

'DİNİ NİKAH' ADI ALTINDA YAPILAN GAYR-İ RESMİ NİKAH AKDİNİN TAHKİM YOLUYLA SONA ERDİRİLMESİ

[TOPLUMUMUZDA YAŞANAN GÜNCEL BİR SORUNUN İSLAM HUKUKU ÇERÇEVESİNDE TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ ÜZERİNE BİR DENEME]

Dr. Ekrem KELEŞ*

The Abrogation of the Act of Unofficial Marriage-which is Fulfilled under the Act of So-Called 'Religious Marriage'- Via Arbitration

An Essay About The Solution to the Current Problem of our Society within Islamic Law via Arbitration

By neglecting the act of official marriage the act of unofficial marriage has been frugently practising under the ceremony of religious marriage to the present day. According to current law such this act is disobedience of law on the one side and not valid on the other. According to Islamic Law it is also possible to take necessary measures for official validity of the marriage. Yet it is not possible to regard the marriage invalid if the act of marriage suitably performed between two parts depending on it's conditions. As being convenient to the method and conditions of marriage the decleratin of intention those whom have efficiency at performing the act of marriage is to express of a judgement as in other civil acts alike. With regard to Islamic jurisprudence, as a prencible the authority of divorce is given to husband. However woman previously can put forward to have the right of dverce to perform the ceremony of marriage. If there is no condition such this and women unwilling to continue this marriage, in that case, the question is whether the woman has any chance to abrogate of this marriage?! This marriage is not recognized by the current law so that the soluation can be performed via arbitration. Is it possible to force a women who is engaged herself to that special act of marriage and under responsibilty of it to remain in hanging or to continue the marriage which she is unwilling? That is why, on the conditions, if such need and necessity appear and husband insists on to have not to dverce the arbitration may be solution to the abrogate the act of unofficial marriage.

I. 'DİNİ NİKAH' GERÇEĞİ

Kimi zaman henüz resmi nikah kıyılmadan nişan esnasında, kimi zaman da resmi nikah ihmal edilerek dini nikah formu altında gayr-ı resmi olarak nikah akdi yapılması,

günümüzde sıkça rastlanan uygulamalardandır. Böyle bir akit, mevcut hukuki statü çerçevesinde kanunen hem suç olarak kabul edilmekte hem de yok sayılmaktadır. Çünkü Medenî Kanunun aile hukukunu düzenleyen hükümleri, kamu düzeni ile ilgili kabul edilmektedir. Dolayısıyla mevcut hukuk düzenine göre nikah akdi ancak resmi mercilerce yerine getirilebilecek niteliktedir. Buna göre resmi merciler dışında yapılacak nikah akitleri kanunen geçersiz sayılmaktadır.

İslam hukukuna göre ise nikahın resmen tescili için gerekli tedbirleri almak, bunun için kanuni düzenlemeler yapmak mümkündür. Tarafların haklarının kanuni güvence altına alınması açısından böyle bir düzenleme, maslahat prensibi doğrultusunda zorunlu hale de getirilebilir.¹ Ancak buna riayet edilmeden taraflar arasında müslüme ve şartlarına uygun olarak akdedilen nikahı da yok saymak mümkün değildir. Çünkü insanın irade beyanının bir değeri vardır. Ehliyet sahibi bir kişinin şer'î ölçüler içerisinde ve şartlarına uygun olarak ortaya koyduğu irade beyanını hükümsüz kabul etmek, onun ehliyetine değer vermemek anlamına gelir. Dolayısıyla tıpkı diğer medeni akitlerde olduğu gibi nikah akdinde de ehliyet sahibi tarafların usûlüne ve şartlarına uygun olarak ifade ettikleri irade beyanları, hüküm ifade etmektedir.

Günümüzde resmi otoritelerce tanınmayan nikahların dinen de geçersiz sayılması gerektiği, çünkü böyle bir nikahın, tarafların haklarını koruyamayacağı, dolayısıyla maslahat gereği, resmi otorite tarafından tanınmayan bir nikah akdinin geçersiz olması gerektiği yolundaki tartışmalara girmeden; bu makalede, yalnızca toplumda sosyal bir realite olarak varlığını sürdüren ve bugüne kadar da onca kanuni düzenlemeye rağmen önlenemeyen 'Dini nikah' adı altındaki gayr-ı resmi nikah gerçeği çerçevesinde ortaya çıkan problemlerden biri olan, nikahın sona erdirilmesi sorununun, ihtiyârî tahkim yoluyla gerçekleştirilmesine ilişkin bir deneme yapılacaktır. Fakat önce bir kaç hususun hatırlanması uygun olacaktır.

İslam Hukukuna göre boşama hakkının yalnızca erkeğe ait olmasını kendisi açısından uygun görmeyen bir kadın, nikah esnasında bu hakka kendisinin de malik olmasını bir şart olarak koşabilir ve boşama işi usûlüne göre kendisine de verilmedikçe nikah akdine muvafakat etmeyebilir.² Buna göre kadın, her ne zaman isterse kendisini boşayabilme yetkisinin bulunması şartıyla evliliği kabul eder, koca da buna muvafakat ederse, böyle bir durumda kadın evliliği sürdürmek istemediği takdirde kendini boşayabilir.³ Bu sebeple kanunen yasak olmasına rağmen çeşitli sebeplerle akdedilen 'dini nikah' kıyılırken, kadının, her ne zaman isterse kendisini boşayabilmesi şartıyla böyle bir akde muvafakat etmesi, ileride bu evliliği sürdürmek istemediği durumlarda kendisi için pratik bir kurtuluş yolu olacaktır.

Özellikle kadının hakkının korunabilmesi için, evliliğin mutlaka hukukî olarak tescilli şarttır. Böyle yapılmadığı takdirde tarafların haklarının hukuken güvence altına alınması mümkün olmamaktadır. Tamamen kişilerin insafına bırakılan ve içinde yaşanan toplumda hukuken herhangi bir güvence altına alınmayan hakların, kişinin dini ve ahlâkî sorumluluğunun bilincinde olmasından başka kanûnî her hangi bir müeyyidesi olmayacaktır. İslâmî sorumluluğunun bilincinde olan insanlar açısından bu sorumluluk, elbette her türlü kânûnî yaptırımdan daha güçlü bir güvencedir. Ancak özellikle emanet bilicinin zayıfladığı günümüz toplumlarında insanların dini duyarlılığında meydana gelen aşınma,

¹ Abdulvehhab Hallaf, *İlmü Usûlî'l-Fıkıh*, el-Mektebetü'l-İslamiyye, İst.1984, s.95.

² Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmîyye ve Islâhâtı Fıkhiyye Kamusu*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul Matbaacılık, İst. 1950, II/232.

³ Bilmen, a.g.e. II/274.

maalesef bu bilincin fonksiyonunu yeterince icra etmesine engel olmaktadır. Bu yüzden resmen tescil edilmeden evlilik yapılmaması konusunda gerekli bilinçlenme sağlanmalıdır. Ancak toplumda resmi nikah yapılmadan 'dini nikah' formu altında resmen tescil edilmemiş bir takım evliliklerin kurulması, bir vakıa olarak devam etmektedir.

Böyle bir nikah akdi yapıldıktan sonra, bazen taraflar arasında beklenmedik sorunlar çıkabilmekte ve ayrılık gündeme gelebilmektedir. Ayrılığa iki tarafın da rıza gösterdiği durumlarda pek problem çıkmasa da özellikle kadının ayrılmak isteyip de erkeğin kabul etmediği durumlarda önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Kadının istemediği bir evliliğe son verme şansı yok mudur? Bu nikah, yürürlükteki hukuk tarafından tanınmamaktadır ki mahkemeye müracaatla çözüm aranabilsin... Kendini bağladığı bu özel nikah akdinin sorumluluğu altında kadının muallakta kalması veya istemediği bir evliliği sürdürmeye zorlanması mümkün müdür?

İşte bu makalede ele alacağımız husus, sözünü ettiğimiz bu güncel sorunun İslam Hukuku çerçevesinde tahkim yoluyla çözümü konusu olduğu için, burada nikahın ve tahkimin ayrıntılarına girilmeyecektir.

II. 'DİNİ NİKAH' IN SONA ERDİRİLMESİ SORUNU

Nişanlıların nikahın sağladığı meşrûiyetle daha rahat görüşüp hareket edebilmeleri gibi dini bir takım duyarlılıklardan kaynaklanan endişelerle kimi zaman nişan esnasında hemen bir nikah akdi yapılmaktadır. Halbuki nişanlılık dönemi, tarafların birbirlerini tanıma dönemidir.

Birbirlerini yeterince tanıyan ve seven adaylar açısından pek problem teşkil etmese de henüz birbirlerini yeterince tanımayan ve hayatlarını evlilikle birleştirmeyi düşünen adaylar açısından nişanlılık döneminde nikah kıyılması, bir takım problemleri beraberinde getirebilir.

