

T.C.
ÇANAKKALE ONSEKİZ MART ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

İSLÂM AİLE HUKUKU AÇISINDAN
İHTİLAFLARIN ÇÖZÜMÜNDE
TAHKİM YÖNTEMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

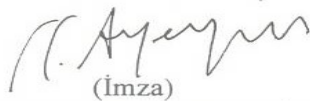
Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Tevhit AYENGİN

Hazırlayan
Ayşe GÜRDAL

ÇANAKKALE 2007

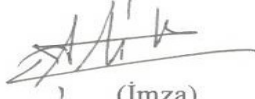
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Ayşe GÜRDAL'a ait "İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi" adlı çalışma, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.



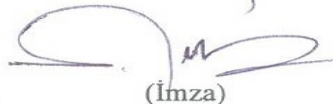
(İmza)

Başkan: Yrd. Doç. Dr. Tevhit AYENGİN (Danışman)



(İmza)

Üye: Prof. Dr. M. Ali BÜYÜKKARA



(İmza)

Üye: Prof. Dr. M. Fatih KESLER



(İmza)

Üye: Doç. Dr. Muhsin AKBAŞ



(İmza)

Üye: Yrd. Doç. Dr. Mirza TOKPINAR

ÖZET

“İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi” isimli tezimizde, hukuki ihtilafların çözüm yollarından biri olan tahkimin ne olduğu ve İslâm Aile Hukukundaki yeri ve önemi ele alınmaktadır.

Bu bağlamda tezimiz, “Hukuk Tarihinde Tahkim”, “Hakem”, ve “Aile Hukukunda Tahkim Yöntemi” olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, tahkimin ne olduğunu, tarihteki gelişimini, hukuki dayanaklarını, bu usule başvurmanın yarar ve sakıncalarını inceledik.

Hakem ana başlığı altında topladığımız İkinci bölümde, hakemlerin ehliyeti, seçimi, sayısı, hakemlerde aranacak şartları ve hakem kararlarının bağlayıcılığı konularını izah etmeye çalıştık.

Üçüncü bölümde ise, İslâm aile hukukunun konularından nafaka, hidâne, mehir ve boşanmada tahkim usulünün yerini ve uygulanabilirliğini tartıştık.

ABSTRACT

In our thesis called The Method of Tahkim in Conflict Resolution According to Islamic Family Law, it is deal with what Tahkim is the place and importance of Tahkim in Islamic Family Law.

In this context, our thesis consist of three parts; namely, “Tahkim in Law History”, “Judge (Arbitrator)”, and “The Method of Tahkim in Family Law”.

In the first part, it is examined what tahkim is, its development in history, its legal foundations, its advantages and disadvantages.

In the second part where the theme of judge (arbitrator) is studied, The merits of judges, their election, number qualities sought in judges and the binding nature of judges decisions are explained to a large extend.

In the third part, it is discussed how tahkim can be put in practice in certain themes of Islamic family law such as “nafaka” (alimony), “hidâne”, “mehir” and “divorce.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iv
KISALTMALAR.....	viii
ÖNSÖZ.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM HUKUK TARİHİNDE TAHKİM

1.1. TARİHTE TAHKİM.....	4
1.1.1. ESKİ YUNAN HUKUKUNDA TAHKİM	6
1.1.2. ROMA HUKUKUNDA TAHKİM	7
1.1.3. İSLÂMİYETTEN ÖNCE ARAP TOPLUMUNDA TAHKİM	8
1.1.4. ORTA ÇAĞ KİLİSE HUKUKUNDA TAHKİM	12
1.1.5. OSMANLI DEVLETİ'NDE TAHKİM.....	12
1.1.5.1. MECELLE'DE TAHKİM	14
1.1.5.2. MECELLE SONRASINDA TAHKİM.....	18
1.1.6. TÜRK HUKUK USULÜNDE TAHKİM	19
1.2. TAHKİM	23
1.2.1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE.....	23
1.2.2. TAHKİMİN UNSURLARI	26
1.2.3. İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN YERİ	26
1.2.4. TAHKİMİN HUKUKİ DAYANAKLARI	27
1.2.4.1. KİTAP	27
1.2.4.2. SÜNNET.....	28
1.2.4.3. SAHABE UYGULAMALARI	31
1.2.4.4. TAHKİMİN AKLÎ GEREKÇELERİ.....	33
1.2.5. TAHKİMİN KONUSU	34
1.2.5.1. TAHKİMİN CÂİZ KABUL EDİLDİĞİ KONULAR	35
1.2.5.2. TAHKİMİN CAİZ GÖRÜLMEDİĞİ KONULAR.....	35
1.2.5.2. TAHKİME GİDİLMESİNDE İHTİLAF EDİLEN KONULAR.....	36
1.2.6. TAHKİMİN RÜKNU	40
1.2.7. DİĞER TAHKİM TÜRLERİ	41
1.2.7.1. KURUMSAL TAHKİM	41
1.2.7.2. TÜKETİCİ SORUNLARINDA UYGULANAN TAHKİM.....	42
1.2.7.3. MİLLETLER ARASI TİCARİ TAHKİM	42
1.2.8. TAHKİMİN YARAR VE SAKINCALARI.....	43
1.2.8.1. TAHKİMİN YARARLARI	44
1.2.8.1.1. İhtilafların Giderilmesinde Barışçıl Bir Yol Olması.....	44
1.2.8.1.2. Gizli Olması	44
1.2.8.1.3. Güvenilir Olması	45
1.2.8.1.4. Uzun Zaman Gerektirmemesi.....	46
1.2.8.2. TAHKİMİN SAKINCALARI	47
1.2.8.3. TAHKİMİN BAĞLAYICILIĞI	48

İKİNCİ BÖLÜM

HAKEM

2.1. TANIMI.....	52
2.2. HAKEM SÖZLEŞMESİ.....	53
2.2.1. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	53
2.2.1.1. AKDİ NİTELİK	54
2.2.1.2. KAZÂİ NİTELİK.....	54
2.2.2. HAKEM SÖZLEŞMESİNDE ÜCRET.....	55
2.3. HAKEMLERİN EHLİYETİ SEÇİMİ VE SAYISI.....	56
2.3.1. HAKEMLERDE ARANACAK ŞARTLAR.....	56
2.3.1.1. İSLÂM HUKUKUNA GÖRE HAKEMDE ARANACAK ŞARTLAR.....	57
2.3.1.2. MODERN HUKUKA GÖRE.....	65
2.3.2. HAKEMLERİN SEÇİMİ.....	65
2.3.2.1. İSLÂM HUKUKUNA GÖRE.....	65
2.3.2.2. MODERN HUKUKA GÖRE.....	66
2.3.3. HAKEMLERİN SAYISI.....	67
2.4. HAKEMLERİN YETKİ VE SORUMLULUKLARI.....	70
2.4.1. HAKEMLERİN STATÜSÜ.....	70
2.4.1.1. İSLÂM HUKUKUNDA HAKEMLERİN STATÜSÜ.....	70
2.4.1.2. MODERN HUKUKTA HAKEMLERİN STATÜSÜ.....	71
2.4.2. HAKEMLERİN YETKİLERİ.....	72
2.5. HAKEMLİĞİ SONA ERDİREN SEBEPLER.....	75
2.5.1. HAKEMLİK SÜRESİNİN DOLMASI.....	75
2.5.2. HAKEMLİK EHLİYETİNİN YİTİRİLMESİ.....	75
2.5.3. HAKEMLERİN AZLI.....	76
2.5.4. HAKEMLERİN İSTİFASI.....	78
2.5.5. TARAFLARIN DÖNME HAKKI VE HAKEMLERİN REDDİ.....	78
2.6. HAKEM KARARLARI.....	81
2.6.1. İSLÂM HUKUKUNDA HAKEM KARARININ TASDİKİ VEYA REDDİ.....	81
2.6.2. MODERN HUKUKTA HAKEM KARARININ TASDİKİ VEYA REDDİ.....	83
2.6.3. HAKEM KARARLARININ VASIFLARI.....	84
2.6.3.1. İSLÂM'IN GENEL PRENSİPLERİNE UYGUN OLMASI.....	84
2.6.3.2. KARARIN İTTİFAK SAĞLANARAK VERİLMİŞ OLMASI.....	84
2.6.3.3. MADDİ HUKUK KURALLARINA UYGUN OLMASI.....	85
2.6.3.4. ADALET VE NESAFET KURALLARINA UYGUN OLMASI.....	85
2.6.3.5. USULE UYGUN OLMASI.....	86
2.6.4. HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI.....	87
2.6.4.1. TEMYİZ.....	87
2.6.4.2. YARGILAMANIN İADESİ YOLU.....	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM AİLE HUKUKUNDA TAHKİM MÜESSESESİ

3.1. EVLİLİK AKDİNDE TAHKİM.....	89
3.2. NAFAKADA TAHKİM.....	90

3.3. HİDÂNEDE TAHKİM.....	92
3.4. İSLÂM AİLE HUKUKUNDA MEHİR.....	95
3.4.1. MEHİR ÇEŞİTLERİ.....	95
3.4.2. MEHİRDE TAHKİM.....	96
3.5. İSLÂM AİLE HUKUKUNDA BOŞANMA	99
3.5.1. KOCANIN BOŞAMA YETKİSİ (TALÂK)	101
3.5.2. KADININ BOŞANMA HAKKI.....	105
3.5.2.1. <i>TEFVİZ-İ TALÂK.....</i>	<i>106</i>
3.5.2.2. <i>EŞLERİN ANLAŞARAK BOŞANMASI (MUHÂLEA).....</i>	<i>108</i>
3.5.2.3. <i>MUHÂLEADA TAHKİM.....</i>	<i>115</i>
3.5.2.4. <i>HÂKİM KARARIYLA BOŞANMA (TEFRİK).....</i>	<i>119</i>
3.6. BOŞANMADA TAHKİM.....	135
3.6.1. TAHKİMİN HUKUKİ DAYANAĞI	135
3.6.2. FENA MUAMELE VE GEÇİMSİZLİK	138
3.6.2.1. <i>KADINDAN KAYNAKLANAN GEÇİMSİZLİK</i>	<i>139</i>
3.6.2.2. <i>ERKEKTEN KAYNAKLANAN GEÇİMSİZLİK</i>	<i>140</i>
3.6.2.3. <i>EŞLERİN HER İKİSİNDEN KAYNAKLANAN GEÇİMSİZLİK.....</i>	<i>140</i>
3.6.3. FENA MUAMELE VE GEÇİMSİZLİK NEDENİYLE KADININ MAHKEMEYE BAŞVURMASI HUSUSU	142
3.6.3.1. <i>ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİĞİ BOŞANMA SEBEBİ KABUL ETMEYENLER</i>	<i>142</i>
3.6.3.2. <i>ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİĞİ BOŞANMA SEBEBİ KABUL EDENLER</i>	<i>143</i>
3.6.4. AYETTEKİ HİTABIN KİME OLDUĞU HUSUSU VE TAHKİM USULÜNE BAŞVURMANIN HÜKMÜ	148
3.6.5. HAKEMLERİN KONUMU	154
3.6.5.1. <i>HAKEMLERİN VEKİL KONUMUNDA OLDUĞU GÖRÜŞÜ</i>	<i>156</i>
3.6.5.2. <i>HAKEMLERİN HÂKİM KONUMUNDA OLDUĞU GÖRÜŞÜ.....</i>	<i>161</i>
3.6.6. KUR'ÂN'A GÖRE TAHKİM USULÜYLE BOŞANMA PROSEDÜRÜ	170
3.6.6.1. <i>TAHAMMÜL VE HOŞGÖRÜ</i>	<i>173</i>
3.6.6.2. <i>EŞLERİN UYARILMASI.....</i>	<i>173</i>
3.6.6.3. <i>AKRABALARIN MÜDAHALESİ.....</i>	<i>174</i>
3.6.6.4. <i>BOŞANMA ZAMANI.....</i>	<i>175</i>
SONUÇ.....	177
KAYNAKÇA	182

KISALTMALAR

bkz.	: Bakınız
b.	: ibn
bt.	: binti
çev.	: çeviren
DİA	: Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
DİB	: Diyanet İşleri Başkanlığı
HAK	: Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi
haz.	: hazırlayan
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Hz.	: Hazreti
İİİGYA	: İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi
m.	: madde
M.Ö.	: Milattan önce
(r.a.)	: Radıyallâhu anh
s.	: sayfa
s.a.s.	: Sallallâhu aleyhi ve sellem
sdl.	: sadeleştiren
sy.	: sayı
TAA	: Türk Aile Ansiklopedisi
thk.	: tahkîk
TMK	: Türk Medeni Kanunu
trc.	: tercüme eden
ty.	: tarihi yok
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vdğr.	: ve diğerleri
vs.	: ve sâire
yay.	: yayımları
y.y.	: yeri yok

ÖNSÖZ

Yüce Yaratıcı, insanları birbirinden farklı yarattığı için her insanın kendine has bir karakteri, çeşitli özellikleri ve düşünceleri vardır. Bu nedenle insanların var olduğu her toplulukta çeşitli konularda anlaşmazlıklar yaşanmakta, ihtilaflar ortaya çıkmaktadır. En eski tarihlerden itibaren yaşanan bu anlaşmazlıklara çözüm yolları aranmaktadır. İhtilafların giderilmesi ve adaletin temin edilmesi için ortaya çıkarılan bu çözüm yollarından biri de tahkimdir. Henüz yargılama hukukunun oluşmadığı dönemlerde, insanlar anlaşmazlıklarını çözümlmek için tahkim usulüne sıkça başvurmuşlardır. Genel yargının yapılanmasından sonra da varlığını devam ettiren bu müessese, İslâm aile hukukunda da önemli bir yer işgal etmektedir. Zira Allah Nisa suresi 35. ayette karı-koca arasında yaşanan anlaşmazlığın bu yolla çözümlenmesini emretmektedir.

Çalışmamızda, bu müessesenin tarihteki gelişimini incelemeye çalıştık. Özellikle İslâm hukukunda uygulanan boşanma prosedüründe tahkimin yeri ve önemi, hakemlerin yetkileri ve kararlarının bağlayıcılığı konuları üzerinde durarak, İslâmî boşanma adı altında gerçekleştirilen boşanmaların İslâm'a uygun olup olmadığını tartışmaya çalıştık.

Bu çerçevede çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır: “Hukuk Tarihinde Tahkim” ana başlığı altında topladığımız birinci bölümde, tahkimin ve konusunun ne olduğunu, hukuki dayanaklarını, bilinen en eski tarihlerden bu yana tahkim usulünün uygulanışını, yapılanmasını ve özellikle Osmanlı Devleti kanunlarında tahkimin gelişim seyrini inceledik. Bunun yanında bu usulün var olan yarar ve sakıncalarını tespit etmeye çalıştık.

İkinci bölümümüzde, hakemlerin ehliyetlerini, yetkilerini, sayılarını, azil ve istifalarının imkânını, hakemliği sona erdiren sebepleri ve hakem kararlarının bağlayıcılığını tartıştık.

Üçüncü ve son bölümümüz olan “İslâm Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi” başlığı altında, İslâm aile hukukunun konuları olan evlilik akdi, nafaka, mehir ve hidâne konularında yaşanan anlaşmazlıklarda tahkim usulüne başvurmanın mümkün olup olmadığını tartıştık. Bunun yanında Nisa suresi 35. ayetteki emir gereği erkeğin talâk, kadının muhâlea ve eşlerin her ikisinin de tefrik haklarını kullanmadan önce anlaşmazlıklarını bu yolla çözmeye çalışmalarının gerekliliğine, Kur’ân’a uygun bir boşanmanın ancak tahkim aşamasından sonra gerçekleşmesi gerektiğini izah etmeye çalıştık.

Çalışmamızda, modern hukukta var olan konuyla ilgili düzenlemelere her konu başlığının altında sınırlı bir şekilde yer vermeye çalıştık.

Tez süresi boyunca benden bilgi ve desteğini hiç eksik etmeyen değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Tevhit AYENGİN Bey’e, dualarıyla daima destekçilerim olan aileme, moral kaynaklarım olan ablam Eşe ve arkadaşım Emine’ye, çalışmamın en zor aşamasında yanı başımda bulunan arkadaşım Serap’a teşekkürü bir borç bilirim.

Ayşe GÜRDAL
ÇANAKKALE – 2007

GİRİŞ

“İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi” isimli tezimizde, İslâm Aile hukukunda tahkimin yerini, bu usule başvurmanın ve ihtilafları bu doğrultuda çözümenin önemini değişik açılardan ele alınmaktadır.

Bilindiği gibi İslâm, toplumun temel taşı olan aile kurumuna büyük önem vermiştir. Bu müessesenin sağlıklı bir biçimde işlemlenmesini sağlamak ve yıpratılmasına mani olmak için tarafların üzerlerine düşen görev ve sorumlulukları bildirmiştir. Bunun yanında geçimsizlik yaşanması durumunda taraflara nasıl davranmaları gerektiği Kur’ân ayetleri ışığında gösterilmiştir.

İslâm’da aile hayatının zarar gördüğü, evliliğin karı-koca için çekilmez hale geldiği durumlarda, taraflara boşama hakkı verilerek bu kurumun daha fazla yıpratılmasına mani olunmak istenmiştir. Bununla birlikte İslâm, eşlere bu hakkı tanıyarak ne Hıristiyanlık ve Budizm’de olduğu gibi boşanmayı imkânsız kılarak tarafların insani ve kulluk vasıflarını yitirmelerine, ne de Batı toplumlarında olduğu gibi boşanmayı kolaylaştırarak bu kurumun zedelenmesine neden olmuştur. Belli şartların gerçekleşmesinden sonra belli metotlara başvurulmasına rağmen problem çözümlenememişse evlilik birlikteliğinin sonlandırılmasına izin verilmiştir.

Temeli Kur’ân, Sünnet ve icma ve diğer fer’i kaynaklara dayanan İslâm hukukuna göre, belirli sebeplerin zuhur etmesi durumunda boşanması için erkeğe talâk, kadına tefvîz-i talak hakları verilmiştir. Bunun yanında İslâm hukukunda diğer boşanma çeşitlerinden olan muhâlea (bir bedel karşılığında eşlerin anlaşarak boşanması) ve tefrik (hâkim kararıyla boşanma) tarafların her ikisine de verilmiş boşama haklarındandır. Taraflar bu haklarını, ancak belirli sebeplerin oluşmasından sonra ve geçimsizliğin giderilmesi için belli yöntemlere başvurduktan sonra problemin çözümlenmemesi durumunda kullanabilirler.

Araştırmamızın konusu kapsamında bulunan boşanma öncesi işletilmesi emredilen tahkim müessesesi de tarafların ayrılık kararı almadan önce ihtilafın giderilmesi için başvurmaları gereken metotlardan biridir. Nitekim Nisa Suresi 35.

ayette Allah, eşler arasında geçimsizlik yaşanması durumunda hakem müessesesinin işletilmesini emretmiştir.

Aynı ayetteki “gönderiniz” hitabı, vücûb ifade etmesi ve Sünnet ve sahabe uygulamalarında yer bulmuş olmasına karşın, İslâm âlimlerinin bir kısmı emri müstehâb olarak algılamışlardır. Bu nedenle 1917 Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ne kadar, İslâm dünyasında bu müessese işlerlik kazanamamıştır. Kararname ile birlikte bu konudaki Hanefî mezhebinin görüşü terk edilerek Mâlikilerin görüşü esas alınmış ve geçimsizlik yaşanması durumunda boşanmaya gitmeden tahkim usulüne başvurmanın gerekliliği 130. maddede bildirilerek bu usul kanunlaştırılmıştır.

Prensip olarak, İslâm hukuku talâk hakkını erkeğe verdiği için erkek dilediğinde bu yetkisini kullanarak hakem usulüne gitmeksizin eşinden ayrılabilmiştir. Neticede erkek egemen kültürün izlerini taşıyan bir düşünce olan “erkek, eşine “boş ol” diyerek evlilik birlikteliğini sonlandırır” şeklindeki inanç, Müslümanların zihinlerinde yer edinmiştir.

Araştırmamızın amacı, günümüzde varlığını sürdüren bu inancın yanlışlığına değinerek, Nisa Suresi 35. ayette emredilen boşanma öncesi tahkim usulüne başvurmanın hükmünü yeniden değerlendirmek ve hakeme gidilmeksizin gerçekleşen boşanmaların çoğunun, Kur’ân’da emredilen boşanma prosedürüne uygun olmadığını araştırmaktır.

Bu çerçevede yapmış olduğumuz araştırmamızda tümevarım metodunu kullanarak konu hakkında mezheplerin ve İslâm âlimlerinin görüşlerini derleyip, bu görüşlerden yola çıkarak tahkim yönteminin bugün itibariyle nasıl anlaşılması gerektiğine dair yeni açılımlar oluşturmaya çalıştık.

Ayrıca eşler arasında yaşanan şikak sonucunda hakem müessesesinin işletilmesini emreden bu ayetin kapsamının genişletilerek aile hukukunun diğer konularında da tahkim usulüne başvurmanın mümkün olduğunu delilleriyle birlikte izah etmeye çalıştık.

Çalışmamızda ayet meallerini verirken belli bir tutarlılık olması gerektiği düşüncesiyle Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Ankara 1999 yılında yayınlanan Kur'ân mealini kullandık.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK TARİHİNDE TAHKİM

1.1. TARİHTE TAHKİM

İnsanlar toplu halde yaşamaya başladığında bugünkü anlamda henüz genel yargı organları oluşmamıştı. Ancak bu durum insanların aralarında bir sorun yaşamadıkları veya hukuki sorunlarını çözme tekniğine sahip olmadıkları anlamına gelmiyordu.

Toplu halde yaşam, insanlar arasındaki ilişkilerin sözlü veya yazılı bazı kurallara bağlanmasını zorunlu kılmıştır. Öyle ki yazının henüz keşfedilmediği tarihlerde yaşayan kabilelerin dahi ilişkilerini töreye uygun olarak düzenledikleri görülmektedir. Bu nedenle kanunların oluşumu toplumsal yaşamın bir gereğidir ve insanlar ilk dönemlerden itibaren buna ihtiyaç duymuştur.

Will Durant'a göre, kanunun oluşumu dört aşamada gerçekleşmiştir.¹

Kanunun gelişmesindeki ilk aşama olan kısas kanunu, Roma hukukunda şahsi intikam duygusu neticesinde oluşmuştur. Yine bu kanun, Hammurabi Kanunlarında ve Tevrat'ta da bulunmaktadır.

¹ DURANT, Will, *Medeniyetlerin Temelleri*, (trc: Nejat Muallimoğlu), İstanbul 1996, s. 62.

Şahsi intikam duygularını barındıran kısas kanunundan sonra, kanunun oluşumundaki ikinci aşama diyet, yani mağdura verilen tazminat hakkı ile gerçekleştirilmiştir.

Suçun niteliği ve tazminat miktarının belirlenmesini sağlamak maksadıyla, diyet hakkı sonrası gerçekleştirilen üçüncü aşama da mahkemelerin oluşturulması neticesinde kaydedilmiştir. Bunun sonucunda, insanlar arasında yaşanan anlaşmazlıklar kabile reisleri veya rahiplerin ortak kararıyla çözüme kavuşturulmuştur.

Kanunun oluşmasında kaydedilen son safha da, kabile reisleri veya devletin, suçun işlenmesine engel olmak ve suç işleyeni cezalandırmakla yükümlü olduğu düşüncesi ile yapılandırılmıştır.

Bu son gelişme ile bugünkü yargı sistemine benzeyen bir hukuk sistemi oluşturulmuştur.²

Devlet yargısının oluşmadığı dönemlerde insanlar, ihtilafa düştükleri konularda hakemlere başvuruyorlar ve onlardan problemlerine çözüm getirmelerini istiyorlardı. Ancak bu faaliyet bugün bilinen tahkim sistemi gibi kurumsallaşmış değildi. Çünkü hakemlerin verdikleri kararlar, aleyhine hüküm verilen kişi veya kabilelerce kabul edilmeyebiliyordu. Bunun yanında aleyhine hüküm verilen taraf hakkını bizzat kendisi arayabiliyordu.

Sistemli bir faaliyet olmamasına ve çoğu kez kabul edilmemesine karşın tahkim usulüyle yargılamanın Hz. Süleyman dönemine kadar ulaştığı bilinmektedir. Kitab-ı Mukaddes hakkında yazılmış kaynaklar, Hz. Süleyman'ın hakem olup insanlar arasındaki ihtilafları giderdiği hususunda bilgiler vermektedir.³ Kaynaklarda en eski tahkim uygulamalarının Akdeniz medeniyetlerinden Roma ve Yunan hukuklarında gerçekleştiği ifade edilmektedir.⁴

² Geniş bilgi için bkz: AYENGİN, Tevhit, *Hukukta Köken Problemi Açısından Sosyal Realite Nass İlişkisi*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Erzurum 1999, s. 45–47.

³ ŞANLI, Cemal, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, s. 14.

⁴ YILDIRIM, Mustafa, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, İzmir 2002, s. 32.

Devlet yargısının düzenlenmediği bu dönemlerde tek yargı usulü olan tahkim, devletin yargı görevini ele geçirmesi ile uygulamadan büyük oranda çekilmiştir. Ancak günümüzde devlet yargısının yaşadığı sorunlar tahkimi tekrar cazip kılmaya başlamıştır.⁵

1.1.1. ESKİ YUNAN HUKUKUNDA TAHKİM

Antik Yunan'da iki türlü muhakeme usulünün var olduğu bilinmektedir. Bunlardan ilki genel yargı, diğeri tahkim usulü idi. Mahiyet ve miktarları önemli olan davalara yalnızca genel yargı bakarken bunun dışında kalan her türlü davalar için tahkime gitmek mümkündü.

Eski Yunan'da tahkim usulünün uygulandığını bize bildiren kaynaklar arasında Demostenes ve Aristoteles'in eserleri yer almaktadır. Demostenes, *Müdafaalar* adlı eserinde "Tarafların aralarındaki anlaşmazlıklarda, hakeme başvurmaları mümkün olduğu gibi, istedikleri kimseleri de hakem seçebilirlerdi, seçtikleri hakemin kararına boyun eğerdiler ve ona itiraz etmezlerdi." demektedir. Yine Aristoteles, *Belâgat* adlı eserinde "Hâkimin kanunu tatbik etmekle mükellef olmasına karşılık, hakemin nesafet ve adalet esaslarına göre karar vereceğini" dile getirmektedir.⁶

M.Ö. 445 yılında Atinalılarla İspartalılar arasında yapılan anlaşmalarda tahkimin kabul edildiği bilinir. Bu dönemde devletlerarası sorunlarda kullanılan tahkimin ne kadar zaman öncesinde bireyler arasındaki anlaşmazlıkları gidermek için kullanıldığı bilinmemektedir. Ancak kaynaklarda M.Ö. 7. yüzyılda Eski Yunanda bu yargı sisteminin var olduğu bildirilmektedir.⁷

⁵BALCI, Muharrem, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, İstanbul 1999, s. 41.

⁶ YEĞENGİL, Rasih, *Tahkim*, İstanbul 1974, s. 18.

⁷ YILDIRIM, Mustafa, *İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 33; YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 17; BALCI, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 42.

Eski Yunan sisteminde tahkim usulünün işleyişi şu şekildedir: Tahkim öncesinde taraflar aralarındaki ihtilafı çözümleyecek hakemi tespit ettikten sonra, onun verdiği hükme uyacaklarına dair yemin ederlerdi. Hakemin huzurunda yapılan bu yemin sonrasında ihtilaf yaratan konuyu hakem dinler ve ardından hemen hüküm verirdi.⁸

1.1.2. ROMA HUKUKUNDA TAHKİM

Roma'nın en eski hukuk sistemi, devlet denetiminde olduğu için bu dönemde tahkimin var olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak Roma hukuku milattan 130 yıl önce kabul edilen *Aebutia Kanunu* ile büyük bir değişim göstermiştir. Bu kanun sonucunda Roma Hukuku, şekilci ve dar hukukun etkisinden çıkmış ve içersinde yeni hukuki müesseseler oluşmuştur. Bunun doğal sonucu olarak tahkim müessesesi de bu dönemde hukuki himayeye kavuşmuştur.⁹

Romalı hukukçuların büyük mücadeleleri sonucunda Roma Kanununa bu müessese “Tahkim Akdi” olarak girmiştir. Ancak bu dönemde verilen hakem hükmü, hakem tarafından değil, hâkim tarafından verildiği için bu durum, “kamunun tahkime müdahalesi” olarak değerlendirilmiştir.¹⁰

Roma Hukukunda Tahkimin Uygulanışı şu şekildedir:

a) Tahkime gidilebilmesi için öncelikle tarafların aralarında anlaşmaları gerekir. Bu anlaşmaya *compromissum* (tahkim akdi) denir. Bu akdin hukukun şekli kurallarına uyması şarttır. Ayrıca akitte belirtilen şartlara hem hakemler hem de taraflar uymak zorundadır. Uymayan kişiye akitte belirtilen ceza verilir.

b) Bu hukuka göre, hakem tayin edilen kişi hakemliği kabul ettikten sonra geçerli bir mazereti bulunmadıkça hakemliği bırakamaz.

⁸ BALCI, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 42.

⁹ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 34.

¹⁰ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 29, 30.

Yetki ve sorumlulukları tahkim akdi ile belirlenen hakemlerin yetkileri dışında verdikleri kararlar taraflar için bağlayıcı değildir. Ayrıca hakemlerin kararlarında bağlı oldukları herhangi bir yazılı hukuk yoktur. Kendi görüşlerine göre hüküm verirler. Bununla birlikte taraflardan biri verilen hakem kararını reddederse diğeri onu akit gereği dava eder. Kararı reddeden taraf, verilen mali cezayı ödemekle yükümlüdür. Şayet bu cezayı ödemezse malları haczedilir.¹¹

c) Hâkimlik ehliyetlerini taşıyan her kişi hakem de olabilir. Öyle ki kötü şöhreti bulunan kişiler dahi hakem olabilir. Ancak sağır, dilsiz, çocuk, kadın, deli ve kölelerin hakem olup olamayacağı hususu tartışılmıştır. Genel kanaate göre, mümeyyiz olmayan kişiler hakem olamazlar.

Özellikle kadının hakemliği hususunda ciddi tartışmalar yaşanmıştır. Ancak prensip olarak kadınların yumuşak huylu olması, bilgi ve tecrübelerinin azlığı sebebiyle hakemlik vazifesini tam anlamıyla yerine getiremeyecekleri düşünüldüğü için kadının hakemliği kabul edilmemiştir.¹²

1.1.3. İSLÂMİYETTEN ÖNCE ARAP TOPLUMUNDA TAHKİM

Merkezi bir yönetimleri ve buna bağlı olarak yasama ve yargı organları bulunmayan İslâm öncesi Arap toplumunda örf, âdet ve gelenekler kanun derecesinde bağlayıcı kabul edilmekteydi. Diğer toplumlarda olduğu gibi bu toplumda da adaleti ve toplumsal düzeni sağlamak için hukuki ihtilafların çeşitli yollarla çözümü aranırdı.

Örfe göre, ihtilaf konusu adam öldürme veya cismani tecavüzlerden oluşuyorsa bu durumda öç almaya gidilirdi. Onların inanışlarına göre öldürülen kişi öcü alınmadığı sürece mezarında rahat yatamazdı. Bu sebeple, öldürülenin öcünü almak onlar için dini bir görev kabul edilirdi. Bu durum kabileler arasında iç savaşa

¹¹ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 31; BALCI, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 44.

¹² YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 109–111; YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 33.

hatta böylece kabilelerin yok olmalarına sebep olmaktadır. İstisnai olarak öç alma yerine, katilden diyet de istenmekteydi. Ancak diyet miktarında kabileler arasında eşitlik yoktu. Kimi bu miktarı çok verirken kimi daha az verebilirdi. Şayet diyetin miktarında anlaşma sağlanamamışsa, hakeme müracaat edilir, bedel hakem tarafından tespit edilirdi. Adam öldürme ve cismani tecavüz konularının dışındaki tüm konularda hakeme başvurulabilirdi. Özellikle kabileler veya şahıslar arasında sıkça yaşanan üstünlük tartışmaları, su hakkı gibi konular hakeme götürülen hususlardandı.¹³

Bu toplumun örfüne göre, şayet tahkim iki kabile arasında görülecekse, hakem, üçüncü bir kabile reisi veya tarafların seçtiği özel bir heyetten olurdu. Bu durumu bugünkü uluslar arası tahkime benzetenler bulunmaktadır.¹⁴

Hakem seçiminde bazen kabile başkanı veya kâhinler tercih edilirken, bazen de mistik yönü ağır olan, adaletli karar vereceğine inanılan kişiler tercih edilirdi. Özellikle şan, şeref sahibi, doğru, emin ve tecrübeli kimseler hakem tayin edilirdi. Bu hakemler, kendilerinin tabi olacakları bir kanun bulunmaması sebebiyle adalet ve vicdanlarına göre karar verirlerdi. Bazen de örf ve âdetlere göre hüküm verirlerdi.¹⁵

Kabile hakemleri, kabile içersinde yaşanan anlaşmazlıkları çözümleyerek devlet otoritesinin yapması gereken işleri yaparak kazai yetkiyi ellerinde tutarlardı.¹⁶

Hakemi taraflar seçerdi. Seçilen hakem davaya bakmayı kabul etmişse, her iki taraftan mal veya rehine ile kendisinin vereceği kararı kabul edeceklerini garanti altına aldırması gerekirdi. Hakemler erkeklerden seçilebildiği gibi, dileyen kadın hakem de tayin edebilirdi.¹⁷ Bununla birlikte hakemliği kabul eden kişi dilediği vakit istifa edebilirdi.

¹³ ATAR, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilatı*, Ankara ty., s. 28, 29.

¹⁴ AHMED EMİN, *Fecru'l-İslâm*, Kâhire 1964, s. 225.

¹⁵ DÖNDÜREN, Hamdi, *Delilleriyle İslâm Hukuku*, İstanbul 1983, s. 27.

¹⁶ HAMİDULLAH, Muhammed, *İslâm Peygamberi*, (çev.: Salih Tuğ), İstanbul 1993, II, 865; ATAR, *İslâm Adliye Teşkilatı*, s. 28; YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 53.

¹⁷ ATAR, *İslâm Adliye Teşkilatı*, s. 28.

el-Alâ b. Cârîye, lakabı el-Adl olan el-Velid, Şaddâh el-Kinânî,¹⁸ Abdu'l-Muttalib b. Haşim, Emir b. ez-Zeraib gibi kişiler Arap toplumunda bilinen en meşhur erkek hakemlerken, bunların yanı sıra akıllarıyla ün yapmış olan Suhn bint Lukmân, Hind bint Hus, Cum'a bint Hâbis, Huseyle bint Âmir gibi meşhur bayan hakemlerin de var olduğu bilinmekteydi.¹⁹

Hakem kararları taraflar için bağlayıcıydı. Ancak kararın infazında sorunlar da yaşanmıyor değildi. Aleyhine karar verilen taraf, hiçbir kuruma veya kişiye karara itirazını bildiremezdi. Fakat karara uymazsa, hakemin yapacağı bir şey de yoktu. Buna mani olmak için hakem tahkim öncesinde taraflardan karara uyacaklarına dair kefil isterdi. Bu kefilin getirilmesi ile tahkime başlanırdı. Kefilin istenmediği durumlarda da kararın uygulanması ancak tarafların iyi niyetlerine veya lehine hüküm verilen kişinin üstün kuvvetine bağlı idi.²⁰

Davaların görüldüğü özel bir mekân yoktu. Her mekânda taraflar hakeme müracaat edebilirdi. Mesela *Ukaz Fuarı*'nda taraflar kâhine başvurup tartışmalarını beyan ederler, aralarında hükmetmesini isterlerdi. Kâhin de onlardan kefil veya rehin isteyerek aralarında hakemlik yapardı. Şayet kefil vermezlerse davayı kabul etmezdi. Bu dönemde yemin de önemli bir delil sayılırdı. Rehin bırakılan mal genelde deve olurdu. Rehin, hakeme veya "dâmin" denilen üçüncü bir şahsa emanet edilirdi. Hakem, tarafları ve beraberinde getirdikleri şahitleri dinledikten sonra kararını açıklardı.²¹ Genellikle evler ve toplantı salonları da tahkimin gerçekleşeceği mekân olarak seçilirdi.

Bununla birlikte, bir hakemin kararına karşı "istinâf" gibi ikinci bir tetkik az rastlanan bir durumdu. Bu ancak *Ukaz Fuarı*'nda yapılan tahkimlerde gerçekleşirdi. Zira bu fuarda, bazı dönemlerde iki hakem bulunurdu ki bunlardan birine ticari ihtilaflar için gelinir, diğerine istinâf makamı olarak müracaat edilirdi. Ayrıca örfe

¹⁸ HAMİDULLAH, *İslâm Peygamberi*, II, 186.

¹⁹ AVVÂ, Fatıma Muhammed, *Akdü't-Tahkim fi's-Şerîati ve'l-Kanûn*, yy. 2002, I, 208; AKGÜNDÜZ, Ahmet "Hakem", *Diyanet İşleri Ansiklopedisi*, İstanbul 1997, XV, 172; HAMİDULLAH, *İslâm'da Devlet İdaresi*, (trc.: Kemal Kuşçu), Ankara ty., s. 115.

²⁰ ATAR, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 27, 28.

²¹ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 56.

göre, hakemler, yünden elbiseler giyer, sarıklar sararlardı. Kâhinler renkli elbiseler giymekten çekinirlerdi.²²

İslâm öncesi Arap toplumunda tahkime gidilen olaylardan bazıları şunlardır:

Kâbe'nin tamiri esnasında duvarları örüldükten sonra kutsal *Haceru'l-Esved*'in konulmasında kabileler arasında ihtilaf yaşanmıştır. Zira her kabile, bu taşı koyma şerefini elde etmek istemiştir. Tartışmalar neredeyse kabile savaşına sebep olacakken aralarından biri, mescide ilk geleni hakem kabul etmeyi teklif etmiştir. Teklifi uygun gören kabileler beklemeye başlamış ve tam bu sırada mescidin kapısından Muhammedü'l-Emin lakabıyla tanınan Hz. Muhammed içeriye girmiştir. Olayın kendisine anlatılmasından sonra Hz. Peygamber, bir elbise istemiş ve Haceru'l-Esved'i bu elbiseye koyduktan sonra her kabile reisinin onun kenarlarından tutmasını istemiştir. Duvarın yanına götürülen taşı, kendisi eliyle alıp duvarın üzerine koymuştur. Böylelikle kan dökülmeden duvar yapımına devam edilmiştir.²⁴

Henüz vahyin inmediği, tahkim ayetlerinin insanlarca bilinmediği bu dönemde böyle bir örnek olayın vaki olması, o dönemde Arap toplumunda tahkimin yaygın olarak başvurulan bir metot olduğunu düşündürmektedir. Ancak bu olay tarafların hakem seçiminde özel bir gayret içersinde olmadıklarını da göstermektedir. Zira ihtilafa düşen kabileler mescit kapısından ilk gireni hakem seçecekleri hususunda karar almışlar ve bu kişi de Hz. Muhammed olmuştur. Kanaatimizce böyle bir tahkim usulü doğru değildir. Zira hakemi tanımadan, kim olduğunu bilmeden, akıl, bulûğ gibi sıfatlara haiz olup olmadığını görmeden bu tür bir hakem seçimi yapmak, akdin ne kadar geçerli olduğunu ve verilecek kararın ne derece isabetli olacağını düşündürmektedir.

