

ŞART NAZARİYESİ AÇISINDAN İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVLENME VE BOŞANMA

Zeki KOÇAK (*)

Öz

Aile Hukukunun en temel iki konusu evlenme ve boşanmadır. Bunlar belirli şartlar dâhilinde ve mutlak sözlerle hemen gerçekleşir. Eğer evlenme akdinin kuruluşu, müstakbelde gerçekleşecek bir olaya (ta'likî şart) bağlanırsa geçersiz olur, fakat uygun takyîdi bir şarta bağlanırsa geçerli olur. Çünkü evlenme temlikat (mülk edindirme, devir) nev'inden bir akitir. Boşanma ise iskatat (hak düşürme) nev'inden olduğundan her iki şartla da gerçekleşir. Fıkıhta insanın akitlerinde ve tasarruflarında ileri sürdüğü ca'li şartların, Şâri'nin vaz' ettiği şer'î şartlara aykırı olmaması asli bir kuraldır. Çalışmamızda evlenme ve boşanmada ileri sürülen şartların çeşitleri ve hukuki sonuçları eski ve yeni meselelerle birlikte ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Aile, Hukuk, Şart, Evlenme, Boşanma.

Marriage and Divorce in Islamic Family Law in Terms of the Theory of Requirement

Abstract

The two main issues of Islamic family law are marriage and divorce. These two issues take place within certain conditions and with absolute promises right away. The establishment of the marriage contract would be invalid if it is tied to a condition that will take place in the future. However, the marriage would be valid if there is a compatible condition attached to the marriage contract. Because marriage is one of kind acts that means transfer of property or a right. However, divorce takes place with both types of conditions because divorce is one of kind acts that means reducing a property or right. As a basic rule of Islamic law, private conditions set forth in an agreement or act by the people, should not be contrary to the conditions set by Allah and Prophet. In our study, both types of conditions set forth in the marriage and divorce are discussed. In addition, the legal consequences of those conditions are discussed with the old and new issues.

Keywords: Family, Law, Requirement, Marriage, Divorce.

*) Dr. Eğt. Gör., Diyanet İşleri Başkanlığı İslam Hukuku Ana Bilim Dalı
(e-posta: zkocak25@hotmail.com)

Giriş

İslam mantıkçıları insanı *düşünerek konuşan* canlı olarak tanımlar. İnsanın manadan lafza intikal eden sözlerinin arkasındaki gaye bazen açık bazen gizlidir. Sözü dinleyenin ise lafızdan manaya intikal ederken mütekellimin maksadını açık ve net olarak anlayabilmesi için bir takım emarelere, delillere ve söyleyenin tavırlarına ihtiyacı vardır. Sözün tesiri de yine bu vasıflarla ağırlık kazanır. Bazen de söz sahibi, sözünün geçerliliğini ortaya koymak ve gücünü karşıdakilere göstermek için bir takım şartlar, yeminler ve vaatler ileri sürerek konuşur.

Usûlü fıkıh ilminin turuku'l-istinbat bölümünde genel anlamda sözün hükme delaleti üzerinde durulurken, özel anlamda şer-i hükümler bölümünde şartın hükümlerdeki tesiri üzerinde durulmuştur. Şart konusu fûru fıkhıta akit nazariyesi başta olmak üzere fıkıhın pek çok alanında çeşitli yönleriyle ele alınmıştır.

Çalışmamızda şartın usulde ve fûrudaki mahiyetine kısaca değinip Aile Hukukunda evlenme ve boşanmayla ilgili hukuki sonuçlarını ele alacağız. Açıkça olmasa da zımnen şart nazariyesiyle ilgisi olup çokça sorulan psikiyatri hastalarının evlenmesi ve yeni nikâh çeşitlerinin geçerliliği tartışması bizleri bu konuya yönlendirmiştir. Sahanın uzmanlarıyla da görüşülerek konunun İslam hukuku açısından temellendirilmesi sağlanacaktır.

Bizden öncekilerin bir konudaki ilmi ihtilafları, o konunun usul ve fûru fıkıh açısından anlaşılmasının zor olduğunu gösterir. Bu zorluğun temelinde coğrafi, iktisadi, mahalli, örfi ve sosyal farkların etkisi olduğu da muhakkaktır. Dolayısıyla amacımız, günümüzde şarta taalluk eden aile hukukunun güncel bazı problemleri için yeni bir bakış açısı kazandırmak ve çözüm önerilerinde bulunmaktır.

1. Usûl ve Fûru' Fıkıh Açısından Şart Nazariyesi

Bazı kavramların kullanıldıkları ilim dalına göre farklı manalara geldiği bilimsel bir gerçektir. Çünkü kavramın anlam alanını belirlemede kullanıldığı ilmin mahiyeti ve mevzusu etkili olmaktadır. Şart kavramı da usulü fıkhıta ve fıkhıta farklı şekillerde tarif edilmiştir. Hatta fıkıh ilmi içerisinde çok çeşitlilik kazandığı da bir gerçektir. Dolayısıyla bizim amacımız bu kavramın fıkıh ve usuldeki kullanımına kısaca değinerek aile hukukundaki evlenme ve boşanmaya olan etkisine yoğunlaşmak istiyoruz.

Fıkıh ilminde şartlar genelde şer'î/hakiki ve ca'î olmak üzere ikiye ayrılır. Şer'î şart fıkıh usulünde Şâri' tarafından vaz edilen hükümlerden birisidir. Ca'î şart ise mükellefin yaptığı akitlerde ve diğer tasarrufları esnasında kendi iradesiyle ileri sürdüğü şartlardır.¹

1) Boynukalın, Mehmet, "Şart" *DİA*, C. XXXVIII, s. 364.

1.1. Usûlü Fıkıhta Şart

Şart kavramı, sözlük anlamına uygun olarak fıkıh usulünde alâmet manasında kullanılmıştır.² Kur'an-ı Kerîm'de yine alâmet manasında çoğul olarak "eşrâtuhe"³ "onun (Kıyametin) alâmetleri" şeklinde kullanılmıştır.⁴ Hadislerde ise şart, tekil ve çoğul şekilde, hem alâmet hem de fıkıhtaki bir şeyin varlığı kendi varlığına bağlanan manasında kullanılmış olup konu olarak da genelde akitlerde ele alınmıştır.⁵ Gazâlî de şartın alâmet manasına dikkat çektikten sonra Arapça'da polise "şurtî" denmesinin sebebini elbiselerinin diğer insanlardan farklı olmasına bağlamıştır.⁶

Debusî ve Pezdevî istilahi olarak birbirine yakın şekilde şartı; varlığına, illetin veya hükümün vücubunun (gerekliliğinin) değil, vücudunun (varlığının)bağlı kaldığı şey, şeklinde tarif etmişlerdir.⁷ Bu açıdan bakıldığında şart, gerekliğin kendisine bağlanması açısından alâmete, varlığın kendisine bağlanması açısından ise illete benzetilmektedir. Bu sebeple kendisine "ayrılmaz/la infikak alâmet" anlamına gelen şart ismi verilmiştir.⁸ İbn Melek'e göre şart, şarta bağlı kılınan şeyin var olmasında müessir değildir. Bu yüzden şart illetten ayrılır. Ancak burada başka bir kayda ihtiyaç vardır. O da "O şeyin mahiyetinin dışında kalan" kaydıdır. Zira bir şeyin varlığı o şeyin parçasının varlığına da bağlıdır, ama parça bütünüün var olmasında müessir değildir. Bu bakımdan gerekli olan bu kayıt bir şeyin parçasını tanımın dışına çıkarmıştır.⁹ Ayrıca bu kayıtla rükün de şartın dışında kalmıştır.

Usûlü fıkıhta Hanefî usûl geleneğinde mükellefin fiillerine *tahyîr*, *iktiza* veya *vaz'* yoluyla alakalı ilahi hitabın eserine hüküm denir. Bu tanımdan hareketle *vaz'*i hükümlerde bir şeyin diğer bir şeyle ilişkisinin (sebebi, illeti, şartı... gibi) dikkate alındığını görürüz. Fakat teklifi hükümlerde ise böylesi bir ilişkiden ziyade ilahi emre veya nehye muhatap olma esastır.¹⁰ İşte *vaz'*i hükümlerden olan şartın diğer *vaz'*i hükümlerle olan ilişkisini mukayeseli olarak tespit etmek pek çok fikhî meselenin anlaşılmasında bizlere katkı sağ-

- 2) İbn Faris, Ebu'l-Hüseyn Ahmed, *Mekayisu'l-Luğa*, thk, Enes Muhammed eş-Şamî, Kahire, 2008, s. 475. Debûsî, Ebu Zeyd, *Takvîmü'l-Edille*, thk, Halil el-Meys, Beyrut, 2001, s. 371. Pezdevî, Fâhru'l-İslam, *Usûlü'l-Pezdevî (Kenzü'l-Vüsûl ila Marifeti'l-Usûl)* thrc, Kasım b. Kutlu Boğa, thk. Said Bektaş, Beyrut, 2014, s. 861. Şart'ın terim anlamıyla ilgili detaylı bilgi için bkz, Boynukalın, Mehmet, *Fıkıh Usûlünde Şart Kavramı*, MÜİFD, 2009, S. 36/1, s. 9.
- 3) 47/Muhammed /18.
- 4) Ragîb el-İsfahanî, Ebu'l-Kasım, *el-Müfredat fi Garibi'l-Kur'an*, thk. Seyyid Ceylani, Beyrut, trs. s. 258.
- 5) Ebu Davûd, Akziye, 12.
- 6) Gazâlî, Ebu Hamid, *Şifau'l-Galil*, Beyrut, 1999, s. 258.
- 7) Debûsî, s. 371; Pezdevî, s. 681.
- 8) Pezdevî, s. 681.
- 9) İbn Melek, İzzüddin Abdullatif, *Şerhu'l-Menar Fi Usuli'l-Fıkıh*, İstanbul, 1965, s. 326.
- 10) Husarî, Ahmed, *Nazarîyetü'l-Hüküm ve Masadirü't-Teşr' fi Usuli'l-Fıkhi'l-İslamî*, Beyrut, 1986, s. 31, 115.

layacaktır. Mesela; *şartla rükün, şartla farz, şartla illet, şartla sebep, şartla alâmet ve şartla mâni* arasındaki farklar herhangi bir fıkhi meselede hüküm verirken dikkate alınmalıdır.¹¹ Şartın, saydığımız bu vaz'î hükümlerle olan münasebetinden ve nev'î şahsından kaynaklanan vasıfları itibariyle beş çeşit olduğunu görürüz. Bunlar sırasıyla; *yalın şart, illet hükmünde şart, sebep hükmünde şart, ismen şart ve halis alâmet gibi olan şart*. Bu saydıklarımızın her birisi ayrıca kendi içerisinde bir kaç kısma da ayrılmıştır.¹² Şâtübî şartı meşrutunu hangi gerekçeyle olursa olsun tekml edendir, şeklinde tarif etmiştir. Onun nazarında şart yukarda saydığımız şart çeşitlerinden hangisinin kapsamına girerse girsın maksat meşrutun şartı gerektirmesidir. Bu açıdan konuya bakan Şâtübî, âdetâ makâsıt nazariyesindeki tahsîniyyatın haciiyatı, hâciyyatın da zarûriyyatı tekml ettiği gibi şartın da meşrutunu tekml ettiğini belirterek, makâsıt görüşüne nazire yapmak istemiş ve bir telmihte bulunmuştur diyebiliriz.¹³

Şart konusu Mecelle'nin 43. ve 44. maddelerinde örfün hukuki mahiyetini belirlemek için kullanılmıştır.¹⁴ Konumuzla ilgili olarak ise “Şartın sübutu indinde ana muallâk olan şeyin sübutu lazım olur.”¹⁵ “Bi-kaderi'l-imbân şarta müraât olunmak lazım gelir.”¹⁶ şeklindedir. Bu maddeler şartın usûl ve fûru' ilmindeki önemini gösterir. Yeri geldikçe bunlara ve benzerlerine konuyla ilgili olarak tekrar atıfta bulunacağız.¹⁷ Mecellede şartla ilgili zikredilen maddelerden ilkinin ta'lîki şarta, ikincinin ise takyîdi şarta ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.¹⁸ Hâdimî'nin Mecamiu'l-Hakaik isimli usûl eserinin sonunda tespit ettiği 153 külli kaideden dört tanesi konumuzla doğrudan iki tanesi ise dolaylı olarak ilgilidir.¹⁹

11) Boynukalın, s. 22-26.

12) Şartın farklı taksimatı ve yukarda zikrettiğimiz kısımlarıyla ilgili tarifler ve misaller için bkz. Pezdevî, s. 693-703; Husarî, s. 135-147; İbnü'l-Emin Mahmud Esad, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, 2002, s. 269-271; Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, Çev. Baha Arıkan, İstanbul, trs. C. II, s. 287-289. Ayrıca şartı şer'î, şartı akli ve şartı âdi diye ayrı bir taksimat için bkz. Ali Cuma, Muhammed, *el-Hükümüş Şer' İnde'l-Usuliyin*, Kahire 2006, s. 103.

13) Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Şâtübî, Ebu İshak İbrahim, *el-Muvafakat fi Usûli'l-Ahkâm*, Daru'l-Fikr, trs. C. I, s. 184.

14) Mecelle'nin 43. Maddesi şöledir: Örfen ma'ruf olan şey şart kılınmış gibidir. 44. Madde ise, Beynet-tüccar ma'ruf olan şey beyinlerinde meşrut gibidir.

15) Mecelle, *md*, 82.

16) Mecelle, *md*, 83.

17) Konuyla ilgili bilgi için bkz. Alihaydar Efendi (Küçük-Arsebuk), *Dürrü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1330, C. I, s. 174-183; Zerka, Ahmed, *Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye*, Dımeşk, 1996, s. 415-423.

18) Alihaydar Efendi, C. I, s. 174, 180.

19) Hadimî'nin tespit ettiği şartla ilgili kaidelerin şerhleri ve müteradifleri için bkz. Ezherî, Mustafa Mahmud, *Şerhu Kavaidi'l-Hadimî*, Riyad 2013, s. 40, 144, 160, 172, 182, 229.

1.2. Furu Fıkıhta Şart

Şart; genelde bir hukuki işlemin hükümlerinin gelecekte ortaya çıkıp ve gerçekleşme şüphesi de bulunması durumunda, tarafların ortaya koyduğu kayıttır. Fakat şart koşulan hadisenin vukuu kesin olmamalıdır. Çünkü kesin olursa vaad olur. Onun hukuki sonuçları ayrıdır. Mesela bir hukuki işlemin yürütmesini bir şahsın “ölümü” üzerine bağlamaya vaad denir. Ancak “bu sene ölürse” diye ta’lik edilirse bunun vukuu şüpheli olduğu için şart olur.²⁰ Başka bir ifadeyle şart; bir hukuki neticenin ayrı muayyen bir vaziyete tabi bulunmasıdır.²¹ Ayrıca şart bir şeyin varlığı kendi varlığına bağlı olmakla birlikte onun yapısından bir parça teşkil etmeyen, onun varlığına etki ya da sebep olmayan fiil ya da vasıftır. Mesela nikâh akdinde şahitlerin varlığı şarttır. Fakat bu şart ne nikâha müteessirdir, ne de sebeptir. Çünkü şahitler bulunduğu halde nikâh bulunmayabilir. Ancak bir nikâhın sahih olarak kurulabilmesi şahitlerin varlığına bağlıdır.²² Kısaca şart meşrutı gerektirmez, ama meşrut şartı gerektirmektedir.

İslam fıkında şart genel hatları itibariyle iki kısımda mütalaa edilmiştir.

Birincisi, Ta’likî Şart; bir hukuki işlemin hükümlerinin işlemeye başlamasının veya işlemekte olan hükümlerine son verilmesinin gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir hadiseye bağlanmasıdır.²³ Fıkıh ilminde veya hukukta şart dendiği zaman genelde akla gelen budur.

İkincisi, Takyîdî Şart; her hangi bir hukuki işlemin bazı kayıtlarla sınırlandırılmasını ifade eder. Bu şarta bağlı işlem yapılırken genelde “üzere, kaydıyla, şartıyla” gibi sözler kullanılır.²⁴ Bazen hukuki işlemin yorumundan da bu takyîdî şart çıkarılabilir. Mesela Hz. Musa (as)’ın kayıpederi tarafından ileri sürülen şarta bağlı olarak nikâh akdini yaptığını beyan eden âyet-i kerîme buna delildir.²⁵ Bu nevi şartlarla hukuki işlemlerin ve şartın muteberliği ayrı bir tartışma konusu olsa da, şartla ilgili Hz. Peygamberin(sav), “Haramı helal, helalı haram kılmadıkça Müslümanlar aralarındaki şartlara uymak zorundadır,”²⁶ hadisi hukuken ileri sürülen şartların ana çizgilerini belirlemiştir. Ayrıca “Allah’ın kitabında bulunmayan hiçbir şart geçerli değildir,”²⁷ hadisi de şart konusunda hangi çeşitten

20) Sirmen, Lale, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara, 1992, s. 30; Abay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1983, s. 160.

