

İslâm Aile Hukukunda ve Afgân Hukuk Sisteminde Bedensel Kusur Ve Hastalık Nedeni İle Kazâî Boşanma

Ghulam Hazrat RAYEQ*

Öz

İslâm aile hukukunda boşama yetkisi prensip olarak erkeğe verilmiştir. Koca herhangi bir zarara maruz kaldığı ve evlilik hayatından memnun kalmadığı zaman son çare olarak bu yetkiyi kullanarak kendisini bu evlilikten kurtarabilmektedir. Ancak kadının hakkı da bu konuda ihmal edilmemiştir. Kadın da zulüm ve zarara maruz kaldığında kânunda öngörülen sebeplere dayanarak zulüm ve zararı önlemek yahut onu bertaraf etmek amacıyla mahkemeye müracaat ederek boşanma talebinde bulunabilmektedir. Bu makalede, kadının hakkı olan bedensel kusur ve hastalık nedeniyle kazâî boşanmaya hem fıkıh öğretisinde hem de Afgânistan ve İran Medenî Kânunu'nda değinilmektedir. Biz bu araştırmada öncelikle fesih, talâk ve tefrik kavramlarını inceleyip İslâm aile hukukunda, Afgânistan ve İran hukuk sisteminde boşanmaya sebep olan ayıp ve hastalıkları ve tefrik hakkının ispatlanmasına dair bazı şartları ele almaya çalıştık. Afgânistan Medenî Kânunu ayıp ve hastalık sebebiyle boşanma konusunda Hanefi mezhebinin dışına çıkmayarak İmâm Muhammed'in görüşünü benimsemiştir. İran Medenî Kânunu'nda ise konu Ca'ferî mezhebine göre tanzim edilmiştir. Bu araştırmada elde ettiğimiz önemli neticelerden biri olan, İslâm dininin aile kuruluşunu koruması ve karı koca arasında adâleti göz önünde bulundurarak onların haklarına riâyet etmesidir.

Anahtar Kelimeler: Afgânistan Medenî Kânunu, İran Medenî Kanunu, Kazâî Boşanma, Fizyolojik Kusur ve Hastalık, İslâm Aile Hukuku.

Judicial Divorce Because of Physiological Defect And Disease In The Islamic Family Law And Afghan Legal System

Abstract

In Islamic family law, divorce authority is given to man as a principle. When the husband has suffered any harm and is not satisfied with the life of marriage, as a last resort, he can save himself from harm by using this authority. However, the women's right to do this, has not been neglected. When the woman is also subjected to persecution and harm, On the basis of the reasons prescribed by the law, to avoid or dispose the persecution and harm from herself, she can apply to the court for judicial divorce. In this article, as a woman's right to judicial divorce due to physiological defect and disease is discussed according to the Islamic jurisprudence, Afghanistan and Iran's Civil Laws. First of all in this article, we examine the fiqh concepts of dissolution (faskh), divorce (talaq) and distinguish (tefrık). After that, we tried to address some of the physiological deficiencies and diseases that cause a judicial divorce in accordance with the Islamic family law, Afgânistân and İrân's legal system, and some of the conditions for proving this right. Afghanistan's Civil Law without leaving the Hanafi schools about the judicial

* Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Hukuku Anabilim Dalı, yüksek lisans öğrencisi.

divorce due to the physiological defects and illness has preferred the opinion of Imam Muhammad. In Iran's civil law, this subject has been prepared according to the Jafari schools. One of the most important results we obtained in this study is the protection of the family organization by the Religion of Islam and taking into consideration the justice between the husband and wife by observing their rights.

Keywords: Afghanistan Civil Law, İnan Civil Law, Judicial Divorce, Physiological Defect and Disease, İslamic Family Law.

Giriş

İslâm hukukunun fert, aile ve topluma verdiği önem, neslin devamı ve dolayısıyla ailenin kurulması ile alakalı getirdiği düzenlemeler, onun evrenselliğini ve özgünlüğünü daha net bir şekilde göstermektedir. Toplumun esasını teşkil eden, ailenin kuruluşu gibi sona ermesi de fertlerle alakalı olmakla beraber sosyal nizamı da yakından ilgilendirmektedir. Evlilik akdi neslin devamı ve karı koca arasındaki saygı, muhabbet ve saâdet için meşrû kılınmıştır. Fakat bazen bu evlilik, devam ettirilemez ve çekinilmez bir hâle gelmektedir. Böyle bir durum, bireyler ve toplum aleyhine birçok zararı getirmekle birlikte zaruret hâlinde son çare olarak boşanmayı gündeme getirmektedir. Zira sağlam bir toplum ancak ve ancak sağlıklı ve uyumlu ailelerden oluşabilmektedir. Boşanma tarihsel süreçte bir realite olarak evlilik akdinin var olduğu her yerde varlığını göstermektedir. Ancak toplumların kültürleri, aileye bakışı ve özellikle dini anlayışlarına göre değişik şekillerde gündeme gelebilmektedir.

Eğer bir taraftan İslâm'ın evlilik hayatının birlikteliğine verdiği öneme ve diğer taraftan ufak tefek sebeplerden dolayı eşlerin yuvasının yıkılmasının, çocuklar ve toplum üzerinde bıraktığı kötü etkilere bakarsak, şunu ifade etmek gerekir ki evlilik akdinde karı koca, gerçek manasıyla vefa, samimiyet, güven ve fedakârlığı göstermekle birlikte, bir elmanın iki parçası gibi birbirlerini tamamlayan bir bütünü temsil etmektedirler. Tatlı, mutlu, sağlıklı ve acı günlerinde, sıkıntı ve üzüntüyü de sevinci de beraber karşılarlar. Dolayısıyla geçici (kısa ya da biraz uzun) süre hasta olan koca karısı ile/karı kocası ile beraber olup dertlerini azaltmak yerine acımasız bir şekilde birbirini yalnız bırakması, hatta hâkime müracaat ederek bu sebeple birbirinden ayrılma talebinde bulunması, İslâm dininin getirdiği aile anlayışı ve eşler arasındaki fedakârlığı ile açıkça çelişmektedir.

Horâsân bölgesinde yer alan günümüz Afgânistan, Hz. Ömer döneminde (634-644) fethedilip İslâm diniyle tanışmıştır. Bu bölgede İslâm'ın girişinden önce çoğunlukla doğu kısmında Budizm, batısında Zerdüştlük ve Budizm dinlerinin hâkim olmasıyla beraber, Hinduizm, güneşe tapma ve Hristiyanlığın bazı ekolleri de yaygındı.² Afgânistan'da, İslâm dininin girişi ve yayılmasıyla beraber eski hukukun yerini İslâm hukuku almış ve şimdiye kadar bu coğrafyada İslâm hukuku hâkim olmaya devam etmektedir.

Evlilik akdinin sona ermesi ile ilgili, Afgânistan Medenî Kânunu'nda Ehl-i Sünnet âlimlerin görüşleri (özellikle Hanefi mezhebi) esas alınarak birçok şekil olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu

² Abdülhay Habîbî, *Tarih-e Afgânistân ba'd az İslâm (İran: İntişârât-e Efsün, 2002)*, s.147; Mir Ghulam Muhammed Gubâr, *Afgânistân der Mesîr-e Tarih (Tahran: İntişârât-e Cumhuri, 2005)*, 1: 107; Mehtarkhan Khwajamiri, "Afgânistân Medenî Kânunun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 26, 2015, s. 370.

kanununun 131. maddesinde evlilik akdinin bağı çözülebilmemesi ile ilgili dört şekilden (fesih, boşama, hul ve tefrik) bahsedilmiştir. Fıkıh ve A.M.K.'da kadın, kocasında bulunan fizyolojik kusur ve hastalıklar, fena muâmele ve zarar, gaiplik, nafaka temin edilmemesi ve kocanın hapsedilmesi sebeplerinden dolayı mahkemeye başvurarak boşanma talebinde bulunabilmektedir.³ Bu nevi ayrılmanın (kazâî boşanma) diğerlerinden farkı ancak hâkimin kararıyla ve kânunda öngörülen belli sebeplere dayanarak gerçekleşmesidir. Kazâî boşanma zevcenin inisiyatifine bırakılmış bir husustur. Yani zevce bütün zorluk ve sıkıntılara rağmen hayata razı olup evliliğini devam ettirebilir. Bu makalede fıkıh öğretisinde, Afgânistan ve İran Medenî Kânunlarında bedensel kusur ve hastalık sebebiyle kazâî boşanmaya değinilecektir. Asıl konuya girmeden önce fesih, talâk ve tefrik kavramları ele almaya çalışacağız. Ancak şunu de ifade etmemiz gerekiyor ki A.M.K.'da tefrik için net bir tarif verilmemiştir ama söz konusu kanunda talâk ve fesih Hanefî mezhebine göre tarif edilmiştir.⁴

A. Konunun Kavramsal Çerçevesi

a. Fesih Kavramı

Afgânistan Medenî Kânunu'nda evlilik akdini sona erdiren dört sebep (fesih, hul, talâk ve tefrik) belirtilmiştir.⁵ Bunlardan birincisi fesihtir. Fesih, sözlükte, "bir şeyi ortadan kaldırmak, bozmak ve şiddet anında bozulmaya elverişli olmak,"⁶ manâlara gelmektedir. İstilahta ise, "evlilik akdi sırasında mevcut olan yahut akitten sonra ortaya çıkan bir bozukluk veya eksiklik sebebiyle nikâh akdinin bozulmasından ibarettir".⁷ A.M.K.'nun 132'nci maddesinde de aynı tarifi görmekteyiz: "Fesih, evlilik akdi esnasında veya akitten sonra meydana gelen ve evlilik akdinin devamına engelleyen bir bozukluk nedeniyle evlilik akdini ortadan kaldırmaktır".⁸ Söz konusu kanunun 133'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre akit esnasında feshi gerektiren bozukluklar sırasıyla şunlardır:

- 1- Nikâh akdinin sıhhat şartlarından birisi eksik olması;
- 2- Akıl hastalığının zevâline sonra seçim hakkı (nikâh akdinin feshetme muhayyerliği);
- 3- Mehre İtiraz edilmesi (kadının mehri, mehr-e misilden daha az olması).

A.M.K.'nun 133.maddesinin ikinci fıkrasına göre akitten sonra meydana gelen bozukluklar şunlardır:

- 1- Hurmet-i Musâhare;
- 2- Li'ân (lanetleşme);

³ Afgânistan Medenî kânunu, mad: 176-197; Muhsin Koçak v.dğr., İslâm Hukuku, 4. Baskı (İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2017), 272-284; Abdürrahmân es-Sâbûnî, Ahkâmü't-Talâk fi'l-Fıkhü'l-İslâmî, 2. Baskı (Dübey: Dârü'l-Kalem, 1993), 99-142; Ahmet Yaman, İslâm Aile Hukuku, 18. Baskı (İstanbul: M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2016), 92-96.

⁴ Talâk ve fesih kavramlarının tarifi için bkz: İbu'l-Hümâm, Fethu'l-kadîr, 3: 20-21; es-Sâbûnî, Ahkâmü't-talâk fi'l-İslâm, 27-28; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, 1: 292-293.

⁵ Afgânistân Medenî Kânunu, mad: 131.