İslâm öncesi Arap toplumunda ihtilafların çözümünde bir veya birden çok hakem tayin etmenin bir mahsuru bulunmamaktaydı. Nitekim yukarıda da

²² HAMİDULLAH, *İslâm Peygamberi*, II, 865.

²⁴ HAMİDULLAH, *İslâm Peygamberi*, II, 865; AVVÂ, Fatıma Muhammed, *Akdü't-Tahkim fi'ş-Şerîati ve'l-Kanûn*, I, 210; AKGÜNDÜZ, "Hakem", XV, 172.

değindiğimiz üzere iki kabile arasında gerçekleşecek olan tahkimi tarafların seçtiği özel bir heyet de gerçekleştirebilmekteydi.

1.1.4. ORTA ÇAĞ KİLİSE HUKUKUNDA TAHKİM

Ortaçağ hukuk tarihini, çağın sonlarına doğru derlenmiş olan âdet hukukundan öğrenmekteyiz

Ortaçağdaki âdet hukukunda, tahkim önemli bir yer tutar. Bu hukuka göre, başlangıçta ceza davaları da dâhil olmak üzere her türlü konu için tahkime başvurulabilirken, sonraları ceza ve şahsın hürriyetine dair konular tahkimin dışında bırakılmıştır. İlerleyen zamanlarda evlenme, kölelik ve şahsın vücut bütünlüğünü zedeleyici fiillere ait davalar da tahkim dışı bırakılmıştır.²⁶

Âdet hukukuna göre hakemler hakemlik ehliyetine sahip olmalıydılar. Bu hukuka göre, sağır, dilsiz, köle, küçük ve kötü şöhreti olanların hakem olması mümkün değildir. Kadınların hakemliği konusu ise tartışmalıdır.

Bu dönemde, hakem tayin edilen kişiler geçerli bir mazeretleri bulunmadıkça hakemlikten kaçınmazlardı. Gerekirse hâkim onları hakemlik yapmaya zorlayabilmekteydi. Bununla birlikte hakemlik vazifesi için taraflardan ücret almak onur kırıcı bir davranış olarak görülürdü.

1.1.5. OSMANLI DEVLETİ'NDE TAHKİM

Osmanlı Devleti'ndeki yargı sistemini oluşturan kamu hukuku ve özel hukuk alanlarının İslâm hukukundan etkilendiği bilinmektedir. Özellikle özel hukuk

²⁶ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 40.

alanının İslâm hukukuna göre düzenlendiği görülmektedir.²⁷ Davalara padişahın atadığı kadılar veya bu kadıların tayin ettiği kadılar bakardı. Bununla birlikte gayri müslimler için işleyen mahkemeler de vardı. Onların davalarına da buralardaki hâkimler bakardı. Bu dönemde verilen hükümler İslâm hukuku üzerine bina edilirdi.²⁸

Tanzimat öncesi dönemde *muslihûn* müessesesi denilen bir uzlaştırma kurumu da mevcuttu. Bu müessese, bir nevi bugünün tahkim müessesesinin işlevini görmekteydi. Zira taraflar anlaşmazlık nedeniyle henüz mahkemeye başvurmadan ıslah ediciler (muslihûn) denilen kişilerle problemlerini çözümlenebilmekteydiler.

Orhan Çeker, bir makalesinde konuyla ilgili şu ifadelerle yer vermektedir: “Osmanlı uygulamalarında adliye teşkilatı içersinde arabuluculuk müessesesi diye kabul edilebilecek “muslihûn” var idi. Islah ediciler anlamına gelen “muslihûn”, niza mahkemeye intikal etmeden önce araya girerler, nizayı gönül rızası ile halletmek için nasihat ederler, tarafları anlayışlı, sabırlı ve fedakâr olmaya çağırırlar. Onları uygun bir sonuca ikna etmeye çalışırlardı.”²⁹

Ancak Tanzimat’la birlikte pek çok alanda olduğu gibi hukuk alanında da ciddi yenilenmeler olmuştur. Özel Hukuk, Kamu Hukuku, Medeni Hukuk ve Usul Hukuku gibi ayrımlar bu dönemde yapılmıştır. Tanzimat’la birlikte kanun ve muhakeme usulü yazılı hale getirilmiştir.³⁰ Bununla birlikte, bu dönem öncesinde tahkim ile ilgili kurallar bulunmazken, 1850 yılında ilan edilen Kanunname-i Ticaret’in 40–52. maddeleri tahkime ait hükümleri içerir. Ancak kanunun bu maddeleri *mecburi tahkim* ile ilgilidir. Zira bu maddeler şirketler arasında çıkan ihtilafların hakemler vasıtasıyla çözümlenmesi gerektiğini bildirir.³¹

²⁷ AYDIN, *İslâm Osmanlı- Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 59.

²⁸ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 74, 75.

²⁹ “Hukuk-i Aile Kararnâmesi Giriş ve Tarihçesi”, (Yayına Hazırlayan Orhan Çeker), *Mehir*, Konya 1999, sy. 3, s. 21.

³⁰ BALCI, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 87.

³¹ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 44; BALCI, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 87.

Bu maddelere göre, taraflar aralarında hakemi tayin edemezlerse bu görevi mahkeme üstlenecektir. Mahkemeler, tahkim konusu olan davalara taraflar isteseler dahi bakamazlar. Kanuna göre, hakem kararlarında dayanılacak hükümlerin ve ispat vasıtalarının zikredilmesi şarttır. Hakemler arasında oy birliği sağlanamadığı zaman müştereken üçüncü hakemin seçilmesi, bunun da yapılamaması durumunda üçüncü hakemi mahkemenin seçmesi gibi hususlar bu kanunda zikredilmiştir.³²

Kanunname-i Ticaret'ten sonra 1861 yılında kabul edilen Ticaret Usulü Muhakemesine Ait Nizamname'de tahkim ile ilgili hükümlere yer verilmiş, sonrasında 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunu'nda tahkimle ilgili düzenlemeler yapılmıştır. En son olarak da Osmanlının ilk medeni kanunu olan Mecelle'de tahkime dair hükümlere yer verilmiştir.³³

1.1.5.1. MECELLE'DE TAHKİM

Biraz önce de değindiğimiz gibi Mecelle öncesinde tahkimin var olduğu bilinmektedir. Ancak Mecelle ile tahkim konusunda ciddi anlamda ilerlemelerin olduğu da görülmektedir. Zira aşağıda ayrıntılı olarak yer vereceğimiz üzere Mecelle'de tahkimin tanımı, konusu, süresi, hakem tayininin nasıl olacağı, hakemlerin ücreti gibi pek çok konulara değinilmiştir. Kanaatimizce bu durum Osmanlı'nın tahkim usulüne başvurmanın esaslarını belirleme ve hatasız uygulama gayretleri içerisine girdiğini göstermektedir.

Mecelle'de tahkimin tanımı şu şekildedir: “Tahkim, hasım olan iki tarafın, ihtilâflarının halli için kendi rızaları ile üçüncü bir kişiyi hüküm vermek üzere tayin etmelerinden ibarettir.”³⁴

³² BALCI, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 87.

³³ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 44; YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 77; BALCI, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 88.

³⁴ Mecelle, m. 1790.

Tahkim usulünün kapsamına şahsın hukukunu ilgilendiren konular girmektedir.³⁵ Burada şahsın hukukuyla kastedilen, içersinde Allah hakkı bulunmayan konulardır. Bu konularda kişi serbestçe karar verme, seçim yapma hakkına sahiptir.

Mecelle'ye göre, hakemlerin sayısının bir veya birden çok olması mümkündür. Herhangi bir sayısal sınırlama yoktur. Hatta tarafların kendi akrabalarından birer hakem tayin etmeleri tavsiye edilmektedir.³⁶

Ancak verilen karar hakemlerin ortak kararı olmalıdır. Sadece bir hakemin görüşü ile veya hükümde oy birliğinin bulunmaması durumunda tahkim gerçekleşmiş olmaz.³⁷

Mecelle'ye göre, hakemler, hüküm vermesi için üçüncü bir kişiyi de hakem seçebilirler.³⁸

Hakemler, tahkim akdinde belirlenen süre içersinde hüküm vermek zorundadırlar. Aksi takdirde yeniden hakem tayini ve tahkim akdi gerekir.³⁹

Tahkim süresinin bitiminden sonra verilen karar geçersizdir. Tarafların rızaları ve hâkimin isteği olmaksızın süre uzatılamaz. Karar süresi dolduktan sonra verilen hiçbir hüküm taraflar için bağlayıcı değildir.

Hakem, taraflarca tayin edilmişse, hüküm vermeden önce azledilebilir. Ancak hakem hâkim tarafından tayin olunmuşsa taraflar onu azledemezler. Çünkü o, kendisini tayin eden hakemin naibidir.⁴⁰

Hakemlerin verdikleri hüküm sadece tarafları ve hüküm verilen konuları kapsar. Üçüncü şahısları veya tarafların diğer ihtilafa düştükleri konuları bağlamaz.⁴¹

³⁵ Mecelle, m. 1841.

³⁶ Mecelle, m. 1843/1; m. 1843/2.

³⁷ Mecelle, m. 1844.

³⁸ Mecelle, m. 1845.

³⁹ Mecelle, m. 1846.

⁴⁰ Mecelle, m. 1847.

⁴¹ Mecelle, m. 1842.

Hakem kararları hâkim tarafından incelendiğinde usule uygun bulunursa tasdik edilir. Şayet usule aykırı ise bu durumda karar bozulur. Bozulmuş bir hakem kararının da bağlayıcılığı yoktur.⁴²

Mecelle'ye göre hâkim kararları ile hakem kararları arasında bir fark yoktur. Verilen hüküm, tarafları bağlar ve bu hükme uymak zaruridir.⁴³

Şayet taraflar hakemin her kararına uyacaklarını bildirmişlerse, hakem de tarafların sulh yapmalarına karar vermişse, onlar bu karara uymak zorundadırlar.⁴⁴

Hakemlerin yetkileri ancak tarafların kendilerini tayin ettikleri konular ile sınırlıdır. Şayet taraflar hakemlere sulh yetkisi vermişlerse, hakemlerin sulh kararı geçerlidir ve taraflar bu karara uymak zorundadırlar. Önemli olan verilen hükmün şer'i esaslara uygun olmasıdır.⁴⁶

Taraflarca hakem tayin edilmediği halde aralarındaki ihtilafı çözen kişinin verdiği hükmü, taraflar kabul ederlerse bu hüküm geçerli olur.⁴⁷

Bu hüküm ile tahkimin mutlak olarak yazılı olmasının gerekli olmadığı ve sözlü tahkim akdinin de muteber olduğu anlaşılmaktadır.

Mecelle'ye göre hakemler hâkimler gibi yargı vazifesi ifa ettiklerinden, hâkimlerde bulunması gereken şartlar hakemlerde de bulunmalıdır. Bu sebeple hakemlerin hür, Müslüman ve erkek olması gerekir.

Mecelle'ye göre hâkim; âlim, zeki, doğru karar verebilen, temkinli ve metin olmalıdır.⁴⁸ Fıkhî meselelere, yargılama usulüne, ihtilaf edilen problemi

⁴² Mecelle, m. 1849.

⁴³ Mecelle, m. 1848/1; m. 1848/2.

⁴⁴ Mecelle, m. 1850.

⁴⁶ Mecelle, m. 1850.

⁴⁷ Mecelle, m. 1851.

⁴⁸ Mecelle, m. 1792.

çözümleyebilecek yeteneğe sahip olmalıdır.⁴⁹ İyiyi kötüden ayırma kabiliyetine muktedir olmalıdır.⁵⁰

Küçük, bunak, kör, kuvvetli sesleri işitemeyecek derecede sağır olan kişilerin verdiği hüküm caiz değildir.⁵¹

Hâkim, muhakeme esnasında şakalaşma gibi duruşmanın maksadını engelleyecek fiil ve hareketlerden kaçınmalıdır.⁵²

Hâkim taraflardan hiçbirinin hediyesini kabul etmemelidir.⁵³ Hiçbirinin ziyafetine gitmemelidir.⁵⁴

Hâkim, yalnız taraflardan birini evine kabul etmek, duruşmada biriyle yalnız kalmak veya onlardan birine elle, gözle, başla işaret etmek gibi kendisini töhmet altında bırakacak hareketlerden uzak durmalıdır.⁵⁵

Hâkim taraflar arasında adil olmalıdır. Yanlı davranmamalıdır.⁵⁶ Taraflardan biri eşraftan, diğeri halktan dahi olsa her ikisine de aynı muamelede bulunmalı, birini diğerdinden üstün tutmamalı adaletle hükmetmelidir.⁵⁷

Mecelle'ye göre hâkimde var olması gereken zikrettiğimiz bu özellikler hakemde de bulunmalıdır.

⁴⁹ Mecelle, m. 1793.

⁵⁰ Mecelle, m. 1794/1.

⁵¹ Mecelle, m. 1794/2.

⁵² Mecelle, m. 1795.

⁵³ Mecelle, m. 1796.

⁵⁴ Mecelle, m. 1797.

⁵⁵ Mecelle, m. 1798.

⁵⁶ Mecelle, m. 1799/1.

⁵⁷ Mecelle, m. 1799/2.

1.1.5.2. MECELLE SONRASINDA TAHKİM

Mecelle'den sonra 1879 yılında Hukuk Usulü Muhakemeleri Muvakkat Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanunda tahkim hükümlerine Mecelle'den farklı olarak bir kaç ekleme yapılmıştır. Yapılan bu eklemeleri şu şekilde izah etmek mümkündür:

Mecelle hükümleri gereğince, taraflardan biri veya her ikisi de verilen karardan memnun kalmasalar dahi memnuniyetsizliklerini dile getirebilecekleri bir makam olmadığından ve mutlak olarak karara uymak zorunda olduklarından mağdur duruma düşebiliyorlardı. İşte bu kanun ile hakem kararlarına temyiz yolu açılarak tarafların bu mağduriyetlerinin giderilmesi amaçlanmıştır. Kanun, hakemlerin karar vermede objektif davranmalarını zorunlu kılarak tahkim müessesesinin suiistimal edilmesini önlemiştir.

Bununla birlikte, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi Mecelle'ye göre kararın bağlayıcı olabilmesi için hakemlerin hükümde ittifak etmeleri gerekir. Şayet kararda oy birliği sağlanamamışsa, tahkim hüküm ifade etmez. Bu muvakkat kanunla birlikte tahkimde sonuca bağlama zorunluluğu getirilmiştir. Zira hakemler, hükümde ittifak edemezlerse üçüncü bir hakemi seçecekler, bu hususta da birleşemezlerse hakem mahkeme tarafından tayin edilecektir.

Osmanlının son zamanlarında kabul edilen ve kısa bir süre yürürlükte kalan 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi'nde tahkim usulü hakkında çeşitli düzenlemelerin yapıldığını görmekteyiz. Kanununun 130. maddesi eşler arasında geçimsizlik yaşandığında problemin halli için tahkim usulüne başvurulması gerektiğini bildirmektedir. Zikredilen kanununun 130. maddesine göre eşlerden herhangi biri geçimsizlik nedeniyle mahkemeye başvurursa, hâkim çiftin ailelerinden birer hakem tayin eder. Şayet tarafların ailelerinde hakem olabilecek kimse yoksa veya var olup da hakemlik ehliyetine sahip değilse, bu durumda hâkim aile dışından bir kişiyi hakem seçer. Bu hakem heyeti, tarafları dinler; onları uzlaştırmaya çalışır. Şayet tarafları barıştırma çabasında başarılı olamazlarsa, çiftin durumuna bakarlar. Suç kocada ise onu boşarlar. Ancak kadın hatalı ise mehrinin tamamını veya bir kısmını kocasına vermesi şartıyla boşamaya hükmederler. Hakemler verilecek hükümde ittifak edemezlerse, başka bir hakem grubu ve taraflara yakınlığı

bulunmayan üçüncü bir hakem seçilir. Hakemlerin vereceği karar kesindir, buna itiraz edilemez.⁵⁸

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne kadar Osmanlı'da hakem usulü ile boşanmanın yayılmadığını görmekteyiz. Bunun temel nedeni, ıslah girişiminin hâkimler tarafından yapılmasıdır. Dolayısıyla Osmanlı'da hakem usulü değil, hakemlerin arabuluculuk yapmasının benimsendiği görülmektedir. Elbette ki bu hususta Hanefilerin görüşünün de tesiri bulunmaktadır. Zira kararname öncesine kadar Osmanlıda Hanefî mezhebinin görüşleri benimsenmekteydi.⁵⁹ Dolayısıyla hakemlerin vazifesi boşama değil tarafları barıştırmaktı. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi Mâlikî mezhebinin görüşleri ekseninde hazırlandığı için bu dönemden sonra tahkim usulüyle boşanan çiftlerin sayısında ciddi anlamda artış olmuştur.

Ancak Osmanlı Devleti'nde bir devrim yaratabilecek özelliğe sahip olan bu kararname, 25 Ekim 1917'de yürürlüğe girip 19 Haziran 1919 tarihinde tarafından yürürlükten kaldırılmıştır.⁶⁰

1.1.6. TÜRK HUKUK USULÜNDE TAHKİM

Zikrettiğimiz devlet ve kanunların yanı sıra Medeni hukukta da tahkimin varlığını görmekteyiz. Medeni hukukta, tahkim konusu ve hükümleri HUMK (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu) içerisinde yer almaktadır.

⁵⁸ ÇEKER, “*Hukuk-i Aile Kararnâmesi*”, s. 102–103; AYDIN, *Aile Hukuku*, s. 260.

⁵⁹ Osmanlı Devleti'nde Hanefî mezhebinin görüşlerinin tercih edilmesinin sebeplerinden biri Abbasi ve Selçuklu Devletleri'nin etkisidir. Zira Ebû Hanife'nin talebesi olan Ebû Yusuf'u Abbasi halifesi Harun Reşid, baş kadı tayin ederek bu mezhebi devletin resmi mezhebi haline getirmiştir. Selçukluların Abbasilerden aldığı ve aynen koruduğu bu miras, Osmanlı Devleti'ne de Selçuklulardan geçmiştir. Halkın çoğunun bu mezhebi benimsemesi Devlet hukukunun da bu yönde yapılanmasına neden olmuştur. Ancak uzunca bir müddet Devlet hukukunda etkisi görülen bu mezhep tercihi, çeşitli nedenlerden dolayı 1917 yılında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile değişikliğe uğramıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: KARAMAN, “Osmanlı Hukukunda Mezhep Tercihi”, *Osmanlı Yeni Türkiye Yay.*, Ankara 1999, VI, 187, 189.

⁶⁰ DÖNDÜREN, *Delilleriyle İslâm Hukuku*, s. 86.

Elbette ki, Türk hukukunda da tahkimin istismar edilmesini engellemek için bazı kanunlar konulmuştur. Bu bölümde sadece HUMK'un tahkimle ilgili maddelerine yer vereceğiz. Medeni hukukta tahkim müessesesinin işleyişine ilerleyen bölümlerde gelecek olan konular içerisinde yer vereceğiz.

HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNUNDA TAHKİM

Kanuna göre, taraflar aralarında ihtilaf yaşadıklarında tahkime hemen gidebilecekleri gibi, tahkim sözleşmesinde, ilerleyen zamanlarda çıkacak olan ihtilaflarını da tahkimle çözümleneceklerini belirtebilirler.⁶¹ Bu sebeple tahkimin yazılı olması şarttır.⁶²

Tarafların tahkime gidecekleri konuda ittifak etmeleri zorunludur. Aksi durumda tahkimden söz edilemez.⁶³

Şayet hakeme gidilecek konuda tahkimin mümkün olup olmadığı hususunda taraflar arasında ihtilaf yaşanırsa bu anlaşmazlık mahkeme tarafından çözümlenir.⁶⁴

Tahkim sözleşmesinde hilafına bir karar bulunmadıkça tarafların hakemleri üç kişi olmak üzere hâkim tarafından tayin edilir. Sözleşmede hakemlerin taraflarca belirleneceği kararı varsa bu durumda tarafların hakem seçim tarihinden itibaren yedi gün içerisinde hakemlerini belirlemeleri zorunludur. Bu süre zarfında taraflardan biri hakemi tayin etmemişse onun hakemi hâkim tarafından belirlenir.⁶⁵

Hakemlerin red sebepleri, hâkimlerin reddedilme sebepleri ile aynıdır.⁶⁶ 34. maddenin ikinci fıkrasına göre, taraflar hakemlerini tayin ettikleri tarihten itibaren ancak beş gün içerisinde red talebinde bulunulabilirler.

Modern hukuka göre, tahkim süresi içerisinde taraflardan her ikisinin de kabulü olmaksızın hakemler azledilemezler.⁶⁷

⁶¹ HUMK m. 516.

⁶² HUMK m. 517.

⁶³ HUMK m. 518.

⁶⁴ HUMK m. 519.

⁶⁵ HUMK m. 520.

⁶⁶ HUMK m. 521.

Hakemlerden biri red veya istifa sebebiyle görevinden ayrılırsa yerine başka bir hakem tayin edilir.

Tahkim, hakemlerin tayini için mahkemeye müracaat edildiği veya sözleşme gereği hakem tayini taraflara ait ise taraflardan birinin kendi hakemini tayin edip diğerine de tayinini yapmasını haber verdiği günden itibaren başlar.⁶⁸ Dava sürecinde taraflardan birinin vefatıyla tahkim ortadan kalkar.⁶⁹

Hakemler, tahkim sözleşmesinde hilafına bir karar bulunmadıkça yargılamanın şeklini ve müddetini kendileri tayin ederler ve kendilerine verilen evrak üzerine hüküm verirler.⁷⁰

Kanunun ilgili maddesine göre, deliller hakkında kanunen belirlenmiş olunan kaideler, tahkim yargılama usulünde de aynen geçerlidir. Delillerin işaret ettiğinin hilafına hüküm verilemez.⁷¹

Davanın görüldüğü sırada taraflardan herhangi birinin cezalandırılmasını gerektirecek bir olayla karşılaşılırsa bu durumda ceza mahkemesinin konuyla ilgili kararı açıklanıncaya kadar dava ertelenir ve bu süre tahkim müddetinin içersine dâhil değildir.⁷²

Kanuna göre, hakemler ilk toplantılarından itibaren altı ay içersinde karar vermek zorundadırlar. Bu süre bitiminde verilen karar geçerli değildir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında ihtilafın çözümü mahkemece yapılır. Ancak tarafların veya hâkimin isteği neticesinde sürenin uzatılması da mümkündür.⁷³

Hakemlerin kararında anlaşmazlık konusunun ve dava sonucunda alınan kararın ne olduğu, dava sürecinde harcanılan paranın miktarının ne kadar olduğunun

⁶⁷ HUMK m. 522.

⁶⁸ HUMK m. 523.

⁶⁹ HUMK m. 524.

⁷⁰ HUMK m. 525.

⁷¹ HUMK m. 526.

⁷² HUMK m. 528.

⁷³ HUMK m. 529.

bulunması gerekir. Bunun yanında hakemlerin kararın altına imza atmaları da şarttır.⁷⁴ Hakem kararı tahkim mukavelesine eklenir.

Modern hukuktaki tahkim yargılamasında, kararda, hakemlerin hepsinin ittifakının bulunması şart değildir. Kararın bağlayıcılığı için çoğunluğun aynı görüşte birleşmesi yeterlidir.⁷⁵

Hakemler kararlarını, yetkili mahkeme kalemine bildirirler. Karar burada koruma altında tutulur. Alınan karar her iki tarafa da açık bir şekilde tebliğ edilir. Karar tebliğ tarihinden itibaren geçerli sayılır.⁷⁶

Hakem Kararlarının Bozulma Sebepleri: Hakem kararları şu sebeplerden dolayı temyizden nakzolunur:⁷⁷

- 1) Kararın tahkim süresinin bitiminden sonra verilmiş olması
- 2) Talep edilmemiş bir konu hakkında karar verilmesi
- 3) Hakemlerin yetkileri dışındaki bir konu hakkında hüküm vermeleri
- 4) Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri

Maddeye göre karar, son üç nedenden birine binaen reddedilirse hakemler ve tahkim süresi yeniden belirlenir.

Taraflardan herhangi biri verilen kararın uygunsuzluğu nedeniyle iade-i muhakeme isteyebilir.⁷⁸ Bunun yanında taraflar tahkim sözleşmesinde iade-i muhakeme ve temyize gitmeyeceklerine dair karar almışlarsa onların bu kararı geçersizdir. Zira onlar iade-i muhakeme ve temyiz sebepleri oluştuğunda bu haklarını kullanmak zorundadırlar.⁷⁹

⁷⁴ HUMK m. 530.

⁷⁵ HUMK m. 531.

⁷⁶ HUMK m. 532.

⁷⁷ HUMK m. 533.

⁷⁸ HUMK m. 534.

⁷⁹ HUMK m. 535.

Hakemlerin verdiği karar temyiz müddeti geçince hâkim tarafından tasdik olunur. Tasdik olunan hakem kararları taraflar için bağlayıcıdır. Tarafların kararı reddetmeleri veya uygulamamaları mümkün değildir.⁸⁰

1.2. TAHKİM

1.2.1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Tahkim, sözlükte “hükmetmesini emretmek”,⁸¹ “kendisine ait hükmü başkasına devretmek, ona vermek”⁸² anlamlarına gelir.

Terim olarak tahkim, “birbiriyle davalı olan iki kişinin aralarında hüküm vermesi için hakem tayin etmeleri”⁸³; “aralarında uyuşmazlık bulunan iki veya daha çok kişinin, bu uyuşmazlığı gidermek üzere üçüncü bir şahsı memur etmeleri”⁸⁴; “davacı ile davalının aralarındaki davayı çözüme bağlaması için kendi rızalarıyla bir zatı hâkim kabul etmeleri” şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁵

Mecelle’nin 1790. maddesinde tahkim şöyle tanımlanır: “Tahkim, hasmeynin husumet ve davalarını fasl için rızaları ile âhar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibarettir.” Yani tahkim, aralarında hukuki ihtilaf bulunan iki tarafın ihtilaflarının çözümü için kendi rızaları ile üçüncü bir kişiyi hakem tayin etmeleridir.

⁸⁰ HUMK m. 536.

⁸¹ İBN MANZUR, Cemalüddin Muhammed b. Mukerrem, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut 1990, XII, 142, 143.

⁸² İBN ABİDİN, Muhammed Emin, *Reddu'l-Muhtâr Ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr*, İstanbul 1984, V, 428.

⁸³ İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 428; ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara 1958, s. 306.

⁸⁴ HUMK. m. 516; Mecelle m. 1790; BELGESAY, M. Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, İstanbul 1945, s. 469.

⁸⁵ ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1998, m. 428; MUHAMMED ATIF HOCA, *İslâm Fıkıhı*, İstanbul 1984, IV, 252.

Zikredilen tanımlardan şunu anlamaktayız ki, tahkimden söz edebilmek için öncelikle aralarında anlaşmazlık bulunan taraflar ve bu anlaşmazlığı giderecek hakemlerin mevcudiyeti gerekir. Bunun yanında tarafların hakemi kendilerinin belirlemeleri mümkün olduğu gibi, kimilerine göre de tarafların davalarını mahkemeye intikal ettirmeleri ile hakemlerin hâkim tarafından tayin edilmesi de mümkündür.

Modern hukukta tahkimin tanımı hukukçulara göre farklılık arz eder. Bunun nedeni ise “tahkim”, “tahkim sözleşmesi” ve “hakem anlaşması” terimlerinin anlamlarının tam olarak belirlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Konumuzun sınırlı olması sebebiyle bu terim tartışmalarına değinmeyip tahkimin birkaç tarifine yer vereceğiz.

Tahkim, “bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması” şeklinde tanımlanır.⁸⁶

Tahkim, uyuşmazlıkların resmi sıfatı haiz olmayan hususi şahıslar tarafından halledilmesini sağlayan hukuki müessesenin ismidir.⁸⁷

Yeğengil’e göre, günümüz hukukuna en uygun olan tahkim tanımı şu şekildedir: “Tahkim; kanunun men etmediği konularda, taraflar arasında doğmuş ve doğacak anlaşmazlıkların, bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların ya da kanunun yetki tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığıyla çözümlenmesidir.”⁸⁸

Bir diğer tahkim tarifi de Postacıoğlu yapmaktadır. Ona göre, “Tarafların anlaşması üzerine, aralarındaki hukuki nizam hakem denilen hususi şahıslar tarafından halledilmesine tahkim denir.”⁸⁹

⁸⁶ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 20.

⁸⁷ KORAL, Rabi, “Yeni Ve Eski Hukukumuzda Tahkim”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1947, XIII, sy.: 1, 193.

⁸⁸ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 94.

⁸⁹ POSTACIOĞLU, İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Ankara 1975, s. 783.

Kuru'ya göre “Bir hak üzerinde ihtilafa (uyuşmazlığa) düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir.”⁹⁰

Görüldüğü gibi medeni hukuk tanımlarında da İslâm hukukçularının tanımlarında olduğu gibi hâkim tarafından hakemlerin tayin edilmesi sonucunda oluşan yargılama usulünün tahkim olup olmadığı hususunda ihtilaf vardır. Zira kimilerine göre tahkim, yargıya intikal etmeden önceki zamanda gerçekleşir. Kimilerine göre de yargıya intikaliyle birlikte hakemlerin hâkim tarafından seçilmesiyle de tahkimden söz edilebilir.

Ancak HUMK'un 520. maddesi bu konuya şu şekilde aydınlık getirmektedir ki, taraflar sözleşmede hakemin mahkemece seçileceğini belirtirlerse hakem mahkeme tarafından seçilir. Ayrıca Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 130. maddesinde de mahkemeye müracaattan sonra hâkimin hakem tayin etmesi ile eşler için tahkim sürecinin başladığı dikkate alındığında yukarıda yer verdiğimiz bazı tanımların eksik olduğu görülmektedir. Nitekim her iki hukukumuzda da hâkimin hakem tayin etmesiyle de tahkimin gerçekleştiğine dair hükümlerin varlığı ile Şâfi mezhebinin ancak hâkimin rızası sonucu gerçekleşen tahkimlerin caiz olduğu görüşü⁹¹ göz önüne alındığında, eksiksiz bir tahkim tarifine ihtiyaç duyulacağı gibi bazılarının tahkimin ne olduğu, mahkemeden önce gerçekleşmesiyle birlikte, mahkeme sonrasında da tahkimden söz etmenin mümkün olup olmadığı gibi kafalarında beliren sorularının cevabı verilmiş olacaktır.

Netice itibariyle, ihtiyaç duyulan tahkim tarifinin kanaatimizce şu şekilde olması mümkündür: *Aralarında tahkime konu olabilecek türden anlaşmazlık bulunan kişi veya devletlerin bu anlaşmazlığı gidermeleri için bizzat kendilerinin veya mahkemeye müracaatları neticesinde hâkimlerin hakem tayin etmeleri sonucunda gerçekleşen yargılama usulüne tahkim denir.*

⁹⁰ KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1984, IV, 3965.

⁹¹ AVVÂ, Fatıma Muhammed, *Akdü't-Tahkim fi 'ş-Şerâti ve 'l-Kanûn*, I, 240.

1.2.2. TAHKİMİN UNSURLARI

Türk hukukunda tahkimin geçerlilik şartları (unsurları) şunlardır:⁹²

Konu: Kamu düzeni ve ahkâm-ı şahsiye ile ilgili konularda tahkime gidilemez. Ancak kanunun izin verdiği konularda tahkim uygulanabilir.

Taraflar: Tahkime gidilebilmesi için en az iki veya daha fazla tarafın varlığı gerekir.

İhtilâf: Taraflar arasında doğmuş veya ilerleyen zamanlarda doğabilecek bir ihtilaf bulunmalıdır.

Tahkim İradesi: Taraflar arasında doğabilecek veya doğmuş ihtilafların, tahkim ile çözümlenmesi hususunun, serbest iradeleriyle *ihtiyari tahkim* olarak veya kanunun istemesiyle *mecburi tahkim* olarak tanzim edilmiş bir sözleşmeye dayanması gerekir.

Hakem Tayini: Sözleşme veya kanun hükmü ile ihtilafı çözümlenecek kişilere yetki tanınması veya nasıl tayin edileceğinin belirlenmiş olması gereklidir.

1.2.3. İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN YERİ

İslâm hukuk sistematüğinde bu konu iki yerde ele alınır. Bunlardan ilki, ibadetler ile muamelât bölümleri arasında bulunan nikâh ve talâk konularıdır. Özellikle Nisa suresi 35. ayet, boşanma öncesinde tahkim müessesesinin işletilmesini emretmektedir. Bunun dışında İslâm hukukunda tahkime değinilen bir diğer yer muamelât ve ukûbât bölümleri içerisinde yer alan *kitâbü'l-kadâ* ve *edebû'l-kâdî* bölümleridir.

⁹² BALCI, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 104.

1.2.4. TAHKİMİN HUKUKİ DAYANAKLARI

Aralarında anlaşmazlık yaşanan iki veya daha çok kişinin ihtilaflarını tahkim usulüyle çözümlenmeye gitmeleri Kitap, Sünnet ve icma ile sabittir.⁹³

1.2.4.1. KİTAP

Kur’ân-ı Kerim’de tahkime doğrudan delâlet eden ayet Nisa suresi 35. ayettir. Ayette Allah Teâlâ şöyle buyurmaktadır: “Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barıştırmak isterlerse Allah aralarını bulur. Şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.”

Ayette başta hâkimler olmak üzere tüm insanlara hitap edilerek boşanma öncesinde tarafların tahkime gitmelerinin sağlanması emredilmektedir.

Konuyla ilgili diğer bir Kur’ân nassı, zina yapmış bir çift için Yahudilerin recm cezası vermez diye Hz. Peygamber’e gelerek onlar için hükmetmesini istemeleri üzerine nazil olan ayetleridir. Ayetlerde Allah Teâlâ şöyle buyurur: “Hep yalana kulak verir, durmadan haram yerler. Sana gelirlerse, ister aralarında hüküm ver, ister onlardan yüz çevir. Eğer onlardan yüz çevirirsen sana hiçbir zarar veremezler. Ve eğer hüküm verirsen, aralarında adaletle hükmet. Allah adaletten ayrılmayanları sever.”⁹⁴

“İçinde Allah’ın hükmü bulunan Tevrat yanlarında olduğu halde nasıl seni hakem kılıyorlar da sonra, bunun arkasından yüz çevirip gidiyorlar? Onlar inanmış kimseler değildir.”⁹⁵

⁹³ TARABLUSÎ, Alaüddin Ebû’l-Hasen Ali b. Halil, *Muînu’l-Hukkâm fî mâ Yeteraddedü Beyne’l-Hasmeyni Mine’l-Ahkâm*, yy. 1973, II, 24.

⁹⁴ Mâide: 5/42

⁹⁵ Mâide 5/43.

Tahkim ayetlerinden olan başka bir ayet de ihramlıyken avlanan kimsenin, avladığı hayvana denk bir hayvan kesmesinin gerekip gerekmediğini tespit için iki hakemin konuyla ilgili hüküm vermesinin istendiği Mâide suresi 95. ayettir. Ayette şöyle buyrulur:

“Ey iman edenler! İhramlı iken avı öldürmeyin. İçinizden kim onu kasten öldürürse öldürdüğü hayvanın dengi (ona) cezadır. (Buna) Kâbe’ye varacak bir kurban olmak üzere içinizden adalet sahibi iki kişi hükmeder. (Öldürülen avın dengini takdir eder)...”⁹⁶

Ayetlerden boşanma öncesinde gerçekleşen tahkimin dışında, başka konularda da tahkime gitmenin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Zira Hz. Ali de Muâviye ile tahkime gitmek istediğinde Hâricîler kendisine karşı çıkmış, o da Mâide suresi 95. ayeti kendisine delil göstermiştir.

1.2.4.2. SÜNNET

Bilindiği üzere Hz. Peygamber, Medine’ye hicretten sonra hem peygamberlik hem de devlet başkanlığı görevini yürütmüştür. Yapılanmış bir hukuk kurumu bulunmadığı için Müslümanlar, kendi içlerinde ve gayr-ı müslimlerle yaşadıkları ihtilafların çözümü için Rasûlullah’a gelmişler ve ondan yardım istemişlerdir. Hz. Peygamber, hem kendisinin ve ailesinin yaşadığı, hem de sahabenin ve gayri müslimlerin yaşadıkları her türlü problemin çözümünde ve devlet işlerinde zaman zaman hakem usulüne başvurmuştur. O, hâkim ve hakemlere yönelik çeşitli emir ve tavsiyelerde bulunarak tahkim usulünü canlı kılmıştır.⁹⁷

Rasûlullah döneminde yaşanan tahkim hadiselerinden bazıları şunlardır:

a) Sa’d b. Muâz’ın Hakemliği:

⁹⁶ Mâide 5/95.

⁹⁷ AKGÜNDÜZ, “Hakem”, XV, 172; BUHÂRÎ, *Ahkâm* 13, *Cihad* 168.

⁹⁹ HAMİDULLAH, *İslâm Peygamberi*, I, 587.

Hendek savaşında Müslümanlarla olan anlaşmalarını bozarak onlara ihanet eden ve Müslümanları zor durumda bırakan Benu Kureyza Yahudileri savaş sonrasında Müslümanlar tarafından kuşatıldılar. Zor durumda olan Kureyzalılar bir hakem tayin edip onun vereceği karara razı olacaklarını bildirdiler ve Sa'd b. Muâz'ı hakem tayin ettiler.⁹⁹ Ebû Said el-Hudrî'nin rivayetine göre olay şöyle gerçekleşmiştir: Kureyza halkı Sa'd b. Muâz'ın hükmüne boyun eğdi ve Hz. Peygamber Sa'd'a haber gönderdi. Sa'd bir merkeb üzerinde geldi, mescide yaklaşınca Rasûlüllah Ensar'a : "Haydi ulunuza ayağa kalkınız (karşılıklı indiriniz)" dedi ve sonra Sa'd'a dönerek: "Şunlar (Benu Kureyza) senin hükmüne razı oldular" buyurdu. Sa'd da: "Bunların savaşanları öldürülür, kadın ve çocukları da esir edilir" hükmünü verdi. Bunun üzerine Allah Rasûlü: "Ey Sa'd! Yüce Allah'ın hükmüne uygun hükmettin" buyurdu.¹⁰⁰

Hz. Peygamber Sa'd'ın hükmünü Allah'ın hükmüne uygun bulmuş ve verdiği hüküm ile amel etmiştir. Bu konuda tüm İslâm hukukçuları ittifak etmişlerdir. Bu hadis tahkim usulünün sünnet kaynaklı olduğunun delilidir.

b) Hz. Aişe (r.a.) anlatıyor: "Utbe b. Ebî Vakkâs, kardeşi Sa'd'a: "Zem'â'nın cariyesinden doğan oğlan bendendir, onu sahiplen" diye vasiyet etmişti. Fetih yılında, onu Sa'd yakalayıp: "Bu, kardeşimin oğludur, kardeşim onu bana vasiyet etmişti!" dedi.

