



ISSN: 2146-4901
e-ISSN: 2667-6575

Hidâne Konusu Bağlamında Mâlikî Mezhebi ve el-Müdevvenetü'l-üsrâ'nın Karşılaştırılması

A Comparison of the Malikî Sect and al-Mudawwana al-Usrâ in the Context of the Issue of Custody (Hidāna)

Yakup DALMIZRAK

ORCID: 0000-0001-9672-8431 | E-Posta: ydalmizrak1683@gmail.com

Arş. Gör., Hakkari Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Ana Bilim Dalı
Res. Assist., Hakkari University, Faculty of Divinity, Department of Islamic Law
Hakkari, Türkiye
ROR ID: [00nddb461](https://orcid.org/00nddb461)

Article Information / Makale Bilgisi

Citation / Atıf: Dalmızrak, Yakup. "Hidâne Konusu Bağlamında Mâlikî Mezhebi ve el-Müdevvenetü'l-üsrâ'nın Karşılaştırılması". *Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 32 (Eylül 2023), 291-315. <https://doi.org/10.35415/sirnakifd.1244184>

Date of Submission (Geliş Tarihi)	29. 01. 2023
Date of Acceptance (Kabul Tarihi)	14. 04. 2023
Date of Publication (Yayın Tarihi)	15. 09. 2023
Article Type (Makale Türü)	Research Article (Araştırma Makalesi)
Peer-Review (Değerlendirme)	Double anonymized - Two External (İki Dış Hakem / Çift Taraflı Körleme).
Ethical Statement (Etik Beyan)	It is declared that scientific and ethical principles have been followed while carrying out and writing this study and that all the sources used have been properly cited. (Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunur).
Plagiarism Checks (Benzerlik Taraması)	Yes (Evet) – Turnitin / Ithenticate.
Conflicts of Interest (Çıkar Çatışması)	The author(s) has no conflict of interest to declare (Çıkar çatışması beyan edilmemiştir).
Complaints (Etik Beyan Adresi)	suifdergi@gmail.com
Grant Support (Finansman)	The author(s) acknowledge that they received no external funding in support of this research. (Bu araştırmayı desteklemek için dış fon kullanılmamıştır).
Copyright & License (Telif Hakkı ve Lisans)	Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the CC BY-NC 4.0. (Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır).

Özet

Klasik fıkıh, insanın doğumundan ölümüne kadar hayatın her alanında karşılaştığı problemlere çözüm sunmak için şer'î deliller çerçevesinde belli başlı düzenlemeler yapmıştır. Bunların başında, Modern dönemde medeni hukukun bir alt dalı olan aile hukuku bünyesinde ele alınan, bireyin içinde doğduğu, yetiştiği ve topluma entegre olduğu aile ile alakalı düzenlemeler gelmektedir. Bireyin hayatında önemli bir dönüm noktası olan aile, nikâhla kurulur. Sahih nikâhla kurulan evlilik birliğinde doğan çocukların bütün temel ihtiyaçları, nikâh bağı devam ettiği sürece ebeveynin uhdesinde görülmüştür. Boşanma ya da ebeveynen biri yahut her ikisinin vefat etmesi ile korumasız kalan çocukların sağlıklı bir şekilde yetişmeleri, temel ihtiyaçlarının karşılanması ve oluşabilecek herhangi bir mağduriyetin ilk andan itibaren önlenmesi için varsa ebeveyne yoksa onların yakın akrabalarına bazı haklar tanınmıştır. Klasik fıkıh kitaplarında nikâh, talâk, velâyet ve nafaka gibi kanunlarla birlikte ele alınan hidâne, ebeveynin boşanma veya vefatı durumunda bakıma muhtaç kalan çocukların barınma, eğitim, mesken, nafaka ve öz bakım gibi temel ihtiyaçlarının sağlanmasına ilişkin hükümleri konu edinmektedir. Söz konusu bölümde, çocuğun bakımını kimin üstleneceği, bakımı üstlenen kişinin taşıması gereken niteliklerin neler olacağı, hangi durumlarda bu hakkın kaybedileceği, bakımın süresi, hidânenin prensipte kimin hakkı olduğu gibi sorulara cevaplar aranmaktadır. Bu çalışmada zikredilen sorular bağlamında yaygın amelî mezheplerden biri olan Mâlikî mezhebi ile 2004 yılında Fas Aile Hukuku alanında reform niteliğinde olan *el-Müdevvenetü'l-üsrâ* adlı kanun metninde alınan kararların karşılaştırılması hedeflenmektedir. Bu karşılaştırma ile modern dönemde yürürlüğe giren kanunun Mâlikî mezhebine ne derecede bağlı kaldığı ve hangi hükümlerde mezhepten ayrıldığı hususlarında bir çerçeve sunulması ve böylece nüfusunun hemen tamamı Müslüman olan ve çoğunluğu Mâlikî mezhebine mensup Fas'ta mezhep görüşlerinin ve dolaylı olarak modern çağda yaygın olarak vurgulanan eşitlik, hürriyet, insan hakları ve kadın hakları gibi kavramların yeni kanundaki etkisi hakkında fikir vermesi beklenmektedir. Çalışmada Mâlikî mezhebinin meşhur eserlerine başvurularak öncelikle mezhebin görüşleri işlenmiş; akabinde kanun metninin hükümleri, kanun metnine yazılan şerhler ve kanun üzerine oluşan tâlî kaynaklardan istifade edilerek aktarılmıştır. Bununla beraber ulaşılabilen Fas Yargıtay Mahkemesi'nin icthatları, yerel ve istinaf mahkemelerince alınan kararlar işlenerek bir mukayese yapılmıştır. Çalışmanın sonucunda kanunda alınan kararlarda genellikle mezhep görüşlerine bağlı kalındığı; ancak bazı konularda mezhepten ayrıldığı görülmüştür. Kanun, dağılan ailede çocuk ve ebeveyne bazı yeni haklar tanımıştır. Çocukların maslahatını ön planda tutarak ebeveyn ve diğer akrabalar hakkında mezhebin görüşlerinden farklı bazı kararlar almıştır. Söz gelimi çocuğu yedi yaşından küçük olan annenin evlendiği takdirde hidâne hakkının devam edeceği en radikal kararlardan birisidir. Bu doğrultuda ailenin diğer figürü babaya da örneğin anneanneden hemen önce hidâne hakkı tanınmıştır. Çekirdek aile dışında sadece anneannenin hidâne hakkı devam ettirilmiş, onun dışındaki kimselere ihtiyaç durumunda hidâne hakkının tanınması mahkemeye tevdi edilmiştir. Ayrıca kanun, kendi içerisinde boş kalan alanlarda Mâlikî mezhebine ait hükümlerin bağlayıcı olduğunu tasrih ederek mezheple bağlantısını koparmamıştır. Ayrıca araştırma sonucu mezhepten farklı olarak kanunun uygulayıcısı olan mahkemelerin hidâneyi çocuk hakkı olarak görüp aldıkları kararlarda mutlak bir biçimde çocukların maslahatını önceledikleri sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Mâlikî Mezhebi, el-Müdevvenetü'l-üsrâ, Hidâne, Çocuk Hakkı.

Abstract

Classical Fiqh has established certain rules within the framework of shar'ī evidence to provide solutions to the problems that arise in all areas of life, from birth to death. At the forefront of these are the regulations relating to the family in which the individual was born, raised, and integrated into society, which is considered within the framework of family law, a subdivision of civil law in the modern era. The family, which is an important turning point in the life of the individual, established by marriage contract (nikāh). All the basic needs of children born in a marriage union established with a valid marriage contract are under the responsibility of the parents as long as the marriage contract remains valid continues. To ensure the healthy upbringing of children left unprotected in a family that has broken up due to the divorce of the parents or the death of one or both parties, to meet their basic needs, and to prevent any possible victimization from the outset, certain rights have been granted to the parents, if there are any, or to their close relatives, if there are none. Custody (hidāna), which is handled as a section under topics such as marriage contract, divorce (talāq), custody, and alimony in classical fiqh books, deals with the provisions regarding the provision of basic needs such as shelter, education, housing, alimony, and care of children who require care due to the divorce of their parents or the death of one of them. In this section, answers are sought to questions such as who should take care of the child, what qualifications the person taking care of the child should have, in what cases this right can be lost, the duration of care, and who is entitled to custody in principle. In the context of the questions mentioned in this study, it aims to compare the decisions taken in the text of the law (ḳanūn) called al-Mudawwana al-usrā, which is a reform in the field of Moroccan Family Law in 2004 with the Mālikī sect. This comparison aims to provide a framework for the extent to which the law enacted in the modern era adheres to the Mālikī sect and in which provisions it departs from it, and it is also expected that this comparison will give an idea of the impact of the sect's views and, indirectly, of concepts such as equality, freedom, human rights, and women's rights, which are widely emphasized in the modern era, on the new law in Morocco, a country whose population is almost entirely Muslim and the majority of whom belong to the Mālikī sect. In the essay, the views of the sect were processed by referring to the high representative works of the Mālikī sect, and then the provisions of the law text were conveyed by making use of the annotations written on the text of the law and the secondary literature on the law. In addition, a comparison was made by analyzing the case law of the Moroccan Court of Cassation and the decisions taken by the local and appeal courts. As a result of the study, it has been seen that the decisions taken in the law generally adhere to the sect's views but differ from the sect in some issues. The law recognised some new rights for children and parents in a dissolved family. By prioritising the welfare of the children, it made some decisions about parents and other relatives that differed from the views of the sect. For example, one of the most radical decisions is that the mother whose child is under the age of seven will continue to have the right of custody if she marries. Accordingly, the father, the other figure of the family, was granted the right to custody just before the grandmother, for instance. Apart from the nuclear family, only the grandmother's right to custody was maintained in the law, and the granting of custody to others was entrusted to the court in case of need. However, the law did not break its connection with the sect by stating that the provisions of the Mālikī sect were binding in the areas that remained unaddressed. In addition, the study concluded that, unlike the sect, the courts, which were the enforcers of the law, considered custody a child's right and prioritized the best interests of children in their decisions.

Keywords: Islamic Law, Mālikī Sect, al-Mudawwana al-usrā, Custody (Hidāna), Child's right.

