KUTLU DOĞUM 2009

# KÜRESELLEŞEN DÜNYADA AİLE

TÜRKİYE
DİYANET VAKFI
YAYINLARI



*Küreselleşen Dünyada Aile*
2009 Yılı Kutlu Doğum Sempozyumu Tebliğ ve Müzakereleri

Yayın No: 486
Sempozyum ve Paneller Serisi : 46

ISBN 978-975-389-650-1
10.06.Y.0005.486

Yayıncı Sertifika No : 15402

© Bütün Hakları Türkiye Diyanet Vakfı'na aittir.
1. Baskı, Ağustos 2010, Ankara, 1.000 Adet.

Kapak ve İç Tasarım: Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Matbaacılık ve Tic. İşl.

Türkiye Diyanet Vakfı İLKSAY Kurulu'nun
29.12.2009 tarih ve 48/8 sayılı kararıyla uygun görülmüş ve
Mütevelli Heyetinin 05.01.2010 tarih ve 1327/14
sayılı kararıyla basılmıştır.

Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Matbaacılık ve Ticaret
İşletmesi'nin dizgi, fotomekanik, ofset ve cilt tesislerinde
hazırlanıp basılmıştır.

TÜRKİYE DİYANET VAKFI
Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi

Alınteri Bulvarı 1256. Sokak No: 11
06370 Yenimahalle / ANKARA
Tel : 0312. 354 91 31 (pbx) Faks : 354 91 32
e-posta: tdvyayin@diyanetvakfi.org.tr.

# BOŞANMA İLE İLGİLİ DİNÎ HÜKÜMLERE YENİ YAKLAŞIM VE YORUMLAR

Prof. Dr. Nihat DALGIN

Aile insanlık tarihi kadar eski bir kurumdur. Ailenin temel taşları olan karı koca arasındaki anlaşmazlıkların da insanlığın ilk günlerine kadar uzandığında kuşku yoktur. Kişiler tarih boyunca, analaşabildikleri eşleriyle ömür boyu mutlu bir hayat sürerken, anlaşamadıkları eşleriyle ayrılmayı, bir başka eş seçerek onunla birlikte mutluluğu yakalamayı denemişlerdir.

Tarihi süreçte evlilik sözleşmeleri törenleri için gerek örfî gerekse hukukî yeni düzenlemeler yapıldığı gibi, boşanmalar için de örfî ve hukukî yeni düzenlemelere gidilmiştir.

Boşanmayla ilgili olarak insanlık tarihinin tanıdığı şu dört sistemi ana hatlarıyla hatırlatmakta yarar vardır.

## A- TARİHİ SÜREÇTE UYGULANAN BOŞANMA SİSTEMLERİ

**1- Boşanma serbestisi sistemi:** İlk ve orta çağlarda boşanma serbestisinin uygulamada olduğu tahmin edilmektedir. Buna göre, anlaşamayan veya beklentilerine cevap bulamayan eşler herhangi bir resmi prosedüre bağlı kalmaksızın ayrılabiliyorlardı. Ayrılma kararını çoğu kez erkek eşin verdiği, nadiren de olsa kadın eşin boşanma kararı verip eşinden ayrıldığı bilinmektedir.

**2- Boşanma yasağı sistemi:** Boşanmanın yasak olduğunu benimseyen hukuk sistemlerine göre, evlilik eşlerin ruhlarını birleştirdiği için kutsaldır ve bu birlikteliğe insanlar tarafından son verilmesi caiz değildir. Roma hukukunda ilk dönemler bu görüş benimsenmiş olduğundan, Roma'nın kuruluşunun ilk beş asrında bu ülkede boşanmaya rastlanmamıştır. (Türk Ansiklopedisi, Milli Eğitim Bakanlığı Yayını, İst. 1969, VII,

390). Hıristiyanlığın Katolik mezhebince de benimsenen bu görüş, Kilisenin gayretiyle birçok hukuk sistemine de girmiş, uzunca bir dönem bu sistem uygulanmıştır.

Boşanma yasağının oluşturacağı olumsuzlukları azaltabilmek için Katolik hukuku, anlaşamayan eşlerin ayrı yaşamalarına imkân tanımıştır. Buna göre, geçinemeyen eşler mahkemede ayrı yaşama davası açabilmektedir (Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İst. 1990, s. 167, 168). Bu dava geçici ayrılık talebi şeklinde olabileceği gibi, süresiz ayrılık talebi şeklinde de olabilmekte, ancak boşanmaları yine de gerçekleşmemektedir (Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, İst. 1979, s. 270). Burada yapılan işlem, eşler arasındaki anlaşmazlığı yok etmek değil, nikâhın feshine mani olmaktır. Görüleceği gibi, bu uygulama insan fıtratına uygun olmadığından, bir dönem sonra yine Hıristiyanlığın diğer bir mezhebi tarafından kaldırılmıştır.

3- **Boşama yetkisinin eşlerden alınıp mahkemeye devredilmesi sistemi:** Hıristiyanlığın Protestan mezhebinin öncülüğünde ortaya çıkan bu sisteme göre, anlaşamayan eşlerin boşanmaları serbesttir, ancak boşanmalarına karar verecek olan mercî mahkemelerdir. Bir başka deyişle bu sistem, eşlerin boşanma haklarının varlığını kabul etmekle beraber boşama yetkilerini kabul etmezken, boşama yetkisini de tek başına mahkemeye devretmektedir. 16. yüzyılda Hıristiyan çevrelerde ortaya çıkan bu boşama sistemi bugün dünyanın büyük bir bölümünde uygulanmaktadır. Bu sisteme göre; zina, terk, evlilik görevlerini yerine getirmekten kaçınma, sıhhati tehlikeye düşüren fena muameleler, akıl hastalığı, cürüm ve şiddetli geçimsizlik boşanma talebinde bulunma sebepleridir.

4- **İslam fıkhının benimsediği boşanma sistemi:** İslam fıkhında prensip olarak eşlerin boşanma hakları kabul edilmekle birlikte, boşama yetkisi kocaya, bazı durumlarda kadına mahkemeye ve hakemlere verilmiştir. İslam toplumlarında benimsenen bu boşanma sistemine göre, anlaşamayan eşler son çare olarak boşanmayı tercih edebilirler. İslam'a göre boşanma "hoş karşılanmayan bir mübah" olup, Kur'an perspektifinden bakıldığında boşanma, yangın anında kullanılması gereken yangın merdiveni gibi görülebilir. Bu bakımdan boşanmanın yasaklanmaması, eşler arasındaki geçimsizliğin daha büyük ailevi sorunlara yol açmasına mani olacağından, bir rahmet olarak değerlendirilebilir.

İslam'a göre erkek eş, kadın eş, hâkim ve hakemler gibi birden çok kimsenin boşama yetkisine sahip kılınması, ayrıca boşanma kararı öncesinde ve karar anında uyulması gereken bazı kuralların öngörülmesi, İslam fıkhınca benimsenen boşanma sistemini diğer sistemlerden ayırmaktadır. Bu farklılıklara dikkat etmeyen bir kısım modern hukukçu, İslam tarafından benimsenmiş olan boşanma sistemini serbest boşanma olarak görüp, bununla "serbest boşanma sistemi"ni aynı madde içinde değerlendirmişlerdir ki, böyle bir sınıflandırmanın gerçeği yansıtmayacağını ve İslam fıkhınca benimsenmiş olan boşanma sisteminin nevi şahsına has farklı bir sistem olduğunu ifade etmek isteriz.

