

ESKİ HUKUKUMUZDA SÜT EMZİRME AKDI

*Doç. Dr. Osman KAŞIKÇI**

I- GİRİŞ

İnsanoğlu fizyolojik olarak uzun yıllar bakıma ve gözetime muhtaç olduğundan onun dünyaya gelmesine sebep olan anne ve babasına bir kısım görevler düşmektedir. Bu görevlerden birisi de çocuğun süt emmesini sağlamaktır. Fizyolojik konumu itibariyle bu hakkın ilk muhatabı şüphesiz annedir. Ancak annenin bu görevinin dini mi yoksa hukuki mi olduğu hukukçular arasında tartışmalıdır. Bu ayrım kişinin o işi yapmaya zorlanıp zorlanamaması açısından önemlidir. Eğer anne bu görevi yerine getirmeyebilir veya getiremezse baba çocuğunu emzirecek başka bir kadın bulmak durumundadır. Zira eski hukukumuzda çocuğun süt emme hakkı, onun nafaka hakkı içerisinde yer almakta olup, bu hakkın muhatabı da babadır.

Çocuklara annelerinden başka bir kadının süt emzirmesi insanlık tarihi kadar eski kurumlardan birisidir. Gerçekten annelerin çeşitli sebeplerle çocuklarını emzirmek istememesi veya çocukların annelerinin memelerini almaması, annelerinin sütlerinin az olması ve iklim şartlarına bağlı olarak şehirde yaşayan insanların sütlerinin çabuk bozulması gibi sebeplerle tarih boyu çocuklar sütanneye verile gelmiştir.

İslâm hukuku zuhur ettiğinde o bölgede de çocukların sütanneye verildiği bizzat Hz. Peygamberin çocukluğunda sütanneye verilmiş olmasından anlaşılmaktadır¹. Çocuklara annesinden başka birisinin süt emzirmesi ilahi irade tarafından da kabul edilmiş hatta ayrıca konu ile ilgili hükümler sevk edilmiştir. Konu ile ilgili ayetler sünnet tarafından yorumlanmış ve hukukçular da ayrıntıları içtihatları ile doldurmuşlardır. Osmanlı döneminde de süt emzirmeye ilişkin hususlar fetva ve şer'îye sicillerinde yer almıştır.

Eski hukukumuzda çocuğa annesinden başka bir kadının süt emzirmesine süt hısımlığı gibi önemli bir hukuki sonuç bağlanmıştır. Süt hısımlığı ise bir evlenme engelidir. Tespit edebildiğimiz kadarı ile çocuğa annesinden

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Öğretim Üyesi.

¹ İbn Sa'd, et-Tabakatü'l-Kübra, Beyrut t.siz, C. I, s. 108; Köksal Asım, İslam Tarihi, (İstanbul 1987), C. II, s. 87.

başka bir kadının süt emzirmesine böylesine önemli bir hukuki sonuç bağlayan sadece İslâm hukukudur. İslâm hukukunda da süt emzirme dolayısıyla meydana gelen hısımlığın sadece evlenme engeli oluşturması, buna mukabil mirasçılık, nafaka mükellefiyeti, şahitlik yasağı gibi diğer hısımlık ilişkileri doğurmaması ilginçtir. Dolayısıyla konu sadece İslâm hukukuna özel oluşu ile değil, aynı zamanda bu hukuk içerisindeki yeri ile de dikkat çekicidir.

Görüldüğü üzere süt emzirme akdi hukuk tarihimizde önemli yer işgal eden konularından biridir. Tespit edebildiğimiz kadarı ile konu şimdiye kadar bir akid çerçevesinde ele alınmamıştır. Gerek fıkıh kitaplarında gerekse Mecelle de konu dağınık bir şekilde farklı yerlerde ele alınmıştır. Dolayısıyla süt emzirme akdinin derli-toplu bir şekilde takdimi hukuk tarihimize önemli katkılar sağlayacaktır.

II- SÜT EMZİRME AKDİNİN ESKİ HUKUKUMUZDAKİ YERİ

Kur'an'da ücretle veya ücretsiz süt emzirmeye ilişkin birden fazla hükme yer verilmiştir. Konu ile ilgili bir ayette(Bakara 233) "Emzirmeyi tamamlamak isteyen (baba) için anneler, çocuklarını tam iki yıl emzirirler. Onların örfe uygun beslenmesi ve giyimi de baba tarafına aittir. Bir insan ancak gücünün yettiğinden sorumludur. Çocuğu sebebiyle ne anne ne de baba zarar görmesin. (Babanın olmaması veya gücünün yetmemesi durumunda nafaka borcu)varis üzerinedir. Eğer ana ve baba birbirine danışarak ve karşılıklı anlaşarak çocuğu memeden ayırmak isterlerse kendilerine bir günah yoktur. Eğer çocuklarınızı (sütanne tutup) emzirtmek isterseniz, örf gereği vermeniz gerekeni vermeniz şartıyla, size bir günah yoktur." buyurulmaktadır. Yine erkeklere hitaben boşadıkları kadınlar kastedilerek: "Sizin için emzirirlerse ücretlerini verin ve örf gereği verilmesi gereken(ücret)i aranızda anlaşın. Eğer anlaşamazsanız çocuğu, başka bir kadın emzirecektir"(Talak, 6) denilmektedir. Keza yine erkek'ere hitaben : "Size şunları nikahlamak haram kılındı:... sizi emziren süannelerinizi, süt kız kardeşleriniz...(Nisa 23) denilerek süt emzirmenin sütanne ve süt kardeş ile evlenme yasağı meydana getirdiği belirtilmiştir. Hz. Peygamber de, "Nesep ten haram olanlar, süt emmeden de haram olur"² diyerek evlenme yasağı olan hısımların bu ayette sayılanlardan ibaret olmadığını ortaya koymuştur. Görüldüğü üzere süt emzirme eski hukukumuzun iki temel kaynağında açıkça yer almaktadır.

Süt emzirme, fıkıh kitaplarında, evlenme engeli, çocuğun nafakası ve nihayet akid olarak kira akdi içerisinde ele alınmıştır. Osmanlı devletinde

² Buhari, Şahadat, 7; Müslim, Rada, 12; Ebu Davud, Nikah, 6.

1868-1876 yılları arasında hazırlanarak yürürlüğe girmiş olan İslâm özel hukukunun bir kısmını kanunlaştıran Mecellede³ de süt emzirme akdine ilişkin hükümlere yer verilmiştir(m. 418, 443, 452, 566, 581). 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinde de evlenme engelleri arasında doğal olarak süt hısımlığı sayılmıştır(m. 16). Nihayet 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu iktibas edilirken hazırlık çalışmaları sırasında evlenme engelleri arasında (m.92) süt hısımlığına da yer verilmiş ancak daha genel kurula gelmeden bu hüküm metinden çıkarılmıştır⁴.

III- SÜT EMZİRME AKDİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A- KAVRAM VE TANIM

Eski hukukumuzda süt emzirmeye radâ' veya rıdâ' denirdi. Rada', kelime olarak emme ya da emzirme demektir. Kavram olarak ise, insan sütünün belirli yaştaki bir çocuğun karnına ulaşması ve üçüncü bir kadından emen çocuk ile sütanne ve yakınları arasındaki evlenme yasağını ifade etmektedir⁵. Ücretle sütanesi tutan kimseye müsterzi', sütanneye murzi', ve süt verilen çocuğa da razî' denirdi⁶.

Fıkıh kitaplarında ve buna bağlı olarak Mecelle'de "süt emzirme akdi"ni karşılayan bir kavram kullanılmamıştır. Zira yeri gelince temas edileceği üzere, eski hukukumuzda süt emzirme akdi kira akdinin bir çeşididir. Bu sebeple özel bir isimle ele alınmamıştır. Söz konusu akid için, tespit edebildiğimiz kadarı ile, akd-i istirza kavramını ilk kullanan kişi Mecelle'yi Ruhu'l-Mecelle ismi ile şerh eden Hacı Reşit Paşadır⁷. Günümüz İslam hukukçuları da akdi'l- irza kavramını kullanmaya başlamışlardır⁸. Bu isimlendirmelere istinaden biz de bu kavramı günümüz diline "süt emzirme akdi" olarak çevirdik.

Süt emzirme akdi müstakil bir akid kabul edilmediğinden doğal olarak ayrıca tanımı yapılmamıştır. Yer verilen hükümlerden hareketle süt emzirme

3 Mecelle hakkında geniş bilgi için bkz. Osman Kaşıkçı, İslâm-Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997.

4 Cevdet Yavuz, Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1998, s.155.

5 İbn Hümam Kemaleddin, Şerhu Fethu'l-Kadir, Beyrut Tarihsiz, C. III, s. 438.

6 Ali Haydar Hocaeminizâde, Düreru'l-Hükkam Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul 1330, I, 686.

7 Hacı Reşit Paşa, Ruhu'l-Mecelle, İstanbul 1328, C. III, s. 145.

8 Muhammed Ravvas Kal'aci, el-Mevsûati'l-Fikhiyyeti'l-Müyesserati, Beyrut 2000, C. I, s. 966.

akdi, bir kadının süt emecek yaştaki bir çocuğa bedel karşılığında belirli bir süre süt emzirmesi ve diğer ihtiyaçlarını gidermesi için yapılan bir akiddir, şeklinde tanımlanabilir.

B- SÜT EMZİRME AKDİNİN UNSURLARI

1- Çocuğun Belirli Bir Süre Emzirilmesi ve Bakımı

Süt emzirme akdinde sütannenin yapacağı en önemli iş çocuğu emzirmektir. Şüphesiz emzirmek şart olmayıp kadının sütü sağılarak içirilmesi ile de amaca ulaşılmış olur. Başka bir ifade ile önemli olan çocuğu kadın sütü ile beslemektir. Bu durumda sütanne, çocuğu hayvan sütü veya başka bir şey ile beslerse emzirme ücreti talep edemez⁹. Bununla birlikte karşı tarafın bilgisi dahilinde çocuğa kadın sütünün yanında başka şeyler de verebilir.

Çocuk annesinin yanında kalıyor ve sütanne sadece belirli zamanlarda gelip çocuğu emziriyorsa süt emzirme akdinin konusu sadece süt emzirmedir. Buna mukabil çocuk sütannenin yanında kalıyor veya sütanne çocuğun bakım ve terbiyesini de üstlenmiş ise, sütannenin çocuğu emzirmekten başka, yemek yedirmek, çocuğu tehlikelerden korumak, banyo yaptırmak ve elbiselerini temizlemek ve sütünü bozacak şeyler yememek gibi örf gereği kendisine yüklenen görevler de vardır. Örfen bilinen şeyler şart kılınmış gibi olduğundan bu hususların ayrı ayrı akidde kararlaştırılması gerekmez¹⁰.

Süt emzirme akdi belirli süreli bir akid olduğundan akid esnasında sürenin mutlaka belirlenmesi gerekir¹¹. Nitekim Mecellede de "... ve süt ana emsalinde müddet-i icarenin beyaniyle menfaat malum olur(m.452) denilmektedir. Dolayısıyla süt emzirme akdinde süre belirlenmezse yapılacak iş örfen bilirse dahi akid fasit (iptali mümkün) olur. Keza sürenin kesin olarak belirlenmediği veya "çocuk yürüyünceye veya başka şeylerle doyuncaya kadar" gibi belirli olmayan bir süre kararlaştırıldığı durumlarda da süt emzirme akdinin iptali mümkündür¹². Bu durumda süt emzirme akdinin geçerli olabilmesi için sürenin, bir yıl veya üç ay gibi kesin olarak belirlenmesi gerekir.

Emzirme akdinde taraflar süreyi serbestçe kararlaştırabilirler. Sürenin

⁹ Şemseddin Serahsî, El-Mebcut, Mısır tsz., C. XV, s. 119; Ali b. Ebu Bekir Merjinânî, el-Hidâye (Şerh-u Fethu'l-Kâdir içinde), Beyrut tsiz., C. IX, s. 106; Ebu Bekir b. Mesud Kâsânî, Kitab-ü Bedâiyüs-Senâi fî Tertibi's-Şerâyi, Beyrut T.siz, C. IV, s. 175.

¹⁰ Abdürrahim İbn Abidin el-Hüseyfî, Reddû'l-Muhtâr Ale'd-Dürri'l-Muhtâr, Beyrut 1987, C. II, s. 676.

¹¹ Kâsânî, IV/184.

¹² Ali Haydar, I/759; Hacı Reşit Paşa, III/45.

uzunluğunun veya kısalığının bu açıdan önemi yoktur. Şu kadar var ki hukukçuların çoğunluğuna göre iki yıldan sonraki emzirmeler süt hısımlığı meydana getirmez¹³. Ayrıca evlilik birliği sona erdiği için ücret talep eden anne iki yıldan sonra ücret talebinde bulunamaz. Ancak emzirme akdinin her zaman süt hısımlığı meydana getirmesi şart değildir. Bu sebeple taraflar çocuğun iki yıldan sonra da emzirilmesini kararlaştırabilirler.

2- Emzirme ve Bakım Ücreti

Süt emzirme akdinde çocuğun emzirilmesi ve bakımı bir ücret mukabilinde yapılır. Tarafların süt emzirme karşılığında ücret alınmayacağını kararlaştırmaları durumunda süt emzirme akdinden değil, hibeden söz edilir. Akid esnasında ücretten hiç söz edilmemiş ise, sütanne, eğer ücretle bu işi yapan bir kadın ise, gündeliği biliniyorsa onu, bilinmiyorsa ecr-i misli yani aynı durumdaki bir kadının süt emzirme karşılığında aldığı ücreti talep edebilir¹⁴. Tarafların anlaşamaması durumunda hakim ecr-i misli belirleyerek ücreti takdir eder. Kadın çocuk emzirme işini ücretle yapan birisi değil ise, ücret talebinde bulunamaz. Bir kadının ücretle sütanneliği yapıp yapmadığını tespit etmek için ilk olarak daha önce başkalarına ücretle sütanneliği yapıp yapmadığına bakmak gerekir. Eğer daha önceden sütanneliği yapmamış ise, kadının sosyal durumuna bakarak karar verilir.

Akid sırasında süt emzirme ücreti kararlaştırılmış ise, bu ücretin mal ve mütekavvim olması gerekir. Mecelle'de mal, insanın yaratılışı gereği kendisine meylettiği ve ihtiyaç vakti için biriktirelebilen şeydir, şeklinde tarif edilmiştir (m. 126). Buna göre bir kaç buğday tanesi gibi hiç bir anlam ifade etmeyen şeyler mal kabul edilmez. Eski hukukumuzda menfaat biriktirilmesi mümkün olmadığından mal kabul edilmemekle birlikte süt emzirme akdinde menfaatin bedel olabileceği istisnenen kabul edilmiştir. Bu durumda bir evin veya bir bineğin kullanılması süt emzirme bedeli olarak kararlaştırılabilir. Aynı türden menfaatin süt emzirme ücreti kararlaştırılması anlamsızdır. Bu sebeple sözgelimi iki kadın karşılıklı olarak çocuklarını emzirme şeklinde anlaşma yapmalarının hukuki bir değeri yoktur.

