

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

**CUMHURİYETE GEÇİŞ DÖNEMİ DEĞİŞİM SÜRECİNDE EVLİLİK
KURUMU AÇISINDAN DİNİN VE HUKUKUN ROLÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Sema ŞARTEPE**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Salim ÖĞÜT**

ANKARA-2006

JÜRİ ÜYELERİNİN İMZA SAYFASI

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Sema ŞARTEPE'YE ait Cumhuriyete Geçiş Dönemi Değişim Sürecinde Evlilik Kurumu Açısından Dinin ve Hukukun Rolü adlı çalışma, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

(imza)

Başkan.....

Akademik Unvanı, Adı Soyadı

(imza)

Üye.....

Akademik Unvanı, Adı Soyadı (Danışman)

(imza)

Üye.....

Akademik Unvanı, Adı Soyadı

ÖNSÖZ

Aile hukuku, hem toplumun temelini teşkil eden bir kurumu ilgilendirmesi hem de o dönem için sosyal değişim açısından bir mihenk taşı olması bakımından önemli bir alandır. Bu açıdan düşünüldüğünde hukukun temel referanslarının tamamen değiştiği Cumhuriyet'e geçiş döneminde Aile Hukuku alanında da birçok değişiklik yapılmış ve toplum yeni bir düzen doğrultusunda şekillendirilmeye çalışılmıştır.

Osmanlı Devleti son dönemlerine doğru içersinde bulunduğu sıkıntılı durumu atlatabilmek için hem sosyal hem de kültürel alanda birçok değişiklik yapma ihtiyacı hissetmiş ve bu doğrultuda uygulamalarda bulunmuştur. Medeni hukuk sahasında yerleşmiş bir uygulamaya sahip olan Osmanlı Devleti aile hukuku alanında yeni düzenlemeler yapma eğilimini ilk olarak Hukuk-i Aile Kararnamesiyle ortaya koymuştur. Ancak Cumhuriyet'in ilanından önce bu kararname etkisini yitirmiş ve Cumhuriyet'in ilanından sonra dönemin şartları doğrultusunda İsviçre'den bir kanun iktibas edilmiştir.

Bu çalışmada ilk olarak kavramsal bir çerçeve oluşturması açısından son dönem Osmanlı düşüncesinde din ve hukuk kelimeleri üzerinde durulmuştur. Daha sonra İslam Hukuku ve Modern Hukuk açısından aile hukuku ve evlilik konuları üzerinde durularak işlenecek konulara bir temel oluşturulmaya çalışılmıştır.

Birinci bölümde ise, Cumhuriyet'in ilanından önce Osmanlının son döneminde Aile Hukuku alanında yaşanan kanunlaştırma faaliyetleri üzerinde durularak özellikle Hukuk-i Aile Kararnamesi incelenmiştir. Çünkü Hukuk-i Aile Kararnamesinin İslam Hukuku açısından taşıdığı önem ve o dönemde yerine getirmiş olduğu işlev açısından çok önemli bir yere

sahiptir. Bu yüzden bu kararname İslam hukukunun kanunlaştırmaya konu olup olmayacağı açısından da günümüze ışık tutmaktadır. Daha sonra ise Hukuk-i Aile Kararnamesinden sonra bu alanda gerçekleştirilen kanunlaştırma faaliyetlerinden bahsedilmiş ve dönemin gerekliliği olarak görülen Medeni Kanun'a geçiş devresinden bahsedilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, değişimin ortaya konulmasında somut bir temel teşkil etmesi açısından evlilik kurumuyla ilgili bazı kavramların Hukuk-i Aile Kararnamesi ve Medeni Kanun çerçevesinde bir karşılaştırması yapılarak konu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Daha sonra ise, evlilik kurumunda yaşanan değişim ortaya konulmaya çalışılmış ve Cumhuriyet'e geçişle birlikte bu konuda yaşanan sıkıntılar ve tartışılan meseleler açıklanmıştır.

Ayrıca çalışmamızın sınırlandırılması açısından incelediğimiz konuları Cumhuriyet'in ilanından sonra 1940 yıllarına kadar genel olarak incelemeye çalıştık. Çünkü konumuzun çok geniş bir alanı kapsamamasından dolayı Medeni Kanundaki değişikliklerden bahsetsek de, son dönemlerdeki yapılan uygulamalara çok fazla değinemedik.

Tezimizde genel olarak Aile Hukuku alanındaki uygulamalara temel teşkil etmesi açısından dinin ve hukukun rolü üzerinde durulmuş ve Cumhuriyet'e geçiş döneminde bu alanda yaşanan gelişmelerden bahsedilmeye çalışılmıştır. Toplumu ilgilendirmesi ve etkilemesi açısından aile hukuku bu değişimin ortaya konulması açısından önemli bir alan olarak kendini göstermiş ve değişim bu noktada incelenmiştir.

Bu çalışmanın hazırlanması safhasında yardımlarını esirgemeyen hocam sayın Prof. Dr. Salim ÖĞÜT bey'e ve beni her an yüreklendiren ve destekleyen değerli aileme teşekkürü bir borç bilirim.

Sema ŞARTEPE

ÖNSÖZ.....	I
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR.....	VI

GİRİŞ

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Son Dönem Osmanlı Düşüncesinde Din ve Hukuk	2
İslam Hukuku Ve Modern Hukuk Açısından Aile Hukuku ve Evlilik	9

BİRİNCİ BÖLÜM

CUMHURİYETE GEÇİŞ DÖNEMİ AİLE HUKUKU ALANINDAKİ KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ

1. Cumhuriyet'e Geçiş Dönemi Ve Evlilik Kurumunun Genel Karakteristiği.....	18
2. Aile Hukuku Ve Hukuk-i Aile Kararnamesi.....	22
2.1. Aile Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma İhtiyacı Ve Kararnamenin Ortaya Konulması.....	24
2.2. Kararnamede Yer Alan Hakim Fikirler Ve Bunların Etkileri....	31
2.3. Kararnamenin Özellikleri Ve Getirdiği Yenilikler.....	36
2.3.1. Aile Hukukundaki İlk Kanun Oluşu.....	37

2.3.2. Hukuk Birliğinin Temin Edilmesi.....	39
2.3.3. Evlenme Ve Boşanmada Devletin Kontrolü.....	40
2.3.4. Çok Evliliğin Sınırlandırılması.....	42
2.4. Kararnamenin İslam Hukuku Açısından Önemi.....	43
3. Hukuk-i Aile Kararnamesi Sonrası Kanunlaştıırma Faaliyetleri Ve Medeni Kanun.....	45

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ VE MEDENİ HUKUK ÇERÇEVESİNDE EVLİLİK KURUMU İLE İLGİLİ KAVRAMLARIN VE DÖNEMİN İNCELENMESİ

1. Evlilikle İlgili Bazı Kavramların İncelenmesi.....	52
1.1.Nişanlanma.....	53
1.2.Evlenme Ehliyeti.....	57
1.2.1.Tam Ehliyetler.....	58
1.2.2.Eksik Ehliyetler.....	60
1.2.3. Ehliyetsizler.....	61
1.3.Evlenme Manileri.....	63
1.4.Evlenme İlanı.....	68
1.5.Evlenme Akdi.....	71
2. Evlilik Kurumu Açısından Meydana Gelen Değişimin İncelenmesi.....	76

**3. Evlilik Kurumu İle İlgili Cumhuriyete Geçiş Döneminde Tartışılan
Meseleler**

3.1.Taaddüd-ü Zevcat.....80

3.2. Kanun Dışı Birleşmeler Ve Nesebi Gayr-ı Sahih Çocuklar.....85

SONUÇ.....91

KAYNAKÇA.....94

ÖZET.....99

ABSTRACT.....100

KISALTMALAR

ty.	: Baskı tarihi yok
HAK	: Hukuk-i Aile Kararnamesi
yy	: Baskı yeri yok
çev	: Çeviren
bk.	: bakınız
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale

GİRİŞ

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

SON DÖNEM OSMANLI DÜŞÜNCESİNDE DİN VE HUKUK

Din, insanların yaratılışları itibariyle fitri ihtiyaçlarını, hayatlarını huzurlu ve düzenli bir şekilde sürdürebilmeleri noktasında önemli bir temel taşıdır. “Hukuk” ise “hak” kelimesinin çoğulu olması itibariyle İslâm Hukuku eksenli düşünüldüğünde hem Allah’la kul arasındaki hem de insanlar arasındaki münasebeti; beşeri hukuk eksenli düşünüldüğünde ise, sadece insanlar arasındaki münasebeti düzenlemesinden dolayı toplumun huzur ve istikrarı için önemli bir unsurdur.

Din ve hukuk kavramları, konumuzun temelini oluşturan iki ana kavram olduğu için öncelikle bunların terim anlamlarına işaret etmemiz uygun olacaktır. “Din, akıl sahiplerini kendi irade ve istekleriyle iyiliğe, doğruluğa ve saadete sevk eden ve itikadiyatı, ibadetleri, ahlâkı, muâmeleleri içine alan ilahî kaidelerin hepsidir.”¹ Hukuk ise hak kelimesinin çoğuludur. Bir hukuk terimi olarak hak, iki farklı kategoride ele alınmaktadır. Bunlar;

1-Objektif hak (hukuk): “İçtimâî hayat düzeninin muhafaza ve devamı için cemiyet âzası sıfatıyla fertlerle fertler, veya cemiyetle –yani devletle- fertler, yahut muhtelif devletler arasındaki münasebetleri düzenleyen eden usul ve kaidelerdir.”

2-Subjektif hak: “Objektif hakkın usul ve kaidelerine dayanarak hak sahibi sıfatıyla fertlere veya devletlere tanınmış salâhiyetler.”²

Dinlerin temel kaynağı olan mukaddes kitaplar, toplum düzenini sağlayan kurallarla doludur. Bu kuralların gayesi bir taraftan insanla insan arasındaki ilişkileri düzenlerken, diğer taraftan ise insanla Allah arasındaki münasebetleri tanzim etmektir. Bu kitaplar içinde din, ahlâk ve hukuk

¹ *Türk Hukuk Lügati*, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998, s.73.

² *Türk Hukuk Lügati*, s.110, Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1986, s.12.

kuralları iç içe geçmiş bir şekilde yer almaktadır. Böylece bütün beşerî münasebetleri düzenlemek iddiasında olan dinler beşer hayatının gidişinde mutlak surette çok önemli bir etken olmuşlardır.

Dinin esas kaynağı ilahî vahiydir; İlahî kaynaklı olması itibarıyla bir bütünlük arz eder. Osmanlı Devleti'nin son dönemlerini düşündüğümüzde hukuk da dinî bir nitelik arz etmekte, dolayısıyla hukuk da doğal olarak dinin bir parçası sayılmakta ve onunla aynı özelliği taşımaktadır. Ancak din ve dünya işlerinin birbirinden kesin olarak ayrılmış bulunması temel vasfı olan lâik hukuk sistemlerinde hukuku ortaya koyan, ilahi bir kudret veya otorite değil, kanun ortaya koyan insanlardır; bu sistemlerde hukukun kaynakları arasında din yoktur.³ Bu açıdan düşünüldüğünde İslâm Hukuku ve Modern Hukuk bir düzen koyma noktasında ortak özellikler ihtiva etmekte, ancak kaynak itibarıyla farklılıklar arz etmektedir.

Din ve hukuk kavramlarının terim anlamlarına ve aralarındaki münasebete yönelik bu kısa işarettten sonra Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde din kavramı üzerinde cereyan eden tartışmalara temas etmemiz gerekecektir. İçte yaşanan sorunlar ve dıştan gelen ciddi siyasal ekonomik ve askerî baskılar, aynı zamanda 19. asrın başlarından itibaren bütün dünyayı etkisine alan yeni anlayışın imparatorluk içinde de yankılanması gibi nedenlerden dolayı fikrî ve siyasî açıdan çöküş içersinde bulunan bir imparatorlukta din anlayışındaki algılama tarzları artık farklı biçimlerde ortaya koyulmaya başlanmıştır. Bu algılama tarzı, dinin yeni bir anlayışla ele alınmasına ve farklı bakış tarzlarıyla yorumlanmasına yol açmıştır.

Son derece buhranlı ve gerilimli olan bu dönemde bazı kesimler, yaşanan sıkıntının ve geri kalmışlığın nedeninin “din” olduğunu öne sürmüşler, bu durumdan kurtulmak için tek çarenin ise Batı'yı her şeyiyle

³ Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1974, c.I, s.9.

benimsemekte olduğunu dile getirmişlerdir. Diğer bir grup ise, dinden uzaklaşmadan, din adına yaygınlaşan cehalet ve yozlaşmadan şikâyet ederek, temel problemin asıl kaynaktan uzaklaşma olduğunu, çarenin ise din ve kültürün asıl mesajına ve gayesine uyum sağlayarak bu dönemin başarıyla atlatılabileceğini savunmuşlardır. Bu iki düşüncenin yanı sıra bir de Batı'nın bilim ve teknolojisinin alınarak bu doğrultuda kendi kültürümüz üzerinde yeni bir yapılanma olması gerektiğini savunan bir üçüncü görüş daha vardır.⁴

Osmanlı Devleti'nin çökmesine yol açan iç ve dış pek çok sebep arasında, devlette hukuk birliğinin olmaması da çözülmeyi kolaylaştırmıştır. Gerçekten kendi hukukları içinde yetişen zimmîler milliyetçilik akımları başladıktan sonra rahatlıkla bilinçlenmişlerdir. Bir süre sonra devlet bunların çıkardıkları huzursuzluklarla da uğraşmak zorunda kalmıştır. Tanzimat'ın hukuk alanında getirdiği yeniliklerin sürdürülmesi, bazı duraklamalar bir yana bırakılırsa, Osmanlı devletinin sona ermesine kadar gelmiştir.⁵

19. yüzyıl, Osmanlı aydınlarının ve toplumun özeleştirisi yapmak zorunda kaldığı bir dönemdir. Bunun nedeni, yeni karşılaştıkları pozitif düşüncenin modern eleştiri mekanizması olan bireysel yargının, geleneksel kurumların ürettiği değerleri sorgulama özelliğinden ileri gelir⁶. Aslında bu sorunu Osmanlı özelinde düşündüğümüz vakit yüzyıllar boyunca gençlik, orta yaşlılık ve ihtiyarlık dönemlerini yaşamış olan bir devletin özeleştirisi yapma pozisyonuna gelebilmiş olmasını, bir taraftan düşünce bazında bir ilerlemenin göstergesi sayarken bir yandan da artık sona yaklaşmış olmanın bir işareti olarak görebiliriz.

⁴ Aydın, M. Akif, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s.166 vd.

⁵ Tahiroğlu, Bülent, "Tanzimat'tan Sonra Kanunlaştırma Hareketleri", *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi*, İstanbul, 1985, c.III, s.588. ,Güriz, Adnan, a.g.e., s.7. Mansurizade Said, "Şeriat ve Kanun", *Osmanlıların Son Döneminde Dinin Hukuki Boyutu Üzerine Tartışmalar*, Editör; Ferhat Koca, İstanbul 2000, s.245.

⁶ Işın, Ekrem, "Osmanlı Modernleşmesi ve Pozitivizm", *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi*, İstanbul 1985.c.III, s.354.

Ekonomik ve siyasi açıdan sıkıntılar içersinde olunan bu dönemde, bu büyük sıkıntının atlatılabilmesi için birçok alanda farklı çözüm yolları aranmakta, bir tarafta batılılaşma yanlısı olanlar varken diğer taraftan ise var olan düzeni korumaya ve devam ettirmeye çalışanlar bulunmaktaydı. Böyle bir ortamda çok doğal olarak değişim ve yenileşme konusunda farklı öneriler ileri sürülmüş, bu yenileşme hareketi hukuk alanında da kendisini göstermiştir.

Tanzimat sonrası hukuk alanında gerçekleştirilen yenilikler ve kanunlaştırma çalışmaları, büyük eksikliği duyulan bir Medeni Kanun hazırlanması konusunu da gündeme getirmiştir. Tanzimat'tan sonra Batı'dan alınan kanunların genellikle Fransız kökenli olmasının da etkisiyle, dönemin en ünlü Medeni Kanunu olan Fransız Medeni Kanunu'nun alınmasını savunan Ali Paşa'nın önderliğindeki Osmanlı aydınları ile ünlü tarihçi Ahmet Cevdet Paşa'nın önderliğindeki İslam Hukuku taraftarları arasında büyük bir mücadele başlamıştır.⁷ O dönemde var olan düşünce akımları, dünyayı algılayış tarzları doğrultusunda, hukuk alanındaki görüşlerini belirtmişler ve bu görüşlerinin kabulü için gerekli olan fikrî ve siyasî çabayı sarf etmişlerdir.

Farklı görüşlerin fikirlerini beyan etmeleri sonucunda, Cevdet Paşa'nın İslâm Hukukundan yararlanarak bir kitap yazılması hakkındaki görüşleri uygun bulunmuş, kurulacak bir komisyonun bu kitabı hazırlamasına karar verilmiştir. Rüştü Molla Efendi'nin başkanlığında dört üyeden oluşan Mecelle Cemiyeti, 1868-1876 yılları arasında çalışarak, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, ya da kısaca Mecelle adı verilen eseri hazırlamışlardır. Mecelle, "kitap" adı verilen bölümler halinde hazırlanmış ve biten her kitap Bakanlar

⁷ Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara, 1996, s.159.

Kurulu veya Şeyhülislâm aracılığıyla padişaha sunulmuş ve hemen kanunlaştırılmıştır.⁸

Eğer bir yerde farklı alternatifler doğrultusunda bir karar alınmaya çalışılıyorsa etkin olan kararda otoritenin gücü ve görüşünden hâlî kalınması imkansızdır. Mecelle konusunda da böyle olmuştur. Devlet kendini bir şekilde ayakta tutmuş ve var olan fikir ayrılıklarına en makul cevabı ve çözüm yolunu bu şekilde bulmuştur. Mecelle'nin hazırlanma kararı bu ortamda alınmıştır. Bu karar sonucunda Mecelle, İslâm Hukukunun sistematize edilerek günün problem ve uygulamalarına uygun hale getirmek isteyenlerin ortaya koyduğu bir çalışma ve devletin iradesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Bu dönemin öncesinde ve sonrasında İslâm Hukukunun yanı sıra Batı Hukukunun örnek alınması gerektiğini düşünenler de bir takım çalışmalar ortaya koymuşlardır. Tanzimat reformuyla girişilen bu denemeler, 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile başlamıştır. 1840 ve 1846 Ceza ve İdare yasalarından sonra 1856'da Ticaret Yasası, 1858'de Ceza ve Arazi Kanunnameleri, 1861'de Ticarî Yargılama Usulü Yasası, 1863'te Deniz Ticaret Yasası kabul edilmiş ve böylece çok geniş ölçüde bir kanunlaştırma faaliyetine girilmiştir. Bütün bu yasalar Avrupa'dan özellikle de Fransız kanunlarından örnek alınarak hazırlanmıştır. Ancak bu kanunnameler yine de var olan sistemin canlandırılması amacıyla ortaya konulmuş çabalar olarak değerlendirilmelidir.⁹

Tanzimat hareketiyle hukuk birliği kurulamamış, aksine var olan sistem de parçalanmıştır. Bu sebeple Tanzimat hareketini ikili bir hareket olarak tanımlayabiliriz. Bu dönemde Hem Batı, hem İslâm kurumları devlette yan

⁸ Belgesay, Mustafa Reşid, *Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, İstanbul, 1947, s.5.

⁹ Velidedeoğlu, H. Veldet, "İslam Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleriyle İlişkisi", *Prof. Dr. Fikret Arık'a Armağan*, Ankara 1973, s.547.

yana yaşamaya çalışmışlardır. Yaşanan olumsuzluklar ve istikrarsızlıklar sonucunda bu dönemde ortaya konulan tek olumlu sonuç olarak ise, hukuk alanında bir kanunlaştırma ve düzene koyma döneminin başlamış olmasını sayabiliriz.¹⁰ Bölümler halinde ancak küllî bir kaide ortaya koyma noktasında zayıf olan fetva kitaplarının bir düzene konulma ihtiyacı sonucunda yapılan kanunlaştırma faaliyetleri olumlu bir gelişme olmuş, ancak farklı kültür unsurlarının da dahil edilmesi bu olumlu gelişmeyi gölgeleyen bir unsur olmuştur.

Bir taraftan Batı'nın kültürel değerlerinin benimsenmesiyle yüzyıllar boyunca süregelen İslâm kültürü ve Osmanlı geleneğini bir kenara bırakıp bir çözüm yolu aranmaya çalışılmıştır. Bunun yanı sıra bir taraftan da kendi kültürel değerlerini korumaya çalışanlar arasında yaşanan ortak bir zeminde buluşabilme çabaları iki tarafında kendi görüşünde ısrarcı olmasıyla sonuçsuz kalmış ve otoritelerin iradesi doğrultusunda bir geçiş dönemi atlatılmaya çalışılmıştır. Batı'nın şekil itibarıyla taklit edilmesi sonucunda sorunun çözölemeyeceğini, Batı'yı savunanlar da kendi değerlerimizin korunması gerektiğini savunanlar da çok iyi biliyorlardı. Ancak değerlerin korunması gerektiğini savunanlar, belki de dönemin imkânları ve gereksinimleri doğrultusunda sistemli bir çalışma ortaya koyamadıklarından, Batı'yı savunanlar ise iktibas noktasında yeterli desteği alamadıklarından dolayı başarılı olamamışlardır.

Bir taraftan ülkenin içersinde oluşan fikir ayrılıkları ve bunların sonucu meydana gelen insanlar arası yabancılaşma, bir taraftan da maruz kalınan siyasi ve kültürel dış baskı sonucunda imparatorluk artık son zamanlarını yaşamaktaydı. Bu gelişmeler sonucunda halkın inançları göz önünde bulundurulmadan ve iradesine başvurulmaksızın alınan kararlar ile devlet düzeni tamamen değiştirilmiş ve tamamen farklı bir devlet anlayışı benimsenmiştir. Hukuk alanında da İslâm Hukuku bir kenara bırakılarak,

¹⁰ Tahiroğlu, Bülent, *a.g.m.*, s.590.

Batı'dan iktibas edilmek suretiyle birçok kanun uygulanmaya ve halka benimsetilmeye çalışılmış, insanlar tamamen yabancı oldukları bir kültürün uygulamalarıyla baş başa bırakılmışlardır.

Kendi iradesine başvurulmaksızın bir sürü değişiklikle karşılaşan halk, hem yapılan bu değişimi içine sindirmekte hem de bunları uygulamaya geçirmekte uzun yıllar zorluklar çekmiştir. Avrupa'nın etkisiyle 19. yüzyıldan itibaren, İslâm'ın bilimsel düşünce ve ilerlemeye engel olarak gösterilmesi ve bunu destekleyen aydın kesimin propagandaları sonucu, insanların vazgeçilmezi olarak görünen din, sosyal hayatın dışında bırakılmaya çalışılmıştır.

Osmanlı'nın son dönemlerinde bu konuda yapılan tartışmalara baktığımız zaman, Ziya Gökalp yargı ve diyanet konusunda şöyle der; “Kaza ile diyanet birbirine karıştırıldığı içindir ki kaza işlerinden şikâyetçi olan kimseler dine karşı da ilgisiz oluyorlar. Diyanet ile kaza birbirine karıştığı zaman ikisi de birbirine zarar veriyor. Çünkü bunların esasları ayrı ayrı gayelere matuftur. Fakat müftüler diyani hükümler verdiği, kadılar yalnız kazai vazifeleri icra ettiği zaman ikisi de vazifelerinin saffetini ve mükemmelliğini muhafaza edebilir.”¹¹

1920'lerde ortaya konulmaya çalışılan rejimin en önemli politikası kültürel ihtilaldi. Rejimin öncülüğünü yapanlar, Cumhuriyet rejiminin ideolojik ve kültürel çerçevesine halkı dahil etmeyi, halka batılı ve laik bir hayat tarzını benimsetmeyi hedeflemişlerdir. 1922 senesinde Saltanatı, 1924 senesinde Hilafeti ortadan kaldırmak, vakıfları ayırmak, ulemayı yeni teşkil edilmiş Diyanet İşleri Başkanlığı kontrolüne almak ve 1925 senesinde tarikatları yasa dışı ilan edip tekkeleri kapatmak suretiyle bazı devrimler insanlara zorla kabul ettirilmeye çalışılmıştır.¹² Bu gelişmeler

¹¹ Gökalp, Ziya, “Diyanet ve Yargı (Kaza)”, *Osmanlıların Son Döneminde Dinin Hukuki Boyutu Üzerine Tartışmalar*, s.251.

¹² Lapidus, M.ıra, *Modernizme Geçiş Sürecinde İslam*, (Çev: İ.Sefa Üstün), İstanbul, 1996, s.76.

sonucunda insanların yaşamlarının bir parçası olan “din” unsurunun etkisini yitirmesi sağlanmaya çalışılmış, kamu düzeninde din’in etkisi silinmek istenmiştir.

Yeni devlet düzeninin kurulması ve artık “din”in kurumsal açıdan bir işlevinin kalmaması sonucunda lâik sistemin bir getirisi olarak hukuksal alanda din ve hukuk kavramları birbirinden tamamen ayrılmış yargısal düzenlemelerde İslâm Hukukunun yerini Batı’dan iktibas edilen düzenlemeler almıştır.

İSLAM HUKUKU VE MODERN HUKUK AÇISINDAN AİLE HUKUKU VE EVLİLİK

Aile kavramını düşündüğümüz vakit insanlık tarihi kadar eski bir kurum karşımıza çıkmaktadır. Toplumun ahlâkî ve sosyal düzeninin sağlanabilmesi açısından vazgeçilmez, önemi kesinlikle yadsınamaz bir kurumdur. Tarihi örneklerde bize göstermiştir ki insanlık tarihi boyunca her ne kadar ferdiyetçiliği savunan akımlar ortaya çıkmışsa da sosyal gerçekler bunun aksini çok rahatlıkla ortaya koyabilmiştir.

Kaynaklarımızda evlilik kavramının anlamına baktığımız vakit karşımıza öncelikle nikâh kavramı çıkmaktadır. Genel olarak nikâh; “kasten milk-i müt’a ifade eden bir akittir.”¹³ şeklinde tarif edilmiştir. Yani erkeğin, dinen nikâhına mani bulunmayan bir kadından istifade etmesini helâl kılan bir akittir. Bazı âlimler yine nikâh konusunda, “Nikâhla meşgul olmak nâfile ibadetlere kendini vermekten efdaldır.”¹⁴ demişlerdir. Yani nikâhla ve

¹³ İbn Abidin, *Reddû'l-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar*, (Terc: Ahmed Davudoğlu), İstanbul, 1983, c.V, s.247; Ebu Zehra, *el-Ahvâlu's-Şahsiyye*, Kahire, 1957, s.17.

¹⁴ İbn Abidin, *a.g.e.* , s.247.

nikâhın kapsadığı nefsi haramdan korumak ve çocuk terbiyesiyle meşgul olmak gibi işleri görmek, nafile ibadetten daha hayırlı sayılmıştır. Ömer Nasuhi Bilmen ise nikâh akdini şöyle tarif etmiştir; "Bir akiddir ki, kasten milk-i müt'ayı müfid olur. Bu akd ile bir aile teşekkül eder, bir erkek ile bir kadın arasında bir takım haklar teessüs ederek bunların birbirinden meşru surette istifadeleri caiz olur."¹⁵

Bir de Medeni Hukuk açısından evliliğin nasıl tarif edildiğine bakacak olursak, Velidedeoğlu; "Evlenme, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli bir şekilde birleşmeleridir."¹⁶ şeklinde tanımlar. Schwarz ise; "Evlilik, tam bir yaşama ortaklığına erişmek üzere bir erkekle kadın tarafından kurulan ve devletin hukuk nizamınca kabul edilip düzenlenen daimî bir birliktir."¹⁷ der. Feyzioğlu ise; "Bir erkekle bir kadının, şekli ve şartları hukuken düzenlenmiş bir akitle, tam bir yaşama ortaklığı yaratmak üzere hayatlarını birleştirmeleridir."¹⁸ şeklinde evliliği tarif etmişlerdir.

