

1917 TARİHLİ HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ VE OSMANLI AİLE HUKUKUNA GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Yılmaz YURTSEVEN*

I. GİRİŞ

Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam-Osmanlı hukukunda da aile hukukunun önemli bir yeri ve hukuk dünyasında oynadığı önemli bir rolü vardır. Bu bakımdan sistematik İslam hukuku eserlerinde ve fetva mecmualarında aile hukuku bölümleri ciddi bir birikim oluşturur. Bir başka söyleyişle aile hukuku, İslam-Osmanlı hukukunun doktrin ve uygulamada üzerinde en çok çalışılmış ve işlenmiş bölümüdür.

Türk hukuk tarihi içerisinde Osmanlı aile hukuku, temel anlamda İslam aile hukukunun altı yüzyıllık uygulamasıdır. Bu süreç içerisinde Osmanlı uygulamasının İslam aile hukukuna yaptığı katkılar inkar edilemez büyüklüktedir. Bu uzun sayılabilecek süreç içerisinde Osmanlı aile hukukunun gelişimini incelemek çok geniş araştırmalar ve çalışmalarla mümkün olabilir. Dolayısıyla bu kısa çalışmada son dönem Osmanlı aile hukukundaki gelişmeler ve bu gelişmelerin en önemli ürünü olan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi incelenmeye çalışılacaktır.

Genel hukuk tarihi açısından XIX. Yüzyıl, dünyada kanunlaştırma hareketlerinin en yoğun yaşandığı dönem olmuştur. Bu bağlamda Osmanlı İmparatorluğu'nun son yıllarında gerçekleştirilen Hukuk-ı Aile Kararnamesi, millî hukuk tarihimiz açısından çok önemli bir kanunlaştırma hareketidir. Kanunun önemi

* Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

sadece Osmanlı hukukunda değil, tüm İslam hukuk tarihinde bu alanın ilk kez kanunlaştırılmış olmasında yatmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle HAK öncesi Osmanlı aile hukukuna kısaca değindikten sonra, başlangıçtan 1917'ye kadar Osmanlı İmparatorluğu'nda yapılan kanunlaştırmalar ve özellikle Mecelle üzerinde durulacaktır. Daha sonra, HAK'nin kanunlaşma süreci, hazırlanış sebepleri ve o dönemde Osmanlı düşünce hayatında rol oynayan fikir akımlarının Kararnamenin hazırlanmasında oynadıkları roller incelenecektir. Bu incelemelerin ardından kararname sistematik ve teknik açıdan değerlendirilmeye çalışılacak ve kararnamenin özellikleri üzerinde durulacaktır. Ayrıca Kararnamenin eksiklikleri ve yürürlükten kaldırılması inceleme konumuz olacaktır. Bu genel bilgilerden sonra Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Osmanlı aile hukukunda evlenme ve boşanmaya getirdiği yenilikler ve bu yeniliklerin önemi hakkında bilgiler verilmeye çalışılacaktır.

II. 1917 ÖNCESİ OSMANLI AİLE HUKUKU VE 1917 TARİHLİ HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ

Türk Hukuk Tarihi ile ilgili çalışmalarda genellikle Osmanlı Hukuku iki döneme ayrılarak incelenmektedir. Devletin kuruluşundan başlayarak Tanzimat Fermanı'nın ilan edildiği tarih olan 1839'a kadar olan dönem "Klasik Dönem", bu tarihten Cumhuriyet'in ilanına kadar geçen süre ise "Tanzimat Sonrası" veya "Son Dönem" olarak adlandırılmaktadır. Tanzimat dönemi, hemen her alanda olduğu gibi hukuk alanında da köklü değerikliklere ve yeniliklere sahne olduğu için böyle bir ayırım yapılmıştır.

Çalışmamızın bu bölümünde başlangıçtan 1917'ye kadar Osmanlı Aile Hukuku'nun genel bir incelemesini yapmaya çalışacağız. Klasik Dönem uygulamasına kısaca değindikten sonra Tanzimat sonrası Osmanlı hukukundaki gelişmeler, kanunlaştırma hareketleri ve ardından Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne giden süreç, bu kararnamenin hazırlanmasına etki eden sebepler ve Kararnamenin genel özellikleri üzerinde durmaya çalışacağız.

A. 1917'YE KADAR OSMANLI AİLE HUKUKUNA GENEL BİR BAKIş

Tanzimat'a kadar Osmanlı aile hukukunda ve hatta genel olarak özel hukuk alanında çok köklü değerikliklerin olduğunu söylemek mümkün değerildir. Çünkü modern anlamda özel hukuk olarak adlandırdığımız aile, miras, şahsın hukuku gibi alanlar, Osmanlı hukukunun şer'i ve Örfi hukuk olarak adlandırılan düalist yapısı¹ gereği, daha çok şer'i hukuk çerçevesinde şer'i hükümlere tabi olmuş-

¹ Osmanlı hukukunun yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN Mehmet Akif, "Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı ve İşleyişi" Türkler, c. X, Ankara 2002, s. 15 vd.; ÖZBİLGİN Erol, Osmanlı Hukukunun Yapısı, İstanbul 1985; şEN Murat, "Osmanlı

tur. Şer'î hukuk, doğrudan doğruya Kur'an, Sünnet, icma ve kıyasa dayanan ve fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş (toplanmış) bulunan normlar bütünüdür. Bir başka ifadeyle Şer'î hukuk kavramı, geçerliliği için hiçbir kişi veya kurulun onayına gerek olmayan ve fıkıh kitaplarında toplanmış bulunan hukukî hükümleri ifade etmektedir². Dolayısıyla özellikle temel kaynaklar olan Kur'an ve Sünnet kaynaklı hükümler üzerinde herhangi bir değişiklik söz konusu olmamış, bu hükümler aynen uygulanmıştır

Osmanlı aile hukuku, XVI. Yüzyılın ortalarına kadar özellikle evlilik akdi açısından mezhepler arası görüşler arasında esnek sayılabilecek bir karakter sergilemiştir. Bu dönemde örneğin evlenme akdi konusunda Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşleri uygulama alanı bulduğu gibi, hem evlilik kurumu hem de aile hukukunun diğer alanlarında Hanefî mezhebinin dışındaki mezheplerin görüşlerine de yer verilmiştir. Fakat 1544 yılından itibaren sistemde bir katılma gözlenmiştir. Katılmanın nedeni, XVI. Yüzyılın ortalarından itibaren resmî mezhep anlayışının bizzat devlet otoritesince yoğun bir şekilde benimsenmiş olmasıdır. Dolayısıyla Hanefî mezhebi XX. Yüzyılın başlarına kadar Osmanlı Devleti'nin resmî mezhebi olma özelliğini korumuş ve uygulamada büyük oranda bu mezhebin görüşlerine bağlı kalmıştır³. Şüphesiz resmî mezhep anlayışının yerleşmesinde dönemin sosyal, siyasî ve iktisadî şartlarının etkileri olmuştur. Resmî mezhep meselesini ayrı bir çalışma gerektirecek bir konu olarak gördüğümüz için burada ayrıntıya girmeyi uygun görmüyoruz.

İleride üzerinde duracağımız gibi Tanzimat sonrası, Osmanlı hukukunda kanunlaştırmalar açısından önemli bir dönemdir. Şüphesiz bu dönemde yapılan en önemli kanunlaştırma hareketi modern anlamda bir özel hukuk kodifikasyonu olarak kabul edebileceğimiz Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'dir⁴. Medeni hukukun önemli dallarını kanunlaştırmasına rağmen Mecelle, aile ve miras hukukuna ilişkin hükümler ihtiva etmemektedir. Bu yönüyle Mecelle'yi tam bir medeni kanun olarak görmek mümkün değildir⁵. Tanzimat sonrası aile hukukunda meydana gelen değişiklikleri kanunlaştırmalar bahsinde ayrıntılı olarak ele alacağız.

Hukukunun Yapısı", Osmanlı, c. VI, Ankara 1999, s. 327 vd. YURTSEVEN Yılmaz, Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2001, s. 57-60.

2 ÖZBİLGİN, s. 43; ŞEN, s. 328.

3 "Osmanlı padişahlarının mahkemelerde uygulanacak mezhep konusunda almış oldukları tavır, uygulanacak hukuk kuralını da doğrudan etkilemiştir. Bu durum hukukun her alanında devletin nazım bir rolünün olduğunu göstermektedir", AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 271; AKYILMAZ Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Konya 2000, s. 25.

4 AYDIN Mehmet Akif, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985, s. 131.

5 ORTAYLI İlber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, İstanbul 1995, s. 12.

B. 1917 YILINA KADAR OSMANLI DEVLETİNDE KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ

1. Klasik Dönem

Osmanlı Devleti'nin klasik dönemini ifade eden, devletin kuruluşundan 1839 Tanzimat Fermanı'na kadar gelen süreç içerisinde Osmanlı sultanları Şer'î hukukun çizmiş olduğu sınırlar dahilinde bazı Örfî hukuk düzenlemelerinde bulunmuşlardır. Padişahların emir ve fermanlarıyla va'z ettikleri kanun ve nizamları bir araya toplamak yoluyla düzenlenen mecmualara "kanunname" adı verilmiştir. Ayrıca bu mecmualarda toplanan kanunlardan, belli bir zümre veya alana ait olanlar da aynı adla anılmaktadır. Birer Örfî hukuk düzenlemeleri olan kanunnamelerde daha çok idare, maliye ve ceza hukuku gibi kamu hukuku alanlarında düzenlemeler mevcuttur. Çünkü özel hukuka ilişkin kurallar Şer'î hukukun aslı kaynaklarında genellikle ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁶.

Osmanlı kanunnameleri bugünkü modern anlamda kanunlaştırma hareketleri olarak görülemez. Çünkü söz konusu düzenlemeler herhangi belirli bir hukuk alanını tümüyle düzenleyen bir kanunlaştırma eseri niteliğinde değildir. Ayrıca bu kanunnameler kazuistik bir yorumla oluşturulmuş bireysel kurallardır ve daha çok birtakım yerel ve süregelen örf ve adet kurallarının derlenmesinden oluşmuşlardır⁷. Ancak va'zedildikleri dönem dikkate alındığında Osmanlı hukukunun ve özellikle Örfî hukukun ne derece gelişmiş olduğu konusunda oldukça olumlu izlenimler sergilemektedirler. Padişahlar tarafından va'zedilen bu düzenlemelerin en Önemlileri Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi ve Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi'dir⁸.

2. Tanzimattan 1917'ye Kadar Kanunlaştırmalar

Pek çok alanda oldukça köklü değişikliklere sahne olan Tanzimat Dönemi, Osmanlı Devleti için asıl önemli değişim ve gelişmelerin hukuk alanında yaşandığı bir dönem olmuştur. Batı'nın baskıları ve dönemin sosyal ve siyasi şartlarının bir ürünü olarak ortaya çıkan Tanzimat Fermanı⁹, ölü bir belge olarak kal-

⁶ BARKAN Ömer Lütfi, "Kanun-name", MEBİA, c. VI, İstanbul 1977, s. 185 vd; VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, "İslam Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleri ile İlişkileri", AÜHFD, Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973 s. 568. Osmanlı Kanunnameleri hakkında geniş bilgi için bkz. AKGÜNDÜZ Ahmet, "Osmanlı Kanunnameleri (Doğuşu, Çeşitleri ve Tarihi Seyri)", Türkler, c. X, Ankara 2002, s. 21 vd.

⁷ BİLGE Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1990, s. 103; VELİDEDEOĞLU, s. 569.

⁸ VELİDEDEOĞLU, s. 568.

⁹ HAZIR Hayati, "Tanzimat Fermanı'nın Anayasa Hukuku Açısından Tahlili", SÜHFD Prof. Dr. Jale G. AKİPEK'e Armağan, Konya 1991 s. 191 vd.

mamış, İmparatorluk içinde geniş siyasî hareketlere yol açmış ve geleneksel sosyal yapıyı derinden sarsmıştır¹⁰. Bu yönleriyle Tanzimat Fermanı gerek kanunlaştırma hareketleri açısından, gerek siyasî ve sosyal açıdan inkar edilemez bir hukuk metnidir¹¹.

Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti'nin modern kanunlaştırma hareketlerine giriştiği dönemdir. Kanunlaştırmalar, milli kanunlar hazırlamak yoluyla olduğu gibi tamamen Batı'dan iktibas yoluyla da gerçekleşmiştir¹². Bu dönemde, XX. Yüzyılın başlarına kadar, ceza hukuku, ticaret hukuku, kısmen medeni hukuk, usul hukuku ve anayasa hukuku alanlarında kanunlaştırmalar yapılmıştır¹³. Bu kanunların başlıcaları 1840, 1851 ve 1858 (önemli ölçüde 1810 Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas) Ceza Kanunları, 1858 Arazi Kanunnamesi, 1850 Ticaret Kanunu (1807 Fransız Ticaret Kanunu esas alınmış ve ayrıca Hollanda ve Prusya kanunlarından da yararlanılmıştır), ceza ve hukuk yargılama usulü hakkında yapılan kanun ve nizamnameler, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ve çalışma konumuz olan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'dir. Konumuz, Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve dolayısıyla aile hukuku olduğu için Mecelle dışındaki kanunlaştırmalar üzerinde durmayacağız. Ancak bazı eksiklikleriyle birlikte bir medeni hukuk kodifikasyonu olarak tanımlayabileceğimiz Mecelle hakkında burada bazı açıklamalar yapmanın konumuz açısından fayda sağlayacağını düşünüyoruz. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni (HAK) ise ayrı bir başlık altında incelemeye çalışacağız.

Tanzimat sonrası hukuk alanında gerçekleştirilen yenilikler ve kanunlaştırma çalışmaları, eksikliği büyük ölçüde hissedilen bir medeni kanun hazırlanması konusunu gündeme getirmiştir. Bu dönemde Batı'dan alınan kanunların genellikle Fransız kökenli olmasının da etkisiyle, dönemin en ünlü medeni kanunu olan Fransız Medeni Kanunu'nun iktibas edilmesi fikrini savunan Ali Paşa'nın¹⁴

¹⁰ İNALCIK Halil, "Tanzimat'ın Uygulanması ve Sosyal Tepkiler", Belleten, sy. 112, Ankara 1964, s. 624.

¹¹ HAZIR, s. 191.

¹² İktibas yoluyla kanunlaştırmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara 1996.

¹³ BERKES Niyazi, Türkiye'de Çağdaşlaşma, s. 215 vd.; MARDİN Şerif, Türk Modernleşmesi, İstanbul 1997, s. 123 vd.; GÜNGÖR Erol, İslam'ın Bugünkü Meseleleri, İstanbul 1990, s. 98 vd.; ORTAYLI, s. 159 vd.; AYDIN, Aile, s. 127 vd.; BİLGE, s. 103 vd.

¹⁴ Ali Paşa, 1867'de Sultan Abdülaziz'e sunduğu raporda bu görüşlerini şöyle dile getiriyordu: "Devlet ve hükümetlerin ilk işi, herkesin haklarını sağlamak ve vazifelerini hakkıyla yerine getirmesine nezaret ve dikkat etmektir. İçinde bulunduğumuz yüzyılda ise servet ve kuvvet Avrupa'nın elindedir. Bunların her gün dünyanın her tarafında yayarak telkin ettikleri yeni fikirlerin özeti, her ferdin hürriyetle ve her şeyde eşit olması ve azasından bulunduğu heyet ve cemiyetin işlerinde reyi bulunması ve o cemiyetin şekil ve hali bile fertlerin reyi ile kurulması ve gerek din ve gerekse asalet bakımından asla fark

önderliğindeki bazı Osmanlı aydınları ile millî bir kanunun hazırlanması görüşünü savunan, büyük bir Osmanlı hukukçusu olan Ahmet Cevdet Paşa¹⁵ ve taraftarları arasında ciddi mücadeleler ve tartışmalar olmuştur¹⁶. Ancak sonuçta, Ahmet Cevdet Paşa ve grubunun görüşleri kabul görmüş ve Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığında Mecelle Komisyonu oluşturularak 1868'de çalışmalarına başlamıştır¹⁷.

Osmanlı medenî kanunu diyebileceğimiz Mecelle-i Ahkam-ı Adliye veya kısaca ifadesiyle Mecelle, sadece Türk hukuk tarihinde değil, İslam hukuk tarihinde de ilk kanun olma özelliğini taşımaktadır. Daha önce bu alanda görülen kanunlaştırma hareketlerinin hiçbirinde, İslam hukukunun belli bir bölümünü bütün olarak düzenleyen bir kanun metni ortaya konamamıştır¹⁸.

1851 maddeden oluşan Mecelle, 1869-1876 yılları arasında hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir. İslam hukukunun ve çok küçük istisnalar dışında Hanefî mezhebinin görüşlerinin dışına çıkılmadan ve kazuistik (meseleci) bir anlayış-

ve imtiyaz olmayıp, liyakat ve istihkaka göre herkesin her mertebeye ve her hizmete nail olabilmesi esaslarından ibarettir. Bu kaideler bugün Avrupa'nın bütün devletlerinde yürütülmektedir. Devletler nazarında hizmetlerde ferdi kullanma hususunda Katolik, Protestan ve Yahudi ve dinsiz lakırdıları bütün bütün unutulmuş kalmıştır. ...”Bir de başlıca şikayet bizim mahkemeler olduğundan, o konuda dahi bir yol aranmalı ve Mısır'da olduğu gibi, bizde dahi Code Civile tercüme ettirilip, karma mahkemelerde davalar bu kanunnameye göre görülmelidir. Bunun içeriği şer'i şerife asla dokunmayarak, sair nizamiye mahkemeleri gibi tanzimi kabil olur zannolunur. Tüm tebaanın din ve mezhepten başka maddelerde birleştirilerek, aralarındaki haset ve rekabetin tamamen kaldırılması, meydana gelen tehlikeleri kaldırmak için tek ilaçtır.” BOZKURT, s. 159-160.

15 Ahmet Cevdet Paşa bu konudaki görüşlerini şöyle dile getirmektedir: “...Bundan dolayı bazı zevat Fransa kanunları Türkçe'ye tercüme olunup da mahakim-i nizamiyyede onlar ile hükmolunmak fikrine sahib oldular. Halbuki bir milletin kavanîn-i esasiyyesini böyle kalb-ü tahvil etmek ol milleti imha hükmünde olacağından, bu yola gitmek caiz olamayıp ulema güruhu ise o makule alafranga efkâra sapanları tekfir ederlerdi. Frenkler dahi “Kanununuz ne ise ortaya koyunuz. Biz de görelim ve teba'amıza bildirelim” derler idi...” BOZKURT, s. 160.

16 ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 290; ORTAYLI İlber, Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul 2001, s. 143; LEWIS Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, Ankara 1984, s. 122-123; AYDIN Mehmet Akif, İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İstanbul 1996, s. 68-69; EDİS Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, s. 48; ÖZSUNAY Ergun, Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1986, s. 144; ORTAYLI, İmparatorluğun, s. 160; BOZKURT, s. 159-160.

17 AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 432.

18 AYDIN, İslam ve Osmanlı Hukuku, s. 59 vd; MARDİN Mecelle'nin kanunlaşmasını Osmanlı'da adli evrimin bir ürünü olarak görmektedir. MARDİN, s. 123.

la¹⁹ hazırlanan kanunda borçlar hukuku, ticaret hukuku, şirketler hukuku gibi medeni hukuk alanlarının yanında, usul hukuku gibi bir medeni hukuk kodunda olmaması gereken alanlar da düzenlenmiştir²⁰. Türk-İslam hukuk tarihinin bu ilk ve önemli özel hukuk kodunda sadece Hanefî mezhebinin görüşlerine bağlı kalınması ve diğer mezheplerin içtihatlarına neredeyse hiç yer verilmemesi Mecelle açısından bir eksiklik olarak görülmüştür. Çünkü Osmanlı Devleti yalnızca sünnî hanefîlerin yaşadığı bir ülke değildi. Ülke toprakları üzerinde diğer üç sünnî mezhebin mensupları yaşadığı gibi ehl-i sünnetten kabul edilmeyen Şia gibi mezheplerin mensupları da yaşamaktaydı²¹.

Mecelle konusunda çalışmamız açısından en önemli soru, bir medeni hukuk kodu olarak kabul edilen Mecelle’de medeni hukukun ana dalları olan aile ve miras hukuku gibi alanların neden düzenlenmemiş olduğu meselesidir. Bunun birkaç nedeni vardır:

Öncelikle, bilindiği gibi Osmanlı devleti çok uluslu bir devlettir. Osmanlı millet sistemi çerçevesinde gayrimüslim cemaatlere tanınan yargı muhtariyeti sebebiyle gayrimüslimler, aile hukuku alanında kendi dinlerinin öngördüğü hükümlere tabi olmuşlardır. Dolayısıyla çeşitli din ve mezheplerden insanların aynı topraklar üzerinde yaşaması ve çeşitli dini hukukların aile hukukunda etkili olması, herkese uygulanacak bir aile hukuku kanununun hazırlanmasını güçleştirmiştir²².

