

ISSN 1300-1582

**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DERGİSİ**

SAYI : 9

YIL : 2000

NİKAH AKDİNİN MAHİYETİ VE İMAM NİKAHI UYGULAMASI*

Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN**

Tarihsel süreç içerisinde fakihler, “nusus” (Kitap ve Sünnet) diye anılan yazılı metinlerde mündemiç olduğuna inandıkları Şâri’ hitabını, içinde yaşadıkları sosyal ve siyasal şartlarda hayata geçirme gibi son derece önemli bir fonksiyonu yerine getirmişlerdir. Toplumsal ilişkileri düzenlemek için fikir üreten ve sistem kuran onlar olduğu gibi, toplumsal yaşamda ortaya çıkan problemlerle ilk yüzleşen de onlar olmuştur. Esasında bu biraz da, fikhın tabiatının gereğidir. Çünkü fakih, “hitap” ile “toplumsal gerçekliği” buluşturmak, uzlaştırmak, dengede tutmak gibi son derece dinamik bir işleve ve sorumluluğa sahiptir. Diğer şer’î bilimler böyle bir işleve sahip olmadıkları için, aynı dinamizmin ve gerçekçiliğin onlarda görülmeysi yadırganacak bir durum değildir.

Şâri’in hitabı ile toplumsal gerçekliği birlikte dikkate almak durumunda olan fakihler bu hitabı anlamada ve açıklamada, objektif olarak sınanabilir, test edilebilir metotlar oluşturmuşlardır. Tarihsel tecrübeye ortaya çıkan birçok metot, akıl-nass dengesi açısından, daha doğrusu bunlardan birine verilen ağırlığın nisbeti bakımından, lafzî (literal) yaklaşım ile anlamcı-gayeci yaklaşım arasında gidip gelen geniş bir yelpaze oluşturmuştur.

Bu metotlar tutarlılık, gerçekçilik, işlevsellik, hayatın gerçekleriyle uyumluluk gibi açılardan birbirleriyle mukayese edilebilirse de, bunları ve bunlar etrafında oluşan doktrinleri “daha islâmî”, “Kur’an’a daha uygun” gibi yargılarla değerlendirmek uygun olmaz. İlla da bu yolda bir değerlendirme yapılacaksa, belki, Kur’an’ın zahirine uygunluktan veya Kur’an’ın anlamına uygunluktan bahsedilebilir. Buna göre mesela lafızcı yorumun Kur’an’ın zahirine, anlamcı yorumun ise Kur’an’ın anlam ve amacına uygunluğundan söz edilebilir.

Bugün içinde yaşadığımız toplumda fakihlerin, eskiden olduğu gibi, toplumsal gerçekliği, mevcut her türlü sosyal, siyasal ve hukukî şartları zemin kaydırması yapmadan dikkate almak ve çözümlerini buna göre üretmek durumundadırlar. Toplumsal işleyişe veya bir problemin çözümüne katkı sağlamak isteniyorsa sunulan önerinin ve üretilen çözümün savunulabilir bir metot dahilinde üretilmesi ve bu çözüm önerisinin “serbest düşünce rekabeti” alanına sokulması şarttır. Bir görüşü, mevcut problemi çözmekdeki kabiliyetini ortaya koymaksızın, adeta Allah’ın veya peygamberin arkasına sığınarak, tartışılmaz manevi-dini bir mahfaza içinde sunmak bir yandan haksız rekabeti doğururken, öte yandan o görüşün dogmatik bir görünüm içinde algılanmasına yol açmaktadır. Unutmamak gerekir ki toplumsal problemlerin çözümünde, referansların ne olduğundan ziyade, önerilen çözümün tutarlı,

* Bu yazı, “Gençleri Evlendirme ve Mehir Vakfı’nın, Kaldera Holding’in malî ve İlahiyat fakültesinin akademik desteği ile 30 Ekim-01 Kasım 1998 tarihleri arasında Konya’da düzenlediği 1. Ulusal Kadın ve Aile Sempozyumunda sunulan tebliğin, küçük tasarruf görmüş tam metnidir.

** Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

gerçekçi, uygulanabilir olması ve problemi çözmekte yeterliliği önceliklidir. Bunun anlamı, çözüm önerilerinde vurgunun, “söyleyenin kimliği”nden –ve ne adına konuştuğundan ziyade, “söylenenin muhtevası”na yapılması gerektir.