⁶ Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Manzûr, Lisânu'l-Arab (Beyrut: 1990), 3: 44; Ahmed b. Muhammed el-Feyyûmî, el-Misbâhu'l-Münîr fi Ğaribi'ş-Şerhi'l-Kebîr (Lübnân: 1987), 180.

⁷ Hamdi Döndüren, Delilleriyle Aile İlmihali (İstanbul: Erkam yayınları, 2013), 242-243; Zeynüddin b. İbrâhim İbn Nüceym, el-Eşbâh ve'n-Nezâir (Beyrût: 1985), 2: 195; Hayreddin Karaman, Mukâyeseli İslâm Hukuku (İstanbul: İrfân Matbaası, 1974), 293.

⁸ Afgânistân Medeni Kânunu, mad: 132.

3- Şirkte ısrar etme (İslâm dinini kabul eden kocanın, zevcesinin müslüman olmaya reddetmesi).⁹

b. Talâk Kavramı

Talâk hem masdar hem de tatlik manasına isim olarak kullanılmaktadır. Lügatte, “serbest bırakmak, bir şeyin bağına çözmek yahut bir bağı çözüp, bağı olanı salmak ve ayrılmak” anlamlarına gelmektedir.¹⁰ Aile hukukunda bir terim olarak, “belli sözler ve lafızlarla filhâl (müncez talâk) veya filmeâl (muallak talâk) olmak üzere sahih olan evlilik akdini ortadan kaldırmaktır”¹¹ şeklinde tarif edilmiştir. A.M.K.’nin 135.maddesinde de talâk aynı şekilde tanımlanmıştır ve talâk yetkisi bir hak olarak erkeğe verilmiştir.¹²

İslâm dini boşamayı son çare olarak meşru kılmıştır. İslâm aile hukukunda kocanın karısını boşama yetkisi kabul edilmiştir ve koca bu yetkiyi tek taraflı irade beyanıyla kullanabilmektedir. Kocanın hanımını talâk yetkisine sahip olması konusunda İslâm âlimlerin arasında görüş birliği vardır. Dolayısıyla tek taraflı irâdeyle talâkın meşruiyeti kitap (Kur’ân-ı Kerim) sünnet ve icmâ ile sabittir.¹³

İran Medenî Kânunu’nda talâk ile ilgili farklı düzenlemeler yapılmıştır. 1313 tarihli İran Medenî kânunu’nun 1133.maddesinde talâk şöyle tanınmıştır: “Erkek ne zaman isterse hanımını boşayabilmektedir”. Ama 138.8.19 tarihinde İran’da kanun koyucular tarafından, 1133.madde şu şekilde düzeltilmiştir (tadil): “Erkek kânundaki şartlara uygun olarak mahkemeye başvurarak talâk talebinde bulunabilmektedir”. Erkeğin karısını boşayabilmesi için ilk önce mahkemeye müracaat etmesi gerekmektedir. Aile mahkemesi önce karı koca arasını düzeltmek (ıslâh) için iki hakem tayin eder. Eğer onlar uzlaşmazsalar, mahkeme kocaya anlaşmazlık belgesini verip kocanın hanımını mahkemede ve en az iki şahit önünde boşaması gerekmektedir.¹⁴ Ama Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiye-yi Ehl-i Teşeyyü’de böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Erkek mahkemeye başvurmaksızın hanımını boşayabilmektedir.¹⁵

c. Tefrik (Kazâi boşanma) Kavramı

Tefrik lügatte, “iki şeyin birbirinden ayrılmak, bir bütünü parçalamak, aralarını açması” anlamına gelmektedir.¹⁶ Fıkıh ıstılahındaki anlamı ise, “Mahkeme tarafından, evlilik akdinin çözülmesi

⁹ Afgânistân Medenî Kânunu, mad:133; Abdülbasîr Fâyiz, Tavzihî der Kânun-e Medeni-yi Afgânistan (Kabil: 2008), 1: 165-168.

¹⁰ İbn Manzûr, Lisânu’l-Arap, 9: 226; Ebû Bekir er-Râzî, Muhtârü’s-Sıhâh (İstanbul: 1980), 228-229; Ömer Nasuhî Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstılahâtı Fıkhîyye kamusu (İstanbul: tsz), 2: 174-175.

¹¹ Heyet, el-Fetâvâl-Hindiyye (Bulak: 1894), 2: 505; Bedreddin Ebî Muhammed Mahmûd b. Ahmed Aynî, el- Binâye fi Şerhi’l-Hidâye (Beyrût: 1990), 5: 4; Bilmen, Hukukî İslâmiyye, 2: 175.

¹² Afgânistân Medenî Kânunu, mad: 135.

¹³ Alâuddin Ebû Bekr b. Mes’ûd el-Kâsânî, Bedâiu’s-Sanâi fi Tertîbi’ş-Şerâi (Beyrût: 1982), 3: 97; Ebû Bekr b. Abdülcélîl er-Rüşdânî Merğînânî, el-Hidâye Şerhu Bidâyeti’l-Mubtedî (İstanbul: 1991), 1: 229; Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mevsulî, el-İhtiyâr Li Ta’lîl’l-Muhtâr (İstanbul: 1996), 3: 121; Karaman, Mukâyeseli İslâm Hukuku, 1: 26; Döndüren, Delilleriyle İslâm Hukuku, 350.

¹⁴ İrân Medenî Kânunu, mad: 1133-1134, Nâsir Kâtuzyân, Kanun-e Medenî Der Nazm-e Hukuk-e Kanûnî, 13. Baskı (Tahrân: Mizân Yayınları, 1385 hş), 694-697.

¹⁵ Kanun-e Ahvâl-e Şahsiyye-yi Ehl-e Teşeyyü, mad: 140.

¹⁶ İbn Manzûr, Lisânu’l-Arap, 9: 300; Bilmen, Hukukî İslâmiyye, 2: 145.

ve evlilik yaşamına son verilmesi demektir”¹⁷. Bu tanıma göre erkeğin rızası aranmadan zevcenin mahkemeye başvurup ayrılma talebinde bulunması ve hâkimin boşanmaya karar vermesiyle mümkündür. Ancak hâkimin bu konuda takdir hakkı genel itibarıyla sınırlıdır ve hâkim, tefrik nedenlerin mevcudiyeti durumunda boşanmaya hükmetmek zorundadır.¹⁸ Şu ana kadar söz konusu kavramların sözlük ve terimsel anlamlarını hem A.M.K.’de hem de söz konusu kanunun temel kaynağı olan Hanefî mezhebinde ele almaya çalıştık şimdi ise asıl konumuza bağlı olan tefrikin hukukî dayanaklarını, bedensel kusur ve hastalık nedeniyle tefrik konusunda fikhî mezheplerin görüşlerini, Afgânistan ve İnan Medenî Kanunlarında konu ile ilgili düzenlemelerini ele alacağız.

B. Kazâi Boşanmanın Hukuki Dayanağı

a. Kur’ân-ı Kerim’de

İslâm hukukunda prensip olarak boşama hakkı kocaya verilmiştir. Ancak bu konuda zevcenin hakkı de kesinlikle ihmal edilmemiştir ve buna bazı prensip ve kurallar getirilerek, kocanın o kurallara uyulması istenmiştir.

Bakara Sûresi 229. âyette, Allah şöyle buyurmuştur: “الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان”
“Talâk, iki defadır, bundan sonra ya iyilikle tutmak ya da güzellikle salıvermektir”.¹⁹ Bu prensibe göre kadınlar, ya iyilikle tutulacak ya da güzellikle salıverilecektir. Yani salıvermenin de tutmanın da tek şartı güzellik ve iyiliktir. Eğer bunun dışında tutmaya çalışırsa, o zaman “iyilik” ortadan kaldırılıp, yerine zarar ve kötülük gelmiş demektir. Böyle bir durum ise kadın aleyhine bir zarar ve zulüm söz konusu olup ki ortadan kaldırılması gerekmektedir.²⁰ Yine de, Bakara Sûresi 231. ayette, erkeklere hitaben Allah şöyle buyurmuştur: “و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا به” “Haklarına tecavüz etmek için onları zararlı olacak şekilde tutmayın”. Bu âyet-i Kerime’de, kocaların zarar verecek şekilde hanımlarını yanlarında tutmaları yasaklanmıştır.²¹

İzâh ettiğimiz kurallara eğer erkek uyumazsa ve kadın da bundan zarar görürse ve koca meydana gelen zulüm ve zararı izâle etmiyorsa, işte bu durumda hâkim devreye girip zulme mani olmak ve zararı önlemek veya bertaraf etmek amacıyla boşanmaya hüküm verebilmektedir. Çünkü hâkimin önemli görevlerinden biri olan zararı bertaraf etmek ve zulme mani olmaktır. Dolayısıyla kadının zulüm ve zarara maruz kaldığı zaman, ona tefrik için mahkemeye başvurma hakkı verilmiştir.²²

b. Sünnette

Hiz. Peygamber’in tefrik hükmünü verdiği dair bir olay mevcut değildir. Ancak Hulefa-i Râşidîn döneminde tefrik konusunda bazı uygulamaları görmekteyiz. Mesela: Bir hanım Hiz. Ömer’e gelip kocasının kendisiyle cinsel ilişkide (cima) bulunmadığını söylemişti. Hiz. Ömer o hanıma bir sene

¹⁷ İbrâhim Acar, İslâm Aile Hukuku, 2. Baskı (İstanbul: 2018), 266; Karaman, Mukâyeseli İslâm Hukuku, 1: 293; Döndüren, Delilleriyle Aile İlmihali, 423.

¹⁸ Acar, İslâm Aile Hukuku, 266; Ahmet Yaman, İslâm Aile Hukuku, 8. Baskı (İstanbul: 2011),76.

¹⁹ el-Bakara, 2/229.

²⁰ İlyas Karşlı, “İslâm hukukunda Kazâi Boşanma”, (Yüksek lisans tezi Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1988), s. 9-10.

²¹ el-Bakara, 2/231; Acar, İslâm Aile Hukuku, 266.

