

İSLAM VE TÜRK AİLE HUKUKUNDA KOCANIN NAFKA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİREMESİNİN TEFRİK/BOŞANMA SEBEBİ OLMASI

Dr. Şemsettin ULUSAL*

Özet: Karşı cinslerin birbirlerinde huzur bulmalarının nasıl bir zeminde ve hangi kurallar çerçevesinde gerçekleşeceğinin uhrevi boyutunu din, dünyevi boyutunu ise hukuk belirler. Karı-koca ilişkisinin dünyevi boyutunun kurallarını ihtiva eden Aile Hukukunda esas olan nikâhli birlikteliktir. İslam hukukuna göre koca, karısının geçim masraflarını karşılamakla yükümlüdür. Bu giderler örf'e uygun, lüks ve gösterişten uzak olmalıdır. Bununla birlikte, hem İslam Hukuku hem de Türk Aile Hukuku, kocanın kasıtlı ya da kasıtsız olarak karısının nafakasını (geçim masraflarını) karşılamakta göstereceği ihmal ya da içine düşeceği acizliği, kadının boşanma istemi için gerekçe kabul etmiştir. Bu konudaki İslam Hukuku kuralları Kur'an ve Sünnet esas alınarak içtihatlarla detaylandırılmıştır. Bu çalışmada, İslam Aile Hukuku'nun konularından olan kocanın i'sârinin, bir başka deyişle karısının geçim masraflarını karşılayamayacak kadar yoksul olmasının ya da bu konudaki ihmalinin boşanmaya etkisi, Hanefî, Maliki, Şafîi, Hanbelî ve Zahirî mezhepleri açısından ele alınmıştır. Zikredilen mezheplerdeki konu ile ilgili görüşler kendi aralarında ve Cumhuriyet dönemi Türk Aile Hukuku kuralları ile karşılaştırılmıştır. Bu yapılırken hayatın belli bir alanında hukukî içtihatlarla bulunmak ve hukuk kuralları koymak için yapılan tartışmaların eklenmesi, sebepleri ve sonuçlarıyla, mukayese edilmesi, aradan geçen onca asra rağmen varsa benzerlik ve farklılıkların tespit edilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Türk Aile Hukuku, Nafaka Yükümlülüğü, Boşanma Sebebi, Tefrik.

As a Being Reason of Divorce, Failure to Fulfil Obligation of a Husband to Meet the Living Expenses (of His Wife)

Abstract: Religion determines the otherworldly dimension, and the law determines the worldly dimension, on what ground and within which rules the opposite sex will find peace with each other. The main subject of family law, in which there are the rules of worldly dimension of spouses' relation, is marriage. According to the Islamic law a husband is responsible to meet his wife's costs of living. These costs must be appropriate for the customs, and must avoid luxury and showiness. However, both the Islamic Law and the Turkish Family Law have accepted the husband's so much poverty to cover his wife's living expenses or negligence to do so as grounds for the woman's request for divorce. The rules of Islamic Law on this subject are detailed with ijtihads based on the Qur'an and Sunnah. In this study, the effect of the husband's i'sar (pennilessness / monetary poverty), in another word his insufficiency to meet the living costs of his wife, and his negligence to do so, which is among the subjects of Islamic Family Law on divorce was examined according to Hanafi, Maliki, Şafî'i, Hanbali and Zahirî schools of law. The views of these schools on the issue were compared with each other and with the rules of republican period's Turkish Family Laws. While doing this, it is aimed to compare the axis of the discussions on making ijtihad and creating the law of a certain area of life together with their reasons and results, and to determine the similarities and differences, if any, despite the so many centuries that have passed..

Keywords: Islamic Law, Turkish Family Law, Obligation of Alimony, Reason of Divorce, Decree Absolute.

* Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu emekli uzmanı, semsettinulusal@yahoo.com ORCID: orcid.org/0000-0001-5179-6270.

GİRİŞ

İslamî öğretiye göre kadın ve erkek birbirinde huzur bulacak şekilde yaratılmışlardır.¹ Karşı cinsten insanların birbirlerinde huzur bulabilmek için gerçekleştirecekleri teşrikimesainin nasıl bir zeminde ve hangi kurallar çerçevesinde vuku bulacağını hukuk belirler. Hukukun bu konuyla ilgilenen dalı *Aile Hukuku* olarak adlandırılır. Aile hukuku, nişanlanma, evlenme, boşanma, velayet, akrabalık gibi konulara ilişkin yasal düzenlemeleri içerir.²

İslam hukukçularının evlilikle ilgili tahlilleri bir arada değerlendirildiğinde nikâh veya evliliğin tanımını “kadın ve erkeğin birbirlerinden yararlanmalarını helal kılan, her ikisinin yetkilerinin sınırını hak ve sorumluluklar bakımından belirleyen bir sözleşme” şeklinde yapmak mümkün olabilmektedir.³ Günümüzde Medeni Hukuk açısından yapılan evlilik tanımı da bu tanımla yakınlık göstermektedir. Zira bugün yapılan en yaygın evlilik tanımı “tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli bir şekilde birleşmesi” şeklinde yapılmaktadır.⁴ Hem İslam hem de beşeri hukukçuların evliliğin tanımını *sözleşme* teriminin üzerine inşa etmeleri evliliğin hukuki bir süreç olduğunu belirlemektedir.⁵

Bu çalışmada, kadının nafakasının diğer bir ifade ile günlük yaşamsal ihtiyaçlarının temin edilmesinde kocanın yoksulluk durumunun tefrik/boşanma sebebi olması, Türk Medeni Kanunu’nun hükümleri ile mukayese yapılarak incelenecektir. Bunun yanında, konu ile bağlantılı olması sebebiyle, kocanın varlıklı olmasına rağmen karısının günlük ihtiyaçlarını karşılamamasının karının boşanma talebine etkisi de incelemeye dâhil edilmiştir. Yine incelememiz, kocanın *hazır* (mevcut) ya da *gâib* (kayıp) olma durumlarında boşanmayla ilgili olarak ortaya çıkan hukuki sonuçların araştırılmasından ibarettir. *Mefkûd*, koca ile ilgili bu husustaki

1 Bk. er-Rûm 30/21.

2 Fıkıh kitaplarının “Nikâh” ve “Talak” bölümleri İslam Aile Hukuku ile alakalı konuların ağırlıklı kısmını içerir. Beşeri hukukta ise, mesela uygulamadaki Türk Medeni Kanununun (TMK) 118-495 maddeleri arası Aile Hukuku ile ilgili hükümleri ihtiva etmektedir.

3 Hallâf, *Ah-kâmu'l-ahvâlîş-şahşiyye*, s.15; Ebû Zehre, *Ahvâlûş-şahşiyye*, s.17.

4 Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 59.

5 Beşeri hukukta, evlenmenin bir aile hukuku sözleşmesi mi yoksa bir şart tasarruf mu olduğu hususundaki hukuki niteliği doktrinde tartışma konusudur. Bir görüşe göre, taraflar evliliğin hükümlerini kararlaştırmakta, değiştirmekte serbest olmadıkları, bunların ancak kanunen düzenlenen evlilik statüsüne girmek hususunda iradelerini açıkladıkları gerekçesiyle, evlenme bir *şart-tasarruftur*. Başka bir görüşe göre ise evlenme bir aile hukuku sözleşmesidir. Zira evlenme tarafların bu hususta karşılıklı ve birbirlerine uygun rıza beyanlarından meydana gelmektedir. Bugün Türk Hukukunda evlenmenin bir aile hukuku sözleşmesi olduğu görüşü baskındır. Bkz. Dural v. dğr., *Türk Özel Hukuku*, s. 46-47.

tartışmalar, başlı başına inceleme konusu olabilecek hacimde ve farklı hukuki sonuçları hamil olması itibarıyla incelememizin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Kocanın karısının geçimini temin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı Cumhuriyet dönemi Türk hukukunun da konusu olmuştur. Gerçi, kocanın yanında aile reisi sayılmış ya da sayılmamış, mal ayrılığı rejiminin kabul edilmiş ya da edilmemiş ve kocanın kusuru ile veya kusuru olmaksızın işsiz kalmış olması durumlarında farklı sonuçlar doğmakla birlikte, kocanın bu yönden bir sorumluluğunun bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir. ⁶ Nitekim bugün pek çok evlilik, erkeğin aile birliği içerisinde karısına karşı bu yöndeki yükümlülüğünü yerine getir(e)memesi sebebiyle sona ermektedir. Belirtilen gerekçe ile boşanma hükmü içeren güncel yargı kararları bulunmaktadır.

Çalışmamızın amacı, İslam ve Türk Aile Hukukunda konu ile alakalı ortaya çıkmış hukuk kurallarının nedenselliğinin tespiti; aynı konuda farklı gerekçeler ile ortaya çıkan değişik içtihatların hem birbirleri ile hem de Cumhuriyet dönemi Türk Aile Hukuku kuralları ile karşılaştırması yapılarak, benzerlik ve farklılıkların belirlenmesidir.

