

HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NDE KADININ HUKUKİ DURUMU İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Regulations Related to Women's Legal Status in the Family Act of 1917

*Belkıs KONAN**

I- Kararnamenin Hazırlanmasından Önceki Durum

Kararnamesinin hazırlanmasından önce aile hukuku alanında bazı hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, I. Abdülmecit döneminde baliğ kız ve dul kadınların geçerli bir evlilik sözleşmesi yapabilecekleriyle ilgili 1844 tarihli bir ferman yayınlanmış, 1859 yılında Şeriyye Mahkemeleri Nizamnamesinde nikâh akitlerinden ve verilen izinnamelelerden alınacak harçlar tespit edilmişti. Yine, 1869 tarihli Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesinde ve 1872 tarihli nizamnamede¹ “İran uyruklularla evlenme yasağı” teyit edilmişti. 1870 tarihli Sicill-i Nüfus Nizamnamesi² ile nikahın tescili esası kabul edilmiş ve yine aynı yıl çıkarılan bir kararname ile talakların da nüfus sicillerine bildirilmesi kararlaştırılmıştır. Ayrıca 1872 tarihinde yayınlanan fermanla mehir için alt ve üst sınır belirlenmiştir.³ Bunların dışında, 1881 tarihli Sicill-i Nüfus Nizamnamesiyle nikâhın tescili esası kabul edilmiş, 1887 tarihli bir kararname ile de nikâh ve diğer vukuatı nüfus memurlarına bildirmeyen imam veya ruhanî liderlerden iki çeyrek mecdiye para cezası alınması hükmü getirilmişti. 1916 yılında kısa aralıklarla çıkarılan iki fermanla özellikle kadınların hukuki

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ **Düster** I. Tertip, IV, 614.

² **Düster** I. Tertip, Zeyl II, 15.

³ **Düster**, I. Tertip, I, 736.

durumunu ilgilendiren çok önemli iki gelişme sağlanmıştır.⁴ Bunlardan ilki Hızan Kadılığının sorusu üzerine, şeyhülislamlığın verdiği cevaba müsteniden⁵ **5 Mart 1916** tarihli irade-i seniyye ile diğer mezheplerin görüşlerinden yararlanılarak, kocası tarafından nafakasız bir şekilde terkedilen kadına tefrik nedeniyle boşanma hakkının verilmesidir. Ardından aynı yıl, **23 Mart 1916 tarihli** (7 Muharrem 1334) bir başka irade-i seniyye ile de kadına, kocasının delilik, cüzzam, vitiligo gibi ağır hasta olması halinde tefrik talep etme hakkı tanınmıştı.⁶ Oysa, o tarihe kadar kadın sadece kocasının cinsel açıdan iktidarsız olması durumunda tefrik talep edebiliyordu. Hanbeli mezhebine dayanılarak kabul edilen bu tefrik hali daha sonra Hukuk-ı Aile Kararnamesinin 126. maddesinde yer alacaktır.⁷ Kararnamenin çıkarılmasından çok kısa bir süre önce yayımlanan bu iradelerde; diğer mezheplerin görüşlerinden istifade edilerek kadına kocasının kaybolması veya hasta olması gibi sebeplerle mahkemeye başvurarak tefrik talebinde bulunma hakkı verilmiştir.

II- Kararnameyi Doğuran Sebepler

Aslında Mecelle ile başlayan aile hukuku alanındaki kanunlaştırma çalışmaları Mecelle'nin hazırlanmaya başlamasından elli yıl kadar sonra

⁴ Mehmet Akif Aydın, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi", İslam Ansiklopedisi, C. 18, s. 314

⁵ Çeker, s. 20; Hızan Kadılığı yazısında kaza dahilinde kocaları tarafından "bilâ nafaka velâ munfik" terkedilen "kadınların beşer, sekizer, onar senedir kocalarını bekleedikleri ve sefaletlerinin "takat fersa bir halde" bulunduğu belirtilerek Şafii mezhebinden istifa ile bunların tefriklerinin mümkün olup olmadığı sorulmuş ve Şeyhülislamlık, Hızan Kadılığına verdiği cevapta benzer durumlarda ve mücbir vaziyet vukuunda bir Şafii alimini naip tayin ederek, şafii hukukçununun karı koca arasında bu durumda verdiği tefrik kararını infaz edeceği cevabını vermiştir. Mehmet Akif Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları No: 11, İstanbul,1985, s. 146; dn. 67-s. 147; Halil Cin-Ahmet Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi**, C. 2, Özel Hukuk, İstanbul, 1996, s. 63

⁶ Halil Cin, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 341, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1974, s. 286

⁷ Hukuk-ı Aile Kararnamesi yerine çalışmamızda bundan sonra HAK kısaltması kullanılacaktır. Bkz. HAK, madde 126: "*Bir kadının zevci ihtifa veyahut müddet-i sefer veya daha karib bir mahalle giderek teğayyub edip veya mefkud olup nafaka tahsili müteazzir olur ve zevcesi tefriki talep ederse hakim tahkikat-ı lâzime icrasından sonra bynleri tefriki hükmeder.*"

gerçekleşebilmiştir.⁸ Hukuk-ı aile Kararnamesinin hazırlanmasında neden olan sebepleri genel olarak dört grup halinde toplamamız mümkündür. Bunlar; hukukî sebepler, sosyal, siyasî ve iktisadî sebepler, kültürel sebepler ve fikir hareketleri (feminizm) cereyanı olmak üzere dört başlık altında toplanabilir.

a) **Hukuki Sebepler:**

Tanzimattan sonra hukukun birçok dalında kanunlaştırma yoluna gidilmiş, ancak aile hukuku dışarıda kalmıştı.⁹ Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki Mecelle Cemiyeti tarafından 1869-1876 yılları arasında 16 kitap halinde hazırlanan Mecelle, medeni hukukun önemli bir kısmını düzenlediği halde aile hukukunu düzenlememişti. Dolayısıyla, aile hukuku alanında da bir kanunlaştırma ihtiyacı kendini göstermekteydi. Dönemin hukukçuları bu ihtiyacı göz önüne alarak Mecelle'nin de tamamlanmasını sağlamak için bir aile kanununun hazırlanması gerekliliğinin üzerinde durmaktaydılar. Celal Nuri, İbrahim Hakkı, Mansurizade Said, Ahmet Cevat ve Selahattin Asım gibi dönemin önde gelen hukukçuları da bir aile kanununun hazırlanması gerekliliği üzerinde durmuşlardır.¹⁰

Kararnamenin hazırlanmasında rol oynayan diğer hukuki sebep, Osmanlı Devleti içinde hukuk ve yargı çokluğuna son verme ve bu alanlardaki birliği sağlama ihtiyacıdır. Bilindiği gibi, Osmanlı Devleti'nde hayli eski bir geçmişi olan kapitülasyonlarla devlet içinde aslında ticari amaçlarla bulunan yabancılara hukuki ve yargısal imtiyazlar tanınmıştı. Yabancılar özellikle medeni hukuk alanında kendi konsolosluk mahke-

⁸ Medeni kanun boşluğunu doldurma amacıyla yola çıkmış olmasına rağmen, Mecelle'de kişi, vakıf, aile ve miras hukuklarına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Gülnihal, Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci, (1839-1939)**, Türk Tarih Kurumu Basımevi Ankara 2010, 2. bası, s 161. Aile hukuku ile ilgili düzenlemelerin neden Mecellenin içinde yer almadığı sorusu hukukçular ve tarihçiler arasında sıkça sorulmuş ve büyük bir eksiklik olarak nitelendirilmiştir.

⁹ Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, s. 154-155

¹⁰ Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, **Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi**, İstanbul 1944, s. 698, Ebru Kayabaş, **Osmanlı Devletinde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi -Hukuk-ı Aile Kararnamesi-Filiz Kitabevi İstanbul 2009**, s. 21.

melerinde yargılanmaktaydılar. Cemaat mahkemelerinin kapatılarak, yargı birliğinin sağlanması, iktidarda bulunan İttihat ve Terakki partisinin siyasi programında yer alan en önemli amaçları arasındaydı. Kararname ile Osmanlı Devletinde yargı birliği sağlanmaya çalışılmıştır.

b) Siyasi, Sosyal ve Ekonomik Sebepler:

Sosyal nedenlerden en önemlisi ise, 19. yy ve 20. yy başlarında meydana gelen savaşlardı. O dönemde savaşa giden erkeklerin geri dönmeleri veya uzun süre savaşta kalmaları hukuki ve sosyal problemlere neden olmuştu. Batılılaşma süreci ile de Osmanlı toplum yapısı ve aile yapısında değişiklikler olunca, kadınlar sosyal hayatta daha çok yer almaya başladılar.¹¹

c) Kültürel Sebepler

İstanbul'da 1858 yılında kız rüştiyesi, 1870 yılında kız öğretmen okulları açılmıştır. Bu şekilde kız okullarında hocalık yapacak öğretmen sayısındaki sıkıntıda bu şekilde aşılına çalışılmıştır. Kız sanayi okulları, ebe okulu ve 1914 yılında kızlar için üniversite (İnas Darülfünunu) açılarak, kızların eğitimi konusunda önemli adımlar atılmıştır.¹² Osmanlı toplum yapısındaki değişimler, kadınların sosyal hayatta yer almaları, eğitim ve kültür seviyelerinin artması ile birlikte toplumda kadına olan bakış açısı değişmeye başlamış, özellikle bu dönemde kurulan cemiyet ve dergilerle kadın hakları konusunda çalışmalar yapılmıştır.¹³

¹¹ Cin, s. 291, Mehmet Ünal, "Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuku-ı Aile Kararnamesi", **AÜHF**, C.XXXIV, Sa. 1-4, Ankara, AÜHFY, 1977, s. (195-231), 212-221.

¹² Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, s. 159.