Abd b. Zem'â da: "O, benim kardeşimdir ve babamın cariyesinin oğludur, onun yatağında doğmuştur!" dedi. Problemin halli için Hz Peygamber'e geldiler. Sa'd:

"Ey Allah'ın Resülü! Bu kardeşimin oğludur. Kardeşim onun hakkında bana vasiyette bulundu. Hele onun benzerliğine de bakın!" dedi. Abd:

"O benim kardeşimdir ve babamın cariyesinin oğludur. Babamın yatağında doğdu!" dedi. Hz. Peygamber, ondaki benzerliğe baktı. Utbe'ye açık bir benzerlik gördü. Sonra:

¹⁰⁰ BUHÂRÎ, *Cihad* 168; MÜSLİM, *Cihad* 64.

“Bu sana aittir ey Abd b. Zem’â. Çocuk yatağa aittir, zâni için de mahrumiyet vardır” buyurdu. Sonra da Sevde bt. Zem’a’ya:

“Çocuğu ondan örtün!” diye emretti. Bu emri, onun Utbe’ye olan benzerliği sebebiyle vermişti.

Sevde onu hiçi görmedi. Sevde, Hz. Peygamber’in hanımıydı.”¹⁰¹

c) İbn Ömer (23/644) (r.a.) anlatıyor: “Bir adam selem yoluyla bir ağacın hurmasını sattı. Fakat o yıl o ağaç hiç mahsül vermedi. Satıcı ile müşteri ihtilafa düşerek davalarını Hz. Peygamber’e getirdiler. Hz. Peygamber satıcıya: “Onun parasını nasıl helâl sayıyorsun, parayı geri ver” dedi. Sonra şunu söyledi: “Hurma alışverişe sâlih oluncaya kadar onu selem yoluyla satmayın.”¹⁰²

d) Şureyh b. Hânî babasından şu olayı nakleder: “Hânî, kavmiyle birlikte heyet olarak Hz. Peygamber’e gelmişti. Allah Rasûlü, kavminin Hânî’ye Ebû’l-Hakem diye hitap ettiklerini duyunca onu çağırdı ve şöyle dedi:

- Şüphesiz hakem, Allah’tır, hüküm vermek de O’na aittir. Niçin Ebû’l-Hakem künyesini kullandın?

- Kavmim herhangi bir konuda anlaşmazlığa düşünce bana gelirler, ben de aralarında hüküm veririm ve her iki taraf da benim hükmüme rıza gösterirler.

- Ne kadar güzel! Çocuğun var mı?

- Şureyh, Abdullah ve Müslim.

- En büyüğü kim?

- Şureyh.

- Öyleyse sen Ebû Şureyh’sin.

Allah Rasûlü bu konuşmadan sonra ona ve çocuklarına dua etti.”¹⁰³

¹⁰¹ BUHÂRÎ, *Vesâya* 4, *Büyü*’ 3, 100, *Itk* 8, *Ferâiz* 18, 28, *Ahkâm* 29; MÜSLİM, *Radâ*’ 36; Muvatta, *Akdiye* 20; EBÛ DÂVÛD, *Talâk* 34; NESÂÎ, *Talâk* 48, 49.

¹⁰² İBNU MÂCE, *Ticârât* 61; MÂLİK, *Büyü*’ 21; BUHÂRÎ, *Selem* 2.

¹⁰³ EBÛ DÂVÛD, *Edeb* 62, *Sünnet* 5; TİRMÎZÎ, *Deavât* 82.

Hz. Peygamber Hânî'nin hakemlik yapmasına "Ne kadar güzel" demiştir. Bu da onun, tahkim usulüyle ihtilafların çözümünü tasvip ettiğini göstermektedir.

1.2.4.3. SAHABE UYGULAMALARI

İslâm öncesi Arap toplumunda uygulanan tahkim usulü, Hz. Peygamber döneminde var olmaya devam etmiş, sahabe döneminde adli teşkilatın gelişmesine rağmen işlerliğini yitirmemiştir. Özellikle ikili ilişkilerde ve mahrem konularda sahabe bu yargılama usulüne başvurmuştur.

Bilindiği üzere, İbn Ömer, Sa'd b. Ebî Vakkas, Muğire b. Şu'be gibi sahabiler Müslümanlar arasında yaşanan ihtilaflara daima karşı çıkmış ve olaylardan uzak kalmaya özen göstermişlerdir. Ancak bu sahabilerin de hakem kararlarını dinlemek için olay yerlerinde hazır bulunmaları ve tahkime şahit olmaları, sahabe döneminde tahkim yargılama usulünün kabul edildiğinin ve yaygın bir şekilde uygulanır olduğunun delilidir.

Hz. Ömer ile Ubey b. Ka'b, aralarında çıkan hurma ağaçları ile ilgili ihtilafı çözümlmek için Zeyd b. Sâbit'i (45/665) hakem seçmişlerdir. Yine Hz. Osman (35/656) ile Talha aralarında çıkan ihtilafı çözümlemesi için Cubeyr b. Mut'im'in hakemliğine başvurmuşlardır. Bunun yanında İslâm tarihinde büyük bir öneme sahip olan Sıffin savaşı sonrası gerçekleşen hakem olayı da sahabe döneminde uygulanmış bir diğer hadisedir.¹⁰⁴ Hz. Osman'ın, Ukayl b. Ebî Tâlib ile karısı arasında var olan geçimsizliği gidermek üzere Abdullah b. Abbas (68/687) ile Muâviye'yi hakem olarak gönderdiği de bilinen diğer tahkim örneklerindedir.¹⁰⁵

¹⁰⁴ İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâlüddin Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-Kadîr*, Mısır 1970, VII, 315; CUHENÎ, Mes'ud Avvad Hamdan el-Berganî, *et-Tahkim fi 'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye ve 'n-Nuzmu'l-Vad'iyye*, Medine 1994, s. 79.

¹⁰⁵ İBN KUDÂME, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmet, *el-Muğnî*, Beyrut 1983, VIII, 169.

Sahabe döneminde gerçekleşen zikrettiğimiz bu tahkim hadiselerinde dikkatlerimizi çeken bir nokta bulunmaktadır ki o da hakem seçiminin taraflarca yapılabildiği gibi, devlet başkanının da hakem tayininde yetkili olduğudur. Dolayısıyla İslâm tarihinde devlet başkanı tarafından tayin edilen hakemlerle gerçekleşen yargılama usulünün tahkim olarak adlandırıldığına yukarıdaki örnekleri delil olarak göstermek mümkündür.

Bu dönemde yaşanan diğer tahkim hadiselerinden bazıları şunlardır:

a) Hz. Ömer bir at satın almak istemiştir. Hızını denemek için ata bindiğinde, at ölür. Hz. Ömer, atı geri vermek ister; ancak sahibi kabul etmez. Daha sonra iki tarafın da rızasıyla Şureyh hakem seçilir. Şureyh: “Ey Mü’minlerin Emiri! Ya satın aldığın şeyi al, ya da aldığın gibi iade et” diye hüküm verince Hz. Ömer: “Hüküm dediğin böyle olur” demiş ve onu Kûfe’ye kadı olarak atamıştır.¹⁰⁶

b) Tahkim örneklerinden olan diğer bir hadiseyi de Ebû'l-Vadi şöyle anlatmaktadır: “Bir gazvede bulunduk. Bir yere indik. Bir arkadaşımız, bir köle karşılığında bir at sattı. O günün geri kalan kısmında ve geceleyin beraber kaldılar. Sabah olunca göç hazırlığı yapıldı. Adam kalkarak atını eyerlemeye gitti. Bu satıştan pişman olmuştu. Satıcıya gidip akdi bozmak istedi. Fakat satıcı kabul etmedi, atı almayı reddetti ve “Aramızda Resûlullah’ın ashabından Ebû Berze hakem olsun” dedi. Ona gelip, durumu anlattılar. Ebû Berze: “Aranızda Resûlullah’ın hükmüyle hükmetmeme razı mısınız? Hz. Peygamber buyurmuştu ki: “Alım-satım yapanlar, birbirlerinden ayrılmadıkça muhayyerdirler.” Ben sizi ayrılmış göremiyorum.” dedi.¹⁰⁷

c) Bir diğer hadise de İbn Sîrîn’in Ubeyde’den naklettiği şu olaydır: Bir erkek ve bir kadın Hz. Ali’nin yanına gelmişlerdi. Hz. Ali eşlere akrabalarından birer hakem seçip kendisine göndermelerini emretti. Hakemler gelince onlara “Vazifenizin ne olduğunu biliyorsunuz, değil mi?” dedi ve sözünü şöyle sürdürdü: “Eğer birlikte yaşayabilecekleri kanaatine varırsanız, o zaman onları birleştirin. Ama sizde ayrılacakları kanaati hasıl olursa, o takdirde onları ayırın!” Bunun üzerine kadın,

¹⁰⁶ İBN SA’D, Ebû Abdillâh Muhammed b. Sa’d el-Basrî, *et-Tabakâtü'l-Kübrâ*, Beyrut 1968, VI, 102.

¹⁰⁷ EBÛ DÂVÛD, *Büyü*’ 53.

“Lehime ve aleyhime olan şeyler hususunda, Allah’ın kitabına razıyım” dedi. Erkek de “Ayrılmaya gelince, hayır” deyince, Hz. Ali “Allah’a yemin ederim ki, kadının ikrar ettiği şeyi ikrar etmedikçe yalan söyledin.” dedi.¹⁰⁸

Hakemlerin konumu ve yetkileri hususunda çeşitli ihtilafların yaşanmasına neden olan bu olay önemli tahkim örneklerindedir.

Sahabe döneminde uygulanmış en meşhur tahkim hadisesi ise Hz. Ali ile Muâviye arasında Sıffin Savaşı sonrasında gerçekleşen hakem olayıdır.

İslâm tarihinde Hariciler dışında tahkime karşı olan bir grup görülmemektedir. Zira onlar Hz. Ali ile Muâviye arasında gerçekleşen tahkimi de kabul etmeyip savaş alanından ayrılmışlar ve her iki tarafı da küfre girmekle itham etmişlerdi. Onların dışında ihtilafların çözümünde bu yargılama sistemine karşı çıkan birilerinin olmaması, bizlerde sahabe tarafından tahkim usulünün benimsendiği düşüncesini uyandırmaktadır.

1.2.4.4. TAHKİMİN AKLÎ GEREKÇELERİ

Hukukun asıl amacı insanlar arası ilişkilerin bir düzen içerisinde olmasıdır. İnsanlar arasında çıkan problemlerin çözüm yeri yargı organları olmakla birlikte, her türlü problemin çözümü için mahkemeye başvurmak, kısa sürede ihtilafın giderilmesini beklemek günümüz şartlarında ve böylesine bir nüfus yoğunluğunda mümkün gözükmemektedir. Zira böylesine bir durum yargının tıkanmasına neden olacaktır. Nitekim günümüzdeki mahkemelerin yoğunluğuna, dava dosyalarının çokluğuna ve hâkimlerin azlığına bakıldığında tüm bunların genel yargının hızını düşürdüğünü ve kendisinden beklenen performansı tam anlamıyla yerine

¹⁰⁸KURTUBÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, Mısır 1967, V, 116; ET-TABERÎ, Ebû Cafer Muhammed b. Cerir, *Câmiu'l-Beyan an Te'vili Ayi'l-Kur'ân*, (thk.: Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki), Suudiyye 2003, VI, 719; ER-RÂZÎ, *Tefsir-i Kebir Mefâtihu'l-Gayb*, (trc.: Suat Yıldırım, Lütfullah Cebeci vdğr.), Ankara ty., VIII, 27; İBNİ KEŞİR, İmâdüddîn Ebû'l-Fidâ İsmâil b. Ömer, *Tefsiru'l-Kur'âni'l-Azîm*, yy. ty., I, 655; İBN KUDÂME, *el-Muğni*, VIII, 169; İBNÜ'L-ARABÎ, el-Kâfi Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, Beyrut ty., I, 539.

getiremediğini görmek güç değildir. Bu nedenle ancak genel yargının bakabileceği davalar dışında, günlük hayatta insanlar arasında gerçekleşen basit konulardaki ihtilaflarda tahkime başvurmak aklın bir gereğidir. Böylece tahkim sistemi ile problem kolayca, uzun zaman almadan ve yargıyı meşgul etmeden çözümlenecektir.

Tahkimin yaygınlaşmasıyla hâkimlerin bakacağı dosya sayısı azalacağından, inceledikleri davalara daha çok vakit ayırarak kısa zamanda sonuçlandırabileceklerdir. Bu da genel yargı organını kullanan kimselerin maddi ve manevi anlamda rahatlamasına, ayrıca sırada bekleyen dosyaların çok geçmeden incelenmeye başlanmasına vesile olacaktır. Zikredilen tüm bu yararlarından dolayı tahkim usulüne başvurma aklın bir gereğidir.

1.2.5. TAHKİMİN KONUSU

İslâm hukukçularının çoğunluğu tahkimin bir sulh vasıtası olduğunda ittifak etmişlerdir. Bu sebeple onlara göre, sulhün câiz olmadığı konularda tahkim de câiz değildir.¹⁰⁹ Sulhün caiz olmadığı bu konular ise haddi gerektiren ceza davalarıdır.

Mecelle'nin 1841. maddesi de bu doğrultuda düzenlenmiştir. Hukuki işlerde, akitlerde ve içersinde af ve ibranın söz konusu olduğu konularda tahkime gitmek caizdir.¹¹⁰

İslâm hukukçularının görüşleri incelendiğinde tahkime konu olacak hususları üç ana başlıkta incelemek mümkündür. Bunlardan birincisi, tahkimin caiz kabul edildiği konular; ikincisi, tahkimin caiz kabul edilmediği konular; üçüncüsü de, tahkime gidilmesinde ihtilaf edilen konulardır.

¹⁰⁹İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, VII, 318; İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 428.

¹¹⁰MÂVERDÎ, Ebu'l Hasen Ali b. Muhammed b. Habib el Basri, *Edebu'l-Kâdî*, Bağdat 1972, II, 381.

1.2.5.1. TAHKİMİN CÂİZ KABUL EDİLDİĞİ KONULAR

Alım, satım, kefâlet, şüf'a gibi konularda tahkimin meşruiyeti Kitap, Sünnet ve icma ile sabittir. Tüm mezheplere göre, bu konularda tahkime gidilebilir.¹¹¹ Kısaca kul hakkı bulunan tüm davalarda tahkime gidilmesine İslâm hukuku cevaz vermiştir. Zira kul hakkında tasarruf yetkisi tamamen kişiye aittir. Dilediği şekilde kullanabilir.

1.2.5.2. TAHKİMİN CAİZ GÖRÜLMEDİĞİ KONULAR

Allah hakkı olan konular ile yargılamasını ancak hâkimin yapacağı konularda tahkime gidilemez. Bunlar resmi otoritenin yargı alanının sınırları içerisinde olduğu ve bu konularda hiç kimsenin velâyet hakkı bulunmadığı için tahkime gidilemeyen konulardandır.¹¹²

Hanefilere göre, tahkim bir sulh vasıtası olduğu için Allah hakkı olan konularda tahkime gidilemez. Emredilen neyse o yapılır. Bu sebeple onlara göre had ve kısas davaları ile akilenin ödeyeceği diyet miktarının tespiti konusunda tahkim caiz değildir.¹¹³

Mâlikilere göre, had, kısas, katl, li'an, velâ, neseb, talâk, itk hususlarında tahkim caiz değildir. Çünkü bu konularda iki tarafın hakkının dışında başka haklar da mevcuttur. Ancak hakem, hakemlik yapamayacağı böyle bir durumda sevap kastıyla hüküm verse, hükmü geçerli olur. Mâlikiler nikâh ve talâk konularında tahkimi caiz görmeyerek bu konuda Hanefilerden ayrılmaktadırlar.¹¹⁴

Ancak talâkta tahkimi kabul etmeyen İmam Mâlik, (179/795) muhâlea konusunda hakeme gitmeyi caiz görmektedir. Ona göre, tarafların izni alınmaksızın

¹¹¹ALİ HAYDAR, *Dureru'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul h. 1330, IV, 805; ŞİRÂZÎ, Ebû İshak İbrahim b. Ali b. Muhammed, *el-Muhezzeb*, Mısır 1976, II, 372; İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, VII, 318.

¹¹²MÂVERDÎ, *Edebu'l-Kadî*, II, 381; İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, VII, 318; SERAHSÎ, Ebû Bekr, Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, Mısır 1324, XVI, 111; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, XI, 484.

¹¹³AVVÂ, Fatıma Muhammed, *Akdü't-Tahkim fi's-Şerâti ve'l-Kanûn*, I, 231; MUHAMMED ATIF HOCA, *İslâm Fıkhı*, IV, 253.

¹¹⁴BİLMEN, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhıyye Kâmusu*, İstanbul 1952, s. 469-471; DERDİR, Ebû'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu's-Sağîr alâ Akrabi'l-Mesâlik ilâ Mezhebi'l-İmam Mâlik*, thk.: Ebu'l-Beraka, Mısır 1974, IV, 199.

erkeğin hakeminin boşama, kadının hakeminin de kadının malından fidye karşılığı o kadını boşatması mümkündür.¹¹⁵

Derdir'e göre, tüm hadlerin uygulanmasında, irtidad edenin infazında, şahsın birinin diğerine veli olmasında, lian, neseb, talâk ve nikâhın feshi konularında, köleyi azad etmede, cezanın hapis olduğu suçlarda ve bir kişinin reşid veya sefih olduğuna hükmedilmesi hususlarında tahkime gidilemez. Zira bu konularda hüküm verecek mercii devletin yargı organlarıdır. Şayet hakem bu konularda hüküm verirse verdiği hüküm sahih değildir.¹¹⁶

1.2.5.2. TAHKİME GİDİLMESİNDE İHTİLAFA EDİLEN KONULAR

Yukarıda tahkime gidilebilen konular ile gidilemeyen konular hakkında mezheplerin görüşlerine yer vermiştik. Ancak her ne kadar içersinde sadece kul hakkının bulunduğu konularda tahkime gidilebilir görüşü benimsenmiş olsa da âlimlerin bazı konularda Allah hakkının varlığı veya yokluğu hususunda ihtilafa düştüklerini görmekteyiz.

Âlimler arasında mevcut olan bu anlaşmazlıkların sebebi ise hangi konuların kamuyu, hangi konuların da yalnız tarafları ilgilendirdiği hususunda ihtilaf etmeleridir.¹¹⁷

Bu konular kısas, lian, kazf cezası, nikâh, talâk, neseb ve âkilenin ödeyeceği diyet gibi içersinde Allah ve kul hakkının birlikte bulunduğu konulardır.

Mezheplerin bu konularda tahkime gidilip gidilemeyeceği hususundaki ayrıntılı görüşleri şu şekildedir:

¹¹⁵ MÂLİK B. ENES, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Mısır 1323, II, 368; ER-RÂZİ, *Mefâtihu'l-Gayb*, VIII, 27; İBN KESİR, *Tefsiru'l-Kur'âni'l-Azim*, I, 655; EBÛSSUUD EFENDİ, *Tefsîru Ebi's-Suud (İrşâdü'l-Akli's-Selîm ilâ mezâyâ'l-Kur'âni'l-Kerîm)*, Kâhire ty.; I, 175.

¹¹⁶ DERRİR, *eş-Şerhu's-Sağîr*, IV, 199.

¹¹⁷ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 61.

a) Hanefiler, mali konularda, nikâh, talâk, kefâlet, kefâret, bir organa yönelik cinayetlerin bedelleri ile içtihat edilebilen hususlarda tahkime başvurmayı caiz görürken; hadler, lian, âkilenin ödeyeceği diyet gibi konularda tahkime gitmeyi kabul etmezler. Ayrıca onlara göre, hatâen adam öldürme konusu, tarafların dışındaki insanları da ilgilendirdiği için bu konuda tahkime başvurulamaz.¹¹⁸

Kazif ve kısas konularında tahkime gidilip gidilemeyeceği hususunda Hanefî hukukçular arasında iki farklı görüş mevcuttur:

Birinci görüş sahipleri, kısasta kul hakkının var olmasından dolayı, kısasta tahkime gitmenin caiz olduğu kanaatinde dirler. Konu tahkime açık olmalıdır ki, öldürülen şahsın velisi katili affetme yetkisine sahip olsun.¹¹⁹

İkinci görüşe göre de, bu konuda tahkim yapılamaz. Zira tahkim bir sulh çeşididir ve ancak sulhün caiz olduğu konularda tahkime gidilebilir. Kişinin vazgeçemediği haklarda sulh caiz değildir. Oysa kazf ve kısasta hem kul hem de Allah hakkı vardır ve bu konular vazgeçilmeyen haklardandır. Tahkim ancak, bütünüyle kul hakkının bulunduğu konularda caizdir.¹²⁰ Ebû Hanîfe, İbn Hüمام (861/1457) ve İbn Nuceym de aynı görüştedir.¹²¹

b) Mâlikiler, hadler ve kısas konularında Hanefiler gibi tahkimi kabul etmezler. Ayrıca talâk, lian, neseb ve velâ konularında da tahkime başvurulamayacağı görüşündedirler. Çünkü bu konular da resmi otoritenin yetkisi dâhilindedir. Bununla birlikte, lian ve nesepte konu tarafların dışındakileri de ilgilendirmektedir.¹²²

c) Şâfiî ve Hanbelî hukukçularda da iki farklı görüş hâkimdir. Birinci görüşe göre, mahkemelerde davaya konu olan her türlü husus için tahkim caizdir. Zira

¹¹⁸ İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, VII, 318; SERAHSÎ, *el-Mebsût*, XVI, 111; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, XI, 484.

¹¹⁹ İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, VII, 318; TARABLUSÎ, *Muînu'l-Hukkâm*, II, 25.

¹²⁰ MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Feramuz, *Dureru'l-Hukkâm fi Şerhi Ğurari'l-Ahkâm*, İstanbul 1978, II, 411.

¹²¹ İBN NUCEYM, Zeynüddin b. İbrahim, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Mısır 1331, VII, 26; İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, VII, 318.

¹²² DERDİR, *eş-Şerhu's-Sağîr*, IV, 199; AVVÂ, Fatıma Muhammed, *Akdü't-Tahkim fi 'ş-Şerîati ve'l-Kanûn*, I, 236.

hakemlerin mal konularında verdikleri hüküm geçerli ise her konuda verecekleri hükümler de geçerli olmalıdır. Ayrıca tarafların razı olması tahkimin gerçekleşmesi için yeterli bir sebeptir.¹²³

İkinci görüşe göre tahkim, nikâh, lian, kazf cezası ve kısas dışında mali konularda caiz olur. Nitekim bu konular ancak delil ile çözümlenebilir. Delillerin temini ise, hakemin yapabileceği bir iş olmayıp ancak mahkeme ile sağlanır.¹²⁴

Ali Haydar'a (1334/1815) göre kısasta kul hakkı bulunsa da Allah hakkının varlığı da malumdur. Bu nedenle kısasta ve kazif haddinde tahkim caiz değildir.¹²⁵

Bilmen'e göre, nikâh, talâk, nafaka, bey ve şirâ, kefalet, müdayene gibi konularda hakem tayini caizdir. Bu hususlardaki ihtilafı gidermek için hasımlar, uygun gördükleri bir veya birkaç kişiyi hakem seçebilirler. Ancak hırsızlık, zina gibi had gerektiren davalarda tahkim olmaz. Kısasta da tahkim caiz değildir.¹²⁶

Tarablusi'ye göre mali konularda, talâk, ıtk, nikâh ve kısasta tahkime gitmek caizdir. Çünkü bunlar içersinde kul hakkının bulunduğu konulardandır. Kazf, hırsızlık ve zina hadlerinde tahkime gidilemez. Zira bunlar bütünüyle Allah hakkı olan ve sulh yapılamayan konulardandır. Bu konuları içeren yargılamalarda ancak Allah'ın emrettiği yerine getirilir.

Müellife göre, ıtk ve talâk konularında hakemin verdiği hüküm geçerli olmasına rağmen mezhep âlimleri bunu açıklamaktan imtina gösterir. Bunun nedeni avamın bu konularda cesaretlerini artırmamak olarak görülür.¹²⁷

İbn Abidin'e (1252/1836) göre, had, kısas ve âkilenin ödeyeceği diyet konularında tahkim caiz değildir. Zira bu konularda sulh sahih olmadığı için tahkime gitmek de caiz değildir.¹²⁸

¹²³ MÂVERDÎ, *Edebu'l-Kâdi*, II, 381, 382.

¹²⁴ MÂVERDÎ, *Edebu'l-Kâdi*, II, 381, 382.

¹²⁵ ALİ HAYDAR, *Durer*, IV, 806.

¹²⁶ BİLMEN, *Kâmus*, VI, 469–471.

¹²⁷ TARABLUSÎ, *Muînu'l-Hukkâm*, II, 25.

¹²⁸ İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 429; ALİ HAYDAR, *Durer*, IV, 806.

İbn Abidin, bu üç konu dışında içtihat edilebilen tüm meselelerde tahkime gidilebileceğini söyleyerek şu örnekleri verir. Mesela, kinayeli lafızlarla yapılan talâkın ric'i talâk olduğuna hüküm verilse bu hüküm caiz ve geçerlidir. Ancak insanların gelişigüzel boşanmalarına mani olmak için bu konuda tahkim caizdir şeklinde fetva vermek uygun değildir. Bundan sakınılması gerekir.

Öte yandan İbn Abidin'e göre "kısasta tahkim caizdir" görüşü yanlıştır. Zira bu konuda hem kul hakkı hem de Allah hakkı vardır. Ona göre, talâk, ıtk, kitabet, kefalet, şuf'a, nafaka, borçlar ve alışveriş gibi konularda ihtilaf yaşanması halinde tahkime gidilebilir.¹²⁹

Hidaye'de şöyle denilmektedir: "Fukahanın hakemin hükmünün geçerli olmayacağı hususları hudud ve kısasla tahdit ve tahsis etmeleri, diğer içtihatla ilgili bütün meselelerde hakemlik yapabileceğini ve verdiği hükümlerin geçerli olacağını göstermektedir. Sahih olan da budur. Fakat fetva verilmez."¹³⁰

Bu yönde fetva verilmeyişinin nedenini İbn Abidin, insanların cüret ve cesaretlerini artırmamak, bazı konularda devletin tayin etmiş olduğu hâkimin hükmüne ihtiyaç duyulmasını sağlamaktır şeklinde açıklamaktadır. Zira aksi takdirde mezhep hükümleri çiğnenebilir. Dolayısıyla tahkime gitmenin caiz olduğu bu konuların fetvası uygun değildir. *Fetih, Hidaye ve Edebü'l-Kadâ* şerhinde de aynı sakıncadan dolayı benzer görüşler vardır.

İbn Abidin bunun izahını şu şekilde yapmaktadır: Eğer meselenin sahih olmadığına dair hâkim hüküm verdiyse, verilen bu hükümle konu hakkındaki ihtilaf ortadan kalkacağı için hüküm geçerlidir. Fakat ihtilafın giderilmesi için hakem tayin edilirse bu mezhep hükmünü değiştirmekten başka bir şey olmaz. Çünkü hakemin hükmü sulh mesabesinde olduğu için ihtilafı gidermemekte, problemin kesin çözümünü sağlamamaktadır. Bu nedenle "bu görüşle fetva verilmez" denilmiştir. Ben de onlarla aynı kanaati taşıyordum.¹³¹

¹²⁹ İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 430.

¹³⁰ İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 429.

¹³¹ İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 429.

Makdisi konu hakkında şöyle der: Fukaha ehil olmayan kişilerin hakem tayin edilmesini men etmiştir. Bunun nedeni yanlış görüşler doğrultusunda hüküm verilmesine mani olmak içindir. Avamın cüret ve cesaretini kırmak için çeşitli konularda hakem tayininin mümkün olmadığı ve verilen hükmün sahih olmadığı söylenmiştir.¹³²

Kıyas cezasında Allah, suçluyu affeden kişinin ahirette mükâfatlandırılacağını, yaptığı günahlarına keffâret olacağını bildirerek¹³³ insanlara iyiliği tavsiye etmekte ve belki de bir kurtuluş müjdesi vermektedir. O halde Allah'ın vermiş olduğu bu imtiyazı kullanarak tarafların tahkime gitmelerinde herhangi bir mahsur olmadığı gibi Allah'ın tavsiyesine riayet ettiği için mağdurun mükâfatlandırılacağını bilmek bu konuda tahkime gitmenin mümkün olduğunun delilidir diye düşünüyoruz. Dolayısıyla içerisinde Allah hakkı bulunmayan tüm konularda tahkime gidilebileceği kanaatindeyiz.

1.2.6. TAHKİMİN RÜKNU

Tahkimin rüknu hakem tayin etmede kullanılan ifadelerden biri ile hakem tayin edilmesidir. Bu ifadeler, “Biz seni hakem tayin ettik”, “Aramızdaki ihtilafta hükmünü belirt”, “Şu konuda hüküm verme yetkisini sana verdik” şeklinde olabilir. Bu ifadelerde mutlaka tahkim lafzının geçmesi şart değildir. Bunun yanında hakem olacak şahıs tarafların bu teklifini kabul etmelidir. Aksi takdirde tahkim gerçekleşmediği için vereceği hüküm caiz değildir. Tahkimin şartı ise hakem tayin edilen kişinin âkil olmasıdır.¹³⁴

¹³² İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 429.

¹³³ Mâide: 5/45.

¹³⁴ ALİ HAYDAR, *Durer*, IV, 806; İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 428.

1.2.7. DİĞER TAHKİM TÜRLERİ

İslâm hukukunda, tahkimin konusunu ve sınırlarını tayin ettikten sonra, modern hukuktaki tahkim türlerine değinmek istiyoruz. İleriki sayfalarda yer vereceğimiz üzere tahkimin ziyadesiyle var olan yararlarından dolayı, modern hukukta tahkimin kapsamı genişletilmiş ve bu müessesenin daha çok işler olması için yeni türleri ortaya konulup insanların hizmetine sunulmuştur. Ancak konumuzun sınırlı olması nedeniyle tahkimin bu türlerine kısaca yer vereceğiz.

1.2.7.1. KURUMSAL TAHKİM

Kurumsal tahkim, “Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü, tahkimi organize eden bir kurumun kurallarına ve idari denetimine tabi kıldıkları” tahkim türüdür.

Bu tür tahkimde, taraflar kurallarını kendileri belirlemeyip, mevcut kurallarla tahkim sözleşmesini imzalar. Bu kurum, taraflara hizmet etmeyi ve onların işlerini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Bu tahkimin tarafları genellikle Türk ve yabancı ticari firmalardır. Tahkimin konusu, ticari ve sınaî anlamda meydana gelen uyuşmazlıklardır. Ancak tahkime konu olamayacak konular ve sorunlar, kamu düzenine ait uyuşmazlıklar bu tahkim vasıtasıyla da çözümlenemez. Bu tür sorunların karar mercii, diğer tahkim türlerinde de olduğu gibi mahkemelerdir.¹³⁵

Kurumsal tahkimde tahkimi organize eden kurumun yargılamada etkin olduğu düşünülmemelidir. Kurum burada sadece tahkimin iyi işleyebilmesini ve tarafların hizmetini amaçlamaktadır. Bununla birlikte tarafların kurumsal tahkimden yararlanabilmeleri için bunu sözleşmede bildirmeleri gerekir.¹³⁶

¹³⁵ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 196.

¹³⁶ BALCI, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 249.

1.2.7.2. TÜKETİCİ SORUNLARINDA UYGULANAN TAHKİM

1995 yılında kabul edilen Borçlar hukukundaki 4077 sayılı kanun, tüketicilerin haklarını korumaları için gerçekleştirilmiş büyük bir gelişmedir. Bu kanun ile sağlanan bir diğer önemli gelişme de tüketici sorunlarına tahkim yolunun açılmasıdır. Zira kanunun 22. maddesi Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin Kuruluş ve Görevleri ile ilgilidir.

Kanun, imalatçı firmadan son satıcıya kadar yer alan tüm satıcıların tüketiciye karşı sorumlu olduğunu bildirir. Ayrıca ilgili madde gereğince tüketici sorunlarında taraflar tahkime gidebilecekler, ücretsiz olarak Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurabileceklerdir. Ancak aynı madde bu yargılama usulüyle alınan kararların kesin olmadığını, fakat Tüketici mahkemelerinde delil olarak kullanılabileceğini bildirir. Bunun yanında Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin kararı bulunmaksızın tüketici mahkemelerine başvurmak da mümkün değildir.¹³⁷

1.2.7.3. MİLLETLER ARASI TİCARİ TAHKİM

Bilindiği üzere ticari tahkim, ticari konularda doğan anlaşmazlıkları çözümlenmek amacıyla uygulanan tahkim usulüdür. Ticari tahkim sorununun milletler arasında yaşanması durumunda milletler arası ticari tahkim müessesesinden söz edilir.

Teknolojinin gelişmesi, ulaşım ve haberleşmenin kolaylaşması milletler arası ticaretin ilerlemesine sebep olmuştur. Tüm bu gelişmeler, milletlerarası bazı sorunları, uyuşmazlıkları da beraberinde getirmiştir. Ancak genel yargının bu tür anlaşmazlıkları çözümlenmede eksik kalması milletlerarası ticari tahkimin yapılandırılmasına sebep olmuştur.

¹³⁷ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 203; BALCI, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 297.

Milletlerarası ticari tahkimin işleyişi şöyledir: Taraflar hakemleri, sayısını, niteliklerini, seçim şeklini, tahkim sözleşmesi ve tahkim şartını, tahkim yerini, tahkimde uygulanacak maddi hukuku ve usul hukukunu, tahkim dilini vb. hususları özgürce belirlerler. Taraflar, tahkimle ilgili prosedürü kendileri belirleyebildikleri gibi, hakemlere de bırakabilirler. Şayet kurumsal tahkimi tercih ederlerse uygulanacak usul bu kurumun belirlediği tahkim kuralları ile işler. Taraflar, uygulanacak usulü belirlememiş veya uluslar arası tahkim kurumunun kurallarına atıf yapmamışlarsa hakemler tahkim usulünü tahkimin gerçekleştiği ülkenin usul hukukuna göre belirlerler. Daha sonra da tarafların arasındaki uyuşmazlık hususunda kararlarını verirler.¹³⁸

1.2.8. TAHKİMİN YARAR VE SAKINCALARI

Önceki sayfalarda değindiğimiz gibi asırlar önce genel yargının dahi oluşmadığı dönemlerde sistemsiz bir faaliyet olarak yürütülen tahkim, asırlar sonra genel yargının yapılanmasına rağmen varlığını sürdürmektedir. Tahkim bugün pek çok hukuk sisteminde geçerli sayılan yargısal faaliyetlerden birisidir. Özellikle gelişmiş ülkelerde tahkim oldukça fazla başvurulmuş bir yargılama sistemidir.¹³⁹ Bunun sebebini genel yargının bakması gereken davaların çokluğuna ve hâkimlerin tüm davalara yeterli zamanı ayıramamalarına, bundan dolayı da davaların uzun yıllar devam etmesine bağlamak mümkündür. Elbette ki bu devlet yargılarının işlemediği veya vatandaşları üzerinde maddi hukuk kurallarının hükümsüz olduğu ve tercih edilmediği anlamına gelmemektedir. Ancak tahkimin aşağıda ayrıntılı bir şekilde yer vereceğimiz üzere taraflar için pek çok yararı ve kolaylığı vardır.

¹³⁸ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 212, 213.

¹³⁹ Örneğin Amerika'da ihtilafların %70'den çoğu hakemler vasıtasıyla çözümlenmektedir. Bunla birlikte Uluslar arası ticari ilişkilerin çoğunda bu yöneme başvurulduğu da bilinen gerçeklerdendir. Bkz. Ertekin Erol- İzzet Karataş, *Uygulamalı İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara 1997, s. 35.

Bunun yanında tahkimin kusursuz bir müessesese olduğunu söylemek de mümkün değildir. Zira her kurumda olduğu gibi tahkim müessesesinde de bazı sakıncaların olduğu, tarafların veya hakemlerin suiistimallerine uğradığı da bilinmektedir.

1.2.8.1. TAHKİMİN YARARLARI

1.2.8.1.1. İhtilafların Giderilmesinde Barışçıl Bir Yol Olması

Bilindiği üzere usul kurallarımızın teferruatlı ve karmaşık olması genel yargı sürecinin oldukça uzun bir zaman almasına neden olmaktadır. Bu uzun süreç tarafların dostane bir çözüm yolu bulup problemlerini gidermeleri yerine taraflar arasında düşmanlık duyguları yaratmaktadır. Oysaki tahkim yargılama usulü ile ihtilafın halline gitmek problemin kısa sürede çözümünü gerektirmektedir. Bu kısa süreç taraflar arasında oluşabilecek herhangi bir husumete de mani olmaktadır. Dolayısıyla tarafların genel yargı yerine tahkim usulünü tercih ettikleri görülmektedir. Bu durum tarafların medeni ve dostane bir çözüm yolu seçtiklerinin göstergesidir.

Bu yönüyle tahkim genel hukuk kurallarından daha medenidir. Ancak bu yolun barışçıl ve medeniliğini yitirmemesi için hakemlerin tarafsız olmaya ve problemi kısa sürede çözmeye özen göstermeleri gerekir.

1.2.8.1.2. Gizli Olması

Tahkim usulünün tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biri de davanın gizli görülmesindedir. Zira genel yargıda davalar basına açık yapılmakta, dileyen kişi davanın seyri hakkında bilgi edinebilmektedir. Bu da tarafların özel hayatının alenileşmesine neden olmakta, sırlarının ortaya çıkması da doğal olarak tarafları rahatsız etmektedir. Bunun yanında tahkimin gizli olması tarafların mahrem

konularını açığa çıkarmadığı için taraflara ciddi bir rahatlık sağlamakta, kolaylık getirmektedir. Dolayısıyla genel yargı yerine bu yargılama usulü daha çok tercih edilmektedir.

Ancak tahkimin gizlilik yönünün, devlet politikası için zararlı olduğunu savunanlar da vardır. Zira tahkimin ve hakem kararlarının gizliliği devlete karşı da bir gizliliktedir. Bu gizlilik adalet adına bir tehlike arz edebileceği gibi, ticari müesseselerin mali durumlarının devlete karşı tahkim yolu ile kapatılmasına da sebep olabilecektir. Bu nedenlerle bu tür bir gizliliğin savunulması kimilerine göre doğru değildir.¹⁴⁰

Kamu düzenini ilgilendirmeyen konularda tahkimin ve dolayısıyla gizlilik unsurunun tercih edilmesinin hiçbir mahsuru olmadığı kanaatindeyiz.

1.2.8.1.3. Güvenilir Olması

Genel yargı usulünde tarafların davalarına bakacak hâkimleri seçme hakları yoktur. Tanımadıkları, dürüstlüğünden emin olamadıkları hâkimlerin vereceği karara uymak taraflar için bazen sıkıntı yaratabilmektedir. Oysaki tahkim usulünde tanıdıkları, güvendikleri, adaletle hüküm vereceğinden kuşku duymadıkları kişileri seçme alternatifleri vardır.