21) Heyet, *Türk Hukuk Lüğatı*, Ankara, 1998, s. 308.

22) Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 1998, s. 415.

23) Kaşıkçı, Osman, “Şart”, DİA, C. XXXVIII, s. 365.

24) Kaşıkçı, s. 366.

25) (Şuayb as Musa as’a)dedi ki: “Sekiz sene bana hizmet etmen üzere isterim ki bu iki kızımdan birini sana nikâh edeyim. Eğer (kendi isteğinle) on (seneyi) tamam edersen o zenin (fazl-u keremin)dendir. Ben sana (on senenin tamamını ilzamlı) meşakkat vermek de istemem. (iyi muamele ve ahde vefa ile) inşaallah beni salih kimselerden bulacaksın.” 28/Kasas/27.

26) Tirmizî, Ahkâm, 17.

27) Buhari, Büyü’, 73.

olursa olsun şartın kitaba uygunluğu, diğer bir ifadeyle Kitab'a aykırı olmaması bir kıstas olarak bize yol göstermektedir. Burada sadece lafzî yoruma kaçılarak ille de bütün şartları Kur'an'da arama yerine, usulü fıkıh açısından ondaki şartlara aykırı olmamayı anlamak işareten ve delaleten daha doğrudur.

Şart nazariyesi, İslam fıkında satım akdinin işlendiği bölümlerde ele alınmıştır. Satım akdinde ileri sürülen şartlar genel olarak; *in'ikâd şartları*, *sıhhat şartları*, *nefâz şartları* ve *lüzûm şartları* şeklinde ele alınmış olup diğer akitlere de bunlar tatbik edilmiştir. Ayrıca mezkûr şartların alt başlıkları da dikkate alınıp detaylandırılmış ve akdin mevzusuna münasip olarak yer yer misallerle birlikte işlenmiştir.²⁸ Yine Hanefi klasik fıkıh eserlerinde satım akdinin işlendiği bölümlerde ayrıca; *akdin gereğinden olan şartlar*, *akdin mülayiminden olan şartlar* ve *örfen cari olan şartlar* şeklinde ayrı bir taksimata daha yer verilmiştir.²⁹ Bu zikrettiğimiz şartların genel bir taksimatının ise; *sahîh şartlar*, *fâsîd şartlar* ve *lağv şartlar* başlıkları altında günümüzdeki eserlerde İslam hukukunda akit nazariyesi adı altında ele alındığını görmekteyiz.³⁰

Bizim çalışmamızın kapsamını aşacağından bahsettiğimiz şartları nazariye olarak doğrudan ele alamayacağız, fakat evlenme ve boşanmayla ilgili konumuzu işlerken yeri geldikçe ilgili şartlara nazariyeleri ile birlikte atıfta bulunacağız.

2. İslam Aile Hukukunda Evlenme Akdiyle İlgili Şartlar

Aile hukukuyla ilgili çağdaş çalışmalarda da akit nazariyesindeki şart taksimatı dikkate alınarak evlenme akdinin şartları başlığı altında *in'ikâd*, *sıhhat*, *nefâz* ve *lüzûm şartları* işlenmiş ve diğer şartlara da yer verilmiştir. Mesela kısaca *in'ikâd şartları*³¹ eksik olan evlilik akdine bâtil, *sıhhat şartları*³² eksik olana fâsîd, *nefâz şartları*³³ eksik olana mevkuf

28) Kasânî, Alauddin Ebi Bekr b. Mes'ud, *Bedaiu's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, Beyrut, 1974, C. V, s. 168-173; Zerka, Mustafa, *Akdü'l-Bey'*, Dimeşk, 1999, s. 26-45.

29) Kasânî, C. V, s. 171; Senhurî, Abdurrezzak Ahmed, *Mesadiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslamî*, Beyrut, 1998, C. III, s. 106-120.

30) Alihaydar Efendi, C. I, s. 179-180; Senhurî, C. III, s. 106-120, 121-133; Zerka, *Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye*, s. 419-421.

31) Evlilik akdinde inikat şartları genel olarak dört başlık altında toplanmıştır. 1. Akıl ve temyiz kudretinin varlığıyla ifade edilen *ehliyet* şartı. 2. Tarafların rızalarını beyan ettikleri icap ve kabulün bir birine raptedilmesi esnasındaki mekân (Şafilere göre) veya konu birliği (Hanefilere göre) diye ifade edilen *meclis birliği* şartı. 3. Tarafeynin bir biriyle evlenmelerinin helal olmasını ifade eden *evlenme engelinin olmaması* şartı. 4. İcap ile kabul sıgalarının geciktirici bir şartı ihtiva etmeyip hemen sonuçları doğurmaya hazır olması anlamında *tenciz sığası* şartıdır. Abdulhamid, M. Muhyiddin, *Ahvalu's-Şahsiyye*, Beyrut, 1984, s. 21-29; Ebu Zehra, Muhammed, *Ahvalu's-Şahsiyye*, Kahire, 1957, s. 41-62; Aydın, M. Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s. 17-20; Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul, 1995, s. 155-159.

32) Nikâh akdinde aranan sıhhat şartları genel olarak üç tanedir. 1. Şahitler: akit esnasında iki şahidin bulunması Hanefî, Şafîî ve Hanbelilere göredir. Maliki mezhebinde evliliğin fiilen gerçekleştiği düğün esnasında hazır bulunulup ilan edilmesidir. Hanefi mezhebinin dışındakiler şahitlerin erkek

ve *lüzûm şartları*³⁴ eksik olan akde ise gayr-ı lâzım yani câiz fakat bağlayıcı olmayan akit denmiştir.³⁵

Burada zikrettiğimiz şartlar sahanın ilgili eserlerinde genişçe tartışıldığından tekrara düşmek istemiyoruz. Amacımız günümüzde çokça sorulan şarta bağlı evlilik akdini ele almaktır. Bu akit icra edilirken taraflarca ileri sürülen ca'li şartlar incelendiğinde genelde ta'liki şartlar ve takyîdi şartlar diye ikiye ayrıldığını görürüz.

2.1. Evlilik Akdinde Ta'liki Şartlar

Evlilik lazım(bağlayıcı) akitlerin en önemli örneğidir. Mahiyeti itibariyle bu akitte muhayyerlikler yoktur. Dolayısıyla irade beyanları icâp-kabul şeklinde tahakkuk ettiği andan itibaren işlerlik kazanır, bağlayıcı olur. Talak, fesih olmadığından lazım olan nikâh akdi, tek taraflı iradeyle feshi kabil değildir.

İşte bu sebeptir ki, akdin yapıldığı zamanda henüz gerçekleşmemiş bir olayı şart koşmak anlamında kullanılan ta'liki şart ile nikâh akdi kurulamaz. Mesela, “okuldan

olmasını şart koşarken Hanefiler diğer akitlerde olduğu gibi (2/Bakara/282) nikâh akdinde de bir erkekle birlikte iki kadının şahitliğini geçerli kabul ederler. Müctehitler şahitlerin akıl baliğ, hür, Müslüman olmalarını ve tarafların sözlerini işitmelerini şart koşmuşlardır. Ayrıca Ebu Hanife ile talebesi Ebu Yusuf, kadın ehli kitaptan ise şahitlerin de ehli kitap olabileceğini belirtmişlerdir. 2. Evlenme mani'nin/engelinin olmayışı. Bu şart İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Zira bu şart inikat şartında ayrıca şart olarak zikredilmiştir. Burada daha ziyade bilmeden yapılan akitlerle ilgili durum dikkate alınmıştır. Mesela iddeti bitmeyen bir kadınla evlenmek gibi. Tarafların sonradan bilmesi halinde de yine ayrılacaklardır, fakat bunun sonuçları fâsıdîr. İnikatta ise bilerek evlilik olduğu için bâtıldır hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. 3. İkrahn olmaması. Hanefilerin dışındaki diğer üç mezhebe göre nikâh da tarafeynin cebir ve tazyik altında kalmadan hür iradeleriyle akdi yapmaları sıhhat şartıdır. Hukuku Aile Kararnamesi Hanefilerin dışındaki diğer üç mezhebin görüşünü esas alarak “İkrahn ile vuku bulan nikâh fâsıdîr.” Hükmünü kanunlaştırmıştır. HAK, 57; Ebu Zehra, s. 52-58; Aydın, s. 20.

33) Nikâh akdinde nefaz şartını genel olarak üç maddede toplayabiliriz. 1. Nikâh akdini yapan tarafların veya velilerinin rızalarının alınmasının gerekli olduğu hallerde bu rızanın alınmış olması gerekir. Aksi halde nikâh sahihtir ama yürürlük yönünden mevkuftur, askıdadır. 2. Nikâh akdini yapanın fuzuli (yetkisiz kişi) olmaması, eğer böyle yetkisiz bir kişi akdi yapmışsa bu akitteki tarafların veya her hangi birisinin onayına kadar akit mevkuftur. 3. Akıllı ve baliğ olmuş kişinin nikâhını velisi akdetse, bu kimsenin icazetine kadar bu nikâh da mevkuftur. 4. Matuhun, mümeyyiz çocuğun ve kölenin bizzat akdettikleri nikâh da velilerinin icazetine bağlı olarak kabul edilmiştir. Fakat bunun yeniden tartışılması gerekir. Zira evlilik gibi önemli bir hususun çok daha iyi düzenlenmesi gerekir. Mesela akıl hastası ve gayri mümeyyiz çocukların akdettikleri nikâhın bâtı olması gibi yukarda zikredilenlerin de fâsîd olduğuna hükmedilebilir. Abdulhamid, s. 27-28; Ebu Zehra, s. 58-60. Aydın, s. 21. Döndüren, s. 165-166.

34) Nikâh akdi, kendi nev'ine mahsus özelliği itibariyle lazım akittir. Taraflardan birinin onu feshetme hakkı yoktur. 1. Tam ehliyetli kadın nikâhı kendi akdediyorsa denklige dikkat etmesi gerekir, aksi halde kabledduhul/cinsel birleşmeden önce velisi nikâhı feshedebilir. 2. Baba ve dedelerin dışındaki velilerin akdettikleri küçüklerin nikâhlarında denklige ve mehri misle riayet edilse de bu akit gayr-ı lazımdır. Bunlar bülüğa erince dilerlerse akdi feshedebilirler. İşte buna bülüğ muhayyerliği denir. Abdulhamid, s. 28-29; Ebu Zehra, s. 60-63. Aydın, s. 21.

35) Abdulhamid, s. 27; Ebu Zehra, s. 60-63. Aydın, s. 21-22.

mezun olunca”, “memur olunca”, “askerliğini yapınca”, “babam gelirse”, “falan işim olursa” gibi ta’lîki şartlar yukarıda zikrettiğimiz üzere bu akdin mahiyetine aykırıdır. Dolayısıyla böylesi geleceğe bağlı şartlarla nikâh akdi gerçekleşmez. Ancak ta’lik edilen şartlar eğer nikâh akdinden önce gerçekleşmişse mesela, “okuldan mezun olursan” şartı ileri sürülmüş, akit esnasında eğer sonuçlar açıklanmış ve malum şahıs da mezun olmuş ise akit tamamlanır ve işlerlik kazanır. Aksi halde akit yok hükmündedir. Netice itibarıyla müstakbele ta’lik edilen şartlarla nikâh akdinin kurulamayacağı anlaşılmıştır. Çünkü nikâh akdi temlikat nev’inden bir akitir. Bu çeşit akitler -bey’ ve benzeri- gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan riskli ta’lîki şartları içermesi halinde hukuki sonuç doğurmazlar.³⁶

2.2. Evlilik Akdinde Takyîdi Şartlar

Bu nevi şartlarda akdin gerçekleşmesi ileri sürülen şartın o anda veya daha sonra gerçekleşmesine bağlı değildir. İcap ve kabul yapılırken bir de evlilik akdiyle alakalı ikinci bir borçlanma veya borçlandırma şartının ileri sürülmesidir. Hanefî, mâlikî³⁷ ve şâfiî mezheplerinde genelde akitlerde şart koşma hürriyeti, Kitap ve Sünnette tespit edilen şart koşma kaide ve nizamına uygunluk ile kayıtlanmıştır. Zira “Allah’ın Kitabı’nda bulunmayan her şart bâtıldır”³⁸ hadisi istenilen her şartın ileri sürülemeyeceğine delil olarak kabul edilmiştir.³⁹ Hanbelîler ile bazı Mâlikîler İslam’ın ruhuna ve umumi kaidelere aykırı olmamak şartıyla tarafların ileri süreceği şartlara riayeti kabul ederek şart konusunda daha geniş ve serbest bir tutum sergilemişlerdir.⁴⁰

Mezheplerin benimsedikleri takyîdi şartların farklı taksimatları olsa da sonuç itibarıyla sahîh veya fâsid olmaktan hali olamayacaklarından hareketle biz ikili taksimatı esas alıp hukukî gerekçeleriyle birlikte açıklamak istiyoruz.

2.2.1. Sahih Şartlar

Sahih şartları genel olarak üç kısımda ele alabiliriz. Bazı müellifler bu şartlara ek olarak bir de şer’an zikredilen şartlara dikkat çekmişlerdir.⁴¹ Esasen Kitap ve Sünnette zikredilen şartları ele almaya gerek yoktur. Zira mutlak müçtehitler akitlerin in’ikâd ve sıhhat şartlarını belirlerken zaten bu şartlara riayeti akdin kurulmasında olmazsa olmaz şartlardan saymışlardır.

36) Abdulhamid, s. 32.

37) İbn Rüşd, Ebu’l-Velid el-Hafîd, *Bidayetü’l-Müçtehid ve Nihayetü’l-Muktesid*, İstanbul, 1985, C. II, s. 37-38.

38) Buhari, Büyü’, 73.

39) Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul, 1991, C. I, s. 270-271.

40) İbn Kudâme, Allame, *el-Muğnî*, Kahire, 1996, C. IX, s. 295-299; Karaman, C. I, s. 271.

41) Abdulhamid, s. 33.

2.2.1.1. Takyîd Edilen Şartın Akdin Muktezasından Olması

Eğer nikâh akdi esnasında ileri sürülen şart akdin gereğinden yani riayeti vâcib olan şartlardan ise akit sahih olup şarta riayet vâcibtir.⁴² Bu konuda mezhepler arasında hemen hemen farkın olmadığını görürüz. Şöyle ki, nikâh akdinin tabiatının gereği olarak *sahîh*, *nâfiz* ve *lâzım* olan akitte tarafların birbirlerine karşı yerine getirmeleri hukuken vâcib olan vazifeler akdin gereğinden sayılır. Mesela şart koşulmasa bile kocanın eşine karşı nafaka yükümlülüğü, maruf bir şekilde aile birliğini devam ettirmek, mehir, eşlerin birbirinden istimtai, nesebin sübûtu, hürmet-i musâherat gibi hususlar akdin gereğindedir.⁴³

2.2.1.2. Takyîd Edilen Şartın Akdin Mülâiminden Olması

Eğer nikâh akdi esnasında ileri sürülen şart akdin vasfıyla ilgili olup rüknüyle ilgili olmazsa bu şartlara mülâim denir. Başka bir ifadeyle akdin muktezasını tekid eden şeylere mülâim denir. Mesela kadın, belirlenen mehirin bir kısmını bizzat para olarak verilmesini şart koşabilir. Ya da kayın pederinden mehire ve nafakaya kefil olmasını, bulunduğu beldeye eşinin tayinini almasını isteyebilir. Kumasıyla beraber oturmamayı şart koşabilir. Ayrıca üzerine ikinci bir evlilik yapılmaması, yapılması halinde ikinci eşin boş olması şartını ileri sürebilir. Hanefilerce bu son şart fâsîd, akit sahîh olarak kabul edilmektedir. Çünkü Hanefî doktrininde taraflardan herhangi birine menfaat doğuran şartlar geçersiz kabul edilmiştir. Böylesi fâsîd şartlarla evlilik akdi bâtül olmaz sadece şart geçersiz olur.⁴⁴

Bu son şart tartışmalıdır. Zira eşinin üzerine mazeretsiz olarak evlenmenin ayette, “Haksızlık yapmaktan korkarsanız bir tane alın yahut sahip olduğunuz (cariyeler) ile yetinin. Bu adaletten ayrılmamanız için en uygun olanıdır,”⁴⁵ şeklinde buyrulması, taaddüdi zevcatın/ poligaminin yani çok eşliliğin kabul edildiğini, fakat bu hükmün vâcib değil câiz olduğunu gösterir. Cevaza dair hükümlerin devlet tarafından sınırlandırılması Ulü'l-emre tanınan bir yasama yetkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kısaca Nisa suresindeki bir ayete⁴⁶ istinaden geleneğimizde “câiz olan konularda nizam-ı âlem için kaide vaz' edilebilir” kuralına yer verilmiştir.⁴⁷ Bu sebeple kadının, “benim üzerime evlenmemen

42) Abdulhamid, s. 33.

43) Bu konuda Hanefî, Malikî, Şafî ve Hanbelî görüşleri için bkz. İbn, Hümam, Kemalüddin, *Fethu'l-Kadir*, Beyrut, trs. C. III, s. 350-357; Şirbinî, Muhammd b. el-Hatîb, *Muni'l-Muhtâc*, Beyrut, 1998, C. III, s. 180-190; İbn Kudâme, C. IX, s. 296. İbn Rüşd, C. II, s. 16-22.