¹³ Tefeyyüz, Cemiyet-i Hayriye-i Nisvan, Nisvan-i Osmaniye, Müdafaa-yi Hukuk-i Nisvan adlı derneklerle, Kadın, Kadınlar Dünyası, Mehasin, Kadınlık, Osmanlı Kadınlar Alemi ve Demet gibi dergiler kadın hakları konusunda etkin çalışmalar yapmışlardır. Niyazi Berkes, **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, İstanbul Ekim 2002, YKY 1. Basi, 445-446.

d) Fikir Hareketleri :

Batıcılar, İslamcılar ve Türkçüler olmak üzere bazı fikir akımları, gerek kararnamenin hazırlanmasında, gerekse içeriğinin belirlenmesinde etkili olmuşlardır. Bu dönemde her üç akımında kadınlık meselesi ve kadın hakları ile ilgilenmişler ve kadınların hukuki ve sosyal durumlarında problemlere kendi görüşleri doğrultusunda çözümler bulmaya çalışmışlardır. Bir başka deyişle, üç akımda kadınlık meselesi üzerine bu sorunun aşılması için farklı reçeteler önermektedirler.¹⁴

Ahmed Cevad, Halil Hamid gibi bazı **Batıcılar'a göre** İslâmiyet kadına önemli haklar vermişse de yanlış yorum ve uygulamalar bu hakların kullanılmasını engellemiştir. Batıcılar çok evliliğe de şiddetle karşı çıkmışlardır. Onlara göre kocanın tek taraflı irade beyanıyla eşini boşaması önlenmeli, boşanma ancak mahkeme kararıyla mümkün olmalıdır.¹⁵Batıcıların önde gelen isimlerinden Selahattin Asım, Meşrutiyet döneminde özellikle İçtihat dergisinde bir çok yaz yazmış, 1905 yılında ise “Türk Kadınlığının Tereddidi” adlı kitabında Kadın sorununu kaleme almıştır. Bu kitapta, kadının dini baskılar yüzünden tabii özelliklerini yitirip yozlaştığını ifade eder.¹⁶Bu grubun yine önde gelen isimlerinden biri olan Celâl Nûri kadının hukukî statüsünün değiştirilmesi gereğini ısrarla savunmuştur. Batıcılar, Osmanlı'da kadının sorununu çarşaf meselesi ve eğitim meselesine dayandırarak eleştiri konusu yapmış ve yayınlarında bunlara sıklıkla değinmişlerdir. Örneğin Abdullah Cevdet 1908 yılı öncesinde, Cenevre'de yayınladığı İçtihat dergisinde Müslüman halkın kalkınması için neler yapılmalı konusunda bir anket açarak devrin önemli Müslüman ve Avrupalı kişilerin görüşlerini almıştır. Bir Fransız edebiyatçının “*fermer le coran, ouvrir les femmes*” (Kur'anı kapa, kadınları aç) cevabını, “Hem kur'anı, hem kadınları aç” şeklinde değiştirerek bunu bir slogan haline getirmiştir.¹⁷ Batıcılardan, Celal Nuri ve Rıza Tevfik ise tesettür konusunda daha ihtiyatlı hareket ederek meselenin sadece

¹⁴ Fındıkoğlu, s. 655, Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, s. 160.

¹⁵ Aydın, İslam Ansiklopedisi, s. 315.

¹⁶ Şefika Kurnaz, **Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını, (1839-1923)**, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1992, s. 97 vd.

¹⁷ Berkes, s. 444

tesettürün kalkması ile çözülemeyeceğine değinmişlerdir.¹⁸ Celal Nuri aslında Batıdan aile hukuku kanunu alma taraftarıdır. Türkçülere göre, nikahlar, nikah memurunun huzurunda ve bizzat tarafların iradeleriyle kıyılmalıdır. Küçük çocukların evliliğine, pek çok probleme neden olduğundan dolayı son verilmelidir. Batı kanunlarında olduğu gibi asgari evlilik yaşı tespit edilmelidir. Yine, çok eşliliğin tamamıyla kaldırılması evlenmede devletin kontrolünün bulunması ve kadınlara boşanma haklarının verilmesi gibi konular batıcıların savunduğu önemli konulardır.

İslamcılar, kadın meselesine islami ölçülerden çıkmadan yanaşırlar. Kadınların islami kurallar dahilinde eğitilerek sosyal hayatta konumunun belirlenmesini daha uygun bulurlar. İslâmıcılar'a göre, kadının toplumda aşağı konumda olmasının sebebi tesettür değil,¹⁹ İslâm dininin yanlış anlaşılması ve uygulanmasıdır. İslâmiyet kadına hak ettiği yeri vermiştir. Musa Kazım Efendi, Mahmut Esat Efendi, Ahmet Naim, Aksekili Ahmet Hamdi gibi bu akımın savunucuları görüşlerini daha çok *Sebiliürreşat* adlı dergide savunmuşlardır. İslamcılar, Batıcıların savunduğu çok eşliliğin kaldırılmasına ise karşıdır. Onlara göre çok eşle evlilik(taaddüd-i zevcat) bir mecburiyet değil belirli şartlarda verilen bir izindir. Kötüye kullanılmaması halinde yararlı olabileceğinden yasaklanması siyaseten de hukuken de doğru olmaz. Berkes, çok eşlilik konusunda en aydın İs-

¹⁸ Görücü usulünün kalkması, kız ve erkeklerin evlenmeden önce birbirlerini tanımalarına izin verilmesi, küçük yaşlarda evliliklerin önüne geçilmesi gibi sorunların da halledilmesi gerekmektedir. Celal Nuri, **Kadınlarımız**, s. 193-194'den nakleden Aydın, İslam-Osmanlı aile Hukuku, s. 168.

¹⁹ İslamcı akımın savunucularından biri olan Mehmet Akif, kadının eğitimini gerekli görmekle birlikte, çarşafı çıkararak kadının Batılı kadınlara benzetilmesine karşıdır. Şiirlerinde de bu konuya geniş yer vermiştir.

*“Dini kökten kazımak, sonra evet Ruslaşmak
O zaman iş bitecekmışO zaman kızlarımız
Şu tutundukları gayet kaba, pek manasız
Örtüden sıyrılacak Sonra da erkeklerden
Analık ilmini tahsil edeceklermiş... .Zaten
Müslümanlar o sebepten bu sefalette imiş!
Din için, millet için iş görececek alçağa bak;
Dini pâmal edecek milleti Ruslaştırarak!.....”* Mehmet Akif, “Süleymaniye Kürsüsünde”, s. 141-142'den nakleden Kurnaz, s. 94

lamcılardan Musa Kâzım'ın bir sözüne işaret ederek bu konuda en ufak bir taviz vermedikleri yorumunu yapmıştır. Musa Kazım, gebelik ve hayiz gibi koşulların erkeğe birden çok kadınla evlenme hakkını verdiğini, evlenme nasıl içgüdüsel bir gerek ise, çeşitlilik ve birden fazlalığın tabiatın sağladığı bir içgüdü olduğunu, ancak şeriatın birden çok kadınla evlenmeyi emretmeyip sadece karılar arasında eşitliği sağlamak şartıyla caiz gördüğüne değinerek çok eşliliğin kaldırılmasına karşı çıkmaktadır.²⁰ Bazı İslamcılar ise, tek kadınla evliliği savunurlar. İslamcılar aynı zamanda, kadına boşanma hakkı verilmesini ise uygun bulmazlar. Hatta Musa Kazım, kadının İslamda boşanma hakkının çok sınırlı olmasını onun “kاپrisli ve güvenilmez” olmasına bağlar.²¹ İslamcılar, kendi görüş ve düşüncelerini ortaya koymaktan çok, diğer görüşlerdeki yanlışlıklar üzerinden hareket ederek diğer görüşlerini çürütmeye çalışmışlardır.²²

Türkçüler, bazen İslâmıcılarla bazen de Batıcılarla benzer fikirler ortaya koymuşlardır. Zaman içinde değişen örf ve adetlere uyum sağlanarak aile hukukunun şekillendirilebileceğini savunmuşlardır. Ayrıca Türkçüler, çok eşliliğe karşı olup evlilik akdinin hukukun laikleşmesi konusu üzerinde de açıkça olmasa da durmaktadırlar. Bu grubun öncülüğünü Z. Gökalp yapmıştır. Hukukta laiklik taraftarı olan Gökalp, İslamın sadece iman ve ibadet sahasına münhasır olmasını, siyaset, hukuk ve iktisat gibi sahalara karışmaması gerektiğini söylemektedir. Aslında İslamcı olan Mansûrizâde Said ise, bu konuda Türkçülerin tarafını tutmuş ve onların yayın organı olan *İslam Mecmuası*'nda çok eşle evlilik aleyhine yazılar yazmıştır.

Her üç akımda farklı düşünceler ortaya koysa da, genel olarak aile hukuku alanında düzenleme yapma ihtiyacında birleşmektedirler. HAK'ın hazırlanmasında tüm fikirlerin az çok etkisi olmakla birlikte islamcılarının etkisi kuşkusuz daha çok hissedilmektedir. Kararnamede çoğu hususta islam hukuku esasları çerçevesinde hareket edilmiş, bazı maddelerde ise diğer akımların görüşleri etkili olmuştur. Kararname ile çağın gelişen şartlarına ve toplum yapısındaki değişimlere ayak uydurulmaya çalışıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu sebeple Batıcıların teklifi olan “çok eşle evliliğin ya-

²⁰ Ünal, s. 216; Kayabaş, **Osmanlı Devletinde Tanzimat Dönemi ...**, s. 24.

²¹ Kurnaz, s. 93.

²² Aydın, **İslam-Osmanlı Aİle Hukuku**, s. 162, Fındıkoğlu, s. 703.

saklanması”, “boşamanın hâkimin kabul edeceği sebeple olması”, “boşanan kadına tazminat verilmesi” gibi hususlar metinde yer almamıştır. Ancak Kararnamede, İslam hukuku çerçevesinde yapılabilen köklü değişikliklerde Türkçülerin ve Batıcıların etkisini küçümsemek gerekir.

III- Kararnamenin Kadınların Aile Hukukundaki Konumu ile ilgili Düzenlemeleri

1) Nişanlanma:

İslam hukukunda namzedlik olarak da yer alan nişanlanma, bir kurum olarak kararnamenin 1. maddesinde düzenlenmiştir. HAK'ın 1. maddesinde nişanlanma ile evlilik sözleşmesi kurulmayacağı hükmü yer alır.²³ Bugünkü hukukumuzda olduğu gibi nişanlanma sadece bir evlilik vaadidir ancak ilgili hükümde nişanın bozulması halinde manevi tazminat düzenlenmemiştir. Bazı görüşlere göre,²⁴ “Nişanlılık”, aslında İslam hukukundaki adıyla “hıtbe” müessesesi adı altında düzenlenmiştir. Yani HAK'ta düzenlenen nişanlanmanın hıtbeden çok farklı olmadığını söylerken, bir diğer görüşe göre nişanlanma kurum olarak Türk hukukuna ilk kez girmiştir.²⁵

2) Yaşla ilgili Düzenlemeler:

Evlenecek kimselerle ilgili evlenme ehliyetine sahip olma şartıyla erkek ve kadın için **belirli bir yaşı doldurma mecburiyeti getirmiştir**. Kararnamenin 4. maddesinde, ilk defa evlenecek erkek ve kadının evlenebilmesi için erkeğin 18 ve kadının 17 yaşını doldurmuş olması gerektiğini düzenlemiştir.²⁶

²³ HAK madde 1, “Nişanlanmakla veya vaad ile nikah münakid olmaz”

²⁴ Esra Yakut, “Klasik Dönem Osmanlı Aile Hukukunda Kadının Konumu”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, C.1, S. 1, s. 1

²⁵ Halil Cin, Cin Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 341, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1974, s. 294.

²⁶ madde 4: “Ehliyet-i nikaha haz olmak için hâtibin 18 ve mahtûbenin 17 yaşını itmam etmiş olmaları şarttır.”