Evlilik kurumunun evrensel olduğu düşüncesinden hareketle yukarıda da açıklamaya çalıştığımız tanımlar doğrultusunda evlilik kurumu, temel misyonu olan toplumu düzenleyici ve ahlâkî sorumluluğu üstlenici rolünü hiçbir zaman kaybetmemiştir. İlk zamanlardan beri her alanda söz konusu olduğu gibi evlilik açısından da dönemin şartlarına uyma gibi bir durum söz konusu olmuştur.

Temelde her ne kadar toplumu düzenleme gibi bir amaca hizmet ediyor olsa da evlilik gibi bir kurumun korunması ve misyonunun yerine getirilebilmesi için, içinde bulunulan dönemin getirmiş olduğu şartlara uyulmak zorundadır. Evliliğin korunması temel amaç kabul edilerek,

¹⁵ Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye*, İstanbul, 1968, s.5.

¹⁶ Velidedeoğlu, H.Veldet, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, İstanbul, 1965, , c.II, s.44.

¹⁷ Schwarz, A. B. , *Aile Hukuku*, (Çev: B.Davran), İstanbul, 1946, s.7.

¹⁸ Feyzioğlu, Necmettin F. , *Aile Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1971, s.78.

dönemin getirmiş olduğu şartlar doğrultusunda hareket edilmelidir. İnsanlık tarihinde yaşanan iniş ve çıkışlar sonucunda yaşanan değişimlerden evlilik kurumu da etkilenmiş, bazı dönemlerde aile kurumu ve fertleri hak etmedikleri konumlarda bulunmak zorunda kalmışlardır.

İslam kültür ve medeniyetinin henüz meydana gelmeye başladığı dönemleri ele aldığımızda, aile hukukunun İslam Hukuku içinde, gerek kaynaklar hiyerarşisi, gerek hukuk politikası ve sistematigi bakımından önem kazanması doğal olarak yerinde bir gelişme olmuştur. Çünkü İslâm Hukuku'nun meydana gelmeye başladığı cahiliye döneminde, aile hayatı konusunda sistematik bir hukuk sisteminden bahsetmek mümkün değildi. Tam bir düzensizlik ve başıboşluk halini yaşıyordu. Aile birliğinin zorunlu bir unsuru ve tarafı olan kadının, bu birliğin merkezinde olması ve değer verilmesi gerekirken, köle olan kadınların eşya gibi alınıp satılabilen bir varlık olarak görülmesi onu alelâde bir konuma getirmişti.¹⁹ İslam'ın getirmiş olduğu evrensel mesajla hem aile kurumu hem de kadın hak ettiği konuma gelebilmiştir.

İslâm Hukukuna göre evlilik, diğer akitler gibi medenî bir akittir.”Dinî bir kurumun müdahalesine bağlı kalmaksızın, iki şahit huzurunda sadece iki iradenin birleşmesi ve anlaşmasıyla tamamlanır ve gerekli bütün neticeleri doğurur. Çünkü İslâm'da, başkalarında bulunmayan dinî bir otoriteye sahip “din adamları” diye bir sınıf yoktur. Dolayısıyla İslâm Hukukunda hiçbir kimse için Allah ile insanlar arasında vasıtalık etme hak ve yetkisi yoktur. Öyle ki bizzat dini getiren peygamberlerin dahi dinî vazifesi tebliğdir, zamanındaki otoritesi de onu uygulamakla ilgilidir.”²⁰

İslâm Hukuku, lâik ve beşerî hukuk sistemlerini benimsemiş bütün devletlerin kabul ettiği “medenî evlilik” müessesesini düzenleyen ilk sistem

¹⁹ Ünal, Mehmet, “1917 Tarihli Hukuk-i Aile Karamamesi”, *Türk Yurdu Dergisi*, 347. sayı, s.41.

²⁰ Karaman, Hayreddin, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku*, İstanbul, 1987, s.31.

olmuştur.²¹ Dinlerin, hem fertlerin ruhsal gelişimlerine fayda sağlaması hem de sağlıklı fertler yetişebilmesi için bir toplum düzeni oluşturma gibi önemli vazifeleri vardır. İslâm dini son din ve evrensel bir din olması itibarıyla toplumsal uygulamalara dikkatleri çekmiş ve evrensel hükümler ortaya koymuştur. Bu noktada evlilik gibi toplumun temelini oluşturan bir kurumun düzenlenmesinde de evrensel nitelikli hükümler doğrultusunda bir düzen ortaya konulmuştur. Ortaya konulan bu hükümler yüzyıllar boyunca varlıklarını sürdürmüşler ve hâlâ da sürdürmektedirler.*

Toplumda kalıplaşmış ve itiyat halini almış bir takım özelliklerin kaldırılmaya çalışılması hiçbir dönemde kolay olmamıştır. Sözünü ettiğimiz özelliklerin vahiy ürünü olmaları da bu durumun böyle olmasını gerektiren en önemli konudur. Bu açıdan baktığımızda İslâm Hukuku da yüzyıllar boyunca İslâm toplumunda teâmül halini almış ve benimsenmiştir. Eğer bu uygulamaların ihtiyacı karşılamadığı gibi bir düşünce hakim olmuştaysa -ki böyle bu durum evrensel olduğundan söz edilen bir din için söz konusu değildir-var olan uygulamaların aslına dokunmadan günün şartlarına uygun bir takım düzenlemeler yapılabilir. Çünkü insanoğlunun sürekli değiştiği ve geliştiği fikrinden hareketle aslî değerlerimize zarar vermeden bazı noktalarda değişimden bahsetmek söz konusu olabilecektir.

Hukukun vazifesi “toplumun düzenini sağlamak” olduğuna göre, bunun bir kısmını teşkil eden aile hukukunun vazifesi de toplum içinde aile düzeni sağlamak, aileyi her bakımdan kuvvetlendirerek toplumun temelini sağlam tutmaktır.²² Bütün hukuk sistemlerinin temel amacı kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak olduğundan aile söz konusu olduğu zamanda aile bireylerinin huzur ve güveninin sağlanması ile tüm toplumun düzeninin sağlanması gibi nihâî bir hedefe ulaşılmıştır.

²¹ Karaman, Hayreddin, *a.g.e*, s.31

*Burada “medenî evlilik” ten maksat “din dışı, dinin ilgilenmediği evlilik değil, din adamının müdahalesini gerektirmeyen evliktir. İslâm hukukunun bütünü ile dine dayandığı malumdur.

²² Velidedeoğlu, H. Veldet, *Türk Medenî Hukuku*, Aile Hukuku, İstanbul, 1949, c.II, s.7.

Beşeri hukuk kapsamında ise İsviçre-Türk Medenî Kanununu ele aldığımızda ise, Medenî Kanunun Aile Hukuku bölümündeki hükümler, ailede devletçi ve fertçi görüşleri telif edici özellik taşımaktadır. Medeni Kanun çerçevesinde aile hukuku emredici hükümlerden oluşmuştur. Aile hukuku Medenî Kanun içersinde, ahlâkî unsurları en çok ihtiva eden kısımdır. Sosyal karaktere sahip olması sebebiyle de hakime geniş takdir yetkisi tanımıştır.²³

Medenî Kanun dahilinde aile ve evlilik kurumuyla ilgili hükümler ailenin toplum içersindeki önemini ve değerini belirtir tarzda ortaya konulmuştur. Medenî Kanunla beraber daha önce uygulanmakta olan İslâm Hukukundan çok farklı hükümler de ortaya konulmuştur. Bu iki hukuk sistemi arasındaki fark, birinin dinî temellere dayanması diğlerinin ise lâik-seküler bir hukuk anlayışını benimsemesiydi. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, evlilik kurumunun evrensel nitelikli bir kurum olmasından ve tamamen insanın ve toplumun huzur ve istikrarını amaçlamasından dolayı, gözettikleri temel ilkeler açısından ortak bir noktada buluşabiliyorlardı ve her ikisinde de evlilik medenî bir akitti.

İnsanlığı bir düzene koyan, insanı ahlâkî ve hukukî bir bütün olarak ortaya koyan şey, örflerin ve ananelerin şuurumuzda ve şuur altımızda yaşayan tesirlerinden başka bir şey değildir.²⁴ İnsan ne kadar bulunduğu toplumdan, içinde bulunduğu kültürden soyutlanmaya çalışsa da bu imkânsız bir şeydir. Çünkü insan çevresiyle kendisini ortaya koymuş olan sosyal bir varlıktır. Bu yüzden insanlar arası ilişkileri düzenleyen kanunnamelerinde yaşanılan kültüre var olan değerlere uygun olması gerekmektedir. Aile ve toplumun birbirine girmiş yapısından dolayı toplumda meydana gelen olumlu ve olumsuz her türlü gelişme doğrudan aile'yi de etkilemekte ve aile toplumda meydana gelen değişimlere bir şekilde uyum sağlamak durumunda kalmaktadır.

²³ Velidedeoğlu, H. Veldet. *a.g.e.*, s.11.

²⁴ Fındıkoğlu, Z. Fahri, *İctimaiyyat*, İstanbul, 1947, s.324.

İslâm tarihinin başlarından itibaren gerek toplumda gerekse ailede kadına hak ettiği yer verilmiş, gerek nas'larda gerekse uygulamalarda bu durum gösterilmeye çalışılmıştır. Dönemin şartlarına göre nikâhın camilerde, şahitler huzurunda yapılması ve evlilik kurumunun başlangıcından itibaren toplumsal temellere dayandırılması verilen önemin göstergeleridir. Ancak nikâhın camilerde kısılmasından, nikâhın dinî bir akit olduğu anlaşılmamalıdır. Camiler o dönemlerde toplum oluşturan fertlerin birbirleriyle iç içe oldukları, iyi ve kötü birçok şeyi paylaştıkları mekânlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Osmanlı İmparatorluğunun başlangıcından itibaren düşündüğümüzde de, aile hukuku bakımından ve kadının konumu konusunda başlangıçtan Tanzimat'a kadar olan dönemde, özellikle Kanûnî döneminden itibaren devletin nikâh akitlerinin belli bir düzen içinde yapılmasına büyük özen gösterdiğini görmekteyiz. Bu dönemde nikâhlar ya mahkemelerde bizzat kadılar tarafından veya mahkemelerin her nikâh için verdikleri özel izin üzerine onların kontrolü altında din adamları tarafından kısılmıştır.²⁵

Aile hukukunun toplumun temelini oluşturan önemine binâen İslâm Hukuku dayandığı ilâhî kanunlar çerçevesinde evlilik kurumunu düzenlemiş ve bu ilâhî hükümler ilk günden itibaren uygulanmaya başlamışlardır. Hâlâ da İslâm Hukuku'nu benimseyen devletlerde uygulanmaktadırlar. Biz de kendi tarihimizi Türk-İslâm geleneği çerçevesinde düşündüğümüzde yaşadığımız topraklarda hukukî manada Türk-İslâm kültürünü yaşatan devlet Osmanlı devleti olmuştur.

Osmanlı'nın son dönemlerinde Tanzimat'ın meydana geldiği zaman çerçevesinde aile hayatı, toplumsal hükümlerin geçirdiği sarsıntıdan doğal olarak etkilenmiştir. Şöyle ki aile hayatını tanzim eden örf ve âdetler, bütün Türkiye'de değilse bile – çünkü imparatorluğun bazı büyük şehirleri ile

²⁵ Aydın, M. Akif, "Osmanlı Toplumunda Kadın ve Tanzimat Sonrası Gelişmeler", *Sosyal Hayatta Kadın*, İstanbul, 1996, s.145.

diğer bölgeleri arasında büyük farklar vardı – büyük şehirlerde temelinden sarsılmıştır. İkinci Meşrutiyet'in ilânına kadar bir taraftan eğitim kurumlarına Türk kızlarının kabulü, diğer taraftan Avrupa kadınları ile, gittikçe daha çok Avrupalılaştan halk kadınları arasındaki ilişkinin sonucu olarak kadın, eski değerini ve konumunu kaybetmeye başlamıştır.²⁶ Dolayısıyla bu dönemde evlilik kurumunda da bir takım yozlaşmalardan söz etmek mümkün olacaktır.

İnsanlar kendi kültürleri ve gelenekleri haricinde bir kimlik arayışına girdikleri zaman mutlak surette kendi öz benliklerine uygun bir hayat tarzı bulamayacakları düşüncesi bu konudaki genel kanaattir. Çünkü birçok tarihî tecrübe göstermiştir ki başka milletlerin hâkimiyetleri altında olan ya da onları taklit yoluyla kültürlerini benimsemeye çalışan milletler taklit ettikleri milletlerin siyasal ve kültürel empozeleri sonucunda kendi benliklerinin temel noktalarını kaybetmek zorunda kalmışlardır.

Tedvin olayı, her toplumda hukukî hayatın geçirdiği gelişimin belirli bir anına karşılık gelmektedir. Bir memlekette tedvin ihtiyacı, her zaman belirmez.²⁷ Osmanlının son dönemlerinde de yaşanan çıkmazlar sonucunda birçok kanunlaştırma faaliyetleri kendini göstermiştir. Çünkü iç ve dış kaynaklı farklı müdahalelerin etkisiyle var olan sistemimiz ihtiyaçları karşılamıyormuş gibi sunulmaya çalışılmış; kendi hukukumuz doğrultusunda ortaya konulmaya çalışılan faaliyetler başarısız olarak nitelendirilmiştir. Aile hukuku alanında kanunlaştırma faaliyetleri çerçevesinde ilk çalışmayı 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi ile görmekteyiz.

Hukuk-i Aile Kararnamesi sonrasında da değişen şartlarla orantılı olarak aile hukuku alanında bu kararnamenin benzerleri ortaya konularak kanunlaştırma faaliyetlerinde bulunulmuş, Cumhuriyet yönetimine

²⁶ Fındıkoğlu, Z. Fahri, 100. Yıl dönümü Münasebeti ile Tanzimat, s. 65

²⁷ Fındıkoğlu, Z. Fahri, İctimaiyyat, s. 210.

geçilmesiyle birlikte devletin hukuk anlayışının da bir sonucu olarak İslâm Hukuku tamamen terkedilmiş, 1926 tarihinde İsviçre'den iktibas edilen Medenî Kanun kabul edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CUMHURİYETE GEÇİŞ DÖNEMİ EVLİLİK KURUMU AÇISINDAN KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ

1.CUMHURİYETE GEÇİŞ DÖNEMİ VE EVLİLİK KURUMUNUN GENEL KARAKTERİSTİĞİ

Türkiye tarihi dikkatle incelendiğinde; “modernleşme”, “batılılaşma” gibi kavramların cumhuriyetle birlikte bir anda gündeme gelmediği görülecektir ki zaten her fikrin olgunlaştığı meydana gelme fırsatı bulduğu bir süreç yaşanma zorunluluğu vardır. Toplumun ekonomik anlamda sıkıntılı ve bunalımlı dönemler geçirmesi, bir taraftan da kültürel boşluk ve çözümlenin de habercisi olmuştur. Osmanlı’nın son döneminde de bu görüşün doğrulandığını görmekteyiz. Ekonomik anlamda dışa bağımlı olunan bu dönemde, kültürel anlamda da oluşan boşluğun doldurulabilmesi için farklı çözüm yolları aranmaya başlanmıştır. Ancak ilk zamanlarda ortaya konan çalışmalar genellikle farklı kültürlerden doğrudan bir alma şeklinde değil de değil de kendi kültürümüz etrafında alternatif çözüm yolları aranması şeklinde olmuştur.

Çağdaş anlamda nitelendirilebilecek kanunlaştırma hareketleri ilk kez Tanzimat Ferman’ının yayınlanmasından sonra başlamıştır. Bu dönemdeki kanunlaştırma hareketleri sonunda bazı alanlarda yerli nitelikte ve yürürlükteki dinsel hukuk düzenini çağdaşlaştırmak yoluyla kanunlaştırmaya gidilirken, bazı alanlarda ise tamamen yabancı kanunların benimsenmesi yoluna gidilmiştir. 1856 Islahat Ferman’ının yayınlanmasından sonra hukuk alanındaki gelişmelerin ve Batı hukukuna yönelişin hız kazandığını söyleyebiliriz. Fransız ve İtalyan örneklerinden yararlanılarak yeni usul kanunları hazırlanmıştır. Yine çok önemli bir adım olarak şeriat, cemaat, ticaret ve konsolosluk mahkemelerine ek olarak görevi sınırlı da olsa Nizamiye Mahkemeleri kurulmuştur. Lâik nitelikli nizamiye mahkemelerinin kurulmasına karşın adlî alandaki çokluk ve karışıklık giderilememiş, aksine biraz daha artmıştır. Hukuk birliğini

sağlamak için yola çıkan Tanzimatçılar, hukuk sisteminin daha da parçalanmasına engel olamamışlardır.¹

Dünya da ve Osmanlı Devleti'nde meydana gelen değişimler ve güç dengelerinin bozulması sonucu, yüzyıllar boyunca birçok milleti bünyesinde barındıran ve dini ve siyasi açıdan otoriteyi elinde bulunduran bir medeniyetin artık yıkılmaya yüz tuttuğu ve kültürel ve siyasi bir boşluk içersine girildiği ortaya çıkmıştı. Hukukî açıdan ele alındığında ise yürürlükte olan hukuk sisteminin de yaşanan sıkıntıların birçok nedeninden biri olduğu düşünülüyor ve bu alanın da ıslahı konusunda farklı fikirler öne sürülüyordu. Aslına bakılırsa ortaya konulmaya çalışılan bu değişim hareketleri, var olan düzenin yetersizliğinden değil, sosyal değişimin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Osmanlı Devleti'nde aile hukuku tamamen şer'i hukuk içersinde yer almış, bütün uygulamalar şer'i hukuk çerçevesinde düzenlenmiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi İslam hukukunda nikâh, esas itibariyle tarafların ve şahitlerin katılımıyla akdedilen medeni bir akittir; geçerli olabilmesi için resmi bir memurun veya bir din adamının huzurunda yapılması şart değildir. Nikâh akdi için İslam hukukunda aranılan şartların gerçekleştiği her akit, sahih ve geçerlidir. Bu şartlar arasında nikâhın bir hukukçu veya bir din adamının huzurunda kıyılması şartı yoktur. Ancak bu kişilerin nikâha katılmaları hem nikâhın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol ve nikâhın sahih bir şekilde akdedilmesi imkânını vermiş, hem de nikâh akdinin diğer akitler karşısındaki önemini ortaya koymuştur. İslam tarihinin ilk dönemlerinden itibaren nikâh akdi "kadı"ların görevi olarak sayılmış ve bu uygulama Osmanlı devletinde de devam etmiş ve nikâhların büyük bir çoğunluğu kadılar tarafından kıyılmıştır.²

¹ Sezer, Ayten, *Atatürk ve Türkiye Cumhuriyeti Tarihi*, Ankara, 2003, s.277 vd.

² Aydın, *İslam- Osmanlı Aile Hukuku*, s.87-88.

Osmanlı'nın son dönemlerine kadar nikâh akdinin “kadı”lar tarafından kıyılması yanında, mahkemede kadı tarafından kıyılmayan nikâhlar umumiyetle bir din adamı, çoğu kere mahallenin imamı tarafından kıyılmaktadır. Ancak imamlar her istendiğinde hemen nikâh kıyamazlar, taraflar bulundukları yer mahkemesinden nikâh için gerekli izni alıp, o din adamına hitaben bir izin kâğıdı getirdiklerinde bu vazifeyi yerine getirirlerdi. Bu şekilde gerek kadı tarafından gerekse bir din adamı tarafından kıyılan nikâhlarda umumiyetle evlenen erkek nikâha bizzat iştirak etmekte, evlenecek kız ise bir vekil vasıtasıyla temsil edilmektedir. Bunun yanında kızın bizzat veya her iki tarafın da vekillerle iştirak ettikleri nikâhlara da rastlanmaktadır.³ Bu durumlar dini emirler ve toplumsal algılayışlar doğrultusunda şekillenmiştir.

“Eşitlik”, “adalet” gibi kavramlar her düşünceye ve yoruma göre farklı şekillerde tezahür edip anlaşılabilen kavramlardır. Cumhuriyet’e geçiş değişim sürecinde de kadın-erkek eşitliği gibi tartışmalar gündeme taşınmış, İslam’ın ortaya koyduğu eşitlik ve hoşgörü gibi özellikleri göz ardı eden yorumlar yapılmıştır.

Farklı fikirler her dönemde yaşanan olayları kendi anlayışları doğrultusunda yorumlamışlardır. Ortaya koymaya çalıştığımız bu dönemde de olaylara farklı yorumlar getirilmiştir. Bu yorumlardan birinde ise; “Tanzimat dönemi, siyasal olduğu kadar toplumsal anlamda da eşitsizlikten eşitliğe yönelişin dönüm noktasını simgeler. Kadın-erkek eşitliği üzerine ilk yazılara bu dönemde rastlanmaktadır. Sınırlı da olsa kadın-erkek eşitliğinin konu edildiği ilk kanunlar bu dönemde ortaya konulmuştur.”⁴denilmektedir.

³ Aydın, *a.g.e.*, s.95-96

⁴ Alkan, Mehmet Ö. , “Tanzimat’tan Sonra “Kadın”ın Hukuksal Statüsü Ve Devletin Evlilik Sürecine Müdahalesi Üzerine”, *Toplum Ve Bilim*, 50. Sayı, s.88.

Tanzimat'ın ardından Osmanlı toplumunda devletin aileye ilişkin iki tür müdahalesi olduğu görülmektedir. Devlet, bir yandan evlilik sürecini dinsel geleneksel bir anlayışın dışında dünyevi bir yaklaşımla yeniden düzenlemekte ve yerel yönetimleri bu sürece dahil etmektedir. Böylece yerel yönetimler evlilikleri onaylayan ve evlilik kayıtlarını düzenli tutma işlevini üstlenen kurumlar olmuşlardır. Evlilik süreci bu yeni durumla birlikte bir laikleşme sürecine girmiştir. Bu süreç aynı zamanda ailenin denetim altına alınma sürecinin bir aşaması olarak ta değerlendirilebilir. Diğer yandan da devlet geleneklerin güçleştirdiği evlilik olayının ortaya koyduğu toplumsal sorunların giderilmesi amacıyla, evliliklerin kolaylaştırılmasına ilişkin yasakçı düzenlemelere gitmiştir.⁵

20. Yüzyılın başına gelindiğinde ise aile yapısı iyice değişmeye başlamıştı. Nitekim “Büyük şehirlerdeki yeni hayat şartlarının bütün içtimai müesseselerde az çok istihaleye sebep olacağı muhakkaktı. Mesela eski Türk ailesinin garplılaşma hareketi karşısında alakasız kalması ve kuvvetli bir mukavemet göstermesi imkânsızdı.”⁶ Aile hukuku sahasında, değişmeye başlamış olan şartlar artık bir kanunlaştırma yapmanın gereğini hissettirmeye başlamıştı. Aile hukuku sahasının bir kanunun gerektiği noktasında devrin hukukçuları aynı görüşü paylaşıyorlardı. Ancak yapılacak kanunun içeriği konusunda daha sonra da bahsedeceğimiz üzere Tanzimat'la başlayan fikir ayrılıkları bu konuda da devam etmiştir. Hatta bu konudaki fikir ayrılıkları zaman zaman sert tartışmalara kadar varmıştır.

Yaşanan bu değişimle birlikte Tanzimat'tan çok önceleri başlayan aile ve evlilik sürecine ilişkin dinsel kural ve uygulamalardan ayrılıklar, Tanzimat Döneminde daha da hızlanacaktır. Ancak bu konudaki düzenlemelerin daha çok, evliliğin kolaylaştırılmasına yönelik olduğu dikkat

⁵ Alkan, Mehmet Ö., *a.g.m.*, s.89.

⁶ Ülken, Hilmi Ziya, “Tanzimattan Sonra Fikir Hareketleri”, *Tanzimat I*, İstanbul 1940, s.2.

çekmektedir. Bunlarda biri “İzdivaç Ve Tenaküh Maddesi Hakkında Tenbihata Havi İlannamedir” adını taşımaktadır.⁷

Tanzimat sonrası aile kurumunun genel yapısına somut bir örnek olarak İstanbul’daki aile yapısından örnek verecek olursak; Tanzimat sonrası dönemde İstanbul’daki Müslüman aileler arasında, evlilik ve hane kurma sisteminin oldukça kendine özgü bir çizgi izlediği, bazı bakımlardan Anadolu’ya benzerlikler gösterirken diğer bakımlardan da, komşu Akdeniz ülkelerinde geçmişte rastlanan modellere yakın olduğu görülmektedir. Bu etkilerden hareketle İstanbul’da Anadolu’ya özellikler olan kuşaklararası dayanışma ve büyüklere saygı ile bağlılığı vurgulayan kültürel sistemi; Akdeniz modeline uygun olan erkeklerin geç, kadınların ne çok genç ne de ileri bir yaşta evlenme eğilimi gösterdikleri anlaşılmaktadır.⁸

Bu dönemde aile hukuku ve evlilik kurumu mevcut ortamdan etkilenmiş ve kanunlaştırma faaliyetleri kendini göstermiştir. Özellikle Mecelle ve Hukuk-i Aile Kararnamesi’nin hazırlanması sırasındaki tartışmalar İslam hukukuna yeni bir bakış açısı getirmiştir. İslam hukukunun kanun çerçevesine alınması, dinin dışına çıkmış gibi anlaşıldığından tartışmalara sebep olmuş ve meseleye din ve hukuk açısından farklı yaklaşımlar getirilmiştir. Bu tartışmalarda İslam hukukunun kanunlaştırmaya konu olup olmayacağı açısından büyük önem arz etmektedir.

2. AİLE HUKUKU VE HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ

İslam hukukunda aile hukuku alanında ilk kanunlaştırma faaliyeti olarak ortaya konulan “Hukuk-i Aile Kararnamesi”, 8 Muharrem 1336/ 25 Ekim

⁷ Alkan, Mehmet Ö. , *a.g.m.* , s.90.

⁸ Duben, Alan, “Son Dönem Osmanlı İstanbul’unda Evlilik Kurma Ve Hane Kurma Sistemi”, *Toplum Ve Bilim*, Sayı 42 - 44, s.42.

1917 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı zamanda bu kararname Tanzimat'tan sonra gerçekleştirilen kanunlaştırma faaliyetlerinin de önemli bir halkasını oluşturmaktaydı.⁹

Aile hukukunun İslam hukuku içersinde önem kazanması o günkü şartlar çerçevesinde hiç de yersiz değildir. Çünkü İslam hukukunun ortaya çıkmaya başladığı çağda ve yerde, aile hayatı herhangi bir düzene tabi olmaktan ziyade, tam bir düzensizlik ve başıboşluk içersinde idi. Aile birliğinin önemli bir unsuru olan kadın, alınıp satılabilen bir eşyadan ibaretti. Ancak İslam dininin ortaya çıkmasıyla kadın, aile hayatında gerekli öneme sahip olmuştur.

