

**T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**AFGANİSTAN MEDENÎ KÂNUNU'NDA YARGI YOLUYLA BOŞANMA
SEBEPLERİ (FİKİH VE MODERN İSLÂM AİLE HUKUKU
KÂNUNLAŞTIRMALARIYLA MUKAYESELİ OLARAK)**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ghulam Hazrat RAYEQ

**Enstitü Anabilim Dalı : Temel İslam Bilimleri
Enstitü Bilim Dalı : İslam Hukuku**

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi İrfan İNCE

Haziran – 2020

T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

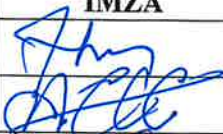


**AFGANİSTAN MEDENÎ KÂNUNU'NDA YARGI YOLUYLA BOŞANMA
SEBEPLERİ (FİKİH VE MODERN İSLÂM AİLE HUKUKU
KÂNUNLAŞTIRMALARIYLA MUKAYESELİ OLARAK)**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ghulam Hazrat RAYEQ

Enstitü Anabilim Dalı : Temel İslam Bilimleri
Enstitü Bilim Dalı : İslam Hukuku

“Bu tez 16/06/2020 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Oybirliği / Oyçokluğu ile kabul edilmiştir.”

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI	İMZA
Dr. Öğr. Üyesi İrfan İNCE	Basarılı	
Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ÖZCAN	Basarılı	
Doç. Dr. Nail OKUYUCU	BAŞARILI	



SAKARYA
ÜNİVERSİTESİ

T.C.

SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ SAVUNULABİLİRLİK VE ORJİNALLIK BEYAN FORMU

Sayfa : 1/1

Öğrencinin

Adı Soyadı	:	Ghulam Hazrat RAYEQ
Öğrenci Numarası	:	Y176008030
Enstitü Anabilim Dalı	:	Temel İslam Bilimleri
Enstitü Bilim Dalı	:	İslam Hukuku
Programı	:	<input checked="" type="checkbox"/> YÜKSEK LİSANS <input type="checkbox"/> DOKTORA
Tezin Başlığı	:	AFGANİSTAN MEDENİ KÂNUNU'NDA YARGI YOLUYLA BOŞANMA SEBEPLERİ (FIKİH VE MODERN İSLÂM AİLE HUKUKU KÂNUNLAŞTIRMALARIYLA MUKAYESELİ OLARAK)
Benzerlik Oranı	:	%9

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE,

Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Tez Çalışması Benzerlik Raporu Uygulama Esaslarını inceledim. Enstitünüz tarafından Uygulama Esasları çerçevesinde alınan Benzerlik Raporuna göre yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının benzerlik oranının herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi beyan ederim.

03.06/2020
Öğrenci İmza

Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Tez Çalışması Benzerlik Raporu Uygulama Esaslarını inceledim. Enstitünüz tarafından Uygulama Esasları çerçevesinde alınan Benzerlik Raporuna göre yukarıda bilgileri verilen öğrenciye ait tez çalışması ile ilgili gerekli düzenleme tarafımda yapılmış olup, yeniden değerlendirilmek üzere@sakarya.edu.tr adresine yüklenmiştir.

Bilgilerinize arz ederim.

...../2020
Öğrenci İmza

Uygundur

Danışman
Unvanı / Adı-Soyadı: Dr. Öğretim Üyesi İrfan İnce

Tarih: 03.06.2020

İmza:

KABUL EDİLMİŞTİR

REDDEDİLMİŞTİR

EYK Tarih ve No:

Enstitü Birim Sorumlusu Onayı

ÖNSÖZ

Gerçeğin ve doğrunun yolunu gösteren Yüce Allah'a hamd-ü senalar, peygamberlerin sonuncusu olan Hz. Muhammed (s.a.v)'e, onun ailesine ve Ashâbına salât ve selâm olsun.

Bir toplumun en küçük yapı taşı aileden oluşmaktadır. Aile kendi başına bir toplum modeli gibidir. Kuruluşu, işleyişi, aile fertlerinin kendi aralarında veya başka insanlarla olan ilişkileri belli örf, âdet, değerler veya toplumu yönetenlerin belirlediği prensiplere göre olagelmıştır. Aile yuvasının sona ermesinde de bu değer yargılarının etkisi büyük olmuştur. Aile düzeninin sağlam esaslara dayanması veya bozulması, toplum düzeni ile yakından alakadar olduğu için, çok eski devirlerden bu yana devlet bu çekirdek topluluğa müdahale ederek onun kurulması veya sona ermesi üzerinde etkili olmuştur. Yahudilik, Hristiyanlık ve İslâm gibi semavi dinlerin toplum hayatına egemen olduğu asır ve cemiyetlerde bu dinler tarafından belirlenen ölçütlerin evlilik bağının kurulması ve bu bağın sonlandırılmasıyla ilgili düzenlemeler üzerinde belirleyici role sahip oldukları görülmüştür. Bu araştırmada İslâm'ın hâkim olduğu ve erken dönemlerden itibaren fıkıh mezhepleri arasında Hanefî mezhebine bağlı kalmış bir devlet olarak Afganistan'da boşama kurumunun en önemli ve oldukça tartışmalı bir kısmı olan tefrîk bahsine mukayeseli olarak değinilmiştir.

Bu tez çalışmasında, Afganistan Medenî Kanunu'nda yargı yoluyla boşanma sebepleri fıkıh ve modern İslâm aile hukuku kânunlaştırmalarıyla mukayeseli olarak kaleme almaya çalışılmıştır. Bu çerçevede girişte Afganistan Medenî Kânunu'nun ve Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'nün oluşum süreci ve kısaca olsa bile muhtevassından bahsedilmiştir. Birinci bölümde evliliğin sona ermesi ile ilgili tarih boyunca farklı hukuk sistemlerindeki uygulamalar, İslam hukukunda evlilik bağının sonlandırılmasıyla ilgili temel kavramlar, talâk eyleminin yahut salahiyetinin uygunsuz kullanılmasından dolayı talâk tazminatı gibi maddi müeyyidelere mahkemece karar verilmesine dair tartışmalar; yargı yoluyla meydana gelen tefrîkin hukukî sonucunun belirlenmesi konusunda fıkıh mezheplerinin değerlendirmeleri ve Afgan hukuk sistemindeki konuya dair düzenlemeler; fesih, talâk ve tefrîk kavramların arasındaki farklılık ve ortak noktaların tespit edilmesi gibi konular kaleme alınmıştır. İkinci bölümde ise Afganistan Medenî Kânunu'nda düzenlendiği şekliyle yargı yoluyla boşanma sebepleri klasik fıkıh öğretisi

ve diğerk modern İslâm aile hukuku kânunlaştırmalarıyla karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Sonuç bölümünde ise araştırmada ulaşılan sonuçlar özetle sunulmuştur.

Tez konusunun belirlenmesinden tezin tamamlanmasına kadar, daima şükranla hatırladığım ve her aşamada çalışmamı sahiplenerek titizlikle takip eden, vakit ayırma konusunda büyük fedakârlığını gördüğüm, gerek kıymetli tenkit ve teklifleriyle gerekse mantık ve yazı ile alakalı hususlarda destek ve yardımlarını hep yanımda hissettiğim muhterem danışman hocam Dr. Öğretim Üyesi İrfan İnce'ye en içten saygılarımı sunmakla beraber teşekkür etmeyi boynumun bir borcu olarak bilirim. Fikir, görüş ve kıymetli tenkitleriyle çalışmamın gelişmesine büyük katkılarda bulunan çok değerli jüri üyesi hocalarım Dr. Öğretim Üyesi Nail Okuyucu ve Dr. Öğretim Üyesi Abdullah Özcan'a katkı ve emekleri için can u gönülden teşekkür ediyorum. Öğrencisi olmaktan hep gurur duyduğum çok değerli hocalarım Prof. Dr. Soner Duman ve Prof. Dr. Osman Güman'a yardım ve destekleri için çok teşekkür ediyorum. Ayrıca süreç içerisinde özellikle Türkçe konusunda desteklerini esirgemeyen ve hep yanımda olan Türk arkadaşlarıma da müteşekkirim. Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesinin başta sayın dekanı değerli hocam Prof. Dr. Ahmet Bostancı olmak üzere bütün hocalarıma da ayrıca saygılarımı ve teşekkürlerimi sunuyorum. Ayriyeten Türkiye'ye gelmeme sebep ve vesile olan ve Türkiye'de eğitim gördüğüm yıllar içerisinde maddi-manevi açıdan daima beni desteklediğinden ötürü Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı'na (YTB) şükranlarımı sunmak isterim. Son olarak üzerimde büyük hak ve emekleri olan, maddi ve manevi destekleriyle hep yanımda olan değerli anne ve babam başta olmak üzere kıymetli aileme de en kalbî duygularıyla teşekkürlerimi arz ediyorum.

Ghulam Hazrat RAYEQ

16.06.2020

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	vi
ÖZET.....	vii
ABSTRACT.....	viii

GİRİŞ 1

BÖLÜM 1: FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE EVLİLİK BAĞININ SONA ERMESİYLE İLGİLİ UYGULAMALAR, İSLÂM HUKUKUNDA EVLİLİK BAĞININ SONLANDIRILMASIYLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR VE İŞLEMİN HUKUKÎ SONUCU 13

1.1. Boşanma ile İlgili Farklı Hukuk Sistemleri	13
1.1.1. Boşanmayı Câiz Görmeyen Hukuk Sistemi.....	14
1.1.2. Boşanmayı Serbest Bırakan Hukuk Sistemi	15
1.1.3. Boşanmayı Mahkeme Kararına Bağlayan Hukuk Sistemi.....	16
1.1.4. İslâm Aile Hukukunda Boşanma.....	17
1.2. Fıkıh ve Afgan Hukuk Sisteminde Fesih Kavramı ve Feshi Gerektiren Nedenler	20
1.2.1. Fesih Kavramı	20
1.2.2. Feshi Gerektiren Nedenler	20
1.2.2.1. Akit Esnasında Mevcut Olan Sebepler	20
1.2.2.2. Akitten Sonra Meydana Gelen Sebepler	21
1.2.3. Afganistan Medenî Kânunu'nda Fesih Kavramı ve Feshi Gerektiren Nedenler.....	22
1.3. Tek Taraflı Boşama/Talâk ile İlgili Genel Kavramlar	23
1.3.1. Boşamanın Sözlük ve Terim Anlamı.....	23
1.3.2. Boşamanın Hükmü ve Hikmeti	24
1.3.2.1. Boşamanın Hükmü	24
1.3.2.2. Boşamanın Hikmeti	26
1.3.3. Kocanın Boşama Salahiyeti	27
1.3.3.1. Kur'ân-ı Kerim'de Kocanın Boşama Salahiyeti.....	28
1.3.3.2. Sünnette Kocanın Boşama Salahiyeti	29
1.3.4. Boşama Salahiyetinin Kötüye Kullanılmasının Malî Müeyyidesi (Boşama Tazminatı/Ta'vîzu't-talâk).....	30
1.3.4.1. Doktrinde Boşanmış Olan Kadınlara Müt'a Verilmesi	30

1.3.4.2. Çağdaş Âlimlerin Boşama Tazminatı ile İlgili Yaklaşımları	33
1.3.4.3. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler	35
1.4. Muhâlea (hul) Kavramı, Meşruiyeti ve Hukukî Neticesi	40
1.4.1. Hul Kavramı	40
1.4.2. Muhâlea'nın Meşruiyeti	40
1.4.3. Muhâlea'nın Hukukî Neticesi	41
1.5. Yargı Yoluyla Boşanma/Tefrîk Kavramı ve Meşruiyeti	42
1.5.1. Tefrîk Kavramı	42
1.5.2. Tefrîkin Meşruiyeti	43
1.5.2.1. Kur'ân-ı Kerim'de	43
1.5.2.2. Sünnette	44
1.6. İslâm Hukukunda Tefrîkin Hukukî Sonucunun Belirlenmesi	45
1.6.1. Tefrîkten Doğan Hükümün Mâhiyeti	45
1.6.2. Tefrîkin Hukukî Sonucunu Belirlemede Fakîhlerin Değerlendirmeleri	46
1.6.2.1. Hanefîlerin Görüşü	46
1.6.2.2. Mâlikîlerin Görüşü	49
1.6.2.3. Şafîîlerin Görüşü	51
1.6.2.4. Hanbelîlerin Görüşü	52
1.6.3. Afganistan Medenî Kânunu'nda Tefrîkin Hukukî Sonucu	52
1.6.4. Tefrîkin Hukukî Sonucunun Farklılığından Doğan Neticeler	54
1.6.4.1. Ric'at (Geri Dönme) Hakkı	54
1.6.4.2. Talâkların Sayısının Hesaplanması	57
1.6.5. Talâk ile Fesih Arasında Temel Farklılıklar	57
1.6.6. Kocanın Talâkı ile Hâkimin Tefrîki Arasındaki İlişki	59

BÖLÜM 2: FIKIH VE AFGANİSTAN MEDENÎ KÂNUNU'NDA YARGI YOLU İLE BOŞANMA/Tefrîk SEBEPLERİ

2.1. Fıkıh Öğretisinde ve Afgan Hukuk Sisteminde Tefrîk Sebepleri	62
2.1.1. Bedensel Kusur ve Hastalık Kavramları	64
2.1.2. Fıkıh Öğretisinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk	66
2.1.2.1. Hanefî Mezhebinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk	66
2.1.2.2. Mâlikî Mezhebinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk	68
2.1.2.3. Şafîî Mezhebinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk	69
2.1.2.4. Hanbelî Mezhebinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk	70

2.1.2.5. Ca'ferî Mezhebinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk	71
2.1.2.6. Konu ile İlgili İbn Hazm'ın Görüşü.....	72
2.1.2.7. Bedensel Kusur ve Hastalıkların Sınırlı Olmamasına Dair Bir Görüş ..	73
2.1.3. Kısırlık Kusuru Sebebiyle Tefrîk	74
2.1.4. Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk Konusunda Aranılan Şartlar ..	75
2.1.5. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler	79
2.1.5.1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi	79
2.1.5.2. Afganistan Medenî Kânunu.....	79
2.1.5.3. Yargı Kurumunda Konu ile İlgili Yetkililerle Yapılan Şifâhî Görüşme	81
2.1.5.4. İran Medenî Kânunu	82
2.1.5.5. Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu	85
2.1.5.6. Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu.....	85
2.1.5.7. Cezayir Âile Kânunu.....	86
2.1.5.8. Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu	86
2.1.5.9. Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu.....	87
2.1.5.10. Pakistan Hukuk Sisteminde Yargı Yoluyla Boşanma Sebepleri	89
2.1.5.11. Suudi Arabistan	91
2.1.5.12. Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı, Kuveyt Vesikası.....	92
2.1.6. Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîkin Hukukî Sonucu	95
2.2. Şiddetli Geçimsizlik ve Zarar Nedeniyle Yargı Yoluyla Tefrîk	95
2.2.1. İslâm Aile Hukukunda Tahkîm Müessesesi.....	96
2.2.1.1. Tahkîm Kavramı	96
2.2.1.2. Tahkîm Müessesesinin Hukukî Dayanağı.....	96
2.2.1.3. Tahkîm Müessesesine Başvurulmanın Hükmü	97
2.2.1.4. Fıkıh Mezheplerinde Hakemlerin Görevi ve Yetkisi.....	98
2.2.1.5. İslâm Devletleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarında Tahkîm Müessesesi	102
2.2.1.6. Yargı Kurumunda Konu ile İlgili Yetkililerle Yapılan Şifâhî Görüşme	103
2.2.2. Şiddetli Geçimsizlik ve Zarar Nedeniyle Tefrîk Konusunda Fikhî Mezheplerin Yaklaşımları	104
2.2.2.1. Zarar ve Şiddetli Geçimsizlik Kavramı	104
2.2.2.2. Hanefîlerin Görüşü	105
2.2.2.3. Mâlikîlerin Görüşü.....	106

2.2.2.4. Şâfîlerin Görüşü.....	108
2.2.2.5. Hanbelîlerin Görüşü.....	109
2.2.2.6. Ca'ferîlerin Görüşü	111
2.2.3. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler	111
2.2.3.1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi	111
2.2.3.2. Afganistan Medenî Kânunu.....	112
2.2.3.3. İran Medenî Kânunu ve Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü' 113	
2.2.3.4. Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu.....	115
2.2.3.5. Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu	115
2.2.3.6. Cezayir Aile Kânunu.....	116
2.2.3.7. Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu	117
2.2.3.8. Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu.....	118
2.2.3.9. Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı	120
2.2.4. Şiddetli Geçimsizlik ve Zarar Nedeniyle Tefrikin Hukukî Sonucu	122
2.3. Fıkıh ve Afgan Hukuk Sisteminde Nafaka Ödenmemesi Nedeniyle Tefrik	123
2.3.1. Nafaka Kavramı	123
2.3.2. Konu ile İlgili Fikhî Mezheplerin Görüşleri	124
2.3.2.1. Hanefîlerin Görüşü	124
2.3.2.2. Mâlikîlerin Görüşü.....	127
2.3.2.3. Şafîlerin Görüşü.....	127
2.3.2.4. Hanbelîlerin Görüşü.....	128
2.3.2.5. Cumhuriyetin Konu ile İlgili Delilleri	129
2.3.2.6. Ca'ferîlerin Görüşü	130
2.3.2.7. İbn Hazm'ın Görüşü	131
2.3.2.8. Abdülkerim Zeydan'ın Görüşü.....	131
2.3.3. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler	133
2.3.3.1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi	133
2.3.3.2. Afganistan Medenî Kânunu.....	133
2.3.3.3. İran Medenî Kânunu	134
2.3.3.4. Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu.....	135
2.3.3.5. Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu	135
2.3.3.6. Cezayir Aile Kânunu.....	136
2.3.3.7. Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu	137
2.3.3.8. Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu.....	137

2.3.3.9. Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı	138
2.3.4. Nafaka Ödenmemesi Nedeniyle Tefrîkin Hukukî Sonucu	141
2.4. Fıkıhta ve Afgan Hukuk Sisteminde Kocanın Kaybolması Nedeniyle Tefrîk ..	142
2.4.1. Koca ile İlgili Mefkûdluk ve Gâiplik Kavramları	142
2.4.2. Mefkûdluk Nedeni ile Tefrîk Konusunda Fikhî Mezheplerin Görüşleri	143
2.4.3. Kocanın Kaybolması Nedeniyle Tefrîk Konusunda Fikhî Mezheplerin Görüşleri	147
2.4.3.1. Hanefîler Nezdinde Gâiplik Nedeniyle Tefrîk	147
2.4.3.2. Mâlîkiler Nezdinde Gâiplik Nedeniyle Tefrîk	148
2.4.3.3. Şafîiler Nezdinde Gâiplik Nedeniyle Tefrîk	149
2.4.3.4. Hanbelîler Nezdinde Gâiplik Nedeniyle Tefrîk.....	149
2.4.3.5. Ca'ferîler Nezdinde Gâiplik Nedeniyle Tefrîk.....	150
2.4.4. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler	152
2.4.4.1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi	152
2.4.4.2. Afganistan Medenî Kânunu.....	153
2.4.4.3. İran Medenî Kânunu	154
2.4.4.4. Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu.....	156
2.4.4.5. Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu	157
2.4.4.6. Cezayir Aile Kânunu.....	157
2.4.4.7. Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu	158
2.4.4.8. Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu.....	158
2.4.4.9. Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı	159
2.4.5. Kocanın Gâipliğinden Meydana Gelen Tefrîkin Hukukî Sonucu	161
2.5. Fıkıh ve Afgan Hukuk Sisteminde Kocanın Hapse Mahkûm Edilmesi Nedeniyle Tefrîk	162
2.5.1. Hapis Kavramı.....	162
2.5.2. Hapis Nedeniyle Tefrîk Konusunda Fikhî Mezheplerin Görüşleri	162
2.5.3. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler	163
2.5.4. Yargı Kurumunda Konu ile İlgili Yetkililerle Yapılan Şifâhî Görüşme	167
SONUÇ.....	169
KAYNAKÇA.....	174
EKLER.....	187
ÖZGEÇMİŞ	199

KISALTMALAR

ADBAŞKT.	: Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı
AFMK.	: Afganistan Medenî Kânunu
b.	: İbn
bkz.	: Bakınız
CAK.	: Cezayir Aile Kânunu
DİA.	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
HAK.	: Hukuk-1 Aile Kararnamesi
H.z.	: Hazreti
İMK.	: İnan Medenî Kânunu
KAŞET.	: Kânun-1 Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'
KAŞK.	: Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu
m/mad.	: Madde
MAŞK.	: Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu
MÜSBE.	: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
NEÜSBE.	: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
r.a.	: Radıyallahu anhu
s.a.v.	: Sallallâhu aleyhi ve sellem
SAŞK.	: Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu
SÜSBE.	: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
sy.	: Sayı
t.y.	: Tarih yok
thk.	: Tahkîk eden
trc.	: Tercüme
ÜAŞK.	: Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu
v.dğr.	: ve diğerleri
y.y.	: Yayın yeri yok

Sakarya Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Özeti

Tezin Başlığı: Afganistan Medenî Kânunu'nda Yargı Yoluyla Boşanma Sebepleri (Fıkıh Ve Modern İslâm Aile Hukuku Kânunlaştırmalarıyla Mukayeseli Olarak)

Tezin Yazarı: Ghulam Hazrat RAYEQ **Danışman:** Dr. Öğr. Üyesi İrfan İNCE

Kabul Tarihi: 16/06/2020 **Sayfa Sayısı:** viii (ön kısım) + 199 (tez)

Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri **Bilim Dalı:** İslam Hukuku

1977 tarihli Afganistan Medenî Kânunu'nun birinci kitabının ikinci faslında aile hukuku ile ilgili konular düzenlenmiştir. Bu bölümde, aile (m. 56-59), evlilik akdi (m. 60-89), evlilikten doğan sonuçlar (m. 90-130), evliliğin sona ermesi (m.131-197) ve evliliğin sonlandırılmasından doğan neticeler (m.198-336) incelenmiştir. Kânunun 131. maddesinde evlilik birliğinin sona ermesi için dört şekil belirlenmiştir: Fesih, talâk, hul ve tefrîk. Bu çalışmada anılan dört şekilden, kânunun ilgili maddelerinin kaynağını teşkil eden fıkıhta da tartışmalı bir konu olan yargı yoluyla boşanma sebepleri incelenmiştir. Konu Afganistan Medenî Kânunu esas alınarak, beş fıkıh mezhebi (Hanefî, Mâlikî, Şafîî, Hanbelî ve Ca'ferî) ve modern İslâm aile hukuku kânunlaştırmalarıyla mukayeseli olarak ele alınmıştır.

Çalışma, bir giriş, iki bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır. Girişte Afganistan Medenî Kânunu'nun tarihçe ve muhtevası, birinci bölümde evlilik bağının sonlandırılmasıyla ilgili farklı hukuk sistemlerindeki uygulamalar, konunun kavramsal çerçevesi ve hukukî sonucu konusunda fıkıh mezheplerinin değerlendirmeleri ele alınmıştır. İkinci bölümde fıkıh ve Afgan hukuk sisteminde yargı yoluyla boşanma sebepleri incelenmiştir. Bu bağlamda fıkıh öğretisinde ve seçilmiş bazı İslâm ülkelerinde yürürlükte olan kânunlar çerçevesinde, bedensel kusur ve hastalık, şiddetli geçimsizlik ve zarar, zevcenin nafakasının sağlanmaması ve kocanın evi terk edip kaybolması gibi nedenlerden dolayı yargı yoluyla gerçekleşen tefrîk tafsilatlı bir şekilde ele alınmıştır.

Bu çalışmada evliliğin tefrîk yoluyla sonlanmasının hukukî niteliğinin belirlenmesi, Afgan hukuk sisteminde tefrîke sebep teşkil eden faktörlerin belirlenmesi ve kânunun fikhî kaynaklarının tespiti amaçlanmaktadır. Afganistan Medenî Kânunu esas itibarıyla Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak, Hanefî mezhebinde kadının mahkemeye müracaat ederek tefrîk talebinde bulunabilmesinin diğer fıkıh mezheplerine kıyasla oldukça sınırlı durumlarda mümkün olması sebebiyle kânunda yer yer Hanefî mezhebi dışındaki fikhî görüşler dikkate alınmıştır. Kânunda nadiren de olsa meşhur fikhî mezhep görüşlerinin dışına çıkılarak halkın sosyo-ekonomik durumları göz önünde bulundurulmuş, maslahat ilkesi gözetilmek suretiyle yeni içtihatlar ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: Afganistan, Yargı, Medenî Kânun, Boşanma, Tefrîk.

Sakarya University
Institute of Social Sciences Abstract of Master's Thesis

Title of Thesis: The Legal Causes For Dissolution Of The Marriage By Court Decision In The Civil Code Of Afghanistan (In Comparison With Classical Islamic Jurisprudence And Codes Of Selected Modern Islamic Countries)	
Author of Thesis: Ghulam Hazrat RAYEQ	Supervisor: Assist. Prof. İrfan İNCE
Accepted Date: 16/06/2020	Number of Pages: viii (pre text) + 199 (main part)
Department: Basic Islamic Sciences	Subfield: Islamic law
<p>In the second chapter of the Afghanistan Civil Code of 1977, matters concerning family law are regulated. In this section, the family (art. 56-59), marriage contract (art. 60-89), legal results (art. 90-130), dissolution of marriage (art.131-197) and legal consequences resulting from the dissolution of marriage (art.198-336) are addressed. In article 131 of the Code, four forms are mentioned for the dissolution of the marriage union: <i>fesh</i>, <i>talâq</i>, <i>hul</i> and <i>tefrîk</i>. In this study, only the causes for dissolution of the marriage by court decision are examined. The subject is controversial in its details in the classical Islamic jurisprudence, which constitutes the source of the relevant articles of the Code. The regulations of the Civil Code of Afghanistan are studied in comparison with the regulations of the five classical schools of Islamic Law (Hanefî, Mâlikî, Şafîî, Hanbelî and Ca'ferî) and family law enactments of selected modern Islamic countries.</p> <p>The study consists of an introduction, two chapters and a conclusion. In the introduction, the history and outlines of the Afghanistan Civil Code, legal procedures concerning the dissolution of the marriage in different legal systems, discussions concerning the conceptual framework and legal outcome of the dissolution of the marriage by court decision in classical schools of Islamic law are summarized. In the second part, the causes for dissolution of the marriage by court decision in the legal system of Afghanistan are examined. Also in this chapter, discussions concerning the dissolution of the marriage by court decision due to bodily defect, illness, severe incompatibility and harm between the spouses, lack of maintenance, the husband's leaving home and his disappearance in classical Islamic law and related regulations in the enactments of the modern Islamic countries are explored.</p> <p>In this study, it is aimed to determine the legal nature of the dissolution of the marriage by court decision (<i>tefrîq: literally separation</i>) in the Afghan legal, also to analyze the causes for this form of dissolution in and to clarify the sources of the Code. The Afghanistan Civil Code was essentially based on the Hanafi School of law. However, the fact that causes women can depend on to apply to the courts are quite limited in the Hanafite school in comparison to the other schools of laws, made it for the drafter of the Code necessary to resort to the legal opinions other than the Hanafite's. Even though it is rare, the socio-economic conditions of the people have also been taken into consideration and thus new regulations has been introduced through independent legal reasoning based on the concept of <i>maslaha</i> (convenience, equity).</p>	
Keywords: Afghanistan, Judiciary, Code Civil, Divorce/Dissolution of Marriage, Separation	

GİRİŞ

Araştırmanın Önemi

Aile, insan ve toplum hayatının en önemli kurumlarından biridir. İslâm dini ailenin korunmasına büyük önem vermiş ve bu konuda dinî, ahlâkî ve hukukî düzenlemeler getirmiştir. Afganistan’da İslâm dininin yayılmasından itibaren hukuk düzeni İslâm fıkıh öğretisine göre şekillenmiş ve erken dönemlerden itibaren fıkıh mezhepleri arasında Hanefî mezhebine bağlı kalınmıştır. Genel olarak hukuk sisteminde özelde ise aile hukukuyla ilgili düzenlemelerinde İslâm hukukunu kaynak alan yürürlükteki Afganistan Medenî Kânunu’nda, aile kurumunda devamlılık esas kabul edilmekle birlikte, aile içindeki uyumu sürdürmenin imkânsız hale geldiği durumlarda taraflara evlilik birliğini sona erdirme imkânı tanınmıştır.

İslâm hukuku kural olarak boşanma yetkisini kocaya ait bir hak olarak tanımlar; kadın ise evliliğin devamından maddi ve manevi zarar görmesi durumunda, bazı sebepleri gerekçe göstererek yargı yoluyla tefrik talebinde bulunabilmektedir. Söz konusu gerekçelerin tipleri bu çalışmada kapsamlı bir şekilde gösterileceği şekliyle fıkıh öğretilerinde tartışmalıdır. Bu yolla evliliğin sonlandırılmasında kocanın rızası aranmaz. Evliliğin sonlandırılmasında diğer bir yol ise karşılıklı anlaşma ile (muhâlea) boşanmadır.

Bu araştırma, Afganistan Medenî Kânunu’nda ve seçilmiş olan diğer İslâm devletlerindeki ahvâl-i şahsiyye kânunlarında yargı yoluyla boşanma sebepleri ve söz konusu yasaların bu konuda İslâm fikhî ile ne kadar ilişkisi olduğunu yahut tefrik konusunda daha çok hangi fıkıh mezhebinin içtihatlarını esas aldığını ortaya koymasından önem kazanıyor. Ayrıca Afganistan Medenî Kânunu’nun ve Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü’nün tarihsel sürecine, kısaca olsa bile muhtevasına ve hazırlanmasında hangi fıkıh mezhebinin esas alındığına dair bilgi barındırması açısından da önem arz etmektedir. Üstelik bu çalışmada, tefrik ile ilgili maddelerde içerik bakımından görülen eksiklerin giderilmesi yahut tadil edilmesi için, içinde yaşadığımız çağın gerekliliklerini göz önünde bulundurarak aile yuvasının basitçe yıkılmaması ile birlikte adaleti daha iyi bir şekilde temin edebilmek amacıyla yeni maddeler önerilmiştir ki bu da çalışmanın hem teori hem de uygulama bakımından önemli olacağına ve akademik sahada değer kazanacağına işaret etmektedir.

Bu tez çalışmasında fıkıh öğretisinde tartışmalı konulardan biri olan yargı yoluyla boşanma sebepleri yürürlükte olan Afganistan Medenî Kânunu ve yine Afgan hukuk sisteminde Şîlere ait Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyü' esas alınarak, beş fıkıh mezhebinin (Hanefî, Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî ve Ca'ferî) görüşleriyle mukayeseli olarak incelenmektedir. Karşılaştırmada Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Pakistan, İnan, Mısır, Suriye, Suudi Arabistan, Ürdün, Kuveyt ve Cezayir Ahval-i Şahsiyye Kânunları konuyla ilgili düzenlemeler itibariyle dikkate alınmaktadır.

Araştırmanın Konusu ve Kapsamı

Bu tez çalışmasında, Afganistan Medenî Kânunu'nda düzenlenen yargı yoluyla boşanma sebepleri, beş fıkıh mezhebinin görüşleriyle ve bazı modern İslâm devletlerinin yürürlükte olan ahvâl-i şahsiyye kânunlarıyla mukayeseli olarak ele alınmaktadır.

Bu çalışmada boşanma kurumunun tamamını değil onun fıkıh öğretisinde tartışmalı ve buna bağlı olarak ilgili modern İslâm hukuku kânunlaştırmalarında da farklılıklar arz eden yargı yoluyla boşanma sebepleri mukayeseli olarak ele alınmaktadır. Araştırmamız bir giriş, iki bölüm ve bir sonuç bölümünden meydana gelmektedir. Araştırmamızın giriş kısmında konunun önemi ele alınmakta, temel sorunlar, müracaat edilen temel kaynaklar, Afganistan Medenî Kânunu'nun tarihçe ve muhtevası hakkında genel bilgiler, amaç ve hedefler açıklanmaktadır. Birinci bölümünde boşanmanın mahiyeti, meşruiyeti ve kapsamına dair tartışmalar, boşanma, hul-muhâlea ve fesih kavramları arasında farklılıklar ve tefrikin hukukî sonucu Afganistan Medenî Kânunu ve fıkıh öğretisi çerçevesinde incelenmektedir. İkinci bölümde Afganistan Medenî Kânunu'nda düzenlendiği şekliyle yargı yoluyla boşanma sebepleri klasik fıkıh öğretisi ve diğer modern İslâm hukuku kânunlaştırmalarıyla karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır. Sonuç bölümünde ise araştırmada ulaşılan sonuçlar özetlenmektedir.

Araştırmanın Amacı

Araştırmada, Afganistan Medenî Kânunu'nda aile hukukuyla ilgili düzenlemeler kapsamında yargı yoluyla boşanma kurumunun incelenmesi amaçlanmaktadır.

Çalışmada konu, fıkıh ve Afganistan Medenî Kânunu'nda olduğu gibi fikhî referans alan modern İslâm devletleri kânunlarıyla karşılaştırmalar yapılarak ele alınmıştır. Çalışma kapsamında yargı yoluyla boşanmanın mahiyeti, meşruiyeti ve hukukî süreçleri

incelenmiş, fıkıh ve Afganistan Medenî Kânununa göre yargı yoluyla boşanmanın hukukî mahiyeti (talâk ya da fesih) tespit edilmeye çalışılmış, bu kapsamda talâk, fesih ve tefrîk arasında farklılıklar ve ortak noktalar belirlenmiş, Afganistan'daki yargı süreçlerinde bir arabulucu kurum olarak hakemlik kurumu hakkında bilgi verilmiş, Afganistan mahkemelerinde yargı yoluyla boşanma süreçleri incelenmiş, İslâm aile hukuku ile mukayeseli olarak Afganistan Medenî Kânunu'nda yargı yoluyla boşanma sebepleri tipleri tespit edilmiş, konuyla ilgili kânun maddelerindeki eksiklikler tespit edilmeye ve çözüm önerileri sunulmaya değinilmiştir.

Araştırmada Kullanılan Kaynaklar

Araştırmada öncelikle klasik fıkıh kaynaklarına müracaat etmeye özen gösterilmiştir. Konuya doğrudan veya dolaylı şekilde eğilen gerek klasik fıkıh öğretisi gerekse modern düzenlemeler kapsamında çok sayıda kitap ve makale bulunmaktadır. Ancak yaptığımız inceleme neticesinde Afganistan Medenî Kânunu ve Kânun-ı Ahval-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü' düzenlemelerinde yargı yoluyla boşanma sebepleri konusunu fıkıh öğretisi ve modern İslâm aile hukuku kânunlaştırmalarıyla mukayeseli olarak ele alan akademik bir çalışma tespit edemedik. Türkiye'de konunun fikhî buyutu ile alakalı biri "İslâm Hukukunda Kazâî Boşanma"¹ diğeri "İslâm Hukukunda Yargı Yoluyla Boşanma"² başlıklı iki yüksek lisans tez çalışması bulunmaktadır. Bu iki çalışmada konuyla ilgili modern kânunlaştırmalar dikkate alınmamış, yine konu Caferî mezhebi de dikkate alınarak incelenmemiştir. Bizim çalışmamızda konu hem fikhî hem de modern kânunlaştırmalar dikkate alınarak incelenmiştir ve bu yönüyle anılan çalışmadan belirgin bir şekilde farklılık arz eder. Çalışmamızda kaynak dili Arapça, Türkçe, Farsça ve İngilizce olan literatür kullanılarak, modern dönem hukuk düzenlemeleri ilgili ülkelerin yürürlükteki kânunları üzerinden incelenmektedir.

Çalışmada esas aldığımız kaynakların başında 1977 tarihli Afganistan Medenî Kânunu ve söz konusu kânunun şerhi yer almaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla AFMK'nın bir şerhi bulunmaktadır. Bu şerh Nizâmüddin Abdullah'ın, *Hukuk-i Fâmîl/Aile Hukuku (Şerh-i Kânun-ı Medenî-yi Afganistan)* adlı eseridir. Bunun yanında araştırma esnasında başvurduğumuz ve çalışmamıza çokça atıfta bulunduğumuz kaynaklar arasında ahvâlî'ş-

¹ Bu yüksek lisans tez çalışması 1988 yılında MÜSBE'de İlyas KARSLI tarafından hazırlanmıştır.

² Bu yüksek lisans tez çalışması 2001 yılında SÜSBE'de Mustafa BİLGİÇ tarafından hazırlanmıştır.

şahsiyye kânunlaştırmaları kapsamında kaleme alınan Muhammed Ebû Zehra'nın *el-Ahvâlî's-Şahsiyye* adlı eseri, Abdürrahman es-Sâbûnî'nin *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn fi't-Talâk* ve *Şerhu Kânunu'l-Ahvâlî's-Şahsiyyeti's-Suri* adlı eserleri, Abdülkâdir Adâlethâ'nın *Hukuk-ı Fâmîl* adlı eseri, Hayreddin Karaman'ın *Mukayeseli İslâm Hukuku* adlı eseri, Hamdi Döndüren'in *Delilleriyle Aile İlmihali* adlı eseri, Abdulkerim Zeydan'ın *el-Mufasssal fi Ahkâmi'l-Mer'e ve'l-Beyti'l-Müslim fi's-Şeriatî'l-İslâmiyye* adlı eseri ve Halil İbrahim Acar'ın *İslâm Aile Hukuku* adlı eseri yer almaktadır.

Araştırmada Kullanılan Yöntem

Konu Afganistan Medenî Kânunu'nda yer aldığı şekliyle muhteva açısından önce klasik fıkıh öğretisindeki kaynaklar tespit edilmiştir. Mezheplerin görüşlerini aktarırken her mezhebe ait olan güvenilir kaynaklara başvurulmaya özen gösterilmiştir. Ayrıca bahislerin sonunda konuya dair fıkıh mezheplerinin görüşleri hakkında mukayeseli bir şekilde değerlendirme yapılmıştır. Benzer şekilde Afganistan Medenî Kânunu'nda konu ile ilgili yer alan düzenlemeler detaylı bir şekilde ele alınıp modern İslâm aile hukuku kânunlaştırmalarıyla mukayese edilmiş ve kânunda yer alan düzenlemenin hangi mezhepten kaynaklandığı tespit edilmiştir. Yargı süreçleri, uygulama ve uygulamada karşılaşılan sorunlar hakkında yargı görevlileriyle şifahî görüşmeler yapılmıştır. Ancak şunu da ifade etmek isteriz ki araştırma esnasında karşılaştığımız zorluklardan biri boşanma ve tefrîk davaları ile ilgili Afganistan mahkemelerindeki sicil kayıtlarına ulaşamamızdır.

Afganistan Medenî Kânunu'nun Tarihçe ve Muhtevası

Afganistan Medenî Kânunu'nun Tarihçesi

Horasan bölgesinde yer alan ve günümüzde Afganistan olarak isimlendirilen ülke Miladi yedinci yüzyılda yani Hz. Ömer (r.a) zamanında fethedilip İslâm dini ile tanışmıştır. İslâm dini Afganistan'a girdiği dönemde bölgenin doğu kısmında Budizm, batı tarafında ise Budistlik ve Zerdüştlük inançları yaygın olmakla birlikte,³ güneşperestlik, Hristiyanlığın bazı mezhepleri ve Hinduizm de revaçtaydı.⁴ Bölgede İslâmiyet'in yaygın hale gelmesi

³ Abdulhay Habîbî, *Târih-i Afganistan ba'd ez İslâm* (تاریخ افغانستان بعد از اسلام) (İran: İntişârât-i Efsûn, 2002), 2, 3, 147.

⁴ Mir Ghulam Muhammed Gobâr, *Afganistan der Mesir-i Târih* (افغانستان در مسیر تاریخ) (Tahran: İntişârât-i Cumhurî, 2005), 1: 157.

ile birlikte eski hukuk düzenlerinin yerini İslâm hukuku almış ve günümüze dek İslâm'ın getirdiği hukuk sistemi (şariat) Afganistan'ın hukuk düzenini oluşturmuştur.

Afganistan'da günümüzde medenî kânunla düzenlenen konular İslâm'ın ilk döneminde diğer İslâm ülkelerinde de olduğu gibi müftü ve hâkimlere başvurularak çözümleniyordu. Müftü ve hâkimler ise klasik fıkıh eserlerinde tercih edilen (müfta bih) içtihatları esas alıyordu. 13. asırda Hindistan Delhi Sultanlığı öncülüğünde fetvâ kitapları tedvin edilmeye başlamış ve bunlar yarı resmi bir nitelik almıştır.⁵ Fetvâ mecmuaları geleneği Afganistan'da da sürmüştür, bizzat hükümdarlar tarafından fetvâ kitapları yazdırılmış ve yargıda esas kabul edilmesi istenmiştir.⁶ Örnek olarak, 1880-1901 yılları arasında iktidarda olan Afgan Emîri Abdurrahman Han, Ahmed Can Alikozai'yi Hanefî mezhebi içindeki ihtilaflardan arındırılmış bir eser telif etmekle görevlendirmiştir. Alikozai bunun üzerine *Esasu'l-kudât* (أساس القضاء) isimli bir eser kaleme almış ve eserde Hanefî mezhebi içindeki ihtilafları kaldırmaya çalışmıştır.⁷

1901-1919 yılları arasında Emîr Habibullah Han tahta geçince babasının öncülüğünü yaptığı kânunlaştırma hareketini sürdürmüştür. Emîr Habibullah Han'ın tahtta olduğu yıllar arasında bir yasalştırma heyeti tesis edilmiş ve *Kânun-i Hükkâm-i Devlet-i Hodâ Dâdî-yi Afganistan* (قانون حکام دولت خدا دادی افغانستان) “*Kavâid-i Sirâcu'l-Milleti ve'd-Din*” (قواعد سراج الملة و الدين), dış ülkelerden yapılan ithalat yasası, taziye, sünnet ve düğün gibi merasim ve törenlerde aşırı harcamalara set çekebilmek için *Nizâmname-yi Arûsî* (düğün) ve *Ta'ziyedârî* gibi yasal düzenlemeler yürürlüğe koyulmuştur.⁸

Emîr Habibullah Han ayrıca babası tarafından başlatılıp tamamlanamayan “*Diyâü'l-ahkâm*” (سراج الأحكام) adlı eseri *Sirâcü'l-ahkâm fî Muâmelâti'l-İslâm* (سراج الأحكام فى معاملات الإسلام) adı ile tamamladıktan sonra yayına hazırlamıştır.⁹ Söz konusu dönem içerisinde hükümdarın talimatı doğrultusunda *Mahfil-i Mizân-ı Tahkikât-ı Şerîyye* (محفل میزان تحقیقات شرعية) adlı İslâm ilimlerini araştıran, kitap telif ve çevirileri yapmayı

⁵ Muhammed Kamil Yaşaroğlu, Pakistan'da İslâm Ceza Hukukunun Kânunlaştırılması (Doktora Tezi, MÜSBE, 1996), 19.

⁶ Genel bilgi için bkz: Mehtarkhan Khwajamir, Afganistan'da İslâm Ceza Hukukunun Kânunlaştırılması (Doktora Tezi, NEÜSBE, 2015), 17-19.

⁷ İzzüddin Vekili Popelzâî, *Dârü'l-Kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (دار القضاء در افغانستان از اوائل عہد اسلام تا عہد جمہوریت) (Kabul: Matbaa-yi Devletî, 1369), 369.

⁸ Hazratgül Hosâmî, “Ravand-i Sistem-i Kânun-guzârî” (روند سیستم قانونگذاری), *Kazâ*, 6/6 (Haziran 1390): 82.

⁹ Popelzâî, *Dârü'l-Kazâ*, 406-407.

amaçlayan ilmî bir araştırma merkezi tesis ettirilmiştir.¹⁰ *Cem'iyet-i Telif-i Fetâvâ-yi Siracü'l-ahkâm* adlı konusunda âlim ve uzman kadından müteşekkil elli kişilik bir kurul ve on gözlemci *Siracü'l-ahkâm'ın* bitirilmesi amacıyla vazifelendirilmiştir.¹¹ Söz konusu kitabın önsözünden de anlaşıldığı gibi *Siracü'l-ahkâm* Hanefî mezhebinde kaleme alınmış şerh, metin, haşiye ve fetvâ kitaplarından iktibaslar yapılarak hazırlanıp Darice (Farsça) diline tercüme edilmiştir.¹²

1919-1929 yılları arasında hükümette bulunan Gazi Emanullah Han ilk olarak ülkenin dış politikasında İngiltere'ye olan bağımlılığını kaldırarak Afganistan'ın artık bağımsız olduğunu ilan etmiş ve¹³ akabinde de Afganistan hukuk sisteminde bir reform hareketi başlatmıştır. Gazi Emanullah Han *Mahfil-i vaz'ı Kanun* ismiyle bir şûra kurmuştur; şûrada sadece Afgan hukukçuları değil onların yanında Türk hukukçuları ve başka ülkelerden uzman hukukçular da yer almıştır. Yine bu dönemde medenî hukuk başta olmak üzere idarî, adli, iktisadî ve ticari gibi meseleleri tanzim etmek amacıyla 70'ten fazla kânunî düzenleme çıkartılmıştır.¹⁴ Bu dönemde yürürlüğe giren yasalardan konumuzla doğrudan ilgili biraz daha yakından görmek uygun olacaktır.

Temessüku'l-Kudâti'l-Emâniyye (تمسك القضاة الأمانية): Eser Emanullah Han'ın emriyle dönemin meşhur âlimi Abdu'l-Vasi Kandeharî tarafından kaleme alınmış; hâkimler ve başyargıcının denetiminden sonra 1921 yılında çıkan bir ferman ile yürürlüğe sokulmuştur. Eser medenî hukuku ve ceza hukukunu içeren iki cilt halinde yayınlanmıştır.¹⁵ Eserin mukaddimesinde onun kaleme alınma amacı, mezhepteki ihtilafların çözüme kavuşturulması şeklinde açıklanmış, ayrıca fıkıh eserlerinin Arapça olması sebebiyle Afganistan halkının anlayabilmesi için Darice (Farsça) olarak kaleme alındığı vurgulanmıştır. Eser Hanefî fıkıh eserlerinden müftâ bih görüşlerin bir araya getirilmesi ve hükümdar fermanıyla hâkimlerin yargı kararlarında bağlı kalmaları zorunlu bir nitelik kazanmıştır.¹⁶

¹⁰ Popelzaî, *Dârü'l-Kazâ*, 413-414.

¹¹ Abdulhay Habîbî, *Cunbûş-i Maşrûtiyyet der Afganistan (جنبش مشروطیت در افغانستان)* (Y.y. 1372), 36.

¹² Komisyon, *Siracü'l-Ahkâm fî Muâmelâti'l-İslâm (سراج الاحکام فی معاملات الاسلام)* (Kabul: Matbaa-yi Şahî Darüsaltana-yi Kabul, 1327-1335), 1: 5.

¹³ Gobâr, *Afganistan der Mesir-i Târih*, 1: 752.

¹⁴ Muhammed Azîm Faryâbî, "Negâhi be Pişîne-yi Kânun-gozârî der Afganistan" (نگاهی به پیشینه ای (قانونگذاری در افغانستان) *Kazâ*, 7/4 (Eylül/Mizân 1388): 119.

¹⁵ Habîbî, *Cunbûş-i Maşrûtiyyet*, 54.

¹⁶ Abdu'l-Vâsi Kendaharî, *Temessüku'l-Kudâti'l-Emâniyye (تمسك القضاة الامانية)* (Kabul: Matbaa-ı Sengi-yi Dâru's-Saltana, 1300), 2: 2-4.

1924 yılında Loya Cirge tarafından *Fetava-yı Emaniyye'nin* telifi için bir şura tesis edilmiştir. Söz konusu fetvâ kitabının telif amacı, din adamlarının reform hareketlerine karşı gösterdiği bir tepki olarak bu dönemde yürürlükte olan kânunların yerine geçmesi şeklinde açıklanmıştır. Dolayısıyla bu dönemdeki sivil ulema her türlü kânunlaştırma faaliyetine karşı çıkararak yasaları mülga edip tekrar fetvâ kitabı telif edilmesi ve yargıda ona göre karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır.¹⁷

Beş fasıl ve kırk iki maddeden oluşan Evlilik Kânunu (kânun-i izdivaç) isimli kânun 1971'de yürürlüğe sokulmuştur. Kânunun fasıllarının muhtevası özetle şu şekildedir: Birinci fasıl (m.1-8) umumi hükümler; ikinci fasıl (m. 9-31) evlilik cüzdanının tertip edilmesi ve hazırlanması; üçüncü fasıl (m. 32-35) talâk ve tefrîk; dördüncü fasıl (m. 36-38) nikâh, talâk ve yargı yoluyla boşanma davalarına yönelik prosedür; beşinci fasıl (m.39-42) muhtelif meselelere dair hükümler.¹⁸ 1977'de yayınlanan Medenî Kânun ile de söz konusu kânun yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁹

1921'den 1977'ye kadar geçen sürede medenî hukuk ile alakalı çıkartılan yasalar kısa ve genel olarak aile hukukuna dair düzenlemelerdir. Afganistan kânunlaştırma tarihinde medenî kânun ve cezâ kânunu terimleri, ilk defa *Temessüku'l-Kudâti'l-Emâniyye* (تمسك القضاء الأمانية) isimli eserde kullanılmıştır.

1977'de Kânun-ı Medenî adıyla yürürlüğe giren geniş kapsamlı kânun halen yürürlüktedir. Söz konusu yasanın taslağı 1961 yılında Afganistan'ın ünlü ve saygın hukukçularından Muhammed Musa Şefik'in²⁰ Afganistan Adalet Bakanlığı'nda yasalaştırma başkanı olduğu dönemde onun gayret ve öncülüğünde Mısırlı ileri gelen hukukçulardan müteşekkil bir kurulun çalışmalarıyla hazır hale getirilmiş ancak o dönemde kânunlaşmamıştır. Taslak daha sonra Afganistan'ın resmi dili Darice (Farsça)

¹⁷ Popelzâi, *Dâru'l-Kazâ*, 558-560; Faryâbî, “Negâhi be Pişine-yi Kânun-gozârî der Afganistan”, 118, 119.

¹⁸ Vezâret-i Adliye, Kânun-i İzdivac (Evlilik Kânunu), *Ceride-yi Resmî*, sy., 9 (190), 1350/1971, md., 1-42.

¹⁹ Vezâret-i Adliye-yi Cumhuri-yi İslâmi-yi Afganistan, *Kânun-i Medenî-yi Afganistan*, *Ceride-yi Resmî*, sy., 353, 1355/1977, mad., 2416.

²⁰ Muhammed İbrâhim Atâî, *Nigâhî Muhtasar be Târih-i Muâsır-i Afganistan* (نگاهی مختصر بتاریخ معاصر افغانستان) (Kabul: Bengâh İntesârât-i Matbaa-yi Meyvend, 2005), 365-367.

ve Peştuca'ya tercüme edilmiş bakanlar kurulu onayıyla 1977 yılında yürürlüğe girmiştir.²¹

1978 yılında yedi maddeden oluşan mehir ve düğün masraflarıyla alakalı bir kararname çıkarılıp Afganistan'da gelinin yakınlarının (velisinin) damat tarafından aldığı başlık parası yasaklanarak mehrin en yüksek miktarı on dirhem olarak belirlenmiştir. Kararnamede, nişanlılık döneminde, nevruz (yılbaşı), bayram gibi halkın hususi günlerinde damat tarafından geline hediyeler alınması zorunlu olamayacağı, evlilik akdinin iki tarafın da kabulü ve rızası olmaksızın kurulamayacağı, evlenmek isteyen dul hanımların da evliliğine hiç kimsenin mâni olamayacağı hükme bağlanmıştır. Kânun kızların on altı, erkeklerin ise on sekiz yaşından önce nişanlanamayacağı ve evlenemeyeceğini âmirdir.²² Kânun bu ihlal durumunda alt sınırı altı aydan az olmamak şartıyla üç yıla kadar hapis cezası ve alınan para ve mala el konulması (müsadere) müeyyidelerini öngörür.²³

2017 yılında Afganistan İslâm Cumhuriyeti Devleti Cumhurbaşkanı Muhammed Ashraf Ghani (Eşref Ganî) tarafından dört fasıl ve yirmi beş maddeden oluşan *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî* (düğün merasimi yarasası) isimli bir yasa çıkartılıp yürürlüğe sokulmuştur. Kânunun içeriği özetle şu şekildedir: Birinci fasıl, (m. 1-4) kânunun temeli, gâyeleri ve kavramları; ikinci fasıl, (m. 5-12) düğün merasimleri, başlık parası, hediyeler, düğün elbisesi; çeyizlik, düğüne davet edilen kişilerin sayısı, mehir, İslâm Şeriatına aykırı olan elbiseler; üçüncü fasıl, (m. 13-20) yüksek mahkeme kurumu başta olmak üzere ilgili kurumların bu kânuna karşı sorumlulukları; dördüncü fasıl , (m. 21-25) muhtelif hükümler.²⁴

Kânun-ı Merâsim-i Arûsî İslâm dininin hükümlerine aykırı gelenek ve görenekleri ortadan kaldırmak, sahih kültürel değerleri korumak, iyi ve seçkin geleneklere saygı duymak, düğünlerde aşırı masrafları önlemek, düğün ile ilgili törenlerin kolaylaştırılması

²¹ Hazratgöl Hosâmî, *Tarih-i Kazâ der Afganistan* (تاریخ قضاء در افغانستان) (Kabul: İntişarat-ı Saîd, 1388), 298-300; Afganistan Medenî Kânunun tarihsel süreci hakkında detaylı bilgi için bkz: Mehtarkhan Khwajamir, "Afganistan Medeni Kânununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 26 (2015): 369-382; Khwajamir, Afganistan'da İslâm Ceza Hukukunun Kânunlaştırılması, 90, 91.

²² *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad.,70.

²³ Cumhurî-yi Demokratik Afganistan Vezâret-i Adliye, Fermân-i Şumâra 7, der Bâre-yi Mehîr ve Mesârîf-i Arûsî (Mehir ve düğün harcamalarıyla alakalı), Ceride-yi Resmî, sy., 409, 1357/1978, mad., 1-6.

²⁴ Cumhuri-yi İslâmi-yi Afganistan Vezâret-i Adliye, *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî* (Düğün törenleri kânunu), Ceride-yi Resmî, sy., 1280, 1396/2017, mad., 1-25.

için bir çevre hazırlamak, İslâmi değerleri korumak ve ahlakî bozulmaları önlemek amacıyla hazırlanıp yürürlüğe sokulmuştur.²⁵

Kânun düğün merasiminden önce, otel, restoran ve salonlarda yapılacak törenleri yasaklamaktadır.²⁶ Gelinlik, İslâm Şerîatına uygun olarak iki tarafın anlaşmasıyla damat tarafından hazırlanır;²⁷ gelin ve damadın yakınlarında yakınlarının düğün merasimine katılacakların azami sayısı 500 kişiyi aşamaz; düğün otel, salon ve restoranlarda düzenlenebilir;²⁸ düğüne katılan kadın ve erkeklerin düğün esnasında karışık bir şekilde oturmalarına izin verilmez;²⁹ evlenecek kadın ve erkek düğün merasimi öncesinde veya merasim sırasında, mehrin türünü ve miktarını belirleyebilir;³⁰ tören ve kutlamalarda kadın ve erkeklerin İslâm Şerîatına aykırı bir şekilde kıyafet giyinmelerinin izin verilmez;³¹ erkeklerin kadın giysilerini kadınların da erkek giysileri kullanmalarına izin verilmez;³² belediyeler ve iş sendikalarının otel, salon ve restoranlarda düğün merasimleri için hazırlanan yemek menülerini kontrol eder ve kişi başı üç yüz Afgani'yi aşan menülerin hazırlanmasını ve alkollü içecek tüketimini engeller;³³ otel, salon ve restoranların idarecileri tarafından, gece saat 11.00'den sonra merâsim ve kutlamalara devam edilmesi engellenir;³⁴ Şerîat açısından câiz olmayan kutlama ve törenlerin otel ve evde yapılması yasaktır.³⁵ Kânunda İslâm Şerîatına aykırı olan elbise şöyle tarif edilmiştir: Kadının bedenini gösteren yarı çıplak, ince, dar ve sıkı kıyafetler, İslâm Şeriatına aykırı olan elbiseler olup merasim ve partilerde giyinilmesi yasaktır.³⁶ Bu yasanın on sekizinci maddesine aykırı bir şekilde hareket eden otel, salon ve restoranlar en az otuz bin (30.000) Afgani ile bir aya kadar işyerinin mühürlenmesi ve işyeri ruhsatlarının iptali ile cezalandırılır.³⁷

²⁵ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 2. fıkra, 1-4.

²⁶ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 4.

²⁷ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 8.

²⁸ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 10. fıkra, 1.

²⁹ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 10. fıkra, 2.

³⁰ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 11; Mehir erkeğin ekonomi gücüne göre tayin edilmektedir.

³¹ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 12. fıkra, 1.

³² *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 12. fıkra, 2.

³³ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 17. Fıkra, 1.

³⁴ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 18. Fıkra, 8.

³⁵ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 20.

³⁶ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 3. Fıkra, 15.

³⁷ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 22. Fıkra. 1-3.

Kânunun yürürlüğe girmesiyle, mehir ve düğün masrafları ile ilgili 1978 yılında yayımlanan 409 nolu ferman, mülga olmuştur.³⁸

Afganistan Medenî Kânunu'nun tarihçesiyle ilgili bu özetten sonra aşağıda kısaca kânunun muhtevası tanıtılacaktır.

Afganistan Medenî Kânunu'nun Muhtevası

1977 tarihli AFMK dört kitap ve iki bin dört yüz on altı (2416) maddeden meydana gelmektedir:

1. Kitap: (m. 1-483) kânunun tatbikî başlığıyla genel hükümler; (m.1-3) kânunun tatbik sahası, (m. 4-9) hakkın kullanılması, (m.10-15) zaman açısından kânunun uygulanması, (m.16-35) mekân açısından kânunun tatbikî, (m. 36-45) hakîkî şahıslar, (m. 46-50) medeni durumu, (m. 51-54) ikametgâh, (m. 55) vatandaşlık, (m. 56-59) aile, (m. 60-89) nikâh akdi, (m. 90-97) nikâh akdinin sonuçları, (m. 98-114) mehir, (m. 115-116) mesken, (m.117-130) nafaka, (m.131) evlilik akdinin sona ermesi, (m.132-134) evlilik akdinin feshi, (m.135-155) talâk, (m.156-175) hul'/muhâlea, (m.176-197) yargı yoluyla boşanma/tefrîk, (m. 198-216) evliliğin sona ermesinden doğan sonuçlar, iddet, (m. 217-336) çocukların hakları, (m.337-342) hükmî şahıslar, (m.343-402) vakıf, (m. 403-471) dernek ve kurumlar, (m. 472-483) mal varlığına dair konular.

2. Kitap: (m. 484-491) hak, umûmî hükümler, (m. 492-812) hakkın kaynakları, akitler, akdin şartları, batıl akit, fasit akit, mevkûf akit, gayr-ı lâzım akit, (m. 813-948) yükümlülüğün sonuçları, (m. 949-982) akdin sonlanması, (m. 983-1034) akdin ispatlanması hakkında hükümler.

3. Kitap: (m.1035-1321) muayyen akitler ve temlîk, (m. 1322-1480) intifa akitleri, (m. 1481-1642) iş sözleşmeleri, (m.1643-1664) ihtimalî akitler ve sigorta akdi, (m. 1665-1899) tevsîk akitleri.

4. Kitap: (m.1900-2366) ayni haklar, aslî aynî haklar, mülkiyet, mirâs, vasiyet, şufa hakkı, hıyazet hakkı, intifa hakkı, kullanım ve oturma hakkı, hakr' (inhisar) hakkı ve irtifak hakkı, (m. 2367-2416) ferî aynî haklar, hapis hakkı, ihtisas ve öncelik hakları.³⁹

³⁸ *Kânun-ı Merâsim-i Arûsî*, mad., 25.

³⁹ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 1-2416.

Kânunun birinci maddesinin ikinci fıkrasına göre, bir mesele hakkında kânunda hiçbir düzenleme bulunmadığı takdirde, yargıç adâleti en iyi bir şekilde gerçekleştirebilmek amacıyla, Hanefî mezhebinin genel esaslarına göre hüküm verir.⁴⁰ Kânunun ikinci maddesi, bir meselenin hükmünün ne kânunda ne de Hanefî mezhebinde bulunmaması durumunda, yargıç kânuna ve adâlet esaslarına aykırı olmamak kaydıyla genel örf dayanarak hüküm verir.⁴¹ Söz konusu maddelerin hükmünden, Afganistan Medenî Kânunu'nun birinci kaynağının Hanefî mezhebi, ikinci kaynağının ise genel örf olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kânunun yer yer Hanefî mezhebinin görüşlerini terk ederek fikhî mezheplerinin görüşlerini tercih ettiği veya evlilik için asgari yaş sınırı belirlenmesi⁴² gibi bazı konularda yeni içtihatlar ortaya koyduğu görülmektedir.

Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'e Genel Bir Bakış

Afganistan nüfusunun takriben yüzde 15-18'lik bölümü Şî'ilerden oluşur. Şî'anın Ca'ferî kolu 2004 yılında çıkartılan *Kânun-ı Esâsî-yi Afganistan* (Afganistan Anayasasında) ile resmi bir fikhî mezhep olarak kabul edilmiştir. Bu Anayasadan önce çıkartılan bütün anayasalarda belirli bir konuyla ilgili kânunlarda açık bir hüküm bulunmadığında yargıçların yalnızca Hanefî mezhebini esas alarak hüküm vermeleri gerektiği ifade edilirken bu anayasanın 131. maddesinin hükmü uyarınca Şî mezhebine mensûp olan vatandaşların ahvâl-i şahsiyye ile alakalı davaları Ca'ferî fikhına göre hükme bağlanmaya başlanmıştır.⁴³ Bu Anayasa hükmüne dayalı olarak Afganistan'daki Şî'iler tarafından 2008 yılında Ca'ferî mezhebi esas alınarak iki yüz kırk dokuz maddeden müteşekkil *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'* isimli bir yasa taslağı düzenlenmiştir. Ancak taslak kadın hakları ihlali içeren bazı hükümler barındırdığı gerekçesiyle başta İnsan Hakları Kurumu olmak üzere benzer kurumlardan gelen tepkiler üzerine tadil edilmiş ve iki yüz otuz altı (236) maddeden oluşan ikinci kânun taslağı kabul edilip yürürlüğe girmiştir.⁴⁴

Kânun üç fasıl ve iki yüz otuz altı maddeden oluşmaktadır:

⁴⁰ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 1, bent, 2.

⁴¹ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad. 2.

⁴² Afganistan Medenî Kânunu'nun 70. maddesinde evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak sınırlandırılmıştır.

⁴³ Cumhuri-yi İslâmi-yi Afganistan Vezâret-i Adliye, *Kânun-ı Esâsî-yi Afganistan* (Afganistan Anayasası), Cerîde-yi Resmî Sy., 818, 2004/1382, mad., 131.

⁴⁴ Cumhuri-yi İslâmi-yi Afganistan Vezâret-i Adliye, *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, Cerîde-yi Resmî, sy., 988, 2009.

Birinci Fasıl (m.1-66): Ehliyet ve şahsiyet ile ilgili genel hükümler; kânunun kaynağı (m. 1), kânunun uygulanması ile ilgili durumlar (m. 2), ehliyetin tanımı ve çeşitleri (m. 3-7), gâibin tarifi, çeşitleri ve gâipliğin hükmü, müfettiş ve emin tayin edilmesi, hükmî ölüm ve sonuçları (m.8-24), hacrin tanımı, türleri ve sebepleri (m.25-40), velâyetin mahîyeti, çeşitleri ve velinin yetkileri (m.41-66).

İkinci Fasıl (m.67-180): Aile; yakınlık, çeşitleri ve derecesi (m.67-73), kız isteme, nişanlılık, evlilik taahhüdü, nişanlıların birbirini görmesi ve nişan masrafları (m.74-80), evlilik akdinin engelleri, liân ve kazf/iftira, zina, üç talâk ve dokuz talâk, küfür ve livâta (m. 81-93), evlilik akdinin sıhhat şartları, evlilik yaşı, nikâh akdinin lafızları ve evlilikte vekâlet (m.94-103), evlilikten doğan sonuçlar, mehir ve türleri, mehrin mülkiyeti, çeyiz, karı kocanın ortak sorumlulukları ve birbirine karşı hakları ve akdin zımni şartları (m.104-125), evlilik akdinin ortadan kaldırılması, fesih, şarta muhalefet, tedlîs (yanlış tanıtma), nikâh akdinin infisahı, irtidâd, liân, boşama, yargı aracılığıyla boşanma, boşamanın çeşitleri, hul talâkı, talâk-ı mubârât, talâk ve ölüm iddeti (m.126-160), nafakanın tanımı, kadının meskeni ve akrabalarının nafakası (m.161-172), çocukların nesebi, nesebin ispatlanması, hidâne (çocuğu büyütme hakkı), hidânenin engelleri ve evlilik olaylarının kaydedilmesi (m.173-180).

Üçüncü Fasıl (m. 181-236): Vasiyetin tanımı, hükmü ve çeşitleri ve vasiyetin ispatlanması (m.181-193), tereke ve mirasın tanımı, mirasın sebepleri, şartları ve mirasın engelleri (m.194-220), vakıf, tarifi ve rükünleri, vakfın çeşitleri, şartları ve intifa-i menâfi (m.221-231), hibenin tanımı, rükünleri, hibenin sıhhat şartları ve hibeden dönmek (m.232-236).⁴⁵

Günümüz Afganistan yargı sisteminde Sünnilerin medenî hukukla alakalı davaları 1977 yılında yürürlüğe giren Medenî Kânuna göre görülürken, Ca'ferî mezhebi mensûplarının yalnızca ahvâl-i şahsiyye konularındaki davaları *Kânun-i Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'* yasasına göre hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla Afganistan yargı sisteminde ahval-i şahsiyye alanında ikili bir hukuk düzeni mevcuttur.

⁴⁵ *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, mad., 1-236.

BÖLÜM 1: FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE EVLİLİK BAĞININ SONA ERMESİYLE İLGİLİ UYGULAMALAR, İSLÂM HUKUKUNDA EVLİLİK BAĞININ SONLANDIRILMASIYLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR VE İŞLEMİN HUKUKÎ SONUCU

1.1. Boşanma ile İlgili Farklı Hukuk Sistemleri

Tarih boyunca evlilik hayatının tesisi ve sonlandırılması, toplumun en küçük birimi olan aileyi olduğu kadar devlet ve toplumu da yakından ilgilendiren bir konu olmuştur. Bu yüzden aile kurumu ahlak, din ve hukukun odak noktalarından birini teşkil etmiştir. Tarihi uygulamalara bakıldığında evlilik bağının sona ermesi ile ilgili “toplumsal” ve “ferdiyetçi” diye adlandırabileceğimiz, esasta birbirine zıt iki yaklaşımın varlığından söz edilebilir.

Yahudilik, Hristiyanlık ve İslâm gibi semavi dinlerin toplum hayatına egemen olduğu asır ve cemiyetlerde bu dinler tarafından belirlenen ölçütlerin evlilik bağının kurulması ve bu bağın sonlandırılmasıyla ilgili düzenlemeler üzerinde belirleyici role sahip oldukları görülebilir. Tarih boyunca boşanma konusunda uygulanan farklı sistemler dört başlık altında ele alınabilir:

- a. Evliliği sonlandırmayı câiz görmeyen sistem;
- b. Evliliğin sona ermesini serbest bırakan sistem;
- c. Boşanmanın yargıcın kararına bağlandığı sistem;
- d. Nikâh akdinin sona erdirilmesiyle ilgili İslâm’ın getirdiği sistem.⁴⁶

⁴⁶ Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali* (İstanbul: Erkam Yayınları, 1434/2013), 337; İslâm hukuku, boşanma konusunda, nevi şahsına hâs bir sistem benimsemiştir. Bazı yazar ve hukukçuların, İslâm hukukunu, hususi ve serbest boşanma sistemini kabul eden hukuklar arasında göstermelerinin isabetli olmadığı söylenebilir. Zira İslâm hukukunda gerek erkek gerekse bayan eşin boşanma hakkının bulunduğunu; boşama yetkisinin ise eşler, hakemler ve yargı arasında paylaşıldığını, ayrıca boşanma ile ilgili birtakım dini ve hukukî sınırlandırmalar yapıldığını ifade edebiliriz. Dolayısıyla İslâm boşanma hukukunun, serbest boşanma sistemiyle ve boşanma yetkisini mahkemeye devreden sistemle bazı ortak özellikler taşımakla birlikte, bu boşanma sistemlerinden farklı olduğu yönler bulunmaktadır. Bunun için İslâm fiqhında çerçevesi çizilen boşanma sisteminin nevi şahsına hâs ayrı bir sistem olduğunu söylememiz gerekmektedir. Yani İslâm Aile hukukunda ne insanın fitratına aykırı bir şekilde boşanma temelinden yasaklanmış ne de boşanma yetkisi kocanın elinden alınıp bütünüyle yargıya verilmiş; yukarıda zikredilen farklı sistemleri bünyesinde barındırmakla beraber hayatın gerçeklerini göz önünde bulundurarak maslahata da uygun olan kendine özgü orta bir yol yani alternatifli bir düzenleme seçilerek ihtiyaç durumunda boşanmaya cevaz verilmiştir. Hamdi Döndüren’in *Delilleriyle Aile İlmihali* adlı eseri başta olmak üzere birçok aile hukuku kitaplarında boşanma sistemi ile ilgili bizim tercih ettiğimiz tasnifin müşahede edilmesi mümkündür.

Aşağıda sırası ile anılan sistemlere kısaca değinilecektir.

1.1.1. Boşanmayı Câiz Görmeyen Hukuk Sistemi

Hristiyanlığın bir kolu olan Katolik inancında, karı-koca arasında evlilik akdinin gerçekleşmesinden sonra oluşan bağın ortadan kaldırılamayacağı kuralı benimsenmiştir. İlk dönemlerde Hristiyanlık ve kilise hukukunda boşanma câiz görülmekteydi. 10. asırdan sonra, İncil’de yer alan “Allah’ın birleştirdiğini insan ayıramaz (tefrîk edemez)”⁴⁷ “Kim ki bir başka kadınla evlenmek amacıyla zevcesini boşarsa, ona karşı zina işlemiş addedilir”, “Ve bir kadın başka bir erkekle evlenme sebebiyle kocasını terk ederse, zina yapmış sayılır”⁴⁸ ifadelerine istinaden nikâh akdinin sona erdirilmesi yasaklanmıştır.⁴⁹ Bu esasla nikâh sözleşmesi ile birlikte karı-kocanın ruhları birleşirler ve bu şekilde oluşan bağın insanlar eliyle ortadan kaldırılması mümkün değildir.⁵⁰ Bu düşünceye göre evlenme Rûhu’l-Kudus’ün bir nimet olarak erkekle kadını bir araya getirdiği ve karı-kocayı tek bir varlık haline getirdiği bir gizemdir.⁵¹ Ancak Katolik inancında zina sebebi ile “sürekli ayrılık”; din değiştirme, çocukları Katolikliğe aykırı terbiye etmek, eşinin sıhhatini tehlikeye düşürme, kötü yaşam sürme ve ağır hareket nedenleriyle “geçici ayrılık” kurumu öngörülmüştür.⁵² Söz konusu ayrılıktan maksat boşanma değil, nikâh akdi sabit olmakla beraber, yatak, masa ve mesken ayrılığıdır.⁵³ Ancak uygulamada konuya esneklik kazandıran “geçici ayrılık” kurumu da kifayetsiz olmamıştır. Zira zina işleyen kocaya süresiz ayrılma kuralı tatbik edilirken, aslında nikâh akdi sürdüğünden dolayı, diğer bir kişi ile evlilik akdi kurma yasağı da devam etmekteydi. Bu durumda böyle bir hanım ne eşine geri dönebilecek ne de bir başkası ile evlilik bağı kurabilirdi. Bu ise onu fuhuşa itmek manasına geliyordu.⁵⁴

⁴⁷ Yeni Ahit, Matta, 19/6; Markos, 10/9; Pavlos’un Mektupları, 7/10; Abdurrahman es-Sâbûnî, *Ahkâmü’-talâk fi’l-Fıkhı’l-İslâmî*, 2. Baskı (Dubai: Dâru’l-Kalem Li’n-neşr-i ve’t-tevzî’, 1993/1413), 17-18; Turgut Akıntürk-Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku*, 21. Baskı (İstanbul: Beta basım yayım, 2019), 2: 236.

⁴⁸ Yeni Ahit, Matta, 19/9, Markos, 10/11-12; Luka, 16/18; Abdurrahman es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti’z-Zevceyn fi’t-Talâk*, 2. Baskı (Suriye/Haleb: Dâru’l-fikir, 1968), 1: 37 vd.; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 337-338; es-Sabûnî, *Ahkâmü’-talâk*, 17, 18.

⁴⁹ Akıntürk-Ateş, *Türk Medenî Hukuku*, 2: 237.

⁵⁰ Yeni Ahit Matta, 19/3-9; Nezâmüddîn Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil* (Şerh-i Kânun-i Medenî-yi Afganistan) (Kabul: İntişârât-i Saîd, 1394), 268-270.

⁵¹ Yeni Ahit Matta, 19/4-5; Markos, 10/6, 7-8; Abdulkâdir Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil* (Kabul: Bengâh-i İntişârât ve Matbaa-yi Meyvand, 1394), 219; es-Sabûnî, *Medâ Hürriyeti’z-Zevceyn*, 1: 137-140.

⁵² Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Ailenin Çilesi Boşanma* (İstanbul: Çağdaş Yayınları, 1976), 146.

⁵³ Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 2. Baskı (Konya: Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1988), 17.

⁵⁴ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 337-338.

Söz konusu umumi boşanma yasağı sistemi 16. yüzyıla kadar Avrupa ülkelerinin hemen hepsinde kabul uygulamada kalmıştır. Reform hareketiyle diğer konularda olduğu gibi boşanma konusunda da Katolikliğin prensipleriyle çatışma içinde olan Protestanlığın ortaya çıkıp yayılmasıyla birlikte bazı Avrupa ülkeleri boşanmayı hukuken mümkün hale getirmiştir.⁵⁵ Katolik inancının boşanma konusundaki katı tutumu zaman içinde bu inancın yaygın olduğu ülkelerde de işlerliğini kaybetmeye başlamıştır. Nitekim İtalya’da 1974 Portekiz 1978 ve İspanya’da 1981. yıllarında boşanma sistemi kabul edilmiştir.⁵⁶

Katolik inancının anılan katı tutumu kişi özgürlüğü ve toplumsal yaşamın gerekleriyle şiddetli bir uyuşmazlık içinde olması sebebiyle eleştirilmiştir. Birbirinden nefret duyan eşleri birlikte hayat geçirmeye mecbur etmenin yalnızca onlara değil aynı zamanda aile ve topluma da ciddi zararlar vereceği aşikârdır.⁵⁷

1.1.2. Boşanmayı Serbest Bırakan Hukuk Sistemi

Katolik inancı ve bu inanç üzerinden şekillenen hukukun tam aksi istikamette bireysellik ve eşitlik düşüncesine dayanan hukuk sisteminde karı kocanın her birine evliliği sonlandırma yetkisi verilmekle, ister anlaşmalı ister tek taraflı olarak boşanmaya imkân tanınmaktadır. Bu, tarafların özgür iradeleriyle gerçekleşen evlilik bağının yine onların özgür iradeleriyle sonlandırılabilmesi gerektiği düşüncesine dayanır.⁵⁸

Bu sistem, Roma, Cermen, Babil ve İbrâni hukuk sistemlerine ait bir görüş olup⁵⁹ Romanya, Çin, Belçika, Lüksemburg, İskandinav ülkeleri, Sovyet Rusya, Japonya ve bazı komünist ülkelerde benimsenmiştir. Ancak boşanma olaylarının artması, ahlaki bozulma ve boşanmanın doğurduğu diğer sorunlar göz önünde bulundurularak söz konusu uygulamanın tatbik edildiği ülkelerde serbestlik ilkesinde önemli sınırlamalara gidilmek zorunda kalmıştır.⁶⁰

⁵⁵ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 338; Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 17-18.

