

**İSLAM HUKUKU AŞISINDAN
BOŞANMANIN SONUÇLARINDAN
MADDİ TAZMİNAT ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**
Doç. Dr. Nihat Dalgın

Özet:

Boşanmada kusursuz olan eşin göreceği maddi zararların giderilmesi amacıyla, boşanmada kusurlu olan eşin mâli bir ödemede bulunması, gerek İslâm fihhında gerekse modern hukukta kabul edilmiştir. İslâm fihhında bu ödeme ya nikah sebebiyle bayana bir güvence olarak verilen "mehir" şeklinde olmakta ya da boşanma sonrasında "müt'a" adıyla yapılmakta olup, bunlar klasik dönem fukahâsınca maddi tazminat olarak isimlendirilmemiştir. Modern hukukta ise, nikahın akabinde eşlerin birbirlerine ön ödemede bulunma yükümlülüğü bulunmadığından, tazminat amaçlı olan ödemeler boşanma sonrasında yapılmakta olup, bu ödemeler maddi ya da manevi tazminat olarak isimlendirilmiştir. İslâm fihhında eşlerin birbirlerine karşı yapacakları mâli ödemelerin şekli ve zamanı, modern hukukta izlenen yöntemden farklı ise de, bu farklılık dönemin sosyo-kültürel anlayışı yanında, aile hukukunda erkeğin mâli sorumluluğunun ağır oluşuyla ilişkili görünmektedir. Boşanma hukukuyla ilgili bu düzenleme; "zarar giderilir" şeklindeki evrensel hukuk ilkesinin aile hukukuna da yansıtılması anlamı taşımaktadır. Bu nedenle, fıkıh literatürü içinde değişik isimler altında, dağınık olarak bulunan ödemelere bir bütün halinde bakıldığında, İslâm fihhında daha kapsamlı bir şekilde maddi olarak boşanma tazminatı fikrinin bulunduğu görülebilecektir.

Anahtar kelimeler: Maddi tazminat, mehir, müt'a, boşanma tazminatı.

*** *** ***

İslâm fihhındaki bazı kavramların güncelleştirilmesi çalışmalarının doğurduğu zorunlu tartışmalardan birisi; beşerî hukuklarda benimsendiği şekliyle, İslâm hukukuna göre de boşanma sonrasında maddi tazminatın söz konusu olup olmadığıdır. Bu sorun, gerek İslâm ülkelerinde - son asırlarda gerçekleştirilen kanunlaştırma çalışmaları sırasında, boşanma hukukuyla ilgili düzenleme yapılırken, boşanma tazminatına yer verilip verilmeyeceği ile ilgili karar verilme aşamasında - gerekse lâik hukukla yönetilen ülkelerde yaşayan müslümanların - mahkemelerde açtıkları boşanma davaları sırasında, boşanma sebebiyle maddi mağduriyeti olduğu gerekçesiyle tazminat davası açan kusursuz eşin alacağı boşanma tazminatının İslâm Dini açısından helal olup olmadığı şeklinde halkın - gündemini işgal etmektedir. Zira, İslâm

şeklinde halkın - gündemini işgal etmektedir. Zira, İslâm fihhına göre, nikahın zorunlu sonuçlarından olarak erkek tarafında kadına verilecek olan mehrin, kadının peşin olarak alması halinde, boşanma sırasında kadının bir kısım menfaatlerinin bu boşanma nedeniyle zarar gördüğü/göreceği gerekçesiyle, erkeğin ayrıca bir de boşanma tazminatı ile yükümlü tutulmasının meşrû olup olmadığı sorgulanmaktadır. Yani, günümüz müslümanları, boşanma amacıyla mahkemelere başvurduklarında, “boşanma tazminatı” adı altında maddi tazminat alacaklısı ya da borçlusu olarak karşılaştıklarında, bu hükmün İslâm Dini’ndeki yerinin ne olduğunu sormaktadırlar. Ayrıca, ayet ve hadislerin de kaynaklık ettiği; “mehir, müt’a, muhaleada verilecek fidyeye” gibi ödemelerin gerçekte hangi amaçla yapılan ödemeler olduğunun günümüz idraklerine sunulması istenmekte, bu kavramların güncelleştirilip, varsa modern hukuktaki karşılıklarının gösterilerek, günümüz müslümanlarınca konunun daha iyi anlaşılması talep edilmektedir.

İslâm hukuku ile beşerî hukukun aile hukukuna ait olarak benimsedikleri, eşler arasındaki hak ve sorumluluklar noktasında takip ettikleri farklı felsefeler nedeniyle, bu sistemlerdeki “maddi tazminatın düzenlenmesi” hususunda da farklı bir yolun benimsenmiş olacağı şeklindeki bir varsayımı sorgulamak için yapılacak mukayeseli bir çalışmanın zorluğu aşıkardır. Buna rağmen, konunun İslâm hukukundaki yerini tespit etmeyi amaçlayan müstakil bir çalışmanın bulunmayışı, özellikle İlahiyat tahsili yapan öğrencilerin ve halkımız içerisinde konuyla ilgilenen değişik kesimlerin sorularına objektif ve muknî cevaplar verebilme düşüncesi, bizi boşanmanın mâli sonuçları hakkında karşılaştırmalı bir çalışma yapmaya yöneltmiştir. Araştırmanın bir makale boyutunu aşmaması yönündeki düşüncemiz ise, boşanmanın mâli sonuçlarından yalnızca “maddi tazminat” konusu ile çalışmanın sınırlandırılmasını zorunlu kılmıştır. Boşanmanın mâli sonuçlarından olan “manevi tazminat” ve “yoksulluk nafakası” nı, vaktimiz elverdiğinde, bir başka araştırmanın konusu yapmayı düşünmekteyiz.

Çalışmada; konuyla ilgili ayetler, hadisler, müctehitlerin içtihatları ve bunların arka planından hareketle, boşanmanın sonuçlarından olan maddi tazminatın İslâm hukukundaki yeri tespit edilmeye çalışılmıştır. Bir başka deyişle, araştırma yöntemimiz; batı hukukundan

ödünç olarak aldığımız “maddi tazminat”ı gözlüğüyle, ilgili nasların ve klasik dönemde oluşmuş içtihatların yeniden okunması şeklinde gerçekleşmiştir.

¹ Boşanmanın mali sonuçlarından “*Maddi Tazminat*” günümüz Batı hukuklarında benimsendiği gibi, gerek eski Türk Medeni Kanunu’nda (mad. 143) gerekse yeni Türk Medeni Kanunu’nda (mad. 174) maddi tazminat kabul edilmiş olup, ilgili madde şu şekilde düzenlenmiştir: “Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir”. Söz konusu tazminatın gerekçesi olarak Türk hukukçuları şu açıklamalarda bulunmaktadır: “Maddi tazminat ödemenin gerekçesi olarak, bir sözleşmenin karşı tarafın rızası hilafına, tek taraflı olarak bozulması neticesinde kişinin madden mağdur olması gösterilebilir. Yani, maddi tazminat talebinin gerekçesi olarak; “akdî zarar” dan söz edilebilir”. Bu gerekçeyi Hatemi şöyle açıklar: “Bir sözleşme ile bir kişiye (alacaklı) sağlanan menfaat, o sözleşmenin ihlali ile, dar anlamda haksız fiil işlenmeksizin, karşı tarafın bir “mutlak hak”kı ihlal edilmeksizin, sırf “akde aykırılık” teşkil eden bir eylem veya tutum ile ihlal edilmiş olabilir. Bir sözleşme borçlunun kusuru yüzünden hükümsüz kalmış ise, o akitten beklenen “ifa menfaati”nin kaybedilmesi (müsbet akit zararı) yanında, hükümsüz kalan sözleşmeye “güven”den doğan bir zarar (menfi akit zararı) da söz konusu olabilir.... Buna göre, özellikle yine kadın eş; evlenme sözleşmesinin ölüncüye kadar devamına güvenerek, işini terketmiş ve boşanma durumunda işine devam etse idi elde edeceği durumdan çok daha elverişsiz bir noktadan başlamak zorunda kalmış olabilir. Yoksulluk söz konusu olmasa dahi, özellikle kadın eşin uğradığı bu gibi menfaat ihlallerine karşılık, bizde maddi tazminat denen, ne var ki dar anlamda “maddi tazminat” ile karıştırılmaması gereken bir meblağ ödenmelidir”. Bkz. Hüseyin Hatemi- Rona Serozan, **Aile Hukuku**, İstanbul 1993, s. 254, 255.

Keza sös konusu edilen kanun maddesinden hareketle maddi tazminat talebinin şartları olarak şunlar belirlenmiştir: a- Tazminat isteyen eş boşanmada kusursuz olmalıdır. Eşin kusursuzluğu, kendisinin boşanma sebeplerini yaratmamış olması şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz. Kemal Oğuzman, **Aile Hukuku Dersleri**, İstanbul 1990, s.162; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, İstanbul 1979, s. 455; Kemal Oğuzman- Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, İstanbul 1994, s. 142. b- Boşanma yüzünden tazminat isteyen eşin bir menfaati ihlal edilmiş olmalıdır. Buna göre, tazminat talebinde bulunan eşin, boşanma sebebiyle mevcut bir menfaatinin ya da ileride oluşması beklenen bir menfaatinin ihlal edilmiş olması gerekmektedir. c- Tazminat ödeyecek eş kusurlu olmalıdır. Bu madde şöyle anlaşılmalıdır: Boşanan eşlerden birinin tazminat ödemesine hükmedilebilmesi için, o eş boşanma sürecinde diğer eşten daha kusurlu olmalıdır. Eşit kusurları neticesinde eşler arasında oluşan geçimsizlik sebebiyle boşanmaya hükmedildiğinde, eşlerden herhangi birinin maddi tazminat talep etmeye hakkı bulunmamaktadır. Keza, akıl hastalığı veya kusura dayanmayan şiddetli geçimsizlik nedeniyle gelinen boşanmalarda da maddi tazminattan söz edilemeyecektir.

I- MADDİ TAZMİNAT

İslâm fıkının aile hukuku ile ilgili bölümlerinde ayrı bir başlık altında boşanmanın sonuçlarından biri olarak “maddi tazminat”tan söz edilmemektedir. Bunun sebepleri sadedinde değişik şeyler gösterilebilir. Ancak, gerek İslâm fıkhı bir bütün halinde gerekse aile hukukunun boşanma ile ilgili hükümleri özel olarak irdelendiğinde, hem hükümlere kaynaklık eden nasların hem de klasik dönemde yaşamış olan fakihlerin “maddi tazminat” kavramına yabancı olmadıkları görülmektedir. Bir

Birinci maddede belirtildiği gibi, maddi tazminat isteyecek olan eşin hiç kusurunun bulunmaması aranmamakta, aksine diğerine eşit ya da daha fazla kusura sahip olmaması tazminat alabilmesi için yeterli bulunmaktadır.

Maddi tazminatın miktarı ve ödeme şekli hususunda Türk hukukçuları şu felsefeyi benimsemişlerdir: Aile hukukunda boşanma sonrasında söz konusu edilen ve aile birliğinin sona ermesinde kusuru ağır olan eşin diğer eşe, talep etmesi halinde ödemekle yükümlü tutulabildiği tazminat mutlak tazminat değildir. Yani, boşanmadan mevcut ya da beklenen bir menfaati zedelenen eşin bu menfaatinin tamamen tazmin ettirilmesi söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle, boşanmada kusuru bulunmayan, ancak maddi açıdan zararı olan bayanın, evlilik sırasında sürdürdüğü yaşam düzeyini bundan sonra da aynıyla sürdürebilmesine imkan sağlayacak düzeyde bir maddi tazminatı isteme hakkının olmadığı belirtilmiştir. Burada söz konusu edilen tazminat, tarafların maddi imkanları, birlikte yaşanan zamanın uzun ya da kısaldığı, boşanmadaki kusur dereceleri, eşlerin yaşları, tazminat talebinde bulunan kadının sağlık durumu ve kazanç sağlama imkanları dikkate alınarak, uygun bir tazminata hükmedilir. Nitekim kanunda da bu duruma dikkat çekilerek; “münasip maddi bir tazminat”; “uygun bir maddi tazminat” denilmiştir. Buna göre, tazminat talebinde bulunanın önerdiği miktara hükmetmekle hakim zorunlu olmayıp, yukarıdaki şartlara bakarak, kendisi uygun olan tazminat miktarını belirleyebilecektir.

Maddi tazminata hükmedilebilmesi için, kusursuz olan eşin boşanma sonrasında yoksul düşecek olma ihtimalinin bulunması şart değildir. Zira, maddi tazminatla yoksulluk nafakası ayrı olarak mütalaa edilmelidir. Burada bir çeşit, evliliğin devam etmesi halinde kusursuz eşin elde edeceği maddi imkanlardan, boşanma kararının alınmasıyla haksız bir şekilde mahrum bırakılmasının cezası, maddi tazminat olarak bir nebze kendisine ödetilmektedir.

Maddi tazminatın para olarak verilmesi şart olmadığından, mal olarak da verilmesi mümkündür.

Maddi tazminatın, bir ya da birkaç taksitte ödenecek şekilde “sermaye” olarak ödenmesine hükmedilebileceği gibi, bir dükkanın kirasının alınması, bir akarın işletilmesi gibi “irad” şeklinde ödenmesine de hükmedilebilir¹. Nitekim yeni Türk Medeni Kanunu mad. 176 şöyle düzenlenmiştir: “Maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irad biçiminde ödenmesine karar verilebilir”. Geniş bilgi için bkz. Tekinay, a.g.e., s. 259- 170; Hatemi- Serozan, a.g.e., s. 255; Feyzioğlu, a.g.e., s. 456

başka deyimle, “maddi tazminat” olgusunun İslâm fihhına yabancı bir kavram olmadığı, klasik dönem İslâm fihhında da bazı durumlarda, boşanan eşlerden birinin diğerine tazminat ödemesine hükmedildiği bilinmektedir.