İslam Hukukunda aile hukukunun yerini değerlendirdiğimizde; İslam Hukukunun iki temel kaynağı Kitap ve Sünnet'te aile hukukuna ilişkin hükümler dikkatle incelendiğinde, bu hükümlerde hakim olan ruhun, genellikle kadın haklarını iyileştirmeye ve onu korumaya dönük¹⁰, aile içinde yaratılıştan gelen farklar hariç eşler arasında denkliği¹¹, iyilik ve adaletle muameleyi¹², karşılıklı sevgi ve dayanışmayı tesise yönelmiş olduğu görülür. Ancak bu ruhun daha sonra, cahiliye devri örf ve adet kalıntılarının, İran ve Bizans kültürlerini etkisiyle aynı şekilde korunamadığı ve aynı yönde geliştirilemediği de bilinen bir gerçektir.¹³

⁹ Aydın, *a.g.e.* s, 151.

¹⁰ *Nisa Suresi*/4,34.

¹¹ *Ahzap Suresi*, 35. Ayet.

¹² Hz. Peygamber veda hutbesinde “ kadınlar hakkında hüsnü muamele ediniz onların sizin üzerinizde sizin de onlar üzerinde karşılıklı hakları vardır. Onlara Allah'ın bir emaneti olarak emri ilahi ile sahip bulunuyorsunuz.” diye buyurmuşlardır.

¹³ Ünal, Mehmet, Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi, *A.Ü.H.F.Dergisi*, Ankara 1977, Cilt, XXXIV, Sayı 1-4, s.199.

Osmanlı devleti zamanında da Kitap ve Sünnet kaynaklı İslam Hukuku hükümleri uygulanmıştır, ancak değişen şartlar çerçevesinde ilk adımını Medeni Kanun içersinde Mecelle'nin oluşturduğu bir kanunlaştırma dönemine girilmiştir.

Osmanlı devleti'nin son zamanlarında hızlanan kanunlaştırma faaliyetleri arasında medeni kanun niteliğinde hazırlanan ve önemli bir yere sahip olan Mecelle'nin tamamlanması noktasında da bu kararname önemli bir yere sahiptir. Çünkü her ne kadar yapılmak istense de aile hukuku gibi zor bir alanın kanunlaştırılması meselesi dönemin siyasi, sosyal ve hukuki şartlarından dolayı geç ortaya konulabilmiştir.

Osmanlı hukuk tarihinde önemli bir yere sahip olan ve hiç de müsait olmayan şartlar içersinde aceleyle hazırlanan kararname, hazırlandığı devrin müspet ve menfi izlerini de taşımaktadır. Bu müsait olmayan şartlar kararnamenin bazı yenilikleri ihtiva etmesinde zorlayıcı bir faktör olmuş, fakat yine bu şartlar onun birçok bakımdan eksik hazırlanmasına, tatbikatın ortaya koyacağı müspet ve menfi yönleri anlaşılmadan kısa bir müddet sonra yürürlükten kaldırılmasına sebep olmuştur.¹⁴

Dönemin şartları düşünüldüğünde, bu değişim sürecinde din ve hukuk açısından yapılacak bütün düzenlemelerde var olan din ve geleneğin referans olarak kabul edilmesi ya da tamamen bir kenara itilmesi gibi iki fikir arasındaki çatışma, Cumhuriyet Türkiye'sine gelinceye kadar bu sürecin en önemli problemini oluşturmuştur.

2.1. Aile Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma İhtiyacı Ve Kararnamenin Ortaya Konulması

¹⁴ Aydın, *a.g. e.* , s.152.

19. yüzyılın başlarından itibaren artık Batı'daki bir takım gelişmelere paralel olarak Osmanlı Devletinde de hukuk alanında yeni düzenlemeler yapılma ihtiyacı hissedilmiştir. Fakat Osmanlı Devletinde medeni hukuk sahasında yerleşik bir uygulama var olduğundan ortaya konacak yeni uygulamalar var olan düzenle uyumlu ve sistematik bir şekilde olmak durumundaydı.

Daha önce de belirttiğimiz gibi Mecelle hazırlanırken aile hukuku sahasının kapsam dışı bırakılması, o gün için bir takım zaruretlerin sonucu idi. Öncelikle, Mecelle ile fıkıhın sadece 'muamelat' kısmını içine alan kanunlaştırma girişimi bile, zamanı için çok ileri bir adım oluyorken, 'münakehat' kısmını da içine alması durumunda çok daha şiddetli tartışmalara sebebiyet vereceği öngörülebilecek bir gerçektir. Dolayısıyla "1917'de bile çok müşkül olarak cereyan eden bir hadiseyi 1868'de cereyan etmiş görmek, ancak ilmi zihniyetten mahrum olanların bir fantezisi olabilir."¹⁵

Değişim ve tedvin denildiği zaman dönemin şartları önemli olduğu kadar alanın muhtevası da bu noktada önemlidir. Bu konuda "19. asır sonlarındaki bir takım düşünce akımları, tevilli yoldan da olsa aile hukukunun yeni baştan tedvini meselesini ortaya çıkaramazdı. Mantıki bir lüzum ilkin 'muamelat'ın tedvinini icap ettiriyordu, 'münakehat'ınki sonra zuhur edebilirdi. Nitekim de böyle oldu. Esasen hukuki hadiselerin dünyevileştirilmesi kendine mahsus bir sosyal mantık güder. Bu mantık, hukuk tarihinin bize verdiği bilgiye ve hukuk sosyolojisinin telkin ettiği görüşe göre şöyledir; hukukta devletleşme ve laikleşme ilk defa dünyevileşmeye en elverişli hadiselerde, bilhassa iktisadi münasebetlerde görülmüştür. Dini düşüncenin konu olmaya ve kalmaya daha elverişli olan

¹⁵ Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri, *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul 1958, s.240.

aile müessesesinin dünyevileştirilmesi daha sonraları ve güçlkle gerçekleşebilmiştir.”¹⁶

Osmanlı İmparatorluğu’nun son yüzyılı reformlar dönemidir. Bu reformların temel amacı, çokça belirtildiği gibi ordunun modernleşmesi olabilir, ancak 19. yüzyılın Osmanlı devlet adamları mali, adli ve idari alanda bir bütün olarak modernleşmenin gereğini düşündüklerinden Osmanlı tebasının can ve mal güvenliği içinde, kanun ve nizam egemenliği altında değişimin gerekleri doğrultusunda yaşamasını istiyorlardı. Bir toplumda değişim başladığında bu değişim, öngörülen alanlar kadar, öngörülmeyen alanlara da sıçrar. Bu nedenle Avrupa uygarlığı, orduda, maliyede, yönetimde olduğu gibi kültürde, edebiyatta, günlük yaşamda da Osmanlı toplumu için model oldu. Tanzimat dönemi, Osmanlı toplumunda yeni bir insan tipinin ortaya çıktığı devirdir. Kuşkusuz 19. yüzyılda Osmanlı toplumu köklü büyük bir değişim geçirmiyordu, ama her alanda bir modernleşmenin başladığı tartışılmazdı.¹⁷

Mecelle’den sonra genel değişim şartlarına bağlı olarak aile hukuku sahasında da farklılıklar meydana gelmeye başlamıştır. ”Bilhassa Selanik, İstanbul ve İzmir gibi şehirlerde tedrici bir kıyafet, muaşeret tarzında bir değişim görülüyor kadın ve erkek münasebetlerinde ‘Avrupalılaşma’ başlıyor. Kadınlar hakkındaki Avrupalı fikirler ‘mesele-i nisvan’ adı altında memleketimize girmektedir. Mecellenin tedvini sıralarında çıkan mecmualarda bu tezahürlere şahit olmaktadır. Fakat bu sadece fecrimsi bir belirti olup Türk hukukçusunun ‘münakehat’ sahasında, örtülü ve gizli te’villi şekillerde olsa, tedvine sevkedecek bir kudrette değildir.”¹⁸ Fakat bu düşünce ve şartlar zamanla değişecek, geçen yarım asır süresince bu sahada da kanunlaştırma zaruri hale gelecektir.

¹⁶ Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri, “Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi”, *Ebu’ Ula Mardin’e Armağan*, İstanbul 1944, s. 692-695.

¹⁷ Ortaylı, İlber, *Osmanlı İmparatorluğu’nda İktisadi Ve Sosyal Değişim*, Ankara 2000, s.63.

¹⁸ Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 241-242.

Aile hukuku alanında kanunlaştırma ihtiyacının ortaya çıkmasının çeşitli sebepleri vardır. Öncelikle Osmanlı hukuk sistemine bakıldığı zaman, hemen her sahanın, bazen iktibas suretiyle, istisna olarak ta geleneksel uygulamaların kanunlaştırılması suretiyle yeni kanunlarla tespit edilmişti. Aile hukuku sahasında ise hukuki problemler, fıkıh kitaplarına ve fetva mecmualarına müracaat edilerek çözümlenmeye çalışılıyor olması devrin hukukçularını, bu sahanında bir kanuna ihtiyacı olduğu noktasında hem fikir yapmıştı.

Osmanlı'da 1914'te kapitülasyonların kaldırılmasında sonra, dini karakteri ve milletlere göre değişeceği göz önüne alınarak, aile hukuku sahasında, azınlıkların hukuki problemleri hala cemaat mahkemeleri tarafından çözümleniyordu. Fakat Osmanlı devleti artık bu konuda yargılama birliğini sağlamak istiyordu. Bu nedenle azınlıklarla ilgili hukuki çözümleri de içine alacak şer'îye mahkemelerinde uygulanacak bir düzenlemeye ihtiyaç duyuluyordu. Böylece cemaat mahkemelerinin yargı yetkilerine de son verilmiş olacaktı. Fakat Osmanlı devletinin bu girişimi gerek içerden gerek dışardan olsun çok tepki çekecektir¹⁹.

Bu dönemde, toplumda kadının statüsü değişmiş, üst üste girilen savaşlar sonucunda erkeklerden boş kalan sosyal hayat kadınlar tarafından doldurulmaya başlanmıştır²⁰. Sosyal hayata daha fazla karışır duruma gelmesi, kadınların ruh hallerini değiştirirken, toplumun da bu konudaki yaklaşımlarını değiştirmeye başlamıştır. Ayrıca kadınlar için yeni eğitim kurumları açılması ile eğitim imkânları önceki hale nisbeten çok iyileşmiştir. Bunun sonucu olarak okur yazar oranı artmış, basın gelişmiş ve buna bağlı olarak da batıdaki kadın hareketlerine ilgiler artmıştır²¹.

¹⁹ Aydın, *a.g.e.* , s.249-251.

²⁰ Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi* , s.249-251.

²¹ Taşkıran, Tezer, *Cumhuriyet'in 50. Yılında Türk Kadınları*, Ankara 1973, s.25-31.

Aile hukuku sahasında yeni bazı düzenlemelere ihtiyaç duyulmasının sebebi de peş peşe girilen Balkan ve Birinci Dünya harplerinin ortaya çıkardığı yeni şartların bu ihtiyacı artırdığı söylenebilir. Nitekim 1916'da kocanın kaybolması ve hastalanması durumunda kadına boşanma hakkı veren iki irade-i seniyye, bu ihtiyaçların sonucu ortaya çıkmıştı. Fakat bunlar münferit düzenlemelerdi ve bu münferit düzenlemeler meseleye ancak kısmi bir çözüm getirmekteydi. Öte yandan hakimlerin sadece Hanefi mezhebinin en sahih görüşünü uygulamakla mükellef olmaları, yeni ihtiyaçlara diğer mezheplerden istifade ile cevap verme imkanını da önlemekteydi. Devlet reisinin uygun gördüğü noktalarda diğer mezheplerden istifade etmek ve yeni ihtiyaçlara topluca cevap vermek, em güzel şekliyle bu sahada hazırlanacak bir kanunla mümkün olabilirdi. İşte bu kararnamenin hazırlanmasında rol oynayan önemli bir amil, hukuki bir ihtiyaçtı.²²

Tanzimattan sonra batılılaşma hareketlerinin etkisiyle Türk cemiyetinin sosyal yapısı değişmeye başlamıştır. Klasik Osmanlı cemiyetinin yerini artık gittikçe daha çok batıya benzeyen bir cemiyet almaktadır²³. Özellikle İstanbul, Selanik, İzmir gibi batının tesirine daha açık olan şehirlerde kıyafet, moda ve sosyal hayat üzerinde Avrupa'nın tesiri gittikçe artan bir şekilde görülmeye başlamıştır²⁴. Aile yapısındaki değişmelerle de birlikte artık kadın toplum içersinde daha ön plana çıkmaya başlamıştır.

Bahsetmeye çalıştığımız bir takım nedenlerden dolayı artık aile hukuku alanının kanunlaştırılması bir zaruret haline gelmişti. İkinci Meşrutiyetten sonra iktidar partisi olan İttihat ve Terakki Partisi tarafından da benimsenen bu görüş üzerine aile kanunu ve ihtiyaç duyulan Mecelle tadillerini gerçekleştirmek üzere üç ihzar-i kavanin komisyonu

²² Aydın, *a.g.e.* , s.155.

²³ Ülken, *a.g.e.* , s.758.

²⁴ Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, s.241-242.

kurulmuştur²⁵. Bu komisyonlar ilk toplantılarını 22 Mayıs 1916 da yaptılar. İşte bu komisyonlardan ikincisi Hukuk-i Aile komisyonudur ki çalışmalarını tam anlamıyla bitirebilen tek komisyondur²⁶.

İktidar, İmparatorluğun tebası arasındaki dini ayrılıkları da dikkate alarak bu komisyon vasıtasıyla aile hukukuna ilişkin kuralları bütün vatandaşları içine alacak şekilde bir kanunda toplamak istiyordu. Bu amaçla böyle bir kanunlaştırma faaliyetinin başlangıcında tüm cemaatlerin inançlarına hürmeten her dinin en yetkili ve en saygı değer şahıslarını toplantıya çağırdı. Bununla medeniyetin ve modern hayatın gerekleri ile inançların bağdaştırılmasına gayret edildi.²⁷ Zaten gerek 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin metninden, gerekse bu metne hakim olan anlayıştan bu gayretin sarf edildiği açıkça anlaşılmaktadır.

Aile hukukunu kanunlaştırmak amacıyla toplanan bu komisyon, önce konularında yetkili kimselerden teşekkül eden alt komisyonlara ayrılmış, alt komisyonlarda görev alan kimseler ise, hristiyan, yahudi ve müslüman dini-hukuk kurallarını iyi bilen kimselerden oluşturulmuştur.²⁸ Bununla çok açık bir şekilde görülmektedir ki toplumsal bir uzlaşma sağlanmanın önemi üzerinde durulmakta her grubun ihtiyaçlarını karşılayabilecek ortak bir kanun hazırlanma çabası içine girilmektedir.

İlk Türk Aile Hukuku kanununu teşkil eden 157 maddelik 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi hazırlandıktan sonra Mecelle'nin yayın ve ilanında olduğu gibi, "Sadrazam" ve "Parlamento"nun reyine başvurmaksızın, Şeyhülislam tarafından Hükümdara sunulmak suretiyle 8 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe konulmuştur²⁹. Ancak bu durumda

²⁵ Bozkurt, Mahmut Esat, "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?", *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin*, İstanbul 1944, s.2-7.

²⁶ Aydın, *a.g.e.*, s.162.

²⁷ Cin, Halil, *İslam Ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara 1974, s. 55.

²⁸ Aydın, *a.g.e.*, s.163.

²⁹ Ünal, *a.g.m.*, s210.

kararnamenin geçerlilik şartlarına gölge düşüren bir unsur olarak değerlendirilebilir.

Bunun yanı sıra Hukuk-i Aile Kararnamesi, aile hukukuna ilişkin tüm meseleleri değil, sadece ‘münakehat’ ve ‘müfarekat’ konularını düzenlemiştir. Bu iki konuya ilişkin hükümler 1917’de yürürlüğe girmekle beraber ‘nesep, nafaka, çocuk büyütme’ gibi Aile hukukuna diğer konularındaki komisyon çalışmaları da devam ediyordu.³⁰ Ancak içinde bulunulan Birinci Dünya Savaşı ve savaşın ortaya çıkardığı olumsuz şartlar ve anlaşmalar sonucu da kararnamenin geleceği tehlikeye düşmüştür.

Osmanlı İmparatorluğu’nun içinde bulunduğu sıkıntılı günlerin ürünü olan kararname, ancak 19 Haziran 1919’a kadar, 1 yıl 9 ay 11 gün yürürlükte kalabilmiştir. 16 Mart 1919’dan itibaren İstanbul’u işgal altında bulunduran İtilaf Devletleri Kuvvetleri Yüksek Komiseryası müdahale ederek bu kararnamenin ilgasını istemiş, bunun üzerine kararname, 19 Haziran 1919’da yayınlanan ve “ yevm-i neşrinin ferdasından itibaren mer’iyy’ül-icra” olan 7 maddelik “ Hukuk-i Aile Kararnamesinin Lağvı Hakkında” ki diğer bir kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır³¹. Bu durumda Osmanlı İmparatorluğu’nun artık kararlarını kendisinin veremediğini ve bu zor şartlar altında hukukun uygulanması konusunda net bir tavır ortaya koyamadığını görmekteyiz.

Hukuk-i Aile Kararnamesinin, bir dış müdahale sonucu yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen, uygulamada, Türk toplumu için Medeni Kanun’un kabulüne kadar aile hukuku alanında fiilen yürürlükte kaldığı söylenebilir. Bundan başka 1918 Mondros mütarekesi ile anavatandan ayrılarak Fransız ve İngiliz mandasına giren, Irak, Lübnan ve Suriye’de

³⁰ Ünal, *a.g.m.* , s.210.

³¹ Ansay, Sabri Şakir, *Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar*, Ankara 1952, s.51; 8/ Muharrem/ 1336 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi’nin Lağvı Hakkında Kararname.

uzun süre yürürlükte kalma imkânı bulmuştur. Hatay'da da 1939 yılına kadar bu kararname uygulanmıştır³².

Dönemin şartları göz önüne alındığında artık devleti yönlendiren farklı fikir akımları ortaya çıkmış ve bu akımlar siyasi güçleri doğrultusunda kendi görüşlerini kabul ettirebilmişlerdir. Buradan da fikir ve görüşlerin mahiyetini göz önünde bulundurmayan yalnızca devleti ayakta kalmasına yardım ettikleri ölçüde değer verilen görüşlerin bulunduğu bir ortam mütalaa etmekteyiz.

2.2. Kararnamede Yer Alan Hakim Fikirler Ve Bunların Etkileri

Kararname hazırlanırken hem Osmanlı'nın içersinde bulunduğu sosyal şartların hem de Dünya genelindeki farklı fikir hareketlerinin de tesiriyle farklı fikirlerin ortaya koyduğu görüşler ve tartışmalar çerçevesinde çalışmalar ortaya konulmuştur.

Kararnamenin içeriğinde hakim rol oynayan üç farklı akım vardır. Bunlar; Batıcılar, Türkçüler ve İslamcılardır. O devirde Batıcıların hukukçusu olarak Celal Nuri, Türkçülerin hukukçusu olarak Ziya Gökalp ve İslamcıların hukukçusu olarak ise Mansurizade Said gösterilir. Yalnız Mansurizade Said'in aile hukukundaki görüşleri İslamcılardan ziyade Türkçülere yakındır. Bu yüzden de aile hukuku ve özellikle çok eşlilik üzerine Türkçülerin dergisi İslam Mecmuasında İslamcılarla şiddetli kalem kavgasına girmiştir.³³

Aile hukukunun kanunlaştırılması konusunda üç fikir akımı da hemfikirdi. Ancak her grup kanunlaştırmının kendi görüşleri olması taraftarıydı, bunun sonucu olarak daha önce de belirttiğimiz gibi siyasi

³² Fındıkoğlu, "Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi", s. 725- 735.

³³ Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, s.243.

gücü elinde bulunduran görüşler kanunlaştırmalarda daha etkin olmuşlardır. Batıcılık, Türkçülük ve İslamcılık akımları sayesinde aile hukukuna ait birçok mesele basın ve kamuoyuna taşınmış ve tartışma konusu olmuştur.

İslamcılardan Mustafa Sabri ve Ahmet Naim Beyler³⁴ *Beyan-ül hak ve Sebil'ür-Reşat* dergilerinde “Taaddüd-ü Zevcata Dair” isimli yayınladıkları makaleleriyle bu müessesenin “fiilen caiz ve gayri vacip” olduğunu belirterek, tatbikatta “terk olunmak tarafını da kabul” etmişler ve eski hukuk düzenini savunmuşlardır.³⁵ Yine İslamcılardan Mansurizade Said Bey, içinde Türkçülerin de bulunduğu İslam Mecmuasında, aşırı İslamcı olan Ahmet Naim Bey’e karşı çıkarak “Taaddüd-ü zevcatın İslamiyette menedebileceği meselesinin esasen bedihi ve aşikâr bir keyfiyet” olduğunu, caiz olması sebebiyle Ulu'l-Emrin “menfaat-ı ve maslahat-ı umumiyye bulunduğu” takdirde taaddüd-ü zevcatı meneden kanunlar ortaya koymaya şer'an yetkili bulunduğunu ileri sürmüştür.³⁶

1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi tasarı halinde iken Mansurizade Said bir dergide yayınlanan makalesinde Şeriatın “ahkam-ı diyaniye ve ahkam-ı kazaiye” olmak üzere ikiye ayrıldığını, ahkamı diyaniyenin “unsuru batına ve halat-ı hafiye”ye istinat ettiğini, bütün kanunlara alaim-i zahiriyenin konu teşkil ettiğini ve bu bakımdan alaim-i zahiriye dayanarak Aile Hukuku alanında da kanunlaştırmaya gidebileceğini belirtmiştir.³⁷

İslamcılar bu dönemde reaksiyoner bir tavır sergilemişlerdir. Batıcıların ve Türkçülerin İslam dinine ve hukukuna aykırı gördükleri görüşlerini reddetmeyi de bir vazife edinmişlerdir. Bu hususta İslamcı İzmirli İsmail

³⁴ Ahmet Naim, Yine Taaddüdü Zevcata Dair, *Sebil'ür-Reşat*, 1329, C.XII, Sayı 308. s.378-380.

³⁵ Fındıkoğlu, “Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi”, s.696.

³⁶ Mansurizade Said, Taaddüd-ü Zevcat Münasebetiyle, *İslam Mecmuası*, 1330-1332, c. I, s.325-330.

³⁷ Mansurizade Said, Hukuk-i Aile Kanun Layihası Münasebetiyle, *İslam Mecmuası*, 1333, C.V, Sayı 53, s. 1049-1054.

Hakkı'nın Gökalp'in ve Mansurizade'nin görüşlerine karşı çıkması, Ahmed Naim'in Mansurizade'nin taaddüd-i zevcat hakkındaki görüşlerine karşı çıkması iki önemli ve canlı misaldir³⁸.

Genel olarak İslamcılar o dönemde İslam hukukundan uzaklaştığı ve dinin aslına uygun hareket edilmediği gibi düşüncelerden hareketle tepkili bir tutum izlemişlerdir; bu konuda birçok fikre karşı çıkmış ve istikrarlı bir tavır izlemişlerdir.

Batıcılar ise, A.L. imzasıyla “İzdivaç Meselesi” başlığı altında, “*İçtihad* dergisinde yayınladıkları makale ile “ Rabıtaylı ailenin teşyit ve takviyesi için tarz-ı hazır-ı izdivaçın kat’iyyen fesh ve tardedilmesi icap ediyor.” diyerek, görücülük usulünün terk edilmesini, hatta “ izdivaç ederek kadınla erkeğin kabl’en-nikâh görüşmesinde, birbirlerinin sıfatlarını anlamak için resmiyetten çıkmamakla beraber az çok hususi bir hayat imrar” etmelerini istemişlerdir.³⁹

Dünya genelinde modernleşme yanlısı fikirlerin o dönemdeki en önemli savunucuları batıcılar olmuştur. Birçok dini ve milli fikre karşılık batı menşeli çözüm yollarıyla cevap aramaya çalışmışlardır.

Batıcılığın en önemli savunucuları arasında Celal Nuri olduğunu daha önce de belirtmiştik. Celal Nuri, mutedil bir batıcıdır, birçok konuda orta yolda olmayı tercih etmiştir. Ancak aile hukukunun birçok noktasında yürürlükte bulunan hukuka nispetle, oldukça köklü yenilikler istemektedir. Bu istekler ona göre islam dinine ters düşmez. Zira dinin bir vicdana taalluk eden kısmı, bir de muamelata taalluk eden kısmı vardır. Vicdana taalluk eden kısım değişmezse de muamelata taalluk eden kısım kökten değişebilir⁴⁰.

³⁸ Aydın, *a.g.e.* , s.174.

³⁹ A.L., İzdivaç Meselesi, *İçtihat*, 1329, Sayı 1-59, s. 1299.

⁴⁰ Aydın, *a.g.e.* , 168.

Kararnameyi etkileyen diğerk bir fikir akımı da Türkçülerdir. Türkçülerin en önemli isimlerinden biri Ziya Gökalp olmakla birlikte ondan daha önce hukukla sosyoloji arasındaki münasebeti sistemli bir şekilde ortaya koyan Ahmet Şuayp, aile hukukunun tedvini ile Mecelle'nin tamamlanmasını ileri sürmüştür.⁴¹

Ziya Gökalp ise, bir taraftan “milli harsın mevcudiyetinden haberdar” olmayan, “yalnız medeni terakkiye ehemmiyet” veren, dolayısıyla “her husus gibi, aile sahasında da körü körüne Avrupa’yı taklide” çalışan Batıcıların da; öbür taraftan “ananevi aile bozulacak diye asri aile ve asri kadınlık telakkilerine kemali şiddetle” karşı çıkan müfrit İslamcıların da hatalı yolda olduklarını belirterek bu konuda telifçi bir görüş savunmuştur.⁴² Gökalp, aile hukukunun laikleştirilmesini İslam hukukunun kural ve kaidelerinden istifade ederek gerçekleştirmeye çalışmış, bu doğrultuda çalışmalar yapmıştır.

O dönemde aile hukuku ile ilgili bu tür meselelerin tartışılması, aile hukukunun tedvin edilmesi konusunda kamuoyunun fikri açısından hazırlanması noktasında bir zemin hazırlamıştır.

Kararnamede yer alan akımların kararnameye etkilerine gelince; kararnamenin devrin üç hakim fikrine, değişen nispetler dahilinde yer veren telifçi bir karaktere sahip olduğu söylenebilir⁴³. Ancak mutlaka bu fikir akımları o devirde sahip oldukları güç ve etki oranında kararnamede etkin rol oynamışlardır.

⁴¹ Fındıkoğlu, “Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi”, s.701.

⁴² Gökalp, Ziya, “Aile Ahlak-ı Asri Aile Ve Milli Aile”, *Yeni Mecmua*, 1917, C.I, Sayı 20, s.381-383.

⁴³ Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, s.261.

Genel olarak batıcılar, Avrupa hukukunun bizim için kapısı açık bir hazine gibi durduğunu söylediklerinden, onların tesirinin diğer iki gruba nispetle çok daha sınırlı olduğu söylenebilir. Ancak yine de Celal Nuri'nin bazı görüşlerinin kararnameye aksettiği görülmektedir; nikâh ve talak kayıtlarını kararname biraz daha düzen altına almıştır.⁴⁴ Batıcıların görüşleri daha çok İslam hukukuyla uyduğu ölçüde kararnameye yansıması ve uygulama imkânı bulabilmiştir.

Batıcılar, var olan düzen ve sistemle halkın daha da geriye götürüldüğünü, onlara eziyet ettirildiğini savunurken tam anlamıyla batılı manada bir kanunun özlemini çektiklerini ortaya koymuşlardır. Bu da Cumhuriyet'e geçişe bir zemin oluşturan, bu dönemde kanunlaştırmalara yansıyan din ve hukukun etkisine dair önemli bir noktadır.