Mecelle'de mal-ı mütekavvim, intifai mubah ve malı mührez (m. 127) şeklinde tanımlanmıştır. İntifai mubah, insanların yararlanmasına hukuken izin verilmiş demektir. Bu durumda kendiliğinden ölmüş hayvan eti, domuz

13 Abdurahman b. Muhammed el-Hısnî Haskefî, Dürrü'l-Müntekâ (Mecmau'l-Enhûr'la birlikte), İstanbul 1991, C. I, s. 375.

14 Kâsânî, IV/210.

eti ve hür kimseler bu anlamda mütekavvim olmadığından emzirme bedeli olarak kararlaştırılmaz. Mal-ı mührez ise elde edilmiş mal demektir. Buna göre de denizdeki balık, havadaki kuş ve dağlardaki otlar elde edilmiş olmadıklarından süt emzirme ücreti olarak kararlaştırılmaz. Ücretin mal ve mütekavvim olması süt emzirme akdinin kuruluş(in'ikad) şartı olduğundan mal ve mütekavvim olmayan bir şeyin ücret olarak belirlenmesi durumunda süt emzirme akdi batıl olur.

Süt emzirme ücreti, nakid, alacak, menfaat veya ayn olabilir. Nakid ve alacağın süt emzirme ücreti olarak kararlaştırılması durumunda genelde bir sorunla karşılaşmaz. Bir aynın ücret olarak kararlaştırılması durumunda ise iki durumla karşılaşılır. Mislî eşyaların ücret olarak kararlaştırılması durumunda o eşyanın aynısı veya misli ücret olarak verilebilir. Buna mukabil gayr-i misli, sözgelimi elbise, binek veya yemek vermek gibi çarşı pazarda farklı fiyatlarla satılan (kıyemiyat), şeylerin emzirme ücreti olarak kararlaştırılması durumunda ise, nitelik ve niceliğinin de belirlenmesi gerekir. Ebu Hanife ve Malik'e göre, bu şekilde bir aynın süt emzirme ücreti olarak belirlenmesi durumunda nitelik ve niceliği belirlenmese dahi akid geçerlidir. Çünkü ücretin belirsizliğinin akdi fasit kılmasının sebebi, taraflar arasında sonradan nizaya sebep olma ihtimalidir. Çocuğa şefkatten dolayı sütanneye müsamahâ gösterilmesi adet olduğundan ücretteki bu belirsizlik nizaya sebep olmaz. Bu durumda akid geçerli olup orta derecesini vermek gerekir. Mecelle'de de bu görüş kanunlaştırılmıştır(m. 566). Şafî ve imameyne göre ise, süt emzirme akdinde ücretin gayr-ı misli bir ayn olarak belirlenmesi durumunda nitelik ve niceliği kararlaştırılmazsa, diğer kira akidlerinde olduğu gibi, akid fasit olur. Bu sebeple binek, elbise veya yemeğin ücret olarak kararlaştırılması durumunda akid fasit olur ve bu durumda o zamana kadar yapılan hizmetin karşılığı olarak ecr-i misil vermek gerekir¹⁵.

3- Tarafların Anlaşması

Buradaki anlaşmadan maksat tarafların irade beyanlarıdır. Süt emzirme akdinde taraflar irade beyanlarını sözlü, yazılı, teati, dilsizin bilinen işareti, sükut ve elçi ile yapabilirler. Süt emzirme akdi yapılırken örfte bu maksadı ifade eden kelimeler kullanılarak akid yapılabilir. Akid yapılırken geçmiş zaman kipi kullanılması gerekmele birlikte gelecek zaman kipinde şimdiki zaman kastedilerek de akid yapılabilir.

¹⁵ Serahsî, XV/119; Merginânî, IX/104; Kâsânî, IV/193; Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el-Mevsilî, el-lhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtâr, İstanbul 1991, C. III, s. 59; Ahmed b. Muhammed İbn Rüşd, Bidayetü'l-Müçtehid ve Nihayetü'l-Muktesid, Kahire 1986, C. II, s. 341.

Anlaşma sağlanabilmesi için şüphesiz kabul beyanının icaba uygun olması gerekir. Bir kimsenin bir kadına çocuğunu iki yıl emzirme teklifine karşılık bir ay emziririm şeklinde cevap verirse kabul beyanı icaba uygun olmadığından anlaşma sağlanmış olmaz.

Ayrıca icaba uygun kabul beyanının icabın yapıldığı mecliste yapılması gerekir. Buna eski hukukumuzda meclis birliği denmektedir. Meclis birliği, bir kimsenin bir kadına çocuğunu emzirir misin icabına kadının hemen olumlu yanıt vermesinde olduğu gibi gerçekten veya mektubun okunduğu veya elçinin haberinin ulaştığı meclis gibi hükmen gerçekleşir.

Kabul beyanının icabın hemen akabinde olması gerekmez. Meclis birliği bozulmadıkça kabul beyanı açıklanabilir. Buna hıyar-ı kabul denilir. Keza kabul beyanı açıklanmadan icapta bulunan da icabından dönebilir.

Emzirme akdinin geçerli olabilmesi için tarafların iradelerinin hata, hile ve ikrah ile sakatlanmamış olması gerekir. İkrahin mülci veya gayrı mülci olması arasında fark yoktur. İkrahi ortadan kalktığı anda korkutulan kişi dilerse akdi fesheder, dilerse feshetmeyip akdin devam etmesini sağlar.

IV- SÜT EMZİRME AKDİNİN KURULUŞU

A- SÜT EMZİRME AKDİNİN TARAFLARI

1- Süt Emecek Çocuk

Çocukların anne sütü emmeleri doğumla başlar ve genelde 2-3 yaşlarında sona erer. Dolayısıyla bu yaştaki çocuğun hak (vücub) ehliyeti olsa da fiil (eda) ehliyeti yoktur. Bu durumda süt emecek çocuk adına velisi süt emzirme akdi yapacaktır. Sözleşmenin çocuk adına yapılması, taraflardan birinin ölmesi durumunda akdin sona erip ermemesi açısından önemlidir. Gerçekten süt emzirme akdinde velinin ölümü akde tesir etmez. Buna mukabil çocuğun ölümü ile akid sona erer¹⁶.

Çocuk adına süt emzirme akdi yapılabilmesi için çocuğun doğmuş olması şart değildir. Başka bir ifade ile çocuğun velisi çocuk anne karnında(cenin) iken de onun adına süt emzirme akdi yapabilir. Adına süt emzirme akdi yapılacak çocuğun yaşının üst sınırı yoktur. Hukukçular bir çocuğun üçüncü bir kadından süt emmesi ile süt hısımlığının oluşabilmesi için farklı üst sınırlar önermişler¹⁷ ise de bu husus akidle ilgili olmayıp evlenme yasağı

¹⁶ Kâsânî, IV/223.

¹⁷ Margînânî, III/441-442; Şeyh Muhammed Şîrbînî, Muğni'l-Muhtâç, Kahire 1958, C. III, s. 416; İbn Kudâme, VII/543.

getirip getirmemesi ile ilgilidir.

2- Sütanne

Sütanne olacak kadına gelince, belirtmek gerekir ki süt emzirme akdi, kişinin lehine ve aleyhine sonuç doğurması mümkün olan bir işlemdir. Bu durumda eda ehliyetine sahip olmayan kadınlar süt emzirme akdi yapamazlar. Bunlar sürekli akıl hastalığına maruz (cünûn-ı mutbık) kimseler ile gayri mümeyyiz küçüklerdir. Tam eda ehliyetine sahip olan yani akıl, baliğ ve reşit olan kadınlar kimsenin izin veya icazetine ihtiyaç olmaksızın süt emzirme akdi yapabilirler. Evli kadınların kocalarından izin almalarına ileri de temas edilecektir. Eksik eda ehliyetine sahip olan kadınlara gelince bunları ayrı ayrı incelemek gerekir. Akıl hastalığı nöbet şeklinde olan kimselerin hasta olmadıkları dönemde yaptıkları süt emzirme akdi geçerlidir. Çünkü bu kimseler hastalık nöbetleri olmadığı dönemlerde tam ehliyetli sayılırlar. Akıl zayıflığı (bunak) olanlar, mümeyyiz küçükler ve cariyelerin böyle bir işlemi yapabilmek için veli veya efendilerinin izin ya da icazetine ihtiyaç vardır¹⁸. Söz konusu kişiler izimli olmadıkları durumda veli veya efendileri icazet verinceye kadar süt emzirme akdi askıda(mevkuf)dır.

Süt emziren kadın ile süt emen çocuk arasında süt hısımlığının oluşabilmesi için kadının en az dokuz yaşında olması gerekir¹⁹. Ancak süt emzirmede amaç süt hısımlığının oluşması değildir. Süt hısımlığı, şartları gerçekleşen süt emzirmenin bir sonucudur. Dolayısıyla süt emzirme akdi açısından kadının dokuz yaşında olması şart olmayıp temyiz alt sınırı olan yedi yaşını tamamlayan mümeyyiz küçüğün de izin ya da icazet ile süt emzirme akdi yapılması mümkündür.

Sütannesi olacak kadının süt emzirme akdine taraf olması açısından hür-cariye²⁰, evli-bekâr²¹, müslim-gayrimüslim²² veya zinadan çocuk doğurmuş

18 Kâsânî, IV/176.

19 Fahreddin Hasan b. Mansur Özcendî (Kâdihân), Fetevây-ı Kâdihan(Fetevây-ı Hindiye' ile birlikte) Bolak 1991, C. I, s. 417; Merginânî, III/454, 456; İbn Hümmam, 456; Nevevi, III/414; Şirbînî, III/414; İbn Kudâme, VII/545; İbn Abidin, II/408.

20 Serahsî, XV/123.

21 Memesinden süt gelen 9 yaşındaki bakireden süt emmekle hükm-ü rada'nın sabit olacağına fetva verilmiştir(Behcettü'l-Feteva, 160 <Araştırmamızda yer verilen fetvalar, Çeşmizâde Muhammed Halis Efendi'nin Hulâsatü'l-Ecvibe, C. I, II, İstanbul 1325, isimli eserinden alınmıştır).

22 Nasrani bir kadının sütannesi olarak tutulabileceğine fetva verilmiştir(Behcettü'l-Feteva, 162).

bulunmasının önemi yoktur²³. Yani memesinden süt gelen bakire²⁴, kafire veya zina etmiş bir kadın sütanesi olarak tutulabilir. Çünkü kafirlik veya müşriklığın kadının sütüne tesiri söz konusu değildir²⁵. Bu noktada Hz. Peygamber'in çocukların ahmak bir kadından emzirilmemesini tavsiye etmesi dikkat çekicidir²⁶. Ahmaklığın çocuğa geçme ihtimali düşünülmüş olmalıdır.

Süt emzirme akdinin bizzat sütanesi olacak kadın tarafından yapılması şart değildir. Yetkili temsilci de onun adına süt emzirme akdi yapabilir. Yetkisiz temsilci(fuzuli)nin yaptığı akid ise, sütanne icazet verinceye kadar askıda (mevkuf)dır. Baba, emziren taraf olarak, bülûğ çağına gelmemiş çocuğu adına süt emzirme akdi yapabilir. Fakat küçük, süt emzirme süresi sona ermeden baliğ olursa akdi feshetme hakkına (bülûğ muhayyerliğine) sahiptir. Çünkü küçük süt emzirmeyi kendisine uygun bir iş olarak görmeyebilir

Bir kadın için evlilik ehliyeti kısıtlayan bir hal değildir. Bununla birlikte evlilik birliğinin reisinin koca olması şüphesiz ona bir kısım haklar tanınmasını da beraberinde getirmiştir. Süt emzirme akdi açısından olaya baktığımızda şu hususlar göze çarpmaktadır. Evli bir kadın eşinden izin alarak emzirme akdi yapmışsa, eşinin yapabileceği bir şey yoktur. Buna mukabil evli bir kadının eşinden izinsiz süt emzirme akdi yapması durumunda nasıl hareket edileceği tartışmalıdır. Hanbelî hukukçular ile bir kısım Şafî hukukçuya göre bu şekilde yapılmış olan süt emzirme akdi geçerli değildir. Zira burada daha önceden yapılmış bir akid (nikâh) var iken onun üzerine ikinci bir akid yapılmıştır. Nitekim bir evde kiracı var iken başka birisi ile kira akdi yapılırsa ikinci akid geçersiz olur. Bunların dışında kalan hukukçulara göre ise, akid geçerli olmakla birlikte koca akdin iptalini talep edebilir²⁷. Zira her ne kadar nikâh akdi ile süt emzirme akdinin konuları farklı ise de çakıştıkları noktalar vardır. Sözgelimi süt emzirmek ve gece uyanık kalmak sütannenin gerek bedenini gerekse yüz güzelliğini etkileyebilir. Nafakayı temin etmekle koca sorumlu olduğundan karısının çalışmamasını isteyebilir. Bu durumda süt

23 Behcettî'l-Feteva, 163.

24 Merginânî, III/454.

25 Serahsî, XV/127. Ancak Zahirî hukukçular, "Ey iman edenler! Müşrikler pistir"(Tevbe, 28) ayetine dayanarak, kafire veya müşrike bir kadının sütanesi olarak tutulamayacağını ileri sürmüşlerdir (Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said İbn Hazm, el-Muhalla bi'l-Asâr, Beyrut 1988, C. X, s. 188).

26 Serahsî, XV/119; Kâsânî, IV/176.

27 Şihab b. Yusuf el-Harezmi el-Kerderî(Bezzâzî), el-Feteva'l-Bezzâziye (Fetevay-ı Hindiye ile birlikte) Bulak 1991, C. V, s.115.

emzirme akdi yapacak kadın reşit olsa dahi evli ise kocasının iznini almalıdır²⁸. Süt emen çocuğun kadının daha önceki kocasından veya üçüncü bir kişinin çocuğu olmasının bu açıdan önemi yoktur. Bununla birlikte çocuk başkasının memesini almaz ve ölmesinden korkulursa kocanın izin vermeme hakkının olduğu söylenemez. Ayrıca koca nikâh akdi sırasında karısının emzirme akdinin tarafı olduğunu biliyorsa bu akdin feshini talep edemeyeceği muhakkaktır²⁹. Keza bir kadın kocasının izni ile belirli bir süre için, sözgelimi bir aylığına, süt emzirme akdi yaptıktan sonra çocuk başkasının memesini almazsa aynı kadın emzirmeye devam etmek zorundadır³⁰. Zira burada çocuğun yaşam hakkı, en azından daha sağlıklı yaşama hakkı söz konusudur.

B- SÜT EMZİRME AKDİNİN ŞEKLİ

Süt emzirme akdi, yazılı veya sözlü şekilde yapılabilir. Akdin geçerliliği için yazılı veya şahitler huzurunda yapılması gibi bir zorunluluk yoktur. Bununla birlikte yazılı veya şahitler huzurunda yapılması anlaşmazlık durumunda ispat açısından önemlidir.

