Kararnamesi*, md. 130.

larının benimsediği⁷⁵ ve bugün bir çok İslâm ülkesinde uygulandığı şekliyle⁷⁶ eşlerin kanunda belirtilen “yargı yoluyla boşanma” prosedürüne uymaları zorunlu hale getirilebilecektir.⁷⁷ Hatta boşanmada devletin belirlediği bu hükûkî prosedür ve şekil şartlarına uymayanlara ceza vermek yoluna gidilebileceği gibi,⁷⁸ yargı yoluyla gerçekleşmeyen boşanmaların dinen geçersiz olabileceğini söylemek de mümkündür.⁷⁹

Şu halde günümüzde, Kur’ân ve Sünnet’te belirtilen esas ve kurallar çerçevesinde İslâm hukukuna göre boşanmak isteyen eşlerin, özel veya genel boşanma sebeplerinden birine istinaden mahkemede dava açmalarında ve Medeni Kanun’da belirtilen “boşanma prosedürüne” uymalarında dini açıdan bir sakınca bulunmamaktadır.

Diğer taraftan boşanmada uyulması gereken hukuki prosedürün belirlenmesinde örfün de önemli bir etkisi vardır. Günümüz İslam hukukçularından Prof. Dr. Hamdi Döndüren’in Kur’an’da sıkça geçen “maruf” kelimesi ile ilgili değerlendirmesi konunun günümüz açısından önemine vurgu yapmaktadır:

Kur’ân’da 30 kadar âyette⁸⁰ ve pek çok hadiste kullanılan ‘*ma’rûf*’ kelimesi, İslâm’ın sosyal konularda sürekli olarak güncelleşmesini sağlayacak formül bir sözcüktür. Çünkü “*ma’rûf*”, toplumdaki değişmelere göre içerik kazanır. Sözcüğün hemen bütün kullanımlarının belirtme takısıyla “*el-ma’rûf (o toplumda bilinen)*” şeklinde olması dikkat çekicidir. Bu nedenle, İslâm’ın genel ve açık hükümleriyle çelişmeyen yeni örf ve kültürler bu kapsam-

⁷⁵ Bkz. 1923 tarihli Hukûk-i Aile Kanunu Tasarısı, md. 130; 1924 tarihli Hukûk-i Aile Kanunu Tasarısı, md. 86-88, 112-122.

⁷⁶ Bugün Irak, Tunus, Fas gibi bir çok İslâm ülkesinin medeni kanunlarına göre de, boşanmalar mahkeme kanalıyla olmak zorundadır. (Bkz. Sertâvî, *a.g.e.*, s. 294-295; Şehbûn, *a.g.e.*, s. 250). 1929 tarih ve 25 nolu Mısır Ahvâl-i Şahsiye Kanunu da (md. 6-11), ailenin devamını sağlamak üzere “Hakem Heyeti” teşkilini öngörmüştür (Bkz. Ebû Zehre, *a.g.e.*, s. 361-362).

⁷⁷ Boşanmanın yargı yoluyla ve hükûkî prosedüre uygun bir şekilde yapılması gerektiğine dair teklifler için bkz. Aktan, “Kuran’a Göre Boşanma Prosedürü” (Bildiri), s. 30-33; *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-I*, s. 249-250 (H. Aktan’ın görüşleri); Atay, *Araştırmalar*, s. 15, 19; a.mlf., “İslâm Hukuk Felsefesi’ne Giriş”, s. 13-14; Dalgın, *a.g.e.*, s. 233-234; Acar, *a.g.e.*, s. 307. Ayrıca bkz. Muhâremed Biltâcî, *Mekânetü’l-mer’ e fi’l-Kur’âni’l-kerim ve ş-sünneti ş-sahiha*, Kahire 2000, s. 126-127; Ahmed Gaandûr, *et-Talâk fi’ş-Şerîati’l-İslâmiyye ve’l-Kânûn*, Kâhire 1967, s. 68; Şerif, *ez-Zevâc ve’l-talâk*, s. 221-222, 226-229, 255.