⁵⁶ Akıntürk-Ateş, *Türk Medenî Hukuku*, 2: 238.

⁵⁷ Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 17-18; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1968), 2: 217; Velidedeoğlu, *Ailenin Çilesi Boşanma*, 136-137.

⁵⁸ Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 18-20; Akıntürk-Ateş, *Türk Medenî Hukuku*, 2: 238; Velidedeoğlu, *Ailenin Çilesi Boşanma*, 136-138.

⁵⁹ Akıntürk-Ateş, *Türk Medenî Hukuku*, 2: 238.

⁶⁰ Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 19-20; Bekir Topaloğlu, *İslâmda Kadın*, 14. Baskı (İstanbul: Yağmur Yayınları, 1984), 140; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 338-339.

Yahudilikte boşanmayla ilgili iki görüş bulunur: 1- Tevrat ve Talmud'u semavi kitap kabul edenlere (Rabbânîler) göre boşama/talâk zevcin tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşebilir. Fakat bu hoş görülmeyen bir eylemdir. 2- Talmud'u semâvî bir kitap olarak görmeyenlere göre (Karâînler) ise, yargıcın uygun göreceği meşru kabul edilen bir gerekçe olmadan, zevcin tek taraflı talâkı câiz olmaz. Buna göre dinen/hukuken belirlenmiş nedenlere istinât ederek zevç yahut zevce yargı yoluyla boşanma talebinde bulunabilir. Eşler kendi arasında anlaşarak boşanmaya karar verdiklerinde ise hiçbir neden beyan etmeksizin ancak yine yargıç önünde olmak üzere boşanmayı gerçekleştirebilirler.⁶¹

1.1.3. Boşanmayı Mahkeme Kararına Bağlayan Hukuk Sistemi

Yukarıda değindiğimiz, boşanmayı katı bir şekilde yasaklayan ve onu tamamen serbest bırakan iki hukuk sistemi arasında orta bir konumda bulunan üçüncü bir sistem Avrupa'da 16. yüzyıldan itibaren ortaya çıkmıştır. Yukarıda da işaret edildiği gibi Protestanlığın çıkışı ve yayılışıyla paralellik arz eden bu durum zaman içinde başta Almanya, Fransa ve İsviçre olmak üzere batılı ve Türkiye Cumhuriyeti gibi diğer demokratik devletlerin çoğunda benimsenen sistem olmuştur.⁶²

Söz konusu sistemde evlilik bağının sonlandırması, kânunda belirlenen bir nedene istinât edilerek ve yargıcın kararıyla olmak şartıyla mümkündür.⁶³

Protestan'da boşanmaya sebep teşkil eden nedenler şunlardır:

- 1- Zina işlemek
- 2- Evini terk etmek
- 3- Evliliğin sorumluluklarını ifa etmekten imtina etmek
- 4- Sıhhate zarar veren kötü davranış
- 5- Cana kast

⁶¹ es-Sâbûnî, *Ahkâmü't-talâk*, 15-16; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 1: 32-33; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 340;

⁶² Akıntürk-Ateş, *Türk Medenî Hukuku*, 2: 239; Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 21; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 340.

⁶³ es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 1: 33; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 340.

6- Cünun (akıl hastalığı)

7- Günah addedilen bir suç işlemek.⁶⁴

Görüldüğü gibi, Katolikliğin kabul ettiği ayrılık sebepleriyle Protestanlığın kabul ettiği boşanma sebepleri hemen hemen aynıdır. Dolayısıyla aralarında Türkiye'nin de bulunduğu boşanmayı belirli durumların gerçekleşmesine istinaden hâkim kararına bırakan hukuk sistemlerinde boşanma için geçerli sayılan sebeplerin neredeyse tümü Kilise hukukundan alınmıştır.⁶⁵

Boşanmayı yargı kararına bağlayan hukuk sistemi, Katolikliğin konuyla ilgili katı tutumuna karşı bir reaksiyon şeklinde ortaya çıkmış olsa da onun tesirinden tam olarak kurtulmuş olduğu söylenemez. Zira boşanma kararı belirli gerekçelere dayandırılmak zorundadır. Ayrıca bu sistemde yargıca geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır; boşanma kararının istinâ edeceği nedenlerin varlığının kanıtlanamaması veya yargıcın vicdanen buna kani olmaması durumunda da eşlerin ayrılabilmesi söz konusu olamaz. Buna göre yargıç ileri sürülen nedenleri yeterli görmezse, boşanma için açılan davayı kabul etmeyebilir. Boşanmayı zorlaştırması nedeniyle söz konusu sistem de eleştirilmiş,⁶⁶ bunun toplum içinde gayr-ı meşru ilişkilere ve ahlaki çöküntüye sebebiyet vereceğine işaret edilmiştir.⁶⁷

1.1.4. İslâm Aile Hukukunda Boşanma

Kur'ân-ı Kerim ve Rasulullah'ın sünnetinin, “ayrılma/boşanma” hususunda getirdiği temel ilke ve hükümlere ve bu ilke ve hükümler üzerinde temellenen fikhî görüşlere dikkatlice bakıldığında, İslâm aile hukukunda boşanmanın “talâk, hul/muhâlea ve tefrîk” olmak üzere üç yolla gerçekleşebileceği, dolayısıyla evlilik bağının sonlandırılması konusunda kocaya, karıya ve yargıya da farklı yetki, imkân ve salahiyetlerin tanındığı gözlemlenebilir.⁶⁸

⁶⁴ İsevilerin müfarakatı hakkında bkz: 1917 Tarihli *Aile Hukuku Kararnamesi*, mad., 132. Hazırlayan: Orhan Çeker (İstanbul: Ebru Yayınları, 1985), 47-48; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 340; Velidedeoğlu, *Ailenin Çilesi Boşanma*, 146-147.

⁶⁵ Velidedeoğlu, *Ailenin Çilesi Boşanma*, 147.

⁶⁶ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 340; Velidedeoğlu, *Ailenin Çilesi Boşanma*, 149-vd.; Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 220-221, 231, 235.

⁶⁷ Topaloğlu, *İslâm'da Kadın*, 140, 141; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 340.

⁶⁸ el-Bakara, 2/229; en-Nisâ, 4/35; el-Ahzab, 33/28-29; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 340-341.

İslâm Aile hukukunda kural olarak tek yönlü kararlar nikâh akdinin ortadan kaldırılma hak ve salahiyeti kocaya mahsus kılınmıştır. Bununla beraber kadının eşine bir bedel ödemeyi teklif etmesi ve bu şekilde karı ve kocanın hul (muhâlea) yoluyla evliliği sonlandırma konusunda anlaşmaları da takip edilecek bir yoldur. En son öngörülen yöntem ise, belli nedenlerin mevcut olması halinde yargıya müracaat ederek evliliğin sonlandırılması talebinde bulunmaktır; bu öncelikle kadına tanınmış bir hak olarak kabul edilir. Bu şekilde evlilik bağının sonlandırılması, öncelikle kocaya tanınan bir yetkinin kullanılması ardından kadına hul yoluyla eşini boşanma anlaşması yapmaya ikna etmesi ve son olarak belli sebeplere dayalı olarak yargı aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.⁶⁹

Kocaya tanınan tek taraflı boşama yetkisinin suiistimal edilmemesi dinî/ahlâkî müeyyidelerle desteklenmiş ve talâkın kötü bir tasarruf olduğu ve Cenab-ı Allah'ın lanetine sebebiyet vereceği ifade edilmiştir.⁷⁰

Bu bağlamda Hz. Peygamber (s.a.v)'den nakledilen bazı hadisler şunlardır: “Cenab-ı Hakk'ın nezdinde helalın en sevimsizi talâktır”⁷¹ “Sadece zevk için sürekli kadın değiştiren kocalarla, sıkça koca değiştiren kadınları Allah sevmez”⁷² “Geçerli bir sebebi olmadan, eşinden ayrılmayı talep eden kadına cennet kokusu haramdır”⁷³ “Kim, bir hanımı kocasının aleyhine kışkırtırsa bizden değildir”.⁷⁴

Talâk konusunda kocaya tanınan geniş yetki, evlilik hayatı süresince yüklenmiş olduğu maddi sorumluluklar ve eşler arasındaki fitrî farklılıklar ile izah edilir. Buna karşı kadının gerek evlilik birliği esnasında gerekse boşanma gerçekleşikten sonra erkeğin yükümlülükleri olan müt'a, mehir ve boşanma tazminatı hükmündeki iddet nafakası gibi

⁶⁹ Kuveyt Vakıfları ve Din İşleri Bakanlığı, *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye* (Kuveyt: Matâbe Dârü's-Safva li't-tabâat-i ve'n-neşir, 1993/1414), 29: 5-76; Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd (el-Hafîd), *Bidâyetü'l-Müçtehid ve Nihâyetü'l-Muktesid* (Kahire: Dârü'l-Hadis, 2004/1425), 3: 73 vd.; Muhammed Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 3. Baskı (Kahire: Matbaatu Muhaymer, 1957), 281-284; Vehbe ez-Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 32. Baskı (Dimeşk: Dârü'l-fikir, 2010/1431), 7: 336; es-Sâbûnî, *Medâ Hüriyyeti'z-Zevceyn*, 2: 493.

⁷⁰ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 341.

⁷¹ Ebû Dâvûd Süleyman b. el-Eş'as b. İshâk es-Secistânî, *Sünen-i Ebû Dâvûd*, thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid (Beyrût: el-Mektebetü'l-Asriyye, t.y.), 2: 255. Nâsirüddin el-Elbânî bu hadisin zayıf olduğunu ifade etmiştir. Bkz: Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvîni, *Sünen-i İbn Mâce*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî (Dârü İhyâi'l-Kütübi'l-Arabî, t.y.), 1: 650.

⁷² Ebû'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed b. Eyyüb et-Taberânî, *el-Mu'cemu'l-evsat*, thk. Tarık b. Muhammed-Abdul-Mühsin b. İbrâhim el-Hüseyinî (Kahire: Dârü'l-Harameyn, t.y.), 8: 24.

⁷³ Ebû Dâvûd, *Sünen-i Ebû Dâvûd*, 2: 268; İbn Mâce, *Sünen-i İbn Mâce*, 1: 661, 662; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, thk. Şuayb el-Arnâvut-Adil Mürşid ve diğerleri (Müessesetü'r-Risâle, 2001/1421), 37: 62.

⁷⁴ Ebû Dâvûd, *Sünen-i Ebû Dâvûd*, 2: 254.

mali yükümlülükleri bulunmaz; buna paralel olarak kadının evlilik bağı sonlandırma konusundaki tasarruf yetkisi kocanın rızasına (tefvîz-i talâk, muhâlea) ve yargının hükmüne (tefrîk) bağlı olacak şekilde sınırlandırılmıştır.⁷⁵

İslâm Aile hukukunda ne insanın fitratına aykırı bir şekilde boşanma temelinden yasaklanmış ne de boşanma yetkisi kocanın elinden alınıp bütünüyle yargıya verilmiştir; yukarıda zikredilen farklı sistemleri bünyesinde barındırmakla beraber hayatın gerçeklerini göz önünde bulundurarak akıl, mantık ve maslahata da uygun olan kendine özgü orta bir yol (alternatifli) seçilerek ihtiyaç durumunda boşanmaya cevaz verilmiştir.⁷⁶

Bazı hukukçular talâk ve hul yöntemiyle nikâh akdinin sonlandırılmasının serbest talâk sistemine benzediği iddiasında bulunsalar da İslâm'a ait olan talâk sistemini yukarıda bahsi geçen sistemlerden hiçbirisiyle bire bir özdeşleştirmek mümkün değildir.⁷⁷

Sonuç olarak şu ifade edilebilir ki İslâm aile hukukunun evliliğin sonlandırılmasıyla ilgili öngördüğü yöntemlerin İslâm'ın mesajının evrenselliği iddiasını destekler mahiyette olduğu söylenebilir.

Afganistan Medenî Kânunu'nda da İslâm hukukunun getirdiği boşanma sistemi benimsenmiştir. Talâk yetkisi kânunun 135. maddesi hükmünce kural olarak kocaya verilmiştir. Tefviz-i talâk ise kânunun 142-143. maddelerinde kadına tanınabilen bir hak olarak câiz görülmüştür. Kânunun 156-175. maddelerinde anlaşmalı boşanma (hul/muhâlea) tanzim edilmiş, talâk-i bâin mahiyetinde ve hâkimin hükmüne bağlı olmaksızın geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Kânunun 176-197. maddelerinde kadının belli sebeplerin varlığı durumunda boşanma talebiyle yargıya müracaatı düzenlemiştir.⁷⁸

⁷⁵ Abdurrahman el-Cezîrî, *el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Erbea*, 2. Baskı (Beyrût: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003/1424), 4: 327-330.

⁷⁶ Hayreddin Karaman, *İslâm'da Kadın ve Aile*, 4. Baskı (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2010), 102, 103.

⁷⁷ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku* (İstanbul: İrfan Matbaası, 1974), 1: 332-334.

⁷⁸ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 135-197.

1.2. Fıkıh ve Afgan Hukuk Sisteminde Fesih Kavramı ve Feshi Gerektiren Nedenler

1.2.1. Fesih Kavramı

Fesih lügatte; “Zafiyet, bir şeyi elden atmak, bir akdi ve ahdi bozmak, bir şeyi ortadan kaldırmak, şiddetli anında bozulmaya elverişli olmak”⁷⁹ gibi anlamlara gelir.

Feshin, İslâm aile hukukunda terim anlamı ise nikâh akdi esnasında mevcut olan veya sonradan ortaya çıkan bir hukukî geçersizlik (bozukluk veya eksiklik) nedeniyle nikâh akdinin temelinden bozulması demektir.⁸⁰ Feshin bir başka tanımı şu şekildedir: Fesih kocanın sebebiyeti olmaksızın yalnız karı tarafından vukuuna sebebiyet verilen veya koca tarafından vuku bulmakla birlikte aynı sebebin karı tarafından da vukuu mümkün bulunan müferekattir.⁸¹

1.2.2. Feshi Gerektiren Nedenler

Nikâh akdinde feshi gerektiren nedenler ikiye ayrılır: 1. Nikâh akdinin sıhhat ve in’ikâd koşullarından birinin yok olması yahut bozulmasından dolayı nikâh akdinin kendiliğinden ortadan kalkmasıdır ki fıkıhta buna infisâh denilmektedir. 2. Nikâh akdinin geçerlik (nefâz) ve lüzûm şartları ile ilgili bir hukukî geçersizlik veya eksiklik nedeniyle karı-kocadan her birinin veya velinin evlilik akdini ortadan kaldırma hakkını kazanmasıdır ki fıkıh ıstılahında bu kısım hıyâr-ı fesih olarak tarif edilmektedir.⁸² Nikâh akdinin kendiliğinden bozulmasını gerektiren veya hıyâr-ı fesih hakkını kazandıran durumların daha iyi anlaşılabilmesi için, aşağıda evlilik akdi esnasında veya akitten sonra meydana gelen hukukî geçersizlik ve eksiklik durumlarını kısaca ele alacağız.

1.2.2.1. Akit Esnasında Mevcut Olan Sebepler

Evlilik akdi kurulduğunda var olabilecek bozuklukları ya da eksiklikler şu şekilde sıralanabilir:

⁷⁹ Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Manzûr, *Lisânü’l-Arab* (Beyrût: Dâru Sadır Li’t-tabâat-i ve’-neşir, 990/1410), 3: 44-45; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 174; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 292-294.

⁸⁰ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 175; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 261; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 292-294; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 342.

⁸¹ Mehmet Erdoğan, “Fesih”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 6. Baskı (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016), 141, 142; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 175.

⁸² Ebû Zehra, *el-Ahvâlü’ş-Şahsiyye*, 120-123; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 50-55, 69-72, 182, 183.

- a. Akit esnasında akdin sıhhat koşullarından birinin mevcut olmadığına akit sonrasında anlaşılması; karı-kocanın birbirine mahrem olması, zevcenin bir başka evlilikten boşanma sebebiyle iddet sürecinde bulunmuş olması yahut bir başka erkeğin nikâhlısı sayılması gibi durumlar,
- b. Veli tarafından (baba veya dede hariç) yaşı küçük olanların evlendirilmesi durumunda buluşa erdikten sonra evliliğin feshini istemeleri,⁸³
- c. Buluşa ermiş (reşit) olan kadının velinin rızasını almaksızın, dengi olmayan bir erkekle ya da mehr-i mislinden daha az bir mehirle nikâhlanması durumunda velinin fesih hakkını kullanması.⁸⁴

1.2.2.2. Akitten Sonra Meydana Gelen Sebepler

Nikâh akdinden sonra meydana gelebilecek bozukluklar veya hukukî geçersizlik şu durumlarda ortaya çıkabilir:

- a. Karı-kocadan birinin dinden çıkması (irtidad etmesi),
- b. İslâm dinini kabul eden kocanın karısının Müslüman yahut Ehl-i kitap olmayı kabul etmemesi,
- c. Karı-kocadan biri diğerinin akrabalarından (hısımlarından) biriyle hürmet-i müsaharayı gerektiren bir ilişkide bulunması. Mesela kocanın, karısının fûruû veya usûlünden bir kişiyle zina fiili işlemesi ya da şehvetle öpmesi, karı-koca arasında ebedi haramlık meydana getirir ve nikâh akdi kendiliğinden ortadan kaldırılır. Bu durumda karı koca birbirini terk etmez ise, yargı aracılığıyla buna zorlanırlar.⁸⁵

Akit esnasında var olan eksiklikler ya da akitten sonra ortaya çıkan hukukî geçersizlikler sebebiyle fesih hâkimin hükmüne ihtiyaç duyup duymaması açıdan ikiye ayrılır: Kural olarak evlilik akdinin sıhhat ve in'ikâd şartları ile ilgili hukukî geçersizliklerde olduğu gibi apaçık ve zahirî bir nedene dayanan fesihler hâkimin hükmüne gerek olmaksızın gerçekleşirken, evlilik akdinin nefaz ve lüzûm şartları ile ilgili eksikliklerde olduğu gibi görece gizli bir nedene dayanan fesihler ancak hâkimin kararıyla gerçekleşebilmektedir.

⁸³ Detaylı bilgi için bkz: Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 50-52.

⁸⁴ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 343, 344; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 181-183; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku* 1: 293.

⁸⁵ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 343-344; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, 277-279; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 181-183; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 293.

Buna göre:

- a. İnceleme ve takdire ihtiyaç bırakmayan, her şahsın bildiği veya bilmesi öngörülen hukukî geçersizlik, bozukluk ve eksiklikler yargının kararına bağlı olmayıp vuku bulduğu anda evliliğin feshini icap eder (batıl evlilikler). Karı koca bunun gereğini yerine getirmez iseler, toplumun tüm bireyleri mahkemeye başvurarak söz konusu uygunsuz durumu ortadan kaldırmakla mükelleftir. Dinden çıkma, hürmet-i müsaharayı gerektiren ilişkiler, evlilik akdinin mânileri ve mahrem akrabalık gibi durumlar bu kapsama girmektedir.⁸⁶
- b. İnceleme, teşhis ve takdire ihtiyaç duyan durumlarda ise, fesih yargıcın kararına bağlıdır. Yukarıda zikredilen kadının mehrinin mehr-i misilden az olması, zevcenin İslâm dinine girmemekte ısrarı, denkliğin olmaması, evlendirilen küçüklerin bulûğa erdikten sonra muhayyerliği gibi durumlarda yargıcın kararı olmaksızın fesih geçerlik kazanmaz ve yargı kararına kadar nikâh akdi tüm hukukî sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir.⁸⁷

1.2.3. Afganistan Medenî Kânunu'nda Fesih Kavramı ve Feshi Gerektiren Nedenler

1977 tarihli AFMK'da nikâh akdinin sona ermesiyle ilgili dört şekil sayılmıştır: Fesih, hul, talâk ve tefrîk.⁸⁸ Söz konusu kânunun 132'nci maddesinde de fesih hakkında yukarıda zikrettiğimiz aynı tarifî bulmak mümkündür: Fesih, evlilik akdi esnasında ya da akitten sonra ortaya çıkan ve evlilik akdinin devamına engel teşkil eden bir bozukluk veya hukukî geçersizlikten dolayı evlilik bağına esasından çözmektir.⁸⁹ AFMK'nın 133. maddesinin birinci fıkrasının hükmüne binaen akit sırasında feshi gerektiren ihlaller şöyle sıralanmıştır:

- a. Evlilik sözleşmesinin geçerlik şartlarından birisinin bulunmaması,
- b. Delilik ve atehin ortadan kalkmasından sonra evlilik sözleşmesini feshetme muhayyerliğini kullanma,

⁸⁶ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 345-348; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 292-294.

⁸⁷ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 342, 343; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 292-294; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 345-348; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 277-279.

⁸⁸ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 131.

⁸⁹ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 132; Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 259.

c. Mehre itiraz edilmesi (kadına verilen mehrin, mehr-i misilden noksan olması).⁹⁰

Akit esnasında mevcut olan sebeplerden dolayı evliliğin feshi, AFMK'nın 134. maddesinin birinci fıkrası gereğince ancak yetkili mahkemenin katî hükmü ile gerçekleştirilebilmektedir.⁹¹

AFMK'nın 133. maddesinin ikinci fıkrasına göre akitten sonra meydana gelen bozukluklar şunlardır:

a. Hürmet-i müsâhara,

a. Li'ân (zina isnası sebebiyle lanetleşme); karı koca arasında mahkemede lanetleşme,

b. Müslüman olan kocanın müslüman olmayan eşinin İslâm'ı kabul etmemede ısrar etmesi.⁹²

Evlilik sözleşmesinin, li'ân, hürmet-i müsahara ve İslâm'ı kabul etmemede ısrar etmesi gibi nedenlerden dolayı feshedilmesi, hâkimin kararına gerek kalmaksızın eşlerin rızası ile gerçekleşebilir.⁹³

1.3. Tek Taraflı Boşama/Talâk ile İlgili Genel Kavramlar

1.3.1. Boşamanın Sözlük ve Terim Anlamı

Talâk, lügatte “tatlık” mastarından bir isim olup “Serbest bırakmak, çözmek, bağı kaldırmak”⁹⁴ manalarına gelir; örfte yaygın bir şekilde “nikâh bağını çözmek, nikâh bağını ortadan kaldırmak, evliliği sona erdirmek ve boşamak”⁹⁵ anlamlarında kullanılır. Kur'ân-ı Kerim'de talâk kelimesi iki yerde geçer; biri el-Bakara sûresinin 227. âyetinde “Eğer onları boşamaya azmederlerse” diğeri ise, yine de el-Bakara sûresinin 229.

⁹⁰ Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 259; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 264.

⁹¹ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 134, Fıkra, 1; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 264-265.

⁹² *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 133; Abdulbasîr Fâyiz, *Tavzihi ber Kânun-ı Medenî-yi Afganistan* (Kabul: Proje-yi Umûr-i Adli ve Kazâi-yi Afganistan, 2008), 1: 165-168.

⁹³ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 134, Fıkra, 2; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 265; Seyid Abdülvehhâb Rahmânî, *Râhnemâyi Hukuk-ı Hânevâde der Afganistan ez Dîdgâh-i Kânun-ı Medenî ve Örf* (Kabul: Ravzene, 1383), 131-132.

⁹⁴ İbn Manzûr, “tlk”, *Lisânü'l-Arab*, 10: 225-226; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 175; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 267; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 292.

⁹⁵ Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 343; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, 2: 175; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 292.

âyetinde “Boşama iki defadır” şeklindedir. On kadar yerde tatlık kökünden türetilen kelimeler kocanın karısını boşaması manasında kullanılmıştır.⁹⁶

Fıkhî/hukukî bir terim olarak talâk: “Talâk ehliyetine sahip olan kocanın tek taraflı irade beyanıyla -kadının rızası aranmaksızın ve hâkime başvurmaya gerek kalmaksızın- belli sözlerle, derhal yahut gelecekte meydana gelmek üzere, evlilik bağını çözmesi ve ortadan kaldırması” şeklinde tarif edilmiştir.⁹⁷ Seyyid Sâbık *Fıkhü's-Sünne* adlı eserinde talâk kavramını şöyle tarif eder: Talâk, evlilik akdiyle karı koca arasında sâbit olan şer'î bağı çözmek ve ortadan kaldırmaktır.⁹⁸

Talâk ile “nikâh akdinin” derhal sonlandırılması “talâk-ı bâin”, gelecekte (iddet bittiği zamanda) sonlandırılması ise “talâk-ı ric'î” olarak adlandırılır. Fakat koca tarafından meydana gelen boşama ile, bu boşamanın ric'î veya bâin olmasına bakılmaksızın kocanın üç talâk hakkından biri eksiliş olur.⁹⁹

Afganistan Medenî Kânunu'nun 135. maddesinde de talâk kavramı, yukarıda aktardığımız şekilde tarif edilir, ayrıca talâkın kocanın tek taraflı irade beyanı veya zevcenin talebi üzerine mahkeme kararıyla gerçekleşeceği ifade edilir.¹⁰⁰ Koca, hanımını sözlü yahut yazılı olarak boşayabilmektedir. Kocanın anılan iki imkândan yoksun olması durumunda talâk, açıkça boşama anlamına gelen işaretlerle de gerçekleşebilir.¹⁰¹

1.3.2. Boşamanın Hükümü ve Hikmeti

1.3.2.1. Boşamanın Hükümü

İslâm aile hukuku, yukarıda değinildiği gibi boşanma konusunda katılık veya serbestiyet düşüncesinin egemen olduğu diğer hukuk sistemlerinden farklı kendine özgü bir düzenleme getirerek evlilik akdinin belirli şartlarla sona ermesine cevaz vermiş, makul bir neden olmadıkça nikâh akdinin çözülmemesi gereken daimi ve sağlam bir akit olduğunun altını çizmiştir.¹⁰² Dolayısıyla talâkın meşrû olduğu konusunda İslâm

⁹⁶ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 351.

⁹⁷ Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, 2: 175; Erdoğan, “talâk”, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 542; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 267; *el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye*, “talâk”, 29: 5; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 343-344;

⁹⁸ Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, 2: 241.

⁹⁹ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 344; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 175.

¹⁰⁰ *Kânun-i Medenî-yi Afganistan*, mad., 135.

¹⁰¹ *Kânun-i Medenî-yi Afganistan*, mad., 139.

¹⁰² Karaman, *İslâm'da Kadın ve Aile*, 103, 104; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, 1: 98-99; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, 280, 284.

hukukçuları arasında görüş birliği vardır.¹⁰³ “Talâk iki defadır. Bundan sonra ya iyilikle tutmak ya da güzellikle salıvermektir”¹⁰⁴ ve “Ey peygamber, kadınları boşayacağınızda iddetleri vaktinde boşayın, iddeti de sayın”¹⁰⁵ meâlindeki Kur’ân-ı Kerim ayetleri talâkın cevazı gösteren açık delillerdir. Ancak bu cevâz hükmü ahlaken ve dinen zaruret ve ihtiyaç durumu ile bağlıdır. Böyle bir durum olmadıkça talâkın dinen sakındırılan bir tasarruf olduğu “Allah nezdinde helalin en sevimsiz olanı talâktır”, “Allah, zevkine düşkün ve çok boşayan şahıslara lanet eder” hadisleriyle sabittir.¹⁰⁶

Diğer taraftan “Boşamada asıl olanın mübahlık mı yoksa memnu olmak mıdır?” sorusunun cevabı fukaha arasında ihtilaf konusu olmuştur. Hanefî¹⁰⁷ ve Mâlikî mezheplerin müçtehitleri talâkta asıl olanın mübahlık olduğu görüşündedir. Kurtubî, Ahkâmü’l-Kurân adlı eserinde şöyle der: Kur’ân-ı Kerim, Peygamber (s.a.v)’in sünneti ve ümmetin icmâsı talâkta asıl olanın mübahlık olduğuna delâlet etmektedir.¹⁰⁸ Şafîiler ve Hanbelîler¹⁰⁹ başta olmak üzere İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu talâkta asıl olanın mahzurluk olduğunu kanaatindedir.¹¹⁰ İbn Teymiyye şöyle der: Talâkta asıl olan mahzurluktur ve ancak zaruret halinde mübâh olur.¹¹¹ Aslî hükümle ilgili tartışmaya rağmen eşlerin içinde bulunduğu durumlara bağlı olarak talâkın hükmünün mübahlıktan vacibe/farza veya mekruhluk ya da harama dönüşebileceği kabul edilmiştir.¹¹² Aşağıdaki durumlar bu kapsamda değerlendirilir:

a. Sünnete uygun olmayan (bid’î) boşanma ve kadının hayız dönenimde boşanması haramdır. Ancak boşamanın haram olmasına rağmen hukuken geçerli olduğu mezheplerce kabul edilmiştir.¹¹³

b. Usûlünce gerçekleştirilmiş olsa dahi, sebepsiz yere boşanmak mekruhtür.

¹⁰³ *el-Mevsûatu’l-Fıkhiyye*, 29: 8-9; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 294.

¹⁰⁴ *el-Bakara*, 2/229.

¹⁰⁵ *et-Talâk*, 65/1.

¹⁰⁶ Kâmil Miras, *Tecrîd-i Sarîh*, 11: 331; ayrıca bkz: İbnü’l-Hümam, *Fethu’l-Kadir*, 3: 465; Topaloğlu, *İslâmda Kadın*, 134-136.

¹⁰⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 6: 2; Zeydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmü’l-Mer’e*, 7: 351-352.

¹⁰⁸ Kurtubî, *Ahkâmü’l-Kurân*, 3: 126.

¹⁰⁹ Şirbinî, *Muğni’l-Muhtâç*, 3: 307.

¹¹⁰ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadir*, 3: 465; İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, 3: 226-228.

¹¹¹ Bkz: Zeydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmü’l-Mer’e*, 7: 352-358.

¹¹² Detaylı bilgi için bkz: es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti’z-Zevceyn*, 1: 84-99.

¹¹³ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 358.

c. Dindar ve iffetli olmayan kadını boşamak ve geçimsizlik durumunda boşamanın hükmü müstehaptir.

d. İlâ süresinin dolmasına rağmen, kocanın karısına dönmediği ve şiddetli geçimsizlik ve zarar nedeniyle hakemlerin boşanmayı zorunlu gördüğü durumlarda boşanma farz/vaciptir.

e. Sevilmeyen zevcenin boşanması konusunda ihtilaf söz konusu olmasına rağmen ağırlıklı olarak bunun câiz olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁴

Böylece İslâm aile hukukunda boşanma ne yasaklanmış ne de mahkeme kararına bağlanılarak zorlaştırılmıştır; evlilik bağının devamı için birtakım sosyal, ahlaki ve psikolojik tedbir ve önlemler alındıktan sonra, kaçınılmaz olduğu durumlarda boşanma için daha basit ve kolay bir yol öngörülmüştür. Ancak bu durumda da “zaruretler kendi miktarınca takdir edilir”¹¹⁵ kuralı çerçevesinde toplumun esasını teşkil eden aile kurumunun basit nedenler ve geçici duygularla yıkılmasını, talâk yetkisinin uygunsuz bir şekilde kullanılmasını engellemek amacıyla birtakım manevi ve maddi önlemler takdir edilmiştir.¹¹⁶

1.3.2.2. Boşamanın Hikmeti

İslâm dini geçici evliliği câiz görmemiş, dâimî ve bir ömür boyu sürdürülmek gayesi gözetilerek evliliğe teşvik etmiştir. Evlilik akdi hukukî mahiyeti itibarıyla karı-koca arasında süreklilik arz eden bir anlaşma olup karşılıklı muhabbet, saygı ve sevgiye dayanmaktadır. Ancak bunların ortadan kalkması ya da tamir edilemeyecek derecede bozulması durumunda aile hayatı eşler için çekilemez bir hal alabilmektedir.¹¹⁷ Böyle bir durumda sorunun çözümü için üç yol tasavvur edilebilir:

a. Şiddetli geçimsizlik, nefret ve anlaşmazlığa karşın ısrarla evlilik hayatının devamını zorla istemek. Ancak bu insanın doğal yapısına, onun maddî ve manevî ihtiyaçlarına aykırı bir duruma karşılık gelir. Diğer taraftan bu durumda evliliğin devamının çocukların

¹¹⁴ Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 274-276; *el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye*, 29: 8-9; Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 349-350; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, 3: 22; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 358-359; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 295.

¹¹⁵ Ali Hayder Emin Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm fi Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm* (Dâru'l-Ceyl, 1411/1991), 1: 38, 39 (mad., 22).

¹¹⁶ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 340, 341.

¹¹⁷ Karaman, *İslâm'da Kadın ve Aile*, 103, 104.

gelecek ve saadeti açısından istenmeyen sonuçlara yol açacağı boşanmayı katı bir şekilde yasaklayan toplumdaki tecrübelerle sabittir.¹¹⁸

b. Evlilik akdi hukuken var olduğu halde karı kocayı fiziksel olarak ayırmak. Bu kısa bir süreli ve geçici bazı yararlar sağlayacak olsa da uzun vadede yine toplumsal ve ahlâkî sorunlara yol açacak, gayr-ı meşru ilişkilerin çoğalmasına zemin hazırlayacaktır.¹¹⁹

c. Eşler için bir nimet ve saadet vesilesi olmasına rağmen, evliliğin taraflar için bir yük ve tahammül edilemez bir ilişki haline geldiği durumlarda, nikâh bağına sona erdirmek ve tarafların anlaşabilecekleri başka şahıslarla yeni bir aile hayat kurmalarına fırsat vermek. Bu, bireysel ve toplumsal maslahatının icaplarını göz önünde bulunduran hukuk sistemlerinin benimsediği, İslâm dininin sakındırmakla birlikte insan fitratını dikkate alarak meşru gördüğü çözüm yoludur.¹²⁰

1.3.3. Kocanın Boşama Salahiyeti

Kur'an-ı Kerîm ve sahih sünnetin talâkla ilgili düzenlemelerinden, kocaya karısının rızasını ve hâkimin kararı aranmaksızın, tek taraflı boşama yetki ve salahiyeti tanındığı açıkça anlaşılmaktadır. Ancak kocanın bu hakkını kullanırken bir kısmı hukukî diğer bir kısmı ahlâkî müeyyidelerle bağlı bazı şartlara riayet etmesi istenmiştir.¹²¹ Dolayısıyla kocanın talâk yetkisi konusunda fakihler arasında görüş birliği bulunmaktadır. Fakihler kocaya tanınan bu yetkiyi ayrıca, yine nasslara atıfla, kocanın gerek nikâh esnasında gerekse evlilik akdinin sona ermesinden sonra sorumlu olduğu maddî yükümlülüklerle temellendirir.¹²² Buna bağlı olarak, Kur'ân ve Sünnette koca için tanınan bu yetki ve salahiyetin tamamıyla ondan alınıp mahkemeye veya başka bir şahsa tevdi edilmesinin, muhkem ve sahih nasslara aykırılık teşkil edeceği ve fıkıh düşüncesi açısından kabul edilemeyeceği vurgulanır.¹²³

¹¹⁸ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 295; bkz: *el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye*, 29: 9-11.

¹¹⁹ Muhammed Biltâcî, *Mekânetü'l-Mer'e fi'l-Kur'âni'l-Kerîm* (Kahire: Dâru's-Selâm, 1420/2000), 137, 138.

¹²⁰ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 345-346; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 295; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 279-281; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 1: 81-83.

¹²¹ el-Bakara, 2/228-229; et-Talâk, 65/1; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 288; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 340-341.

¹²² Kurtubî, *el-Câmi'li Ahkâmi'l-Kur'ân*, 3: 126; *el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye*, 29: 10-12; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 6: 1823.

¹²³ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 347-348; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 281-285.

Klasik fıkıh eserlerinde, talâka dair hüküm ve esaslar ele alınırken, talâkın türleri (bâ'in, ric'î, bidî ve sünnî), kocanın talâk yetki ve salahiyetini kullanırken riayet edeceği şartlar açıklanır.¹²⁴

1.3.3.1. Kur'ân-ı Kerim'de Kocanın Boşama Salahiyeti

Kur'ân-ı Kerîm'de talâk eylemi ile alakalı 33 kadar ayet mevcuttur. Bunların bazılarında (bu tür ayetlerin sayısı 10 kadardır) talâk yetkisinin kocaya ait olduğuna doğrudan diğer kısmında ise dolaylı bir şekilde işaret edilmiştir.¹²⁵

Talâk tasarrufunun doğrudan kocaya isnâd edildiği, “kocanın hanımını boşaması” manasına gelen âyet-i kerimeler Medine döneminde indirilmiş olup, söz konusu âyet-i kerimelerin bütünü talâk eyleminden sonra kocanın riayet etmesi gereken hükümleri ihtiva etmektedir. Talâkın doğrudan kocaya isnâd edildiği bazı âyetler meâlen şunlardır:

“Eğer -îlâ yapan erkekler kesin olarak- boşamaya karar vermiş olurlarsa (وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ), şüphe yok ki Allah her şeyi işitir ve bilir.”¹²⁶

“İkinciden sonra koca eşini bir daha boşarsa (فَإِنْ طَلَّقَهَا), bundan sonra kadın, boşayandan başka bir koca ile evlenmedikçe ona helâl olmaz. İkinci koca da onu boşarsa, (فَإِنْ طَلَّقَهَا) birinci kocası ile bu kadının, Allah'ın kurallarına riayet edeceklerini zannederlerse, tekrar evlilik hayatına dönmelerinde bir sakınca yoktur. Bunlar Allah'ın kurallarıdır, bilmek isteyenler için onları açıklamaktadır.”¹²⁷

Yukarıda zikredilen âyet-i kerimelerde, talâk yetkisinin kocaya ait olduğu sarıh bir şekilde ifade edilmemekle beraber, talâk tasarrufu açıkça kocaya (erkeğe) isnâd edilerek, iddetleri tamamlayan kadınları tutmak yahut salıvermek, kocaların bir hak ve tasarrufu

¹²⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 2: 50; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 175.

¹²⁵ Muhammed Fuâd Abdulbâkî, “tik”, *el-Mu'cemü'l-Müfehres* (Kahire: Matbaatü Dâru'l-Kütübî'l-Mısriyye, 1364), 427-428; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 352.

¹²⁶ el-Bakara, 2/227; Meal için bkz: Hayreddin Karaman v.dğr., *Kur'an Yolu Türkçe Meâl ve Tefsir* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2006), 1: 360-361.

¹²⁷ el-Bakara, 2/230; Meâl için bkz: *Kur'an Yolu*, 1: 366-368. Talâkın doğrudan kocaya isnâd edildiği diğer âyetler şunlardır: el-Bakara sûresinin 231. âyetinde: (Kadınları boşadığınızda..., (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ...); el-Bakara sûresinin 232. âyetinde: (Kadınları boşadığınızda..., (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ...); el-Bakara sûresinin 236. âyetinde: (Kadınları boşarsanız..., (إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ...); el-Bakara sûresinin 237. âyetinde: (Bir mehir belirlediğiniz halde onlarla birleşmeden kendilerini boşarsanız..., (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ...); en-Nisâ sûresinin 20. âyetinde: (Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak isterseniz..., (إِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ...); el-Ahzab sûresinin 49. âyetinde: (Birleşmeden onları (kadınları) boşadığınızda..., (ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَبْرَأَ إِلَيْكُمْ فَطَلَّقُوا نِسَاءَهُنَّ بِمَا بَيْنَهُنَّ...); ve et-Talâk sûresinin birinci âyetinde: (Ey peygamber! Kadınları boşayacağınız zaman iddetlerini gözeterek boşayın..., (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ...)).

olarak açıklanmıştır. Yine söz konusu âyet-i kerimelerde talâk eyleminin maddî sonucundan olan müt'a ve mehir gibi maddî sorumluluklar kocaya yüklenmiştir.¹²⁸

Bu nedenle fakihler anılan âyetlere dayanarak talâkın kural olarak “evlilik bağı elinde olan” kocaya ait olduğu üzerinde görüş birliği içinde olmuş ve kocanın bu hak ve yetkiyi Kur'ân-Kerim ve Sünnetin çizdiği sınırlar çerçevesinde kullanması gerektiğini vurgulamışlardır.¹²⁹

Son olarak şuna da işaret etmek gerekir ki, Câhiliye Arap toplumunda da boşama kocanın bir hakkı olarak görülürdü. Dolayısıyla Kur'ân-ı Kerimin talâk hakkında mevcut uygulamayı dikkate aldığı, ancak bu uygulamayı o şekliyle onaylamayıp, zevcenin lehine yeni bazı düzenlemeler getirdiği söylenebilir.¹³⁰

1.3.3.2. Sünnette Kocanın Boşama Salahiyeti

Kur'ân-ı Kerimde olduğu gibi sünnette de talâk kocaya izâfe edilmiş ve talâk yetkisinin kocaya ait olduğu ifade edilmiştir.

Hadis kaynaklarında yer alan talâk tasarrufu ile ilgili olan hadis-i şeriflerde, kocanın talâk yetkisini kullanırken riayet edeceği hususlar zikredilir ve talâkın hukukî neticelerine değinilir.¹³¹ Talâk salahiyetinin kocaya ait bir yetki olduğu hükmüyle ilgili olarak ise özellikle şu iki hadis-i şerife atıfta bulunulur:

1- İbn Abbâs (r.a.)'dan rivâyet edildiğine göre bir gün bir adam Peygamber Efendimiz (s.a.v)'e gelip şöyle demişti: “Ya Rasûlallah! Efendim beni câriyesi ile evlendirdi. Şimdi ise o, bizi ayırmak istiyor.” Bu olay üzerine Peygamber (s.a.v) minbere çıkarak şöyle buyurdu: “Ey insanlar! Sizden birine ne oluyor ki, kölesini câriyesi ile evlendiriyor da sonra aralarını ayırmak (tefrîk) istiyor? (Hayır) muhakkak ki talâk, sadece kadınla cinsi münasebette bulunana (kocaya) aittir.” (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق).¹³²

İbn Kayyim el-Cevziyye bu hadis-i şerif ile ilgili şöyle der: Görüldüğü üzere Rasûlullah (s.a.v) talâk yetkisinin kocaya ait olduğunu açıkça ifade etmiştir. Şüphe yok ki Rasûlullah

¹²⁸ el-Kurtubî, *el-Câmi'li Ahkâmi'l-Kur'an*, 3: 126; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 6: 1823.

¹²⁹ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 384-386; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 3: 492.

¹³⁰ Cezîrî, *el-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erbea* (Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003/1424), 4: 248;

¹³¹ Muhammed b. İsmâîl es-San'ânî, *Sübü'lü's-Selâm Şerhu Bulûğu'l-Merâm* (Beyrût: y.y, 1960), 3: 168.

¹³² İbn Mâce, *es-Sünen*, “Talâk”, thk. Muhammed Fuâd Abdalbâkî (Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabî, t.y), 1: 672; eş-Şekânî, *Neylü'l-evtâr Şerhu Münteka'l-ahbâr* (Mısır: y.y. t.y), 6: 268.

(s.a.v)'in hükmü, riayet etmeye en layık olanıdır. Hadis-i şerif senet açısından her ne kadar zayıf olsa da mevzu ile alakalı âyet-i kerimeler ve insanların tatbikatının (örf) böyle olması hadis-i şerifin anlamını desteklemektedir.¹³³

2- Said İbn Müseyyeb'ten nakledilen bir rivâyete göre; Hz. Peygamber (s.a.v) şöyle buyurmuştur: “Talâk hakkı erkeklere, iddet beklemek ise kadınlara aittir.” (الطلاق للرجال و (العدة للنساء).¹³⁴

1.3.4. Boşama Salahiyetinin Kötüye Kullanılmasının Malî Müeyyidesi (Boşama Tazminatı/Ta'vîzu't-talâk)

1.3.4.1. Doktrinde Boşanmış Olan Kadınlara Müt'a Verilmesi

Lügatte, müt'a “kendisinden faydalanılan şey” manasına gelmektedir.¹³⁵ Fıkıh ıstılahında ise, “boşanan kadınların acılarını hafifletmek ve gönüllerini almak için mehir haricinde kadınlara verilmesi icap eden mal, para, giyecek vs. tarzındaki maddi yardım” olarak tarif edilmiştir.¹³⁶

Allahu Teâlâ, Kur'ân-ı Kerîm'de boşanan hanımlara müt'a verilmesiyle ilgili şöyle buyurmaktadır:

“Boşanmış kadınlara faydalanacakları uygun bir şeyler verilmesi, Allah'ın rızasını gözetenlerin borcudur.”¹³⁷ “Ey peygamber! Eşlerine şöyle de: "Dünya hayatını ve güzelliklerini istiyorsanız gelin size bir şeyler vereyim sonra da güzellikle sizi serbest bırakayım.”¹³⁸ “Kadınları boşarsanız, onlarla birleşmemiş ve mehir de belirlememiş olursanız malî bir sorumluluğunuz yoktur. Zengin olan gücüne göre, eli dar olan da gücüne göre onlara makul ve gönül alıcı bir şeyler versin. İyiler için bu bir borçtur.”¹³⁹ “Ey iman edenler! Mümin kadınlarla evlenme akdi yapıp da sonra, birleşmeden onları

¹³³ İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd fî Hedyi Hayri'l-İbâd*, thk. Şuayb el-Arnâvut- Abdülkâdir el-Arnâvut, 15. Baskı (Beyrût: Müessesetü'r-Risâle, 1407/1987), 5: 278-279; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, 6: 268.

¹³⁴ Mâlik b. Enes, “İddetü't-Talâk”, *el-Muvatta*, thk. Muhammed Mustafa el-Azamî, (Ebû Dabî: Müessesetü Zâyid b. Sultân, 2004/1425), 4: 839; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, 6: 269.

¹³⁵ Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmi ve Edilletühü*, 7: 305.

¹³⁶ Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmi ve Edilletühü*, 7: 306; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 142; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 285; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 1: 120.

¹³⁷ el-Bakara, 2/241; *Kur'an Yolu*, 1: 380.

¹³⁸ el-Ahzab, 33/28; *Kur'an Yolu*, 4: 380-381.

¹³⁹ el-Bakara, 2/236; *Kur'an Yolu*, 1: 375.

boşadığınızda onlar üzerinde, hesaplayıp bekleteceğiniz bir iddet hakkınız yoktur. Onları bir şeyler vererek memnun ediniz ve güzellikle boşayınız.”¹⁴⁰

Yukarıda zikredilen âyetler bağlamında boşanan hanımlara hangi durumlarda ve ne kadar müt’a verilmesi gerektiği konusunda fukahâ arasında farklı görüşler bulunur.¹⁴¹

Hanefiler, Bakara sûresinin 236 ve 241. âyetlerine atıfla, mehir belirlenmeden yapılan nikâh akdinden sonra, cinsel birliktelik gerçekleşmeden ve kadından kaynaklanmayan bir sebebe dayalı olarak gerçekleşen talâkta, boşanan hanımlara müt’a verilmesinin vacip olduğu görüşündedir. Cinsel birliktelik gerçekleştikten sonra boşanmış olan kadınlar için müt’a verilmesi ise mendûptur. Her hâlükarda müt’anın miktarının mehr-i mislin yarısını geçmemesi gerekir.¹⁴² Hanefiler vacip olan müt’anın miktarının belirlenmesi hususunda, kocanın mâli durumunun ve toplumun sosyo-ekonomik koşullarının göz önünde bulundurulması gereğini vurgular.¹⁴³

Mâlikîler arasında müt’a ile ilgili iki görüş bulunur: Meşhur görüşe göre, boşanmış olan bütün hanımlara müt’a verilmesi müstahaptır.¹⁴⁴ Müt’anın azami veya asgari miktarını belirleme hususunda bir ölçüt bulunmayıp bu hâkimin takdirine bırakılmıştır.¹⁴⁵ İkinci görüşe göre ise boşanan bütün kadınlara müt’a verilmesi vaciptir. Müfessir Kurtubî de mezhepte yer alan ikinci görüşü tercih eder.¹⁴⁶

Şâfiîler nezdinde, evlilik akdi esnasında mehrin belirlenmiş ve boşanmanın cinsel birliktelikten önce olması dışında (zira bu durumda belirlenmiş olan mehrin yarısının verilmesi lazımdır)¹⁴⁷ el-Bakara sûresinin 241. âyetini uyarınca, boşanan bütün kadınlara

¹⁴⁰ el-Ahzab, 33/49; *Kur’an Yolu*, 4: 392.

¹⁴¹ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 306-310; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, 2: 143-144.

¹⁴² Serahsî, *el-Mebsût*, 6: 61-63; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 326-328. Ayrıca bkz: Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 306-307; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 143; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 1: 122.

¹⁴³ Mergînânî, *el-Hidâye*, 1: 199; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 3: 327. Ayrıca bkz: Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, 2: 143. Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 307-308.

¹⁴⁴ İbn Rüşd, *el-Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 116, 117. Ayrıca bkz: Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 307-308; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 143.

¹⁴⁵ es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 1: 123.

¹⁴⁶ el-Kurtubî, *el-Câmi li Ahkâmi'l-Kur’ân*, 3: 200.

¹⁴⁷ el-Bakara, 2/237.

müt'a verilmesi vaciptir. Ancak bu hükmün ortaya çıkması için talâkın sebebinin kadın olmaması gereklidir.¹⁴⁸

Hanbelilerden ise konu ile alakalı üç farklı rivayet nakledilmiştir. Meşhûr görüşe göre mehir tesmiye edilmeyip zifaktan önce boşanmış kadınlara müt'a verilmesi vaciptir. Bunun dışındaki durumlarda ise müstahaptır. İkinci görüşe göre bütün boşanan kadınlara müt'a verilmesi vaciptir. Üçüncü görüşe göre ise, evlilik akdi esnasında mehrin belirlendiği ve boşamanın cinsel birliktelikten sonra gerçekleştiği boşanmalar dışında, boşanan tüm kadınlara müt'a verilmesi vaciptir.¹⁴⁹

Fakihler, müt'a miktarının belirlenmesinin, boşanan kadınların sosyal ve iktisadî durumlarının ve örfün dikkate alınarak hâkimin takdirine bırakılması gerektiği görüşündedir.¹⁵⁰

Ca'ferilere göre ise akit esnasında mehrin belirlenmemiş olması ve boşanmanın cinsel birliktelikten önce olması durumunda müt'a verilmesi vaciptir.¹⁵¹

Zâhirîler Bakara sûresinin 241. âyetinin “Boşanan kadınlara faydalanacakları uygun bir şeyler verilmesi, Allah'ın rızasını gözetenlerin borcudur” umumî ifadelerine atıfla, mehir belirli olsun veya olmasın, dühûl gerçekleşsin ya da gerçekleşmesin, boşanan bütün kadınlara müt'a verilmesinin farz olduğu görüşündedir.¹⁵² Hz. Ali, Hasan-ı Basrî, Saîd b. Cübeyr ve İbn Şihâb-ı Zührî'nin de aynı görüşte oldukları nakledilmiştir.¹⁵³

Yukarıda zikredildiği şekliyle Mâlikî ve Hanefî mezheplerine göre nikâh esnasında mehrin belirlendiği ve boşanmanın cinsel birliktelikten sonra gerçekleştiği ayrılıklarda boşanan kadınlara müt'a verilmesi müstahaptır. Dolayısıyla mahkeme yahut kânun koyucu tarafından müt'anın zorunlu kılınmasının İslâm hukuku açısından kabul edilebilir

¹⁴⁸ Şirbinî, *el-Muğni'l-Muhtâç*, 4: 398, 399; Şâfiî, *el-Ümm*, 7: 270. Ayrıca bkz: Serahsî, *el-Mebsût*, 6: 61-63; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 326-328. Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 308; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 143.

¹⁴⁹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 239-243; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 308-309; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 1: 123.

¹⁵⁰ Mahmud Ali es-Sertâvî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 3. Baskı (Beyrût: Dâru'l-fikir, 2010/1431), 181-183; Abdurrahman es-Sâbûnî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyyeti's-Suriye*, 2: 53-55.

¹⁵¹ Detaylı bilgi için bakınız: Zeynüddîn el-Âmilî (Şehid-i Sâni). *er-Revdatü'l-Behiyye fi Şerhi el-Lamatu'd-Dimeşkiyye*, thk. Mecmei'l-fikri'l-İslâmî. 13. Baskı (Kum: Şeriat, 1437), 3: 269, 270.

¹⁵² Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 143-144; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 1: 120.

¹⁵³ Bkz: es-Sâbûnî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyyeti's-Suriye*, 2: 53.

olduğu öngörüldüğü takdirde, müt'anın vacip/farz yahut mendûp olması tatbikat açısından bir şey değiştirmemektedir.¹⁵⁴

1.3.4.2. Çağdaş Âlimlerin Boşama Tazminatı ile İlgili Yaklaşımları

Yukarıda klasik fıkıh eserlerinde boşanan kadınlara koca tarafından müt'a verilmesi konusunda fikhî mezheplerin içtihatlarını özetlemeye çalıştığ. Ancak koca tarafından talâk yetkisinin uygunsuz bir şekilde kullanılması, suiistimal edilmesi durumunda mahkemenin kadın lehine bir tazminata hükmedilmesinin kabul edilebilirliği çağdaş İslâm hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur. Aşağıda kısaca bu görüşlere yer vereceğiz.

Boşama tazminatına karar verilmesinin câiz olmayacağı yaklaşımı:

Çağdaş fakihlerinin bir kısmı, talâk sebebiyle kocanın hidâne, mehir ve iddet nafakası gibi maddi yükümlülükler altında olduğu, ayrıca boşama tazminatı mahiyetinde bir maddi yükümlülük altına sokulamayacağı görüşündedir.¹⁵⁵

Bu konuyla ilgili olarak Muhammed Ebû Zehra *el-Ahvâlî's-Şahsiyye* adlı eserinde şöyle der: Hakikat şudur ki talâkta asıl olan mahzûriyettir. Fakat talâkı icap ettirecek bir neden olduğu takdirde talâk câiz olmaktadır. Ancak talâkı icap ettirecek nedenler kimi zaman şahsın özeli olabileceği gibi, kimi zaman da söz konusu nedenlerin gizli tutulması gerekir. Mahkemede, dost ve düşman huzurunda gizlenmesi gereken ailevî sırların ortaya dökülmesi ise ailenin şerefi ve kutsallığına uygun düşmez. Bu yüzden talâk tazminatı fıkhen câiz değildir. Ayrıca söz konusu nedenlerin her zaman mahkemece ispatlanması da imkânsızdır. Bu yüzden mehrin haricinde talâk tazminatının da kocaya yüklenilmesi gerektiğini ileri sürenler yanlış görüştedirler. Diğer taraftan evlilik akdi sırasında boşama durumunda bir tazminat bedelinin verilmesi şart koşulursa söz konusu şart fasit olup geçerliliği olmayacaktır.¹⁵⁶

Boşama tazminatına karar verilmesinin câiz olduğu yaklaşımı:

Yukarıda aktardığımız görüş karşısında yer alan bazı çağdaş fakihlerin görüşleriyle uyum içinde birçok İslâm ülkesinin ahvâl-i şahsiyye kânunları, kocanın boşama yetkisini

¹⁵⁴ Sertâvî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâlî's-Şahsiyye*, 182.

¹⁵⁵ Ebû Zehra, *el-Ahvâlî's-Şahsiyye*, 284-285.

¹⁵⁶ Ebû Zehra, *el-Ahvâlî's-Şahsiyye*, 285.

uygunsuz bir şekilde kullanması ve kadının bundan zarar görmesi durumunda yargının talâk tazminatına hüküm vermesine imkân tanır.¹⁵⁷

Abdurrahman Sâbûnî *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn fi't-Talâk* adlı eserinde Muhammed Ebû Zehra'ya ait görüşleri zikrettikten sonra, aşağıda özetleyeceğimiz sebeplerden dolayı, kocanın makul bir gerekçe olmaksızın hanımını boşaması durumunda, mehir dışında, talâk tazminatına da karar verilebileceği görüşünü savunur:

i. Bazı İslâm âlimlerin kabul ettiği gibi talâkta asıl olan mahzûrlüktür. Bu nedenle talâkın meşruiyet ve hikmetinden anlaşıldığı üzere, kocanın talâk hak ve yetkisinin mutlak değildir, makul ve meşru gerekçelere dayandırılması gerekmektedir. Aksi takdirde, talâkın dinde sakındırılan bir şey olmasının anlamı yoktur.

ii. Kadın, “talâk yetkisinin kocanın elinde olduğunu bilerek onunla evlenmiştir, dolayısıyla bu yetkinin kullanılması sonrasında tazminat almaya hakkı olamaz” şeklinde bir itiraza Sâbûnî şöyle cevap verir: Kadın, talâk yetkisinin her ne kadar kocaya ait olduğunu bilip kendi rızası ile onunla evlenmiş olsa bile, koca tarafından bir gün fakirlik ve yoksulluk halinde bırakılacağını nereden bilecektir!? Koca talâk yetkisini sebepsiz ve suiistimal ederek kullandığında karısı bundan zarar görür ise, kocanın mehir ve iddet nafakası yükümlülüğünden daha güçlü bir şekilde talâk tazminatı vermesi icap eder. Çünkü bu durumda koca hakkını başka kişiye zarar vermek amacıyla kullanmıştır ve hadis-i şerifin hükmü gereğince İslâm'da zarar vermek yasaktır. “Zarar vermek ve zarara zarar ile karşılık vermek yoktur.” (لا ضرر و لا ضرار).¹⁵⁸

iii. Gizli tutulması gereken aile ve kişiye bağlı olan sırların yargı salonlarında, dost ve düşman huzurunda açığa vurulmasının doğru ve toplumun maslahatına uygun olmadığını doğrudur. Fakat talâkı meydana getirecek bütün gerekçeler, gizlenmesi gereken durumlar değildir. Nitekim hâkim, karı kocada bulunan cinsel kusur ve hastalıklardan dolayı, ayrılığa hükmedebilmektedir. Aynı şekilde kocanın nafakayı temin etmemesinden veya kaybolmasından dolayı bir talep üzerine de karı-koca arasında boşanmaya hükmedebilmektedir.

¹⁵⁷ Sertâvî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 178; Mustafa es-Sibâî, *el-Mer'etü beyne'l-Fıkh-ı ve'l-Kânun*, 7. Baskı (Beyrût: Dâru'l-Varrâk, 1999/1420), 116-118; Biltâcî, *Mekânetü'l-mer'e fi'l-Kur'âni'l-Kerîm*, 132.

¹⁵⁸ Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 5: 55, 56.

iv. “Talâk tazminatına hüküm verilmesini câiz bulanlar, kocayı, sevmediği ve onunla yaşamak istemediği bir kişiyle zorla birlikte yaşamaya mecbur ediyorlar ki bu maslahata aykırıdır” mahiyetindeki bir değerlendirmeye ise şu şekilde cevap verilebilir: Kocayı sevmediği biriyle yaşamaya mecbur etmek koca açısından bir maslahata aykırı olduğu gibi kocanın karısını fakr-u zaruret halinde bırakması da karı açısından bir başka maslahata aykırı düşer. Dolayısıyla kadından kaynaklamayan bir sebebe dayalı boşamalarda, kadının dertlerini azaltmak ve ekonomik açısından ona yardım etmek amacıyla kocanın talâk tazminatı ödemesi maslahat dengesinin gözetilmesine daha uygun olacaktır.

v. es-Sâbûnî, akit esnasında boşama tazminatı şartının fasit olmadığı kanaatindedir. Zira Allahu Teâlâ Bakara sûresinin 241. âyetinde, “Boşanmış kadınlara faydalanacakları uygun bir şeyler verilmesi, Allah’ın rızasını gözetilenlerin borcudur”¹⁵⁹ ifadesi boşanan bütün kadınlara müt’a verilmesini zorunlu kılar. Bu, geçerli bir sebebe dayanmaksızın gerçekleşen boşamalarda kocanın talâk tazminatı ödemeye mecbur kılınmasının İslâm şeriatına aykırı bir durum teşkil etmeyeceğine işaret eder.¹⁶⁰

Çağdaş âlimlerden Muhammed Ali Sertâvî de cinsel birliktelikten sonra gerçekleşen tüm boşamalarda kadınlara mehre ek olarak müt’a verilmesinin zorunlu olduğu ve miktarının belirlenmesi konusunda kadının sosyo-ekonomik durumunun göz önünde bulundurulması gerektiğini savunarak konuyla ilgili Şâfiîlerin ve özellikle Zâhirîlerin içtihadını benimser. Ona göre bu şekilde bir düzenleme kocanın keyfi bir şekilde talâk yetkisini kullanmasının önüne geçecektir.¹⁶¹

1.3.4.3. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler

Afganistan Medenî Kânunu’nun 107-108. maddelerinde müt’a konusu Hanefî mezhebin içtihadını esas alarak şu şekilde tanzim edilmiştir;

Madde 107: Zifaf ve halvet-i sahîhadan önce karı koca arasında tefrîk gerçekleştirildiğinde, zevceye sıradan bir elbise ve benzeri eşyaların müt’a olarak verilmesi vacip olur. Vacip olan müt’anın miktarı belirlenirken, kocanın ekonomik

¹⁵⁹ el-Bakara, 2/241.

¹⁶⁰ es-Sâbûnî, *Medâ Hüriyyeti ’z-Zevceyn*, 1: 100-105.

¹⁶¹ Sertâvî, *Şerhu Kânuni ’l-Ahvâli ’ş-Şahsiyye*, 182.

durumu göz önünde bulundurulur. Her halükârda, verilen müt'a miktarının mehr-i mislin yarısını geçmemesi gerekir.

Madde 108- Fıkra 1: Mehir tesmiye edildiği halde zifâftan önce talâk meydana gelirse yahut koca vefat ederse, zevceye müt'a ödemek vâcip değildir.

Fıkra 2: Talâk zifâftan sonra meydana gelirse, mehrin belirlenip belirlenmemesi fark etmeksizin zevceye müt'a vermek câizdir.¹⁶²

Ancak AFMK'da kocanın talâk yetkisinin suiistimaline ilişkin tazminat konusunda hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu kânunun birinci maddesinin hükmüne göre böyle durumlarda hüküm vermek için Hanefi mezhebine başvurulması gerekmektedir.¹⁶³

Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu 117. maddesinde talâk tazminatı şu şekilde düzenlemiştir: Koca, talâk yetkisini makul bir neden olmaksızın kötü yere kullanarak karısını boşadığında, karısı bundan dolayı aşırı derecede fakirliğe düşmesi ve ekonomik sıkıntılarla karşılaşır, hâkim kocanın durumunu dikkate alarak iddet nafakasının haricinde, üç yıllık nafaka karşılığında fazla olmamak kaydıyla, talâk tazminatına hüküm verebilir. Hâkim duruma göre tek defada ya da aylara bölünmüş bir şekilde tazminat ödenmesine hükmedebilir.¹⁶⁴

Söz konusu maddenin hükmü gereğince tazminata hüküm verilebilmesi için aşağıdaki üç şartın tahakkuk etmesi gerekmektedir:

- a. Kocanın makul bir sebep olmaksızın karısını boşaması,
- b. Zevcenin bundan dolayı ekonomik sıkıntı ve aşırı fakirliğe düşmesi,

¹⁶² *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 107-108. Ayrıca bkz: Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 188-189; Ka'be Râstîn Tahrânî-Necmâ Yesârî, *Rahnemûd-i Enstitüt-i Mâx Plank berâyî Hukuk-ı Fâmil-i Afganistan*, trc. Fahîm Kayyûmî, 2. Baskı (Kabul: İttihâdiye-yi Avrûpa (Avrupa Birliği) ve Cumhuri-yi Fedrâl-i Almân, 2009/1388), 74-75.

¹⁶³ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 1.

¹⁶⁴ es-Sâbûnî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyyeti's-Suriye*, 2: 52-53; bu madde 1975 yılında tadil edilmiştir. Şöyle ki, kânundaki "fakirlik" kaydı maddeden kaldırılmıştır ve ödenmesi gereken nafaka (bedeli) üç yıl ile sınırlandırılmıştır. Bkz; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletüthü*, 7: 507-508; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 1: 108-109. Ayrıca talâk tazminatı konusu hakkında detaylı bilgi için bkz: M. K. Abdussamet Bakkaloğlu, Suriye'de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Bunlar Üzerinde Osmanlı Tesiri (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, 2005), 30, 151-154.

c. Hükmedilen tazminat, kadının emsallerinin üç yıllık nafakasından fazla olmaması.¹⁶⁵ Abdurrahman Sâbûnî, kânun maddesine, talâkın kadının rızası ve onun talebi üzerine vukû bulunmaması şartının eklenmesinin doğru olacağı değerlendirmesinde bulunur.¹⁶⁶

1979 yılında çıkartılan Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânununun 18. maddesinde konu şu şekilde düzenlenmiştir: Sahih ve zifafın gerçekleştiği bir nikâhta rızası olmaksızın veya ondan kaynaklanan bir nedene dayanmaksızın eşi tarafından boşanan zevce iddet nafakası dışında, en az iki yıllık nafaka bedeli kadar müt'aya hak kazanır. Müt'a miktarının belirlenmesi konusunda, kocanın ekonomik durumu ve evlilik süresi göz önünde bulundurulur.¹⁶⁷

Cezayir Temyiz Mahkemesi de erkeğin meşru bir sebep olmadan karısını boşaması durumunda talâk tazminatı ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁶⁸

Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu'nun 134. maddesinde kocanın keyfi ve sebepsiz yere boşaması halinde, hâkim en az bir, en fazla üç yıla kadar nafaka tazminatına hükmeder. Konu kânunda şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 134: Koca karısını örneğin sebepsiz yere boşaması gibi haksız bir şekilde boşadığında kadın yargıçtan tazminata hükmedilmesini talep ederse, yargıç, kocanın en az bir, en fazla üç yıllık nafaka bedeli kadar tazminat ödemesine hükmeder. Yargıç bu hükmü verirken kocanın durumunu dikkate alır. Koca, ekonomik durumu iyi ise tazminatı tek seferde, durumu iyi değilse taksitler halinde öder. Bu, kadının eşlikten kaynaklanan diğer haklarını etkilemez.¹⁶⁹

Birleşik Arap Emirlikleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu'nun 171. maddesinde de sahih bir nikâh akdiyle evlenmiş olan zevcenin zifâf gerçekleştikten sonra, kendi rızası veya kusuru olmaksızın boşandığında, iddet nafakası dışında, bir yıllık nafaka miktarını geçmemesi

¹⁶⁵ es-Sâbûnî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyyeti's-Suriye*, 2: 52-53; es-Sâbûnî, *Medâ Hüriyeti'z-Zevceyn*, 1: 108-109.

¹⁶⁶ es-Sâbûnî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyyeti's-Suriye*, 2: 52.

¹⁶⁷ Biltâcî, *Mekânetü'l-Mer'e*, 132.

¹⁶⁸ *Kânun-ı Üsretü'l-Cezayiriyye*, (Tadil edilen Kânun), Cerîde-yi-Resmî, sy., 15, 27. 02, 2005, mad, 53.

¹⁶⁹ İbrahim Alhalalshah, *Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânununun Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnamesi İle Mukayesesi* (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009), 300. Ayrıca bkz; Sertâvî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 178-180.

şartıyla kocanın durumuna göre belirlenecek bir müt'a almaya hak kazanır. Söz konusu müt'a miktarı aylık taksitlerle bölünerek ödenir.¹⁷⁰

Mısır Temyiz Mahkemesi, yapılan bir itiraz üzerine kocanın karısını nedensiz bir şekilde boşaması durumunda, talâk tazminatı ödemeyi kabul etmesinin İslâm'ın temel ilkelerine ve şer'î hükümlere aykırılık içeren bir durum olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, zevce kocasına zarar verip kendisi talâka sebebiyet verdiğiğinde, kocanın talâk tazminatı ödemesi gerekmediğini hükme bağlamıştır.¹⁷¹

Yukarıda aktardığımız gibi klasik fıkıh eserlerinde talâk tazminatıyla ilgili bir bilgi yoktur. Fakat fakihler, boşanan hanımlara müt'a verilmesinin kapsamı ve gerekliliği konusunda ihtilaf etmişlerdir. Mahkeme tarafından talâk tazminatına hükmedilmesinin fıkıh açısından kabul edilebilirliği konusunda İslâm âlimleri arasında iki farklı görüş vardır.

Yukarıda ele aldığımız bu görüşlerin her birinin kabul edilebilir gerekçeleri olduğu söylenebilir. Talâk tazminatı, bir taraftan boşanma durumunda genelde ekonomik bağımsızlığı olmayan kadınların ekonomik açıdan korunmasını sağlamakta, diğer yandan kabul edilebilir bir gerekçe olmaksızın boşama yoluyla eşlerine zarar vermek veya onları çaresiz bırakmak isteyen kocaları bu tür davranışlardan alıkoymaya yönelik önleyici bir işlev görmektedir.

Nitekim Vehbe Zühaylî ve Abdurrahman Sâbûnî, Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu'nun 117. maddesinin hükmü gereğince kocanın makul bir sebep olmaksızın eşini boşadığında, hâkim tarafından, talâk tazminatına hükmedilmesi düzenlemesini diğer İslâm ülkelerinin ahvâl-i şahsiyye kânunlarında yer alan yeni ve adâlete uygun bir düzenleme olduğunu ifade ederler. Bu yazarlara göre söz konusu hükmün mesnedi fikhî açıdan siyaset-i şer'îyedir. Zira İslâm dini, kocanın boşama yetkisini suiistimal edip karısına zarar vererek onu fakr-u zaruret içerisinde bırakmasına müsaade etmez.¹⁷²

Bu sebeple talâk tazminatının yahut müt'anın gayesi, haksız bir şekilde boşanmış olan hanımların dertlerini azaltmak, ekonomi açısından onlara yardım etmek ve gönüllerini

¹⁷⁰ es-Sâbûnî, *Ahkâmü't-talâk fi'l-Fıkhü'l-İslâmiyye*, 76.

¹⁷¹ es-Sâbûnî, *Medâ Hüriyyeti'z-Zevceyn*, 1: 107.

¹⁷² Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 508; es-Sâbûnî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyyeti's-Suriye*, 2: 52.

kazanmaktır. Böylece talâk zevceden dolayı vuku bulması yahut karı kocanın anlaşarak talâk (muhâlea) meydana gelmesi durumunda müt'a yahut talâk tazminatına karar verilmesi câiz değildir.¹⁷³

Boşama tazminatının fikhî/hukukî açıdan kabul edilemez olduğu görüşünde olanların bu görüşlerini temellendirme sadedinde zikrettikleri gerekçeler özetle şu şekilde sıralanabilir:

a. Talâk tazminatının hiçbir şer'î mesnedi olmaması bir tarafa bu mecellede “Şeriatın cevaz verdiği hususta tazminat söz konusu olmaz.” (الجواز الشرعي ينافي الضمان)¹⁷⁴ mecelle kaidesiyle de doğrudan çelişmektedir. Zira talâk, şeriat tarafından kocaya verilen câiz bir hak ve salahiyettir ve buna karşı tazminat söz konusu olmaz.

b. Koca talâk yetkisini haksız ve sebepsiz yere kullandığı zaman, ona bir takım dinî/manevî müeyyide ve sorumluluklar İslâm şeriatı tarafından yüklenmiştir. Bu yüzden maddî tazminatlara gerek yoktur.

c. Talâk tazminatı düzenlemesi kadının ve ailesinin zararına bir takım sonuçlara yol açabilecektir. Zira tazminat hükmüyle karşı karşıya kalacağı koca, maddi yükümlülüklerden kurtulmak için mahkeme salonlarında, dost ve düşman huzurunda gizli tutulması gereken ailevi sırları açığa vurmaya mecbur kalabilecektir ki bu ne kocanın ne de kadının aile ve yakınlarının maslahatına uygundur. Şüphe yok ki mahremiyetin gizli tutulmasının faydası, maddî tazminatın elde edilmesi maslahatından daha önceliklidir.

d. Kocanın dînî/ahlâkî yönünün güçlendirilmesi, karısına karşı sorumluluklarının, boşama hakkını suiistimal ettiği takdirde kıyamet gününde hesaba çekileceğinin hatırlatılması, tazminat aracılığıyla ulaşılmak istenen sebepsiz veya haksız boşamalara yönelik önleyicilik işlevi yerine getirebilir.¹⁷⁵

Sonuç olarak şu şekilde bir değerlendirmede bulunabiliriz: Boşama tazminatı yeni bir kavram olup klasik fıkıh eserlerinde ele alınmayan bir konudur. Ancak Kur'ân-ı Kerimde yer alan müt'a (boşanan zevceye maddî yardım) düzenlemesinin günümüz şartlarında yeniden değerlendirildiğinde bu kurumun talâk tazminatı ile ilişkilendirilmesinin fikhî açıdan kabul edilebilir olduğu söylenilebilir. Bu bağlamda klasik fıkhıta bazı fakihler

¹⁷³ Abdülkerîm Zeydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmi'l-Mer'e ve'l-Beyti'l-Müslim fi 'ş-Şer'ati'i-İslâmiyye* (Bejrût: Müessesetü'r-Risâle, 1993/1413), 7: 359.

¹⁷⁴ Ali Hayder, *Dürerü'l-Hükkâm Şeru Mecelleti'l-Ahkâm*, 1: 92, 93(mad. 91).

¹⁷⁵ Zeydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 7: 357-359.

tarafından dile getirilen tüm boşamalarda kadına müt'a verilmesinin vacip olduğu ve bunun miktarının belirlenmesinin yargıcın takdirine bırakılması gerektiği görüşüne atıfta bulunulabilir. Bu durumda yargıcın boşamanın meydana geldiği sebep ve şartları, evlilik süresini ve karı kocanın sosyo-ekonomik durumlarını göz önünde bulundurarak bir tazminata karar vermesi, İslâm'ın evlilik hukuku ile ilgili temel hüküm ve amaçlarla uyum içinde olacaktır.

1.4. Muhâlea (hul) Kavramı, Meşruiyeti ve Hukukî Neticesi

1.4.1. Hul Kavramı

Evlilik akdinin sona ermesinin faktörlerinden biri de karı kocanın birbirini yahut birisinin diğerini sevmemesi, birbirleriyle anlaşamaması ve hayatı birlikte geçirmeye tahammül edememesidir. Söz konusu vaziyet kocada mevcutsa talâk yetkisini kullanarak karısını boşayıp evlilik bağından kurtulabilir. Bu durumda koca evlilik akdi sebebiyle karısına verdiği mehir ve yaptığı diğer harcamaları geri alamaz, ayrıca belirli bir süre kadının nafakasını temin eder. Ancak evlilik hayatı kendisi için çekilemez olan ve boşanma yetkisi bulunmayan kadın ne yapacaktır? Böyle bir durumda kadının “hul” yoluyla evlilik bağından kurtulabilmesi mümkün olabilir. Hul, sözlükte, “soymak, çekip çıkarmak ve soyunmak”¹⁷⁶ anlamlarına gelmektedir. Aile hukukuna ait bir kavram olarak “kadının bir bedel karşılığında evlilik hayatından kurtulması,” şeklinde tarif edilmiştir.¹⁷⁷ Muhâlea ise hul konusunda karşılıklı anlaşma demektir. Buna göre kadın, sevmediği, kendisiyle birlikte yaşamak istemediği kocasından kurtulmak amacıyla muhâlea aracılığıyla evlilik bağını çözebilir. Böylece hem erkek kadından alacağı para ile malî zararını bertaraf edip yeniden evlenme fırsatı bulur hem de kadın kendisi için cehennem hayatına dönen bu evlilikten kurtulmuş olur.¹⁷⁸

1.4.2. Muhâlea'nın Meşruiyeti

Allahu Teâlâ, Kur'ân-ı Kerîm'de hul hakkında şöyle buyurmaktadır:

¹⁷⁶ İbn Manzûr, “hla”, *Lisânu'l-Arab*, 8: 76-77; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, 4: 210; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, “talâk”, 29: 6.