## B- BOŞANMAYLA İLGİLİ DİNİ HÜKÜMLER

1- Yüce Allah karı kocayı birbirlerine ihtiyaçları açısından "vücut ve elbiseye" benzetmiş (Bakara 2/187); evlilik hayatını ise ya mutlu bir birliktelik ya da güzelce ayrılık (=imsâkün bi ma'rufin ev tesrîhun bi ihsânin) şeklinde vasf etmiştir (Bakara, 2/229). Hz. Peygamber, boşanmanın keyfi olmayacağını, mutlaka makul bir gerekçesi olması gerektiğini şu ifadeleriyle beyan etmiştir: "Allah katında en sevimsiz helal erkeğin eşini boşamasıdır/talaktır"( İbn Mâce, Talak 1); "Zorunlu bir gerekçesi bulunmadan boşanmak isteyen kadına cennet kokusu haram olur" (Tirmizi, Talak 11).

2- "Karşılıklı sorun yaşayan eşlerin arasının bulunması, boşanma noktasına varmamak için eşlerin ailelerinden seçilmiş hakemlerle devreye girilmesi tavsiye edilmiş, özellikle kocanın boşanma kararı öncesinde her türlü barışma tedbirlerini alması önerilmiştir (Bkz. Nisa 4/34, 35).

3- Boşanmanın kendi iddeti/süreci içinde gerçeklemesi emredilmiştir (Talak 65/1).

4- "Boşanma en fazla üç kez gerçekleşebilir, ilk ikisinde geri dönüş mümkündür" (Bakara 2/229).

5- Boşama esnasında iki şahit bulundurulmalıdır (Talak 65/2). Buhârî ve İmran b. Hüseyin, boşanma esnasında iki şahit bulundurmayı Sünni talakın şartlarından görmektedirler (Bkz. Buhârî, Talak 1).

6- "İlk iki boşanma durumunda erkek eşin aile yuvasını yıkmamak, eşiyle birlikte yaşamayı tekrar denemek gibi bir anlayışı bulunması halinde, gerek kadın gerekse kadının tarafları buna engel olmamalı, erkeğin bu girişimde bulunmada öncelikli hakkı vardır (Bakara 2/228).

7- Boşanma kararının sorumluluk gerektiren bir durum olması ve oldubittiye getirilmemesi için belli bir süreç sonrasında alınması gerektiğinden, karar anında boşamaya yetkili kimsenin sağlıklı düşünebilecek bir durumda olması gerekli görülmektedir. Buna göre, aşırı kızgınlık anındaki boşama kararı ve tehdit altındayken verilen boşama kararı geçerli değildir (Ebû Davud, Talak 8).

## C- İSLAM HUKUKU EKOLLERİNCE BENİMSENEN BOŞANMA HUKUKU

Boşanma hukuku için temel teşkil eden ve yukarıda bir kısmına yer verilen ayet ve hadislerden hareketle meşhur mezhep âlimleri boşanmayla ilgili olarak şu hükümlerde birleşmişlerdir:

* Eşlerin üç boşanma hakkı vardır.

* Koca tek taraflı olarak karısını boşamaya yetkilidir; bu yetkisini gerek eşi ile gerekse bir başkasıyla da paylaşabilir.

* Koca, boşama yetkisine dayanarak eşini boşamak istediğinde, mahkemede boşanma davası açmaksızın boşanma iradesini ifade eden açık sözlerle veya kinayeli ifadelerle eşini boşayabilecektir.

* Eşini boşayan koca, eşinin beklemek zorunda olduğu iddet müddeti dolmadan eşine dönmek isterse tekrar dönebilir, böylece evlilik kalan iki hak üzere devam edebilir.

* Koca isterse bir anda üç hakkını kullanarak da eşini boşayabilir. Bu durum dinen haram ise de hukuken geçerli olup, bu durumda evlilik birliğine geri dönüş söz konusu değildir. Bu şekilde boşanan kadın, iddetini bitirdikten sonra dilerse bir başka erkekle yeni bir evlilik yapabilir.

* Kocasından ayrılmak isteyen kadın, kocasına ait olan talak yetkisini, nikâh esnasında veya sonrasında kocasıyla birlikte kullanmada anlaşmışsa, bu yetkiye dayanarak tek taraflı olarak kocasını boşayabilir, bu kararından pişman da değilse, iddeti sonrasında yeni bir evlilik yapabilir.

* Boşama yetkisini birlikte kullanma hususunda kocasıyla anlaşamayan kadın, kocasında cinsel birlikteliğe mani bir kusurun bulunması halinde veya kocasının yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle mahkemeye başvurarak mahkemeden boşanma kararı aldırabileceği gibi, kastî bir kusuru olmayan kocasına boşanma tazminatı ödeyip, onu boşanmaya razı ederek de boşanabilir.

* Klasik dönem İslam âlimlerine göre, eşlerin ayrılma/boşanma işlemini kendi aralarında halletmeleri esas olup, mahkemeyi bu sebeple meşgul etmeleri doğru değildir. Bu nedenle de mahkemede boşanma davası açma gerekçeleri bir hayli dar tutulmuştur. Ancak, eşler boşanma işlemini kendi aralarında medenice yerine getiremedikleri durumlarda boşanma davası ile mahkemeye müracaat edebilir ve boşanabilirler.

* İslam fıkhına göre mahkeme, evlenme akdi esnasında veya sonrasında oluşan hukuki bir geçersizlik halinde re'sen evlilik birlikteliğini sonlandırmaya yetkili olduğu gibi, eşlerdeki bazı kusurlar sebebiyle kadın veya erkek eşin dava açması halinde mahkeme evlilik birlikteliğine müdahale edebilmekte, boşanmalarına karar verebilmektedir. Buna göre, İslam fıkhı boşama yetkisini tamamıyla mahkemeye devretmemişse de mahkeme, hem fesih hem de boşanma davalarına bakabilmektedir. Eşler boşanma haklarını mahkeme aracılığıyla kullanabildikleri gibi, mahkeme dışında yetkili eşin kararıyla da boşanma gerçekleşmiş olup bu durum hukuki sonuç doğurmaktadır.

## D- BOŞANMA İLE İLGİLİ HÜKÜMLERE YENİ YAKLAŞIMLAR VE YORUMLAR

Burada, klasik dönem İslam fıkhında benimsenmiş olan ve bir önceki maddede özetle belirtilen boşanma ile ilgili kurallara yapılan eski ve yeni itirazlar, getirilen yeni

yaklaşımlar ele alınacaktır. Söz konusu itirazları ve yeni yaklaşımları şu şekilde tasnif etmek mümkündür:

### 1- Bid'î Talakın Hukuken Geçerli Görülmemesi

Kur'an, talakın kendi süreci içerisinde gerçekleştirilmesini emretmiş (Bkz. Talak 65/1), Hz. Peygamber de talakın gerçekleşme anını; "kadının temiz günlerinde ve kendisiyle cinsel ilişkiye girilmeden" olması gerektiği şeklinde açıklamıştır (İbn Mâce, Talak 2). Yukarıda geçtiği üzere Hz. Peygamber, üç boşama hakkının birden kullanılmasını hoş karşılamadığına göre, sünnî talakın şartlarından birisi de bir anda üç boşama hakkının kullanılmamasıdır. Sünnî talakın şartlarını taşımayan talak ise bid'î talak ismini almaktadır. Buna göre, bid'î talak genel anlamıyla; Kur'an ve Sünnet'in ruhuna uygun olmayan boşama çeşidi olarak nitelendirilmiş olup; kadının hayız halinde iken boşanması, cinsel olarak beraber olunan temizlik günlerinde boşanması, bir anda birden çok hak kullanılarak boşanmaların bid'i talak şekilleri olarak görülmüştür.