⁷⁸ Döndüren, *Aile İlmihali*, s. 454. 1917 tarihli HAK’da boşanmayla ilgili hukuki/ıdari bir düzenleme yapılmış, bu düzenlemeye muhalefet ederek durumu 15 gün zarfında hâkime bildirmeyen erkeğin bir haftadan bir aya kadar hapis cezasına çarptırılacağı da Hukûk-i Aile Kararnamesine Mûteallik Muamelat-ı İdariye Hakkında Nizâmname’de (md. 15) belirtilmiştir (bkz. Ansay, *Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar*, s. 32-35). Kanun-ı Ceza’nın 200’üncü Maddesinin 19 Rebiulahir 1332 Tarihli Zeyl-i Sanisini Muadil Kararname’de (md. 1) de benzer bir düzenleme yer alır (bkz. *a.g.e.*, s. 36; Çeker, *Hukuk-i Aile Kararnamesi*, s. 110).

⁷⁹ Bkz. Aktan, “Kuran’a Göre Boşanma Prosedürü” (Bildiri), 32; amlf. “Kur’an’a Göre Boşanma Prosedürü” (makale), s. 15; Atay, *Araştırmalar*, s. 15,19; a.mlf., “İslâm Hukuk Felsefesi’ne Giriş”, s. 13-14; Dalgın, *a.g.e.*, s. 208; Acar, *a.g.e.*, s. 61-62 .

⁸⁰ Bu ayetler için bkz. M. Fuâd Abdülbâki, *el-Mu’cemü’l-müfhehres li elfâzi’l-Kur’âni’l-Kerim*, s. 458-459 (“urf” md.)

da olup bunların toplumsal değişime etkisi önemli bir yer tutar.⁸¹

Buna göre toplumda uyulması, Müslümanlar açısından da kanuni/hukuki bir zorunluluk haline gelen “yargı yoluyla/mahkeme kararı ile boşanma” şeklindeki bir uygulama, Kur’ân ve Sünnet’in temel esas ve gayesine aykırı değilse ve sarih bir nasla da çatışmıyorsa, İslâm hukukunda boşanmada başvurulacak “**şekil ve hukûkî prosedür**” hakkında bağlayıcı bir hüküm bulunmamasından hareketle, boşanmayla ilgili hukûkî düzenlemede, **zamanın şart ve icaplarının (örfün) dikkate alınarak**, gerekli hukûkî düzenlemelerin yapılmasında ve boşanmaların yargı yoluyla olmasında İslâm hukuku açısından bir sakınca olmaması gerekmektedir.⁸²

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

“TMK’ya Göre Gerçekleşen Boşanmaların İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” konusunda yapmış olduğumuz bu araştırma sonunda, varmış olduğumuz genel kanaat ve değerlendirmeleri, şu şekilde özetlemek mümkündür:

a) Bugün İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğu TMK’ya göre gerçekleşen resmi nikahın şartları dahilinde İslam hukuku açısından da geçerli olduğunu, bu nedenle, özellikle kadının haklarını ve itibarını güvence altına alabilmek için resmi nikah yaptırmadan dinî nikah yaptırmanın dinî ve sosyal açıdan sakıncalı olduğunu söylemektedirler.

b) Ancak, “resmi nikah”ın aksine, Müslüman-Türk kamuoyunda ve din adamları arasında TMK’ya göre gerçekleşen boşanmaların dinî hükmü ile ilgili gündem oluşturan bir tartışma ve çoğunluğun görüşünü yansıtan bir gelişme olmamıştır. Bunda “aile hukuku” ile ilgili hükümlerin muhafazakar bir karakter taşıması yanında, yapılan yeni düzenlemelerin Müslüman-Türk toplumunun dinî değerleri ile tam olarak örtüşmemesi ve TMK’ya göre boşanmaların zorlaştırılmış olması da önemli bir etken olmuştur.

c) Bu çerçevede bir çözüm önerisi olarak, TMK’daki boşanma sisteminin İslam hukukunda olduğu gibi **alternatifli** bir şekle, diğer bir ifade ile “**karma sisteme**” dönüştürülerek, boşanmaların **kolaylaştırılması** ve

⁸¹ Döndüren, “Yeni Yaklaşımlar”, s. 45-46.