Türkçülere gelince onlar kararnamenin hazırlanmasında büyük bir rol oynamışlardır. Onların ısrarlı gayretleri olmasaydı kararname harbin dertleriyle bunalmış Osmanlı devletinde gün ışığına çıkmazdı.⁴⁵ Genel olarak Türkçüler, Türk ailesinin Avrupa medeniyetinden faydalanacağını, ancak onların aynısı ya da benzeri olmayacağını, kendi öz değerlerimize dayanarak bir yükseliş ve ilerlemeyi savunmuşlardır.

İslamcılarının durumuna gelince onların kararnamede en hakim rolü oynadıklarını söylemek yanlış olmaz.⁴⁶ Fındıkoğlu'nun ifadesiyle "yalnız bu mahsül içerisinde mefkure veya vakıa gibi düşünülen İslam'ın ağır bastığı çok aşikar olarak görülecektir."⁴⁷

Müfrit İslamcılar hariç, her üç akıma mensup olan yazarların görüşleri de aile hukukunun modern bir anlayışla kanunlaştırma faaliyetine

⁴⁴ Aydın, *a.g.e.*, s.177.

⁴⁵ Aydın, *a.g.e.*, S.177-178.

⁴⁶ Aydın, *a.g.e.*, s.178-180.

⁴⁷ Fındıkoğlu, "Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi", s.735-736.

girmesi idi.⁴⁸ Bu yüzden böyle bir faaliyetin gerçekleştirilmesi üç fikir akımının da tasvip ettiği bir uygulama olmuştur.

Aile hukuku gibi bir sahada o devirde Batıcıların ve bir kısım Türkçülerin istediği istikamette radikal bir değişiklik yapmaya imkan yoktu. Kararname Meşrutiyet devrinin ruhunu bünyesinde taşımakta, bir taraftan yeniye yönelirken diğer taraftan eskiye göz kırpmaktadır. İslam hukuku açısından düşünüldüğünde komisyon başkanı Mahmud Esad samimi bir İslam hukuku taraftarı ve samimi bir İslamcı idi. Bu yüzden ki gerek komisyonun yapısı icabı ve gerekse günün şartları gereği İslamcılarının görüşleri daha ağır basmış, İslam hukuku çerçevesinden çıkılmamıştır.⁴⁹

O dönem genel olarak düşünüldüğünde, aile hukuku kanunlaştırma faaliyetlerinde hakim rol oynayan fikir akımlarının o sıkıntılı zamanlarda aranılan birer alternatif düşünce sistemleri olduğunu görmekteyiz. Din ve hukuk açısından da bu fikirlerin yansımaları sonucu aile hukuku alanı kanunlaştırılmıştır.

2.3. Kararnamenin Özellikleri Ve Getirdiği Yenilikler

Hukuk-i Aile Kararnamesi, İslam hukuku çerçevesinde kalarak bu hukukun sistemleştirilmesi adına birçok yenilik ve değişiklik ortaya koymuştur. En önemli yenilik, mutlaka şekil yönünden olmuştur. Ancak bunun yanında İslam hukuku çerçevesinde rahat hareket edilmiş ve maddi değişimlerde söz konusu olmuştur. Bu değişiklikler başlıklar halinde inceleyeceğiz.

⁴⁸ Fındıkoğlu, “a.g.e.” s.702.

⁴⁹ Aydın, *a.g.e.* , 180.

2.3.1. Aile Hukukundaki İlk Kanun Oluşu

Kararname, aile hukuku sahasında İslam ülkelerindeki ilk kanundur. Hukuk-i Aile Kararnamesi bu yönüyle İslam hukuk tarihinde Önemli bir yer tutmuş ve diğer ülke kanunlarına yol göstericilik vazifesi yapmıştır.⁵⁰ Her şeyden önce bu kanunun Osmanlı İmparatorluğunun Müslim ve gayri Müslim tebaasına ait aile hukuku kurallarını modern anlamda tedvin eden ilk kanun olması, kapsamı ne olursa olsun ona kanunlaştırma hareketleri bakımından mümtaz bir yer vermektedir.⁵¹

Hukuk-i Aile Kararnamesi, İslam hukuk tarihinde önemli bir yere sahip olduğu gibi, diğer ülke kanunlarına da yol göstericilik yapmıştır. Kararnameden özellikle Ortadoğu İslam ülkeleri kendi kanunlarını hazırlarken önemli ölçüde istifade etmişlerdir. Bu ülkelerde aile hukukunun ne kadar geç ve ne kadar güç kanunlaştırıldığı düşünülürse, bu dikenli sahada kararnamenin yerine getirdiği vazife daha iyi anlaşılır. Kararnamenin özellikle muhafazakâr İslamcılar tarafından çok tenkit edilmesinde onun ilk kanun oluşunun da belirli bir ölçüde rolü vardır.⁵²

İslam hukuku sahasında aile hukuku adına ilk kanunlaştırma sayılan bu kararnameyi mutlaka eleştirenler, kararnamenin taşıdığı önemi göz ardı ederek farklı yorumlarda bulunanlarda olmuştur. “Devlet yapısıyla iç içe geçen, yüzlerce yıldan beri taşlaşarak dokunulmazlık kazanan dinsel kalıplar, Hukuk-i Aile Kararnamesi’yle de kırılmamıştır. Nitekim akıl yönünden eksik olanların evlendirilmeleri, nikâhın üstü örtülü değil açık sözlerle kısılması gibi Şafiilik mezhebinden alınan ve Aile meclisi gibi toplum için yeni bir şey olan kimi öğeler bir yana, artık değiştirilmesi bile tartışılmayan şeriat kalıpları oldukları gibi korunmuştur.”⁵³

⁵⁰ Aydın, *a.g.e.* ,207-208.

⁵¹ Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1974, s.225.

⁵² Aydın, *a.g.e.* , s. 208.

⁵³ Kılıç, Hüseyin, *Hukuk-i Aile Kararnamesi, Tarih Ve Toplum Dergisi*, İstanbul 1989 C. 12, Sayı 69, s.40-41.

Kararname hakkında Kılıç'ın belirttiği tarzda yorumlarda yer almıştır. Bu tür yorumlar o dönemde olduğu gibi daha sonraları da insanların dünya görüşleri ve hayatı anlama biçimlerinin bir yansımalarıdır. Din çerçevesinde bir hukuktan bahsedilemeyeceğini savunanların hukuki alanı tamamen sekülerleştirme çabalarının sonucunda aile hukuku da bu durumdan nasibini almış, evlilik kurumu da bu süreçten etkilenmiştir.

İslam hukukunun ilk dönemlerinden itibaren akla ve bilime verdiği önem sonucu, değişimlere cevap verebilmiştir. Bu doğrultuda Hukuk-i Aile Kararnamesi bu önemin farklı bir tezahürü olarak değerlendirilebilir. Yani “din”de adalet de vardır, hukuk da vardır,⁵⁴ bunlar birbirinden ayrı düşünülmesi gereken mefhumlar değildir. Ancak bu kararname üzerine de farklı şekillerde yorumlar mutlaka yapılmıştır. “Hukuk-i Aile Kararnamesi İsviçre Medeni Kanun’unun alınmasına da bir zemin hazırlamıştır. Kararname dini esaslara dayanmakla birlikte, bu esasları kanunlaştırmakla aile hukuku alanında kısmi bir devletleştirme ve laikleştirme hareketinin başlamasında önemli ölçüde bir etkiye sahiptir.”⁵⁵

İslam hukukunun kanunlaştırmaya konu olabileceği açık bir gerçek olduğundan böyle bir hareket seküler yaklaşım ya da en azından böyle bir yaklaşımın başlangıcı olarak değerlendirmek doğru olmaz. Bu yorumlar, kararnamenin önemini göz ardı etmek ya da kendi görüşleri doğrultusunda kullanmak isteyenlerin öne sürdüğü fikirlerdir ve kararnamenin önemine hiçbir şekilde hanel getiremez.

⁵⁴ *Nisasuresi* - 58. Ayet-i Kerime ; “Allah size emanetleri ehline vermenizi, insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder. Allah size böylece ne güzel öğüt veriyor Doğrusu, Allah işiten görendir.”

⁵⁵ Fındıkoğlu, “Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi”, s.704.

2.3.2. Hukuk Birliğinin Temin Edilmesi

Osmanlı Devletinde yirminci yüzyıla girildiği yıllarda aile hukuku sahasında birbirinden ayrı ve bağımsız üç farklı kaza mercii bulunmaktadır. Normal olarak Müslümanların ve kendilerine müracaat eden gayr-ı Müslim tebanın ahval-i şahsiye ile ilgili davalarına bakan ve devletin normal kaza mercii olan şer'îye mahkemeleri, gayr-ı müslim tebanın ahval-i şahsiye davalarına bakan kendi cemaat mahkemeleri ve tebalarının medeni ve cezai davalarına bakan konsolosluk mahkemeleri.⁵⁶

Bu noktada Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin hukuki birliği saylayabilmesi meselesini iki farklı açıdan değerdendirilebiliriz. Bunlardan birincisi; Müslümanlar, Hristiyanlar ve Museviler için farklı düzenlemeler yapıldığı için hukuki birliği temin etmiyor gibi bir anlayış ortaya konulabilir; ancak ikinci olarak çok farklı ırk ve dine mensup bir toplumda eskiye nazaran herkesi içeren bir aile kanununun ortaya konulabilmesi bile o dönemin şartlarına göre hukuki birliği sağlamak anlamına gelmektedir.

Osmanlı Devleti gibi çok farklı ulusu bünyesinde barındıran bir imparatorlukta aile hukuku gibi bir sahada din ve kültürleri, hukuki anlayışları farklı cemaatleri, aynı kalıba dökmek hukuk realitesi ile bağdaşır bir durum değildir. Bu bakımdan bu durum kararname için bir eksiklik sayılmamalıdır.⁵⁷ Böyle bir durumun söz konusu olması ise zaten ne mantık ne de var olan şartlar açısından uygun değildir.

Fındıkoğlu'na göre, kanunlaştırmalarda böyle üçlü bir kanuna çok az rastlanır. Bu da Osmanlı İmparartorluğunun tabiyeti altında birden fazla milletin bulunmasından kaynaklanmaktadır.⁵⁸ Hukuki ve insani realiteler açısından da hukuki birlik ne kadar önemliyse insanların görüşleri ve

⁵⁶ Aydın, *a.g.e.* , s. 210-211.

⁵⁷ Ünal, *a.g.m.* s.228.

⁵⁸ Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, s.347.

inançları doğrultusunda kendi değerlerine yargılanmaları da belki hukuk birliğinin farklı bir şekilde tezahür etmesidir.

Dinin temel konuları hariç, yorum gerektiren bazı konularda farklı görüşlerin oluşması sonucu islam dininde mezhepler ortaya çıkmıştır ve İslam hukukunda mezhepler oluşmuştur.⁵⁹ İslam hukuk literatüründe “mezhep” kelimesi: “Bir müçtehide mahsus ve fer’i olan içtihadi hükümler ile bu hükümlerin gene aynı müçtehide ait bulunan sebep, şart, mani ve delilleri”⁶⁰ ibaresini ifade etmek için kullanılmıştır. Osmanlı devletinde genelde Hanefi mezhebi yaygın olmuş, hatta mezhepçilik görüşü Osmanlı devletinde zaman zaman taassup şekline de dönüşmüştür. Ancak Hukuk-i Aile Kararnamesi’nde bu durum için de bir çare bulunmuş ve kararnamede tek bir mezhebe bağlı kalmaksızın diğer mezheplerin görüşlerine de yer verilmiştir.

Bu yönüyle de kararnameyi ortaya koyanların yapmış olduğu bu yenilik küçümsenmemeli, hukuki birliktelik için önemli bir adım olarak değerlendirilmelidir.

2.3.3. Evlenme Ve Boşanmada Devletin Kontrolü

Hukuk-i Aile Kararnamesinde, değişen şartlar çerçevesinde ortaya konulan yenilikler ve zamanın gereklerine göre yapılmaya çalışılan düzenlemeler görmekteyiz. Bunların en önemlilerinden biri de evlenme ve boşanmanın resmi kayıtlarla devlet kontrolü altına alınmasıdır. Bu da İslam hukuku çerçevesinde değişen şartlar dahilinde yerinde bir düzenlemeydi.

⁵⁹ Karaman, Hayreddin, *İslam Hukukunda Mezhepler*, İstanbul 1971, s.9.

⁶⁰ Karafî, *el-İhkam*, Halep, 1967, s.257.

Evlenmelerin nüfus memurlarına bildirilmesi ve tescili konusunda bir takım münferit hükümler nüfus nizamnamelerinde bulunmasına rağmen, 1917'ye kadar devlet aile hayatı ve ondan doğan problemlerle bu kanunun tanzim ettiği ölçüde ilgilenmemiştir. Onun için ailevi problemler Adalet Bakanlığına değil, "Meşihat" denilen Şer'îye Bakanlığına bağlı şer'îye mahkemelerine bırakılmıştır. Bu açıdan 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi bize Türkiye'de yalnız politik müessesenin inkişaf ettiğini değil, aynı zamanda ailevi hayatta önemli bir düzenleme yapıldığının da göstergesidir.⁶¹

Devlet bu kontrolü nikâhta iki yolla sağlamıştır. Bunlardan birincisi; nikâhtan önce bir evlenme maniinin olup olmadığını tespit için durumun ilan edilmesi, ikincisi, nikâhların hakim veya naibinin huzurunda kıyılıp tescil edilmesidir. Boşanmada ise bu, kocanın boşamayı belirli müddet içerisinde mahkemeye bildirmesi şeklinde olmuştur. Bu gelişmeyi aslında Ebussuud Efendi devrinde nikahda kadı izninin temini yolunda gösterilen gayretlerin bir sonucu olarak değerlendirmek de yerinde olacaktır. Ayrıca bu mesele tamamen İslam hukuku çerçevesinde kalınarak halledilmiştir.⁶²

Genel olarak uygulamada devlet kontrolü zaten var olduğundan, bu konudaki değişikliği tamamen kararnamenin Osmanlı uygulamasına getirdiği bir yenilik olarak görmek yanlış olur. Fakat İslam hukuku açısından baktığımız zaman evlenme akdinin resmi memur önünde yapılmasını gerektiren bir hüküm göremiyoruz. Tarafların bu konuda iki şahit huzurunda irade beyanında bulunmaları yeterlidir. Dolayısıyla bu uygulama İslam hukuku açısından, şartların gerektirdiği bir yenilik olarak değerlendirilebilir.

Evliliğin devlet kontrolü altında yapılması konusu içerisinde yer verebileceğimiz diğer bir düzenleme ise evlenme yaşına bir alt sınır getirmesidir.

⁶¹ Ünal, *a.g.m.* ,s.228.

⁶² Aydın, *a.g.e.* , s.212.

Gerek Hanefi mezhebinde, gerekse diğer üç mezhepte bu hususta bir sınır olmamasına ve velileri tarafından hangi yaşta olursa olsun küçükler evlendirilmesine rağmen kararname İbn Sübrüme ve Ebu Bekir el-Esam'ın görüşünü kabul ederek bülüğdan evvel küçüklerin evlendirilmesini yasaklamıştır. Hanefilerde bülüğün alt sınırı erkeklerde 12 kızlarda da 9 olduğundan bu yaşlardan aşağı yaşta bulunan çocuklar kimse tarafından evlendirilemezler.⁶³ Bu uygulamada aile düzeninin tam manasıyla kurulabilmesi ve işleyebilmesi açısından önem arz etmektedir.

2.3.4. Çok Evliliğin Sınırlandırılması

Kararnamenin hazırlandığı dönem düşünüldüğü zaman kararnameyi hazırlayanlar, devrin sosyal ve iktisadi şartlarının ve feminizm hareketinin de etkisinde kalarak çok evliliği sınırlandırmak istemişlerdir. Onu tamamen yasaklamayı da hukuk realitesine uygun görmeyerek, muhtemelen, fiilen benzer bir sonucu doğurabilecek olan bir yola giderek İslam hukuku çerçevesinden ayrılmadan onu sınırlandırmayı hedef almışlardır.⁶⁴ Çok evlilik konusu aslında her dönemin kendi şartları çerçevesinde değerlendirilebilecek çok hassas bir konudur.

Hukuk-i Aile Kararnamesinin “üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevvüc sahih ve şart muteberdir” diyen 38. maddesiyle erkek için şartlı olarak izin verilmiştir. Kanun bu hükmü ile çok evlilik müessesesini, ilk eşin iznine bağlamıştır.

⁶³ el-Merginani, *el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi*, Beyrut- Lübnan, ty., c. I, s.231-235.,

Aydın, *a.g.e.* , 216-217. HAK, md. 7. md.52 ise bu hükme aykırı olarak yapılan evlilikleri nikah ehliyetine sahip olmayanların evlilikleri olduğu için fasid kabul etmektedir.

⁶⁴ Fındıkoğlu, “Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi”, s.715.

Aile birliğinde bir rakibe izin vermeyen tabii kadınlık psikolojisini iyi bilen komisyon bu şartla çok evliliği, “ismi var cismi yok” bir müessese haline getirmiştir.⁶⁵ Böylece dönemin içinde bulunduğu şartlar ve farklı fikir akımlarının talepleri doğrultunda olabilecek an makul düzenleme yapılmaya çalışılmıştır. Bu sayede dinin hukuksal boyutu çok evlilik konusunda da kanunlaştırma faaliyetlerine bir temel teşkil etmiş ve modern olarak değerlendirilebilecek bir çalışmaya imza atılmıştır.

2.4. Kararnamenin İslam Hukuku Açısından Önemi

Kararname yukarıda saymaya çalıştığımız gibi İslam hukuk tarihi içerisinde aile hukuku alanında ortaya koymuş olduğu sistem ve yeniliklerle büyük bir önem ve arz etmektedir. Hem İslam hukuku çerçevesinde bazı düzenlemelerin yapılması hem de düzenli bir şekilde kanun niteliğinde hükümlerin ortaya konulabilmesiyle de kararname önemini bariz bir şekilde ortaya koyabilmektedir.

İslam tarihinde ve Osmanlı Devletinde aile hukuku alanında ilk teknik anlamda kanun niteliğini taşıyan bu kararname ile alanın sistematik hale getirilebilmesi yoluna gidilmiştir. Bu konuda “nasların bulunmadığı yerlerde ileri sürülen akli çözümler siyasi güç bulduğunda yalnız o döneme mahsus kalmak ve siyasi idarenin bunu sürdürme iradesinde bulunması şartlarıyla bağlayıcı olabilir; ancak bu bağlayıcılık değişmez din kuralı olarak değil, dinin toplumda nizam ve intizamın sağlanmasını emretmiş olması genel kuralı çerçevesinde dindeki yerini alır ve zaman ve zemini geldiğinde

⁶⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1974, c.I, s.226.

değiştirilebilirler. Dolayısıyla bahsedilen çözümlerin dokunulmazlıkları söz konusu değildir.”⁶⁶

O döneme kadar Osmanlı Devletinde diğer sahalarda olduğu gibi aile hukuku alanında da sadece Hanefi mezhebinin görüşlerinin uygulanması konusunda bir taassup ve kalıplaşma olduğu inkâr olunamaz bir gerçektir. Hanefi mezhebi hukukçularının kendi zamanları için öngördükleri çözümler, adeta dokunulmaz din kaideleri niteliğinde algılanmıştır. Değişen şartlara uygun çözümler anlamında çabalar o dönem için İslam hukukunun ruhundan bir uzaklaşma olarak değerlendirilmiştir.

Kararname, birbirinden çok farklı unsurları sistematik bir hukuk anlayışıyla birleştirmeyi başarmıştır. Üçlü karakterine rağmen bir birlikten bahsedilebilmesi de kararnamenin önemi açısından çok önemli bir unsurdur. Din ve ırk ayrımı gözetmeksizin olaya yaklaşılması da hukukun tam olarak manasını bulabilmesi açısından özellikle çok uluslu toplumlarda gözden kaçırılmaması gereken bir noktadır.

Kararname'nin aile hukuku alanında ilk kanun olarak diğer islam ülkelerinde de örneklik etmek ve yol göstericilik vazifesinde bulunmak gibi son derece önemli bir vazifeyi de üstlendiğini belirtmek gerekir. Nitekim Osmanlı devletinde bir buçuk sene gibi kısa bir müddet yürürlükte kalmasına karşın, Suriye, Ürdün, Lübnan, İsrail gibi Ortadoğu ülkelerinde 1950'lere kadar bu sahada ikinci bir kanun da yapılmamıştır.⁶⁷

⁶⁶ Özen, Şükrü, *İslam Hukuk Düşüncesinin Aklileşme Süreci* (Başlangıçtan Hicri IV. Asrın Ortalarına Kadar), (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul 1995, s.498.

⁶⁷ Aydın, a.g.e. , s.152.

3. HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ SONRASI KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ VE MEDENİ KANUN

Hukuk-i Aile Kararnamesinin yürürlükten kaldırılmasından sonra kararname öncesinde var olan hükümler fıkıh kitaplarında yazılı olduğu şekliyle bir müddet daha mahkemelerde geçerli olmuşsa da, yeni bir kanuna gittikçe daha fazla ihtiyaç duyulmuştur.

Bu konu hakkındaki asıl sorun, hazırlanacak olan kanunların nasıl bir sistemle hazırlanacağı idi. Başlangıçta, muhafazakarların hakim olduğu ve hazırlanacak kanunlarda batıdan istifade ile birlikte eski hukuki esasların muhafazası görüşünün ağır bastığı görülmektedir. Fakat gittikçe batı taraftarlarının ağır basması ve yeni Türk devleti kurucularının eski hukukla bağlarını koparma arzuları, kanunların batıdan alınması fikrine ağırlık vermiş ve özellikle medeni hukuk sahasında eski hukukun devamı karakterini taşıyan bazı kanun layihaları hazırlanmışken bunlardan vazgeçilerek gerekli kanunların batıdan alınması yoluna gidilmiştir.⁶⁸

Cumhuriyet'in ilanından sonra da, aile hukuku alanındaki kanunlaştırma hareketleri devam etmiş ve bu konuda birbirini takip eden iki ayrı tasarı hazırlanmıştır. İlk tasarı, 1923 yılında Bursa mebusu Mustafa Fehmi Bey'in başkanlığında kurulan 11 kişilik bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. Bu tasarı, Şer'îye Encümeni tarafından ufak değişikliklerle aynen kabul edildikten sonra T.B.M.M.'ye sevk edilmiştir. O sırada, Şer'îye Vekaleti ile Encümenin lağvı ve arkasından meclisin tatile girmesi üzerine tasarı müzakereye sunulamamıştır.⁶⁹ Bu kararname 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin hemen hemen aynıdır.

⁶⁸ Aydın, *a.g.e.*, s.235.

⁶⁹ Hukuk-i Aile Kanun Layihası Hakkında Şer'îyye Encümeni Mazbatası, *Sebil'ür-Reşat*, 1340, C.XXIV, s.616.

Komisyon çalışmalarının hazırlık safhasında şöyle bir konuşma geçmiştir. “ Muamelat-ı nasa evfak ve bilhassa memleketin terakkiyat-ı iktisadiyesinin inkişafına hadim ahkâm vazına sarf-ı mesai edecek ve husul-i maksad için gerek ahkâm-ı fıkhiyye ve gerek milel-i sairece kabul ve tatbik edilmiş esasattan istifade edilecektir.”⁷⁰ Buradan komisyonların muhafazakâr bir yapıda çalışacakları; fıkıh ve diğer milletlerden alınan hükümlerin birleştirilmesiyle de bir kanun ortaya koyacakları anlaşılmaktadır.

Kurulan bu komisyonun 1917 Hukuk-i Aile Komisyonundan çok da farklı bir yol izlemediği anlaşılmaktadır. Komisyonların amacı, dönemin gerekleri ve ihtiyaçları doğrultusunda var olan değerleri düzenleyebilmektir. Ancak o dönemde artık birçoklarına göre radikal değişimler gerekmektedir.

Komisyonların, toplumun ihtiyacını da göz önünde bulundurarak çalışma yapmalarına karşılık, hukuki düzenlemelerin daha radikal değişikliklere ihtiyacı olduğunu düşünenlerden dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt, artık milletlerin ayrı yaşamadıklarına ve modern sosyolojinin onları bir bütün haline getirdiğine inanıyordu. Böyle olunca da bizim toplumun ihtiyacı diye bir kavram da kalmıyordu. Öyle ise medeni dünyanın kabul ettiği hukuk sistemi bizim de hukuk sistemimiz olmalı ki modern ihtiyaçlarımız da ancak bu şekilde karşılanabilir. Esasen medeni dünya milletleri arasında yer almanın başka bir yolu da yoktur.⁷¹

1923 yılındaki başarısızlıklarla sonuçlanan çalışma sonrasında bir de 1924 yılında aile hukuku alanında bir kanunlaştırma çalışması başlamıştır. 11 Mayıs 1924'te tadil-i kavanin komisyonları tekrar kurularak çalışmaları için yeni bir talimatname hazırlanmış ve bu talimatnamede daha çok

⁷⁰ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, “ İsviçre Medeni Kanunu Karşısında Türk Medeni Kanunu”, *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin*, İstanbul 1944, s.349.

⁷¹ Bozkurt, *a.g.m.* , s. 11-12.

batılılaşma arzusu üzerinde durulmuştur.⁷² Artık Cumhuriyetin de ilan edilmesiyle birlikte devlet tarafından evlilik kurumunun yanı sıra yaşamın her alanında köklü değişiklikler yapılmış ve değişimin temelini batılılaşma düşüncesi oluşturmuştur.

Tasarı, Hukuk-i Aile Kararnamesiyle benzerlikler taşımasına rağmen çok aceleyle hazırlandığı için önceki tasarıya göre geri ve acemice hazırlanmış bir tasarıdır. Tasarı Hukuk-i Aile Kararnamesindeki üçlü karakteri terk ederek müslim ve gayr-ı müslim ayırt etmeksizin eşit hükümler getirmiştir. Yalnız gayr-ı müslimlere ait bazı ahkâm Müslümanlarınkiyle birleştirilerek ifade edilmiştir. Tasarıda talimatnameye uyularak batı hukukundan önemli ölçüde istifade edilmiştir. Çok evlilik meselesi ise müessese olarak devam etmekle birlikte hakimın iznine bağlanmıştır.⁷³

1924 tasarısı kararnameye göre önemli değişiklikler içermektedir. Bütün bunlara rağmen bu sırada kanunların batıdan alınması fikri hayli ağır bastığından bu tasarıdan da vazgeçilmiştir. 1 Aralık 1924'te tasarı adliye encümenine verilmişken, bu sırada Medeni Kanun hazırlıkları tamamlandığından görüşülmesine lüzum kalmadığına karar verilmiştir.⁷⁴

Cumhuriyet'in ilanıyla birlikte değişen şartlar sonucunda artık yapılmaya çalışılan değişiklikler de bir yön değiştirmiş ve daha köklü ve var olan düzeni ortadan kaldıran uygulamalar ortaya konulmuştur.

Baticıların fikirlerinin karşısında yer alacak olanların nasıl karşılanacağı ve bundan sonra nasıl bir yol takip edilerek düzenlemeler yapılacağı konusunda fikir vermesi açısından, Mahmut Esat Bozkurt'un komisyonların karşısında yaptığı konuşması önemlidir. "Sayın arkadaşlar! Türk ihtilalinin

⁷² Velidedeoğlu, *a.g.m.* , s.356.

⁷³ Aydın, *a.g.e.* , s.238-239.