A. İSLAM AİLE HUKUKUNDA KOCANIN KARISININ NAFKASI İLE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Nafaka: Kapsamı ve Kocanın Karısının Nafakası ile Yükümlü Olmasının Şer‘i Dayanakları

1.1. Nafaka Terimi ve Kapsamı

Kocanın bakmakla yükümlü olduğu şahısların, sosyal seviyelerine göre normal bir hayat sürdürebilmeleri için ihtiyaç duydukları geçim masraflarının tümüne nafaka denir.⁷ Geçim masrafları ile kastedilen, insanın hayatını sürdürebilmesi için gerekli olan gıda maddeleri, giyim eşyası, mesken ve mesken için lüzumlu ev eşyaları, hizmetçi masrafları, küçüklerin bakım giderleri, tedavi ve hekim harcamaları ve ölüm halinde defin masraflarıdır. Bu kalemlerin tamamının nafaka kapsamında sayılıp sayılmayacağı hususunda İslam hukukçularının ittifakı bulunmasa da bunların karşılanmasında lüks ve gösterişe kaçmamak kaydıyla genel prensiplere ve özellikle örfe göre makul bir belirleme yapılması gerektiği hususun-

6 Kayar, “Türk Hukukuna Göre Evlilik Birliğinde Eşlerin Hak ve Görevleri”, s. 340, 343; Doğan, “Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, s. 112-113,

7 Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 64; Paçacı, “Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evlendirme ve Boşanma Örneği)”, s. 394.

da görüş birliği oluşmuştur.⁸ Kur'an-ı Kerim'de nafaka yükümlülüğünün, kişilerin ekonomik gücüne göre tespit edileceğine vurgu yapılmaktadır. Yüce Allah, “*Eli geniş olan kimse, nafakayı elinin genişliğine göre versin; rızık dar olan kimse de, nafakayı Allah'ın kendisine verdiği kadar (o ölçüde) versin; Allah bir kimseyi, ona verdiği kadardan başkasıyla sorumlu tutmaz. Allah bir güçlükten sonra bir kolaylık verecektir.*” buyurmaktadır.⁹

Bu bağlamda İslam Hukukunda karının nafakası örfe uygun olarak ihtiyaç duyacağı yiyecek-ıçecek, giysi, mesken, yatak-yorgan, hizmetçi ve diğer ihtiyaçlarını içerir.¹⁰

1.2. Kocanın Karısının Nafakası İle Yükümlü Olmasının Şer'î Dayanakları

Karının nafakasını temin etmekle sorumlu olan kişi ilke olarak kocadır. Kur'an-ı Kerim'de “*Anneler, çocuklarını iki sene emzirirler. (Bu hüküm) süt emzirmeyi tamamlamak isteyen kimseler içindir. (Annelerin) yiyecekleri ve giyecekleri örfe uygun olarak babanın yükümlülüğündedir. Hiç kimse kendi gücünün yettiğinden fazlasıyla sorumlu tutulmaz...*”¹¹, “*Erkekler, Allah'ın onları diğerlerine nazaran (sorumlulukta) öncelemesi ve mallarından harcamaları sebebiyle, kadınlara koruyucudurlar...*”¹² ve “*...(Boşadığınız karılar) hamile iseler, doğum yapınca kadar nafakalarını verin...*”¹³ ayetleri kocanın bu bağlamdaki sorumluluğuna işaret eder. Ayrıca Sünnette de nafaka sorumluluğunun kocaya ait olduğuna dair pek çok delil bulunmaktadır. Bu hususta en çok sevk edilen delillerden biri, Ebu Süfyan'ın karısı Hind'in (r.a.) Hz. Peygambere (s.a.v.) kocasının kendisinin ve çocuğunun ihtiyacını karşılama hususundaki cimriliğini şikâyeti üzerine, Hz. Peygamberin “*Onun malından örfe uygun olarak kendine ve çocuğuna yetecek miktarda al*” talimatıdır.¹⁴ Yine en çok sevk edilen delillerden birisi de Hz. Peygamberin hac esnasında irat ettiği hutbede “*...Kadınların örfe uygun olarak rızıklarını ve giysilerini karşılamamız onların sizin üzerinizdeki hakkıdır...*” buyurmasıdır.¹⁵ Na-

8 Erbay, *İslam Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 27-31; Ferruh, *İslam Aile Hukuku*, s. 140-141, Erbay, “Nafaka”, *DİA*, XXXII, 282.

9 et-Talâk 65/7.

10 Şâfiî, *el-'Um*, VI, 226, 235; İbn Hazm, *el-Muḥallâ*, X, 88-89; Serahsî, *el-Mebṣûf*, V, 182-183; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 348-349.

11 el-Bakara 2/233.

12 en-Nisâ 4/34.

13 et-Talâk 65/6.

14 Buhârî, “Nafakât”, 1, 4, 9; Ebû Dâvûd, *Sünen*, “Nikâh”, 40-41.

15 Beyhâkî, *es-Sünenü'l-Kubrâ*, VII, 304.

faka yükümlüsünün evvelemerde koca olduğu hükmüne itiraz eden bir tek İslam hukukçusu bulunmamaktadır.¹⁶

Kocanın fakir veya *gâib* (kayıp) olması, karının ise fakir veya zengin olması kocanın nafaka sorumluluğu ile ilgili hükmü değiştirmez. Yine karının Müslüman ya da ehli kitap olması kocanın bu sorumluluğunu düşürmez.¹⁷ Bununla birlikte nafakanın gerekçesi, ne zaman vacip olacağı, karının itaatkâr ve hür olup olmaması bakımından nafaka almaya ehil olup olmayacağı ve kocanın hür ve *hâzır* olup olmamasına göre nafaka ile yükümlü tutulup tutulamayacağı hususlarında da ihtilaf bulunmaktadır.¹⁸ Ancak bu ihtilafların nakli ve tahlili bu çalışmanın konusu değildir. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında nafaka almaya ehil bir karının kocasının yoksulluğu ya da gaipliği sebebiyle nafakası hiç temin edilmediği ya da eksik temin edildiği takdirde boşanmayı talep hakkının bulunup bulunmadığı karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

2. Kocanın Nafaka Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Boşanma Sebebi Sayılması

2.1. İkameti Belli (Hâzır) Kocanın Nafaka Yükümlülüğü

İkameti belli (*hâzır*) koca, *gâib* (kayıp) olmayan, karısı ile aynı yerleşim yerinde ya da yakın bir yerleşim biriminde yaşayıp da karısının yanına gelip giden kocadır.

Hanefiler karısının nafakasını teminde acze düşen (*mu'sir*) ve karısını boşanmayı da kabul etmeyen aynı zamanda da kayıp olmayan (*hâzır*) bir koca hakkında mahkemenin ayrılma kararı verebileceğini prensipte kabul ederler. Ne var ki, böyle bir mahkeme kararını birkaç şartın gerçekleşmesine bağlarlar. Öncelikle kocasının nafakasını teminde acze düştüğü iddiasıyla mahkemeye müracaat eden karı hakkında hemen tefrik kararı verilmez; karının, bilahare kocası ödemek üzere,

16 Şevkânî, *Neylu'l-Evtâr*, VII, 381.

17 Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, II, 448.

18 Örneğin Şafîî ve Hanbelilere göre, kocanın nafaka vermedeki sorumluluğunun gerekçesi, karının itaatkar bir tavırla kocasının temin ettiği bir evde yaşaması ve onun cinsel ilişki talebini karşılamasıdır. Bkz. Şafîî, *el-'Um*, VI, 227, 235; Buhûtî, *Keşşâfü'l-Ğınâ*, VIII, 2828; İleriki sayfalarda da belirtileceği üzere Hanefiler, evliliğin kocaya sağladığı cinsel ilişki hakkını oldukça önemsemelerine rağmen, bunu kocanın nafaka sorumluluğunun gerekçesi olarak ilan etmezler. Zira Hanefilere göre, onun karşılığı mehirdir ve bir şeyin aynı akitle iki karşılığı olmaz. Bkz., Serahsî, *el-Mebsûf*, V, 189. Zahirilere göre ise kocanın nafaka sorumluluğu nikâhın kıyıldığı andan itibaren başlar; karının yaşı, kocasıyla aynı evde yaşıyor olup olmaması, kocasına itaatsiz olması, bakire veya dul olması gibi faktörler kocanın nafaka sorumluluğunu yok etmez. İbn Hazm, *el-Muĥallâ*, X, 88.

nafakasını borçla temin etmesine hükmedilir. Çünkü tefrik kocanın cima hakkını tamamen yok eder. Gerçi tefrik kararı verilmediği takdirde de karının nafaka hakkı tehir edilmiş oluyorsa da Hanefiler birinci durumdaki zararı daha kuvvetli görürler. Zira karının nafakası borca dönüştürülebilirken kocanın hakkı tamamen yok edilmiş oluyor. Hanefiler bu noktada kadının lehine şöyle kolaylaştırıcı bir hükmü de kabul ederler: Kocanın yoksulluğu şahitlerin beyanı ile sabit ve davaya bakan hâkim (kadı) de Şafi'î ise tefrike hükmeder; Hanefi hâkim de bu kararı uygular. Ancak hâkim Hanefi ise ve müçtehit vasfına sahip değilse mezhebinin hilafına tefrike kendisi karar veremez. Bilakis bir Şafi'î hâkime davayı devreder ve onun vereceği tefrik kararını uygular.¹⁹

Malikiler'e gelince, bir kocadan karısının nafakasını karşılaması istendiği halde buna kayıtsız kalması durumunda nikâh feshedilir. Bununla birlikte, imkânı olduğu halde nafakayı temin etmediği/etmeyeceği kocanın ikrarı ile sübut bulursa "nikâh hemen feshedilir" diyenler olduğu gibi, "koca hapse atılır, yine ödemezse nikâh feshedilir" görüşünü savunanlar da vardır. Bu hükümlerin hepsi kocanın zahirde malı olmadığı hallerde geçerlidir. Şayet ortalıkta malı varsa bu malından nafaka ödenir.²⁰

Fesih hakkı bulunmasına rağmen karı isterse kocasıyla birlikte kalabilir. Sefere/ yolculuğa çıkan koca karısının nafakasını hazırlayıp bırakmadığında da yine kadın nikâhın feshini talep edebilir.²¹ Malikiler nikâh akdi yapılırken kadının kocasının maddi durumu hakkında bilgi sahibi olmasının fesih hakkının doğmasında etkili olduğunu savunurlar. Buna göre, bir kadının kocasının dilenerek de olsa nafaka temin edemeyecek durumda (mu'sir) olduğunu bilerek onunla evlenmesi halinde, bu gerekçeyi ileri sürerek fesih talebinde bulunamayacağını, ancak dilenciyle evlendiği halde kocası dilenciligi bıraksa karının fesih hakkının doğacağını belirtirler.²²

Nafakada acizlik sebebiyle nikâhını feshetmek isteyen kadın konuyu hâkime götürür. Hâkim, kocanın nafakayı teminde acizliği henüz sübut bulmamış ise, ondan nafakayı temin etmesini ister; koca bundan kaçınırsa karısını boşamasını emreder ya da talaka hükmeder. Şayet kocanın bu konudaki acizliği sabit ise, kocanın bu acizliğinin bir günden daha uzun sürüp sürmediğini tespit eder. Eğer koca has-

19 İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-râik*, IV, 201. Ne var ki, XIX. yüzyıl âlimi İbn Abidin kayıp olmayan koca ister nafaka temininde acze düşsün isterse karısı nafakası için borç bulmasını davanın Şafi'î hâkime havale edilmesini ve Hanefi hâkimin tefrik kararını uygulamasını doğru bulmaz. Bkz. İbn Âbidîn, *Reddül-muḥtâr*, V, 307.