Bununla birlikte genel yargıda görev yapan hâkimlerin her konuyu detaylı bir şekilde bilmeleri mümkün değildir. Uzmanlık alanı olmayan bir konuda hüküm veren hâkimlerin doğru hüküm vermeleri her zaman mümkün olamamaktadır. Bu durum da taraflarda bir kuşku uyandırmaktadır. Ancak tahkim usulünde böyle bir durum ortaya çıkmamaktadır. Zira tarafların anlaşmazlığa düştükleri konuda uzman olan bir kişiyi hakem seçme hakları vardır.

Ülkeler arasındaki anlaşmazlıklarda da taraflar davanın karşı tarafın ülkesinde görülmesini istemezler. Çünkü davanın adaletli bir şekilde çözümleneceğinden şüphe duyarlar. Bu sebeple de tahkim usulüne başvururlar. Bu yönüyle de tahkim genel yargıya nazaran daha çok tercih edilmektedir.

¹⁴⁰ Bkz. ŞANLI, Cemal, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 25.

1.2.8.1.4. Uzun Zaman Gerektirmemesi

Tahkim yolunun genel yargı yoluna tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biri de davanın çabuk görülmesidir. Bilindiği gibi genel yargıda davaların çözümü belli bir süre ile sınırlanmamıştır. Sürenin kısıtlanmayışı, davaların çokluğu ve her davaya yeterli süre ayrılamaması, hâkimlerin, dava konusunda uzman olmayışları davaların yıllarca sürmesine neden olmaktadır. Bu durum tarafların yıllarca mahkemeye gitmesine ve dolayısıyla da hem maddi hem manevi olarak yıpranmalarına neden olmakta, aralarındaki husumeti daha da artırmaktadır.

Oysa tahkim usulünün tercihi ile dava kısa bir sürede çözümlenecektir. Zira hakemlerin çözmesi gereken tek bir dosya vardır ve bu dosyayı HUMK'un 529. maddesi gereğince en geç altı ay içerisinde karara bağlamak zorundadırlar. Hakemlerin anlaşmazlık konusunda uzman olmaları bu süreyi daha da azaltacaktır. Böylelikle taraflar maddi ve manevi olarak yıpranmadan dostane bir şekilde problemlerini çözümleneceklerdir.

Tüm bunların yanında şayet taraflar dilerlerse tahkim sözleşmesinde zamanı kendileri de tayin edebilirler.¹⁴¹ Sözleşmede tespit edilmiş bir zaman varsa hakemler buna uymak ve bu süreye kadar hüküm vermek zorundadırlar. Bu da davanın kısa sürede sonuçlanmasını isteyen taraflar için büyük bir avantajdır.

Hakem ücretini, taraflar hakemlerle ortaklaşa kararlaştırabilirler. Sürenin kısa olması da onları ciddi miktarda masrafa girmekten kurtaracaktır.

Genel yargının uzun zaman gerektirmesi ve maddi külfetinin çok olması milletlerarası ihtilafların çözümünde de tahkim usulünün tercih edilmesine neden olmaktadır.

¹⁴¹ HUMK m. 525.

1.2.8.2. TAHKİMİN SAKINCALARI

Tahkimin aleyhinde söylenenlerden en önemlisi suiistimallere çok müsait olduğudur. Bu suiistimler iki bakımdan gerçekleşmektedir:¹⁴²

Bunlardan ilki, hakemlerin, çoğu kez kendilerini tarafların avukatı olarak kabul etmeleri ve bir avukatmışçasına hareket etmeleridir.

Kanaatimizce bu problem yargılamada tek bir hakemin tayin edilmesi ile çözümlenebilir. Zira bir kişi olan hakemin, kendisini taraflardan birinin avukatı gibi hissetmesi pek mümkün olmayacaktır.

İkincisi ise hakemlerin, vazifelerini yaparken ihmal göstermeleri ve tarafları kusurlarıyla zarara sokmalarıdır.

Bununla birlikte, hakem kararlarının ancak belirli sebeplerle temyizen nakz edilebilmeleri¹⁴³ ve kararların itiraz olmadığı sürece Yargıtay tarafından tetkik imkânının bulunmaması bu suiistimleri artırmaktadır.

Tüm bunlara ek olarak tarafların isteği üzerine tahkim usulüyle görülen davaların senelerce sürdüğü ve bu uzun yılların tarafları ciddi anlamda maddi zarara uğrattığı bilinmektedir. Bunun yanında, bazı kişilerin hakemliği bir meslek haline getirip, vazifelerinden ötürü taraflardan yüksek meblağlar istediği de bilinen bir gerçektir. Hatta kimilerinin kendi lehinde karar vermesi için hakemlere para teklifinde bulunduğu da yaşanan diğer geçeklerdendir.

Hakemlerin adalet ve vicdanlarına bırakılan bu tür davalarda, bazı hakemlerin tamamen vicdan dışı, objektiflikten ve adaletten uzak olarak, yetkilerini kötüye kullanarak karar verdikleri de karşılaşılan olumsuz örneklerdendir.

¹⁴² BELBEZ, Hikmet, "Hakemlerin Mesuliyeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1950, VII, sy. 1-4, s. 354.

¹⁴³ HUMK m. 533: Hakemler ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakz olunur:

- a. Tahkim müddetinin inkizasından sonra karar verilmiş olması,
- b. Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,
- c. Hakemlerin selahiyetleri dâhilinde olmayan meseleye karar vermeleri,
- d. Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri.

Ancak belirtmek gerekir ki, işlerliği olan her müessesede bu ve buna benzer durumlar yaşanmakta; insanlar, faydalı bir müesseseyi kendi çıkarlarına alet ederek onun eleştirilmesine, yargılanmasına ve hatta bazen de kapatılmasına neden olmaktadır. Hem genel yargı hem de tahkim sistemi eleştirilse de toplum için gerekli ve yararlı müesseselerdendir. Bunları eleştirip adaletin tecelli etmediğini söylemek ve adaleti kimilerinin yaptığı gibi bireysel olarak tecelli ettirmeye çalışmak yerine bu müesseselerin problemlerine çözüm aramak daha isabetli olacaktır. Zira çoğu zaman kişisel faaliyetler, adalet yerine adaletsizliğe ve toplum içersinde kaosa neden olmaktadır.

1.2.8.3. TAHKİMİN BAĞLAYICILIĞI

Şimdiye kadarki bölümde tahkimin ne olduğunu, hangi konularda bu yargılama sistemine gidilebileceğini, yararlarının ve zararlarının neler olduğunu ortaya koymaya çalıştık. Peki, bu yargılama sistemi sonucu alınmış olan bir kararın bağlayıcılığı nedir? Kimleri ne kadar ilgilendirir? Tarafların karara uymama gibi bir hakları var mıdır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki tahkim sonucu verilmiş hükmün bağlayıcı olabilmesi için konunun bu yargılama sistemiyle çözümlenebilir bir konu olması gerekir. Zira tahkime gidilemeyecek konularda verilmiş olan bir kararın geçerliliği söz konusu olamaz.¹⁴⁴

Mecelle'nin 1846. maddesine göre, hakemlerin verdikleri hüküm sadece tarafları bağlar, tahkime gitmeyen kişileri ilgilendirmez. Bunun yanında hüküm ancak tarafların tahkime gittikleri konu ile sınırlıdır. Hakemlerin tahkim konusu dışındaki konularla alakalı verdikleri hüküm taraflar için bağlayıcı değildir.

Buna ek olarak kararın tahkim süresi içersinde verilmiş olması şarttır. Aksi takdirde taraflar verilen hükme uymaları için zorlanamazlar. Yine hükmün geçerli

¹⁴⁴ bkz. MÂVERDÎ, *Edebu'l-Kâdî*, II, 379.

olabilmesi için hakemlerin kararda ittifak etmeleri gereklidir. Şayet bu ittifak sağlanamazsa, yeni bir hakem heyeti oluşturulur.¹⁴⁵

Öte yandan şayet hakemin vermiş olduğu karar mahkemeye gönderilirse tarafları bağlaması için hâkim onayından geçmesi gerekir. Hâkim tarafından iptal edilmiş bir karar taraflar için bağlayıcı değildir. Yine bir hakemin görüşü başka bir hakeme götürülse kararın uygulanır hale gelmesi için ikinci hakemin bu kararı uygun görmesi lazımdır. Zira ikinci hakem kadı konumundadır.¹⁴⁶

Hakem kararı hâkime arz edildikten sonra hâkim kararı onaylarsa bu karar resmileşmiş olur. Çünkü artık bu karar mahkeme kararı niteliğindedir. Karara karşı açılan davalar için resmi bir statü kazanmış olur. Bu karar taraflar için bağlayıcıdır. Tarafların kararı reddetme hakları yoktur.¹⁴⁷

Mecelle'nin 1848. maddesi konu ile ilgili olarak şu hükmü içerir:

“Hâkimlerin kazaları dâhilindeki ahalinin cümlesi, hakkında hükümleri nasıl ki lâzimu'l-icrâ ise, muhakkemlerin dahi onları tahkim edenler hakkında ve muhakkem oldukları hususta hükümleri ol veçhile lâzım olur. Binaenaleyh hakemler usulü meşruasına muvafık olarak hükmettikten sonra tarafeynden hiçbiri ol hükmü kabulden imtina edemez.”

İslâm hukukuna göre, hakemlerin verdiği hüküm İslâm'ın genel prensiplerine uygun olmalıdır. Aksi takdirde hâkim, verilen bu hükmü bozar ve gerektiği şekilde hüküm verir. Buna meydan vermemek için öncelikle hakemlerin nassa uygun hükmetmeleri gerekir. Bununla birlikte üç delilden birine dayanarak hüküm vermeleri verdikleri hükmün geçerliliğini belirler. Bunlar şahit, ikrar ve yemindir. Bu doğrultuda verilmiş bir karar taraflar için bağlayıcıdır.¹⁴⁸

İbn Abidin'e göre, hakem, tarafların istek ve rızalarına göre hüküm verecek olursa, verilen karara uymak taraflar için vaciptir. Dolayısıyla hüküm sonrasında

¹⁴⁵ ŞA'BÂN, Zekiyyüddin, *el-Ahkâmü 'ş-Şeriyye fi'l-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, Bingazi 1989, s. 494; MUHAMMED ATIF HOCA, *İslâm Fıkhı*, IV, 252.

¹⁴⁶ İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 431; Mecelle, m. 1849; MERGÎNÂNÎ, Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, İstanbul 1986, II, 91; SERAHSÎ, *el-Mebsût*, XVI, 111.

¹⁴⁷ ALİ HAYDAR, *Durer*, IV, 812.

¹⁴⁸ MUHAMMED ATIF HOCA, *İslâm Fıkhı*, IV, 253.

hakemlik görevinin bitmesi veya azledilmesi sonucunda taraflarca hükmün iptal edilmesi mümkün değildir. Zira verilen hüküm şer'i bir velâyete dayanılarak verilmiştir. Ancak iptali caiz olmayan bu hüküm sadece tarafları bağlar.¹⁴⁹

Gerekli şartları oluşturduktan sonra verilmiş olan hakem kararlarının bağlayıcı olduğunu söyleyen bir diğer âlimimiz de Kâsânî'dir (587/1191). Zira ona göre hakemler de hâkimler gibi şahit, yemin vs. deliller neticesinde hüküm vermektedirler. Bu nedenle tarafların hükme uymama, onu kabul etmeme gibi durumları söz konusu olamaz.¹⁵⁰

Hakemlerin konumu başlığı altında ayrıntılı tartışacağımızdan burada özetle geçmek istiyoruz ki, Hanefî ve Şâfiilere göre hakemler vekil konumunda olduklarından ancak tarafların rızasıyla verdikleri hüküm taraflar için bağlayıcıdır. Tarafların rızası olmaksızın verilmiş olan bir kararın bağlayıcılığı yoktur.¹⁵¹

Bunun hilafına olan bir görüş de Mâlikî ve Hanbelilerden gelmektedir ki, bunlara göre hakemler hâkim konumundadırlar. Dolayısıyla nasıl ki hâkim hüküm verirken tarafların rızasını armaksızın kararını açıklıyorsa hakemler için de aynı durum söz konusudur. Rızaları olmaksızın verilmiş olan karar da onlar için bağlayıcıdır. Buna uymak zorundadırlar.¹⁵²

Burada hakemlerin konumu tartışmasına girmeksizin, yukarıda yer verdiğimiz şartlar kapsamında alınmış olan bir kararın taraflar için bağlayıcı olacağı kanaatindeyiz. Zira taraflar genel yargı yerine tahkimi seçerek kendilerini hakemlerin kararına teslim ederek zaten çıkacak olan hükmü önceden kabul etmiş olmaktadır. Hakemin hüküm için tarafların rızasını alması gerektiği düşüncesine katılmıyoruz. Nitekim ne hakem tayinini emreden ayetlerde, ne sünnette ve ne de Hz. Ali örneği dışında sahabe uygulamalarında böyle bir rıza alma eylemi söz konusu değildir. Hz.

¹⁴⁹ İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 430, 431; AKGÜNDÜZ, "Hakem", XV, 173.

¹⁵⁰ KÂSÂNÎ, Alâaddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi's Şerâi*, Beyrût ty., VII, 92; MERGİNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 91.

¹⁵¹ CESSÂS, Ebû Bekr Ahmet b. Ali, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, Beyrut 1405, III, 154; ŞİRBİNÎ, Muhammed b. el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc*, Mısır ty., III, 361.

¹⁵² İBN KUDÂME, *el-Muğni*, VIII, 167; İBN KAYYIM, *el-Cevziyye, Zâdu'l-Meâd fî Hedyi Hayri'l-İbâd*, Mısır 1390 IV, 42; İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 542, 543; KURTUBÎ, *el-Câmi'*, V, 115; İBN KUDÂME, *el-Muğni*, VIII, 169.

Peygamber'in gözü önünde cereyan etmiş olan Sa'd b. Muâz'ın hakemliği ile gerçekleşen tahkim hadisesinde de böyle bir rıza şartıyla karşılaşılması, tahkimin bağlayıcılığı için böyle bir şartın aranmaması gerektiğine delâlet eder diye düşünüyoruz.

Bunun yanında bağlayıcılığı olmayan, alınan kararın havada kaldığı, tarafların dilediğinde hükme uyup dilediğinde de onu reddettiği bir tahkime gitmenin ne dinen ne de aklen bir mantığı bulunmaktadır.

O halde kanaatimizce taraflar, verilen karara uymak zorundadırlar. Uymadığı takdirde de olayın mahkemeye intikal ettirilip, adaletin teminini sağlamak öncelikle hakemlerin sonra da tüm Müslümanların üzerine bir borçtur.

Nitekim 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi de bu yönde kanunlaştırılmıştır. 130. madde bu hususu şu şekilde aydınlatmaktadır: "Hakemlerin hükmünün karı-koca arasında yerine getirilmesi gereklidir ve tarafların sonradan yapacakları itiraz kabul olunmaz. Çünkü bu hüküm, şahitliğe dayanılarak değil, tarafların durumu değerlendirilerek verilmiştir."

İKİNCİ BÖLÜM

HAKEM

2.1. TANIMI

Sözlükte “hüküm vermek, menetmek”¹⁵³ anlamlarına gelen ve H-K-M kökünden türeyen hakem, ıstılahta “aralarındaki uyuşmazlığı çözmesi için tarafların kendi ihtiyarlarıyla başvurdukları şahıs veya mercii” ifade etmektedir.¹⁵⁴

Tahkim usulü gereği taraflar, aralarındaki anlaşmazlığı çözümlenmesi ve bir hükme bağlaması için hakem tayin ederler. İşte bu tür hakem tayin edenlere muhakkim, hakem tayin edilenlere de hakem veya muhakkem denir.¹⁵⁵

Tahkimin gerçekleşmesi için hakemlerin muayyen olmaları gerekir. Tarafların, aralarında hakemi belirlemeksizin “yanımıza ilk gelen hakemimiz olsun” gibi bir anlayış içerisinde bulunmaları yanlıştır. Bu tür bir tahkim sahih olmaz.¹⁵⁶ Zira hakem tayini daha önce de değindiğimiz gibi tahkimin unsurlarındandır. Hakemsiz bir tahkimden söz etmek mümkün değildir.

Bununla birlikte, taraflardan her biri kendi hakemini seçebileceği gibi, taraflarca tek bir hakemin seçilmesi ve hatta hakem tayinini mahkemenin veya hâkimin yapması da mümkündür.

¹⁵³ İBN MANZUR, *Lisânu 'l-Arab*, XII, 142, 143.

¹⁵⁴ AKGÜNDÜZ, “Hakem”, XV, 172.

¹⁵⁵ BİLMEN, *Kâmus*, VIII, 205.

¹⁵⁶ ALİ HAYDAR, *Durer*, IV, 807.

2.2. HAKEM SÖZLEŞMESİ

İslâm hukukunda ve HUMK’da hakem sözleşmesini tanımlayan bir hüküm yoktur. Konu ile ilgili modern hukukçulardan Bilge’nin tanımı şu şekildedir: “Çekişmenin tarafları ile o çekişmeyi çözümlenecek olan üçüncü kişi veya kişilerin seçilmesi konusunda, onlarla yapılan anlaşmaya”¹⁵⁷ hakem sözleşmesi denir.

Bu anlaşmaya yabancı dilde “*receptum arbitrii*” denir. Anlaşma, tarafların icaplarının hakemlerce kabul edilmesi ile gerçekleşir. Ancak hakem seçilecek kişinin tarafların bu icabını kabul etme zorunluluğu yoktur. Bu konuda onu hiç kimse zorlayamaz. Şayet kabul etmişse de görevini yerine getirmek zorundadır.

Ulaşabildiğimiz kaynaklarda İslâm hukukunda yazılı bir hakem sözleşmesi şartı arandığına rastlamadık. Tarafların aralarında tahkime gitmeyi kararlaştırmaları ile bu kararın hakeme sunulması ve onun da icabı kabul etmesiyle gerçekleşen bu diyalog hakem sözleşmesidir.

2.2.1. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hakem sözleşmesinin, tahkim sözleşmesinde de olduğu gibi, Borçlar hukukuna tabi bir akit mi yoksa Usul hukuku mukavelesi mi olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre hakem anlaşması akdi bir nitelik taşırken diğer görüşe göre de sözleşme kazâi niteliklidir.

¹⁵⁷ BİLGE, Necip, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara 1967, s. 650.

2.2.1.1. AKDİ NİTELİK

Hakem sözleşmesinin akdi nitelikli olduğunu söyleyenlere göre, hakemler, yetkilerini kanunlardan alan hâkim konumunda olmayıp, vekil hükmündedirler. Dolayısıyla onlarla yapılan akit de vekâlet akdidir. Hakemlerin yetkileri tahkim anlaşması ile sınırlıdır. Anlaşma gereği taraflar hakemlere hangi konularda ve ne kadar yetki verdilerse, hakemler de ancak yetki verilen konu hakkında ve bu yetkiler dâhilinde hüküm verebilirler. Hakemler tahkime giden taraflarca değil de üçüncü kişi ve hâkim tarafından seçilmiş olsa da sözleşmenin akdi niteliği değişmez.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, taraflarla hakem arasındaki ilişkinin akdi nitelikte olduğu ve hakemlik yapmayı kabul eden kişilerin, vekâleten onlara ait bir işin yapılmasını üzerlerine aldıkları kesin olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁸

Hakem ile taraflar arasındaki ilişki vekâlet akdi olarak kabul edildiği takdirde vekâlet akdi gereği hakem, kendisine teklif edilen görevi kabul etmek zorunda değildir. Bununla birlikte tarafların hüküm öncesinde hakemi azletme hakları vardır ve hakem de istifa etme hakkına sahiptir.

2.2.1.2. KAZÂÎ NİTELİK

Bu görüşe göre de, hakem sözleşmesi, usul hükümlerine dayanması sebebiyle kazâî niteliklidir. Ayrıca devlet, taraflara anlaşmazlığa düşmeleri halinde genel yargı yerine hakeme başvurabilme hakkını tanımıştır. Şayet hakem kararları ile hâkim kararları aynı değerde olmasaydı devletin insanlara böyle bir hak tanınması söz konusu olamazdı.

Hakem sözleşmesi, vekâlet akdi sayılamaz. Çünkü hakemler, bağımsızdır. Özgür vicdanları ve kanunlar doğrultusunda kararlarını verirler. Oysa vekâlet

¹⁵⁸ HGK. 6.12.1969 tarih, 1110–866 sayılı kararı.

akinde vekil, müvekkilinin avukatıdır ve onun istekleri doğrultusunda hareket etmek zorundadır. Müvekkilinin menfaatlerini korumak birinci vazifesidir.¹⁵⁹

Kanaatimizce hakemlerle taraflar arasındaki akit vekalet akdi değil; kazai nitelikli bir akittir. Zira modern hukukta hakemler, tarafların ortak kararı olmadıkça azledilemezler. Azil için ittifak şarttır. Şayet taraflarla hakem arasındaki münasebet vekâlet akdi niteliğinde olsaydı, taraflardan birinin seçtiği hakemi azledilemek için diğerinin de kabulü şart olmazdı.

Bununla birlikte, vekil konumunda olan bir hakemden objektif davranıp, taraflar arasında adaletle hüküm vermesi beklenemez. Zira görevi gereği müvekkilinin haklarını korumakla yükümlüdür. Oysa Kur'ân'daki hakeme gitmeyi emreden ayetlerde Allah, tayin edilecek hakemlerin adaletle hüküm vermesini emretmektedir.¹⁶⁰ Ayetlerde hakemi olunan tarafın savunulması gerektiği gibi herhangi bir konudan bahsedilmemektedir. Şayet hakemlerin vazifeleri müvekkillerini korumak olsaydı, onlara hakem değil vekil veyahut da avukat denilmesi gerekirdi. Oysaki hakemler bağımsızdırlar. Gerek hukuk kurallarıyla gerekse de vicdanlarıyla hüküm vermekte serbesttirler.

2.2.2. HAKEM SÖZLEŞMESİNDE ÜCRET

İslâm hukukunda ve HUMK da hakemlerin ücreti hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Taraflarla hakemler arasında yapılan sözleşme gerek akdi nitelikli gerek kazai nitelikli olsun hakemlerin var olan anlaşmazlığı gidermek için bir emek harcadıkları gerçektir. Zira hâkimler de aynı görevi belirli bir bedel karşılığı yapmaktadırlar. Her ne kadar hakemlerle hâkimin konumu bir değilse de her ikisi de aynı vazifeyi görerek belli bir bedel almayı hak etmektedirler. Hâkimlere hak ettiği bu bedel verilirken hakemlere verilmemesi düşünülemez.

¹⁵⁹ BELBEZ, “Hakemlerin Mesuliyeti”, s. 354, 355; ERTEKİN-KARATAŞ, *İhtiyari Tahkim*, s. 144.

¹⁶⁰ Bkz. Mâide: 5/95; Nisa: 4/35, 58.

İslâm hukukçularına göre, bir kişi başka birini mahkeme ve dava konusunda vekil tayin eder ve bu konuda bir ücret tespit ederse bu sözleşme icare akdi sayılır. Vekil görevini ifa ettikten sonra ücreti almaya hak kazanır. Şayet sözleşmede ücret belirtilmemişse kendisine gereken bedel ödenir.¹⁶¹

Modern hukukta, hakemlerin ücreti hakkındaki hüküm, Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin son cümlesinde şu şekilde yer alır: “Mukavele veya teâmül varsa vekil ücrete müstehik olur”. Bununla kastedilen taraflarla hakem arasında bir sözleşme yapılmışsa bu sözleşmede belirtilen ücret, görevini ifa ettikten sonra kişiye teslim edilir. Şayet ücret belirtilmemişse de âdete uygun olan bedel verilir.

Hakemin ücretini alabilmesi için görevini yerine getirmesi gerekir. Hüküm vermeden önce kusuru nedeniyle azledilen veya istifa eden ya da hakemlik ehliyetini yitiren kişi ücretini talep edemez. Ancak hakem taraflarca azledilirse o ana kadar yaptığı işin bedelini isteyebilir. Tahkim sonrasında, karar Yargıtay'ca incelenip hüküm bozulsa dahi hakem görevini sonlandırdığı için ücretini almaya hak kazanır.

2.3. HAKEMLERİN EHLİYETİ SEÇİMİ VE SAYISI

2.3.1. HAKEMLERDE ARANACAK ŞARTLAR

Hakemler, verdikleri hükmün sonuçları açısından hâkim konumundadırlar. İslâm hukukçuları hâkim için gerekli olan şartların hakemde de bulunması gerektiği görüşündedirler.¹⁶²

Aşağıda zikredilecek bu şartların hakemde tahkimin başladığı andan hüküm verildiği zamana kadar devam etmesi gerekir.

¹⁶¹ BİLMEN, *Kâmus*, VI, 328.

¹⁶² TARABLUSÎ, *Muînu'l-Hukkâm*, II, s. 25; AVVÂ, Fatıma Muhammed, *Akdü't-Tahkim fi 'ş-Şerîati ve'l-Kanûn*, I, 238.

2.3.1.1. İSLÂM HUKUKUNA GÖRE HAKEMDE ARANACAK ŞARTLAR

A) Müslüman Olmak: İslâm hukukçularına göre, İslâm Dini tüm dinlerden üstündür ve dolayısıyla ona tabi olanlar üzerinde diğer dinlere mensup kimseler velâyet ve hâkimiyet kuramaz. Müslüman olmayanın Müslüman üzerine tahkiminin kabul edilmeyeceği görüşü “...Artık Allah, kıyamet gününde aranızda hükmedecektir ve kâfirler için Mü'minler aleyhine asla bir yol vermeyecektir.”¹⁶³ ayetine dayandırılır. Bu konuda tüm âlimler arasında ittifak vardır.¹⁶⁴

Hakemin Müslüman olması şartı yalnız tarafların Müslüman olması durumunda söz konusu olur. Şayet taraflar farklı dinlere mensup iseler kendi dinlerinden olan kimseyi hakem seçmelerinde hiçbir mahsur yoktur.

Zımmi bir şahsın zımmiler arasında hakem olması mümkünken, tarafların Müslüman olmasıyla böyle bir durum ortadan kalkar. Ayrıca taraflardan biri, hakem, hükmünü vermeden önce Müslüman olursa, bu durumda zımmi hakemin verdiği hüküm Müslüman taraf için geçerli olmaz. Ancak hakem Müslüman olursa verdiği hüküm her iki kişi için de geçerlidir.¹⁶⁵

Ebû Hanife'ye (150/767) göre mürted kişinin hakem tayin edilmesi ve verdiği hüküm mevkuftur. Şayet bu kişi hüküm verir ve irtidadından dolayı öldürülürse veya İslâm ülkesi dışına kaçarsa hükmü batıl olur. Ancak tekrar Müslüman olması durumunda hüküm taraflar için bağlayıcı olur.¹⁶⁶

İmam Şâfi'ye (204/820) göre, zımmiler Müslümanlar tarafından muhakeme edilmek isterlerse, Müslüman hâkimlerinin üzerine, onlar için hüküm vermek

¹⁶³ Nisa: 4/141.

¹⁶⁴ SERAHSÎ, *el-Mebsût*, XVI, 109; Abdulkadir b. Mustafa el-Faruki er-Rafîi, *Takrîrâtü'r-Rafîi alâ Reddu'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr*, (thk.: Adil Ahmed Abdulmevcud, Ali Muhammed Muavviz), Beyrut 1998, XIV, 616; EL-BÂCÎ, Ebû'l-Velid Süleyman b. Sa'd b. Eyyub, *el-Muntekâ Şerhu Muvattâ'l-İmam MÂLİK*, Mısır 1322, IV, 113; DÖNDÜREN, *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul 1995, s. 271.

¹⁶⁵ MERGİNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 91; SERAHSÎ, *el-Mebsût*, XVI, 111; TARABLUSÎ, *Muînu'l-Hukkâm*, II, 25; MUHAMMED ATIF HOCA, *İslâm Fıkhı*, IV, 253.

¹⁶⁶ İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 428.

vaciptir. Ancak Müslümanlarla bir süreliğine anlaşma yapmış olan muahidler için hüküm vermekte muhayyerdirler.¹⁶⁷

B) Bulûğa Ermiş Olmak: İslâm hukukuna göre tahkimde bulunacak hakemin bulûğa ermiş olması gerekir.¹⁶⁸ Ancak, bazı âlimlere göre mümeyyiz olan çocuk, hakemlik yapar ve doğru bir karar verirse hükmü ve hakemliği geçerlidir. Kimilerine göre de çocuk hükümde isabet etmiş olsa bile onun hakemliği geçerli sayılmaz. İbn Zubejr (r.a.) çocuğun şahitliğine cevaz verirken, İbn Abbas (r.a.) bunu kabul etmez. Ancak dört mezhep imamı hakemlik için bulûğ şartının bulunmasında müttefiktirler.¹⁶⁹

Tahkimde bulunacak şahsın bulûğa ermiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bir çocuğun olayları kavrayıp adaletle hüküm vermesi, hükmünde isabet etmesi mümkün değildir. Böylesine önemli ve zor bir görevde çocukların da başarılı olabileceği inancını taşımak isabetli olmayacaktır. Bize göre, şayet taraflar anlaşmazlığa düştükleri konuda uzlaşmak ve haklıyı haksızı ayırt etmek istiyorlarsa baliğ olmakla birlikte konunun uzmanı olan kişileri hakem tayin etmeleri gerekir.

C) Akıllı Olmak: Akıl hastaları, gayrı mümeyyiz hükmündedirler. Her türlü hukuki tasarrufları geçersizdir. Şahıs ve malları üzerindeki yetki sahipleri kanuni temsilcileridir. Üzerlerine hiçbir ibadet farz değildir ve ibadet kastıyla yaptıkları her türlü fiilleri geçersizdir.¹⁷⁰ Hakem olacak şahsın da eda ehliyetine sahip akıllı bir kişi olması gerekir.¹⁷¹

D) Hür Olmak: Bu konuda mezhepler arasında ittifak olduğu söylenebilir. Şöyle ki, Mâlikî fakihlerin çoğuna göre, hakemin hür olması şarttır. Ancak

¹⁶⁷ YAZIR, Elmalılı M. Hamdi, *Hak Dîni Kur'ân Dili*, (trc.: Kurul), Ankara ty., III, 184.

¹⁶⁸ EL-BÂCÎ, *el-Muntekâ*, IV, 113; ŞA'BÂN, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, s. 493; ANSAY, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara 1953, s. 306; MERGÎNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 91; SERAHSÎ, *el-Mebsût*, XVI, 111; TARABLUSÎ, *Muînu'l-Hukkâm*, II, 25.

¹⁶⁹ CUHENÎ, *Tahkim*, s. 134; ALÎ HAYDAR, *Durer*, IV, 806; BİLMEN, *Kâmus*, VI, 469, 471.

¹⁷⁰ KARAMAN, Hayreddin, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku 2*, İstanbul 2000, s. 38; ŞA'BÂN, Zekiyyüddîn, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*, (trc.: İbrahim Kâfi Dönmez), Ankara 2000, s. 299.

¹⁷¹ CUHENÎ, *Tahkim*, s. 134; ALÎ HAYDAR, *Durer*, IV, 806; MERGÎNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 91.

bazılarının, kölenin hakem olabileceğini kabul ettikleri de bilinir.¹⁷² Henüz hür olmadan önce hakem seçilmiş bir köle, hüküm vermeden önce hür olsa verdiği hüküm sahihtir.¹⁷³

Şâfiî mezhebine göre, kölelerin şahitliği kabul edilmediğine göre hakem olmaları hiç düşünülemez. Bu nedenle hakemlerin hür olmaları gerekir.¹⁷⁴ Bu konuda Hanefiler de Şâfiîlerle aynı görüşü paylaşırlar.¹⁷⁵

Özgür olmayan bir şahsın vereceği hükümde de bağımsız davranması, efendisinden etkilenmeksizin adaletle hükmetmesi mümkün olmadığına göre, hakem olacak kişinin de hür olması gerektiği kanaatindeyiz.

E) Erkek Olmak: Mâlikî ve Hanefî mezhebi hukukçuların çoğuna göre hakemin erkek olması tahkimin şartlarından biridir. Zira aynı mezhep âlimlerinde hâkimin de erkek olması gerektiği düşüncesi hâkimdir.¹⁷⁶ Konu hakkında Hanbelî mezhebi âlimleri de aynı kanaati taşımaktadırlar.¹⁷⁷ Şâfiî mezhebi âlimleri ise hakemlerin erkek olması şart değil derken Hanefilerle aynı görüşü paylaşmaktadırlar.¹⁷⁸ Nitekim Hanefiler kadının, kaza ve şahitlik ehliyetlerine sahip olduğu için had ve kısas davaları dışında hakem olabileceği görüşündedirler. Ayrıca bu mezhebe göre kadının mal davalarında verdiği hüküm geçerlidir. Bu sebeple mal davaları konusunda kadının hakemliğini de kabul etmektedirler.¹⁷⁹ İbn Abidin'e göre, belirli konularda kadın hâkim olabildiği gibi hakem de olabilir.¹⁸⁰

Tahkimin konusu başlığı altında yer verdiğimiz gibi had gerektiren davalarda tahkime gidilemez. Bunun yanında kısas gerektiren davalarda da mezhepler arasında

¹⁷² EL-BÂCÎ, *el-Muntekâ*, IV, 113; MÂLİK, *el-Müdevvenetü 'l-Kübrâ*, V, 49.

¹⁷³ İBN ABİDİN, *Reddu 'l-Muhtâr*, V, 428.

¹⁷⁴ ANSAY, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, s. 306; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 169.

¹⁷⁵ TARABLUSÎ, *Muînu 'l-Hukkâm*, II, 25; SERAHSÎ, *el-Mebsût*, XVI, 111; MERGÎNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 91.

¹⁷⁶ EL-BÂCÎ, *el-Muntekâ*, IV, 113; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, XI, 380.

¹⁷⁷ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, XI, 380.

¹⁷⁸ ŞİRBÎNÎ, *Muğnî 'l-Muhtâc*, III, 361; TARABLUSÎ, *Muînu 'l-Hukkâm*, II, 25.

¹⁷⁹ KÂSÂNÎ, *Bedâi*, VII, 3; BİLMEN, *Kâmus*, VI, 469, 471; SCHACHT, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Pres 1964, s. 180; MUHAMMED ATIF HOCA, *İslâm Fıkhi*, IV, 246.

¹⁸⁰ İBN ABİDİN, *Reddu 'l-Muhtâr*, V, 428.

farklı görüşler vardır. Ancak Ebû Hanife ve Hanefî âlimlerin çoğu kısasta kul hakkının yanı sıra Allah hakkının da var olması nedeniyle bu konuda tahkime gidilemeyeceği görüşünü benimserler. Bunun yanında Hanefiler had ve kısas davaları dışında kadının hakemliğini kabul ettiklerine göre ve bu konularda da tahkime gidilemeyeceği görüşünü benimsediklerine göre Hanefiler kadının hakemliğini tahkime gidilebilen her konuda kabul etmektedirler diyebiliriz.

Akkaya, kadının hâkimliği hususunda şunları söylemektedir: “...Kur’ân ve Sünnette kadının hâkimlik de dâhil olmak üzere bazı siyasi görevler üstlenmesine mani olan bir nass yokken İslâm tarihinde siyasi meselelerde hem fikir vermek suretiyle hem de fiilen rol oynamış olan kadının bu tür görevleri ifâ etmesini önlemek, İslâm’ın ana prensipleriyle uyuşmamaktadır.”

“...Bize göre siyasi görevlerde esas olan liyakattir. Bu sebeple siyasi görevleri cins ayrılığını esas alarak tanzim etmenin uygun olmayacağı düşüncesindeyiz. Her erkeğin her türlü siyasi görevi üstlenmesi söz konusu olamayacağı gibi, hiçbir kadının herhangi bir siyasi görevi üstlenemeyeceği de söylenemez.”¹⁸¹

Bize göre, günümüzde kadınların hâkim olması mümkünken ve pek çok bayan hâkim, mahkemelerde görevlerini ifa ederken, onların hakem olamayacağını söylemek isabetli bir görüş olmayacaktır. Kadınların ne hakem ne de hâkim olmasının hiçbir mahsuru olmadığı kanaatindeyiz. Zira kadınlar, küçük çocuklar veya akıl hastaları gibi olayları kavrayıp, etraflıca düşünüp karar vermekten aciz insanlar değillerdir. Şayet onların erkeklere göre daha duygusal olmalarından ve bu sebeple de doğru kararı veremeyeceklerinden endişe ediliyorsa zannımızca bu yerinde bir kuşku değildir. Nitekim kendisini duygusal olarak zayıf bulan ve objektif davranamayacağına inanan bir kadın zaten böylesine mesuliyeti olan bir görevi üstlenmeyecektir. Neticede tahkim, haklıyı haksızdan ayırma, zalimin zulmünü giderme ve anlaşmazlık konusunda isabetli kararı verme işidir.¹⁸²

¹⁸¹ AKKAYA, Nejla, “İslam Hukukunda Kadının Siyasi Hakları”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, Ankara 1991, V, sy.: 4, s. 250.

¹⁸² Hâkim ve hakemin erkeklerden olmasının şart olduğunu savunan düşüncede Arap toplum yapısının izlerini görmek mümkündür. Bunun yanında hadis kitaplarında bu düşüncüyü destekleyen pek çok uydurma hadis bulunmaktadır.. Bkz. Hidayet Şefkatli Tuksal, *Kadın Karşıtı Söylemin İslâm Geleneğindeki İzdüşümleri*, Ankara 2000)

F) Adil Olmak: Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelilere göre, hakemin âdil olması şarttır. Çünkü onlara göre fasık bir kişinin şahitliği kabul edilmez. Şahitliği kabul edilmeyen kişinin verdiği hüküm de sahih olmaz.¹⁸³ Hanefilere göre ise, hakemin âdil olması şart değildir. Çünkü âdil olmak bir kemâl sıfatıdır. Nasıl ki, fâsık kişinin şahitliği kabul ediliyorsa, adâlet sıfatını haiz olmayan kimsenin de hakemliği kabul edilir.¹⁸⁴

Allah Teâlâ, tahkimden söz eden ayetlerin tümünde, hakemlerin adalet ile hükmetmelerini istemektedir.¹⁸⁵ Adaletle hükmetmek için de hükmedenin âdil olması gerekir. Yüz kızartıcı suç işlemiş, toplumda itibarı bulunmayan bir insanın başkası için hüküm vermesi ve bu hükmünde adaletli olması mümkün değildir. Bu sebeple kanaatimizce bu konuda cumhurun görüşü daha isabetlidir.

Hakemin adil kalmasını sağlamak için tıpkı hâkimlerde olduğu gibi annesi, babası, çocukları ve karısı için lehte verdiği hükümler geçerli sayılmaz. Ancak bu kimseler için aleyhinde hüküm verirse verdiği hüküm geçerlidir.¹⁸⁶

G) Kör Olmamak: Görme özrü bulunan bir kişinin hakem olup olamayacağı hususunda da müctehidler ihtilaf etmişlerdir. Hanbelilere göre hakem, delilleri dinleyerek karar verdiği için kör olmasının bir mahsuru yoktur.¹⁸⁷ Cumhura göre gözleri görmeyen kişi hakem olamaz.¹⁸⁸ Cuhenî'ye göre hakem, hâkimin mûrisidir. Bu nedenle gözlerinin görmesi şarttır.¹⁸⁹

¹⁸³ KURTUBÎ, *el-Câmi*, V, 115; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 169; CUHENÎ, *Tahkim*, s. 137; EL-BÂCÎ, *el-Muntekâ*, IV, 113; İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, VII, 316; ŞİRBİNÎ, *Muğnî'l-Muhtâc*, III, 361; MERĞİNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 91.