Hayat arkadaşı olmayı düşünen adaylar, acaba bir aile yuvası kurabilecekler mi? Mizaçları, zevkleri, anlayışları, kültürleri, örf ve adetleri ve dünya görüşleri birbirine uyuyor mu? Nişanlı olunan kişi ile bir ömür boyu beraberlik anlamına gelecek bir evlilik yapabilecek mi? İşte bütün bu soruların cevabı, nişanlılık döneminde tarafların birbirlerini daha yakından tanımalarıyla ortaya çıkacaktır. Bu bakımdan özellikle birbirlerini yeterince tanımayan tarafların, nişanda dini nikah formu altında hemen bir nikah kıymaya kalkışmaları doğru değildir. Çünkü böyle bir nikah akdi, evlenecek adayların, evlenmeden önce birbirlerini tanıma haklarını ortadan kaldırmaktadır.

Henüz birbirlerini iyice tanımadan nikahları kıyılan çiftlerden anlaşılmayarak ayrılanların oranı küçümsenemeyecek boyutlardadır. Bu durum, nişanlılık döneminin önemini ortaya koymaktadır. Nişanlılık dönemi, tarafların birbirlerini yakından tanımaları ve aile yuvası kurup kuramayacakları hususunda kesin karara varmaları açısından önemlidir. Bu itibarla daha birbirlerini yakinen tanımayan erkek ve kadın arasında hemen nikah kıyılması uygun değildir.

Hz. Peygamberin, evlenecek olanlara, evlenecekleri kişileri tanımaları anlamına gelecek tavsiyelerinin,⁴ yalnızca evleneceği şahsı şöyle bir görmüş olmak şeklinde anlaşılması, kanaatimizce bu nebevî mesajı daraltmaktadır. Oysa Hz. Peygamberin bu hususla ilgili tavsiyesindeki espri, evlenecek tarafların birbirlerini tanımaları, tanımadan evlenmeye kalkışmamalarıdır. Tanıma ise mücerret bir bakıvermekle veya görüvermekle gerçekleşmez. Bu bakımdan şer'î ölçüler içerisinde evlenecek tarafların birbirlerini yeterince tanımalarının sağlanması, kurulacak yuvanın selameti açısından son derece önemli-

⁴ Müslim, "Nikâh" 74, 75 (Hadis No.1424); Tirmizi, "Nikâh" 5 (Hadis No.1087); Nesai, "Nikâh" 17(VI/ 69):

dir. Şer'î ölçüler içerisinde gerçekleşecek böyle bir tanıma süreci, dini açıdan da bir sakinçe teşkil etmez. Çünkü bir ömür boyu beraber geçirmek arzusuyla kurulacak bu birliğin, sevgiye dayanması ve tarafların birbirlerini istemeleri, beğenmeleri ve sevmeleri son derece önemlidir.

Pek çok ailede yaşanan problemlerin temelinde yanlış evlilikler vardır. Bu bakımdan evlenecek tarafların birbirlerini severek ve beğenerek evlenmeleri gerekir.

Kadınların fikirleri alınmadan evlendirilmemelerini isteyen Hz. Peygamber, bunu kendi kızı Hz. Fatıma'yı evlendirirken fiilen uygulamış ve onu, iznini alarak Hz. Ali ile evlendirmiştir.⁵

Bundan başka çeşitli sebeplerle evliliklerini resmen tescil ettirmek istemeyen veya bir süre resmi nikah kıydırmayı arzu etmeyen yahut kanunen yasak olmasına karşın birden fazla kadınla evlilik akdi yapmak isteyen kişiler, genellikle bu evlilik akitlerini dini nikah formu altında gayr-ı resmi olarak gerçekleştirmektedirler.

Hasılı 'Dini nikah' formu, daha başka amaçlarla da baş vurulan gayr-ı resmi bir evlilik akdi olarak, kanunen yasak olmasına karşın toplumda varlığını sürdürmektedir.

Tekrar belirtelim ki, bu tür bir nikah akdinin yapılması günümüz hukukunda kanunen suç sayılmaktadır. Ancak bununla birlikte bir vakıa olarak toplumda bu tür evlilikler yapılmaktadır. Kanunen tanınmayan böyle bir evlilik akdinde ortaya çıkan problemlerin mahkemelerce çözümü söz konusu olamayacaktır. Çünkü mevcut hukuk sistemi böyle bir evliliği tanımamaktadır. Bu durumda özellikle bu tür bir beraberliğin sona erdirilmesi ihtiyacını doğuracak durumların ortaya çıkması halinde izlenecek yollar da aynı şekilde bir sulh mesabesinde gayr-ı resmi yöntemler olmaktadır. Çünkü, böyle bir evlilik akdi yürürlükteki hukuk açısından geçersiz olduğu için tarafların mahkemeye müracaatla problemi çözüme kavuşturma imkanları yoktur. Aralarındaki mevcut gayr-ı resmi nikah akdi, inançları gereği tarafların böyle bir nikah yokmuş gibi davranmalarına da imkan vermektedir. Bu sebeple özellikle kadının ayrılmak isteyip de erkeğin muvafakat etmediği durumlarda erkeğin boşamaması sebebiyle kadının mağdur olması söz konusu olmaktadır.

Kur'ân-ı kerim'deki

وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُغْنِ أَجَلُهُنَّ فَاْمَيْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ
ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ
وَمَا أُنْزِلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَكُلُّ شَيْءًا عَالِمٌ

"Kadınları boşadığınız ve onlar da bekleme sürelerini bitirdikleri zaman, ya onları iyilikle tutun yahut iyilikle bırakın. Haklarına tecavüz edip zarar vermek için onları tutmayın. Bunu kim yaparsa kendine zulmetmiş olur. Sakın Allah'ın âyetlerini eğlenceye almayın. Allah'ın üzerinizdeki nimetini, size öğüt vermek için indirdiği Kitab'ı ve hikmeti hatırlayın. Allah'a karşı gelmekten sakının ve bilin ki Allah her şeyi hakkıyla bilendir."⁶ Ayet-i Kerimesi bu hususta çok açık mesajlar vermektedir. Buna göre evlilik sürdürülmek istenmiyorsa, kadın güzellikle bırakılmalıdır. Ayet-i Kerimede yer alan وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا... Haklarına tecavüz edip zarar vermek için onları tutmayın. Bunu kim yaparsa kendine zulmetmiş olur. Sakın Allah'ın âyetlerini eğlenceye almayın..." ifadeleri, İslam'a göre nikahın asla bir başkasına zarar verme aracı olarak kullanılamayacağına, böyle bir şeye kalkışmanın, Allah'ın ayetleriyle alay etmek anlamına geleceğine dair mesajlar vermektedir. Böyle bir tutum, ne dinen, ne ahlâken ve ne de hukuken meşrudur. Gerçek şu ki, insan, bir yönüyle melekliğe;

⁵ İbn Sa'd, *et-Tabakâtü'l-Kübra*, Dâru Sadır, Beyrut ty, VIII/20; bk.Nesâî, "Nikah" 31.32.

⁶ el-Bakara suresi 2/231.

yani iyilik, doğruluk ve güzelliğe açıksa; bir başka yönüyle de iblisliğe; yani kötülük, haksızlık ve çirkinliğe teşne⁷ olduğundan iyi bir ahlâka sahip olmadığı takdirde umulmadık ve beklenmedik zulümler yapabilecek durumdadır.

Kişinin istemediği bir evliliği sürdürmeye zorlanması dinen doğru değildir. Çünkü evlilik sevgi üzerine kurulur. Kur'ân-ı Kerim'de mealen şöyle buyrulmaktadır: "*Kendileri ile huzur bulasmız diye sizin için türünüzden eşler yaratması ve aranızda bir sevgi ve rahmet var etmesi, onun (varlığının ve kudretinin) delillerindendir. Şüphesiz bunda düşünen bir toplum için elbette ibretler vardır.*"⁸

Nefrete dayalı sağlıklı bir evlilik birliği olmaz. Sevgi olmadan yuvada huzur ortamı kurulamaz. Böyle bir durumda kendisiyle huzura kavuşulmak üzere bir arada bulunulan eş, tam tersine kişi için bir huzursuzluk kaynağı haline gelir.

Karı koca arasında bir geçimsizlik zuhur ederse, erkek ve kadın tarafından birer hakem seçilmesi ve problemin çözümünün hakemlere havale edilmesi Kur'ânî bir prensiptir. Bazı alimlere göre bu şekilde hakem seçilmesi vaciptir.⁹ Yani bu, dinen yerine getirilmesi istenen bir vecibedir. Buna göre, normal durumlarda, tarafların geçimsizliğine muttali olunca, onların müracaatını beklemeden, İslam hukukuna göre devlet otoritesi adına hakimin hakem tayin etmesi gerekir. Nitekim Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesinin 130. maddesi bu doğrultuda düzenlenmiştir. Yani hakim, kadın ve erkek her iki taraftan ehil birer hakem seçer. Tarafların ailelerinden ehil hakem bulunmazsa, bunların yerine dışarıdan ehil hakemler seçilir. Ancak ele aldığımız gayr-ı resmi nikah akdi, günümüzde devlet otoritesi tarafından tanınmadığı için, hakimlerin böyle bir uygulama yapması mümkün değildir.