20 Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî 'aleş-Şerhi'l-kebir*, II, 518; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahât-ı Fikhiyye Kamusu*, II, 464.

21 Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî 'aleş-Şerhi'l-kebir*, II, 518.

22 *Ezherî, Cevâhiru'l-iklil*, I, 405.

ta ise veya hapiste ise ve kısa zamanda iyileşmesi ya da tahliye olması mümkünse, hemen feshe karar vermez; bekler ve bekleme süresinin sonunda nikâhı fesheder. Malikiler bekleme süresine bir sınırlama getirilemeyeceğini, bunun hâkimin takdirine bırakılacağını belirtirler. Bu bir gün ya da daha fazla bir süre olabilir.²³

Şafiîler de kocanın karısının nafakasını teminde aciz kalmasını nikâhın feshi için gerekçe sayarlar.²⁴ Bu genel görüş Şafiî mezhebinde şöyle detaylandırılır: Öncelikle yoksulluğu sübut bulmuş kocanın karısını boşaması gerekir. Koca bundan kaçınırsa karısı için üç seçenek söz konusudur. Öncelikle karı nikâhı feshedebilir. Zira koca karısının nafakasını temin ettiği sürece onunla karı-koca ilişkisi kurulabilir ve onu kendisiyle kalmaya zorlayabilir. Karı nikâhı feshetmediği takdirde isterse kocası ile oturmaya devam eder ve cinsel birlikteliğine izin verebilir; buna karşılık nafaka olarak kocanın ödemesi gerekenler, varlık elde edinceye kadar kocanın zimmetine borç yazılır. Son seçenekte ise nikâhı devam etmekle birlikte karı, kocasının cinsel birlikteliğine müsaade etmez ve kocasının evini terk eder. Karı şayet ayrı yaşamayı tercih ederse bu ayrılık sadece ayrılık olur, talak yerine geçmez.²⁵ Bu durumda ise ayrılık süresi içerisinde koca nafakayı üstlenmek zorunda değildir. Şayet karı kocası ile yaşamaya devam kararı verir de, yoksulluk devam ederse daha sonra istediği zaman fesih talebinde bulunur.²⁶ Şafiîler böyle bir durumda karının fesih hakkıyla ilgili Ebu Hüreyre'nin bir rivayetini delil getirirler. Bu habere göre, Hazreti Peygamber (s.a.v.) karısının nafakasını temin edemeyen bir adamla karısının arasını ayırmıştır.²⁷ Şafiîler hükmün gerekçesini açıklarken Hanefilerin aksine, nafakanın temin edilmemesi halinde karı açısından ortaya çıkan zararın, erkeğin cima hakkının ortadan kalkmasından daha büyük ve önemli olduğunu belirtirler. Çünkü birinde şehvi tatminden mahrumiyet diğerinde ise en uç noktada ölüm söz konusudur. Onlar ayrıca cimada aciz kalan kocanın nikâhı feshediliyorsa, nafakada aciz kalan kocanın nikâhının evleviyetle feshedilmesi gerektiğini savunurlar.²⁸

Şafiîlere göre karı, kocasının yoksulluğunu bildiği halde onunla evlenmiş olsa dahi, yine de kocasının yoksul olmasını gerekçe göstererek boşanma talebinde

23 Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî 'aleş-Şerhi'l-kebir*, II, 519; Salih, *Cevâhiru'l-iklîl*, I, 405.

24 Şâfiî, *el-'Um*, VI, 277.

25 Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, III, 154.

26 Nevevî, *Kitâbu'l-Mecmû'*, XVIII, 272.

27 Şâfiî, *el-'Um*, VI, 277; Nevevî bu haberin Dârekutnî ve Beyhakî tarafından Asım el-Kari ve Ebu Salih tatrikiyle tahricinin yapıldığını, Ebû Hâtîm tarafından illetli görüldüğünü ancak, Said b. Müseyyeb, Said b. Mansur, Şâfiî ve Abdurrezzak nezdinde şahitleri (aynı anlamla rivayetleri) nin bulunduğunu belirtir. Bkz. Nevevî, *Kitâbu'l-mecmû'*, XVIII, 268.

28 Şâfiî, *el-'Um*, VI, 278.

bulunabilir. Çünkü nafaka hayatın zorunluluklarındandır. Evlenirken kocasının durumuna rızası, kocasının nafakayı behemehâl temin edeceği ümidine istinat etmiştir. Zira bir müddet fakirlik çeken bir insan daha sonra mal sahibi olabilir ve karısının nafakasını temine güç yetirir hale gelebilir.²⁹

Hanbelilere göre de kocanın karısının nafakasını temindeki yoksulluğu nikâhın feshi için karı lehine hak doğurmaktadır. Fesih hakkı doğan bir karı isterse beklemeksizin nikâhı feshedebilir. Zira böyle bir duruma maruz kalan kadının beklemesini emreden bir delil bulunmamaktadır. Feshin sebebi bulunduğu göre feshi tehir etmek gerekmemektedir.³⁰ Bununla birlikte karı isterse kocası ile yaşamayı tercih eder. Kocasını ile yaşamayı tercih eden karı kocasının cinsel birlik-telik talebine rıza gösterirse nafakası ödenmeye devam eder. Bu durumda asgari nafaka kocanın zimmetine borç yazılır.³¹ Karı için bir başka seçenek de nikâhı devam etmek kaydıyla kocasından ayrı yaşamasıdır. Karının kendisi zengin olsa bile nafakası temin edilmediği takdirde kocasının evinde kalması ve kocası ile karı koca ilişkisine devam etmesi gerekmez. Zira kocanın bu yöndeki talebi ancak nafaka ödendiğinde karşılanabilir. Hanbeliler kadının kocasıyla oturmayı tercih etmesinin daha sonraki fesih hakkını iptal etmeyeceğini belirtirler. Görüldüğü gibi Hanbeli ve Şafîîlerin bu konudaki görüşleri benzerlik arz etmektedir. Yine Hanbeliler Şafîîler gibi, kocasının nafakayı temin edemeyecek kadar fakir olduğunu bile bile onunla evlenen bir kadının da nafakanın temin edilmemesi sebebiyle fesih talebinde bulunabileceğini kabul ederler.³²

Hanbeliler de bu içtihatlarına, Şafîîler gibi³³, Bakara Suresinin 229 uncu ayetini³⁴ delil getirirler. Ayetin, karısının nafakasını temin edemeyen koca için “iyilikle tutma” seçeneğinin ortadan kalkacağına, dolayısıyla “güzellikle salıverme” seçeneğinin ortaya çıkacağına işaret ettiğini söylerler. Yine Hz. Peygamberden rivayet edilen ve karısının nafakasını temin edemeyen kocaya karısının “*Ya beni doyur ya da boşla!*” diyeceğine dair hadisi³⁵ de delil olarak getirirler. Hanbelilerin bir başka delili de yine Beyhakî tarafından nakledilen Halife Ömer b. El-Hattab’ın (r.a.) uygulamasıdır.³⁶ Habere göre, Hz. Ömer ordu komutanlarına bir tamim ya-

29 Şâfiî, *el-'Um*, VI, 278.

30 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 362.

31 Buhûtî, *Keşşâfü'l-kırnâ*, VIII, 2828.

32 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 360-361; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kırnâ*, VIII, 2829.

33 Şîrâzî, *el-Mühezzebe*, III, 15; Nevevî, *Kitâbu'l-Mecmû*, XVIII, 269.

34 “الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ” (el-Bakara 2/229)

35 Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII, 774.

36 Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII, 772-773.

yınlamış ve karılarından uzun süre uzakta kalan Müslüman askerlerden ya karılarından nafakalarını alıp göndermelerinin ya da kocalarının onları boşamalarının sağlanmasını emretmiştir. Boşamayı tercih edenlerin de karılarından geçmişe dönük nafakalarını ödemelerini yine emretmiştir.³⁷

Zahirilere gelince, her şeyden önce nafakası temin edilemeyen veya edilmeyen karı kocasının kendisine yanaşmasına mani olamaz. Zira kendisi her ne kadar zarara uğramış olsa da kocasını bu haktan men edemez. Bununla birlikte kocasının malından varsa hakkı olanını alır. Yine koca, zengin olan karısının nafakasını ödemekte acze düşse karısı kendi malından nafakayı ödemek zorundadır ve bu ödemiş olduğu nafakayı kocasından zenginleşince (*mûsir* olunca) isteyemez. Diğer yandan fakir kocanın zengin oğlu, ya da zengin babası varsa karının nafakasını ödeme sorumluluğu bunlara aittir.³⁸ Yine Zahirilere göre bir karı nafakasının bir kısmı ya da tamamı karşılanmadığı için nikâhı feshedemez. Varsa hakkını kocasının malından alır; değilse sabreder.³⁹

2.2. İkametinde Bulunmayan (Gâib) Kocanın Nafaka Yükümlülüğü

Gâibin (غائب) hukuki durumu *mefkûd* (مفقود) kocanınkinden farklıdır.⁴⁰ *Gâibin* tanımına ve *mefkûd* ile arasındaki farkın ne olduğuna fıkıh kitaplarında çok sık rastlanmamakla birlikte Malikilerden Desûkî fukaha istilahında *gâibin* mefkuddan farklı olduğunu belirterek, *gâibin* ikametinde bulunmadığı halde yeri belli olan şahıs olduğunu, *mefkûdun* ise nerede olduğu bilinmeyen kişi için kullanıldığını söyler.⁴¹ Bir başka tanımda iki terim arasındaki fark hayatta olup olmama durumuna göre belirlenir ki, buna göre *mefkûd* hem kaybolmuş hem de hayatta olup olmadığı bilinmeyen kişi, *gâib* ise hayatta olduğu bilinmekle birlikte bulunduğu yer bilinmeyen kimse demektir.⁴²

Hanefilere göre koca kaybolursa ve karı yiyecek, giyecek ve barınma ihtiyaçlarının tamamını ya da bir kısmını karşılayamasa, bu karısı ile arasının ayrılmasına gerekçe teşkil etmez. Ebu Hanife'nin ilk görüşüne ve Züfer'e göre bu durumda karı borç bulmaya yönlendirilir ve bu borç kocanın üzerine yazılır. Ebu Hanife daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş ve karının hâkim tarafından borç bulma-

37 İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 361; Buhûtî, *Keşşâfü'l-kıma'*, VIII, 2828.