Giriş

Hidâne, el-hıdn (الْحِذْنُ) kelimesinden türeyen bir mastardır. Sözlükte kucak, bir şeyin yanları, kuşun yumurtalarını kanatlarının altına alması ve annenin çocuğunu bağrına basması gibi anlamlarda kullanılmaktadır.¹ İslâm hukukunda ise kelimenin sözlük anlamları ile bağlantılı bir şekilde genel olarak “çocuğun bakımını üstlenmek” anlamıyla kavramlaşmıştır. Mâlikî mezhebinde hidâne “Çocuğun evi, bakımı, yiyeceği, giyimi, yatacağı yeri ve beden temizliği konusunda korumaya almak.” şeklinde Ebü'l-Velîd el-Bâcî (öl. 474/1081) tarafından tanımlanmış ve bu tanım mezhebin geç dönem eserlerinde yaygın bir şekilde kullanılmıştır.² Hidâne hakkına sahip olan kişi kanunî olarak çocuğun bedensel ve ruhsal ihtiyaçlarını karşılama, güvenliğini sağlama ve eğitimini üstlenme gibi hak ve sorumluluklara sahip olmaktadır. Bu hakka sahip olan kişiye de hâdin/hâdine denilmiştir.³ Hidâne konusu klasik fıkıh eserlerinde genellikle ilişkili olduğu nikâh, velâyet, nafaka veya talâk (boşanma) gibi konuların alt başlığında incelenmektedir.⁴

Bu çalışmada hidâne konusu bağlamında Mâlikî mezhebinin görüşleri ile *el-Müdevvenetü'l-üsrâ*'da alınan kararların karşılaştırılması hedeflenmektedir. Bu sayede nüfusunun hemen tamamı Müslüman olan ve çoğunluğu Mâlikî mezhebine bağlı olan⁵ Fas'ın adalet sisteminde mezhep görüşlerinin ne derece etkili olduğu hakkında fikir vermesi amaçlanmaktadır. Söz konusu kanun, Fas'ın, 1956 yılında Fransız sömürgesinden çıktıktan sonra bağımsız hukukunu oluşturmaya başlamasıyla ortaya çıkan, 1957 ve 1993 yıllarında yapılan aile hukuku reformlarının sonucusudur. 2004 yılında yapılan bu reform, Fas Yüksek Mahkeme üyesi tarafından “sosyal devrim” olarak nitelendirilmiştir.⁶ Bu kanun,

¹ Ebü Abdullâh er-Rekbî el-Battâl, *en-Nazmü'l-Musta'zeb fi tefsîri garîbi elfâzi'l-Mezhezzeb*, thk. Mustafâ Abdulhafîz Sâlim (Mekke: el-Mektebetü't-Ticâriyye, 1991), 2/229; Neşvân b. Saîd el-Yemenî el-Himyerî, *Şemsü'l-'ulûm ve devâu kelâmi'l-Arab min el-kulûm*, thk. Huseyn b. Abdullâh el-'Umerî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1999), 3/1488; Ebü'l-Fadl Cemâleddîn İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab* (Beyrut: Dâru Sâdir, 1414), 13/123.

² Ebü Abdullah Muhammed İbn Arefe, *el-Muhtasarü'l-fikhî*, thk. Hafiz Abdurrahman Muhammed Hayr (Dubâi: Mü'essesetü Halef Ahmed, 2014), 5/49; Şemseddin Ebü Abdullah el-Hattâb er-Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl fi şerhi muhtasari Halîl* (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1992), 2/214.

³ Ali Bardakoğlu, “Hidâne”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1998); İrem Karakoç, “Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19/3 (Temmuz 2015), 155.

⁴ Canan Tatar, “İslâm Hukukundaki Hidâne Müessesesinin Günümüz Uygulaması ile Mukayesesi”, *Kadın ve Demokrasi Derneği* 4/1 (Temmuz 2018), 87.

⁵ Sırrı Erinc, “Fas”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995), 12/187.

⁶ Katie Zoglin, “Morocco's Family Code: Improving Equality for Women”, *Human Rights Quarterly* 31/4 (2009), 965-967.

evliliğin geçerlilik şartları, evliliğin kanunla kurulup sona erdirilmesi, boşanma, ebeveynle çocuk arasındaki ilişkiler, hidâne ve velâyet vs. hakların kurulması, kısıtlanması ve sona erdirilmesi gibi konuları içerir.⁷

Araştırma sonucunda ülkemizde bu konu hakkında doğrudan yapılan herhangi bir çalışmaya rastlanmamıştır.⁸ Arap dünyasında ise mukayeseli çalışmalar yapılmışsa da konu ile alakalı herhangi bir çalışma tespit edilmemiştir.⁹ Batıda yapılan çalışmalarda kanunda alınan kararlar değerlendirilmişse de 2004 tarihli Ahvâl-i Şahsiye Kanunu ile Mâlikî mezhebini mukayese eden bir çalışmaya rastlanmamıştır.¹⁰

Çalışmada karşılaştırmanın sağlıklı bir şekilde yapılması için kaynak olarak Mâlikî mezhebinin temsil gücü yüksek klasik fıkıh eserleri kullanılacaktır. Özellikle ilk kaynaklar ve daha sonra Halîl b. İshâk'ın (öl. 776/1374) *el-Muhtasar* adlı eseri ve bu esere yazılan şerh ve hâşiyeler kullanılacaktır. Mezhep görüşlerini yansıtan metinler dışında Fas medeni hukukunda alınan hükümler için ise *el-Müdevvenetü'l-üsrâ*, ona yazılmış şerhler ve ulaşabildiğimiz Fas Yargıtay ve mahkeme kararları kullanılacaktır.¹¹

⁷ Ayrıntılı bilgi için bk. Nik L Tzianoudaki, "The 2004 Moroccan Family Code: An Innovation in Progress Issues of Private International Law", *Annales de La Faculté de Droit d'Istanbul* 57 (2008), 346.

⁸ Ülkemizde hidâne üzerine yapılan bazı çalışmalar şunlardır: Mustafa Bakır, "İslam hukukunda hidâne", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7 (Aralık 1986), 259-289; Hatice Ötegeçeli, *İslam hukuku açısından velâyet ve hadâne ilişkisi* (Malatya: İnönü Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020). Fas dâhil belli başlı ülkelerin kanunlarının incelendiği çalışma için bk. Ahmet Temel (ed.), *İslam Ülkelerinde Aile Hukuku Uygulamaları* (Kayıhan Yayınları, 2020).

⁹ Arap dünyasında yapılan karşılaştırmalı çalışmalar için bk. Ayide Süleyman Ebû Sâlim, *el-Hidâne fi'l-fikhi'l-İslâmî ve kânûnî'l-ahvâlî's-şahsiyyeti'l-Filistinî* (Filistin: el-Câmiatü'l-İslamiyye, Yükek Lisans Tezi, 2003); Hasan Muhammed Ebsiyye Seccâl, *el-Hidâne fi'l-fikhi'l-İslâmî ve kânûnî'l-üsreti'l-Cibutî* (Sudan: Camiatu Ummu Derman el-İslamiyye, Yükek Lisans Tezi, 2013); Berekat Mervan - Şerif Abdugani, *el-Hidâne fi'l-fikhi'l-İslâmî ve kanuni'l-üsreti'l-Cezâirî* (M'sila: Camiatu Muhammed Budiyaf, Yükek Lisans Tezi, 2020); Meryem el-Kenderî, "Ahkâmü'l-hadâne dirâseten mukâreneten mâ beyne'l-fikhi'l-Mâlikî ve'l-kânûnî'l-Kuveytî", *Ulûmu's-şerîati ve'l-kânûn* 47/4 (2020), 250 vd.

¹⁰ 1958 yılında Fas Aile Hukukunu konu edinen çalışma için bk. J. N. D. Anderson, "Reforms in Family Law in Morocco", *Journal of African Law* 2/3 (1958), 146-159. Modern Fas ve Tunus Aile Hukuku karşılaştırması ve genel değerlendirmeler için bk. Mounira M. Charrad, *Family Law Reforms in the Arab World: Tunisia and Morocco* (New York: Undesa, 2012). Fas Aile Hukuku'ndaki reformlar hakkında genel değerlendirmeler için bk. European Institute of the Mediterranean, (IEMed) "Reforms in Family Law in the Maghreb" (Erişim Tarihi: 08 Ocak 2023); Jamal J. Nasir, *The status of women under Islamic law and modern Islamic legislation* (Leiden; Boston: Brill, 2009), 183 vd.; Zoglin, "Morocco's Family Code", 965 vd.

¹¹ el-Müdevvenetü'l-üsrâ (MU), el-Hükümetü'l-Mağribiyye (2004), 70.03.

1. Hidâne Hakkında Genel Hükümler

Hidâne müessesesi hakkında Kur'ân-ı Kerîm'de özel olarak tahsis edilen bir âyet olmasa da dolaylı âyetler bulunmaktadır.¹² Bu âyetler dışında sünnet ve icmâdan deliller getirilmektedir.¹³ İbn Rüşd (öl. 595/1198) ve el-Mutîfî (öl.570/686) küçük çocukların korunması hakkında icmâ olduğunu söylerler. Onlara göre küçük çocuklar yaratılış olarak zayıf olup bakıma muhtaç olduğu için kendi ihtiyaçlarını karşılayabilecek yaşa gelinceye kadar bakımlarının üstlenilmesi gerekmektedir. Bu da farz-ı kifâye olup birinin yapmasıyla diğerlerinden düşer.¹⁴ Mâlikî mezhebinde kabul edilen görüşe göre ebeveyn, emzirme çağındaki çocuğun temel ihtiyaçlarını karşılamada sorumluluk sahibidir. Ebeveyninin ya da ikisinden birinin vefat etmesi veya boşanmaları durumunda çocukların bakımını kimin üstleneceği hususunda hidâne hükümleri devreye girmektedir.

el-Müdevvenetü'l-üsrâ'da¹⁵ hidâne, "Çocuğu zararlı şeylerden korumak, terbiye ve maslahatı için gerekli olan şeyleri yerine getirmek" şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bu hakkı bulunan kimsenin elinden geldiği kadar çocuğun beden ve ruh sağlığı için tüm gereklilikleri yerine getirmesi gerekir. Aynı şekilde şer'î nâibin¹⁶ yokluğunda ya da maslahatının yok olacağından korkulduğunda, hidâne sahibinin çocuğun maslahatını koruması beklenmektedir.¹⁷ Bununla beraber çocuğun bakımı, anne baba hayatta olup evlilik birliği devam ettiği sürece her ikisinin sorumluluğundadır.¹⁸ Bu maddelerde geçen hükümler mezhebin geç dönem eserlerinde sık sık atıf yapılan Bâcî'nin tanımından izler bulundurmaktadır. Zikredilen hükümler kıyaslandığında çocuğun yeme-içme, barınma ve güvenliğini sağlama konusunda mezhep ve kanunun ortak görüşte olduğu söylenebilir.

Mâlikî mezhebinde tercih edilen görüşe göre erkek çocuğun hidâne süresi deli ya da müzmin bir özrünün olmaması şartıyla ergenlik çağına kadardır. Kız çocuklarda ise bu süre

¹² Bardakoğlu, "Hidâne". İbn Rüşd, İsrâ 17/24, Bakara 2/233, Kasas 28/12-13 gibi âyetleri hidâne için delil olarak kullanmaktadır. Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed İbn Rüşd el-Cedd, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, thk. Muhammed Huccî (Beyrut: 1988), 1/562-563.

¹³ İbn Rüşd, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, 1/562-564.

¹⁴ Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 2/214; İbn Arefe, *el-Muhtasar*, 5/49.

¹⁵ Bundan sonraki kullanımlarda *el-Müdevvenetü'l-kübrâ* ile karışıklık olmaması için "müdevvene" şeklindeki kısaltması yerine *kanun* kelimesi kullanılacaktır.