¹⁸⁴ KÂSÂNÎ, *Bedâi*, VII, 3; CUHENÎ, *Tahkim*, s. 137.

¹⁸⁵ Bkz. Nisa: 4/58; Mâide: 5/95.

¹⁸⁶ MERĞİNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 94; İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 431.

¹⁸⁷ CUHENÎ, *Tahkim*, s. 139.

¹⁸⁸ TARABLUSÎ, *Muînu'l-Hukkâm*, II, 25; ALİ HAYDAR, *Durer*, IV, 806; SERAHSÎ, *el-Mebsût*, XVI, 111; er-Rafii, *Takrîrâtu'r-Râfî*, XIV, 618; BİLMEN, *Kâmus*, VI, 469, 471; KURTUBÎ, *el-Câmi*, V, 115.

¹⁸⁹ CUHENÎ, *Tahkim*, s. 139.

Derdir'e göre, hakemin görmesi gerektiği gibi duyması ve konuşabilmesi de şarttır. Bu sıfatlara haiz olmayan hakemi azletmek gerekir. Şayet bu durumlar hakemin hükmü vermesinden sonra meydana gelmiş ise verdiği hüküm geçerlidir.¹⁹⁰

H) Hukuki Bilgiye Sahip Olmak: Hanefiler dışındaki müctehidlerin çoğunluğuna göre, hakemin tahkimin konusu hakkında hukuki bilgisinin bulunması şarttır. Aksi takdirde tahkim, geçerli sayılmaz. Hakemin, hukukun tüm konularını bilmese dahi tahkim konusu dışında da genel bir bilgisinin olması gerekir. Zira Hz. Peygamber, hukukun tüm konularını bilmemesine rağmen, Sa'd b. Muâz'ı hakem tayin etmiştir.¹⁹¹

Hanefilere göre hakemin ileri düzeyde hukuk bilmesi şart değildir. Çünkü hüküm vermeden evvel hukuk bilen birilerine danışabilir. Ancak hiçbir hukuk bilgisi bulunmayan kişi de hakem yapılamaz. Çünkü istemeden dahi olsa yanlış kararlar vermesi çok muhtemeldir.¹⁹²

Mâverdi'ye göre hakem, ictihad yapabilecek kadar hukuk bilmelidir. Aksi takdirde verdiği hüküm geçerli değildir.¹⁹³

Elbette ki hakemin tahkim konusu hakkında bilgisinin olması verilen kararın isabetli olmasında büyük önem arz edecektir. Fakat anlaşmazlık konusunda uzman olan bir şahıs bulunamamışsa veya tahkimin hemen yapılması gerekiyorsa tarafların teklifini kabul etmiş kimsenin de hakemlik yapabileceği kanaatindeyiz. Zikrettiğimiz sebepler gibi bir durum söz konusu olmadığında tarafların hukuk bilgisine güvendikleri kişileri hakem seçmeleri gerektiği ve kendi güvenlikleri açısından bu kimseleri hakem seçecekleri düşüncesindeyiz.

I) Karı Koca Geçimsizliklerinde Tarafların Akrabası Olmak: Eşler arasında yaşanan geçimsizliklerde hakemlerin akrabalarından olması hususunda farklı yorumlar yapılmıştır. Kimilerine göre karı-koca geçimsizliğinde arayı bulacak hakemlerin eşlerin akrabalarından olması gerekir; çünkü Allah Nisa suresi 35. ayette bunu

¹⁹⁰ DERDİR, *eş-Şerhu 's-Sağîr*, IV, 191.

¹⁹¹ DERDİR, *eş-Şerhu 's-Sağîr*, IV, 188; CUHENÎ, *Tahkim*, s. 140; EL-BÂCÎ, *el-Muntekâ*, IV, 113; AVVÂ, Fatıma Muhammed, *Akdü 't-Tahkim fi 'ş-Şerîati ve 'l-Kanûn*, I, 233, 237.

¹⁹² KÂSÂNÎ, *Bedâi*, VII, 3; BİLMEN, *Kâmus*, VI, 469, 471.

¹⁹³ MÂVERDÎ, *Edebu 'l-Kâdî*, II, 380.

emretmiştir. Şayet akraba bulunamamışsa bu durumda hâkimin seçeceği yabancı bir hakeme de ayette izin verilmiştir.¹⁹⁴ Kimi âlimlere göre hakemlerin akrabadan olması şart değildir. Ancak tahkimin akrabalar aracılığıyla yapılması daha makbuldür. Zira taraflar sırlarını akrabalarına daha rahat açabildikleri gibi, yabancılara göre konu hakkında daha çok bilgi sahibidirler. Ayrıca eşlerin aralarını bulmayı diğer insanlara göre daha çok isteyecek ve bu uğurda daha çok çaba sarf edeceklerdir.¹⁹⁵

İlerleyen bölümlerde detaylı bir şekilde yer vereceğimizden dolayı konu hakkında burada özet olarak şunu söylemek istiyoruz. İlimin ve eğitimin bu derece ilerlediği günümüz toplumunda bize sunulan imkânlardan faydalanmamak, toplu halde yaşamanın getirdiği olanakları görmezden gelip sorunlarımızı içimizde çözümlenmek doğru bir tercih olmasa gerek. Bilhassa aile gibi önemli bir müessesenin devamı için verilen imkânları kullanmamak kanaatimizce cahilce davranmaktan başka bir şey değildir. Bilindiği gibi bugün eşler arasında yaşanan sorunları gidermenin eğitimini almış pek çok kişi vardır. Evlilik uzmanı olan bu kişiler yaşanan geçimsizliğin sebeplerini araştırarak, sorunun kaynağına inip çözüm yolları arayarak, eşleri karşılıklı fedakârlığa davet ederek onları uzlaştırmaya ve evliliğin devamını sağlamaya çalışmaktadırlar. Böyle bir durumda hakemlerin mutlaka akrabalarından olması gerektiğini savunmak hem taraflara hem de bu kurumlarda çalışan kişilere haksızlık olacaktır. Bu mesleği ifa eden hiçbir kimsenin eşleri boşanmaya davet edeceğini veya uzlaştırma çabasında akrabalarından daha az emek sarf edeceğini mümkün görmüyoruz. Bu sebeple bu müesseselerden yararlanmakta hiçbir mahsur görmediğimiz gibi faydalı da olduğu kanaatindeyiz.

Bunun yanında zaten böyle bir geçimsizlikten haberdar olan aile büyüklerinin ve akrabaların buna sessiz kalması ve eşleri ıslah girişiminde bulunmamaları

¹⁹⁴ŞA'BÂN, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, s. 493; CUHENÎ, *Tahkim*, s. 140; SÂBÛNÎ, Muhammed Ali, *Revâiu'l-Beyân Tefsiri Ayâti'l-Ahkâm*, Mekke ty., I, 472; ŞİRBİNÎ, *Muğni'l-Muhtâc*, III, 362; SÂBÛNÎ, Abdurrahman, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn fi't-Talâk*; Beyrut 1968, II, 756.

¹⁹⁵İBN KUDÂME, *el-Muğni*, VIII, 169; ŞA'BÂN, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, s. 493; DÖNDÜREN, *Aile İlmihali*, s. 271; EL-BÂCÎ, *el-Muntekâ*, IV, 113; ATEŞ, Süleyman, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, İstanbul 1989, II, 278; KURTUBÎ, *el-Câmi*, V, 115; İBNÛ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'an*, I, 542; SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyân*, I, 472; ATEŞ, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, II, 278.

düşünülemez. Buna ilaveten alınan her türlü hizmet eşlerin zararına değil, bilakis yararına olacaktır. Dolayısıyla arabulucuların mutlaka akrabalarından olması gerektiğini söylemek ve savunmak bizlerce yanlış bir düşüncedir.

İ) Kazif Haddine Çarptırılmamış Olmak: Hakem taraflar için hâkim konumundadır. Nasıl ki, hâkimin kazf haddine uğramış olması onun hâkim olmasına mani ise hakem için de aynı şey söz konusudur.¹⁹⁶

Sıraladığımız bu şartlar tahkimin başlamasından bitimine kadar hakemde bulunması gereken hususlardandır. Aksi halde tahkimin sıhhatinden bahsedilemez.

İbn Teymiyye'ye (728/1327) göre, hakemde aranacak özellikler kadılığa kıyasla değil, yapacağı vazifenin önemine göre tespit edilmelidir. İbn Hazm'a (456/1063) göre ise hakemde yukarıda yer verilen özelliklerin aranması gereksizdir. Çünkü önemli olan hakemin hüküm vermeye ehliyeti değil, verdiği hükümde isabet etmesi, adaletli olmasıdır.¹⁹⁷ Akgündüz'e göre âlimlerin hakemlerin ehliyeti hususunda bir noktada birleşmemelerinin nedeni, her olayın hakeminin olaya göre çeşitli özellikleri bünyesinde barındırmasının gerekli olmasındandır. Zira ihramlıyken avlanan kişi hakkında hüküm verecek hakemde, milletlerarası ihtilafların çözümünü yapacak olan hakemlerde ve karı-koca geçimsizliğini giderecek hakemlerin her birinde farklı özelliklerin bulunması gerekir. Bundan dolayı da âlimler tahkimin konusuna göre hakemde çeşitli özellikler aramışlardır. Bu da ayrı konular için aynı özelliklere haiz bir hakem tespitinin güç olduğunu göstermektedir.¹⁹⁸

¹⁹⁶ ALİ HAYDAR, *Durer*, IV, 806; SERAHSÎ, *el-Mebsût*, XVI, 111; İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, VII, 316; MERGİNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 91; TARABLUSÎ, *Muînu'l-Hukkâm*, II, 25; AVVÂ, Fatima Muhammed, *Akdü't-Tahkim fi 'ş-Şer'ati ve'l-Kanûn*, I, 231.

¹⁹⁷ AKGÜNDÜZ, "Hakem", XV, 172.

¹⁹⁸ AKGÜNDÜZ, "Hakem", XV, 172.

2.3.1.2. MODERN HUKUKA GÖRE

HUMK'da hakem olacak kişide bulunması gereken şartlar hakkında bilgi verilmemiştir. Ancak kural olarak medeni haklarını kullanma ehliyeti olan her kişinin hakem olabileceği benimsenmiştir. Temyiz kudretinden yoksun bireyler hakem olamazken, temyiz kudretine sahip fakat vesâyet ve velâyet altında olan kişiler ise ancak kanuni temsilcilerinin izinleri ile hakem olabilirler.

Bununla birlikte hakem seçilecek kişinin tarafsız olması, yani taraflardan biriyle yakınlığının bulunmaması gerekir. Ayrıca hakemin cinsiyeti, hakem tayin edilmede önemli değildir.

Tüzel kişiler hakemlik vazifesini, ancak kendisini temsil eden organlar aracılığıyla yerine getirebilirler.

Hâkimlerin tamamı, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Uyuşmazlık mahkemesi başkan ve üyeleri ile Cumhuriyet Savcıları, avukatlar ve noterler hakemlik yapamazlar. Yabancı uyruklu kişiler hakem olabilmekle birlikte yabancı bir makam hakem olamaz.¹⁹⁹

2.3.2. HAKEMLERİN SEÇİMİ

2.3.2.1. İSLÂM HUKUKUNA GÖRE

A) Karı Koca Arasındaki Geçimsizliklerde

¹⁹⁹ ERTEKİN-KARATAŞ, *İhtiyari Tahkim*, s. 134, 136.

İslâm âlimlerine göre, tahkim ayetinde hitabın kime olduğu hususunda ihtilaf etmişlerse de, çoğunluğa göre ayette, ihtilafı çözümlenmek üzere hakem tayin etmeleri için, hâkimlere hitap edilmektedir.²⁰⁰

Ancak hâkimlerin tahkime karar vermeleri için tarafların anlaşmazlıklarından mahkemeyi haberdar etmeleri gerekir. Bununla birlikte taraflar, kendileri birer hakem seçerek, onun vereceği karara razı olmayı baştan kabul ederek olayı mahkemeye intikal ettirmeden aralarında da çözümlenebilirler.²⁰¹

Fakat bugün için mahkemeyi haberdar etmeden çiftlerin aralarında hakem seçip, bu hakemlerin de boşanmaya hükmetmeleri ile evlilik birliğinin sona ermesi mümkün değildir. Zira çiftler evlilik öncesinde nasıl ki evlenme işlemlerini devletin resmi kurumlarında yapıp, medeni hallerini kayıt altına aldırıyorsa, boşanmak için de resmi prosedüre uymak zorundadırlar. Nitekim bu çocuğun velâyeti, hidâne, miras, mehir, nafaka gibi konular için şarttır.

B) Tahkimin Caiz Olduğu Diğer Konularda

Karı-koca geçimsizlikleri dışında taraflar hakemlerini kendileri tayin edebilirler. Bazı durumlarda hakem devlet tarafından da tayin edilebilir. Tarafların seçtiği hakeme hâkim, icazet verirse bu hakem onun nâibi hükmündedir.²⁰² Dolayısıyla bu hakemin taraflarca azledilmesi söz konusu olamaz.

2.3.2.2. MODERN HUKUKA GÖRE

Medeni hukukta hakem seçimi şu şekilde gerçekleşir:

²⁰⁰ EBÛSSUUD, *İrşâdu Akli's-Selîm* I, 175; SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyan*, Mekke ty., I, 471; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, II, 754; EN-NESEFÎ, Ebû'l-Berekât Abdullah b. Ahmed b. Mahmud, *Medâriku't-Tenzîl ve Hakâiku't-Te'vîl (Tefsiru'n-Nesefi)*, İstanbul 1984, I, 224; KURTUBÎ, *el-Câmi'*, V, 115.

²⁰¹ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s.112.

²⁰² Mecelle, m. 1847.

Taraflar tahkim sözleşmesini yaparken, hakem olacak kişiyi belirleyebilirler. Ancak bunun için önceden hakem seçilecek kişinin kabulünü almaları gerekmektedir. Bununla birlikte hakem seçimini sözleşme sonrasına da bırakabilirler. Şayet karar veremeyip bu konuda ihtilafa düşerlerse hakemi mahkeme seçer.²⁰³

Taraflar tahkim sözleşmesinde hakemi üçüncü bir kişinin seçeceğini belirtirlerse, hakem bu kişi tarafından seçilir veya hakem tayinini mahkemeye bırakırlarsa mahkeme tarafından seçilir.²⁰⁴ Ancak mahkeme hakemi belirlemeden önce tarafları çağırıp onları dinlemek zorundadır.

Yanlı bir tahkimin gerçekleşmesini önlemek için taraflar ortaklaşa tek bir hakem seçmeli veya kendi hakemlerini seçip üçüncü bir hakemi ortaklaşa tayin etmelidirler.

2.3.3. HAKEMLERİN SAYISI

İslâm hukukçularına göre hakem sayısının iki veya ikiden fazla olmasında bir mahsur yoktur.²⁰⁵ Zira Hz. Ömer, Sevâd arazisini gazilere dağıtıp dağıtmama hususunda muhalifleriyle anlaşamayıp, beş kişi Evs, beş kişi de Hazrec kabilesinden olmak üzere on kişiyi hakem tayin etmiştir.²⁰⁶ Dini emirleri çok iyi anlayan ve yorumlayan kişilerden biri olan Hz. Ömer on hakem tayin etmişse hakem sayısının ikiden fazla olmasında bir mahsur bulunmaması gerekir.

Mecelle de aynı görüş doğrultusunda maddeleştirilerek şöyle denilmiştir: “Muhakkemin teaddüdü caizdir. Yani bir hususta iki veya daha ziyade kimsenin

²⁰³ ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, I-II, İstanbul 1989, s. 786.

²⁰⁴ HUMK m. 520.

²⁰⁵ *el-Fetâvâ 'l-Hindiyye*, (Heyet), Mısır ty., III, 318; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, XI, 484; MÂVERDÎ, *Edebu 'l-Kâdî*, II, 384.

²⁰⁶ CUHENÎ, *Tahkim*, s. 202.

hakem nasb olunması caizdir. Müddei ve müdde aleyh taraflarından birer hakem nasb etseler caiz olur.”²⁰⁷

Ancak muasır hukukçulardan Cuhenî konu hakkında farklı bir yorum yaparak şunları söylemektedir: İslâm hukukunda, tahkim sözleşmesine delil teşkil eden ayetlerden ikisinde hakem sayısı iki olarak belirtilmiştir.²⁰⁸ Bu nedenle ikiden fazla hakem seçilmesi ayetlere muhalefet olur. Nitekim Muhammed b. Sirin’den rivayet edildiğine göre, bir adam Hz. Ömer’e gelerek şöyle der: “Arkadaşımınla beraber ihramlı olduğumuz halde dağdaki bir geçitten atlarımızla geçiyorduk. Aniden bir ceylanla karşılaştık ve onu avladık. Bu konuda ne dersin?” Hz. Ömer yanındaki Abdullah b. Avf’a , “Gel bu işe birlikte karar verelim” dedi. Onlar adamın bir keçi bedeli ödemesine hükmettiler. Adam giderken şöyle diyordu: “Adam mü’minlerin emiri olmuş, bir ceylan hakkında birini çağırıp onun yardımı olmadan hüküm veremiyor.” Hz. Ömer, adamın söylediklerini işitince onu çağırıp; “Sen Mâide suresini okudun mu? Ve birlikte hüküm verdiğimiz bu adamın kim olduğunu biliyor musun?” dedi. Adam hayır deyince: “Şayet o sureyi okuduğunu söyleseydin seni döver, canını acıttırdım” dedi ve “...adalet sahibi iki kişi hüküm versin” ayetini²⁰⁹ okudu. Hz. Ömer, İslâm Dini’ni ve Kur’ân’ı çok iyi anlayanlardan birisidir. Şayet iki hakem şartı bu ayetlerde emredilmeseydi o, bu kararı kendi verirdi. Bu ayetleri delil göstererek iki kişi olarak hüküm vermezdi.²¹⁰

Yıldırım’a göre, Kur’ân ayetleri evrensel olmakla birlikte, lafızları indiği toplumun ahlâk, hukuk ve sosyal yapısından etkilenmiştir. Söz konusu ayetlerde, hakem sayısının iki olarak emredilmesinin nedeni, Arap toplumun konuyu ciddiyetle algılaması içindir. Özellikle hukukla ilgili ayetleri lâfzî manaları ile anlamak değişen hayat şartları karşısında İslâm hukukunun canlı kalmasına mani olacaktır. Bu nedenle bu tür ayetlere yeni yorumlar getirilmesi İslâm hukukunun toplumun ihtiyaçlarına cevap vermesini, toplumla birlikte ilerlemesini sağlayacaktır.²¹¹

²⁰⁷ Mecelle, m. 1843.

²⁰⁸ Bkz. Nisa: 4/35; Mâide: 5/95.

²⁰⁹ Mâide: 5/95.

²¹⁰ CUHENÎ, *Tahkim*, s. 202–204.

²¹¹ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 122.

Tahkimin gerçekleşmesi için hakem sayısının iki veya daha fazla olmasının bir mahsurunun olmadığı kanaatindeyiz. Şayet herhangi bir mahsuru olsaydı yukarıda yer verdiğimiz gibi Hz. Ömer ihtilafı gidermek için on hakem tayin etmezdi. Hakem sayısının arttırılmasının bazı durumlarda faydalı olacağı kanaatindeyiz. Zira hakemler hükümde ittifak edememişlerse bu durumda yapılması gereken eşitliği bozmak için yeni bir hakem tayin etmek ve onun görüşleri ekseninde karar vermektir. Kanaatimizce hakemlerin sayısı, gerektiği yerde gerektiği sayıda olmalıdır. Önemli olan hakemlerin adilane davranmaları ve hükümde isabet etmeleridir.

Hakemlerin sayısı hususunda farklı bir yorum da Balcı'dan gelmektedir. Ona göre, "Hz. Ali ile Muâviye arasındaki ihtilâfta iki hakem seçilmesi de İslâm hukukunun, cahili Arap âdet hukukunun bazı kaidelerini değiştirmemesi ile izah edilebilir. Karı-koca arasındaki ihtilâflarda iki tarafın da birer hakem seçmesi usulü için de aynı şey söylenebilir."²¹²

Kanaatimizce karı-koca arasındaki geçimsizliklerde iki hakem tayin edilmesi cahili Arap âdetlerinden dolayı değil, Allah'ın Nisa suresi 35. ayette, "Eğer erkekle kadının arasının açılmasından korkarsanız erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden de bir hakem gönderin..." buyurmasındandır. Zira ilerleyen bölümlerde yer vereceğimiz üzere ayetteki hakem gönderme emri İbnu'l-Arabî (543/1148), Mâverdi (450/1058), Fahrudin er-Râzi (606/1210) gibi âlimlere göre vücûb ifade etmektedir. Bunun yanında Mâide suresi 95. ayette de Allah, ihramlıyken avlanan kişi hakkında hüküm verilmesi için iki hakem tayin edilmesini emretmektedir. Bu ayetleri görmezden gelip, İslâm tarihindeki bazı tahkim örneklerinde hakem sayısının iki olarak belirlenmesini Arap âdetine bağlamak kanaatimizce uygun olmayacaktır. Dolayısıyla Hz. Ali ile Muâviye'nin de iki hakem tayin etmesini cahili Arap âdetinden etkilenme olarak görmekten ziyade, bu seçimin yukarıda zikredilen ayetlere kıyasen yapıldığını düşünmek kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

Modern hukukta hakem sayısı HUMK'un 520. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre taraflar, tahkim sözleşmesinde hakem sayısını serbestçe belirleyebilirler.

²¹²BALCI, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 50.

Şayet belirlememişlerse mahkeme üç hakem tayin eder. Bu hakemler davayı inceler. Ancak hakemlerin üçten fazla olmasının da bir mahsuru yoktur.

Taraflar hakemi iki kişi olarak tespit etmişlerse ancak hakemler kararda ittifak edememişlerse bu durumda mahkemeye üçüncü hakemin seçimi için başvurulur. Mahkemenin üçüncü hakemi tayin etmesi ile tahkim süreci başlamış olur.²¹³

Taraflardan biri diğerinden fazla sayıda hakem seçemez. Çünkü çok hakem seçen taraf, zaten oy çokluğu nedeniyle davayı kazanacaktır. Bu da tahkimin adalet unsuruyla bağdaşmayacak bir durumdur.

2.4. HAKEMLERİN YETKİ VE SORUMLULUKLARI

2.4.1. HAKEMLERİN STATÜSÜ

2.4.1.1. İSLÂM HUKUKUNDA HAKEMLERİN STATÜSÜ

İslâm hukukçuları hakemlerin statüsünün ne olduğu hususunda ittifak edememişlerdir. Konu hakkında iki görüş benimsenmektedir. Bunlardan ilki, Mâlikî ve Şâfiîler ile Ahmed b. Hanbel'in (241/855) bir görüşüne göre hakemlerin hâkim konumunda olduğu görüşüdür. Buna göre, nasıl ki hâkim karar verirken tarafların rızasını aramazsa, dilediğinde hükmedebilirse hakem de aynı konumdadır ve verdiği karar için tarafların rızasını almak zorunda değildir.²¹⁴

²¹³ KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, IV, 4040.

²¹⁴ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 168.

Hanefilerin büyük çoğunluğu, Şâfiilerin bir kısmı ve Ahmed b. Hanbel'in de benimsediği söylenen ikinci görüşe göre hakemler vekil konumundadırlar. Tahkim süresince ancak tarafların kendilerine verdiği yetkiler dairesinde hüküm verebilirler. Eşlerin anlaşmazlığı durumunda tarafların rızası alınmadığı sürece boşamaya hükmedemezler.²¹⁵

İbn Abidin'e göre, hakem olan kişi azledilmeden önce devletin tayin ettiği hâkim konumundadır. Bu sebeple azil sonrası verdiği hüküm geçerli kabul edilmezken; azil öncesinde verdiği hüküm tarafları bağlayıcıdır. Öte yandan hakem hâkim konumunda olduğu için lehlerine şahitliği kabul edilmeyen kişiler için verdiği lehte hüküm kabul edilmez.²¹⁶

2.4.1.2. MODERN HUKUKTA HAKEMLERİN STATÜSÜ

İslâm hukukunda olduğu gibi modern hukukta da hakemlerin konumu hususu ihtilaflıdır. Zira kimilerine göre hakemler hâkim konumundadırlar. Onlar hâkimler gibi toplumda adaleti sağlamaya çalışan ve kamu görevi ifa eden kişilerdir. Kimileri de hakemlerin tarafların vekili konumunda olduğu kanaatindedirler. Öyle ki hakemler ancak tarafların rızaları doğrultusunda karar verebilirler.

Belbez'e göre, hakem, hâkim değildir; o yetkilerini hâkim gibi kanundan almaz. Onun yetkileri tahkim anlaşmasıyla sınırlıdır. Şayet hakem bir kişi olarak seçilmişse, tarafların her ikisinin de menfaatini korumakla yükümlüdür. Sadece taraflardan birinin hakemi ise, müvekkilinin menfaatlerini korumakla yükümlüdür; ancak bu olayı incelemeyen, irdelemeyen körü körüne savunmak, gerekli tetkikatı yapmamak anlamına gelmemeli, herkes layıkıyla vazifesini ifa etmelidir.²¹⁷

²¹⁵ KÂSÂNÎ, *Bedâi*, II, 334; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 167; İBN KAYYIM, *Zâdu'l-Meâd*, IV, 42.

²¹⁶ MERĞİNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 94; İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtar*, V, 430, 431.

²¹⁷ BELBEZ, "Hakemlerin Mesuliyeti", s. 355.

Hakem kelime anlamı itibariyle hüküm veren kişi demektir. Ancak hâkimden farklı tarafları da vardır. Zira hâkim, kamu görevlisidir ve devlet adına adaletin tecellisini sağlayan kişidir. Hakem ise adaleti kendi namına tecelli ettirir. Yani hâkim devlet yargısının temsilcisi iken hakem özel yargının temsilcisidir. Bununla birlikte hâkim tüm konularda hüküm verebilirken hakem için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Ancak bu, “hakem vekil konumundadır” demek değildir. Zira hakemlik görevi kelime anlamı itibariyle hüküm verme işi iken, vekillik müvekkilinin haklarını koruma ve onu savunma işidir. Günümüz toplumunda vekilin olaylara objektif yaklaşp, adaleti sağlamak amacıyla müvekkilinin aleyhine hüküm vermesi kanaatimizce pek mümkün değildir. Dolayısıyla hakem ne vekil ne de hâkimdir. Hakem hakemdir. Modern hukukçulardan bazılarının da bu konuda bizimle aynı kanaati taşıdığını görmekteyiz.

Yeğengil’e göre; “Hakemin hâkimlikle bağdaşmayan yanları bulunduğu kadar vekillikle de taban tabana zıt yönleri vardır. Hakemlerin taraflarla ayrı ayrı münasebetleri ve iç ilişkileri hâkimlikle bağdaşmazsa, taraflar karşısında iç ilişkiye zıt olan davranışları ve zıt görüntüleri de vekillikle bağdaşmaz. Hakem, nitelik bakımından, ne hâkim ve ne de vekildir. Hakem kendinden başka hiçbir şeyin tam benzeri değildir.”²¹⁸

2.4.2. HAKEMLERİN YETKİLERİ

İslâm hukukuna göre, hakemlerin yetkilerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

a) Hakemlerin serbest ichtihad yetkileri vardır. Delil olarak da şu olay örnek gösterilmektedir: Hz. Peygamber, Sa’d b. Muâz’ı hakem tayin ettiğinde ona yetkilerini belirleyen sınırlar koymamıştır Ona şöyle demiştir: “... Bir kaledeki halkı kuşatır da, senden kendilerine Allah’ın hükmünü uygulamanı isterlerse, onlara

²¹⁸ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 201.

Allah'ın hükmünü uygulama. Kendi hükmünü uygula, Zira Allah'ın onlar hakkındaki hükmüne isabet edip etmeyeceğini bilemezsin.”²¹⁹ Ebû Dâvûd'un (275/889) aynı hadisle ilgili rivayetinde şu ilave vardır: “Sonra onlar hakkında dilediğiniz hükmü veriniz.”²²⁰ Hukukçulara göre, şayet hakemlerin uymaları gereken bazı kurallar olsaydı, muhakkak Hz. Peygamber bunları Sa'd b. Muâz'a söyler ve onu uyarırdı.²²¹

b) Hakem sadece kendisine yetki verilen konularda hüküm verebilir. Mesela, iki kişi arasında bir ev, bir binit, bir de alacak uyuşmazlığı bulunsa, taraflardan ev uyuşmazlığı için hüküm verme yetkisi alan hakem, binit veya alacak uyuşmazlığı için hüküm veremez.

c) Hakemler verecekleri hükümde ittifak etmek zorundadırlar. Biri diğerinden habersiz, tek başına hüküm veremez.²²² Zira tarafların iki hakem seçmesi ortak bir karar almaları içindir.

d) Hakem tarafların izni olmadan, hüküm vereceği konuda başka birini hakem olarak atayamaz. Şayet böyle bir şey yaparsa, bu hakemin verdiği hüküm, resmi otorite tarafından onaylansa dahi tarafların onayı olmadıkça geçerli olmaz. Ancak tahkim sözleşmesi esnasında veya sonrasında tarafların böyle bir şeye izni varsa hakem, tarafların vekili olduğundan ikinci hakemin verdiği hüküm geçerli olur.²²³

e) Hakemlerin lehlerine şahitliği kabul olunmayan kimseler hakkında, lehte vereceği hüküm de geçerli olmaz. Bunlar: anası, babası, çocukları ve karısıdır. Zira hâkimler için de bu yakınlarının lehine verdikleri hükümler geçerli olmaz.²²⁴

Ancak aleyhlerine verdikleri hükümler geçerlidir. İmam Yusuf'un (113/731) vefatı zamanında, “Ya Rab! Şüphesiz sen biliyorsun ki ben iki hasımdan hiçbirine hatta kalbim ile de meyletmedim. Ancak Harun er-Reşid ile bir Hıristiyan'ın

²¹⁹ MÜSLİM, *Cihad ve 's-Siyer* 2.

²²⁰ EBÛ DÂVÛD, *Cihad* 82.

²²¹ CUHENÎ, *et-Tahkim*, s. 180.

²²² SERAHSÎ, *el-Mebsût*, XVI, 111.

²²³ ALİ HAYDAR, *Durer*, IV, 810; CUHENÎ, *Tahkim*, s. 188.

²²⁴ MERĞİNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 94; İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtar*, V, 431.

davasında aralarını eşit tutmadım. Bunun için Harun er-Reşid'in aleyhine karar verdim.” diyerek ağladığı rivayet edilir.²²⁵

f) Hakemlerin tarafları hapsedme veya mali bir ceza verme hakkı yoktur. Ancak taraflardan birinin hakkı gasp edilmiş ise onun hakkını almaya yetkilidirler. Bunun nedeni hakemlerin hâkim konumunda değil de vekil konumunda kabul edilmesindedir.

g) Hanefilere göre, hakemler eşleri boşama yetkisine sahip değildirler. Onlar, ancak eşlerin problemlerine çözüm önerebilirler. Bu öneriyi uygulayıp uygulamamada eşler serbesttirler. Ancak taraflar, hakemlere boşama yetkisini vermişlerse bu takdirde verdikleri kararı uygulamak zorundadırlar.²²⁶ Mâlikilere göre ise hakemlerin kararları kesin ve bağlayıcı olup hem barışmalarına hem de boşanmalarına karar verebilirler. Maslahat neyi gerektiriyorsa ona hükmederler.²²⁷

Modern hukuka göre, hakemler yetkilerini tahkim sözleşmesinden alırlar. Yetkilerini kendileri tayin edemezler ve yetkilerinin dışında hüküm veremezler. Hakem tayin edilmedikleri konu hakkında hüküm veremezler.²²⁸

Hakemlerin Yargıtay'ca bozulan kendi kararlarına karşı direnme hakları yoktur. Haciz ve cebri icra kararları alamazlar. Zira bunlar zor kullanmayı gerektiren durumlardır.²²⁹

HUMK'un 533/3 hükmü uyarınca hakemlerin yetkilerini aşmaları, verdikleri hükmün iptalini gerektirir.

²²⁵ MUHAMMED ATIF HOCA, *İslâm Fıkhı*, IV, 254.

²²⁶ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 168; KURTUBÎ, *el-Câmi'*, V, 115; İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 541.

²²⁷ ED-DİMEŞKÎ, Ebû Hafs Ömer b. Ali b. Adil, *el-Lubab fi Ulumi'l-Kitab*, (thk.: Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavvız), Beyrut 1998, VI, 367; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 168

²²⁸ BALCI, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 140.

²²⁹ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s.133,134.

2.5. HAKEMLİĞİ SONA ERDİREN SEBEPLER

2.5.1. HAKEMLİK SÜRESİNİN DOLMASI

İslâm hukukunda hakemlerin karar verme sürelerinin ne kadar olduğu belirtilmemiştir. Bu da hakemlerin bu konuda serbest bırakıldığını göstermektedir. Mecelle'nin 1846. maddesi gereğince şayet taraflar sözleşmeyi yaparken veya daha sonra tahkim süresini sınırlandırmışlarsa hakemler bu süre doluncaya kadar karar vermek zorundadırlar. Süre bittikten sonra verilen karar ancak taraflarca kabul edilirse geçerli olur.

Modern hukuka göre, HUMK'un 529. maddesi gereğince hakem ilk toplantıdan sonra altı ay içerisinde karar vermek zorundadır. Bu sürenin bitiminden sonra hakemlerin görevleri son bulduğu için verdikleri hükümler de geçersiz olur. Bunun yanında tarafların sürenin uzatılmasını isteme hakları vardır. Böyle bir durumla karşılaşan hakemler tespit edilen ikinci sürenin sonuna kadar karar vermek zorundadırlar.²³⁰

2.5.2. HAKEMLİK EHLİYETİNİN YİTİRİLMESİ

Hakemin hüküm vermeden önce bunama, delirme gibi nedenlerle eda ehliyetini yitirmesi görevini sona erdirir. Bunun yanında taraflar arasındaki uyuşmazlığın sona ermesi de hakemliği sona erdiren nedenlerden birisidir. İslâm tarihinde böyle bir olay vuku bulmuştur. Hz. Osman, İbn Abbas ile Muâviye b. Ebî Süfyan'ı, Ukayl b. Ebî Talib ile karısı Fâtıma bt. Utbe b. Rabîa arasındaki geçimsizliği çözmek için hakem tayin etmiş ve onlar eşleri tahkim etmek için evlerine gittiklerinde taraflar problemlerini çözdükleri için evlerinin kapılarını

²³⁰ ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama Hukuku*, I-II, 790.

kilitleyip hakemleri içeri almamışlardır.²³¹ Böylece hakemlerin görevi başlamadan sona ermiştir.

Alimlere göre tahkim, bir vakit veya bir meclis ile takyid olunabilir. O vaktin geçmesiyle veya o meclisin değişmesiyle hakemlerden hüküm verme yetkisi düşmüş olur.²³² Zira İmam Yusuf'a göre tahkimin vakte izafesi caiz değilken, İmam Muhammed (189/805) bu durumu mümkün kabul etmektedir.²³³

Tahkimin bir vakit veya meclis ile sınırlandırılmasının bir mahsuru olmadığı düşüncesini savunarak İmam Muhammed'in görüşünü benimsemekteyiz.

İbn Nuceym'e göre, tarafların uyuşmazlığına neden olan malın, hakemin kendisi veya hukuken lehlerine şahitlik edemeyeceği yakınları tarafından alınması veya hakemin taraflardan birinin vekilliğini kabul etmiş olması, onun hakemliğini sona erdiren sebeplerdendir.²³⁴

2.5.3. HAKEMLERİN AZLİ

İslâm Hukuku tarafların, hüküm vermeden önce her hangi bir kusurundan dolayı hakemi azletmelerine izin vermiştir. Zira benzer bir durum sahabe döneminde de yaşanmıştır. Hz. Ömer'i hakem tayin eden bir şahıs, Mü'minlerin Emiri'nde gördüğü bir kusurdan dolayı onu azletmiş ve hatta kendisini azletmesini Hz. Ömer istemiştir.²³⁵

Hanefilere göre, hakem hüküm vermeden evvel irtidad ederse, sürenin bitmesine rağmen henüz kararını bildirmemişse taraflarca azledilebilir. Ancak hüküm

²³¹ KURTUBÎ, *el-Câmi'*, V, 115; KÂSİMÎ, Muhammed Cemaluddin, *Mehâsinu't-Te'vîl*, Beyrut 1978, V, 137; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 169; İBN KESÎR, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azim*, I, 655.

²³² BİLMEN, *Kâmus*, VI, 470, 471.

²³³ İBN NUCEYM, *Bahru'r-Râik*, VII, 26; İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 427, 428.

²³⁴ İBN NUCEYM, *Bahru'r-Râik*, VII, 26.

²³⁵ DERDİR, *eş-Şerhu's-Sağîr*, IV, 202.

verdikten sonra taraflardan azil hakkı alınır. Mâlikilere göre taraflar hüküm verinceye kadar diledikleri zaman hakemleri azledebilirler.²³⁶

Ancak, tarafların seçtikleri hakemlere hâkim icazet vermiş ise artık hakem, hâkimin nâibi kabul edildiği için hükümden önce de azledilemez. Zira hâkimin nâibi hâkim konumundadır. Bu hakemlerin tahkimi hâkim hükmündedir.²³⁷

Modern hukukta, azil hakkında “hakemin karar verme yetkisinin elinden alınması” ifadesi yer almaktadır.

Konuyla ilgili HUMK’un 522. maddesinde şöyle denilmektedir: “Tahkim müddeti zarfında iki tarafın muvafakatı olmadıkça hakemler azlolunamazlar. Hakemlerden biri red veya istifa sebebiyle ayrılırsa yerine diğeri intihap olunur. Bu halde hâkim tahkim müddetini temdid edebilir.” Bu maddeden hakemlerin ancak tarafların ortak kararı ile azledilebilecekleri anlaşılmaktadır. Zira başlangıçta ayrı ayrı seçilmiş olsalar da tahkimin başlamasıyla tarafların ortak hakemi olmuşlardır.

Hakemlerin azilden sonra verdikleri kararın hükümsüz olduğunu belirtmiştik. Ancak hakemlere azil ihbarı ulaşmadan hakem hükmünü açıklamışsa, bu hükmün geçerliliği hakkında ihtilaf edilmiştir.

Bazılarına göre hakeme azil ihbarı ulaşmadan önce verilen karar geçerli iken, bazılarına göre de önemli olan azil için tarafların ittifakıdır. Taraflar bu kararda birleştikleri andan itibaren hakemin görevi son bulur. Tüm yetkileri elinden alınır. Bu nedenle verdiği hüküm de geçersizdir.²³⁸

Taraflar, düşünerek, artı ve eksilerini gözden geçirerek ortak bir karar alıp hakemi azletmişlerse, bu durumda hakeme azil ihbarının ulaşip ulaşmamasının öneminin olmadığı kanaatindeyiz. Zira zaten taraflar ondan gelecek her türlü kararı kabul etmemeyi göze almışlar ve görevini sonlandırmışlardır. Şayet azil için taraflardan birinin irade beyanı bulunsaydı böyle bir durumda tedbir olması için azil ihbarından önce verilen karar geçerli kabul edilebilirdi. Çünkü kararın aleyhine

²³⁶ AVVÂ, Fatıma Muhammed, *Akdü 't-Tahkim fi 'ş-Şerâti ve 'l-Kanûn*, I, 232- 237.

