T.C.
Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı
İslam Hukuku Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

BEŞERÎ HUKUK SİSTEMİNDEKİ BOŞAMALARIN İSLAM HUKUKUNA GÖRE HÜKMÜ

Hazırlayan
Ömer TUNCAY
15911003

Danışman
Prof. Dr. Nurettin TURGAY

Diyarbakır 2017

T.C.
Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı
İslam Hukuku Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

BEŞERÎ HUKUK SİSTEMİNDEKİ BOŞAMALARIN İSLAM HUKUKUNA GÖRE HÜKMÜ

Hazırlayan
Ömer TUNCAY
15911003

Danışman
Prof. Dr. Nurettin TURGAY

Diyarbakır 2017

TAAHHÜTNAME

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum "Beşerî Hukuk Sistemindeki Boşamaların İslâm Hukukuna Göre Hükmü" adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve tez yazım kılavuzuna uygun olarak hazırladığımı taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım. Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

☐ Tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.

☐ Tezim sadece Dicle Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.

☐ Tezimin … yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.

13/10/2017

Ömer TUNCAY

KABUL VE ONAY

Ömer TUNCAY tarafından hazırlanan "Beşerî Hukuk Sistemindeki Boşamaların İslâm Hukukuna Göre Hükmü" adındaki çalışma, 13/10/2017 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslâm Hukuku Bilim Dalında **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Nurettin TURGAY (Başkan)

Yrd. Doç. Dr. Abdulbasit SALTEKİN

Yrd. Doç. Dr. Mesut BAYAR

ÖNSÖZ

Geçmişten günümüze kadar her devlet, halkını kendi tercih ettiği hukuk sistemi ile yönetmiştir. Emevîler, Abbâsîler, Osmanlılar gibi geçmişteki İslâm devletleri de tebaası altındaki insanları İslâm hukuku ile yönetmişlerdir. Mesela Endülüs Emevîleri, fethettikleri Avrupa topraklarında Mâlikî mezhebinin hükümlerini uygulamışlardır. Eyyûbîler, genellikle Şâfiî mezhebini uygularken, Osmanlılar ise Hanefî mezhebini resmî mezhep olarak seçmişlerdir.

Sonsuz İlahî ilme dayanan İslâm hukuk sistemi çağın gerisinde kalan statik bir sistem olmayıp bütün zamanların ihtiyaçlarına cevap verebilecek esnek, dinamik ve evrensel bir sistemdir.

Fıkıh, insan hayatındaki bütün problemlerde olduğu gibi evlilik ve boşamalarla ilgili konularda da çözümler üretmiştir. Fıkıh doktirini, insan eylemlerinin her aşamasının İslâm'da bir karşılığının olduğunu söyler. Mesela erkeğin boşama talebiyle resmî mahkemeye başvurmasında İslâm hukuku açısından bir problem bulunmamaktadır. Kadının ise tek taraflı olarak kocasının rızası olmadan şer'î olmayan mahkemede boşanma davasını açması üzerine hâkimin evlilik birliğini sonlandırnası İslâm fıkhına göre de geçerli olur mu? Resmî mahkeme kararıyla boşanan bir kadın başka bir erkekle evlenebilir mi, evlenirse bu evlilik geçerli olur mu? İşte bu araştırmamızda beşerî hukuk sistemlerindeki boşanmaların İslâm hukukuna göre hükmünü belirlemeye çalışacağız.

Bu çalışmanın hazırlanmasında desteğini esirgemeyen tez danışmanım Prof. Dr. Nurettin Turgay hocama, tezimizi okuyup değerli katkılarda bulunan Yrd. Doç.

Dr. İhsan Akay, Yrd. Doç. Dr. Hacı Önen, Yrd. Doç. Dr. Mustafa Uğurlu Arslan ve Yrd. Doç. Dr. Mesut Bayar, hocalarıma teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca çalışmamıza katkı sunan Şam Ulema Birliği Başkanı Şeyh Üsâme Abdülkerîm er-Rifâî, Diyanet İşleri Başkanlığı Müşaviri Hasan Başiş ve Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu üyesi Mehmet Keskin hocalarıma teşekkürü bir borç bilirim.

Ömer TUNCAY

Diyarbakır 2017

ÖZET

Günümüzde İslâm hukukunun uygulanmadığı ülkelerde kadının resmî mahkemelerde boşanma talebiyle dava açması üzerine hâkimin boşamaya hükmetmesi hususu Müslümanlar açısından bazen sorun oluşturmaktadır. Bu çalışmada, kocasının rızası olmadan kadının tek taraflı şer'î olmayan mahkemeye başvurması neticesinde yargıcın boşamaya karar vermesinin şer'î hükme uygunluğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Kâdı bulunmadığı durumlarda kâdı yerine geçecek hakemlerin kararları, fukahanın geliştirdiği yöntemler ile amel etmek hususu ve zaruret gibi nedenlerden ötürü İslâmî olmayan mahkemeye başvurmanın caiz olduğu durumlar irdelenmiştir. Şer'î kâdının bulunmadığı durumlarda hakemlere başvurmanın bir çözüm yolu olduğu belirtilmiştir. Bazı araştırmacıların hakemlere sınırsız çözüm rolünü yüklemeleri hususu deliller temelinde tartışılmıştır. Mezkûr problemin çözüme kavuşturulması için diğer bir yöntem olarak tarafların kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek İslâmî mercilere başvurulması gerektiği belirlenmiştir. Meselenin ictihadî boyutundan hareketle zaruret vb. sebeplerden dolayı beşerî hukuk sistemindeki boşamaları geçerli gören kesimin görüşüyle de amel edilebileceği kanaati hâsıl olmuştur. Öte yandan her görüş temsilcisinin delilleri ortaya konulmuş leh ve aleyhteki tüm görüşler değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Şer'î yargının yokluğunda İslâmî mercilere başvurulması gerektiği hususu tercihe şayan görülmüş ve fukahanın klasik ve çağdaş fetvalarına yer verilerek tercih sebebi belirtilmiştir.

Son olarak da kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek merciinin veya beşerî hukuk sisteminin boşamalarını geçerli olduğunu savunanlara göre kadının kaç talâkla kocasından boşandığı hususu tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Boşanma**,** Fesih, Hâkim, Kâdı, Muhale'a Tahkîm, Talâk.

ABSTRACT

In this day and age in countries where Islamic law (Sharia) is not implemented a divorce granted by a judge in an official non-Islamic court on the request of a women can sometimes pose problems for the Muslims. In this study we try to determine the legitimacy of the judge's verdict in terms of Islamic divorce law after he nullifies her marriage without her husband's consent. In the absence of a kadi (Muslim judge), the issues of doing by arbitral awards of arbitrators and the methods offered by Muslim jurists (fuqaha) and cases that are permissible to apply to a non-Muslim court because of compulsion (dharoorath) have been studied. In the event there isn't a kadi, referring to the arbitrators has been stated as a way of solution.Some researchers propose to give unlimited ways of solution and this issue has been discussed thoroughly with proofs. As another method for resolving aforementioned problems, in the absence of kadi, we have determined that parties should resort to Islamic religious authorities as a substitute for kadi. On the other side of the issue there's the necessity of acting in the dimension of ijtihad (independent reasoning of a jurist). Because of some reasons such as compulsion (dharoorath) we have come to the conclusion that one can do by the view of the ones who think the divorces issued by Islamic Courts (Sharia Courts) are also legitimate. On the other hand, the evidence of each view has been presented and all opinions that are on favor and against have been evaluated. We are in the opinion of this view: "in the absence of Islamic Courts, Islamic religious authorities should be resorted to." And the reasons for this have been given with the classical and modern era fetwas of jurists.

Another question about the type and number of talaq (divorce in Islamic Law) rises related to those who are of the opinion that divorces issued by the non-Islamic courts or Islamic religious authorities in the absence of kadi are valid. Finally, this issue has been studied and sorted out.

Key Words

Judgment, Judge, Judgment, Talâk, Termination, Opposition

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖNSÖZ ..... **I**
ÖZET ..... **IV**
ABSTRACT ..... **VI**
İÇİNDEKİLER ..... **VIII**
KISALTMALAR ..... **XII**
GİRİŞ **1**
A. ARAŞTIRMANIN KONUSU **1**
B. ARAŞTIRMANIN SUNULMASI **1**
C. ARAŞTIRMANIN AMACI **2**
D. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ **2**
E. ARAŞTIRMA KONUSUNUN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ **6**
F. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ **6**

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE KADÂ'-KÂDI VE BOŞANMA

1. KADÂ'/YARGI **8**
A. Kadâ' ve Kâdı Kavramları 8
B. Kâdı-Şer'Î Hüküm İlişkisi 11
C. Kâdının Hukukî Anlaşmazlıkları Çözüm Metodu 15
D. Kâdı ve Hâkim Kavramlarının Naslardaki Kullanımı 17
E. İslâm Hukukunda Kâdı ve Hâkim Kavramlarına Yüklenen Anlamlar 19
F. Kâdı Tayini 20
G. Kâdılarda Aranan Nitelikler 22

1. Kâdılarda Aranan Nitelikler Hususunda İttifak Edilen Şartlar 22
2. Kâdılarda Aranan Nitelikler Hususunda İhtilâf Edilen Şartlar 23
a. Kâdının İşitme, Görme ve Konuşma Organlarının Sağlıklı Olması 23
b. Kâdının Müctehid Olması 28
c. Kâdının Erkek Olması 33
d. Kâdının Adil Olması 34
H. Kâdının Verdiği Hükmün Feshedilmezliği 35
2. BOŞANMA/TALÂK KAVRAMI 39
A. Boşanmanın Sonuçları Bakımından Talâkın Türleri 39
B. Fesih 41
C. Fesih, Talâk ve Hul‘ Kavramları Arasındaki Farklar 42
D. Kazâî Boşanma 45
1. Fena Muamele ve Geçimsizlik 45
2. Hastalık ve Kusur 46
3. Kocanın Nafakayı Temin Etmemesi 47
4. Terk ve Gaiplik 49
5. Liân 50
6. Îlâ 51
7. Zıhâr 51

İKİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE KÂDININ BULUNMADIĞI DURUMLARDA BAŞVURULACAK ÇÖZÜM YOLLARI

1. ÇÖZÜM YOLU OLARAK TAHKÎM 53
A. Tahkîm Kavramı 54
B. Tahkîmin Çeşitleri 57
1. İhtiyarî Tahkîm 57
2. Mecburî Tahkîm 57
C. Tahkîmin İşletilebilmesi İçin Gereken Şartlar 58
D. Fıkhî Mezheplere Göre Tahkîmde Tarafların Rızası ve Hakemlerin Yetkileri 58
E. Tahkîmin İşlevselliği 62

F. Yargı ve Tahkîm 66
G. Evlilik Birliği İçinde Çıkan Problemlerde Tahkîme Başvurma Yönteminin Şekli 66
1. Tarafların Rızasının Şart Olduğu Tahkîm 67
2. Hakemin Tek Taraftan Seçilmesi 70
3. Beşerî Hukuk Sistemindeki Hâkimin Şer'î Kâdı Olmaması 72
H. Bazı Araştırmacıların Tahkîmle İlgili Fetvalarının Tartışılması 75
I. Mahkeme veya Hakem Yolu İle Evliliği Sonlandırmak 77
2. ÇÖZÜM YOLU OLARAK KÂDI NİTELİĞİNİ TAŞIYAN HAKEME BAŞVURMAK 80
A. Hanefî Mezhebine Göre Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Kişi 83
B. Mâlikî Mezhebine Göre Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Kişi 84
C. Mâlikî Mezhebine Göre İslâmî Cemaatin Kâdı Yerine Değerlendirilmesi 86
D. Şâfiî Mezhebine Göre Kâdının Yokluğunda Kâdıyı Tayin Etmenin Zorunluluğu 89
E. Hanbelî Mezhebine Göre Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçme Şekli 90
3. ÇÖZÜM YOLU OLARAK KADININ TEK TARAFLI EVLİLİĞİ FESHİ . 90
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İSLÂM HUKUKUNA GÖRE BEŞERÎ YARGI SİSTEMLERİNDE BOŞANMALARIN GEÇERLİLİĞİ
1. ŞER'Î YARGI BULUNMAMASI DURUMUNDA BOŞANMA 91
A. Şer'î Olmayan Yargıya Başvurmanın Hükmü 92
B. Evlilik Birliğini Sonlandıran Hâkimin Müslüman Olup Olmaması 95
C. Beşerî Yargı Sistemine Göre Karar Veren Müslüman Hâkimin Hükmü 97
D. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Kişinin Âlim Olması 99
E. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Kişinin Âlim Olmaması Durumu .. 103
F. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Fıkhî Bir Kurumun Olması 105
G. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Müslüman Bir Cemaatin Olması... 108
H. Beşerî Yargı Sistemlerindeki Boşamaların Geçersizliğine İlişkin Fetva 110
I. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Mercii Tayin Edecek Mekanizma... 113
İ. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Merciinin Genel Değerlendirilmesi 116

2. BOŞANMA HUSUSUNDA ŞER'Î OLMAYAN YARGIYA BAŞVURMANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI 117
A. İslâm Hukuna Göre Nikâh Kıyma ve Boşanmanın Meşruiyeti 118
1. Evlilik Akdini İslâm'a Göre Kurmak 118
2. Şer'î Olmayan Kanunlara Göre Nikâh Kıyma Hususu 121
3. Eşlerin Tahkîm Kurulunu İşletme Hususunda İttifak Etmeleri 122
B. İslâm Hukukuna Göre Beşerî Yargı Sistemlerindeki Boşanmaların Cevazı 122
1. Akde Bağlılık 123
2. Şartın Bağlayıcılığı 124
3. Sözleşmeye Uymak 125
4. Akdin Tarafları Kapsaması 127
5. Kadının Zarar Görmesi 128
6. Zaruret İlkesi 129
7. Mükrehin Boşaması Açısından Değerlendirilmesi 133
8. Resmî Boşamaların Tevkîl ve Tefvîd Açısından Değerlendirilmesi 134
9. Şer'î Olmayan Mahkemenin Kararlarını Uygulamanın Hükmü 140
10. Kadının Keyfî Boşanma Talebi 143
11. Evlilik Akdinin Beşerî Kanunlara Göre Kurulmasının Sonuçları 146
12. Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisinin Fetvası 148
3. ŞER'Î OLMAYAN YARGININ GERÇEKLEŞTİRDİĞİ BOŞANMALARIN GEÇERLİ OLMASI HUSUSU 149
4. RESMÎ MAHKEME YOLUYLA BOŞANMALARIN TALÂK SAYISI AÇISINDAN GERÇEKLEŞMESİ 151
SONUÇ 154
KAYNAKCA 158

KISALTMALAR

(r.a)	Radiyallahu anh
(sav)	Sallallahu aleyhi ve sellem
b.	İbn
bkz.	Bakınız
c.	Cilt
Çev.	Çeviren
DİA.	Diyanet İslâm Ansiklopedisi
DİB.	Diyanet İşleri Başkanlığı
Hz.	Hazreti
mad.	Madde
s.	Sayfa
s.a.	Sayfa Aralığı
TDV	Türkiye Diyanet Vakfı
TMK	Türk Medeni Kanunu
vb.	Ve benzeri
vs.	Vesaire
Yay.	Yayınları

GİRİŞ

A. ARAŞTIRMANIN KONUSU

Araştırmamızın ana konusu, kadının, tek taraflı olarak resmî mahkemeye başvurup boşanma davasını açması üzerine, hâkim tarafından verilen boşanma kararının İslâm'a göre hükmünü tespit etmektir. Çalışmamız, boşanmanın bir yönüyle şer'î, diğer yönüyle beşerî hükmü ile ilgilidir. Çalışmamızla doğrudan bağlantısı olmayan konuları tezimize dâhil etmedik.

B. ARAŞTIRMANIN SUNULMASI

Çalışmamız bir giriş, üç bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır. Giriş kısmında araştırmanın konusu, araştırmanın sunulması, araştırmanın amacı, önemi, araştırma konusunun kavramsal çerçevesi ve araştırmanın yöntemine değinilmiştir.

Birinci bölümde, İslâm hukukuna göre kadâ' ve kâdının tanımı, kâdılarda aranan niteliklerde görüş birliği ve görüş ayrılığı olan şartlara ve kâdının verdiği hükmün feshedilmezliği konularına değinilmiştir. Öte yandan "talâk" "fesih" ve "kazâî boşanma," hususları izah edilmiştir.

İkinci bölümde, İslâm hukukuna göre kâdının bulunmadığı durumlarda başvurulacak çözüm yollarına değinilmiştir. Evlilik birliği içinde çıkan problemlerde kâdının yokluğunda, tarafların rızasıyla tahkimin işletilmesi, trafların rızasının şart olmadığı hakeme başvurma ve kadının tek taraflı evliliği feshetme birer çözüm yolu olarak belirlenmiştir.

Üçüncü bölümde, beşerî hukuk sistemindeki boşamaların İslâm hukukuna göre hükmü izaha çalışılmış ve temelde iki farklı görüş tespit edilmiştir. Birinci

görüşün konunun çözümü için şer‘î hâkim yerine geçebilecek İslâmî kuruluşlar, merkezler ve cemaatlere kolaylıkla ulaşılabileceğini savunarak beşerî yargı sisteminin boşamasının hiçbir geçerliliğe sahip olmadığı yönündeki görüşlerine yer verilmiştir. İkinci görüş ise, İslâmî bir merciinin olmaması, zaruret vb. öne sürdükleri şer‘î gerekçelere binaen beşerî mahkemenin boşama kararının geçerli görülmesine değinilmiştir. Son olarak da resmî mahkeme yoluyla boşanmaların talâk sayısı açısından gerçekleşmesi konusu irdelenmiştir.

C. ARAŞTIRMANIN AMACI

Günümüzde İslâm hukuk düzeninin uygulanmamasının getirdiği pek çok sorunlar bulunmaktadır. Bunların en önemlilerinden biri de kadının tek taraflı olarak beşerî mahkemeye başvurarak boşanma davasını açma meselesidir. Kocanın boşanma niyetiyle boşamayı telaffuz etmeden veya boşama niyetiyle yazılı beyanda bulunmadan hâkimin boşamaya karar vermesi Müslümanları sıkıntıya düşürmektedir. Öte yandan bir kadının kocası kendisine zulmetse veya nafakasını temin etmese ya da kocası uyuşturucu, zina ve içki müptelası olduğu takdirde Müslüman bir kadın bu durumdan kurtulmak için nereye başvurmalıdır? İşte çalışmamızda, söz konusu konuların İslâm hukukuna göre hükümlerini belirlemeye gayret gösterilecektir.

D. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ

Beşerî hukuk sistemlerinin evli çiftleri boşaması, günümüzde birçok fıkıh âliminin gündemini meşgul etmiştir. “Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi” başkan vekili Şeyh Faysal Mevlevî, daha önce verdiği fetvasında beşerî mahkemenin boşamasının hükmünün geçersiz olduğunu savunmaktaydı. Ancak Mevlevî, sonradan şer‘î mahkemenin olmadığı bir yerde “kadının zarar görmesi”, “zaruret” ilkesi vb. öne sürdüğü delilleri bu sefer dikkate alarak, beşerî mahkemenin boşamasının geçerliliği yönünde fetva vermiştir. İki farklı fetvanın verilmesindeki diğer bir sebep ise konunun çözüme kavuşturulmasının oldukça zor olmasından kaynaklandığı kanaatindeyiz. Zaten kendisi de “Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi”nin fetvasını açıklarken konunun hemen başında aşağıda ifadelerine yer vereceğimiz üzere bu meselenin zorluğuna işaret etmektedir.

(كثيراً ما واجه العلماء والدعاة إلى الله في الغرب هذا السؤال الصعب، ما هو حكم تطليق القاضي غير المسلم؟)

"Gayri müslim hâkimin boşamasının hükmü nedir? Batıda birçok âlim ve davetçi bu zor soru ile karşılaşmaktadırlar."[1]

Bu konu, ülkemizde de birçok ilim adamının gündemini uzun süredir meşgul etmektedir. Hatta aşağıda aktaracağımız ve ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, konunun çözümü ülkemizdeki bazı araştırmacıları endişeye sevk etmiştir.

"Bu mesele yani, Müslümanların kendi şeriatları dışında bir sistem üzerinden nikâh ve talâk gibi hükümleri icra etmeleri, çözülebilmiş sorunlarımızdan değildir. Çözümü bir kenara, bu sorun git gide derinleşmektedir. Endişenize katılmamak mümkün değildir, dediğiniz doğrudur ancak bazı sıkıntıları da yok sayamıyoruz. Bilhassa erkeklerin zalim durumunda oldukları bilindiği hâlde, kadını ellerindeki talâk silahı ile tehdit edip boşamadıkları durumlar da olmaktadır. Bu ve benzeri durumlarda mahkeme bir karşı güç olarak kullanılabilmektedir. Esasen Müslümanların böyle meselelerini kendi aralarında çözmeleri gerekir ama ne yazık ki ele güne muhtaç olabiliyoruz. Her hâlde sizin endişenizin şu durumda çözümü yoktur. Dua edelim, ufkumuz açılsın."[2]

Beşerî hukuk sistemindeki boşamaların İslâm hukukuna göre hükmü hususunda ilk ciddi kolektif ilmî çalışma "Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi"nin (4-7 Mayıs 2000) tarihinde yayınladığı fetva ile başlamaktadır. Söz konusu fetva kurumu, "zaruret" "kadının zarar görmesi" vb. öne sürdükleri birçok delilden ötürü beşerî yargı sisteminin boşamasını caiz görmektedir. İzleyen dönemlerde bu konuya bireysel veya kolektif olarak katkı sunulmaya devam edilmiştir. "Amerika Şeriat Fakihleri Kurulu", "İslâm Birliği" ile birlikte Danimarka/Kopenhag'da (25.06.2004) tarihinde yayınladığı fetva ile bu konunun çözümünde en bariz katkıyı sağlamıştır. "Fakihler Kurulu", "Avrupa Fetva Meclisi"nin fetvasına reddiye mahiyetinde

[1] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[2] http://www.fetvameclisi.com/fetva-medeni-kanuna-gore-bosanma-23951.html (05.05.2017).

olabilecek şekilde resmî boşamaların geçersiz olduğuna hükmetmektedir. İslâmî yargının bulunmaması halinde ise anlaşmazlık yaşayan tarafları ortaya koydukları delillere binaen şer'î mercilere yönlendirmektedirler.

Gördüğümüz kadarıyla evli çiftler arasında meydana gelen problemlerin şer'î çözümüne dair ülkemizde ilim ehli tarafından yeterince çalışma yapıldığı söylenemez. Yapılan çalışmalarda ise bu problem, genelde bazı araştırmacıların görüşleri etrafında hakemler yoluyla çözüm getirilmeye çalışılmaktadır. Bazen de beşerî hukuk sistemindeki boşamaların sadece geçerli olması açısından değerlendirilmektedir. Ancak klasik ve yeni dönem fetvalarının ekserisinin zikredilen konuyla ilgili -beşerî hukuk sistemindeki boşamaların geçerli olmaması- savundukları görüş, tartışılmamaktadır.

Konuyla ilgili olarak İbrahim Yılmaz, şöyle fikir beyan etmektedir: *"Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre mahkeme kararı ile gerçekleşen boşanmaların (resmî boşanma) dinî açıdan geçerliliği konusunun Müslüman-Türk kamuoyunda ilahiyatçılar ve din adamları tarafından yeterince tartışıldığı söylenemez. Bu yüzden bu tür boşamaların dinî açıdan geçerli olup olmadığı hususunda komuoyunu ikna edecek ve bu konudaki sorunları çözüme kavuşturacak yaygın bir kanaat oluşmamıştır."*[3]

Diyanet İşleri Başkanlığı, "15-18 Mayıs 2002" İstanbul büyük Tarabya otelinde düzenlediği güncel dinî meseleler istişare toplantısında, Din İşleri Yüksek Kurulu üyelerini akademisyenlerle bilimsel bir zeminde istişare toplantısını gerçekleştirmiştir. Güncel dinî meseleler istişare toplantısının sonuç bildirgesinin 16. Maddesi şöyledir: *"Evlilik birliğinin devamı asıl gaye olmakla birlikte İslâm dini, eşlerin, birbirleri ile uyuşamadığı ve ayrılmanın zaruret haline geldiği durumlarda, Kur'an ve Hz. Peygamber'in gözettiği amaçlar ve hukukî süreç dikkate alınarak bu*

[3] İbrahim Yılmaz, "Türk Medenî Kanunu'na (TMK) Göre Gerçekleşen Boşanmaların İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **İslâm Hukûku Araştırmaları Dergisi,** 2009, http://www.islamhukuku.com/Uploads/Sayilar/islam%20hukuku%20dergisi%2014284.pdf (22.03.2017), s. 269,271.

birliği sona erdirme haklarının bulunduğunu kabul eder."[4] İbrahim Yılmaz, resmî boşamaların geçerliliği hususunda güncel dinî meseleler istişare toplantısında, Yunus Vehbi Yavuz, Hamdi Döndüren, Ayşe Sucu ve Rıdvan Çakır gibi katılımcılar tarafından toplumda yaşanan bazı sorunlar dile getirilmişse de sonuç bildirgesinde bir çözüme ulaşılamadığını belirtmektedir.[5]

Görebildiğimiz kadarıyla beşerî hukuk sistemindeki boşamaların İslâm hukukuna göre geçerli olması hususunu Türkiye'de "2009" yılında İbrahim Yılmaz, "Türk Medenî Kanuna Göre Gerçekleştirilen Boşanmaların İslâm Hukukuna Göre değerlendirilmesi" konulu bilimsel bir çalışmada değerlendirmiştir. Ankara Üniversitesinde 2014 yılında "İslâm Aile Hukukunda Evlilik Akdinin ve Boşanmanın Tescili" konulu doktora tezi hazırlayan Cemil Liv de tezinin bir bölümünde beşerî hukuk sistemindeki boşamaların İslâm hukukuna göre geçerli olması hususuna değinirken genelde İbrahim Yılmaz'ın işlediği konulara değinmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla her iki araştırmacı da sadece Türkiye sınırları içerisinde kalarak bir kaç isim üzerinden konuyu ele almaktadırlar. Bizim bu çalışmamızda Avustralya kıtası dışında, yeryüzündeki bütün kıtalardan konumuzla doğrudan ilişkisi olan çağdaş ve klasik fetvalar başta olmak üzere her türlü materyalden yararlanılmıştır.

Ülkemizde söz konusu meseleye çözüm getirme amacıyla klasik döneme ait önemli fetvaları ortaya koyan Halil Gönenç'in nisbeten daha isabetli bir çözüm getirdiği kanaatindeyiz. Bu meseleye dair çözümün oldukça sınırlı olduğu bir ortamda ilim camiası, bilimsel çalışmasında Halil Gönenç'in ortaya koyduğu klasik döneme ait fetvalara yer vermemiştir. Oysa Gönenç, klasik döneme ait fukahanın fetvalarını esas alarak Suriye'deki savaş sebebiyle eşleri kayıp olan ve Türkiye'deki muhacir kadınların durumuna çözüm önermektedir. Bununla birlikte es-Seyyid eş-Şeyh Muhammed Şah el-Hâmidî bahsi geçen fetvaları, olduğu gibi internet sitesinde yayınlamış ve ilgili kişiler tarafından takdire şayan görülmüştür.[6]

---

[4] T.C. Diyanet İşleri Başkanlığı, Sonuç Bildirgesi, **Güncel Dinî Meseleler İstişare Toplantısı 1-2,** DİB. Yay. Ankara 2004. c. 1, s. 784.
[5] Yılmaz, "Türk Medenî Kanuna Göre Gerçekleştirilen Boşanmaların…", s. 271.
[6] https://www.facebook.com/m.alhamedi/posts/793327307406011 (06.06.2017).

Tespit edebildiğimiz kadarıyla beşerî hukuk sistemindeki boşamaların İslâm hukukuna göre hükmü hususunda farklı görüşleri ortaya koyan müstakil, kapsamlı bir çalışma bulunmamaktadır. Dolayısıyla iki açıdan araştırmamız, ilk olma özelliğini taşımaktadır.

Birincisi, Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda farklı görüşleri detaylı olarak bir arada delilleriyle inceleyen müstakil bir çalışmaya rastlanılmamıştır.

İkincisi, bildiğimiz kadarıyla ülkemizde evlilik birliği içinde fena muamele ve şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde kâdı yerine geçecek merci yönüyle ele alınmamıştır.

E. ARAŞTIRMA KONUSUNUN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Çalışmamızda "kâdı", "kadâ'" ve "hâkim", kavramlarını özellikle ele almaya çalışacağız. Öte yandan boşama öncesi uyulması gereken süreç içerisinde "tahkîm", "hakem" kavramlarının yanı sıra evlilik birliğinin fiilen son bulması "talâk" kavramı üzerinde de duracağız. Ayrıca boşanma türlerinden olan "tefvîdî talâk" (boşama yetkisini devretme), "fesih" (evlilik akdini iptal etme) ve "muhale'a" (kadının belli bir bedel vermesi karşılığında kocanın ayrılmaya razı olması) kavramsal çerçevede ana hatları ile ele almaya çalışacağız.

F. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ

Çalışmamızda klasik ve çağdaş döneme ait fetvalar, dört mezhep fıkhı, usûl-i fıkıh, şer'î siyasete dair eserler, tefsir, hadis, hadis şerhleri ve lugatlar ile aile hukukuna dair kararname ve fetva kurumlarının resmî internet siteleri olmak üzere konumuzla doğrudan ilişkisi olan her türlü materyalden yararlanılmıştır. Çalışmamızda çağdaş fetva kurumlarının konumuza dair verdikleri fetvalarının benzerlerini veya araştırmamızın gelişimine bir başka boyut kazandıracak klasik döneme ait fetvaları bulup çağdaş fetvalarla birlikte değerlendirmelere, sıkça başvurulmuştur.

Araştırmamızda özellikle ilmî ansiklopedilerden yararlanılmıştır. Fikir, bilgi ve yorum zenginliği kazanmak için konumuzla doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi

olan makaleler ve sempozyumlar da istifade edilecek kaynaklar arasında yer almıştır. Ayrıca konumuzla ilgili Türk ve Arap dünyasındaki akademik çalışmalardan da yararlanılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
İSLÂM HUKUKUNA GÖRE KADÂ'-KÂDI VE BOŞANMA

1. KADÂ'/YARGI

İnsanoğlu tabiatı gereği medenidir. Bu sebeple insanın hemcinsleriyle sosyal ilişkiler içinde olması kaçınılmaz bir gereksinimdir. İnsanlar alış veriş, evlilik, boşanma ve benzeri muamelatlar hususunda akit yapma veya bozma durumunda kalabilir. Müspet ve menfi tüm bu durumlarda yetkili merciler tarafından kurulan ve sonlandırılan her meselenin bağlayıcı bir çözüme daha yakın olduğu görülmektedir.

Yargı, toplumda meydana gelen çekişmelere son veren ve zorbaların hak-hukuku çiğnemelerine engel olan, emniyet ve güveni sağlayan en büyük güçtür. Bu sebeple geçmişten günümüze insanoğlunun yargıya verdiği önem hiçbir dönemde azalmamış aksine bilgi ve bilinçlenmenin artmasıyla bu önem daha da artmıştır.[7]

A. Kadâ' ve Kâdı Kavramları

Fıkıh eserlerinde genelde kadâ' kavramının tanımıyla konuya giriş yapıldığı için biz de konumuza öncelikle kadâ' kavramıyla başlamayı uygun görüyoruz.

Sözlükte ''el-Kadâ'/القضاء'' kavramı, ''hüküm verdi'' anlamına gelen (قَضَى يَقضي) fiilinin ismi olup hüküm verme, yargılama, yapma, düzenleme, buyruk, nihaî

[7] Halil Abdülkerim Gönenç, el-Kadâ'' fi'l-İslâm ve Rafu'l-Kadâ'yâ ile'l-Kavânîni'l-vadi'ye, **Râbitatü'l-âlemi'l-İslâmî el-Mecme'ü'l-fıkhi'l-İslâmî,** Mekke 19-23 muharrem 1432/25-29 Aralık 2010, s. 4,5.

karar, ilan ve açıklama anlamlarında kullanılmaktadır.[8] Lugatta "el-Kadâ'/القضاء" kavramının çoğulu "el-Akziyye/الْأَقْضِيَةُ" şeklinde yer almaktadır.[9]

Bir fıkıh terimi olarak "el-Kadâ'/القضاء", Hanefî mezhebinde şöyle tarif edilmektedir: *"Husumet ve çekişmeleri sona erdirmektir."*[10] "el-Fetâva'l-Hindiyye" adlı eserde ise *"el-Kadâ'/القضاء," velâyet-i âmme tarafından karara bağlanan bağlayıcı bir söz"*[11] olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım, kâdının davalarda verdiği hükümlerin bağlayıcı olduğunu yetkilerinin de şer'î devlet otoritesine dayandığını göstermektedir. Mâlikî mezhebine ait eserler içerisinde, kadânın tanımına dair en meşhur tanım şudur: *"Bağlayıcı olacak şekilde şer'î hükmü bildirmektir."*[12] Bu tanım, kâdılık görevi icra edilirken kâdının şerî hükme dayanmasının yansıra kâdının vereceği hükmün uygulanmasının zorunlu olduğuna dikkat çekmektedir. Mâlikî mezhebi kaynak eserleri, bu tanımı İbn Rüşd'e nispet etmekte ayrıca İbn Ferhûn'nun da İbn Rüşd'e uyarak bu tanımda karar kıldığına yer vermektedirler. Ancak İbn

---

[8] el-Ayn, mad. "Kadâ'", Dar ve Mektebetü'l-hilâl, Yayın yeri yok 1431/2010; Mücmelü'l-Luga li İbn Fâris, mad. "Kadâ'", Dâru'n-neşr Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1406/1986, Lisânü'l-Arab, mad. "Kadâ'", Dâru sâdır, Beyrut 1414/2010; el-Kâmûsü'l-muhît, mad. "Kadâ'", Dârü'l-gad'di'l-cedîd, Kahire 1435/2014.

[9] Muhtârü's-sihâh, mad."el-Kadâ'", el-Mektebetü'l-asriyye/ed-Dâru'n-nemuzeciyye, Beyrut/Sayda 1420/1999; Lisân'ül-Arab, mad. "Kadâ'".

[10] Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz Âbidîn ed-Dımaşkî el-Hanefî (ö. 1252/1836), **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr 1-6,** Dârü'l-fikr, Beyrut 1412/1992, c. 5, s. 352.

(فَصْلُ الْخُصُومَاتِ وَقَطْعُ الْمُنَازَعَاتِ)

[11] Komisyon, **el-Fetâva'l-Hindiyye,** Dârü'l-fikr, Yayın yeri yok 1310/1893, c. 3, s. 306.

(قَوْلٌ مُلْزِمٌ يَصْدُرُ عَنْ وِلَايَةٍ عَامَّةٍ)

[12] İ'yâz b. Mûsâ b. İ'yâz b. Amrûn el-Yahsebî es-Sıbtî (ö. 544/1149), **et-Tenbîhâtü'l-müstenbete 'ala'l-Kütübi'l-müdevvene ve'l-muhteleta 1-3,** Dâru İbn Hazım, Lübnan/Beyrut 1432/2011, c. 3, s. 1608; Ebü'l-Vefâ (Ebû İshâk) İbn Ferhûn Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed el-Ceyyânî el-Ya'merî el-Medenî (ö. 799/1397), **Tebsıratü'l-hükkâm fî usûli'l-akzıye ve menâhici'l-ahkâm 1-2,** Mektebetü'l-külliyâti'l-Ezheriyye, Yayın yeri yok 1406/1986, c. 1, s. 11; Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahmân el-Hattâb et-Tarablusî el-Mağribî er-Ruaynî el-Mâlikî, (ö. 954/1547), **Mevâhibü'l-celîl li-şerhi Muhtasarı Halîl 1-6,** Dârü'l-fikr, Yayın yeri yok 1412/1992, c. 6, s. 86; Ebû Muhammed Abdülbâkî b. Yûsuf b. Ahmed ez-Zürkânî el-Mısrî (ö. 1099/1688), **Şerhü'z-Zürkânî 'alâ Muhtasari Halîl 1-8,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Lübnan/Beyrut 1422/2002, c. 7, s. 226; Ebü'l Hasan Ali b. Ahmed b. Mükerram es-Saîdî el-Adevî (ö. 1189/1775), **Hâşiyetü'l-Adevî 'alâ Şerhi kifâyeti't-tâlibi'r-Rabbânî 1-2,** Dârü'l-fikr, Beyrut 1414/1994, c. 2, s. 338; Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Muhammed İlîş el-Mısrî (ö. 1299/1882), **Minehü'l-celîl şerhu Muhtasari Halîl 1-9,** Dârü'l-fikr, Beyrut 1409/1989, c. 8, s. 255.

(الْإِخْبَارُ عَنْ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ عَلَى سَبِيلِ الْإِلْزَامِ)

Rüşd'ün eserlerinde böyle bir tanıma rastlanılmamaktadır.[13] Şâfiî mezhebi, kadâ' tanımına şu şekilde yer vermektedir: *"İki kişi veya daha fazla kimseler arasında meydana gelen husumetin çözümü için Allah Teâlâ'nın hükmüne göre yargılanmalarıdır."*[14] Hanbelî mezhebinde ise kadâ', *"Şer'î hükmün uygulanmasının zorunlu (bağlayıcı) olması ve husumetlerin çözüme kavuşturulması"*[15] şeklinde tanımlanmaktadır.

Şer'î olmayan mahkemenin eşleri boşamasının dinî geçerliliğini daha iyi kavramak için boşamaya hükmedecek hâkimin fıkıh kitaplarındaki yaygın ifadesiyle "kâdı" kavramının tanımına da yer vermemiz gerekmektedir. "el-kâdî/الْقَاضِي" terimi, "el-Kadâ'/القضاء" kavramından türemiş ismi fâil olup sözlükte hüküm verme işlerini kesen ve sonuçlandıran anlamlarında kullanılmaktadır. Araplar, (اسْتُقْضِي فُلَانٌ) dediklerinde (جُعِل قاضِياً يَحْكُمُ بَيْنَ النَّاس)/ *"Falanca kişi insanlar arasında hükmetmesi için kâdı olarak atandı"* anlamını kast etmektedirler[16]

Terim olarak kâdı, lugat anlamına yakın olarak şu şekilde tanımlanmaktadır: *"İnsanlar arasında meydana gelen husumet ve davaları şer'î hükümlere göre çözümlemek için şer'î otorite tarafından tayin edilen kimsedir."*[17] Kadâ' ve kâdıya dair ortaya konan tanımların tamamı bir kimsenin kâdı veya mahkemenin şer'î olabilmesi için iki temel niteliğe dayanmasının zorunlu olduğunu göstermektedir.

---

[13] Geniş bilgi için bkz. Sıbtî, **et-Tenbîhâtü'l-müstenbete,** c. 3, s. 1608; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 11; Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 6, s. 86; Zürkânî, **Şerhü'z-Zürkânî 'alâ Muhtasari Halîl,** c. 7, s. 226; Adevî, **Hâşiyetü'l-Adevî 'alâ Şerhi kifâyeti't-tâlibi'r-Rabbânî 1-2,** c. 2, s. 338; Muhammed İlîş, **Minehü'l-celîl şerhu Muhtasari Halîl,** c. 8, s. 255.

[14] Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî eş-Şâfiî (ö. 977/1570), **Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc 1-6,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Yayın yeri yok 1415/1994. c. 6, s. 257.
(الْخُصُومَةُ بَيْنَ خَصْمَيْنِ فَأَكْثَرَ بِحُكْمِ اللَّهِ تَعَالَى)

[15] Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn b. Hüseyin b. İdris el-Buhûtî el-Hanbelî (ö. 1051/1641), **Keşşâfü'l-kinâ' 'an metni'l-İkna' 1-6,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Yayın yeri yok Tarih yok, c. 6, s. 285.
(الْإِلْزَامُ بِالْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ وَفَصْلُ الْخُصُومَاتِ)

[16] Muhtârü's-sihâh, mad. "el-Kadâ'"; Lisân'ül-Arab, mad. "Kadâ'/el-Kadâ'".

[17] **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye,** mad. 1785.
(الْقَاضِي هُو الذَّاتُ الَّذِي نُصِّبَ وَعُيِّنَ مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ لِأَجْلِ فَصْلِ وَحَسْمِ الدَّعْوَى وَالْمُخَاصَمَةِ الْوَاقِعَةِ بَيْنَ النَّاسِ تَوْفِيقًا لِأَحْكَامِهَا الْمَشْرُوعَة.)

Birincisi, kâdı veya mahkeme şer‘î devlet otoritesine dayanmalıdır. İkincisi ise kâdının uygulayacağı hukuk sistemi şer‘î esaslara göre olmalıdır.

İslâm hukuk sistemindeki kâdı kavramını beşerî hukuk doktrindeki hâkim kavramından ayırmak için özellikle “kâdı ve şer’i hüküm” ilişkisine ayrıca değinmemiz gerekmektedir. Aşağıda bu hususu ele almaya çalışacağız.

B. Kâdı-Şer‘Î Hüküm İlişkisi

Geçmişten günümüze kadar hâkimler, yaşadığı ülkelerin hukuk sistemine göre davaları karara bağlamaktadırlar. Beşerî hukuk sisteminin uygulandığı bir ülkede kâdının varlığından söz edilemez. Yine bu devletlerin hiç birinde tazir ve hadler gibi şer‘î hükümler uygulansın diye kâdı görevlendirilmez. Bazı araştırmacıların şer‘î kâdı tanımına yer verirken özellikle kâdıların şer‘î hükümleri esas almaları hususuna hiç değinmedikleri görülmektedir. Dolayısıyla kâdıyı *“Hukuki uyuşmazlıkları ve davaları karara bağlamak üzere devlet tarafından atanan görevli hâkim”*[18] olarak tanımlamanın eksik veya kapalı olduğu kanaatindeyiz. Nitekim söz konusu bu tanım, yukarıda yer verildiği üzere dört mezhep tarafından kabul gören fıkhî tanımlarla tutarlı görülmemektedir. Oysa dünyadaki bütün hukuk sistemindeki hâkimler uyuşmazlıkları ve davaları karara bağlamak için devlet tarafından görevlendirilirler. Bir hâkim, görevini icra ederken şer‘î hukuk sistemine dayanmıyorsa klasik ve sonraki dönem fakihlerin tanımına göre kâdı olamaz.

Dolayısıyla yapılan tanım olsa olsa beşerî hukuk sistemindeki yargıcı tarif eden bir tanım olur. Zira Rasûlullah (sav) şöyle buyurmaktadır: *“Kadılar, üç sınıftır. İkisi ateşte diğeri ise cennettedir. Hakkı bilip onunla hüküm veren* kâdı *Cennette olanıdır. Hakkı bilip hükümde kasıtlı olarak zulüm yapan ile İnsanlar arasında bilgisizce hüküm veren kâdılar ise ateştedir.”*[19] Hâkim en-Nîsâbûrî bu hadisin

---

[18] Fahrettin Atar, “Kadı”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi,** TDV Yay. Ankara 2013, c. 24, s. 66.

[19] Ebû Îsâ Muhammed b. Îsâ b. Sevre b. Mûsâ b. Dehhâk et-Tirmizî (ö. 279/892), **Sunenü’t-Tirmizî 1-5,** Şeriketu mektebeti ve matbe‘ati Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Mısır 1395/1975, 13-1322 (c. 3, s. 605); Ebü’l-Kâsım Müsnidü’d-dünyâ Süleymân b. Ahmed b. Eyûb eş-Şâmî et-Taberânî (ö. 360/971), **el-Mu‘cemü’l-kebîr 1-25,** Mektebetu İbn Teymiyye, Kahire 1415/1994, 1154 (c. 2, s. 20); Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed Hamdeviyye b. Nuaym el-Hâkim en-Nîsâbûrî (ö. 405/1014), **el-Müstedrek ‘ala’s-Sahiheyn 1-4,** Dârü’l-kütübi’l-ilmiyye, Beyrut

isnadının sahih olduğunu belirtmiştir. Bu hadiste yargıçların üç kısım olduğu belirtilmiştir.

1. Şer‘î hükmü bilen ve ona göre hüküm veren hâkimler. Bunlar cennetliktir.

2. Şer‘î hükmü bildikleri halde bile bile Kur’ân ve sünnetin hükmüne aykırı hüküm veren hâkimler. Bunlar ise cehennemliktir.

3. Şer‘î hükmü bilmedikleri halde hüküm veren hâkimler. Bunlar da cehennemliktir.[20]

Görüldüğü gibi bahsi geçen bu hadiste Rasûlulah (sav), her üç sınıftaki hâkimin durumunu belirtirken sürekli kâdının hakkı/şer‘î hükmü bilip onunla hüküm vermesinin zorunluluğuna dikkat çekmektedir. Öyle ki kasıtlı olmasa bile şer‘î hükmü bilmeden hüküm verenin dahi cehennemlik olduğu belirtilmiştir. Nitekim Ömer Nasuhi Bilmen de kâdı, hüküm verirken şer‘î hükme dayanması gerektiğini vurgulamaktadır. *“Hâkim olacak kimse; fıkhî meselelere, muhakemat usulüne vâkıf, davaları bunlara uygulamaya kadir, tam bir temyiz gücüne sahip, şahitliği makbul olmalıdır.”*[21] Dolaysıyla bir hâkim hüküm verirken şer‘î hükme dayanmıyorsa İslâm hukuk doktrinine göre kâdı olamaz.

Beşerî hukuk sistemindeki hâkimler devlet tarafından atanmaktadırlar. Fakihlerden yaptığımız alıntılardan da anlaşılacağı üzere bir devletin kâdı atayabilmesi için o devletin “velâyet-i âmme ”/şer‘î devlet otoritesi niteliğine sahip olması gereklidir. İslâm’da şer‘î devlet otoritesi alışveriş akdi gibidir. Satıcı sahip olduğu ürününü alıcının vereceği bir bedel karşılığında satmaktadır. Bu işleme İslâm fıkhında “akdü’l-bey‘” denilmektedir. Bir kimse, müşteri gibi halkı Allah’ın kitabı ve

---

1411/1990, “Ahkâm” 7012 (c. 4, s. 101); Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyn b. ‘Alî b. Mûsâ el-Hüsrevcirdî el-Beyhakî el-Horâsânî (ö. 458/1066), **es-Sünenü’l-kübrâ 1-10,** Dârü’l-kütübi’l-ilmiyye, Lübnan/Beyrut 1424/2003, “Âdâbü’l-kâdî” 20355 (c. 10, s. 199).
(الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: قَاضِيَانِ فِي النَّارِ وَقَاضٍ فِي الْجَنَّةِ. قَاضٍ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ، وَقَاضٍ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ مُتَعَمِّدًا فَهُوَ فِي النَّارِ، وَقَاضٍ قَضَى بِغَيْرِ عِلْمٍ فَهُوَ فِي النَّارِ)

[20] Tirmizî, 1395/1975, 13-1322 (c. 3, s. 605); Taberânî, **el-Mu‘cemü’l-kebîr**, 1154 (c. 2, s. 20); Hâkim, “Ahkâm” 7012 (c. 4, s. 101); Beyhakî, “Âdâbü’l-kâdî” 20355 (c. 10, s. 199).

[21] Ömer Nasuhi Bilmen (ö. 1971), **Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu 1-8,** Ravza Yay. İstanbul 2013, c. 8, s. 214.

Rasûlullah'ın sünnetiyle yönetmesi karşılığında, Müslüman halk da satıcı gibi otoritenin gerçek sahibi olarak otoriteyi o şahsa vermekle "velâyet-i âmme"/şer'î devlet otoritesi gerçekleşmiş olur. İslâm fıkhında bu işleme de "akdü'l-bey'at" denilir.[22]

Bir devletin şer'î otoritesinin bir başka ifade ile "akdü'l-bey'at"in gerçekleşmesiyle ilgili pek çok delil bulunmaktadır. Konunun uzamaması için birkaç delil ile yetineceğiz.

Ayeti kerimede şöyle buyurulmaktadır: *"Sonra da seni din konusunda bir şeriat sahibi kıldık. Sen ona uy; bilmeyenlerin isteklerine uyma."*[23] Konuyla ilgili bir hadiste ise şöyle yer verilmiştir: *"Kim bir imama biat edip elini sıkar ve kalbinin meyvesini (içten gelerek ahdini ve rızasını) gösterirse gücünün yettiği kadar o imama itaat etsin."*[24] Bu hadisi, Muaviye'nin amcasının oğlu Amr b. el-Âss rivayet etmiştir. O, Abdurrahmân b. Abdi Rabbi'l-Kâbe'ye Muâviye'ye itaat etme hususunda şöyle tavsiyede bulunmuştur: *"Muâviye, Allah'a itaat ettiği müddetçe sen de ona itaat et, Allah'a isyan ettiği vakit sen de kendisine isyan et!"*[25] Bu eser, Allah'ın emrine muhalif olarak idare işlerinde bulunan kimse, birinin en yakını da olsa kendisine itaat edilemeyeceğini belirterek yöneticinin şer'î hükümlere bağlı kalmasını vurgulamaktadır. Konuyla ilgili Sahîh-i Buhârîde de şöyle yer verilmiştir:

---

[22] Muhammed Hîyr Heykel, **"el-Cihâd ve'l-kitâl fî siyâseti'ş-şeri'yye 1-3",** Basılmamış Doktora Tezi, Külliyetü'l-İmâmi'l-Evzâ'î li dirâsâti'l-İslâmiyye, Beyrut 1412/1992, c. 1, s. 167.

[23] Casiye, 45/18.

(ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ)

[24] Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel b. Hilâl b. Esed eş-Şeybânî el-Mervezî (ö. 241/855), **Müsnedü'l-İmam Ahmed b. Hanbel 1-45,** Müessesetü'r-risâle, Yayın yeri yok 1421/200, 1421/2001,6503 (c. 11, s. 48); Benzer hadis için bkz. Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Şuayb b. 'Alî el-Horâsânî en-Nesâî (ö. 303/915), **el-Müctebâ mine's-sünen/es-Sunenü's-suğrâ li'n-Nesâî 1-9,** Mektebü'l-matba'atü'l-İslâmiyye, Halep 1406/1986, "el-Bey'a" 39/4192 (c. 7, s. 152); Muhammed b. 'Ali b. Âdem b. Musâ el-İtyûbî el-Vellevî, **Zâhiretü'l-ukbâ fî şerhi'l-Müctebâ/Şerhu Süneni'n-Nesâ'î 1-42,** Dârü'l-mi'raci'd-devliyye li'n-neşr/Dâru âl-Brûm li'n-neşr ve't-tevzi', Yayın yeri yok Tarih yok. (c. 32, s. 293); Ahmed b. Abdirrahmân b. Muhammed el-Bennâ es-Sââtî (ö. 1884-1958), **el-Fethü'r-Rabbânî li-tertîbi Müsnedi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî 1-24,** Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, Yayın yeri yok Tarih yok. (c. 21, s. 271).

(مَنْ بَايَعَ إِمَامًا فَأَعْطَاهُ صَفْقَةَ يَدِهِ وَثَمَرَةَ قَلْبِهِ فَلْيُطِعْهُ مَا اسْتَطَاعَ)

[25] Müsned, 6503 (c. 11, s. 48); Nesâî, "el-Bey'a" 39/4192 (c. 7, s. 152); Şerhu süneni'n-Nesâî, (c. 32, s. 293); el-Fethü'r-Rabbânî, (c. 21, s. 271).

(أطعه في طاعة الله وأعصه في معصية الله عز وجل)

"İnsanların, Abdülmelik'in şer'î devlet başkanlığı etrafında birlik olduklarını gören Abdullah b. Ömer (r.a), ona şöyle bir yazı gönderdi: "Allah'ın ve Rasûlü'nün sünnetine uyduğu müddetçe gücümün yettiği kadar Allah'ın kulu, mü'minlerin emiri Abdülmelik'i dinleyip itaat edeceğimi bildiriyorum. Evlâtlarım da bu şartlarda bey'atlerini bildirmişlerdir."[26] Görüldüğü gibi Abdullah b. Ömer (r.a), Kur'ân ve sünnet esaslarına göre halkı yönetmesi karşılığında şer'î otoriteyi kullanma yetkisini Abdülmelik b. Mervân'a vermektedir.[27] Bu bir biat veya karşılıklı bir sözleşmedir. Bu, özü itibarıyla şer'î devlet başkanlığına aday gösterilen kimse ile halk arasında yapılan bir akit ve misaktır. Devlet başkanı, kitap ve sünnetle hükmedeceğine ve Müslümanlara iyiliği emredip kötülüğü nehiy edeceğine dair millete söz verir. Halk da ona, Allah'a ve Rasûlun'e itaat sınırları içerisinde itaat edeceğine dair söz vererek biat eder. Bu seçim ve biat esası Hulefâ-yi Râşidîn devrinde fiilen meydana gelmiş bir durumdur.[28] Ali b. Ebî Tâlib, halife olarak kendisine biat edildiği zaman şöyle dedi: *"Allah'ın peygamberlerden aldığı ahit ve misak üzere sizin aranızda elimden geldiği ve gücümün yettiği kadar Allah'ın kitabı ve peygamberinin sünneti ile amel edeceğime Allah'ın huzurunda söz veriyorum."*[29]

Yukarıda naklettiğimiz deliller, bir devletin şer'î otoriteye dayanıp dayanmaması ile ilgili ölçüyü belirlemektedirler. Bir devlet Allah'ın ve Rasûlü'nün sünnetine bir başka deyişle şer'î hükümleri esas alarak yönetiliyorsa o devlet şer'î devlet otoritesine sahiptir. İşte "velâyet-i âmme" niteliğine sahip böyle bir devlet tarafından kâdının görevlendirilmesi gerçekleşir. Aksi takdirde devletin niteliğini

---

[26] Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl el-Cu'fî el-Buhârî (ö. 256/870), **el-Câmi'ü'l-müsnedü's-sahîh el-Muhtasaru min umûri Rasûlullâhi sallallâhu aleyhi ve's-sellem ve sunenihi ve eyyâmih/Sahihü'l-Buhârî 1-9,** Dâru't-tavki'n-necât, Yayın yeri yok 1422/2001. "Ahkâm" 93-7203 (c. 9, s. 77).

[26] Heykel, **"el-Cihâd ve'l-kitâl",** c. 1, s. 168.

(حَدَّثَنَا مُسَدَّدٌ، حَدَّثَنَا يَحْيَى، عَنْ سُفْيَانَ، حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ دِينَارٍ، قَالَ: شَهِدْتُ ابْنَ عُمَرَ حَيْثُ اجْتَمَعَ النَّاسُ عَلَى عَبْدِ المَلِكِ، قَالَ: كَتَبَ إِنِّي أُقِرُّ بِالسَّمْعِ، وَالطَّاعَةِ لِعَبْدِ اللَّهِ عَبْدِ المَلِكِ أَمِيرِ المُؤْمِنِينَ عَلَى سُنَّةِ اللَّهِ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ مَا اسْتَطَعْتُ، وَإِنَّ بَنِيَّ قَدْ أَقَرُّوا بِمِثْلِ ذَلِكَ)

[28] Muhammed el-Mübârek, **Nizâmü'l-İslâm/el-hükmu ve'd-devle,** Dârü'l-fikr, Yayın yeri yok 1409/1989, s. 30.

[29] er-Ravdü'n-Nadîr, Mektebetü'l-müeyyed, Tâif Tarih yok, c. 5, s. 26; (nakleden: Muhammed el-Mübârek, Nizâmü'l-İslâm, s. 30).

belirtmeksizin “devlet tarafından atanan görevli kişiyi” hâkim olarak tanımlamanın İslâm fıkhındaki yerleşik şer‘î tanıma uygun olmadığı kanaatindeyiz.

C. Kâdının Hukukî Anlaşmazlıkları Çözüm Metodu

Rasûlullah (sav), sahâbe ve tabiîn dönemleri başta olmak üzere İslâm toplumlarında insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıklar, vahiy ve sünnet yöntemiyle çözümlenmiştir. İnsanlar arasındaki çekişmeli işlerin çözümü Kur’ân ve sünnette olmadığı zaman kâdılığa ehil olan kimseler tarafından yine Kur’ân ve sünnetin genel ilke ve kurallarına dayanarak ictihad metoduyla insanlar arasındaki problemler çözüme kavuşturulmuştur.

Kur’ân’ı Kerimde insanlar arasındaki çekişmeli işlerin çözümlenme yöntemi ile ilgili olarak oldukça fazla ayetler bulunmaktadır. Biz sadece birkaç tanesine yer vermekle yetineceğiz. Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır: *“Aralarında, Allah'ın indirdiği ile hükmet. Onların arzularına uyma ve Allah'ın sana indirdiğinin bir kısmından (Kur’ân’ın bazı hükümlerinden) seni şaşırtmalarından sakın…”*[30] Görüldüğü gibi bu ayet, sadece Allah'ın indirdiği ile hükmetmeyi emretmektedir. Allah’ın yolundan saptıranların arzusuyla olan beşerî sistemlerle hükmetmenin tümünü Allah Teâlâ, red etmektedir. *“Aralarında hüküm vermesi için Allah'a (Kur’ân’a) ve peygambere çağırıldıkları zaman, bir de bakarsın ki içlerinden bir grup yüz çevirmektedir.”*[31] Bu son ayette ise insanlar arasında çıkan çekişmeli işlerde çözüm mercii olarak Allah’ın kitabı ve Rasûlullah’ın (sav) sünneti olduğu vurgulanmıştır.

Rasûlullah (sav), sahâbe, tabiîn dönemleri ile sonraki dönemlerde insanlar arası anlaşmazlıkların vahiy ve sünnetle çözümlendiğine dair birçok uygulama örnekleri vardır. Sözgelimi Kabîsa b. Züeyb’in rivayetine göre, Bir nine, Hz. Ebû

---

[30] Mâide,5/49.
(وَاَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا اَنْزَلَ اللهُ وَلَا تَتَّبِعْ اَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ اَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا اَنْزَلَ اللهُ اِلَيْكَ)

[31] Nur, 24/48.
(وَاِذَا دُعُوا اِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ اِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ)

Bekir'in (r.a) yanına gelip Allah'ın kitabına göre mirastan ne kadar pay alacağını sordu. Hz. Ebû Bekir, kadına: *"Senin için Allah'ın kitabında herhangi bir açıklama yoktur. Rasûlullah (sav)'ın sünnetin de de nine için bir pay zikrettiğine dair bir uygulama bilmiyorum. Sen şimdilik git de ben, bunu insanlara sorayım"* dedi. Sonra insanlara bu konuda bildikleri bir şey olup olmadığını sordu. Muğîre b. Şu'be (r.a): *"Ben Rasûlullah'ın yanında bulundum. Nineye altıda bir verdi,"* dedi. Hz. Ebû Bekir: *"Söylediğine senden başka şahit var mı?"* dedi. Bunun üzerine Muhammed b. Mesleme el-Ensârî (r.a) ayağa kalkıp Muğîre'nin söylediğinin aynısını söyledi ve Hz. Ebû Bekir, o nine için bu hisseye hükmetti.[32]

Rasûlullah (sav), kendisi pek çok anlaşmazlıkları Allah'ın kitabı veya kendi sünneti ile çözümlemiştir. Hz. Peygamber, insanlar arasında meydana gelen sorunları çözmek için, Medine'den uzak bölgelere bile yönetici ve kâdı atadığı bilinmektedir. Rasûlullah (sav), Hz. Ali'yi (r.a) Yemen'e kâdı olarak göndermiştir. Rasûlullah (sav), Muâz b. Cebel'i (r.a) Yemen'e hem kâdı hem de vali olarak gönderirken[33] aralarında şu konuşma geçti:

Rasûlullah (sav), Muâz (r.a) ya "Sana bir dava getirildiğinde ne ile hüküm verirsin?" diye sordu. Muâz (r.a), Allah'ın kitabı ile hükmederim'' dedi. Rasûlullah (sav), "Allah'ın kitabında bulamazsan ne ile hükmedersin?" diye tekrar sordu. "Rasûlullah'ın sünnetiyle hükmederim" cevabını vermiştir. Hz. Peygamberin "Allah'ın kitabında Rasûlullah'ın sünnetin de de bulamazsan?" sorusuna ise Muâz, "kendi görüşüme göre ictihad ederim ve vazgeçmem (davayı hükümsüz bırakmam)" demiştir. Allah Rasûlü, bu cevabı alınca eliyle onun göğsüne vurarak:

---

[32] Taberânî, 1068 c. 20, s. 438; Beyhakî, "el-Ferâid" 34/ 12469 (c. 6, s. 418).
(عَنْ قَبِيصَةَ بْنِ ذُؤَيْبٍ، قَالَ: جَاءَتِ الْجَدَّةُ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا فِي كِتَابِ اللهِ , فَقَالَ لَهَا أَبُو بَكْرٍ: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللهِ شَيْءٌ , وَمَا عَلِمْتُ لَكِ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَيْئًا فَارْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ , فَسَأَلَ النَّاسَ فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ: «حَضَرَتْ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَعْطَاهَا السُّدُسَ» فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ؟ فَقَامَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ الْأَنْصَارِيُّ فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ الْمُغِيرَةُ فَأَنْفَذَهُ لَهَا أَبُو بَكْرٍ)

[33] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 32.

