

PAPER DETAILS

TITLE: İslam Aile Hukukunda Sıddetli Geçimsizlik (Sikâk) Durumunda Hakem Tayini ve Tayin Edilen Hakemlerin Yetkileri

AUTHORS: Suat ERDOĞAN

PAGES: 45-57

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/369641>

**İslam Aile Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik (Şikâk) Durumunda
Hakem Tayini ve Tayin Edilen Hakemlerin Yetkileri**

Suat Erdoğan*

Öz

Kur'an'da şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanma durumuna gelenleri uzlaştırmak için tarafların ailelerinden birer hakem tayini önerilmektedir. Bu makale, son dönemlerde aile meclisi olarak da nitelendirilen, hakem heyetinin yetki ve sorumluluklarını incelemektedir. Öncelikle, Nisa Suresi 35. Ayeti kapsamında klasik ve çağdaş tefsirlerde dile getirilen değerlendirmelere yer verilmekte, daha sonra Sünnet'teki uygulamalar ele alınmaktadır. Fıkıh ekollerinin konuyla ilgili yaklaşımları, özellikle tarafları uzlaştırmak için görevlendirilen hakemlerin, re'sen tefrik yetkilerinin olup olmadığı konusundaki tartışmalar irdelenmektedir. Bu kapsamda 1917 tarihli Aile Hukuku Kararnamesi'nce Mâlikî fıkıh ekolünün görüşü doğrultusunda yapılan düzenleme değerlendirilmektedir.

Anahtar kelimeler: Hukuk, aile, boşanma, talak, hakem.

**Appointment of Arbitrator and Authorities of These Assigned Arbitrators
in the Case of Severe Incompatibility (Şiqaq) in Islamic Family Law**

Abstract

In the Quran, for those who want to divorce due to severe incompatibility, one of the family members is recommended to be appointed as an arbitrator. This article examines the authorities and responsibilities of the arbitration board, which have recently been described as family council too. Initially, the evaluations expressed in classical and contemporary Tafsir are presented in the scope of the 35th verse of Surat an Nisa; then the applications in the Sunnah are discussed. Moreover, the approaches of Fiqh schools about this issue and debates whether the arbitrators who are assigned for reconciliation have official authority to divorce the parties are being examined. In this context, the arrangement made in accordance with Malîkî Fiqh schools in the 1917 Family Law Decision is evaluated.

Keywords: Law, Family, Divorce, Talaq, Arbitrator

* Yrd. Doç. Dr., Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Fıkıh Anabilim Dalı.

Giriş

Bir bütünün parçaları olarak telakki edilen, kadın ile erkeğin meşru ölçüler dairesinde, nikâh bağıyla bir araya gelmeleri, toplumun bekası için önemli olduğu gibi, birtakım dezavantajları olmakla birlikte, evliliğin devamına imkân tanımayan, ya da taraflar için katlanılması güç olan bir kısım şartlarda doğal olarak boşanma gündeme gelmektedir. İslam bu hakkı vermekle birlikte, çözümü mümkün, basit meselelerden dolayı aile yuvasının yıkılmaması için bir takım ön tedbirler ve çözüm yolları önermektedir. Son dönemlerde literatürde aile meclisi

¹ olarak nitelendirilen, şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanma aşamasında, tarafların yakınlarından birer hakemin tayin edilmesi, bu çözüm yollarından birisidir. Her dönemin kendi şartları içerisinde değişen farklı sebepleri olduğu gibi, yaşadığımız dönemde de çeşitli nedenlerle aile yuvaları yıkılmakta, özellikle toplumun geleceği olan çocuklar bu durumdan olumsuz etkilenmektedir. İslam'ın önerdiği, aileyi kurtarma adına yeniden düşünme fırsatı veren bu yöntemin önemli bir sosyal promlemi çözmede etkili olacağına kuşku yoktur. Şiddetli geçimsizlik sebebiyle evliliğin tehlikeye girmesi durumunda, Kur'an her iki tarafın yakınlarından birer hakem tayini ile anlaşmazlığın giderilmesini önermektedir. Bu çalışma, şiddetli geçimsizlik (şikâk) sebebiyle boşanma aşamasına gelen aileler için hakem tayini ve hakem heyetinin yetkisini araştırma konusu edinmektedir. Konu ilk olarak Kur'an ve Sünnet açısından ele alınmakta, daha sonra fıkıh ekollerinin yaklaşımları değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, tarafların izni olmaksızın, hakemlerin tefrik hak ve yetkilerinin varlığı araştırılmakta, fıkıh ekolleri arasındaki tartışmalara yer verilmektedir.

1- Konunun Kur'an-ı Kerim'de Ele Alınışı

Aile hayatının eşler arasında çekilmez bir hal alması ve ayrılık ihtimalinin baş göstermesi durumunda, Kur'an ailenin kurtarılması için en yakınlarından başlamak üzere harekete geçilmesini şu ifadeleriyle dile getirmektedir:

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا

Eğer eşlerin aralarının açılmasından endişe ederseniz, kendilerine erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar arayı bulmak isterlerse Allah da onları uzlaştırır..."²

¹ "Aile meclisi" kavramının menşe-i konusunda Fındıkoğlu'nun, Kararname'de hakem heyetine bu ismin verilmesinde Fransızca "conseil de famille" kavramından esinlenildiği kanaatindedir. Yazar bu iddiaya karşılık, geçimsizlik durumunda hakem tayini usulünün hem ilgili ayeti kapsamında ve fıkıh kaynaklarında var olan bir müessese olduğu, Batı hukuk sistemlerinde benzer uygulamaların varlığı, söz konusu müessesenin fıkıh kaynaklı olmadığı anlamına gelemeyeceği şeklinde görüş belirtmektedir. Yazar'ın, ilgili ayet ve fıkıh literatürü hakkında söyledikleri doğru olmakla birlikte, söz konusu müessesenin "Aile meclisi" şeklinde isimlendirilmesinin klasik kaynaklarımızda bulunmadığını kabul etmek gerekir. (Konuyla ilgili değerlendirmeler için bk. Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, s.188; Abdurrahman Yazıcı, "Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", *EKEV Akademi Dergisi*, cilt: XIX, sayı: 62, s. 574