²³⁷ BİLMEN, *Kâmus*, VI, 470, 471; EL-BÂCİ, *el-Muntekâ*, IV, 114; MUHAMMED ATIF HOCA, *İslâm Fıkhı*, IV, 253.

²³⁸ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 254.

olacağını anlayan tarafın azil isteğinde bulunması mümkündür. Ancak tarafların ortak azil kararı için böyle bir tehlikenin var olduğunu söylemek mümkün değildir.

2.5.4. HAKEMLERİN İSTİFASI

Bazı kanunlara göre hakemlerin istifa hakkı bulunmazken²³⁹ HUMK bunun aksine bir görüşü benimseyerek, mazeretleri nedeniyle kişilerin hakemlik vazifesini tamamlamadan istifa edebileceklerini kabul etmiştir. Tahkim akdinde istifa edemez şeklinde bir kayıt bulunsa dahi kanunun 522. maddesi hakemlerin istifasını mümkün kılmaktadır.

Hakemliği kabul ettikten sonra, mantıklı bir gerekçe beyan etmeden hakemliği bırakan kişiye, ücreti verilmez. Eğer ücreti peşin verilmişse hakem bu ücreti iade eder. Nasıl ki tarafların tahkim başladıktan sonra hakemi azletme hakları varsa, hakemlerin de istifa etme imkânlarının bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Zira hakemliği kabul edip bu görevi alan bir kişi geçerli mazereti olmaksızın vazifesini bırakmayacaktır. Bu nedenle hakemlerin önüne böylesine bir engelin konulmasının yanlış olduğunu düşünüyoruz. Zorlama ile verdirilen bir kararın kimseyi memnun etmeyeceği aşikârdır.

2.5.5. TARAFLARIN DÖNME HAKKI VE HAKEMLERİN REDDİ

a) Tarafların Tahkimden Vazgeçmesi

²³⁹ Fransız Usul Kanunu ile Vaud Kantonu Usul Kanununa göre hakemlerin istifa etme hakları yoktur. Şayet istifa ederlerse para cezasına veya tazminata çarptırılırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz: YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 255.

İslâm hukukunda, hakem göreve başladıktan sonra, tarafların tahkimden vazgeçmelerinin mümkün olup olamayacağı tartışılmış ve konuyla ilgili iki görüş ortaya atılmıştır.

Bunlardan ilki tahkimin başlamasıyla tarafların tahkimden dönemeyeceği görüşüdür. Mâlikilerin çoğunluğu, Şâfiilerin bir kısmı ve Ahmed b. Hanbel'den nakledilen bir görüşe göre, hakem göreve başladıktan sonra tarafların vazgeçme hakkı yoktur. Hakem neye hükmederse ona uymak zorundadırlar.²⁴⁰

Bu âlimlere göre, bu görüşün altındaki temel felsefe, delillerin aleyhine olduğunu görüp, davanın kendi aleyhine sonuçlanacağını anlayan kişi hakem karar vermeden onu azledebilir veya tahkimden vazgeçebilir endişesidir. Buna mani olmak için de tarafların elinden tahkimden dönme hakkı alınmıştır.

Hanefiler, Şâfiilerin bir kısmı ve Ahmed b. Hanbel'den nakledilen diğer bir görüşe göre de, taraflar hakem kararından önce tahkimden vazgeçebilirler. Ancak hakem kararından sonra böyle bir hakları bulunmamaktadır.²⁴¹

Bu görüş de şu şekilde açıklanır: Taraflar nasıl ki hakem seçme hakkına sahiplerse, hakemi azletme veya hüküm öncesinde tahkimden vazgeçme ehliyetine de sahiptirler. Buna mani olunamaz.

Bilmen'e göre, tarafların tahkimden vazgeçme şeklinde hakları olmadığı gibi, hakemlerin hükmünü reddetme hakları da yoktur; çünkü bu hükümler kendi rızalarıyla yaptıkları anlaşma sonucu verilmiştir.²⁴²

Hukukla amaçlanan toplumda adaleti, güveni, huzuru sağlama, zalimin zulmetmesine mani olma ve mazlumun hakkını gasp ettirmemedir. Bu sebeple ilk görüş ile hukukun amacına daha kolay ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Zira taraflara tahkimden dönme hakkı verilirse aleyhine karar verileceğini anlayan taraf tahkimden vazgeçerek adaletin tecelli etmesine mani olabilir. Bununla birlikte şayet taraflara vazgeçebilme hakkı verilecekse bu hakkı kullanmada tarafların ittifakı aranmalıdır. Çünkü vazgeçmede ittifak aranırsa bahsettiğimiz tehlike ortadan kalkmış olacaktır.

²⁴⁰ MÂVERDÎ, *Edebu'l-Kâdî*, II, 382; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, XI, 484.

²⁴¹ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, XI, 484

²⁴² BİLMEN, *Kâmus*, VI, 470, 471.

Bize göre hakemin azledilmesi konusunda da aynı “ortak karar” şartı aranmalıdır. Zira aynı tehlike burada da söz konusudur. Şayet bunlar yapılmazsa tahkimin sıhhatinden ve adaletinden bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz.

b) Hakemlerin Reddedilmesi

İslâm hukukunda taraflardan birinin diğerinin rızasını almadan hakemi azletme yetkisi bulunduğu için hakemlerin reddi müessesesine ihtiyaç duyulmamıştır. Ancak tarafların kendi aleyhlerine hüküm verilmemesi için bu yetkiyi kötüye kullanabileceklerini ve bu durumun tahkimin sıhhati açısından manilerinin olduğuna daha önce işaret etmiştik. Bu nedenle İslâm hukukunun bu hükmünün fakihlerimizce yeniden gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Medeni hukukta, taraflara hakemi reddetme hakkı tanınmıştır. Zira bu hak hâkimler için de vardır. HUMK’un 28–37. maddeleri hâkimlerin reddi hakkında düzenlenmiştir. Hakemi reddetme sebepleri, hâkimi red sebepleri ile aynı kabul edilmiştir.

HUMK’un 29. maddesi gereğince hâkimi reddetme sebepleri şunlardır:

Davada iki taraftan birine nasihat vermiş veya yol göstermiş olması,

Davada iki taraftan biri veya üçüncü şahıs muvacehesinde kanunen icap etmeden reyini beyan etmiş olması,

Davada şahit veya ehlihibre veya hakem veyahut hâkim sıfatıyla dinlenmiş veya hareket etmiş olması,

Davanın dördüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) civar hısımlarına ait bulunması,

Dava esnasında iki taraftan birisiyle davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması.

Modern hukuka göre, tüm bu nedenlerden ötürü kişi hakemi reddedebilir. Ancak hakemi reddetme hakkı beş günlük bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu süre sonunda tarafların red isteği kabul olunmaz.

2.6. HAKEM KARARLARI

2.6.1. İSLÂM HUKUKUNDA HAKEM KARARININ TASDİKİ VEYA REDDİ

Bilindiği gibi hakemler vazifeleri icabı anlaşmazlık yaşayan kişiler arasında hüküm vermekle mükelleftirler. Peki, onların vereceği hüküm, ne kadar geçerlidir ve tarafları ne ölçüde bağlar? Elbette ki bu, hakemlerin konumları ve yetkileriyle alakalı bir konudur.

Mecelle'nin 1848. maddesi konu hakkında şu hükmü içerir:

“Hâkimlerin kazaları dâhilindeki ahalinin cümlesi, hakkında hükümleri nasıl ki lâzimu'l-icrâ ise, muhakkemlerin dahi onları tahkim edenler hakkında ve muhakkem oldukları hususta hükümleri ol veçhile lâzım olur. Binaenaleyh hakemler usulü meşruasına muvafık olarak hükmettikten sonra tarafeynden hiçbiri ol hükmü kabulden imtina edemez.”

Buradan da anlaşılacağı üzere Mecelle'ye göre, hakemler usulüne uygun olarak hükmederlerse verilen karar tarafları bağlar. Çünkü hakemler de anlaşmazlık yaşanan konuda Mecelle'nin ifadesiyle hâkimin nâibidirler. Şayet hakemlerin verdiği kararı, hâkim usule uygun bulmazsa kararı bozar ve kendisi yeniden davayı inceler.²⁴³

İslâm hukukçularının konuyla ilgili görüşleri de Mecelle'nin hükmü doğrultusundadır. Onlara göre hakemler hüküm verirken şahit, yemin gibi vs. deliller kullandıkları için taraflar verilecek hükme uymak zorundadırlar.²⁴⁴ Şayet taraflar verilen kararı kabul etmeyip hâkime müracaat eder ve hâkim de bu kararı usule uygun bulursa karar resmileşmiş olur. Artık tarafların kararı reddetme ve karara uymama hakları yoktur.

Hâkim kararı usule uygun bulmazsa ne olur?

²⁴³ bkz. Mecelle m. 1849.

²⁴⁴ KÂSÂNÎ, *Bedâi*, VII, 92; MERGÎNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 91.

Bu durumda hâkim kararı bozar ve davaya kendisi bakmaya başlar. Şu iki durumda usulsüzlük kararı verebilir: Birincisi, hâkimin hükmü hiçbir hukuk ekolüne uygun bulmamasıdır. İkincisi ise, kararın başka ekollere veya müctehidlerin görüşlerine uygun olduğunu görmekte birlikte, kendi mezhebine uygun olmadığını tespit etmesidir. Zira Ebû Hanife ile İmam Şâfiî'den nakledilen bir görüşe göre hakem kararı, bulunduğu beldedeki hâkimin mezhebine uygun olmak zorundadır.²⁴⁵ Mâlikî ve Hanbelilere göre, hâkim kararı kendi mezhebine uygun olmadığı gerekçesiyle bozamaz.²⁴⁶

Tahkim taraflarla hakemler arasında yapılan özel bir yargılama usulüdür. Verilen hüküm tahkim konusuyla sınırlı ve yalnızca tarafları bağlayıcıdır. Dolayısıyla bize göre hükmün hâkimin mezhebiyle herhangi bir alakası yoktur. Şayet hükümde bir mezhebe uygun olma özelliği bulunacaksa bu hâkimin değil de tarafların mezhebi olmalıdır düşüncesindeyiz. Nitekim verilen hükmü uygulayacak olan da taraflar değil midir? Bunun yanında Hz. Peygamber de hakem olması için kendisine gelen Yahudilere kendi kitaplarına uygun olan hükmü vermemiş midir? Belki burada söz konusu olan din farklılığıdır; ancak mezhep farklılığında da aynı durumun uygulanmasında bir mahsur görmediğimiz gibi, tarafların mezhebinin göz ardı edilip hâkimin mezhebine uygunluk şartının aranmasının taraflar için mahsuru olabileceği kanaatindeyiz. Nitekim belli bir mezhebe mensup olduğunu düşünen herkes kendi mezhebinin hükmüyle amel etmek isteyecektir.

Tüm bunlardan sonra özetleyecek olursak hakem kararında, açık bir zulüm veya İslâm'ın genel prensiplerine aykırılık yoksa bu kararı hâkimin bozma yetkisi yoktur. Zira taraflar onu kendilerine hakem tayin ederek vereceği karara önceden rıza göstermişlerdir.

Bilmen'e göre hakem verdiği hükümle kendisi yaşamıyorsa bu onun kararının hâkimce bozulma sebebidir.²⁴⁷

²⁴⁵ SERAHSÎ, *el-Mebsût*, XVI, 111; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 317.

²⁴⁶ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, XI, 483; EL-BÂCİ, *el-Muntekâ*, IV, 114.

²⁴⁷ BİLMEN, *Kâmus*, VI, 470, 471.

Her ne kadar hakemin dürüstlüğü ve güvenilirliği için vermiş olduğu karar doğrultusunda yaşaması gerekse de; hükmüyle amel etmemesini kararın reddi için bir gerekçe göstermek bize göre uygun değildir. Zira her âlim bildiğince hüküm verir ancak her bildiğiyle de amel etmez. Hakem de bilmesine rağmen onu uygulamıyor olabilir. Böyle bir gerekçeden ötürü hakemin hükmünü iptal etmek yerine, tarafların mümkün olduğunca doğru hakem seçmeye çalışmaları isabetli olacaktır kanaatindeyiz.

2.6.2. MODERN HUKUKTA HAKEM KARARININ TASDİKİ VEYA REDDİ

Günümüz hukukunda, hakem kararlarının yargı kararı olması, kararın yetkili merci tarafından tasdiki ile olur. HUMK'un 536. maddesi, hakemlerin verdiği kararın hâkim tarafından tasdik olunduktan sonra icra kabiliyeti kazanacağını belirtmektedir. Hakem kararı temyiz edilmişse karar ancak Yargıtay'ın onaması ile kesinlik ve icra kabiliyeti kazanır.

Hakem kararının taraflar veya hakem vasıtasıyla hâkime sunulması sonucunda, hâkim kararı usule ve şekle uygun bulursa tasdik eder. Aksi takdirde hâkim tasdik talebini reddeder.

Usule ve şekle uygunsuzluk dışında hâkimin kararı reddetme hakkı yoktur.

2.6.3. HAKEM KARARLARININ VASIFLARI

2.6.3.1. İSLÂM'IN GENEL PRENSİPLERİNE UYGUN OLMASI

İslâm hukukuna göre hakem kararları, İslâm'ın genel prensiplerine uygun olmalıdır. Aksi takdirde verilen hüküm kabul edilmez.

Mesela, hataen öldürülmüş bir kişinin diyeti hususunda hakem bu bedelin, katilin malından ödeneceğine hükmetse onun bu kararı kabul edilmez. Zira bu bedel, İslâm hukukuna göre katilin âkilesi tarafından ödenir. Hakemin bu tür bir kararı hâkim tarafından bozulur. Ancak öldürme işi katilin ikrarı ile ortaya çıkmışsa hakemin bu kararı geçerlidir. Çünkü İslâm hukukuna göre diyetin âkile tarafından ödenmesi kuralı ikrarla sabit olan öldürmeler için geçerli değildir.²⁴⁸

Şayet hakemlerin verdiği hüküm zikrettiğimiz şekilde İslâm'a uygun değilse hâkim, verilen bu hükmü bozar ve gerektiği şekilde hüküm verir. Buna meydan vermemek için öncelikle hakemlerin hüküm verecekleri konuda dini ve hukuki bilgi sahibi olmaları ayrıca şahit, ikrar ve yeminden oluşan üç delilden birine dayanarak hüküm vermeleri gerekir.

2.6.3.2. KARARIN İTTİFAK SAĞLANARAK VERİLMİŞ OLMASI

Yukarıda da bahsettiğimiz şekilde hakem kararlarının geçerli olması için kararda tüm hakemlerin ittifakı şarttır. Hatta taraflar sözleşme esnasında çoğunluğun görüşünü kabul edeceklerini bildirmiş olsalar da, bu şart dahi kararın kabul edilebilir olmasına manidir.²⁴⁹

²⁴⁸İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, VII, 316; TARABLUSÎ, *Muînu'l-Hukkâm*, II, 25; DAĞCI, Şâmil, *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara 1999, s. 187.

²⁴⁹ ALİ HAYDAR, *Durer*, IV, 810; KURTUBÎ, *el-Câmi'*, V, 115.

Günümüz hukukunda, hakemlerin toplantılarını hep birlikte yapmaları şartıyla, çoğunluğun ittifak ettiği karar geçerli kabul edilir.²⁵⁰

2.6.3.3. MADDİ HUKUK KURALLARINA UYGUN OLMASI

HUMK'ta, hakemlerin hükümlerinde maddi hukuk kurallarına bağımlı olup olmaması gerektiği hususuyla ilgili açık bir hüküm yoktur. Genel kabule göre, taraflar, sözleşmede kararın maddi hukuk kurallarına uygun olması gerektiğini belirtmişlerse hakemler buna uymak zorundadırlar.²⁵¹

Ancak Postacıoğlu farklı bir görüşü benimsemektedir. Ona göre, taraflar sözleşmede hakemlerin maddi hukuk kurallarına bağlı kalarak karar vermesini istemiş olsalar dahi onlar bu isteğe uymaksızın karar verebilirler.²⁵²

2.6.3.4. ADALET VE NESAFET KURALLARINA UYGUN OLMASI

Taraflar sözleşmede hükmün maddi hukuk kurallarına uygunluğunu istememişlerse bu durumda hükmün neye göre verileceği hususunda ihtilaf edilmiştir. Kimilerine göre hakemlerin kendi vicdanlarına göre hüküm verebilmeleri için tarafların talebi gerekir. Bu talebin sözleşmede bulunması şarttır.²⁵³ Hatta sözleşmede bulunmadığı halde hakemler kendi vicdanlarına göre hüküm vermişlerse

²⁵⁰ HUMK m. 131.

²⁵¹ ERTEKİN-KARATAŞ, *İhtiyari Tahkim*, s. 267; BALCI, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 218; ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama Hukuku*, I-II, 791.

²⁵² POSTACIOĞLU, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, s. 655.

²⁵³ BİLGE, "Hakem Yargılamaında Uygulanacak Hukuk Kâideleri", IV. Tahkim Haftası'nda sunulan bildiri, s. 106.

kararın Türk maddi hukuk kurallarına aykırılığı ileri sürülerek iptalinin dahi istenebileceğini savunanlar vardır.²⁵⁴

Kimilerine göre de böyle bir şart yersizdir. Zira kararın pozitif hukuka uygunluğu istenmemişse hakemlerin hükmü zorunlu olarak kendi vicdanlarına, toplumun örf ve âdetine uygun olacaktır. Başka bir ihtimal söz konusu değilken hükmün hakemlerin adalet ve nesafet ölçülerine uygunluğunu sözleşmede belirtmenin bir anlamı yoktur.²⁵⁵

Bize göre taraflar hangi hukuk kuralına göre hüküm vereceğini hakeme bildirmemişlerse, bu durum kararın hakeme bırakıldığını gösterir. Hakem uygun gördüğü hukuka göre kararı verebilmelidir. Bununla birlikte hükmün hangi hukuka uygunluğu istenmiş olursa olsun hakemlerin toplumun örfünü, adetlerini, kültürünü, değerlerini görmezden gelerek hüküm vermeleri doğru değildir. Her durumda adaletin sağlanacağı şekilde hüküm vermeleri gerekir. Talep edilen hukuk kurallarına uygunluk da olsa hakemlerin kendi vicdanlarını göz ardı etmeleri de doğru değildir. Zira bu görevi üstlenerek üzerlerine belli bir sorumluluk yüklemişler, adaletin tecellisini sağlamayı amaçlamışlardır. Adalet ne şekilde sağlanıyorsa ona göre hüküm vermeleri hakemlerin üzerine düşen vicdani bir sorumluluktur.

2.6.3.5. USULE UYGUN OLMASI

Önceki sayfalarda da bahsettiğimiz gibi hakem kararlarının tasdik edilip, yürürlüğe geçmesi için usule uygun olması gerekir. Aksi durumda hâkim kararı bozar ve davayı kendisi üstlenir.

Usule uygun karar nasıldır? İçersinde ne gibi özelliklerin bulunması gerekir? Bu soruların cevabını HUMK'un 530. maddesinde bulmak mümkündür. Bu maddeye göre kararda bulunması gereken özellikler şunlardır:

²⁵⁴ BİRSEL, Mahmut T., *TOBB Tahkim Şartnamesi İç Yönetmeliği ve Mevzuat*, Ankara 1998, s. 17.

²⁵⁵ BALCI, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 219.

- a) Münazaanın neden ibaret olduğu,
- b) Maddi ve hukuki esbabı mucibeyi,
- c) Davanın esası ve masarifi hakkındaki karar ile masrafın miktarını tasrih etmeleri ve kararın altına verildiği tarihi yazarak imzalamaları gerekir.

İçersinde zikrettiğimiz bu özellikleri barındırmayan bir karar tasdik edilemez ve icra kabiliyeti kazanamaz.

2.6.4. HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI

2.6.4.1. TEMYİZ

Osmanlı döneminde verilen hükümlere karşı üç türlü müracaat yolu kullanılırdı. Bunlar aşağıda da yer verileceği üzere iade-i muhakeme, istinaf ve temyiz idi. Taraflar verilen hükümlerden memnun kalmamışlarsa bu yollarla yeniden mahkemeye başvurarak davanın tekrar incelenmesini talep edebiliyorlardı.

Mecelle'nin 1849. maddesinde, hâkim kararlarının temyizinin istenebileceği bildirilmektedir. Madde şu şekildedir: “Muhakkemin hükmü taraf-ı sultaniyeden mansub hâkime arz olundukda muvâfık-ı usul ise kabul ve tasdik eder. Değilse nakzeyler.” Maddeden de anlaşıldığı gibi, taraflar, hükmün hukuka uygun olmadığını düşünerek yüksek mahkemede temyizen incelenmesi için talepte bulunabilir. Bu takdirde hüküm incelenerek hukuka uygun bulunursa tasdik edilir, uygun bulunmazsa bozulur.²⁵⁶

Modern hukukta da taraflara verilen karara itiraz edebilme hakkı tanınmıştır. HUMK'un 533. ve 534. maddeleri bu hususta taraflara iki türlü müracaat yolu sunmaktadır. Bunlardan ilki temyiz, ikincisi de muhakemenin iadesi yoludur.

²⁵⁶ KAŞIKÇI, Osman, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, s. 306.

2.6.4.2. YARGILAMANIN İADESİ YOLU

Osmanlı Devleti döneminde, Mecelle'nin 1834. maddesi gereğince bir mahkemede şartlarına uygun olarak verilmiş hüküm aynı mahkemede tekrar incelenerek yeniden karara bağlanamazdı. Ancak 1840. madde gereğince davalının hüküm hakkında iade-i muhakemede bulunması sonucunda, davacının da huzurunda, dava yeniden incelenebilirdi.²⁵⁷

Günümüz hukukunda, HUMK'un 534. maddesi gereğince hakem kararlarına karşı iade-i muhakeme istenebilir. Taraflar tahkim sonrasındaki süre zarfında, iade-i muhakeme nedenlerinin varlığı gerekçesiyle hükmü veren hakeme başvurup kararın iadesini isteyebilirler. Şayet hakemlere başvurmada hukuki veya fiili bir engel mevcutsa bu durumda mahkemeye başvururlar.²⁵⁸

Temyiz ve iade-i muhakeme, taraflara verilmiş birer haktır. Taraflar bu hakları diledikleri şekilde kullanabilirler. Ayrıca bu haklar aracılığıyla hakemler de kontrol altında tutulmaktadır. Tüm bunların tek nedeni vardır, o da tahkim usulünde adaletin sağlanmasıdır.

²⁵⁷ KAŞIKÇI, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 306.

²⁵⁸ BALCI, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, s. 236.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM AİLE HUKUKUNDA TAHKİM MÜESSESESİ

3.1. EVLİLİK AKDİNDE TAHKİM

Bulûğ çağındaki erkeğin velisi bulunmaksızın nikâh akdi yapabileceği hususunda fukahânın ittifakı vardır. Ancak bulûğ çağındaki kızın velisiz nikâh akdinde bulunup bulunamayacağı hususunda âlimler arasında ihtilaf yaşanmaktadır. Mezhep imamlarının konu hakkındaki görüşleri şu şekildedir:²⁵⁹

Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre, bulûğ çağındaki kız çocuğu velisi bulunmaksızın evlenebilir. Zira onun evlenemeyeceğine dair herhangi bir Kur'ân nassı bulunmamakla birlikte, akıl ve bulûğ sıfatlarına haiz olduğu için her konuda ehliyet sahibidir ve bu hakkını dilediği şekilde kullanabilir.

İmam Mâlik ve İmam Şâfî ise velisi bulunmaksızın bulûğ çağındaki kız çocuğunun nikâh akdinde bulunamayacağı görüşünü savunurlar. Zira onlara göre Allah, "Aranızdaki bekârları, kölelerinizden ve cariyelerinizden iyi davranışlı olanları evlendirin..."²⁶⁰ ayetiyle velilere hitap etmektedir.

Bunun yanında kadın mali konularda dikkatli davranırken evlilik hususunda duygusal davranıp dengi olmayan kişiyle evlenebilir. Buna mani olmak için nikâh akdinde tasarruf yetkilerini ancak velileriyle birlikte kullanmalıdırlar.

²⁵⁹ KARAMAN, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1999, I, 304, 305.

²⁶⁰ Nûr: 24/32.

Ebû Hanife ve İmam Yusuf velisiz nikâh akdi neticesinde kadının kendisine denk olmayan bir kişiyle evlenmesi durumunda velinin nikâhı feshettirmek için hâkime müracaat etmesini kabul etmişlerdir.²⁶¹

Evlenme akdi konusunda tahkim hususu doğrudan tartışılıyor olmasa da bulûğa ermiş kız çocuklarının velisi olmadan evlendirilmesi durumunda velinin talebi üzerine hâkimin problemi tahkime götürmesi kanaatimizce İslâm hukukuna aykırı gözükmemektedir. Böylece kız çocuklarının evlenme konusundaki tercihlerine itibar edilmiş olur.

Bununla birlikte küçük kız çocuklarının evlilik akidlerini baba ve dedelerinin velâyet haklarını kullanarak gerçekleştirmeleri durumunda, erkek ve kız çocuklarının bulûğ muhayyerliği haklarını kullanarak da tahkime gitmeleri önerilebilir. Böylelikle hakemlerin vereceği karar neticesinde taraflar, istemedikleri biriyle evlenmek zorunda kalmayacaklardır.

3.2. NAFKADA TAHKİM

İslâm hukukunda nafaka, insanın normal bir hayat sürdürebilmesi için ihtiyaç duyduğu mesken, yiyecek, içecek, giyecek, tedavi, taşınma gibi masraflarını içine alan mefhum olarak tanımlanmaktadır.²⁶²

İslâm hukukuna göre, nafaka temini erkeğe aittir. Eşinin ve çocukların her türlü masraflarını karşılamak erkek üzerine bir borçtur. Ancak koca bu tür bir mali gideri karşılayamazsa Hanefilere göre kadın eşinden çalışma izni alıp, kendisi çalışarak masraflarını karşılayabilir.

²⁶¹ KARAMAN, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 304, 305.

²⁶² KARAMAN, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 341.

İslâm âlimleri nafaka hususunda tahkime gidilebileceğini kabul etmişlerdir.²⁶³ Şimdiye kadar yapmış olduğumuz araştırmalar ve edindiğimiz bilgiler neticesinde bu konuda tahkime gidilebileceği kanaatindeyiz.

Çünkü bu durum, içersinde kul hakkının bulunduğu bir konudur ve karı-kocanın nafakanın temininde veya yeterliliğinde ihtilafa düşmeleri mümkündür.

Nitekim nafakanın yetersiz olması veya tamamen temin edilmediği gerekçesiyle, Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelilere göre kadın, boşanma talebiyle mahkemeye başvurabilir.²⁶⁴

Ancak Hanefiler, “...Rızkî daralmış bulunan da nafakayı, Allah’ın kendisine verdiğiinden ayırsın.....”²⁶⁵ ayetine binaen kadının böyle bir durumla karşılaştığında boşanma talebinde bulunmasını caiz görmezler. Kadına sabretmesini ve gerekirse kendisinin çalışmasını tavsiye ederler.²⁶⁶

Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi²⁶⁷ ve Türk Medeni Kanunu’nun²⁶⁸ ilgili maddeleri Hanefilerin bu görüşüyle paralellik arz eder. Dolayısıyla bunlar kadının nafakasının temin edilmediği durumlarda boşanma hakkı tanımamışlardır.

Bu görüşler ve kanunların ilgili maddeleri neticesinde nafaka konusunda tarafların tahkime gidip, ihtilaflarını hakem görüşleri doğrultusunda giderebilecekleri inancındayız. Böylelikle eşlerin anlaşmazlığı had safhaya ulaşıp boşanma kararına gitmeden ve mahkemeler meşgul edilmeden önce problem çözümlenmiş olacaktır.

²⁶³ İBN ABİDİN, *Reddu'l-Muhtâr*, V, 430; BİLMEN, *Kâmus*, VI, 469–471.

²⁶⁴ İBN KAYYIM, *Zâdü'l-Mead*, IX, 115; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, IX, 244; İBN RÜŞD, *Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafîd, Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, İstanbul 1985; II, 63; ZUHAYLÎ, Vehbe, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, (trc. Heyet), İstanbul 1994, IX, 403.

²⁶⁵ Talâk: 65/7.

²⁶⁶ SERAHSÎ, *Mebcut*, V, 190; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, IX, 244; ŞA'BÂN, *el-Ahvâli's-Sahsiyye*, s. 474–478.

²⁶⁷ Bkz. 1917 HAK m. 96.

²⁶⁸ Bkz. TMK m. 152, 129, 163.

3.3. HİDÂNEDE TAHKİM

Arapça “H-D-N” kökünden türeyen “hadn, hadâne, hidâne veya hıdâne” sözlükte, çocuğu kucığına almak, onu besleyip terbiye etmek ve bağına basmak anlamlarına gelir.²⁶⁹

Bir fıkıh terimi olarak hidâne, çocuğu bakıp gözetme hakkı olan kişinin, onu yanına alarak terbiye etmesi şeklinde tanımlanmaktadır.²⁷⁰

Diğer bir tarife göre de hidâne çocukları veya çocuk hükmünde olan mecnun, matuh gibi acizleri salahiyyetli olan kimselerin hıfz ve terbiye etmeleri, onların yiyecek ve içecek ihtiyaçlarını karşılamaları, her türlü tehlikeden korumaları demektir.²⁷¹

Hidânenin gayesi, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, bunaklık gibi bir nedenle kendi işlerini bizzat göremeyen bir kimsenin koruma altına alınması, onun bakım ve terbiye işinin belirli bir kişinin sorumluluğuna verilmesi sonucu yaşam standartlarının yüksek tutulmasıdır.

Peki, geleceğin mirasçıları olan çocukların bakım hakkı kimlere aittir? İslâm hukukunun bu hususta herhangi bir düzenlemesi var mıdır?

Elbette ki İslâm hukuku bu hususta insanları başıboş bırakmamıştır. Çocuğun bakım ve terbiyesinin en güzel şekilde sağlanması için bazı düzenlemeler yapmıştır. Şöyle ki çocuğun bakım ve terbiyesiyle daha yakından ilgilenebileceği için öncelikle bu hak kadın yakınlarına verilmiştir. Hidâne hakkına sahip kadın yakınlar sırasıyla şunlardır: Anne, anneanne, babaanne, baba ana bir kız kardeş, ana bir kız kardeş, baba bir kız kardeş, baba ana bir teyze, ana bir teyze, baba bir teyze, baba ana bir hala, ana bir hala, baba bir hala.

Çocuğun mahremleri arasında bu yakın kadın akrabaları bulunmayacak olursa veya bulunup da hidâne ehliyetine sahip olmazlarsa bu durumda hidâne hakkı

²⁶⁹ İBN MANZUR, *Lisânu 'l-Arab*, XIII, 122–124.

²⁷⁰ DÖNDÜREN, *Aile İlmihali*, s. 322; KARAMAN, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 394.

²⁷¹ BİLMEN, *Kâmus*, II, 425.

çocuğun mahrem olan erkek yakınlarına verilir. Bunlar: Baba, babanın babası, öz veya baba bir erkek kardeş ya da bunların sırasıyla çocukları, öz veya baba bir amca ve bunların sırasıyla çocukları. Bunların da yokluğu durumunda çocuk anne tarafından erkek yakınlarına verilir.

Ancak tüm bunlar hidâne hakkı hususunda insanların ihtilaf yaşamadıkları, özellikle boşanmış çiftlerin çocuğun bakımı hususunda hiçbir anlaşmazlığa düşmedikleri anlamına gelmez.

O halde hidâne tahkime gitmek mümkün müdür? Bu konu tahkime açık bir konu mudur? Eğer öyleyse alınan kararın taraflar için bağlayıcılığı ne derecede söz konusudur?

Bu konuda tahkime gidilebileceği kanaatindeyiz. Zira hidâne, içersinde Allah hakkı bulunan, haddi gerektiren bir konu değildir. Hz. Peygamber zamanında, sahabe döneminde ve bu dönem sonrasında hidâne hakkına sahip olabilmek için insanlar arasında anlaşmazlıklar yaşanmıştır ve hâlâ da yaşanmaktadır. Özellikle boşanmış çiftlerden her ikisi de bu hakkın kendisine ait olduğunu bu nedenle de çocuğun kendisinde kalması gerektiğini iddia etmiş, bu hususta ciddi tartışmalara girmişlerdir. İşte bu ihtilafların giderilmesi için hakem müessesesinin işletilmesinin mümkün ve çocuk için yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Hidâne hakkının sahibine verilmesi hususunda Hz. Peygamber ve sahabe döneminde yaşanmış örneklerden bazıları şunlardır:

Berâ b. Azib'den şöyle rivayet olunur: “Hamza (r.a.)’ın kızının bakımını üstlenmekte Ali, Cafer ve Zeyd birbirleriyle çekiştiler. Ali (r.a.) ona bakmak benim hakkımdır; çünkü o benim amcamın kızıdır dedi. Cafer (r.a.) o hem benim amcamın kızıdır, hem de onun teyzesi benim karımdır. Zeyd (r.a.) ise benim kardeşimin kızıdır” dedi. Bu hususta Rasûlullah teyzesine verilmesine hükmetti ve şöyle dedi: “Teyze anne konumundadır”.²⁷²

²⁷² BUHÂRÎ, *Sulh* 6; EBÛ DÂVÛD, *Talâk* 35.

Ebû Hureyre(r.a.)anlatıyor: "Hz. Peygamber, bir oğlan çocuğunu, baba veya annesini seçmede muhayyer bıraktı. Çocuk annesini seçti ve onun elinden tuttu. Annesi de çocuğu alıp götürdü."²⁷³

Ebû Dâvûd, Abdullah b. Amr'dan şu hadisi rivayet etmektedir: Bir kadın şöyle dedi: "Ey Allah'ın Rasûlü benim bu gördüğüm oğluma karnım bir kap, göğsüm içtiği bir çeşme, bağrım onun için bir yuva idi. Babası beni boşayıp da onu benden almak istedi. " Bunun üzerine Rasûlullah (s.a.s.) şöyle buyurdu: "Sen başkasıyla nikâhlanmadığın müddetçe çocuğunu yanına almaya daha bir hak sahibisin."²⁷⁴

Hidâne hakkı hususunda hakeme gidilen bir diğer örnek de sahabe döneminden gelmektedir. Şöyle ki Hz. Ebû Bekir (13/634), Hz. Ömer'in boşamış olduğu karısından olan oğlu Asım hakkında hüküm verirken: "Annesi evlenmediği sürece oğluna daha hak sahibidir. Çünkü anne, daha şefkatli ve daha lütfkârdır. Annenin okşaması, kucağına alması ve kokusu çocuk bakımından senin yanında kalmasından daha hayırlıdır. Çocuk yetişince seçimini yapar." demiştir. Sahabeden hiç kimse onun bu kararına itiraz etmemiştir. Dolayısıyla bu konuda sahabe icması vardır.²⁷⁵

Örneklerden de anlaşılacağı üzere tarafların, çocuğun bakımını üstlenme hususunda yaşadıkları anlaşmazlık sonucunda hakeme gitmelerinde bir mahsur bulunmamaktadır. Bu durum sünnet ve sahabe icması ile sabittir. Bunun yanında alınan karar, diğer tahkim türlerinde olduğu gibi taraflar için bağlayıcıdır, kimsenin hakem kararını reddetme hakkı yoktur.

²⁷³ TİRMİZÎ, *Ahkâm* 21; EBÛ DÂVÛD, *Talâk* 35; NESÂÎ, *Talâk* 52.

²⁷⁴ EBÛ DÂVÛD, *Talâk*, 35.

²⁷⁵ ZUHAYLÎ, Vehbe, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, VII, 720, 721.

3.4. İSLÂM AİLE HUKUKUNDA MEHİR

Evlenme akdi öncesinde erkeğin kadına verdiği veya ileride vereceğini söylediği mal veya paraya mehir denir.²⁷⁶ Mehir evlilik akdinin bir gereği olduğu için akit öncesinde veya esnasında verilmese de sonrasında verilmek üzere kocanın üzerine mali bir borçtur. Bunun yanında mehir kadının hakkı olduğu için tasarruf yetkisi sadece kadına aittir.²⁷⁷

3.4.1. MEHİR ÇEŞİTLERİ

İslâm hukukunda mehir, miktarının belirlenmesi ve ödemenin yapılmasına göre iki kısma ayrılır. Miktarının belirlenmesine göre mehir, *mehr-i müsemmâ*²⁷⁸ ve *mehr-i misil*²⁷⁹ olmak üzere iki çeşittir. Ödemenin yapılmasına göre mehir, *mehr-i muaccel*²⁸⁰ ve *mehr-i müeccel* şeklinde iki çeşittir.²⁸¹

²⁷⁶ BİLMEN, *Kâmus*, II, 147; EBÛ ZEHRA, Muhammed, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, Kâhire 1950, s. 169; KARAMAN, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 338.

²⁷⁷ MERGÎNÂNÎ, *el-Hidâye*, I, 211; EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, s. 169; ŞA'BÂN, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, s. 305; BİLMEN, *Kâmus*, II, 147 vd.; AKGÜNDÜZ, Ahmet - Halil CİN, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul 1990, II, 95.

²⁷⁸ Mehr-i Müsemmâ: Akit öncesinde veya nikâhta mehrin miktarının taraflarca belirlenmesine müsemmâ mehir denir.

²⁷⁹ Mehr-i Misil: Nikâh akdinde mehrin miktarının taraflarca belirlenmemesi sonucunda, miktarın kızın babası tarafından emsali ve akranları kıyas alınarak belirlenmesine misli mehir denir.

²⁸⁰ Mehr-i Muaccel: Bir nevi peşin mehir anlamına gelen muaccel mehir, miktarının tespit edilip akit esnasında kadına verilmesiyle gerçekleşen mehir çeşididir.

²⁸¹ Mehr-i Müeccel: Ödemesinin, evlilik, boşanma veya ölüm sonuna bırakıldığı mehir çeşidine müeccel ertelenmiş mehir denir. Şayet ödemenin ne zaman yapılacağı kararlaştırılmamışsa ölüm veya boşanma sonucunda verilmesi gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz: DÖNDÜREN, *Aile İlmihali*, s. 225; HAK m. 81, 82.