⁷⁴ Ansay, *a.g.e.* , s.133.

kararı, Batı Medeniyetini kayıtsız şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle yok edilmeğe mahkûmdurlar. Bu prensip bakımından kanunlarımızı oldukları gibi batıdan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız.⁷⁵Konu hakkındaki görüşler bu aşamaya geldikten sonradır ki komisyonların çalışmalarından bir sonuç alınmadan son verilmiş oluyordu.

Bu komisyonlara da son verilmesi sonucunda artık Medeni hukuk sahasındaki kanunlaştırma çalışmaları da, diğer sahalarda olduğu gibi batı yanlısı görüşlerin ağırlık kazanması sonucu, tamamen başka bir mahiyete bürünmüştür. Bu nedenle mecelle ile başlayıp Hukuk-i Aile Kararnamesi ile devam eden çalışmalar doğrultusunda gelişen kanunlaştırma süreci burada bitmiş oluyordu. Bu noktadan sonra artık o zamana kadar hukukun kaynağı olan referans ta değişiyordu.

Cumhuriyet'in ilanıyla birlikte artık köklü değişimlerin yaşanmaya başlandığı bu dönemde, yapılan değişimlerde halkın fikirleri çok fazla gündeme getirilmemiş, yapılan değişim daha çok tepeden inme bir şekilde yapılmıştır. Medeni Hukuk alanında da artık bu dönemde kendisinden önce ortaya konulan Arazi Kanunnamesi, Mecelle, Hukuk-i Aile Kararnamesi gibi kanunlaştırma faaliyetleriyle bir kopma noktası oluşturan 1926 tarihli Medeni Kanun ortaya konuluyordu.

Komisyonların dağılmasından sonra Mahmut Esat Bozkurt'un öncülüğünü ettiği, İsviçre Medeni Kanununun iktibası fikri uygulanmaya konuldu. Siyasi iktidarı kararlı tutumu bu konuda karşı koyabilecek fikirleri yok etmiş gibiydi. Türk Medeni Kanunu; kişi, aile, miras ve eşya hukukuna ilişkin münasebetleri kapsamaktadır. Medeni Kanun, Mahmut Esat

⁷⁵ Bozkurt, *a.g.m.* , s.11.

Bozkurt'un Adalet Bakanlığı sırasında 17 Şubat 1926 da 743 sayılı kanunla kabul edilmiştir.⁷⁶

İktibas için İsviçre Medeni Kanununun tercih edilmesinin sebebi Medeni Kanunun esbabı mucibe layihasında şöyle açıklanmaktadır: “ Türk Medenisi kavanini medeniye sırasında en yeni, en mükemmel ve halkçı olan İsviçre Kanunu Medenisinden ahz ve iktibas olunmuştur.”

Hukukun iktibas anlamında bir değiştirmeye konu edilmesi, Türk idarecilerinin tercih ettikleri, toplumun değiştirilmesi daha doğru bir deyişle “batılılaştırılması” amacıyla yakından ilgilidir. Ömer Lütfü Barkan'ında belirttiği gibi “Bu hareketin öncüleri, Türkiye’de örf ve adetlerin de süratle değişmekte olduğunu, İslam hukuku kaidelerinin bugünkü durumlarında milli örf ve adetleri temsil edemeyeceğini, muasır medeniyeti tekmil prensipleriyle kayıtsız ve şartsız kabul etmek azminde inkılâp Türkiye’sinin zihniyette ve örf ve adetlerde zamanın icabı yenilikleri yapabilmek için, garplı bir medeni hukuk sistemini bu hususlarda yetiştirici bir vasıta olarak kullanmak istediğini⁷⁷ belirtmektedirler.

Geçmişin tamamen silinmesi arzusundan yola çıkarak Medeni Kanun ile birçok yeni ve temel ilke kabul edilmiştir. Böylece tek eşlilik esası, kadın erkek eşitliği ve evlatlık müessesesi gibi yeni kavramlar hukuk dünyamıza girmiş bulunuyordu. Sonuç itibariyle İsviçre Medeni Kanunu kendi ülkesinde, uygulanması açısından toplumsal birçok faktörler göz önünde bulundurularak hazırlanmış olmasına rağmen, Türk toplumu için bu köklerden tamamen mahrum bir şekilde uygulamaya konmuş oluyordu.

Medeni Kanun İsviçre’deki aslından her ne kadar küçük değişikliklerle alınmışsa da kısa sürede bu değişikliklerin yetersiz olduğu anlaşılmıştır.

⁷⁶ Baydar Mustafa, *Atatürk ve Devrimlerimiz*, İstanbul 1973,s.240.

⁷⁷ Barkan, Ömer Lütfü, “ Türkiye’de Din ve Devlet İlişkileri”, *Cumhuriyet’in 50. Yıl Dönümü Seminerleri*, Ankara 1975, s 97.

Velidedeoğlu ise bu konuyla ilgili olarak şöyle demiştir; “Medeni Kanun eski sistemi ve çok evliliği ortadan kaldırarak tamamen yeni bir görüşü memleketimize sokmuş ve en mühim değişikliği aile hukukunda yapmış olmakla beraber bir milletin asırlık alışkanlık, görenek ve geleneklere dayanan sosyal yapısını bir kanunun kabulüyle, bir anda kökünden değiştirmek mümkün olmadığına göre, bazı eski gelenekler Medeni Kanunun kabulünden sonra dahi şu veya bu şekilde devam etmiş ve yurdun muhtelif köşelerinde belki bir müddet daha devam edecektir.”⁷⁸

Bütün bu değişiklik ve yeniliklere rağmen toplumun yapısı göz önünde bulundurulmadan ortaya konan tüm durumlarda halk önceki uygulamalara fiilen devam etmiştir. Toplumun ihtiyaç ve istekleri gözetilmeyen bu durumda evlilik kurumu açısından dinin ve hukukun Medeni Kanunla birlikte birbirinden tamamen uzaklaştırılmaya çalışıldığı, toplumun öz değerlerinin göz ardı edildiği gözlemlenmektedir.

⁷⁸ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Kanununa Göre Medeni Hukuk*, İstanbul 1956, s.203.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ VE MEDENİ KANUN ÇERÇEVESİNDE EVLİLİKLE İLGİLİ BAZI KAVRAMLARIN İNCELENMESİ

1. Evlilikle İlgili Bazı Kavramların İncelenmesi

Aile kurumu, toplumu ayakta tutan yapı taşıdır. Bundan dolayı toplumun sağlamlığı, bu yapı taşının sağlamlığına bağlıdır. İslam dini ile Türklerin tanışmasından sonra ise bir bütünleşme sağlanmıştır. Bunun bir devlet düzeni olarak son örneğini yüzyıllar boyunca hükümlerliğini sürdüren Osmanlı devletinde görmekteyiz. Osmanlı devletinin şer'i hukuka dayalı bir sisteminin olması sonucu yüzyıllar boyunca Osmanlı devletinde bütün uygulamalarda olduğu gibi aile hukuku konularında da şer'i düzene uygun bir sistem uygulanmıştır.

Aile hukukunun en önemli kurumu olan evlilik insanların hayatı algılayış tarzları ve uygulamalarına bağlı olarak farklı şekillerde kendini göstermiştir. Evlilik kurumu temelde gözetilen noktalar ve amacı konusunda bir bütünlük arz etse de, uygulama konusunda temel amaçları sarsmayacak şekilde farklı uygulamalarla gündeme gelmiştir. Medeni kanun ve islam hukuku çerçevesinde düşündüğümüzde de evlilik kurumu, insanların temel hassasiyetleri ve gözetilen amaçlar açısından büyük farklar arz etmez. Bu doğrultuda farklı hayat görüşleri yüzünden farklı algılayışlar ortaya çıkmış ve uygulamalarda bu noktada değişmiştir.

Evlilik öncesi hazırlıklar, evliliğe mani bir durumun bulunup bulunmaması, evlilikte rıza ve ehliyet, nişan, nikâh töreni gibi belli başlı bir takım konularda evlilik kurumunun farklı anlayış tarzlarına göre uygulamalarını görmekteyiz. Biz de bu bölümde farklı konular çerçevesinde medeni kanun ve hukuk-i aile kararnamesi çerçevesinde birleşen ve farklı noktaları ortaya koymaya çalışacağız. Ancak ortaya konan kanunnamelerde sistematik farklar olduğundan dolayı birebir karşılaştırma yapmak da mümkün olmayacaktır.

1.1.NİŞANLANMA

Nişan, evlilik öncesi taraflara tanınan bir süreyi ifade eder. İslam hukuku ve medeni hukukta da yerini bulan nişan kelimesi bu hukukların kendi düzenlemeleri doğrultusunda yerini bulmuştur. Evlilik öncesinde böyle bir süre tanınmasının altında son derece önemli bir kuruma adım atmadan evvel tarafların düşünmeleri ve sağlıklı bir seçim ve karar vermeleri yatmaktadır.

Fıkıh ve hadis kitaplarında ‘hıtbe’ kelimesiyle ifade edilen husus, Türk örf ve adetinde “istemek”, “söz vermek”, “söz kesmek” ve “nişanlamak” aşamalarının hepsini kapsar. Fransız ve Şili Medeni kanunlarında olduğu gibi tedvinden önce İslam hukukunda da nişanlılık müessesesi hukuki bakımdan tanınmamıştır. Ancak ahlaki açıdan nişanlı bir kimseye evlilik teklifi yapmak uygun görülmemiştir. Hıtbe kelimesi başka bir ifadeyle; “erkeğin kadına evlilik teklif etmesi, ona meyletmesi belirli bir mehir üzerinde anlaşmaları ve karşılıklı rızanın meydana gelmesi, sadece akdin bulunmamasıdır.”¹ Bu açıdan düşünüldüğü zaman nişanlanmak, evlilik için gerekli ön hazırlıkların yapılması ve tarafların birbirlerini tanımaları için tanınan bir süredir, ancak bu sürede nikâh gerçekleşmemektedir.²

İslam dininin ilk dönemlerinden itibaren nişan merasiminin varlığına şahit olmaktayız. Bu durum evlenme öncesi tarafların birbirlerini tanımaları adına doğal bir süreç olarak görülmektedir. Peygamber efendimizin de nişanla ilgili bazı uygulamalarına şahit olmaktayız. Bu konuyla ilgili Hz. Peygamber şöyle buyurmaktadır; “Bir kimse, din kardeşinin teklif veya nişanı üzerine evlilik teklifinde bulunmasın.”³ Hz. Peygamberin bu uygulamasından da dinin bu konuya vermiş olduğu önemi görmekteyiz.

¹ Karaman Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.238.

² Sabbağ, Muhammed Mütevellî, *el-İzah fı ahkâmı'n-nikah*, Kahire 1990, s.63-64.

³ el-Buhari, “*Nikah*”, 44.

Bütün toplumlarda evlilik kutsal bir kurum olarak görülmüş ve önem verilmiştir.

Medeni kanunda da nişanla ilgili düzenlemelere rastlamaktayız. Bu konuyla ilgili “nişanlanma evlenme vaadiyle olur.”, “nişanlanma, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça küçüğü ve kısıtlıyı bağlamaz.”⁴ gibi düzenlemeler yer almaktadır. Tüm hukuklar insanları güvence altına almak ve daha huzurlu ve düzenli bir hayat idame ettirebilmeleri için ortaya konulmuştur. Nişan konusunda hem islam hukukunda hem de medeni kanunda insanlığın huzur ve güveni noktasında düzenlemelere rastlamaktayız. Bu noktada genel olarak düşündüğümüzde hukuk sistemleri ister ilahi kaynaklı ister beşeri kaynaklı olsun temelinde insanın huzur ve mutluluğu ön plandadır.

Özellikle Medeni Kanun’da nişanlılık, hukuk tarafından kabul edilip şekillendirilen bir olgudur. Bu yüzden de nişanın meydana gelmesinde, ahlak, adet, görgü kuralları önemli rol oynamaktadır. İslam dinine göre ise nişan, evliliğin uzun ömürlü olması ve iyi bir eş seçimi yapılması için önemli bir aşamadır, bir zorunluluk gibi algılanmamasına karşın sağlıklı bir evlilik için önemlidir.

Nişanlanmanın nasıl meydana geleceği, İslam hukukunda ve Medeni Kanunda kesin çizgilerle belirtilmemiştir. Türkiye’de nişanın meydana gelmesi için bir törenin yapılması alışılmış bir şey ise de nişan töreni nikâh akdinin meydana gelmesinde bir geçerlilik şartı değildir. Tören sadece, nişanlanmanın varlığı konusunda bir ispat vasıtası olarak değerlendirilebilir.⁵

⁴ *Türk Medeni Kanunu*, Legal Yay., 4. baskı, İstanbul 2003, madde;118.

⁵ Öztan Bilge, Medeni Kanun’un Kabulünün 70’inci Yılında Aile Hukuku, *A.Ü.H.F. Dergisi*, Ankara 1995, c,44, Sayı; 1-4, s.90.

Nişanlılık, İslam hukukunda taraflara evlenme mecburiyeti yüklemeyiz; taraflar her an nişanı bozabilirler. Kendi ihtiyarı olmadan nişanı bozulan kimse mahkemeye müracaatla karşı tarafı evlenmeye zorlayamayacağı gibi, sırf bu sebeple tazminat da talep edemez. Bu durumda hediyelerin ve mehre bedel olarak verilenlerin akıbetine gelince, mehre bedel olarak verilenler mevcutsa aynen, kullanılmış ve telef olmuşsa bedel olarak iade edilir. Hediyelere hibe hükümleri uygulanır; mevcutsa iadesi gerekir, kullanılmışsa veya şekil değiştirmişse iadesi gerekmez.⁶ Hediyeler hususunda diğer mezheplerde farklı hükümlere rastlanmaktadır.⁷

Medeni kanunda bu konudaki hükümler çok farklı değildir. 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 maddi fedakârlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan kuralları hakkında da uygulanır. Tazminat istemeye hakkı olan tarafın ana ve babası veya onlar gibi davranan kimseler aynı koşullar altında yaptıkları harcamalar için uygun bir tazminat isteyebilirler. Hediyeleri geri verilmesi konusunda ise, nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse, nişanlıların birbirlerine veya ana babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir.⁸

İslam hukukunda tazminat meselesi hakkında, nişanın bozulması durumunda maddi ve manevi tazminat hususunda klasik fıkıh kitapları bir hüküm içermemektedir. Çağdaş İslam hukukçularından bir kısmı maddi ve manevi tazminatı yine kabul etmemektedirler. Onlara göre nişan taraflara

⁶ Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-i İslamiyye ve Istalahat-ı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul 1968, c, 2, s.35-36.

⁷ Ebu Zehra, Muhammed, *el-Ahvalu 'ş-Şahsiyye*, yy, 1950, s.40-41.

⁸ *TMK*, 122.

evlenme mecburiyeti yüklemeyiz; taraflar dilediklerinde bunu bozma hakkına sahiptir. Bir hakkın kullanılmasından ise tazminat doğmaz.⁹

İslam hukukunda aile hukuku alanında ilk düzenlemeyi Hukuk-i Aile Kararnamesinde gördüğümüzden dolayı nişanlılıkla ilgili ilk düzenleme ve kanun faaliyetini de bu kararnameyle birlikte görmekteyiz. Kararnamenin 1. maddesinde “nişanlanmakla veya vaad ile nikâh mün’akid olmaz.” hükmünü koymaktadır.

Hukuk-i Aile Kararnamesine göre taraflardan birinin ölümü veya nişandan vazgeçmesi halinde, erkeğin nikâha bedel olarak verdiği şeyler mevcut ise aynen; herhangi bir şekilde elden çıkmış yahut telef olmuş ise bedelen iade edilir. Tarafların birbirlerine hediye olarak verdikleri şeyler hakkında ise hibe hükümleri uygulanır.¹⁰

Hukuk-i aile Kararnamesinin Osmanlı’nın son döneminde, dönemin şartlarının getirdiği ihtiyaçlar doğrultusunda ortaya konulduğunu daha önce belirtmiştik. Kararnamenin nişanla ilgili hükümlerini İslam hukukunun hükümlerinin düzenli ve sistematik bir şekilde ortaya konulmasına örnek teşkil etmesi açısından tekrar belirttik.

Nişan konusunda İslam hukukunun hükümlerinde ve Medeni kanunda çok farklı hükümlere rastlamamaktayız. Hukuk-i Aile Kararnamesinde yukarıda da belirttiğimiz gibi İslam hukukundan farklı hükümler ortaya konulmamıştır. Kanunlaştırma faaliyetlerine din ve hukukun etkisi açısından yaklaştığımız vakit iki düzenlemede de daha çok toplumda var olan uygulamalara göre bir şekillendirme olduğunu görmekteyiz.

⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.265-266.

¹⁰ Cin, Halil, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya 1988, s.294, HAK, 2.

1.2. EVLENME EHLİYETİ

Evlilik beraberinde birçok sorumluluğu getirmesinden dolayı evlenecek kişilerin bu sorumluluğu üstlenebilecek bir takım özelliklere sahip olmaları gerekmektedir. İslam hukukundan Hukuk-i Aile Kararnamesine oradan da Medeni kanuna geçişle evlenme ehliyeti konusunda bir takım farklılıklar ortaya konulmuştur. Bu farklılıkların temel sebebi ise bu hukukların dayandıkları referansların değişmesi, hayatı yorumlama anlayışlarının farklılaşmasıdır.

İslam hukukuna göre nikâha ehliyet konusunda yaş, hürriyet ve akli dengenin yerinde olup olmaması konularında bir takım şartlar ve hükümler ortaya konulmuştur. Ehliyet konusunda Cumhur, evliliğin akdedilmesi için bülûğ ve akıl şartı koşmamışlardır. Dolayısıyla küçüğün ve delinin evliliğinin sahih olduğunu söylemişlerdir. Dört mezhep imamının da dahil olduğu cumhurun görüşüne göre kefaeti bakımından küçük kızın evliliği caizdir.¹¹

Ancak Zekiyyüddin Şa'ban bu konuda şöyle demektedir: “Nikâha gerek kendisi ve gerekse velayet veya vekâlet ilişkisiyle başkası adına iştirak edenlerin nikâha ehil olmaları şarttır. Bu da akıl ve temyiz kudretiyle olur. Akıl hastasının ve mümeyyiz olmayan çocuğun gerek kendileri ve gerekse başkaları için akdettikleri nikâhlar ehliyetsiz oldukları için batıldır.”¹²

Medeni kanunda yaş ve akıl yönünden bazı sınırlamalar getirmiştir. Ehliyet konusunu inceleyebilmek için bu konuyu tam ehliyetliler, eksik ehliyetliler ve ehliyetsizler başlıkları altında incelemeyi konunun sistematik bir şekilde ele alınabilmesi açısından daha uygun bulduk.

¹¹ Zuhayli, Vehbe. *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, İstanbul 1994,c,9, s.144.

¹² Şa'ban, Zekiyyü'd-Din, *el-Ahkamü's-Şer'iyye li'l- Ahvali's-Şahsiyye*, Beyrut 1978, s.100.

1.2.1. Tam Ehliyetliler

Ehliyet konusunda genel olarak akıl, yaş ve hürriyet konularında sınırlamalar getirildiğini daha önce belirtmiştik. Tam ehliyetliler denildiğinde de bu sınırlamaların tam anlamıyla üzerinde taşınması anlaşılmaktadır. Bu şartlara sahip olmayan kimselerin evlenmeleri ya başkaları tarafından veya başkalarının izin ve icazetiyle mümkün olabilmektedir.

Hanefi mezhebine göre erkek olsun kadın olsun akıllı ve bülüğe ermiş herkes aile hukuku bakımından tam ehliyetlidir;¹³ bizzat nikâh akdetmeye muktedirdir.¹⁴ Bu hususta Hanefi mezhebi, mezhepler içersinde en hürriyetçi olanıdır. Hanefi mezhebi dışındaki üç mezhebe göre akıllı ve baliğ erkek dilediği gibi nikâh akdetmeye muktedirse de, bülüğe ermiş de olsalar kızlar, ancak velileri vasıtasıyla evlenebilirler.¹⁵

Tam ehliyetle önemli bir yeri olan bülüğ çağı için Hanefi mezhebine göre başlangıç yaşı kızlarda 9, erkeklerde ise 12 olarak kabul edilmiştir. Ebu Hanife'ye göre biyolojik olarak kızlarda 17, erkeklerde 18 yaşında bülüğe ermeyenler baliğ sayılır. Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre bu yaş her ikisi için de 15'tir. Bu yaşlara ulaşan ve akıl hastası olmayan kimseler tam ehliyetli sayılır.¹⁶

Medeni kanunda ise bu konuyla ilgili olarak, “erkek ve kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının

¹³ Ebu Zehra, Muhammed, *İslam Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usulü)*, Çev. Abdülkadir Şener, Ankara 1973, s.324.

¹⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.246-248.

¹⁵ Aydın, *a.g.e.*, s.22.

¹⁶ Bilmen, *a.g.e.*, c, 2. s.7.

evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.”¹⁷ hükmünü koymuştur.

Tam ehliyet konusunda yaş hususu incelendiğinde toplumsal teamüllerin ve çevresel koşulların bu konuda etkili olduğunu görmekteyiz. Hukuk-i Aile Kararnamesinde ise bu konuyu erkeklerde 18 ve kızlarda ise 17 yaşını bitirenler ve bitirmeyenler olarak ikiye ayırmaktadır. Nikâh ehliyetine sahip olmak için erkeklerin 18, kızların 17 yaşını bitirmiş olmaları şarttır.¹⁸

Kararname nikâh ehliyetine sahip erkek ve kızlar arasında da bir ayırım yapmıştır. Nikâh ehliyetine sahip olan erkekler diledikleri gibi evlenebildikleri halde, kızlar söz konusu olduklarında, hakim durumu kızın velisine bildirmekte ve bir itirazın olup olmadığını sormaktadır. Velinin itirazı bulunmaz veya varid görülmezse nikâha izin verilmektedir.¹⁹ Burada velinin itirazının olup olmadığının sorulmasını velinin izniyle karıştırmamak gerekir. Veliye burada erkeğin kızına denk olup olmadığı sorulacaktır. Veli itirazını sadece bu hususta yapabilir. Esasen kendi rızası olmadan kızı evlenirse, evlendikten sonra bile damadının kızına denk olmadığını ileri sürerek nikâhın feshini talep edebilir.²⁰

Dönemin şartları değerlendirilerek ortaya konulan kararnamede ehliyet açısından iki yenilik daha getirilmiştir. Birincisi, evlenmeye alt sınır olarak 12 ve 9 yaşları konulmuş, velilerin dahi bu yaştan daha küçükleri evlendiremeyecekleri hükme bağlanmıştır.²¹ İkincisi ise, Hanefi mezhebinin akıl hastalarının velileri tarafından evlendirilebilmeleri şeklindeki görüşü terk edilerek, bir zaruret olmadıkça, evlendirilmemeleri

¹⁷ TMK, 124.

¹⁸ HAK, 4.

¹⁹ HAK, 8.

²⁰ Aydın, *a.g.e.*, s.185.

²¹ HAK, 7.

esasının kabul edilmesidir.²² Bu tür değişimler, toplumda meydana gelen anlayış değişikliğinin ve diğer toplumlardaki değişimlerin bir işaretidir.

1.2.2. Eksik Ehliyetliler

Eksik ehliyetliler ancak velilerinin izniyle ya da bizzat velileri tarafından evlendirilebilen insanlardır. Bunlar temyiz çağına ulaşan çocuklar, akıl zayıflığı bulunanlar ve kölelerdir. İslam hukukunda Hanefiler'e göre temyiz çağına erişen çocuklar, nikâha bizzat iştirak edebilirler, fakat nikâhları velilerinin icazetine kadar askıdadır.²³ Şunu da ilave etmek gerekir ki bu gruba giren kimseler velileri tarafından rızaları olmasa da evlendirilebilirler.²⁴ Akıl zayıflığı olan ya da köleler ise, kendi başlarına evlenebilirler, fakat nikâhları velayeti altında bulundukları kimselerin onayına kadar askıdadır.²⁵

Hukuk-i Aile Kararnamesinde ise daha öncede belirttiğimiz gibi temyiz çağına giren çocukların evlendirilmeleri konusunda kızlar için 9, erkekler için 12 yaş sınırı getirilmiştir. Kararnamede bir de yenilik olarak kızlarda 17, erkeklerde ise 18 yaş “evlenme ehliyeti” olarak belirlenmiştir. Kararname ile yaş konusunda ortaya konulan bu düzenlemeler İslam hukukunda ehliyet teorisinin ortaya konulabilmesi açısından önemli bir vazife üstlenmiştir.

Medeni kanunda ise, “evlenme ehliyeti konusunda ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez”²⁶ gibi bir hüküm getirildiği gibi, küçüklerin

²² HAK, 10, Akgündüz, Ahmet, Cin, Halil, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul 1990, c, 2, s.75.

²³ Bilmen, *a.g.e.*, c, 2, s.23. , Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.245.

²⁴ Aydın, *a.g.e.*, s.23.

²⁵ el-Merginani, *a.g.e.*, s. 224.

²⁶ TMK, 125.

evlenmesi ise, yasal temsilcilerin iznine bağlanmıştır.²⁷ Kısıtlıların evlenmesi de küçüklerin evlenmesinde olduğu gibi yasal temsilcilerinin iznine bağlanmıştır.²⁸ Haklı bir sebep olmaksızın evlenmeye izin vermeyen yasal temsilci hakkında ise, “mahkeme temsilciyi dinledikten sonra küçük veya kısıtlının evlenmesine izin verebilir”²⁹ gibi hükümler getirilmiştir.

1.2.3. Ehliyetsizler

Ehliyetsizler grubuna yaşları küçük olanlar ya da akıl hastaları girmektedir. İslam hukukuna göre temyiz çağına gelmemiş olan küçükler ve akıl hastaları evlilik açısından ehliyetsiz olarak nitelendirilmişlerdir. Temyiz çağına gelmemiş olan küçükler sadece velileri tarafından evlendirilebilirler. Velilerinin izin ve icazetiyle dahi evlendirilemezler.³⁰ Böylelikle ehliyet kazanmış olurlar. Ancak bu konuda Osman el-Betti, İbn Şübrüme ve Ebu Bekir el-Esam gibi hukukçular küçüklerin evlendirilmelerini muteber kabul etmemişlerdir.³¹

Akıl hastaları hakkında da, temyiz çağına gelmeyen çocuklar gibi velilerinin izin veya icazeti olsa dahi kendi irade beyanlarıyla evlenemezler. Fakat akıl hastalarını velileri evlendirebilir. Hanefi hukukçularından Züfer’e göre akıl hastalığı bülüğdan sonra olmuşsa hastayı kimse evlendiremez. İmam Şafii ise akıl hastalarının kadın ve erkek oluşuna göre evlendirme yetkisini değişik kimselere tanımaktadır. Hasta kadınsa babası veya dedesi, erkekse, hakim bazı şartlarla akıl hastasını evlendirebilir.³²

²⁷ TMK, 126.

²⁸ TMK, 127.

²⁹ TMK, 128.

³⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.242-245.

³¹ Ebu Zehra, *a.g.e.*, s.113-114.

³² Karaman, *a.g.e.*, 243-244.