Tekrar tekrar vurguladığımız gibi, tavsiye edilecek olan, mutlaka resmi nikahın yapılmasıdır. Resmi nikah yapılmadan akdedilecek nikah akdi -böyle bir nikah resmi makamlarca tanınmayacağı için- tarafların haklarını koruyamayacaktır. Bu bakımdan resmi nikah mutlaka yapılmalıdır. Fakat belirttiğimiz gibi 'dini nikah' formu altında yapılan nikahların ve bu yolla gerçekleştirilen evliliklerin varlığı da bir gerçektir ve bunların yok sayılması mümkün değildir.

İşte bu gerçeğin bir uzantısı olarak zaman zaman bu tür evliliklerin sona erdirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Böyle bir nikah akdiyle gayr-ı resmi olarak hayatlarını birleştirmiş olan taraflardan kadının, evliliği sürdürmek istemediği, erkeğin ise onu boşamakta direndiği durumlar için, acaba tahkim usulü bir çıkış yolu olabilir mi? Makalede bu hususun cevabı verilmeye çalışılacaktır.

III. 'DİNİ NİKAH' I SONA ERDİRME YOLLARI

A. Kocanın Boşaması

Klasik fikhî değerlendirmeler çerçevesinde 'Dini nikah' formu altında kıyılan gayr-ı resmi nikah akdini sona erdirmenin en kestirme yolu, kocanın boşamasıdır. Nikah bağı elinde bulunan koca, bu şekilde gayr-ı resmi olarak nikahlamış olduğu eşini boşadığı zaman mevcut nikah, boşama yoluyla sona ermiş olmaktadır. Bu gayr-ı resmi nikah, resmi makamlarca tanınmamış olduğu için, bundan kaynaklanan ve mahkemeye intikal eden hukuki problemler, diğer kanunsuz beraberliklerden kaynaklanan hukuki problemler nasıl

⁷ İsmail Kılhoğlu, *Düşünce ve Özgürlük*, İstanbul 1992, s.128.

⁸ Rum suresi 30/21

⁹ Abdülkerim Zeydan, *el-Mufasssal fi Ahkâmî'l-Mer'e*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 1992, VIII/415-6.

çözülüyorsa, doğal olarak aynı yollarla çözülecektir. Bununla birlikte ortaya çıkan problemlerden yalnızca tarafları ilgilendirenlerin, mahkemeye yansıtılmadan kişilerin dini ve ahlâkî duyarlılıkları çerçevesinde çözülmesi de mümkündür. Ancak evlilik sonucu çocuk doğmuş olması gibi, tarafların yalnızca kendileri ile sınırlı kalmayan ve başka boyutları da olanlar- bu nikah yürürlükteki hukuka göre gayr-ı meşru ilişki kapsamında değerlendirildiği için –elbette mevcut uygulamalar çerçevesinde mahkemelerce karara bağlanacaktır. Bu hususlar, bu makalenin kapsamı dışında tutulmuştur. Burada vurgulamak istediğimiz husus, resmen tescil edilmeden dini bir anlayışla kıyılan bu tür nikah akdini, yine mevcut dini anlayış gereği gayr-ı resmi olarak sona erdirmenin en kestirme yolunun, kocanın boşaması olduğudur. Bunun için yalnızca bir boşama yeterlidir. Sünnete uygun olan da bir boşamadır. Dolayısıyla bazılarının yaptığı gibi ‘üçten dokuza...’ gibi ifadeler kullanmaya gerek yoktur. Zaten birden fazla boşamanın bir anda yapılması, dinen bid’at kabul edilmektedir.¹⁰ KLASİK fikhî değerlendirmeler çerçevesinde şekli olarak bu boşama, kocanın eşi için ‘Seni boşadım’ yahut ‘Boş ol’ veya ‘Benden boş olsun’ gibi bir ifade kullanmasıyla gerçekleşir. Boşamanın mutlaka eşin yüzüne karşı söylenmesi şart değildir. Böylece boşama süreci fikhî çerçevede bilinen şekliyle tamamlandığı takdirde ayrılık vuku bulur.

Erkeğin, sırf kadına zarar vermek amacıyla kadını boşamamakta ısrar etmesinin dinen doğru olmadığını (Bak.Bakara, 2/231) daha önce ifade etmiştik. Dolayısıyla burada üzerinde durduğumuz gayr-ı resmi nikah akdinin sürdürülme imkanı kalmadığı durumlarda, dinen uygun olan, kocanın boşamasıdır. Ancak koca boşamamakta ısrar ederse, öncelikle sözü dinlenir bir aracı, erkeğe, kendisine yarar sağlamayacak bir nikaha son vermesi gerektiğini, nikahın karşı tarafa zarar vermek amacıyla bir nefsi tatmin aracı yapılamayacağını, bunun İslâm ahlâkıyla bağdaşmayacağını anlatmalı ve bu şekilde onu boşamaya ikna etmeye çalışılmalıdır.

B. Karşılıklı Rıza İle Boşanma (Muhâla’a)

Basit bir anlatımla açıklamak gerekirse muhalaa diğer bir deyişle hulu, evliliklerini yürütemeyecekleri kanaatine varan kadın ile erkeğin, daha ziyade kadından gelen bir taleple anlaşarak evliliğe son vermeleridir. Bu, kadının erkeğe ödeyeceği bir tazminat veya bazı mâlî haklarından vazgeçmesi karşılığı olabileceği gibi, bedelsiz olarak da gerçekleşebilir. Bu yolla gerçekleşen ayrılık kadından kaynaklanmışsa, kocanın ondan, verdiği mehirden fazla bir bedel alması, dinen hoş karşılanmamaktadır. Ayrılığın erkekten kaynaklandığı durumlarda ise erkeğin verdiği mehri geri alması aynı şekilde dinen hoş karşılanmamıştır. Maliki mezhebine göre, ayrılığın kocadan kaynaklandığı durumlarda mehrin geri alınması caiz değildir.

Muhâlaa, şekli olarak, nikah bağının özel bazı ifadeler kullanılarak ortadan kaldırılması¹¹ ile gerçekleştirilir. Muhalaanın ayrıntıları fıkıh kitaplarında ve bu hususta yapılmış çalışmalarda ele alınmıştır.¹² Muhalaa yoluyla ayrılık bir bain talak kabul edilmektedir.

‘Dini nikah’ formu altında gayr-ı resmi bir nikah akdiyle evlenen ve bu evliliği sürdürmek istemeyen bir kadın, eğer başlangıçta kendisini boşayabilmeyi şart koşmamış ve kocasını da doğrudan boşamaya ikna edememişse, muhâlaa yoluyla, gerekirse kocasına aldığı mehri iade etmek gibi bir tazminat ödemeyi kabul ederek veya bazı haklarından

¹⁰ Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd el-Mevsilî, *el-İhtiyar li Ta’lîl-i-Muhtâr*, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut 1975. III/122.

¹¹ Bilmen, II/283.

¹² Bu konuda bk. Bilmen, II/283/306.

vazgeçerek boşanmayı gerçekleştirebilir. Ancak koca muhalaayı kabul etmediği takdirde kadının tek taraflı olarak nikaha son verme hakkı bulunmamaktadır. Konumuz tahkim yoluyla tefrik olduğu için burada muhalaanın da ayrıntılarına girilmeyecektir.

C. Tahkim

Kur'ân-ı kerim'deki tahkimle ilgili en açık ayet, özellikle karı koca arasındaki anlaşmazlıkların çözümü konusunda nazil olmuştur.¹³ Kur'ân-ı Kerim, karı koca arasındaki anlaşmazlıkların çözümü için, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden de bir hakem görevlendirilmesini istemektedir.¹⁴ Böylece karı koca arasındaki anlaşmazlıkların çözümü için hakem tayin edilmesi, Kur'ân-ı Kerim'de açıkça yer almıştır. Ancak İslam alimleri hakem tayinin hükmü, hakemlerin yetkileri ve benzeri bir takım hususlarda birtakım farklı içtihatlar ortaya koymuşlardır. Burada tahkim konusunda yalnızca ele almaya çalıştığımız konuyu ilgilendirdiği kadarıyla kısaca bilgi vermeye çalışacağız.

IV. TAHKİM HAKKINDA ÖZET BİLGİ¹⁵

İslam Hukukunun Kitap, Sünnet gibi iki ana kaynağında ve icma delilinde dayanağını bulmuş olan tahkim müessesesinin, aklen de gerekliliği¹⁶ hep vurgulanmaktadır. Tahkim, fıkıh kitaplarında 'kazâ'ın fûrûâtı içinde yerini almış ve anlaşmazlıkların çözümünde başvurulmuş bir yöntem olarak günümüze kadar gelmiştir.

Tahkim sözlükte kendisine ait bir şeyde karar verme yetkisini başkasına vermek, bir kimseyi bir konuda hakem edininip, gereği ile hükmetmesini istemek, başkasını hakim kılmak...¹⁷ gibi anlamlara gelmektedir.