⁸² Bkz Bardakoğlu, *İslâm Hukukunda Metodolojik İhtilâflar ve Sonuçları*, (Ders Notları), Kayseri 1987, s. 42; Güneş, Ahmet, “İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi, Bu Yetkinin Sınırlandırılması ve Devri”, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), (Danışman: Doç. Dr. Ali Bardakoğlu), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 1994, s. 71 vd. Prof. Dr. Ali Bardakoğlu’nun 29.06.2001 tarihli Hürriyet Gazetesi’ne verdiği beyanata göre, İslâm hukuku boşanmada başvurulacak “*şekil ve hukûkî prosedürü*” örfe ve zamanın şartlarına bırakmıştır: bkz. www.islamiyetgercekleri.org/islkadınbosanma.html (19.12.2009). İbn Kayyim el-Cevziyye’nin “*Talâk/boşama, bacağı tutan (kadınla cinsel ilişkide bulunan) kocanın hakkıdır*” (İbn Mâce, “*Talâk*”, 31; Dârekutnî, *Sünen*, III, 288-289, hadis no: 3925-3927; Şevkânî, *Neylü’l-evlâr şerhu Münteka’l-ahbâr*, Mısır, ts., VI, 268) hadisiyle ilgili değerlendirmesi de, konuyla ilgili nasların yorumunda örf ve sosyo-kültürel yapının dikkate alınması gerektiğini göstermektedir (Bkz. İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü’l-me’âd*, (çev. Muzaffer Can), İstanbul 1991, V, 2255-2256).

hakime olduğu kadar eşlere de boşanma iradelerinin verilmesi, vatandaşın “dinî boşanma” yerine “resmi boşanma” yolunu tercih etmesine önemli bir katkı sağlayacağı söylenebilir.⁸³ Bu bağlamda, boşanma davalarına bakan mahkemelerin yargılama prosedürüne, 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin 130. maddesinde yer aldığı şekliyle öncelikle eşler arasında sulh girişiminde bulunacak, “**aile meclisi**” adı altında bir “**hakem heyeti**” kurumunun dahil edilmesi düşünülebilir.

Böylece boşanma amacıyla mahkemeye müracaat eden kişiye hâkim tarafından nasihat edilecek, gerekli tavsiyelerde bulunulacaktır. Boşanma kararının sonuçları hatırlatılacak, sorumlulukları hakkında bilgi verilecek ve eşlerin boşanma noktasına gelip gelmedikleri ve kararlarında emin olup olmadıkları ortaya çıkacaktır.⁸⁴ Ayrıca boşanma kararı ile mahkemeye müracaat edenlere, günümüz koşullarında psikolojik danışmanlık hizmeti verilebilecek, böylece bir oldu bitti sonucu yuvaların yıkılması önlenmiş olacaktır.⁸⁵ Nitekim ülkemizde 1963 yılına kadar Hukuk Usulü Muhâkemeleri Kanunu'nda (HUMK) yer alan, “*Boşanma ve ayrılma davasını ikame için, evveleminde hasmı sulh hâkim huzuruna davet lazımdır. Davet ettirilmedikçe dava mesmu' olmaz*” maddesi (md. 494) uyarınca, boşanma davası açılmadan önce eşlerin “sulh hâkimi” önüne davet edilmeleri gerekmekteydi.⁸⁶

d) TMK'ya göre, erkeğin açmış olduğu dava sonucunda mahkemenin vermiş olduğu boşanma kararının İslâm hukuku açısından hiç bir sorun oluşturmadığı konusunda ittifak olduğu söylenebilir. Çünkü, boşanmaya mahkeme/hâkim karar vermiş olsa bile olay, erkeğin “talâk yetkisi”ni kullandığı şeklinde değerlendirilmektedir.

e) Kadının açmış olduğu davaların boşanma ile sonuçlanması halinde ise bazı İslâm hukukçuları bu durumu, İslâm hukukunda var olan “*boşamayı şarta bağlama, nikah akdinde boşanma hakkına sahip olmayı şart koşma, mükrehin boşaması ve tefviz-i talâk*” gibi özel durumlar açısından değerlendirerek, meydana gelen boşanmanın İslâm hukuku açısından da geçerli olacağını söylemişlerdir.