İkinci olarak, aile hukukunun tedvini sırasında, toplumdan ve hukukçulardan kaynaklanacak muhtemel itirazlarla karşı karşıya kalmamak için bu hukuk alanı düzenleme dışında bırakılmıştır²³. Ayrıca Mecelle’nin hazırlandığı dönemde Osmanlı adli sistemi şer’iyye ve nizamiye mahkemeleri olmak üzere düalist bir yapı sergilemekteydi. Dolayısıyla Mecelle, İslam hukukunu bilen şer’iyye ha-

19 Karşı görüşte; “Mecelle’nin sistemi, tıpkı fıkıh kitaplarının sistemidir ve bazı iddiaların tersine kazuistik=meseleci değildir. Belki o devrin tedvin (kodifikasyon) geleneğine uyarak, bazı konularda ayrıntılara girildiğinden mücerred-kazuistik diyebileceğimiz karma bir metod esas alınmıştır.” CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi c. II, Konya 1989, s. 161.

20 AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut, Türk Medenî Hukuku, İstanbul 1998; ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 290; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 432; VELİDEDEOĞLU, s. 576.

21 ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 291.

22 AYDIN, Aile, s. 133.

23 ...Nihayet, aile hukukuna ve şahsın hukukuna ilişkin konuların bu eserde düzenlenmeyişi, Cevdet Paşa ve arkadaşlarının henüz bu konuya el atmaya cesaret edemediklerini gösterir ve o günün şartları karşısında çaresizliklerini kabul ettiklerinin açık belirtisidir. Paşa “Mecelle Cemiyeti” çalışırken medreselilerin yerli yersiz hücumlarıyla da uğraşmak zorunda kalmıştır.” ORTAYLI, Aile, s. 143-144.

kimleri için değil, bu konuda yetersiz oldukları düşünölen nizamiye mahkemesi hakimleri için hazırlanmıştır. Aile ve miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar şer'iyeye mahkemelerinin görev alanına girdiğinden, nizamiye mahkemeleri için hazırlanan bu kanunda, söz konusu hükümlere yer verilmesine gerek duyulmamıştır. Ayrıca Mecelle'de yer alan borçlar, eşya, ticaret ve usul hukuklarına ilişkin düzenlemeler, yeni mahkemeler tarafından müslim, gayrimüslim tüm Osmanlı tebaasına uygulanacaktı. Oysa aile ve miras hukuku gibi alanlarda müslüman ve gayrimüslimlere yönelik olarak farklı hükümler uygulanmaktadır. Bu konularda hukuk birliğinin sağlanması güçlüğü ile karşı karşıya kalınacağından bu alanlarda düzenlemeye gidilmediğini söyleyebilmek mümkündür. Kaldı ki 1917 tarihli HAK'nin kabulünden sonra bu güçlükler daha iyi anlaşılmiştir²⁴.

Üçüncü sebep ise aile hukuku alanında bir kanunlaştırmaya gidilmesine o dönemde acil bir ihtiyacın duyulmayışıdır. Mecelle'nin hazırlanmasına etki eden sebepler ve etkenlerin ve bu kanuna o dönemde duyulan ihtiyacın aile hukuku alanında da aynı şekilde var olduğunu söylemek güçtür. Çünkü, öncelikle Osmanlı ailesi devrin iktisadî ve sosyal yenilikleri karşısında henüz köklü bir değişime uğramamıştır. Ayrıca Tanzimat'la ivme kazanan Batılılaşma hareketinin etkileri daha çok iktisadî alanda kendini göstermektedir. Dolayısıyla aile hukukunun fıkıh hükümlerine sadık kalacak bir tedvine bile henüz tahammülü yoktur. Osmanlı hukukunun en çok işlenmiş sahası olan aile hukuku, bu alandaki uyuşmazlıkları çözmek ve ilişkileri düzenlemek açısından fazla güçlük çekmemektedir²⁵. Ayrıca o dönem için feminist hareketler oldukça cılızdır ve bu alanda bir kanunlaştırma hareketinin yapılmasına etki edecek bir baskı grubu henüz oluşturulabilmiş deđildir²⁶.

C. BİR KANUNLAŞTIRMA HAREKETİ OLARAK 1917 TARİHLİ HAK

1. Genel Olarak

Buraya kadar olan açıklamalarımızda Osmanlı İmparatorluğu'nda genel olarak kanunlaştırma hareketlerinden bahsettik. Bir kanunlaştırma hareketi olarak Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni ayrı bir başlık altında inceleyecek olmamızın nedenleri vardır. Bunlardan birincisi, çalışmamızın adını ve konusunu Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin oluşturuyor olmasıdır. Dolayısıyla kanunlaştırma konusunu ayrı ve daha geniş bir şekilde ele almamızın incelememiz açısından faydalı olacağını düşünöyoruz.

24 CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 160-161.

25 CİN Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988, s. 286-287; ORTAYLI Aile, s. 142; AYDIN, Aile, s. 134-135.

26 AYDIN, Aile, s. 135.

İkinci olarak, HAK'nin yasalaşmasıyla İslam ve Osmanlı aile hukukunda ilk defa modern anlamda bir kanunlaştırma hareketine girişilmiştir. İslam ve dolayısıyla Osmanlı aile hukuku neredeyse tamamen İslam hukukunun aslî kaynakları olan Kur'an, Sünnet ve icma ile düzenlenmiştir. Bir anlamda, 1917 yılına kadar adeta "dokunulmaz" sayılan aile hukuku alanında modern bir kanunlaştırmaya gidilmesi, Osmanlı ve dolayısıyla Türk hukukunun modernleşme süreci açısından çok önemli bir gelişmedir²⁷. Arazi Kanunu ve Mecelle-i Ahkam-ı Adliye ile başlayan söz konusu modernleşme sürecinin, bir bakıma Türk Hukuk Tarihi'nde Cumhuriyet dönemi hukuk devriminin ilk tohumlarının atıldığı dönem olduğunu söylemek, kanaatimizce çok da yanlış olmasa gerektir.

2. HAK'nin Kanunlaşma Süreci

Osmanlı Aile hukukunun Mecelle ile birlikte kanunlaştırılması, medeni kanunun bütünlüğünün çok daha erken sağlanması açısından şüphesiz çok iyi bir gelişme olurdu. Ancak dönemin siyasî, sosyal ve iktisadî şartları, aile hukuku alanındaki modern düzenlemelerin gecikmesi sonucunu doğurmuştur. Yarım asırlık bir gecikmeyle de olsa HAK'nin kanunlaşmasıyla, Osmanlı medeni hukuk düzenlemelerinin tamamlanması yolundaki amaç ve arzular gerçekleşmiştir²⁸.

Aile hukuku alanında bir anlamda radikal bir gelişme olan HAK'nin kanunlaşması, aynen Mecelle'nin hazırlanmasında olduğu gibi bir takım tartışmaların ardından gerçekleşmiştir. Dönemin bazı aydınları, çeşitli gazete ve dergilerde yayınladıkları makalelerde, aile hukukunun kanunlaştırılmasını ve kadının hukukî statüsünün düzeltilmesinin zorunlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu aydınlardan biri olan Ziya Gökalp, 1917'de İttihat ve Terakki Fırkası'nın kongresine sunduğu tebliğde, aile hukuku alanında köklü bir reform yapılması gerektiğini ileri sürmüştür²⁹. Gökalp'in bu fikirleri ve daha pek çok aydının aile hukuku ve kadının statüsü hakkındaki önerileri, dönemin devlet idarecilerini Mecelle'de aile hukukuna ilişkin eksiklikleri tamamlamaya itmiştir. Ayrıca, bu konuda dikkate alınması gereken bir diğer nokta da Tanzimat'tan itibaren süren Batılılaşma hareketlerinin etkisiyle ve I. Dünya Savaşı'nın erkeklerin yerini almak üzere kadınları iş hayatına itmesiyle, toplumun geleneksel değer yargılarında meydana gelen değişimin aile hukukunun tedvini konusunda itici bir güç olmasıdır³⁰.

27 VELİDEDEOĞLU, s. 578-579.

28 AYDIN, Aile, s. 152.

29 HEYD Uriel, Türk Ulusçuluğunun Temelleri, çev. Kadir Günday, Ankara 1979, s. 42; BOZKURT, s. 167.

30 BOZKURT, s. 167.

İşte bu gelişmelerin ışığında HAK'nin kanunlaşma süreci başlamıştır. Yukarıda Mecelle bahsinde işaret ettiğimiz, İzhar-ı Kavanin Komisyonları üç komisyondan oluşmaktaydı. Bunlar, Mecelle, aile hukuku ve ticaret hukuku alanlarında yapılacak düzenlemeleri hazırlamak için oluşturulmuştu. Bunlardan aile hukuku ilgili çalışmalar yapmak için kurulan Ahval-i Şahsiye Komisyonu, çalışmaları sonucunda Osmanlı aile hukukunun ilk modern kanunu olma özelliğini taşıyan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni hazırlamayı başarmış ve kararname, 8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Zaten İzhar-ı Kavanin Komisyonları'nın çalışmaları sonucunda hazırlanıp yürürlüğe giren tek kanun da Hukuk-ı Aile Kararnamesi olmuştur³¹.

3. İslam-Osmanlı Hukuk Tarihinde HAK'nin Yeri ve Önemi

Osmanlı ve dolayısıyla Türk hukuk tarihinde Tanzimat'tan sonra aile hukuku alanında en önemli gelişme, Osmanlı Devleti'nin yıkılış aşamasına geldiği yıllarda bir aile kanununun hazırlanmasıdır³². 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi sadece Osmanlı hukuk tarihinde değil, İslam hukuk tarihinde de bu alandaki ilk kanunlaştırma hareketi olduğu gibi aynı zamanda ilk resmî düzenleme olma özelliğine de sahiptir³³. Bu yönüyle HAK, İslam hukuk tarihi açısından da en önemli kodifikasyon çalışmasıdır³⁴.

HAK, aile hukuku alanında hukuk birliği sağlayamamış olmasına rağmen, ilk kez farklı dinlere mensup Osmanlı vatandaşlarının evlenme ve boşanmalarına ilişkin kuralları bazı değişikliklerle bir araya getirmiştir³⁵. Kararnamenin bir başka önemli yönü de genel çerçevesi bakımından İslam hukukuna uygun olarak düzenlenmesiyle birlikte, bazı konularda büyük yenilikler getirmiş olmasıdır. Nişanlanmanın hukukî bir kurum olarak kabul edilmesi, evlenme yaşı açısından kadın ve erkek için belli bir yaşı doldurulmuş olması şartının getirilmesi, akıl hastalarının evlenme ehliyetini ortadan kaldırması, nikahın ilanı, çok eşliliğe sınırlama getirmesi gibi hükümler, bu yeniliklere örnek olarak gösterilebilir³⁶.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, ilginç bir kader tecellisi olarak, Osmanlı hukuk tarihinde oynadığı rolden çok daha büyüğünü İslam hukuk tarihinde sergilemiştir. Osmanlı Devletinde sadece birbuçuk yıl gibi kısa bir süre yürürlükte kalma-

31 VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku, c. I, İstanbul 1956, s. 69; BOZKURT, s. 172; EDİS, s. 51.

32 AYDIN, İslam ve Osmanlı Hukuku, s. 177.

33 Daha önce Mısır'da Kadri Paşa tarafından bu konuda özel bir çalışma yapılmıştır. BOZKURT, s. 173, dt. 463.

34 AYDIN, İslam ve Osmanlı Hukuku, s. 177.

35 BOZKURT, s. 173; ÖZSUNAY, s. 146.

36 BOZKURT, s. 173.

sına karşın Suriye, Mısır, Lübnan gibi bazı İslam ülkeleriyle birlikte İsrail'de de 1950'li yıllara kadar uygulanan bir düzenleme olma özelliğini sürdürmüştür. Ayrıca Sudan ve Mısır'da yapılan bazı kısmî düzenlemeler dışında 1950'lere kadar bu alanda ikinci bir düzenleme yapılmamıştır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, İslam hukuk tarihinde aile hukuku alanında yapılan ilk kanun olan HAK, diğer ülkelere örnek olması ve yol gösterici bir fonksiyon taşıması açısından da önemli bir görev üstlenmiştir. Böylece HAK, İslam hukuk tarihinde kanunu hazırlayanların bile tahmin edemeyecekleri ölçüde bir ömre ve etkiye sahip olmuştur³⁷.

4. Kararnameyi Doğuran Etkenler

Osmanlı Devleti'nin siyasî, hukukî ve sosyal alanlarda en kötü dönemlerini geçirdiği bir sırada böyle bir kanunun hazırlanması oldukça önemli bir gelişmedir. Özellikle I. Dünya Savaşı'nın tüm sıcaklığı ve zorluklarıyla yaşandığı bu dönemde devleti bir aile kanunu hazırlamaya iten etkenler nelerdir? Bu konunun ayrıntılı incelenmesinin çalışmamız açısından yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Kararnameyi doğuran etkenleri dört ana grupta incelemenin uygun olacağı kanaatindeyiz. Bunlar; hukukî etkenler, siyasî, iktisadî ve sosyal etkenler, kadının sosyal statüsünde ortaya çıkan değişiklikler ve kadın hareketleri ve fikir akımları olarak sayılabilir.

a. Hukukî Etkenler

Aile hukuku Osmanlı toplumunda en son değişebilecek, en mukaddes, daha doğrusu müdahalelere en kapalı alan olmuştur. Bu nedenle değişim teşebbüslerini Osmanlı hep ertelemiş, ancak asla düşünmekten de vazgeçmemiştir³⁸. İşte bu erteleme bir anlamda Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne kadar sürmüştür.

Tanzimat'la birlikte Osmanlı hukuk sisteminde bir kanunlaştırma hareketinin başladığını daha önce de ifade etmiştik. Söz konusu kanunlaştırma dalgasıyla hukukun pek çok dalı kanunlaştırılmış, bu alanların esasları uygulamada ve hukuk öğretiminde büyük kolaylık sağlayacak şekilde bağımsız kanunlar halinde düzenlenmiştir. Kanunlaştırma hareketlerinin sonuncusunu da aile hukuku oluşturmuştur. Bu hassas alanın kanunlaştırılmasının gecikmesi ileride üzerinde duracağımız pek çok nedenle ilgilidir. Ancak kısaca ifade etmek gerekir ki, aile hukuku alanında Şer'îyye mahkemesi hakimleri hukukî problemleri hala eskiden olduğu gibi fıkıh kitaplarına ve fetva mecmularına bakarak çözümlenmeye çalışmaktaydılar. Bununla birlikte son dönemde hakimlerin hukuk nosyonu açısından yetersizlikleri ve diğer taraftan Şer'îyye mahkemelerinin dava yükünün her ge-

³⁷ AYDIN, Aile, s. 152-153.

³⁸ ORTAYLI, Aile, s. 142.

çen gün artması aile hukukunun da bir kanun halinde düzenlenmesi zarureti ortaya çıkarmıştır³⁹.

Aile hukukunun düzenlenmesi konusunda ortaya çıkan zaruretlerin sonucu olarak bazı düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, 1841 yılında çıkarılan bir fermandan velisi tarafından evlenmesine izin verilmeyen baliğa (akıl-baliğ olmuş) kızların ve dul kadınların kadı izniyle evlenmesi sağlanmıştır. Fermanın yer alan bir diğer önemli düzenleme de ülkenin bazı yörelerinde âdet olarak yerleşmiş başlık vb. gibi para veya mal alma usullerinin terk edilmesine dair hükümdür⁴⁰. 1841 yılında “Sicill-i Nüfus Nizamnamesi”, 1916’da, kocanın kaybolması ve hastalanması durumunda kadına boşanma hakkını veren iki irade-i seniyye çıkmıştır. Ancak bu söz konusu düzenlemeler sorunlara sadece kısmî çözümler getirebilen eksik düzenlemelerdi⁴¹. Dolayısıyla eksikliklerin giderilmesi ve ihtiyaçları karşılayacak çözümlerin üretilmesi ancak bağımsız ve kapsamlı bir aile kanunu ile sağlanabilirdi. İşte Kararnamenin hazırlanmasında rol oynayan en önemli etken, duyulan bu hukukî ihtiyaç olmuştur.

Bir aile kanununun hazırlanmasında etkili olan diğer bir önemli nokta da İmparatorluk içinde hukuk birliğini sağlama arzusudur. Osmanlı Devleti’nde oldukça uzun bir geçmişi olan kapitülasyonlarla İmparatorluk içinde daha çok ticarî amaçlarla bulunan yabancılara, hukukî ve yargısal imtiyazlar tanınmıştı. Yabancılar, özellikle medenî hukuk alanında kendi konsolosluk mahkemelerinde ve kendi hukuklarına göre yargılanmaktaydılar. Çeşitli dönemlerde diğer yollarla kapitülasyonları kaldırmak isteyen Osmanlı Devleti, nihayet 1914’te tek taraflı olarak kapitülasyonları kaldırdığını ilan etmişti. Bu yolla, o zamana kadar devam etmiş olan hukuk ve yargı alanındaki üçlü yapı ikiye inmiş ve konsolosluk mahkemeleri kaldırılmıştır: Devletin normal hukukî ve yargısal yetkisinin yanında, gayrimüslim cemaat mahkemelerinin aile hukuku alanında sahip oldukları hukukî ve yargısal yetki⁴². İşte bu yapının da değiştirilmesi ve tamamen hukuk ve yargı birliğinin sağlanması arzusu da kararnamenin hazırlanmasında önemli bir etken olarak görülebilir. Kaldı ki zaten kararnamenin Esbab-ı Mucibe Layihası’nda, “Müslüman ve gayrimüslim tebaanın ayrı kanun hükümlerine tabi olmalarının sakıncaları anlatılarak, her iki gruba da hitap edecek bir kanun hazırlanmasının uygun görüldüğü” belirtilmiş ve “Müslümanlar için medeniyetin icatlarına dayanan kanunu fıkıh esaslarına dayandırmanın kolay olduğu, gayrimüslimler hakkında da onların din ve mezheplerinin kanunlarından gerekli hükümlerin alınarak, ortak kuralların herkese uygulanmak üzere kanunun tedvin

³⁹ AYDIN, Aile, s. 154.

⁴⁰ CİN, s. 287.

⁴¹ AYDIN, Aile, s. 155.

⁴² AYDIN, Aile, s. 156.

edileceği” ifade edilmiştir. “Müslümanlar için konacak genel hükümlerin, mezheplerine aykırı ise gayrimüslimlere uygulanmayacağı, onlar için bu konuda ayrı ayrı belirtilerek ve düzeltilerek istisnai hükümler konulacağı” açıklaması yapılmıştır⁴³.

Sonuç olarak kararname, hukuk birliğini sağlama açısından çok başarılı olmamışsa da⁴⁴ birliği sağlama amacı kararnamenin hazırlanmasında önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır.

b. Siyasî, Sosyal ve İktisadî Etkenler

Bilindiği gibi ardarda yaşanan Balkan ve I. Dünya Savaşları Osmanlı Devleti'nin iktisadî ve siyasî yapısında önemli değişiklikler ortaya çıkarmıştır. Bu değişiklikler Osmanlı aile hukuku alanında da etkisini göstermiş ve bir bakıma Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hazırlanmasında önemli rol oynamıştır.

Çok sık aralıklarla büyük savaşların yaşanması toplumda bir takım sosyal problemleri de beraberinde getirmiştir. Pek çok erkek savaşlardan dönmemiş, birçoğundan da ölü veya diri olup olmadığı hususunda haber alınmamıştır. Kocalarından bu şekilde hiçbir haber alamayan ya da kocalarını savaşta kaybetmiş olan kadınlar çok zor şartlarla karşı karşıya kalmışlardır. Her ne kadar 1916'da yayınlanan bir irade-i seniyye ile bu durumda olan ve nafakasını teminden uzak bulunan kadınların durumları kısmen düzeltilmeye çalışılmışsa da sorun sadece nafaka temininden ibaret kalmamıştır. Özellikle kocalarından haber alamayan kadınların durumlarının askıda olması pek çok sosyal ve hukukî problemi de beraberinde getirmiştir. İşte bu problemlere çözüm bulabilme amacı gibi sosyal nedenler de kararnamenin hazırlanmasında etkili olmuştur⁴⁵.

Bu büyük savaşlardan önce özellikle şehirlerde kadının iktisadî hayatta etkin bir rol aldığı söylemek güçtür. Ancak iktisadi ve sosyal alanı neredeyse tamamen elinde tutan erkek nüfus önemli ölçüde savaşlara katılmak durumunda kalınca, Osmanlı kadını ister istemez iktisadî ve sosyal hayatta erkeklerden boşalan alanlara girmek durumunda kalmıştır. Bu şekilde kadının iktisadî hayat içerisinde daha etkili bir rol üstlenmesi, kadınları yakından ilgilendiren aile hukukunun derli toplu bir biçimde ortaya konması gerekliliğini daha kuvvetle hissettirmiştir⁴⁶.

⁴³ ANSAY Şakir Sabri, Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar, Ankara 1952, s. 18; BOZKURT, s. 172.

⁴⁴ BOZKURT, s. 173.

⁴⁵ AYDIN, s. 159.

⁴⁶ ONAY Perihan, Türkiye'nin Sosyal Kalkınmasında Kadının Rolü (yayın yeri ve tarihi yok), s. 73; CİN, s. 291; BERKES, s. 437; LEWIS, s. 237; AYDIN, s. 157.