¹⁷⁷ Erdoğan, “hul”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 204; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, 4: 210, 211; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 178; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 458.

¹⁷⁸ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 311.

“Boşama iki keredir. Her ikisinden sonra ya iyilikle evlilik içinde tutmak veya güzellikle serbest bırakmak gerekir. Allah’ın koyduğu kurallara uymamalarından korkmadığınız sürece onlara verdiğiniz mehirden hiçbir miktarı geri almanız sizin için helâl olmaz. Eğer Allah’ın kurallarına uymamalarından korkarsanız, kadının evlilikten kurtulmak için verdiği meblâğda taraflara bir vebal yoktur. Bunlar Allah’ın koyduğu kurallardır, bu sebeple onları çiğnemeyin. Her kim Allah’ın koyduğu kuralları çiğnerse işte onlar zalimlerin ta kendileridir.”¹⁷⁹ Bu âyet-i kerime ve sünnet uygulamasına dayanarak, bu âyetin Nisâ sûresi 20. âyetiyle neshedildiği görüşünde olan tâbîm fakihlerinden Bekr b. Abdullah el-Müzenî dışında âlimler muhâleanın câiz olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁸⁰

Muhâlea’nın sünnetten dayandığı şu hadistir:

Sâbit İbn Kays’ın karısı Peygamber (s.a.v)’e gelerek şöyle dedi: “Ey Allah’ın Rasûlü, Sâbit b. Kays’ın ne dinine ne de huyuna bir diyeceğim var; ancak Müslümanlıkta küfrân-ı nimetten (yahut küfür derecesinde bir hata işlemekten) çekiniyorum.” Peygamber (s.a.v) sordu: “Bahçesini geri verecek misin?” evet diyerek yanıt verdi. Bunun üzerine Rasûlullâh (s.a.v) Sâbit’e “Bahçeyi kabul et ve onu boşa!” buyurdu.¹⁸¹

Boşanmaya ehil olan koca ve boşanmaya ehil olan karının anlaşmalı boşanmaya (muhâlea) da ehil olduğu kabul edilmiştir.¹⁸² Kadının talebi üzere kocasıyla anlaşıldığında cumhur-ı fukahâya göre hâkimin hükmüne gerek kalmaksızın ayrılma gerçekleşir ve Hz Ömer ve Osman (r.a)’nın da aynı görüşte oldukları nakledilmiştir.¹⁸³ Ancak İbn-i Sîrîn ile Hasan-ı Basrî bu konuda yargıç kararını şart koşmuşlardır.¹⁸⁴

1.4.3. Muhâlea’nın Hukukî Neticesi

Muhâlea yoluyla ayrılmanın hukukî sonucu konusunda İslâm hukukçuları iki guruba ayrılmışlardır:

¹⁷⁹ el-Bakara; 2/229; *Kur’an Yolu*, 1: 365-366.

¹⁸⁰ Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 459-460; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 438-439; Atar, Fahrettin, “Muhâlea”, *DİA* (İstanbul: TDV Yayınları, 2005), 30: 400.

¹⁸¹ el-Buhârî, *el-Câmiu’s-Sahîh*, “Talâk”, 11, (İstanbul: Çağrı Yayınevi, 1992), 6: 170; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1. 311.

¹⁸² Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 441; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 312; *Kānun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 157.

¹⁸³ Zühaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 463; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 441.

¹⁸⁴ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1. 312.

İshâk, İkrime, Ebû sevr, Tavûs, İbn Abbâs, İmam Ahmed b. Hanbel ve bir kavlinde İmam Şafî gibi âlimler muhâlea yoluyla ayrılmanın fesih olduğunu ifade etmişlerdir. Şevkânî de aynı görüşü tercih etmiştir. Hz. Osman, Hz. Ali, Atâ, İbn Mes'ûd, Said İbn Müseyyeb, İmam Ebû Hanife, İmam Mâlik, Sevrî ve Evzâî gibi âlimler bu tür ayrılmanın neticesini talâk olarak belirlemişlerdir.¹⁸⁵ Afganistan Medenî Kânunu da bu görüşü benimseyerek muhâlea yoluyla boşanmanın hukukî sonucunun hâkimin kararına gerek kalmaksızın bir bâin talâk olduğunu kabul etmiştir.¹⁸⁶

1.5. Yargı Yoluyla Boşanma/Tefrîk Kavramı ve Meşruiyeti

1.5.1. Tefrîk Kavramı

Tefrîk lügatte, “iki şeyi birbirinden ayırmak, bir bütünü parçalamak, aralarını açmak,”¹⁸⁷ anlamına gelmektedir. Fıkıh ve hukuk dilinde terimsel anlamı ise, “yargı tarafından, evlilik akdinin çözülmesi ve evlilik hayatına son verilmesi,”¹⁸⁸ şeklindedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kocanın rızası olmaksızın, kadının yargıya müracaat ederek ayrılmayı talep etmesi ve yargıcın boşanmaya karar vererek eşleri ayrılması mümkündür.¹⁸⁹ Fakat yargıcın takdir yetkisi bu hususta kânunda öngörülen sebeplerle sınırlıdır ve söz konusu sebeplerin varlığının kanıtlanması halinde, yargıcın ayrılmaya karar vermesi gerekmektedir.¹⁹⁰

İslâm aile hukuku alanında kânunlaştırma sürecine öncülük yapan 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesi'nde de tefrîk yolu ile boşanma kabul edilmekle beraber fıkıhta olduğu gibi “kazâî boşanma” olarak isimlendirilmiştir. Pozitif hukuk sisteminde ise, tefrîk, “hâkimin hükmü ile ayrılma” şeklinde adlandırılmıştır.¹⁹¹ Afgan hukuk sisteminde ise yargı yoluyla boşanma, tarif edilmeyip tefrîk olarak isimlendirilmiştir.¹⁹²

¹⁸⁵ İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadîr*, 4: 211, 212; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 6: 265; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, “talâk”, 29: 6; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 312; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 441.

¹⁸⁶ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 160; Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 232-233.

¹⁸⁷ İbn Manzûr, “frk”, *Lisânu'l Arab*, 10: 299-300; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, “talâk”, 29: 6; Bilmen, *Hukukı İslâmiyye*, 2: 174.

¹⁸⁸ Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 266; Halil İbrahim Acar, “Tefrîk”, DİA (İstanbul: TDV Yayınları, 2011), 40: 277; Karaman, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, 1: 293; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 423.

¹⁸⁹ Erdoğan, “tefrîk”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 557.

¹⁹⁰ Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 266; Ahmet Yaman, *İslâm Aile Hukuku*, 18. Baskı (İstanbul: MÜİFVY, 2016), 92.

¹⁹¹ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 43; Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 87, 104, 128.

¹⁹² *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad, 176.

1.5.2. Tefrîkin Meşruiyeti

1.5.2.1. Kur'ân-ı Kerim'de

İslâm âile hukukunda ilke olarak talâk hak ve salahiyeti kocaya mahsus kılınmıştır. Bu hususta karının hakkı ihmal edilmemekle birlikte, kocanın söz konusu salahiyeti ne zaman ve şekilde kullanacağına dair bazı prensipler vaz edilerek kocadan onlara riayet etmesi talep edilmiştir.

Allahu Teâlâ el-Bakara sûresinin 229. âyeti celîlesinde meâlen şöyle buyurmaktadır: “Boşama iki keredir. Her ikisinden sonra ya iyilikle evlilik içinde tutmak veya güzellikle serbest bırakmak gerekir.”¹⁹³ Bu âyette evlilik hayatı ile ilgili bir kuraldan bahsedilmiştir. Söz konusu kurala göre zevceler nikâh altında ya iyilikle tutulacak yahut güzellikle serbest bırakılacaktır. Yani nikâh akdi içinde tutmanın da serbest bırakmanın da tek bir kaydı güzellik ve iyiliktir. Dolayısıyla, koca bu ilkenin haricinde hanımını evlilik akdi içinde tutmaya çalıştığı zaman “iyilik” ortadan kaldırılmış, fenalık ve zarar meydana gelmiş demektir ki bu vaziyet, zevcenin aleyhine, bertaraf edilmesi gereken bir zulüm ve zarar konusu olmaktadır.¹⁹⁴ Bu anlamı teyid eder bir şekilde el-Bakara sûresinin 231. âyeti celîlesinde Allahu Teâlâ kocaları muhatap alarak meâlen şöyle buyurmaktadır: “Onları zarar vererek haklarını çiğnemek için nikâh altında tutmayın.” Bu âyet-i kerime’de, kadınların zarar görecektir şekilde kocalar tarafından nikâh altında tutulmaları men edilmiştir.¹⁹⁵

Bahsettiğimiz ilkelere koca tarafından riayet edilmez, zevce bundan mağdur olur ve koca söz konusu zarar ve kötülüğü bertaraf etmek istemezse, söz konusu haksızlığı izâle etmek ve zararı ortadan kaldırmak için, kadının talebi üzerine yargıcın devreye girmesi ve ayrılmaya karar vermesi gerekmektedir. Zira yargıcın en temel sorumluluklarından biri sâbit olan zararı izâle etmek ve her türlü zulüm ve fenalığa karşı çıkmaktır.¹⁹⁶

¹⁹³ el-Bakara, 2/229.

¹⁹⁴ İlyas Karşlı, *İslâm Hukukunda Kazâî Boşanma*, (Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, 1988), 9, 10.

¹⁹⁵ el-Bakara, 2/231; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 266.

¹⁹⁶ Zeylâî, *et-Tebyînü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 3: 22; el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 322, 323; Serahsî, *el-Mebsût*, 5: 97.

1.5.2.2. Sünnette

Hiz. Peygamber (s.a.v)'in kendisine intikal eden bir anlaşmazlıkta tefriike hükmettiği şeklinde bir uygulaması nakledilmemiştir. Ancak Hulefâ-yi Râşidîn döneminde iktidârsızlık vb. nedenlerle ayrılmaya karar verildiğini gösteren bazı uygulamalar nakledilmiştir. Mesela: Bir kadın Hiz. Ömer'e (r.a) müracaat edip kocasının onunla cimada bulunamadığını ifade etmişti. Hiz. Ömer o kadına bir sene süre mühlet verdikten sonra iktidarsızlıktan (inne) dolayı, karı koca arasında tefriike karar vermiş ve bu ayrılmayı bir bâin talâk saymıştır.¹⁹⁷

İbn Sender adında hasî (hüsyeleri çıkarılmış) bir kişi bir kadınla evlenmişti. Hiz. Ömer (r.a) o kişiye "hasî olduğunu zevcene bildirdin mi?" diye sorunca "hayır" cevabı verdi. Hiz. Ömer (r.a) İbn Sender'e şöyle demiştir: O kadına durumunun ne olduğunu anlat ve onu muhayyer bırak. Bu konuda Hiz. Ali ve İbn Mes'ud'dan da benzer rivâyetler nakledilmiştir.¹⁹⁸ Hanefî mezhebinden el-Kâsânî "*Bedâiu 's-Sanâi*" adlı eserinde konu ile ilgili şöyle bir izâhta bulunmuştur: "Bu uygulamalar ashabın huzurunda gerçekteşmiş ve hiç kimsenin bunlara muhalefet ettiği de nakledilmeyince, demek ki bu hususta ashabın icma'sı mevcuttur."¹⁹⁹

İslâm aile hukukunda talâk yetkisi ilke olarak kocaya ait olması ve bu yetkinin kullanımına yönelik hukukî bir engel bulunmaması sebebiyle yargı yoluyla boşanmayı talep etmek kural olarak zevceye ait bir hak olarak görülmektedir. Nikâh akdinin irâdi bir şekilde sonlandırılmasında yargı ve kadına bu hususta yetki tanınması bir açıdan boşama salahiyetinin kocaya verilmesi kaidesi ile çeliştiğinden dolayı yargının karı kocayı ayırmak (tefriik) için yetkili olup olmadığı ve zevcenin hangi vaziyetlerde yargı yolu ile boşanmayı talep edebileceği, içtihadî bir mesele olduğu için fikhî mezhepler arasında ciddi anlamda tartışmaya konu olmuştur.²⁰⁰

Hanefî ve kısmen Şâfiîlerde kadın için yargı yolu ile boşanma gerekçeleri oldukça sınırlı, yargının boşanmaya karar verme salahiyeti de dar tutmuşlardır. Mâlikî ve Hanbelî fikh

¹⁹⁷ İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l- Kadir*, 4: 297, 298; el-Kâsânî, *Bedâiu 's-Sanâi*, 2: 322 vd; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 266; Acar, "Tefriik", 40: 277-278.

¹⁹⁸ Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyüb b. Kayyım, el-Cevziyye, *Zâdü 'l-Meâd fi Hedyi Hayri'l-İbâd*, thk. Şuayb el-Arnâvut-Abdülkâdir el-Arnâvut, 15. Baskı (Beyrût: Müessesetü'r-Risâle, 1407/1987), 5: 181, 182; İbn. Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 199, 200. Ayrıca bkz: Acar, "Tefriik", 277-278.

¹⁹⁹ el-Kâsânî, *Bedâiu 's-Sanâi*, 2: 322, 323 vd.; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 266.

²⁰⁰ Acar, "Tefriik", 40: 277.

içtihatlarında ise, yargı yoluyla boşanma konusunda hem zevceye hem de yargıya geniş yetkiler tanındığı görülür.²⁰¹

Kadının yargı yoluyla boşanmasına dayanak teşkil edebilecek gerekçelerin kapsamı oldukça dar tutan Hanefî mezhebinden farklı olarak Afganistan Medenî Kânunu tefrîk konusunda toplum maslahatı ve özellikle zevcenin mağduriyetini göz önünde bulundurarak diğer fikhî mezheplerde mevcut olan görüşlerden istifade etmiş ve ayrıca bazı yeni hükümler ortaya koymuştur.²⁰²

Hanefî hukukçular nezdinde yargı yolu ile boşanma hakkı zevceye mahsustur ve koca tefrîk için yargıya müracaat edemez. Çünkü talâk yetkisi kocanın elinde bulunmaktadır ve herhangi bir zarara maruz kaldığında tek taraflı irade beyanıyla evlilik akdini ortadan kaldırmaktadır.²⁰³ Afgan hukuk sisteminde de Hanefî hukukçularının görüşü kânunlaştırılarak yargı aracılığıyla boşanmanın (tefrîk) zevceye mahsus bir hak olduğu ifade edilmiştir.²⁰⁴ Bu konu fıkıh ve kânun açısından detaylı bir şekilde ikinci bölümde ele alınacaktır.

1.6. İslâm Hukukunda Tefrîkin Hukukî Sonucunun Belirlenmesi

1.6.1. Tefrîkten Doğan Hükümün Mâhiyeti

Mâhiyet, bir şeyin özü, esası ve hakikati,²⁰⁵ hüküm ise tefrîk davasında yargı sürecinin neticesidir, diğer bir ifade ile hüküm, yargıcın davayı bağlı kıldığı sonuçtur.²⁰⁶ Karı ve koca arasındaki evliliği sona erdiren yargı kararının farklı hukukî mahiyetleri bulunabilir. Bu durum ayrılık kararı ile ortaya çıkan hukukî sonuçların farklılaşması neticesini doğuracaktır. Daha önce ifade edildiği gibi evlilik birliğinin sonlanması temelde iki şekilde gerçekleşir: Fesih ve talâk, talâk da ric'î talâk, bâin talâk şeklinde ikiye ayrılır.²⁰⁷ Yukarıda fesih, talâk, hul ve tefrîk kavramları açıklanmıştır. Burada tefrîk yolu ile

²⁰¹ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü'sh-Şahsiyye*, 347; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 267; Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 114-117, 144; Hayreddin Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, 20. Baskı (İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2017), 2: 121-126; Mehmet Âkif Aydın, "Osmanlı Hukukunda Kazâi Boşanma", *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, sy., 5, (1986), 2-6.

²⁰² *Kâmun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 176-197; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 342-367.

²⁰³ Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 493.

²⁰⁴ *Kâmun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 135, 176-197.

²⁰⁵ Erdoğan, "mahiyet", *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 335.

²⁰⁶ Karaman, *Fıkıh Usûlü*, 233.

²⁰⁷ Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 336, 337.

ayrılmanın fesih mi talâk mı olduğu konusunda fakîhlerin değerlendirmelerini ve her ikisine bağlanan sonuçları detaylı bir şekilde ele almaya çalışacağız.

1.6.2. Tefrîkin Hukukî Sonucunu Belirlemede Fakîhlerin Değerlendirmeleri

Evlilik bağının tefrîk yolu ile sonlandırılmasını bir grup fakih talâk kabul ederken, diğer bir grup yargı yoluyla evliliğin sonlandırılmasını bazı durumlarda fesih, bazı durumlarda ise talâk kabul etmiştir. Aşağıda bu değerlendirmeleri ele alacağız.

1.6.2.1. Hanefilerin Görüşü

Hanefilere göre kural tefrîkte asıl olanın talâk olduğudur. Bu yüzden mümkün olduğu kadarıyla tefrîki talâk şeklinde değerlendirirler.²⁰⁸ Hanefilerin yargı yoluyla boşanmaların hükmüyle ilgili görüşleri incelendiğinde tefrîkin fesih veya talâk hükümlerinden hangisini alacağını belirlemede dikkate aldıkları hususları şu şekilde sırlamak mümkündür:

a. Akdin bağlayıcı olmadığı durumlardan dolayı meydana gelen ayrılma fesih hükmünü alır. Çünkü akdin tamamlanmasından önce meydana gelen ayrılma Hanefilere göre nikâhın aslının feshidir. Ayrıca nikâh akdi tamamlanmadan önce fesih, akdi tamamlamaktan çekinme manasına gelebilir.²⁰⁹ Zira talâk da nikâhın tamamlanmasından sonra bir tasarruftan ibarettir. Fesih ise nikâhın aslının ortadan kaldırılmasıdır.²¹⁰ Aşağıda zikredilen durumlar bu kuralın altında yer almaktadır:

i. Kefâetin bulunmaması nedeniyle tefrîk;

ii. Kocanın mehr-i misli tamamlanmaması nedeniyle tefrîk;

iii. Akitte eşler arasında şart koşulan bir sıfatta aldatma olması nedeniyle tefrîk.²¹¹

b. Hanefiler nikâh akdinin tamamlanmasından sonra şer'î nass veya icma ya da kocanın isteği ve iradesi olmaksızın feshi kabul etmeyeceği görüşündedirler. Talâkın kocanın bir hakkı olduğu ve kaynağının koca olduğu kabulünden hareketle ayrılmanın sebebinin koca olması durumunda yargı kararının talâk olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünürler.

²⁰⁸ Alâeddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2. Baskı (Beyrût: Daru'l-Kitabi'l-Arabi, 1986/1406), 2: 336-340.

²⁰⁹ es-Serahsî, *el-Mebsût*, (Beyrût: Dâru'l-Marifat, 1993/1414), 5: 45, 46, 96; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999/1419), 147.

²¹⁰ el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li-ta'lili'l-Muhtâr*, thk. Mahmut Ebû Dakîka (Kahire: Matbaatü'l-Halebî, 1937/1356), 3: 100; es-Serahsî, *el-Mebsût*, 5: 96, 97.

²¹¹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 2. Baskı (Beyrût: Dâru'l-fikir, 1992/1412), 3: 72; es-Serahsî, *el-Mebsût*, 5: 45, 46, 56, 95-97.

Burada ayrılık sebebi, kaynağı yerine ikame edilmiş olur; ayrılık kararına kocada bulunan bir niteliğin sebep olması durumunda asıl olan kocaya boşamasının emredilmesidir; koca buna yanaşmaz ise hâkim onun yerine evliliği sonlandırır, tefrîke hükmeder.²¹² Dolayısıyla bu durumda söz konusu ayrılma kocanın yerine verilen yargı kararı ile talâk hükmünü alır.²¹³ İbnü'l Hümmam hul (خلع)' konusunda şu açıklamaları bu bağlamda değerlendirdi: Bu (hul) da nikâhın tamamlanmasından sonraki ayrılıktır. Onda asıl olan talâk olmasıdır. Çünkü hilafına bir delil olmadığı sürece herkesçe bilinene hamletmek vaciptir. Ergen, azatlık ve denk olmama muhayyerliğinin kullanılmasıyla meydana gelen ayrılık, akdin tamamlanmasından önce gerçekleşir ve bundan dolayı ayrılma fesih sayılmaktadır. Çünkü nikâhta tarafların ergenliğe kavuşması, azat olması ve velinin muhayyerliği durumunda muhayyerlik hükmü ortaya çıkar ve bu muhayyerlikler de manen nikâh akdinin tamamlanmasından çekinmedir.²¹⁴

Hanefilere göre yargı yoluyla ayrılık kararına kocanın sebep olduğu veya zorunlu olarak talâk ile emrolunduğu durumlar şunlardır:

i. İlâ ile meydana gelen talâk, Hanefilere göre ilâ süresinin sona ermesiyle gerçekleşir. Onlara göre koca ilâ süresi içinde îlâdan dönmezse ettiği yeminin gereği olarak şer'î açıdan talâkı kendisi yapmış sayılır.²¹⁵ Burada yargının rolü îlânın ve şartlarının gerçekleşmesi ve sonuçlarının ortaya çıkmasından emin olmaktır.

ii. Nikâhın temel maksadının gerçekleşmesine engel olan kusurlar. Hanefi mezhebinde (İmam Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre) kabul edilen kusurlar şunlardır: cebb, innet ve iğdişlik. Kendisinde bu niteliklerin bulunması durumunda koca evlilik hayatı için önemli olan bu kusurların gizli kalmasının sebebidir. Kadını kandırması ve akitle ortaya çıkan cinsellik ihtiyacını karşılama hakkına ulaşmasına engel olmuştur.²¹⁶

iii. Liân: Bu durumda koca, karısının iffetsizlik ettiğini veya zina yaptığını iddia eder. Karısını suçladığı ve bunu ispatlayamadığı için onunla birlikte yaşaması ve onu evlilik bağı içinde iyilikle tutması mümkün olmayacaktır; bu yüzden “Bundan sonra ya iyilikle

²¹² el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3: 100; es-Serahsî, *el-Mebsût*, 5: 96.

²¹³ el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 336-338.

²¹⁴ İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadîr* (Beyrût: Darü'l-fikir, t.y), 4: 213, 214; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 3: 72.

²¹⁵ İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadîr*, 4: 192-196; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 3: 73.

²¹⁶ el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 336.

tutmak veya güzellikle salıvermek vardır (Bakara 2/29)” âyetinin emrettiği şekilde onu salıverme yükümlülüğü altında olacaktır.²¹⁷

iv. Karısı müslüman olan kocanın müslüman olmayı reddetmesi. Bir önceki maddede zikredilen nassın ifade ettiği eşini iyilikle tutma yükümlülüğü gereği müslüman olmayı reddeden kocanın eşini boşaması gerekir. Ancak Ebû Yusuf bu durumda meydana gelen ayrılığı fesih olarak değerlendirir.²¹⁸

v. Kocanın İslâm'dan irtidad etmesi. Ayrılmanın sebebinin kocanın irtidatı olması durumunda bu ayrılığın nasıl değerlendirileceği hususunda mezhep içinde ihtilaf söz konusudur. Muhammed İbn Hasen eş-Şeybânî'ye göre bu bir talâktır. Çünkü tefrîkte asıl olan talâktır ve bu ayrılığın meydana gelmesinde sebep olan bizzat kocanın. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre ise karı-koca ilişkisinin helalliğinin, teknik ifadesiyle mahallin helalliğinin ortadan kalkması sebebiyle bu durumda ayrılık fesih kabul edilir.²¹⁹

c. Aslen fasit olan nikâhlarda ayrılık fesih hükmündedir. Çünkü akit her ne kadar şekil olarak gerçekleşmiş olsa da şeriat ve sonuçları açısından tam olarak meşru kabul edilmez. Talâk yalnızca sahih nikâhta ortaya çıkabilir. Kocanın hürmet-i müsahareyi gerektiren bir fiili işlemesi gibi akdin gerçekleşmesinden sonra arız olup nikâh akdinin fesadını gerektiren durumlar da ilave edilmiştir.²²⁰

d. Kadının veya velisinin ayrılığın sebebi olması durumunda söz konusu ayrılık talâk değil fesih kabul edilir. Hanefiler bu değerlendirmede evlilik bağının ortadan kaldırılmasında dikkate aldıkları yukarıda zikrettiğimiz temel kuraldan, asıl olanın bunun kocanın tasarrufu olan talâk ile gerçekleşeceği ilkesinden hareket ederler:²²¹ Kadın prensip olarak ne talâk yetkisine ne de akit tamamlandıktan sonra akdin bozulmasını talep etme hakkına sahiptir. Bu yüzden ayrılık hükmü eğer nass veya icmâ gibi bir nedene bağlı olarak ortaya çıkmış ise ve söz konusu nedenin kaynağı kadın ise bu talâk değil fesih kabul edilir. Çünkü kadın talâk hakkına sahip değildir ve ayrıca kocanın durumunda olduğu gibi hâkimin bu konuda kadının vekili vasfıyla tasarrufta bulunduğu düşünülemez ve buna

²¹⁷ el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3: 169.

²¹⁸ el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3: 113; el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 336; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 3: 72.

²¹⁹ el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3: 114; el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 337.

²²⁰ el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 339, 340.

²²¹ Muhammed Emîm el-İhsân el-Barketî, *el-Kavâidü'l-fıkıh* (Karatşî: es-Sadaf, 1986/1407), 46.

talâk hükmünü vermek için kocanın hüküm vekilliğini yapmak da tasavvur edilemez.²²² Akdin tamamlanmasından sonra nikâh bağı ortadan kaldırma yetkisi bulunmayan kadının şer'î hükmün kendisini ayrılık veya akdin devam etmesini seçme arasında muhayyer bıraktığı durumlarda ayrılığı seçmesi akdin feshi olarak değerlendirilir. İbn Âbidin bunu şu şekilde formüle eder: Sebebinin muhayyerlik olduğu ayrılık, fesih olur. Akit feshedildiğinde sanki hiç olmamış gibi olur.²²³ Benzer şekilde el-Mevsîlî de kefaet bölümünde şu değerlendirmede bulunur: Kadın dengi olmayan birisiyle evlenirse velisi, üzerindeki ayıbı defetmek için onları ayırır. Bu nikâhın aslının feshidir. Zira ayrılma, hâkim onu kocayı temsilen yaptığında talâk olur.²²⁴

Hanefilere göre yargı yoluyla meydana gelen talâk hükmündeki ayrılıklar bâin talâk hükmündedir. el-Kâsânî bunu şu şekilde delillendirmiştir: Yargı aracılığıyla meydana gelen bütün ayrılıklar bâindir. Çünkü bazılarında maksat, kişinin zarardan kurtulmasıdır. Bu ise ancak bâin talâk ile olur. Bazı evlilik akitlerinde de mahal, nikâhın devam etmesine müsait değildir.²²⁵

Bazı fakîhler ayrılığın hukukî mahiyetini belirleme konusunda göz önünde bulundurulacak temel niteliği şu şekilde formüle etmiştir: Kocadan kaynaklanan her ayrılık talâktır. Ebû Hanife irtidadı bunun haricinde tutmuştur. Çünkü irtidatta, mahal uyuşmazlığı vardır ve ölüme daha çok benzerdir. Ebû Yusuf irtidat ve müslüman olmayı reddetmeyi bundan hariç tutmuştur.²²⁶ Bazıları ise buradaki istisnayı şu şekilde temellendirir: Ayrılık eğer erkekteki bir sebepten değil de kadından kaynaklanıyorsa ya da erkekten geliyor ve kadın tarafından gelme ihtimali varsa fesihtir.²²⁷

1.6.2.2. Mâlikîlerin Görüşü

Mâlikîlerin tefrîk yolu ile gerçekleşen ayrılığın hukukî niteliğini belirleme konusunda takip ettikleri ilkeleri üçe ayırılarak incelemek mümkündür:

²²² el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 3: 114; eş-Şeybânî, *el-Hüccce alâ ehli'l-Medîne*, thk. Mahtâ Kâdirî, 3. Baskı (Beyrût: Âlemi'l-kütüp, 1403 h.), 3: 504-508.

²²³ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr* 3: 70.

²²⁴ el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 3: 100; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 167-169.

²²⁵ el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 340.

²²⁶ Ebû'l-Hasan Ali b. Hüseyin b. Muhammed es-Suğdî, *en-Nütefî'l-Fetâvâ*; thk. Selahaddin en-Nâhî (Beyrût: Müessesetü'r-Risâle, 1984/1404), 1: 309, 310; eş-Şeybânî, *el-Hüccce alâ ehli'l-Medîne*, 3: 504-508.

²²⁷ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 3: 71.

a. Bizzat akdin hükmüne bakmak: Eşler arasında var olan akit, fakihlerin fasit olduğunda ittifak ettikleri türden ise ayrılık talâk değil, fesih olur. Mut'a nikâhı, aralarından evlilik engeli olan yakın akrabaların birbirleriyle evlenmesi veya iddet beklemekte olan bir kadınla evlenilmesi gibi. Akit, üzerinde fakihlerin ihtilaf ettikleri türden ise; eğer Mâlikîler nikâh akdinin fasit olduğuna hükmetmişler ama diğer mezheplerin fakihlerinden bazıları bunu caiz görmüşse, buradaki ayrılık talâk sayılmaktadır. Meselâ, kadının velisiz evlenmesi Hanefilere göre sahih, Mâlikîlere göre fasittir.²²⁸ Mâlikîlerden İbnü'l-Kasım da bu görüştedir ve Mâlikîlerin kitaplarında tefrikin mâhiyetini belirlemede fakihlerin ihtilaf ettiğinde birçok yerde İbnü'l-Kasım'ın görüşü tercih edildiği görülmektedir.²²⁹

b. Akdi yapanlara ve ayrılmayı istemelerine bakmak: Eğer akdi yapanlar, akdin devamını istelerse bile bu durumun devamının helal olmaması sebebiyle ayrılmaya zorlanıyor iseler, bu ayrılma fesih olur. Eğer akitleri üzere kalmaları helal ancak ayrılık tarafların talebi üzerine gerçekleşmiş ise bu ayrılık talâk niteliğindedir. Bu Sehnûn'un görüşüdür ve bunun İmam Mâlik'ten rivayet eden çoğu râvinin sözü olduğunu söylemiştir. Aynı şekilde İbnü'l-Kâsım da İmam Mâlik'ten kendisine ulaşan başka bir rivayeti görmeden önce de bu görüşteydi.²³⁰

c. Ayrılmanın gerekli olduğu zamana bakmak, eğer akdi yapanlar halvetten önce ve sonra -mezhebe göre- evlilikleri sona erdirilmesi gereken kişilerden iseler aralarındaki ayrılık fesih olur. Her ne kadar fakihler arasında bu nikâh hususunda ihtilaf varsa da buna bakılmaz. Eğer eşler arasındaki ayrılık, yalnızca halvetten önce zorunlu ise, halvetten önce meydana gelen bu ayrılık, talâk niteliğindedir.²³¹

Mâlikîlerin ayrılığın niteliğini belirlemede dikkate aldıkları esasları kısaca şu şekilde maddelendirebiliriz:

i. Sahih bir nikâhtan sonra kocanın, karısının ya da velinin talebine binaen hükmedilen ayrılık talâk niteliğindedir.

²²⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 82, 92; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 345.

²²⁹ İbn. Rüşd (el-ced), *el-Beyân ve't-Tahsîl*, thk. Muhammed Hacî v.dğr, 2. Baskı (Beyrût: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 1988/1408), 4: 373, 379, 5: 139.

²³⁰ İbn Rüşd (el-ced), *el-Beyân ve't-Tahsîl*, 5: 139; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 82, 92.

²³¹ İbn Rüşd (el-ced), *el-Beyân ve't-Tahsîl*, 5: 139.

ii. Akitte üzerinde ittifak edilen bir bozukluk sebebiyle hükmedilen ayrılık fesih niteliğindedir.

iii. Akitte üzerinde ihtilaf edilen bir bozukluk sebebiyle hükmedilen ayrılıkta mezhebe göre eşler bu sebebin varlığından dolayı ayrılmaya zorlanır. Bu konuda mezhep içinde iki görüş ortaya çıkmıştır: Sahnûn'a göre bu, fesihtir, İbnü'l-Kâsım ise bunun talâk olduğu görüşündedir.²³²

Buna binaen genel olarak Mâlikîlerin, özel olarak da İbnü'l-Kâsım'ın görüşüne göre akdin sahih olması durumunda talâkı feshe tercih ettiklerini söyleyebiliriz.

1.6.2.3. Şafîîlerin Görüşü

Suyûtî, diğer mezheplerin görüşünü tespit edebilmek yaptığımız incelemeye gerek bırakmayacak şekilde, el-Eşbâh adlı eserinde konuyla ilgili farklı meseleleri bir ara getirerek bunlara hâkim olan temel ilkeyi şu şekilde bir kural halinde ifade etmiştir: Kocadan sâdır olan talâk hariç bütün ayrılıklar talâk değil, fesihtir. Mezhep içinde sadece dört ayrılığın niteliği konusunda ihtilaf edilmiştir. Bunlar iki hakemin ayırması, hul, yoksulluk nedeniyle tefrîk ve îla ayrılığıdır. Şâfiî'nin yeni mezhebine göre iki hakemin ayırması ve hul, asahh kabul edilen görüşe göre îla ayrılığı ve bir veçhe göre yoksulluk sebebiyle ayrılık talâk sayılmaktadır.²³³

Suyûtî'nin formüle ettiği bu kural İmam Şafiî'nin *el-Ümm* adlı kitabındaki şu şekilde geçer: Eşler arasında ayrılığa neden olduğu zikrettiğin vecihler nedir? Ona derim ki kocanın söylemediği ve reddedemediği, meydana gelmesini istemediği halde meydana gelen ayrılık talâk olarak adlandırılmaz. Çünkü bu boşanma koca tarafından değildir; o bunu söylememiş ve ona razı olmamıştır. Bilakis geri alınmasını istemiş ama geri alınmamıştır.²³⁴ Şâfiî bu görüşünü devamla şu şekilde temellendirir: Kocasının ona temlik hakkı vermeden kadının ayrılması, nikâh akdinin feshinden başka bir şey olamaz. Çünkü Allah'ın verdiği üç talâk yetkisi, kadınlara değil sadece erkeklere aittir.²³⁵

²³² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 82, 92; İbn Rüşd (el-ced), *el-Beyân ve't-Tahsil*, 4: 373, 379, 5: 139; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 170-172.

²³³ es-Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1990/1411), 289, 290; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 169.

²³⁴ eş-Şâfiî, *el-Ümm* (Beyrût: Dâru'l-Marefat, 1990/1410), 5: 128.

²³⁵ eş-Şâfiî, *el-Ümm*, 5: 128.

İki hakemin ayırmasının talâk kabul edilmesinin bu kuralın dışına çıkmak anlamına gelmediği şeklindeki bir eleştiriye şu şekilde karşılık verilir: Mezhepteki mutemet görüş, iki hakemin eşlerin vekilleri olduğu ve bu vekâlet gereğince hüküm verdikleri şeklindedir. Hakemler talâk kararı verdiklerinde bunu kocayı temsilen yaparlar, dolayısıyla bu talâk niteliğinde bir ayrılıktır. İla sebebiyle ayrılıkta ise konuyla ilgili âyet bizzat buna işaret eder.²³⁶ Allahu Teâla meâlen şöyle buyurmuştur: “Kadınlarından uzak durmaya yemin edenler için dört ay beklemek vardır. O hâlde dönerlerse, artık şübhesiz ki Allah, Gafûrdur, Rahîmdir. Eğer boşamaya karar verirlerse, artık muhakkak ki Allah, Semî'dir, Alîmdir.”²³⁷ Yoksulluk ve adem-i infâk sebebiyle ayrılık ise Suyûtî'nin rivayet ettiği İmam Şafîi'nin eski görüşüne göre fesih olur ve bu zikredilen kural ile uyumludur.²³⁸

1.6.2.4. Hanbelîlerin Görüşü

İmam Ahmed bin Hanbel'e azat edilmiş cariye, muhayyerlik hakkını kullanması sebebiyle meydana gelen ayrılmasının niçin talâk olmadığı sorulduğunda şöyle cevap verdiği nakledilir: Çünkü talâk, erkeğin söylediği şeydir. Ayrıca o, kadının seçimiyle olan ayrılmadır. Bu yüzden iktidarsızlık veya bunaklık sebebiyle fesih gibi bir fesihdir.²³⁹

Hanbeliler Ahmed b. Hanbel'den gelen bu rivayeti esas alarak yargı yolu ile ayrılığın niteliği ve temel özelliklerini belirlemeye çalışmıştır. Hanbelî mezhebinin konuyla ilgili görüşü şu şekilde özetlenebilir: Yargı yoluyla gerçekleşen her ayrılık fesihdir. Ayrılmaya kocadan kaynaklanmadığı sürece talâk değildir. Mezhepteki sahih kabul edilen görüşe göre İla bu kuraldan istisna tutulmuştur ve İla konusunda hâkime akdi fesih yahut üç talâkla ortadan kaldırma -maslahatın bu yönde olduğunu düşünüyorsa- özgürlüğü verilmektedir.²⁴⁰

1.6.3. Afganistan Medenî Kânunu'nda Tefrîkin Hukukî Sonucu

Afgan kânun koyucu, medenî kânununda yargı yoluyla tefrîk konusunu kânunlaştırırken yargı yoluyla ayrılığın çeşidini ve hükümlerini belirlemek üzere ayrı bir bölüm ayırmamış, kânundaki çeşitli maddelerde her durumunla ilgili olarak ayrıca belirtilmiştir.

²³⁶ eş-Şafîi, *el-Ümm*, 5: 126-130.

²³⁷ el-Bakara, 2/226-227.

²³⁸ es-Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 289-291.

²³⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî* (Mektebetü'l-Kahire, 1968/1388), 7: 193, 198.

²⁴⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 193, 198, 273, 274, 563-564. Ayrıca bkz: Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, 7: 341; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 169, 170.

Tefrîk durumlarına ait maddelerin hepsini incelediğimizde kânunun bazı durumları fesih, bazılarını ise bâin veya ric'î türleriyle talâk olarak kabul ettiğini görürüz. Kânun metni ışığında fesih veya talâk kabul edilen durumları şu şekilde tasnif edebiliriz:²⁴¹

a. Kânun şu altı durumla ilgili ayrılık kararını fesih olarak nitelemiştir:

- i.** Nikâhın sıhhat şartlarından birisinin olmaması sebebiyle ayrılık (fesih),
- ii.** İfaka (akıl hastalığının ortadan kalkması) muhayyerliği ve bunaklık sebebiyle ayrılma,
- iii.** Kadının mehrinin mehr-i misilden eksik olması sebebiyle ayrılma,
- iv.** Hısımlık ilişkisi ortaya çıkararak bir fiil sebebiyle ayrılma (hürmet-i müsahare),
- v.** Liân sebebiyle ayrılma,
- vi.** Kocanın müslüman olması halinde karısının müslüman olmayı reddetmesi sebebiyle ayrılma.²⁴²

b. Kânun, yargı yoluyla gerçekleşen şu altı ayrılık durumunu ise talâk kabul etmiştir:

- i.** Hul' sebebiyle ayrılma (Afganistan Medenî kânununda hul' hâkimin hüküm vermesine muhtaç değildir.)²⁴³
- ii.** Kocanın kusuru sebebiyle tefrîk bâin talâktır.²⁴⁴
- iii.** Zarar ve geçimsizlik nedeniyle tefrîk bâin talâktır.²⁴⁵
- iv.** Nafaka ödenmemesinden dolayı tefrîk ric'î talâktır.²⁴⁶
- v.** Kocanın gâip olması sebebiyle tefrîk ric'î talâktır.²⁴⁷
- vi.** Kocanın hapse girmesi nedeniyle tefrîk ric'î talâktır.²⁴⁸

²⁴¹ Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 221-225, 235-237, 239, 247, 251-253, 259-262.

²⁴² *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, md., 133-134.

²⁴³ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 160.

²⁴⁴ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 180.

²⁴⁵ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 184.

²⁴⁶ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 193.

²⁴⁷ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 197.

²⁴⁸ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 197.

Afganistan Medenî Kânunu'nda îla sebebi ile ayrılık hakkında herhangi bir düzenleme yoktur. Bu ve liân sebebiyle meydana gelen ayrılık Hanefi mezhebinde talâk olarak sayılmıştır.²⁴⁹

1.6.4. Tefrîkin Hukukî Sonucunun Farklılığından Doğan Neticeler

Bu konuda hâkimin ayrılmanın fesih veya talâk olduğunu kabul ederek verdiği hükümlerin arasındaki farkları ve benzerlikleri, bu iki kabulden farklı sonuçlar doğup doğmadığını, bu iki kabulün sonuçlar açısından aynı olup olmadığını kast ediyoruz. Önceki bahiste görüldüğü gibi fakîhler iki durumu (fesih ve talâk) birbirinden ayırmışlardır. Şöyle ki bazıları nezdinde ayrılmaların hukukî sonucu fesih olarak kabul edilirken diğerleri indinde talâk olarak nitelenmiştir. Şimdi ise, bu iki ayrılmadan doğan neticelerine değinilecektir.

1.6.4.1. Ric'at (Geri Dönme) Hakkı

Ric'at hakkı kadının onayı veya rızasına başvurmadan, nikâh akdi yenilemeye denir ve yeni bir mehir vermeye gerek kalmaksızın kocanın kararı ve isteğiyle gerçekleşir.²⁵⁰ Bu konuyla ilgili Bakara sûresi 228'inci âyet meâlen şu şekildedir: “Boşanmış kadınlar; kendi kendilerine, üç hayız (âdet) müddeti beklerler. Eğer onlar, Allah'a ve âhîret gününe inanıyorlarsa, Allah'ın kendi rahimlerinde yarattığını gizlemeleri onlara helâl olmaz. Eğer barışmak isterlerse, kocaları onları geri almaya daha lâyıktırlar.”²⁵¹

Konu tefrîk talebi hakkı ve bu bağlamda yargıya verilen rolün amaçları, genel fıkıh ve hukuk düşüncesi çerçevesinde ele alındığında, tefrîk talebi hakkının doğmasını gerektirecek sebeplerin ortaya çıkması, konunun yargıya taşınması, delillerin takdimi ve inceleme sonucu durumun yargı açısından sâbit olması aşamalarından sonra meydana gelen ayrılık kararı ile kocanın tek taraflı olarak evlilik bağını yeniden tesis etme veya bu bağın devamına karar verme hakkına (ric'at) sahip olması arasında bir uyumsuzluk olacağı açıktır. Zira genel itibarıyla, ayrılık kararı iki taraf arasında karşılıklı veya tek taraflı bir zarar verme, anlaşmazlık veya husumet olduğu durumlarda, bu durumu ortadan kaldırmak amacıyla, anılan talebe neden teşkil eden durumun izâlesi için devreye sokulan tüm girişimlerin başarısız olması sonrasında devreye girer. Böyle bir durumda kocanın

²⁴⁹ el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3: 153, 169.

²⁵⁰ Zühaylî, *el-Fıkühü'l-İslâmî*, 7: 439, 440.

²⁵¹ el-Bakara, 2/228.

ric'at hakkının olduğu kabul edildiğinde yargılamanın bir anlamı kalmayacaktır. Bu yüzden fakihler konuyla ilgili hükümleri yargı kurumunun maksadını, insanlar arasındaki anlaşmazlığın çözümü için başvurulacak bir merci olma özelliğini dikkate alarak düzenlemişlerdir. Dolayısıyla müçtehit veya kânun koyucunun tefrîk ile ortaya çıkan hukukî sonucu düzenlerken tefrîk hükmünün amacını dikkate aldığı görülebilir. Geniş bir anlamda, ric'î talâkta kocanın tek taraflı iradesi ile evlilik bağına dönülebilme, talâk-ı bâinde ise her iki tarafın iradesi ile evlilik bağının yeniden tesis edebilme imkânı olarak düşünüldüğünde, tefrîkin hukukî niteliğine göre ric'at için iki hüküm olduğu sözü edilebilir:

a. Yeni bir akit ve kadının onayı mevcut olmadan, ric'atin caiz olmadığı tür: Burada kocanın sadece kendi isteğiyle karısını geri alma hakkına sahip olmadığı manası vardır. Bu durum, fesih ve talâk-ı bâin ile ayrılmayı kapsar.²⁵²

Cumhûr-u fukahâ bu konuda görüş birliği içindedir. Hâkime fesih veya talâk-ı bâin ile tefrîk yetkisi veren fakihler, kocaya ancak yeni bir akitle karısını geri alma hakkı tanırlar.²⁵³ Fakihler arasında hangi durumun fesih veya talâk-ı bâin ya da ric'î talâk niteliğine sahip olduğu konusundaki görüşlerine daha önce değinilmiştir.

b. Ric'atin caiz olduğu (yeni bir akit ve kadının rızası gerek kalmaksızın) tür: Bu tür, sadece ric'î talâk ile eşlerin arasındaki tefrîkte geçerlidir. Ancak bu konuda fakihler arasında iki hususta ihtilaf meydana gelmiştir: Birincisi, ric'î talâk olarak ayrılma kabul edilen çeşitler, ikincisi ise geri dönmenin şartları ve keyfiyeti üzerindedir. Ric'î kabul edilen ayrılma hususundaki farklı görüşler şöyledir:

Hanefîlerde yargı eliyle boşanmada ric'î talâk yoktur. Onlara göre yargı yoluyla boşanmak ya akdin feshidir ya da talâk-ı bâindir.²⁵⁴ el-Mevsilî bunu, tefrîkin maksadının gerçekleşmesi için talâk-ı bâin olur. O ise kendisine mâlik olarak üzerinden zulmü defetmektir, şeklinde temellendirir.²⁵⁵

²⁵² Bkz: Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 398-401.

²⁵³ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, 7: 440.

²⁵⁴ el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 340.

²⁵⁵ el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3: 115.

Mâlikîlerde sadece iki durumda ric'î talâk hükmü söz konusudur. Desûkî bunu şu şekilde ifade eder: Hâkimin yaptığı her ayrılma, talâk-ı bâindir. Ancak mûlînin (ilâ yapan) ve nafaka ödeyemeyenin talâkî ise; ric'î olur.²⁵⁶

Şafiîlerde hâkimin tefrîkinde asıl olan fesih olmasıdır. Bu hükümden istisnâ edilen ilâ nedeniyle meydana gelen ayrılmadır ve ric'î talâk niteliğinde olduğu kabul edilir.²⁵⁷

İmam Ahmed'den ilâ sebebiyle hâkimin ayrılığa hükmetmesin bâin talâk niteliğinde olduğu şeklinde bir görüş de rivayet edilmekle birlikte, Hanbelî mezhebinde yaygın olarak tercih edilen görüş, bunun ric'î talâk niteliğinde olduğudur.²⁵⁸

Yargı tarafından karı koca arasında ric'î talâk niteliğinde tefrîke karar verildiğinde kocanın karısını geri alma hakkının bir şarta bağlı olup olmadığı konusunda İslâm hukukçuları fikirleri şu şekildedir: Şafiî âlimleri nezdinde yargının ric'î talâka hükmetmesi ile kocadan sadır olan ric'î talâk arasında hiçbir fark yoktur. Yani hâkim ric'î talâka karar verdikten sonra koca herhangi bir şart ve kimsenin izin ve rızasına bağlı olmaksızın karısına geri dönebilmektedir.²⁵⁹ Ancak Mâlikî hukukçularına göre yargı yoluyla eşler arasında ric'î talâk ile tefrîke hüküm edildiğinde, kocanın karısına geri dönebilme hakkı, tefrîk hükmünün kendisi için verildiği gayeyi gerçekleştirecek belirli şartlarla sınırlıdır. Ta ki yargının hükmü faydasız kalmayın.²⁶⁰ Meselâ: İster yoksulluk ister ödemekten kaçınma şeklinde olsun nafaka ödenmeme sebebiyle ric'î talâkla tefrîkte ric'î talâkın sahih olması için gerekli olan şart, nafakanın ric'î talâk süresinden önce fiili olarak ödenmesi ve fakihlerin içtihatla belirlediği bir gelecekte nafaka ödemeyi taahhüt etmesidir.²⁶¹

²⁵⁶ Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafê ed-Desûkî, *Hâşiyetü 'd-Desûkî* (Dâru'l-fikir, ty.), 2: 519; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 120.

²⁵⁷ Takiyyü'd-dîn Ebî bekir Muhammed b. Abdülmümin el-Hüseyini el-Hısnî, *Kifâyetü'l-Ahyâr fi hall-ı ğayeti'l-İhtisâr*, thk. Ali Abdulhamîd Beltecî-Muhammed Vahbî Süleyman (Dimeşk: Dâru'l-Hayr,1994), 412.

²⁵⁸ Ebû'l-Hasan Ali b. Süleymân b. Ahmed el-Merdâvî, *el-İnsâf*, 2. Baskı (Beyrût: Dâru İhyâi't-Türâsı'l-Arabî, ty), 9: 189, 190; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 563, 564.

²⁵⁹ el-Hısnî, *Kifâyetü'l-Ahyâr*, 408-411; Şirbîni, *Muğni'l-Muhtaç*, 3: 271, 335-337.

²⁶⁰ el-Hâfiz Ebû Ömer Yûsuf b. Abdillâh b. Muhammed b. Abdülberr en-Nemari, *el-İstizkâr*, thk. Hesân Abdülmannân- Mahmud Ahmed el-Kaysiyye, 4. baskı (Ebû Dabî: Müessesetü'n-Nidâ, 2003), 6: 286; ed-Desûkî, *Hâşiyetü 'd-Desûkî*, 2: 519, 520.

²⁶¹ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, 348, 353; İbn Rüşd (el-Hafîd), *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 122.

1.6.4.2. Talâkların Sayısının Hesaplanması

Erkeğin karısını boşamada sadece üç talâk hakkına sahip olduğu hususunda fakihler icmâ etmiştir. Eğer taraflar bundan sonra yeniden evlenmek ister iseler temel bir hüküm olarak kadının yeni bir evlilik yapıp bu evliliğin de sonlanması şartı aranır. Dolayısıyla yargı yoluyla meydana gelen ayrılığın niteliğinin tespiti bu yönüyle ayrı bir önem arz eder. Genel itibarıyla Şafîî ve Hanbelî mezhebinin yargı yoluyla ayrılığı fesih, Hanefî ve Malikî mezhebinin ise talâk kabul ettiğini görmüştük. Yargı yoluyla ayrılık kararının niteliği talâk sayısı bağlamında ele alındığında şu iki hüküm dikkat çeker:

Birinci hüküm: Ayrılmanın fesih kabul edilmesi durumunda: Fakihler, yargı aracılığıyla ayrılığın nikâh akdinin feshi niteliğinde olması durumunda, bunun talâk sayısının hesaplanmasında dikkate alınmayacağı, bunun talâk hükmünü alamayacağına ittifak etmişlerdir. Çünkü fesih, talâk değildir ve sonuçları talâktan farklıdır. Dolayısıyla belirli bir kadın ve erkek arasında evlilik bağı fesih niteliğinde bir ayrılık kararı ile feshedildikten sonra taraflar yeniden bir evlilik gerçekleştirirse ve bu durum tekrar etmiş olsa taraflar talâk sayısının hesaplanması açısından yeni bir evlilik yapmış gibi kabul edilir.²⁶²

İkinci hüküm: Mahkeme yoluyla ayrılığın talâk sayıldığı durumlarda bu ayrılık eşler arasında izin verilen talâk sayısından hesaplanır ve bu, kocanın iradesiyle yaptığı talâkın hükmünü alır. Dolayısıyla yargı yoluyla ayrılmada talâk sayısının hesaplanmasında kural, hükmedilen ayırmanın çeşidine bağlıdır. Eğer ayırma talâk ise toplam talâk sayısından hesaplanır.²⁶³

1.6.5. Talâk ile Fesih Arasında Temel Farklılıklar

Talâk, fesih ve tefrîk ile ilgili açıklamalarımızdan sonra evlilik birliğinin sonlandırılması bağlamında aynı işleve sahip olmakla birlikte, hukukî niteliği farklı iki kavram olan talâk ve fesih arasındaki temel farklılıkları bir arada görmek amacıyla aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

²⁶² İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 3: 72, 73; eş-Şafîî, *el-Ümm*, 5: 126-128; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 193 vd.

²⁶³ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 3: 72, 73; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 336-343; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 193 vd.

a. Talâk ile meydana gelen ayrılma kocanın üç talâk hakkından birini eksiltir. Hâlbuki fesih nedeniyle meydana gelen ayrılmanın, üç boşama hakkı üzerinde hiçbir etkisi yoktur.²⁶⁴

b. Talâk iki kısma ayrılır, birisi bâin talâk ki nikâh akdini derhal sona erdirir; diğeri ise, ric'i talâk ki bu iddet içinde yeni bir akdin yapılmasına gerek kalmaksızın, kocanın tekrar birlikte yaşamaya dönebilmesini sağlar. Fesih, talâk-ı bâinde olduğu gibi nikâh akdinin bağını kesin bir şekilde ortadan kaldırır.²⁶⁵

c. Talâk esas itibariyle hâkimin kararına bağlı değildir. Fesih bu açıdan iki kısma ayrılır: İnceleme ve takdire ihtiyacı olan durumlarda, fesih yargıcın kararına bağlıdır. İnceleme ve takdire ihtiyaç olmayan ve herkese açık hukukî geçersizlik, bozukluk ve eksiklikler ise hâkimin kararına bağlı olmayıp vuku bulduğu zaman derhal evliliğin fesih yahut infisahını icap eder. Karı koca kendileri feshetmezse herkes mahkemeye başvurarak söz konusu münker ve nahoş vaziyeti ortadan kaldırmakla görevlidir.²⁶⁶

d. Fesih ile talâk arasında nedenleri ve mahiyeti açısından önemli farklılıklar mevcuttur. Kural olarak koca tarafından belli lafızlarla gerçekleşen talâk ile meşrû bir nikâh akdi sonlandırılırken, fesih, nikâh akdi esnasında mevcut olan veya sonradan meydana gelen bir hukukî geçersizlik (bozukluk veya eksiklik) nedeniyle nikâh akdinin temelinden bozulması demektir.²⁶⁷

e. Talâk, cinsel birleşmeden veya halvet-i sahîhadan önce meydana geldiğinde, kadına verilmesi belirlenen mehrin yarısı, mehir tesmiye edilmediği takdirde müt'a verilir.²⁶⁸ Ancak aynı durumlarda fesih meydana geldiği takdirde, feshi gerektiren sebep ister koca tarafından ister kadın tarafından gerçekleştirilmiş olsun, kadının mehir olarak herhangi bir şey talep etme hakkı yoktur.²⁶⁹

f. Kural olarak koca tarafından gerçekleştirilen veya kocanın sebep olduğu ayrılmalar, talâk sayılmaktadır; genel itibarıyla kadın tarafından gerçekleştirilen veya kadının sebep

²⁶⁴ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 181; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 293.

²⁶⁵ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, 277-279; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 180-182; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 293; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, 1: 75; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 348-349.

²⁶⁶ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, 277-279; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 294; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 182-183.

²⁶⁷ es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, 1: 75; Zühaylî, *el-Fıkhü 'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 336-337.

²⁶⁸ Zühaylî, *el-Fıkhü 'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 306-308; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 142-143.

²⁶⁹ Zühaylî, *el-Fıkhü 'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 337.

olduğu -yani ifaka muhayyerliği, kadının mehrinin mehr-i misilden eksik olması ve karının Müslüman olmayı reddetmesi gibi muhayyerlik hakkı kazandıran durumlar- ayrılmalar ise fesih sayılmaktadır.²⁷⁰

1.6.6. Kocanın Talâkı ile Hâkimin Tefrîki Arasındaki İlişki

Kocanın karısını boşaması ile hâkimin kararı ile tefrîk yapması arasında bazı ortak ve farklı noktalar vardır. Bunları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

a. Kocanın boşaması, daima talâkın inşâ edilmesi mahiyetindedir. Tefrîk ise bazı durumlarda ayrılığın inşâ edilmesi, diğer bazı durumlarda ise ayrılık hükmünün ihbarı, yani kendiliğinden münfesih, geçersiz olduğunun ilan edilmesi mahiyetindedir. Birinci duruma örnek kocanın nafaka ödeyememesi nedeniyle yapılan tefrîk veya denkliğin olmaması nedeniyle tefrîk durumudur. İkinci duruma örnek ise akdin fâsit ve bâtıl olması, irtidat veya eşler arasında sût mahremligi bulunduğu tespit edilmesi sebebiyle tefrîkte olduğu gibi akdi bozacak bir durumun sâbit olduğunun veya meydana geldiğinin tespit edilmesidir.

b. Kocanın boşaması daima talâktır. Çünkü fesihte yargı veya rıza olmalıdır. Denkliğin olmaması ve ergenlik muhayyerliği gibi durumlar bu kapsama girmektedir.²⁷¹ Yargı yoluyla evlilik birliğinin sonlandırılması ise talâk veya fesih niteliğinde olabilir.

c. Kocanın boşaması, yani talâkın, söz ile olabildiği gibi yazıyla, anlamı açık bir işaretle, açık veya kinayeli de olabilir.²⁷² Yargı aracılığıyla ayrılık kararında ise kânun hükümlerinde olması gereken şartlar olan hükmün telaffuz edilmesi, yazılması ve anlaşılır olması şartları aranır.²⁷³

d. Kocanın boşaması, şart (şarta bağlı, muallak boşanma) ve gerçekleşmesi muhtemel bir duruma izafeyi kabul eder. Ama hâkimin tefrîki kesindir.²⁷⁴

²⁷⁰ Rahmânî, *Râhnemâyi Hukuk-ı Hânevâde*, 132-133; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 180-182; Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z -Zevceyn*, 1: 75; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 345.

²⁷¹ el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3: 95, 100, 113.

²⁷² İbn Hazm nezdinde talâkta sadece yazmak geçerli değil, kocanın sözleri telaffuz etmesi gerekiyor. Ayrıca İbn Hazm'a göre talâk belli sözlerle meydana gelmesi gerekiyor. Yani kinevi lafızlarla talâk sahih olmaz. Bkz: Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî, *el-Muhallâ Bi'l-Asâr* (Beyrût: Dâru'l-fikir, ty), 9: 436 vd.

²⁷³ *Kânun-ı Usûl-i Muhâkemat-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 260, 271.

²⁷⁴ Şarta bağlı talâkın geçerliliğinin (muallak ve muzaf) kabul edilmesi, Hanefî, Mâlikî, Şafîî ve Hanbelî mezhebindeki cumhurun görüşüdür. Zâhirîler ve Ca'ferîler buna muhalefet etmiş ve talâkın meydana geldiğine hükmedilmesi için kesin olmasını şart koşmuşlardır. Afganistan Medenî Kânunu şarta bağlanmış

e. Afgan hukuk sisteminde kocanın boşaması, şer'an mükellef ve akli melekelerini kullanmasına engel bir durum içinde olmayan bir kocadan sâdır olduğunda bağlayıcıdır, geri alınmaz veya muhayyerlik söz konusu değildir, ikâle ve itiraz kabul etmez. Ancak hakemin tefriki kesin ve açık olarak sâdır olmakla birlikte da nihai ve kesin bir şekilde sâdır olmamışsa itiraz ve temyiz edilebilen adli kararların genel kurallarına tabidir. Burada yargılama yolları ve usulleri hükümleri geçerlidir.²⁷⁵

f. Kocanın boşaması sünnî (sünnete uygun olan) ve bid'î şeklinde ikiye ayrılır.²⁷⁶ Hâkimin tefrikinde ise bu ayrım bulunmaz. Çünkü normal talâkta riayet edilen zamanla ilgili şartlar tefrik için geçerli değildir. Hâkim karar vermeden önce sünnî olan talâkta var olan şartların mevcut olup olmadığını incelemek zorunda değildir.²⁷⁷

g. Kural olarak talâk durumunda koca, muaccel ve müeccel mehir gibi üzerinde anlaşma sağlanan şeylerin tüm mali sonuçlarını üstlenmektedir. Eğer halvet gerçekleşmemişse mehrin yarısı, halvet-i sahihe veya cinsel birliktelik gerçekleşmişse mehrin tamamının koca tarafından ödenmesi gerekir. Yargı yoluyla tefrikte ise durum; ayrılmanın çeşidi, sebebi ve talep eden tarafa göre değişmektedir: Koca söz konusu mali yükümlülüklerin hiçbirini, bir kısmını veya tümünü ödemek durumunda kalabilir.²⁷⁸

h. Yargı yoluyla boşanmada hâkim, ayrılığı gerektiren sebeplere dayanmalıdır. Kocanın boşamasında ise gerekçe sunmak zorunluğu yoktur. Ahlâkî hükmü değişebilmekle-

ve izafe edilmiş talâki geçerli kabul etmiştir. Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü' ve İran Medenî Kânunu ise şarta bağlanmış olan talâkın meydana gelmesini kabul etmemiş ve bâtil olarak nitelenmiştir. Bkz: *Kânun-ı Medenî İran*, mad. 1135; Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî der Nazm-i Hukukî Kunûnî*, 697; *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, mad. 143; Ebî Bekr Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkindî, *Tuhfetu'l-fukahâ* (Beyrût: Dâru'l-kütübi'l-İlmiyye, 1405), 2: 196; Ebû'l-Hasen Ali b. el-Hüseyin b. Muhammed es-Suğdî, *Fetâvâ es-Suğdî*, 1: 363; Ebû Muhammed Abdülvahhâb b. Ali b. Nasr, *et-Telkîn fi'l-Fıkhü'l-Mâlikî*, thk. Ebî Üveys Muhammed bu Hübzetü'l-Hasanî (Daru'l-kütübi'l-İlmiyye 2004/1425), 1: 126, 127; Şemsüddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc* (Beyrût: Dâru'l-fikir, t.y), 3: 313; Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî, *el-Vasît*, thk. Ahmed Mahmûd İbrâhim-Muhammed Muhammed Tâmer (Kahire: Dârü's-Selâm, 1417), 5: 427 vd.; Mansûr b. Yûnus b. Salâhaddîn el-Behûfî, *er-Ravzü'l-Mürbi*, thk. Emâd Âmir (Kahire: Dâru'l-Hadis, 1994), 572 vd.; *el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye*, 29: 36-42; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9: 307, 358, 436 vd.; *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 135, 139.

²⁷⁵ Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz: *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 135, 137-138 ve 141; *Kânun-ı Usûl-i Muhâkemat-ı Medenî-yi Afganistan*, mad. 358-362, 400, 426, 431 ve 449.

²⁷⁶ *el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye*, 29: 29-33.

²⁷⁷ Ali Muhammed el-Hafîf, *Fıraku'z-Zevâc fi'l-Mezâhibi'l-İslâmîyye* (Ma'hedü'd-dirâsâti'l-Arabîyeti'l-âliyye, 1958), 18-19.

²⁷⁸ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 336-337.

birlikte hukukî sonucunu doğurabilmesi için ehlinden mahallinde vukû bulması yeterlidir.²⁷⁹

²⁷⁹ *Kānun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 135, 137, 139, 176-197; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 266, 267.

BÖLÜM 2: FIKİH VE AFGANİSTAN MEDENÎ KÂNUNU'NDA YARGI YOLU İLE BOŞANMA/Tefrîk SEBEPLERİ

2.1. Fıkıh Öğretisinde ve Afgan Hukuk Sisteminde Tefrîk Sebepleri

Birinci bölümde ele aldığımız kavramlardan da anlaşılacağı üzere gerek fıkıh öğretisinde gerekse Afgan hukuk sisteminde nikâh akdinin sonlandırılması farklı yollarla mümkün olabilmektedir. Bu bölümde, fıkıh ıstılahında “kazâî boşanma” ve Afgan hukuk sisteminde “tefrîk” olarak adlandırılan²⁸⁰ yargı yolu ile boşanma ve bunun hukukî dayanağını teşkil eden sebepleri hem fıkıh öğretisi hem de Afganistan Medenî Kânunu ve bazı İslâm ülkelerinin ahvâl-i şahsiyye kânunları çerçevesinde ele alınacaktır. Bedensel kusur ve hastalık, kocanın kaybolması, kadının nafakasının temin edilmemesi, şiddetli geçimsizlik ve zarar gibi sebeplerin var olması halinde câiz görülen ve sözlükte iki şeyi birbirinden ayırma anlamına gelen tefrîk,²⁸¹ fikhî bir terim olarak belirli gerekçelerden dolayı yargı kararıyla meydana gelen ayrılmayı ifade eder.²⁸² Bu yolla meydana gelen ayrılmanın en temel niteliği, bunun ancak fıkıh öğretisinde kabul edilen veya kânunda öngörülen sebeplerin mevcudiyeti durumunda yargı tarafından gerçekleştirilebilmesidir.²⁸³

Fıkıh mezheplerinin çoğunda kocanın hasta veya kusurlu olması, kaybolması, nafakayı ödememesi ve karısına karşı fenâ muamelede bulunması gibi durumlarda, evlilik bağının sonlandırılması için zevceye yargıya müracaat etme hakkı tanınmıştır.²⁸⁴ Ancak zevce, saydığımız durumların gerçekleşmesine rağmen buna razı olup evlilik bağını devam ettirebilir. Çünkü bu tür ayrılma tamamen zevcenin inisiyatifine ve isteğine bırakılmış bir meseledir. Yargı eli ile ayrılmaya gerekçe teşkil eden sebeplerin neler olduğu ve tefrîkin hukukî sonucu gibi konular fıkıh öğretisinde ihtilaf bir konudur. Bazı mezheplerde tefrîk

²⁸⁰ Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: MÜİFVY, 1985), 43; *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 176.

²⁸¹ İbn Manzûr, “frk”, *Lisânü'l-Arab*, 9: 300; *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, “talâk”, 29: 6-7; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 145.

²⁸² Yaman, *Aile Hukuku*, 92-96.

²⁸³ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 43; Max Plank, *Rahnemûd-i Enstitüt-i Max Plank berâyi Hukuk-ı Fâmil*, 102; Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 235.

²⁸⁴ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 44-47.

konusunda hâkime geniş yetkiler verilirken, diğerlerinde bu oldukça sınırlı tutulmuştur.²⁸⁵

Hanefî mezhebinde yargı yolu ile ayrılığa esas teşkil edebilecek durumlarının sınırlarının oldukça dar tutulmasından dolayı 1917 tarihli HAK'nın yürürlüğe girdiği döneme kadar, mahkeme aracılığıyla ayrılma Osmanlı devletinde pek yaygın değildi. Söz konusu yasa yürürlüğe girdikten sonra bu konuda hâkimin yetkileri arttırılmış, daha sonra diğer İslâm devletleri de bu yasadan yararlanarak yargı yolu ile ayrılma hususunda hâkimin takdir yetkisini genişletmeye devam etmişlerdir.²⁸⁶

AFMK'da, kadının talebi üzerine yargı yolu ile boşanmayı gerektirecek sebeplerin sayısı beşle sınırlandırılmıştır. Söz konusu sebepler kânunda geçtiği biçimiyle şunlardır:

- a. Kocanın kusurlu ve hastalıklı olması;
- b. Kocanın karısına zarar vermesi ve ona kötü davranışlarda bulunması;
- c. Kocanın karısının nafakasını temin etmemesi;
- d. Kocanın makul bir özrü olmaksızın üç yıl yahut daha uzun bir süre evini terk edip kaybolması;
- e. Kocanın yargının kesin kararıyla on yıl yahut daha uzun bir süre hapse mahkûm edilmesidir.²⁸⁷

Yukarıda zikredilen sebeplerden birisi meydana geldiğinde, zevce yargı yolu ile boşanma için mahkemeye müracaat etme hakkı kazanır. Fıkıh öğretisinde olduğu gibi Afgan hukuk sisteminde de yargı yoluyla gerçekleştirilen ayrılmanın hukukî mahiyeti ayrılmanın türüne göre farklılık arz eder; ayrılık kararına esas teşkil eden bazı sebeplerden dolayı meydana gelen yargı yolu ile ayrılma bir bâin talâk olarak nitelenirken, diğer bir nedenle meydana gelen ayrılma bir ric'î talâk olarak kabul edilmiştir. Diğer bir ifade ile hâkimin hükmü ile gerçekleştirilen ayrılma kesin bir şekilde ric'î yahut bâin talâk değildir.²⁸⁸ İleride bu konu üzerinde ayrıntılı bir şekilde bilgi vereceğiz. Aşağıda AFMK'da yer alan

²⁸⁵ Acar, "Tefrik", DİA, 40: 277-288; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 342- 367; Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 44-

²⁸⁶ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 68, 116-122; Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, 2: 121; Koçak v.dğr., *İslâm Hukuku*, 272.

²⁸⁷ *Afganistan Medenî Kânunu*, mad., 176-197. Detaylı bilgi için bkz: Abdullah; *Hukuk-ı Fâmil*, 342-367.

²⁸⁸ Fâyiz, *Tavzihü ber Kânun-i Medenî-yi Afganistan*, 208-218; Ka'be Râstîn Tahrânî-Necmâ Yesârî, *Rahnemûd-i Enstitüt-i Max Plank berâyi Hukuk-ı Fâmil*, 102-105.

yargı yolu ile boşanma sebeplerini kânunda geçtiği şekliyle detaylı bir şekilde ele alacağız.

2.1.1. Bedensel Kusur ve Hastalık Kavramları

Hastalıktan kasıt cüzzam, akıl hastalığı (cunûn) alaca (baras) ve çiçek gibi cinsel ilişkiye engel teşkil etmemekle beraber sirayet edici, tiksindirici, zevç ve zevce arasında nefret uyandırıcı ve birlikte yaşamın devam ettirilmesini güçleştiren yahut imkânsız hale getiren durumlardır.²⁸⁹

Ayıp ve bedensel kusur ise zevç ve zevcenin tenâsül organlarında bulunan cinsel ilişkiye engel teşkil eden durumlardır. Kocanın cinsel yönden iktidârsızlığı (innet), iğdiş olması (hasî-husyeleri çıkarılmış) ve tenâsül organının kesik olması (cebb) durumları; zevcenin fercinde (cinsel organında) kemik bulunması veya organının bir parça et ile kapanmış olması gibi durumlar tefrîke esas teşkil edecek bedensel kusur ve hastalıklar kapsamına girmektedir.²⁹⁰

Konuyu fıkıh mezhepleri bakımından ele almadan önce konuyla doğrudan alakalı olan, fıkıh eserlerinde geçen bazı kusur ve hastalıkların tariflerini vermek uygun olacaktır:

el-Cebb/cübb (الجب): Fakihlerin çoğuna göre cebb, erkeklik organı ile birlikte husyelerin kesilmiş olması anlamında kullanılmaktadır.

el-Unne/İnnet (العنة): Fakihlerin çoğuna göre innet, erkeğin cinsel organının sağlıklı olmasına rağmen, kocanın karısıyla cinsel ilişkide bulunamaması manasına gelen bir bedensel kusurdur. Malikîler, kavramı erkeklik uzvu cimada bulunamayacak derecede küçük olan kişi için kullanır. İnnet hastalık, ihtiyarlık, psikolojik rahatsızlık ve aşırı zihinsel çalışma gibi nedenlerden kaynaklanabilmektedir.²⁹¹

²⁸⁹ Fâyiz, *Tavzihi ber Kânun-ı Medeni*, 208-210; Karaman, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, 1: 314; Mustafa Sıbâî, *el-Mer'etü*, 112, 113.

²⁹⁰ Zühaylî, *el-Fikhü'l İslâmî ve Edilletühü*, 7: 491; Mustafa Sıbâî, *el-Mer'etü*, 112, 113; Fâyiz, *Tavzihi ber Kânun-ı Medeni*, 208-210.

²⁹¹ Muhammed Amîm el-İhsân el-Müceddidi el-Barketî, *et-Tarîfâtü'l-Fikhîyye* (Pakistân: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003), 153.

el-Hisâ (الخصاء): Fakihlerin çoğu kavramı cinsel organı mevcut olmakla beraber husyeleri çıkarılmış kişi (hadım, iğdiş) anlamında kullanır.²⁹² Mâlikîlere göre ise “hasî” husyeleri bulunmakla beraber erkeklik organı kesilmiş olan kişiye anlamına gelir.

el-İtrâz (الإعتراض): Mâlikîler, kavramı erkeklik organının sertleşememesi durum için kullanır. Cumhura göre bu anlam innet kavramıyla ifade edilir.

el-Cünûn (الجنون): sözlükte “örtünmek, gizlenmek ve aklını kaybetmek” manasına gelmektedir. İstılahta ise “söz ve fiillerin nâdir durumlar dışında normal cereyan etmesini engelleyen akıl bozukluğu” anlamına gelmektedir.²⁹³ Cünûn hastalığına yakalanmış olanlar ikiye ayrılırlar; biri mecnûn-ı mutbaktır/cünûn-ı mutbik (uzun süreli akıl hastalığı) ki, bu durumda cünûn bütün zamanını ihata etmektedir. Diğeri ise, mecnûn-ı gayr-i mutbaktır/cünûn-ı gayr-i mutbik (kısa süreli akıl hastalığı) ki, bu durumda kişi bazen akli melekelerini yitirmiş iken bazen akıl sağlığı yerinde bir durum gösterir.

el-Cüzâm/Cüzzam (الجدام): Sözlükte “elin kesik olması, parmakların düşmesi” manasına gelmektedir. Terim anlamı ise. “mycobacterium leprae mikrobunun insan vücudunda meydana getirdiği bulaşıcı ve müzmin bir hastalık” şeklinde tarif edilmiştir.²⁹⁴ Bu hastalığın âriz olduğu organ önce kızarıır, daha sonra kararır ve sonunda bedenden koparak düşmektedir; Bedenin her yerinde görülebilme birlikte en fazla yüzde görülmektedir.

el-Baras (البرص): Deride bulunan şiddetli bir beyazlıktır; hastalık organa kanın ulaşmasını engellemektedir.

er-Ratk (الرتق): Kadınların cinsel organında bulunan ve o mahalli kapayan bir et parçasıdır.²⁹⁵

el-Karn (القرن): Kadının cinsel organında bulunan ve cinsel birleşmeye mani olan bir kemiktir.²⁹⁶

²⁹² el-Barketî, *et-Tarîfâtü'l-Fıkhîyye*, 87.

²⁹³ İbrâhim Kâfi Dönmez, “Cünûn”, DİA (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 8: 125.

²⁹⁴ Muhammed Zekî Palalı, “Cüzzam”, DİA (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 8: 150.

²⁹⁵ el-Barketî, *et-Tarîfâtü'l-Fıkhîyye*, 102.

²⁹⁶ Bu ayıp ve hastalıkların tarif ve açıklamaları için bkz: el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, “talâk”, 29: 67-68; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 344-347; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, 7: 493-496; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 342-344. Bundan sonra tarif edilen kusur ve hastalıklar metinde orjinal haliyle kullanacaktır.