Fakihlerin sergileyeceği bu tutumun ülkemizde öteden beri gerek zihin planında gerekse bazı alanlara ilişkin olarak pratikte yaşanmakta olan hukuk ikiliğinin törpülenmesine büyük katkısı olacağı kanaati günden güne ağırlık kazanmaktadır. Bu doğrultuda fakihler ile hukukçular arasında diyalog kurulmasının ve bu yolla fakihlerin şu anda yürürlükte olan hukuku, hukukçuların da tarihsel süreçteki fıkıh tecrübesini tanımalarının bu ikiliği kaldıracak bir entegrasyon sürecinin başlamasına önemli katkı ve yararlar sağlayacağı kuşkusuzdur.

Biz bu tebliğimizde ülkemizde yaşanan bu hukuk ikiliğinin yaygın bir göstergesi olan imam nikahı uygulaması üzerinde durmak ve doğurduğu ahlaki sakınca ve toplumsal sıkıntılara dikkat çekerek onun meşruiyetini tartışmak istiyoruz. Bu tebliğ, esas itibariyle, resmî nikah-imam nikahı (ya da yanlış nitelendirmesiyle dinî nikah) şeklinde sürdürülegelen ikiliğin devam etmesinin anlamlı olmadığı tezini savunmaktadır.

Resmi nikah-imam nikahı ikileminde ülkemizde başlıca dört durumla karşılaşılabilir:

1. Sadece resmi nikahla evlenme durumu.
2. Hem resmi nikah, hem imam nikahı yapma durumu.
3. Bekar veya dul kadın ve erkeğin resmi nikah olmaksızın, imam nikahı ile birlikte yaşaması durumu.
4. Resmi nikahlı eşinden başka, bir de imam nikahı yaparak başka bir kadınla evlenme durumu.

Nişanlanan çiftler arasında, görüşmelerini, birlikte evlilik hazırlıkları yapmalarını meşrulaştırmak için kıyılan imam nikahını da buraya eklemek mümkündür.

Bu dört durumun hükümlerini özellikle klasik fıkıh mantığı ve tekniği açısından değerlendirmek üzere bu tebliğde esas itibariyle şu hususlar üzerinde durulacaktır:

1. Klasik fıkıh doktrininde nikah akdi ve imam nikahının ortaya çıkışı.
2. Medenî hukukumuzda nikah akdinin mahiyeti ve şartları.
3. Günümüzde imam nikahının uygulama alanları ve hükmü.

1. Klasik Fıkıh Doktrininde Nikah Akdi ve İmam Nikahının Ortaya Çıkışı

a. Klasik fıkıh doktrininde nikah akdinin mahiyeti ve kuruluş şartları:

Kur'an-ı Kerim'de evlenmeyi teşvik eden (en-Nûr, 24/32,33); evlilik birliğinin amacına işaret eden (er-Rûm, 30/21); evlilik birliğinde tarafların hak ve görevlerini belirten (en-Nisâ, 4/19, 20, 34, 129) ve evlenilmesi haram olan kadınları belirleyen (el-Bakara, 2,221; en-Nisâ, 4/2, 3, 22-25; el-Mâide, 5/5; en-Nûr, 24/3) ayetler olmakla birlikte, evlenmenin kuruluş biçimini tanımlayan ayet yoktur. Bu durum, Kur'an'ın evlenme akdinin biçiminden

ziyade evlilik birliğinin amaçlarına vurgu yaptığı ve aile kurumuna önem ve öncelik atfettiği şeklinde anlaşılabilir.

Amaçları ve sınırları genel olarak belirtilen evlilik birliğinin nasıl oluşturulacağı ise toplumun bilgi, anlayış ve birikimine bırakılmıştır. Evlilik birliğinin amaçlarının gözetilmesi, tarafların hak ve sorumluluklarının korunması ve denetlenmesi bir yönüyle ahlakî alanı ilgilendirdiği gibi bir yönüyle de kamusal alanı ilgilendirmektedir. Dönemin geleneklerini ve şartlarını da dikkate alan Hz. Peygamber, evlenme akdinin şahit huzurunda yapılmasını ve ilan edilmesini ve bazı hallerde velî izninin aranmasını öngörmüştür. Hz. Peygamberin evlilik akdi için getirdiği bu şekli şartların amacı, genel olarak, evlenme akdini topluma duyurmak ve bu sayede akdin hükümlerini toplumsal gözetim ve denetim altına almaktan ibarettir.

Fakihlerin nikah akdine getirdiği tanımlar, bir ölçüde akdin mahiyetine ilişkin genel yaklaşımları konusunda ipucu verse de, büyük ölçüde, hukuk tekniği zaruretinin izlerini taşır. Mesela Hanefilere göre nikah akdi “milk-i müt’a” (yani erkeğin kadından yararlanması) amacıyla konulmuş bir akit (Konevî, *Enîsu'l-fukahâ*, s. 145). Malikiler ise nikah akdini “bir kadından, sırf telezzüz edebilme amacına yönelik olarak yapılan bir akit” olarak tanımlamışlardır (İbn Arefe, *Hudûd*, I, 235).