38 İbn Hazm, *el-Muḥallâ*, X, 92.

39 İbn Hazm, *el-Muḥallâ*, X, 97.

40 Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 46.

41 Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî 'aleş-Şerhi'l-kebir*, III, 302.

42 Gözübenli, "Mefkud", *DİA*, XXVIII, 353.

ya yönlendirilemeyeceğini, çünkü böyle bir yönlendirmenin, kayıp olan koca ile ilgili hüküm vermek olacağını, hâlbuki hâkimin böyle bir yetkisinin bulunmadığını savunmuştur. İmameyn de bu kanaattedir. Hanefilerin, hâkimin kayıp kişi hakkında sadece delile dayanarak hüküm veremeyeceğine dair görüşleri şu temelle dayanır: Şahitlerin şahadeti (delil) ile hüküm tesis etmek anlaşmazlığı oradan kaldırmaya yöneliktir. Dava konusu anlaşmazlığın olması için ise iddiayı inkâr edecek tarafın da olması gerekir. Hâlbuki böyle bir dava, inkâr (iddiayı ret) ciheti bulunmayan tek taraflı bir davadır. Onun için hâkim en azından kayıp kişiyi temsil eden vekil veya vâsi gibi hukuki bir şahıs olmadıkça kayıp hakkında hüküm veremez.⁴³ Hâkim, kayıp kocaya haber göndererek karısını boşamaya icbar da edemez.⁴⁴ İbn Nuceym bu konuda Hanefi hâkimin tefrik kararı verip veremeyeceği ile ilgili görüşleri naklederken her birinin müçtehit olduğunu belirttiği Semerkant âlimlerinin, Hanefi hâkimin de bu durumda tefrik kararı verme yetkisi olduğuna kani bulduklarını ifade eder. Yine de çoğunluk konunun bir Şafii hâkime havale edilmesinin uygun olacağını belirtir.⁴⁵

Hanefilerin yaklaşımı şöyle bir akli gerekçeye dayanır: Kocanın kayıp olması nafaka ödeyemeyecek duruma düştüğü anlamına gelmez. Zira kayıp kocanın zengin olma ihtimali vardır. Dolayısıyla şahitlerin kocanın nafakada aciz kaldığı yönündeki şahadetleri, onun mevcut haldeki gerçek durumunu belirlemede yeterli değildir. Onlar sadece nafakanın ödenmediğine şahit olabilirler, kocanın zengin ya da fakir olduğuna değil. Ayrıca mal gidip gelicidir. Bugün zengin olan yarın fakir kalabilir; bunun tersi de mümkündür.⁴⁶ Bununla birlikte karı da mağdur edilmez. Mahkemeye müracaat ettiği takdirde hâkim, karının nafakasını takdir eder ve kocanın kardeşi ve amcası gibi kocanın yokluğunda nafakayı temine memur akrabaların nafakayı vermesine hükmeder. Bunlar nafaka ödemeye yanaşmazlarsa hapis cezasına çarptırılırlar.⁴⁷

43 İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadir*, VII, 308.

44 Serahsî, *el-Mebsût*, V, 190.

45 İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Râik*, IV, 200.

46 İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Râik*, IV, 200; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 306.

47 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 309. Ömer Nasûhî Bilmen bu mevzuda esasen Hanefilerin, karının nafakasının temin edilmemesi sebebiyle nikâhın feshine dair zorlaştırıcı tutumlarını ahlaklı bireylerin oluşturduğu bir toplum için uygun düşüğünü belirttikten sonra zamanın icapları gereği bu yaklaşımdan vazgeçmenin de bir zaruret olduğunu belirterek görüşlerini şu şekilde ifade etmiştir: *İnsanların ahlakı, münasebetleri tebeddül etmiş, zevciyyet hukukuna riayet edenler azalmış, kadınların bir müddet nafakasız kalmalarından bir takım içtimai mahzurlar tevellüd edeceği şüphesiz bulunmuştur. Bu bakımdan da Hanbeli mezhebi, asrın maslahatına daha uygun görülmüştür. Bunun içindir ki mülgâ Fetvahanei âli heyeti telifiyesi tarafından 23 Rebiulahir1334 tarihinde Hanbeli mezhebine tevfikân "zevc, gaib olarak nafakanın tahsili müteazzir olduğu takdirde zevcenin talebiyle kadî nikâhı fesheder" diye bir madde tanzim edilerek iradesi istihsal edilmiştir. Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, II, 471.*

Kayıp (*gâib*) olup, malı olduğu halde karısına nafaka bırakmayan koca hakkında karının nafakasının ne şekilde karşılanacağı hususu da Hanefiler tarafından tartışılmıştır. Böyle bir karının mahkemeye müracaatla kendisi için nafaka takdir edilmesini talep etmesi halinde yapılacak işlem hakkında iki farklı görüş vardır. Çoğunluğun görüşüne göre hâkim bu ikisinin evliliğinden bizzat haberdar ise kocanın malından ödenmek üzere nafaka takdirinde bulunur. Zira evliliğin sübut bulması nafaka ödemeyi gerektirir. Ancak yine çoğunluğun görüşüne göre, hâkim böyle bir nikâhtan haberdar değilse ve karı evli olduğuna dair şahit getirmek istese o takdirde hâkim bunu kabul etmez. Kayıp koca ile ilgili hâkimin hükmü geçerli değildir. Hanefilerden Züfer ise karının evliliğini ispat etmesi halinde kocanın malından ödenmek üzere hâkimin nafaka takdir etmesi gerektiğini, kocanın malının bulunmaması halinde ise karının borç temin etmesi yönünde karar vermesi gerektiğini belirtir. Koca geri dönüp de nikâhı reddederse, karıdan evliliğini ispat etmesi istenir; ispat edemediği takdirde de nafaka olarak ödenen meblağ karıya ödettirilir. Ancak evlilik sübut bulursa borç olarak temin edilen nafakayı kocanın ödemesine hükmedilir.⁴⁸

Malikilere göre ise karının nafaka yokluğu çekmesi, kocanın nafaka için mal bırakmaksızın kaybolması durumunda vuku bulsa kocanın ortaya çıkması beklenmez. Konunun vuzuha kavuşması için bir müddet beklenir ve bu arada hâkim kendisine ya karısının nafakasını temin etmesi yoksa karısının boş olduğuna hükmedileceği yönünde haber gönderir. Hemen fesih cihetine gidilmez. Kocanın tutumuna göre hâkim karar verir.⁴⁹

Şafiilerin kayıp kocanın nafaka sorumluluğu ile ilgili görüşleri telif edildiğinde ise şöyle bir sonuç çıkmaktadır. Kocasını kayıp olduğu için karının nafakasının karşılanmaması durumunda nikâh hemen feshedilmez. Çünkü feshin gerekçesi nafakayı temine güç yetirememektir (*i'sâr*). Hâlbuki kocanın kayıp olması nafaka temininde acze düştüğü anlamına gelmemektedir.⁵⁰ Öyle ki karı, kocasının kaybolmadan önce yoksulluğa düştüğüne dair şahit getirirse dahi yine de nikâhın feshi gerekmez. Zira bu şahadet kocanın şu anki durumu ile alakalı değildir. Ancak karı, kayıp kocasının yoksulluğunun hâlihazır durumda kesin olduğunu ispat ederse fesih için mahkemeye müracaat hakkı doğmuş olur.⁵¹ Görüldüğü üze-

48 Serahsî, *el-Mebsût*, V, 196-197.

49 Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî 'aleş-Şerhi'l-kebir*, II, 519.

50 Şirazi Şafii Mezhebinde bu konudaki zayıf bir görüşü de nakleder ki, o da kayıp olup kendisinden haber alınmayan kocanın da nikâhının feshedileceği görüşüdür. Bu görüşe göre kayıp olmakla nafaka sıkıntısına girmiştir. Bu da *i'sâr* gibidir. Bkz. Şirâzî, *el-Mühezzebe*, III, 154.