¹⁶ Şer'î nâib hayatta olduğu sürece babadır. *el-Müdevvenetü'l-üsrâ*'da şer'î naiplik sıralaması şu şekildedir: 1-Rüşd sahibi baba, 2-Babanın yokluğunda ya da ehliyetini kaybettiğinde rüşd sahibi anne, 3- Babanın vasisi, 4- Annenin vasisi, 5-Kâdı, 6-Kâdının yetkilendirdiği kimse. Bk. MÜ, md. 231.; Muhammed eş-Şâfî, *ez-Zevâc ve inhilâlühü fi'l-Müdevveneti'l-üsrâ* (Marakeş: y.y., ts.), 294.

¹⁷ MÜ, md. 163.

¹⁸ MÜ, md. 164.

nikâhlanıp zifafa girmekle sona ermektedir. Şayet kız çocuğu nikâhlanıp ilişkiye girmeden boşanırsa hidânesi devam eder. Yani sadece akit ve boşanma ile hidâne hakkı düşmez.¹⁹ Mezhebin bu görüşüne karşılık kanunda kız ve erkek çocukların hidâne süresi kanunî olarak rüşd çağına ermesiyle son bulur.²⁰ Mâlikî mezhebinde değinilmeyen ancak kanunda kız ve erkek çocuklarına, on beş yaşına geldiklerinde diledikleri ebeveynin yanında kalmaları onların yokluğu durumunda ise şer'î nâibin izni ve maslahata aykırı olmadığı takdirde diledikleri bir akrabalarını seçebilme hakkı tanınmıştır.²¹ Burada hidâne süresi ve çocuğa ebeveyn tercih edebilme yetkisi verme konularında, kanunun mezhepten ayrıldığı görülmektedir.

Mezhebin tercih edilen görüşüne göre, çocuğu teslim alınca nafaka, giyim ve mesken gibi ihtiyaçlarının karşılanması, okula gönderilmesi ya da eğitici/öğretici tutulması babanın sorumluluğundadır. Baba zengin ise ihtiyaç durumunda hizmetçi tutabileceği²² gibi anne dâhil hiç kimseyi çocuğun nafakasını sağlamaya zorlayamaz.²³ Bu konuda kanunun mezheple paralel hükümler taşıdığı görülmektedir. Buna göre kanunda alınan kararlar şu şekildedir:

“Anne, baba ya da şer'î nâib çocuğun temel ihtiyaçlarını karşılama, terbiye ve eğitimine özen göstermelidir. Mahkeme çocuğun maslahatı icabıyla aksi bir hükümde bulunmadığı takdirde çocuk annenin evinde kalmalıdır. Anne dışındaki hidâne sahibi çocuğun günlük işlerini ve eğitimini takip etmelidir. Eğer hidâne sahibi ile şer'î nâib arasında bir anlaşmazlık çıkarsa durum mahkemeye taşınır ve çocuğun maslahatı yönünde karar alınır.”²⁴

Burada alınan kararlar ve mezhep görüşleri kıyaslandığında çocuğun eğitimi hakkındaki benzerlik dikkat çekmektedir. Bu konuda kanunun mezhepten etkilendiği rahatlıkla söylenebilir. Ayrıca erken dönemden itibaren çocuğun eğitim hakkına gösterilen özen kayda değerdir. Şunu belirtmek gerekir ki kanunda her durumda çocuğun maslahatı mutlak bir şekilde öncelenmekte ve aşağıda da geleceği üzere mahkemeye intikal eden olayların hemen hepsinde çocuğun maslahatı gözetilerek karar alınmaktadır.

¹⁹ Şemseddîn Ebû Abdillâh Muhammed ed-Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî 'alâ's-Şerhî'l-kebîr* (b.y.: y.y., ts.), 2/526.

²⁰ MÜ, md. 166.

²¹ MÜ, md. 166.

²² Ebû Saîd İbnü'l-Berâzî, *et-Tehzîb fî ihtisârî'l-Müdevvene*, thk. Muhammed el-Emîn (Dubâi: Dârü'l-Buhûs li'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye, 2002), 2/402; Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî*, 2/527.

²³ İbnü'l-Berâzî, *et-Tehzîb*, 2/402.

²⁴ MÜ, md. 169.

2. Hidâne Hakkı

Hidâne hakkının öncelikle kime ait olduğu, üzerinde önemle durulan konulardandır. Mâlikî mezhebinin genel görüşüne göre babanın vefatı ya da boşanma durumunda hidâne hakkı anneye aittir. Mezhep kaynaklarında boşanma durumunda hidâne hakkının ebeveynen kimin hakkı olduğu meselesi tartışılırken şu hadis delil olarak kullanılmaktadır: oğlunu kendisinden almak isteyen kocası hakkında şikâyetle bulunan kadına Hz. Peygamber; “*Evlenmediğin takdirde sen ondan daha hak sahibisin.*” buyurmuştur.²⁵ Bu rivâyete dayanarak nikâhlanıp cinsel ilişkiye girmediği sürece hidâne hakkının anneye ait olduğu hükmü çıkarılmıştır. Bunun gerekçesi olarak, annenin çocuğun maslahatlarını gözetme hususunda baba dahil herkesten daha özenli olduğu gösterilmiştir. Rivâyette de geçtiği üzere nikâhlandığı takdirde annenin hidâne hakkını kaybedeceği Mâlikî mezhebinde baskın görüştür.²⁶ Annenin nikâh sebebiyle düşen hidâne hakkının, ikinci kocası vefat ettiği ya da boşandığı zaman geri dönüp dönmeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu durumda hidâne hakkının geri dönmeyeceğini kabul eden görüşün *el-Müdevvenetü'l-kübrâ'* da serdedilen görüşle paralel olduğu ve sahih olanın da bu olduğu ifade edilmektedir. Ancak İbn Ebî Hazîm (öl. 184/800), Muğîre (öl. 186/802) ve İbn Dinâr'a (öl. 212/828) göre hidâne hakkı ikinci eşin vefatı ya da boşamasıyla geri döner. Bunlara göre nikâh karşı konulamaz zaruri bir ihtiyaçtır. Nikâhla söz konusu olan hak kaybı tıpkı hastalık ya da sütün kesilmesiyle oluşan ârızî bir engel gibidir. Bu engel ortadan kalktığında hak geri döner.²⁷ Mezhepte bununla irtibatlı olarak hidânenin çocuk hakkı mı yoksa anne hakkı mı olduğu tartışması bulunmaktadır.²⁸ Bu konuda İmâm Mâlik'ten iki rivâyet aktarılmıştır. Mâzerî (öl. 536/1141) ve daha başka âlimler İmâm Mâlik'ten her ikisinin hakkı olduğunu söyleyen üçüncü bir rivâyet daha aktarmaktadırlar.²⁹ Hidânenin anne hakkı olduğunu düşünenler yukarıda zikri geçen rivâyeti esas alırken, çocuk hakkı olduğunu düşünenler ise bununla amaçlananın çocuğun korunması ve maslahatı olduğuna dayanırlar. Nitekim anne

²⁵ Abdüsselâm b. Saîd et-Tenûhî Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ* (Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1415), 2/262; Ebû Muhammed el-Kâdî Abdülvehhâb, *el-Me'ûne 'alâ mezhebi 'âlimi'l-Medîne*, thk. Hamîş Abdülhak (Mekke: el-Mektebetü't-Ticâriyye, ts.), 2/940.

²⁶ Abdülvehhâb, *el-Me'ûne*, 2/940-941.

²⁷ Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, thk. Muhammed Hâcî (Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1988), 5/220, 221.

²⁸ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, 5/221.

²⁹ Ebû Muhammed Abdülazîz b. İbrâhîm et-Temîmî, *Ravdatü'l-müstebîn fi Şerhi Kitâbi't-telkîn*, thk. Abdullatîf Zikâg (b.y.: Dâru İbn Hazm, 2010), 2/881.

evlendiğinde hidâne hakkının elinden alınması da bunu göstermektedir.³⁰ Bununla beraber mezhebin meşhur görüşüne göre hidâne anne hakkıdır. Anne dilerse hakkından vazgeçebilir. Hatta annenin hidâne hakkıyla muhâle'a yapabileceği, ivazlı ya da ivazsız hakkından vazgeçebileceği aktarılmaktadır.³¹ Hidâneyi çocuk hakkı olarak görenler ise bununla kadının muhâle'a yapamayacağını; çünkü başkasının malı ile muhâle'a yapılamayacağını söylemektedirler. Bunlarla beraber anne, bir özür sebebiyle hakkından vazgeçerse özü kalktığına hakkını talep edebilir. Ancak keyfi olarak hakkından vazgeçtiği takdirde tekrar hak iddia edemez.³²

Kanun metni incelendiğinde hidânenin anne hakkı olduğu konusunda mezheple ittifak içerisinde olduğunu söylemek zordur. Ancak annenin hakkının düşmesi konusunda mezhepten net bir şekilde ayrıldığı görülmektedir. Bu hususta alınan kararlar şu şekildedir:

“Anne evlense bile şu durumlarda hidâne hakkı düşmez:

- a) Eğer çocuk yedi yaşını aşmamış ya da annesinden ayrılmakla kendisine bir zarar dokunacaksa;
- b) Çocuğun bir özü var ve anne dışındaki kişiler için bir meşakkat olacaksa;
- c) Eğer evlendiği kimse çocuğun mahremi ya da çocuğun şer'î nâibi ise;
- d) Kendisi şer'î nâib ise. Anne evlendikten sonra baba çocuğun mesken ihtiyaçlarını ve hidâne ücretini ödemekten muaf olur. Ancak çocuğun nafakasını sağlamak baba üzerinde devam eder.”³³

Mezhebin baskın görüşüne göre annenin evlendikten sonra hakkı düşerken kanunda bu hak çocuk yedi yaşına gelene kadar devam etmektedir. Mahkeme alınan kararlarda kanuna bağlı kalmıştır. Söz gelimi Fas'ın Ucdâ kentinde 2006 yılında İstinaf Mahkemesi'nin aldığı kararda beş yaşını geçmeyen çocuğun hidânesi kanununun 175. maddesi delil gösterilerek, maslahata daha uygun olduğu gerekçesiyle anne yabancı biri ile evlense dahi hidânenin annede kalmasına karar verirken³⁴ 2005 yılında Jadida İstinaf Mahkemesi'nde, çocuğu on yaşını geçen kadının yabancı biri ile evlenmesi halinde hidâne hakkının düşürülmesine hükmetmiştir.³⁵

Kanunda yer alan *“Anne ve çocuğun ayrılmasıyla çocuğa zarar gelmesi”* kaydı ise mezhep görüşü ile paraleldir. Çünkü mezhepte de eğer çocuk anne dışında kimseyi

³⁰ Abdülvehhâb, *el-Me'ûne*, 2/940.

³¹ Şemseddîn Ebû Abdullah el-Hattâb er-Ru'aynî, *Tahrîrû'l-kelâm fi mesâilil-iltizâm*, thk. Abdusselam Muhammed eş-Şerîf (Lubnân: Dârü'l-garbi'l-İslâmî, 1984), 207.