Nikah akdinin rükünleri (kurucu unsurları) konusunda fıkıh mektepleri arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Her akitte olduğu gibi, irade beyanının rükün olduğunda görüş birliği olmakla birlikte, iki şahit ve velî konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Malikî ve Şafîî ekollerinde velî bir rükün ve Hanbelî ekolünde sıhhat şartı kabul edilirken Hanefî ekolünde mükelleflik yaşına gelmiş kız hakkında velinin bir rükün veya sıhhat şartı olmadığı görüşü savunulmaktadır.

Burada bu rükün ve şartların ayrıntıları üzerinde durmaktan ziyade nikahın kamu otoritesi tarafından denetlenmesi noktasıyla irtibatı bakımından şahit ve ilan şartı üzerinde durmak istiyoruz. Bu konuda fıkıh mekteplerinin görüşleri bakış açılarına göre farklılık göstermektedir.

Nikah akdinde iki şahidin hazır bulunması Şafîî ekolünde bir rükün iken, Hanefî ve Hanbelî ekollerinde bir sıhhat şartı kabul edilmiş; Malikî ekolünde ise, akdin yapıldığı sırada iki şahidin bulunması mendup görülmüş, bu sırada şahit bulunmadığı takdirde zifafa girmeden önce durumun iki şahide açıklanmasının gerekli olduğu söylenmiştir. Buna göre, Malikî ekolü açısından şahit şartı, en geç zifafa girileceği sırada yerine getirilmesi gereken bir tamamlık şartı (tamamlayıcı şart) olmakta, diğerlerine göre ise akit esnasında yerine getirilmesi gereken bir sıhhat şartı olmaktadır. Şahitliğin, akdin sıhhat veya tamamlık şartı olduğunu kabul etmeyen (Ebû Sevr gibi) fakihlerin bulunduğu ve yine Hz. Ali'nin oğlu Hasan'ın şahitsiz olarak evlendiği ve bunu daha sonra ilan ettiği de nakledilmektedir (İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 15). İbn Rüşd'ün değerlendirmesine göre şahitliğin şer'î bir hüküm olduğu görüşünü savunanlar, şahitliğin nikahın sıhhat şartı olduğunu; şahitliğin, ihtilaf ve inkara giden yolun önünü kapama ve onu vesikalandırma ve belgeleme amacına yönelik olduğunu savunanlar ise onun tamamlık şartı olduğunu ileri sürmüşlerdir (*Bidâye*, II, 14).

Fakihler, nikah akdi için öngörülen şahitlik şartını talil ederken ve bu şartın hangi amaca yönelik olduğunu araştırırken daha ziyade iki nokta üzerinde durmuşlardır:

1) Şahitliğin şart koşulması, taraflar arasında çıkacak anlaşmazlık durumunda evlenme akdinin varlığını ispat kolaylığı sağlama amacına yöneliktir. Bu ispat, taraflardan birinin, genellikle kocanın, evlenme akdinin yüklediği sorumluluklardan ve akdin sonuçlarından kaçınması durumunda öteki tarafın hakkını korumaya yarayacaktır. Anlaşmazlık durumunda, nafaka, mehir, neseb, miras vb. hükümlerin sübutu evlilik akdinin ispatına bağlı olacaktır.

2) Şahitliğin şart koşulması, evlenme akdinin önemli bir iş olduğunun vurgulanması ve ilan etme ve açıklama yoluyla toplum nazarında bu ilişkinin meşruluğunun gösterilmesi, yani bu birleşmenin sifah değil nikah olduğunun duyurulması amacına yöneliktir. Buna göre, şahitlik ve ilan sayesinde, evlenme ilişkisine giren tarafların genel ahlaka aykırı bir tutum içerisinde olmadıkları belgelenmiş, kamuya duyurulmuş olmaktadır. Her iki yorum birlikte düşünüldüğünde, şahitlik sayesinde, evlenme işlemi toplumun güvencesi ve denetimi altına alınmış olmaktadır. Hz. Peygamberin, nikah akdinin mescitte yapılması, def çalınması ve hatta düğün ziyafeti (velîme) verilmesi gibi tavsiyeleri, değişik boyutlarda bu ilanın gerçekleştirilmesi amacına yöneliktir.