² en-Nisa, 4/35

Ayetteki ifadeler Kur'an'ın önerisinin adil ve çözüm odaklı olduğunu göstermektedir. Bunu bir nevi arabuluculuk olarak değerlendirmek mümkündür. Asıl itibariyle, evlilik hukukuna riayet etme ve aileyi koruma konusunda, öncelikle eşlerin dinî ve sosyal sorumlukları olmakla birlikte, çeşitli nedenlerden dolayı bu mümkün olmayabilir ve aile yıkılmakla karşı karşıya kalabilir. Bu yönüyle ayet, ailenin devamını sağlama adına önemli bir müessese getirmektedir.³

Aile içerisindeki sorunların öncelikle eşler arasında çözümlenmesi en doğru olan yoldur. Bu mümkün olmadığında, tarafların yakınlarının devreye girmesi alanı bir miktar genişlemekle birlikte, hala konunun aile içerisinde çözümlenmesi imkanı bulunmaktadır. Konunun iç yüzüne vâkıf olmaları, iknâ kabiliyetlerinin daha fazla olması, tarafların yararını gözetmeleri, daha adil davranma gibi bir kısım sebeplerden dolayı, hakemlerin tarafların ailelerinden seçilmesinin çözüm için daha makul olacağına kuşku yoktur.⁴ Tarafların ailesinden bu görevi yerine getirecek kişiler bulunmadığı ve haksız tarafın kim olduğu anlaşılamadığı durumlarda, aile dışından adil ve durumlarına vakıf başka kişilerin tayin edilmesi de mümkündür.

Buhârî şârihlerinden İbn. Hacer (ö. 852/1448) ayetin muhatabının hakimler olduğu konusunda ulemanın icmaından söz etse de⁵ literatürde muhatap olarak taraflar, veliler ve umerâya da yer verilmektedir. Hanefî hukukçu Cessas (ö. 370/981) insanlararası uyuşmazlıklara bakmaları, haksızlık ve zulmü önlemeleri sebebiyle ayetin muhataplarının hakimler olmasının daha doğru olacağı kanaatindedir.⁶

Ayetteki “*korkarsanız*” ifadesi, evliliğin devamı durumunda, muhtemel bir geçimsizliğe (şikâk) işaret olarak⁷ değerlendirilebilir. Yangının büyümeden söndürülmesi anlamı taşıyan bu yapının, hususi olarak ilgili ayetin ve İslâm'ın hedeflediği genel makâsıd anlayışına daha uygundur. İslâm'ın genel esaslarından hareketle, toplumun temel taşı olan ailenin yıkılması gibi bir tehlikenin farkedilmesi durumunda, en yakınlardan başlamak üzere kamu gücü dahil her kesimin sorumlulukları olmalıdır. İlk dönemlerde, Kur'an'daki arabuluculuk emrinin daha ziyade tarafların akrabaları aracılığı ile yerine getirildiği, ancak sosyal hayatın değişmesiyle birlikte bunun mahkemelerce düzenlenmesinin makul olacağı⁸ şeklindeki görüşe katılmadığımızı belirtmeliyiz. Zira, bu tür geçimsizliklerin yargıdan bağımsız olarak aile içerisinde çözülmesi pekale mümkündür. Problemin en kolay ve erken çözümünün aile içerisinde olacağına ise kuşku yoktur. Konunun

³ Aktan, Hamza, “Kur'an'a Göre Boşanma Prosedürü”, *Dinî Araştırmalar*, cilt: V, sayı: 14 (2002), s. 7

⁴Sahnûn, b. Saîd et-Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I-IV, (Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1994), II, 267; Zemahşerî, Cârullah Ebu'l-Kâsım Mahmud, *el-Keşşâf*, thk. Adil Ahmed Abdu'l-Mevcud, Ali Muhammed Muavvad, I-VI, (Riyad: Mektebetü'l-abikan, 1998), II, 72; İbn Hacer, el-Askalânî, *Fethu'l-bâri bi-şerhi sahîhi'l-buhârî*, I-XVII, (Riyad: Dâr-u tayyibe, 1426/2005), XII, 97; Kurtubî, Ebû Abdullah Muhammed, *el-Câmiu li-Ahkâmî'l-Kur'an*, I-XXIV, (Beyrut: 2006), VI, 290, 291; Çolak Abdullah, “İslâm'da Aile Kurumunu Korumaya Yönelik Tedbirler”, *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, VII, sayı: 1, s. 130

⁵ İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, XII, 97

⁶ Cessas, Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, thk. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî, I-V, (Beyrut: Dârü'l-ihyâi't-turâsî'l-arabî, 1412/1992), III, 150; Kurtubî, VI, 290

⁷ İbn. Hacer, *Fethu'l-bâri*, XII, 98

⁸ Nihat Dalgın, “Boşanma Hukuku”, *İslam Hukuku*, (İstanbul: Ensar. 2014), s. 281

yargıya intikal etmeden aile içerisinde çözümlenmesinin, günümüzde önemli bir problem haline gelen, yargının yükünü hafifletme gibi yararının yanında, aile mahremiyetinin olabildiğince korunması gibi önemli bir faydasının olacağı da unutulmamalıdır. Ayrıca, konunun yargıya intikal etmeden çözümlenmesinin, ailenin korunması açısından psikolojik bir etkisinin olacağı da düşünülmelidir. Zira, yargıya kadar taşınan bir davadan geri dönmek her halükarda diğerine göre daha zor olacaktır.