C- SÜT EMZİRME AKDİNİN KURULUŞUNUN ŞARTA BAĞLANMASI

Buradaki şarttan maksat, bir hukuki işlemin hükümlerinin işlemeye başlamasının veya sona ermesinin bağlandığı gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olaydır. Eski hukukumuzda bu anlamda şarta, talik denmektedir. Süt emzirme akdinin kuruluşunun taliki mümkün değildir. Çünkü süt emzirme akdi ivazlı bir akiddir. Eski hukukumuzda ivazlı akidlerin kuruluşu şarta bağlanamaz³¹.

D- SÜT EMZİRME AKDİNİN BELİRLİ ŞARTLARLA TAKYİDİ

Süt emzirme akdini belirli şartlarla takyid etmek (sınırlandırmak) mümkündür. Bu bağlamda şöyle bir genelleme yapılabilir. Akdin niteliğine uygun, örf ve adet haline gelmiş, taraflardan birine ayrıca bir yarar sağlamayan şartlarla süt emzirme akdini takyid etmek mümkündür. Sözgelimi çocuğun annesinin evinde emzirilmesi veya başka çocuk emzirilmemesi, sütünü bozacak şeyler yemekten kaçınılması ve kendisine iyi bakması gibi şartlarla

²⁸ Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, el-Muğni, Beyrut Tsiz. C. VII, s. 626.

²⁹ Serahsî, XV/120; İbn Kudâme, VII/626.

³⁰ Şeyh Nizam, Fetevây-ı Hindiye (Bu eser Şeyh Nizam Başkanlığında bir heyet tarafından hazırlanmıştır) Bulak 1991, C. I, s. 561; İbn Abidin, II/675.

³¹ Osman Kaşıkçı, Eski Hukukumuzda Şarta Bağlı İşlemler, S. Sulhi Tekinay'a Armağan, İstanbul 1999, s. 387.

sınırlandırılabilir. Buna göre çocuğun annesi sütannenin çocuğu kendi yanında ve evinde emzirmesini şart koşabilir. Çünkü annenin hidâne yani çocuğun bakım ve gözetim hakkı vardır. Bu hak emzirmekten bağımsız bir hak olduğu için çocuğunu emzirmeyen annenin hidâne hakkı elinden alınamaz. Bu durumda süt emziren kadın çocuğu annesinin yanında emzirecektir³². Bu husus akid esnasında kararlaştırılmamış ise örf ve adete itibar edilir. Çocuğun nerede emzirileceği kararlaştırılmamış ise sütannenin evinde emzirileceği kabul edilir³³. Ayrıca çocuğun sürekli sütannenin yanında kalması da kararlaştırılabilir.

Çocuğu sütannenin başka birisine emzirtmemesi şart koşulmuş ise nasıl hareket edileceği tartışmalıdır. Bir fikre göre bu şarta riayet etmek gerekir. Eğer kadın bu şarta riayet etmez ve çocuğu başka birisine emzirtirse ücret talep edemez³⁴. Diğer bir fikre göre ise bu durumda akid geçerli fakat şart yok (lağv) sayılır. Çünkü bu şartın taraflara bir faydası yoktur. Ayrıca sütannenin hastalığı veya başka bir engelin ortaya çıkması durumunda çocuğun üçüncü bir kadın tarafından emzirilmesi zarureti ortaya çıkabilir. Bu sebeple söz konusu şarta riayet edilmez³⁵.

Sütannenin çocuğu bizzat emzireceği şart koşulmamışsa kadın cariyesine veya başka birisine emzirtebilir³⁶. Bununla birlikte kadının bizzat emzirmesi şart koşulabilir ve bu durumda cariyesi de dâhil başka birisine emzirtecek olursa diğer tarafın akdi feshetme hakkı vardır. Bu durumda kadın ücret de talep edemez³⁷. Keza sütanne ecir-i has olduğundan ve ecir-i hassın da kendi işini başka birisine yaptırması mümkün olmadığından da aynı sonuca varılabilir.

Bununla birlikte süt emzirme akdinde asıl olan çocuğun terbiyesi olup insan sütü emzirilmesi buna tabi bir iş kabul edilirse kadın cariyesine veya başka birisine emzirterek bu dönem için ücret alabilir³⁸. Bu durumda başkasına emzirtmemek şartı lağv (yok) sayılmış olmaktadır³⁹. Genel olarak bu

32 Serahsî, V/208; Kâdihân, I/446; İbn Abidin, II/675.

33 Bezzazi, V/115; Fetevây-ı Hindiye, s. 561.

34 Kâsânî, IV/209.

35 Hasan b. İmedüddin Şurunbulâfi, Gunyetü Zevi'i-Ahkâm fi Buğyet-i Düreri'l-Hükkâm (Molla Hüsrev'in Dürer'i ile birlikte), İstanbul 1978, C. II, s. 233; İbn Abidin, V/12.

36 Serahsî, XV/127.

37 Mevsili, III/59.

38 Serahsî, XV/127; Bezzazi, V/116.

39 Hacı Reşit Paşa, III/145.

şarta uymak gerektiğini ancak geçici bir hastalık veya benzeri bir mazereti bulunan sütannenin çocuğu başka bir kadına emzirtebileceğini kabul etmek gerekir.

Taraflardan birine ayrıca yarar sağlayan şart ile takyid edildiğinde emzirme akdi fasit olur. Sözgelimi sütannenin kusuru olmasa dahi çocuğun telefî durumunda tazmin gerekeceği veya hiç bir özür yokken süresinden önce süt emzirme akdi sona erdirilirse ücretin tamamının ödeneceği gibi bir şart ile takyid edildiğinde süt emzirme akdi fasit olur.

E-SÜT EMZİRME AKDİNİN HÜKÜMLERİNİN İŞLEMENE BAŞLAMASI

Akid yapılırken herhangi bir süre kararlaştırılmamış veya hemen hükümlerini meydana getireceği üzerinde anlaşılmış ise akid yapıldığı anda hükümleri işlemeye başlar. Eğer taraflar akdin hükümlerinin işlemeye başlamasını vadeye bağlamışlarsa, akid hemen kurulmakla birlikte, hükümlerini belirleyen tarihten itibaren doğurur. Sözgelimi, bir kaç ay öncesinden çocuğunu emzirmek üzere bir kadınla yapılan akid geçerlidir. Buna göre süt emzirme akdinin ne zaman başlayacağı akid sırasında kararlaştırılabilir. Akdin hemen başlaması kararlaştırılmış ise akd-i müncize, daha sonraki bir tarihte başlaması kararlaştırılmış ise akd-i muzafe söz konusu olur. Eğer akdin kuruluşunda hıyar-ı şart var ise, akid hıyar-ı şartın sona erdiği anda başlar. Süt emzirme akdinin hıyar-ı şart, hıyar-ı rü'yet ve hıyar-ı ayb ile kurulması mümkündür. Hıyarı şart, taraflardan birisinin veya her ikisinin veyahut da üçüncü bir kişinin belirli bir süre içerisinde akdi feshetmek veya icazet vererek akdin devamını sağlamak hususunda muhayyer olması demektir. Muhayyerlik süresi belirli olmalıdır. Bu sebeple muhayyerlik için süre tayin edilmese veya bir kaç gün gibi belirsiz bir süre belirlense akid fasit olur. Muhayyerlik süresi, akdin yapıldığı anda başlar. Muhayyerlik durumunda akdin başlangıcı, akdin yapıldığı an değil, sözlü, fiili veya hükmen icazet verildiği andır. Hıyar-ı şart sadece akdin feshi veya devamına ilişkin olup bununla birlikte başka hususlarda da, sözgelimi aynı zamanda bedelde de muhayyerlik olursa akid fasit olur. Gerek akdin feshi gerekse icazeti sözlü veya fiilen olabilir. Muhayyerlik süresinin sükût ile geçmesi durumunda hükmen icazet verildiği kabul edilir. Hıyar-ı şart varislerine intikal etmediği için sütanesi tutan kimsenin muhayyerlik süresi içerisinde ölmesi durumunda muhayyerlik hakkı son bularak akde icazet verdiği kabul edilir.

Hıyar-ı rüyet ise bir sütanneyi görmeden tutan kimsenin gördüğü anda akdi feshetme hakkıdır. Aynı şekilde sütanesi tutan kimse sütannenin çocuğu emziremeyecek kadar hastalanması veya sütünün azalması veya çocuğa yaramaması durumunda hıyar-ı ayb nedeni ile akdi feshedebilir. Akdi feshetmezse sütanne sürenin sonunda ücretin tamamına hak kazanır.

V- SÜT EMZİRME AKDİNİN BENZER AKİTLERDEN AYRILMASI

A- SATIM AKDİNDEN AYRILMASI

Çocuğun sütanne tarafından kadın sütü ile beslenmesi bir anlamda insan sütünün satılması demektir. Gerçekten süt emzirme akdinde anne sütü çocuk tarafından tüketilmektedir. Dolayısıyla burada bir nevi satım akdi olduğu düşünülebilir. Nitekim Mecelle de bir koyun veya ineğin sütü sağılmak üzere kiralanamayacağı hükme bağlanmıştır(m.405, 420). Başka bir ifade ile burada hayvan sütünün satımı söz konusu olduğundan bu işlem kira akdi olarak değerlendirilemez⁴⁰. Aşlında süt emzirme akdinin de aynı durum söz konusudur. Ne var ki eski hukukumuzda insan sütünün satım akdine konu olup olamayacağı tartışmalıdır. Şafiî hukukçulara göre insan sütü hukuken kullanılmasına izin verilmiş (mütekavvim) mallardan olduğundan satıma konu olabilir. Buna göre bir kadın sütünü sağarak satabilir. Hanefî hukukçulara göre ise, insan sütü mütekavvim mal değildir. Başka bir ifade ile, insan sütü insanın bir parçasını oluşturduğu için, köleler dışında, insanın ne tamamı ne de parçası satıma konu olamaz. Çünkü eski hukukumuz açısından hür insan mal olmadığından satılamaz. Nitekim buna bağlı olarak insan sütünün telefî halinde de tazmini gerekmez⁴¹.

Bu durumda süt emzirme akdinde her ne kadar insan sütünün satımı söz konusu ise de söz konusu akidde satım akdine benzemeyen taraflar da vardır. Sözgelimi süt emzirme akdinde sütannenin çocuğu emzirmekten başka, çocuğun bakım ve terbiyesi gibi örf gereği kendisine yüklenen görevleri de vardır⁴². Satım akdinde tarafların böyle bir görevi söz konusu değildir. Nitekim süt emzirme akdinin satım akdi olmadığını ortaya koymak için sütannenin asıl görevinin süt emzirme olmayıp çocuğun bakımını yapmak ve terbiye etmek olduğunu ileri süren hukukçular vardır⁴³. Bu durumda süt emzirme, çocuğun bakım ve terbiyesi içerisinde bir iş olarak değerlendirilmiş olmaktadır. Böylece doğrudan hukuka uygun olmayan bir işlem, dolaylı olarak hukuka uygun hale getirilmeye çalışılmıştır. Bize göre Kur'an'da açıkça düzenlenen bir husus için böyle dolaylı yollara gitmeye gerek yoktur.

Sonuçta satım akdine benzer tarafları olsa da süt emzirme akdi, satım akdi olarak değerlendirilemez.

40 Serahsî, XV/119.

41 Serahsî, XV/127.

42 İbn Abidin, II/676.

43 Serahsî, XV/118; Merginânî, IX/102; Kâsânî, IV/175.

B- KİRA VE HİZMET AKDİNDE AYRILMASI

Eski hukukumuzda her ne kadar süt emzirme akdi kira akdinin bir çeşidi olarak kabul edilse de aslında süt emzirme akdi klasik anlamda kira akdinden önemli farklılıklar içermektedir. Sözelimi süt emzirme akdinde anne sütü çocuk tarafından tüketilmektedir. Oysa kira akdi tüketim değil, kullanım amaçlı bir akiddir. Keza normal kira akdinde menfaatin belirlenmesi gerektiği halde süt emzirme akdinde sürenin belirlenmesi yeterlidir. Aynı şekilde normal kira akdinde gayri misli bir eşyanın ücret olarak belirlenmesi durumunda kira akdi fasit olduğu halde süt emzirme akdi geçerlidir.

Süt emzirme akdinin, emeğin kiralınması açısından kira akdinin bir çeşidi olan hizmet akdinde de farklı yönleri bulunmaktadır. Çocuk sütanne yanında emzirilirse özel işçi (ecir-i has) statüsünde olduğu kabul edilebilir. Ancak çocuğun ikametgâhında emzirilmesi halinde çocuğun bakım ve terbiyesi anneye ait olduğundan süt tüketimi üzerine bir akid yapılmış olmaktadır ki hizmet akdi ile ilgisi yoktur. Keza sütanne aksi kararlaştırılmamışsa çocuğu başka bir kadına emzirtebildiğinden ecir-i has hükümlerine uymamaktadır.

Sütanne başka çocukları da emziriyorsa onu ortak işçi (ecir-i müşterek) kabul etmek gerekir. Bu takdirde de farklı hükümlere tabi olur. Dolayısıyla bu kadar istisnaya rağmen süt emzirme akdini kira ve hizmet akdi olarak nitelendirmenin tam olarak doğruyu yansıttığı söylenemez.

C- SÜT EMZİRME AKDİNİN BAĞIMSIZ BİR AKİD OLUŞU

Eski hukukumuzda "süt emzirme akdi" ismi ile müstakil bir akid mevcut olmadığını yukarıda ifade etmiştik. Süt emzirme akdi, öncelikle kira akdi içerisinde değerlendirilmiştir. Kira akdinin eşya ve emek kirası ayrımında da emek kirası yani hizmet akdi olarak kabul edilmiştir. Bilindiği üzere eski hukukumuzda marangoz, saatçi gibi kimselere ecir-i müşterek (bağımsız işçi), bir kişiye bağlı olarak çalışan kimselere de ecir-i has (bağımlı işçi) denirdi. Bu bağlamda sütanne ecir-i has kabul edilmiştir. Çünkü sütannenin bir veya birden fazla kişinin çocuğuna süt emzirmek ve bakımını yapmak üzere kendisini tutanlara bağımlı olarak çalışması söz konusudur⁴⁴.

Mecellede de süt emzirme akdine, fıkıh kitaplarının geleneğine uygun olarak, kira akdi içerisinde yer verilmiştir (m. 418, 443, 452, 566, 581).

Bize göre süt emzirme akdi, bağımsız, eski ifade ile nev'i şahsına münhasır bir akiddir. Gerçekten süt emzirme akdinde satıma benzeyen yönler bulunduğu gibi kiraya daha doğrusu hizmet akdine benzeyen yönler de var-

44 Kâsânî, IV/174.

dır. Ancak bu benzerlikler süt emzirme akdini söz konusu akidler içerisinde değerlendirmeyi gerektirmez. Çünkü her akid içerisinde diğer akidlere benzeyen bir çok yön bulunabilir. Ayrıca kitap ve sünnette önemi ile doğru orantılı biçimde yer almış bir akiddir. Böylece satım veya kira akdi kalıplarına uymadığından hukuka aykırılığı da söz konusu olmaktan çıkmaktadır. Gerçekten süt emzirme akdi satım veya kira akdi içerisinde değerlendirildiğinde birçok istisnaya yer vermek durumunda kalınmaktadır. Dolayısıyla süt emzirme akdini bağımsız, kendine has bir akid olarak kabul etmekte bir sakınca yoktur.