Kararnamenin 6. maddesine göre, nikah akdinin gerçekleşebilmesi için velisinin izni dışında²⁷ hakim bu nikaha izin vermesi de gerekmektedir ki bu madde de tartışmalara konu olmuştur.²⁸ Tarafların evlenmek için hakimden izin alınmasıyla ilgili olarak Sadreddin Efendi: “*Velîsi dururken kız izinnâme almak için huzur-ı hâkime çıkarılacak. Bu ise ahlâk-ı millîye ve âdab-ı İslâmiyye ile kâbil-i telif olmadığı vâreste-i beyândır*” sözleriyle eleştirmiştir.²⁹

Kararnamenin 7. maddesinde³⁰ ise, 12 yaşını bitirmemiş erkek ve 9 yaşını bitirmemiş kızların hiç kimse tarafından evlendirilemeyeceği kararlaştırılmıştır ki, bu maddelerle getirilen hükümler klasik fıkhıta evlenmede genel anlamda yaş şartı bulunmaması nedeniyle İslam hukukunda yenilik olarak görülebilir. Lâyihada bu durum “*Evlenmede muayyen bir yaş şartı aranması ve belli bir yaşın altında bulunanların hiçbir şekilde evlendirilemeyeceği hükmü, henüz yeterli bir fizikî ve ruhî olgunluğa erişmemiş olan kadın ve erkekte evliliğin doğurabileceği maddi ve manevi zarar ve binnetice evlilik birliğinin karşılaşması muhtemel sarsılma veya yıkılma tehlikesi ile izah edilmektedir*” şeklinde izah edilmiştir.³¹

²⁷ İslam hukukunda evlenme ehliyetine sahip olan kadının velisinin izni olmadan tek başına nikah aktedip aktelemeyeceği meselesi tartışmalıdır. Hanefi mezhebinden Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf’a göre âkil ve bâliğ olan herkes izin almadan nikah akdi yapabilir yani velisinin iznine ihtiyacı yoktur. İmam Muhammed ise bu konuda diğerlerinden ayrılarak kızların rızasına ek olarak velinin iznini de şart koşar. Osmanlı Devleti’nde 1544 yılına kadar, Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf’un görüşü esas alınmış, bu tarihten sonra ise imam Muhammed’in görüşü uygulanmıştır. Aydın, Aile Hukuku, s. 97 vd.; 1917 tarihli Hukuk-Aile Kararnamesi ile , Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf’un görüşüne geri dönmüştür. Gül Akyılmaz, **Osmanlı aile Hukukunda Kadın**, <http://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=382117>

²⁸ madde 6: “*Onyedî yaşını itmâm etmemiş olan mürâhika, bâliğa olduğunu beyân ile müracaat ettikte hâli mütehammil ve velisinin izni munzam ise hâkim izdivacına müsaade edebilir.*”

²⁹ Makale için bkz: Sadreddin Efendi, Hukuk-ı Aile, Sebiliürreşad, sa:383, s. 337-339; Sadreddin Efendi’nin eleştirileri ile ilgili bkz: Abdurrahman Yazıcı, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi,(1917) ve Sadreddin Efendi’nin Eleştirileri, EKEV Akademi Dergisi,yıl. 19, Sa:62 (bahar 2015), s. 576

³⁰ madde 7: “*Oniki yaşını itmâm etmemiş olan sâğîr ile dokuz yaşını itmâm etmemiş olan sâğîre, hiç kimse tarafından tezvic edilemez.*”

³¹ HAK_EML.

Kararnamede 8 maddesinde yapılan düzenleme kapsamında ise, 17 yaşını bitiren bir kızın evlenmek için hakime müracaat etmesi halinde hakimin sadece durumu veliye bildireceği, velinin itiraz etmemesi veya itirazının geçerli görülmemesi halinde hakimin izin vermek zorunda olduğu ifade edilir.³²

3) Nikah Akdi ile İlgili Düzenlemeler:

Kararnamenin 35. maddesine göre, nikah akdinin yapılması sırasında tarafların veya vekillerinin icap ve kabulüyle nikahın akdedileceği düzenlenmiştir. Ayrıca nikah sırasında kullanılan sözlerin açık olması gerekir ki³³ bu madde ile, Hanefi mezhebinin nikahın kinayeli laflarla kurulabileceği ilkesinden farklı bir uygulama getirilmiştir. Yine 34. madde de yer alan mükellef iki şahidin de nikah akdi sırasında hazır bulunması iki kadının şahitliğinin de yeterli olup olmadığı sorusunu düşündürmektedir.³⁴ Bir başka deyişle, kadınların şahitliği konusunda bir yenilik yapılmış mıdır sorusu akla gelir. Ancak kararnamenin tümüne baktığımızda bu konu ile ilgili bir açıklama olmaması özellikle layihada bundan açıkça bahsedilmemesi eski usulün devam ettiği yolunda karine olmaktadır.

Kararnâmenin 37. maddesinde, nikâhın hâkim veya vekilinin huzurunda kıyılması ve mahkemece tescili esası getirilmiştir.³⁵ İslamcılardan Sadreddin Efendi, Kararnâmenin 37. maddesinde yer alan "*Esnâ-yi akitte hâtib ve mahtûbeden birinin ikâmetgâhı bulunan kaza hâkimi veya bunun izinname-i mahsus ile me'zun kıldığı nâip hazır bulunup akitnâme-yi tanzim ve tescil eder*" şeklindeki maddenin halkın hürriyetinin kısıtlanması ve şahsiyetinin ayaklar altına alınması olarak görür. "*Nâsın kendi nefis ve*

³² madde 8: "*Onyedi yaşını itmam etmiş olan kebire bir şahıs ile tezevviç etmek üzere müracaat ettikde, hâkim keyfiyeti velisine tebliğ eder ve veli itiraz etmediği takdirde veya itirazı vârid görülmediği halde izdivacına müsaade eyler.*"

³³ HAK madde 36.

³⁴ Kayabaş, s. 59.

³⁵ HAK madde 37: "*Esna-yı akidde hâtib ve mahtûbeden birinin ikametgahı bulunan kaza hakimi veya bunun izinname-i mahsus ile mezun kıldığı naib hazır bulunup akidnameyi tanzim ve tescil eder.*" Abdurrahman Yazıcı, EKEV AKADEMİ DERGİSİ, Yıl:19, sa.62 (Bahar 2015), (584), s. 567- s. 572

ailelerine ait ve kimseye malûmatı olmayıp şer'an me'zun olmalarıyla sahih ve nafiz olan tasarrufâtını men ve hacre kıyam etmek, hükkâmın izin ve müsaadeleriyle takyit eylemek eksâr-ı müslimini erbâb-ı hükümetin köleleri menzilesine tenzil eylemektir... Kanun-ı Esasi ile ilan olunan kaide-i hürriyet de bunu icap etmez.” şeklindeki sözleri ile 37. madde ile ilgili görüşünü dile getirir.³⁶

Yukarıda bahsettiğimiz maddeler ile nikah işlemlerinde devlet kontrolü sağlanmıştır.³⁷ Burada, İdari bir kontrol olarak karşımıza çıkan hakim kontrolü, belki de kadınların zorla evlendirilmesine karşı bir önlem olarak da kabul edilebilir.³⁸ Görüldüğü gibi, İslam Hukukunda nikah işleminin belli bir mercii önünde yapılması zorunluluğu yokken³⁹, HAK, evlenmeyi serbest irade ile istenildiği yer ve zaman akdedilen bir akit olmaktan çıkarmıştır.

Hak, ayrıca 13 ve 19. maddelerinde evlenilmesi yasak olan kişileri tek tek saymıştır. Hanefi mezhebi ilkeleri geçerli olmakla birlikte zina konusunda Şafii mezhebin kabul ettiği hürmet-i müsâhare gereği kişi zina yaptığı kişinin akrabasıyla evlenebileceğinden zina sıhri akrabalık doğurmaz denilerek Şafii hükmü benimsenmiştir. Sözkonusu hükümler incelendiği zaman din farkının evlenme engelleri arasında olmadığı görülür. Ancak müslüman bir kadının gayrimüslim bir erkekle evlenmesi durumu, evlenme engellerini düzenleyen maddelerde geçmese bile, kararnamede 58. madde de yer bulmuştur.

³⁶ Yine, nikâhın hâkim veya naibinin huzurunda kıyılmasıyla ilgili 37. maddesinin evlenecekler kişiler için zorluk yaratacağı nedeniyle de eleştiride bulunmuştur. “*Ve her ne zaman olsa memurların harç ve masrafları olacak. Düğün yapmaya kıyam eden zavallı köylü ona ve onunla beraber komşularına bir ziyafet vermese de olmayacak. İzziname harcı, memurun yevmiyesi, masârif-i zarûriyesi yüzünden o senenin vergisi tezâuf edeceği misilli kendisini üzecek olan düğün masrafı da iki katı bulacak*” Bkz. Sadreddin Efendi, “Hukuku-ı Aile”, Sebilürreşad, Sa: 387, s. 400 vd. nakleden Yazıcı, s. 576

³⁷ Hukuk-ı aile kararnamesinin tatbikinden evvel izinli ve izinsiz olarak akdolunan nikahlar hakkında ne surette muamele olunacağı meselesi ise uygulamada bir sorun oluşturmuştur. Konuyla ilgili zaman zaman izahatlerde bulunulmuştur. Bir örnek için Bkz: **B.O.A.**, 25/L / 1336 (Hicri) Dosya No: 80 Gömlek No :38 Fon Kodu :DH.SN..THR.

³⁸ Cin, **Evlenme**, s. 296-298.

³⁹ Hayrettin Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C. I, İstanbul 1991, s. 236 vd.

4) Birden Fazla Eşin Olması (Çok Eşlilik, Ta'addüd-ü Zevcat)

Kararnamenin hazırlanması sırasında en yoğun tartışmalar çok eşliliğin⁴⁰ sınırlandırılması konusunda olmuştur. Yukarıda da değindiğimiz gibi, Batıcılar ve Türkçüler çok evliliğin kaldırılması taraftarıydı. Özellikle İslamcılar ve Türkçüler arasında bu konuda hararetli tartışmalar yaşanmıştır. Fatma Aliye Hanım gibi kadın yazarlar, makalelerinde sürekli bu konuyu ele almışlardır.⁴¹

Çok eşle evliliğe şiddetle karşı çıkan Batıcılardan Celal Nuri, İslam taaddüd-i zevcât'a karşıdır. Nuri, çok eşle evlilik halife tarafından tamamen yasaklanabilir ya da bir geçiş devresi için kısmen buna izin verilebilir. İslam dininin biri değişen diğeri de değişmeyen iki yönü olduğuna değinen Celal Nuri göre din, vicdana ve muamelata taalluk eden iki kısımdan oluşmaktadır. Vicdana taalluk eden yön değişmezken, muamelatla (hukukla) ilgili olan yön kökten değişebilir. Yine ona göre, Nass, icma ve diğer bütün içtihadların terkedilmesinde bir sakınca yoktur.⁴²

Çok eşliliğin kaldırılmasını savunan Mansurizade Said ise, taaddüd-i zevcâtın "kamu otoritesi" tarafından yasaklanabileceğini söyler. Bu görüşünü ispat için yine klasik İslam hukukuna dayanmıştır. Bu konudaki fikirlerini daha çok "*Taaddüd-i Zevcât İslamiyette Men'olunabilir*" ve *Cevâzın Ahkâm-ı Şeriyeden Olmadığına Dair*"⁴³ genel başlığı ile yayınladı.

⁴⁰ Osmanlı Devleti'nde taaddüd-i zevcatla ilgili yapılan araştırmalara göre, çok eşlilik çok yaygın bir uygulama değildir. Toplumda görülme oranı % 3 ile %12 arası değişmektedir. Daha çok yönetici sınıf arasında yaygın olduğu da saptanan bilgiler arasındadır. Konuyla ilgili çalışmalar için bkz: Haim Gerber, "Social and Economic Position of women in an Ottoman City, Bursa 1600-1700", *International Journal of Middle Eastern Studies*, No:12, 1980, s. 232 vd.