"Rasûlullah'ın elçisini Rasûlullah'ın hoşnut olduğu (cevaba) muvaffak kılan Allah'a hamdolsun!" buyurdu.[34]

Söz konusu bu uygulamada olduğu gibi Kur'ân ve sünnette açık bir hüküm yoksa kâdı, Kur'ân ve sünnete dayanarak her türlü hukukî problemleri ictihad yoluyla çözebilir. Çünkü bizzat Allah Rasûlü (sav) tarafından buna izin verilmiştir.

Kâdı kavramının naslardaki kullanımı, İslâm hukukunda kâdı kavramına yüklenen anlamlar, kâdının tayini, kâdıda aranan nitelikler gibi hususların da burada zikredilmesi önem arz etmektedir.

D. Kâdı ve Hâkim Kavramlarının Naslardaki Kullanımı

Naslarda "kâdı" ve "hâkim" kavramları hem sözlük hem de ıstılahî anlamında kullanıldığını görmekteyiz.

Kâdı kavramı Kur'ân-ı Kerîm'de şu şekilde yer almaktadır:

(قَالُوا لَنْ نُؤْثِرَكَ عَلٰى مَا جَاءَنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالَّذِى فَطَرَنَا فَاقْضِ مَا اَنْتَ قَاضٍ اِنَّمَا تَقْضِى هٰذِهِ الْحَيٰوةَ الدُّنْيَا)

"Sihirbazlar şöyle dediler: "Bize gelen apaçık delillere ve bizi yaratana seni asla tercih etmeyeceğiz. Artık sen vereceğin hükmü ver. Sen ancak bu dünya

---

[34] Ebû Dâvûd Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk b. Beşîr b. Şeddâd b. Amr es-Sicistânî el-Ezdî (ö. 275/889), **Sünenu Ebî Dâvûd 1-4,** el-Mektebetü'l-asriyye, Saydâ-Beyrut Tarih yok, "el-akdiyye" 23/ 3592 (c. 3, s.303); Beyhakî, "Âdâbü'l-kâdî" 65/20339 (c. 10, s.195); Begavî, "el-İ'mâre ve'l-kadâ'" 21/2509, (c. 10, s. 116). Bu hadis, Pezdevî, Cüveynî, Ebu Bekr b. Arabî, Hatîb el-Bağdâdî, İbn Teymiyye, İbn Kesîr, İbn Cevziyye ve Şevkânî gibi pek çok hadis, kelam, fıkıh ve usûl-î fıkıh âlimleri tarafından sahih biliniyor ama senedi zayıftır. Geniş açıklama için bkz. Sünenü Ebî Dâvûd, 23-3592, c3 , s. 303;
Merkezü'l-fetvâ,
bkz.http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=161759 (13.03.2017).
(أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: «كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟»، قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟»، قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟» قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي، وَلَا آلُو فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَدْرَهُ، وَقَالَ: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ، رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ)

hayatında hüküm verirsin."[35] Bu ayette kâdı kavramı sözlük anlamı olan "yapan, hükmünü, sözünü geçiren" manasında kullanılmıştır.[36] Hâkim kelimesinin çoğulu olan hükkâm ise Kur'ân'da şöyle kullanılmıştır:

(وَلَا تَأْكُلُوا اَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا اِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ اَمْوَالِ النَّاسِ بِالْاِثْمِ وَاَنْتُمْ تَعْلَمُونَ)

"Aranızda birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin. İnsanların mallarından bir kısmını bile bile günaha girerek yemek için onları hâkimlere (rüşvet olarak) vermeyin."[37] Bu ayette hükkâm kelimesi "uhdesinde yargı yetkisi de bulunan yöneticiler" manasında yani ıstılahî anlamında kullanılmıştır.[38]

Hadislerde hem hâkim hem kâdı kelimesi oldukça fazla zikredilmiştir. Hâkim sözcüğü ile kamu adına görev yaparak idarî, malî, kazâî vb. hususlarda yönetme ve karar verme yetkisine sahip yöneticiler kastedilmiştir. Aynı zamanda naslardan hüküm çıkarabilme gücüne sahip âlimlere de hâkim denmiştir. Kâdı kelimesiyle de unvanı kâdı olsun veya olmasın insanlar arasında meydana gelen davalara bakıp karara bağlayan kimseler murad edilmiştir.[39] Konuyla ilgili Buhârî, Müslim vb. hadis eserlerinde şöyle yer verilmiştir:

(إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ)

"Yönetici ve hâkim ictihad yaparak hükmedince, bunda isabet ederse kendisi için iki ücret (sevap) vardır. İctihad edip yanılırsa, kendisi için bir ecir vardır."[40] Bu

---

[35] Tâhâ, 20/72.

[36] Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr b. Yezîd b. Gâlib el-Âmülî el-Bağdâdî (ö. 310/923), **Câmi'ü'l-beyân 'an te'vîli âyi'l-Kur'ân 1-24,** Muessesetü'r-risâle, Yayın yeri yok 1420/2000, c. 18, s. 341; Atar, "Kadı" **DİA**, c. 24, s. 66.

[37] Bakara, 2/188.

[38] Ebü'l-Kâsım Mahmûd b. Amr b. Ahmed ez-Zemahşerî (ö. 538/1144), **el-Keşşâf 'an hakâ'ıkı gavâmizi't-tenzîl 1-4,** Dârü'l-kitabi'l-Arabî, Beyrut 1407/1987. c. 1, s. 233; Komisyon, "Kadâ'", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Kuveytiyye 1-45,** Dâru's-selâsil /Dâru's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006, c. 33, s. 295; Atar, "Kadı", **DİA,** c. 24, s. 66.

[39] Atar, "Kadı" **DİA,** c. 24, s. 66.

[40] Buhârî, "el-İ'tisâm" 96/7352 (c. 9, s. 108); Ebü'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî (ö. 261/875), **el-Müsnedü's-sahîh el-Muhtasaru bi nakli'l-'adli 'ani'l-'adli ilâ Rasûlillâh sallâllahu aleyhi ve's-sellem 1-5,** Dâru ihyâi't-turâsi'l-Arabî, Beyrut Tarih yok, "el-

hadiste; yeni meseleleri çözmek için gayret sarf etmelerinden dolayı ecir alacak kişiler, hem şer‘î yönetici hem de hâkimler olabilmektedir. Bu da hâkim sözcüğü ile ifade edilmiştir.

E. İslâm Hukukunda Kâdı ve Hâkim Kavramlarına Yüklenen Anlamlar

Fıkıh literatüründe hüküm kelimesinin ismi fâili olan hâkim sözcüğü tekil olarak kullanılırsa bununla halife, sultan, hükümdar unvanlarıyla bilinen devlet başkanı kastedilir. Hâkim sözcüğünün çoğulu hükkâm kelimesiyle de yine halife, vali ve kumandan gibi kamu adına görev yapan, hükmeden ve uygulama gücüne sahip bulunan yöneticiler kastedilir.[41] İslâm hukuk doktrininde kâdı kavramıyla iki kişi veya daha fazla kimseler arasında meydana gelen husumet ve davaları şer‘î hükümlere göre çözüme kavuşturma amacıyla şer‘î devlet tarafından görevlendirilen kimse kastedilir.[42] İslâm fıkıh mirasında kâdı konusu ele alınırken kâdı kavramı yerine hâkim kavramının da kullanıldığı görülmektedir.[43] Önemi nedeniyle kâdı meselesi, bütün şer‘î siyaset ile ilgili tüm fıkhi eserlerde yer almaktadır.[44] İslâm fıkıh doktrininde genelde “kadâ’”, “velâyetü’l-kadâ’”, “kitâbü’l-kadâ’”, “bâbü’l-kadâ’” ve “edebü’l-kâdî” başlıkları altında incelenmektedir. Yaptığımız araştırmalara göre, dört mezhebe ait ve şer‘î siyaset türü kaynak eserlerde önce kadâ’ kavramının tanımına yer verilmekte sonra kâdı ile ilgili farklı açıdan pek çok hükümler ele alınmaktadır.[45]

---

akdiyye” 30/6-1716 (c. 3, s. 1342); Ebû Muhammed Muhyissünne el-Hüseyn b. Mes‘ûd b. Muhammed el-Ferrâ’ el-Begavî eş-Şâfiî (ö. 516/1122), **Şerhü’s-sünne 1-15,** el-Mektebü’l-İslâmî, Dımaşk/Beyrut, 1403/1983, “el-İ‘mâre ve’l-Kadâ’” 21/2509 (c. 10, s. 115).

[41] Atar, “Kadı”, **DİA,** c. 24, s. 66.

[42] İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr,** c. 5, s. 352; Komisyon, **el-Fetâva’l-Hindiyye,** c. 3, s. 306; Sıbtî, **et-Tenbîhâtü’l-müstenbete,** c. 3, s. 1608; İbn Ferhûn, **Tebsıratü’l-hükkâm,** c. 1, s. 11-319; Şirbînî, **Muğni’l-muhtâc,** c. 6, s. 257; Buhûtî, **Keşşâfü’l-kinâ‘**, c. 6, s. 285.

[43] İbn Ferhûn, **Tebsıratü’l-hükkâm,** c. 1, s. 11-156; Ebü’l-Abbas Ahmed b. Muhammed es-Sâvî el-Mâlikî el-Halvetî (ö. 1241/1825) **Bulgatü’s-sâlik li akrabi’l-mesâlik/Hâşiyetü’s-Sâvî ale’ş-Şerhi’s-sağîr 1-4,** Dârü’l-meârif, Yayın yeri yok Tarih yok, c. 4, s. 185-236; Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Makdisî ed’Dımaşkî (ö. 620/1223), **el-Muğnî li İbn Kudâme 1-10,** Mektebetü’l-Kâhire, Yayın yeri yok 1388/1968, c. 10, s. 32-99.

[44] Ebü’l-Hasen Alî b. Muhammed b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî el-Mâverdî (ö. 450/1058), **el-Ahkâmü’s-sultâniyye,** Dârü’l-hadis, Kahire Tarih yok, s. 110-130.

[45] İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr,** c. 5, s. 351-461; Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe ed-Desûkī (ö. 1230/1815) **Haşiyetü’d-Desûkî ale’ş-Şerhi’l-kebîr 1-4,** Dârü’l-Fikr, Yayın yeri yok Tarih yok, c. 4, s. 129-164; Mâverdî, **el-Ahkâmü’s-sultâniyye,** s. 110-130; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10 s. 32-99.

Mecelle eserinde "kadâ'" kavramının tanımı yapıldıktan sonra "kâdı" tanımı da yapılmıştır.[46]

F. Kâdı Tayini

İslâm hukuk doktrinine göre kâdı tayini, imamın en zaruri görevlerinden biridir.[47] Kâdı devlet başkanının vekili sayıldığından dolayı kâdı atama yetkisi de şer'î devlet başkanına[48] ya da onun vekiline aittir.[49] Yargının kamu maslahatı olması sebebiyle tıpkı zimmet akdi gibi kâdı atama yetkisi de imama ait olur. Çünkü emir verme ve yasaklama imamın yetkisindedir. Devlet başkanının kâdıya kendisinin yerine vekil sıfatıyla kâdı atama yetkisini vermesi mendubtur. Böylece kâdıya kolaylık sağlanılmış olur ve vatandaşların çokluğu durumunda hâkim herkesin davalarını süratli bir şekilde karara bağlama imkânını elde etmiş olacaktır. Bu hususta fakihler ittifak etmişlerdir.[50] Kâdının ataması şer'î devlet başkanı tarafından yapılıyor olması, kâdının "velâyet-i âmme/şer'î devlet" yetkisine dayanmış olmasını sağlamaktadır. Böylelikle hâkim ile hakem arasındaki fark temayüz etmiş olur.[51]

Kadâ' (yargı) görevi İslâm toplumlarında icra edilmesi, mezheplerin ittifakıyla farz-ı kifâyedir.[52] İslâm devlet başkanının kâdıyı tayin etmesi farzdır. Zira fakihler, imamın kâdı tayin etmesinin farz olduğuna dair genellikle şu ayetleri delil

---

[46] **Mecelle,** mad. 1785.

[47] Ebû Bekr Alâüddîn b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî (ö. 587/1191), **Bedâ'i'u's-sanâ'i' fî tertibi'ş-şerâ'i' 1-7,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Yayın yeri yok 1406/1986. c. 7, s. 2.

[48] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s.35, 36.

[49] İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 23; İbn Ebü'd-Dem, Ebû İshâk Şihâbüddîn İbrâhîm b. Abdillâh b. Abdilmün'im b. Alî el-Hemdânî el-Hamevî, **Kitâbu Edebi'l-kadâ',** Dârü'l-irşâd, Bağdat 1405/1984, c. 1, s. 138-142; İbn Kudâme**, el-Muğnî,** c. 10, s. 93.

[50] İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 19; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 266; Komisyon, "Kadâ'", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 33, s. 296.

[51] Eşref Yahyâ Reşîd el-Ömerî, **Nezariyyetü't-tefriki'l-kadâ' beyne'z-zevceyn Dirâsetün te'siliyyetün ve'l-mukârene,** (Doktora Tezi, el-câmi'etü'l-Ürdüniyye kulliyetü'd-dirâsâti'l-ulyâ), Ürdün 2005, s. 139.

[52] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 2; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 258; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 32.

olarak gösterirler:[53] *"Ey Dâvûd! Gerçekten biz seni yeryüzünde halife yaptık. İnsanlar arasında hak ile hüküm ver."*[54]

Allah Teâlâ peygamberimiz (sav)'e şöyle buyurmuştur: *"Allah'ın indirdiği ile aralarında hükmet."*[55] Kadâ', insanlar arasında hak ile ve Allah'ın indirdikleri ile hükmetmektir. Dolayısıyla farzı ikame etmek için kâdı tayin etme cihad etme ve devlet başkanlığı gibi[56] zorunlu olarak farz olmaktadır.[57]

"Ey iman edenler, adaleti titizlikle ayakta tutan (hâkim) ler ve Allah için şahitlik eden (insan) lar olun."[58]

İnsanoğlu, potansiyel olarak birbirine haksızlık etmeye eğilimli olarak yaratılmıştır. Kadâ', iyiliği emretme ve kötülüğü nehiy etme kapsamına girdiğinden dolayı farz-ı kifâyedir. Bazı âlimler, yargının dinî bir mesele, Müslümanların maslahatlarından bir maslahat olmasının yansıra insanların yargıya çokça ihtiyaç duymalarından dolayı kâdı tayinine önem vermek gerektiğini söylemişlerdir.[59] Öte yandan kâdılık görevi uhrevî açıdan kişiye Allah'ın rızasını kazanmasını sağlar. Nitekim Abdullah b. Mes'ûd (r.a); *"Bana, iki kişinin arasında kâdı olarak oturmak, yetmiş yıl ibadetten daha sevimlidir"* demek suretiyle kâdı tayininin önemini vurgulamıştır.[60]

---

[53] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 2; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 12; Komisyon, **el-Fetâva'l-Hindiyye,** c. 3, s. 306; Vehbe ez'Zuhaylî (ö. 1436/2015), **el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuh 1-11,** Darü'l-fikr, Dımaşk 1427/2006. c. 8, s. 5935.

[54] Sâd, 38/26.

(يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَق)

[55] Maide, 5/48.

(فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ)

[56] İbn Kudâme, **el-Muğnî**, c. 10, s. 32.

[57] Kâsânî**, Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 2.

[58] Nisâ, 4/135.

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء لِلّهِ)

[59] Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde b. İbrahim el-Meydânî el-Guneymî ed-Dımaşkî (ö. 1298/1881**), el-Lübâb fî şerh'il-Kitâb 1-4,** el-Mektebetü'l-ilmiyye, Beyrut/Lübnan Tarih yok, c. 4, s. 77.

[60] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî**, c. 8, s. 5935, 5936.

G. Kâdılarda Aranan Nitelikler

Kâdı ile ilgili pek çok hüküm bulunmaktadır. Biz ise konumuzla temel ilişkisi olması açısından bir kimsenin yargı ehliyetine sahip olmasının şartları üzerinde duracağız.[61]

Şer'î olmayan mahkemenin boşamasının dinî geçerliliğinin tespiti konusu kâdıda bulunması gereken niteliklerden ittifak ve ihtilâf edilen şartları bilmekle mümkündür. Aynı zamanda aşağıda değineceğimiz üzere kâdı bulunmadığı durumlarda hukukî davaların çözümü için fukaha, bazı yöntemler geliştirmiştir. Fakihlerin geliştirdiği bu yöntemlerde genellikle kâdı yerine geçecek merciin kâdı niteliklerine sahip olması gerektiği, şart koşulmaktadır. Dolayısıyla kâdılarda aranan nitelikler bilinmezse sonraki konular net anlaşılamayacaktır

1. Kâdılarda Aranan Nitelikler Hususunda İttifak Edilen Şartlar

Fıkhî Mezhepler, kâdıda bulunması gereken dört nitelikte ittifak halinde oldukları için fazla açıklama gereği duymamışlar biz de bahsi geçen nitelikleri sadece maddeler halinde değinmekle yetineceğiz:

1. Müslüman olması.

2. Ergenlik dönemine ulaşması.

3. Akli dengesi yerinde olması.[62]

4. Hür olması.[63]

---

[61] Komisyon"Kadâ'", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 33, s. 295.

[62] Mâlikî ve Şafiî mezheplerine göre kâdının aklî dengesi yerinde olması şartı, aynı zamanda kâdının idrak edilmesi zorunlu şeyleri bilmesini de kapsadığını söylemektedirler. Bir başka deyişle bir kimsenin kâdı olabilmesi için sadece mükellef olmanın şartı olan aklî dengesi yerinde olması yetmemektedir. Aynı zamanda kâdının temyiz gücü yüksek, kıvrak zekâya sahip ve gafletten uzak olarak zekâsıyla sorunları çözme yetisine sahip olması da şarttır. Geniş açıklama için bkz. İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 26; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 129; Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 111.

[63] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 3; Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubî el-Endelüsî (ö. 520/1126), **Bidâyetü'l-muctehid ve Nihâyetü'l-müktesid 1-4,** Dârü'l-hadis, Kahire 1425/2004, c. 4, s. 243; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s.26;

2. Kâdılarda Aranan Nitelikler Hususunda İhtilâf Edilen Şartlar

Adalet, erkek ve müctehid olmak gibi niteliklerin kâdılarda bulunması hususu mezhepler arasında ihtilâf konusu olmuştur. Müctehidlerin çoğunluğu, bir kimsede kâdılarda aranan niteliklerden ihtilâf konusu olan vasıflardan herhangi birisi bulunmazsa o kimsenin kâdı olamayacağı görüşündedirler.[64] Hanefî mezhebi ise ihtilâf konusu olan vasıfların genelde "hilâf-ı evlâ" (daha iyisine/mükemmelliğe aykırı) olarak bir kimsenin kâdı olmasına engel teşkil etmediği görüşündedir.[65] Şimdi ihtilâf edilen bu vasıfların mezhepler tarafından incelenmesine ve bu konudaki tespitlerimize yer vereceğiz. Bu konuda mezheplerin görüşlerine yer verirken mezheplerin teşekkül sıralamasını esas almayacağız. Diğer bir anlatımla bu konudaki görüşleri arz ederken önce cumhurun sonra da bu hususta farklı görüş belirten mezhebe yer vereceğiz.

a. Kâdının İşitme, Görme ve Konuşma Organlarının Sağlıklı Olması

Mâlikî mezhebi hariç diğer mezhepler, bir kimsenin kadı olabilmesi için işitme, görme ve konuşma organlarının sağlıklı olmasının şart olduğu konusunda görüş birliğine varmışlardır.[66] Ancak Mâlikî mezhebi, bahsi geçen kadılarda aranan bu şartlar konusunda diğer mezheplerden farklı düşünmüştür.[67] Nitekim Mâlikî mezhebine ait "Tebsıratü'l-hükkâm" adlı eserde bu mesele ele alınırken konunun hemen başında bu niteliklere şöyle yer verilmektedir: *"Kâdî İyâz, bir kimsenin kâdı olabilmesi için o kimsenin işitme ve görme organlarının sağlıklı olması konusunda*

Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 111; Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Abdillâh İbn Cüzey el-Kelbî el-Gırnâtî (ö. 741/1340), **el-Kavânînü'l-fıkhiyye,** Yayın evi yok, Yayın yeri yok Tarih yok, s. 195; Sâvî**, Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 187; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 262; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 36.

[64] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 4, s. 243; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 26,27; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 129; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 187; İbn Cüzey el-Gırnâtî, **el-Kavânînü'l-fıkhiyye,** s. 195; Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 110, 117; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 262,263; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 36-39.

[65] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 3.

[66] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 3; Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 262,263; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 36,37.

[67] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 4, s. 243, 244; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 27, 28; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 130; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s.191.

Malikî âlimlerinin ve başka âlimlerinin icmâı olduğunu söylemiştir. Bu, bilinen bir şeydir. Fakat Mâverdi'nin İmam Mâlik'ten rivayet ettiği âmâ bir kimsenin yargılamasının caiz olduğu görüşü ise bilinmeyen bir durumdur. İmam Mâlik'ten böyle bir rivayetin olması doğru değildir. Görme engelli bir kimse, haklıyı haksızdan, davacıyı davalıdan, tanığı tanık olunandan ayıramadığından ve zapt ehli olmadığından dolayı yargı görevine atanamaz.[68] *İbnü'l-Kâsım el-Cezîrî'nin 'Vesâ'ik'adlı eserinde Kâdî İyâz'ın dediği gibi işitme ve görme organlarının sağlıklı olması bir kimsenin kâdı olabilmesinin sıhhat/geçerlilik şartı olduğu belirtilmiştir."*[69] Vehbe ez-Zuhaylî gibi çağdaş âlim[70] ve bazı araştırmacılar kâdılarda bulunması gereken bu üç niteliğin şart olduğunu, bütün mezheplerin bu hususta ittifak ettiklerini ifade etmektedirler.[71] Kanaatimizce onları bu şekilde düşünmeye sevk eden saik, Mâlikî kaynaklarda yer alan yukarıdaki görüşlerdir.[72] Oysa Mâlikî mezhebinin kaynak eserlerini detaylı bir şekilde etüt ettiğimizde bu hususstaki bilgilerin böyle olmadığını anlamaktayız.[73] Öte yandan "Tebsıratü'l-hükkâm" adlı eserde bu meselenin tamamı göz önüne alındığında Mâlikî mezhebine göre işitme, görme ve konuşma organlarının sağlıklı olmasının şart olmadığı hususu hakkında bir fikir verecektir.[74]

Mâlikî mezhebine göre işitme, görme ve konuşma organlarının sağlıklı olması bir kimsenin henüz kâdı olarak atanması için vâcip olduğu gibi o kimsenin yargı görevini devam etmesi için de vâciptir. Ancak bu nitelikler bir kimsenin kâdı olarak görevlendirilmesi için şart değildir. Buna göre bir hâkim, ister görevlendirmesi yapıldığı ilk baştan, ister sonradan bu organların bazılarından

---

[68] Benzer görüşler için Hanefî, Şafiî ve Hanbelî mezheplerine bkz. Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 3; Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 262,263; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 36,37.

[69] İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 27, 28.

[70] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c.8, s. 5936.

[71] Ömerî, **Nezariyyetü't-tefriki'l-kadâ' beyne'z-zevceyn,** s. 139.

[72] Ömerî, **Nezariyyetü't-tefriki'l-kadâ' beyne'z-zevceyn,** s. 139.

[73] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 4, s. 243,244; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 27, 28; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 130; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s.191.

[74] İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 27- 28

yoksun olmuş ise kâdılık görevinden azledilir.[75] Fakat böyle bir hâkimin geçmişe dönük kararları doğru olduğu takdirde bozulmaz kâdılık görevinden azledileceği güne kadar verdiği bütün hükümler geçerlidir.[76] Şeyh Derdîr, söz konusu kâdının geçmişe dönük kararlarının geçerliliği konusunda şöyle demektedir: *"Bir hâkim işitme, görme ve konuşma organlarından sadece bir tanesinden yoksun olarak başta veya sonradan hüküm vermişse onun bu hükmü geçerlidir. Şayet bir kâdı söz konusu organların ikisinden yoksun olarak hüküm vermişse böyle bir hükmün geçerliliği konusunda ihtilâf bulunmaktadır. Ancak işitme, görme ve konuşma organlarının her üçünden de mahrum olarak hüküm vermişse bu durumda onun geçmişe dönük olarak verdiği hüküm geçersizdir."*[77]

Mâlikî mezhebine göre bir kimsenin kadı olabilmesi için işitme, görme ve konuşma organlarının sağlıklı olmasının şart olmadığı konusundaki tespitimizi ispatlamak için Mâlikî mezhebinin önde gelen isimlerinden olan İbn Rüşd'ün konuyla ilgili görüşüne yer vereceğiz.

(وَلَا خِلَافَ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْكَلَامَ مُشْتَرَطَةٌ فِي اسْتِمْرَارِ وِلَايَتِهِ، وَلَيْسَ شَرْطًا فِي جَوَازِ وِلَايَتِهِ. وَذَلِكَ أَنَّ مِنْ صِفَاتِ الْقَاضِي فِي الْمَذْهَبِ مَا هِيَ شَرْطٌ فِي الْجَوَازِ، فَهَذَا إِذَا وُلِّيَ عُزِلَ وَفُسِخَ جَمِيعُ مَا حَكَمَ بِهِ. وَمِنْهَا مَا هِيَ شَرْطٌ فِي الِاسْتِمْرَارِ وَلَيْسَتْ شَرْطًا فِي الْجَوَازِ، فَهَذَا إِذَا وَلِيَ الْقَضَاءَ عُزِلَ وَنَفَذَ مَا حَكَمَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَوْرًا. وَمِنْ هَذَا الْجِنْسِ عِنْدَهُمْ هَذِهِ الثَّلَاثُ صِفَاتٍ.)

"Bir kâdının görevine devam edebilmesi için o kâdının işitme, görme ve konuşma organlarının sağlıklı olmasının şart olduğu konusunda Mâlikî mezhebinde görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak bu nitelikler, (başlangıç itibariyle) bir kâdının görevlendirilmesinin cevazı için ise şart değildir. Mâlikî mezhebinde kâdı ile ilgili bazı sıfatlar vardır ki bunlar kâdının görevlendirilmesinin cevazı için şarttır. Bu (tür) nitelikler olmadan bir kâdının görevlendirilmesi yapılmışsa o kâdı

[75] İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 28;
[76] İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 28; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 130; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s.191.
[77] Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s.191.

görevinden azledilir ve geriye dönük verdiği bütün hükümler feshedilir. Bazı sıfatlar da vardır ki bunlar kâdının görevlendirilmesinin cevazı için şart olmayıp sadece kâdının görevine devam edebilmesi için şarttır. Böyle sıfatlara sahip bir kimse, yargı görevini üstlenirse görevinden azledilir ve haksızlık yapmadığı koşuluyla geriye dönük verdiği bütün hükümler ise geçerli olur. Mâlikîlere göre işte bu üç sıfat (kâdının işitme, görme ve konuşma organlarının sağlıklı olması) bu türden sıfatlardır."[78]

Tıpkı İbn Rüşd gibi düşünen İbn Ferhûn da Kâdî İyâz'ın şöyle dediğini aktarmaktadır: *"Yargı müessesesinin işletile bilmesi, yargı görevlendirilmesinin yapılması ve devam etmesinin şartları (hâkim olacak kimsede) on şeyin gerçekleşmesine bağlıdır:*

1. Müslüman olmak,

2. Aklî melekesi yerinde olmak,

3. Erkek olmak,

4. Hür olmak,

5. Ergen olmak,

6. Adil olmak,

7. İlim ehliyetine sahip olmak,

8. Bir hukukî davaya bakacak hâkimin aynı kişinin olması,

9. Görme ve işitme organlarının sağlam olması,

10. Dilsiz olmaması.

---

[78] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 4, s. 243, 244.

İlk sekiz şart, bir kimsenin kâdı olarak görevlendirilmesinin sıhhati/geçerliliği için şarttır. Son üç şart (görme, işitme ve konuşma organlarının sağlıklı olması) ise bir kimsenin kâdı olarak görevlendirilmesi için şart olmayıp ancak son üç şartın yokluğu halinde hâkim olacak kişinin azlini gerektirir. Kâfir ve aklî dengesi yerinde olmayanın hâkim olması ise âlimlerin ittifakıyla geçersizdir.[79]

Gerçek şu ki; Malikî mezhebinde bir kimsenin kâdı olabilmesi için işitme, görme ve konuşma organlarının sağlıklı olmasının şart koşulmasıyla ilgili olarak iki görüş tespit ettik.

1. Allâme Halîl'in "Muhtasar" adlı eserinin şerhinde Şeyh Derdîr ile Desûkî ve Sâvî gibi fakihler, bir kimsenin başlangıçta kâdı olarak tayin edilebilmesi ve yargı görevinin devam edebilmesi için bu üç niteliğe sahip olması şart olmayıp sadece vâcip olduğunu belirtmişlerdir. Fakat bir kâdı bu üç niteliğe sahip olmadığı vakit yargı görevine devam edemez görevinden azledilir. Böyle bir kâdının geriye dönük verdiği hükümleri ise bu imamların detaylardaki farklı görüşleri bir tarafa bırakırsak geçerlidir.[80]

2. İbn Rüşd ve İbn Ferhûn gibi fakihlere göre ise bir kimsenin başlangıçta kâdı olarak görevlendirilebilmesi için işitme, görme ve konuşma organlarının sağlıklı olmasının şart olmadığı görüşündedirler. Ancak bir kâdı, yargı görevini devam ettirebilmesi için bu üç niteliğe sahip olması şarttır. Yine bu iki fakihe göre bu niteliklerden yoksun olan bir kâdının haksızlık yapmadığı koşuluyla geriye dönük bütün hükümleri geçerli olmaktadır.[81]

---

[79] İbn Ferhûn, **Tebsiratu'l-Hükkam,** c. 1, s. 26.
(قَالَ الْقَاضِي عِيَاضٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - " التَّنْبِيهَاتُ ": وَشُرُوطُ الْقَضَاءِ الَّتِي لَا يَتِمُّ الْقَضَاءُ إلَّا بِهَا وَلَا تَنْعَقِدُ الْوِلَايَةُ وَلَا يُسْتَدَامُ عَقْدُهَا إلَّا مَعَهَا عَشْرَةٌ: الْإِسْلَامُ وَالْعَقْلُ وَالذُّكُورِيَّةُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْبُلُوغُ وَالْعَدَالَةُ وَالْعِلْمُ وَكَوْنُهُ وَاحِدًا وَسَلَامَةُ حَاسَّةِ السَّمْعِ وَالْبَصَرِ مِنْ الْعَمَى وَالصَّمَمِ وَسَلَامَةِ اللِّسَانِ مِنْ الْبَكَمِ، فَالثَّمَانِيَةُ الْأُوَلُ هِيَ الْمُشْتَرَطَةُ فِي صِحَّةِ الْوِلَايَةِ وَالثَّلَاثَةُ الْأُخَرُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِي الصِّحَّةِ، لَكِنَّ عَدَمَهَا يُوجِبُ الْعَزْلَ، فَلَا تَصِحُّ مِنْ الْكَافِرِ اتِّفَاقًا، وَلَا الْمَجْنُونِ)

[80] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 130; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 191.

[81] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 4, s. 243, 244; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 28.

Bu iki grup âlimlerin temelde aynı görüşte olduklarını aralarında sadece lafzî bir ihtilâf bulunduğunu düşünüyoruz. Nitekim her iki gruptaki âlimlere göre, bir kimsenin başlangıç itibariyle kâdı olarak atanabilmesi için o kişinin söz konusu üç niteliğe sahip olmasının şart olmadığı görüşündedirler. Asıl görüş ayrılığı olan husus ise şudur: "Birinci grup âlimler, bir kâdının görevinin başlangıç ve devamlılığı için işitme, görme ve konuşma organlarının sağlıklı olmasını vâcip görmektedirler. İkinci grup âlimler ise bu nitelikleri kâdının görevinin devamlılığı için "vâcip" lafzı yerine "devamlılıkta şart" olduğunu belirtmişlerdir. Şayet bu niteliklerin bir kâdıda bulunması her iki gruba göre "cevaz şartı" olmuş olsaydı böyle bir kâdının geriye dönük verdikleri hükümleri her iki gruba göre de feshedilmesi gerekirdi. Dolayısıyla aralarındaki ihtilâfın lafzî olduğu kanaatindeyiz."

b. Kâdının Müctehid Olması

Bir kimsenin kâdı olabilmesi için sahip olması gereken ilmî kifâyet konusunda müctehidlerin çoğunluğu o kişinin mutlak müctehid derecesine ulaşmasını şart koşmuşlardır.[82] Mutlak müctehidlerin sonraki dönemde yetişmelerinin zorlaştığını göz önünde bulundurduğumuzda bahsi geçen bu konuda özellikle Mâlikî mezhebinin "mutemed'' görüşünün uygulanabilirliği daha makul görülebilir. Aşağıda yer vereceğimiz üzere Mâlikî mezhebinin "mutemed" görüşüne göre müctehid derecesinde bir kimsenin varlığına rağmen âlim olması kaydıyla mukallid bir kimse de kâdı olabilmektedir.[83] Öte yandan Hanefî mezhebi dışındaki Mâlikî, Şâfiî, Hanbelî mezhepleri, bilgisiz bir kimsenin kâdı olamayacağı görüşündedirler.[84] Hanefî mezhebi dışındaki mezheplere göre; insanlar arasında en

[82] İbn Cüzey el-Gırnâtî, **el-Kavânînü'l-fıkhiyye,** s. 195; detaylı bilgi için bkz. Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 129; Mâverdî **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112,113; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 263; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 37.

[83] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 129; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c.8, s. 5938.

[84] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 129; İbn Cüzey el-Gırnâtî, **el-Kavânînü'l-fıkhiyye,** s. 195; Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112,113; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 262; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 37.

fazla ilme ihtiyacı olan kişinin kâdı olması sebebiyle bilgisiz bir kimse kâdı olamaz.[85]

Mâlikîlerin çoğunluğu[86] Şâfiî,[87] Hanbelî[88] mezhepleri ve Hanefîlerden Kudûrî[89] gibi bazı imamlar, kâdı olacak kişinin ictihada ehil olma şartını koşmaktadırlar.[90]

Kâdı olabilmek için ictihad ehliyetine sahip olmakta ki ölçü; usûl ve furû'uyla birlikte şer'î hükümlerde âlim olması gerekir. Kâdı olacak kimsenin dinde ictihad ehli olabilmesi için de aşağıda yer vereceğimiz üzere şeriatın hükümleri olan şu dört kısımdan oluşan usûl ilmine sahip olması gerekir:[91]

1. Kâdı olmak için, Kur'ân'da beş yüz dolayında olan ahkâm ayetlerinin nâsih-mensûh, muhkem-müteşâbih, umûm-husûs, mutlak-mukayyed ve mücmel-müfesser olmak üzere bu on hükmün ilmine sahip olmak gerekir.[92] Hâkim olacak kişinin Kur'ân'ın bütün ilmine sahip olması gerekmez.[93]

2. Kâdı, Rasûlullah'ın sözlerini ve uygulamalarını bunların bize ulaşma şekilleri olan tevâtür, âhâd, sahih olan ve sahih olmayan kısımlarını bilecek şekilde sünnet ilmine vakıf olmalıdır. Öte yandan kâdı, sünnetin pratik bir durum sebebiyle mi, yoksa herhangi bir sebebe bağlı olmaksızın tezahür etmesinin[94] yansıra ravilerin zayıflık ve kuvvet derecesi bakımından hallerini bilmelidir. Bir kâdı bunların ilmine sahip olduğu vakit, delillerin tearuzu esnasında hâssı âmm olana, mukayyedi mutlaka, mübeyyeni mücmele, nâsihi mensûha ve mütevâtiri âhâd delillere tercih

---

[85] İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 27.
[86] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 129;
[87] Mâverdî, **Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112,113; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 262.
[88] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 37; Buhûtî, **Keşşâfü'l-kinâ',** c. 6, s. 295.
[89] el-Hidâye eserinde şöyle gelmiştir: "Aslında kâdı olacak kişi için ictihad ehli olması şartı koşulması mükemmelliğin şartıdır. Bize göre cahili (müctehid olmayanı) taklit etmek sahihtir. Çünkü bilgisiz bir kimse başkasının fetvasıyla pekâlâ hüküm verebilir." Geniş bilgi için bkz. Meydânî, **el-Lübâb,** c. 4, s. 78.
[90] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c.8, s. 5938.
[91] Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112.
[92] Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112, Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 263, 264; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 38.
[93] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 38.
[94] Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112.

etme imkânına sahip olur.[95] Kâdı, ahkâma dair hadisleri bilmesi yeterli olup akide ve ahlakla ilgili hadisleri ise bilmesi şart değildir. Ancak kadının Kur'ân'da bilmesi gereken konuların aynısını sünnetten ve tevatür, âhâd, mursel, muttasıl, müsned, munkatı' gibi hadis türlerinin derecelerini artıran hadisleri bilmesi gereklidir.[96]

3. Hâkim olacak zat, sahâbeden âlim olanlarının görüşlerini selefin icmâsını ve ihtilâfını bilmelidir ki, hakkında icmâ olan konularda icmâya uysun, icmâ olmayan konularda ise ictihad edebilsin.[97]

4. Kâdı, kıyas ilmini bilmelidir ki (المسكوت عنه/ hükmü bildirilmeyen) furû'î meseleleri (الْأُصُول الْمَنْطُوق/ hükmü nasla bildirilen) asıllara ve üzerinde icmâ edilen hükümlere kıyas yapabilsin.[98]

Bir kimse şeriatın hükümleri olan bu dört usûl ilmine sahip olduğu vakit dinde ictihad ehli olur. Böylece dinde fetva verebilir ve yargılama yapabilir. Bu asıllardan birinin dahi ilmine sahip değilse fetva vermesi ve yargılamada bulunması caiz değildir[99]

Kâdı olacak kimse, müctehidlerin görüş ayrılıklarını, istinbât etme yollarını ve Arap dilini sarf-nahiv ilmiyle beraber bilmesi gerekir. Ancak bu ilim sayesinde lafzın umûm-husûsunu, mutlak-mukayyedini, mücmel-beyanını veya bir siyganın emir, nehiy, haberini vs. bilebilir.[100]

Hanefî mezhebine göre helal-haram ve çeşitli hükümleri bilmek kâdı olmak için şart olmayıp sadece müstehab ve mendubtur. Hilaf-ı evlâ olarak kişi başkasının ilmini ve fetvasını alarak hüküm verebilir. Bununla birlikte şer'î hükümlerde cahil bir kimse taklid edilmemelidir. Zira cahil kimsenin yarar sağlaması zarar

---

[95] Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 264.
[96] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 38.
[97] Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 38.
[98] Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112,113;Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 264; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 38.
[99] Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 113;
[100] Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 264; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 38.

vermesinden daha fazladır. Bâtıl ile hüküm verirse bunun bilincinde dahi olmaz.[101] Nitekim Rasûlullah (sav) şöyle buyurmaktadır: *"Kadılar, üç sınıftır. İkisi ateşte diğeri ise cennettedir. Hakkı bilip onunla hüküm veren kâdı cennette olanıdır. Hakkı bilip hükümde kasıtlı olarak zulüm yapan ile İnsanlar arasında bilgisizce hüküm veren kâdılar ise ateştedir."*[102] Buna rağmen bilgisiz bir kimsenin kâdı olarak görevlendirilmesi Hanefî mezhebine göre caiz görülmektedir. Çünkü fakihlerden fetva alarak hak ile hüküm verebilir.[103]

Bir muhitte şer'î hükümlerde âlim biri varken bilgisiz bir kimsenin kâdı olmasının doğru olmadığını düşünüyoruz. Nitekim son dönem Hanefî fıkıh âlimi Ömer Nasuhi Bilmen de büsbütün bilgisiz olan bir kimsenin hâkim olmasının caiz olmadığını belirtmiştir.[104] Kâdı olacak kimse hüküm verirken herhangi bir hükme göre değil şer'î hükme göre hüküm vermek zorundadır. Bunun yolu da şer'î hükümlerde âlim olmayı gerektirir. Konuyla ilgili olarak İbn Hazm şöyle demektedir: *"Kâdı olacak kişi Kur'ân'ın hükümlerini Rasûlulullah'tan gelen sahih sünneti, nâsih-mensûhu bilmek zorundadır. Cahil kimse, cehaletiyle hüküm vermesi caiz olmadığı gibi başkasının ilmine güvenerek hükmetmesi de caiz değildir. İlmine güvendiği kişi acaba hak üzere mi fetva verdi bâtılla mı fetva verdiğini bilemez.*[105] *Dolayısıyla Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ) 'Hakkında kesin bilgi sahibi olmadığın şeyin peşine düşme."*[106] *Kişi bilmediğini alırsa bilmediği şeyin peşine düşmüş olur. Böyle yapmakla da Allah Azze ve Celle'ye karşı isyan etmiş olur.*[107]

---

[101] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 3; Komisyon, **el-Fetâva'l-Hindiyye,** c. 3, s. 307.

[102] Tirmizî, "Ahkâm" 13-1322 (c. 3, s. 605); Taberânî, 1154 (c. 2, s. 20); Müstedrek,"Ahkâm" 7012 (c. 4, s. 101); Beyhakî**,** "Âdâbü'l-kâdî" 65/20355 (c. 10, s. 199).
(الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: قَاضِيَانِ فِي النَّارِ وَقَاضٍ فِي الْجَنَّةِ. قَاضٍ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ، وَقَاضٍ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ مُتَعَمِّدًا فَهُوَ فِي النَّارِ، وَقَاضٍ قَضَى بِغَيْرِ عِلْمٍ فَهُوَ فِي النَّارِ)

[103] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 3; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 365; Komisyon, **el-Fetâva'l-Hindiyye,** c. 3, s. 307.

[104] Bilmen, **Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu,** c. 8, s. 214;

[105] Ebû Muhammed 'Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî (ö. 456/1064), **el-Muhallâ bi'l-âsâr 1-12,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 2003, c. 8, s. 427,428.

[106] İsra, 17/36.

[107] İbn Hazm, **el-Muhallâ**, c. 8, s. 427,428.

Kâdının müctehid olması konusundaki ölçüyü net olarak belirleyebilmek için kâdının müctehid olma hususunu değerlendirme gereğini hissediyoruz.

Kâdı olmak için müctehid derecesinde âlim olmayı şart koşmak günümüzde neredeyse imkânsız görünmektedir. Müctehid derecesinde âlim olmak yerine biz pratikte karşılığı olan daha makul ölçüler olması gerektiğini düşünüyoruz. Mâlikî mezhebinin "mutemed'' görüşüne göre, ictihad şartı "efdal" (daha iyi) ve müstehab olmanın şartıdır. Müctehid olmasına rağmen âlim olması kaydıyla mukallid de kâdı olabilir.[108] Nitekim Mâlikî mezhebinde kâdı olacak kimsenin müctehid olması şartı mezhep fukahasının çoğunluğuna göredir.[109] Müctehid özelliklerini kendinde barındıran bir kimsenin kadı olması görüşü elbette yerindedir. Ancak bu her zaman mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla şer'i hükümlerde gerekli şartları taşıması kaydıyla mukallid kimsenin de kâdı olması mümkündür. Yanlış hüküm verdiği takdirde müctehid konumunda olanların uyarılarını dikkate alarak veya konuyla ilgili fıkhî eserlere müracaat ederek yanlış yaptığını anlar ve yanlışını düzeltebilir.

Hanbelî mezhebi, bir kimsenin kâdı olarak görevlendirilmesi için prensip olarak onun müctehid olmasını şart görmektedir.[110] Ancak Hanbelî mezhebinin önde gelenlerinden İbn Kudâme, kâdının çok kapsamlı bir ilme sahip olmasını şart koşmamaktadır. Nitekim bu hususta şunları dile getirmektedir: *"Bir kimsenin kâdı olabilmesi için bütün ilimleri en kapsamlı bir şekilde bilmesi şart değildir. Kitap, sünnet ve Arap lisanıyla ilgili hükümleri bilmesi yeterli olmaktadır. Nitekim Rasûlullah (sav)'den sonra insanların en hayırlısı Rasûlullah'ın halefi ve vezirleri olan Hz. Ebubekir (r.a) ve Hz. Ömer (r.a), hükümlerini sünnetten bilmedikleri meseleleri insanlara sorarlardı."*[111] Bu ifadelerden Hanbelî mezhebinin kâdının sahip olması gereken ilmî donanım koşulu ile ilgili görüşlerinin vakıada uygulanabilir olduğu anlaşılmaktadır. Vehbe ez-Zuhaylî de, kâdı olabilmek için

---

[108] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 4, s. 243.
[109] İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 27; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 129; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 187; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 8, s. 5938.
[110] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 37
[111] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 38.

ictihad ehliyetine sahip olmakta ki ölçü için şöyle demektedir: *"Hâkimin Kur'ân ve sünnetin bütününe vakıf olması şart olmadığı gibi gelen bütün haberlere de vakıf olma şartı yoktur. Ayrıca bütün meselelerde müctehid olması da gerekmez. Sadece yargıya konu olan meseleyle ilgili konuları bilmesi yeterlidir."*[112] Aksi takdirde kâdı olma ehliyetine sahip birisini bulamayız

c. Kâdının Erkek Olması

Kadının "idareci" veya özel anlamda "kâdı" olmasının men edilmesi ile ilgili naslar bulunmaktadır. Öte yandan İslâm, kadınların biyolojik yapıları gereği nahif ve duygusal olmalarından dolayı içinde kâdılığın da bulunduğu idare işlerinin yükümlülüğünü kadına yüklememiştir.[113] Rasûlullah (sav), şöyle buyurmuştur: *"İşlerini bir kadının idaresine bırakan bir topluluk asla kurtuluşa eremez."*[114] Bu hadiste **(قوم)** ve **(امرأة)** kelimeleri nekire olarak yer almışlardır. Nefiy siyakında vârid olan nekreler umûm ifade eder. (Olumsuzluğu izleyen nekreler umûm ifade eder.) Hadisin umûm ifadesine binaen bir kadın ne yönetici olabilir ne de kâdı olabilir. Görüş alışverişinde bulunmak amacıyla hâkimin erkeklerle toplantılar düzenlemesi gerekmektedir. Kadın ise bunları yapmaya ehil biri değildir.[115] Ayrıca kadının unutkanlığı konusunda Allah Teâlâ şu ayette bizi uyarmıştır: *"Bu, onlardan biri unutacak olursa, diğerinin ona hatırlatması içindir.''*[116]

Mâlikî,[117] Şâfiî[118] ve Hanbelî[119] fakihlerine göre kadın ne kadar âlim olursa olsun bir topluluğa asla kâdı olamaz.[120] Kâdı olacak kimse, şahit ve davalılarla oturması gerekir. Kadının erkeklerle oturması fitneden kaçınma gereği olarak

---

[112] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c.8, s. 5938.
[113] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 36; https://islamqa.info/ar/135052 (20.03.2017).
[114] Buhârî, "Meğâzî", 64/4425 (c. 6, s. 8).
(لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة)
[115] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 36; https://islamqa.info/ar/135052 (20.03.2017).
[116] Bakara, 2/282.
(اَنْ تَضِلَّ اِحْدٰيهُمَا فَتُذَكِّرَ اِحْدٰيهُمَا الْاُخْرٰى)
[117] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 4, s. 243; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 26; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 129; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s.187; İbn Cüzey el-Gırnâtî, **el-Kavânînü'l-fıkhiyye,** s.195;
[118] Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6 s. 262.
[119] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 36;
[120] Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 110.

yasaklanmıştır.[121] Bundan dolayı Rasûlullah (sav), râşid halifeler ve üstünlükleri hakkında nass olan ilk üç asırdaki Müslümanların döneminde kadının yönetici veya kâdı olarak görevlendirilmemesiyle ilgili, fiilî olarak icmâ bulunmaktadır.[122] Onlardan sonraki dönemlerde de hiçbir devlet idarecisi, kadını hâkim veya başkan olarak atamamışlardır.[123]

Mâverdî, İbn Cerîr et-Taberî'nin kadının bütün hukukî davalarda kâdı olabileceği noktasındaki görüşünü şaz olarak değerlendirmektedir.[124]

Hanefî mezhebine göre kâdılık için erkek olma şartı yoktur. Çünkü kadın genel olarak şahit olma ehliyetine sahiptir. Ancak kadın, kısas uygulama ve cezalar konusunda hüküm verme yetkisine sahip değildir. Çünkü kadın bu konularda şahit olma ehliyetine sahip değildir. Kâdılığa ehil olmakla şahitliğe ehil olmak arasında paralellik vardır.[125]

d. Kâdının Adil Olması

Adil olmak, bütün idarî işlerde aranan bir niteliktir. Adalet, büyük günahlardan sakınmayı, küçük günahlarda ısrar etmemeyi, akidenin sağlam olmasını ve faziletli davranmayı gerektirir.[126] Adalet, kişinin doğru sözlü, zahirde güvenilir biri ve iffetli olması, haramlara girmekten kendisini koruyabilmesi, şüpheli şeylerden uzak durmasıdır. Ayrıca adalet, hâkimin kızgınlıkta ve sakinlikte kendisinden emin olunmasını gerektirir. Kâdı, birisine bir konuda görev verecekse o kimse kendisi gibi adil olmalıdır. Adil bir kimsenin şahitlikte bulunması caiz olduğu gibi kâdılık benzeri resmî-şer'î kademelerde görev alması da caiz olur.[127]

---

[121] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 8, s. 5937.
[122] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 36;https://islamqa.info/ar/135052 (20.03.2017).
[123] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 36; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 8, s. 5937.
[124] Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 110; bkz. İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 4, s. 243**;** bkz. İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 36.
[125] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 3; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 355.
[126] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 8, s. 5936.
[127] Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112

Cumhura göre adil olmayan kimsenin yargılamada bulunması caiz olmadığı gibi verdiği hükümleri de uygulanmaz.[128] Fâsık olan kişi ve şahitliği kabul görmeyen kimsenin sözlerine güvenilmeyeceğinden dolayı kâdı olamaz.[129] Fâsıkla ilgili Allah (c.c.) şöyle buyurmaktadır: *" Ey iman edenler! Size bir fâsık bir haber getirirse, bilmeyerek bir topluluğa zarar verip yaptığınıza pişman olmamak için o haberin doğruluğunu araştırın."*[130] Allah Teâlâ, bu ayette fâsık bir kimsenin haber getirmesinin doğruluğunun araştırılmasını emretmektedir. Sözüne itimat edilmeyen fâsık kimsenin hâkim olması caiz olamaz. Zira böyle bir hâkim, hüküm verirse onun verdiği bu hükmün araştırılması vâcip olur. Fâsık bir kimsenin şahitlikte bulunması caiz değil ise, kâdı olması öncelikli olarak caiz olmaz.[131]

Hanefî mezhebine göre ise bir kimsenin kâdılık görevine atanabilmesi için adalet niteliğine sahip olması şart olmayıp adalet koşulu sadece mükemmelliğin şartıdır. Bir kimse, şeriatın sınırlarını aşmaması kaydıyla kendisine gelen hukukî davalarda İslâm'ın hukuk kurallarına göre hüküm verdiği müddetçe kâdı olabilir. Dolayısıyla fâsık bir kâdının verdiği hüküm hilaf-ı evlâ olsa da caizdir.[132]

H. Kâdının Verdiği Hükmün Feshedilmezliği

Belli bir mezhebin bir kimsenin kâdı olarak atanabilmesi için koştuğu şart ile başka bir mezhebe göre atanan kâdının, bir davada hüküm vermesi ile o hükmünün geçerli olması hususları birbirinden farklı şeylerdir.

Bir kimsenin kâdı olarak görevlendirilebilmesi için kâdılarda bulunması şart koşulan niteliklerin olması gerekir. Yukarıda söz gelimi fâsık olan bir kimsenin cumhura göre kâdılık görevine atanamayacağını belirtmiştik. Ancak başka bir

---

[128] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 4, s. 243; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 129; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s.187; İbn Cüzey el-Gırnâtî, **el-Kavânînü'l-fıkhiyye,** s. 195; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 262; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 37.

[129] Bkz. Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî,** c. 4, s. 129; Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 112; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 8, s. 5936.

[130] Hucurat, 49/6.
(يَا اَيُّهَا الَّذِينَ اٰمَنُوا اِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا اَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلٰى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ)

[131] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 37.

[132] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 3; Komisyon, **el-Fetâva'l-Hindiyye,** c. 3, s. 307.

mezhebin kâdısı gelip Hanefî mezhebine göre fâsık bir kâdının verdiği hükmü -detaylardaki görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte-[133] bozamaz. Dolayısıyla "kâdılarda aranan niteliklerden ihtilâf edilen şartlar" bir kâdıda bulunmasa bile böyle bir kâdının verdiği hüküm artık temyize götürülemez. Zira hâkimin verdiği hüküm Kur'ân-sünnet nassına icmâ ve celî olan kıyasa muhalif olmadıkça genel itibariyle bozulamaz.[134]

İctihada konu olan meselelerin hükmü, ictihad edilerek verilmişse bir başka ictihadla o hüküm feshedilemez. Zira "*Bir ictihad kendisi gibi bir ictihadla feshedilmez"* kuralı icmâ ile sabittir.[135] Şayet ictihadî bir meselenin hükmü ikinci bir ictihada binaen bozulursa ikincisinin de üçüncü bir ictihadla bozulması caiz olmayı gerektirir. Nitekim bu durumda bütün ictihadî meselelerdeki hükmün değişmesi, caiz olmaktadır. Bu da kesintisiz bir şekilde taraflar arasında husumet ve çekişmeye yol açar. Çekişme de fesadın/bozgunculuğun meydana gelmesinin nedenidir. Dolayısıyla fesada yol açan şey de fesadtır. Böylece hukukî davalarda karışıklık ve istikrarsızlık baş gösterir.[136]

Bir kâdı, bir davayı ictihad ederek karara bağladıktan sonra benzer bir dava ikinci bir kâdıya gelirse ikinci kâdı ilk hâkimin verdiği hükmü bozamaz. Aksine ikinci kâdı ilk hâkimin verdiği hükmü kendi davasında da uygulamaya geçirir. Zira böyle bir yargılamanın sıhhati/geçerliliği konusunda icmâ bulunmaktadır.[137] Âlimler, bir hâkimin ictihad ederek meyil ettiği görüşlerden herhangi biriyle davayı karara

---

[133] Mezhepler arasındaki detaylardaki ihtilâflar için bkz. Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 14,15; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 78-85; Ebü'l-Hasen Takıyyüddîn Alî b. Abdilkâfî b. Alî b. Temmâm es-Sübkî (ö. 756/1355), **Fetâva's-Sübkî 1-2,** Dârü'l-meârif, Yayın yeri yok Tarih yok, c. 2, s. 435,436. İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 50,52.

[134] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 14; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 78,79,82-85; Sübkî, **Fetâva's-Sübkî,** c. 2, s. 435,436. İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 50; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c.8, s. 6249.

[135] Abdulaziz b. Ahmed b. Muhammed Alauddin el-Buhârî el-Hanefî (ö. 730/1330), **Keşfü'l-esrâr Şerhu Usûli'l-Pezdevî 1-4,** Dârü'l-kitâbi'l-İslâmî, Yayın yeri yok Tarih yok, c. 3, s. 83; Ahmed b. Muhammed b. Osmân ez-Zerkâ el-Halebî (1357/1938), **Şerhü'l-kavâ'idi'l-fıkhiyye,** Dârü'l-kalem, Dımaşk 1409/1989, s. 155.

(الِاجْتِهَاد لَا ينْقض بِمثْلِهِ)

[136] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 14; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 52; Buhârî, **Keşfü'l-esrâr Şerhu Usûli'l-Pezdevî,** c. 3, s. 83; Zerkâ, **Şerhü'l-kavâ'idi'l-fıkhiyye,** s. 155.

[137] Bkz. Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 14.

bağlamasının caiz olduğu hususunda ittifak etmişlerdir. Şayet ikinci hâkim, birinci hâkimin hükmünü bozarsa yine zannî olan şahsî ictihadı ile bozmuş olur. Dolayısıyla bir davanın ittifakla kabul gören geçerli hükmü, hakkında ihtilâf bulunan bir görüşle bozulamaz. Çünkü ikinci hâkimin elinde kesin bir delil değil, yine ilkinde olduğu gibi ictihâdî bir delil bulunmaktadır. Böylece birinci hâkimin verdiği hüküm kat'î/kesin delille sabit olmuş olur. Dolayısıyla geçmişe dönük olarak kat'î/kesin delille sabit olmuş bir hüküm, içinde şüphe bulunan bir delille bozulması caiz olmaz. Öte yandan zaruret ilkesi, ictihada dayalı olarak ilk yargının bağlayıcı olmasını ve bir başka hâkim tarafından fesh edilmemesini zorunlu kılmaktadır.[138]

Hanbelî mezhebine göre bir hâkim, kendisine gelen bir davanın aynısı, kendisinden önce başka bir hâkim tarafından ictihada bağlı olarak karara bağlanılmışsa önceki hâkimin verdiği hükmü nassa ve icmâa muhalif olmadığı müddetçe bozamaz.[139] Sözgelimi Şâfiî olan bir kâdı, Şâfiî mezhebine göre ictihadta bulunarak bir davada hüküm verdikten sonra, aynı dava Hanefî bir kâdıya geldiği takdirde artık o hükmü Hanefî olan kâdı fesh edemez.[140] Bu konuda sahâbelerin (r.a) icmâsı bulunmaktadır.[141] Hz. Ömer (r.a), bazı meselelerle ilgili olarak Hz. Ebubekir'in (r.a) verdiği hükümlere katılmadığı halde, Hz. Ebubekir'in (r.a) o meseleler hakkındaki hükümlerini bozmamıştır. Hz. Ali (r.a), bazı konuların ictihadında, bazen sadece Hz. Ömer'e (r.a) bazen de Hz. Ömer ve Hz. Ebubekir'in (r.a) her ikisine katılmadığı halde onların verdiği hükümleri fesh etmemiştir. Dolayısıyla hiçbir halife kendinden öncekinin hükmünü fesh etmemiştir.[142] Fukahanın bu konudaki en meşhur delili Hz. Ömer'in (r.a) bir kadının bıraktığı miras hakkında verdiği hükme dayanmaktadır. Kadının mirasçıları arasında kocası, kızı, anne bir olan kardeşler ve anne-baba bir olan kardeşler bulunmaktadır. Hz. Ömer (r.a), anne bir olan kardeşler ile anne-baba bir olan kardeşleri mirasta ortak etti: Terikenin üçte birini bunlar arasında eşit olarak paylaştı. Bunun üzerine bir adam: *"Ey müminlerin emiri şu ve şu yıllarda mirastan pay alma konusunda onları (sen*

[138] Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 7, s. 14.
[139] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 51.
[140] Zerkâ, **Şerhü'l-kavâ'idi'l-fıkhiyye,** s. 155.
[141] Bkz. İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 51.
[142] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 51.

daha önce) ortak etmemiştin" söyleyince Hz. Ömer (r.a), *"O gün o mesele hakkında öyle hüküm vermiştik, bu gün ise böyle hüküm veriyoruz"*[143] dedi.

Çağdaş fıkıh âlimi Vehbe ez-Zuhaylî, ictihadî konularda kâdının verdiği hükümlerin Kur'ân-sünnet nassına, icmâ ve celî olan kıyasa aykırı olmadığı müddetçe, fesih edilmeme hükmünü tek bir mahkemenin varlığına hamletmektedir. Ancak Zuhaylî, birden fazla mahkemenin varlığı halinde ise farklı düşünmektedir.[144] Bu konudaki görüşlerini şöyle ifade etmiştir: *"Davalıların ilk dava açtıkları mahkemenin verdiği hükmün kesinlik kazanmayacağını ve ilk mahkemenin kararı temyize götürülebileceği bilgisine önceden sahip iseler, ilk mahkemenin kararı fesih edile bilir. Bu durumda hukukî davalarda karışıklık da meydana gelmez, çünkü dava henüz tamamlanmamıştır. Söylediklerimizin 'bir hüküm, hata veya yanlışlıkla verilmişse fesih edilir.' şeklindeki fukahanın görüşleriyle desteklenmesi mümkündür. Bir hüküm temyiz mahkemesinde kesinlik kazanırsa artık o hüküm fesih edilmez."*[145] Zuhaylî, günümüzdeki temyiz mahkemelerinin varlığına mebni olarak bu düşünceyi geliştirdiğini düşünüyoruz. Diğer taraftan Zuhaylî, *"Bir ictihad kendisi gibi bir ictihadla feshedilmez"*[146] icmâ ile sabit olan bu kuralı ve bu konuya esas teşkil eden Hz. Ömer'in (r.a) *"O gün o mesele hakkında öyle hüküm vermiştik, bu gün ise böyle hüküm veriyoruz"*[147] sözünü temyiz mahkemesinde kesinlik kazanmasına hamletmektedir.

