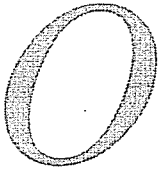


Hukuk-i Aile Kararnamesi Giriş ve Tarihçesi

Prof. Dr. Orhan Çeker



Osmanlılar çeşitli devirlerde farklı hukuki yapılara baş vurmak durumunda olmuşlardır. Başlangıcından son asra yakın zamanlarına kadar hukuki yapı, fermanları ve fetvaları uygulamak şeklinde olagelmıştır. Hakimlerin/kadılarının hükmederken bağlı kaldıkları müdevven bir kanun külliyatı mevcut değildi. Bir hakim için, bütün haneî fıkıh kitapları ve

kendi icthadları hüküm kaynağı teşkil ediyordu. Fetva kitabının sahibi, resmi görev icra ederken veya otoritenin emriyle bu mecmuayı oluşturmuşsa bu fetva mecmuasına resmi gözle bakabiliriz. Ebu's-Suûd'un fetvalarını bu grupta saymak mümkündür. Osmanlıların hakimiyeti dışındaki yerlerden de el- Fetava'l-Hindiyye'yi güzel bir örnek olarak zikredebiliriz. Bazan da fetva kitabı sahibi, tamamen sivil bir faaliyet olarak yıllar yılı verdiği fetvaları bir yere kaydedip neticede bir kitap oluşturabiliyordu. Bu şekilde meydana getirilmiş fetva kitaplarını da sivil yolla oluşmuş sayabiliriz. Fetva kitaplarının yanı sıra padişah fermanları da uygulamada önemli yer tutuyordu. Bu durum Mecelle ile başladığı kabul edilen kanunnameler dönemine kadar sürmüştür.

Mecelle'nin oluşturulmaya başlandığı yıl olan 1869'dan itibaren her sahada kanun yapma faaliyetleri başlamıştır. Aslında Mecelle'den önce 1858'de Arazi kanunnamesi çıkartılmıştı ama bu kanunname Mecelle gibi kapsamlı, etkili olmadığı ve özel hukuku ilgilendirmedığı için kanun yapma devrini başlatan bir faaliyet olarak dikkat çekmemiştir. İşte Hukuk-i Aile Kararnamesi bu kanunlar döneminin önemli bir faaliyetini ifade etmektedir.

Hukuk-i Aile Kararnamesi 1917 tarihinde yürürlüğe konmuş, içten ve dıştan gelen yoğun baskılar neticesinde

ancak 1,5 sene gibi kısa bir süre yürürlükte kalabilmiş ve nihayet 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Bundan sonra da aile hukuku konusunda kanun yapma faaliyetlerinde bulunulmuşsa da bunlar ne yürürlüğe girebilmiş ne de seviye olarak Hukuk-i Aile Kararnamesi'ne ulaşabilmiştir.

Hukuk-i Aile Kararnamesi, Osmanlılarda çok kısa süre yürürlükte olmasına karşılık Osmanlı hakimiyetinden çıkan ve müstakilleşen ülkelerde daha uzun süre yürürlükte kalmıştır. Bu cümleden olarak, Suriye'de 1953 yılına kadar meriyyetini sürdürmüş, Lübnan ve ona mücavir bölgelerde hâlâ yürürlüğü devam etmektedir. Lübnan ve civarında sünni müslümanlar arasında uygulanmaktadır. Bu sebeple Ezher Üniversitesi dahilinde Lübnan'lı öğrenciler ders olarak okutulmaktadır. Misak-ı Milli sınırları dışında etkisini sürdürmesi yönüyle Kararname, M.Akif Aydın'ın da dediği gibi (İslam-Osmanlı Aile Hukuku, İst. 1985, s. 152) Osmanlı hukuk tarihinden ziyade, İslam hukuk tarihinde etkili olmuş ve gayesinin üzerinde bir yer edinmiştir.

Kararname'nin yürürlüğe konması kolay olmamıştır. Siyasi açıdan, aile konusunda İslami bir kanun yapma işi engellerle karşı karşıya bulunuyordu. Kanunları olduğu gibi batıdan almak ve aile ile ilgili İslâm'ı da aşan yenilikler yapma fikri etkisini hissettiriyordu. Bu bakımdan Aile Kararnamesi Meclis-i Mebusan'dan çıkma bir kanun hüviyetini alamamıştır. Meclisin buna müsait olmaması sebebiyle Kanun Hükümünde Kararname olarak niteleyebileceğimiz şekilde yürürlüğe sokulmuş ve mer'iyet süresi kısa olmuştur.

ÖZELLİKLERİ VE MUHTEVASI

Toplam 157 maddeden meydana gelen Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin Mecelle'den daha üstün, ama Mecelle'nin sonradan ta'dil edilen maddelerine denk bir tekniğe sahip olduğunu söylememiz mümkündür.