Süt emzirme akdi iki tarafa borç yükleyen bir akiddir. Gerçekten bu akid ile sütanne süt emzirme, karşı taraf da bedeli ödeme borcu altına girmektedir.

Taraflar ücretin peşin ödeneceğini kararlaştırabilirler. Eğer taraflar ücretin peşin ödeneceğini kararlaştırmamışlarsa önce hizmetin ifa edilmesi yani süt emzirmenin gerçekleşmesi sonra da ücret gerekir⁴⁵. Sözgelimi ücret aylık olarak tespit edilmişse sütanne ücrete ay sonunda hak kazanır. Bu açıdan süt emzirme akdini eksik iki tarafa borç yükleyen bir akid olarak nitelendirmek gerekir.

Diğer taraftan süt emzirme akdi belirli süreli bir akiddir. Süre belirlenmezse, hatta “çocuk yürüyünceye kadar” gibi belirsiz bir süre öngörülürse emzirme akdi fasit olur. Sürenin alt veya üst sınırı yoktur. Süre, sadece süt hisımlığının oluşup oluşmaması açısından önemlidir. Bu konu üzerinde ileride ayrıca durulacaktır.

VI- SÜT EMZİRME AKDİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A- TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

1- Çocuğu Emzirme ve Bakım Borcu

Süt emzirme akdinde sütannenin yapacağı en önemli iş çocuğu emzirmektir. Şüphesiz emzirmek şart olmayıp sütün sağılarak içilmesi ile de amaca ulaşılmış olur. Başka bir ifade ile önemli olan çocuğu kadın sütü ile beslemektir. Bu durumda sütanne, çocuğu hayvan sütü veya başka bir şey ile besleyemez⁴⁶. Bununla birlikte karşı tarafın bilgisi dâhilinde, özellikle de bir kaç geçtikten sonra çocuğa kadın sütünün yanında başka şeyler de verebilir.

Çocuk annesinin yanında kalıyor ve sütanne sadece belirli zamanlarda gelip çocuğu emziriyorsa süt emzirme akdinin konusu sadece süt emzirmedir. Buna mukabil çocuk sütannenin yanında kalıyor veya sütanne çocuğun

45 Kâsânî, IV/179.

46 Serahsî, XV/119; Merginânî, IX/106; Kâsânî, IV/175.

bakım ve terbiyesini de üstlenmiş ise, sütannenin çocuğu emzirmekten başka, yemek yedirmek, çocuğu tehlikelerden korumak, banyo yaptırmak, yağlamak, koku sürmek, elbiselerini temizlemek ve sütünü bozacak şeyler yememek gibi örf gereği kendisine yüklenen görevler de vardır. Örfen bilinen şeyler şart kılınmış gibi olduğundan bu hususların ayrıca akidde kararlaştırılması gerekmez⁴⁷.

Çocuk sütanne yanında iken çalınır veya ölürse tazmini gerekmez. Ancak çocuğun çalınmasında veya ölmesinde kusuru varsa şüphesiz tazmini (diyet) gerekir⁴⁸.

2- Ücret İsteme Hakkı

a) Ücret İsteme Hakkı Olan Kişiler

Sütannesi çocuğun annesi veya üçüncü bir kadın olabilir. Her birinin ücret isteme hakkının olduğu durumlar ve süreler farklılık arz etmektedir. Bu sebeple çocuğun annesinin ve sütannesi olan üçüncü bir kadının ücret isteme haklarını ayrı ayrı incelemek gerekir.

aa) Çocuğun Annesinin Ücret İsteme Hakkı

Hukukçular annenin süt emzirme görevinin bulunduğu hususunda fikir birliği içerisinde olsalar dahi bu görevin dini mi yoksa hukuki mi olduğu hususunda farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Bu ayrım sadece süt emzirme akdinin geçerliliği değil, aynı zamanda hâkimin anneyi çocuğu emzirmeye zorlayıp zorlayamaması açısından da önemlidir.

Hanefî, Şafî ve Hanbelî hukukçulara göre annenin çocuğunu emzirmesi dini bir görevdir. Zira ayette açıkça “Anneler çocuklarını iki yıl emzirirler...”(Bakara 233) hükmüne yer verilmektedir. Ayrıca unutmamak gerekir ki çocuğun süt emme hakkı kadar hatta anne şefkati dolayısıyla ondan daha fazla annenin çocuğunu emzirme hakkı vardır. Bu nedenle anne için çocuğunu emzirmek bir görev olmadan öte bir haktır. Normal bir annenin çocuğunu emzirmekten kaçınması düşünülemez. Ancak bazı güçlüklerin ortaya çıkması durumunda anne bu görevini yapamayabilir. Nitekim bir ayette : “Eğer güçlüğü uğrarsanız o halde onun için başka birisi emzirecektir”(Talak 6) denilmektedir. Buradaki güçlük annenin hastalığı, çocuğun annesinin memesini almaması, annesinin sütünün olmaması veya çocuğa yaramaması vb. durumlardır. Bu istisnai durumlar dışında anne çocuğunu emzirmekten mah-

⁴⁷ Kâsânî, IV/209; İbn Abidin, II/676.

⁴⁸ Serahsî, XVI/10; XV/121; Bezzazi, IV/116.

um edilemez. Bununla birlikte gerek söz konusu hallerde gerekse annenin çeşitli sebeplerle çocuğunu emzirmek istemediği durumlarda anneyi çocuğunu emzirmeye zorlamak da mümkün değildir⁴⁹. Eğer anne çocuğunu emzirmek istemezse baba çocuğuna sütannesi bulmak durumundadır. Zira ayette: “Eğer çocuklarınızı başkalarına emzirtmek isterseniz vereceğinizi güzel güzel verdikten sonra bunda da size bir günah yoktur.”(Bakara 233) denilmektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere çocuklar sütanneye verilebilir.

Bununla birlikte, a) çocuğun annesinin memesinden başka bir memeyi kabul etmemesi, b) süt verecek kimsenin bulunamaması, c) babasının veya çocuğun malvarlığından sütanne tutma imkânının olmaması durumunda anne çocuğunu emzirmeye zorlanabilir⁵⁰.

Çocuğunu emzirmek annenin dini görevi olduğu kadar aynı zamanda hakkı olduğuna göre çocuğunu emziren anne bu görevi karşılığında ücret talep edebilir mi? Bu sorunun cevabı tartışmalıdır. Bir kısım Hanefî hukukçusuna göre anne, gerek evlilik birliği devam ederken gerekse ric’i veya baîn iddeti beklerken emzirme ücreti talep edemez. Zira bu durumda koca eşinin nafakasını temin etmektedir. Hem nafaka hem de ücret alınmaz. İki birlikte alınırsa “...çocuk dolayısıyla ebeveyne zarar verilmez...(Bakara 233)” ayetine aykırı davranılmış olur. Emzirme ücretinin çocuğun malvarlığından alınması da durumu değiştirmez⁵¹. Aksi takdirde anne diyaneten yapmak durumunda olduğu bir iş için ücret almış olur⁵².

Diğer bir kısım Hanefî ile Şafiî hukukçulara göre ise, anne gerek evlilik esnasında gerekse ric’i veya baîn talak iddeti beklerken ücret talep edebilir. Zira bu dönemde annenin çocuğunu emzirmesi hukuki değil, dini bir görevdir. Bu sebeple söz konusu dönemde anne çocuğunu emzirmek istemezse, çocuğun başkasının memesini almaması ve babanın maddi durumunun sütanne tutmaya elverişli olması halleri dışında, hâkim onu zorlayamaz. Ayrıca o dönemde baba bir başkası ile emzirme akdi yapıp ücret verebildiği halde çocuğun annesine ücret verememesi için bir neden yoktur. Hatta annesi emzirmek isterse ona öncelik tanınmalıdır⁵³. Süt emecek çocuğun annesi ticaretle uğraşıyor veya başka-

49 Kâdihân, I/445; Haskefî, II/675; İbn Rüşd, II/56.

50 İbn Kudâme, VII/627; Behcetül-Feteva, 154; İbn Abidin, II/675.

51 Sadece Hanefî hukukçu İmam Muhammed bu dönemde çocuğun malvarlığından karşılanması durumunda annenin ücret talep edebileceğini ileri sürmüştür(Serahsî, XV/128).

52 Serahsî, V/208; Kâdihân, I/446; Kâsânî, IV/192; İbn Abidin, II/675-676.

53 Şirbînî, II/345, III/450; İbn Abidin, II/675-676.

larına işçilik yapıyorsa çocuğun babası ile böyle bir akid yapabileceğini, başka bir ifade ile emzirme karşılığında ücret talep edebileceğini kabul etmemek için bir sebep yoktur⁵⁴. Şafii hukukçulara göre anne, sadece doğumdan hemen sonraki sütü (ağız) emzirmek zorundadır. Zira çocuklar bu sütü emmezse genellikle yaşayamazlar. Bu emzirmenin süresi hususunda ise bilirkişinin tavsiyesine göre hareket etmek gerekir. Eğer bilirkişisi bir defayı yeterli görüyorsa bir defa emzirmekle anne zorunluluktan kurtulur. Bundan sonra anne çocuğunu emzirmek zorunda değildir. Ancak üçüncü bir kadın bulunamaz ise ücret karşılığında çocuğunu emzirmeye zorlanabilir⁵⁵.

Yine bir kısım Hanefî hukukçusuna göre ise, evliliğin devamı ile ric'i talak iddeti beklerken kadın ücret talep edemez ise de, bain ve üçüncü talaktan sonra iddet beklerken ücret talep edebilir⁵⁶.

Diğer taraftan Malikî ve Zahirî hukukçulara göre, evlilik birliği devam ederken veya ric'i boşanma iddeti beklerken annenin çocuğunu emzirmesi hukuki görevidir. Annenin bu görevi hukuki olduğundan eğer özürsüz olarak çocuğuna süt vermektan kaçınırsa hâkim onu zorlayabilir. Maliki hukukçulara göre özür, kadının zengin ve soylu olması ve çocuğun başka bir kadının memesini almamasıdır. Ancak sadece kadının soylu olması yetmez o yörede soylu ve zengin kadınların çocuklarını sütanneye veriyor olmaları başka bir ifade ile böyle bir adet olması gerekir. Eğer böyle bir adet var ise hâkim anneyi çocuğuna süt emzirmeye zorlayamaz. Keza çocuğun babasından boşanmış ve iddet beklemekte olan anne de çocuğunu emzirmeye zorlanamaz⁵⁷. Zahirî hukukçulara göre boşanmış kadın da, çocuğun başkasının memesini almaması, babasının ölmüş, evi terk etmiş, iflas etmiş veya ücretle başka bir kadın tutmaya gücü yetmemesi durumunda çocuğunu emzirmeye zorlanabilir⁵⁸.

Evliliğin ric'i veya bain talakla sona ermesi halinde iddet süresinin geçmesinden sonra veya ölüm iddeti beklerken anne emzirme ücreti isteyebilir. Zira bu durumda evlilik birliği sona ermiş ve çocuğun annesi ile babası birbirine yabancı kişilerdir. Nitekim bu dönemde kadının nafaka hakkı da yoktur. Dolayısıyla "Şayet sizin için emzirirlerse onlara ücretlerini verin"(Talak 6) ayetinin iniş sebebi de boşanmış fakat çocuklarını emzirmeye devam eden

54 Serahsî, XV/123.

55 Şirbînî, III/449.

56 Kâdihân, I/446; İbn Abidin, II/676.

57 İbn Rüşd, II/83.

58 İbn Hazm, X/165.

kadınlarla ilgilidir⁵⁹. Bu durumda baba ücret vermezse anne emzirmeye zorlanamaz. Aksi takdirde “çocuk dolayısıyla ebeveyne zarar yoktur...(Bakara 233)” ayetine aykırı davranılmış olur. Ancak çocuk başka birisinin memesini almazsa hâkim belirli bir ücret takdir ederek anneyi çocuğunu emzirmeye zorlayabilir. Annenin emzirmek istemesi durumunda üçüncü bir kadın bulursa dahi anneye öncelik tanınır. Çünkü annesi çocuğa üçüncü bir kadından daha fazla şefkat ve merhamet gösterir. Bu da çocuğun ruh sağlığı açısından son derece önemlidir⁶⁰.

Anne ücret olarak ecr-i misil isterse şüphesiz annenin öncelik hakkı vardır. Baba ücretsiz emzirecek başka bir kadın bulur anne de ücret isterse veya anne ecr-i misilden fazla isterse, Hanife'ye göre, annenin öncelik hakkı olmayıp baba dilediğine verme hakkına sahiptir. Hanbelî, Malikî ve Zahirî hukukçulara göre bu durumda da ecr-i misil ile annenin öncelik hakkı vardır⁶¹.

bb) Sütannenin Ücret İsteme Hakkı

Sütanne, çocuğu emzirme ve bakımı karşılığında ücret isteme hakkına sahiptir. Çünkü süt emzirme akdi ivazlı bir akiddir. Bununla birlikte taraflar ücret verilmeyeceğini kararlaştırabilirler. Sütannenin ücret talep edebilmesi için çocuğu emzirmesi veya sütünü sağıp içirmesi gerekir. Yoksa çocuğu hayvan sütü veya başka bir şey ile beslerse süt emzirme ücreti talep edemez. Çünkü bu akdin konusu çocuğa kadın sütü emzirilmesi ve onun diğer ihtiyaçlarının giderilmesidir.

Aksi kararlaştırılmamışsa sütanne çocuğun başka bir kadından emmesini sağlayabilir. Bu durumda da sütannenin ücret talep etme hakkı vardır⁶². Ancak aksi kararlaştırılmasına rağmen sütanne çocuğu başkasına emzirtmiş ise ücret talebinde bulunamaz⁶³.

b) Ücreti Hak Etme Zamanı

Taraflar ücretin ne zaman verileceğini serbestçe kararlaştırabilirler. Eğer ücretin ne zaman verileceği kararlaştırılmamış ise, Hanefî hukukçulara göre, sütannenin ücrete hak kazanabilmesi için akdin yapılması yeterli olmayıp emzirme işinin tamamlanması gerekir. Çünkü süt emzirme bir defada olmayıp peyder pey

⁵⁹ Muhammed b. Ebu Bekir es-Suyûtî, Ed-Dürrü'l-Mensur Fî Tefsîri'l-Me'sûr, Beyrut 1990, C. I, s. 512.

⁶⁰ Kâdihân, I/446; Şirbînî, III/450; İbn Hazm, X/167; İbn Abidin, II/675.

⁶¹ Kâdihân, I/446; İbn Kudâme, VII/628; İbn Hazm, X/167.