Bid'î talakın kurala aykırı bir talak olduğu açıktır. Bunun için de âlimler, bid'î talakın haram olduğunda hemfikirdirler. Hz. Ömer'in oğlu Abdullah hanımını hayızlı iken boşamış, babası durumu Efendimize iletince o, "Hanımına dönmesini, hayız hali sona erip temizlik günlerine girdiğinde cinsel ilişkiye girmeden dilerse bu günlerde boşayabileceğini" söylemiştir (İbn Mâce, Talak 2). Buradaki geri dönüşün, bu halde kullanılan boşama yetkisinin geçersiz olduğuna bir işaret sayılacağına inanan âlimler, bid'î talakın dinen haram ve hukuken geçersiz olduğunu savunmaktadırlar. Söz konusu dönüşün, talak sonrasında erkeğin eşine dönüş hakkını kullanmak olduğuna, talakı usulüne uygun kullanmadığı için kocaya bir ceza olarak zorunlu bir şekilde eşine geri dönmesi gerektiğine işaret sayanlar ise, bid'î talakın dinen haram olmakla beraber hukuken geçerli olduğunu savunmuşlardır.

Klasik dönem İslam âlimlerinin çoğunluğu, bid'î talakın hukuken geçerli olduğu ve hukuki sonuçlar doğurduğu görüşündedirler. Bazı tâbiun âlimleri, bazı İmamîler, Zahirîler ve Cafer-i sadık, İmam Bakır, son dönemlerden eş-Şevkânî gibi müçtehitler ise, bid'î talakın hukuken geçersiz olduğu görüşünü benimsemişlerdir (İbn Kudâme, el-Muğnî, VIII, 238, 239; Hayrettin Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, I, 306).

Günümüzdeki bazı akademisyenler de bid'î talakın hukuken geçersiz sayılması gerektiği şeklindeki görüşü benimsemektedirler. Görüş sahiplerine göre, bid'î talak dinî açıdan haram sayıldığına göre, hukuken de geçerli sayılmamalıdır. Zira bir hadiste; "bizim kurallarımıza uygun olmayan iş merduddur" buyurulmaktadır. Bid'î talakın ayet ve hadislerin ruhuna uygun olmadığı aşikâr olduğuna göre, niçin hukuken geçerli sayılmaktadır? Hz. Peygamber'in Abdullah b. Ömer hakkında, "Ona söyleyin eşine geri dönsün..." şeklindeki emrinde yer alan "geri dönüş" ifadesini, sonraki dönemlerde terim halini alan ve boşanma sonrasında eşe geri dönmeyi ifade eden "ric'at" anlamında kullanmak doğru değildir. Zira Hz. Peygamber döneminde "ric'at" terimi henüz oluş-

mamıştır. Bid'î talakın geçerli sayılmaması şeklindeki görüşün dayandığı temel sağlam olmakla birlikte, bu şekilde boşanma olayları karşısında gerek Hz. Peygamber'in ve gerekse Râşit halifelerin tavrının farklı yorumlanması bid'î talakın geçerli oluşuna delil olarak sunulmaktadır.

Hâlbuki konuya boşama yetkisini kullanmayla ilgili hukuki düzenleme yapmaya devlet ricalinin yetkili olduğu anlayışıyla bakılsaydı, Hz. Peygamber'in çizdiği süreç (sünnî talak) dışında gerçekleşen boşanmaların dinen günah, hukuken de geçersiz sayılması gerekecekti ki, böylelikle bid'î talaklar da hukuken geçersiz olacaktı. Bu durumda, eşlerin boşanma haklarının ihlal edilmemesi yanında, boşanma kararlarının sağlıklı bir ortamda alınması sağlanmış olacaktır. Zira bid'î talak oluşturan durumlarda boşanma kararı sağlıklı bir zemine oturmamakta ve özellikle bu durum kadın için ekstra zararlar doğurmaktadır. Örneğin; bid'î talak şeklinde gerçekleşen boşanmalardan bir anda üç hakkın kullanılmasında, boşanma kararı öncesinde kadına yeteri kadar düşünme fırsatı verilmemekte, pişman olmayı düşünen kadına kendisini düzeltme fırsatı tanınmamakta, kendisini dinleme ve özeleştiride bulunma imkânı sunulmamaktadır. Hatta erkek eş için bile, Yüce Allah'ın pişman olduğunda kullansın diye verdiği geri dönüş fırsatı bir anda yok edilmektedir. Özel günlerde boşanma şeklindeki bid'î talakta ise, kadının psikolojik olarak gergin olduğu dönemde boşanma gerçekleştiği için, kadına bir nevi haksızlık edilmektedir.

Eşlerin boşanma hakları ve boşama yetkileri ihlal edilmeden, aynı zamanda bid'î talak şeklindeki sorunlu bir yola da girmeden boşanabilmek için iki yol görünmektedir. Bunlardan biri ve zor olanı; evli çiftleri mecbur kaldıklarında, boşanma kararlarını sünnî talak süreci içinde almaları hususunda ciddi anlamda bilgilendirmek ve eğitmek; diğeri ise, boşanma kararlarının bir mercî huzurunda verilmesini kanunlaştırarak, boşama yetkisi olanların bu yetkilerini sünnî talak süreci dahilinde kullanmalarını sağlamaktır. Konu, bireylerin vicdanlarına bırakılamayacak kadar önem arz ettiğinden, Kur'an ve Sünnet'in ruhuna uygun şekilde boşanmaların sağlanması ve boşama yetkisinin kullanımıyla ilgili Sünnet'te belirlenen süreç, İslam devletlerinde bağlayıcı birer hukuk kuralı haline getirilmelidir. Varılan bu netice, boşama yetkisinin kullanımında yeni hukuki düzenlemeler yapılmasının meşrû olup olmadığının tartışılmasını zorunlu kılmaktadır ki, çalışmamızda bu husus da ele alınacaktır.

### 2- Bir Anda Kullanılan Üç Boşama Hakkının Tek Kabul Edilmesi

Bir anda birden fazla boşama hakkının kullanılması da bir bid'î talak sayıldığından, bir önceki madde altında ele alınması doğru görünmekte ise de, konunun önemine binaen ayrı başlık altında incelemeyi uygun bulduk.

Boşama hakkını üç ile sınırlayan ayetler konu hakkında nass olup, boşanma sayısıyla ilgili kuşkuya yer bırakmayacak derecede açıktır. İlgili ayetlerden bu üç boşama hakkının tek tek kullanılması gerektiği de anlaşılmaktadır. Ancak, üç boşama hakkının

bir anda kullanılması halinde, gerçekten bütün boşama haklarının kullanılmış olup olmayacağı hususu ayetlerde yer almazken, ilgili rivayetlerden ise, Hz. Peygamber'in her iki anlama gelebilecek uygulamalarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Yani, Hz. Peygamber, bir anda üç boşama hakkının kullanılmasını "Allah'ın kitabıyla oynama" şeklinde değerlendirerek sert bir şekilde tepki göstermiş (Nesâi, Talak 6) olmakla beraber, bazı olaylarda eşini bir anda üç talakla boşayan kocayla eşi arasında geri dönüşü olmayan boşanma gerçekleştiğine hükmetmiş (Tirmizi, Talak 5; İbn Mâce, Talak 4) bazı aileler için benzeri bir olayla ilgili olarak, boşanma haklarının sadece birinin kullanılmış olduğu yönünde (Ebû Davud, Talak 9-10; Ahmed b. Hanbel, Müsned, I, 215; Beyhaki, es-Sünenü'l-Kübra, IV, 339) fetvalar vermiştir. Bu durumun Hz. Ömer dönemine kadar devam ettiği, onun döneminin ikinci yarısında, toplumsal maslahatın bu türden boşama yetkisini kullananların boşanmalarının üç olarak tespit edilmesi olduğu gerekçesiyle, uygulamanın bu şekilde karara bağlandığı görülmektedir (İbnü'l-Kayyım, Zâdü'l-meâd, çev. Mehmet Erdoğan, İst. 1990, V, 361-365; Muhsin Koçak, İslam Hukukunda Hükümlerin Değişmesi Açısından Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları, Samsun 1997, s. 59 vd.).