Sonuç itibariyle yukarıda açıkladığımız "kâdılarda aranan niteliklerden ihtilâf edilen şartlar" hususunda cumhurun görüşlerini tercihe değer gördüğümüzü söyleyebiliriz. Zira cumhurun görüşleri naslara dayanmaktadır. Ancak yukarıda dört fıkıh mezhebinden ve usûl-i fıkıhtan yer verdiğimiz delillere göre bir kâdı, belli bir

---

[143] Beyhakî, "el-Ferâid" 34/12469, (c. 6, s.418).
(قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فِي امْرَأَةٍ تَرَكَتْ زَوْجَهَا وَابْنَتَهَا وَإِخْوَتَهَا لِأُمِّهَا وَإِخْوَتَهَا لِأَبِيهَا وَأُمِّهَا , فَشَرَّكَ بَيْنَ الْإِخَوَةِ لِلْأُمِّ وَبَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ وَالْأَبِ، جَعَلَ الثُّلُثَ بَيْنَهُمْ سَوَاءً، فَقَالَ رَجُلٌ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّكَ لَمْ تُشَرِّكْ بَيْنَهُمْ عَامَ كَذَا وَكَذَا، فَقَالَ عُمَرُ: " تِلْكَ عَلَى مَا قَضَيْنَا يَوْمَئِذٍ، وَهَذِهِ عَلَى مَا قَضَيْنَا الْيَوْمَ)

[144] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 8, s. 6249.

[145] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 8, s. 6249.

[146] Buhârî, **Keşfü'l-esrâr Şerhu Usûli'l-Pezdevî, c**. 3, s. 83; Zerkâ, **Şerhü'l-kavâ'idi'l-fıkhiyye,** s. 155.

[147] Beyhakî, "el-Ferâid" 34/12469 (c. 6, s. 418).

mezhebin ictihadına göre hüküm verdikten sonra, artık o hükmün fesih edilemeyeceğini gördük. Söz gelişi kâdılarda aranan bazı şartlarda cumhura muhalif düşünen Hanefî veya Mâlikî mezheplerine göre bir kâdı, ictihadî konularda hüküm verdikten sonra o hüküm, Kur'ân-sünnet nassına İcmâ ve celî olan kıyasa aykırı olmadığı müddetçe artık cumhurun görüşüne göre de fesih edilemez. Dolayısıyla hangi mezhepten olursa olsun bir kâdının verdiği hüküm, Kur'ân-sünnet nassına icmâ ve celî olan kıyasa aykırı olmadıkça geçerlidir. Nitekim söz konusu kâdının vereceği hükmün feshe kabil olamayacağına dair[148] sahâbenin icmâsından da açıkça görmüş olduk.

2. BOŞANMA/TALÂK KAVRAMI

Lugatta, *"nikâh bağını çözmek, yalnız bırakmak, salmak, serbest bırakmak,"* anlamındaki talâk kavramı,[149] fıkıh terimi olarak, *"belirli bir lafızla nikâh akdinin hemen veya gelecekte kaldırılmasını"* ifade eder.[150]

Boşanmanın farklı açıdan türleri bulunmaktadır. Biz ise konumuzla ilgisi olan evliliği sürdürebilmek için yeni akde ihtiyaç bulunup bulunmaması açısından "ric'î" ve "bâin", talâk çeşitlerini ele alacağız.[151]

A. Boşanmanın Sonuçları Bakımından Talâkın Türleri

1. Ric'î talâk. Erkeğin yeni nikâh akdine gerek kalmadan iddet süresi içinde eşine dönebildiği boşamadır.[152] Zira Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır: "*Kocaları bu süre içinde, onları geri almağa daha çok hak sahibidirler."*[153] Yine ayette şöyle buyurulmaktadır: *"(Dönüş yapılabilecek) boşama iki defadır. Sonrası,*

---

[148] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c.8, s. 6249.
[149] Lisân'ül-Arab, mad. "t.l.k"; bkz. Muhtârü's-sihâh, mad. "t.l.k".
[150] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 226,227; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 455; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 7, s. 363;
[151] H. İbrahim Acar, "Talâk", **Diyanet İslam Ansiklopedisi,** TDV Yay. Ankara 2013, c. 39, s. 498.
[152] Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Küveytiyye 1-45,** Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006, c. 29, s. 29; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 6955; Acar, "Talâk", **DİA,** c. 39, s. 498.
[153] Bakara, 2/228.

(وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ)

ya iyilikle geçinmek, ya da güzellikle bırakmaktır."[154] Her iki ayet de kadın iddet süresi içinde olduğu müddetçe erkeğin karısına dönebileceğini göstermektedir. Boşamanın ric'î sayılabilmesi için birinci veya ikinci talâk olması ve koca, iddet süresi içinde sözle veya evlilik hayatını fiilen sürdürerek eşine dönmesi gerekmektedir. İddet süresi içinde ric'at edilmemesi halinde ayrılık bâin talâka dönüşür.[155]

2. Bâin talâk. Tarafların tekrar bir araya gelebilmesi için yeni bir mehirin ve nikâh akdinin gerekli sayıldığı boşamadır. Bu şekilde gerçekleşen boşamaya "ibâne" denir. Bâin talâk, el-beynûnetü's-suğrâ ve el-beynûnetü'l-kübrâ olmak üzere ikiye ayrılır.[156]

Küçük ayrılık (el-beynûnetü's-suğrâ): Boşanmanın zifaftan önce veya bedel karşılığında gerçekleşmesi, Hanefîler'e göre kinayeli lafızların kullanılması, talâk sayısının bir veya iki olması halinde buna küçük ayrılık (el-beynûnetü's-suğrâ) denir.[157] Küçük ayrılığa dair ayette şöyle gelmiştir: *"Ey iman edenler! Mü'min kadınları nikâhlayıp, sonra onlara dokunmadan (cinsel ilişkide bulunmadan) kendilerini boşadığınızda, onlar üzerinde sizin sayacağınız bir iddet hakkınız yoktur."*[158] Şayet erkeklerin kadınlar üzerinde sayacağı bir iddet hakkı yok ise bu durumda talâk ric'î olmamaktadır. Çünkü ric'î talâkta erkek, iddet süresi içinde eşine ric'at edebilir. Öyle ise ayette belirtilen talâk ric'î olmayıp bâin talâk olmaktadır. Öte yandan erkeğin "ila"da bulunması/dört ay veya daha fazla karısına yaklaşmayacağına dair yemin etmesi ve nafakayı temin etmede zorluk çekmesi nedenleri dışında hâkim veya onun vekilinin gerçekleştirdiği tüm boşamaların, bir bâin talâk olarak

---

[154] Bakara, 2/229.
(اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ)

[155] Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 29; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 6955; Acar, "Talâk", **DİA,** c. 39, s. 498.

[156] Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 29; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 6955; Acar, "Talâk", **DİA,** c. 39, s. 499.

[157] ; Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 29; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 6955; Acar, "Talâk", **DİA,** c. 39, s. 499.

[158] Ahzab, 33/49.
(يَا اَيُّهَا الَّذِينَ اٰمَنُوا اِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ اَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا)

gerçekleşmektedir. Taraflar, ister iddet süresi içinde ister iddet bitiminde yeni nikâh akdiyle tekrar bir araya gelebilir.[159]

Büyük ayrılık (el-beynûnetü'l-kübrâ): Talâk sayısının üçe ulaşması durumunda meydana gelen ayrılığa büyük ayrılık (el-beynûnetü'l-kübrâ) adı verilir. Kadın, başka bir erkekle sahih bir şekilde evlenerek aralarında zifaf meydana gelmesi ve ikinci kocası kendisini boşaması veya ölmesi halinde, iddet süresini tamamladıktan sonra eski kocasıyla yeniden evlenebilir. Üç talâktan sonra kadın evlendiği başka bir erkekten boşanıp tekrar eski eşine dönerse kocanın yeniden üç talâk hakkına sahip olacağında ihtilâf yoktur.[160] Konuya ilişkin olarak Allah Tealâ şöyle buyurmaktadır: *"Eğer erkek karısını (üçüncü defa) boşarsa, kadın, onun dışında bir başka kocayla nikâhlanmadıkça ona helâl olmaz. (Bu koca da) onu boşadığı takdirde, onlar (kadın ile ilk kocası) Allah'ın koyduğu ölçüleri gözetebileceklerine inanıyorlarsa tekrar birbirlerine dönüp evlenmelerinde bir günah yoktur."*[161]

B. Fesih

Lugatta fesih (fesh), *Bir şeyi bozmak, gidermek, yok etmek, ortadan kaldırmak, atmak, bilmemek, bir şeyin bağlantısını kesmek, iki şeyi birbirinden ayırıp dağıtmak, aklen veya bedenen zayıf olmak ve çözülmek gibi anlamlara gelmektedir.*[162]

Hanefî fâkihi Kâsânî, bir terim olarak feshi şöyle tanımlamıştır: *"Hiç vuku bulmamışçasına bir akdi kökünden kaldırmaktır."*[163] İbn Nüceym el-Mısrî, feshi "*bir*

---

[159] Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. 'Alî el-Haraşî el-Mâlikî (ö. 1101/1690), **Şerhu Muhtasari Halîl li'l-Haraşî 1-8,** Dârü'l-Fikr li't-Tibâ'a, Beyrut Tarih yok, c. 4, s. 16; Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 29; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 6955; Acar, "Talâk", **DİA,** c. 39, s. 499.

[160] Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 29; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 6956; Acar, "Talâk", **DİA,** c. 39, s. 499.

[161] Bakara, 2/230.
(فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا اَنْ يَتَرَاجَعَا اِنْ ظَنَّا اَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ)

[162] Muhtârü's-sihâh, mad."f. s.h"; Lisân'ül-Arab, mad. "f.s.h"; el-Kâmûsu'l-Muhît, mad. "f.s.h".

[163] Kâsânî**, Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 5, s. 182.
(فَسْخُ الْعَقْدِرَفْعُهُ مِنْ الْأَصْلِ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ)

akdin ilintisini çözmek"[164] olarak tarif etmiştir. Karâfî ise feshin tanımını şöyle ifade etmiştir: "*İki ivazdan (bedelden) her birini sahibine havale etmektir."*[165] Dolayısıyla fesih, İslâm hukukunda bir akdin veya hukukî bağın ortadan kaldırılmasını ifade eder.[166]

C. Fesih, Talâk ve Hul' Kavramları Arasındaki Farklar

Evlilik birliğinin sona ermesi fesh veya talâk yoluyla gerçekleşir.[167] Bu iki kavram arsındaki fark şöyledir: Talâk; evlilik birliğine koca tarafından son verilmesidir. Talâk, belirli olan lafızlarla gerçekleşir. Fesih ise; evlilik birliği hiç olmamış gibi evlilik akdini temelden iptal etmektir. Fesih, ya kâdının hükmüyle ya da hâkimin hükmüne gerek kalmaksızın doğrudan İslâm hukukunun hükmüyle gerçekleşir.[168]

Fesih, evlilik birliğinin akit anında var olan veya sonradan meydana gelen bir eksiklik sebebiyle bozulmasıdır. Sıhhat şartlarından birisinin eksik oluşu akit anındaki bir bozukluğu, tarafların bir arada yaşamalarının dinen mümkün olmaması akitten sonraki bir bozukluğu ifade eder. Mesela şahitsiz evlenme, akit anındaki bir bozukluktur, eşlerden birinin dinden çıkmış olması da (irtidad) akitten sonra meydana gelen dinen beraber yaşamayı imkânsız kılan bir haldir. Talâk, yani boşama ise evlilik birliğine eşlerden birisi veya her ikisi tarafından son verilmesidir. Bu son verme bazen tek taraflı bir irade beyanı ile bazen iki tarafın anlaşmasıyla bazen de mahkeme kararıyla olur. Her bir şeklin kendine has usulü ve sonuçları vardır.[169]

---

[164] Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed İbn Nüceym el-Mısrî (ö. 970/1563), **el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir 'alâ mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu'man,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut/Lübnan, 1419/1999, s. 292.

(حَل ارْتِبَاطِ الْعَقْدِ)

[165] Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mâlikî el-Mısrî el-Karâfî (ö. 684/1285), **Envârü'l-burûk fî envâi'l-Furûk 1-4,** Âlemü'l-kütüb, Yayın yeri yok Tarih yok, c. 3, s. 269.

(قَلْبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الْعِوَضَيْنِ لِصَاحِبِهِ)

[166] Ali Bardakoğlu, "Fesih", **Diyanet İslam Ansiklopedisi,** TDV Yay. Ankara 2013, c. 12, s. 428.

[167] Komisyon, "Fesh", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Küveytiyye 1-45,** Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006, c. 32, s. 137.

[168] Komisyon, "Fesh", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 32, s. 135,136; https://islamqa.info/ar/133859 (07.04.2017).

[169] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 223-224.

1. Talâk, ancak kocanın irade ve lafzı ile gerçekleşir. Fesih ise; kocanın lafzı dışında gerçekleşir. Feshin gerçekleşmesi için kocanın iradesi şart değildir. İmam Şâfiî, şöyle der:[170] *"Kocanın telaffuz etmediği ve istemediği halde, eşler arasındaki ayrılığa verilen her hüküm, fesihtir. Böyle bir boşama prosedürü talâk olarak isimlendirilemez çünkü koca tarafından talâk gerçekleştirilmemiştir."*[171]

2. Fesih evlilik birliğine derhal son verir. Evlilik birliği fesih yoluyla sonlandırıldığı vakit; koca, iddetin bitimine kadar eşine geri dönüş imkânı veren ric'î talâk hakkına sahip değildir. Talâka gelince; bâin talâk, kocanın tek taraflı iradesi ile geri dönemeyeceği şekilde evlilik birliğine son verir. Ric'î talâk ise iddetin bitimine kadar kocaya geri dönüş imkânı vermektedir. İddet bitince evlilik bağı tamamen çözülmüş olur.

Boşamada koca, eşini ric'î talâk ile boşamış ise birinci ve ikinci talâktan sonra kadın razı olsun veya olmasın yeni bir akit kurmaksızın iddet süresi içinde eşine geri dönüş yapabilir.[172]

3. Fesih ile kocanın kullanacağı talâk sayısı azalmış olmaz. Her bir talâk ise kocanın sahip olduğu üç talâk hakkını azaltır.[173] İmam Şâfiî, konuyla ilgili şöyle demektedir: *"Eşler arasında fesih meydana geldiği takdirde (talâk sayısı açısından) ne bir boşama ne de başka talâk sayısı gerçekleşir."*[174] İbn Abdilber ise fesh ve talâk arasındaki farkı şöyle ortaya koymaktadır: *"Her ne kadar her ikisi de evli çiftleri birbirinden ayırıyorsa da evlilik birliği fesih edildikten sonra karı-koca tekrar evlenmek isterlerse ilk kıydıkları nikâhlarına dönerler. Yani yeni nikâh kıyan evli çiftler gibi olurlar. Bu durumda kadın, üç talâk hakkıyla kocasının nikâhında olur.*

---

[170] https://islamqa.info/ar/133859 (07.04.2017).
[171] Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs b. Abbâs b. 'Osmân b. Abdilmuttalib b. Abdimenâf el-Muttalibî el-Kureşî el-Mekkî eş-Şâfiî (ö. 204/820), **el-Üm 1-8,** Dârü'l-marife, Beyrut 1410/1990, c. 5, s. 128.
[172] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 224; https://islamqa.info/ar/133859 (07.04.2017).
[173] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 224.
[174] Şâfiî, **el-Üm,** c. 5, s. 199.

Şayet talâk olmuş olsaydı erkek, karısını boşadıktan sonra karısına tekrar geri dönüş yaparsa karısı kalan iki talâk hakkıyla kocasıyla evlilik hayatını sürdürürdü."[175]

4. Boşamanın sebepleri çoktur. Sebepsiz olarak da boşama gerçekleşebilir, koca tek taraflı iradesi ile karısını boşayabilir. Fesih ise; eşler arasında ayrılığı vâcip veya mubah kılan bir nedene dayanır. Bu nedenlerin örnekleri bir sonraki "kazâî boşanma sebepleri" başlığı altında arz edilecektir.[176]

5. Boşama erkeğin hakkı olup boşamanın gerçekleşmesi için kâdının hükmü şart değildir. Boşama, eşlerden her iki tarafın rızası ile son verilebilir. Fesih ise, şeriatın veya kâdının hükmüyle gerçekleşir. Hul' (belli bir bedel karşılığı) olması dışında, salt karşılıklı rıza ile evli çiftler arasında fesih meydana gelmez.[177] Bu konuda İbn Kayyim şöyle demektedir: *"Belli bir bedel karşılığında (hul') olmaksızın eşlerin sadece anlaşarak nikâhı fesh etme hakları olmadığı hususunda âlimler, ittifak etmişlerdir."*[178]

6. Zifaftan önce meydana gelen fesihlerde kadına mehir vermek gerekmediği halde, aynı durumda talâk gerçekleşirse belirli şartlarla belirlenen mehirin yarısı veya mut'a denilen gönül alıcı bir hediye vermek gerekir. Hul'de ise kadın, belli bir bedel karşılığında veya mehrinin tamamından ya da bir kısmından vazgeçmek suretiyle "talâk" veya "hul'" lafzıyla kocasından kendisini boşamasını talep eder. Muhale'anın talâk mı ya da fesh olduğu hususunda âlimler ihtilâf etmişlerdir. Muhale'anın fesh olması daha yakın görünmektedir.[179]

Şimdi de kâdının varlığına mebni olarak İslâm fıkhına göre kazâî boşanmayı ele almamızın yerinde olacağını düşünüyoruz.

---

[175] Ebû Ömer Cemâlüddîn Yûsuf b. Abdillâh b. Muhammed b. Abdilber en-Nemerî (ö. 463/1071), **el-İstizkâr 1-9,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 1421/2000, c. 6, s. 181.

[176] https://islamqa.info/ar/133859 (07.04.2017).

[177] https://islamqa.info/ar/133859 (07.04.2017).

[178] Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb b. Sa'd İbn Kayyim el-Cevziyye ed-Dımaşkî el-Hanbelî (ö. 751/1350), **Zâdü'l-me'âd fî hedyi hayri'l-'Îbâd 1-5,** Müessesetü'r-risâle/Mektebetü'l-menâr, Beyrut/Kuveyt 1415/1994, c. 5, s. 599.

[179] Komisyon, "Hul'", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Kuveytiyye 1-45,** Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006. c. 19, s. 234-236; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 224.

D. Kazâî Boşanma

Eşlerin mahkemeye başvurarak, hâkim kararıyla evlilik birliğinin sona ermesi şeklinde gerçekleşen kazâî boşanmaya çağdaş İslâm hukuku literatüründe tefrik denilir. Bu tür boşanmanın en önemli farkı bunun ancak bir hâkim kararıyla gerçekleşmesi ve hâkimin de ancak belirli sebeplerin varlığı durumunda boşanmaya karar verebilmesidir.[180]

Bütün fıkhî mezhepler göz önüne alındığında İslâm hukukunda kabul edilen boşanma sebepleri şu başlıklar altında ele alınabilir:[181]

1. Fena Muamele ve Geçimsizlik

Eşler arasında şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde böyle bir durumda gerek iki tarafın akrabalarından oluşan hakem heyeti gerekse mahkeme tarafından görevlendirilen hakem kurulu, tarafların arasını bulmaya çalışırlar.[182]

Cumhura göre, İki hakem, barışı sağlarlarsa ne güzel aksi takdirde hakem kurulunun evlilik birliği içinde sorun yaşayan eşleri boşamaya yetkili değildirler.[183] Şayet uyuşmazlık yaşayan evli çiftler, iki hakeme boşama yetkilerini verirlerse bu durumda iki hakem, tarafların vekili konumuna geçerler. Artık bu durumda iki hakem, gerek gördükleri takdirde vekil sıfatıyla evli çiftleri birbirinden ayırmak (tefrik etme) suretiyle evliliklerini sonlandırabilirler.[184] Mâlikî mezhebine göre ise, tahkîme gidilmişse ve hakemlerin verdiği hüküm, doğru olması kaydıyla geçerlidir. Hakemlerin verdikleri hüküm, ne taraflar ne de hâkim feshetme hakları vardır. Zira evlilik birliği içinde şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde hakemin hükmü tahkîm

---

[180] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 233.
[181] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 233.
[182] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 236.
[183] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik Şerhu kenzi'd-dekâ'ik 1-7,** Dârü'l-kitâbi'l-İslâmî, Yayın yeri yok Tarih yok, c. 7, s. 25.
[184] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 429; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Küveytiyye 1-45,** Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006, c. 10, s. 241; Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 54.

cihetiyle evli çiftleri boşayabilir. Fena muamele ve geçimsizlik sebebiyle hakemlerin boşamaya hükmetmesi bir bâin talâk kabul edilir.[185]

2. Hastalık ve Kusur

Evlilik birliğinin devam ettirilmesini zorlaştırıcı nitelikteki hastalık ve kusurlar kazâî boşanma sebebi sayılmaktadır. Ancak hangi tür hastalıkların bu nitelikte sayılacağı İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. Burada ikili bir ayırım yapılır:[186]

1. Hastalık ve kusurdan maksat; erkeğin (ınnîn) iktidarsızlık ve cinsel uzvunun kesik (mecbûb) olması, kadının da yine aynı uzvunun et veya kemikle kapalı olması gibi eşlerden birinin cinsî münasebete engel bir hastalık ve kusurun bulunmasıdır. Bu tür hastalık ve kusurların bir boşanma sebebi olduğunda fukaha görüş birliği içindedirler. Aslında Hanefî mezhebinden Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre sadece bu gruba giren hastalık ve kusur sebebiyle kadın, mahkemeye başvurarak boşama talebinde bulunabilir. Bu gruba giren bir hastalığın kadında bulunması halinde ise kocanın boşama hakkı olduğundan ayrıca tefrik imkânından söz etmeye gerek yoktur. Burada boşanmanın kabul edilmesi bu tür hastalık ve kusurlar yüzünden eşin zarar görmesi sebebiyledir. Boşanma ile bu zarar bertaraf edilmiş olmaktadır.[187]

2.Cinsel münasebete engel olmamakla birlikte, eşler arasında nefret doğuran, sirayet eden ve birlikte yaşamayı zorlaştıran cüzzam, baras (alaca hastalığı) ve delilik gibi hastalıkların bulunmasıdır. Eşler arasında sevgi ve muhabbete engel her türlü hastalık sebebiyle karı ve kocanın şer'î mahkemeye müracaat hakkı vardır. Bu tür hastalıklar, eşlerden iki taraf için de söz konusudur. Bu tür beraber yaşamayı

---

[185] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 199,200.

[186] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 233,234.

[187] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 4, s. 132-135; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 494-497; Meydânî, **el-Lübâb**, c. 3, s. 25; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 277-279; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 272,273; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 7, s. 199-201; Komisyon, "Furka", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Küveytiyye 1-45,** Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006, c. 32, s. 109; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7049; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 234.

imkânsız veya meşakkatli hale getiren hastalıklar cumhur ile Hanefî imamlardan İmam Muhammed tarafından bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. İmam Muhammed'e göre bu tür bir hastalık sebebiyle ancak kadın boşanma talebinde bulunabilir; kocanın esasen talâk hakkı bulunduğundan mahkemeye başvurup boşanma talep etmesine gerek yoktur. Diğer mezhep imamları ise her iki tarafın da bu sebeplere dayanarak boşanma talep edebileceği görüşündedirler.

Genellikle her iki hastalık sebebiyle boşanma için başvurulduğunda hastalık iyi olabilecek gibi ise hâkim boşanmayı bir yıl tecil eder, iyi olma ümidi yoksa derhal boşanmaya hükmeder. Bu tefrik de Hanefî ve Mâlikîlere göre bir bâin talâk, Şâfiîlere ve Hanbelîlere göre ise fesih kabul edilir.[188]

3. Kocanın Nafakayı Temin Etmemesi

Kocanın eşinin nafakasını temin etmemesi belirli şartlar dâhilinde bir boşanma sebebidir. Kocanın nafakayı temin etmemesi iki şekilde olur: Ya koca gücü yettiği halde karısının masraflarını karşılamaz veya gücü yetmediği için karşılayamaz. Bunun boşanma hukuku bakımından doğurduğu sonuç farklıdır.[189]

Hanefî mezhebine göre koca, eşinin barınak, giysi veya yiyecek ihtiyaçlarını karşılamaması veya karşılamada zorluk çekmesi bir boşanma sebebi değildir. Bu mezhepte koca nafaka yükümlülüğünü gücü yettiği halde yerine getirmiyorsa boşama dışında başka yöntemlerle kadının ihtiyaçları giderilir. Kâdı, bahsi geçen kocanın malını zorla satarak veya adamı hapsederek kadına infakta bulunmasını sağlar.[190] Ancak diğer üç mezhep ise aralarında farklılıklar olmakla birlikte koca karısının nafakasını temin etmez ve bu nafakayı karşılamak üzere görünen, bilinen bir malı da olmazsa kadının hâkime müracaatla boşanma talebinde bulunmasını kabul ederler.

---

[188] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 4, s. 137,138; Meydânî, **el-Lübâb**, c. 3, s. 24,25; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 277-279; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 272,273; Komisyon, "Furka", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 32, s. 109; Komisyon, "Furka", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 32, s. 112; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7049; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 234; Cemil Liv, **İslâm Aile Hukukunda Evlilik Akdinin ve Boşanmanın Tescili,** (Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2014, s. 224.

[189] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 234, 235.

[190] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 590,591; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 704.

Şâfiî mezhebine göre kadın sabrederse kendi malından kendisine infakta bulunabileceği gibi kadın, nafakasını temin etmek için borçlanabilir bu borcu da kocası ödemekle yükümlü tutulur. Şâfiî ve Hanbelî mezheblerine göre kadın bahsettiğimiz şekilde sabretmekle veya boşanmak için kâdıya başvurma arasında muhayyerdir.[191] Karısının nafaka ihtiyacını karşılamamak Kur'ân ayetleri ile yasaklanmıştır. *"(Dönüş yapılabilecek) boşama iki defadır. Sonrası, ya iyilikle geçinmek, ya da güzellikle bırakmaktır."*[192] *"zarar vermek için kadınları tutmayın."*[193] Cumhurun delilleri daha güçlü olduğu için ve kadından zararı savmanın zorunluluğuna binaen cumhurun görüşü tercihe değerdir.[194] Şu kadar var ki Mâlikî mezhebine göre evlilik akdi esnasında kocasının fakir olduğunu bilen kadının sonradan boşanma talebinde bulunamaz. Öte yandan koca nafakayı sağlayacak malî güce sahipken sonradan fakir düşen kocasına karşı kadın nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle boşanma talebinde bulunamaz. Ancak koca fakirliğini gizlemiş ve kendini varlıklı göstermiş ise bu durumda kadın boşanma talebinde bulunabilir.[195]

Şayet hâkim, bu türden karı-koca arasını tefrik ederse Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre fesih meydana gelir. Mâlikî mezhebine göre ise bu tür boşama ric'î talâk olarak gerçekleşir. Ancak bu son görüşte kocanın eşine geri dönüş hakkını kullanabilmesi için karısına karşı nafaka yükümlülüğünü yerine getirecek durumda olması gerekir.[196]

---

[191] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 518,519; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 5, s. 176; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 8, s. 204; Komisyon, "Furka", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 32, s. 109; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7044; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 235.

[192] Bakara, 2/229.

(اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ)

[193] Bakara, 2/231.

(وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا)

[194] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7045.

[195] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s.518,519; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 235.

[196] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s.518; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 8, s. 206; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7045; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 235.

4. Terk ve Gaiplik

Bir erkek, karısını terk etmiş veya kaybolmuş ise kadının hâkim yoluyla boşanma hakkına sahip olması hususu mezhepler arasında tartışılmıştır.

Burada birbirinden farklı iki durum söz konusu olmaktadır; terk ve gaiplik. İslâm hukuku literatüründe terk gaip olma, gaiplik de mefkûd olma terimleriyle ifade edilmiştir.[197]

Bugünkü hukukta gaiplik olarak ifade edilen mefkûd olma hali nerede olduğu, ölü mü diri mi bulunduğu bilinmeyen kimsenin durumudur. Bu kimsenin ölümüne hükmedilebilmesi için Ebû Hanîfe ve Şâfiî'ye göre doksan yaşına kadar veya yaşıtları hayatta olduğu sürece beklenir; bilâhare ölümüne hükmedilir. Bu iki mezhebe göre gaiplik bir boşanma sebebi değildir; kadın kocasının ölümüne hükmedilinceye kadar kocasını beklemek zorundadır.[198] Mâlikî ve Hanbelî mezheblerine göre ise mefkûd/gaipliği söz konusu koca, karısına nafaka bırakmış olsa bile mefkûd hali uzadığı takdirde kadının boşama talebinde bulunması caizdir. Çünkü kadın bundan açık bir şekilde zarar görmektedir. Mâlikîlere göre kocanın kaybolmasının üzerinden dört sene geçtiğinde kadın, kocasından boşanmayı talep edebilir.[199] Aile hukuku kararnamesinde bu son görüş tercih edilmiştir.[200] *"Bir kadının zevci ihtifâ (gizlenme) veyahut müddeti sefer veya daha karib (yakın) bir mahalle giderek tegayyub edip (kaybolup) veya mefkûd olup nafaka tahsili muteazzir (imkânsız) olur ve zevcesi tefriki (ayrılmayı) taleb ederse, hâkim tahkikatı lazime icrasından sonra beynlerini (aralarını) tefrike hükmeder."*[201]

Kocanın sağ olduğunun bilinmesi durumunda evine dönmemesi gaip olma şeklinde değerlendirilmiştir. Hanefîler ve Şâfiîler bu durumu da bir boşanma sebebi

---

[197] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 235.
[198] Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî el-Mergînânî (ö. 593/1197), **el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedi 1-4,** Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, Lübnan/Beyrut Tarih yok, c. 2 s. 424; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7066; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 235.
[199] Mevvâk, **et-Tâc ve'l-iklîl,** c. 5, s. 498; Komisyon, "Furka", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 32, s. 109; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7066.
[200] Nihat Dalgın, **İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi,** Marmara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yay. İstanbul 2001, s. 186,
[201] Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, mad. 126.

olarak kabul etmezler. Mâlikî ve Hanbelîler ise tam tersine bu durumda daha kolay bir tarzda terkedilen kadına boşanma hakkı tanımışlardır. Mâlikî mezhebine göre gaipliğin nedeni ilim talep etme veya ticaret yapma gibi şer'î bir gerekçesinin olması veya olmaması arasında hiçbir fark yoktur. Hanbelî mezhebi ise kocanın gaipliği şer'î bir özre dayanıyorsa kadın, mahkemeye dava açarak kocasından boşanma talebinde bulunabilir. Aksi takdirde kadın boşanma talebinde bulunamaz. Mâlikî mezhebinin "mutemed" görüşüne göre gaiplik bir sene veya daha fazla, Hanbelîlere göre altı ay veya daha fazla sürerse hâkim boşanmaya hükmeder. Bu ayrılık Mâlikîlere göre bir bâin talâk, Hanbelîlere göre talâk sayılarını azaltmayan fesihtir.[202] Kocası gaip olan kadın için Hukûkı Âile Kararnâmesi'nde Mâlikî mezhebinin görüşü tercih edilerek kadına tefrik hakkı verilmiştir.[203]

5. Liân

Karısına zina isnadında bulunan veya çocuğunun zina mahsulü olduğunu iddia eden ve bu iddiasını dört erkek şahitle ispat edemeyen koca, mulaane yöntemiyle yeminleşerek evlilik birliğinin son bulmasıdır. Kur'ân'da ana hatlarıyla temas edilen bu prosedüre "Liân" denilir.[204] *"Eşlerine zina isnat edip de kendilerinden başka şahitleri olmayanlara gelince, onların her birinin şahitliği; kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair, Allah adına dört defa yemin ederek şahitlik etmesi, beşinci defada da; eğer yalancılardan ise, Allah'ın lânetinin kendi üzerine olmasını ifade etmesiyle yerine gelir. Kocasının yalancılardan olduğuna dair Allah'ı dört defa şahit getirmesi (Allah adına yemin etmesi), beşinci defada da eğer kocası doğru söyleyenlerden ise Allah'ın gazabının kendi üzerine olmasını dilemesi, kadından cezayı kaldırır."*[205] Liân sonunda Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre

---

[202] Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7067; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 236.
[203] Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, mad. 126.
[204] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 482-486; bkz. İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 3, s. 133,134; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 5, s. 52-57; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, c. 8, s. 47,48; Komisyon, "Furka", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 32, s. 111; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7092,7093; Dalgın, **İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi,** s. 167-170; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 237.
[205] Nûr, 24/6-9

hâkim tarafların arasını bir bâin talâk ile tefrik eder. Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre ise taraflar mulaaneleşmesiyle evlilik birliği kendiliğinden son bulur. Şâfiî mezhebinde ise kocanın tek taraflı olarak liânda bulunması ile evlilik birliği sona erer. Ayrıca cumhur ile Hanefîlerden Ebû Yûsuf'a göre "liân" ile evlilik birliğinin son bulması bir fesih olup taraflar birbirlerine ebedî olarak haram olurlar.[206]

6. Îlâ

Kocanın dört ay veya daha fazla süre içerisinde karısına yaklaşmayacağına dair yemin etmesi veya bu içerikte bir nezirde bulunmasına "îlâ" denilir. Hanefîlere göre koca, dört aylık süre geçtikten sonra karısına dönmezse hâkimin vereceği hükme ihtiyaç kalmadan kadın bir bâin talâkla boşanmış sayılır.[207]

Hanefîler hariç diğer üç mezhebe göre îlâ vukuunda dört aylık müddetin bitimiyle koca hanımını ya boşamalı ya da hanımına geri dönmelidir. Koca bunlardan birini yapmadığı takdirde kadın hâkime başvurur. Koca seçeneklerden hiçbirisini yapmadığı takdirde kâdı, eşleri ayırır. Bu ayrılık bir ric'î talâktır. Şayet hâkimin talebi üzere koca karısını boşamış olsaydı bu yine bir ric'î talâk olurdu.[208]

7. Zıhâr

Zıhâr, erkeğin hanımını veya onun bir organını, aralarında ebedi evlenme engeli bulunan bir kadına ya da onun bir organına benzetmesidir. Erkeğin karısına "sen bana annemin sırtı gibisin" demesi gibi. Zıhârda bulunan kimse ceza olarak ön görülen kefareti ödeyinceye kadar hanımına yaklaşması haram olur. Hanefî mezhebine göre, kocanın kefaret vermekten kaçınması halinde, mahkeme tarafından,

---

(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ اَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ اِلَّا اَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ اَحَدِهِمْ اَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ اِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَوَالْخَامِسَةُ اَنَّ لَعْنَتَ اللهِ عَلَيْهِ اِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَوَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ اَنْ تَشْهَدَ اَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ اِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَوَالْخَامِسَةَ اَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا اِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ)

[206] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 488; İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 3, s. 139; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 5, s. 71; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, c. 8, s. 63-65; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7118,7119.

[207] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 422,429; bkz. İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 3, s. 118; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 5, s. 15-19; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, c. 7,s. 553,562,563,564; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7081; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 237.

[208] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 3, s. 118; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 5, s. 25-27; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, c. 7, s. 563; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7085; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 237; Dalgın, **İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi,** s. 171.

kefaret ödeyerek hanımına dönmeye veya karısını boşamasına zorlanır.[209] Mâlikî mezhebine göre zıhârda bulunan erkek kefareti ödeyecek güçte değilse kadın, mahkemeye başvurarak boşanmayı talep edebilir. Hâkimde erkekten karısını boşamasını emreder koca boşamazsa hâkim, kadını kocasından boşar buda bir ric'î talâk olur. Şayet koca kefaret ödemeye gücü yettiği halde kefareti ödemekten imtina ediyorsa kadın yargıca başvurarak boşanmayı talep eder. Koca bu durumda karısını boşamazsa hâkim, "îlâ"da olduğu gibi kadını kocasından boşatmak için dört ay bekler. Bu süre geçtikten sonra kâdı, kocaya karısını boşamasını emreder erkek, boşamayı reddettiği takdirde kâdı boşamayı gerçekleştirir. Bu boşama yine bir ric'î talâk olarak gerçekleşir.[210] Zıhâr yapan erkeğin ödemesi gereken kefaret ile ilgili olarak Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır: *"Kadınlarından zıhar yaparak ayrılıp sonra da söylediklerinden dönecek olanlar, eşleriyle birbirlerine dokunmadan önce, bir köle azat etmelidirler. İşte bu hüküm ile size öğüt veriliyor. Allah, yaptıklarınızdan hakkıyla haberdardır. Kim (köle azat etme imkânı) bulamazsa, eşine dokunmadan önce art arda iki ay oruç tutmalıdır. Kimin de buna gücü yetmezse altmış fakiri doyurmalıdır."*[211] Zıhâr yapan kimsenin ödemesi gereken kefaret türleri tertip üzere öncelikle köle azat etmesi gerekir buna güç yetirmediği takdirde art arda iki ay oruç tutması buna da güç yetiremezse altmış yoksulu doyurmalıdır.[212]

Şimdi ise şer'î kâdı olmadığı bir zamanda evlilik birliği içinde çıkan problemleri çözüme kavuşturmak amacıyla başvurulacak şer'î çözüm yöntemlerini inceleyeceğiz.

---

[209] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 466,468, 469; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 439,440; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 5, s. 29,31; zıhâr tanımı için bkz. İbn Kudâme, **el-Muğnî**, c. 8, s.3-5; Komisyon, "Furka", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 32, s. 112,113; Dalgın, **İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi,** s. 167.

[210] Komisyon, "Furka", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 205,206.

[211] Mucâdele, 58/3,4.
(وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ اَنْ يَتَمَاسَّا ذٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللّٰهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌفَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ اَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا)

[212] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 3, s.128,129; İbn Kudâme, **el-Muğnî**, c. 8,s. 21,22,24,25,26.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE KÂDININ BULUNMADIĞI DURUMLARDA BAŞVURULACAK ÇÖZÜM YOLLARI

1. ÇÖZÜM YOLU OLARAK TAHKÎM

İslâm hukuk tarihine baktığımızda kâdı, bazı bölgelerde bulunmamıştır. Sözgelimi Mâlikî mezhebinin "mesâmide" olarak tanımladığı dağlık alanlarda yaşayan Müslümanlar için genelde şer'î devlet başkanı tarafından atanan resmî kâdı bulunmazdı.

Evlilik birliği içinde meydana gelen problemleri çözüme kavuşturmak amacıyla İslâm fıkıh mirasında kâdı bulunmadığı takdirde, türdeş meselelerin çözüme kavuşturulmasında başvurulan yöntemleri tespit etmek zorundayız.[213] Tespit ettiğimiz bu yöntemlerin aynı zamanda delillerinin güçlü olması yönüyle de önem arz etmektedir. Bu açıdan Allah'ın kitabı, evlilik birliği içinde evli çiftler arasında meydana gelen problemlerin çözüme kavuşturulması amacıyla her iki tarafın ailesinden hakem seçilmesini emretmektedir.[214] Zira evlilik birliği içinde meydana gelen problemleri tahkîm kurulunu işleterek çözüme kavuşturulması nassa dayanmaktadır. Oysa tahkîmin işletilmesinin mümkün olmadığı ve kâdının da bulunmaması durumlarında fukahanın geliştirdiği yöntemlerle bu sorunu çözmek ise ictihadidir. Biz de hakkında nass olduğu için özellikle şer'î yargı olmadığı

[213] Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Yahyâ el-Venşerîsî et-Tilimsânî el-Fâsî (ö. 914/1508), **el-Mi'yârü'l-mu'rib ve'l-câmi'u'l-muğrib 'an Fetâvâ 'ulemâ'i ehli İfrîkiyye ve'l-Endelüs ve'l-Meğrib 1-10,** Neşru Vizâreti'l-evkâf ve'ş-şuûni'l-İslâmiyye li'l-memleketi'l-Magribiyye/Dârü'l-garbi'l-İslâmî, Ribat/Beyrut 1401/1981, c. 10, s. 102.

[214] Nisâ, 4/65.

zamanlarda tahkîme başvurma yöntemini, fukahanın geliştirdiği yöntemlere nisbeten detaylı inceleyeceğiz.

A. Tahkîm Kavramı

Tahkîm, (حَكَّم) fiilinin masdarı olup sözlükte; *"Bir kimseyi bir meselede hakem kılarak hüküm vermesini istemek veya emretmek;*[215] *Bir konuda kendisine ait hüküm verme yetkisini bir başkasına devretmek;*[216] *bir kimseyi istediği şeyden men etmek, muhakeme olmak ve aralarında hüküm vermesi için bir başkasını hâkim tayin etmek"*[217] gibi anlamlara gelmektedir.

Kur'ân'ı kerim'de bu anlamda kullanıldığını görmekteyiz:

(فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتّٰى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِى اَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)

"Hayır! Rabbine ant olsun ki onlar, aralarında çıkan çekişmeli işlerde seni hakem yapıp, sonra da verdiğin hükme, içlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın, tam bir teslimiyetle boyun eğmedikçe iman etmiş olmazlar."[218]

İbn Nüceym ve İbn Âbidîn, bir terim olarak tahkîmi şöyle tanımlamaktadır: *"Çekişme halinde olan iki tarafın aralarında hüküm vermesi amacıyla bir kimseyi hâkim tayin etmeleridir. Tahkîmin rüknü; bir tarafın hakem tayin etmesine delalet eden lafzı kullanıp karşı tarafın da buna rıza göstermesidir.''*[219] Mecellede ise tahkîm şu şekilde tanımlanmıştır: *"Hasmeynin husumet ve da'valarını fasl için rızaları ile âhar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibarettir."*[220] *Yani iki tarafın*

---

[215] Lisânü'l-Arab, mad. "h.k.m."; el-Kâmûsu'l-Muhît, mad. "h.k.m.".
[216] Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 10, s. 233.
[217] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 24.
[218] Nisâ, 4/65.
[219] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 24; İbn Âbidîn**, Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428.
[220] Mecellenin günümüz Türkçesi için bkz. Cengiz İlhan, **Günümüz Türkçesi'yle Mecelle,** (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), mad. 1790, yetkin yayınları Ankara 2011, s. 566.

husumet ve davalarını çözmek amacıyla kendi rızaları ile başka bir kimseyi hâkim olarak kabul etmelerine tahkîm denir."[221]

Hakem tayin eden taraflara muhakkim, anlaşmazlığı çözmesi istenen kişiye hakem (muhakkem) denir.[222]

Burhânüddîn el-Mergînânî tahkîmin tanımına şöyle yer vermiştir: *"Aralarında hukukî ihtilâf bulunan tarafların (bu ihtilâfı çözüme bağlaması için) üçüncü kişiyi hakem tayin edip ve bu üçüncü şahıs aralarında hükmeder, taraflarda onun hükmünü kabul ettikleri takdirde bu caizdir. Çünkü her iki taraf veli olma vasfına sahip olduklarından dolayı hakem tayin etmeleri geçerlidir. Bu durumda hakemin vereceği hüküm kendilerine uygulanılır. Bunun şartı da hakemin hâkim sıfatına sahip olmasıdır. Zira hakem taraflar arasında kâdı mesabesindedir."*[223]

Tahkîm müessesesi, hukukî uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında resmî yargı yoluna nispetle sınırlı bir çözüm alternatifidir.[224]

İslâm hukukunun çekişmeli işlerde tahkîme yüklediği sınırlı çözüm rolünü, bazı araştırmacılar tahkîmin ıstılahî anlamıyla da uyuşmayacak şekilde tahkîmi sınırsız çözüm mekanizması olarak görmektedirler.[225] Diğer bazı araştırmacılar ise boşanma hakkını erkekten alıp hakem heyetine vermeyi zorunlu görmektedirler.[226] Bazı araştırmacıların da tahkîmin ıstılahî tanımını yaparken isabet etmedikleri

---

[221] **Mecelle,** mad. 1790.
(التَّحْكِيمُ عِبَارَةٌ عَنِ اتِّخَاذِ الْخَصْمَيْنِ حَاكِمًا بِرِضَاهُمَا لِفَصْلِ خُصُومَتِهِمَا وَدَعْوَاهُم.)

[222] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428; **Mecelle,** mad.1790; Mustafa Yıldırım, "Tahkîm", **Diyanet İslam Ansiklopedisi,** TDV Yay. Ankara 2013, c. 39, s. 411.

[223] Mergînânî, **el-Hidâye,** c. 3, s. 108.
(باب التحكيم وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما، وينفذ حكمه عليهما، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم؛ لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما)

[224] Yıldırım, "Tahkîm", **DİA,** c. 39, s. 411.

[225] http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00163.htm (05.02.2017).

[226] Hamza Aktan, "Kur'ân'a Göre Boşanma Prosedürü", **Dinî Araştırmalar,** 2002, http://dergipark.gov.tr/download/article-file/51702 (03.07.2017), s. 15.

görülmektedir.[227] Tezimizin konusuyla temel ilişkisi olan tahkîmin çok iyi anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz.

"Tahkîm" konulu bir yüksek lisans tezinde "hakem", *"resmî sıfatı, kazâ salâhiyeti olmayan üçüncü kişiyi ya da kişiler"*[228] olarak tanımlanmaktadır. "el-Hidâye" adlı eserde ise hakem kavramının orijinal tanımı şöyledir: (وينفّذُ حكمُه (عليهما، وهذا إذا كان المحكَّمُ بصفة الحاكم؛ لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما "*Hakemin hükmünün taraflara uygulanmasının şartı, hakemin hâkim sıfatına sahip olmasıdır. Çünkü hakem taraflar arasında kâdı mesabesindedir.*"[229] Hakemin resmî sıfatının olmaması "ihitiyarî tahkîm" için söz konusu edilir. "Mecburî tahkîmde" ise kâdı bizzat kendisi resmî sıfatla hakem heyetini tayin eder. Dolayısıyla mecburî tahkîmde hakem kurulu resmî sıfata sahip olmak zorundadır. Araştırmacının bizzat kendisi yaptığı alıntıda dahi mecburî tahkîmin resmî sıfatına sahip olması gerektiğini ön plana çıkarmaktadır. Şöyle ki; Mecburî tahkîm, *"tamamen kazaî nitelikte olup resmî yargının bir çeşidini teşkil etmektedir."*[230] Kitaplarda tahkîmin tanımı yapılırken genelde ihtiyarî tahkîm kastedilse de tanımların *"efradını cami' ağyarını mani"* olmaları gerektiği ilkesinden de hareketle bir tanım kendi cinsi altına girecek kısımların bütününü kapsaması gerekir. Öte yandan seçilen hakem ister "ihtiyarî tahkîm" kısmından olsun ister "mecburî tahkîm" kısmından olsun hiç fark etmez hakem, hâkim konumundadır. Nitekim Ömer Nasûhi Bilmen, tahkîmi tanımlarken hakemin hâkimliğini vurgulamıştır. "*Müddei (davacı) ile müddea aleyhin (davalının) aralarındaki davalarını halletmek için kendi rızalarıyla bir kimseyi hâkim edinmeleri bir tahkîmdir."*[231] Ayrıca fıkıh kaynak eserlerinde tahkîm ile ilgili yer verdiğimiz bütün tanımlarda ısrarla hakemin hâkim olma sıfatına vurgu yapmaktadır.[232] Öte yandan aşağıda yer vereceğimiz üzere bir kimsenin hakem olabilmesi için kazâ

---

[227] Fatma Açık, **İslâm Hukukunda Tahkîm Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi,** (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Konya 2006, s. 20.
[228] Açık, **İslâm Hukukunda Tahkîm Müessesesi…** s. 20.
[229] Mergînânî, **el-Hidâye,** c. 3, s. 108.
[230] Açık, **İslâm Hukukunda Tahkîm Müessesesi…,** s.25.
[231] Bilmen, **Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu,** c. 8, s. 205.
[232] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 24; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428; **Mecelle,** mad.1790; Komisyon, , "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 10, s. 233.

salahiyetine sahip olması şarttır.[233] Dolayısıyla hakem olacak kişi, kaza salahiyetine sahip olmadığı vakit hakem olamaz.

B. Tahkîmin Çeşitleri

1. İhtiyarî Tahkîm

Uyuşmazlık yaşayan tarafların rıza ve izniyle belirlenen tahkîm yoludur.[234] İhtiyarî tahkimde tarafların rızasıyla tayin edilmeyen hakemlerin hükmü geçersizdir. Fıkıh eserlerinde tahkîmin tanımı yapılırken bununla ihtiyarî tahkîm kastedilmektedir. İslâm hukukunda genelde ihtiyarî tahkîm söz konusu olduğu için hakemi seçme yetkisi taraflara aittir[235]

2. Mecburî Tahkîm

Mecburî tahkîm, İslâm hukuk sistematiğine göre taraflardan biri ya da her ikisi razı olmasa bile, hâkimin hakem olarak görevlendirdiği kişi veya kişilerin hakemliği geçerli olan tahkîm türüdür. Hâkimin atadığı hakemin vereceği hükmü uygulamak kaçınılmazdır.[236] Desûkî der ki: *"Kâdı tarafından görevlendirilen hakemin vereceği hüküm, kâdının hükmü gibidir."*[237]

---

[233] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428; geniş bilgi için bkz. **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 135,136; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 198; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 267; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 94; Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 55; Yıldırım, "Tahkîm''**, DİA,** c. 39, s. 412.

[234] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 135; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 267,268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 10, s. 234; bkz. Yıldırım, "Tahkîm", **DİA,** c. 39, s. 412.

[235] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 25; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428; Komisyon, **el-Fetâva'l-Hindiyye,** c. 3, s.397, 400; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 199; Yıldırım, "Tahkîm", **DİA,** c. 39, s. 412. Mustafa Yıldırım, **İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim,** İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay./Tibyan Yayıncılık, İzmir Tarih yok, s. 56.

[236] Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Komisyon, "Tahkim", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 10, s. 241; bkz. Yıldırım, "Tahkîm", **DİA,** c. 39, s. 412. Yıldırım, **İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim,** s. 54.

[237] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 135.
(وَأَمَّا لَوْ كَانَ الْمُحَكَّمُ مُوَلًّى مِنْ قِبَلِ الْقَاضِي فَكَأَنَّ الْحُكْمَ وَاقِعٌ مِنْ الْقَاضِي)

C. Tahkîmin İşletilebilmesi İçin Gereken Şartlar

İslâm hukukuna göre kayıtsız ve şartsız olarak herhangi bir kimse, ne hakem olabilir ne de hakem tayin eden taraf olabilir. Bir başka ifade ile tahkîm kurulunu işletebilmek için hakemlerin ve hakem tayin eden tarafların belli şartları taşıması gerekir.

İslâm fakihleri, hakem tayin eden tarafların aklî dengesi yerinde ve Müslüman olmalarının şart olduğunu, zimmî gayri müslimlerin ise kendi gibi zimmî gayri müslimleri hakem tayin edebileceğini belirtmişlerdir. Fakihler, bir kimsenin hakem olabilmesi için ise; Müslüman, akıl sahibi, ergenlik çağına erişmiş, reşit ve hür biri olmasının yanı sıra adalet sıfatını taşıyan ve kazâ salahiyetine sahip olması gerektiğini şart koşmaktadırlar. İslâm fıkıh mirasında "adalet" kavramı, "takva üzere kalmak" şeklinde ifade edilmiştir.[238] Mâlikîler, uyuşmazlık halinde olan tarafların yabancı ve mümeyyiz olan bir âlimin hakemliğine başvurmalarının caiz olduğunu belirtmişlerdir. Ayrıca kâfir ve İslâm fıkhında bilgisiz olan hakemlerin verdikleri hüküm geçersizdir. Ancak cahil bir kimse âlim birinden sorar âlim olan da kendisine hakkı gösterirse ve âlimin hükmüyle hüküm verirse bu takdirde geçerli olur. Zira verilen bu hüküm, artık bilgisiz olan kimsenin değil âlim olan kimseye ait olmuş olur.[239]

D. Fıkhî Mezheplere Göre Tahkîmde Tarafların Rızası ve Hakemlerin Yetkileri

Tarafların rızası ve hakemlerin yetkileri hususundaki fıkhî mezheplerin görüşlerine geçmeden önce şunu ifade etmek gerekmektedir. Tahkîm müessesesinin işletilebilmesi için anlaşmazlık yaşayan tarafların hakemin vereceği hükme razı olmaları şarttır. Aksi takdirde şer'î kâdının bulunmadığı veya hakemin

---

[238] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 198; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 267; Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 55; Yıldırım, "Tahkîm", **DİA,** c. 39, s. 412.

[239] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s.198.

görevlendirilmediği bir zamanda hakem kurulunun işletilmesi mümkün gözükmemektedir.

Hanefî mezhebine göre; tarafların hakem tayini konusunda işin başında hakemin belirlenmesinde rıza göstermeleri şart değildir. Hakemler, hüküm verdikten sonra tarafların onun bu hükmüne rıza göstermeleri yeterlidir.[240] Nitekim Mecellenin en son maddesi de bunu vurgulamaktadır.*"Bir kimse hakem olarak tayin edilmeksizin iki kişi arasındaki davayı çözüme kavuşturur taraflar da onun verdiği hükme rıza gösterirse veya onun hükmünü onaylarsa onun verdiği bu hüküm uygulamaya geçer."*[241] Şayet uyuşmazlık yaşayan evli çiftler, iki hakeme boşama yetkilerini verirlerse bu durumda iki hakem, tarafların vekili konumuna geçerler. Artık bu durumda iki hakem, gerek gördükleri takdirde vekil sıfatıyla evli çiftleri birbirinden ayırmak (tefrik etme) suretiyle evliliklerini sonlandırabilirler.[242]

Mâlikî mezhebine göre, sadece mal ve yaralamalarla ilgili konularda tahkîm kuruluna başvurmak caiz olur. Ancak tahkîmin caiz olmadığı veya kâdının yetkisinde olan herhangi bir konuda tahkîme gidilmişse ve hakemler, hükmünü verdikten sonra hükümleri de doğru olması kaydıyla onların bu hükmü geçerli olur. Hakemlerin bu şartlarda verdikleri hükmü artık ne taraflar ne de hâkim feshetme hakları vardır.[243] Mezhepler arasında hakemlere en geniş yetki Mâlikî mezhebinde verilmiştir. 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Mâlikî mezhebinin görüşü alınarak kanunlaştırılmıştır.[244] *"...Hâkim tarafeyn ailelerinden birer hâkem tayin eder... Bu sûretle teşekkül eden aile meclis-i tarafeynin ifadât ve müdâfaâtını tedkîk ile beynlerini ıslâha çalışır. Kabil olmadığı sûrette kusur zevcde ise beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâle'a eyler. Hâkemler ittifak edemezler ise hâkim evsaf-ı lâzımayı hâiz diğer bir heyet-i hakemiyle veya*

---

[240] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 25.
[241] **Mecelle,** mad. 1851.
(إذَا فَصَلَ أَحَدٌ الدَّعْوَى الْوَاقِعَةَ بَيْنَ شَخْصَيْنِ بِدُونِ أَنْ يُحَكَّمَ فِي ذَلِكَ وَرَضِيَ الطَّرَفَانِ بِذَلِكَ وَأَجَازَا حُكْمَهُ يَنْفُذُ حُكْمُهُ.)
[242] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 429, Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 54.
[243] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 199,200.
[244] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 238.

tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hâkem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'î ve nâ-kâbil-i itirazdır."[245]

Diyanet İşleri Başkanlığı ilmihalinde de Mâlikî mezhebinin hakemlerin yetkilerine ilişkin olarak görüşüne şu şekilde yer verilmiştir: *"Mâlikî'lere göre kocasının kendisine fena muamelede bulunduğu kadın hâkime başvurup boşanma talebinde bulunabilir. Bu iddiasını ispat ederse hâkim derhal boşanmaya karar verir. Ancak kadın kocasının kötü muamelede bulunduğunu ispat edemez, fakat bu sebeple boşanma talebinde de ısrar ederse hâkim her iki tarafın ailesinden uygun birer kişiyi hakem olarak seçer. Bu hakemler tarafların arasını ıslah etmeye gayret ederler. Bu mümkün olmazsa boşanmaya hükmederler. Eğer ailedeki geçimsizliğin sebebi koca ise hakemler bâin talâka, kadın ise muhâle'aya hükmederler. İkisi arasındaki fark şuradadır ki bâin talâkta boşanmanın malî yüklerini koca üstlendiği halde, muhâle'ada bu yüklerden tamamen veya büyük ölçüde kurtulmuş olur."*[246] Mâlikî'lere göre hakem kuruluna yetki tanındıktan sonra hakemlerin vereceği hüküm, doğru olmak şartıyla taraflar ve hâkim olmak üzere herkes kabul etmek durumundadır.[247]

Şafiî mezhebine göre ise hakem olacak kişilere rızanın hemen ilk baştan açıkça belirtilmesi gerekir. Anlaşmazlık yaşayan tarafların tahkîme olan rızaları, hakem kurulu, hükmü verene kadar devam etmelidir. Buna göre davanın görülmesine başlanılsa hatta deliller ortaya konulsa bile taraflardan biri tahkîmden vazgeçerse hakemlerin vereceği hüküm geçersiz olur çünkü tarafların rızası sonuna kadar devam etmemiştir. Ancak hüküm çıktıktan sonra azhar (Şâfiî mezhebinde tercih konusu olan) görüşe göre, artık tarafların rıza gösterme şartı aranmaz. Şâfiî mezhebinde ikinci bir görüşe göre ise; hakemler, hüküm verdikten sonra bile tarafların buna rıza

[245] Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, mad. 130.
[246] M. Akif Aydın, **İlmihal 1-2,** Türkiye Diyanet Vakfı Yay. Ankara 2010, c. 2, s. 236,237.
[247] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136.

göstermeleri şarttır. Zira hakem tayin eden tarafların rızaları, hükmün aslı için geçerli olduğu gibi hükmün lüzûmu/bağlayıcı olması için de geçerlidir.[248]

Diyanet İşleri Başkanlığı İlmihalinde Hanefî ve Şafiî mezheplerinin hakemlere yüklediği yetkiler şu şekilde ifade edilmiştir: *"Hanefîler ve Şâfiîlere göre kocanın eşine fena muamele etmesi, bir boşanma sebebi değildir. Ancak bu mümkün olmaz koca da karısını boşamaya veya muhâle'aya yanaşmazsa bu iki mezhepte hukûken yapılacak fazla bir şey yoktur. Osmanlı Devleti'nde uzun yıllar Hanefî mezhebinin resmî mezhep olarak yürürlükte olması bu açıdan bazı problemler ortaya çıkarmamış değildir. Kadınlar istemedikleri evliliklerden kurtulmak için bazen hukûkun imkânlarını zorlamışlar, bazen da hukuk dışı yollara yönelmişlerdir."*[249]

Hanbelî mezhebine göre, hakemler henüz davayı çözme işine girişmemişlerse hakem tayin eden taraflardan biri, hakemlerin vereceği hükümden cayma hakkı vardır. Çünkü hüküm, tarafların ancak rızasıyla sabit olur. Bu durum henüz tasarrufta bulunmadan vekâletten vazgeçmeye benzer. Şayet hakemler anlaşmazlığı çözmeye başlamışlarsa bu durumda Hanbelî mezhebinde iki görüş bulunmaktadır:

Birincisi: Taraflardan her hangi biri tahkîmin vereceği hükümden vazgeçebilir. Zira hüküm, henüz verilmemiştir. Bu hüküm, anlaşmazlığı çözme işine henüz başlanılmamasına benzemektedir.

İkincisi: Hakemler, davayı görmeye başlamışlarsa taraflardan her hangi biri tahkîm kurulunun vereceği hükümden vazgeçemez. Şayet bu durumda vazgeçme hakkı tanınırsa taraflar, kendi menfaatlerine uygun olmayan hükmü gördükleri vakit, tahkîmden vazgeçer ve tahkîm müessesesinden beklenilen rol ortadan kaldırılmış olur.[250]

Görüldüğü gibi dört mezhebin bütünü de -detaylardaki görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte- tahkîm kurulunun belirlene bilmesi için uyuşmazlık yaşayan her

---

[248] Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 268; Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye**, c. 10, s. 241.
[249] Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 236.
[250] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95.

iki tarafın rıza göstermesi şarttır. Aksi takdirde şer'î açıdan tahkîm kurulunun işletilebilmesi mümkün gözükmemektedir. Öte yandan hakemlere tanınan yetkilerle görevleri çok sınırlıdır.