⁶² Serahsî, XV/127.

⁶³ Kâsânî, IV/209.

olacağından henüz ortada menfaat olmadığından ücretin verilmesi de gerekmez⁶⁴. Ücretin aylık veya yıllık şeklinde verilmesi kararlaştırılması durumunda sütanne ancak ayın veya yılın sonunda ücrete hak kazanır. Keza iki sene için sütanne tutulmuş iken bir yıl sonra çocuk ölse sütanne ancak bir yıllık ücret talep edebilir. Keza bir kimse iki çocuk için iki yıllığına bir kadını sütanesi olarak tutsa fakat bir yıl sonra çocuklardan birisi ölse sütanne kalan kısım sadece bir çocuğun ücretini alabilir. Eğer ücreti peşin verilmiş ise emzirme yapılmayan dönemin ücreti geri alınabilir. Ücretin peşin verilmesi kararlaştırılmış ise sütanne ücret verilinceye kadar süt vermektan kaçınabilir.

Ücrete hak kazanmak için mutlaka emzirmek gerekmeyp emzirecek durumda olmak yeterlidir. Ancak kararlaştırılan süreyi tamamlamayan sütanne sadece bilfiil emzirdiği veya emzirmeye hazır olduğu süre kadar ücret talep edebilir. Bu durumda karşı taraf da kararlaştırılan süre kadar emzirmediğini ileri sürerek ücret vermektan kaçınamaz⁶⁵.

Şafî ve Hanbelî hukukçulara göre ise akdin kuruluşu ve çocuğun sütanneye teslimi ile sütanne ücrete hak kazanır. Çünkü söz konusu hukukçulara göre ileride elde edilecek menfaat hükmen mevcut kabul edilir⁶⁶.

c) Ücret Talep Edilebilecek Süre

Ücret talep etme hakkı olduğu durumlarda çocuğun annesi iki yıldan sonrası için ücret talep edemez. Annenin çocuğunu emzirmeye devam etmesi durumu değiştirmez. Zira “Anneler çocuklarını iki yıl emzirirler...”(Bakara 233) hükmü izaha muhtaç olmayacak açıklıktadır.

Üçüncü bir kadının sütanesi olması durumunda ise kararlaştırılan süre önemlidir. Bu süre çocuğun iki yaşına girmesinden az, ona eşit veya ondan fazla olabilir.

3- Ücret Ödeme Borcu

Çocuğun malvarlığı varsa süt emzirme ücreti oradan karşılanır⁶⁷. Akid yapılırken çocuğun malvarlığı olmayıp da sonra mal sahibi olsa, mal sahibi olduğu tarihe kadar ki ücreti nafaka mükellefiyeti olan kişiler tarafından ödenir. Eğer çocuğun malvarlığı yoksa nafaka sorumluluğu kime ait ise süt emzirme ücretini

⁶⁴ Kâsânî, IV/179.

⁶⁵ Serahsî, XV/120.

⁶⁶ Şirbînî, II/345.

⁶⁷ Zahirî hukukçulara göre süt emme çağındaki çocuğun malvarlığı olsa dahi süt emzirme ücretini babası karşılamak durumundadır (İbn Hazm, X/167).

ödemekle o kişi yükümlüdür⁶⁸. Çocuğun babası sağ ise bu kişi babadır. Başka bir ifade ile babanın nafaka borcu çocuğun malvarlığının olmaması durumunda⁶⁹. Babanın süt ücretini ödeme imkânı yoksa borçlanır, ödeyebilecek durumda olduğunda kendisinden tahsil edilir. Babanın ödeyebilecek durumu olmazsa sütanne, çocuğun babasına nafaka vermekle mükellef olan kişi(ler)den bu ücreti talep edebilir⁷⁰. Çocuk doğmadan babanın ölmesi durumunda sütanne, diğer alacaklılar gibi terekeden alacağını alır. Eğer terekede sütannenin alacağını karşılayacak miktar yoksa çocuğun nafaka mükellefiyeti kime geçerse emzirme ücretini o kişi(ler) öder. Bu kişiler, süt emecek çocuğun babasının mirasçıları olup süt emzirme ücretinden mirasları oranında sorumludurlar⁷¹. Babası olmayan çocuğun malvarlığı yok ve nafaka mükellefiyeti olan kişi(ler) de ödeyecek durumda değilse anne çocuğu emzirmek zorundadır⁷². Çocuğun ve nafaka mükellefiyeti olan kimsenin ödeme durumu yok ve anne de emzirecek durumda değilse emzirme ücreti devlet hazinesinden ödenir⁷³.

Süt emzirme ücreti için kefil ve rehin almak mümkündür⁷⁴. Süt emzirme ücreti götürülmesi gereken borçlardan olduğundan emzirme işleminin yapıldığı yerde ifa edilmesi gerekir.

4- Çocuğun ve Sütannenin Giderlerini Karşılama Borcu

Sütannesi tutan kimse sadece sütannenin ücretini vermekle yetinemez. Bunun yanında çocuğun yiyecek, giyecek ve sağlık harcamalarını vermesi gerekir⁷⁵. Ancak çocuğun yağlanması ve kokulanması örf gereği sütanneye aittir⁷⁶.

Aksi kararlaştırılmamışsa sütanne yiyecek ve giyinme ihtiyacını kendisi karşılar. Ancak sütanne çocuğu annesinin evinde emzirirse örf ve âdete göre yemek masrafı sütanne tutan kimseye aittir⁷⁷.

68 Kâdihân, I/417; Behcetü'l-Feteva, 155.

69 Serahsî, XV/128; Kâsânî, IV/192; Mevsili, IV/10; Fetevay-ı Hindiye, I/560.

70 İbn Abidin, II/676.

71 Serahsî, V/209; Ebussuud, II/230.

72 İbn Abidin, II/675.

73 Ali Haydar, I/800.

74 Ali Haydar, I/783.

75 Bezzazi, IV/115.

76 Kâsânî, IV/209.

77 Ali Haydar, I/926.

B- ÇOCUĞUN SÜTANNEDEN EMMESİNİN HUKUKİ SONUCU (EVLENME ENGELİ)

1- Genel Olarak

Süt emzirme akdinin aile hukukuna ilişkin olarak süt hısımlığı ve buna bağlı olarak da evlenme engeli oluşturmak gibi önemli bir hukuki sonucu daha vardır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki süt hısımlığının oluşabilmesi için çocuğun sütanneden süt emzirme akdi çerçevesinde emmiş olması gerekmez. Çocuğu annesinden başka bir kadının emzirmesi durumunda hangi hukuki ilişkiye bağlı olursa olsun süt hısımlığı oluşur. Başka bir ifade ile süt hısımlığı oluşabilmesi için mutlaka süt emzirme akdi çerçevesinde çocuğun emzirilmesi şart değildir. Ancak biz burada süt emzirme akdini incelediğimizden süt emzirme akdinin hukuki sonucu olarak süt hısımlığını incelemek durumundayız.

2-Süt Hısımlığının Evlenme Engeli Oluş Sebebi

Çocukla sütanne arasında süt hısımlığı ve buna bağlı olarak da evlenme engeli oluşmasının sebebi Kur'an'da "Size şunları nikâhlamak haram kılındı: ... sizi emziren sütanneleriniz, süt kız kardeşleriniz... (Nisa 23) hükmü ile Hz. Peygamber'in "Nesepten haram olanlar süt emmeden de haram olur"⁷⁸ şeklindeki hadisidir. İlahi ve nebevi irade tarafından süt hısımlığının hangi gerekçe ile evlenme engeli kabul edildiğini tam olarak kestiremeyiz. Ancak şu kadarını söyleyebiliriz ki, süt emen çocuk ile sütanne arasında fizyolojik bir bağ oluşmaktadır. Buna bağlı olarak da arada hissi bir yakınlığın olması doğaldır⁷⁹. Hatta çocuğun gen yapısında da etkilerinin görülme ihtimali vardır. Bu durumda yakın akraba evliliğindeki sorunların süt hısımlığında da görülme ihtimali vardır. Hz. Peygamberin ahmak kadınlardan emzirilmesini tavsiye etmemesini de bu bağlamda değerlendirmek mümkündür.

Sütanne ile emen çocuk arasında süt hısımlığına dayalı evlenme engeli ne Hıristiyanlıkta ne de Yahudilikte kabul edilmiştir⁸⁰. Kur'an'da Hz. Musa zamanında sütannelik kurumuna temas edilse⁸¹ dahi süt hısımlığı ve evlenme yasağı üzerinde durulmaz. Keza Tevrat'ta da evlenilmesi yasak olan kimseler arasında süt hısımları sayılmamıştır⁸². Kilise hukukundaki vaftiz

⁷⁸ Buhari, Şahadat, 7; Müslim, Rada, 12; Ebu Davud, Nikah, 6.

⁷⁹ Ömer Nasuhi Bilmen, İstılahatı Fıkhıye Kamusu, İstanbul 1985, C. II, s. 91.

⁸⁰ HAK, m. 26, 32.

⁸¹ Kasas, 28/12.

⁸² Levililer, 18/6-8.

evladı ile vaftiz anne ve baba arasındaki manevi yakınlık sebebi ile meydana geldiği kabul edilen evlenme yasağı tamamen farklı sebeplere dayandığından İslâm hukukundaki süt hısımlığı ile aralarında bir benzerlik kurmak da mümkün görünmemektedir⁸³. İslamiyet'ten önce Araplar arasında süt kardeşle evlenme yasağı olduğu bilinmektedir⁸⁴. Kur'anda süt anne süt kardeş birlikte zikredildiğinden süt anne ile evlenme yasağının da eski Arap geleneği olma ihtimali kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda süt çocuğun, süt annenin diğer hısımları ile evlenme yasağının Hz. Peygamberin hadislerine dayandığı söylenebilir. Sonuçta Kur'an ve Sünnet'te eski bir Arap geleneği olan süt hısımlığına dayalı evlenme engeli toplumsal düzene uygun bulunarak ve biraz da genişletilerek kabul etmiştir. Şüphesiz İslam öncesi Arap geleneğinin de bir dine (söz gelimi Hz. İbrahim'in Hanif dinine) dayanma ihtimali vardır. Ancak böyle bir bilgiye sahip olmadığımızdan süt hısımlığının evlenme engeli olmasını bir Arap geleneği olarak değerlendirme zarureti ortaya çıkmaktadır. Eski Araplara ait bir gelenek Kitap ve Sünnet tarafından kabul edildikten sonra artık o İslam'ın bir hükmü haline gelmiş demektir. Bu sebeple süt hısımlığına dayalı evlenme engeli eski Arap geleneklerine dayansa da din olarak İslam'a has bir uygulama olarak kabul edilmelidir.

İslâm hukukunda da süt hısımlığının sadece evlenme yasağı getirdiğini ayrıca nesep, miras ve nafaka gibi sonuçlar doğurmadığını da burada belirtelim. Nitekim hür bir kadın kölesinin çocuğunu(ki o da kölesidir) emzirse, bir kimse hısımlarını köle yapamayacağı kuralına binaen, çocuğun köleliği sona ermez⁸⁵. Bunun sebebi ise süt hısımlığının nesep hısımlığı kadar etkili bir yakınlık meydana getirmemesi olsa gerektir. Süt hısımlığının oluşabilmesi için belirli şartların gerçekleşmesinin aranması da bu ihtimali güçlendirmektedir.

3- Evlenme Yasağı Oluşması İçin Gerekli Şartlar

a) Sütanneye İlişkin Şartlar

Evlenme yasağı oluşabilmesi için çocuğun kadın sütü ile beslenmesi gerekir. Dolayısıyla aynı hayvanın sütü ile beslenmekle süt hısımlığı oluşmaz⁸⁶. Keza erkeğin veya erkek mi dişi mi olduğu belli olmayanın (hünsa-i müşkile) memesinden gelen sıvı veya sütün alınması ile de süt hısımlığı oluşmaz. Zira bu hem nadir rastlanan bir olaydır hem de söz konusu kişilerin

⁸³ Halil Cin, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988, s. 105.

⁸⁴ J. Chelhod, The Encyclopadia of Islam, (New Edition), Vol. VIII, Leiden, p. 362.

⁸⁵ Behcetü'l-Feteva, 164; ; Fetevay-ı Abdürrahim, 409.

⁸⁶ Merginânî, III/454, 456; Şirbînî, III/414; İbn Kudâme, VII/545.

memesinden gelen sıvı gerçek anlamda süt değildir.

Süt veren kadının evli, bekâr veya dul olması arasında fark yoktur. Çünkü naslarda bununla ilgili herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Hanbelî hukukçular kızın memesinden süt gelmesi nadir bir şey olduğundan bununla süt hısımlığının oluşmayacağı kanaatinde olsalar da hukukçuların çoğunluğuna göre memesinden süt gelmesi şartı ile bir kızın emilmesi halinde de süt hısımlığı oluşur. Ancak kızın büluğ çağına gelmiş olması gerekir. Büluğ yaşının alt sınırı kızlarda dokuz yaş olduğuna göre memesinden emilen kızın en az dokuz yaşında olması gerekir. Buna göre büluğ yaşına gelmemiş bir kızdan gelen sarı su veya sütün emilmesi ile hısımlığı oluşmaz⁸⁷.

Süt veren kadının sağlıklı olması şart olmasa da sağ olması gerekir. Gerçi Hanefî, Malikî ve Hanbelî hukukçular ölü bir kadının emilmesi ile de süt hısımlığının oluştuğunu ileri sürmüşlerdir. Bu hukukçulara göre süt hısımlığının oluşabilmesi için asıl olan kadının sütünün çocuğa et ve kemik olmasıdır. Ölü veya diri kadından alınmış olması durumu değiştirmez. Çünkü kadın ölse bile süt ölmez⁸⁸. Belirtmek gerekir ki ölü kadından emilmesi tamamen hayali bir meseledir. Ayrıca kadın ile birlikte sütün ölmediğine ve temiz olduğuna da katılmak oldukça güç görünmektedir. Nitekim Şafii hukukçuların bu konudaki görüşleri daha realist görünmektedir. Gerçekten söz konusu hukukçulara göre süt emziren kadının sağ olması gerekir. Zira ölü kadın doğuma veya süt emzirmeye elverişli değildir. Nitekim ölü bir kadınla birlikte olan kimse ile kadın arasında sıhrî hısımlık oluşmaz. Ancak kadının sağlığında sağlanmış bir sütü kadın öldükten sonra emzirmekle süt hısımlığı oluşur⁸⁹.

b) Süte İlişkin Şartlar

Süt hısımlığı oluşabilmesi için her şeyden önce kadın sütü çocuğun midesine ulaşmalıdır. Sütün çocuğun midesine ulaşması emzirme, sağılarak içirilmesi veya başka bir madde ile pişirilerek çocuğun bu süt ile beslenmesi şeklinde olabilir. Bu durumda kulağa, göze veya vücudun başka bir yerine damlatılan veya sağılan süt ile hısımlık oluşmaz⁹⁰. İmam Muhammed ve Şafii hukukçulara göre ise burada esas alınacak ölçü orucu bozup bozmamadır. Şafii hukukçulara göre eğer damlatılan süt ile oruç bozulur ise süt hısımlık

87 Kâdihân, I/417; Merginânî, III/454, 456; İbn Hümmam, 456; Nevevi, III/414; Şirbînî, III/414; İbn Kudâme, VII/545; İbn Rüşd, II/55; İbn Abidin, II/408.