Hukuk-i Aile Kararnamesinin yaş konusundaki sınırlamalarını daha önce belirtmiştik. Akıl hastalarının evlendirilmeleri konusunda ise kararname, bir zaruret olmadıkça evlendirilmemeleri esasını getirmişlerdir. Zaruret durumunda da akıl hastaları ancak hakimın izniyle velileri tarafından evlendirilmektedirler.³³ Evliliği haklı gösterecek zaruretlerin neler olduğu hususunda açıklık yoktur, bunu hakim takdir edecektir. Bu konuda daha çok evlilik sebebiyle şifa ümidi üzerinde durulmaktadır.³⁴ Bu konuda takdir yetkisine sahip olan veliler konusunda kararnamede bir sınırlama getirilmiştir. Daha önce velayet yetkisi geniş bir kısmı ihtiva etmekteyken, kararname ile “binefsihi asabe olan veliler” olarak belirtilmiştir.³⁵

Hukuk-i Aile Kararnamesinin evlenme ehliyeti konusunda getirdiği bu hükümler, koyu İslamcılar tarafından şiddetle eleştirilmiş ve kararnamenin halkın örf ve âdetine ve milli ahlaka aykırı olduğu iddiasının ileri sürülmesine yol açmıştır.³⁶ Fakat İslamiyet, “Caiz’de ulul’emrin hakkı tasarrufu vardır; mevcut ahkâmı şer’iyyenin menetmediği şeyleri münkire düşmemek ve örfünden ayrılmamak şartıyla men edebilir” prensibini benimsemiştir. Ulul’emr, şeriatın menetmediği şeyi yasak edecek olursa, bu şeriata uygundur. Örneğin, “şer’an nikâh alelittlak iki şahit huzurunda akdedilir” hükmünü, “hakimin huzuriyle iki şahit önünde akdedilir” şeklinde kanunla takyit etmek şeriata aykırı değildir.³⁷ Hukuk-i Aile Kararnamesi’nin evlenme ehliyeti konusunda getirdiği hükümlere yöneltilen tenkitleri de bu şekilde cevaplandırmak mümkündür.

Medeni kanunda yaş konusunda daha önce belirttiğimiz gibi bir sınırlama vardır. Akıl hastaları ile ilgili, “akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi

³³ HAK, 9.

³⁴ Aydın, a.g.e. ,s.186.

³⁵ HAK, 10.

³⁶ Sadrettin, Hukuk-i Aile ve Usul-i Muhakematı Şeriiye Kararnamesi Hakkında, *Sebi’l-ür Resat*, 1334, c, 15, Sayı; 382,s.383.

³⁷ Mansurizade Said, Hukuk-i Aile Kanunu Layihası Münasebetiyle, *İslam Mecmuası*, 1333, c, 5, Yıl; 3, s.53.

bir sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler”³⁸ diye belirtilmiştir.

Hukuk- Aile Kararnamesinde öncelikle dönemin gerektirdiği gereksinimler doğrultusunda bir düzenleme yapılmıştır. Çünkü o dönemde var olan değerleri bir kenara atmadan, bunun yanı sıra ihtiyaç hissedilen birçok meseleye de cevap verebilecek tarzda bir düzenleme ortaya konulmuştur.

Medeni kanunla ise diğer birçok alanda olduğu gibi hukuk alanında da düşünülen ve ortaya konulan kökten değişimin sonucu olarak evlenme ehliyeti konusunda bazı değişimler söz konusu olmuştur. Ancak diğer alanlarda nitelendirildiği gibi bu alanda da köklü değişimler içeren bu süreç doğal olarak sadece iktibasla sonuçlanmamış, toplumun bu sürece alışma ve uyum sağlama gibi bir süreçte başlamıştır.

1.3. EVLENME MANİLERİ

İslam hukukuna göre evlenme manilerini devamlı evlenme manileri ve geçici evlenme manileri olarak iki grupta değerlendirmek doğru olacaktır. Bu sebeple evlenmesi sürekli ya da belirli şartlar oluşuktan sonra evlenme yasağı kalkan iki grup vardır. Devamlı evlenme manileri kan hısımlığı, sıhrî hısımlık ve süt hısımlığı olarak nitelendirilmiştir. Geçici evlenme manileri ise, başkasının eşi olma, iki akraba ile birden evlenme, üç kere boşanma, beşinci kadın din farkı ve iddete bağlı evlenme engeli olarak belirtilmiştir.³⁹

³⁸ TMK, 133.

³⁹ Aydın, *a.g.e.*, s.28-29.

Kan hısımlığı sebebiyle evlenilmesi yasak olan akrabalar dört gruptur: Usul, fûru, ana babanın fûruu, dede ve ninenin sadece çocuklarıdır.⁴⁰ Evlenmeden doğan hısımlık sebebiyle haram olanlarda dört gruba ayrılmıştır. Bunlar da; Usulün eşleri, fûruun eşleri, eşin usulü, eşin fûruu. Bu son grup da eşin fûruunun (kocanın üvey kızları) kocaya haram olması için sadece nikah kafi değildir, nikahla birlikte zifaf da gerekir.⁴¹ Süt hısımlığı konusunda ise, çocukla anası dışında ona süt veren kadın ve akrabaları arasında meydana gelen hısımlıktır. Bu hısımlık miras hakkı doğurmasa da kan ve sıhri hısımlık gibi bir evlenme manii meydana getirir. Süt hısımlığı yoluyla evlenilmesi yasak olanlar şunlardır: Sütten olan usul, fûru, süt ana ve babanın neseb ve sütten olan fûruu, süt dede ve ninenin sadece çocukları, süt usulün eşleri, süt fûruun eşleri, eşin sütten olan usul ve fûruu. Bu son durumda koca için fûruun haram olmasında zifaf yine şarttır.⁴²

Geçici evlenme engellerine gelince, ilk olarak din ayrılığına değinecek olursak; İslam hukuku, din ayrılığını sadece kadınlar açısından bir engel olarak kabul etmekte ve erkeklerin, ehl-i kitap yani semavi dinlerden birine inanan kadınlarla evlenmesini caiz görmektedir.⁴³ Geçici evlenme engellerinden biri de üçlü boşanmadır. Karısını üç kere boşayan erkek, artık onunla evlenemez. Bu engelin ortadan kalkması için hülle veya tahlil adı verilen muamelenin, kendi tabii seyri içinde gerçekleşmesi şarttır. Yani kadın normal olarak bir başka erkekle evlenir; bu kocası da vefat eder veya boşarsa iddetini tamamladıktan sonra, isterlerse birinci kocasıyla tekrar evlenebilir.⁴⁴

İddete bağlı evlenme engeli de geçici süreli bir evlenme engelidir. İddet müddeti içinde, kadın eski kocası dışında kimse ile evlenemez; böyle bir

⁴⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.258, Ebu Zehra, *a.g.e.* , s.67.

⁴¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, s.259, Ebu Zehra, *a.g.e.* , s.71.

⁴² Ebu Zehra, *a.g.e.* , s.78-79.

⁴³ Cin, *a.g.e.* , s. 111-115; *Bakara Suresi*, 220-221; *Maide Suresi*, 5.

⁴⁴ Cin, *a.g.e.* , s. 115 vd. *Bakara Suresi*, 228-229.

kadınla akdedilen nikah akdi batıl olur. İddet süresi evliliğin ölümle sona ermesi halinde 4 ay 10 gün, evliliğin talakla sona ermesi halinde 3 hayız süresidir.⁴⁵

İslam'ın bizzat ortaya koymadığı ancak daha önceki toplumda köklü olarak yerleştiği için tamamen kaldırmadan düzeltilmeye çalışılan çok evlilik kurumu da dörde çıkartılmamış, ancak daha fazla olan bu sayı dörde indirilmiştir. Bu yüzden de dörtten fazla kadınla evlilik yasaklanmıştır.⁴⁶

Sıhrî hısımlık konusu ise, evlenmek istenilen kadınlardan herhangi biri erkek farz edildiği takdirde diğeri ile evlenmesi yasaksa, o kadınlarla aynı zamanda evlenmek yasaktır. Mesela iki kız kardeş ile aynı zamanda evlenilmez. Ancak bunlardan biri ile olan evlilik sona erdiği takdirde, diğeri ile evlenmek mümkündür.⁴⁷

İslam hukuku bir kadının birden fazla erkekle evlenmesini yasaklamıştır. Bu sebeple, başkasıyla evli kadınlarla evlenmek kesin olarak yasaktır. Evli kadının kocasından boşanması ve başka biriyle evlenebilmesi muhtemel bulunduğundan, başkasıyla evli olmayı geçici evlenme engelleri içersinde değerlendirmek yerinde olacaktır.⁴⁸

Dönemin şartlarına cevap noktasında ortaya konmaya çalışılan Hukuk-i Aile Kararnamesinde ise, nikâhı ebediyen yasak olanlar teker teker sayılmış, sadece zina konusunda Şafii mezhebine uyulmuştur. Hanefilerde hürmet-i musaharayı vücuda getirir; kişi zina ettiği kimsenin usul ve fûru ile evlenemez. Şafiilerde ise zina bu hürmeti doğurmaz, zira hürmet-i

⁴⁵ Cin, a.g.e. , s. 119-122 , *Bakara Suresi* 234-228.

⁴⁶ Cin, a.g.e. , s.125-128, *Nisa Suresi* 3, 129.

⁴⁷ Cin, a.g.e. , s.128-129, *Nisa Suresi* 27.

⁴⁸ Cin, a.g.e. , s.129-130, *Nisa Suresi* 27.

musahara bir nimettir, kişi bu nimete haram yolla ulaşamaz. İsbat güçlüğü de esasen bu yolun işlemesine manidir.⁴⁹

Nikâhı geçici olarak haram üç grup muhtemelen işlerliği kalmadığı düşüncesiyle kararnameye alınmamıştır. Kararnamenin hazırlandığı dönemde kölelik-cariyelik hemen hemen tamamen kalktığı için, kişinin mülkünde olan cariyeyi nikâhlanması ve hür karısı üzerine cariyeyi nikâhlanması hakkındaki geçici evlenme yasakları bu bölümde zikredilmemiştir. Ayrıca liandan doğan evlenme yasağı da bu fasılda zikredilmemiştir. Aynı şekilde din farkı da artık Osmanlı devletinde Musevi ve hristiyanlardan başka diğer dinlere mensup olanlar bulunmadığı için burada evlenme yasağı olarak sayılmamıştır.⁵⁰ Bir Müslüman kadının gayr-ı müslim bir erkekle evlenmesinin batıl olduğu ise bir başka fasılda zikredilmiştir.⁵¹

İslam hukukunun düzenlenmiş ve Osmanlı devletinde uygulanan sürecin sistematik ve daha yaygın bir alanı içeren düzenlemesi olarak Hukuk-i Aile Kararnamesi dini kaynaklardan hareketle hukuki kurallar ortaya koymuştur. Ancak kararnamenin yetersizliğinden değil, dönemin şartlarından dolayı çok fazla uygulama alanı bulamamış, evlenme manileri konusunda da dönemin şartlarını dikkate alan kurallar ortaya koymuştur. Sonuç itibariyle çok fazla yürürlükte kalamayan Hukuk-i Aile Kararnamesi farklı görüş ve düşüncelerin tesiri sonucu yürürlükten kaldırılmıştır.

Medeni kanunda evlenme manileri konusunda ise şunlar sayılır;

1)“Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,

⁴⁹ Aydın, *a.g.e.* , s.187. Bu açıklamalar ayrıca Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin Esbab-ı Mucibe Layihasında belirtilmiştir, bk. Aydın, *a.g.e.* s.273.

⁵⁰ Aydın, *a.g.e.* , s.187.

⁵¹ HAK, 58.

2)Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,

3)Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında.”⁵²

Görüldüğü gibi kanunlarda esas alınan referanslar ve dönemin şartlarına göre bazı farklılıklar gözlenmektedir. Medeni kanuna göre yasak sayılan evlilikler ise, yukarıda sayıldığı üzere; yakınlarla olan evlilikler, evli iken başka biriyle olan evlilik ve akıl hastalığıdır.

Geçici evlenme manileri ise ilk olarak evlatlık ilişkisidir. Evlatlık alınan çocuk ile evlat edinen kimse birbirleri ile veya birbirlerinin karı ve kocası ile evlenemezler. Fakat evlatlık ile onu evlat edinen kimse evlenirse, yani geçerli bir evlenme akdi yaparlarsa bu durumda evlatlık ilişkisi sona erer. Evlenmenin yapılmasına kesin olarak engel olmayan ikinci durum ise eşlerin bekleme süresine uymadan evlenmeleridir. Normalde kanunda evliliğin ölüm, boşanma gibi bir sebeple sona ermesi halinde kadın için üçyüz günlük bir bekleme süresi düzenlenmiştir. Bu bekleme süresi müddetince kadın ikinci bir evlilik yapamaz. Kanun bu durumu nesillerin emniyetini koruyabilmek için düzenlemiştir. Hakim bu müddeti karı ve kocanın tekrar evlenmek istemeleri halinde kısaltır ya da tamamen ortadan kaldırır.⁵³

Medeni kanunda evlenmenin yapılmasına kesin olarak engel olmayan üçüncü durum ise, evlenecek olan kimselerden birinde veya her ikisinde de nesebine zarar verecek bir hastalığın bulunması halidir. Çünkü bu gibi durumlarda doğacak çocuğun ana ve babası gibi hasta olma ihtimali yüksek olacağı için bu kimselerin evlenmemesi gerekir. Fakat bu yasağa rağmen evlilik yapılmışsa, yapılan bu evlilik geçerli olarak devam edecektir. Ordu mensubu veya askeri öğrenciler için de yabancı ile evlilik

⁵² TMK, 129.

⁵³ Can, Mustafa, , “Hukuk ve Nikah”, *Türk Aile Ansiklopedisi*, Ankara 1991, c, 3, s.791-792.

tamamen ya da kısmen yasaklanmıştır. Fakat buna rağmen ordu mensubu yabancı ile evlenmişse veya askeri öğrenci yasağa rağmen evlenmişse bu evlilik geçerli olarak devam eder ancak bu görevi sona erer.⁵⁴

Hukuk-i Aile Kararnamesi ve Medeni Kanun çerçevesinde düşündüğümüzde, aslında bu iki kanun, sistematik açıdan birbirinden farklı düzenlemeler olduğu için birebir bir karşılaştırma yapabilmek mümkün olmamaktadır. Kaynaklar açısından da farklılıklar arz eden bu kanunlar özü itibariyle insanların huzur ve güvenlerini sağlama noktasında aynı amaçtan hareket etmişler, ancak zamanın gerektirdiği şartlar ve toplumların özelliklerine göre de bazı noktalarda da farklılıklar arz edebilmişlerdir.

1.4. EVLENME İLANI

Evlilikte ilan meselesi her toplumda farklı şekillerde tezahür etmiş ve farklı şekillerle bu durum uygulama alanı bulmuştur. İslam hukukuna göre bu şart sadece Malikiler tarafından ileri sürülmüştür. Onlara göre şahitlerle anlaşarak yapılan evlenmenin gizlenmesi ve etrafa duyurulmaması sıhhat şartlarına aykırıdır; dolayısıyla böyle olan nikâhlar geçersizdir. Ancak diğer üç mezhep bunu sıhhat şartı olarak kabul etmez, şahitlerin duyduğu nikâh artık gizlilik sınırını aşmış diye nitelendirilir.⁵⁵

Nikâhta ilan meselesi, nikâhın topluma meşru bir hale gelmesi, aile kurumunun da sıhhati ve devamı için önemli bir husustur. Hz. Peygamber de bu konuda şöyle buyurmuşlardır; “Şu nikâhı ilan edin, onu mescidlerde yapın, nikâh sebebiyle tefler çalın.”⁵⁶ Bu Hadis-i Şerif’ten de nikâhın

⁵⁴ Can, *a.g.m.* , s.792.

⁵⁵ Bilmen, *a.g.e.* , c, 2, s. 13.

⁵⁶ Tirmizi, “*Nikah*”, 6; Nesai, “*Nikah*”, 72.

toplum tarafından bir kabul görmesi ve meşruiyet kazanması gerektiğini ve bunun da zamanın şartları doğrultusunda yerine getirilebileceğini anlamalıyız.

Günümüzde resmi şekil ve kayıt bulunmadığı sürece iki şahidin, özellikle büyük yerleşim merkezlerinde aleniliği sağlamaya yetmeyeceği ortadadır. Fakihlerin çoğunluğunun iki şahidi yeterli görmesi dönemlerinin toplumsal telakkileriyle yakından ilgili olup böyle bir gizliliği tasvip ettikleri şeklinde anlamak doğru değildir. Bu yüzden ülkemizde iki şahitle fakat gizlilik içinde kısılan nikâhların taşıdığı sakıncalar göz önüne alındığında Malikiler'in görüşünün de bir kenara atılmaması gerektiğini ortaya çıkarmaktadır. Çünkü toplumsal bir geçerlilik kazanmamış ilişkilerin ne derece sağlıklı bir şekilde yürüdüğü her toplumun malumudur.

Hukuk-i Aile Kararnamesinde ise, “ akd-i nikâhın icrasından evvel keyfiyet ilan olunur.” şeklinde bir hüküm belirtilmiştir.⁵⁷ Nikâhın ilan edilmesi İslam hukukunda da sünnet olarak kabul edilmiştir. Fakat sünnet olan ilan düğün sırasında evliliğin etrafa duyurulması ve kutlanması ilanıdır. Şüphesiz taraflar arasında bir evlilik manii varsa evliliğin düğünle ilan sırasında bunu bilen kimse bunu ortaya koyabilecek ve buna mani olabilecektir. Kararnamede öngörülen ilan ise evlilikten önce evliliğe mani bir sebebin bulunup bulunmadığını öğrenmek için mahkemece yapılan resmi bir duyurmadır.⁵⁸

Hukuk-i Aile Kararnamesi ve Hukuk-i Aile Kararnamesine Mûteallik Mûteamelat-ı İdariye Hakkında Nizamname, o zamana kadar ki uygulana gelen evlenme şeklini esas itibariyle muhafaza etmesine rağmen Batıcılar'ın etkisiyle evlenmenin önceden ilan edilmesi hükmünü getirmiştir. Buna göre tarafların evlenme istekleri mahkemece ilan edilir.

⁵⁷ HAK, 33.

⁵⁸ Cin, a.g.e. , s.299.

Gerek ilandan önce veli tarafından, gerek ilandan sonra üçüncü şahıslar tarafından yapılan itirazlar ve tarafların bunlara verdiği cevap ve öne sürdüğü deliller mahkemece değerlendirilerek bir karara varılır. İlan sonucunda tarafların evlenmelerine engel bir durumun olmadığı anlaşılınca ya taraflar mahkemede evlenirler veya mahkeme bir din adamı veya başka bir kimseyi nikâhça hazır bulunmak üzere izinname ile yetkili kılar.⁵⁹

Nikâh akdinin, ilan edilmesi gerekli bir akit olduğunda ve “nikahu’us-sırr” denilen gizli nikâhın yasak olduğunda fakihlerin görüş birliği vardır.⁶⁰ Peygamber efendimizin sözlerinden de ilan ve şahit şartlarından bazı kesimler tarafından suiistimal edilen gizli nikâhların yasaklandığı anlaşılmaktadır.

İlanın keyfiyeti konusunda farklı görüşler öne sürülmüştür. Ancak üzerinde durulması gereken husus, lafzi ve şekli olarak nelerin ilan sayılıp sayılmayacağından ziyade, şahit ve ilan şartının amacının hangi durumda tam olarak gerçekleştirilmiş olacağıdır. Şahitlik ve ilan şartıyla sağlanmak istenen amaç gerçekleşmediği halde, iki şahit huzurunda kıyılan nikâhın her durumda, hatta gizleme şartıyla bile geçerli bir akit olduğunu söylemek, fıkıh mantığı açısından mümkün gözükmemektedir.⁶¹

Medeni Kanunun 98. maddesi gereğince de nikâhın ilan gerekliliği ortaya konulmuştur. Medeni kanuna göre ilan iki tarafın hem ikametgâhlarında hem sicilinde kayıtlı oldukları yere, eğer bu kayıt yok ise ailelerinin kayıtlı olduğu yerde belediyeler tarafından yapılır. İlanın hem ikametgâhta hem de nüfusa kayıtlı olunan yerde olmasının nedeni ise, alakadarların itiraz haklarını kullanabilmeleridir. İlanın nasıl ve ne şekilde

⁵⁹ Aydın, Mehmet Akif, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul 1996, s.167.

⁶⁰ İbn Rüşd, *Bidayetü’l-Müctehid ve Nihayetü’l- Muktasıd*, Beyrut 1982, Cilt; 2, s.14.

⁶¹ Apaydın, Yunus, “Nikah Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikahı Uygulaması, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı; 9, Yıl; 1990, s.374.

yapılacağı talimatnamede gösterilmiştir: “İlan belediye dairesiyle halkın en ziyade toplandıkları yerlere ilan kâğıdı yapıştırmak suretiyle olur. İlan kâğıdında evleneceklerle ailelerinin isimleri, kaç yaşında oldukları, ikametgâhları evlenmenin nerede yapılacağı yazılı olacaktır. İlan hem evleneceklerin ikametgahlarında hem de nüfusa kayıtlı oldukları yerde yapılır.”⁶² O dönemde ilan konusunda bu şekilde uygulamalar ortaya konulduğunu görmekteyiz.

Görüldüğü üzere evlilikte ilan meselesinin temel amacı, toplumda gerçekleşecek olan evliliğin meşruiyetini sağlamak ve dolaylı da olsa evlenecek olan şahısların haklarını korumaktır. Gerek İslam hukuku doğrultusunda oluşan Hukuk-i Aile Kararnamesi’nde gerekse Medeni kanunda gözlenen amacın bu olduğunu ancak toplumsal farklılıklar yüzünden uygulamada bazı değişiklikler olduğunu tespit etmekteyiz.

1.5. EVLENME AKDİ

Kur’an-ı Kerim’de evlenmeyi teşvik eden (en-Nur,24/32,33); evlilik birliğinin amacına işaret eden (er-Rum, 30/21) evlilik birliğinde tarafların hak ve görevlerini belirten (en-Nisa, 4/2,3,22-25; Maide, 5/5; en-Nur, 24/3) ayetler olmakla birlikte, evlenmenin kuruluş biçimini tanımlayan ayet yoktur. Bu durum, Kur’an’ın evlenme akdinin biçiminde ziyade evlilik birliğinin amaçlarına vurgu yaptığı ve aile kurumuna önem ve öncelik attettiği şeklinde anlaşılabılır.

İslam hukukuna göre evlilik, şekilciliğin olmadığı medeni bir akittir. Akit ise tasarrufun cüzlerini (yani icap ve kabulü) şer’i olarak birleştirmektir. Burada akitten kasdolunan masdar manasıdır, o da bağlanmaktır. Şeriat icap ve kabulün hissi olarak var olduğuna ve kuvvetli bir şekilde

⁶² Arsebük, Esat, *Medeni Hukuk*, Ankara 1940, c,2, s. 565-566.

bağlandıklarına hükmeder. İcab ve kabulden her biri söz, yazı ve işaretle olabilir. İcab ve kabul sözlerinden bir kısmı evliliğin onunla yapılmasına ittifak edilen, bir kısmı evliliğin onunla yapılmamasına ittifak edilen ve diğer bir kısmı da ihtilaf edilen şeylerden oluşmaktadır.⁶³

Evlilik akdinin medeni bir akit olduğu konusunda birçok görüş belirtilmiştir. Evlenme akdinin İslam dininde önemli bir yeri olmasına ve evlenmeye çeşitli durumlara göre farz, vacip, mekruh, haram gibi dini neticeler bağlamasına⁶⁴ ve bu yönüyle bazı bakımlardan ibadet sayılmasına rağmen bu akit, İslam hukukunda dini bir akit değildir. İki şahit huzurunda tarafların irade beyanlarıyla diğer şartlar gerçekleşmişse akdedilmiş olur. Din adamının hazır bulunması şart olmadığı gibi, dini bir merasim de gerekmez.⁶⁵ Bu yüzden nikâhta bir din adamının mevcut oluşu ve dua okuması, ona dini bir karakter vermez. Nikâh akdinin hususi bir akit olduğunu söyleyen hukukçular varsa da hukukçuların ekserisi onun bir medeni hukuk akdi olduğu görüşündedirler.⁶⁶

Evlenmenin unsurlarından olan taraflar ve irade beyanı, evlenme akdinin gerçekleşmesi için vazgeçilmez iki unsurdur. Taraflar geçerli bir irade beyanıyla evlenecek olan eşler veya bunların velileri, vekilleridir. İslam hukukunda taraflar şartları taşıyorlarsa bizzat nikâha iştirak edebilecekleri ve kendi irade beyanlarıyla geçerli bir evlilik kurabilecekleri gibi, bunların velileri veya vekilleri de yine gerekli şartlara sahip olmak kaydıyla onlar adına geçerli bir nikâh akdi yapabilirler.⁶⁷

Evlenme akdinin unsurlarından olan irade beyanı ise, evlenme akdine iştirak edenlerin icab ve kabulleridir. İcab akdi meydana getirmek için taraflardan birinin önce söylediği söz, kabul de karşı tarafın icabı kabul

⁶³ İbn Rüşd, *a.g.e.* , s.4.

⁶⁴ Ebu Zehra, *a.g.e.* , s.22-23.

⁶⁵ Karaman, *a.g.e.* ,s.236.

⁶⁶ Aydın, *a.g.e.* , s.12-13.

⁶⁷ Karaman, *a.g.e.* , 265-266.

ettiğini ifade eden sözüdür. İcab ve kabul tarafların bizzat ifade etmeleriyle olduğu gibi, veli veya vekil vasıtasıyla da olur. Bunun yanı sıra elçi göndermek suretiyle de irade beyanı kullanılmakta, yani nikâh akdi gerçekleşmektedir.⁶⁸

Nikâh akdinde iki şahidin hazır bulunması ise, Şafii ekolünde bir rükun iken, Hanefi ve Hanbeli ekollerinde bir sıhhat şartı olarak kabul edilmiştir. Maliki ekolünde ise, akdin yapıldığı sırada iki şahidin bulunması mendub görülmüş, bu sırada şahit bulunmadığı takdirde zifafa girmeden önce durumun iki şahide açıklanmasının gerekli olduğu söylenmiştir.⁶⁹

Hukuk-i Aile Kararnamesi çerçevesinde evlilik akdini düşünecek olursak, Osmanlı devleti başlangıçtan beri evlenme işleriyle yakından ilgilenmiş, nikâhların genellikle kadıların kontrolünde veya kadılar tarafından kısılmasını sağlamıştır. Son devirlerde zayıflayan bu sistem Tanzimattan sonra tekrar ıslah edilmiş, Sicil-i Nüfus Nizamnameleri ve Sicil-i Nüfus Kanunuyla bu saha tekrar tanzim edilerek devletin bu sahadaki kontrolü artırılmıştır. Kararname ile getirilen esaslarla da bu saha daha sağlam bir şekilde düzenlenmiş, imparatorluk dahilinde kısılan nikâhların tamamının devlet kontrolünde kısılmasını teminine çalışılmıştır.⁷⁰

Kararname bu konuda iki yenilik ortaya koymuştur. Bunlardan ilki daha önce de belirttiğimiz gibi nikâhtan evvel keyfiyetin ilan edilmesi, diğeri de nikâh akdi esnasında taraflardan birinin ikametgâhı hakim in veya bunun özel bir izinname ile izinli kıldığı vekilinin hazır bulunması ve nikâh akidnamesini tanzim ve tescil etmesidir.⁷¹ Görülüyor ki, kararname

⁶⁸ Ebu Zehra, *a.g.e.* , s.46, Bilmen ,Cilt; 2, *a.g.e.* , s.60-61.

⁶⁹ İbn Rüşd, *a.g.e.* , s.15.

⁷⁰ Aydın, *a.g.e.* , s. 188.

⁷¹ HAK, 37.

bugünkü hukukta olduğu gibi evlenmenin muayyen bir resmi memur önünde yapılması ve tescil edilmesi mecburiyetini getirmiştir.