⁴¹ Fatma Aliye, *Osmanlı'da Kadın-Cariyelik, Çokeşlilik ve Moda*, Çev: Orhan Sakin, Bizim Kitaplar, İstanbul 2009, "Çok kadınla Evlilik", s. 47-59.

⁴² Aydın, *İslam-Osmanlı Araştırmaları*, s.178; *İslam Ansiklopedisi*, s. 316.

⁴³ Mansurizade Said, "*Taaddüd-i Zevcât İslamiyette Men'olunabilir*" ve *Cevâzın Ahkâm-ı Şeriyeden Olmadığına Dair*", *İslam Mecmuası*, C.1, sy.10 (1130-1332), (s. 295 vd.), ayrıca bkz: Abdullah Kahraman, Mansûrizâde Said'in Klasik Fıkıhcılara Yönelttiği Bazı Eleştiriler, *CÜİF Dergisi*, V (1), (s. 223-262), internet erişim: <http://docplayer.biz.tr/12371404-Mansurizade-said-in-klasik-fikihcilara-yonelttiği-bazi-elestiriler.html>, s.

dığı makaleler ile ifade eden Mansûrîzâde Said Bey, islamda taaddüdü zevcatın emir olmadığına ve devlet başkanı tarafından yasaklanabileceğine dikkat çeker. Görüşünü ispatlamak için “*Ey inananlar! Allah’a, Elçiye ve sizden olan buyruk sahibine (ulu’l- emr’e) itaat ediniz...*” âyetini delil getiren Mansûrîzâde, âyetin “*umumîlik ve mutlaklık*” ifade ettiğini, Ayrıca, “*... Size helal olan kadınlardan ikişer, üçer, dörder alın...*” âyetinin *cevâz* değil “*tahrim*” (*sınırlama*) ifade ettiğine işaret eder.⁴⁴ Evlenme ve boşanma gibi konular, hakkında şer’î emir ve yasaklama bulunmayan sadece câiz olduğu açıklanan hususlardan olduklarından, ulu’l-emr’in bunlarda kamu vicdanına uygun hükümler vazetmeye tam yetkisi vardır. Yani Mansurizadeye göre, Ulu’l-emr bir maslahata binaen câiz olan bir şeyi yasaklıyorsa o yasak ebedî olmadığı gibi, Şâri’in emrine karşı gelmek de değildir. Taaddüd-i zevcât konusunda yapılacak tasarruf ta bundan başka bir şey değildir. Yenilenen ve değişen ihtiyaçlara göre İslamî hükümlerin değişmesi gerekirken içtihad kapısının yani akıl ve idrak kapısının kapandığını söyleyen zihniyet bu değişime engel olmuştur. *Cevâz*, fıkıh usulcülerinin kabul ettiği gibi şer’î bir hüküm değildir, dolayısıyla câiz olan hususlar kamu otoritesi (*ulu’l-emr*) tarafından yasaklanabilir.

Ahkâmın değişmesi ve bunun usulü konusunda son derece ısrarlı görünen ve bunun İslam adına bir zaruret olduğunu savunan Mansûrîzâde’ye göre, *zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesi* şeklindeki kural, zamanın icaplarına göre şer’î hükümlerin değişmesinin İslam’ın zaruriyatından olduğunu ifade etmektedir. Yenilenmenin zaruriliği bu kural ile hatırlatılıp kabul edilmiş iken, cehalet ve taassup sebebiyle İctihat kapısının kapalı olduğu fikrini ileri süren, bu sebeple de söz konusu değişimi gerçekleştirerek İslamın gerçek yüzünü ortaya çıkarmayanlar, Mansûrîzâde tarafından eleştirilmektedir.⁴⁵

Tartışmalar sonunda, Kararnameyi hazırlayanlar İslam hukuku çerçevesinden bu isteklere kısmen cevap verebilmek amacıyla kadının evle-

13 yine bkz: Abdullah, Kahraman, **Darü’lfünûn İlahiyat Sempozyumu, 18-19 Kasım 2009 Tebliğler** İstanbul 2010, “Darü’l-fünûn Hocalarından Mansûrîzâde Mehmed Said ve Klasik Fıkıhın Sınırlarını zorayan Bazı Görüşler (s. 405-414), s. 409-410.

⁴⁴ Nisa 4/3.

⁴⁵ Yazıcı, s. 577.

nirken kocasına evlilik boyunca tek eşi olması şartını koşabileceği esasını getirmiştir. Bu konu HAK'nin 38. maddesinde yer almaktadır. HAK'da 38. maddesindeki, “Üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevvüc sahih ve şart muteberdir”.

Maddeyle ilgili (HAK madde:38) en çok eleştiri Sadreddin Efendi'den⁴⁶ gelmiştir. Maddeyi sert bir şekilde eleştiren Sadrettin Efendi⁴⁷, “*Nikâh-ı sâni için zevci ûlânın muvafakatine bakılıp bakılmayacağı kitap ve sünnet ile malum olduğu halde yine şart imiş gibi nazar-i itibara alıp da ondan sonra biddelâle rızasını iddia etmek... gibi ahvâlin yakışır ciheti olamayıp usûl-i İslam ile kâbil-i tevfiik olmadığı müstağni-i azâde-i beyandır*” diyerek anılan maddeyi şeri yönden sakat bulmaktadır. Sadreddin Efendi, bu konuda HAK'ın ilgili maddesiyle Mansûrizâde'nin farklı görüşünü şöyle eleştirir: “*Lakin bir dini kabul eylemiş hükümetin de teşrî edeceği kavâninde o din ve şeriatin ahkâmı dairesinde, onun usul ve kavaidi üzere vaz' olunması lazım gelir... Nass-ı Kur'ân ile helal edilmiş olan bir şeyin, değil erbâb-ı hükümet ve selâtin yahut Hulefâ-yı Râşidin, vahy-i ilâhî ile nesh olunmadıkça Peygamber-i zîşân... bile kendiliğinden onun tahrir ve men'ine kadir olamayacağı, delil-i şer'isiyle sâbit olan ibâha ve sıhhat hükmünün tebdil ve tağyiri'ibâd için mümkün olamayacağı yine zarurât-i dîniyyeden olarak, ma'lum olan ahkâm-ı mütevâtiredendir*”⁴⁸ İslamcılardan İzmirli İsmail Hakkı, hem Gökalp'in hem de Mansûrizâde'nin içtihat hataları konusundaki görüşlerine eleştiriler getirir. İslamcılar örfün keyfi yorumuna ve örf vesile edilerek İslam hukuku çerçevesinde kalınıyormuş intibai verilerek İslam hukukunun yozlaştırılmasına karşı çıktıkları gibi, çok evliliğin yasaklanmasına da karşı çıkmışlardır.

⁴⁶ HAK'ın maddelerini tahlil ve tenkit eden Sadreddin Efendi aynı zamanda Dârü'l-Fünûn müderrisliği, Tetkik-i Mesâhif ve Müellefât-ı Şer'iyye ile dini akademi fonksiyonu gören Dârü'l-Hikmeti'l-İslâmiyye üyeliği de yapmıştır. Yazıcı, s. 567.

⁴⁷ Sadreddin Efendi de bu yöndeki HAK'da 38. maddesindeki, şer'î yönden hatalı olduğunu: “*Nikâh-ı sâni için zevci ûlânın muvafakatine bakılıp bakılmayacağı kitap ve sünnet ile malum olduğu halde yine şart imiş gibi nazar-i itibara alıp da ondan sonra biddelâle rızasını iddia etmek... gibi ahvâlin yakışır ciheti olamayıp usûl-i İslam ile kâbil-i tevfiik olmadığı müstağni-i azâde-i beyandır*” sözleri ile ifade etmektedir. Sadrettin Efendi Hukuk-ı Aile, Sebülürreşâd, sa. 382, s.321'den nakleden Yazıcı, s. 577.

⁴⁸ Yazıcı, s. 577.

Maddeden açıkça anlaşıldığı üzere, kararname “**çok evliliği yasaklama yoluna gitmemiş ancak sınırlama**” getirmiştir. Nitekim kararnamenin gerekçesinde bu durum, “*şart-ı mezkûrun vücudu teaddüd-i zevcât kaziyesinden melhuz olan mezâhirin fiilen vukuuna mâni bulunacağından mebni taaddüd-i mezkûrun ayrıca men'i cihetine iltizama lüzum görülmemiş ve bunun makamına kaim olmak üzere zikr olunan şartı muhtevi 38. maddenin takrirıyla iktifa olunmuştur.*” şeklinde yer almaktadır.⁴⁹Kadınlar, kocalarının ikinci bir eşle evlenmesini yasaklayan bir maddenin evlilik akdinde yer almasını isteyebilme hakkına sahip olmuştur. Yine 38. madde de böyle bir şarttan bahsedilmesi Hanefi mezhebi içtihatlarına uymamakta olup, evliliğin şarta bağlanamayacağı konusunda bir farklılık oluşturmaktadır. İslam hukukunun sınırları çerçevesinde, Hanbeli Mezhebinin hükmü Osmanlı İmparatorluğunda uygulanmıştır.

5- Denklik (Kefaet). (HAK 45, 47)

Hukuk-ı Aile Kararnamesinin üçüncü faslı, bir evlilikte olması gereken denklik hakkındaki hükümleri düzenlemektedir. Evlenecek taraflar arasında dini, iktisadi ve sosyal seviye açısından yakın olmayı ifade eden denklik Hanefi mezhebine göre; din, soy, meslek, servet ve hürriyet gibi bazı alanlarda erkeklerle kadınlar denk olmalıdır. İslam hukukuna göre, geçerli bir evlilik için denklik şarttır. Eğer bu konuda bir eksiklik varsa, kadın ya da kadının ailesi evliliği feshedebilir. Kararname, denkliğin gerekli olduğu alanları ikiye indirir. Bir erkekle bir kadının, “mülkiyet” ve “meslek” konularında denk olması, evlilik akdinin gerçekleşmesi için bağlayıcı ön koşuldur. Mülkiyette denklik, erkeğin mehr-i muacceli ödeyebilecek ve kadının geçimini sağlayabilecek durumda olması demektir. Meslekte denklik ise, erkeğin ticaret veya hizmet alanında yürüttüğü mesleğinin kadının ailesi ile denk olması anlamına gelmektedir. Bu madde, denkliğin gerekli olduğu alanların zenginlik ve mesleğe indirgendiğini açıkça ortaya koymaktadır.⁵⁰ Kararnamenin 46. maddesinde kefaetin ayrıca akid

⁴⁹ EML.