²² Kâsânî, Bedâi’us-Sanâi, 2: 323; Muhammed Selâm el-Medkûr, el-Vecîz Li Ahkâmî'l-Usra (Mısır: 1975), 288.

mühlet verdi. Bir senenin sonunda kocasının henüz cinsel ilişkiye giremediği anlaşılınca, Hz. Ömer o hanımı muhayyer bıraktı ve kadın da kocasından ayrılmayı tercih etmişti. Bu olay üzerine Hz. Ömer, karı koca arasında tefrîke karar verdi ve bu tefrîki bir bâ'in talâk saydı.²³

İbn Sender diye hasî(iğdiş) bir kişi evlenmişti. Hz. Ömer o kişiye “ hasî olduğunu zevcene bildirdin mi?” diye sormuş. O kişi “hayır” cevabı verdi. Hz. Ömer İbn Sender’e şöyle demişti ki O’ kadına durumunu bildir ve onu muhayyer bırak.²⁴ Bu konuda Hz. Ali ve İbn Mesut’tan da aynı rivâyetler nakledilmiştir. Kâsânî diyor ki bu uygulamalar ahabın huzurunda gerçekleşmişti ve hiç kimsenin buna karşı çıktığını da nakledilmemiştir. Demek ki bu mevzuda ahabın icma’ı vardır.²⁵

Kazâi boşanmanın sebepleri üzerinde fikhî mezhepler arasında oldukça ihtilaflar bulunmaktadır. Çünkü bu konu içtihadî bir konudur. Bundan dolayı Hanefi müçtehitleri kazâi boşanma nedenlerini çok sınırlı ve dar tutmuşlardır. Mâlikî ve Hanbelilerin ise konu ile ilgili daha geniş bir bakışa sahip olduğu görülmektedir.²⁶

Hanefi ekolünün tefrîk sebeplerin konusunda sınırı hayli dar tuttuğundan dolayı, Afganistan’da kânun koyucular ihtiyaç hâsıl olunca dolaylı bir şekilde diğer mezheplerde yer alan müçtehitlerin görüşlerinden istifade etmişlerdir. A.M.K.’nin 1.maddesinin hükmüne göre, kanunda bir düzenleme mevcut olmayan meselelerde, hâkimin, adâleti daha iyi bir şekilde temin edebilmesi için, Hanefî mezhebinin temel esaslarına göre hüküm verilmesi gerekmektedir. Eğer bir mesele hakkında ne söz konusu kanunda ve ne de Hanefi mezhebinde hüküm mevcutsa, mahkemenin kanuna ve adâlet ilkelerine aykırı olmamak şartıyla genel örfü göre hüküm verilmesinin gerektiğini beyan edilmiştir.²⁷ Dolayısıyla bu maddeye göre A.M.K.’nin hazırlanması konusunda Hanefî mezhebi esas alınmıştır. Ancak söz konusu kanunda yer alan hükümler incelendiği zaman, nadiren Hanefî mezhebinin dışına çıkılıp diğer fikhî mezheplerinin görüşlerine göre hüküm verilmiştir. Hatta A.M.K.’nin meşhur dört fikhî mezhebinin de dışına çıkıldığı müşahede edilmektedir. Şimdi Konu daha iyi anlaşılabilmesi için bazı örnekleri ele almaya çalışacağız:

1. Hanefî mezhebinde ikrah altında yapılan talâkın vaki/geçerli olduğuna rağmen,²⁸ A.M.K.’da diğer fikhî mezheplerin görüşlerini tercih edilerek ikrah altında yapılan talâk geçersiz sayılmıştır.²⁹

²³ Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhid İbü'l-Hümmam es-Sivâsî, Şerhu Fethu'l- Kadîr (Bûlâk: 1316 h.), 3: 263; Kâsânî, Bedâi'us-Sanâi, 2: 322; Acar, İslâm Aile Hukuku, 266.

²⁴ Muhammed b. Abdüllâh b. Ahmed b. Kudâme, el-Muğnî fi Fıkhı'l-İmâm Ahmed b. Hanbel (Kâhire: tsz), 6: 652.

²⁵ Kâsânî, Bedâi'us-Sanâi, 2: 322-323; Acar, İslâm Aile Hukuku, 266.

²⁶ Muhammed Ebû Zehra, el-ahvâlü's-şahsiyye(Kâhire: Dârü'l-fikri'l-arabî, 2005), 348-370; Hayreddin Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku(İstanbul: İrfan Yayınevi, 1974), 313-320; Halil İbrahim Acar, İslâm Aile Hukuku, 2. baskı(İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2018), 267; Karaman, Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku 19.baskı(İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2016), 2: 121-126; Mehmet Âkif Aydın, “Osmanlı Hukukunda Kazâi Boşanma”, Osmanlı Araştırmaları Dergisi, sy: 5,(1986), 2-6.

²⁷ Afgânistan Medenî Kanunu, mad: 1.

²⁸ el-Kâsânî, Bedâi'us-Sanâi, 7: 182.

²⁹ Afgânistan Medenî Kanunu, mad: 141.

2. Üç talâkın aynı anda yahut aynı mecliste kullanılması halinde cumhura göre(dört mezhep imamı dâhil) üç talâk olarak geçerlidir.³⁰ Ancak A.M.K.'da Zeydiye mezhebi, İbn Teymiyye ve İbn Kayyim'in görüşleri³¹ tercih edilerek, bir mecliste yahut aynı anda yapılan üç talâkın tek bir talâk olarak vuku bulunduğu kabul edilmiştir.³²
3. A.M.K.'da kadın şiddetli geçimsizlik ve zarar nedeniyle mahkemeye başvurarak tefrîk talebinde bulunabilir.³³ Bu konuda söz konusu kanun Hanefî mezhebinin dışına çıkarak Mâlikî mezhebine göre hüküm vermiştir. Zira Hanefî mezhebine göre söz konusu sebepten dolayı tefrîk câiz değildir.³⁴
4. Kocanın makûl bir mazereti olmaksızın üç yıl yahut daha fazla bir süre kaybolmasından dolayı, kadın hâkime müracaat ederek tefrîk talebinde bulunabilir.³⁵ Gördüğümüz gibi A.M.K. bu konu da Hanefî mezhebinin görüşünü terk edip Hanbeli mezhebinin görüşüne göre hüküm vermiştir.³⁶
5. A.M.K.'nın 191.maddesinin hükmüne göre, Kocanın nafakayı temin etmemesi yahut edememesi sebebiyle, kadın mahkemeden tefrîk talebinde bulunabilir.³⁷ Burada da söz konusu kanun Hanefî mezhebinden çıkıp Malikî mezhebini tercih etmiştir.³⁸
6. Kocanın on yıl yahut bundan fazla bir müddet hapse mahkûm edilmesinden dolayı Kadının A.M.K.'nın 196.maddesinin hükmüne göre mahkemeye başvurup tefrîk talebinde bulunabilir.³⁹ Görüldüğü gibi bu konuda A.M.K. Hanefî mezhebinin görüşünü terk edip Malikîlerin görüşünü benimsemiştir. Çünkü Hanefîlere göre kocanın nafakayı temin etmemesi, kaybolması ve hapse çarptırılması sebebiyle kazâ boşanma câiz değildir⁴⁰
7. İbn Şübrüme ve Ebu Bekr el-Esam gibi bazı âlimler dışında diğer İslâm âlimlerinin ekseriyetinin nikâh akdi için asgari bir yaş sınırının getirmemesine⁴¹ rağmen Afgânistan Medenî Kanunu kızlara on altı, erkeklere on sekizi nikâh akdinin geçerli sayılabilmesi için asgari yaş olarak tayin edip yeni bir içtihat ortaya koymuştur.⁴²

Hanefî ekolüne göre koca mahkemeye başvurarak tefrîk talebinde bulunamaz çünkü prensip olarak boşama yetkisi ona aittir her hangi bir zarara maruz kaldığı ve evlilik hayatından memnun kalmadığı zaman talâk yetkisini kullanarak kendisini zarardan kurtarabilmektedir. Dolayısıyla kazâ boşanma kadınlara mahsus bir haktır⁴³. A.M.K.'da da kazâ boşanma hakkı sadece kadına verilerek bu mevzuda Hanefîlerin görüşünü kanunlaştırılmıştır.⁴⁴ Söz konusu kanuna göre kazâ boşanmaya neden

³⁰ İbn Kudâme, el-Muğnî, 8: 243; Serâhsî, el-mebsût, 6: 57.

³¹ İbn Kayyim, Zâdü'l-meâd, 5: 227-228; İbnü'l Hümmam, Fethu'l-Kadîr, 3: 468.

³² Afgânistân Medeni Kânunu, mad: 145.

³³ Afgânistân Medeni Kânunu, mad: 183-184.

³⁴ İbn Rüşd (el-Hafid), Bidâyetü'l-Müctehid, 2: 99; Ebû Zehra, el-ahvâlü's-şahsiyye, 360-366.

³⁵ Afgânistân Medeni Kânunu, mad: 194.

³⁶ İbn Kudame, el-Muğnî, 9: 131; el-Mevsûatü'l-fikhîyetü'l-Kuveytiyye (Mısır: Metâbiu' daru's-safve), 29: 64.

³⁷ Afgânistân Medeni Kânunu, mad: 191-193.

³⁸ İbn Rüşd (al-hafid), Bidâyetü'l-Müctehid, 2: 51.

³⁹ Afgânistân Medeni Kânunu, mad: 196-197.

⁴⁰ Vehbetü'z-zühaylî, el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletühû, 9: 416.

⁴¹ Serâhsî, el-Mebsût, 4: 212.

⁴² Afgânistân Medeni Kânunu, mad: 70.

⁴³ Ahmed el-Hüsârî, el-velâye el-Vesâye et-Talâk Fi'l- fıkhu'l- İslâmî Li'l-Ahvâlî's-Şahsiyye (Beyrût: 1992),681.

⁴⁴ Afgânistân Medeni Kânunu, mad: 135, 176-197.

olan hastalık ve kusur(ayıp), fenâ muâmele ve zarar, kocanın nafakayı temin etmemesi, evi terk etmesi (kaybolması) ve hapsa çarptırılması olmak üzere beş sebep vardır. Hanefî mezhebi, ancak kocada bulunan cebb, innet ve hısâ gibi kusur ve hastalıklardan dolayı kazâî boşanmayı câiz görmüşlerdir. Zikrettiğimiz diğer sebepler ise A.M.K.'da Mâlikî ve Hanbelî mezheplerin görüşlerine göre kanunlaştırılmıştır. Biz bu makalede bedensel kusur ve hastalık sebebiyle kazâî boşanma/tefrîk konusu üzerinde duracağız.

C. Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Kazâî Boşanma

a. Hastalığın Tarifi ve Hükmü

Hastalıktan amaç, cünûn, cüzzam, çiçek ve baras gibi cinsel birleşmeye mani olmamakla beraber, karı koca arasında tiksinti ve nefret doğuran, sirâyete eden ve evlilik hayatı zorlaştıran vaziyetlerdir.⁴⁵

Bedensel Kusur ve ayıp ise, erkek ve kadının cinsel uzvunda (fercinde) bulunan ve cinsel birleşmeye engelleyen sebep ve durumlardır. Erkekten bulunan innet (iktidârsızlık), hısâ (husyerleri çıkarılmış olması) ve cebb (cinsel uzvunun kesik olması) ayıplar; kadından da cinsel uzvunun (fercinin) kemik yahut etle kapalı olması gibi durumlardan ibarettir.⁴⁶

b. Hükmü

İslâm hukukçular arasında bedensel kusur ve hastalığın tefriki neden olup olmayacağı konusunda ihtilâf vardır. Bu konudaki görüşleri ele almaya çalışacağız:

Zâhirîler, Kur'ân-i Kerim ve sünnette bu konu ile ilgili herhangi bir nass ve delil olmadığı için, karı koca hiç birinin ayıp ve hastalık nedeniyle mahkemeye başvurup tefrik talebinde bulunması câiz değildir, söylemişlerdir. Şevkânî (v.751/1350) de aynı görüştedir. Ancak nikâh akdinde eşler arasında ayıp ve hastalıktan sâlim olma şartı bulunuyorsa ve söz konusu şartın tam tersini çıkmışsa, o zaman akid bâtil olup hiçbir sonuç doğurmaz.⁴⁷

İslâm âlimlerinin büyük çoğunluğu (Hanefî, Mâlikî, Şafiî, Hanbelî ve Ca'ferî), belirli bedensel ayıp ve hastalıklardan dolayı mahkemeden boşanma talep etme hakkının câiz olduğunu belirtmişlerdir. Ancak, karı koca her ikisinin de boşanma hakkına sahip olup olmayacağı ve boşanma hakkını doğuracak ayıp ve hastalıklar neler olduğu hususunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır.⁴⁸

c. Bedensel Kusur ve Hastalığın Sınırı Olmadığına Dair Bir Görüş

⁴⁵ Karaman, Mukâyeseli İslâm Hukuku, 1: 314; Muhammed Mustafa Şelebi, Ahkâmü'l-Üsra fi'l İslâm (Beyrût: 1977), 567; Mustafa Sîbâî, el-Mer'etu beyne'l-fıkhî ve-Kânûn (Beyrût: 1975), 140.