Nikah akdinin, ilan edilmesi gerekli bir akit olduğunda ve “nikahu’s-sırr” denilen gizli nikahın yasak olduğunda fakihlerin görüş birliği vardır (İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 14). Şu kadar ki, ilanın keyfiyeti hususunda aralarında farklı görüşler bulunmaktadır. Fakat, üzerinde durulması gereken husus, lafzî ve şeklî olarak nelerin ilan sayılıp sayılmayacağından ziyade, şahit ve ilan şartının amacının hangi durumda tam olarak gerçekleştirilmiş olacağıdır. Şahitlik ve ilan şartıyla sağlanmak istenen amaç gerçekleşmediği halde, iki şahit huzurunda kıyılan nikahın her durumda, hatta gizleme şartıyla bile, geçerli bir akit olduğunu söylemek fıkıh mantığı açısından mümkün gözükmemektedir.

b. İmam nikahının ortaya çıkışı ve ilk çıkışta yerine getirdiği işlev:

Aile hukuku ilişkileri, aynı zamanda, genel ahlak ve kamu düzeni ile yakından ilgili bulunduğu için, Hukuk Düzeni, aile kurumunun oluşumunu mümkün olduğunca kontrol altında tutmaya özen göstermiştir. Nikah akdi, her ne kadar, toplumdaki gelenek ve inançlarla bağlantılı ise de, neticede sosyal ve hukukî bir işlem, medenî bir akittir.

Herkesin birbirini tanıyabildiği ve evlilik akdinin sonuçlarının meydana gelmesinin toplumun veya geleneğin garantisi altında olduğu nispeten küçük ve homojen toplumlarda şahit ve ilan, ilave bir tescil şartına gerek kalmaksızın fonksiyon icra edebilmiştir. Ancak zamanla, toplumsal değişimin sonucu ve gereği olarak, evlilik akdinin yazılı olarak tesciline gerek duyulmaya başlanmış ve evlenme akdinin kamu otoritesinin yetkili kıldığı bir memur önünde yapılması öngörülmüştür.

Fıkıh tarihinde evlenme akdinin tescil yoluyla kamu otoritesinin/devletin denetim ve güvencesine alınma girişiminin izleri Osmanlılardan önceki dönemlerde görülmektedir. Bu girişimler ve kısmî uygulamalar, Osmanlı hukuk uygulamasında daha olgunlaştırılmış ve geliştirilmiştir. Bu dönemde, kadı izinsiz kıyılan nikahlar için getirilen müeyyide, yetkili memur önünde yapılmayan, daha doğrusu tescil edilmeyen nikahların, kanunun evlenmele-re sağlamış olduğu teminat ve himaye hükümlerinden istifade edememesidir. Osmanlı hukuk uygulamasında yürürlüğe konan bu müeyyide, daha önceki bazı hukukçuların “Hakimin izni ve emri olmaksızın yapılan nikah caiz olmaz ve çocuğun nesebi sahih olmaz”

şeklindeki fetvalarıyla desteklenmiştir. 1881 Nüfus nizamnamesi, izinname uygulamalarının ardından en son Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile evlenme işi, devlet işi haline getirilmiştir. Bu bakımdan evlenme akitlerinin yetkili bir memur huzurunda yapılması ve tescil edilmesi işini, Medenî Kanun'un getirdiği bir yenilik olarak değerlendirmek yerine, esasen, Osmanlı hukuk uygulamasının da hedeflediği ve bu yönde adımlar attığı bir sonuç olarak görmek daha doğru olur (Bu konuda bk. Z. F. Fındıkoğlu, "Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi", Aile Yazıları, II, s. 33).

Dinî nikah meselesi: Her ne kadar, aile hukuku, inanç ve geleneklerle sıkı sıkıya iribatlı ise de, burada akdin tanım ve şartlarına ilişkin olarak verilen kısa bilgidен de anlaşılacağı üzere klasik fıkıh literatüründe "dinî nikah" ya da "imam nikahı" diye bir kavram olmadığı gibi, tarihsel tecrübеde bu anlamı çağrıştıracak bir uygulama da yoktur. Yine nikah akdinin unsurları ve şartları arasında imam tarafından kıyılması diye bir şey de yoktur. Günümüzde halkın şer'î zannederek devam ettirdikleri bu imam nikahı uygulaması, vaktiyle Osmanlı Devletinde, belli bir dönemden sonra nikahların tescil işinin kadı kontrolündeki imamlara bırakılması şeklindeki uygulamanın bozulmuş ve amacından sapmış bir kalıntısıdır. O zaman siyasal otorite tarafından gerek vatandaşa kolaylık sağlama gerekse kadılarına yardım ve yüklerini hafifletme amacıyla kadıların bilgisi ve izni dahilinde devreye sokulan imamlar, nikah akdine nezaret ediyorlar, kendi huzurlarında akdedilen nikahı bir tutanakla kadılarına gönderiyorlardı ve bu suretle nikah akitleri kayıt altına alınmış oluyordu. Bu işte imamların görev almış olmaları, onların imamlık niteliğiyle ilgili olmaktan ziyade, her mahallede bir imamın bulunması ve bu işle onların görevlendirilmesi sayesinde halka kolaylık sağlanmış olacağı düşünce ve amacıyla ilgilidir.