⁸³ TMK'daki son düzenlemelerle ilgili olarak Turgut Akıntürk, “*TMK'nın bu son değişiklikle mevcut bütün ilkeleri benimseyerek adeta bir 'karma sisteme' yer verdiğini rahatlıkla ifade edebiliriz*” derken (Akıntürk, *Aile Hukuku*, s. 235), Aydın Zevkliler, Medeni Kanun'un 166. maddesinde geçen “*eşlerin anlaşması*” sebebinin, “*anlaşmalı boşanma*” ya da “serbest boşanma” olarak değil, olsa olsa “*kolaylaştırılmış boşanma*” olarak değerlendirilebileceğini kaydeder (Zevkliler, *Aile Hukuku*, Ankara 1992, s. 800).

⁸⁴ Bkz. Aktan, “Boşanma Prosedürü” (Bildiri), 31; Musa Cârullâh, *Kur'an-ı Kerim Âyet-i Kerimelerinin Nuruları Huzurunda Hatun*, (yayına haz. Mehmet Görmez), Ankara 1999, s. 90-91; Atay, *Araştırmalar*, s. 15.

⁸⁵ Bkz. Biltâcî, *a.g.e.*, s. 118; Dalgın, *a.g.e.*, s. 204.

⁸⁶ Bkz. M. Reşit Belgesay, *Boşanma Usulü Muhâkemesi*, İstanbul 1944, s. 116-120. Buna göre sulh hâkimi, her iki tarafın da hazır bulunduğu gizli bir oturumda eşleri barıştırmaya gayret eder, eğer bunda başarılı olamazsa ancak o takdirde boşanma davası açabilirdi. Buna “*sulh teşebbüsü*” denilirdi. Fakat HUMK'un sulh teşebbüsüyle ilgili 494-499 uncu maddeleri 26.9.1963 tarih ve 238 sayılı Kanunla kaldırıldı. Bugün artık bir boşanma davası açılmadan önce sulh teşebbüsünde bulunma ihtiyacı yoktur; dava hakkı olan eş doğrudan doğruya yetkili aile mahkemesinde boşanma davası açabilir (bkz. Akıntürk, *Aile Hukuku*, s. 272-273).

f) Bugün ülkemizde veya laik hukukun geçerli olduğu ülkelerde, kadının açmış olduğu davada mahkeme tarafından verilen boşanma kararını, yukarıda açıklanan İslam hukukundaki “bazı özel durumlar” açısından değerlendirerek bir çözüme kavuşturmak mümkündür. Ancak, kadının açtığı boşanma davasında konuyu, “İslâm hukukunda eşlerin yargı yoluyla boşanma hakkı” açısından ele almak daha isabetli olacaktır.

Nitekim yapılan istatistikler ve araştırmalar göstermektedir ki, -asıl sebep farklı da olsa- Türkiye’de açılan boşanma davalarının %90’ından fazlası Medeni Kanun’un 166/I-II. maddesinde yer alan “evliliğin temelden sarsılması” gerekçesine dayanmaktadır.⁸⁷

Bu nedenle, yukarıda ifade edilen “genel boşanma sebebi”ne bağlı olarak kadının açmış olduğu boşanma davalarını ve verilen boşanma kararlarını, İslam hukukunda “genel boşanma sebepleri” olarak kabul edilen “*aile hukukunu ihlal etme*”⁸⁸ ve “*şiddetli geçimsizlik*”⁸⁹ sebebiyle eşlerin boşanma davası açabilme hakları ve Kur’an’ın “tahkîm” usûlüne başvurmayı emreden hükmü⁹⁰ çerçevesinde değerlendirmek mümkündür.