2- Sünnet: Konuyla İlgili Uygulamalar

Hadis kaynaklarında, Hz. Peygamber'in izin vermemesi ve kararlı tutumu sonrasında Hz. Ali'nin (ö. 40/661) Hz. Fâtıma'nın (ö. 11/632) üzerine evlenmekten vazgeçmesiyle ilgili rivayetlere yer verilmektedir. Söz konusu rivayetlerde Hz. Peygamber'e nispet edilen *"Benî Hişam b. Muğire kızlarını Ali'ye nikâhlama konusunda benden izin istediler, ben buna izin vermiyorum, (üç kere) eğer Ali isterse kızımı boşasın ve onların kızlarıyla nikâhlansın"*, ayrıca kızı hakkında, *" O benden bir parçadır, onu endişelendiren beni de endişelendirir, O'nu üzen beni de üzer"*⁹ şeklindeki ifadelerden hareketle, Hz. Fâtıma ile Ali'nin mezkûr olay nedeniyle boşanma durumuna geldiklerini söylemek mümkündür. Ancak bu olayı, konumuz olan Nisa Suresi 35. Ayeti kapsamında değerlendirmek için elimizde yeterli delil bulunmamaktadır. Zira, söz konusu hadisede Hz. Peygamber'in kızı adına hakemlik yaptığı kabul edilse bile, Hz. Ali'nin hakeminin kim olduğu bilgisine sahip değiliz. Rivayetlerden, Hz. Peygamber'in olaya vakıf olduğu anda re'sen müdahale ettiği anlaşılmaktadır.¹⁰ Ayrıca rivayetteki *"...eğer Ali isterse kızımı boşasın ve onların kızlarıyla nikâhlansın..."* ifadesi, konunun hakem tayini dışında bir boyutta ele alındığını îmâ etmektedir.

İmam Buhârî'nin (ö. 256/870) el-Camiu's-sahîh' de *"Bâbü's-şîkâk"* adı altında Nisa Suresi 35. Ayetini zikrettikten sonra ilgili rivayete yer vermesi,¹¹ mezkur olayı Hz. Fâtıma ile Ali arasında şiddetli geçimsizlik (şîkâk) olarak değerlendirdiği anlamına gelmektedir. Sonuçta Hz. Peygamber'in müdahalesi ile konu kapanmış ve Hz. Fâtıma ile Ali arasında ortaya çıkması muhtemel şiddetli geçimsizlik (şîkâk) Hz. Peygamberin ima ve işaretiyle sonlandırılmıştır. Hz. Peygamber'in müdâhalesini, kötülükleri önleme (sedd-i zerâ'i) kapsamında değerlendirmek de mümkündür.¹² Ayrıca Müslümanlara aralarında çıkan anlaşmazlıklarda Hz. Peygamberi hakem tayin edip O'nun verdiği hükme razı olmalarının emredilmesi¹³ şeklindeki ilahi emrin anlaşmazlığın son bulmasında etkili olduğu da söylenebilir.

Konuyla ilgili bir diğer rivayete İmam Malik'in (ö. 179/796) Muvatta'ında yer verilmektedir. İmam Mâlik ilk olarak en-Nisa Suresi 35. Ayetine yer vermekte ve ayetteki hakemlerle ilgili olarak Hz.

⁹ Buhârî, "Nikâh", 109, "Fadâilu's-sahâbe", 16; Muslim, "Fadâilu's-sahâbe", 15; Ebû Dâvud, "Nikâh", 13; İbn Mâce, "Nikâh", 56

¹⁰ Buhârî, "Nikâh", 109, "Fadâilu's-sahâbe", 16; Muslim, "Fadâilu's-sahâbe", 15

¹¹ Bk. Buhârî, "Talâk", 13

¹² İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, XII, 98

¹³ en-Nisâ, 4/65

Ali'nin; *"Hakemler eşleri ayırır ya da bir araya getirir."*¹⁴ şeklindeki kanaatini belirttikten sonra, kendi görüşünü açıklamaktadır:

*"Hakemlerin koca ile eşini ayırma ya da bir araya getirme konusunda yetkilerinin olduğu şeklindeki görüş, ehl-i ilimden işittiğim görüşlerin en güzelidir."*¹⁵

Kaynaklarda, Hz. Peygamber ile eşi Âişe'nin, aralarındaki bir meselede Hz. Ebû Bekir'i hakem tayin ettiklerine dair bir rivayete yer verilmekte ise de,¹⁶ bu rivayetin isnadının zayıf olduğu belirtilmektedir.¹⁷ Aslında bu usulün (tahkim) İslam öncesine uzanan tarihi bir geçmişi bulunmaktadır. İslam öncesinde, uyuşmazlıkların çözümü çoğu zaman toplumda saygınlığı, tecrübesi ve adaleti ile öne çıkan kimselerin hakemliğine havale edilmekte idi. Merkezi otoriteden uzak kabilelerin yönetimde söz sahibi olduğu ve kurumsal yapılardan uzak bir toplumda, bu durum kaçınılmaz bir yöntem olarak görülebilir.¹⁸ Bu bağlamda hakem müessesini İslam'ın ibka ettiğini söylemek doğru olur. Nitekim, bu usule sahabe döneminde de başvurulduğu görülmektedir.¹⁹