⁵⁰ Hak madde 45: “*Mal ve hırfet gibi husûsâtda erkeğin kadına küfüv olması nikahın lüzumunda şarttır. Malde kefaet zevcin mehr-i müecceli i'tâyâ ve zevcenin nafakasını tedarike muktedir olmasıdır. Hırfette kefaet zevcin sülûk ettiği ticaret veya hizmetin şerefce zevce velilerinin*

sırasında arandığı, akid yapıldıktan sonra kefaetle ilgili itirazların nikah akdini geçersiz kılmayacağı yazılıdır.⁵¹

İslam hukukuna göre denklik konusunda velinin itirazı varsa, kadının velisi evliliği nikahtan sonra feshedebilmekteydi. Ancak, 8. madde ile yapılan düzenleme ile itiraz, ancak evlilik gerçekleşmeden önce yapılabilir hale gelmiştir.⁵² Bu maddeye göre 17 yaşını tamamlamış bir kız evlenmek için mahkemeye başvurabilir. Hakim, velilerin itirazı olup olmadığını sorar ve itirazı yok ise çiftin evlenmesine izin verir. Bu nedenle; kızın, velilerinin rızası olmadan evlenmek için feshin mümkün olması 47. madde ile güvence altına alınmıştır.⁵³

47. madde aynı zamanda mehr-i misl ile ilgili düzenlemeleri de değiştirmektedir. İmamı Azam'a göre bu, denkliğin gerekli olduğu alanlardan biridir ve velilerin itiraz etme hakkı vardır. 47. madde ile ergenlik çağındaki bir kızın, yasal velisinin bilgisi ve rızası olmadan, yani velisinden habersiz bir şekilde evlenmesi halinde kendine denk bir koca ile evlenmişse, mehr-i misilden az mehir almış olsa bile nikah akdi bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, yeni düzenleme ile, Ebu Hanife'nin görüşünden vazgeçilmiş, yerine İmameyn, İmam-ı Şafii ve Hanbeli görüşleri tercih edilmiştir. Zaten Esbab-ı Mucibe Layihasında balığa kızın malları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin mehrin belirlenmesi konusunda da bulunduğu belirtilmektedir.⁵⁴

ticaret veya hizmetleriyle mütekârib olmasıdır”

⁵¹ HAK madde 46: ” *Kefâet ibtidâ-yı akidde aranır. Ba'del akd zâil olsa nikaha zarar vermez.*”

⁵² HAK, madde 8: “*Onyediyedi yaşını itmâm etmiş olan kebîre bir şahıs ile tezevvüc etmek üzere müracaat ettikde, hâkim keyfiyeti velisine tebliğ eder ve veli itiraz etmediği veya itirazı vârid görülmediği halde izdivacına müsaade eder.*”

⁵³ HAK, madde 47: “*Bir kebîre velisini ketm ile rızasını istihsâl etmeksizin nefsinin âhara tezvîc ettiği surette nazar olunur. Eğer küfvüne tezvîc etmiş ise akid lâzım olur, velev ki mehr-i mislinden noksan ile olsun. Ama küfvü olmayan kimseye tezvîc etmiş ise veli hakime mürâcaatla nikahı feshettirebilir.*” “Eğer bir kız ergenlikle birlikte tam yasal yaşına erişmişse, mali işlemler için artık velayet gerekmemektedir. Aynı zamanda, bu durumda velayet lağvedilmelidir.”

⁵⁴ EML.

6- Fâsid ve Bâtil Evlilik Akitleri

Sadece Hanefi mezhebi tarafından kabul edilen fâsid-bâtil ayrımı HAK'ın dördüncü faslında evlilikler için de ele alınmaktadır. İslam hukukuna göre, in'ikad şartlarından veya evliliğin kurucu unsurlarından herhangi biri eksik bulunursa, evlilik batıl olur. Sıhhat şartlarından biri eksik bulunursa, evlilik fasid sayılır.⁵⁵ İmam-i Azam fâsid ve -bâtil evliliği birbirinden ayırmaktadır. HAK, İmam-i Azam'ın konuya ilişkin görüşlerini kabul etmekte ve ikisini ayırmaktadır. Ancak kararname, fâsid-bâtil evlilikte, sadece, Müslüman bir kadının gayrimüslim erkek ile olan evliliğini bâtil sayıp⁵⁶, diğer eksiklikleri fâsid olarak kabul etmiştir.⁵⁷

Fâsid ve bâtil evliliklere ilişkin yapılan en dikkat çekici değişiklik ikrah (zorlama) ile gerçekleştirilen nikahlar ile ilgili olmuştur. Hukuk-ı Aile Kararnamesinin yürürlüğe girdiği 1917 yılına kadar, ikrah altında yapılan nikah Osmanlı İmparatorluğunda geçerli sayılmıştı. Ancak HAK, 57. maddesinde “İkrah ile vukubulan nikah fâsiddir» diyerek bu şekilde yapılan nikahların feshedilebileceğini belirtilmiştir.⁵⁸ Komisyon “*Mezheb-i muhtâra göre ikrah ile vuku bulan nikâh muteberdir. Asırlardan beri icra edilen tecrübeye göre bu hükm-i muhtar bir takım şerir-lere cür'et vermiş ve birçok namuslu ailelerin şeref ve haysiyetini ihlâl sebeb olmuştur. Nice muhadderât kaçırılarak i'mal-i cebir veya şiddet ile eşirradan birine nikâh edilmiş ve muahharan ailelerin kızlarını kurtarmak için vuku' bulan teşebbüsleri akim kalıp bu hal çok kere büyük felaketler intaç eylemiştir. Hâlbuki nikâh-ı mükrehinadem-i sıhhatine kail olan İmam Şafi rahmetullahi aleyh hazretlerinin kavli kabul edildiği takdirde bu türlü fenalıkların önü alınmış olacağından 57. madde*

⁵⁵ Ekrem Buğra Ekinci, “Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikâh”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, İstanbul, Seçil Ofset, 2006, S. 2, s. 42, Akgündüz, Belkis, Saime, “**Reforms Concerning Women Rights in the Family Act of 1917 in the Ottoman Empire**”, **VERSİTA**; Citation Information: The Journal of Rotterdam Islamic and Social Sciences. Volume 2, Issue 1, Pages 29–56, ISSN (Online) 1877-6671, DOI: [10.2478/jriss-2013-0020](https://doi.org/10.2478/jriss-2013-0020), July 2013, s. 29.

⁵⁶ HAK madde 58: “Gayrimüslimin bir müslimeyi tezevvücü bâtildir.”

⁵⁷ Çeker, kararnamede bazı yerlerde fesat ve butlanın birbiri yerine kullanıldığı yolunda eleştirmiştir. (madde 54-63).

⁵⁸ HAK, madde 57: “İkrah ile vukubulan nikah fâsiddir”.

müşârunileyhin re'iyine tevfiқан tanzim edildi.” şeklindeki açıklamaları ile HAK'ta, Hanefi mezhebinin görüşü yerine İmam Şafii'nin görüşünün neden tercih edildiğini açıklamaktadır.⁵⁹

Sadreddin Efendi ise EML'de yer alan bu sözler üzerine : *“İkrah ile vuku bulan nikâh fasitdir’ denilmiş, Layihada mezheb-i Şafîye müstenit olduğu gösteriliyor. Halbûki velisi tarafından ikrah olunan bık-r-i baliğanın nikâhu her mezhepte sahihtir. İhtilaf ancak hakk-ı velayeti olmayan bir kimse tarafından ikrah vukuundadır.”* diyerek, öncelikle Layiha'da maddenin alındığı belirtilen mezhep ve ulemanın görüşlerinin belirtildiği gibi olmadığını göstermiş, daha sonra kendine göre olması gerekeni de belirterek, düzenlemenin zararlarından bahsetmiştir. Sadreddin Efendi, farklı mezhep ve âlimlerin görüşlerine istinat edilirken hata edildiğini de belirtmektedir’ şeklinde belirtmektedir.⁶⁰

7- Evliliğin Sonuçları: (HAK madde 69-70, 73, 74)

Beşinci bâbda (Bâb-ı Hâmîs) evliliğin hem maddi hem manevi sonuçlarından bahsedilmektedir. Diğer bir deyişle bu fasılda mehr, nafaka, ikamet gibi maddi borçlar ile, karı-koca için karşılıklı manevi borçlar ve ödevler ele alınmaktadır. Örneğin madde 73'e göre, koca, karısına düzgün davranmalı ve karşılığında karısı da, istekleri uygun olduğu takdirde kocasına itaat etmelidir.⁶¹ Yine, birden fazla karısı olan erkeğin eşleri arasında adaletli davranma borcu bu kısımda düzenlenmiştir. Aslında bu maddeler ile yapılan düzenlemeler, zaten islam hukukunda yer alan genel ilkeler olup, asıl sorun, bu düzenlemelerin sosyal hayatta aile yaşamında

⁵⁹ EML, Aydın, **Aile Hukuku**, s. 276.

⁶⁰ “ Hiçbir zaman İmâm-ı müşârunileyh öyle velî izni vermiyorsa hâkim de müsaade etmesin ememiştir”İkrah ile vuku bulan nikâh fasittir, denilmiş. Lâyihada mezheb-i Şâfiye müstenid olduğu gösteriliyor. Hâlbuki velisi tarafından ikrah olunan bık-r/i baliğanın nikâhu her mezhepte sahihtir... ' İkrah ile vuku bulan talak muteber değildir, denilmiş. Ve lâyihada bu kavlin hâşiyesinde mezkûr olan ikrar meselesine ve Telvîh'in bir ibaresiyle İmâm Mâlik b. Enes hazretlerinin reyine istinadettirildiği gösterilmiştir... Telvih ise kütüb-i fikiyyeden olmayıp İmâm Mâlik'in mezhebi de bu türlü değildir. Sadreddin Efendi, Hukuk-ı Aile, Sebilürreşad, sa:398-399, s. 84-86'dan nakleden Yazıcı, s. 579.

⁶¹ HAK madde 73: “ Zevce zevcesiyle hüsn-i mu'âşerete zevce dahi umûr-ı mubâhada zevcine itaate mecburdur.”

gerçekten uygulanabilir olup olmadığıdır. Kararnamenin 72. maddesine göre, koca, başka karısından olan gayri mümeyyiz çocuğu dışında başka akrabalarını zevcesinin rızası olmaksızın aynı evde barındıramaz. Ataerkil aile yapısının görüldüğü Osmanlı Devletinde kadınlar çoğu kez eşinin ailesi anne-babası ile yaşamak zorunda kalmış olup bu durum sosyal gerçeklerle örtüşmemektedir. Bununla birlikte, bazen mahkemelerin, kararnameye uygun kararlar verdiği de görülmüştür.⁶²

8- Mehr:(Bâb-ı Sâdis) 80 vd.

Altıncı babın birinci faslında mehir ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Hanefi mezhebinde kadına ödenmesi gereken en düşük mehir bedeli olan 10 dirhem sınırı, kararnamenin 80. maddesinde, “her iki tarafında mutabık kalacağı bir miktar” ibareleriyle kaldırılmıştır. Görüldüğü gibi, bu konuda yine Hanefi mezhebinin görüşlerinden uzaklaşmış ve Hanbeli hükümleri tercih edilmiştir. Bunun dışında mehir için üst sınır da belirlenmemiştir. Kararname öncesinde, Tanzimat sonrası dönemde, halk dört gruba ayrılmış ve her bir grubun ödeyebileceği en fazla mehir miktarı ayrı ayrı belirtilerek düzenleme altına alınmıştır. İslam hukukunda mehrin üst sınırı bulunmadığı düşünülürse, o dönem için yapılan bu düzenlemelerin ne derece uygulandığı şüphelidir.