Kanaatimizce, diğer hakların kullanımında devlet başkanının, milletin maslahatına olmak kaydıyla, yeni birtakım düzenlemeler yapma yetkisi bulunduğu gibi, boşama hakkının kullanımı için de benzeri bir düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca bu durum açık bir şekilde Hz. Peygamber'in uygulamalarında, aynı zamanda Hz. Ebû Bekir ve Hz. Ömer'in halifelikleri döneminde boşanma hukukuyla ilgili düzenlemeler şeklinde kendini göstermiştir. Yani Hz. Ömer'in bir anda kullanılan üç boşama hakkının üç sayılmasına karar vermesi, konuyla ilgili olarak yerleşmiş bir uygulama olan üç boşamanın tek sayılması şeklindeki sünnetin değiştirilmesi olarak değerlendirilmemelidir. Hz. Ömer'in bazı uygulamaları hakkında çalışması bulunan Muhsin Koçak hocamız, bir anda kullanılan üç boşamanın tek talak sayılması şeklindeki uygulamanın bizzat Hz. Peygamber döneminde neshedildiğini benimseyenlerin görüşünü tercih ederek, Hz. Ömer'in uygulamasının Hz. Peygamber'in son dönemdeki uygulamalarıyla örtüştüğünü, bu uygulamanın Peygamber döneminden şer'i bir kaynağının olduğunu ifade etmektedir (Koçak, a.g.e., s. 96). Kanaatimizce Hz. Ömer dönemindeki bir anda kullanılan üç boşama hakkının üç talak sayılması uygulamasını; önceki bir sünnetin ilga edilmesi/değiştirilmesi olarak görmeksizin ve Hz. Peygamber döneminde öncesindeki uygulamayı nesheden bir uygulamaya dayandırmaksızın, bu karar, Hz. Peygamber'den beri devlet başkanının idari tasarrufuna bırakılan "boşama hakkının nasıl kullanılmasının uygun olacağı" hususunda Hz. Ömer'in dönemindeki sosyal şartların etkisiyle aldığı idari bir karar olarak görülmelidir. Nitekim Hz. Peygamber ve Hz. Ebû Bekir de, bu konuda idari tasarrufta bulunma yetkisine sahip idiler ve onlar da dönemlerindeki sosyal şartlar paralelinde kararlar vermişlerdir. Onlar daha çok bu tasarruflarını olaylar bağlamında tek tek icraata geçirirken, Hz. Ömer tasarrufunu bir kural şeklinde ortaya

koymuştur. Buradan hareketle de, değişik sosyo kültürel şartlarda, boşama yetkisinin nasıl kullanılabileceğiyle ilgili olarak yetkili merciin yeni düzenlemelere gidebileceği kabul edilmelidir.

Nitekim, günümüz şartlarında bir anda kullanılan üç boşama hakkının tek talak sayılmasının ailelerin maslahatına olduğu savunulmaktadır. Kanaatimize göre, günümüzde yetkili merciin bu yönde bir karar alması, teorik olarak, konuyla ilgili bir nassı veya geçmiş dönemde oluşmuş bir icmaı çiğneme anlamı taşımayacak, tam aksine bir hakkın kullanımında toplumsal maslahat doğrultusunda yeni bir düzenleme yapmak şeklinde görülebilecektir ki, devlet başkanı buna yetkilidir. Devlet başkanının bu yetkisini kullanarak böyle bir düzenleme yapması halinde, artık farklı içtihatlarla amel edilmesinin son bulacağı da hatırlanmalıdır.

İslam hukukunun hâkim olmadığı topraklarda yaşayan müslümanların dinî sorunlarını ele alma ve çözüm üretmede yetkili görülen kurullar tarafından böyle bir fetva çıkarılmasının yeterli olacağını düşünmekteyiz. Örneğin Türkiye'de Din İşleri Yüksek Kurulu'nun, diğer İslam ülkelerindeki benzeri kurulların alacağı kararlar, dini açıdan müslümanların uygulamaları için bağlayıcı bir kaynak olarak görülebilecektir.

Kitap ve Sünnet'e aykırı şekilde gerçekleştiği gerekçesiyle; İmamîler, Zahirîler, Hişam b. El-Hakem, İbn Aliye ve bazı tabiun âlimleri bu tür boşamanın muteber olmadığını ve hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağını belirtmişlerdir (Hayrettin Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, İst. 1978, I, 307).

İlk dönemdeki bazı alimler yanında, son dönem alimlerinden sayılan İbn Teymiyye, talebesi İbn Kayyım el-Cevziyye, Şevkâni, Ahmed Muhammed Şakir, Muhammed Abduh, M. Reşid Rıza, es-Sayis, Şeltut, Ebû Zehra ise bir anda kullanılan üç boşama hakkının tek sayılması doğrultusunda görüş geliştirmişlerdir (Karaman, a.g.e., I, 307). Günümüz dünyasında birçok akademisyenin kanaati de bu yönde olup, Ürdün Medeni Kanunu'nda 1976 yılında bu yönde bir değişiklik kabul edilmiş, Suriye Medeni Kanunu da bir anda kullanılan üç boşamayı tek olarak kabul etmiştir.

Bu yönde karar almanın hiçbir şer'î esası ihlal anlamı taşımayacağını, bu türden karar almanın bir hakkın kullanımıyla ilgili olarak yeni bir hukuki düzenleme yapma yetkisine bağlı olduğunu düşünmekteyiz. Netice olarak ise, günümüzde bir anda kullanılan üç boşama hakkının tek olarak geçerli sayılması yönündeki düşüncenin/yaklaşımın uygun olduğu kanaatindeyiz.

### 3- Hulu'un Kazâî Boşanma Gerekçeleri Arasında Sayılması

İslam fıkhına göre kadın, kocasına tazminat vererek boşanma talebinde bulunabilecektir. Bu tür boşanmanın meşrûluğu ayetle sabittir (Bakara 2/229). Bu daha çok, kastî bir kusuru bulunmayan kocasını sevemeyen, farklı dünya görüşlerine sahip oldukları için evlilikte huzur ve mutluluğu bulamayan, Allah'ın koyduğu aile hukukuyla ilgili hududu çiğneme korkusu yaşayan ve bu sebeple kocasından ayrılmak isteyen kadınla-

rın takip edecekleri bir yoldur (Hulu' ile ilgili geniş bilgi için bkz. Nihat Dalgın, İslam Hukukunda Boşama Yetkisi, İst. 2001, s. 98-157).

Muhâleayı bedelli bir akit gibi gören İslam âlimlerinin çoğu, muhâlea yapmak isteyen kadının bu talebine kocanın onay vermesinin zorunlu olduğu, kocanın onaylamayacağı bir hulu'un geçersiz olduğu, bu durumda kadının mahkemede hulu' davası açamayacağı görüşünü benimsemişlerdir (Mergınânî, el-Hidaye, III, 46; İbn Kudâme, el-Muğnî, VIII, 174; Şirbinî, Muğni'l-muhtâc, III, 264).

Tabiun âlimlerinden Hasan Basrî, İbn Sîrîn gibi âlimler ise, muhâleayı bir nevi kazâî boşanma sayarak, muhâlea için mahkemenin şart olduğunu iddia etmişlerdir (Dalgın, İslam Hukukunda Boşama Yetkisi, s. 123).