Herşeyden önce farklı icthadlardan istifade etme yönüyle ana Mecelle'yi aşmış, mezheb taasubu ile hareket etmemiş, zamanın ihtiyacını karşılayabilecek, sıkıntıya fırsat vermeyecek hangi icthad varsa onu tereddütsüz almıştır. Kararname'yi yayınlamış olmamız (İst. 1985) ve şimdi de bir makale konusu etmemiz bu dikkat çekici sebebe dayanmaktadır.

Kararnamenin özelliklerini maddeler halinde özetleyecek olursak:

1. Hanefilerin de dışından görüş alıp uygulamaya koymuştur. Aile kararnamesinden buna örnek olarak birkaç konuyu hatırlatalım:

a. Nikah akdinin önceden ilan edilmesi mecburiyetini Maliki mezhebinden etkilenecek almıştır. (Md.33) Her ne kadar malikiler nikah akdi sırasında ya da zifaktan önce ilanı yeterli görüyorlarsa da yine de bu maddenin malikilerden etkilendiğini söyleyebiliriz.

b. Nikah akdinin sadece sarıh sözlerle

akdedilebileceğini Şafii ve Hanbeli görüşünden almıştır. (Md.36).

c. Asgari bulûğ (kızlar için 9, oğlanlar için 12) yaşından önce hiç kimsenin evlendirilemeyeceği hükmü Ebû Bekir el-Esamm ve İbn Şübrûme'ye aittir. (Md. 7).

d. Deli onlanların evlendirilemeyeceği maddesi (Md.9) Şafii'nin görüşüne dayalıdır.

e. Zorlama (ikrah) ile akdedilen nikah ve boşamanın geçersiz olacağı hükmü Hanefilerin dışındaki üç mezhebe aittir. (Md. 57 ve 105).

f. Koybolmuş olan kocanın ölüp ölmediği hakkında bilgi alınamadığında tehlikeli bir ortamda kaybolmuşsa 1 sene, normal bir ortamda kaybolmuşsa 4 sene sonra kocanın ölümüne hükmedileceği ve karısının iddet bekledikten sonra başkasıyla evlenebileceği hükmü (Md. 127). Malikilerden alınmıştır.

g. Ayrıca ailevi nizaları halletmek için teşkil edilecek olan Aile Meclisi (hakem hey'eti)'nin yetki sınırları yine maliki görüşüne dayalıdır. (Md.130)

h. Mümteddetü't-tuhr (ayhali gecikip giden kadın) un iddeti Maliki görüş esas alınarak nihayet 9 ay olarak kabul edilmiştir. (Md. 140).

i. Sarhoşun boşamasının geçersiz olduğu hükmü hanefilerin dışındaki mezheplerden alınmıştır. (Md. 104).

j. Zinanın, sıhriyet sebebi yani evlenme engeli olamayacağı hususu da Şafi mezhebinden alınmıştır. (Layihada kısmında beyan edilmiştir).

2. Kararname, gayr-i müslim vatandaşların aile hukukunu da tanzim etmiştir. Gayr-i müslim olarak sadece yahudi ve hristiyanları söz konusu yapmıştır. Bundan da şu sonuç çıkarılabilir: Gayr-i müslim teba içerisinde sadece yahudi ve hristiyanlar devlet üzerinde ve toplum içerisinde etkilidir. Diğer gayr-i müslimler ciddi bir problem oluşturmamıştır. Gayr-i müslimlere ait hükümler, her cemaatin kendi dini liderleri olan papaz ve hahamlardan aldıkları bilgilerden alınmış, onlara rağmen herhangi bir muhalif hüküm uygulamaya konmamıştır. 157 maddelik Kararname'nin 41 maddesi münhasıran gayr-i müslimlerle ilgilidir. Müslümanlarla hükümde ortak oldukları için ayrıca madde tahsisine gerek kalmayıp otkakça tabi oldukları maddeleri de hesaba katarsak bu rakam daha da yükselir.

3. Evlenme ve boşanmanın resmiyete bağlanmasını ve tescilini öngörmüştür. Evlilik ya da boşanmayı tescil ettirmeyen veya usûlüne uygun olarak bunları yapmayanlar hakkında cezalar tertip olunmuştur.

37. maddede nikah akdinin, tarafların ikâmetgâhında bulunan kaza (ilçe) hakimi veya onun izinli vekili tarafından akdedilip akidnâme tanzim edileceği, 110. maddede karısını boşanmış olan kocanın, hakime durumu bildirmeye mecbur olduğu, 131. maddede tefrika hükmedildiği takdirde bunun tescil edileceği beyan edilmiştir.