88 Kâdihân, I/417; İbn Hümmam, III/454; Kâsânî, IV/8; İbn Kudâme, VII/540; İbn Abidin, II/408.

89 Ebu Zekerriyya Yahya b. Şeref Nevevi, Minhaç, Kahire 1958, C. III, s. 414.

90 Merginânî, III/455; Şirbînî, III/416.

lığı oluşması için gerekli beş emmeden biri gerçekleşmiş kabul edilir. İmam Muhammed'e göre ise bir defa emmekle süt hısımlığı oluştuğundan bu orucu bozacak nitelikteki sütün vücuda girmesi ile süt hısımlığı oluşur⁹¹. Hanbelî hukukçulara göre ise orucun bozulması ile süt hısımlığı farklı şeylerdir. Süt hısımlığında sütün çocuğa et ve kemik olacak kadar gıda sağlaması gerekir. Bu sebeple sütün ilaç olarak kullanılması ile süt hısımlığı oluşmaz⁹². Keza Zahirî hukukçular ile günümüz hukukçularının bir kısmına göre de emmenin dışında bir yöntemle sütün vücuda girmesi ile süt hısımlığı oluşmaz⁹³.

Malikîlere göre emilen veya buruna akıtılan sütün çocuğun karnına ulaşması ile miktarına bakılmaksızın süt hısımlığı oluşur. Şırınga edilmesi durumunda ise bununla çocuğun beslenip beslenmediğine bakılır. Eğer çocuk bu şekilde alınan süttten gıda almış ise süt hısımlığının oluştuğunda şüphe yoktur⁹⁴.

Çocuğun midesine ulaşan kadın sütünün başka bir madde ile karıştırılması durumunda süt hısımlığının oluşup oluşmadığı tartışmalıdır. Ebu Hanife ve Hanbelî hukukçulara göre kadının sütünün su, ilaç veya başka bir madde ile karıştırılması durumunda süt çoğunlukta veya azınlıkta olmasına bakılmaksızın süt hısımlığı oluşmaz. Çünkü süt bir şeyle karıştırıldığında özelliğini yitirir⁹⁵. İmameyn ve Malikî hukukçulara göre ise çoğunluğa itibar etmek gerekir. Buradaki çoğunluktan maksat sütün tadının ve renginin değişip değişmemesidir⁹⁶.

İmam Şafî'ye göre ise sütün su ile karıştırılması durumunda sütün az veya çok olması arasında fark olmayıp her halükarda süt hısımlığı oluşur⁹⁷. Bize göre de kadın sütünün başka bir madde ile karıştırılması durumunda miktarına bakılmaksızın süt hısımlığının oluştuğunu kabul etmek gerekir. Nitekim eski hukukumuzda göre bir maddenin içerisine katılmış olan alkolün az veya çok olması onun hakkındaki hükmü değiştirmez. Burada da benzer bir durum söz konusudur. Diğer taraftan Şafîi, kadın sütünün pişirilerek

91 Kâdihân, I/417; Merginânî, III/455; Kâsânî, IV/9; Şirbînî, III/416.

92 İbn Kudâme, VII/538-439.

93 İbn Hazm, X/9, Yusuf Kardavî, Fî Fıkhı'r-Radâ, ed-Düveliyyeti Külliyyeti's-Şeriatî ve'd-Dirâseti'l-İslamiyyeti, S. 3, Katar 1984, s.18.

94 İbn Rüşd, II/52; Ceziri, IV/255.

95 Kâsânî, IV/9; Muğni, VII/540.

96 Kâdihân, I/418; Merginânî, III/451; İbn Hümmam, III/451; İbn Rüşd, II/53.

97 Nevevi, III/415

nitelik değiştirilmesi durumunda da haklı olarak aynı hükmü uygulamak gerektiği fikrindedir⁹⁸. Oysa Ebu Hanife ve imameyn kadın sütünün başka bir şeyle birlikte pişirilmesi durumunda miktarı ne olursa olsun asıl olan yemek olduğu için süt hısımlığı oluşmayacağını ileri sürmüşlerdir⁹⁹. Bir kısım Hanbelî ve Malikî hukukçu ise kadın sütünün çoğunlukta olması şartıyla asıl olanın, sütün çocukta et ve kemiğe dönüşüp onu beslemesi olduğunu, dolayısıyla pişirilmesi veya başka bir şeyle karıştırılıp verilmesi durumunda da süt hısımlığının oluşacağını belirtmişlerdir¹⁰⁰.

Kadın sütünün hayvan sütüne karıştırılması durumunda ise kadın sütü çoğunlukta olmak şartı ile dört mezhep hukukçusuna göre de hısımlık oluşur. Malikîler eşitlik halinde de hısımlığın oluştuğu kanaatindedirler¹⁰¹. Bize göre burada da az veya çok olması arasında fark olmaması gerekir.

Diğer taraftan bir kadının sütünün başka bir kadının sütü ile karıştırılması durumunda, Şafîî, Ebu Yusuf ve Ebu Hanife'den bir rivayete göre, miktarları eşit ise her iki kadınla da süt hısımlığı oluşur; miktarları farklı ise sadece çoğunluğunun elde edildiği kadın ile hısımlık oluşur¹⁰².

İmam Muhammed, Züfer ve Ebu Hanife'den bir rivayete göre bir kadının sütünün başka bir kadının sütü ile karıştırılması durumunda miktarlar önemli olmayıp her iki kadın ile de süt hısımlığı oluşur¹⁰³.

Süt hısımlığının oluşabilmesi için üçüncü bir kadının sütü çocuk tarafından en az bir defa alınmalıdır. Ebu Hanife ve Malik'e göre emilen sütün miktarının önemi yoktur. Bu sebeple az veya çok bir kadın sütünü bir defa emmekle süt hısımlığı oluşur. Yeter ki emme olayı emzirme süresi içerisinde olsun. Sahabe ve tabiinin çoğunluğu da bu görüştedir¹⁰⁴. Diğer görüşlerin dayandıkları nasların zayıf olması ve Kur'an'da da konu ile ilgili olarak herhangi bir açıklık bulunmaması sebebiyle üçüncü bir kadına ait sütün bir defa az veya çok alınması ile süt hısımlığının oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Şafîî, Hanbelî ve Zeydî hukukçulara göre süt hısımlığının oluşabilmesi için üçüncü kadına ait bir sütün çocuk tarafından farklı zamanlarda en az beş

98 Şirbînî, III/415.

99 Kâdihân, I/418; Merginânî, III/452; Kâsânî, IV/9.

100 İbn Kudâme, VII/539.

101 Merginânî, III/452; Nevevî, III/415.

102 Merginânî, III/453; Şirbînî, 415.

103 Kâdihân, I/418; İbn Hümmam, III/453.

104 Kâdihân, I/416; Merginânî, III/441; İbn Hümmam, III/441; İbn Rüşd, II/49.

defa alınması gerekir¹⁰⁵. Bu hukukçuların hukuki gerekçeleri Hz. Aişe'nin "Kur'an'da indirilen ayetler arasında on defa emmek haram kılar diye bir hüküm vardı. Bu hüküm beş süt emme hükmü ile bu kaldırıldı(daha sonra bu da kaldırıldı. Fakat bu haber kendisine ulaşmamış olanlar) Hz. Peygamber vefat ettiğinde bu ayeti okuyorlardı"¹⁰⁶ şeklindeki ifadesidir. Ancak bu rivayetin zayıf olduğu ve Kur'an da lafzı neshedilip de hükmü yürürlükte kalan bir husus olamayacağı gerekçesi ile haklı olarak eleştirilmiştir¹⁰⁷. Şafiî hukukçular bu eleştirilere haber-i vahid ile Kur'an hükmünün sabit olamayacağını ancak bununla amel edilebileceğini, nitekim başka bir hadiste bir-iki defa emmekle süt hısımlığının oluşmayacağına ilişkin hüküm bulunduğunu, ayrıca bir hüküm bulunmadığı zaman örfе müracaat edileceğini, halk arasında emme olayının da ancak beş defa cereyan etmekle anlaşılabilceğini ileri sürerek cevap vermişlerdir¹⁰⁸. Hanbelî hukukçular da, bu gerekçelere ilaveten, Kur'an'da süt emmenin niteliği ve sayısı açıklanmadığından gerek söz konusu haber gerekse Salim ile ilgili hadisin ilgili ayetleri açıkladığını belirtmişlerdir¹⁰⁹.

Yine Şafiî ve Hanbelî hukukçulara göre beş veya daha az emmede veya iki yıldan önce mi sonra mı olduğunda, sütün çocuğun midesine gidip gitmediğinde, beş defa içilen sütün aynı kadının sütü veya kadın sütü olup olmadığında şüphe edilse süt hısımlığının oluşmadığına hükmedilir¹¹⁰.

Zahirî hukukçular ile günümüz İslâm hukukçularından bir kısmı ise "bir veya iki defa emmekle süt hısımlığı oluşmaz" şeklindeki hadisi esas alarak süt hısımlığının oluşabilmesi için en az üç defa emmek gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹¹¹.

b) Çocuğa İlişkin Şartlar

Süt hısımlığının oluşabilmesi için çocuğun en fazla kaç yaşında olması gerektiği tartışmalıdır. İmameyn, Şafiî ve Hanbelî hukukçulara göre süt hi-

¹⁰⁵ Şirbînî, III/416; İbn Kudâme, VII/536; Muhammed Fehim Cündî, Hükmi İmtinai'l-Ümm An İrzâi Tıflihâ ve Hidânetihî, Mecelletü Külliyyeti Dâri'l-Ulûm, S. 28, Kahire 2000, s. 412.

¹⁰⁶ Müslim, Rada, 24.

¹⁰⁷ Merginânî, III/438; İbn Hümmam, III/439-440; Abdurahman el-Cezirî, Kitâbü'l-Fıkh Alâ Mezhebi'l-Erbaati, Kahire 1986, C. IV, s. 258.

¹⁰⁸ Şirbînî, III/416.

¹⁰⁹ İbn Kudâme, VII/536.

¹¹⁰ Şirbînî, III/417; İbn Kudâme, VII/537.

¹¹¹ İbn Hazm, X/191; Kardavî, 20.

sımlığının oluşabilmesi için çocuğun en fazla iki yaşında olması gerekir. Zira “Anneler, çocuklarını, emzirmenin tamamlanmasını isteyenler için, tam iki yıl emzirirler.”(Bakara 233) hükmü emzirme süresini iki yıl olarak tespit etmiştir. Ayetin iniş sebebi her ne kadar boşanmış kadınlarla ilgili ise de hükmü geneldir¹¹². Keza “biz insana, anasına ve babasına itaati de tavsiye ettik. Anası onu zayıflık üstüne zayıflıkla taşıdı. Onun süttten ayrılması da iki yıl içindedir”(Lokman 14) hükmü de bunu teyit etmektedir.

Bu görüş sahiplerine göre “Annesi onu zahmetle karnında taşıdı ve zahmetle doğurdu. Onun ana karnında taşınması ile süttten kesilme süresi otuz aydır(Ahkaf, 15) ayeti esas alındığında doğumun asgarisi altı ay olduğuna göre geriye iki yıl kalır. Ayrıca Hz. Peygamberin “iki seneden sonra emzirme yoktur” şeklindeki hadisi de bu ayeti teyid etmektedir¹¹³.

Ayrıca Hz. Peygamberden de konu ile ilgili şu hadislerde nakledilmiştir: “İki senelik süre içerisinde olmadıkça süt emzirmek olmaz”¹¹⁴, “Süt emmek ancak süt emme çağında bağırsaklara kadar ulaşan ve süttten kesilmeden önce olan ile gerçekleşir”¹¹⁵.

İmam Malik’e göre, süttten kesilen çocuğun yemeklere alışabilmesi için iki seneye iki aylık bir sürenin daha ilave edilmesi gerekir. Dolayısıyla çocuk bu süre zarfında sütü ile beslendiği kadınlarla da süt hısımlı olur¹¹⁶.

Ebu Hanife’ye göre de iki yıldan sonra altı ay daha emilmesi durumunda bu süre içerisindeki emmeler de süt hısımlığı meydana getirir. Şüphesiz bu iki yıldan sonra başka bir kadından emilmesi durumunda ortaya çıkan bir durumdur. İki yıla ilave edilen bu altı ay, rastgele tespit edilmiş bir süre olmayıp hamilelik süresinin alt sınırındadır. Bu süre çocuğun süttün yanında diğer yemeklere de alışabilmesi için gerekli süredir. İki yıl dolunca aniden süttten kesme her zaman mümkün olmayabilir. Bu sebeple çocuğa yemeklere alışmaya kadar aynı zamanda süt de emzirilebilir. Çocuk iki yıl dolmadan veya iki yılı tamamlar tamamlamaz yemeklere alışırsa ayrıca altı ay daha eklemeye gerek kalmaz. O zaman hem ücret isteme hakkı hem de süt hısımlığının süresi iki yıl olur¹¹⁷. “Eğer kendi rızaları ile ve danışarak süttten kesmek

¹¹² Ebussuud Muhammed b. Muhammed el-İmadi, Tefsir-i Ebussuud, C. II, Beyrut 1990, s. 230.

¹¹³ Merginânî, III/441-442; Şirbînî, III/416; İbn Kudâme, VII/543; İbn Rüşd, II/51.

¹¹⁴ Şevkânî, M. Ali, Neylü’l-Evtar, C. VI, Beyrut 1994, s. 315.

¹¹⁵ Şevkânî, VI/315.

¹¹⁶ İbn Hümmam III/441; Ceziri, IV/255; İbn Rüşd, II/52.

¹¹⁷ Kâdihân, I/417; Kâsânî, IV/6.

isterlerse ikisinin üzerine de vebal yoktur”(Bakara, 233) ayeti zorunluluk değil süttten kesmekte muhayyerlik içermektedir. Ayrıca bu ayetin baş tarafında ve hadiste yer verilen iki yıl, boşanmış olan annenin süt emzirme karşısında ücret alabileceği süreyi düzenlemektedir¹¹⁸.

İmam Züfer üç sene içerisinde emilen süt ile de hısımlığın oluşacağını ileri sürmüştür. Ona göre çocuğun yemeklere alışması için en az dört mevsim yani bir yıl gerekir. Bu durumda toplam üç yıl emzirilmiş olmaktadır¹¹⁹.