Literatürde kadın ile ilgili kusurlar arasında zikredilen el-fatek, el-afel, el-ıfıdâ ve Őekz gibi diğer kavramların ratk ve karn ayıplarına benzediğinden dolayı izâh etmeye ayrıca açıklamaya gerek duymuyoruz.²⁹⁷

2.1.2. Fıkıh Öğretisinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrık

Bedensel kusur ve hastalıktan dolayı zevç ve zevce arasında tefrıke hükmedilmesinin meşru olduğu konusunda Zahirî mezhebi dışındaki fıkıh mezhepleri (Hanefî, Mâlikî, Şâfîî, Hanbelî, Zeydî ve Ca'ferî mezhepleri) arasında görüş birliği vardır.²⁹⁸ Ancak kusur ve hastalık nedeniyle terfiki câiz gören fukahâ arasında tefrıke esas teşkil edecek kusur ve hastalıkların neler olduğu, söz konusu kusur ve hastalıkların sınırlı olup olmadığı, hastalık ve kusura dayalı olarak doğan ayrılma (tefrık) talebi hakkının kime ait olduğu ve yargı yolu ile gerçekteşen ayrılığın hukukî sonucunun niteliği gibi konularda önemli görüş ayrılıkları bulunmaktadır.²⁹⁹ Söz konusu görüş ayrılıklarının temel sebepleri üç maddede özetlenebilir:

- Evlilik sözleşmesinin amacı yalnızca neslin devamı mı yoksa aynı zamanda karı-koca arasında sevgi, anlaşma ve mutluluk mudur?
- Nikâh akdi alışveriş akdine kıyas edilebilir mi?
- Bazı kusur ve hastalıklardan dolayı evliliğin sonlandırılmasına ilişkin rivayetlerdir.³⁰⁰

Aşağıda konuyu fıkıh mezhepleri bakımından ele almaya çalışacağız:

2.1.2.1. Hanefî Mezhebinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrık

Hanefîler nezdinde hastalık ve kusurdan dolayı yargıya başvurup tefrık talebinde bulunma hakkı sadece zevceye mahsus kabul edilmiştir; Nehaî ve Sevrî'nin de aynı görüşte olduğu nakledilmiştir. Buna göre zevcin, zevcede mevcut olan ayıp ve hastalıktan dolayı yargıya müracaat etme ve tefrık talebinde bulunma hakkı bulunmamaktadır. Zira

²⁹⁷ Bu kusurların tarifleri için bkz: Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 344-349.

²⁹⁸ el-Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 322-327; Serahsî, *el-Mebsût*, 5: 95 vd.; İbn Rüşd, *el-Bidâyetü'l-Müştehid*, 3: 73, 74; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 184-190; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâç*, 4: 339-352; Zeydân, *el-Müfessal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 9: 13,15.

²⁹⁹ eş-Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, thk., Esâmüddin es-Sibâtî, (Mısır: Dâru'l-Hadıs, 1993/1413), 6: 186, 187; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, 7: 492, 493; Zeydân, *el-Müfessal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 9: 15.

³⁰⁰ Karaman. *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 314-315; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müştehid*, 3: 73, 74. Ayrıca detaylı bilgi için bkz: İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9: 279-289; eş-Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 6: 186, 187.

zevç böyle bir durumda isterse talâk yetkisini kullanarak zevcesini boşayabilmektedir ve zevcenin ise böyle bir salâhiyeti olmaz ve bu yüzden tefrîk hakkı sadece ona verilmiştir.³⁰¹ Hanefiler dışında cumhur fukahâ (Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî, Ca'ferî ve Zeydiyye) zevç ve zevcenin her ikisine hastalık ve kusur sebebiyle tefrîk için yargıya başvurma hakkını câiz görmüşlerdir. Aynı görüş Hz. Ömer (r.a) ve İbn Abbâs'tan da rivayet edilmiştir.³⁰² Çünkü zevç ve zevce nikâh akdinin iki tarafı olmaları itibariyle eşit oldukları gibi ayıp ve hastalık nedeniyle tefrîk konusunda da eşit olmaları gerekir.³⁰³ Diğer taraftan kocanın talâk yetkisine sahip olması, kusurdan dolayı tefrîk hakkına sâhip olabilmesine bir engel teşkil etmez; fesih-tefrîk duhûl gerçekleşmeden önce meydana gelirse kocadan mehir yükümlülüğünü kaldırır.³⁰⁴

Hanefî mezhebin içinde yargı yolu ile ayrılığı (tefrîki) gerektirebilecek bedensel kusur ve hastalıkların neler olduğu konusunda da ihtilaf vardır. İmam Muhammed'den farklı (aşağıda detaylı olarak zikredildiği gibi İmam Muhammed'in bedensel kusur ve hastalıklar konusundaki görüşü mezhepte sayılan durumlarla sınırlı değildir) olarak İmâm Ebû Hanîfe ve İmâm Ebû Yusuf zevcenin, kocada bulunan cebb, inne ve hısâ gibi kusur ve hastalıklardan dolayı yargıya müracaat etme hakkı olduğu görüşündedir. Zira söz konusu ayıplar cinsel birleşmeye mâni olmakta ve nikâh akdinin asıl maksadı olan neslin devamına da engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla cinsel birleşmeye mâni olan kusurlar kocada mevcut olduğu sürece zevce için tefrîk hakkı doğurur.³⁰⁵ Mezhepte sahih kabul edilen görüş, İmâm Ebû Hanîfe ve İmâm Ebû Yusuf'un görüşüdür.³⁰⁶

Zevce, söz konusu kusur ve hastalıklardan biri sebebiyle yargıya müracaat ederek tefrîki talep edince, eğer iddia edilen kusur ve hastalığın inne ve hısâda olduğu gibi iyileşme ümidi varsa, yargı, hastalıklı ve kusurlu kocanın iyileşmesi için bir yıla kadar süre verir. Verilen bir yıl mühlet içerisinde kocanın vaziyeti değişmemişse, zevce muhayyer bırakılır. Zevce tefrîki seçip kocası onu boşamazsa, yargı zevcenin talebi üzerine zevç ve

³⁰¹ el-Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 323-327; Serahsi, *el-Mebsût*, 5: 95 vd.; Zeydân, *el-Mufessal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 9: 18-19; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî Edilletühü*, 7: 493.

³⁰² İbn Rüşd, *el-Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 73, 74; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâç*, 4: 339-352.

³⁰³ *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, 29: 67; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 184 vd.

³⁰⁴ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 184-190; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 493; Zeydân, *el-Mufessal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 9: 21.

³⁰⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 5: 95-96; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 323-325; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-Râyik*, 4: 132-138; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 355-356; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 493-494; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 424.

³⁰⁶ Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 494; Koçak v.dğr., *İslâm Hukuku*, 272-273.

zevce arasında tefrîke karar verir. Hanefîler nezdinde bu tefrîkin hukukî sonucu talâk-ı bâindir.³⁰⁷ Hanefîlere göre, zevcenin zikrettiğimiz kusur ve hastalıklara dayalı olarak yargıya başvurup tefrîki talep edebilmesi için üç şartın tahakkuk etmesi lazımdır: 1- Nikâh akdinden sonra cinsel birleşmede bulunulmamış olması; 2- Zevcenin erkekte bulunan kusuru evlilikten önce bilmemesi ve evlilikten sonra ise buna razı olmamasıdır; 3- Zevcede cinsel birleşmeye engel teşkil eden bir kusur veya hastalığın mevcut olmaması şarttır.³⁰⁸

Bu konuda mezhep içinde farklı görüşe sahip olan İmam Muhammed, Hanefî hukukçularının naklettiği kadarıyla bedensel kusur ve hastalık sebebiyle tefrîk konusunda İmâm Ebû Hanife ve İmâm Ebû Yusuf'un zikrettiği kusurların yanında delilik, cüzzam ve alaca gibi hastalıklardan dolayı da kadının tefrîk hakkı olduğunu savunur. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla İmâm Muhammed'in tefrîki gerektirebilecek bedensel kusur ve hastalıklar konusundaki görüşü yukarıda sayılan durumlarla sınırlı değildir. Yani ona göre zevce, kocası ile birlikte yaşadığı takdirde, mutazarrır olacağı, cebb, hısâ, inne, cünûn, baras, cüzzam gibi cinsel birleşmeye mâni olan yahut tiksinti ve nefret doğuran her türlü bedensel kusur ve hastalık sebebiyle yargıya başvurup tefrîk talebinde bulunabilmektedir. Çünkü bunun gibi kusurlardan kaynaklanan zarar, cinsel birleşmeye mâni olanlardan daha fazladır.³⁰⁹

2.1.2.2. Mâlikî Mezhebinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk

Fıkhî mezhepler arasında yukarıda zikrettiğimiz Hanefîler (İmâm Muhammed hariç), zevcenin tefrîk davası açabilmesini gerektiren sebepleri hayli kısıtlı tutarken, Mâlikî hukukçuları tefrîke sebep teşkil edebilecek kusur ve hastalıkların sınırlı olduğunu kabul etmekle birlikte Hanefîlere göre bu sınırı oldukça genişletmişlerdir.³¹⁰ Mâlikî mezhebinde bedensel kusur ve hastalıktan dolayı zevç ve zevcenin her ikisine de yargıya başvurarak

³⁰⁷ Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 323-327; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râyik*, 4: 132-138; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 355-356; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî Edilletühü*, 7: 499; es-Sâbûnî, *Meda Hüriyeti'z-Zevceyn*, 2: 653-654.

³⁰⁸ el-Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 325; Serahsî, *el-Mebsût*, 5: 95 vd.; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 424.

³⁰⁹ el-Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 327; es-Sâbûnî, *Meda Hüriyeti'z-Zevceyn*, 2: 663-664; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmîyye*, 2: 355; Karamn, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 314; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 424; Zeydân, *el-Müfessal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 9: 35; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 494.

³¹⁰ Koçak v.dğr., *İslâm Hukuku*, 272.

tefrîk davası açma hakkı tanınmıştır³¹¹ Mâlikî hukukçuları tefrîke sebep olabilecek kusur ve hastalıkları üç kısma taksim etmişlerdir:

- a. Zevç ve zevce arasında tefrîke sebep olabilecek müşterek kusur ve hastalıklar şunlardan ibarettir: Cünûn, cüzzam, baras, el-azîta³¹² ve hunsâ.
- b. Kocaya mahsus olan bedensel kusur ve hastalıklar: cebb, hısâ, inne ve i'trâz.
- c. Zevceye ait olan kusur ve hastalıklar ise: Ratk, karn, afel, el-ifdâ³¹³ ve el-behardır.³¹⁴

Söz konusu bedensel kusur ve hastalıklar karı kocanın herhangi birinde mevcut olduğu takdirde, diğer taraf, tefrîk için, yargıya müracaat edip dava açabilmektedir. Ancak Mâlikîler de Hanefî hukukçular gibi iyileşmesi mümkün olan kusur ve hastalıklar için bir yıl mühlet verilmesini kabul etmişlerdir. Tayin edilen sürenin sonunda hastalıklı ve kusurlu olan kişinin durumu değişmezse, yargı, mutazarrır olan tarafın isteği üzerine ayrılmaya karar vermektedir. Bu durumda yargının hükmü ile meydana gelen boşanmanın hukukî sonucu bir bâin talâktır.³¹⁵

2.1.2.3. Şafî Mezhebinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk

Şafîiler indinde de Malikîler gibi bedensel kusur ve hastalığa dayalı olarak yargı yolu ile boşanma hakkı zevç ve zevcenin her ikisine de verilmiştir. Ancak Malikîlerin kabul ettiği şekliyle tefrîke neden olabilecek kusur ve hastalıkların sınırı daha dar tutulmuştur. Şafîî hukukçulara göre kocada mevcut olan cebb ve inne,³¹⁶ zevcede var olan ratk, karn ve eşlerin herhangi birinde mevcut olan akıl hastalığı (cünûn), cüzzam ve alaca (baras) gibi bedensel kusur ve hastalıklardan dolayı yargıya müracaat ederek tefrîk (fesih) talebi hakkı her iki taraf için de söz konusudur.³¹⁷ Bu mezhepte de hastalıklı ve kusurlu olan tarafın tedavisi için bir yıla kadar mühlet verilmektedir. Verilen sürenin sonunda kusurlu olan taraf iyileşemezse, yargı eşler arasında tefrîke karar vermektedir. Şafîî mezhebinde kusur

³¹¹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 73, 74; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 494.

³¹² el-Azîta (العظيمة): Cinsel birleşme esnasında dışkılamak veya idrar yapmak anlamına gelmektedir. Bkz: İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 185-186; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 67-68.

³¹³ el-İfdâ (الإفشاء): Evlilik yolunun (ferc) idrar yahut dışkı yoluyla karıştırılması anlamına gelmektedir. Bkz: İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 185-186; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 67-68.

³¹⁴ ed-Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 2: 277 vd.; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 73, 74; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 67-68; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 494-495. el-Bihar (البحر): Ağzı veya fercin kötü kokusu anlamına gelmektedir. Bkz: İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 185-186.

³¹⁵ ed-Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 2: 277 vd.; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 73, 74; Zeydân, *el-Müfessal fî Ahkâmî'l-Mer'e*, 9: 23-32; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 499.

³¹⁶ Hısâ ile ilgili mezhepte iki görüş vardır, tercih edilen görüşe göre hısâ, tefrîk için geçerli bir sebep değildir. Bkz; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâç*, 4: 339-352; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 494.

³¹⁷ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâç*, 4: 339 vd.; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 68.

ve hastalık sebebi ile gerçekleşen ayrılma, fesih sayılmıştır. Zira bu ayrılma kocanın lafzıyla yahut onun tarafından vuku bulmamıştır. Hatta bazen kocasının rızasının hilafına yargı tarafından ayrılma gerçekleşir ki bu vasıfla meydana gelen ayrılmaların hepsi fesih niteliğindedir.³¹⁸ Dolayısıyla böyle bir durumda kocanın talâk hakkında bir eksilme söz konusu olmaz. Ancak kadın bu ayrılık sebebiyle iddet bekler. Koca bu şekilde ayrıldığı zevcesine tekrar dönmek isterse boşama hakkı eksilmemiş bir şekilde dönmüş olur ve böylece evlilik şartlarına uygun yeni bir nikâh akdini gerçekleştirebilir.³¹⁹

2.1.2.4. Hanbelî Mezhebinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk

Hanbelî hukukçuları nezdinde Mâlikî ve Şâfiîlerde olduğu gibi bedensel kusur ve hastalıktan dolayı karı kocanın her ikisine de tefrîk talep etme hakkı tanınmıştır.³²⁰ Zevcede bulunan fatek, karn ve afel kusurlar kocaya muhayyerlik hakkı kazandırır. Kocada var olan cebb ve inne gibi kusurlar zevce için; baras, cüz zam, akıl hastalığı³²¹ ve azîta gibi hastalık ve kusurlar karı kocanın her ikisi için de yargıya başvurarak muhayyerlik hakkını icap ettirebilecek faktörlerdir.³²² Sayılan kusur ve hastalıklar haricinde, körlük, topallık, dilsizlik, sağırılık, kısırılık ve eli ayağı kesik olmak (çolaklık) gibi durumlar fesih hakkı gerektirmez. Çünkü bunlar ne cinsel yönden faydalanmayı engeller ne de sirayet edicidir. Diğer taraftan ise, bu konuda nas ve benzerlik olmadığı için kıyas da söz konusu olmaz. Bahsi geçen mezhepte hastalık ve kusurdan dolayı meydana gelen ayrılma fesih sayılmaktadır.³²³

³¹⁸ Şafiî, *el-Ümm*, 5: 90-92; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 499.

³¹⁹ Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâç*, 4: 339 vd.; Zeydân, *el-Müfessal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 9: 23-32.

³²⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 184 vd.; Şafiî, *el-Ümm*, 5: 90-92; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 493.

³²¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 185.

³²² İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 182; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 185-187; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 68; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 495. Hanbelî hukukçularından Ebû Bekr, Ebû Hafs ve Ebû'l-Hattab el-Kelvezânî, İsttlâkü'l-batn/ استطلاق البطن (dizanteri, kanlı basur), سلس البول (idrar tutamama yahut kaçırma), el-bâsûr/ الباسور (basur, hemoroit), en-nâsûr/ الناصور أو الناصور (fistül, müzmin yara), el-behar/ البخار (ağız veya ferç kokusu) ve hünsâ gibi hastalık ve kusurları da tefrîke neden teşkil eden hastalıklarına ilave etmişlerdir. Bkz: İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 186; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 68.

³²³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 193; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 68; Zeydân, *el-Müfessal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 9: 29-30.

İbn Teymiyye genel bir kural şeklinde, cinsel faydalanmayı engelleyen her türlü kusur ve hastalıklardan dolayı kadın reddedilir (nikâh sözleşmesinin ortadan kaldırılmasına neden olur) ifade eder.³²⁴

İbn Kayyim el-Cevziyye'ye göre, tefrîke sebep teşkil eden kusur ve hastalıkların, birbirinden evlâ yahut biri diğerine eşit olmaksızın, iki, altı, yedi veya sekizle sınırlandırılmasının hiçbir şerî veçhi ve gerekçesi yoktur. Ona göre körlük, dilsizlik, sağırlık ve bir kadının yahut erkeğin iki veya bir eli veya ayağının kesilmiş olması en çok nefret doğuran kusurlardandır ve bu kusurları gizlemek en kötü aldatma olur ve dinin emirlerine aykırıdır; mercimek kadar büyüklükte baras-alaca hastalığı karı koca arasında ayrılmaya neden oluyorken barastan daha kötü olan uyuz hastalığı ve tedavi edilemez diğer hastalıkların feshe sebep teşkil etmemesi bir tutarsızlıktır,³²⁵ üzerinde ittifak edilen kusurlar dikkate alındığında kıyasî hüküm cinsel hayatı olumsuz yönde etkileyen, nikâh akdinin amaçlarından olan muhabbet, saadet ve sevgiyi engelleyen, eşlerden birinin diğerinden nefret etmesine sebebiyet veren herhangi bir bedensel kusur ya da hastalığın muhayyerlik/tefrîk sebebi olduğunun kabul edilmesidir.³²⁶ Yine Hanbelî mezhebi fakihlerinden olan “Ebû'l-Bekâ el-Ukberî”³²⁷ konuyla ilgili “eşler için her türlü kusur ve hastalıktan dolayı muhayyerlik hakkı sabit olur” değerlendirmesinden sonra yaşlılığın da aynı hakkı doğurabileceğini ileri sürer.³²⁸ Bize göre bu görüş biraz mübalağalı bir görüştür. Zira yaşlılıkta nikâh akdinin amaçlarının ihlal edilmesi söz konusu olmamakla birlikte yaşlılık tefrîk için bir gerekçe olarak kabul edildiği takdirde evlilik birliğinin sarsılmasına yol açacaktır ki bu aile maslahatına hiç uygun değildir.

2.1.2.5. Ca'ferî Mezhebinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk

Ca'ferîler nezdinde ayrılmayı (feshi) gerektirebilecek bedensel kusur ve hastalıklar konusunda mezhep içinde görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte fesih hakkı karı kocanın

³²⁴ İbn Teymiyye, *el-İhtiyâratü'l-fikhîye min Fetâvâ Şeyhu'l-İslâm İbn Teymiyye*, thk. Alâeddîn Ebû'l-Hasan Alî b. Muhammed İbn Abbâs el-Bal'î ed-Dîmeşki (Beyrût: Dârü'l-Marefat li't-tabâat-ı ve'n-Neşir, t.y), 222.

³²⁵ İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 182, 185.

³²⁶ İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 183; el-Merdâvî, *el-İnsâf*, 8: 198, 199.

³²⁷ Ebû'l-Bekâ Muhibbüddîn Abdullah b. el-Hüseyin b. Abdillâh el-Ukberî el-Ezcî el-Bağdâdî, Arap dili ve edebiyatı, Tefsir, Hadis ve Fıkıh âlimi, 538/1144 yılın sonunda Bağdat'ta doğdu ve 616/1219 yılında vefat etmiş. Kur'ân, Hadis, Nahiv ve Lügat ile ilgili birçok eseri vardır. Bkz; Selâmî Bakırcı, “Ukberî”, DİA (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 42: 66-67.

³²⁸ el-Merdâvî, *el-İnsâf*, 8: 198, 199.

her ikisi için de tanınır.³²⁹ Bu mezhepte bedensel kusur ve hastalıklar nikâh akdinin feshini gerektiren gerekçelerdir. Dolayısıyla tespiti konusunda yargı kararı aranan inne kusuru dışında taraflardan birinde kusur ve hastalığın bulunması durumunda diğer tarafın yargıya gitmeksizin tek taraflı irade beyanı ile nikâh akdini feshetme yetkisi vardır.³³⁰ Feshi icap ettirebilecek bedensel kusur ve hastalıkların neler olduğu hususunda mezhep içi ihtilafların sebebi ise konuyla ilgili farklı rivayetlerin bulunmasıdır. İmâm Sadık'tan nakledilen bir kavle göre akıl hastalığı (cünûn) zevç ve zevce arasında tek müşterek ayıptır ve bu çoğunluğun kabul ettiği görüştür. Ancak Âmilî *er-Ravdatü'l-Behiyye* adlı eserinde cüzam ve barası (alaca) da ortak kusur kabul etmiştir.³³¹ Nakledilen diğer bir kavle göre, ceb, inne, hısâ ve akıl hastalığı (cünûn) kocaya ait; akıl hastalığı (cünûn), baras, ratk, cüzam, afel, ifdâ, karn, körlük ve topallık zevceye ait olan evlilik sözleşmesinin feshini icap ettirebilecek bedensel kusur ve hastalıklardandır. Ca'ferî hukukçularının çoğunluğuna göre kocanın cinsel bakımdan iktidarsız (innîn) olması durumunda, bunun tespiti ve kusurlu kocaya tedavisi için bir süre tayin edilmesi gerekir ve bu sebeple zevcenin kocasında bulunan söz konusu kusurdan dolayı yargıya müracaat etmesi zorunludur. Ancak kadının bu nedene dayalı olarak nikâh akdini feshettirebilmesi için evlilik sözleşmesinden önce bunu bilmiyor olması ve evlilikten sonra durumu öğrenmiş olması halinde ise kocası ile bir kere dahi cinsel ilişkide bulunmamış olması gerekir. Aksi takdirde hakkı sakıt olur.³³²

2.1.2.6. Konu ile İlgili İbn Hazm'ın Görüşü

İbn Hazm'a göre konuyla ilgili Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnette hiçbir nassın bulunmaması sebebiyle, zevç ve zevcenin bedensel kusur ve hastalık sebebiyle yargıya müracaat edip ayrılmayı talep etmesi câiz olmadığı gibi yargının da bu konuda resen bir tasarrufta

³²⁹ es-Sayyid Alî el-Hüseynî es-Sîstânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 19. Baskı (Beyrût: Dâru'l-Müerrihi'l-Arabî, 2013), 3: 83-85.

³³⁰ es-Sîstânî, *Minhâcü's-sâlihîn*, 3: 86; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 694.

³³¹ Detaylı bilgi için bkz: Zeynüddîn el-Âmilî (Şehid-i Sâni), *er-Revdatü'l-behiyye fi Şerhi el-Lamatu'd-Dimeşkiyye*, thk. Macmei'l-fikri'l-İslâmî, 13. Baskı (Kum: Şeriat, 1437), 3: 287-298; Ebû'l-Kasım Necmüddin Cafer b. Hasen el-Mühakkik el-Hillî, *Şerâiü'l-İslâm fi Mesâili'l-Helâl-i ve'l-Harâm*, 11. Baskı (Beyrût: Dâru'l-Kâri, 2004), 1: 555-560; Ebû'l-Kasım Necmüddin Cafer b. Hasen el-Mühakkik el-Hillî, *el-Muhtasarü'n-Nafi* (Kum: Müessesetü'l-Be'sat, 1413), 295, 296.

³³² el-Hillî, *Şerâiü'l-İslâm fi Mesâili'l-Helâl-i ve'l-Harâm*, 1: 555-560; el-Hillî, *el-Muhtasarü'n-Nafi*, 295-296; Muhammed Cevâd el-Muğniyye, *el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa, son baskı* (Beyrût: Dâru't-teyyâri'l-Cedîd, 2000), 328-334; el-Âmilî, *er-Revdatü'l-behiyye*, 3: 287-298; es-Sîstânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 83-86.

bulunma yetkisi yoktur.³³³ Ömer İbn Abdülaziz'in de aynı görüşte olduğu nakledilmekle birlikte³³⁴ Şevkânî de aynı görüştedir.³³⁵

İbn Hazm'a göre eğer evlilik sözleşmesinde zevcenin kusurlu ve hastalıklı olmaması diye bir şart koşulur ve akitten sonra tarafın kusurlu olduğu belli olursa, böyle bir evlilik temelinden münfesih olur ve ister zifâftan önce olsun ister zifâftan sonra olsun hiçbir hukukî sonuç doğurmaz.³³⁶

2.1.2.7. Bedensel Kusur ve Hastalıkların Sınırlı Olmamasına Dair Bir Görüş

Yukarıda fıkıh mezhepleri bakımından tefrîki gerektirebilecek bedensel kusur ve hastalıkları detaylı bir şekilde ele almaya çalıştık. Şimdi ise, zikredilen kusur ve hastalıkların sınırlı olup olmadığı konusu üzerinde duracağız. Bu konuda İslâm hukukçuları iki gruba ayrılmışlardır. Fakihlerin büyük çoğunluğuna (Hanefî, Mâlikî, Şafîî, Hanbelî, Ca'ferî ve Zeydiyye'nin çoğu) göre, söz konusu kusur ve hastalıklar sınırlı olup bu konuda kıyas yoluyla hükmün genişletilmesi mümkün değildir.³³⁷ Kadı Şureyh, Zührî, İmâm Muhammed İbn Hasan eş-Şeybânî, Ebû Sevr,³³⁸ İbn Teymiyye, İbn Kayyım el-Cevziyye ve Ebû'l-Bekâ el-Ukberî gibi müçtehitlerin görüşlerine göre ise üzerinde ittifak edilen ayrılmaya sebep teşkil edebilecek hastalıklar dikkate alındığında kıyas yolu ile aynı vasıf ve illeti barındıran (zarar-ı fâhiş olan, tiksindirici veya sirayet edici) kusur ve hastalıkları da bunlara ilave etmek câizdir. Bu nedenle nikâh akdinin asıl gâyesinin gerçekleşmesini engelleyen, cinsel birleşmeye mani olan, zevç ve zevce arasında, muhabbet, saadet ve sevgiyi kaldırıp nefret ve tiksintiye sebep olan her türlü bedensel kusur ve hastalıktan dolayı eşlerin (İmâm Muhammed'e göre sadece kadının) yargıya müracaat etme suretiyle tefrîk talebinde bulunma hakkı vardır.³³⁹

³³³ Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Said b. Hazm, *el-Muhallâ Bi'l-Asâr*, (Beyrût: Dâru'l-fikir, ty), 9: 279 vd.; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 493.

³³⁴ es-Sâbûnî, *Meda Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 649.

³³⁵ eş-Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 6: 187.

³³⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9: 289; İbn Kayyım, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 186.

³³⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 2: 42; Şafîî, *el-Ümm*, 5: 84; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 3: 203; Âmilî, *er-Revdâtü'l-behiyye*, 2: 124, 126; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9: 279-288; eş-Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, 6: 187.

³³⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 4: 304; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9: 283, 287.

³³⁹ İbn Kayyım, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 182, 183, 185; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 69; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9: 280-289; el-Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 327; İbn Teymiyye, *el-İhtiyârâtü'l-Fıkhîyye*, 222; Zeydân, *el-Müfessal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 9: 35-37; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 355, Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 495-496; es-Sâbûnî, *Meda Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 678.

2.1.3. Kısırlık Kusuru Sebebiyle Tefrîk

Fıkıh mezhepleri kocanın kısırlığı sebebiyle zevcenin yargıya başvurarak tefrîk talebinde bulunma hakkı olmadığı görüşündedir.³⁴⁰ Ancak bu görüşe aykırı olarak İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye, kısırlık sebebi ile ayrılmanın câiz olduğunu savunur ve buna delil olarak İbn Sîrîn'in Hz. Ömer (r.a)'den naklettiği şu rivayeti zikreder: "Hz. Ömer'e kısır bir kişi gelip evlendiğini söyler. Hz. Ömer o kişiye kısır (akîm) olduğunu zevcene bildirdin mi diye sorar. O kişi "hayır" deyince, zevcesine kısır olduğunu bildirip onu muhayyer bırakmasını tembih eder."³⁴¹ Bu görüş Kadı Şureyh, Süfyân-ı Sevrî, Zührî'den de nakledilmekle birlikte İbn Teymiyye de aynı görüştedir.³⁴² Çağdaş İslâm hukukçularından Abdürrahman es-Sâbûnî bu görüşü destekler şekilde şu değerlendirmede bulunur: Nikâh akdinin temel gâyelerinden biri de neslin devâmı ve evlâd sâhibi olmaktır; zevce kısır (akîm) ise, koca onu boşayabilmektedir yahut zevcesinin kısır olduğu gerekçesi ile ikinci bir evlilik yapabilmektedir; ancak anne olmak isteyen bir kadının kocasının kısırlığı sebebiyle tefrîk hakkının olmaması durumunda onu kısır bir kocayla yaşamaya mecbur edip analık tabiatından mahrûm bırakmak kabul edilebilir bir yaklaşım değildir.³⁴³ Konuyla ilgili benzer yaklaşım sahibi bir diğer İslâm hukukçusu Abdülkerim Zeydan da kocanın kısırlığının tıbbi bir heyet tarafından tespit edilip evliliğin en az dört sene sürmüş olması durumunda zevcenin yargıya müracaat ederek ayrılmayı talep etmesinin câiz ve bu hakkın yalnızca kadına ait olacağını savunur.³⁴⁴

Ca'ferîlerin konuyla ilgili yaklaşımı Sünnî mezheplerin görüşünden farklı değildir.³⁴⁵ İran Medenî Kânunu'nda kısırlıktan dolayı ayrılma (tefrîk) hususunda hiçbir hüküm yer almaz. AFMK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasına göre ise, kısırlık kocanın ikinci evliliğe başvurabilmesi için aranan durumlar arasında yer alır: Kocanın ikinci bir evlilik yapabilmesi için zevcenin kısır yahut tedâvisi mümkün olmayan başka bir hastalığa yakalanmış olması aranır.³⁴⁶ Bu hükmün haricinde kânunda kısırlığa bağlanmış bir hüküm yer almaz. Ancak yargıda görev alan kadılarla yaptığımız görüşmeler sonucunda günümüz Afganistan Mahkemelerinin uygulamasında kadının, kocasının kısır olması

³⁴⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 186-187.

³⁴¹ İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 181-182.

³⁴² İbn Teymiyye, *el-İhtiyârâtü'l-Fıkhîyye*, 222; İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, 5: 184.

³⁴³ es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 671-673.

³⁴⁴ Zeydân, *el-Müfessal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 9: 39-40.

³⁴⁵ es-Sîstânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 85.

³⁴⁶ *Kānun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 86.

sebebiyle mahkemeye müracaat ederek tefrîk talebinde bulunabilmekte ve talepleri doğrultusunda yargı kararlarına ulaşabilmektedirler.³⁴⁷ Anlaşıldığı kadarıyla bu konuda hâkimler fikhî mezheplerde üzerinde ittifâk edilen görüşü terk edip uygulamada yeni bir içtihat ortaya koymuşlardır.

2.1.4. Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk Konusunda Aranılan Şartlar

Bedensel kusur ve hastalık gerekçesi ile yargı tarafından eşler arasında ayrılmaya hükmedilebilmesi ancak bazı şartların tahakkuk etmesi ile mümkündür. Bunlar görüş ayrılıkları da dikkate alınarak şu şekilde sıralanabilir:

a. Yargıya başvurarak ayrılmayı talep eden kişinin, diğer tarafın nikâh sözleşmesinden önce kusurlu veya hastalıklı olduğunu bilmemesi şarttır. Eğer kusurlu olduğundan haberdar olup onunla evlenmişse, tefrîk davasını açabilme hakkı sakıt olur. Çünkü bu bir rıza göstergesidir.³⁴⁸ Şâfiîler, “inne” kusurunu bu şarttan istisnâ etmişler. Yani zevce, kocasının innin olduğunu bilerek onunla evlenmişse bile muhayyerlik hakkı sâkit olmaz.³⁴⁹

b. Zevç ve zevceden biri, diğer tarafın hastalıklı ve kusurlu olduğundan nikâh akdinden sonra haberdar olursa, sarîh yahut zımnî olarak buna rızâ göstermemesi şarttır. Aksi halde tefrîk davasını açabilme hakkı ortadan kalkar. Şafî (inne hariç) ve Ca'ferî fikhî içtihatlarında bedensel kusur ve hastalık sebebi ile yargı eli ile ayrılma hakkı hemen kullanılmalıdır (fevrî); yani kusuru muttali olduğunda, zaman geçirmeden yargıya başvurulması gerekmektedir. Aksi takdirde ayrılma hakkı sâkit olur.³⁵⁰ Ancak Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî içtihatları bu hakkın fevrî olmadığı görüşündedirler.³⁵¹

³⁴⁷ Şifâhî Görüşme: Kadı Muinuddin Muin, Herat Vilayetinde Medenî ve Ahvâl-i Şahsiyye İstinâf Mahkemesinin Başyargıcı. Görüşme tarihi, 05.08.2019. Saat: 15: 00.

³⁴⁸ el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 325, 326; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, 4: 297-304; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 497-498; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 356.

³⁴⁹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 4: 340-350; *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, 29: 69-70.

³⁵⁰ Şafî, el-Ümm, 5: 90-92; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 4: 340-352; el-Muğniyye, *el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa*, 334; el-Âmilî, *er-Revdâtü'l-behiyye*, 3: 293, 294.

³⁵¹ *Kānun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 177; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, 4: 297-304; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî*, 7: 498; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 356-357; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 675, 691; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 184-193.

c. Eğer iddia edilen kusur ve hastalık, inne ve hısâ gibi tedâvisi mümkün olabilecek hastalıklardan ise, hastalıklı olan kişinin iyileşmesi için, yargı tarafından bir yıla kadar mühlet verilmesi gerekmektedir.³⁵²

d. Yargı yolu ile ayrılmaya geçerli bir sebep sayılabilecek kusurun yahut hastalığın tedâvisi mümkün olamayacak yahut uzun süre gerektirecek ve birlikte yaşamayı zorlaştıracak durumda olması, zevcenin bundan dolayı külliye zarar görmesi ve söz konusu zararın yargıda ispatlanması şarttır.³⁵³

e. Cumhur-ı fukahâya (Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî) göre, bedensel kusur ve hastalık sebebi ile boşanmanın gerçekleştirilebilmesi için, mağdurun talepte bulunması gereklidir. Talep olmadığı takdirde yargı nikâh sözleşmesini ortadan kaldıramaz.³⁵⁴ Ancak Ca'ferîlere göre yargıya başvurulmaya gerek kalmaksızın eşler kendi iradeleri ile evlilik akdini feshedebilmektedirler.³⁵⁵

f. Bedensel kusur ve hastalık sebebiyle ayrılmak (tefrîk) isteyen kişinin, kusur ve hastalıktan sâlim olmasının şart olup olmadığı konusunda İslâm hukukçuları arasında ihtilaf vardır. Hanefîlere göre ayrılmayı talep eden zevcenin kusurlu olmaması şarttır. Aksi halde tefrîki talep edemez. Hanbelîlere göre kocanın mecbûb olması ve zevcenin ratk olması durumu dışında diğer kusur ve hastalıklar için ayrılmayı talep eden kişinin kusurdan sâlim olması şart değildir. Mâlikî ve râcih olan bir kavle göre Şâfiîlere göre ise tefrîk talebinde bulunan tarafın bedensel kusur ve hastalıktan sâlim olması şart değildir.³⁵⁶

g. Yargının iddia edilen kusur ve hastalığın teşhis ve tespiti için bilir yahut tıpta uzman kişilerden yardım istemesi gerekmektedir.³⁵⁷

³⁵² *Kānun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 179; el-Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 325, 326; Zeydân, *el-Müfessal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 9: 59; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 74; el-Âmilî, *er-Revdatü'l-Behîyye*, 3: 289, 290.

³⁵³ *Kānun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 176; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü'Şahsiyye*, 357; Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 236-237.

³⁵⁴ el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 325, 326; ez-Zeylâî, *et-Tebyinü'l-hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 3: 21, 23; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 72; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 185 vd.; Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâç*, 4: 341-350; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râyik*, 4: 132-138; İbn Rüşd, *el-Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 73-76; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü'Şahsiyye*, 356-358; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, 7: 498.

³⁵⁵ el-Âmilî, *er-Ravdatü'l-behîyye*, 3: 293-295.

³⁵⁶ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 184-193; el-Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 325, 326; Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâç*, 4: 340 vd.; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 70-71.

³⁵⁷ *Kānun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 178; Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 237.

h. Koca karısı ile bir kere cinsel birleşmede bulunduktan sonra “inne” kusuruna yakalanırsa, Hanefî, Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî ve Ca’ferî müçtehitlerine göre karısı bu sebepten dolayı tefrîk talebinde bulunamaz. Zira zevce için nikâh akdi ile sabit olan “cimâ” hakkı (kazâen) sadece bir keredir.³⁵⁸ İran Medenî Kânunu’nun 1122. maddesinde de bu görüş tercih edilmiştir.³⁵⁹ Ancak Afganistan Medenî Kânunu’nda bu şart ile ilgili bir hüküm mevcut değildir. Muâsır İslâm hukukçularından Abdülkerim Zeydân “*el-Mufassal fi Ahkâmi’l-Mer’e ve’l-Beyti’l-Müslim*” adlı eserinde böyle bir şartın aranmasının doğru olmadığı görüşündedir. Çünkü nikâh akdinin asıl gâyesi, neslin devamı ve eşleri haram yollardan alıkoymak, dolayısıyla karı kocayı iffetli kılmaktır. Bu maksat sadece bir kere cinsel birleşme ile elde edilemez.³⁶⁰

i. Ca’ferîlere göre kocanın akıl hastalığı ister akitten önce olsun ister akitten sonra olsun, zevceye fesih hakkı kazandırır. Akıl hastalığı dışındaki diğer kusur ve hastalıkların akitten önce meydana gelmesi şarttır. Aksi takdirde karı kocanın hiçbirisi kusur ve hastalığa dayanarak evliliği feshettiremezler.³⁶¹

Değerlendirme:

Konuyla ilgili görüşler ve dayanaklarını ele aldıktan sonra şu değerlendirmede bulunabiliriz:

Yukarıda zikrettiğimiz farklı görüş sahibi fakihlerin dışında bütün fıkıh mezhepleri genel itibarıyla ayrılmayı icap ettirebilecek kusur ve hastalıkları belli bir sayıya hasretmektedir. Bu sınırlamanın dayanağı ise bu konuda sahâbelerden nakledilen rivayetlerdir. Eşlerdeki kusurun alış veriş akdinde kusur sebebiyle ortaya çıkan muhayyerlik hakkına kıyas edilemeyeceği, zikri geçen kusurların “muallal” olmadığı, yani hükme esas teşkil eden illetlerinin kıyasa imkân verecek şekilde tespit edilemeyeceği, dolayısıyla bunlara kıyas yolu ile diğer kusurların eklenemeyeceği kabul edilmiştir.³⁶²

³⁵⁸ el-Kâsânî, *el-Bedâiu’s-senâi*, 2: 325; ez-Zeylaî, *et-Tebyinü’l-Hakâik Şerhu Kenzi’d-Dekâik*, 3: 22, 23; el-Âmilî, *er-Ravdatü’l-behiyye*, 3: 289-290; *el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye*, 29: 74; Serahsî, *el-Mebsût*, 5: 95 vd; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râyik*, 4: 135; es-Sâbûnî, *Medâ Hüriyeti’z-Zevceyn*, 2: 691.

³⁵⁹ Nâsır Kâtûzyan, *Kanûn-i Medenî der Nazm-i Hukukî Kunûnî*, 13. Baskı (Tahran: Neşr-i Mîzân, 1385), 688.

³⁶⁰ Zeydân, *el-Müfessal fi Ahkâmi’l-Mer’e*, 9: 46-47.

³⁶¹ el-Âmilî, *er-Ravdatü’l-behiyye*, 3: 288, 289; el-Hillî, *Şerâiü’l-İslâm fi Mesâili’l-Helâl ve’l-Harâm*, 1: 555, 556. Ayrıca bkz: es-Sâbûnî, *Medâ Hüriyeti’z-Zevceyn*, 2: 679-682.

³⁶² İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müçtehid*, 3: 73-75; ez-Zeylaî, *et-Tebyinü’l-Hakâik Şerhu Kenzi’d-Dekâik*, 3: 25.

Ancak tefrîke neden teşkil edebilecek hastalıkların muallel olmayışı fikrine katılabilmek pek isabetli değildir. Zira tefrîk hakkı doğurduğu kabul edilen kusur ve hastalıklar incelendiği zaman bunların belirli bir illete bağlı olarak bu hakkı doğurduğu ve bunların iki gruba taksim edilebileceği görülebilmektedir.

a. Cinsel birleşmeye mâni olan bedensel kusur ve hastalıklar: Kocada bulunan cebb, inne ve hısâ, zevcede mevcut olan karen, afel ve ratk gibi rahatsızlıklar, evlilik akdinin temel gâyelerinden biri olan cinsel birleşmeye yahut karı kocanın cinsel yönünden birbirinden faydalanmasına engel teşkil edebileceğinden dolayı tefrîk hükmüne esas teşkil eder. Dolayısıyla aynı illeti/vasfı taşıyan diğer kusur ve hastalıklara da aynı hükmü vermenin bir sakıncası olmamasının ötesinde bu fıkıh ve hukuk düşüncesinin gereğidir.

b. Zevç ve zevce arasında muhabbet ve sevgiye mâni olup nefret doğuran hastalıklar; eşlerin birlikte yaşamalarını devâm ettirebilmesi güçlü muhabbet ve evlilik hayatına ilişkin belli duygularla mümkün olur. Dolayısıyla bu sevgi ve duyguları yok edecek yahut eşler arasında nefrete sebep olacak kusurlardan dolayı eşlere yargıya başvurarak tefrîk hakkı tanınması evlilik ilişkisinin karakterine uygunluk arz eder.³⁶³ Çünkü bu şekilde birlikte yaşamı sürdürmek eşlerden birinin mağduriyetine sebep olur veya biri için tahammül edilemez bir hale gelir ki bu duruma bir çözüm yolu bulmak hukuk ve fıkıhın görevidir. İşte İslâm hukukunda zararı izale etmek amacıyla eşlerin yargıya müracaat edip tefrîk talebinde bulunmaları, bu durum için bir çözüm olarak öngörülmüştür.

Nitekim muasır âlimler tarafından hazırlanan “*el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*” eserinde de tefrîk talebi fıkıh mezhepleri tarafından zikredilen bedensel kusur ve hastalıklarla sınırlı görülmeyip kıyas yoluyla aynı vasfı taşıyan yahut zarar konusunda bunlardan daha şiddetli olan AIDS (HIV) gibi diğer hastalıklar da tefrîk için geçerli sebep olarak sayılmaktadır.³⁶⁴

Netice olarak, kusur sebebiyle tefrîk hakkının her iki eş için de tanınması, bunun sınırlarının klasik fıkıh eserlerinde belirtilen durumlarla sınırlı tutulmaması gerekir. Ancak İslâm'ın aile hayatına verdiği önem dikkate alındığında hâkimin tefrîk kararı

³⁶³ Mustafa Bilgiç, İslâm Hukukunda Yargı Yoluyla Boşanma, (Yüksek Lisans Tezi, SÜSBE, 2001), 79.

³⁶⁴ *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, 29: 69.

verirken eşlere karar vermek için bir süre tanınması, bu süre sonunda tefrîk kararı vermesi beklenir.

Şimdi 1917 tarihli Hukuk-ı Âile Kararnamesi ve günümüz İslâm ülkelerinin hala yürürlükte olan ahvâl-i şahsiyye kânunları açısından konuyu ele alacağız.

2.1.5. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler

2.1.5.1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

HAK'nın 119-125. maddelerinde bedensel kusur ve hastalık nedeniyle yargı yoluyla boşanma ele alınıp³⁶⁵ tefrîk talep etme hakkı sadece kadın için tanınmıştır. Söz konusu kararnamede konu genel itibarıyla Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî'nin görüşüne göre tanzim edilmiştir ve böylece Hanefi mezhebinin görüşünden çıkılmamıştır.³⁶⁶

2.1.5.2. Afganistan Medenî Kânunu

AFMK'da yargı yoluyla tefrîk hususunda ilk dayanak olarak, erkekte mevcut olan bedensel kusur ve hastalıklar³⁶⁷ nedeniyle tefrîk konusu ele alınmış ve bu hak sadece kadın için tanınmıştır.³⁶⁸ Ancak kânunda kocada bulunan ve yargı yoluyla kadın için ayrılmaya sebep teşkil eden bedensel kusur ve hastalıkların neler olduğu açık bir şekilde izâh edilmemiştir. Yani söz konusu kânunda net bir şekilde kusur ve hastalıkların adı verilmemiştir.

AFMK'nın 176. maddesinde kusur nedeniyle tefrîk hakkında şu şekilde hüküm verilmiştir: Zevçte mevcut olan, iyileşmesi mümkün olmayan, mümkünse bile uzun bir müddeti gerektiren kusur ve zevcenin bu sebepten dolayı külliyyen mutazzarrır olması şartıyla, yargıya müracaat etme suretiyle ayrılmak için tefrîk talebinde bulunabilir.³⁶⁹ Bu maddenin hükmüne göre, bedensel kusur ve hastalığın zevceye ayrılma hakkı teşkil edebilmesi için aşağıdaki üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir:

a. Kusurun izalesi ve hastalığın iyileşmesinin imkânsız hâle gelmesi;

³⁶⁵ *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Hazırlayan: Orhan Çeker, 43-45.

³⁶⁶ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 425; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 315.

³⁶⁷ Afganistan Medenî Kânunu'nda bedensel kusur ve hastalık ifadelerin yerinde "ayıp" kavramı kullanılmıştır.

³⁶⁸ Fâyiz, *Tavzihî ber Kânun-ı Medenî*, 1: 210; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 345.

³⁶⁹ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 176.

- b.** Hastalığın tedavisi mümkün olsa bile bunun uzun bir süre gerektiriyor olması;
- c.** Zevcenin kocada mevcut olan hastalık ve kusurlar sebebiyle külliyen mutazarrır olması.³⁷⁰

Abdülkâdir Adâlethâ *Hukuk-ı Fâmil* (Aile Hukuku) adlı eserinde bu kânun maddesiyle ilgili şöyle bir açıklamada bulunur: İnne, hısâ ve cebb gibi cimayı engelleyen bedensel kusurlar, delilik (cünûn), baras ve cüzzam gibi zarar verici ve nefret hissi doğuran hastalıklar da söz konusu maddenin hükmünün kapsamına girip ayrılmaya (tefrîk) neden olabilmektedir.³⁷¹ Fakat zevcenin zikri geçen bedensel kusur ve hastalıkların gerekçesi ile yargıya müracaat edip tefrik davasını açabilmesi ve ayrılmaya karar verilebilmesi için, aşağıdaki şartların göz önünde bulundurulması gerekmektedir:

- a.** Zevcenin nikâh sözleşmesinden önce veya sözleşme sırasında zevçte bulunan bedensel kusur ve hastalıkları bilmemesi, söz konusu kusurların nikâh sözleşmesinden sonra ortaya çıkması durumunda ise sarîh yahut zımnî olarak bunlara rıza göstermemiş olması şarttır. Aksi halde hastalık ve kusur gerekçesi ile tefrik davası açamaz.
- b.** Yargının, bu hususta geçerli sebep sayılan bedensel kusur ve hastalıkların teşhis ve tespiti için, kânunun öngördüğü şekilde bilirkişilerden, tıp uzmanları ve özellikle adli tıp kurumundan resmi olarak bilgi alarak davaya bakması gereklidir.³⁷²
- c.** Yargı, varlığı iddiâ edilen hastalık ve kusurların tedâvisinin mümkün olacağı yönünde bir bilgiye ulaştığında kocanın iyileşmesi için bir yıla kadar mühlet verir; süre içerisinde iyileşmenin gerçekleşmemesi ve davacı zevcenin tefrik talebinde ısrar etmesi durumunda tefriğe karar verir. Bu yolla gerçekleşen tefrik talâk-ı bâin hükmündedir.³⁷³
- Görüldüğü gibi AFMK’da bedensel kusur ve hastalık nedeni ile tefrik genel olarak İmam Muhammed’in görüşü esas alınarak tanzim edilmiştir³⁷⁴

³⁷⁰ Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 347.

³⁷¹ Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 236-237.

³⁷² *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 177-178; *Kânun-ı Usûl-i Mahâkemât-i Medenî-yi Afganistan*, Ceride-yi Resmî, sy., 722, 1369 hş., mad., 175; Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 237; Fâyiz, *Tavzihî ber Kânun-i Medenî*, 1: 211.

³⁷³ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 179; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 348.

³⁷⁴ Madde 176: Kocada bulunan tedavisi mümkün olmayan ya da mümkünse uzun süre gerektiren kusur ve karısının bu kusurdan külliyen zarar görmesi şartıyla, zevce mahkemeye başvurarak kusur nedeni ile tefrik talebinde bulunabilmektedir.

Madde 177: Eğer kadın evlenme sırasında (esnasında) 176. maddede zikredilen kusurları bilirse ya da evlilikten sonra meydana gelen hastalıklara açıkça ya da zımnî (dolaylı) olarak rıza göstermişse, mahkemeden tefrik talebinde bulunamaz.

Madde 178: 176. maddesindeki kusurların ispatlanması için tıp alanında uzmanların görüşleri alınacaktır.

2.1.5.3. Yargı Kurumunda Konu ile İlgili Yetkililerle Yapılan Şifâhî Görüşme

Kendisiyle mülâkat gerçekleştirdiğim Kadı Muinuddin Muin, Afganistan Medenî Kânunu'nun 176-182 maddelerinde yer alan bedensel kusur ve hastalıklar nedeniyle yargı yoluyla boşanma ile ilgili hükümlere ve bunların nasıl uygulandığına ilişkin aşağıdaki açıklamalarda bulundu:

Yargı yoluyla boşanma konusunda, Afgan yasama organı Hanefîlerin fikhî içtihatlarını esas almasına rağmen, konunun içeriği bakımından genel itibariyle Mâlikî ve Hanbelîlerin görüşlerini tercih etmiştir. Çünkü sözü geçen mezheplerin tefrîk konusundaki görüşleri Hanefî mezhebine kıyas edildiğinde daha çok kadın lehine olup toplumun yarar ve maslahatına uygundur. AFMK'da mahkemeye başvurup tefrîk talebinde bulunma hakkı ise Hanefî mezhebinin görüşü dikkate alınarak yalnızca kadına verilmiştir. Çünkü genel kural olarak kocanın mahkemeye başvurmadan boşama yetkisi vardır ve zaruret halinde bu yetkiyi kullanarak evliliğe son verebilir. Zikri geçen kânunda belirli bir kusur ve hastalıktan söz edilmemiştir. Ancak bir hastalığın veya kusurun yargı yoluyla tefrîke esas teşkil edebilmesi için, tedavi edilemez olması ya da tedavisinin uzun bir zaman alması, karının böyle bir kocayla birlikte yaşamasından dolayı tamamen zarar görmesi ve iddia edilen zararın varlığının tespit edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kânun koyucular tefrîke esas teşkil edecek kusur ve hastalıkların tespit edilmesini ve bunların niteliklerinin belirlenmesini hâkimin takdirine bırakmışlardır. Hâkim, kusurların türünü, niteliğini ve tedavisinin mümkün olup olmadığını belirlemek için adli tıp uzmanlarının görüşlerinden istifade etmektedir.

Afganistan yargı sisteminde tefrîke neden olan bedensel kusur ve hastalıklar sınırlı değildir. Bu nedenle tedavisi mümkün olmayan yahut uzun bir süreyi gerektiren herhangi bir hastalık ve kusur ve zevcenin kusurlu kocayla birlikte yaşamasından tamamen zarar görmesi şartıyla, tefrîke esas teşkil edebilir. Dolayısıyla, cebb, hısâ, innet (iktidarsızlık),

Madde 179: Kocada bulunan kusurun tedavisinin mümkün olamayacağının tespit edildiği her durumda, mahkeme derhal tefrîke hükmeder. Eğer kusurun tedavisi mümkün ama bu uzun bir süre gerektiriyorsa, mahkeme tefrîk talebini bir seneye kadar erteleyecektir.

Madde 180: Kusur nedeniyle tefrîk bâin talâktır.

Madde 181: Kusur sebebiyle boşanma hürmet-i müebbede (sürekli haramlılık) gerektirmez, karı koca iddet içerisinde veya iddetten sonra evlenebilirler.

Madde 182: Eğer aralarında kusur nedeniyle tefrîke hükmedilen karı kocadan birisi ölürse, diğer eş ona mirasçı olamaz.

cüzzam, akıl hastalığı, kanser, prostat, diyabet, AIDS (HIV), felç ve kısırlık gibi kusur ve hastalıklar adli tıp uzmanları tarafından tespit edildiği takdirde, yargı yolu ile boşanmaya sebep teşkil edebilecektir.³⁷⁵

Görüldüğü üzere Afganistan İslâm Cumhuriyeti mahkemelerindeki yargıçların tefrîke neden olabilecek bedensel kusur ve hastalıklara ilişkin uygulamaları, dört mezhebin görüşleri esas alınarak düzenlenmiş ancak günümüz şartları da dikkate alınarak konu ile ilgili yeni bir içtihat ortaya koymuştur.³⁷⁶

2.1.5.4. İran Medenî Kânunu

Ca'ferî mezhebini esas alan İran Medenî Kânunu ve Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'de bedensel kusur ve hastalık sebebi ile meydana gelen ayrılma (fesih) câiz görülmüştür. Ancak söz konusu kânunlarda, Ca'ferî fikhında olduğu gibi, geçerliliği kabul edilen kusur ve hastalıkların taraflardan birinde bulunuyor olması durumunda diğer taraf için yargıya gitmeksizin irade beyanı ile nikâh akdini feshetme hakkı tanınır. Zikri geçen kânunlarda fesih muhayyerliğini icap ettirebilecek kusurlar üç kısma ayrılmıştır: 1- Karı ve kocanın her ikisi için ortak hastalık; cünun; 2- Kocaya ait olan kusur ve hastalıklar: Hısâ, innet ve cinsel organı kesik olması; 3- Kadına mahsus olan kusur ve hastalıklar: Karen, cüzzam, baras, ifdâ, felç ve körlük (her iki gözün kör olması).³⁷⁷

İMK'nın 1121-1126'ıncı maddelerinde evliliğin feshini gerektiren bedensel kusur ve hastalıklar Ca'ferî fikhı esas alınarak şu şekilde tanzim edilmiştir:

Madde 1121: Zevç ve zevceden her birinin, ister sürekli ister aralıklı olsun, kalıcı bir şekilde akıl hastalığına yakalanması diğer taraf için nikâh akdini feshetme hakkı doğurur.

Kâtûzyan bu maddeyi açıklarken şöyle bir izâhta bulunmuştu: Akıl hastalığı, kalıcı olmaması durumunda feshe sebep teşkil etmez.³⁷⁸

Madde 1122: Kocada mevcut olan aşağıda zikredilen kusurlar kadın için fesih hakkı doğurur:

³⁷⁵ Kadı Muinuddin Muin, Herat Medenî ve Ahvâl-i Şahsiyye İstinâf Mahkemesinin Başyargıcı. Görüşme tarihi: 05.08.2019; Mahkeme Binasında, Saat: 15: 00.

³⁷⁶ Kadı Muinuddin Muin, Şifâhî görüşme.

³⁷⁷ Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî*, 687-689; *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, mad., 127-130.

³⁷⁸ Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî*, 687-688.

- a. Hısâ (iğdiş, hadım olması);
- b. İinne, bir defa bile karısı ile cinsel birleşmede bulunmaması şartıyla;
- c. Kocanın tenâsül organının cinsel birleşmede bulunamayacak derecede kesik olması.

Madde 1123: Zevcede bulunan aşağıda zikredilen kusurlar, koca için muhayyerlik (fesih) hakkı doğurur:

- a. Karn;
- b. Cüzzam;
- c. Baras;
- d. İfdâ;
- e. Felç;
- f. Zevcenin iki gözünün de kör olması.

Madde 1124: Zevceye mahsus olan kusurlar, evlilik akdi esnasında mevcut olmaları durumunda koca için fesih hakkına sebep teşkil edebilir.³⁷⁹

Madde 1125: Erkekten bulunan innet kusuru ve akıl hastalığı ister nikâh sözleşmesinden önce olsun ister evlilikten sonra meydana gelmiş olsun zevcenin fesih hakkı sabit olur.

Kâtûzyan bu maddenin hükmü ile ilgili şöyle bir açıklamada bulunmuştur: Zevç, zevcenin akıl hastalığının evlilik sözleşmesinden önce bulunması sebebiyle nikâh akdini feshedebilir. Dolayısıyla söz konusu hastalık akitten sonra meydana geldiyse bu, koca için fesih hakkı doğurmaz.³⁸⁰

Madde 1126: Karı kocanın her biri evlilikten önce diğerinde bulunan kusur ve hastalıkları biliyorsa fesih hakkı sakıt olur.

Madde 1127: Kocanın cinsel yolla bulaşan (bulaşıcı) hastalıklardan birine yakalandığı her durumda karının cinsel ilişkiyi reddetme hakkı vardır.³⁸¹

³⁷⁹ Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî*, 688-689.

³⁸⁰ Kâtûzyan, *Hukuk-ı Medenî-yi Hânevâde*, 1: 166; (Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî der Nazm-i Hukukî Kunûnî*, 688'den naklen); Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî der Nazm-i Hukukî Kunûnî*, 690.

³⁸¹ Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî*, 690.

Kâtûzyan'a göre, AIDS (HIV) hastalığının 1127'inci maddenin kapsamına girmesi gerekmektedir. Zira söz konusu hastalık sirayet edici bir hastalıktır ve zevcenin AIDS (HIV) hastalığına yakalanmış olan kocasıyla cinsel ilişkiden uzak durması gereklidir.³⁸²

Yukarıdaki aktardığımız maddelerde, kusur ve hastalık sebebi ile fesih hususunda, hem geçerli sebep sayılan kusur ve hastalıklar açısından hem de bu konuda koşulan şartlar bakımından karı koca arasında bir ayırım yapıldığını görmekteyiz. Ayrıca geçerli sebep sayılan kusur ve hastalıkların tedâvisinin mümkün olup olmamasının ve kocanın innet kusurunun iyileşmesi için ona mühlet verme hususunda kânunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hâlbuki kânunda zikredilen ve fesih konusunda geçerli sebep sayılan kusur ve hastalıkların günümüz tıbbî imkânları çerçevesinde cerrâhi müdahale veya ilaçla tedâvisi mümkündür. Aynı şekilde İMK'da zikri geçen hastalık ve kusurlardan etki ve zarar açısından daha tehlikeli olan AIDS (HIV), kanser ve hepatit gibi rahatsızlıklardan bahsedilmemiştir.³⁸³

Kâtûzyan yukarıda söz konusu kânun maddeleriyle ilgili şu değerlendirmede bulunur: Tıbbın gelişmesi sayesinde cerrahi müdahale veya başka bir şekilde tedâvisi mümkün olan kusur ve hastalıkların nikâh akdinin feshi konusunda geçerli sebep teşkil etmemesi gerekir.³⁸⁴

Afganistan'daki Şîilere ait olan Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyü'de kusur ve hastalık nedeni ile nikâh akdinin feshi konusu 128-130'uncu maddelerde³⁸⁵ ele alınmıştır. Genel itibarıyla İMK'da kusur ve hastalıktan dolayı fesih ile ilgili hükümler bu kânunda da görülmekle birlikte söz konusu kânun bazı şartlar açısından İMK'dan farklılaşır. Kânunda kocaya ait olan kusurlar (innet, cebb, hısâ ve süreli veya kalıcı cünûn) ister akitten önce olsun ister nikâh akdinden sonra meydana gelsin zevceye fesih hakkı kazandırır. Kânun, cinsel iktidarsızlığı sabit olması durumunda kocanın bir yıl içerisinde tedâvi olması hükmünü getirir. Bu süre bittikten sonra kocanın durumu değişmezse zevce fesih hakkını kullanabilir.³⁸⁶ Zevceye mahsus olan kusurlar (karen, ifdâ, akıl hastalığı, cüzzam, baras, felç ve her iki gözü kör olması) sadece evlilik sözleşmesinden önce

³⁸² Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî*, 690.

³⁸³ Kâtûzyan, *Hukuk-ı Medenî-yi Hânevâde*, 1: 165-166 (*Kâtûzyan, Kânun-i Medenî*, 689'dan naklen).

³⁸⁴ Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî*, 689.

³⁸⁵ *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, mad., 128-130.

³⁸⁶ *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, mad., 128.

bulunması durumunda koca için fesih hakkı doğmasına neden teşkil edebilir. Aksi halde koca için fesih hakkı sabit olmaz.³⁸⁷ Ca'ferî fikhının kaynaklık teşkil ettiği her iki kânuna göre hastalık ve kusur sebebiyle eşlerin fesih hakkı hemen kullanılması gereken (fevri) bir haktır.³⁸⁸

2.1.5.5. Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

MAŞK'da 1920 tarihinden itibaren İmam Muhammed'in görüşü kânunlaştırılmıştır. Ancak tefriki gerektiren bedensel kusur ve hastalıkların teşhisi için kâdı tarafından uzman doktorlarının görüşlerinden istifade edilmesi temel bir kural olarak öngörülmüştür.³⁸⁹

Madde 9: Kadın, kocasında iyileşmesi mümkün olmayan veya cüzzam ve abraş (baras) gibi uzun bir süre sonra iyileşmesi mümkün olan ve kendisiyle kaldığında zarar veren bir hastalık gördüğünde tefrik talep edebilir. Kusurun akitten önce olup kadının bunu bilmemiş olması veya akitten sonra olup kadının buna razı olmamış olması hüküm itibariyle aynıdır. Kusuru bilerek evlenmiş veya kusur akitten sonra meydana gelmiş ve kadın açıkça veya zımmen buna razı olmuş ise tefrik caiz olmaz.

Madde 10: Kusur sebebiyle tefrik talâk-ı bâin kabul edilir.

Madde 11: Evliliğin feshine dayanak teşkil eden kusurlar hususunda uzmanlardan yardım alınır.³⁹⁰

2.1.5.6. Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

SAŞK bu konuda HAK'da yer alan temel hükümleri kabul etmekle birlikte, (cinsel birleşmeye mâni olan) fizyolojik kusur dışındaki hastalıklardan sadece akıl hastalığını (cünûn) kabul etmiştir.³⁹¹

Madde 105: Kadın şu iki durumda tefrik talep edebilir:

a. Kadının benzer bir kusuru bulunmaması şartıyla kocada cinsi münasebete mâni bir kusurun var olması,

³⁸⁷ *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, mad., 129.

³⁸⁸ Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî*, 693; *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, mad., 130.

³⁸⁹ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, 355, 357-358; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 425.

³⁹⁰ 1920 yılı 25 sayılı *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, mad, 9, 10, 11; bkz: Ebû Zehra, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, 355-358; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 492; es-Sâbüni, *Medâ Hüriyeti'z-Zevceyn*, 1: 699.

³⁹¹ 1953 tarihli *Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, mad.,105-108; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 492.

b. Kocanın akitten sonra akıl hastalığına yakalanmış olması,

Madde 106 Fıkra 1: Kadının bir önceki maddede belirtilen kusurlar sebebiyle tefrîk talebinde bulunma hakkı, akitten önce kusuru bilmesi ya da razı olması durumunda düşer.

Fıkra 2: İnnе nedeniyе ayrıılma hakkı hiçbir durumda düşmez.

Madde 107: Maddede belirtilen kusurlar giderilemez halde ise kadı derhal karı koca arasındaki evliliği sonlandırır. Eğer kusurlar giderilebilir ise dava bir seneyi geçmeyecek şekilde uygun bir zamana ertelenir. Şayet kusur ortadan kalkmaz ise kadı onları boşar.

Madde 108: Kusur sebebiyle tefrîk talâk-ı bâindir.³⁹²

Suriye ahvâl-i şahsiyye kânununu eleştiren âlimler, kânunun ta'dil edilmesi gerektiğini ve eşlerden her birine, evliliğin amacını engelleyen ve diğer eşe zarar veren her türlü fizyolojik kusur ve hastalıktan dolayı tefrîk hakkının verilmesi gerektiğini savunur.³⁹³

2.1.5.7. Cezayir Âile Kânunu

CAK'nın 53. maddesinde Hanefî mezhebinin görüşüne göre kusur nedeniyle boşanma talebi hakkını sadece kadın için tanıyarak konuyu şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 53: Kadın aşağıdaki sebeplerden dolayı ayrılma talep edebilir.

Fıkra 2: Kadın evlilik hedefinin gerçekleşmesine engel olan kusurlar sebebiyle boşama talep edebilir.³⁹⁴

2.1.5.8. Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

KAŞK'da bedensel kusur ve hastalık nedeniyle evlilik akdinin fesih talebini her iki taraf için bir hak olarak tanımıştır. Söz konusu kânunda konu aşağıdaki şekilde tanzim edilmiştir:

³⁹² *Kânûnu'l-Ahvâli'sh-Shahsiyye*, el-Ceridetü'r-Resmiyye li Cumhûriyyeti's-Suriyye, sy., 59 Dımeşk 1953, mad., 105-108. Ayrıca bkz: Bakkaloğlu, Suriye'de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Bunlar Üzerinde Osmanlı Tesiri, 138-140.

³⁹³ es-Sâbûnî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli'sh-Shahsiyye*, 2: 69-74.

³⁹⁴ el-Cumhuriyetü'l-Cezayiriyye, *Kânun-ı Üsretü'l-Cezâiriyye*, el-Ceridetü'r-Resmiyye, sy, 11-84, 1984 ve tadil kânunu, sy., 15, 27.02.2005, mad, 53, fıkra, 2. Ayrıca bkz: Mınâ Mensûr, et-Tefrîkü'l-Kazâî Beyn'z-Zevceyn fi'l-Fıkhı'l-İslâmî ve'l-Kânuni'l-Cezayiri, (Yükek lisans Tezi, Câmîatü'sh-Şehîd Hümma li Hidri'l-Vâdî, 2014-2015), 19, 37.

Madde139: Karı kocadan her biri diğesinde cinsel birlikteliğe engel teşkil eden, nefrete sebep olan veya zararlı bir kusur bulunması durumunda evliliğin feshini talep edebilir. Bu kusur ister akitten önce ister sonra olsun aynıdır. Her ikisinin fesih hakkı, akitten önce kusuru bilmeleri veya akitten sonra açıkça kabul etmeleri durumunda düşer.

Madde 140: Bir önceki maddenin istisnası: Kocada aslı veya sonradan meydana gelmiş olan cinsel iktidarsızlık gibi cinsel ilişkiye engel teşkil edecek kusura dayalı kadının fesih talebi hakkı, kadının daha önceki rızasına bakılmaksızın, düşmez.

Madde 141: Yukarıda belirtilen kusurlar giderilemez ise mahkeme evliliği derhal fesheder. Eğer kusurlar giderilebilir ise dava uygun bir süre ertelenir. Eğer kusur bu süre zarfında giderilemez ve fesih talep eden ısrar eder ise mahkeme feshe hükmeder.

Madde 142: Uygun sürenin belirlenmesi ve fesih talebine esas teşkil eden kusurlar hususunda uzman Müslüman doktorlardan yardım istenir.³⁹⁵

2.1.5.9. Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

ÜAŞK'da cinsel birleşmeye engelleyen herhangi bir kusuru olmayan kadınlara kocadaki bedensel kusur ve hastalık nedeniyle mahkemeye müracaat ederek fesih talebinde bulunma hakkı tanınmış ve bu ayrılmanın hukukî sonucu fesih olarak ifade edilmiştir. Konunun detayı şu şekildedir:

Madde 113: Cinsi münasebete engel herhangi bir kusuru olmayan kadın, kocasında cebb, cinsel iktidarsızlık ve iğdiş gibi bir kusur olduğunu öğrendiğinde kadıya giderek tefrîk talep edebilir. Kendisinde ratk ve karen bulunan kadının talebi dinlenmez.

Madde 114: Evlenmeden önce eşinde cinsi münasebete engel bir kusur olduğunu bilen veya nikâhtan sonra kocasında mevcut kusura razı olan kadının iktidarsızlık hariç muhayyerlik hakkı düşer. Çünkü evlilikten önce onu (iktidarsızlığı) öğrenmiş olmak, seçme hakkını düşürmez.

Madde 115: Kadın kadıya gider ve kusur nedeniyle tefrîk talep ederse duruma bakılır. Eğer kusur giderilemez nitelikte ise derhal evlilik sona erdirilir. Eğer iktidarsızlık gibi

³⁹⁵ 1996 yılı 61 sayılı, 2004 yılı 29 sayılı ve 2007 yılı 66 sayılı *Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu* (Kuveyt: Vezâretü'l-Adil, 2011), mad, 139-142.

giderilebilir bir kusur ise kocaya, kadının ona kendisini teslim ettiği günden veya koca hasta ise hastalıktan iyileştiği zamandan itibaren bir sene mühlet verilir. Eğer karı kocadan birisi verilen süre içerisinde ister kısa ister uzun bir süre cinsi münasebete engel olacak bir şekilde hastalanırsa bu şekilde geçen zaman verilen süreden sayılmaz. Fakat kocanın hayız günlerinde uzakta olması bu süreden sayılır. Kusurun bu süre içinde de devam etmesi durumunda koca talâka razı değil ve kadın da talebinde ısrarcı ise kadı tefrîke hükmeder. Eğer koca davanın başında veya sonunda eşiyile cinsel ilişkide bulunduğunu iddia ederse kadı bakar; eğer karı, kadın ise kocanın sözü yemin ile kabul edilir; eğer bakire ise yeminsiz olarak kadının sözü kabul edilir.

Madde 116: Eğer kadın kocasında cüzzam, abraşlık (baras) ve frengi gibi zarar görmeden cinsi münasebet kurulamayacak bir kusur veya hastalık olduğunu veya bu kusur ve hastalıkların sonradan meydana geldiğini öğrenirse kadıya gidip tefrîk talep edebilir. Kadı da uzmanlardan yardım aldıktan sonra duruma bakar: Eğer iyileşme ümidi yoksa derhal tefrîke hükmeder; eğer iyileşme veya kusurun giderilmesi ümidi varsa tefrîki bir sene erteler. Bu süre zarfında bunlar giderilmemiş, koca boşamayı kabul etmiyor ve kadın da talebinde ısrarcı ise kadı tefrîke hükmeder. Ancak kocada körlük ve topallık gibi kusurların varlığı tefrîki gerektirmez.

Madde 117: Koca karısında ratk ve karen gibi cinsi münasebete engel cinsel bir kusur veya zarar görmeden yanında durulamayacak şekilde tiksindirici bir hastalık görürse evliliği feshedebilir. Eğer koca evlilikten önce bunu bilmiyor veya sonrasında açıkça ve zımnem kabul etmemişse feshedebilir.

Madde 118: Cinsi münasebetten sonra kadında meydana gelen hastalıklarda kocanın fesih talebi kabul edilmez.

Madde 119: Kadın veya erkekte cinsi münasebete engel kusur, ebe veya doktorun bunu onaylayan bir raporuyla belirlenir.

Madde 120: Evlilik akdinden sonra koca akıl hastalığına yakalanır, karısı da kadıdan tefrîk talep ederse, tefrîk bir yıl ertelenir. Delilik bu süre zarfında ortadan kalkmazsa ve karısı talebinde ısrar ederse kadı tefrîke hükmeder.

Madde 121: Kadın, kendisine seçme hakkı verilen hallerde davayı geciktirebilir (yani onun için tefrîk talep etme hakkı fevrî değildir) veya davayı ikametinden sonra bir süre

bırakabilir (yani davayı açtıktan sonra onu yargıda takip etmeyi terk edip ve bir süre geçtikten sonra tekrar devam ettirebilir).

Madde 122: Taraflar, önceki maddelere uygun olarak meydana gelen tefrîkten sonra akdi yenilerse, ikisi de tekrar tefrîk talebinde bulunamaz.³⁹⁶

2.1.5.10. Pakistan Hukuk Sisteminde Yargı Yoluyla Boşanma Sebepleri

Pakistan hukuk sistemi Cermen Hukuk Sistemine tabi olduğundan dolayı ülkedeki yasaların çoğu yazılı değildir. Dolayısıyla hâkim hüküm verirken kânundan daha çok örf ve yargılama usûlüne önem vermektedir.³⁹⁷ Pakistan'da, İslâmî boşanma hukuku, esas itibariyle üst mahkemelerin adli kararlarına aşamalı olarak dâhil edilen kânunlaştırılmamış fıkha (genel itibariyle Hanefî mezhebine) dayanmakla birlikte bu alanda fıkıh kaynaklı iki kânun çıkartılmıştır. Bunlardan ilki 1939 tarihli Müslüman Evliliklerinin Sona Ermesi ile İlgili Kânun (DMMA,1939), diğeri ise 1961 tarihli Müslüman Aile Hukuku Kânunu/Yönetmeliği (MFLO, 1961) kânundur.³⁹⁸

1939 yılında çıkartılan kânun altı maddeden oluşmaktadır. Kânunun ikinci maddesinde aralarında sadece zevcenin bir hakkı olarak düzenlenen yargı yoluyla boşanmanın da yer aldığı nikâh akdinin sonlandırılmasıyla ilgili hükümler tanzim edilmektedir. Zikri geçen yasa doğrultusunda, Müslüman hukuku kapsamında evli bir kadın, aşağıdaki gerekçelerden biri veya birden fazlasının bulunması halinde yargı aracılığıyla nikâh akdini feshettirme hakkına sahiptir:

³⁹⁶ 1976 yılı 52 sayılı ve 2001 yılı 82 sayılı *Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, mad., 113-122. Ayrıca bkz: İbrahim Alhalalshah, *Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânununun Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Mukayesesi* (Doktora Tezi, MÜSBE, 2009), 296-297; Sertâvî, *Şerhu Kânuni'l-Ahvâl-i Şahsiyye*, 306-316. Ürdün'de Osmanlı yönetiminden sonra bugüne kadar çıkarılıp yürürlüğe sokulan aile hukuku (ahvâl-i şahsiyye) kanunları ile ilgili detaylı bilgi için bkz: Ahmet Bostancı, "Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye (Hukûk-ı Aile) Kanunlarında Osmanlı Tesiri" marife 3/2 (güz 2003): 121-142.

³⁹⁷ Muhammed Rıza Kaykha- Âmina Salari Fer, "Berresiyi Tatbiki-yi Mücebat-i Fesih der Fıkh-ı İmamiyye ve Hukuk-ı Pakistan", (Dü fasılnameyi mutalaât şibha Kâre-yi Danişgâh-ı Sistan ve Belüçistân, 11. Yıl, sy, 37, 1398, 141.

³⁹⁸ Muhammed Zubair Abbasi, "From Faskh to Khula: Transformation of Muslim Women's Right to Divorce in Pakistan (1974-2017)", *Lahore University of Management Sciences* (LUMS), 3-4; Muhammad Ifzaal Mehmood, "Judicial Separation At The Wife's Initiative: A Study of Redemption (Khul') In Islamic Law And Contemporary Legislation In Pakistan And Malaysia", *Journal of Islamic Legal Studies*, Volume 2, Issue (1, 2016, pp 1-25), 2.