Diğer bir değişiklik, tarafların mehir miktarında anlaşamadıkları durumda kocanın iddia ettiği miktarın esas alınacağı hükmüdür. Oysa, Hukuk-ı Aile Kararnamesi çıkarılana kadar, Ebu Hanife'nin “ihtilaf halinde mehr-i misle bakılacağı” kuralı uygulanmıştır. Yani, anlaşmazlık halinde mehr-i misl ödenecektir. Mehr-i misl, aynı sosyal sınıftan bir kadının ne kadar mehir alacağına bakılarak karar verilen mehirdir. Bu nedenle HAK 87. maddesinde Ebu Yusuf'un “mehirde anlaşmazlık olması halinde, erkeğin sözüne itaat edilmelidir” şeklindeki görüşü esas alınmıştır.⁶³

⁶² Edirne Şeriye Sicil mahkemesinin 16 ramazan 1337 tarihli kararında, davacı kadının kayınvalide ve görümce ile oturmak istememesini haklı bulduğuna ilişkin karar için bkz: Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, s. 195 dn. 163.

⁶³ HAK madde 87: “ Mehr-i müsemmanın miktarında ihtilaf olunup da zevc mehr olması müteâref bir şey iddia halde söz onundur.”

HAK'ta mehir ile ilgili diğer maddeler, kadına ödenen mehrin harcanmak zorunda olmadığı ve kadının ailesine ödeme yapılması gerekmediğine dair⁶⁴ İslam hukukunda da her zaman kabul edilen kuralları içermektedir.

9- Talak (HAK 110; 103; 104; 105, 109)

Evlilik birlüğının koca ve çok ender durumlarda kadın tarafından tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesi anlamına gelen “Talak”⁶⁵ konusu, HAK'ın ikinci kitabında düzenlenir. Bazı hükümler, Hanefi mezhebinin temel alındığı öncekilerle aynı kalmış olsa da, bazı düzenlemeler diğer mezheplerinden yararlanılarak değiştirilmiştir. HAK ile oluşturulan önemli konulardan biri, tıpkı evliliğın olduğu gibi boşanmaların kayıt altına alınmasıdır.⁶⁶ Kararnamede kocanın karısını dilediğı zaman boşama hakkı kabul edilmekle birlikte, talak işlemlerinin belirli bir süre içinde hakime bildirilmesi şartını getirmiştir. Hatta, Ceza Kanunnamesinde yapılan bir değışiklik ile 15 gün içinde bu durumu hakime bildirmeyen koca hakkında 1 haftadan 1 aya kadar hapis cezası getirilmiştir.⁶⁷ Erkek, boşanma gerçekleştikten sonraki 15 gün içerisinde, geçerli olması için boşanmayı bildirmek zorundadır.

Kararnamenin 104. maddesine göre sarhoşun boşaması geçerli sayılmaz. HAK'tan önce, sarhoşken eşlerini boşayan kocalar için iki türlü anlayış bulunmaktaydı. Eğer sarhoşluk, mübah yolla yani ilaç veya herhangi bir ilaç türü gibi kabul edilebilir bir maddeden kaynaklı ise boşanma geçersiz sayılırdı. Eğer sarhoşluk, haram yolla olmuş ise boşanma geçerli

⁶⁴ HAK madde 90: “ Bir kıızı tezuvc veya teslim için ebeveyn veya akrabasının zevcden akça ve eşya-yı sâire almaları memnû'dur.”

⁶⁵ Yakut, s. 10.

⁶⁶ Örnek bir belge için bkz: « Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne göre talak ve münakahat muamelelerinin imam ve muhtarlar tarafından verilen ilmuhaberler üzerine yazılması ve mahkeme-i şeriyelerce verilen kararların nüfus idarelerine zamanında gönderilmesi lüzumunun Niğde Nüfus Müdürlüğü'ne bildirilmesi. “ 28/Ş /1336 (Hicri) Dosya No :79 Gömlek No :60 Fon Kodu :DH.SN..THR.

⁶⁷ Ceza Kanununun 200. Maddesinin 19 Rebiülahir 1332 tarihli zeyli sanisini Muadil Kararname madde 1. Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, s, 198.

olurdu. Komisyon açıklamasında⁶⁸ sarhoşun boşamasından ailesinin de zarar göreceği göze alınarak bu konuda “Tavafi” ve “ Kerhi” tarafından ileri sürülen görüşlerin esas alındığını belirtmiştir. Bu açıklamadan görülebileceği üzere, konuyla ilgili Hanefi hükmünü kullanmaktan ziyade diğer mezheplerden yararlanmaktadır.

Kararnamenin getirdiği bir başka yenilik yukarıda da bahsetmiş olduğumuz, ikrah altında yapılan boşamalarla ilgilidir. Hanefi mezhebine göre zorla olan evlilikler de boşanmalar da geçerli kabul edilir. Ancak HAK zorla yapılan evlilikleri fâsid sayarken, zorla yapılan boşanmaları da geçersiz sayar.

Kararnamenin 109. maddesinde, kinayeli laflarla talak durumunda kocanın niyetine itibar edileceğini esas alan, İmam Şafii'nin görüşü geçerli sayılmıştır. ⁶⁹ HAK'ta boşanma ile ilgili çeşitli konularda bazı hüküm eksiklikleri bulunmaktadır. Örneğin, mektup veya temsilciler aracılığı ile boşanma konusunda herhangi bir hüküm yoktur. Ayrıca, şaka olarak kullanılan ifadelerle boşama konusunda da herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Talak-ı Ric'i ve Talak-ı Bainle ilgili herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

10- Tefrik 70 (Adli Boşanma)

Kararnamenin kadın hakları açısından en önemli yeniliği *hıyar-i tefrik* başlığı altında kadınlara bazı hallerde⁷¹ hakim kararıyla boşanma

⁶⁸ EML: “ ...sarhoşluğun tarik-i haram ve ve tarik-i mübah ile olması beynindeki farka bina etmek onları pek çürük bir temele istinad ettirmek demek olacağı bulunmuştur. Halbuki Muhammed b. Selam hazretleri talak-i sekranın gayr-ı vaki olduğuna kâil olduğu gibi”Kerhi”, “Tavafi” bunu ihtiyar etmiştir.Esbâb-ı Sâlifeye binaen layihada sarhoşun talakı vâki olmadığı kabul ve 104. Madde bu yolda tanzim edildi.”

⁶⁹ HAK madde 109: “ Talâk elfâz-ı sarîha ile vaki olur. Mütearef olan elfâz-ı kineviyye dahi hükmündedir. Ama müteâref olamayan elfâz-ı kineviyye ile talâkın vukûu ancak zevcin niyetine mütevaflıktır. Zevcin talâka niyet edip etmediği hakkında tarâfeyn ihtilaf etseler zevc yeminiyle tasdik eder.”

⁷⁰ En genel anlamıyla İslam hukukunda hakim kararı ile boşanmaya tefrik denir. Fıkıhta, nikah bağının çözülmesi karı ve kocanın birbirinden ayrılması anlamına gelir.

⁷¹ Akyılmaz, **Osmanlı Aile Hukukunda Kadın**.

hakkının verilmesidir⁷². Hanefi mezhebine göre kadın ancak kocasının evliliğe engel bir hastalığı olması halinde hakime başvurarak boşanabilir. Kadına bazı hallerde boşanma hakkı veren 1916 yılında çıkarılan iki önemli irade-i seniyyede yer alan hususlar kararnamede yer almıştır.

a) Hastalık veya Fizyolojik Kusur Sebebiyle Boşanma:

Hanefi mezhebine göre, erkeğin fizyolojik bir hastalığının olması halinde (iktidarsızlık, kısırılık vs.) kadın boşanmak için hakime başvurabilir. Kararnamenin 119 ve 124. maddeleri arasında bu konu düzenlenmiştir. Ancak iktidarsızlığın boşanmaya bir sebep olması için kadının buna benzer bir eksikliğinin olmaması; diğer deyişle kendisinde benzer bir ayıp olmaması gerekir.⁷³ Ancak, iktidarsızlık, cinsel iktidarsızlık değil de sağlıklı bir aile yaşamını engelleyen bir iktidarsızlık ise, bu hastalığın boşanmaya gerekçe olabilmesi için karının kocasının bu ayıbından nikahtan önce haberi olmaması şartı aranır. Kocasının bu ayıbından haberi olan ve evlendikten sonra bunu kabul eden kadın tefrik talebinde bulunamaz.⁷⁴

121. maddede, fizyolojik kusur veya hastalık nedenine dayanarak boşanma talebinde bulunulması halinde hakimin izlemesi gereken yol hakkında düzenlemeler yer alır. Bu maddeye göre, hastalığın düzelme umudu yoksa hakim doğrudan boşanma kararı verir, ancak tedavi umudu varsa, boşanmayı bir yıl ertelerdi. Bekleme süresi sona erdikten sonra, erkek boşanmayı istemeyip kadın hala istiyorsa, hakim boşanma kararı verirdi.⁷⁵ Mahkemede, eğer erkek karısıyla cinsel ilişkiye girdiğini söylerse ve kadın bakire değilse, hakim vereceği hüküm için erkeğin ifadesini,

⁷² Yakut, s. 17 vd., Halil Cin-Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya 2003, s. 366-367.

⁷³ HAK madde 119: “*Mâni-i takarrub uyûpdan salim olan kadın zevcinin böyle bir illet ile ma’lul olduğuna muttali oldukta hakime bi’l müracaa tefrikini taleb edebilir. Ama kendinde böyle bir ayıp bulunan kadının talebi mesmû olmaz. Şu kadar ki takarrub edilmiş olan zevcenin zevcede hâdis olan bu kabil ayıp sebebiyle hakk-ı hıyârı yoktur.*”

⁷⁴ HAK 120: *Kable’n- nikâh zevcinin innetten mâadâ mâni-i takarrub aybına muttali veya ba’den-nikah herhangi bir ayba razı olan zevcenin hakk-ı hıyârı sâkit olur. Fakat kâblen-nikâh innete ittîlâ hakk-ı hıyâr-ı iskat etmez.*”

⁷⁵ Cin, **Eski hukukumuzda Boşanma**, s. 201.

kadının bakire olduğunun anlaşılması halinde, kadının ifadesini temel alınır.⁷⁶

Kararnamede, aile yaşantısını imkansız hale getiren cüzzam ve zührevi hastalık gibi hastalıklar geçerli bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir.⁷⁷ Kararnamenin 122. maddesine göre⁷⁸, kocasının bu tür bir hastalığa sahip olduğunu evlendikten sonra öğrenen kadın, hakime başvurarak tefrik talebinde bulunabilir. Hakim, hastalığın seyrine göre iyileşme umudu yoksa derhal tefrik kararı verirken, iyileşme umudu olması halinde bir sene tefrik kararını erteleyebilir. Yine Kararnamede, akıl hastalığı da bir boşanma sebebi kabul edilmiştir. Nikahtan sonra akıl hastalığı ortaya çıkar ve kadın tefrik talep ederse hakim tefriki 1 yıl erteleyebilir. Hasta bir yıl içinde iyileşmezse hakim tefriki karar verir.

b) Kocanın Gaipliği: (madde 122-127)

İslam hukukuna göre kaybolan veya nerede olduğu bilinmeyen, yaşayıp yaşamadığı belli olmayan kişiye «mefkud» ; yaşadığı biliniyor ancak nerede yaşadığı bilinmiyorsa veya evini terkedip gitmişse bu gibi kimselere «gaip» denir. Hanefi mezhebine göre, kocanın gaipliği veya mefkud olması halinde kadınlar için boşanmak bir boşanma sebebi olarak kabul edilmez.⁷⁹ Osmanlı Devleti'nde, 16. yüzyıla kadar Şafii mezhebinin