51 Heytemî, *Tuḥfetü'l-muḥtâc*, VIII, 336; Remlî, *Nihâyetü'l-muḥtâc*, VII, 212-213.

re Şafîiler kayıp kocanın nikâhının feshedilmesini en son seçenek olarak kabul etmektedirler. Karının mahkemeye müracaatı halinde öncelikle hâkimin kocaya haber göndermesi ve onu nafaka ödemeye zorlaması gerektiği; bilahare nafakanın ödenmemesi durumunda nikâhın feshedilebileceği görüşünü de, kaybolan kocanın malından harcama imkânının bulunmaması ve zamanın uzamasıyla kendisinden haberin kesilmesi kaydına bağlamaktadırlar ki, bu durumda karının uğrayacağı şiddetli zararın bertaraf edilmesi gerekmektedir.⁵²

Şafîiler kocanın mevcut olup malının kaybolması halini de tartışmışlardır. Böyle bir durumda mal, namazları kısaltmayı gerektirecek bir sefer mesafesinde kaybolmuş ise karının fesih yoluyla boşanma hakkı doğmaktadır. Ancak kocanın malı bu mesafeden daha uzak bir mahalde kaybolmuş ise fesih dışında yukarıda sıralanan diğer öneriler devreye girecektir.⁵³

Hanbelîlere göre şayet koca kaybolmuş fakat vekil bırakmış ise, vekil nafakayı teminde koca hükmündedir. Ancak Hanbelîler, kayıp koca vekil bırakmamış ise ve karının da kocasının malından nafakasını temin etme imkânı yoksa hâkimin kocanın menkul veya gayrimenkul varlıklarından satarak karının nafakasını günbegün ödeyebileceğini belirtirler. Zira nafakanın günbegün vacip hale geleceğini, bundan daha uzun süreli nafaka ödenmesi durumunda nafaka vacip hale gelmeden tasarrufta bulunulmuş olacağını; bunun ise caiz olmadığını belirtirler.⁵⁴

Diğer yönden Hanbelîlere göre hâkim kayıp kocanın malından karının nafakasını almaya muktedir olamazsa ve nafaka için borç da bulunamazsa karı dilerse boşanma (fesih) davası açabilir. Bu konuda Hz. Ömer'in ordu komutanlarına tamimini delil alarak, karısının nafakasını karşılamaya güç yetiremediği halde bundan kaçınan kocanın karısını boşamaya zorlanabileceğini belirtirler. Zira kocanın malından nafakayı temin etmek mümkün olamamaktadır. Böyle bir durumda Hanbelîler, i'sâr durumundaki hükmün ortaya çıkacağını ve hatta mazereti i'sâr olan kocanın nikâhı feshedilebileceğine göre mazur olmayan kocanın nikâhının feshedilmesinin öncelikle mümkün olacağını savunurlar.⁵⁵

Zahirilere gelince, kocanın kayıp olması onun nafaka sorumluluğunu düşürmemektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi Zahiriler yoksulluğu nikâhın feshedilmesi için geçerli bir gerekçe saymamaktadırlar. Koca kayıp ise zengin olduğu

52 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 579; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, VII, 212.

53 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 579.

54 İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 364.

55 İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 364.

müddetçe, ister hayatta olsun isterse ölmüş olsun, nafaka zimmetine borç olarak yazılır. Karı, diğer alacaklılar gibi, nafaka alacağını onun malından alır. Şayet nafaka temin edemeyecek derecede fakir ise nafaka sorumluluğu düşer ve nikâh da feshedilmez.⁵⁶

3. Kocanın Nafakayı Temin Edememesi Sebebiyle Ayrılmanın Usulü ve Hukuki Vasfı

İslam Aile Hukukunda evlilik birliğini sona erdirmenin temelde üç şekilde gerçekleşeceği umumiyetle kabul edilir. Bunlar tek taraflı olarak erkeğin boşaması (*talak*), karşılıklı rıza ile boşanma (*muḥâla'a* veya *hul'*), mahkeme kararı ile boşanma (*fesih* ve *tefrik*) dır.⁵⁷ Günümüz Türk Hukukuna göre boşanma ise, “eşler hayattayken kanunda öngörülmüş olan bir sebebe dayanarak eşlerden birinin açacağı dava sonucunda hâkim kararıyla evlilik birliğini sona erdirmektir” şeklinde tarif edilir.⁵⁸ Türk Aile Hukuku eşlerin, hâkimi devre dışı bırakarak, bireysel ya da ortak irade ile evlilik birliğini sona erdirmeye yetkisini kabul etmemektedir.

İslam Hukuku ıstılahında yargı yoluyla gerçekleşen boşanmalar umumiyetle *tefrik* terimi ile ifade edilir.⁵⁹ İslam hukukunda *talak* (tek taraflı boşama yetkisi) ilke olarak kocaya verilmiş bir haktır. Sonucuna katlandığı takdirde kocanın bu hakkını keyfi olarak kullanmasına doktrinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hz. Peygamberin uygulamaları dikkate alınarak boşama süreci uzatılsa dahi, karısını boşamak isteyen erkek bu isteğini bir gerekçe göstermeksizin eyleme dönüştürebilmektedir. Yargı yoluyla boşanmanın (*tefrik* meşruiyetinin gerekçesi kadının uğradığı/uğrayacağı hak kayıplarının engellenmesidir. Bu süreçte kadın mahkemeye başvuruda bulunur, tefrik sebeplerinin varlığını tespit eden hâkim de tefrik kararı verir. Hâkimin takdir yetkisi oldukça sınırlıdır. Yargı yoluyla boşanmanın gerekçeleri arasında hastalık ve beden kusuru, kötü davranma ve şiddetli geçimsizlik, kocanın nafakayı temin edememesi, kocanın kaybolması veya evi terk etmesi, kocanın hanımına zina isnat etmesi ve kocanın karısına yaklaşmama yemini etmesi yer almaktadır.⁶⁰ Fıkıh kitaplarında kocanın yoksulluğuna istina-

56 İbn Hazm, *el-Muḥallâ*, X, 92-92.

57 Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 74-75; Aydın, *İslam-Oamanlı Aile Hukuku*, s. 43. Boşanmada başvuru yöntemleri ilgili geniş bilgi için bk. Yılmaz, *Yetki ve Sistem Açısından İslam Hukukunda Boşanma*.

58 Dural v. dğr., *Türk Özel Hukuku*, s. 102.

59 Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 92.

60 Ebû Zehre, *Aḥvâluş-şahşiyye*, s. 346-368; Hallâf, *Aḥkâmü'l-aḥvâliş-şahşiyye*, s. 159-165; Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 92-99; Yargı yolu ile boşanmanın Osmanlı Devletindeki uygulamaları ile ilgili olarak bkz. Aydın, “Osmanlı Hukukunda Kazâi Boşanma-Tefrik”, s. 1-13; H. İbrahim Acar tefrik ve fesih farklılığı ile

den karının nikâhı feshedebileceği ifade edilirken tefrik ve fesih terimleri birlikte kullanılır ve bu esnada “*karı nikâhı fesheder*” de denilmektedir. Bu ifade karının evlilik birliğini kendi başına sona erdirmeye yetkisini belirtmek için değil, onun belirtilen sebeple yargıya başvurma hakkını ifade etmek için kullanılmaktadır.⁶¹

Yukarıda da belirtildiği üzere kocanın yoksulluğunun evlilik birliğini sona erdireceğine dair İslam hukukçuları arasında ittifak bulunmamaktadır. Hanefiler ve Zahiriler böyle bir mazerete binaen nikâhın feshine ve karı-kocanın ayrılmasına karşı çıkarlar. Bununla birlikte böyle bir özrün boşanma gerekçesi olduğunu kabul eden İslam hukukçuları görüşlerini şu şekilde açıklarlar: Şafii ve Hanbelilere göre nikâhın feshedilmesi, ancak kocanın i'sar halinin mahkemede ispat edilmesi sonucu hâkimin ya kendisinin fesih kararı ile ya da karıya nikâhı feshedebileceğine dair yetki vermesiyle mümkün olur.⁶² Malikiler de nikâhın feshi için mahkemeye müracaatı şart koşmakla birlikte resmî hâkimin bulunmadığı beldelerde nikâhın feshine hâkimin görevini ifa edecek olan Müslüman topluluğun karar verebileceğini savunurlar.⁶³

Yargı yoluyla meydana gelen bu boşanmanın hukukî vasfına gelince, Şafii'lere göre i'sar sebebiyle karısından ayrılmasına hükmedilen koca için bu tefrik bir bâin talaktır. Bu koca, mûsir (nafakaya güç yetirebilecek) duruma gelse dahi, karının gönlü de olup yeni bir nikâh kıyılmadıkça, isterse iddet süresi bitmemiş olsun, karısına geri dönemez.⁶⁴ Bu konuda Hanbeliler de Şafii'lerle aynı görüştedirler.⁶⁵

ilgili olarak şu hususlara dikkat çeker: “*Evliliğin iradi olarak sona erdirilmesinde kadına ve hâkime söz hakkı tanınması bir bakıma talâk yetkisinin kocaya tanınması ilişkisiyle çelişmektedir. Bu sebeple kadının hangi durumlarda tefrik isteyebileceği ve hâkimin tefrike yetkili olup olmadığı İslâm hukukçuları arasında tartışılmıştır. Hanefiler ve kısmen Şâfiiler, talâkın kocaya ait bir hak olduğu ilkesine ağırlık vererek kadının tefrik isteme ve hâkimin tefrike hükmetme imkânını epeyce sınırlı tutmuşlardır. Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde ise kadının mağduriyetini önlemek amacıyla bu konuda kadına ve hâkime oldukça geniş yetki verildiği görülür. Osmanlı Devleti'nde 1917'de çıkarılan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nde ve ardından birçok İslâm ülkesinde bu alanda yapılan yasal düzenlemelerde Mâlikî ve Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiş ve uygulama daha çok bu yönde olmuştur. Tefrik kararıyla Hanefî ve Mâlikîlere göre bir bâin talâk meydana gelmiş olur. Zira hâkim koca adına boşama işlemi yapmış sayılır; ayrıca tefrikten maksat mevcut zararı önleme olduğundan bu amaç ancak bâin talâkla gerçekleşebilir. Şâfiî'ye ve Ahmed b. Hanbelî'e göre kadının isteğiyle gerçekleştiği için bu ayrılık talâk sayılmayıp fesih kabul edilir. Bu görüş ayrılığının önemi talâk sayısının eksilip eksilmemesinde görülür.*” Acar, “Tefrik”, DİA, XXXX, 277-279.