Evliliğin kayıt altına alınması girişimleri Osmanlı'dan daha önce görülmeye başlanmış Osmanlı devletinde de yaygınlaşmış bir uygulamadır. Osmanlı hukuk uygulamasında yürürlüğe konan bu müeyyide, daha önceki bazı hukukçuların “Hakimin izni ve emri olmaksızın yapılan nikâh caiz olmaz ve çocuğun nesebi sahih olmaz” şeklindeki fetvalarıyla desteklenmiştir. 1881 Nüfus Nizamnamesi, izinname uygulamalarının ardından en son Hukuk-i aile Kararnamesi ile evlenme işi devlet işi haline getirilmiştir.⁷² Bu bakımdan evlenme akitlerinin yetkili bir memur huzurunda yapılması ve tescil edilmesi işini, Medeni Kanun'un getirdiği bir yenilik olarak değerlendirmek yerine, esasen, Osmanlı hukuk uygulamasının da hedeflediği ve bu yönde adımlar attığı bir sonuç olarak görmek daha doğru olur.

Medeni Kanun'a göre evlenme akdi ise, birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yerin evlendirme memurluğuna beraber başvururlar. Evlendirme memuru, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır.⁷³ Başvuru, evlenecekler tarafından yazılı veya sözlü olarak yapılır.⁷⁴ Erkek ve kadından her biri, nüfus cüzdanı ve nüfus kayıt örneğini önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi, küçük veya kısıtlı ise ayrıca yasal temsilcisinin imzası onaylanmış yazılı izin belgesini ve evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporunu evlendirme memurluğuna vermek zorundadır.⁷⁵

⁷² Fındıkoğlu, “Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi”, 704-705.

⁷³ *TMK*, 134.

⁷⁴ *TMK*, 135.

⁷⁵ *TMK*, 136.

Evlenme töreni, evlendirme dairesinde evlendirme memurunun ve ayırt etme gücüne sahip ergin iki tanığın önünde açık olarak yapılır. Ancak, tören evleneceklerin istemi üzerine evlendirme memurunun uygun bulacağı diğer yerlerde de yapılabilir.⁷⁶ Medeni Kanun’da evlendirme memuruna fazlaca önem verilmesi, evlenme kütüğüne tescil edilmeyen, hatta şahitler huzurunda olmayan evlenmelerin, tarafların iradelerinin evlendirme memuru önünde beyan edilmesi, bir bakıma evlendirme memuruna dini evlenmelerde ruhani kişinin veya din adamının üstlendiği fonksiyonun hatta onun da ötesinde bir misyonun yüklendiği izlenimini vermektedir.⁷⁷

Medeni Kanun’a göre “iki şahidin bulunması” şartı ile “evlenmenin sicile işlenmesi” şartı şekle ilişkin yan şartlardandır. Bu şartlar, akdin doğuşunda veya kurulmasında herhangi bir role sahip olmayıp, sadece akdin varlığına açıklık kazandırmak ve ispatını kolaylaştırmak amacını taşırlar. Şahitlerin, aleniyeti sağlama amacına, tescilin de doğmuş olan evlenme akdinin belgelenmesi amacına yönelik olduğu açıktır.⁷⁸

Medeni Kanun ve İslam hukuku bir nokta üzerinde birleşmektedir: O da evlenmenin laik bir müessese olarak kabulü, başka bir deyişle evlenmeye dini bir mahiyet atfedilmemiş olmasıdır. Medeni kanunun kabul etmiş olduğu resmi nikâh da, İslam hukukunda olduğu gibi, iki şahit önünde aktedilir. Taraflar evlenme iradelerini hiçbir şüphe ve tereddüde mahal vermeyecek şekilde ortaya koyarlar. Bu bakımdan Medeni Kanun’a göre aktedilmiş olan resmi nikâhın şer’i meşruiyetinden şüphelenmeye hiçbir sebep yoktur. Yani Medeni Kanun’a göre resmen evlenmiş olan bir müslüman aynı zamanda şer’i hukuka göre de evlenmiş sayılır. Çünkü İslam hukuku evlenmede herhangi bir dua okunması veya imam huzurunda evlenilmesi gibi bir mecburiyet koymamıştır. Nikâhta hutbe ve

⁷⁶ TMK, 141.

⁷⁷ Apaydın, *a.g.m.*, s.376-377.

⁷⁸ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku Dersleri*, İstanbul 1971, s.149,157.

dua okunması sonradan halk arasında yerleşmiş olan ve İslam'ın mendup saydığı bir uygulamadır.⁷⁹

Bu arada Medeni Kanun, nikâhta dua edilmesini tamamen hususi ve vicdani bir mesele olarak algılamış ve sadece dini merasimin, ancak evlenme akdinden sonra yapılabileceğini ortaya koymuştur. Ancak Medeni Kanun'a göre resmi nikâh yapılmadan dini merasim yapmak veya yaptırmak TCK'nın 230. maddesi gereğince suç sayılmıştır.⁸⁰ Buradan da İslam dininin de benimsediği şekilde nikâhın medeni bir akit olduğunu ve nikâh öncesi yapılan merasimin hayırlı bir işe duayla başlamak gibi bir uygulama olduğunu görmekteyiz.

2. EVLİLİK KURUMU AÇISINDAN MEYDANA GELEN DEĞİŞİMİN İNCELENMESİ

Cumhuriyete geçişle birlikte, Medeni hukuk sahasında yapılan kanunlaştırma çalışmalarının sonuncusunu oluşturan 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi bu sahada kabul edilen son kanundur. Türkiye Cumhuriyeti açısından düşündüğümüzde ise, Medeni hukuk sahasında yapılan uygulamaların başlangıcıdır. Osmanlı devletinin yıkılması, toplumun şartlarının değişmesi ve Cumhuriyet Türkiye'sine gelinmesi ile medeni hukuk sahasında yeni bir düzenleme yapmak ihtiyacı doğmuştur. Fakat bu dönemde artık galip gelen fikirlerin mahiyeti tamamen farklıdır ve kanunlaştırma hareketlerine yaklaşımları da farklılaşmıştır. Ayrıca Medeni Kanunun kabul ediliş tarzı da farklı olmuştur. Bu anlamda Medeni Kanun, Arazi Kanunnamesi, Mecelle ve Hukuk-i Aile Kararnamesi ile takip edilen sürecin kopma noktasını oluşturmuştur. Ayrıca bu hareket ile hukuki düşünce dünyası, Türkiye için tamamen farklı bir iklime girmiş oluyordu.

⁷⁹ Cin, *a.g.e.* , s. 312-313.

⁸⁰ Cin, *a.g.e.* , s.313.

Kaynak itibariyle farklılıklar arz eden hukuk sistemleri, uygulamada birçok farklı anlayış ve uygulamalar sergilese de evlilik kurumu temel fonksiyonunu kaybetmemiş ve önemini sürdürmüştür. Ancak uygulamadaki farklılıklardan dolayı mesela imam nikâhının yasaklanması gibi durumlarda farklı uygulamalar dikkatleri çekmiştir. Bu gibi meselelerde temel amaç evlilik kurumunun sağlam temellere oturtulması söz konusu ise de sosyal şartların farklılığından dolayı bir değişim söz konusu olmuştur.

Cumhuriyet'e geçişle birlikte izlenen yol, Batılı düşünce ilkelerinin egemen olacağı, Batı toplumlarındaki kurumların işlerlik kazanacağı yeni bir Türkiye idi. Böylece, Türkiye, dünyadaki ileri toplumların genel gelişimini izleyen bir yörüngeye yerleştirilmiş olacaktı. Atatürk'ün bu dünya görüşü içinde, aile yapısında da köklü değişiklikler yapılmasını zorunlu kılan önemli öğeler bulunmaktaydı.⁸¹

Cumhuriyet'le birlikte başlayan bu durumdan daha önce de birçok mesele bu duruma zemin hazırlamış ve evlilik kurumunda da uzun bir dönemi kapsayan bir değişim meydana gelmiştir. Bunu da sosyal şartların değişmesiyle orantılı görmek doğru olacaktır. Ancak reformun soluğu halkın bilincinde yeni yasaların sağlanmaşması için yeterli olmamış, nüfusun büyük çoğunluğu, özellikle köylerde ve küçük kentlerde yaşayanlar, yıllardan beri alınan aile hukukuna karşı açıkça pasif bir direniş göstermişlerdir. Bunun en bariz örneğini de imam nikâhı meselesinde görmekteyiz.⁸² Halk mutlak surette değişmiş ve gelişmiş ancak bir takım alışkanlık ve uygulamalarından da vazgeçememiştir, dini konularda olaylara daha hassas yaklaşmıştır.

⁸¹ Erder, Necat, *Türkiye'de Ailenin Değişimi*, Ankara 1984, s.6.

⁸² Kruger, Hilmar, Çev: Necla Giritlioğlu, "Aile Hukuku Sorunları Osmanlı İslam Geleneği", *Aile Yazıları 2: Kültürel Değerler ve Sosyal Değişme*, İstanbul, ty. , s.204.

Değişim her dönemde zamanın şartlarına göre farklı şekillerde tezahür etmiştir. İslam dininin yayıldığı dönemlerde de İslam Hukuku, kadının bir meta olarak satıldığı cahiliye dönemi Arap kültüründe evlenme sözleşmesi konusunda çok büyük değişiklik yapmış ve içinden çıktığı toplumda ondan önce var olan kadını aşağılayıcı evlenme şekillerini ortadan kaldırarak, onu olduğundan daha iyi bir konuma getirmiştir.⁸³

Hukuk-i Aile Kararnamesinin ilgasından sonra 1923 ve 1924 tarihlerinde ortaya konulan tasarılar da bu dönemde yaşanan kararsızlık ve bunalımın yansımalarını görmekteyiz. Bu kararnamelerde de Hukuk-i Aile kararnamesiyle hemen hemen aynı doğrultuda değişiklikler ortaya konuldu. Ancak o dönemde bu türden hareketler çok fazla kabul görmedi ve batı taraftarı fikirlerin ağır basmasıyla bu tasarılar da yürürlükte kalamayarak değişiklikler batı yanlılarının görüşleri doğrultusunda şekillenmesi durumunda kalmıştır.

Cumhuriyet'e geçiş döneminde meydana gelen gelişmeler doğrultusunda ortaya konulmaya çalışılan fikir; temeli fıkıh olacak kanunların hazırlanması veya mevcut kanunların tadili, yeni Türkiye'nin ihtiyaçlarını karşılamaya yetmemesiydi. Ancak laik hukuk sistemi kurmak için görüşler henüz olgunlaşmış değildi. Buna rağmen, Vacibât Komisyonunun müzakereleri sırasında, bir azanın İsviçre Medeni Kanunundan günü gününe çevrilmiş maddeleri komisyonda okuması dikkate değer bir hadisedir.⁸⁴ Bundan anlaşılıyor ki, bazı kimselerin kafasında Avrupa hukukundan iktibas fikri yatmaktadır.

Toplumun yüzyıllar boyunca uyguladıkları ve bir yaşam tarzı haline getirdikleri İslam Hukukunun hükümleri sonucunda yeni düzene ayak uydurmaları çok kolay olmamıştır. Bunun yansımalarını imam nikâhı

⁸³ Hatemi, Hüseyin, *İlahi Hikmette Kadın*, İstanbul 2000, s. 44.

⁸⁴ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *İsviçre Medeni Kanunu Karşısında Türk Medeni Kanunu, Medeni Kanunu'un XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul, 1944, s. 359.

uygulaması gibi birçok yerde görmekteyiz. Toplumda belki de şekilsel olarak nitelendirilebilecek bir uygulamanın ön plana geçmesi sonucunda bir alışamama süreci yaşanmış gibi görünse de daha çok dini hassasiyetler sonucunda bir tepki ve alışamama süreci yaşanmıştır.

Mutlak surette aile toplumsal değişimlerden etkilenmiştir. Aile her zaman ve her yerde aynı kalmamıştır. Bir toplumdaki hâkimiyet sistemi, coğrafi yapı, iklim, ekonomik durum ve üretim tarzı, kültürün gelişim biçimi ve diğer kültürlerin etkisi aileyi farklı biçimlendirdiği gibi, üyeleri arasındaki ilişkileri de, farklı tayin etmiştir. Gerek iç etkenler diyebileceğimiz aile üyelerinin davranış biçimleri, tutumları ve zihniyetleri, gerekse sosyal, ekonomik, kültürel çeşitli dış etkenler zamanla insan davranışlarında ve dolayısıyla aile müessesesinde değişmelere yol açar. Tarımsal ve göçebe toplumlarda hayatın akışını değiştiren etkenler az ve katı olduğundan müesseselerde değişme çok yavaş meydana gelmiştir. Buna karşılık endüstri toplumlarında ise, daha hızlı bir değişimden bahsetmek mümkündür.⁸⁵ Bu doğrultuda modernleşme ekonomik ve politik değişimlerin yanı sıra sosyal değişimi, davranış ve tutum değişikliklerini de getirmiştir.⁸⁶

Toplumsal değişimler mutlaka aile kurumuna da yansıyacak ve bir takım değişimler oluşacaktır. Ancak Cumhuriyet'e geçişle birlikte aile hukuku alanında yaşanan değişim toplumsal değişimlerin bir sonucu olduğu kadar o dönemde hâkim rol oynayan farklı görüşlerin etkisi sonucu uygulanmış ve tepeden inme bir şekilde halka uygulatılmaya çalışılmıştır.

⁸⁵ Gürkan, Ülker, "Medeni Kanun eleştirileri I: Karının İktisaden Korunması", *A.Ü.H.F.Dergisi, Cumhuriyet'in 50. Yılına Armağan*, Ankara 1973, c, XXX, Sayı: 1-4, s.329-320.

⁸⁶ Kümbetoğlu, Belkıs, "Aile, evlilik, nikah: Farklılaşan kavramlar", *Toplum ve Bilim*, İstanbul 1997, Sayı: 72-73, s.113.

3. Evlilik Kurumu İle İlgili Olarak Cumhuriyet'e Geçiş Döneminde Tartışılan Meseleler

3.1. Taaddüd-ü Zevcat

Toplumsal açıdan düşünüldüğü vakit, yapılacak değişikliklerin en zoru, toplumda alışlagelmiş olan bir takım durum ve alışkanlıkların terk edilmesidir. Çok eşlilik konusunda da din tarafından belirlenmiş olan bir takım kural ve kaideler toplum düzeninin değişmesiyle birlikte bir takım değişikliklere uğramış ve bu konudaki uygulama ve anlayış tamamen değişmiştir. Ancak halk dinin kural ve kaideleri doğrultusunda uygulamış olduğu bu düzenin değişmesi sonucunda yeni uygulamaya karşı bir mukavemet göstermiştir.

Çok evlilik konusunda ise; Nisa/4 suresi üçüncü ayet de "eğer velisi olduğunuz mal sahibi yetim kızlarla evlenmekle onlara haksızlık yapmaktan korkarsanız, onlarla değil hoşunuza giden başka kadınlarla iki, üç ve dörde kadar evlenebilirsiniz; şayet aralarında adaletsizlik yapmaktan korkarsanız bir tane almalısınız veya sahip olduğunuzla yetinmelisiniz. Doğru yoldan sapmamanız için en uygunu budur." diye buyrulmaktadır. Bu durumu ile kuran çok evliliğe açıktır. Ancak vahiy bu değişmez ilkeleri o toplumun hayat tarzı ve dünya görüşüne ilişkin olarak vermektedir.

Sürekli savaşlar, erkek askerlerin şehit edilmesi, evlenmemiş veya dul kalan kadınların himayesi ve bir evlilik çatısı altında yaşamasının anlamlı yorumunu bu ayetlerle açık ve kesin bir biçimde ortaya koymaktadır. Nitekim "aralarında adaletsizlik yapmaktan korkarsanız bir tane almalısınız" buyruğu ile tek eşliliği vurgulamıştır. Böylece günümüz toplumlarında giderek yoğun bir biçimde karşılaştığımız metres yaşantısı, telekız gibi evlilik normlarına ters düşen tutum ve davranışlara Kur'an yasal olarak set çekmektedir.

Toplum yapısını düzenleyen örf, adet ve dini emirler doğrultusunda uygulanan alışkanlıkların üzerinden asırların geçmesiyle, bu uygulamaların yerine bir başkalarını koymak zor olmuştur. Bu konuda evlenilen kadın sayısını sınırlandırmakta önemli bir yeniliktir. Böyle bir yeniliğin şiddetli bir direnişle karşılaşması da normaldir. Hz. Peygamber bu önemli yeniliği aşama aşama gerçekleştirmiştir. Önce kadını mal telakki eden zihniyet yerine kadını cemiyetin hak ve hürriyetine sahip bir parçası olduğu kanaatini yerleştirmiş, ardından da Araplarca kabulü zor olan eş sayısını sınırlama yoluna gitmiş, eşler arasında hakkaniyet ve adalet tesisi gibi, olması gereken bir takım şartlarla birden fazla eş almak müsadelerini kaldırmış, tek bir kadınla evlenmenin adalet, hak ve ahlak bakımından tek doğru yol olduğunu belirtmiştir.⁸⁷

İslam dininin kadının hak ve hukukunu koruyan bu yaklaşımların yanı sıra artık Cumhuriyet'e geçişle birlikte geleneksel alışkanlık olarak gösterilen bu uygulamalar, iktibas edilmiş bulunan İsviçre hukukunun önüne açıkça geçmemiştir.

Medeni Kanun'un kabulüyle birlikte alışkanlık olarak görünen bu uygulamalardan vazgeçilmediği görülünce, bu konuda bazı çıkar çevrelerinin görüşlerinin hesaba katıldığı gibi bazı düşünceler ortaya atılmıştır. "Evlilik birliğinin kurulmasında medeni nikâh ile imam nikâhı yan yana hizmete hazırdır. Bu yolda halkın büyük bir bölümünün çıkarları hesaba katılmış olmaktadır. İmam nikâhlarının da poligam olabilip olamayacağını da aslında düzenlemek gerekirdi. Birden çok evliliğin ortaya çıkması istenmiyorsa buna bir teminat da getirmek gerekir. Anılan bu durumlar geçerli özel hukuk normlarına aykırı düşmekte ve yine Türk Anayasa'sının 2. maddesinde yer alan laiklik ilkesine zedelenmekte ve

⁸⁷ Ünal, Mehmet, "Medeni Kanun'un Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 tarihli HAK", *A.Ü.H.F. Dergisi*, Ankara 1977, Sayı; 1-4, s.198.

yine tutucu güçlerin varlığını kabul anlamına gelmektedir.”⁸⁸ şeklinde görüşlerde belirtilmiştir.

Aslına bakılırsa Medeni Kanun iktibas yoluyla alındığından dolayı alınırken de alındıktan kısa bir süre sonra da Medeni Kanun’da bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin altında başka bir toplumun ihtiyaçlarına göre hazırlanmış bir kanunun muhtevası yatmaktadır. Günümüzde ise toplumsal değişimlerin bir yansıması olarak bazı değişim ihtiyaçları hissedilmektedir. Taadüd-ü zevcat konusunda da toplumsal değişimin etkileri görülmektedir.

Aile her zaman ve her yerde aynı kalmamıştır. Bir toplumdaki hakimiyet sistemi, coğrafi yapı, iklim, ekonomik durum ve üretim tarzı, kültürün gelişme biçimi ve diğer kültürlerin etkisi aileyi farklı biçimlendirdiği gibi, üyeleri arasındaki ilişkileri de farklı tayin eder.⁸⁹ Cumhuriyet’e geçişle birlikte de bu durum söz konusu olmuş, evlilik konusunda hem yeni iktibas edilen kanunun etkisi hem de toplumdaki sosyal bir takım değişikliklerle yeni uygulamalara geçilmiştir. Bu değişime toplum bir taraftan mukavemet gösterirken bir taraftan da yavaş yavaş alıştırmaya çalışılmıştır.

Taaddüd-ü zevcat konusunda son zamanlarda yapılan araştırmalar sonucunda farklı değerlendirmeler ortaya konulmaktadır. “Çok eşliliğin yapılan istatistiklerde görünür biçimde yer alması da bu evliliklerin istisnai bir olgu olarak değerlendirilmemesi gerektiğini son yıllarda ülkemizde resmi nikâha ilişkin İslamî bakış açılarının farklı yaklaşımları göstermektedir. “Ancak Allah’ın huzurundaki nikâhın” geçerli olduğunu iddia eden kadın ve erkeklerin sayısı giderek çoğalmaktadır. Resmî nikâhlı evliliklerin boşanmayla sonuçlanmasının ardından da benzer yorumlar yapılabilmekte, özellikle çok eşli birliktelikler bir ölçüde de olsa rasyonalize

⁸⁸ Kruger, Hilmar, Çev. Necla Giritlioğlu, *a.g.e.*, s.210.

⁸⁹ Gürkan, Ülker, *a.g.e.*, s. 319.

edilip meşrulaştırılmaktadır.”⁹⁰ İnsanların anlayışlarındaki farklılıklar ve farklı dünyaya görüşleri sonucunda bu tarz yorumlar yapılabilmekte ve insanlar düşüncelerini yansıtabilmektedirler.

Bu yorumları İslam hukuku ile Medeni Kanun karşılaştırmalarında da görmekteyiz. Bu konuda Halil Cin şunları belirtmektedir: “Medeni Kanun’un yürürlüğe girmesiyle, Türkiye Cumhuriyeti İslam hukukunu tamamıyla terk etmiş ve yeni bir Medenî Kanun’a kavuşmuştur. Medeni Kanun’un aileyi tanzim tarzı ile İslam hukukunun tanzim tarzı arasında çok büyük farklar be hatta tam bir zıddiyet vardır. Medeni Kanun tek eşliliği, evlilik içinde karı koca eşitliğini, resmi nikâh ve hakim kararı ile boşanmayı kabul etmiş ve evlenmeyi doğrudan doğruya devleti ilgilendiren sosyal bir müessese olarak ele almıştır. Aile hukukunun bütün kaidelerinde bu ruh hakimdir. Bu sebeple İslam hukukunda olduğu gibi, iki şahit önünde bizzat veya temsilciler vasıtasıyla evlenme akdetmek bugün artık mümkün değildir.”⁹¹

İslam hukukunun, kaynağı itibariyle ilahi olması, onun insanlar tarafından ortaya konulan birçok düzenden daha uygulanabilir ve ihtiyaca yönelik olduğunu en güzel bir biçimde bizlere göstermektedir. Dönemin şartları ve ihtiyaçları göz önüne alındığında çok evlilik konusunda makul sebepler ortaya çıkmaktadır. Bu çözümün şartlar çerçevesinde yapılabilecek en uygun çözüm yolu olduğu görülmektedir.

Bu konuda Ömer Nasuhi Bilmen de şunları belirtmektedir: “Müslümanlıkta tek eşlilik asıldır. Çok eşlilik meselesi uzun asırlardan beri bütün milletler arasında devam edegelmiş, Romalılar gibi bazı kavimlerin medeni kanunları ile ortadan kaldırılmış, İslamiyet ise bu müesseseyi ıslah etmiş ve sınırlandırmıştır. O dönemin şartlarına göre bir erkeğin dört kadını nikâhında toplamsına müsaade etmiştir. Bu müsaadeyi ise bir takım

⁹⁰ Kümbetoğlu, Belkıs, “*Aile, Evlilik, Nikah: Farklılaşan Kavramlar*”, Toplum Ve Bilim, İstanbul 1997, Sayı: 72-73, s.123.

⁹¹ Cin, Halil, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, s.363.

şartlarla sınırlandırıp bir takım hikmetlere ve maslahatlara dayandırmıştır. Kadınların yaratılış olarak erkeklerden zayıf yaratılmalarından, bedeni ve ruhi hallerinin erkeklerinkiyle aynı olmadığından ötürü savaş ve benzeri erkeklerin sayısı az olup kadınların erkeklerin himayesine ihtiyaç duyması gibi durumlarda buna müsaade edilmiştir. Böylelikle bu müsaade yasak olan şeylerin zaruret durumlarında mübah kılınabileceği hükmüne dayandırılmıştır.”⁹²

İslam'ın çok eşlilik konusunda öne sürdüklerini incelediğimizde şu hususları tespit etmekteyiz: Müslümanlıkta tek eşlilik esastır. İçinde yaşadığımız 21inci asırda, erkeğin dört kadın arasında maddi ve manevi adaleti sağlaması mümkün değildir. Bu noktada Medeni Kanun dindeki istisnai bir müsaadenin suiistimal edilmesinin önüne geçmiş ve dinin koymuş olduğu ahlaki ve uhrevi kurallar yerine dünyevi bir takım kurallar ortaya koyarak çok eşlilik konusunu ortadan kaldırmıştır.

Günümüz şartlarında düşünüldüğünde ise, çokevliliğin beraberinde getirdiği bireysel, ruhsal ve toplumsal sorunların, ailevi-insani problemlerin boyutları, bütün bu hukuki sorunların boyutlarını kat kat aşar. Gerçekten de çokevlilik, salt miras paylarının, konutların ya da nafaka yükümlerinin birden fazla eş arasında bölüşülmesinden ibaret değildir. Bu yalın hukuki olgunun çok ötesinde, aileyi oluşturan eşler ve çocuklar arasındaki karşılıklı sevginin, sevecenliğin ve dayanışmanın da bölüşülerek ufalanması demektir. Öyle ki çokevliliğin hukukçunun önüne koyduğu sorunlar, özellikle kadınlarda ve çocuklarda bıraktığı derin ve dramatik izlerin yanında bir hiç mesabesinde dir.”⁹³

Ancak çok biçimli değişim anlayışı, Türk toplumunun 1930'lu yıllarda tecrübe ettiği siyasal, ekonomik ve kültürel değişim, o dönemki

⁹² Bilmen, a.g.e. , c, 2, s. 117.

⁹³ Serozan, Rona, “Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Çokevlilik”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1975, c, 41, Sayı; 3-4, s.306.

Cumhuriyetçi muhafazakârlar tarafından halktan kopuk aydın siyaseti olarak değerlendirilmektedir. Sosyal çevrenin yukarıdan aşağı reform yolu değiştirilerek, toplumsal davranışın arzulanan medeni-modern ölçülere göre şekillendirilmesi amacını taşıyan bir değişim olarak nitelendirilmektedir.⁹⁴

Türkiye bütün Ortadoğu'da son yüzyılda ekonomik yönden en hızlı değişim geçiren ülkedir. Bu değişimde sadece tarımsal-sınâî gelişme değil, önemli ölçüde hukuk reformları, sosyo-kültürel reformlar da etkin olmuştur. Modernleşen Türkiye'de ailenin geçirdiği yapısal değişimi bilmek bu nedenle evrensel bir anlam taşır.⁹⁵

Bu açıdan düşünüldüğü vakit de çok evlilik konusundaki değişimde de dönemin şartlarının gerektirdiği bir takım durumlar söz konusu olmuştur. Cumhuriyet'e geçişten önce Hukuk-i Aile Kararnamesiyle birlikte çok evlilik konusunda bazı sınırlamalar getirilmiş, Cumhuriyet'e geçişle birlikte ise, bu konu tamamen yasaklanmış, ancak halk tarafından bazı konularda mukavemet gösterildiyse de istikrarlı bir şekilde uygulama devreye sokulmuştur.

3.2. Kanun Dışı Birleşmeler ve Nesebi Gayr-ı Sahih Çocuklar

Medeni Kanun'a göre bir kadınla bir erkeğin birlikte olarak yaşamasının kabulü için, ilgili kimselerin kanunun aradığı şartlara uygun olarak evlendirme memuru önünde iradelerini açıklamaları gerekir. Fakat daha önceki uygulamaları bir anda ortadan kaldırmak mümkün olmadığından

⁹⁴ İrem, Nazım, "Bir Değişim Siyaseti Olarak Türkiye'de Cumhuriyetçi Muhafazakarlık: Temel Kavramlar Üzerine Değerlendirmeler", *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce*, Cilt;5, İstanbul 2003,s.113.