Günümüz araştırmacıları tarafından yapılacak olan iş, öncelikli olarak İslâm fihhının boşanma ile ilgili bölümünde (Kitabü't-Talâk) dağınık bir durumda olan “maddi tazminat içerikli hükümlerin” bir araya getirilerek yeniden tasnif edilmesi, sonrasında ise, evlenme ile ilgili bölümü (Kitabü'n-Nikah) de göz önüne alarak; çeşitleriyle mehir, müt'a, meta' gibi kavramlarla ifade edilmiş olan eşler arasındaki mâlî yükümlülüklerin çağdaş kavramlarla tanıştırılması şeklinde olmalıdır². Biz de bu amaçla, İslâm fihhının boşanma ile ilgili bölümündeki maddi tazminat anlayışını besleyen/teyit eden naslar ve içtihatlardan hareketle, İslâm aile hukukundaki maddi tazminatın meşrûiyeti, gerekçesi ve ödenme şeklini tespit etmeye çalışacağız.

A- MADDİ TAZMİNATIN MEŞRÛİYETİ ve GEREKÇESİ

1- Meşrûiyeti :

Diğer hukuk sistemleri gibi, İslâm hukuku da bireylerin haklarını koruma altına almış, hak ihlallerinin önüne geçebilmek için aldığı değişik önlemler yanında, hak ihlalinde bulunanlara maddi - manevi müeyyideler öngörmüştür. Hak ihlalleri; borçlar hukuku, ceza hukuku ve aile hukuku gibi hukukun değişik alanlarını ilgilendiren bir husustur. Özellikle borçlar hukukunda, hak ihlalinde bulunanlara verilen cezalardan biri de, hakkı ihlal edilerek mağdur edilen kişinin gördüğü zararın tazmin ettirilmesidir. Keza ceza hukukunda da, kul haklarına yönelik suçlarda, öncelikli olarak, imkanlar ölçüsünde hak sahibine hakkının iade edilmesi sağlanmakta, sonrasında ise, ceza hukuku ilkeleri doğrultusunda suçlunun cezalandırılması yoluna gidilmektedir.

İslâm hukukuna kaynaklık eden âyet ve hadislerde, bir sınırlandırma yapılmaksızın, başkalarının herhangi bir hakkına saldırı zulüm

² Söz konusu kavramlardan hareketle kadına tanınan mâlî haklarla ilgili bir çalışma için bkz. H. İbrahim Acar, **İslâm Aile Hukukunda Kadınlara Tanınan Mali Haklar**, Atatürk Ün. Sos. Bil. Enst. Erzurum 1994, basılmamış doktora tezi; ancak çalışmada klasik kavramların modern hukuklardaki karşılığı bulunmaya çalışılmamıştır.

olarak nitelendirilerek yasaklanmış³, hakkın kötüye kullanılması men edilmiş⁴, başkalarına verilecek her türlü zarar yasaklandığı gibi, zarara karşılık olarak verilecek zarar bile nehyedilmiş⁵, kul hakkının en ağır suçlardan olduğuna vurgu yapılarak, bireylerin haklarını yedikleri kim-selerle helalleşmeleri gereğine dikkat çekilmiştir⁶.

Yukarıda zikredilen ve hakları korumayı hedefleyen genel anlamlı naslardan hareketle, İslâm hukukunda “zarar giderilir”⁷; “zaruret hali başkasının hakkını ortadan kaldırmaz /helal kılmaz”⁸; şeklinde genel kurallar oluşturulmuştur. Ancak ilk dönem İslâm alimleri arasında; hakkın kullanımının mutlak olup olmadığı yani; bireyin hakkını kullanırken başkasına zarar vermesinin tazmini gerektiren bir durum olup olmadığı, bu durumda ortaya çıkan zararın tazmin ettirilmesinin gerekip gerekmeyeceği tartışılmıştır⁹. Ayrıca hak sahibinin hakkını

³ İlgili âyetler için bkz. Bakara 2/279; Nisâ 4/10; hadisler için bkz. Buhârî, *Mezâlim* 13; *Büyu’* 64; *Diyât* 22.

⁴ Bakara 2/231; 232; 233; ayrıca bkz. Saffet Köse, *İslâm Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İst. 1997, s. 123 vd.

⁵ İbn Mâce, *Ahkâm* 17; Mâlik, *Akdiye* 31; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 327.

⁶ Buhârî, *Mezâlim* 10.

⁷ es-Suyûtî, *el-Eşbâh ve’n-Nazâir*, Beyrut 1994, s. 112; *Mecelle*, mad. 20.

⁸ *Mecelle*, mad.33. Bu maddede kişinin başkasına zarar verecek bir şeyi yapmak zorunda kalmasının, verdiği zararı tazmin etmemesini gerektirmeyeceği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar, *Düreru’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut ts., I, 38, 39.

⁹ Örneğin Ebu Hanife’nin; “Kişi başkasına zarar verse de, kendi hakkını dilediği gibi kullanabilir” şeklinde bir görüşe sahip olduğu nakledilmiştir. Bkz. es-Serahsî, *el-Mebsût*, İst. 1983, XV, 21; Serahsî’nin (*el-Mebsût*, XV, 21) ve Kâsânî’nin de aynı görüşte oldukları bilinmektedir (Kâsânî, *Bedâi’*, VI, 264). Bunun yanında Hanefî fakihleri arasında, bir hakkın başkasına zarar verilerek kullanılmayacağını benimseyenler de vardır. Bkz. Köse, *Hakkın Kötüye Kullanılması*, s. 197 vd. Mâlikiler en geniş şekliyle hakkın kullanımını bir başkasına zarar vermeme şartına bağlamışlar ve bu yüzden hakkın kötüye kullanılmasını caiz görmemişlerdir Sahnûn *el-Müdevvenetü’l-Kübrâ*, Kahire 1324,V, 529; İbn Ferhun, *Tabsiratü’l-Hukkâm*, Beyrut 1995, II, 259, 260. Şâfiî ve mezhebine mensup birçok alim de hakkın kullanımında objektif teoriyi, yani başkasına zarar verse de kişinin hakkını kullanmasına engel olunamayacağını savunmaktadırlar. Bkz. eş-Şâfiî, *el-Ümm*, Beyrut 1413/1993, III, 286; Mâveridî, *el-Ahkâmü’s-Sultâniyye*, Kuveyt 1409/1989, s.334,335. Hanbelî mezhebî alimleri de hakkın başkasına zarar vermeyecek şekilde kullanımına müsaade edilebileceğini, aksi bir tasarrufun hakkın kötüye kullanılması sayılarak engel olunması gerektiği görüşünü benimsemişlerdir. Bkz. İbn Teymiyye, *Mecmûu Fetâvâ*, (nşr. Muhammed Abdurrahman b. Kasım) İkinci baskı 1398,

kötüye kullanmasının suç teşkil edip etmeyeceği; diğer taraftan ekonomik bir değeri bulunan maddi şeylerin kişinin haksız fiili ile zarar görmesi durumunda, kasıt, hata ya da ihmal gerekçe gösterilerek, failin verdiği zararı tazmin etmesi gereği kabul edilmesine rağmen, mevcut olan menfaatlerin bir başkasının eylemi ile zarar görmesi halinde, ya da istikbalde oluşabilecek bir menfaatten başkasının eylemi sebebiyle mahrum kalacak olması durumunda, kişinin bu mağduriyetinin de tazminata konu olup olmayacağı değişik görüşlere neden olmuştur. Bir başka ifadeyle söylemek gerekirse; ekonomik değeri olan şeylere/eşyaya haksız fiil neticesinde verilen zararın tazmin ettirilmesi kabul edildiği gibi, manevi zararların da maddi olarak tazmin ettirilip ettirilmeyeceği hususlarında farklı içtihatlar görülmektedir¹⁰. Ancak şu kadarını belirtmek gerekir ki; ilk dönem İslâm alimleri yukarıda sözünü ettiğimiz ve dönemlerinde Roma hukukçularının da tartıştığı hususlarda nazari olarak değişik yaklaşımlarda bulunmuşlarsa da, bir kısmı, hakkını kullanırken başkasına verdiği zararı kişinin tazmin etmesi gerektiğini¹¹ söylemiş; yine birçok alim hakkın kötüye kullanılmasına hukukun müsaade etmemesi gerektiği, hakkın kötüye kullanılmasının sonucunda oluşan maddi ya da manevi bütün zararların âdil bir şekilde tazmin ettirilmesinin uygun olacağı şeklinde görüşler serdetmişlerdir¹². Bu hususlarda teoride farklı görüş belirtenler bile, pratikte hakkın kötüye kullanılması sonucunda oluşan anlaşmazlıklarda, hakkını kötüye kullanan kimselerin amaçladıkları kötü hedefe ulaşmaları için hukuku alet etmelerini hoş görmemişler, şahsın bu tasarrufuna ceza olsun diye, ihlal edilen hakkın tazmin ettirilmesi şeklinde cezalar vermişlerdir¹³.

XXX, 8; Ebu Ya'lâ, *el-Ahkâmü's-Sultaniyye*, Beyrut 1414/1994, s. 340; İbn Kudâme, *el-Muğnî ve'ş-Şerhu'l-Kebîr*, Beyrut 1994, V, 52; VI, 203.

¹⁰ Serahî, *el-Mebsût*, XXVI, 81; Abdurrezzak es-Senhûrî, *Masâdiru'l-Hak fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Beyrut, Dâru İhyâ'î't-Türâsî'l-Arabî, ts., VI, 168-175; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İst. 1991, II, 428.

¹¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, V, 52; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâî' fi tertîbi's-şerâî'*, Beyrut 1402, VI, 258; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Kahire 1324, IV, 461; Vehbe ez-Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-damân*, Dâru'l-Fikr, 1970, s. 23.

¹² Subhi Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l-âmmе li'l-mûcebât ve'l-ukûd fi's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Beyrut 1948, I., 154, 171; ayrıca bkz. Köse, a.g.e., s. 218 vd.

¹³ Örneğin, ölüm hastalığı sırasında eşini boşayan ve eşinin iddet süresi içinde vefat eden kocanın, boşama hakkını kötüye kullandığına hükmedilerek, kadının boşandığı halde, kocasının mirasına hak sahibi kılınması burada hatırlanabilir. Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Meydânî, *el-Lübâb şerhu'l-Kitab*, Dersaadet ts., III, 52, İbn

Biz burada makalenin hacmini fazla zorlamamak için, ilk dönemlerde yukarıda konu başlıkları şeklinde zikrettiğimiz hususlarda yapılan tartışmalara bu kadarlık atıfla yetinerek, İslâm hukukunun geçirdiği tarihi seyir sonrasında, “hakkın normal olarak kullanımı ya da kötüye kullanımı neticesinde bir başkasına verilen zararların tazmin ettirilmesi gerektiği” şeklinde oluşan düşünceyi, araştırmaya çalıştığımız konu için çıkış noktası görerek, beşerî hukuk tarafından benimsenmiş olan boşanma sonrasındaki mâli haklardan maddi tazminat olgusunu ele almak istiyoruz.

Maddi tazminatın İslam hukuku açısından meşrûiyeti ile ilgili olarak tespit edebildiğimiz delilleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

a- Naslar:

i-“...Kadınlara verdiklerinizden bir şey geri almanız size helal olmaz. Ancak, erkek ve kadın Allah’ın sınırlarında duramayacaklarından korkmaları durumu müstesnadır. Siz de eşlerin Allah’ın sınırlarında duramayacaklarından korkarsanız kadının erkeğe fidyeye vererek boşanmasında, her iki taraf için de günah yoktur”¹⁴.

Ayette zikri geçen fidyeyi, boşanma tazminatı olarak ifade etmek mümkündür.

ii-“...Açık bir şekilde hayasızca davranma suçu “fâhişe mübeyyine” işlemedikçe, vermiş olduğunuz herhangi bir şeyi geri almak amacıyla eşlerinize baskı yapmayın”¹⁵. Ayette zikri geçen “fâhişe mübeyyine” ifadesi hakkında; kadının zina etmesi, sivri dilli olması, gerek sözü ile gerekse eylemleri ile kırıcı ve huysuz olması şeklinde değişik yorumlar yapılmıştır¹⁶.

Ayetten anlaşılan hüküm olarak ise; erkeğin zina yaptığı ispat edilen eşini, kendisinden boşanma tazminatı alarak boşama hakkının bulunduğu ifade edilmiş, mehir¹⁷ yükümlülüğünü erkek eş yerine

Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve Nihayetü'l-muktesid*, Beyrut 1992, II, 102; Bâcî, *el-Müntekâ şerhu Muvatta-i İmam Malik*, Kahire 1332'den ofset, IV, 85

¹⁴ *Bakara* 2/229; cinsel ilişkiye girmeden boşanmış kadına müt'a verilmesini emreden diğer bir ayet *Ahzâb* 33/49 olup, orada daha genel anlamda müt'a verilmesi emri mevcuttur.

¹⁵ *Nisa* 4/19.

¹⁶ Kurtubî, *a.g.e.*, V, 101.