³² Ebü'l-Kâsım Ubeydullâh İbnü'l-Cellâb, *et-Tefrî' fi fihri'l-İmâm Mâlik b. Enes*, thk. Seyyid Kesrevî Hasan (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2007), 1/436.

³³ MÜ, md. 175.

³⁴ Ucdâ Bölge Adliye Mahkemesi, K. 2006/239 (22 Mart 2006).

³⁵ Jadida Bölge Adliye Mahkemesi, K. 2005/06-362 (30 Mayıs 2005).

emmiyorsa hidâne hakkı devam etmektedir. Bu da en azından emzirme süreci boyunca evlense bile, çocuğun anne ile kalacağına işaret etmektedir. Ayrıca mezhepte mutlak nikâh, hakkın düşmesi için yeterli görülmemiş, zifaf şartı da koşulmuştur. Kanunda ise böyle bir ayırım yapılmamıştır. Diğer bir husus ise farklı görüşler olsa da mezhebin meşhur görüşüne göre nikâh ve zifaf sonrasında düşen hak, talâk ya da vefatla geri dönmezken kanunda bu hakkın geri dönebileceği karara bağlanmıştır.³⁶ Burada mezhep görüşünden farklı bir tutum benimsendiği göze çarpmaktadır. Ancak kanun, oluşabilecek herhangi bir olumsuzluğu önlemek adına bu hükmü açıkta bırakmayarak “*Mahkeme, çocuğun maslahatını dikkate alarak dönen hakkı gözden geçirebilir.*”³⁷ şeklinde bir kayıt koymuştur. Fas Yargıtay hükümleri incelendiğinde kanunda belirtilen yönde bazı kararlar alındığı görülmektedir. 26/10/2021 tarihinde alınan 22361 referanslı 485/2 no’lu kararda anneye bağımlı olan yahut anneden ayrıldığı takdirde bir problem yaşamasının öngörülmesi bilirkişi raporuyla tespit edilen çocuğun annede kalmasına hükmedilmiştir.³⁸ Yine 2016 yılında alınan 541 no’lu kararda çocuğun ifadesine dayanılarak annesine ihtiyaç duyduğu, annesinin yanında her türlü eğitim, sosyal vb. ihtiyaçlarının karşılandığı ve kendisinden ayrıldığı takdirde psikolojik sorunlar yaşayabileceği göz önünde bulundurularak çocuğun anne ile birlikte kalması kararlaştırılmıştır.³⁹ Bir diğer hükümde ise kadının evlenmesine rağmen çocuğun annesine ihtiyaç duyduğu gerekçesiyle babanın velâyeti alma talebi reddedilmiş ve kadının lehine hüküm verilmiştir.⁴⁰ Zikri geçen bu hükümlerde maslahat gereği annede kalan çocuğun yine aynı prensibe bağlı kalınarak anneden alındığı durumlar da olmuştur. 2006 yılında Hocaima kentinde İstinaf Mahkemesi’ne intikal eden bir olayda anne daha önce iki kızının hidânesinden vazgeçerek babalarında kalmaları üzerine anlaşmıştır. Ancak kadın daha sonra kız çocuklarının hidânesini alma konusunda herhangi ruh ve sinir hastalığı taşımadığını doktor raporuyla ispatlamış ve kız çocuklarının istinaftan önceki mahkemede kendi yanında kalmak istediklerini, kendilerine olan şefkat ve merhametini itiraf ettiklerini iddia etmiş olmasına rağmen mahkeme, çocukların babalarının yanında kalmalarına karar vermiştir. Mahkeme bu hükme, boşamadan itibaren erken yaşlardan beri çocukların babalarının yanında kaldığını ve zaten öğretmen olan babanın onların yetiştirilmesi, sorun ve

³⁶ MÜ, md. 170.

³⁷ Bk. MÜ, md. 170.

³⁸ Cour de cassation (Cass), K. 2021/485-2 (26 Octobre 2021).

³⁹ Cour de cassation (Cass), K. 2016/541 (19 Juillet 2016).

⁴⁰ Cour de cassation (Cass), K. 2011/139 (29 Mars 2011).

ihtiyaçlarını bilme, iyi bir şekilde yönlendirme, koruma ve terbiye etmede yetkin olduğunu, maslahatın da bunu gerektirdiğini gerekçe göstermiştir.⁴¹ Alınan tüm bu kararlardan çocuğun maslahatının mutlak bir şekilde öncelendiği apaçıktır. Buradan yola çıkarak mezhepte tartışılan “hidâne anne hakkı mı, çocuk hakkı mı” sorusunun kanundaki cevabını vermek mümkündür.

Anneden sonra hidâne hakkına anneanneninin sahip olduğu hususunda Mâlikî alimleri arasında ihtilâf yoktur.⁴² Anneanneden sonra hidâneye hak sahibi olanlar sırasıyla çocuğun teyzesi, annenin teyzesi, çocuğun babaannesi, babası, kız kardeşi ve halasıdır. Zikredilen kimselerden hiçbiri yoksa çocuğun asabesi⁴³ hak sahibi olur.⁴⁴ İmâm Mâlik’e nispet edilen bir görüşe göre teyze kızları, hala kızları ve çocuğun kardeşlerinin kızları için hidâne hakkı yoktur.⁴⁵ Halil b. İshâk ise erkek ve kız kardeşlerin kızları ya da bunlara denk olan kimsenin hidâne hakkının zâhir görüşe göre var olduğunu söyler.⁴⁶ Bu tartışma, “Bir kadının hidâne hakkına sahip olabilmesi için nesep yönüyle akraba veya evlenilmesi haram olan kimselerden biri olmalıdır.” şeklinde geliştirilen kaideden kaynaklanmaktadır. Örneğin teyze ve hala kızları evlenilmesi yasak olmadığı için, süt anne ise arada nesep bağı olmadığı için hidâne hakkına sahip değildir.⁴⁷

Hidânedede hak sahibi olan kadınların çocuğun mahremi olmayan biri ile evli olmaları durumunda hakları düşer.⁴⁸ Yine kadınlardan öz ve üvey kimseler arasında hidâne hakkının kime ait olduğu konusunda prensip olarak öz, üvey olana tercih edilmektedir.⁴⁹

Mezhepte anneanneden sonra baba mı yoksa çocuğun teyzesi mi hak sahibi olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. *Müdevvene’*de serdedilen görüşe göre teyze ve babaanne babadan önce gelir. İmâm Mâlik’e nispet edilen bir diğer görüşe göre baba, teyze ve babaanneden önce gelir. İbn Habîb es-Sülemî’nin (öl. 238/853) İmâm Mâlik’e nispet ettiği üçüncü görüşe göre baba, hidânedede zikredilen tüm kadınlardan sonra gelir. Dördüncü

⁴¹ Hocaima Bölge Adliye Mahkemesi, K. 2006/416 (13 Temmuz 2006).

⁴² İbn Rüşd, *el-Mukaddimâtü’l-mumehhidât*, 1/565.

⁴³ İslam hukukunda miras bırakana doğrudan ya da erkek vasıtasıyla bağlanan kişileri ifade eder. Burada çocuğun baba tarafından akrabaları kastedilmektedir. bk. Hayreddin Karaman, “Asabe”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1991).

⁴⁴ Halil b. İshâk el-Cündî, *el-Muhtasar*, thk. Ahmed Ca’ d (Kahire: Dârü’l-Hadîs, 2005), 139.

⁴⁵ Ebû Ömer İbn Abdülber, *el-Kâfi fi fıkhi ehli’l-Medîne*, thk. Muhammed el-Moritânî (Riyad: Mektebetu Riyâd el-Hadîse, 1400), 4/625; ‘Alî b. Muhammed Ebû’l-Hasan el-Lahmî, *et-Tabsire*, thk. Ahmed Abdülkerim Necîb (Katar: İdâretü’l-Evkâf ve’ş-Şu’ûni’l-İslâmiyye, 2011), 6/2558.

⁴⁶ Halil b. İshâk, *el-Muhtasar*, 139.

⁴⁷ İbn Rüşd, *el-Mukaddimâtü’l-mumehhidât*, 1/564.

⁴⁸ İbn Abdülber, *el-Kâfi*, 2/624-625.

⁴⁹ İbn Rüşd, *el-Mukaddimâtü’l-mumehhidât*, 1/567.

görüğe göre ise baba teyzeden sonra babaanneden önce gelir.⁵⁰ Ancak belirtmek gerekir ki meşhur olan görüşe göre anne tarafından akraba olan kadınların hepsi babadan önce gelmektedir.⁵¹

Kanunda ise hidâne hakkı sıralaması mezhebin ayrıntılı tasnifinden farklılık arz etmektedir. Buna göre hidâneye hak sahibi olan ilk kişi annedir. Vefat ya da bir engel durumunda baba, o da yoksa anneanne hak sahibidir. Bu üçü dışında kimseye doğrudan hak tanınmamış, bunların yokluğunda durum mahkemeye intikal ederek, mahkemenin uygun bulduğu, şartları taşıyan akraba ya da yabancı birinin atanması kararlaştırılmıştır. Bu şartları da sağlayan kimse bulunmaz ve mahkeme kimseyi seçmezse bu amaç için kurulmuş kurumlardan birini belirler.⁵² Görüldüğü üzere mezhep ve kanun arasında hak sahipleri ve sıralama konusunda ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Ancak kanun ilk olarak zikredilen üç kişiye hidâne hakkını doğrudan tanısa da mezhepte zikredilen sıralamayı tamamen yok saymamış ve mahkemenin takdirine bırakmıştır. Kanun, hidâne sahibini belirlerken şu şartları taşımasını kararlaştırmıştır: “Mahkeme akrabalardan birini atarken çocuğun maslahatını en çok düşünme, ehliyet sahibi olma ve nafaka gereklerinden biri olan çocuğa uygun mesken hakkını sağlama cihetlerini dikkate alır.”⁵³ Bu maddenin muhtevası dikkate alındığında aslında kanunun mezheple aynı kaygıyı taşıdığı yani çocuğun uygun kimselere teslim edilme hassasiyeti içinde olduğu anlaşılmaktadır.

Kanunda geçen mahkeme ayrıntısına ayrıca vurgu yapmak gerekmektedir. Nitekim anlaşıldığı kadarıyla mezhepte, hâkime ancak anlaşmazlık durumunda başvurulabilirken kanunda anlaşmazlık dışında da mahkeme re'sen yetki sahibi olmaktadır. Anne-babadan ve anneanneden sonra hidâne sahibinin belirlenmesi doğrudan mahkemenin takdirine bırakılması, hak sahibini tayin ederken çocuğun maslahatına göre hüküm verebilmesi bu vurgunun en etkili örneklerindedir.⁵⁴ Benzer şekilde mahkemeye, hidâne hakkını vereceği ehil bir kimseyi tespit edemediği durumda çocuğu bir kuruma teslim edebilme yetkisinin verilmesi de dikkat çeken bir başka husustur.