⁴⁶ Vehbetü'z-Zühaylî, el-Fıkhü'l İslâmî ve Edilletuhu (Dîmeşk: 1989), 9: 404; Sîbâî, el-Mer'etu beyne'l-fıkhî ve-Kânûn, 140.

⁴⁷ Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Said b. Hazm, el-Muhallâ, thk. Ahmed Muhammed Şâkir (Kâhire: Dâru't-Turâs, tsz), 9: 58-62,109; Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî, Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr mine'l-Ahâdis-i Seyyidi'l-Ahyâr (Kahire: 1952), 6: 287; Sîbâî, el-Mer'etu beyne'l-fıkhî ve-Kânûn, 140; Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Rüşd (el-Hafîd), Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid (İstanbul: 1985), 2: 42; Acar, İslâm Aile Hukuku, 266; Karaman, Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku, 19. Baskı (İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2016), 121-122.

⁴⁸ İbnu'l-Hümâm, Fethu'l-Kadîr, 4: 297; İbn Rüşd, Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, 2: 42; İbn Kûdâme, el-Muğnî, 9: 56.

Kadı Şureyh (v. 701), Zührî (v. 742), İmâm Muhammed (v. 805) Ebû Sevr (v. 860), İbn Teymiyye (v. 1337) ve İbn Kayyim el-Cevziyye (v. 1350) gibi müçtehitlerin görüşlerine göre, evlilik akdinin asıl gâyesine ve cinsel birleşmeye mani olan, karı koca arasında muhabbet ve sevgiyi kaldıran dolayısıyla nefret doğuran her türlü ayıp ve hastalıklardan dolayı eşlerin (İmâm Muhammed'e göre sadece kadının) mahkemeye başvurup tefrîk talebinde bulunma hakkı vardır.⁴⁹

D. Fikhî Mezheplerinde Bedensel Kusur ve Hastalık Nedeniyle Tefrîk Hakkı

a. Hanefî Ekolünün Görüşü

Hanefî ekolüne göre, ayıp ve hastalıktan dolayı sadece ve sadece zevce(kadın) mahkemeye başvurarak ayrılma talebinde bulunabilir. Çünkü erkeğin, ayıp ve hastalıktan dolayı zarara maruz kaldığı zaman, boşama hakkını kullanarak kendisini kurtulabilmektedir. Bu nedenle erkeğin, herhangi bir kusur veya hastalıktan dolayı mahkemeye müracaat etmesi dolayısıyla zevceyi teşhir etmesi, pek doğru ve isabetli değildir. Kadın ise prensip olarak boşama hakkı/yetkisi elinde olmadığı için, hastalıklardan dolayı kendisine gelebilecek zarardan kurtarmak amacıyla mahkemeye başvurarak ayrılma (talâk) talebinde bulunma hakkı vardır.⁵⁰

b. Cumhurun Görüşü

Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî ve Ca'feriler'e⁵¹ göre ayıp ve hastalıklardan dolayı karı koca her ikisi yargı kurumuna başvurarak boşanmayı talep edebilmektedirler. Yani kadının hakkı olduğu gibi, kadında bulunan, cinsel birleşmeye mani olan yahut nefret ve tiksinti doğuran herhangi bir kusur ve hastalıktan dolayı, erkeğin mahkemeye başvurma ve tefrik talebinde bulunma hakkı vardır. Çünkü koca, her ne kadar boşama yetkisine sahip olsa bile, boşanmanın sonucunda kadına mehir vermesi gerektiğinden, evlilik akdinin boşama (talâk) şeklinde sona ermesi, mali sorumluluğun açısından, kocanın aleyhine olmaktadır. Oysa hanımda ayıp veya hastalığın bulunmasında kocanın bir suçu yoktur. Kusur ve suçu olmayan bir nedenden dolayı, kocayı mehir ödemeye mahkûm etmek, ona zulüm, zarar ve haksızlık olur. Bu sebeple kadının hakkı olduğu gibi kocanın de tefrîk için yargıya başvurma hakkı olmalıdır.⁵²

E. Kazâî Boşanmaya Sebep Olan Bedensel Kusur ve Hastalıklar

a. Hanefilerin Görüşü

Hanefî mezhebinde, bedensel ayıp veya hastalıktan dolayı sadece zevcenin(kadın) boşanma (tefrîk) hakkına sahip olduğu konusunda görüş birliği vardır. Ancak bu ayıp ve hastalıkların neler olduğu hususunda mezhepteki müçtehitler arasında ihtilâf vardır.

⁴⁹ Muhammed b. Ebî Bekr b. Kayyim el-Cevziyye, Zâdu'l-Meâd, trc. Mehmet Erdoğan v.dğr. (İstanbul: 1990), 5: 2167; İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-kadîr, 4: 303-304; Zekiyyüddîn Şa'bân, el-Ahkâmü's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye (Bingâzî: 1993), 485; Şelebî, Ahkâmü'l-Ûsra, 567; Sibâî, el-Mer'e, 140; Abdürrahmân es-Sâbûnî, Medâ Hürriyyeti'z-Zevceyni fi't-Talâk fi's-Şeriat'l-İslâmiyye (Dârü'l-Fikr: 1968), 2: 678.

⁵⁰ Merğînânî, el-Hidâye, 2: 28; İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-Kadîr, 4: 303; Şa'bân, Ahvâlu's-Şahsiyye, 582; Sibâî, el-Mer'e, 140-141.

⁵¹ Caferilere göre karı kocanın mahkemeye başvurmaksızın belli ayıp ve hastalıklar sebebiyle nikâh akdini feshedebilirler. Bkz: Nâsır Kâtuzyân, Hukuk-e Medenî-yi Hânevâde (Tahrân: 2003), 235-239.

⁵² İbn Rüşd, Bidâye, 2: 42; Şihâbüddin Ahmed b. İdrîs el-Karâfi, ez-Zehîra, thk: Muhammed Buhbuze (Beyrût: Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, 1994), 4: 419, 428; Şirbînî, Muğni'l-muhtâc, 3, 202; İbn Kudâmâ, el-Muğni, 10, 55; Muhammed b. Abdullâh ez-Zerkeşi, Şerhu'z-Zerkeşi alâ Muhtasar'l-Hırakî (Riyâd: 1993), 5, 241; Zühaylî, Fıkıhu'l İslâmî, 9, 406.

İmâm Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre, sadece zevce, kocada mevcut olan cinsel organla ilgili ayıplardan dolayı boşanma (tefrîk) hakkına sahiptir. Bu ayıplar ise, erkeğin innûn (cinsel yünden iktidârsız) olması, mecbûb (cinsel uzvunun kesik) olması ve hısî (husyelerin çıkarılmış/iğdiş) olmasıdır. Bu üç ayıbın tedâvisi mümkün olmadığı yahut tedâvisi uzun süre gerektirdiği gibi zararı da devamlıdır. Bu ayıplar var oldukça evlilik akdinin asıl gâyesi olan neslin çoğalması ve kötü (harâm) yollardan korunması mümkün değildir. Bu yüzden zikri geçen üç ayıptan dolayı meydana gelen zarardan korunma, sâdece zevceye boşanma (tefrîk) hakkı vermekle mümkündür.⁵³

İmâm Muhammed'e göre bu üç ayıba ilâveten cünûn, baras (alaca) ve cüzzam gibi kadının zararına olan, tiksinti ve nefret doğuran bütün bedensel kusur ve hastalıklardan dolayı, kadın için mahkemeye müracaat etme ve boşanma (tefrîk) talebinde bulunma hakkı vardır.⁵⁴

b. Cumhuriyetin Görüşü

Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelilere göre ayıp ve hastalık nedeniyle karı koca her ikisinin de hâkime müracaat ederek boşanma (tefrîk) talebinde bulunma hakkı vardır. Cumhuriyet fukahâ, yukarıda zikrettiğimiz ve Hanefî mezhebinde İmâm Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'un kabul ettiği ayıplar ile İmâm Muhammed'in kabul etmiş olduğu hastalıklar (cüzzam, baras ve cünûn) konusunda ittifâk etmekle beraber, bunların dışındaki bazı hastalık ve kusurlar hususunda ihtilâf etmişlerdir.⁵⁵ Yeri gelince bunları detaylı olarak inceleyeceğiz.

Cumhuriyet, bedensel kusur ve hastalıktan dolayı karı koca her ikisine boşanma (tefrîk) hakkını verilmesini ve bu hastalıkların sayısı ve sınırının geniş tutulmasını şu şekilde izâh etmektedirler: Bedensel kusur ve hastalıklardan birinin, erkekte yahut kadında bulunması halinde, neslin devamı ve kötü (harâm) yollardan korunma gâyesi tahakkuk edilemez. Bu nedenle bunları sadece ve sadece erkeğe hasretmek doğru değildir. Diğer taraftan akıl hastalığı (cünûn), baras (alaca) ve cüzzam gibi hastalıklardan kaynaklanan zararlar da, cinsel uzvuyla ilgili ayıpların zararlarından fazla olmazsa az da değildir. Bunlar da karı koca arasında zarar ve nefrete sebep olmakla beraber, birlikte yaşamayı zorlaştırır. Dolayısıyla karı kocanın cinsel organıyla ilgili ayıplardan dolayı boşanma (tefrîk) hakkı olduğu gibi cünûn, baras ve cüzzâm gibi hastalıklardan dolayı da boşanma (tefrîk) hakkı gereklidir.⁵⁶

F. Afgânistan Medenî Kânunu'nda

Yargı yolu ile ayrılma konusunda Afgân hukuk sisteminde ilk sebep olarak, kocada bulunan ayıp ve hastalıklar zikredilmiştir. Fakat A.M.K.'da kocada mevcut olan ve zevce için boşanma hakkını

⁵³ Mergînânî, el-Hidâye, 2: 26; İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-Kadîr, 4: 305; İbn Abidîn, Raddü'l-Muhtâr, 3: 494; Muhammed Ebû Zehra, el-Ahvâlü's-Şahsiyye (Kâhire: Dâru'l-Fikrî'l-Arabî, 2005), 355-356; Abdurrahman el-Cezirî, Kitâbu'l-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Erbâa, 3. Baskı (Mısır: el-Mektebetü't-Ticâriyetü'l-Kübrâ, tsz), 4: 180.

⁵⁴ İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-Kadîr, 4: 303-304; Sibâî, el-Mer'e, 141; Muhammed Selâm el-Medkûr, el-Vecîz li-Ahkâmi'l-Ûsra (Mısır: 1975), 315.