¹⁷ Mehir; İslâm fıkıhına göre, sahîh nikah sonrasında erkeğin eşine ödemek zorunda olduğu mâli bir yükümlülük olup, mehrin ne kadar olacağı tamamen eşler arasındaki

getirmeden kadın böyle bir suç işlediğinde ise, kocanın mehir yükümlülüğünün düşeceğine ayet delil getirilmiştir¹⁸.

iii-“Henüz kendilerine dokunmadığınız ve nikah sırasında mehir hususunda da anlaşma yapmadığınız eşinizi boşamanızda bir günah yoktur. Ancak bu durumda onlar için imkanları çok olan kendi gücüne göre, dar olan da kendi gücüne göre ve örf-adete de uygun bir şekilde geçimlik (müt'a)¹⁹ verin, bu güzel davrananlar üzerinde bir borçtur”²⁰.

Hanefiler bu ayetten hareketle, boşandığı halde hiç mehir alamamış, boşanmaya da kendi sebep olmamış bayana, yani boşanmada kusursuz olan bayan eşe zorunlu bir müt'a ödenmesini gerekli görmüşler²¹, bunun dışındaki hallerde ise, erkeğin eşine müt'a vermesini mendup olarak değerlendirmişlerdir. Sahabe neslinden ve sonraki dönem fakihlerinden bazıları ise, bu ayet yanında Ahzab suresindeki konuyla ilgili ayetlere (33/28,49) ve yine Bakara 2/241. ayete de bakarak, herhangi bir kayıt koymaksızın, her boşanmış kadının boşanma sebebiyle müt'a alma hakkının bulunduğunu söylemişlerdir²².

Verilmesi gereken müt'anın miktarı ve bu müt'anın ödenmesi sırasında erkeğin imkanının dikkate alındığı gibi, bayanın konumunun da dikkate alınmasının gerekli olup olmadığı klasik dönem alimleri arasında tartışılmış olup; alimlerden bir kısmı müt'anın en fazla mehrin yarısı kadar olması gerektiğine hükmetmişler, kimisi 30 dirhem olarak belirlemiştir. İbn Abbas'dan konu hakkında; “müt'anın en üst düzeyi

anlaşmayla belirlenmektedir. Ekonomik değeri olan herşeyin mehir olarak verilebileceği kabul edilmektedir. Mehre, erkeğin kadına verdiği değer in simgesi; nikah aktinin güç ve kuvvet kazanması; erkeğin bayanla ömür boyu bu ilişkiyi devam ettirme isteğinin bir güvencesi; bayanın kötü günlerinde kendisinin belirli süre ayakta durabilmesi için mali bir güvence/yedek akçe gibi anlamlar yüklenmektedir.

¹⁸ Kurtubî, *a.g.e.*, V, 101; Şevkânî, *Fethu'l-Kadîr*, I, 440, 441; ayrıca bkz. Muhammed Esed, *Kur'an Mesajı*, İst. 1999, s. 137

¹⁹ Müt'a; mutlak anlamda faydalanacak şey manasında bir kelime olup, İslâm fıkında; boşanma sırasında kadının gönlünün alınması için kocası tarafından hediye olarak verilen şeye denir.

²⁰ *Bakara* 2/236.

²¹ Merğmânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, el-Mektebetü'l-İslamiyye, ts., I, 205.; Kurtubî, *el-Câmi*, III, 199; Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Beyrut 1992, II, 138; Nitekim birçok muasır müellif de Hanefiler'in bu yaklaşımını tercihe şayan bulmaktadır. Bkz. Reşid Rıza, *Tefsiru'l-Menâr*, Beyrut, Dâru'l-Ma'rife, II, 453; İzzet Derveze, *et-Tefsiru'l-Hadîs*, çev. Komisyon, İst. 1998, V, 272.

²² Cassâs, *a.g.e.*, II, 136, 137.

kadına bir hizmetçi hediye etmek, ortası ona bir takım kıyafet hediye etmek, en aşağısı ise bayana bir miktar yiyecek (nafaka) vermektir” şeklinde rivayet nakledilmektedir²³. Mehir miktarının genelde, 10-400 dirhem olduğu ve bir koyunun 5 dirhem olduğu piyasaya göre, mehrin yarısı baz alınarak verilecek olan müt’anın 1 ila 40 koyun arası, yani 300 ila 12.000 YTL. gibi bir tazminatı akla getirir.

Birçok alim, müt’anın miktarı belirlenirken bayanın konumunun da dikkate alınmasını gerekli görmüşlerdir²⁴. İlk dönemdeki müt’a ile ilgili tartışmalara bakıldığında, birçok alimin müt’ayı alınamayan mehrin karşılığı olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Bir kısım alim ise, müt’ayı bayanın mehir hakkı dışında, boşanmanın kendisinde oluştura-acağı psikolojik olumsuzlukları gidermede bir teselli akçesi, gönül alıcı bir hediye olarak değerlendirmektedir. Bu değerlendirmelerden hareketle müt’a; boşanmada kusurlu olan kocanın kusursuz olan eşine boşanma sırasında vermesi gerekli olan boşanma tazminatı olarak görülebilecektir.

iv-“Boşanmış kadınlara da iyi bilinen geleneğe uygun olarak, geçimlerini sağlamak, sakınanların üzerine bir borçtur”²⁵. Tâbiin fakihlerinin çoğunluğu, bu ayetten hareketle her boşanmış bulunan bayanın boşanma tazminatı alma hakkının bulunduğunu savunmuşlarsa da²⁶, ayetle ilgili olarak farklı görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Hanefiler, bu ayeti ihtiyari müt’a için delil göstermekte olup, bayanın yarım veya tam mehrini alması durumlarında, ya da gerdek ve sahih halvet öncesinde boşanmaya kendisinin sebep olması sonucunda hiçbir mâlî hakkının kalmadığını söylemektedirler²⁷. Ayrıca bu ayet; her boşanmış kadının kendisinden yararlanacağı bir mâlî yardıma hakkı olduğu, bunun ise; tam mehir veya yarım mehir ya da müt’a olabileceği şek-

²³ Bkz. Kurtubî, *el-Câmi*, III, 200.

²⁴ Görüş ve delileri için bkz. Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur’an*, II, 144; Kurtubî, *a.g.e.*, III, 200.

²⁵ *Bakara* 2/241.

²⁶ Taberî, *Câmiu'l-beyân an te'vil-i âyi'l-Kur’an*, Mısır 1968, II, 583-585; Şevkânî, *Fethu'l-Kadir*, Âlemü'l-Kütüb, ts., I, 252-255, 260.

²⁷ Vacip ve ihtiyari müt’a hakkında fıkıh ekollerinin görüşleri ve değerlendirmesi için bkz. Cassâs, *a.g.e.*, II, 137, 144.

linde de anlaşılmuştur²⁸. Bunlar yanında söz konusu âyeti, boşanma sonrasında kadının yeni evlilik yapıncaya kadar yoksulluk nafakası alma hakkının bulunduğu şeklinde anlayanlar da olmuştur²⁹.

v- “Ey Peygamber! Eşlerine şöyle söyle: Eğer dünya dirliğini ve süsünü istiyorsanız, gelin size boşanma bedellerinizi vereyim de sizi güzellikle salıvereyim/boşayayım...”³⁰. Bu ayetteki “boşanma bedeli” boşanma tazminatı olarak anlaşılabilceği³¹ gibi, gecikmiş mehirler şeklinde de anlaşılmuştur³².

vi- Sabit b. Kays’ın hanımı olan Sehlin kızı Cemile Hz. Peygamber’e gelerek, kocasının din ve ahlak açısından bir eksikliği bulunmamasına rağmen ondan hoşlanmadığını belirtip, kendisinin boşanmak istediğini söyledi. Hz. Peygamber ona, kocasının evlenirken kendisine mehir olarak verdiği bahçeyi kastederek; “ona bahçeyi geri verir misin?” dedi. Kadın, “evet, hatta fazlasını bile veririm” dedi. Bunun üzerine Hz. Peygamber, Sabit b. Kays’a; “Bahçeni al ve onu boş” dedi³³.

Bu rivayette de görüldüğü gibi, boşanma hususunda kusuru bulunmayan eşe (erkek eşe) diğer eş tazminat ödeyerek boşanma hakkını kullanmak istemekte, Hz. Peygamber de bu tasarrufu onaylamaktadır. Buna göre, boşanmada kusurlu olan eş tarafından, boşanmada kusursuz olan eşin boşanma sebebiyle uğradığı/uğrayacağı zararını tazmin ettirme düşüncesinin İslâm dini/hukuku açısından da meşrû olduğu söylenebilir.

vii- Hudeybiye antlaşması sonrasında müşrik kocalarını Mekke’de bırakıp hicret eden kadınların, aldıkları mehirlerin geri iade

²⁸ Cassâs, *Ahkâmü’l-Kur’an*, II, 142; Hamdi Yazır ise buradaki “meta” ifadesini; zifafa girilmeden boşananlar için müt’a, diğerleri içinse iddet nafakası şeklinde yorumlamıştır. Bkz. *Hak Dini Kur’an Dili*, Eser Neşriyat ts., II, 817.

²⁹ Görüşler için bkz. Şevkânî, *Fethu’l-Kadîr*, I, 260.; Esed de bu ayeti, boşanma sonrasında kadının yoksulluk nafakası hakkına delil olarak görmektedir; *Kur’an Mesa-jı*, s. 73, 231.

³⁰ *Ahzab* 33/28,29.

³¹ Hamza Aktan, *Bakara* 2/241 ile birlikte bu ayeti de delil getirerek, gerektiğinde boşanmış kadına tazminat verilebileceğini savunmaktadır. H. İbrahim Acar, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Erzurum 2002, s. 296.

³² M. Ali es-Sabûnî, *Muhtasar’ı İbn Kesir*, Beyrut 1981, III, 92.

³³ Buhârî, *Talâk* 12; Ebû Dâvud, *Talâk* 17,18; Nesâî, *Talâk* 34.

edilmesini isteyen ayet de³⁴ burası için ayrı bir delil olarak gösterilebilir.

b- İslâm Fıkında Benimsenmiş Olan Bazı Genel Kurallar:

i- “Zarar Giderilir” Kuralı

Kuralın Anlamı ve Uygulama Alanı : “Zarar giderilir”³⁵ şeklinde İslâm fıkında genel kural olarak benimsenmiş ve birçok alanda uygulamaya konmuş olan ilke, haksız fiil ya da hakkın kötüye kullanılması neticesinde doğan zararların giderilmesi hususunda mutlak bir hüküm doğururken, meşrû bir hakkın kullanımı sırasında bir başkasının göreceği zararın telafi ettirilmesi noktasında “zararın fâhiş/çok, büyük olması” ile kayıtlanmıştır³⁶. Nitekim bu hususu açıklama sadedinde Mecelle’de; “Zarar-ı fâhiş bieyyi vechin kân defettirilir”³⁷ şeklinde bir madde bulunmaktadır. Yani, birey bir başkasına zarar verme kastı bulunmaksızın hakkını kullanırken, başkasının zarar görmesi halinde, verilen zarar fâhiş ise, ya hak sahibinin hakkını kullanmasına engel olunur, ya da verdiği zararı tazmin etmesi istenir. Kendisinden kaçınılması zor olan zararlara ise itibar edilmez.

Fakihler, bir şahsın fiilinin sonucu olarak ortaya çıkan zararlarda, şahsın zarar verme kastının bulunup bulunmadığına bakmamışlar³⁸, ancak zararın oluşmasında dolaylı olarak etkisi bulunan şahsın tazminle yükümlü tutulabilmesi için, zarar verme kastının bulunmasını şart koşmuşlardır³⁹. Söz konusu kurallar, fıkıh literatürümüzde haksız fiil/haksız bir eylem sonucunda oluşan zararların tazmini ile ilgili olarak verilen hükümlerin gerekçeleri olarak kullanılmaktaysa da, bu kuralların söz verme, yalan konuşma, başkasına zararı içeren bir sözleşme yapma ya da sözlü bir tasarrufta bulunmanın sonuçları olarak başkasına verilen

³⁴ Bkz. Mümtehhine 60/10; âyetin ilgili kısmı şöyledir: “...kocalarının sarfettiklerini (mehirleri) geri verin...”.

³⁵ **Mecelle**, mad. 20; maddenin her tür zararın giderilmesi gerektiği, bunlar için fıkıh değişik alanlarında değişik haklar ve sorumluluklar oluşturulduğunu veciz şekilde görebilmek için bkz. Suyûti, el-Eşbâh, s. 112 vd.; Ali Haydar, **Düreru’l-Hükkâm**, I, 33.

³⁶ İbn Kudâme, el-Muğnî, V, 52.

³⁷ **Mecelle**, md. 1200.

³⁸ Kuralın orijinal şekli şöyledir: “Mübâşir kasıtlı olmasa da tazminle yükümlüdür”, bkz. **Mecelle**, mad. 92.

³⁹ Bu kuralın da asıl metni; “Mütesebbib kasıtlı olmadıkça tazminle yükümlü değildir”, şeklindedir. Bkz. **Mecelle**, mad. 93.

zararların tazminini kapsamadığı ileri sürülemez. Aksine, söz konusu edilen sözlü tasarrufların neticesi olarak, bireylerin gördükleri zararların tazmin edilmesinin gerekli olduğu yönünde ilk dönemden hükümler de bulunmaktadır. Örneğin; Ebû Yusuf'a göre, kendisine bir şey yapması hususunda bir sanatkârla anlaşılan kimse, daha sonra sipariş verdiği eşyayı/malı almaktan vazgeçemez. Mecelle'nin sipariş sözleşmesi hakkında benimsediği bu görüşün gerekçesinde Ali Haydar (ö. 1334/1915) şu açıklamayı yapar: Aksi taktirde, yaptığı sipariş malı başkasına satamayacak olan sanatkar zarar eder, bu taktirde müşteri, sanatkarın bu sebeple göreceği zararı tazmin etmelidir⁴⁰.