⁵⁰ Ebü'l-Hasen Alî b. Saîd er-Recrâcî, *Menâhicü't-tahsîl ve netâ'icu letâ'ifi't-te'vîl fi Şerhi'l-Müdevvene ve hallu müşkilâtiha* (b.y.: Dâru İbn Hazm, 2007), 4/142.

⁵¹ İbn Rüşd, *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*, 1/566.

⁵² MÜ, md. 165, 171. Burada bahsedilen kurum hakkında kanun herhangi bir nitelik belirtmemiştir. Bk. Şâfiî, *ez-Zevâc ve inhilâluhu*, 291.

⁵³ MÜ, md. 171.

⁵⁴ Ayrıca bk. Zoglin, “Morocco’s Family Code”, 974.

Dikkat çekilmesi gereken bir diğer nokta ise kanunun babaya tanıdığı hak ve ondan aldığı haklar konusudur. Mezhepte baba hidâneye sahip olma sıralamasında çocuğun anneannesi, teyzesi, annenin teyzesi ve çocuğun babaannesinden sonra gelirken kanunda anneden sonra zikredilmekle kendisine öncelik tanınmıştır. Öte yandan babadan alınan hakka gelince mezhepte anne evlenince çocuğun velâyeti yaş kaydı olmaksızın doğrudan babaya geçerken kanunda çocuk yedi yaşından küçükse velâyet doğrudan babaya geçmemektedir. Çocuk yedi yaşından büyükse ve anne evlenirse kendi talebiyle velâyeti alabilmektedir.⁵⁵ Burada da babanın velâyeti konusunda bir kısıtlamanın geldiğini söylemek mümkündür.

3. Hidâne Hakkına Sahip Olan Kişide Aranılan Vasıflar ve Hidâne Hakkını Düşüren Durumlar

Mâlikî mezhebinde hidâne hakkına sahip olabilmek için şu şartlar ileri sürülmüştür.

a) Akıl: Kadın olsun erkek olsun hak sahibi olabilmenin ilk şartı akıldır. Deli olan, akli bazen giden, akli hafif olan kimseler için hidâne hakkı yoktur.

b) Kifâyet: Çocuğun ihtiyaçlarını karşılamada yeterli olmalıdır. Müzmin bir özürlü olan, ihtiyaçlarını yerine getirmekte zorlanacak kadar yaşlı veya hasta olan kimsenin hidâne hakkı olmaz.

c) Mekânın Güvenliği: Oturduğu mekân kız çocukları için güvenli olmalıdır. Mahdun erkek ise bu şart müstehap görülmüştür. Ancak erkek çocuğun malının güvende olduğu bir mekân olması da şart koşulmuştur.

d) Emniyet: Baba olsun anne olsun dinde emin olmaları ve çocuğun dinini koruma noktasında güven vermeleri gerekir. İçki içen, zina ile meşhur olan fasık kimse mahrem dahi olsa hidâne hakkına sahip olamaz. Zikri geçen emanet sıfatı aslında hem din hem de malı korumayı kapsasa da burada özellikle dinin korunması için zikredilmiştir. Çocuğun malını koruyabilmesi için hidâne sahibinin taşıması gereken sıfatı vurgulamak için rüşd kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla hidâne sahibi hem çocuğun dinini koruma konusunda emin hem

⁵⁵ Fatima Sadiqi, "Morocco", *Women's Rights in the Middle East and North Africa*, ed. Sanja Kelly - Julia Breslin (New York: NY: Freedom House; Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2010), 320.

de malını koruma konusunda rüşd sahibi olmalıdır. Çünkü, fayda ve zararı ayırt edemediği için çocuğun malını heder etme ihtimaline karşı sefih kimseye hidâne hakkı tanınmamıştır.⁵⁶

Mezhepte erkeğin hidâne hakkının oluşabilmesi için özel bir şart koşulmuştur. Buna göre hidâne sahibi olabilmesi için erkeğin yanında mutlaka annesi, eşi, cariyesi, hizmetçisi, ücretli ya da ücret almadan çocuğun bakımı için tutulan kadınlardan herhangi biri olmalıdır. Çünkü çocuk bakımında kadınlar yaratış gereği erkeklerden daha başarılı ve daha sabırlıdır. Bu nedenle yanında kadın olmayan kimse hidâne hakkı iddia edemez. Ayrıca, kız çocuğunun hidânesine sahip olabilmesi için erkeğin, güvenilir olsa bile kızın mahremi olması ve fasık olmaması gerekir.⁵⁷ Mezhepte hidâneye sahip olmak için erkeğin yanında mutlaka bir kadının olması gerektiği hükmüne karşılık kanun metninde herhangi bir kayda rastlanılmamıştır. Buna göre kanunda babanın anneden sonra mutlak olarak hidâne hakkına sahip olacağı söylenebilir.

Kadının hidâne sahibi olabilmesi için ise hidâne hakkı düşen kimseyle aynı evi paylaşmamalıdır. Örneğin anneanne, başkasıyla evlenip hidâne hakkı düşen kızıyla aynı evde yaşıyorsa hidâne hakkı iddia edemez. İkinci bir şart ise kadının nikâhlanıp zifafa girmemesi gerekir. Bu ikinci şartın istisnaları bulunmaktadır. Söz gelimi anne evlendiğinde eğer çocuğun kendisinden ayrılması çocuğa zarar verecekse ya da süt çağında olup annesinden başkasını kabul etmiyorsa, evlenilen kimse çocuğun mahremi ise ya da çocuğun mahremi değil fakat velisi ise hidâne hakkı devam eder.⁵⁸ Hidâneye sahip olabilmesi için kadının Müslüman olması şart koşulmamıştır. Ancak bu durumda, gayrimüslim kadının çocuğa İslâm'a göre helal olmayan yiyecek/içecekleri vermesi engellenir. Eğer bunu yapacağından korkuluyorsa müslüman birinin yanına yerleştirilir. Çocukların korumasız oldukları anlaşılınca ya da çocuklar buluşa erdiklerinde, bu kadınlardan alınabilir. Mâlikî mezhebinde meşhur olan görüş bu şekildedir. İmâm Mâlik'in önde gelen öğrencilerinden İbn Vehb (öl. 197/813) ise Hıristiyan olan kadının hidâne hakkı olmadığını iddia eder. Ona göre Müslüman kadın çocuğuna kötü şeyleri telkin ettiğinde nasıl ki çocuğu kendisinden

⁵⁶ Behrâm b. Abdullâh b. Abdilazîz ed-Demîrî, *eş-Şâmil fi fihî'l-İmâm Mâlik* (Merkezu Nuceybiyye, 2008), 1/508; Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî*, 2/528.

⁵⁷ Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî*, 2/529; Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed es-Sâvî, *Bulğatu's-sâlik li akrabi'l-mesâlik el-Ma'rûf bi Hâşiyeti's-Sâvî 'ale's-Şerhi'l-kebîr* (Dârü'l-Me'ârif, ts.), 2/759.

⁵⁸ Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî*, 2/529-530.

alınıyorsa Hıristiyan kadına hidâne hakkı tanımamak da çocuk için daha uygun bir hükümdür.⁵⁹

Son olarak hidâne hakkı bulunan kimse erkek olsun kadın olsun sefere çıktığında hidâne hakkı düşer. Aynı şekilde çocuğun velisi⁶⁰ sefere çıkmak istediğinde hem veli hem de çocuk hürlerse veli çocuğu yanına alabilir. Bu durumda hidâne hakkı bulunan kadına “dilersen çocuğunla sefere çık” denilir. Eğer kadın çocuğuyla beraber sefere çıkarsa hidâne hakkı düşmez. Sefere çıkmazsa hakkı düşer. Şayet çocuk, emzirilme çağındaysa ve annesinden başkasını da kabul etmiyorsa annenin hakkı düşmez. Kadın velinin olduğu beldeden temelli çıkmak isterse veli ondan çocuğu alabilir. Ancak kadın ticaret gibi dönmek üzere bir sefere çıkıyorsa ya da çıktığı seferin süresi, belirlenen sefer üst sınırını aşmıyorsa hidâne hakkı yine düşmez.⁶¹ Mevzubahis olan sefer mesafesi “altı bürd” olarak kaydedilmektedir. Mâlikî mezhebinde meşhur görüşe göre bir bürd dört fersah, bir fersah ise üç mil olarak hesaplanmıştır.⁶² Dolayısıyla bir bürd yarım günlük mesafeye denk gelmektedir. Diğer bir ifadeyle hidânenin düşmesini gerektiren sefer süresi yirmi dört fersah/yetmiş iki mil yani iki buçuk günlük mesafeye tekabül etmektedir.⁶³

Mezhepte benimsenen görüşe göre mahrem olmayan bir kimseyle nikâhlanma ve zifafla düşen hak talâkla ya da kocanın ölmesiyle veya zifaf gerçekleşikten sonra fasit nikâhla da geri dönmez. Aynı şekilde özürsüz bir şekilde hakkından vazgeçen de tekrar hak iddia edemez. Ancak hastalık, sütün olmaması, haccı farızasını yerine getirmek ya da velinin çocukla beraber sefere çıkması gibi ârizî nedenlerle düşen hak geri dönebilir.⁶⁴ Hidâne hakkı kendisine gelen ancak haberi olmadığı ya da bir özürden dolayı çocuğu yanına alamayan kimse durumu öğrendikten sonra hakkını talep edebilir. Şayet bildiği halde bir yıl içerisinde özürsüz bir şekilde hakkını talep etmezse o haktan mahrum olur.⁶⁵

⁵⁹ Behrâm b. Abdullâh b. Abdilazîz ed-Demîrî, *Tahbîrû'l-Muhtasar*, thk. Ahmed b. Abdulkarim Necip, Hafız b. Abdurrahman Hayr (Merkezu Nüceybiyye, 2013), 3/444.

⁶⁰ Kanun metninde mezhep kaynaklarında kullanılan “veli” kavramı yerine “şer’î nâib” kavramı kullanılmıştır. Burada mezhep kaynaklarının verileri kullanıldığı için “veli” kavramı tercih edilmiştir.

⁶¹ Burada bahsedilen mal velâyetinden daha genel olan baba ve vasi gibi velâyet sahipleri kastedilmektedir.

⁶² Battâl, *en-Nazmü'l-musta'zeb*, 1/104; İbnü'l-Cellâb, *et-Tefrî'*, 1/113.

⁶³ Buradaki hesaplama Mâlikî mezhebinde seferi süresi olarak belirlenen bilgiler esas alınarak yapılmıştır. Mezhepte namazda kasrın caiz olabilmesi için sefer süresinin dört bürd olması esas alınmıştır. 4 bürd, 16 fersah/48 mil olarak hesaplanmıştır. Bu da 89.40 km'ye denk gelmektedir. İbnü'l-Cellâb, *et-Tefrî'*, 1/113; Ebû Abdullah Muhammed b. İdrîs eş-Şâfiî, *Musnedü'l-İmâm eş-Şâfiî*, thk. Seyyid Yûsuf Ali; Seyyid 'İzzet el-Attâr (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1951), 1/183; Ebû İshak Şirâzî, *el-Muhezzeb fi fıkhi'l-İmâm eş-Şâfiî* (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, ts.), 1/192.