44) Merginanî, Şeyhülislam Burhanüddin, *el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi*, Beyrut, 1990, C. I, s. 212-213; Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ahkamu'l-Usrati fi'l-İslam Diraseten Mukarerenen beyne fiki'l-Mezahibi's-Sünniyye ve'l-Mezhabi'l-Caferiyye ve'l-Kanun*, Beyrut, 1977, s. 155.

45) 4/Nisa/3.

46) “Ey iman edenler Allah'a O'nun Peygamberine ve sizden olan ülü-emre itaat ediniz.” 4/Nisa/59 ve “.. Hâlbuki onu peygambere ve içlerinden emir(yetki) sahiplerine götürselerdi...” 4/Nisa/83. ayetlerdeki Ulü'l-Emr'den maksat âlimler olabileceği gibi âlim ve Ulü'l-Emr de olabilir.

47) Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri I*, İstanbul, 1990, C. I, s. 74-75.

şartıyla seninle evlenirim, şayet üzerime evlenirsen karın boş olsun” gibi şart koşması, Hanefîlere göre tek tarafa fayda sağladığından şart fâsîd, akit sahihtir. Fakat Hanbelîlere göre akitlerde tek tarafa fayda sağlayan şartlar câizdir. Bir taraf lehine ileri sürülen şart, asli maksada muhalif olmayıp ve Şâri de yasaklamamışsa ister akdın muktezasından olsun isterse olmasın fark etmez, câizdir ve akit de sahihtir. Dolayısıyla kişi eşinin üzerine evlenirse akit sahihtir. Şart sahih olduğundan eşi boş olur. Hukuku Aile Kararnamesinde Hanbelî içtihadı alınmıştır.⁴⁸ Bu içtihadın esas alınmasında o dönemde İslamcılardan Mahmut Esad ile Türkçülerden olduğu ileri sürülen Mansurizade Said’in kararnamenin hazırlanma aşamasındaki tartışmaları da etkili olmuştur. Hatta bu konuda bir makale yazan Mansurizade cevazın şeri hüküm olup olmadığını tartışmaya açarak onun şeri hüküm olmadığından hareketle cevazda sultanın tasarruf salahiyeti olduğunu dolayısıyla çok eşliliğin sınırlanabileceğini ileri sürmüştür.⁴⁹ Kanaatimizce bütün bu eleştirel yaklaşımlar daha önce Mecelle’nin durumuna düşmemek için Hukuku Aile Kararnamesi’nde Hanbelî mezhebinin görüşüne yer verilmiştir. Fakat kararnamede esas alınan mezkûr maddeyle ve Mansurizade’nin cevaza dair görüşleriyle ilgili eleştiriler yine de devam etmiştir.⁵⁰

2.2.1.3. Takyîd Edilen Şartın Belde Örfünde Cari Olması

Nikâh akdi esnasında ileri sürülen şart belde örfünde geçerliyse hukuken de riayet gerekir. Çünkü bir âdetin örf olarak kabul edilmesi için amme tarafından maruf olması yanında şer’i delile aykırı olmaması, bir vacibi iptal etmemesi ve helali haram, haramı da helal eden cinsten olmaması gerekir.⁵¹ Dolayısıyla kadın kocasından mehrinin tamamını muaccel olarak isteyebilir. Statüsüne şeref ve onuruna uygun bir mahalde müstakil bir evde oturmak isteyebilir. Koca da karısından evini izinsiz terk edip seyahat etmemesini isteyebilir. Bu saydığımız şartların veya benzerlerinin örfen kabul edilen toplumlarda geçerliliğini söyleyebiliriz. Çünkü örfen bilinen şeylerin şart koşulmuş gibi kabul edilmesi Mecelle’nin 43-44 maddelerinde mevcuttur.

Burada yeri gelmişken yukarıda üzerinde durduğumuz üç şartı (mukteza, mülâim ve örfi) da birkaç yönden içeren ve esas itibariyle ta’lîki şartla münasebetleri de olan, ayrıca halkımız tarafından da kabul edilen iki güncel probleme değinmek istiyoruz.

Birinci mesele; boşama yetkisini devir veya paylaşma şartıyla evlenmek. Günümüzde genç kızlarımız okumaları ve genelde üniversite mezunu olmaları sebebiyle nikâh akdin-

48) HAK, *md*, 38; *Şelebî*, s. 156.

49) Mansurizade, Said, “*Cevazı Şer’i Ahkâmdan Olmadığına Dair*”, İslam Mecmuası, C. X, s. 295-303. Sad. Bardakoğlu, Ali, EÜSBED(1), 1987, s. 81-89. Mansurizade’nin İslam hukuku ile ilgili genel kanaatler ve cevazın şer’i ahkâmdan olup olmamasıyla ilgili görüşleri için bkz. Kaşif Hamdi Okur, “*İslam Hukuku Alanında Yenileşme Manifestolarından Bir Kesit: Hakikat-i İslam ve Usul-i İctihad*” İHAD, 2004, S. 3, s. 37-38.

50) Sadreddin Efendi, “*Hukuku Aile ve Usulü Muhakemat-i Şer’iyye Kararnameleri Hakkında*” Sebülürreşad, İstanbul, 1334, C. XV, S. 382, s. 321-323. Aydın, s. 192-193.

51) Hallaf, Abdulvehhab, *İlmü Usulü’l-Fıkıh*, İstanbul, 1984, s. 100.

de boşama yetkisini eşleriyle paylaşmak istemektedirler. Fakat taraflar bu işlemin hukuken hangi durumda geçerli hangi durumda geçersiz olduğunu bilmediklerinden nikâhtan sonra farklı problemlerle karşılaşmaktadır. Tefvîz-i talak^{52,53,54} diye ifade edilen boşama yetkisinin koca tarafından eşine devredilmesi iki şekilde olur. Birincisi akitten sonra yetki verilirse bunda herhangi bir tartışmaya gerek olmadan kadında istediğinde boşama hakkını kullanabilir. Şuna da dikkat çekmek isteriz kadın kocası tarafından verilen boşama yetkisini kullanırken kocasının da asli hakkını kullanmasında bir sakınca yoktur, meğerki önce boşayan üç boşama sayısını tüketmiş olsun.

İkincisi, akitten önce boşama yetkisinin koca tarafından karısına verilmesi iki şekilde olur. Birincisi; akit esnasında icaba ilk başlayan koca olup namzet olan eşe “Benimle, nikâhım/ boşama yetkisi senin elinde olması şartıyla-istediğin zaman kendini boşayabilirsin- evlen.” dese, kadında “Evet, seninle bu şartla evlendim.” dese, evlilik akdi tamam olur. Fakat tefvîz gerçekleşmez. Çünkü evlilik akdi tamamlanmadan önce koca yetkisiz olarak temlikte bulunmuştur. Zira hukukta sabit olan “malik olmayanın temlik olmaz” kuralı bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.⁵⁵ İkincisi; akit esnasında icaba ilk başlayan kadın olup namzet olan eşe “Benimle, nikâhım/boşama yetkim elimde olmak üzere dilediğimde kendimi boşamak şartıyla evlen.” dese, erkek de “Seninle bu şart üzere evlendim.” dese, evlenme akdi tamam olduğu gibi kadın tefvîz-i talak denen kendini boşama yetkisini de elde etmiş olur. Çünkü bu ikinci şekilde tefvîz şartı akdin içinde olmuştur ve koca malikiyetle birlikte temlik etmiştir. Bu hukuken hüküm doğurur.⁵⁶ Zira kocanın

52) Tefvîz-i talak kocanın boşama yetkisini ya tamamen veya kısmen delil olarak Ahzab suresinin 28 ve 29’ uncu ayetleriyle Hz. Aişe annemizden gelen şu rivayet gösterilmiştir. “Hz. Peygamber(sav) bizleri serbest bıraktı, biz ise Allah ve Resulünü tercih ettik” Buhari, Talak, 5.

53) Abdulhamid, s. 288-289.

54) Abdulhamid, s. 289. Yukarda konuyu sadece sarih lafızlar açısından ele aldık. Eğer bu konuyu kinai lafızlar açısından da tartışmaya açarsak çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Aslında mutlak boşama bahsinde sarih ve kinai boşamaları yeniden ele almak zorundayız. Çünkü zamanla bazı ifadelerde anlam değişmesi olmaktadır. Hatta bizce kinai gibi olan bir lafız zamanla, sık kullanımından olsa ki adeta sarih lafız haline gelmiştir. Hatta Mehmed Zihni Efendi’nin sarih lafızlarda sayıya mukarin olmaksızın “sen boşsun” gibi ifadelerde “sen azadesin” manasına kazaen değil de diyaneten niyete itibar edilmesini ileri sürmesi dikkate değerdir. Ayrıca boşamanın ne olduğunu bilmeden yukardaki sarih boşamada diyaneten şahsın niyetine itibar edileceğine de atıfta bulunan Mehmed Efendi’nin bu fetvası günümüzdeki bazı durumlarda fetva olarak dikkate alınabilir. Tabi ki onunda dikkat çektiği gibi bu durum kişiyle Allah arasındadır. Bu fetvadan hareketle bizim milletimizin kullandığı lafızlar dikkate alınarak detaylı bir çalışmaya ihtiyaç olduğunu söyleyebiliriz. Mehmed Zihni, Nimet-i İslam (Münakehat ve Müfarekat), İstanbul, 1324, s. 142. Çünkü genelde Hanefilerce kabul edilen kinai boşamada niyete itibar edilmesi şarttır. Fakat müzakere-i talak esnasında (karı koca aralarında konuşurken yani dil kavgası ederken kadının ben boşanmak istiyorum eşine vermesidir. Buna delil olarak Ahzab suresinin 28 ve 29’ uncu ayetleriyle Hz. Aişe annemizden gelen şu rivayet gösterilmiştir. “Hz. Peygamber(sav) bizleri serbest bıraktı, biz ise Allah ve Resulünü tercih ettik” Buhari, Talak, 5.

55) Abdulhamid, s. 288-289.

56) Abdulhamid, s. 289. Yukarda konuyu sadece sarih lafızlar açısından ele aldık. Eğer bu konuyu kinai lafızlar açısından da tartışmaya açarsak çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Aslında mutlak boşama

kabulü, icap tarafındaki şartın iadesini içermektedir.⁵⁷ İslam hukuku açısından güntümüz mahkemelerinde Hâkimin boşaması kocanın boşamasına mani olmadığından bir nevi tefvîz hükmündedir. Fakat devletin evliliği ve boşanmayı kendi yetkisine alıp tescil olmayan nikâhı ve kocanın boşamasını kabul etmemesi nispeten tefvizden farklıdır.

İkinci mesele; Evlilik birliğini devam ettirebilir düşüncesiyle psikiyatri hastalarının evlenmesi veya evlendirilmesi. Yeri gelmişken girişte de belirttiğimiz gibi paylaşmak istediğimiz bu güncel problem esas itibarıyla sarahaten olmasa da zımmen *ta'liki şartlar*la olan münasebetinden dolayı dikkatimizi çekmiştir. Onun için üzerinde yoğunlaşmak istiyoruz. Şart nazariyesiyle olan bağlantısına yeri geldikçe değineceğiz. Bedensel hastalıklarla ilgili durum genelde görünür olduğundan pek problem oluşturmamaktadır. Gizlenmesi halinde birlikte yaşamayı imkânsız hale getirecek müzmin hasatlıklarda tartışmasız kadın hâkime başvurarak tefrik talebinde bulunabilir.⁵⁸

Ruhsal hastalıklara gelince; güntümüz tıp dünyasında hukuken olduğu gibi tıbbi etik açısından da hastanın mahremiyetinin korunması, ikinci şahıslarla paylaşılmaması, evlenme konularında üzerinde durulması gereken bir kısım problemlerin doğmasına sebep olmaktadır.⁵⁹ Çünkü tabipler, özellikle akıl hastalıkları veya zekâ gerilikleri olanların durumlarını sadece birinci derece akrabası olan anne ve babasına bildirmektedirler. Bu nevi hastaların evlenmesiyle ilgili sorulara muhatap olunca anne veya baba, gerçek durumu gizleyerek, “*Eğer her gün aynı saatte ilacını alırsa sıkıntı yoktur denildi.*” şeklinde cevap verirler. Bazen de evlenecek taraf yukarıda açıkladığımız gibi anne-babasının cevabına benzer bir cevap vererek gerçek durumunu gizleyebilmektedir. Sonuçta karşı taraf has-

bahsinde sarih ve kinai boşamaları yeniden ele almak zorundayız. Çünkü zamanla bazı ifadelerde anlam değişmesi olmaktadır. Hatta bizce kinai gibi olan bir lafız zamanla, sık kullanımından olsa ki adeta sarih lafız haline gelmiştir. Hatta Mehmed Zihni Efendi'nin sarih lafızlarda sayıya mukarın olmaksızın “sen boşsun” gibi ifadelerde “sen azadesin” manasına kazaen değil de diyaneten niyete itibar edilmesini ileri sürmesi dikkate değerdir. Ayrıca boşamanın ne olduğunu bilmeden yukardaki sarih boşamada diyaneten şahsın niyetine itibar edileceğine de atıfta bulunan Mehmed Efendi'nin bu fetvası güntümüzdeki bazı durumlarda fetva olarak dikkate alınabilir. Tabi ki onunda dikkat çektiği gibi bu durum kişiyle Allah arasındadır. Bu fetvadan hareketle bizim milletimizin kullandığı lafızlar dikkate alınarak detaylı bir çalışmaya ihtiyaç olduğunu söyleyebiliriz. Mehmed Zihni, Nimet-i İslam (Münakehat ve Müfarekat), İstanbul, 1324, s. 142. Çünkü genelde Hanefilerce kabul edilen kinai boşamada niyete itibar edilmesi şarttır. Fakat müzakere-i talak esnasında (karı koca aralarında konuşurken yani dil kavgası ederken kadının ben boşanmak istiyorum vb ifadeler kullanması sırasında eşi de “var git ne halin varsa gör” demesi gibi) niyete de itibar edilmeden kinai boşamanın hâlin delaletiyle Hanefi mezhebine kabul edilmesi, Maliki ve Şafii mezheplerince hale itibar edilmeksizin kinai boşamalarda her halde kocanın niyetine itibar edilmesi üzerinde çalışılması gereken önemli konulardandır diyebiliriz. Merginanî, C. I, s. 251-252; İbn Rüşd, C. II, s. 50; Gamravi, Muhammed Zühri, *es-Siracü'l-Vehhac ala Metni'l-Minhac*, Beyrut, 2012, s. 398-399; Abdulhamid, s. 255-258.

57) Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, 1976, C. II, s. 39.

58) Merginani, C. II, s. 306-307; Abdulhamid, s. 29-30.

59) Bu konuda Adli Psikiyatrik Uygulamalarıyla ilgili bilgiler için bkz. Cantürk, Gürol, “*Evlilik ve Boşanma ile İlgili Adli Psikiyatri Uygulamaları*”, Türkiye Klinikleri J Foren Med, 2006, S. 3, s. 61-62.

talığın gerçek mahiyetinden haberdar olmadığı gibi durumun ehemmiyetine de vakıf değildir. Böylece ailenin ileri sürdüğü mezkûr *ta'liki şartı* adeta karşı taraf da zımnen veya sarahaten ileri sürerek bir evlilik akdi yapılmaktadır.

Tabipler ise hasta mahremiyetini koruma ve sır saklama zorunluluğundan dolayı bilgi verememektedir.⁶⁰ Ancak doktorlardan edindiğimiz bilgilere göre, eğer evlenecek taraflar beraberce tabibi ziyaret edip hasta tarafın durumunu yalnız ikisinin olduğu bir ortamda soracak olurlarsa cevap verilebileceğini, aksi halde hastanın durumundan kimseye bahsedilemeyeceğini belirttiler. Ayrıca doktorlar bu tür hastaların evlenmesiyle ilgili çok sayıda problemle karşılaştıklarını, bu konu üzerinde çalışılarak yeni çözümler üretilmesinin gerektiğini hassasiyetle vurgulamaktalar. Konunun sosyal psikolojiyle, hukukla ve ahlakla da yakından ilişkili olduğuna da dikkat çeken doktorlar, bu tür evliliklere genelde anne ve babanın, “Biz öldükten sonra bunun durumu ne olacak?” düşüncesinin sebep olduğunu belirttiler. Bir de muhakeme yetisi olan hastaların problemleri hastanın izni olmadan ailesiyle paylaşmadığından hastanın kendisi durumunu gizleyerek evlenmektedir. Doktorlar sadece boşanma sürecinde mahkemeden talep edilmesi halinde hâkimin kararına binaen hastanın durumunu rapor edebilmektedir. Evlenmeden önce ise doktorların bilgi verme yetkileri yoktur.⁶¹ Evlenecek şahsın ve/veya ailesinin hukukî ve ahlaki davranmalarını neticesinde sıkıntılar da başlamakta, evlilikten beklenen rahmet ve meveddetin⁶²

60) Anayasa'nın 20. Maddesi, Türk Ceza Kanunu'nun 135.136.137. Maddeleri, Borçlar Kanunu'nun 386.390. Maddeleri, Hasta Hakları Yönetmeliği, 20.21.23. Maddeleri, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği 7. Maddesi, Türk Deontoloji Nizamnamesi, 4.Maddesi, Hekimlik Mesleği ve Etik Kuralları 9. Maddesi ve Hipokrat Andı başta hekimler olmak üzere diğer kamu görevlilerinin de sır saklama yükümlülüğü ile ilgili maddeleri içermektedir.