Yine aynı şekilde “özel boşanma sebeplerine” bağlı olarak kadının açmış olduğu boşanma davasında, boşanmaya gerekçe olarak ileri sürülen sebebin İslam hukuku doktrini açısından uygun olup olmadığına bakılmalıdır. Şayet kadının açtığı davada ileri sürülen gerekçe, İslam hukuku doktrini açısından bir sakınca oluşturmuyorsa, bu gerekçeye bağlı olarak mahkemenin vermiş olduğu boşanma kararının da İslam hukuku açısından geçerli olması gerekmektedir.

g) Burada bir konuya dikkat çekmek gerekiyor. Görebildiğimiz kadarıyla günümüzde TMK’ya göre gerçekleşen boşanma davaları İslam hukuku açısından değerlendirilirken, boşanma davasını erkek açtığında olay “erkeğin talâk/boşama” yetkisini kullanması veya “bu yetkiyi hâkime devretmesi” açısından ele alınmakta,⁹¹ kadının açtığı boşanma davasına ise “kadının tefrîk hakkını kullanması” açısından bakılmamaktadır.⁹² Şayet, erkeğin açtığı boşanma davasında, “laik mahkemenin/TMK’nın” verdiği boşanma kararı geçerli ise, kadının açtığı boşanma davasında da bu mahkemenin verdiği

⁸⁷ Bkz. Akıntürk, Turgut, *Yeni Medeni Kânûna Uyarlanmış Aile Hukuku*, 9.Baskı, Beta Yay., İstanbul 2004., s. 254. Ayrıca bkz. *Boşanma İstatistikleri*, Devlet İstatistikleri Enstitüsü, Ankara 1998, 1999.

⁸⁸ Bkz. Bakara, (2), 229.

⁸⁹ Bkz. Nisâ, (4), 35.

⁹⁰ Bkz. Nisâ, (4), 35.

⁹¹ Örnek olarak Bkz. *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, s. 81..

⁹² Karaman, kadının açtığı boşanma davası sonucunda mahkemenin verdiği boşanma kararını, erkeğin kabul etmeyerek dinî açıdan karısını boşamamakta ısrar etmesi halinde kadının durumu “hakem” heyetine intikal ettirebileceğini ve hakemlerin tefriğe/boşanmaya hükmedebileceklerini söylemektedir. Bkz. Karaman, “*Evlilikle İlgili Problemler*”, *Yeni Şafak*, 23.11.2007; <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0161.htm> (15.12.2009). Ayrıca bkz. *Kuran Yolu*, I, 363, 369.

boşanma kararının geçerli olması gerekmektedir. Çünkü, davanın açıldığı “mahkeme” her ikisinde de aynıdır. Erkek “boşama hakkını devretme (tefviz-i talâk)” hakkını kullanmışsa, kadın da “tefrîk/yargı yoluyla boşanma” hakkını kullanmış olmaktadır.

h) Sonuç olarak şunu diyebiliriz ki, bugün TMK'ya göre mahkemele-
rin vermiş olduğu boşanma kararlarını, ister İslam hukukunda yer alan bazı
özel durumlar açısından ele alalım, isterse eşlerin yargı yoluyla boşanma
hukukları açısından ele alalım sonuç değişmeyecektir. Buna göre mahkemede
davayı ister erkek açmış olsun ister kadın, isterse her ikisi birden açmış ol-
sun, TMK'nın vermiş olduğu boşanma kararlarının İslam hukuku açısından
da geçerli olması gerekmektedir.

Şöyle ki, mahkemede açılan boşanma davalarında davayı açan erkek
ise “talâk/boşama” yetkisini kullanmış olmaktadır. Davayı açan kadın ise
“tefrîk/yargı yoluyla boşanma” hakkını kullanmış olmaktadır. Nitekim 1917
tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi, eşlerin her ikisine mahkemede boşanma
davası açma hakkı vermiş ve kadının boşanma davası açma hakkını kabul
etmiştir (md. 130).