⁵⁵ İbn Rüşd, Bidâye, 2: 42 vd; Ebû'l-Berakât Ahmed b. Muhammed ed-Derdîr, eş-Şerhu's-Sağîr alâ akrabi'l-Mesâlik ilâ mezhebi'l-İmâmî'l-Mâlik (Kâhire: Dâru'l-Marifa, tsz), 2: 467; Şemsüddin Muhammed b. Hatîb eş-Şirbînî, Muğnî'l-muhtâc (Mısır: Dâru'l-Fikr, tsz), 3: 202; İbn Kudâme, el-Muğnî, 10: 55; Şa'bân, Ahvâl, 484; Sibâî, el-Mer'e, 141.

⁵⁶ Şa'bân, el-Ahkâmü's-Şer'iyye fi'l-Ahvâlî's-Şahsiyye, 484; Abdurrahman El-Cezirî, Kitâbu'l-Fıkıh Ale'l-Mezâhibi'l-Erbâa, 4: 181-198.

gerektiren ayıp ve hastalıkların neler olduğu net bir şekilde belirtilmemiştir. Söz konusu kanunun 176.maddesi konu ile ilgili şöyle hüküm vermiştir: “Kocada bulunan ve tedavisi mümkün olmayan ya da mümkünse uzun süreyi gerektiren kusur ve hastalıklar ve karısı bu kusur ve hastalıklardan külliyen zarar görmesi şartıyla, zevce mahkemeye başvurarak ayıp nedeni ile tefrik talebinde bulunabilmektedir”⁵⁷. Bu maddeye göre bir ayıp ve hastalığın kadın için bir tefrik sebebi olabilmesi için üç şarta bağlanmıştır:

- 1- Tedavisi mümkün olmayan ayıp ve hastalıklardan olması;
- 2- Tedavisi mümkün olsa bile uzun süreli tedavi gerektiren ayıp ve hastalık olması;
- 3- Kadının bu bedensel kusur ve hastalıktan dolayı külliyen zarar görmesi şarttır⁵⁸.

Abdülkâdir Adâlethâh aile hukuku(hukuk-e fâmîl) adlı eserinde bu kânun maddesini şöyle izah etmiştir: “ Cebb (erkeğin cinsel uzvunun kesilmiş), innet (iktidarsızlık) ve hısâ (husyeleri çıkarılmış) gibi cinsel birleşmeye mani olan bedensel kusurlar, cüzam, akıl hastalığı (cünûn), baras (alaca), nefret doğuran ve zarar verici hastalıklar da bu maddenin kapsamına girmektedir”⁵⁹.Ancak zevcenin ayıp ve hastalık nedeni ile mahkemeye başvurarak boşanma talebinde bulunabilmesi için birkaç şart vardır: Birincisi, zevcenin evlilik akdi esnasında ve evlilikten önce erkekte mevcut olan hastalıktan haberdar olmaması, eğer kusur ve hastalık evlilik akdinden sonra meydana gelirse, kadının sarîh yahut zımnî bir şekilde buna rıza göstermemesi şarttır. Aksi takdirde zevce boşanmayı talep etmek için mahkemeye başvuramaz. İkincisi ise söz konusu ayıp ve hastalıkların tespiti için tıp alanında uzman ve bilirkişilerden bilgi alınmasıdır⁶⁰. Yani zevce, ayıp sebebiyle mahkemeye başvurduğu zaman, kadı, söz konusu hastalık ve ayıbın boşanmaya sebep olan bir hastalık olup olmadığını tespit etmek amacıyla, şehirdeki sağlık başkanlığın dairesinden yazılı olarak bilgi ister ve mahkeme uzmanlardan aldığı bilgiye göre hareket eder⁶¹. Eğer ayıp ve hastalığın tedavisi için uzun bir zaman gerekirse, mahkeme bir seneye kadar kocaya mühlet verir, koca bu müddet içerisinde iyileşmez ve kadın da boşanma talebinde ısrar ederse, mahkeme tefrike hükmeder ve aralarını ayırır⁶². A.M.K.’nun176-182.maddeleri ayıp ve hastalık sebebiyle kazâî boşanma konusunda, İmâm Muhammed’in görüşüne göre düzeltilmiştir.⁶³

⁵⁷ Afgânistân Medenî Kânunu, mad: 176.

⁵⁸ Nazâmüddin Abdullah, Aile Hukuku (Kabil: İntişarat-e Said, 1394 hş), 1: 343-351.

⁵⁹ Abdülkâdir Adâlethâh, Aile Hukuku (Kabil: Mmatbaayı Meyvend, 1387 hş), 236.

⁶⁰ Afgânistân Medenî Kânunu, mad: 177-178; Kânun-e Usûl-e Mahâkemât-e Medenî-yi Afgânistân, Resmî, Cerîde, sy: 722, 1369hş., mad: 175.

⁶¹ Adâlethâh, Aile Hukuku, 237.

⁶² Afgânistân Medenî Kânunu, mad: 179.

⁶³ Madde 176: Kocada bulunup tedavisi mümkün olmayan ya da mümkünse uzun süreyi gerektiren kusur ve hastalıklar ve karısı bu kusur ve hastalıklardan dolayı külliyen zarar görmesi şartıyla, zevce mahkemeye başvurarak ayıp nedeni ile tefrik talebinde bulunabilmektedir.

Madde 177: Eğer kadın evlenme sırasında 176. maddede zikredilen ayıp ve hastalıkları bilirse ya da evlilikten sonra meydana gelen kusur ve hastalıklara açıkça ya da zımnî (dolaylı) olarak rızasını göstermişse, mahkemeden tefrik talebinde bulunamaz.

Madde 178: 176. maddedeki ayıp ve kusurların ispatlanması için tıp alanında uzmanların görüşleri alınacaktır.

Madde 179: Her ne zaman kocada bulunan kusur ve hastalığın tedavisinin mümkün olamayacağı tespit edilirse, mahkeme derhal tefrike hükmeder. Eğer kusur ve hastalığın tedavisi mümkün ama tedavisi uzun süre gerektiriyorsa, mahkeme tefrik talebini bir seneye kadar erteleyecektir.

Madde 180: Ayıp ve hastalık nedeniyle tefrik bâin talâktır.

İslâm hukukunda, Zâhirîler dışında cumhur fukahâ, zevcenin kocasında mevcut olan cebb (cinsel uzvunun kesik olması), innet (iktidarsızlık) ve hısâ gibi cinsel birleşmeye mani olan ayıp ve hastalıklardan dolayı boşanma için mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğu üzerinde görüş birliği vardır. Kocada mevcut olan ayıplar ispat edilirse, mahkeme karı koca arasında boşanmaya karar verir. Zira neslin devamı evliliğin maksadıdır ve bu tür ayıplar bu maksada manidir. Ayrıca cebb gibi kusurlar daimi olduğu için ancak tafisi boşanma ile mümkündür⁶⁴. Şimdi konu ile ilgili mezheplerin görüşlerini detaylı olarak ele almaya çalışacağız:

Hanefîler ayıp ve hastalık sebebiyle mahkemeye müracaat hakkını zevceye mahsus kılmışlardır. Erkeğin böyle bir hakkı yoktur çünkü talak onun elindedir. İmam Ebu Hanife (ö.150) ve Ebu Yusuf'a (ö.182) göre zevce sadece innet, cebb ve hısâ ayıplardan dolayı tefrik için mahkemeye başvurabilir. İmam Muhammed'e (ö.189) göre cüzzam, akıl hastalığı ve alaca (baras) başta olmak üzere kadın kocasıyla beraber yaşadığı takdirde zarar gördüğü her tür ayıp ve hastalıklardan mahkemeye müracaat edebilir⁶⁵.

Zevce, zikredilen ayıplardan biri sebebiyle mahkemeye başvurduğu zaman, eğer söz konusu ayıp ve hastalık hısâ ve innet gibi tedavisi mümkün olan bir kusur ise, mahkeme ayıplı olan kocaya bir sene mühlet verir. Bir yıl boyunca durum değişmeyip aynı şekilde devam ederse, zevce muhayyerdir. Kadın boşanmayı seçtiği halde, kocası onu boşamazsa hâkim aralarını ayırır. Bu tefrik bir bâ'in boşama hükmündedir⁶⁶.

Malikî mezhebine göre ayıp ve hastalıklar karı koca her ikisi için tefrik hakkı kazandırmaktadır. Akıl hastalığı (cünûn), alaca ve cüzzam gibi ayıplar karı koca her ikisi için; innet, hısâ, cebb ve i'tirâd karı için; karan, afel, buhur ve ratak gibi bedensel kusurlar koca için tefrik sebebidir. Mâlikîler de aynı Hanefîler gibi tedavisi mümkün olan hastalıklar için bir sene mühlet tanımışlardır ve onların nezdinde de hâkimin kararıyla boşanma, talak-ı bâ'in sayılmaktadır⁶⁷.

Şâfiî mezhebinde de ayıp ve hastalık nedeni ile tefrik talebi her iki taraf için sabittir. Şâfiîler kocada bulunan innet (iktidarsızlık) ve cebb; zevcede bulunan karan ve ratak, karı koca her ikisinde bulunan alaca (baras), akıl hastalığı (cünûn) ve cüzzam ayıp ve kusurlardan dolayı diğer taraf için muhayyerlik hakkı kazandırır. Yine hasta kişinin tedavisi için bir yıl mühlet verilir. Ayıp ve hastalık sebebiyle yargı yoluyla boşanma, Şâfiî nezdinde talâk değil, fesih olarak kabul edilmiştir⁶⁸.

Hanbelilere göre karı koca her ikisi bedensel kusur ve hastalık sebebiyle mahkemeye başvurup tefrik talebinde bulunabilirler. İnnet (iktidarsızlık), cebb (cinsel uzvunun kesik olması), afel, fatak,

Madde 181: Ayıp sebebiyle boşanmanın hürmeti müebbede(sonsuz haramlılık) gerektirmez, karı koca iddet içerisinde veya iddetten sonra evlenebilirler.

Madde 182: Eğer aralarında ayıp nedeniyle tefrike hükmedilen karı kocadan birisi ölürse, öbürü ondan miras almayı hak etmemektedir.

⁶⁴ el-Hüsarî, el-Velâye-el-Vesâye, 681-682.

⁶⁵ Kâsânî, 2: 323-325; Serahsî, 5: 100-104; Merğînânî, el Hidâye, 2: 26-27; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, 314.

⁶⁶ Serahsî, el-Mebsût, 5: 100-1004.

⁶⁷ İbn Rüşd (el-Hafid), Bidâyetü'l-Müctehid, 2: 50-52.

⁶⁸ Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs eş-Şâfiî, el-Ümm (Beyrût: Dâru'l-Marifa, tsz), 5: 119; Şirbînî, Muğnî'l-muhtâc, 3: 202-209.

karan, alaca (baras) ve delilik, boşanma hakkını gerektiren ayıp ve hastalıklardır. Bunların dışında körlük ve topallık gibi ayıp ve hastalıklar muhayyerlik doğurmaz. Hanbelilere göre ayıp nedeniyle meydana gelen boşanma, fesihdir⁶⁹.