Borçlunun borcunu zamanında ödememesinden dolayı, enflasyon sebebiyle alacaklının uğradığı zararın borçlu tarafından tazmininin istenmesi de meşrûdur⁴¹. Bir çok müçtehit tarafından meşrû görülen kaporalı satışa delil gösterilen olay da konumuzla ilgilidir: Nâfi (ö.117/735), Safvan b. Ümeyye'den cezaevi olarak kullanılmak üzere binasını Hz. Ömer (ö.23/643) adına satın almış ve Nafi, Ömer bu akde razı olmazsa Safvan'a bir miktar para vereceğini taahhüt etmiştir. Olaydan haberdar olan Hz. Ömer bu tür satışı onaylamıştır. Ayrıca, İbn Sirin'den (ö.110/728) şöyle bir rivayet nakledilmektedir: Bir şahıs malını bir yerden başka bir yere taşımak için bir kimse ile anlaşmış ve ona; "filan gün hayvanlara semerlerini vurarak filan yerde hazır ol, o gün seninle bu taşıma işlemini gerçekleştirmezsem sana yüz dirhem vereceğim", demiş. Malını taşıyacak şahıs söz verilen tarihte ortalıkta görünmeyince, diğer adam bu durumu Kadı Şürayh'a intikal ettirmiş, o da, "zorlanmadan ve tehdit altında kalmadan kendi isteği ile böyle bir şartı yüklenen, onu yerine getirecektir" demiştir. Bu olayla ilgili olarak ez-Zerka şu açıklamayı yapar; Kadı Şürayh'ın verdiği hüküm, bekleme ve boş kalmanın madden karşılığı (ta'vizi) mahiyetinde olup, söz konusu şart, batı hukukundaki cezai şartın ya da kazanç mahrumiyetinin aynısıdır⁴².

"*Zarar giderilir*" şeklindeki genel ilke uygulamaya konulurken, şu türden alt kurallar oluşturulmuştur: "*Zarar zararla giderilmez*"⁴³;

⁴⁰ Ali Haydar, a.g.e., I, 361.

⁴¹ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 432.

⁴² Ez-Zerka, *el-Medhal*, I, 395; Karaman, a.g.e., II, 433.

⁴³ Suyûtî, a.g.e., s. 115.

“İki mefsedet tearuz ettiğinde, daha hafif olanı irtikab edilerek, zararı daha büyük olandan korunulur”⁴⁴.

Klasik dönem İslâm fıkında yukarıdaki ilkelerle paralellik arz etmeyen, onları değişik alanlarla sınırlayan uygulamaların varlığı da bilinmektedir. Örneğin; bazı Hanefiler’in de içinde bulunduğu bir grup fakih, tazmin edilmesi gereken zararları, somut varlığı olan ve müte-kavvim mal olma özelliği taşıyan eşyanın haksız fiil sonrasında zarar görmesine hasretmişlerdir. Onlara göre, menfaat ve hakların haksız fiil neticesinde zarar görmesi halinde zararın tazmini gerekmediği gibi, kiş-inin hakkını kullanması neticesinde, başkasının eşyası zarar görecektir olsa, bu taktirde de zararın tazmini gerekmez, zira “cevaz-ı şerî damâna münafidir”. Bir başka fakihler grubu ise, gerek haksız fiil neticesinde gerekse hakkın meşrû bir şekilde kullanılması ya da kötüye kullanılması sonucunda, şahsın müte-kavvim malının ya da menfaat veya hakkının zarar görmesine bakılmaksızın, başkasına verilen bütün zararların taz-min edilmesini gerekli görmüşlerdir. Bu kuralın istisnası olarak, şahsın hakkını kullanırken, istemeyerek de olsa, bir başkasına verdiği cüzi zararları tazmin etmekle yükümlü tutulamayacağını da belirtmişlerdir.

Özellikle hakkın meşrû bir şekilde kullanımı sırasında bir başkasının zarar görmesi halinde, zarar veren şahsın tazminle yükümlü tutulmaması gerektiğine delil olarak kullanılan; ***“cevâz-ı şer’î damâna münafidir”***⁴⁵ şeklindeki kural, zaman içinde yukarıda sözü edilen diğer kurallar yanında; ***“ıztırar başkasının hakkını iptal etmez/helal kılmaz”*** şeklindeki kural⁴⁶ ile kayıtlanarak⁴⁷ uygulamaya konulmuştur.

Nasların ruhuna da uygun olan bu uygulama şekli, nitekim Mecelle’de kanun şekline dönüştürülmüş ve şu maddeler kabul edilmiştir: ***“Kişi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunur, fakat tasarruf başkasının hakkını ilgilendirirse, o şahıs mülk sahibinin mülkündeki tasarrufunu meneder”***⁴⁸; ***“Hiç kimse mülkünde tasarruftan men olunamaz, ancak bu tasarrufu başkasına ağır bir şekilde (fâhiş) zarar***

⁴⁴ Suyûtî, a.g.e., s. 117.

⁴⁵ Mecelle, mad. 91.

⁴⁶ Mecelle, mad. 33.

⁴⁷ Ali haydar, a.g.e., I, 83; ayrıca müellif söz konusu maddenin uygulamadaki bir istisnası olarak Mecelle’nin 1087. maddesindeki uygulamayı (Düreru’l-Hükkâm, X, 44) göstermektedir.

⁴⁸ Mecelle, mad. 1192.

verdiğinde, menolunabilir"⁴⁹, bu son ilke "Kişinin mülkündeki tasarrufu ancak, ondan başkası zarar görmedikçe sahihtir" şeklinde ifade edilebilir⁵⁰.

Yukarıda değinildiği gibi, ilk dönemlerde fakihler arasında, başkasına zarara vererek de olsa hakkın kullanımının meşrûiyeti tartışılmışsa da, sonraki dönemlerde İslâm dünyasında benimsenen bu ilkeler, kişinin mülkündeki/hakkını kullanmadaki mutlak tasarrufunu sınırlandırmakta, başkasına zarar vermemek kaydıyla hakkını kullanma ve mülkiyetinde tasarrufta bulunma serbestisi tanımaktadır. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu döneminde İslâm alimleri bu görüşle fetva vermişlerdir⁵¹. "*Zarar-ı fâhiş bieyyi vechin kân defettirilir*" ilkesi⁵² ile de, kasıtlı ya da kasıtsız olarak, hakkın kullanımı sırasında bir başkasına verilen fahiş zararın telafi ettirilmesi (bunun bir yolu da tazmin ettirilmesi şeklinde olur) hükmü getirilmiştir. Aynı madde ile, başkalarının sudan bahanelerle kişinin hakkını kullanmasından zarar gördüklerini iddia etmeleri sebebiyle, mülk sahibinin mülkündeki tasarrufuna engel olunamayacağı ifade edilmiştir⁵³. Buna göre, bugün İslâm alimlerinin çoğunluğunun benimsediği felsefe; "kişinin hakkını başkasına zarar vermemek kaydıyla kullanma yetkisine sahip bulunduğu, hakkın kötüye kullanılması ya da meşrû doğrultuda kullanılması halinde bile, bir başkasına verilen maddi ya da manevi zararın, fâhiş olması halinde, tazmin edilmesi gerektiği; verilen zararın tazmin edilmesi için, zarar ile fiil arasında illiyet bağının kurulması dışında, bu zararın bir sözden, bir eylemden ya da herhangi bir tasarruftan kaynaklanmasının önemli olmadığı"⁵⁴ şeklinde olanıdır. Buna göre, günümüz hukukları, İslâm hukuku da dahil, bir yandan, hakların kullanımının tabii sonucu olarak oluşan zararların tazmin edilmesini sağlayacak, diğer taraftan da, hakkını başkasına zarar vermek amacıyla kullanan kimselere müsaade etmeyecek, bunu önlemeye çalışacak, böyle bir tasarruf tespit edildiğinde, faile verilebilecek diğer cezalar yanında, verdiği zararı tazmin etme müeyyidesi ile cezalandırabileceklerdir.

⁴⁹ *Mecelle*, mad. 1197.

⁵⁰ *Kâsânî, Bedâi'*, VI, 258; *Mecelle* md. 1192, 1197, 1198; ayrıca bkz. Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 23.

⁵¹ Bkz. Ali Haydar, *Dürrerü'l-hükkâm*, X, 221.

⁵² *Mecelle*, mad. 1200.

⁵³ Ali Haydar, *a.g.e.*, X, 221.

⁵⁴ Geniş bilgi için bkz. Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 20, 22-27.

ib- Kuralın Aile Hukuku İle İlişkisi

“Zarar giderilir” şeklindeki ilkenin klasik dönem İslâm fikhının aile hukuku ile ilgili bölümünde yeterince uygulama alanı bulamayışının nedenleri arasında, nikah sırasından başlayarak, evliliğin devamı süresince, bütün mâlî sorumlulukların kocaya yüklenmiş oluşunun etkisi büyüktür. Ayrıca; daha önce değinildiği gibi, bazı hukuk ekollerince menfaat ve hakların zarar görmesi durumunda tazmin edilmelerinin gerekmediği şeklindeki görüş doğrultusunda, ileride oluşacak menfaatlerin zarar göreceği halinde bile tazmin edilmesinin söz konusu edilmeyişinin etkisi olmalıdır. Bunlar yanında, boşanan kadınların, o günün sosyal şartlarında, ciddi olarak herhangi bir ekonomik kayıplarının/zararlarının bulunmayışının; döneme hakim olan anlayış gereği, birden fazla evliliğin yadırganmaması nedeniyle, dul kadınların yeni bir evlilik yapma şanslarının yüksek oluşu gibi değişik âmillerin de etkisi olsa gerektir.

Şu kadar var ki, ölüm hastalığı sırasında kadının boşanmasını, onun elde edeceği miras hakkından mahrum bırakılma amacı güttüğü gerekçesiyle, birçok İslâm hukukçusu, bunu “başkasına zarar verme kastıyla kullanılmış bir hak/hakkın kötüye kullanılması” olarak görmüş, kadının bu durumda mirastan mahrum edilme şeklinde uğratılacağı zararı dikkate alarak, söz konusu durumdaki boşama kararına rağmen, kadının kendisini boşayan kocanın mirasından hak alacağına hükmetmiştir⁵⁵. Buna göre, nikah akdinin bir nevi erkek lehine kadın üzerinde mülkiyet ilişkisi/hakkı doğurduğu düşüncesi ile birlikte, günümüz şartlarında, kusursuz olduğu halde, aleyhine olarak boşanma kararı alınması sebebiyle ciddi olarak maddi zarar göreceği olan bayanın, bu kararı alan eşinden zararını tazmin etmesini talep etme hakkının bulunduğunu ifade etmek bir çelişki oluşturmayacaktır. Zira günümüz dünyasında sosyal hayatın değişmesi sebebiyle, çoğu kez, nikah sırasında kadına verilen/verilmesi kararlaştırılan mehir, daha sonra eşlerin ortaklaşa olarak elde ettikleri maddi kazanımlar yanında çok cılız kaldığı için, boşanma sırasında, eşlerin birlikte kazandıkları servetin bölüşümünde bir denkleştirmeye gidilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Sunulacak olan çözüm buna imkan sağlamalıdır.

⁵⁵ İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 102.

Biraz önce görüldüğü gibi, “cevâz-ı şerî damâna münâfidir” kuralını, “ıztırâr başkasının hakkını iptal etmez” kuralı ile birlikte değerlendirmek, ilk kuralın yanlış uygulanmasını önleyecektir.

Kadının boşanma kararı alması durumunda ise, klasik dönemden beri zaten erkeğin bundan her halükarda zarar göreceği (erkeğin nikah sırasında mehir ödemesi, evlilik masraflarını karşılaması gibi) gerekçeyle, kadının tazminat ödeyerek boşanabileceği benimsenmiş olup, “zarar giderilir” kuralı bu hususta işletilmiştir. Yani, İslâm fihhında kusursuz olan kocanın eşinin hulu’⁵⁶ ya da kadâi boşanma⁵⁷ yolu ile boşanması halinde, mahkeme kararı ile tazminat alacaklısı olacağı ilk dönemlerden beri kabul edilmiştir. Ancak, boşanmada kusursuz olan bayanın, özellikle kocasının talak yetkisini kullanarak boşanması halinde, aldığı mehre ilaveten ayrıca bir de tazminat alacaklısı olması söz konusu edilmemiştir. Bunun nedenleri olarak yukarıda söylenenlere ilaveten; bayanın nikah sırasında aldığı mehri evin ortak ihtiyaçları için harcamak zorunda olmaması, evlilik içi ve iddet süresince bayan için gerekli olan nafakanın koca tarafından ödenme zorunluluğunun bulunması nedeniyle kadının boşanması halinde fâhiş bir şekilde maddeten zarar görmeyeceği kanaati/realitesi gösterilebilir. Öyle ki, kocasının kusuru (erkeğin eşine şiddet uygulaması, ailevi sorumluluklarını yerine getirmemesi gibi) sebebiyle kadının boşanma hakkını kullanacak olması halinde bile, kadına hulu’ yolu ile boşanabilme imkanı tavsiye edilmiştir. Yani, kocanın kusurlu olduğu halde bile tazminat alacaklısı olabileceği, kadının kusursuz bulunması halinde bile, boşanma kararı alınmasında kendisinin etkisi bulunduğu gerekçesiyle, tazminat yükümlüsü olacağı benimsenmiştir. Bu durumda kocanın diyaneten eşinden bir tazminat almasının hoş olmayacağı ifade edilmekle birlikte, hukuken buna hakkının bulunduğu kabul edilmiştir⁵⁸. Bu anlayışı İslâm hukukunun evrensel bir anlayışı olarak görmenin uygun olmayacağını ifade etmek isteriz.

