

## İsrail'de kadılar (qâdîs) ve İslam Hukuku (shari'a)

Aharon LAYISH, "Qâdîs and shariâ in Israel," *Journal of Asian and African Studies*. 7 (1971) 237-272

Çev: Ercan ESER

Yrd. Doç. Dr., Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Yüz yıldır, Batılılaşma ve modernleşmenin sunucu olarak, Ortadoğu da şeriat artarak sürekli bir gerileme göstermektedir. Yirminci asırda hatta şeriatın hakikî özü şahıs hukuku, laik kanun yapıcısının müdahalesine maruz kalmıştır. Bu hassas bölgede şeriatın statüsü için yapılan mücadele, şim-

di en canlı ve hareketli durumdadır. Öyle bir mücadele ki, din adamları ve hukukçular kabul etmek istememelerine rağmen, şeriat'ın ortaya çıkan kaçınılmaz bir sonuç olduğu görünmektedir. İslami müesseselerin farklı şekilleri, dini içerikten yoksun bırakılıyor, devlet otoritelerine bağlı kınıyor ve kısmen de lağvediliyordu.<sup>01</sup> Bu şartlar altında bazı müdakkiklere göre, Allah'la insan arasındaki münasebetleri düzenleyen ibadetlerin şeriatın son kalesi /siperi olarak kalması garip değildir.<sup>02</sup> Şimdiye kadar olmamasına rağmen bu durum son zamanlarda Ortadoğu'da saldırıya maruz kalmıştır. İsrail'de bile, Şeriat varlığını sürdürmek için mücadele eder. Fakat Şeriatın İsrail'de kendisine yer bulduğu bu şartlar, Arap ülkelerinde benzeri olmayan bu mücadeleye özel bir boyut katar.

Osmanlı İmparatorluğundan ayrılması üzerine Filistin, bütün hukuki ve diğer sonuçları/anlamları itibarıyla Müslüman bir devletin parçası olmaktan koptu. İsrail devletinin doğuş şartları Müslümanları azınlık durumuna getirdi. Hacı Emin el-Hüseyni tarafından yönetilen, Manda günlerinin toplumsal organizasyonları tamamen tahrip edildi.

Yüksek İslam Konseyi gerçekten laik bir organ olmuştu. Fakat bu konsey, ulema arasında yüksek mevkiye ve büyük güce sahip bir din görevlisi tarafından

01. Bana kaynak sağlamada ve rehberlik yapmada büyük yardım ve destek verdikleri için Sayın Yaakov Yehosha ve sayın Din İşleri Bakanı Shlomo Nawiye, onların şerefli payesi Şeriat Kâdılar Şeyh Hasan Emin el-Habaş, Şeyh Hüsnü el-Zu'bi, Şeyh Emin Kasım Mudlic ve Şeyh Tefik Mahmud Asaiyye teşekkürlerimi arz ederim. Bu süreç en fazla Şer'i mahkemelerin ilga edildiği Mısırda sürmüştür. Laik mahkemelerde şahıs hukuku ile ilgili meselelerde dini hukuka başvurulmadı ve vakıflar konusunda tam fesihle sonuçlanan radikal reformlar yapıldı.

02. Bkz. J.Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: 1964), pp. 102-103.

### KAYNAKÇA

Layish, Aharon. Çev. Ercan Eser, "İsrail'de kadılar (qâdîs) ve İslam Hukuku (shariâ)," *Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 2, 2 (2012/2), pp.151-173.

idare edilmişti.

İsrail'de Müslüman cemaatin dini gereksinimleri; ibadet, dini nasihat/emir, fakire yardım ve benzeri hususlar devlet meselesi olmuştur. Şer'i mahkeme yapısı genel hukuk sistemi içinde yer almış bulunmaktadır. Kadılar devlet başkanı tarafından seçilir, devlete ve onun kanunlarına göre tevzi edilen adalete uyduklarını açıklamak zorunda kalırlar.

1948'de İslami Vakıf yöneticilerinin olmayışı düşünüldüğünde, Vakıf idaresi ve müessesesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Aile Vakfı lağvedilmiş, Hayır Vakfı üzerine konulan sınırlamaların çoğu kaldırılmıştır.<sup>01</sup>

İsrail'de dinin devletten ayrılmaz yapısı, kanun yapma ve diğer alanlarda özellikle Yahudi devletinin karakterini güçlendirir. Nihayet, İsrail'deki Arap nüfusuna karşı olan tepkiler, dış siyasi şartlar sonucu ortaya çıkmıştır. Batı tarzı Yahudi toplumu ile tam beklenilmeyen bu karşılaşma, şeriata ve onun öğretilerine uygun olmayan yabancı bir ortam doğurmuştur.

Müslümanların hakimiyeti kaybolunca, şeriata koruma ve günümüz toplumunun ihtiyaçlarına uyarlama/adaptasyonu, din görevlilerinin ve din alimlerinin sorumluluğuna girer. (Bu durum manda dönemindeydi). Ancak dinî liderlik ve elit grup 1948'de ülkeyi terk etti. Bu şartlarda sorumluluk, kâdi olarak görev yapan veya başka şekilde dini mahkeme sistemi ile iliş-

01. Bkz. A.Layish, *The Muslim Waqf in Israel; Asian and African studies (AAS)*, 2 (1966), pp. 41-76.

kili olan hukukçularla din adamlarına geçti.

Bu grup kendisini tahrik eden bu meydan okumaya nasıl tepki gösterdi? İsrail'de Şeriatın güçlü pozisyonda kalmasının nedeni, dinî yargılama hakkının olmasıdır. Gerçekten Müslümanlar, yargı sistemindeki hakimlerin atanması vb. konularda Hıristiyan topluluklara benzer<sup>02</sup> bir otonomiye sahip değillerdi. Diğer taraftan şeri mahkemeler şahıs hukuku ile vakıf meselelerinde çok geniş yetkilere sahipti.<sup>03</sup> Geçerliliğini ve tesirini laik hukuk ve otoritelerden alan dini yargılama, İsrail'deki Müslüman toplumun/cemaatin hakimlerinin (*qâdis*) güç kaynaklarından biridir. Dinî mahkemelerin şahıs hukuku ve vakıf meselelerinde, hemen hemen, tek salahiyyetli olmasından dolayı Müslümanlar gündelik işlerinde şer'i hukuka başvurmuşlardır. Böylece bizim tartışmamız esas olarak dinî yargılama bağlamında şeri meselelere hasredilecektir. Ayrıca Müslüman toplumun çeşitli konulardaki ortaya çıkan problemleriyle ilgili olarak hakimlerin (*qâdis*) konumuna da değineceğiz.

02. Yahudi ve Dürzi dini mahkeme sistemleri aynen genel hukuk sistemine entegre olmuştur. Onların hakimleri cumhurbaşkanı tarafından atanır. Diğer taraftan devlet Hristiyan mahkemelerin hakimlerinin seçilme prosedürü gibi organizasyona asla müdahil olmaz. Bütün bu konular kiliseye ait hukuk tarafından düzenlenir.

03. Bu durum, Müslüman devlette müsamaha edilen toplulukların üyeleri ile Müslümanların statüsünü yansıtan Osmanlı dönemi yönetiminin bir mirasıdır. Bkz. A.Layish, "Muslim religious jurisdiction in Israel", *Asian and African studies (AAS)*, 1 (1965), pp. 50-60.

İslam Aile Hukukunun değişen bir topluma adaptasyonu, bugün en ciddi problemlerden biridir. Arap ülkelerinde, büyük zorluklarla karşılaşıldığında, bu problemi laik hukukla çözmek için teşebbüsler yapılmıştır.

İslam hukuku ile açıkça tezat teşkil eden hususları mümkün olduğu kadar önlemek ve ıslahatların Şeriatın bir çeşit iç düzenlemelerinden ibaret olduğu intibahı uyandırmak için şöyle bir çözüm çaresi gösterilmiştir: Şeriat, İslam hukukunun temel değerini bozmayan cezai düzenlemeler ve usul hukukuna ait çeşitli hukuki hükümlerin müracaat kaynağıdır veya İslamî hukuk geleneği içinde tağayyur ve telif gibi laik kanun yapmak için destek bulma teşebbüsüdür. Bu durum öyle çok olmuştur ki, bazı batılı gözlemciler günümüzde ictihad kapısının yeniden açılmasını savunmuşlardır.<sup>01</sup>

Aile hukukundaki reformlar meselesi yine İsrail parlamentosu Knesset’i meşgul eder. Fakat İsrail’in bir Yahudi devleti olması, sosyal ve dini normla ilgili çözüme yaklaşımı farklı olmuştur. Aile hukukunu muasır sosyal şartlara uyarlama arzusuyla İsrail laik hukuku rehber edinilmiştir. Şahıs hukuku alanında Yahudi dini hukuku “dini hukuk” diye isimlendirilen hukukun ilham kaynaklarından biri olmuştur.<sup>02</sup>

01. Bkz.N.J.Coulson, *A History of Islamic Law*, (Edinburgh: 1964), pp. 202-217. İctihad kapısının yeniden açılması tezinin kritiği için bkz. Hamizrah Hehadash, *The New East*, 18 (1968), pp. 321-322.

02. Bkz. Menachem.Elon, *Religious Legislation in the Law of the State of Israel and in the Courts and Rabbinical Tribunals* (sivil ve hahamlara ait mahkemelerin kararları, İsrail

Bu şartlarda, Şeriatın sosyal yapı ve dini davranışlara uygun normlara göre İsrail’deki Müslüman toplumun ihtiyaçlarına adaptasyonu din görevlilerinin sorumluluğuna girmiştir.

Gerçekte, toplum ve devletin değişen ihtiyaçlarına göre İslam hukukunun gelişmesi —ictihad kapısının kapanmasından önce ve sonra- daima resmi kuruma bağlı olmayan müftülerin ve din alimlerinin ilgi alanı olmuştur. İsrail’deki kâdılar, din hukukçuları olarak, müftülerin bulunmadığı dönemde şahıs hukukunu kadınların konumuna ve aile yapısındaki değişikliklere uyarlamak için yetkilerini ne derece kullanmışlardır?

Hakimler (*qādīs*), bir çok değişikliğe/ıslaha ihtiyaç olduğunu kabul etmişlerdir. Onların kadının statüsüne yaklaşımları genel olarak liberaldir. Gerçi İstisnalar vardır; onların bu yaklaşım tarzı, özel olarak, kadınların statüsü ile ilgili olmayan örnek motiflerle teşvik edilmiştir. Bu bağlamda, en şaşırtıcı ve etkileyici özelliklerinden biri, kadınların statüsünün düzeltilmesi için şer’î hukuku uygun bir şekilde yorumlama adetleridir. O yorumlar da, zaman zaman hukuki ve fikri meseleleri tartışmak için düzenledikleri

devletinin kanunlarındaki dini yasama), 5728 (Telaviv: 1967-1968), pp.3-5 ve 31f. Yine bkz. M.Unna, *mashma’uta shel ha-hashpa’a ha-hilkhatit ‘al ha-haqiqa’* (Yahudi dini hukukunun kanun üzerindeki etkisinin önemi, Y.Bazak ın içerisinde(edite eden), *Ha-mishpat ha-ivri u-Medinat Yisrael* (Yahudi hukuku ve İsrail Devleti), Filistin, 5729 (1968-1969), s.101-109, ve Y.Engelard, “Shiluv ha-din hayehüdi be-ma’arekhet ha-mishpat ha-yisraeli’ (Yahudi hukukunun İsrail hukuk sistemine entegrasyonu), aynı eser, s.110-134.

konferanslarda dile getirilmiştir. Onlar (*hakimler-qâdîs*) icthad kapısının açılmasını savunmazlar. Örneğin doğrudan hukukun kaynaklarına (*usulu'l-fikh*) dayanarak hukuku modern bir tarzda yorumlamak istemezler; ne de, Hanefi mezhebinden başka ehli Sünnet mezhepleri veya zengin İslam hukuk geleneğinin diğer uygun unsurları içinde kendi değişikliklerine (ıslahat) destek bulmak için de uğraşmazlar. Bu metot, yeni kanun yapma konusunda Arap ülkelerinde çok yaygın kullanılır.<sup>01</sup> Hakimler (*qâdîs*) sadece bir konuda Şafii mezhebinin görüşünü uygulamışlardır. Bu görüş, Şer'i Temyiz mahkemesinin son yıllardaki başkanı ve Triangle şeriat mahkemesi kadısı Şeyh Hasan Emin el-Habeş'in görüşü ile farklılık gösterir.<sup>02</sup>

Gerçekte, bazı hakimler (*qâdîs*) Hanefi mezhebini öyle benimsemişler ki, sadece kadınların statüsünü değiştirmek için, Hanefi mezhebinden başka bir mezhebe de dayanarak düzenlenmiş olan Osmanlı Aile Kararnamesinin belirli hükümlerini kabullenmek istememişlerdir. Şeyh Hasan Emin al-Habeş'in, kocası kaybolan ve nafaka almadan kocasını terk eden bir kadının nikahını sona erdirmeyi mümkün kılan kararnamenin 126. maddesinin

01. Bkz. J.Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: 1964), p. 68n, p. 106; .N.J.Coulson, *A History of Islamic Law*, (Edinburgh: 1964), pp.197-201; J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World* (London: 1959), p. 28

02. Süt kardeşliğinden dolayı evlilik yasağı söz konusu ayrılık noktasıdır. *El-Ahbar el-İslâmiye*, (Din İşleri Bakanlığının Müslüman bölümü bülteni), 10, 1-2 (1966), p. 83.

uygulanmasına karşı çıkışının nedeni budur.<sup>03</sup> Acre şeriat mahkemesi hakimi (*qâdî*) Şeyh Emin Kasım Mudlic de, Maliki mezhebine göre, birbirinden soğuyarak araları açılan evli çiftlerin (kadın-erkek) muvafakatı olmadan evliliği sona erdirmek (*tefrik*) için aile meclisi (*el-meclisü'l-âili*) hakemlerini yetkili kılan 130. maddenin uygulanmasına karşı çıkar.<sup>04</sup>

Hakimlerin (*qâdîs*) ortaya çıkan birçok önemli meselelere karşı yaklaşımları pragmatik (faydacı) ve basittir: Onlar, kendi görüşlerine göre, şeriatın kesin emirleriyle açıkça çatışmadığı sürece mevcut kanun çerçevesinde aile hukukunu değiştirmek için bir çözüm çaresi ararlar. Nihayet bu yaklaşım tarzı, taklitten uzak, bazen sınırdan olan veya hatta gerçekten Hanefi mezhebinin güçlendirilmiş doktrinine yakın bir tarzıdır. Mesela 1963'te yapılan kâdılar toplantısında, şartlı boşamayı geçerli kılan (تعليق الطلاق بالشرط الصحيح) Osmanlı Aile Kararnamesinin 105. maddesi tartışılır ve şu karara varılır:

Şarta *muhalefet* sebebiyle boşanma talebi kadın tarafından mahkemeye intikal ettirildiğinde, hakim (*qâdî*) *muhalefet* şartlarını araştırmak zorundaydı. Şartların zorlamasıyla bu boşanmanın kaçınılmaz (اضطرارية) olduğu sonucuna ulaştığında boşanmayı geçersiz saymak zorundaydı.<sup>05</sup> Eşler-

03. *El-Ahbarel-İslâmiye*, (Din İşleri Bakanlığının Müslüman bölümü bülteni), 7, 1 (1959) p. 29.