Terim olarak ise tahkim, davacı ile davalının, yahut aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların, bu uyuşmazlığı çözmeleri için kendi rızaları ile bir veya birkaç kişiyi hakem kabul ederek onlardan aralarındaki uyuşmazlığı çözmelerini istemeleridir.¹⁸

Günümüz hukukunda da tahkime önemli bir yer verilmektedir. Yürürlükteki hukuk açısından terim olarak tahkime yapılan tanımlardan biri şöyledir: "Tahkim, kanunun emrettiği konularda, tarafların arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların, bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesidir."¹⁹

Bu tanım, mer'î hukuktaki tahkimin çeşitlerini kapsayıcı şekilde yapılmıştır. Konumuzu burada daha ziyade ilgilendiren tahkim türü, ihtiyârî tahkimdir. İhtiyârî tahkim genellikle, uyuşmazlığa düşmüş olan tarafların anlaşarak, uyuşmazlığın çözümünü özel

¹³ Ali Haydar, Ahısaklı Hoca Emin Efendizâde, *Dürarü'l-Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, Matbaai Tevsii Tibaat, İst. 1330, IV/805.

¹⁴ Nisâ surei 4/34.

¹⁵ Bu çalışmadaki tahkim ile hususlar, ağırlıklı olarak, "İslam Hukukuna Göre Anlaşmazlıkların Çözümünde Hakem Usûlü" (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, M.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İst.1988) adlı çalışmamızdan yararlanılarak hazırlanmıştır.

¹⁶ Bk. Ali Haydar, age, IV/806; Hatîb eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, Mekke, ty, Dâru Kütübi'l-Arabiyyeti'l-Kübrâ, IV/359.

¹⁷ Zeynüddin b. Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Mısır 1331H, VII/26-27; Asım Efendi, *el-Okyanusu'l-Basîl fî Tercümeti'l-Kâmûsi'l-Muhîl*, İst. 1250 H, III/430-431

¹⁸ Bu tanım, fıkıh kitaplarımızda tahkime yapılan tanımlar göz önüne alınarak mefhum olarak yapılmıştır.

¹⁹ Rasih Yeğengil, *Tahkim*, İst. 1974, s.94

kişilere bırakması ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması olarak tanımlanır.²⁰

Uyuşmazlığın çözümünün kendilerine bırakıldığı kimselere hakem denir. Hakemler kendilerine getirilen uyuşmazlığı çözme konusunda taraflarca görevlendirilmiş resmi sıfatı olmayan kişilerdir. Tahkim kural olarak ihtiyârdır. Yani taraflar hakeme gidip gitmemekte ve kimleri hakem seçecekleri konusunda serbesttirler.²¹

Tahkîm pratik bir yöntemdir. Tahkimde devlet mahkemelerindeki gibi katı usul işlemleri ve şekilsel bürokratik işlemler yoktur. Kısa sürede sonuç alma imkanı vardır. Ancak davalar, kural olarak devlet mahkemelerinde görülür. İhtilafların devlet mahkemeleri dışındaki organlarca çözülmesi istisnâ bir durumdur.²²

‘Öte yandan hakemler ihtilafları çözerken sadece hukuk kuralları içerisinde çözüm aramak zorunda değildirler. Hukuk kuralları dışında hakkaniyet ve nesâfet ilkelerine göre de karar verebilirler. Hatta tarafları uzlaştırma imkânına da sahiptirler.’²³

Tahkîm yönteminde de mahkemedeki gibi bir muhakeme söz konusudur. Tahkimi sulhtan ayıran özellik de budur. Sulh ile tahkimin benzerliği ise her ikisinin de devletin mahkemesine başvurmadan anlaşmazlığı sona erdirmeye girişimi olmalarıdır. Her ikisi de akittir. Sulhun caiz olmadığı konularda tahkîm de câiz değildir.

Hakem görevlendirmenin fikhî mantığı şöyle bir temele dayandırılmaktadır : Hakem tayin eden kişiler akıl sahibidirler. Hakem görevlendirdikleri hususta yetki ellerindedir. Bu bakımdan kendi rızalarıyla bu yetkiyi başkalarına devredebilirler ve böyle bir işlem sahih olur. İşte buna bağlı olarak hakem tayin ettikleri kişilerin onlar hakkında vereceği hüküm de geçerli olur. Şu kadar var ki, hakem tayin edilen kişinin, hakim olabilecek ehliyeti hâiz olması gerekir. Çünkü o, kendisini hakem seçenlere nispetle hakim konumundadır. Bu bakımdan kazâ ehliyeti şart koşulur.²⁴

İslam hukukunda kural olarak tarafların bizzat kendilerinin yapabilecekleri hususlarda tahkim mümkündür. İşte bu çerçevede nikah ve boşanmada tahkim caizdir.²⁵ Buna mukabil kısas, lian, velâ, neseb, kazf ve hadler gibi tarafların bizzat yapmaya muktedir olmadıkları konularda yani kamusal alanı ilgilendiren konularda tahkim caiz değildir.

Günümüz mer’î hukukuna göre de tahkim sözleşmesi, sadece tarafların arzularına tâbi olan hususlarda (uyuşmazlıklarda) mümkündür. Yani taraflar, tasarruf yetkilerinin bulunduğu ve bir mahkeme kararına gerek kalmaksızın anlaşma yapabilecekleri konularda tahkim sözleşmesi yapabilirler. Alacak davaları, tazminat davaları, menkul/gayr-ımenkul mal davaları, tahliye, kira tespiti davaları, anonim şirket ile ortaklar arasındaki davalar tahkim yolu ile çözülebilir. Ceza davaları gibi yalnız iki tarafın arzusuna tabi olmayan konular, tahkim yolu ile çözülemez. Gerek mer’î hukukta, gerekse İslam hukukunda cezâyı müteallik konularda tahkime yer yoktur. Zira ceza verme yetkisi devlet hakimiyetinin vazgeçilmez bir tezahürüdür. Bu sebeple, söz konusu yetkinin hakemlere devri asla mümkün değildir.

²⁰ Yaşar Karayalçın, Atilla İnan'ın kendisiyle yaptığı ‘Prof. Dr. Yaşar Karayalçın İle Tahkim Konusunda Bir Söyleşi’ Adlı Röportaj, *Mâlî Hukuk Dergisi*, Sy. 52, s. 28

²¹ Karayalçın, Adı geçen Söyleşi, s.28

²² Karayalçın, s.28

²³ Karayalçın, a.g.s, s.30

²⁴ Burhanüddin el-Merğînânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedi*, ty, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, IV/482

²⁵ Bak. Mustafa Yıldırım, *İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir, ty, s.58 vd, Keleş, a.g.t, s.40-47

Bugünkü hukuk sisteminde boşanma davalarında da tahkime yer yoktur. Çünkü tarafların bunu yalnızca kendi iradeleriyle sonlandırma yetkileri yoktur. Ancak İslam hukukunda hem nikah hem de boşanma meselelerinde tahkim mümkündür.

Hakem tayin eden kimsede aranan şart, hakem tayin edecek kişinin akıllı olmasıdır. Çocuk ile delinin yapacakları tahkim geçersizdir.²⁶ Hakemin akıllı, şahitliğe ehil ve malum olması gerekir. Fasıkın²⁷ ve kadının²⁸ hakemliği caizdir. Fakat evla olan fasıkın hakem yapılmamasıdır. Çocuğun ve aklı melekeleri yerinde olmayan kişinin hakemliği caiz değildir. Gayr-ı Müslimin Müslümanlar arasında hakem olması da caiz değildir.²⁹

İslam hukukuna göre hakemleri taraflar seçer ve hakemlerin kararları tarafları bağlar. Hakemin veya taraflardan birinin(veya her ikisinin) ölümü, hakemin istifası, hakemin taraflarca azli (Hükümden sonra azil hükmün geçerliliğine engel olmaz), hakemin şahitliğe ehil olmaktan çıkması; irtidat ve taraflardan birinin, aralarındaki anlaşmazlıkta hakemi vekil tayin etmesi hakemliği sona erdiren hususlardandır.

Medeni hukukta hakemin medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahip olması gerekir. Tahkim sözleşmesi sadece taraflar hakkında hüküm ifade eder. Taraflar kimin hakem olacağını kararlaştıracakları gibi, hakemin kimin tarafından seçileceğini de kararlaştırabilirler.

'Tahkim yargılamaşının başarısı hakemlere bağlıdır. Aynı şekilde tahkim yargılamaşının riskleri de hakemlerin kişiliği, bilgisi, ve dürüstlüğüne bağlı olmaktadır.'³⁰

V. 'DİNİ NİKAH'I SONA ERDİRME YOLU OLARAK TAHKİME DUYULAN İHTİYAÇ VE BÖYLE BİR UYGULAMANIN MEVCUT HUKUKİ STATÜ İÇİNDEKİ YERİ

A. Dini Nikah' ı Sona Erdirme Yolu Olarak Tahkime Duyulan İhtiyaç

İnsanlar arasında bir takım uyuşmazlıklar olabilir. Uyuşmazlığın sürüp gitmesi akılcı değildir. Uyuşmazlıkların çözümü hem tarafların, hem de onların ailelerinin yararınadır. Sorunların çözümünde saygın insanların arabuluculuğunun devreye sokulması, insanlık tarihinin en eski mâkul çözüm yöntemi olup asla eskimemiş ve bütün insan topluluklarında hep kendini göstermiştir.Tarihin bu en eski çözüm yöntemini insanlığın ortak bir değeri olarak İslam dini de kabul etmiştir. Kur'ân-ı Kerim'de tahkime yer verilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi Kur'ân-ı Kerim, karı koca arasındaki anlaşmazlıkların çözümü için, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden de bir hakem görevlendirilmesini istemektedir.³¹ Sünnette de tahkim yer almıştır.