İbn Hazm Zâhirî ve Şevkânî 'ye (ö.1250) göre konu ile ilgili bir nass ve delil mevcut olmadığı için gerek evlilik akdin esnasında var olup, gerekse nikâh akdinden sonra meydana gelen hiçbir hastalık ve bedensel ayıp ve kusurdan dolayı, nikâh akdi feshedilemez ve mahkemenin evliliğe son verme konusunda nass olmadığı halde, böyle bir yetkisi yoktur. Ancak eğer nikâh akdinde karı kocanın ayıplı olmadığı için bir şart varsa ve akitten tam tersi bir şey çıksa, o zaman nikâh akdi bâtil olur⁷⁰.

Hanbelilerden İbn Kayyım el- Cevziyye 'ye (ö. 752/1354) göre eşler arasında cinsel birleşmeye engel teşkil eden, evliliğin gâyesinden olan muhabbet ve sevgiyi engelleyen, zarar, tiksinti ve nefret doğuran her türlü ayıp ve hastalıklar tefrîk talebine sebep olabilmektedir. İbn Kayyım'e göre dilsizlik, körlük, topallık, kısırlık ve sağırlık bile tefrîke sebep teşkil edebilecek bedensel kusur ve hastalıklardır⁷¹

Ca'ferî mezhebinde ayıp ve hastalıklar, genel itibarıyla evliliğin feshine sebep olan hususlardır. Yani karı koca mahkemeye başvurmaksızın kendi iradeleriyle ayıp ve hastalıklardan dolayı evlilik akdini feshedebilirler. Fakat bu bedensel kusur ve hastalıklar neler olduğu üzerinde mezhepte ihtilâf vardır. İmâm Sadıktan rivâyet edilen bir görüşe göre alaca (baras), cüzam, akıl hastalığı, körlük ve topallık karı koca arasında ortak ayıp ve hastalıklardır⁷². Diğer bir rivâyete göre hısâ, innet, cebb ve cünûn erkeğe mahsus; cüzam, alaca (baras), karan, akıl hastalığı, ifdâ, körlük ve topallık kadına mahsus olan ve nikâh akdinin feshini gerektiren ayıp ve hastalıklardır⁷³. Birçok caferî âlimine göre, kocanın iktidarsız (innîn) olması hâlinde, bu ayıbın tespiti ve tedâvisi için kocaya mühlet verilmesinden dolayı, kadının mahkemeye başvurması gerekmektedir. Ancak zevcenin bedensel kusur ve hastalık nedeniyle tefrîk davâsını açabilmesi için evlilik akdinden önce bundan haberdar olmaması yahut akitten sonra meydana gelirse eşyle bir kez bile cimâ (cinsel birleşme) yapmaması şarttır⁷⁴.

G. İrân Medenî Kânunu ve Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü

Caferî fıkından kaynaklanan, Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye'yi Ehl-i Teşeyyü'de ve Kânun-ı Medenî-yi İrân'da ikinci görüş tercih edilmiştir. Yani her iki taraf için akıl hastalığı (cünûn); kocada bulunan cebb, hısâ ve innet (iktidarsızlık); kadında mevcut olan cüzam, alaca (baras), karan, ifdâ, topallık ve körlük kusur ve hastalıklarından dolayı diğer taraf için nikâh akdinin feshini gerektirebilmektedir⁷⁵.

⁶⁹ İbn kudâme, el-Muğnî, 7: 140-154.

⁷⁰ İbn Hazm, el- Muhallâ, 4: 280.

⁷¹ İbnü'l- Kayyim el-Cevziyye, Zâdu'l-Meâd, 5: 284-286; Karaman, Mukâyeseli İslâm Hukuku, 314-315; Zühayli, el Fıkhü'l-İslâmî, 7: 515; Şelebi, Ahkâmu'l-Üsra fi'l-İslâm (Beyrût: 1977), 567.

⁷² Ebû Mansur el-Hasan b. Yusuf b. Muhtâr el-Hillî, kevâ'idü'l-Ahkâm fi Ma'rifeti'l-Helâl ve'l-Harâm (Kum: 1419), 2: 33; Ebû Cafer Muhammed b. el-Hasan et-Tûsî, Tehzîbu'l-Ahkâm (Nacaf: tsz), 2: 232.

⁷³ Ebû'l-Kâsım Necmüddin Ca'fer b. Hasan el-Hillî, el-Muhtasarü'n-Nafi fi Fıkhil'Îmâmiyye (Beyrût: 1985), 210; Muhammed Cevâd el-Muğniyye, ez-Zevâc ve't-Talâk ale'l-Mezâhibi'l-Hamsa (Beyrût:1960), 52; Muhammed Cemâlüddîn b. el-Mekki el-Âmilî, er-Revdatu'l-Behiyye fi Şerhi el- Lumatu'd-Dımeşkiyye, thk. Abdullâh es-Sebtî (Kâhire: 1960), 2: 124; Sâbûnî, Medâ Hüriyyetü'z-Zevceyni fi't-Talâk, 2: 670.

⁷⁴ Cemâlüddîn Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed b. Fahd el-Hillî, el- Mühezzebu'l-Bârî' fi Şerhi'l-Muhtasarü'n-Nâfi, yy, ty, 3: 376.

⁷⁵ Kânun-e Medenî-yi İrân, mad, 1121-1123; Kânun-e Ahvâl-e Şahsiyye-yi Ehl-e Teşeyyü, mad: 127-130.

İran Medenî Kânunun ayıp ve hastalık nedeniyle karı kocaya fesih hakkı tanıyan 1121., 1122., 1123., 1124., 1125 ve 1126. maddeleri Ca'feri mezhebine göre şu şekilde tanzim edilmiştir:

Madde 1121: Cünûn (akıl hastalığı) karı kocanın her birinde ister sürekli ister fasılalı olsun istikrarlı olmasının şartıyla, diğer taraf için fesih hakkı gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla bu maddenin hükmüne göre akıl hastalığı (cünûn) istikrarlı olmadığı halde fesih hakkını gerektiremez.⁷⁶ Koca, ancak akitten önce mevcut olan akıl hastalığı için feshetme hakkına sâhiptir. Bu hak zifaktan sonra geçerli değildir.

Erkeklerde bulunan ve cinsel birleşmeye mani olan bedensel kusur ve hastalıklar:

Madde 1122: Erkeklerde bulunan aşağıdaki kusur ve hastalıklar, kadın için fesih hakkını gerekli kılmaktadır:

- 1- Hisâ (husyelerin çıkarılmış) olması;
- 2- Anan (innîn) olması (bir kere bile karısıyla cinsellik açısından birleşmemiş olması şartıyla);
- 3- Cebb (cinsel uzvunun kesik olması).

Madde 1123: Kadında mevcut olan aşağıdaki ayıplar, kocanın fesih hakkını gerekli kılmaktadır:

- 1- Karan, (kadının cinsel uzvunda bulunan ve cinsel ilişkiye mani olan bir kemiktir);
- 2- Cüzzam;
- 3- Baras (alaca) deride bulunan beyaz lekeler;
- 4- İfdâ (cinsel birleşmeye mani olan kadın hastalığı);
- 5- Topallık;
- 6- Körlük (iki gözünden kör olması).

Madde 1124: Erkeğe fesih hakkına yol açmak için, kadında bulunan bedensel kusur ve hastalıklar akit esnasında var olması şarttır.⁷⁷

Madde 1125: Erkeklerde bulunan innîn kusuru ve akıl hastalığı, ister akitten önce olsun ister evlilik sözleşmesinden sonra olsun, kadın için fesih hakkını gerekli kılmaktadır.

Madde 1126: Eşlerin her birisi akitten önce diğer taraftaki mevcut olan ayıpları biliyorsa, evliliğin sona ermesi hakkına sahip olmayacaktır.⁷⁸

Yukarıdaki maddelerde, fesih konusunda erkek ve kadın arasında kanun koyucular tarafından büyük bir ayrımcılık yapıldığını görüyoruz. Diğer taraftan ise kanunda, bedensel kusur ve hastalıkların tedavisi mümkün olup olmadığı hakkında hiç bir düzenleme de yoktur, hâlbuki kanunda adı geçen kusur ve hastalıklar, günümüzde tıbbın gelişmesinin sayesinde, birçoğu iyileştirilebilir. Aynı zamanda İran Medenî Kânunu'nda HIV(AİDS) Hepatit ve kanser gibi çok tehlikeli hastalıklardan bahsedilmemiştir.⁷⁹

⁷⁶ Kâtuzyân, Kânûn-e Medenî Der Nazm-e hukuk-e Kanûnî, 687-688.

⁷⁷ Kâtuzyân, Kânûn-e Medenî Der Nazm-e Hukuk-e Kanûnî, 689.

⁷⁸ Kânûn-e Medenî-yi İrân, mad: 1121-1126.

⁷⁹ Kâtuzyân, Hukuk-e Medenî-yi Hânevâde, 1: 165.

Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü 'nün 128-129. maddelerinde de yukarıda zikrettiğimiz hükümler içinde bulunmaktadır. Ancak innîn (iktidârsız) kusurun tedavisi için kocaya bir yıla kadar mühlet verilmiştir ve Kanun'da "bir kez bile karısıyla cima yapılmamış olması" şartı da bulunmamaktadır.⁸⁰

H. Kısırlık Nedeniyle Kazâi Boşanma

Kocanın kısır (akîm) olması hâlinde, zevcenin mahkemeye müracaat edip boşanma (tefrîk) hakkına sâhip olup olmadığı hususunda, Hanefî âlimlerinden biri olan İbnü'l-Hümâm, konuyla ilgili şöyle bir görüş ortaya koymuştur: "Bir kişi normal bir şekilde cinsel ilişkide (cima) bulunmaktadır. Ancak suyu kurumuş olduğu için inzâl olamazsa, böyle bir kişinin karısı mahkemeden boşanmayı (tefrîk) talep edemez".⁸¹ Mâlikî âlimlerden el-Hüraşî: "Kısırlık, boşanma (tefrîk) için bir sebebi teşkil edemez."⁸² diyor. Hanbeli âlimlerden İbn Kayyım el-Cevziyye ise, Hz. Ömer'e isnâd edilen bir rivâyeti şöyle naklediyor: "Hz. Ömer'e kısır bir kişi gelip evlendiğini söylüyor. Hz. Ömer o kişiye kısır (akîm) olduğunu zevcene bildirdin mi diye soruyor o kişi hayır deyince, zevcesine kısır olduğunu bildirip onu muhayyer kılmasını tenbîh eder".⁸³ Kadı Şureyh, Süfyân'ı Sevrî, Zührî ve İbn Teymiyye'nin de aynı görüşte oldukları nakledilmiştir.⁸⁴ Çağdaş âlimlerden birisi Muhammed Selâm el-Medkûr'un konu ile ilgili şöyle bir görüşü vardır: "Evliliğin temel maksatlarından birisi neslin devâmı ve evlâd sâhibi olmaktır. Kadın kısır (akîm) ise, koca onu boşayabilmektedir yahut karısının kısır olduğu nedeniyle ikinci evliliğe (yanı üzerine kuma getirebilir) girebilmektedir. Kocanın kısır (akîm) olması halinde zevcenin boşanma (tefrîk) hakkı olmazsa, zevce de anne olmak isterse, bu zevceyi kısır bir kocayla kalmaya mecbur edip analık atıfetinden mahrûm bırakmak nasıl bir anlayıştır!?"⁸⁵

Ca'ferî mezhebinde de kısırlık karı koca için fesih hakkı gerektiren bir sebep değildir.⁸⁶ Afgânistan ve İran hukuk sisteminde de kısırlık nedeni ile tefrîk konusunda hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak A.M.K.'nin 86.maddesinin üçüncü fıkrasına göre, koca eşinin kısır olduğu zaman ikinci evliliğe girebilmektedir.⁸⁷

İ. Bedensel Kusur ve Hastalık Sebebiyle Kazâi Boşanma Hakkına Dair Bazı Şartlar

Bedensel kusur ve hastalık nedeniyle boşanma konusunda aranan şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

1- Boşanma (tefrîk) talebinde bulunan tarafın akitten önce ayıp ve hastalıktan haberdar olmaması gerekmektedir. Eğer taraflardan biri diğesinde ayıp ve hastalık olduğunu bilerek onunla evlenmişse, bu bir rıza göstergesinden dolayı boşanma hakkı sakit olur.