Konuyla ilgili olarak üçüncü bir yaklaşımsa şöyledir: Muhâlea hususunda anlaşabilen eşlerin bu davayı mahkemeye götürmeleri şart değildir. Eşlerin muhâleada anlaşamamaları durumunda ise kadın, hulu' yoluyla boşanabilmek için mahkemeye başvurabilmelidir. Bu görüş son dönem âlimleri tarafından da benimsenmiş olup, Din İşleri Yüksek Kurulu 21. 03. 1996 tarihinde bu doğrultuda bir karar almıştır.

Erkeklerin talak hakkının mukabili olarak kadınlar için belirlenen hulu' hakkını kullanmayı kocaların rızasına bırakıp, karı kocanın muhâlea hususunda anlaşamadığı durumlarda bile, söz konusu olan gerekçeyle boşanabilmek için kadın eşin mahkemede dava açabilmesinin önünün kapatılmasının kadını mağdur edeceği, ortaya çıkan bu olumsuzluğun sebebinin ise Şeriat olamayacağını ifade ederken Mevdudî şunları söylemektedir:"...Yasanın hulu' olayında kadına tanıdığı hakları Şeriat'in aksine, gasbedip, hulûun uygulanmaya konulup konulmamasını erkeğin rızasına bırakmakla kadınların uğradıkları ve uğrayacakları zulümlerin mesuliyetini Allah'ın ve Rasulü'nün şeriatına asla yükleyemeyiz. Öyleyse yanlış bizim yanlışımızdır.". "Kadının hulu' konusundaki hakkını gasbedişimizin gerçek nedeniyse, bu olayın tümüyle eşler arasında halledilebileceği şeklindeki yanlış anlayışımızdan kaynaklanmaktadır. Hâkimin soruna müdahalesini, görev sınırlarını aşmak olarak değerlendirdiğimiz için, hulûun uygulanıp uygulanmamasına karar vermek yalnızca erkeğin arzusuna bağlı kalmıştır. Bunun manası da, şayet kadın kocasından kurtulmak ister, kocası da bunu şahsi çıkarlarına ters düştüğü için reddederse, kadının önünde hiçbir çıkış yolu kalmamıştır. Böylesine bir tavır ise, Şeriatın hedeflerine tamamen ters düşmektedir." (Mevdudi, İslam'da Aile Hukuku, çev. Memiş Tekin, Konya 1994, s. 76, 77.)

Hulu'un kocanın talak yetkisine mukabil kadınlara verilmiş bir boşanma yolu olduğuna inandığımızı ve bu konuda üçüncü yaklaşımı benimsediğimizi belirtmek istiyoruz.

### 4- Boşamaya Yetkili Olan Eşin Yetkisini Mahkeme Huzurunda Kullanması

İslam fıkhına göre, belirli özel durumlarda, boşanabilmek için mahkemede dava açmak mümkündür. Mahkeme aracılığıyla boşanma daha çok, eşlerin medenice anlaşa-

rak boşanamamaları halinde gerçekleşmektedir. Bazen de diğer tarafın boşanmada daha ağır bir kusuru bulunduğundan, nikâh sonrasında erkeğin eşine mehir olarak verdiği maddi bir meblağı kısmen ya da tamamen geri alabilmek amacıyla mahkemede boşanma davası açarak boşanmanın tercih edildiği görülmektedir. Normal durumlarda erkeğin eşini boşamak için mahkeme kararına ihtiyacı yoktur. İslam tarihi boyunca erkeğin boşama yetkisini kullanabilmesi için mahkeme kararının aranması şeklinde bir hukuki düzenleme yapmayı savunan hiçbir müçtehit bilinmemektedir.

XVI. yüzyılda Hıristiyanlığın Protestanlık mezhebinin öncülüğünde boşama yetkisinin eşlerden alınıp mahkemeye devredilmesi, eşlerin boşanabilmek için mutlaka mahkemede dava açmalarını zorunlu kılmıştır. Başka sebeplerin yanında, bu görüşün de etkisiyle İslam toplumlarında, boşanmak için mahkeme kararı aranmasının müslümanlar açısından maslahat olup olmayacağı tartışılır hale gelmiştir.

İslam fıkhınca benimsenmiş olan boşanma sistemi, boşanmada mahkemeyi hiç tanımıyor değilse de, mahkeme kararını her halükarda boşanabilmek için bir zorunluluk görmemektedir. Mesele İslam tarihinin ilk yıllarından yirminci asra kadar geçen dönemde gerçekleşen uygulama ve içtihatlarda böyle olduğu gibi, 1917 yılında hazırlanmış ve yürürlüğe girmiş olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde de böyledir. Buna göre, boşanmada mahkeme zorunluluğu getirilmemiş, konuyla ilgili olarak klasik dönemde benimsenmiş ve uygulanmış olan görüşler dışına çıkılmamıştır. Örneğin Kararname'ye göre koca boşama yetkisine sahip olup (mad. 102), eşini boşayan koca durumu hâkime /mahkemeye bildirmekle yükümlüdür (mad. 110).

İslam fıkıh tarihinde ilk defa, 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanun Tasarısı'nı hazırlayan komisyonun boşanmada mahkeme şartını getirdiklerini görmekteyiz. Bu tasarıda hem talak, hem de hulu' için mahkeme şartı getirilmişse de, buradaki mahkeme şartı modern hukuklarca benimsenen şekliyle değildir. Bu tasarıya göre, boşama yetkisini kullanmak isteyen koca (mad. 86), boşama yetkisini kocasından alan kadın (mad. 87) mahkeme huzuruna gelmeye, yetkisini burada kullanmaya mecburdur. Modern hukuklarda boşama yetkisi hâkimlere devredilirken, söz konusu tasarıda tarafların boşama yetkileri ellerinden alınmayarak, yetkilerini mahkeme huzurunda kullanmaları zorunlu hale getirilmek istenmiştir. (Söz konusu tasarının hazırlandığı dönemde Rusya'da 10 Ocak 1927 tarihli kanunla boşama yetkisi mahkemenin elinden alınmış, onun yerine eşlere verilmiş olup, boşanma arzusunda olan eş, ahvâl-i şahsiye memuruna müracaat ederek, boşanmak istediğini beyan etmekle evlilik bağı son bulmaktadır. 1936 yılında söz konusu kanuna, çocuklu eşlerin boşanma taleplerinin mahkemeye intikal etmesine, çocuğun velayetinin kime ait olacağını belirleme işinin mahkemeye verilmesi şeklinde bazı kayıtlar konmuştur (Bkz. Dalgın, İslam Hukukunda Boşama Yetkisi, s. 20, 21).

Kanaatimizce, bu tasarıda ortaya konan yaklaşım, boşanmayla ilgili ayet ve hadislerden hareketle, İslam tarihinin ilk dönemlerinden dayanakları olan ve taraflar için maslahat oluşturan bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir. Boşama yetkisinin hâki-

min tekelinde olmasının her halükarda yararlı bir durum olduğunu savunan modern hukukçular, karşılaştıkları binlerce olay sonrasında bu tekelin kırılmasının gerekli olduğuna inanmış olmalılar ki, daha düne kadar, anlaşmalı boşanma davalarını mevcut sistemi altüst edeceği ve aileler için birçok açıdan zararı olacağı gerekçesiyle eleştirenler, şimdilerde anlaşmalı boşanmaya müsaade edilmesinin boşanma hukuku için hoş bir gelişme, aile hukukunda çağdaş bir atılım olduğunu savunmaktadırlar. Bilindiği gibi eşler, boşanmada anlaşırlar ve bir protokol ile mahkemede boşanma davası açarlarsa, hâkimin onları boşamama yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda yapılan şey, boşama yetkisinin mahkeme huzurunda kullanılması, veya eşler tarafından alınmış olan boşanma kararının mahkemece tescil edilmesidir ki, yukarıda sözü edilen 1924 yılında hazırlanan Hukuk-ı Aile Kanun Tasarısı'nda İslam alimleri tarafından yapılan düzenleme de bundan ibarettir.