E. Tahkîmin İşlevselliği

Tahkîm müessesesini işletme, fukahanın geliştirdiği yeni bir yöntem olmayıp geçmişte ve günümüzde uygulanabilir şer'î bir yöntemdir. Zira tahkîmin işletilmesi için kâdının bulunmaması şartı aranmamaktadır. Çünkü sahâbe büyüklerinden tahkîmin işletilmesi ile ilgili olarak icmâ bulunup hiç kimse tahkîmi red etmemiştir.[251] Özellikle kâdının olmadığı bir dönemde evlilik birliği içinde doğabilecek sorunlarda eşlerin başvurabileceği ilk yöntem olmalıdır.

Tahkîmin meşruiyeti hakkında Kur'ân-sünnet nasları[252] ve icmâ[253] bulunmaktadır. Karı-kocanın arasının açılmasından endişe edilmesi halinde Allah Teâlâ aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için iki hakeme başvurmayı emretmiştir.

"Eğer karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (arayı) düzeltmek isterlerse, Allah da onları uzlaştırır. Şüphesiz Allah, hakkıyla bilendir, hakkıyla haberdardır."[254] Kurtubî, bu ayetin tefsiri için şöyle der: *"Bu ayet, tahkîmin varlığına delildir. Aynı zamanda bu ayet, Haricilerin 'Allah'tan başka hiç kimsenin hakemliğine başvurulmaz' sözüne yüklenilen yanlış anlamı ortaya koymaktadır. Asıl itibarıyla Haricilerin kullanmış olduğu bu söz haktır fakat bu sözle kastedilen bâtıldır."*[255] Sünnette ise tahkîmin meşruiyeti ile ilgili pek çok olay bulunmaktadır.

---

[251] Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 267; bkz. Yıldırım, "Tahkîm", **DİA,** c. 39, s. 411.

[252] Nisâ, 4/35; Buhârî, "Meğâzî" 64-4121 (c. 5, s. 112); Müslim,"Cihâd" 32/22-1768 (c. 3, s. 1388).

[253] Şeyhîzade Damad Efendi Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman (ö. 1078/1667), **Mecma'u'l-enhur fî şerhi Multeka'l-ebhur 1-2,** Dâru ihyai't-türâsi'l-Arabî, Yayın yeri yok Tarih yok, c. 2, s. 173.

[254] Nisâ, 4/35.
(وَاِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ اَهْلِهٖ وَحَكَمًا مِنْ اَهْلِهَا اِنْ يُرِيدَا اِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللّٰهُ بَيْنَهُمَا اِنَّ اللّٰهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)

[255] Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh Şemsüddîn el-Kurtubî el-Ensârî (ö. 671/1273), **el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân 1-20,** Dârü'l-kütübi'l-Mısriyye, Kahire 1384/1964, c. 5, s. 179.

Sözgelimi Beni Kurayzâ Yahudileri, Sad b. Muâz'ın hükmünü kabul edeceklerini söyleyince Rasûlullah (sav), Sad b. Muâz'ın hakemliğine razı olmuştur.[256]

Tahkîm konusu fıkıh eserlerinin nikâh, talâk, kazâ ve edebu'l-Kâdî bölümlerinde ele alınmıştır.[257]

Özellikle kâdının yokluğu halinde hakemleri tayin etme meselesi, pek çok hukukî meselede uygulama alanı bulmaktadır.[258] Abdülkerîm Zeydân, şöyle demektedir: *"İslâm topraklarını zorla ele geçiren kâfir bir yönetici, Müslümanların hukukî davalarının çözümü için şer'î hükümleri bilmeyen birini veya fâsık birisini hâkim olarak görevlendirirse, bu nitelikteki kimseler, İslâm hukukuna göre kâdı olamazlar. Aynı zamanda kâfir yöneticinin isteklerine göre hüküm veren veya gayri müslim biri, hâkim olarak görevlendirilirse bunlar da yargı görevi için ehil olamazlar. Kâfir bir yönetici, bu tarz kimseleri yargı görevi için tayin ederse bu şartlarda Müslümanların aralarındaki davaların çözümü için böyle bir hâkime gitmemeleri vâcip olur. Bu durumda Müslümanlar, tahkîme başvururlar. Müslümanların aralarındaki davalara hükmedecek hakem; şeriat ilmini bilen, âlim ve adil bir Müslüman olmalıdır."*[259]

Kâdının Müslüman olması ya da mahkemenin İslâmî olması, şer'î açıdan Müslümanların uyması gereken teklîfî bir hükümdür.[260] Mahkemenin bağlı olduğu hukuk sistemi İslâm hukukuna aykırı olduğu takdirde Mikâtî[261] ve Mevlevî[262] gibi

---

[256] Buhârî, "Meğâzî" 64-4121 (c. 5, s. 112); Müslim,"Cihâd" 32/22-1768 (c. 3, s. 1388); bkz. İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 25.

[257] Yıldırım, "Tahkîm", **DİA,** c. 39, s. 411.

[258] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 268;İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 94; Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 10, s. 239, 240.

[259] Abdülkerîm Zeydân (ö. 1435/2014), Nizâmü'l-Kadâ' fi'l-İslâm, Muessesetü'r-risâle, Beyrut 1989, s. 38.

[260] Teklifî Hüküm: "*Şeriatın hitabı Mükellefe yönelik olarak bir fiili yapmasını veya yapmamasını istemesi yahut onu yapıp yapmama arasında serbest bırakması şeklinde gelmesidir*." Bkz. Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî (ö.505/1111), **el-Müstasfâ min İlmi'l-usûl 1-4,** Şeriketü'l-Medineti'l-Münevvere, Yayın yeri yok 1429/2008, c. 1, s. 210.

[261] Re'fet el-Mikâtî, **Behsu vucûbi tahkîmi'ş-şeri'ati'l-İslâmiyye ve vesâiliha,** el-Mu'temerü'l-İslâmiyyi's-sâni li'ş-şeri'ati ve'l-kânûn, **et-Tehkîmü'l-mutlak fi dav'iş-şeri'ati ve'l-kânûn,** s. 277; (nakleden: Ömerî, **Nezariyyetü't-tefriki'l-kadâ' beyne'z-zevceyn,** s.142).

bazı çağdaş âlimler, tahkîm yoluyla çözüme gitmeyi önermişlerdir. Şayet bir ülkenin şer'î olmayan hukuk sistemi vatandaşlarını tahkîme gitmesine izin veriyorsa bu durumda şer'î olarak tahkîme gitmek vâcip olur. Mikâtî şöyle diyor: *"Bugün İslâm dünyasındaki devletlerde İslâm şeriatına göre hüküm verme, yasama ve kanun düzeyinde tatbik edilmesi kaldırılmışsa da tahkîm (hakem tayin etme) uygulaması ise devam etmelidir. Bu da fikir ve irade özgürlüğünü gözeten devlet otoritesinin, prosedür gereği yürürlükteki kanunlardan hangisinin tatbik edileceği hususundaki seçme hakkını taraflara tanımasıyla gerçekleşir."*[263] Mikâtî, İslâm hukuk sisteminin Müslüman ülkelerde uygulanmamasına rağmen tahkîme gitme uygulamasının devam etme zorunluluğunu vurgulamakla, özellikle Arap dünyasında içerisinde tahkîmin de bulunduğu evlilik ve boşanma hükümlerinin hâlen İslâm fıkhına göre uygulamada olmasına işaret etmektedir.[264] Hayrettin Karaman da buna yakın düşüncelerle çekişmeli işlerde tahkîme gitmenin gerekliliğine işaret etmektedir. *"Tarafların tercih ve isteğine kalmış/bırakılmış konularda Müslümanlar anlaşmazlıklarını hakemler yoluyla hallederler. Hakemlerin ittifakla veya çoğunlukla verdiği hükümler uygulanır; uygulamayan Müslüman dini bakımdan sorumlu olur."*[265] Günümüzde Mâlikî mezhebinin önde gelen şahsiyetlerinden olan Abdullah Şeyh el-Mahfûz b. Beyyeh de ilgili ayette belirtildiği gibi evlilik birliği içinde fena muamele ve geçimsizlik baş gösterdiğinde tarafların çözüm için "tahkîme" başvurmaları gerektiğini ısrarla vurgulamaktadır.[266]

Karaman, evlilik birliği içinde çıkan problemlerin çözümü için sürekli tahkîme başvurmayı önermektedir. *"Mahkemeye başvurup boşanan bir kadını kocası -dinî bakımdan- boşamamakta ısrar ederse durum hakemlere intikal ettirilir. Hakemler kadının, kocasının kusuru (mesela cinsel temas yapamaması, teşebbüs*

---

[262] Komisyon, **Mecelletü'l-meclisi'l-Ûrûbî li'l-iftâ ve'l-buhûs,** el-Adedu's-Sâlis, (nakleden: Ömerî, **Nezariyyetü't-tefriki'l-kadâ' beyne'z-zevceyn,** s. 142).

[263] Re'fet el-Mikatî, **Behsu Vucûbi Tahkîmi'ş-Şeriati'l-İslâmiyye…,** s. 277. (nakleden: Ömerî, **Nezariyyetü't-tefriki'l-kadâ' beyne'z-zevceyn,** s. 142).

[264] Bkz. Muhammed Mustafâ Şelebî (ö. 1403/1983), **Ahkamü'l-üsra fi'l-üsra dirâse mukârene beyne Fıkhi'l-mezâhibi's-Süniyye ve'l-mezhebi'l-Ca'feri ve'l-kânûn,** Dârü'l-câmi'iyye Beyrut 1403/1983.

[265] http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00163.htm (05.02.2017).

[266] http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).

halinde boşalması) yüzünden ayrılmak istediğini tespit ederlerse ayrılmaya (tefrik) karar verirler. Ayrılmayı talâk sayan ictihada göre de kadının mehrinin ödenmesi gerekir. Bu ifadelerimin kısadan ve geçerli delili, Osmanlılar zamanında, Şeyhülislâmlık makamının da onayı ile çıkarılan Hukuk-aile kararnamesinin 119, 130 ve 131. maddeleridir."[267] Karaman'ın Türkiye Cumhuriyetinde anlaşmazlık yaşayan eşler için sunduğu bu çözüm önerisine birkaç açıdan katıldığımızı ifade etmek isteriz.

Birincisi: Burada kocanın kusurlu olduğu tespit edildiği takdirde durumun hakemlere intikal ettirileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla çözüm için ihtiyarî tahkime gitmeyi önermektedir.

İkincisi: Evlilik birliğine son veren merciinin, hâkim olmayıp ayette belirtildiği gibi hakemlerin olması

Üçüncüsü: Laik devletlerdeki hâkim değil de İslâm hukuk sistemine göre bir kâdı da olmuş olsaydı böyle bir davada yine bahsi geçen boşamayı gerçekleştirirdi. Zira erkeğin cinsel temas yapamaması teşebbüs halinde boşalması İslâm fıkhına göre kâdı tarafından tefrike (eşlerin ayrılmasına) hükmetmesine şer'î bir gerekçedir.[268]

Ancak yukarıdaki fetvanın delil açısından Osmanlılar zamanındaki Şeyhülislâmlık makamının onayı ile çıkarılan Hukuk-ı Aile kararnamesinin 119, 130 ve 131. maddelerine"[269] dayandırılması tutarlı gözükmemektedir. Çünkü söz konusu kararname, şer'î kâdının görevlendirdiği hakem olan "mecburî tahkîm" içindir. Günümüzde şer'î kâdı yok ki, "mecburî tahkîm"in çözüm rolünden bahsedelim. 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararname'si Şeyhülislâmlık makamının olduğu şer'î esasların uygulandığı Osmanlı gibi bir ülkede işlev görür.

---

[267] http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0161.htm (05.02,2017).

[268] Meydânî, **el-Lübâb**, c. 3, s. 24,25; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 277-279; Komisyon, "Furka", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 32, s. 109; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 7048; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 233, 234.

[269] http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0161.htm (05.02.2017).

F. Yargı ve Tahkîm

Yargı ile tahkîmin her ikisi de insanlar arasındaki çekişmelere son vermek için vardırlar. Dolayısıyla fakihler her ikisinde de benzer şartlar koşmuşlardır.[270] Fakat aralarında bazı farklar da bulunmaktadır. Şöyle ki; İnsanlar arasındaki hukukî meseleleri çözmede yargı asıldır tahkîm ise tali bir çözüm yoludur. Kâdının ataması velâyet-i âmme/şerî‘ devlet otoritesi tarafından olduğu için hiç kimse ve hiçbir konu kâdının yargılamasından istisna edilemez. Hakem ise bazı şartlar ve sınırlandırmalarla ya uyuşmazlık yaşayan taraflarca belirlenir ya da kâdı tarafından atanır.[271] Tahkîm kuruluna rıza gösterilmediği takdirde hakemin hükmü geçersiz olur. Kâdının verdiği hükme ise rıza gösterilmese bile kâdının verdiği hükmün uygulanması kaçınılmazdır.[272] Öte yandan bazı hukukî meseleler vardır ki tahkîme konu olamazlar.[273]

G. Evlilik Birliği İçinde Çıkan Problemlerde Tahkîme Başvurma Yönteminin Şekli

Evlilik birliği içinde uyuşmazlık yaşayan eşlerin problemlerini çözüme kavuşturmak için “ihtiyârî tahkîm” denilen yani kendi rızalarıyla hakeme başvurmalıdırlar. Tahkîm müessesesinin işletilmesi hakkında Kur’ân ve sünnet nasları olduğundan dolayı kâdının yokluğunda çözüm için başvurulması gereken ilk şer‘î yöntem tahkîmdir. Dolayısıyla çözüm için hakemleri tayin etmek fakihler arasında ihtilâflı bir konu değildir. Şayet karı-koca evliliğin devamını mümkün görmüyorlarsa beşerî mahkemede boşanma davasını açmaktansa boşama konusunda

---

[270] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Mustafâ b. Sa‘d b. Abduh es-Süyûtî el-Hanbelî (ö. 1243/1827), **Metâlibu ûli’n-nuhâ fî şerhi Gâyeti'l-müntehâ 1-6,** el-Mektebü’l-İslâmî, Yayın yeri yok 1415/1994, c. 6, s. 471.

[271] Desûkî, **Haşiyetü’d-Desûkî ale’ş-Şerhi’l-kebîr,** c. 4, s. 135; Şirbînî, **Muğni’l-muhtâc,** c. 6, s. 267,268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Komisyon, “Tahkîm”, **el-Mevsû‘atü’l-fıkhiyye,** c. 10, s. 234; bkz. Yıldırım, “Tahkîm”, **DİA,** c. 39, s. 412.

[272] Komisyon, **el-Fetâva’l-Hindiyye,** c. 3, s. 397; Şirbînî, **Muğni’l-muhtâc,** c. 6, s. 267,268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Geniş bilgi için bkz. Ahmet Akgündüz, “Hakem” **Diyanet İslam Ansiklopedisi,** TDV Yay. Ankara 2013**,** c. 15, s. 172; bkz. Yıldırım, “Tahkîm”, **DİA,** c. 39, s. 412.

[273] İbn Nüceym, **el-Bahrü’r-râ’ik,** c. 7, s. 26; Desûkî, **Haşiyetü’d-Desûkî alâ’ş-Şerhi’l-Kebîr,** c. 4, s. 136; Şirbînî, **Muğni’l-muhtâc,** c. 6, s. 267,268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Komisyon, “Tahkîm”, **el-Mevsû‘atü’l-fıkhiyye,** c. 10, s. 234; bkz. Yıldırım, “Tahkîm”, **DİA,** c. 39, s. 412.

yetkiyi şer‘î ölçülere göre hakemlere devretmeleri gerekir.[274] Kâdının olmadığı bir zamanda çözüm için hakeme veya açıklayacağımız üzere fukahanın geliştirdiği yöntemlerden her hangi birine müracaat etmeyen taraf dinî bakımdan sorumlu olur.

İslâm hukuk sistemine dayalı kâdının otoritesi olmadığı bir zamanda geçimsizlik yaşayan eşlerin sorunlarına tahkîm, sınırlı düzeyde çözüm olabilmektedir. Türkiye şartlarında şer‘î kâdı olmadığından dolayı kâdı tarafından görevlendirilen hakem söz konusu edilemez. Bizim tespitlerimize göre Türkiye şartlarında hakem kurulunun işletilmesinin yolu tarafların kendi rıza ve izinleriyle hakem heyetini seçme yöntemidir. Bu yöntemde de taraflardan biri hakemin hükmüne razı olmayacağını ifade ederse bu durumda hakemin verdiği hüküm geçersizdir. Dolayısıyla taraflardan biri tahkîme gitmeye razı olmazsa kâdı da yoksa bu durumda eşler arasındaki geçimsizliğe şer‘î çözüm için tahkîmin işletilemeyeceğini ve tahkîmin fonksiyonunun da bu noktada biteceğini düşünüyoruz.[275]

Günümüzde bazı araştırmacılar tahkîm müessesesini sınırsız bir çözüm yolu olarak görmekte iken[276] diğer bazıları ise hakem heyeti tayin etmenin zorunlu olduğu görüşündedirler.[277] Bu yaklaşımları değerlendirmeye tabi tutacağız.

1. Tarafların Rızasının Şart Olduğu Tahkîm

Tarafların rızası ile belirlenmiş tahkîmin işletilebilmesi için uyuşmazlık yaşayan her iki tarafın rızası gözetilmelidir. Çekişmeli işlerin çözümü için tarafların

---

[274] İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr,** c. 5, s. 429; Desûkî, **Haşiyetü’d-Desûkî ale’ş-Şerhi’l-kebîr,** c. 4, s. 135,136; Sâvî, **Hâşiyetü’s-Sâvî ale’ş-Şerhi’s-sağîr,** c. 4, s. 199,200; Şirbînî, **Muğni’l-muhtâc,** c. 6, s. 268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Komisyon, “Talâk”, **el-Mevsû‘atü’l-fıkhiyye,** c. 29, s. 54.

[275] İbn Nüceym, **el-Bahrü’r-râ’ik,** c. 7, s. 25; İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr,** c. 5, s. 428; Komisyon, **el-Fetâva’l-Hindiyye,** c. 3, s. 397, 400; Desûkî, **Haşiyetü’d-Desûkî ale’ş-Şerhi’l-kebîr,** c. 4, s. 136; Sâvî, **Hâşiyetü’s-Sâvî ale’ş-Şerhi’s-sağîr,** c. 4, s. 199; Şirbînî, **Muğni’l-muhtâc,** c. 6, s. 268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Komisyon, “Tahkîm”, **el-Mevsû‘atü’l-fıkhiyye**, c. 10, s. 241.

[276] http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00163.htm (05.02.2017).

[277] Aktan, Kur’ân’a Göre Boşanma Prosedürü, s. 15.

rızası gözetilmediği takdirde, bu şekilde belirlenen hakemler, tahkîme başvurmayla ilgili gelen naslara[278] ve dört fıkhî mezhebe[279] göre şer'î geçerliliği yoktur.

Kimi araştırmacılar, evlilik birliği içinde meydana gelen sorunların çözümü için tahkîm kuruluna başvurma konusunda tahkime yüklediği mutlak çözüm anlayışıyla yaklaştıklarını düşünüyoruz. Bu hususta ki delilimiz kendilerinin bizzat şu ibareleridir: *"Boşanma dâvalarında kadın boşanmak istediği halde erkek istemiyorsa, fakat yürürlükteki mevzûata göre boşama sebepleri bulunduğu için hâkim boşanmaya hükmetmiş olursa -evlilik birliği içinde zarar gören ve bu sebeple boşanmak isteyen kadının- bir hakemi olur, hâkim de boşamak istemeyen ve hakemi de kabul etmeyen kocanın hakemi yerine konabilir, bu durumda iki hakem ayrılığa karar vermiş olacakları için evlilik sona erer."*[280] Bu fetva; doktora tezinde,[281] makalelerde[282] ve bazı internet sitelerinde[283] bu konuya sürekli çözüm olarak önerilmektedir. "*Boşanma dâvalarında kadın boşanmak istediği halde erkek istemiyorsa"*[284] ifadesi, hakeme başvurmada bir tarafın rızasının aranmadığı anlaşılmaktadır. Bu görüşü birkaç açıdan değerlendirmek istiyoruz.

1. Erkek tarafının rızasını gözetmeksizin hakem görevlendirmek Allah Teâlâ'nın (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ اَهْلِهِ) *"erkeğin ailesinden bir hakem gönderin"*[285] emrine muhalefet edilmiş olur. Ayrıca Beni Kurayzâ Yahudileri Sad b. Muâz'ın hükmünü kabul edeceklerini söylemeleri üzerine Rasûlullah'ın (sav), Sad b. Muâz'ın tahkîmine

---

[278] Nisâ 4/35; Buhârî, "Meğâzî" 64-4121 (c. 5, s. 112); Müslim, **"**Cihâd" 32/22-1768 (c. 3, s. 1388); bkz. İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 25.

[279] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 25; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 429, **Mecelle,** mad. 1851; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 199,200; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 10, s. 241; Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 54;

[280] http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00163.htm (05.02.2017).

[281] Liv, **İslâm Aile Hukukunda Evlilik Akdinin ve Boşanmanın Tescili,** s. 240.

[282] Yılmaz, "Türk Medenî Kanunu'na (TMK) Göre Gerçekleşen Boşanmaların…", s. 274.

[283] http://www.cevaplar.org/index.php?content_view=5513&ctgr_id=45(05.02.2017).

[284] http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00163.htm (05.02.2017).

[285] Nisâ, 4/35; bkz. İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 25.

razı olması ile ilgili sünnetin e de aykırı bir uygulama olduğu kanaatindeyiz.[286] Zira hem ayette hem de hadiste çift tarafın rızası esas alınmıştır.

2. "*Hâkim de boşamak istemeyen ve hakemi de kabul etmeyen kocanın hakemi yerine konabilir,"* görüşü, -bir kısmına yukarıda yer verdiğimiz gibi- Lugat eserlerindeki tahkîmin sözlük manasıyla örtüşmediğini görmekteyiz. Çünkü burada *"Bir kimseyi bir meselede hakem kılarak hüküm vermesini isteyen veya emreden;*[287] *bir konuda kendisine ait hüküm verme yetkisini bir başkasına devreden;*[288] koca tarafı değildir. Aksine erkek tarafının hakem seçme iradesi, erkek tarafından alınıp hâkime verilmektedir. Zira "tahkîm" kelimesi, geçişli bir fiil olup aralarında hüküm vermesi için başka birini hakem tayin etme anlamında iken bu fetvada erkek tarafından hakem tayin etme yetkisi gasp edilmektedir.

Diğer taraftan asıl ve tali fıkıh kaynak eserlerinde tahkîm ile ilgili olarak yapılan tanımlarda -yukarıda yaptığımız tanımlardan da anlaşılacağı üzere- hakemin her iki tarafın rızası ile belirlenmesi gerekmektedir. Tek tarafın rızası ile hakem tayin etmek ise tahkîmin şer'î tanımına uymamaktadır.[289] Dolayısıyla tek tarafın rızasıyla seçilen hakem, hakem olamaz.

3. Hakem olacak kişi taraflarca bilinen biri olmalıdır. Taraflar örneğin mescide ilk giren kişi aramızda hakem olsun derlerse böyle bir hakem tayininde cehalet/bilgisizlik meydana geldiği için icmâa binaen caiz olmaz.[290] Şayet taraflar hakem olacak kişiyi bildikten sonra, onun hakemliğini kabul ederlerse bu takdirde onun hakemliği meşruiyet kazanır. Artık "malum/bilinen tahkîm" olur.[291] İcmâya göre caiz olmayan hakem tayin şekli dahi tarafların rıza göstermesinden sonra caiz

---

[286] Buhârî, "Meğâzî" 64-4121 (c. 5, s. 112); Müslim, "Cihâd" 32/22-1768 (c. 3, s. 1388); bkz. İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 25.

[287] Lisânü'l-Arab, mad. "h.k.m.; el-Kâmûsu'l-Muhît, mad. "h.k.m.".

[288] Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 10, s. 233.

[289] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 24; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428; **Mecelle,** mad. 1790; **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 135,136; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 267,268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95.

[290] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 26; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428.

[291] Komisyon, **el-Fetâva'l-Hindiyye**, c. 3, s. 398; Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 10, s. 237.

olmaktadır. Buna göre beşerî hukuk sistemindeki bir hâkimin hakemliğin şartlarını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın ve erkek tarafının rızasını gözetmeksizin İslâm hukukuna göre hakem olabilmesi mümkün değildir.

2. Hakemin Tek Taraftan Seçilmesi

İslâm hukukuna göre evlilik birliği içinde meydana gelen problemleri çözüme kavuşturmak için hakem, evli çiftlerin her iki tarafından seçilmelidir. *"Hâkim de boşamak istemeyen ve hakemi de kabul etmeyen kocanın hakemi yerine konabilir"*[292] şeklindeki görüş, erkek tarafının rıza ve izni olmadan hâkim, erkek tarafının zoraki bir şekilde hakemi yapılıyor. Hâlbuki erkek tarafını veya kadın tarafını devre dışı bırakmak konuyla ilgili gelen delillerle çatışmaktadır. Konuyla ilgili bir başka yerde şöyle görüş belirtilmektedir: *"Kadın evli kalmayı istemediği halde kocanın boşamayı reddetmesi halinde günümüzde de kadının, hakemlere başvurarak evliliği dini bakımdan sona erdirmesi mümkündür."*[293] Bu durumda tek taraftan hakem seçimi gerçekleştiğini düşünüyoruz.

1. Tek taraftan hakem seçimi konuyla ilgili inen ayete aykırı düşmektedir.

(وَاِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ اَهْلِهٖ وَحَكَمًا مِنْ اَهْلِهَا اِنْ يُرِيدَا اِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللّٰهُ بَيْنَهُمَا)

"Eğer karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (arayı) düzeltmek isterlerse, Allah da onları uzlaştırır."[294]

Kurtubî, *"iki hakemin"* tefsiri için şöyle der: *"İki hakem erkeğin ve kadının ailesinden başkası olamaz. Çünkü evli çiftlerin yakınları onların hallerine her kesten daha fazla malumat sahibidirler. Bu hakemler aynı zamanda fıkıh ilmini bilen basiret sahibi adil kimseler olmalıdırlar. Şayet erkek ve kadının ailesinden bu özelliklerde olan kimse yoksa bu durumda iki adil ve âlim olan başka kimselerin hakemliğine*

[292] http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00163.htm (05.02.2017).
[293] http://www.yenisafak.com/yazarlar/detayscroll/7996?n=1 (29.04.2017).
[294] Nisâ, 4/35.

başvurulur."[295] Görüldüğü gibi ayette açıkça erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem göndermeyi emretmektedir. Bu husus, 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararname'sinde de açıkça ifade edilmiştir. *"...hâkim tarafeyn ailelerinden birer hâkem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hâkem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hâkem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu sûretle teşekkül eden aile meclis-i tarafeynin ifadât ve müdâfaâtını tedkîk ile beynlerini ıslâha çalışır."*[296] Kimi yazarlar, eşler arasında şiddetli geçimsizlik ve fena muamele baş gösterdiğinde sorunun çözümü için tahkîme başvurmayı önerirken görüşlerini 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararname'sine dayandırdığını söylemektedirler.[297] Ancak bu araştırmacılar, hakem belirlemekte erkek tarafını devre dışı bırakmakla hakemin sadece kadın tarafından seçilmesini sağlamış olmaktadırlar. Bu da tahkîmle ilgili görüşlerine dayanak sağladıkları Hukuk-ı Aile Kararname'si bile lehlerine değil de aleyhinde bir delil olduğunu göstermektedir. Yukarıda Tefsir ve Kararnamede yer verdiğimiz üzere şayet bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaması ya da hakem olacak kimsenin gerekli şer'î şartları taşımadığı takdirde hâkim, dışardan hakem tayin eder. Bu da bir sonraki konuda anlatacağımız üzere şer'î kâdı yetkisinde olup beşerî hukuk sistemindeki hâkim, buna ne yetkilidir ne de böyle bir şey yapmaya kalkışır. Dolayısıyla hakemlerin sınırları ve niteliklerini belirtmeksizin sınırsız bir anlayışla hâkimin erkek tarafının hakemi yerine konmasının doğru olmadığını yaptığımız araştırmalardan anlamaktayız.

2. Hakem tayin edecek tarafların ehliyet sahibi olması gerekir. Müvekkilin izni olmadan vekilin ve velisinin izni olmadan ticaret yapmasına onay verilen çocuğun hakem tayin etmeleri caiz değildir. Aynı zamanda mudarebede sermaye sahibinin izni olmadan emek sahibinin de tahkîme gitmesi caiz değilken[298]Hangi

---

[295] Kurtubî, **el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân**, c. 5, s. 175; bkz. İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 25.

[296] Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, mad. 130.

[297] http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0161.htm (05.02,2017)

[298] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428; Komisyon, **el-Fetâva'l-Hindiyye,** c. 3, s. 397,400; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 267,268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 94,95.

şer‘î dayanağa binaen hâkim, kocanın izni olmadan kendisine hakem yapılıyor? Yukarıda aktardığımız fıkhî naslardan anlaşılacağı üzere hâkim her iki tarafın izni olmadan hakem olamaz çünkü bu konuda ehliyet sahibi ilgili kişi tarafından, hâkimin hakemliğine izin verilmemiştir.

3. Beşerî Hukuk Sistemindeki Hâkimin Şer‘î Kâdı Olmaması

Dünyadaki bütün hukuk doktrinlerine göre beşerî hukuk sistemi ile şer‘î hukuk sistematiği farklı şeylerdir. Şer‘î kâdının yetkisinde olan hükümler, beşerî hukuk sistemindeki hâkime tanınamaz. Tanındığı takdirde şer‘î delillerle uyuşmayacak bir çözümsüzlükle karşı karşıya kalırız.

Mecburî tahkîm olan taraflardan biri veya her ikisinin rıza ve izni olmasa bile kâdı, hakem atayabilir. Zira âlimlerin çoğunluğu, (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا) *“Eğer karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz”* ayetinin muhatabı şer‘î devlet yöneticileri ve hâkimleri olduğu söylemişlerdir. Hitabın karı-kocanın velilerine ait olduğu da söylenmiştir.[299] Bu husus, “1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararname’sinde de kanunlaştırılmıştır. *“...Hâkim tarafeyn ailelerinden birer hâkem tayin eder. ...hâkem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. ...Hâkemler ittifak edemezler ise hâkim evsaf-ı lâzımayı hâiz diğer bir heyet-i hakemiyle veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hâkem tayin eyler.”*[300] Söz konusu bu “Kararname”, tarafların rızası ile belirlenen “ihtiyarî tahkîm” kısmıyla ilgili değildir. Bilakis bu “Kararname”, taraflar razı olmasa bile şer‘î hâkim tarafından atanan hakemler ve onların hükümlerinin uygulanmasının zorunlu olan “mecburî tahkîm” kısmına dairdir. Zira hâkimin tayin ettiği hakemler, “mecburî tahkîm” türü ile ilgilidir.[301]

Türkiye’deki pek çok çağdaş araştırmacı,[302] 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne atıfta bulunarak eşler arasında şiddetli geçimsizlik ve fena muamele baş gösterdiğinde sorunu çözmek için tahkîme başvurmayı önermektedirler. Bu

---

[299] Kurtubî, **el-Câmi‘ li-ahkâmi’l-Kur’ân**, c. 5, s. 175.
[300] Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, mad. 130.
[301] Bkz. Aktan, Kur’ân’a Göre Boşanma Prosedürü, s. 12.
[302] Yılmaz, “Türk Medenî Kanunu’na (TMK) Göre Gerçekleşen…”, s. 274; Liv, **İslâm Aile Hukukunda Evlilik Akdinin ve Boşanmanın Tescili,** s. 240.

araştırmacılar, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nden" yola çıkarak günümüzdeki beşerî hukuk sistemindeki hâkimlere şer'î kâdı rolünü yüklemektedirler.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde "*evsafı hâiz" ve "evsaf-ı lâzımayı hâiz"* ifadeleriyle yukarıda dört mezhep fıkıh eserlerinden de aktardığımız[303] hakemlerin hükümlerinin uygulanabilmesi için ısrarla hakemlerin sahip olması gereken şer'î şartlar üzerinde durulmuştur. Söz konusu Kararnamede "*hâkem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler"* ifadesi, tarafların ailelerinden hakemlik şartlarını taşıyan hakem kurulu bulunamaması durumunda dışardan uygun şartları taşıyan hakemler tayin edileceğini vurgulamıştır. "1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararname'si", şer'î hükümlerin genel çerçeve içerisinde kanunlaştırmaktan farklı bir şey değildir. Dolayısıyla söz konusu kararname, kanun olduğu için detaylara girmemiştir. Beşerî hukuk sistemine göre ise, bir kimse İslâm fıkhına göre hâkim ve hakem olma şartlarını taşımıyorsa pekâlâ hâkim olabilmektedir. Söz gelimi bir hâkim, büyük günahlar işleyen adalet vasfına sahip olmayan veya fıkhî hükümler konusunda cahil biri de olsa yine hâkimlik yapmasına beşerî hukuk sistemine göre herhangi bir engel taşımamaktadır. Hatta bir hâkim, gayri müslim ya da dinden çıkan biri olsa bile hâkim olmasında Türkiye'de herhangi bir sorun teşkil etmemektedir. Diyelim ki; beşerî hukuk sistemine göre görevlendirilen bir hâkim, adalet sıfatına sahip biri olsun. Ancak böyle bir hâkim, şer'î devlet başkanı tarafından İslâm hukuk esaslarına göre görevini icra eden kâdı olarak atanmamıştır. Bundan sebep böyle bir yargıcın ne kendisini ne de bir başkasını hakem olarak belirlemesinin şer'î olmadığını "Kâdı ve Şer'î Hüküm" konusunda detaylı bir şekilde delilleriyle birlikte görmüş olduk.

Konuyla ilgili şöyle denilmiştir: *"...hâkim de boşamak istemeyen ve hakemi de kabul etmeyen kocanın hakemi yerine konabilir, bu durumda iki hakem ayrılığa karar vermiş olacakları için evlilik sona erer."*[304] Bu görüşün hâkime yüklediği rol,

---

[303] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî alâ'ş-Şerhi'l-Kebîr,** c. 4, s. 136; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 198; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 267; Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 55; Yıldırım, "Tahkîm"**, DİA,** c. 39, s. 412.

[304] http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00163.htm (05.02.2017).

kâdının yetkisinde olan, tarafların rızası esas alınmayan "mecburî tahkîm" kapsamına girmektedir. Bu fetvada, Türkiye'deki hâkimin Osmanlı döneminde olduğu gibi kâdıdan hiçbir farkının olmadığı düşünülüyorsa bu durumda hâkim, neden hakem yerine konuluyor ki? Hâkimin doğrudan "hâkim" sıfatıyla boşaması geçerli kabul edilebilirdi. Oysaki bu görüş sahipleri, beşerî hukuk sistemine dayanarak karar veren yargıç ile şer'î esaslara göre hükmeden kâdı arasında bir fark olmadığı şeklindeki değerlendirmeye, bahsi geçen fetvanın bir öncesinde açıkça karşı çıkmaktadırlar. Şöyle ki: *"Hangi şekilde olursa olsun devletin kanunları İslâm'ın da kanunları sayılır, amaçlar aynıdır, detaylardaki fark önemli değildir" şeklindeki bir anlayışa ve çözüm teklifine katılmıyorum. Bunu bazı ilahiyatçılar söylüyor ama bırakın diğer ilahiyatçıları laik-seküler kesim de buna şiddetle itiraz ediyor ve "dini hukuka karıştırmayın, bizim hukukumuz şeriatı dışlamıştır..." diyorlar.*[305] Dolayısıyla günümüzdeki hâkim kâdı gibi görülmüyorsa o zaman hâkim, ne bir başkasını ne de kendisini hakem tayin edebilir.

Bahsi geçen fetva, sorulan bir soru üzerine verilmiştir. Şöyle ki:*"Kâdi'nin bulunmadığı yerlerde, yani darül harbde mahkeme yoluyla halledilme mecburiyeti bulunan hallerde ne yapılacaktır? Mesela nafakadan acz veya mefkûdluk veya cünun sebebiyle nikâhın feshi ancak kadı kararıyla olabilmektedir. Yine mesela müşterek mülkte maliklerden birisi mülk üzerinde yaptığı zaruri masrafları diğer maliklerden taleb edebilmek için kadıdan izin almış olmalıdır. Bu gibi hallerde müslüman taraflar kime müracaat etmelidirler? Hakem usulü bir dereceye kadar sadıra şifa olmaktadır. Ancak bilhassa nikâhın feshi gibi hallerde tarafların bir hakem üzerinde anlaşmaları veya onun hükmünü kabullenmeleri bu devirde son derece zordur."*[306] Görüldüğü gibi soru, kâdının bulunmadığı ve ihtiyarî tahkîmin de uygulanmasının son derece zor olduğu durumlarda Müslümanların ne yapması ile ilgilidir. Bir başka deyişle soru, "*nafakadan acz, mefkûdluk veya cünun sebebiyle nikâhın feshi ancak kadı kararıyla halledilme mecburiyeti bulunan haller"* ile ilgilidir. Bu hususlarda karar verme yetkisi şer'î kâdıya aittir. Dolayısıyla evlilik birliği içinde fena muamele

[305] http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00163.htm (05.02.2017).
[306] http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0161.htm (05.02,2017).

ve geçimsizlik baş gösterdiğinde günümüzde şer‘î kâdı yok ki taraflardan biri ya da her ikisi razı olmasa bile “mecburî tahkîm” yoluyla hakem görevlendirilebilsin.

Beşerî hukuk sistemlerindeki bir hâkimin, kâdı veya hakem olamayacağına dair oldukça fazla deliller bulunmaktadır.[307] Zaten vakıada da böyle bir şey yok.

H. Bazı Araştırmacıların Tahkîmle İlgili Fetvalarının Tartışılması

İslâm dininde her şey yerli yerinde bırakılmıştır. İslâm, sözgelimi yolcu olan biri için oruç tutmama ruhsatını tanımış ve yolculuk esnasında oruç tutmadığı günler sayısınca sonradan kaza edeceğini belirtmiştir.[308] Ancak bu ruhsat, yolculuk esnasında namaz kılmamaya tanınmamıştır. Bu durumda biri kalkıp da aynı ruhsatı namaza veya hakkında delil olmayan başka bir ibadete uyarlarsa bu, İslâm dininde kabul görmez. Dolayısıyla bir soruna çözüm getirilirken çözümün de şer‘î normlara uyması gerekir.

Evlilik birliği içinde şiddetli geçimsizlik ve fena muamele baş gösterdiğinde sorunun çözümü için yukarıda yer verdiğimiz gibi kimi araştırmacıların tahkîme başvurma önerisinin şekline birkaç açıdan, ulaştığımız delillere binaen katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

1. Kimi araştırmacıların ifade ettikleri hakem kuruluna başvurma şekli, hakem kuruluyla ilgili inen ayete[309] ve hakem heyeti ile ilgili vârid olan sünnete[310] aykırı olduğunu düşünüyoruz. Zira hem ayette hem de sünnette tarafların rıza ve izni esas alınmıştır.

---

[307] Komisyon, **el-Fetâva’l-Hindiyye,** c. 3, s. 398; bkz. Meselenin daha iyi anlaşılması için yukarıda açıklamış olduğumuz “Kâdı-Şer‘î Hüküm İlişkisi” konusuna müracaat edin.

[308] Bakara, 2/184.

[309] Nisâ, 4/35; Kurtubî, **el-Câmi‘ li-ahkâmi’l-Kur’ân**, c. 5, s. 175; bkz. İbn Nüceym, **el-Bahrü’r-râ’ik,** c. 7, s. 25.

[310] Buhârî, “Meğâzî”, 64-4121 (c. 5, s. 112); Müslim, “Cihâd” 32/22-1768 (c. 3, s. 1388); bkz. İbn Nüceym, **el-Bahrü’r-râ’ik,** c. 7, s. 25.

2. Söz konusu olan tahkîm, Lugat kaynak eserlerdeki; tahkîmin sözlük anlamıyla[311] ve fıkhî kaynaklardaki tahkîmin şer'î/ıstılahî tanımıyla uyuşmadığını gördük.[312]

3. Hakem kurulunu görevlendirmede taraflardan birinin rıza ve izni devre dışı bırakılmakta, bu da bütün mezheplere göre tarafların iradesi ile belirlenen tahkîm çeşidi olan "ihtiyarî tahkîm" kısmına uymadığına tanık olduk.[313]

4. Bahsi geçen tahkîmi belirleme şekli ile taraflar razı olmasa bile, kâdı tarafından tayin edilen "mecburi tahkîm" kastediliyorsa, yukarıda yer verdiğimiz şer'î naslara binaen beşerî hukuk sistemindeki hâkim, şer'î kâdı ve hakem niteliğini taşımadığı için kendisini veya bir başkasını hakem tayin edemez.[314]

Gerçek şu ki; kimi çağdaş araştırmacılar, *"kâdının yetkisinde olan konularda Müslümanların ne yapması gerektiği"* ile ilgili sorulan soruya, hem "ihtiyarî tahkîm", hem de "mecburî tahkîm" olmak üzere iki farklı şekilde çözüm önerisinde bulunulmaktadır. İhtiyarî tahkime başvurma ile ilgili şöyle görüş belirtilmektedir: *"Tarafların tercih ve isteğine kalmış/bırakılmış konularda Müslümanlar anlaşmazlıklarını hakemler yoluyla hallederler. Hakemlerin ittifakla veya çoğunlukla verdiği hükümler uygulanır; uygulamayan Müslüman dini bakımdan sorumlu olur."*[315] Tarafların tercih ve isteğine bırakılmış konular, ihtiyarî tahkimin işletilmesi demektir. Tarafların iradesi devre dışı bırakılmamasından dolayı biz bu görüşe katılıyoruz.

---

311 Lisânü'l-Arab, mad. "h.k.m."; el-Kâmûsu'l-Muhît, mad. "h.k.m."; Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 10, s. 233.

312 Mergînânî, **el-Hidâye,** c. 3, s. 108; İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 24; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428; **Mecelle,** mad. 1790.

313 İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 25; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 429; **Mecelle,** mad. 1851; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 199,200; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 95; Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye**, c. 10, s. 241; Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 54.

314 Kurtubî, **el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân**, c. 5, s. 175; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 198; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 267; Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 55; Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, mad. 130. Yıldırım, "Tahkîm"**, DİA,** c. 39, s. 412.

315 http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0161.htm (05.02,2017)

Son olarak deriz ki; kâdı bile şer‘î normlara uymadığı vakit hükmü kabul görmüyorsa şer‘i prosedüre uymayan hakemin hükmü hiç kabul görmez. Takiyuddin es-Sübkî bu konuda şöyle görüş belirtmektedir: *“Bir kâdının iki kâfirin şahitliğini esas alarak hüküm vermesi gibi hükmün yönteminde halel/bozukluk meydana gelirse, bu durum açığa çıktığı an, şahitliğe konu olan mevzu doğru olsun veya olmasın verilen o hüküm iptal edilir. Zira hükümde asıl olan, şer‘î yolla gerçekleşmesidir. Şayet bir hüküm, şer‘î olmayan yolla gerçekleşirse yönteminde hata oluşur. Biz de bu durumda şer‘î olmayan yöntemle gerçekleşen o hükmü fesih ederiz.”*[316]

I. Mahkeme veya Hakem Yolu İle Evliliği Sonlandırmak

İslâm hukuk sistematiğine göre, boşamada asıl olan koca tarafından tek taraflı olarak talâk hakkı kullanılarak, evlilik birliğinin sonlandırılmasıdır. Kadının kocasına belirli bir bedel vermesi karşılığında hul‘ yoluyla kocasından kendisini boşamasını talep edebilir.[317] Şer‘î mahkeme yoluyla[318] veya hakemlerin görevlendirilmesi[319] yöntemlerinden biriyle de evlilik birliği sonlandırıla bilinir.[320]

Bazı araştırmacılar, yukarıda yer verdiğimiz tahkîmle ilgili inen ayetin[321] boşanma öncesinde hakem heyetinin mahkemece görevlendirilmesi gerektiği görüşündedirler. Bunun için de karı veya koca boşanmak istediklerinde mahkemeye dava açmaları gerekir. Davanın açılması ile birlikte, karı-koca arasında anlaşmazlık bulunduğu mahkemece bilinmiş olunacaktır. Ayette hakem tayin edilmesi, tarafların Allah’ın sınırlarını hakkıyla koruyamayacakları yönündeki şüpheyle kayıtlanmıştır. Bunun bilinebilmesi için de boşanma isteğinin mahkemelere intikal ettirilmesi

---

316 Sübkî, **Fetâva’s-Sübkî,** c. 2, s. 436.
(أَنْ يَكُونَ الْخَلَلُ فِي الطَّرِيقِ كَمَا إذَا حَكَمَ بِشَهَادَةِ كَافِرَيْنِ فَإِذَا تَبَيَّنَ ذَلِكَ يُنْقَضُ سَوَاءٌ أَكَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ صَحِيحًا أَمْ لَا لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ مِنْ الْحُكْمِ مَا كَانَ بِطَرِيقِهِ الشَّرْعِيِّ فَإِذَا كَانَ بِغَيْرِ طَرِيقِهِ الشَّرْعِيِّ فَقَدْ حَصَلَ الْخَطَأُ فِي الطَّرِيقِ فَنَنْقُضُهُ لِوُقُوعِهِ عَلَى غَيْرِ الْوَجْهِ الشَّرْعِيِّ)

317 Kâsânî**, Bedâ’i‘u’s-sanâ’i‘,** c. 3, s. 151.

318 Komisyon ,“Talâk”, **el-Mevsû‘atü’l-fıkhiyye,** c. 29, s. 11,12.

319 İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr,** c. 5, s. 429, Komisyon, “Talâk”, **el-Mevsû‘atü’l-fıkhiyye,** c. 29, s. 54.

320 Kâsânî**, Bedâ’i‘u’s-sanâ’i‘,** c. 3, s. 151; İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr,** c. 3, s. 227; Komisyon, “Talâk”, **el-Mevsû‘atü’l-fıkhiyye,** c. 29, s. 11,12.

321 *“Eğer karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (arayı) düzeltmek isterlerse, Allah da onları uzlaştırır. Şüphesiz Allah, hakkıyla bilendir, hakkıyla haberdardır.”* Nisâ, 4/35.

gerekir.[322] Aksi halde mahkemenin durumdan haberi olamayacağı için tahkîm müessesesi işletilemeyecektir. Karı koca arasındaki problemlerden haberdar olan mahkeme de taraflar arasında sulh yapmak amacıyla hakem görevlendirecektir. Bahsi geçen araştırmacılar, yargıya başvurulmaksızın dolayısıyla hakem müessesesi işletilmeden, evlilik birliğini sonlandırmanın geçersiz olduğunu savunmaktadırlar.[323] Öncelikle bu görüşler, boşanma hakkını erkeğe veren Kur'ân'ın sarîhî/apaçık ayetlerine muhalif olduğunu görmekteyiz: *"Ey iman edenler! Mü'min kadınları nikâhlayıp, sonra onlara dokunmadan (cinsel ilişkide bulunmadan) kendilerini boşadığınızda..."*[324]*; "(Dönüş yapılabilecek) boşama iki defadır. Sonrası, ya iyilikle geçinmek, ya da güzellikle bırakmaktır."*[325]*; "Eğer erkek karısını (üçüncü defa) boşarsa, kadın, onun dışında bir başka kocayla nikâhlanmadıkça ona helâl olmaz. (Bu koca da) onu boşadığı takdirde..."*[326]*"; "Kadınları boşadığınız ve onlar da bekleme sürelerini bitirdikleri zaman, ya onları iyilikle tutun yahut iyilikle bırakın..."*[327]*; "Eğer onlara (kadınlara) el sürmeden boşarsanız..."*[328]**; "Ey peygamber! Kadınları boşamak istediğinizde, onları iddetlerini dikkate alarak (temizlik hâlinde) boşayın..."*[329] Görüldüğü gibi bu ayetlerde Allah Teâlâ boşama fiillerini erkeğe isnad etmiştir. Dolayısıyla mahkeme ve hakem müessesesi işletilmeden kocanın pekâlâ boşama yetkisini kullanabileceği Kur'ân'la sabittir. Boşama yetkisinin kocaya ait olduğuna dair sünette de açık hükümler bulunmaktadır.

---

[322] Dalgın, **İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi,** s. 231-233; Aktan, Kur'ân'a Göre Boşanma Prosedürü, s. 15.

[323] Aktan, Kur'ân'a Göre Boşanma Prosedürü, s. 15.

[324] Ahzâb, 33/49.

(يَا اَيُّهَا الَّذِينَ اٰمَنُوا اِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ اَنْ تَمَسُّوهُنَّ)

[325] Bakara, 2/229.

(اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ)

Bkz. Kâsânî, **Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 3, s. 106.

[326] Bakara, 2/230.

(فَاِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّٰى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَاِنْ طَلَّقَهَا)

[327] Bakara, 2/231.

(وَاِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ اَجَلَهُنَّ فَاَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ)

Bkz. Kâsânî**, Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 3, s. 106.

[328] Bakara, 2/237.

(وَاِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ اَنْ تَمَسُّوهُنَّ)

[329] Talâk, 65/1.

(يَا اَيُّهَا النَّبِيُّ اِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)

İbn Abbas (radiyallahu Anhuma) anlatıyor: *"Bir adam Rasûlullah aleyhissalatu vesselam'ın yanına gelerek: 'Ey Allah'ın Rasûlü! Efendim (daha önce) beni cariyesiyle evlendirmişti. Şimdi de hanımla aramı ayırmak (boşandırmak) istiyor' dedi. Bunun üzerine Rasûlullah (sav), minbere çıkarak şöyle buyurdu: 'Ey insanlar! Sizden birine ne oluyor ki, önce kölesini cariyesiyle evlendiriyor, sonra da onların arasını ayırmak istiyor. Boşama yetkisi (talâk), şüphesiz kadının bacağını (sâkı) tutan (kocay)a aittir, (kölenin efendisine ait değildir)."*[330] Rivayette geçen *"bacağı (sâkı) elinde tutan"* ifadesinden boşama yetkisinin kadından cinsel faydalanma hakkına sahip olan kocaya ait olduğu anlamı çıkmaktadır. Kadın, herhangi bir kimsenin cariyesi olsa bile efendisi onu kocasından boşama yetkisi yok iken günümüzde bazı çağdaş araştırmacılar,[331] hür kadınları hür olan kocalarından mahkeme veya hakem yoluyla boşanmalarını zorunlu görmeleri Kur'ân ve sünnete muhalif olduğu kanaatini taşıyoruz.

Öte yandan talâk hakkının erkeğe ait olduğu konusunda fukaha icmâ etmiştir.[332] Dolayısıyla boşamanın gerçekleşmesi için tahkîm müessesesini işletmek zorunlu değildir. Bilakis tarafların rıza göstermelerine bırakılmıştır. Nitekim fıkhî naslar, hakem henüz taraflar arasında hüküm vermemişse taraflardan biri veya her ikisi çözüm için hakemin hakemliğinden vazgeçebileceklerini göstermektedirler.[333] Şayet tahkîm müessesesini işletmek zorunlu olsaydı taraflar, tahkîmin vereceği hükümden vazgeçemeyeceklerdi. Dolayısıyla tahkîm, taraflar hakeme başvurmaya

---

[330] Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvînî (ö. 273/887), **Sünenu İbn Mâce 1-2,** Dâru ihyâi'l-kütübi'l-Arabiyye/Faysal Îsâ el-Bâbî el-Halebî, Yayın yeri yok Tarih yok, "Talâk" 10/31-2081, (c. 1, s. 672).

(حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى قَالَ: حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ قَالَ: حَدَّثَنَا ابْنُ لَهِيعَةَ، عَنْ مُوسَى بْنِ أَيُّوبَ الْغَافِقِيِّ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ سَيِّدِي زَوَّجَنِي أَمَتَهُ، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا، قَالَ: فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمِنْبَرَ، فَقَالَ: يَا أَيُّهَا النَّاسُ، مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ، ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا، إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ)

[331] Aktan, Kur'ân'a Göre Boşanma Prosedürü, s. 15; Yılmaz, "Türk Medenî Kanunu'na (TMK) Göre Gerçekleşen Boşanmaların…", s. 274; Liv, **İslâm Aile Hukukunda Evlilik Akdinin ve Boşanmanın Tescili,** s. 240.

[332] Kâsânî**, Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 3, s. 90; bkz. Ali Yüksek, İslam Aile Hukukunda Boşama Yetkisi ve Kadının Boşanması, "**Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi",** 2017, http://www.sosyalarastirmalar.com/cilt7/sayi32_pdf/4ilahiyat/yuksek_ali.pdf (06.06.2017), s. 343.

[333] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 26; Komisyon, **el-Fetâva'l-Hindiyye,** c. 3, s. 397; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 428;

razı oldukları takdirde, mahkeme yoluyla olduğu gibi evlilik birliğini sonlandıran tali yöntemlerden sadece bir tanesidir.[334]

Rasûlullah (sav), Hafsa'yı ric'î/geri dönüşümü olan talâkla boşadıktan sonra onu tekrar nikâhına almıştı.[335] Acaba tahkîm müessesesinin işletilebilmesi için mahkemede boşanma davasının açılmasını zorunlu gören bu araştırmacılar Rasûlullah (sav) in mahkeme veya hakem yoluyla gerçekleşmeyen bu boşamasını geçerli görüyorlar mı? Dolayısıyla boşanmanın gerçekleşmesi için mahkemede dava açma veya hakem heyetinin seçilmesini zorunlu görmek Kur'ân'a sünnete ve icmâa aykırıdır.

Sonuç olarak deriz ki kâdının Müslüman olmaması veya İslâmî mahkemenin bulunmaması durumunda ihtiyarî tahkîm, dünyanın neresinde olursa olsun evlilik birliği içinde uyuşmazlık halinde olan tarafların problemlerine çözüm olabilmektedir. Fakat tek taraftan hakem seçiminde bulunmak ya da taraflardan birinin rıza ve izni yoksa tahkîm müessesesinin işlevinin bu noktada biteceğine inanıyoruz. Günümüzde kâdının bulunmamasından dolayı mecburî tahkîmin varlığından ise söz edilemez. Bu durumda eşler arasında şiddetli geçimsizlik ve fena muamele baş gösterdiğinde çözüm için fukahanın içtihadıyla önerdiği kâdı yerine geçebilecek diğer şer'î yollara müracaat edilmelidir. Dolayısıyla şimdi konuyu, resmî kâdının yokluğu halinde "Kâdı Niteliğini Taşıyan Hakeme Başvurmak" açısından değerlendireceğiz.

2. ÇÖZÜM YOLU OLARAK KÂDI NİTELİĞİNİ TAŞIYAN HAKEME BAŞVURMAK

Geçmiş asırlarda Kâdı, savaş ve kargaşa gibi "hakikî" anlamda herhangi bir sebepten dolayı bazı bölgelerde olmamıştır. Öte yandan bir hâkim bulunmasına rağmen kâdılarda aranan niteliklerden birisinin eksik olması gibi bir nedenden ötürü

---

[334] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 227; Komisyon, "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 29, s. 11,12; bkz. Yıldırım, "Tahkîm", **DİA,** c. 39, s. 412.

[335] Elbânî, bu hadisin "sahih" olduğunu söylemiştir. Bkz. İbn Mâce, "Talâk" 10/1-2016 (c. 1, s. 650); Ebû Dâvûd , "Talâk" 13/ 2283 (c. 2, s. 285); Nesâî "Talâk" 27/3560 (c. 6, s. 213).

(عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنْ عُمَرَ: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَلَّقَ حَفْصَةَ، ثُمَّ رَاجَعَهَا)

kâdı, "itibarî/izafî" olarak yok hükmünde sayılmıştır.[336] İslâm fakihleri geçmiş asırlarda buna benzer durumlar üzerinde kafa yormuşlardır ve bu duruma çözüm üretmişlerdir. İşte resmî kâdının "hakikî" veya "itibarî/izafî" anlamda olmadığı durumlarda İslâmî cemaate, âlimlere vb. mercilere başvurulmaktaydı.[337] Günümüzde şer'î mahkemenin bulunmaması ve ihtiyaçların zaruri olması sebebiyle kâdı niteliğini taşıyan şer'î kuruluşlar ya da âlim bir hakem veyahut da adalet niteliğine sahip İslâmî bir cemaat kâdı yerine kâim olabilir. Bu durum kimi zaman "Fıkhü'l-ekalliyât" kapsamında da değerlendirilmektedir. *"Fıkhü'l-ekalliyât"* kavramı, ilk defa geçen yüzyılda ortaya çıkmış fıkıh literatürüne girmiş yeni bir kavramdır. Bu kavramın *"azınlık fıkhı"* olarak isimlendirmesi ile ilgili çokça tartışma meydana gelmiştir. "Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi", *"azınlık fıkhı"* kavramını kullanmayı ve bu kavram ile ilgili olarak şu tanımda karar kıldı:*"Fıkhü'l-ekalliyât; İslâm ülkeleri dışında yaşayan Müslümanlarla ilgili fıkhî hükümlerdir."* [338]

---

[336] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 102; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 519; Ömerî, **Nezariyyetü't-tefriki'l-kadâ' beyne'z-zevceyn,** s. 142.

[337] Kemâlüddîn Muhammed b. Abdulvâhid b. Abdülhamîd İbnü'l-Hümâm es-Sivâsî el-İskenderî (ö. 861/1457), **Fethü'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakîr 1-8,** Matba'atü'l-kübrâ el-Emiriyye bi bülâk Mısri'l-Mahmiyye 1316/1899, c. 5, s. 461; İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 6, s. 298; Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm b. Muhammed İbn Nüceym el-Hanefî el-Mısrî (ö. 1005/1596), **en-Nehrü'l-fâ'ik Şerhu kenzi'd-dekâ'ik 1-3,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Yayın yeri yok 1422/2002, c. 3, s. 604; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 4, s. 175; İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 23.

[337] Ziyâüddîn Ebü'l-Mevedde (Ebü's-Safâ, Ebü'z-Ziyâ) Halîl b. İshâk b. Mûsâ el-Cundî el-Mâlikî el-Mısrî, (ö. 776/1374), **Muhtasarü'l-allâme Halîl,** Dârü'l-hadis, Kahire 1426/2005, s. 131; Mevvâk, **et-Tâc ve'l-iklîl,** c. 5, s. 498; Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 102, 107-109; Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s. 199; Zürkânî, **Şerhü'z-Zürkânî 'alâ Muhtasari Halîl,** c. 4, s. 376; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 519; Sâvî**, Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 2, s. 694; Ebü'l-Hasen 'Alî b. Muhammed b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî el-Mâverdî (ö. 450/1058), **el-Hâvi'l-kebîr fî fıkhi mezhebi'l-İmâmi'ş-Şâfiî 1-19,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Lübnan/Beyrut 1419/1999. c. 16, s. 8; İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rüknüddîn Abdülmelik b. Abdillâh b. Yûsuf b. Muhammed el-Cüveynî et-Tâî en-Nîsâbûrî (ö. 438/1047), **Gıyâsü'l-ümem fi'l-tiyâsi'z-zulem/el-Gıyâsî,** Mektebetu İmâmi'l-Harameyn, Yayın yeri yok 1401/1980, s. 389-391; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 499; Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed b. Muhammed İbn Hacer el-Mekkî el-Heytemî (ö. 974/1567), **el-Fetâva'l-kübra'l-fıkhiyye 1-4,** Mültezimü't-tab' ve'n-neşr Abdülhâmid Ahmed Hanefî Bişâri' el-meşhed el-Hüseynî rakam:18, Mısır Tarih yok, c. 4, s. 297; Kâdî Ebû Ya'lâ Muhammed b. el-Hüseyn b. Muhammed b. Halef el-Ferrâ' (ö. 458/1066), **el-Ahkâmü's-sultâniyye li'l-Ferrâ',** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut Lübnan 1421/2000, s. 73.

[338] http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-86-6715.htm (27.02.2017) .