Dini nikah formu altında yapılan gayr-i resmi nikah, yürürlükteki hukuk tarafından tanınmadığı için, böyle bir sözleşme ile evlilik akdi yapmış olan tarafların, aralarındaki anlaşmazlığın çözümü için sulh veya tahkim gibi özel çözüm yöntemlerinden başka alternatifleri bulunmamaktadır.

Bu şekilde nikahlanan kişiler, hiç olmazsa klasik İslam Hukukunun imkanları ve sınırları içerisinde bir irade ortaya koyarak nikah akdi gerçekleştirmiş olmaktadır. Gü-

²⁶ Ali Haydar, IV/806; İbn Nüceym, VII/27

²⁷ Kemal b. Hümmâm, Kemalü'd-dîn Muhammed b.Abdilvahid b.Abdilhamid b.Mes'ûd es-Sivâsî, (ö.861/1456) *Fethu'l-Kadir*, Matbaatü Mustafa'l-Bâbî el-Halebî, Mısır 1970, VII/316.

²⁸ Alâuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Halil et-Tarablusî (Kâdî'l-Kuds), *Muînu'l-Hukkâm fî ma Yeteraaddedu Beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm*, Mısır 1300H, s.24; Şirbînî,age, III/252.

²⁹ *el-Fetâva'l-Hindîyye*, Bulak 1310, III/468.

³⁰ Karayalçın, ags, s.30.

³¹ Nisâ suresi 4/35.

nümüzde kanunen tanınmamış olmasına karşın en azından taraflar bu akdi geçerli kabul etmekte ve bu akdin gereğine göre hareket etmektedirler. Bu bir vakıadır. Elbette her medeni akitte olduğu gibi böyle bir akitte de birtakım problemler ortaya çıkabilecektir. İşte bu problemlerin çözümü için yine İslam Hukukunun imkan ve sınırları içerisinde özel bir çözüm olmak üzere tahkim yoluna başvurarak problemi çözme imkanı bulunmaktadır. Böyle bir çözüm, inançları gereği tarafları tatmin etmiş olacaktır. Fakat bu problemlerin tahkim yoluyla çözülebilmesi için her şeyden önce tarafların bunun tahkim yoluyla çözülebilmek imkanının olduğunu bilmesi gerekir.

Bu şekildeki gayr-ı resmi bir nikah zaten kanunen tanınmamış olduğu için mevcut hukuki statü bu akdi yok saymakta ve tanımamaktadır. Dolayısıyla bu akitten kaynaklanan problemleri de yok sayacaktır. Yani mevcut kanuna göre böyle bir durumda ortada çözülecek bir problem yoktur. Çünkü problemin kaynağı olarak görülen akit hükümsüzdür. Dolayısıyla bundan kaynaklanan bir problemde de söz edilemez. Ancak sosyal bir vakıa olarak bu gayr-ı resmi nikah akdi toplumda varlığını sürdürmektedir. Bu nikah akdiyle kendilerini evli kabul eden kişiler, inançları gereği, bu nikahı meşru kabul etmektedirler. Dolayısıyla bu şekilde evlilik yapmış olanlar açısından bu nikahın yokluğundan söz edilemez. Şu halde böyle gayr-ı resmi bir evlilik akdinden kaynaklanan bir problem ortaya çıktığı zaman, en azından bu nikahın tarafları açısından ortada çözülmesi gereken bir problem bulunmaktadır.

Burada önemli olan kişilerin dini duyarlılığı olacaktır. Nasıl ki nikah kıyılırken, kıyılan bu nikah, dini bir forma oturtularak dini nikah adıyla gayr-ı resmi bir nikah kıyılmışsa, tarafların bundan ortaya çıkacak problemlerin çözümü için de dini duyarlılık göstermeleri gerekmektedir.

B. Uygulamanın Mevcut Hukuki Statü İçerisindeki Yeri

Gayr-ı resmi dini nikah formuyla evlenen kişiler, genelde îman ve inançlarının gereği olarak böyle bir nikah akdi yapmaktadırlar. Şayet böyle bir inançları olmasa, bu tür bir nikah akdi yapmaya girişmezler. Böyle bir nikaha teşebbüs-etmeleri, zımnen konuya ilişkin fikhî hükümleri kabul etmeleri anlamına gelmektedir. Çünkü nikah akdi yapılırken fikhî hükümleri kabul edip de bu akitten kaynaklanan problemlerin çözümü için fikhî hükümleri kabul etmemek, bir çelişkidir. Böyle bir çelişki, tutarlı bir inançla asla bağdaşmaz. Şu halde dini nikah adı altında gayr-ı resmi nikah akdi yapan kişilerin, aralarında çıkan anlaşmazlıklarda fikhî hükümlere göre bir çözüm yoluna başvurmaları doğaldır. Bu kişiler, inançlarının bir sonucu olarak zımnen Kur'an-ı Kerim'in hakem görevlendirme ve hakemler yoluyla çözüm arama prensibini kabul etmiş olmaktadır. Yani bu nikahı kabul edip meşru gören kişiler, bu nikahı meşru görmek için dayanak yaptıkları hükümlerle aynı mahiyetteki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri de kabul ediyorlar demektir.

Mevcut hukuki statü ise, esasen bu nikahı tanımadığı ve meşru görmediği için bunun üzerine herhangi bir hukuki karar bina etmeyecektir. Dolayısıyla mer'î hukuk, bu şekilde bir nikah akdi ile evli olan kişileri evli kabul etmemektedir. Yani mevcut hukuki statüde bu şekilde evli olanların tefriki diye bir problem yoktur. Onlar tefrik edilecek bir konumda değildirler. Çünkü zaten tefriki gerektirecek şekilde bir araya gelmiş değildirler. Mevcut hukuki statüye göre bu kişilerin beraberliği, aralarında böyle nikah akdi bulunmadan beraber yaşayanların birlikteliğinden farklı değildir. Ancak mevcut hukuki statü, böyle birlikteliği olan kişiler arasında ortaya çıkabilecek hukuki problemleri, söz konusu gayr-ı resmi nikaha dayalı olarak değil, bağımsız bir problem olarak elbette ele alabilir. Mer'î hukuka göre bu durum, nikahsız beraberliklerden kaynaklanan hukuki problemlerden farksızdır.

Müslümanlar'ın bulunduğu bir ülkede sosyal bir problem olarak mevcut bulunan problemlerin bu şekilde özel teşebbüsle yani özel tahkimle çözümü, taraflar arasında zuhur etmiş özel problemlerin tıpkı sulh gibi özel yolla çözümü kapsamında değerlendirilebilir. Sosyal devlet ilkesi bunu gerektirir.

Dini nikah formunda yapılan nikah akitleri hukuken tanınmadığı ve suç sayıldığı için bu form altında yapılan nikah sözleşmeleriyle ilgili sorunlarla ilgili olarak mahkemeye müracaat edip hakem isteme ve bu hakemlerin kararlarını resmen uygulamaya koyma imkanları yoktur. Bu bakımdan buradaki tahkim, günümüz mer'î hukukunda tanımlanan ihtiyârî tahkim de değildir. Çünkü bu tür bir nikah akdi kanunen suç kabul edildiği ve tanınmadığı için hakem kararlarına uymayan taraf için kanuni yaptırım isteme veya tahkim itirazı veya hakem kararlarına karşı kanuni yollara başvurma imkanı yoktur. Bu itibarla burada söz konusu edilen tahkim, tamamen sivil bir tahkimdir.

Ancak mevcut hukuki statü açısından, yapılan bu işlemin, en azından bir sulh olarak değerlendirilmesi mümkündür. Çünkü toplumda bireyler arasında var olan bir uyumsuzluk nihayet uyumsuzlığa taraf olan kişilerin çevresindeki insanların devreye girmesiyle çözüme kavuşturulmuş olmaktadır.

VI. TAHKİMDE USUL

A. Tahkim Sözleşmesi ve Hakemlerin Tayini

Günümüz Hukuk Sistemlerinde tahkim yoluyla çözüme kavuşturulacak uyumsuzluklar, usul olarak bir 'Tahkim sözleşmesi' yapılarak çözülmektedir. Tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için tarafların, aralarındaki uyumsuzluğu tahkim yolu ile çözmek istediklerini tahkim sözleşmesinde açıkça belirtmeleri gerekir. İslam Hukukuna göre de bu şekilde bir sözleşme yapılabilir.