Mecelle'nin aile hukukunu tedvin etmemiş olması, sosyal ve iktisadî şartların değişmesi ve gelişmesi, Avrupa ile ilişkilerin çok boyutlu olarak artması ve toplumun bazı kesimlerinde gerçekleşen zihniyet değişiklikleri aile hukukunun kanunlaştırılmasına duyulan ihtiyacı körükleyen etkenler olmuştur. Özellikle I. Dünya Savaşı bu yolda harcanan çabalara hız vermiştir⁴⁷.

Tanzimat'la birlikte Batılılaşma hareketlerinin de etkisiyle Türk toplumunun sosyal yapısı değişmeye başlamıştır. Klasik Osmanlı toplumunun yerini artık giderek daha çok Batı'ya benzeyen bir toplum almaktadır. Özellikle İstanbul, Selanik ve İzmir gibi sosyal ve iktisadî hayatın daha canlı olduğu şehirlerde Batı tarzı toplum hayatı belirmeye başlamış, bunun bir sonucu olarak da Osmanlı ailesi klasik, konak tipi geniş aileden yavaş yavaş daha dar bir yapıya bürünmeye başlamıştır. Tüm bu gelişmeler kadının sosyal hayatta ön plana çıkmasına yardımcı olmuş ve Kararnamenin hazırlanmasında belirgin bir etki ortaya koymuştur⁴⁸.

c. Kadının Sosyal Statüsünde Ortaya Çıkan Değişiklikler ve Kadın Hareketleri

Tanzimat Dönemi'nin en belirgin özelliklerinden olan kodifikasyon faaliyetleri kadının hukukî statüsünde de değişikliklere yol açmıştır. Bu değişiklikler olumlu ve kanun önünde kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemelerdir⁴⁹. Yukarıda da kısaca değindiğimiz bu gelişmelerin ortaya çıkışında Osmanlı kadınının hak arama mücadelesinin de göz ardı edilemeyecek etkileri vardır.

XIX. Yüzyılın ortalarından itibaren kadınların yavaş yavaş ilkokuldan üniversiteye kadar eğitim kurumlarının hemen hepsine kabul edilmeye başlanması, buralardan yetişen genç kızların giderek artması ve sosyal hayatta kendilerine yer edinme çabaları özellikle 1900'lerden itibaren kadınlık anlayışının değişmesine ve bir feminizm hareketinin doğmasına yol açmıştır⁵⁰.

Tanzimat sürecinde kadının statüsünde değişiklik yaratabilecek en önemli gelişmeler, eğitim ve hukuk alanında yapılan reformlar, birçok kadın derneğinin kurulması ve sadece kadınlara yönelik gazete ve dergilerin yayınlanmaya başlaması şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeler sonucunda kadın toplumda kendini daha fazla belli etmeye ve kamusal alanda yer almaya başlamıştır. İlk kez kadınlar açıkça erkeklerle eşit haklar talep etmişler, konularını sorgulamaya başlamışlar ve kadına biçilen tek görevin eş ve annelik olmaması gerektiği yö-

47 CİN, s. 291.

48 ORTAYLI, Aile, s. 149; AYDIN, Aile, s. 158.

49 AKYILMAZ, s. 85.

50 AYDIN, Aile, s. 160.

nünde yazılar kaleme almışlardır⁵¹. Sonuç olarak Balkan ve I. Dünya Savaşı'nın ortaya çıkardığı iktisadî ve sosyal şartlar ve Tanzimat'tan sonra eğitim imkanlarının artmasıyla oluşan kültürel gelişmeler sonucunda doğan kadınlık hareketi (feminizm), XX. Yüzyılın başlarında kadın hakları konusunda önemli bir faaliyet göstermiş ve kadının hukukî, iktisadî ve sosyal durumunu düzeltme yolunda büyük çabalar harcanmıştır⁵².

Bu dönemde kadın haklarını ve Osmanlı kadınının statüsünü savunma yönünde pek çok dernekler kurulmuş, çok sayıda dergi ve gazeteler yayınlanmıştır. Kadınlar, ilk kez yardım derneklerinde bir araya gelerek örgütlenmeye başlamışlardır. Bu derneklerin başlıcaları; 1898'de Selanik'te kurulan "Şefkat-i Nisvân", yine Selanik'te 1908'de kurulan "Osmanlı Kadınları Şefkat Cemiyet-i Hayriyesi", "Muhtaç Asker Ailelerine Muavenet Cemiyeti" (1914), "Müdafa-i Milliye Osmanlı Hanımlar Cemiyeti", "Osmanlı Cemiyet-i Hayriye-i Nisvaniye" (1909) gibi derneklerdir. Yardım dernekleri fakirlere ve savaş mağdurlarına yardım gibi amaçlar taşımışlardır⁵³.

Hayır amacı güden derneklerin yanı sıra feminist amaçlarla kurulan dernekler de bu dönemde kurulmuştur. Bu dernekler kadınları eğitmeyi, onların yaşam biçimlerini, giyim kuşamlarını değiştirmeyi, onlara iş imkanı sağlamayı, sanat öğretmeyi amaçlamışlardır. Bunlardan başlıcaları, 1908 yılında Halide Edip'in önderliğinde kurulan "Teali Nisvan Cemiyeti, 1916 yılında kurulan "Osmanlı Kadınlarını Çalıştırma Cemiyet-i İslamiyesi" ve 1913'de kurulan "Osmanlı Müdafaa-i Hukuk-ı Nisvan Cemiyeti"dir⁵⁴. İşte tüm bu gelişmeler Osmanlı'nın son döneminde bir aile kanununun hazırlanmasında önemli kilometre taşları olmuştur.

d. Kararnamenin Hazırlanmasında Rol Oynayan Fikir Akımları

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin içeriğindeki hükümlerde son dönem Osmanlı fikir akımlarının etkilerinin de olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle Tanzimat sonrası Osmanlı aydınlarının devletin içinde bulunduğu olumsuz şartlar karşısında çıkış yolları arama düşünceleri bazı düşünce çevrelerinin oluşmasına yol açmıştır. Türk fikir hayatında Batıcılar, Türkçüler ve İslamcılar olmak üzere üç ana grupta toplanan aydınların ileri sürdükleri fikirlerin HAK'ın hazırlanmasında ne kadar etkili olduklarını incelemek çalışmamız açısından yararlı olacaktır.

51 AKYILMAZ, s. 81.

52 AYDIN, s. 160.

53 AKYILMAZ, s. 87.

54 AKYILMAZ, s. 87.

Bu konuda öncelikle ifade etmemiz gereken nokta, her üç fikir akımının da Osmanlı aile hukukunun kanunlaştırılmasından yana olduklarıdır. Dönemin şartları onları aynı noktada birleştirmiştir. Ancak her üç akım da kanunun içeriğiyle ilgili olarak derin görüş ayrılıkları içerisinde olmuşlardır⁵⁵.

aa. Batıcılar

Mardin, “Türk Modernleşmesi” adlı eserinde Batıcılığı şu şekilde tanımlamıştır: “Osmanlı İmparatorluğu’nda başlayıp Cumhuriyet Türkiye’sinde yeni boyutlar kazanan, Batı Avrupa’nın toplumsal ve fikrîsel bileşimine erişilmesi gereken bir hedef olarak gören yaklaşım. Bu görüş bazen ılımlı bir biçimde ortaya çıkmış, bazen çok köktenci-geleneksel kültür öğelerimizi eleştiren ve karşısına çıkan- boyutlar kazanmıştır. Ancak sözcüğün kendisi daha çok Batı’yı her hususta örnek almak isteyenlerin yaklaşımını adlandırmak için kullanılmıştır”⁵⁶. Mardin’in de ifade ettiği gibi Batıcı Osmanlı aydınlarının düşünceleri, Osmanlı-Türk kültürel değerlerine zaman zaman ılımlı bir tavır sergilerken bazen de geri kalmanın nedenlerinden biri olarak klasik yapıyı görmüşlerdir.

Batıcılar içerisinde hukuk alanında en çok fikir ileri sürüp yazılar yazan, ılımlı bir Batıcı olan Celal Nuri’dir. Batı’dan kanun iktibası konusunda çelişkili düşüncelere sahip olmakla birlikte tam anlamıyla teslimiyetçi bir Batıcılık anlayışına da karşıdır⁵⁷.

Genel olarak hukuk alanında fikirler ileri süren Celal Nuri aile hukuku ile de yakından ilgilenmiştir. Nuri’ye göre aile hukuku alanında ve özellikle nikah konusunda çok köklü yenilikler yapılmalıdır. Bu yenilikler: Nikahın, tarafların bizzat katılımı ile ve resmî memur önünde kısılması, evlenmek için asgari yaş sınırı belirlenmesi, çok evlenmelerin (taaddüd-ü zevcât) ortadan kaldırılması veya en azından bir geçiş devresi için sınırlandırılmasıdır⁵⁸.

Yine Celal Nuri’ye göre mevcut boşanma usulleri mutlaka gözden geçirilip yeniden düzenlenmelidir. Yazar’a göre erkeklerin boşanma nedenleri sınırlanmalı, keyfi boşamalar ortadan kaldırılmalıdır. Boşanma (talak) kesinlikle hakim kararıyla gerçekleşmeli ve boşanma gerekçeleri hakimin kabulüne bağlı olmalıdır. Ayrıca Celal Nuri, kadının kusurunun olmadığı durumlarda ödenecek mehrin yanında tazminat talebinde bulunma hakkının olmasını da savunmaktadır. Boşanma sonucunda çocukların durumu da iyi değerlendirilmeli, taraflar

55 AYDIN, Aile, s.167.

56 MARDİN, s. 9.

57 AYDIN, Aile, s. 166-167.

58 Celal Nuri, Kadınlarımız, İstanbul 1331, s. 190-191, 193-194, 143-145’ten naklen, AYDIN, Aile, s. 167-168.

boşanma konusunda anlaşmış olsalar dahi, çocukların durumu dikkate alınarak boşanmaya izin verilmemelidir⁵⁹.

Boşanma konusunda Hanefî mezhebinin içtihatlarının yetersiz kaldığını düşünen Celal Nuri, kadınlara kazaî (yargısal) boşanma hakkının tanınmasını ve diğer mezheplerin konu hakkındaki görüşlerinden faydalanılması gerektiği düşüncesini ileri sürmüştür⁶⁰.

Görüldüğü gibi Batıcı aydın Celal Nuri'nin aile hukuku alanındaki görüşleri gerek dönemin Batı ülkelerindeki düzenlemeler gerek Cumhuriyet dönemi TMK'nun aile hukuku hükümleriyle paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla Celal Nuri'nin düşüncelerinde Batı'nın etkisi açıkça görülmektedir. Ayrıca Celal Nuri, o dönemde yürürlükte bulunan hukuka oranla oldukça köklü değişiklikler önermektedir. İleride görüleceği üzere HAK, Celal Nuri'nin ileri sürdüğü bazı görüşleri hükme bağlamıştır.

bb. Türkçüler

Özellikle II. Meşrutiyet'ten sonra hukukun modernleşmesi konusunda Türkçüler de önemli fikirler ileri sürmüşler, pek çok yazılar yayınlamışlardır. Türkçülük hareketinin içinde hukukla ve özellikle aile hukuku ile ilgili olarak görüşler ileri sürüp yazılar yazan aydınların başında Ziya Gökalp gelir. Gökalp'in fikirleri diğer Türkçüleri de etkilemiş, onlara yol göstermiştir⁶¹.

Gökalp, temel olarak hukukta laikleşme taraftarı bir tutum izlemiştir. Ancak İmparatorluk döneminde bu düşüncelerini çok açık ifade edememiş olsa da Cumhuriyet'in ilanından sonra bu düşüncelerini "Hukukî Türkçülük" adlı makalesinde şöyle dile getirir: "Bu çağın milletleri arasına geçebilmek için en esaslı şart, millî hukukun bütün dallarını teokrasi ve klerikalizm kalıntılarından kurtarmaktır⁶².

Hukukun bir ayağının kültüre, bir ayağının pozitif bilimlere ve çağdaş uygarlığa dayandığına inanan Gökalp'e göre aile ve kadın hakkındaki düşünce ve değer yargılarımızı değiştirmemiz, Avrupaî bir zihniyeti kabul etmemiz zorunlu idi. Bununla birlikte ailede millî kültürün ortaya koyduğu bir tarafın da varlığı unutulmamalı dolayısıyla hukuk alanında tam teslimiyetçi bir Batıcılık sergilenmemeliydi. Ona göre Tanzimatçılar Batılılaşmayı millî kültürümüzün derin-

⁵⁹ Celal Nuri, s. 136-137, 154-156'dan naklen, AYDIN, s. 168.

⁶⁰ Celal Nuri, s. 154'ten naklen, AYDIN, s. 168.

⁶¹ AYDIN, Aile, s. 169.

⁶² GÖKALP Ziya, Türkçülüğün Esasları, İstanbul 1976, s. 174.

liklerine kadar götürdükleri için hatalıydılar⁶³. Batı hukukunda bulunan bu esaslar eski Türk hukukunda da varolduğu için bu alanda Batılılaşmaya gerek de yoktu⁶⁴.

Görülüyor ki Gökalp, usulen Batıcı, yani modern bir hukuk sistemi oluşturulmasını, ancak bu hukuk sisteminin tamamen millî bir karakter taşıması gerektiğini vurgulamıştır.

Bunun nasıl olacağı konusunda da görüşler ileri süren Gökalp'e göre, fıkhnın iki kaynağı vardır, naklî şeriat ve içtimaî şeriat. Naklî şeriat değişmez, ancak içtimaî şeriat toplumsal hayat gibi sürekli bir gelişim içerisindedir. Dolayısıyla zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesinin caiz oluşu da bu yüzdendir. Bu düşünceden hareketle Gökalp, İslam hukukunun da nass ve örf olmak üzere iki aslı kaynağı bulunduğunu, nassın hüküm getirmedeği yerde örf ile amel nass ile amel gibi olduğunu ileri sürer. Nassın bulunduğu yerde örfe gidilmez, fakat bazı fıkıhçılara göre nass örften mütevellit (kaynaklanıyor) ise nassın bulunduğu yerde de itibar örfedir Bu durumda nassın dışında en önemli kaynak örfür. Örf değişir ise hükümler de tabiatıyla değişecektir. O halde Gökalp'e göre İslam hukuku içinde kalınarak dahi örf değiştikçe istisnasız bütün hukukî esasların değişmesi mümkündür⁶⁵.

Aydın, fikirleri ile ilgili olarak Gökalp'in İslam hukukunun kavram ve kurumlarına bağlı kalıp kalmadığına dikkat etmediğini ileri sürmektedir. Yazara göre Gökalp, aslında İslam hukukunda da bir delil olarak kabul edilen örfün sınırlarını bütün diğer delilleri silecek ölçüde genişletmiş ve örfün ne olduğu konusunda açık bir tanımlama getirmemiştir. Yazdığı yazılarla İslamcılarla Türkçüler arasında büyük bir tartışma yaratacak olan Gökalp, bu dönemde İslam hukuku çerçevesinde kalır görünerek aklında olan her fikri bu çerçeveye sokmaya çalışmıştır. Ayrıca bunu yaparken İslam hukukunun kavram ve kurumlarını çarpıtmış, bunu hissetmiş olmakla birlikte dikkate de almamıştır. Cumhuriyetin kuruluş yıllarında ise hukukun laikleşmesi konusundaki fikirlerini doğrudan ortaya koymuştur⁶⁶.

cc. İslamcılar

Aile hukukunun kanunlaştırılması sırasında İslamcılar aksiyoner bir görüş ortaya sunmamışlar, tamamen Batıcıların ve Türkçülerin görüşlerine olan tepkilerini dile getirmişlerdir.

⁶³ GÖKALP Ziya, "Aile Ahlakı", Yeni Mecmua, sy. 20, s. 382'den naklen, AYDIN, Aile, s. 170.

⁶⁴ FINDIKOĞLU Ziyaeddin Fahri, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul 1958, s. 247-248.

⁶⁵ AYDIN, Aile, s. 170.

⁶⁶ AYDIN, Aile, s. 171-172.

İslamcıların önemli aydınlarından İzmirli İsmail Hakkı, özellikle Gökalp'in ve Mansurizade'nin görüşlerine karşı çıkmış, örfün sınırlarını genişletme ve taaddüd'ü zevcadı yasaklama gibi fikirleri şiddetle eleştirmiştir⁶⁷.

Tüm bu açıklamalarla birlikte, dönemin şartları içerisinde aile hukukunun kanunlaştırılmasının gittikçe artan bir ihtiyaç olduğunu bilen ve birbirlerine zıt düşünceler ileri süren bu üç grubun birleştikleri bir nokta olmuştur: Toplumun tüm hukukî bünyesine hükmeden, ve ihtiyaçlara cevap verebilecek hukukî düzenlemelerin yapılmasının gerekliliği inancı⁶⁸.

D. SİSTEMATİK VE TEKNİK AÇIDAN HAK

1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, İslam-Osmanlı hukuk tarihinde yapılmış olan ilk modern aile hukuku kanunudur. Kararname, İslam aile hukukunun evlenme ve boşanmaya ilişkin hükümlerini düzenlemiştir.

Münakahat (evlenme) ve Müfarakat (boşanma) olmak üzere iki kitaptan oluşan kararnamenin Münakahat kitabında 6 bab, 15 fasıl, 101 madde bulunmaktadır. Boşanmayı düzenleyen Müfarakat adlı kitap ise 3 bab, 5 fasıl ve 56 maddeden oluşmaktadır⁶⁹.

HAK, dört sünnî mezhebin esaslarından yararlanılarak hazırlanmış olup, gayrimüslim tebaanın evlenme ve boşanma işlemlerini de kendi dinlerinin kurallarına göre düzenlemiştir. Dinî liderlerin nikah akdine ve feshine bağlı olarak karşılıklı nafaka, drahoma ve cihaza ilişkin uyuşmazlıklardaki yargı yetkilerini kaldırmıştır. Bunlarla birlikte HAK, İslam aile hukukunun ve gayrimüslim tebaanın şahsî hükümlerine ilişkin kurallarının ilk resmî kanunlaştırması olmaktan öteye de gidememiştir⁷⁰.

İlke olarak hukuk birliğini sağlama amacı güden Kararname ile bu amaç gerçekleştirilememiştir. Ancak ilk kez farklı dinlere mensup Osmanlı vatandaşlarının aile hukukuna ilişkin kuralları bazı değişikliklerle bir araya getirilmiştir⁷¹. Kararnamenin bir başka önemli yönü, genel çerçevesi bakımından İslam hukukuna uygun olarak düzenlenmesine rağmen, bazı konularda büyük yenilikler getirmiş olmasıdır. Nişanlanmanın hukukî bir kurum olarak kabul edilmesi, kadın ve erkek için evlenme yaşını belirlemesi, akıl hastalarına evlenme ehliyeti tanınaması, evlenmenin ilanını zorunlu hale getirmesi, evlilik akdine kadının

⁶⁷ AYDIN, Aile, s. 175.

⁶⁸ FINDIKOĞLU, s. 248.

⁶⁹ BOZKURT, s. 172; CİN, s. 293; AYDIN, Aile, s. 181-182.

⁷⁰ CİN, s. 292.

⁷¹ BOZKURT, s. 173; CİN, s. 293.

“evlilik sırasında kocasının başka bir kadınla evlenmemesi, eğer evlenirse kendisinin veya ikinci kadının boş olması şartı”nı koyabilmesi, böylece poligaminin bir ölçüde sınırlandırılması bu konudaki önemli düzenlemelerdir⁷².

E. KARARNAMENİN EKSİKLİKLERİ

İslam-Osmanlı aile hukukunun ilk kanunu olan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, hazırlandığı dönem itibariyle büyük yenilikler getirmekle birlikte bir takım eksiklikleri de bünyesinde taşımaktadır. Elbette ki kanunun taşıdığı eksiklikler, hazırlandığı dönemin şartlarıyla yakından ilgilidir. Her şeyden önce I. Dünya Savaşı'nın tüm hızı ve sığağıyla yaşandığı bir dönemde kanunun biraz aceleci bir tavırla hazırlandığı söylenebilir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi savaş, kanunun hazırlanmasında ve çıkarılmasında rol oynamıştır. Ancak ülkenin o dönemde içinde bulunduğu sosyal, iktisadî ve siyasî şartlar dikkate alındığında, acele ile hazırlanmış bir kanunda bazı eksikliklerin ortaya çıkması da doğaldır.

Esasında kararnameyi hazırlayanlar da kanundaki eksikliklerin farkındadırlar. Ancak ileride bu eksiklikleri giderebilme ümidi taşımışlardır⁷³. Zaten kararnamenin yürürlüğe konuluş şekli de bu aceleciliği ortaya koymaktadır. Kanunu hazırlayanlar bunu normal usullerle meclisten geçirecekleri yerde, biraz da mecliste takılacağı endişesiyle, Kanun-ı Esasî'nin 36. maddesinin⁷⁴ kendilerine verdiği yetkiyle muvakkat bir kanun olarak çıkarmışlardır. Şu da bir gerçek ki hükümet bu konuda bu kadar aceleci davranmamış olsaydı 1917'yi takip eden yıllardaki siyasî olaylar, Kararnamenin çıkarılmasını yüksek ihtimalle imkansız kılabilirdi. Dolayısıyla HAK'nin kanunlaşmasını biraz da bu aceleci tutum sağlamıştır⁷⁵.