3.4.2. MEHİRDE TAHKİM

İslâm hukukuna göre kadının mehrinin tamamını alması için şu dört şarttan birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar; zifaf, zifaftan önce kocanın ölmesi, sahih halvet ve birleşme olmasa dahi bir yıldan fazla kadının kocasının yanında kalması durumlarıdır.²⁸² Şayet nikâhtan sonra zifaf olmaksızın veya sahih halvet yaşanmaksızın eşler boşanma kararı alırlarsa bu durumda kadına tespit edilmiş mehrin yarısı verilir.²⁸³ Ancak mehir tespit edilmeksizin birleşme yaşanmadan boşanırlarsa kadın müt'ayı²⁸⁴ almaya hak kazanır.²⁸⁵

İslâm hukukçularına göre, peşin ödenmesi gereken bir mehrin ödenmemesine rağmen kadın eşyle zifafa girmişse, artık bu sebeple boşanma davası açamaz.²⁸⁶ Mehrin ödenmemesi nedeniyle, zifaf öncesinde kadının veya velisinin boşanma talebinde bulunulup bulunulamayacakları hususunda da âlimler arasında ihtilaf vardır.

Şâfiî ve Mâlikilere göre, mehrinin ödenmediği gerekçesiyle kadın, mahkemeye başvurursa hâkim, kocaya bir yıl süre verir. Şayet bu süre sonunda koca hâlâ ödemeyi yapmamışsa hâkim ayrılığa hükmeder.²⁸⁷

Hanefilere ve Hanbelilerin bir görüşüne göre, muaccel mehrini ödemediği için kadın kocasına boşanma davası açamaz. Bununla birlikte mehrini ödemediği bu süre zarfında onunla zevci ilişkiye girmeyebilir.²⁸⁸

Cumhura göre, hâkim kocanın mehri ödemediği aciz olup olmadığını araştırarak bu süreyi kısaltabilir. Mehri ödetmek ve bu süreyi en aza indirmek için çeşitli tedbirlere başvurabilir. Süre sonunda koca miktarı ödememişse eşleri ayırır.²⁸⁹

²⁸² ŞA'BÂN, *el-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, s. 253; DÖNDÜREN, *Aile İlmihali*, s. 228, 229; Ayrıca bkz. Nisa: 4/21.

²⁸³ Bkz. Bakara: 2/237.

²⁸⁴ Müt'a: Erkeğin eşine vermiş olduğu mal veya para cinsinden hediye.

²⁸⁵ Bkz. Bakara:2/236.

²⁸⁶ MERĞİNÂNÎ, *el-Hidâye*, I, 204; ŞA'BÂN, *el-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, s. 274.

²⁸⁷ İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 63; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 221.

²⁸⁸ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VII, 448.

Mehir, nikâh akdinin mali bir gereğidir ve koca bunu karısına ödemekle yükümlüdür. Ancak bunun zamanını akit öncesinde eşler tespit ederler. Şayet kocanın mehri hemen ödeme imkânı yoksa bunu akit öncesinde evleneceği kişiye belirtmesi ve ödeme zamanını ona göre tespit etmeleri gerekir. Koca mehri hemen vermeyi kabul edip de sonradan ödemeyi yapmazsa bu durumda kadının hâkime başvurmasının bir mahsuru olmadığı kanaatindeyiz. Zira kocanın, Allah'ın kadına vermiş olduğu bu hakkı, onun elinden almaya veya anlaşılan tarihten sonra bir zamana bırakmaya hakkı yoktur.

Bununla birlikte koca mehri muaccel olarak vermeyi kabul edip de, akit öncesinde veya akit esnasında başına gelen herhangi bir nedenden (mesela bu iflas, yangın, afet vs. olabilir) ödemeyi yapamamış, bunun üzerine de kadın mahkemeye başvurmuşsa, fakat hâkimin verdiği süre sonunda da koca ödeyebilecek imkâna sahip değilse, bize göre hâkim boşamaya hükmetmeden önce tahkim müessesesini işletmekle yükümlüdür. Zira ayette eşler arasında çıkan bir ihtilafın giderilmesi için hakem tayin edilmesi emredilmektedir. Bu, mahkemeye başvurulmamışsa eşlerin yakınları üzerine; başvurulmuşsa hâkim üzerine bir borçtur, sorumluluktur. Tahkime gidilmeden yapılacak olan bu tür bir boşamanın Kur'ân'da emredilen boşama prosedürüne uygun olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte hakemlerin ıslah girişimleri başarılı olursa, kadın ödemenin sonraki bir zamana ertelenmesine rıza gösterirse boşanmaya hacet kalmadığı gibi bir yuva kurtarılmış olacaktır. Böylesine olumlu bir sonucu ihtimal dışı görüp Allah'ın emrettiğinin dışında bir yol izlemek öncelikle aile kurumunun fertleri olan kişilerin kötü bir deneyim yaşamalarına, ailelerinin parçalanmasına, sonra ise toplumun temel taşı olan yuvaların yıkılması sonucu bozuk bir toplum yapısının oluşmasına neden olacaktır. Dolayısıyla bu tür basit anlaşmazlıkların böylesine büyük olumsuzluklara yol açmasına mani olmak, hem toplumsal hem de kulluk vazifesidir diye düşünüyoruz.

Peki tarafların mehr-i misilde anlaşamamaları mümkün müdür? Böyle bir durum gerçekleşmişse ne yapılmalıdır?

²⁸⁹ ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 221, 222.

Bilindiği üzere mehr-i misil tarafların mehri belirlemeksizin evlenmeleri sonucunda, kızın emsallerine bakılarak tespit edilen mehirdir. Emsal mehir belirlenirken kadının en yakın akrabalarının yaş, güzellik, ilim, takva, akıl vs. özelliklerine bakılır. Aynı özellikleri taşıyan kişi evlenirken mehir olarak ne aldıysa kadına da aynı bedelde mehir verilmesi kararı alınır. Ancak kadının yakın akrabaları arasında kendisiyle aynı özellikleri taşıyan biri bulunamazsa bu durumda iki erkek veya iki kadın bir erkeğin şahitlik etmesi ile emsal mehir belirlenir. Şayet bu da mümkün olmazsa emsal mehrin belirlenmesi için mahkemeye başvurulur.²⁹⁰

İslâm hukukuna göre şayet kadın, emsallerinden daha az bir mehirle evlenmişse veya velisi tarafından evlendirilmişse, kendisinin veya velisinin mahkemeye başvurarak nikâhın feshedilmesini istemesi mümkündür.²⁹¹ Kadın, velisinin rızası olmaksızın emsallerine verileden daha az bir mehirle evlenmişse Ebû Hanife'ye göre, velinin hâkime başvurup kocadan emsal mehrin alınmasını istemesi veya boşamaya hükmetmesi mümkündür.²⁹² Hanefiler dışındaki mezhepler zaten velisiz nikâh akdini kabul etmedikleri için konu hakkında yorum yapmamışlardır.

Bunun yanında şayet kadın, velisi tarafından emsallerinden az bir mehirle evlendirilmişse ve akit esnasında reşit değilse Hanefilere göre mahkemeye başvurarak nikâhın feshedilmesini isteme hakkı vardır. Konu hakkında Şâfiiler reşit olma şartını aramaksızın tefrik isteyebileceğini söylerken, Mâlikiler velâyet altında bulunmama şartı ile tefrike gidebileceğine hükmetmişlerdir.²⁹³

Nisa suresi 35. ayetin eşler arasında yaşanan her anlaşmazlık konusu için hakeme gitmenin imkânına delâlet ettiği kanaatindeyiz. Öyleyse mehrin belirlenmesi, mehrin verilme zamanının tayin edilmesi, mehri mislin tespiti, veli veya kadının emsal mehre itirazı gibi durumlarda eşler arasında anlaşmazlık yaşandığında ve söz konusu anlaşmazlığın sonunda boşanma gözüktüğünde hemen devreye tahkim

²⁹⁰ KÂSÂNÎ, *Bedâi*, II, 287; BİLMEN, *Kâmus*, II, 119.

²⁹¹ İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, III, 303.

²⁹² SERAHSÎ, *el-Mebsût*, V, 22–30; MERGİNÂNÎ, *el-Hidâye*, I, 201; DÖNDÜREN, *Aile İlmihali*, s. 182.

²⁹³ DERDİR, *eş-Şerhu's-Sağîr*, II, 253; ŞİRBÎNÎ, *Muğnî'l-Muhtâc*, III, 149, 227; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 218; EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, s. 119.

müessesesinin sokulması gerekir. Adı geçen bu anlaşmazlıklar yaşandığında öncelikle tarafların yakınlarının, eşleri tahkime gitmeye ikna etmeleri, şayet mahkemeye başvurulmuşsa da hâkimin hakemleri tespit ederek tarafları tahkime göndermesi gerekmektedir. Bu yola başvurmaksızın doğan her türlü anlaşmazlık sonucunda gerçekleşen boşanmanın, bahsi geçen ayetin emrinin yerine getirilmeksizin gerçekleşmiş bir boşama olduğu düşüncesindeyiz.

Tüm bunlardan yola çıkarak söylemeye çalıştığımız husus şudur, mehri mislin azlığı nedeniyle kadının veya velisinin mahkemeye gidebileceği ve hâkimden boşanma talebinde bulunabileceği, bunun neticesinde de hâkimin boşamaya hükmedebileceği şeklindeki görüşlerin Kur’ân’da emredilmiş boşanma prosedürüne tam anlamıyla uygun olduğunu söylemek kanaatimizce pek mümkün değildir. Her türlü geçimsizlikte, boşanma öncesinde bu müessesenin işletilmesi gerekmektedir diye düşünüyoruz.

3.5. İSLÂM AİLE HUKUKUNDA BOŞANMA

Bilindiği üzere İslâm Dini evlilik hayatına ve devamına son derece önem vermektedir. Eşlere sorumluluklarını, birbirleri üzerindeki haklarını hatırlatarak evliliğin devamını sağlamayı amaçlamaktadır. Allah, “...Eğer size itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayınız...”²⁹⁴ buyurarak zaruretler haricinde boşanmayı yasaklamıştır. Hz. Peygamber, boşanmanın Allah’ın hoşuna gitmeyen bir davranış ve en son başvurulacak bir çare olduğunu belirterek İslâm Dini’nde evlilik birliğinin devamının arzulandığını göstermeye çalışmıştır. Nitekim konunun önemine binaen Rasûlullah’ın bu hususta ashabını ve ümmetini uyardığı pek çok hadisine rastlamak mümkündür.²⁹⁵

²⁹⁴ Nisa: 4/34.

²⁹⁵ “Allah katında en sevimsiz helâl talâktır.” EBÛ DÂVÛD, *Talâk*, 3; İBN MÂCE, *Talâk*, 1.

Allah, geçimsizlik yaşayan karı-kocayı dini tavsiye ve emirlerden yoksun bırakmamıştır. Nitekim eşler arasında geçimsizlik zuhur etmeye başladığında ayetlerle eşlerin yapmaları gereken davranışlar bildirilerek geçimsizliğin giderilmesi ve yuvanın devamının sağlanması için çözüm yolları gösterilmiştir.

Kur’ân’da geçimsizliğin nedeni koca ise kadına şu ayet istikametinde hareket etmesi emredilmektedir: “Eğer bir kadın, kocasının geçimsizliğinden yahut kendisinden yüz çevirmesinden endişe ederse, aralarında bir sulh yapmalarında, onlara günah yoktur. Sulh (daima) hayırlıdır. Zaten nefislerde kıskançlık hazırdır. Eğer iyi geçinir ve Allah’tan korkarsanız şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır.”²⁹⁶

Şayet geçimsizliğin nedeni kadın ise erkeğe şu ayet istikametinde davranması emredilmektedir: “...Başkaldırmasından endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarda yalnız bırakın ve (bunlarla yola gelmezse) dövün. Eğer size itaat ederlerse, aleyhlerine başka bir yol aramayın. Çünkü Allah yücedir, büyüktür.”²⁹⁷

Karı-koca arasında yaşanan geçimsizlik her iki taraftan kaynaklanıyorsa Müslümanlara ve onların başkanlarına hitap edilerek şu ayet istikametinde hareket etmeleri emredilmektedir: “Eğer erkekle kadının arasının açılmasından korkarsanız kocanın ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden de bir hakem gönderin. Eğer onlar ıslahı murad ederlerse Allah aralarını uyuşmaya muvaffak kılar. Allah alîmdir, habîrdir.”²⁹⁸

Tüm bu ayetlerde murad edilen, eşlerin problemlerini çözüp birlikteliklerini devam ettirmeleridir. Ancak bu ayetler istikametinde hareket edilmesine rağmen geçimsizlik devam ediyorsa, eşler ihtilafa düştükleri hususta çözüm yolu bulamıyorlarsa, eşler birbirlerinden nefret eder hale gelip evlilik onlar için bir zulüm olmaya başlamışsa, bu durumda boşanmaya müsaade edilmiştir. “Boşanma iki defadır. Bunlar, ya iyilikle tutmak (geri almak), ya da güzel ve adaletli bir biçimde

²⁹⁶ Nisa: 4/ 128.

²⁹⁷ Nisa: 4/ 34.

²⁹⁸ Nisa: 4/ 35.

salıvermektedir...”²⁹⁹ ayetiyle Allah eşlerin ayrılmalarına izin vermiştir. Ancak bu ayetle boşanmaya cevaz verildiği gibi, Arap toplumunda var olan bir âdet de ortadan kaldırılmıştır. İslâm öncesi Arap toplumunun erkekleri sürekli olarak eşlerini boşuyorlar, sonra tekrar evliliklerine geri dönüyorlardı. Kadınlar kendilerini ne evli ne de boşanmış olarak görüyorlardı. Ne kocalarıyla birlikte evlilik hayatı yaşayabiliyorlar ne de başka biriyle evlenebiliyorlardı. Özellikle cezalandırılmak istenen kadınlar için kocaları bu taktiği kullanıyordu. Fakat Allah’ın hoşuna gitmeyen bu davranış bu ayetle yasaklanarak ortadan kaldırılmıştır.

Tüm bunlardan sonra İslâm Dini’nde boşanmanın gerçekleşmesi durumunda bilhassa kadın ve çocukların haklarının korunmasına ayrı bir önem verildiğini belirtmek yerinde olacaktır.

Peki, İslâm hukukuna göre boşanma çeşitleri nelerdir? Boşanma hangi durumlarda kimler tarafından gerçekleştirilir? Kadının boşanma hakkı var mıdır?

İslâm hukukunda boşanma, kocanın boşama hakkı (talâk), kadının muhâlea hakkı ve hâkim kararıyla boşama (tefrik) olmak üzere üç çeşittir. Ancak tefrik genelde kadına verilmiş bir boşanma hakkı olarak görüldüğü için tefriki kadının boşanma hakkı başlığı altında işleyeceğiz.

3.5.1. KOCANIN BOŞAMA YETKİSİ (TALÂK)

Sözlükte talâk, bağı çözmek, serbest bırakmak anlamında kullanılmıştır.³⁰⁰ İslâm hukukunda talâk, boşama ehliyetine haiz olan kocanın tek taraflı iradesiyle evli hanımını belli lafızlar kullanarak, derhal veya gelecekte belirttiği bir zaman itibariyle boşamasıdır.³⁰¹

²⁹⁹ Bakara: 2/229.

³⁰⁰ İBN MANZUR, *Lisanü'l-Arab*, X, 226.

³⁰¹ İBN KUDAME, *el-Muğnî*, VIII, 234.

Bu hakkın kocaya verilmesinin nedeni Kur'ân'da boşanmadan bahseden ayetlerin tümünde hitabın erkeklere olmasındandır. Ayetlerde Allah erkeklere hitaben şöyle der:

“Boşanma iki defadır. Bunlar, ya iyilikle tutmak (geri almak), ya da güzel ve adaletli bir biçimde salıvermektir...”³⁰²

“Eğer erkek kadını üçüncü defa boşarsa, ondan sonra kadın bir başka erkekle evlenmedikçe onu alması kendisine helâl olmaz...”³⁰³

"Ey Peygamber! Kadınları boşamak istediğiniz zaman onları iddetleri içinde boşayın ve iddeti de sayın. Rabbiniz Allah'tan korkun. Apaçık bir hayâsızlık yapmaları hali bir yana, onları evlerinden çıkarmayın. Kendileri de çıkmasınlar. Bunlar Allah'ın sınırlarıdır. Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa kendine zulmetmiş olur. Bilmezsin, olur ki Allah bundan sonra bir durum ortaya çıkarıverir.”³⁰⁴

“Kadınları boşadığınız ve onlar da bekleme müddetlerini bitirdiği vakit ya onları iyilikle tutun (yani tekrar evlenin) yahut iyilikle bırakın. Fakat onları, haksızlık ederek ve zor kullanarak tutmayın. Kim öyle yaparsa muhakkak kendine kötülük etmiş olur (çünkü Allah yaptığına karşılık verir). Allah'ın ayetlerini eğlenceye almayın. Allah'ın sizin üzerinizdeki nimetini (size verdiği hidayeti ve âhir zaman peygamberini), kendisiyle size öğüt vererek size indirdiği Kitap'ı ve hikmeti hatırlayın. Allah'tan korkun. Bilin ki Allah, her şeyi bilir.”³⁰⁵

Bu ayetlerin yanı sıra sünnetin de boşama hakkını erkeğe verdiği bilinmektedir. Bu hakkın erkeğe verilme nedeni ise bilindiği üzere İslâm Dini evlenirken erkeğe bazı sorumluluklar yüklemektedir. Evlenme öncesinde veya sonrasında verilen mehir, kadının ve çocuklarının nafaka temini erkeğe aittir. Dolayısıyla erkek yuvanın kurulumunda ve devamında kadına nazaran daha fazla emek harcamaktadır. Mal ve emek harcanan bir işte tasarruf da o denli düşünceli yapılacağı için, kolay kolay vazgeçilemeyeceği, en ufak olumsuzlukta bırakılıp

³⁰² Bakara: 2/229.

³⁰³ Bakara: 2/230.

³⁰⁴ Talâk: 65/1.

³⁰⁵ Bakara: 2/231.

gidilemeyeceği için boşanma hakkı kocaya verilmiştir. Ancak bu, ileride de ayrıntılı şekilde yer vereceğimiz gibi kadının İslâm'da boşanma hakkı yoktur demek değildir. Eşler arasında şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde taraflar ellerinden gelen tüm çabalarını sarfetmelerine rağmen evliliklerini devam ettiremediklerinde, aile ilişkileri felç olduğunda erkek talâk, kadın da tefvîz-i talâk ve muhâlea yöntemleriyle eşinden boşanabilir. Bunun yanında kadının hâkim kararıyla da boşanma hakkı vardır. Bu hususta İslâm'ın adilane davranmadığını, kadın erkek ayrımı yaptığını düşünmek ve iddia etmek gerçekten cahilliktir. Ancak İslâm'ı yanlış anlayan ve yorumlayan bazı kocalar, toplumdaki ataerkil yapının da etkisiyle boşanma hakkının, nikâhın ve mehirin bir getirisi olarak yalnız kendilerinde olduğunu ileri sürmekte ve kadının boşanma hakkının olmadığını iddia etmektedirler. Elbette bu tür bireysel düşünceler ve bunların İslâm'a mal edilmesi yanlıştır. Nitekim İslâm, Hıristiyanlık ve Budizm de olduğu gibi ne boşanmayı imkânsızlaştırmış ne de Batı toplumlarındaki gibi çok çok basite indirgemiş, sıradan değersiz bir eylem olarak görmüştür. Birey ve toplumun maddi ve manevi hayatını etkileyecek seviyeye gelen anlaşmazlıklarda hem erkeğe hem de kadına boşanma hakkı vererek öncelikle eşler arasında adaletli davranmış, bunun yanında boşanmayı kerih ve sevilmeyen bir eylem olarak adlandırarak aile müessesesinin önemine işaret etmiş ve İslâm'da evliliğin devamının istendiğini göstererek gelişigüzel boşanmaların önüne geçmiştir.

İslâm hukuku da dinin hassas gördüğü bu konuya gereken hassasiyeti göstererek zikredilen nedenler oluştuğunda, erkeğin talâk hakkını kullanmasına müsaade etmiştir.

İslâm hukukunda talâk, Kur'ân ve Sünnete uygunluğu ile evliliğe geri dönüşün mümkünlüğü açısından iki kısma ayrılır. Kur'ân ve Sünnete uygunluğu açısından talâk, *Sünnî*³⁰⁶ ve *Bid'î*³⁰⁷ olmak üzere iki çeşittir. Evliliğe geri dönüşün mümkünlüğü açısından talâk *Ric'î*³⁰⁸ ve *Bâin*³⁰⁹ olmak üzere ikiye ayrılır.

³⁰⁶ Sünnî Talâk: Erkeğin eşini zevci ilişkinin bulunmadığı temizlik döneminde, açık ifadelerle bir talâkla boşaması ve iddet sona erene kadar onu beklemesi şeklinde gerçekleşen boşamadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: İBN KUDAME, *el-Muğnî*, VIII, 236; EBÛ ZEHRÂ, *el-Ahvâlü 'ş-Sahsiyye*, s. 287.

İslâm hukukuna göre, erkek talâk yetkisini dilediği zaman kullanabilir. Bu konuda kendisine herhangi bir sınırlama getirilemez. Ancak kocanın bu yetkiyi kullanmadan neler yapması gerektiği şu ayet ile bildirilmiştir: “...Baş kaldırmasından endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarında yalnız bırakın ve (bunlarla yola girmezlerse) dövün. Eğer size itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın; çünkü Allah yücedir, büyüktür.”³¹⁰ Bu ayetle, kocadan talâk yetkisini kullanmadan önce zikredilen stratejiyi uygulaması istenmiştir. Tüm bu metodların kullanımından sonra kadın nüşûzuna³¹¹ devam ederse kocanın talâk hakkını kullanmasına müsaade edilmiştir.

Ancak bize göre, ileride detaylı şekilde yer vereceğimiz üzere erkek öğüt verme, yatağını ayırma ve darp eylemlerinden sonra eşinin nüşûzunun devam etmesinden dolayı hemen eşini boşayamaz. Nitekim Allah Nisa suresi 35. ayette olayın hakeme götürülmesini eşler arasındaki geçimsizliğin bu yolla giderilmesini emretmektedir. Bu nedenle erkeğin boşanma eylemine girişmeden önce olayı hakemlere intikal ettirmesi gerekir.

³⁰⁷ Bid’i Talâk: Kur’ân ve sünnette belirtilen esaslara uygun olmayarak yapılan boşamaya denir. Erkeğin eşini temiz olmadığı dönemlerde, bir mecliste üç talâkla boşaması sünnete uygun olmadığı için bid’i talâk olarak değerlendirilir.

³⁰⁸ Ric’i Talâk: Kocanın boşadığı eşine yeniden evlenme akdi yapmadan iddet süresi içerisinde dönmesine imkân veren boşama çeşididir. bkz: SERAHSÎ, *el-Mebûsât*, VI, 19; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 341; KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku 2*, s. 115, HAK m. 111, 112, 113.

³⁰⁹ Bâin Talâk: Erkeğin boşadığı hanıma tekrar dönebilmesi için yeni bir nikâh akdi ve mehre ihtiyaç duyulan boşama çeşididir. bkz: EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâlü’s-Şahsiyye*, s. 309; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 346; KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku 2*, s. 115; DÖNDÜREN, *Aile İlmihali*, s. 398, 399; HAK m. 116, 118.

³¹¹ Nüşûz: Sözlükte yükseklik, yükselmek, ayağa kalkmak anlamlarına gelir. İslâm hukukçularının geneli kadının nüşûzluğunu, kocasına karşı gelmesi, itaat etmemesi olarak anlamlandırmışlardır. Aktan nüşûzu, kadının kocasına fiili saldırısı veya kişiliğini rencide edecek türden alışkanlık haline getirilmiş sözlü saldırı olarak tarif etmektedir. Bkz. AKTAN, Hamza, “Kur’ân’a Göre Boşanma Prosedürü”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, V, sy. 14, s. 9.

3.5.2. KADININ BOŞANMA HAKKI

Yukarıda yer verdiğimiz üzere kocanın geçimsizlik durumunda en son çare olarak başvurabileceği talâk yetkisi vardır. Peki, eşiyile anlaşamadığını düşünen ve boşanmak isteyen kadın ise, bu durumda ne olacaktır? Kocasının kendisini boşamasını bekleyip, o boşayınca kadar istemediği bir evliliği yürütmek zorunda mı kalacaktır? Yoksa bu hususta kullanabileceği hakları var mıdır?

Dinimizde kadınların da hiç bir gerekçe yokken boşanma talebinde bulunmaları uygun görülmemektedir.³¹² Ancak, boşanmak bir ihtiyaç ve zaruret haline gelmişse, kadın da İslâm hukukunun kendisine vermiş olduğu boşanma hakkını kullanarak, kendisi için bir sıkıntı ve ızdırap yuvasına dönüşen evlilik birliğini “tefvîz-i talâk, muhâlea ve tefrik” yollarından biriyle sona erdirebilme hakkına sahiptir.³¹³

Kadının boşanma öncesi yapması gereken işlerin bildirildiği ve sonrasında da kadına boşanma hakkının verildiği ayetler şunlardır:

“Eğer bir kadın kocasının geçimsizliğinden yahut kendisinden yüz çevirmesinden endişe ederse, aralarında bir sulh yapmalarında onlara günah yoktur. Sulh (daima) hayırlıdır. Zaten nefislerde kıskançlık hazırdır. Eğer iyi geçinir ve Allah’tan korkarsanız şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır.”³¹⁴ Bu ayet ile evlilik birlikteliğinin devam etmeyeceğini düşünen kadına, eşine karşı anlayışlı olması, hemen pes etmemesi tavsiye edilmekte, kocasıyla konuşarak problemlerine çözüm yolları araması hususunda yol gösterilmektedir.

“Eğer (eşler) birbirinden ayrılırsa Allah, bol nimetinden her birini zenginleştirir (diğerine muhtaç olmaktan korur); Allah’ın lûtfu geniş, hikmeti büyüktür.”³¹⁵ Peşi sıra gelen bu ayette, kocasının uzlaşma çabalarına cevap vermemesi,

³¹² Sebep yokken kadının boşanma talebinde bulunmasını yasaklayan hadisler için bkz: EBÛ DÂVÛD, *Talâk*, 17, 18; İbn Mâce, *Talâk*, 21; TİRMİZİ, *Talâk*, 11; NESÂİ, *Talâk*, 34; AHMET B. HANBEL, *Müsned*, II, 414.

³¹³ GÜLEÇ, Hasan, “*Muhâlea*”, *İİGYA*, III, 266; “*Tefrik*”, *İİGYA*, IV, 314–316.

³¹⁴ Nisa: 4/128.

³¹⁵ Nisa: 4/130.

kendisine karşı ilgisizliğinin devam etmesi durumunda kadının eşinden ayrılmasına izin verilmiştir.³¹⁶

İslâm'ın kendisine vermiş olduğu boşanma hakkını kadın şu yöntemlerle kullanabilir:

3.5.2.1. TEFVÎZ-İ TALÂK

Kelime anlamı, “bir işin tasarruf ve idaresini başkasına tevdi etmek, havale etmek”³¹⁷ demek olan tefviz, ıstılahta, “erkeğin sahip olduğu tek taraflı irade beyânı ile evliliği sona erdirmeye hakkı olan boşama yetkisini, hanımına veya bir başkasına temlik ederek, boşanmayı onların irade ve isteğine bırakması” anlamında kullanılır.³¹⁸

Talâk yetkisinin devredilebileceği hususunda sahabenin icmâna binaen³¹⁹ cumhurun, erkeğin sahip olduğu boşama yetkisini, hanımına veya bir başkasına tefvîz yoluyla devredilebileceği hususunda ittifakı vardır.³²⁰ Bunun neticesinde de İslâm hukukuna göre kadın, kocasının rızasını almaksızın veya hâkim kararına gerek duymaksızın nikâh akdi esnasında veya sonrasında eşinden aldığı boşama yetkisi ile kendisini boşayabilir.³²¹

Ancak kadına verilmiş bu hak ve yapmış olduğu boşanma yöntemi hususunda şu tür sakıncalar vardır: Kadınlar, bazen akılları gerçeği görse de, mantıkları başka söylese de duygularına göre hareket etmekten kendilerini alıkoyamazlar. Dolayısıyla böylesine hassas bir konu olan evlilik bağının çözümünün kadının tekeline bırakılması, onun dilediğinde hiçbir engelle karşılaşmadan bu hakkı kullanması

³¹⁶ CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 269–271; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 381.

³¹⁷ İBN MANZÛR, *Lisânü'l-Arab*, VII, 210.

³¹⁸ BİLMEN, *Kâmus*, II, 177, 258; ŞA'BÂN, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, s. 452; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 327.

³¹⁹ KÂSÂNÎ, *Bedâi*, III, 118.

³²⁰ İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 59; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, X, 381; CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'an*, V, 226.

³²¹ BİLMEN, *Kâmus*, II, 220; DÖNDÜREN, *Aile İlmihali*, s. 418–420.

isabetli bir görüş olmadığı gibi, tahkim usulüne gidilmeksizin gerçekleştirilen böyle bir boşanmanın da İslâm'ın emirlerinin hilafına olduğu kanaatindeyiz.

Bu hakkın kullanımının tamamen kadının yetkisi altına bırakılması ne günümüz toplum yapısına ne de kadınlarımızın psikolojik yapılarına uygun değildir. Zira buna göre anlık bir dargınlık veya kırgınlık neticesinde bir yuvanın yıkımı mümkün olabilmektedir. Aile birlikteliğinin böylesine basit bir yöntemle sona erdirilmesini mümkün kılmak ve bu yıkıma seyirci kalmak zannımızca Müslümanlığa yakışır bir hareket değildir. Bu nedenle İslâm hukukçularımızın konuyla ilgili toplumumuzda uygulanabilir yeni görüşler belirlemeleri gerektiğine inanmaktayız.

Konu hakkında güzel bir gelişme olarak bahsedebileceğimiz modern hukukçularımızın çeşitli yorumları ve tekliflerinin var olduğunu da görmekteyiz. Nitekim Döndüren'e göre devlet bu konuda bazı düzenlemeler yapabilir. Şöyle ki nikâhta kadına bu hakkın verilmesi mecburi kılınabilir. Bununla birlikte kadının çeşitli nedenlerden dolayı bu hakkı yersiz kullanmasına mani olmak için de ancak hâkimin denetiminde kullanmasına izin verilebilir.³²² Böylelikle kadın mağdur edilmediği gibi erkek de kadının bu hakkı yersiz kullanması sonucunda haksızlığa uğramaktan kurtulmuş olacaktır.

Zikrettiğimiz bu görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Çünkü bu görüşe göre, devlet denetiminde kadına boşama hakkı verildiği gibi bu hakkın doğru kullanımında kendisine yardım edilerek aile kurumunun ufak tefek anlaşmazlıklardan, fırkalaşmalardan dolayı çözülmesine mani olunacaktır. Söylemeye çalıştığımız şudur ki, yukarıda da belirttiğimiz gibi evlilik ciddi bir müessesedir. Yuva yapmak zor olmakla birlikte onu ayakta tutmak çok daha zor bir iştir. Böylesine büyük bir sorumluluğu üstlendikten sonra yaşanan ihtilafları abartmak ne taraflara ne de topluma yarar getirir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda öncelikle tarafların ve sonra ailelerin sağduyulu davranıp, sabırlı olmaları, Kur'ân'ın bu hususlardaki emirlerine göre hareket etmeleri gerekir. Ancak günümüzde tarafların böylesine bir çaba içersine girmediklerini, problemi çözmek

³²²DÖNDÜREN, *Aile İlmihali*, s. 420.

yerine problemden kaçtıklarını ve küçük anlaşmazlıklar sonucunda çoğu çiftin boşandığını görmek güç değildir. Bu nedenle boşama hakkının ne kocanın ne de kadının tekeline bırakılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu Kur’ân emirlerinin hilafına bir davranış olarak düşünülmemelidir. Aksine “üç kez boş ol demekle boşanılır” şeklindeki yanlış inancı ortadan kaldırmanın bir icabıdır. Zira İslâm Dini bu derece önem arz eden bir müessesenin iki kelimeyle sona erdirilebileceğini söylememiş, boşanma öncesinde eşlerin, ailenin ve toplumun yapması gereken davranışları göstererek bu müessesenin devamını istemiş, bunun mümkün olmadığı durumlarda da tahkim usulünü emrederek boşanmayı eşlerin tekeline bırakmamıştır. Bununla birlikte boşanmanın gerçekleşmesi için iki şahit istenilmesinin nedenini de zannımızca aile birliğini sadece tarafların yaptırımlarına ve yetkilerine bırakmadığını göstermek içindir.

3.5.2.2. EŞLERİN ANLAŞARAK BOŞANMASI (MUHÂLEA)

İslâm hukukunda karısından hoşlanmadığı ve onunla birlikte yaşamaya tahammül edemediği durumlarda erkeğe boşama hakkı verildiği gibi; bu durumların gerçekleşmesi halinde kadın da bu haktan mahrum bırakılmamıştır. Kadın, yukarıda bahsettiğimiz üzere tefvîz-i talâk yöntemiyle eşinden ayrılabilir. Peki, eşi kadına bu hakkı vermemişse, aralarında var olan geçimsizlik ileri düzeye ulaşmışsa bu durumda kadın ne yapacaktır? Eşinin kendisini boşamasını mı bekleyecektir? Yoksa kullanabileceği başka hakları da var mıdır?

Böyle bir durumla karşılaştığında kadına tanınan boşanma haklarından bir diğeri olan muhâlea, hulu’ kökünden gelmektedir. Hulu’ lügatte, çıkmak, çıkarmak, uzaklaştırmak anlamlarında kullanılır.³²³ Terim olarak, hul’ veya hul’ manasındaki

³²³ İBN MANZUR, *Lisânu ’l-Arab*, VIII, 76,77.

lafızlarla kadının vermeyi kabul ettiği bir bedel mukabilinde evlilik birliğine son verilmesidir.³²⁴

Erkeğin talâk yetkisine karşı, kadına verilmiş hul' hakkı Kur'ân, Sünnet ve sahabe icması ile sabittir. İslâm hukukçuları evlilik hayatı çekilmez hale geldiğinde kadının muhâlea yöntemiyle boşanma hakkına sahip olduğu hususunda ittifak etmişlerdir.³²⁵ Bakara suresi 229. ayet, erkeğin talâk hakkına karşılık kadına verilmiş boşanma hakkı olarak değerlendirilmektedir.³²⁶

Bahsi geçen ayet şu şekildedir:

“...Kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şey almanız size helâl olmaz. Ancak erkek ve kadın Allah'ın sınırlarında kalıp evlilik haklarını tam tatbik edememekten korkarlarsa bu durum müstesna. Ey mü'minler! Siz de karı ile kocanın, Allah'ın sınırlarını hakkıyla muhafaza etmelerinden kuşkuya düşerseniz (kadının serbest boşaması için) erkeğe fidyeye vermesinde her iki taraf için de günah yoktur. Bu söylenenler Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın onları aşmayın. Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa işte onlar zalimlerdir.”³²⁷

Kur'ân ayetlerinin müsaade ettiği muhâleanın sünnette de var olduğunu görmekteyiz.

İbn Abbas'tan rivayet edildiğine göre olay şöyle vaki olmuştur:

“Sâbit b. Kays'ın hanımı Peygamber (s.a.v.)'e gelerek, “Ya Rasûlullah, Sâbit'i, ahlâkı ve dîni hususunda ayıplamıyorum. Ancak, İslâm'da nimete nankörlük etmekten korkuyorum” dedi. Rasûlullah (s.a.v.) de ona “(Sana mehir olarak verdiği)

³²⁴ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 173; KÂSÂNÎ, *Bedâi*, III, 151; KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku* 2, s. 118; AFZALURRAHMÂN, *Hz. Muhammed S.A.V (Sîret Ansiklopedisi)*, (trc. Heyet), İstanbul 1990; II, 68.

³²⁵ CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II, 89; İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 541; İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 55.

³²⁶ MEVDÛDÎ, Ebû'l-Ala, *İslâm'da Aile Hukuku (Karı-Koca Hakları)*, (trc.: Memiş Tekin), Konya 1990, s. 59; CİN, Halil, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Ankara 1976, s. 69-70; AYDIN, *Aile Hukuku*, s. 114.

³²⁷ Bakara: 2/229.

bahçesini geri verir misin?” dedi. Sâbit’in hanımı “Evet” deyince, Rasûlullah (s.a.v.), Sâbit b. Kays’a “Bahçeyi al ve hanımını bir talâkla boşa” buyurdu.³²⁸

Hadisle ilgili farklı rivayetlerin bulunmasına karşın bu durum muhâleanın sünnetle sabit olmasına mani değildir. Netice itibariyle Hz. Peygamber’e gelen bir kadının yapı ve tipinden hoşlanmaması gerekçesiyle eşinden ayrılmak istediği ve Hz. Peygamber’in de mehrini iade etmek şartıyla kadını kocasından boşadığı bir gerçektir.

O halde İslâm hukukuna göre, kadının kocasından nefret etmesi ve onunla birlikte yaşamayı istememesi, eşlerin beraber yaşamalarında hiçbir ümidin kalmaması durumlarında muhâleaya başvurmak Kur’ân, Sünnet ve sahabe icması ile sabittir.

Mevdûdî bu hakkın önemini şöyle dile getirmektedir: “Ortak yaşamları zorlaşan hoşlanmadığı karısını boşama hakkını erkeğe veren İslâm hukuku kadına da, sevemediği beraber yaşamaya tahammül edemediği kocasından ayrılma hakkını vermiştir.”³²⁹

“Konuyla ilgili ayet ve hadislerden anlaşılmaktadır ki, İslâm hukuku, boşanma konusunda erkek ve kadın arasında dengeyi açık bir şekilde kurmuştur. Kimi kocalar, sırf eşini muhâleaya zorlamak maksadıyla, onu sebepsiz yere dövmekte veya nafakasını kesmektedir. Ancak bu tür bir zorlama sonucunda yapılan muhâlea batıldır. Bu husus, Kur’ân’da Nisa suresi 19. ayet ile yasaklanmıştır. Ayette şöyle buyrulur: “...apaçık bir edepsizlik yapmadıkça, onlara verdiğinizin bir kısmını ele geçirmeniz için de kadınları sıkıştırmayın. Onlarla iyi geçinin. Eğer onlardan hoşlanmazsanız (biliniz ki) Allah’ın hakkınızda çok hayırlı kılacağı bir şeyden de hoşlanmamış olabilirsiniz.”³³⁰

Geçimsizlik kocadan kaynaklanıyor ve kadını muhâlea yapmaya mecbur bırakıyorsa bu durumda erkeğin muhâlea bedelini almaya hakkı yoktur. Nitekim

³²⁸ BUHÂRÎ, *Talâk*, 12; EBÛ DÂVÛD, *Talâk*, 17,18; MÂLİK, *Muvatta*, *Talâk*, 11; AFZALURRAHMÂN, *Hz. Muhammed S.A.V. (Sîret Ansiklopedisi)*, II, 69.

³²⁹ MEVDÛDÎ, *İslâmda Aile Hukuku*, s. 59.

³³⁰ ACAR, H. İbrahim, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Erzurum 2000, s. 130.

Allah, “...Onları haksızlık ederek ve zor kullanarak tutmayın...”³³¹ ve “...apaçık bir edepsizlik yapmadıkça, onlara verdiğinizin bir kısmını ele geçirmeniz için de kadınları sıkıştırmayın...”³³² buyurmaktadır. Bu ayetler ekseninde düşünüldüğünde kocanın geçimsizlik yaparak karısını hul’ yapmaya mecbur bırakması, ondan bir bedel alması yasaklanmış bir harekettir.