Taraflar, doğmuş olan bir uyumsuzluğun çözümü için aralarında müstakil bir sözleşme yapabilirler. Bu sözleşmenin konusu yalnızca tahkimdir. Onun için bu sözleşmeye 'Tahkim sözleşmesi' denir. Bundan başka, evlenirken aralarında akdedecekleri nikah sözleşmesine, bu sözleşmeden doğacak anlaşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğine ilişkin bir madde (şart) koyabilirler. Günümüz hukuk sisteminde buna 'Tahkim şartı' denmektedir. 'Bir sözleşmedeki tahkim şartı, müstakil bir sözleşme olmadığından, asıl sözleşme herhangi bir sebeple geçersiz olursa, ona bağlı olarak tahkim şartı da geçersiz olur.

Bunu konumuz açısından özelleştirerek ifade etmek gerekirse, ele aldığımız çerçeve içerisinde eşler arasında gerçekleştirilecek tahkimin resmi bir statüsü olmayacaktır. Bu durumda burada tamamen sivil bir uygulamadan söz edilebilir.

Karı koca arasındaki anlaşmazlık durumunda böyle bir uygulama yapılmak istendiğinde, taraflardan biri, aralarındaki uyumsuzluğun tahkim yoluyla çözülmesi için karşı tarafa teklifte bulunabilir. Şayet karşı taraf hakem tayin etmeye yanaşmazsa bu defa kendi hakemini belirleyerek karşı tarafa kendi hakemini seçmesini söyler. Eğer karşı taraf hakem tayin etmemekte direnirse, bu defa karşı taraf adına objektif davranabilecek bir hakem tayin etmeleri için o tarafın ileri gelenlerine veya her iki tarafı da tanıyanlara baş vurur ve karşı taraf adına bir hakem tayin edilmesini sağlamaya çalışır. Karşı taraf hakem tayin etmemekte direnir ve hakem tayinine yanaşmaz ise bu durumda kanaatimizce çevrelerinde konum itibarıyla sorumluluk üstlenebilecek durumda bulunan ileri gelen kişiler, hakem tayin edebilirler. Çünkü hakem tayin edilmesini isteyen ayetteki hakem tayin edilmesine ilişkin emir, müslümanlara yöneliktir. Mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde resmi olarak bu emrin yerine getirilmesi mümkün olmadığına göre, bu Kur'ânî talebin

yerine getirilmesi görevi, tarafları tanıyan ve sorumluluğunun bilincinde olan ileri gelen müslümanlara düşer.

Klasik değerlendirmelerde, karı koca arasındaki anlaşmazlıklarda hakem görevlendirilmesini isteyen ayet-i kerimedeki hakem görevlendirme emri, kuvvetli olan görüşe göre hakimlere ve yöneticilere yöneliktir. Bazı alimlere göre ise buradaki hitap, velilere yöneliktir.³² Fakat günümüz şartlarında ve ele aldığımız sorun doğrultusunda ayet-i kerime üzerinde düşünüldüğü zaman, buradaki ifadenin mutlaklığı ve genel olarak Müslümanlara yönelik bir emir oluşu dikkate alınarak bunun, aralarında anlaşmazlık bulunan ve aralarındaki sorunun çözümü için haklarında hakem görevlendirilecek evlilerin çevresindeki Müslümanları ilgilendirdiğini söylemek, kanaatimizce yanlış olmaz. Çünkü hakimler zaten toplum adına hareket etmekte ve toplumu temsilen hakem görevlendirmektedirler. Halbuki burada ele aldığımız gayr-i resmi nikahta - bu özel nikah kanunen tanınmadığı için- hakimlerin hakem görevlendirmesi söz konusu olamayacaktır. Şu halde hakem görevlendirme emrini kim yerine getirecektir? Kur'an-ı Kerim'in bu emri muhatapsız mı kabul edilecektir? Böyle bir şey söz konusu olamayacağına göre bu Kur'anî vazîfeyi başta tarafların aileleri olmak üzere onları tanıyan ileri gelen Müslümanlar yapacaktır. Yoksa bu ayetteki emrin muhatabı kalmaz.

Âyette geçen "*Karı koca arasında uyuşmazlık baş göstermesinden endişe ederseniz*" cümlesinde endişe, Müslümanlara nispet edilmiştir. Bu durum, ailelerde baş gösteren uyuşmazlıkların, yalnızca aralarında anlaşmazlık çıkan eşleri değil, aynı zamanda toplumu da ilgilendirdiğini göstermektedir.

Doğal olarak karı koca, aralarındaki uyuşmazlıkta kendiliklerinden de hakem görevlendirebilirler. Bu takdirde başka hiç kimsenin söyleyeceği bir şey kalmaz. Çünkü böyle bir durumda taraflar, kendilerine ait bir yetkiyi, tayin ettikleri hakemlere devretmiş olmaktadır. Yani taraflar, hakemlerden bunu istemektedirler. Normalde kendilerinin kullanabilecekleri bir yetkiyi hakemlere yaptırmaları, doğal olarak geçerli olacaktır. Ancak bunun her iki taraftan akrabaların istişaresiyle yapılmasının, müstehap olacağı da ayet-i kerimedeki "min ehlihi" (erkeğin ailesinden), "min ehliha" (kadının ailesinden) kayıtlarının işaretinden anlaşılmaktadır.³³

Taraflar, hakemlerle bir hakem sözleşmesi yaparak onları, aralarındaki uyuşmazlığı çözme konusunda görevlendirmesi ve hakemlerin de bunu kabul etmesiyle tahkim süreci başlamış olur.

1. Hakem Tayininin Hükümü

Bazı alimler ayette yer alan emir lafzının zahirini esas alarak karı koca arasındaki anlaşmazlıklarda hakem görevlendirilmesini farz kabul etmişlerdir. Çünkü emir kalıplarında asıl olan farz ortaya koymaktır. Buna göre karı koca arasındaki anlaşmazlıklarda hakem görevlendirilmesi farzdır. İmam-ı Şafii bu görüştedir.³⁴ Karı koca arasındaki anlaşmazlığın ilerlediğine muttali olunca, devlet otoritesinin yani onun adına hakimlerin, hakem görevlendirmeleri lazımdır. Buna göre hakimler, meselenin mahkemeye intikal etmesini beklemezler.³⁵ Bazılarına göre ise böyle bir durumda hakem görevlendirmek

³² Ebû Bekir Râzî el-Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Kahire, ty, III/150; Ebu'l-Berekât en-Nesefî, *Medârikü't-Tenzîl ve Hakâiku't-Te'vîl*, Beyrut, ty, I/224; Ebu Abdillâh el-Kurtubî, *el-Câmi' li-Ahkâmü'l-Kurân*, Beyrut 1965, V/175.

³³ Elmalî'lî Muhammed Hamdi Yazır (ö. 1942), *Hak Dîni Kur'an Dili*, Eser Neşriyat, İstanbul 1979, II/1353.

³⁴ Şirbini, III/252; Muhammed Ali es-Sabûnî, *Ravâiu'l-Beyan Tefsiru Âyâtü'l Ahkam*, Dımaşk 1977, I/471,472.

³⁵ İbnu'l Arabî, age, I/427

müstehaptır.³⁶ Abdülkerim Zeydan, hakem görevlendirmenin ayette emir kalıbıyla dile getirildiğine, emir kalıplarının da bir karine olmadıkça normalde farz ortaya koyduğuna dikkat çekerek buradaki emir kalıbının farz ortaya koymadığını gösteren bir karine bulunmadığını, dolayısıyla hakem görevlendirmenin farz olduğunu ifade etmektedir.³⁷

Üzerinde durduğumuz olayda mahkemelerce hakem görevlendirilmesi söz konusu olamayacağı için, karı koca kendiliklerinden hakem tayin edemedikleri veya taraflardan biri hakem tayinine yanaşmadığı takdirde, daha önce de belirttiğimiz gibi bu görev, onları tanıyan ve durumlarını bilen yakınlarına ve Müslümanlara düşmektedir. Çünkü ayette yer alan hakem görevlendirme emri, Müslüman topluma yöneliktir. Dolayısıyla bu görev, böyle bir durumda bu problemin çözümüne katkıda bulunabilecek ileri gelen mü'minlere düşmektedir.

2. Hakemlerin Karı Kocanın Ailelerinden Olması Şart mıdır?

Hakem göndermeyi isteyen ayette hakemlerin aileden olması ifadesi yer almıştır. Çünkü akrabalar onların durumlarını daha iyi bilir ve onların iyiliklerini daha çok arzu ederler. Aileden seçilecek hakemler, muhtemelen onlara karşı nasıl yaklaşacaklarını da daha iyi bilecekleri için taraflar üzerinde daha etkili olabilir ve problemi daha kolay çözebilirler. Ayrıca taraflar yabancı birisi karşısında anlatmak istemeyecekleri bazı mahrem hususları akrabadan birisine anlatabilirler. Ancak İslam alimleri, hakemlerin tarafların ailelerinden olmasını müstehap görmekteirler.