61 Şirâzî, *el-Mühezzeb*, III, 155; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 360; Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî 'aleş-Şerhi'l-kebir*, III, 302.

62 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 582; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 364; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, II, 470-471.

63 Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî 'aleş-Şerhi'l-kebir*, III, 302.

64 Şâfi, *el-'Um*, VI, 236.

65 İbn Kudâme, *el-Muğni*, XI, 364.

Malikilere göre ise nafakadaki acizliği sebebiyle hakkında boşanma kararı verilmiş koca, iddet süresi içinde nafakayı temin edecek hale gelirse karısına geri dönebilir; çünkü hakkındaki boşanma kararı (tefrik/fesih) bir ric'î talaktır.⁶⁶

B. TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE KOCANIN YOKSULLUĞU VE BUNUN BOŞANMAYA TESİRİ

1. TMK'da Nafaka: Tanımı ve Kapsamı

Ne eski ne de yeni TMK'da sarıh bir nafaka tanımı yapılmaktadır. Bunun yanında Türk Aile Hukukunda nafaka çoğunlukla boşanma sonrası eşlerden birinin talebi üzerine veya resen hâkim tarafından diğer eşin ödemesine karar verdiği özel içerikli ve çeşitleri olan mali yükümlülüktür.⁶⁷

Türk Medeni Kanunlarında tanımı bulunmasa da nafaka ve bunun yerine kullanılan kelimelerin hangi harcama kalemlerini kapsadığından bahsedilmektedir. 743 Sayılı (eski) Türk Medeni Kanununda karı ve çocukların günlük ihtiyaçlarının karşılanması için nafaka, iâşe ve aile masrafları kelimeleri kullanılmıştır. Bu kanuna göre incelememizin konusu olan bakım yükümlülüğü ya da evlilik nafakası, İslam hukukçularının sıraladıklarından daha dar içeriğe sahip olsa da, yeme-içme, giysi ve barınmadan oluşan üç ana kalemden daha geniş masraf kalemlerini kapsamaktadır. Kanun bu ihtiyaçlara tedavi masrafları ile çocuğun yetiştirilmesi ile ilgili masrafları da ilave etmiştir.⁶⁸

4721 Sayılı (yeni) Türk Medeni Kanununda ise inceleme konumuz olan nafaka anlamında “*evlilik birliğinin giderleri*” ifadesi kullanılmıştır.⁶⁹ Birlik giderleri esas itibarıyla bütün ailenin ihtiyaçlarını kapsamaktadır. Aile birliği giderlerine gıda, konut, giyim, kişisel bakım ve sağlık giderleri gibi zaruri ihtiyaçlar için yapılan harcamalar girmektedir. Ayrıca kültürel ihtiyaçlar için yapılan harcamalarla aileye hizmet eden mal varlığı harcamaları ve sosyal güvenlik harcamaları da birlik gideri kabul edilmektedir.⁷⁰

66 Sâlih, *Cevâhiru'l-iklil*, I, 405; Desûki, *Hâşiyetu'd-Desûki 'ale's-Şerhi'l-kebir*, II, 518.

67 Dural v.dğr., *Türk Özel Hukuku*, s.144, 148.

68 743 Sayılı Türk Medeni Kanunu 151,152 164, 187, 261 ve 304 maddelerine bkz. Çalışmanın bundan sonraki kısmında bu kanun Eski Türk Medeni Kanunu (Eski TMK) şeklinde ifade edilecektir.

69 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, md. 186. Çalışmanın bundan sonraki kısmında bu kanun Yeni Türk Medeni Kanunu (Yeni TMK) şeklinde ifade edilecektir.

70 Dural v.dğr., *Türk Özel Hukuku*, s.160.

2. TMK'da Kocanın Nafaka Yükümlülüğünü Yerine Getirememesinin Boşanma Sebebi Sayılması

743 sayılı Eski TMK kocayı evlilik birliğinin reisi kabul etmekteydi. Bu sebeple kadın ve çocukların uygun biçimde geçiminin kocaya ait olduğunu hükme bağlamıştı (m.152/2). Dolayısıyla koca, karısının ve çocuklarının iâşe, ibate, giyinme, sağlık ve diğer sosyal giderlerini karşılamak zorundaydı. Kocasından zengin olan kadının dahi, bu konuda hiçbir yükümlülüğü yoktu. Kadın, daha ziyade, evi ile ilgilenir, ortak mutluluğu sağlamak hususunda gücünün yettiği kadar kocasının yardımcı ve danışmanı olarak kabul edilirdi. Ancak aile içinde karı ve kocanın karşılıklı yardımlaşması bir yükümlülük olarak görülmekte ve kocanın mücbir sebeplerle evin giderlerini karşılayamaz durumda kalması halinde, bu yükümlülüğün bir gereği olarak, maddi durumu elverişli kadının birliğin giderlerine katkıda bulunması beklenmekteydi. Şayet eşler mal ayrılığı rejimini kabul etmişler ise, koca, karısının aile masraflarına katılmasını talep edebilmekteydi. Ayrıca, yine mal ayrılığı rejiminde, kocanın gücünün evin geçimini sağlamaya yetmediği bir durumda aile masrafları için yapılmış borçlardan/harcamalardan varlıklı kadının ikinci derecede sorumlu olacağı öngörülmüştü (Eski TMK m.153/2, m.187/2, m.190/1).⁷¹

4721 sayılı Yeni TMK, evlilik birliğini eşlerin beraberce yöneteceklerini öngördüğü gibi (m.186/2), erkeğe yüklenen evlilik birliğinin geçim yükümlülüğü kadın-erkek eşitliğini erkekler aleyhine bozduğu için, eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıklarıyla katılacaklarını da kabul etmiştir (m.186/3).⁷² Dolayısıyla Yeni TMK kadın olan eşe de birliğin giderlerine katılma konusunda yükümlülük yüklenmiştir.⁷³

Murat Doğan kadının evlilik birliğinin giderlerine ne şekilde katkıda bulunacağını şöyle açıklar: *“Burada ölçü olarak eşlerin güçleri esas alınmıştır. Bu bakımdan, eşlerden güçlerini aşan bir katkı beklenemez ve talep edilemez. Ayrıca, mutlaka bir katkı yapılması şart olmayıp, eş, ev işleri yapma, çocuklara bakma veya eşinin meslek veya sanatını icrasında ona yardım etme gibi emek sarfı şeklindeki bir katkıda da bulunulabilir. Böylece, bir işte çalışıp gelir elde edebileceği halde, çalışmayarak emeğini harcayan eşin, özellikle ev kadınlarının katkısı da maddi katkı olarak kabul edilmiştir... Nitekim maddenin gerekçesinde de bu katılmanın eşlerin emeklerini ya*

71 Doğan, “Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, s. 112-113.

72 Dural v.dğr., *Türk Özel Hukuku*, s.160-161; Doğan, “Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, s. 113; Gürpınar, “Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu”, s. 1295.

73 Yüksel, “Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği”, s. 190.

*da malvarlıklarını ortaya koyma şeklinde öngörüldüğü belirtilmiştir.*⁷⁴ Ancak böyle bir katkının maddi karşılığının hesaplanması ve icra edilmesi oldukça güçtür. Zira iyi bir geliri olduğu halde evin kirasını ödemeyen veya mutfak alışverişini karşılamayan eşten gerektiğinde icra yoluyla yapması gereken parasal katkıyı tahsil etmek mümkündür; ama ev işlerini hiç ya da gereği gibi yapmayan, çocuklara bakmayan eşe karşı böyle bir yaptırım uygulamak mümkün değildir. Evlilik birliğinin giderleri için gerekli olduğu halde bir eş tarafından sağlanmayan emek katkısı bakımından, olsa olsa evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde hâkimin müdahale etmesi istenebilir. Bu müdahale ise, eşin gücü ve ailenin ihtiyaçları göz önünde bulundurulduğunda hâkim tarafından emek ile katkı sağlama yükümlülüğünün eşe hatırlatılmasından ibaret olacaktır (Yeni TMK m. 195/2-3).⁷⁵

Yeni TMK'nın 196'ncı maddesi eşlerin birlikte yaşarken ailenin geçimi için yapacakları parasal katkının hâkim tarafından belirlenmesinin zorunlu olduğu hallerde ev işlerini gören, çocukların bakımını üstlenen eşin, bu emeğinin dikate alınacağını açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla kanun evlilik birliğine eşler arasındaki katılım yükümlülüğünü mutlak eşitlik ilkesine göre değil, hakkaniyete ve kadın-erkek eşitliğine uygun olarak sağlamaktadır.⁷⁶

İslam Hukukunda kadının barınma ihtiyacını karşılamak da kocanın nafaka yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Karı nafakayı hak edebilmek için kocanın tahsis edeceği evde oturmak zorunda idi. 4721 sayılı Yeni TMK ise "Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler" diyerek, evin seçiminde kadının da doğrudan söz sahibi olmasını sağlamıştır (Yeni TMK m.186/1). Türk Medeni Kanununun önceki düzenlemesine göre, oturulacak evi seçme yetkisi kocaya aitti (Eski TMK m.152/2) Bununla birlikte kocanın bu yetkiyi kullanırken karısının görüşünü almak, sosyal ve ekonomik seviyesine uygun, dürüst bir tavır sergilemek zorunda bulunduğu da kabul edilmekteydi. Yeni kanun, aile birliğinin fiili yaşam alanı olan evin seçimini eşlerin müşterek iradesine bırakmıştır. Eşler uygun bir evi birlikte seçerler.⁷⁷

Türk Medeni Kanununda "aile konutu" olarak adlandırılan konutun seçiminin bağımsız olmasının gerekliliği ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak "birlikte seçme" hükmünün bir gereği olarak eşlerden biri aile konutunun bağımsız olmasını yani sadece eşi ve çocuklarından oluşan çekirdek ailesine münha-

74 Doğan, "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", s. 113.

75 Gürpınar, "Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu", s. 1311-1312.

76 Yüksel, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", s. 190; Gürpınar "Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu", s. 1296.