61) Bu konuda kendilerine başvuru bilgi aldıkları doktorlar, Erzurum Palandöken Hastanesi Başhekimisi, Op. Dr. Zülküf Kaya ve Psikiyatrist Uzm. Dr. Süleyman Gündüz. Adli psikiyatri evlilik ve boşanma psikiyatri ve etik, *sır saklama yükümlülüğü ile ilgili altıncı madde: Herhangi bir psikiyatrik muayene ve sağıltım altındaki kişiyle ilgili bütün bilgiler hasta-hekim ilkeleri çerçevesinde saklı tutulmalıdır. Bu bilgi yalnızca hastanın ruh sağılığını korumak ve geliştirmek amacı ile ve hastanın oluru alınarak gerektiğinde ve hastanın yararı için gereken ölçüde aile ile paylaşılabilir ya da başka uzman hekimlerle danışma amacı ile kullanılabilir. Ruh hekimleri, kişisel haklar, tedavi hakkı, yanlış mesleki uygulamalar vb. durumlarla ilgili olarak hastasının yararı söz konusu olmadıkça, kendi siyasal, yönetsel, medyatik ya da maddi çıkarları, akademik, mesleki veya kişisel yararları doğrultusunda hastasıyla ilgili bilgileri açıklamamalıdır.* Burada bahsedilen akıl sağılığı yerinde olan bir kişi hakkında kendisinin oluru olmadan birinci dereceden akrabası dâhil kimseye bilgi verilemez. İzni dâhilinde herkese bilgi verilebilir. *Gizlilik kuralı ancak hastanın kendisine ya da çevresine ciddi bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme olasılığı varsa bozulabilir. Ruh hekimi gizlilik ilkesini bozmayı gerektirecek önemde bir durumla karşılaşmışsa, olabiliyorsa meslektaşları ile de danışarak, uygun göreceği yerlere ya da kişilere açıklama yapmak zorunda kalabilir. Bu durumlarda ruh hekimi bundan sonra atacağı adıyla ilgili olarak koşullar elveriyorsa önce hastayı uyarmalıdır.* Burada bahsedilen akıl sağılığı yerinde olmayan kişilerin evlenme ya da boşanması ile ilgili alacağı kararla kendisi ve evleneceği şahıs ya da boşanacağı şahsın yararı düşünülmemekte bu nedenle öncelikle rıza alınarak bilgi verilmesi uygun görülmektedir. Her akıl hastasının değil, yalnız mahkemenin değerlendirmesi için göndermesi şartıyla bazı hastaların psikiyatrik değerlendirmesi mahkemeye sunulur. Özetle psikiyatri tedavisi gören bir kişi hakkında mahkeme kararı olmadan bilgi verilemez.

eşleri kuşatması yerine âdeta eziyet ve zulme kapı aralanmaktadır. Yeri gelmişken İslam Hukukunda evlenmenin hükmüne değinmek istiyoruz. Evlenmenin hükmü ulema arasında tartışılmış; mutlak olarak mubah veya vâcib diyenler olmuş, fakat sıklıkla hükmün kişinin durumuna göre verilmesi tercih edilmiştir. Bu hükümler beş kısımdır.⁶³ Konumuzla ilgili kısım şudur ki, evlilik hukukunu deruhte edemeyip maruf üzere muaşerete güç yetiremeyerek eşine zulmedecek olanların, isterse günaha düşme durumları söz konusu olsun, evlenmeleri haramdır. Kul hakkıyla Allah hakkı tearuz ederse kul hakkının tercih edileceği İslam hukukunun ana kurallarındandır. Bir haramın başka bir haramı mubah kılmayacağı da yukardaki kaideyi desteklemektedir.⁶⁴

İslam hukukunda bütün akitlerde olduğu gibi evlilik akdi de yapılırken tarafların aldatmadan açıkça problemlerini ortaya koymaları, hem evlenecek şahısların hem de aile fertlerinin üzerine birer vebidir. Hastalık durumu bilindikten sonra tarafların kendi hür iradeleriyle evlenmelerini istisna edersek, boşanmadan doğan bütün hukuki haklara (mehir, belirli süre nafaka ve benzeri) ilaveten İslam hukuku açısından durumu gizleyen taraf aleyhine manevi tazminat davasının açılabilceğini de söyleyebiliriz.

a.Kendi rızası ile bilgi verilebilir. Hastayla evlenmek isteyen veya evlenebilirliğini soran kişiye bilgi verilmez.

b.Evlenecek kişi ve hasta birlikte geldiklerinde hastanın rızası dâhilinde bilgi verilebilir.

c.Evlenecek olan sağlıklı kişi, evlendirme memurluğundan ayrıntılı psikiyatri raporu talep edebilir. Fakat esas olan raporun mahkeme aracılığıyla istenmesidir.

d.Boşanma davaları tamamen mahkeme aracılığı ile olur ve sağlık kurulu raporu düzenlenir.

e.Boşanma konusunda hastanın eşine bilgi verilmez, eşinden sadece bilgi alınır ve mahkeme aracılığı ile hastanın değerlendirmesi sonrası karar verilir.

f.Evlenmiş ya da evlenecek kişiler adli prosedürü takip etmek zorundadır.

g.Her akıl hastasının boşanmasına mahkeme izin vermez. Mahkemenin izni, hastalığın sürekli ve iyileşmenin gerçekleşemeyecek olması durumunda söz konusu olur, bunu bilirkişi olarak psikiyatri hekimi rapor eder; hâkim ortak yaşamın eşler için çekilmez olması durumunda boşanmaya karar verir.

h.Ağır ve orta zeka geriliği, bunama (demans), ağır akıl hastalıkları (hezeyanlı bozukluk kıskançlık tipi, şizofreni, şizoaffektif bozukluk) hastalarında ayırt etme gücü bulunmadığından evlenemezler, ancak tedavi altında ve iyi durumdaki şizofreni duygudurum bozukluğu ve sınır zekalar, doktorun müspet raporuyla evlenebilirler.

62) 21/Rum/21.

63) Evlenmedeki hükümler; Eğer erkek nafakayı temin edip maruf muaşereti de yerine getireceği kesin olup evlenmediği halde günaha girmesi de muhakkaksa evlenmesi *farz*dir. Diğer şartlar tam olmakla birlikte Günaha girmesi kesin değilse *vaci*ptir, günaha düşme endişesi yoksa *mubahtır*. Yine mezkûr şartlar yerinde olmasına rağmen eşine zulmetme ihtimali varsa evlenmesi *mekruh*, eğer zulmetmesi kesinse evlenmesi *haramdır*. İsterse günaha düşme durumu olsun değişmez. Çünkü zikrettiğimiz gibi kul hakkı Allah hakkıyla tearuz edince kul hakkı tercih edilir. Abdulhamid, s. 38-39.

64) Ebu Zehra, s. 24.

İslam hukukçuları yukarıda zikrettiğimiz akıl hastalarının evlenmesiyle ilgili konuyu *şart* açısından ele almadan mecnun ve matuhun evlenmesinin velilerinin icazetiyle mümkün olacağı kanaatinde idirler. Bu konuda hasta kadın ise genelde velilerinin (baba ve dede) icazetiyle, velinin bulunmadığı hallerde iyileşme ümidi varsa hâkimin velayetiyle evlendirilir. Hasta erkek ise ihtiyaca göre evliliğe izin verme salahiyeti hâkime aittir. Hasta hizmete muhtaç görülür ve hâkim tarafından izin verilirse baba veya dedesi kızı durumu açıkça bildirmelidir.⁶⁵ İmam Züfer'e göre eğer hastalık buluğdan sonra arız olmuşsa hastayı hiç kimse evlendiremez.⁶⁶ Hukuku Aile Kararnamesi'nde yukarıda zikrettiğimiz müçtehitlerin görüşleri cemedilmiştir. Şöyle ki, "Mecnun ile mecnunenin bir zarurete mebni olmadıkça nikâhları câiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hâkimin izniyle nikâhları velileri tarafından akd olunur."⁶⁷ Suriye Medeni Kanunu zaruret konusuna değindikten sonra maddeyi şu şekilde düzenlemiştir: "Akıl hastaları mütehasıslar kurulunun, evlenmesinin şifa bulmasında faydalı olacağına dair rapor vermesiyle hâkim, akıl hastasının evlenmesine izin verebilir."⁶⁸ Bu kanunda tam teşekküllü bir raporun gündeme getirilmesi güzel olmakla birlikte, günümüzde gelişen tıbbi verileri de dikkate alarak durumun yeniden düzenlenmesine ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Medeni Kanunumuz akıl hastası olanların evlenebilmesini kadın erkek ayırt etmeden bir sağlık kurulu raporu ön şartına bağlar. Bunun sonucunda, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle temyiz kudretinden mahrum olanların evliliklerinin "mutlak butlan" ile bâtul olduğunu bildirir.⁶⁹ Ayrıca evlendikten sonra eşlerden birinin iyileşemeyecek durumda akıl hastalığına tutulması ve bunun bir sağlık kurulu raporuyla belirlenmesi halinde, diğer eş ortak hayat kendisi için çekilmez hale geldi ise boşanma davası açabilir.⁷⁰ Mezkûr sıkıntıların yaşanmaması için özellikle evlilik öncesinde bu tür sağlık problemleriyle ilgili yeni çalışmalar ve düzenlemelere ivedilikle ihtiyacın olduğu anlaşılmıştır.

2.2.2.Fâsid Şartlar

Nikâh akdinde eşlerin birbirlerine karşı ileri sürdükleri şartlar ister fâsid, ister bâtul olsun nikâh akdinde birdir. Hanefi mezhebinde diğer akitlerde fâsid bâtul ayırımına riayet edilse de ibadetlerde ve nikâh akdinde bu ayırma gidilmemesi ihtiyat ilkesiyle izah edilebilir. Fakat nazariyede böyle olsa da fâsid nikâh ile bâtul nikâh arasında ileride değineleceği üzere bazı hallerde farklar vardır.⁷¹ Ayrıca fesat nazariyesi akdin ana unsurlarıyla

65) Şafî, Muhammed b. İdris, el-Ümm, Beyrut, 1993, C. V, s. 33-34.

66) Kasânî, C. II, s. 241.

67) HAK, md, 9.

68) Karaman, C. I, s. 245.

69) TMK, md, 133, 145.

70) TMK, md, 165.

71) Nazariyede fâsid bâtul ayırımı için bkz, Edip Salih, Muhammed, *Masadirü'l-Teşrii'l-İslami ve Menahicü'l-İstinbat*, Riyad, 2002, s. 612-613; Hallaf, s. 144-1445. İbn Hümam, C. III, s. 184; Kasani, V, 299; Pala, Ali İhsan, *İslam Hukukunda İhtiyat İlkesi*, Ankara, 2009, s. 187-190. Abdulhamid, s. 42-44.

vasıfları arasındaki farka istinat ettiğinden ibadetlerde kulluk ve itaat ile yasağı çiğnemek manasına gelen isyanın telifi mümkün olmadığından fâsid ve bâtil hüküm olarak aynıdır, sonuç doğurmaz. Nikâh akdinde de helal ve haram fiillerin bulunup nev'i şahsına münhasır özellikler içermesinden ötürü nikâh da aynı mahiyettedir. Dolayısıyla fâsidle bâtil arasında fark yoktur.⁷² Hatta İbn Hümam, Hidaye'yi şerh ederken ibadetlerin akabinde nikâh akdinin zikredilmesini, ibadetlere daha yakın olduğunu söyleyerek sebebini detaylı bir şekilde açıklamıştır.⁷³ Burada bir hususa atıfta bulunmak istiyoruz. Taftazanî, akitlerde sıhhat ve fesâdın fiille ilgili olup bizzat hükümle ilgili olmadığına dikkat çekmiştir.⁷⁴ Dolayısıyla akitlerdeki fesâd nazariyesinde kabzdan sonra mülkiyet hükmünün doğduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca nikâh akdinde de kabledduhul hüküm ifade etmese de, duhulden sonra nesebin sabit olması, iddetin vâcib olması, hürmet-i müsâharatın doğması, mehr-i misil veya mehr-i müsemmadan en azının tahakkuk etmesi, kural olarak fâsid akitlerde hakiki kıymete gidilir, gibi meseleler de anlaşılmaktadır.⁷⁵

Fâsid şartları da *akdin muktezasından/gereğinden ve mülâiminden* olanlar ile *örfe uygun* olanlar şeklinde üç başlık altında inceleyebiliriz. Tekrara düşmemek için kısaca değinmek istiyoruz. Akdin sığasına izafe edilen şart eğer akdin muktezasından/gereğinden, mülayiminden olmayıp beldenin de örfüne aykırıysa o zaman şartlar bâtil kabul edilirken nikâh akdinin sıhhatine hükmedilir.⁷⁶

Bazı İslam hukukçuları hem sahih şartlarda hem de fâsid şartlarda naslarda beyan olunan şartlara uyumu ve uyumsuzluğu da tartışmışlardır. Biz buna gerek duymuyoruz. Zira Kitap ve Sünnette uyulması gereken şartlar nikâh akdinin ve diğerlerinin olmazsa olmaz şartıdır. Bu nedenle onlara mutlak manada riayet farz olduğu için sözü uzatmaya gerek yoktur. Şöyle ki, naslarda sarahaten yasaklanan herhangi bir haramı akde konu yapmak veya şart koşturmak tartışmadan varestedir. Mesela nikâhta te'bid cihetinin olmaması, iki mecnunun akdi veya bilerek muharremattan birisiyle olan akit gibi bunlar da yok hükmünde olduğundan herhangi bir hukuki hüküm doğurmazlar. Tam aksine, durumlarına göre akdin olmazsa olmaz şartlarına riayet edilmediğinden veya kastı mahsus olduğundan bir takım cezai müeyyideler de terettüp etmektedir.⁷⁷ Fakat Kitap ve Sünnette zikredilmeyen şartlara gelince, bunların durumu tartışmaya açıktır. İşte o şartlar kanaatimizce yukarıda zikrettiğimiz üç şarttır. Ulema tarafından derinlemesine ele alınmıştır.⁷⁸

72) Taftazanî, Sâduddin, *et- Telvih ale'l-Tavzih*, İstanbul, 1310, C. II, s. 649-651; Karaman, C. II, 268.

73) İbn Hümam, C. III, s. 184-185.

74) Taftazanî, C. II, s. 650.

75) İbn Abidin, Muhammed Emin, *Haşiyetü Reddi'l-Muhtar*, Daru'l Fikr, 1979, C. III, s. 131-132; Abdulhamid, s. 42-43.

76) Abdulhamid, s. 33.

77) Abdulhamid, s. 43-44.

78) Aydın, s. 192-193.

Fâsîd şartları Hanefî mezhebi açısından genel olarak iki bölümde hülâsa ederek konuyu daha anlaşılır hale getirebiliriz.

Birincisi; kendisine riayetin ve vefanın câiz olmadığı şartlar. Bunlar akdin muktezasına muhalif olup evlilik nizamını bozarak ondan beklenen maksadı da ortadan kaldıran şartlardır. Mesela, evli eşlerde olması gereken muaşeretini yerine getirmemek üzere ileri sürülen şart, birbirlerine varis olmama şartı, kocanın eşine nafaka ödememe ve mehir vermeme şartı veya kadının istediği gibi evi terk edip dilediği gibi yaşama şartları ve benzerleri yerine getirilmesi câiz olmayan şartlardandır.⁷⁹ Yukarıdaki şartlarla birlikte yapılan akitte, şartlar fâsittir. Akit tahakkuk eder ve zikredilen hususlarda cari olur. Mesela tevarüs cari olmamak üzere muayyen miktarda mehirle nikâh yapılırsa, yapılan akitte şart fâsîd olduğundan tevarüs cereyan ettiği gibi mehr-i misilden az olsun olmasın mehr-i müsemma da lazım olur.⁸⁰

İkincisi; kendisine riayetin câiz olmakla birlikte bağlayıcı olmayan şartlar. Mesela, kadının evlilik esnasında kendi beldesinden ayrılmamayı, kocasının başkasıyla evlenmemesini veya evlendiği kocasının önceki eşini boşamasını şart koşması ve benzeri şartlara kocanın riayeti câizdir. Fakat koca bu şartlara riayet etmez ise evlilik akdi fesh olmaz. O sahîh olup sadece şart fâsîd olur. Çünkü kadının ileri sürdüğü şart meşru bir emirden men'i içermektedir. Eğer koca şarta riayet ederse mehr-i müsemma lazım olur. Şayet koca şarta riayet etmez ise mehr-i müsemmadan noksan olmamak üzere mehr-i misil lazım olur. Zira sadece taraflardan birisine -burada zevceye- fayda sağlayan şartın ortadan kalkması halinde mehr-i müsemmaya rızası olmamış olur. Onun için mehr-i misil gerekir.⁸¹

Fâsîd şartların doğrudan veya dolaylı/zımnen etkili olduğu birkaç nikâh çeşidini ele alarak konunun nazariyede kalmayıp hem daha iyi anlaşılmasını sağlayan hem de şartlı nikâhı sahîh ve fâsîd ayrımı yapan bazı müellifler, Hanbeli mezhebine de nispet ederek fâsîd şartlar bölümünde doğrudan üç nikâh çeşidine yer vermişlerdir. Bunlar *şigar*, *muhallil* ve *müt'a* nikâhlarıdır.⁸² Oysa bu saydığımız nikâh çeşitleri ve bunlara benzer olan *muvakkat nikâh*da içerdiği fâsîd şartlar itibariyle diğer üç mezhepçe fâsîd akitlerdendir. Çağımızda gündemde olup içerdiği şartlar itibariyle ulemanın bir kısmının câiz bir kısmının haram dediği *misyâr nikâhı* da yukarıda saydığımız nikâhlardan farklı bir takım özellikleri içerdiğinden incelenmeye değerdir. Çalışmamızın kapsam alanını aşacağından bu saydığımız nikâh çeşitlerine akdi fesada götüren şartlar açısından kısaca değinmek istiyoruz.