HAK'nin birtakım eksiklikler ve boşluklarla dolu olmasının ikinci sebebi, bu kararnameyi hazırlayan komisyonun Mecelle komisyonu gibi güçlü isimlerden oluşmayışıdır. Örneğin Ahmet Cevdet Paşa gibi büyük bir hukukçu ve bu çalışmayı olabildiğince sağlıklı yürütebilecek birisinin bu komisyonda bulunmayışı, kanunun eksik ve boşluklarla dolu olması sonucunu doğurmuştur. Ancak bu

⁷² BOZKURT, s. 173.

⁷³ FINDIKOĞLU, s. 263.

⁷⁴ “Meclisi Umumî mün'akit olmadığı zamanlarda Devlet bir muhataradan veya emniyeti umumiyeyi halelden vikaye için bir zaruret mübreme zuhur ettiği ve bu bapta vaz'ına lüzum görünecek kanunun müzakeresi için Meclisin celp ve cem'ine vakit müsait olmadığı halde Kanunu Esasî ahkamına mugayir olmamak üzere Heyeti Vükela tarafından verilen kararlar Heyeti Mebusanın içtimaile verilecek karara kadar bir iradei seniye, muvakkat kanun hüküm ve kuvvetindedir.” ATAR Yavuz, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar, Konya 2002, s. 200.

⁷⁵ AYDIN, Aile, s. 218.

dönemde kurulan komisyonlar içerisinde bir kanunu tamamlayabilen tek komisyon da yine Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni hazırlayan komisyon olmuştur. Şu da bir gerçek ki komisyon çok daha olumlu şartlar içerisinde çalışabilseydi belki de daha mükemmel bir kanun ortaya konulabilirdi⁷⁶.

Bir medeni kanunda bulunması gereken hükümler açısından Kararname, tam anlamıyla bir medeni hukuk kodu olmadığı gibi aile hukukunun bazı çok önemli meselelerini bile içermemektedir⁷⁷. Konuyla ilgili olarak komisyon üyelerinden biri HAK'nin yürürlüğe girişinin beşinci ayında gazetelerden birine verdiği beyanatta şunları söylemiştir: "Hukuk-ı Aile Kanununu henüz bitirmedik. Evvelce münakahat (evlenme) ve müfarakat (boşanma) mebahisini (konularını) tanzim etmiştik. Komisyonumuz bu mebahisi arz ve amik tetkik eyledikten sonra mevadd-ı kanuniyesini tanzim eylemişti. ...Şimdi nesep, nafaka, müfarakat vukuundan sonra hadane, yani çocuk büyütme, vasiyet, miras mesail-i mühimmesini tetkik ediyoruz. Teehhül (evlenme) etmiş olan bir adamın teehtülünden itibaren vefatına kadar kendisiyle akrabası arasındaki muamelet-i umumiye biz "hukuk-ı aile" deriz ki fevkalade ehemmiyeti haizdir"⁷⁸.

Kararname aile hukukunda yer alması gereken bazı hükümleri içermemesinin yanında bizzat maddelerde de boşluklar taşımaktadır. Genel hükümler de içermeyen kararname, boşlukların ne şekilde doldurulacağı konusunda bir yol göstermemektedir. Her ne kadar söz konusu boşluklar yargısal ve bilimsel içtihatlarla doldurulmaya çalışılmış olsa da meselenin açık bir dille kanunda hükme bağlanması kanun tekniği açısından çok yararlı olurdu. Bunlara ek olarak HAK'nin batıl ve fasid nikahlar hakkında sağlıklı bir ayırma gittiğini söylemek de zordur. Ayrıca dilsizin nikahı, şahitlerin cinsiyeti, mükatebe ve mürasele yoluyla nikah, fuzulinin nikahı, muhalaa, evlenme yasağı olarak liân, hata ve gerçekleşen boşanmanın sonuçları konularda yeterli ve açık hükümler getirilmemiştir⁷⁹.

Modern kanunlaştırma hareketlerinin temel ilkelerinden biri de hukuk birliğini sağlama amacıdır. Müslüman, gayrimüslim tüm Osmanlı vatandaşlarına yönelik olarak devletin evlenme müessesesine müdahalesini düzenleyen HAK, kanunlarda bulunması gereken hukuk birliği ilkesinden uzaktır. Devlet, müslüman, hıristiyan ve museviler için ayrı ayrı kurallar getirmiş ve dinî cemaatlerin teamüllerini kanunlaştırmıştır⁸⁰.

⁷⁶ AYDIN, Aile, s. 218-219.

⁷⁷ FINDIKOĞLU, s. 262.

⁷⁸ İkdâm Gazetesi, 14 Mayıs 1918, s. 2'den naklen, FINDIKOĞLU, s. 263.

⁷⁹ AYDIN, Aile, s. 220; CİN, s. 303.

⁸⁰ CİN, s. 304; BOZKURT, s. 173.

Sonuç olarak HAK, dağınık bir şekilde fıkıh kitaplarında yer alan İslam aile hukuku kurallarının bir araya toplanmasıyla meydana getirilmiş bir kanundur. Bu çıkarımdan hareketle, çıkarıldığı dönemin şartları da düşünöldüğünde, kararnamenin köklü değişiklikler ve yenilikler getirmesini beklemek fazla iyimserlik olur. Aslında durağan bir şekilde fıkıh kitaplarında yer alan İslam aile hukukunun geliştirilip yenileşmesi için yepyeni bir anlayışa ve ortama ihtiyaç vardır. Fakat tüm eksikliklerine rağmen HAK, evlenme ve boşanma konusunda gelecekte gerçekleştirilecek kanunlaştırma hareketlerine bir başlangıç olmuştur. Ayrıca ahval-i şahsiye konusunda başvurulabilecek kuralları toplu bir hale getirmek yoluyla uygulayıcılara esaslı bir kolaylık sađlamıřtır⁸¹.

F. HAK'IN YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI

Bir aile hukuku kanununda bulunmaması gereken eksiklikleri bünyesinde taşımakla birlikte, İslam-Osmanlı aile hukuku alanında bir boşluğu dolduran ve pek çok yenilikleri içeren ilk modern aile kanunumuz HAK, 20 Ramazan 1337/19 Haziran 1919 tarihli “Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Lağvı Hakkında Kararname” ile yürürlükten kaldırılmıřtır⁸². Üzölerek belirtmek gerekir ki aile hukuku alanında yepyeni bir anlayışın ilk ürünü olan bu kararname sadece iki yıl gibi kısa bir süre uygulanma imkanı bulabilmiştir.

HAK'ın yürürlükten kaldırılmasında rol oynayan başlıca etkenler, tutucu İslamcıların muhalefeti ve gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının işgal kuvvetleri üzerindeki etkileridir⁸³. Bu iki grubun kararname karşısındaki muhalefeti ve Osmanlı Devleti'nin içerisinde bulunduğu şartlar, tutucu İslamcıların hükümet üzerinde, gayrimüslimlerin de işgal kuvvetleri üzerindeki etkisini önemli ölçüde artırmıştır. Bu yüzden kararnamenin bu kadar erken yürürlükten kaldırılmasının bu iki grubun etki ve gayretleri sonucu gerçekteşiği konusunda genel bir kanaat vardır⁸⁴.

İslamcılar, kararnamenin Osmanlı aile hukukunun klasik yapısında derin değişiklikler yapan bazı hükümlerine şiddetle karşı çıkmışlardır. Özellikle taaddüt-ü zevcad'ı kısıtlayan hüküm bu grubun en fazla tepki gösterdiği konu olmuştur. Hatta o dönemde bir müderris çok evliliğin kısıtlanmasına karşı olarak şunları söylemiştir: “Nikah-ı sâni (ikinci evlilik) için zevce-i ülânın (ilk hanım) muvafakatine bakılmıyacağı kitap ve sünnet ile malum olduğu halde yine şart imiş gibi nazar-ı itibara alıp da andan sonra biddelale rızasını iddia... etmek gibi ah-

81 CİN, s. 304.

82 CİN, s. 305; AYDIN, Aile, s. 221. Bozkurt, HAK'ın işgal kuvvetlerinin isteği üzerine yürürlükten kaldırıldığını ifade etmektedir. BOZKURT, s. 174.

83 CİN, s. 305; AYDIN, Aile, s. 221; BOZKURT, s. 174.

84 FİNDİKOĞLU, s. 251; CİN, s. 293, 305; AYDIN, Aile, s. 221.

valin yakışır ciheti olmayıp usul-ü İslam ile kabil-i tevfiğ olmadığı müstağni-i azade-i beyandır”⁸⁵. Aynı müderris Kararnamenin evlenme yaşı ve izin konularında getirdiği hükümlere de şu ifadelerle karşı çıkmaktadır. “Şu surette bikes (kimsesiz) olup en ziyade izdivaçla setrü selamete muhtaç olan genç kızlar bu nimetten mahrum kalacaklardır. Ahlakları bozulacak, fakrû zaruret taammüm edecek, memleketimizde fuhşiyatın ve bilvasıta emraz-ı zühreviyenin (zührevi hastalıklar) tekessürü (artış) münteç olacak. Bunun maslahat (kamu yararı) neresinde?”⁸⁶. Görüldüğü gibi bu eleştiriler oldukça popülist ve bilimsel bir temele dayanmayan eleştiriler olmuştur.

Kararnamenin özellikle alışlagelmişin dışında olarak diğer mezheplerin görüşlerine de yer vermesi bazı İslamcı muhaliflerin şiddetle karşı çıktıkları konulardan biridir⁸⁷. Mütareke ile birlikte bu muhalefetin dozu daha da artmıştır⁸⁸.

HAK’ın yürürlüğe girmesinden rahatsız olan gayrimüslim tebaa da kanunun ortadan kaldırılması için çeşitli faaliyetlere girmiştir. Kararnamenin gayrimüslimler hakkında hükümler içermesi ve özellikle 156. maddesiyle⁸⁹ ruhani liderlerin aile hukuku alanındaki yargı yetkilerinin kaldırılması, bu grupların şiddetli bir biçimde kararnamenin karşısında olmaları sonucunu doğurmuştur. Gayrimüslimler işgal kuvvetleri üzerinde etki kurmaya çalışarak kararnamenin yürürlükten kaldırılması için ellerinden geleni yapmışlardır. Özellikle I. Dünya Savaşı’nın Osmanlı Devleti’nin yenilgisiyle sonuçlanması ve devletin işgali gayrimüslimlerin girişimlerinin etkilerini artırmalarına yol açmıştır⁹⁰. Sonuç olarak tüm bu sebepler, İslam-Osmanlı Aile hukukunun bu ilk modern kanunlaştırmasının yürürlükten kaldırılmasını sağlamış ve HAK, alanında bir ilk olmasıyla hukuk tarihimizdeki yerini almıştır.

III. HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ’NİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Bu ana başlık altında 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Osmanlı aile hukukunda gerçekleştirilen yenilikleri incelemeye çalışacağız. Başlıca inceleme konularımız, aile hukukunun temelini oluşturan evlenme ve boşanma kurumları

⁸⁵ SADREDDİN, “Hukuk-ı Aile ve Usul-i Muhakemat-ı Şer’iyye Kararnamesi Hakkında”, Sebil-ür Reşad (tarih yok), c. X, s. 320’den naklen CİN, s. 305.

⁸⁶ SADREDDİN, s. 339’dan naklen, CİN, s. 305.

⁸⁷ AYDIN, Aile, s. 220.

⁸⁸ TUNAYA Tanık Zafer, İslamcılık Cereyanı, İstanbul 1962, s. 103.

⁸⁹ “Ruesâ i ruhaniyenin akd ve fesh i nikah ile müstetbeatundan olan nafaka-i zevcât, dirahuma ve cihaz hakkındaki hakk i kazaları mülğadır”. ANSAY, s. 17.

⁹⁰ AYDIN, Aile, s. 222-224.

olacaktır. HAK’nde yasal hükme bağlanmasıyla önemli bir yenilik olarak karşımıza çıkan “nişanlanma” konusu, bu bölümde inceleyeceğimiz konuların başında gelmektedir.

A. NİŞANLANMA

1. Genel Olarak

Evlenmeyi diğer akitlerden ayıran özelliklerden bir tanesi bu akitten önce bir hazırlık döneminin geçirilmesidir. Bütün toplumlarda taraflar nikahın kıyılmasından önce birbirleriyle bir evlenme arzusu ortaya koymakta, ardından kısa veya uzun süreli bir hazırlık dönemi geçirmekte ve sonuçta da evlenip bir araya gelmektedirler⁹¹.

Modern aile hukuku literatüründe evliliğin ilk adımı olarak kabul edilen nişanlanma, hemen hemen tüm modern hukuk sistemlerinde aile hukukunun önemli müesseselerinden biri olarak görülmektedir. Nitekim 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu’nun (TMK)118-123. maddeleri nişanlanmayı düzenlemiştir. Nişanlanma 1926 tarihli TMK’unda da 82-82. maddeler arasında hükme bağlanmıştır.

İslam hukuk literatüründe “hıtbe” olarak adlandırılan nişanlanma, Türk örf adetlerinde de bulunan söz vermek, söz kesmek, bir kadının nikahına talip olmak, nişanlanmak gibi anlamlara gelmektedir⁹². Bir fıkıh terimi olarak hıtbe ise, erkeğin kadına evlenme teklif etmesi, ona ilgi duyması, belirli bir mehir üzerinde anlaşmaları ve karşılıklı rızanın ortaya çıkmasıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu işlemlerin henüz nikah akdi yapılmadan önce oluşudur⁹³.

Evlilik akdinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için mutlaka önce bir nişan törenine ya da başka bir işleme gerek yoktur. Fakat toplumsal gelenek ve âdetler, evlenmeden önce bir evlenme teklifinin olması gerektiği yönündedir. İslam hukuku, bugünkü anlamda bir nişanlılık ilişkisini düzenlememiş ancak erkek tarafından yapılan evlenme teklifine bazı hüküm ve sonuçlar bağlamıştır. Ev-

91 AYDIN Mehmet Akif, “Aile Hayatı”, İlmihal, c. II, İstanbul 2000, s. 201 vd.

92 KARAMAN Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, c. I, İstanbul 1991, s. 238; BİLMEN Ömer Nasuhî, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c. II, İstanbul (tarihsiz), s. 7.

93 KARAMAN, s. 239. “Nişanlanmakla veya vaad ile nikah mün’akid olmaz”, HAK, m. 1, AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1985, s. 331.

lenme teklifi, erkeğin bir kadına, onunla evlenmek istediğini açık veya kapalı bir şekilde hissettirmesi veya anlatmasıdır⁹⁴.

Günümüz modern aile hukukunda da nişanlanmanın tanımı İslam hukukçularının tanımından çok farklı değildir. Modern aile hukukumuzda göre nişanlanma, ileride birbiriyle evlenmek isteyen ayrı cinsten iki kişinin, bu konudaki niyetlerini aralarında dile getirmeleri, birbirlerine karşı açıklamalarıdır. Diğer bir ifadeyle, bir erkek ile bir kadın, karşılıklı olarak evlenme vaadinde bulunmakla nişanlanmış olurlar. Nişanlanmakla da aralarında hemen bir hukukî ilişki doğar. Nişanlanma sonucunda bu kişilerin girmiş oldukları hukukî ilişkiye “nişanlılık” denir⁹⁵.

2. Nişanlanmanın Hüküm Ve Sonuçları

a. Evlenme Teklifi ve Nişan Engelleri

Taraflardan birinin evlenme teklifinin diğeri tarafından kabulüyle ortaya çıkan durumu günümüz modern hukukunda olduğu gibi “nişanlılık” olarak nitelenmek mümkündür. Nişanlanma ise tarafların birbirlerine karşılıklı olarak evlenme vaadinde bulunmalarıdır. Kendisine evlenme teklifinde bulunulan taraf bu teklifi kabul etmişse taraflar arasındaki nişanlılık ilişkisi kurulmuş olur. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi İslam hukukunda nişanlanma bir sözleşme olarak kabul edilmemiş ve ona hukukî sonuçlar bağlanmamıştır⁹⁶. İslam hukuk tarihinde nişanlanma ilk kez HAK ile hükme bağlanmıştır⁹⁷.

İslam hukukunda evlenme teklifi olarak görülen nişanlanmanın gerçekleşebilmesi için bazı engellerin bulunmaması gerekir. Bu durumda şu kişilere evlenme teklifinde bulunulamaz⁹⁸:

- a. Soydan veya süt hısımlığından doğan nikah engeli bulunan kişiler.
- b. Evli kadınlar.

94 CİN, s. 46.

95 AKINTÜRK Turgut, Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 15-16

96 CİN, s. 48.

97 HAK, m. 1-3, ANSAY, s. 3. CİN, s. 293-294. AYDIN bu görüşe katılmamaktadır: “Kararnamenin nişanlılık kelimesini ilk defa kullandığı doğrudur, fakat bu ad altında tanzim ettiği hükümler İslam hukukunda zaten var olan “hitbe” müessesesinin hükümleridir. Hitbe ile nişanlılığın aynı şey olup olmadığı tartışılabilir. Netice ne olursa olsun kararname nişanlılık adı altında söz kesme de diyebileceğimiz hitbeyi tanzim etmiştir. Esasen ikinci madde açıkça söz kesmeden bahsetmektedir. O halde Kararname İslam hukukunda olmayan bir müesseseyi ilk defa kabul etmiş ve düzenlemiş değildir. Haddi zatında var olan bir müesseseyi tanzim etmiştir”. AYDIN, Aile, s. 183.

98 KARAMAN, s. 239.

c. Ricî veya bain talakla boşanıp iddet bekleyen kadınlar. Bunlara açıkça ya da zımnî olarak hiçbir şekilde evlenme teklifinde bulunulamaz. Ancak ölüm iddeti bekleyen kadına sadece ima yoluyla teklifte bulunmak mümkündür.

d. Başkası tarafından kendisine evlenme teklifinde bulunulmuş kadınlar. Bu konuda dört değişik durum söz konusudur. Kadın, kendisine yapılan teklife olumlu cevap vermişse bu kadına ikinci bir kişi teklifte bulunamaz. Kadın, teklifi reddetmişse ikinci bir kişi ona teklifte bulunabilir. Kadın, teklife olumlu ya da olumsuz bir cevap vermemiş, tereddütlü bir durum söz konusu ise, bu halde ikinci teklifin geçerliliği tartışmalıdır. Ayrıca ilk teklif sahibi ikinci kişiye teklifte bulunabilmesi için izin vermişse bu durumda ikinci teklif geçerli olacaktır.

b. Nişanın Bozulması ve Sonuçları

Nişanlanma ile evlenme vaadi gerçekleşmiş olup, evlenme yükümlülüğü doğmayacağından mazeretli veya mazeretsiz olarak nişandan dönülebilir. Aynı şekilde ölüm de nişanı bozan nedenlerden birisidir⁹⁹.

Nişanın bozulması iki bakımdan önem taşımaktadır:

1. Haklı sebep olmaksızın nişanı bozan tarafın kusursuz tarafa bir tazminat ödeyip ödemeyeceği meselesi:

Hukuk sistemlerinin çoğu, nişanı haklı bir sebebe dayanmadan bozan tarafın kusursuz nişanlıya veya onun yakınlarına bir tazminat ödemesini kabul etmişlerdir. Sözgelimi TMK'nun 120. maddesi maddî¹⁰⁰, 121. maddesi manevî tazminatı¹⁰¹ hükme bağlamıştır. İslam hukuku, haklı sebep olmaksızın da nişanın bozulabileceğini kabul etmiş ve kusursuz tarafa nişanı bozanın tazminat ödemesine cevaz vermemiştir. Bu bir bakıma normaldir. Çünkü İslam hukukunda borçların birinci ve en temel kaynağı akitlerdir. İslam hukukunda nişanlanma bir akit olarak kabul edilmediğinden nişanın bozulmasından dolayı da bir tazminat istenmesi hukuken kabul görmemiştir¹⁰².

⁹⁹ KARAMAN, s. 240.

¹⁰⁰ TMK m. 120:” Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddî fedakarlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan giderleri hakkında da uygulanır”

¹⁰¹ TMK m. 121:” Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”

¹⁰² CİN, s. 50.

HAK, İslam hukukunun klasik öngörüsünü aynen devam ettirmiş, nişanın bozulması sonucunda kusursuz tarafın tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı konusunda bir hüküm getirmemiştir¹⁰³.

2. Nişanın bozulması halinde hediyelerin iadesi meselesi:

Erkeğin verdiği hediyelerin kadın tarafından kabulü ya da evlenme için tespit edilmiş mehrin bir kısmının veya tamamının ödenmesi nişanın bozulmasına engel değildir. Ancak bu durumda hediye ya da mehir olarak verilen nesnelerin iade edilip edilmeyeceği problemi karşımıza çıkmaktadır. Eğer erkek nişanlısına verdiği şeylerin mehrin bir kısmını ya da tamamını oluşturduğunu iddia eder ve bu iddiasını da ispatlarsa bunların iadesi gerekir. Çünkü mehir hukuken nikah ile kazanılır. Diğer taraftan kadın mehrin tamamına ancak hakiki ya da hükmî cinsel birleşmeden sonra hak kazanacaktır. Bu durumda ileride ödenecek mehrin bir kısmı veya ona mahsuben verilmiş şeylerin iadesi gerekir. Mehir belirli şeylerden oluşmakta ve nişanın bozulmasından önce bu şeyler yok olmuşsa, nişanlı kadın veya temsilcisi söz konusu malların değerini ödemek zorundadır¹⁰⁴.