⁷⁶ HAK madde 121

⁷⁷ Bu hüküm ile yine Hanefi mezhebinde Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşünden dönülerek, diğer üç mezheple beraber, İmam-ı Muhammed'in görüşü esas alınmıştır. Aydın, İslam-Osmanlı aile Hukuku, s. 200-201, Mehmet Akif Aydın, Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekamülü, İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İz Yayıncılık, İstanbul 1996, (s.157-189), s. 185

⁷⁸ HAK madde 122: *Cüzzâm ve baras ve illet-i zühreviyye gibi bilâ zarar birlikte ikâmet mümkün olmayan illetlerden birinin zevce vücûduna bâde'n- nikâh muttali olur veya muahharen böyle bir illet tahaddüs ederse zevce hakime bi'l mürâcaa tefikini talep edebilir. İlet-i vakıanın zevâli ümit olunursa hâkim tefriki bir sene tecil eder. Bu müddet zarfında zâil olmadığı ve zevce talâka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu takdirde hâkim tefriki hükm eyley. Ama kör veya topal olmak gibi uyûbtan birinin zevce bulunması tefriki mücbib olmaz."*

⁷⁹ Maliki mezhebine göre 4 yıl, Hanbeli mezhebine göre altı ay geçmesi halinde terk / gaiplik durumu kadınlar için bir boşanma sebebi kabul edilir. Oysa Şafii ve Hanefi mezhepleri bu durumu süreye bağlı olmaksızın boşanma nedeni olarak görmezler. Aydın, 171, 173.

kuralları uygulanırsa da, bu tarihten sonra Hanefi mezhebinin ilkeleri uygulanmıştır. Ancak 20. yüzyılın başlarında “Gaiplik” meselesi toplumun çok daha büyük bir kesimini ilgilendiren bir konu haline gelince⁸⁰, bu soruna 1916 yılında çıkarılan irade-i seniyye ile bir çözüm getirilmiştir.

Kararnamenin 126. madde ile kocanın nafaka bırakmadan evi terk etmesi; 127. maddede ise, nafaka bırakarak evi terk etmesi durumu düzenlenmiştir. Eğer koca saklanıyorsa, evi terk ettiyse, uzak veya yakın bir yere giderek kaybolduysa veya mefkud olduysa ve kadın giderlerini karşılamakta zorlanıyorsa, boşanmak için mahkemeye başvurabilirdi ve hakim kararnamenin 126. maddesine⁸¹ göre tefrik kararı verebilir. 1916 tarihli irade-i seniyyede kabul edilen bu durum diğer üç mezhebe uygun olup, kararnamede açıkça Hanefi mezhebi ilkeleri dışına çıkmıştı.

Mefkudla ilgili olarak Hanefi mezhebinin görüşü, özellikle kocasının nafakasına ihtiyaç duyan kadın açısından oldukça ağır olduğundan, Hanefi mezhebi görüşünden ayrılmış ve maliki mezhebinin görüşü tercih ederek. bu durumdaki kadınların kocalarının kaybolması üzerinden dört yılın geçmesiyle mahkemeye ayrılma talebinde bulunabilecekleri hükmünü benimsemiştir.⁸²

Yukarıda belirtilen sebeplerin birinden ötürü hakim boşanma kararı verdiyse, kadın boşanmanın ardından başka bir adam ile evlenmiş ve eski kocası geri dönmüşse, ikinci evlilik geçerli sayılmaktaydı. Ancak boşanma, kocanın ölmüş olma ihtimali üzerine gerçekleşmiş ve kadın yeniden evlendikten sonra koca geri dönmüşse, ikinci evlilik geçersiz sayılmaktaydı.⁸³ Layihada bu düzenlemenin nedeni “*erkeğin, gaipliği esnasında miras olarak dağıtılan tüm mülkiyetini geri alma hakkı olduğu için, aynı zamanda*

⁸⁰ Kocanın gaipliği halinde en büyük sıkıntıyı boşanmış ama gaip olan kocasından nafaka talebinde bulunan kadınlar çekmiştir. Yakut, s. 22.

⁸¹ HAK madde 126: “*Bir kadının zevci ihtifâ veyahut müddet-i sefer veya daha kârib bir mahalle giderek teğayyub edip veya mefkûd olup nafaka tahsili müteâzzir olur ve zevcesi tefriki talep ederse hakim tahkikât-ı lâzime icrasından sonra beynleri tefrike hükmeder.*”

⁸² Aydın, İslam - Osmanlı Aile Hukuku, s. 202-203.

⁸³ HAK madde 129: “*Vefatına hükmolunan kimsenin zevcesi ahar bir şahısla tezevvüc ettikten sonra zevci-evvelin hayatı tahakkuk etse nikâh-ı sâni münfesihtir.*”

karısını da geri alma hakkı vardır. Aksi takdirde, aynı durumla ilgili iki farklı düzenleme olacaktır ki bu caiz değildir “ şeklinde açıklanır.⁸⁴

d) Geçimsizlik Sebebiyle Boşanma: (madde 130-131)

Osmanlı toplumunda karı-koca arasındaki geçimsizliğin boşanma sebebi olup olmaması HAK'ın öncesi ve sonrasında farklılık gösterir. Kararnameden önce, aile içindeki geçimsizlik boşanma için bir sebep olarak görülmemekteydi. Dolayısıyla, geçimsizlik olması halinde, eğer kocası onu boşamazsa kadının yapabileceği tek şey muhalaa yoluna gitmekti.

Bu sorunu çözmek için HAK, bir aile meclisi oluşturulmasını ve bu meclisin olası boşanmalar üzerinde karar vermesini öngören Maliki mezhebini takip etmiştir.⁸⁵ Aile meclisi (hakem heyeti), her iki tarafın aile üyeleriyle oluşturulurdu. Eğer ailede bu işi yapabilecek kimse yoksa, dışarıdan bu iş için uygun olan kişiler tayin edilirdi. Meclis, her iki tarafı da dinler ve muhtemel çözümler arardı; eğer sorunları çözenin hiç bir yolu yok ise, boşanma kararı verilirdi. Kadın suçlu bulunursa, Hul', mehrin tamamı, ya da bir kısmı üzerinden uygulanırdı, yani kadın mehrin kararlaştırılan miktarından feragat ederdi. Aile meclisi bir karara varamazsa yeni bir meclis kurulurdu. Hakemler tarafından verilen hükümler kesin olup, itirazı mümkün değildir. Osmanlı uygulamasına bakıldığı zaman bu yola daha çok kadınlar tarafından başvurulduğu görülmektedir. Aile Meclisi kararıyla, kadın çok önemli bir hak elde etmiştir. Kararnameye göre, bu kararlar bain talak yani ayırıcı boşama hükmünde olup, tescil edilir. (HAK 131)

HAK, İslam hukukunda asıl itibariyle mevcut olan “aile meclisi”⁸⁶ sistemini işlevsel hale getirmiştir. Kararnâme 130. maddesinde, “*Zevceyn beyninde nizâ ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem tayin eder.*” şeklinde ifade kullanılmaktadır. Bu yolla boşanmaların önüne geçilmek istendiği anlaşılan bu dü-

⁸⁴ Aydın, İslam -Osmanlı Aile Hukuku s. 201, dn: 192.

⁸⁵ HAK madde 130.

⁸⁶ Aydın, **Aile Hukukunun Tarihi Tekamülü**, s. 185.

zenlemeyle ilgili Lâyihada, “İşbu lâyhada şimdiiye kadar tatbik edilmemesi hasebiyle memleketimiz için pek yeni olan bir usul kabul edilmiştir ki zevceyn arasında şikak zuhûru halinde hükme me’zun bir aile meclisi yani tarafeyn ailelerinden müntehap bir hakem heyeti teşkilidir...” şeklinde geçmektedir.⁸⁷

Aslında, geçimsizlik halinde bir aile meclisi kurulması fikri Hanefi mezhebinde de bulunmaktaysa da çok fazla uygulanmamıştır. Hanefi mezhebine göre, söz konusu aile meclisinin boşanma kararı verme yetkisi olmayıp sadece taraflar arasında aracılık yapabilirler. Ayrıca, her iki tarafında bir heyet yetkilendirmesi gerekmekteydi ki bu uygulamada pek de mümkün olmuyordu.

11- İddet süresi ve iddette nafaka: (madde 140, 155)

Kararnamenin “Üçüncü Bab”ı altındaki ilk iki fasılda yasal süre ve nafaka ele alınmıştır. Bu konularla ilgili HAK’taki düzenlemeler önceki kanunlardan çok fazla farklı değildir; yalnızca madde 140’ta, Hanefi mezhebinin görüşünün yerini Maliki mezhebinin görüşü almıştır. Dolayısıyla, madde 140’a göz atılması yapılan değişikliklerin anlaşılması için yeterli olacaktır.⁸⁸ Kadının talaktan sonra hamile değil ise bekleme süresi üç hayız süresidir.⁸⁹ Ancak bazen yasal süre fizyolojik bir hastalık nedeniyle sona erebilir. Bir hastalık nedeniyle hiç hayız görmeyen kadın Hanefilere göre, “sinn-i iyas”a kadar bekleyip sonra 9 ay daha iddet beklemelidir. .Bu durum hem kadınlar için hem de erkekler için büyük bir so-

⁸⁷ Aile meclisi” veya “hakemlik” müessesesiyle ilgili düzenlemenin Batı etkisiyle kararnameye dâhil edilmesi ile ilgili olarak, Fındıkoğlu’nun bilhassa “aile meclisi” tabirinin Fransızca *conseil de famille* kelimesinden aynen tercüme edilmiş olmasının da bunu gösterdiği şeklindeki görüşüne yer veren Yazıcı, Kararnâmenin gerekçesinde Kur’ân-ı Kerim’de “Eğer karı koca arasının açılmasından endişeye düşerseniz, bir hakem erkek tarafından, bir hakem de kadın tarafından gönderin. Bunlar gerçekten barıştırmak isterlerse, Allah aralarındaki dargınlık yerine geçim verir. Şüphesiz ki, Allah her şeyi bilendir ve her şeyden haberdardır” şeklinde geçen ayetlere değinerek Batı hukuk sistemlerinde de benzer uygulamaların olmasını aile meclisi meselesinde fıkıh kaynaklı olmadığını göstermediği görüşünü savunur. Yazıcı, s. 574.

⁸⁸ HAK madde 140.