Tarafların akrabalarının bulunmadığı, yahut akrabalarının içinde bu işin kendisine havale edilebileceği ehil kimse olmadığı yahut ta karı koca kendileri yabancı hakem tayin ettikleri takdirde yabancıların da hakem olarak görevlendirilmesi caiz olur.³⁸ Çünkü hakemlerin yapacağı görev bellidir. Bu görevi ehil olan kişiler yapabilir. Yapılacak görev, karı koca arasındaki uyuşmazlığın sebebini belirlemek, mümkünse aralarını düzeltmeye çalışmak, düzeltme imkanının olmadığı durumlarda da usûlüne göre aralarını tefrik etmektir. Bunu akraba yaptığı gibi akraba olmayan da yapabilir. Yeter ki ehil olsun. Belirttiğimiz gibi, akrabalar onların durumunu daha iyi bilir, aralarını düzeltmede yabancılardan daha etkili olabilir. Ayrıca, iki tarafın akrabalarından da birer hakem olunca, bir tarafa meyletmiş olma töhmetinden uzak kalınır.³⁹

3. Hakemin tek olması da caiz midir?

Ayet-i kerimde karı ve kocanın ailelerinden birer hakem gönderilmesi tavsiye edilmişse de iki tarafın bir hakem görevlendirmesi de caiz görülmüştür.⁴⁰ Tek hakem caiz olunca, buna göre karı koca bir hakem görevlendirirse yeterli olur. Özellikle de ikisi buna razı oldukları takdirde.

B. Hakemlerin Yetki ve Statüleri

Karı koca arasındaki uyuşmazlık için hakem görevlendirilmesini isteyen âyet-i kerimde hakem görevlendirmekle ilgili emrin muhatabı konusunda İslam alimleri arasında bazı görüşler ortaya çıkmıştır. Cumhura göre muhatap, hakimler ve yöneticiler yani devlet

³⁶ Şirbini, III/252; Abdülkerim Zeydan, age, VIII/415-6

³⁷ Zeydan, age, VIII/416

³⁸ Elmalî'lı, age, II/1453; İbnü'l Arabî, I/426; İbn Kudame, VIII/172; Sabuni, age, I/471; Malik b. Enes, III/255.

³⁹ Sabuni, I/471.

⁴⁰ İbnü'l Arabî, I/427; Kurtubi, V/177.

otoritesidir. Bazıları ise tarafların velileri olduğunu,⁴¹ bazıları, aralarında anlaşmazlık bulunan karı koca olduğunu söylemişlerdir. Bazılarına göre ise muhatap, salih Müslümanlardan her biridir. Çünkü, ilgili ayetteki **فَانْ خَفْتُمْ** : ‘Şayet endişe ederseniz’ ifadesinde yer alan sesleniş, bütün Müslümanlardır. Bunun Müslümanlar içinde kimlere yönelik olduğu hususunda ‘şunlara yöneliktir, şunlara yönelik değildir’ şeklinde bir ayırımı yapmak doğru olmaz. Dolayısıyla ‘Hakem gönderin’ şeklindeki emrin Müslüman bireylere yönelik kabul edilmesi gerekir. Bu itibarla devlet otoritesi olsa da olmasa da hakem görevlendirilmesi emri, bütün Müslümanlara yöneliktir. Diğer taraftan bu, zararın savuşturulması bağlamında bir çaba olacağı için, her Müslümanın yerine getireceği görevler kapsamına girer. Bundan başka diğer bazıları buradaki seslenişin genel olduğunu, buna aralarında anlaşmazlık bulunan eşler ve bunların yakınlarının da dahil olduğunu ifade etmişlerdir. Buna göre eşler, yakınları veya komşuları hakem görevlendirdikleri takdirde bu görev yerine getirilmiş olacaktır. Aksi takdirde, durumu bilen ve bu hususta katkısı olacak Müslümanların bu işe el atması gerekecektir. Şu kadar var ki her bireyin bu işle yükümlü tutulması uygun olmaz. Şu halde bunu Müslümanları temsilen ehil bazı kişiler yapacaklardır.⁴²

Cumhurun söylediği gibi muhatap hakimler ve yöneticiler olarak kabul edildiği takdirde, hakem görevlendirme hususunda karı kocanın rızası söz konusu olmaz. Diğer taraftan karı koca arasını düzeltmekle görevli hakemler, Hanefilere göre vekil hükmündedirler, talakı gerçekleştiremezler. Hakem sadece ıslaha çalışır.⁴³ Ebu Hanife, Atâ, Hasen, Katâde, Zeyd b. Eslem, Dâvûd, Ebû Sevr, Ahmed b. Hanbel’den iki rivayetten biri ve İmam Şafiî’nin iki kavbinden güçlü olanı⁴⁴ bu doğrultudadır. Buna göre hakemler, karı kocanın izni olmadan nikaha son veremezler.

Bu görüşün gerekçesi şudur: Eşlerin her ikisi de reşid olduğuna göre, başkalarının, bunların vekaleti veya bunlar üzerinde bir velayeti olmaksızın ne istimta hakkında ne de kadının malında tasarruf yetkileri vardır. Halbuki nikaha son vermek demek eşlerin vekaleti olmadan bu alanda tasarrufta bulunmak anlamına gelir.

İkinci görüşe göre, hakemler hakim gibidirler. Buna göre karı kocanın rızası ve vekaleti olmasa da kadının malından kocaya bir şeyler vermek suretiyle veya vermeden aralarını ayırabilirler. Bu görüş de Hz. Ali, İbn Abbas, Ebû Seleme b. Adırrahman, Şa’bi, Nehai, Said b. Cubeyr, İmam Malik, Evzâî, İshak ve İbnü’l Münzir’e nispet edilmektedir.⁴⁵ Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesinde de bu ikinci görüş tercih edilerek şu madde konmuştur:

“Karı koca arasında çekişme ve anlaşmazlık ortaya çıkar, taraflardan biri hakime müracaat ederse, hakim tarafların ailelerinden birer hakem tayin eder.

Birisinin veya her ikisinin ailesinden hakem tayin edilecek kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olabilecek sıfatları taşımazsa dışardan uygun kimseleri tayin eder.

Bu şekilde kurulan aile meclisi tarafların ifade ve savunmalarını inceleyerek aralarını ıslaha çalışır. Mümkün olmadığı takdirde kusur kocada ise aralarını ayırır. Karıda ise mehrin tamamı veya bir kısmı karşılığında muhâlaa yapar.

⁴¹ Kurtubî, V/175.

⁴² Bak. Zeydan, VIII/416-7.

⁴³ İbn Nuceym, age, VII/27.

⁴⁴ Şirbini III/252; Kurtubi, V/176.

⁴⁵ İbn Kudame VIII/169; İbn Kesir II/260; Elmalılı II/1353, Şirbini c.3 s.252. Sâbüñî I/472, İbnü’l- Arabî, I/424, Malik b. Enes II/267, İbn Hazm, *el-Muhalla*, Mısır 1352 X/87; Kurtubi, V/176.

Hakemler ittifak edemezlerse hakim, gerekli sıfatları taşıyan diğer bir hakem heyeti veya tarafların yakını olmayan üçüncü bir hakem heyeti tayin eder.

Hakemlerin vereceği hüküm kesindir, itiraz edilemez.”⁴⁶

Kararnamede bu görüşün tercih edilmesinin gerekçesi şöyle açıklanmıştır:

“Bu tasarıda şimdiye kadar tatbik edilmemesi sebebiyle memleketimiz için pek yeni olan bir yöntem kabul edilmiştir. Bu, karı koca arasında anlaşmazlık ortaya çıkması halinde, hüküm vermek üzere izin verilmiş bir aile meclisi, yani tarafların ailelerinden seçilmiş bir hakem heyeti kurulmasıdır.

Böyle bir hakem heyetinin kurulması emredildiği halde ülkemizde uygulanmamasının sebebi, Hanefilere göre hakem heyetinin yalnız arayı düzeltmeye yetkili olması ve taraflarca vekalet verilmedikçe aralarını ayırmaya yetkili olmamasıdır.

Halbuki iş yalnız arayı düzeltmekten ibaret değildir. Öyle olsa külfete girip bir heyet kurulmasına gerek yoktur. Çünkü öteden beri her ne zaman karı koca mahkemeye müracaat etse, hakimler hüküm vermeden önce, onların arasını düzeltme görevini yerine getirmeye çalışmaktadırlar.

Karı kocanın hakem heyetine vekalet vermeleri ise isteğe bağlı bir durumdur. Haksız olan tarafın bu konuda vekalet vermeyeceği açıktır.

Diğer taraftan Maliki mezhebinde, vekalet şart koşulmaksızın hakem heyetine hüküm verme yetkisi tanınmaktadır. Şöyle ki:

Hakemler, tarafların arasını düzeltmenin mümkün olmadığına kanaat getirdikleri takdirde, haksızlık kocada ise karısının karşılıksız olarak ayrılmasına, karıda ise mehrin tamamı veya bir kısmı ile muhalaa yapılmasına karar verirler.

Hakemlerin hükmünün karı koca hakkında yerine getirilmesinin gerekli olup, onların sonradan yapacakları itiraz kabul olunmaz. Çünkü bu hüküm şahitliğe dayanılarak verilmiş değildir. Tarafların durumları değerlendirilerek verilmiştir.