- 1- Kocanın dört yıl boyunca mefkûd olmasından dolayı yargı zevcenin talebi üzerine evliliğin feshine karar verir ve bu karar, altı ay geçtikten sonra geçerlik kazanır.³⁹⁹
- 2- Kocanın iki yıl boyunca nafakayı ihmal ettiği veya temin edemediği,
- 3- Kocanın yedi yıl veya daha uzun bir süre yargının katî kararıyla hapis cezasına çarptırılması,
- 4- Kocanın üç yıl süreyle kabul edilebilir bir neden olmaksızın evlilikle ilgili yükümlülüklerini ifa etmediği,
- 5- Karının kocasının evlilik esnasında cinsel açıdan iktidarsız olduğu ve devam ettiğini iddia etmesi durumunda, yargı kocanın tedavisi için bir sene mühlet verir. Bu süre zarfında iyileşmezse nikâh akdinin feshine karar verir.
- 6- Kocanın iki yıldır akıl hastası olduğu veya cüzzam yahut şiddetli bir zührevî hastalığa yakalandığı;
- 7- Zevcenin on beş yaşına gelmeden önce babası veya başka bir velisi tarafından evlendirilmiş olması, on sekiz yaşına ulaşmadan önce evliliği reddetmiş olması: Evliliğin tüketilmemesi şartıyla (cimada bulunmaması);
- 8- Liân: kocanın karısını zina ile suçladığı ve karısının suçlamaları doğru olarak kabul etmediği;
- 9- Kocanın karısına zulüm ve fena muamelede bulunması durumunda; bu fıkranın altına aşağıdaki durumlar girmektedir:
 - a- Koca tarafından zevceye hem maddi-fiziksel hem de manevi açılarından zarar verilmesi;
 - b- Kocanın kötü şöhretli/fuhuş yapan kadınlarla ilişki kurması veya rezil bir yaşam sürdürmesi,
 - c- Koca tarafından zevcenin ahlaksız bir hayat yaşamaya zorlanması;
 - d- Kocanın karısına ait olan mülkü elinden çıkarması veya onun üzerinde yasal haklarını kullanmasını engellemesi;

³⁹⁹ Eğer koca bu altı ay süre içinde şahsen ya da yetkili bir temsilci aracılığıyla ortaya çıkar ve görevlerini yerine getirmeye hazır olduğunu yargıya bildirirse, yargı bu ayrılma kararı bir kenara koyacak. Bkz: (The Dissolution Of Muslim Marriages Act, No 8 of 1939).

e- Kocanın karısının dini inancını açıklamasını veya dini pratiğini yerine getirmesini engellemesi;

f- Eğer kocanın birden fazla karısı varsa, ona Kuran'ın buyrukları doğrultusunda eşit ve adalete uygun bir şekilde davranmaması.

10- Müslüman hukuku uyarınca evliliğin sonlandırılmasında geçerli kabul edilen diğer herhangi bir gerekçeden dolayı kadının yargıya başvurması üzerine evlilik sözleşmesi ortadan kaldırılabilir.⁴⁰⁰

Kusur ve hastalık nedeniyle tefrik hakkı Pakistan hukukunda sadece kadına özel kılınmakla birlikte bu gerekçeyle meydana gelen tefrikin hükmü fesih olarak nitelenmiş, kânunda bedensel kusur ve hastalık konusu İmam Muhammed'in görüşüne göre tanzim edilmiştir.⁴⁰¹ Pakistan'ın hukuk düzenlemesinde Hanefî mezhebi esas alınmasına rağmen, görüldüğü gibi tefrik konusunda bedensel kusur ve hastalık dışındaki sebepler genel itibarıyla Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre tanzim edilmiş ve böylece Hanefî mezhebin dışında kalmıştır.

2.1.5.11. Suudi Arabistan

Afganistan'daki aile hukukunu da kapsayan medenî kânun gibi hacimli bir yasa düzenlemesi Suudi Arabistan'da bulunmamakla beraber, yargı, resmi iş ve faaliyetleri düzenleyen farklı nizamnameler (kânunlar), lâyhalar (idari yönetmelikler) ve ilgili kurumların kararları mevcuttur. Suudi Arabistan'daki ahval-i şahsiyye ile alakalı hükümler genellikle Kur'an-ı Kerim'e, Peygamberin sünnetine, başka şer'i delillere, fıkıh eserlerine ve kadıların içtihatlarına göre oluşturulmaktadır. Kadıların herhangi bir mezhebe bağlı kalarak hüküm vermelerini zorunlu kılan bir yönetmelik mevcut değildir. Bununla birlikte hâkimlerin genel olarak Hanbeli mezhebinin görüşlerine göre hüküm verdikleri söylenebilir.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Abbasi, "From Faskh to Khula: Transformation of Muslim Women's Right to Divorce in Pakistan, 3, 4; Mehmood, "Judicial Separation At The Wife's Initiative: A Study of Redemption (Khul') In Islamic Law And Contemporary Legislation In Pakistan And Malaysia", 2; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 268; ayrıca kânunun metni için bkz; www.helpinelaw.com (The Dissolution Of Muslim Marriages Act, No 8 of 1939).

⁴⁰¹ Muhammed Rıza kaykha- Âmina Sâlâri Fer, Berresiyi Tatbiki-yi Mücibat-i Fesih der Fıkh-ı İmamiyye ve Hukuk-ı Pakistan, 141-151.

⁴⁰² Mehmet Ali Yargı, "Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudi Arabistan'da Bir İnceleme", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy., 42, (Ocak 2012), 143-144.

2.1.5.12. Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı, Kuveyt Vesikası

Bu kânun taslağı Arap Devletleri Birliği tarafından ahvâl-i şahsiyye alanında örnek bir kânun olarak düzenlenmiştir. Taslağın temel amacı İslâm hukukunu tatbik etmek isteyen İslâm ülkelerinin kânunlaştırma faaliyetlerine yardımcı olmaktır.

Söz konusu kânunda kusur ve hastalık sebebiyle boşanma hakkı her iki tarafa verilmiştir. Ayrıca tefrîki gerektiren kusur ve hastalıklar bu kânunda hasredilmemiştir. Konu ile ilgili düzenlemeler şöyledir:

Madde 100 fıkra 1: Eşlerden her biri, diğerinde bulunan, evliliğin devam etmesine engel olan ve iyileşme ümidi bulunmayan veya bir seneden fazla bir süre içinde iyileşme ihtimali bulunan bir kusur nedeniyle boşanma talebinde bulunabilir. Bu kusurun zihinsel veya bedeni olması, yine evlilik akdinden sonra veya önce olması ayındır.

Fıkra 2: Kusurun bir yıldan az bir sürede ortadan kalkabilir olması durumunda ise mahkeme kusurlu kimseye ayrılık kararından önce bir yıl süre verir.

Madde 101: Kusuru belirlemek için alandaki uzmanlardan yardım alınır.

Madde 117: Kusur sebebiyle boşama/ayrılık talâk-ı bâin kabul edilir.⁴⁰³

İlgili kânunlarındaki düzenlemeler hakkında değerlendirme:

a. Hanefî mezhebi, kusur sebebiyle tefrîki caiz görüp bu hakkı sadece kadına veren tek mezheptir. Arap ve Arap olmayan İslâm ülkeleri yasalarının çoğu, kusur ve hastalık nedeniyle tefrîk hakkını karı-kocanın her ikisi için değil, Hanefî mezhebinde olduğu gibi sadece kadın için tanımıştır.

b. Suriye örneğindeki gibi bazı kânunlar tefrîki cinsel kusurlar ve akıl hastalığı ile sınırlandırmış ve bulaşıcı veya tiksindirici hastalıkları zikretmemiştir. Ancak kişi cinsi münasebete engel olan bir kusurdan zarar görebildiği gibi bulaşıcı veya tiksindirici bir hastalıktan önemli derecede etkilenebilmektedir. Dolayısıyla bulaşıcı ya da korkulan veya cinsi münasebete engel her hastalıktan dolayı karşı taraf tefrîk talep etme hakkına sahip olmalıdır. Diğer taraftan kusurları belirli bir sayı ile sınırlandırmanın kabul edilebilir bir

⁴⁰³ Arap Devletleri Birliği, Birleşik Arap Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı, Kuveyt vesikası, sy; 105, 1988, mad, 100-101, 117.

gerekçesi yoktur. Bunun yerine kânunlarda hastalıklar ve kusurlarla ilgili genel prensiplerin belirtilmesiyle yetinilmelidir.

c. Afganistan, Mısır, Kuveyt kânunları ve Arap Devletleri Birliği ahvâl-i şahsiyye kânunu taslağı gibi örneklerde hastalığın niteliğinin tespiti, iyileşme ümidi varsa bunun ne kadar süre alacağı konularında uzman görüşünün alınması öngörülmüş, bu bilgiler ışığında kadının tefrîk talebini erteleme veya evliliğin derhal sona erdirilmesi hükümleri düzenlenmiştir. Hastalıkların teşhisi konusunda takip edilecek yolu açıkça düzenlemeyen kânunların yürürlükte olduğu ülkelerde de tefrîke neden olabilecek hastalıkların teşhisi, niteliği, ciddiyeti ve iyileşme süreci hakkında uzman doktorların görüşlerine dolayısıyla modern tıbbı müracaat edilmesi bir zorunluluk olmalıdır. Zira bu konularda klasik fıkıh eserlerinde belirtilen yöntemlere başvurmak isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.

d. Suriye ve Ürdün ahvâl-i şahsiyye kânunu gibi bazı kânunlar, kadının kocasında bulunan bir kusur nedeniyle tefrîk talebinde bulunması durumunda kendisinde cinsi münasebete engel bir kusurun bulunmamasını şart koşmuştur. Bu şart Hanefi mezhebinden alınmıştır. Çünkü mezhepteki hâkim görüşe tefrîk yalnızca cinsel kusur sebebiyle talep edilebilir.

Tefrîki talep eden kadının kusurlu olmaması şartı, söz konusu kânunlarda geçtiği gibi sadece cinsel kusurlar için bir açıdan makul olmasına rağmen böyle bir şartın hem cinsel hem de bulaşıcı veya tiksindirici hastalıklarda koşulmaması daha uygundur. Çünkü insan kendisinden tiksinimediği bir şeyde başkasından tiksinebilir.⁴⁰⁴

Suriye, Kuveyt (cinsel faydalanmaya engel kusurlar) ve Ürdün kânunları iktidarsızlık sebebiyle tefrîk hakkının derhal düşmeyeceğini açıkça belirtmeleri yönüyle diğer kânunlardan farklılaşır.

Bu başlık altında son olarak söz konusu kânunların bedensel kusur ve hastalık sebebiyle tefrîk konusundaki düzenlemeleriyle klasik fıkıh mezheplerinin görüşleri arasındaki kaynaklık ilişkisi hakkında şunları söyleyebiliriz:

Kânunların şârihleri, çoğu Arap ve Arap olmayan kânun koyucuların bedensel kusur ve hastalık sebebiyle tefrîk maddelerini Mâlikî mezhebinden aldığı görüşündedirler. Yazarlar genel olarak, kanaatimizce hatalı olarak, İmam Muhammed'in cinsel birleşmeye

⁴⁰⁴ es-Sâbûnî, *Şerhu Kânunu'l-Ahvâli 'ş-Şahsiyyeti's-Suriye*, 2: 70-74.

mâni olanlar dışındaki kusurları yalnızca delilik, cüzzam ve abraşlık (baras) ile sınırlandırdığını düşünmüşlerdir.

Yukarıda konuyla ilgili görüşünü analiz ederken ifade ettiğimiz gibi, İmam Muhammed söz konusu kusurları belirli bir sayı ile sınırlamamış, bilakis cüzzam baras, cinsel birleşmeye mani olan, zararsız birlikte yaşamayı imkânsız kılan kusur ve hastalıkların akitten önce veya sonra olmasına bakılmaksızın kadın için tefrîk hakkı doğuracağı konusunda kanaatini ifade etmiştir.⁴⁰⁵

Dolayısıyla söz konusu kânunlarda hastalık ve kusur sebebiyle tefrîk hakkı konusundaki düzenlemelerin kaynağının Mâlikî mezhebinde değil İmam Muhammed İbnü'l-Hasen eş-Şeybanî'nin mezhebinde aranmasının daha isabetli olacağını söyleyebiliriz. Şu üç husus bu görüşümüzü destekler niteliktedir:

- 1) Arap kânunlarının çoğu ve Afganistan medenî kânunu, kusur nedeniyle tefrîki talâk-ı bâin olarak kabul etmiştir. Bu da Hanbelî ve Şafiilerin aksine Hanefî ve Mâlikî mezhebindendir.
- 2) Söz konusu kânunlar Hanefî mezhebine göre tefrîk talep etme hakkı sadece kadına vermiş, kocaya vermemiştir. Buna karşılık diğer mezhepler her iki taraf için tefrîk talep hakkı tanımıştır.
- 3) İmam Muhammed'in yaklaşımı erkekte aranan kusurları belirli bir sayıyla sınırlamayan tek mezheptir. Diğer mezhepler kusurları sayı olarak çoğaltsa da bu durum onları sınırlı olmaktan çıkarmaz.⁴⁰⁶ Dolayısıyla tefrîke dayanak teşkil eden kusur ve hastalıkların sayıldığı, bu yüzden de sınırlayıcı olduğu şeklinde bir yoruma imkân veren, bununla birlikte tefrîk hakkını sadece kadın için tanıyan düzenlemelerde, İmam Muhammed'in Hanefî mezhebindeki görüşüne müracaat edilerek kânunun genişletici bir şekilde yorumlanması gerektiğini söyleyebiliriz.

Şimdi bedensel kusur ve hastalık sebebi ile meydana gelen tefrîkin hukukî sonucundan bahsedeceğiz:

⁴⁰⁵ ez-Zeylâî, *et-Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 3: 25; el-Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 327; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 355.

⁴⁰⁶ es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 704.

2.1.6. Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîkin Hukukî Sonucu

Fıkıh mezhepleri, bedensel kusur ve hastalıktan dolayı meydana gelen ayrılmanın hukukî sonucu konusunda iki farklı görüş benimsemiştir. Bir grup bunu talâk-ı bâin kabul ederken diğeri bunu fesih saymıştır. Hanefî ve Mâlikî fukahâsına göre hastalık ve kusurdan dolayı yargı tarafından gerçekleştirilen ayrılmanın hukukî sonucu talâk-ı bâin niteliğindedir ve dolayısıyla kocanın sahip olduğu talâk sayısını eksiltir.⁴⁰⁷ Hanefiler bu ayrılmanın talâk-ı bâin hükmünde olmasını şu şekilde gerekçelendirir: Koca mezhepte konuyla ilgili olarak dikkate alınan hastalıklara yakalandığı zaman eşine vermesi kuvvetle muhtemel zarar sebebiyle aslında kendisinin eşini boşaması gerekir; boşamadığı halde, hâkim onun nâibi olarak boşamayı gerçekleştirir. Bu talâkın bâin niteliğinde olması ise zevcenin uğradığı zararı defetmek ve zulmü ortadan kaldırmak amacıyla meşru kılınmış olmasından kaynaklanır. Bu maksada ulaşmak ancak bir bâin talâk hükmünün kabul edilmesiyle mümkündür.⁴⁰⁸ Aksi takdirde kocanın tek taraflı olarak evliliğin devamına karar verebilmesi söz konusu olacak ve bu şekilde zevcenin tefrîk hakkının doğmasına neden teşkil eden durum yeniden ortaya çıkacaktır.⁴⁰⁹ Şâfiî, Hanbelî ve Ca'ferî mezheplerinde ise kusur ve hastalık nedeni ile meydana gelen ayrılmanın hükmü fesih sayılmıştır. Buna göre kocanın talâk hakkının sayısı eksilmiş olmaz.⁴¹⁰ Sünnî mezheplerden farklı olarak Ca'ferîlere göre feshin gerçekleştirilebilmesi için yargı kararına ihtiyaç yoktur ve bu konuda eşlerin irade beyanları yeterlidir. İMK'da da Ca'ferîlerin görüşü benimsenmiştir.⁴¹¹ Bu konuda AFMK Hanefilerin görüşünü benimseyerek tefrîkin hukukî sonucunun talâk-ı bâin olduğunu hükme bağlamıştır.⁴¹²

2.2. Şiddetli Geçimsizlik ve Zarar Nedeniyle Yargı Yoluyla Tefrîk

İslâm karı-koca arasında şiddetli bir anlaşmazlığın (şikâk) ortaya çıkması durumunda her iki tarafın akrabalarından birer arabulucunun tayin edilmesini emreden Kur'an âyeti mucibince, anlaşmazlığın sebeplerini inceleyerek karı-koca arasını ıslah etmek, bunun

⁴⁰⁷ ez-Zeylaî, *et-Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 3: 22, 23.

⁴⁰⁸ ez-Zeylaî, *et-Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 3: 23.

⁴⁰⁹ el-Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 326; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 4: 300; Abdülvahhâb Hallâf, *Ahkâmu'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 2. Baskı (Kahire: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1938/1357), 170.

⁴¹⁰ Şâfiî, *el-Ümm*, 5: 90-92; bkz: Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, 4: 340 vd., *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, 29: 76; es-Sistânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 87.

⁴¹¹ el-Âmilî, *er-Ravdatü'l-Behiyye*, 3: 293-295; es-Sistânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 87; el-Mugniye, *el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa*, 334; el-Hillî, *el-Muhteserü'n-Nâfi*, 295, 296; Kâtûzyan, *Kânun-i Medenî*, 687-689.

⁴¹² *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 180.

mümkün olmaması durumunda evliliği sonlandırmak hususunda yetkili bir hakem heyetinin oluşturulmasını talep etmektedir.⁴¹³ Çünkü böyle bir durumda aile yaşamının sağlıklı bir şekilde devamının mümkün olmaması bir yana, bunun çocukların ruhsal ve ahlaki durumları üzerinde de ciddi olumsuz etkileri olacaktır. Bu nedenle aralarında şiddetli geçimsizlik yaşayan karı kocanın ayrılmasına karar vererek, gelecek yaşamlarında daha iyi bir hayat kurmaları için onlara fırsat tanımak gerekir.⁴¹⁴ Dolayısıyla şiddetli geçimsizlik ve zarardan dolayı yargı yoluyla tefrîk konusuna girmeden önce tahkîm müessesesine değinmeyi gerekli gördük.

2.2.1. İslâm Aile Hukukunda Tahkîm Müessesesi

Modern dönemde evlilik hukuku ile alakalı mevzularda dini ve toplumsal geleneklerden daha çok hukukî öğelerin belirleyici olması gerçeği dikkate alındığında, toplumsal yarar ilkesi göz önünde bulundurularak dinin bu temel hükümlerine hukukî bir mahiyet kazandırılabilceği söylenebilir.⁴¹⁵

2.2.1.1. Tahkîm Kavramı

Lügatte bir hükmü bir kişiye havâle ve tefvîz etmek manasına gelen “tahkîm”, hukuk dilinde, iki taraf arasında tartışma ve husumeti ortadan kaldırmak, kendi rızalarıyla yahut yargıç tarafından hakem (arabulucu) tayin etme eylemi olarak tanımlanır.⁴¹⁶

2.2.1.2. Tahkîm Müessesesinin Hukukî Dayanağı

İslâm dininde, karı koca arasında kötü muamele ve şikâkın ortaya çıkması halinde, bu durumun hem aile birliğine hem de toplum üzerinde bırakacağı kötü tesiri ve zararları bertaraf etmek ve karı-koca arasında mevcut olan problemi en iyi bir şekilde çözüme kavuşturmak amacıyla anlaşmazlığın arabuluculuk heyetine taşınması talep edilmiştir. Bu sebeple, iki taraf arasında şikâk ve kötü muamele ortaya çıktığında toplumu ve devleti temsil eden yargıcın söz konusu şikâkın kaynağını bulmak, incelemek ve sonlandırmak

⁴¹³ Ebû Zehra, *el-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, 363-365; *el-Mevsûatü 'l-Fıkhîyye*, 29: 54.

⁴¹⁴ Sıbâi, *el-Mer'e*, 115.

⁴¹⁵ İbrahim Yılmaz, “İslâm Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici bir Tedbir Olarak Tahkîm Müessesesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması”, *Elektronik Turkish Studies*, 12/10 (2017): 348, 349.

⁴¹⁶ İbn Manzûr, “hkm”, *Lisânü 'l-Arab*, 12: 140; Kahtân Abdurrahman ed-Dûrî, *Akdü 't-Tahkîm fi 'l-Fıkhı 'l-İslâmî ve 'l-Kānuni 'l-Vazî* (Umman: Dârü 'l-furkân li 'n-neşr-i ve 't-tavzî', 1422/2002), 21-22; Erdoğan, “*tahkîm*”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 535, 536.

üzere karı-kocanın akrabalarından birer kişiyi arabulucu olarak görevlendirmesi gereklidir.⁴¹⁷

Konu Kuran-ı Kerîm’de şu şekilde yer alır: “Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.”⁴¹⁸ Bir taraftan âyette muhatap alınanların karı koca olmaması, diğer taraftan “korkarsanız **وَإِنْ خِفْتُمْ**” ifadesinin üçüncü kişilere hitap şeklinde olması bir taraftan mevzunun toplumsal yönüne, yani eşler arasındaki şikâkın olumsuz etkilerinin sadece eşleri değil, hatta daha belirgin bir şekilde cemiyet ve devleti temsil eden yargıyı yakından alakadar ettiğine⁴¹⁹ benzer şekilde hakem heyeti teşkil ettirme emrinin muhatabının da bütün müslümanlar olduğuna, dolayısıyla söz konusu emrin gereğini yerine getirmenin müslüman toplumun, devletin ve onu temsilen yargıçların/mahkemenin yükümlülüğü olduğuna işaret eder.⁴²⁰

Bundan dolayı eşler arasında anlaşmazlık ve kötü muamele yaşanması durumunda “tahkîm” kurumunun devreye sokulması hukukî bir zorunluluk olarak ortaya çıkar.

2.2.1.3. Tahkîm Müessesesine Başvurulmanın Hükümü

İslâm âlimleri, yukarıda zikrettiğimiz âyet-i kerimeden hareketle karı-koca arasında şikâkın ortaya çıkması ve bunun yargıya taşınması durumunda yargıcın öncelikle anlaşmazlığın sebeplerini ortaya çıkarmak ve karı kocanın arasını bulmak üzere iki tarafın akrabalarından müteşekkil bir hakem heyetini oluşturması gerektiği üzerinde görüş birliği (icma) içindedir.⁴²¹

⁴¹⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 117; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 753; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 54; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 429; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 361.

⁴¹⁸ en-Nisâ, 4/35; *Kur'an Yolu*, 2: 61-62.

⁴¹⁹ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 3: 150 vd.; *el-Kurtubî*, *el-Câmi*, 5: 12, 175 vd; er-Râzî, *Mefâtihü'l-Gayb*, 10: 73-75; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 1: 538 vd.; Zeydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 416-417.

⁴²⁰ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 1: 421-423; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 2: 150-155; Kurtubî, *el-Câmi li Ahkâmü'l-Kur'an*, 5: 12, 175 vd.

⁴²¹ Sa'dî Ebû Ceyb, “tahkîm”, *Mevsuatü'l-İcma' fi'l-Fıkhü'l-İslâmî*, 4. Baskı (Dımeşk: Dârü'l-fikir, 2011/1432), 1: 202, 215-217; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 429. Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 365.

Tahkîm konusuyla ilgili bu ayette muhatap alınanın kim olduğu konusunda ihtilaf söz konusu olsa çoğunluk muhatabın yargıçlar olduğu⁴²² ve “gönderiniz. فابعثوا” emrinin de farziyet/vücuba delalet ettiği görüşündedir.⁴²³

Çağdaş İslâm âlimlerinden Muhammed Ebû Zehra tahkîm müessesesine başvurmanın vacipliği konusunda çoğunluğun görüşü doğrultusunda, tahkîme müracaata esas teşkil edecek belirli bir geçimsizlik türünün söz konusu olmadığını, dolayısıyla karı koca arasında meydana gelen her türlü anlaşmazlık hususunda bu müesseseye müracaat etmenin gerekliliğini vurgular.⁴²⁴

Eşlerin akrabalarından olan birinin yabancı bir kişiye kıyasla eşlerin ailevi durumları hakkında daha sağlıklı bilgilere sahip olacağı, eşlerle iletişimde uygun davranış şekillerini bileceği, dolayısıyla eşler üzerinde daha etkili olacağı, yine eşlerin yabancı kişiler önünde açıklamak istemediği meseleleri veya ailevi sırları, akrabalar önünde daha rahat bir şekilde izah edebilmeleri gibi beklenti ve gerekçeler sebebiyle arabulucuların eşlerin akrabaları arasından belirlenmesine öncelik verilmesi gerekmektedir.⁴²⁵

2.2.1.4. Fıkıh Mezheplerinde Hakemlerin Görevi ve Yetkisi

İslâm âlimleri karı-koca arasında şiddetli anlaşmazlığın ortaya çıkması durumunda arabulucu kurumuna müracaat edileceği üzerinde görüş birliği içinde olsalar da görevlendirilen arabulucuların “tefrîke karar verme” yetkisini taşıyıp taşımadıkları konusunda farklı görüşlere sahip olmuşlardır.⁴²⁶

Fıkıhî mezheplerin bu husustaki görüşleri şu şekildedir:

a- Hanefî ve Şâfiî Mezheplerin Görüşü ve Delilleri

Hanefî ve Şâfiî mezhepleri, bir rivâyete göre Ahmed b. Hanbel ve Ca'ferî mezheplerine göre arabulucular karı-kocanın vekilidir. Bu sebeple karı-kocanın izni ve rızası olmaksızın arabulucuların ayrılma kararını vermeye yetkileri yoktur. Zira şeriat

⁴²² Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 3: 150-155; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 1: 427; *el-Kurtubî, el-Câmi li Ahkâmü'l-Kur'an*, 5: 12, 175 vd; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 365; Zaydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 416-417.

⁴²³ Reşid Rızâ, *Tefsîru'l-Menâr*, 5: 179; Zaydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 416-417; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 755.

⁴²⁴ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 365.

⁴²⁵ Muhammed Ali es-Sâbûnî, *Tefsîr Âyatü'l-Ahkâm Mine'l-Kurân* (Pakistan/Peşaver: Mektebetü Neşri'l-Kur'an-ı ve'l-Hadis, t.y.), 1: 334; Kurtubî, *el-Cami' li Ahkâmü'l-Kur'an*, 5: 175.

⁴²⁶ Zühaylî, *el-Fıkıhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 503-504; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 429-430.

tarafından “talâk” yetkisi kocaya, “hul” yoluyla ayrılma hakkı da kadına tanınmıştır. Bu yüzden kocanın talâk ve karının da muhâlea konusunda izin ve rızası olmaksızın hakem heyetinin ayrılmaya karar vermeleri caiz değildir.⁴²⁷

Hanefî ve Şâfiîlere göre arabulucu her iki tarafa yahut haksız olana öğüt verir, icap ederse kınar (tevbih). Kocaya mahsus olan talâk yetkisinin yargıç tarafından onun rızası olmaksızın kullanılması caiz değildir. Kadının takdim ettiği kanıtlar veya kocanın itirafı aracılığıyla karının kocası tarafından makul bir sebep olmaksızın dövüldüğü, küçük düşürüldüğü ve şiddete maruz kaldığı kanıtlarırsa yargıç zevci uygun bir şekilde azarlar ve evliliğinin sorumluluklarını eda etmesini emreder. Ancak yargıç tefrîke hükmedemez.⁴²⁸

Hanefî ve Şâfiîler görüşlerini şu şekilde temellendirir:

1- Âyet-i celîlenin ifadesi özellikle “hakemler düzeltmek isterlerse” şekilde olup “ayrılmayı talep ederlerse” şeklinde değildir. Bu arabulucuların sadece “ıslah etme” salahiyetini taşıdıklarını beyan eder. Bu yüzden arabulucuların vazifesi karı-koca arasındaki anlaşmazlıkla ilgili icap eden araştırmayı gerçekleştirerek durumu yargıca bildirmektir.⁴²⁹

2- Hz. Ali (r.a)’dan nakledilen bir rivayete göre, aralarındaki anlaşmazlık nedeniyle kendisine başvuran karı-koca arasında arabuluculukla vazifelendirdiği kişilere “Siz ne yapacağınızı biliyor musunuz? Eğer birlikteliklerine devam etmelerini münasip görürseniz evlilik hayatının sürdürülmesine, tefrîki gerekli görürseniz tefrîke karar vereceksiniz” deyince kadın “Cenâb-ı Hakk’ın Kitabına (hükmüne) razıyım” der, ancak koca “hayır, ben boşanmayı kabul etmem” şeklinde karşılık verir. Bunun üzerine Hz. Ali kocaya “yalan söyledin. Allah’a andolsun ki karının kabul ettiğini kabullenmedikçe huzurundan gidemezsin” der.⁴³⁰ Hz. Ali (r.a)’ın bu davranışı, yani kocayı boşanmayı da kabullenmeye zorlaması arabulucuların karı-kocanın yetkilendirmesi (vekâleti) ve rızası

⁴²⁷ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur’ân*, 3: 152-155; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, 4: 244, 245; Şâfiî, *el-Ümm*, 5: 124, 125; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, 4: 428, 429; İmam Şâfiî diğer görüşünde hakemlerin tefrîke de yetkili olduklarını söylemiştir. Bkz: Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, 4: 428, 429; el-Âmilî, *er-Ravdetü'l-Behiyye*, 3: 310, 311; el-Hillî, *el-Muhteserü'n-Nâfi*, 301.

⁴²⁸ Şâfiî, *el-Ümm*, 5: 124, 125; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, 4: 428, 429; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 363-366.

⁴²⁹ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur’ân*, 3: 150 vd.

⁴³⁰ İbn Kayyım, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 191; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur’ân*, 1: 537-544; Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur’ân*, 3: 151-154.

olmaksızın ayrılmaya karar veremeyeceklerine işaret eder. Arabulucuların boşanmaya hükmetme salahiyeti olsaydı Hz. Ali (r.a.) kocayı arabulucuların muhtemel boşanma kararını kabullenmeye mecbur etmezdi.⁴³¹

3- Arabulucuların boşanma yahut muhâlea şeklinde tefrike karar vermeleri, hak sahibinin müsaade ve rızası olmaksızın milkini bir diğer şahsa vermektir ki, bu da Kur’ân âyetiyle sabit temel bir hükmüne terstir. Âyet-i kerîmede şöyle buyrulur: “Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret dışında mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin. Ve kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah size karşı çok merhametlidir.”⁴³² Aynı şekilde muhâleanın meşruiyetini ifade eden âyetler kadınların milki olan mehirlerinin alınmasını yasaklar ve muhâleanın ancak kadının rıza ve müsaadesi ile gerçekleştirilebileceğini ifade eder.⁴³³

4- Yargıcın re’sen ayrılmaya karar verme salahiyeti olmadığı gibi onun görevlendirdiği arabulucuların ayrılığa karar verme salahiyeti bulunmamaktadır. Bu nedenle tayin edilen arabulucular, sadece karı-kocanın rıza ve müsaadesi olması halinde ayrılığa karar verebilirler.⁴³⁴

b- Mâlikî ve Hanbelî Mezheplerin Görüş ve Delilleri

Mâlikî ve Hanbelîlerin içtihatlarına göre arabulucular yargıç yerindedirler. Bu nedenle tarafların rıza ve müsaadesi olmaksızın re’sen ayrılığa karar verme yetkisine sahiptirler. Hz. Alî, İbn Abbas, Nahaî ve Saîd İbn Cübeyr’den de aynı görüş rivayet edilmiştir.⁴³⁵ Binaenaleyh arabulucular incelemeleri sonucunda kocanın kabahatli olduğu ortaya çıktığında “talâk”, kadının kabahatli olduğu belirlendiğinde ise “hul” yolu ile ayrılığa karar verebilirler.⁴³⁶

Bu görüşün delilleri şu şekildedir:

1- Âyet-i Kerîme’de “kocanın akrabasından bir hakem, karının akrabasından bir hakem gönderiniz” şeklinde emredilmek suretiyle karı-koca arasında hakemlik edecek şahıslar

⁴³¹ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur’ân*, 3: 151-155; Şâfiî, *el-Ümm*, 5: 124, 125.

⁴³² Nisâ, 4/29; *Kurân Yolu*, 2: 50.

⁴³³ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kurân*, 3: 154, 155; er-Râzî, *Mefâtihi'l-Gayb*, 10: 73-75; el-Bakara 2/229; en-Nisâ, 4/4.

⁴³⁴ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur’ân*, 3: 150 vd.; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 761-762.

⁴³⁵ Zeydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 427.

⁴³⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Muçtehid*, 3: 117; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 320, 321; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtaç*, 4: 425-428; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur’ân*, 1: 537-544.

“hakem/arabulucu” olarak nitelendirilmiştir. Bu da arabulucuların yargıç kadar yetkiye sahibi olduklarını gösterir. Hakemler vekil olarak görülseydi âyet-i kerimde “hakem” yerine “vekîl” yollayınız şeklinde ifade edilirdi. Dolayısıyla arabulucular karı-kocanın rıza ve müsaadesi dikkate alınmaksızın durum neyi icap ettiriyor ise ona karar verirler.⁴³⁷

2- Kur’ân-ı Kerim’de “uzlaştırmadan (islâhtan)” bahsedilmesi, onun “tefrîkten” daha tercihe şayan olması sebebiyledir. Bu arabulucuların ilk olarak karı-kocanın arasını düzeltmeye çalışmaları gerektiğine işaret eder; yoksa âyetin ifadesi “arabulucular sadece ıslaha karar verebilir, ayrılığa karar veremezler” manasına gelmez.⁴³⁸

3- Hz. Ali (r.a)’ın yukarıda zikredilen uygulaması da hakemlerin ayrılığa karar verme salahiyetlerine işaret eder. Zira arabulucuların bu şekilde bir yetkisi bulunmasaydı onlara hitaben Hz. Ali (r.a) “Yapmanız icap eden şeyden haberdar mısınız? Eğer beraber yaşamalarını münasip görürseniz “sulh (ıslâh)”, tefrîki gerekli bulursanız “boşanmaya (tefrîk) karar vereceksiniz” şeklinde hitap etmezdi.⁴³⁹

4- Allahu Teâlâ Bakara sûresinin 229’uncu âyetinde meâlen şöyle buyurur: “Talâk iki keredir. [ardından] ya iyilikle tutmak veya güzellikle bırakmak [gerekir]”.⁴⁴⁰ Bu âyet-i kerîme karı-koca arasında anlaşmazlık ortaya çıkıp sevginin yerini tiksintinin alması ve bu yüzden iyilikle tutmanın söz konusu olamayacağı bir durumda güzellikle salıvermek dışında başka bir seçenek kalmayacağına, dolayısıyla böyle bir durumun tespit edilmesi halinde arabulucuların ayrılmaya karar verme yetkisine sahip olmaları gerektiğine işaret eder.⁴⁴¹

5- Bedensel kusur ve hastalık veya benzer durumlar meydana geldiğinde yargıcın ayrılığa karar verme yetkisi olduğu konusunda neredeyse bir görüş birliği olduğu dikkate alındığında benzer bir durumla karşılaşıldığında yargı tarafından görevlendirilmiş olduğu arabulucuların da ayrılmaya karar verme yetkilerinin olduğunun kabul edilmesi gerekir.

⁴³⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 320, 321; İbnü’l-Arabî, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 1: 537 vd.; İbn Kayyım, *Zâdü’l-Meâd*, 5: 190-191.

⁴³⁸ es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti’z-Zevceyn*, 2: 765.

⁴³⁹ İbn Kayyım, *Zâdü’l-Meâd*, 5: 191; İbnü’l-Arabî, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 1: 537 vd.;

⁴⁴⁰ el-Bakara, 2/229.

⁴⁴¹ Ebû Zehra, *el-Ahvâli’ş-Şahsiyye*, 363.

Çünkü onlar hâkimin naipleri olarak görevlerini yerine getirmeye çalışıyorlar ve tefrîke karar verdikleri zaman sanki hâkim kendisi bu kararı vermiştir.⁴⁴²

6- Yargıcın görevi anlaşmazlıkları adâlet ilkesine göre neticelendirmektir, arabulucuları da karı-koca arasında adâleti gerçekleştirmek üzere görevlendirir. Belirli bir durumda adâlet uzlaştırma şeklinde gerçekleşebileceği gibi diğer bir durumda ayrılmayı gerekli kılabılır. Dolayısıyla ıslahı adâlet çerçevesinde görüp tefrîki bunun dışında kabul etmek adâlete uygun bir yaklaşım olmayacaktır.⁴⁴³

2.2.1.5. İslâm Devletleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarında Tahkîm Müessesesi

Aile hukuku ile ilgili hukukî düzenlemelerinde İslâm fikhını kaynak alan günümüz İslâm devletlerinin büyük çoğunluğu şiddetli geçimsizlik ve zarar nedeniyle karı kocanın (Afganistan Medenî Kânununa göre sadece kadının) yargıya müracaat ederek tefrîki talep edebileceklerini kabul ederek tahkîm müessesesini Mâlikî mezhebi görüşüne göre tanzim etmişlerdir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi⁴⁴⁴ başta olmak üzere Afganistan Medenî Kânunu⁴⁴⁵, Mısır⁴⁴⁶, Suriye⁴⁴⁷, Ürdün⁴⁴⁸ ve Kuveyt⁴⁴⁹ gibi ahvâl-i şahsiyye kânunlarında ailenin birlikteliğini muhafaza etmek veya karı koca arasındaki şiddetli geçimsizliğin kaynağını bulup meseleyi çözüme kavuşturmak amacıyla bir hakem kurulunun tesisini öngörmüştür. Buna göre eşinden kötü muamele görmesi sebebiyle kadının kocası aleyhine dava açmasıyla birlikte yargı, karı koca arasında uzlaşmayı temin etmek amacıyla öncelikle mümkünse eşlerin akrabalarından, aksi takdirde aile dışından bir hakem kurulu oluşturulması hükmü düzenlenmiş ve Mâlikî mezhebinin içtihadı doğrultusunda tayin edilen hakemlere tefrîk salahiyeti tanınmıştır.⁴⁵⁰

⁴⁴² es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, 2: 765, 766.

⁴⁴³ es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, 2: 766.

⁴⁴⁴ *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, mad., 130-131(Hazırlayan: Orhan Çeker, 45-46); Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 319.

⁴⁴⁵ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 185-190.

⁴⁴⁶ 1929 tarihli *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, mad., 6-11.

⁴⁴⁷ *Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, mad., 112.

⁴⁴⁸ *Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, mad., 132-133.

⁴⁴⁹ *Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, mad., 127-131.

⁴⁵⁰ Konu ile ilgili detaylı bilgi için şiddetli geçimsizlik ve zarar nedeniyle boşanma bahsine bakınız.

Suudi Arabistan uygulamasında benzer davalarda hakem müessesesinin etkin bir şekilde çalıştırıldığı, ayrıca eşlerin akrabaları dışında Genel Mahkeme kapsamında yer alan Uzmanlar Heyetinin de önemli bir vazife üstlendiği zikredilmiştir.⁴⁵¹

2.2.1.6. Yargı Kurumunda Konu ile İlgili Yetkililerle Yapılan Şifâhî Görüşme

Şiddetli geçimsizlik ve zarar sebebiyle yargı yoluyla boşanma (tefrîk) konusunda, karı koca arasını düzeltmek amacıyla Afganistan Medenî Kânunu'nda yer alan tahkîm müessesesinin işleyişine ilişkin Herat Medenî ve Ahvâl-i Şahsiyye İstinâf Mahkemesinin Başyargıcı Muinuddin Muin şu bilgileri vermiştir:

Afganistan İslâm Cumhuriyeti mahkemelerinde, karı kocanın arasını düzeltmek ve onları sulha kavuşturmak için izlenen üç yol vardır; bunlardan ilk ikisi gayr-i resmi üçüncüsü ise resmi bir prosedürdür.

1- Tavsiye: Davacı kadın, kocasına karşı zarar iddiasını resmi bir dilekçeyle mahkemeye takdim eder. Yargıç kadının talebini inceledikten sonra, karı kocayı huzuruna çağırıp onlara sulh ve uzlaşmayı tavsiye eder ve onlara ayrılmanın olumsuz sonuçlarını, çocukların hayatını kötü etkileyeceğini bildirir. Uzlaşmayı kabul ederseler dava kapanır etmezler ikinci metot devreye girer.

2- Akrabalardan yardım istemek: Yargıç, birinci yolun evlilik birliği açısından olumlu bir sonuç vermemesi durumunda, karı kocanın yakın akrabalarından bir kaç kişiyi gayr-i resmî bir şekilde arabuluculukla görevlendirir. İddia edilen zararın kaynağı ve niteliğine göre arabuluculara uygun bir süre verir. Bu çabalar uzlaşma ile sonuçlanırsa dava kapanır aksi takdirde üçüncü yola başvurulur.

3- Tahkîm usûlüne başvurulması: Akrabaların çabalarının sonuç vermemesi üzerine yargıç davanın başlamasına karar verir. İddia edilen zarar ispat edilir ve dava sürecinde eşler arasında uzlaşma tesis edilemezse mahkeme tefrîke karar verir. Ancak iddia edilen zarar ispat edilmez ve tefrîki talep eden kadın iddiasında ısrarcı olursa, mahkeme AFMK'nın 183-190'uncu maddeleri uyarınca iki kişiyi hakem olarak tayin eder. Söz

⁴⁵¹ Mehmet Ali Yargı, "Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudi Arabistan'da Bir İnceleme", 157-158, 172.

konusu hakemler görevlerini kânunun 185-190 maddeleri hükmüne uygun bir şekilde yerine getirmek zorundadırlar.⁴⁵²

Kanaatimizce mahkeme bünyesinde (İlk mahkeme, istinâf ve temyiz), aile hukuku, sosyoloji ve psikoloji alanlarında uzman olan bir hakem heyetinin tesis edilmesi, evlilik birliğini koruması ve boşanma sayısını azaltması için her toplumun özellikle Afganistan toplumun buna daha çok ihtiyacı vardır ve sadece karı koca arasındaki şikâk ve şiddetli geçimsizlikten dolayı hakem gönderilmesi gerekmiyor; üstelik adem-i infâk, kocanın kaybolması, hapse mahkûm edilmesi ve kusurdan dolayı açılan bütün tefrîk davalarında da hakem usûlüne başvurulmasında fayda vardır. Zira söz konusu davalar genel itibarıyla karı koca arasındaki ihtilaflar ve anlaşmazlıklardan kaynaklandığından dolayı tayin edilen hakemler bu geçimsizliği farklı yöntemler kullanarak ortadan kaldıracırlar.

2.2.2. Şiddetli Geçimsizlik ve Zarar Nedeniyle Tefrîk Konusunda Fıkhî

Mezheplerin Yaklaşımları

Mahkeme aracılığıyla ayrılma nedenleri farklı adlar altında zikredilerek çoğaltılmış olsa da bunları aile içi şiddet ve zarar verme başlığı altında toplayabiliriz.

Şiddetli geçimsizlik ve zararın sadece kadın tarafından gerçekleşmesi durumunda bu nüşûz, her iki tarafından meydana gelmesi durumunda şikâk olarak isimlendirilmiştir.⁴⁵³

Çağdaş İslâm âlimleri ise karı-koca arasındaki şikâk durumunu “zarar ve şiddetli geçimsizlik” anlamına gelen (التفريق للضرر والشقاق) (zarar ve şikâk sebebiyle tefrîk) şeklinde adlandırmaktadırlar.⁴⁵⁴

Şiddetli geçimsizlik ve zarar nedeniyle yargı yoluyla evlilik bağı sonlandırma imkânı özellikle tek taraflı irade beyanıyla talâk yetkisine sahip olmayan kadının başvurabileceği bir yol olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁵⁵

2.2.2.1. Zarar ve Şiddetli Geçimsizlik Kavramı

Şiddetli geçimsizlikten kastedilen şeref, haysiyet ve izzete yönelik aşağılayıcı söz veya davranışlardan kaynaklanan şiddetli anlaşmazlıklar ve huzursuzluklardır. Zarar sözlükte,

⁴⁵² Kadı Muinuddin Muin, Şifâhî görüşme.

⁴⁵³ Zeydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmı'l-Mer'e*, 8: 415; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 299-300; Nisâ, 4/35.

⁴⁵⁴ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 360; es-Sâbûnî, *Medâ Hüriyeti'z-Zevceyn*, 2: 739.

⁴⁵⁵ *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 53-54; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 318-319.

menfaatin zıddıdır.⁴⁵⁶ Zarar maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayrılır. Örneğin kocanın kadının kendisine, anne ve babasına küfür etmesi, kadını ve ebeveynini köpek ve eşek gibi hayvanlara benzetmesi, kadınla konuşmayı terk etmesi, meşru bir neden olmaksızın onunla aynı yatakta yatmaması, şerî bir kusur ve hastalık bulunmamasına rağmen kadınla cinsel ilişkide bulunmaması manevi zarar kapsamında değerlendirilir. Maddi zara ise kocanın eli veya bir aletle kadının bedenine yönelik verdiği acılardan ibarettir. Özetle kocanın eşine vermesi düşünülebilecek zararlar kapsamında kadının koca tarafından dövülmesi, gururunu incitecek şekilde ayıplanması, Allah'ın yasakladığı şeylere zorlanması, meşrû bir neden olmaksızın ondan yüz çevirmesi, kendisine kötü söz söylenmesi vb. şeyler sayılabilir.⁴⁵⁷

Yukarıda şiddetli geçimsizlik ve zarar kavramları her ne kadar kocanın karısına karşı verdiği zarar örnekleri üzerinden açıklanmış olsa da bu hukuken dikkate alınacak şiddetli geçimsizlik ve zararın yalnızca kocadan kaynaklanacağı anlamına gelmez. Benzer durumların kadından kaynaklanması halinde erkek tek taraflı irade beyanıyla boşanmayı tercih edebileceği gibi, ekonomik saikleriyle hareket ederek şiddetli geçimsizlik ve zarar gerekçesiyle mahkemeye müracaat edebilir ve bu şekilde muhâlea/hul yoluyla ayrılığa hükmedilmesini isteyebilir.⁴⁵⁸

2.2.2.2. Hanefilerin Görüşü

Hanefi hukukçularına göre şiddet ve zararın derecesine bakılmaksızın bu gerekçeyle evlilik birliğinin sonlandırılmasına hükmedilemez. Böyle bir anlaşmazlık yargıya taşındığında yargıç zararın kaynağı olan tarafa öğüt ve nasihat verir, gerektiğinde tazir yoluyla tevbih ve tedibi yoluna gider. Kocanın izni olmaksızın yargıcın tefriğe hükmetme yetkisi yoktur; taraflara arabulucu yollamadan önce erkeği boşanmaya da zorlayamaz. Arabulucunun görev ve salahiyeti karı-kocanın arasını bulmanın ötesine geçmez. Arzu edilen sonuç elde edilemediğinde taraflar kendi hallerine bırakılıp, aralarında anlaşıp barışmaları veya talâk ya da hul yoluyla ayrılmaya karar vermeleri beklenir. Tahkîm heyetinin ayırma yetkisi sadece eşler tarafından kendilerine onlar adına vekâleten

⁴⁵⁶ İbn Menzûr, “dr” *Lisânü'l-Arab*, 4: 482.

⁴⁵⁷ Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh el-Huraşî, *Şerhu Muhtasarı'l-Halil* (Beyrût: Dâru'l-fikir, ty.), 4: 8,9; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 769; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 428; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 503; Zeydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 438; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 360.

⁴⁵⁸ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 362-365.

tasarrufta bulunmaları yetkisi tanınmasıyla söz konusu olur. Koca rıza göstermeden talâka, kadının rızası olmaksızın hul'a hükmedemezler.⁴⁵⁹

2.2.2.3. Mâlikîlerin Görüşü

Mâlikî mezhebinde şiddetli anlaşmazlık ve zarar durumu kapsamlı bir şekilde ele alınmış, eşlerin kendi başlarına çözüm yolunu bulamadıkları, aile birlikteliğinin mutluluk ve huzurunu ihlal eden her çeşit niza ve zararın ayrılma nedeni teşkil edeceği, özellikle kadının bu gerekçeyle yargıya müracaat ederek ayrılmayı isteyebileceği genel bir ilke olarak benimsenmiştir. Böylelikle Mâlikî mezhebinde evlilik birliğinin sonlandırılması konusunda iki taraf arasında bir denge sağlanarak özellikle kadın açısından kendisi için tahammül edilemez duruma gelen evliliğini sonlandırma olanağı tanınmıştır.⁴⁶⁰ Mâlikî mezhebi karı koca arasında anlaşmazlık durumunda “zarar ortadan kaldırılır” “zarar verme ve zarara karşılık verme yoktur”⁴⁶¹ fıkıh kaideleri çerçevesinde yargıç için eşler arasında tefrîke hükmetme salahiyeti tanımıştır. Kadının bu gerekçeyle yargıya müracaat etmesi halinde kanıtlar kâfi ise, yargıç eşler arasında tefrîke hükmeder. Aksi halde âyette geçtiği üzere iki arabulucu gönderir. Arabulucuların vazifeleri öncelikle karı kocanın arasını ıslah etmek veya en azından bunu yapmaya çabalamaktır. Bunda muvaffak olanamaması durumunda eşlerin vekâletinin olması aranmaksızın arabulucuların tefrîke karar verme yetkisi vardır. Bu gerekçeyle meydana gelen tefrîkin hukukî sonucu bir bâin talâk sayılmıştır. Zira zikredilen zarar sadece böylece ortadan kaldırılır.⁴⁶² Bu tefrîkin ric'i talâk olarak tanınması eziyetin sürmesi manasına gelmektedir.⁴⁶³ Mâlikî mezhebi literatürü ışığında yargıya intikal eden şiddetli geçimsizlikle ilgili temel hükümler şu şekilde izah edilebilir:

Zarar ve kötü davranış nedeniyle karı kocanın her birinin ayrılmayı isteme hakkı bulunmakla birlikte ayrılık kararına gerekçe teşkil edecek kötü muamele ve zararın belirli bir tanımı yoktur. Şiddetli anlaşmazlık ve zararın belirlenmesi ve kanıtlanması eşlerin

⁴⁵⁹ Cessas, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 2: 238-242; er-Râzî, *Mefâtihi'l-Gayb*, 10: 73-75; el-Kâsânî, *el-Bedâiu's-Sanâi*, 2: 334; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 503; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 362-365; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 299-300; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 54; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye*, 2: 363.

⁴⁶⁰ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 3: 117; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 1: 537-544; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 503; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 360-366; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 54; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 763, 767.

⁴⁶¹ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 429.

⁴⁶² Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1: 84 (Madde; 27).

⁴⁶³ *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 56-57; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 504.

durumlarını göz önünde bulundurarak karar verecek olan yargıcın takdirine bırakılmıştır. Ancak taraflardan birinin evlilik hayatının sürdürmesini talep etmesi ve karşı tarafın haksızlığının sabit olması durumunda, onun taziren cezalandırılmasını talep edebilir. Şayet şikâyetçi olan taraf ayrılmayı ister ve iddiasını kanıtlarsa, yargıç ayrılmalarına karar vermek mecburiyetindedir. Eğer Şikâyetçi olan karı veya koca, iddiasını kanıtlayamaz, ayrılma isteğinde ısrarcı olur ve yargıç da tarafları uzlaştıramazsa, yargıcın arabulucu heyeti tayin etmesi zorunluluğu vardır. Tayin edilen hakem heyeti uzlaştırmaya ve tefrîke hükmetmeye yetkili olup durumu uzlaştırma veya tefrîk kararından biri ile sonuçlandırma yükümlülüğü altındadır. Heyet, tefrîke karar verirken kocayı suçlu bulması halinde talâka, kadını suçlu bulması halinde hul yoluyla ayrılmaya karar verebilir. Eğer iddia edilen zarar şiddetli olursa tekrar etmiş olması aranmaz. Ancak söz konusu zararın dava zamanına dek sürmüş olmalıdır. Şayet koca aleyhine zarara dayalı olarak açılan davada iddia edilen zarar kanıtlanır ve koca kendi iradesiyle boşanmayı kabul etmezse yargıç tefrîke karar verir.⁴⁶⁴

Kadının şikâyeti üzerine başlayan bir dava süreci şu şekilde gerçekleşir: Kadın şikâyetçi olduğunu yargıya haber verir ve eşinin ona karşı kötü muamelede bulunduğu ve zarara maruz bıraktığını ifade eder. İddianın doğruluğu kanıtlarsa, yargıç hakem heyetine müracaat etmeden tarafların ayrılmasına karar verir. Kadın iddiasını kanıtlayamaz ve ayrılma isteğinde ısrarcı olursa, yargıç karı-kocanın akrabalarından uygun birer arabulucu görevlendirir. Arabulucular gereken tetkik ve soruşturmayı yaparak öncelikle tarafları uzlaştırmaya çalışır. Bu sonuç vermediğinde suçlu olanın erkek olduğu kanıtlanırsa talâka, kadın ise hul ile boşanmaya karar verip ulaştıkları neticeyi yargıca bildirirler. Tayin edilen heyetin kararı esas alınır ve yargıç kararı değiştirmeden hükme bağlar. Yani hakem heyeti doğrudan tefrîke hükmedebilir ve söz konusu karar, yargıcın görüşüne aykırı olsa dahi onu değiştirmeden olduğu gibi onaylayıp infâz etmekle zorundadır. Çünkü arabulucular vekil ve şahit olmayıp hakem niteliğini taşımaktadırlar. Böyle bir tefrîkin hukukî sonucu de bâin bir talâk addedilir.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ ed-Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 2: 343-347; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 117; es-Sâbûnî, *Medâ Hüriyeti'z-Zevceyn*, 2: 768-772; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 363-366; Zühaylî, *el-Fıkühü'l-İslâmî*, 7: 503-504; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 320-321.

⁴⁶⁵ el-Huraşî, *Şerhu Muhtasarı'l-Halîl*, 4: 7-11; ed-Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 2: 343-347; Zühaylî, *el-Fıkühü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 503-504; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 363-366.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği gibi Mâlikî mezhebi evliliği devam ettirme veya sonlandırma konusunda geniş bir imkân sunmuştur. Bu, din ve fikhın zorlama ve zararı, engellenmesi veya izale edilmesi gereken durumlar olarak niteleyen temel ilkeleriyle uyum içindedir. Dolayısıyla Mâlikî mezhebinde makul ve yarar ilkesine uygun gerekçeler bulunduğu, kadının ayrılığa hükmedilmesini talep hakkının olduğu kabul edilmiştir. Ancak ayrılık kararına esas teşkil edecek gerekçeler belirlenirken zarar-fayda dengesini muhafaza konusunda hassas davranılması, İslâm'ın muhafazasına azami önem verdiği aile müessesesinin bunu gerektiren bir zorunluk olmadan ve hatalı kararlarla ortadan kaldırılmasından kaçınılmalıdır. Zira bir zararın izale edilmesi ondan daha büyük bir zararın ortaya çıkmasına neden olmamalıdır.⁴⁶⁶

2.2.2.4. Şâfiîlerin Görüşü

Şafii mezhebinde konuyla ilgili iki farklı görüş nakledilmiştir. İlk görüş arabulucuların yargıç tarafından yetkilendirilmiş iki kadı hükmünde oldukları şeklindedir. Buna göre eşler arasını uzlaştıramama durumunda rızaları aranmaksızın ayrılığa hükmedebilirler. Dolayısıyla bu görüşe göre arabulucular uygun gördükleri talâk veya hul yollarından biriyle karar verme yetkisine sahiptir. Mezhepteki ikinci görüşe göre ise, arabulucular karı kocanın vekili konumundadır ve arabulucuların tayin edilmesi konusunda karı kocanın rızası ve onların açık bir yetkilendirmesi gerekmektedir. Yani hakem heyeti eşler tarafından vekil olarak yetkilendirilir şöyle ki, koca kendi akrabalarından olan arabulucuyu talâk yahut hul karşılığını kabule vekâletli addeder ve aynı şekilde karı kendi akrabalarından olan arabulucuyu muhâlea yolu ile ayrılmayı kabule vekil olarak tayin eder. Söz konusu vekâletten dolayı arabulucular münasip gördükleri tarzda karar verebilirler.⁴⁶⁷ Şafîî fıkıh eserlerinde konu bu şekilde yer almakla birlikte İmam Şafîî'nin kendi eserinde arabulucuların karı-kocanın vekâleti olmadan tefrîke hükmetme salahiyetlerinin bulunmadığı görüşünde olduğu tespit edilebilmektedir.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 772.

⁴⁶⁷ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 4: 425-429; Şafîî, *el-Ümm*, 5: 124, 125; Cessas, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2: 238-242; İbn Kayyım, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 190.

⁴⁶⁸ Şafîî, *el-Ümm*, 5: 124, 125; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî*, 7: 503; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 363.

2.2.2.5. Hanbelîlerin Görüşü

Hanbelî mezhebinde konuyla ilgili birbirine zıt teşkil eden iki görüş zikredilir. Bunlardan biri Malîkî mezhebinin görüşüyle aynıdır diğeri ise hakemleri tarafların vekîli addedilmeleri sebebiyle karar için karı-kocanın razı olması şartını arayan görüştür.⁴⁶⁹

Yukarıda naklettiğimiz fıkıh mezheplerinin görüşleri arasındaki farklılıkları şu şekilde netleştirebiliriz:

Arabulucular vekîl mi yoksa yargıç hükmünde midirler?

- Hanefîlere göre eşler razı olup yetki verirse, arabulucular vekîl olurlar.
- Mâlikîlere göre arabulucular, vekîl olmasına gerek kalmaksızın yargıç hükmündedirler.
- Şâfiîlerden konu ile ilgili iki görüş nakledilmiştir. Bir görüşe göre eşler razı olup yetki verirseler, arabulucular vekîl olurlar. Dolayısıyla Şâfiîler bu görüşte Hanefîler ile hemfikirdirler. Diğeri bir görüşe göre arabulucular yargıç hükmünde olup eşlerin rızasını aramaksızın ayrılığa karar verebilirler ve hâkimin bu kararı infâz etmesi vaciptir.
- Hanbelîlerden da konu ile ilgili iki görüş nakledilmiştir: Biri Mâlikîlerin görüşü gibi (arabulucular yargıç hükmündedirler), diğeri ise, Hanefîlerin görüşü gibidir (arabulucular, eşler tarafından yetki verilmesi şartıyla vekîl olurlar).

Dolayısıyla arabulucular yargıç hükmündedir diyenler (Mâlikîler, bir kavline göre Şâfiî ve Hanbelîler) nezdinde arabulucular eşlerin ve yargıcın rızasını aramaksızın karı koca arasında doğrudan tefrîke (talâk yahut hul) hükmedebilirler ve yargıcın söz konusu kararı kendi görüşüne aykırı olsa bile infâz etmesi vaciptir. Yani yargıcın, arabulucuların verdiği kararı infâz etmesi dışında başka bir seçeneği yoktur. Arabulucuları vekîl olarak kabul edenler (Hanefîler, bir kavline göre Şâfiî ve Hanbelîler) bunu ancak eşlerin rızası ve onlar tarafından bir yetkilendirme şartına bağlıyorlar. Yani hakem heyeti eğer eşler tarafından vekil olarak

⁴⁶⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 320, 321; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, 29: 55,56.

yetkilendirilirse boşama ve hul hükmü verme yetkisine sahip olurlar ve bu şekilde “vekîl” olarak görenlerin hepsi aynı görüşte birleşir.⁴⁷⁰

Konuyla ilgili ihtilaf âyet-i celilede geçen hakem lafzının yorumundan kaynaklanır. Hakem heyetin boşanma yahut hul hükmü verebilmesi için eşlerin rızasını gerekli görenler, hakem lafzının vekil anlamında da kullanıldığını, karı-kocanın rızasını aramayanlar ise arabulucuların yargıcın yetkilerine sahip olduğunu düşünür.⁴⁷¹

Hanbeli mezhebinde anılan ikinci görüşü benimseyenler bunu şu şekilde temellendirir:

a) Âyet-i kerimede tarafların ailelerinden iki şahsın görevlendirilmesi istenmiş ve bunların belirlenmesi işi ise zevç ve zevce dışında bir başkasına verilmiştir.

b) Yüce Allah hakemlere hükmetme yetkisi vermiştir. Hâlbuki vekîlin böyle bir yetkisi bulunmaz.

c) Kur’ân-ı Kerim’de, fıkıhta veya örfte vekil olan kişi hakem olarak adlandırılmaz.

d) Hakem, hâkimden daha geniş bir anlama sahiptir. Hâkim lafzı fâil kalıbında gelirken hakem lafzı sıfat-ı müşebbehedir ve bir şeyde devamlılık/sübut ifade eder.

Dile dayalı bu delillendirme yanında özellikle Hz. Ali, Hz. Osman, Evzâî, Muaviye ve İbn Abbas’tan nakledilen arabulucuların hüküm verme yetkisine sahip olduğu istikametindeki görüş birliği⁴⁷² ve konuyla ilgili Sahâbeden muhtelif bir görüşün nakledilmemiş olması bu görüşün temel dayanaklarından birini teşkil eder. “Onlarla (Kadınlarla) iyi geçinin.”⁴⁷³ “Size itaat ediyorsa, aleyhlerine yol aramayın.”⁴⁷⁴ “Ya iyilikle tutmak, ya güzellikle salıvermek vardır.”⁴⁷⁵ âyet-i celileleri ailede huzur ortamının kurulması ve karı kocanın birbirlerine karşı haksız eylemde bulunmalarını engellemek maksadıyla uyarılarda bulunurken, anlaşmazlığın görüldüğü ailelere de tahkim usulü tavsiye edilmiştir. Ayetin anlamı açıktır ve usul kuralları gereği “emr” emrolunan şeyin

⁴⁷⁰ Bakınız: *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 55,56; Şafîî, *el-Ümm*, 5: 124, 125; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 4: 425-429; el-Huraşî, *Şerhu Muhtasarı'l-Halil*, 4: 7-11; ed-Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 2: 343-347; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 320, 321; el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 2: 334.

⁴⁷¹ Muhammed Mustafa, Şelebî, *Ahkamü'l-Üsre fi'l-İslâm Dirâsetün Mükârene beyn Fıkhî'l-Mezâhibi's-Sünniye ve'l-Mezhebi'l-Ca'ferî ve'l-Kâmun*, 4. Baskı (Beyrût: ed-Dârü'l-Câmiîye, 1403/1983), 601, 602.

⁴⁷² Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 2: 363.

⁴⁷³ en-Nisa, 4/19.

⁴⁷⁴ en-Nisa, 4/34.

⁴⁷⁵ el-Bakara, 2/299.

vücûbiyetini ifade eder; zira bunu vücûp dışında başka bir anlama hamletmeyi gerektirecek bir karine bulunmamaktadır. Aksine İslâm dininin aile düzenine, eşler arasındaki uyuma, huzurlu ve mutlu bir şekilde hayatlarını devam ettirmelerine verdiği değer vücûbiyet hükmünü teyit eden nitelikte bir karinedir.⁴⁷⁶

Arabulucuların birinci görevi, âyet-i celîlede de geçtiği üzere karı-kocanın arasında sulhu sağlamaya çabalamaktır. Bu imkân dâhilinde olmadığında, aileyi bizzat bilen deneyimli ve basiret sahibi iki arabulucuya, eşlerin artık birlikte uyumlu bir şekilde yaşayamayacaklarına kanaat getirmeleri halinde, yargıcın sahip olduğu yetkiler tanınmalıdır. Zira bu durumda “zararı ortadan kaldırmak menfaati celb etmekten daha önceliklidir” genel ilkesi ancak bu şekilde uygulanabilir.⁴⁷⁷

2.2.2.6. Ca’ferîlerin Görüşü

Ca’ferîlerde de zarar ve aile içi şiddet hususunda yukarıda zikrettiğimiz arabulucu görevlendirme ve ilk önce iki tarafın arasını ıslah etme yoluna müracaat edilir. Hakem heyetinin teşebbüsleri olumlu sonuç vermez ise, kadın geçimsizlik ve zarar sebebiyle yargıya müracaat ederek boşanma isteğinde bulunabilir.⁴⁷⁸ Meşhur olan görüşe göre arabulucular eşlerin müsaadesi olmadan ayrılmaya hüküm veremezler. Caferî uleması kadının zarar sebebiyle yargı yoluyla boşanmayı talep etmesinin caiz olmadığı, yargıcın da bu gerekçe ile evlilik birliğini sonlandırma konusunda yetkili olmadığını ifade etmişlerdir.⁴⁷⁹

2.2.3. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler

2.2.3.1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

HAK şiddetli geçimsizlik ve zarar nedeniyle tefrîk konusundaki modern dönem İslâm hukuku kânunlaştırmalara öncülük etmiş, şiddetli geçimsizlik ve zarar halinde karı kocanın ikisinin de yargıya başvurarak tefrîk talebinde bulunabilmesini düzenlemiş, tahkîm müessesesini Mâlikî mezhebinin görüşüne göre tanzim ederek hakemlere boşanma yetkisi tanımıştır. Söz konusu kararnamede ayrıca hakemler tarafından

⁴⁷⁶ İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 189-192; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 1: 537-544.

⁴⁷⁷ İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 190-191; Ali Hayder, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1: 75-86, mad., 20, 30; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 361- 365.

⁴⁷⁸ es-Sistânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 109; el-Muğniye, *el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa*, 452, 453.

⁴⁷⁹ el-Âmilî, *er-Ravdetü'l-Behiyye*, 3: 310, 311; el-Hillî, *Şerâiü'l-İslâm fi Mesâil-i'l-Helâl-i ve'l-Harâm*, 1: 578; el-Hillî, *el-Muhteserü'n-Nâfi*, 301; Zeydân, *el-Mufassal fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 427.

gerçekleştirilen tefrîkin hukukî sonucu talâk-ı bâin sayılmış ve kararın usulünce resmen kayıt altına alınacağı yasalaştırılmıştır.⁴⁸⁰

2.2.3.2. Afganistan Medenî Kânunu

Afganistan Medenî Kânunu'nun yüz seksen üçüncü maddesi hükmünce, kadın eşiyle birlikte olmasının kendisine zarar verdiği, söz konusu zararın kadının emsallerinin tahammül edemeyeceği, evlilik hayatını sürdürmeye engel teşkil edecek nitelikte olması durumunda yargıya başvurarak ayrılık talebinde bulunabilir. Söz konusu maddenin hükmü maddî ve manevî zararları da kapsamaktadır. Kânunun kendisine hüküm bağladığı zarar şu şekilde örneklendirilir; Zevce mahsus olan bir mülkü suiistimal etmek, münakaşa, kadına vurma, fena muamele, aile içi şiddetli geçimsizlik yahut eşini dinin haram kıldığı bir eyleme zorlama.⁴⁸¹

AFMK'ya göre iddia edilen zararın kadın açısından evlilik birlikteliğinin tahammül edilemez bir hale dönüştürür nitelikte olması gerekir. Kânun bunun dışında zarar kapsamında değerlendirilecek belirli bazı durumları da saymıştır. Kocanın 86. maddede belirtilen şartlara riayet etmeksizin ikinci bir evlilik yapması halinde ilk eş AFMK'nın 183. maddesi hükmü gereğince yargıya başvurarak zarar gerekçesiyle ayrılık talebinde bulunabilir.⁴⁸²

Yargının incelemesi neticesinde iddia edilen zararın varlığı sabit olur ve eşler arasını ıslah mümkün olmazsa yargı boşanmaya hükmeder. Zarar kanıtlanamazsa yargı biri kocanın diğeri kadının akrabalarından güvenilir iki kişiyi arabuluculuk görevine tayin eder. Koca ile karının akrabalarının olmaması halinde yargıç başka iki kişiyi görevlendirir. Tayin edilen arabulucular adâlete riayet ederek vazifelerini ifa edecekleri ve emanet edilen şeye özen gösterecekleri konusunda yargıç huzurunda yemin ederler. Arabulucuların eşler arasını bulma çabaları olumlu sonuç vermez ve ihtilafın kaynağının zevç veya zevce olduğu tespit edilir yahut bu konuda kesin bir sonuca ulaşılamamakla birlikte, bir arada

⁴⁸⁰ *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, mad. 130-131. Çeker, *Aile Hukuku Kararnamesi*, 45-46; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 319; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 430-431.

⁴⁸¹ *Adâlethâ*, *Hukuk-ı Fâmil*, 239; Fâyiz, *Tavzihü ber Kânun-ı Medenî*, 1: 213.

⁴⁸² *Kânun-ı Medenî-Afganistan*, mad., 86-89; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 351.

yaşamın imkânsız hale geldiğini kanaati oluşur ise yargı eşlerin ayrılmasına karar verir.⁴⁸³ Zarar nedeniyle açılan davalarda en fazla iki defa hakem tayin edilebilmektedir.⁴⁸⁴

2.2.3.3. İran Medenî Kânunu ve Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'

İran Medenî Kânunu'nda zarar ve şiddetli geçimsizlik sebebi ile tefrîk konusu şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 1130: Eğer evliliğin devamı kadını zor ve sıkıntılı bir durumda bırakıp evlilik sürdürülemez hale gelirse mağdur olan kadın boşanmak için mahkemeye başvurabilir ve mahkeme kocayı boşanmaya zorlar, zorlama imkânsız ise, şer'î hâkimin izniyle kadın boşanmaktadır.

Metnin zorluk ve sıkıntı gibi soyut kavramlar içermesi sebebiyle hâkimler tarafından suiistimal edildiği, kadınlar tarafından açılan davaların artmasına yol açtığı gerekçeleriyle kânuna yöneltile eleştiriler karşısında, kânun metnindeki soyutluk aşağıdaki maddelerde görüleceği şekilde giderilmeye çalışılmıştır:⁴⁸⁵

Şunu hemen söylememiz gerekir ki, söz konusu olan maddenin daha önce yüzeysel ve külli olduğu için bazen hâkimler tarafından kötüye kullanıldığı ve aynı zamanda kadınların mahkemelerde çok fazla dolaştığı için kânun koyucular tarafından şöyle izah edilmiştir:

- 1) Kocanın gerekli bir mazereti olmaksızın bir yıl süre içerisinde peyderpey altı ay veya geçici olarak dokuz ay evlilik hayatını terk etmiş olması (gâiplik),
- 2) Kocanın aile hayatını etkileyen bir uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı olması ve doktorun verdiği süre içinde uyuşturucu kullanımını bırakmaması veya bırakmayı reddetmesidir. Koca yükümlülüklerini yerine getirmez veya uyuşturucu bağımlılığını bıraktıktan sonra tekrar kullanmaya başlarsa kadının talebi üzerine mahkeme boşanmaya hükmeder.

⁴⁸³ *Kânun-ı Medenî-i Afganistan*, mad. 184-190; Fâyiz, *Tavzîhî ber Kânun-ı Medenî*, 1: 213-214; Râstîn Tahrânî-Necmâ Yesârî, *Rahnemûd-i Enstitüt-i Mâx Plank berâyi Hukuk-ı Fâmil-i Afganistan*, 103-104; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 351-356; *Kânun-ı Usûl-i Mahâkimât-ı Medenî-yi Afganistan*, Ceride-yi Resmî, sy., 722, 1369; mad., 110, 112-113.

⁴⁸⁴ *Kânun-ı Usûl-i Mehâkimât-ı Medenî*, mad., 111; Ka'be Râstîn Tahrânî-Necmâ Yesârî, *Rahnemûd-i Enstitüt-i Mâx Plank berâyi Hukuk-ı Fâmil-i Afganistan*, 104.

⁴⁸⁵ Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî der Nazm-ı Hukukî Kunûnî*, 691.

- 3) Kocanın beş yıl veya daha fazla bir süre hapis cezasına çarptırılması,
- 4) Kadının kocası tarafından toplumsal durumuna dikkate alındığında tahammül edemeyeceği derecede kötü muamele görmesi veya dövülmesi,

Kocanın bulaşıcı, sirayet edici, tedavisi mümkün olmayan veya ancak güçlükle mümkün olan, aile hayatını kötü etkileyen ve imkânsız hale getiren ağır hastalıklara veya psikiyatrik rahatsızlıklara ya da zevceyi rahatsız edecek nitelikteki diğer hastalıklara yakalanması durumunda da kadın mahkemeye başvurup boşanma talebinde bulunabilmektedir. Bu maddede yer alan sebepler sınırlandırıcı değildirler; tespit edilen benzer başka durumlarda hâkimin boşanma kararı vermesini engellemez.⁴⁸⁶

Yukarıda zikredilen sebepler dava açıldığı anda mevcut olmalı ve yargı sürecinde de devam etmelidir. Zorluk ve şiddetin tespitinde örf dikkate alınmalıdır.⁴⁸⁷

Ca'ferî mezhebinin kaynaklık ettiği Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'nün 141'inci maddesinde zarar ve geçimsizlik sebebiyle yargı yoluyla boşanma şu şekilde izah edilmiştir:

- 1- Makul bir mazereti olmadan kocanın en az bir yıldan fazla evlilik hayatını terk etmesi,
- 2- Kocanın iradesini kaybetmesine (ihlal etmesi) zemin hazırlayan uyuşturucu madde veya alkol bağımlılığına yakalanması,
- 3- Kocanın mahkemenin katî hükmüyle on sene veya ondan fazla bir süre hapse mahkûm edilmesi ve kocanın hapis müddetinden beş yıl geçmiş olması,⁴⁸⁸
- 4- Kadının kocası tarafından toplumsal durumuna dikkate alındığında tahammül edemeyeceği derecede kötü muamele görmesi veya dövülmesi,
- 5- Kocanın ortak evlilik hayatını imkânsızlaştıran sirayet edici yahut tedavisi ancak güçlükle mümkün olan psikiyatrik hastalıklara yakalanması,

141. maddenin dördüncü bendi: Karı ya da koca yukarıda zikredilen sebepler nedeniyle boşanma talebinde bulunduğu, mahkeme ilk önce karı kocanın akrabalarından hakem

⁴⁸⁶ İran Medenî Kânunu, mad, 1130; maddenin açıklaması için bkz: Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî der Nazm-i Hukukî Munûnî*, 691-692.

⁴⁸⁷ Kâtûzyan, *Hukuk-ı Hanevâde*, 1: 225 (Kâtuziyân, *Kânun-ı Medenî der Nazm-i Hukukî Kunûnî*, 693'den naklen).

⁴⁸⁸ Bu fıkra, Afganistan Medenî Kânunu'nun 196.maddesinden iktibas edilmiştir.

tayin eder; hakemlerin vazifesi sadece karı kocanın arasını düzeltmek ve ıslâh etmektir. Yani bu düzenlemeye göre hakemler tefrîke hükmedemezler.⁴⁸⁹

2.2.3.4. Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

Kânun eşlerin her birine tefrîk talebi hakkı tanımış, ancak zararın birlikte yaşamayı imkânsız hale getirir nitelikte olmasını şart koştur. Ayrıca hakemlere, eşler arasını bulma imkânı olmaması durumunda tefrîk yetkisi vermiştir.⁴⁹⁰

Madde 112 fıkra 1: Eşlerden biri diğerinin, kendisiyle yaşamayı imkânsız kılan bir zararın kaynağı olduğunu iddia ediyorsa kadıdan tefrîk talep edebilir.

Fıkra 2: Zarar kanıtlanır ve kadı eşlerin arasını düzeltemezse evliliği sona erdirir. Bu tefrîk talâk-ı bâin hükmündedir.