⁸⁰ Kânun-e Ahvâl-e Şahsiyye-yi Ehl-e Teşeyyü, mad: 28-29.

⁸¹ İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-Kadîr, 3: 264.

⁸² Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdullâh b. Ali el-Hüraşî, Şerhu Muhtasar'ı-Halîl (Bûlâk: 1317), 3: 74.

⁸³ İbnü'l-Kayyım el-Cevziyye, Zâdü'l-Meâd, 4: 38.

⁸⁴ el-Medkûr, el-Vecîz li Ahkâmi'l-Üsra, 316.

⁸⁵ el-Medkûr, el-Vecîz li Ahkâmi'l-Üsra, 317.

⁸⁶ Muhsin el-Hakîm Ali el-Huseynî Sistânî, Mihâcu's-Sâlihîn (Kum: 1996), 3: 74.

⁸⁷ Afgânistân Medenî Kânunu, mad: 86.

2- Karı kocadan biri, diğesinde ayıp ve hastalık olduğunu evlilikten sonra öğrenirse, açıkça veya kinevî (zımnî) bir şekilde buna râzı olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde boşanma (tefrîk) hakkı düşmektedir.

3- Bedensel kusur ve hastalığın tedâvisi mümkünse, hâkim bunun için bir yıl mühlet vermektedir.

4- Boşanmayı gerektirecek kusur ve hastalığının iyileşmesinin mümkün olamayacak ve evlilik hayatını zorlaştıracak şekilde olması şarttır.

5- Afgânistan Medenî Kânununa göre, ayıp ve hastalıktan dolayı kadının külliye zarar görmesi ve bu zararın mahkemede ispatlanması gerekmektedir.⁸⁸

6- Ayıp ve hastalık nedeniyle boşanmanın (tefrîk) bir talep üzerinde mahkemeden istenmesi şarttır. Talep olmadığı zamanda hâkim evlilik akdini feshedemez.⁸⁹

7- Ayıp ve hastalık nedeniyle mahkemeye başvurarak tefrîk talebinde bulunan kişinin Hanefî nezdinde ayıptan sâlim olması şarttır⁹⁰. Ama Mâlikî mezhebine göre ister bedensel kusur ve hastalıktan sâlim olsun ister olmasın, karı koca her ikisi tefrîk talebinde bulunabilmektedirler.⁹¹

8- Karı koca arasında bir kez bile cima (cinsel birleşme) yapılmaması gerekmektedir⁹². İran Medenî Kanunu'nda bu görüşü kanunlaştırmıştır⁹³. Ancak A.M.K.'da bu şartla ilgili hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Abdülkerim Zeydân bu şartın pek isâbetli olmadığını söylemiştir. Ona göre evliliğin asıl maksadı, neslin devamı ve karı kocayı kötü yollardan alıkoymak ve onları iffetli kılmaktadır ki bu gâye sadece bir kez cima (cinsel birleşme) ile elde edilemez.⁹⁴

J. Bedensel Kusur ve Hastalık Sebebiyle Kazâî Boşanmanın Hukukî Sonucu

Bedensel kusur ve hastalık sebebiyle tefrîkin hukukî sonucuna gelince, A.M.K.'nın 180.maddesinde hastalık ve ayıp nedeniyle meydana gelen tefrik, bir bâ'in talâk olarak nitelenmiştir⁹⁵. Az önce zikrettiğimiz gibi Hanefî ve Mâlikî ekollerine göre ayıp ve hastalık nedeniyle ayrılma bir bâ'in talâk hükmündedir ve kocanın boşama sayısını eksiltirir. Şafîiler ve Hanbeliler ise bu ayrılmanın fesih olduğunu belirtmişlerdir⁹⁶. Hanefiler bu ayrılmanın talâk-ı bâ'in hükmünde olduğunun gerekçesini şu şekilde izâh etmeye çalışmışlardır: "Eğer bu ayrılma ric'î talâk hükmünde olursa, kocanın tekrar dönüş fırsatı olur ve zevce yine zarara maruz kalmaktadır"⁹⁷. Ca'ferî mezhebine göre hastalık ve ayıp sebebiyle

⁸⁸ Afgânistân Medenî Kânunu, mad: 176.

⁸⁹ Merğînânî, el-Hidâye, 2: 26-27; İbn Rüşd, el-Bidâyetü'l-Müctehid, 2: 42; İbn kudâme, el-Muğnî, 7: 580-582; Ebû Zehra, el-Ahvâlü's-Şahsiyye, 356-360; Zühaylî, Fıkıhu'l-İslâmî, 9: 409; Şelebi, Ahkâmu'l-Ûsra, 570; Sıbâî, Şerhu Kânûnî'l-Ahvâlî's-Şahsiyye (Beyrût: el-Mektebetü'l-İslâmî, 1997), 234.

⁹⁰ Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebi Ahmed es-Semerkandî, Tuhfetü'l-fukahâ (Beyrût: Dârü'l Kutubu'l-İlmîyye, 1984), 2: 227.

⁹¹ Burhânüddîn İbrâhim b. Ebû'l-Mecd Abdülazîz ed-Desûkî, Hâşiyetu'd-Desûkî (Mısır: Dâr İhyâî'l-kutüb'l-Arabiyye, tsz), 2: 277.

⁹² Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed el-Mebsût (Beyrût: Dârü'l-Marifat, 1989), 5: 103; Desûkî, Hâşiyetu'd-Desûkî, 2: 279.

⁹³ İrân Medenî Kânunu, mad: 1122.

⁹⁴ Abdülkarîm Zeydân, el-Mufassal fi Ahkâmî'l-Mer'e ve'l-Beyti'l-Müslim fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye (Beyrût: Müessesetü'r-Risâle, 1993), 9: 46.

⁹⁵ Afgânistân Medenî Kânunu, mad, 180.

⁹⁶ Serahsî, el-Mebsût, 6: 104; Abdülvehhâb Hallâf, Ahkâmu'l- Ahvâlî's-Şahsiyye (Kuveyt: 1990), 161.

⁹⁷ İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-Kadîr, 3: 264.

meydana gelen ayrılma fesihidir. Bu yüzden talâk sayısında hiç bir eksilme olmaz ve bu feshin genel itibarıyla mahkemeye başvurmaksızın, karı koca irâdesine bağlıdır.⁹⁸

Sonuç

İslâm dininde nikâh akdi dâimî bir akit olarak meşru kılınmıştır. Ancak evlilik devam ettirilemez bir hale geldiğinde son çare olarak farklı şekillerde evliliğin sona ermesi öngörülmüştür. Bu şekillerden bir tanesi bedensel kusur ve hastalık sebebiyle kazâî boşanmadır. İslâm âlimlerin arasında, bedensel kusur ve hastalığın tefrike sebep teşkil edip etmediği konusunda ihtilaf vardır. Zahiriler ve Şevkânî'ye göre konu ile ilgili Kur'ân ve sünnette apaçık bir nass mevcut olmadığından dolayı ayıp ve hastalık nedeniyle tefrik câiz değildir. Bunların dışında Hanefi, Maliki, Şafîî, Hanbelî ve Ca'ferî mezhepler arasında hastalık ve bedensel kusur nedeniyle kazâî boşanmanın câiz olduğu konusunda görüş birliği vardır. Ancak bu hakkın kime ait olduğu konusunda ihtilaf söz konusudur. Hanefilerin nezdinde tefrik hakkı sadece zevceye aittir. Çünkü erkek boşama yetkisine sahiptir. Bu nedenle koca herhangi bir kusur ve hastalıktan dolayı mahkemeye müracaat edip eşini teşhir etmesi doğru değildir. Cumhura göre karı koca her ikisinin belli ayıp ve hastalıklardan dolayı mahkemeye başvurarak tefrik talebinde bulunma hakkı vardır. Ca'ferîler nezdinde, eşlerin her birinde belli ayıplar mevcut olduğu zaman diğeri mahkeme başvurmaya gerek kalmaksızın nikâh akdini feshedebilir. Ancak tefriki gerektiren ayıp ve hastalıkların neler olduğuna yahut bu ayıpların sınırlı olup olmadığına dair mezhepler arasında ciddi ihtilaflar söz konusu olmuştur. Hanefi mezhebinde râcih olan kavle göre kadın sadece erkekte bulunan ve cinsel ilişkiye mani olan cebb, innet ve hısâ hastalıklardan dolayı boşanmayı talep edebilmektedir. Cumhur fukahâ, baras, cüzzam, akıl hastalığı (cünûn), kadında bulunan ve cinsel birleşmeye engelleyen kusur ve hastalıkları da ilave etmişlerdir. Ancak bu ihtilaf, "Evliliğin asıl gâyesi neslin devamı ve korunması mı yoksa bununla birlikte karı koca arasındaki sevgi, muhabbet, saâdet ve anlaşma mıdır?" konusundaki anlayış farkından ve nikâh akdinin alış veriş akdine kıyas edilip edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bunlara rağmen Kadı Şureyh, Zühri, Ebû Sevr, Hanefi mezhebinden İmâm Muhammed, Hanbeli mezhebinden İbn Teymiyye ve İbn Kayyim gibi İslâm hukukçularına göre hastalık ve bedensel kusurun sınırı yoktur. Dolayısıyla cinsel birleşmeye mani olan, nefret ve tiksinti doğuran ve sirayet eden her türlü kusur ve hastalıklardan dolayı eşlerin hâkime müracaat edip ayrılma talebinde bulunma hakkı vardır.

İslâm dini Hz. Ömer'in fethiyle birlikte Afganistan'a girmiştir ve o günden bu güne kadar bu bölgede İslâm hukuku hâkim olmaya devam etmektedir. Kodifikasyon başlamadan önce aile hukuku ile alakalı davalar klasik fıkıh eserlerine ve zamanla fetva kitaplarına göre çözülmüştür. Ancak 1977 tarihinde çok kapsamlı ve 2416 maddeden oluşan bir medenî kânun çıkarılmıştır. Afganistan'da hem devlet hem de halk arasında umumiyetle Hanefilik hâkim olduğundan dolayı kânunda geçen hükümler genel itibarıyla bu mezhebe göre düzenlenmiştir. Söz konusu kânunun 176-182. maddelerinde ayıp ve hastalık sebebiyle boşanma konusu ele alınırken İmâm Muhammed'in görüşü tercih edilmiştir. Afgânistan yargı sisteminde 2009 yılına kadar aile hukuku alanında Hanefi fikhından kaynaklanan tek bir medenî kânun yürürlükteyken, 2009 yılında 2004 tarihli Afgânistan anayasasının hükmüne gereğince Ca'ferî fikhını esas alınarak Şii'lere ait yeni bir kânun çıkartılıp yargı sistemine girilmiştir.