Bu konuda mezheb-i Malikînin kabulü, ülkemizde aileler içinde mevcut pek çok uygunsuzlukların kaldırılmasına hizmet edeceği, özellikle karılarına zulüm ve haksızlık ettikleri halde boşanma yetkileri kendi ellerinde olması yüzünden haklarında nafaka takdirinden başka bir muamele yürütmek mümkün olmayan kocaların haksız davranışlarına son vereceği düşüncesiyle belirtilen görüş kabul edilmiş ve 130. madde bu esasa göre düzenlenmiştir.”⁴⁷

Hakemler görevlendirilirken karı ve koca, ayırma dahil her türlü tasarrufta bulunabileceklerine dair hakemlere yetki verirlerse, o zaman hakemlerin, ayırma ve kadının malından karşılık verme gibi işlemleri yapabileceklerinde ihtilaf yoktur.”⁴⁸

Usul olarak böyle bir tahkimde tamamen sivil bir muhakeme söz konusu olacağı için hakemler, hem davacıyı hem de davalıyı dinleyerek ilkönce tarafları uzlaştırmaya çalışırlar. Bunu yaparken hakemler duruşma mahiyetinde bir toplantı yapabilirler. Ancak böyle bir toplantı yapmak zorunda değildirler. Bunu yapıp yapmamakta serbesttirler. Bu çerçevede hakemler davacıdan uyuşmazlık konusunda beyyine talep edilmesi, davalıya yemin verilmesi gibi muhakemenin gereklerine de baş vurabilirler. Böylece uyuşmazlığı birlikte karara bağlamaya çalışırlar.

⁴⁶ *Aile Hukuku Kararnamesi*, Nşr. Orhan Çeker, İst. 1979, md.130.

⁴⁷ *Aile hukuku Kararnamesi*, s.80-81.

⁴⁸ Elmalılı II/1353.

Hakemler, uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözmek zorunda değildir. Ancak hakemlerin adalet ve nesafet kurallarına riayet etmesi gerekir. İslam hukukunda ekseriyetle verilmiş hakem hükmü geçerli sayılmamaktadır.

Görevlendirilen hakemler öncelikle arabuluculuk yaparlar. Lüzûm ve zarûret bulunduğunda eşlerin rızası olmasa bile boşamaya da karar verebilirler. Eşler arasındaki anlaşmazlıklarda hakemler elbette öncelikle ıslah için çaba göstereceklerdir.

"Hakemler ihtilaf ederse hükümleri geçersiz olur. Üzerinde görüş birliğine vardıkları hususların dışında herhangi bir şey lazım gelmez. Sözgelimi biri tefrik kararı verdiği halde diğeri vermese yahut biri, tazminata karar verdiği halde diğeri vermese görüş birliğine varmadıkları sürece bir şey gerekmez"⁴⁹

VIII. BİTİRİRKEN

'Dini nikah' kıyılmadan önce resmi nikahın yaptırılması, kanuni bir zorunluluktur. Resmi nikah yapılmadan, 'dini nikah' kıyılması, kanunen suç olmakla birlikte yukarıda da ifade edildiği gibi, çeşitli sebeplerle toplumda resmi nikah kıyılmadan dini nikah adı altında gayr-ı resmi nikah kıyılması uygulamalarının devam ettiği bilinmektedir.

Fıkî hükümlere göre nikah, evlenme ehliyetine sahip olan ve aralarında evlenmelerine dinen engel bulunmayan bir kadınla bir erkeğin, şahitler huzurunda evlenmek istediklerine dair karşılıklı olarak irade beyanında bulunmalarıyla gerçekleşen bir sözleşmedir. Evlenme ehliyetine sahip bulunan ve aralarında evlenmelerine dini açıdan engel bulunmayan kadın ile erkeğin (veya vekillerinin) şahitlerin huzurunda "...seni aldım, sana vardım...seni nikahladım, seni eş olarak kabul ettim..." gibi sözleriyle bu sözleşme gerçekleşmiş olur.

Nikah ile birlikte eşler arasında meşru ölçüler içerisinde cinsel tatmin helal hale gelir. Ayrıca karşılıklı olarak pek çok hak ve ödev ortaya çıkar. Burada özellikle nikahın, nesep, nafaka, tazminat, miras gibi hukuki sonuçlarını hatırlamak gerekir. Nikah işlemi resmen tescil ettirilmediği sürece; nikahtan doğacak hakların resmi teminat altına alınması mümkün olmaz. Aynı şekilde nikaha ilişkin ödevler hususunda da hukuki bir yaptırım bulunmaz. Bu sebeple resmi nikah kıyılmadan, herhangi bir hukuki yaptırımı bulunmayan gayr-ı resmi mahiyette 'dini nikah' kıydırılması doğru değildir.

En fazla dikkat gösterilmesi ve ciddiyetle yaklaşılması gereken kurumlardan biri evliliktir. Bu kurumun yıpratılmaması gerekir. Müslüman, her işinde dürtüst, ciddi ve samimi olmak durumundadır. Dünyevi bir takım hedeflere ulaşmak veya gönül eğlendirmek amacıyla evlenilmez. Nikah kıydığında dinen evlilik hayatı başlar ve karı-koca arasında bir takım haklar tahakkuk eder. Belirttiğimiz gibi günümüzde bu haklar, evlilik resmen tescil ettirilmeksizin korunamamaktadır. Bu bakımdan evlenecek kişiler, mutlaka nikahlarını resmen tescil ettirmelidirler.

İslâmî açıdan bakıldığı zaman nikahta en önemli hususlardan biri, nikahın duyurulmasıdır. Nikah akdinin gizli tutulması, nikahın amacıyla bağdaşmaz. Bu bakımdan evlenmeye karar veren kişilerin, ailelerinin bilgisi dahilinde, öncelikle kanunen yetkili mercilere başvurarak nikahlarını tescil ettirmeleri, nikahın esprisine en uygun düşen tavrıdır. Çünkü evlilik, sadece şehvî arzuların tatminini sağlayan bir vasıta değil; dînî, hukûkî, ahlâkî ve sosyal boyutu olan bir akittir. Bu sebeple topluma duyurulması ve belirli nitelikleri taşıyan şahitlerle belgelenmesi gerekir. Evlilik çağına gelmiş bir kişinin kendisine denk biriyle evlenme hakkına sahip olmasına rağmen nikahta sadece tarafların rızasıyla yetinilmeyip, ayrıca en az iki şahidin bulunmasının ve bazı içtihat farklılıklarıyla

⁴⁹ Kurtubî, V/177.

birlikte nikahın ilan edilmesinin şart koşulması, nikahın gizlenmesinin İslam'la bağdaşmayacağı hususunda önemli delillerdir. Dolayısıyla, nikah gibi önemli bir konunun, çeşitli nedenlerle gizlenmeye çalışılması, uygun bir davranış olmadığı gibi, kişilerin istemedikleri evliliklere zorlanması da dinen caiz değildir.

Resmi bir sıfatı olmamasına karşın, inancının gereği olarak 'dini nikah' adıyla kıyılan akdin hükmüyle amel eden kişilere düşen, bu nikahın sona erdirilmesini gerektiren sonuçların ortaya çıkması durumunda da aynı anlayışı sürdürmektir. Bu çerçevede aralarında anlaşmazlık çıkan eşlerin tahkime başvurulması, Kur'ânî bir prensiptir. İslâmî bir anlayışa sahip olan kişilere yakışan, böyle bir durumda bu prensibi işletmektir. Bu prensibi işletmek yerine, sırf hınç alabilme veya karşı tarafa zarar verebilme gibi İslâm ahlâkıyla bağdaşmayan bir takım reflekslerle bu Kur'ânî prensibe karşı tavır geliştirmek, İslâmî duyarlılıkla asla bağdaşmaz. Üstelik böyle bir tavır, resmi sıfatı olmayan böyle bir nikahın dinen de geçersiz olması gerektiğini savunanların gerekçelerini ve yaklaşımını haklı çıkarır. İşine gelince fikhî hükümleri kabul edip işine gelmeyince kabul etmemek, İslâm ahlâkı açısından kabul edilemez bir durumdur.

Boşanmak dinimizin hoş karşılamadığı, bununla birlikte evlilik hayatının devamının mümkün olmadığı durumlarda müsaade ettiği bir husustur. Esas olan evlilik hayatının ömür boyu sürdürülmesidir. Geçici nikah caiz değildir. Ancak evlilik ile amaçlanan hedefin gerçekleşmemesi, tarafların evliliği sürdüremeyecek hale gelmeleri gibi çeşitli nedenlerle boşanma da bir ihtiyaç ve hatta zaruret olarak gündeme gelebilir. İşte bu ihtiyaç ve zaruretin ortaya çıkması halinde, özellikle kocanın haksız olarak boşamamakta ısrar ettiği durumlarda tahkim, gayr-ı resmi olarak kıyılan dini nikahın sona erdirilmesi için bir çıkış yoludur.