⁵⁶ *Hulu’*; kadının boşanma tazminatı ödemeyi kabul ederek kocasından boşanması demektir.

⁵⁷ *Kadâi boşanma*; mahkeme yolu ile boşanma demektir. İslâm fihhına göre, boşama yetkisi mahkemenin tekelinde değilse de, bazı özel durumlarda boşanmak amacıyla kadın ya da erkek eş mahkemeye müracaat ettiklerinde, mahkemenin bu tür davalara bakıp, eşleri boşama yetkisi de bulunmaktadır.

⁵⁸ Kâsânî, *Bedâi’*, III, 150; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 180; ayrıca bkz. Hamdi Döndüren, *Delilleriyle İslam Hukuku*, İst. 1983, s. 406.

Yukarıda geçtiği üzere, ölüm hastalığı sırasında kocanın eşini boşaması örneğinde görüldüğü gibi, klasik dönem İslâm alimleri de “boşanma hakkının kötüye kullanılması” halinde, zarar gören eşin tazminat alacaklısı olacağını benimsemişlerdir. Burada şunu belirtelim ki, hakkın kötüye kullanımının engellenmesi ile ilgili olarak, klasik dönemde komşuluk ve esnaflık ilişkilerinden örnekler verildiği halde, ölüm hastalığı sırasındaki boşanma olayı dışında ailevi ilişkilerden örnek verilmemesi, yukarıda detaylıca irdelemeye çalıştığımız gibi, dönemin sosyo- kültürel yapısıyla ilgili olsa gerektir. Yoksa, söz konusu ilkelerin/yasaklamaların ve tazminat haklarının aile hukukuna yansıtılmasına engel herhangi bir hukuki durum görünmemektedir.

“Zararın giderileceği” şeklindeki ilke, hukukun değişik alanlarında uygulanma şansı bulduğu gibi, “Eşlerden birinin boşanma hakkını kullanırken diğer eşin ciddi boyutta zarar göreceği halinde, bu zararın telafi edilmesi için diğer eşin tazminat talebetme hakkının bulunması” biçiminde aile hukukunda da uygulanmasına engel herhangi bir durumun olmadığı söylenebilir. Belki ailevi ilişkilerde, borçlar hukukundaki şekliyle tam anlamıyla oluşan zararın tespiti yapılamayacağından, “mutlak tazminat” olgusundan bahsedilemeyecektir. Ancak bu durum, bir hakkın kullanımı sebebiyle başkasının göreceği zararın tamamen gözardı edilmesini gerektirmemelidir. İmkanlar dahilinde, boşanma sebebiyle kusursuz olan eşe verilen zarar tespit edilmeli, bunu telafi etmek amacıyla da uygun bir tazminata hükmedilmelidir. Nitekim bu noktadaki sıkıntıya modern hukukçulardan Hatemi de dikkat çekmekte, buradaki tazminat ile borçlar hukukundaki tazminatın karıştırılmamasını istemekte ve boşanma sebebiyle oluşacak zararların kısm-ı âzamisini gidermeyi amaçlayan uygun bir meblağa, ona göre “denkleştirme bedeline” hükmedilmesini önermektedir. Hatta o, İslâm fıkıhındaki mehri, modern dönemlerin icadı olan maddi tazminat felsefesinin bir versiyonu olarak görmüş olmalı ki, mehrin bulunduğu bir sistemde “boşanma sırasında maddi tazminata gerek olmayacağı” şeklinde bir anlayışa meyilli görünmektedir⁵⁹. Kanaatimizce, hiç detaya gitmeksizin mutlak olarak her durumda, “İslâm hukukuna göre, mehrini almış kadının boşanma sırasında ayrıca bir de tazminat talebinde bulunma hakkının olmayacağını” söylemek, hem dînî hem de hukukî dayanağı bulunan; “bir başkasına verilen zararların imkanlar ölçüsünde

⁵⁹ Hatemi-Serozan, *Aile Hukuku*, s. 251.

giderilmesi gerektiği”, “kul haklarının korunmasının dinin temel amaçları arasında bulunduğu” şeklindeki söylemlerle çelişecektir.

c-İslâm Fıkında Benimsenen Bazı İçtihatlar

i- Ölüm Hastalığı Sırasında Kusursuz Olarak Boşanan Eşin Miras Hakkının Devam Edeceği

Ölüm hastalığı sırasında kusursuz olan eşini boşayan erkeğin, boşanmış eşinin, genel kurala aykırı olarak, miras hakkının devamına hükmedilmesi de, ilk dönem fakihleri nezdinde eşlerin boşanma sebebiyle birbirlerine zarar vermeleri halinde, bunun tazmin edilmesinin gerekli olduğunu benimsemiş olduklarını göstermektedir. Yukarıda değişik vesilelerle zikredildiği gibi, ilk dönem İslâm fıkında birçok hukuk ekolü tarafından benimsenen görüşe göre⁶⁰; ölüm hastalığı sırasında kocanın eşini boşaması durumu, hakkın kötüye kullanılmasına örnek olarak görülmüş ve bu durumda kadının uğrayacağı mirastan mahrum kalma şeklindeki zarar, kadının kocasına mirasçı kılınarak bertaraf edilmiştir. Bir başka deyişle, kusursuz olan bayan eş aleyhine verilen boşanma kararı sebebiyle kocanın tazminat ödemesine hükmedilmiştir ki, söz konusu olayda bayanın aldığı tazminat kocasından gelen miras payı olarak görülmektedir. Zaten kadının boşanma nedeniyle uğrayacak olduğu maddi zarar da, bu miras payından mahrum kalması olacaktır.

ii- Eşler Arasında Kabul Edilen Şartların Bağlayıcılığı

Yukarıda serdedilen maddelerin yanında, özellikle Hanbeli hukuk ekolü tarafından çok geniş kapsamlı olarak benimsenmiş olan; evlilikle ilgili şartlar, akdin muktezasına aykırılık ve naslara aykırı bir durum içermedikçe, uyulmaya layık olup, bu şartlar tarafları bağlar⁶¹. Bu ilke, “kusursuz eşin boşanma sırasında göreceği zararlarının giderilmesi amacıyla maddi tazminat hakkının bulunacağı” şeklindeki bir şartın meşrû oluşuna ve bu şarta uymanın hukuken gerekli olduğuna delil teşkil etmektedir. Buna göre, “boşanma sırasında kusursuz eşin göreceği zararın kusurlu eş tarafından giderilmesi için ona maddi tazminat ödemesinin gerekli olduğu” şeklinde boşanma hukukunda bir maddenin bulunduğu günümüzde, resmî evlilik yapan eşlerin bu kanuni şarta uy-

⁶⁰ Geniş bilgi için bkz. Meydânî, a.g.e., III, 52, İbn Rüşd, a.g.e., II, 102; Bâcî, a.g.e., IV, 85

⁶¹ İbn Kudâme, el-Muğnî, VII, 448 vd.; Karaman, İslam Hukuku, I, 270-272; ez-Zerka, el-Medhal, I, 495, 496.

maları İslâm hukuku açısından da gereklilik arz edecektir. Çünkü, yürürlükte olan Medeni Kanun'da bulunan bu şart, eşler tarafından zımnen kabul edilmiş olup, bu şart nikah akdine aykırılık şeklinde bir olumsuzluk taşımamakta, ayrıca bu şart hiçbir ayet yada hadis ile de çelişmemektedir. Belki burada şu söylenebilir: “Erkeğin nikah sırasında eşine mehir verecek olması, ayrıca boşanma sırasında, kusur kendisinde olduğunda, eşinin göreceği zararı da tazmin etmesi erkeğe yapılmış bir haksızlıktır”. Bu haklı bir itiraz olmakla birlikte, şu önerimiz dikkate alındığında, iddia edilen haksızlığın giderilmiş olacağını düşünmekteyiz: Söz konusu ikilemden kurtulabilmek için İslâm hukuku açısından zorunluluk arz eden mehir yükümlülüğünün güncelleştirilmesi yeterli olacaktır. Yani, boşanmada kusursuz olan kadının, boşanma sebebiyle maddi zarar görmesi halinde, mahkemece takdir edilen tazminat hakkından, kocanın önceden ödediği mehir miktarı düşürülerek, kalan kısmının erkek tarafından bayan eşe tazminat olarak ödenmesi şeklinde bir yükümlülük getirilmelidir. Bu durum, mehir ve müt'a hakkı veren ayetlerle, yoksulluk nafakasını içeren Bakara 2/241. ayetini birlikte uygulamak anlamına gelir. Ayrıca, boşanmada daha çok kusurlu olan bayanın da, boşanma sebebiyle kocasının maddeten zarar görmesi halinde, tazminat ödemesine hükmedilir, ancak bayanın aldığı/alacağı mehir ile ödemesi gereken tazminat arasında oluşacak fark tespit edilerek, ödemesi gereken miktar daha fazla ise, bayana borcunun kalan kısmı ödetilir.

Klasik dönemde ve günümüzde, değişik açılardan kadına güvence olması için nikah sırasında verilen mehrin, diğer faydaları yanında, kadının ödeyeceği boşanma tazminatı için finansman kaynağı oluşturması sebebiyle, boşanma hakkını kullanmak isteyen ve başka bir ekonomik geliri bulunmayan bayanlar için hâla önemini koruduğu söylenebilir. Ancak, özellikle kocanın boşanma tazminatı yükümlüsü olduğu her durumda, nikah sırasında kararlaştırılan mehrin miktarına bakılmaksızın, bayanın aldığı bu mehri boşanma tazminatı olarak göstermek, çoğu kez hakkaniyet ölçülerine uymamakta, bu uygulama çoğu zaman kadının ciddi anlamda maddi zararının göz ardı edilmesine sebep olmakta ve bütün bu olumsuzlukların müsebbibi olarak ise İslâm Dini/İslâm Fıkhı gösterilmektedir.

d- Son Asırlarda İslâm Ülkelerinde Hazırlanmış Olan Aile Hukuku ile İlgili Kanunlar

İslâm toplumlarında Mecelle ile başlayan kanunlaştırma döneminde Aile hukuku alanında hazırlanan kanun ya da kanun hükmünde kararname veya kanunların hazırlanmasında kaynaklık edebilecek bilimsel çalışmalar da, İslâm fıkıhı açısından boşanma sonrasında söz konusu edilen maddi tazminat için birer delil olarak görülebilecektir. Bunlardan birkaçı şöyledir:

i- 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Karamamesi'nin 130. maddesi şöyledir: “Zevceyn beyninde nizâ ve şikak zuhûr edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse, hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münâsiplerini tayin eder. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfâtını tetkik ile beyinlerini ıslaha çalışır. Kabil olmadığı surette, kusur zevcede ise beylerini tefrik eder. Ve zevcede ise, mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlaa eyler...”.

ii- Kanunlaştırma dönemi ürünlerinden olan 1340 tarihli Aile Hukuku Kanun Tasarısı⁶² metninde ise “maddi tazminat” iki madde şeklinde yer almıştır. Bunlardan birincisi 122. madde olup, eşlerin; zulüm, eza, niza ve şikak sebebiyle mahkemede boşanma davaları açmaları halinde, mahkemenin boşanma kararı almasının sonucu olup; “...beyinleri tefrik ile beraber kusur tamamen zevcede ise, altmış birinci madde mucibince tesmiye edilen mehrin ve altmış ikinci madde mucibince takarrür eden taahhüdât-ı maliyenin ve müddet-i iddet nafakasını tamamen tediyesine hükmeyle... eğer kusur tamamen zevcede ise, altmış birinci madde mucibince mehrin ve altmış ikinci madde mucibince kendi lehine tediyesi meşrut olan meblağ veya malın tamamını veya müddet-i iddet nafakasını zayi eylereğer kusur zevc ile zevce arasında dâir ise mehir veya taahhüdât-ı maliyeden bir kısmının ve nafakayı iddetin tediyesiyle hükmeyle.”

⁶² Söz konusu tasarı, Hacı Adil Bey başkanlığında Şevket Bey, Muammer Reşit Bey, Şükrü Kaya Bey, Ahmed Samim ve Ömer Nasuhi Efendi tarafından oluşturulan bir heyet tarafından 1924 tarihinde hazırlanmış olup, kanunlaşmak üzere Meclis gündemine gelmiş ve üzerinde müzakereler yapılmış olmakla birlikte, son anda gündemden geri çekilerek kanunlaşma şansı bulamamıştır. Tasarı hakkında bilgi edinmek ve tam metnini görmek için bkz. Sabri Şakir Ansay, **Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar**, Ankara 1952, s. 136 vd.

124. madde ise, boşanma kararı verilen eşler arasında nikah kıyılırken mehrin belirlenmemiş olması halinde, tazminat düzenlemesi ile ilgili olup şöyledir: “Mahkeme veya heyet-i hakemiyece tefrik kararı verildiği takdirde, hîn i akidde mehir tesmiye edilmemiş veya tarafeyn arasında altmış ikinci maddeye tevfikân hîn- i tefrikte verilmek üzere taahhüdâtı maliyede bulunulmamış ise, tamamen kusursuz tarafın diğer taraftan mahkeme ma’rifetiyle tazminat talebine hakkı vardır”⁶³.