(فقه الأقليات هو: الأحكام الفقهية المتعلقة بالمسلم الذي يعيش خارج بلاد الإسلام)

(مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا) ;"İslâm Âlemi Birliği"/(رابطة العالم الإسلامي)
/"Amerika Şeriat Fakihleri Kurulu"; /(المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث) "Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi" ve (منظمة المؤتمر الإسلامي) /"İslâm Konferansı Teşkilatı" gibi kuruluşlar kâdının yokluğunda kadı yerine geçecek hakem veya merciler olarak pekâlâ değerlendirilebilinir. Bu kuruluşlar, genellikle bütün ilimlerde özellikle fıkıh ilminde uzman kadroları bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin "Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisinin" başkanlığını Yusuf el-Karâdâvî genel sekreterliğini ise Ali Muhyiddîn el-Karadâğî[339] gibi ilimde uzman şahsiyetler tarafından yürütülmektedir. Vehbe ez-Zuhaylî gibi bir fıkıh âlimi vefat etmeden önce "Amerika Şeriat Fakihleri Kurulunda" üçüncü yetkili kişi[340] olarak yer almaktaydı.

Evlilik birliği içinde taraflar arasında şiddetli geçimsizlik ve fena muamele baş gösterdiğinde kâdının yokluğunda fukahanın geliştirdiği çözüm yollarına başvurma hususu Türkiye'de bizim yaptığımız araştırmalara göre tartışılmamıştır. Hâlbuki asrın ulemasının kahir ekseriyeti eşler arasında çıkan problemlerde kâdılık kurumunun olmadığı günümüzde eşler arasındaki sorunu çözüme kavuşturmak için tarafları kâdı yerine geçecek şer'î mercilere yönlendirmektedirler.[341] Çünkü dört fıkıh mezhebi kaynak eserlerinde kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek mercie başvurulması gerektiğini belirtmektedirler.[342]

---

[339] http://www.e-cfr.org/%D9%85%D9%86-%D9%86%D8%AD%D9%86/ (03.04.2017).

[340] https://www.amjaonline.org/ar/leadership-council (03.04.2017).

[341] Ömerî, **Nezariyyetü't-tefriki'l-kadâ' beyne'z-zevceyn,** s. 142;
http://fatawaalsawy.com/%D8%A7%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82/%D8%AA%D8%B7%D9%84%D9%8A%D9%82%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A%D8%BA%D9%8A%D8%B1%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%8%D8%A7%D9%85%D8%B1%D8%A3%D8%A9%D9%8B%D9%85%D9%86%D8%B2%D9%88%D8%AC%D9%87%D8%A7%D8%A7%D9%84%D9%85 (03.04.2017); https://islamqa.info/ar/194467 (05.04.2017); http://www.masress.com/akidaty/1312240405 (03.04.2017); http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).

[342] İbnü'l-Hümâm, **Fethü'l-kadîr,** c. 5, s. 461; İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 6, s. 298; İbn Nüceym, **en-Nehru'l-Fâik Şerhu Kenzi Dekâik,** c. 3, s. 604; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 4, s. 175; Cundî, **Muhtasarü'l-allâme Halîl,** s. 131; Mevvâk, **et-Tâc ve'l-iklîl,** c. 5, s. 498; Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 107-109; Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s. 199; Zürkânî, **Şerhü'z-Zürkânî 'alâ Muhtasari Halîl,** c. 4, s. 376; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî 'ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 519; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî 'ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 2, s. 694; Mâverdî, **el-Hâvi'l-kebîr,** c. 16, s. 8; Cüveynî, **Gıyâsü'l-ümem,** s. 389-391; Şirbînî,

Fakihler, kâdı herhangi bir nedenden ötürü bulunmadığı vakit kâdılık vasıflarını taşıyan âlim bir kimse, hüküm veren ve şer‘î otorite tarafından atanan kâdı gibi değerlendirilebileceğini söylemişlerdir. Böyle bir kimseyi toplumun hakem tayin edip başvurması caizdir. Bu şahsa “muhakkem/hakem” denir. Buradaki hakem kavramı ile bir önceki konuda bahsedilen her iki tarafın kendi rıza ve ittifakları ile tayin ettiği hakem kavramından ayrı değerlendirilmelidir. Çünkü buradaki hakeme taraflardan birinin başvurabilmesi için karşı tarafın rıza ve izni aranmaz.[343]

Kâdı niteliğini taşıyan hakeme başvurmayla ilgili olarak farklı âlimler tarafından farklı görüşler belirtilmiştir. Şimdi kâdının yokluğunda kâdı yerine işletilecek mekanizma ile ilgili olarak fıkhî mezheblerin görüşlerinin arz edeceğiz.

A. Hanefî Mezhebine Göre Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Kişi

Tarihte “Endülüs” gibi bazı İslâm topraklarının düşmesiyle birlikte şer‘î esaslara dayalı kâdılık müessesesi de ortadan kalkmıştır. Hanefî mezhebinde gayri müslimlerin yönetimine geçen ülkelerde yaşayan Müslümanların hukukî sorunlarına çözüm bulmak amacıyla kâdının yokluğu halinde başvurulacak çözüm yollarının değerlendirilmesi ele alınmıştır.

İbnü’l-Hümâm, şöyle demektedir: *“Şuan Mağrib ülkelerindeki Kurtuba Belensiye (Valencia) ve Habeş’te olduğu gibi kâfirlerin hâkim olduğu Müslümanların bazı ülkelerinde Sultan/şer‘î devlet başkanı ve atanması şer‘î ölçülere göre caiz olan biri bulunamamaktadır. Kâfirler, ödeyecekleri belirli bir mal karşılığında Müslümanların orada kendileriyle ikame etmelerine izin vermektedirler. Bu durumda orada yaşayan Müslümanların kendilerinden birisinin üzerinde ittifak*

Muğni’l-muhtâc, c. 4, s. 499; İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva’l-kübrâ** c. 4, s. 297; Kâdî Ebî Ya‘lâ, **el-Ahkâmü’s-sultâniyye li’l-Ferâ,** s. 73.

[343] Venşerîsî, **el-Mi‘yârü’l-mu‘rib,** c. 10, s. 102; Desûkî, **Haşiyetü’d-Desûkî ale’ş-Şerhi’l-kebîr,** c. 2, s. 519; Ömerî, **Nezariyyetü’t-tefriki’l-kadâ’ beyne’z-zevceyn**, s.142.

ederek vali yaparlar o da kâdı görevlendirir veya bizzat kendisi Müslümanlar arasında hukukî işlerde hüküm verir."[344]

B. Mâlikî Mezhebine Göre Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Kişi

İslâm hukuk sistemi, her dönemde insanlardan sıkıntıları savarak onların maslahatlarını gözetmiştir. Bunun için de çeşitli yetkiler, ilgili mercilere yüklemiştir. Bunlardan biri de insanlar arasındaki çekişmeli işlerin çözüme kavuşturulması için ulu'l-emrin atadığı kâdılardır. Bir yerde kâdı olmadığı vakit ise diğer mezheplerde olduğu gibi Mâlikî Mezhebinde de kâdı yerine geçecek merciler, belirlenmiştir. Konuyla ilgili olarak "Tebsıratü'l-hükkâm" adlı eserde şöyle yer verilmiştir:

el-Mâzirî, "et-Telkîn" adlı eserin şerhinde, yargı görevinin icra edilmesinin ancak iki durumdan biri ile gerçekleşeceğini söylemektedir:

"Birincisi: müminlerin emirinin veya bu hususta yetki verdiği emirlerinden birisinin (kâdılık için yetkin olan bir kimseyi) görevlendirmesiyle gerçekleşir.

İkincisi: Adalet, İlim, rey ve marifet ehli olan Müslümanlar, kâdılık şartlarının tamamını taşıyan kendilerinden bir adamı tayin etmek suretiyle yargı görevi icra edilir. Bu da bahsi geçen niteliklere sahip Müslümanların her hangi bir sebepten dolayı imama/devlet başkanına ulaşılamaması ve imamdan da kâdı görevlendirmesini talep etmeme hallerinde gerçekleşir. Müslümanların bu şekilde görevlendirdiği kâdı, devlet başkanını veya imamın bu hususta yetki verdiği kimseyi temsilen gerçekleşmiş olur. Zira zaruret bunun böyle olmasını gerektiren sevk edici unsurdur."[345] Mâlikî fakih el-Mâzirî, kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek kişinin -daha önce açıkladığımız üzere- kâdılarda aranan niteliklere sahip olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Yani kâdı yerine geçecek kişinin adalet, ilim, rey ve

---

[344] İbnü'l-Hümâm, **Fethü'l-kadîr,** c. 5, s. 461.

[345] İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 23.
(قَالَ الْمَازِرِيُّ فِي شَرْحِ التَّلْقِينِ الْقَضَاءُ يَنْعَقِدُ بِأَحَدِ وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا عَقْدُ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ أَوْ أَحَدِ أُمَرَائِهِ الَّذِينَ جَعَلَ لَهُمْ الْعَقْدَ فِي مِثْلِ هَذَا، وَالثَّانِي عَقْدُ ذَوِي الرَّأْيِ وَأَهْلِ الْعِلْمِ وَالْمَعْرِفَةِ وَالْعَدَالَةِ لِرَجُلٍ مِنْهُمْ كَمُلَتْ فِيهِ شُرُوطُ الْقَضَاءِ وَهَذَا حَيْثُ لَا يُمْكِنُهُمْ مُطَالَعَةُ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ وَلَا أَنْ يَسْتَدْعُوا مِنْهُ وِلَايَتَهُ، وَيَكُونُ عَقْدُهُمْ لَهُ نِيَابَةً عَنْ عَقْدِ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ أَوْ نِيَابَةً عَمَّنْ جَعَلَ الْإِمَامُ لَهُ ذَلِكَ لِلضَّرُورَةِ الدَّاعِيَةِ إلَى ذَلِكَ)

marifet ehli vb. vasıflara sahip olması gerekmektedir. Öte yandan bir kimsenin kâdı yerine değerlendirilebilmesi için, her hangi bir sebepten dolayı imama ulaşılamaması durumunda gerçekleşir. Şayet imam yoksa her hangi bir şarta bağlı olmaksızın kâdılık vasıflarını taşıyan bir kimsenin, kâdı yerine geçmesi kesinlik kazanmaktadır.[346]

el-Mi'yâr adlı eserde de *"küfür ehlinin hükümranlığı altında yaşayan Sicilya kâdısı ve oranın adaletli kimselerinin şahitliklerine ilişkin hükümler"*[347] başlığı altında kâdının olmaması hususu irdelenmiştir.

İmam Mâzirî'ye şöyle bir soru soruldu: "*Sicilya kâdısı ve oranın adaletli kimselerinin şahitlikte bulunmalarına ilişkin olarak Sicilya'dan gelen hükümler kabul edilir mi, edilmez mi*? *Aynı zamanda bu kimselerin Sicilya'da küfür ehlinin hükümranlığı altında zorunlu olarak mı veya kendi iradeleri ile mi ikame ettikleri bilinmemektedir."* İmam Mâzirî, buna şöyle cevap vermiştir: *"Bu konuda iki açıdan kusur bulunmaktadır:*

Birincisi: Kâdı ve kâdının beyanlarının adalet niteliği açısından kusurlu olması. Zira Darü'l-harbte küfür ehlinin yönetimi altında ikame etmek mubah değildir.

İkincisi: Görevlendirme açısından kusurun bulunmasıdır ki; burada kâdının görevlendirilmesi küfür ehli tarafından yapılmıştır.[348]

İmam Mâzirî, bu konunun birincisini detaylı bir şekilde açıklamaktadır. Özetle bir kâdı kendi hür iradesiyle küfür yönetimi altında yaşamayı seçmediği müddetçe hüküm zahire göre verilir ve Müslümanlar hakkında iyi zanda bulunmalıdır vb. ilkelerden hareketle söz konusu kâdının adalet niteliğine sahip olduğuna hükmedilir.[349]

---

[346] İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm,** c. 1, s. 23.
[347] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 107,108.
[348] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 107,108.
[349] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 107,108.

İmam Mâzirî, ikinci bakış açısıyla ilgili şöyle der: "*Kâfir tarafından kâdı tayin edilmesi bâtıl /geçersiz olsa da insanlar arasında kargaşayı önlemek için kâfir yöneticinin kadılar, vekiller ve başka kimseleri görevlendirmeleri vâcip görülmüştür. Mâlikî mezhep imamlarının bazıları bunun aklî açıdan da vâcip olduğunu söylemişlerdir. Sicilya'daki Müslüman ahalinin talebi üzere kâdının zarurete binaen oradaki ahaliyle ikame ediyor olması halinde ise onun verdiği hükümde ve hükümlerinin uygulanmasında kusur bulunamaz. Bu durum, tıpkı Müslüman Sultanın görevlendirilmesi gibi değerlendirilir."*[350] Bu fetvada insanlar arasında kargaşanın meydana gelmesinin önüne geçmek, yani daha büyük zararların meydana gelmesini önlemek adına kâfirlerin atadığı kâdı geçerli kabul edilmiştir. Sicilya'daki Müslüman ahali tarafından kâdı olarak atanan bir kimsenin verdiği hükümler ise geçerli olup ve çeşitli hukukî davalarda verdiği hükümleri uygulamaya geçirilir. Oradaki Müslüman topluluğun bir kimseyi kâdı olarak görevlendirmesi tıpkı imamın görevlendirilmesi gibidir.[351]

C. Mâlikî Mezhebine Göre İslâmî Cemaatin Kâdı Yerine Değerlendirilmesi

İslâm fıkıh mirası, kâdı olmadığı bir zamanda halkın sıkıntılarını çözüme kavuşturmak amacıyla kâdı yerine geçecek çeşitli mercileri adres olarak göstermektedir.[352] Bazı istisnaî durumlarda kâdı olduğu halde resmî kâdının hükmü uygulanmayıp onun yerine başka merciler kâdı olur. Bu mercileri (جماعة المسلمين)/ Müslümanların cemaati,[353] (العدول) /adil Müslümanlar,[354] (أهل الدين والفضل) /din ve fazilet ehli kimseler,[355] (صالحوا البلد) /ülkenin salih kimseleri[356] ve (فقهاء البلد)/ ülke fakihleri[357] vb. çeşitli isimler altında İslâm fıkhının kaynak eserlerinde görmekteyiz.

---

[350] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 108,109.
[351] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 108,109.
[352] Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s.199 .
[353] Cundî, **Muhtasarü'l-allâme Halîl,** s. 131; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l- Kebîr,** c. 2, s. 519.
[354] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 102.
[355] Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s.199 .
[356] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 102.
[357] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 102.

İmam/devlet başkanı asıl itibarıyla İslâmî cemaatin vekili konumundadır. İmamın yokluğu halinde ise Müslümanlar arasındaki hukukî davaların çözümü konusunda Müslüman bir cemaat, kâdının vekili olarak kâdının yerine geçer. Bazı durumlarda aşağıda yer vereceğimiz üzere resmî olarak devlet tarafından atanan kâdı bulunduğu halde Müslümanlar arasındaki hukukî uyuşmazlıkların çözümü için resmî hâkime başvurulmaz.[358] Bu durumda resmî olarak atanan kâdı yerine adaletli İslâmî bir cemaate başvurulur.[359] Müslüman cemaatten maksat her hangi bir cemaat olmayıp Müslümanlardan adil olan kimselerdir. Bazı âlimler, Müslüman cemaatten maksadın kadının salih olan komşularıdır demiştir. Bu da tabi ki şer'î hâkimin bulunmaması durumlarında gerçekleşir.[360] İbn Mesud'tan mevkûf olarak gelen bir eserde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *"Müslümanların güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir. Müslümanların kötü gördüğü şey Allah katında da kötüdür."*[361] Kâdının herhangi bir sebepten dolayı olmaması halinde fukahanın geliştirdiği yöntemlerden olan kâdı niteliğini taşıyan hakeme başvurma ile İslâmî cemaatin kâdı yerine değerlendirilmesi arasında özü itibarıyla fark bulunmamaktadır. Aşağıda konumuza ilişkin olarak İslâm fıkıh mirasındaki Mâlikî fukahasının fetvaları arz edilecektir.

Ebû Cafer Ahmed b. Nasr ed-Dâvûdî'ye "Mesâmide"/dağlı kabilelerin yerleşim alanları ile ilgili şöyle bir soru soruldu: *"Hırsızlara, içki içenlere ve daha başka fesat ehli kimselere hadler/cezalar uygulamak* vâcip *olduğu halde 'Mesâmide' memleketlerinde resmî/şer'î otorite olmayabilir. Resmî otorite olmadığı vakit, böyle yerleşim alanlarının adil kimseleri ve fakihleri, hadleri uygulamaya, yetimlerin, kayıp olanların ve sefihlerin/saçıp savuranların mallarını sevk ve idarelerini*

---

[358] Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s.199.

[359] http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).

[360] Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s.199 ; Zürkânî, **Şerhü'z-Zürkânî 'alâ Muhtasari Halîl,** c. 4, s. 376.

[361] Ebü'l-Muzaffer Mansûr b. Muhammed b. Abdilcebbâr b. Ahmed el-Mervezî es-Sem'ânî et-Temîmî el-Hanefî sümme eş-Şafiî (ö. 489/1096), **el-İntisâru li ashâbi'l-hadis,** Mektebetu edvâi'l-menâr, es-Su'ûdiyye 1417/1996. "Suâlun min ehli'l-kelâm" (c. 5, s. 27); Ebû'l-Kâsım İsmâîl b. Muhammed b. el-Fadl b. Alî el-Kureşî et-Teymî el-İsbehânî (ö. 535/1141), **el-Hüccetu fî beyâni'l-mehacce ve şerhu akideti ehli's-sunne 1-2,** Dâru'r-râye, es-Su'ûdî/Riyad 1419/1999, "Mâ reâhu'l-Müslimûne hasenen fe huva indellâhi hasenun" 202 (c. 1, s. 393).
(ما رءاه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وَمَا رَآهُ الْمُسلمُونَ قبيحا فَهُوَ عِنْد الله قَبِيح)

üstlenmeye yetkili olurlar mı?" Ebû Cafer, bu soruya şu şekilde cevap vermiştir: *"Söz konusu niteliklerde olan kişiler, bahsi geçen konularda yetkilidirler. Resmî otorite olmadığı veya otorite var olduğu halde hadler zayi ediliyorsa ya da iktidar adaletsiz ise bu durumlarda bahsi geçen yerleşim birimlerinin adil kimseleri ve ilim ehli olanlar, söz konusu tüm bu durumlarda resmî otorite yerine geçerler."*[362] Otoritenin olmadığı coğrafyalarda veya otorite bulunmakla birlikte adalet niteliğinden yoksun ise bu durumlarda ilim ehli olanlar veya adil kimseler, kâdı yerine geçerler.[363]

Yine Ebû Ca'fer Ahmed b. Nasr ed-Dâvûdî'ye soruldu: *"Bir memlekette kâdı veya hükümdar yoksa orada bulunanların alışverişleri, nikâhları, yeme ve içmelerinin hükmü konusunda o memleketin adaletli kimselerinin uygulamalarının (ölçü alınması) caiz olur mu?"* Ebû Cafer, şöyle cevap verdi: *Kâdının olmadığı yerde adaletli kimseler, kâdı yerine; İmamın ve kâdının olmadığı yerde ise vali bunların yerlerine geçer.*[364] Ebû İmrân el-Fâsî ise bu konuda şöyle görüş belirtmektedir: *"Sultan, olmadığı vakit, Müslüman cemaate intikal eden hukukî işlerde, cemaatin hükümlerinin doğru olanı ve sultanın hükmü caiz olan her işte uygulamaya geçirilir."*[365] Görüldüğü gibi bu fetvada da kolektif bir şekilde Müslüman bir cemaat veya adalet niteliğine sahip kimseler, kâdının olmadığı yerde yargı görevini icra ederler.

Şimdi de Şâfiî mezhebinin kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek merci ile ilgili olarak görüşlerine yer vereceğiz. Şâfiî imamlarının görüşlerini İbn Hacer el-Heytemî, derli toplu olarak bir arada topladığı için genelde Şâfiî mezhebinin görüşlerini İbn Hacer el-Heytemî'nin bu konudaki çalışması üzerinde irdeleyeceğiz

[362] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 102.
[363] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 102.
[364] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 103.
[365] Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 103.

D. Şâfiî Mezhebine Göre Kâdının Yokluğunda Kâdıyı Tayin Etmenin Zorunluluğu

İnsanların bir kara parçasında şer'î yargıdan yoksun bir şekilde yaşamaları düşünülemez. Şâfiî fakihler, kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek merci hususunda çeşitli mekanizmalar geliştirmek suretiyle Müslümanların kâdı tayin etmelerini zorunlu görmüşlerdir.[366]

İmam es-Seyyid es-Semhûdî fetvalarında bu konudaki görüşlerini şöyle açıklamıştır: *"Bir bölgede kâdı görevlendirilmesi terk edilirse orada yaşayan bütün ahali, günahkâr olur.*[367]

Heytemî der ki: *"Makdisî'nin yargıya ilişkin görüşleri, Semhûdî'nin 'kâdı tayin edilmeyen bölgenin tüm halkının günahkâr olacağına' ilişkin görüşünü desteklediğine dair işaretler bulunmaktadır."* Bir belde halkı, aralarından hiç kimsenin kâdılığa gelmemesi hususunda görüş birliğine varırlarsa o beldenin tüm halkı günahkâr olur.[368] Zira Rasûlullâh (sav), şöyle buyurmaktadır: *"Allah Teâlâ, güçlü olan zalime karşı zayıf olan mazluma güç yetirebildiği halde yardım etmeyen bir topluluğu nasıl temize çıkarsın?"*[369] Bu hadiste toplumun zalime karşı zayıf olan mazluma yardım etmesinin zaruretine işaret edilmektedir. Bunun yolu da kuşkusuz kâdının yokluğunda toplumun bir araya gelerek kâdı tayin etmesiyle gerçekleşir. Böyle yapılmadığı takdirde Allah Teâlâ, söz konusu toplumu temize çıkarmayacaktır. es-Semhûdî'nin bu fetvasında imamın yokluğunda hukukî işlerinin şer'î esaslara göre uygulanmasının terk edilemeyeceği vurgulanmıştır. Buna göre bir yerleşim alanında şer'î esaslara dayalı kâdının bulunamaması halinde orada yaşayan ahalinin ehlü'l-hal ve'l-akd heyeti, bir araya gelerek kâdı görevlendirmemeleri takdirde söz konusu yerleşim biriminin tüm sakinleri günahkâr olacağı ifade edilmiştir.

---

366 İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297.
367 İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297.
368 İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297.
369 İbn Mâce, "el-Fiten" 36/20-4010 (c. 2, s. 1329).
(كَيْفَ يُقَدِّسُ اللَّهُ أُمَّةً لَا يُؤْخَذُ لِضَعِيفِهِمْ مِنْ شَدِيدِهِمْ؟)

E. Hanbelî Mezhebine Göre Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçme Şekli

Hanbelî mezhebinde kâdının atanması imamın var olup olmamasına göre değerlendirilmiştir.[370] Şayet bir ülke, kâdıdan yoksun ise orada yaşayanlar, bir kimseyi kâdı tayin etme hususunda şuna dikkat etmelidirler: İmamın varlığı halinde bir kimsenin kâdı olarak görevlendirilmesi geçersizdir. İmamın yokluğu halinde ise bir kişinin kâdı olarak tayin edilmesi geçerli olup bu kâdının verdiği hükümler, söz konusu memlekette icra edilebilir.[371]

Evlilik birliği içerisinde çıkan sorunlarda başvurulacak kâdı bulunmadığı takdirde başvurulacak çözüm yollarından biri de Şâfiî mezhebine göre "kadının tek taraflı olarak evliliği feshetmesi" hususunu değerlendireceğiz.

3. ÇÖZÜM YOLU OLARAK KADININ TEK TARAFLI EVLİLİĞİ FESHİ

Şâfiî mezhebi, hâkim veya hakemin olmadığı veya kendilerine ulaşılamaması halinde kadının tek taraflı olarak evlilik akdini feshetmesini caiz görür. Nafakayı temin edememe gibi bazı durumlarda kadın şahit göstererek davasını ispatladığı takdirde tek taraflı olarak evlilik akdini fesheder.[372] İmam Gazzâlî de buna yakın görüştedir. Bir kadının yaşadığı yerde yönetici yoksa ya da kadının davasını hâkime götürmesine karşılık maddi bir külfet talep ediliyor fakat kadın, bunu karşılayamayacak durumdadır. Öte yandan kadının yaşadığı yerde hâkim bulunmadığı takdirde kadın tek taraflı olarak evlilik akdini feshedebilir.[373] Elbette bu fesih için şer'î bir sebebe dayanması ve kadının bunu ortaya koyması gerekir.

---

[370] Ebû Ya'lâ el-Ferrâ', **el-Ahkâmü's-sultâniyye li'l-Ferrâ',** s. 73.
[371] Ebû Ya'lâ el-Ferrâ', **el-Ahkâmü's-sultâniyye li'l-Ferrâ',** s. 73.
[372] Ebû Zekeriyyâ Mühyiddîn Yahyâ b. Şeref b. Mürî en-Nevevî (ö. 676/1277), **Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müftîn 1-12,** el-Mektebü'l-İslâmî, Beyrut/Dımaşk/Ammân 1412/1991, c. 9, s. 76.
[373] Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî (ö. 505/1111), **el-Vasît fi'l-Mezheb 1-7,** Dâru's-selâm, Kahire 1417/1997, c. 6, s. 224.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İSLÂM HUKUKUNA GÖRE BEŞERÎ YARGI SİSTEMLERİNDE BOŞANMALARIN GEÇERLİLİĞİ

1. ŞER‘Î YARGI BULUNMAMASI DURUMUNDA BOŞANMA

Günümüz dünya devletleri kendi himayesindeki kişilere ülkelerindeki kanunlara uymayı zorunlu kılmaktadırlar. Batı dünyasında yaşayan azınlık Müslümanlar hakkında boşamaya hükmedecek hâkim Müslüman olmadığı gibi verdiği karar da beşerî kanunlara dayanmaktadır. Türkiye şartlarında ise boşamaya hükmedecek hâkim genellikle Müslümandır ancak verdiği hüküm İslâm dışı beşerî bir hukuk olan İsviçre kanununa göre vermektedir. Binaenaleyh aşağıda İslâmî yargının bulunmaması durumunda İslâm hukukçularının konuya yaklaşımlarını ele alacağız.

Şer‘i olmayan mahkemenin boşamasının dinî geçerliliği ile ilgili olarak çağdaş İslâm âlimleri arasında genel olarak iki farklı görüş bulunmaktadır.

1. “Amerika Şeriat Fakihleri Kurulu/(مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا)”, “İslâm Soru ve Cevaptır/(الإسلام سؤال وجواب)” ve “İslâm Birliği/(الرابطة الإسلامية)” gibi şer‘î fetva kurumlarının temelde temsil ettiği görüşe göre; ortaya koydukları deliller ile beşerî mahkemenin boşamasının şer‘î hiçbir geçerliliği yoktur.[374] Ancak şunu belirtmek gerekir ki; bahsi geçen fetva kurumları, bu duruma maruz kalan Müslümanların sorunlarını da çözümsüz bırakmayıp sorunlarına net şer‘î çözümler

[374] https://islamqa.info/ar/127179 (03.05.2017).

ortaya koymuşlardır. Öte yandan dünyadaki fıkıh âlimlerinin çoğunluğu da bu görüşü benimsemektedirler.[375]

2. "Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisinin/(المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث)" temelde temsil ettiği görüşe göre ise; zaruret ve hacet gibi çeşitli şartlar ve deliller sonucunda şer'î olmayan mahkemenin boşamasını geçerli kabul etmektedir.[376]

A. Şer'î Olmayan Yargıya Başvurmanın Hükmü

Müslümanlara göre kesin olan hüccet ve en yüce hüküm, Allah'ın şeriatıdır. Allah'ın şeriatından başkası kabul edilmez. Helal ve haram kılma, emir ve yasaklamada bulunma, mutlak olarak şeriat/yasama yapma sadece Allah Teâlâ'nın hakkıdır. Allah'ın helal kıldığından başkası helal olmadığı gibi Allah'ın haram kıldığından başkası da haram olamaz. Allah'ın yaptığı şeriattan/yasadan başka şeriat yoktur. Kim bunlardan her hangi birinde Allah Teâlâ'ya karşı çıkarsa Allah Teâlâ'nın rabliğine karşı çıkmış olur. Kim, Allah'ın hükmünü red ederse Allah ile hiçbir ilişiği kalmaz. Değişen asırlar ve ülkelere rağmen ümmet, bunda icmâ etmiştir. Bunca uzun asırlara rağmen bunun hükmü hususunda farklı düşünen muteber bir âlimin varlığı hususunda bir bilgiye sahip değiliz.[377] Zira Allah Teâlâ, şöyle buyurmaktadır: *"Aralarında, Allah'ın indirdiği ile hükmet. Onların arzularına uyma ve Allah'ın sana indirdiğinin bir kısmından (Kur'ân'ın bazı hükümlerinden) seni şaşırtmalarından sakın. Eğer yüz çevirirlerse, bil ki şüphesiz Allah, bazı günahları sebebiyle onları bir musibete çarptırmak istiyor. İnsanlardan birçoğu muhakkak ki*

---

[375] https://islamqa.info/ar/127179 (03.05.2017).
[376] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[377] http://fatawaalsawy.com/%D8%A7%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82/%D8%AA%D8%B7%D9%84%D9%8A%D9%82-%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A-%D8%BA%D9%8A%D8%B1-%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%85-%D8%A7%D9%85%D8%B1%D8%A3%D8%A9%D9%8B-%D9%85%D9%86-%D8%B2%D9%88%D8%AC%D9%87%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D9%85 (03.04.2017).

yoldan çıkmışlardır. Onlar hâlâ cahiliye devrinin hükmünü mü istiyorlar? Kesin olarak inanacak bir toplum için, kimin hükmü Allah'ınkinden daha güzeldir?"[378]

Şer'î olmayan mahkemeye başvurmanın hükmüne ilişkin konuyu yaşanmış bir olay üzerinde ele alacağız. Müslüman bir kadın, yeni Müslüman olan bir adamla Suudi Arabistan'da evlendiğini ve kendisiyle birlikte İsveç'e yerleştiğini söylemektedir. Kadın, sonraki evlilik hayatı için şunları demektedir: *"Kocama Kur'an'ı Namazı ve dinî konuları öğrettim. Kocam, bazen namaz kılıyor bazen kılmıyordu, bana fena muamelede bulunduğu halde iki sene boyunca kendisine sabrettim. Sonra onun başka kadınlarla haram ilişkiler içerisinde olduğunu fark ettim. Kendisinden beni boşamasını talep ettim."* Sonuç itibarıyla Müslüman olmayan yargıç boşamaya hükmediyor. Bu boşamanın geçerliliği hususunda "İslâm Soru ve Cevaptır" adlı fetva kurumuna soruluyor.[379]

İslâm hukukuna göre, bir kadın, şer'î yönüyle muteber bir nedenden ötürü kocasından boşanmaya mecbur kalırsa koca da kendisini boşamayı red ediyorsa kadının küfür diyarındaki medenî mahkemelere başvurması caiz değildir. İslâm diyarında olsa bile söz konusu ülkenin kanunları Allah'ın indirdikleri ile değil de beşerî hukuk sistemine dayanıyorsa yine caiz olmaz.[380] Zira Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır: *"Hayır! Rabbine ant olsun ki onlar, aralarında çıkan çekişmeli işlerde seni hakem yapıp, sonra da verdiğin hükme, içlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın, tam bir teslimiyetle boyun eğmedikçe iman etmiş olmazlar."*[381]

Konumuzla ilgili olarak "el-Lecne ed-Dâime" adlı fetva kurulundaki âlimlerden sorulmuştur: *"Talâk, ticaret ve diğer hukukî konularında Müslümanlar arasındaki çekişmeli işlerde Amerikan yargısına başvurmanın hükmü nedir?"* "el-

---

[378] Mâide,5/49,50.
(وَاَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا اَنْزَلَ اللّٰهُ وَلَا تَتَّبِعْ اَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ اَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا اَنْزَلَ اللّٰهُ اِلَيْكَ فَاِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ اَنَّمَا يُرِيدُ اللّٰهُ اَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَاِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ*اَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ اَحْسَنُ مِنَ اللّٰهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ)

[379] https://islamqa.info/ar/194467 (05.04.2017).
[380] https://islamqa.info/ar/194467 (05.04.2017).
[381] Nisâ, 4/65.
(فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتّٰى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِى اَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)

Lecne ed-Dâime" adlı fetva kurulundaki ulema şöyle cevap verdi: *"Müslümanın beşerî hukuk sistemine başvurması caiz değildir. Zaruret halinde ise şer'î mahkemeler olmadığı vakit, Müslümanın beşerî hukuk sistemine başvurması caiz olur. Ancak bir Müslüman, hak ettiğinden fazlası kendi lehine hüküm verilirse onu alması helal değildir."* Buna göre batılı küfür yargısının kıydığı nikâh veya kadını kocasından boşaması ya da erkeği karısını boşamaya zorlaması geçerli değildir. Ancak, şer'î yargı bu tür hukukî işlerde hüküm verebilir.[382] Bahsi geçen fetvalara göre; Türkiye gibi beşerî hukuk sistemini esas alan ülkelerde kadının tek taraflı olarak evliliği sonlandırmak amacıyla mahkemelere başvurması caiz değildir.

İbn Nüceym ve İbn Âbidîn, bu durumdaki Müslümanların problemlerine şöyle bir çözüm önermektedirler: *"Bir ülkede kâfir yöneticilerin hükümranlığı varsa Müslümanların kendi aralarında cuma ve bayramlarla ilgili yükümlülükleri yerine getirmeleri caizdir. Müslümanların rıza gösterdiği kâdı, kendi aralarında kâdı olarak tayin edilir. Bahsi geçen yerde yaşayan Müslümanlar, başlarına Müslüman bir valiyi talep etmeleri vâcip olur."*[383] Bu fetva, gayrı İslâmî bir sistemin hüküm sürdüğü bir ülkede Müslümanlar yaşıyor ise Müslümanların bir araya gelerek dinî vecibelerini yerine getirmeleri hususunda ışık tutmaktadır. Müslümanlar, hukukî davalarında kendi aralarından birini kâdı seçerler. Dolayısıyla Hanefî mezhebinde tüm hukukî işlerde olduğu gibi evlilik birliği içinde eşler arasında şiddetli geçimsizlik ve fena muamele baş gösterdiğinde Müslümanlar kendi aralarında tayin ettiği kâdıya başvurmalıdırlar.

Geçmişte İngilizler'in Hindistan'ı işgal etmeleri üzere ehlü'l-hal ve'l-akd heyeti, Müslümanlar arasında ailevî, malî vb. hukukî davalarda, şer'î esaslara göre hüküm vermesi için birisini kâdı olarak tayin etmişlerdi.[384]

---

[382] https://islamqa.info/ar/194467 (05.04.2017).

[383] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 6, s. 298; İbn Nüceym, **en-Nehrü'l-fâ'ik Şerhu kenzi'd-dekâ'ik,** c. 3, s. 604; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 4, s. 175.
(وَأَمَّا فِي بِلَادٍ عَلَيْهَا وُلَاةٌ كُفَّارٌ فَيَجُوزُ لِلْمُسْلِمِينَ إقَامَةُ الْجُمَعِ وَالْأَعْيَادِ، وَيَصِيرُ الْقَاضِي قَاضِيًا بِتَرَاضِي الْمُسْلِمِينَ وَيَجِبُ عَلَيْهِمْ طَلَبُ وَالٍ مُسْلِمٍ)

[384] Şeyh Muhammed Bedr el-Minyâvî, "Mebdeü't-tahkîm fî'l-fıkhi'l-İslâmî", **Mecelletu Mecme'i'l-fıkhi'l-İslâmî,** Ebû Zabî 1-6 zi'l-kade 1415/1-6 Nisan 1995, c. 4, s. 369,370.

B. Evlilik Birliğini Sonlandıran Hâkimin Müslüman Olup Olmaması

Kâdılarda aranan niteliklerden ittifak edilen hususlardan birisi de kâdının Müslüman olması şartıdır. Şayet boşamaya hükmedecek hâkim Müslüman ve kendisiyle hüküm vereceği kanun şer'î olmuş olsaydı ülkemiz başta olmak üzere dünyanın diğer bölgelerindeki Müslümanların bu konudaki problemleri de kalmayacaktı. Nitekim İslâm hukukuna göre kâdı bazı durumlarda şer'î gerekçelere binaen koca istemese bile evlilik birliğini sonlandırabilmektedir. Daha önce yer verdiğimiz üzere bu işleme İslâm fıkhında "tefriku'l-kâdî" denilmektedir.[385]

Yargı Müslüman olmayanların uhdesinde bulunacak olsa Müslümanlar aleyhine bundan daha tehlikeli bir yol olamazdı.[386] Zira Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır: *"Allah, müminlerin aleyhine kâfirlere hiçbir yol vermeyecektir."*[387] Kâdî İyâz, kâfirin kâdı olarak atanmasının ittifakla[388] caiz olmadığını belirtmiştir.[389] Konuyla ilgili el-Bâcî ise şöyle demektedir: *"Kâdının Müslüman olması hususunda Müslümanlar arasında görüş ayrılığı bulunmamaktadır."*[390] el-Bâcî'nin bu görüşünden bu konuda Müslümanların İcması bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu konudaki delili de Allah Teâlâ'nın şu ayetidir: *"Mü'minler, mü'minleri bırakıp da kâfirleri dost edinmesin."*[391] Ebû Bekr el-Cessâs, bu ayetin tefsiri için şöyle der: *"Bu ayet ve buna benzer ayetler, kâfir olan kimsenin hiçbir şekilde Müslüman olan kişiye vilâyetinin/dostluğunun olamayacağını göstermektedir."*[392] Nitekim bu hususta fâsık bir Müslümanın kâdı olması caiz değilken kâfirin kâdı olması öncelikli olarak caiz

---

385 Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 233.

386 Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 262.

387 Nisâ, 4/141.

(وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)

388 İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s.369;

389 İbn Ferhûn, **Tebsıratü'l-hükkâm** c. 1, s. 26; Bkz. Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 111; Komisyon, "Kadâ'", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 33, s.295.

390 Ebü'l-Velîd Süleymân b. Halef b. Sa'd b. Eyûb b. Vârıs et-Tücîbî el-Kurtubî el-Bâcî el-Endelüsî (ö. 474/1082), **el-Müntekâ Şerhü'l-muvattâ 1-7,** Matbaatü's-saâde, bi Civâri Muhafazati Mısr 1332/1914, c. 5, s. 183.

(وَأَمَّا اعْتِبَارُ إِسْلَامِهِ فَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي ذَلِكَ)

391 Âli İmrân, 3/28.

(لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ اَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ)

392 Ebû Bekr Ahmed b. 'Alî er-Râzî el-Cessâs el-Hanefî (ö. 370/981), **Ahkâmü'l-Kur'ân 1-5,** Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut 1405/1985, c. 2, s. 290.

olmaz. Âlimlerin çoğunluğuna göre bir kâfir, hem Müslümanlara hem de kâfirlere kâdı olarak atanması caiz değildir.[393] Hanefî mezhebine göre ise gayri müslim birinin sadece zimmîlere kâdı olarak atanması caizdir.[394] Bu şer'î naslara göre Müslüman olmayan hâkimin Müslüman çiftleri boşaması geçersizdir. Aynı zamanda kadının iddet beklemesi, müeccel/vadeli mehirin ödenmesi ve mut'a/gönül alıcı bir hediye vermesi gibi boşanmanın sonuçları da oluşmaz.[395]

Koca, eşine zarar vererek zorla alıkoyuyor ve karısını boşamayı reddediyorsa bu durumda kâdı, velâyet-i âmme yetkisine dayanarak boşamayı gerçekleştirebilir. Gayri müslimlerin Müslümanlar üzerinde boşama yetkisine sahip olmaması ise *"dinde bilinmesi zorunlu olan hükümlerdendir."* Zira Müslüman ile kâfir arasında vilayet bulunmamaktadır.[396]

Ancak erkek, hiçbir baskı altında kalmaksızın karısını boşadıktan sonra resmî işlemleri yerine getirmek ve boşamayı tescil ettirmek için beşerî mahkemeye başvurması veya Müslüman olmayan yargıca başvurması hiçbir sorun teşkil etmemektedir. Çünkü talâk, erkeğin iradesi ile gerçekleşmiş olup sonradan yerine getirilen kanunî prosedürlerle gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla boşanmanın mahkeme kararıyla gerçekleşebilmesi için hâkimin Müslüman olması dört mezhep ulemasına göre şarttır.[397]

Bir kadın, beşerî mahkemeye dava açtığında mahkeme, kocasını boşamaya zorlarsa koca da talâk niyetiyle boşamayı telaffuz eder veya yazılı beyanda bulunursa boşama İslâm'a göre de gerçekleşir. Şayet koca boşama niyetiyle boşamayı telaffuz

---

[393] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 4, s. 243; İbn Cüzey el-Gırnâtî, **el-Kavânînü'l-fıkhiyye,** s. 195; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî 'ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 129; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 4, s. 187; bkz. Mâverdî **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** s. 111; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 262.

[394] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 5, s. 355;

[395] http://www.masress.com/akidaty/1312240405 (03.04.2017).

[396] http://fatawaalsawy.com/%D8%A7%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82/%D8%AA%D8%B7%D9%84%D9%8A%D9%82-%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A-%D8%BA%D9%8A%D8%B1-%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%85-%D8%A7%D9%85%D8%B1%D8%A3%D8%A9%D9%8B-%D9%85%D9%86-%D8%B2%D9%88%D8%AC%D9%87%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D9%85 (03.04.2017).

[397] http://www.masress.com/akidaty/1312240405 (03.04.2017).

etmedi ve yazılı beyanda da bulunmadıysa sadece mahkeme boşamaya hükmetmişse bu durumda gayri müslim hâkimin boşaması İslâm'a göre gerçekleşmez. Fakihler, Müslümanlar arasında hükmedecek hâkimin Müslüman olması konusunda görüş birliğine varmışlardır. Çünkü kadâ'/yargı, vilâyetin bir çeşidi olup kâfirin Müslüman üzerinde vilâyeti söz konusu olamaz.[398]

C. Beşerî Yargı Sistemine Göre Karar Veren Müslüman Hâkimin Hükmü

Halkı Müslüman olan bazı ülkeler ve batı dünyasında evlilik ve boşama hususunda İslâm hukuk siteminin bulunmayışından dolayı Müslüman toplumlar şer'î açıdan büyük problemlerle karşılaşmaktadırlar. Bu problemlerden biri de beşerî hukuk sistemine göre, Müslüman hâkim tarafından gerçekleştirilen boşanmaların şer'î geçerliliği meselesidir. Şeyh Faysal Mevlevî, batıda yaşayan Müslümanların problemleriyle ilgili olarak şer'î hükümleri açığa kavuşturan, İslâm âlimleri konseyinde yer alan, aynı zamanda "Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi" başkan vekili idi.[399] Şeyh Faysal Mevlevî, beşerî mahkemenin boşamasının şer'î geçerliliğinin hükmü açısından Türkiye gibi beşerî hukuk sistemini esas alan ülkelerin batıdaki ülkelerden hiçbir farkının olmadığı görüşündedir. Konuyla ilgili Şeyh Mevlevî şöyle demektedir*: "Avrupa'da yaşayan Müslümanlar için kâfir hâkimin boşama kararının hükmü ile ilgili sorulacak sorunun aynısı nadir olsa da halkı Müslüman olan bazı İslâm ülkeleri için de sorulabilir. Bir başka ifade ile İslâm şeriatına aykırı olarak 'Müslüman hâkimin' eşlerin boşamasına hükmetmesinin İslâmî hükmü nedir?"*[400] Mevlevî, yine konumuzla ilgili olarak şöyle görüş belirtmektedir: *"Bazı İslâm ülkelerinde Müslüman olmayan bir hâkim, İslâm şeriatına muhalif olarak boşamaya karar vermektedir. Bu durum Avrupa'da Müslüman eşleri Avrupa kanunlarına uygun olarak boşayan gayr-i Müslim hâkimin*

---

[398] https://islamqa.info/ar/127179 (03.05.2017).

[399] https://ar.wikipedia.org/wiki/% (02.04.2016); https://islamstory.com/% (07.05.2017).

[400] Bu durumun Türkiye'nin durumuyla tamamen örtüştüğünü görmekteyiz. Dolayısıyla Türkiye'deki durumun tespitini merak edenler için çevirisini yaptığımız sorunun orijinalini buraya almakta fayda görüyoruz. (ماحكم تطليق القاضي المسلم وفقاً لقانون يخالف الشريعة الإسلامية); bkz. http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

durumuna tamamen benzemektedir."[401] Şeyh Mevlevî'nin işaret ettiği gibi Türkiye'de Müslüman olup da beşerî hukuk sistemine göre hükmeden yargıç olduğu gibi gayri müslim olup da beşerî yargı sistemine göre hükmeden yargıç da bulunmaktadır. Buna göre evlilik birliği içinde çıkan problemlerin şer'î hükmünün geçerliliğini tespit edebilmek için yargıcın hem Müslüman olması, hem de vereceği hükmün şer'î esaslara uygun olması şarttır. Dolayısıyla halkı Müslüman olan fakat beşerî hukuk sistemini esas alan Türkiye gibi ülkelerin yargıçlarının Müslüman olması, verecekleri hükmün şer'î açıdan geçerli olmasını gerektirmez. Yani beşerî hukuk sistemindeki yargıcın Müslüman olması veya olmaması hüküm açısından aynı kategoride değerlendirilmektedir.[402]

Aynı şekilde Ürdün'de hazırlanan bir doktora tezinde hâkim, Müslüman olduğu halde yargı sistemi İslâmî olmadığı zaman hüküm açısından beşerî hukuk sistemindeki boşamalardan hiç bir farkının olmadığı ifade edilmektedir.[403]

Klasik döneme ait önemli iki fetva, konumuzun daha iyi anlaşılması için ışık tutacaktır. İbn Yûnus, "el-Hammâle" bölümünde *"adaletli bir cemaatin imamın yerine geçeceğini"* söyledi. Burzulî, yargıyla ilgili meseleleri aktarırken şöyle bir hususa yer vermektedir: *"Bir kimse, bir ülkeye giderken kaybolmuş, karısına mehirini karşılayamayacak kadar nafaka bırakmış ve kadının bulunduğu şehirde hâkim de yok ise bu durumla ilgili Suyyûrî'ye soru soruldu."... "Bu olay ve başka meselelerde Müslüman bir cemaat, kâdı yerine geçer mi?"...* Suyyûrî de şu şekilde cevap vermiştir: *"Kâdıların olmamasından insanlar sıkıntı çekerlerse veya kadılar bulunduğu halde adalet niteliğine sahip değillerse Müslümanların cemaati, bahsettiğin bütün meselelerde ve her konuda hüküm verme konusunda yetkilidirler. Din ve fazilet ehli kişiler, bir araya gelip kâdı yerine geçerek müddetleri belirleme, boşamayı gerçekleştirme vb. diğer meselelerde hüküm verirler."* Burzulî, bunları aktardıktan sonra şöyle dedi: *"Hâkimin bulunmaması halinde bir cemaat, daha önce*

[401] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[402] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[403] Ömerî, **Nezariyyetü't-tefriki'l-kadâ' beyne'z-zevceyn,** s. 141.

yer verilen bazı meseleler dışında kâdı yerine geçer."[404] Nitekim Desûkî de bu görüşte olup bu konuda şöyle görüş belirtmektedir: *"Şunu bil ki; her hangi bir sebepten dolayı hâkime ulaşılamıyorsa ya da hâkime ulaşıla biliniyor fakat hâkim adaletli biri değilse bu durumlarda Müslümanların cemaati, hâkim yerine geçer. Hâkim yerine geçecek merciinin Müslümanların cemaatinden bir şahıs olması da yeterlidir.*[405]

Desûkî, bu fetvasında hâkimin yokluğunda veya hâkim bulunup da "adalet" niteliğine sahip olmadığından dolayı Müslümanların cemaati kolektif olarak hâkim yerine geçeceğini açıkça ifade etmektedir. Hâkim yerine geçecek merci, Müslümanların cemaatinden bir şahıs da olabilir.

Klasik döneme ait bu fetvalarda şer'î olarak atanan "kâdı" bulunmasına rağmen "adalet" niteliğine sahip olmadığından dolayı hüküm konusunda yetkili değildir. Buna göre "velâyet-i âmme" tarafından atanma yetkisine sahip olmayan yargıcın, şer'î değil de beşerî hukuk sistemine göre evli çiftler arasında boşama hususunda öncelikli olarak yetkili olmamasını gerektirir. Bu durumda din ve fazilet ehli kişilerden meydana gelen bir cemaat veya Müslümanların cemaatinden bir şahıs şer'î kâdı yerine geçer. Buna göre günümüzde âlimlerden meydana gelen muteber bir fetva kuruluşu kolektif olarak pekâlâ şer'î kâdı yerine geçebilir.

D. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Kişinin Âlim Olması

Allah'ın indirdiklerinden başkasıyla muhakeme olmanın haramlığı İslâm'ın kesin hükümlerindendir. Naslar, Allah'ın indirdiklerinden başkasıyla muhakeme olmanın imanın aslı ile bir araya gelmeyen nifak olduğunu belirtmektedirler. Şeriat ile muhakeme olmak ise İslâm akidesi açısından zarurettir. Çünkü bu mesele, Allah'ı

---

[404] Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s.199 .
(وَذَكَرَ ابْنُ يُونُسَ فِي كِتَابِ الْحَمَّالَةِ أَنَّ جَمَاعَةَ الْعُدُولِ تَقُومُ مَقَامَ الْإِمَامِ، انْتَهَى. وَقَالَ الْبُرْزُلِيُّ فِي أَثْنَاءِ مَسَائِلِ الْأَقْضِيَةِ: سُئِلَ السُّيُورِيُّ عَمَّنْ غَابَ إلَى مِصْرٍ وَلَهُ زَوْجَةٌ لَمْ يَخْلُفْ لَهَا نَفَقَةً إلَّا مَا لَا يَفِي بِصَدَاقِهَا وَلَيْسَ فِي الْبَلَدِ قَاضٍ... فَهَلْ تَقُومُ الْجَمَاعَةُ مَقَامَ الْقَاضِي فِي هَذِهِ النَّازِلَةِ وَغَيْرِهَا... جَوَابُهَا إذَا تَحَرَّجَ النَّاسُ لِعَدَمِ الْقُضَاةِ أَوْ لِكَوْنِهِمْ غَيْرَ عُدُولٍ فَجَمَاعَتُهُمْ كَافِيَةٌ فِي الْحُكْمِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْته، وَفِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ، فَيَجْتَمِعُ أَهْلُ الدِّينِ وَالْفَضْلِ فَيَقُومُونَ مَقَامَ الْقَاضِي فِي ضَرْبِ الْآجَالِ وَالطَّلَاقِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، قَالَ الْبُرْزُلِيُّ قُلْت: تَقَدَّمَ أَنَّ الْجَمَاعَةَ تَقُومُ مَقَامَ الْقَاضِي مَعَ فَقْدِهِ إلَّا فِي مَسَائِلَ تَقَدَّمَ شَيْءٌ مِنْهَا، انْتَهَى)
[405] Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 519.

Rab, İslâm'ı din ve Hz. Muhammed (sav)'i ise peygamber ve Rasûl kabul etmekle ile ilişkilidir.

Beşerî yargı tarafından Müslümanların evlilik birliğine son verilmesinin şer'î geçerliliği ile ilgili yaşanmış bir olay üzerinde değerlendireceğiz. Bir kadın, uyuşturucu kullanan Amerikalı Müslüman bir adamdan çocukları bulunmaktadır. Adam, çok kere kadına şiddet uygulamaktadır. Kadın, epeyce sabrettikten sonra kocasından kendisini boşamasını talep eder kocası ise red eder. Kadının boşanma davasını açması üzerine mahkeme evlilik birliğine son verir. Kadın, şer'î hükümlere göre de boşanır mı ve kadının bu durumda başka bir erkekle evlenmesi caiz olur mu?[406]

Boşama yetkisine ilişkin olarak vârid olan tüm nasların muhatabı erkektir. Daha önce de bir kısmına yer verdiğimiz üzere konuyla ilgili olarak Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır: *"Eğer onlara (kadınlara) el sürmeden boşarsanız..."*[407]; *"Ey peygamber! Kadınları boşamak istediğinizde, onları iddetlerini dikkate alarak (temizlik hâlinde) boşayın..."*[408] Görüldüğü gibi bu tür naslarda boşama hususunda yetkili erkektir. Boşama yetkisi, ancak zaruret durumlarında kocadan alınır.

Güney Afrika'daki "İslâm Şeriatı İlimleri Enstitüsü" müdürü, Müslümanların evlilik ve boşanma hallerine ilişkin gayri müslim bir hâkimin görevlendirilmesi ve İslâm şeriatıyla alakalı olan her hangi bir davada yetkili olmasına ilişkin olarak el-Ezher Şeyhine soru sormaktadır. el-Ezher Şeyhinin cevabı şöyledir: *"Müslümanlar, gayri İslâmî bir ülkede azınlık durumunda iseler ibadetler, muamelatlar, evlilik ve boşanma hallerindeki İslâmî öğretilerinde ve din hususundaki her işte Müslüman*

---

406 http://fatawaalsawy.com/%D8%A7%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82/%D8%AA%D8%B7%D9%84%D9%8A%D9%82-%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A-%D8%BA%D9%8A%D8%B1-%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%85-%D8%A7%D9%85%D8%B1%D8%A3%D8%A9%D9%8B-%D9%85%D9%86-%D8%B2%D9%88%D8%AC%D9%87%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D9%85 (03.04.2017).

407 Bakara, 2/237.

(وَاِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ اَنْ تَمَسُّوهُنَّ)

408 Talâk, 65/1.

(يَا اَيُّهَا النَّبِيُّ اِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)

âlimlere başvururlar. Gayri müslim bir yönetici, Müslümanların evlilik ve boşanma hallerinde Müslüman olmayan bir yargıç veya avukat tayin etmesi fakihlerin geneline göre[409] *caiz değildir. Yargı işine belirlenen şartlarla*[410] *ancak ehil olan Müslümanın görevlendirilmesi geçerli olmaktadır. Ancak "zaruret" hali dışında Müslümanların gayri müslim bir hâkime başvurmaları helal değildir. Azınlıkta olan Müslümanların bu durumdan kurtulmaları için ya bağımsızlık elde etmeleri veya söz konusu yerden hicret etmelidirler. Yâda Müslümanların özellikle içinde evlilik-boşanma, neseb ve miras hükümleri olan helal-haram meselelerinde tarafların rıza gösterdiği Müslüman âlimlerin hakemliğine başvurmalıdırlar. Yöneticinin tayin ettiği gayri müslim hâkime başvurmaktansa Müslümanların böyle yapmaları dinleri ve dünyaları için daha hayırlıdır."*[411] Ezher Şeyhinin çağdaş olan bu fetvası şer'î olmayan hukuk sisteminin boşamalarını ve diğer hukukî işlerdeki hükmlerinin şer'î açıdan geçersiz olduğunu belirtmektedir. Bu görüşünü de fukahanın genelinin görüşüne dayandırmaktadır. Bu fetvaya benzer olan hükümleri klasik döneme ait fetvalarda da görmekteyiz.

Müslümanların azınlık olarak bulundukları durumlar için verilen bu fetvaların ne kadar isabetli olduğunu, Müslüman memleketlerdeki klasik döneme ait fetvaları ele alarak göstermeye çalışacağız.

Şâfiî mezhebine göre bir yerde hâkimin bulunamaması halinde prensip olarak kâdının yerine geçecek kişinin âlim olması gerekir. Şâfiî mezhebinin kaynaklarında kâdının yerine geçecek kişi, müctehid, fakih ve âlim kavramlarıyla ifade edilmektedir.

---

409 http://fatawaalsawy.com/%D8%A7%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82/%D8%AA%D8%B7%D9%84%D9%8A%D9%82-%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A-%D8%BA%D9%8A%D8%B1-%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%85-%D8%A7%D9%85%D8%B1%D8%A3%D8%A9%D9%8B-%D9%85%D9%86-%D8%B2%D9%88%D8%AC%D9%87%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D9%85 (03.04.2017).

410 "Kâdılarda Aranan Nitelikler" bahsinde bu şartları detaylı bir şekilde incelemiştik.

411 http://fatawaalsawy.com/%D8%A7%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82/%D8%AA%D8%B7%D9%84%D9%8A%D9%82-%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A-%D8%BA%D9%8A%D8%B1-%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%85-%D8%A7%D9%85%D8%B1%D8%A3%D8%A9%D9%8B-%D9%85%D9%86-%D8%B2%D9%88%D8%AC%D9%87%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D9%85 (03.04.2017).

İmam Cüveynî, ehil bir yönetici olmadığı bir zamanda halkın sorunlarının çözümü âlim ve müctehidlere bırakılması gerektiğini söylemektedir. Bu şartlarda halkın toplum içerisinde değişen katmanları sürecinde, yöneticilerin görevleri ile ilgili âlimlerin görüşlerine başvurulur. Böyle yaptıkları takdirde doğruyu bulmuş olurlar. Âlimler bu durumda halkın yöneticileri konumuna geçerler. Kâdı'nın hükümleri uygulandığı gibi bu âlimlerin de hükümleri uygulanılır. Şer'î devlet başkanının varlığı halinde ise âlimlerin ictihad ederek Müslümanların meseleleri ile ilgili verdiği hükümlerin tatbik edilmesi konusunda ihtilâf edilmiştir. İmam Şâfiî'den gelen bir görüşe göre, devlet başkanının varlığı halinde, âlimin verdiği hüküm tıpkı resmî olarak atanan kâdının hükmü gibi uygulanılır. Bu görüş, aynı zamanda Ebû Hanife mezhebinin zahir olan görüşüdür. Devlet başkanının yokluğu halinde ise müctehidlerin hükmünün uygulanması kesinlik kazanır.[412]

Şirbinî şöyle der: *"Bir zaman dilimi içerisinde devlet yöneticisi bulunmazsa insanlar, âlimlere başvururlar. Şayet insanların yaşadığı muhitte âlimler çok ise bu durumda en âlim olana başvurulur. Başvurulan âlimlerin ilmî dereceleri eşit ve görüş ayrılığına düşerlerse hangi âlimin görüşü alınacağı konusunda kura çekerler."*[413] Görüldüğü gibi İmam Cüveynî ve Şirbinî kâdı yerine geçecek kişinin âlim ve müctehid olmasını gerekli görmektedirler.

Konuya ilişkin olarak imam es-Seyyid es-Semhûdî ise fetvalarında şöyle demiştir: *"(الميسور لا يسقط بالمعسور)/Bir şey bütünüyle yerine getirilemiyorsa tamamıyla terk edilmez"* fıkhî kurala binaen, imam yoksa kâdı tayin etmek mümkün olduğu vakit, bu durumda kâdı tayin etmek vâcip olur. Çünkü zaruret, bunun böyle olmasını gerektirir. Bir ülke halkı, kâdı tayin etme işini terk ederlerse günahkâr olurlar. Söz konusu ülkenin geçtiği dönemde kâdıda aranan nitelikleri taşıyan biri bulunuyorsa böyle bir kimsenin atanması gerekir. İmam, zaruret halinde mukallid kimseyi kâdı olarak tayin edebildiği gibi bahsi geçen yerleşim alanındaki kimseler de mukallid kişiyi kâdı olarak tayin edebilirler. Şayet kemal sıfatlarına sahip olan ehlü'l-hal ve'l-akd heyeti bir araya gelerek mukallid bir kimseyi kâdı olarak tayin

[412] Cüveynî, **Gıyâsü'l-ümem,** s. 389-391.
[413] Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 499; geniş bilgi için bkz. Cüveynî, **Gıyâsü'l-ümem,** s. 391.

ederlerse böyle bir kimsenin vereceği hüküm yerinde olup tatbik edilir. Atanan kâdı, ahali arasında tabi olduğu mezheb hakkında sahip olduğu ilme göre hüküm verir. Genel olarak bir bölgede kâdı görevlendirilmesinin terk edilmesi halinde, orada yaşayan bütün ahaliyi kapsayacak şekilde günah olur. Kuşkusuz bilmiş oldun ki; söz konusu diyarda kâdı tayin edilebilmesi için imama ulaşılmasının güç olması vb. sebeplerden dolayı imamın varlığına ve kâdı olacak kimsenin müctehid olmasına bağlı değildir. Zira her ikisi de bulunamamaktadır. Aksine zaruret, söylediklerimizin olmasını gerektirmektedir."[414]

es-Seyyid es-Semhûdî, kâdının yokluğunda kâdıda aranan nitelikleri kendisinde taşıyan birisinin olması halinde, böyle bir kimsenin kâdı olarak atanması gerektiğini söylemektedir. Daha önce "Kâdının Şer'î Hükümlerde Müctehid Olması" başlığı altında yer verdiğimiz gibi Şafiî mezhebine göre bir kimsenin kâdı olabilmesi için müctehid olması gerekir. Ancak es-Semhûdî'nin bu fetvasında imamın zaruret halinde mukallid kimseyi kâdı olarak tayin edebildiği gibi ehlü'l-hal ve'l-akd heyeti de mukallid kişiyi kâdı olarak tayin edebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla zaruret halinde kâdı olacak zatın müctehid olma şartı aranmamıştır. Buna göre evlilik birliği içinde eşler arasında meydana gelen sorunlarda taraflar, kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek nitelikte olan birisine başvurmamaları halinde bu fetvaya göre günahkâr olmaktadırlar. Zira Şâfiî mezhebine göre kocanın nafakayı temin edememesi gibi kâdıya başvurulması gereken durumlarda kâdı olmadığı takdirde şer'î çözüm için şer'î bir hakeme başvurulması gerekir. Ancak her zaman her coğrafyada Müslümanlar arasında yargı görevini üstlenebilecek bir âlim olmayabilir bu duruma çözüm için klasik döneme ait fetvaları incelememiz gerekmektedir.

E. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Kişinin Âlim Olmaması Durumu

Kâdıda aranan niteliklerin aynısı kâdının yokluğunda kâdı yerine tayin edilecek kimsede de bulunması şarttır. Ancak uzun bir zamandır kâdılık için muteber olan şartlar maalesef bulunamamaktadır. İmam Gazzâlî, "el-Vasît" adlı eserinde,

[414] İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297.

İmam Râfi'î de "el-Muharrer" adlı eserinin yansıra "eş-Şerhü'l-kebîr" adlı eserinde Gazzâlî'nin görüşlerini naklederken iktidar sahibinin tayin ettiği kişi, cahil ve fâsık olan bir kimse olsa bile verdiği hüküm zarurete binaen yerine getirileceğini ifade etmektedirler. Böyle bir hükmün verilmesi bu zamana uygun düşmektedir.[415]

Muteahhirûn/sonraki dönem bazı ulemalardan soruldu: *"Bir ülkede imam bulunamazsa orada bulunan halk ise adaletli bir kimsenin hükmüne rıza göstermektedirler. Böyle bir kimsenin vereceği hüküm, geçerli olur mu veyahut da (imam tarafından) görevlendirilmesi mi gerekir? Zira şer'î işlerin görülmesi hâkimin varlığı üzerine bina edilmiştir. Şayet orada Sultan veya onun vekili tarafından atanan hâkim bulunamaması halinde, kendisine rıza gösterilen bir kimsenin hükümleri gerekli olur mu?* Mâverdî, bu soruya şöyle cevap verdi*: "Bir ülkede kâdı yoksa, o memlekette âlim bir kimse veya kendisine rıza gösterilen güvenilir, adalet niteliğine sahip bir kişi varsa, yöneticinin yokluğu halinde o memleketin ahalisi ona rıza gösterip on adil kimsenin görüş birliğiyle söz konusu kimseyi kâdı olarak tayin ederler. Kâdı olacak kişi, şeriatta âlim olur ya da âlim değildir ancak ilmine güvendiği kimsenin fetvasını alarak hüküm verir. Bu açıdan böyle bir kâdının hükümleri ve uygulamaları geçerli olur. Allah Subhanehu ve Teâlâ daha iyisini bilir.*[416] Mâverdî'ye ait olan bu fetvayı İbn Hacer el-Heytemî'nin ifadelerinden tercüme ederek verdim. Çünkü Mâverdî, konuyu çeşitli yönleriyle ele almaktadır. Heytemî'nin ifadeleri ise Mâverdî'nin görüşlerinden sadece kâdının olmadığı zamanlarda kâdı yerine geçecek merci konusuna değinmektedir. Dolayısıyla konumuza doğrudan teması açısından da Mâverdî'nin görüşlerini Heytemî'nin ifadelerine dayanarak aktarmak daha yerinde olacağını düşündük.

Mâverdî, yukarıdaki fetvasında bir ülkede kâdı yoksa o memlekette âlim bir kimsenin veya kendisine rıza gösterilen güvenilir ve adalet niteliğine sahip bir kişinin kâdı olacağını ifade etmektedir.

---

[415] İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297.
[416] Mâverdî, **el-Hâvi'l-kebîr,** c. 16, s. 8; İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 298.

Ebû Ca‘fer Ahmed b. Nasr ed-Dâvûdî’ye şöyle bir soru soruldu: *“Dul bir kadın evlenmek isterse, fakat kadının bulunduğu memlekette yönetici yoksa kadının velileri de kayıp iseler, kadın çare bulmak amacıyla durumunu memleketin fakihlerine bildirir. Fakihler de ahaliden bazı kimselere kadını evlendirmesini emrederler. Ancak söz konusu yerleşim biriminde âlim ve kâdı yoksa bakire ve dul olan bir kadın, memleketin adil kimselerine başvurabilir mi?”* Ebû Cafer bu soruya şöyle cevap verdi: *“Bir yerleşim biriminde kâdı yok ise memleketin salih kimseleri bir araya gelerek söz konusu kadının evlendirilmesini emrederler.”*[417] Şer‘î kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek kişi öncelikle fakihler olmalıdır. Çünkü fakihler, evlilikle ilgili ve diğer hukukî konularda İslâm hukukuna göre hüküm verirler. Şayet bir yerleşim biriminde fakihler bulunmazsa bu durumda kâdı ve âlimlerin yerine adalet niteliğine sahip bir memleketin salih kimseleri, hâkim yerine geçerler.

F. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Fıkhî Bir Kurumun Olması

Evlilik birliği içinde bir kadın kocasından şer‘î olarak kâdı tarafından tefrik edilmesi (boşanması) gerekebilir. Batıda yaşayan Müslümanlar arasında ve ülkemizde Osmanlı döneminde olduğu gibi kâdı “hakikî” anlamda bulunamamasından dolayı kâdılık niteliklerini taşıyan bir âlimin hakemliğine veya adalet niteliğine sahip Müslüman bir cemaate başvurularak bu tür problemler çözüme kavuşturula bilinir. Örneğin İsveç mahkemesi, İsveç’te ikame eden evli bir çiftin boşamasına hükmetmesi ile ilgili olarak Şeyh Faysal Mevlevî şöyle diyor: *“İsveç mahkemesinin boşamaya hükmettiği İsveç’te ikame eden Müslüman evli çiftten biri ya da her ikisi İsveç vatandaşı olabilir. Böyle bir boşamanın şer‘î geçerliliği yoktur. Bu durumda yapılması gereken:*

1. Boşanan çiftler, herhangi bir İslâm ülkesindeki resmî/şer‘î mahkemeye başvurmalıdır.”[418] Burada hemen belirtmek gerekir ki; İslâm ülkelerinde özellikle Arap ülkelerinde genellikle medenî hukuk sistemi İslâm şeriatına göre olduğundan

---

[417] Venşerîsî, **el-Mi‘yârü’l-mu‘rib,** c. 10, s. 102.

[418] 04.07.2001’de bu metin internette yayınlanmıştı. (nakleden: Ömerî, **Nezariyyetü’t-tefriki’l-kadâ’ beyne’z-zevceyn,** s.142).

dolayı bu probleme çözüm getirmek için, İslâm ülkelerindeki resmi/şer‘î mahkemelere havale etmek doğru olur.[419] Fakat Türkiye şartları için bu çözüm söz konusu olamaz. Çünkü Türkiye’deki aile hukuku laiklik prensibi gereğince beşerî hukuk sistemine dayanmaktadır.[420]

2. İsveç’te şer‘î evliliğin yapıldığı mercie müracaat edilmelidir.

3. Çözüm için İsveç’te Müslümanların hukukî problemlerine şer‘î çözümler arayan ve vakıada Müslümanlarca kabul gören İslâmî ilimlerde özellikle fıkıhta uzmanlaşan âlimlerden meydana gelen “fıkhî/şer‘î merkeze” gidilmelidir.[421] İşte bu merkezdeki âlimler kâdılık şartlarına sahip olduklarından dolayı kâdının yokluğunda kâdı yerine geçen merciler olarak değerlendirile bilinir.

Bahsi geçen İsveç mahkemesi tarafından verilen boşama hükmü şeriat cihetiyle de geçerli ise şer‘î merkez, bunu tespit edip taraflara ilan eder. Şayet mahkemenin boşama kararı kocanın talebi üzere gerçekleşmiş ise; talâk, kocanın boşamayı telaffuz ettiği tarihte gerçekleşir. Ya da mahkemeden boşamayı talep ettiği tarihten itibaren gerçekleşir. Bu durumda İsveç’teki şer‘î merkezin rolü işaret edilen tarihten itibaren boşanmanın gerçekleştiğini ilan etmekten başka bir şey değildir.

Kadının talebi üzere mahkemenin boşamaya karar vermesi ise; koca bu talebe muvafakat etmedikçe mahkemenin boşama kararının şer‘î hiçbir geçerliliği yoktur. Zira mümkün mertebe dinî açıdan sıkıntıya düşmekten ve mefsedelerden/zararlardan kaçınmak gerekir.[422] Böyle bir durumda koca boşanmayı kabul ettiği tarihten itibaren talâk, gerçekleşir. Boşanmanın sonucu olan kadının iddet bekleme süresi de bu tarihten itibaren başlar. Koca, boşanmayı reddedip evlilik hayatının devam etmesinde

---

[419] Bkz. Şelebî, Ahkamü’l-üsra fi’l-üsra**.**

[420] Bkz. T.C. 1982 Anayasası, md. 2 ve 24. Aslında 1926 yılında hazırlanan TMK, İsviçre Medenî Kanunu’ndan iktibasla hazırlanmıştır. İsviçre Medenî Kanunu ise Protestan-Hıristiyan hukukuna göre düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu’nun temelde Hıristiyan hukukuna dayandığı söylenebilir. Bkz. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, **Aile Hukuku,** İstanbul 1960, s. 166-167; a.mlf., Ailenin Çilesi Boşanma, İstanbul 1976, s. 148-149; (nakleden: Yılmaz, “Türk Medenî Kanunu’na (TMK) Göre Gerçekleşen Boşanmaların…” s. 271).

[421] 04.07.2001’de bu metin internette yayınlanmıştı. (nakleden: Ömerî, **Nezariyyetü’t-tefriki’l-kadâ’ beyne’z-zevceyn,** s.142).

[422] http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017); (nakleden: Ömerî, **Nezariyyetü’t-tefriki’l-kadâ’ beyne’z-zevceyn,** s. 142,143).

ısrarlı ise; şer‘i merkez, konuyu görüşmek üzere tarafları çağırır. Şayet taraflar, kurumun hakemliğini kabul ederlerse bu durumda fıkhî merkezin hükmü kanunî ve fıkhî açıdan uygulamaya geçirmek için yapılması gereken icraatlar yerine getirilir.[423]

Koca davet edilmesine rağmen gelmiyor veya nerede olduğu bilinmiyorsa zarurete binaen fıkhî merkez, kâdı mesabesinde itibar edilir. Bu şer‘î kurum, evlilik hayatının devam etmesinin imkânsız olduğunu ve kocayı karısını boşamayarak kadının zarar görmesini isteyen taraf olarak tespit ederse bu halde talâk, fıkhî kurum tarafından boşamaya hükmettiği tarihten itibaren gerçekleşir. Dolayısıyla evli çiftlerin boşaması, İsveç mahkemesinin kararıyla olmayıp şer‘î hukuka göre gerçekleşmiş olur. Öte yandan koca zarar veren kişi olmasa dahi şer‘î merkez, evlilik hayatının devam etmesini imkânsız görüyorsa boşamaya hükmedebilir.”[424]

Fıkhî bir kurumun veya kâdı bahsinde açıkladığımız gibi kadılık niteliklerine sahip “âlim” bir kimsenin hakemliğine başvurarak evlilik birliği içinde çıkan sorunları çözme ve gerekli gördüğü takdirde boşamaya hükmetmesi Türkiye şartlarında da başvurulabilecek şer‘î bir yöntem olduğunu düşünüyoruz. Türkiye’de uygulanan medenî kanun İsviçre medenî kanunundan alındığı için beşerî olma özelliğiyle, az önceki fetvada yer verdiğimiz İsveç’te uygulanan medenî kanunundan hiçbir farkı bulunmamaktadır.

Ancak her halükarda boşamaya şer‘î bir engelin olmadığını ve davanın haklılığının ispat edilmesi gerekir. İslâmî merkezler, mümkün mertebe çiftleri barıştırma yoluna gitmelidirler. Söz konusu merciler, uygulamalarının selameti için âlimlerden sorarak bazı fakihlerden yardım almalıdırlar. Bu konuda Britanya ve Kanada’daki şer‘î merciler, yararlı tecrübelere sahiptirler.[425] Dolayısıyla evlilik birliğini şer‘î hukuka uygun olarak sonlandırmak için kolektif bir çalışmayı gerektirir. Bundan dolayı batı ülkelerinin bazı metropol şehirlerindeki fetva kurulları,

---

[423] (nakleden: Ömerî, **Nezariyyetü’t-tefriki’l-kadâ’ beyne’z-zevceyn,** s. 142,143).
[424] (nakleden: Ömerî, **Nezariyyetü’t-tefriki’l-kadâ’ beyne’z-zevceyn,** s. 143).
[425] http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).

İslâmî merkezler ve mescitlerin imamları ile toplantılar düzenleyerek ve kurslar vererek bahsi geçen mercilere sorumlulukları bildirilmelidir.[426]

Klasik dönem Mâlikî fukahasının şer'î esasların uygulandığı asırlarda İslâm topraklarında her hangi bir nedenden ötürü şer'î kâdı bulunamaması halinde evlilik birliği içinde çıkan problemler hususundaki görüşlerini ele almamız önem arz etmektedir.

G. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Müslüman Bir Cemaatin Olması

Kâdının bulunmadığı bir zamanda Müslümanların bütün hukukî işlerinde olduğu gibi evlilik birliği içindeki çekişmeli işlerinde de İslâmî bir cemaatin kâdı yerine değerlendirilmesi konusu, Mâlikî mezhebinde çok yaygın bir şekilde görülmektedir. Zira beşerî hukuk sistemindeki boşamaların İslâm hukukuna göre hükmünün tespit edebilmek için klasik dönem fukahasının dengi meseleler hakkındaki görüşlerini ortaya çıkarmak zorundayız.

Mâlikî mezhebinin önde gelen isimlerinden allâme Halîl, şöyle demektedir: *"Mefkûd bir kadının (bir kadının kocasının gaipliği söz konusu ise) kocasının ölümüne hükmedilmesi için kadın; kâdı, vali veya su valisine başvurur. Bunların bulunamaması halinde ise kocasının ölümüne hükmedilmesi kararı Müslüman cemaatine geçer."*[427] Beşerî hukuk sistemindeki boşamaların İslâm hukukuna göre hükmü konusunda çalışması olan Halil Gönenç hoca, bu fetvayı Hattab'a nispet etmekte[428] oysaki bu fetva dipnotta kaynağını verdiğim gibi Malikî fakihi allâme Halil'e[429] aittir. Hattab ise aşağıda yer vereceğimiz üzere bu fetvayı şerh etmiştir.[430] Zürkânî, allâme Halil'in bu sözlerini şerh ederken İslâmî cemaatten maksadın

---

[426] http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).
[427] Cundî, **Muhtasarü'l-allâme Halîl,** s. 131.
(ولزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي ووالي الماء وإلا فلجماعة المسلمين)
[428] https://www.facebook.com/m. (02. 03. 2017).
[429] Allame Halil ile ilgili geniş bilgi için bkz. Ebû Gays Muhammed Hayrüddîn b. Mahmûd b. Muhammed b. Alî b. Fâris ez-Ziriklî ed-Dımaşkî (ö. 1396/1976), el-A'lâm 1-8, Dârü'l-ilim lil-Melâyîn, Yayın yeri yok 1423/2002. c. 2, s. 315.
[430] Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s.199 .

kadının salih komşuları ve ülkenin çoğunluğunun adaletli kimseleri olduğunu söylemektedir. Çünkü söz konusu merciler, imam yerine değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bunların imamın yokluğunda imam yerine geçme meşruiyeti yeterli görülmektedir.[431] Hattâb, kocası kayıp olan kadının hâkimin huzurunda ispat etmesi gereken konuları adaletli kimseler huzurunda da ispat eder ve kendisini boşayacağını söylemektedir. Hattâb, şer'î otorite boşluğunda veya herhangi bir sebepten dolayı resmî otoriteye ulaşılamıyorsa pek çok hukukî davalarda adaletli bir cemaatin imam yerine geçeceğini eserinde detaylı bir şekilde incelemektedir.[432]

Şeyh Derdîr, bu konuda şöyle demektedir: *"Şer'î hâkim bulunmadığı takdirde kocası kayıp olan kadın, düştüğü duruma çözüm bulmak amacıyla İslâmî cemaate bildirir. ...İnsanlar arasındaki hukukî anlaşmazlıkları çözmek için başvurulacak merci herhangi bir kişi değil de adil olmak şartıyla insanlar tarafından bilinen tek bir şahıs da olabilir. Bu görüş, aynı zamanda allâme Uchûrî'nin de görüşüdür. Bu görüş gayet açıktır ve buna karşı çıkmak zulümdür."*[433] Bahsi geçen fetva, Suriye'de devam etmekte olan savaş ortamında ve şer'î kâdının olmadığı ülkelerde mülteci olarak yaşayan, sayıları oldukça fazla ve eşleri kayıp olan Suriyeli hanımlar için de bir çözüm olabilmektedir.

Günümüzde Mâlikî mezhebinin önde gelen isimlerinden olan Abdullah Şeyh el-Mahfûz b. Beyyeh, İslâmî merkezlerin veya bu merkezlerin konumunda olan kurumların yukarıda açıklamış olduğumuz "Fıkhü'l-ekalliyât" prensibi gereği olarak Müslümanların cemaati olarak değerlendirilebileceğini söylemektedir. Zira ortada fıkhî ictihad gerektiren zarurî bir durum söz konusudur. "Zaruret" kavramının olduğu yerde naslar, şeriatın maksadları, şeriatın furuatı ve fıkhî kuralların hepsi işletilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu anlattıklarımızın hepsi de "Fıkhü'l-ekalliyât" kavramında vücut bulmaktadır. İşte Müslümanların cemaati olarak değerlendirilen bu mercilerin beşerî hukuk sisteminin kocasından boşadığı kadını zarurete binaen

---

[431] Zürkânî, **Şerhü'z-Zürkânî 'alâ Muhtasari Halîl,** c. 4, s. 376.
[432] Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s.199 .
[433] Sâvî**, Hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 2, s. 694.

boşamaları caizdir. Aksi takdirde evli çiftler, büyük sıkıntılara maruz kalmaktadırlar.[434]

H. Beşerî Yargı Sistemlerindeki Boşamaların Geçersizliğine İlişkin Fetva

Her zaman ve her yerde olduğu gibi ülkemizde de evlilik birliği içinde fena muamele ve şiddetli geçimsizlik baş gösterebilmektedir. Türkiye'deki medenî hukuk batılı ülke İsviçre medenî hukukuna dayandığı için hüküm açısından batılı ülkelerdeki mahkemelerden hiçbir farkının olmadığını çağdaş ve klasik dönem ulemanın fetvalarıyla yukarıda ortaya koymuştuk. Ülkemizdeki evli çiftler arasında meydana gelen sorunlara da çözüm olabilecek, aşağıda batıda evlilik birliği içinde yaşanan sorunlar üzerinde çağdaş ve klasik dönem fetvalarıyla değerlendireceğiz.

Batı ülkesinde kocası uyuşturucu bağımlısı olan bir kadın, altı yıl sorunlarla dolu tahammül edilemez bir evlilik hayatını geçirmektedir. Sonra kocasından kendisini boşamasını talep ediyor kocası boşamayı reddedince kadın, boşama için mahkemeye başvurup mahkeme de fiilen boşamaya karar veriyor. Bunun üzerine birkaç sene geçtikten sonra kadın beşerî yargının boşamasının İslâm'a göre geçerli olup olmadığını "İslâm Soru ve Cevaptır/(الإسلام سؤال وجواب)" fetva kurumuna soruyor.

"İslâm Soru ve Cevaptır/(الإسلام سؤال وجواب)" fetva kurumu, (02-05-2009) yılında cevap olarak yayınladığı fetva şudur: Hamd Allah'a mahsustur.

Bir koca içki içme, uyuşturucu kullanma gibi helake neden olan günahlar işlemekte ısrar ettiği takdirde kadının kocasından boşama talebinde bulunması caizdir. Koca, karısını boşamayı reddederse kadın, konuyu şer'î kâdıya havale eder ki kâdı söz konusu şer'î gerekçelerden dolayı kocayı boşamaya zorlar, koca karısını boşamayı yine reddetse hâkim, kadını kocasından boşar. Şer'î hâkim yoksa kadın, yaşadığı ülkedeki İslâmî merkezler gibi İslâmî mercilere başvurur. İslâmî kuruluşlar da, kocayı boşamaya ya da muhale'â (kadın, kendisini boşama karşılığında kocasına

[434] http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).

bir miktar mal verme) yoluyla kadını boşaması için ikna ederler. Boşanma şer‘î olarak gerçekleştikten sonra ihtiyaca binaen boşama kararının beşerî mahkemede tescil edilmesi caizdir.

“Amerika Şeriat Fakihleri Kurulu” “İslâm Birliği” ile birlikte Danimarka/Kopenhag’da (4-7 cemaziye’l-Evvel 1425/22-25.06.2004) tarihinde düzenledikleri ikinci kongre sonuç beyannamesi: *“Şeriatın hükmetmediği bir ülkede bir kimse hakkını elde etme ya da zulmü kendinden defetme yolu belirirse beşerî yargı sistemine başvurma ruhsatı kendisine tanınır. Beşerî yargı sistemine başvurmasının şartı da bazı şeriat âlimlerine giderek söz konusu davada uygulanması vâcip olan şer‘î hükmü belirledikten sonra sadece şeriatın kendisine tanıdığı hakkı talep etme ve şeriatın kendisine tanıdığı bu hakkı (beşerî hukuk) yoluyla da almak için çabalar.”*[435]

“Amerika Şeriat Fakihleri” ile “İslâm Birliği” adlı fetva kurumlarının ortaklaşa verdikleri bu fetvalarında, şer‘î hâkimin yokluğunda bir Müslüman kadının kocasından boşandırılmasının geçerli olması, şer‘î mercilerle gerçekleşeceği vurgulanmaktadır. İslâmî merkezlerin verdikleri hükümlerin uygulanmasını sağlayan geçmiş asırlarda olduğu gibi müeyyidesi olan “hisbe” gibi bir teşkilatı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle bahsi geçen fetva kurumları, kadın için şer‘î hüküm verildikten sonra, devlet gücüyle bu hakkı elde etmek amacıyla beşerî mahkemede dava açılmasına cevaz vermektedirler. Bu grup âlimler, *İslâmî merkezleri kâdı/karar mercii, resmî mahkemeyi ise bu şer‘î kararın uygulayıcısı konumundaki kolluk kuvveti olarak görmektedirler.* Kadın, beşerî yargıda açılan bu davada İslâmî merkezlerin kendisi için tayin ettiği sadece şer‘î hakkını alır. Şayet beşerî hukuk sistemi, İslâmî kuruluşların kadın için belirlediği haktan daha fazlasını kararlaştırırsa kadının bunu alması zulüm olup caiz değildir.

---

[435] https://islamqa.info/ar/127179 (03.05.2017).
(وقد نص البيان الختامي للمؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا ، المنعقد بكوبنهاجن- الدانمارك مع الرابطة الإسلامية ، في الفترة من 4-7 من شهر جمادى الأولى لعام 1425هـ الموافق 22-25 من يونيو لعام 2004 م على : " أنه يرخص في اللجوء إلى القضاء الوضعي عندما يتعين سبيلا لاستخلاص حق أو دفع مظلمة في بلد لا تحكمه الشريعة ، شريطة اللجوء إلى بعض حملة الشريعة لتحديد الحكم الشرعي الواجب التطبيق في موضوع النازلة ، والاقتصار على المطالبة به والسعي في تنفيذه)

İslâmî olmayan mahkemelerin boşama kararlarının geçerliliği ile ilgili fetvanın devamında şöyle yer verilmiştir:

"Koca karısını şer'î talâkla boşadıktan sonra beşerî yargı nezdinde de boşama hükmünü tescil edilmesinde bir problem bulunmamaktadır. Ancak taraflar boşama hususunda anlaşmazlığa düşerlerse gerekli kanunî icraatları yerine getirdikten sonra şer'i hukukun olmaması halinde İslâmî merkezler şer'î yargı yerine geçer. Sadece beşerî yargıya başvurarak kanunî yönüyle evlilik birliğine son verilmesi, şer'î açıdan da evlilik birliğini sona erdirmez. Şayet bir kadın, medenî kanuna göre boşanmışsa kadın, İslâmî merkezlere giderek boşanmayı şer'î açıdan gerçekleştirmek için bu tür hukukî meselelerde ehil âlimlere başvurur. Farklı bölgelerdeki İslâmî merkezlerin çokluğu ve kolaylıkla bu merkezlere ulaşılabilmesinden dolayı bu durumda zaruret ilkesi bahane edilemez."[436]

"İslâm Soru ve Cevaptır"/(الإسلام سؤال وجواب)" fetva kurumu, "Amerika Şeriat Fakihleri Kurulu" ile "İslâm Birliği"nin ortak verdikleri bu iki fetvayı verdikten sonra söz konusu kadına şu tavsiyede bulunmaktadır: *"Yaşadığın ülkedeki İslâmî merkeze müracaat etmelisin senin durumunla ilgili oradaki âlimler sorumludurlar."*[437] Klasik döneme ait fakihlerden el-Kâbisî ve başkaları da az önce değindiğimiz fetvayı teyit etmektedirler. Şöyle ki: *"Kocası nerede olduğu bilinmeyen bir kadın, resmî/şer'î otoritenin bulunmadığı bir yerde bulunursa kocasıyla ilgili habere ulaşmak için salih komşularına başvurur. Komşuları da bu durumdaki bir kadının başka bir kocayla evlenebilmesi için dört yıl bekleme süresini belirlerler. Bu süre geçtikten sonra kocanın nerede olduğuyla ilgili olarak halen bir haber alınamamışsa kadının komşuları, bu süreye kocası ölen kadının iddet bekleme müddetini de eklerler. Artık bu müddet de biterse başka bir erkekle nikâh kıyması*

[436] https://islamqa.info/ar/127179 (03.05.2017).
(بَيَّن القرار أنه إذا طلق الرجل زوجته طلاقا شرعيا فلا حرج في توثيقه أمام المحاكم الوضعية ، أما إذا تنازع الزوجان حول الطلاق فإن المراكز الإسلامية تقوم مقام القضاء الشرعي عند انعدامه بعد استيفاء الإجراءات القانونية اللازمة ، وأن اللجوء إلى القضاء الوضعي لإنهاء الزواج من الناحية القانونية لا يترتب عليه وحده إنهاء الزواج من الناحية الشرعية ، فإذا حصلت المرأة على الطلاق المدني فإنها تتوجه به إلى المراكز الإسلامية وذلك على يد المؤهلين في هذه القضايا من أهل العلم لإتمام الأمر من الناحية الشرعية ، ولا وجه للاحتجاج بالضرورة في هذه الحالة لتوافر المراكز الإسلامية وسهولة الرجوع إليها في مختلف المناطق)
[437] https://islamqa.info/ar/127179 (03.05.2017).

helal olur. Zira İmamın yokluğunda cemaatin uygulaması İmamın hükmü gibidir."[438] Kimi ilim ehli, bu fetvayı verirken "el-Kâbisî" yerine "el-Fâsî"ye nispet etmektedir.[439] Sözkonusu ilim ehlinin gösterdiği kaynağa da ulaştığımızda bu fetvanın "el-Kâbisî"ye ait olduğunu görürüz.[440]

Son olarak kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek mekanizmayı tayin edecek mercie değinmemiz önemli bir konu olarak önümüzde durmaktadır. Şimdi bu konuyla ilgili olarak fukahanın fetvalarını değerlendirmeye tabi tutacağız.

I. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Mercii Tayin Edecek Mekanizma

Hâkimin yokluğunda kâdıyı tayin edecek merciinin belirli nitelikte olması gerekir. Sıradan kişiler veya her hangi bir cemaat, kâdıyı tayin edemezler.

İbn Hacer, imamı/devlet başkanını seçmek ve gerektiğinde azletmekle yetkili olan ehlü'l-hal ve'l-akd için kullanılan niteliklerinin aynısının kâdıyı seçen heyet için de olması gerektiğini açıkça ifade etmektedir.[441] Ebü'l-Hasan el-Esbâhî'den sorulan meselenin aynısı İbn Hacer el-Heytemî'den de soruldu. Şöyle ki: *"Yönetici ve otoritenin olmadığı bir bölgede kadının velisi ve çocukların vasisi vb. de bulunmamaktadır. Her hangi bir ülke ahalisinden bir cemaat, nikâh ve mallarla ilgili bir hususta hüküm veren bir fakihi tayin edebilirler mi?"* el-Esbahî, bu soruya şöyle cevap vermektedir: *"Evet, bir bölgede insanların müracaat edeceği yönetici bir reis olmadığı takdirde, ehlü'l-hal ve'l-akd heyetinden üç kişi bir araya gelerek kadılık şartlarını taşıyan birini kâdı olarak tayin ederler. Tıpkı imamın/devlet başkanının seçiminde olduğu gibi bu üç kişinin kemal sıfatlarına sahip olmaları gerekir."*[442] Burada kâdıyı görevlendirecek merciinin ehlü'l-hal ve'l-akd heyetinden en az üç kişi

---

[438] Mevvâk, **et-Tâc ve'l-iklîl,** c. 5, s. 498.
(وَقَالَ الْقَابِسِيُّ وَغَيْرُهُ مِنْ الْقَرَوِيِّينَ: لَوْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ فِي مَوْضِعٍ لَا سُلْطَانَ فِيهِ لَرَفَعَتْ أَمْرَهَا إلَى صَالِحِي جِيرَانِهَا يَكْشِفُوا عَنْ خَبَرِ زَوْجِهَا، ثُمَّ ضَرَبُوا لَهُ الْأَجَلَ أَرْبَعَةَ أَعْوَامٍ ثُمَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، وَتَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ لِأَنَّ فِعْلَ الْجَمَاعَةِ فِيعَدَمِ الْإِمَامِ كَحُكْمِ الْإِمَامِ.)

[439] https://www.facebook.com/. (02. 03. 2017).
[440] Mevvâk, **et-Tâc ve'l-iklîl,** c. 5, s. 498.
[441] İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297.
[442] İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297.

olması ve kemal sıfatlarına yani imamı seçmek ve gerektiğinde azletmekle yetkili olan heyet için kullanılan niteliklere sahip olmaları gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Kâdî Cemâluddîn b. Zâhîre'ye şöyle bir soru sorulmuştur. *"Bir yerleşim alanının büyükleri/ileri gelenleri ehlü'l-hal ve'l-akd niteliğine sahip iseler ve kendilerinden başka kimse de yoksa, hâkimin uygulamaya yetkili olduğu bazı hükümleri uygulamak için bir adamı tayin etmeleri geçerli olur mu? Böyle bir yerleşim biriminin halkı, Allah'a yakınlaştırması amacıyla bahsi geçen adama itaat ve biat etmektedirler. Adam ise, verdiği hükümleri ehlü'l-hal ve'l-akd niteliğine sahip kimselerin uygulamayacağı inancındadır. Nitekim adam, davalarda hüküm verdiğinde onun verdiği hükümlerinin tamamını ya da çoğunluğunu söz konusu kimseler, fiilen uygulamamaktadırlar. Aklî dengesi yerinde olmayan kadının evlendirilmesi, alacaklıların hakkını ödemek için borçlunun malının satılması, yetimlerin malını koruma altına alınması ve onların maslahatları lehine yetimlerin malıyla alım-satım gerçekleştirilmesi vb. hususlarda hâkim tarafından gerçekleştirilen hükümler, bahsi geçen kimse tarafından da gerçekleştirile bilinir mi?*

Kâdî Cemâluddîn şöyle cevap vermiştir. *"Söz konusu ileri gelenler, bahsi geçen yerleşim biriminde kâdı tayin etmeleri caizdir. Bu şekilde kâdı olarak görevlendirilen kimse, insanlar arasında hüküm verir. Böyle yaptıkları takdirde doğruyu bulmuş olurlar. Yargı için görevlendirilen kimsenin verdiği hükümleri uygulamaya geçirilir. Bu şekilde atanan hâkimin, aklî dengesi yerinde olmayan kadını evlendirmesi ve başka hukukî işlerde hüküm vermesi caizdir. Öte yandan borçlu, borcunu ödemeyi ret ettiğinde alacaklının hakkını ödemek için, kâdı olan bu kimsenin borçlunun malını satması, öksüz kişinin malını koruması ve onun malında onun lehine tasarrufta bulunması ve kayıp olan kimselerin mallarını koruması caizdir. Kısacası ehlü'l-hal ve'l-akd niteliğine sahip kimselerin kâdı olarak tayin ettikleri kimse, şer'î yönetici ve kâdıların yetkili olduğu her işte yetkilidir. Ayrıca bir yerleşim alanında şeyh/lider biri varsa oranın sakinleri Arap adetlerine göre onu kendilerine önder tayin ederlerse o da imam ve imamın vekilinin tayin etmeleri gibi bahsi geçen yerleşim ahalisinin hukukî işlerine bakmak için birisini hâkim olarak görevlendire bilir. Bahsi geçen şeyhin adalet niteliğine sahip olması da şart değildir.*

Aksine o yerde kendisine başvurulacak şeyh veya önder biri bulunamaması halinde bile ahali, aralarında hüküm vermesi için birisini kâdı olarak tayin edebilirler. Yerleşim ahalisinin böyle yapmaları isabetli olur ve bu şekilde verilen hükümler icra edilir."[443] Bu fetvanın aynısını el-Allâme Ebu'l-Abbas Ahmed b. Musa b. Acîl el-Yemenî'de söylemektedir.[444] Kâdı Cemâluddîn, kâdıyı tayin edecek bir yerleşim biriminin ileri gelenleri, ehlü'l-hal ve'l-akd niteliğine sahip oldukları takdirde bu nitelikteki kimselerin hâkim tayin etmelerini öncelikli olarak zikretmektedir. Bu kavram, normalde imamı seçmek ve gerektiğinde azletmekle yetkili olan heyet için kullanılmaktadır.[445] Kâdıyı tayin edecek merciinin ehlü'l-hal ve'l-akd özelliğine sahip olmasının öncelikli olarak zikredilmesi, şer'î esasları uygulayacak kişinin özenle seçilmesine matuf bir düşünceden kaynaklanmaktadır. Bundan dolayıdır ki Kâdı Cemâluddîn, "*Ehlü'l-hal ve'l-akd niteliğine sahip kimselerin kâdı olarak tayin ettikleri kimse, şer'î yönetici ve kâdıların yetkili olduğu her işte yetkili"*[446] olduğunu savunmaktadır.

Kâdı Cemâluddîn'in söylediğinin aynısını oğlu eş-Şeyh Şihâbuddîn Ahmed de şöyle fetva vermektedir: *"Tercih ehli olan kimselerin bir kişiyi kâdı olarak tayin etmesi caizdir. Bu da tercih ehlinin söz konusu kişiye yardım etmeye, onun verdiği hükümleri uygulayabilme ve kendisini savunabilme imkânına sahip olduğu takdirde gerçekleşir. Aksi durumda kâdı olarak görevlendirilemez."*[447] Kâdı tayin edecek mekanizmanın "tercih ehli"nden olması demek "ehlü'l-hal ve'l-akd" heyetinin diğer ifade şekli olduğunu düşünüyoruz. Çünkü İbn Hacer, yukarıda yer verdiğimiz üzere Kâdı Cemâluddîn'in söylediğinin aynısını oğlu eş-Şeyh Şihâbuddîn de söylediğini ifade etmişti. Kâdî Cemâluddîn ise kâdı tayin edecek mekanizmanın ehlü'l-hal ve'l-akd heyeti olduğunu söylemişti. Her iki âlim aynı şeyi söylüyorlarsa bu da her iki kavramın aynı anlamda olduğunu gösterir. Öte yandan "ehlü'l-hal ve'l-akd" kavramı devlet başkanını seçmek ve gerektiğinde azletmekle yetkili olan heyet anlamına

---

[443] İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297.
[444] İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297.
[445] Abdülhamîd İsmâil el-Ensârî, **"**Ehlü'l-hal ve'l-akd", **Diyanet İslam Ansiklopedisi,** TDV Yay. Ankara 2013, c. 10, s. 539.
[446] İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297.
[447] İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297, 298.

gelmektedir.[448] "Tercih ehli" kavramı da bu anlama gelebilmektedir. Bu fetvanın bir benzerini Mâverdî de ifade etmektedir. Yukarıda yer verdiğimiz Şâfiî mezhebine ait fetvalarının ilham kaynağının Mâverdî olduğunu düşünüyoruz.[449] Çünkü Mâverdî'nin vefat tarihi 450 olmasından dolayı fetvalarına yer verdiğimiz müelliflerin hepsinden çok önce yaşamış bir Şâfiî fakihtir.[450] Mâverdî, "el-Hâvi'l-kebîr" adlı eserinde şöyle demektedir: *"Bir ülke, kâdıdan ve bir asır, imamdan yoksun ise tercih ehli olan kimselerin tümü veya tercih ehlinin bir kısmı, diğerlerinin de rızası alınarak kâdı tayin etmeleri caizdir. Kâdı tayin edilecek böyle bir kimseye destek vermek ve elini güçlendirmek şarttır. Bunlardan biri olmadığı vakit bir kimsenin kâdı tayin edilmesi caiz değildir."*[451] Yukarıda yaptığımız gibi burada da Mâverdî'ye ait olan bu fetvayı İbn Hacer el-Heytemî'nin ifadelerinden tercüme ederek verdim. Çünkü İbn Hacer el-Heytemî'nin ifadeleri, sadece bahsettiğimiz konuya odaklanmakta ve Mâverdî'nin görüşlerini daha derli toplu ifade etmektedir.

Ehlü'l-hal ve'l-akd niteliğine sahip heyetin bulunamaması halinde ise örf ve adetlere göre bir yerleşim alanında reis olarak kabul gören kimse, adalet niteliğine sahip olmasa bile kadıyı görevlendire bilmektedir. Zira şer'î esaslara göre insanların hukukî davalarında çözüm üreten bir kâdının varlığına insanlar, şiddetle ihtiyaç duymaktadır.

İ. Kâdının Yokluğunda Kâdı Yerine Geçecek Merciinin Genel Değerlendirilmesi

Evlilik birliği içinde fena muamele ve şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek İslâmî bir cemaate başvurulmalıdır. Klasik döneme ait fıkıh eserlerinde yer verildiği üzere İslâmî cemaatten maksat, ülkenin fakihleri veya Cüveynî ve Şirbinî'nin belirttikleri gibi yörenin en âlimi olan bir şahıs da olabilir. Bir ülkede fakihler bulunamadığı takdirde bu durumda cemaatten kasıt mağdur olan kadının salih komşuları, din ve fazilet ehli olan veya adalet niteliğine

[448] Ensârî, **DİA,** c. 10, s. 539.
[449] Bkz. Mâverdî, **el-Hâvi'l-kebîr,** c. 16, s. 8.
[450] Mâverdî, **el-Hâvi'l-kebîr,** c. 16, s. 8.
[451] Mâverdî, **el-Hâvi'l-kebîr,** c. 16, s. 8; İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 298.

sahip kişiler de olabilir. Öte yandan kâdılık niteliklerini taşıyan İslâmî cemaatten amaç, herkesçe bilinen, güvenilir ve adalet niteliğine sahip bir kişi de olabilmektedir. Hatta bahsi geçen merciler bulunamaması halinde Şâfiî kaynaklarında "adalet" niteliğine sahip olmayan bir kimseye dahi ihtiyaca binaen başvurulabileceği ifade edilmiştir. İçinde Mâlikî mezhebinin önde gelen isimlerinden olan Moritanyalı Şeyh Abdullah b. Beyyeh gibi âlimlerin verdiği çağdaş fetvalarda, Müslümanların cemaatinden maksadın İslâmî merkezler olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu cemaatten amaç, Müslümanların hukukî problemlerini çözüme kavuşturmak amacıyla fıkıh ve usûl-i fıkıh ilimlerinde başta olmak üzere doktora yapmış ilimde uzman âlimler kastedilmektedir.[452]

Şimdi de şer'i olmayan mahkemeye başvurmayı zaruret hacet vb. nedenlere binaen caiz gören kesimin görüşlerini değerlendireceğiz.

2. BOŞANMA HUSUSUNDA ŞER'Î OLMAYAN YARGIYA BAŞVURMANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Evli çiftler, yaşadıkları ülkede yargı sistemi şer'î olmasa bile evliliklerinin resmiyette geçerli olabilmesi için mahkemede evliliklerini tescil etmek zorundadırlar. Taraflar, aralarındaki çekişmeli işlerin çözüme kavuşturulması amacıyla şer'î olmayan bir devletin kanunlarına başvurduklarında doğal olarak çoğu kanunlarında olduğu gibi medenî kanunları da İslâm'a muhaliftir.

Bir devlet, kendi bünyesindeki mahkemelere şer'î olmayan kanunlarının uygulanmasını zorunlu kılıyorsa bu durum Müslümanları temelden ilgilendirmektedir. Dolayısıyla İslâmî olmayan yargının kararlarıyla karşı karşıyayız

---

[452] İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 6, s. 298; İbn Nüceym, **en-Nehrü'l-fâ'ik Şerhu kenzi'd-dekâ'ik,** c. 3, s. 604; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 4, s. 175; Cundî, **Muhtasarü'l-allâme Halîl,** s. 131; Mevvâk, **et-Tâc ve'l-iklîl,** c. 5, s. 498; Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 102; Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s. 199; Zürkânî, **Şerhü'z-Zürkânî 'alâ Muhtasari Halîl,** c. 4, s. 376; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî 'ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 519; Sâvî**, Hâşiyetü's-Sâvî 'ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 2, s. 694; Mâverdî, **el-Hâvi'l-kebîr,** c. 16, s. 8; Cüveynî, **Gıyâsü'l-ümem,** s. 389-391; İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297,298; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 499;
https://islamqa.info/ar/(05.04.2017);http://www.masress.com;(03.04.201);
http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).

demektir. Bu da ister kabullenelim ister kabullenmeyelim kanun ve vakıa bakımından taraflar açısından bağlayıcı olmaktadır. Evlilik birliği içinde anlaşmazlık yaşayan taraflardan birisi, İslâmî olmayan mahkemede dava açarsa ve yargının kararı da İslâm'a aykırı ise şer'î açıdan dava açan kişi günahkâr olur.[453] Diğer taraf ise yaşadığı ülkede yaşayabilmesi için İslâmî olmayan mahkemenin kararlarını kabul etmek zorunda bırakılmaktadır. Bahsi geçen kişinin yaşadığı ülkede ikamet etmesi aslî ve meşru ise; İşte bu zorunluluk kendisi için şer'î bir özür olarak değerlendirilebilir. Şer'î olmayan karar çıktıktan sonra bile tarafların böyle bir durumda tövbe edip şeriatın hükümlerine başvurma hususunda ittifak etmelidirler.[454]

Taraflar, beşerî mahkeme veya belediye tarafından kurulan evlilik akitlerini şer'î ölçütlere uyması hususunda ittifak etmezlerse veya ittifak ettikten sonra taraflardan biri bu ittifakı bozup şer'î olmayan mahkemede boşama talebinde bulunursa bu durumda diğer taraf, kanunun kendisine tanıdığı hakları talep eder. Eşlerden ilk mahkemeye başvuran kişi günahkâr olur. Diğeri ise, vatandaşlık, ikame etme veya akit kurma gibi sebeplerden dolayı buna mecbur bırakılmıştır deriz.[455]

Öncelikle beşerî hukuk sistemi altında yaşayan Müslümanlara düşen görevleri arz etmemizin yerinde olacağını düşünüyoruz.

A. İslâm Hukuna Göre Nikâh Kıyma ve Boşanmanın Meşruiyeti

1. Evlilik Akdini İslâm'a Göre Kurmak

Avrupa'da yaşayan Müslümanların mümkün mertebe evliliklerini şeriatın hükümlerine göre yapmalıdırlar. Türkiye ve Avrupa kanunlarına göre kurulan evlilik akdi, akit olma hesabıyla şer'î ölçütleri de içeriyorsa caizdir. Ancak beşerî hukuk sistemine göre kurulan evlilik akdine taraflar, boşanma ve miras gibi tüm sonuçlarına katlanmak zorunda kalırlar.[456]

---

[453] Eşlerden ilk mahkemeye başvuran kişinin günahkâr olmasının nedenini "Evlilik Akdini İslam'a Göre Kurmak" konusunda açıklayacağız.
[454] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[455] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[456] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

Müslümanın kendi rızası ile Allah'ın şeriatı dışında bir hükme muhakeme olması caiz değildir. Konuyla ilgili Nisa suresinde şöyle buyurulmaktadır: *"(Ey Muhammed!) Sana indirilen Kur'ân'a ve senden önce indirilene inandıklarını iddia edenleri görmüyor musun? Tağût'u tanımamaları kendilerine emrolunduğu hâlde, onun önünde muhakeme olmak istiyorlar. Şeytan da onları derin bir sapıklığa düşürmek istiyor."*[457] Hafız İbn Kesir ve başkaları bu ayetin tefsiri ile ilgili şöyle demişlerdir: *"Bu ayet bir Yahudi ile mümin olduğunu zan eden münafık olan Medineli bir Ensar arasındaki bir çekişmeden dolayı inmiştir. Yahudi, münafığa: 'Muhakeme olmak için Muhammed'e gidelim' söyleyince Münafik ise: '-Muhakeme için Allah Teâlâ'nın tağût olarak isimlendirdiği- Ka'b bin Eşref'e gidelim' dedi."*[458] Bundan dolayıdır ki Şeyh Faysal Mevlevî, Avrupa'da yaşayan Müslümanların asıl ülkelerindeki medenî hukuk, her ne kadar bazı konularda İslâm'a aykırı şeyler bulunsa bile genel itibariyle İslâm şeriatına göre olup, evliliklerini mümkün mertebe kendi asıl ülkelerinin kanunlarına göre yapmalarını tavsiye etmektedir.[459] Daha önce de ifade ettiğimiz üzere maalesef Türkiye'deki medenî hukuk, Avrupa'daki medenî hukuktan farksız olduğu için bu durum ülkemiz için söz konusu edilemez. Ancak kimi yazarlar, Türkiye'deki medenî hukukun İslâm'a uygun olduğunu ve meydana gelebilecek sakatlıkların giderilmesi konusunda şöyle bir çözüm önermektedirler: *"Kanaatimizce günümüzde şu andaki resmî nikâhların arkasından olan dinî nikâhlar, bir çeşit resmî nikâhın İslâm'a da uygun olduğunu onaylama mahiyetindedir. Eğer bir terslik varsa, sütkardeşliği gibi, ciddi din ayrılığı gibi, gerçekten nikâhı kökten sakatlayan bir durum varsa, din görevlilerinin dinî nikâh yoluyla bunu engelleme imkânı vardır. O yüzden, dinî nikâhın resmî nikâhtan sonra devam ettirilmesini zaten yasa da kabul etmiş, dinî merasim serbest bırakılmış,*

---

[457] Nisâ, 4/60.
(اَلَمْ تَرَ اِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ اَنَّهُمْ اٰمَنُوا بِمَا اُنْزِلَ اِلَيْكَ وَمَا اُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ اَنْ يَتَحَاكَمُوا اِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ اُمِرُوا اَنْ يَكْفُرُوا بِهٖ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ اَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا)

[458] Muhammed 'Alî es-Sâbûnî (ö. 1437/2015), **Safvetü't-tefâsîr tefsîr li'l-Kur'âni'l-Kerîm Câmi' beyne'l-me'sûr ve'l-ma'kûl 1-3,** Dârü'l-fikr, Lübnan/Beyrut1420/2000, c. 1, s. 285.

[459] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

evliliğin şartları üzerindeki farklılıklar dolayısıyla bir defa bunun devamında zaruret var."[460]

Şayet bir medenî kanun, Müslüman kadınların gayri müslim erkeklerle veya sütkardeşlerinin evlenmelerine evlilik birliği içinde hiçbir sorun görmüyorsa böyle bir resmî nikâh, dünyanın her neresinde olursa olsun gayri İslâmî'dir. Resmî nikâhların arkasında kurulan dinî nikâhlar, resmî nikâhlarda söz konusu bulunan aksaklıklardan dolayı İslâm'a uygunluğunun onaylanmadığını göstermektedir. Eğer resmî nikâhlar İslâm'a uygunsa Türkiye'de resmî nikâhlardan önce veya sonra neden dinî nikâha ihtiyaç duyuluyor ki? En azında muhafazakâr Türkiye toplumu, resmî nikâhın bu tür sakatlıklarından dolayı resmî nikâha şüpheyle yaklaşmaktadır. Öte yandan bahsi geçen görüş, nikâhı kökten sakatlayan tersliklerin din görevlileri tarafından nikâha engel olarak giderileceği savunulmaktadır. Bu durumda resmî nikâhı kıyan mercilerin İslâm'a aykırı olduğunu, nikâhı kıymayan din görevlilerin ise İslâm'a uygun davranmış olduklarını ortaya çıkarır. Öte yandan din görevlilerinin bu tür nikâhları engelleyici bir kamu gücüne sahip olmadıklarından dolayı geriye tek alternatif kalıyor o da böyle bir nikâhı kıymamalarıdır. Din görevlileri, zahiren Müslüman olan bir kadının Yahudî veya Hristiyan olan bir kimseyle nikâhını kıymayı kabul etmemiş olduğu durumlarda bile durum aynıdır. Acaba dinin müsaade etmediği böyle bir evliliğe razı olan bir kadın, söz konusu gayri müslim erkekle evlenmekten vaz mı geçecek? Ya da resmî yolla fiilen evlenmiş mi olacak? Bize kalırsa bu tür gayrı İslâmî bir evliliğe razı olan bir kadın, dinî nikâh kıymayı aklının ucundan bile geçirmez. Buna rağmen deriz ki Türkiye'deki İslâmî değerlere sahip olan kesim, yukarıda bir kısmına yer verdiğimiz üzere evlenmeyi şer'î açıdan sakatlayan durumlara razı olmamaları koşuluyla, resmî nikâh kıymalarında bir problem görmemekteyiz.

Konuya ilişkin bizimle aynı çekinceyi taşıyan Nihat Dalgın şöyle demektedir: *"Resmî nikâhla evlenmeyi kabul eden Müslüman çift bile, laik hukukun benimsediği 'sütkardeşle evlenebilme' serbestisini onaylamamaktadır. Yani, kişiler evlilik*

[460] Hamdi Döndüren, "Kadının Evlenmesi ve Boşanması-II", **Güncel Dinî Meseleler İstişare Toplantısı 1-2,** DİB. Yay. Ankara 2004, c. 1, s. 282.

hukukunun bir kısmını onaylayıp onunla amel ederken, dinî değerleriyle çeliştiği gerekçesiyle diğer kısmını benimsemeyebilmektedir."[461] Buna göre resmî nikâhla evlilik akdedenler, sütkardeşle evliliğe izin veren Medenî Kanun'un bu hükmünü İslâm hukukuna göre haram olduğundan dolayı kabul etmeyeceklerdir.

2. Şer'î Olmayan Kanunlara Göre Nikâh Kıyma Hususu

Avrupa ve Türkiye şartlarında yaşayan Müslümanlar, yaşadıkları ülkelerin medenî kanunlarına göre evliliklerini tescil etmek zorunda bırakılmaktadırlar. Eşlerin şer'î nikâhlarını medenî nikâhtan önce veya sonra yapmaları ise evlilik muaşereti açısından taraflara rahatlama duygusunu sağlamaktadır. Ancak şer'î olarak yapılan bu nikâhın sonuçları itibariyle resmî mahkemede hiçbir geçerliliği yoktur. Öte yandan medenî kanuna göre evlilik akdini kuran taraflar, boşanma dâhil medenî halleri ile ilgili olarak bu kanunların tümüne uymak zorundadırlar. Bilinmelidir ki; Müslümanların Avrupa veya Türkiye'de şer'î olmayan kanunlara göre evlilik akitlerini kurmalarında bir günah yoktur.[462]

Konunun önemine binaen İmam Cüveynî'nin fetvasını burada vermekte büyük fayda görmekteyiz:

İmam Cüveynî şöyle diyor: *"Nikâhlarla ilgili söylenecek söz şudur: 'İnsan yaşamı, gıdaya ihtiyaç duyduğu gibi nikâh yoluyla da evlenmeye ihtiyaç duyar. Gıda, insanoğlunun yaşamını sağlar. İnsan türünün devamlılığı ise; nikâh yoluyla kurulan evlilikten geçmektedir. Nikâhla ilgili gözetilen şartlarda bir problem meydana geldiğinde ve şeriatın tafsilatına göre muteber bir şart ihlal edilmesinden dolayı nikâh akdini kurmaya herkesin muktedir olmadığı (Şüphelerin yoğun, yiyecek ve içeceklerdeki haramlığın katmanlaştığı) bir dönemde insanlar nikâhtan mahrum bırakılamazlar. Eğer (İnsanlar) bu durumda nikâhtan mahrum bırakılırlarsa nikâhı ortadan kaldırmış oluruz. İnsanların bu durumda 'nikâh akdini kurmaları haramdır' dersek neslin kesilmesine ve insan türünün yok olmasına neden olmuş oluruz. Sonra*

---

[461] Nihat Dalgın, "Boşanma ile İlgili Dinî Hükümlere Yeni Yaklaşım ve Yorumlar", **Küreselleşen Dünyada Aile,** (Kutlu Doğum 2009), s. 302,303.

[462] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

insanlar nikâhtan alıkoyulurlarsa kendilerini genellikle koruyamazlar ve zina bataklığına düşerler."[463]

3. Eşlerin Tahkîm Kurulunu İşletme Hususunda İttifak Etmeleri

Avrupa'da şer'i olmayan mahkemede Türkiye'de ise belediye nikâhını kıyan evli çiftler, evliliklerinin şer'î ölçütlere uyması hususunda aralarında ittifak etmelidirler.

Tarafların arasında anlaşmazlık baş gösterdiğinde "tahkîm" konusunda bahsettiğimiz gibi Kur'ân ve sünnetteki naslara binaen her iki taraf, âlimlerden ya da Müslümanlardan ehil olan kişileri hakem tayin etmelidirler. Hakemler, mümkün mertebe aralarını bulmaya çalışır. Aralarını bulmak mümkün değilse şer'î gerekçeye binaen hakemler eşlerin boşamasına hükmederler. Hakemler tarafından verilen boşama hükmü beşerî mahkeme yoluyla da verilmesi için çaba sağlanır. Mevlevî, şer'î hükümlere uymak isteyen taraflar için bunun tek çıkar yol olduğunu söylemektedir.[464] Ancak tahkîm konusunda açıkladığımız gibi günümüzde devlet tarafından görevlendirilen şer'î kâdı olmadığından dolayı şer'î kâdı tarafından görevlendirilen hakem de bulunamamaktadır. Geriye evli çiftlerin rıza ve izinleriyle tayin edilecek hakemler kalmaktadır. Şayet taraflardan biri veya her ikisi, buna razı olmasa çare olarak dört mezhep içindeki fukahanın önerdikleri şer'î kâdı yerine geçecek şer'î mercilere başvurmaları gerekmektedir. Taraflar buna da rıza göstermiyorlarsa, taraflar İslâm'ın hükmüne razı değiller demektir.

B. İslâm Hukukuna Göre Beşerî Yargı Sistemlerindeki Boşanmaların Cevazı

Boşanma davası için beşerî yargının hükmüne başvurmanın caiz olması konusunda Şeyh Faysal Mevlevi'nin görüşlerine detaylı bir şekilde yer vereceğiz.

---

[463] Cüveynî, **Gıyâsü'l-ümem,** s. 369.

[464] Nisâ 4/35; Buhârî, "Meğâzî" 64-4121, (c. 5, s. 112); Müslim, "Cihâd" 32/22-1768 (c. 3, s. 1388); Kurtubî, **el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân**, c. 5, s. 175-179; İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 7, s. 25; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 4, s. 136; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 6, s. 268; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 10, s. 94; Komisyon, "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye,** c. 10, s. 239, 240; http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

Çünkü Şeyh Mevlevî, beş yıl boyunca Avrupa'da Müslümanlarla beraber yaşamış ve oralarda yaşayan Müslümanların hukukî problemlerine vakıada şahit olmuş bir İslâm âlimidir.[465] Şeyh Mevlevî, "Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi"nin kurucuları arasında olup ve söz konusu fetva kurumunda Yusuf el-Kârâdâvî'nin başkanlığı altında başkan vekili idi.[466] Öte yandan bizim araştırmalarımıza göre; kadının zarar görmesi, zaruret vb. detaylı deliller, esas alınarak beşerî mahkemeye başvurmayı, dünyadaki muteber fetva kurumlarından kolektif olarak sadece "Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi" caiz görmektedir.[467] Bununla birlikte laik sistemindeki resmî boşamaların İslâmî hükmü, ülkemizi yakından ilgilendirdiği için ülkemizde konuyla ilgilenen tüm araştırmacıların görüşlerine de temas edip bir değerlendirmeye tabi tutacağız.

1. Akde Bağlılık

Taraflar arasında kurulan evlilik akdi temel şer'î şartları taşıdığı takdirde her iki taraf için bağlayıcıdır. Çünkü Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır: *"Ey iman edenler! Akitlerinizi yerine getirin."*[468] Akdin gereği, hâkimin boşama kararına tarafların rıza göstermesidir. Taraflardan biri akde uymayı reddetse bu durumda karşı tarafa ihanet etmiş olur. Kıyamet günü herkes yaptığı ihanet miktarınca sancağı yükseltilecektir.[469]

İbn Ömer (radıyallahu anhuma) anlatıyor: *"Rasûlullah aleyhissalâtu vesselâm buyurdular ki: 'Kıyamet günü her vefasız kişinin arkasında bir bayrak bulunacak ve vefasızlığı ölçüsünde o bayrak yükseltilecektir. Bu falan (oğlu falanın) vefasızlığıdır' denilir."*[470] Dolayısıyla beşerî hukuk sistemine göre evlilik akdini kuran kimseler, bu akit gereği boşamanın mahkeme tarafından gerçekleşmesini kabul etmiş olmaktadırlar.