⁶⁴ Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî*, 2/532.

⁶⁵ Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî*, 2/530.

Kanun metninde hidâne sahibinin sıfatları maddeler halinde zikredilmiştir. Buna göre:

1) Rüşd: Hidâne sahibi kanunî olarak rüşd çağına ermelidir. Ebeveynler bunun dışında tutulmuştur.⁶⁶ Ebeveynin rüşd çağından muaf tutulmasının temelinde kanunun kendi iç bütünlüğünü koruma kaygısı bulunmaktadır. Kanunun 20. maddesi gereği taraflar evlilik yaşına gelmeden kâdının izni ya da şer'î nâibin uygun bulmasıyla evlenen ve aslında kısıtlı (kâsır) bir ehliyete sahip olan taraflar, evlilikle beraber tüm sorumlulukları üstlendikleri için artık ehliyet sahibi kabul edilmektedirler.⁶⁷

Burada şu hususa dikkat çekmekte fayda vardır. Mezhepte bu şartlar arasında kişinin akıllı olması şart koşulmuşken kanunda böyle bir şarta açıkça yer verilmemiştir. Çünkü reşit olabilmek için akıllı olmak zaruri olduğundan ayrıca zikredilme ihtiyacı duyulmamıştır. Nitekim kanunda, ehliyet şartları belirlenirken edâ ehliyetine itibar edilmeyeceği durumlar arasında aklın olmaması maddesi sayılmaktadır.⁶⁸ Bu durumda hidâne sahibinin akıllı olup, delilik, bunama gibi özürlerinin olmaması gerektiği anlaşılmaktadır.⁶⁹

2) İstikamet ve Emanet: Hidâne sahibi istikamet ve emanet sıfatlarına sahip olmalıdır.⁷⁰ Diğer bir deyişle çocuğun canı, malı, namusu, dini ve ahlâkını koruma konusunda kişi emin olmalı,⁷¹ çocuğun ahlâkını bozacak her türlü eylemden uzak durmalıdır. Örneğin bu kimse zina, içki ve kumar gibi haramlardan uzak durmalı, çocuğu bu tür kötü fiillerden korumalıdır. Hidâneyi elinde bulunduran anne bile olsa bu tarz fiilleri işlese ya da çocuğu bunlara teşvik etse hidâne hakkı düşer.⁷²

Kanunda hidâne sahibinin müslüman olması konusunda açık bir madde yoktur. Ancak aynı kanunun 54. maddesinde çocuğun anne baba üzerindeki hakları sayılırken “*Dini rehberlik, doğru temeller üzerine terbiye ve çocuğun söz ve fiillerinde doğruya götüreceği değerleri benimsetmek.*” şeklinde bir kayıt bulunmaktadır. Bu da hidâne sahibinin özellikle anne-baba olması durumunda çocuğa İslâm dışı bir terbiye vermemeleri gerektiğini ihsas ettirmektedir.⁷³ Ayrıca kanunun, bünyesinde yer vermediği hükümler için Mâlikî mezhebine

⁶⁶ MÜ, md. 173.

⁶⁷ MÜ, md. 20, 21, 22. Ayrıca bk. Fevzi Ekrim, *Şerhu Müdevveneti'l-üsrâ* (Tanca, 2019), 91.

⁶⁸ MÜ, md. 217.

⁶⁹ Şâfiî, *ez-Zevâc ve inhilâluhu*, 297.

⁷⁰ MÜ, md. 173.

⁷¹ Ekrim, *Şerhu Müdevveneti'l-üsrâ*, 91.

⁷² Şâfiî, *ez-Zevâc ve inhilâluhu*, 297-298.

⁷³ Şâfiî, *ez-Zevâc ve inhilâluhu*, 299.

yönlendiren son maddesine⁷⁴ dayanarak en az birinin müslüman olması ya da müslüman olmasa bile onlarla ikamet etmesi gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. Yukarıda da geçtiği üzere mezhepte hidâne sahibinin müslüman olması şart koşulmasa da din konusunda emin olması gerektiği makbul görüş olarak tasrih edilmektedir.⁷⁵

3) Yetkinlik: Hidâne sahibinin, çocuğun terbiyesi, güvenliğini sağlama, sağlık, din ve ahlâk açısından koruma ve eğitimini takip etmeye kadir olması gerekir.⁷⁶ Tüm bunların yapılabilmesi için kişinin beden ve akıl yönünden sağlıklı olmasını gerekmektedir. Bu durumda hidâne sahibi bunamışsa, müzmin bir hastalığa yakalanmışsa ya da çocuğun ihtiyaçlarını karşılayacak bir özrü varsa hidâne hakkı düşer.⁷⁷ Aslında bu maddenin muhtevasının önceki iki maddenin hükümlerini ihtiva ettiğini söyleyebiliriz.

4) Kadının Evlenmemesi: Hidâne talep eden kadın belli şartlar dışında evlenmemelidir.⁷⁸ Bu maddeye göre evlenmek isteyen anne dışındaki kadınların hidâne hakkı şu iki durum dışında düşer. a) Eğer kadının evlendiği kimse çocuğun mahremi veya şer'î nâibi ise; b) Kadının kendisi şer'î nâib ise.⁷⁹ Bu iki durum dışında kadın hidâne hakkını kaybeder. Kanunda geçen bu hükümlerin mezhep görüşüne muhalif olmadığını söylemek gerekir.

5) Yolculuğa Çıkmama: Kadının çocuğun hidânesini alabilmesi için sefere çıkmaması ya da çocuğun velisinin sefere çıkmaması şartı koşulmaktadır. Kanun metninde ise hidâne sahibinin seferi hakkında şu hususlara değinilmiştir: Hidâne hakkı, hidâne sahibi ya da şer'î nâibin ikamet için Fas içerisinde bir yerden bir başka yere geçmesiyle düşmez. Ancak mahkeme, hakkın düşmesini gerektirecek bir durumda çocuğun maslahatını ve oturacağı yerin şartlarını göz önüne alarak ya da çocukla onun şer'î nâibi arasındaki mesafeye bakarak hidâne hakkını düşürebilir.⁸⁰ Mahkeme, savcılık ya da şer'î nâibin talebiyle hidâne kararı ya da ek bir karara, şer'î nâibin muvafakati olmadan çocuğun Fas dışına sefere çıkmasını engelleyen bir kayıt koyabilir.⁸¹ Mezhepte kadın ya da velinin iki buçuk günlük süreyi aşan uzaklık ya da ticaret gibi geçici seferler hariç hidâne hakkını düşürürken kanunda böyle

⁷⁴ "Bu Müdevvené'de geçmeyen tüm hükümler için Mâlikî mezhebine ve adalet, eşitlik ve marufla yaşama gibi İslâmî değerleri gerçekleştirmeye riayet eden içtihatlara müracat edilir." MÜ, md. 400.

⁷⁵ Demîrî, *Tahbîrü'l-Muhtasar*, 3/444; Şâfiî, *ez-Zevâc ve inhilâluhu*, 299.

⁷⁶ MÜ, md. 173.

⁷⁷ Şâfiî, *ez-Zevâc ve inhilâluhu*, 300.

⁷⁸ MÜ, md. 173.

⁷⁹ MÜ, md. 174.

⁸⁰ MÜ, md. 178.

⁸¹ MÜ, md. 179.

ayrıntılar girilmemiştir. Bununla beraber kanun mezhepten farklı olarak Fas içinde yapılan ve Fas dışına yapılan seferleri gündeme getirmiştir. Fas içinde yapılan seferler hakkı düşürmezken Fas dışına yapılan seferler için önceden mahkeme önünde yapılan anlaşmalarla hükme bağlanmıştır. Buna göre taraflar Fas dışına yapılacak seferlerin hidâne hakkını düşürebileceği maddesi hidâne kararına eklenebilmektedir. 07/03/2006 tarihinde Tetuan Bölge Adliye Mahkemesi, Fas dışına tedavi bahanesiyle çıkan ve daha sonra çocuğunu kız kardeşinin yanında bırakıp ikamet için İspanya'ya gittiği anlaşılan bir kadının hidâne hakkını, çocuğun ahlâk ve bedenene koruma gibi temel bir görevi ihlâl ettiği gerekçesiyle düşürmüştür.⁸² Yine çocuğu kendi annesinin yanında bırakarak ikamet için İspanya'ya giden kadının durumu anlaşılınca, baba durumu mahkemeye taşımış, 28/09/2006 tarihli Tanca Bölge Adliye Mahkemesi'nde alınan karara göre kadının hidânesi düşürülmüş ve mahdûn babasına teslim edilmiştir.⁸³

Bu hukuki kararlardan anlaşılmaktadır ki, kanunun ülke içi ve ülke dışı ayrımı yaparak, çocuğun velisi ile iletişimini koparacak şekilde uzak bir mesafeye götürülmesine onay vermemektedir. Dolayısıyla çocuğun velâyetine sahip olan kişinin çocuktan uzaklaşması ve onun haklarını korumada zorluğa yol açması hidâne hakkını düşürme ihtimalini doğurmaktadır.⁸⁴ Aslında aynı hassasiyetin, Mâlikî fıkhdaki iki buçuk günlük mesafe tayini ile korunduğunu söylemek gerekir.

Hidâne hakkının, kişiye geçtiği halde hakkını talep etmemesi durumu hem mezhepte hem de kanunda tartışılmıştır. Mezhep görüşüne göre hakkını bir yıl içerisinde mazeretsiz talep etmeyen hakkı düşmektedir. Aynı hüküm kanunda da benimsenmiştir. Buna göre hakkın talebine mücbir sebepler dışında bir yıl içerisinde hakkını talep etmeyen hidâne hakkı zaman aşımına uğrayarak düşmektedir.⁸⁵

Kanunda zikredilmese de Yargıtay, annenin, çocuğu babasına göstermemesini hidâne hakkının düşmesine gerekçe olarak saymıştır. Yargıtay, kanunun boşanma durumunda çocukları ziyaret etme hükümlerini düzenlediği ve çocuğun maslahatını gözetmek için ziyaret hükümlerini uygulamada mahkemeyi yetkili kıldığı 184. maddesine istinaden,

⁸² Tetuan Bölge Adliye Mahkemesi, K. 2006/06-63 (07 Mart 2006).

⁸³ Tanca Bölge Adliye Mahkemesi, K. 2006/06-682 (28 Eylül 2006).

⁸⁴ Annenin ikametgâhını değiştirmesinin, çocuğu gözetme ve dini eğitimini takip etmede baba için zorluğa yol açması durumunda annenin hidâne hakkının düşeceği hakkında benzer görüş için bk. Tzianoudaki, "The 2004 Moroccan Family Code: An Innovation in Progress Issues of Private International Law", 363.