Bu durum ne yazık ki, modern hukukçularımızın ve sosyal bilimcilerimizin bir çoğu tarafından batıdaki uygulamalara ilişkin bilgilerinin etkisiyle dini nikah olarak değerlendirilmiştir. Dini nikah anlayış ve uygulaması Hıristiyan toplumlarda görülmektedir. Çünkü Hıristiyanlıkta evlenme, İsa'nın kilise ve Tanrı ile teşkil ettiği farazi birliğin ifadesi sayılmaktadır. Bu bakımdan Hıristiyanlıkta rızaf bir akit olmasına rağmen, ruhanî bir şahıs önünde akdedilmeyen evlenme, mükemmel bir evlenme sayılmaz.

2. Medeni Hukukumuzda Nikah Akdinin Mahiyeti ve Şartları:

Yaygın tanımlardan birine göre evlenme, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli bir şekilde birleşmeleridir (Velidedeoğlu, Aile Hukuku, İst. 1965, s. 44'ten naklen Feyzioğlu, s. 78, 1. dipnot).

Her ne kadar bu tanıma açıkça dercedilmiş olmasa da Medenî Hukukumuzda göre evlenme şekle tabi bir akit (sosyal ve hukukî bir müessesedir). Evlenmenin sahih ve geçerli olabilmesi için birtakım şartların bulunmasına ihtiyaç vardır. Bu şartlar genel olarak "esasa ilişkin şartlar" ve "şekle ilişkin şartlar" diye iki grupta toplanmaktadır. Esasa ilişkin şartlardan bir kısmının yokluğu evlenmenin doğmasına engel olurken, bir kısmının yokluğu ise onun batıl olmasına sebep olmaktadır.

Medeni hukukumuz açısından evlenmenin hukuken doğmuş sayılabilmesi için şu üç şartın bulunması zorunludur: a) "Evlenecek kimselerin ayrı cinsten olmaları", b) "Akdin evlendirme memuru önünde ve onun iştiraki ile yapılması", c) "İradelerde uygunluk ve

irade açıklamalarının aynı mecliste yapılması". Bu üç şarttan herhangi biri bulunmadığı takdirde hukuken herhangi bir akitten bahsetme imkanı yoktur (Feyzioğlu, s. 89).

Tebliğin amacı açısından, burada sadece "Akdin evlendirme memuru önünde yapılması ve onun iştiraki" şartı ile bununla ilgili şekil şartları üzerinde durulacak ve bu açıdan değerlendirme yapılacaktır.

Medeni hukukçularımız, Medeni Kanunun evlenmeyi tamamen laik bir müesseseye olarak kabul ve tanzim ettiği ve bir inkılap hükmü olarak buna riayetsizliği de cezalandırdığı hususunu özellikle vurgularlar (Bk. Feyzioğlu, s. 85). Bu vurgunun îmasında, ülkemizde imam nikahı diye bilinen nikahın dinî bir nikah olduğu veya klasik fıkıh uygulamasındaki nikahın dinî mahiyetli bir akit olduğu yanılı ve/veya yanılımacasını görmek mümkündür. Nitekim Feyzioğlu'nun bir değerlendirmesi bu tespiti destekler mahiyettedir. Bu değerlendirmede Feyzioğlu "İslam hukukunda nikah esas itibariyle, dinî değil hususî bir akitir. İmanın bulunması akdin sıhhati için şart değildir, iki şahit aslında yeterlidir. Bununla birlikte zamanla örf ve dinî adetler imama da evlenmenin akdedilmesinde bir yer ve rol temin etmiştir. Medenî kanunumuz işte bütün bu tesirlerden müesseseyi kurtarmış ve dinî evlilik hukuku yerine laik evliliği kabul etmiştir." demektedir (Feyzioğlu, s. 86 [Küçük oranda sadeleştirme ile]). Feyzioğlu başka bir yerde, yaratıcı olmamakla birlikte, İslam hukukundaki nikahı, imamın katılması sebebiyle kilise hukukundaki dinî nikahla aynı kategoride değerlendirir (Feyzioğlu, s. 137).