3- Fıkıh Literatüründe Şiddetli Geçimsizlik

Eşler arasındaki şiddetli geçimsizliğin (şikâk) halli için mahkemeye müracaat edildiğinde, tarafların yakınlarından hakem tayin edilmesinin cevazı konusunda ulema arasında ittifak bulunmaktadır. Tayin edilen hakemler konu hakkında aynı kanaati paylaşırlarsa, vekâlete gerek olmaksızın eşlerin aralarını bulma (cem) hususunda sözleri geçerli, farklı kanaatte olurlarsa geçerli değildir. İhtilaf konusu, tayin edilen hakemlerin eşlerin rızası olmaksızın tefrik yetkisine sahip olup olmadıkları üzerinedir. Mâlikî fıkıh ekolü, eşlerin vekâleti ve izni olmaksızın hakemlere tefrik yetkisi tanırken, Hanefî ve Şafiîler eşlerin rızası olmadan bu tür bir yetkinin olamayacağı kanaatindedirler.²⁰ Hanbelîlerden konuyla ilgili iki farklı değerlendirme bulunmaktadır. Bir rivayete göre, hakemler tarafların vekilleri olmakla birlikte izinsiz olarak tefrik hakları yoktur. Tarafların reşid olmaları sebebiyle, başkalarının onlar üzerinde tasarruf hakkı olamaz. Zira bir başkası üzerinde velayet ve vekalet dışında tasarruf hakkı yoktur. Diğer rivayete göre ise, hakemlerin -hâkim yetkisiyle- tarafların iznine ihtiyaç duymaksızın, bedelli ya da bedelsiz tefrik ya da aralarını bulma (cem) yetkileri

¹⁴ Muvattâ, "Talâk", 26

¹⁵ Muvattâ, "Talâk", 26

¹⁶ et-Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed, *el-Mu 'cenu'l-evsat*, I-X, tah. Târik b. İvadullah b. Muhammed, Abdul Musin b. İbrahim, (Kahire:Dâru'l-haremeyn, 1415/1995), V, 135, hadis no: 4879

¹⁷ el-Haddâd Ebû Abdullah Muhammed, (haz.), *Tahrîc-ü ehâdis-i ihyâ-i ulûmid'd-dîn*, (Riyad: Dâru'l- 'âsime, 1408/1987), s. 975, 976, hadis no: 1354

¹⁸ Bk. İbn Âşûr, Muhammed et-Tâhir, *Tefsirü't-tahrîr ve't-tenvîr*, I-XXX, (Tunus: y.y. 1984), V, 45; Dûrî, Kahtan Abdurrahman, *Akdü'd-tahkîm fi'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kânûnî'l-vad'î*, (Amman: Dâru'l-Furkân, 1422/2002), s. 40-51; Akgündüz Ahmet, "Hakem", *TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, XV, s.171;

¹⁹ Bk. Dûrî, *Akdü'd-tahkîm fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 52-68

²⁰ İbn Rüşd, Muhammed b Ahmed, el-Hâfid, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, I-II, Altıncı Baskı, (y.y. : Dâru'l-ma 'rife, t. y.), II, 98; İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, XII, 97, 98; Bilmen, Ömer Nasûhhî, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, I-VIII, (İstanbul: Bilmen Yayınevi, t.y.) ;Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhu'l-İslâmî ve edilletühû*, I-VIII, İkinci Baskı, (Dimeşk.: Dâru'l-fikr, 1405/1985), VII, 527

bulunmaktadır. ²¹ Zahirî fıkıh ekolüne göre de hakemlerin eşlerin arasını ıslah etme dışında bir yetkileri yoktur. Nitekim mezhebin önemli simalarından İbn. Hazm, (ö. 456/1064) konuyla ilgili olarak, “*Ne Ayet ne de Sünnette hakemlerin eşlerin aralarını tefrik edeceğine dair bir delil bulunmamaktadır. Hiçbir kimsenin bir başkasını boşama ve eşler arasını tefrik etme yetkisi yoktur.*” şeklinde kanaat belirtmektedir.²²

Malikîler, kadının kocasının fena muamelesini dava edip, hâkim huzurunda ispat etmesi durumunda kendisini boşama (talak) konusunda muhayyer olacağını ifade etmektedirler.²³ İspatın mümkün olmadığı ve geçimsizliğin devamı durumunda, hâkim mümkünse eşlerin ailelerinden, değilse yabancılardan birer hakem tayin eder.²⁴ Hakemler mümkün olursa eşlerin arasını bulur ve uzlaştırır, mümkün olmazsa tefrik ederler. Hakemlerin kararı taraflar hükme razı olsun, olmasın bağlayıcıdır.²⁵ Bu anlayışa göre, ilgili ayet tarafların rızasına itibar etmeksizin, uyuşmazlığın çözümünü hakemlere vermektedir. Dolayısıyla, hakemlerin tefrik yetkisi, icra ettikleri görevin tabii bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bir anlamda hakemler, kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda tahkim görevini üstlenmektedirler. Ayetteki *إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا* “*arayı bulmak isterlerse*” ifadesindeki zamir hakemlere râcidir. Malikîler’in önemli delillerinden bir diğeri de, şiddetli geçimsizlik (şikâk) sebebiyle tayin edilen hakemlerin yetkilerini açıklayan örnek bir dava ile ilgili rivayettir.²⁶ Mâlikîlere göre, adli boşamanın (tefrik) yargının (kamu) dışındakiler tarafından yapılması da caizdir. Hakemler uygun görürlerse kadının malından bir bedel karşılığı olarak da tefrik edebilirler ki, bu filen hul’ sayılır.²⁷ İmam Mâlik, hakemlere kamu (sultan) yetkisi tanımaktadır ki, kamunun zararın izalesi için tefrik yetkisi bulunmaktadır.²⁸ Bu bağlamda, zulüm ve haksızlık yapan tarafın bilinmesi durumunda, zararın izalesi konusunda icbar edileceği ve hak sahibine hakkının teslim edileceği dile getirilmektedir.²⁹