2.2.2.1. Müt'a Nikâhı

Sözlükte menfaat ve faydalanma anlamındaki müt'a, fıkhîta Şia'nın en büyük kolu olan Ca'feriye tarafından meşru kabul edilip mehr-i müsemma ve ecr-i müsemma ile ku-

79) Merginanî, C. I, s. 221-222; Semara, Muhammed, *Ahkamu ve Asaru'z-Zevciyye Şerhun Mukariniün Li Kanuni'l-Ahvali's-Şahiyye*, Umman, 2002, s. 130-131.

80) Bilmen, C. II, s. 38.

81) Bilmen, C. II, s. 37.

82) Semara, s. 132.

ruhan geçici evliliklerdir.⁸³ Dolayısıyla müt'a; aralarında dinen evlenme engeli bulunmayan bir erkekle bir kadının, erkeğin kadına vereceği bir bedel karşılığında belirli bir süre karı-koca hayatı yaşamaları hususunda anlaşmaları, şeklinde tarif edilmiştir.⁸⁴

Tarifinden de anlaşıldığı üzere müt'a nikâhında süre belirlenmesi nikâh akdinin müebbetlik vasfına aykırıdır. Ayrıca şahitlerin şart olmaması da akdin fesadı için ayrı bir durumdur. Dolayısıyla bu nikâh akdi Sünni ekolün akitle ilgili belirlediği şartlara aykırı olduğundan bâtıldır. Hukuki sonuç doğurmadığından da eşler arasında liân ve miras hükümleri cereyan etmez. Talak, ila ve zihâr işlemleri söz konusu olmadığı gibi, muhsanlık vasfı da kazanılmaz. Tarafların tefrik edilmesi gerekir. Birleşme olmamışsa erkeğin mehir, müt'a ve nafaka ödeme yükümlülüğü yoktur. Eğer birleşme olmuşsa aralarında hürmet-i müsâhere yani her bir tarafın usul ve fûru ile diğer tarafın usul ve fûru arasında evlenme engeli meydana gelir. Akit şüphesinden dolayı mağduriyeti önlemek için çocuk babaya nispet edilir.⁸⁵

Uygulamada Caferiler tarafından müt'a nikâhının müminlerin rahatlığını sağlamak üzere İslam'ın icat ettiği bir çözüm olduğu düşünülmektedir. Oysa bunun cahiliye döneminde bazı Arap kabileleri arasında uygulanan kadim bir âdet olduğu bilinmektedir. Hz. Peygamber tarafından sonradan yasaklanmasına rağmen zamanla farklı şekillere bürünerek devam etmesi ve Şiiilerle Sünniler arasında tartışmaların günümüze kadar sürmesi konunun ehemmiyetini göstermektedir.⁸⁶

2.2.2.2. Muvakkat Nikâh

Muvakkat nikâh genelde müt'a nikâhıyla birlikte anılır olmuştur. Hatta bazı İslam hukukçuları bu iki nikâh arasında Ehl-i Sünnet mezheplerince fark olmadığını ileri sürerler. Çünkü iki nikâh da İslam hukukunda evlenme akdinin her şeyden önce ebedilik vasfına aykırıdır. Dolayısıyla bâtıldır. Sadece Hanefilerden İmam Züfer muvakkat nikâhta ileri sürülen zaman şartının normal nikâh akdinde akdin mülâiminden olmayan ve şeriatın takrir etmediği bir şart olduğundan akdin sahih, şartın lağv olduğunu ileri sürmüştür. Bu içtihadının müt'a içinde geçerli olabileceğini söyleyenlere Abdulhamid karşı çıkmış, İmam Züfer'in içtihadının sadece muvakkat nikâhla ilgili olduğunu vurgulamıştır.⁸⁷

83) Hillî, Allame, *Muhtefû'ş-Şia fi Ahkâmî's-Şeria*, Tahran, 1954, C. VII, s. 227; Dönmez, İbrahim Kafi, "*Müt'a*" DİA, C. XXXII, s. 174.

84) Meşruiyeti konusunda "Onlardan faydalanmanıza karşılık ücretlerini veriniz." ayetinde nikâh kelimesine yer verilmeksizin müt'a kökünden (mestemta'tüm) bir fiilin kullanılmasını Şia delil olarak ileri sürmüştür. Ayrıca Hz. Peygamberin bu tür nikâha önceleri müsaade ettiği ve daha sonra Hayber'in fethi sırasında tamamen yasaklandığı ve Hz. Ali'den(ra) "Müt'a'nın helalliyi nesh olundu" şeklinde gelen rivayet ve Hz. Ömer'in de bunlara dayanarak yasaklaması, Şia ile Sünni ekol arasında tartışmanın merkezini oluşturmaktadır. Bilgi için bkz. Buhari, Nikâh, 31; Müslim, 16, 20; Şafii, C. V, s. 117-118; Bâcî, Ebu'l-Velîd, *Şerhu Muvatta Malik*, Beyrut, 1999, C. V, s. 140-144; İbn Kudame, C. IX, s. 459-462; Şelebi, s. 142-153; Dönmez, s. 174; Abdulhamid, s. 34.

85) Dönmez, s. 176; Şelebi, s. 142-153.

86) Müt'a nikâhının Ca'ferî fıkhdındaki sekiz hükmü ve kalıcı nikâhla arasındaki on fark ile müt'anın çeşitleri için bkz. Dönmez, s. 176-179.

87) Merginanî, C. I, s. 212; Abdulhamid, s. 33-35. Şelebi, s. 140-142.

Müt'a ile muvakkat nikâhın farkları üç başlık altında toplanmıştır. *Birincisi*; Müt'a sadece müt'a lafzıyla yapılırken muvakkat nikâh zevac, nikâh ve bunların manasına hamledilen diğer lafızlarla yapılabilir. *İkincisi*; Müt'ada şahit şartı yoktur, muvakkat nikâhta vardır. *Üçüncüsü*; Müt'ada zamanı tayin şartı yoktur, muvakkat nikâh da zamanın tayini şarttır.⁸⁸ Şia'nın fıkıh eserlerinde müt'anın en önemli vasfının "mehri malum ile eceli malum" olduğuna dikkat çekilmiş hatta Caferi Sadık'tan gelen rivayette müt'anın ancak "Eceli müsemma ve eciri müsemmayla" gerçekleşeceği rivayet edilmiştir.⁸⁹

2.2.2.3.Şigar Nikâhı

Şigar sözlükte beldenin boşalması, halifesiz kalması ve şartlardan hali olması manasına gelmektedir. Cahiliye döneminde mevcut olan bir nikâh şeklinin adıdır. Sözlük anlamıyla da irtibatlı olarak kısaca takas yoluyla mehirsiz evlenmeye denir.⁹⁰ Şöyle ki, cahiliye döneminde iki erkeğin evlilik için velayetleri altındaki bayanları birbirlerinin mehiri olarak kullandığı evliliğe şigar nikâhı denmiştir. Bu nikâh akdinde mağdur olan yine kadınlardır. Çünkü adeta bir meta gibi takas yapılmakta ve mehir de kadınlar tarafından alınmamaktadır. Hz. Peygamberin bu nikâhı nehyettiği⁹¹ sarahaten mevcut olduğu gibi, İbn Ömer'den gelen rivayette de "İslam'da Şigar'ın olmadığı"⁹² açıkça beyan edilmiştir.⁹³

Bu nikâhın hükmü Hanefi mezhebinde akde izafe edilen bâtil şartların hükmüyle aynıdır. Yani şart bâtil, nikâh sahhtir. Dolayısıyla bayanların her birisine de mehr-i misil lazım gelir. Hanbelî mezhebinin bir görüşü de böyledir. Mâlikî mezhebine göre bu akid duhulden önce fâsid olsa da duhulden sonra fâsid değildir. Şâfiî mezhebine göre bu nikâh bâtildir. Müslümanlara düşen vazife bu akitle evlenenleri ister duhulden önce ister sonra olsun ayırmaları gerekir. Hanbelî mezhebinin diğer bir içtihadı da böyledir.⁹⁴

2.2.2.4.Muhallil'in Nikâhı

İslam hukukunda dönme hakkı olan boşamanın iki kere olduğu sarahaten beyan edilmiştir.⁹⁵ Hülle veya şer'i tahlil diye bilinen evlenme şekli, üç talakla boşanan eşin önceki kocasına tekrar helal olabilmesi için yapılan şekli bir akittir. Bu akdi yapan erkeğe muhallil denir. Başka bir ifadeyle üç talak ile boş olan bir kadını, sadece eski kocasına helal

88) Abdulhamid, s. 34.

89) Hilî, C. VII, s. 227-228.

90) Semara, s. 135.

91) Müslim, Nikâh, 59.

92) Müslim, Nikâh, 60.

93) Abdulhamid, s. 36.

94) Şigar nikâhı konusunda mezheplerin ve diğer müçtehitlerin görüşleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Şafii, C. V, s. 113-114; İbn Kudame, C. IX, s. 454-457; İbn Abidin, C. III, s. 106-109; Semara, s. 135-138.

95) 2/Bakara/229.

kılmak için tezevvüç eden kimsedir.⁹⁶ Bu çeşit evlilikle ilgili Hz. Peygamber'in(sav) lanet ifadesini kullanması ve bu akdi yaparı iğreti tekeye benzetmesi gibi ağır eleştirilerinin olduğu malumdur.⁹⁷ Bu eleştirilerden hareket eden İslam hukukçuları bu evliliğe günah nazarıyla bakmışlar, en azından bu akdin kerahiyetinde ittifak etmişlerdir. İbn Kudame ilim ehlinin bir görüşüne göre muhallilin nikâhının haram ve bâtil olduğunu söylese de Ebu Hanife'ye göre sahih olduğunu İmam Şafii'ye göre iki görüş bulunduğunu nakletmesi önemlidir.⁹⁸

Hukuk tekniği açısından baktığımızda; bu evliliğin sahih olup olmadığı, boşandıktan sonraki iddetin akabinde ilk kocaya dönmenin helal olup olmayacağı konusu tartışılmıştır. Akit esnasında iki durum söz konusu olmaktadır.

Birincisi; Evlenme akdi esnasında “helal kılıncaya kadar” veya “bilahare boşamak şartıyla” gibi bir şart açıkça ifade edilirse cumhura göre bu akit hukuki hüküm doğurmaz, geçersizdir. Dolayısıyla artık boşansa da ilk kocasına helal olmaz. Fakat Ebu Hanife'ye göre evlilik akdi sahihtir, şart lağvıdır yani hükümsüzdür, bu yüzden boşaması gerekmez.⁹⁹

İkincisi; Taraflar evlilik akdi esnasında yukarıda zikrettiğimiz şartları söylemeyip önceden anlaşılıp, gizli tutarak akdi yaparlarsa sahabe, tabiûn ve sonraki fukâhanın ekserisine göre akit bâtil olduğundan ilk kocaya helal olunmaz. Ancak Ebu Hanife ve Şâfiî akdin zahirinden hareket ederek sıhhatine hükmetmişlerdir.¹⁰⁰ Akdin bahsedilen sıhhatinden sarf-ı nazar edip evlilik akdinin mahiyeti açısından bakıldığında mubah olmadığı hatta yukarıda da değinildiği gibi günahı havi olduğu söylenebilir.¹⁰¹ Zira böylesi nikâh akdinde hukuken şu sakıncaların varlığı da muhakkaktır: Gayrı ciddi ve geçici bir evlilik, sebep yok iken veya zorla boşamak, Kitap ve Sünnetin yasaklarını çiğnemek, çirkin bir bidat işlemek... İşte böyle haller muhallilin nikâhının tartışmalı olduğunu göstermektedir.¹⁰² Netice itibariyle tabii olan tahlil yolunun dışındaki mizansen tahlil usullerinin İslam'daki evliliğin gayesiyle pek uyduğunu söyleyemeyiz. Diğer taraftan bu tür hukuku dolanmaların fitratı selimle ve dinin ahlaki verileriyle uyduğunu da söylememiz zordur.

96) Heyet, Türk Hukuk Lügatı, s. 244.

97) Muhallilin yaptığı nikâhla ilgili Hz. Peygamber'in(sav) eleştirileriyle ilgili bkz. Tirmizî, Nikâh, 28; İbn Mace, Muhallil, 33; Bacî, C. V, s. 71-77; Şevkanî, Muhammed b. Ali, *Neylü'l-Evtar Şerhu Müntaka'l-Ahbar*, Beyrut, 1998, C. VI, s. 633-635.

98) İbn Kudame, C. IX, s. 464-469; Şelebi, s. 511-515; Semara, s. 139-143; Karaman, C. I, s. 327.

99) Şelebî, s. 513; Semara, s. 141.

100) Şafii, C. V, s. 117-118; Şelebi, s. 513; Düsükî, Muhammed, *el-Ahvalu's-Şahsiyye fi'l-Mezhebi's-Şafiiyyi*, Kahire 2011, s. 64-65.

101) Şelebî, s. 513; Karaman, C. I, s. 327.

102) Karaman, C. I, s. 328.

2.2.2.5.Misyâr Nikâhı

Asrımızda ortaya çıkan bu nikâh şeklinin adı için erkeğin kadının yanında bir süre kalıp dönmesi sebebiyle yürüme anlamına gelen *seyr* kökünden mif'al vezninde mübalağa sıgası olan misyâr kelimesi seçilmiştir.¹⁰³ Yaptığımız araştırmaya göre bu nikâhla ilgili yöresel ve mahalli şartlarla birlikte zamanla yeni isimlendirmeler olacaktır.¹⁰⁴

Misyâr nikahını câiz görenlerin ve görmeyenlerin dayandığı temel kriter, yukarda zikrettiğimiz şart nazariyesine mütehitlerin bakışıyla doğrudan ilgilidir. Arap dünyasında misyâr nikâhını câiz görenler, akdin rükünlerinin gerçekleşmesinden hareketle sahih olduğunu, kadının bir takım haklardan feragatini ileri süren şartların ise geçersiz/lağv olduğunu belirtmişlerdir. Tarafların taşıdıkları niyetler itibariyle de mekruh olduğuna kail olmuşlardır.¹⁰⁵ Misyâr nikâhı, onu doğuran sosyal, kültürel ve ekonomik şartlardan hareketle, Türk örf ve âdetindeki “ıçgüveyligi”ne benzetilmiştir. Ayrıca Hanefi mezhebince misyâr nikâhı sahih evlilik aktinin unsurlarını yerine getirmekle birlikte kadının nafaka, sükna ve kasm (kocasının kendi yanında ikame etmesi) haklarından feragat ettiği evlenme şeklidir. Kadının bu haklardan fedakârlık şartı geçersiz ve bâtil şarttır. Misyâr'ın esasında gizlilikten ziyade kadının bazı haklardan vaz geçmesi vardır. Bunda Hanefilerce bir sakınca yoktur.¹⁰⁶ Misyâr nikâhının ıçgüveyligine benzetilmesinde, sorumluluklar ve ortak hayatın devamı açısından bazı sıkıntılarının olduğu düşünülse de Hanefi mezhebi

103) Köse, Saffet, “*Misyâr Nikâhı*”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Konya, 2009, S. 13, s. 23. Bu kelime diğer bir grup araştırmacıya göre, Suudi Arabistan'ın Necid bölgesinde halk dilinde günlük ziyaret anlamına gelmektedir. Ya da kocanın komşu ziyaretine benzer bir biçimde gelip-geçici olarak eşine uğramasından dolayı bu evlilik misyâr diye isimlendirilmiştir. Bir kısım araştırmacılar da misyârın bazı Körfez ülkelerinde uğrayıp geçmek anlamına gelen halk dilinde(ammmice) bir kelime olduğunu ifade etmişlerdir. Tarihte seyyahların ve özellikle tüccarların sıkça gittikleri beldelerde evlendiklerinden bahsedilir. Bu güntkü anlamda misyâr nikâhı ilk defa Suudi Arabistan'ın el-Kasım bölgesinde ortaya çıkmış ve oradan dünyaya yayılmıştır. Riyad Yüksek Mahkeme hâkimlerinden İbrahim el-Hudayri, bu nikâhın Necid bölgesinde eski bir geçmişe sahip olduğunu ve kocanın daha çok kuşluk vakti eşine uğraması sebebiyle de kuşluk nikâhı (en-Nikahu'd-Duhaviyye) olarak isimlendirildiğini nakletmiştir. Yine o bölgeden Abdurrahman en-Nasr'a göre; misyârın yarım asırlık bir geçmişi vardır ve misyâr birden fazla evlilik isteyenlerin gizli olarak kullandığı bir nikâhtır. Bu sebeple o dönemde bu nikâha *gizli nikâh* (ez-Zevacu's-Sırrı veya ez-Zevacu'l-Hafî) da denmiştir. Kocanın karısının yanına genelde perşembe günleri uğraması sebebiyle *Zevacu'l-Hamis* ismiyle de anılmıştır. Köse, s. 23-24.