---

[465] https://islamstory.com/ (07.05.2017).
[466] https://islamstory.com/% (07.05.2017).
[467] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[468] Maide, 5/ 1.
(يَا اَيُّهَا الَّذِينَ اٰمَنُوا اَوْفُوا بِالْعُقُودِ)
[469] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[470] Buharî, "Edeb" 78/6177 (c. 8, s. 41); Müslim, "Cihâd" 32/4-1735 (c. 1, s. 830).
(يرفع لكلّ غادر لواء يوم القيامة بقدر غدرته، فيقال: هذه غدرة فلان بن فلان)

2. Şartın Bağlayıcılığı

Avrupa ve Türkiye şartlarında yapılan evliliklerle ilgili Müslümanların yaşamlarını kolaylaştıran çözüme yönelik ictihadları olan mezhep, Ahmed bin Hanbel'in mezhebidir. Ahmed bin Hanbel, butlanına/geçersizliğine dair nastan bir delil bulunmadığı müddetçe her şartın sahih olup yerine getirilmesinin vâcip olduğu görüşündedir. Özellikle evlilik akdi sonrası için olan şart böyledir.[471] Konu ile ilgili Rasûlullah (sav) şöyle buyurmuştur: *"Yerine getirmenizi en fazla hak eden şart, kendisiyle ırzları (evlilikleri) mubah kıldığınız şarttır."*[472] Buhârî ve Müslim bu hadisi rivayet etmiştir. Yine Rasûlullah (sav) şöyle buyurmuştur: *"Müslümanlar, haramı helal, helali de haram etmedikçe kabul etmiş bulundukları şartlara bağlıdırlar."*[473] Aynı zamanda bir kadın, kocasına evinde ikame etmesini şart koştuğu halde kocası sonradan karısını kendi evine götürmeyi isteyince Hz Ömer'in (r.a) huzurunda muhakeme oldular. Hz Ömer'in (r.a), kocaya söylediği şu sözü konumuza delil teşkil etmektedir: *"Kadının şart koştuğu şey onun hakkıdır."* Adam: *"Bu durumda kadınlar artık bizi boşarlar."* söyleyince, Hz. Ömer bunun üzerine şu sonsuz mesajı veriyor: *"Hakların kesinlik kazanması kabul edilmiş şartlara göredir senin hakkın da şart koştuğun şeye göredir."*[474]

Hamdi Döndüren, konuya şöyle izah getirmektedir: *"Resmî nikâhla evli olan bir kimse, boşanmanın şeklini de kabulleniyor aslında. Yani, eşler, 'biz ileride bu resmî evliliği ancak mahkeme önünde sona erdirebiliriz' diye bunu başlangıçta kabullenmiş oluyorlar. Bu da askıya alınan bir boşama demektir ya da eşler tarafından şarta bağlanan, esasları belli edilen resmî boşanma türü ancak hâkim*

---

[471] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

[472] Buhârî, "Şurût" 54/2721 (c. 3, s. 190); Müslim, "Nikâh" 16/8-1418 (c. 2, s. 1035).
(إنّ أحقّ الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج)

[473] Tirmizî, "Âhkâm" 13/1352 (c. 3, s. 626), Elbanî, bu hadise"sahihtir" demiş.
(المسلمون عند شروطهم، إلاّ شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً)رواه الترمذي وحسّنه

[474] Buhârî, "Şurût" 54/2720 (c. 3, s. 190).
(ولقول عمر بن الخطّاب رضي الله عنه لمن شرط لزوجه أن يسكنها دارها، ثمّ أراد نقلها إلى داره، فتخاصما لدى عمر فقال: لها شرطها. فقال الرجل: إذاً يطلّقنا. فأجابه عمر بتلك الكلمة الدستورية الخالدة: مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت)

önünde sona erdirilebileceği konusunda konsensüs sağladıkları bir boşanma çeşididir."[475]

Madem şeriat, Kur'ân ve sünnetten iptaline yönelik bir nass olmadıkça eşlerin kendi lehlerine şart koşmalarını mubah görmüştür. Öyleyse bu şart, şeriat cihetiyle de bağlayıcıdır. Tarafların Avrupa kanunlarına göre akdin icra edilmesine rıza göstermeleri, bu kanunlarla "yükümlü" olmak ile itibar edilir. Bu kanunların maddeleri de evliliğe dair şartlar gibidir.[476]

Konuya ilişkin İbrahim Yılmaz ise şöyle görüş belirtmektedir: *"Bu durumda erkek nikâh akdiyle kadına zımnen 'eğer bir gün seni boşamak zorunda kalırsam veya boşanmak zorunda kalırsak, mahkeme kararı ile boş ol veya boşanalım' diyerek, boşanmanın vukuunu ve şeklini ileride gerçekleşmesi muhtemel olan 'hâkim kararıyla boşanma şartına' bağlamış olmaktadır.*

Olayı şöyle de düşünmek mümkündür: 'Eğer bir gün ikimizden birisi mahkemeye gidip boşanma davasını açar ve boşanma kararı verilirse, sen boş ol'. Bu durumda erkek, talâkı 'kendisinin ya da eşinin mahkemeye başvurması ve boşanma kararı verilmesi' şartına bağlıyor / talik ediyor, demektir."[477]

3. Sözleşmeye Uymak

Şeyh Mevlevî, beşerî yargının boşaması her iki taraf için kanunî açıdan bağlayıcı olduğu gibi şer'î açıdan da bağlayıcı olduğunu deliller ışığında göstereceklerini belirtmektedir.[478]

Evlilik, karşılıklı rıza ve ittifaka dayanan bir akittir. Taraflar, evliliğin yapıldığı kanuna göre muhakeme olmakta İttifak ederler. Şer'î nassa aykırı olmaması

[475] Döndüren, **Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı,** c. 1, s. 282,283.
[476] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[477] Yılmaz, "Türk Medenî Kanuna Göre Gerçekleştirilen Boşanmaların…", s. 274.
[478] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

şartıyla yapılan "akit" gereğince bu kanunların hükümlerine bağlı kalmak şer'î açıdan vâcip olur.[479]

İbn Teymiyye şöyle diyor: *"Akitlerde asıl olan kulun sözleşmeye/akde uymasıdır veya Şari'in kulu akde uymaya mecbur etmesidir. Kulun akde uyması ise üzerinde sözleşme yaptığı şeydir. Kul sözleşmeyi bozmaz, sözleşmeye vefasızlık da yapmaz. Kul, Şari'in emrettiğine uymasa da Allah, kulun sözleşmeye uymasını vâcip kılar."Bu anlamda Allah Teâlâ Kur'ân'da şöyle buyurmaktadır: 'Onlar, Allah 'a verdikleri sözü yerine getiren ve sözleşmeyi bozmayanlardır. Onlar, Allah 'ın riayet edilmesini emrettiği haklara riayet ederler.'*[480] *Allah'ın riayet edilmesini emrettiği haklar, Allah tarafından uyulması mecbur bırakılan haklardır. İnsanın sözleşme yaptığı şey, yükümlü olduğu şeydir. Kişi, Allah'a verdiği sözü yerine getirmelidir. Allah'ın kitabına muhalif olmadıkça sözleşmeyi bozmamalıdır."*[481]

Mevlevî, erkeğin Avrupa kanunu gereğince kurmuş olduğu evlilik akdi/sözleşmesiyle boşama yetkisini zaten hâkime devredilmesine rıza gösterdiğini ve boşama ile ilgili yargıcın kararını reddedemeyeceğini belirtmektedir.[482] Zira şöyle fıkhî bir kaide bulunmaktadır: *"Kim, kurduğu akdi tek taraflı olarak bozmaya çabalarsa onun bu çabasına itibar edilmez."*[483] Mevlevî, daha önce boşama davası için eşlerden ilk mahkemeye başvuran kişinin günahkâr olacağını söylemişti şimdi ise erkeğin Avrupa kanunu gereğince kurmuş olduğu evlilik akdi ile boşama yetkisini hâkime devretmiş olacağından dolayı boşama ile ilgili yargıcın kararını reddedemeyeceğini söylemektedir. Bu durum, kimilerine göre çelişki olarak görülebilir. Ancak şöyle de değerlendirilebilir; Nihat Dalgın, nikâhı akit olarak görüyor iken boşamayı akit olarak değerlendirmemektedir. *"Nikâh ile boşanma farklı hukukî tasarruflardır. Nikâhta iki tarafın rızası şart iken, boşanmada böyle bir*

---

[479] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

[480] Ra'd 13/20,21.

(اَلَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا اَمَرَ اللهُ بِهِ اَنْ يُوصَل)

[481] Ebü'l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm b. Mecdiddîn Abdisselâm b. Teymiyye el-Harrânî (ö. 728/1328), **Mecmû'u Fetâvâ 1-35,** Mecme' el-Melik Fehd li tibâ'atı'l-Mushafi Şerif, el-Medinetü'n-Nebeviyye el-Memleketü'l-Arabiyyeti's-Su'ûdiyye 1416/1995, c. 29, s. 341.

[482] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

[483] **Mecelle,** mad. 100.

(إنّ من سعى في نقض ما تمّ من جهته، فسعيه مردودعليه)

şart bulunmamaktadır. Nikâh sözleşmeyken boşanma 'akit' olarak nitelendirilemeyecek hukukî bir tasarruftur. Modern hukuka göre bile, nikâh için mahkeme kararı gerekmezken, boşanma ancak mahkeme kararına bağlanmış olup, boşanma davası açabilmenin kanunda belirlenmiş genel ya da özel şartları bulunmaktadır."[484] Herhalükârda beşerî hukuk sistemindeki boşamaları caiz gören grubun görüşlerini delillendirirken burada olduğu gibi bazı delillelendirmelerinde zorlandıklarını görmekteyiz.

4. Akdin Tarafları Kapsaması

Evlilik akdi, medenî hukukta belirtildiği gibi taraflara sorumluklar yükler. Yargıyla ilgili hüküm, genellikle eşlerden birinin talebi üzere gerçekleşir.

Medenî kanun, eşlerden birine hak tanırken diğerine sorumluklar yükler. Akit veya kanunla sorumlukları yerine getirmeyi reddeden taraf, akdin iki tarafı arasındaki dengeyi bozmuş olur. Bu durumda dünyadaki bütün kanun ve örflere göre karşı tarafın sorumlukları yerine getirmesi kabul edilemez çünkü adalete ters düşer. Bundan dolayıdır ki İslâm şeriatı ve beşerî kanunlar, bir taraf, yükümlükleri yerine getirmekten kaçındığı takdirde karşı tarafa akdi reddetme hakkını tanımıştır. Dahası bir tarafın caymasından dolayı karşı tarafa bedel talep etme hakkını vermiştir. Bu durumda akdin sorumluklarını ya her iki taraf yerine getirir, ya da akit reddedilir.[485]

Taraflardan biri tek taraflı olarak karşı tarafın rızası olmadan iradesini karşı tarafa dikte ederse bu akdin tabiatına aykırı olup akdin iptal edilmesine yol açar. *Akit ise bilindiği gibi akdi kuran tarafların şeriatıdır.* Bu da tarafların iradelerinin bütünleşmesidir. Evlilik akdindeki irade bütünleşmesi belirli bir kanun etrafında gerçekleşir. Dolayısıyla taraflardan biri bu kanunlara uymayı reddedemez reddederse tek taraflı olarak karşı tarafa iradesini dikte etmiş olur. Bu da akde ters düşmektedir.[486]

---

[484] Dalgın, "Boşanma İle İlgili Dinî Hükümlere Yeni Yaklaşım ve Yorumlar", s. 303.
[485] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[486] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

Kadının talebi üzere hâkim, boşamaya hükmederse kocanın bu boşamanın şer'î olmadığını iddia etmesi caiz değildir. Bu durumda evliliğin kurulduğu akitle çatışmış olur.[487]

İbrahim Yılmaz şöyle demektedir: *"Boşamayı şarta bağlama işlemini, hukukî işlemlerde örfe itibar edilmesi gerektiğini bildiren fıkıh/hukuk kaideleri çerçevesinde değerlendirdiğimizde şu sonuca varmak mümkündür: 'Medenî Kanun'a göre resmî nikâhla evlenen kimseler, yine herkes tarafından bilinen resmî yoldan, yani Medenî Kanun'a göre mahkemede boşanmayı kendilerine şart koşmuş olmaktadırlar'. Bu durumda, boşanma davası ister kadın ister erkek tarafından açılmış olsun, mahkemenin boşanmaya hükmetmesi ile İslâm hukuku açısından da boşanma gerçekleşmiş olmaktadır."*[488]

5. Kadının Zarar Görmesi

Kocanın yargıcın boşamasını şer'î olmadığı gerekçesiyle reddetmesi tehlikeli bir çelişki olup ne şeriat ne de akıl kabul eder. Çünkü evlilik akdi koca tarafından devam ediyor iken kadın açısından evlilik birliği bitmiş olur. Koca, talâk hakkını kullanmayarak kadını zorla alıkoyarak kadının zarar görmesine neden olur ki Kur'ân nassı bunu açık bir şekilde yasaklamıştır.[489] *"Onları sıkıntıya sokmak için kendilerine zarar vermeye kalkışmayın."*[490] Öte yandan böyle bir evlilik, şeriatın özüne aykırıdır. Zira şeriat, evliliği şöyle tanımlamıştır: *"Evlilik akdi (bağı), asıl itibariyle sonsuz olmasına rağmen çözülmeye (son bulmaya) kabil (elverişli)dir."*[491] Avrupa kanununa göre evliliklerini yapan çiftleri boşamaya hükmedecek şer'î bir yönü olmadığı zaman erkek, kadına rağmen kadını, ölümüne kadar zorla alıkoyma durumu söz konusu olur.

---

[487] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[488] Yılmaz, "Türk Medenî Kanuna Göre Gerçekleştirilen Boşanmaların…", s. 274.
[489] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[490] Talak, 65/6.

(وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ)

[491]

(الزواج في الأصل عقد مؤبّد ولكنّه قابل للانحلال)

Şayet Avrupa yargısının boşama kararı erkeğe göre makbul değilse ve konunun çözümü için şer'î bir hüküm de yok dersek çiftlerden biri ölmedikçe böyle bir evlilik feshedilemez demektir. Bu durum evlilik ve akitlerle ilgili şer'î hükümlere aynı zamanda aklın gerektirdikleri ve işlerin apaçık maslahatlarına aykırılık arz eder. Bu da kadının büyük zarar görmesine yol açar. Şeriat ise zarar vermeyi yasaklamıştır.[492] Konuyla ilgili şöyle bir fıkhî kaide bulunmaktadır: *"İslâm'da ne zarar, ne de zarara zararla karşılık vermek vardır."*[493] Bu lafız, hasen hadis metni olup İbn Mâce ve Darekutnî rivayet etmiştir. Âlimler bu hadisin manası üzerinde görüş birliğine varmış ve bu metni fıkhî genel bir kural olarak formüle etmişlerdir. Şeriatın izin verdiği zarar verme dışında bu kural herhangi bir zarar kaydıyla da sınırlanmamıştır. Şeyh Ahmed Zerkâ "Şerhü'l-kavâ'idi'l-fıkhiyye" adlı eserinde şöyle demiştir: *"Şeriat, kadının zarar görmesine müsaade etmediği gibi kadın, evliliğin gerekliliklerini yerine getiremediği vakit, kadının böyle bir evlilik hayatına bağlı kalmasına da müsaade etmez."*[494]

6. Zaruret İlkesi

İslâm şeriatında asıl itibariyle haram olan bazı hükümler var ki zaruret ilkesine binaen mubah kılınmıştır. Kur'ân ve sünnette bunun örneklerini görmekteyiz. Zaruret ilkesine örnek olarak Kur'ân'da şöyle buyurulmaktadır: *"O, size, yalnız hayvan ölüsü, kan, domuz eti ve Allah'tan başkası adına kesileni yasakladı. Ancak, kim bunlardan yemeye mecbur kalırsa başkasının hakkına tecavüz etmemek ve zorunlu olan miktarı geçmemek şartıyla ona da günah yükletilmez. Çünkü Allah, çok bağışlayan ve merhamet edendir."*[495]

"Ama kim mecbur kalırsa, başkasının hakkına tecavüz etmeden ve sınırı aşmadan yemesinde bir günah yoktur." ayeti ile ilgili olarak Taberî tefsirinde şöyle

---

[492] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

[493] İbn Mâce, "Ahkâm" 13/17-2340(c. 3, s. 430); **Mecelle,** mad.19**.**

(لا ضرر ولا ضرار)

[494]

(والشرع لم يأذن بمضارّة المرأة وبقائها مقيّدة بزواج لم تعد تستطيع الوفاء بالتزاماته)

[495] Bakara, 2/173.

(إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)

yer verilmiştir: *"Kendisine haram kılınanı yemek mecburiyetinde kalan bir kimse, Allah'ın haram kıldığını yiyerek taşkınlık etmeden ve helali bırakıp harama tecavüzde bulunmadan bunlardan yerse günahkâr olmaz. Sorumluluk altına girmez."*[496] Elmalı'lı ise bahsi geçen ayeti şöyle tefsir etmiştir: *"(فَمَنِ اضْطُر) Her kim mecbur kalır ve yemediği takdirde öleceği muhakkak bulunursa, bu zaruret içinde bulunan kimse, (غَيْرَ بَاغٍ) başkasının hakkına tecavüz etmediği, yani kendi gibi zaruret içinde bulunan diğer birinin, ölümünü önleyecek kadar elinde bulunana saldırarak, kendini kurtarmak için onun ölümüne sebep olmadığı (وَلَا عَادٍ) ve taşkınlık yapmadığı, yani ölmemek için gerekli olan zaruret ölçüsünden fazlasına geçmediği takdirde, (فَلَا اِثْمَ عَلَيْهِ) ona günah yoktur. Böyle zaruret içinde kalmış bir kimse için bunlardan hangisini bulursa zaruret miktarı, yani ölmeyecek kadar yemeğe ruhsat vardır. O da bu ruhsatı terk ederse günahkâr olur.*

Fıkıh ilminde 'zaruretler, haram olan şeyleri mubah kılar'[497] *ve 'Zaruretler, kendi miktarınca takdir olunur.'*[498] *Genel kaidesi de bu ve benzeri ayetlerin manasıdır."*[499]

Mecellede zararla ilgili olarak yer verilen üç kuralı burada zikretmemiz önem arz etmektedir.

Birincisi: Bir zararın ilk baştan meydana gelmesi yasaklanmıştır. *"İslâm'da ne zarar, ne de zarara zararla karşılık vermek vardır."*[500]

İkincisi: Bir zarar meydana gelmişse giderilmesi vâcip olur. *"Zarar izale edilir."*[501]

---

[496] Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr b. Yezîd b. Gâlib el-Âmülî et-Taberî (ö. 310/923), **Muhtasaru Tefsîri't-Taberî 1-6,** İhtisar ve tahkik, Muhammed 'Alî es-Sâbûnî, Salih Ahmet Rıza, Çev. Mehmet Keskin, Ümit Yay. c. 1, s. 128.

[497] **Mecelle**, mad. 21.

[498] **Mecelle,** mad. 22.

[499] Elmalılı M. Hamdi Yazır (ö. 1942), **Hak Dini Kur'ân Dili 1-10**, Zehraveyn Yayıncılık, Sadeleştirenler, İsmail Karaçam, Nusrettin Bolelli, Emin Işık, Abdullah Yücel, c. 1, s. 486

[500] **Mecelle,** mad. 19.

(لا ضرر ولا ضرار)

Üçüncüsü: Bir zarar meydana geldikten sonra, imkân ölçüsünde ortadan kaldırılmalıdır. *"Zarar imkân ölçüsünde bertaraf edilir."*[502]

Daha önce geçtiği üzere İsveç mahkemesinin, evli bir çiftin boşamasına hükmetmesi ile ilgili olarak Şeyh Faysal Mevlevi'nin, önceki fetvasında böyle bir boşamanın şer'î geçerliliğinin olmadığını birinci kısımda zikretmiştik. Çözüm olarak tarafları şer'î mercilere yönelttiğini aktarmıştık. İkinci kısımda ise Şeyh Faysal Mevlevinin böyle bir boşamanın şer'î açıdan geçerli olduğu fetvasını verdiğini görmekteyiz. Bu konuda zahiren iki zıt fetvanın çıkmasının nedeni kanaatimizce şudur:

1. Öncelikle beşerî hukuk sistemindeki boşamaların geçerliliği konusu, çözüme kavuşturulması zor bir mesele olduğundan dolayı Mevlevî'nin iki zıt fetva vermesine neden olmuştur.

2. Şeyh Faysal Mevlevi'nin önceki fetvasında böyle bir boşamanın şer'î geçerliliğinin olmadığını söylerken "hacet" ve "zaruret" ilkelerini dikkate almadığını düşünüyoruz. Nitekim Mevlevî, ilk fetvasında tek çözüm yolu olarak kadını hâkimin yokluğunda şer'î hâkim yerine değerlendirilen İslâmî mercilere yönlendirmekte idi. Sonraki fetvasında ise kadının başvuracağı şer'î bir merci bulunamaması halinde[503] kadın kendisinden zararı savmak için Avrupa hukukuna başvurmasını şer'î açıdan vâcip olduğunu söylemiştir. Fetvanın konumuzla ilgili kısmında şöyle yer verilmiştir: *"Avrupa kanunlarına göre evlenen bir kadının kocası, kadına zarar vererek kendisini zorla alıkoyarak nikâhında tutmaktadır. Kadının evlilik hayatına devam etmesi mümkün olmayıp kocası da, boşamayı reddetmesi durumunda kadının başvuracağı müeyyidesi olan şer'î bir merci de bulunamamaktadır. Dolayısıyla bu şartlarda*

---

[501] **Mecelle,** mad. 20**.**

(الضرر يزال)

[502] **Mecelle**, mad. 31.

(الضرر يدفع بقدر الإمكان)

[503] Mevlevî, bu son fetvasında kadını yine öncelikli olarak şer'i mercilere yöneltmiştir.

yukarıda zikrettiğimiz diğer sebepler bulunmasa bile zararı savma kabilinden olarak kadının Avrupa yargısına başvurması şer'î açıdan vâcip olur."[504]

Bu fetvada yukarıda açıklamaya çalıştığımız zaruret ilkesine işaret eden altı durum bulunmaktadır:

1.Kocasının kendisini zorla nikâh altında tutması.

2.Kadının evlilik hayatını devam etmesinin mümkün olmaması.

3.Kocanın boşamayı reddetmesi.

4. Şer'î merciinin bulunmaması.

5. Kadının zararı kendisinden savma zorunluluğu.

6. Kadının önünde Avrupa hukuku dışında bir çözüm gözükmemesi.

Yukarıda yer verdiğimiz üzere Amerika Şeriat Fakihleri Kurulu ise fetvasında, Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisinin sözcüsü Mevlevî'nin bu görüşlerini şöyle reddetmektedir: "*Şayet bir kadın, medenî kanuna göre boşanmışsa, İslâmî merkezlere giderek boşanmayı şer'î açıdan gerçekleştirmek için bu tür hukukî meselelerde ehil âlimlere başvurur. Çeşitli bölgelerdeki İslâmî merkezlerin çokluğu ve kolaylıkla bu merkezlere ulaşılabilmesinden dolayı bu durumda zaruret ilkesi bahane edilemez."*[505]

---

[504] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
(فإذا كان رفع الضرر عن المرأة – التي تزوّجت وفق قانون أوروبي – ولم تستطع إكمال حياتها الزوجية، وتعسّف زوجها فرفض طلاقها، وليس لها جهة شرعية إلزامية تشتكي لديها، ولم يعد ممكناً دفع هذا الضرر عنها إلاّ باعتبار الحكم القضائي الأوروبي، لكان ذلك واجباً شرعاً من قبيل إزالة الضرر حتّى ولو لم نأخذ بالأسباب الأخرى المذكورة آنفاً.)

[505] https://islamqa.info/ar/127179 (03.05.2017).
(فإذا حصلت المرأة على الطلاق المدني فإنها تتوجه به إلى المراكز الإسلامية وذلك على يد المؤهلين في هذه القضايا من أهل العلم لإتمام الأمر من الناحية الشرعية ، ولا وجه للاحتجاج بالضرورة في هذه الحالة لتوافر المراكز الإسلامية وسهولة الرجوع إليها في مختلف المناطق)

7. Mükrehin Boşaması Açısından Değerlendirilmesi

İslâm fıkıh mezheplerinin çoğunluğuna göre canı ve malı ağır bir şekilde tehdit altında olan ve bu tehdidi başka türlü defetmeye gücü yetmeyen kimsenin (mukrehin) karısını boşaması geçersiz iken Hanefî mezhebine göre geçerlidir.[506]

Bazı araştırmacılar, mahkemeler tarafından gerçekleşmiş olan boşamaların geçerli olduğuna hükmederek bu düşüncelerini de mukreh talâk açısından değerlendirmektedirler.[507] Şöyle ki: *"Mahkeme önünde sona erdirilen evliliğe erkek tarafından istenmemiş olsa bile sonuna kadar, zorla erkeğe kabul ettirilen, kamu gücüyle kabul ettirilen bir boşanma diyelim, en azından mukrehin talâkı belki söz konusu olabilir; ama her hâlükârda mukrehin talâkı konusunda Hânefîler nezdinde de bir geçerlilik yönü vardır."*[508] Bu görüşü, iki açıdan değerlendirmek isteriz.

Birincisi, vakıada resmî mahkemelerin gerçekleştirdiği boşamalarda bir tehdit bulunamamaktadır. Hiçbir hâkim, hiç kimseye karını "boşa" diye ölüm tehdidinde bulunmaz aksine hâkim bizzat "boşadım" der. Dolayısıyla tehditle "boşa" demekle, hiçbir tehdit olmaksızın "boşadım" demek arasında yer ile gök arası kadar fark vardır.

İkincisi, araştırmacının boşama hususundaki ikraha yüklediği anlam ile fıkhî naslardaki tanımıyla uyuşmadığı görünmektedir. Boşamada ikrahın (tehdidin) oluşabilmesi için kişinin darp edilme, boğulma, hapsedilme vb. işkencelere maruz kalması gerekir. İmam Ahmed'ten gelen bir rivayete göre, sadece sözlü tehdit ile "ikrah" oluşmaz iken, ondan gelen diğer bir rivayete göre ise sadece sözlü tehdit ile de ikrah oluşabilmektedir. Sözlü tehdidin oluşmasının ölçüsü de İbn Mansur'un rivayetine göre öldürülmekten veya şiddetli darp edilmekten kişinin korkmasıdır. Bu,

---

[506] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 236; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 470; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 7, s. 383,384; Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 9, s. 6885; Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 226.

[507] Bkz. Döndüren, **Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı,** c. 1, s. 282; Liv, **İslâm Aile Hukukunda Evlilik Akdinin ve Boşanmanın Tescili,** s. 243; Yılmaz, "Türk Medenî Kanuna Göre Gerçekleştirilen Boşanmaların…", s. 276.

[508] Bkz. Döndüren, **Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı,** c. 1, s. 282.

fukahanın çoğunluğunun görüşü olup Ebû Hanife ve Şâfiî de bu görüştedirler.[509] Buna göre, koca, acaba karısını boşamayı reddettiği takdirde, mahkeme tarafından koca darp edilme, boğulma, hapis olunma vs. işkencelere mi maruz kalmaktadır? Ya da hâkim, kocaya sözlü bir tehditte dahi bulunmaksızın önündeki mevzuata göre icabında kocaya sormadan bile karısını kendisinden boşamakta mıdır? Dolayısıyla beşerî hukuk sistemindeki boşamaları sırf geçerli saymak adına farkında olmadan hâkimi "tehditkâr" ve "zorba" olarak değerlendiren ve kocayı da bu tehditten dolayı karısını boşayan taraf olarak niteleyen bu yaklaşımın hukukî dayanağında isabet etmediği kanaatini taşıyoruz.

8. Resmî Boşamaların Tevkîl ve Tefvîd Açısından Değerlendirilmesi

İslâm hukuku esas olarak boşanma yetkisini kocaya vermiştir. Fakat koca boşanma yetkisini eşine veya başka üçüncü bir şahsa devredebilir. Fıkıh literatüründe bu işleme "tefvîdî talâk" denir. Bu görüş, İslâm âlimlerinin çoğunluğunun düşüncesi olup Zahirîlerden başka hiç kimse bu görüşe muhalif olmamıştır.[510] Avrupa ve Türkiye kanunları, genel olarak boşama yetkisini hâkime tanımıştır. Bir Müslüman, evlilik akdini beşerî kanunlara göre yaptığı zaman açıkça bu kanunların kendileri için bağlayıcı olduğunu ilan etmiş olur. Bu kanunlardan biri de boşamayı hâkimin eline verme hususudur. Bu da caiz olup koca tarafından boşama yetkisini hâkime devretme yani "tefvîdî talâk" olarak değerlendirilmesi mümkündür.[511]

Muhammed Mustafa Şelebî şöyle demiştir. *"Boşanma, vekâleti kabul eden bir müessesedir. Kişi boşamayı kendisi gerçekleştirdiği gibi başkasını da kendisinin yerine tayin ederek boşamayı gerçekleştirebilir. Bu başka kişi, eşi olduğu gibi herhangi bir başka şahıs da olabilir"*[512]

Hayrettin Karaman, boşama davasını erkek açmışsa boşama hususunda erkek tarafından hâkime vekâlet verme olarak değerlendirmektedir. *"Boşama davasını*

---

[509] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 7, s. 383.

[510] İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 315-317; Sâvî, **Hâşiyetü's-Sâvî 'ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 2, s. 600; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc**, c. 4, s. 465,466; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 7, s. 403; http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

[511] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

[512] Şelebî, Ahkamü'l-üsra fi'l-üsra**.** s. 541.

erkek açmış ise bu, hâkime boşaması için vekâlet verme yerine geçer, o da boşayınca talâk gerçekleşir"[513]

İsmail Mutlu ise, "Evlilik ve Aile" kitabında konuya şöyle izah getirmektedir: *"Şayet bir erkek hanımını hâkime müracaat etmeden önce üç boşama ile boşamadıysa, hâkimi boşama için vekil tayin etmiş sayılır."*[514]

Hayrettin Karaman, resmî boşamaların "tefvîdî talâk" prosedürü içinde değerlendirilmesine ilişkin olarak bir çekincesi bulunmaktadır. *"Resmî olarak evlenen çiftlerin daha başta (bu evlilik akdini yaparken), üstü kapalı da olsa boşama hakkını mahkemeye devretmiş oldukları, bu sebeple kocanın kendi başına boşamasının geçerli olmayacağı şeklindeki görüşe katılmam mümkün değildir. Çünkü bazı Batı ülkelerinde bulunmasına rağmen, Türkiye'de Müslümanların önünde 'ister imam nikâhı ile ister resmî nikâhla evlenme' şeklinde bir seçenek yoktur. Kanuna göre evli sayılmak isteyenler tek yol olarak resmî nikâha mecbur edilmişlerdir. Bu yüzden 'hür irade ile bir yetki devri' söz konusu değildir."*[515]

Şeyh Abdullah b. Beyyeh, tefvîdî talâkın açık bir şekilde olmasına ilişkin olarak, batılı yargı sistemine göre nikâh kıyan kimselerin boşanma yetkisinin mahkemelere ait olduğu hususunda gafil olduklarını söylemektedir. Bir başka deyişle batılı ülkelerde resmî yoldan evlenenler, boşama konusunda bırakın yetkiyi yargıca devrederek akdi kuran taraf olmasını, boşama hususundaki yetkili mercii akıllarına bile getirmezler. Zira *"Dul bir kadın, kendisini evlendirme hususunda yetkilidir"*[516] hadisine binaen şöyle bir kural formüle edilmiştir: *"İzne bağlı olan tüm hukukî işler, açık olmasına ihtiyaç duyar."*[517] Dolayısıyla Şeyh Abdullah, kocanın boşama yetkisini açık bir şekilde devretmesi gerektiğine dikkat çekerek Şeyh Mevlevî'nin beşerî hukuk sistemindeki boşamaların "tefvîdî talâk" prosedürü içinde değerlendirmesine karşı çıkmaktadır.

---

[513] http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00504.htm (15.05.2017).

[514] İsmail Mutlu, **Günümüzün Meseleleri ve Hikmetleriyle Yeni İslam İlmihali,** Yeni Asya Neşriyat, İstanbul 2003, s. 618.

[515] http://www.yenisafak.com/yazarlar/detayscroll/7996?n=1 (05.06.2017).

[516] İbn Mâce, "Nikâh" 9/11-1872 (c. 1, s. 1872); Müsned, 17722 (c. 29, s. 260); Beyhakî, "Nikâh" 39/1375 (c. 7, s. 199).

(الثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا)

[517] http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).

Şeyh Abdullah'ın bu mülahazasına cevap niteliğini taşıyacak şekilde Şeyh Mevlevî, zaten değerlendirmiştir. Eğer "*buradaki boşama yetkisini devretme/tefvîdî talâk, açık olmayıp bununla amel etmek caiz değildir"* şeklinde bir soru akla gelirse cevaben deriz ki; *"bu durum en azında Avrupa toplumlarında örf olarak itibar edilir."* Zira şöyle usûlî bir kaide bulunmaktadır: *"Örf olarak bilinen şey, koşulan şart gibidir."*[518]

Mahkemelerin boşamalarını "tefvîdî talâk" olarak değerlendirilmesini sağlayan sevk edici temel unsur, toplum tarafından bilinen örf olup açık olarak koşulan şart yerine değerlendirilir. Şeyh Ahmed Zerkâ, "Şerhü'l-kava'idi'l-fıkhiyye" adlı eserde şöyle demiştir: *"Nasla çakışan özel bir delil bulunmadığı müddetçe insanlar tarafından bilinen açık bir şart, şer'î açıdan gözetilir ve itibar edilir.*

İnsanlar arasında amel edilerek mutat hale gelen bir şey, bilinir bir konuma gelmişse açıktan şart koşulmasa bile, o şart gözetilir ve açık bir şart gibi değerlendirilir."[519]

İbrahim Yılmaz da buna yakın düşüncelerle erkeğin resmî nikâh akdini kurmakla boşama yetkisini açıkça dile getirmese bile mahkemeye devrettiğini söylemektedir. Şöyleki: *"Resmî nikâh akdinin yapılması ile erkek, açıkça ifade etmese bile, zımnen karısına 'bir gün seni boşamak zorunda kalırsam veya boşanmak zorunda kalırsak, mahkemede kendi adına boşanma davası açabilmen için talâk/boşama yetkimi sana tefvîz ediyorum, kendini boşaman için seni vekil tayin ediyorum' demiş olmaktadır."*[520]

Resmî mahkemelerce gerçekleşen boşamaların "tefvîdî talâk" prosedürü içinde değerlendirilmesine Nihat Dalgın şöyle karşı çıkmaktadır.

---

[518] **Mecelle,** mad. 43.

(المعروف عرفاً كالمشروط شرطا)

[519] Zerkâ, **Şerhü'l-kavâ'idi'l-fıkhiyye,** s. 237.

(في كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف، وذلك بأن لا يكون مصادماً للنص بخصوصه، إذا تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح)

[520] Yılmaz "Türk Medenî Kanuna Göre Gerçekleştirilen Boşanmaların…", s. 279.

"1. Bir sistemin nikâhla ilgili kuralını benimsemek, boşanmayla ilgili kuralını da benimsemeyi zorunlu kılmaz. Zira nikâh ve talâk ayrılmaz bir bütün değildir; birisi diğerinin zorunlu sonucu da değildir.

2. Nikâh sonrasında modern hukukta boşanmayla ilgili farklı bir düzenleme yapılacak olsa, bu düzenlemeden önce evlenmiş olanlar sonraki düzenlemeden yararlanamayacaklar demektir.

3. Laik toplumda resmî nikâhla evlenmiş olan çiftler, sonradan herhangi bir sebeple gittikleri bir İslâm devletinde iskân edilecek olsalar ve boşanma noktasına gelseler, boşanabilmek için hangi hukukun prosedürüne uymaları gerekecektir? Bu çiftler boşanabilmek için laik bir hukuk sisteminin uygulamada olduğu ülkeye gitmek zorunda mı kalacaklardır?

4. Resmî nikâhla evlenen Müslüman çiftlerden birisi irtidat edecek olsa, durum ne olacaktır? Laik hukuka göre irtidat boşanma/fesih sebebi sayılmadığına göre, bu eşlerin nikâhının devam ettiğine, aralarındaki karı koca ilişkisinin meşru olduğuna hükmedebilecek miyiz?"[521] Bu, İslâm hukukuna göre kabul edilemeyecek bir durumdur.

Şeyh Abdullah b. Beyyeh ve Nihat Dalgın'ın resmî boşamaların "tefvîdî talâk" prosedürü içinde değerlendirilmesine karşı çıkmalarını kayda değer olduğu kanaatindeyiz. Çünkü her iki araştırmacı da bu görüşlerini şer'î delillere dayandırmaktadırlar. Ancak beşerî hukuk sistemindeki boşamaları caiz gören cenah, "tefvîdî talâk" açısından değerlendirilmesini de doğru bulduğumuzu ifade etmek isteriz. Hatta resmî boşamaların geçerli olduğu görüşünü savunan araştırmacıların görüşlerini klasik İslâm hukukundaki boşama türlerine benzeterek temellendirmelerinden sadece "tefvîdî talâk" açısından değerlendirilmesinin doğru olduğu kanaatini taşıyoruz. Özellikle Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi'nin bu konudaki delillerinin yerinde olduğu kanaatini taşıyoruz. Neticede bu konu ictihadî

[521] Dalgın, "Boşanma İle İlgili Dinî Hükümlere Yeni Yaklaşım ve Yorumlar", s. 303.

olduğu için ictihadî konularda daha üstün görüş bulunmasına rağmen nisbeten daha düşük seviyede kabul edilen görüşle dahi amel etmek caizdir.[522]

Beşerî hukuk sistemindeki boşamaların İslâm hukukuna göre geçerli olmasını caiz gören cenah, görüşlerini "tefvîdî talâk" açısından değerlendirilmesi hususunda neredeyse ittifak halindedirler. Bir başka deyişle beşerî yargı sisteminin boşamasını caiz gören tarafın en büyük delilleri, klasik İslâm hukuk doktrinindeki "tefvîdî talâk" kapsamında değerlendirmeleridir.

Türkiye Diyanet Vakfı yayınlarından çıkan Günümüz Meselelerine Fetvalar kitabında da ülkemizdeki yargının boşamasını "tefvîdî talâk" açısından değerlendirilerek bir çözüm getirilmeye çalışılmaktadır. *"Bir kimsenin, bizzat veya avukatı vasıtasıyla boşanmak üzere mahkemede dava açması, hâkime eşini boşamak için yetki vermesi (tefviz-i talâk) demektir. Bu itibarla, sadece erkeğin veya her iki tarafın açtığı dava sonucu, mahkemece boşanmış olan eşler, dinen de boşanmış olurlar. Ancak, daha önce, eşler arasında başka boşanmalar olmamış ise, mahkemenin boşaması, bir boşama sayıldığından, mahkeme kararı ile boşanmış olan eşlerin, istedikleri takdirde, -geride kalan iki talâk hakkı ile- tekrar evlenmeleri mümkündür."*[523]

İslâm fıkhını dikkate aldığımızda ülkemizde erkek tarafından açılmış boşanma davalarının mahkemeler tarafından gerçekleşmesini geçerli olduğunu, ancak kadının açtığı boşanma davası için aynı değerlendirme söz konusu olamaz. Çünkü erkek, bizzat kendisi boşama yetkisine sahip olduğu gibi vekâlet verme (tevkîl) veya yetki devri (tefvîd) yoluyla başkasına da devredebilmektedir. Kadın ise boşama yetkisine sahip değil ki mahkemeye dava açmak suretiyle bu yetkiyi devredebilsin. O yüzden bu durum bütün asırlarda bilinen bir hükümdür.[524] Dolayısıyla sözkonusu fetvanın yeni bir şey ortaya koyduğunu söylemek zor gözükmektedir. Çünkü asıl problem konusu olan şey, kadının tek taraflı olarak beşerî

---

[522] Geniş bilgi için bkz. Zuhaylî, **el-Fıkhu'l-İslâmî,** c. 1, s. 98.
[523] Bkz. Komisyon, **Günümüz Meselelerine Fetvalar,** TDV Yay. Ankara 1996, s. 81.
[524] Geniş bilgi için bkz. İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 3, s. 314-340; Sâvî**, Hâşiyetü's-Sâvî 'ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 2, s.593-603; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 465-467; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 7, s. 403,404.

mahkemeye boşanma davasını açması hususuna ilişkin hüküm, bu fetvada yer almamaktadır. İbrahim Yılmaz da söz konusu bu değerlendirmemize katılmaktadır.[525] Ancak Yılmaz, konunun "değerlendirme ve sonuç" bölümünde bu görüşünün aksine bir değerlendirmede bulunuyor.*"Şayet, erkeğin açtığı boşanma davasında, "laik mahkemenin/TMK'nın" verdiği boşanma kararı geçerli ise, kadının açtığı boşanma davasında da bu mahkemenin verdiği boşanma kararının geçerli olması gerekmektedir."*[526] Oysaki Mâlikî mezhebine göre erkek, boşama yetkisini, şeriatında boşama olmayan zımmî (gayrı müslim) olan bir kimseye devredebilmektedir.[527] Araştırmacının bizzat kendisi bile konuyu tefvîdî talâk açısından değerlendirirken erkeğin boşama yetkisini gayri müslim birine devredebileceğini aktarmaktadır.[528] Eğer erkek, gayri müslim birine boşama yetkisini devredebiliyorsa aynı zamanda gayrı İslâmî olan laik mahkemeye de boşama yetkisini pek tabii olarak devredebilir. Bir evlilik akdi, beşerî kanunlara göre yapıldığı an, boşama yetkisi otomatik olarak hâkimin eline geçer. Koca, bu yetkiyi tek taraflı olarak devretmesi caizdir. Karı-koca ittifakı ile boşama yetkisinin hâkime devredilmesi ise öncelikli olarak caiz olmaktadır. Beşerî kanun, boşama yetkisini yargıca verdiğinden dolayı Avrupa kanunlarına göre evlilik akdini kurmayı kabul eden erkek, boşama hususundaki yetkiyi yargıca devretmiş olur ki bu da caiz olmaktadır.[529] Dolayısıyla burada kadının tıpkı erkek gibi aynı laik mahkemede açtığı davada boşanma kararının geçerli olmasını gerektiren bir "kıyas" söz konusu edilemez. Daha önce ortaya koyduğumuz Kur'an ve sünnetteki delillere binaen kadın, boşama yetkisine sahip değil ki boşamanın bir türü olan "tefvîdî talâk" hakkına sahip olabilsin.[530] Bu yüzden beşerî hukuk sistemindeki boşamaların tefvîdî talâktan dolayı geçerli olduğunu söyleyebilmek için, erkeğin resmi yoldan evlilik akdini kurmakla boşama yetkisini hâkime devretmekle gerçekleşir. Aksi takdirde

---

[525] Yılmaz, "Türk Medenî Kanuna Göre Gerçekleştirilen Boşanmaların…", s. 277.
[526] Yılmaz, "Türk Medenî Kanuna Göre Gerçekleştirilen Boşanmaların…", s. 288,289.
[527] Sâvî**, Hâşiyetü's-Sâvî 'ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 2, s. 600.
[528] Yılmaz, "Türk Medenî Kanuna Göre Gerçekleştirilen Boşanmaların…", s. 277.
[529] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[530] Bakara, 2/229, 230, 231, 237; Talâk, 65/1; Ahzâb 33/49; İbn Mâce, "Talâk" 10/31-2081 (c. 1, s. 672); Kâsânî**, Bedâ'i'u's-sanâ'i',** c. 3, s. 90,106; bkz. Yüksek, İslam Aile Hukukunda Boşama Yetkisi…, s. 343.

kadının "sahip olmadığı" bir hususta, boşama yetkisini hâkime devretmek söz konusu olamaz.

Şöyle bir soru akla gelebilir: *"Sonuçta beşerî hukuk sisteminin boşaması geçerli oluyor ise boşama yetkisi, ister koca tarafından, ister kadın tarafından mahkemeye devredilsin ne fark eder?"* Akla gelebilecek böyle bir sorunun cevabı için "tahkîm" konusunda bazı görüşlerin genel değerlendirmesini yaparken orada genel mahiyetteki mülahazalarımız burası için de geçerlidir. Özellikle orada konuyla ilgili olarak yer verdiğimiz Takiyuddin es-Sübkî'nin fetvasının önemine binaen burada tekrar değerlendirmek istiyoruz. *"Bir kâdının iki kâfirin şahitliğini esas alarak hüküm vermesi gibi hükmün yönteminde halel/bozukluk meydana gelirse, bu durum açığa çıktığı an, şahitliğe konu olan mevzu, doğru olsun veya olmasın verilen o hüküm iptal edilir. Zira hükümde asıl olan, şer'î yolla gerçekleşmesidir. Şayet bir hüküm, şer'î olmayan yolla gerçekleşirse yönteminde hata oluşur. Biz de bu durumda şer'î olmayan yöntemle gerçekleşen o hükmü fesih ederiz.*[531] Bu fetvaya binaen İslâm hukukunun kadına tanımadığı tefvîdî talâkla yani "kadın da tıpkı erkek gibi boşama yetkisini hâkime devredebilir" dersek şer'î olmayan bir yöntem meydana gelmiş olur. Şer'î olmayan böyle bir yöntemin meydana gelmesinden dolayı beşerî hukuk sistemindeki boşamalar, tüm ilim ehli tarafından bu şekliyle "geçersiz" kabul edilir. Son olarak deriz ki İslâm hukuk tarihinde *"kadın da tıpkı erkek gibi tefvîdî talâk hakkına sahiptir"* diyen muteber tek bir ilim ehlinin varlığı hususunda malumat sahibi değiliz.

9. Şer'î Olmayan Mahkemenin Kararlarını Uygulamanın Hükmü

Şer'î olmayan mahkemenin kararlarını uygulayabilmek için İslâm hukuk tarihinde konuya benzer fetvaları tespit etmemizin önemli olduğunu düşünüyoruz. Şayet dengi meselelerde fetvaları tespit edersek o fetvaları veren İslâm fakihlerinin günümüzde de yaşamış olsaydılar aynı fetvayı vereceklerini görmüş oluruz. Aynı

---

[531] Sübkî, **Fetâva's-Sübkî,** c. 2, s. 436.
(أَنْ يَكُونَ الْخَلَلُ فِي الطَّرِيقِ كَمَا إذَا حَكَمَ بِشَهَادَةِ كَافِرَيْنِ فَإِذَا تَبَيَّنَ ذَلِكَ يُنْقَضُ سَوَاءٌ أَكَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ صَحِيحًا أَمْ لَا لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ مِنْ الْحُكْمِ مَا كَانَ بِطَرِيقِهِ الشَّرْعِيِّ فَإِذَا كَانَ بِغَيْرِ طَرِيقِهِ الشَّرْعِيِّ فَقَدْ حَصَلَ الْخَطَأُ فِي الطَّرِيقِ فَنَنْقُضُهُ لِوُقُوعِهِ عَلَى غَيْرِ الْوَجْهِ الشَّرْعِيِّ)

zamanda çağdaş âlimlerin vermiş olduğu fetvalarıyla da İslâm fıkıh mirasıyla da paralellik içerisinde olduklarını görürüz.

Şer'î olmayan mahkemenin kararlarını uygulamak *"Yararları sağlamak zararları savmak"*[532] usûlî ilkesine ve zarurete[533] binaen caizdir.

İzz Bin Abdisselam şöyle diyor: *"Şayet kâfirler büyük bir İslâm ülkesini istila ederler ve onların yargı işlerine bakmak için genel manada Müslümanların maslahatlarını/yararlarını bilen birini görevlendiririrlerse bu durumda gözüken şey şudur: 'Yararları sağlamak, zararları savmak/defetmek' kuralına binaen kişi tüm bu görevleri uygulayıp yerine getirmelidir. Aksi halde, ehil olana görevin verilmemesi durumunda ortada görevin mükemmel olarak yerine getirilmesi kaçırılmış olur. Kamunun maslahatları işlemez hale gelmesi ve yaygın manada bozulmanın meydana gelmesi Şari'in merhameti ve kulların maslahatlarını/yararlarını gözetmesinden uzaklaşılmış olunur."*[534]

Yusuf el-Karâdâvî de "Fetâvâ Muâsire" isimli kitabında, İslâmî olmayan bir hükümet sisteminde yer almanın hükmünü açıklarken az önceki fetvaya yer vermiştir. Bu fetvaya Karâdâvî'nin yorumu şöyledir: *"Şeyhin burada vurguladığı şey; açık bir şekilde akla ve hikmete uygun düşmektedir. Bu fetva, maslahatın gerçekleşmesini ve imkân ölçüsünde mefsedetin de önüne geçilmesini sağlamaktadır."*[535]

---

[532] (جلب المصالح ودفع المفاسد)

[533] https://www.facebook.com/m.alhamedi/posts/793327307406011 (07.06.2017).

[534] Ebû Muhammed İzzüddîn Abdülazîz b. Abdisselâm b. Ebi'l-Kāsım b. el-Hasan es-Sülemî ed-Dımaşkî (ö. 660/1262), **Kavâ'idü'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm 1-2,** Mektebetü'l-külliyâti'l Ezheriyye, Kahire 1414/1991. c. 1, s. 85.
(ولو استولى الكفّار على إقليم، فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامّة، فالذي يظهر إنفاذ ذلك كلّه، جلباً للمصالح العامّة ودفعاً للمفاسد الشاملة.إذ يبعد عن رحمة الشرع ورعايته لمصالح العباد تعطيل المصالح العامّة وتحمّل المفاسد الشاملة، لفوات الكمال فيمن يتعاطى توليتها ممّن هو أهل لها.وفي ذلك احتمال بعيد)

[535] Yusuf el-Kârâdâvî, **Fetâvâ Muâsira 1-3,** el-Mektebu'l-İslâmiyye, Beyrut/Dımaşk/Ammân 1421/2000, c. 3, s. 442.

Aynı zamanda yargıyla ilgili olan bu hükümler, hem kanunî açıdan hem de akid olması itibariyle şer'î açıdan bağlayıcıdır. Şeriatın hükümleri ile de ters düşmemektedir.[536]

İbn Hacer el-Heytemî, gayri müslim hâkimin vereceği hükmün uygulanmasına ilişkin olarak "Tuhfetü'l-muhtâc" adlı eserinde şöyle görüş belirtmektedir: *"el-Bulkînî; kadın ve düzgün bir şekilde yargı işini yerine getiren görme engelli kimse ile köle ve gayri müslim birinin yargı için görevlendirilmeleri geçerli olmaktadır."*[537] Bu görüşü şerh eden Şirvânî, İbn Hacer'in bu görüşünün kadın ve "gayri müslim" olan kimse, yargı görevlerine bir otorite tarafından atanmışsalar yargı hususundaki verdikleri hükümlerinin uygulanmasının gerekli olduğunu söylemektedir.[538]

Üstat Abdullâh Muhammed Abdullâh, Hanefî İmamı Muhammed b. Hasan eş-Şeybanî'nin "es-Siyerü'l-kebîr" adlı eserini uzun bir şekilde tetkik ettikten sonra şu sonuca vardı: *"Delil olarak, Habeş'e hicret eden ilk Müslümanların örneğinde olduğu gibi, küfür ülkesindeki bir Müslümanın davasının çözümü için gayri müslim sultana başvurmasından alıkonulmaz. Şayet kâfirler, Müslümanlara galip gelirlerse Müslümanların yöneticisi, Müslümanlarla kâfirler arasındaki çekişmeli davaların çözümü hususunda olduğu gibi, Müslümanların hakları alaşağı edilmesi şartları karşılığında, onlarla ateşkes yapmak zorunda kalırsa bu caiz olmaktadır."*[539]

---

[536] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

[537] Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed b. Muhammed b. Ali b. Hacer el-Heytemî (ö. 974/1567), **Tuhfetü'l-muhtâc bi şerhi'l-Minhâc 1-10,** el- Mektebetü't-ticâriyyeti'l-kübrâ, Mısır 1357/1983, c. 10, s. 114.

(وَرَجَّحَ الْبُلْقِينِيُّ نُفُوذَ تَوْلِيَةِ امْرَأَةٍ وَأَعْمَى فِيمَا يَضْبِطُهُ وَقِنٍّ وَكَافِرٍ)

[538] Abdulhamîd b. Hüseyin ed-Dâğıstânî (ö. 1300/1882), **Hâşiyetü'ş-Şirvânî 1-10,** el- Mektebetü't-ticâriyyeti'l-kübrâ, Mısır 1357/1983.c. 10, s. 114.

(وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ كَأَصْلِهِ قَدْ يَقْتَضِي أَنَّ الْقَضَاءَ يَنْفُذُ عَنْ الْمَرْأَةِ، وَالْكَافِرِ إذَا وَلِيَا بِالشَّوْكَةِ)

[539] Minyâvî, "Mebdeü't-tahkîm fî'l-fıkhi'l-İslâmî", **Mecelletu Mecme'i'l-fıkhi'l-İslâmî,** c. 4, s. 368.

(أن المسلم لم يمنع من رفع خصومته إلى السلطان الكافر في بلاد الكفر بدليل ما وقع للمسلمين الأوائل عند الهجرة إلى الحبشة، وأنه لو تغلب الكفار على المسلمين واضطر ولي الأمر إلى مهادنتهم على شروط فيها حط من شأن المسلمين كحق الفصل في الخصومات بين الكفار والمسلمين فإن ذلك جائز)

"Hacet" ve "zaruret" gibi fıkhî gerekçeler olmaksızın kadının mahkemeye dava açarak keyfî boşama talebini müstakil bir başlık altında irdelememiz gerekmektedir.

10. Kadının Keyfî Boşanma Talebi

Şer'î mahkemenin varlığı halinde İslâm hâkimi, kadının öne sürdüğü gerekçelere binaen kadını kocasından boşamaya yetkili olduğu haller dışında kadın, keyfi olarak kocasından boşama talebinde bulunması caiz değildir. Yargıç, şeriatın tanıdığı zorunlu haller dışında kadını kocasından boşarsa böyle bir boşama geçersizdir. Sözgelimi bir kadın başka bir erkekle evlenmek amacıyla -"hacet" ve "zaruret" olmaksızın- nefsi arzularını tatmin etme amacıyla kocasından boşama talebinde bulunamaz. Şayet yargıç, böyle bir boşama kararı verir de kadın başkasıyla evlenirse böyle bir evliliğin zina olacağını düşünüyoruz. Çünkü böyle bir boşamaya İslâm hukukunun uygulandığı bir ülkede İslâm'ın kâdısı yetkili değil iken şer'î olmayan mahkemenin hâkimi ise öncelikli olarak yetkili değildir.[540]

Aynı zamanda istishâb deliline binaen de böyle bir boşamanın caiz olmadığını düşünüyoruz. Öncelikle İbn Kayyim el-Cevzi'nin istishâba dair yaptığı tanıma yer vermek istiyoruz. *"Geçmişte sabit olan bir durumun-değiştiğine dair delil bulunmadıkça-hâlihazırda varlığını koruduğuna hükmetmek veya daha önce var olmadığı bilinen bir durumun-önceki yokluğundan ötürü-bu durumun halen mevcut olmadığına hükmedilir."*[541]

Şeyh Muhammed Bekr İsmâîl, istishâb delilinin kapsamına da giren *"Kesin olan bir şey şüphe ile ortadan kalkmaz"*[542] ilkesinin fıkhın bütün bölümlerine uygulanabileceği, bu ilke üzerine bina edilmiş meselelerin sayısız olduğu ve bu kural altına giren pek çok fıkhî prensip[543] olduğunu söylemektedir.[544]

---

[540] Kâdının boşamaya yetkili olduğu durumlar için "kazâî boşanma" konusuna müracaat edin.

[541] Muhammed Bekr İsmâîl, **el-Kavâidü'l-Fıkhiyye beyne'l-Asâle ve't-Tevcîh,** Dârü'l-Menar, Yayın yeri yok 1997; s. 60.

[542] **Mecelle**, mad. 4.

(اليقين لا يزول بالشك)

[543] Konumuzla da ilgisi olan fıkhî prensiplerden bazıları şunlardır:

Sonuç olarak konumuzla benzerlik taşıyacağını düşündüğümüz usul kitaplarındaki klasik döneme ait kitaplardan şu örneğin verilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz: Bir kadın, kocasının kendisini boşadığını iddia eder koca da onu boşadığını reddetse kadının iddiasını ispatlayacak kanıtı yoksa bu durumda adamın sözü geçerli olur. Çünkü asıl olan nikâhın devam etmesidir. Kadının iddiasını ispatlayacak kanıtı bulunmamasından dolayı boşamanın gerçekleşmesi şüpheli bir durumdur. Öyle ise ortada kesin olan nikâhın devamlılığı olup talâkın gerçekleşmesi ise şüphelidir. Zira *"Kesin olan bir şey, şüphe ile ortadan kalkmaz."*[545] Ayrıca bu ilkenin şu kaide ile de çeliştiği söylenemez: "*Irzlarla ilgili asıl olan haram olmasıdır."*[546] Bu son kaide, nikâh sonrası için geçerli olmayıp nikâh öncesi için geçerlidir. Nikâh, gerçekleştikten sonra nikâhın varlığı esas olup boşanma ise sonradan meydana gelen bir durumdur.[547]

Bu fıkhî prensipler, konumuza şöyle tatbik edilebileceğini düşünüyoruz: Şer'î gerekçeler olmadan İslâm'ın kâdısı boşamaya yetkili olmadığı bilinmektedir. Bu takdirde *"olanı olduğu halde bırakmak esastır"*[548] ve "*eski olanı eski hal üzere bırakmak esastır"*[549] prensiplerine binaen kadının keyfi boşama talebi üzere beşerî mahkemenin hâkimi de boşama konusunda yetkili olamaz.

---

1) (استصحاب الأصل) *"Geçmişte sabit olanın hâlihazırda varlığını koruması."* Bkz. İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rüknüddîn Abdülmelik b. Abdillâh b. Yûsuf b. Muhammed el-Cüveynî et-Tâî en-Nîsâbûrî (ö. 438/1047), **Kitâbü't-telhîs fî Usûli'l-fıkh 1-3,** Dârü'l-beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut Tarih yok, c. 2, s. 400.

2) (وطرح الشك) *"Şüpheyi terk etmek esastır."* Bkz. Karâfî, **el-Furûk,** c. 2, s. 164.

3) (الأصل بقاء ما كان على ما كان) *"Olanı olduğu halde bırakmak esastır."* Bkz. **Mecelle**, mad. 5.

4) (القديم يترك على قدمه) *"Eski olanı eski hal üzere bırakmak esastır."* Bkz. **Mecelle**, mad. 6.

[544] İsmâîl, **el-Kavâidü'l-Fıkhiyye,** s. 56.

[545] **Mecelle**, mad. 4.

(اليقين لا يزول بالشك)

[546]

(الاصل في الفروج الحرمة)

[547] İsmâîl, **el-Kavâidü'l-Fıkhiyye,** s. 59.

[548] **Mecelle**, mad. 5.

(الأصل بقاء ما كان على ما كان)

[549] **Mecelle**, mad. 6.

(القديم يترك على قدمه)

Diğer taraftan "zaruret", "maslahat" çerçevesinde sınırlandırılmalıdır. *"Zararı ortadan kaldırmak", "sıkıntıyı gidermek"* ilkesi üzerine bina edilmiş şeriatın maksatlarındandır. Dinin en büyük asıllarındandır. Bazı insanlar, özürleri gerekçe göstererek nefsî arzularına uygun işleri mubahlaştırmak istiyorlar. Şeriat, bunu (ذرائع)/"Zerâi'" olarak isimlendirmiştir. Yani kişinin bir maslahatı/yararı sağlamak amacıyla maslahattan daha büyük bir mefsedete/yasaklanmış bir sonuca götüren vasıtalar edinmesidir. Her şeyi yerli yerine bırakan şeriat, yasaklanmış durumların kök salmaması ve maslahatları yok etmemek için mefsedete götüren vasıtaları yasaklamıştır. Bundan dolayı fakih, maslahatla mefsedeti tartmalıdır. Şayet "maslahat" "zarara" denk ise ya da "maslahat" "zarar"dan daha düşük ise bu durumda "*Zararları ortadan kaldırmak maslahatları getirmekten önce gelir"*[550] kuralına göre davranmalıdır.[551]

Kadının keyfi boşama talebi üzere beşerî mahkemenin hâkimi boşama konusunda yetkilidir görüşünü savunan tek bir İslâm âlimi bulunmamaktadır. Böyle bir boşamanın geçerliliğine fetva vermek İslâm toplumunun ahlak mefhumunu yok etmek olur. Irzların kutsiyetine ve İslâmî aile hayatına darbe vurulmuş olur. "Beşerî hukuk sistemindeki hâkimin boşaması dinen geçerlidir" hükmünü veren "Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi" başka bir çarenin gözükmemesinden dolayı bu fetvayı vermişlerdir.

Günümüzde resmî mahkemelerin kadının müracaatıyla verdiği boşanma kararları dinen de geçerli kabul edilebilir mi? sorusuna Hayrettin Karaman da bu minvalde cevap veriyor:

"Boşama davasını kadın açmış ise ve kocası da boşamak istemiyorsa, kadının boşanma sebeplerinin fıkha uygun olup olmadığına bakılır; eğer fıkha uygun ise bu boşama da geçerli olur."[552] Dolayısıyla kadının keyfî boşama talebinde bulunması gibi İslâm fıkhına uygun olmayan hususlarda resmî mahkemenin boşaması bütün

---

550

(درء المفاسد مقدم على جلب المصالح)

551 İsmâîl, **el-Kavâidü'l-Fıkhiyye,** s. 115.

552 http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00504.htm (15.05.2017).

İslâm fakihlerine göre geçersizdir. İbrahim Yılmaz da benzer görüşleri savunmaktadır. *"Kadının açmış olduğu boşanma davasında, boşanmaya gerekçe olarak ileri sürülen sebebin İslâm hukuku doktrini açısından uygun olup olmadığına bakılmalıdır. Şayet kadının açtığı davada ileri sürülen gerekçe, İslâm hukuku doktrini açısından bir sakınca oluşturmuyorsa, bu gerekçeye bağlı olarak mahkemenin vermiş olduğu boşanma kararının da İslâm hukuku açısından geçerli olması gerekmektedir."*[553]

Son olarak evlilik akdinin beşerî kanunlara göre kurulmasının genel olarak sonuçlarına değineceğiz.