Bu süreyi dört, on beş yaş gibi abartılı süreye yayanlar olduğu gibi çocuk emdiği sürece şeklinde belirsiz bırakanlar da olmuştur. Hatta yaş sınırı olmaksızın büyük bir kimsenin emmesi ile de süt hısımlığının oluşabileceğini ileri süren hukukçular da vardır¹²⁰. Nitekim Hz. Aişe ve Davud ez-Zahirî “sizi emziren anne ve sütkardeşlerinize evlenmeniz yasaktır”(Bakara 233) ayetinde küçük büyük ayrımı yapılmadığından hareketle emen kimsenin yaşının önemli olmadığı sonucuna varmışlardır. Ayrıca şu hadisin de bu fikri desteklediği kanaatindedirler. Söz konusu hadiste Sehle binti Süheyl’in şöyle dediği rivayet edilmektedir: Ya Rasûlallah, biz Salim’i küçük bir çocuk olarak götürdük. Ben ve Ebu Huzeyfe ile birlikte aynı evde kalırdık. Beni iş elbiselerimin arasında vücudumun bazı yerleri açılmış vaziyette görürdüm. Artık onlar (evlatlıklar) hakkında da Allah’ın neler indirdiğini biliyorsun. Peki onun hakkındaki görüşün nedir? Peygamber ona şöyle dedi: Ona süt emzir ve o da senin bulunduğun yere girip çıksın”. Bunun üzerine Sehle, Salim’i beş defa emzirdi ve böylece kendi çocuğu seviyesinde oldu. Salimin o sıralarda yirmi yaşlarında olduğu tahmin edilmektedir¹²¹.

Süt emmenin hısımlığa sebep olabilmesi için çocuğun küçük olması gerektiğini savunan hukukçular bu hadis ile ilgili olarak çeşitli fikirler ileri sürmüşlerdir. Bir fikre göre Salim’le ilgili hadis zayıf olduğundan nazara alınmaz. Gerçekten hadisçiler söz konusu hadisin zayıf olduğunu açıkça ifade etmişlerdir¹²². Diğer bir fikre göre ise Salim’e has bir uygulama veya sonradan neshedilmiş bir hükümdür¹²³. Hangi görüş esas alınırsa alınsan söz

¹¹⁸ Kâdihân, I/417; Merginânî, III/441-442; İbn Hümam, III/443.

¹¹⁹ Kâdihân, I/417; İbn Hümam III/441-442.

¹²⁰ İbn Hümam III/441.

¹²¹ Kâsânî, IV/5; İbn Hazm, X/202. Ancak Zahirî hukukçu İbn Hazm, mezhebin kurucusu Davud ez-Zahirîye ile bu konuda farklı düşünmekte ve süt hısımlığının oluşabilmesi için çocuğun en fazla iki yaşında olması gerektiğini belirtmektedir(İbn Hazm, X/205).

¹²² Şevkani, VII/114.

¹²³ İbn Hümam, III/445; Şirbînî, III/416; Kâsânî, IV/5; İbn Hazm, X/210.

konusu hadise dayanarak hüküm verilemez.

Osmanlı uygulamasında iki yıllık süreyi öngören hukukçuların, başka bir ifade ile imameynin, görüşü hâkim olmuştur¹²⁴. Hukuk tarihimiz boyunca örf ve adet de bu görüş çerçevesinde şekillenmiştir¹²⁵. Bu görüş sahiplerine göre anne-babanın anlaşarak çocuğu süttten kesebileceklerine ilişkin ayet çocuğun iki yaşını tamamlamasından öncesi içindir. Dolayısıyla iki seneden önce çocuğun başka şeyler yemeye başlaması ve çocuk için başka bir zararın söz konusu olmaması durumunda anne-baba anlaşarak çocuğu süttten kesebilirler¹²⁶.

İki yaşını tamamlamadan süttten kesilen çocuğun iki yaşını geçmeden başka bir kadından süt emzirilmesi durumunda ikinci kadınla süt hısımlığı'nın oluşup oluşmadığı hususunda hukukçular farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Şafii'ye göre bu durumda ikinci kadınla da süt hısımlığı oluşur, Malik'e göre ikinci kadınla süt hısımlığı oluşmaz¹²⁷. Ebu Hanife'ye göre ise süt emmeye ihtiyacı yoksa süt hısımlığı oluşmaz, süt emmeye ihtiyacı varsa bundan sonra emdiği kadınla da süt hısımlığı oluşur¹²⁸.

Burada tarafların aksini kararlaştırıp kararlaştıramayacağına ilişkin bir soru akla gelebilir. Başka bir ifade ile baba çocuğunun daha fazla emmesini isterse hukuken bunda bir sakınca var mıdır? İki yaşından sonra çocuğun emzirilmesinde hukuki sakınca görmeyen hukukçular olduğu gibi¹²⁹, insan sütü insanın bir parçası olduğundan sadece zaruret miktarı kadar kullanılabilirliğini ileri sürerek iki yaşından sonra çocuğun emzirilmesinin hukuka aykırı olduğunu savunan hukukçular da vardır¹³⁰. Buna göre çocuk iki yaşını tamamladıktan sonra başka bir kadından emse bile bu emmeden süt hısımlığı meydana gelmez¹³¹. Dolayısıyla büyük bir çocuk veya sözelimi bir kocanın karısının sütünü emmesi ile karı-koca arasında süt hısımlığı oluşmaz¹³². Keza boşanmış anne iki yıldan fazla emzirecek olursa bu kısmı için ücret

¹²⁴ Şeyhzâde Abdurahmah b. Muhammed (Dâmad), Mecmau'l-Enhûr, C. I, İstanbul 1991, s. 375.

¹²⁵ Kâsânî, IV/5.

¹²⁶ İbn Hümmam, III/446; İbn Hazm, X/166; Fetevay-ı Abdürrahim, 339.

¹²⁷ İbn Rüşd, II/51.

¹²⁸ Damad, I/376.

¹²⁹ İbn Abidin, II/676.

¹³⁰ Haskefî, Abdurahman b. Muhammed el-Hısnî el-Eserî, Dürrü'l-Müntekâ (Mecmau'l-Enhûr'la birlikte), C. I, İstanbul 1991, s. 375.

¹³¹ Merginânî, III/444; İbn Hazm, X/166.

¹³² Kâdihân, I/417.

talep edemez¹³³. Başka bir ifade ile babanın çocuğuna sütanne tutma yükümlülüğü çocuğun iki yaşına girmesi ile son bulur.

Burada son olarak da şunu da ifade edelim ki süt hısımlığı oluşabilmesi için kişilerin aynı anda emmeleri şart olmayıp aynı kadından emmiş olmaları lazım ve kâfidir¹³⁴.

4 Süt Hısımlığı Nedeni İle Evlenilmesi Yasak Olan Kişiler

Süt emzirme akdine dayalı olsun olmasın çocukla süt emdiği üçüncü kadın ve onun hısımları arasında evlenme yasağı oluşur. Gerçekten "Size şunları nikâhlamak haram kılındı: ... sizi emziren sütannelerinizi, süt kız kardeşlerinizi... (Nisa 23) ayeti bu hususu açıkça ortaya koymaktadır. Bu ayete bakıldığında sadece sütanne ve sütkardeşle evlenmenin yasaklandığı sanılabilir. Ancak Hz. Peygamber konu ile ilgili olarak "Nesepten haram olanlar süt emmeden de haram olur"¹³⁵ diyerek söz konusu ayete açıklık getirmiştir. İbn Teymiye, süt emme dolayısıyla meydana gelen evlenme engelini sıhrî hısımlık dolayısıyla meydana gelen kimseler için geçerli olmadığı görüşündedir. Bu durumda sütannenin eşi dolayısıyla meydana gelen hısımlarla evlenme yasağı oluşmaz¹³⁶.

Süt hısımlığı dolayısıyla evlenilmesi yasak olan kadınlar şunlardır¹³⁷:

a) Sütanne ve sütanneler. Buradaki sütannelerden maksat hem sütannenin hem de sütbabanın yukarıya doğru anneleridir.

b) Süt kızı, kızının süt kızı veya eşinin başka biriyle evliyken emzirdiği kız. Ancak bu sonuncu halde kişinin bu kızla evlenmesinin yasak olabilmesi için bu kıza süt emziren kadınla sadece nikâhlanmış olmak yetmez, zifafa girmiş olması da gerekir.

c) Süt kız kardeşler. Kişinin süt emdiği annesinden emen başka süt kız kardeş veya sütannenin nesep kızları. Keza baba bir süt kız kardeşlerle de evlenilmez. Şöyle ki bir kimsenin iki karısından biri bir erkek diğeri de bir kız çocuğu emzirse bunlar baba bir sütkardeşlerdir. Bu iki kadının aynı anda o kişinin nikâhında bulunmaları da şart değildir.

¹³³ Fetevay-i Ali Efendi, 241.

¹³⁴ Muhammed b. Feramuz b. Ali(Molla Hüseyin), Düreru'l-Hükkâm Fî Şerh-i Gururi'l-Ahkâm, İstanbul 1978, C. II, s. 357.

¹³⁵ Buhari, Şahadat, 7; Müslim, Rada, 12; Ebu Davud, Nikah, 6.

¹³⁶ İbn Kayyim el-Cevzî, Zâdü'l-Meâd, C. IV, Mısır 1950, s. 162.

¹³⁷ HAK, m. 16, 18; Merginânî, III/457; İbn Hümmam, III/446; Şirbînî, III/418; Behcetü'l-Feteva, 157; Fetevay-ı Abdürrahim, 398.

d) Süt dede ve ninenin sadece kızları yani süt hala ve süt teyzeler. Nitekim nesep ilişkisinde de süt hala ve süt teyzenin kızları ile evlenmek mümkündür.

e) Karısının sütannesi ve sütninesi.

f) Sütbabanın sütanne dışındaki eşleri.

g) Sütoğlunun veya süt torunların eşleri.

İki süt hısımlarını aynı anda bir kişinin nikâhında bulunması da geçici evlenme engelidir. Buna göre iki kadından birisi erkek kabul edildiğinde diğeri ile süt hısımlığı sebebi ile evlenmesi mümkün değilse bu iki kadın aynı anda bir nikâh altında olamaz.

Süt hısımlığı dolayısıyla evlenilmesi yasak olan erkekler şunlardır:

a) Sütbaba ve süt dedeler.

b) Süt oğlan, kızın sütoğlu.

c) Süt oğlan kardeşler. Burada kastedilen sütannenin gerek nesep gerekse sütoğludur.

d) Süt dede ve ninelerin sadece oğulları. Yani süt amca ve süt dayı.

e) Kocasının sütbaba ve süt dedesi

f) Sütannenin sütbabadan önceki veya sonraki eşi. Ancak bunun için sadece nikâh yetmez zifafa girmiş olmaları da gerekir.

g) Süt kızının veya süt kız torunların eşleri

Süt hısımlığına dayanan evlenme yasağını ifade etmek üzere akılda kalmasını kolaylaştırmak amacı ile bir formül oluşturulmuştur. Bu formüle göre "Emene emzirenin küllü, emenin emzirene kendi haram"dır. Başka bir ifade ile süt emen çocuk evlenme açısından süt emdiği kadının çocuğu kabul edilir. Süt emziren kadının çocuğu bu aileden kimlerle evlenemezse süt çocuk da onlarla evlenemez. Buna karşılık süt emen çocuğun ailesi ile süt emdiği aile arasında herhangi bir evlenme engeli doğmaz. Buna göre sütbaba süt çocuğun nesep annesi veya nesep kardeşi ile evlenebilir. Keza sütkardeşin nesep annesi ve nesep kardeşi ile de evlenmekte bir sakınca yoktur.

5- Süt Hısımlığının İspatı

İki kişi arasındaki süt hısımlığı ikrar, şahit veya yazılı belge ile ispat edilebilir. İkrarda bulunan veya şahitlik yapan kimselerin daha sonra beyanlarını geri almaları veya yazılı belgenin inkârı durumunda şüphe ortaya çıkar. Süt hısımlığında şüpheye itibar edilmez. Başka bir ifade ile evlilikten önce veya sonra tarafların süt hısımlı olduğundan şüphe edilse evlenmelerine veya

evliliğin devamına engel olunmaz¹³⁸.

Süt hısımlığının ikrar ile ortaya çıkması durumunda kadın ile erkek evli iseler hemen ayrılmaları gerekir. Eğer nikâh akdi yapılmış olmakla birlikte yaşamaya başlamamışlarsa erkek mehrin yarısını verir. Birlikte yaşamaya başlamışlarsa mehrin tamamını verdiği gibi iddet süresince de nafakasını karşılar.

Süt hısımlığının şahitle ispatı meselesine gelince, şüphesiz öncelikle süt hısımlığının ispatı için gerekli şahit sayısı ve şahitlerin cinsiyeti üzerinde durmak gerekir. Hanefî hukukçulara göre süt hısımlığının ispatı için, aynen mal davalarında olduğu gibi, en az iki erkek veya bir erkek iki kadının şahitlik yapması gerekir. Sadece kadınların şahitliği kabul edilmez. Hz. Ömer'in bu doğrultudaki uygulamalarına ashap sükût ettiği için bu hususta icma oluşmuştur¹³⁹. Şafii hukukçulara göre ise, bu husus erkeklerin muttali olacakları işlerden olmadığından iki erkek, bir erkek iki kadın ile ispat edilebildiği gibi süt hısımlığının dört kadının şahitliği ile de ispatı mümkündür. Şüphesiz dört kadının şahitliği iki erkeğin şahitliğine denk olduğundan daha az sayıda kadının şahitliği kabul edilmez. Eğer ücret istemezse bu dört kadından birisi süt emziren kadın olabilir¹⁴⁰. Hanbelî ve Malikî hukukçulara göre, adile bir kadının şahitliği ile de süt hısımlığı ispat edilebilir. Çünkü süt hısımlığının evlenme engeli oluşu, bir hayvanı mecusinin kestiğini haber vermek gibi, kamu düzeni ile ilgilidir¹⁴¹.

Süt hısımlığının şahit veya belge ile ispatı durumunda kadın ile erkek evlenmiş iseler hemen ayrılmaları gerekir. Eğer nikâhtan sonra birlikte yaşama gerçekleşmemiş ise mehir ve nafaka gerekmez. Buna mukabil karı kocanın birlikte yaşamaya başlamalarından sonra süt hısımlı oldukları şahitlerin şehadeti ile ortaya çıkmış ise; mehr-i misil ve mehr-i müsemmadan hangisi az onu onun verilmesi gerekir¹⁴².

VII- SÜT EMZİRME AKDİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A- SÜT EMZİRME AKDİNİN BUTLANI

UNSURLARINDAN VEYA KURULUŞ(IN'İKAD) ŞARTLARINDAN BİRİSİ EKSIK OLAN SÜT EMZİRME AKDI BATILDIR. Buna göre, erkek, erkek mi dişi mi olduğu belli olma-

¹³⁸ Bezzazi, IV/115.

¹³⁹ Merginânî, III/462; Kâsânî, IV/14.

¹⁴⁰ Nevevi, III/424; Baberti, III/461.

¹⁴¹ İbn Kudâme, VII/559; İbn Rüşd, II/54.