Bu madde boşanma sonrasındaki maddi tazminat konusunda batı hukuklarında benimsenmiş olan düşünce çizgisinde değilse de, klasik dönem İslâm fikhında benimsenen tazminat teorisini mehrin belirlenmemiş olması durumunda biraz geliştirmiş olmaktadır. Buna göre, gerek nikah sırasında mehrin belirlenmemiş olması, gerekse boşanma sırasında verilmek üzere, eşler arasında herhangi maddi ödeme hususunda bir anlaşma yapılmamış olması halinde, boşanmada tamamen kusursuz olan eş, diğer eşten tazminat talebinde bulunabilecektir. Burada istenecek tazminatın maddi ya da manevi tazminat olduğuna dikkat çekilmediğinden, her iki tür tazminat da kastedilmiş olmalıdır.

iii- 1951 tarihli 92 Sayılı Ürdün Hukuk-ı Aile Kanunu madde 134’te, sebepsiz olarak boşanan kadının tazminat talep edebileceği hükmü mevcut olup, söz konusu kanun maddesi 1976 tarihli 61 sayılı Ahval-i Şahsiyye Kanunu’nda, kusursuz olduğu halde boşanan kadının isteyeceği tazminatın üç yıllık nafaka miktarını geçemeyeceği şeklinde ta’dil edilmiştir⁶⁴.

Keza kusursuz şekilde boşanan bayanın tazminat talebinde bulunma hakkı Birleşik Arap Cumhuriyeti Ahval-i Şahsiyye Kanunu md. 99’da; Fas Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu’nun 60. faslında ve Suriye Medeni Kanunu’nda yer almaktadır. Suriye Medeni Kanununda da bu tazminatın üç yıllık nafaka miktarını aşamayacağına hükmedilmiştir⁶⁵.

⁶³ Tasarı, Mad. 124. Bu maddede kendisine atıfta bulunulan 68. madde ise şöyledir: “Zevc veya zevce veya her ikisi de mütekabilen filhal veya müeccelen teslim edilmek veyahut vefat veya talak vukuunda tesviye olunmak şartıyla taraf-ı diğere bir mal veyahut bir meblağ-ı muayyen itasını taahhüt edebilir”.

⁶⁴ Ahmet Bostancı, “Ürdün Ahvâl-i Şahsiyye Kanunlarında Osmanlı Tesiri”, Marife 3/2, s.131.

⁶⁵ Abdüsselam Muhammed Şerif, Nazariyytü’s-Siyaseti’-Şeriyye ed-davâbit ve’t-Tatbikât, Bingazi 1996, s. 164.

Bu kanuni düzenlemeler de maddi tazminatın meşrûiyetine delil olmaktadır. Ayrıca bu kanunlarda mehrin tazminatın tespitinde ve ödenmesinde odak noktası görülmemiş olması, bir başka deyişle, mehir merkezli tazminat teorisi oluşturulmaması ve kadının mağduriyetinin düşünülüş oluşu bir yenilik olarak görülebilecektir. Maddede bayanın tazminat talebinde bulunabileceği şeklinde, tazminat talebinin kusursuz olarak boşanan bayan eşe hasredilişi eleştiri konusu olabilirse de, daha önce belirtildiği gibi, zaten boşanmada kusurlu olan bayanın kocasına tazminat ödemek zorunluluğu klasik dönem fıkında açık şekilde bulunmaktadır.

Kanunda, kadının tazminat talebinin, boşanma sebebiyle uğrayacağı zarar oranında hakimler tarafından belirleneceğine değil de, azami tazminatın üç yıllık nafaka miktarı ile sınırlandırılması anlaşılacaktır.

Yukarıda zikredilen deliller grubundan kimisi direkt olarak, kimisi de dolaylı olarak, İslâm hukukunda da şartlar oluştuğunda ve eşlerden birisinin boşanma sebebiyle maddi bir zararı söz konusu olduğunda, bunu diğer eşe telafi ettirmek amacıyla, eşlerin eşit şekilde maddi tazminat talebinde bulunmalarının meşrû görüldüğünü ifade etmeye yeterlidir. Ancak, klasik dönem İslâm fıkında, biraz da döneme hakim olan evlilik ve boşanma anlayışı sebebiyle olmalı ki, naslar günümüz batı hukuklarında anlaşıldığı şekliyle, “boşanma tazminatı teorisi” oluşturacak genişlikte/rahatlıkta yorumlanarak uygulama alanına konulamamış, maalesef son bir iki asırda gerçekleştirilen hukuki düzenlemelerde de, genel tazminat teorisinde ulaşılan son durum, aynıyla aile hukukuna aktarılamamıştır. Ancak, bu yeni düzenlemelerde, klasik dönem İslâm fıkında benimsenen tazminat teorisinin bir miktar geliştirilmiş olduğu da bir gerçektir.

2 - Gereğesi

Bu başlık altında boşanmanın mâlî sonuçlarından olan “maddi tazminat” hakkının ya da yükümlülüğünün gereğesinin ne olabileceğine yer verilecektir.

Diğer hukuklarda benimsendiği gibi, İslâm hukukunda da borcun kaynakları, olarak; “akit, tek taraflı irade, haksız fiil, sebepsiz kazanç ve kanun” görülmektedir⁶⁶. Buna göre, eşlerden birinin diğerine ödeyeceği

⁶⁶ Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 4.

tazminat sözü edilen kaynaklardan birine dayanmalıdır. Aksi taktirde, böyle bir alacak meşrû olmayacak, hukuk da böyle bir yükümlülüğü takip etmeyecektir.

Boşanma sebebiyle sözü edilen “maddi tazminat”, nikah akdi ile oluşan aile bağlarının, eşlerden birinin aldığı boşanma kararı ile sonlandırılmasının cezası olamaz. Çünkü İslâm hukukçularının bir kısmına göre, boşanma mübah bir eylemdir⁶⁷ ve mübah bir eylemin işlenmesi cezayı gerektirmez. Çünkü, “Cevâz-ı şerî damâna münâfidir” şeklindeki külli kaide⁶⁸, tazminat için böyle bir durumun gerekçe olmasına engeldir.

Bir çok İslâm alimi boşanmayı temelde haram bir eylem görmekle birlikte, ihtiyaç veya zaruret halinde bunun mübah hale dönüşeceğini benimsemiş olduklarından⁶⁹, eşi ile anlaşarak, uyumlu bir birlik-telik oluşturmak imkansızlaştığı durumda, zarureten boşanma hakkını kullanan kimsenin cezalandırılması da hukuki görünmemektedir. Bu durumda boşanma sebebiyle maddi tazminata hükmedebilmek için başka hukuki gerekçe ya da gerekçeler bulunmalıdır. Kanaatimizce boşanma sebebiyle doğacak olan tazminat hakkının gerekçesi; haksız fiil üst başlığı altında tanımlanabilecek olan “zarar verici sözlü tasarruf” şeklinde olup, bu kriter hem hakkın kötüye kullanılması şeklindeki boşanmaları hem de diğer eşe zarar vermek gibi bir kötü niyet taşımaksızın, kusursuz eş aleyhine gerçekleştirilecek olan boşanmaları kapsamaktadır.

Birinci durumda, eş boşanma hakkını diğer eşe zarar vermek amacıyla kötüye kullandığı için, bu eşin boşanma sebebiyle göreceği zararı tazmin etmesi şeklinde kendisi cezalandırılabilir. Zira hakkın kötüye kullanılması bir anlamda “haksız fiil” olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, boşanma hakkını kötüye kullanarak, kusursuz eşini boşayan eşin kusurlu olduğuna hükmedilecek ve boşanma nedeniyle eşinin gördüğü/göreceği zararları tazmin etmesi için uygun bir miktar tazminat ödemesine karar verilecektir. Görüldüğü gibi, bu hükmün

⁶⁷ Örneğin Şâfiiler boşanmanın mübah bir eylem olduğunu benimserler. Bkz. Kurtubî, *el-Câmi li ahkâmi'l-Kur'an*, Kahire 1994, III, 130; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 279.

⁶⁸ *Mecelle*, md. 91.

⁶⁹ Merginâni, *el-Hidaye*, I, 227; Meydânî, *el-Lübab*, III, 37; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, III, 22; ayrıca bkz. Dalgın, *Boşanma Yetkisi*, s.47-49.

dayanağı geniş anlamıyla “haksız fiil/tasarruf” olacaktır. Nitekim günümüzde hem İslâm alimlerince hem de batı hukuklarınca benimsenen kurala göre, hakkın kötüye kullanıldığı tespit edildiğinde, hakkını kötüye kullanan kimseye değişik müeyyideler uygulanabilmekte, bunlardan birisi de verdiği zararı tazmin ettirmek şeklinde gerçekleşmektedir⁷⁰.

İkinci durumda yani; eşin boşanma hakkını kötüye kullanma amacı taşımaksızın, masumane olarak boşanma hakkını kullanması halinde, diğer eş bu durumdan maddeten zarar görmemişse, herhangi bir tazminat söz konusu edilmeyecektir.

Meşrû olan boşanma hakkını kullanmak isterken, eşine zarar verme kastı bulunmaksızın, bu boşanma nedeniyle eşin maddeten zarar görmesi durumunda ise, zarar gören eşin boşanmada daha çok kusurlu olmaması şartıyla, boşanmaya sebep olan eş, aynı zamanda eşinin ekonomik açıdan zarar görmesine de neden olduğu için, verdiği zararları tazminle yükümlü tutulacaktır. Bu durumdaki tazminat yükümlülüğünün gerekçesi; “başkasına zarar verici şekilde hakkın kullanılması” olarak görülecektir. Bilindiği gibi cürmî mesuliyette kişiden sadır olan haksız fiil neticesinde veya birey hakkını kullanırken bir başkası zarar gördüğünde, zarar görenin bu zararı tazmin ettirme hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle, bireyin haklı (hakkını kullanırken) 71 ya da haksız⁷² bir tasarrufundan bir başkası zarar gördüğünde, zararın tazmini gerekmektedir. Daha önce geçtiği üzere, haksız fiili ile bir başkasına direkt olarak zarar veren şahıs “zarar verme kasdı bulunmasa da” verdiği zarardan sorumludur⁷³. Aynı tür sonucun akdî sorumlulukta da söz konusu olabileceğine engel bir durum görünmemektedir⁷⁴. Akdî sorumluluğun da tazminatı gerektireceği ile ilgili ilk dönemlerde verilmiş

⁷⁰ Hakkın kötüye kullanılması durumu için önerilen müeyyideler; içtinap davası, izale davası, tazminat davası, ta’zir cezası ve dini müeyyideler şeklinde sıralanmaktadır. Bkz. Köse, **Hakkın Kötüye Kullanılması**, s. 248-257.

⁷¹ İbn Kudâme, *el-Mığnî*, V, 52.

⁷² Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, İst. 1995, s. 125 vd.; Karaman, **İslam Hukuku**, II, 468 vd.

⁷³ Bkz. **Mecelle** md. 92; “mübaşir müteammid olmasa da tazminle sorumludur”.

⁷⁴ Nitekim muasır araştırmacılarından Muhammed Şerif de bunu savunmaktadır. Bkz. **Nazariyytü’s-Siyaseti’-Şeriyeye**, s. 164.

hüküm örnekleri mevcut⁷⁵ olup, bunlardan birkaçına önceki sahifelerde yer verilmişti.

Boşanma tasarrufuna iki yönden bakma ihtiyacı vardır. Birincisi, kişinin meşrû bir hakkını kullanması, ikinci yön ise, hakkın kullanılırken bir başkasına zarar verilmiş olmasıdır. Boşanma hakkının kullanılmasından dolayı eşlerden birinin ciddi boyutta zarar göreceği olması, ilk etapta, diğer eşin boşanma hakkını kullanmasına engel olunması gibi bir düşünceyi doğuracaksa da, bu durumda ortaya çıkacak olan sonuç, maddi olarak oluşacak zararın tazmin ettirilmesinden daha büyük olacağından, yapılacak iş, hem boşanmak isteyen eşin boşanma hakkını kullanmasına hem de oluşacak zararın imkanlar ölçüsünde tazmin ettirilmesine hükmetmek olmalıdır. Nitekim hukukun değişik alanlarında, birçok durumda daha ehven olan zarar tercih edilerek, daha zararlı olan durumlardan kurtulmaya çalışılmış, bu yöntem fıkıhta bir kural olarak da benimsenmiştir⁷⁶. Buna göre, sözü edilen durumda tazminata hükmetmenin dayanağı; hakkın kullanılması sırasında diğer eşe zarar veren “zararlı fiil/eylem-tasarruf” olmaktadır. “İzdirar hali başkasının hakkını iptal etmez” kuralı⁷⁷ da bu hükmü teyit etmektedir. Bu kurala göre, ihtiyaç duyulduğunda kişinin boşanma hakkını kullanmasının meşrû oluşu, bu tasarrufu sırasındaki vereceği zararların da bağışlanmış olmasını gerektirmeyecektir.

Sonuç olarak şu söylenebilir: Kusurlu olan eşin, hiç kusursuz veya daha az kusurlu olan eşini ona zarar vermek maksadıyla ya da masurene olarak boşaması sebebiyle, eşin uğrayacağı zararları tazmin edecek olmasının hukuki dayanağı bazı durumlarda “hakkın kötüye kullanılması” bazı durumlarda ise, “başkasına zarar verici şekilde hakkın kullanılması” şeklinde belirlenebilecektir. Birinci durumda hem dinen günahkar hem de tazminle yükümlü tutulacak olan eş, ikinci durumda dinen günahkar olmamakta, ancak verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmaktadır. Buna göre, Türk Medeni Kanunu’nda maddi tazminat talebi için gerekli görülen şartlar (söz konusu şartlar için 1 no’lu dipnota bakılabilir) burası için de kabul edilebilir.