Medeni Kanuna göre evlenme akdinin evlendirme memuru önünde ve onun iştiraki ile yapılması şarttır (MK. 108, I). Buna göre, kadın ve erkeğin evlenmeyi kabul iradeleri "evlendirme memuru"na değil de bir başkasına (mesela bir imama) yapılmışsa ortada medenî bir nikah "yok" demektir. Hukukun koyduğu şartlara riayet edilmeksizin yapıldığı için hukukîlik vasfını kaybetmiş birleşmelere "hukuk dışı birleşmeler" veya "metres hayatı" denir. Aralarında niyet ve amaç farkı bulunmakla birlikte, imam nikahı da hukuk tekniği açısından "serbest birleşme" olarak değerlendirilir. Her ikisi de hukuk nazarında hiç doğmamış (keenlemeyekün) hukuk dışı birleşmelerdir. Fakat, özellikle kırsal kesimde imam nikahı ile karı-koca hayatı yaşayanların bu birleşmeden doğan çocukların neseplerinin düzeltilmesi vakiası, medenî hukukçuları, hikmet-i teşrie ve hukuk tekniğine aykırı da olsa bu iki tür birleşme arasında geleneklerin zoruyla ortaya çıkan bir farklılık bulunduğunu kabul sonucuna götürmüştür (Feyzioğlu, metres hayatı için nesep düzeltme kapısının daima kapalı tutulduğunu söylemektedir. Bk. Feyzioğlu, s. 80). Nesep düzeltmeye ilişkin özel kanunların ilki 1933 yılında çıkartılmış, özü itibariyle kanunun esprisine aykırı bu tutum sonraki yıllarda neredeyse bir teamül halini almıştır. Bu kanunlarla, yetkili merciler önünde yapılmış bir evlenme akdi olmaksızın birleşip karı-koca gibi yaşamış olanlardan doğan çocukların sahih nesepli olarak kaydedilmesi ve, yasal bir engel bulunmamak ve müşterek çocukları olmak şartıyla tarafların isteği üzerine bu birleşmelerin evlilik olarak tescil edilmesi kabul edilmiştir. Bu konudaki 18.09.1981 tarihli ve 2526 sayılı kanun, beş yıllık yürürlük süresini tamamlayarak, 22.09.1986'da yürürlükten kalkmıştır (Bülent Köprülü-Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1989, s. 64).

Medeni Kanunumuzda evlendirme memuruna bu denli önem verilmesi, evlenme kütüğünde tescil edilmeyen, hatta şahitler huzurunda olmayan evlenmelerin, tarafların iradelerinin evlendirme memuru önünde beyan edilmesi şartıyla muteber kabul edilmesi, bir bakıma evlendirme memuruna dinî evlenmelerde ruhânî kişinin veya din adamının üstlendiği fonksiyonun hatta onun da ötesinde bir misyonun yüklendiği izlenimini uyandırmakta-

dır. Bu anlayışta, Fransız devriminden sonra kilise hukukuna duyulan tepkinin iz ve etkilerini görmek mümkündür. Aşağıda görüleceği üzere klasik fıkıh teori ve doktrini açısından, evlenme akdi esnasında dinî veya laik nitelikli herhangi bir görevlinin bulunması hiç söz konusu edilmemiştir. Nikahın bir din adamı veya evlendirme memuru huzurunda yapılması fıkıh tekniği açısından tamamen aynı hükümde olup kesinlikle kurucu şart değildir. Bu bakımdan tarihsel tecrübeleri bakımından Batı toplumlarından farklı özellikler taşıyan ülkemizde, evlendirme memurunu esasa ilişkin bir şart görmenin hafif bir nitelemeyle yersiz bir mübalağa olduğu söylenebilir. Benzer bir tutum, İngiltere’de her ikisi de isteğe bağlı olarak geçerli olan laik nikah ve dinî nikah seçeneklerinden dinîsini seçen bir Türk’ün bu evlenmesinin memleketimiz hukuku açısından yok (keenlemyekün) hükmünde tutulmasında da görülmektedir (Bk. Feyzioğlu, s. 104).

Medeni hukukumuza göre, “iki şahidin bulunması” şartı ile “evlenmenin sicile işlenmesi” şartı şekle ilişkin yan şartlardır. Bu şartlar, akdın doğuşunda veya kurulmasında herhangi bir role sahip olmayıp, sadece akdin varlığına açıklık kazandırmak ve ispatını kolaylaştırmak amacını taşırlar. Şahitlerin, aleniyeti sağlama amacına, tescilin de doğmuş olan evlenme akdinin belgelenmesi amacına yönelik olduğu açıktır (Bk. Feyzioğlu, s. 149, 157).