Nişanlı kadına verilen şeylerin hediye olduğu ispat edilirse bu durumda “sağlar arası bağışlama” hükümleri işleyecektir. Ancak sağlararası bağışlama mezhepler arasında farklı şekilde yorumlanmıştır. Hanefi mezhebine göre bağışlanan şey yok olmadığı ya da şekil değiştirmedeği veya caymaya engel başka bir durum ortaya çıkmadığı sürece ilke olarak bağışlamadan dönülebilir. Dolayısıyla erkek nişanı bozan kendisi olduğu halde çoğu zaman verdiği şeyleri geri alabilecektir¹⁰⁵.

Malikilere göre hediyeleri veren nişanı bozmada kusurlu taraf ise geri alamaz. Nişanı bozan hediyeyi alan taraf ise mutlaka iade edecektir¹⁰⁶.

Şafiiler ise farklı bir tutum izlemişlerdir. Bu mezhebe göre nişanı hangi taraf bozarsa bozsun, eğer hediyeler duruyorsa aynen, yok olmuşsa bedeli ile iade edilir¹⁰⁷.

HAK, nişanın bozulması durumunda mehir ve hediyelerin tabi olacağı hükümleri 2. maddede hükme bağlamıştır: “Söz kesildikten sonra tarafeynden biri nikahdan imtina veya vefat etse hâtıbın mehre mahsuben vermiş olduğu şeyler mevcut ise aynen ve telef olmuş ise bedelen istirdad olunur. Ama hediye olarak

¹⁰³ AYDIN, Aile, s. 183.

¹⁰⁴ CİN, s. 50.

¹⁰⁵ CİN, s. 51; KARAMAN, s. 241; BİLMEN, s. 12.

¹⁰⁶ KARAMAN, s. 241; CİN, s. 51.

¹⁰⁷ KARAMAN, s. 241.

tarafeynin yekdiğere verdiği şeyler hakkında hibe (bağışlama) ahkamı cereyan eder”¹⁰⁸. Madde metninden de anlaşılacağı üzere HAK, hediyelerin iadesi konusunda Şâfiî mezhebinin içtihadını hükme bağlamıştır. Ancak hediyelerin hiçbir şekilde iade edilmemesi durumunda herhangi bir hüküm getirmemiştir.

B. EVLENME

Bu başlık altında HAK'nin evlenme kurumuna getirdiği yenilikleri incelemeye çalışacağız. Çalışmamızın birinci bölümünde de işaret ettiğimiz gibi HAK, Osmanlı aile hukukuna İslam-Osmanlı hukukunda bulunmayan hükümler getirmiş değildir. HAK ile birlikte özellikle XVI. Yüzyılın ortalarından itibaren resmî mezhep halini alan Hanefî mezhebinin içtihatlarının dışına çıkılmış, diğer mezheplerin içtihatlarına da yer verilmiştir. Biz bu başlık altında, HAK'nde evlenme ile ilgili olarak hükme bağlanan yeni düzenlemeleri incelemeyi uygun gördük

1. Evlenme Ehliyeti

Aile hukukunda ehliyet kişilerin kendi irade beyanlarıyla geçerli bir evlilik akdi kurabilme veya var olan bir evliliği sona erdirebilme yeteneğini ifade etmektedir. Bunun için kişilerin hür olma şartı dışında temyiz gücüne sahip ve ergenlik çağına gelmiş bulunmaları, bir başka deyişle akıl-baliğ olmaları gerekmektedir. Bu niteliklerden birinde var olan eksiklik evlenme ve boşanma ehliyetini ya tamamen ortadan kaldırmakta veya sınırlı hale getirerek yapılan hukuki işlemin geçerli hale gelebilmesi için velinin de devreye girmesini gerektirmektedir¹⁰⁹.

a. Akıl-Baliğ Olan Erkek ve Kızların Evlenmesi

Klasik İslam hukuku doktrininde evlenmek için herhangi bir yaş sınırı öngörülmemiş, çok küçük yaştaki çocuklar bile velileri tarafından evlendirilebilmiştir¹¹⁰. HAK, evlenme ehliyeti ile ilgili olarak, Hanefî mezhebinin dışındaki mezheplerden de yararlanarak çarpıcı düzenlemeler getirmiştir. Evlenme yaşının yeniden düzenlenmesi ve akıl hastalarının durumu bu bakımdan çok ilgi çekicidir.

Kararname akıl baliğ olan erkeklerde 18, kızlarda 17 yaşını bitirenler ve bitirmeyenler olmak üzere ikiye ayırmaktadır.

¹⁰⁸ AKGÜNDÜZ, s. 331.

¹⁰⁹ AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 304; CİN/AKGÜNDÜZ, c. 2, s. 65.

¹¹⁰ AKYILMAZ, s. 85.

Kararnamenin 4. maddesine göre evlenme ehliyetine sahip olabilmek için kızların 17, erkeklerin 18 yaşını bitirmiş olmaları şarttır¹¹¹. Kararname bu hükümlüyle gerek Mecelle öncesi Osmanlı uygulamasındaki gerek Mecelle'deki akitlere ehliyet ile evlenme ehliyetini birbirinden ayırmıştır. Hanefî mezhebinde Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, buluş yaşının üst sınırını erkek ve kızlarda 15, Ebu Hanife ise kızlarda 17, erkeklerde 18 olarak kabul etmektedir. Mecelle Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'in görüşünü kabul etmiş, 986. maddede rüşş yaşını hükme bağlamıştır. Buna karşılık HAK ile Ebu Hanife'nin görüşüne itibar edilerek rüşş yaşı kızlarda 17, erkeklerde 18 olarak kabul edilmiştir (HAK, m. 4.)¹¹².

Hanefî mezhebinde Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre tam ehliyetli (müme-yiz, akıl-baliğ ve reşit) nikah aktedebilir. Ancak İmam Muhammed ve diğer mezhep imamları kızların, tam ehliyetli olsalar bile ancak velilerinin izniyle evlenebileceklerini kabul etmişlerdir. Bu konuda 1544'e kadar Osmanlı uygulamasında Ebu Hanife ve İmam Muhammed'in içtihadı kabul edilmiş, bu tarihten 1917'ye kadar geçen dönemde Osmanlı uygulaması İmam Muhammed ve diğer mezheplerin içtihatları doğrultusunda olmuştur¹¹³.

HAK, nikah ehliyetine sahip erkekle kız arasında da bir ayrıma gitmiş, rüşş yaşını dolduran erkek dilediği gibi evlenebilecekken, kızlar için hakim durum kızın velisine bildirme şartı getirmiştir¹¹⁴. Ancak buradaki veliye bildirim, HAK öncesi Osmanlı uygulamasında olduğu gibi velinin iznini alma şeklinde düzenlenmemiştir. Bu düzenlemede veliye sadece kızın evlenmesine itirazının olup olmadığının sorulması söz konusu olup, bu itirazın da sadece kefaet (denklik) konusunda olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla izin konusunda getirilen bu sınırlama Osmanlı uygulamasında HAK ile getirilen önemli bir yenilik olmuştur. Velinin denklik konusundaki itirazına rağmen kız velisinin rızası dışında evlenirse veli, nikahtan sonra bile erkeğin kızına denk olmadığını ileri sürerek nikahtın feshini talep edebilir (HAK, m. 47.)¹¹⁵. Kararnamenin velinin düşüncesine gidilmesini düzenlemesi, sosyal bir gerekçeye dayanmaktadır. HAK, evlilik gerçekleştikten sonra erkeğin denk olmadığı gerekçesiyle evlilik birliğinin ortadan kaldırılmasını sakıncalı gördüğü için Maliki mezhebinin içtihadına dayana-

¹¹¹ HAK, m. 4: "Ehliyet-i nikah-ı haiz olmak için hatbın onsekiz, mahtubenin onyediyi yaşını itmam etmiş olmaları şarttır", ANSAY, s. 3.

¹¹² AYDIN, Aile, s. 184; CİN, s. 294.

¹¹³ AKYILMAZ, s. 27.

¹¹⁴ HAK, m. 8, "Onyediyi yaşını itmam etmiş olan kebare, bir şahıs ile tezevvüç etmek üzere müracaat ettikte hakim keyfiyeti velisine tebliğ eder ve veli, itiraz etmediği veya itirazı varit görülmediği halde izdivacına müsaade eyler", ANSAY, s. 3.

¹¹⁵ AYDIN, Aile, s. 185.

rak, nikahtan önce velinin bir itirazı olup olmadığını sorma yoluna gitmiştir. Kefaet dışında velinin izninin alınması gibi bir şart söz konusu değildir¹¹⁶.

Kararnameye göre rüşet yaşına ulaşmamış erkek ve kızlar buluşa erdikleri iddiasıyla evlenme başvurusunda bulunurlarsa, hakim de uygun şartları haiz olduklarına kanaat getirirse evlenmelerine izin verebilir. Ancak bu durumda kızlar için velilerinin iznini almaları şart koşulmuştur (HAK, m. 5-6). Dolayısıyla, 17 yaşından önce buluş iddiasında bulunan kız için yine İmam Muhammed'in görüşü kabul edilerek, kızın rızası yanında velisinin izni de istenmektedir¹¹⁷.

Kararname, İslam hukukundaki hakim görüşe bir yenilik olarak evlenmeye de bir alt sınır getirmiştir. Buna göre 12 yaşını bitirmemiş erkek ile 9 yaşını bitirmemiş kız hiçbir şekilde evlendirilemezler¹¹⁸. Oysa hakim görüşe göre velilerin küçükleri evlendirme yetkisi sınırsızdır¹¹⁹. İslam hukuku nikahta taraflar için bir yaş sınırlaması getirmediğinden, hangi yaşta olurlarsa olsun çocuklar velileri tarafından evlendirilebilirler. Çünkü evlenme için mümeyyiz olma şartı yoktur. Bu esaslar çerçevesinde, HAK öncesi Osmanlı uygulamasına baktığımızda çok küçük yaşta evlendirilen kız çocuklarına rastlanmaktadır¹²⁰.

b. Akıl Hastalarının Evlenmesi

Hanefî mezhebine göre akıl hastalarının velileri tarafından evlendirilmeleri mümkündür¹²¹. HAK ise akıl hastalarının bir zorunluluk olmadığı müddetçe evlenmelerine izin vermemektedir. Kaldı ki, zaruret bulunduğu takdirde bile nikahın hakimnin izniyle ve velileri tarafından gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır¹²². Bu konuda HAK, Şafii mezhebinin görüşlerinden yararlanmıştır. Evliliği zorunlu kılacak nedenlerin neler olduğu konusunda açıklık olmadığı için bunun takdiri hakime bırakılmıştır. Doktrinde daha çok evlilik yoluyla iyi-

¹¹⁶ AYDIN, Aile, s. 185.

¹¹⁷ CİN, s. 294-295; AYDIN, Aile, s. 185.

¹¹⁸ HAK, m. 7: "Oniki yaşını itmam etmemiş olan sagir ile dokuz yaşını itmam etmemiş olan sagîre hiçbir kimse tarafından tazvic edilemez", ANSAY, s. 3.

¹¹⁹ CİN, s. 295; AKYILMAZ, s. 85; AYDIN, Aile, s. 186.

¹²⁰ AKYILMAZ, s. 29-30.

¹²¹ CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi c. II, Konya 1995, s. 66; KARAMAN, s. 244; AYDIN, Aile, s. 186.

¹²² HAK, m. 9. "Mecnun ile mecnunenin bir zarurete mebni olmadıkça nikahları caiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hakimnin izniyle nikahları velileri tarafından akdolunur", ANSAY, s. 3.

leşmenin olabileceği ümidi üzerinde durulmuştur. Uygulamada akıl hastası kadının hamile kalması da evliliği gerektirici bir zorunluluk olarak görülmüştür¹²³.

2. Nikahı Yasak Olanlar (Evlenme Engelleri)

Kararnamenin ikinci bâbının birinci faslında birbirleriyle evlenmeleri yasak olsan kimseler sayılmıştır (HAK m. 13-19). Genel olarak nikahı yasak olan kimseler hakkında mezhepler görüş birliği içerisindedir. 13-19 maddeler arasında nikahı sonsuza kadar yasak olanlar teker teker sayılmış, sadece zina konusunda Şafii içtihadına uyulmuştur. Şöyle ki, Hanefilere göre kişi zina ettiği kimsenin usul ve furuu ile evlenemez. Şafiiler “hürmet-i musahara”¹²⁴ olarak adlandırılan bu durumun bir nimet olduğunu ve buna da haram yolla ulaşamayacağını kabul etmektedirler. Zaten zinanın ispat güçlüğü de bu duruma engel teşkil etmektedir¹²⁵.

Kararname klasik İslam-Osmanlı aile hukukundaki evlenme yasaklarını aynen muhafaza etmekle birlikte bazı durumları içermemiştir. Nikahı geçici olarak haram olanlardan üç zümre, büyük bir ihtimalle işlerliği kalmadığı düşüncesiyle HAK’ne alınmamıştır. Buna göre; HAK’nin hazırlandığı dönemde kölelik-cariyelik hemen hemen kalktığı için, kişinin mülkünde olan cariyeyle nikahlanması hakkındaki geçici evlenme yasakları bu fasılda belirtilmemiştir. Yine liândan doğan evlenme yasağı da bu fasılda hükme bağlanmamıştır. Ayrıca din farkı konusunda da evlenme yasağı içeren bir hüküm getirilmemiştir. Bunun nedeni de o dönemde Osmanlı Devleti’nde artık ehl-i kitab (yahudi, hıristiyan) dışında diğer dinlere mensup olanların bulunmayışındır. Müslüman bir kadının gayrimüslim ile evlenmesinin geçersiz olacağı 58. maddede¹²⁶ hükme bağlanmıştır¹²⁷.

Kararnamenin 13. maddesinde başkası ile nikahlı olan veya başkasının iddetini bekleyen kadın ile nikahlanma yasaklanmıştır¹²⁸. Buna ilave olarak HAK ile aynı tarihte kabul edilip yayınlanan Ceza Kanununun 200. maddesinin 19 Rebiulevvel 1332 tarihli zeyyl-i sanisini muaddil kararname ile de başkasının nikahında bulunan bir kadınla bilerek evlenen, böyle bir nikahta vekillik veya

¹²³ AYDIN, Aile, s. 186.

¹²⁴ Musahara, bir aileden kız almak yoluyla ortaya çıkan sıhrî hısımlık ilişkisidir. Hürmet-i musahara ise bu hısımlık ilişkisinden doğan evlenme engelini ifade etmektedir. BİLMEN, s. 9.

¹²⁵ AYDIN, Aile, s. 187; CİN/AKGÜNDÜZ, s. 72.

¹²⁶ HAK, m. 58: “Gayrimüslimin bir müslimeyi tezevvücu batıldır”, ANSAY, s. 7.

¹²⁷ AYDIN, Aile, s. 187.

¹²⁸ HAK, m. 13: “Başkasının menkuha veya mu’teddesi ile izdivac memnudur”, ANSAY, s. 4.

şahitlik yapanlar veya böyle bir nikahı bilerek akdedenler hakkından altı ayadan üç yıla kadar hapis cezası getirilmiştir¹²⁹.

3. Nikah Akdi

Bir aile kanunu olarak HAK, nikah akdi konusunda oldukça ayrıntılı düzenlemeler getirmiş, o döneme kadar İslam-Osmanlı aile hukukunda uygulanan veya uygulanmayan hükümleri bir araya toplamıştır. Zaten devletin evlilik akdine müdahalesi de HAK ile gerçekleşmiş, evlilikler düzenli bir şekilde kayıt altına alınmaya çalışılmıştır. Bu başlık altında nikah akdi üzerinde devletin rolü, taraflar, şahitler ve nikah akdi anında kullanılan ifadeler ve kararname ile hükme bağlanan nikahta ileri sürülen şartlar gibi konuları incelemeye çalışacağız.

a. Nikah Akdi ve Devletin Müdahalesi

Osmanlı Devletinin başlangıçtan beri evlenme işlemlerine kayıtsız kalmadığı, nikahların genellikle hakim kontrolünde kısıldığı bilinmektedir. İslam hukukunda evlenme akdinin geçerliliği için mutlak resmi bir memur veya bir din adamı huzurunda yapılması şart değildir. Buna karşılık hem evlenmenin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol ve hem de nikah akdinin diğer akitler karşısındaki önemini ortaya koymak için Osmanlı uygulamasında nikahın bizzat kadılar veya kadıların kontrolünde bir din adamı (örneğin imam) tarafından kısılması esası benimsenmiştir. Bu tip akitler şer'îye sicillerine de işlenmiştir. Ancak pek çok alanda olduğu gibi bu alanda da yozlaşmaların ve zayıflamaların olması, Tanzimat'ın ardından tekrar düzenleme yoluna gidilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu dönemde çıkarılan Sicil-i Nüfus Nizamnameleri ve Sicil-i Nüfus Kanunuyla aile hukuku alanında devletin kontrolü artırılmıştır. Özellikle HAK'nin kanunlaşması, bu konuda önemli bir adım teşkil etmiştir¹³⁰.

Kararnamede devletin evlenmeye müdahalesi açık olarak 37. maddede ifade edilmiştir: “Esnayı akitte hâtıb ve mâhtubeden birinin ikametgahı bulunan kaza hakimi veya bunun izinname i mahsus ile mezun kıldığı nâib hazır bulunup akitnameyi tanzim ve tescil eder”. Madde metninden de anlaşıldığı gibi nikah akdinin hakim ya da onun yetkili kıldığı bir naib huzurunda olması hükme bağlanmıştır. Bu hükümle Kararname, evlilikleri resmî ve sağlıklı bir şekilde gerçekleştirme amacı gütmüştür¹³¹. Madde hükmüne göre hakim veya nâibin iki görevi vardır. Birincisi, tarafların irade açıklamaları sırasında hazır bulunmak, ikincisi ise hüccet-i nikah tabir edilen senedi düzenlemek ve tescil etmektir. Görüldüğü gibi HAK, bugünkü hukukta olduğu gibi evlenme akdinin belirli bir

¹²⁹ AYDIN, Aile, s. 187-188.

¹³⁰ AYDIN, Aile, s. 188; CİN/AKGÜNDÜZ, c. 2, s. 78-79.

¹³¹ CİN, s. 296; AYDIN, Aile, s. 188.

resmî memur önünde yapılması¹³² ve tescil edilmesi zorunluluğunu getirmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki arada bir fark vardır: Kararnamenin 37. maddesine aykırı olarak gerçekleşen evlilikler yine geçerli akitlerdir. Bu usule uyulmadan kıyılan nikahlar için bazı müeyyideler getirilmiştir. Ceza kanununda yapılan bir değişiklikle¹³³ bu tip evlenmelerde koca, varsa tarafların vekilleri bir aydan altı aya kadar, şahitler bir haftadan altı aya kadar, yetkisiz şekilde nikahı kıyan imamlar da bir aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır¹³⁴. Dolayısıyla burada hakimnin müdahalesi sadece idarî bir kontrol mekanizması olup aynı zamanda bir ispat aracı amacı taşımaktadır¹³⁵.

Kararnamenin evliliğe getirdiği bir diğer önemli şart, nikahın ilan edilmesi zorunluluğu olmuştur. Aslında bu durum İslam hukukunda sünnet olarak kabul edilmektedir. Ancak kararname öncesinde uygulamada bu konuda herhangi bir yasal bir zorunluluk yoktur. HAK bu durumu 33-37. maddelerinde yasal bir zorunluluğa dönüştürerek iki önemli esası hükme bağlamıştır. Birincisi, evlenme akdinden önce durumun ilan edilmesi mecburiyetidir. İkincisi ise evlenme akdi sırasında taraflardan birinin ikametgahı hakiminin veya yetkili kıldığı naibin hazır bulunması ve evlenme akitnamesinin düzenlenerek tescilinin yapılmasıdır¹³⁶. HAK'nin 33. maddesinde düzenlenen ilan¹³⁷, nikah akdinden önce tarafların evlenmelerine engel herhangi bir sebebin olup olmadığını öğrenmek için mahkemece yapılan resmî bir duyurudur¹³⁸.

b. Taraflar, Şahitler ve Akitte Kullanılan Sözler

Kararnamenin 35. maddesine göre nikah, nikah meclisinde tarafların veya vekillerinin icab ve kabulleriyle akdedilmiş olur¹³⁹. HAK bu hükmüyle açıkça belirtmemiş olmakla birlikte, İslam hukukunda kabul edilmiş olan birkaç evlenme şeklini yürürlükten kaldırmıştır. Bunlardan birincisi mektup göndermek yoluyla evlenmedir. Kararnamede veya ilgili nizamnamede buna ilişkin bir hü-

¹³² TMK. M. 141'de evlenmenin evlenme memuru huzurunda gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır.

¹³³ Kanun-ı Cezanın 200. maddesinin 19 Rebiulahir 1332 tarihli zeyli sanisini muaddil kararname, md. 1, Cİ, 34/1021-1022, naklen, AYDIN, Aile, s. 190, dipnot, 140.

¹³⁴ AYDIN, Aile, s. 190.