⁷⁵ İbnü’l-Kayyim, *İ’lâmü’l-muvakkîn*, Beyrut 1991, III, 302; ez-Zerkâ, *el-Medhal*, I, 495,496.

⁷⁶ *Mecelle*, mad. 27; “Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale edilir”.

⁷⁷ *Mecelle*, mad. 33.

B- MADDİ TAZMİNATIN MİKTARI VE ÖDENME ŞEKLİ

Nikah insanlık değeri ve kıymetleri üzerine kurulmuş olup, satım akdi gibi karşılıklı çıkar ilişkisine dayanmadığından, ayrıca, boşanma sebebiyle şahsın göreceği zarar noktası noktasına hesaplanamayacağından, boşanma tazminatının tespitinde Türk Medeni Kanunu mad. 174 'te "uygun bir miktar"dan söz edilir. Buna göre, boşanma sebebiyle söz konusu olan tazminatlarda; kendi kusuru bulunmadığı halde, diğer eşin aldığı boşanma kararının neticesi olarak; eşin uğrayacağı doğrudan ve beklenen zararlar dikkate alınarak ödenecek tazminat miktarı belirlenir. Dolaylı olarak karşılaşma ihtimali bulunan zararların tazmin edilmesi istenemez, zira akdî mesuliyet ancak böyle bir tazmin prensibini gerekli kılar⁷⁸.

Klasik dönem İslam fihhinde boşanma sonrasında söz konusu olacak maddi tazminat mehir merkezli olarak düşünüldüğünden, daha önce geçtiği üzere, "mehri" mutlak anlamda "maddi tazminat" ile eşleştirmeyi uygun bulmamışsak da, ilk dönemdeki boşanma tazminatı anlayışını mehir ve müt'a üzerinden ele almak zorunluluğu bulunmaktadır. Zira İslâm fihhine göre, bayan eş nikah sırasında mehir aldığından, kendisinin kusursuz olduğu boşanmalarda bile, bayana aldığı/alacağı mehir dışında ayrı bir tazminat öngörülmemiştir. Yani mehir, erkeğin evlendiği bayanla hayat boyu beraber olma kararında olduğu hakkında bir güvence, kötü gün için bir yedek akçe, sembolik bir hediyeye⁷⁹ gibi değişik nitelikler taşımaktaysa da, İslâm hukukçularının algılamalarına göre, aynı zamanda mehir, bazı hallerde kadına verilen maddi tazminat, bazı hallerde ise bayanın aldığı manevi tazminat niteliğine bürünmektedir. Nitekim kadının kusursuz olduğu boşanmalarda önceden aldığı mehir, bir nevi önceden tazminata mahsuben verilmiş bir meblağ olarak görüldüğünden olmalı ki, bayana ayrıca bir tazminat öngörülmemiştir. Keza, eşlerin müeccel mehirde anlaşmış olmaları halinde de, boşanmada kusursuz olan eşin, gecikmiş mehrini boşanma esnasında alması dışında ayrıca bir tazminata hükmedilmemiş oluşu da, bu noktada alınan mehrin bir nevi tazminat olarak görüldüğünü teyit etmektedir.

1- Erkek Eşin Vereceği Tazminatın Hesaplanması

⁷⁸ Zarar mefhumu ve tazmin şartları hakkında bilgi için bkz. Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, II, 416 vd.

⁷⁹ Tâhîr b. Âşûr, **İslâm Hukuk Felsefesi**, çev. Vecdi Akyüz- Mehmet Erdoğan, İst. 1998, s. 245; Karaman, **a.g.e.**, I, 230.

Az önce ifade edildiği gibi, İslâm fihında erkekten kaynaklanan kusur nedeniyle gerçekleşen boşanmalarda, erkeğin eşine ödemekle yükümlü olacağı şey; henüz ödenmemiş olan “mehir” veya “müt’a” dan ibaret görüldüğünden, burada hem klasik yaklaşımı hem de modern dönemlerde kabul gören anlayışı birlikte sunmayı uygun bulmaktayız. İslâm fihına göre;

i- Nikah sırasında mehir belirlenmiş olup, evlilik hayatı devam ederken, henüz mehir ödenmeden erkek eş boşanma kararı almışsa (boşanmada kusurlu erkekse), kadın bu karar sebebiyle hakkı olan mehir alacağından mahrum kalacak olmasından dolayı, erkek eş boşanırken bu mehri tam olarak eşine ödemelidir. Burada kadının talep edeceği tazminat miktarı, nikah sırasında belirlenen mehir miktarı demek olup, klasik dönem fihına göre, bu durumda bayanın ayrıca bir meblağ isteme hakkı yoktur⁸⁰.

ii- Nikah sırasında belirlenen mehrin bir kısmı verilmiş olup, diğer kısmı verilmeden, kadının daha fazla sayılacak bir kusuru bulunmaksızın erkek boşanma kararı almışsa, koca kalan mehri de eşine ödemelidir. Buradaki tazminat ise, kalan mehir borcu kadar demektir.

iii- Mehir belirlenmeden nikah kıyılmış olup, evlilik hayatı devam ederken mehir (mehr-i misl) takdir edilmeden boşanma gerçekleştiğinde, erkeğin ödeyeceği tazminat, eşinin akranı olan bir kadının aldığı mehir kadar veya hakimin takdir edeceği bir meblağ olacaktır. Bu her üç maddede, kadının boşanma sebebiyle zarar gören mevcut menfaatinin (mehir alma hakkının) tazmini dikkat çekmektedir. Bu durumda kadının mehirle sınırlı kalmaksızın tazminat talep edebileceği ancak 20 . asırdaki kanun çalışmalarında görülmektedir⁸¹.

iv- Mehir belirlenerek nikah kıyılmış olup, sonrasında cinsel ilişki gerçekleşmeden boşanma söz konusu olduğunda, boşanma kadının kusurundan kaynaklanmamışsa, bu taktirde erkek eş belirlenen mehrin yarısı kadar tazminat ödemekle yükümlüdür⁸².

v- Mehir belirlenmeden nikah akdi yapıp, zifafa girilmeden, kadının kusuru bulunmaksızın boşanma söz konusu olduğunda, kadın

⁸⁰ Mehrin ödenme şartları ile ilgili geniş bilgi için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, (Çağrı İst 1982 baskısı) V, 62 vd., İbn Rüşd, *Bidâye*, II, 22-29; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 222-240.

⁸¹ Bkz. *1340 Tarihli Tasarı*, md. 124.

⁸² Bkz. *Bakara* 2/ 237.

erkekten boşanma tazminatı talep edebilir. Bu durumdaki tazminata ayette “müt’a” şeklinde atıfta bulunulmuştur. Daha önce belirtildiği gibi, Hanefiler’e göre, yalnızca bu durumda kadının hukuken “müt’a” alma hakkı bulunmaktadır. Ancak, kadının bunu maddi tazminat olarak mı, manevi tazminat olarak mı alacağı net değildir.

Klasik dönem İslâm fıkında, boşanma sebebiyle bayan eşin göreceği maddi zarar, nikah sebebiyle hak kazandığı mehri ya tamamen veya kısmen alamama durumlarında söz konusu olduğu düşünüldüğünden, bu maddelerde görüldüğü gibi, erkeğin ödeyeceği tazminat, son tahlilde, kadına ya mehrinin tam olarak ya da yarısının verilmesi şeklinde cereyan etmektedir. Ancak, hiç mehir alma hakkı bulunmayan kadın boşandığında, boşanmada kendi kusuru daha büyük değilse, kendisine “müt’a” adı altında bir ödemede bulunulmaktadır.

Günümüzde ise; kadının kendi kusuru dışında boşanma kararı alındığında, kadının bu nedenle uğrayacağı ekonomik zarar dikkate alınarak, bunların telafisine yardımcı olmak amacıyla, kocanın mâkul bir maddi tazminat ödemesine hükmedilmelidir. Bunun hesaplanmasında, kadının nikah sırasında almayı kararlaştırdığı/aldığı mehrin miktarı da gözardı edilmemelidir. Aksi taktirde, koca hem nikah esnasında yüklü miktarda mehir ödemek hem de boşanma esnasında maddi tazminat ödemek durumunda kalabilecektir ki, bu açık bir haksızlıktır. Bu duruma düşmemek için, nikah esnasında kararlaştırılan mehir, bazı durumlarda, bir nevi sonradan hak edilecek olan maddi tazminat için önceden verilmiş avans niteliğinde görülmeli ve kadının evlilik içindeyken aldığı mehir, kocanın eşine ödemekle yükümlü olacağı tazminat borcundan düşülmelidir.

Boşanma tazminatının benimsendiği bir durumda, nikah sırasında erkeğin eşine “mehir” adı altında bir ön ödemede bulunmasına gerek kalıp kalmayacağı, ayrı bir araştırma konusu olabilecek derecede önemi haizdir.

2- Kadın Eşin Vereceği Tazminatın Hesaplanması

Klasik dönem İslâm fıkında boşanma sonrasında kadının ödemekle yükümlü olacağı tazminatın hesaplanmasında, boşanma sebebiyle hem kocanın mevcut menfaatlerinin hem de muntazar (gelecekte

oluşabilecek) menfaatlerinin ihlal edilip edilmediğine dikkat edilmiş olup⁸³, kadının ödeyeceği tazminat şu şekilde hesaplanmıştır:

i- Boşanmada kusursuz veya daha az kusurlu olan kocasından boşanma talebinde bulunan kadının boşanma tazminatı ödeyeceğinde bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak, kadının ödeyeceği tazminatın, nikah sırasında aldığı mehirden fazla olup olamayacağı tartışılmıştır.

Çoğunluğu oluşturan alimler, kadının vereceği tazminatın ilgili ayetteki “fidye” ifadesinin mutlak kullanılışı ve hulu’un kendi başına ivazlı bir akit olduğu gerekçeleriyle, aldığı mehirden çok olabileceği, bir diğer ifadeyle, bu durumda kocanın, verdiği mehirden daha fazla tazminat talebinde bulunabileceği görüşündedirler. Bu tazminat kararının arka planında, kadının nikah sırasında aldığı mehrin yanında, erkeğin yeniden evlenirken eşine vereceği mehir, ayrıca yeniden düzenleyeceği ev için yapacağı masraflar ve düğün-dernek için yapacağı masraflar düşünülmektedir. Yani bu gruba göre, boşanma sebebiyle kocanın uğrayacağı bu zarar kalemleri dikkate alınarak, kadının ödeyeceği boşanma tazminatı belirlenir⁸⁴.

Bizim de “İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi” isimli çalışmamızda tercihe şayan gördüğümüzü ifade ettiğimiz diğer grup alimler ise, bayanın ödeyeceği tazminatın, nikah sırasında aldığı/belirlenmiş olup henüz almadığı mehirden daha fazla olamayacağı görüşündedirler⁸⁵. Söz konusu çalışmamızda, kadının sosyal hayatta fazla görünmediği klasik dönemler için bu görüşü mâkul görmüş, diğer görüşün kabulü halinde, hulu ile boşanma yolunun kadınlar aleyhine olarak erkekler tarafından kapatılmak istenebileceğini ifade etmiştik. Nitekim tarih içerisinde, kocası ile anlaşamadığından tefvîz-i talak hakkı elde edemeyen ve hulu’ yolu ile de boşanamayan kadınların ciddi sıkıntılara düştükleri ve boşanabilmek için düşünülmesi zor yolları denemiş oldukları hakkında bazı bilgiler sunmuştuk⁸⁶.

⁸³ Hatırlanacağı gibi, bu noktalar Türk Medeni Kanunu’nca boşanma tazminatı talebi için gerekli görülmüştür. Geniş bilgi için 1 no’lu dipnota bakılabilir.

⁸⁴ Malik, **Muvatta**, **Talak** 11; İbn Kudame, **el-Muğnî**, VIII, 176; Kandehlevî, **Evcezü’l-mesâlik**, X, 102-104.

⁸⁵ Muhaleadaki bedel hakkındaki tartışmalarla ilgili geniş bilgi için bkz. Dalgın, **Boşama Yetkisi**, s. 107 vd.

⁸⁶ Bkz. Dalgın, a.g.e., s. 111-116.