04. *El-Ahbarel-İslâmiye*, (Din İşleri Bakanlığının Müslüman bölümü bülteni), 9, 3-4 (1964), pp. 3-5.

05. *El-Ahbarel-İslâmiye*, (Din İşleri Bakanlığının Müslüman bölümü bülteni), 9, 1-2, (1964), p. 11.

den birinin (genelde kadın) zorlayıcı şartlar (*ikrah*) altında şarta muhalefet edildiğini iddia edip, talakın geçerliliği için mahkemeden bir karar talep etmesi halinde, hakimlerin (*qâdîs*), gerçekten bu şartlı boşama kararını usul hukukuna göre bir boşamaya dönüştürmesi, ki bunun kaynağı belirtilmemiştir,<sup>01</sup> mümkündü. Hakimler (*qâdîs*), ailenin refahı/mutluluğu gibi hukuki dayanağı zayıf, sosyal mülahazalara ve her bir durumun özel ayrıntısına önem verme konusunda büyük dikkat gösterdiler. Hakimlerin (*qâdîs*) bu kararı İslam hukukuna göre kocaya has kılınan tek taraflı boşama hakkını sınırlamıştır. Ancak onlar bunu kastetmemiş olabilir veya hatta bunun şuurunda bile olmayabilirler.<sup>02</sup> Bu kararın benimse-

01. Kâdılar tarafından çokça müracaat edilen Kadri Paşa'nın Şahıs Hukuku, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, adlı eseri *ikrah* halinde nikahın bozulacağından açıkça söz etmez. Bkz. Madde. 12.

02. Boşamanın belirli gelecek bir tarihe ertelendiği, şartlı boşamanın geçersiz olduğu, hukuki açıdan talakın hemen ve daha sonra da olacağından dolayı (الطلاق لا يقع إلا منجزاً), Kadıların çoğu 1966 tarihli Mısır Şahıs Hukuku Kanun Tasarısında teklif edilen değişikliğe karşı çıkmışlardır. Birkaç yıl öncesine kadar Ca'fa Şer'i mahkemesinin kadısı ve Temyiz mahkemesi başkanı Şeyh Tahir Hamad, Ca'fanın mevcut kadısı Şeyh Tefik Asaliyye ve Nazareth'in Şer'i mahkemesi kadısı Şeyh Hüsnî el-Zu'bi teklif edilen değişikliğin şeriata ve Osmanlı Aile Kararnamesine aykırı olduğunu, ilk bahsedilene göre İslam hukukunun kaynaklarından olan örfe (الاستعمال العرفي) de aykırı olduğunu savunmuşlardır. En son bahsedilen kişi değişikliğin aile hayatı ile ilgili problemleri çözmeye yardımcı edebileceğini kabul etmiştir. Acre Şer'i mahkemesi kadısı Şeyh Emin Kâsım Mudlic teklif edilen değişikliği memnuniyetle karşılamış ve verdiği kararlarında o değişikliğe uyum sağladığını söylemiştir. (aşağıya bkz.) *Akhbâr Islamiyye*, 10, 3-4 (1967), p. 5,8,14,19 and 22.

mesinden kısa müddet sonra Nazareth Şeriat Mahkemesi de bu karara itibar etmiştir.<sup>03</sup>

Boşanmış bir kadının nafaka konusu İslam hukukundan sapmanın en açık örneğidir. Boşanmış kadın evlilik bağı sona erdikten sonra üç ay (*kurû'*) iddet müddeti içerisinde nafaka almaya (*nafakat iddet et-talâk*) hak kazanır.

03. Kadın kocasının koştuğu şartı bozduğunu iddia etti, yani kadın aşırı yoksulluk baskısı altında evini terk etmemelidir. Kadının kocası, kendisini ve beş çocuğunu terk etmişti. Öyle ki kadın ikamet ettiği evi terk etmeye, kendisi ve çocukları için mahkemede nafaka davası açmaya zorlanmıştı. Bu şartlar altında, kadın boşamanın geçersiz olduğuna inandı. Hayfa Dervîşi Şeyh'inin avukatı bu tartışma için Muhammed Zeyd el-Beyani'nin modern yorumunda (شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية, Cairo, 4.baskı, 1924, s.260.) destek aramıştı. Kadın şartı bozmak zorunda (*muzdar*) kalmadıkça şartlı boşamanın geçerli olacağı söylenir. Ancak yangın (*harq*) veya boğulma (*ğark*) tehlikesi olur, kadın da evi terk ederek şartı bozarsa boşama geçersiz sayılır. Hukukçulara göre, kadının çocuklarını yanında tutmak için mahkemeye müracaat etmesi, yanmak veya boğulmaktan kurtulmasıyla kıyaslanamaz biçimde daha zaruri bir durumdur. (من قبل الاضطراب). Şeyh Hüsnî al-Zu'bi bu iddiayı kabul etmiş ve boşamanın geçersiz olduğunu savunmuştur. Koca Şer'i Temyiz Mahkemesine müracaat etmiş, ancak müracaatı kabul edilmemiştir. Mahkeme, Hanefî mezhebinin aksine, bir suç işlemeye zorlanan kimsenin ondan dolayı sorumlu olmayacağını (لا حرج علي المكره) benimseyen Maliki, Hanbeli ve Şafî mezheplerinin görüşünü kabul etmiştir. Kararın gerekçelerinde boşamanın sosyal yönüne de vurgu yapılmış, boşamanın ailenin tümünü ve özellikle masum çocukları etkileyen ciddi bir durum olduğuna dikkat çekilmiştir. (Nazareth Şer'i Mahkemesi, *Sicilli İ'lâmât*, cilt, 4, s. 237-239, arşiv, 4/64; Şer'i Temyiz Mahkemesi, arşiv,23/64) Şartlı boşama konusunda beni yönlendirdiği için kendisine teşekkür borçlu olduğum sayın Derwish tarafından kararların kopyaları bana temin edildi.



Böyle kısa müddet için kadına ödenecek nafaka miktarı, geleneksel Müslüman toplumda, örfe göre kadınları ekonomik kaygı/endişelerden tamamen bağımsız kılan aile yapısına uygundur. Boşanmadan sonra kadın ya babasının evine veya kardeşinin evine döner ya da tekrar evlenir. Böylece nafaka yükümlülüğü diğer erkeklere intikal eder.<sup>01</sup> Ancak, bugün kadınların sosyal statüsü ve aile yapısındaki değişiklikler göz önüne alındığında, boşanan kadının nafakası konusunda İslam hukuku tarafından yapılan düzenlemenin, kadının bakım ihtiyacını (nafaka) yeterli miktarda garanti etmez. Çünkü kadın zorunlu olarak babasının evine dönmez veya yeniden evlenmez. Onun geçim endişesi, büyük oranda kişisel meselesi haline gelir.

156

Çoğu hakimler (*qâdîs*) bu problemin farkındalar ve boşanmış birçok kadının durumunu geliştirmeyi/iyileştirmeyi düşünürler. Örneğin, Şeyh Hasan Emin el-Habeş mahkemenin en kutsal görevinin (boşanmış) kadının haklarını korumak olduğuna inanır ve kadının iradesine aykırı olarak aile düzeninin yıkılmasından sonra aşırı derecede mutsuz bir durumda olduğunu kabul eder.<sup>02</sup> Aşağıda göreceğimiz gibi, bu problem için İslam hukukunun hem içinden ve dışından ve hem de laik kanun yapıcılarının müdahalesi ile birçok çözüm çareleri önerilmiş/teklif edilmiştir. 1963'te yapılan kadınlar top-

01. Bkz. Şeyh Emin Kâsım Mudlic, *Akhbâru'l-İslâmiyya*, 9, 1-2 (1964), p. 2.

02. Şeyh Emin Kâsım Mudlic, *Akhbâru'l-İslâmiyya*, 9, 1-2 (1964), p. 10.

lantısında boşanmış kadının haklarını korumak için, iki kıstas üzerinde karar kılınmıştır. Birincisi, bu bağlamda bizi ilgilendiren husustur. Bu toplantıda şu karara varılmıştır: Boşanma hükmünü verme konusunda mahkeme, çiftler/taaraflar arasındaki antlaşmaya göre (bu husus, bir antlaşmanın olmadığına işaret eder) veya takdirine bağlı olarak ve şartlara göre kadının haklarını belirlemelidir. Bu hususta hakim (qâdî) geniş takdir yetkisine sahip olması, ona ehli sünnet fıkhının kadın için belirlediği nafaka miktarından fazlasını verme imkanını sağlar. Gerçekte hakim (qâdî), boşanmış kadının durumu hakkında bilinçli veya bilinçsiz olarak kendi düşüncesine göre hareket eder. Bu husus, her halükarda, Şeyh Hasan Emin el- Habeş'in günlük mahkeme uygulaması için de geçerlidir.<sup>03</sup>

Kadınların statüsü ile ilgili böyle radikal bir reformu ortaya koymak için hakimlerin (qâdîs) cesur olmaları, ki bu durumda İslam hukukundan açıkça sapma vardır, bir kaç Arap ülkesinde de benzer reformun laik hukuk yoluyla etkili olmasından kaynaklanmış olabilir. 1953 yılı Suriye Şahıs Hukuku (*Law of Personel Status*) hakime (qâdî) şu yetkiyi veriyor: Koca yeterli gerekçe olmadan keyfi olarak karısını boşadığında (bu hakim (qâdî) takdir yetkisiyle belirlenir) hakim (qâdî), kocanın karısına bir yıl nafaka miktarı kadar tazminat ödemesine hükmeder.

03. Şeyh Emin Kâsım Mudlic, *Akhbâru'l-İslâmiyya*, 9, 1-2 (1964), p. 11. İddetden sonraki süreçte nafaka konusunun daha fazla izah edilmesi gerekir. Çünkü kadınlar kararlarında o konuya farklı şekillerde değinirler.

1957 yılı Tunus Şahıs Hukuku bu hususta daha ileri giderek, boşanmadan dolayı kocanın karısına verdiği zarara karşılık (aksi durumda kadın boşamayı başlatır ve koca zarar gören taraf olur.) tam tazminat ödemesi konusunda mahkemeye sınırsız yetki vermiştir.<sup>01</sup> Bundan öte, evli çiftlerin karşılıklı anlaşmalarıyla boşanmış kadına verilen tazminat, Little Triangle köyleri gibi birçok bölgede sosyal adet haline gelmiştir. Hakimlerin (qâdis) bu konudaki kararı mevcut durumu onayladığını göstermektedir.

Şartlı boşama Arap ülkelerinde bazı değişikliklere maruz kalmış, ancak tamamen ilga edilmemiştir. 1929 tarihli Mısır Şahıs Hukuku şunu şart koşmuştur: Boşanmanın maksadı herhangi bir fiil/eylemi meydana getirmek veya onu terk etmek ise boşama orada gerçekleşmemiştir ve o zaman geçerli değildir (غير منجز). (bölüm 2), bunun dayanağı, bazı pozitif veya negatif maksat elde etmek için kullanılan

01. 1958 tarihli Fas Aile Hukuku aynı şekilde keyfi boşama için kadına tazminat ödenmesini amirdir. Bkz. J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World* (London: 1959), pp. 56-57; N.J.Coulson, *A History of Islamic Law*, (Edinburgh: 1964), pp. 209-212. Coulson bu reformları ictihad kapısının yeniden açılması olarak kabul eder. Ona göre, Tunus reformuyla ictihad kapısı tamamen açıkken, Suriye reformu Kur'an'ın bağımsız olarak tefsir edilmesinin bir ilk teşebbüsüdür. Ancak o da, bu reformların Kur'ani temelini çok sağlam olmadığını kabul eder. Bkz. Yine, J.N.D. Anderson, "Tunisian Law of Personal Status-Tunus Şahıs Hukuku"; *The International and Comparative Law Quarterly* (April 1958), pp. 271-272. Her şeyden önce, unutulmamalıdır ki, bu reformlar laik hukukun yasalarıdır. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: 1964), pp. 102.

şartlı boşama lafzı veya bazı sözü kuvvetlendirmek için yapılan yemindir; Yasa değişikliği şu demektir: Şartlı boşama, sadece kocanın karısını boşama niyetinin kanıtlanması halinde geçerli olacaktır. İslam hukuk geleneğinde bu yasa değişikliğinin dayanağı çok şüphelidir.<sup>02</sup>

Sudan, Ürdün ve Suriye şahıs hukuku şartlı boşama meselesinde Mısır hukukunu takip etmiştir.<sup>03</sup> 1966 tarihli Mısır kanun tasarısı, diğerleri arasında (*inter alia*), şartlı boşama ve boşamayı ileride belirli bir tarihe erteleme şeklindeki uygulamayı lağv etmek için şimdiye kadar kanunlaştırılmamıştır. Sadece Fas Şahıs Hukuku kocanın niyetine bakılmaksızın şartlı boşamanın geçersiz olduğunu düzenleyerek yoluna devam etmiştir.<sup>04</sup>

Geleneksel hukuktan yakın ayrılışın diğer örnekleri, kadıların evlilik hukukunun bazı özel can sıkıcı meselelere karşı olan tavırlarında görülebilir.

02. Niyyet, kinaye lafzı kullanılarak yapılan bütünboşamaşekillerinin temel belirleyicisidir. (Mısır Hukukunun 4.bölümü). Bkz. J.N.Anderson, Şer'i hukuktaki son gelişme, V, evliliğin sona erdirilmesi, *Muslim World*, 41 (1951), p. 276. Muhammed Muhyiddin Abdulhamid'in *el-ahvaluş Şahsiyye fi Şer'iatil-İslamiyye ma'al-İşâre ilâmâ yukabbiluhâ mine Şer'atil-Uhrâ*, (Kahire: 1942), p.351 adlı eserindeki açıklayıcı ifadelere de Bakınız. Mısır hukukunun metni için bkz. Mustafa Kamil Dib'in hukuk koleksiyonu, *Mecmûâtul-Kavânini'l-Misriyye*, Kavânini'l-Ahvâliş-Şahsiyye, (Kahire: 1955), p.5

03. Bkz. J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World* (London: 1959), pp. 56; Anderson, recent development in şari'a law, VIII, The Jordanian Law of Family Rights, 1951, *Muslim World*, 42 (1952), p. 201.