Söz konusu tasarının, özellikle boşanmaların sünnî talak süreci içinde gerçekleşmesini sağlayabilecek bir yaklaşım içermesi açısından, döneminde yasalaşmış olması halinde çok yararlı sonuçlar doğuracağına inandığımızı, tasarının hazırlandığı dönemde yasalaşmamasını tarihi bir fırsatın kaçırılması olarak gördüğümüzü ve esef verici bir gelişme olarak değerlendirdiğimizi ifade etmek isteriz.

### 5- Boşama Yetkisinin Hâkime Devredilmesi

Günümüz İslam araştırmacılarından bazıları, kocanın boşama yetkisinin elinden alınarak mahkemeye devredilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüş sahiplerine göre Kurân mesajları, işaret yoluyla boşanma sürecine müdahale edilmesini istemekte, boşanma kararının fert tarafından değil, bir grup tarafından verilmesini isteyerek, boşama yetkisinin bir merci tarafından kullanılması gerektiğine işaret etmektedir.

Bu yaklaşımı savunanlara göre, boşama kararının mahkemeye devredilmesinin iki amacı vardır: Birincisi, mahkemenin boşamasının eşlerin arasını bulma girişimine fırsat vermesi, ikincisi ise, talak şartlarının bulunduğundan emin olunmasıdır. Görüşün dayandığı deliller ve delil olma şekilleri şöyledir:

a- "Karı ile kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ve kadının ailelerinden birer hakem tayin edin..." (Nisa 4/34) ayetindeki hitap kuvvetli görüşe göre hâkimleredir. Buna göre, eşler aralarındaki geçimsizliği mahkemeye intikal ettirmeliler ki, ara bulucu olarak hakem tayin edilebilsin. Ayet işaret yoluyla ailevi anlaşmazlıkların mahkemede çözülmesini istemektedir.

b- "Bekleme sürelerinin sonuna ulaştıkları zaman, onları güzelce tutun, ya da onlardan güzellikle ayrılın, içinizden iki adil şahit tutun..." (Talak 65/2). Ayette zikredilen "İki adil şahit tutun" ifadesi, şahitlerin şahitlik yapma yerinin mahkemeler olması nedeniyle, ayet işaret yoluyla, boşanma davalarının mahkemelere intikalini gerekli görmektedir (İzzet Derveze, et-Tefsiru'l-Hadis, VI, 125; ed-Düstûru'l-Kur'anî, II, 105; Atay, İslam Hukuk Felsefesine Giriş, s. 11).

c- "...Eğer karı kocanın Allah'ın sınırlarını hakkıyla koruyamamalarından korkarsanız, kadının vereceği fidyede ikisi üzerine de bir günah yoktur..." (Bakara 2/229). Bu ayetin yorumunda âlimler, ayetteki hitabın hâkimlere mi, ümmete mi ait olduğu hususunda farklı görüşlere ayrılmışlardır. Muhammed Abduh, bu ayetin tefsirinde şu açıklamada bulunmaktadır: "Ayetteki zamirin hâkimlere ait olduğu görüşüne göre, onların kuşkulanmaları, olayı bilmelerine bağlıdır. Dolayısıyla ayet, boşanma kararının mahkemeye dava olarak aksettirilmesini istemektedir" (R. Rıza, Tefsiru'l-menâr, III, 308). Abduh'a göre, buradaki zamir ümmete râcî ise de, boşanma kararında hakemlik yapabilmek için, olayın mahkemeye dava edilmesi gerekmektedir. Ayetten de anlaşıldığı gibi, İslam'a göre boşanma, sadece kocanın şahsını ilgilendiren ve münhasıran onun sorumluluk yetkisinde olan bir hususiyet arz etmez. İslâm boşanmanın birçok boyutuna dikkat çekmekle, evlilik ilişkisinin ve boşanmanın, namaz gibi, sadece kul ile Allah arasında kalan bir mesele olmadığını belirtmek istemiştir. (Ali Bardakoğlu, "Hukuki ve Sosyal Açıdan Boşanma", Türk Aile Ansiklopedisi, I, 204).

d- Eşler arasında şiddetli geçimsizlik oluştuğunda hakem tayini ile olayın çözümlenmesini emreden ayetin yorumunda Hamza Aktan şöyle demektedir: "...Kur'an'ın öngördüğü hakem müessesesi işletilmeden, evlilik birliğinin sona erdirilmesi Kur'an'ın esprisine aykırıdır. Bunu sağlamanın yolu, uyuşmazlığın açıklanmasıdır ki, en uygun açıklama mercii mahkemedir. Ayrıca hakemi belirleme görevi, kapalı toplumlarda mahkemeler dışında, aile fertleri ve resmi olmayan kişilere aittir. Hukukun korunmasında yaptırım gücüyle, adli mahkemelerin önem kazandığı, gelenek ve göreneklerin müeyyidesini kaybettiği günümüz sanayi toplumlarında, karı kocanın ayrılmasıyla sonuçlanabilecek, dolayısıyla eşlerin, çocukların ve diğer hısımların ilgili bulunduğu bir konuda görüş bildirecek olan hakem kurulunun resmi bir niteliği olmalıdır. Bu nedenle, hakemlerin mahkemece belirlenmesi esas olmalıdır. İşte ancak, bu şartların gerçekleşmesinden sonradır ki, Kur'an'a göre geçerli bir talak vaki olmuş olur. Bu aşamalardan geçmeden vaki olan talakın geçerliliğinden söz edilemez. Kur'an'ın evlilik hukukunu eşlerin insafına terk ettiği düşünülemez. (Hamza Aktan, Kur'an'a Göre Boşanma Prosedürü, I. Ulusal Kadın ve Aile Sempozyumu' nda sunulmuş tebliğ, Konya 1998, s. 30-33)

e- Hz. Peygamber ve Raşit halifeler zamanı ile ilgili olarak nakledilen rivayetlerden müslümanların nikâh, talak, ailevi huzursuzluk (şikak-nüşuz), nafaka gibi problemlerini Hz. Peygamber'e ve halifelere aktardıkları ve onların bu problemleri çözdükleri anlaşılmaktadır. İslâm'ın ilk dönemiyle ilgili bu bilgiler de, devlet başkanı ve zamanın âlimlerinin gerekli görmeleri halinde, boşanmayı mahkeme kararına bağlamalarının caiz olacağını göstermektedir. (İzzet Derveze, et-Tefsîru'l-Hadîs, çev. Heyet, II, 105, 106).