Fıkra 3: Zarar kanıtlamaz ya da iddia eden koca olur ise kadı uzlaşma ümidiyle davayı en az bir ay erteler. Davacı şikâyetinde ısrar eder ve uzlaşma gerçekleşmez ise kadı varsa eşlerin ailesinden yoksa eşlerin arasını düzeltebileceğini düşündüğü kişilerden iki hakem tayin eder.⁴⁹¹

2.2.3.5. Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

MAŞK'da zarar ve geçimsizlik nedeniyle tefrîk talebi hakkı sadece kadına verilmiştir.⁴⁹² Söz konusu kânunda konu şu şekilde tanzim edilmiştir:

Madde 6: Eğer kadın, kocasında kendisi ile yaşamının mümkün olmadığı bir zarar olduğunu iddia ederse kadıdan tefrîk talep edebilir. Eğer zarar sabit olup kadı aralarını düzeltemezse onu talâk-ı bâin ile boşar. Eğer talebi reddeder ve şikâyet tekrar ederse ancak zarar sabit olmazsa kadı aşağıdaki maddelerde belirtildiği üzere iki hakem gönderir:

Madde 7: İki hakemin eğer mümkünse eşlerin ailelerinden iki güvenilir erkek olmaları gerekir. Yoksa eşlerin durumunu bilen ve aralarını düzeltebilecek kişilerden seçilirler.

⁴⁸⁹ *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, mad: 141.

⁴⁹⁰ es-Sâbûnî, *Şerhu Kânunı'l-Ahvâli's-Şahsiyyeti's-Suriyye*, 87-89. Ayrıca bkz: Bakkaloğlu, Suriye'de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Bunlar Üzerinde Osmanlı Tesiri, 147-150.

⁴⁹¹ 1953 tarihli *Suriye Ahvâli Şahsiyye Kânunu*, mad, 112-115; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 778; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 505-506.

⁴⁹² Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 505; es-Sâbûnî, *Şerhu Kânunı'l-Ahvâli's-Şahsiyyeti's-Suriyye*, 88.

Madde 8: İki hakem, eşler arasındaki geçimsizliğin nedenlerini öğrenmeli ve eğer aralarını düzeltmek hakemlerin belirledikleri bir yolla mümkün ise bunun için ellerinden geleni yapmalıdır.

Madde 9: Eğer hakemler eşlerin arasını düzeltemez ve hata kocadan ya da kadından kaynaklanıyor veya durum tam olarak tespit edilemiyorsa talâk-ı bâin ile tefrîke karar verirler.

Madde 10: Hakemler ihtilafa düşerse kadı araştırmanın tekrarlanmasını emreder; ihtilaf devam ederse başkalarını hakem olarak tayin eder.

Madde 11: Hakemler ulaştıkları kararı kadıya götürmeli, kadı da karar gereğince hüküm vermelidir.⁴⁹³

2.2.3.6. Cezayir Aile Kânunu

Sürekli geçimsizlik ve zarar nedeniyle tefrîk konusu Cezayir Aile Kânunu'nun 53-56'ncı maddelerinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

Madde 53 fıkra 8: Kadın, eşler arasında sürekli geçimsizlik nedeniyle boşanma talebinde bulunabilir.

Fıkra 3: Kadın, dört aydan fazla bir süre yatağın ayrılması nedeniyle boşanma talebinde bulunabilir.

Madde 55: Eşlerden birinin evlilik hukukuna riayet etmemesi durumunda hâkim, diğer tarafın zararını tazminle birlikte talâka hükmeder.

Madde 56: Eşler arasındaki anlaşmazlık artmış ve zarar sabit olmamış ise eşlerin arasını bulmak için iki hakem tayin edilmelidir.

Hâkim, kadının ailesinden bir hakem ve kocanın ailesinden bir hakem tayin eder. Bu hakemler iki ay içerisinde görevlerine dair bir rapor sunmalıdırlar.⁴⁹⁴

⁴⁹³ 1929 yılı 25 sayılı *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, mad, 6-11; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 775-776; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye*, 361-362.

⁴⁹⁴ *Kânunü'l-Üsretü'l-Cezayirî*, mad; 53 fıkra, 3 ve mad, 55-56. Detaylı bilgi için bkz: Âyet Şâvuş Delîle Saîd, *İnhâi'r-Râbitati'z-Zevciyetü bi'talebi'z-Zevce* (Doktora Tezi, Mevlüd Muammerî Üniversitesi-Tîzî vîzü, 2014), 250-257.

2.2.3.7. Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

KAŞK'da sözlü ve fiili zarar ve geçimsizlik nedeniyle evlilik hayatına devam edilemiyor olması şartı ile her iki tarafa tefrîk talebinde bulunma hakkı verilmiştir. Konu genel itibariyle Mâlikî mezhebine göre aşağıdaki şekilde tanzim edilmiştir:

Madde 126: Her eş, diğer tarafın, emsalleri arasındaki kendisiyle yaşamaya devam etmenin imkânsız olduğu sözlü ve fiili zararı nedeniyle cinsel münasebetten önce veya sonra tefrîk talep edebilir.

Madde 127: Mahkeme, eşlerin arasını bulmak için elinden geleni yapmalıdır. Eğer aralarını düzeltmek mümkün değilse ve zarar sabit ise talâk-ı bâin ile tefrîke hükmeder; zarar sabit değilse uzlaşma veya tefrîk için iki hakem tayin eder.

Madde 128: Hakemlerde şu şartların bulunması gerekir: Mümkünse eşlerin ailelerinden iki adil kişi, aksi takdirde iyi bir anlayışa ve ıslah yeteneğine sahip başka iki kişi seçilir.

Madde 129: Hakemler geçimsizliğin nedenlerini öğrenmeli ve eşlerin arasını mümkün olan herhangi bir yolla bulmak için gayret etmelidir.

Madde 130: Eğer hakemler eşlerin arasını düzeltemezse:

1) Haksızlığın tamamen kocadan kaynaklandığı ortaya çıkmış ve kadın tefrîk talep ediyorsa hakemler tefrîk yapılmasını teklif ederler, ayrıca kocayı evlilik ve boşanmadan doğan tüm haklardan yükümlü tutarlar; tefrîk talep eden koca ise hakemler davanın reddini teklif ederler.

2) Eğer haksızlık tamamen kadından kaynaklanmış ise hakemler tefrîki, kadının aldığı mehrin dengini geri vermesini, evlilik ve boşanmadan doğan tüm haklarının düşmesini teklif eder.

3) Eğer haksızlık iki taraftan kaynaklanmış ise tazminat olmadan veya haksızlığa uygun bir tazminatla evliliğin sona erdirilmesini teklif ederler.

4) Hangi tarafın haksızlık yaptığının bilinmediği durumlarda tefrîk talep eden koca ise talebini reddederler. Eğer talep eden kadın ise ya da her ikisi de talep etmişse hakemler tazminat olmadan tefrîk teklif ederler.

5) Zarar nedeniyle tefrîk talâk-ı bâindir.

Madde 131 fıkra 1: İki hakem, mahkemeye ayrıntılı bir rapor sunar. Hâkim, rapor önceki maddenin hükümlerine uyuyorsa rapor doğrultusunda karar vermelidir.

Fıkra 2: Hakemler ihtilafa düşer ise mahkeme, eşlerin ailelerinden olmayan ve aralarını düzeltebilecek üçüncü bir hakemi aralarına katar.

Madde 132 fıkra 1: Üç hakem, 130. maddeye göre davanın hükme bağlanması için raporlarını oy birliği veya oy çokluğu ile mahkemeye sunar.

Fıkra 2: Eğer farklı görüş beyan ederlerse veya rapor sunmazlarsa mahkeme olağan işlemler ile devam eder.

Madde 133: Zarar, iki erkeğin veya bir erkek ile iki kadının şahitliğiyle sabit olur.

Madde 134: Zararın ispatı için eşlerin hayatı çerçevesindeki şöhretine dayanan işitmeyle tanıklık yeterlidir (yani zararın tespitinde eşlerin hayatı hakkındaki şöhret bulmuş bir şeyi duyumsama yoluyla şahitlik yeterlidir). Bu tanıklık zararın nefyi için kabul edilmez.

Madde 135: Şahitlik için ehil olmaları halinde yakınım ve kendisi için şahitlik yapılanla bir ilişkisi olanın şahitliği kabul edilir.⁴⁹⁵

2.2.3.8. Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

ÜAŞK'nın 132-133'üncü maddelerinde tefrîk hakkı eşlerden her birine verilmek suretiyle konu Mâlikî mezhebine göre düzenlenmiş, bu şekilde ayrılığın hukukî sonucu bir bâin talâk olarak nitelenmiştir. Konunun detayı şu şekildedir:

Madde 132: Eşler arasında uyuşmazlık ve geçimsizlik ortaya çıkıp eşlerden her biri, karşı taraftan kendisiyle yaşamının mümkün olmadığı fiili veya sözlü bir zararın varlığını iddia ederek tefrîk talep etme hakkına sahiptir:

1) Tefrîk talebi kadından gelmiş ve kocanın zarar verdiğini kanıtlamış ise kadı aralarını düzeltmek için gayret eder. Aralarını düzeltmek mümkün değil ise koca karısına karşı tutumunu düzeltme konusunda uyarılır. Bu durumda dava da en az bir ay ertelenir. Eğer düzelme olmazsa konu hakemlere havale edilir.

⁴⁹⁵ *Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, mad, 126-135.

2) Müddeî koca ise ve anlaşmazlık ve geçimsizliğin varlığını kanıtlarsa hâkim, aralarını düzeltmek için gayret eder. Aralarını düzeltmek mümkün değil ise kadı düzelmesi ümidiyle davayı en az bir ay erteler. Sürenin bitiminden sonra koca talebinde ısrar ediyorsa ve eşlerin arası düzelmemiş ise kadı konuyu iki hakeme havale eder.

3) Hakemlerin eşlerin arasını düzeltebilecek iki güvenilir (adaletli) erkek olmaları gerekir. Eğer mümkünse bir tanesi kadının ailesinden, diğeri ise kocanın ailesinden olmalıdır; mümkün değilse kadı tecrübeli, güvenilir (adaletli) ve eşler arasını düzeltebilecek kişilerden hakem tayin eder.

4) Hakemler eşler arasındaki geçimsizlik ve anlaşmazlık sebeplerini eşlerle veya komşularıyla ya da kendileriyle görüşülmesinde fayda olduğunu düşündükleri diğeri kişilerle görüşürler. Hakemler soruşturmalarını imzalı bir tutanakla kayıt altına almalıdır. Eğer tatmin edici bir şekilde eşlerin arasını bulma imkânı olduğunu görürlerse bunu esas alırlar.

5) Eğer hakemler eşlerin arasını düzeltemezse ve bütün haksızlığın kadından kaynaklandığı ortaya çıkmışsa miktarı mehir ve mehre tabi/bağlı olan (çeyiz yahut ev eşyaları gibi) şeylerden az olmamak kaydıyla uygun gördükleri bir bedel ile tefrîke karar verirler. Eğer bütün haksızlık kocadan kaynaklanmışsa hakemler talâk-ı bâin ile tefrîke karar verirler. Kadın, kocanın bizzat boşaması durumunda olduğu gibi eşlikten kaynaklanan bütün haklarını talep edebilir.

6) Hakemler haksızlığın her iki eşten kaynaklandığını tespit ettiklerinde haksızlık oranında mehri bölerek tefrîke karar verirler. Eğer durum bilinemez ve hakemler haksızlık oranını takdir edemezlerse eşlerden almayı uygun gördükleri bedel ile tefrîke karar verirler.

7) Kadının bedel ödemesine hükmedilmiş ve kadın tefrîk talebinde bulunmuş ise bu bedeli, kocanın ertelemeye razı olması dışında, hakemlerin kararından önce ödemelidir. Kocanın ertelemeyi kabul etmesi durumunda hakemler bedel ile tefrîke karar verirler ve kadı da buna göre hüküm verir. Eğer koca tefrîk talebinde bulunmuş (kadının haksız olduğu sabit olmuşsa) ise hakemler kadının bedel ödemesine karar verirler. Kadı da hakemlerin kararına göre tefrîke ve bedele hükmeder.

8) Hakemler ihtilafa düşerse kadı iki yeni hakem tayin eder veya tercihi yapacak (hakemlerden birinin görüşünü tercihini) üçüncü bir hakemi onlara ekler. Son durumda çoğunluğun kararı uygulanır.

9) İki hakem kadıya ulaştıkları sonucun raporunu sunmalıdır. Kadı bu maddenin hükümlerine uygunsa rapora göre hükmetmelidir.

Madde 133: Tefrîk kararı, talâk-ı bâin niteliğindedir.⁴⁹⁶

2.2.3.9. Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı

Kânun taslağı, Malîkî mezhebi görüşüyle uyumlu bir şekilde eşlere zarar ve şikâk sebebiyle boşanma amacıyla mahkemeye müracaat hakkı tanımış ve hakemlere boşanma yetkisi verilmiştir. Konuyla ilgili maddeler şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 103 fıkra 1: Eşler, kendisiyle yaşamının imkânsız olduğu zarar nedeniyle boşanma talep edebilir.

Fıkra 2: Hâkim, eşlerin arasını düzeltmek için gayret eder.

Fıkra 3: Eğer kadı eşlerin arasını düzeltemezse ve zarar sabit olmuşsa bu kânunun 109. maddesinin hükümlerine riayet ederek boşanmaya hükmeder.

Madde 104: Eğer zarar sabit olmamış, eşler arasında husumet devam ediyor ve düzelme mümkün değilse hâkim, eğer mümkünse eşlerin ailelerinden iki hakem tayin eder; mümkün değilse eşlerin arasını düzeltebilecek kişileri tayin eder ve hakemlik görevi için bir süre belirler.

Madde 105 fıkra 1: Hakemler husumetin sebeplerini araştırmalı ve eşlerin arasını düzeltmek için çaba sarf etmelidirler.

Fıkra 2: Hakemler eşlerin birbirlerine veya birisinin diğerine ne kadar haksızlık yaptığını, tekliflerini ve çabalarını içeren bir rapor sunmalıdır.

Madde 106: Kadı hakemlerin raporuna dayanarak karar vermeli veya önceki iki maddede belirtilen talimatlara göre yeniden iki hakem tayin etmelidir.

⁴⁹⁶Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu, mad; 132-133; İbrahim Alhalalshah, Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânununun Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Mukayesesi, 299; Sertâvî, Şerhu Kânun, 299-301.

Madde 107: Hakemler ihtilafa düşerse hâkim iki yeni hakem tayin eder veya üçüncü bir hakemi onlara ekler.

Madde 108: Eğer sulh mümkün değilse ve eşler arasındaki husumet devam ediyorsa hâkim, hakemlerin raporuna istinaden boşamaya hükmeder.

Madde 109: Şayet zarar veya husumet nedeniyle halvete girmiş kadını boşamaya hükmederse ve haksızlığın hepsi veya çoğu kadından kaynaklanmışsa kadının mehr-i müecceli düşer. Kadı teslim alınan mehirden kocaya iade edilecek kısmı belirler. Eğer haksızlığın hepsi veya çoğu kocadan kaynaklanmışsa mehir kadının hakkı olmaya devam eder.

Madde 110: Eğer kadın, halvetten önce talâk talep etmiş ve aldığı mehir ile kocanın evlilik için harcadığı miktarı geri vermişse, koca bunu kabul etmiyor ve kadı da aralarını düzeltemiyor ise boşamaya hükmeder.

Madde 117 fıkra 1: Boşama 109 ve 110. maddeler gereğince talâk-ı bâin kabul edilir.⁴⁹⁷

Değerlendirme:

Görüldüğü gibi Hukuk-ı Aile Kararnamesi başta olmak üzere neredeyse bütün İslâm devletlerinin düzenlemelerinde şiddetli geçimsizlik ve zarar sebebiyle yargı yoluyla boşanma/tefrîk Mâlikî mezhebi görüşüne uygun bir şekilde câiz görülmüştür ve mahkeme tarafından tayin edilen hakemlere boşanma yetkisi verilmiştir. Zarar nedeniyle ayrılmanın hukukî sonucu bir bâin talâk olarak nitelenmiştir.

Diğer taraftan söz konusu kânunlarda zararın evlilik hayatının devamını imkânsız hale getiriyor olması niteliğinin aranması dikkat çekicidir. Hâlbuki Mâlikî fakihleri zararda evlilik hayatının devam edilemiyor olması diye bir şartı aramamışlar, aksine zararın gerçekleşmesi için hafif sayılabilecek nitelikleri yeterli görmüşlerdir. Örneğin kocanın karısıyla konuşmayı terk etmesi ve ondan yüz çevirmesini tefrîk için yeterli görmüşlerdir.⁴⁹⁸ Anlaşıldığı kadarıyla konuyla ilgili Mısır, Suriye, Afganistan, Kuveyt, Ürdün ve Birleşik Arap Kânunlarını hazırlayan irade zarar gerekçesiyle ortaya çıkacak

⁴⁹⁷ Arap Devletleri Birliği, Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı, Kuveyt Vesikası, mad; 103-110, 117.

⁴⁹⁸ el-Huraşî, *Şerhu Muhtasarı 'l-Halîl*, 4: 8-11; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, 2: 769-770.

talâk dairesini sınırlandırmayı amaçlamıştır. Kanımızca bu içtihat, tefrîk hakkının kötüye kullanılmasına karşı maslahata uygun bir yaklaşımdır.⁴⁹⁹

Bazı kânunlar, şikâyet edilen zararın sabit olması durumunda hâkimin hakem tayin etmeden tefrîk etmesini caiz görmüştür. Fakat bizce eşler arasındaki her nizada hakemlerin gönderilmesi gerekir. Hâkimin zarar sabit olsa bile hakem göndermeden tefrîke hükmetmesi evlilik hayatının yıkılması açısından, maslahata uygun değildir.⁵⁰⁰ Dolayısıyla boşanma ve tefrîk davalarında, tahkîm müessesesinin daha iyi bir şekilde çalıştırılması gerekmektedir. Eşlerden birisinin kadı karşısında ilan etmede bir fayda görmediği veya bundan çekindiği için beyan etmediği ancak hakemlerin muttali olabilecekleri ve anlaşmazlığın giderilmesine katkı sağlayacak nitelikte durumlar söz konusu olabilir.

2.2.4. Şiddetli Geçimsizlik ve Zarar Nedeniyle Tefrîkin Hukukî Sonucu

Bu gerekçeyle verilen tefrîk kararının hukukî sonucunun bir bâin talâk mahiyetinde olduğu Afganistan Medenî Kânunu'nun yüz seksen dördüncü maddesinin ikinci fıkrasında kânun haline getirilmiştir. Zikredilen hükmün kaynağı yine Mâlikî mezhebidir.⁵⁰¹ Mâlikî fakihleri zarar sebebiyle tefrîkin bâin talâk vasfını almasının sebebini zararın sadece böyle bir yolla ortadan kaldırılabilceği şeklinde açıklar. Söz konusu ayrılmanın hükmü ric'î bir talâk sayılıyorsa bu zarar ve eziyetin devam edeceği anlamına gelirdi.⁵⁰² Afganistan Medenî Kânunu aksi takdirde kadınların eşleri tarafından birçok zulme maruz kalacağı ve sonuç tahammül edilmesi zor meşakkatli bir yaşama hapsolünacaklarını dikkate alarak bu konuda Hanefî mezhebinin görüşünü terk etmiş ve Mâlikî içtihadını tercih etmiştir.

⁴⁹⁹ es- Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, 2: 780; es-Sâbûnî, *Şerhu Kânunı 'l-Ahvâli 'ş-Şahsiyyeti 's-Suriyye*, 88.

⁵⁰⁰ Ebû Zehra, *el-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, 365.

⁵⁰¹ Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 356.

⁵⁰² *el-Mevsûatü 'l-Fıkhiyye*, 29: 56; Sertâvî, *Şerhu Kânunı 'l-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, 301; İbn Rüşd, *Bidâyetü 'l-Müçtehid*, 2: 99, 117; Ebû Zehra, *el-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, 2: 361-362.

2.3. Fıkıh ve Afgan Hukuk Sisteminde Nafaka Ödenmemesi⁵⁰³ Nedeniyle Tefrîk

2.3.1. Nafaka Kavramı

Nafaka kavramı sözlükte “harcamak, tüketmek” manasına gelip infâk kökünden türetilmiş olup “azık, ihtiyaçların karşılanması maksadıyla harcanan para vb. maddî değerler”⁵⁰⁴ anlamına gelmektedir. İslâm hukukçuları tarafından nafaka kavramı ile ilgili farklı tarifler yapılmıştır. Buna göre nafaka kelimesinin ıstilahî anlamı, Kasım b. Abdullah, *Enîs 'ul-Fukahâ 'da* “Hulasa”dan naklederek İmam Muhammed'den bildirdiğine göre nafaka: Gıda, giyim ve barınmadan ibarettir.⁵⁰⁵ Buradan anlaşıldığına göre nafaka kavramı kişinin yemesi, içmesi, giyim ve kuşamı ve barınacağı bir meskenden ibarettir.

Ayrıca çağdaş araştırmacılardan nafakayı şöyle tarif edenler de olmuştur: “Hayatiyetin ve yararlanmanın devamlılığını sağlamak için yapılması zorunlu olan harcamalardır.”⁵⁰⁶ Başka bir tabirle, erkek tarafından ailesi için yapılan tüm harcamalara nafaka denmektedir.⁵⁰⁷ Kur’ân-ı Kerim’de nafaka kelimesi iki yerde (el-Bakara 2/270; et-Tevbe 9/121), infâk kökünden türeyen kelimeler ise yetmişden fazla yerde geçmektedir.⁵⁰⁸ Kişinin, karısının nafakasını karşılamak, evlilik sözleşmesinin sonucu olarak erkeğin mesuliyetindedir ve bu mevzuda İslâm hukukçuları arasında icma vardır.⁵⁰⁹ Fıkıh ve hukuk terminolojisinde nafaka, zevcenin mesken ihtiyacını, gıda, temizlik malzemeleri, ev eşyaları, hizmetçi (kadının evlenmeden önce hizmetçisi var olması kaydıyla) ve giyinmesini temin etmek manasını kapsamaktadır.⁵¹⁰ Burada zikredilen bazı nesnelere olmadan hayatı idame ettirmek imkân dâhilinde bulunmadığından nafakanın sağlanamaması, karının hakkı olan yargıya müracaat ederek evliliği ortadan kaldırma yetkisini kazandırır.⁵¹¹

⁵⁰³ Nafaka ödenmemesi ifadesi Afganistan Medenî Kânunu’nda “adem-i infâk” olarak kullanılmıştır.

⁵⁰⁴ İbn Manzûr, “*nfk*” *Lisânü 'l-Arab*, 10: 357-358; Erdoğan, “nafaka”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 443.

⁵⁰⁵ Kâsım b. Abdullah b. Emir Ali el-Konevî el-Hanefî, *Enîs 'ul-Fukahâ fi Tarifatü 'l-Elfâzı 'l-Mütadavele beyne 'l-Fukahâ*, thk. Yahya Hasen Murad. (Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2004.), 60.

⁵⁰⁶ Celal Erbay, “*en-Nafaka*”, *DİA* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 32: 282.

⁵⁰⁷ İbn Nüceym, *el-Bahrü 'r-Râyik*, 4: 188.

⁵⁰⁸ Abdülbâkî, “*nfk*”, *el-Mu'cem*, 715-717.

⁵⁰⁹ *el-Mevsûatü 'l-Fıkhiyye*, 29: 58; Sertâvî, *Şerhu Kânunı 'l-Ahvâlî 'ş-Şahsiyye*, 132. Adullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 356.

⁵¹⁰ Şirbinî, *Muğni 'l-Muhtâç*, 5: 151, 152.

⁵¹¹ Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 191, 192, 246, 247; Şirbinî, *Muğni 'l-Muhtâç*, 5: 179.

AFMK’da, zevcenin nafakası kocanın gücüne uygun bir şekilde, gıda, elbise, mesken ve tedaviyi kapsamaktadır.⁵¹²

2.3.2. Konu ile İlgili Fıkhî Mezheplerin Görüşleri

Zevcin nafakayı karşılayamaması yahut malî gücü olmasına rağmen nafakayı temin etmeyi reddetmesi tarzında olur. İslâm âlimleri kocanın nafaka ödemeyi reddetmesi durumunda şayet mâlî imkânlarının varlığı ve bulunduğu yer biliniyorsa bu durumda zevcenin yargı aracılığıyla tefrîk hakkının bulunmayacağına görüş birliğine varmışlardır. Zira bu vaziyette karının yargıya müracaat ederek yargıç hükmü ile yani devlet gücü ile eşinin mal ve mülkünden nafakasını alma imkânı vardır.⁵¹³ Fakat kocanın mâlî durumunun iyi olmaması yahut iyi olmasına rağmen nafakayı ödemekten kaçınması ve mâlının nerede olduğu bilinmediği durumlarda, zevcenin tefrîk hakkının bulunup bulunmaması konusunda fıkhî mezhepler ihtilafa düşmüştür.⁵¹⁴ Mevzu önemli olduğu için onu detaylı bir şekilde ele alarak beş mezhebin görüşünü ayrı ayrı zikretmeyi uygun gördük.

2.3.2.1. Hanefilerin Görüşü

Hanefi mezhebinin içtihadına göre kocanın nafakayı sağlayamadığı durumda, karının olayı yargıya taşıma hakkı mevcut olsa da yargıcın karı-kocayı tefrîke hükmetme salahiyeti bulunmamaktadır. Zevcenin nafakası sağlanmadığı için yargıya müracaat ettiğinde yargıç, kocaya nafakayı sağlaması emrinde bulunur. Şayet koca bunu ekonomik açıdan temin edemiyorsa, yargıcın emriyle zevce kocası namına borç alarak alınan bu parayla maişetini temin etmesini sağlamaktadır.⁵¹⁵ Zührî, Atâ b. Yesâr, Hasen Basrî, Sevrî, İbn Ebî Leylâ ve İbn Şübrüme’den de aynı görüş nakledilmiştir.⁵¹⁶ Yargıç, ekonomik gücü yetmediği için nafakayı temin edemeyen kocanın hapsine hükmedemez.

⁵¹² *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 118.

⁵¹³ *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 58-59; Sertâvî, *Şerhu Kânunı'l-Ahvâlî's-Şahsiyye*, 145; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 5: 177-179.

⁵¹⁴ Zeydân, *el-Mufassal fi Ahkâmı'l-Mer'e*, 8: 472, 476; Ebû Zehra, *el-Ahvâlî's-Şahsiyye*, 348-354; Sıbâî, *el-Mer'e*, 111-112; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 59.

⁵¹⁵ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râyik*, 4: 189, 200, 201; Zeylaî, *et-Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 3: 54, 55.

⁵¹⁶ Heyet, *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, 2. Baskı (Beyrût, Dârü'l-fikir, 1310), 1: 550; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 4: 389, 390. Merğînâni, *el-Hidâye*, 2: 287.

Zira kişi zulüm veya suç işlediğinde hapse mahkûm edilir. Hâlbuki ekonomik durumu elvermeyen koca ise mazur olup bu konuda hiçbir suçu yoktur.⁵¹⁷

Kocanın durumu elvermesine rağmen hala nafakayı ödememekte inat ederse, yine de karı koca arasında tefrîke hükmedilemez. Şayet kocanın görünürde mülkü varsa yargıç, zevcenin nafakasını o maldan sağlaması emrini verir. Yahut da kocanın servetini satarak karısının nafakasını temin eder. Kocanın servetinden nafakayı alma imkânı olmazsa, koca nafakayı sağlayana dek hapsolunur. Kocanın geçmiş günlere dair nafaka borçları sadece yargının kararda bulunmasıyla kocanın zimmetine geçer, aksi halde geçmişe ait olan nafaka düşer.⁵¹⁸ Fakat kocanın mâlî vaziyetinin iyi olmaması ve zevcenin da zengin olması halinde, borç vererek kocasının nafakasını sağlaması icap eder ve bu sebeple yargıya tefrîk talebi ile müracaatta bulunamaz.⁵¹⁹

Ancak kocanın mevcut olması ve zevcesini boşamaktan imtina etmesi halinde Hanefî fakihlerin içtihadına göre istihsânen yargı kurumu, mezhebinde tefrîk caiz olan bir yetkiliği karı-koca arasını tefrîk için görevlendirir. Zira dâimi olan zorunlu ihtiyaçlar, borç almakla giderilemez. Bazı zamanlarda de kadın ona borç veren kişiyi bulamaz ve kocasının gelecekte zengin olacağı zannı ise şüpheli bir durumdur. Dolayısıyla en sonunda kadının isteği üzere tefrîk edilmesi zaruridir.⁵²⁰

Mezhepteki diğer bir görüşe göre ise, Hanefî mezhebine mensûp olan hâkim, içtihat seviyesine ulaşmış bir kişiyse, içtihat ederek adem-i infâk nedeniyle tefrîke karar verebilmekte⁵²¹ ve böylece tefrîk kararı için bir yargıç tayin edilme ihtiyacı da ortadan kaldırmış olacaktır.

Hanefîlerin konu ile ilgili delilleri şunlardan ibarettir:

⁵¹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 5: 185-191; İbn Kayyım, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 516-517; Merğînâni, *el-Hidâye*, 2: 285-287; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, 7: 489; İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 4: 389-391.

⁵¹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 5: 188-190; Zeylaî, *et-Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 3: 54-56; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 4: 390, 391.

⁵¹⁹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 3: 590-593; Berâat Alî Yûsuf, “el-Feshu'l-Kazâi li Ademi'l-İnfâk Dirâsetün Mukâranatün”, *Mucelletu Câmiatu Dimeşk li'l-Ulûmi'l-İktisâdiyye ve'l-Kânûniye*, sy., 1, 2012, 28: 655; Sertâvî, *Şerhu Kânunî'l-Ahvâlî's-Şahsiyye*, 144.

⁵²⁰ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 3: 590; Berâat Alî Yûsuf, *el-Feshu'l-Kazâi li Ademi'l-İnfâk*, 655; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2: 317; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 828-829; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 59.

⁵²¹ İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râyik*, 4: 200.

a. Allahu Teâlâ, Kur'ân-ı Kerîm'in talâk süresinin yedinci âyetinde meâlen şöyle buyurmuştur: “Varlıklı olan varlığından harcasın, rızkı daralmış bulunan da Allah'ın kendisine verdiği kadarından harcasın. Allah kimseyi kendi verdiğiinden fazlasıyla yükümlü tutmaz. Allah bir güçlüğü ardından bir kolaylık sağlayacaktır.”⁵²² Bu ayet-i kerime, kocanın mâlî bir zorlukta olması durumunda, karının nafakasını sağlamakla yükümlü olmayışını göstermektedir. Bu sebepten dolayı bu halde karının yargı yoluyla ayrılmayı isteme hakkı bulunmamaktadır.⁵²³

b. Yine Kur'ân'ı Kerîm'de Allahu Teâlâ meâlen şöyle buyurmuştur: “Eğer eli darda olan birisi borçlu ise eli genişleyene kadar beklemek gerekir.”⁵²⁴ Ayet-i Kerime'de darlıkta bulunan borçluya mühlet tanınması emri verilmektedir. Dolayısıyla karının da mâlî darlıktaki kocasının ekonomik durumu iyi oluncaya kadar sabırlı olması icap etmektedir.⁵²⁵

c. Ayriyeten Hz. Muhammed (s.a.v)'den kocasının yoksulluğu nedeniyle bir zevceye tefrîk ile ayrılma hakkı tanıdığına dair bir hadis-i şerif rivayet edilmemiştir.⁵²⁶

d. Maddi zorluk ve yoksulluk nedeniyle zevceye tefrîk ile ayrılma hakkı tanınırsa bu vaziyette kocaya tanınmış olan aile hayatı hakkı iptal edilmiş olur, ayrılma hakkı tanınmazsa ancak zevcenin nafakasının temin edilmesi hakkı tehir olunmuş olur. Bu halde, bir hakkın tehir edilmesi başka bir hakkın iptal olunmasından daha ehven olduğundan, “iki zarardan daha hafif olanı seçilir.” kurallınca, nafakayı ödememek nedeniyle zevceye tefrîk ile ayrılma hakkının tanınmaması icap etmektedir.⁵²⁷

Muhammed Ebû Zehra “*el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye*” adlı eserinde konu ile ilgili delilleri dile getirdikten sonra, Hanefilere ait olan içtihadı tercih etmiştir.⁵²⁸

⁵²² et-Talâk, 65/7.

⁵²³ Zeylaî, *et-Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 3: 54-56; Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 5: 361; İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 516.

⁵²⁴ el-Bakara, 2/280.

⁵²⁵ Zeylaî, *et-Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 3: 54, 55; İbnü'l-Hümam, *Fethu'l-Kadîr*, 4: 391, 392; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 144, 145.

⁵²⁶ İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 519; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 426.

⁵²⁷ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râyik*, 4: 200; Zeylaî, *et-Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, 3: 54-56; Merjinânî, *el-Hidâye*, 2: 287; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 4: 391, 392; Zeydân, *el-Mufasssal fi Ahkâmı'l-Mer'e*, 8: 472-475; Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, 7: 489; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 426; Ayrıca deliller hakkında detaylı bilgi için bkz. İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 516-522.

⁵²⁸ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye*, 349-351.

2.3.2.2. Mâlikîlerin Görüşü

Mâlikî hukukçularına göre zevcenin maişetinin temin edilememesinden şikâyetçi olarak yargıca müracaat edince yargıç, davaya bakar. Şayet nafakanın sağlanmadığı ispatlanırsa, kocanın maddi vaziyeti iyi olup da, zevcenin maişetini sağlamıyorsa zevcenin onun mal varlığından maişetini sağlama olanağı var ise, mahkeme kararıyla o maldan temin eder. Şayet kocanın görünürde mal varlığı bulunmuyor yahut maddi hali iyi olmadığından nafakayı veremiyorsa, yargıç bir ay zaman tanır. Eğer ki bu zaman dâhilinde nafaka sağlanabilir duruma gelmişse evlilik sürer. Gene de nafaka sağlanamıyorsa yargıç, zevceyi kocanın aleyhine olarak eşini bir talâk-ı ric'î ile tefrîk eder. Boşanmanın ric'îliğinin nedeni, zevce iddetini sayarken kocanın durumunun ekonomik açıdan iyileşmesi halinde zevcesine rücu etme fırsatını sağlamaktır.⁵²⁹

2.3.2.3. Şafiîlerin Görüşü

Şafiî hukukçuları nezdinde konu ile alakalı iki görüş vardır:

Birinci görüşe göre, zevcenin nafakası ödenmemesinden dolayı ayrılmak için yargıya başvurması câiz değildir. İkinci görüşe göre ise, kocanın nafakayı temin etmemesi halinde, zevce muhayyerdir ve mezhepte kabul edilip geçerli görüş da budur. Yani ister kocasıyla birlikte hayatta kalmaya devam edebilir ve isterse nikâh akdini feshettirmek için yargıya başvurabilir.⁵³⁰ Şafiîler, nafakayı sağlayabilme ve sağlayamamanın ana hatlarıyla sınırlarını belirlemişlerdir. Eğer koca günlük nafakayı sağlayabiliyorsa, zevcenin yargıya başvuramayacağını zikretmişlerdir. Söz konusu nafakayı kocanın gününde ödeyememesi halinde, zevce yargıya müracaatta bulunabilir. Yargıç zevcenin nafakayı temin edebilmesi için eşine üç gün müddet tanır; şayet tayin edilen müddet içerisinde nafaka sağlanabilir duruma ulaşmışsa, tefrîke hüküm verilmez. Eğer gene de nafaka koca tarafından sağlanamıyorsa, zevce kocasıyla birlikte yaşamak yahut ayrılmak hususunda muhayyer bırakılacak. Eğer ki kocasıyla kalma seçeneğini seçse de ilerleyen vakitlerde tekrardan nafaka sağlanmamasından dolayı yargıya müracaat edebilme seçeneği bulunmaktadır. Zira nafakayı temin etmenin zorunluluğu gün geçtikçe yenilenir. Zevcenin ilk tercihi, yani kocasıyla birlikte yaşaması, af mahiyetindedir.⁵³¹ Nafakanın

⁵²⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3:74, 75, 122; ed-Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 2: 518 vd.; İbn Kayyım, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 512, 513, 517.

⁵³⁰ Şafiî, *el-Ümm*, 5: 98, 115, 116; İbn Kayyım, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 513, 514.

⁵³¹ Şafiî, *el-Ümm*, 5: 98, 115, 116; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 5: 177-179.

sağlanamaması neticesinde ortaya çıkan tefrîkin hukukî sonucu fesih olarak belirlenmiştir. Söz konusu tefrîkin meydana gelebilmesi için zevcenin müracaatı ve yargıcın hükmünün verilmesi şartı bulunmaktadır.⁵³²

2.3.2.4. Hanbelîlerin Görüşü

Hanbelî hukukçuların içtihadına göre kocanın nafakayı ödemeye güç yetirememesi halinde zevce muhayyer bırakılır. Bu görüş Hz. Ömer, Hz. Alî, Ebû Hüreyre'den de nakledilmekle birlikte Said İbn Müseyyib, Hasan, Ömer b. Abdülaziz, İshak ve Ebû Sevr da aynı görüşte oldukları aktarılmıştır. Zevcenin tefrîk istemesi halinde hâkim kocaya mühlet tanımadan aralarında tefrîke hükmeder. Şayet koca maddi durumunun elvermesine rağmen nafakayı sağlamıyorsa, imkânı varsa hakîm kocanın mal varlığından nafakanın verilmesine hüküm eder. Kocanın mal varlığından nafakanın temin etme olanağı yoksa yargıç, kocanın malını satar ve nafakayı oradan sağlar. Kocanın mal varlığı bilinmiyorsa yargıç, kocayı hapse mahkûm eder ve koca hala nafakayı ödememeye ısrar eder ve hapiste kalmaya da dilerse, bu halde evlilik sürmeyeceğinden, yargıç fesih hükmüyle karı koca arasında tefrîke hükmeder. Hanbelî hukukçuları nezdinde, geçmişte ödenmeyen nafakalar borç olarak sayılır ve kocanın durumu ne olursa olsun, nafaka borcu kocadan sakıt olmaz. Ancak zevce kocasının maddi vaziyetinden haberdar olsa dahi nikâh akdi sırasında ona rıza gösterdiğini beyan etse de ayrılmayı talep etme hakkı bulunabilmektedir ve nafaka ödenmemesi nedeniyle meydana gelen ayrılma fesih sayılmaktadır.⁵³³ İbn Teymiyye de nafakanın temin edilmemesinden dolayı evlilik akdinin feshedilmesinin câiz olduğu görüşündedir.⁵³⁴

Ayrıca Hanbelî fakihlerinden İbn Kayyim el-Cevziyye meseleye farklı bir bakışla bakarak şöyle diyor: Eğer koca gerçek manada fakir olup ama zengin olduğunu bildirip kadını kandırarak onunla evlenmişse yahut ekonomik açıdan nafakayı sağlayabilecek kadar gücü yettiği halde nafaka ödemeyi reddeder de zevcenin kocanın mal varlığından nafakasını temin etmesi imkânsız olursa, zevce bu nedenle yargıya müracaat ederek evlilik akdini feshettirebilmektedir. Ancak şayet zevce kocasının ekonomik vaziyetini bilerek onunla evlenmiş ise yahut koca zengin olduğu durumda evlilikten sonra fakirliğe

⁵³² Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 5: 177; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, 7: 490; İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 513.

⁵³³ İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 513-515; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 8: 204, 205; *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, 29: 59; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 490

⁵³⁴ Bkz: es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 843.

düşmüşse, bu durumlarda zevcenin evlilik akdinin feshettirme hakkı bulunmamaktadır.⁵³⁵ Dolayısıyla İbn Kayyim’ın görüşünden açıkça anlaşılır ki adem-i infâk bizatihî tefrîki gerektirebilecek bir sebep değildir.

2.3.2.5. Cumhuriyet Konu ile İlgili Delilleri

Cumhuriyet u fukahâ nafakanın temin edilmemesi nedeni ile tefrîk hususunda ileri sürdüğü delilleri aşağıdaki şekilde sıralamamız mümkündür:

a. Allahu Teâlâ, Bakara sûresinin 229. âyetinde meâlen şöyle buyurmaktadır: “Ya iyilikle tutmak ya da güzellikle salıvermek gerekir.”⁵³⁶ Bu âyetin hükmü gereğince zevcenin nafakası sağlanmama yahut sağlanmasından kaçınma durumunda “zevceyi iyilikle tutmak” imkânsız olacağından hareketle kocanın zevcesini güzelce kendi irade beyanı ile boşayarak serbest bırakması icap etmektedir. Eğer koca gönüllü olarak bunu yapmazsa, zevce yargıya müracaat ederek tefrîk davasını açabilir.⁵³⁷

b. İkinci olarak Allahu Teâlâ, Bakara sûresinin 231. Âyetinde meâlen şöyle buyurmaktadır: “Onlara zarar vererek haklarını çiğnemek suretiyle nikâh altında tutmayın.”⁵³⁸ Âyet-i Kerimede, zevç tarafından zevceye zarar verecek ve hakları çiğneyecek şekilde tutulması men edilmiştir. Bu nedenle kocanın karısının nafkasını ödememesi yahut ödemeyi reddetmesi durumunda, karısına bir zarar olacağından hareketle, zevceyi uğradığı zarardan kurtarmak amacıyla ona yargı yolu ile tefrîk hakkı tanınması icap etmektedir.⁵³⁹

c. Tâbiînden Ebu’z-Zenâd isimli bir kişi, Said İbn Müseyyib’e gelerek “zevcenin nafkasını sağlayamayan koca ile karısı arasında tefrîke karar verilir mi?” diye sorunca Said İbn Müseyyib “evet tefrîke karar verilir” diye cevap vermiştir. Ebu’z-Zenâd “bu sünnet mi dir?” diye tekrar sormuş, O da “evet sünnettir” diye cevaplamıştır. İmâm Şâfiî diyor ki, Ebu’z-Zenâd’ın “sünnettir” kavlinden, Hz. Peygamber (s.a.v)’in sünnetini kastettiği anlaşılabilir. Dolayısıyla bu rivayetten anlaşıldığı üzere nafakanın temin edilmemesi nedeni ile zevcenin yargı yolu ile tefrîk hakkına sahip olması lazımdır.⁵⁴⁰

⁵³⁵ İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 521, 522.

⁵³⁶ el-Bakara, 2/229.

⁵³⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 8: 204, 205; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 144.

⁵³⁸ el-Bakara, 2/231.

⁵³⁹ Zeydân, *e-Mufasssal fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 477.

⁵⁴⁰ Beyhakî, *es-Sunenu'l-Kübrâ*, 7: 469; Şâfiî, *el-Ümm*, 5: 115-117; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 5: 176; Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 490; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 144.

d. Abdullah İbn Ömer dedi ki: Hz. Ömer (r.a) halifeliği esnasında askerlikten dolayı hanımlarından uzakta olan kocaları ile alakalı olarak ordu komutanlarına yazılı bir mektup göndererek şöyle bir emirde bulunmuştur: “zevcelerinden ayrı kalanları bildirin, ya zevcelerinin nafakasını ödesinler veya onları boşasınlar. Eğer boşarlarsa, karılarının geçmiş müddete ait olan nafakalarını da yollasınlar.”⁵⁴¹ Dolayısıyla Hz. Ömer (r.a)’in bu eylemiyle nafaka temin edilmemesi nedeniyle zevcenin tefrîk hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir.

e. Zâhiriler dışında bütün diğer fikhî mezhepler kocanın innîn (cinsel açıdan iktidarsız) olması nedeni ile zevcenin mutazarrır olacağından dolayı ona tefrîk hakkı verilme konusunda ittifak etmişlerdir. Hâlbuki kocanın nafakayı ödeyememek yahut ödemekten kaçınması durumunda, zevcenin uğrayabileceği zarar, söz konusu zarardan daha fazladır. Zira insan nafakasız yaşayamaz ama şehvet giderilmeden yaşayabilir. Bu nedenle nafaka temin edilmemesi sebebi ile zevceye tefrîk hakkı tanınması gereklidir.⁵⁴²

Görüldüğü üzere Hanefî ve meşhur görüşe göre Ca’ferîler hariç diğer üç fikhî mezhep arasında kocanın karısının nafakasını temin edememesi yahut temin etmekten kaçınması halinde, karı-koca arasında tefrîke karar verilmesinin câiz olduğu hususunda görüş birliği vardır.

2.3.2.6. Ca’ferîlerin Görüşü

Ca’ferîler nezdinde genel kabul görmüş görüşe göre zevce, kocasının nafakayı sağlamaması yahut sağlayabilecek bir durumda olmaması sebebiyle yargıçtan ayrılma talebinde bulunamaz. Zevce sadece nafakayı istemek için yargıca başvurabilir. Bu halde yargıç, nafakayı sağlaması için kocaya emir verir. Koca, hâkimin verdiği emri yerine getirmezse, kocayı taziren cezalandırarak nafakayı vermeye zorlar. Kocanın nafakayı sağlamaya güç yetirememesi halinde zevcenin bu duruma karşı sabırlı olması icap eder. Sabırlı olursa Cenab-ı Hak ona elbet bir yol açacaktır.⁵⁴³ Dolayısıyla bu mevzuda Ca’ferî

⁵⁴¹ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 490; Beyhakî, *es-Sunenu'l-Kübrâ*, 7: 469; Zeydan, *el-Mufassel fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 477.

⁵⁴² Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 490; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 144; Zeydan, *el-Mufassel Fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 478; deliller hakkında detaylı bilgi için bkz: İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 511-522.

⁵⁴³ el-Âmilî, *er-Ravdatü'l-Behiyye*, 3: 338-340; el-Muğniye, *el-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa*, 389, 390, 452; el-Hillî, *Şerâiü'l-İslâm fi Mesâil-i'l-Helâl-i ve'l-Harâm*, 1: 591, 592;

hukukçuları Hanefilerle hemfikirdirler ve ileri sürdükleri deliller aynı olduğu için tekrar zikretmeye gerek yoktur.

Ancak, Ca'ferî âlimlerin bazıları kocanın zevcesinin nafakasını ödemeyi reddetmesi yahut ödemeye gücü yetmeyeceği durumunda, yargıda tefrîk davasını açma hakkına sahip olacağını zikretmişlerdir.⁵⁴⁴ Çağdaş Ca'ferî fıkıhçılar, kocanın nafakayı sağlamaması veya sağlamaktan kaçınması sebebi ile nikâh akdinin ortadan kaldırılmasının câiz olduğu konusunda fetvâ vermişlerdir.⁵⁴⁵

2.3.2.7. İbn Hazm'ın Görüşü

İbn Hazm, Hanefî âlimleri gibi, zevcenin nafakasının sağlanmamasından dolayı karı-koca arasında tefrîke (boşanmaya) karar verilmesinin câiz olmadığı görüşündedir. Hatta İbn Hazm bu konuda ileri giderek şöyle bir hüküm ortaya koymuştur: Eğer zevcenin ekonomik açıdan vaziyeti iyi ise, kocanın nafakasının sağlanması da zevcenin sorumluluğu altına girmektedir. Ayrıca kocanın durumu iyi olduğu zaman zevcesi harcadığı parayı geri almak için kocaya müracaat edemez. Çünkü kocası için ödediği nafaka borç olmayıp bilakis onun göreviydi.⁵⁴⁶

Bu yorum, günümüzde bir taraftan karısının nafakasını karşılayamayan, ekonomik açıdan kötü durumda olan kocalar için ve aile yuvasının serice yıkılmasını önleyici bir tedbir mahiyetinde bir yol olarak öngörülebilirse de diğer taraftan kocaları sorumsuzluğa, tembelliğe ve aile içi şiddetli geçimsizliğe yol açabilir.

2.3.2.8. Abdülkerim Zeydan'ın Görüşü

Abdülkerim Zeydan, “*el-Mufassal fî Ahkâm 'l-Mer'e*” adlı eserinde fikhî mezheplerin fikirlerini aktarıp inceledikten sonra, konu ile ilgili açık bir nass mevcut olmaması ve içtihadı bağlı bir mevzu olduğundan dolayı “zarar” ilkesinden hareketle zarara mağdur olan zevceye nafaka temin etmemesinden dolayı, tefrîk hakkı verilmesini ifade ederek şöyle bir açıklamada bulunmuştu: Nafakanın sağlanmamasından dolayı zevce için yargıya tefrîk için başvurmak câiz bir hak olarak tanınmıştır; vacip kılınan bir şey değildir ve vacip olmadığı konusunda İslâm hukukçuları arasında fikir birliği vardır. Kocası

⁵⁴⁴ es-Sistânî, *Minhâcû's-Sâlihîn*, 3: 108, 128, 129, es-Sayyid Kâzim el-Mustafavî, *el-Ahvâlû's-Şahsiyye (et-Telâk)*, (Kum: Mektebü't-Tahtît, 1426), 114, 115.

⁵⁴⁵ el-Muğniye, *el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa*, 453;

⁵⁴⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 9: 252-261; İbn Kayyim, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 517, 518.

ekonomik açıdan iyi durumda olmayan kadının, kocasıyla beraber olup sabretmesi, Şeriat tarafından tavsiye edilmiş olan bir husustur. Hasan-ı Basrî ve Zuhrî'nin de nafakayı temin edemeyen kocanın karısına sabretme tavsiyeleri nakledilmiştir.⁵⁴⁷ Ancak koca kendi iradesiyle karısını boşamadığı halde, zevcesi bu vaziyete tahammül edemezse, yargıya tefrîk için müracaat edebilmektedir. Zevcenin yargıya başvurması, artık daha fazla sabredemeyeceğini ve kocanın nafakayı temin etmemesinden mutazarrır olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla Zeydan'a göre, Cumhurun ileri sürdüğü deliller, tercihe şayandır. Zira onlar, zevceden uğradığı zararı bertaraf etmek için nafaka temin edilmemesinden dolayı tefrîki câiz görmüşlerdir.⁵⁴⁸

Fıkhî mezheplerin içtihatları bu şekilde olmakla beraber bu mevzuda Cumhurun ve Hanefi mezhebinin ortaya koymuş olduğu dayanaklar dikkatli bir şekilde incelendiğinde değişik bir yorum mülahaza edilmektedir. Şöyle ki; Hanefi fakîhlerinin dile getirmiş olduğu dayanaklar, yoksulluk içerisinde bulunması veya nafakayı temin edemeyecek halde olduğu zaman zevcenin yargı yoluyla ayrılma (tefrîk) talep etme hakkının câiz olmayacağını göstermekle beraber, ancak kocanın nafakayı karşılamaktan imtina etmesi durumunda zevcenin tefrîk için hâkime başvurma hakkına sahip olamayacağını göstermemektedir. Cumhuru fukahânın dayanakları ise, kocanın mâlî kudreti mevcut olmasına rağmen nafakayı sağlamaktan imtina etmesi halinde zevcesinin ayrılma hakkına sahip olduğunu göstermekte, ancak kocanın fakr u zaruret sebebiyle nafakanın teminini sağlayamaması durumunda kadının ayrılma hakkına sahip olacağını göstermemektedir. Böylece, kocanın mâlî gücü bulunmasına rağmen nafakayı temin etmekten imtina etmesi vaziyetinde, kadının mahkemeye başvurup ayrılma hakkı mevcut bulunmalı, fakat yoksulluk ve acziyet sebebiyle nafakayı sağlayamadığı takdirde zevcenin ayrılma hakkına sahip olmamalıdır. Hanefî fakihlerinin ve Cumhurun dile getirmiş olduğu delillerden anlaşılan ve İslâm aile hukukunun özüne münasip olan anlayış da budur.⁵⁴⁹

Netice olarak şunu da ifade edebiliriz ki, evlilik hayatında karı-koca bir bütünün iki parçasıdır ve birbirlerini tamamlarlar. Hüzünlü ve mutlu, yoksulluk veya bolluk zamanlarında sevinmeyi de bu güçlüklerle katlanarak göğüs germeği de beraber başarırlar yaşarlar. Bu sebeple kısa bir süreliğine yoksulluk yaşayan kocayı karısının tek başına

⁵⁴⁷ İbn Kayyım, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 516.

⁵⁴⁸ Zeydân, *el-Mufasssal fi Ahkâm'l-Mer'e*, 8: 478-479.

⁵⁴⁹ Zekiyüddin Şabân, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 6. Baskı (Bingazî: 1993), 478.

bırakması ve üstelik bu nedenden dolayı kocasından boşanmaya kalkışması İslâm dinin getirmiş olduğu aile mefhumu ve eşler arasındaki fedakârlık ve yardımlaşma ilkeleri ile çatışır. Fakat koca varyetli olmasına rağmen yahut para kazanma mümkinatı olur da eşine itina göstermezse ve karısını açlık ve yoksulluğa duçar ederse, böyle olan bir vaziyette zevcesinin evvela kocasından nafaka temin etmeye çalışması, buna da imkân yoksa tefrik için yargıya müracaat etme hakkına sahip olması İslâm'ın ruhuna daha uygundur.

2.3.3. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler

Arap ve Arap olmayan ülkelerdeki kânunların büyük çoğunluğunda kocanın yoksulluğa düşerek nafakayı temin etmemesi ve zevcenin hâkimden boşanma talep etmesi durumunda hâkim, kocaya nafaka ödemesi veya boşamasını emreder. Eğer koca nafakayı temin edemeyip boşamak istemezse hâkim o kişinin zevcesini boşar. Bu ayrılma, talâk-ı ric'î sayılmaktadır. Koca, zevcesi iddet süresi içinde durumunun iyi olduğu kanıtlarsa zevcesine dönebilir. Bütün bunlar Mâlikî mezhebine göre kânunlaştırılmıştır.⁵⁵⁰

2.3.3.1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 94-99. maddelerinde kocanın nafakayı sağlayamaması durumunda Hanefî mezhebinin görüşü benimsenerek tanzim edilmiştir⁵⁵¹

Ancak Osmanlı döneminde kocanın karısının nafakasını temin etmemesi gibi mevzularda, Osmanlı yargıçları tarafından özellikle Şâfiî mezhebine mensûp olan nâipler görevlendirilerek ve onların kendi fikhî mezhep içtihatlarına göre ayrılmaya hükmetmeleri tatbik edilerek bu vaziyetlerdeki zevcelerin ayrılmaları mümkün kılınmıştır.⁵⁵²

2.3.3.2. Afganistan Medenî Kânunu

AFMK'da kocanın karısının nafakasını sağlayamaması yahut nafakayı sağlamaktan kaçınmasından dolayı zevce için yargıya müracaat ederek tefriki talep etme hakkı tanınmıştır. Söz konusu kânunda nafakanın temin edilmemesi sebebi ile gerçekleşen yargı

⁵⁵⁰ es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, 2: 849.

⁵⁵¹ Çeker, *Aile Hukuku Kararnamesi*, 35-36; Muhsin Koçak v.dğr., *İslâm Hukuku*, 481-482; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2: 317; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 427.

⁵⁵² Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 116; Mehmet Akif, Aydın, "Osmanlı Hukukunda Kazâi Boşanma", *Osmanlı Araştırmaları*, sy., 5, İstanbul, 1986, 5.

yoluyla ayrılmayı (tefrîki), kocanın zevcesinin nafakasını ekonomik olarak gücü yetmediği için sağlayamadığı veya gücü yetmesine rağmen nafakayı sağlamaktan kaçınması şeklinde iki kısma ayrılmıştır:

1. durum, eğer koca nafakayı sağlayacak mâlî gücü varsa ve fakat sağlamaktan kaçınırsa, zevcenin yargıya başvurması üzerine, yargıç ayrılmaya (tefrîke) karar vermektedir.

2. durum ise, kocanın zevcesinin nafakasını sağlamaktan kaçmayıp ancak ekonomik bakımından gücü yetmediğini ve aciziyetini yargıda ispat etmesi durumunda, böyle bir vaziyette yargı tarafından kocanın nafakayı sağlayabilecek duruma gelebilmesi için, ona üç ayı geçmemek kaydıyla mühlet verilmektedir. Şayet bu süre zarfında yine de nafakayı sağlayamazsa, yargı karı-koca arasında tefrîke karar vermektedir.⁵⁵³ Konu ile ilgili kânundaki düzenlemeler şöyledir:

Madde 191: Kocanın zevcesinin nafakasını temin etmekten kaçınması durumunda ve zahire göre mal-mülk sahibi olmadığı ve nafaka temininden aciz olduğu ispat edilemezse, zevce mahkemeye başvurup tefrîk talebinde bulunabilir.

Madde 192: Eğer kocanın nafakayı temin edemeyeceği hususunda aciziyetini ispat ederse, mahkeme ona üç ayı geçmeyecek şekilde bir süre verir. Şayet üç ay geçtikten sonra nafakayı temin edemezse mahkeme tefrîke hüküm eder.

Madde 193: Nafakanın temin edilmemesi nedeniyle yargı yoluyla ayrılma (tefrîk) ric'î talâk hükmündedir. Kocanın nafakayı temin edebilmesi şartıyla iddet içerisinde zevcesine geri dönebilir.⁵⁵⁴

2.3.3.3. İran Medenî Kânunu

İMK'nın az önce zikrettiğimiz Ca'ferî mezhebindeki tefrîki câiz gören ikinci görüşle örtüştüğünü müşahede etmek mümkündür. İMK'nın 1129. maddesinin hükmü gereğince, kocanın nafaka ödemeyi reddetmesi veya nafaka temininden aciz olması ve hâkimin nafakayı temin etme konusundaki hükmü yerine getirilemediği zaman, kadın mahkemeye başvurup boşanma talebinde bulunabilir ve mahkeme bu durumda zevcesini boşaması

⁵⁵³ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 191, 192; Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 246-247; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 358-359.

⁵⁵⁴ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 191-193.

için kocayı zorlar.⁵⁵⁵ Kânunda söz konusu olan nafaka, geçmişte ödenmemiş nafakayı da kapsamaktadır.⁵⁵⁶

Görüldüğü gibi İran Medenî Kânunu, Ca'ferî mezhebinde hâkim olan genel kanaati bırakıp azınlığın görüşünü benimsemiştir. Ca'ferî fıkından kaynaklanan Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'nün 141. maddesinde de aynı hükümler bulunmaktadır.⁵⁵⁷

2.3.3.4. Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

SAŞK'da cumhur-ı fukahânın görüşleri benimsenerek⁵⁵⁸ konu 110-111. maddelerde şu şekilde tanzim edilmiştir:

Madde 110 fıkra 1: Kadının, mevcut olan kocasının nafakayı ödemekten kaçınması durumunda bilinen bir malı yoksa ve nafaka ödeyememesi sabit değilse tefrîk talep edebilir.

Fıkra 2: Kocanın nafakayı temin etme konusunda aciz olduğu sabit olursa veya koca gâip ise hâkim, ona üç ayı geçmeyecek şekilde mühlet verir. Eğer nafakayı ödemezse hâkim evliliği sona erdirir.

Madde 111: Hâkimin nafaka ödememe nedeniyle evliliği sona erdirmesi, ric'î talâk kabul edilir. Kocanın durumunun iyi olduğunun sabit olması ve nafaka ödemeye hazır olması şartıyla iddet süresi içinde karısına geri dönebilmektedir.⁵⁵⁹

2.3.3.5. Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

1920 tarihli MAŞK'da nafakanın kesilmesi nedeniyle boşanma câiz görülmüş olup yeri bilinen fakat orada hazır olmayıp gâip kocaya bir ay mühlet tayin edilmiştir ve yeri belli olmayana mühlet verilmemiştir.⁵⁶⁰ Konunun detayı Mâlikî mezhebi içtihadını esas alınarak şu şekilde kânunlaştırılmıştır:

⁵⁵⁵ es-Sistânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 108, 128, 129, el-Mustafavî, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye (et-Telâk)*, 114, 115; Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî der Nazm-i Hukukî Kunûnî*, 690, 691; el-Muğniye, *el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa*, 453.

⁵⁵⁶ Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî der Nazm-i Hukukî Kunûnî*, 691.

⁵⁵⁷ *Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, mad., 141.

⁵⁵⁸ Zühaylî, *el-Fıkıhü'l-İslâmî*, 7: 488.

⁵⁵⁹ es-Sâbûnî, *Şerhu Kânunü'l-Ahvâli's-Şahsiyyeti's-Suriye*, 2: 82-85; Zühaylî, *el-Fıkıhü'l-İslâmî*, 7: 488, 489; Bakkaloğlu, Suriye'de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Bunlar Üzerinde Osmanlı Tesiri, 144-147; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 427.

⁵⁶⁰ Zühaylî, *el-Fıkıhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 488.

Madde 4: Eğer koca karısı için malî harcama yapmaktan kaçınırsa duruma bakılır: Eğer açıkta bilinen malı varsa o malından nafaka ödemesine hükmedilir. Eğer açıkta malı yok ve durumunun iyi olup olmadığına dair bir beyanı da yoksa fakat nafaka ödememede ısrar ederse hâkim, derhal karısını boşar. Eğer ödeme durumunun olmadığını iddia edip ispat edemezse hâkim yine onu derhal boşar. Şayet ispat ederse bir ayı geçmeyecek şekilde mühlet verir. Eğer bundan sonra nafakayı ödemezse ayrılmaya karar verir.

Madde 5: Eğer koca ailesinin bulunduğu yerde olmayıp oraya yakın yerlerde gâip olduğu biliniyorsa ve görünürde de malı varsa malından nafaka ödenmesine hükmedilir. Eğer açıkta bir malı yoksa hâkim, bilinen yollarla onu uyarır ve ona mühlet verir. Eğer karısının kendisi için harcayabileceği nafakayı göndermezse veya nafaka için gelmezse hâkim mühletin bitiminden sonra gâip olan bu adamın karısını boşar. Şayet kendisine ulaşılmanın kolay olmadığı bir şekilde gâip ise veya nerede olduğu bilinmiyorsa ya da mefkûd ise ve karısının harcayabileceği malı olmadığı sabit olursa yargıç boşanmaya hükmeder.

Bu maddenin hükümleri nafaka ödeyemeyen mahkûm (hapiste olan) için de geçerlidir.

Madde 6: Hâkimin nafakayı temin edememe nedeniyle boşaması, ric'î talâk olur. Kocanın durumunun iyi olduğunun ve nafaka ödemeye hazır olduğunun sabit olması durumunda iddet süresi içinde karısına geri dönebilir. Şayet malî durumunun iyi olduğu sabit olmaz ve nafaka ödemeye hazır değilse karısına geri dönmesi sahih olmaz.⁵⁶¹

2.3.3.6. Cezayir Aile Kânunu

CAK'da yoksulluk yahut nafakayı temin edememe nedeniyle tefrîk hakkı kadına verilmiştir. Ancak söz konusu kânunda konu detaylı olarak ele alınmamıştır:

Madde 53 fıkra 1: Kadın, evlendiği zaman kocasının yoksulluğunu bilmiyorsa hükmün verilmesinden sonra nafaka ödenmemesi nedeniyle boşama talep edebilir.⁵⁶²

⁵⁶¹ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 347-348; es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, 2: 850; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 2: 318;

⁵⁶² el-Cumhuriyetü'l-Cezayiriye, Kânunu'l-Üsre, el-Ceridetü'r-Resmiye, sy., 15, 27.02.2005. Ayrıca bkz: Saîd, *İnhâi'r-Râbitati'z-Zevciyetü bi'Talebi'z-Zevce*, 130-136; Mensûr, *et-Tefriki'l-Kazâi Beyn'z-Zevceyn fi'l-Fıkhı'l-İslâmî ve'l-Kânunı'l-Cezayirî*, 40.

2.3.3.7. Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

KAŞK'nın 120-122. maddelerinde konu Mâlikî mezhebine göre detaylı olarak şöyle kaleme alınmıştır:

Madde 120 fıkra 1: Eğer mevcut koca, karısı için harcama yapmaktan kaçınıyor ve açıkta malı yoksa ve yoksulluğu sabit olmamışsa, karısı boşanma talep edebilir. Hâkim de derhal onu boşar. Koca boşanma davasının başlama tarihinden itibaren vacip olan nafakayı ödeyerek boşanmayı önleyebilmektedir.

Fıkra 2: Eğer kocanın yoksulluğu sabit olursa veya bilinen bir yerde gâip ise veya hapiste ise ve açıkta bir malı yoksa hâkim, belirtilen nafakayı ödemesi için ona en az bir, en fazla üç ay süre verir. Bu süreye yol mesafesi kabul edilen süreleri ekler. Eğer bu süre zarfında nafakayı ödemezse ve açıkta bir malı yoksa hakîm tefrîke hükmeder.

Fıkra 3: Eğer koca bilinmeyen bir yerde gâip hükmünde yahut hakkında hiç bilgi yoksa yani mefkûd ise ve açıkta bilinen bir malı yoksa hâkim ona mühlet vermeden boşar.

Madde 121: Hâkimin nafaka ödememe nedeniyle boşaması, ric'î talâktır. Kocanın, karısı iddet süresi içinde iken durumu nafaka ödemeye devam edecek kadar iyi olduğu ve ödemeye hazır olduğu mahkeme için sabit olursa karısına geri dönebilir.

Madde 122: Eğer nafaka ödememe nedeniyle iki defadan fazla dava açılırsa ve kadın, zarar nedeniyle boşama talep ederse hâkim, talâk-ı bâin ile boşar.⁵⁶³

2.3.3.8. Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

ÜAŞK'da nafaka ödenmeme nedeniyle boşanma konusu cumhura ve özellikle de Mâlikî mezhebine göre kadına mahkemeye müracaat edip tefrîk hakkı verilmiştir. Ancak mahkeme, nafakayı ödeyemediği iddiasında bulunan kocaya en az bir ay ve en fazla üç ay mühlet verir. Kânunda geçen hükümler şöyledir:

Madde 127: Eğer kocanın karısına nafaka ödemesine hükmedildikten sonra harcama yapmaktan geri durursa duruma bakılır: Eğer hükmün uygulanmasına imkân veren malı gücü varsa, malından nafaka ödemesine hükmedilir. Şayet malı yoksa ve durumunun iyi olup olmadığına dair bir beyanı yoksa fakat nafakayı temin etmemede ısrar ederse hâkim,

⁵⁶³ Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu, mad, 120-122.

derhal onu boşar. Eğer ödeyemediği iddiasında bulunursa ancak bunu ispat edemezse derhal onu boşar. Şayet ispat ederse hâkim, ona en az bir ay, en fazla üç ay mühlet verir. Eğer bu süre zarfında nafakayı ödemezse hâkim ayrılmaya hükmeder.

Madde 128: Eğer koca, yakın bir yerde gâip ise ve açıkta malı varsa malından nafaka ödenmesine hükmedilir. Eğer malı yoksa hâkim onu uyarır ve ona mühlet verir. Eğer karısının kendisi için harcayabileceği nafakayı göndermezse veya nafaka için gelmez ise kadı mühletin bitiminden sonra onları boşar. Eğer kendisine ulaşmanın kolay olmadığı uzak bir yerde gâip ise veya nerede olduğu bilinmiyor ise ve kadının harcama yapabileceği malı olmadığı sabit olursa, hâkim onu uyarmadan ve mühlet vermeden karısını boşar. Bu maddenin hükümleri nafaka ödeyemeyen hapisteler için de geçerlidir.

Madde 129: Hâkimin nafaka ödenmemesi nedeniyle o kişinin karısını boşaması ric'î talâktır. Eğer halvetten⁵⁶⁴ önce ise talâk-ı bâin olur. Eğer ric'î talâk olursa, koca karısı iddet süresi içinde iken karısının birikmiş olan üç aylık nafakasını ödeyebilecek durumu olduğu ve gerçekten ödemeye hazır olduğu sabit olursa bu sürede karısına geri dönme hakkı vardır. Eğer nafaka ödeme durumu ve ödemeye hazır olduğu sabit olmaz ise karısına geri dönmesi doğru olmaz.⁵⁶⁵

2.3.3.9. Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı

Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağında nafakayı temin etmekten kaçınma sebebiyle boşanma hakkı kadına verilmiştir. Fakat mühlet verme konusu hâkimin takdirine bırakılmış olup zengin kadın ile fakir kadını birbirinden ayırmıştır. Durumu iyi olan kadın için bu hak verilmeyerek konu şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 111 fıkra 1: Kadın, kocası kendisine nafaka ödemekten kaçınırsa veya ödemesi imkânsız ise, açıkta malı yoksa ve yoksulluğu sabit olmamışsa boşanma talebinde bulunabilmektedir. Boşanma, hâkimin kocaya belirleyeceği bir süre vermesinden sonra gerçekleşir.

⁵⁶⁴ Yeni evlenen kadın ve kocasının ansızın kimsenin gelemeyeceği ve göremeyeceği kapalı bir alanda başbaşa kalmalarını halvet denir ve bu halvet zifafın hükmünü alır.

⁵⁶⁵ Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 144-147; Alhalalshah, *Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânununun Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnamesi ile Mukayesesi*, 298.

Fıkra 2: Kocanın yoksulluğu iradesinin dışında bir sebepten dolayı ise veya kadın evlilikten önce bunu biliyor ve razı olmuşsa boşanma olmaz.

Fıkra 3: Malî durumu iyi olan kadın, malî durumu kötü olan kocasından boşanamaz.

Madde 117: Nafaka ödememe nedeniyle yapılan boşanma, ric'î talâk kabul edilir.⁵⁶⁶

Değerlendirme:

Nafaka temin etmeme yahut yoksulluk nedeniyle tefrîk maddeleri hakkında şöyle bir değerlendirme yapmayı uygun gördük:

1) Arap Devletleri Birliği Kânun Taslağı dışında diğer Arap ve Arap olmayan ülkelerin ahvâl-i şahsiyye kânunları ayrılması gereken iki durumu birbirinden ayırmamışlardır. Bunlar kocanın ödeyebildiği halde nafaka ödemekten kaçınması ile nafaka ödeyecek durumda değilken bundan kaçınmasıdır. Nafaka ödeyebilecek koca, eğer karısına nafaka ödemezse -eğer boşamayı reddederse- boşamanın yanı sıra tazîri olarak cezalandırılması gerekmektedir. Eğer yoksulluk nedeniyle ödeyemiyorsa bize göre durum, birincisinden farklıdır.

2) Arap Devletleri Birliği Kânun Taslağı hariç diğer kânunlar, zengin kadın ile fakir kadını birbirinden ayırmamıştır. Bize göre bu iki durum birbirinden ayrı tutulması maslahata daha uygundur. Eğer kadın kendisine ve kocasına harcama yapabilecek kadar zengin ise evlilikleri sona erdirilmemelidir. Çünkü tefrîkin dayanağı zararın mevcut olmasıdır. Zengin olup harcama yapmayan kadında ise zarar yoktur. Harcayabileceği malı olmayan ancak devlet memuru olması gibi çalışan kadının durumunun malî yönden iyi olanlardan kabul edilmesi normaldir. Kanaatimizce bu kadın, eğer mümkün ise evlilik hayatının devam etmesi için kocasına harcama yapması yerinde olur. Şayet kadın memur değil yahut çalışmıyorsa kocasına harcama yapması için çalışmasını talep edilmesi makul değildir. Zira bunda zorlama vardır. Ayrıca bazı mezhepler, zengin olsa bile bu kadının tefrîk talep etmesini caiz görmüşlerdir. Şayet zengin kadının kocası, gücü olduğu halde nafaka ödemekten kaçınıyorsa bu durumda yukarıda belirttiğimiz gibi evlilik sona erdirmelidir. Çünkü koca, zalim konumunda olup karısının zengin veya fakir olması durumu kocanın sorumluluğunu değiştirmez. Eğer karısı fakir ise, kocanın durumu iyi

⁵⁶⁶ *Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı*, mad., 111, 117.

değil ve nafaka ödeyecek malı yoksa evlilikleri sona erdirilir. Zira kadın, nafaka olmadan hayatına devam edemez.

3) Sudan Ahvâl-i Şahsiyye kânununa göre, kocanın karısını kuru ekmek gibi yiyeceklerden temin etse dahi hayatta kalabilecek kadar yedirebilmeye ve sıradan kıyafetlerden olsa bile kadının vücudu örtülmesine gücü yettiği takdirde, onların arasında bu sebepten dolayı tefrîke karar verilemeyecektir.⁵⁶⁷ Diğer ülkelerin kânunlarında ise, hâkimin kadının talep etmesi halinde kocanın yoksulluğu sebebiyle tefrîk, yapacağı nafaka miktarını belirlenmemiştir. Bu maddelerin dayanağı olan Mâlikî mezhebindeki bunun, zaruri nafaka kuralında belirtilmiştir.⁵⁶⁸ Hatta yoksulluk nedeniyle tefrîki câiz gören bütün mezhepler, nafakayı durumu iyi olanların nafakası değil, hayatın devamı için gerekli olan zaruri nafaka olarak belirlemişlerdir.⁵⁶⁹

Yargının bu noktada kânun koyucunun bakış açısını ve bunların mezheplerin görüşü gibi mi olduğunu yoksa eşler arasındaki normal nafaka mı olduğunu bilmesi için kânunların bu konuda görüşünü belirlemesi daha faydalı olurdu.

4) Yoksulluk sebebiyle nafaka ödenmemesinde tefrîki caiz gören bütün kânunlar, ayrılmayı ric'î talâk kabul etmişlerdir. Bu, yerinde bir yaklaşım olup kadın iddet halinde iken kocanın malî durumun iyileşmesini ve dolayısıyla karısına geri dönebilmesi için imkân sağlar. Aynı şekilde Ürdün Ahval-i Şahsiyye Kânunu dışındaki kânunlar, kocanın nafakayı temin edip karısına geri döneceği nafaka konusunda, bu nafakanın yoksulluk nafakası mı yoksa normal nafaka mı olduğunu belirlenmemiştir. Bu maddelerin dayanağı olan Mâlikî mezhebi, bunun eşler arasındaki normal nafaka olduğunu ifade ediyor. Eğer kadın yoksulluk nafakasını alırsa koca görevini tam yerine getirmediği geri dönme hakkı düşer ve ric'at batıl olur.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Sudan 1915 tarihli 17 numaralı Kânunu, mad., 8: إذا قدر الزوج على القوت كاملا و لو من خشن المأكول أو خبز بغير إدام و على الكسوة التي توارى جميع البدن و لو من خشن الملبوس فلا تطلق عليه. bkz: es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, 2: 852, 853; Alî Yûsuf, “el-Feshu'l-Kazâ li Ademi'l-İnfâk Dirâsetün Mukâranatün”, 28: 653.

⁵⁶⁸ Alî Yûsuf, “el-Feshu'l-Kazâ li Ademi'l-İnfâk Dirâsetün Mukâranatün”, 28: 653-654.

⁵⁶⁹ Ebû Zehra, *el-Ahvâlî 'ş-Şahsiyye*, 351; es-Sâbûnî, *Şerhu Kânunî 'l-Ahvâlî 'ş-Şahsiyyeti 's-Suriyye*, 2: 84-85;

⁵⁷⁰ es-Sâbûnî, *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, 2: 849-855.

2.3.4. Nafaka Ödenmemesi Nedeniyle Tefrîkin Hukukî Sonucu

Nafakayı temin etmemekten dolayı yargı tarafından gerçekleştirilen tefrîkin hukukî sonucu konusunda İslâm hukukçuları ihtilafa düşmüşlerdir.