04. Bkz. J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World* (London: 1959), pp. 56.

Onlar, kendi şahsi görüşlerini yansıtmışlar, kadılar konferansındaki taslak metinlere/tekliflere kendilerince ilgi duymuşlar ancak katılmamışlardır. Evlilik hukukuyla ilgili düzenlemeler açıkça toplumsal kaygılar ve özellikle, kadınların gelecek endişe sebebiyle istenir. İslam hukuku tarafından caiz görülmesine rağmen, Şeyh Hasan Emin el-Habeş, berdel/karşılıklı mübadele şeklindeki evlenmeye (نكاح الشغار أو زواج البدل) şiddetle karşı çıkmıştır.<sup>01</sup> Şeyh Habeş'e göre *nikahı şigar* veya karşılıklı bedelle yapılan evlilik, çiftlerin aileleri arasındaki tartışmaların ve boşama probleminin kaynağıdır. Çiftlerin ekonomik konumları, huyları ve karakterlerinin aynı olması çok zordur. Sonuçta karşılıklı mübadele ile evli kadınlar arasında kıskançlık ve kötü hisler ortaya çıkar. Şeyh iki çifti bağlamayan bir evlilik biçimini tavsiye eder.<sup>02</sup>

Şeyh Emin Kasım Mudlice göre, kocanın aile tarafının evli çiftin hayatına müdahalesi kadına o kadar sıkıntı verir ki, kadın bazen kocasının evini terk etmeye mecbur olur, babasının evine sığınır, yürürlükteki hukuki müeyyidelerle (nafaka mahrumiyeti) kocasına karşı asi/serkeş kadın ilan edilme riskiyle karşı karşıya kalır. Kocanın ailesi tarafından yapılan bu tür müdahalenin nedeni, çiftin onlarla birlikte ikamet (ataerkil ikamet) etmeleridir. İslam hukuku kadının, kocasının akrabalarının kendisine sözlü ve fiili kötü mu-

amelede bulduklarını mahkemede kanıtlamadığı sürece ataerkil ikameti/birlikte yaşamayı yasaklamamıştır. O halde, bu tür ikametın meşruiyeti doğru değildir.<sup>03</sup> Ancak kadın bunu kanıtlayamaz veya ne olursa olsun kendisine yapılan kötü muameleyi ispatlamak için şahit getiremez. Kocanın kendisine olan yakınlığından dolayı kadın, kocasının aleyhinde şahitlik yapmak istemez.<sup>04</sup> Bu bakımdan Şeyh Emin Kasım Mudlic şunu savunur: Şayet hakim (*qâdî*), kocanın ailesiyle birlikte yaşamayı çiftler arasındaki anlaşmazlığın doğrudan sebebi olduğu kanaatine varırsa, bu ikametın (birlikte yaşama) caiz olmadığına karar vermeli ve kocanın başka mesken bulmasını istemelidir.<sup>05</sup>

Hakimler (*qâdîs*) tarafından teklif edilen diğer çözümler daha az riskli olup meşru hükümler olarak kabul edilebilir. Yani, o çözümler İslam hukukunun geçerliliğine karşı meydan okuma/ kabul etmeme anlamına gelmez. Birçok teklif ve hükümler, nikah akdinde şarta bağlı çok evlilik problemini çözmeyi arzu eden Osmanlı kanun koyucusunun örneğini esas almıştır. Bu kanunun 38. Maddesi, nikah akdi esnasında kadının kocasına fazla evlilik yapmayacağını, evlendiği takdirde ise kendisinin veya evlendiği diğer kadının boş sayılacağını şart koşma hakkını verir.

1963 yılı hakimler (*qâdîs*) konferansında şu kararlar alınmıştır: Mahkeme,

01. Kadri Paşa, md. 15: R.Levy, *The social structure of Islam*, (Cambridge: 1957), p. 105.

02. *Ahbar Islâmiyye*, 1, 1-2 (1968), pp. 3-5.

03. Kadri Paşa, madde.186.

04. Mahkeme sicilleri birçok örnekler sağlar.

05. *Ahbar Islâmiyye*, 1, 1-2 (1968), pp. 8-10.



evlilik akdinde kadının haklarını garanti eden şartları açıkça kaydetmeleri için nikah memurlarını uymalıdır. Mesela, boşamadan dolayı şartlara göre koca kadına tazminat ödeyecek veya tazminat miktarı mahkemece tespit edilecektir.<sup>01</sup> Şeyh Emin Kasım Müdlic, kadının evlilik akdinde kendi meskeninin kocasının ailesine yakın olmasını şart koşması İslam hukukuna uygun (*mesken şer'i*) olarak kabul edilemeyeceğini savunmuştur.<sup>02</sup> 1966'da kadılar konferansında, düşünmeden hemen yapılan bir boşamayı önlemek, boşama veya kocanın ölümü halinde kadının geleceğini garanti etmek (*tazmin*) maksadıyla geciktirilen mehr (*mehri müeccel*)'e ilaveten, peşin ödenen mehirde (*mehri mu'accel*) ısrar etmenin uygun (*yus-tahsen*) olduğu kararına varılmıştır.<sup>03</sup> *Mehri müsemma*'nın miktarını artırmak için Şeyh Emin al-Habeş'in yasa teklifinde, boşama durumunda kocanın kadına ödemek zorunda olduğu ve Kur'an'da yüklerle mehir olarak ifade edilen *kıntâr*'ın ötesinde, boşamayı önleme vasıtası olarak peşin ödenen

(*mu'accel*) mehrin önemini vurgulama arzusu ifade edilmiştir.<sup>04</sup>

Aşırı miktardaki mehir problemi hakimleri (*qâdis*) sık sık meşgul etmiştir. Hakimlerin (*qâdis*) bu soruna müdahale etme arzusu, zaman zaman, Müslüman halk tarafından özellikle de gençler tarafından dile getirilmiştir.<sup>05</sup> Mehir miktarını sınırlandırmak için ileri sürülen birçok teklif 1950 deki ilk kâdılar konferansında tartışılmış, ancak Kur'an mehir için azami/ maksimum bir miktar belirtmediğinden,<sup>06</sup> kadılar da bir sınırlama getirmek istemişlerdir. Hakimler (*qâdis*), kızlarına aşırı miktarda mehir istememeleri konusunda aileleri ikna etmek amacıyla, kendilerinin, din adamlarının ve nikah memurlarının yürüttüğü bilgilendirme faaliyetlerinden memnun olmuşlardır.<sup>07</sup> Şu bir gerçek ki, yıllar boyu bu problemin gündemden düşmemesi, bu aktivitelerin elle tutulur sonuçlar ortaya koymadığını göstermektedir. Bu mesele 1966'da kadılar konferansında tekrar tartışılmış, son zamanlarda özel tasarı ve Knesset'in üyesi U. Avneri tarafından teklif edilen mehir miktarının IL50 ile sınırlanabileceği görüşü kabul edilmiştir.<sup>08</sup> Kadılar, Knesset'in bu duruma müdahale etmesi için herhangi

01. *Ahbar İslâmiyye*, 9, 1-2 (1964), p. 11. Son Şeri Mahkemeleri direktörü Mahmut el-Mâdî, mu'accel mehrinin bedelinin peşinen ödenmesine kadının kendisi memnun olmayabilir, ancak evlilik akdinde belirtilen şartlar boşama döneminde kadının masraflarını karşılamayı garanti eder. *Ahbar İslâmiyye*, 9, 1-2 (1964), pp.7-8. Mahmut el-Mâdî ve Şeyh Hüsnî el-Zu'bi, bir çok Arap ülkelerinde yapıldığı gibi boşanmış kadının nafaka problemini laik hukukla çözmeyi teklif eder. *Ahbar İslâmiyye*, 9, 1-2 (1964), pp. 6-10.

02. *Ahbar İslâmiyye*, 11, 1-2 (1968), pp. 8-10.

03. *Ahbar İslâmiyye*, 10, 1-2 (1966), p. 83; İngilizce özet, *Ahbar İslâmiyye*, 10, 1-2 (1966), p. 6.

04. *Ahbar İslâmiyye*, 9, 1-2 (1964), p.11. Fonksiyonel olarak, mehir bedeli bir tür mehir (ketubbah-dower) olmaktadır.

05. Bkz. Örnek, bu konuda Din İşleri bakanına verilen bir dilekçe. *Ahbar İslâmiyye*, 3, 4 (1955), p. 13.

06. Bkz. Şeyh Hasan Emin el-Habeş, *Ahbar İslâmiyye*, 3, 4 (1955), p. 14.

07. Anbâu'l-Dâire el-İslâmiyye, 1, 7 (1950), p. 4; İbrance yorum, Anbâu'l-Dâire el-İslâmiyye, 1, 7 (1950), p. 3.

08. *Ahbâr İslâmiyye*, 10, 1-2 (1966), p. 82.

bir sebebin bulunmadığını, zaman süreci içerisinde bu problemin kendi çözümlünü bulacağını ifade etmişlerdir.<sup>01</sup>

Ehli Sünnet öğretisinden sapma konusunda kadılar konferansında alınan kararlar şüphesiz ne şer'i hukuk ne de laik hukuk alanında bağlayıcı olmamıştır. Bu konferanslar Şer'i mahkemelerde başvuru hukuk materyali konularında karar vermeye<sup>02</sup> veya dini hukuka göre düzenleme yapmaya yetkili yasal kurum değildir. O konferanslar, zaman zaman ortaya çıkan hukuki problemleri tartışmak için yapılır ve onların bütün maksadı, mümkün olduğu kadar bu problemlere İslam hukuku çatısı altında çözüm çaresi bulmaktır. Hakimlerin (*qâdîs*) kararları, ehli sünnet terimi anlamında dini-hukuki görüşlerin etkisine sahip değildir. Şayet hakimler o kararlara uymayı taahhüd ederlerse bunu gönüllü olarak yapmış olurlar. Gerçekten bu kararlar yargılamalara yansıtıldığı ölçüde

01. Cafadaki evlenme kayıtlarında peşinen ödenebilen mehir (*mehri mua'ccel*) miktarlarının simgesel oranlarını tehir edilen mehirin oldukça yüksek oranları ile aynı tarafta olduğuna rastladım. Bu İslam hukuku ile çelişmeyen pratik bir çözümdür. Çünkü bu örneklerde evlenmek için finansal engel bulunmamaktadır. Tehir edilen mehir (*mehri müeccel*) sadece boşanma halinde veya kocanın ölümü halinde (kocanın terekisinin dışında) ödenmesi gerekir. *Kâdılar* böyle bir problemin çözümünü akıllarında bulundurmış olmalıdır.

02. Diğer taraftan, Dürzi dini liderliği, 1926 Dini Topluluklar Yasasının anlamı içinde bir Dini Konsül olarak tanıdı. Liderlik, Lübnan'daki Dürzi Toplumunun Şahıs Hukununu İsrail'deki Dürzi Dini Mahkemelere uygulanabilir dini hukuk olarak uyarladı. Bkz. A.Layish, "İsrail'deki Dürzilerin toplumsal yargılama hakkı", *Hamizrah Hehadash* (The New East), 11 (1961), pp.260-262.

öneme sahip olurlar. Bazı hakimler (*qâdîs*) açıkça, bu kararlara veya bir konferansta kabul edilen diğer karara dayanırlar.<sup>03</sup> Yargılamalar bağlamında, kadılar hukuku yorumlama statüsüne sahiptirler ve tarafların bu yorumları kabul etme oranı, savunmanın huzurunda yapıldığı hakim (*qâdî*) şahsi hukuk gücüne bağlıdır. Ona göre, hakimlerin (*qâdîs*) yorumu İslam hukuku açısından hatalı olduğundan, taraflardan biri Şer'i Temyiz Mahkemesine müracaat ettiğinde gerçekten sorunlar yaşanır.<sup>04</sup>

Hakimler (*qâdîs*), genellikle taklitten sapmama/ayrılmamaya dikkat ederler. Bugün, Onların çoğu görünürde Ezher'deki çalışmaları süresince tanışık oldukları eserler ile Mısırlı Muhammed Kadri Paşa tarafından Hanefi Mezhebine göre hazırlanan şahıs hukuku (*ahvâlu's-Şahsiyye*) eserine/koleksiyonuna dayanırlar.<sup>05</sup> Biraz önce de açıklandığı gibi, kadılar bazen Hanefi hukukunu diğer ehli sünnet mezheplerine de dayanan Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesine tercih ederler. Bu eserlerde/koleksiyonlarda

03. Kaybolan kocanın evliliğinin sona erdirilmesi meselesindeki gibi. Aşağıya Bkz.

04. Bu durumların birinde Nazareth şer'i mahkemesi kadısı, şartların zorlamasıyla kadın tarafından şartın bozulmasının kaçınılmaz olduğuna ve bu bakımdan boşamanın da geçersiz olduğuna karar verdi. Şer'i Temyiz mahkemesi kadıların kararına uymuştur. Bkz. Yukarı, n.15.

05. *Kitabu'l-Ahkâmi's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye alâ mezâhibi'l-İmâm Ebi Hanife en-Nu'mân*, Kahire, 1900. Bu koleksiyon Rüşdi el-Sarac tarafından hazırlanan hukuk koleksiyonuna dahil edilmiştir. *Kitâb Macmû'ati'l-Kavânini's-Şer'iyye* (Caffa: 1944).

cevabı bulunamayan karışık meselelerle ilgili olarak da Suriyeli İbn Âbidîn'in haşiyelerine müracaat ederler.<sup>01</sup> Fetva kitaplarına veya diğer mezheplerin yorumlarına çok nadir olarak başvururlar.

Modernistlerin uyanışında, görüş-nüşte, çok ihtiyatla ve belki de şuur-suzca doğrudan kaynaklara dayanmaya çalışmakla şeritte yenilik ortaya koymaya çalışan sadece bir hakim (qâdî) örneği ile karşılaşmış bulunmaktayım. Cafa Şeriat Mahkemesi kadısı Şeyh Tefvik Mahmut Asaliyye sosyal sebeplerden dolayı çok evliliğe karşı çıkar. Arzu edilen sonuca (tek evlilik) ulaşmak için Kur'an'daki bir ayeti Mısırlı modernistler açısından yorumlar, ancak açıkca şunu söylemez: "Kur'an'da kadınlara karşı iyi davranmamız emredilir, çok evlilik ise kadınlara karşı adaleti yerine getirme şartına bağlı bir ihtiyaçtır. فقد اوصينا بالنساء. (خيرًا والتعدد الضرورة مشروطة بالعدل 02 Öyle görünüyor ki Muhammed Abduh da dolaylı olarak Nisâ Suresi 129. ayetine dayanarak birden fazla kadınla evlenmenin Müslüman'a yasak olduğunu ifadeye çalışır.<sup>03</sup>

Hakimlerin (qâdis), şerî hukuk açısından İsrail'in dışındaki bir otoriteye müracaat ettiklerine dair tek bir dava

01. İbn Abidîn, *Reddu'l-Muhtâr alâ'd-Dürri'l-Muhtâr Şehu Tenvîri'l-Ebsâr fi fıkhu Mezhebi İmâm el-A'zâm Ebî Hanîfe en-Numân*, kısım, 2, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabiyye el-Kubrâ, tarihsiz.