¹³⁵ CİN, s. 296-297.

¹³⁶ CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 79-80.

¹³⁷ HAK, m. 33. "Akdi nikahın icrasından evvel keyfiyet ilan olunur", ANSAY, s. 6.

¹³⁸ CİN, s. 299.

¹³⁹ HAK, m. 35. "Nikah, meclisi nikahta tarafeynin veya vekillerinin icab ve kabulüyle akdolunur", ANSAY, s. 6.

küm söz konusu değildir. Diğeri ise fuzulinin nikahıdır. İslam hukuku, vekalet veya velayet yetkisi olmaksızın başkası hesabına evlenme akdi yapmayı da düzenlemiştir. Bu tür akitlere “fuzulî akit” ve bu şekilde evlenme akdi yapanlara da “fuzulî” yani yetkisiz temsilci adı verilir. Şafiilerin kabul etmediği bu nikah türü esasında Hanefiler tarafından, icazete bağlı olarak kabul edilmektedir. Şöyle ki, adına nikah kıyılan kimse, kendisi adına nikah kıyan kimseye daha sonra icazet vermiş ise nikah gerçekleşmiş kabul edilmektedir. HAK, her iki nikah şeklini de hiçbir hüküm taşımamak yoluyla yürürlükten fiilen kaldırmıştır¹⁴⁰.

Kararnamenin 36. maddesi nikah akdinde icap ve kabul beyanlarının şeklini düzenlemiştir¹⁴¹. Akitte icap ve kabulün ne şekilde olacağı konusunda Kararname, Hanefî mezhebinin görüşünden ayrılarak İmam Şafii ve Ahmet bin Hanbel’in görüşünü kabul etmiştir. Buna göre icap ve kabul beyanları şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olarak ileri sürülecektir. Bilindiği gibi Hanefî mezhebi içtihadına göre nikahta icap ve kabul beyanları kinayeli sözlerle de olabilmektedir¹⁴².

İslam hukukunda evlenmenin sıhhat şartlarından biri olarak kabul edilen şahitlik meselesi kararnamede açık olarak düzenlenmemiştir. Kararnamenin 34. maddesi¹⁴³ nikah anında “mükellef” iki şahidin hazır bulunması gerektiğini hükme bağlamıştır. Burada tartışmalı olan konu, mükellef ifadesiyle anlatılmak istenen şahitlerin erkek mi olacağı, yoksa cinsiyet ayırdetmeksizin iki şahidin yeterli olup olmayacağıdır.

Kur’an’da Bakara suresinin 282. ayeti şahitlikle ilgilidir. “... Erkeklerinizden iki kişiyi de tanık tutun. Eğer iki erkek yoksa rızanızla kabul edeceğiniz tanıklardan bir erkek ve iki kadın gerekir. Bu kadınlardan biri şaşırırsa/unutursa ötekisi onu hatırlatsın diyedir.” Kur’an’ın en uzun ayeti olan 282. ayet, borçlanma akdini düzenlemektedir. Esasen bu ayetteki ifadeye dayanarak, şahitlik konusunda iki kadının bir erkeğe denk olduğunu ileri sürmek, ayetin düzenlediği borç akdi konusunda bile mümkün değildir¹⁴⁴. Ayete göre “belirlenmiş bir süre için borçlanma” ve “onu kaydetme” iki şahit gerektirir. Bu şahitlerin ikisi de erkek olabileceği gibi biri yanılırsa/şaşırırsa diğerinin ona hatırlatması için iki kadın olacaktır. Ancak ayetin lafzında kadınların ikisi de şahit olarak nitelenmemekte-

¹⁴⁰ AYDIN, Aile, s. 190-191; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 69.

¹⁴¹ HAK, m. 36. “Nikahta icap ve kabul, tenkih ve tezcic gibi sarih lafızlarla olur”. ANSAY, s. 6.

¹⁴² KARAMAN, s. 263-264; AYDIN, Aile, s. 191.

¹⁴³ HAK, m. 34. “Akdi nikah esnasında mükellef iki şahidin huzuru nikahın sıhhatinde şarttır. Hâtab ile mâhtubenin usul ve furuu da şahid ittihaz edilebilir.”, ANSAY, s. 6.

¹⁴⁴ ÖZTÜRK Yaşar Nuri, Kur’an’daki İslam, İstanbul 1992, s. 452; AKYILMAZ, s. 55.

dir¹⁴⁵. Kadınlardan birinin görevi, diğeri eğer unuttur veya şaşırırsa onu hatırlatmaktır. Sonuçta şahit olarak konuşacak kadın bir tanedir. İki kadından biri şahitlik ettiği borçlanma akdiyle ilgili olarak yanılmaz veya unutmaz ise şahitliğini tam olarak yaptığı için erkek şahitle kadının şahitlikleri yeterli ve eşit değerde olacaktır¹⁴⁶.

İslam hukukunun erken dönemlerinde iş ve ticaret hayatına henüz girmemiş olan kadın, borçlanma akdi gibi bir konuda hakim önünde gerekli ve çoğu teknik içerikli bilgileri değerlendirip hukuk açısından hükme esas olacak şekilde ortaya koymakta zorluk çekebilecek ve bazı kişilerin hakları zarar görecektir¹⁴⁷. Bu sebepten dolayı ortaya çıkan bir düzenlemenin genelleştirilmesiyle, tüm hukukî meselelerdeki şahitliklerde iki kadının bir erkeğe denk olduğu yargısına ulaşmak mümkün değildir. Bu yargının kabul edilmesi durumunda iki erkek yerine dört kadının şahitlik etmesi de mümkün olacaktır. Ancak Kur'an böyle bir seçeneğe işaret etmemektedir. Dolayısıyla iki kadının şahitlikte bir erkeğe eşit tutulması mali yönü olan akitlerle ilgili olup, hüküm kadınlık üzerine değil unutkanlık/yanılma üzerine kurulmuştur¹⁴⁸. Görüldüğü üzere Kur'an'da mali konular dışında kadının şahitliği hakkında bir kısıtlama gözlenmemektedir. Ancak HAK'nin şahitlik konusundaki düzenlemesi açık bir ifade taşımamaktadır. Bu durumda söz konusu hüküm, nikah akdinde kadının da şahitlik yapabileceği şeklinde bir yoruma açıktır.

c. Nikahta İleri Sürülen Şartlar

HAK'nin Osmanlı aile hukukuna getirdiği önemli yeniliklerden birisi de nikah anında şart koşmanın geçerli sayılması yoluyla çok evliliğin (taaddüd-ü zevcat – poligami) sınırlandırılmasıdır. Kararnameye göre üzerine evlenmemek veya evlendiği takdirde kendisi veya ikinci karısı boş olmak şartıyla evlenmek sahih ve şart geçerlidir¹⁴⁹. Çalışmamızın başlangıcında ifade ettiğimiz gibi, Kararname hazırlanması sırasında o dönemin fikir akımları olan Türkçülük, İslamcılık ve Batıcılık taraftarları arasında ciddi tartışmalar olmuştur. Bu tartışmaların önemli konularından birisi de çok evliliğin sınırlandırılması meselesidir. Türkçüler

¹⁴⁵ VEDUD MUHSİN Amine, Kur'an ve Kadın (Çev. Nazife ŞİŞMAN), İstanbul 1997, s. 146'dan naklen, AKYILMAZ, s. 55.

¹⁴⁶ KIRBAŞOĞLU Hayri, "Kadın Konusunda Kur'an'a Yöneltilen Başlıca Eleştiriler", İslamda Kadın Hakları, c. I, Ankara 1993, s. 162; ÖZTÜRK, s. 452-453; AKYILMAZ, s. 55.

¹⁴⁷ HATEMİ Hüseyin, İlahi Hikmette Kadın, İstanbul 1999, s. 61; ÖZTÜRK, s. 452-453; AKYILMAZ, s. 56.

¹⁴⁸ ÖZTÜRK, s. 453; AKYILMAZ, s. 56.

¹⁴⁹ HAK, m. 38. "Üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak suretiyle bir kadını tezevvüc sahih ve şart muteberdir.", ANSAY, s. 6.

tek evliliği savunurken, İslamcılar, maddedeki hükümle ilgili olarak çok şiddetli eleştiriler getirmişler ve ikinci evliliği birinci hanımın rızasına bağlamanın Kitap, Sünnet ve İcmaa aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak bu maddeyle İslamcılarla Türkçüler arasında telifçi bir yol kabul edilmiş, Türkçülerin isteklerine İslam hukuku çerçevesi içerisinde kalınarak belirli bir ölçüde cevap verilmiştir¹⁵⁰.

Kararname, taaddüd-ü zevcata makul bir sınırlama getirebilmek amacıyla Hanbelî mezhebinin kabul ettiği bir imkandan yararlanarak, kadının evlenirken kocasının evlilik boyunca monogam kalması şartını ileri sürebileceğini kabul etmiştir. Böyle bir şart Hanefî mezhebine göre fasit sayıldığı halde, Hanbelî mezhebine göre geçerli ve yerine getirilmesi gereklidir¹⁵¹.

Kararnamenin çok evliliğe bu yolla bir sınırlama getirmesi, Türk aile hukuk açısından önemli bir gelişmedir. O dönem Türk toplumunun sosyal ve iktisadî şartları da dikkate alındığında bu adımın önemi daha da ortaya çıkar. Esasında Kararnameye kadar poligaminin serbest olmasına rağmen Osmanlı toplumunda poligaminin çok düşük yüzdelerde seyrettiğini yapılan araştırmalar göstermektedir¹⁵². Bu araştırmalara göre birden fazla evlenme daha çok gelir düzeyi yüksek yönetici sınıf arasında yaygın olup, dar gelirliler arasında son derece düşüktür¹⁵³.

4. Kefaet (Denklik) Meselesi

Kararnamenin klasik Osmanlı aile hukukuna getirdiği değişikliklerden biri de kefaet konusu olmuştur. Kelime anlamı denklik olan kefaet, evlenecek çiftler arasında dini, iktisadi ve sosyal seviye açısından bir denkliğin var olmasıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, HAK'nin yürürlüğe girmesine kadar, bazı istisnalar dışında, resmî mezhep olarak kabul edilen Hanefî mezhebinin içtihatlarına göre şekillenen Osmanlı aile hukuku, kararnamenin yürürlüğe girmesiyle bu karakterinden biraz sıyrılmış ve diğer mezheplerin görüşlerine de yer verilmiştir. Bu durumun en iyi örneklerinden biri de nikahta kefaet (denklik) durumudur.

Kararname kefaet için bir fasıl ayırmıştır. 45-51. maddelerde düzenlenen kefaet hükümlerinde göze çarpan en önemli nokta, o döneme kadar Hanefî görü-

¹⁵⁰ AKYILMAZ Gül, "Osmanlı Aile Hukukunda Kadın", Türkler, c. X, s. 371; ÖZTÜRK Said, "Osmanlı'da Çok Evlilik", Türkler, c. X, Ankara 2002, s. 379; AYDIN, Aile, s. 192-193.

¹⁵¹ AYDIN, Aile, s. 192; KARAMAN, s. 270-272; CİN, s. 300-302.

¹⁵² Bu araştırmalar ve oranlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 33-35.

¹⁵³ AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 34.

şü doğrultusunda altı yerde aranan denkliğin¹⁵⁴ iki konuya indirilmiş olmasıdır¹⁵⁵. Madde hükmünden de anlaşılacağı gibi HAK, sadece meslek ve servette (mal ve sanatta) denkliği evliliğin lüzum şartı olarak almıştır¹⁵⁶. Kocanın mehr-i muacceli verecek ve karısının nafakasını temin edecek bir mali güce sahip olması, servette denklik için yeterlidir. Meslekte (sanatta) denk olması ise şeref ve itibarca karısının velilerinin meşgul oldukları mesleğe denk olabilecek bir meslekle uğraşmasını ifade eder¹⁵⁷.

Kefaetle ilgili olarak kararnamede önemli bir hüküm getirilmiştir. 47. maddede göre¹⁵⁸ HAK'nin kabul ettiği meslek ve servette denkliğe uyulmadan yapılan evliliklerde velinin rızası alınmamışsa, onun nikahı fesih hakkı vardır. Ancak kararname bu hususta değişik bir yol izleyerek 17 yaşını doldurmuş kızların nikahında velisinin bir itirazı olup olmadığını sorarak nikahtan sonra fesih imkanını en aza indirmiştir. Bu durumda kararnamenin de açık olarak belirttiği gibi ancak bir kızın velisinden saklayarak dengi olmayan bir erkekle evlenmesi durumunda, velinin nikahı feshetme yetkisi bulunmamaktadır¹⁵⁹.

Kararname mehrin denk olması konusunda herhangi bir hüküm getirmemiştir. Mehirden denk olmaktan kasıt, evlenecek olan kızın dini, iktisadi ve sosyal bakımdan aynı seviyede sayılabilecek kızlara verilen mehirle denk olması durumudur. Ebu Hanife mehrin denk olmasını kefaetten kabul etmektedir. Kararname ise bu konuda Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşüne uymuştur¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Hanefî fihhına göre kefaet aranan noktalar şunlardır: 1. Nesepte denklik. 2. Müslüman olma. 3. Meslekte denklik. 4. Servette denklik. 5. Dindarlık ve iyi ahlak sahibi olmakta denklik. 6. Hürriyette denklik. CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 77; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 283; CİN, s. 161-164.

¹⁵⁵ HAK, m. 45. "Mal ve hırfet gibi hususatta erkeğin kadına küfü' (denk) olması nikahın lüzumunda şarttır. Malda kefaet zevcin mehr-i muacceli i'taya ve zevcenin nafakasını tedarike muktedir olmasıdır. Hırfette (meslekte) kefaet zevcin süluk ettiği ticaret veya hizmetin şerefce zevce velilerinin ticaret ve hizmetleriyle mütekarib olmasıdır.", ANSAY, s. 7.

¹⁵⁶ CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 77.

¹⁵⁷ AYDIN, Aile, s. 193.

¹⁵⁸ HAK, m. 47. "Bir kebire, velisini ketm ile rızasını istihsal etmeksizin nefsinin ahirete tevzic ettiği surette nazar olunur. Eğer küfü'üne tevzic etmiş ise akid lazım olur; velev ki mehr i mislinden noksan ile olsun. Amma küfü' olmayan kimseye tevzic etmiş ise velî hakime müracaatla nikahı feshettirebilir.", ANSAY, s. 7.

¹⁵⁹ AYDIN, Aile, s. 194; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 77.

¹⁶⁰ AYDIN, Aile, s. 194.

5. Evliliğin Hükümleri

HAK, evliliğin hükümlerini mehir, nafaka¹⁶¹ ve mesken¹⁶² gibi maddî borçlar ile birden fazla karısı olan kocanın eşlerine adil ve eşit davranması¹⁶³, karı-kocanın karşılıklı olarak birbirleriyle iyi geçinmeleri¹⁶⁴ gibi manevî yükümlülükler şeklinde düzenlemiştir. Ayrıca Kararnameye göre koca, başka karısından olan gayri mümeyyiz çocuğunun dışında akrabalarını, eşinin rızası olmaksızın aynı evde barındıramaz. Aynı şekilde kadın da kocasının rızası dışında önceki evliliğinden olan çocukları ve akrabalarını aynı evde oturtamaz¹⁶⁵. Osmanlı Devleti'nin ilk yıllarından itibaren aynı hükümler geçerli olduğu halde bu hükümlerin her zaman uygulanma imkanı bulunduğunu söylemek güçtür. Pederşahi aile sisteminin yaygın olduğu Osmanlı toplumunda kadınlar isteseler de istemeseler de çoğu kez kocanın ailesiyle birlikte oturmak zorunda kalmışlardır¹⁶⁶.

Mehir ve nafaka konularını önemlerinden dolayı ayrı başlıklar altında incelemeyi uygun buluyoruz.

a. Mehir

Mehir konusuna 12 madde ayıran kararname genel olarak Hanefî mezhebine bağlı kalmakla birlikte, ayrıldığı noktalar da vardır. HAK, mehrin alt sınırı konusunda herhangi bir miktar belirtmeyerek, alt sınırı 10 dirhem olarak kabul eden Hanefî görüşünden ayrılmıştır. Bu durum Esbab-ı Mucibe Layihası'nda

¹⁶¹ HAK, m. 69, "Nikahın sahihen in'ikadiyla beraber zevc üzerine zevcenin mehir ve nafakası lazım gelir ve aralarında hakkı tevarüs sabit olur.", ANSAY, s. 8.

¹⁶² HAK, m. 70, "Zevc kendi istediği mahalde zevcesi için bilcümle levazımıyla bir mesken'i şer'i tedarikine mecburdur.", ANSAY, s. 8.

¹⁶³ HAK, m. 74, "Müteaddid zevcesi olan kimse onlar beyninde icrai adalet ve musavata mecburdur.", ANSAY, s. 9.

¹⁶⁴ HAK, m. 73, "Zevc zevcesiyle hüsni muâşerete, zevce dahi umur'i muba hada zevcine itaata mecburdur.", ANSAY, s. 8.

¹⁶⁵ HAK, m. 72, "Zevc, hanesinde gayri mümeyyiz veled i sağirinden başka ehil ve ekaribini zevcesinin rızası olmaksızın iskan edemez. Zevce dahi zevci razi olmadıkça kendi evlat ve ekaribini birlikte iskan eyleyemez.", ANSAY, s. 8.

¹⁶⁶ Nitekim Üsküdar şeriye mahkemesi 16 Haziran 1917 tarihli bir kararında kocanın kızkardeşinin küçük ve ana babasının olmadığı gerekçesiyle kadının ayrı oturma konusundaki müracaatını reddetmiştir. Bu karar kararnameden öncedir. Fakat kararname öncesinde de kararnamedeki görüş geçerlidir. AYDIN, Aile, s. 195. Ancak 72. maddeye uygun kararlar da vardır. Nitekim Edirne mahkemesinin 16 Ramazan 1337 tarihli bir kararında davacı kadın, kayın validesi ve görünçesiyle birlikte oturduğunu ve bundan mutazarrır olduğunu beyan ederek ayrı bir mesken talebinde bulunmuştur. Mahkemece yapılan tahkikatta kadının talebinde haklı olduğu anlaşılarak kadının lehine hükmedilmekte ve ayrı bir mesken temin edinceye kadar koca üzerine karısı için nafaka takdir edilmektedir. EŞS 612/94b-95a. AYDIN, Aile, s. 197-198, dipnot 168.

dile getirilmiştir. Layiha’da, 10 dirhem çok önemsiz bir miktar olduğu, ülkenin hiçbir yerinde artık bu miktar üzerine nikah kıyılmadığı, bu yüzden de Hanbelî mezhebine uyularak mehr-i müsemmada bir alt sınır tespitinin terk edildiği belirtilmektedir¹⁶⁷. Aynı şekilde Kararname mehr-i müsemmaya bir üst sınır da getirmemiştir. Oysa Tanzimat’tan sonra ülkenin iktisadî şartlarıyla ilgili olarak Osmanlı toplumu dört tabakaya ayrılmış, her bir tabaka için mehirde bir üst sınır belirlenmişti. Ancak o zaman bile uygulama imkanı bulmuş olduğu çok şüpheli olan bu karar, Kararnamenin hazırlandığı sırada hiç dikkate alınmamış ve bir üst sınır getirilmemiştir¹⁶⁸.

Kararnamenin 87. maddesine göre¹⁶⁹ mehr-i müsemmanın miktarında uyuşmazlık çıktığında, koca mehir olabilecek bir mal iddia ederse onun sözüne itibar edileceği hükme bağlanmıştır. HAK, bu konuda, Osmanlı uygulamasında o döneme kadar kabul edilen Ebu Hanife’nin görüşünü terk etmiştir. Ebu Hanife’ye göre söz konusu uyuşmazlık durumunda mehr-i misile itibar edilmelidir. Ancak mehr-i misili objektif ve adil olarak tespit edebilmek her zaman kolay değildir. Bu durumu dikkate alan komisyon üyeleri, mehr-i misil tespitinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkları önlemek için Ebû Yusuf’un görüşüne uyularak kocanın sözüne itibar edilmesini hükme esas almışlardır¹⁷⁰.

b. Nafaka

Kararnamenin nafaka ile ilgili faslında sadece evlilik nafakasıyla ilgili hükümler yer almış, aile hukuku içerisindeki diğer nafaka türlerine girilmemiştir

HAK’nin nafaka ile ilgili hükümleri Hanefî içtihadına göre düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde, evinin ihtiyaçlarını karşılamayan¹⁷¹ ya da çeşitli ne-

¹⁶⁷ AYDIN, Aile, s. 196-197; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 85. “... Ancak on dirhem gümüş zamanımızdaki kıymeti itibariyle bir şey-i hasis olup memleketin hiçbir tarafında bu miktarda mehir tayini tarafeynin fikrinden mürur etmiyeceği gibi dirhem sadr-ı İslamdaki kuvveyi iştiraiyyesi nazarı itibara alınırsa hem kaideye muhalif hem çoklarının te’diyye edemeyeceği bir hadde vasıl olur. Ulemâ-i Hanbeliyye ... mehrin ekal mertebesi için bir had mutasavver olmayıp tarafeynin rızasıyla taayün edeceğinden işbu layihada mehrin ekal mertebesine taarruz edilmeyerek tarafeynin bitterazi ta’yin edecekleri miktar malın lazım geleceği kabul ve 80. madde bu esas üzerine tanzim edildi.” EML, ANSAY, s. 28.