⁸⁵ MÜ, md. 176.

annenin çocuğu belirlenen saatlerde ve yanında götürdüğü elbiseleri eksik getirdiği gerekçesiyle iki hafta boyunca babasına göstermemesini ihlâl sayarak annenin hidâne hakkını düşürmüş ve babaya devretmiştir.⁸⁶

4. Hidâne Masrafları ve İlgili Hükümler

Mezhebin muteber görüşüne göre anne veya başka bir hidâne sahibi çocuğun nafakasını, giyimini ve mesken ihtiyacı gibi tüm temel ihtiyaçlarını babadan talep edebilir. Bu durumda baba, örneğin, çocuğun yanına gelip yemek yemesini ve sonra hidâne sahibinin evine dönmesini talep edemez. Çünkü böyle bir durum hem çocuğa hem de hidâne sahibine meşakkat oluşturur.⁸⁷ Hidâne sahibinin mesken talep etme hakkının olup olmaması hakkında iki görüş bulunmaktadır. el-Müdevvenetü'l-kübrâ'da serdedilen görüşe göre mesken ücretinin tamamı çocuğun babasına aittir. Sahnûn'a (öl. 240/854) göre ise hem hidâne sahibi hem de çocuğun babası arasında hâkimin takdiriyle paylaşılır. Halîl b. İshâk ise Sahnûn'un görüşünü tercih etmiştir.⁸⁸

Kanun metni incelendiğinde mesken ücretinin nafaka, hidâne ücreti vb. sorumluluklar kapsamında değil de bunlardan ayrı olarak değerlendirildiği görülür. Burada mesken tutma ya da kiralamanın baba üzerinde bir sorumluluk olduğu görüşü tercih edilmektedir. Nitekim bu durum ilgili kanun maddesinde "*Babanın çocukları için oturacakları bir yer hazırlaması ya da mahkemenin belirlediği kira ücretini vermesi gerekir.*"⁸⁹ ifadesiyle kararlaştırılmıştır. Fakat hidâne sahibinin mesken hakkına açıkça değinmemekle beraber hak sahibinin çocuktan farklı bir evde yaşaması, hükmün amacına aykırı olacağından, çocuk için tutulan meskenden masraflarına ortak olmadan istifade edeceği şeklinde yorumlanmıştır.⁹⁰ 168. maddede geçen "*Çocuk hidâne sahibi eşin evinden ayrı olamaz.*" kaydı da bu yorumu desteklemektedir. Yine 175. maddede annenin evlenmesiyle babanın çocuğun hidâne masraflarından muaf olacağı kaydı da hidâne sahibinin mesken konusunda çocuğa tabi olduğu ve dolayısıyla onun babanın tutacağı meskenden istifade edeceğini ortaya koymaktadır. Nitekim 29.06.2005 tarihli Rabat şehrinde yerel mahkemeye intikal eden bir davanın neticesi de bu görüşü teyit etmektedir. Söz konusu davada adam karısını boşamakta

⁸⁶ Cour de cassation (Cass). K. 2009/11 (07 Janvier 2009).

⁸⁷ Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî*, 2/533.

⁸⁸ Muhammed b. Abdullah el-Haraşî, *Şerhu Muhtasarı Halîl li'l-Haraşî* (Beyrut: Dârü'l-Fikr, ts.), 4/218.

⁸⁹ MÜ, md. 168.

⁹⁰ Şâfiî, *ez-Zevâc ve inhilâluhu*, 313.

ve kadın iddet beklemektedir. İddeti bittikten sonra adam kadının evi boşaltmasını ister. Ancak kadın iki çocuğuna baktığı için boşaltmayacağını söyler ve evi boşaltabilmesi için erkekten mahkeme kararı talep eder. Olay böylece mahkemeye intikal eder ve mahkeme gerekli tahkikattan sonra kadının evi boşaltmasına hükmeder. Ancak kadın ilk mahkemede sunduğu “çocukların hidânesinin kendisinde olduğu için onlarla kalmasının gerekli olduğunu ve bu nedenle evi boşaltmayacağı” gerekçesine bağlı kalarak kararı temyize götürür. İstinaf mahkemesi kadının iki çocuğun hidânesini üstlendiğinden çocuklarla beraber kalmasını zorunlu bularak önceki hükmü bozar. Davacının avukatı bu karara itiraz ederek müvekkilinin bundan başka evinin olmadığını, kadının onun üç katlı evini işgal ettiğini, mesken ücretini de içeren çocukların nafakasından zaten faydalandığını ve müvekkilinin iki defa nafaka ödemek zorunda olacağını söyleyerek itiraz eder.

Mahkeme gerekçe olarak şunları kaydeder:

a) Fıkıhta ve kanunda hidâne, çocuğun sağlıklı bir şekilde büyümesi için mesken, giyim, yiyecek ve temizliğinin tam olmasıyla çocuğun gerekli haklarının korunmasından ibarettir. İş bu zikredilen hakların yerine gelmesi için, çocuğun oturduğu evde hidâne hakkına sahip olan kimseyle hidâne süresi bitene ya da kanunî olarak bunu değiştiren bir durum ortaya çıkana kadar beraber bulunmaları gerekir.

b) Mahdûnun mesken giderleri, hidâne ücreti ve çocuğun nafakasından bağımsızdır. Bu gerekçelerden dolayı mahkeme, kadının, evde hidâne sahibi sıfatıyla bulunduğu ve kadının “evi işgal eden” şeklinde nitelendirilmesinin doğru olmadığı yönündeki kararıyla istinaf mahkemesini teyit ederek davacının talebini reddetmiş ve masrafları davacının karşılayacağına hükmetmiştir.⁹¹

Mezhepte hidâne sahibinin hidânedan dolayı ücret ve nafaka alıp alamayacağı konusunda ihtilâf bulunmaktadır. Hidâneyi çocuk hakkı olarak görenler hidâne ücretinin olduğunu, anne hakkı olarak görenler ise böyle bir ücretin olmadığı kanaatindedirler.⁹² Bununla beraber eğer çocuk zenginse ve ona bakan anne fakirse bu durumda hidâne ücreti ile beraber çocuğun malından nafakasını temin etmeye de hak sahibi olduğunu düşünenler bulunmaktadır.⁹³ Fakat mutlak olarak annenin mesken dışında hidâne ücreti gibi bir

⁹¹ Kararın tamamı aktarılmamış konuyla ilgili kısımları özetlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bk. Cour de cassation (Cass), K. 2005/1979 (29 Juin 2005).

⁹² Demîrî, *Tahbîrü'l-Muhtasar*, 3/451.

⁹³ Haraşî, *Şerhu Muhtasarı Halîl*, 4/219.

hakkının olmadığı tasrih edilmektedir. Özetlemek gerekirse eğer çocuklar yetimse ve anne fakirse hidâne ücreti talep etmesi mümkündür. Ancak annenin zengin olması halinde hidâne ücreti alamayacağına dair İmâm Mâlik' ten bir rivâyet aktarılmıştır. Ondaki aktarılan bir diğer rivâyete göre eğer anne babanın ölümünden sonra onların bakımını üstlenmişse nafakaya sahiptir. Üçüncü bir rivâyete göre ise şayet o üstlenmediği takdirde hidâneyi üstlenecek kimse yoksa kadına hidâne ölçüsünde nafaka verilir.⁹⁴ Bu görüşe göre o nafakaya değil hidâne ücretine hak kazanır. Mâlikî mezhebindeki bu karmaşık durum şöyle telif edilmiştir: Şayet kadın çocuklarının bakımı için evlenmeyip dul kalmış ise hidâne ücretinden fazla olsa bile nafaka hakkına sahiptir. Eğer onlar için dul kalmamış ya da evlilik yaşı geçmişse hidâne ücreti hakkına sahiptir. Eğer çocuklara bakacak biri var ya da onların hizmetini görmesi için bir ücret mukabili tutulmuşsa ve kadın sadece onların maslahatını gözetiyorsa o takdirde hidâne ücreti ya da nafaka hakkı yoktur.⁹⁵

Kanunda hidâne ücreti ve masrafları çocuğun nafakasını ödemekle mükellef olan kişinin sorumluluğunda görülmüştür. Bu haklar emzirme ve nafaka ücretinden farklı olarak değerlendirilmiştir. Ancak kadın evlilik birliği devam ettiği veya ric'î talâk iddeti beklediği sürece hidâne ücretine hak kazanamaz.⁹⁶ Hidâne sahibinin hidâne ücreti hakkına sahip olması için fiilî olarak çocuğun bakımını üstlenmesi gerekmektedir. Şayet çocuğu başkasına teslim eder ve ülke dışına çıkarsa ya da çocuğu ihmal sayılacak bir fiilde bulunursa hidâne ücreti alamaz.⁹⁷

Sonuç

Yukarıda serdedilen veriler ışığında Mâlikî mezhebinde benimsenen meşhur görüşler ve kanun metninde yer alan kararların genellikle uyum içerisinde olduğunu ancak bazı konularda kanunun Mâlikî mezhebinden ayrıldığını söyleyebiliriz. Kanun boş bıraktığı ya da ele almadığı konularda Mâlikî mezhebine müracaat etmeye yönlendirmesiyle, çıkardığı kararlarda genel olarak aslında mezheple bir uyum içerisinde olmayı hedeflediğini ikrar etmektedir.

Kanunda alınan bu kararların hidâne konusunda anne babaya mezhepten daha fazla ve doğrudan haklar tanıdığı, çocukların tercihlerini etkin kılarak onların maslahatını ön

⁹⁴ Rivayetler için bk. Lahmî, *et-Tabsire*, 6/2577-2578; Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 4/221.

⁹⁵ Lahmî, *et-Tabsire*, 6/2578; Ru'aynî, *Mevâhibü'l-celîl*, 4/221.

⁹⁶ MÜ, md. 167.

⁹⁷ Şâfiî, *ez-Zevâc ve inhilâluhu*, 310.

plana çıkardığı görülmektedir. Çekirdek aile mensupları arasında bir nevi mağdur konumuna indirgenerek en fazla çocuklara haklar tanınmış, hem anne-baba hem de diğer akrabalar hakkında alınan kararlar bu çerçevede belirlenmiştir. İkinci sırada en fazla haklara kavuşan anne olmuştur. Bu konuda belirleyici olan, anne evlendiği takdirde bile prensipte hakkının devam edeceği hükmüdür. Üçüncü sırada ise anneden sonra ve anneanneden önce doğrudan hak sahibi kılınan baba gelmektedir.

Kanun, mezhepten farklı olarak hemen hemen her konuda mahkeme faktörünü etkin kılmıştır. Sözelimi düşen hakkı iade etmesi, tarafların anlaşmazlığı durumunda meselelerin mahkemeye taşınması, anne, baba ve anneanneden sonra hidâne sahibinin kim olacağına karar vermesi, hidâne sahibinin hidâne kararına mahkeme eliyle Fas dışına çocuğun çıkarılmaması için madde konulması, çocuğun oturacağı yerin kirasının belirlenmesi gibi mezhepte hiç değinilmemiş kararlar mahkemeye tevdi edilmiştir. Bununla birlikte mahkemeler, yargıya intikal eden davaları çocukların maslahatını ön planda tutarak meseleleri hükme bağlamıştır. Temyiz mahkemeleri ve Yargıtay ictihadlarıyla da bu durumun desteklendiği tespit edilmiştir.