Yan şekil şartlarından sayılan diğer iki şart ise “evlenme töreninin yapılma yeri ve zamanı”na ilişkin şart ile “evlenmenin kurulduğunun açıklanması” şartıdır. [3080 sayılı kanunla değiştirilmiş Nüfus Kanunu 15, V, cümle 2 uyarınca, tarafların isteği ve görevlinin de uygun bulacağı yerlerde de evlenme yapılabilir. Evlenme törenleri günlük çalışma saatleri içinde yapılmakla beraber, tarafların isteği üzerine hafta sonu veya resmi tatil günlerinde özel yer ve salonlarda yapılabilir].

Evlenmenin kurucu şartı, tarafların evlendirme memuru önünde evlenme iradelerini açıklamaları olduğundan, yan şartların bulunmaması, mesela şahitlerin bulunmaması veya evlenmenin sicile işlenmemesi evlenmenin geçerliliğine engel olmaz. Usulüne göre gerçekleşmiş olan evlilik nüfusa tescil edilmeden önce de hukukî sonuçlarını doğurur (Köprülü-Kaneti, s. 91).

Kanaatimizce bu anlayış bazı sıkıntılar doğurmaya müsaittir. Tarafların evlenme iradelerini evlendirme memurunun önünde açıkladıklarını ispatlamak için iki tanığa gerek bulunduğu dikkate alınırca, iki şahidin bulunmasını kurucu şart olmasa bile, yokluğu akdin geçerli olmasını engelleyecek bir sıhhat şartı olarak değerlendirilmesi daha doğru gözükmektedir.

3. Günümüzde İmam Nikahının Uygulama Alanları ve Hükümü

Günümüzde imam nikahının uygulama alanlarına ilişkin olarak şunlar söylenebilir:

1) Sadece resmî nikahla evlenme durumu. Genel hatlarıyla ortaya konulan Medeni Kanunun evlenme sisteminde klasik fıkıh doktrini ile bağdaşmayacak bir durum söz konusu olmadığı gibi, şahitlik esprisinin daha üst düzeyde gerçekleşmesi bakımından ondan daha ileridedir. Bu bakımdan resmi nikahın klasik fıkıh doktrini açısından da geçerli olduğu konusunda çağdaş İslam hukukçuları arasında görüş birliği vardır.

2) Ülkemizde çoğu zaman resmi nikahtan sonra bir de imam nikahı yapılmaktadır. Kimileri bunu teberrüken ve dua maksadıyla yaparken, kimileri resmi nikahın geçerli olmadığı kasıt ve düşüncesiyle yapmaktadır. Ne niyetle olursa olsun, bu durumda gerek Medeni hukuk gerekse fıkıh açısından pratikte bir problem söz konusu değildir. Ancak bu uygulamanın diğer tür imam nikahlarının geçerliliği için önemli bir yönlendirme ve telkin de bulunduğu da açıktır.

3) Günümüzde, zaman zaman sanatçılar ve üniversiteli gençler arasında “imam nikahı” ya da “dinî nikah” adıyla sürdürülen bir uygulama bulunmaktadır.

Bu uygulamanın Medeni Kanun açısından, teorik olarak, “serbest birleşme” olması itibariyle değil, resmî nikah olmaksızın imam nikahı yapılmış olması itibariyle yasak olduğu söylenebilir. Medeni Kanun açısından “serbest birleşme” olarak değerlendirilebilecek bu durum, fıkıh mantığı açısından nasıl değerlendirilecektir? Halk arasında yaygın popüle anlayışa göre caiz olduğu sanılan bu uygulamanın genel ahlak ilkeleri ile uzlaştırılması mümkün müdür?