02. *Ahbâr İslâmiyye*, 11, 1-2 (1968), p.11.

03. Doria Ragia (Şefik), *La femme et le droit religieux de l'Égypte contemporaine* (Paris: 1940), pp. 43-49; D.Goitein ve A.Ben-Shemesh, *Muslim Law in Israil* (İbranice), (Filistin: 1957), p.133, 218-219.

biliyorum. O da, 1948 savaşı sonucu İsraili terk ettikten sonra kocaları kaybolan kadınların evliliklerinin sona erdirilmesi meselesidir.

Kadınlar Osmanlı Aile Hukuku Kararnâmesinin 126. maddesine dayanarak evliliklerinin sona erdirilmesini istediler. Kaybolmuş kocalar hakkında Arap ülkeleri hükümetleri sayesinde bilgi alma imkanını asılı/muallakta bırakan kararı ibtal etmenin tasarlandığı 1950 deki kadılar konferansında bu mesele tekrar tartışılmıştı.<sup>04</sup> 18 Ağustos 1951 de hakimler (qâdis) aynı meseleyi yine tartıştılar. O zaman şu karar verilmişti: Kadının boşanmak için Kızılhaç aracılığı ile dilekçe vermesinden üç ay sonra kocanın kendisi veya başkası aracılığıyla kadına nafaka garantisini vermezse, mahkeme nafakasız bırakılan kadının evliliğini sona erdirecekti. Mahkeme 126. madde de belirtilen hüküm çerçevesinde gerekli araştırmaları yaptıktan sonra nafaka almanın imkansızlığı konusunda bu durumu kanıt olarak kabul etti.

Bu düzenleme sonuçsuz kaldı ve böylece Arap delegasyonlarının üyeleri bu konuda işbirliği yapmadıkları için, Karma Ateşkes Komisyonları marifetiyle, kadınların taleplerini kaybolan kocalarına iletmek üzere çalışmalar yapıldı.<sup>05</sup> Zamanla problem tekrar ortaya çıktı. Hakimler (qâdis) yukarıda bahsedilen maddeye dayanarak, kocanın kaybolma durumunda evliliğin sona erdirilip erdirilmemesi

04. *Anbâ'u'l-Dâ'ire el-İslâmiyye*, 1,7 (1950), İbranice versiyon, p.3.

05. *Ahbârul-İslâmiyye*, 7, 1, İbranice özet, p.2.

meselesinde ihtilaf etmişlerdir. Şer'i Temyiz Mahkemesi başkanı ve Nazareth Şer'i mahkemesi kâdısı Şeyh Tahir el-Taberi şu iddiada bulunmuştur: Bu madde sadece barış (sulh) zamanında veya kocanın istemli/gönüllü kaybolma durumunda uygulanabilir, savaş veya barış sürecinde yahut kocanın zaruri kaybolma (*gaybu izdırariyye*) durumunda ise uygulanamaz. Çünkü bu şartlar altında kocanın nerede olacağı ile ilgili gerekli araştırmalar yapılamaz. Şeyh Tahir şöyle der: İsrail ile Arap devletleri arasında barış olmadığı müddetçe terk edilen kadın ihtiyacını ya kendisi karşılar veya hayır kurumlarının yardımını istemesi gerekir. Şeyh Musa Taberi de aynı şekilde 126. maddenin savaş zamanında uygulanamayacağını savunur. Şeyh Hasan Emin el-Habeş, bu maddenin uygulanmasına karşı çıkmıştır. Çünkü bu madde Hanefi mezhebinin görüşü ile çatışmaktadır. Hanefi mezhebine göre, kadının yaşayan kocası, kaybol-sa bile, kadın evliliği sona erdiremez. el-Habeş şöyle der: Kadın ya kocası ile birleşir veya ailenin tekrar birleştirilmesi projesi kapsamında kocasının İsrail'e kabulünü isteyebilir.

Diğer taraftan Şeyh Tahir el-Hamad şöyle der: 126. maddeye göre, kadının evliliği sona erdirmeye hakkı, kocanın kaybolma/gaybûbeti şartına değil, kadının kocadan nafaka alamamasına dayandırılmıştır. Zira zengin de olsa kadının nafaka hakkı engellenemez. Şeyh Tahir Hamid'e göre mahkeme, Hanefi mezhebine aykırı olsa bile Osmanlı Hukukunun hükümlerine uymak zo-

rundadır.

Hakimler (*qâdîs*), nafaka almadan terk edilen kadınlarla ilgili anlaşmazlık/uyuşmazlık meselesinde, Ürdün Şer'i Mahkemesi başkanından İsrail Şer'i Mahkemesinin uyabileceği Ürdün Aile Hukuku metnini kendilerine göndermelerini istediler.<sup>01</sup>

Hakimlerin (*qâdîs*), aile hukuku dışında, hukuku modern toplum, bilim ve teknoloji çağındaki ihtiyaçlara göre uyarlamaya hazır oldukları aşağıdaki örneklerden de çıkarılabilir: Müslüman kadınların fotoğraf çekilmelerine ve kimlik kartlarına fotoğraf yapıştırılmalarına müsaade edilip edilmeme konusu kadılara soruldu. Şeyh Tahir al-Taberinin buna cevabı müspetti. Kendi görüşünü şöyle savundu: Hanefi mezhebine göre mesleği için zorunlu ise, Müslüman bir kadın yüzünü, ellerini ve ayaklarını kapatmayabilir. Yani, şayet kadın ticaretle iştiğal ediyor, kamu hizmetiyle ilgili işte çalışıyor, öğretmenlik ve araştırma gibi mesleği icra ediyorsa, fitneye yol açmamak, çekici olmamak için örtünmemiştir. Temel gerekçe ile o şu sonuca ulaşmıştır: Muhtemeldir ki kadın aldatılmaktan korunmak ve kendi kimliğini ispatla-

01. *Ahbârü'l-İslâmiyye*, 7, 1, İbranice özet, p.29-32. Editor şunu not eder: "bu bültenin ortaya çıkış zamanında Şer'i Temyiz Mahkemesi başkanının, Dışişleri Bakanlığında bulunan Ateşkes Komisyonu aracılığı ile bu mektuplara gönderdiği cevap henüz alınmamıştı. A.g.e, İbranice özet, s.2. Sonunda, her kâdı o konuda kendi kişisel eğilimine uydu. Şeyh Tahir el-Taberi ve Şeyh Hasan Emin el-Habeş yukarıda ifade edilen konulardaki müracaatları düşünmezken, Şey Tahir Hamad 126. Maddede ifade edilen hükme bağlanmada kadının müracaatını kabul edecekti.

yabilmek için fotoğrafını çekirtmiş, ve kimliğine yapıştırmıştır. Sonra, Acre Şer'i mahkemesi kadısı Şeyh Musa el-Taberi aynı şekilde şu cevabı verdi: İslam hukukunda kadınların fotoğraf çekilmesini önleyecek herhangi bir hüküm yoktur. Ancak o, bu cevazı örtülü olmayan kadınlar için sınırlandırdı.<sup>01</sup>

Şeyh Hüsnî el-Zubî de şu görüş savunur: Doğum kontrolü ve aile planlaması (Tahdîdu'n-Nesl ve Tanzîmu't-Tenâsil) İslam'a aykırı değildir. O, doğum kontrolü konusuna hadisten delil çıkarır. Böylece kıyas yaparak İslam'ın modern korunma usullerini kullanmaya müsaade ettiği sonucuna varır, bu görüşüne şafi mezhebinde yazılan fetva kitabında da dayanak bulur. Aile planlaması, ona göre, uygun hayat standartı elde etmek, çocuklara daha iyi imkanlar vermek ve İslam'ın onayladığı bireysel mutluluk alanıyla uyumlu maksatlar sağlamak için gerekir.<sup>02</sup> Aynı şekilde Şeyh Tevfik Mahmut Asaliyye de, çocuklara iyi bir eğitim imkanı sağlamak için aile planlamasını destekler.<sup>03</sup>

5713/1953 Anatomi ve Patoloji Hukuku hazırlanırken, otopsilerle ilgili şer'i hükmün ne olacağı hususunda kadınların görüşleri soruldu. Şeyh Tahir el-Taberi, Şeyh Tahir Hamad ve Şeyh Hasan Enin el-Habeş anormal ölüm dışındaki otopsilere karşı çıktılar. Onlara göre vücudun parçalara ayrılması bir suç ve haksız fiil (tecavüz)'dir. Şeyh Tahir Hamad ölülerin azap

duydıkları ile ilgili hadisleri rivayet eder ve şuna inanır: ister ilmi olsun, ister insanların ağrılarını dindirme arzusu olsun hiçbir neden otopsileri meşru kılamaz. Şeyh Tahir el-Taberi de şöyle der: İnsanların sahip olduğu damar, bağırsak ve beyin gibi organlara sahip olan hayvanlar üzerinde yapılan denemelerle tıbbın gelişmesi mümkün olduğu müddetçe otopsilere müsaade etmenin bir anlamı yoktur. Şeyh Emin el-Habeş tıbbın gelişmesi için otopsileri meşru kılan veya o konuda herhangi bir açık hukuki hüküm bulamamıştır. Ona göre otopsilere de ihtiyaç yoktur. Çünkü iyileştirme kuralları ve tedavi şekilleri kitaplarda yazılıdır. Doktorlar onları bilir, dolayısıyla bedeni parçalamak için bir sebep bulunmamaktadır.

Karşıt fikir şeyh Musa el-Taberi tarafından dile getirilir ve insanlığa fayda sağladığı sürece otopsileri savunur. Örneğin otopsiler ileride ortaya çıkacak bir hastalıktan korunulması için ölen kişinin hastalık sebeplerini açığa çıkararak bütün insanlığı fayda sağlar. Bu görüş sadece otopsileri meşru saymakla yetinmeyip onların icra edilmesini de bir görev addeder. Şeyh Musa el-Taberi, ölen hamile kadının rahmindeki sağ çocuğun alınması için kadının ameliyat edilmesinin caiz olduğuna dair bütün ulemanın icmasını bu görüşüne dayanak olarak gösterir. Bu otopsi işleminin, insanlığın yararı için, ölen kişinin vücudunu parçalara ayırmaktan ibaret olduğunu düşünür.<sup>04</sup>

01. *Anbâ'u'l-Dâire el-İslâmiyye*, 1, 4 (1950), p.8.

02. *Ahbâr İslâmiyye*, 9, 3-4 (1964), pp.10-11.

03. *Ahbâr İslâmiyye*, 11, 1-2 (1968), p.11.

04. *Neşretu'l-Daireti'l-İslâmiyye ve'd-Durziyye*, 2, 1 (1951), pp.11-13. 1966



Son olarak da kadılara, kalp dahil olmak üzere organ naklinin hükmü sorulmuştur. Şeyh Hasan Emin el-Habeş'in bu nakiller konusunda pratik, dini-ahlaki şüpheleri vardı. İnsanın muhteremliği bütün dinlerde yüce bir prensiptir ve yasal bir gerekçe olmadan onun hayatı sona erdirilemez. Hiçbir sebeple insan deney laboratuvarına döndürülmemelidir. Otopsinin tam başarısı kesin olmadığından insanın hayatı tehlikeye atılır. Şeyh Hasan Emin bu görüşüne İbni Âbidin ve diğer fıkıh kitaplarını kaynak olarak gösterir. Ayrıca, nakil başarılı olsa bile organı alan kimseler açısından itirazlar bulunmaktadır. Çünkü insanın kalbi inancının yeri ve ilham kaynağıdır. Yeni kalbin, Allah'ın önceki kalbe verdiği aynı özelliğe ve imkanlara sahip olma garantisi yoktur. Şeyh Hasan, hastanın hayatı tehlikesi dışında herhangi bir kalp naklini caiz görmez. Buna rağmen, bu konuyu uzman hekimin tercihinine/seçeneğine bırakır. İslam hukuku genel prensipleri esas alır, istisnai hükmü hukuki hüküm olarak görmez. Çünkü kendisine kalp nakli yapılan kişilerin çoğu ölmüş ve akibetleri hala belirsizdir. Şeyh Hasan Emin kalp nakillerinin cevazı veya yasaklanması meselesinin acele olarak kararlaştırılması gerektiğini savunur.<sup>01</sup>

tırılmaması gerektiğini savunur.<sup>01</sup>

Şeyh Emin Kasım Müdlıc de, organ nakli yapılan kişinin hayatını kurtarmak için, bağış yapanın uygun vasiyet isteğinin/temayülünün olması şartıyla, İslam'ın ölü cesetten organ nakline müsaade ettiğini savunur. Böyle bir isteğin/temayülün büyük hayırlı bir iş olduğunu ve bağış yapan kişiye çok mükafaat kazandırdığını düşünür. Çünkü o vasiyet bir hayatı kurtarmakla aynı değerdedir. Ölen insanda böyle bir istek/temayül bulunmadığına göre onun cesedinden bir organ nakletmek ona karşı hürmetsizliktir.<sup>02</sup>

Şeyh Tevfik Mahmut Asaliye, özellikle bu nakillerin başarısı şimdilik sınırlı iken, bir hayatı kurtarmak maksadı olmaksızın başka birisinden nakledilen organla alakalı ortaya çıkan ahlaki problemlere karşı hassas/duyarlı olmuştur. Gerçi din görevlileri tabii olarak, ister bağışlayıcı ister alıcı olsun, hayatı tehlikeye sebep olan organ naklini yasaklama taraftarı olmuşlardır. Ona göre modern tıbbın gelişmesinden kaynaklanan bu mesele İslam hukuku terimleriyle açıkça cevaplandırılmaz.

Bu tür tıp Hz. Peygamber zamanında bilinmiyordu, dolayısıyla kesin olarak hukuku hükmün ne olduğunu söylemeliyiz. Onun anlayışına göre illet olduğu müddetçe organ nakilleri için hukuki bir engel yoktur. "esas olan maksattır." Maksat, hayat beklentisini artırmaya yöneliktir, yoksa hayatı sona erdirmek değildir. O (şeyh Tevfik Mahmut Asaliye) ne organ bağışlayıcı

yılında, iki hahambaşı ve 350 den fazla hahamın imzaladığı İsrail hahamlık kararını not etmek ilginçtir. O kararda hangi çeşit olursa olsun otopsisler Yahudi hukukunca yasaklanmıştır. Bu cevaz sadece bir hayatı korumak için her olayla ilgili olarak o alanda seçilmiş otoriter hahamın onayıyla verilmiştir. Menachem.Elou, *Religious Legislation in the Law of the State of Israel and in the Courts and Rabbinical Tribunals* (Telaviv: 1968), pp.29-30.