Hanefi ve Şafîîler talakda yetkinin koca veya onun vekiline ait olduğu, aksi bir durum için delil gerekeceği kanaatindedirler. Konuyla ilgili olarak Hz. Ali’ye atfedilen rivayeti de kendi görüşleri doğrultusunda te’vil etmektedirler.³⁰ Hanefî hukukçu Cessas, ayetteki “... *erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin.*” ifadesi erkeğin ailesinden bir vekil, kadının ailesinden bir vekil gönderin şeklinde değerlendirilerek hakemlere tarafları birleştirme ve tefrik yetkisi tanınan

²¹ İbn. Kudâme, Abdullah. Ahmed, *el-Muğnî*, I-XV, (Riyad: Dâr-u âlemi’l-kütüb, t.y.), X, 264

²² İbn. Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *el-Muhalla*, I-XI, (Mısır: Matbaay-ı nahda, 1347), X, 88

²³ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, II, 364

²⁴ Derdîr, Ebu’l-Berekât Ahmed b. Muhammed, *eş-Şerhu’s-sagîr alâ akrabi’l-mesâlik ilâ mezhebi’l-İmam Malik*, I-IV, (Kahire: Dâru’l-meârif, 1986), II, 513; Dalgın, “Boşanma Hukuku”, s. 282; Muhammed Ebû Zehra, *Ahvâlî’s-şahsiyye*, (Kahire: Dâru’l-fikri’larabî, t.y.), s. 362

²⁵ Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, II, 267; Derdîr, *eş-Şerhu’s-sagîr*, II, 513

²⁶ Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, II, 267; Cessas, *Ahkâmu’l-Kur’an*, III, 152; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, II, 73; İbn-i Kudâme, *el-Muğnî*, X, 264; İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, II, 99; İbn Âşûr, *Tefsirü’t-tahrîr ve’t-tenvîr*, V, 45

²⁷ Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, II, 267

²⁸ İbn. Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, II, 99; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletühû*, VII, 528

²⁹ Kurtubî, *el-Câmiu li-Ahkâmi’l-Kur’an*, VI, 290, 291

³⁰ İbn. Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, II, 99; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletühû*, VII, 528

doğru olmadığını bilakis, ayetin bu anlayışın aleyhine delil olduğunu belirtmektedir.³¹ “*Ahkâmu’l-Kur’an*” sahibi İbnü’l-Arabî (ö. 543/1148) de bu görüşü destekler mahiyette, “*Allah şiddetli geçimsizlik (şikâk) durumunda hakem tayini için taraflara hitap etmemektedir ki, hakemler onların vekili olsun*” demektedir.³²

Tüm fıkıh ekollerinde, hakem tayininin yargıya yapılan başvuru sonrası, hâkimler tarafından yapılacağı konusunda genel bir anlayış hâkimdir.³³ Yukarda dile getirildiği üzere Ayetin muhtaplarının hâkimler olduğu şeklindeki genel kanaatin anlamı da budur. Şiddetli geçimsizlik (şikâk) sebebiyle yargıya yapılan başvuru neticesinde hâkim, hakem tayininden önce, nasihat etme, teaddî edeni cezalandırma, (ta ‘zîr) aileyi iyi komşular arasında iskan etme gibi bir kısım tedbirlere başvurabilmekte, netice alamadığında hakem tayini yoluna gitmektedir.³⁴ Fıkıh literatüründe hâkim kanaat, hakem tayininin mahkeme tarafından yapılması gerektiği şeklinde olmakla birlikte, Mâlikîlere göre hâkime müracaat edilmeksizin eşlerin kendi aralarında yakınlarından veya yabancılardan hakem tayin etmeleri mümkündür. Bu durumda yine hakemlerin vereceği kararlar bağlayıcıdır.³⁵ Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ndeki düzenlemeye göre de, hakem tayini yargıya yapılan başvuru üzerine gerçekleşmektedir.

Hakemlerin âkil, bâliğ, âdil, Müslüman, erkek ve konu hakkında liyakat sahibi olmaları konusunda genel bir kanaat bulunmaktadır. Hakemlerin tarafların ailelerinden olması öncelikli kabul edilirken, mümkün olmadığında yabancılardan da hakem olarak tayin edilebilmektedir. Mâlikî kaynaklarda konuyu daha yakından bilme ihtimallerinden dolayı hakemlerin komşulardan seçilmesi tavsiye edilmektedir.³⁶

Tüm bunlarla birlikte, klasik fıkıh literatüründe şiddetli geçimsizlik (şikâk) sebebiyle hakem tayinine sınırlı bir düzeyde yer verilmektedir. Bir kısım eserlerde konuya hiç yer verilmezken, diğer bir kısmında ise dar bir çerçevede ele alınmaktadır. Bu konuda müstakil başlık altında geniş kapsamlı bir doktrinin varlığından söz etmek zordur.³⁷ Bu bağlamda Hamza Aktan’ın, “*hakemlik müessesesi klasik fıkıh müdevvenatında hakettiği yeri alamamıştır.*”³⁸ Şeklindeki kanaatini de not etmekte fayda

³¹ Cessas, *Ahkâmu’l-Kur’an*, III, 151; İbn Hazm, *el-Muhalla*, X, 87

³² İbnü’l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed İbn. Abdullah, *Ahkâmu’l-Kur’an*, I-IV, (Beyrut: Dâru’l-kütübü’l-ilmiyye, 2002), I, 538

³³ Bk. İbn. Kudâme, *el-Muğnî*, X, 263; Derdîr, *eş-Şerhu’s-sagîr*, II, 513; Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, II, 363;

³⁴ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, II, 364

³⁵ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, II, 364

³⁶ Derdîr, *eş-Şerhu’s-sagîr*, II, 513; Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, II, 365, 367; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletühû*, VII, 528