Günümüz şartlarında ise, kadın da kocası ile eşit olarak boşanma hakkına sahip olduğu düşüncesine ulaşmış bulunmamız sebebiyle, boşanmada kusurlu olan kadının ödeyeceği tazminat miktarının; nikah sırasında aldığı mehirle kıyas edilmeksizin, kadının sosyal statüsü, kendisinin iş kadını olup olmaması, boşanma kararının kocasının mevcut veya ileride oluşacak menfaatlerini ne derece zarara uğrattığı gibi konulara bakılarak hesaplanmasının, yani kadının ödeyeceği boşanma tazminatı hesaplanırken de, nikah sırasında kadının aldığı mehuri merkeze koyarak hesap yapılmamasının daha isabetli olacağını ifade etmek isteriz. Buna göre, boşanmada kusurlu olan kadın, boşanma hakkına sahip olmakla birlikte, bu hakkını kullanırken kocasına vereceği maddi zararların giderilmesine yardımcı olması amacıyla, mahkemenin uygun göreceği miktarda kocasına mâkul bir tazminat ödemekle yükümlü olacaktır⁸⁷. Kadının boşanma sebebiyle kocasına verdiği zararlar hesaplanırken, nikah esnasında bayanın sembolik bir hediye olarak görülemeyecek miktarda almış olduğu mehir de, kadının kocasına vermiş olduğu zararlar arasında görülebilecektir.

ii- Kocasının kusuru sebebiyle boşanmak isteyen kadın, kocasının kendisini rızası ile boşamaya ikna edemediğinde, kadının boşanma tazminatı ödeyerek boşanabileceği klasik dönem fıkıh literatüründe yer almaktaysa⁸⁸ da, kanaatimizce, bu durumda kadın tazminat ödemeksizin, kocanın kusurunu ispat edebilecek olması halinde, hulu' yolu ile değil de, mahkemede boşanma davası açarak (kadâi boşanma) boşanabilmelidir. Kocanın kabahatli olması halinde bile, kadının hulu' yolunu kullanıp tazminat ödeyerek boşanabileceği şeklindeki düşüncede, kişinin meşrû olan boşanma hakkını kullanırken verdiği zararın telafi ettirilmesi anlayışının hakim olduğu anlaşılmaktaysa da, söz konusu durumda kocanın ailevi ilişkilerdeki kusuru nedeniyle, bayan zorunlu olarak boşanma kararı aldığından, burada kadın boşanma tazminatı ödemekle yükümlü tutulmamalıdır. Bu durumda, eşinin boşanma kararı alması nedeniyle uğrayacağı zarara kocanın rızasının bulunduğu hükmedilmelidir.

Klasik dönem fıkıh kaynaklarımızda tazminatın nasıl ödeneceği ile ilgili ayrı bir açıklama bulunmamaktadır. Yani tazminatın ödenme

⁸⁷ Nitekim muasır bazı müelliflerin de bu yaklaşımı paylaştıklarını görmekteyiz. Bkz. Afdalü'r-Rahman, **Sîret Ansiklopedisi**, çev. Heyet, İst. 1996, II, 71.

⁸⁸ İbn Kudame, **el-Muğnî**, VIII, 174.

şeklinin, borçlar hukukunda belirlenmiş olan borcun ödenme yolları ile ilgili kurallara göre cereyan edeceği anlaşılmaktadır. Yani, borçlu ile alacaklı arasındaki anlaşma çerçevesinde borç ya toptan veya anlaşılan aralıklarla ödenecektir. Borçlunun borcunu ödememede ısrar etmesi halinde, durum tekrar mahkemeye intikal edecek, bundan sonra mahkeme borcun nasıl ödeneceğini kararlaştıracaktır. Bu hususta yeni bir düzenleme yapmaya ihtiyaç bulunmamaktadır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Günümüz modern hukuklarında kabul edilen genel tazminat teorisini doğrultusunda, boşanma sırasında, boşanmada daha çok kusuru bulunan eşin, maddi ya da manevi olarak zarar verdiği eşine tazminat ödemesine hükmedilmiştir. Buradaki tazminatla borçlar hukukundaki dar anlamda maddi zararın tazmininin ayrı olduğuna vurgu yapılmış olup, boşanmadaki tazminatın mutlak bir tazminat olmayıp, boşanma sebebiyle zarar gören eşin zararının karşılanmasına yardımcı olmak amacı taşıdığı ifade edilmiştir. Bu nedenle, boşanma hukukundaki tazminata hükmedilirken “uygun bir tazminat” şeklinde açıklamada bulunulur. Bu sorumluluğun hukuki gerekçesi olarak “akdî kusur” gösterilmektedir.

Bu mantık üzerinde düzenlenmiş olan tazminat hakkının/yükümlülüğünün şartları olarak şunlar tespit edilmiştir: Maddi tazminat alacaklısı olan eş boşanmada kusursuz veya daha az kusurlu olmalı, mevcut veya muntazar bir menfaati boşanma sebebiyle zarar görmelidir. Maddi tazminat yükümlüsü olacak eşin, boşanma hususunda kusurlu veya daha çok kusurlu olması gerekmektedir.

Batı hukuk felsefesinde, boşanma tazminatı yükümlüsü olmak için, “boşanma hakkının kötüye kullanılması” şart koşulmadığından, gerek hakkını diğer eşe zarar vermek amacıyla kullanan eş, gerekse masumane bu hakkını kullanan, ancak boşanmada daha fazla kusuru bulunan eş, boşanma sebebiyle zarar gören diğer eşe tazminat ödeyecektir. Ayrıca, tazminat alacaklısı veya yükümlüsü olabilmek için boşanma davasını kimin açtığı da önem arz etmemektedir.

Boşanmanın mâlî sonuçlarından olan “maddi tazminatın” İslâm hukukundaki yerini tespite çalıştığımız bu çalışmada şu sonuçlara ulaşılmıştır: Klasik dönem İslâm fıkında boşanma ile ilgili olarak, müstakil olarak, maddi tazminat konusuna yer verilmediği görülmüştür. Ancak, İslâm fıkının Kitabü'n-Nikah ve Kitabü't-Talak/Evlenme-

Boşanma bölümlerinde, eşler arasındaki mâlî hak ve sorumluluklar olarak şunların bulunduğu tespit edilmiştir: Erkek nikah sonrasında eşine “mehir” ödemek zorundadır. Mehir kadın için bir yedek akçe, kendisine verilen değer in simgesi, sembolik bir hediye; erkek için ise, ömür boyu eş ile birlikte yaşamaya ısrarlı olduğuna işaret eden bir teminat/güvence olarak yorumlanmıştır. Mehir belirlenmeden nikah kıyılmış olup, henüz birleşme olmadan, kocanın kusuru nedeniyle boşanma gerçekleştiğinde, koca eşine “müt’a” vermek zorundadır. Müt’anın erkeğin ekonomik durumuna, kadının da konumuna ve bölgede hakim olan örf e uygun şekilde belirlenmesine hükmedilmiş olup, müt’a boşanan kadının gönlünü almak için kocası tarafından kendisine verilen bir hediye olarak görülür. Bu nedenle de, gerek mehir olarak gerekse müt’a olarak kadına yüklü miktarda bir ödemede bulunma zorunluluğuna ilk dönemlerde rastlanmaz. Ayrıca, İslâm fık hında hiçbir kayıt konmaksızın, kendi kusuru olmaksızın boşanmış olan kadınlara “maruf miktarda bir meta’ın verilmesi” şeklindeki ayet gereği, kocaları tarafından ödenmesi/verilmesi gerekli olan mâlî bir haktan bahsedilir. İslâm alimlerinin bir kısmı bu tür ödemede bulunmayı bir yükümlülük olarak değil de, tavsiye edilen/müstahap bir ödeme olarak görürken, bir kısmı ise, bütün boşanmış kadınlara verilmesi gereken mâlî yükümlülük olarak değerlendirir. Ancak, bütün alimler buradaki “meta”ı da hediye kabilinden bir şeyler olarak yorumlamışlardır. Bunlar yanında, kadının masiyetinin sebep olduğu boşanmalar/ayrılıklar dışında, kocanın boşanmış olduğu eşine, iddet müddeti devamınca nafaka vermek mecburiyeti bulunmaktadır.

Yukarıda sözü edilen ve üzerlerine İslâm fık hında birçok hükümün bina edildiği bu haklar ve yükümlülüklerin hangisinin maddi tazminata denk düştüğü net bir şekilde bilinemediğinden, konu içtihad a açık bulunmaktadır. Naslarda da yer alan söz konusu kavramların, müçtehit imamlar dönemindeki sosyal hayatta kadın ve erkeğin yeri, döneme hakim olan kültürdeki evliliğe bakış ve İslâm aile hukukundaki eşlerin hak ve sorumlulukları çerçevesinde, birçok hükme kaynaklık ettiğine şahit olunmuştur. Söz konusu hükümlere bütüncül olarak bakıldığında, ilk dönem İslâm hukukçularının, boşanma sonrasında söz konusu olan boşanma tazminatı fikrine sahip oldukları, boşanmada kusurlu olan eş in kusursuz olan eş e mâlî bir ödemede bulunması şeklindeki yükümlülüğü meşrû gördükleri anlaşılmaktadır. Söz konusu yükümlülükler, İslâm fık h ekollerinin oluştuğu ilk dönemlerde maddi

ya da manevi tazminat olarak isimlendirilmemişse de, verilen hükümlerin arka planından, dönemin müçtehitlerinin bu tür tazminat olgusunu benimsedikleri anlaşılmaktadır. Öte yandan, boşanmada kusurlu olan eşin mâlî ödemede bulunma (boşanma tazminatı) yükümlüsü olacağı, boşanmada kusuru daha az ya da tamamen kusursuz olan eşin ise diğer eşten alacağı bazı mâlî hakları olduğu (boşanma tazminatı alacaklısı olması gerektiği) şeklindeki kuralın da benimsendiği söylenebilir. Ancak, eşlerin boşanma tazminatı alma hakkının ya da ödeme yükümlülüğünün uygulamada aldığı şekilleri günümüz dünyasındaki modern hukuklarda benimsenmiş olan şekilden biraz farklılık arz etmektedir. Bunun başlıca nedenleri arasında; İslâm fihhına göre, nikah sonrasında kadının mehir alacaklısı, erkeğin de mehir ödeme yükümlüsü bulunması; dönemin hayat anlayışı gereği, kadınların genellikle ev içinde kalıp, sosyal hayata karışarak üretime katılmayısları dikkat çekmektedir.

Nitekim, söz konusu sebeplerle İslâm aile hukukunda ailelerin geçiminin ve mâlî sorumluluğunun tamamıyla erkeklerin uhdesinde bulunuşu nedeniyle olmalı ki, boşanma sebebiyle maddi tazminat ödeme yükümlülüğü, genelde, boşanmadan erkeğin zarar görmesi durumunda söz konusu edilmiştir. Yani, daha çok, boşanmada kusurlu olan kadınların kocalarına boşanma tazminatı denebilecek türden (aldıkları mehri tamamen veya kısmen geri verme şeklinde) bir ödemede bulunmalarına hükmedildiğine şahit olunmuştur. Birçok durumda ise, kadının nikah sonrasında aldığı mehir, boşanmada kusurlu olan kocanın eşine ödemekle yükümlü olacağı tazminat yerinde görülmüş, bu nedenle de, boşanma esnasında, kadının aldığı mehirde ayrı olarak bir tazminat alacağından söz edilmemiştir. Kadınların boşanmada kusurlu olmaları nedeniyle kocalarına ödemek zorunda kalacakları meblağın finansman kaynağı ise, genellikle kadının nikah esnasında belirlenmiş olup akabinde aldığı ya da sonradan aldığı mehir olmuştur.

Gerek modern hukukta gerekse İslâm hukukunda boşanma sebebiyle söz konusu edilen maddi tazminata hakim olan felsefenin benzerlik gösterdiği, bu nedenle, boşanma tazminatı ile ilgili şartların bu iki farklı hukuk sisteminde genelde aynı olduğu söylenebilir. Bu felsefenin hayata geçirilişi ve uygulamaya konuluşunda görülen farklılıklar kanaatimize göre, hükmün aslına râcî değildir. Bu meyanda, İslâm fihh literatüründe tikel hükümler olarak, dağınık bir şekil arz eden maddi tazminat anlayışının, günümüz modern hukukuna nazaran daha kap-

samlı olduğu görülmüştür. Buna göre, günümüzde boşanmada kusuru bulunan ve boşanma sebebiyle eşine maddeten zarar veren müslüman eşlerin, âdilane yargılanma sonucunda vermekle yükümlü kılındıkları veya birbirleriyle anlaşarak belirledikleri maddî tazminatı ödemeleri, hukukî bir yükümlülük ötesinde, aynı zamanda dîni bir sorumluluk olup, bu görevin ihlal edilmesi uhrevi azabı da gerektirecektir.

Söz konusu yükümlülük; “Hakkın kötüye kullanılması neticesinde verilen zararların tazmini”; “Hakkın başkasına zarar verecek şekilde kullanılması sebebiyle verilen zararların tazmini”; “Boşanmada kusuru daha çok olan eşin, boşanma sebebiyle diğer eşin uğrayacağı zararları tazmin edeceği” şeklinde değişik ilkelere dayandırılabilir.

AN EVALUATION ON THE MATERIAL COMPENSATION FROM THE RESULT OF DIVORCE IN TERMS OF ISLAMIC LAW

Abstract

With the aim of compensation for material harms which affect one faultless side in the case of divorce, both Islamic and Western jurisprudence accept the principle that other faulty side must do the payment to the first side. In Islamic jurisprudence, this payment can be either in the form of “mahr” which is a self guarantee given to woman by her husband at the moment of marriage (nikah) or in the form of mut’a after divorce. These forms were not signified as material compensation by Muslim jurists in classical period. In Western-jurisprudence, since there is no practice of giving any self-guarantee (mahr) at the moment of marriage, the compensation payment is done only after divorce under the name of material and moral compensation. Even though the form and time of compensation payment in Islamic jurisprudence differ from those in Western one, this difference is mostly depend on socio-cultural perspective in any given period as well as is related to the economical condition of husband in the general view that he has more economical responsibility than his wife. This rule is the reflection of universal principle that “harm is compensated” on family law. When unifying perspective is applied to the subject matter of compensation payment which Muslim jurists named with different words in the history, it will be clear that Islamic jurisprudence has a broader and more comprehensive notion of material and moral compensation payment in the case of divorce.

Key Words: material compensation, mahr, mut’a, divorce compensation