01. *Ahbâr İslâmiyye*, 11, 3-4 (1969), pp.3-4.

02. *Ahbâr İslâmiyye*, 11, 3-4 (1969), pp.4-5.

cısı ne de organ alıcısının ciddi hayatı tehlike içerisinde olmaması şartıyla organ nakline müsaade eder.<sup>01</sup>

Son olarak, ifadelerinde de yansıdığı gibi, hakimlerin (*qâdis*) yargısal fonksiyonları düşüncesine büyük bir sorumluluk hissi ile işaret edilmiştir. Belki de bu düşüncenin en güçlü ifadesi Şeyh Emin Kasım Mudlic'in aşağıdaki sözleridir:

Hakim (*qâdi*), ağrıyı dindirip hastalığı tedavi etme görevi olan uzman bir doktor gibi ikili şahsiyet sahibidir. Hukukçu (hakim) olarak, şeri ve laik hukuka göre adaleti gerçekleştirmek zorundadır. Bu tabii olarak onun ciddi olma eğilimini gerektirecektir. Hakim (*qâdi*), insan olarak, mahkemede kişinin özel ve genel bütün şartlarını hesaba katmak için herkesin bazen yasakları iptal eden güçlü ihtiyaç ve dürtülerinin olduğu bilinciyle, ona yumuşak davranmaya meyilli kılacak beşeri zafiyetlere karşı duyarlıdır. Hakim (*qâdi*), insan ruhunun derin içyapısına sahip olmalı, onun gizli düşüncelerini ve kötü hislerini kavramalıdır. Diğer taraftan kendisinin, bir töhmet aracı olmayıp adaletin müjdecisi, zulme uğrayanların sığınağı, kavga edenler arasında barışı tesis eden bir hakem olduğunu bilmek zorundadır.<sup>02</sup>

Hakimin (*qâdi*) hekim ile mukayesesesi, Şeyh Musa el-Taberi ve Şer'i mahkeme işlerinin ilk el gözetleyicileri olan mahkeme sekreterleri tarafından

01. *Ahbâr İslâmiyye*, 11, 3-4 (1969), pp. 5-6.

Yine Şeyh Tefvik 'Asaliyye'nin kalp nakline cevaz verdiği dair bir rivayet için bkz. Ha'aretz (11 Aralık 1968).

02. *Ahbâr İslâmiyye*, 11, 1-2 (1968), pp. 9-10.

da yapılmıştır.<sup>03</sup> Şeyh Musa, Şeri mahkemeyi ülke mutluluğunun tek koruyucusu olarak kabul eder. Şeyh Hüsnî al-Zu'bi aynı şekilde mahkemelerin asıl olarak aile çiftlerinin mutluluğu ile ilgilendiğini kaydeder.<sup>04</sup> Şeyh Tefvik Mahmut Asaliyye de, şeri mahkemelerin şahıs hukuku ile ilgili davalarla uğraşırken, daha ağır sorumluluk üstlendiğini vurgular. Çünkü aile toplumun çekirdeğidir, ümmetin medeniyet yolundaki ilerlemesi, doğruluk, eşitlik, ulusal işbirliği ve ailenin iffetliliği ile orantılı olarak gerçekleşir.<sup>05</sup>

İsrail parlamentosu Knesset şahıs hukuku ile ilgili birçok meseleyle ilgilmiştir. Ancak böyle yapması onu ciddi iki kurala bağımlı kılmıştır. Onun yasaları, evliliği caiz gören veya boşanmayı yasaklayan farklı toplumların yasalarına zorla müdahale etmez. Bu hassas alanda, gerçek yasadan ziyade, caydırıcılığından dolayı, ceza hukuku ve usul hukuku hükümlerinin yasallaşmasını tercih etmiştir. Hatta dini hukukun yerine, yasalanan kanunlarla ilgili konularda, evli çiftlere, belirli şartlarla dini hukuk gözetiminde mahkemeye müracaat imkanı verilmiştir.<sup>06</sup>

Dini ve laik iki hukuk sistemi tamamıyla farklı sosyal normlara dayanır. İsrail yasası kadınla erkeğin eşitliği prensibinin önemini belirten toplum felsefesine dayanır. Dinî hukuk ise, iki

03. *Ahbâr İslâmiyye*, 6, 1-2 (1957), pp.15; *Ahbâr İslâmiyye*, 7, 2-3 (1959), p.16.

04. *Anbâ*, 1, 2 (1950), p.4; *Ahbâr İslâmiyye*, 8, 3-4 (1963), p.1.

05. *Ahbâr İslâmiyye*, 11, 1-2 (1968), p. 10.

06. A.Layış. "İsraildeki İslam dini yargılama hakkı," *Asian and African studies* (AAS) 1 (1965), pp. 60-79.

cinsin doğal olarak eşitsizliği prensibi- ne dayanır.

Çoğu hakimlerin (*qâdis*) açıkça ilan edilen konumu şöyledir: İslam hukukunun müstakil hükümlerine dokunmadığı müddetçe laik hukuka karşı çıkmazlar. Aslında onların çoğu usul hukuku veya ceza hukuku statüsünün daha fazla değiştirilmesini hoş karşılayacaklardı. Gerçi onlar, özellikle böyle kanun yapma konusunda kendilerini ortaya koymazlar. Bu kanun yapma işi, aile bağlarını kuvvetlendirmek, çocukların menfaatini gözetmek, erkeklerle tam bir eşitlik derecesinde olmasa da, kadının statüsünü geliştirmek arzusuyla teşvik edilmiştir.

Şeyh Tahir Hamad, evlilik yaşı, çok evlilik ve kadını isteği dışında boşamak ile ilgili konularda laik hukukun dini hukuku sadece ilga etmediğini, ceza-i yaptırımlarla/müeyyidelerle de bunu güçlendirdiğini savunur. İslam da söz konusu olayları (fenomen) mahkûm eder/kınar. Acak İslam'ın ahlaki müeyyideleri caydırıcı etki oluşturmaz.<sup>01</sup> Diğer taraftan, Şeyh Tahir Hamad, çok kategorik olarak, laik hukukun İslam hukukunun yerine geçmesine karşı çıkmaktadır. O, velilik ve şahitlikle ilgili kadınları tam hukuki ehliyet sahibi kılan Kadınların Eşit Haklar Kanunu hükümlerine atıfta bulunur. O, İsrail parlamentosu Knesset'in çok evlilik konusundaki yasağı ile de tamamen tatmin olmaz. Kadınların statüleri konusunda meselenin esasına ilişkin liberal görüşlere sahip olduğunu savunur. O, (sadece dinin emirlerine itaat

01. *Ahbâr Islamiyye*, 8, 1-2 (1963), pp. 1-2.

etmeyi yasaklayarak değil) dinin meşru kıldığı bir fiilin işlenmesini Müslümanlara yasaklamanın da, din hürriyetini ihlal olduğuna inanır.<sup>02</sup>

Şeyh Hasan Enin el-Habeş, teknik tarzda, daha çok usul hukukunda, kadının zorla boşanmasını yasaklayan hükmün şöyle düzenlenmesini teklif eder: Kişi karısını iradesine aykırı olarak mahkemenin dışında boşarsa veya mahkemenin onayını almadan boşarsa, ciddi bir cezaya maruz kalır. Ayrıca böyle bir boşamanın suçlu cezalandırılıncaya kadar mahkemece tescil edilmeyeceğini de teklif eder.<sup>03</sup>

Şeyh Hüsni el-Zu'bi, çok evlilik ve zorla boşamanın yasaklanmasını memnuniyetle karşılar. Ona göre, bu yasaklar boşanmaların oranında düşüş sağlayacaktır. Ancak diğer taraftan, bu yasaklar Şeyh Hüsni el-Zu'bi'nin laik hukukla çözümlenmesini istediği bir probleme sebep olmuştur.

Yine bu yasaklar, geçmişte asi/isyankar olan (kocasına karşı serkeşlik eden) kadını tehdit eden iki ciddi müeyyideyi ortadan kaldırmıştır. Sonuç olarak, kocalarına karşı itaatkar olmayı emreden mahkemenin kararına uymayan kadınların sayısı çoğalmıştır. (kocasına karşı serkeşlik eden) isyankar kadını nafakadan mahrum etmek ise, kadını kocasının evine döndürmek için yeterli bir neden değildir. Baskıyla veya infaz yöntemi ile korunabilen itaat evi (*Baytu't-Ta'a*) müessesesi İsrail'de alışılmış/adet değildir. Şeyh Hüsni el-Zu'bi'ye göre, kadın hukuki

02. *Ahbâr Islamiyye*, 7, 4 (1959), pp. 4-8.

03. *Ahbâr Islamiyye*, 9, 1-2 (1964), pp. 4-5.

konumuyla ilgili iyileştirmelere zarar vermiş, onu kötüye kullanmıştır: Zira kadın, kocasına karşı serkeşlikte ısrar etse bile kocasının onu iradesi dışında boşayamayacağını veya kadın cezai bir suç işlemeyen kocasının ikinci bir kadınla evlenemeyeceğini bilir. Şeyh Hüsn-i el- Zu'bi bu probleme çözüm çaresi olarak çok eşlilik ithamına iyi bir gerekçe olan, şer'i mahkemenin kadını asi olarak ilan ettiği yasa da bir değişiklik yapılmasını teklif eder. Bu teklif eski şeri mahkemeler direktörü avukat Mahmut el-Mâdi tarafından da destek görmüştür.<sup>01</sup> Şeyh Emin Kâsım Müdlic, kadının serkeşliği (asiliğini), iradesine aykırı olarak boşanması için iyi bir gerekçe olacağı hususunun da değiştirilmesini teklif eder.

Yukarıdaki sayılan teklifler ile kronik hastalığın (*marazu muzmin*) veya kadının kısırlığının çok evlilik için iyi bir gerekçe olacağı şeklindeki Şeyh Hüsn-i el- Zu'bi'nin teklifleri,<sup>02</sup> laik hukukun modern mekanizma yoluyla uygulanması düşünülen geleneksel çözümlerdir. Bu çözümlerin maksadı, hala erkeğin üstünlüğünü elinde tuttuğu aile yapısı içinde, evlilik ve boşanma konusunda aile hukuku ve aile yapısı arasındaki bozulan dengeyi ceza yasasıyla bir parça düzelmektir. İsrail'de sosyal ve hukuki statü arasındaki bu dengenin bozulması, istisna-i durum olarak, kadının değil de erkeğin koruyucu yasaya ihtiyac duymasına sebep olmuştur.

01. *Ahbâr İslamiyye*, 8, 3-4, pp.1-2; *Ahbâr İslamiyye*, 9, 1-2 (1964), pp.8-9; *Ahbâr İslamiyye*, 11, 1-2 (1968), p.6.

02. *Ahbâr İslamiyye*, 8, 3-4 (1963), pp. 10-12.

Şeyh Tefvik Mahmut Asaliyye, İsrail Parlamentosu Knesset'e Kadınların Eşit Hakları Kanunu, Ehliyet ve Velilik/Vasilik Hukukunun yasalaştırılmasını tavsiye eder. Ona göre bu yasalar ailenin temellerini güçlendirmek, küçükleri himaye için tasarlanmış, bundan dolayı da büyük oranda, şeriatın maksatlarına muvafık olmuştur. O, laik hukuktaki veliliğin/vasiliğin temel prensibi olan çocukların menfaati ilkesini örnek olarak gösterir. Ona göre bu prensip İslam hukuku tarafından da benimsenmiş ve hakimler (*qâdis*) de ona uyum sağlamışlardır. O dini hukukun geçerliliğini korurken, aynı zamanda, kadını iradesine aykırı olarak boşama yasağı ile çok evlilik konusundaki yasağı övmekte, buna işaret etmeye özen göstermektedir.<sup>03</sup>

Ancak, boşanan kadına ödenen nafaka meselesinde olduğu gibi, bazen iddiasını öyle bir noktaya götürür ki, şeriatın modern toplumun ihtiyaçlarını karşılayamadığı durumlarda mevcut laik hukukun kaçınılmaz olduğunu söyler. Şeyh Hüsn-i el- Zu'bi, 5719/1959 tarihli Ceza Hukuku (iki eşlilik) Kanununun 7. Maddesine, boşadığı karısının talep etmesi halinde kocayı tazminat ödemeye mecbur eden bir hükmün ilave edilmesini teklif eder. Çünkü iddet müddetinde verilen nafaka, kadının hayatını idame ettirmesine (yaşamını devam ettirmesine) yeterli değildir.

Koca, karısının rızasına aykırı olarak onu boşamasından dolayı tazminatla birlikte belirtilen cezai müeyyideye de

03. *Ahbâr İslamiyye*, 11, 1-2 (1968), pp. 10-12.

maruz kalır.<sup>01</sup>

Avukat Mahmut el-Madi' bu probleme daha radikal bir çözüm önermiştir. Buna göre, 5719/1959 tarihli Aile Hukuku (Nafaka) veya Ceza Kanunu maddesine erkeğin, boşadığı karısının ve çocuklarının uğradığı zararları tazmin etmek ve tekrar evleninceye kadar onların bakımını (nafaka-geçimini) üstlenmek zorunda olduğuna dair bir hüküm eklenecektir. Bu zararın miktarı Şer'i mahkeme tarafından belirlenecektir. Mahmut el-Mâdi, şeriatın günümüz ihtiyaçlarına uyarlanması gerektiğini savunarak şöyle der: Laik hukuka uygun olması için teklif edilen değişiklikler "zaruretler memnu" olan şeyleri mübah kılar" prensibine dayandırılmıştır. Bu bakımdan söz konusu değişiklikler şeriatla çatışmaz. Bir defasında faiz konusunda Kur'an'da belirtilen yasağı kaldırmak için aynı yöntem bulunmuştu. Ona göre, dini hukuk kaynaklarında açıkça yasaklanmayan bir hükmün laik hukuk tarafından meşru kabul edilir kuralına uyulmalıdır. Ona göre, ne Hadis ne de Kur'an "kadının yaşamını garanti eden" bir şeyi yasaklayan hüküm ihtiva etmez. Bununla birlikte, laik hukukun İslam hukuk geleneğinin bir çok prensiplerinden ilham alması gerektiğini savunur.<sup>02</sup>

Şeyh Hasan Emin el-Habeş -açık kalplilikle olmasa da- Şer'i hukukla laik hukukun çatışması (teâruz) halinde hakim (qâdî)' in laik hukuka uy-

01. *Ahbâr İslamiyye*, 9, 1-2, pp. 6-7, 10.

02. *Ahbâr İslamiyye*, 9, 1-2 pp. 7-8.

ması gerektiğini ifade eder.<sup>03</sup>

Şeyh Tahir Hamâd ve Şeyh Emin Kasım Mudlic, İsrail parlamentosu Knesset'in boşanan kadının nafaka konusuna müdahalesine şiddetle karşı çıkarlar. Onlara göre kocanın, iddet müddetinden fazla sürede ve gücünden fazla miktarda nafaka ödenmesini zorunlu kılan bir teklif açıkça İslam hukukuna aykırıdır.