³⁷ Örnek olarak belirtmek gerekirse, Hanefîlerin temel eserlerinin çoğunda konuya hiç yer verilmezken, mezhepte tertip ve mufassal bir eser olarak öne çıkan “*el-Beda’i’u’s-sana’i’ fi tertîbi’s-şerâi’*” isimli kaynakta konuya, kadının eşine itaat etmemesi (nuşûz) sonucunda başvurulması gereken tedbirlerin yetersiz kalması durumunda, hâkime müracaat ve hakem tayini şeklinde bir presedür içerisinde yer verilmektedir. Ayrıca diğer kaynaklardan farklı olarak, talak yerine nikah bahsinde, eşlerin birbirlerine karşı görev ve sorumlulukları kapsamında, “*Fasl fi tâ’ati’z-zevc*” başlığı altında kısaca değinilmektedir. (Bk. Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekir b. Mesûd, *Beda’i’u’s-sana’i’ fi tertîbi’s-şerâi’*, I-VII, İkinci Baskı, (Beyrut: Dâru’l-kütübü’l-ilmiyye, 1394/1974), III, 614)

³⁸ Aktan, “*Kur’an’a Göre Boşanma Prosedürü*”, s. 8

vardır. Son dönemde fıkıhın belli konularının müstakil eserler şeklinde kaleme alındığına tanık olmaktadır. Bu bağlamda “Aile Hukuku” başlığı ile yazılan eserlerde konuya yer verildiği görülmektedir.³⁹

Literatürde Mâlikiler tarafından savunulan, hakemlere eşlerin rızası hilafına tefrik yetkisi tanıyan görüşün oluşmasında, tarihi İslam öncesine kadar uzanan ve sahabe döneminde de başvurulmuş tahkim usulünün etkisinden söz edilebilir. Tahkimin hukuki uyumsuzlukların çözümünde önemli bir işlevinin olduğu bir gerçektir. Bununla birlikte, şiddetli geçimsizlik (şikâk) durumunda eşlerin arasını bulmak için hakem tayini, ailenin korunması adına tahkimden farklı bir müessese olarak önemli bir rol üstlenebilir. Adli yargı bünyesinde ya da yargıdan bağımsız sivil, aile hakem heyetinin aileyi koruma adına önemli bir işlevi olacağına kuşku yoktur. Yargıdan bağımsız olarak sosyal sorumluluk anlayışı çerçevesinde oluşturulacak hakem heyeti, ilgili ayetin ruhuna uygun düşmektedir. Aileyi koruma adına yapılacak girişimler, Kur’an’ın “*kardeşlerinizin arasını düzeltin*” şeklindeki ifadeleri, yine Hz. Peygamber’in arabuluculuk ve uzlaştırma adına yalan söylemeye dahi müsaade eden⁴⁰ beyanları kapsamında değerlendirilebilir.

4- Hukûk-ı Aile Kararnâmesinde Düzenleme

1917 tarihinde yürürlüğe giren Hukûk-ı Aile Kararnamesi’yle getirilen en önemli yenilik, adli boşama alanının genişletilmesi ve boşanma sebeplerinin artırılmasıdır. Hanefî mezhebindeki hâkim görüşe göre, sadece kocada bulunan iktidarsızlık boşanma sebebi sayılıken, Kararnâme buna bir kısım yeni hastalıklar, evini terk etme, gaiplik ve eşler arası geçimsizliği de (şikâk) eklemiştir.⁴¹ Kararnamenin esbâb-ı mûcibe lâyihasında, şiddetli geçimsizlik (şikâk) durumunda, tarafların yakınlarından birer hakem tayin edilmesi yeni bir usul olarak nitelendirilmektedir. Yukarıda söz edildiği üzere, Hanefî mezhebinde adli boşamanın sınırlandırılması, Osmanlı hukuk tarihi boyunca zaman zaman sıkıntılara sebep olmuş, bu sıkıntılar diğer mezheplerden sınırlı olarak yararlanma, muhâlaa, şartlı talak, tefviz-i talak ve en nihayet, Divân-ı Humâyûn’a başvurulup kocayı fiilen boşamaya zorlama yollarından birisi ile çözülmeye çalışılmıştır.⁴² Mâlikî mezhebinin görüşü olan, eşler arası geçimsizlik (şikâk) durumunda tayin edilen hakemlere tefrik yetkisinin tanınmasının, bir kısım ailevî problemleri çözmede etkili olacağı düşüncesiyle⁴³ kararnamede düzenleme şu şekilde yapılmıştır:

³⁹ Örnek olarak bkz. Yaman Ahmet, İslam Aile Hukuku, (İstanbul: İFAV, 2013), s. 93-94; Abdullah Çolak, İslam Aile Hukuku, (Malatya: 2016), s. 250-253; Aslan Mehmet Selim, İslam Aile Hukuku, (Bursa: Emin Yayınları, 2015), s. 238-241

⁴⁰ “İyi şeyler söyleyerek, iyi şeyler taşıyarak (kü) insanların arasını bulmaya çalışan kimse yalancı sayılmaz.” Tirmizî, “Birr”, 26

⁴¹ M. Âkif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, (İstanbul: Klasik, 2017), s. 152, 186, 194

⁴² Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 152

⁴³ HAK, (Esbâb-ı mucibe lâyihası), s. 80, 81; Ömer Nasuhi Bilmen, (ö. 1971) *Usûl-i Muhakemât-ı Şerriyye Kararnamesi*’nde aynı konuda yapılan düzenlemeye dair esbâb-ı mucibe lâyihasında benzer bir değerlendirmeye yer vermektedir. Konuya açıklık getirmesi bakımından değerlendirmeyi kısaltarak alıntılıyoruz:

“ Zevceynin beyninde niz’a ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse 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 suretle teşekkül eden aile meclis-i tarafeynin ifadât ve müdâfaâtını tetkik ile beyinlerini ıslaha çalışır. Kâbil olmadığı sûrette kusur zevcede ise beyinlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlea eyler. Hâkemler ittifak edemezler ise hâkim evsaf-ı lâzımayı hâiz diğer bir heyet-i hakemiyle veya tarafeyne karabiyeti olmayan üçüncü bir hâkem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat ‘î ve nâ-kâbil-i itirazdır.”⁴⁴

Hukûk-ı Aile Kararnâmesi esbâb-ı mucibe lâyihasında dile getirilen, Kur’an’ın açık bir emri olmasına rağmen aile meclisi uygulamasının yeterince uygulama bulmaması, Hanefî mezhebinin, hakemlere tefrik yetkisi vermemesi ve şiddetli geçimsizlik (şikâk) sebebiyle mahkemeye intikal eden davalarda hâkimlerin ıslah ve uzlaştırma görevini zaten yerine getirmeleri gösterilmektedir.⁴⁵ Ancak burada şu hususu belirtmek gerekir. Kur’an tarafından emredilen husus, ıslah için tayin edilecek kişilerin tarafların ailelerinden olmasıdır. Ayrıca ayetin zâhiri, henüz mahkeme aşamasına gelmeden, meselenin hal yoluna gidilmesini emretmektedir. Erken müdahalenin, çözüme daha yakın ve aile mahremiyeti açısından uygun olacağı aşikardır.

Sonuç

Şiddetli geçimsizlik (şikâk) sebebiyle boşanma durumuna gelen eşleri uzlaştırmak için tarafların ailelerinden birer hakem tayini, Kur’an’ın açık emirlerindendir. Aileyi korumayı hedefleyen önerinin, sonuç almak için en makul yöntem olduğu görülmektedir. Son dönemlerde aile meclisi olarak da nitelendirilen ve ailenin korunmasında önemli bir rol üstlenebilecek bu usule, tefsirlerde genellikle, - fikhî görüş ayrılığı çerçevesinde- hakemlerin tefrik yetkisi bağlamında sınırlı şekilde yer verilmektedir. Fıkıh literatüründe ise bir çok temel kaynakta konuya hiç yer verilmezken, bir kısmında dar bir çerçevede ele alınmaktadır.

Şiddetli geçimsizlik (şikâk) sebebiyle tayin edilen hakemlerin, tarafların izni olmaksızın, adlî boşama (tefrik) yetkilerinin varlığı konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hanefî ve Şâfiîler, hakem heyetine tarafların rızası hilafına adlî boşama (tefrik) yetkisi tanımazken, Mâlikîler, hakem heyetine bu yetkiyi vermekle birlikte, kararlarının da bağlayıcı olacağı kanaatindedirler. Hukûk-ı Aile Kararnâmesi’nin, Mâlikî mezhebinin görüşü doğrultusunda düzenlemeye gitmesi, adlî boşamanın sınırlarının genişletilmesi ile sonuçlanmıştır. Bunun şiddetli geçimsizlik (şikâk) konusundaki bir kısım problemlerin çözümüne katkı sağladığı kabul edilmektedir. Ancak aile meclisine eşlerin rızası hilafına

“... aile hayatında bazan öyle bir hal tahaddüs eder ki, artık zevciyeti devam ettirmek kabil olmaz ... erkek, talaka hazi olduğundan böyle bir hal vukuunda talaka tevessül ederek kendisini zehrâlûd bir yaşayışın elim tazyiklerinden kurtarabilir. Fakat kadınlar bu ehliyet malik olmadıklarından böyle bir hâle maruz bulunacak bir zevcenin ne kadar müşkilat içinde kalacağı beyandan müstağnîdir. Hattâ bu babdaki hayati ilcaatdan dolayı bazı kadınlar, bir takım gayri meşru çarelere başvuruyor... İşte bu gibi müessif hallerin artmamasına meydan vermemek için bu hususta eimme-i Mâlikîyeye hazerâtının akvâli vechile amel edilmesi muhitimizin bu günkü içtimâi ahvâline nazaran hikmet ve maslahatına daha muvafık görüldüğünden on ikinci madde o vechile tanzim kılınmıştır.” (Bilmen, Hukûk-ı İslâmiyye, II, 367, 368)

⁴⁴ HAK, md. 130

⁴⁵ HAK, (Esbâb-ı mucibe lâyihası), s. 80, 81

boşama yetkisi verilmesi, İslam boşama hukukunun özgün yapısına müdahale anlamı taşımaktadır. Zira bu durum, tarafların iradesine bırakılan boşama hakkına başkalarını ortak kılma anlamı taşımaktadır. Bilindiği gibi, İslam Hukukunda genel olarak boşama (talak) yetkisi kocaya ait olmakla birlikte, karşılıklı rıza yoluyla kadın da aynı yetkiye sahip olabilmektedir. Hakemlere tahkim hukuku kapsamında tanınacak tefrik yetkisinin,⁴⁶ yargının bağımsızlığı ilkesiyle de bağdaşmayacağı ortadadır.

Klasik kaynaklarımızda bu isimle yer almasa da, aile meclisi olarak nitelenmesinde bir sakınca olmayan hakem heyetinin, günümüzde çeşitli hukûkî uyuşmazlıklarda gündeme gelen, adlî boşama (tefrîk) öncesi, aileyi koruma adına arabuluculuk görevini üstlenmesi, ilgili ayetin zahirine uygun düşmektedir. Hakem tayinini, şiddetli geçimsizlik sebebiyle yargıya müracaatın ön şartı kabul eden bir düzenleme ile, aile meclisinin mevzuata dahil edilmesi de mümkündür. Adlî boşamanın (tefrîk) varlığı korunmakla birlikte, sadece arabuluculuk görevi yapacak hakem heyetinin, uzlaşma mümkün olmadığı bilirkşi olarak yargıya yardımcı bir rol üstlenmesi de mümkündür. Bu durumda nihâî karar yargıya ait olacaktır. Bilindiği gibi literatürde kadının, eşini kötü muamele ve evliliğin hukukuna riayet etmeme vb. sebeplerden dava etme hakkı bulunmaktadır.