¹⁶⁸ AYDIN, Aile, s. 196.

¹⁶⁹ HAK, m. 87, “Mehri müsemmanın miktarında ihtilaf olunup da zevc mehir olması mütearef olan şey iddia ettiği halde söz onundur.”, ANSAY, s. 10.

¹⁷⁰ AYDIN, Aile, s. 196-197; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 85.

¹⁷¹ HAK, m. 96, “Zevc zevcesini infaktan aciz kalıp da zevce nafaka talep ederse hakim zevc zimmetinde deyn olmak üzere yevmi talepten itibaren nafaka takdir eder. Ve zevc namına istidane etmesi için zevceye izin verir.”, ANSAY, s. 11.

denlerle karřılayamayan¹⁷² kocalara karşı kadınların mahkemeye başvurabilecekleri ve kendileri için kocaları üzerine nafaka takdir ettirebilecekleri hükme bağlanmıştır¹⁷³.

C. BOŞANMA (TALAK)

1. Genel Olarak

Bu başlık altında Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin boşanma konusunda Osmanlı aile hukukuna getirdiği yenilikleri inceleyeceğiz.

Kararname boşanma konusunda klasik Osmanlı aile hukukunda reform sayılabilecek hükümler getirmiştir. XVI. Yüzyılın ortalarından beri resmî mezhep durumunda olan Hanefî mezhebinin içtihatları yanında, diğer mezheplerin boşanma ile ilgili hükümlerine de başvurulmuştur. Özellikle kadının sosyal hayatta yeni yeni yer almaya başlamasının, kararnamede kadının lehine düzenlemelere gidilmesinde etkili olduğu söylenebilir.

HAK'nin ikinci kitabı "Müfarakat" başlığı altında boşanma hükümlerini içerir. Bu kitapta talak ehliyeti, talakın yeri ve talak lafızlarına yer verilmiştir. Kararnameye göre talak ehliyetine sahip olan kimse kocadır¹⁷⁴. Koca herhangi bir mahkeme hükmüne gerek olmaksızın karısını boşayabilir. İslam hukukunun esaslarına da uygun olan bu hükme göre, kocanın karısını boşamasına devletin bir müdahalesi söz konusu değildir. Kadının eşini boşaması söz konusu ise bu durumda devlet boşanmaya müdahale etmekte ve ancak hakimin kararından sonra boşanma gerçekteşmektedir¹⁷⁵.

¹⁷² HAK, m. 97, "Zevc zevcesini bila nafaka terk ile ihtifa yahut müddet-i seferi baid veya daha karib bir mahalle giderek tağayyup eder ve mefkut olursa hakim zevcenin zevciyyet hakkında ikame edeceği beyyine üzerine zevcin nafaka terk etmediğine ve elan nâşize ve iddeti geçmiş mutallaka olmadığına zevceyi tahlif ettikten sonra yevmi talepten itibaren nafaka takdir eder. Ve ledelhâce zevc namına istidane etmesi için zevceye izin verir.", ANSAY, s. 11

¹⁷³ Bu konuda oldukça fazla mahkeme kayıtlarına rastlanmaktadır. Burada iki örneği vermekte yarar görüyoruz: Edirne şeriyye Mahkemesinin 3 Ramazan 1337 tarihli bir kararında davacı kadın, dört yıldan beri kayıp olan kocasından nafaka talebinde bulunmakta ve mahkeme isteğe uygun olarak gaib koca üzerine nafaka takdir ettirmektedir. EŞS, 612/92a.'dan naklen, AYDIN, Aile, s. 197, dipnot 168. Benzer şekilde yine Edirne Mahkemesinin 3 Zilkade 1336 tarihli bir kararında da davacı kadın hapiste bulunan kocasından nafaka talebinde bulunmakta, mahkeme isteğe uygun olarak kadın için nafaka takdir etmektedir. EŞS, 612/25a.'dan naklen, AYDIN, Aile, s. 197, dipnot 168.

¹⁷⁴ HAK, m. 102, "Talakın ehli, mükellef olan zevcdir", ANSAY, s. 11.

¹⁷⁵ CİN Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, Konya, 1988, s. 126; AYDIN, Aile, s. 198; AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 42.

Kocanın karısını dilediği zaman boşayabilme hakkını kabul etmesine rağmen Kararname, nikah ve boşanma işlemlerinin belirli bir düzen içerisinde yürütülebilmesi için, 110. maddede¹⁷⁶ karısını boşayan kocaya durumu hakime bildirme zorunluluğunu yüklemiştir. Bu uygulama boşanmanın hakim tarafından tutulan sicile işlenmesi amacını taşımaktadır¹⁷⁷. Ceza kanununda yapılan bir değişiklikle, bu yükümlülüğe uymayan koca için bir haftadan bir aya kadar hapis cezası öngörülmüştür¹⁷⁸.

HAK’nde mektup ve elçi aracılığıyla yapılan boşama ile fuzulinin boşamasına hiç yer verilmemiştir. Ancak bu şekilde karısını boşayan ve durumu mahkemeye bildiren kimselerin boşamalarını yine de geçerli saymak gerekecektir¹⁷⁹.

HAK’nin boşanma konusunda getirdiği büyük yeniliklerden birisi sarhoşun karısını boşaması konusudur. Kararnameye kadar Osmanlı aile hukukunda Ebu Hanife’nin görüşüne uygun olarak, bilerek ve isteyerek sarhoş olan kimsenin yapmış olduğu boşama geçerli kabul edilmiştir. Ancak cebir veya tehditle veya başka bir zorunluluk sonucunda, örneğin doktor tavsiyesi ile ilaç ya da alkol almış kocanın boşanma iradesi hüküm ve sonuç doğurmamaktadır¹⁸⁰. HAK ise sarhoşun karısını boşaması konusunda bir ayrıma gitmeksizin, bu tip boşamaları geçersiz saymıştır¹⁸¹. Burada sarhoşun boşaması geçersiz sayılırken, sarhoşun boşamasından sadece kendisinin değil, ailesinin de zarar gördüğü ve dolayısıyla cezalandırıldıkları göz önüne alınmıştır¹⁸².

İkrah altında gerçekleşen boşanmaların geçersiz olacağı¹⁸³ da kararnamenin boşanma konusunda getirdiği yeniliklerden bir tanesidir. Kararname bu hükümüyle o döneme kadar süregelen Hanefi görüşüne bağlılıktan ayrılmakta ve diğer üç mezhebe uymaktadır. Esbab-ı Mucibe Layihasında bu görüşün zamanın şartlarına daha uygun olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁴. Sarhoşun boşaması ve ikrah

¹⁷⁶ HAK, m 110, “Zevcesini tatlik eden zevc, keyfiyeti hakime beyan etmeye mecburdur”, ANSAY, s. 12.

¹⁷⁷ CİN, Boşanma, s. 127; AYDIN, Aile, s. 198.

¹⁷⁸ Kanun-ı Cezanın 200. maddesinin 19 Rebiulahir 1332 tarihli zeyl-i sanisini muaddil kararname, m. 1., naklen, AYDIN, Aile, s. 171.

¹⁷⁹ AYDIN, Aile, s. 198.

¹⁸⁰ CİN, Boşanma, s. 41; KARAMAN, s. 299.

¹⁸¹ HAK, m. 104, “Sarhoşun talakı muteber değildir”, ANSAY, s. 11.

¹⁸² AYDIN, Aile, s. 199.

¹⁸³ HAK, m. 106, “İkrah ile vukubulan talak muteber değildir”, ANSAY, s. 11.

¹⁸⁴ AYDIN, Aile, s. 199; CİN, Boşanma, s. 126.

altında boşanma hakkında hükümler getiren kararname, hatayla ve şaka beyanıyla yapılan boşamalar konusunda herhangi bir hüküm getirmemiştir.

Kararnameye göre koca boşanma iradesini sarih sözlerle açıklayabileceği gibi kinayeli sözlerle de açıklayabilir¹⁸⁵. Fakat boşanma iradesi olarak kullanılan üstü kapalı (kinayeli) ifadelerden asıl irade tam olarak anlaşılamiyorsa, kocanın gerçekten boşanma niyetinin olup olmadığını araştırmak gerekir. Bu konuda HAK, İmam Şafii'nin görüşüne uymuştur. Bu durumda Hanefî mezhebine uygun olarak durumun delaletine itibar edilmez¹⁸⁶. Görülüyor ki boşanmanın tek taraflı bir hukukî işlem olduğu esası, ilke olarak korunmakta ve üstü kapalı sözlerle boşanma iradesi açıklandığı durumlarda gerçekten boşanma amacının olup olmadığı araştırılmaktadır. Kocanın talaka niyetli olup olmadığı konusunda karı koca uyuşmazlığa düşmüşlerse kocanın yeminli beyanına itibar edilecektir (bkz. HAK, m. 109)¹⁸⁷. Koca boşanmaya niyet etmemişse durum ona delalet ediyor diye talaka hükmetmek komisyon tarafından kamu yararına uygun görülmemiştir¹⁸⁸.

Yine kararnameye göre koca boşanma iradesini taliki bir şarta ya da vadeye bağlayabilmektedir¹⁸⁹. Boşanmayı ifade eden irade beyanı, kayıtsız ve şartsız olabileceği gibi, taliki (geciktirici) bir şarta veya vadeye de bağlanabilir. Bu konuda evlenme boşanmadan ayrılmaktadır. Taliki bir şarta bağlanan boşanma, bu şart gerçekleştiği anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bununla birlikte, şart gerçekleşinceye kadar evlilik tüm hükümleriyle devam eder. Yine vadeye bağlanmış talak da vade geldiğinde sonuçlarını doğurur¹⁹⁰.

2. Ric'i Ve Bain Talak

Kararname ric'i (dönülebilir) talak ve bain (ayırıcı) talak konusunda Hanefî mezhebinin görüşlerini esas almıştır. Bu yüzden bu boşanma türleri hakkında fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

¹⁸⁵ HAK, m. 109, "Talak, elfaz ı sariha ile vaki olur. Mütearif olan elfaz ı kineviyye dahi sarih hükmündedir. Amma mütearif olmıyan elfaz ı kineviyye ile talakın vukuu ancak zevcin niyyetine mütevakıftır. Zevcin talaka niyyet edip etmediği hakkında tarafeyn ihtilaf etseler zevc, yemini ile tasdik olunur", ANSAY, s. 12.

¹⁸⁶ AYDIN, Aile, s. 199.

¹⁸⁷ CİN, Boşanma, s. 126-127.

¹⁸⁸ AYDIN, Aile, s. 199.

¹⁸⁹ HAK, m. 106, "Talakın şarta taliki sahihtir"; m. 107, "Talakın zaman ı müstakbele izafe-si sahihtir", ANSAY, s. 11.

¹⁹⁰ CİN, Boşanma, s. 53-54; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 91-92.

Ric'î talak, boşanmanın dönülebilir olduğunu gösterir sarih bir ifadeyle, geçerli bir şekilde evlenmiş ve zifafı geçirmiş olan kadın hakkında geçerli olur¹⁹¹. Dönülebilir boşanma, evlilik bağına hemen ortadan kaldırmaz. İddet içinde koca, boşanma iradesinden fiilen veya sözlü olarak dönerek karısı ile yeniden birleşebilir. İddet içinde boşanma iradesini geri alan koca, mevcut nikahı devam ettirmiş sayılır. Bu konuda kadının rızasına ve yeni bir mehir ödemeye gerek yoktur¹⁹² (HAK, m. 112-113)¹⁹³. Ayrıca talak iradesinden dönme şarta ve vadeye bağlanamaz¹⁹⁴. Dönülebilir boşanma ancak üç kez tekrarlanabilir. Üçüncü boşanmadan sonra artık kesin ayrılık hükmü gerçekleşir. Bu durumda kocanın eski eşiyle tekrar evlenebilmesi için hülle usulüne başvurması gerekir¹⁹⁵.

Bain (ayırıcı) talak ise kararnamenin 116. maddesinde hükme bağlanmıştır¹⁹⁶. Eğer koca, karısını zifaftan önce boşarsa veya zifaftan sonra boşanmanın ayırıcı olduğunu gösteren sözlerle boşanma iradesini açıklarsa ya da boşanma için eşinden bir karşılık alırsa baîn talak söz konusu olur¹⁹⁷.

Baîn talakta ric'î talakın aksine, evlilik bağı derhal ortadan kalkar. Üç talaktan sonra kesin ayrılığın ortadan kalkabilmesi için kadının hülle kastı olmaksızın bir başka erkekle evlenmesi ve bu evliliğinde ölümle ya da talakla son bulması gerekir. Hanefiler dışındaki üç mezhebin görüşü bu yöndedir. Ebû Yusuf ve İmam-ı Muhammed'in görüşleri de buna yakındır. İmam-ı Azam'ın mezhepte hakim olan görüşüne göre ise böyle bir ikinci nikah mekruhtur. Fakat bu şart yok farzedilerek bu nikah geçerli kabul edilir. Talak ve ölümle son bulması du-

¹⁹¹ HAK, m. 111, "Bir kimse nikahı sahih ile menkuhasını takarrübden sonra lafz ı sarih ile tatlik etse talak ı ric'î vaki olur", ANSAY, s. 12.

¹⁹² CİN, Boşanma, s. 127; KARAMAN, s. 303; BİLMEN, c. II, s. 175.

¹⁹³ HAK, m. 112, "Talak-ı ric'î filhal zevciyyeti izale etmez. İddet içinde zevcin zevcesine kavlen veya fiilen hakk î rücuu vardır. Bu hak, iskat ile sakıt olmaz"; m. 113, "Zevc, iddet içinde rücu ederse henüz mevcut olan nikahı idame etmiş olur. Bu hususta kadının rızasını istihsale muhtaç olmaz ve mehr i cedid lazım gelmez", ANSAY, s. 12.

¹⁹⁴ HAK, m. 114, "Şarta talik ve zaman i müstakbele izafe olunan rücu' sahih değildir", ANSAY, s. 12.

¹⁹⁵ CİN, Boşanma, s. 127.

¹⁹⁶ HAK, m. 116, "Bir kimse nikah ı sahih ile menkuhasını takarrübden evvel tatlik ederse talak i baîn vaki olur. Ve keza beynunet ifade eden elfaz ile veya bir ivaza mukarin olarak tatlik ederse talak ı baîn vaki olur", ANSAY, s. 12.

¹⁹⁷ CİN, Boşanma, s. 127-128; KARAMAN, s. 303-304; BİLMEN, c. II, s. 175; AYDIN, Aile, s. 40.

rumunda da kadın birinci kocasına helal olur. Kararname bu görüşü terk etmiştir¹⁹⁸. İkinci evliliğin maksad-ı tahlil ile olmayarak gerçekleşmesi gerekir¹⁹⁹.

HAK, muhalaaya hiç yer vermemiştir. Ancak 116. maddeden muhalaanın geçerli olduğu anlaşılmaktadır (bkz. m. 116). Fakat bu konuda açık bir hüküm getirilmemiştir. Büyük ihtimalle bu konudaki boşluğun doldurulması doktrine bırakılmış olmalıdır²⁰⁰.

3. Tefrik

Kararnamenin en önemli bölümlerinden birisi de kadına bazı durumlarda kazaî boşanma hakkını tanıyan hıyar-ı tefrik bölümüdür. Tefrik konusunda mezheplerin görüşleri farklıdır. Bu konuya en katı yaklaşan Hanefî mezhebi olmuştur. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre sadece kocanın iktidarsız olması kadına tefrik hakkı verir. İmam Muhammed göre ise iktidarsızlık dışında akıl hastalığı, cüzzam, baras (alaca hastalığı) da tefrik nedenidir²⁰¹. Kararnameye kadar, Osmanlı Devleti'nde resmî mezhep olarak kabul edilen Hanefî mezhebinin ve dolayısıyla Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un görüşüne uyularak, kadına sadece kocasında bulunan ve evliliğin devamına engel bir kusur nedeniyle kazaî boşanma (tefrik) hakkı tanınmıştır²⁰². Ancak HAK, bu klasik görüşe ilave olarak hem Hanefî mezhebinin diğer görüşlerinden hem de diğer mezheplerden yararlanarak kadına başka durumlarda da tefrik yoluyla boşanma hakkı tanımıştır. Böylece 1916'da kadına bazı durumlarda tefrik hakkı tanıyan iki irade-i seniyye ile başlayan gelişme HAK ile tamamlanmış olmaktadır²⁰³.

Kararname tefriki dört ana başlık altında düzenlemiştir. Bunlar, Evliliğe engel bir kusur (ayıp) nedeniyle tefrik, hastalık nedeniyle (akıl hastalığı, cüzzam, baras ve zührevî hastalıklar) tefrik, gaiplik nedeniyle tefrik ve geçimsizlik nedeniyle tefriktir²⁰⁴.

¹⁹⁸ HAK, m. 118, "Beynünnet i kat'iyye zevcenin iddeti mürur eyledikten sonra maksad i tahlil ile olmayarak zevc i ahere varup ba'dettekarrub ondan ifirakı ve iddetinin müruru zail olur", ANSAY, s. 12.

¹⁹⁹ AYDIN, Aile, s. 200.

²⁰⁰ AYDIN, Aile, s. 200.

²⁰¹ CİN, Boşanma, s. 88 vd.; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 301; AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 47.

²⁰² AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 47-48; AYDIN, Aile, s. 200.

²⁰³ AYDIN, Aile, s. 200.

²⁰⁴ AKYILMAZ, Osmanlı Aile, s. 371; AYDIN, İslam ve Osmanlı, s. 185.

a. Evliliğe Engel Fizyolojik Bir Kusur Nedeniyle Tefrik

HAK'ne göre kocasında cinsel iktidarsızlık vb. gibi evliliğin devamına engel bir ayıp bulunan kadın mahkemeye başvurarak tefrikini isteyebilir. 119. maddede²⁰⁵ düzenlenen bu hükme göre kadının böyle bir gerekçe ile tefrikini isteyebilmesi için kendisinde de benzer bir kusurun bulunmaması gerekir. Ayrıca nikahtan önce kocasının iktidarsızlığından başka, cinsel birleşmeye engel bir kusurunu bilen ve nikahtan sonra bu duruma razı olan kadın tefrik talebinde bulunamaz²⁰⁶. Bu tip bir tefrik talebi sonucunda hakim, eğer kusurun düzelme ihtimali söz konusu ise tefriki bir yıl süre ile erteleme yetkisine sahiptir. Bu süre içerisinde kusurda düzelme olmaz, koca boşanmaya yanaşmaz ve kadın da talebinde ısrar ederse hakim tefrike hükmeder²⁰⁷.

b. Hastalık Nedeniyle Tefrik

Kararname akıl hastalığı, cüzzam, baras ve zührevî hastalıkları tefrik nedeni olarak kabul etmiştir.

İlke olarak akıl hastalığını evlenme engeli sayan HAK'ne göre akıl hastaları ancak zaruret halinde ve hakim izniyle evlenebilmektedirler. Evlilikten sonra kocada akıl hastalığı belirir ve kadın bu gerekçe ile tefrik talebinde bulunursa, hakim tefriki bir yıl süre ile erteler. Bu süre içerisinde hasta iyileşmez ve kadın

²⁰⁵ HAK, m. 119, "Mani i takarrub uyubdan salim olan kadın, zevcinin böyle bir illet ile malul olduğuna muttali oldukça hakime bilmüraca tefrikini talep edebilir. Amma kendinde böyle bir ayıp bulunan kadının talebi mesmu olmaz. Şu kadar ki takarrub edilmiş olan zevcenin zevcede hadis olan bu kabil ayıp sebebiyle hak ı hiyari yoktur", ANSAY, s. 12.

²⁰⁶ HAK, m. 120, "Kablen nikah zevcinin innetten maada manii takarrub aybına muttali' veya ba'd en nikah her hangi bir ayıba razı olan zevcenin hakk ı hiyari sakıt olur. Fakat kablen nikah innete ittıla hakk ı hiyari iskat etmez.", ANSAY, s. 12-13; CİN, Boşanma, s. 128; AYDIN, Aile, s. 200-201.

²⁰⁷ HAK, m. 121, "Zevce mevadd ı sabıkada muharrer olduğu üzere hakime müracaat ettikde nazar olunur. Eğer illet kabil i zeval değilse hakim derhal beyinlerini tefrika hüküm eder ve eğer kabil i zeval ise hakim zevci zaman i mürafaadan ve şayet mariz ise vakti ifakatinden itibaren bir sene müddetle te'cil eyler. Esnay i te'cilde zevc veya zevce az çok bir müddet takarrube mani olacak derecede hasta olur veya zevce gaybubet ederse bu suretle geçen müddet hesaba idhal edilmez. Lakin zevcin gaybubeti ve zevcenin eyyem ı hayz ı hesaba idhal edilir. Bu müddet zarfında illet zail olmadığı ve zevc talaka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu halde hakim tefrike hükmeder. Mürafaanın gerek bidayet ve gerek nihayetinde zevc, takarrubunu iddia eylediği takdirde zevce seyyib ise söz ma al yemin zevcindir. Bakir ise söz bila yemin zevcenindir." ANSAY, s. 13; AYDIN, Aile, s. 201.

da tefrik konusunda ısrar ederse hakim tefrike karar verir²⁰⁸. Bu konuda da HAK İmam Muhammed'in görüşüne uymuştur²⁰⁹.