Şeyh Emin Kasım da kocayı, boşadığı karısına yeniden evleninceye kadar nafaka vermek için yükümlü kılmanın makul olmadığını söyler. Çünkü kadın yirmi yıl sonra evlenebilir; Boşanmada taraflardan biri diğere göre daha zayıf konuma düşer. Dolayısıyla şeyh Emin bu problemi çözüme kavuşturamaz. O, nafaka meselesini Aile Hukukunun 130. maddesine göre hareket eden mahkemenin takdirine bırakmayı teklif eder. Örneğin, taraflar arasında hakemlik konusunda anlaşmazlık olduğunda nafaka miktarı uzmanlar tarafından takdir edilir. Bu teklif dahi, nafakanın sadece iddet müddetinde gerektiğini öngörmektedir. Şeyh Tahir Hamâd, boşanan kadının nafakasını artırmanın ancak tarafların karşılıklı rızaları ile mümkün olabileceğini düşünür.<sup>04</sup>

Bütün hakimler (qâdîs), Kur'an'ın hükümleriyle uyuşmadığı gerekçesiyle İsrail Parlamentosu Knesset'in me-

03. *Ahbâr İslamiyye*, 8, 1-2 (1962), pp.37-38. O bu görüşüne kaynaklarda şöyle destek bulmuştur: "Allah'ın Kur'an'a tevdi etmediği şeyi sultana tevdi etmiştir". *Ahbâr İslamiyye*, 9, 1-2 (1964), pp.5-6.

04. *Ahbâr İslamiyye*, 9, 1-2 (1964), pp.1-3 and 11.



hir miktarını sınırlandırmasına karşı çıkmışlardır.<sup>01</sup>

Hakimler (qâdîs)'in çoğu, bir Arap ülkesi kanununda da olsa, şahıs hukukuyla ilgili mevcut değişikliklere tesadüfen karşı çıkarlar. Ayrıca, 1966 tarihli Mısır taslak kanunu üzerine yorum yaparak, hangi durumda olursa olsun, kocanın boşama hakkının sınırlandırılmasına karşı çıkmışlardır.<sup>02</sup> Kadına zarar verdiği iddiasıyla çok evliliği (bu da *tefrîk* için yeni bir gerekçedir) boşanmak için bir gerekçe olarak kabul ettiler. (kadının nafaka hakkına zarar vermeksizin) kocanın karısına kötü muamele etmesi halinde, kadının kocaya itaat etme şartını feshetmişlerdir. Örneğin, reşit olmayanların bakım hakkı (*hidâne*) ile ilgili yaş sınırını yükselttiler.

Esasen, Şeyh Hüsni el-Zu'bi söz konusu kanun taslağına karşı tamamen müspet bir tavır takınmıştı. Ona göre, kanuni düzenlemeler her ne kadar şer'i hukukla çatışıyor olsa da, onların sempati ile gözden geçirilmesi gerekir. Zira, o düzenlemeler şahıs hukukunun günümüzün ihtiyaçlarına göre uyarlanmasına katkı sağlar.<sup>03</sup>

Gerçi, prensip olarak laik hukuka karşı olmamakla birlikte, hakimler

01. *Ahbâr İslamiyye*, 3, 4 (1955), p.13; *Ahbâr İslamiyye*, 10, 1-2 (1966), İngilizce özet, p.6.

02. Ertelenen veya şarta bağlanan boşamayı geçersiz kılmak; üç boşamayı tek boşama olarak sınırlamak; kadının hazır olmadığı ve gıyabında yapılan boşamayı geçersiz saymak şeklindeki hukuki hükümleri dahil ederek talakı bir boşamaya dönüştürmekle kocanın boşama hakkının sınırlandırılmasına karşı çıkmışlardır.

03. *Ahbâr İslamiyye*, 10, 3-4 (1967), pp.3-22.

(qâdîs)'in teklif ettiği hiçbir tasarı, daha sonra İsrail Parlamentosu Knessett'e müzakereye sunulmadı ve düzenli bir taslak haline getirilmedi. Hakimlerin, yasama otoritesinin müdahalesini arzulamamalarının sebebi bu otoritenin Müslüman olmayışına bağlanmıştır.<sup>04</sup>

İsrail Parlamentosu Knesset'in şahıs hukuku konularına müdahalesine karşı hakimler (qâdîs)'in en üstün davranış sınavı, verdikleri kararlardır ki, gerçekten onların bazılarının günü birlik uygulamalar ve açıklanan pozisyonlar arasında bazen bir boşluk olduğunu ortaya çıkarır. Bu açıdan, kâdılar arasında dini ve sosyal davranışlardaki farklılıktan kaynaklanan gerçek ve biçimsel farklılıklar vardır.<sup>05</sup> İsrail Parlamentosu Knesset' tarafından hazırlanan şahıs hukukunun asıl maksadı, kadının hukuki konumunu/ pozisyonunu geliştirmektir. Bu maksadın pratik başarısı, ilgili yasanın doğa-

04. Arap ülkelerindeki gelenekçi ulemâ hukuki modernizmi mesru görmüş, rehberlik yaparak ve tavsiye ederek ona yardımcı olmuşlardır. Bkz. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: 1964), p102. Ancak şu husus hatırlanmalıdır: Başlangıçta laik hukuka atıfta bulunulacaksa da daha sonra mümkün olduğu kadar İslam Hukuk Geleneği unsurlarına atıfta bulunulacaktır. Gerçekten, Avukat Mahmut el-Mâdi laik kanunun İslam hukuku prensiplerine dayanması gerektiğini savunur. (Bkz. *Ahbâr İslamiyye*, 9, 1-2 (1964), p.8), Ancak bu teklifin İsrail Parlamentosu Knesset tarafından uygulanabilirliği şüphelidir.

05. Caffa ve Triangle şeri mahkeme sicilleri kayıtlarına dayanan deney niteliğindeki geçici bir özet aşağıda şöyle devam eder. Prof. G. Baer'in yönetiminde hazırlanan *Müslüman kadınların İsraildeki sosyal statüsü* adlı doktora tezinde bütün şer'i mahkemelerin tam ve detaylı materyal analizleri referans kaynaklarıyla birlikte verilecektir.

sına uygun olduğu düşünülen birçok kriterlerle tecrübe edilebilir.

a) Gerçi, dini hukuk gerekli görmüyorsa da, hukuk usulu ile ilgili konularda kadının lehine karar vermek için, Knesset'in kendilerine tanıdığı hoşgörüyü hakimler (*qâdîs*) ne ölçüde kullanıyorlar? İki temel konuya atıfta bulunarak bu soruya cevap vermeye çalışacağız: Bunlar da, henüz rüşd çağına gelmeyen kız çocuğunun nikahının feshi ve kocanın karısını iradesine aykırı boşama yasağıdır.

İsrail Parlamentosu Knesset, 17 yaşın altındaki kızların evlenme olgusunu evliliğin sona erdirilmesi için bir gerekçe kabul etmiştir. Ancak şu hükümle ki boşama, tarafların şahıs hukukuna mahsus hukuki düzenlemelere uygun olarak geçerli sayılacaktır.<sup>01</sup> Çünkü İslam hukuku çocuk yaşta evlenme olgusunu boşanma için bir gerekçe olarak kabul etmez. Osmanlı Aile Hukukunda kadın için uygun olan, isteğe bağlı tefrik (*hıyaru't-tefrik*)'in aksine, yeni gerekçenin şer'i mahkemede bağlayıcılığı bulunmamaktadır. İsrail Parlamentosu Knesset, şüphesiz şunu amaçlamıştır: Bu husus dini hukuk tarafından gerekli görülüyorsa da, böyle durumlarda boşanmanın gerçekleşmesi için, hakimler (*qâdîs*) hizmetlerine sunulan vasıtayı kullanmalıydılar.

Büyük çoğunluğun iştirak ettiği 1950 tarihli hakimler (*qâdîs*) konferansında şu karara varılmıştır: Hanefi mezhebine göre, laik hukuka aykırı ol-

01. Evlenme Yaşı Kanunu, 5710/1950 3.mad.

madığı müddetçe, Şer'i mahkemenin evliliği sona erdirmesi (*fesh*), kesin şer'i bir gerekçeye dayandırılmalıdır.<sup>02</sup> Diğer bir ifadeyle, hakimler (*qâdîs*), İslam hukukuna göre 17 yaşından küçük kızın geçerli sayılan evliliğini, boşanma gerekçesi teklifi olarak kabul etmeye hazır değillerdi. Böylece onlar, İsrail Parlamentosu Knesset'in beklentilerini yerine getirmemişlerdir.

Şeyh Tâhir Hamâd, akıl baliğ olmayan kız çocuğunun nikahının feshedilemeyeceğini, zira bu durum kız çocuğunun zarar görmesine sebep olabileceğini ifade etti ve İslam hukukunun benimsemediği beddua gerekçesini de buna dahil etti. O, böyle bir evliliğin geçerliliğini onaylamadı, bunun yerine kanunu ve evliliğe tamamen göz ardı eden bedel ödeme veya kadını kurtaran boşama şeklinin değiştirilmesini teklif etti.<sup>03</sup> Bu şu demektir: O, akıl baliğ olmayan kız çocuğunun nikahının hukuki geçerliliğini ihlal etmeksizin, Evlenme Yaşı Kanunun'da belirtilen cezai müeyyidelerin uygulanmasını arzu eder.

Şeyh Tefvik Mahmut Asaliyya da bu görüşe katılarak şöyle demektedir: Hukuka göre evlenme yaşının altındaki kızların evlilikleri daha çok Nefes kabilesi arasında görülür. Caffa şer'i mahkemesi de çocukları himaye etmek maksadıyla boşanmaları önlemek için elinden geleni yapıyor. Ona göre bu hem şeriatın ruhuyla, hem de laik

02. *Ânbâu'd-Dâireti'l-İslâmiyye*, 1, 7 (1950), p.4.

03. *Ânbâu'd-Dâireti'l-İslâmiyye*, 1, 7 (1950), p.4.

hukukun maksadıyla uyuşmaktadır. Çünkü evlilik yapan taraflar laik hukuk tarafından belirlenen cezai müeyyideyle sorumludurlar.<sup>01</sup>

Caffa ve Little Triangle Şer'i mahkemelerinin kararları arasında, 16 yaşın altında olmasından dolayı evlilik yapan kızın nikahını fesheden tek bir karar göremedim.<sup>02</sup> Ayrıca istatistiki sonuçlarda da gösterildiği gibi, Evlilik Yaşı Kanunu hala ihlal edilmektedir. Kadının evlenme yaşının alt sınırını belirleyen laik kanun hükmünü engellemenin standart yöntemlerinden biri de, şer'i evlenme memurunun yaptığı nikah akdinin şer'i mahkemece tasdik edildikten sonra resmen (kanuni esaslara göre) tescil edilmesidir.

İsrail Parlamentosu Knesset, kocanın tek taraflı boşamayla (*talak*) evliliği sona erdirdiğini kabul ettiği müddetçe İslam hukukunun geçerliliğini iptal etmeyi kast etmemiştir. Yapılmak istenen bütün şey, kadın boşanmaya razı olmadığında kocanın boşama hakkını sınırlandırmak ve ceza-i müeyyide ile kocayı kanuni hükümlere uymaya zorlamaktı.

Temel düşüncesi kadını boşamada pasif taraftar yaptığı için, kadının kocası tarafından yapılan boşamaya rıza göstermesi, boşanmanın kadına nikahı feshetmeyi emreden mahkeme kararına bağlanması, İslam hukuku açısından birbiriyle ilgileri olmayan hususlardır. Kadına nikahı sonlandırmayı

01. *Ahbâr Islâmiyye*, 11, 1-2 (1968), p.12.

02. Şeyh Tâhir Hamâd'ın, bazı küçük kız çocuklarının (13 yaşına kadar) evliliklerinin feshini reddettiğine dair bana haber veriliyor.

emreden bir karar İslam hukuku bakımından anlamlı değildir. O, *fesh* veya *tefrik* sayılmaz, tamamen, kadının iradesine aykırı olarak yaptığı boşama ithamına karşı kocaya iyi bir savunma hakkı vermektir. Ancak boşama koca tarafından icra edilir. Evvelce söylenildiği gibi, hakim (*qâdi*) herhangi bir karar vermeden koca karısını boşarsa bu boşanma geçerli olur. Ancak koca karısını bu şekilde boşamakla cezai suç işlemiş olur. Böylece İsrail Parlamentosu Knesset, cezai müeyyide ile desteklenen usul hukukunu kullanarak, koca tarafından yapılan boşamayı onaylamak için haklı bir gerekçenin olup olmadığını (şer'i hukuktan ayrı nedenler için) şartlar muvacehesinde her bir bireysel olayı dikkate alma imkanını şer'i mahkemeye vermeyi hedefleyerek vasıtaları oluşturdu. Hakimler, (*qâdis*) kadının iradesine aykırı boşama ithamına karşı ellerinde iyi bir gerekçe bulundurmak için kendilerine verilen boşama (*tefrik*) yetkisini ne kadar kullanırlar? Böylece bu yetki, uygulamanın azalmasına ne kadar katkıda bulunur?

Şeyh Tâhir Hamâd kanun koyucusunun niyetini tamamen görmezlikten gelmiştir. Kadının iradesine aykırı olarak yapılan boşamanın yasaklığını dar anlamda yorumlamıştır. Yani, kadını iradesine aykırı olarak boşamak isteyen kocanın ilerde de böyle yapmasına cevaz verilmiştir, ancak koca öncelikle özel zorlukları içermeyen bu işlemin resmi yönünü mahkemede yasal hale getirmelidir. 1959 tarihinde, Ceza Kanunu Maddesinin 181 A maddesinin,

kocanın karısını boşamasına engel olmayı amaçlayan tarzda, Knesset tarafından değiştirilmesinden sonra, Şeyh Tâhir şer'i mahkemenin resmi onayını alarak, kocanın boşama (*talak*) hürriyetinin hiçbir şekilde kısıtlanamayacağı şeklindeki iddiasında katı davranmıştır.