Kaynakça / References

- Abdülvehhâb, Ebû Muhammed el-Kâdî. *el-Me'ûne 'alâ mezhebi 'âlimi'l-Medîne*. thk. Hamîş Abdülhak. Mekke: el-Mektebetü't-Ticâriyye, ts.
- Anderson, J. N. D. "Reforms in Family Law in Morocco". *Journal of African Law* 2/3 (1958), 146-159.
- Baktır, Mustafa. "İslam hukukunda hüdâne". *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7 (Aralık 1986), 259-289.
- Bardakoğlu, Ali. "Hidâne". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 17/467-471. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1998.
- Battâl, Ebû Abdullâh er-Rekbî. *en-Nazmü'l-musta'zeb fî tefsîri ğarîbi elfâzi'l-Mehezzeb*. thk. Mustafâ Abdulhafîz Sâlim. Mekke: el-Mektebetü't-Ticâriyye, 1991.
- Ccass, Cour de cassation. 2005/1979 (29 Juin 2005).
<https://www.jurisprudence.ma/decision/ccass29-06-20051979/>
- Ccass, Cour de cassation. 2009/11 (07 Janvier 2009) <https://www.jurisprudence.ma/decision-tag/default-de-la-condition-de-rectitude/>
- Ccass, Cour de cassation. K. 2011/139 (29 Mars 2011).
<https://www.jurisprudence.ma/decision/ccass29-03-2011139/>
- Ccass, Cour de cassation. K. 2016/541 (19 Juillet 2016).
<https://www.jurisprudence.ma/decision/ccass19-07-2016541/>
- Ccass, Cour de cassation. K. 2021/485-2 (26 Octobre 2021).
<https://www.jurisprudence.ma/decision/c-cass-26-10-2021-485-2/>
- Charrad, Mounira M. *Family Law Reforms in The Arab World: Tunisia and Morocco*. New York: UNDESA, 2012.
- Demîrî, Behrâm b. Abdullâh b. Abdilazîz. *eş-Şâmil fî fikhî'l-İmâm Mâlik*. Merkezi Nüceybiyye, 2008.
- Demîrî, Behrâm b. Abdullâh b. Abdilazîz. *Tahbîrû'l-Muhtasar*. thk. Ahmed b. Abdulkirim Necip, Hafız b. Abdurrahman Hayr. Merkezi Nüceybiyye, 2013.
- Desûkî, Şemseddîn Ebû Abdillâh Muhammed. *Hâşiyetü'd-Desûkî 'alâ'ş-Şerhî'l-Kebîr*. 4 Cilt. b.y.: y.y., ts.
- Ebu Salim, Ayide Süleyman. *el-Hidâne fi'l-fikhî'l-İslâmî ve kanuni'l-ahvâli's-şahsiyyeti'l-Filistinî*. Filistin: el-Camiatü'l-İslamiyye, Yükek Lisans Tezi, 2003.
- Ekrim, Fevzi. *Şerhu Müdeveneti'l-üsrâ*. Tanca, 2019.
- Eriñç, Sırrı. "Fas". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/184-188. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995.
- Halîl b. İshâk, el-Cundî. *el-Muhtasar*. thk. Ahmed Ca'd. Kahire: Dârü'l-Hadîs, 2005.
- Haraşî, Muhammed b. Abdullah. *Şerhu Muhtasarı Halîl li'l-Haraşî*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, ts.
- Himyerî, Neşvân b. Saîd el-Yemenî. *Şemsü'l-'ulûm ve devâu kelâmî'l-Arab min el-kulûm*. thk. Huseyn b. Abdullâh el-'Umerî. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1999.
- Hocaima Bölge Adliye Mahkemesi. K. 2006/416 (13 Temmuz 2006).
<https://adala.justice.gov.ma/reference/html/Ar/633.htm>
- IEMed, European Institute of the Mediterranean. "Reforms in Family Law in the Maghreb" Erişim Tarihi: 08 Ocak 2023. <https://www.iemed.org/publication/reforms-in-family-law-in-the-maghreb/>
- İbn Abdülber, Ebû Ömer. *el-Kâfi fî fikhî ehli'l-Medîne*. thk. Muhammed el-Moritânî. Riyad: Mektebetu Riyâd el-hadîse, 1400.

- İbn Arefe, Ebû Abdullah Muhammed. *el-Muhtasarü'l-fikhî*. thk. Hafiz Abdurrahman Muhammed Hayr. Dubâi: Mü'essesetü Halef Ahmed, 2014.
- İbn Manzûr, Ebü'l-Fadl Cemâleddîn. *Lisânü'l-Arab*. Beyrut: Dâru Sâdir, 1414.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed. *el-Mukaddimâtü'l-mumehhidât*. thk. Muhammed Huccî. 3 Cilt. Beyrut: y.y., 1408/1988.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed. *el-Beyân ve't-tahsîl*. thk. Muhammed Hacı. Beyrut: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 2. Basım, 1988.
- İbnü'l-Berâzî, Ebû Saîd. *et-Tehzîb fî İhhtisârî'l-Müdevvene*. thk. Muhammed el-Emîn. Dubâi: Dârü'l-Buhûs li'd-dirâsâtî'l-İslâmiyye, 2002.
- İbnü'l-Cellâb, Ebü'l-Kâsım Ubeydullâh. *et-Tefrî' fî fıkhu'l-İmâm Mâlik b. Enes*. thk. Seyyid Kesrevî Hasan. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2007.
- Jadida Bölge Adliye Mahkemesi. K. 2005/06-362 (30 Mayıs 2005).
<https://adala.justice.gov.ma/reference/html/Ar/1802.htm>
- Karakoç, İrem. "Bir İslâm Hukuku Müessesesi Olan Hidâne Hakkının ve Osmanlı Aile Hukuku'nda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19/3 (Temmuz 2015), 151-206.
- Karaman, Hayreddin. "Asabe". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 3/452-453. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1991.
- Kenderî, Meryem. "Ahkamü'l-hadane diraseten mukareneten ma beyne'l-fikhi'l-Malikî ve'l-kanuni'l-Kuveytî". *Ulumu's-şer'iati ve'l-kanun* 47/4 (2020), 250-261.
- Lahmî, 'Alî b. Muhammed Ebü'l-Hasan. *et-Tabsire*. thk. Ahmed Abdulkerîm Necîb. Katar: İdâretü'l-Evkâf ve's-Şu'ûni'l-İslâmiyye, 2011.
- Mervan, Berekat - Abduğani, Şerifî. *el-Hidâne fî'l-fikhi'l-İslâmî ve kanuni'l-üsreti'l-Cezâirî*. M'sila: Camiatü Muhammed Budiyaf, Yükek Lisans Tezi, 2020.
- MÜ, el-Müdevvenetü'l-üsrâ. Fas: el-Hukümetü'l-Mağribiyye, 2004. Erişim 01 Ocak 2023.
https://adala.justice.gov.ma/reference/adala_v2/fr/093b768c-8132-4315-9562-b436dedb707a.pdf
- Nasir, Jamal J. *The status of women under Islamic law and modern Islamic legislation*. Leiden; Boston: Brill, 3rd edition, 2009.
- Ötegeçeli, Hatice. *İslam hukuku açısından velâyet ve hadâne ilişkisi*. Malatya: İnönü Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Recrâcî, Ebü'l-Hasan Alî b. Saîd. *Menâhicü't-tahsîl ve neta'icu letâ'ifi't-te'vîl fî Şerhi'l-Müdevvene ve hallu muşkilâtîha*. 10 Cilt. b.y.: Dâru İbn Hazm, 1428/2007.
- Ru'aynî, Şemseddin Ebû Abdullah el-Hattâb. *Mevâhibü'l-celîl fî şerhi muhtasari Halîl*. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 3. Basım, 1992.
- Ru'aynî, Şemseddin Ebû Abdullah el-Hattâb. *Tahrîrü'l-keîlâm fî mesâilî'l-iltizâm*. thk. Abdusselam Muhammed eş-Şerîf. Lubnân: Dârü'l-garbi'l-İslâmî, 1984.
- Sadiqî, Fatima. "Morocco". *Women's Rights in the Middle East and North Africa*. ed. Sanja Kelly - Julia Breslin. 311-336. New York: NY: Freedom House; Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2010.
- Sahnûn, Abdüsselâm b. Saîd et-Tenûhî. *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*. Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1415.
- Sâvî, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed. *Bulgatu's-sâlik li akrabi'l-mesâlik el-Ma'rûf bi Hâşiyeti's-Sâvî 'ale's-Şerhi'l-kebîr*. Dârü'l-Me'ârif, ts.
- Seccal, Hasan Muhammed Ebsiyye. *el-Hidâne fî'l-fikhi'l-İslâmî ve kanuni'l-üsreti'l-Cibutî*. Sudan: Camiatu Ummu Derman el-İslamiyye, Yükek Lisans Tezi, 2013.

- Şâfiî, Ebû Abdullah Muhammed b. İdrîs. *Musnedü'l-İmâm eş-Şâfiî*. thk. Seyyid Yûsuf Ali; Seyyid 'İzzet el-Attâr. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1951.
- Şâfiî, Muhammed. *ez-Zevâc ve inhilâluhu fi Müdevveneti'l-üsrâ'*. Marakeş, ts.
- Şirâzî, Ebû İshak. *el-Muhezzeb fi fihhi'l-İmâm eş-Şâfiî*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, ts.
- Tanca Bölge Adliye Mahkemesi. K. 2006/06-682 (28 Eylül 2006).
<https://adala.justice.gov.ma/reference/html/Ar/1774.htm>
- Tatar, Canan. "İslâm Hukukundaki Hidâne Müessesesinin Günümüz Uygulaması ile Mukayesesi". *Kadin ve Demokrasi Dernegi* 4/1 (Temmuz 2018), 77-102.
<https://doi.org/10.21798/kadem.2018141983>
- Temel, Ahmet (ed.). *İslam Ülkelerinde Aile Hukuku Uygulamaları*. Kayıhan Yayınları, 2020.
- Temîmî, Ebû Muhammed Abdülazîz b. İbrâhîm. *Ravdatü'l-müstebîn fi Şerhi Kitâbi't-Telkîn*. thk. Abdullatîf Zikâg. b.y.: Dâru İbn Hazm, 2010.
- Tetuan Bölge Adliye Mahkemesi. K. 2006/06-63 (07 Mart 2006).
<https://adala.justice.gov.ma/reference/html/Ar/1795.htm>
- Tzianoudaki, Nik L. "The 2004 Moroccan Family Code: An Innovation in Progress Issues of Private International Law". *Annales de La Faculté de Droit d'Istanbul* 57 (2008), 345-364.
- Ucda Bölge Adliye Mahkemesi. K. 2006/239 (22 Mart 2006).
<https://adala.justice.gov.ma/reference/html/Ar/1753.htm>
- Zoglin, Katie. "Morocco's Family Code: Improving Equality for Women". *Human Rights Quarterly* 31/4 (2009), 964-984.