Ceza Kanunu'na ilave edilen maddede ise nikâh akdinde usule uymayan koca veya her iki taraf vekillerine 1 aydan 6 aya, şahidlere 1 haftadan 1 aya, kendi din adamlarından alınan bilgilere göre şekillenen usûle uymayan gayr-i müslimlerin de 1 aydan 6 aya, kim olursa olsun karısını boşayıp 15 gün içerisinde durumu hakime bildirmeyen kocanın 1 haftadan 1 aya kadar hapsedileceği hükmü getirilmiştir. (İlave md.1)

4. Kararname'nin sonuna bir Esbab-ı Mûcibe Layıhası (gerekçe) ilave edilmiştir. Bu gerekçenin, farklı mezhep görüşlerinin alındığına yapılabilecek bir itiraza cevap ve ikna gayesi taşıdığı kanaatindeyiz.

Layihada uzunca bir mukaddime nikah ehliyeti, küçüklerin nikâh edilmeleri, büyük bayanın kendi kendisini evlendirebilmesi, delilerin evlendirilmemesi, velilerin ısrarı, evlenmesi yasak olanlar, nikâhın ilan edilmesi, nikâh akdinde kullanılacak sözler, akidnamenin tanzim ve tescili, mehr-i mislin kefâet (denklik) sebebi olmadığı, nikâhın fasid ve batılı arasında fark olduğu, ikrah (zorlama) ile akdedilen nikâh ve talakın durumu, mehrin en az miktarı, mehr-i mislin mehir miktarını tesbitte esas alınacağı, sarhoşun boşaması, talakta kinevî söz kullanılması, kayıp (mefkûd) kişinin karısının durumu, Aile meclisi ve hayzı gecikip temizliği süren karının iddeti söz konusu yapılmıştır.

5. Tanzim ettiği aile hukuku konuları şunlardır: Nişanlanma, evlenme ehliyeti, evlenme engelleri, nikah akdinin yapılış şekli, eşler arasında denklik, fasid ve batıl nikahlar, nikahın hükümleri, mehir, nafaka, evlenmenin sona ermesiyle ilgili genel hükümler, ric'î ve bain talaklar, tefrik ve iddet.

6. Kararnamede klasik Osmanlı ilim dili kullanılmıştır. Zamanımız Türkçe'sine göre ağır sayılabilecek olan bu ilim dilinde Arapça ve Farsça kelimeler çok bulunmaktadır.

BİR TASHİH

Hukuk-i Aile Kararnamesi ile ilgili bir yanlış değerlendirmeye temas edip tashih etme zarureti görüyoruz. Bu yanlış anlaşılma taaddüd-i zevcat yani birden fazla karı ile evli olmakla ilgilidir.

İddialara göre Hukuk-i Aile Kararnamesi ikinci bir kadınla evlenmek isteyen kocaya ilk eşinden izin alma mecburiyetini getirmiş, denilmektedir. Bu iddiayı söylerken de 38. maddeyi kaynak almaktadırlar. İlgili maddenin ifadesi şöyledir:

"Üzerine evlenmemek ve evlendiği sûrette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevvüc sahih ve şart muteberdir."

Bu maddede, ikinci bir eşle evlenmek isteyen kocanın ilk eşten müsaade alması mecburiyeti söz konusu yapılmamıştır. Maddeyi o şekilde yorumlamak yanlıştır. Madde, kadın nikâh akdi sırasında böyle bir şartı ileri sürebileceğini ifade etmiş, fakat koca bu şarta riayet etmediği takdirde herhangi bir ceza tertip

etmemiştir. Kendisinin ya da ikinci eşin boş olması ceza değildir. Birinci eşten müsaade almanın şart olmadığı, layiha kısmında çok açık ifade edilmiş ve eğer koca, ikinci defa evlenecekse birinci eşten müsaade alma şartı getirilecek olursa, birinci eş razı olmayacağı için ikinci evliliği tümden yasaklamak manasına gelir ki, o da ikinci evlilikten beklenen maslahatın ortadan kaldırılması demek olur, denilmiştir. Layihadaki ilgili kısım şöyledir: "Taaddüd-i zevcenin vacibattan olmayıp umûr-i caizeden olmasına ve umûr-i câizde veliyyu'l-emrin tasarrufa salahiyeti kaidesi müsellemtâtan bulunmasına binaen taaddüd-i zevcenin menedilmesi ve hiç olmazsa ilk zevcenin rızasının şart kılınması lüzumu vârid-i hâtır olmuş ise de Şeri'-i Şerifin taaddüd-i zevceye müsaadesi fuhşun men'i ve nüfus-i ahalinin tezyidi gibi nice esbâb ve masaliha müstenid olup kadınların erkeklerden ed'af-ı müdaafa ziyade olduğu hali hazırda taaddüd-i zevcenin cevazına olan ihtiyaç sadr-ı İslam'dan dūn bulunmamasına hasbe'l-beşeriyye hiçbir kadının darra (kuma) ya muvafakat etmeyeceği tabii olup bu halde keyfiyeti onların rızasına talik etmek men'a muadil ve bu surette de cevazındaki mesalih zail olacağına....)