Onun tavrı şöyledir: boşama (*talak*) ister kadının rızası olsun veya olmasın, ister kadının hazır olduğu mecliste olsun veya olmasın yahut mahkemede veya mahkeme dışında olsun, laik hukuk onu kabul eder. Ancak laik hukuk yasağını ihlal eden kişi cezai müeyyideye maruz kalır. Hakim (*qâdî*), laik hukuka aykırı da olsa boşamayı zorunlu olarak onaylar, sonra da hakkında dava açılması için suçluyu yetkili makama teslim eder.<sup>01</sup>

Yukarıda söz konusu edilen husus şunu ifade eder: Hakim (*qâdî*), Knesset tarafından kendi hizmetine sunulan vasıtaları kullanmasına müsaade edilmez. Zira o vasıtalar, talakla ilgili şer'i hukukun kesin hükmüyle çelişir. Cezai müeyyide şer'i hukukun geçerliliğini etkilemez ve şeyh Tahir Hamâd onu hoş karşılar. Çünkü, ona göre cezai müeyyide şeriatın emrettiği bir maksada, yani kadının iradesine aykırı olarak yapılan boşama maksadına engel olmaya hizmet eder.<sup>02</sup>

Şeyh Tahir Hamâd'ın bu tavrı kararlarına açıkça yansımıştır. Kadının boşamaya razı olup olmadığını incelemeyen, olayın detaylarına hiç gitmeden/inmeden, nikahın sonlandırılması

01. *Ahbâr Islâmiyye*, 8 (1962), pp. 38-39.

02. *Ahbâr Islâmiyye*, 9, 1-2 (1964), p. 9.

için önüne getirilen bir başvuruyu ne-redeyse görmeden onaylayacaktı. O, boşama olayından sonra kocanın bu konudaki sözünü kabul etti ve kocanın karısını mahkemeye getirmesini talep etmedi. Hakikaten koca birçok durumda (kadın boşama esnasında hazır olsun veya olmasın) boşamayı tescil eden hakimin (*qâdî*) huzurunda karısını boşadı. Suç işlemeye karşı kocayı önceden uyanan veya o suç için koca aleyhine dava açabileceğini kadına izah eden yahut bizzat kocasını mahkeme huzuruna çıkaran bu hakimin (*qâdî*) tek bir olayına rastlamadım.

*Talaq* ve kadının iradesine aykırı yapılan boşama konusunda laik kanun yasağına karşı Şeyh Hasan Emin el-Habeş radikal farklı bir yaklaşım tarzı benimsemiştir. O, şer'i kaynaklarda talakı hoş görmeyen şu delili bulur: "Allahın en sevmediği helal talaktır." (*ابغض الحلال الي الله الطلاق*) Talak, zaruret hallerinde başvuru olan meşru bir vasıttadır. *talaku's-sünni* ve *talaku'l-bid'a* arasındaki farktan dolayı nikahı feshetmeye alternatif bulunmadığı zaman talak, yasakları ortadan kaldırır/iptal eden zaruret haline gelir.

Fakat Şeyh Hasan Emin, hukuki tartışmanın da ötesinde ailenin, özellikle kadın ve çocukların rolü hakkında gelişen sosyal bir düşüncüyü açığa çıkarır. Boşanma, şer'i temellere dayansa da aileyi tahrip eder, kadına ve çocuklara zarar verir. Şeyh Hasan Emin'in tahminine göre, kendi yargılama yetkisi bölgesindeki boşanmaların oranı evlenenlerin oranından birkaç kez daha yüksektir. Bunu toplum için büyük bir

tehlike olarak kabul eder.<sup>01</sup>

Kadınların Eşit Haklar Kanunu ( kadını iradesine aykırı boşamanın yasaklığını ifade eder) yasalaşmadan önce hakimin (*qâdî*), boşamanın keyfi olduğuna inanmış olsa bile, boşamayı *talak' ex post facto* kabul etmekten başka alternatifi yoktu, O, bazen boşanmanın geri dönülebilir bir talak *talâqı ric'i* olduğuna hükmetmekle zararı telafi etmeye çalıştı. Yani, ric'i talak nikah bağlarını hemen koparmaz, yeni bir mehir ve akde ihtiyaç kalmaksızın iddet müddeti içerisinde kocanın karısına dönme imkanını sağlar. Hakim (*qâdî*) sözlü hukukun iptalinden sonra, hatta daha sonra, hemen yaptığı boşama konusunda kocada pişmanlık emareleri gördüğünde,<sup>02</sup> bu çözümü kullanırdı.

Kadının iradesine aykırı olarak yapılan boşamanın kanunla yasaklanmasından, özellikle 1959'da bu yasağın yeniden düzenlenmesinden itibaren, Şeyh Hasan Emin el-Habeş şunu savunur: Hakim (*qâdî*), kocanın boşanmaya razı olan kararından önce, boşamayı otomatik olarak tescil ederse bütün taraflara adaleti uygulayamaz. Ona göre, kocayı cezalandırmak boşanan kadın için bir çözüm çaresi değildir. Öldürülen bir insanın ölümünden sonra katile verilen cezadan katil ne menfaat sağlar? Diye sorar. Ne de, boşanan kadına, önceki kocasına karşı cezai bir müeyyideye başvurma hakkının

01. *Ahbâr İslâmiyye*, 8,1-2 (1962), p. 37; *Ahbâr İslâmiyye*, 9, 1-2 (1964), pp. 3-4.

02. Boşanan kadını geri döndürmek (evlendirmek) için bazen bir din görevlisinin fetvasına başvurulur.

olduğunu anlatmanın bir faydası vardır. Kadına yapılan bu nasihat ümidin tükendiği anda kendisine ulaşan yardıma benzer. Çünkü kadın, haklarını bilmiyor, hukuki davaları iyi bilmiyor, kocasına karşı cezai bir eyleme başvurması avukat ücretini ve maliyetleri yükseltiyor.

Bu şartlarda kadın cezai eyleme başvurmaktan vazgeçecek, koca da böylece kanunla belirlenmiş cezai müeyyideden kurtulacaktır. Hakim (*qâdî*) kendi hukuki tecrübesinden de bilir ki, evliliğini sonlandırmaya/feshetmeye müracaat eden her kişi hatalı değildir, mahkemece yardım edilmeye değer biridir. Daha doğrusu, bir darbe meselde de denildiği gibi çok kere tersi olur: Vurur, ağlar, gider ve şikayet eder. (ضرب وبكي وذهب واشتكي) Boşamanın sık sık tekrarlanmasının sebebi, fakir iken bir insanın aniden zenginleşmesidir. Koca yoksulluk yıllarını kendisiyle paylaştığı kadından ve bıkkınlık veren çocuklarından kurtulup, genç bir kadınla evlenmeyi arzular.<sup>03</sup>

Şeyh Hasan Emin el-Habeş, nikahı feshetmek için yapılan her müracaatı otomatik olarak onaylamadığını ifade eder. Şayet öyle yapsaydı, mahkemeyi *talak'*i sevenlerin meskeni diye isimlendirdiği yere çevirmiş olurdu. Boşama için yapılan birçok müracaatlar hem şer'i hukuk ve hem de laik hukuku engelleme/atlatma oyunlarıdır. Kadının iradesine aykırı olarak boşamayı gerçekleştirmek için yapılan hile de şartlı boşamadır. Bu durumda koca, şartı ihlal eden kadının boşamayı

03. *Ahbâr İslâmiyye*, 9, 1-2 (1964), pp. 3-5.



kendi hür iradesiyle gerçekleştirdiğini, bundan dolayı iradesine aykırı olarak boşandığını iddia edemeyeceğini savunur: Şeyh Hasan Emin el-Habeş, bu tür boşamanın dahi öncelikle mahkemenin iznini gerektirdiğini, böyle bir iznin olmayışı, kadının iradesine aykırı olarak yapılan boşama suçunu oluşturacağını iddia eder.

Bir nedenden dolayı cezai suçu icap ettiren bir boşanmayı tescil *ex post facto* veya tasdik ekmekten sakınır. Onun bu husustaki tartışması da ilginçtir: Boşamanın meşru olarak icra edilip edilmediğine bakmaksızın, ne İslam hukuku nede laik hukuk, mahkemenin boşamayı tescil etmesini gerektiren bir hükmü ihtiva etmez. Şeyh Hasan Emin 1963'te yapılan hakimler (*qâdîs*) konferansında, biraz önce de açıklandığı gibi, şu teklifte bulundu: Kadının iradesine aykırı olarak yapılan boşamanın yasaklığı ile ilgili bölüm daha hukuki olarak ifade edilmelidir. Mahkemece boşanmanın tescili, sadece suçlunun cezalandırılmasından sonra icra edilmelidir. Şeyh Hasan, boşanma belgesini imzalamaktan imtina etmiş ve kocasına karşı cezai bir işlem yapılmasını istemiş olabilen kadını belirtmeye dikkat ettiğini ifade eder.<sup>01</sup>

Şeyh Hasan Emin el-Habeş'in bu tutumu kararlarında ve kurallarında güçlü bir şekilde görülür. Gerçi hukuka aykırılığı ihtiva etse de boşamayı tescil eder, (yani onun geçerliliğini tasdik eder). Suçun işlendiğini, kocanın o suçu itiraf ettiğini ve cezai sorumlulu-

01. *Ahbâr İslâmiyye*, 9, 1-2 (1964), pp. 3-5; *Ahbâr İslâmiyye*, 8, 1-2 (1962), pp.37-38.

ğu taşımaya hazır olduğunu kararında kaydetmeye dikkat eder/özen gösterir. Keza, kadının kocası aleyhine yetkili mercilere dava açma hakkının olduğunu kendisine bildirmeye de önem verir. Şeyh Hasan, kocanın hukuk kurallarına aykırı davranmak/ kanuna karşı gelmek istemediği ve boşanma izni için mahkemeye müracaat ettiği bireysel konularda, kendisine göre, şartlar bu izni vermeyi haklı göstermediği için başvuruyu reddetmiştir.<sup>02</sup> Diğer bir ifadeyle o, boşama izni imtiyazını elinde bulundurmak, hatta öyle yapmak için şer'i hükmün olmadığı konuda, İsrail Parlamentosu Knesset'in kendi tasarrufuna verdiği vasıtayı kullandı.

(b) İsraili kanun koyucusunun maksadının yerine getirildiğinin diğer bir ölçüsü, hakimlerin (*qâdîs*) kadının velayet ehliyeti ve mirasta erkekle eşit konumda olması gibi meselelerde, dini hukuku hiçe sayan laik hukuka başvurularıdır. Kadınların Eşit Haklar Kanununa göre, bu meselelerde dini hukukun uygulanması, sadece mahkemeye başvurmak için tarafların 18 veya yukarı yaşta olmaları ve kendi kanunlarına göre dava açmak için serbest iradeleriyle dini mahkeme huzurunda anlaşmış olmaları halinde mümkündür.<sup>03</sup>

02. Böylece, örneğin o, evlilikten on beş yıl sonra bile çocuk doğurmayan kadının kısırlığından dolayı kocanın boşanmak için mahkemeye başvurusunu reddeder. Diğer taraftan, evliliği bozmayı tehdit eden kadının hastalık hallerinde boşamaya müsaade eder. Kadının gaip oluşu veya evde bulunmaması, (koca, çocuklarına bakmak için başka kadınla evlenebilme konusunda boşanmak istemiştir.)

03. Kadınların Eşit Haklar Kanunu, 5711/1951, bölüm.7. Ehliyet ve Velilik Hukuku,

Cafa ve Little Triangle Şer'i mahkemeleri kayıtlarında, kadın veya diğer tarafın dini hukuk himayesinde dava açmaları için anlaşmalarını isteyen veya anlaşmaları istenmiş hiçbir kayıt bulamadım. Aynı zamanda, o kayıtlar dinî ve laik her iki sistemin müstakil unsurlarını gösterir. Bir taraftan hakimlerin (qâdîs), kadının statüsünü kocasıyla birlikte veya kocasının ölümünden sonra tek başına kadının statüsünü çocukların tabii koruyucusu (veli) olarak kabul ettiklerine, diğer taraftan laik hukuktaki anlamına göre o statünün gerektirdiği gibi hareket etmediklerine dair açık delil vardır. Gerçi kadın daha ziyade kocasının ölümünden sonra çocuklarının velayet görevini üstlense de, her zamanki gibi İslam hukukuna göre bu velayet görevini şer'i mahkemenin tayiniyle yapar. Asıl veli, şüphesiz tayine ihtiyaç duymazken, velilik statüsü kan bağından dolayı elde edilir. Öyle görünüyor ki İslam hukukunda, veli olma sıralamasında baba ve ondan sonra özellikle büyükbaba (dede) anneye tercih edilmektedir. Annenin yanında diğer akrabalar da, çocukların menfaati için çoğu kez veli tayin olunurlar.<sup>01</sup>

Osmanlı Miras Hukukunu taşınmaz (mulk) ve taşınır mallara teşmil eden Kadınların Eşit Hakları Kanunu hük-

5722/1962 tarafların rızalarıyla da olsa dini hukukla yer değiştirilemez. Miras hukukunda dini mahkeme yargılama yetkisini haiz ise tarafların yazılı rızası aranır. Ancak yargılama yetkisi dini mahkemeye verildiğinde, miri arazi dâhil, bütün aynı mallar hususunda mahkeme dini hukuku uygular.

01. Bu Triangle'in köylerinde mutad bir durumdur.

münün tesiri, 1965'e kadar şer'i mahkemelerde hissedilmedi. İsrail Miras Hukuku yasalaştığında, Kadınların Eşit Hakları Kanunu yasalaşmadan önce yaptıkları gibi, hakimler (qâdîs) bu kategorideki emlakı şer'i miras hukukuna göre, Miri kategorisindeki emlakı da Osmanlı Miras Hukukuna göre taksim etmeye başladılar. Daha açıkçası, hakimler (qâdîs) emlakın iki hukuk sistemine göre nasıl taksim edilmesi gerektiğini tespit ettiler ve arazi kaydında arazi grubuna uygun olarak, varislerin hisselerini kaydetmek için taksim işini tapu memuruna bırakmışlardı. Elbette ki, bu uygulamanın genel olarak pratik önemi yoktu. Çünkü çoğu arazi mülkiyeti Miri arazi kategorisindeydi. Böylece veraset hakları Osmanlı Veraset ve İntikal Kanunundan doğan taksimata göre tescil edildi.

Belirli şartlar altında resmi otoriteler, Müslümanların şahıs hukuku alanında hukuki yetkilere sahip olduğu bilinmektedir. Mahalli Mahkeme, 16 yaşın altındaki bir kızın evlenmesine izin verme yetkisine sahip iken, veraset meseleleri ve bağlı hukuki konularda, örneğin Medeni veya cezaî suçlarla ilgili davaların dinlenme sürecinde tesadüfen ortaya çıkan hukuki konularda, İsrail hukukuna göre hüküm verme yetkisine sahiptir. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi (the Supreme Court) temyiz mahkemesi (appellate court) gibi değil, Adalet Yüksek Mahkemesi (High Court of Justice) olarak celsede bulunurken dini mahkemenin kararlarına müdahale etme hakkına sahiptir.