HAK, yukarıda saydığımız diğer hastalıklar nedeniyle tefriki 122. maddede hükme bağlamıştır²¹⁰. Söz konusu hükme göre kadın, kocasının cüzzam, baras veya zührevî bir hastalığı olduğunu evlendikten sonra öğrenir ya da kocası bu tip hastalıklardan birine evlendikten sonra yakalanırsa mahkemeye tefrik talebinde bulunabilir. Talep sonucunda, eğer hastalığın iyileşme ihtimali varsa hakim tefriki yine bir yıl süre ile erteler. Bu süre içerisinde koca iyileşmediği gibi boşanmaya da yanaşmaz ve kadın da isteğinde ısrar ederse hakim tefrik kararı verir. Bu, İmam Muhammed'in görüşüdür. 1916 tarihli irade-i seniyye de bu görüşü kabul etmiştir²¹¹.

Kararnamenin 124. maddesine göre kadının dava hakkına sahip olduğu bu durumlarda hemen mahkemeye başvurma zorunluluğu yoktur. Davayı bir süre geri bırakabileceği gibi açılmış davayı da bir süre takip etmeyebilir²¹². İktidarsızlık ve yukarıda saydığımız diğer hastalıklar nedeniyle boşanmadan sonra, eski karı koca yeniden evlenirlerse artık kadın aynı nedenlere dayanarak boşanma talebinde bulunamaz²¹³.

Kararname, aynı tip hastalıklara kadının yakalanması durumunda kocanın tefrik hakkının bulunup bulunmadığından söz etmemektedir. Hanefî mezhebine göre zaten boşama yetkisine sahip olan koca için tefrik hakkı tanımaya gerek de

208 HAK, m. 123, "Akd i nikahtan sonra zevce tecennum edip de zevce hakime bilmüraca tefrikini talep etse hakim tefriki bir sene müddetle te'cil eder. Bu müddet zarfında cinnet zail olmadığı ve zevce musır bulunduğu halde tefrika hükmeylet.", ANSAY, s. 13.

209 AYDIN, Aile, s. 201; CİN, Boşanma, s. 129; KARAMAN, c. I, s. 315.

210 HAK, m. 122, "Cüzam, beres ve illet i zühreviyye gibi bila zarar birlikte ikamet mümkün olmayan illetlerden birinin zevcede vücuduna ba'd en nikah muttali' olur veya muahharan böyle bir illet tahaddüs ederse zevce hakime bilmüraca tefrikini talep edebilir. İlet i vakıanın zevali ümid olunursa hakim tefriki bir sene te'cil eder. Bu müddet zarfında zail olmadığı ve zevce talaka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu takdirde hakim tefrike hüküm eyler. Amma kör veya topal olmak gibi uyubdan birinin zevcede bulunması tefriki mucib olmaz.", ANSAY, s. 13.

211 CİN, Boşanma, s. 129; AYDIN, Aile, s. 201; AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 47-48.

212 HAK, m. 124, "Muhayyer olduğu yerlerde zevcenin hiyarı fevrî değildir. Davayı bir müddet tehir veya ikame i davadan sonra bir müddet terkedebilir.", ANSAY, s. 13; CİN, Boşanma, s. 129.

213 HAK, m. 125, "Mevadd ı sabıkaya tevfikten sonra tarafeyn tecdid i akd ederlerse ikinci tezevvüc de zevcenin hakk ı hiyarı yoktur.", ANSAY, s. 13; CİN, Boşanma, s. 129-130.

yoktur. Ancak diğer üç mezhep bu konularda erkeğe de tefrik hakkı tanımaktadır²¹⁴.

c. Gaiplik Nedeniyle Tefrik

Gaiplik nedeniyle tefrik konusunda iki durumu birbirinden ayırmak gerekir. Bunlar, kocanın nafaka bırakmaksızın kaybolması ve nafaka bırakarak kaybolmasıdır.

Kararname, kocanın nafaka bırakmadan kaybolması durumunda kadının tefrik hakkını 126. maddede düzenlemiştir²¹⁵. Söz konusu hükme göre, koca ailesinden uzaklaşıp kaybolur ya da bir yerde gizlenir ve evin geçimini sağlamak kadın için güçleşirse kadının mahkemeden tefrik isteme hakkı vardır. Başvuru üzerine hakim, gerekli araştırmayı yaptıktan sonra tefrike karar verir. Bu hüküm, kararnamenin getirdiği önemli yeniliklerden birisidir. Çünkü Hanefî mezhebi böyle bir durumda kadına tefrik hakkı tanımamaktadır. Aynen 1916 tarihli irade-i seniyyede olduğu gibi HAK de bu konuda diğer üç mezhebin görüşlerine uyumuş, dönemin iktisadî ve toplumsal şartlarına daha uygun çözümü benimsemiştir. Bu görüşün kabul edilmesinde yaşanan bazı sosyal problemler de etkili olmuştur. Örneğin, bazı yabancı devlet uyruklu müslüman erkekler, Osmanlı uyruklu müslüman kadınlarla evlenmişler ve eşlerini çok zor durumda bırakarak ülkelerine döndükleri ve bir daha geri gelmedikleri görülmüştür. Söz konusu durumlarda mağdur olan kadınların başvuruları üzerine tefrike karar vermenin artık kaçınılmaz olduğu, 1916 tarihli irade-i seniyyede ifade edilmiştir²¹⁶.

Kocanın nafaka bırakarak gaiplik olması konusunda HAK'ne kadar Osmanlı uygulaması Hanefî görüşü doğrultusunda gerçekleşmiştir. Hanefilere göre gaipliğin kazaî boşanma nedeni sayılabilmesi için gaibin yaşatlarının hayatı kadar bir süre beklenmesini veya ömrünün 90 yıla tamamlanmasını şart koşmaktadırlar. Esas itibariyle bu durum kadına tefrik hakkı tanınmaması anlamına gelmektedir²¹⁷. İşte bu durumu kadın için bir yıkım olarak gören komisyon üyeleri Hanefî görüşünden ayrılarak bu konuda Maliki görüşünü esas almışlardır²¹⁸. Ancak HAK, kadın için iki ayrı durumda iki ayrı bekleme süresi kabul etmiştir.

²¹⁴ AYDIN, Aile, s. 201.

²¹⁵ HAK, m. 126, " Bir kadının zevci ihtifa veyahut müddet i sefer veya daha karip bir mahalle giderek tegayyüb edüp veya mefkud olup nafaka tahsili müteazzır olur ve zevce tefriki talep ederse hakim tahkikatı lazime icrasından sonra beyinlerini tefrika hükmeder.", ANSAY, s. 13.

²¹⁶ CİN, Boşanma, s. 130-131.

²¹⁷ CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 99.

²¹⁸ AYDIN, Aile, s. 202;

İlk olarak, gaip olan kocanın nerede olduğu bilinmiyor, hayat ve sağlığı hakkında bir haber de alınamıyorsa, haber alınmasından ümit kesildiğinden itibaren hakim tefrik zamanını dört yıl erteler. 127. maddeye göre²¹⁹ eğer bu süre içerisinde de gaip kocadan haber alınamaz ve kadın da tefrik isteğinde ısrar ederse hakim tefrike hükmeder²²⁰.

İkinci olarak Koca bir savaşta gaip olmuşsa, hakim tefriki, iki tarafın askerlerinin ve esirlerinin yerlerine dönüşünden itibaren bir yıl süre ile erteler. Bu bir yıl içerisinde koca dönmemiş ise hakim tefrik kararı verir. Her iki durumda da kadın, hüküm tarihinden itibaren ölüm iddeti bekler (bkz. m. 127)²²¹.

Bu hükümlerin kararnamede Maliki mezhebinin görüşlerine uyularak yer almasında ardarda yaşanan Balkan ve I. Dünya savaşlarının ve bunların neden olduğu toplumsal ve iktisadî çalkantıların da büyük rolü vardır²²².

Hak, gaiplik konusunda sadece kendisinden haber alınamayan kocaları dikkate almış, nerede oldukları bilinen fakat evlerine dönmeyen kocalar için herhangi bir hüküm getirmemiştir. Ayrıca Malikilere göre hapis vb. gibi durumlar da tefrik nedeni olarak görülürken HAK, süresi ne olursa olsun bu durumda tefriki kabul etmemiştir²²³.

HAK'ne göre²²⁴ gaiplik nedeniyle tefrikine hükmolunan kadın başka bir erkekle evlenirse, daha sonra ilk kocasının dönmesi ikinci evliliğin feshini gerektirmez. Ancak kocanın ölümüne hükmedilmesi durumunda, ikinci bir erkekle evlenmiş olan kadının bu evliliği, eğer ilk kocası geri dönerse feshedilir (m. 129.)²²⁵. Tefrik, bir mahkeme kararı olduğu için bu durumdan dönme kabul

²¹⁹ HAK, m. 127, "Nafaka cinsinden mal terkettiği halde tegayyüb eden bir kimsenin zevcesi hakime bilmüraca tefrikini talep etse hakim o kimse hakkında icrayı tahkikat eder. Nerede olduğuna ve hayat ve mematına dair haber alınmasından yeis hasıl olursa yeis tarihinden itibaren dört sene te'cil eyler. İşbu müddet zarfında haber alınmadığı ve zevce talebinde musır bulunduğu halde tarafeyni tefrik eder. Eğer zevc muharebede gaybubet etmiş ise hakim tarafeyn i muharibeynin ve useranın yerlerine avdetinden itibaren bir sene müruru eyledikten sonra tefrika hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet i vefat bekler.", ANSAY, s. 14.

²²⁰ AYDIN, Aile, s. 202; CİN, Boşanma, s. 131; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 99-100.

²²¹ CİN, Boşanma, s. 131; AYDIN, Aile, s. 202.

²²² AYDIN, Aile, s. 203.

²²³ AYDIN, Aile, s. 203.

²²⁴ HAK, m. 128, "Mevadd ı sabıka mucibince tefrikine hüküm olunan kadın âher bir şahıs ile tezevvüc ettikten sonra zevci evvelin zuhuru nikah ı ehîrin infisahını mucip olmaz.", ANSAY, s. 14.

²²⁵ HAK, m. 129, "Vefatına hüküm olunan kimsenin zevcesi âher bir şahısla tezevvüc ettikten sonra zevc i evvelin hayatı tahakkuk etse nikah ı sâni münfesih olur.", ANSAY, s. 14.

edilmemiştir. Fakat ölümüne hüküm verme durumunda bir tefrik kararı söz konusu olmadığından ikinci nikahın feshi yoluna gidilmiştir. Bu konuda, Hanefiler içerisinde de ikinci nikahın feshedilmeyeceği görüşünde olanlar bulunmakla birlikte komisyon, Ebussuud'un görüşünü kabul ederek 129. maddeyi ona göre düzenlemiştir²²⁶. HAK'nin bu konuda böyle bir düzenlemeye gitmiş olması, dönemin şartları da dikkate alındığında bir eksiklik olarak görülebilir. Kaldı ki Hanefî mezhebinde bile bu durumda ikinci nikahın feshedilmemesi yönünde görüşlerin bulunduğu belirtilmektedir.

d. Geçimsizlik Nedeniyle Tefrik

Geçimsizlik nedeniyle kadına tefrik hakkının tanınması kararnamenin getirdiği önemli yeniliklerden birisidir.

Geçimsizliğin kadından kaynaklandığı durumlarda kocanın zaten karısını boşama yetkisi vardır. Ancak geçimsizlik kocadan kaynaklanır ve koca talak veya muhalaa yoluyla karısını boşamaya yanaşmazsa, Hanefî ve dolayısıyla klasik Osmanlı hukukuna göre kadının yapabileceği hiçbir şey yoktur²²⁷.

Bu konuda Maliki içtihadını esas olan kararnameye göre, eşler arasında anlaşmazlık ve geçimsizlik ortaya çıkar da eşlerden birisi mahkemeye başvurursa hakim eşlerin ailelerinden birer hakem belirler. Bu hakemlerden oluşan "aile meclisi"nin görevi tarafların arasını düzeltmeye çalışmaktır. Bu mümkün olmaz ve kusurun kocada olduğuna kanaat getirilirse aile meclisi tefrik kararı verir. Kusurun kadında olduğu anlaşılırsa aile meclisi mehrin tamamı veya bir kısmı üzerinde muhalaa hükmeder. Eğer hakemler anlaşamazlarsa, mahkeme üçüncü bir hakem veya yeni bir hakem heyeti atar. Bu hakemlerin vereceği hükümler kesin olup bunlara itiraz mümkün değildir²²⁸.

²²⁶ AYDIN, Aile, s. 203.

²²⁷ AYDIN, Aile, s. 203; AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 49.

²²⁸ HAK, m. 130, "Zevceyn beyninde niza' ve şikak zuhur edipte tarafeynden biri hakime müracaat ederse hakim tarafeyn ailelerinden birer hakem ta'yin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem ta'yin olunacak kimse bulunmaz veya bulunup ta hakem olacak evsafı haiz olmazsa hariçten münasiplerini ta'yin eder. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifadaat ve müdafaatını tetkik ile beyinlerini ıslaha çalışır. Kabil olmadığı surette kusur zevcede ise beyinlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhalaa eyler. Hakemler ittifak edemezlerse hakim evsaf i lazimeyi haiz diğer bir hey'et i hakemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem ta'yin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'i ve nâkabil i itirazdır.", ANSAY, s. 14; AYDIN, Aile, s. 204; CİN, Boşanma, s. 131-132; KARAMAN, c. I, s. 319; CİN/AKGÜNDÜZ, c. II, s. 100.

Kararnamenin 131. maddesine göre tefrik yoluyla gerekleŖen boŖanmalar birer bain talak hükmündedir ve durum tescil olunur²²⁹.

4. İddet

Talak ve vefat iddetini düzenleyen kararname sadece 140. maddede²³⁰ Malikî mezhebinden yararlanmıŖ, bunun dıŖında Hanefî mezhebinin esaslarından ayrılmamıŖtır. Kadın talaktan sonra eğer hamile değilse,  hayız dönemi iddet bekler. Bir hastalık nedeniyle hiç hayız görmeyen kadın, Hanefî mezhebine göre hayızdan (regl) kesilme yaŖı olan (sinn-i iyâs) 55 yaŖına kadar bekler. Bunun arkasından tekrar  ay iddet bekler. Doğal olarak bu durum kadın için büyük problemler yarattığı gibi erkek için de büyük bir külfet oluŖturmaktadır. Çünkü, hastalık nedeniyle hayız görmeyen kadın, neredeyse bir ömür boyu ne evli ne de dul bir durumda beklemekte, erkek ise yine bu kadar süre karısına iddet nafakası ödemektedir. Özellikle kötü niyetli kadınlar için bu durum istismara çok açıktır. HAK, hakkaniyete aykırı görünen bu durum karŖısında Malikî grŖn esas almıŖ, Hanefî grŖn terk etmiŖtir. 140. madde hükmüne göre, iddet içerisinde kadın hiç hayız görmezse veya bir ya da iki kez gördükten sonra üçüncüsünü görmezse ya da reglden kesilmiŖ ise bu tarihten itibaren  ay, eğer kesilmemiŖse iddetin lüzumu tarihinden itibaren dokuz ay iddet bekler²³¹. Görüldüğü gibi kararname bu hükümle daha adil bir çözüm getirmiŖtir.

IV. SONUÇ

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni ve Osmanlı aile hukukuna getirdiği yenilikleri incelemeye alıŖtıđımız bu alıŖmada görüleceği üzere, Kararname son dönem Osmanlı aile hukukuna ve Türk aile hukukunun geliŖimine önemli katkılar sađlamıŖtır.

alıŖmanın baŖında kararnamenin hazırlanıŖı ve özellikleri üzerinde durduk. HAK ile, İslam hukuk tarihinde aile hukuku ilk kez kanunlaŖtırılmıŖtır. Ancak bu çok kolay olmamıŖtır. Gerek İslam hukukunun ve buna bağlı olarak Osmanlı hukukunun klasik yapısı, gerek içinde bulunulan dönem itibariyle Osmanlı toplumundaki siyasi, sosyal ve ekonomik Ŗartlar göz önünde tutulduğunda böyle bir kararnamenin çıkarılması bir bakıma ciddi bir hukuk reformu olarak kabul edilebilir. Çünkü HAK, Osmanlı hukuk tarihi içerisinde gerekleŖtirilmiŖ ilk aile kanunu olmasının yanı sıra İslam hukuk tarihi açısından da bu özelliği bünye-

²²⁹ HAK, m. 131, "Mevadd ı salife mucibince tefrika dair sadır olan hüküm talak ı baine tazammum eder ve keyfiyet alelusul tescil edilir.", ANSAY, s. 14.

²³⁰ HAK, m. 140, "Mu'tedde zikrolunan müddet zarfında hiçbir hayız görmediği ve yahut bir veya iki hayız gördükten sonra mnkati' olduğu takdirde eğer sinn i iyâs a vasıl olmuŖsa vusul tarihinden itibaren  ay, olmamıŖ ise iddetin lüzumu zamanından itibaren dokuz ay iddet bekler.", ANSAY, s. 15.

²³¹ AYDIN, Aile, s. 205; CİN, BoŖanma, s. 114.

sinde taşımaktadır. Ayrıca, XVI. Yüzyıldan beri Hanefî mezhebinin resmî mezhep olma özelliği HAK'nin kanunlaşmasıyla büyük ölçüde zedelenmiştir. Dolayısıyla HAK'nin kanunlaşma sürecinde ortaya çıkan ciddi görüş ayrılıkları ve tartışmalar bu şartların doğurduğu sonuçlardır.

Çalışmamız boyunca yansıtmaya çalıştığımız gibi HAK ile yapılmak istenen, dağınık aile hukuku hükümlerini bir araya toplamaktır. Bununla birlikte sadece müslüman Osmanlı vatandaşlarının değil, gayrimüslim vatandaşların aile hukukuna ilişkin hükümleri de kararnameye alınmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi burada amaç hukuk birliğini sağlamak olmuş ancak bu tam olarak sağlanamamıştır. Kararname hazırlandığı sıralarda özellikle kapitülasyonlar ve konsolosluk mahkemeleri vasıtasıyla yabancıların ve dolayısıyla gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının bir takım imtiyazlara sahip olmaları, kararnameyi hazırlayanlar için hukuk birliği amacını ateşleyen etkenler olmuştur.

Çalışmamız sırasında vardığımız sonuçlardan birisi de sistematik ve teknik olarak kararnamenin modern bir kanun anlayışıyla kaleme alındığıdır. İslam hukukunun bu en geniş ve dağınık alanını tedvin amacı güden kararnamenin, dönemin şartları dikkate alındığında, modern bir kanun metni olduğunu söylemek çok iddialı bir görüş sayılmasa gerektir. Ancak bir aile kanununda bulunması gereken bir takım hükümleri ihtiva etmeyişi kararname için bir eksiklik olmuştur. Bu eksikliklerin neler olduğunu ifade etmeye çalıştık.

Kararname evlenme ve boşanma konularında, İslam hukukunun dışına çıkmamakla birlikte içinde bulunulan dönemin ve XVI. Yüzyılın ortalarından beri süre gelen Osmanlı hukuk geleneğinin dışına çıkmıştır. Kararname ile “resmî mezhep anlayışı” önemli ölçüde esnekleştirilmeye çalışılmış, XVI. Yüzyılın ortalarında beri resmî mezhep olan Hanefî mezhebinin dışındaki diğer hukukî mezheplerin görüşlerine de başvurulmuştur. Şüphesiz ki bu durum, hukukun gelişimi açısından önemli bir yenilik olmuş, mezhep taassubunun kırılabilceğinin bir göstergesi olmuştur. Kaldı ki Kararnamede görüşlerine yer verilen diğer mezhepler de Hanefî mezhebi gibi “sünnî” hukuk mezhepleridir.

HAK, evlenme ve boşanma konusunda klasik yapıyı bir bakıma değiştirmiştir. Özellikle çok evliliği sınırlayıcı hükümler getirmesi, kefaet konusundaki düzenlemeler bu konuda çarpıcı örneklerdir. Yine boşanma konusunda tefrik sebeplerinin artırılması, kadınlar lehine olumlu gelişmeler olup, dönemin şartlarına daha uygun çözümler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Evlenme ve boşanma konusunda dikkatimizi çeken bir diğer nokta da bu işlemlerde devletin rolünün ve müdahalesinin artmasıdır. Bu durumu aile hukukunun modernleşme süreci açısından önemli bir gelişme olarak görüyoruz.

Sonuç olarak, Osmanlı Devleti'nin son günlerini yaşadığı bir dönemde, eksikleri bir tarafa olmakla birlikte, Hukuk-ı Aile Kararnamesi gibi bir düzenlemenin yapılmış olması, gerek Türk Hukuk Tarihi'ndeki kodifikasyon süreci

açısından gerek Türk Hukukunun modernleşmesi açısından çok önemli bir gelişmedir. Ayrıca Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Cumhuriyet döneminde yapılan hukuk reformuna ve kanunlaştırma sürecine göz ardı edilemeyecek bir katkısının olduğu da söylenebilir.