⁹⁸ Mustafa el-Musevî Humeynî, Tahrîru'l-Vesîle (Kum: tsz), 293; Nâsır Katuzyân, Hukuk-e Medeni-yi Hânevâde, 235-238; Hillî, Şerâiü'l-İslâm fi Mesâilü'l-Halâl ve'l-Harâm (Beyrût: tsz), 564.

Ca'ferî mezhebinden kaynaklanan Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyü genel itibarıyla İran Medenî Kanunu'ndan iktibâs edilmiştir. Bu iki kânunda ayıp ve hastalık nedeniyle boşanma ile alakalı paralel hükümler bulunmaktadır. Söz konusu kânunlara göre ayıp ve hastalıktan dolayı ayrılmanın fesih sayılıp eşler mahkemeye başvurmaksızın evlilik akdini feshedebilmektedirler. Ancak zikrettiğimiz kânunlarda feshi gerektiren hastalık ve bedensel kusurlar mevzûundaki karı koca arasında büyük bir ayrımcılık yapılmış olduğunu görmekteyiz.

Kaynakça

Abdullah, Nazâmüddin. *Aile Hukuk* (Medeni kanunun açıklaması). Kabil: İntişarat-e Saîd: 1394 hş.

Adâlethâh, Abdülkâdir. *Aile Hukuku*. Kabil: Mmatbaayı Meyvend, 1387 hş.

Acar, Halil İbrahim. *İslâm Aile Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2018.

Âmilî, Muhammed Cemâlüddîn b. el-Mekki. *er-revdatu'l-behiyye fi Şerhi el-lumatu'd-dimeşkiyye*, thk. Abdullâh es-Sebtî. Kâhire: 1960.

Aynî, Bedreddin Ebî Muhammed Mahmûd b. Ahmed. *el-Binâye fi Şerhi'l-hidâye*. Beyrût: 1990.

Aydın, Mehmet Âkif. "Osmanlı Hukukunda Kazâî Boşanma". Osmanlı Araştırmaların Dergisi, sy: 5, İstanbul: 1986.

Bilmen, Ömer Nasuhî. *Hukukî İslâmiyye ve İstîlâhâtı Fıkhiyye kamusu*. İstanbul: ty.

Döndüren Hamdi. *Delilleriyle Aile İlmihali*. İstanbul: Erkam yayınları, 2013.

Ebû Zehra, Muhammed. *el-ahvâlü's-şahsiyye*. Kâhire: Dâru'l-Fikrî'l-Arabî, 2005.

ed-Desûkî, Burhânüddîn İbrâhim b. Ebû'l-Mecd Abdülazîz. *Hâşiyetu'd-desûkî*. Mısır: Dâr İhyâi'l-kutübî'l-Arabiyye, tsz.

ed-Derdîr, Ebû'l-Berakât Ahmed b. Muhammed. *eş-şerhu's-sağîr alâ akrabi'l-mesâlik ilâ Mezhebi'l-îmâmi'l-mâlik*. Kâhire: Dâru'l-Marifa, tsz.

el-Cezirî, Abdurrahman. *Kitâbu'l-fıkıh Ale'l-mezâhibi'l-erbaa*. 3. Baskı. Mısır: el-Mektebetü't-Ticâriyetü'l-Kübrâ, tsz.

el-Hürâşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdullâh b. Ali. *Şerhu muhtasari'l-halîl*. Bûlâk: 1317.

el-Hüsârî, Ahmed. *el-velâye el-vesâye et-talâk fi'l-fıkhi'l-islâmi Li'l-ahvâli's şahsiyye*. Beyrût: 1992.

el-Muğniyye, Muhemmed Cevâd. *ez-zevâc ve't-talâk ale'l-mezâhibi'l-hamsa*. Beyrût: 1960.

el-Hillî, Cemâlüddîn Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed b. Fahd, *el-mühezzebu'l-bâri' fi Şerhi'l-muhtasari'n-Nâfi*. yy. ty.

es-Semerkindî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebi Ahmed. *Tuhfetü'l-fukahâ*. Beyrût: Dâru'l Kutubu'l-İlmîyye, 1984.

- et-Tûsî, Ebû Cafer Muhammed b. el-Hasan. *Tehzîbu'l-ahkâm*. Nacaf: tsz.
- Fâyiz, Abdülbasîr. *Tavzihî der Kânun-e Medeni-yi Afgânistân*. Kabil: 2008.
- Feyyûmî, Ahmed b. Muhammed. *el-misbâhu'l-münîr fi Ğaribi's-serhi'l-kebîr*. Lübnân: 1987.
- Gubâr, Mir Ghulam Muhammed. *Afgânistan der Mesîr-e Tarîh*. Tahran: İntişârât-e Cumhuri, 2005.
- Habîbî, Abdülhay. *Tarîh-e Afgânistân ba'd az İslâm*. İrân: İntişârât-e Efsün, 2002.
- Hallâf, Abdülvehhâb. *Ahkâmu'l- ahoâli's-şahsiyye*. Kuveyt: 1990.
- Hillî, Ebû Mansur el-Hasan b. Yusuf b. Muhtâr. *kevâ'idü'l-ahkâm fi aa'rifeti'l-helâl ve'l-harâm*. Kum: 1419.
- Hillî, Ebû'l-Kâsım Necmüddin Ca'fer b. Hasan. *el-muhtasarü'n-nafi fi Fıkhul'imâmîyye*. Beyrût: 1985.
- Hillî, Ebû'l-Kâsım Necmüddin Ca'fer b. Hasan. *Şerâiü'l-islâm fi Mesâili'l-halâl ve'l-harâm*. Beyrût: tsz.
- Humeynî, Mustafa el-Musevî. *Tahrîru'l-Vesîle*. Kum: ty.
- İbü'l-Hümmam, Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhid es-Sivâsî. *Şerhu Fethu'l-kadîr*. Bûlâk: 1316 h.
- İbn Manzûr, Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem. *Lisânu'l-arab*. Beyrut: 1990.
- İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrâhim. *el-eşbâh ve'n-nezâir*. Beyrût: 1985.
- İbn. Kudâme, Muhammed b. Abdullah b. Ahmed. *el-Muğnî fi Fıkhul'imâm Ahmed b. Hanbel*. Kâhire: tsz.
- İbn. Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Said. *el-muhallâ*. thk. Ahmed Muhammed Şâkir. Kâhire: Dâru't-Turâs, tsz.
- İbn. Rüşd, Ebû'l-velîd Muhammed b. Ahmed. (el-Hafîd). *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*. İstanbul: 1985.
- İbn. Kayyım, Muhammed b. Ebî Bekr el-Cevziyye, *Zâdu'l-Meâd*. Trc. Mehmet Erdoğan v.dğr. İstanbul: 1990.
- Kânûn-ı Medenî-yi Afgânistan, Resmi Cerîde, sy: 353, 1977.
- Kânun-ı Esâsî-yi Afgânistan (*Afgânistan anayasası*), Resmî Cerîde, sy: 818, 2004.
- Kânun-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-e Teşeyyü', Resmî Cerîde, sy: 988, 2009.
- Kânun-ı Usûl-e Mahâkemât-e Medenî-yi Afgânistan, Resmî, Cerîde, sy: 722, 1369.
- Karaman, Hayreddin. *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*. 19. Baskı. İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2016.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*. İstanbul: İrfan Matbaası, 1974.

- Karâfî, Şihâbüddin Ahmed b. İdrîs. *ez-zehîra*. thk. Muhammed Buhbuze. Beyrût: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1994.
- Karslı, İlyas. *İslâm Hukukunda Kazâi Boşanma*. (Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1988),.
- Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ûd. *Bedâiu's-Sanâi fi Tertîbi's-Şerâi*. Beyrût: 1982.
- Kâtuzyân, Nâsır. *Kânun-e Medenî Der Nazm-e Hukuk-e Kanûnî*. 13. Baskı. Tahrân: Mizân Yayınları, 1385 hş.
- Kâtuzyân, Nâsır Hukuk-e Medenî-yi Hânevâde. Tahran: 2003.
- Khwajamiri, Mehtarkhan. "Afgânistân Medenî Kânununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", İslâm hukuku araştırmaları dergisi, sy. 26, 2015, 369-382.
- Koçak, Muhsin- Dalgın, Nihat- Şahin, Osman. *İslâm Hukuku*. 4. Baskı. İstanbul: Ensar Neşriyatı, 2017.
- Medkûr, Muhammed Selâm. *el-Vecîz Li Ahkâmi'l-Üsra*. Mısır: 1975.
- Merğînânî, Ebû Bekr b. Abdülcelîl er-Rüşdânî. *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî*. İstanbul: 1991.
- Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd. *el-İhtiyâr Li Ta'lîli'l-Muhtâr*. İstanbul: 1996.
- Râzî, Ebû Bekir. *Muhtâru's-Sihâh*. İstanbul: 1980.
- Sâbûnî, Abdürrahmân. *Ahkâmü't-Talâk fi'l-Fıkhü'l-İslâmî*. 2. Baskı. Dübey: Dâru'l-Kalem, 1993.
- Sâbûnî, Abdürrahmân. *Medâ Hürriyyeti'z-Zevceyni fi't-Talâk fi's-Şeriat'l-İslâmiyye*. Dâru'l-Fikr: 1968.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *el-Mebsût*. Beyrut: Dâru'l-Marifat, 1989.
- Sibâî, Mustafa. *el-Mer'etu beyne'l-fıkhü ve'l-kânûn*. Beyrût: 1975.
- Sibâî, Mustafa. *Şerhu Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye*. Beyrût: el-Mektebetü'l-İslâmî, 1997.
- Sistânî, Muhsin el-Hakîm Ali el-Huseynî. *Mihâcu's-Sâlihîn*. Kum: 1996 .
- Şa'bân, Zekiyyüddîn. *el-Ahkâmü's-şer'iyye fi'l-ahvâli's-şahsiyye*. Bingazi: 1993.
- Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs. *el-Ümm*. Beyrût: Dâru'l-Marifa, ty.
- Şelebî, Muhammed Mustafa. *Ahkâmü'l-üsra fi'l-İslâm*. Beyrût: 1977.
- Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed. *Neylü'l-evtâr Şerhu Münteka'l-ahbâr mine'l-ahâdis-i seyyidi'l-ahyâr*. Kahire: 1952.
- Şirbînî, Şemsüddin Muhammed b. Hatîb. *Muğnî'l-muhtâc*. Mısır: Dâru'l-Fikr, ty.

Yaman, Ahmet. *İslâm Aile Hukuku*. 18. Baskı. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2016.

Zerkeşî, Muhammed b. Abdullâh. *Şerhu'z-zerkeşî alâ Muhtasari'l-hırakî*. Riyad: 1993.

Zeydân, Abdülkarîm. *el-Mufassal fi Ahkâmi'l-mer'e ve'l-beyti'l-müslim fi'ş-şerâti'l-islâmiyye*. Beyrût:1994.

Zühaylî, Vehbetü. *el-fikhu'l İslâmî ve Edilletuhü*. Dimeşk: 1989.