Şâfiî ve Hanbelîlerin ictihatlarına göre kocanın karısının nafakası sağlamamaktan dolayı meydana gelen tefrîkin hukukî sonucu fesihdir ve böylece kocanın talâk sayısını eksiltmez.⁵⁷¹ Nafaka temin edilmemesi nedeniyle tefrîki câiz gören bazı Ca'ferî hukukçuları bu sebepten meydana gelen ayrılmanın hukukî sonucunu talâk-i bâin kabul etmişlerdir.⁵⁷²

Mâlikîler nezdinde ise söz konusu tefrîkin hukukî sonucu bir ric'î talâk olarak kabul edilmiştir. Yani kocanın karısı iddet beklemekteyken nafakayı sağlayabilecek kadar malî güce sahip olup bunu kanıtlarsa, tekrar zevcesine rücu edebilmektedir. Aksi halde dönmesi câiz değildir. Zira söz konusu tefrîkin dayanağı kadını uğradığı zarardan kurtarmaktır. Dolayısıyla eğer kocanın nafakayı sağlayabileceği malî imkâna sahip olmadan önce kocaya zevcesine rücü edebilme hakkı verilirse, zevce yine de zarara maruz kalacaktır.⁵⁷³

AFMK'da Mâlikîlerin görüşü benimsenerek nafaka sağlanmamasından dolayı meydana gelen tefrîkin hükmünü bir ric'î talâk olarak belirtilmiştir. Mevzu ile alakalı hüküm şu şekildedir: "Nafaka temin etmemesinden dolayı gerçekleşen tefrîk, ric'î talâk sayılıp koca malî güce sahip olduğunu ve nafakayı temin edebileceğini ispatlarsa iddet içerisinde zevcesine dönebilir."⁵⁷⁴ Bu maddenin hükmünden açıkça anlaşılır ki kocanın ekonomik açıdan karısının nafakasını temin etmedikçe zevcesine dönmesi sahih değildir. Çünkü yargı, zevcenin nafakası sağlanmamasından kaynaklan zarardan dolayı, karı-koca arasında tefrîke karar vermiştir. Binaenaleyh zevcenin mutazarrır olmaması için, kocanın

⁵⁷¹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 5: 177; Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, 7: 490; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 353; İbn Kayyım, *Zâdü'l-Meâd*, 5: 513-515.

⁵⁷² es-Sîstânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 108.

⁵⁷³ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehit*, 3: 122; Zeydan, *el-Mufassal fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 493; Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 490, Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâlî's-Şahsiyye fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, 168; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 353.

⁵⁷⁴ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 193.

nafakayı sağlayabilecek kadar malî güce ulaşmadıkça karısına rücu etmesi/geri dönmesi sahih olmaz.⁵⁷⁵

Görüldüğü üzere AFMK bu konuda Hanefî mezhebine ait olan içtihadı terk edip Mâlikîlerin icthatlarını kânunlaştırmıştır. Zira yukarıda aktardığımız gibi Hanefîlere göre ister koca zengin olup nafakayı sağlamaktan kaçsın ister yoksulluktan temin edemesin, bu sebepten dolayı eşler arasında tefrîke hükmedilemez. Ancak Mâlikî hukukçular nafakayı temin edemeyen kocaya bir ay mühlet verirken AFMK’da bu müddet üç ay ile sınırlandırılmıştır.⁵⁷⁶

2.4. Fıkıhta ve Afgan Hukuk Sisteminde Kocanın Kaybolması Nedeniyle Tefrîk

Kocanın zevcesinden ayrı olmasının tefrîk için makul bir gerekçe teşkil edip etmemesi halinde ortaya çıkan görüş ayrılığının sebebi, mevzu ile alakalı belirli bir nassın mevcut olmayışıdır. Bu vaziyette Sahâbe görüşleri esas alınarak hüküm verilmiştir. Sahâbenin mevzu ile alakalı icması bulunmadığından verilen hükümler de değişiklik göstermiştir. Meseleyi diğer boşanma saiklerine mukayese ederek tetkik eden İslâm hukukçuları kocanın karısından ayrı bulunmasının cinsel ilişkinin terkini icap ettiğini ifade etmişlerdir. Ancak bunun boşanma sebebi için geçerli bir neden olup olmayışında ihtilafa düşmüşlerdir. Cinsel ilişkinin devamı kazâen (yargısal olarak) kocanın olduğu gibi zevcenin de hakkı bulunduğu görüşünü müdafaa edenler, bu hakkın tanınmaması halinde zevcenin zarara maruz kalabileceği nedeniyle tefrîki caiz görürken bunun aksine kadının hakkının bulunmadığını savunanlar ise, kocanın eşinden uzak durmasının yanında başka bir sebep olmaksızın boşanamayacağını görüşünü zikretmişlerdir.⁵⁷⁷

2.4.1. Koca ile İlgili Mefkûdluk ve Gâiplik Kavramları

Mefkûd sözcüğü sözlükte: “Var olmayan, kaybedilmiş, yitirilmiş” manasında kullanılmaktadır. Istilahta ise, kaybolmuş ve yaşayıp yaşamadığı hakkında bilgi sahibi olunmayan şahsa denir.⁵⁷⁸ Bazı fıkıh kitaplarında bu tarife ilave edilen “mekânı bilinmeyen” tarzındaki ögenin mefkûdu teşhis etmede farklı bir ölçüt bulunmadığı ve

⁵⁷⁵ Fâyiz, *Tavzîhî ber Kânun-ı Medenî*, 1: 216; Adâlethâ, *Hukuk-ı Fâmil*, 247; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 359.

⁵⁷⁶ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 192.

⁵⁷⁷ *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, 29: 62-63.

⁵⁷⁸ İbn Manzûr, “fkd”, , *Lisânü'l-Arab*, 3: 337-338; Erdoğan, “mefkûd”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 355; el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, 6: 196; Zeydan, *el-Mufassal fi Ahkâmi'l-Mer'e*, 8: 442.

bununla “hayatta olup olmadığı bilinmeyen” şeklinde ifade edildiği görülmektedir.⁵⁷⁹ Dolayısıyla İslâm aile hukukunda gâip olup kendisine ulaşamayan, yaşayıp yaşamadığı ve nerede olduğu hakkında bir malumata sahip olunmayan şahsa mefkûd ismi verilmiştir.⁵⁸⁰

Gâip kelimesi sözlükte: “Gözden uzak olan, görünmeyen,” manasını içerir ve bazı durumlarda mefkûdla aynı manada istimal edilmektedir. Fıkıhta ıstılahî olarak: “Hayatta olduğu bilinmekle beraber evini terk ederek giden ve evine dönmeyen kimseye” denmektedir.⁵⁸¹ İslâm aile hukukunda gâip kavramı; evini bırakıp da giden, yaşadığı halde evine geri dönmeyen koca, gâip olarak tarif edilmiştir.⁵⁸²

Afganistan Medenî Kânunu’nda gâip ve mefkûd kavramları ile ilgili net bir tarif bulunmamaktadır.

İslâm fikhında gâiplik ile alakalı konular mefkûd konusuyla beraber ele alınmışlardır. Hali hazırdaki hukukta ise, gâip olmak yargı yoluyla ayrılmanın özel nedenlerinden addedilen “terk” durumu ile benzerlik göstermektedir.⁵⁸³

2.4.2. Mefkûdluk Nedeni ile Tefrîk Konusunda Fikhî Mezheplerin Görüşleri

Mefkûd olan erkeğin ne zaman ölümüne hükmedileceği ve kadının ölüm iddeti beklemesi konusunda fikhî mezhepleri içerisinde farklı görüşler vardır:

Hanefî fıkıhçıları, mefkûd olan kişinin öldüğüne hüküm verilebileceği süre hususunda hemfikir olamamışlardır. 70, 90, 120 sene yahut akranlarının ölüm süresinin dikkate alınması gerektiği şeklinde çok farklı fikirlerin zuhur etmesi de bu görüş ayrılığının bir neticesidir. Mezhebin kendi içinde râcih olan fikir, ölümü hakkında kesin bilgi olunmayan kişinin akranlarının ölmesi durumunda bu mefkûd kişinin de öldüğüne

⁵⁷⁹ İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râyik Şerhu Kanzi’d-Dekâik*, 5: 176; Beşir Gözübenli, “Mefkûd”, DİA (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28: 353.

⁵⁸⁰ el-Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi*, 6: 196 vd.; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8: 130, 131; el-Konevî, *Enîsü’l-Fukahâ fi Tarifatı’l-Elfâzi’l-Mütadavele beyne’l-Fukaha*, 68; Karaman, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, 1: 315.

⁵⁸¹ İbn Manzûr, “gyb” *Lisânü’l-Arab*, 1: 654-655; Erdoğan, “gâib”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 151; Gözübenli, “Mefkûd”, 28: 353; Zeydan, *el-Mufasssal fi Ahkâmi’l-Mer’e*, 8: 460.

⁵⁸² Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 427, 428; Karaman, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, 1: 315.

⁵⁸³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 8: 130; Merğînânî, *el-Hidâye*, 2: 423; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 273; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 427-428;

hükmedilebileceği görüşüdür. Bu şahsın vefatına karar verildikten sonra zevce ölüm iddetini saymaya başlar ve iddet bittikten sonra başka bir kişi ile evlenebilmektedir.⁵⁸⁴

Mâlikî fıkıhçıların içtihadına göre, kocası mefkûd olan zevcenin yargıya müracaat vaktinden itibaren dört sene kadar beklemesi icap eder. Bu zamanın sonuna kadar koca gelmezse, zevce yargıya başvurarak ayrılmayı isteyebilir. Kocanın hükmen vefatına karar verildikten sonra, zevcesi ölüm iddetini bekler ve iddet süresi biter bitmez bir diğer kişiyle evlenebilmektedir.⁵⁸⁵

Şafiî fıkıhçıları nezdinde mefkûdun öldüğüne karar verebilmek için mefkûdun yaşayıp yaşamadığına dair kesinleştirilmiş bir bilgi bulunması yahut emsali olan kişilerin yaşayabilecekleri en fazla zamanın geçmesi lazımdır. Bu mevzu yargıcın kararına bırakılır. Ancak İmam Şafii'nin eski bir görüşüne göre mefkûdun üzerinden 4 sene geçtikten sonra hâkim tefrîkine hükmedebilir.⁵⁸⁶

Hanbelî fıkıhçıları zevcesinden uzakta kalan ve kendisine ulaşamayan şahsın durumun iki aşamada ele almışlardır:

Birincisi: Onlara göre bir şahıs ticaret, ilim elde etme yahut seyahat gibi hayatta kalma ihtimali yüksek olan şartlarda mefkûd olan kişi vefat bilgisi ulaşmadığı takdirde yahut üzerinden 90 sene (mezhepte başka bir görüşe göre kocası mefkûd olan zevce, akranlarının yaşayacağı kadar beklenir) geçmeden vefatına karar verilemez. Bu mevzuda takdir etme hakkı yargıcın elindedir.

İkinci aşama: Harp yahut geminin suda batması gibi mefkûdun vefat etme ihtimali yüksek olan durumlarda ise 4 sene kadar beklenilmesi icap eder ve 4 yıl tamamlandıktan sonra zevce ayrılma isteğinde bulunma hakkını elde eder.⁵⁸⁷

İbn Teymiyye'ye göre mefkûd kişinin karısının dört yıl beklemesi gerekiyor ve bu süre bittikten sonra ölüm iddeti sayar. İddet süresi biter bitmez başka bir erkekle evlenebilir. Evlendikten sonra şeklen ve manen bu yeni evlendiği kocasının zevcesi olur. Sahih olan

⁵⁸⁴ Merginânî, *el-Hidâye*, 2: 424; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râyik*, 5: 178; İbn Abidîn, *Reddî'l-Muhtar*, 4: 296, 297; Serahsî, *el-Mebsût*, 11: 36; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 273; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 427-428.

⁵⁸⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 75, 76; ed-Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî*, 2: 483; Serahsî, *el-Mebsût*, 11: 35, 36.

⁵⁸⁶ Şafiî, *el-Ümm*, 5: 255, 256; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 5: 97, 98; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 8: 130, 131; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 273.

⁵⁸⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 8: 130-133; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 315-316.

görüŖe göre bu konuda hâkimin hükmüne gerek yoktur, kadın iddet bittikten sonra başka bir erkekle evlenebilir. İbn Teymiyye, Hz. Ömer'in de aynı görüşte olduğunu nakletmiştir.⁵⁸⁸

Bir kısım âlimler müddetin belirlenmesini devleti temsilen yargının inisiyatifine bırakmışlardır.⁵⁸⁹

İmam-ı Azam Ebû Hanife ve İmam Şafî'nin içtihatlarına göre, kocanın ölümüne karar verilebilmesi için, zevcenin 70-120 sene yahut ondan fazla beklemesi de icap edebilir. Bu durum ise, zevce ve toplum bakımından sıkıntılara yol açabilmektedir. Bu sebeple çağdaş İslâm fıkıhçıları, İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbel'in içtihadının, zevcenin iffetinin muhafaza etmesi, maddi ve manevî olarak ihtiyaçlarının temin edebilmesi açısından tercih edilmeye daha layık olduğunu zikretmektedirler.⁵⁹⁰

Mefkûd olan kişinin kayıp olduğundan itibaren 70, 90 veya 120 sene geçtikten sonra yahut râcih olan kavle göre, emsallerinin tümü öldükten sonra vefatına karar verilebileceğini ve kocasının kaybolması sebebiyle zevcenin yargıçtan boşanma isteyemeyeceği kanaatinde olan Hanefî ve Şafî hukukçuların bu konudaki fikirlerinin zevce aleyhine tahammülü güç bir durum oluşturacağı anlayışından hareketle, bu konuda öncülük yapan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi kocanın, zevcesinin alabilecek nafakasını bırakması durumunda, yargıç, koca hakkında gerekli olan tahkikatı yapıp kocanın mefkûd olduğu bilirse, zevcenin yargıya müracaat ettiği tarihten itibaren 4 sene beklenmesi gerekir. Bu müddetin bitmesiyle zevcenin isteği üzere yargıç tefrîke karar vermektedir.⁵⁹¹ HAK'nın 127. maddesinde mevzu Ŗu şekilde izah edilmiştir:

“Nafaka cinsinden mal terk ettiği halde tagayyüb eden bir kimsenin zevcesi hâkime bi'l-müracaa tefrîkisini talep etse hâkim o kimse hakkında icra-yı tahkikât eder. Nerede olduğuna ve hayat ve mematına dâir haber alınmasından ye's hâsıl olur ise ye's tarihinden itibaren dört sene te'cil eyler. İşbu müddet zarfında haber alınmadığı ve zevce talebinde musırr bulunduğu halde terefeyni tefrîk eder. Eğer zevc muharebede gaybûbet etmiş ise

⁵⁸⁸ İbn Teymiyye, *el-İhtiyârâtü'l-Fikhîyye*, 281; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 75, 76; Zeydân, *el-Mufassal fi Ahkâmı'l-Mer'e*, 8: 452.

⁵⁸⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 11: 36; İbn Abidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 4: 297; Sayyid Sâbık, *Fikhü's-Sünne*, 3. Baskı (Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-Arabî, 1977), 3: 652; Koçak, v.dğr., *İslâm Hukuku*, 276.

⁵⁹⁰ Sâbık, *Fikhü's-Sünne*, 3: 652-653; Sıbâî, *el-Mer'e*, 111;

⁵⁹¹ Koçak v.dğr., *İslâm Hukuku*, 276.

hâkim tarefeyn-i muharibeynin ve üsera'nın yerlerine avdetinden itibaren bir sene mürûr eyledikten sonra tefrîke hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet-i vefat bekler.”⁵⁹²

Görüldüğü gibi söz konusu kararnamede bu mevzuda genel itibarıyla Mâlikî mezhebinin içtihadına ait olan görüş tercih edilip, böyle vaziyetlerde zevceye yargıya başvurma kaydıyla tefrîk talep etme hakkı verilmiştir.⁵⁹³

1917 HAK'nın kânunlaştırdığı gibi maslahata uygun olan zevceyi, uğradığı zulümden kurtarmak, haklarını muhafaza etmek, hem bireysel hem de toplumsal maslahatları korumak bakımından tatbiki uygun Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine ait olan içtihat olduğu görülmektedir.

AFMK'nın 326-327. maddelerinde mefkûd ile ilgili genel itibarıyla Hanbelî hukukçuların içtihadı tercih edilmiştir. Yani mefkûdun ölümü kuvvetli bir ihtimal ise dört yıl beklenmelidir. Mefkûd hakkında düzenlemeler şu şekildedir:

Madde 326 fıkra 1: Bir kişi dört yıldan fazla kaybolursa ve zannı galiple hayatta olmadığı öngörülürse, böyle bir kişi yetkili mahkeme kararıyla ölü sayılır. Mefkûdun ölü sayılabileceği, zaman tespiti açısından diğer durumlar mahkeme takdirine bırakılmıştır. Fıkra 2: Mahkeme, mefkûdun hayatta olup olmadığını tespit etmek için mümkün olan her türlü araçları kullanmaktadır.

Madde 327: Bir kişinin bu kânunun 326'ıncı maddesindeki hükümlere göre vefatına hükmedildiği zamanda karısı ölüm iddetini beklemek zorundadır ve geride bıraktığı mallar (tereke), mirası hak eden mirasçılara dağıtılmaktadır.⁵⁹⁴

Yaklaşık 40 yıldır soğuk ve sıcak iç ve dış savaşın hüküm sürdüğü Afganistan gibi bir devlette mefkûdlük sorunu gözden kaçırılmamalıdır. Son yıllarda birçok kişi kaybolup ölüm ve yaşamları hakkında henüz hiçbir bilgi bulunmamaktadır. Neticede bu mesele yine de zevcelerin mağdur edilmesine, töre, örf ve geleneklerin zulmüne maruz kalmasına neden oluyor. Bu nedenle Afganistan yasama organı, kadınların haklarını korumak için zann-ı galiple hayatta kalmadığı kişilerin vefatına karar verme konusunda Hanbelîlerin

⁵⁹² Çeker, *Aile Hukuku Kararnamesi*, 45.

⁵⁹³ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 202, 203.

⁵⁹⁴ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 326-327; Fâyiz, *Tavzîhü ber Kânun-ı Medenî*, 1: 268.

içtihadını tercih etmiştir. Mefkûd olan kişinin vefatına hükmedilebileceği zaman tespiti açısından diğer durumlar ise yargı takdirine havale edilmiştir.

1929 tarihli Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu'nun 21. maddesinde de mefkûd konusunda aynı AFMK'daki hükümler içerip Hanbelî hukukçuların içtihadı benimsenmiştir.⁵⁹⁵

Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu'nda düzenlemeler İmâm Mâlik'in görüşüne dayanarak şöyle izah edilmiştir:

Madde 131: Mefkûd kişinin karısı, yargıca başvurur ve mefkûd kocası ona nafaka cinsinden mal bırakmışsa ve zevce, kocasının uzak olmasından dolayı zarar görmesi nedeniyle tefrîk talep ederse hâkim araştırma yaptıktan sonra adamın hayatta olup olmadığından ümidini kesmişse davayı kayboluştan itibaren dört sene erteler. Eğer mefkûd kocadan haber alamamış ise ve kadın da talebinde ısrarcı ise hâkim, güvenlik durumunda ve felaketlerin olmadığı halde evliliği sona erdirir. Savaş, hava saldırısı, deprem vb. gibi zann-ı galip ile gâip kişinin öldüğü düşünülüyorsa hâkim, arama ve araştırmadan ve kayboluşundan en az bir sene geçtikten sonra evliliği sona erdirir.⁵⁹⁶

2.4.3. Kocanın Kaybolması Nedeniyle Tefrîk Konusunda Fıkhî Mezheplerin

Görüşleri

Kocanın evini terk edip kaybolması nedeniyle zevcenin, hem iktisadî hem de diğer yönlerden mutazarrır olabileceğinden dolayı yargı yoluyla ayrılma hakkına sahip olup olmaması konusundaki fıkhî mezheplerin içtihatlarını aktarmaya çalışacağız:

2.4.3.1. Hanefîler Nezdinde Gâiplik Nedeniyle Tefrîk

Hanefîlere göre, kocanın kaybolması halinde, gâiplik zamanı çok uzun olsa bile yargıcın bu sebepten dolayı tefrîke karar vermesi câiz değildir. Kocanın kaybolması makul bir sebebe dayansın veya dayanmasın, onun mekânı malûm olsun olmasın hüküm budur. Zira bu durumlar, evlilik akdinin ortadan kaldırılmasına geçerli bir sebep teşkil etmezler.⁵⁹⁷

Hanefî hukukçuları nezdinde, cinsel birleşme, yargısal hukuk açısından bir kereden fazla zevcenin hakkı olmayışından dolayı, cimanın terki halinde de tefrîk için yargıya müracaat

⁵⁹⁵ Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, 3: 653.

⁵⁹⁶ Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 303; Alhalalshah, Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânununun Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnamesi ile Mukayesesi, 298.

⁵⁹⁷ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râyik*, 5: 176-178; Serahsî, *el-Mebsût*, 11: 34-36; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 508; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 302.

edilemez.⁵⁹⁸ Ancak şeran ve vicdanen evlilik sözleşmesinden doğan karşılıklı bir sorumluluk olarak tarafların bu konudaki ihtiyaçları (cima) doğal hakkıdır ve bu engellenemez. Yine de kocadan bilgi edinilmemesi, onun vefat ettiği kuşkusunu içinde taşırsa dahi, kesin bir şekilde sabit olan evlilik akdi kuşku ile ortadan kaldırılamaz.⁵⁹⁹ Bir kadın, bir erkekle evli iken aynı anda başka bir kişiye şeran helal olamaz.⁶⁰⁰ Hanefî hukukçuları, yaşadığı mekânı belli olan gâip kocaya, yargıç tarafından gâibin zevcesinin nafakası temin edilmesi için emirde bulunması gerektiğini ifade etmişlerdir. Ayrıca hapse mahkûm olan veya esir olan kocanın zevcesi için de yargıcın tefrîke karar veremeyeceği fikrindedirler.⁶⁰¹

2.4.3.2. Mâlikîler Nezdinde Gâiplik Nedeniyle Tefrîk

Malikî hukukçularına göre, yukarıda aktardığımız gibi mefkûd kocanın vaziyeti yargıya taşınmasından itibaren zevcesinin dört sene beklemesi gerekmektedir ve bu müddet geçtikten sonra yargı, mefkûd kocanın vefatına karar verir ve zevcenin da vefat iddeti olan 4 ay on gün beklemesi lazımdır.⁶⁰²

Kocanın evi terk edip kaybolması konusunun hükmüne gelince Mâlikîler, Hanefîlere karşı kocanın uzun bir müddet evini terk eder ve kaybolursa ve zevcesi da onun gâipliğinden dolayı zarar görmesi şartıyla, koca tarafından bu müddet içerisinde zevcesi için yeteri kadar nafaka bırakılmış olsa bile, zevcenin yargıya başvurarak tefrîk talebinde bulunma hakkı vardır. Bu görüşün dayandığı şu hadis-i şeriftir: “لا ضرر ولا ضرار في الإسلام” “İslâm’da zarar ve zarara karşılık zarar verme yoktur.”⁶⁰³ Mâlikîler nezdinde, gâip olan kocanın ister ilim ve ticaret gibi makûl-meşru bir mazereti olsun ister olmasın hüküm aynıdır. Bu mezhebin mutemet ve geçerli olan görüşüne göre, zevcenin tefrîk talep edebilmesi için kocanın gâipliğinden en az bir yıl veya bundan fazla bir müddet geçmesi icap eder. Yargıç, kocanın yerinin belli olmamasından dolayı zevcenin talebi üzere derhal ayrılmaya karar vermektedir. Ancak kocanın yeri malumsa, yargıç onunun zevcesini yanına gelmesini veya boşaması yahut onu yanına alması için uyarıda bulunur. Koca

⁵⁹⁸ el-Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi*, 2: 325; İbn Abidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, 3: 202, 203; *Zeylaî, et-Tebyinü’l-Hakâik Şerhu Kenzi’d-Dekâik*, 3: 23; *el-Mevsûatü’l-Fikhiyye*, 29: 62.

⁵⁹⁹ Ali Haydar, *Dürrü’l-Hükkâm*, 1: 22, 23 (mad. 4); Merğînânî, *el-Hidâye*, 2: 424.

⁶⁰⁰ Merğînânî, *el-Hidâye*, 2: 423-425; Şeybânî, *el-Hüccce*, 4: 49-60; Serahsî, *el-Mebsût*, 11: 34-44.

⁶⁰¹ Züheyli, *el-Fikhü’l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 508.

⁶⁰² İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müçtehid*, 3: 75-76; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 302.

⁶⁰³ Serahsî, *el-Mebsût*, 11: 35, 36; Zühaylî, *el-Fikhü’l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 508; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 428.

bunları yerine getirmediğçe yargı tarafından karı-koca arasında tefrîke karar verilir ve bu ayrılma talâk-ı bâin sayılır.⁶⁰⁴ Dolayısıyla Mâlikîler nezdinde kocanın kaybolmasından dolayı, aşağıdaki şartlar tahakkuk etmiş olması durumunda zevceye tefrîk talep etme hakkı verilecektir:

- 1- Gâipliğin süresi bir yıl yahut daha fazla olması,
- 2- Kadının zinaya düşmekten korkması,
- 3- Mahkemece gâip olan kocaya zevcesini yanına almak yahut zevcesinin yanına geri dönmesi ya da onu talâk vermesi konusunda bir mektûp yazılması ve uygun bir süre ona mühlet verilmesi gerekmektedir.⁶⁰⁵

2.4.3.3. Şafîîler Nezdinde Gâiplik Nedeniyle Tefrîk

Şafîî hukukçuları, kocanın kaybolması konusunda, Hanefilerle aynı görüştedirler. Şöyle ki kocanın ayrılığı veya uzakta olduğu ne kadar uzun olursa olsun, yaşadığı malum olduğu süresince yargıç, tefrîke karar veremez. Zira bu konu da hiçbir nass (şer'î delil) bulunmamaktadır. Gâip kocanın yeri belli ise, İslâm yargıcı, o bölgedeki yargıca yazı yazarak zevcesinin nafakasını ödemesi için kocaya uyarır. Hayatta olduğu ile ilgili bir bilgi mevcut değilse, akranlarının tümü vefat edinceye kadar mefkûd olan kocanın da hayatta olduğu sayılmaktadır.⁶⁰⁶

2.4.3.4. Hanbelîler Nezdinde Gâiplik Nedeniyle Tefrîk

Hanbelî hukukçuları, kocanın yaşadığı ve nerede olduğu malum olduğu takdirde zevcenin talebiyle yargının onları boşayabileceği fikrini taşımakla beraber bu tefrîk hususunda bazı durumların tahakkuk edilmesini şart koymuşlardır. Onların indinde kocanın uzakta bulunması sebebiyle yargı aracılığıyla ayrılma şu koşullar ile gerçekleşebilir:

- a. Gâipliğin asgari süresi altı aya kadar olması belirlenmiştir. Bu asgari süreden daha az olan gâiplikler yargı yoluyla boşanma için geçerli bir sebep teşkil edilemez.⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ ed-Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî ala 'ş-Şerhi'l-Kebîr*, 2: 431; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, 366-367; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 62-64; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, 7: 508-510; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müçtehid*, 3: 75, 76; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 428.

⁶⁰⁵ ed-Desûkî, *Haşiyetü'd-Desûkî ala 'ş-Şerhi'l-Kebîr*, 2: 431; Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, 2: 291, 292; Zeydan, *el-Mufassal fi Ahkâmü'l-Mer'e*, 8: 463.

⁶⁰⁶ Şafîî, *el-Ümm*, 5: 255-257; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâç*, 5: 97, 98.

⁶⁰⁷ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 509; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 63, 64.

b. Zevce kocanın kaybolmasından dolayı zarara uğramaktan korku içerisinde olması gerekmektedir. Söz konusu zarardan maksadın ne olduğu açık bir şekilde beyan edilmemişse dahi Mâlikî hukukçuların ifade ettiği gibi, zina fiiline düşme korkusunun amaçlandığı anlaşılmaktadır.⁶⁰⁸

c. Gâipliğin makul ve meşru bir nedene istinat edilmesi gerekir. Koca, hac ibadeti, ilim öğrenme, ticaret yapma ve benzeri bir sebeple uzakta bulunuyor ise yargı yolu ile boşanmaya hükmedilmemekle beraber böyle bir durumda tefrîk caiz değildir.

d. Yargıç, yukarıda sayılan şartlar tahakkuk ederse kaybolan kocaya, zevcesine geri dönmesini veya onu kendi yanına getirmesini yahut onu talâk etmesini yazılı olarak ikazda bulunması gerekmektedir. Şayet koca söz konusu şartlardan hiçbirini yerine getirmezse, yargıç zevcenin isteği üzerine tefrîke karar verir.⁶⁰⁹

Hanbelîler nezdinde kocanın hapse mahkûm edilmesi sebebiyle karı-koca arasında tefrîke hükmetmek câiz değildir. Zira onlara göre hapis makul bir özür sayılmaktadır. Kocanın evi terk edip kaybolmasından dolayı gerçekleşen tefrîkin hukukî sonucu Hanbelîlerce fesih olarak kabul edilmiştir.⁶¹⁰

2.4.3.5. Ca'ferîler Nezdinde Gâiplik Nedeniyle Tefrîk

Ca'ferî hukukçuların meşhur kavline göre, kaybolmuş kocanın yaşayıp yaşamadığı malum ise şöyle değerlendirilir: Şayet gâip olan koca zevcesinin nafakasını ödeyecek mülkü bulunuyor yahut gâip kocanın karısını geçindirecek velisi yahut zevcenin nafakasını karşılayacak bir başkası çıkarsa, gâip kişinin vefat ya da karısını boşama bilgisi ulaşınca kadar, zevcenin kocasını beklemesi gerekmektedir ve kesinlikle bir başkasıyla evliliğe giden ilişkiler kuramaz. Zevcenin bu vaziyette sabırlı bir şekilde bekleyişte bulunması ona vaciptir.⁶¹¹

Mevzu ile alakalı mezhepteki diğer bir içtihat ise, şayet mefkûd kocanın malı ve mülkü yok ve zevcenin nafakasını yüklenecek bir başka kişi de bulunmazsa, zevcenin beklemeyi

⁶⁰⁸ *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 64.

⁶⁰⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 304, 305; Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, 2: 291-292; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 64; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 509.

⁶¹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7: 304, 305; 8: 130-132; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 64; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 510.

⁶¹¹ *el-Muğniye*, *el-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa*, 437-439; es-Sîstânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 179-187; el-Âmilî, *er-Revdâtü'l-Behiyye*, 3: 376-378; el-Hillî, *el-Muhtasarü'n-Nafî*, 313.

seçmesi ya da seçmemesi kendisinin vereceği bir karardır. Zevce bu halde beklemeyi kabul etmez ise konuyu yargıya taşıyarak tefrîk isteyebilir. Yargı, zevcenin tefrîk isteğinde bulunmasından sonra dört seneye kadar zevcenin bekleyiş içinde olmasına karar verir ve bu zaman içinde gâip kişinin mekânı tespit edilmesi için ilanda bulunacak ve tahkikat başlatacaktır. Beklenen müddet içerisinde koca geri dönmez yahut kendisiyle alakalı bir bilgiye ulaşamaz ise, yargıç gâip kocanın velisi yahut vekiline zevcesini talâk etmesi emrinde bulunur ve mezkûr şahıslar, zevceyi kocasından ayırırlar. Şayet kaybolan kişinin velisi yahut vekili bulunmaz veya bulunsa dahi talâk etmeyi kabul etmezse, yargıç şeriatın ona tanıdığı salahiyyete istinaden zevcenin boşanmasına karar verir. Ayrılma meydana geldikten sonra hanım 4 ay on gün iddet beklemesi halinde başka bir kişiyle evlenebilir. Dört ay on gün beklenildiğinden dolayı koca bundan sonra hükmi olarak ölü sayılır ve zevce ölüm iddeti beklemektedir.⁶¹²

İslâm hukukçuların bu husustaki fikhî içtihatlarında bu görüş farklılıkları buldukları bölge ve yaşadıkları hadiselerden ve bu konuyla ilgili bazı rivayetlerden ortaya çıkmış olabilir. Bu mevzunun mecellenin 39. maddesinden “zamanın değişmesiyle hükümlerin (içtihat, örf ve âdete bağlı olan hükümlerin) değişmesi inkâr olunamaz”⁶¹³ kuralından hareketle hal-i hazırdaki koşullara bakarak incelenmesinde ve hükmün yeniden gözden geçirilmesi yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Ulaşım teknolojisinin ilerlediği, iletişimin kolay hale geldiği asrımızda, hakkında malumat bulunamayan, yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen insan sayısı çok azdır. Seyrek görülen bir durum da olsa mevzu ile alakalı hüküm çıkarmak fikhın ve hukukun görevidir.

Bu değerlendirmeyi yaparken şunu da ifade edebiliriz: Kaybolan kocanın zevcesinin uğradığı zarar cinsel ilişkinin terki ve nafakanın sağlanamaması denkleminde göz önünde bulundurmakla kalmaz zevcenin halinden haberi olmaması sebebiyle ruhsal olarak problemlerle karşı karşıya kalan zevceyi hayatta olup olmadığı bile bilinmeyen bir kişinin nikâhında kalmaya zorlamak zevcenin uğradığı zararı ziyadeleştirmektedir. Evlilik akdinin muhabbet ve şefkat göstermeye dayandığı kesindir. Bu halde zevce, yaşadığı bilinmeyen bir şahısla duygusal irtibatını tek başına devam ettirmek mecburiyetinde

⁶¹² el-Mustafavî, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye (et-Telâk)*, 113, 114; es-Sîstânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 108-109, 179-187; el-Muğniye, *el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa*, 437-439, 452-453; el-Âmilî, *er-Ravdatü'l-Behiyye*, 3: 376-378.

⁶¹³ Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 1: 47, 48.

kalacaktır ki bu da pek isabetli bir anlayış değildir. Mefkûd kişinin nikâhında bulunan zevce evli kalmak ile bekâr olmak arasında kalacak, daima bekleyiş içerisinde olup, evlat sahibi ise onları kendi kendine büyütme mecburiyetinde olacaktır. Yaşayıp yaşamadığı bile belli olmayan kocanın hakkını savunmak namına zevceye bu kadar eza ve cefaya maruz bırakılması kolayca kabul edilemez. Zararın ruhi ve toplumsal yönü, teknoloji sayesinde ulaşım ve iletişim araçlarının revaçta olması ve farklılaşan koşullar da dikkate alındığında meselenin yeniden incelenerek günümüz sosyal şartlarına uygun olacak şekilde yorumlanması yerinde olur.⁶¹⁴

2.4.4. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler

2.4.4.1. Hukuk-ı Aile Kararnamesi

HAK'da kocanın kaybolması konusu, gâiplik durumu nafaka hakkının temin edilmesini imkânsız kıldığı takdirde tefriğe cevâz verilmiş, ayrılıktan zevcenin mutazarrır olması dikkate alınmamıştır.

Söz konusu kararnamenin 126. maddesinin hükmü gereğince, kocanın kaybolması yahut yakın bir yere gidip evini terk etmesi durumunda, karının nafakasının tahsili imkânsız olmasından dolayı yani nafaka için bir şey bırakmaması sebebiyle yargıya müracaat ederek tefriki talep ederse, yargıç gerekli araştırmaları yaptıktan sonra eşler arasında tefriğe karar vermektedir.⁶¹⁵ Dolayısıyla kocanın kaybolması durumu, zevcenin nafaka hakkının elde edilmesini imkânsız kıldığından dolayı, zevceye ayrılmak için yargıya başvurma hakkı tanınmıştır. Yani kararnamede zevcenin bu sebepten dolayı göreceği manevi zarar göz önüne alınmamıştır.⁶¹⁶

Bu kararnamede kocanın hapse çarptırılması ile ilgili hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Fakat savaşta kaybolan kocanın karısının tefrik için yargıya müracaat etmesi durumunda ise esirlerin ülkelerine avdetinden itibaren en az bir yıl geçtikten sonra, hâkimin bu vaziyette olan kişilerin ayrılmasına karar verebileceği câiz görülmüştür.⁶¹⁷

Kocanın gâipliği nedeniyle zikri geçen maddelerin hükmünce tefriğine karar verilen kadın, diğer bir kişi ile evlendikten sonra, söz konusu kararnamenin 128. maddesi

⁶¹⁴ Bilgiç, İslâm Hukukunda Yargı Yoluyla Boşanma, 85-86.

⁶¹⁵ Çeker, *Aile Hukuku Kararnamesi*, 45; Koçak v.dğr., *İslâm Hukuku*, 485.

⁶¹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 316.

⁶¹⁷ Çeker, *Aile Hukuku Kararnamesi*, 45; Koçak, *İslâm Hukuku*, 485.

hükmünce, ilk kocasının ortaya çıkması ikinci evlilik akdinin infisâhını gerektirmez. Ancak ölümüne karar verilen kocanın karısı ikinci bir kişi ile evlendikten sonra, ilk kocasının hayatta olduğu tespit edilirse kararnamenin 129. maddesi gereğince ikinci evlilik münfesih olur. Yani kendiliğinden ortadan kalkar.⁶¹⁸ Çünkü söz konusu nikâh akdi zahiren sahih görünürse bile bâtinen batıldır. Zira bir erkeğin nikâhı altında olan bir kadının başka bir kişi ile evlenmesi câiz değildir.⁶¹⁹

2.4.4.2. Afganistan Medenî Kânunu

Afgan hukuk sisteminde yargı yolu ile boşanmaya geçerli sebep teşkil eden ve zevceye yargıya müracaat suretiyle boşanma hakkı kazandıran bir diğer etken kocanın evi terk ederek gâipliğidir. AFMK'nın 194-195, 197. maddelerinde koca, kabul edilebilir bir özrü olmadan üç yıl yahut bundan fazla bir süre evini terk ederek kaybolup karısı da onun gâipliği sebebi ile mutazarrır olursa, zevce tefrîk için yargıda dava açabilmektedir. Koca servet sahibi olup karısı söz konusu maldan nafakasını temin edebilse bile, yine de zevcenin tefrîk talep etme hakkı sabittir. Zevce bu sebepten dolayı yargıda dava açtığında yargı davayı inceleyip resmi işlemi başlatır. İlk önce gâip olan kocaya resmi olarak bildirip evine geri dönmesi yahut karısını yanına götürmesi için bir süre verir. Eğer tayin edilen müddet zarfında yargının emrine verdiği şeylerden makul bir özrü olmaksızın hiçbirini yerine getirmez ve gâipliğine devam eder veya ona resmi olarak ulaşmak mümkün olmazsa, yargı karı-koca arasında tefrîke hükmetmektedir. Bu sebepten meydana gelen ayrılmanın hukukî sonucu bir ric'i talâk olarak nitelenmiştir.⁶²⁰ Müşahede edildiği üzere kânunda kocanın gâipliğinin geçerli bir sebep olarak sayılabileceği için makul bir mazerete dayanmaması gerekmektedir. Aksi takdirde kocanın gâipliği ne kadar uzun bir müddet devam ederse etsin ayrılmaya neden olamaz. Kânun söz konusu mazeretlerin neler olduğu konusundan hiç bahsetmeyip onu tamamen yargıcın takdirine bırakmıştır.⁶²¹ Ancak kânunu açıklayanlar, ilim tahsili, tedâvi, cihat, ticaret yapma, hac ibadeti ve aile bireylerinin nafakasını sağlamak gibi durumları makul

⁶¹⁸ Koçak vd., *İslâm Hukuku*, 485; Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 202, 203.

⁶¹⁹ Detaylı bilgi için bkz: Zeydan, *el-Mufassal fi Ahkâmı'l-Mer'e*, 8: 457-459.

⁶²⁰ Fâyiz, *Tavzihü ber Kânun-ı Medenî*, 216-218; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 360, 361.

⁶²¹ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 194.

özür olarak zikretmişlerdir.⁶²² Kocanın kaybolmasının zevceye tefrîk hakkı kazandırabilmesi için, aşağıdaki şartların tahakkuk etmesi gerekmektedir:

- 1- Gâipliğin asgari müddeti üç yıl ya da bundan fazla olması;
- 2- Meşru ve makul bir mazereti olmaksızın evini terk edip kaybolması;
- 3- Zevcenin bu sebepten dolayı manevi olarak mutazarrır olması;
- 4- Yargı tarafından resmi bir şekilde kocaya bildirilmesi ve ona mühlet verilmesi şarttır.⁶²³

Konu daha iyi bir şekilde anlaşılabilmesi için kânundaki maddeleri zikretmeyi uygun gördük:

Madde 194: Koca makul bir mazereti olmaksızın üç yıl veya daha uzun bir süre kaybolunca, karısı onun kaybolduğundan dolayı zarar görürse mahkemeye başvurup tefrîk talebinde bulunabilir. Koca mal sahibi olup ve kadın o maldan nafakasını temin edebilse bile durum böyledir.

Madde 195 fıkra 1: Koca kaybolduğunda mahkeme, zevceden tefrîk talebini duyduktan sonra, meseleyi kaybolan kocaya yazılı olarak bildirir ve kocanın evine dönmesi yahut karısını ikamet ettiği yere götürmesi için ona bir müddet tayin eder.

Fıkra 2: Eğer gâip olan koca, mahkemenin ilanına rağmen, makul bir mazereti olmaksızın gâipliğine devam ederse veya kocaya ilan ile ulaşmak mümkün değilse, böyle bir durumda, mahkeme karı koca arasındaki evlilik bağına çözer.

Madde 197 fıkra1: Gâiplik sebebiyle tefrîk ric'î talâk sayılır.

Fıkra 2: Gâip olan koca geldiğinde veya hapiste olan koca serbest bırakıldığında, iddet bitmeden önce karısına geri dönebilir.⁶²⁴

2.4.4.3. İran Medenî Kânunu

Yukarıda zikrettiğimiz gibi Ca'ferî hukukçuların meşhur kavlinde kocanın mefkûd olduğundan dolayı tefrîke cevâz verilmemiştir. Ancak bu görüşe karşı soz konusu fikhî mezhepte kocanın mefkûd olması sebebiyle zevcenin yargıya müracaat edip talâk

⁶²² Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 361; Fayiz, *Tavzihî ber Kânun-ı Medenî*, 1: 217; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 64.

⁶²³ *Kânun-ı Usûl-i Mahakemât-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 115, 117; Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 361.

⁶²⁴ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad. 194-195, 197.

talebinde bulunabilmektedir. İnan Medenî Kânunu'nda mezhepteki meşhur olmayan içtihat tercih edilip 1029. maddesinde mefkûd olan koca ile alakalı şu şekilde hüküm verilmiştir:

“Eğer bir kişi tam dört yıl boyunca mefkûd olursa, karısı bu sebepten dolayı yargıya başvurup boşanma talebinde bulunabilmektedir ve yargı İMK 1023. maddesinin hükmü gereğince tefrîkine karar verir.” 1023. maddeye göre, yargı mefkûd olan kocanın bulunması yahut ona ulaşabilmek amacıyla yerel dergilerden ve Tahran'daki çok yayımlanan gazetelerden birinde, art arda üç kez bir ihbarda bulunup kendisinden haberdar olan kişileri mefkûd kişiden haber almak için davet eder. İlk duyuru tarihinden itibaren bir yıl geçtiğinde ve kaybolan kişinin hayatı sabit olmadığı takdirde, hükûmî olarak vefatına karar verilecektir.⁶²⁵ Ancak evini terk eden koca ile ilgili hükümler zarar bahsinde İnan Medenî Kânunu'nun 1130. maddesinin birinci fıkrasında şöyle düzenlenmiştir:

Kocanın gerekli bir mazereti olmaksızın bir yıl süre içerisinde peyderpey altı ay veya geçici olarak dokuz ay evlilik hayatını terk etmiş olmasından dolayı (gâipliğin) karısı mahkemeye başvurup boşanma talebinde bulunabilir.⁶²⁶

Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'de gâip kişi hakkında şu şekilde hüküm verilmiştir:

Madde 8: Bu kânuna göre gâip iki kısma ayrılmaktadır:

1- Hayatta olduğu bilinen gâip: Yaşadığı bilinmekle beraber bulunduğu yer bilinsin veya bilinmesin, onunla iletişim kurulabilsin veya kurulamasın o kişiye gâip denmektedir.

2- Hayatta olduğu bilinmeyen gâip: Örf'e göre gâipliğinden uzun bir süre geçen ve yaşamı ya da ölümü hakkında hiçbir haber bulunmayan kişidir. (Bu ifade diğer kânunlarda mefkûd olarak geçmektedir.)

⁶²⁵ el-Mustafavî, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye (et-Telâk)*, 113, 114; es-Sîstânî, *Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 108-109, 179-187; el-Muğniye, *el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa*, 437-439, 452-453; el-Âmilî, *er-Ravdatü'l-Behiyye*, 3: 376-378; Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî*, 629-631.

⁶²⁶ Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî*, 691, 692.

Madde 16 fıkra 1: Mirasçı, veli veya vasi aşağıdaki durumlardan herhangi birinin meydana gelmesi halinde, mahkeme tarafından gâip olan kişinin ölüm kararının verilmesini isteyebilir:

Birinci durum: Gâip kişinin hayatta olduğuna dair ulaşılan son haberden o kadar zaman geçmiştir ki örf'e göre bu müddet içerisinde hayatta kalmaz.

İkinci durum: Bir grup insanın bir kazada ölmesi durumu ve gâibin de onların arasında bulunduğu zaman.

Fıkra 2: Kişinin kaybolmasından on yıl geçer veya yargıcın izni ile dört sene gerekli araştırma yapılmasına rağmen yine bulunamazsa, mirasçıların talebi üzerine yargı, bıraktığı malı bölebilir ve zevcenin talebi üzere de boşanma hükmünü verebilmektedir.

Madde 19: Gâip olan koca, karısının nafakasını temin edebilecek kadar mala sahip olursa ya da babası veya dedesi hayatta olup zevcesinin nafakasını öderse, bu durumda karısı kocasının hayatta olduğu şüphesini taşırsa, normal ölüm haberi gelinceye kadar beklemesi gerekir. Ancak koca, baba ve dedesi dışında başka birinin gönüllü olarak zevcenin nafakasını karşılaması, zevcenin sabırla beklemesini gerektirmez.

Madde 21: Mahkeme yolu ile meydana gelen tefrîk, ric'î boşamadır; gâip koca karısının iddeti bitmeden önce dönerse, zevcesine rücu edebilir. Ancak karı vefat iddeti bekler.

Madde 141 fıkra 2: Kocanın geçerli bir mazereti olmaksızın en az bir yıldan fazla bir süre evlilik hayatını terk etmesi sebebiyle, bu durumda evliliğin devamı kadın için tahammül edilemeyecek bir hale gelmesinden dolayı, yargıya başvurarak tefrîk talebinde bulunabilmektedir. Koca kendi iradesiyle zevcesini boşamazsa, yargı onun boşanmasına hükmeder.⁶²⁷

2.4.4.4. Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

SAŞK'nın 109. maddesinde makul bir mazereti olmaması şartıyla gâiplik nedeniyle tefrîk caiz görülmüştür. Ancak bu tefrîk ric'î talâk hükmündedir.⁶²⁸

⁶²⁷ *Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi El-i Teşeyyü'*, mad. 8, 16, 19, 21 ve 141 fıkra 2.

⁶²⁸ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 509; Bakkaloğlu, Suriye'de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Bunlar Üzerinde Osmanlı Tesiri, 142-144.

Madde 109 fıkra 1: Şayet kocanın makbul bir özrü olmadan kaybolması ya da üç yıldan fazla bir süre ile hapsine hükmedilirse karısının -kocasının harcama yapabileceği bir malı olsa bile- kocasının gâipliğinden veya hapisten bir sene sonra hâkimden tefrîk talep etme hakkı vardır.

Fıkra 2: Bu tefrîk, ric'î talâk sayılmaktadır. Şayet gâip koca döner veya mahpus salıverilse kadının iddeti bitmediyse karısına geri dönebilir.⁶²⁹

2.4.4.5. Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

1929 tarihli MAŞK'nın 12-13. maddelerinde SAŞK'nın eksik bıraktığı hükümleri de tanzim etmiştir. Hâkim, yeri malûm olan kocaya bir süre vererek gelmesini yahut karısını yanına almasını ve onu boşadığını bildirir ve yeri belli olmayanları derhal boşar ve bu ayrılmayı bir bâin talâk saymakla Mâlikîlerin görüşünü benimsemiştir.⁶³⁰

Madde 12: Şayet kocanın makbul bir özrü olmadan bir sene veya daha fazla bir süre kaybolursa karısı kocasının harcama yapabileceği (nafaka) bir malı olsa bile bu sebepten dolayı zarar görmüşse hâkimden talâk-ı bâin ile boşanmasını talep edebilir.

Madde 13: Eğer gâip olan kocaya mektupla ulaşma yolu varsa hâkim, kocaya mühlet verir ve karısını boşadığını iletir. Mühlet sona erdiğinde koca bir şey yapmamışsa ve makbul bir özür beyan etmemişse hâkim, onları talâk-ı bâin ile boşar.

Eğer gâip olan kocaya mektupla ulaşma imkân yoksa hâkim, kocaya mühlet verme ve uyarmaya gerek kalmaksızın karısını boşar.⁶³¹

2.4.4.6. Cezayir Aile Kânunu

CAK'da mazeretsiz ve nafaka bırakmamak kaydıyla gâiplikten dolayı boşanma kabul edilmiştir

⁶²⁹ es-Sâbûnî, *Şerhu Kânunî'l-Ahvâlî's-Şahsiyyeti's-Suriye*, 2: 78-80; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 316;

⁶³⁰ Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 509.

⁶³¹ Ebû Zehra, *el-Ahvâlî's-Şahsiyye*, 366-367; Hallaf, *Ahkâmü'l-Ahvâlî's-Şahsiyye*, 165, 267; Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, 2: 291, 292.

Madde 53 fıkra 5: Bir sene özürsüz ve nafakasız olarak gâip olma durumunda olan kocanın karısı hâkimden boşanmayı talep edebilir.⁶³²

2.4.4.7. Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

KAŞK'nın 136-137. maddelerinde kabûle şayan bir özür olmaması ve kadının zarar görmesi şartıyla, kocanın bir sene kaybolmasından dolayı Hanbelî mezhebinin görüşü benimsenerek kadına tefrîk hakkı verilmiştir ve bu ayrılmanın hükmü talâk-ı bâin olarak kabul edilmiştir. Zikri geçen maddelerin hükümleri şöyledir:

Madde 136: Şayet kocanın makbul bir özrü olmadan bir sene veya daha fazla bir süre kaybolursa ve karısı -kocasının harcama (nafaka) yapabileceği bir malı olsa bile- kaybolduğundan dolayı zarar görmüşse boşanmayı talep etme hakkı vardır.

Madde 137 fıkra 1: Eğer gâip olan kocaya ilanla ulaşmak mümkün ise hâkim ona mühlet verir ve ona gelip karısıyla oturmazsa ya da karısını yanına almaz veya onu boşamazsa karısını tefrîk edeceği uyarısında bulunur. Mühlet bittiğinde, koca hiçbirisi yapmaz ve makbul bir özür beyan etmezse hâkim talâk-ı bâin ile onun karısını tefrîk eder.

Fıkra 2: Gâip kişiye ulaşma imkânı yoksa hâkim uyarıda bulunmadan ve mühlet vermeden evliliği sona erdirir.⁶³³

2.4.4.8. Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu

ÜAŞK'nın 123-125. maddelerinde konunun detayı Hanbelî mezhebine göre ele alınarak şu şekilde kaleme alınmıştır:

Madde 123: Kadın kocasının makbul bir özrü olmadan gâip olduğunu veya bir sene veya daha fazla bir süreden beri evlilik hayatını terk ettiğini ispat eder ve kocanın ikamet mahalli biliniyorsa kadının, kocasının kendisinden uzak olmasından veya onu terk etmesinden dolayı zarar görmüşse -kocasının nafakayı temin edilebileceği bir malı olsa bile- hâkimden talâk-ı bâin ile boşanmayı talep etmesi caizdir.

Madde 124: Gâip olan kocaya mektupla ulaşma imkânı varsa hâkim, ona mühlet verir. Eğer koca gelmez ya da karısını yanına almaz yahut onu boşamazsa karısını boşayacağı

⁶³² el-Cumhuriyetü'l-Cezayiriye, *Kânuni'l-Üsre*, el-ceridetü'r-Resmiye, sy., 15, 27.02.2005, mad., 53; Minâ Mensûr, et-Tefrîku'l-Kazâî beyn'z-Zevceyn fi'l-Fıkhı'l-İslâmî ve'l-Kânunî'l-Cezayirî, 37; Âyet Şâvuş Delîle Saîd, İnhâî'r-Râbitati'z-Zevciyetü bi't-Talebi'z-Zevce, 130-136.

⁶³³ *Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, mad, 136, 137.

konusunda kocayı uyarır. Mühlet sona erdiğinde koca bir şey yapmamış ve makul bir özür beyan etmemişse hâkim, kadının yemin etmesinden sonra talâk-ı bâin ile evliliği sona erdirir.

Madde 125: Koca bilinen bir yerde gâip ise ve ona mektupla ulaşma imkânı yoksa veya ikamet yeri meçhul ise ve kadın davasını delil ile ispat edip davaya uygun yemin ederse hâkim, uyarı yapmadan ve mühlet vermeden boşanmaya hüküm eder. Eğer kadın davayı ispat edemez yahut yemin etmekten çekinirse hâkim davayı reddeder.⁶³⁴

2.4.4.9. Arap Devletleri Birliği Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı

ADAŞKT'nın 112-113, 117. maddelerinde makul bir özür olması ve kadının zarar görmesi gibi şartları koşulmaksızın konu genel itibarıyla Mâlikî mezhebine göre şu şekilde ele alınmıştır:

Madde 112: Zevce, vatanı veya ikamet ettiği yeri bilinen kocasının gâip olması sebebiyle nafaka için faydalanabileceği malı olsa bile boşanma talep edebilir. Bu hüküm, sadece kocanın gelip karısıyla yaşaması ya da karısını yanına alması veya onu boşaması hususunda uyarılmasından sonra verilebilir. Bunun için de en az dört ay, en fazla bir sene mühlet verilir.

Madde 113: Vatanı ve ikamet ettiği yer bilinmeyen mefkûd ve gâip kişinin karısı, boşanmayı talep etmesi caizdir. Ancak kocasının gâip yahut mefkûd olduğu tarihten itibaren en az bir sene sonra boşanmaya hüküm edilebilir.

Madde 117: Tefrîk 112, 113 ve 114. maddeleri gereğince meydana gelen ayrılma talâk-ı bâin kabul edilir.⁶³⁵

Değerlendirme:

Görüldüğü gibi İmâm Ebû Hanîfe ve İmâm Şâfî nezdinde kocanın evi terk edip kaybolması, yargı yoluyla boşanma için bir neden teşkil etmez. İmâm Ahmed b. Hanbel nezdinde kocanın meşrû ve kabule şayan bir mazereti olmadan evini terk ederek kaybolursa, zevcesi mahkemeye başvurarak tefrîk talebinde bulunabilir. Mâlikî

⁶³⁴ Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 303; Alhalalshah, *Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu*, 297.

⁶³⁵ *Birleşik Arap ahvâl-i şahsiyye Kânun Taslağı*, *Kuveyt Vesikası*, 112-113, 117.

mezhebinde hiçbir şart koşulmaksızın, kocanın gâipliğinden dolayı zevceye tefrîk hakkı verilmiştir.

İslâm ülkeleri ahvâl-i şahsiyye kânunları teferruatta farklılık göstermesine rağmen kocanın kaybolmasından dolayı, kadının hâkime müracaat ederek tefrîk talebinde bulunma hakkı verilmiştir.

Afganistan Medenî Kânunu, Mısır, Ürdün, Suriye⁶³⁶ ve Kuveyt ahvâl-i şahsiyye kânunlarında kabul edilebilir bir mazereti olmaması ve kadının mutazarrır olması şartıyla kocanın evi terk edip kaybolmasından dolayı, Hanbelî mezhebinde yer alan içtihadı tercih edip kadına mahkeme yoluyla ayrılma hakkı verilmiştir.

HAK'da gâiplik durumu nafaka hakkının temin edilmemesine bağlanmıştır; zevcenin zarar görmesi göz önüne alınmamıştır.

Suriye ve Afganistan kânunlarının, diğer ahvâl-i şahsiyye kânunlarının aksine gâip olma ve hapis nedeniyle tefrîki, ric'î talâk olarak kabul ettiğini görüyoruz. Mısır, Kuveyt, Ürdün ve Birleşik Arap Devletleri ahvâl-i şahsiyye kânun taslağı gibi kânunlar bunu talâk-ı bâin olarak kabul etmişlerdir. Bu yüzden biz, evlilik hayatının devam etmesi ve mümkün olduğu kadar talâk çerçevesinin sınırlandırılması için Afganistan ve Suriye kânunlarının kabul ettiği mezkûr görüşünün maslahata daha uygun olduğunu görmekteyiz.

Afganistan Medenî Kânunu'nda -kocanın gâipliğinden üç sene geçtikten sonra, kadın mahkemeye müracaat ederek tefrîk talebinde bulunabilir- kaydının koyulmasını yeni bir yaklaşım olarak görmekteyiz. Biz Afganistan'ın sosyo-ekonomik gerçeklerini ve o toplumdaki yaşayanların vaziyetlerini göz önünde bulundurarak bunun yerinde ve isabetli bir yorum olduğu kanaatindeyiz. Zira yıllardır orada iç ve dış savaşlardan dolayı iş bulma fırsatı azalmıştır. İnsanlar ciddi manada geçim sıkıntısı çekiyorlar ve erkekler de aile nafakasını temin etmek ve dolayısıyla çalışmak için evlerini terk edip yurtdışına gitmeye mecbur kalmaktadırlar. Bu yüzden üç sene mühlet tanıma, ailenin dağılmaması için maslahata uygun bir kânunlaştırmadır.

⁶³⁶ Suriye ahvâl-i şahsiyye kânununda kadının, kaocasının kaybolmasından dolayı mutazarrır olması şart koşulmamıştır. Bkz: es-Sâbûnî, *Şerhu Kânunı 'l-Ahvâli 'ş-Sahsiyye*, 2: 78.

2.4.5. Kocanın Gâipliğinden Meydana Gelen Tefrîkin Hukukî Sonucu

Kocanın kaybolmasından dolayı gerçekleşen ayrılmanın (tefrîkin) hukukî sonucuna gelince, söz konusu ayrılma, Hanbelîler nezdinde fesih sayılmaktadır.⁶³⁷ Mâlikî hukukçuların içtihadına göre ise gâiplik sebebi ile meydana gelen ayrılma (tefrîk) talâk-ı bâin olarak nitelenmiştir. Zira Mâlikîler nezdinde bu ayrılma, zarar sebebiyle ayrılma türlerindedir.⁶³⁸ Yukarıda zikrettiğimiz gibi zarar nedeni ile meydana gelen tefrîkin hükmü talâk-ı bâindir.

Afgan hukuk sisteminde de gâiplik sebebinden dolayı meydana gelen tefrîkin hukukî sonucu bir ric'î talâk olarak kabul edilmiştir ve böylece Afganistan yasama organı fikhî mezheplerin içtihatlarından çıkararak yeni bir yaklaşım ortaya koymuşlardır. Bu nedenle eğer gâip olan kocanın karısının iddeti bitmeden önce gelirse, yeni bir evlilik akdine gerek kalmaksızın zevcesine geri dönebilmektedir.⁶³⁹

AFMK'da kocanın kaybolması konusunda makul bir mazeret kaydı koyularak Hanbelîlere ait olan içtihad kânunlaştırılmıştır. Ancak gâipliğin tefrîki gerektirebileceği hususunda üç yıl yahut daha fazla bir süre şartı koşulduğundan ve bu sebepten meydana gelen tefrîkin hukukî sonucu ric'î talâk sayıldığından dolayı söz konusu fikhî içtihadın çizgisinden farklı bir hüküm olduğu göze çarpmaktadır. Böylece AFMK Hanbelî mezhebinin de dışında kalıp kendine özgü bir kânun hükmü ortaya koymuştur. Söz konusu bahisle ilgili kânunda düzenleme şu şekilde ifade edilmiştir: “Koca meşrû bir mazereti olmaksızın üç yıl yahut daha uzun bir süre kaybolunca, karısı onun kaybolduğundan dolayı zarar görürse mahkemeye başvurup tefrîk talebinde bulunabilir. Koca mal sahibi olup ve kadın o maldan nafakasını temin edebilse bile hüküm budur.”⁶⁴⁰ Dolayısıyla görüldüğü gibi kocanın kaybolması konusunda hem kocanın mazereti hem de bu sebepten dolayı zevcenin mutazarrır olmasına dikkat edilmiştir.

⁶³⁷ Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 510; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1: 316.

⁶³⁸ *el-Mevsûatü'l-Fikhiyye*, 29: 64; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 366, 367.

⁶³⁹ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 197.

⁶⁴⁰ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad., 194.

2.5. Fıkıh ve Afgan Hukuk Sisteminde Kocanın Hapse Mahkûm Edilmesi Nedeniyle Tefrîk

2.5.1. Hapis Kavramı

Hapis kelimesi lügatte “alıkoymak, engellemek, menetmek”⁶⁴¹ manasına gelmektedir. Hapis sözlüğü örfte “bir şahsı, bir canlıyı veya eşyayı bir yere kapatmak, bir süre alıkoymaktır.” Fıkıh ve hukuk dilinde ise ıstılahi olarak “sanık veya suçluyu yargı kararıyla belli bir mekânda cebren alıkoymak şahsî hürriyetini kısıtlamak” şeklinde tarif edilmektedir.⁶⁴² Hapis kökünün türevleri Kur’ân-ı Kerim’de iki yerde, biri Mâide sûresinin 106. âyetinde; diğeri ise Hûd sûresinin 8. âyetinde geçer⁶⁴³ ve iki yerde kelimenin sözlük manası kastedilmektedir. Hapis kavramının yerine, Kur’ân-ı Kerim’de varit olan on iki âyette “sicc” sözcüğü ve türevleri kullanılmıştır.⁶⁴⁴

2.5.2. Hapis Nedeniyle Tefrîk Konusunda Fikhî Mezheplerin Görüşleri

Kocanın hapse çarptırılmasından dolayı, karısının yargıya müracaat edip ayrılma (tefrîk) talep etmesinin câiz olup olmadığı hususunda fikhî mezhepler ihtilafa düşmüşlerdir.

Hanefî ve Şâfiî hukukçuların içtihatlarına göre, hapse çarptırılan kocanın karısının hapis süresi ne kadar uzun olursa olsun fark etmeksizin, şer’î bir nass mevcut olmadığından dolayı yargıya müracaat edip ayrılmayı (tefrîki) talep etmesi câiz değildir. Hanbelî hukukçular nezdinde de kocanın hapse mahkûm edilmesi makul bir özür sayılıp karısının bu sebepten dolayı yargıya müracaat ederek tefrîk talep etme hakkı bulunmamaktadır.⁶⁴⁵

Diğer fikhî mezheplerin içtihatlarına karşın, Mâlikîler nezdinde, kocanın kaybolması konusunda ister makul bir mazerete dayansın ister dayanmasın, zevceye ayrılma hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla kocanın kaybolması ile hapse çarptırılması arasında benzerlik mevcut olduğundan dolayı kıyas yoluyla, kocanın dört sene veya daha fazla bir müddet hapse mahkûm edilmesinden yahut esirliğinden bir sene veya bundan fazla bir müddet

⁶⁴¹ İbn Manzûr, “hbs” *Lisânü’l-Arab*, 6: 44-46; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râyik*, 6: 307.

⁶⁴² Erdoğan, “habs”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 163, 164; Ali Bardakoğlu, “Hapis”, DİA (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 16: 54.

⁶⁴³ Abdülbâkî, “hbs”, *el-Mu’cem*, 193.

⁶⁴⁴ Abdülbâkî, “scc” *el-Mu’cem*, 345.

⁶⁴⁵ Merjinânî, *el-Hidâye*, 2: 423, 424; İbn Abidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, 4: 292, 297; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-Râyik*, 5: 176-178; 6: 307, 308; Şafiî, *el-Ümm*, 5: 255, 256; Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâç*, 5: 97, 98; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 7: 304-306; Zühaylî, *el-Fikhü’l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 510, *el-Mevsûatü’l-Fıkhîyye*, 29: 66; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 304.

geçmesi kaydıyla zevcenin tefrîk için yargıya müracaat ederek tefrîk davasını açması üzerine, yargıç, hapse mahkûm olan kocaya herhangi bir mühlet vermeksizin ve ona hiçbir haber göndermeksizin tefrîke karar verebilmektedir. Zira söz konusu mezhepte tefrîke karar vermek için önemli olan şey kadının mutazarrır olmasıdır. Konu bu bakımdan incelendiğinde, kocanın kendi isteğiyle evi terk etmesiyle, esir olma veya hapse mahkûm olması gibi diğer sebepler arasında hiçbir fark yoktur. Çünkü kocanın uzakta olması her halükarda karısını mutazarrır etmektedir. Bu sebepten dolayı gerçekleştirilen tefrîkin hukukî sonucu zikre geçen mezhepte bir bâin talâk olarak nitelenmiştir.⁶⁴⁶

Hanbelî fukahâsından İbn Teymiyye nezdinde de kocanın hapse mahkûmiyetinden veya esirliğinden dört yıl geçtikten sonra, karısı yargıya başvurup ayrılma talebinde bulunabilmektedir. Yargıç da söz konusu talep üzerine eşler arasında ayrılmaya karar verir ve bu şekilde gerçekleşen tefrîkin hukukî vasfi fesih olarak kabul edilmektedir.⁶⁴⁷

Abdülkerim Zeydan da bu konuda İbn Teymiyye'nin görüşünü tercih ederek kocanın hapisteye dört yıl geçirdikten sonra karısının bu sebepten dolayı ayrılmayı talep etmesi câiz olduğunu ifade etmiştir. Aksi takdirde tefrîk talebinde bulunamaz. Çünkü dört sene geçmeden önce hapse mahkûm olan koca, devlet tarafından affedilerek serbest bırakılabilir.⁶⁴⁸

Ca'ferî hukukçuların meşhur kavline göre, kocanın hapse çarptırılması sebebi ile zevcenin yargıya başvurarak tefrîki talep etmesi câiz değildir. Ancak bu mezhebe mensûp olan bazı âlimler kocanın uzun süre hapis cezasına mahkûm edilmesi nedeni ile tefrîki câiz görmüşlerdir.⁶⁴⁹

2.5.3. İslâm Ülkeleri Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarındaki Düzenlemeler

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde kocanın hapse mahkûm edilmesinden dolayı tefrîk konusunda hiçbir düzenleme bulunmamaktadır.⁶⁵⁰

⁶⁴⁶ ed-Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî*, 2: 343 vd., 431, 482; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 510, *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, 29: 66; Sertâvî, *Şerhu Kânun*, 304; Sâbık, *Fıkhü's-Sünne*, 2: 292, 293; es-Sâbûnî, *Ahkâmü't-Talâk*, 109-111; Acar, *İslâm Aile Hukuku*, 276.

⁶⁴⁷ İbn Teymiyye, *el-İhtiyârâtü'l-Fıkhîyye min Fetava İbn Teymiyye*, 247; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye*, 368.

⁶⁴⁸ Zeydan, *el-Mufassal fi Ahkâm'ı-Mer'e*, 8: 467.

⁶⁴⁹ el-Muğniyye, *el-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa*, 452-453; *es-Sistânî, Minhâcü's-Sâlihîn*, 3: 109; el-Mustafavî, *el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye (et-Telâk)*, 113-114.

⁶⁵⁰ Koçak v.dğr., *İslâm Hukuku*, 277.

Afganistan Medenî Kânunu'nda kocanın her hangi bir suç işlemesi sebebi ile yargı tarafından katî olarak on yıl yahut bundan fazla bir müddet hapse mahkûm edildiği zaman, zevceye bu sebepten dolayı yargı aracılığıyla ayrılma hakkı tanınmıştır ve hapis sebebiyle ortaya çıkan terfrîkin hukukî sonucu ric'î talâk olarak ifade edilmiştir. Zikri geçen kânuna göre, zevcenin hapis gerekçesiyle yargıya başvurabilmesi için aşağıdaki şartların tahakkuk etmesi gerekmektedir:

- 1- Kocanın hapse mahkûm edilmesi,
- 2- Hapis cezası on yıl yahut bundan fazla olması,
- 3- Yargının kararı katî ve nihâî olması,
- 4- Kocanın hapse girmesinden beş yıl geçmesi şarttır.⁶⁵¹

Söz konusu kânununun 196-197. maddeleri bu konuda şu şekilde hüküm vermiştir:

Madde 196: Koca, mahkemenin nihâî kararıyla 10 yıl veya daha fazla bir süre hapis cezasına çarptırılırsa, kadın, beş yıl geçtikten sonra mahkemeye başvurup tefrîk talebinde bulunabilir. Hatta koca nafaka ödeme kabiliyetine sahip olsa dahi hüküm böyledir.⁶⁵²

Madde 197 fıkra 1: Gâiplik ve hapis sebebiyle meydana gelen ayrılma, ric'î talâk sayılmaktadır.

Fıkra 2: Gâip olan koca geldiğinde veya hapiste olan koca serbest bırakıldığında, iddet bitmeden önce karısına geri dönebilir.⁶⁵³

Gördüğümüz gibi Hanefî, Şafiî ve Hanbelî mezhebinde kocanın hapse mahkûm olduğundan dolayı yargı yoluyla boşanmaya cevâz verilmemiştir. Ancak Malikî mezhebinde zevce, kocasının hapse mahkûm olmasından dolayı mutazarrır olduğu için, ona tefrîk talebinde bulunma hakkı öngörülmüştür. AFMK bu mevzuda genel olarak Mâlikî mezhebine ait olan içtihadı benimsemiştir. Fakat bu düzenlemenin ortaya koyduğu on yıl zaman sınırı kendine has ve yepyeni bir kânunlaştırmadır.

İran MK'da kocanın hapse çarptırılması nedeniyle kadına mahkemeye başvurarak boşanma talebinde bulunma hakkı verilmiştir. Ancak konu ayrı bir başlık altında ele

⁶⁵¹ Abdullah, *Hukuk-ı Fâmil*, 1: 366, 367.

⁶⁵² *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad.,196.

⁶⁵³ *Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*, mad.,197.

alınmayarak zarar ve geçimsizlik sebebiyle yargı yoluyla boşanma bahsinde 1130. maddesinin 3. fıkrasında şu şekilde tanzim edilmiştir:

Kocanın beş yıl veya daha fazla bir süre hapse mahkûm edilmesi için bu müddet üzerinden bir yıl geçtikten sonra, kadın boşanma için mahkemeye müracaat edebilmektedir.⁶⁵⁴

Yine hapis ile ilgili Afganistan'daki Şîi vatandaşlar ile ilgili çıkarılan yasa KAŞET'in 141. maddesinin üçüncü fıkrasında zaman açısından Afganistan Medenî Kânununa göre hüküm verilmiştir.

Kocanın mahkemenin katî hükmü ile on yıl veya daha fazla bir süre hapse mahkûm olması durumunda, karısı, beş yıl geçtikten sonra mahkemeye başvurup boşanma talebinde bulunabilmektedir.⁶⁵⁵

Suriye AŞK'nın 109. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında kocanın hapse mahkûm olmasından dolayı tefrîki ricî talâk sayılarak şu şekilde hüküm verilmiştir:

Fıkra 1: Eğer koca makul bir özür olmadan kaybolursa ya da üç yıldan fazla bir süre ile hapsine hükmedilirse karısının -kocasının harcama yapabileceği bir malı olsa bile- onun gâipliğinden veya hapisten bir sene sonra hâkimden tefrîk talep etme hakkı vardır.

Fıkra 2: Bu tefrîk, ric'î talâk sayılmaktadır. Şayet gâip koca dönse veya mahpus salıverilse kadının iddet süresi bitmediyse karısına geri dönebilir.⁶⁵⁶

Mısır AŞK Mâlikî mezhebine tabi olarak konuyu şöyle izah etmiştir:

Madde 14: Nihâî olarak üç yıl veya daha fazla hapis cezasına çarptırılan mahpusun karısı, kocasının hapse girmesinden bir sene sonra -kocasının harcama yapabileceği bir malı (nafaka) olsa bile zarar nedeniyle hâkimden talâk-ı bâin ile boşamasını talep edebilir.⁶⁵⁷

Cezayir AK kocanın aile şerefini lekeleyen bir suç işlediğinden dolayı, kadına tefrîk hakkı vermiştir. Söz konusu kânunda düzenlemeler şöyledir:

⁶⁵⁴ Kâtûzyan, *Kânun-ı Medenî*, 692.

⁶⁵⁵ *Kânun-i Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'*, mad., 141, fıkra 3.

⁶⁵⁶ es-Sâbûnî, *Şerhu Kânunî'l-Ahvâlî 'ş-Şahsiyye*, 2: 78; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 510; Ayrıca bkz: Bakkaloğlu, Suriye'de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Bunlar Üzerinde Osmanlı Tesiri, 142-144.

⁶⁵⁷ Ebû Zehra, *el-Ahvâlî 'ş-Şahsiyye*, 367-368; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, 7: 510; Sıbâî, *el-Mer'e*, 111; Sâbik, *Fıkhü's-Sünne*, 2: 292, 293.

Madde 53 fıkra 4: Zevce, kocaya ailenin şerefini lekeleyen, onunla yaşamayı veya evlilik hayatını imkânsız kılan bir suçtan dolayı verilen hüküm sebebiyle boşanma talep edebilir.⁶⁵⁸

Kuveyt AŞK'da kocanın üç yıl yahut daha fazla bir süre hapse mahkûm olması nedeniyle kadına boşanma hakkı verilmiştir ve bu ayrılma bâin bir talâk olarak nitelenmiştir. Konuyla ilgili hükümler şu şekildedir:

Madde 138: Koca nihâî bir hükümden dolayı özgürlüğünü sınırlayan bir ceza ile üç veya daha fazla bir süre için hapse girerse karısının onun hapsinden bir sene sonra -kocasının harcama yapabileceği (nafaka) bir malı olsa bile- talâk-ı bâin ile boşanma talep etmesi caizdir.⁶⁵⁹

Ürdün AŞK'da kocanın hapse çarptırılması konusunda düzenlemeler şöyle kaleme alınmıştır:

Madde 130: Özgürlüğünü sınırlayacak bir ceza ile nihâî olarak üç yıl veya daha fazla hapis cezasına çarptırılan mahpusun karısı, kocasının hapse girmesinden ve özgürlüğünün sınırlandırılmasından bir sene sonra -kocasının harcama (nafaka) yapabileceği bir malı olsa bile- talâk-ı bâin ile boşanmasını talep edebilmektedir.⁶⁶⁰

Arap Devletleri Birliği AŞKT'nın 114, 117. maddelerinde kocanın mahkemenin katî hükmüyle en az üç yıl hapse girmesinden dolayı, kadına tefrîk hakkı tanınmıştır. Kânunda yer alan maddeler şunlardır:

Madde 114: Nihâî olarak en az üç sene hapis cezasını alan mahpusun karısı, boşanma talep edebilir. Fakat bu hüküm, kocasının hapse girmesinin üzerinden en az bir sene geçtikten sonra verilir.

Madde 117: Tefrîk 114. maddesi gereğince talâk-ı bâin kabul edilir.⁶⁶¹

⁶⁵⁸ Cezayir Aile Kânunu, mad., 53; Minâ Mensûr, et-Tefrîku'l-Kazâî beyn'z-Zevceyn fi'l-Fıkhı'l-İslâmî ve'l-Kânunı'l-Cezayirî, 37, 44.

⁶⁵⁹ Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu, mad., 138.

⁶⁶⁰ Sertâvî, Şerhu Kânun, 304; Alhalalshah, Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu, 298.

⁶⁶¹ Birleşik Arap ahvâl-i şahsiyye Kânun Taslağı, Kuveyt Vesikası, mad., 114, 117.