104) Bu nikâhın bulunduğu bölgelerde akdi yapanların durumuna göre isimlendirildiğine şahit oluyoruz. Dolayısıyla bölgemizde uzun süreli tatillerin olması hatta özel yazlık ve kışlık gezilerin düzenlenip bunların hafta'lık ve aylık belirli periyotlarla yapılması, ayrıca belirli bölgelerde özellikle uzun süreli iş toplantılarının, sempozyum ve seminerlerin yapılması bu nevi nikahlara zemin hazırlayabilir. Dolayısıyla gelecekte bu nikâha pek çok yeni ismin ilave edileceğini de söyleyebiliriz.

105) Misyâr nikâhını câiz görenlerle ilgili bilgi için bkz. Köse, s. 25-26; Günay, Hacı Mehmet, “*Gizli Evlilik, Misyâr Nikâhı ve Tescil Edilmeyen Nikâhlar*”, Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı V, Afyonkarahisar, 2012, s. 512.

106) Koca, Ferhat, “*Müzakere*”, Hacı Mehmet Günay, “*Gizli Evlilik, Misyâr Nikâhı ve Tescil Edilmeyen Nikâhlar*”, Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı V, Afyonkarahisar, 2012, s. 545.

açısından şartların geçersizliğini dikkate alırsak kocanın mezkûr görevleri yerine getirmesine de bir engel yoktur.

Arap dünyasında misyâr nikâhını câiz görmeyip haram sayanların çoğunluğu,¹⁰⁷ misyâr nikâhını evlilik akdinin ruhuna aykırı görerek bâtil şartın akdi de bâtil edeceği görüşünden hareket etmişlerdir. Misyâr nikâhına cevaz vermeyenlerin dayandıkları diğer hususları şöyle özetleyebiliriz: Kur'an ve Sünnet'in öngörüp tavsiye ettiği nikâh sadece şehveti teskin olmayıp salih evlat yetiştirme ile rahmet ve meveddetin de tahakkuk ettiği bir huzur ortamıdır. Misyâr nikâhında kadının nafaka, sükna ve kasm gibi haklardan feragati geçersizdir, zira sabit olmamış bir hak üzerinde tasarrufta bulunmak bâtildir. Bu görüşte olanlar misyâr nikâhının cevazı için Hz. Peygamber'in (sav) eşi Hz. Sevede'nin (ra) geceleme hakkını Hz. Aişe'ye (ra) devretmesinin delil olamayacağını da bu kurala dayandırmışlardır. Çünkü örnekte feragat hak sabit olduktan sonradır, ayrıca çocukların ve zamanla eşlerin mağduriyeti de göz önüne alınmıştır. Bu kanaat sahiplerinin belki de en önemli dayanağı usulü fıkıhta zikredilen seddüzzerai (şerre giden yolu kapatmak) deliline göre misyârı yasak görmeleridir. Çünkü misyâr sebebiyle bir kısım haramlara da kapı açılacaktır. Zaten usulde "vacibin kendisiyle tamamlandığı şey vacip olduğu gibi mahzura götüren şey de mahzurdur"¹⁰⁸ kuralı mevcuttur. Başlangıçta bu nikâha olumlu bakanlar zamanla konunun farklı boyutlar kazandığını görünce fikirlerinden vazgeçmişlerdir.¹⁰⁹ Aslında misyârın önceleri zengin kadınlar tarafından yapıldığı söylene de günümüzde durumun farklı mecralara kaydığına şahit olmaktayız. Artık Arap dünyasında fakir kadınların da internet aracılığıyla belirli para karşılığında misyâr nikâhı yapmak istediği bilinmektedir. Dolayısıyla az sayıda bazı araştırmacı da bu nikâhla ilgili hüküm vermekten imtina edip tevakkuf etmişlerdir. Misyârla ilgili hükmü gönül rahatlığıyla verebilmek için nikâhın şekli yönü ile amacını ve toplumsal yönlerini yeniden değerlendirmeye alıp, devletçe yapılması gereken düzenlemelere de ihtiyaç olduğunu ortaya koyarak yasama faaliyetlerine geçilmesinin gereğine inanıyoruz.¹¹⁰ Özel zaruretler dışında böyle bir nikâhla evlilik yapmaktan kaçınmanın ve yaygınlaşmasını önleyecek tedbirlerin alınmasının daha isabetli olduğu söylenebilir. Diğer taraftan misyâra izin verilmemesi halinde ortaya çıkacak zarar, izin verilmesinden daha fazla olarsa *iki fesat tearuz ettikte ehaffi irtikab ile a'zamının çaresine bakılır ya da ehven-i şerreyn ihtiyar olunur*¹¹¹ kaideleri gereğince onun cevazına

107) Misyâr nikahını câiz görmeyip haram sayanların isimleri için bkz. Köse, s. 26.

108) Gazâlî, Ebu Hamid, *el-Mustasfa min İlmi'l-Usûl* (Fevatihu'r-Rahamut ile birlikte) Beyrut, trs. C. I, s. 178-181; Hallaf, *Usûlü'l-Fıkıh*, s. 242.

109) Köse, s. 27-28. İslam dininin normal ve anormal durumlarla ilgili sunduğu çözümlerin arkasında mutlaka ailevi ve toplumsal hikmetlerin varlığına dikkat çekip Bâtil fikir akımlarının tesirinde de uzaklaşılması halinde Misyâr nikâhına tevessül etmeye gerek kalmayacağını savunarak bu nikâhla ilgili olumsuz tavrı sergileyenler de olmuştur. Nihat Dalgın, "Müzakereler", Hacı Mehmet Günay, "Gizli Evlilik, Misyâr Nikâhı ve Tescil Edilmeyen Nikâhlar", Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı V, Afyonkarahisar, 2012, s. 528.

110) Misyâr nikâhıyla ilgili genel değerlendirmeler için bkz. Köse, s. 28-33; Günay, s. 515-521, Koca, s. 545-546.

111) Mecelle, md. 28-29.

hükmedilebilir. Ama bir azimet hükmü olarak kabul edilmesi İslam hukukunun ruhuna aykırı görünmektedir.¹¹²

Misyâr nikâhına şekil şartları itibariyle cevaz versek de diğer şartlarının devlet tarafından güzelce tespit edilip tescil edilmedikçe pek çok mağduriyete kapı açacağını göz ardı edemeyiz. Zira günümüz dünyasında göçlerin ve savaşların doğurduğu acı sonuçlara birde yeni aile dramlarının eklenmesi kaçınılmazdır. Devlet denetiminden uzak olan bu nevi evlilikler başta çocuklara ve zamanla kadınlara yönelik ciddi hak kayıplarını doğurmakta, aileleri dağıtmakta ve beraberinde ahlaki bir takım problemleri de getirmektedir. Görünen o ki konumuz artık sadece bir bölgenin meselesi olmaktan çıkıp bütün İslam coğrafyasını ilgilendiren bir problem olmuştur. Dolayısıyla misyârı doğuran ortamlar üzerine bilimsel verileri esas alan bir usulle kapsamlı bir şekilde çalışılması gereğine inanıyoruz. Çünkü misyâr nikâhı hakkında hüküm verirken sadece teknik olarak konuyu ele alıp evet demek yerine evlenecek şahısların durumunu dikkate alarak ruhsat nev'inden hükümler vermek daha isabetli olacaktır. Öyle taraflar vardır ki onların misyâr nikâhı yapmalarında bir sakınca görmeyebiliriz. Dolayısıyla yeterli görülen şekil şartlarının sağlanmış ve endişe edilen diğer sıkıntıların da giderilmiş olduğu durumların tefrik edilmesi de hukukun bir buyruğudur.

Nikâh akdinin istismara açıklığı itibariyle pek çok çeşidi bulunmaktadır. Mesela bazı bölgelerde nişan esnasında gençlerin rahatça görüşebilmeleri için imam nikâhı adı altında kısılan nikâhların durumu da tartışılmalıdır. Eğer bu akit daha sonra yenilenmiyorsa ciddi bir akit olduğu anlaşılır. Fakat bazen düğün günü tekrar bir nikâh daha kısılmak istenir ki bu da önceki akdin bir süreliğine kısıldığı anlamına gelebilir. Dolayısıyla birinci akdin sıhhati tartışmaya açıdır. Öyleyse bu konuya eğilerek nikâh akdinin tekrarlanması alışkanlığından kurtulmalıyız.

Nikâhta esas olan unsurlarla birlikte tescil kaydı da dikkate alınmalıdır. Hz. Ömer'in (ra) divanları hazırlaması, Emeviler ve Abbasiler döneminde de divan sisteminin devam etmesi evliliklerin kayıt altına alındığını gösterir. Selçuklular ve Memlûklular döneminde de kadınlara bu yetki verilerek nikâhlar kayıt altına alınmıştır. Osmanlı döneminde Şeyhülislam Ebu's-Suud'un kâdiden izinsiz nikâh kısılmasını yasaklaması daha önceleri izin verildiği anlamına gelmez, sadece bu dönemde daha dikkatli davranıldığı anlaşılır. Ayrıca Ebu's-Suud velisiz nikâha da izin vermemiştir. Ancak velisi olmayana hâkimin velayeti İslam hukukunda esas olduğundan problem kâdîlerin nikâh akdini yapabilmesiyle çözülmüştür. Akit esnasında bir din adamı da bulundurulmuştur. Şeyhülislam kayıtsız nikâhların davalarının dinlenmeyeceğini de açıkça belirtmiştir.¹¹³ Günümüz Medeni Kanun'unda da evlilik töreninin kanunla görevlendirilen memurlar huzurunda icra edilmesi, evliliğin

112) Köse, s. 33.

113) Nikâhların kadınlar tarafından kısılması, velisiz nikâh ve kayıt işlemleriyle ilgili geniş bilgi için bkz. Aydın, s. 85-98; Düzdağ, Ertuğrul, *Şeyhülislam Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İstanbul, 1983, s. 37-38.

kanun nezdinde var olabilmemesinin kesin bir şartıdır.¹¹⁴ Bütün bunlar nikâh akdinde aleniliğin ve tescilin ehemmiyetini gösterir.

3. İslam Aile Hukukunda Şartlı Boşama

İslam hukukunda evlenme tarafeynin rızası ile olsa da boşanma, Şâri tarafından hoş karşılanmamakla beraber, daha ziyade kocanın tek taraflı iradesiyle vuku bulup hukuken geçerlidir. Evliliğin sona ermesi genelde beş şekilde olur: kocanın evlilik birliğine son vermesi (talak), karının mehrini ödeyerek boşaması (hulu'), hâkimin boşaması (tefrik), akit esnasında veya daha sonra akdın devamına mani olacak bir sebeple aile birliğinin sona ermesi (fesih) ve taraflardan birisinin ölümü. Boşamanın sünnete uygun olanına sünni, uygun olmayana bid'i denir. Bir de ric'i¹¹⁵ ve bâin¹¹⁶ ayrımı vardır. Fakat çalışmamızın kapsamını aşacağından o konuları ilgili yerlerine havale ediyoruz. Sadece şunu ifade edelim ki şarta bağlı boşamalarda kullanılan şart örfçe sarih ise talak ric'i, değilse bâin olur. Bir de verilen talak ister ric'i ister bâin olsun dönüşü olmadığı gibi ileri sürülen şarttan da dönüş olmaz.

Boşama talak sığasının takyit edilmesi ve mutlak oluşu açısından *müneccez* (kesin), *muzâf* ve *muallâk* olmak üzere üç kısma ayrılır.¹¹⁷ Kişinin "Sen boşsun" gibi sarih lafızlarla veya boşamaya niyet etmekle birlikte "sen artık hürsün" gibi kinâi lafızla eşini boşaması müneccez olup hemen sonuç doğurduğundan bunu çalışmamızın dışında tutuyoruz.

3.1. Herhangi Bir Şeye İzafe Edilen Boşama

Çalışmamızda üzerinde durmak istediğimiz konu şartlı boşamanın geçerli olup olmadığıdır. Nikâh, temlikat nev'inden bir akit olduğundan müstakbele ta'lîki câiz değilken talak, iskatat nev'inden olduğu için müstakbele izafesi câizdir.¹¹⁸ Yukarıda zikrettiğimiz gibi şartlı boşama genelde muzâf ve muallâk diye taksim edilmiştir. Muzâf boşamadan maksat kocanın herhangi bir şart edatını kullanmadan "Gelecek yılın başında boşsun." veya "Yarın boşsun." gibi gelecek zamana izafe edilen boşamasıdır. O vakit gelince boşanma gerçekleşir. Şart edatları kullanılmasa da burada Türkçemiz açısından şartın varlığını kabul edebiliriz. Herhalde bu nevi boşamanın hüküm doğurabilmesi için kadının

114) TMK, md, 139-144.

115) Ric'i talak: Karı ile cinsi temastan sonra vaki olup sarahaten veya işaretten üç adedine veya bir ivaza mukarin olmayan ve beynunete (ayrılığa) delalet eden bir vasıf ile mevsuf ve bir şeye teşbih edilmiş bulunmayan talaktır. En ayırıcı vasfı İddet süresi içerisinde yeni bir akde gerek kalmadan kocanın mutlak olarak dönme hakkının olmasıdır.

116) Bain talak: Karıyla cinsi temastan evvel vaki olan veya cinsi temastan sonra beynuneti ifade eden kinai bir lafızla yapıp ya da sarahaten veya işaretten üç adedine veya bir ivaza mukarin olan veya beynunete delalet eden bir vasıfla muttasıf yahut ta teşbih olunan talaktır. En ayırıcı vasfı ister süğra (bir veya iki talak) ister kübra (üç talak) olsun evlilik bağı çözülür. Kadın istemediği sürece (bir veya iki talak verilmesinde) yeniden evlenme gerçekleşmez. Kadının istemesi halinde yeni bir akit ve yeni bir mehir gerekir.

117) Şelebî, s. 494.

118) Merginanî, C. I, s. 255-256; Abdulhamid, s. 261.

durumunun boşanmaya uygun olması gerekir. Mesela kocası eşini daha önceden boşamış olsa da kadın iddetini beklediği esnada yılbaşı olsa, bir talak daha boş olur. Fakat kadının iddeti sene başı gelmeden önce biter ve eşi de ric'i talakta iddet süresi dolmadan önce dönmez ise kadın boş olmaz. Zira karının kocasıyla olan bağı boşama bâine döndüğünde son bulmuş olup yeniden boşamaya mahal kalmamıştır. Erkeğin durumuna gelince, izafette bulunurken aklı başında olup fakat yılbaşı geldiğinde mecnun olsa da talak gerçekleşir. Çünkü izafette bulunurken aklı başında olması kâfidir.¹¹⁹

Türkçe açısından bir hususa dikkat çekmek istiyoruz. Zira pek çok kez karşılaşıp dikkatten kaçırılan konu şudur: erkeğin“boşsun” ifadesi yerine “boşarım” kelimesini kullanması zannedildiği gibi hukukenbir hüküm doğurmaz. İzafet vakti geldiğinde koca isterse boşar isterse boşamaz. Çünkü “boşarım” lafzının mezkûr kullanımında geniş zaman olup bir kesinlik ifade etmediği malumdur.

3.2. Herhangi Bir Şeye Ta'lik Edilen Boşama

Muallâk boşamada özellikle şart edatları kullanılarak boşama bir şarta ta'lik edilir. Mesela “Eğer bu gün sefere çıkarsan boşsun.” veya “Ne zaman izinsiz çıkarsan boşsun.” gibi ifadelerle yapılan boşamanın geçerliliği şartın tahakkukuna bağlıdır. Bu şartlar *lafzî* ve *manevî* olmak üzere ikiye ayrılır.

Birincisi, lafzî olan ta'lik. Lafzî ta'lik ihtiyari ve gayri ihtiyari olarak ikiye ayrılır. Zikrettiğimiz misaller lafzî ta'likin ihtiyari kısmına uygundur.¹²⁰ Çünkü kocası tarafından ileri sürülen şartlara riayet edip etmeme kadının iradesi dâhilindedir. İsterse şarta riayet eder, boşama gerçekleşmez; isterse şarta riayet etmez, boşama gerçekleşir. Bir ric'i talaktır.