Kaynakça

Akgündüz, Ahmet, "Hakem", *TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, XV, ss.171-173.

Aktan, Hamza, "Kur'an'a Göre Boşanma Prosedürü", *Dinî Araştırmalar*, cilt: V, sayı: 14, ss. 5-16.

Aslan Mehmet Selim, *İslam Aile Hukuku*, (Bursa: Emin Yayınları, 2015).

Aydın, Mehmet Akif, *Osmanlı Aile Hukuku*, (İstanbul: Klasik, 2017).

-----, "Aile Hukûk-ı Kararnâmesi", *TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, XVIII, ss. 314-318.

Bilmen, Ömer Nasûhhî, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, I-VIII, (İstanbul: Bilmen Yayınevi, t.y.).

Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail, *Câmi'u's-sahîh*, I-IV (Kahire: Matbatü's-selefiyye, 1400).

Cessas, Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî *Ahkâmu'l-Kur'an*, I-V, thk. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî, (Beyrut: Dâru'l-ihyâi't-turasi'l-arabî, 1996).

Çeker, Orhan, *Aile Hukuku Kararnamesi* (Yayına hazırlayan), (Konya: Mehîr, 1999).

Çolak, Abdullah, "İslam'da Aile Kurumunu Korumaya Yönelik Tedbirler", *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, VII, sayı: 1, ss. 105-137.

-----, *İslam Aile Hukuku*, (Malatya: 2016).

⁴⁶ İbn. Âşûr, *Tefsirü't-tahrîr ve't-tenvîr*, V, 45

Dalgın, Nihat, “Boşanma Hukuku”, İslam Hukuku, (İstanbul: Ensar. 2014).

Derdîr, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed, *eş-Şerhu's-sagîr alâ akrabi'l-mesâlik ilâ mezhebi'l-İmam Malik*, I-IV, (Kahire: Dâru'l-meârif, 1986).

Dûrî, Kahtan Abdurrahman, *Akdü'd-tahkîm fi'l-fikhi'l-İslamî ve'l-kânûni'l- vad'î*, (Amman: Dâru'l-Furkân, 1422/2002).

Muhammed, Ebû Zehra, *Ahvâli's-şahsiyye*, (Kahire: Dâru'l-fikri'larabî, t.y.).

el-Haddâd Ebû Abdullah Muhammed, (haz.), *Tahrîc-ü ehâdis-i ihyâ-i ulûmid'd-dîn*, (Riyad: Dâru'l-âsime, 1408/1987).

İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed İbn Abdullah, *Ahkâmu'l-Kur'an*, I-IV, (Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 2002).

İbn. Âşûr, Muhammed et-Tâhir, *Tefsirü't-tahrîr ve't-tenvîr*, I-XXX, (Tunus: 1984).

İbn Hacer, el-Askalânî, Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed, *Fethu'l-bâri bi-şerhi Sahîhi'l-Buhârî*, nşr. Abdurrahman b. Nâsirü'l-Berrâk, I-XVII, (Riyad: Dâr-u tayyibe, 1426/2005).

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd, *el-Muhalla*, I-XI, (Mısır: Matbaay-ı nahda, 1347).

İbn. Kudâme, Abdullah. Ahmed, *el-Muğnî*, I-XV, (Riyad: Dâr-u âlemi'l-kütüb, t.y.).

İbn Mâce, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîdi, *Sünen-i İbn Mâce*, I-III, nşr, Muhammed Nâsuriddîn el-Elbânî, (Riyad: Mektebetü'l-meârif, 1417/1997).

İbn Rüşd, Muhammedb Ahmed b. Muhammed, el-Hâfid, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, I-II, Altıncı Baskı, (y.y. Dâru'l-ma'rife, t.y.).

Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekir b. Mesûd, *Beda'i'u's-sana'i' fi tertîbi's-şerâi'*, I-VII, İkinci Baskı, (Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, 1394/1974).

Kurtubî, Ebû Abdullah Muhammed, *el-Câmiu li-Ahkâmi'l-Kur'an*, I-XXIV, (Beyrut: 2006).

Malik b. Enes, *el-Muvattâ*, I-II, (Beyrut: Dâru'l-garbi'l-islâmî, 1417/1997).

Müslim, b. Haccâc el-Kuşeyrî en-Nîsâbü'rî, *el-Câmiu's-sahîh*, I-V, nşr, M. Fuad Abdulbâkî, (Kahire: y.y. 1375/1956).

Sahnûn, b. Saîd et-Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I-IV, (Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1994).

et-Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed, *el-Mu'cenu'l-evsat*, I-X, tah. Târik b. İvadullâh b. Muhammed, Abdul Musin b. İbrahim, (Kahire: Dâru'l-haremeyn, 1415/1995).

Yaman Ahmet, İslam Aile Hukuku, (İstanbul: İFAV, 2013).

Yazıcı, Abdurrahman, “Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi’nin Eleştirileri”, *Ekev Akademi Dergisi*, XIX, sayı: 62, ss. 567-584.

Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü’l-İslâm ve edilletühû*, I-VIII, İkinci Baskı, (Dımeşk: Dâru’l-fıkr, 1405/1985).

Zemahşerî, Cârullah Ebu’l-Kâsım Mahmud b. Ömer, *el-Keşşâf*, thk. Adil Ahmed Abdu’l-Mevcud, Ali Muhammed Muavvad, I-VI, (Riyad: Mektebetü’l-abikan, 1998).