⁸⁹ Cin, **Boşanma**, s. 111 vd.

run oluştuyordu.⁹⁰ Bu nedenle Kararnamede, iddet konusunda Hanefi mezhebi görüşü terkedilerek Maliki mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Kararnamenin 140. maddesine göre, iddet sırasında hiç hayız görmezse veya 1 ya da 2 defa hayız gördükten sonra 3. görmezse, bu kadın sinn-i iyasa vasıl olmuşsa bu tarihten itibaren üç ay, sinn-i iyasa vasıl olmamışsa iddetin lüzumu tarihinden itibaren dokuz ay iddet bekler. İddette nafaka konusu ise 150 - 155. maddelerinde düzenlenmiştir.⁹¹

Sonuç

Kararname içinde yer alan kadınlara ilişkin düzenlemeleri şu şekilde değerlendirebiliriz: En başta, evlenecek kadın ve erkek için **yaş sınırlaması** kabul edilmiştir. Artık 9 yaşından küçük kız çocukları velileri tarafından evlendirilemeyecekleri gibi 17 yaşını doldurmuş olan bir kız da velisinin iznine gerek olmadan kendisi nikâh aktedebilecektir. Görüldüğü gibi, evlilik yaşı, kadınların lehine olacak şekilde yeniden düzenlenmişti. Eshab-ı Mûcibe Lâyihasında, erken yaşta evliliğin en çok kız çocuklarını mağdur ettiği belirtilmiştir. Bu nedenle, evlilik yaşı yükseltirerek, kızların çok erken yaşta evlendirilmesinin önüne geçilmiştir. Klasik İslâm hukuku doktrininde evlenmek için herhangi bir yaş sınırı getirilmediği ve çok küçük yaştaki çocukların da velileri tarafından evlendirilebildikleri düşünülürse bu oldukça büyük bir yeniliktir.⁹²

HAK'a göre, **ikrah altında yapılan evlilik ve boşanmalar hukuken geçersizdi**. Bu sayede kadınlar arzu etmedikleri bir yaşamı tercih etmek zorunda kalmaları ihtimaline karşı hukuk tarafından korunacaklardı. Öte yandan, sarhoş bir erkeğin karısını boşaması geçerli sayılmıyor; bu şekilde de kadının cezalandırılmasının önüne geçiliyordu.

Bunların yanı sıra **Kararnamenin 38. maddesi ile, Osmanlı hukuk tarihinde çok eşlilik (taaddüt-û zevcad) belirli ölçüde sınırlandırılmıştır**. Komisyon, özellikle Batıcılar ve Türkçülerin çok kadınla evliliğin

⁹⁰ Akgündüz, Saime Belkiz, s. 20.

⁹¹ Aydın, İslam -Osmanlı Aile Hukuku, s. 206.

⁹² Benzer görüş için bkz: Akgündüz, Saime, s. 21.

yasaklanması yönündeki taleplerini dikkate alarak, İslâm hukuku çerçevesinde bu isteklere kısmen cevap verebilmek için kadının evlenirken kocasına evlilik hayatı boyunca tek kadınla evli kalmasını şart koşabileceği hükmünü getirmişlerdir. Bu tür bir şartın Hanefi Mezhebi'ne göre geçerli ve bağlayıcı olması mümkün değildir. Bu nedenle Hanbeli görüşüne itibar edilerek, nikah akdi yapılırken, kadının evlilikleri devam ettiği müddetçe, kocasının başka bir kadınla evlenmemesi, aksi takdirde kendisinin veya ikinci kadının “boş olması” şartını ileri sürebileceği esas kabul edilmiştir.⁹³ Çok eşliliği Osmanlı toplumsal yaşamından tamamen çıkaramadığı eleştiri konusu olsa bile, pratik açıdan meseleye bakıldığında, evliliğin henüz başlangıcında kadına yukarıda zikredilen maddeyi evlilik sözleşmesine ekleme imkânının sağlanması ve erkeklerin çok eşli yaşamak istemeleri durumunda evliliklerini kaybetme korkusu “dolaylı yoldan da olsa” tek kadınla evliliğin toplumda hakim olması yolunda önemli bir adımdır. Ancak, maddenin, Osmanlı Devleti'nde, HAK'ın yürürlükte olduğu kısa sürece boyunca tam anlamıyla yaşama geçirilemediğine de dikkat çekmek isteriz. HAK'ın yürürlüğe girmesinin ardından imzalanan evlilik sözleşmelerine bakıldığında, söz konusu maddenin bu yeni kanunnameye binaen pek az sözleşmeye dâhil edildiği görülür. Ancak büyük şehirlerde yaşayan sınırlı sayıda aydın kadın yararlanabilmiştir.⁹⁴ Fakat yine de bu kanunnamenin Osmanlı İmparatorluğu'nun son bulmasından sonra hazırlanan diğer İslami yasalarda çok eşliliğin ortadan kaldırılması için örnek teşkil etmiştir.

Kararnameyle kadınlar açısından getirilen bir diğer önemli yenilik de **tefrîk imkânının genişletilmesidir**. Kararnâme ile diğer mezheplerin bu konudaki içtihadlarından istifade edilerek, tefrik sebepleri genişletilmiştir. Yeni düzenlemelere göre kocada zührevi hastalıklar, cüzzam, bars ve aklı rahatsızlıkların ortaya çıkması, kocanın nafaka bırakmadan karısını

⁹³ Cin, **Evlenme**, s. 301.

⁹⁴ Halide Edip Adıvar, “Türkiye’de Şark, Garp ve Amerikan Tesirleri”, İstanbul 1956, s. 153’den nakleden Şefika Kurnaz (**Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını**, M.E.B. Yayınları, İstanbul 1992, s. 90; bu konu ile ilgili bir örnek için bkz: B.O.A.,” Sadaret Müsteşarı Ali Fuad Bey’in oğlu İkinci Ticaret Mahkemesi İmza Mülazımı Celal Bey ile zevcesi Nezahat Hanım arasındaki şiddetli geçimsizlikten dolayı açılan boşanma davasına dair evrak”.g.a.y.tt (29/Z /1341 (Hicri) Dosya No :9 Gömlek No :12 Fon Kodu: HSD. AFT.

terketmesi, kocanın kaybolması (gaiplik) veya kadının kötü muameleye maruz kalması gibi sebeplerin varlığı halinde kadın hakime başvurarak kocasından boşanmayı talep edebilecektir. Yine kararnameye göre, eşler arasında geçimsizlik evliliği yürümez hale getirirse Maliki mezhebinin uygulamalarından hareketle, hakem heyetinin yetkileri boşanma kararı verebilecek şekilde genişletilmiştir. Hanefi mezhebinin, kadın açısından tefriki sadece “kocanın iktidarsızlığı” ile sınırladığı düşünülürse bu yeni düzenlemenin kadınlar için neden bu kadar önemli olduğu anlaşılabilir. Tefrik yolunun kullanılmasında, muhalaada olduğu gibi kocanın rızası aranmadığı gibi, kadın iddet nafakası, mehir gibi mali haklarından vazgeçmek zorunda kalmaz. Bu nedenle kadının kendisi için çekilmez hale gelen, istemediği bir evliliğe son vermek konusunda kullanabileceği en uygun seçenektir. Günümüzde uygulanan Medeni kanununun boşanma sebepleri ile *tefrik* arasında pek çok benzerlik bulunmaktadır.

Yine, kadınlarla ilgili bir başka düzenleme İddet konusuna ilişkin olarak yapılan hükümlerde karşımıza çıkar. Kararnamenin 140. maddesi ile, fizikel rahatsızlık nedeniyle neredeyse bir ömür boyu iddet beklemek zorunda kalan kadınların bu sorunu çözülerek, kadınların yaşamı kolaylaştırılmıştır.

Erkeklerin birden fazla kadınla evliliği, evlenmede yaş sınırı, izin alınması, ikrah altında yapılan evliliklerin batıl olması, nikah akdine devletin müdahalesi gibi konular kararname yürürlüğe girmeden önce de / girdikten sonra da en çok eleştirilen konular olmuştur. Özellikle kadınlara aile hukukunda getirileni yenilikler konusunda Hanefi mezhebi ilkelerinden ayrılınması ve diğer üç mezhebin görüşlerinin esas alınması üzerine yukarıda da işaret ettiğimiz gibi devrin uleması tarafından sert şekilde eleştirilmiştir.⁹⁵ Muvakkat bir kanun ile çıkarılan Kararname, sadrazam

⁹⁵ Kararnâmenin 156. maddesiyle gayrimüslimlerin hukuki özerkliklerinin sonlandırılarak şer'îye mahkemelerinin yargı sahasına dâhil edilmeleri de gayrimüslim ruhani reisleri tarafından kabul edilmediğini ve eleştirildiğini de belirtmek isteriz. Yine dışarıdan gelen tepkilerle ilgili olarak “ Aile Hukuku Kararnamesi'nin Yunan Hükümeti tarafından protesto edilmesi konusunda ki arşiv belgesi için bkz: **B.O.A**, 28/Ha/1335 tarih, Dosya No: 66 Gömlek No: 27 Fon Kodu: HR.HMŞ.İŞO.

vekili ve Şeyhülislam Mustafa Sabri Efendi'nin imzasıyla yayımlanan 19 Haziran 1919 tarihli muvakkat bir kânunla yürürlükten kaldırılmıştır.⁹⁶

Hukuk-ı Aile Kararnamesi 1923 ve 1924 aile hukuku taslaklarına örnek teşkil etmiş, İsviçre Medeni Kanunu'nun kabulünde de rol oynamıştır.⁹⁷ Eksikliklerine rağmen Tanzimat sonrası başlayan reform sürecinde kadının toplumsal durumuna daha uygun yeni bir hukukî statüye kavuşturulması yolunda önemli bir adım olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi Fındıkoğlu'nun da ifade ettiği gibi kadın haklarının adeta “ *hukuki bir ifadesi*” olarak Türk hukuk tarihinde yerini almıştır.

⁹⁶ 1336 senesinde çıkan Aile kararnamesi ahkâmının lağvı hakkında Adliye Nezareti'nce tanzim edilen layiha için bkz: **B.O.A**, Tarih :19/C /1337 (Hicrî) Dosya No :214 Gömlek No :103 Fon Kodu :MV.,;ayrıca yine 8 Muharrem 1333 tarihli aile hukuku kararnamesinin kaldırılması hakkında L /1337 (Hicrî)tarihli bir başka belge için bkz: **B.O.A**, Dosya No: 3 Gömlek No: 2 Fon Kodu: DH.HMŞ; Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin feshiyle ilgili 06/B /1337 tarihli belge. **B.O.A**, Dosya No: 19 Gömlek No: 1 Fon Kodu: DH.İUM

⁹⁷ Kararnamenin yürürlükten kaldırıldıktan sonra bile uygulandığı yolunda bazı örnek belgeler bulunmaktadır. Başbakanlık Osmanlı Arşivinde yer alan bir dosyada, 1922 yılında Zevcin gaybubetiyle (kocanın kaybolması ile) istihsal-i nafakanın (nafaka almanın) ta'azzüründen nâşi (güçleşmesinden dolayı) nikâhın feshi hakkında ikame olunacak (açılacak) davanın Kazaskerlik mahkemesine hasrı zımında (verilmesi bağlamında) Meclis-i Tedkikat-ı Şer'ieye tanzim kılınan kararname layihasının (taslağının) irsalini mutazammın (gönderilmesiyle ilgili) Makam-ı Meşihatın (Şeyhülislamlığın) Şûrâ-yı Devlete muhavvel (havale edilen) tezkiresi üzerine cereyan eden tedkikatı havi (incelemeyi içeren) Tanzimât (Düzenleme) Dairesinden kaleme alınan 24 Temmuz 1338 tarihli ve 42779/393 numaralı mazbata buna örnek teşkil eder.bkz. **B.O.A**, 27/S /1341 (Hicrî) Dosya No :224 Gömlek No :149 Fon Kodu: MV