Hakimlerin (*qâdis*) hiç biri bu otoritelerin müdahalelerine açık muhalefetlerini ifade etmemiştir. Ancak, Şeyh Tahir Hamâd'ın İsrail'deki şer'i yargılamanın bağımsızlığı ile ilgili tavrı, Mısır'daki şeri mahkemelerin (genellikle dini mahkemeler) fesh edilmesi konusundaki görüşünden anlaşılabilir. Şeyh Hamâd, Mısır reformunu "İslam için yıkım ve büyük bir dini felaket" olarak kabul eder. Çünkü o reform Hz. Peygamberden gelen hadisleri/ sünneti tahrip etmiştir. Bundan da öte, İslam "Hangi din veya mezhebi temsil ederse etsin, Müslümanlara başkaları hakkında yargılama yetkisi vermez."<sup>01</sup>

Şeyh Tahir, İsrail'de resmi otoritelerin müdahalesine atıfta bulunarak, Müslümanların şahıs hukuku ile ilgili konularda serbestçe İslami yorumlara baş vurmakla, doğrudan İslam hukukunun (usulü'l-fıkh) kaynaklarına dayanarak karar veren asliye hukuk mahkemelerine karşı çıkar. Böyle durumlarda asliye hukuk mahkemesi şer'i hukukta uzmanlaşmış tefsiri bilen Müslümanların hizmetlerinden faydalanmalıdır.

Bu fikir, çok evliliği yasaklamanın din hürriyetini (genelde hukuki anlamda) ihlal etmediği, zira çok evliliğin İslam'da farz olmayıp ancak tamamen müsaade edilen (mübah) bir uygulama olduğu sonucuna/hükmüne ulaşan meşhur H.C.J ile alakalı söylenmiştir.<sup>02</sup> Şeyh Tâhir'in fikrine göre

01. Ahbâr İslâmiyye, 4, 1 (1956), pp. 3-4.

02. H.C.J. 49/54, Mülhim Nâ'if Mulhim v, Dini Yargıç, Acre, Piskei Din, cilt.8.s.910. bölümler Goitein ve Ben-Shemesh, ss. 239-42 dan aktarılmıştır.

mahkeme din hürriyetini, sadece dinin emrettiğini yapmak değil, aynı zamanda tamamen mübah kıldığını da yapma hürriyetini kapsayan İslam hukuku hükümleri için de düşünmüş olmalıdır.<sup>03</sup> O, Yüksek Mahkeme'nin izlediği yola ve belki de İslam hukukunun laik otorite tarafından uygulamasına karşı gibi görünür. İstisnai durumlardan (vekâlet ve velâyet konuları gibi) başka, hususi hukuk mahkemelerinde, şahıs hukuku ile ilgili Müslümanların meselelerine uygulanabilir hukuk materyali, İsrail hukukunun ihtiyaç duyduğu değişiklikler içeren dini hukuktur.

Ancak dini ve asliye hukuk mahkemelerinde ayrı ayrı alınan kararların şekli, şahitliğin kuralları ve prosedürü, hukuki yaklaşımdaki farklılıklar nedeniyle esasen değişik olmuştur; Hatta, asliye hukuk hakimlerinin, şüphesiz kendi kararlarına yansıyan gerçek sosyal felsefesi hakimler den (*qâdis*) farklılık arz eder.

Asliye hukuk mahkemelerine başvurulduğunda, İslam hukuku, İsrail hukukunun hükümlerine terk edilir, çok evlilik meselesinde ortaya çıktığı gibi, aslında laikleştirme süreci geçirir.

<sup>04</sup> Şeyh Tahir Hammad'ın, Asliye hu-

03. Ahbâr İslâmiyye, 7, 4 (1959), pp.1-7 (Şeyh Tâhir Hâmad'la Temyiz Mahkemesi Başkanı arasındaki karşılıklı mektuplar )

04. Medeni mahkemelerde, temel olarak, İslam hukukunun laikleştirilmesi Hindistan'daki İngiliz-İslam hukukunun ortaya çıkışına benzer. Ancak, sonraki süreçleri mahkemelerin bulunmayışından dolayı daha yoğun ve mukayese edilemez şekilde uzun sürmüştür. Bak. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: 1964), pp.95-96; N.J.Coulson, *A History of Islamic Law*, (Edinburgh: 1964),

kuk mahkemelerinin İslam hukukunda uzmanlaşmış Müslüman kişilerin hizmetinden yararlanmasını gerekli gören teklifi, görünüşe bakılırsa, İslam hukukunun *taklid*'e göre uygulanmasını, böylelikle Asliye hukuk mahkemelerinde İslam hukukunu tehdit eden laikleştirme sürecinin mümkün olduğunca sınırlandırılmasını yahut önlenmesini garantileme etmeyi kast etmişti.

Bundan öte, Şeyh Tahir Hamad'ın devlet otoritelerine karşı tutumu, mirasçısı olmayan tereke durumuyla ilgili konulara değinmesinde anlaşılabilir. İslam hukukuna (*Şeriat*) göre, böyle malvarlıkları (tereke) devlet hazinesi (*beytu'l-mal*)'ne aittir. Ancak o, devlet otoritelerinin aldığı hissenin Müslüman fakirler arasında dağıtılması gerektiğine karar verecektir.

Kısaca, İsrail'deki hakimler (*qâdîs*), bir anlamda hayrete düşmüşlerdir. Dini hukuka bağlı kalmaları, onu değişen şartlara adapte etme ihtiyacını kabul etmeleri, yahut dini hukuku kısmen hükümsüz kılan resmi hukuku uygulama görevleri arasında şaşırıp kalmışlardır. Gelişen dini hukuk içinde, ehli sünnete göre, yeni bir çıkış yolu bulamadılar. Ancak pratik bir yaklaşım sayesinde, sosyal olarak bazen taklit ve hukuktan saparak önemli başarılar kazandılar. Arap ülkelerindeki bu başarılar kısmen laik kanunlarla kazanılmıştır.

Bu yaklaşım, İsraili Müslümanların kendilerinin keşfettikleri özel

pp. 163-165, 171 and 180.

şartlardan, Arap ülkelerindeki dini hukuk merkezleriyle olan bağların kesilmesinden ve 1948 savaşının sonucu hukuk uzmanları ve rahipler sınıfının zayıflamasından kaynaklanır. Laik hukuk, hakimlerin (*qâdî*) şer'i hukuk yapısı içinde kolaylıkla çözümlenemeyen (çok evlilik, boşanma vs.) bazı problemlerle uğraşma mecburiyetlerini hafifletebilir. Oldukça öğretici olan husus, hakimlerin (*qâdîs*) İslam hukukunu yürürlükten kaldırmadan, tamamlayıcı bir vasıta olarak, laik hukuka karşı olumlu davranışdır. Gerçi bu davranış her zaman onların kararlarına yansımaz.

Hakimlerin (*qâdîs*) dini hukuk ile laik hukuka karşı davranışı, mesleklerinin doğası gereği şüphesiz tesir altında kalır. Onların çeşitli konular hakkındaki görüşleri ve teklifleri, sosyal realiteden uzak, bazen fil dişi kuledede yaşayan din alimlerinin -müftüler- karakterini işleyen teorik düşünce ile ortaya çıkmaz ve belirginleşmezdi. Hakimler (*qâdîs*) görevlerinin meziyetiyle sürekli toplumun günlük sorunları ile temas halindedir. Ayrıca, İsrail'de müftülerin yokluğunda ortaya çıkan problemlerin dini-hukuki çözümleri için müracaat edilecek bir adres bulunmuyor, bu bakımdan çözümler bulma sorumluluğu ve kaygısı yine hakimlere (*qâdîs*) kalıyor. Kâdılar (*qâdîs*) kongresi, teorik dini hukuk ile sosyal realite arasında meydana gelen boşluğu ve adaletin sağlanması sürecinde aniden ortaya çıkan pratik sorunları tartışmak için yapılan bir oturumdur.

Hakimler (*qâdîs*), her zaman, hukuk teorisi açısından geliştirdikleri pragmatik çözümlerin önemini fark etmeyebilirler. Toplumun ihtiyaçları ile hukuk arasındaki boşluğu kapatmaya çalıştıklarında, bunu geleneksel yöntem yardımıyla yapmaya çalışırlar. Onların, Kur'an, hadis ve diğer kaynaklardan, hatta bazen Hanefi mezhebinin dışındaki diğer mezheplerden çok sayıda yaptıkları aktarımlar, kişisel görüşlerini ve çözümlerini meşrulaştırmak ve desteklemek içindir. Sosyal motivasyon, örneğin aile, kadın, çocuklar veya bütünüyle insanlığın yararından söz etme, berdel usulüyle evlilikler veya evlilikte ikâmet edilecek yer gibi şahıs hukuku ile ilgili konularda veya otopsi, cerrahi nakiller ve aile planlaması gibi diğer konularda hakimlerin (*qâdîs*) görüşleri ve kararlarına sık sık eşlik eden- gerçi açıkça ifade edilmemiştir- istislah prensibine benzer kapsamlı bir ilkeye gerçekten başvuruda bulunmak zorunda olduğumuzu önerir.<sup>01</sup> Hakim (*qâdî*) aile doktoru ile mukayesesi bu bağlamda özel önemi deruhte eder. Örneğin İslam hukukunun (*usûlu'l-fıkh*) kaynaklarından (*asl*) biri olan ve istilah anlamı henüz verilmeyen, *istislâh* ilkesinin, işlerin doğası gereği, şeriat teorisyenlerinden (şeri nazariyecilerden) daha pratik olan hakimlere (*qâdîs*) tamamen kabul ettirilmesi kesinlikle rastlantı değildir. Hakimler'in (*qâdîs*), doğum kontrolü konusunda olduğu gibi, kı-

01. Gerçekleşmesi mümkün olan bu olaya dikkatimi çekmesinden dolayı Dr.R.Eisenmana teşekkür borçluyum.

*yas* mekanizmasını birkaç soyutlanmış hukuksal konularda kullanmaları oldukça az görünüyor, kamu yararı sebebinde ise daha fazla ortaya çıkıyor.

Yukarıda bahsedilen konuyla yakın bağlantılı olarak, boşanan kadına ödenen tazminat durumunda olduğu gibi, hakimlerin (*qâdîs*) sosyal âdeti (*âde, 'urf*) onaylama temayüllerinin olduğuna bazen işaret edebiliriz. *Örf/ adet*'in İslam hukukunun temel kaynağı olarak kabul edilmediğini de biliyoruz, ancak o (*örf/ adet'*), bazen *istislâh* prensibine başvurmak için temel bir görev icra eder.<sup>02</sup>

Kamu menfaati prensibinin benimsenmesi, görünürde, hukuk anlayışına bilinçli/şuurlu başvurmaktan çok pragmatik tutumun sonucudur. Buna şu gerçeğe işaret edilmiştir: Hakimler (*qâdîs*) şahıs hukuku ile ilgili konularda, bazen islam hukukunun (şer'i) asli geçerliliğinden açık uzaklaşma konusunda, laik ve Müslüman olmayan kanun koyucunun müdahalesini meşru göstermeye çalışırken, bu prensibe başvurmaktan çekinmezler. Kamu menfaati prensibinin böyle kullanımı İslam hukuku (şeriat) açısından kesinlikle meşru değildir. Geçmişte İslam hukukunu geliştirmeye hizmet eden geleneksel bir prensibin çarpıtılmasının diğer bir örneği *hiledir* (çoğulu *hiyel*). Hile sosyal realite ile hukuk arasındaki boşluğu doldurmaktaydı. Hile, tesis olunmuş, meşruluğuna onay verilmiş yasal bir düşüncedir.

02. Bkz. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: 1964), p.62.



<sup>01</sup> Ancak, boşanan kadına ödenen tazminat konusunda olduğu gibi, dini hukukun laik hukuk yoluyla realiteye uyarlanması ehli sünnet düşüncesinde meşru olup olmadığı şüphelidir. “zaruretler mahzurlu olan şeyleri mübah kılar” (الضرورات تبيح المحذورات) ilkesi laik hukuk düzeyine taşınmaz. Ne de, İslam hukuku mirasından Knesset yasasına ilham sağlayan tasarı, hile prensibini veya kanunun kendisini kullanmayı meşru kılmaz

İslam hukukunun gelişmesi, mahkemelerin uygulaması (عمل- *amal*) ile hukuk teorisi arasındaki etkileşimi kapsamaktadır, ancak bu gelişmedeki egemen faktör hukuki uygulama değil her zaman fetvalar olmuştur.<sup>02</sup> Öyle görünüyor ki, yukarıda tanımlanan şartlar altında, İsrail'de o iki element (uygulama ile teori) arasındaki denge altüst olmuş, maddi/pozitif hukukun yapıcısı olarak hakimin (*qâdî*) önemi artıyor.

Bunun, dini hukukun kendi yapısı ve alanı içinde gelişimini oluşturup oluşturamayacağı şüphelidir. Geleneksel yöntemlerin kullanımına karşın çözümler- ister hakimler (*qâdis*) konferansında alınan kararlarla uyumlu olsun veya etkili olmayan kişisel bakış açılarını yansıtmış olsun- bazen ehli sünnet hukukunun sınırlarını aşar. İsraili hakimlerin (*qâdis*) özelliği şu gerçekte saklı olabilir: aslında prag-

01. Bkz. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: 1964), pp.78-80 faiz almanın meşrulaştırılması hilelerin kullanımının en tipik örneğidir.

02. Bkz. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: 1964), p.84

matik tutumlarıyla etkileyici başarılar kazanırlar, veya belki de kesin başarı kazanırlar. Çünkü geleneksel hukuk alanının dışında faaliyet sürdürürler.<sup>03</sup>

Ne olursa olsun, yirmi yıllık tecrübe, geliştiği çizgi boyunca, bu tecrübenin değerini takdir etmeye yeterli olmaya bilir.

Hakimler'in (*qâdis*) dini hukuk ile laik hukuka karşı tutumlarındaki farklılıklar, mesleklerindeki yetişmişlik, eğitim ve sosyal geçmişlerindeki (background) farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Hukuki görevlere, esasen Ezher'de geleneksel hukuk eğitimi yapan kişilerden değil de, şer'i yargı üyelerinden gelen bağımsız kararlarda, laik hukuk eğitimi savunan laik yasa koyucusunun müdahalesini istemek hiçbir surette tesadüfi değildir <sup>04</sup>. Şayet modern laik eğitilmiş kişilerin şer'i yargıdaki payı zaman süresi içinde artarsa, şeriatın İsrail Müslüman toplumdaki rolü ile ilgili yeni bir yönelim bekleyebiliriz.

03. Bir bakıma, burada parlamentoya ait yasayla uygulamaya konulan Arap ülkelerindeki hukuki modernizme benzerlik bulunmaktadır. Bkz. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: 1964), p.102.

04. Filistin'in tekrar birleştirilmesi ve altı günlük savaşı müteakiben Batı Şeria ile doğrudan teması geçmesi İsrail'deki din görevlileri gurubunu yüksek eğitim almış kişilerle güçlendirmiş ve Şeriatın geleneksel temellerini kuvvetlendirmiş olabilir.