77 Doğan, "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", s. 104.

sır olmasını istediği takdirde diğer eş de bunu kabul etmek zorundadır. Diğer eş bunu kabul etmezse ve örneğin, eşi ve çocuklarını kendi anne ve/veya babasıyla aynı evde oturmaya zorlarsa veya bağımsız konut teminine yanaşmazsa, eşin bu tavrı Yeni TMK'nın (m. 186/1 ve 195/1) maddelerinin ihlali ve Yeni TMK m. 166/1 maddesi çerçevesinde boşanma davası açmak için gerekçe olarak kabul edilmektedir.⁷⁸

Yukarıda yapılan izahlar çerçevesinde Türk mahkemeleri kocanın bir işte çalışmamasını kadının boşanma davası açması için gerekçe kabul etmektedir. Yargıtay kararlarında da geçen bu gerekçeye göre kocanın çalışması birlik içindeki görevlerindedir. Çalışmayan koca evlilik birliği görevlerini ihmal etmiş ve yerine getirmemiş sayılmakta ve kocanın bu durumu “*tarafklar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik*” sebebi olarak görülmektedir. Dolayısıyla buna maruz kalan kadın, bu gerekçeyle boşanma davası açmakta haklı olmaktadır.⁷⁹ Türk mahkemelerinin bu yöndeki kararlarının, çalışmayan kocanın karısı ve çocuklarının geçim giderlerini karşılamakta sergilediği ihmal ve acziyete dayandırdığı anlaşılmaktadır.

Türk Medeni Kanunu gaiplik ve terk ile ilgili hükümler de içermektedir. Türk Medeni Kanunundaki gaiplik kavramı, hükümleri farklı olmakla birlikte, İslam Hukukundaki *ğâib* kavramından ziyade *mefkûd* kavramına benzemektedir. Bu çalışmamızın konusu olan *ğâib* terimi ise mefhumu bakımından Yeni TMK'nın 164. Maddesinin konusunu teşkil eden “*terk*” terimine benzemekte olduğundan, karşılaştırmanın bu ikisi arasında yapılması uygun düşmektedir.

Yeni Türk Medeni Kanununun 164. Maddesi:

“Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmelerini engelleyen eş de terk etmiş sayılır.

Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim veya noter, esasını incelemeyen yapacağı ihtar da terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmeleri gerektiği ve dön-

78 Örnek davalar için bkz. Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, (2015/19433 E., 2016/12171 K.), (2015/19439 E., 2016/12177 K.), (2016/2431 E., 2016/3978 K.).

79 Yargıtayın bu konudaki kararları için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, (2006/ 267 E., 2006/6150 K.), (2006/13013 E., 2007/702 K.), (2006/21779 E., 2007/11092 K.), (2015/15928 E., 2016/7432 K.), (2015/19439 E., 2016/12177 K.).

memesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz.” demektedir.

Bu maddede belirtilen şartların hepsi gerçekleşince, terk sebebiyle boşanma davası açma hakkı doğar, Terk mutlak bir boşanma sebebi olduğu için, şartlar gerçekleşmişse, hâkim evlilik birliğinin sarsılmış olup olmadığını araştırmadan boşanmaya karar verir.⁸⁰ Görüldüğü gibi terk esnasında eşin aile birliğine karşı maddi sorumluluğunu yerine getirip getirmediğine bakılmamaktadır. Medeni Kanunumuza göre “terk” başlı başına boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir. Medeni Kanundaki “terk” hükmünün ortaya çıkması için illa eşin başka bir yerleşim yerinde bulunması ya da kendisinden haber alınamıyor olması şart değildir. Aynı yerleşim biriminde ve adresi belli olarak aile konutundan farklı bir mekânda yaşayan eş için de terk hükümlerinin cari olması icap etmektedir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ:

Hiç şüphesiz hukuk sistemlerinin vücut bulması dinamik bir süreçtir. Bunun sonucudur ki tarihin farklı dönemlerinde var olmuş, değişik inançlara mensup toplumların yanında, aynı çağda tarih sahnesine çıkan ve hatta aynı dini inançlara sahip farklı toplumlarda oluşturulan hukuk kuralları dahi aynı kaynaklara dayanmış olsa da değişiklik arz etmektedir. Bu sebeptir ki her bir İslam hukuk ekolünün, ortaya çıktığı, etkilendiği ve etkilediği toplumun sosyal, kültürel ve ekonomik koşullarını dikkate alarak feri/tafsili kuralları oluşturdukları ve bu kuralların her bir toplum için değişebilir olduğu İslam fıkıh usulünün genel-geçer bir kabulüdür. Bu genel ilke kadının nafakasının erkek tarafından karşılanması ile ilgili içtihat ve uygulamalar için de geçerlidir.

Hal böyle olunca, onlarca yüzyıl sonra farklı bir coğrafyada aynı konuda konulan kuralların öncekilerle kısmi benzerlikler gösterse bile çoğunlukla farklılıklar arz etmesi kaçınılmazdır. Bu gerçek, yaptığımız bu çalışmada da ortaya çıkmış; aynı konuda hem İslam hukukçularının içtihatlarında hem de Cumhuriyet döneminde çıkartılan iki Türk Medeni Kanununda farklı gerekçelerle, değişik sonuçlara ulaşıldığı ve kurallar konulduğu görülmüştür.

80 Dural v. dğr., *Türk Özel Hukuku*, s. 114. Terk sebebiyle boşanma davası kararları için bkz. Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi, (2015/22050 E., 2016/8825 K.), (2015/19613 E., 2016/11986 K.).

İncelememizin nüvesini teşkil eden, evlilik müessesesi içinde karının günlük geçim giderleri anlamındaki nafaka, kapsamı tartışmalı da olsa, hem İslam hukukunda hem de Türk Hukukunda temelde yeme-içme, giysi, barınma ve ev eşyasından oluşan harcama kalemlerinden meydana gelmektedir. Bu giderleri ifade için İslam hukukçuları nafaka terimini kullanırken, Türk Hukukunda iâşe, aile masrafları veya aile birliği giderleri terimleri kullanılmıştır. Zira Türk Hukukunda nafaka terimi, boşanma sonrası eşlere mahkemece yüklenilen ve çeşitleri olan mali sorumluluğu ifade etmektedir.

İslam Hukukunda evli kadının günlük geçim giderlerini karşılamak kocanın sorumluluğudur. Kadın kocası tarafından nafakası temin edildiği için, kocasına karşı kadınlık vazifesini yerine getirmenin dışında, herhangi bir hizmet ya da sorumluluğu üstlenmek zorunda da değildir.

Karının nafakasının koca tarafından karşılanmasının bir yükümlülük olup olmadığı modern Türk hukuk sistemi içinde de tartışılmıştır. Ancak konu ile ilgili eski (743 sayılı) ve yeni (4721 sayılı) Medeni Kanunlar birbirinden farklı hükümler içermektedir. 743 Sayılı eski TMK erkeği aile reisi olarak kabul ettiği için karının geçim masraflarını da onun sorumluluğuna tevdi etmiştir. Dolayısıyla koca, karısının iâşe, ibate, giyinme, sağlık ve diğer sosyal giderlerini karşılamak zorundaydı. 4721 Sayılı TMK ise aile birliği içinde kadın ve erkeği eşit bireyler olarak tanımladığı için ve bu şekildeki bir sorumluluk yüklemesinin söz konusu eşitliği erkek aleyhine bozacağı gerekçesiyle eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıklarıyla katılacaklarını kabul etmiştir. Dolayısıyla Yeni TMK kadın olan eşe de birliğin giderlerine katılma konusunda hakkaniyet ilkesine göre yükümlülük yüklenmiştir.

İslam Hukukunda ve Türk Aile Hukukunda barınma giderleri de nafaka (aile birliği giderleri) içine dâhil edilmektedir. Bununla birlikte, İslam Hukukunda karı nafakayı hak edebilmek için kocanın tahsis edeceği/belirleyeceği evde oturmak zorunda idi. Türk Medeni Kanununun önceki düzenlemesine göre de, karı-kocanın oturacağı evi seçme yetkisi, sosyal ve ekonomik seviyesini gözetmesi ve dürüstlük ilkesine uygun davranması kaydıyla kocaya aitti. Ancak 4721 sayılı Yeni TMK “Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler” diyerek, evin seçiminde kadının da doğrudan söz sahibi olmasını hükme bağlamıştır.

İslam Hukukunda kadının nafakasının temin edilmemesi durumunda kocanın yoksulluğunun ya da ihmalinin kadın açısından boşanma için gerekçe olup olmadığı tartışmaları, boşanma olması ya da olmaması halinde karı ve kocanın uğrayacakları hak mahrumiyetleri göz önünde bulundurularak yapılmaktadır.

Hanefiler konunun tartışmasını kadının nafaka hakkına karşı kocanın cima hakkı zemininde yürüterek, nafakanın karşılanmamasının meydana getireceği zarar ile boşanma kararı verildiği takdirde erkeğin cima hakkının yok olmasıyla meydana gelecek zararın mukayesesini yaparlar ve ikincisinin zararının birincisinden daha önemli olduğunu zikrederler. Zira evlilik devam ettiği sürece kadının nafakasının koca üzerine borç yazılarak da olsa karşılanabilme imkânı vardır. Hâlbuki boşanmaya karar verildiği takdirde kocanın cima hakkı tamamen yok olmaktadır. Dolayısıyla Hanefiler, nafakası temin edilmeyen karının Hanefi bir hâkim huzurunda boşanma davası açamayacağını savunurlar. Bununla birlikte, bu menfi yaklaşımın kadın açısından ortaya çıkarılabileceği sıkıntıyı da göz önünde bulundurarak, bu duruma maruz kalmış bir kadının Şafii hâkim huzurunda boşanma davası açmasına ve hâkimin vereceği boşanma kararını Hanefi hâkimin uygulamasına da olumlu yaklaşmışlardır.