Kanaatimizce bir akit için öngörülen şekil şartının anlam ve amacına riayet gereklidir. Hz. Peygamberin önerdiği şahit ve ilan şartının bu tür serbest birleşmelerde gerçekleştirilmesi söylenemez. Çünkü taraflar arasında evlenme akdine ve sonuçlarına ilişkin bir ihtilaf ortaya çıkması durumunda akit esnasında çoğu kere rastgele bulundurulmuş iki kişinin şahitliği ne işe yaramaktadır? Bu iki kişinin şahitliğinin kamuoyu ve kamu otoritesi nezdinde hiçbir hukukî değeri ve itibarı bulunmamaktadır. Taraflar bu şekilde şahit bulundurmanın, şahitlik yoluyla korunmak istenen maslahatı gerçekleştirmeyeceğini bildikleri halde fiillerini müslüman çevre nazarında meşrulaştırmak maksadıyla bunu yapmaktadırlar. Fakat kendi fiillerini meşrulaştırmayı planladıkları bu uygulama ile hukuka aykırı davrandıkları ve dini istismar ettikleri gibi, toplumun ahlakî duygularını rencide etmekte ve kimi çevreleri de aldatmış olmaktadır. Bir zaman ve zeminde iyi niyet ve karşılıklı güvene veya dini/ahlakî motiflere havale edilen bir uygulama, başka zaman ve zeminlerde, yeni maddî-hukukî müeyyidelere bağlanabilir. Günümüzde, genel olarak hukukî ve toplumsal sorumlulukların, yalnızca iyi niyet ve karşılıklı güvene bırakılamayacağı, ilave olarak, objektif ve mazbut tedbirlere ve düzenlemelere gerek bulunduğu düşüncesi haklı olarak baskın durumdadır. Buna göre bu uygulama hem Medenî Kanun açısından hem de müslüman toplumların hukukî hayatına şekli ve objektif bir düzenleme getirme işlevine sahip fıkıh mantığı ve tekniği açısından “hukuk dışı birleşme” olarak adlandırılabilir ve iki açıdan da meşru olmadığı söylenebilir.

Bu durumda gerek Medenî Kanun gerekse fıkıh açısından meşru olmayan bu uygulama için, bir tek meşruluk mercii kalıyor ki, o da her biri kendi sosyal şartlarının ürünü olan geleneksel görüş ve çözümlerden başkası değildir. Halbuki bir kamu otoritesi desteği olmaksızın bu görüşlerin büyük çoğunluğunu hayata geçirmek mümkün değildir. Nitekim Hanefî mezhebinin baskın olarak uygulandığı Osmanlı Devletinde, kadıların, diğer mezhep görüşleriyle hüküm vermek bir yana, Hanefî mezhebinin içindeki farklı görüşlerden diledikleri biriyle hüküm verme yetkileri bile yoktu. Onlar sadece irade-i seniyye tarafından ‘yasalaştırılan’ görüşle amel edebilirlerdi ve bu sayede, hakimin verdiği hükmün yasaya uygun olup olmadığı belirlenebilirdi. Mevcut farklı içtihatlardan her biri, içtihat olmak bakımından diğerine eşittir, fakat aynı anda hepsiyle serbestçe hüküm vermenin caiz görülmesi, ortada, hukuk güvenliği, hukuk istikrarı diye bir şey bırakmaz. Hal böyleyken, hukuk güvenliğini hiçe sayarak, fıkıh kitaplarındaki geleneksel görüşleri meşruiyet mercii

tudur; işin bir de pratik boyutu bulunmaktadır ve bu söylenenlerin meseleyi çözmeye yetmeyeceği bilinmektedir.

Bu yazıda biz, karşı cinsten iki kişi arasında gerçekleşen evlenme işlemini imam nikahı bağlamında sadece fıkıh tekniği ve Medeni Kanun açısından ele almaya çalıştık. Meselelerin fıkıh ve kanun tekniği dışında, daha genel zaviyelerden değerlendirmesine girmedik. Bu çerçevede, imam nikahının hükmüne ilişkin olarak serdettiğimiz yaklaşımdan, mevcut durumun idealize edilmeye çalışıldığı şeklinde bir izlenim edinmek haksızlık olur. Hukuk, insanlar arası ilişkileri düzenlemeyi hedef alır. Aslanan bu ilişkilerin adalet ve hakkaniyet hislerini tatmin edecek, hiç değilse incitmeyecek biçimde düzenlenmesidir. Burada elbette ki, biçim ve mekanizmalar değil, gaye esastır. Fıkıh açısından değişimin denetleyicisi, genel inanç ve ahlak kurallarıdır. Kanun koyucunun temel amacı (maslahatları gerçekleştirme) doğrultusunda yapılan düzenlemeler bu ilke ve esaslara aykırı düşmediği takdirde, haklı kabul edilmek durumundadır. Esasen tüm hukukî ilişkiler, uygulandıkları sosyal şartların iz ve etkilerini taşırlar. Dolayısıyla değişen şartlar muvacehesinde bu tür hukukî ilişkilerin, özellikle de ahlakiliği tartışılır hale gelmiş görüş ve anlayışların yeniden düzenlenmesi kaçınılmaz bir gerekliliktir.