11. Evlilik Akdinin Beşerî Kanunlara Göre Kurulmasının Sonuçları

İslâm şeriatında boşamanın asıl olarak erkeğin uhdesinde olmasıdır. Bütün Avrupa kanunları ise bunu mutlak olarak reddetmektedir. Bu durumla ilgili olarak bazı hukukî sonuçlar meydana gelmektedir.[554]

1. Bir evlilik akdi beşerî kanunlara göre yapıldığı takdirde kocanın gerçekleştirmiş olduğu tüm boşamalar kanunî açıdan, hiçbir sonuç doğurmaz.[555] Karı-koca, şer'î hükümlere bağlı kalacakları konusunda aralarında görüş birliğine varmışlarsa kocanın boşaması şer'î açıdan bağlayıcı olur. Boşamanın sonucu olarak iddet bekleme, rice't, mut'e ve beynune gibi diğer hükümler meydana gelir. Şer'î olarak gerçekleşen bu boşamanın kanunen de gerçekleşmesi için tarafların resmî icraatlarda bulunması gerekir. Çünkü eşler arasındaki şer'î ittifak kanunî akdin tamamlayıcısı konumunda olup ona zıt değildir. Şayet eşler arasında böyle bir ittifak yoksa erkeğin evliliğini beşerî kanunlara göre yapmış olması boşama yetkisini hâkime devretmiş olarak değerlendirilir.[556]

---

[553] Yılmaz, "Türk Medenî Kanuna Göre Gerçekleştirilen Boşanmaların…", s. 288.
[554] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[555] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[556] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

Ancak bu durumda beşerî hukuk sistemine göre evlilik akdini kuran bir erkek, boşama yetkisini tamamen yargıca mı devretmiş olur? Ya da koca yargıçla birlikte bu yetkiyi kullana bilir mi?[557]

Kocanın boşamayı gerçekleştirmesi kanunî olarak hiçbir sonuç doğurmaz. Çünkü bu haktan yararlanamaz. Şer'î açıdan ise boşanma gerçekleşir. Zira kocanın boşama yetkisini başkasına devretmesi kendisini bu haktan mahrum bırakmaz. Bir başka ifade ile *boşama yetkisi verilen kimse, kadını kocasından boşayabildiği gibi kocanın kendisi de karısını boşamaya yine yetkilidir.* Bu durumda koca, bilinen talâk hükümlerine bağlı kalmalıdır. Talâkın gerçekleşmesi için beşerî kanunlarının zorunlu kıldığı resmî icraatları yerine getirmelidir. Nitekim bir Müslümana göre şer'î hükümler beşerî hükümlerden önce gelir. Avrupa ülkelerinde şer'î hükümler, ancak onların kanunlarını yerine getirerek uygulana bilinir.[558] Hayrettin Karaman da bu konuya şöyle izah getirmektedir: *"...koca, serbest iradesiyle birine boşama yetkisini verse bile bu, onun yetkisini elinden almaz; yetki çift yönlü hale gelir. Boşama yetkisinin kocadan tamamen alınması ise bu yetkiyi ona veren naslara (ayetlere ve hadislere) aykırı olur."*[559] Dolayısıyla Karaman da resmî nikâhla evlenen erkeğin boşama yetkisini yitirmediğini aksine bu durumda çift yönlü bir yetki meydana geleceğini belirtmektedir.

2. İslâm şeriatına göre eşler boşanma konusunda ittifak edebilirler. Buna "Muhale'a" denilir.[560] Bu boşanma çeşidine bazı Avrupa kanunları izin verirken Fransa kanunu gibi bazı kanunlar buna izin vermezler. Şayet bir ülke kanunu "Muhale'a" ya izin verirse bu durumda herhangi bir sorun kalmaz. Çünkü boşama hem şer'î hem de kanunî açıdan gerçekleşir. Fakat Fransa kanunu gibi herhangi bir ülke "Muhale'a" yoluyla boşamayı kabul etmezse bu durumda eşlerin boşama konusunda ittifak etmeleri şer'î yönüyle taraflar açısından bağlayıcı olur. İslâmî merkezlerde yetkili veya âlimlerden birinin huzurunda taraflar arasında boşama yazılı olarak kayıt altına alınmalıdır. Böylece tarafların hakları ve yükümlükleri açığa

[557] Yılmaz, "Türk Medenî Kanunu'na (TMK) Göre Gerçekleşen Boşanmaların…" s. 275.
[558] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
[559] http://www.yenisafak.com/yazarlar/detayscroll/7996?n=1 05.06.2017).
[560] İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-müctehid,** c. 3, s. 89; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 430,431; İbn Kudâme, **el-Muğnî,** c. 7, s. 323.

kavuşmuş olur. Sonra bu şer'î boşamanın kanunî olarak da gerçekleşmesi için resmî icraatlar yerine getirilmelidir. Taraflar, mahkeme kararıyla da boşamanın gerçekleşmesi için mahkemede dava açarlar.[561]

12. Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisinin Fetvası

Gayri müslim bir hâkimin veya Müslüman olan yargıcın gayri İslâmî bir hukuk sistemiyle boşamaya karar vermesi Müslümanlar için de bağlayıcıdır.

Beşerî yargı sistemindeki boşanmaların cevazı konusunda, anlatmaya çalıştığımız hususları kapsayacak şekilde "Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisinin/(المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث)" Şer'î olmayan mahkemenin boşamasını geçerli olduğuna dair fetvasına yer vereceğiz.

"Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisinin" Fetvası

Beşinci Dönem, (30 Muharrem-3 safer 1421/4-7 Mayıs 2000)

Müslüman Olmayan (veya Beşerî Hukuk Sistemindeki) Hâkimin Boşamasının Hükmüne İlişkin Karar:3/5.

Şüphesiz bir Müslüman için asıl olan, yargı işlerinde Müslüman kâdıya, yokluğu halinde ise şer'î kâdı yerine geçecek İslâmî mercie[562] *müracaat etmesidir. Ancak gayri müslim ülkelerde (ve Türkiye'de) yaşayan insanlar için İslâmî yargı bulunamamaktadır. Bu takdirde, evliliklerini bu ülkelerin kanunlarına göre yapanlar Müslüman olmayan hâkimin boşama ile ilgili kararını uygulaması gerekir. Çünkü bir Müslümanın evlilik akdini İslâmî olmayan bu kanuna göre yapınca böyle bir evliliğin sonuçlarını zımnen/dolaylı olarak kabul etmiş olur. Böyle bir evliliğin sonuçlarından biri de bir evliliği sona erdirme ancak hâkimin yetkisindedir. Bu durum, koca açıkça ifade etmese bile İslâm fukahasının cumhuruna göre şer'i açıdan kocanın boşama yetkisini hâkime devretme olarak değerlendirilebilir. Zira şöyle fıkhî bir kural*

---

[561] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

[562] Biz bu fetvayı tercüme ederken veya parantez içindeki eklemelerimiz, konunun siyak ve sibakındaki bütünlüğü göz önüne alarak ve Şeyh Mevlevi'nin daha önceki verdiğimiz açıklamalarına uygun olarak tercümede bulunduk. Burada (من) kelimesini de "kişi" olarak değil "merci" olarak tercüme ettik. Zira daha önce de geçtiği üzere "hâkim" yerine geçecek merci, İslâmî bir cemaat, merkez, kuruluş olabileceği gibi Şirbinî'nin dediği gibi bulunduğu muhitte en fazla ilme sahip olan kişi de olabilir. Öte yandan (من) kelimesi, İsm-i Mevsul olup umum ifade eder. Yani Müfred, ikil, cemi' müzekker ve müennes kısımlarının bütününü kapsamına alır. Dolayısıyla (الذي) gibi has /özel bir manaya hasredilmediği için "kişi" olarak tercüme etmedik.

vardır: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)/ 'örf olarak bilinen şey, koşulan şart gibidir.'

Nitekim İzz b.Abdisselam, İbn Teymiyye ve Şatıbî gibi pek çok ünlü âlimlerin ifade ettiği gibi, 'maslahatları/yararları sağlamak, zararları savmak' ve 'sosyal ve hukuk alanında karmaşayı önlemek için', İslâmî olmasa bile yargı kararlarını uygulamak caizdir.[563]

Şer'î olmayan mahkemenin boşamasını zaruret halinde geçerli görenler bu konuyla ilgili ilmî çalışmalarında bu fetvayı esas almaktadırlar. Böylelikle şer'î olmayan mahkemenin boşamasını zaruret halinde geçerli görenlerin görüşlerini burada tamamlamış bulunmaktayız.

3. ŞER'Î OLMAYAN YARGININ GERÇEKLEŞTİRDİĞİ BOŞANMALARIN GEÇERLİ OLMASI HUSUSU

Başta Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi olmak üzere beşerî hukuk sistemindeki boşamaları caiz gören grubun ortaya koydukları delillerin, kayda değer olduğunu düşünüyoruz. Bu grubun konuyu değerlendirirken; akde bağlılık, şartın bağlayıcılığı, sözleşmeye uymak ve akdin tarafları kapsaması şeklinde değerlendirmelerinin önemli olduğu kanaatindeyiz. Özellikle konuyu kadının zarar görmesine, zaruret ilkesine, tefvîdî talâk prosedürüne ve klasik fetvalara dayandırarak şer'î olmayan mahkemenin kararlarını uygulamanın caiz olduğu çıkarımında bulunmalarının daha da önemli olduğu kanaatini taşıyoruz. Ancak takdire şayan tüm bu ilmî çalışmalarına rağmen bu gruptaki âlimler, görüşlerini

---

[563] http://main.islammessage.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).
نص قرار المجلس الأوروبي للإفتاء في هذا الموضوع
(الدورة الخامسة [4-7 مايو 2000م] (30محرم-3صفر 1421هـ)
القرار 5/3 حكم تطليق القاضي غير المسلم
الأصل أن المسلم لا يرجع في قضائه إلا إلى قاض مسلم أو من يقوم مقامه، غير أنه بسبب غياب قضاء إسلامي حتى الآن يتحاكم إليه المسلمون في غير البلاد الإسلامية، فإنه يتعين على المسلم الذي أجرى عقد زواجه وفق قوانين هذه البلاد، تنفيذ قرار القاضي غير المسلم بالطلاق، لأن هذا المسلم لمّا عقد زواجه وفق هذا القانون غير الإسلامي، فقد رضي ضمناً بنتائجه، ومنها أن هذا العقد لا يحل عروته إلا القاضي. وهو ما يمكن اعتباره تفويضاً من الزوج جائزاً له شرعاً عند الجمهور، ولو لم يصرح بذلك؛ لأن القاعدة الفقهية تقول (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وتنفيذ أحكام القضاء ولو كان غير إسلامي جائز في باب جلب المصالح ودفع المفاسد وحسماً للفوضى، كما أفاده غير واحد من حذاق العلماء كالعز بن عبد السلام وابن تيمية والشاطبي.

delillendirirken çeşitli itirazlara maruz kaldıklarını gördük. Söz konusu grubun görüşlerini "tefvîdî talâk" açısından değerlendirirken günümüzün Mâlikî mezhebinin önde gelen isimlerinden Şeyh Abdullah b. Beyyeh, Türkiye'den Hayrettin Karaman ve Nihat Dalgın'ın itirazlarına maruz kaldıklarını gördük. Mezkûr şahıslar, tefvîdî talâkın açık olması ve daha başka nedenlerden yola çıkarak resmî boşamaların geçerli olmasını tefvîdî talâk açısından değerlendirilemeyeceği görüşünü savunmaktadırlar. Ayrıca Nihat Dalgın, boşanmanın "akit" olmadığını savunarak "akde bağlılık" prensibi içinde değerlendirilemeyeceği düşüncesindedir.

Amerika Şeriat Fakihleri Kurulu, Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisin'in "zaruret" ilkesine binaen, kadının boşanma davası için, beşerî hukuk sisteminin hükmüne başvurabileceği ile ilgili fetvasına karşı çıkmaktadır. Şeriat Fakihleri Kurulu, gerekçesini şöyle ifade etmişti: "*Şayet bir kadın, medenî kanuna göre boşanmışsa kadın, İslâmî merkezlere giderek boşanmayı şer'î açıdan gerçekleştirmek için bu tür hukukî meselelerde ehil âlimlere başvurur. Çeşitli bölgelerdeki İslâmî merkezlerin çokluğu ve kolaylıkla bu merkezlere ulaşılabilmesinden dolayı bu durumda zaruret ilkesi bahane edilemez."*[564] Bu fetva, batılı ülkelerde yaşayan Müslümanlar için verilmiş idi. Bu fetvayı esas alırsak asırlarca İslâm'ın bayraktarlığını yapan ve hilafetin merkezi olan Osmanlı bakiyesi Türkiye'de yaşayan Müslümanlar için öncelikli olarak beşerî hukuk sistemindeki boşamaların geçersiz olmasını gerektirir.

Beşerî hukuk sistemindeki boşamaların geçerli olduğunu kabul eden cenaha yapılabilecek en büyük itiraz, beşerî hukuk sisteminin Allah'ın belirlediği hukuk sistematiğine aykırı olmasıdır. Mevlevî'nin kendisi bile, evlilik birliği içinde anlaşmazlık yaşayan taraflardan birisi, İslâmî olmayan mahkemede dava açarsa ve yargının kararı da İslâm'a aykırı ise şer'î açıdan dava açan kişinin günahkâr olacağını ifade etmişti. Bütün bu değerlendirmeler, beşerî hukuk sistemindeki boşamaların hükmünü geçerli olmasını zayıflatan etkenlerdir.

---

[564] https://islamqa.info/ar/127179 (03.05.2017).

Evlilik birliği içinde çıkan sorunların çözümü için şer‘î kâdının yokluğu halinde onun yerine geçen İslâmî mercilere başvurma fikrini ise klasik ve çağdaş fetvalarının kahir çoğunluğunun desteklediğini çok açık bir şekilde görmüş olduk. Öte yandan bu görüş hiç bir ilim ehli tarafından itiraza uğramamıştır. Resmî boşamaları zaruret vb. sebeplere binaen caiz gören “Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisi”, bile fetvalarında Müslümanlar için asıl olan yargı işlerinde şer‘î kâdıya, yokluğu halinde ise kâdı yerine geçecek İslâmî mercie müracaat etmesini vurgulamaktadırlar. Detaylarını çalışmamızda yer verdiğimiz üzere bütün bu kriterleri göz önüne aldığımızda evlilik birliği içinde sorun yaşayan çiftlerin şer‘î kâdının yokluğu halinde kâdı yerine geçen İslâmî merkezlere başvurmaları gerektiğini çok rahat bir şekilde söyleyebiliriz. Tüm bunlara rağmen meselenin ictihadî olması vb. sebeplerden hareketle Yusuf el-Kârâdâvî gibi ehil, otorite bir âlimin başkanlığını yapmış olduğu Avrupa Fetva ve Araştırmalar Meclisinin fetvasıyla da şartlara binaen amel edilebileceğini de düşünüyoruz.

4. RESMÎ MAHKEME YOLUYLA BOŞANMALARIN TALÂK SAYISI AÇISINDAN GERÇEKLEŞMESİ

Resmî mahkeme yoluyla boşanmaların talâk sayısı açısından değerlendirilmesi, resmî mahkemenin boşamasını geçerli gören ve geçerli görmeyen âlimlerin görüşlerine göre şekillenmektedir.

Kadının sadece şer‘î mahkeme yoluyla boşanmasını caiz gören âlimlere göre kâdı, evlilik birliğine son vermesi halinde, kadın kocasından bir bâin talâk ile boşanır. Söz konusu âlimlere göre resmî mahkemenin boşaması geçersiz olduğu için boşamanın herhangi bir talâk sayısı da gerçekleşmez.[565] Beşerî yargının boşamasını geçerli gören âlimlere göre de kadın, kocasından bâin talâkla boşanır.[566]

---

[565] İbn Nüceym, **el-Bahrü’r-râ’ik,** c. 6, s. 298; İbn Nüceym, **en-Nehrü’l-fâ’ik Şerhu kenzi’d-dekâ’ik**, c. 3, s. 604; İbn Âbidîn, **Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr,** c. 4, s. 175; Cundî, **Muhtasarü’l-allâme Halîl,** s. 131; Mevvâk, **et-Tâc ve’l-iklîl,** c. 5, s. 498; Venşerîsî, **el-Mi‘yârü’l-mu‘rib,** c. 10, s. 102; Hattâb, **Mevâhibü’l-celîl,** c. 4, s. 199; Zürkânî, **Şerhü’z-Zürkânî ‘alâ Muhtasari Halîl,** c. 4, s. 376; Haraşî, **Şerhu Muhtasari Halîl li’l-Haraşî,** c. 4, s. 16; Desûkî, **Haşiyetü’d-Desûkî ‘ale’ş-Şerhi’l-kebîr,** c. 2, s. 519; Sâvî**, Hâşiyetü’s-Sâvî ‘ale’ş-Şerhi’s-sağîr,** c. 2, s. 694; Mâverdî, **el-Hâvi’l-kebîr,** c. 16, s. 8; Cüveynî, **Gıyâsü’l-ümem,** s. 389-

Din İşleri Yüksek Kurulu, resmî mahkemelerdeki yargıç kararıyla gerçekleştirilen boşanmaların "bir bâin talâk" olduğu görüşündedir.[567] *"Mahkeme yoluyla boşanan eşler, dinî hükümlere göre bir bâin talâkla boşanmış olurlar. Zira hâkimin boşaması bâin talâk kabul edilmektedir. Buna göre mahkeme yoluyla boşanan bir kadının –eğer başka bir erkekle evlenmek niyeti varsa-önce iddetini tamamlaması gerekir. İddetini tamamlayan bu kadın, dilerse bir başkası ile evlenebileceği gibi, eski eşinin de istemesi durumunda, yeniden nikâh kıymak suretiyle aile kurabilir. Bu takdirde daha önce başka bir boşama olmamış ise evliliği iki nikâh bağı ile devam eder."*[568] Din İşleri Yüksek Kurulu'nun bu fetvasında resmî mahkemenin gerçekleştirdiği boşamaların, şer'î mahkemenin gerçekleştirdiği boşamalardan hiçbir farkı olmadığı görülmektedir. Zira resmî mahkemenin gerçekleştirdiği boşamaları sonuç açısından değerlendirirken resmî mahkemenin beşerî ya da şer'i yönüne değinmeden şer'î mahkeme ile eşdeğer görülmektedir.

İsmail Mutlu da mahkeme yoluyla gerçekleşen boşanma bağının bir tane olduğunu eşler dilediği takdirde geriye kalan iki bağ ile tekrar evlenebileceklerini söylemektedir.[569]

Bizim bu konuda elde ettiğimiz delillere göre; -daha önce detaylı bir şekilde yer verdiğimiz gibi- şer'î mahkemenin yokluğunda İslâmî mercilerin şer'î mahkeme yerine geçmesi tercihe değer olduğu kanaatini taşıyoruz.[570] Erkeğin "ila"da

---

391; İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297,298; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 499;
https://islamqa.info/ar/(05.04.2017);http://www.masress.com;(03.04.201); http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).

566 Din İşleri Yüksek Kurulu, **Fetvalar,** Diyanet İşleri Başkanlığı Yay. Ankara 2015, s. 446.

567 Aydın, **İlmihal,** c. 2, s. 233.

568 Din İşleri Yüksek Kurulu, **Fetvalar,** s. 446.

569 Mutlu, **Yeni İslam İlmihali,** s. 618.

570 İbn Nüceym, **el-Bahrü'r-râ'ik,** c. 6, s. 298; İbn Nüceym, **en-Nehrü'l-fâ'ik Şerhu kenzi'd-dekâ'ik**, c. 3, s. 604; İbn Âbidîn, **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr,** c. 4, s. 175; Cundî, **Muhtasarü'l-allâme Halîl,** s. 131; Mevvâk, **et-Tâc ve'l-iklîl,** c. 5, s. 498; Venşerîsî, **el-Mi'yârü'l-mu'rib,** c. 10, s. 102; Hattâb, **Mevâhibü'l-celîl,** c. 4, s. 199; Zürkânî, **Şerhü'z-Zürkânî 'alâ Muhtasari Halîl,** c. 4, s. 376; Haraşî, **Şerhu Muhtasari Halîl li'l-Haraşî,** c. 4, s. 16; Desûkî, **Haşiyetü'd-Desûkî 'ale'ş-Şerhi'l-kebîr,** c. 2, s. 519; Sâvî**, Hâşiyetü's-Sâvî 'ale'ş-Şerhi's-sağîr,** c. 2, s. 694; Mâverdî, **el-Hâvi'l-kebîr,** c. 16, s. 8; Cüveynî, **Gıyâsü'l-ümem,** s. 389-391; İbn Hacer el-Heytemî, **el-Fetâva'l-kübrâ,** c. 4, s. 297,298; Şirbînî, **Muğni'l-muhtâc,** c. 4, s. 499;

bulunması/dört ay veya daha fazla karısına yaklaşmayacağına dair yemin etmesi ve nafakayı temin etmede zorluk çekmesi nedenleri dışında hâkim veya onun vekilinin gerçekleştirdiği tüm boşamaların, bir bâin talâk olarak gerçekleşmektedir. Bahsi geçen iki nedenden dolayı hâkim veya onun vekilinin gerçekleştirdiği boşama türünde ise ric'î talâk meydana gelmektedir.[571] Buna göre, şer'î kâdının yokluğunda şer'î kâdı yerine geçen mercilerin gerçekleştirdiği talâk, bâin talâk olarak gerçekleşmektedir.

https://islamqa.info/ar/(05.04.2017);http://www.masress.com;(03.04.201);
http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).

[571] Haraşî, **Şerhu Muhtasari Halîl li'l-Haraşî,** c. 4, s. 16.
(أَنَّ كُلَّ طَلَاقٍ حَكَمَ الْحَاكِمُ أَوْ نَائِبُهُ بِإِنْشَائِهِ فَإِنَّهُ يَكُونُ بَائِنًا إِلَّا الطَّلَاقَ عَلَى الْمُولِي وَالْمُعْسِرِ بِالنَّفَقَةِ فَإِنَّ الطَّلَاقَ عَلَيْهِمَا رَجْعِيٌّ)

SONUÇ

Günümüzde gayri İslâmî hukukun hâkim olduğu birçok ülkede Müslümanlar yaşamaktadırlar. Bu devletlerde yaşayan Müslümanlar ister istemez beşerî mahkemeler ile münasebete geçmekte ve bazı sorunlarla karşılaşmaktadırlar. Bu sorunların başında da beşerî hukuk sistemindeki boşamaların İslâm hukukuna göre hükmü meselesi gelmektedir. Çalışmamızda bu meseleyi irdelemeye çalıştık. Yaptığımız araştırmalar neticesinde, evlilik birliği içinde uyuşmazlık yaşayan eşlerin problemlerini çözüme kavuşturmak için "ihtiyârî tahkîm" denilen yani kendi rızalarıyla hakeme başvurmaları gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Tahkîm müessesesinin işletilmesi hakkında Kur'ân ve sünnet nasları bulunduğundan dolayı kâdının yokluğunda çözüm için başvurulması gereken ilk şer'î yöntemin tahkîm olmasının daha doğru olacağı sonucuna varılmıştır. Bu açıdan taraflardan biri tahkîme gitmeye razı olmazsa, kâdı da yoksa bu durumda eşler arasındaki geçimsizliğe şer'î çözüm için tahkîmin işletilemeyeceği ve tahkîmin fonksiyonunun da bu noktada biteceği öğrenilmiştir. Ancak bazı araştırmacıların 1917 Tarihli Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesine dayanarak tahkîm kuruluna olması gerekenden fazla rol yüklediklerine tanık olunmuştur. Özellikle hakeme en geniş yetkiyi tanıyan Mâlikî mezhebinin görüşlerinden de destek alarak, söz konusu "Kararname"nin şer'î kâdının görevlendirdiği hakem çeşidi olan "mecburî tahkîm" için olduğu belirttilmiştir. Zira bahsi geçen "Kararname" Mâlikî fıkıh ekolüne dayandığı bilgisine ulaşılmıştır. Günümüzde ise şer'î kâdı olmadığından dolayı "mecburî tahkîm"in çözüm rolünden bahsedilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Evlilik birliği içinde fena muamele ve şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde evli çiftlerin çözüm için "tahkîm" dışında başvurabilecekleri iki farklı görüş tespit edilmiştir.

Birinci görüş: Beşerî hukuk sistemindeki boşamaların İslâm hukukuna göre geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu görüşün savunanları, tüm zamanlarda herkesin bildiği, doğrudan konuya temas eden Kur'ân naslarıyla ve başka herkesin aşina olduğu deliller ile bu tür şer'î olmayan boşamaların bir Müslümanı bağlamadığını rahatlıkla ifade etmekte oldukları görülmüştür.

İkinci görüş: Beşerî mahkemenin boşama hususunda verdiği kararın "zaruret" ilkesi ve "kadının zarar görmesi" vs. daha birçok ve oldukça geniş yelpazeli, dolaylı bir şekilde konuya teması sağlanan delillere binaen geçerli görülmüştür. Resmî boşamaları caiz gören kesim, görüşlerini ispat edebilmek için açık bir şekilde zorlandıkları tespit edilmiştir. Bu görüşü savunanların, oldukça fazla çaba harcamak zorundadırlar zira genel olarak şer'î olmayan hukuk sisteminin verdiği hükmün kabul edilmesi, İslâm hukuk doktrininde pek bilindik bir olay değildir. Bundan dolayıdır ki; resmî mahkemelerin boşamalarını geçersiz gören çağdaş fetvaların dengini, oldukça fazla olan klasik döneme ait fetvalar, İslâm fıkıh mirasında bulunup değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Beşerî mahkemelerin boşamalarını geçerli görenlerin görüşlerini destekleyecek, klasik döneme ait fetvalardan ise üç-dört tanesine ulaşılabilinmiştir.

Bizim bu konuda tercihe değer gördüğümüz görüş, beşerî yargı sisteminin boşama hakkında verdiği kararın geçerli olmadığı yönündeki birinci görüştür. Öte yandan söz konusu görüşün temsilcileri, evlilik birliği içinde fena muamele ve şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde, tarafları çözüm için kâdı yerine geçecek İslâmî mercilere yönlendirdikleri tespit edilmiştir. İslâmî merciler; kolektif olarak ehil âlimlerden oluşan fıkhî kurumlar, İslâmî merkezler, Müslümanların cemaati, ülkenin salih kimseleri vb. olabildiği gibi, bireysel olarak yörenin en âlim olan kimsenin olabileceğini, âlim birinin olmaması halinde ise bir yerleşim biriminde Müslümanlar tarafından lider kabul edilen kişi vs. olabileceği sonucuna varılmıştır.

Bu görüşü savunanları şer‘î kâdının yokluğunda ve kâdının yerine geçen mercilerin de bulunamaması halinde ise fâsık olan bir kimseye bile başvurulabileceği bilgisine ulaşılmıştır. Ancak bu ekole ait ne klasik dönem fetvalarında ne de çağdaş fetvalarında hiçbir şekilde şer‘î olmayan hükme başvurulabileceği kararına şahit olunmamıştır. Klasik ve çağdaş döneme ait fetvalarda, taraflar arasında problemler baş gösterdiğinde kâdının yokluğunda kâdı yerine geçecek mercilere başvurulması gerektiği konusu, çok bilindik olmasına rağmen ülkemizde bilimsel çalışmalarda bu hususa değinilmediği görülmüştür. Dolayısıyla bu yönüyle, çalışmamızın bilim dünyasında daha derin ve yeni bilimsel çalışmalara kapı aralaması ümidiyle katkı sağlamasını temenni ediyoruz.

Şunu da ifade etmeliyiz ki; İslâm hukuk sistemine göre hâkimin bulunamaması halinde beşerî mahkemenin boşama kararını caiz gören ikinci görüş ile de amel edilebileceği sonucuna varılmıştır. Nihayet konumuzun kapsamı ictihadî olduğu için “zaruret-maslahat” dengesi içinde nisbeten daha zayıf olan görüş ile de amel edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Bizler, normalde beşerî hukuk sistemindeki boşamaları doğrudan geçersiz kabul ediyor iken ikinci görüşün temsilcilerinin ortaya koydukları delilleri, bizi ikinci görüş ile de amel edilebileceği fikrine itmiştir. Zira her iki grup âlimlerinin delilleri takdire şayan olup sadece birinci görüşün güçlü, ikinci görüşün nisbeten daha zayıf olduğu sonucuna varılmıştır. Zaten ikinci görüşü savunanlar da bu meselede asıl olanın şer‘î kâdıya başvurmaları, kâdının yokluğu halinde ise şer‘î hâkim yerine geçecek İslâmî mercie müracaat etmek olduğunu fetvalarında açıkça dile getirmiş olmaları bizi, tercih ettiğimiz görüşün daha güçlü olduğu sonucuna götürmektedir. İkinci görüşü savunanları, batı dünyasında olduğu gibi İslâm hukuk düzeninin yokluğu halinde “zarurete” binaen kendilerince başka çıkış yolu bulamadıklarından dolayı beşerî mahkemeye başvurmayı caiz görmüşlerdir. Tarafların İslâmî mercilere ulaşması mümkün ise her iki ekolün görüş birliğiyle, bu durumda beşerî yargı sistemine başvurulmasının caiz olmadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla ikinci görüş sahipleri de bu konuda kâdı yerine geçecek İslâmî mercie müracaat etmenin

tercihe değer olduğunu dolaylı da olsa kabul etmektedirler. Sonuç itibariyle iki grup âlimlerin fetvalarında şaz veya bâtıl fetva söz konusu değildir.

Öte yandan bir mahkemenin beşerî olması için hâkimin Müslüman veya gayri müslim olmasına bakılmaksızın bu konuda temel ölçüt İslâm hukuk sistemi dışındaki kanunlara göre hükmetmesi olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla batıdaki gayri müslim bir hâkimin kararı ile Türkiye'deki bir hâkimin kararı arasında hiç bir fark olmadığı sonucuna açıkça varılmıştır.

Son olarak; gayri İslâmî bir hukuk sisteminde yaşayan Müslüman eşlere önerimiz şudur: Evlilik birliği içinde fena muamele ve şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde evli çiftler, çözüm için ehil olan İslâmî fetva kurumlarına başvurarak aralarındaki problemleri çözmeleri gerekmektedir. Zira "Amerika Şeriat Fakihleri" ile "İslâm Birliği" adlı fetva kurumlarının ortaklaşa verdikleri fetvalarında, şer'î hâkimin yokluğunda bir Müslüman kadının kocasından boşandırılmasının geçerli olması, şer'î mercilerle gerçekleşeceği vurgulanmıştır. İslâmî merkezlerin verdikleri hükümlerin uygulanmasını sağlayan geçmiş asırlarda olduğu gibi müeyyidesi olan "hisbe" gibi bir teşkilatı bulunmadığı belirtilmiştir. Bir başka deyişle bahsi geçen fetva kurumları, kadın için şer'î hüküm verildikten sonra, devlet gücüyle bu hakkı elde etmek amacıyla beşerî mahkemede dava açılmasına cevaz verdikleri anlaşılmıştır. Bu grup âlimler, *İslâmî merkezleri kâdı/karar mercii, resmî mahkemeyi ise bu şer'î kararın uygulayıcısı konumundaki kolluk kuvveti olarak gördükleri tespit edilmiştir.* Kadın, beşerî yargıda açılan bu davada İslâmî merkezlerin kendisi için tayin ettiği sadece şer'î hakkını alacağı sonucuna ulaşılmıştır. Şayet beşerî hukuk sistemi, İslâmî kuruluşların kadın için belirlediği haktan daha fazlasını kararlaştırırsa kadının bunu alması zulüm olup caiz olmadığı öğrenilmiştir.

KAYNAKCA

AÇIK, Fatma, **İslâm Hukukunda Tahkîm Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi,** (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Konya 2006.

ADEVÎ, Ebü'l-Hasan Ali b. Ahmed b. Mükerrem es-Saîdî (ö. 1189/1775), **Hâşiyetü'l-Adevî 'alâ Şerhi kifâyeti't-tâlibi'r-Rabbânî 1-2,** Dârü'l-fikr, Beyrut 1414/1994.

AHMED b. HANBEL, Ebû Abdillâh b. Muhammed b. Hilâl b. Esed eş-Şeybânî el-Mervezî (ö. 241/855), **Müsnedü'l-İmam Ahmed b. Hanbel 1-45,** Müessesetü'r-risâle, Yayın yeri yok 1421/200.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, "Hakem", **Diyanet İslâm Ansiklopedisi,** c. 15, TDV Yay. Ankara 2013.

AKTAN, Hamza, "Kur'ân'a Göre Boşanma Prosedürü", **Dinî Araştırmalar,** 2002, c. 5, s.a. 5-16, http://dergipark.gov.tr/download/article-file/51702 (03.07.2017).

ATAR, Fahrettin, "Kadı", **Diyanet İslâm Ansiklopedisi,** TDV Yay. c. 24, Ankara 2013.

AYDIN, M. Akif, **İlmihal 1-2,** TDV Yay. Ankara 2010.

AYN, mad. "Kadâ'", Dâr ve mektebetü'l-hilâl, Yayın yeri yok 2010.

BÂCÎ, Ebü'l-Velîd Süleymân b. Halef b. Sa'd b. Eyûb b. Vârıs et-Tücîbî el-Kurtubî el-Endelüsî (ö. 474/1082), **el-Müntekâ Şerhü'l-muvattâ 1-7,** Matbaatü's-saâde, bi civâri muhafazati Mısr 1332/1914.

BARDAKOĞLU, Ali, "Fesih", **Diyanet İslâm Ansiklopedisi,** TDV Yay. c. 12, Ankara 2013.

BEGAVÎ, Ebû Muhammed Muhyissünne el-Hüseyn b. Mes'ûd b. Muhammed el-Ferrâ' eş-Şâfiî (ö. 516/1122), **Şerhu's-sünne 1-15,** el-Mektebü'l-İslâmî, Dımaşk/Beyrut, 1403/1983.

BEYHAKÎ, Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyn b. Alî b. Mûsâ el-Hüsrevcirdî el-Horâsânî (ö. 458/1066), **es-Sünenü'l-kübrâ 1-10,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Lübnan/Beyrut 1424/2003.

BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö. 1971), **Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu 1-8,** Ravza Yay. İstanbul 2013, c. 8.

BUHÂRÎ, Alâüddîn Abdülazîz b. Ahmed b. Muhammed el-Hanefî (ö. 730/1330), **Keşfü'l-esrâr Şerhu Usûli'l-Pezdevî 1-4,** Dârü'l-kitâbi'l-İslâmî, Yayın yeri yok Tarih yok.

BUHÂRÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl el-Cu'fî (ö. 256/870), **el-Câmi'ü'l-müsnedü's-sahîh el-Muhtasaru min umûri Rasûlullâhi sallallâhu aleyhi ve's-sellem ve sunenihi ve eyyâmih/Sahihü'l-Buhârî 1-9,** Dârü't-tavki'n-necat, Yayın Yeri Yok 1422/2001.

BUHÛTÎ, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn b. Hüseyin b. İdris el-Hanbelî (ö. 1051/1641), **Keşşâfü'l-kinâ' 'an metni'l-ikna' 1-6,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Yayın yeri yok Tarih yok.

CESSÂS, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî el-Hanefî (ö. 370/981), **Ahkâmü'l-Kur'ân 1-5,** Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut 1405/1985.

CÜNDÎ, Ziyâüddîn Ebü'l-Mevedde (Ebü's-Safâ, Ebü'z-Ziyâ) Halîl b. İshâk b. Mûsâ el-Mâlikî el-Mısrî, (ö. 776/1374), **Muhtasarü'l-Allâme Halîl,** Dârü'l-hadis, Kahire 1426/2005.

CÜVEYNÎ, İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rüknüddîn Abdülmelik b. Abdillâh b. Yûsuf b. Muhammed et-Tâî en-Nîsâbûrî (ö. 478/1085), **Gıyâsü'l-ümem fi iltiyâsi'z-zulem/el-Gıyâsî,** Mektebetu İmâmi'l-Harameyn, Yayın yeri yok 1401/1980.

……, **Kitâbü't-telhîs fî Usûli'l-fıkh 1-3,** Dârü'l-beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut Tarih yok.

ŞELEBÎ, Mustafâ (ö. 1403/1983), **Ahkamü'l-üsra fi'l-üsra dirâse mukârene beyne Fıkhi'l-mezâhibi's-Süniyye ve'l-mezhebi'l-Ca'feri ve'l-kânûn,** ed-Dârü'l-câmi'iyye, Beyrut 1403/1983.

DALGIN, Nihat, "Boşanma ile İlgili Dinî Hükümlere Yeni Yaklaşım ve Yorumlar", **Küreselleşen Dünyada Aile,** (Kutlu Doğum 2009), s.a. 289-305.

……, **İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi,** Marmara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yay. İstanbul 2001.

DESÛKÎ, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe (ö. 1230/1815) **Haşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebîr 1-4,** Dârü'l-fikr, Yayın yeri yok Tarih yok.

DİN İŞLERİ YÜKSEK KURULU, **Fetvalar,** Diyanet İşleri Başkanlığı Yay. Ankara 2015.

DÖNDÜREN, Hamdi, "Kadının Evlenmesi ve Boşanması-II", **Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı 1-2,** DİB. Yay. Ankara 2004.

EBÛ DÂVÛD, Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk b. Beşîr b. Şeddâd b. Amr es-Sicistânî el-Ezdî (ö. 275/889), **Sünen-u Ebî Dâvûd 1-4,** el-Mektebetü'l-asriyye, Saydâ-Beyrut Tarih yok.

EBÛ YA'LÂ el-FERRÂ', el-Kâdî Muhammed b. el-Hüseyn b. Muhammed b. Halef (ö. 458/1066), **el-Ahkâmü's-sultâniyye li'l-Ferrâ',** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut Lübnan 1421/2000.

ENSÂRÎ, Abdülhamîd İsmâil, "Ehlü'l-hal ve'l-akd", **Diyanet İslâm Ansiklopedisi,** TDV Yay. c. 10, Ankara 2013.

GAZZÂLÎ, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed et-Tûsî (ö. 505/1111), **el-Müstasfâ min İlmi'l-usûl 1-4,** Şeriketü'l-Medineti'l-Münevvere, Yayın yeri yok 1429/2008.

……....., **el-Vasît fi'l-Mezheb 1-7,** Dârü's-selâm, Kahire 1417/1997.

GÖNENÇ, Halil Abdülkerim, el-Kadâ' fi'l-İslâm ve Rafu'l-kadâ'yâ ile'l-kavânîni'l-vadi'ye, **Râbitatü'l-âlemi'l-İslâmî el-Mecme'ü'l-fıkhi'l-İslâmî,** Mekke 19-23 muharrem 1432/25-29 Aralık 2010, s.a. 1-13.

HÂKİM en-NÎSÂBÛRÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed Hamdeviyye b. Nuaym (ö. 405/1014), **el-Müstedrek 'ala's-Sahiheyn 1-4,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 1411/1990.

HARAŞÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Alî el-Mâlikî (ö. 1101/1690), **Şerhu Muhtasari Halîl li'l-Haraşî 1-8,** Dârü'l-fikr li't-tibâ'a, Beyrut Tarih yok.

HATTÂB, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahmân et-Tarablusî el-Mağribî er-Ruaynî el-Mâlikî, (ö. 954/1547), **Mevâhibü'l-celîl li-şerhi Muhtasarı Halîl 1-6,** Dârü'l-fikr, Yayın yeri yok 1412/1992.

HEYKEL, Muhammed Hîyr, **el-Cihâd ve'l-kitâl fî Siyâseti'ş-şeri'yye 1-3, (**Basılmamış Doktora Tezi, Külliyetü'l-İmâmi'l-Evzâ'î li dirâsâti'l-İslâmiyye), Beyrut 1412/1992.

İBN ABDÜL BER, Ebû Ömer Cemâlüddîn Yûsuf b. Abdillâh b. Muhammed en-Nemerî el-Kurtubî (ö. 463/1071) (ö. 463/1071), **el-İstizkâr 1-9,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 1421/2000.

İBN ABDÜSSELÂM, Ebû Muhammed İzzüddîn Abdülazîz b. Ebi'l-Kâsım b. el-Hasan es-Sülemî ed-Dımaşkî (ö. 660/1262), **Kavâ'idü'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm 1-2**, Mektebetü'l-külliyâti'l-Ezheriyye, Kahire 1414/1991.

İBN ÂBİDÎN, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî el-Hanefî (ö. 1252/1836), **Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr 1-6,** Dârü'l-fikr, Beyrut 1412/1992.

İBN CÜZEY, Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Abdillâh el-Kelbî el-Gırnâtî (ö. 741/1340), **el-Kavânînü'l-fıkhiyye,** Yayın Evi Yok, Yayın yeri yok Tarih yok.

İBN EBÜ'd-DEM, Ebû İshâk Şihâbüddîn İbrâhîm b. Abdillâh b. Abdilmün'im b. Alî el-Hemdânî el-Hamevî, **Kitâbu edebi'l-kadâ',** Dârü'l-irşâd, Bağdat 1405/1984.

İBN FERHÛN, Ebü'l-Vefâ (Ebû İshâk) Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed el-Ceyyânî el-Ya'merî el-Medenî (ö. 799/1397), **Tebsıratü'l-hükkâm fî usûli'l-akzıye ve menâhici'l-ahkâm 1-2,** Mektebetü'l-külliyâti'l-Ezheriyye, Yayın yeri yok 1406/1986.

İBN HACER el-HEYTEMÎ, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed b. Muhammed (ö. 974/1567), **el-Fetâva'l-kübra'l-fıkhiyye 1-4,** Mültezimü't-tab' ve'n-neşr Abdülhamîd Ahmed Hanefî bi şâri' el-meşhed el-Hüseynî rakam:18, Mısır Tarih yok.

……., Tuhfetü'l-muhtâc bi şerhi'l-Minhâc 1-10, el-Mektebetü't-ticâriyyeti'l-kübrâ, Mısır 1357/1983.

İBN HAZM, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd el-Endelüsî el-Kurtubî (ö. 456/1064), **el-Muhallâ bi'l-âsâr 1-12,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 2003.

İBN KAYYİM el-CEVZİYYE, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyûb b. Sa‘d ed-Dımaşkî el-Hanbelî (ö. 751/1350), **Zâdü’l-me‘âd fî hedyi hayri’l-‘Îbâd 1-5,** Müessesetü’r-risâle/Mektebetü’l-menâr, Beyrut/Kuveyt 1415/1994.

İBN KUDÂME, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed el-Makdisî ed-Dımaşkî (ö. 620/1223), **el-Muğnî li İbn Kudâme 1-10,** Mektebetü’l-Kâhire, Yayın yeri yok 1388/1968.

İBN MÂCE, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvînî (ö. 273/887), **Sünenu İbn Mâce 1-2,** Dâru ihyâi’l-kütübi’l-Arabiyye/Faysal Îsâ el-Bâbî el-Halebî, Yayın yeri yok Tarih yok.

İBN NÜCEYM, Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm b. Muhammed el-Hanefî el-Mısrî (ö. 1005/1596), **en-Nehrü’l-fâ’ik Şerhu kenzi’d-dekâ’ik 1-3,** Dârü’l-kütübi’l-ilmiyye, Yayın yeri yok 1422/2002.

İBN NÜCEYM, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî (ö. 970/1563), **el-Eşbâh ve’n-nezâ’ir ‘alâ mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu‘man,** Dârü’l-kütübi’l-ilmiyye, Beyrut/Lübnan, 1419/1999.

……., **el-Bahrü’r-râ’ik Şerhu kenzi’d-dekâ’ik 1-7**, Dârü’l-kitâbi’l-İslâmî, Yayın yeri yok Tarih yok.

İBN RÜŞD, Ebü’l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî el-Endelüsî (ö. 520/1126), **Bidâyetü’l-müctehid ve Nihâyetü’l-müktesid 1-4,** Dârü’l-hadis, Kahire 1425/2004.

İBN TEYMİYYE, Ebü’l-Abbâs Takıyyüddîn Ahmed b. Abdilhalîm b. Mecdiddîn Abdisselâm el-Harrânî (ö. 728/1328), **Mecmû‘u Fetâvâ 1-35,** Mecme‘ el-Melik Fehd li tibâ‘atı’l-Mushafi Şerif, el-Medinetü’n-Nebeviyye el-Memleketü’l-Arabiyyeti’s-Su‘ûdiyye 1416/1995.

İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdulvâhid b. Abdülhamîd es-Sivâsî el-İskenderî (ö. 861/1457), **Fethü'l-kadîr li'l-'âcizi'l-fakîr 1-8,** Matba'atü'l-kübrâ el-Emiriyye bi bulâk Mısri'l-Mahmiyye 1316/1899.

İLHAN, Cengiz, **Günümüz Türkçesi'yle Mecelle (**Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye**),** yetkin yayınları Ankara 2011.

İSBEHÂNÎ, Ebû'l-Kâsım İsmâîl b. Muhammed b. el-Fadl b. Alî el-Kureşî et-Teymî (ö. 535/1141), **el-Hüccetu fî Beyâni'l-mehacce ve şerhu akideti Ehli's-sünne 1-2,** Dârü'r-râye, es-Su'ûdî/Riyad 1419/1999.

İSMÂÎL, Muhammed Bekr, **el-Kavâidü'l-Fıkhiyye beyne'l-asâle ve't-tevcîh,** Dârü'l-menar, Yayın yeri yok 1997.

İTYÛBÎ, Muhammed b. Ali b. Âdem el-Vellevî, **Zâhiretü'l-ukbâ fî şerhi'l-Müctebâ/Şerhu süneni'n-Nesâ'î 1-42,** Dârü'l-mi'raci'd-devliyyeti li'n-neşr/Dâr âl-Brûm li'n-neşr ve't-tevzi', Yayın yeri yok Tarih yok.

KÂMÛSÜ'L-MUHÎT, mad. "Kadâ'", Dârü'l-gad'di'l-cedîd, Kahire 1435/2014.

KARÂFÎ, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mâlikî el-Mısrî (ö. 684/1285), **Envârü'l-burûk fî envâi'l-furûk 1-4,** Âlemü'l-kütüb, Yayın yeri yok Tarih yok.

KÂSÂNÎ, Ebû Bekr Alâüddîn b. Mes'ûd b. Ahmed (ö. 587/1191), **Bedâ'i'u's-sanâ'i' fî tertibi'ş-şerâ'i' 1-7,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Yayın yeri yok 1406/1986.

KOMİSYON, "Fesh", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Kuveytiyye 1-45,** c. 32, Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006.

……., "Furka", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Kuveytiyye 1-45,** c. 32, Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006.

……., "Hul'", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Kuveytiyye 1-45,** c. 19, Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006.

……., "Kadâ'", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Kuveytiyye 1-45,** c. 33, Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006.

……., "Tahkîm", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Kuveytiyye 1-45**, c. 10, Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006.

……., "Talâk", **el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye el-Kuveytiyye 1-45,** c. 29, Dârü's-selâsil /Dârü's-safve/Tab'ül-Vizâre, Küveyt/Mısır 1404-1427/1983-2006.

KOMİSYON, **el-Fetâva'l-Hindiyye,** Dârü'l-fikr, Yayın yeri yok 1310/ 1893.

KOMİSYON, **Günümüz Meselelerine Fetvalar,** TDV Yay. Ankara 1996.

KOMİSYON, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, (Yayına hazırlayan ve notlar ekleyen Bessâm Abdülvehhâb el-Câbî), Dâru İbn Hazm, Beyrut Lübnan Yayın Tarihi yok.

KOMİSYON, Osmnalı Hukûk-ı Aile Kararnâmesi (Yayına hazırlayan ve notlar ekleyen Orhan Çeker), Mehir Vakfı Yayınları, Selçuklu/Konya 2012.

KURTUBÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh Şemsüddîn el-Ensârî (ö. 671/1273), **el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân 1-20,** Dârü'l-kütübi'l-Mısriyye, Kahire 1384/1964.

LİSÂNÜ'L-ARAB, Dâru sâdır, Beyrut 1414/2010.

LİV, Cemil, **İslâm Aile Hukukunda Evlilik Akdinin ve Boşanmanın Tescili,** (Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2014.

MÂVERDÎ, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî (ö. 450/1058), **el-Ahkâmü's-sultâniyye,** Dârü'l-hadis, Kahire Tarih yok.

……..……., el-Hâvi'l-kebîr fî fıkhi mezhebi'l-İmâmi'ş-Şâfiî 1-19, Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Lübnan/Beyrut 1419/1999.

MERGÎNÂNÎ, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî (ö. 593/1197), **el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedi 1-4,** Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, Lübnan/Beyrut Tarih yok.

MERVEZÎ, Ebü'l-Muzaffer Mansûr b. Muhammed b. Abdilcebbâr b. Ahmed es-Sem'ânî et-Temîmî el-Hanefî sümme eş-Şâfiî (ö. 489/1096), **el-İntisâru li ashâbi'l-hadîs,** Mektebetu edvâi'l-menâr, es-Su'ûdiyye 1417/1996.

MEVVÂK, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yûsuf b. Ebi'l-Kâsım b. Yûsuf el-Abderî el-Gırnâtî (ö. 897/1492), **et-Tâc ve'l-iklîl li Muhtasari Halîl 1-8,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Yayın yeri yok 1416/1994.

MEYDÂNÎ, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde b. İbrahim el-Guneymî ed-Dımaşkî (ö. 1298/1881), **el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb 1-4,** el-Mektebetü'l-ilmiyye, Beyrut/Lübnan Tarih yok.

MİNYÂVÎ, Şeyh Muhammed Bedr, "Mebdeü't-tahkîm fî'l-fıkhi'l-İslâmî", Mecelletu Mecme'i'l-fıkhi'l-İslâmî, Ebû Zabî 1-6 zi'l-kade 1415/1-6 Nisan 1995, s.a. 359-372.

MUHAMMED İLÎŞ, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Mısrî (ö. 1299/1882), **Minehü'l-celîl şerhu Muhtasari Halîl 1-9,** Dârü'l-fikr, Beyrut 1409/1989.

MUHTÂRÜ'S-SİHÂH, mad. "el-Kadâ'", el-Mektebetü'l-asriyye/ed-Dârü'n-nemuzeciyye, Beyrut/Sayda 1420/1999.

MUTLU, İsmail, **Günümüzün Meseleleri ve Hikmetleriyle Yeni İslâm İlmihali,** Yeni Asya Neşriyat, İstanbul 2003.

MÜBÂREK, Muhammed, **Nizâmü'l-İslâm/el-hükmu ve'd-devle,** Dârü'l-fikr, Yayın yeri yok 1409/1989.

MÜCMELÜ'L-LUGA Lİ İBN FÂRİS, mad. "Kadâ'", Müessesetü'r-risâle, Beyrut 1406/1986.

MÜSLİM, Ebü'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc el-Kuşeyrî (ö. 261/875), **el-Müsnedü's-sahîh el-Muhtasaru bi nakli'l-'adli 'ani'l-'adli ilâ Rasûlillâhi sallâllahu aleyhi ve's-sellem 1-5,** Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut Tarih yok.

NESÂÎ, Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî el-Horâsânî (ö. 303/915), **el-Müctebâ mine's-sünen/es-Sunenü's-suğrâ li'n-Nesâî 1-9,** Mektebü'l-matba'atü'l-İslâmiyye, Halep 1406/1986.

NEVEVÎ, Ebû Zekeriyyâ Mühyiddîn Yahyâ b. Şeref b. Mürî (ö. 676/1277), **Ravzatü't-tâlibîn ve 'umdetü'l-müftîn 1-12,** el-Mektebü'l-İslâmî, Beyrut/Dımaşk/Ammân 1412/1991.

ÖMERÎ, Eşref Yahyâ Reşîd, **Nezariyyetü't-tefriki'l-kadâ' beyne'z-zevceyn Dirâsetun te'siliyyetün ve'l-mukârene,** (Doktora Tezi, el-câmi'etü'l-Ürdüniyye kulliyetü'd-dirâsâti'l-ulyâ), Ürdün 2005.

SÂÂTÎ, Ahmed b. Abdirrahmân b. Muhammed el-Bennâ (1884-1958), **el-Fethu'r-rabbânî li-tertîbi müsnedi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî,** Dâru İhyai't-türasi'l-Arabî, Yayın yeri yok Tarih yok.

SÂBÛNÎ, Muhammed 'Alî (ö. 1437/2015), **Safvetü't-tefâsîr tefsîr li'l-Kur'âni'l-Kerîm câmi' beyne'l-me'sûr ve'l-ma'kûl 1-3,** Dârü'l-fikr, Lübnan/Beyrut1420/2000.

SÂVÎ, Ebü'l-Abbas Ahmed b. Muhammed el-Mâlikî el-Halvetî (ö. 1241/1825) **Bulgatü's-sâlik li akrabi'l-mesâlik/Hâşiyetü's-Sâvî ala'ş-Şerhi's-sağîr 1-4,** Dârü'l-meârif, Yayın yeri yok Tarih yok.

SIBTÎ, İ'yâz b. Mûsâ b. İ'yâz b. Amrûn el-Yahsebî (ö. 544/1149), **et-Tenbîhâtü'l-müstenbete 'ale'l-Kütübi'l-müdevvene ve'l-muhteleta 1-3,** Dâru İbn Hazım, Lübnan/Beyrut 1432/2011.

SÜBKÎ, Ebü'l-Hasen Takıyyüddîn Alî b. Abdilkâfî b. Alî b. Temmâm (ö. 756/1355), **Fetâva's-Sübkî 1-2,** Dârü'l-me'ârif, Yayın yeri yok Tarih yok.

SÜYÛTÎ, Mustafâ b. Sa‘d b. Abduh el-Hanbelî (ö. 1243/1827), **Metâlibu ûli’n-nuhâ fî şerhi Gâyeti'l-müntehâ 1-6,** el-Mektebü’l-İslâmî, Yayın yeri yok 1415/1994.

ŞÂFİÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs b. Abbâs b. ‘Osmân b. Abdilmuttalib b. Abdimenâf el-Muttalibî el-Kureşî el-Mekkî (ö. 204/820), **el-Üm 1-8,** Dârü’l-ma‘rife, Beyrut 1410/1990.

ŞEYHÎZÂDE, Damad Efendi Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman (ö. 1078/1667), **Mecma‘u’l-enhur fî şerhi Multeka’l-ebhur 1-2,** Dâru ihyai’t-türâsi’l-Arabî, Yayın yeri yok Tarih yok.

ŞİRBÎNÎ, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şâfiî (ö. 977/1570), **Muğni’l-muhtâc ilâ ma‘rifeti me‘ânî elfâzi’l-Minhâc 1-6,** Dârü’l-kütübi’l-ilmiyye, Yayın yeri yok 1415/1994.

ŞİRVÂNÎ, Abdulhamîd b. Hüseyin ed-Dâğıstânî (ö. 1300/1882), **Hâşiyetü’ş-Şirvânî 1-10,** el- Mektebetü’t-ticâriyyeti’l-kübrâ, Mısır 1357/1983.

T.C. DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI, Sonuç Bildirgesi, **Güncel Dinî Meseleler İstişare Toplantısı 1-2,** DİB. Yay. Ankara 2004.

TABERÂNÎ, Ebü’l-Kâsım Müsnidü’d-dünyâ Süleymân b. Ahmed b. Eyûb eş-Şâmî (ö. 360/971), **el-Mu‘cemü’l-kebîr 1-25,** Mektebetu İbn Teymiyye, Kahire 1415/1994.

TABERÎ, Ebû Ca‘fer Muhammed b. Cerîr b. Yezîd b. Gâlib el-Âmülî el-Bağdâdî (ö. 310/923), **Câmi‘u’l-beyân ‘an te’vîli âyi’l-Kur’ân 1-24,** Muessesetü’r-risâle, Yayın yeri yok 1420/2000.

……, **Muhtasaru tefsîri’t-Taberî 1-6,** İhtisar ve Tahkik, Muhammed ‘Alî es-Sâbûnî, Sâlih Ahmed Rızâ, Çev. Mehmet Keskin, Ümit Yay.

TİRMİZÎ, Ebû Îsâ Muhammed b. Îsâ b. Sevre b. Mûsâ b. Dehhâk (ö. 279/892), **Sunenü't-Tirmizî 1-5,** Şeriketu mektebeti ve matbe'ati Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Mısır 1395/1975.

VENŞERÎSÎ, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Yahyâ et-Tilimsânî el-Fâsî (ö. 914/1508), **el-Mi'yârü'l-mu'rib ve'l-câmi'u'l-muğrib 'an Fetâvâ 'ulemâ'i ehli İfrîkiyye ve'l-Endelüs ve'l-Meğrib 1-10,** Neşru Vizâreti'l-evkâf ve'ş-şuûni'l-İslâmiyye li'l-memleketi'l-Meğribiyye/Dârü'l-garbi'l-İslâmî, Ribat/Beyrut 1401/1981.

YAZIR, Elmalılı Muhammed Hamdi (ö. 1942), **Hak Dini Kur'ân Dili 1-10**, Zehraveyn Yayıncılık, Sadeleştirenler, İsmail Karaçam, Nusrettin Bolelli, Emin Işık, Abdullah Yücel.

YILDIRIM, Mustafa, **İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim,** İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay./Tibyan Yayıncılık, İzmir Tarih yok, s. 56.

……., "Tahkîm", **Diyanet İslâm Ansiklopedisi,** TDV Yay. Ankara 2013.

YILMAZ, İbrahim ,"Türk Medenî Kanunu'na (TMK) Göre Gerçekleşen Boşanmaların İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **İslâm Hukûku Araştırmaları Dergisi,** 2009, s.a. 267-290, http://www.İslâm hukuku.com/Uploads/Sayilar/İslâm %20hukuku%20dergisi%2014284.pdf (22.03.2017).

YÜKSEK, Ali, İslâm Aile Hukukunda Boşama Yetkisi ve Kadının Boşanması, "**Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi",** 2017, c. 7, s.a. 340-354, http://www.sosyalarastirmalar.com/cilt7/sayi32_pdf/4ilahiyat/yuksek_ali.pdf (06.06.2017).

ZEMAHŞERÎ, Ebü'l-Kâsım Mahmûd b. Amr b. Ahmed (ö. 538/1144), **el-Keşşâf 'an hakâ'ıkı gavâmizi't-tenzîl 1-4,** Dâru'l-Kitabi'l-Arabî, Beyrut 1407/1987.

ZERKÂ, Ahmed b. Muhammed b. Osmân el-Halebî (1357/1938), **Şerhü'l-kavâ'idi'l-fıkhiyye,** Dârü'l-kalem, Dımaşk 1409/1989.

ZEYDÂN, Abdülkerîm (ö. 1435/2014), **Nizâmü'l-kadâ' fi'l-İslâm**, Muessesetü'r-risâle, Beyrut 1989.

ZİRİKLÎ, Ebû Gays Muhammed Hayrüddîn b. Mahmûd b. Muhammed b. Alî b. Fâris ed-Dımaşkî (ö. 1396/1976), **el-A'lâm 1-8,** Dârü'l-ilim lil-Melâyîn, Yayın yeri yok 1423/2002.

ZUHAYLÎ, Vehbe (ö. 1436/2015), **el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuh 1-11**, Darü'l fikr, Dımaşk 1427/2006.

ZÜRKÂNÎ, Ebû Muhammed Abdülbâkî b. Yûsuf b. Ahmed el-Mısrî (ö. 1099/1688), **Şerhü'z-Zürkânî 'alâ Muhtasari Halîl 1-8,** Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Lübnan/Beyrut 1422/2002.

http://binbayyah.net/arabic/archives/144 (03.04.2017).

http://fatawaalsawy.com/%D8%A7%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82/%D8%AA%D8%B7%D9%84%D9%8A%D9%82%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A%D8%BA%D9%8A%D8%B1%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%8%D8%A7%D9%85%D8%B1%D8%A3%D8%A9%D9%8B%D9%85%D9%86%D8%B2%D9%88%D8%AC%D9%87%D8%A7%D8%A7%D9%84%D9%85 (03.04.2017).

http://fatwa.İslâm web.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=161759 (13.03.2017).

http://m.sorularlaİslâmiyet.com/index.php?oku=185128 (01.03.2017).

http://main.İslâm message.com/newspage.aspx?id=4658 (07.05.2017).

http://www.cevaplar.org/index.php?content_view=5513&ctgr_id=45 (05.02.2017).

http://www.e-cfr.org/%D9%85%D9%86-%D9%86%D8%AD%D9%86/ (03.04.2017).

http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00163.htm (05.02.2017).

http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0161.htm (05.02,2017).

http://www.İslâm hukuku.com/Uploads/Sayilar/İslâm %20hukuku%20dergisi%2014284.pdf (22.03.2017).

http://www.İslâm today.net/bohooth/artshow-86-6715.htm (27.02.2017) .

http://www.masress.com/akidaty/1312240405 (03.04.2017).

http://www.sosyalarastirmalar.com/cilt7/sayi32_pdf/4ilahiyat/yuksek_ali.pdf (06.06.2017).

http://www.yenisafak.com/yazarlar/detayscroll/7996?n=1 (05.06.2017).

https://ar.wikipedia.org/wiki/% (02.04.2016).

https://İslâm qa.info/ar/135052 (20.03.2017).

https://www.amjaonline.org/ar/leadership-council (03.04.2017).

https://www.facebook.com/m.alhamedi/posts/793327307406011 (07.06.2017).