⁹⁵ Ortaylı, İlber, "Osmanlı Toplumunda Aile", *Türkiye'de Ailenin Değişimi Toplumbilimsel İncelemeler*, Ankara 1984, s.88.

Medeni Kanun'a aykırı olarak, İslam Hukukuna göre evlilik uygulamaları devam etmiştir. Medeni Kanun Hükümlerine göre evlendirme memuru önünde yapılmayan evlenme yok sayılmış ve sadece kanun dışı birleşme olarak kabul edilmiştir. Kanun dışı birleşmelerden doğan çocuklar ise, hukuken babasız yani nesebsiz sayılmıştır.

Kanun dışı birleşmeden maksat, bir erkekle bir kadının gelip geçici münasebetleri olmayıp, bir karı koca hayatı manzarası arz eden devamlı münasebetlerdir. Kanun dışı birleşmeler bir kaç şekilde görünür: Bunların bir şekli, bekâr bir erkekle bekâr bir kadının evli imiş gibi birlikte yaşamalarıdır ki buna "serbest birleşme" denir. Bir diğer şekli metres hayatı olarak vasıflandırılan evli bir erkeğin meşru karısından yahut evli bir kadının meşru kocasından başka biriyle devamlı olarak açık veya gizli münasebette bulunmasıdır. Bu çeşit kanun dışı birleşmeye her zaman her yerde rastlanabilir. Kanun dışı birleşmelerin bir üçüncü şekli daha vardır ki, bu sadece Türkiye'ye hastır ve dini nikâh kisvesine bürünmüş maskeli bir taaddüd-i zevcattır. Çünkü onlar, İslam'a göre evlendikleri, dolayısıyla Kur'an'a göre hareket ettikleri kanaatindedirler. İşte bu çeşit kanun dışı birleşmelerle mücadele güçtür.⁹⁶

Adliye vekâleti, bu sosyal ve kanuni bozukluğun düzeltilmesinde kendine düşebilecek görevi yapmak ve uygulamaları öğrenmek maksadıyla 03.04.1941 tarihinde bütün vali ve savcılara bir tamim göndererek, kanun dışı birleşmelerin sebepleriyle bu birleşmeleri önleyecek ve doğan çocukların durumunu düzeltmeye yarayacak olan tedbirler hakkındaki düşüncelerini sormuştur. Bakanlık alınan cevapları bir rapor halinde yayınlamış⁹⁷ ve rapor hakkında bazı kamu kuruluşlarının, tanınmış bilim adamlarının ve özellikle üniversitelerin görüşlerini almıştır.⁹⁸

⁹⁶ Cin, a.g.e. , s. 315.

⁹⁷ "Kanun Dışı Birleşmeler ve Nesebi Sahih Olmayan Çocuklar Hakkında Rapor", *Adliye Ceridesi*, Ankara 1942, Sayı; 12, s. 1327 vd.

⁹⁸ Cin, a.g.e. , s.316.

Sorunun sebeplerini ve çarelerini çeşitli bakımlardan izah eden rapor, bu konuda son derece önemli bir çalışma olarak değerini korumaktadır.

Evlilik dışı birleşmeler iki halde hukuki durumu zorlaştırmaktadır. Birincisi; Medeni Hukuka göre geçerli olan bir evlilik yapmış bir erkek ikinci bir kadınla birlikte yaşamakta ise ve bu kadından çocukları da varsa. İkincisi ise; Medeni Hukuka göre geçerli bir evlilik yapmamış olan bir erkek birden çok, kadınla birlikte yaşamakta ise ve bu kadınlardan çocukları varsa. Birinci durumda ikinci kadınla olan birleşme tescil edilemez, çünkü tek evlilik ilkesi yürürlüktedir. İkinci durumda ise yalnız bir kadınla olan beraberlik evlilik olarak tescil edilebilir.⁹⁹

1943 yılında ortaya konulan rapor, Medeni Kanun’la birlikte aile hukuku alanındaki değişimi ilk defa geniş çaplı bir biçimde gözler önüne seren bir çalışma olmuştur. Bu raporla halk arasında yeni düzenin nasıl uygulandığı ve aksayan yönler bütün netliğiyle ortaya konulmuştur. Bu raporla şu sonuçlara varılmıştır:

- a) Köylü henüz medeni evlenme ve tek eşlilik prensibini tamamen benimsememiştir.
- b) Yurdun birçok yerlerinde hala imam nikâhı uygulaması devam etmektedir.
- c) İmam nikâhı bile olmadan yapılan serbest birleşmeler çoğalmaktadır.
- d) Çok eşlilik müessesesi bazı yerlerde hala kanuna aykırı bir şekilde devam etmektedir.
- e) Eski usul nikâh devam ettiği için eski boşanma sistemi de devam etmektedir. Ancak, bugün Medeni Kanun imam nikâhını saymadığından, böyle nikâhla yaşayan bir ailede yalnız erkek değil,

⁹⁹ Kruger, Hilmar, Çev. Necla Giritlioğlu, “Aile Hukuku Sorunları Osmanlı İslam Geleneği”, *Kültürel Değerler Ve Sosyal Değişme*, s.207.

kadın da tek taraflı iradesiyle müşterek hayata son verebilmektedir.¹⁰⁰

Medeni Kanun'un kabulünden sonra da kanun dışı birleşmelerin devam ettiğini söylemiştik. Nesebsiz çocukların günden güne çoğaldığını gören kanun koyucu, Medeni Kanun'un kabulünden 7 sene sonra duruma bir çare bulmak ümidiyle 26.10.1933 tarihinde 2330 sayılı bir kanun çıkarmıştır. Af kanunu olan bu kanunun 16.maddesi, "Kanunu Medeni'nin meriyetinden bu kanunun neşri tarihine kadar evlendirme memuru huzurunda yapılmış akde müstenit olmayarak birleşip karı koca halinde yaşayanlardan çocuk olduğu takdirde bu yaşayış evlenme akdi sayılarak bu birleşmelerin evlenme sureti ile bunlardan doğan çocukların da nesebi sahîh olarak kadın ve erkeğe izafesiyle tescili yapılır. Şu kadar ki erkek evli ise bu suretle vaki olan birleşmelerde bu hükümler cari olmaz. Ancak bu birleşmelerden hasıl olan çocuklar yukarıdaki hükme göre tescil olunur."¹⁰¹ hükmünü koymuştur.

O dönemin yazılı kaynaklarına baktığımızda da halkın yeni düzene ayak uydurma konusunda bir takım güçlükler çektiği hukuk konusunda da bu güçlüklerle çözüm yolları arandığı görülmektedir. Mesela o dönemde yayınlanan Adliye Ceridesi'nde babalık davası¹⁰², kısırlaştırma¹⁰³, çocuk düşürmede zaruret hali ve kast¹⁰⁴, evlenmenin tabiiyet üzerine tesiri ve vatandaşlık kanunumuzun bu husustaki hükümleri¹⁰⁵, boşanma sebeplerinden zina, fena muamele¹⁰⁶ gibi konular dönemin bu konudaki sıkıntılarını yansıtmaktadır.

¹⁰⁰ Adliye Ceridesi, , Sayı; 12, Ankara 1942.

¹⁰¹ Cin, a.g.e. , s.315.

¹⁰² Adliye Ceridesi, Sayı; 97,101, İstanbul 1930.

¹⁰³ Adliye Ceridesi, Sayı; 8, Ankara 1937.

¹⁰⁴ Adliye Ceridesi, Sayı; 10,Ankara1939.

¹⁰⁵ Adliye Ceridesi, , Sayı; 4, Ankara 1941.

¹⁰⁶ Adliye Ceridesi, Sayı; 1, Ankara 1937.

O dönemde yeni düzenlemenin Aile hukuku alanındaki aksamaları ortaya koyması için birçok akademisyenin de görüşlerine başvurulmuştur. O görüşlerden netice itibariyle şu tarz sonuçlar çıkartılmıştır. Gerek kanuna uymayan birleşmelerin gerekse nesebi sahih olmayan çocukların durumunun ortaya koyduğu meseleler kolaylıkla ve derhal halledilebilecek meseleler değildir.

1942 yılında yayınlanan raporda akademisyenlerin değerlendirmelerine göre o dönemin şartlarına göre kanundışı birleşmelerin önlenmesi ve nesebi gayrı sahih çocukların önüne geçebilmek için şu tarz tedbirler alınabilir;

- 1) Nüfus nizamnamesini derhal tanzim ederek çıkarmak.
- 2) Medeni kanun ve nüfus kanunu gereğince yapılacak ihbarları dikkate almayanlara şiddetli cezalar uygulama.
- 3) Nüfus memurluğu vazifesi ile görevli kimseleri önemle yetiştirmek, bunları icra memurlarının mesuliyetlerine benzer bir mesuliyet altına sokmak.
- 4) İmamı nikâh aktinden menetmek. Bu yasağı tatbik yolunda en ölçüsüz ve insafsız görülebilecek cezaları koymaktan çekinmemek.
- 5) Halkın kolayca evlenebileceği bir merci göstermek.
- 6) Medeni kanunun tespit ettiği veya uygun gördüğü miras taksimi esasları dışında, miras taksimi yapılmasına müdahale veya teşvik edenleri veya bizzat bu yolda taksimde bulunanları ağır cezalara uğratmak.
- 7) İslam dininin birden fazla evliliğe cevaz vermediğini camilerde ve diğer mabetlerde ilan ve yayılmasına çalışılmalıdır.

Görüldüğü üzere halk uzun süre alışık oldukları uygulamalarından vazgeçmemektedirler. Çünkü kültürel manada yaşanan değişimler halkın alışması konusunda zor aşılabilen durumlardır. Yeni düzene alışma

konusunda dönemin şartları göz önüne alınarak birçok tedbir alınmış ve halk bu uygulamalara alıştırmaya çalışılmıştır. Çalışmamızın sınırları açısından bu konuda da sadece bu dönemi ele almakla yetindik.

SONUÇ

19. Yüzyılda Avrupa’da yaşanan kanunlaştıırma hareketleri sürecine paralel olarak Osmanlı Devleti’nde de diğır sahalarla beraber hukuk sahasında da düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu çalışmalar mahiyet değıştirerek de olsa Osmanlı Devleti’nden başlayıp Cumhuriyet Türkiye’sine kadar uzunca bir süreci kapsamaktadır.

İslam Hukuku çerçevesinde Aile Hukukunun kanunlaştıırması açısından düşünüldüğünde tüm İslam ülkelerinde o zamana kadar Aile Hukuku ile ilgili meselelerde fetva kitaplarından faydalanılmıştır. Ancak Osmanlı Devleti özelinde düşündüğümüzde son zamanlara doğru artık bu alanın kanunlaştıırma ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyacı da dönemin şartları doğrultusunda değıerlendirmek doğru olacaktır. Çünkü Batı hukukunun ve kültürünün etkisi sıkıntılı bir dönem içersinde bulunulması böyle bir kanunlaştıırma hareketine zemin hazırlamıştır.

Osmanlı’nın son dönemlerinde Medeni Hukuk açısından önemli bir kanunlaştıırma faaliyeti olarak mecelle’yi görmekteyiz. Mecelle’nin din ve dünya işlerini ayırmakla takip ettiğı yol aslında İslam Hukukuna aykırı bir durum oluşturmadiğı halde bu hareket tarzı o dönemde hem batıcılar hem de İslamcılar tarafından yanlış anlaşılmış ve İslam Hukukundan bir kopma olarak değıerlendirilmiştir.

Medeni Hukuk açısından Mecelle ile birlikte kanunlaştıırma sahasına girmeyen Aile Hukuku, daha sonra ve daha değışik şartlarda ortaya çıkan Hukuk-i Aile Kararnamesiyle kanunlaştırılmıştır. Ancak Hukuk-i Aile Kararnamesi’de aynı değıerlendirmelerden nasibini almıştır. Batı hukuku yanlıları, bu kanunnamenin getirdiğı yenilikleri çok zayıf bulurken yine İslam hukukçuları da dinden sapma olarak değıerlendirmişlerdir.

Ancak gerek Mecelle gerekse Hukuk-i Aile Kararnamesi ile İslam hukukunun da bir kanunlaştırma alanına girebileceği gözler önüne serilmiştir. Değişen şartlar çerçevesinde ortaya çıkan ihtiyaçlar sonucunda ortaya konan bu tarz faaliyetler de toplumsal gereksinimlerin ve değişimin ne derece önemsendiğini ortaya koymaktadır. Böylece toplumsal ilişkilere hukuki düzenleme getirilirken, toplumun şartlarının, örf ve adetlerin belirleyiciliğinin, göz önüne alınmasının gerekliliği ortaya konulmuş oluyordu.

Gerek Mecelle'nin gerekse Hukuk-i Aile Kararnamesinin kanun sistematigi içersinde hazırlanıp kabul edilmiş olması o gün için Batıcıların da İslamcılarının da görüşlerinin tam olarak uygulanmadığı anlamına gelir ki, bu da İslam hukukunun gelişmesi adına sevindirici bir olaydır.

Cumhuriyet'e geçiş döneminde Medeni hukuk sahasında yapılan kanunlaştırma çalışmalarının sonuncusunu oluşturan 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu ise bu sahada kabul edilen son kanundur. Osmanlı devletinin yıkılması, toplumun şartlarının değişmesi ve Cumhuriyet Türkiye'sine gelinmesi ile medeni hukuk sahasında yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur. Fakat bu dönemde artık galip gelen fikirlerin ahiyeti tamamen farklıdır ve kanunlaştırma hareketlerine yaklaşımları da tamamen farklılaşmıştır.

Nitekim Medeni Kanun'un kabul ediliş tarzı da farklı olmuştur. Bu anlamda Medeni Kanun, Mecelle ve Hukuk-i Aile Kararnamesiyle takip edilen sürecin kopma noktasını oluşturmuştur. Ayrıca bu hareket ile hukuki düşünce dünyası, Türkiye için tamamen farklı bir iklime girmiş oluyordu. Çünkü hukukun referansları dini bir boyuttan seküler bir boyuta kaymış oluyordu.

Medeni Kanunun, İsviçre Medeni Kanunundan iktibası hareketi ile İslam hukuku tamamen bir kenara bırakılarak Türk hukuk sistemine yeni bir nitelik kazandırılmak amaçlanmıştır. Bu nitelik hukukun tamamen dini hükümlerden ve gelenekten arındırılmışlığı demek olacaktı. Zaten batı kanunlarından birinin kabulünün esas amacı, bu kanunların tamamen 'laik' temel üzerine kurulu olmasından ileri gelmektedir.

Dolayısıyla kendi toplumu için muhafazakâr olan fakat Türk toplumu için tamamen devrimci bir niteliğe haiz olan Medeni Kanun biraz da siyasal devrimleri pekiştirmek için çok küçük değişiklikler ile kabul edilmiştir.

Hâlbuki ne İslam hukukunun zamanın ihtiyaçlarını karşılayamaması düşüncesi ve ne de sadece Batı hukuku sempatisi adına toplum şartları bu şekilde göz ardı edilmemeliydi. Çünkü toplum şartları göz önünde bulundurulmaksızın hukuki düzenlemeler yapmak ne hukuki düzenlemeler yapmak ne hukuk ilmi açısından doğrudur ne de bu anlamda sağlıklı bir sonuç alınabilir. Aksi takdirde toplumda fiili durumların oluşması kaçınılmazdır. Nitekim Medeni Kanunun uygulanmaya konulmasından sonra oluşan fiili durumlara çözüm getirmek amacıyla birçok defalar yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.

KAYNAKÇA

Adliye Ceridesi, “Babalık Davası”, Sayı; 97, 101, İstanbul 1930.

Adliye Ceridesi, “Çocuk Düşürmede Zaruret Hali Ve Kast”, Sayı; 10, Ankara 1939.

Adliye Ceridesi, “Evlenmenin Tabiiyet Üzerine Tesiri Ve Vatandaşlık Kanunumuzun Bu Husustaki Hükümleri”, Sayı; 4, Ankara 1941.

Adliye Ceridesi, “Kanun Dışı Birleşmeler ve Nesebi Sahih Olmayan Çocuklar Hakkında Rapor”, Sayı; 12, Ankara 1942.

Adliye Ceridesi, Kısırlaştırma, Sayı; 8, Ankara 1937.

Ahmet Naim, “Yine Taaddüdü Zevcata Dair”, *Sebil’ür-Reşat*, 1329, Cilt; XII, Sayı; 308.

Akgündüz Ahmet, Cin Halil, *Türk-İslam Tarihi*, Cilt; 2, İstanbul 1990.

Alkan, Mehmet Ö. , “Tanzimat’tan Sonra “Kadın’ın Hukuksal Statüsü Ve Devletin Evlilik Sürecine Üzerine” *Toplum Ve Bilim*, Sayı;50.

Ansay, Sabri Şakir, *Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar*, Ankara 1952.

Apaydın, Yunus, “Nikah Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikahı Uygulaması”, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı; 9, Yıl; 1990.

Arsebük, Esat, *Medeni Hukuk*, Cilt; 2, Ankara 1940.

Aydın, M. Akif, ”Osmanlı Toplumunda Kadın ve Tanzimat Sonrası Gelişmeler”, *Sosyal Hayatta Kadın*, İstanbul 1996.

....., *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985.

....., *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İstanbul 1996.

A.L. , “İzdivaç Meselesi”, *İçtihat*, 1329, Sayı 1-59.

Barkan, Ömer Lütfü, “Türkiye’de Din Devlet İlişkileri”, *Cumhuriyet’in 50.Yıl Dönümü Seminerleri*, Ankara 1975.

Baydar, Mustafa, *Atatürk ve Devrimlerimiz*, İstanbul 1973.

Belgesay, Mustafa Reşid, *Mecellenin Külli Kaideleri Ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, İstanbul 1947.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-i İslamiyye ve Istalahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1968.

Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Ankara 1996.

Bozkurt, Mahmut Esat, “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?”, *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin*, İstanbul 1944.

Buhari, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, *Sahihu’l-Buhari*, c. 6, İstanbul 1981.

Cin, Halil, *İslam Ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara 1974.

Duben, Alan, “ Son Dönem Osmanlı İstanbul’unda Evlilik Kurma Ve Hane Kurma Sistemi”, Sayı 42-44.

Ebu Zehra, Muhammed, *el-Ahvalu’ş-Şahsiyye*, Kahire, 1957.

....., *İslam Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usulü)*, Çev. Abdulkadir Şener, Ankara 1973.

el-Merginani, *el-Hidaye Şerhu Bidayeti’l-Mübtedi*, Beyrut- Lübnan, ty.

Erder, Necat, *Türkiye’de Ailenin Değişimi*, Ankara 1984.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku Dersleri*, İstanbul 1971.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri, *İctimaiyyat*, İstanbul 1947.

....., *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul 1958.

....., “Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi”, *Ebu’l-Ula Mardin’e Armağan*, İstanbul 1944.

Gökalp, Ziya, “Aile Ahlak-ı Asri Aile Ve Milli Aile”, *Yeni Mecmuası*, 1917, Cilt; I, Sayı; 20.

Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1986.

Gürkan, Ülker, “Medeni Kanun Eleştirileri I: Karını İktisaden Korunması”, *A.Ü.H.F. Dergisi, Cumhuriyet’in 50. Yılına Armağan*, Cilt XXX, Sayı: 1-4, Ankara 1973.

Hatemi, Hüseyin, *İlahi Hikmette Kadın*, İstanbul 2000.

Hukuk-i Aile Kanun Layıhası Hakkında Şer'iyye Encümeni Mazbatası, *Sebül'ür-Reşat*, 1340, Cilt; XXIV.

Işın, Ekrem, "Osmanlı Modernleşmesi ve Pozitivizm", *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi*, İstanbul 1985.

İbn Abidin, *Reddül-Muhtar Ale'd- Dürül-Muhtar*, (Terc: Ahmed Davudoğlu), Cilt;5,İstanbul 1983.

İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid ve Bidayetü'l-Muktasid*, Cilt; 2, Beyrut 1982.

İrem, Nazım, "Bir Değişim Siyaseti Olarak Türkiye'de Cumhuriyetçi Muhafazakarlık: Temel Kavramlar Üzerine Değerlendirmeler", *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce*, Cilt: 5, İstanbul 2003.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Cilt; 5, İstanbul 1974.

....., *Yeni Gelişmeler Karşısında İslam Hukuku*, İstanbul 1987.

Kılıç, Hüseyin, "Hukuk-i Aile Kararnamesi", *Tarih Ve Toplum Dergisi*, Cilt ;12, Sayı; 69, İstanbul 1988.

Kruger, Hilmar, Çev: Necla Giritlioğlu, " Aile Hukuku Sorunları Osmanlı İslam Geleneği", *Aile Yazıları 2: Kültürel Değerler ve Sosyal Değişme*, İstanbul, ty.

Kümbetoğlu, Belkıs, "Aile, evlilik, nikah: Farklılaşan kavramlar", *Toplum ve Bilim*, Sayı: 72-73, İstanbul 1997.

Lapidus, M. Ira, (Çev: İ. Sefa Üstün), *Modernizme Geçiş Sürecinde İslam*, İstanbul 1996.

Mansurizade Said, "Hukuk-i Aile Kanunu Layıhası Münasebetiyle", *İslam Mecmuası*, 1333, C. V, Sayı 53.

Mansurizade Said, " Taaddüd-ü Zevcat Münasebetiyle", *İslam Mecmuası*, 1330-1332, Cilt; I.

Ortaylı, İlber, *Osmanlı İmparatorluğu'nda İktisadi Ve Sosyal Değişim*, Ankara 2000.

Ortaylı, İlber, "Osmanlı Toplumunda Aile", *Türkiye'de Ailenin Değişimi Toplumbilimsel İncelemeler*, Ankara 1984.

Özen, Şükrü, *İslam Hukuk Düşüncesinin Aklileşme Süreci (Başlangıçtan Hicri IV. Asrın Ortalarına Kadar)*, (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul 1995.

Öztan Bilge, “Madeni Kanun’un Kabulünün 70’inci Yılında Aile Hukuku”, *A.Ü.H.F. Dergisi*, Cilt; 44, Sayı 1-4, Ankara 1995.

Sabbağ, Muhammed Müteveli, *el-İzah fi ahkamı’n-nikah*, Kahire 1990.

Sadrettin, “Hukuk-i Aile ve Usul-i Muhakematı Şer’iyye Kararnamesi Hakkında”, *Seb’l-ür Reşat*, 1334, Cilt; 15, Sayı; 382.

Serozan, Rona, “Türk Madeni Kanunu Çerçevesinde Çokevlilik”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt; 41, Sayı; 3-4. İstanbul 1975.

Sezer, Ayten, *Atatürk ve Türkiye Cumhuriyeti Tarihi*, Ankara 2003.

Şa’ban, Zekiyyü’d-Din, *el-Ahkamü’ş- Şer’iyye li’l-Ahvali’ş-Şahsiyye*, Beyrut 1978.

Tahiroğlu, Bülent, “Tanzimat’tan Sonra Kanunlaştırma Hareketleri”, *Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi*, İstanbul 1985.

Taşkıran, Tezer, *Cumhuriyet’in 50. Yılında Türk Kadınları*, Ankara 1973.

Türk Hukuk Lügatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998.

Türk Madeni Kanunu, Legal Yay., İstanbul 2003.

Ülken, Hilmi Ziya, “*Tanzimat’tan Sonra Fikir Hareketleri*” Tanzimat I, İstanbul 1940.

Ünal, Mehmet, “1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi”, *Türk Yurdu Dergisi*, Sayı 347.

....., “Madeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi”, *A.Ü.H.F. Dergisi*, Ankara 1977, Cilt; XXXIV, Sayı 1-4.

Velidedeoğlu, H. Veldet, *Türk Madeni Hukuku*, Cilt; 2, “Aile Hukuku”, İstanbul, 1949.

....., “İslam Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri Ve Bunun Batı Hukuk Sistemleriyle İlişkisi, *Prof. Dr. Fikret Arık’a Armağan*, Ankara 1973.

....., “İsviçre Medeni Kanunu Karşısında Türk Medeni Kanunu”, *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin*, İstanbul 1944.

....., *Türk Medeni Kanununa Göre Medeni Hukuk*, İstanbul 1956.

Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, İstanbul 1994.

ÖZET

18. Yüzyılın yarısından itibaren Avrupa'daki gelişmelerden etkilenen Osmanlı Devleti hukuk sahasında yaşanan kanunlaştırma hareketlerinden de etkilenmiş ve Tanzimat'ın ilanından sonra Batı'dan birtakım kanun iktibaslarına başlanmıştır. Kanunların Batı'dan alınması fikrinden hareketle ve dönemin şartları doğrultusunda seküler fikirler gelişmiş ve dinin sınırları çizilmeye başlanmıştır.

İslam Hukuku çerçevesinde Aile Hukuku alanında Osmanlı Devleti'nde ve daha da geniş düşündüğümüzde İslam Tarihi boyunca ilk kanunlaştırma faaliyeti 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesiyle ortaya konmuştur. Aslında Medeni Hukuk alanı 1876 tarihinde Mecelle ile, kanunlaştırma sahasına girmesine rağmen halk arasında farklı mezhep ve din farkı olması, muhtemel itirazlara maruz kalmamak ve diğerleri kadar acil bir konu olmamasından dolayı 1917 tarihine ulaşılmıştır.

Ancak dönemin şartları göz önüne alındığında imparatorluğun içindeki zor durum, savaşlar ve farklı görüşlerin ortaya çıkması sonucunda yaşanan olaylar sosyal konularda da birçok değişimi beraberinde getirmiş ve öncelikle tepeden inme bir şekilde uygulanan kanunlar zamanla halk tarafından benimsenmeye başlamıştır.

Aile Hukuku alanında referans olarak dini konulardan seküler bir dayanağa geçişi 1926 tarihinde Medeni Kanunla görmekteyiz. Halk Cumhuriyet'e geçişle birlikte yaşadığı sosyal ve kültürel değişim ortamına alışmakta birtakım zorluklar yaşamıştır. Aile Hukuku alanında da uzun yıllar bu zorlukların yansımaları görülmektedir. Yeni düzene alışma noktasında iktibas edilen kanunda birtakım değişiklikler yapılmış, yaşandıkça ortaya çıkan sorunlar doğrultusunda da çözüm yolları aranarak sorunlar aşılmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

From the half of the 18th century, being influenced by the improvements in Europe, Ottoman Empire was effected by the legalization movements in law and started a series of law consultations after the proclamation of Tanzimat. With the idea of taking the laws from the West and the conditions of the time, the secular ideas appeared and the borders of the religion were started to be drown.

In Islamic Law the first legalization movement in Ottoman Empire and Islam history, whwn we think largely, was held by Hukuk- Aile Kararnamesi in 1917, in family law. In fact,despite the Modern Law joined the legalization area with Mecelle in 1876, it was reached up to 1917 because of the religion and sect difference in the public, avoiding the possible refuses and it is not as urgent as the others.

Nevertheless, considering the conditions of the time, the events as a esult of the hard position of the empire, wars, and different ideas, brought lots of changes and the laws, once practiced by the rulers only, started to be adopted by the public.

We see Medeni Kanun in 1926as a reference for Family Law. Passing from religious items to secular ones. The public had some problems in adopting the social and cultural changes by the passage to the republic. The reflections of these difficulties had been seen in the Family Law. On the point of adopting the new formation, some changes were made in the consulted law and the difficulties that appeared was tried to be handled when confronted.