Klasik fıkıh eserlerimizde ve Hukuku Aile Kararnamesi'nde şartlı boşamanın mutlak olarak kabul edilmesi ve talakın zaman-ı müstakbele izafesinin sahihliğinin vurgulanması önemlidir.¹²¹ Yalnız şartlı boşamanın kadının kudretinde olup olmadığına dikkat çekilmemiştir. Bu nokta tartışmaya açıktır. Çünkü kocanın ileri sürdüğü şart, kadının ihtiyarının olduğu bölümde zikredilmiştir. Kocanın eşini mağdur etmemek için uzun bir sefere çıkarken “Eğer dört ay içinde seferden dönmezsem, sen boşsun.” demesi önceleri makul bir gerekçeye bağlanmıştır. Fakat bu hüsnüniyet daha sonraları sırf kadını bahaneden boşamaya ve mağdur etmeye bir vesile olarak kullanılmıştır.¹²² Dolayısıyla kocanın kendi iradesine bağlı olan şartı, mesela “Yarın sefere çıkmazsam boşsun.” Nev'inden ifadeleri boşanmak için öne sürmesini yeniden değerlendirmeye almalıyız.¹²³ Çünkü buradaki şart,

119) Şelebî, s. 494.

120) Şelebî, s. 495.

121) Merginanî, C. I, s. 255-257; İbn Abidîn, C. III, s. 264-265; HAK, md, 106, 107.

122) Aydın, s. 114.

123) Osmanlı döneminde kadının iradesi dışında kocanın kendi iradesiyle ilgili şartlarla yaptığı boşamanın geçerli olduğuna dair fetvalar mevcuttur. Mesela Zeyd, “Falan fiili işlersem, talak-ı selase üzere-

erkeğin öncekinde olduğu gibi hüsnü niyetli olmadığını gösterir, ayrıca mezkûr şart kadının irade ve ihtiyarı dâhilinde de değildir. Sözün müveccehatı/söyleniş gayesi açısından bakarsak, kocanın maksadının ya bir vaadini kuvvetlendirme veya eşini bir hususta tehditle sınırlandırmayı amaçladığı anlaşılabilir. Kaldı ki toplumda bu nevi ifadelerden neyin kastedildiğini sorduğumuzda, kocaların genelde yukarıda zikrettiğimiz hususları ileri sürmeleri bunun delilidir. Ayrıca kocanın ısrarla “Ben eşimi boşamak istemedim, eğer boşamak isteseydim müftülüğe fetvaya değil, adliyeye boşama davası açmaya giderdim, ben sadece karşı tarafa sözümü kuvvetlendirmek maksadıyla söyledim, karşı taraf bu sözle eşin boş olur dediği için fetvaya geldim.” demesi, konunun üzerinde düşünülmesi gerektiğini gösterir. Sonuçta konuyu sadece erkeğin mutlak yetkisinden hareketle dilediği gibi boşayabileceği çözümüne ulaşmak düşündürücüdür ve kolaylıktır diyebiliriz. Sui-istimal edilen bu yetkinin sınırlarının sorgulanması gerekir. Evlilik gibi ciddi bir kurumun kadının kudretinde olmayan bir şartla yıkılmasının önüne geçilmeli, en azından boşamanın hukuki sonuçları üzerinde aile birliğinin korunmasına yönelik bir takım düzenlemelere yer verilmelidir.¹²⁴

Lafzî ta’lîkin hem kadının hem erkeğin kudretinin haricinde olanı, *gayri ihtiyari ta’lîk* çok daha dikkat çekicidir, mesela kocanın eşine, “Kız doğurursan boşsun.”, “Yağmur yağarsa boşsun.”, “Kuş öterse boşsun.” gibi ta’lîklerde bulunması, ne kadının ne de erkeğin gücü dâhilindedir. O zaman mantık ilmi açısından sormamız gereken “Bu sözlerin yani şartların müveccehatı nedir?” sorusudur. Acaba hangi maksat ve gerekçeyle bu şartlar ileri sürülmüştür? İnsan nasıl olurda irade ve kudretinin haricinde olan bir şeyle mükellef tutulabilir? Bu teklif-i ma lâyutak (gücün dışındaki bir şeyle teklif) değil midir?

Yeri gelmişken şu soruyu soralım: Sözün ya da konumuz icabı şartların sevk sebebi/müveccehatı¹²⁵ nedir, hangi maksatla söylenmiştir? Bunun bilinmesi verilecek hükümde

rime olsun.” deyip badehu o fiili işlese, Zeyd’in zevcesi Hind üç talak boş olur mu? Bunun anlamı örflerinde “Avretim üç talak boş olsun.” demek ise olur. Kılıçer, M. Esad “*Kemalpaşazade’nin Aile Hukuku İle İlgili Bazı Fetvaları*,” AÜİFD, C. XIX, S. 1, 1971, s. 93. Bu fetvada dikkat çeken bir diğer husus ise şartlarda örfe itibar edilmesidir.

124) Şarta bağlı boşamanın hükmüyle ilgili kadim ulemamız arasındaki tartışmalara yer verilecektir. Günümüzdeki bazı çalışmalarda şartlı boşamada şartın tahakkukuyla talakın vukuunu kabul etmek evlilik birliğinin her zaman bozulabileceğine götürür ki bu da talakın sünnete uygunluk şartıyla tearuz ettiğini gösterir. Dolayısıyla şarta bağlı talakın Kur’an ve Sünnet hükümlerine aykırılığı nedeniyle geçerli olmayacağı görüşünün daha isabetli olduğunu savunular vardır. Bilgi için bkz. Acar, H. İbrahim, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Erzurum, 2000, s. 259.

125) Müveccehat, Mantık ilminde kaziyyelerin hükümlerinden bahsedilen bölümde ele alınıp mahmülün ünvanının (vasfı, mefhumu) mevzuza (masakaaleyhine) sübutu yani nispetinin belirlenmesidir. Mevzuda matlupmasadaka aleyhdır, mahmulda matlup mefhumdur. Kaziyyelerdeki müveccehatı öncelikle zaruri, devam, lazarusi ve la devam diye dörde taksim edilir sonra da altı adedi basite, yedi adedi mürekkebe olmak üzere ayrıca ikiye taksim edilir. Bu bahisten ana maksat hükümle vaki hayatın uyumunu da dikkate almaktır. Mesela bir şeyin hariçte, zihinde ve yazıda olmak üzere esasen üç tane varlığı vardır, yazı ve zihindeki vaki hayatla örtüşürse sadık olur. Eğer yazıdaki ve zihindeki vaki hayatla örtüşmese kazibe olur. Onun için sözün vaki hayatla uyumunu tespitte söyleniş cihetini tespit mantıken ve hukuken önemlidir. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Kazvini, Ömer b.

isabet için gereklidir. Mesela koca “Şu kişinin evine girersen boşsun.” dese, o kişi de ikinci bir eve taşınacak olsa, kadın iki evden hangisine girmekle boş olur? Sözün söyleniş maksadına/müveccihatına bakarsak kadının ikinci eve girdiğinde de boş olması gerekir. Çünkü eve girmekten maksat evin kendisi değil, kastedilen şahsın evidir. “Şu eve girersen boş ol.” derse usulü fıkihtaki *ibarenin delaletinden*¹²⁶ hareket ederek yalnız işaret edilen evi anlamak durumundayız. Mecelle’de yer alan, “Kelamda aslolan manayı hakikidir.” ve “Tasrih mukabelesinde delaletle itibar yoktur.”¹²⁷ Külli kâideler de *ibarenin delaletini* destekler. Ancak böylesi şartlarda kazaen boşanmaya yönelik hüküm versek de diyane-ten¹²⁸ kişinin şartı ileri sürdüğü andaki saikini dikkate almamız daha uygun olmaz mı? Sonuçta kocanın, eşinin herhangi bir eve girmemesini istemesinin sebebi işaret edilen evin kendisinden daha önemlidir.

İkincisi, manaca ta’lik. Ta’likin bu çeşidinde edatlar zikredilmese de mana itibariyle ta’lik söz konusudur. Mesela kocanın, “Talak bana vaciptir, şöyle yapmayacağım.” demesi halinde manaca ta’likten bahsedilir. Manaca ta’likin şart açısından anlamı şöyledir: “Eğer şöyle yaptıysam eşim boştur.” Bu tür boşamaya yeminle boşama ismi verilmiştir.¹²⁹ Bu nevi boşamanın Hanefilerce hükmü iki şekilde ele alınmıştır. Eğer ta’lik edilen şart o esnada mevcut olmayıp fakat vukuu mümkün bir şey ise talak gerçekleşir. Ta’lik edilen şey mevcut olmamakla birlikte vukuu da imkânsız ise o şart lağv olur. Mesela “Şu denizin suyunu tamamen içersen sen boşsun.” gibi boşama imkânsıza ta’lik edilmiştir.¹³⁰

Gördüğümüz ta’liki şartlarda şart ve cezanın varlığı, bazı Arap dâilcilerin ve fakihlerin bu nevi şartları yemine hamletmelerine sebep olmuştur.¹³¹ Fakat bazı Araplar da yeminin belirttiği durumu şartlar ifade etmediğinden, yemin değildir, demişlerdir. Benzer şekilde Şelebi, haklı olarak bu nevi şartların yemine benzetilmemesini fıkhı daha yakın ve uygun bulmuştur.¹³² Türkçemiz açısından konuya baktığımızda şartların yeminle alakası

Ali el-Katib, *Şerhü Risaleti’ş-Şemsiye*, haşiye Seyyid Şerif Cürcanî, Daru İhyail kütübü’l-Arabi trs. s. 101-110; Yezdî, Allame Abdullah, *Şerhu Tehzîb maa’l- Haşiye Tuhfe Şahcihanî*, Karachi 2011, s. 97, 121-125; el-Ensari, Kâdi Zekeriyya, *Şerhü İsagoci*, Thk. İbrahim ez-Zahidi, Kerkük, 2012, s. 113-114; el-Meydanî, Hasan Habenneke, *Davabidü’l-Ma’rife*, Dımeşk, 2014, s. 117-119.

126) Kelamın kendisi için sev edilen zahiri lafzi manaya ibaretünnas denir, kısaca ağızdan çıkan lafızdan anlaşılın anlamdır ve sevk sebebi de bu anlam içindir. Geniş bilgi için bkz, Molla Hüsvrev, Muhammed b. Feramuz, *Mir’atü’l-Usûl*, İstanbul, 1966, s. 297-300. Dihlevi, Mahmud b. Muhammed, *İfâdetü’l-Envar fi İdaeti Usulü’l-Menar*, thk. Halid Muhammed, Riyad, 2005, s. 254.

127) Mecelle, md. 12-13.

128) Hüküm ile fetva dini bir vecibe olsa da Kaza mülzim iken fetva ihbar ve tebliğdir. Fetva umumi, kaza hususidir, fetva rivayet yoluyla olurken kaza şahadet ve velayet yoluyla olur. Kazai ve diyani hüküm farkları için bkz. Bilmen, C. I, s. 253.

129) İbn Abidin, C. III, s. 253-254; Şelebî, s. 495-496.

130) Abdulhamid, s. 264; Şelebî, s. 496.

131) İbn Abidin, C. III, s. 341.

132) Şelebî, s. 495.

zorlamalı olarak şöyle kurulmuştur: Talâkı ta'like, şart denildiği gibi “Yemin bittalak” da denir. Yemin denilmesinin sebebi şartta yemin manası mevcut olup bir fiili yapmaya sevk veya yapmaktan men için insana kuvvet verdiği endir. Binaenaleyh kuvvet ifade edebilmesi için ta'lik edilen şeyin henüz mevcut olmadığı halde vukuu mümkün olmalıdır. Varlığı mümkün olmayan bir şey ta'lik lağvıdır.¹³³

Konuyla alakalı bir diğer husus ise boşamayı Allah'ın dilemesine bağlamaktır. İslam hukukçuları kocanın, “Sen boşsun inşallah.” gibi ifadelerini, ta'likin vukuu imkânsız olan bölümünden saymışlardır.¹³⁴ Çünkü Allah'ın dilemesine kimsenin muttali olması mümkün değildir. Sadece boşama esnasında istisnanın boşamaya muttasıl olması ve duyulması şarttır. Arap dili açısından istisnanın talaktan önce olması halinde mesela “inşallah sen boşsun” denildiği surette talakın vukuu fakihler arasında tartışılmıştır. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre bir rivayette de İmam Muhammed'e göre talaka manidir. Bilmen'in bu konuda şu değerlendirmesi önemlidir: Türkçemizde Arapçanın hilafına istisnanın mukaddem zikrolunması esas olduğundan talakın vukuuna mani olacağında ihtilaf olmasa gerektir.¹³⁵

Şartlı boşamanın içerisinde zikredilmesi gereken diğer bir konu da üçüncü kişilerce ileri sürülen şartın ikrah veya şantaj içermesidir. Öncelikle şu hususa atıfta bulunalım: Mükrehin talakı Hanefilerce geçerli olsa da¹³⁶ diğer üç imama göre geçersizdir.¹³⁷ Hukuku Aile Kararnamesinin de kanunlaştırdığı¹³⁸ bu hükme kıyasen, üçüncü kişilerin ileri sürdüğü tehdit veya şantaj içeren boşama şartlarının da hüküm doğurmadığını söyleyebiliriz.

Şartlı boşamayı İslam ulemasından bazıları kabul etmemiştir. İbn Hazm yemin ile talakın gerçekleşmeyeceğini, talak ve yeminin ancak Allah'ın emrettiği şekilde tahakkuk etmesi halinde hüküm doğuracaklarını belirtmiştir.¹³⁹ İbn Teymiye şartlı boşamada ulemanın üçe ayrıldığını naklederken yemin niyetiyle söylenen talakta boşanma neticesi doğurmayıp sadece yemin kefareti gerektireceğini tercih etmektedir. Çünkü yemin niyetiyle söylenen talakta kişinin bir fiili yapıp yapmama konusunda azmini kuvvetlendirme vardır.¹⁴⁰ İbn Kayyim da boşamanın gerçekleşmediğini kabul eder, fakat yemin kefaretinin de gerekmediğini savunur.¹⁴¹ Mısır Aile Kanununa göre, şart ile boşama kastedilir

133) Bilmen, C. II, s. 232.

134) Merginanî, C. I, s. 276; Şelebî, s. 496.

135) Bilmen, C. II, s. 250.

136) Merginanî, C. I, s. 250.

137) Bilgi ve kaynaklar için bkz. Acar, s. 272-278.

138) İkrâh ile vuku bulan talak muteber değildir, HAK, md, 105.

139) İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali el-Endelüsî, *el-Muhalla bi'l-Asar*, Beyrut, trs. C. IX, s. 476.

140) İbn Teymiyye, Takiyyüddin Ahmed, *Mecmuatu'l-Fetava*, thk. Amir el-Cezzar-Enver el-Baz, Riyad, 1998, C. XXXIII, s. 108.

141) Bu görüşlerle ilgili geniş bilgi için bkz. İbn Kayyim, *el-Cevziyye, İlamu'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Âlemin*, Beyrut, 1993, C. III, s. 52-57; Abdulhamid, s. 265.

ve şart gerçekleşirse boşama da gerçekleşir; eğer boşama kastedilmemiş ise sonuç doğmaz, isterse şart gerçekleşsin. Diğer bir maddeye göre de, bir işi yaptırma veya yatırmama hususunda sözünü kuvvetlendirme maksadıyla sevk edilen geleceğe bağlı talak yani münecciz olmayan talak sonuç doğurmaz. Suriye Medeni Kanunu da aynı minval üzeredir.¹⁴² Ca'ferîler ise, şartla nikâh câiz olmadığı gibi talak da câiz değildir, görüşünü benimsemişlerdir.¹⁴³

Muhatabından boşamayı kastetmeksizin bir şeyin yapılmasını teşvik veya men'e hamledilen şartlı talakın kabul edilmediği, günümüzde bazı İslam hukukçuları ile İslam Hukukuna dayanarak hazırlanmış pek çok kanunda görülmektedir.¹⁴⁴ Din İşleri Yüksek Kurulunun yukardaki durumda yemin keffâreti verilmesiyle ilgili bir görüşü bulunmaktadır.¹⁴⁵ Hatta Cassas'ın Tahavî'den ashabımız, İmam Sevr ve İmam Şafî'ye göre bir vakte veya şarta talik edilen talakın geçerli olmadığını nakletmesi,¹⁴⁶ şartlı talakın bütün çeşitleriyle ilgili çalışmaların ve kanunların dikkate alınıp komisyon maharetiyle yeni bir karar alınmasına ihtiyaç olduğunu gösterir. Toplumun temelini oluşturan aile birliğini korumak için evlenmede olduğu gibi boşanmada da belirli şartlara riayet edilmesi, hatta evlenmede ileri sürülen şahit şartının boşanmada da dikkate alınmasını düşünebiliriz. Cassas'ın açıklamalarından, birkaç istisna dışında İslam ulemasının ihtilafının olmadığı, boşama ve ric'atin şahitsiz gerçekleşip, fakat ilgili ayete¹⁴⁷ binaen şahit tutmanın mendûb olduğu anlaşılmaktadır. Yine Cassas'ın aynı ayetin hukuki hükümlerde şahitliğin ikame edilmesini amir hükmüne dikkat çekmesi, bahse konu olan hususlarda da şahit tutmanın ehemmiyetini ortaya koymaktadır.¹⁴⁸

Sonuç

Kur'an-ı Kerimde ahkâm ayetlerinin en fazla Aile Hukuku alanında varit olması konunun ehemmiyetine önemli bir işarettir. Bu nedenle olsa ki evlenmede veya boşanmada

142) Abdulhamid, s. 265-266; Karaman, C. II, s. 309.