Maliki, Şafii, ve Hanbeli mezhepleri, aralarında küçük farklılıklar bulunmakla birlikte, nafakası karşılan(a)mayan karının boşanma davası açabileceğini kabul ederler. Bununla birlikte kadın kocası ile birlikte yaşayabilir ve onun cinsel yakınlaşmasına izin verebilir. Bu durumda nafaka koca üzerine borç yazılır. Ya da nikâh devam etmek koşuluyla kocasından ayrı yaşar (nikâhlı ayrılık) ve onu cinsel ilişkiden men eder. Bu durum devam ettiği sürece ise erkeğin nafaka ile ilgili yükümlülüğü düşer. Nikâhlı ayrılık olarak isimlendirilebilecek bu uygulama farklı gerekçelere istinat etmekle birlikte modern hukuk sistemlerince de kabul edilmektedir. Örneğin: Yeni Türk Medeni Kanununun 170,171 ve 172. Maddeleri nikâhlı ayrılık hükümlerini içerir. Buna göre eşler resmîyette evli, fiiliyatta ise ayırdırlar. Katolik Hıristiyan Hukukunda da “Ayrılık Müessesesi” adı ile bu uygulamanın mevcut olduğu görülmektedir.⁸¹

Zahiriler ise kocanın karısının nafakasını karşılayamama durumunun boşanma gerekçesi olamayacağını ve hatta böyle bir durumda zengin olan karının kendi parası ile nafakasını karşılaması gerektiğini belirtmektedirler.

Cumhuriyet dönemi Türk hukuk sisteminde kocanın yoksulluğu sebebiyle boşanma hükmü içeren bir yargı kararı bulunamamıştır. Bununla birlikte kocanın ailesinin geçimini sağlamak için bir işte çalışmaması kadının boşanma davası açması için gerekçe kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında da geçen bu gerekçeye göre kocanın çalışması birlik içindeki görevlerindedir; çalışmayan koca evlilik birliği görevlerini ihmal etmiş ve yerine getirmemiş sayılmakta ve bu durum bir-

81 Berki, “Boşanma ve Ayrılık”, s. 146-147.

liğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik” sebebi olarak görülmektedir. Dolayısıyla buna maruz kalan kadın, bu gerekçeyle boşanma davası açmakta haklı olmakta, mahkemeler de bu gerekçeyle açılmış davalarda boşanmaya hükmetmektedirler. Türk mahkemelerinin bu yöndeki kararlarının, çalışmayan kocanın karısı ve çocuklarının geçim giderlerini karşılamakta sergilediği ihmal ve acziyete dayandırdığı anlaşılmaktadır.

İslam Hukunda kayıp kocanın durumu Yeni TMK’nın 164. Maddesinin konusunu teşkil eden “*terk*” hükümlerine benzemekte olduğundan, karşılaştırmanın bu ikisi arasında yapılması uygun düşmektedir. Şu kadarla ki, İslam hukukunda kocanın kayıp olması mutlak boşanma gerekçesi sayılmamaktadır. Kayıp koca karısının nafakasını bir şekilde temin ettiği sürece karısının boşanma davası açma hakkı bulunmamaktadır. TMK’ya göre ise terk mutlak boşanma gerekçesidir. Koca terk müddetince eşinin geçimini temin etse de Kanunda belirtilen süre ve usul gerçekleştikten sonra mahkeme boşanmaya hükmetmek zorundadır.

Nafakası temin edilmeyen kadının boşanmasının usulü ve bu boşanmanın hukuki vasfına gelince; böyle bir durumda her iki hukuk sisteminde de boşanmanın yargı kararına istinat etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, İslam hukukunda bu gerekçeyle boşanmanın vasfı bakımından mezhepler arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Malikîler bu şekildeki bir boşanmanın ric’i talak, Şâfiîler ve Hanbelîler ise bâ’in talak olduğu kanaatindedirler. Kocanın karısına rücu hakkı veya aynı kadınla yeniden evlenebilmesinin kurallarını belirleme bakımından bu ayırım İslam Hukukunda oldukça önemlidir. Türk Hukukunda ise benzer bir boşanma çeşitliliği bulunmamaktadır.

Kaynakça

- Akıntürk, Turgut - Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2016.
- Aydın, Mehmet Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi. Vakfı Yay., 1985.
- , “Osmanlı Hukukunda Kazâî Boşanma-Tefrik”, *Osmanlı Araştırmaları V*, İstanbul: 1986.
- Battal, Ahmet, *Boşanma Sebepleri: Bilimsel Araştırma Projesi Uygulama Sonuçları*, İstanbul: ADAG Vakfı, 2008.
- Berki, “Boşanma ve Ayrılık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 32, sy. 1 (1975), 135-154.
- Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali, *es-Sunenu’l-Kubrâ*, thk. Muhammed Abdulkadir ‘Atâ, Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-‘ilmiyye, 1424/2003.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985.

- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil b. İbrâhîm el-Cu'fî, *Şahîhu'l-Buhârî*, (Bir ciltlik el-Kutubû's-Sitte'nin içinde), Riyad: Dâru's-Selâm, 1421/2000.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn, *Keşşâfu'l-Kınâ' 'an Metni'l-İknâ'*, Riyad: Dâru 'Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003.
- Desûkî, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe, *Hâşiyetu'd-Desûkî 'ale's-Şerhi'l-kebîr*, b.y.: Dâru İhyâi'l-Kutubi'l-'Arabiyye, ts.
- Doğan, Murat. “Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 52, sy. 4 (2003), 93-129.
- Dural, Mustafa v.dğr., *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî, *Sunenu Ebî Dâvûd* (Bir ciltlik el-Kutubû's-Sitte'nin içinde), Riyad: Dâru's-Selâm, 1421/2000.
- Ebû Zehre, Muhammed, *Ahvâlu's-şahşiyye*, Kahire: Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, ts.
- Erbay, Celal, “Nafaka”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: 2006, XXXII, 282-285.
- Erbay, Celal, *İslam Hukukunda Evlilik ve Hısmılık nafakası*, İstanbul: 1998.
- Ferruh, Ömer, *İslam Aile Hukuku*, çev. Yusuf Ziya Kavakçı, İstanbul: 1968.
- Gözübenli, Beşir, “Mefkud”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Ankara: 2003, XXVIII, 353-358.
- Gürpınar, Damla, “Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu”, *Journal of Yaşar University*, c. 8, sy. 30 (Özel Sayı), (2013), 1293-1339.
- Hallâf, Abdulvehhâb, *Ahkâmu'l-ahvâli's-şahşiyye fi şer'ati'l-İslamiyye*, Kuveyt: Dâru'l-Kalem, 1410/1990.
- Heytemî, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed b. Muhammed, *Tuhfetü'l-muhtâc bi-şerhi'l-Minhâc*, b.y.: Daru İhyâit-Turasi'l-'Arabî, ts.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî, *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebşâr*, thk.-tlk. Ahmed Abdulmevcûd ve Ali Muhammed Muavvid, Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-'İmiyye 1423/2003.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd el-Endelüsî el-Kurtubî, *el-Muḥallâ*, b.y.: İdaratu't-Tibâ'ati'l-Muniriyye 1352.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed el-Cemmâilî el-Makdisî, *el-Muḡnî*, thk. Abdullah b. Abdulhasen et-Türki-Abdulfettah Muhammed el-Hulû, Riyad: Dâru 'Âlemi'l-Kutub, 1417/199.
- İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî, *el-Baḥru'r-Râik şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Beyrut: Şirketu Alauddin, ty.
- İbnu'l-Humâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-Kadîr* (Bâbertî'nin Şerhi, Sâdi Çelebî'nin Haşiyesi ve Kâdi Zâde'nin Tekmileleri ile birlikte), Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Kayar, İsmail, “Türk Hukukuna Göre Evlilik Birliğinde Eşlerin Hak ve Görevleri”, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, sy. 5, (1994), 333-350.
- Nevevî, Ebû Zekerıyyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî, *Kitâbu'l-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb li's-Şirâzî*, b.y.: İdaratu't-tibâ'atu'l-munîra li Şirketi'l-'Ulemâ, ts.

- Paçacı, İbrahim, “Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evlence ve Boşanma Örneği)”, *Çağımızda Sosyal Değişme ve İslam, 2002 Yılı Kutlu Doğum Sempozyumu Tebliğ ve Müzakereleri*, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, (2007), 385-407.
- Remli, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ahmed b. Hamza, *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*, Beyrut: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1424/2002.
- Sâlih Abdüssemi' el-Ezherî, *Cevâhiru'l-iklil*, Beyrut: el-Mektebetu's-Sakafiyye, ts.
- Serahsi, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebi Sehl Ahmet, *el-Mebsût*, Daru'l-Ma'rife:1409/1989.
- Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris b. Abbâs, *el-'Um*, thk. Rifat Fevzi Abdülmuttalip, Mekke: Daru'l-Vefa, 1422-2001.
- Şevkânî, Muhammed b. Ali, *Neylu'l-Evtâr*, b.y., Dâru'l-Hadis, 1413/1993.
- Şirâzi, Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm b. Ali b. Yûsuf, *el-Mühezzeb fî fikhî'l- İmâmi's-Şâfi'i*, thk. Muhammed Zuhayli, Beyrut: Dâru kutubi'l-İlmiyye, 1416/1995.
- Şirbinî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb el-Kâhirî, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*, Beyrut: Daru'l-Ma'rife, 1418/1997.
- Yaman, Ahmet, *İslam Aile Hukuku*, İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Yay., 2013.
- Yüksel, Sera Reyhani, “Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 18, sy. 2, (2014), 175-200.
- Yılmaz, İbrahim, *Yetki ve Sistem Açısından İslam Hukukunda Boşanma*, Kayseri: Laçın Yay., 2007.