2.5.4. Yargı Kurumunda Konu ile İlgili Yetkililerle Yapılan Şifâhî Görüşme

Afganistan'ın kânun koyucuları, kocanın hapse çarptırılması nedeniyle yargı yoluyla boşanma konusunda, kadının duygularını ve yalnızlığını göz önünde bulundurarak, Mâlikî mezhebinin içtihadını tercih edip zevceye kocasının on yıl veya daha fazla bir süre hapis cezasına mahkûm edilince, beş yıl geçtikten sonra mahkemeye müracaat ederek tefrîk talebinde bulunma hakkı vermişlerdir. Zira on yıl yahut daha fazla süreli bir cezaya çarptırılanların çoğu, katil ve cinayet suçları işleyenlerdir. Öyleyse bir kadını hayatı boyunca ömrünü bir katil ile beraber hayatını geçirmeye zorlarsak, ona acımasızca zulüm etmiş oluruz ki bu apaçık bir şekilde hukuka aykırıdır.⁶⁶² Şunun da ifade edilmesi gerekir ki, on yıl yahut daha fazla bir müddet hapse çarptırılması ve beş yıl geçtikten sonra kadına tefrîk talep etme hakkının verilmesi konusunun altında, evlilik hayatının dağılması, kadının ve evlatların daimi bir şekilde himayesiz kalmaması gibi maslahat ve hikmetler yatmaktadır. Çünkü bir taraftan koca bir işi iyi niyetle yaptığından dolayı hapse mahkûm olabilir, diğer taraftan ise hapse mahkûm olanlar hapisanede beş yılını geçirmeden önce devletçe affedilip serbest bırakılabilirler. Dolayısıyla kânun koyucular, beş yıl sınırını getirince zikri geçen durumlara dikkat ederek bir düzenleme ortaya koymuşlardır.

Hapse mahkûm olan kocalarından ayrılmayı ve ailesinin yıkılmasını istemeyen kadınlara kocalarıyla haftada iki defa buluşabilmeleri ve onlarla cinsel birleşmeye girebilmeleri (Cinsel içgüdülerini tatmin edebilmeleri) için Afganistan İslâm Cumhuriyeti Hükümeti tarafından hapisane dâhilinde özel yerler hazırlanmış ve böyle bir imkân sağlanmıştır.⁶⁶³

Değerlendirme:

Kânun koyucu, siyasi veya inanç ya da milli bir sebeple da olsa âdi, onur kırıcı, haysiyet ve şeref zedeleyici, yüz kızartıcı suçlar gibi sebeplerden hapse girmeyi birbirinden ayırsaydı maslahata daha uygun olurdu. Çünkü süre açısından her iki grupta aynı muamelede bulunmak pek isabetli değildir. Kânun, hapis nedeniyle tefrîk konusunda kadını gözetmiş olsa da tefrîkin dayanağı kocanın karısından ayrı olmasından kaynaklanan zarardır. Hâlbuki Hanbelî mezhebinin ve Afganistan'da yürürlükte olan medenî kânununun ve zikri geçmiş olan diğer kânunların makul bir mazeretiyle gâip olma ile özürsüz gâip olmayı birbirinden ayırmaları, gâip olmayı tek başına tefrîk talebinin

⁶⁶² Kadı Muinuddin Muin, Şifâhî görüşme.

⁶⁶³ Kadı Muinuddin Muin, Şifâhî görüşme.

sebebi olarak kabul etmedikleri anlamına geliyor. Bu, bir taraftan mahpus kocanın hapse girme sebebi, diğer taraftan mahkûmun siyasi olarak sürpriz bir şekilde affedilme ihtimalinden dolayıdır.

Suriye ve Afganistan kânunlarının, diğer ahvâl-i şahsiyye kânunlarının aksine hapis nedeniyle tefrîkin hukukî sonucunu ric'î talâk olarak kabul ettiğini görüyoruz. Mısır, Kuveyt, Ürdün ve Birleşik Arap Devletleri ahvâl-i şahsiyye kânun taslağı gibi kânunları bunu talâk-ı bâin olarak kabul etmişlerdir. Dolayısıyla biz de evlilik hayatının devam etmesi ve mümkün olduğu kadar talâk çerçevesinin sınırlandırılması için Afganistan ve Suriye kânunlarının kabul ettiği mezkûr görüşü maslahata daha uygun olması hasebiyle yerinde bir kânunlaştırma olduğunun altını çiziyoruz.

Tefrîk konusunda Afganistan yargı sisteminde kadı ve avukatlarla yapılan görüşmeler ve incelenen davalar neticesinde şunun ifade edilmesi gerekiyor; Afganistan yargı sisteminde zarar ve gâiplik sebebiyle açılan davaların sayısı oldukça fazladır ve gün geçtikçe artmaktadır. Bunun en önemli sebebi kocanın isteyerek (kasten) kadına zarar vermesidir. Ancak hapis, nafaka ödenmemesi ve bedensel kusur ve hastalık gibi gerekçelerden dolayı mahkemede açılan davaların sayısı yok denecek kadar azdır. Çünkü burada genellikle koca suçlu olmamakla beraber bu tür vaziyetler Allah tarafından bir musibet olduğundan dolayı genellikle Afganistan'da yaşayan kadınların, yargıya başvurup tefrîk davasını açmak yerine, hastalıklı ve fakr u zarurete duçar olan kocalarıyla beraber kalmayı ve aile yuvasının ufak tefek sebeplerle yıkılmamasını tercih etmektedirler.⁶⁶⁴

⁶⁶⁴ Kadı Muinuddin Muin; Avukat Muhammed Jemshid Muhammedy, Görüşme tarihi: 09.08.2019. Saat: 15.00-16.00;

SONUÇ

Ailenin toplum düzeni ile olan sıkı ilişkisi, geçmişten günümüze devletlerin hukukî düzenlemelerle aile bağının kuruluşu ve sonlandırılması süreçlerine müdahil olmasının zeminini teşkil etmiştir. Afganistan Medenî Kânunu'nda Yargı Yoluyla Boşanma Sebepleri (Fıkıh ve Modern İslâm Aile Hukuku Kânunlaştırmalarıyla Mukayeseli Olarak) başlığı altında yapmış olduğumuz bu araştırma, Afganistan Medenî Kânunu'nun tarihçe ve muhtevası, evliliğin sona ermesinin tarihsel süreci, kavramsal çerçevesi, hukukî sonucu ve Afganistan Medenî Kânunu'nda düzenlenen tefrîk sebeplerinin fıkıh ve diğer ahvâl-i şahsiyye kânunlarıyla mukayeseli bir incelemesidir. Araştırmada ulaşılan sonuç ve değerlendirmeler çalışma boyunca ilgili başlıklar sonunda belirtilmiş olmakla birlikte ulaşılan temel sonuçlar aşağıdaki şekilde özetlenmiştir.

İslâm dini ile tanışmasından bu yana Afganistan'da İslâm'ın getirdiği hukuk düzeni olan Şeriat, hayatın her alanında olduğu gibi medenî hukuk kapsamına giren konularda ve özellikle aile hukuku sahasında da uygulanan hukuk düzeni olmuştur. Başlangıçta hukukî sorunlar fıkıh eserlerine müracaatla çözümlenirken zaman içinde fetvâ mecmuaları yargıda kısmen resmî bir kaynak niteliği kazanmıştır. Medenî ve ceza kânunu kavramları Afganistan tarihinde ilk kez Gazi Emanullah Han zamanında telif edilen “*Temessüku 'l-Kudât*” adlı eserde görülür. Daha sonra medenî ve bu kapsamda aile hukuku ile ilgili farklı kânunlar-fermanlar çıkartılarak yürürlüğe koyulmuştur. Ancak bunlar içerik bakımından geniş kapsamlı olmamıştır. En kapsamlı ve hala yürürlükte olan medenî kânun ise 1977 tarihlidir. Söz konusu kânunun hazırlanmasında genel itibarıyla Hanefî mezhebinin esas alındığı kânunun birinci maddesinden açıkça anlaşılmaktadır. Ancak anılan kânun, tefrîk ile ilgili konularda Hanefî mezhebinin görüşleriyle bağlı kalmayıp dört Sünnî fıkıh mezhebinin görüşlerini dikkate alarak yeni içtihatlar içerdiği görülür. 2004 yılında yürürlüğe sokulan Afganistan Anayasası'nda ülke tarihinde ilk kez Ca'ferî mezhebi de yargı sisteminde resmî bir mezhep sayılmıştır. Söz konusu anayasanın 131'inci maddesinin hükmüne dayanarak, Şîiler için geçerli olmak üzere, Ca'ferî mezhebinin kaynaklık ettiği ahvâl-i şahsiyye/aile hukuku konularını düzenleyen bir kânun hazırlanıp Afganistan yargı sistemine eklenmiştir. Bu şekilde Afganistan yargı organında aile hukuku alanında ilgili ikili bir hukuk sistemine yer verilmiştir.

İslâm hukuk geleneği dışında çok eski devirlerden günümüze evliliğin sonlandırılması konusunda boşanmayı yasaklayan, onu serbest bırakan ve yargıç hükmüne bağlayan olmak üzere temelde üç farklı hukukî rejim görebilmek mümkündür. İslâm bu konuda zikri geçen hukukî sistemlerden farklı kendine özgü (talâk, hul ve tefrîk) bir düzenleme ortaya koymuştur: İslâm aile hukukunda tek taraflı iradeyle evliliğin sonlandırılması anlamında talâk yetkisi erkek için tanınmış, nassla sabit olduğu kabul edilen bu hüküm ayrıca ilke olarak ailenin mali sorumluluklarının kocaya ait olmasıyla da temellendirilmiştir. Koca bu yetkiyi kullanma hususunda ne karısının rızasını almaya ne de mahkemeye müracaat etmeye mecburdur. Bununla birlikte kadın için muhâlea ve yargı yoluyla ayrılmayı talep etme hakkı öngörülmüştür. Bu aynı zamanda İslâm'ın evrenselliğinin, her zaman ve her toplumda tatbik edilebilme kabiliyetine sahip olduğunun göstergelerinden biri olarak görülebilir. Afganistan hukuk düzeni de İslâm'ın getirdiği boşanma sistemini benimseyerek kânunlaştırmıştır.

İslâm aile hukukunda talâk yetkisi kural olarak kocaya verilmekle birlikte, bu yetkinin sebepsiz veya suiistimal edilerek kullanılmasını engellemek amacıyla maddi ve manevi önlemler öngörülmüştür. Talâk tazminatına klasik fıkıh eserlerinde hiç temas edilmemiştir. Ancak bunun meşruiyeti çağdaş İslâm âlimleri arasında önemli bir tartışma konusu olmuştur. Bir grup bunu İslâm hukuku açısından kabul edilemez bulurken, diğer bir grup kaynağını Kur'an'dan alan "talâk edilen hanımlara müt'a verilmesi" hükmünden yahut siyaset-i şer'îye ilkesinden hareketle, kocanın talâk yetkisini sebepsiz yere veya suiistimal ederek kullanması ve kadının bundan zarar görmüş olması durumunda, mahkeme tarafından kocanın iddet nafakası ve mehir dışında talâk tazminatı ödemesine karar verilmesini câiz görmüşlerdir. Nitekim bu yürürlükte olan Suriye, Mısır, Ürdün, Cezayir ve Birleşik Arap Emirlikleri'nin Ahvâl-i Şahsiyye Kânunlarında kânunlaştırılan görüş olmuştur.

Yargı yoluyla evliliğin sonlandırılmasının çeşitleri ve bunların hukukî niteliğinin fesih veya talâk şeklindeki temel hukukî ayrımlarından hangisinin hükmünü aldığı belirleme konusunda fıkıh mezhepleri arasında görüş ayrılığı vardır. Hanefî mezhebine göre, koca tarafından gerçekleştirilen yahut irtidat dışında olmak üzere onun sebep olduğu bütün ayrılıklar talâk; zevce tarafından tahakkuk ettirilen veya onun sebep olduğu bütün ayrılıklar fesih kabul edilir. Hanefîlere göre yargı yolu ile ric'î talâk yoktur; dolayısıyla

yargı yoluyla meydana gelen bütün ayrılıklar bâin talâk sayılır. Çünkü bu ayrılıktan amaç zarar gören kişinin bu durumdan kurtulmasıdır ve bu da ancak bâin bir talâk hükmüyle gerçekleşebilir.

Mâlikî mezhebine göre, tefrîk sahih bir nikâh akdinden sonra meydana gelirse talâk; ister zevce, ister koca veya yargıç tarafından gerçekleştirilmiş olsun, eşler arasında kalıcı bir evlenme yasağını gerektiren durumlardan herhangi biri sebebiyle gerçekleşmiş ise fesih sayılır. Tefrîk kararının nikâh akdinin fâsit olması sebebiyle alınması durumunda, akdin eksikliği veya bozukluğu üzerinde İslâm hukukçuları arasında görüş birliği varsa bu tefrîk fesih; nikâhın fâsit olup olmadığı konusunda ihtilaf varsa bu bir talâk sayılır. Şafîî ve Hanbelîlere göre ise yargı yoluyla gerçekleşen her ayrılma fesihtir. Zira ayrılık kocadan kaynaklanmadığı sürece fesih, kocadan sâdir olan ayrılıklar ise talâk hükmündedir.

Afgan hukuk sisteminde tefrîk talebi Hanefîlerin görüşü tercih edilerek zevceye mahsus bir hak olarak tanınmıştır. Kânunda zevce için tefrîk hakkı gerektirecek sebeplerin sayısı bedensel kusur ve hastalık, zarar, adem-i infâk, gâiplik ve hapis olmak üzere beş durumla sınırlandırılmıştır. Kânunun 176-197'inci maddelerinde düzenlenen tefrîk talebi gerekçeleri konusunda yer yer Hanefî mezhebi dışındaki fıkıh mezheplerinin görüşleri benimsenmiş veya bunların dışına çıkılarak toplumun şartları ve halkın maslahatı dikkate alınmak suretiyle özgün yeni hükümler ortaya konmuştur.

Bedensel kusur ve hastalık sebebi ile tefrîkin câiz olduğu konusunda, Zahirîler hariç diğer İslâm hukukçular arasında fikir birliği vardır. Ancak tefrîke sebep teşkil edebilecek kusur ve hastalıkların sayısı ve bunlara dayalı olarak verilen ayrılık kararının hukukî niteliği konusunda fıkıh öğretisinde görüş ayrılığı olmakla birlikte çoğunluk söz konusu kusurların sınırlı olduğu görüşündedir. İmam Muhammed, İbn Teymiyye ve İbn Kayyim el-Cevziyye gibi âlimlere göre ise tefrîke neden olabilecek kusur ve hastalıklar sınırlı olmayıp tefrîkin meşruiyetine kaynaklık teşkil eden metin ve olaylarda zikredilen durumlar, hükme esas teşkil eden illetin bilinebileceği örnekler niteliğindedir. Yani kıyas yoluyla aynı vasfi taşıyan kusur ve hastalıklar da zikredilen kusurlara ilave edilmelidir. Afganistan Medenî Kânunu'nun 176-182'inci maddelerinde bu konuda genel itibarıyla İmam Muhammed'in görüşü kânunlaştırılmıştır. Ancak yaptığımız şifahî görüşmeler sonucunda, yargıçlar tarafından, kısırlık, felç, kanser, AIDS (HIV) gibi hastalıklar

sebebiyle zevceye tefrîk hakkı verildiği ve böylece dört mezhebin görüşlerinden yargısal içtihadın ortaya koyulduğu görülmektedir.

Afganistan Medenî Kânunu'nun 183-190'uncı maddelerinde şiddetli geçimsizlik ve zarar nedeniyle yargı yoluyla boşanma, tahkim müessesesinin kuruluşu ve hakemlere tefrîk yetkisi verilmesi gibi konularda Mâlikî görüşü esas alınmıştır. Zarar nedeniyle meydana gelen ayrılmanın hukukî vasfı talâk-ı bâin olarak nitelendirilmiştir. Ancak söz konusu kânun hükmünce iddia edilen zararın dikkate alınabilmesi için zararın şiddetli olması, evlilik hayatının devamını imkânsız veya çok zor bir hale getirir nitelikte olması ve bu durumların yargıda ispatlanmış olması gibi şartlar aranır.

Kocanın karısının nafakasını temin etmemesi yahut temininden kaçması, Afganistan Medenî Kânunu'nun 191-193'üncü maddelerinde, kadın lehine yargı yolu ile boşanma talep hakkı doğuran bir sebep olarak kabul edilmiştir. Konu klasik fıkıh öğretilerinde ihtilafli bir konudur. Hanefiler ve meşhur olan nakle göre Ca'ferîler nafakayı temin edememekten dolayı tefrîkin câiz olmadığı görüşündedirler. Mâlikîler ise nafakanın ödenmemesi nedeniyle tefrîki câiz görüp bu ayrılığın hukukî sonucunun bir ric'î talâk mahiyetinde olduğunu görüşündedirler. Şafî ile Hanbelîler ise bu durumda tefrîki câiz görmekle birlikte bu gerekçeyle gerçekleşen tefrîkin fesih hükmünde olduğu görüşündedir. Afgan hukuk sisteminde konu Mâlikî görüşüne göre kânunlaştırılmıştır.

Mefkûd olan kocanın vefatına ne zaman karar verilebileceği fıkıh mezhepleri arasındaki ihtilafli konulardan bir diğeridir. Hanefilerin kabul ettiği şekliyle mefkûd kişinin gâipliğinden itibaren 70-120 yıl geçmesi yahut emsallerinin vefatına itibar edilmesi görüşünün zevce aleyhine tahammül edilemez sonuçlar doğuracağı görüldüğünden 1917 tarihli HAK başta olmak üzere daha sonraki kânunlaştırmalarda ve Afganistan Medenî Kânunu'nun 326-327 maddelerinde Hanefilerin görüşü terk edilip Hanbelî ve kısmen Mâlikîlere ait olan görüş benimsenerek düzenlenmiştir. Kânuna göre, dört yıldan fazla bir süre kendisinden haber alınmadığı ve zann-ı galiple hayatta olmadığı öngörüldüğü durumlarda yetkili bir yargı merciinin kararıyla kocanın ölümüne hükmedilir ve zevcesinin dört ay on gün vefat iddeti beklemesi gerekir. Bunun dışında olan mefkûd kişilerin ölümüne hükmedileceği zamanın tespiti yargının takdirine bırakılmıştır.

Hanefî, Şafiî ve meşhur görüşe göre Ca'ferîlere göre kocanın kaybolması tefrîki gerektirebilecek geçerli bir sebep değildir. Mâlikîlere göre kocanın bir yıl veya bundan fazla bir müddet kaybolmasından dolayı zevce yargıya başvurup tefrîk talebinde bulunabilir ve bu şekilde gerçekleşen tefrîkin hükmü talâk-ı bâindir. Hanbelîler ise, kocanın meşru ve makul bir mazereti olmaksızın evini terk edip kaybolması sebebi ile zevce için ayrılmayı talep hakkı sabit olur ve bu ayrılık fesihtir. Afganistan Medenî Kânunu'nun 194-195 ve 196'ıncı maddelerinde kocanın meşru ve makul bir mazereti olmaksızın üç sene veya bundan fazla bir müddet evini terk edip kaybolması, yargı yoluyla boşanmanın başka bir sebebi olarak beyan edilmiştir. Kânun bu konuda "makul ve meşru bir mazeret olmadan" kaydını koyarak Hanbelî mezhebine ait olan görüşü benimsemiş ancak gâipliğin asgari süresini üç yıllla sınırlandırma, buna dayalı gerçekleşen ayrılığı ric'î talâk olarak nitelendirme yönüyle fıkıh mezheplerinin görüşlerinden ayrılarak yeni bir içtihat ortaya koymuşlardır.

Kocanın hapis cezasına çarptırılması sebebiyle yargı yolu ile boşanma Mâlikî mezhebi dışındaki diğer fıkıh mezheplerine göre câiz değildir. Mâlikîlere göre kocanın dört yıl veya daha uzun süre hapse mahkûm edilmiş olması ve hapislik süresinden bir yıl geçmesi durumunda, zevce bu gerekçeyle yargıya müracaat ederek tefrîk talep edebilir; bu şekilde gerçekleşen ayrılmanın hukukî sonucu talâk-ı bâindir. Afganistan Medenî Kânunu'nun 196-197'inci maddelerine göre, koca yargının katî kararıyla on yıl veya daha uzun süre hapse mahkûm edilirse ve bu hapis cezasından beş yıl geçme şartıyla karısının isteği üzere yargı ric'î bir talâk ile karı koca arasında tefrîke karar vereceği hükmünü düzenler. Kânun hapis nedeni ile tefrîke cevaz verme konusunda Mâlikîlerin görüşünü esas almış ancak dikkate alınacak hapis süresini on yıl olarak belirleme ve bu süreden beş yıl geçme şartını koşma ve buna dayalı verilen tefrîk kararının hukukî niteliğini talâk-ı ric'î saymak konusunda Mâlikîlerin görüşünü terk ederek yeni bir hüküm ortaya koymuştur.

Son olarak şunu ifade etmemiz gerekir ki, Afganistan Medenî Kânunu'nun hazırlanmasında Hanefî mezhebi esas alınmış olmasına rağmen, yargı yoluyla evlilik birliğinin sonlandırılmasının sebepleri konusunda mezhebin görüşlerine bağlı kalınmamıştır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Abdullah, Nizâmüddin. *Hukuk-ı Fâmil (Şerh-e Kânun-e Medenî-yi Afganistan)*. Kabul: İtişârât-ı Saîd, 1394.

Abdülbâki, Muhammed Fuâd (v. 1968). *el-Mu'cemü'l-Müfehres li Elfâzı'l-Kur'âni'l-Kerîm*. Kahire: Matbaatu Dâru'l-Kütübi'l-Mısriyye, 1364.

Acar, Halil İbrahim. *İslâm Aile Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul: Ensâr Yayınevi, 2018.

Adâlethâ, Abdulkâdir. *Hukuk-ı Fâmil (Aile Hukuku)*. Kabul: Bengâh-ı İntişârât ve Matbaa-yi Meyvend, 1394.

Ahmed b. Hanbel (v. 241/855). *el-Müsned*. thk. Şuayb el-Arnâvut-Adil Mürşid ve diğerleri. Müessesetü'r-Risâle, 2001/1421.

Akıntürk, Turgut -Ateş, Derya. *Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku*. 21. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2019.

Ali Haydar Emin Efendizâde (v. 1355/1936). *Durerü'l-Hükkâm fi Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*. Dâru'l-Ceyl, 1411/1991.

Arap Devletleri Birliği *Ahvâl-i Şahsiyye Kânun Taslağı, Kuveyt Vesikası*. Sy., 105, 1988.

Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâhi Muhtasar be Târih-e Muâsır-ı Afganistan*. Kabul: Bengâh-ı İntişârât-ı Matbaa-yi Meyvend, 2005.

Aydın, Mehmet Akif. *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985.

Bilmen, Ömer Nasuhi (v. 1971). *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahâtı Fıkhiyye Kâmusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1968.

Biltâcî, Muhammed. *Mekânetü'l-Mer'e fi'l-Kur'âni'l-Kerîm-i ve's-Sünneti's-Sahîha*. Kahire: Dâru's-Selâm, 1420/2000.

Cezayir Aile Kânunu (Kânuni'l-Üsre). Cumhuriyetü'l-Cezayiriyye. el-Ceridetü'r-resmiye, sy., 15, 27.02.2005. www.joradp.dz/HAR/Index.htm (17.02.2020)

Cin, Halil. *Eski Hukukumuzda Boşanma*. 2. Baskı. Konya: Selçuk Üniversitesi Yayınları, 1988.

Çeker, Orhan. *Aile Hukuku Kararnamesi*. İstanbul: Ebru Yayınları, 1985.

Döndüren, Hamdi. *Delilleriyle Aile İlmihali*. İstanbul: Erkam Yayınları, 1434/2013.

Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî (v. 275/888). *Sünen-i Ebû Dâvûd*. thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid. Beyrût: el-Mektebetu'l-Asriyye, t.y.

Ebû Zehra, Muhammed (v. 1974). *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*. Kahire: 3. Baskı. Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1957.

ed-Dârekutnî, Ebû'l-Hasan Ali b. Ömer b. Ahmed b. Mesûd (v. 385/995). *Sünenü'd-Dârekutnî*. thk. Şuayb el-Arnâvut-Hasan Abdülmün'im Şelebî-Abdüllatif Hırzullah-Ahmed Berhûm. Beyrût: Müessesetü'r-Risâle, 2004/1424.

ed-Desûkî, Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Arafe (v. 1230/1815). *Hâşiyetü'd-Desûkî ala Şerhi'l-Kebîr. Şerhu'l-Kebir ile birlikte*. Dâru'l-Fikir, t.y.

ed-Dûrî, Kahtân Abdurrahman. *Akdü't-Tahkîm fi'l-Fıkhı'l-İslâmî ve'l-Kânunı'l-Vazî*. Umman: Dâru'l-Furkân li'n-neşr-i ve't-tavzî', 2002/1422.

el-Âmilî, Zeynüddîn (Şehid-i Sâni). *er-Revdatü'l-Behiyye fi Şerhi el-Lamatu'd-Dimeşkiyye*. thk. Mecmai'l-Fikri'l-İslâmî. 13. Baskı. Kum: Şerîat, 1437.

el-Behûtî, Mansûr b. Yunus b. Selâhaddin. *er-Ravzü'l-Mürbi*. thk. Emâd Âmir. Kahire: Dâru'l-Hadis, 1994.

el-Berkatî, Muhammed Amîm el-İhsân el-Müceddidi (v. 1395/1974). *el-Kavâidü'l-Fıkh*. Karatşî: es-Sadaf, 1986/1407.

el-Berkatî, Muhammed Amîm el-İhsân el-Müceedidi *et-Tarîfâtü'l-Fıkhîyye*. Pakistan: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003.

el-Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali b. Mûsâ (v. 458/1066). *es-Sünenu'l-Kübrâ*. thk. Muhammed Abdülkâdir Atâ. 3. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003/1424.

el-Buhâri, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail (v. 256/869). *el-Câmiu's-Sahîh*. İstanbul: Çağrı Yayınevi, 1992.

el-Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (v. 370/980). *Ahkâmu'l-Kur'ân*. thk. Muhammed Sâdik el-Kumhâvî. Beyrût: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1405.

el-Cezîrî, Abdurrahman b. Muhammed (v. 1360/1941). *el-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erbea*. 2. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003/1424.

el-Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (v. 505/1111). *el-Vasît fi'l-Mezhep*. thk. Ahmed Mahmûd İbrahim-Muhammed Muhammed Tamer. Kahire: Dâru's-Selâm, 1417.

el-Hafîf, Ali Muhammed. *Fıraku'z-Zevâc fi'l-Mezâhibi'l-İslâmîyye*. Ma'hedü'd-Dirâsâti'l-Arabiyyeti'l-Âliyye, 1958.

el-Hısnî, Takiyyü'd-dîn Ebi bekir Muhammed b. Abdulmümin el-Hüseynî (v. 829/1426). *Kifâyetu'l-Ahyâr fi Hall-ı Gâyeti'l-İhtisâr*. thk. Ali Abdülhamid Beltecî Muhammed Vehbî Süleyman. Dımeşk: Dâru'l-Hayr, 1994.

el-Hillî, Ebû'l-Kasım Necmeddin Cafer b. Hasen el-Mühakkik. *el-Muhtasarü'n-Nafi*. Kum: Müessesetü'l-Be'sat, 1413.

el-Hillî, Ebû'l-Kasım Necmüddin Cafer b. Hasen el-Mühakkik. *Şerâiü'l-İslâm fi Mesâili'l-Helâl-i ve'l-Harâm*. 11. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Kâri, 2004.

el-Huraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Alî el-Mâlikî (v. 1101/1690). *Şerhu Muhtasari'l-Halil*. Beyrût: Dâru'l-Fıkr li't-tabâet, t.y.

el-Kâdı, Ebû Muhammed Abdülvahhâb b. Ali b. Nasr. *et-Telkîn fi'l-Fıkhî'l-Mâlikî*. thk. Ebî Üveys Muhammed bu Hübzetü'l-Hasanî. Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye 2004/1425.

el-Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed (v. 587/1191). *Bedâiu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerâi*. 2. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986/1406.

el-Konevî, Kâsım b. Abdullah b. Emir Ali el-Hanefi. *Enîsü'l-Fukahâ fi Tarifati'l-Elfâzi'l-Mütadavele beyne'l-Fukahâ*. thk. Yahya Hasen Murad. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2004.

el-Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr el-Ensârî (v. 671/1273). *el-Câmi li Ahkâmi'l-Kur'ân*. thk. Ahmed el-Berdûnî-İbrahim Atfîş. 2. Baskı. Kahire: Dâru'l-Kütübi'l-Mısriyye, 1964/1384.

el-Merdâvî, Ebû'l-Hasen Alâeddîn Alî b. Süleyman b. Ahmed (v. 817/1414). *el-İnsâf fi Ma'rifeti'r-Râcih mine'l-Hilâf*. 2. Baskı. Beyrût: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.y.

el-Mergînâni, Ebû'l-Hasan Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr (v. 593/1197). *el-Hidâye Şerhu Bedâyeti'l-Mübtedi*. thk. Talâl Yusuf. Beyrût: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.y.

el-Mevsilî, Ebû'l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd (v. 683/1284). *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*. thk. Mehmud Ebû Dekîke. Kahire: Matbaatü'l-Halebî, 1937/1356.

el-Muğniyye, Muhemmed Cevâd. *el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa. Son baskı. Beyrût: Dâru't-Teyyârî'l-Cedîd, 2000.*

el-Mustafavî, es-Seyyid Kâzim. *el-Ahvâlü's-Şahsiyye (et-Telâk)*. Kum: Mektebü't-Tahtî, 1426.

Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. 6. Baskı. İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2016.

er-Râzî, Fahrüddîn Muhammed b. Ömer b. Hasan b. Hüseyin (v. 606/1210). *Mefâtihu'l-Gayb/Tefsîru'l-Kebir*. 3. Baskı. Beyrût: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1420.

es-Sâbûnî, Abdurrahman. *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn fi't-Talâk fi's-Şerâti'l-İslâmiyye Dirâsatün Mükârena*. 2. Baskı. Halep: Dâru'l-Fikir, 1968.

es-Sâbûnî, Abdurrahman. *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyyeti's-Suriyye*. Dımeşk: Câmîatü Dımeşk-Külliyeti's-Şeria, t.y.

es-Sâbûnî. Abdurrahman. *Ahkâmü't-Talâk fi'l-Fıkhı'l-İslâmiyye ve mâ aleyhi'l-amel fi Devleti'l-Emârâti'l-Arabıyyeti'l-Müttehida*. 2. Baskı. Dubai: Dâru'l-Kalem, 1993.

es-Sâbûnî, Muhammed Ali. *Revâiu'l-Beyân Tefsiru Âyâti'l-Ahkâm*. Peşaver: Mektebetü Neşri'l-Kur'ân-ı ve'l-Hadis, t.y.

es-Semerkindî, Ebî Bekr Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed. *Tuhfetü'l-Fukahâ*. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1984.

es-Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (v. 490/1077). *el-Mebsût*. Beyrût: Dâru'l-Marifat, 1993/1414.

es-Sertâvî, Mahmud Ali. *Şerhu Kânuni'l-Ahvâli's-Şahsiyye*. 3. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Fikir, 2010/1431.

es-Sıbâî, Mustafa. *el-Mer'etü Beyne'l-Fıkh-ı ve'l-Kânun*. 7. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Varrâk, 1999/1420.

es-Sîstânî, es-Seyyid Alî el-Hüseynî. *Minhâcü's-Sâlihîn*. 19. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Müerrihi'l-Arabî, 2013.

es-Suğdî, Ebû'l-Hasan Ali b. Hüseyin b. Muhammed. *en-Nütef fi'l-Fetâvâ*. thk. Selahaddin en-Nâhî. Beyrût: Müessesetü'r-Risâle, 1984/1404.

es-Süyûtî, Ebû'l-fazl Celâlüddîn Abdurrahman b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî. *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1990/1411.

eş-Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris b. Abbâs (v. 204/819). *el-Ümm*. Beyrût: Dâru'l-Marifat, 1990/1410.

eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdillâh. (v. 1250/1834). *Neylü'l-Evtâr fi Şerhi Mülteka'l-Ahbâr*. thk. Esâmüddin es-Sebâbetî. Mısır: Dâru'l-Hadis, 1993/1413.

eş-Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen (v. 189/805). *el-Hücce alâ Ehli'l-Medîne*. thk. Mehdî Hasan el-Keylânî el-Kâdirî. 3. Baskı. Beyrût: Âlemi'l-Kütüp, 1403.

et-Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed b. Eyyüb. *el-Mu'cemu'l-evsat*. thk. Tarık b. Muhammed-Abdu'l-mühsin b. İbrâhim el-Hüseynî. Kahira: Dâru'l-Harameyn, t.y.

Fâyız, Abdülbasîr. *Tavzihî ber Kânun-ı Medenî-yi Afganistan*. Kabul: Proje-yi Umûr-i Adlî ve Kazâ-yi Afganistan, 2008.

Fermân-ı Şumâra 7 der bâre-yi Mehîr ve Mesârıf-ı Arûsê (Mehir ve düğün harcamalarıyla alakalı olan fermân). Cumhuri-yi Demokratik Afganistan Vezâret-i Adliye. Ceride-yi Resmi, sy., 409, 1357/1978. www.moj.gov.af.

Gobâr, Mir Ghulam Muhammed. *Afganistan der Mesir-e Târih*. Tahran: İntişârât-ı Cumhuri, 2005.

Habîbî, Abdülhey. *Cunbıŝ-ı Meŝrûtiyet der Afganistan*. y.y. 1372.

Habîbî, Abdülhey. *Târih-e Afganistan ba'd az İslâm*. İran: İntişarat-ı Efsûn, 2002.

Hallâf, Abdülvehhâb. *Ahkâmü'l-Ahvâlî'ŝ-Şahsiyye*. 2. Baskı. Kahire: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1938/1357.

Heyet, Nizâmüddin el-Belhî başkanlığıyla. *el-Fetâvâ'l-Hindiye*. 2. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Fikir, 1310.

Hosâmî, Hazratgül. *Tarih-i Kazâ der Afganistan*. Kabul: İntişarat-e Saîd, 1388.

İbn Abdülberr, el-Hâfiz Ebû Ömer Yusuf b. Abdillâh b. Muhammed en-Nemerî (v. 463/1071). *el-İstizkâr*. thk. Hesân Abdülmannân-Mahmud Ahmed el-Kaiysiyye. 4. Baskı. Ebû Dabî: Müessesetü'n-Nidâ, 2003.

İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Adülaziz (v. 1252/1836). *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr. Dürri'l-Muhtâr ile birlikte*. 2. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Fikr, 1992/1412.

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Said el-Endelüsî (v. 456/1063). *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. Beyrût: Dâru'l-Fikir, t.y.

İbn Kayyım, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyüb el-Cevziyye (v. 751/1350). *Zâdü'l-Meâd fî Hedyi Hayri'l-İbâd*. thk. Şuayb el-Arnâvut-Abdülkâdir el-Arnâvut. 15. Baskı. Beyrût: Müessesetü'r-Risâle, 1407/1987.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed (v. 620/1223). *el-Muğnî*. Mektebetü'l-Kahire, 1968/1388.

İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısrî (v. 970/1563). *el-Bahru'r-Râyik Şerhu Kanzi'd-Dekâik*. 2. Baskı. Dâru'l-Kütübi'l-İslâmiyye, t.y.

İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrâhim b. Muhammed el-Mısrî (v. 970/1563). *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1999/1419.

İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî (v. 273/886). *Sünen-i İbn Mâce*. thk. Muhammed Fuâd Abdalbâki. Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabî, t.y.

İbn Manzûr, Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrerem (v. 711/1311). *Lisânu'l-Arab*. Beyrût: Dâru Sadır Li't-Tebâat-i ve'n-Ne'sr, 1410/1990.

İbn Rüşd, Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed (el-Hafîd) (v. 595/1198). *Bidâyetü'l-Müctehîd ve Nihâyetü'l-Muktesid*. Kahire: Dâru'l-Hadis, 2004/1425.

İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî (el-ced) (v. 520/1126). *el-Beyân ve't-Tahsîl*. thk. Muhammed Hacî v.dğr. 2. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1988/1408.

İbn Teymiyye. Ebu'l-Abbâs Takiyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm b. Mecdiddîn Abdüsselam el-Harrânî (v. 728/1328). *el-İhtiyâratü'l-Fıkhiye min Fetâvâ Şeyhu'l-İslâm İbn Teymiyye*. thk. Alâeddin Ebu'l-Hasan Alî b. Muhammed b. Abbâs el-Bal'î ed-Dimeşkî. Beyrût: Dâru'l-Marefat li't-Tabâat-ı ve'n-Neşr, t.y.

İbnu'l-Arabî, el-Kâdî Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh (v. 543/1148). *Ahkâmü'l-Kur'ân*. thk. Muhammed Abdülkâdir Atâ. 2. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003/1424.

İbnu'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid es-Sivâsî (v. 861/1457). *Fethu'l-Kadîr. Hidaye ile birlikte*. Beyrût: Dâru'l-Fikr, t.y.

Kadı Muinuddin Muin, Herat Vilayetinde Medenî ve Ahvâl-i Şahsiyye İstinâf Mahkemesinin Başyargıcı. Şifâhî Görüşme, Mahkeme Binasında, 05.08.2019. Saat: 15:00.

Kandaharî, Abdu'l-Vasi. *Temessüku'l-Kudâti'l-Emâniyye*. Kabul: Matbaa-ı Sengi-yi Dâru's-Saltana, 1300/1921.

Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü'. Cumhuri-yi İslâmi-yi Afganistan Vezâret-i Adliye. Cerîde-yi Resmî, sy., 988, 2009. www.moj.gov.af (15.05.2019)

Kânunu'l-Ahvâli's-Şahsiyye. el-Ceridetü'r-Resmiyye li Cumhûriyyeti's-Suriyye, sy., 59 Dimeşk 1953, Sayfa: 4786-4804.

Kânun-ı Esâsî-yi Afganistan (Afganistan Anayasası). Cumhuri-yi İslâmi-yi Afganistan Vezâret-i Adliye. Cerîde-yi Resmî, Sy., 818, 2004/1382. www.moj.gov.af (15.05.2019)

Kânun-ı İzdivaç (Evlilik Kânunu). Cumhuri-yi İslâmi-yi Afganistan Vezaret-i Adliye. Ceride-yi Resmî, sy., 9 (190), 1350/1971. www.moj.gov.af (15.05.2019)

Kânun-ı Medenî-yi Afganistan. Cumhuri-yi İslâmi-yi Afganistan Vezaret-i Adliye Ceride-yi Resmî, sy., 353, 1355/1977. www.moj.gov.af (15.05.2019)

Kânun-ı Merâsim-i Arûsî (Düğün törenleri kânunu). Cumhuri-yi İslâmi-yi Afganistan Vezaret-i Adliye. Ceride-yi Resmî, sy., 1280, 1396/2017. www.moj.gov.af (15.05.2019)

Kânun-ı Usûl-i Muhâkemât-ı Medenî-yi Afganistan. Cumhuri-yi İslâmi-yi Afganistan Vezaret-i Adliye. Ceride-yi Resmî. sy., 722, 1369. www.moj.gov.af (15.05.2019)

Karaman, Hayreddin. *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*. 20. Baskı. İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2017.

Karaman, Hayreddin. *Fıkıh Usûlü*. 10. Baskı. İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2010.

Karaman, Hayreddin. *İslâm'da Kadın ve Aile*. 4. Baskı. İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2010.

Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*. İstanbul: İrfan Matbaası, 1974.

Karaman, Hayreddin- Çağrıcı, Mustafa- Dönmez, İbrahim Kâfi- Gümüş, Sadrettin. *Kur'an Yolu Türkçe Meâl ve Tefsir*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2006.

Kâtûzyan, Nâsır. *Kanûn-ı Medenî der Nazm-ı Hukukî Kunûnî*. 13. Baskı. Tahran: Neşr-i Mizân, 1385.

Koçak, Muhsin- Dalgın, Nihat- Şahin, Osman. *İslâm Hukuku*. 4. Baskı. İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2017.

Komisyon. *Sirâcü'l-Ahkâm fi Muâmelâti'l-İslâm*. Kabul: Matbaa-yi Şahî Daru's-Saltana-yi Kabul, 1909-1917/1327-1335.

Kuweyt Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu. 1996 yılı 61 sayılı, 2004 yılı 29 sayılı ve 2007 yılı 66 sayılı. Kuveyt: Vezâretü'l-Adil, 2011.

Kuveyt Vakıfları ve Din İşleri Bakanlığı (Heyet). *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*. 29: 5-76. Kuveyt: Matâbe Dâru's-Safva li't-Tebâat-i ve'n-Neşir, 1993/1414.

Mâlik b. Enes (v. 179/795). *el-Muvatta*. thk. Muhammed Mustafa el-Azamî. Ebû Dabî: Müessesetü Zâyd b. Sultân, 2004/1425.

Miras, Kâmil. *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercümesi ve Şerhi*. 7. Baskı. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1983.

Muhammedy, Muhammed Jemshid. Avukat. Şifâhî Görüşme, Mahkeme Binasında, 09.08.2019. Saat: 16.00.

Popelzâî, İzzüddîn Vekîlî. *Dâru'l-Kazâ der Afganistan ez Avâil-e Ahd-e İslâm tâ Ahd-e Cumhuriyet*. Kabul: Matbâa-yi Devletî, 1991.

Rahmânî, Seyyid Abdülvahhâb. *Râhnemâyi Hukuk-ı Hanevâde der Afganistan az Dîdgâh-ı Kânun-ı Medenî ve Örf*. Kabul: Ravzene, 1383.

Sa'dî Ebû Ceyb. *Mevsûatü'l-İcma' fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*. 4. Baskı. Dimeşk: Dâru'l-Fikir, 2011/1432.

Sâbık, Seyyid. *Fıkhu's-Sünne*. 3. Baskı. Beyrût: Dâru'l-Kutubi'l-Arabî, 1977.

San'ânî, Muhammed b. İsmâîl (v. 1182/1768). *Sübülü's-Selâm Şerhu Bulûğu'l-Merâm*. Beyrût: y.y., 1960.

Şabân, Zekiyyüddin. *el-Ahkâmü's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye*. 6. Baskı. Bingazî: 1993.

Şelebî, Muhammed Mustafa. *Ahkamü'l-Ûsre fi'l-İslâm Dirâsetün Mükârene beyn-i Fıkhı'l-Mezâhibi's-Sünniye ve'l-Mezhebi'l-Ca'ferî ve'l-Kânun*. 4. Baskı. Beyrût: ed-Dâru'l-Câmiyye, 1403/1983.

Şirbinî, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (v. 977/1570). *Muğni'l-Muhtâç ilâ Marifat-i Meânî Elfâzi'l-Minhâc. Minhâc ile birlikte*. Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1994/1415.

Tahrânî, Ka'be Râstîn-Yesârî, Necmâ. *Rahnemûd-i Enstitüt-i Mâx-Plank berâyî Hukuk-ı Famîl-i Afganistan*. Trc. Fahîm Kayyûmî, 2. Baskı. Kabul: İttihâdiye-yi Avrupa (Avrupa Birliği) ve Cumhuriyet-i Fedral-ı Alman, 2009.

The Dissolution Of Muslim Marriages Act (Pakistan'da Müslüman Evliliklerin Sona Ermesi Kânunu). No 8 of 1939. İnternet, www.helpinelaw.com. (15.07.2019)

Topaloğlu, Bekir. *İslâm'da Kadın*. 14. Baskı. İstanbul: Yağmur Yayınları, 1984.

Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânunu. el-Ceridetü'r-Resmiyye, sy., 2668; 1.12.1976. www.lob.gov.jo/ui/law. (10.01.2019)

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Ailenin Çilesi Boşanma*. İstanbul: Çağdaş Yayınları, 1976.

Yaman, Ahmet. *İslâm Aile Hukuku*. 18. Baskı. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2016.

Zeydân, Abdülkerim (v. 2014). *el-Mufassal fi Ahkâmi'l-Mer'e ve'l-Beyti'l-Müslim fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*. Beyrût: Müessesetü'r-Risâle, 1993.

Zeylâî, Ebû Muhammed Fahrüddîn Osman b. Ali b. Mihcen b. Yûnus el-Bârîî. (v. 743/1343) *et-Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik. eş-Şelebî'nin hâşiyesi ile birlikte*. Bulak: el-Matbaatü'l-Kübra el-Emirîye, 1313.

Zühaylî, Vehbe. *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*. 32. Baskı. Dımeşk: Dâru'l-Fikir, 2010/1431.

Makale ve Diğer Yayınlar

Abbasi, Muhammed Zubair. **“From Faskh to Khula: Transformation of Muslim Women’s Right to Divorce in Pakistan (1974-2017)”**. Lahore University of Management Sciences (2017): 1-20.

Acar, Halil İbrahim. **“Tefrîk”**. DİA. 40: 277-279. İstanbul: TDV Yayınları, 2011.

Alhalalsheh, İbrahim. **Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kânununun Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnamesi ile Mukayesesi**. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Ali Yusuf, Berâat. **“el-Feshü’l-Kazâî li Ademi’l-İnfâk Dirâsetün Mukâranatün”**. Mecelletü Câmîat-i Dımeşk li’l-Ulûmi’l-İktisâdiyye ve’l-Kânûniyye 28/1 (2012): 651-680.

Atar, Fahrettin, **“Muhâlea”**, DİA. 30: 399-402. İstanbul: TDV Yayınları, 2005.

Aydın, Mehmet Akif. **“Osmanlı Hukukunda Kazâî Boşanma”**. Osmanlı Araştırmaları Dergisi 5 (1986): 1-12.

Bakkaloğlu, M. K. Abdussamet. **Suriye’de Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Bunlar Üzerinde Osmanlı Tesiri**. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, 2005.

Bardakoğlu, Ali. **“Hapis”**. DİA. 16: 54-64. İstanbul: TDV Yayınları, 1997.

Bilgiç, Mustafa. **İslâm Hukukunda Yargı Yoluyla Boşanma**. Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

Bostancı, Ahmet. **“Ürdün Ahvâl-i Şahsiye (Hukuk-ı Âile) Kanunlarında Osmanlı Tesiri”**. marife 3/2 (Güz 2003): 121-142.

Delile Saîd, Âyet Savuş. **İnhâî’r-Râbitati’z-Zevciyye bi Talebi’z-Zevce**. Doktora Tezi, Mevlüd Muammerî Üniversitesi-Tîzî Vızü, 2014.

Dönmez, İbrahim Kâfi. **“Cünûn”**. DİA. 8: 125-129. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.

Erbay, Celal. **“en-Nafaka”**. DİA. 32: 282-285. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.

Faryâbî, Muhammed Azim. **“Negâhi be Pîşîne-yi Kânun-gozârî der Afganistan”**. Kazâ 7/4 (Eylül/Mizân 1388): 113-127.

Gözübenli, Beşir. **“Mefkûd”**. DİA. 28: 353-356. Ankara: TDV Yayınları, 2003.

Hosâmî, Hazratgöl. **“Ravand-ı Sistem-i Kânun-Gozârî”**. Kazâ, 6/6 (Haziran 1390): 76-87.

Karslı, İlyas. **İslâm hukukunda Kazâî Boşanma**. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1988.

Kaykha, Muhammed Rıza- Sâlârifere, Âmina, **“Berresi-yi Tatbikî-yi Mücebât-ı Fesih der Fıkh-ı İmamiyye ve Hukuk-ı Pakistan”**. Dü Faslname-yi Mutalaât-ı Şibha Kare-yi Danişgâh Sistan ve Belüçistân 37 (Son Bahar-Kış 1398): 137-154.

Khwajamir, Mehtarkhan. **“Afgan Medenî Kânununun Oluşum Süreci ve Muhtevası”**. İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi 26 (2015): 369-382.

Khwajamir, Mehtarkhan. **Afganistan’da İslâm Ceza Hukukunun Kânunlaştırılması**. Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Mehmood, Muhammad Ifzaal. **“Judicial Separation At The Wife’s Initiative: A Study of Redemption (Khul‘) In Islamic Law And Contemporary Legislation In Pakistan And Malaysia”**. Journal of Islamic Legal Studies, Volume 2, Issue (1/2016): 1-25.

Mensûr, Minâ. **et-Tefrîku’l-Kazâî beyne’z-Zevceyn fi’l-Fıkhî’l-İslâmî ve’l-Kânunî’l-Cezayirî**. Yüksek Lisans Tezi, Câmiatü’ş-Şehîd Hümma li Hidri’l-Vâdî, 2014-2015.

Palalı, Muhammed Zeki. **“Cüzzam”**, DİA. 8: 150-152. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.

Yargı, Mehmet Ali. **“Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhalea Uygulamaları: Suudi Arabistan’da Bir İnceleme”**. Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 42 (1/2012): 141-172.

Yaşaroğlu, Muhammed Kamil. **Pakistan’da İslâm Ceza Hukukunun Kânunlaştırılması**. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996.

Yılmaz, İbrahim. “**İslâm Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkîm Müessesesine Hukukî İşlerlik Kazandırılması**”, *Elektronik Turkish Studies*, 12/10 (2017): 329-360.

EKLER

Ek 1: Önerilen Maddeler

Afganistan Medenî Kânunu'nda yargı yoluyla tefrîk nedenleri ile ilgili maddelerde içerik bakımından görülen eksiklerin giderilmesi yahut tadil edilmesi için, içinde yaşadığımız çağın gerekliliklerini göz önünde bulundurarak aile yuvasının basitçe yıkılmaması ile birlikte adâleti daha iyi bir şekilde temin edebilmek amacıyla aşağıdaki yeni maddeler teklif edilmiştir.

A) Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk Hususunda Önerilen Maddeler

Birinci madde: Eşlerin her biri, eşinde cinsi münasebete engel olan bir kusur veya bulaşıcı, tiksindirici ya da korkunç bir hastalık veya akli bir hastalık olduğunu görürse yargıya başvurarak tefrîk talebinde bulunabilir.

İkinci madde: Bir önceki maddede belirtilen kusurlardan dolayı tefrîk talebi ister cinsi münasebet öncesi ister sonrası olsun, her iki eş için de sabit bir haktır.

Üçüncü madde: Kusurların belirlenmesinde uzman doktora dayanılır. Eğer bir yıl içinde iyileşmesi ümit ediliyorsa kadı evliliği sona erdirmez. Aksi takdirde birinin isteğine binaen evliliği sona erdirir.

Dördüncü madde: Hasta kişinin kabul etmesi durumunda kusur ve hastalığın ameliyatla giderilmesi mümkün ise tefrîk talep etme hakkı düşer.

Beşinci madde: Bedensel kusur ve hastalık sebebiyle tefrîk fesih olup talâk değildir.

B) Şiddetli Geçimsizlik ve Zarar Nedeniyle Tefrîk Konusunda Önerilen Maddeler

1) Eşlerden biri, onlar gibi eşler arasında evlilik hayatının devam etmesinin mümkün olmadığı diğer tarafın zararından veya aralarında bir husumetin meydana geldiğinden şikâyet eder ve tefrîk talep ederse hâkim, aralarını bulamaz ise zarar sabit olsun veya olmasın durumlarına bakmaları için iki hakem tayin eder.

2) Hakemler eşlerin arasını düzeltmelidirler. Şayet yapamazlarsa tefrîke karar verirler. Eğer haksızlık kocadan kaynaklanmış ise para olmadan tefrîke hükmederler. Eğer haksızlık kadından kaynaklanmışsa kadından -kocasından aldığı paradan fazla olmamak şartıyla- para alarak tefrîke hükmederler. Eğer haksızlık eşit olarak iki eşten kaynaklanmışsa para yahut malî müeyyide olmadan tefrîke hükmederler.

C) Adem-i İnfâk Nedeniyle Tefrîk İçin Önerilen Maddeler

Birinci madde: Eğer koca karısına harcama yapmaktan (nafaka vermekten) kaçınırsa duruma bakılır: Şayet açıkta/zahiri (görünürde) malı varsa ya da durumu iyi olan bir kişiden alacağı varsa hâkim, karısına harcama yapacağı kadar nafaka ödemesine hükmeder. Şayet görünürde malı yoksa ama nafakaya gücü yetiyor ve ödememekte ısrar edip boşamayı da reddediyorsa ve kadın boşamayı istiyorsa, hâkim onu boşadıktan sonra taziri olarak onu cezalandırır (hapis cezası verir).

İkinci madde: Eğer kocanın durumu mâlî açıdan nafaka ödeyemeyecek kadar kötü ise ve karısı tefrîk talep ediyorsa bakılır: Eğer kadın fakir ise, nafakasını karşılayacak veya kocasına borç verecek kimse bulamazsa, kocaya en az üç ve en fazla altı ay mühlet verilir. Şayet koca bu müddet içerisinde nafakayı temin edemezse, evlilik akdi yargıç tarafından sona erdirilir. Eğer kadın zengin ise evlilik akdi sona erdirilmez. Bilakis kendisine ve durumu iyi oluncaya kadar kocasına borç olarak harcama yapmaya zorlanır.

Üçüncü madde: Adem-i infâk nedeniyle tefrîk, yoksulların nafakasını ödemekte zorlanması ile olur. Bu ise durumu iyi olduğunda üzerine vacip olan normal nafaka değil, bilakis zaruri nafakadır.

Dördüncü madde: Adem-i infâk sebebiyle tefrîk, ric'î talâk sayılmaktadır.

Beşinci madde: Kocanın ekonomik durumu karısı iddet süresi içinde iken iyi olur ve normal nafakayı ödemeye hazır olursa karısına geri dönmesi sahîh olur.

Ek 2: Tefrîk ile İlgili AFMK'nın Darice/Farsça Metni

مواد قانون مدنی افغانستان در باره اسباب تفریق

در باره تعدد ازواج:

ماده 86: ازدواج با بیش از یک زن بعد از تحقق حالات آتی صورت گرفته می تواند:

1- در حالی که خوف عدم عدالت بین زوجات موجود نباشد.

2- در حالی که شخص کفایت مالی برای تامین نفقه زوجات از قبیل غذا، لباس، مسکن و تداوی مناسب را دارا باشد.

3- در حالی که مصلحت مشروع مانند عقیم بودن زوجه اولی و یا مصاب بودن وی به امراض صعب العلاج موجود باشد.

ماده 87: زنی که شوهر وی بر خلاف حکم ماده 86 این قانون ازدواج نموده باشد، می تواند مطابق احکام مندرج ماده 183 این قانون، بر اساس تفریق به سبب ضرر از محکمه مطالبه تفریق نماید.

ماده 88: زن می تواند هنگام عقد ازدواج شرط گذارد که اگر زوج وی مخالف احکام مندرج ماده 86 این قانون با زن دیگر ازدواج کند، صلاحیت طلاق به او انتقال داده می شود. این شرط وقتی اعتبار دارد که در وثیقه نکاح درج شده باشد.

ماده 89: شخصی که در ازدواج با بیش از یک زن مطابق حکم مندرج ماده 86 این قانون متاهل بودن خود را کتمان نماید و رضایت و موافقه صریح زنی را که جدیداً به نکاح گرفته است در مورد به دست نیاورده باشد، در این صورت زوجه جدید می تواند در صورت عدم رضایت به دوام معاشرت با زوج، مطابق به احکام مندرج ماده 183 بر اساس تفریق به سبب ضرر از محکمه مطالبه تفریق نماید.

تفریق به سبب عیب:

ماده 176: زوجه وقتی می تواند مطالبه تفریق نماید، که زوج مبتلا به مرضی باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به نحویکه معاشرت با زوج بدون ضرر کلی متعذر باشد.

ماده 177: هرگاه زوج هنگام عقد نکاح یا قبل از آن به عیوب متذکره ماده 176 این قانون واقف بوده یا در صورت وقوع عیب بعد از عقد طور صریح یا ضمنی به آن رضایت نشان داده باشد، نمی تواند مطالبه تفریق نماید.

ماده 178: در تثبیت عیوب متذکره ماده 176 این قانون از نظریات اهل خبره استفاده به عمل می آید.

ماده 179: هر گاه عیب از نوعی تثبیت گردد که اعاده صحت وی غیر ممکن باشد، محکمه بدون تعویق به تفریق زوجین حکم می نماید. در صورتیکه عیب قابل علاج بوده و مدت طولانی برای معالجه لازم باشد، محکمه مطالبه تفریق را تا مدتیکه متجاوز از یکسال نباشد به تعویق می اندازد.

ماده 180: تفریق به سبب عیب، طلاق بائن است.

ماده 181: تفریق به سبب عیب موجب حرمت ابدی نگردیده، زوجین می توانند بعد از تفریق دوباره با هم ازدواج نمایند، خواه در عدت باشد یا بعد از آن.

ماده 182: هرگاه یکی از زوجین که به سبب عیب بین آنها تفریق واقع شده وفات نماید، طرف دیگر مستحق ارث از وی نمی گردد.

تفریق به سبب ضرر:

ماده 183: هرگاه زوجه از معاشرت با زوج ضرری را ادعا کند که دوام معاشرت را در چنین حالت بین امثال زوجین غیر ممکن گرداند، می تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید.

ماده 184: فقره 1) هرگاه ضرر مورد ادعا ثابت گردیده و اصلاح بین زوجین صورت گرفته نتواند، محکمه به تفریق حکم می نماید. فقره 2) تفریق، حکم یک طلاق بائن را دارد.

ماده 185: هرگاه ضرر مورد ادعا ثابت نگردیده و زوجه به ادعای خود اصرار داشته باشد، محکمه دو شخص را به حیث حکم جهت اصلاح بین زوجین تعیین می نماید.

ماده 186: فقره 1) حکم باید شخص عادل بوده یکی از اقارب زوج و دیگری از اقارب زوجه باشد. اگر اقارب زوجین موجود نباشند، حکم از اشخاصی تعیین می گردد که از احوال زوجین معلومات کافی داشته به اصلاح بین زوجین قادر باشد. فقره 2) حکم باید در محکمه سوگند یاد نماید که وظیفه خود را به عدل و امانت داری ایفا می کند.

ماده 187: اشخاصی که بحیث حکم تعیین می شوند، باید علل اختلاف و طرق اصلاح بین زوجین را تشخیص نموده در تامین اصلاح کوشش نمایند.

ماده 188: فقره 1) هرگاه حکم به اصلاح بین زوجین موفق نشود و منشاء اختلاف زوج و یا زوجین بوده و یا اصلاً معلوم نباشد، و محکمه دوام معاشرت را در چنین حالت بین زوجین غیر ممکن بداند، به تفریق بین آنها حکم می نماید. فقره 2) در صورتیکه زوجه منشاء اختلاف باشد، حکم به تفریق در بدل کل مهر و یا قسمتی از آن تصمیم می گیرد.

ماده 189: فقره 1) هرگاه در نظریات اشخاصیکه بحیث حکم تعیین شده اند، اختلاف موجود گردد، از طرف محکمه مکلف به تجدید نظر می گردند. فقره 2) در صورت دوام اختلاف، محکمه اشخاص دیگری را مطابق حکم مندرج ماده 186 این قانون بحیث حکم تعیین می نماید.

ماده 190: حکم تضامین خود را به محکمه تقدیم و محکمه مطابق به آن حکم صادر می نماید.

تفریق به سبب عدم انفاق:

ماده 191: هرگاه زوج از ادای نفقه امتناع ورزد در حالیکه ظاهراً مالک دارائی نبوده و عجز وی از ادای نفقه ثابت شده نتواند، زوجه می تواند مطالبه تفریق نماید.

ماده 192: هرگاه زوج عجز خود را از ادای نفقه ثابت نماید، محکمه مدت مناسبی را که از سه ماه تجاوز نکند، به وی مهلت میدهد. در صورتی که باز هم به ادای نفقه قادر نشود، محکمه به تفریق بین زوجین حکم می نماید.

ماده 193: تفریق بین زوجین که به سبب عدم ادای نفقه به حکم محکمه صورت بگیرد، در حکم طلاق رجعی بوده، زوج می تواند به زوجه اش در خلال عدت رجوع نماید. مشروط بر اینکه زوج توان مالی و آمادگی خود را به ادای نفقه ثابت نماید.

تفریق به سبب غیابت:

ماده 194: هرگاه زوج مدت سه سال یا زیاده از آن بدون عذر معقول غایب گردد، در صورتیکه زوجه از غیاب وی متضرر شود، می تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید. گرچه زوج، مالک دارائی بوده و زوجه از آن نفقه خود را تأمین کرده بتواند.

ماده 195: فقره 1) در صورت غیابت زوج، محکمه بعد از استماع مطالبه تفریق از جانب زوجه، موضوع را به زوج غایب کتبا اعلام نموده و مدتی را تعیین می نماید تا در خلال آن زوج مذکور به مسکن فامیل عودت نموده یا زوجه خود را به اقامت گاه خویش طلب نماید. فقره 2) در صورتیکه زوج غایب با وجود اعلام محکمه، بدون عذر معقول به غیابت خود ادامه بدهد یا اصلاً و صول اعلام به زوج غیر ممکن باشد، در چنین احوال، محکمه به تفریق بین زوجین حکم می نماید.

تفریق به سبب حبس:

ماده 196: هرگاه زوج به حکم قطعی محکمه به حبس ده سال یا بیشتر از آن محکوم گردیده باشد، زوجه می تواند پس از مدت پنج سال مطالبه تفریق نماید. گرچه زوج محبوس توان ادای نفقه را هم داشته باشد.

ماده 197: فقره 1) تفریق به سبب غیابت در حکم طلاق رجعی می باشد. فقره 2) هرگاه زوج غایب، حاضر یا زوج محبوس رها گردد، میتواند قبل از تکمیل عدت به زوجه خود رجوع نماید.

در باره متعه:

ماده 105: هرگاه تفریق قبل از دخول یا خلوت صحیحه واقع گردد، در صورت تسمیه، زوجه نصف مهر مسمی را مستحق می شود.

ماده 106: هرگاه تفریق قبل از دخول یا خلوت صحیحه از طرف زوجه صورت گیرد، مهر وی کاملاً ساقط می گردد.

ماده 107: هرگاه تفریق بین زوجین قبل از دخول یا خلوت صحیحه واقع گردد، برای زوجه، متعه ای که عبارت از البسه معمول و امثال وی می باشد، واجب می گردد. در تعیین متعه، توان مالی زوج در نظر گرفته شده و به هیچ صورت قیمت آن از نصف مهر مثل تجاوز نمی کند.

ماده 108: فقره 1) هرگاه طلاق قبل از دخول واقع گردیده و مهر مسمی باشد و یا زوج وفات نماید، متعه برای زوجه واجب نمی گردد. فقره 2) در صورتی که طلاق قبل از دخول واقع گردد، خواه مهر مسمی باشد یا نه، ادای متعه برای زوجه جواز دارد.

در باره مفقود:

ماده 326: فقره 1) هرگاه شخصی که بیش از چهار سال مفقود گردیده و غالباً هلاک وی متصور باشد، چنین شخص به حکم محکمه با صلاحیت متوفی شناخته می شود و در سایر موارد تشخیص مدتی که بعد از آن شخص مفقود متوفی شناخته می شود مفوض برای محکمه می باشد. فقره 2) محکمه در معلوم نمودن حیات و وفات شخص مفقود از وسایل ممکنه استفاده می نماید.

ماده 327: هرگاه به وفات شخص طبق احکام مندرج ماده 326 این قانون حکم شده باشد، زوجه و وی به گذشتانیدن عدت وفات مکلف بوده و تمام متروکه و وی بین ورثه ای که حین اصدار حکم به وفات، مستحق میراث شناخته شوند تقسیم می گردد.

EK 3: Tefrîk ile İlgili AFMK'daki Maddelerin Türkçesi

1977 Tarihli Afganistan Medenî Kânunu'nda Yargı Yoluyla Boşanma/Tefrîk Sebepleri Konusunda İstifade Edilen Maddeler

Çok Evlilik Hakkında Maddeler:

Madde 86

Aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde birden fazla kadınla evlilik gerçekleştirilebilir:

- 1- Eşler arasındaki adaletsizlik korkusunun olmaması halinde;
- 2- Zevcenin yiyecek, giysi, barınma, uygun tedavi gibi nafakasını sağlamak için kocanın yeterli malî kaynağa sahip olması durumunda;
- 3- İlk karısının kısırlık veya tedavisi zor olan bir hastalığa yakalanması gibi meşru bir maslahatın mevcut olması halinde.

Madde 87

Bu kânunun 86'ıncı maddesinin hükümlerine aykırı olarak evlenen bir kocanın karısı bu kânunun 183'üncü maddesi gereğince mahkemeye başvurup, uğradığı zarar için, tefrîk talep edebilir.

Madde 88

Kadın, evlilik esnasında, kocasının bu kânunun 86'ıncı maddesinin hükümlerine aykırı olarak, başka bir kadınla evlenirse, boşama hakkının kendisine devredilmesini şart koşabilir. Bu koşul evlilik akdi belgesine eklendiğinde geçerli olur.

Madde 89

Birden fazla kadınla evlendikten sonra, bu Kânunun 86'ıncı maddesi uyarınca evli olduğunu gizleyen ve yeni eşinin rızasını açıkça almayan bir kocanın yeni eşi evlilik hayatına razı olmaması halinde 183'üncü maddenin hükümlerine uygun olarak kendine uğradığı zarar sebebiyle mahkemeden boşanma talebinde bulunabilir.

Kusur Sebebiyle Tefrîk:

Madde 176

Kocada bulunan tedavisi mümkün olmayan ya da mümkünse uzun süre gerektiren kusur ve karısının bu kusurdan külliyen zarar görmesi şartıyla, zevce mahkemeye başvurarak kusur nedeni ile tefrîk talebinde bulunabilmektedir.

Madde 177

Eğer kadın evlenme sırasında (esnasında) veya bundan önce 176'ncı maddede zikredilen kusurları bilirse ya da evlilikten sonra meydana gelen hastalıklara açıkça ya da zımnî olarak rızasını göstermişse, mahkemeden tefrîk talebinde bulunamaz.

Madde 178

176. maddesindeki kusurların ispatlanması için bilir ve tecrübeli kişilerin (uzmanların) görüşleri alınacaktır.

Madde 179

Her ne zaman ki kocada bulunan kusurun tedavisinin mümkün olamayacağı tespit edilirse, mahkeme derhal tefrîke hükmeder. Eğer Kusurun tedavisi mümkün ama tedavisi uzun süre gerektiriyorsa, mahkeme tefrîk talebini bir seneye kadar erteleyecektir.

Madde 180

Kusur nedeniyle tefrîk bâin talâktır.

Madde 181

Kusur sebebiyle boşanma hürmeti müebbede (sonsuz haramlılığı) gerektirmez, karı koca iddet içerisinde veya iddetten sonra evlenebilirler.

Madde 182

Eğer aralarında kusur nedeniyle tefrîke hükmedilen karı kocadan birisi ölürse, öbürü ondan miras almayı hak etmemektedir.

Zarar Sebebiyle Tefrîk:

Madde 183

Her ne zaman ki zevce, kocasıyla evlilik hayatından dolayı zarar gördüğünü iddia ederse ve söz konusu zarar da emsalleri arasındaki kendisiyle yaşamaya devam etmenin imkânsız bir hale getireceği takdirde, mahkemeden tefrîk talebinde bulunabilir.

Madde 184

Fıkra 1) İddia edilen zarar ispat edilirse ve eşler arasında uzlaşma(sulh) ve düzeltme yapılmazsa, mahkeme tefrîke karar verir.

Fıkra 2) Zarar nedeni ile tefrîk, talâk-ı bâin hükmündedir.

Madde 185

Her ne zaman ki iddia edilen zarar ispat edilmez ve tefrîk talebinde bulunan kadın, iddiasında ısrar ederse, mahkeme eşlerin arasında sulh ve aralarını düzeltmek için iki kişiyi hakem olarak tayin eder.

Madde 186

Fıkra 1) Hakemlerin adil ve biri kadının akrabalarından ve diğeri ise kocanın akrabalarından olmalıdır. Eğer onların akrabalarından hakem olarak tayin edilebilecek biri yoksa eşlerin hayatı ile ilgili bilgi sahibi ve sulh ve düzeltmeye kâdir olan kişiler hakem olarak tayin edilir.

Fıkra 2) Hakemler, adalete uygun bir şekilde görevlerini yerine getireceklerine ve emanete riayet edeceklerine mahkemede yemin ederler.

Madde 187

Hakem olarak tayin edilenler, ilk önce eşler arasındaki ihtilaf ve geçimsizlik sebeplerini ve düzeltme yollarını teşhis ederek onların aralarında ıslahı sağlamak için çaba sarfetmelidirler.

Madde 188

Fıkra 1) Hakemler eşlerin arasını düzeltmeyi başaramaz ve ihtilaf kaynağının koca ya da kadın olduğu belirlenir veya neden kaynaklandığı bilinemez ve mahkeme evlilik hayatı ve beraberliğinin imkânsız olduğunu tespit ederse, mahkeme tefrîkine hüküm verir.

Fıkra 2) Anlaşmazlığın/ihtilafın kaynağının kadından olması durumunda, mahkeme mehrin tamamını veya bir kısmını tefrîke karar verir.

Madde 189

Fıkra 1) Hakem olarak tayin edilen kişilerin görüşlerinde uyuşmazlık olursa, mahkeme tekrar onların görüşlerini yenilemelerini ister.

Fıkra 2) Hakemlerin arasındaki uyuşmazlık devam ederse, mahkeme bu Kânunun 186'ncı maddesi hükmüne uygun olarak başkaları hakem olarak tayin eder.

Madde 190

Hakemler aldıkları kararları mahkemeye sunar ve mahkeme hakemlerin kararına uygun olarak hüküm verir.

Adem-i İnfâk Sebebiyle Tefrîk:

Madde 191

Kocanın zevcesinin nafakasını temin etmekten kaçınması (imtina etmesi) durumunda ve zahire göre mal-mülk sahibi olmadığı ve nafaka temininden aciz olduğu ispat edilemezse, zevce mahkemeye başvurup tefrîk talebinde bulunabilir.

Madde 192

Eğer kocanın nafakayı temin edemeyeceği hususunda aciziyetini ispat ederse, mahkeme ona üç ayı geçmeyen bir süre mühlet verir. Eğer üç ay geçtikten sonra nafakayı temin edemezse mahkeme tefrîke hüküm eder.

Madde 193

Nafakanın temin edilmemesi nedeniyle yargı yoluyla boşanma ric'î talâkın hükmündedir. Kocanın nafakayı temin edebilmesi şartıyla iddet içerisinde zevcesine geri dönebilir.

Gâiplik Sebebiyle Tefrîk:

Madde 194

Koca makul bir mazereti olmaksızın üç yıl veya daha uzun bir süre kaybolunca, karısı onun kaybolmasından dolayı zarar görürse mahkemeye başvurup tefrîk talebinde bulunabilir, Koca mal sahibi olup ve kadın o maldan nafakasını temin edebilse dahi durum böyledir.

Madde 195

Fıkra 1) Koca kaybolduğunda, mahkeme, kadından tefrîk talebini duyduktan sonra, meseleyi kaybolan kocaya yazılı olarak bildirir ve kocanın evine dönmesi yahut karısını ikamet ettiği yere götürmesi için ona bir müddet tayin eder.

Fıkra 2) Eğer kaybolan koca, mahkemenin ilanına rağmen, makul bir mazereti olmaksızın gâipliğine devam eder yahut kocaya ilan ile kavuşmak imkânsız ise, böyle bir durumda, mahkeme karı koca arasındaki bağı çözer.

Hapis Sebebiyle Tefrîk:

Madde 196

Koca mahkemenin nihai kararıyla 10 yıl veya daha fazla hapis cezasına çarptırılırsa, kadın beş yıl geçtikten sonra mahkemeye başvurup tefrîk talebinde bulunabilir. Velew ki koca nafaka ödeme kabiliyetine sahip olsa da hüküm böyledir.

Madde 197

Fıkra 1) Gâiplik ve hapis sebebiyle yargı yoluyla boşanma ric'î talâk hükmündedir.

Fıkra 2) Kaybolan koca geldiğinde veya hapsedilmiş olan koca serbest bırakıldığında, iddet bitmeden önce karısına dönebilir.

Müt'a (maddî yardım) ile ilgili Hükümler:

Madde 105

Zifaf ve halvet-i sahîhaya girmeden önce karı koca arasında mahkeme tarafından tefrîke hükmedilirse, zevce müsemma olan mehirden yarısına hak kazanır.

Madde 106

Eğer halveti sahîha veya zifafa girmeden önce zevce tarafından tefrîk gerçekleştirilirse, zevcenin mehri tamamen kaldırılır.

Madde 107

Her ne zaman ki zifaf veya halveti sahiha gerçekleşmeden önce mahkeme tarafından eşlerin arasında tefrîke hükmedilirse, zevceye sıradan bir giysi ve benzerinin müt'a olarak verilmesi vacip olur. Müt'anın miktarının belirlenmesi konusunda, kocanın ekonomik gücü göz önünde bulundurulur ve her halükarda, fiyatın mehr-i mislin yarısını geçmemesi gerekmektedir.

Madde 108

Fıkra 1) Mehir müsemma olduğu halde, eğer zifafa girmeden önce talâk yapılırsa veya koca vefat ederse, zevceye müt'a ödemek vacip değildir.

Fıkra 2) Zifafa girmeden önce boşanma olursa, mehir belli olsun veya olmasın, zevceye muta verilmesi câizdir.

Mefkûd ile İlgili Maddeler:

Madde 326

Fıkra 1) Bir kişi dört yıldan fazla süre kaybolursa ve zann-ı galiple hayatta olmadığı öngörülürse, böyle bir kişi yetkili mahkeme kararıyla ölü sayılır. Mefkûdün ölü sayılabileceği zamanın tespitinin diğer durumları mahkemenin içtihadına bırakılmıştır.

Fıkra 2) Mahkeme, mefkûdün hayatta olup olmadığını belirlemek için mümkün olan her türlü araçları kullanmaktadır.

Madde 327

Bir kişinin bu yasanın 326'ncı maddesindeki hükümlerine göre vefatına hükmedildiği zaman, karısı ölüm iddetini saymak zorundadır ve geride bıraktığı mallar, miras hakkını hak eden mirasçılara dağıtılmaktadır.

ÖZGEÇMİŞ

Ghulam Hazrat RAYEQ, 21 Şubat 1992 yılında Herat Vilayetinin Guzara ilçesinde doğdu. 2009 yılında Herat Sultan Ghiasuddin Ghorî Lisesi'nden mezun oldu. Lise öğrenimi boyunca Kur'an-ı Kerimî ezberlemek için Mus'ab İbn Umeyr Hafızlık Medresesi'ne katılıp 2008'de hafızlığını tamamlayıp sınavdan geçerek mezuniyet sertifikasını aldı ve iki sene adı geçen medresenin şubelerinde hafızlık öğretmeni olarak çalıştı. 2011'de Herat Üniversitesi Şeriat ve İslâmî İlimler Fakültesini kazandı ve 2014'te bitirme tezini “*Suçların Azaltılmasında Kısasın Rolü*” konusu üzerinde yazıp mezkûr fakültenin Fıkıh ve Kânun bölümünü birincilikle tamamladı. Lisans eğitimi alma sırasında Herat Üniversitesi'nin Hukuk Kliniği'ni de başarıyla tamamlayıp sertifikasını aldı. Bir yıl boyunca Herat Üniversitesi Şeriat ve İslâmî İlimler Fakültesi'nde elit öğrencilerin konsey başkanlığını yaptı. 2016 yılında Gazi Üniversitesi Türkçe Öğretim Araştırma ve Uygulama Merkezinden Türkçe (C1) diplomasını aldı ve 2017'de Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Bölümü İslâm Hukuku Ana Bilim Dalında yüksek lisansa başladı. Okurun elindeki bu tez çalışması, zikri geçen üniversitenin İslâm hukuku ana bilim dalında mezuniyet ve yüksek lisans diplomasını almayı hak etmek için gerekli olan şart ve yeterliliğin bir parçasıdır. Rayeq, Farsça, Peştuca, Arapça, Türkçe ve İngilizce bilmektedir.