Yukardaki ifadelere dikkat edildiği zaman adı geçen iddianın yanlış yorumlandığı görülür. Çünkü öyle bir şart çok eşliliği tümden yasaklamak sonucunu verir o ise İslam'a aykırı olur.

AİLE MECLİSİ VE BİR TEKLİF

Hukuk-i Aile Kararnamesi maliki mezhebi görüşünü esas alarak önemli bir müesseseye yer vermiş ve adına Aile Meclisi demiştir. Kararname'nin Aile Meclisi adını verdiği müessese,

"Karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz kocanın ailesinden bir hakem, karının ailesinden de bir hakem göndeririz. Bunlar araya düzeltmeyi murad ederlerse Allah aralarını buldurur. Allah herşeyi bilen ve haberdar olandır." (Nisa:35)

Âyet-i Kerime'nin ifadesine göre karı-koca arasındaki geçimsizliklerde tarafların hakemlerinden oluşan bir hey'et olaya müdahale edecek, tarafları dinleyecek ve çözüm yoluna gidecektir. Böylece aile sınırları çevreye yayılmadan aile içerisinde olay çözülmüş olacaktır.

Hakem heyeti demek olan Aile Meclisi'nin yetkileri hakkında Hanefi mezhebi, hakemlerin tarafların vekili olmadığı gerekçesiyle meclisin sadece nasihatla bulunacağı, taraflar arasındaki nikahı feshetme yetkilerinin olamayacağı görüşündedir. Buna karşılık maliki mezhebi, hakemleri aynı zamanda tarafların vekili olduğu gerekçesiyle nikâhın feshine veya boşamaya bile karar verebilecekleri ve onların tüm kararlarının bağlayıcı olduğu görüşünde olmuştur.

Aile Kararnamesi bu konuda maliki görüşünü zamanımız açısından daha faydalı gördüğünden maddeleri arasına almıştır. Md. 130'da şöyle denmektedir:

"Zevceyn beyninde niza ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hakime müracaat ederse hakim tarafeyn ailesinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamazsa veya bulunup ta hakem olarak evsafı haiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu sûretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfaâtını tedkik ile beynlerini ıslaha çalışır. Kabil olmadığı sûrette kusur zevcede ise beyinlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhalaa eyler. Hakemler ittifak edemezler ise hakim evsâf-ı lazıme hâiz diğer bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'i ve nâ-kâbil-i itirazdır".

Osmanlı uygulamalarında adliye teşkilatı içerisinde arabuluculuk müessesesi diye ifade edebileceğimiz "Muslihûn" var idi. İslah ediciler demek olan muslihûn, niza mahkemeye intikal etmeden önce araya girerler ve nizayı gönül rıza ile halletmek için nasihat ederler, tarafları anlayışlı, sabırlı ve fedakâr olmaya çağırırlar, onları uygun bir sonuca ikna etmeye çalışırlardı. Böylece yoğun işleri arasındaki hakime, daha beride güzellikte halledilebilecek meseleleri vardırımadan, işi çözerlerdi.

Zamanımızda da özellikle ailevi meselelerde arabulucuklara ve daha özel manada hakem heyetine ihtiyaç duyulmaktadır. Bize intikal eden pek çok ailevi mesele ve hatta diğer bir çok niza konularında arabuluculuğun çok müsbet etkisini görmüş bulunmaktayız. Aile danışma merkezi olarak da düşünebileceğimiz sivil ve gönüllü kuruluşların halledeceği pek çok ailevi mesele mevcuttur. Sivil ve gönüllü kuruluşlarımıza bu yönde de faaliyet göstermelerini teklif ediyoruz. Bu hususta Aile okulları da kurulabilir. Ailevi konuların, aile fertlerinin hak ve sorumluluklarının öğretildiği, yanısıra sağlık bilgileri ve ekonomik becerileri kazandırmaya çalışan Aile okullarının son derece faydalı çalışmalar yapacağı ümidindeyiz.

İnsanın değeri, insana hizmetle orantılı kabul edilmelidir. Kendi hukukunun korunmasını arzu eden kişi, başkasının hakkına saygı duymalıdır. Başkasının hakkına saygılı olmayan kişi, kendi hakkını savunmaya hakkı olmamalıdır. Bilelim ki bizim huzursuz olmamız çok sevgili Peygamberimizi üzer, onu üzme hakkımız yoktur. (Tevbe: 128)

Dünya ve Ahiret saadeti dileklerle.