Kanaatimize göre, boşama yetkisinin mahkemeye verilmesini savunan İslam âlimleri, eşlerin boşanma iradelerini yok saymak pahasına da olsa, boşama yetkisinin mut-

lak anlamda mahkemeye devredilmesini savunmaktan ziyade, boşanma hakkının suistimal edilmesini, sırf karşı tarafı zarara sokmak amacıyla kullanılmasını veya gerçekten boşanma noktasına gelinmeden, gerekli olan anlaşma ve uzlaşma girişimleri yapılmadan kararın verilmesini önleyebilmek amacıyla bazı hukuki düzenlemeler yapma gayesiyle, hakem heyetinin veya mahkemenin daha aktif bir şekilde ve zorunlu olarak bu sürece dahil edilmesinin gereğine dikkat çekmektedirler. Nitekim M. Ebû Zehra, bu maksatla boşanma esnasında iki şahit bulundurmayı gerekli görmekte; boşanmayı güçleştireceği, anormal boşanmaları önleyeceği ve gerektiğinde ispatı kolaylaştıracağı düşüncesiyle de şöyle demektedir: "Eğer bize imkân verilse boşamanın muteberliği için şahitlerin şart olduğu görüşünü tercih ederdik" (Karaman, a.g.e., I, 310). Boşanabilmek için mahkemede dava açılmasının zorunlu olduğuna inanan hocalarımızdan Hamza Aktan ise, günümüz boşanma hukukundaki çarpıklığa dikkat çekerek şunları söylemektedir: "Ancak, huzursuzluklarını mahkemeye intikal ettirip, boşanma taleplerini açıklayan eşlerin, bu ifadelerine mahkemenin tamamen ilgisiz kalması ise, savunulacak bir durum değildir" (Aktan, "Talak", İslam'da İnanç, İbadet ve Günlük yaşayış Ansiklopedisi, IV, 244).

Asırlarca boşama yetkisinin mahkemede olmasının gereğine inanan modern hukukçuların bu tekelin kırılmasına katkı sağlayarak, "anlaşmalı boşanma" kanununa yer vermeleri de, hem herhangi bir merci huzuru aranmaksızın gerçekleştirilen boşanmaların olumsuzluklarından hem de boşama yetkisinin hâkimin tekeline verilmesinin doğuracağı olumsuzluklardan korunabilmek için, boşama yetkisinin mahkemeye devredilmesi şeklindeki yaklaşımı, "mahkeme huzurunda boşanma", ya da " boşandırma memurluğuna başvurarak boşanma" şeklindeki bir teklif olarak görülmesi bizce daha ma'kûl görünmektedir.

## 6- Resmi Nikâhla Evlenenlerin Boşanmalarında Mahkeme Kararının Zorunlu Olması; İmam Nikâhıyla Evlenenlerin Boşanmalarında Mahkeme Kararının Zorunlu Olmaması

Günümüzde ilahiyatçı akademisyenlerden bazıları toplantı kulislerinde, İslam fıkhı perspektifinden bakıldığında bile, resmi nikâhla evlenmiş olan eşlerin boşama yetkilerinin bulunmadığını savunmaktadırlar. Henüz herhangi bir makale ya da kitapta ele alınmamış olan bu görüşe göre, resmi nikâhla evlenen çiftler, yaşadıkları ve resmi nikâh yaptırdıkları ülkede benimsenmiş olan boşanma hukukunu kabul etmiş olmakta, kendilerini boşanma hususunda da aynı hukukun gereklerini uygulamaya zorunlu tutmaktadırlar. Zira bir hukukun evlenme prosedürünü kabul edince, zorunlu olarak boşanma hukukunu da kabul etmek gerekir. Bunun neticesi olarak ise, resmi nikâhla evlenen eşler, zımnen boşama yetkilerinin bulunmadığını, boşama yetkilerini mahkemeye dev-

rettiklerini nikâh esnasında beyan etmiş olmaktadırlar. Örneğin Türkiye'de yaşayan ve resmi nikâhla evlenen müslüman çift, Türkiye'de merî olan boşanma hukuku dışında bir şekilde boşanma kararı alamayacaktır. Zira mevcut sisteme göre, ne kadının ne de kocanın boşama yetkisi bulunmaktadır, ancak her iki eşin eşit bir şekilde boşanma davası açma hakkı bulunmaktadır.

Bu görüşü savunanlara göre, İmam nikâhıyla evlenmiş olup resmi nikâh kıydırmayanlar ise, boşanma noktasına geldiklerinde, resmi olarak evli gözükmediklerinden mahkemede boşanma davası açamayacaklar –zaten buna da gerek olmayacaktır-, kendi aralarında İslam fıkhında belirlenen boşanma prosedürünü uygulayabileceklerdir. İslam fıkhına göre kocanın boşama yetkisi bulunduğundan, koca bu yetkisine dayanarak eşini boşayabilecek; boşama yetkisini kullanmayı eşiyle paylaşmış olması halinde kadın da boşayabilecektir. Ayrıca, kocasıyla anlaşması halinde kadın tazminat ödeyerek de boşanabilecektir. Bu boşanma şekillerinin hiçbirisinde mahkemeden boşanma kararı almaları gerekmemektedir. Zira bu çift baştan beri modern hukukun belirlemesi dışında bir evlenme ve boşanma prosedürü takip etmektedir. Bu durumda eşini talak yetkisine dayanarak boşayan kocanın eşinin boşanmış olduğuna hükmetmek gerekir.

Kanaatimizce, bu görüşün dayandığı temel şudur: Resmi nikâhla evlenen kimseler, zımnen nikâhlarına onay veren hukukun aile hukukuyla ilgili düzenlemelerini kabul etmekte, boşanma durumunda kalmaları halinde de bu hukukun boşanma prosedürüne tabii olacaklarını benimsemiş olmaktadırlar. Buna göre, koca kendisinin eşini boşama yetkisini hâkime devrettiğini ifade etmekte; kadın eş de tefvîz-i talak ve hulu' hakkı gibi haklarından ferağatta bulunduğunu belirtmekte, böylece eşler boşanmayla ilgili bütün hak ve yetkiler hususunda bu hukukun yaptığı düzenlemeyi kabul etmiş olmaktadırlar. Durum böyle olunca da, resmi nikâhla evlenmiş çiftler, mahkeme dışında boşanamayacak olup, boşanabilmek için mutlaka mahkemede boşanma davası açmaları gerekmekte ve mahkemenin hâkimi boşanma kararı vermedikçe eşler hiçbir surette boşanamayacaklardır. Bir başka deyişle, resmi nikâhla evlenmiş olan eşler mahkemede boşanma davası açmadan, ne kocanın ne de kadının boşanma kararıyla boşanmış sayılmayacaklardır. Buna göre, tarafların beyan edecekleri boşanma kararları boş sözden öte bir şey değildir.

Kanaatimizce bu temel kurgu üzerinde oluşturulan bu görüş şu açılardan eleştirilebilir ve görüş sahiplerinden şu sorulara cevap vermeleri istenebilir:

1- Bir sistemin nikâhla ilgili kuralını benimsemek, boşanmayla ilgili kuralını da benimsemeyi zorunlu kılmaz. Zira nikâh ve talak ayrılmaz bir bütün değildir; birisi diğerinin zorunlu sonucu da değildir.

2- Resmi nikâhla evlenmeyi kabul eden müslüman çift bile, laik hukukun benimsediği "süt kardeşle evlenebilme" serbestisini onaylamamaktadır. Yani, kişiler evlilik hukukunun bir kısmını onaylayıp onunla amel ederken, dini değerleriyle çeliştiği ge-

rekçesiyle diğer kısmını benimsemeyebilmektedir. Görüş sahipleri, resmi nikâhla evliliği kabul eden bir müslüman çiftin modern hukukun evlilikle ilgili bütün düzenlemelerini de kabul etmiş/inanmış olduğu sonucunda mıdırlar?

3- Nikâh ile boşanma farklı hukuki tasarruflardır. Nikâhta iki tarafın rızası şart iken, boşanmada böyle bir şart bulunmamaktadır. Nikâh sözleşmeyken boşanma "akit" olarak nitelendirilemeyecek hukuki bir tasarruftur. Modern hukuka göre bile, nikâh için mahkeme kararı gerekmezken, boşanma ancak mahkeme kararına bağlanmış olup, boşanma davası açabilmenin kanunda belirlenmiş genel ya da özel şartları bulunmaktadır.