¹⁴² Kâsânî, IV/15.

yan, gayrı mümeyyiz çocuk, akıl hastası ve memesinden süt gelmeyen bir kadının sütannesi olarak akte taraf olması halinde süt emzirme akdi batıldır. Batıl, yok hükmünde olduğu için ücret ödemek gerekmez. Ancak eski hukumuzda akıl hastası yetim hükmünde olduğundan (Mecelle m. 459) akıl hastası bir kadın ile süt emzirme akdi yapılırsa karşı tarafın ecr-i misil vermesi gerekir. Muhtemelen insanların akıl hastalarını kendi lehlerine kullanmalarına engel olmak için böyle bir yola gidilmiştir.

Keza taraflar arasında bir anlaşma olmaksızın bir kimsenin çocuğunun emzirilmesi, ücret verilmeyeceğinin kararlaştırılması, evlilik birliği devam ederken veya ric'i talak iddeti beklerken çocuğun annesine ücret verilmesinin kararlaştırılması durumunda da akid batıl olur.

B- SÜT EMZİRME AKDİNİN İPTALİ

Süt emzirme akdi yapan tarafların rızalarında bir sakatlık varsa, ücret hiç belirlenmemişse, süre belirlenirken yıl ve ay belirtmeksizin sadece gün olarak (yazın on gün gibi) belirlenmişse, akid fasit bir şarta bağlanmışsa, karşılıklı (takas) emzirme akdi yapılmışsa, muhayyerlik şartında süre belirlenmemişse ve emzirme süresi içerisinde hastalıkla geçen zamanın sürenin sonuna eklenmesi şart edilmişse süt emzirme akdi fasit olur. Fasit bir emzirme akdinin iptali gerekir. Eksiklik giderilmek suretiyle geçerli hale getirilemez. Fasit bir süt emzirme akdinde süt emzirilen süre için ecr-i müsemma değil, ecr-i misil gerekir¹⁴³. Taraflar emzirme akdinin geçerli veya fasit olduğu hususunda farklı fikirler ileri sürseler geçerli olduğuna hükmedilir¹⁴⁴.

VIII- SÜT EMZİRME AKDİNİN SONA ERMESİ

A- SÜRENİN SONA ERMESİ

Süt emzirme akdi belirli süreli bir akiddir. Başka bir ifade ile akid yapılırken sürenin de kararlaştırılması gerekir. Dolayısıyla kararlaştırılan sürenin sona ermesi ile süt emzirme akdi de başka bir şeye ihtiyaç kalmaksızın kendiliğinden sona erer.

B- İFANIN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ

Akdin yerine getirilmesine engel olan bir özür ortaya çıkarsa süt emzirme akdi sona erer. Şüphesiz özrün akdin yerine getirilmesine engel olabilecek ve telafisi mümkün olmayacak nitelikte olması gerekir. Buna göre sözgelimi sütannenin sütünün kesilmesi akdin yerine getirilmesine engel bir özür olduğundan emzirme akdi sona erer.

¹⁴³ Kâsânî, IV/210.

¹⁴⁴ Ali Haydar, I/771.

Sütanne kararlaştırılan sürenin bir kısmı geçtikten sonra evi terk etse veya başka bir sebeple süt emzirmesi imkânsız hale gelse akid kendiliğinden sona erer. Sürenin sonunda sütanne ücretini talep etse sadece emzirdiği sürenin ücretini alabilir.

C- TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ

Süt emen çocuğun veya sütannenin ölümü ile süt emzirme akdi sona erer(m. 443). Buna mukabil sütanne tutan kimsenin ölümü akde tesir etmez. Çünkü sütanne tutan kimse akide kendisi için değil çocuğa velayeten taraf durumundadır¹⁴⁵.

Birden fazla çocuk için sütanesi tutulması durumunda çocuklardan birisi ölürse onun için akid sona erse bile diğeri için devam eder.

D- SÜT EMZİRME AKDİNİN FESHİ

Süt emzirme akdini, taraflardan birisi, her iki taraf veya üçüncü bir kişi belirli şartların gerçekleşmesi durumunda feshetme hakkına sahiptirler. Söz-gelimi sütanne hastalanırsa akdi feshetme hakkı vardır. Keza bu durumda karşı tarafın da akdi feshetmesi mümkündür. Çünkü bu durumda hem çocuğun hem de sütannesinin zarar görme ihtimali söz konusudur. Sütanesi tutan tarafın sütanneye eziyet etmeleri durumunda da sütannenin akdi feshetme hakkı vardır.

Mecelle, sütanne tutan tarafın, sütannenin edepsizliği, hırsızlığı veya hamile olması veyahut çocuğun sütannenin memesini almaması veya sütünü kusması gibi durumlarda da akdi feshetme hakkına sahip olduğunu hükme bağlamıştır(m. 581). Keza çocuğun ailesinin başka bir yere gitmesi durumunda sütannenin birlikte gitmekten kaçınması, sütannenin sonradan akıl hastası veya ahmak olması veya zina eden birisi olduğunun ortaya çıkması durumunda da çocuğun ailesi akdi feshedebilir¹⁴⁶.

Sütanne evli ise ve eşinin iznini almadan bu akdi yapmış ise eşi akdi feshedebilir. Ancak çocuk başkasının memesini almadığından ölümünden korkulursa kocanın akdi sona erdirme hakkının olmadığını kabul etmek gerekir. Böylesine önemli bir durum olmadığı durumlarda süt emzirmek ve geceleri sık sık uyanmak sütannenin gerek bedenini gerekse yüz güzelliğini etkileyeceğinden kocanın karısının süt emzirmesine izin vermeme hakkı olduğu

¹⁴⁵ Kâsânî, IV/223; Ali Haydar, I/739; Hacı Reşit Paşa, III/145.

¹⁴⁶ Serahsî, XV/122; Kâsânî, IV/200; Bezzazî, V/115.

kabul edilmelidir¹⁴⁷.

Sütanne ecir-i has hükmünde olduğundan ikinci bir kişi ile süt emzirme akdi yapamaz. İkinci bir çocuk için akid yapması durumunda her iki çocuğa da süt yetiyorsa kadın her iki taraftan da ücret alabilir. Önce birinci çocuk emzirilip doyduktan sonra ikinci çocuk emzirileceğinden eğer süt ikinci çocuğa yetmiyorsa ikinci çocuğun velisi akdi feshedip feshetmemekte muhayyerdir¹⁴⁸. Dilerse akdi fesheder, dilerse bu şartlarda akdin devam etmesine icazet verir.

E- TARAFLARIN ANLAŞMASI (İKALE)

Taraflar anlaşarak (ikale ile) emzirme akdini her zaman sona erdirebilirler. Bunun için feshi gerektiren bir sebebin olup olmaması önemli değildir. Çünkü süt emzirme akdi rızai bir akiddir ve taraflar bu akdi yapıp yapmaktan serbest oldukları gibi sona erdirmede de elbette serbesttirler.

IX- SONUÇ

Süt emzirme akdi hizmet akdinin bir çeşidi olup eski hukukumuzda hizmet akdi di kira akdinin bir çeşididir. Hizmet akdinde kişinin emeğinin kiraya verildiği kabul edilmektedir. Kira akdi içerisinde değerlendirildiğinden süt emzirme akdi ismi ile müstakil bir akid mevcut değildir. Tespit edebildiğimiz kadarı ile akt-i istirza ismi ile ilk kullanan kişi Mecelle'yi Ruhu'l-Mecelle ismi ile şerh eden Hacı Reşit Paşadır. Biz di bu ismi günümüz diline süt emzirme akdi şeklinde tercüme etmeyi uygun bulduk.

Eski hukukumuzda süt emzirme akdi müstakil bir akid kabul edilmediğinden özel olarak tanımı da yapılmamıştır. Yer verilen hükümlerden hareketle süt emzirme akdi şu şekilde tanımlanabilir. Süt emzirme akdi öyle bir akiddir ki, bununla bir kadın süt emecek yaştaki bir çocuğa belirli bir süre ücret karşılığında süt emzirir.

Süt emzirme akdi ile bir kadın belirli bir süre süt emecek yaştaki bir çocuğu emzirmek ve örf gereği buna bağlı olarak çocuğun bakım ve terbiyesi ile meşgul olmaktadır. Sütanne çocuğu emzirmek zorunda olmayıp sütünü sağarak da içirebilir. Aksi kararlaştırılmamışsa başkasına da emzirtebilir. Bununla birlikte aksi kararlaştırılmış olmasına rağmen başka birisine emzirecek olursa süt emzirme ücreti talep edemez. Keza sütanne çocuğu hayvan sütü veya başka maddelerle de besleyemez. Çünkü süt emzirme akdinin asıl konusu çocuğun insan sütü ile beslenmesidir.

¹⁴⁷ Kâsânî, IV/200; Şirbînî, II/337

¹⁴⁸ Kâsânî, IV/209.

Süt emecek yaştaki çocuk adına velayeten babası, babasının ölmüş veya gaip olması durumunda mirasçıları onun adına süt emzirme akdinin tarafı olurlar. Sütannesi, çocuğun annesi olabileceği gibi üçüncü bir kadın da olabilir. Şu kadar var ki çocuğun annesi evlilik birliği devam ederken ve ric'i boşanma iddeti beklerken çocuğun babasından emzirme ücreti talep edemez. Çünkü bu dönemde evlilik birliğinin yükümlülükleri karı-koca arasında fizyolojik yapıya göre paylaşılır. Eş ve çocukların nafakalarını temin etmek kocanın, çocuğu emzirme ve bakımı da annenin görevidir. Buna karşılık bain boşanma iddeti beklerken ve her halükarda üçlü boşamadan sonra çocuğun annesi de üçüncü kadın hükmünde olduğundan emzirme ücreti alabilir.

Sütannesi olacak kadının akıl, baliğ, mümeyyiz ve reşit olması gerekir. Çünkü süt emzirme akdi tarafların yararına olabileceği gibi zararına da olabilir. Mümeyyiz küçükler ve köleler izin veya icazet ile süt emzirme akdi yapabilirler. Akıl hastası bir kadının sütannesi olarak tutulması durumunda akid batıl olmakla birlikte ecr-i misil verilmesi gerekir. Evli bir kadın kocasından izinsiz süt emzirme akdi yapmış ise koca emzirme akdinin iptalini talep edebilir.

Sütannesi olacak kadının evli olması şart olmadığı gibi müslüman olması da gerekmez. Bu sebeple bakire, gayr-ı müslim, dinsiz, zina eden bir kadın da sütannesi olarak tutulabilir. Sadece ahmak kadınlardan çocukların emzirmemesini Hz. Peygamber tavsiye etmiştir.

Süt emzirme ücreti eşya veya nakid olabilir. Yeter ki eski hukukumuz açısından mal ve mütekavvim olsun. Mal, insanların kendisine meylettiği ve ihtiyaç vakti için biriktirebilen şeydir. Menfaat bu anlamda mal olmadığı halde, süt emzirme akdine mahsus bir istisna ile süt emzirme akdinde ücret olarak kararlaştırılabilir. Mütekavvim ise hukuken insanların yararlanmalarına izin verilmiş ve elde bulunan mallardır. Bu durumda insanların kullanmaları yasak olduğundan domuz eti ve şarap süt emzirme ücreti olarak kararlaştırılamaz. Keza havadaki kuş, denizdeki balık da elde bulunmadıkları için süt emzirme ücreti olamaz.

Ücretin eşya veya hayvan olarak tespit edildiği durumlarda çeşidi ve miktarı belirlenmemişse, normal kira akdinin iptali mümkün olmasına rağmen süt emzirme akdinde orta hallisini vermek gerekir.

Sütannenin ücrete hak edebilmesi için mutlaka emzirmesi şart olmayıp emzirecek durumda bulunması yeterlidir. Aksi kararlaştırılmamışsa süt emzirme ücretine akid yapıldığı anda değil, emzirme işlemi tamamlandıktan sonra hak edilir. Ücretin günlük, aylık, yıllık veya iki yıllık şeklinde tespiti mümkündür.

Çocuğun annesinin sütanne olması durumunda çocuk iki yaşını geçtikten sonra ücret talebinde bulunamaz. Şüphesiz çocuğun babası iki yıldan sonra da ücret vermeye devam edebilir. Dolayısıyla üçüncü bir kadının sütanesi olması durumunda taraflar diledikleri kadar bir süre belirleyebilirler.

Çocuğun malvarlığı var ise emzirme ücreti oradan karşılanır. Çocuğun malvarlığı yok ise çocuğun nafakası kimin üzerine ise süt emzirme ücretini o kişi(ler) karşılar. Bu kişi genellikle babadır. Babanın gücünün yetmemesi veya ölmüş olması durumunda, terekede yetecek mal bulunmaması durumunda mirasçılar mirasları oranında süt emzirme ücretinin borçlusu olurlar.

Aksi kararlaştırılmamış ise çocuk sütannenin evinde emzirilir. Bu durumda sütanne kendi yiyecek ve giyecek ihtiyacını kendisi karşılar. Buna mukabil çocuk kaldığı evde emziriliyorsa sütannenin yiyeceğinden sütanne tutan sorumludur. Her halükarda çocuğun yiyeceği giyeceği ve diğer masrafları sütanne tutan tarafından karşılanır.

Eski hukukumuzda bir çocuğa annesinden başka bir kadının süt emzirmesine evlenme engeli gibi hiç bir hukuk sisteminde olmayan bir hukuki sonuç bağlanmıştır. Ayrıca üçüncü bir kadından süt emmenin sadece evlenme engeli oluşturması, buna rağmen nafaka, miras ve şahitlik yasağı gibi diğer nesep ilişkisi meydana getirmemesi ilginçtir. Kur'an'da sadece sütanne ve sütkardeşlerle evlenme yasağı getirilmiş, hadisle ise süt emen çocuk süt emdiği annenin neseben çocuğu haline getirilmiştir. Buna göre üçüncü bir kadından gerek süt emzirme akdi gerekse başka hukuki ilişkilerle süt emen çocuk o ailenin neseben çocuğu hükmüne geçmektedir. Buna rağmen süt emen çocuğun ailesinin bu süt hısımlığında hiç bir yerinin olmaması da dikkat çekicidir.

Süt emmenin süt hısımlığı meydana getirebilmesi için, az bir sütün emilmesi, içilmesi veya başka bir şekilde vücuda girip beslenmeye sebep olması yeterlidir. Keza kadın sütünün başka bir şey ile karıştırılması süt hısımlığının oluşmasına engel değildir. Pişirilerek ekmek, peynir, sütlaş veya yoğurt yapılması da durumu değiştirmez. Süt hısımlığı oluşabilmesi için kadının yaşı önemli olmayıp çocuğun iki yaşını tamamlayıncaya kadar ki emmeleri esas alınır. Kur'an'daki "anneler çocuklarını tam iki yıl emzirirler hükmü" izaha muhtaç değildir. Bu sebeple iki yaşından büyük bir kişinin bir şekilde üçüncü bir kadının sütünü alması ile süt hısımlığı oluşmaz.

Süt emzirme akdi, sürenin dolması, ifanın imkânsız hale gelmesi ve tarafların ölümü halinde kendiliğinden; haklı nedenlerle fesih ile ve nihayet tarafların anlaşması ile sona erer.