143) Şelebî, s. 496.

144) Konuyla ilgili müellifler için bkz. Ebu Zehra, s. 302; Şeltût, Mahmud, *el-Fetâvâ*, Beyrut, 1991, s. 304-306; Zerkâ, Mustafa, *Fetâvâ*, Dımaşk 2004, s. 309-310; Hallâf, Abdulvehhab, *Ahkâmü'l-Ahvâlî's-Şahsiyye*, Kuveyt 1990, s. 137-138; Karaman, C. I, s. 309. Kanunlar için bkz. Mısır 1929 tarih ve 25 sayılı kanun, Ürdün 2010 tarih ve 87 sayılı kanun, Kuveyt 2007 tarih ve 105 sayılı kanun, Fas 2010 tarih ve 93 sayılı kanun, Irak 36 numaralı kanun, Suriye 173 numaralı kanun ve Suudi Arabistan 85 numaralı kanun.

145) Geniş bilgi için bkz. *Musahhah Fetvalar DİB*, DİYK 2012, s. 580.

146) Cassas, Ebu Bekir Ahmed, *Muhtasarü İhtilafî'l-Ulema*, Thk. Abdullah Nezir, Beyrut, 1996, C. II, s. 438-440.

147) O (boşanan) kadınlar, iddetlerinin sonuna geldiklerinde, (dilerseniz) ya maruf ile (güzel geçinmek, ric'at yapıp nikâhınız altında) onları tutun yahut (boşayarak onlara zarar vermektan sakınarak) maruf ile onlardan ayrılın. (Fakat hem ric'at yapmanız hem de ayrılmaz hallerinde anlaşmazlığa meydan vermemek için) aranızdan adalet sahibi iki kişiyi de şahit tutun...

148) Cassas, Ebu Bekir Ahmed, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Beyrut, 1993, C. III, s. 682.

ileri sürülen şartlar ister şer'î ister ca'lı olsun etkileri İslam Aile Hukuku'nda detaylı bir şekilde ele alınmıştır. İnsan sözünün ihmalindense i'malının (işleme koymanın) evla oluşu, hukukun kişiye tanıdığı en önemli haklardandır. Yalnız mükellefin şartlı boşama yetkisini kullanırken keyfiliklerin önüne geçilmesi için birtakım kanunî düzenlemelere ihtiyaç olduğu muhakkaktır.

Çalışmamızda evlenmede takyîdi şartların; boşanmada ise hem ta'lıki hem de takyîdi şartların, ister sarahaten ister zimnen olsun, istismarlara açık olduğu görülmüştür. Mesela evlenmede tarafların özellikle sağlık durumlarını savaçlaması, evlilik ve boşanma sürecinde bahse konu olan şartları istismar etmeleri ve hukuku dolanma girişimleri yeni gündel problemleri de beraberinde getirmiştir. Bu nedenle evlenecek gençlere evlilik öncesi hukukî ve ahlâkî sorumluluklarını, haklarını, ödevlerini ve çocuk yetiştirmeyi konu alan bir eğitimin gerekliliği ortaya çıkmıştır. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'na göre evlilik için gerekli sağlık kurulu raporlarında psikiyatri bölümüyle ilgili sıkıntuların giderilebilmesi için hastaların evlilik birliğini devam ettirebileceklerine dair psikiyatri uzmanlarının açıkça görüş bildirebilmeleri yönünde kanunî düzenlemelere ihtiyaç olduğu anlaşılmaktadır.

Hukuk düzeni ve insan hakları açısından asrımızın problemlerini de dikkate alarak evlenmenin ve boşanmanın, mezhep müçtehitlerince belirlenen usulleriyle hususî ve umumî örflere riayetin yanında Kur'an ve Sünnet'in öngördüğü prosedürle yeniden mütalaa edilmesi düşünölmelidir. Evlenme ve boşanmada hukukun verilerine ek olarak sosyal, ekonomik, psikolojik ve mahalli şartlarında dikkate alınması hukuken gereklidir. Zira salt hukuk kuralıyla belirlenen şartların istismarının önlenmesi bir hayli zorlaşmıştır. Bu yüzden evliliğin tüm evrelerinde, bilhassa boşanmalarda tarafların saikini tam anlamıyla gün yüzüne çıkaracak kurallar vaz' edilmelidir. Hatta vaz' edilen yeni kuralların dahi yeterli olmadığı hissedilmesi halinde kazâi ve diyânî yorum farkının somut olaylara uygunluğuna dikkat edilmelidir. Toplumun temel yapısını teşkil eden aile düzeninin istenilen şekilde korunabilmesi için çağın bütün ilimlerinden interdisipliner şekilde faydalanılması gerekmektedir. Aksi halde hayata geçirilmek istenen hukukî düzenlemeler toplum vicdânında makes bulamayacaktır.

Günümüzde evlenme ve boşanmada mağdur tarafın genelde kadınlar ve çocuklar olduğu bir gerçektir. Bu gerçeği dikkate alarak İslam Hukukunda evlilik için atılan ilk adımlardan boşanmaya kadar mağdur eden taraf aleyhine manevi tazminat davalarını tartışmalıyız. Hatta cezaların caydırıcılığını da yeniden mütalaa etmeliyiz. Çünkü İslam'ın tanıdığı haklar kanunlarda sarahaten yer almadığından taraflarca istismar edilebilmektedir. Bütün bunları yaparken herhangi bir tarafın lehine veya aleyhine meyletmek yerine, müçtehitlerin gösterdiği usulü fıkıh üzere Kur'an ve Sünnette tanınan hakların ikamesine ağırlık verip, iyi niyetin kötüye kullanılmamasının zarureti de ortaya çıkmıştır. Hakların korunmasında hukukî hükümler kadar ahlâkî ilkelerin de gerekliliği anlaşılmıştır.

KAYNAKÇA

- Abay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1983.
- Abdulhamid, M. Muhyiddin, *Ahvalu's-Şahsiyye*, Beyrut, 1984.
- Acar, H. İbrahim, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Erzurum, 2000.
- Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri*, C. I, İstanbul, 1990.
- Alihaydar Efendi (Küçük-Arsebuk), *Dürrü'l-Hükkam Şerhu mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1330.
- Ali Cuma, Muhammed, *el-Hükmüş'Şer' İnde'l-Usuliyin*, Kahire, 2006.
- Aydın, M. Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985.
- Bâcî, Ebu'l-Velîd, *Şerhu Muvatta Malik*, Beyrut, 1999.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, 1976.
- Boynukalın, Mehmet, *Fıkıh Usûlünde Şart Kavramı*, MÜİFD, 2009, S. 36/1, s. 7-46.
- _____, “Şart” DİA, C. XXXVIII, s. 364-365.
- Buharî, Ebu Abdullah M. b. İsmail, *Sahihu'l-Buhari*, Beyrut, 2012.
- Cantürk, Gürol, “Evlilik ve Boşanma ile İlgili Adli Psikiyatri Uygulamaları”, Türkiye Klinikleri J Foren Med, 2006, S. 3, s. 58-64.
- Cassas, Ebu Bekir Ahmed, *Muhtasaru İhtilafl-Ulema*, thk. Abdullah Nezir, Beyrut, 1996.
- _____, *Ahkâmu'l-Kuran*, Beyrut, 1993.
- Dalgın, Nihat, “Müzakere”, Hacı Mehmet Günay “Gizli Evlilik, Misyâr Nikâhu ve Tescil Edilmeyen Nikâhlar”, Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı V, Afyonkarahisar, 2012, s. 526-529.
- Debûsî, Ebu Zeyd, *Takvîmü'l-Edille*, thk, Halil el-Meys, Beyrut, 2001.
- Dihlevî, Mahmud b. Muhammed, *İfadetü'l-Envar fi İdaeti Usuli'l-Menar*, thk. : Halid Muhammed, Riyad, 2005.
- Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul, 1995.
- Dönmez, İbrahim Kafi, “Müt'a” DİA, C. XXXII, s.174-180.
- Düsûkî, Muhammed, *el-Ahvalu's-Şahsiyye fi'l-Mezhebi's-Şafiiyyî*, Kahire, 2011.
- Düzdağ, Ertuğrul, *Şeyhülislam Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İstanbul, 1983.
- Ebu Davud, Süleyman es-Sicistanî, *Sünenü Ebi Davud*, Beyrut, 2013.
- Ebu Zehra, Muhammed, *Ahvalu's-Şahsiyye*, Kahire, 1957.
- Edip Salih, Muhammed, *Masadirü't-Teşrii'l-İslami ve Menahicü'l-İstinbat*, Riyad, 2002.
- Ensarî, Kâdî Zekerıyya, *Şerhü İsağoci*, thk. İbrahim ez-Zahidi, Kerkük, 2012.

- Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 1998.
- Ezherî, Mustafa Mahmud, *Şerhu kavaidi'l-Hadımî*, Riyad, 2013.
- Gazâlî, Ebu Hamid, *Şifau'l-Ğalil*, Beyrut, 1999.
- , *el-Mustasfa Min İlmî'l-Usûl* (Fevatihu'r-Rahamut ile birlikte) Beyrut, trs.
- Gamravî, Muhammed Zühri, *es-Siracü'l-Vehhac ala Metni'l-Minhac*, Beyrut, 2012.
- Günay, Hacı Mehmet, “Gizli Evlilik, Misyâr Nikâhu ve Tescil Edilmeyen Nikâhlar”, Gün-
cel Dini Meseleler İstişare Toplantısı V, Afyonkarahisar, 2012, s.505-521.
- Hallaf, Abdulvehhab, *İlmü Usulü'l-Fıkıh*, İstanbul, 1984.
- , *Ahkâmü'l-Ahvâlî's-Şahsiyye*, Kuveyt, 1990.
- Heyet, *Türk Hukuk Lügatı*, Ankara, 1998.
- Hillî, Allame, *Muhtelefü's-Şia fi Ahkami's-Şeria*, Tahran, 1954.
- Husarî, Ahmed, *Nazariyetü'l-Hüküm ve Masadirü't-Teşr' fi Usulî'l-Fıkhi'l-İslamî*, Bey-
rut, 1986.
- İbn Abidîn, Muhammed Emin, *Haşiyetü Reddi'l-Muhtar*, Daru'l Fikr, 1979.
- İbn Farıs, Ebu'l-Hüseyn Ahmed, *Mekayisu'l-Luğa*, thk, Enes Muhammed eş-Şamî, Ka-
hire, 2008.
- İbnü'l-Emin, Mahmut Esad, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, 2002.
- İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali el-Endelüsî, *el-Muhalla bi'l-Asar*, Beyrut, trs.
- İbn Hümam, Kemalüddin, *Fethu'l-Kadir*, Beyrut, trs.
- İbn Kayyim, el- Cevziyye, *İlamu'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Âlemin*, Beyrut, 1993.
- İbn Kudâme, Allame, *el-Muğnî*, Kahire, 1996.
- İbn Melek, İzzüddîn Abdullatif, *Şerhu'l-Menar Fi Usulî'l-Fıkıh*, İstanbul, 1965.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velid el-Hafid, *Bidayetü'l-Müçtehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, İstanbul,
1985.
- İbn Teymiyye, Takiyyüddin Ahmed, *Mecmuatu'l-Fetava*, thk. Amir el-Cezzar-Enver el-
Baz, Riyad, 1998.
- Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul, 1991.
- Kasânî, Alaüddin Ebi Bekr b. Mes'ud, *Bedaiu's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, Beyrut, 1974.
- Kaşıkçı, Osman, “Şart”, DİA, C. XXXVIII, s. 365-367.
- Kazvînî, Ömer b. Ali el-Katib, *Şerhü Risaleti's-Şemsiye*, haşiyey Seyyid Şerif Cürcanî,
Daru İhyail kütübü'l-Arabî, trs.
- Kılıçer, M. Esad, “Kemalpaşazade'nin Aile Hukuku İle İlgili Bazı Fetvaları”, AÜİFD, C.
XIX, S.1, 1971, s. 83-95.
- Koca, Ferhat, “Müzakere” Hacı Mehmet Günay “Gizli Evlilik, Misyâr Nikâhu ve Tescil

- Edilmeyen Nikâhlar*”, Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı V, Afyonkarahisar, 2012, s.530-551.
- Köse, Saffet, “*Misyâr Nikâhi*”, İHAD, Konya, 2009, S. 13, s. 13-33.
- Mansurizâde, Said, “*Cevazı Şer’i Ahkâmdan Olmadığına Dair*”, İslam Mecmuası, C. X, s. 295-303. Sad. Bardakoğlu, Ali, EÜSBED(1), 1987, s. 81-89.
- Mehmed Zihni, *Nimet-i İslam (Münakehat ve Müfarekat)*, İstanbul, 1324.
- Merginanî, Şeyhülislam Burhanüddin, *el-Hidaye Şerhu Bidayeti’l-Mübtedi*, Beyrut, 1990.
- Meydanî, Hasan Habenneke, *Davabidü’l-Ma’rife*, Dımeşk, 2014.
- Molla Hüsrev, Muhammed b. Feramuz, *Mir’atü’l-Usûl*, İstanbul, 1966.
- Musahhah Fetvalar DİB, DİYK 2012.
- Müslim, Ebu’l-Huseyn Müslim b. Haccac, *Sahihu Müslim*, Beyrut, 2012.
- Okur, Kaşif Hamdi, “*İslam Hukuku Alanında Yenileşme Manifestolarından Bir Kesit: Hakikat-i İslam ve Usul-i İctihad*” İHAD, 2004, S. 3, s.35-54.
- Pala, Ali İhsan, *İslam Hukukunda İhtiyat İlkesi*, Ankara, 2009, s. 187-190.
- Pezdevî, Fahu’l-İslam, *Usûlü’l-Pezdevî (Kenzü’l-Vüsûl ila Marifeti’l-Usûl)* thrc. Kasım b. Kutlu Boğa, thk. Said Bektaş, Beyrut, 2014.
- Ragib el-İsfehanî, Ebu’l-Kasım, *el-Müfredat fi Garibi’l-Kur’an*, thk. M. Seyyid Ceylanî, Beyrut, trs.
- Sadreddin Efendi, “*Hukuku Aile ve Usulü Muhakemat-i Şer’iyye Kararnameleri Hakkında*” Sebülürreşad, İstanbul 1334, C. XV, S. 382, s. 321-323.
- Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, Çev. Baha Arıkan, İstanbul, trs.
- Semara, Muhammed, *Ahkamu ve Asaru’z-Zevciyye Şerhun Mukariniin Li Kanuni’l-Ahvali’ş-Şahsiyye*, Umman, 2002.
- Senhurî, Abdurrezzak Ahmed, *Mesadiru’l-Hak fi’l-Fikhi’l-İslamî*, Beyrut, 1998.
- Sirmen, Lale, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara, 1992.
- Şâtübî, Ebu İshak İbrahim, *el-Muvafakat fi Usûli’l-Ahkâm*, Daru’l-Fikr, trs.
- Şâfî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Beyrut, 1993.
- Selebî, Muhammed Mustafa, *Ahkamu’l-Usrati fi’l-İslam Diraseten Mukareneten beyne fikhi’l-Mezahibi’s-Sünniyye ve’l-Mezhabi’l-Caferiyye ve’l-Kanun*, Beyrut, 1977.
- Seltût, Mahmud, *el-Fetâvâ*, Beyrut, 1991.
- Seltût, Mahmud - Says, Ali, *Mukareneti’l-Mezahib*, Kahire, trs.
- Şevkanî, Muhammed b. Ali, *Neylü’l-Evtar Şerhu Müntaka’l-Ahbar*, Beyrut, 1998.

Şirbinî, Muhammd b. el-Hatîb, *Muni'l-Muhtac*, Beyrut, 1998.

Taftazanî, Sâduddin, *et- Telvih ale't-Tavzih*, İstanbul, 1310.

Tirmizî, Ebu İsa Muhammed, *el-Camiu's-Sahih*, Beyrut, 2012.

Yezdî, Allame Abdullah, *Şerhu Tehzîb maa'l- Haşiye Tuhfe Şahcihanî*, Karachi, 2011.

Zerka, Ahmed, *Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye*, Dimeşk, 1996.

Zerka, Mustafa, *Akdü'l-Bey'*, Dimeşk, 1999.

_____, *Fetâvâ*, Dimeşk, 2004.