4- Bu görüşe göre, nikâh sonrasında modern hukukta boşanmayla ilgili farklı bir düzenleme yapılacak olsa, bu düzenlemeden önce evlenmiş olanlar sonraki düzenlemeden yararlanamayacaklar demektir ki, bu doğru mudur?

5- Laik toplumda resmi nikâhla evlenmiş olan çiftler, sonradan herhangi bir sebeple gittikleri bir İslam devletinde iskân edilecek olsalar ve boşanma noktasına gelseler, boşanabilmek için hangi hukukun prosedürüne uymaları gerekecektir? Bu çiftler boşanabilmek için laik bir hukuk sisteminin uygulamada olduğu ülkeye gitmek zorunda mı kalacaklardır?

6- Resmi nikâhla evlenen müslüman çiftlerden birisi irtidat edecek olsa, durum ne olacaktır? Laik hukuka göre irtidat boşanma/fesih sebebi sayılmadığına göre, bu eşlerin nikâhının devam ettiğine, aralarındaki karı koca ilişkisinin meşrû olduğuna hükmedebilecek miyiz?

7- Gerek nikâhın gerekse boşanmanın tescil ettirilmesini savunmak, kişilerin evlenme ve boşanma hak ve yetkilerinin bulunup bulunmadığını tartışmak değildir. Nasslar daha çok söz konusu yetkilerin kullanım şekilleriyle ilgili işaretler taşımakta olup, yetki paylaşımı hususunu tartışmaya açmamıştır. Buradan hareketle denebilir ki, eşlerin yetkilerini kullanmasıyla ilgili yeni düzenlemeler yapmak nasslarla çelişmezken, yetki devri veya yetki gasbı söz konusu olduğunda, bu durum ilahi iradeyle çelişmez mi? Nitekim modern dünya da boşama yetkisinin hâkimin tekelinde olması gerektiği görüşünü bir hayli yumuşatmıştır.

8- Özellikle Kilise hukukunun, modern hukuk yanında alternatif bir hukuk şekli olarak varlığını koruduğu bazı Hıristiyan ülkelerde bu türden uygulamaların yapıldığı bilinmektedir. Yani, nikâhını kilisede kıydıran boşanma söz konusu olduğunda da kilisenin benimsediği boşanma hukukuna uymak zorundadır. Modern hukuka göre nikâhını kıydıran kimseler de boşanmalarında modern hukukun kurallarına uymak zorundadırlar. Belki, yukarıdaki görüş; laik bir hukuk sisteminin uygulamada olduğu bir ülkede yaşayan ve kendisine medeni kanun noktasında modern aile hukuku veya İslâmi esaslara göre düzenlenmiş aile hukukundan birini tercih etme imkânı tanınan aileler için söylenseydi, doğruluğunu kabul etmek daha kolay olurdu.

**Sonuç:** Evlenme ve boşanma hukukları ayrı ayrı ele alınmalıdır. Nikâh boşanmanın bir öncülü değildir, her ikisi ayrı şartları ve ayrı kuralları bulunan iki farklı hukuki tasarruftur. Buna göre, İslâm fıkhı açısından bakıldığında, resmi nikâhla evlenen eşlerin boşama yetkilerinin ellerinden alındığına, imam nikâhıyla evlenen eşlerin boşama yetkilerinin var olduğuna hükmedilmesi kendi içinde tutarlı, olumlu sonuçlar doğuracak, her zaman ve zeminde maslahat görülebilecek bir yaklaşım tarzı değildir. Evlilik akitlerinin ve boşanma kararlarının tescil edilmesi, Kur'an ve Sünnet'in ruhuna uygun şekilde bir düzenlemeye tabi tutulması, her iki işlemin sırf iki insanın arasında gerçekleşen bir işlem gibi görülmemesi yorumlarını benimsemekle birlikte, bu yaklaşımı doğru bulmuyoruz. Her soruna olduğu gibi, bu sorun için de üreteceğimiz çözüm önerileri, Kur'an ve Sünnet'te hassasiyet gösterilen hak ve yetkileri ihlal etmeden, her taraf için maslahat olacak şekilde olmalıdır. Boşanma hakkı ihlal edilmeden, tarafların boşama yetkilerini kullanma şekil ve şartları hakkında günümüz toplumlarının maslahatına uygun şekilde yeni düzenlemeler yapılabilecektir. Gerek Kur'an ve Sünnet'in belirlediği kurallar dışında gerekse maslahat gereği olarak İlahi mesajlarla çelişmeyecek yeni oluşturulmuş kurallar dışındaki boşanmalar hukuken geçersiz sayılabilir.

Son olarak ele aldığımız yaklaşım, birkaçına yukarıda değindiğimiz birçok olumsuz sonuç doğurmaya muhtemel olması yanında, müslüman bireyler açısından, resmi nikâh işlemini, boşama yetkisinin paylaşımında veya kocanın boşama yetkisine sahip olup olmamasında bir kriter olarak görmemiz halinde, toplumumuzda resmi nikâhla yapılan evlilikler daha da azalabilecek, gayr-i resmi evlilikler ise artış gösterebilecektir. Bu görüşün böyle bir olumsuz sonuç doğurma ihtimali de bulunmaktadır. Hâlbuki hukuk dışılığı hukukileştirmek isterken, bireylerin gelenek ve göreneklerine dayalı kabulleri göz ardı edilmemeli, evlilik ve boşanma işlemlerini devletin bilgisi ve hukukun koruması altına almaya çalışırken, sunulan çözüm önerileriyle daha büyük zararların doğmasına sebep olunmamalıdır.

BAŞKAN – Bir taktik yapalım dedik ama tutmadı.

Bu talak konusu, yangın merdivenine benzetti ama bilmiyorum tam da benzemedi gibi geldi bana. Bizde hastane için Allah düşürmesin, yokluğunu da vermesin derler ya, talak belki böyle bir nitelemeye daha uygun gibi.

Kaba bir örnek vereceğim. Siz gitseniz, pazardan yüklü bir meblağ vererek çok güzel bir kuş alsanız, getirseniz kafese koysanız, ondan bir şekilde yararlanmak istiyorsunuz; işte, ötsün yararlanayım yahut güzelliğini seyredeyim, temaşa edeyim falan diye. Bu kuşun içinde bulunduğu kafesin anahtarını kuşun kendisine verecek kadar, çok affedersiniz, kim hamakat sahibi olabilir ki? Bizim evlilikler Allah için böyle mi? Biz evlilikleri karşılıklı masraflar yaparak, fedakârlıklar yaparak, karşılıklı irade ortaya koyarak, her bir şeyi karşılıklı inşa ediyoruz ve sonra davulun tokmağını adamın eline veriyoruz, istediği gibi de vursun diyoruz. Böyle hikmet olmaz, böyle fıkıh olmaz. Bu fıkıh değildir. Ama sözünü ettiğim o geleneksel yapıya fıkhın hükümleri çok uygundur,

çok çok uygundur. Yani bu gibi konularda uzun tartışmaları gerektiren konulardır ama tabii çok yorulduk.

Ben şunu da söyleyeyim burada... Yahu biz talakı savunacak mıydık yoksa karşı mı çıkacaktık diye bir tereddüte düştüm. Belli ki hadiste bir yanlış çeviri oldu dedi arkadaşımız, yanlışsa düzeltmiş olalım:"Allah katında en sevimsiz helal, Allah'ın en hoşlanmadığı helal, talaktır."

Efendim, hocamıza çok teşekkür ediyorum.

Şimdi, Gazi Üniversitesi Mesleki Eğitim Fakültesi Dekanımız Prof. Dr. Fatma Alisinanoğlu Hocamızdan "Parçalanmış Aileler ve Sorunları" konusundaki tebliğini dinleyeceğiz.

Hocam buyurun.