Bu tür bir muhâlea sonucunda kocanın aldığı bedel Hanefî, Şâfiî ve Hanbelilere göre tahrimen mekruh iken, Mâlikilere göre kesinlikle haramdır ve şayet koca bir bedel almışsa eşine geri vermekle yükümlüdür.³³³

Bununla birlikte yine Nisa suresi 19. ayetle, kocanın da mağdur olmasını önlemek maksadıyla, karısından muhâlea isteme hakkı tanınmıştır.

Bu ayetle birlikte İslâm’da adalet kavramının ne denli baskın olduğunu, eşler arasında eşitliğin sağlanmasına ne kadar önem verildiğini görmek mümkündür. Bilindiği gibi erkek evlenme akdi esnasında veya sonrasında eşine mehir vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte eşinin ve çocukların nafakasının temini erkeğin üzerine düşen bir vazifedir. Tüm bunlardan dolayı nikâh akdi erkeğe ciddi anlamda maddi sorumluluklar yüklemektedir. Nikâh vesilesiyle koca belli bir masrafa girdikten sonra hanımının nüşûzundan ötürü evliliği yürütemiyorsa, boşanma kararı almışsa yaptığı tüm masraflar boşa gidecektir. Bunun yanında yeni bir evlilik akdi için ayrıca masraf yapacaktır. Kocanın bu tür bir kayba uğramaması için erkeğe muhâlea isteyebilme hakkı tanınarak, haksızlığa mani olunmaya çalışılmıştır.

Yine erkeğin eşinden boşanabilmesi için bazı şartları (kadına verdiği mehri geri alamama, temizlik döneminde boşama, iddet süresinde evinde tutma, boşadığı kadınla normal bir evlilik yaşanmaksızın tekrar evlenememe gibi) yerine getirmesinin gereğinin yanında, kadının da eşinden boşanabilmesi için kendisine evlilik bedeli olarak verilmiş olan malından bir kısmını veya tamamını vermesi gerekir.

³³¹ Bakara: 2/231.

³³² Nisa: 4/19.

³³³ KÂSÂNÎ, *Bedâi*, III, 150; CESSÂS, *Ahkâmu 'l-Kur'ân*, III, 150.

Öte yandan rızası olmaksızın eşini boşayan erkeğe de nafaka ve mehrini verme şartı getirilerek tarafların kendilerine verilen hakkı kötüye kullanmalarına mani olunmak istenilmiştir.³³⁴

Muhâlea için hâkim onayının var olup olmadığı hususunda farklı görüşler vardır. Ancak Cumhuriyet'e göre hâkim onayı şart değildir.

“Kur’ân ve Sünnete Göre Kadının Evliliği Sona Erdirme Hakkı” konulu yüksek lisans tezinde ağırlıklı olarak muhâleayı inceleyen ve yorumlayan Güllüoğlu, muhâleadan söz eden ayetin³³⁵ erkeğin talâk yetkisine karşılık, kadına iftida (kocasına bir bedel vermesi neticesinde onun rızasını olmaksızın hâkim veya hakem heyetinin de onayıyla kendisini boşaması) hakkı tanıdığını vurgulamaktadır. Ona göre, ayette üç çeşit boşanmaya değinilmektedir. Bunlar erkeğin boşama hakkı olan talâk, kadının boşama hakkı olan iftida ve eşlerin ortak kararı neticesinde gerçekleşen muhâleadır. Güllüoğlu, ayetteki iftida kelimesini “kadının fidye verip kendini evlilik sorumluluğundan kurtarması” şeklinde açıklamıştır.³³⁶

Bu ayet ve Sâbit b. Kays hadisinden yola çıkarak Güllüoğlu, şu yorumları yapmaktadır: Kadın evliliğini sürdürmeyeceğini anlayınca yetkili mercie (bu devlet başkanı, hâkim vs. olabilir.) başvurup eşinden ayrılmak istediğini söyler. Bu talep sonrasında kadını bir miktar bedel ödemesi sonucunda hâkim eşinden ayırır. Bu hususta kocanın boşanma için onayı alınmaz. Çünkü karşılıklı boşanma kararı hul’ kapsamında değerlendirilir. Zira Hz. Peygamber de Sâbit’ten onay almamıştır. Ancak burada hâkim veya devlet başkanı ayrılığa hükmeden değil; kadının boşanmasına izin veren kişidir. Bu konuda hâkimin görevi eşlerin evliliğinin gerçekten devam edip etmeyeceğine karar vermektir. Bu tür bir boşamada ayrılık kararı alan kadındır. Kocanın bu karara itiraz hakkı da yoktur.

³³⁴ MEVDÛDÎ, *İslâmda Aile Hukuku*, s. 60.

³³⁵ Bakara: 2/229.

³³⁶ Güllüoğlu’nun görüşlerini hazırlamış olduğu Yüksek Lisans tezinin (GÜLLÜOĞLU, Fatma Yıldız, “Kur’ân ve Sünnete Göre Kadının Evliliği Sona Erdirme Hakkı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000) <http://www.suleymaniyevakfi.org/modules/nsections/index.php?op=viewarticle&artid=2> Erişim: [18.08.2006] adresindeki yayından aldık.

Bununla birlikte, iftida yetkisini kullanmadaki hakem heyetinin konumu ile Nisa suresi 35. ayette emredilen tahkim usulünün varlığındaki hakem heyetinin konumu birbirinden farklıdır. Zira iftida olayındaki hâkim veya hakem heyeti boşamaya hükmeden değildir. Bu konuda boşamanın faili kadındır. Hâkim sadece eşlerin evliliklerinin devamının mümkün olmadığını onaylayan kişidir. Oysa tahkim hadisesinde hâkim veya hakem heyeti boşamaya hükmeder. Kadının talebi bulunsa da ciddi anlamda bir şikâk görülmediğinde boşanma talebini reddedebilir. Ayrıca iftida da kocanın zulmü söz konusu olmadığı gibi kadının boşanma isteğini somut bir delille göstermesi de şart değildir. Oysa tahkim hadisesinde kocanın eşine bir zulmü söz konusudur ve kadın da bunu hâkime veya hakem heyetine somut bir delille ispat etmek zorundadır. Dolayısıyla tüm bunlar iftidayı tahkimden ayırır.

Bize göre ayette, iftida yetkisinin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zira Güllüoğlu, iftidayı yalnızca kadının irade beyanına bırakılmış bir hak olarak tanımlamaktadır. Bunun yanında, bu hakkı kullanmada hâkim veya hakem heyetinin izninin gerekliliğini şart koşturmaktadır. Bize göre bu noktada Güllüoğlu'nun bu iki görüşü birbiriyle çelişmektedir. Zira iftida kadının özgür iradesine bırakılmışsa bu noktada hâkimin onayının şart olmaması gerekir. Şayet hâkimin izni şart ise bu durumda ayetin Nisa suresi 35. ayette emredilen tahkim hadisesiyle bağlantısı olması veya muhâlea için hâkim kararının şart olduğunu savunan düşünceyle aynı olması gerekir. Oysa her iki durumla da iftida yetkisinin hiçbir bağlantısı yoktur. Dolayısıyla ayetten kadına verilmiş bir boşama hakkını çıkarabilmek kanaatimizce mümkün değildir.

Ayrıca buradaki hakem heyetinin yetkisi de tartışılır mahiyettedir. Zira Güllüoğlu, iftida için birlikteliğin devamının mümkün olmadığı noktasında hakemlerin onayının şart olduğunu, ancak boşamayı hakemlerin değil de kadının gerçekleştirdiğini söylemektedir. Oysa Sâbit hadisesinde ve sahabe döneminde yaşanan tüm hul' vakıalarında kadınlar zaten boşanmaya kararlı olarak hâkime müracaat etmişlerdir. Boşamaya hükmeden Hz. Peygamber, Hz. Ömer, Hz. Osman ve diğerleri zaten kadının rızasının ne yönde olduğunu bilmektedirler. Bu sebeple tekrar kadına boşanma talebinde kararlı mısın vs. türünde bir soru sormamışlardır. Kadının kararlı olduğunu gördükten sonra hemen boşamaya hükmetmişlerdir. Hz.

Osman döneminde gerçekleşen şu hadisede de, aynen Sâbit b. Kays hadisinde Hz. Peygamberin yaptığı gibi, halife, kadının kararının ne yönde olduğunu anladıktan sonra kocasını çağırtmış ve kocanın da onayı ile ayrılığa hükmetmiştir.

Sâbit b. Kays'ın eşi Hz. Peygamber vasıtasıyla boşandıktan sonra yeniden evlenmiştir. Ancak bu eşiyile de geçinememiştir. Neticede Hz. Osman'a gelerek "Ben ona mehrini iade ediyorum" demiştir. Bunun üzerine halife kocasını çağırmış ve kocası da mehri almayı kabul etmiştir. Bunun neticesinde Hz. Osman kadına "Git, o birdir" demiştir.³³⁷ Burada ayrılığa hükmeden Hz. Osman'dır. Sâbit hadisesinde de Hz. Peygamber'dir. Dolayısıyla boşama yetkisini bunlardan alıp, kadına vermek isabetli bir görüş olmadığı gibi yeni bir boşanma metodu ortaya çıkarmak da yersizdir. Zira zaten kadın boşanmak istediğinde bu hakkını hâkim veya hakem heyetinin aracılığıyla rahatça kullanabilmektedir.

Öte yandan Güllüoğlu'na göre tahkim hadisesinde kadın zulüm görmektedir ve boşanmak için bunu hakemlere ispatlamak zorundadır. Oysa iftida da zulümden bahsedilemeyeceği gibi, hakemlere boşanma sebebinin söylenmesi de şart değildir.

Ancak biz bu hususta da Güllüoğlu ile aynı görüşü paylaşmıyoruz. Zira tahkim ayetinde, eşler arasında var olan bir zulümden bahsedilmemektedir. Hakem gönderme emrinin nedeni eşlerin arasındaki geçimsizlik veya ihtilafa düştükleri bir konudandır. Hakemlerin vazifesi de kadına yapılan zulmü durdurmak değil, tarafların arasını sulh etmektir. Ayrıca yaşanan anlaşmazlığın nedeni kadın olabileceği gibi erkek de olabilir. Yahut her iki tarafın nüşûzu da olabilir. Bunu sadece kadına yapılan bir zulüm olarak yorumlamak kanaatimizce doğru değildir.

Tüm bunlardan sonra söyleyeceğimiz şudur bize göre ayette muhâlea yöntemiyle gerçekleşen boşanmadan bahsedilmektedir. Ayette üç tür boşanmadan söz edilmektedir deyip, yeni bir boşanma metodu ortaya koymanın lüzumu yoktur. Zira boşanmak isteyen kadına dinimiz kapılarını kapatmamış, her halükarda boşanma imkânı tanımıştır. Bunun yanında tahkim usulü bir boşanma metodu değildir. Allah'ın hakem tayinini emretmesinin nedeni, hakemlerin eşlerin yaşadığı anlaşmazlığı gidermeleri içindir. Şayet bunu başaramazlarsa bu takdirde Mâlikilere

³³⁷ ES-SAN'ÂNİ, Abdürrazzâk b. Hemmam, *el-Musannef*, Beyrût 1983, VI, 482.

göre hakemlerin boşama yetkisi vardır. Bu nedenle “kadının boşanabilmesi için hakemlere zulüm gördüğünü somut bir delille ispatlaması gerekmektedir” şeklindeki bir düşünce doğru değildir. Kaldı ki zulüm gören erkek de olabilir. Zira ayette eşlerin yaşadığı anlaşmazlıktan bahsedilmektedir. Tüm bunlardan dolayı, Güllüoğlu’nun deyimiyle ayette var olan iftida ile tahkimin kıyaslamasına gitmek doğru değildir. Çünkü tahkim bir boşanma metodu değil, ıslah girişimidir.³³⁸

Peki, kadının muhâlea talebine erkeğin red cevabı vermesi mümkün müdür? Bu durumda erkek muhâleaya zorlanabilir mi? Bununla birlikte eşler muhâlea bedelinde anlaşamazlarsa ne yapabilirler?

Tüm bu soruların cevabını, bu tür sorunların yaşanması durumunda tahkim müessesesinin işletilmesiyle yanıtlamak ve çözüme kavuşturmak mümkündür.

3.5.2.3. MUHÂLEADA TAHKİM

Yukarıda yer verdiğimiz üzere tahkim, tarafların anlaşamadıkları bir konuda hakem tayin edip, hakemden ihtilafa düştükleri problemi çözüme kavuşturmalarını istemeleridir. Peki, muhâleada tahkim gerçekleşir mi?

Biraz önce değindiğimiz gibi muhâlea karı-kocanın anlaşarak, kadının bir bedel ödemesi karşılığında, eşlerin birbirlerinden ayrılmalarıdır. Ancak eşlerin bedel hususunda anlaşamamaları da mümkündür. Çünkü Kur’ân’da muhâlea miktarı hakkında herhangi bir beyan yoktur. Hz. Peygamber’in bir muhâlea uygulaması, kadının eşinin kendisine mehir olarak verdiği bahçeyi geri iade etmesi ile gerçekleşmiştir. Ancak bu, kadının aldığı mehrin tamamını vermesi demek değildir. Çünkü Hz. Ömer döneminde yaşanan bir olayda muhâlea isteyen kadına halife, “Bir küpe de olsa fidye ver” demektedir. Yine aynı dönemde bin dirhem karşılığında gerçekleşen muhâleaya rastlamak mümkündür. Hatta ilerleyen dönemlerde bazı

³³⁸ Güllüoğlu’nun ayrıntılı görüşleri için bkz.

<http://www.suleymaniyevakfi.org/modules/nsections/index.php?op=viewarticle&artid=2>
Erişim: [18.08.2006]

kadınların sahip olduğu her şey karşılığında muhâlea istedikleri de bilinen gerçeklerdendir.³³⁹ Tüm bunlar göstermektedir ki muhâleanın miktarında bir sınırlama yoktur ve bu husus tamamen eşlerin anlaşmalarına bırakılmıştır.

Bu takdirde eşler bedel hususunda anlaşamazlarsa ne olacaktır? Kadın kocasının istediği miktarı karşılayamayacak durumdaysa istemediği, yürütemediği bir evliliği devam mı ettirecektir?

Bu konuda âlimler arasında ihtilaf olduğunu görmekteyiz. Nitekim bazı İslâm hukukçularına göre muhâlea bedeli, erkeğin evlenirken kadına vermiş olduğu mehirle aynı miktardadır. Şayet mehrin miktarı hususunda kadın ve erkek ihtilafa düşüyorsa ve buna tanıklık edecek şahitler de yoksa İmam Mâlik'e göre, söz erkeğin sözüdür. İmam Şâfiî'ye göre taraflar yemin ederler ve kadına mehr-i misl lazım gelir.³⁴⁰

Ancak önceki bölümlerde söylediğimiz gibi muhâlea bedeli mutlaka mehrin aynısı olacaktır diye bir şart yoktur. Bu mehirle aynı miktarda da olabilir, mehirden az veya çok da olabilir. Ancak bu bedelin mehirden çok olması düşüncesine katılamıyoruz. Çünkü bu durumda kadın mağdur olmaktadır. Zira erkek bu hususta kadına eziyet etmek için çok fahiş miktarlar da talep edebilir. Kanaatimizce bunun bir sınırı olmalıdır ve muhâlea bedelinin en üst sınırı mehir olarak verilen bedel olmalıdır.

Bu nedenle böyle bir durumla karşılaşıldığında tahkime gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira hakemler ıslah girişiminde başarısız olurlarsa bu durumda ne erkek ne de kadın mağdur edilmeden onların belirleyeceği bir miktar ile boşanma gerçekleşebilir.

Acar, konu hakkında şunları söylemektedir: Eşler muhâlea bedelinde anlaşabilirse hâkimin onayına gerek yoktur. Şayet anlaşamıyorsa bu durumda hâkim aracılığıyla muhâleaya gidilmelidir. Zira kadının muhâlea teklifi koca

³³⁹ AFZALURRAHMÂN, *Hz. Muhammed S.A.V (Sîret Ansiklopedisi)*, II, 70.

³⁴⁰ İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, III, 38.

tarafından kabul edilmezse, kadına böyle bir hakkın verilmesi, hikmetine ulaşamayacaktır. Kadın mağdur duruma düşecektir.³⁴¹

Bunun yanında kadının muhâlea isteğine kocanın kayıtsız kalması ve boşanmayı kabul etmemesi de mümkündür. Böyle bir durum söz konusu olduğunda erkeğin talâk yetkisine karşılık kadına verilen bu hakkın ne anlamı kalacaktır?

Böyle bir durumla karşılaşıldığında kadının hâkime başvurması sonucunda hâkimin belirleyeceği hakemler ile olay çözüme kavuşacaktır. Seçilen hakemler öncelikle tarafları evliliklerini devam ettirmeleri hususunda anlaşmaya davet edeceklerdir. Sorunlarını dinleyip çözümler arayacaklardır. Eşleri karşılıklı fedakârlığa davet edip, evliliğin güzel yanlarını göstermeye çalışacaklardır. Ancak bu şekilde çözüm üretilmez ve eşler arasındaki uyuşmazlığı gideremezlerse koca da boşanmayı kabul etmezse onu zorla boşayacaklardır. Çünkü aksi bir durumda zikrettiğimiz gibi kadına verilen muhâlea hakkının bir anlamı kalmayacaktır. Allah'ın kadına tanıdığı bu yetkiyi kimsenin ondan almaya hakkı yoktur.

Kocanın karısının muhâlea isteğini kabul etmemesi durumunda hâkimin olaya müdahale etmesi gerektiği görüşümüze örnek olan bir olayla sahabe döneminde karşılaşmaktayız. Hz. Osman döneminde yaşanan bu olayda, Rebi'a binti Muavviz b. Hedre isimli kadın kocasına tüm mallarını teklif etmesine rağmen kocasını boşanmaya ikna edememiştir. Durum Hz. Osman'a bildirilince halife kocaya karısının teklif ettiği tüm mallarını ve hatta saçlarını dahi alabileceğini söyledikten sonra muhâleaya gitmesini emretmiştir. Koca da muhâleayı kabul etmek zorunda kalmıştır.³⁴² Koca hâkimin emrine uymazsa hâkim kocayı itaatsizlikten cezalandırabilir.

Yine Hz. Ömer'in muhâlea yapmak isteyen kadını çöp dolu bir odada üç gün tutarak onun gerçekten kocasından boşanmayı isteyip istemediğini tespit ettikten sonra kocasına bir çift küpe karşılığında dahi olsa karısına hulu' hakkını vermesini emretmesi bu hakkın kadından alınamayacağını delilidir.

³⁴¹ ACAR, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, s. 137–143.

³⁴² AFZALURRAHMÂN, *Hz. Muhammed S.A.V (Sîret Ansiklopedisi)*, II, 70.

Mevdûdî'ye göre kadının ve hâkimin hul' isteğini kabul etmeyen kocayı hâkim, hapis cezası ile cezalandırabilir. Zira Hz. Ali döneminde yaşanan bir hadisede halife, adama hakemlerin hükmünü kabul etmediği takdirde kendisini hapse atacağını söylemiştir. Hakemlerin hükmü için hapis cezası verilebilirken, bizzat hâkimler için bunu söylemek çok daha kolaydır. Öte yandan diğer tüm konularda hapsedme yetkisi olan hâkimin hul' konusunda bu hakkın elinden alınması mantıklı değildir. Dolayısıyla muhâleayı kabul etmeyen koca hâkim tarafından hapis cezası ile cezalandırılır.³⁴³

Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığının konu ile ilgili sorulan bir soruya 21.03.1996 tarihinde verdiği cevap şu şekildedir:

“Nikâh akdedildikten sonra evliliğin sona erdirilmesi normalde erkeğin karısını boşamasıyla gerçekleşir. Kadın ayrılmak istediği halde koca kendisini boşamak istemezse kadın, kocadan alacağı mehirden vazgeçmek veya üzerinde anlaşacakları bir bedel ödemek şartıyla kocasından bir bâin talâkla (yani evliliğe kesin bir şekilde son veren bir boşama ile) ayrılabilir. Buna muhâlea veya hul' yolu ile boşanma denir.

Koca buna da yanaşmadığı, kadın da onunla evliliğini sürdürmek istemediği ve aralarında anlaşmazlık sürüp gittiği takdirde çevrelerindeki dirayetli kimseler bir araya gelerek her iki tarafın ailelerinden birer hakem tayin ederler. Tarafların birinden veya ikisinden de hakem tayin edilecek kimse bulunamaz veya bulunup da hakemlik yapabilecek özellikleri haiz olmazlarsa dışardan münasip kimseleri tayin ederler.

Bu şekilde oluşturulan aile meclisi tarafları dinler ve aralarını düzeltmeye gayret eder, kocayı kendisini sevmeyen bir kadınla evliliğini sürdürmeyeceği, binaenaleyh onu boşaması konusunda ikna etmeye çalışırlar. Şayet kadını haksız bulurlarsa mehrin tamamını veya bir kısmını kocasına geri vermesi karşılığında muhâlea yoluyla aralarını ayırırlar. Hakemler görüş birliğine varamazlarsa, onları tayin eden ileri gelenler, gerekli nitelikleri taşıyan diğer bir hakem heyeti tayin eder. Hakemlerin verecekleri hüküm kesin kabul edilerek mesele bu yolla çözülür.”

³⁴³ MEVDÛDÎ, *İslâm'da Aile Hukuku*, s. 76.

Yukarıda da yer verdiğimiz gibi her ne kadar Allah muhâlea bedelini tespit etmemişse de Hz. Peygamber'in erkeğin verdiği mehirden fazlasını almasını uygun görmediğini biliyoruz. Hz. Osman ve Hz. Ömer'in de uygulamaları mehir miktarının iadesi doğrultusundadır. Hz. Ali de mehirden fazlasını almayı mekruh olarak görmüştür. O halde böyle bir anlaşmazlık yaşandığında kadın aldığı mehri iade etmelidir. Koca bu miktarı kabul etmiyorsa hakem heyetinin veya hâkimin olaya müdahale etmesi gerekir. Nitekim hulu'dan bahseden Bakara 229. ayetteki "korkarsanız" ifadesinden bu işin hâkim veya hâkimin tespit ettiği hakem heyetinin ya da tarafların üzerinde anlaştıkları hakemlerin konuyu çözümlemesini emrettiğini anlamaktayız. Kocanın hulu' veya hul' miktarını kabul etmemesi durumunda hâkim veya hakem heyeti olaya müdahale edemeyecekse, kocayı hul' hakkını kadına vermeye zorlayamayacaksa, ne kadına bu hakkın verilmesinin ne de hâkim ve hakem heyetine bahsi geçen hitabın yapılmasının mantığı kalmayacaktır. Netice olarak muhâlea nedeniyle yaşanan her türlü anlaşmazlıkta tahkim usulüne başvurmak bize göre mümkün olduğu gibi taraflar için de yararlıdır. İmam Mâlik'in bu konudaki görüşü bizi desteklemektedir. Ona göre, tarafların muhâlea için mahkemeyi haberdar etmesi şart değildir. Ancak eşler anlaşamaz da yetkili makama başvururlarsa o makam iki hakem tayin eder. Konu hakkında hakemlerin hükümleri kesindir ve tarafları bağlayıcıdır.³⁴⁴

3.5.2.4. HÂKİM KARARIYLA BOŞANMA (TEFRİK)

Lügatte tefrik, "iki şeyin birbirinden ayrılması"³⁴⁵ anlamına gelir. Terim olarak, "boşanma sebeplerinden birinin bulunması halinde, eşlerden herhangi birinin

³⁴⁴ MÂLİK, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, II, 367-371.

³⁴⁵ İBN MANZÛR, *Lisânu'l-Arab*, X, 300.

veya her ikisinin mahkemeye başvurması sonucu hâkim kararıyla gerçekleşen boşanma nevine” tefrik denir.³⁴⁶

Kur’ân’da tefrik hakkında bir ayet bulunmamaktadır. Hz. Peygamber’in tefrik yaptığına dair herhangi bir rivayet de mevcut değildir. Ancak Hz. Ömer’in tefrik hükmü verdiği bilinir. Zira halifeliği döneminde bir kadın Hz. Ömer’e kocasının kendisiyle evlilik hayatı yaşamadığını söylemiştir. Bunun üzerine Hz. Ömer kadına bir yıl vermiştir. Bu süre sonunda kadın kocasının kendisiyle zevci ilişkiye girmediğini söyleyince, Hz. Ömer evliliğini devam ettirip ettirmemede kadını serbest bırakmış, kadın da boşanmayı tercih edince Hz. Ömer, onları boşamıştır. Bu boşamayı da bain talâk saymıştır.³⁴⁷

Erkeğin de mahkemeye başvurma hakkı var olmakla birlikte prensip olarak bu hak kadına verilmiştir.³⁴⁸ Zikrettiğimiz üzere Kur’ân ve Sünnette tefrik hakkında bir delil bulunmamakla birlikte, İslâm hukukçuları muhâlea ayetleri ve hadisleri doğrultusunda hâkimin hul’ veya talâka hükmetmesinin mümkün olduğu kanaatindedirler.³⁴⁹ Mezhepler aralarında mahkemeye gitmenin sebepleri hakkında farklı görüşler bulunmasına rağmen, tefriki kadına verilmiş bir hak olarak kabul etmişlerdir.³⁵⁰ Bu görüşlerinin temelinde de erkeğin evlilik hayatını çekilmez hale getiren hareketleri karşısında, kadının talâk hakkını kocasından almamış olması ve onu muhâleaya da ikna edememesi durumunda mağdur olmasını engelleme düşüncesi yatmaktadır.³⁵¹ Ancak erkeğin muhâleayı kabul etmemesi durumunda kadının mahkemeye başvurup hâkimin veya hakem heyetinin kocayı buna zorlayabileceğini, devamı durumunda da onu hapis cezası ile cezalandırarak kadını boşayabileceğini söylemiştik.

³⁴⁶ ACAR, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, s. 146; AKGÜNDÜZ-CİN, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, II, 110; AYDIN, *Aile Hukuku*, s. 43

³⁴⁷ SERAHSÎ, *el-Mebsût*, V, 101; KÂSÂNÎ, *Bedâi*, II, 322.

³⁴⁸ ŞA’BÂN, *el-Ahvâli’ş-Şahsiyye*, s. 374; EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâli’ş-Şahsiyye*, s. 282.

³⁴⁹ ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Neylû’l-Evtâr Şerhu Münteka’l-Ahbâr*, Mısır ty., VI, 277.

³⁵⁰ KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku 2*, s. 120; BİLMEN, *Kâmus*, II, 344, 359.

³⁵¹ BARDAKOĞLU, “Boşanma”, TAA, Ankara 1991, I, 203.

Hanefiler, tefrik yoluyla boşanma hakkını sadece sınırlı sebepler dâhilinde kadına vermişlerdir. Diğer mezhepler bu hakkın her iki taraf için de geçerli olduğunu kabul etmekle birlikte kadın için tefrike gitme nedenlerini Hanefilere göre daha geniş tutmuşlardır.³⁵²

Osmanlı Devleti kanunları Hanefî mezhebine göre tanzim edildiği için³⁵³ Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne kadar, Osmanlıda tefrik sık sık başvurulmuş bir yöntem olmamıştır. Çünkü belirttiğimiz gibi Hanefiler bu hakkın kullanım sebeplerini oldukça dar tutmuş; ancak kocasının fizyolojik kusurlu olması durumunda kadına tefrik hakkı vermişlerdir. Kararnameden bir yıl önce 1916 tarihli İrâde-i Seniyye ile bu dar kullanım hakkı genişletilerek İmam Muhammed'in kabul ettiği bazı hastalıklar da tefrik nedeni olarak kanunlaştırılmıştır.³⁵⁴ Ancak Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile kadına tefrik hakkı verilerek³⁵⁵ hâkimin bu konuda yetkisi genişlemiş ve kazâi boşanma halk arasında yaygınlaşmıştır.³⁵⁶ İslâm hukukçuları bu yönüyle kararnameyi, günümüz boşanma hukukuna benzetmektedir. Zira bugün medeni hukukta da eşlerin belirli sebepler dâhilinde mahkemeye başvurup boşanmayı talep etmesi söz konusudur.³⁵⁷

Hâkimin tefrik yetkisi hususunda müsteşriklerin de çeşitli yorumları mevcuttur. Şöyle ki, Schacht'ın (1389/1969) tespitine göre, hâkim, ancak evliliğe ciddi engel olan, mesela iki kardeşin aynı nikâh altında tutulması gibi durumlarda boşamaya hükmeder. Diğer durumlarda ise eşlerin sadece birlikte yaşamalarını yasaklar.³⁵⁸

Ancak aşağıda ayrıntılı bir şekilde yer vereceğimiz üzere İslâm hukukunda hâkimin eşleri boşama hususunda ifade edildiği kadar dar bir yetkisi yoktur. Boşamanın gerekli olduğu yerlerde hâkimin boşama selahiyeti vardır. Özellikle 1917

³⁵² BİLMEN, *Kâmus*, II, 359–362; EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, s. 347; CİN, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, s. 88 vd.

³⁵³ KARAMAN, “Osmanlı Hukukunda Mezhep Tercihi” *Osmanlı Yeni Türkiye Yay.*, VI, 188.

³⁵⁴ AKGÜNDÜZ-CİN, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, II, 111.

³⁵⁵ HAK m. 119–131.

³⁵⁶ KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku 2*, s. 121; AYDIN, *Aile Hukuku*, s. 200 vd.

³⁵⁷ TMK m. 166.

³⁵⁸ SCHACHT, *An Introduction to Islamic Law*, s. 165.

tarifli kararname ile Hanefî mezhebinin tefrik görüşleri terk edilip Mâlikî mezhebi görüşlerinin benimsenmesi ile hâkimin boşama yetkisinin genişlediği görülmektedir.

A) TEFRİK NEDENLERİ

İmam Muhammed'in, kocanın talâk yetkisini kullanabilme imkânı bulunduğundan yargı yoluyla boşanma usulünü yalnız kadına verilmiş bir hak olarak görmesi, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin de bu yönde maddeleşmesine neden olmuştur. HAK.'ın 122. maddesi bu konuyu ele almaktadır.

Tezimizde tefrik nedenleri başlığı altında, bu usulle boşanmanın kadına verilmiş bir hak olması hasebiyle yalnızca kadının hangi nedenlerle tefrike başvurabileceğine yer vereceğiz.

a) HASTALIK VE KUSUR

Hastalık ve kusur iki çeşittir. Birincisi, eşlerden birinde zevci ilişkiye girmeye mani olan herhangi bir rahatsızlık veya kusurun bulunmasıdır. Mesela, erkeğin iktidarsız olması gibi. İkincisi, eşlerden birinde tiksinti ve nefret uyandıran veya bulaşıcı olan bir hastalığın veya özrünün bulunmasıdır. Cüzam, çiçek, frengi, saçkıran veya akıl hastalığı gibi. Fıkıh kitaplarımızda bu tür hastalıkların ismi geçmektedir. Ancak çağdaş bilimsel veriler ışığında bulaşıcı olan her türlü hastalığı da bu kapsamda değerlendirebiliriz.

Kocada hastalık ve kusur mevcutsa ve kadın bundan dolayı mağdur oluyorsa boşanma için mahkemeye başvurabilir mi? Mezheplerin ve İslâm hukukçularının konuyla ilgili görüşleri şu şekildedir:

Böyle bir durumda kadının mahkemeye başvurup eşinden boşanmayı talep etmesi mümkündür. Ancak kadının bu kusuru evlilik akdinden önce bilip, evlilik sonrasında bundan rahatsızlık duyması durumunda boşanma talebinde bulunması geçersizdir. Zira akid öncesindeki bilme, hastalığı veya kusuru kabul ettiği anlamına gelir.³⁵⁹

Hastalık veya özür evlilik sonrasında meydana gelmişse, Hanefilere göre kadının boşanma talebinde bulunması geçersizdir. Zira erkek hanımını boşayarak

³⁵⁹ MÂLİK, *el-Müdevvenetü'l- Kübrâ*, II, 213; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VII, 607.

kadının maruz kaldığı zararı giderebilir.³⁶⁰ Ancak erkeğin eşini boşamaması da söz konusu olabilir. Zira eşini boşadıktan sonra yeniden evlendiği hanımı da aynı gerekçe nedeniyle ayrılık talebinde bulunabilecektir. Bu durumda kadının mağduriyeti nasıl giderilecektir? Hanefilerde bu sorunun cevabını ve mahkemeye başvurmanın cevazını İmam Muhammed'in görüşünde bulmaktayız.

Nitekim Ebû Hanife ve İmam Yusuf'a göre kadın ancak erkeğin, erkeklik uzvunun kesik, husye yumurtalarının çıkarılmış olması veya erkeğin iktidarsız olması durumlarında mahkemeye başvurabilirken İmam Muhammed'e göre, kadın, hasta, kusurlu ve sakat olan erkekle beraber yaşadığı takdirde zarar göreceği her sebepten hâkime başvurabilir. Bu durum İmam Muhammed'in kadına bu yetkiyi kullanmada mezhep içersindeki diğer âlimlere göre daha geniş selahiyet verdiğini göstermektedir.³⁶¹

Diğer üç mezhep imamlarına göre kadın, kocada cinsi hayatı önleyen veya karşı tarafta tiksinti uyandıran bir rahatsızlığın mevcudiyetini görürse her durumda mahkemeye başvurabilir.³⁶²

Zahiriyye mezhebine göre, evlilik öncesinde veya sonrasında oluşan hiçbir hastalık ve kusur kadının boşanma talebinin sebebi olamaz. Zira bu durumlar boşanma sebebi değildir.³⁶³

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne göre, kadın kocasının fizyolojik kusur ve cinsi münasebete engel bir hastalığından haberi olmaksızın evlenmişse veya kusur evlilik sonrası gerçekleşmişse ve kendisinde bu tür bir hastalık mevcut değilse boşanma için hâkime başvurabilir. Ancak kadında cinsi münasebete engel bir kusur varsa veya kocasındaki kusur zifaktan sonra gerçekleşmişse kadının hâkimden boşanma

³⁶⁰ MERĞİNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 26; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 406.

³⁶¹ KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku 2*, s. 122.

³⁶² KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku 2*, s. 122.

³⁶³ KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku 2*, s. 122.

talebinde bulunması mümkün değildir.³⁶⁴ Kararname'ye göre bu boşama bâin boşama hükmündedir.³⁶⁵

Ancak kocanın cüzzam, alatenlik gibi eşlerin bir arada yaşamasını mümkün kılmayan bir hastalığı ortaya çıkmışsa hâkim kadının boşanma talebini bir yıl bekletir. Şayet bu süre zarfında kocada bir iyileşme olmazsa, kadın da talebinde ısrar ederse hâkim boşamaya hükmeder.³⁶⁶

Kararname ile birlikte Hanefî hukukunun kazâi boşanma hakkında kadına tanıdığı sınırlı yetki genişletilmiştir. Ancak kanaatimizce bu yeterli değildir. Çünkü kusurun zifaftan sonra gerçekleşmesi durumunda kadına tefrik hakkı verilmemektedir. Bu durum böyle bir kişiyle evliliğini sürdürmek istemeyen kadının yanlış şeyler yapmasına neden olabilir. Aile müessesesini korumak adına insanların büyük yanlış ve günahlara girmesine neden olmak hiç de doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

b) KAYIPLIK

Kayıp olup bulunduğu yer, yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen kimseye *mefkud* denir. Yaşadığı bilinen, fakat evine gelmeyen kocaya da *gâip* denir.³⁶⁷ İslâm hukukunda bu iki kimsenin hakkındaki tefrik hükümleri benzerlik arz ettiği için günümüz hukukçuları bu iki terim hakkındaki hususları aynı başlık altında incelemişlerdir.

Hanefî ve Şâfiilere göre, mefkudun emsallerinin vefat etmesi halinde mefkudun da ölümüne hükmedilir.³⁶⁸ Bu iki mezhebe göre gâibin nerede, ne zaman, nasıl kaybolduğu önemli değildir. Önemli olan ölümüne hükmedebilmek için azami sürenin geçmiş olmasıdır. Buradan da anlaşılmaktadır ki, bu iki mezhebe göre, gaiplik boşanma sebebi değildir.³⁶⁹

³⁶⁴ HAK m. 119.

³⁶⁵ HAK m. 122.

³⁶⁶ HAK m. 122.

³⁶⁷ MERĞİNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 182; İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 64.

³⁶⁸ MERĞİNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 182; İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 64.

³⁶⁹ ACAR, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, s. 164.

Hanbelilere göre, kocanın öldüğüne kanaat getiriliyorsa dört yıl beklenir ve sürenin dolmasıyla hâkim boşamaya hükmeder. Şayet yaşadığı kanaati ağır basıyorsa koca dönünceye veya emsalleri ölünceye kadar beklenilir.³⁷⁰

Mâlikilere göre kayıplık durumunun üzerinden dört yıl geçmişse kadın mahkemeye başvurup boşanma talebinde bulunabilir.³⁷¹

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne göre, mefkudun hanımı hakkındaki hüküm mahkeme tarafından verilir. Şayet kadının nafakası tahsil edilemiyorsa ve eşi ayrılmayı talep ederse mahkeme onları boşar.³⁷² Şayet koca nafakasını bırakıp da gitmişse dört sene müddet verilir. Bu süre sonunda dönmezse hâkim, eşleri boşar.³⁷³

Konu hakkında kadının mağduriyetinin giderilmesi noktasında en isabetli görüşün Mâlikilerce beyan edildiği kanaatindeyiz. Şöyle ki, günümüzde kocalar hanımlarını ve varsa çocuklarını bırakıp, çalışmak ve para kazanmak düşüncesiyle yurtdışına çıkmaktadırlar. Bir iki yıl eşini arayıp ona ve çocuklarına bir miktar para göndermekte, ancak yıllar geçtikçe kendisinden bir haber alınmamaktadır. Genelde bulunduğu ülkede yeni bir kadınla evlenip öz vatanındaki hanımını ve çocuklarını unutmaktadır. Diğer taraftan eşi de kıt kanaat geçinerek evinde kocasını beklemektedir. Gidenler bazen yıllar sonra dönse de, çoğu zaman hiç dönmemektedirler.

Bazı durumlarda da çeşitli nedenlerle kocaların karılarını bırakıp gittikleri, arayıp sormadıkları, bir şehre yerleşip orada yeni bir hayata başladıkları da görülmektedir. Zikrettiğimiz örnekler çerçevesinde düşündüğümüzde kadın ne zamana kadar kocasını bekleyecek, bu müddet zarfında neyle geçinecek ve çocuklarının bakımını nasıl gerçekleştirecektir? Kanaatimizce belli bir müddet geçmesiyle birlikte (bu süre Mâlikilere göre dört yıl olarak belirlenmiştir) kadın artık gidenin dönmesini beklemek yerine, mahkemenin boşanma kararıyla birlikte kendine yeni bir hayat kurmalı, iki tarafın ailelerinin de yardımı ve desteği ile hem

³⁷⁰ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, IX, 131, 132.

³⁷¹ İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 64; MERĞÎNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 182;

³⁷² HAK m. 126.

³⁷³ HAK m. 127.

kendinin hem çocuklarının geçimini temin etmelidir. Bu imkânın kadına verilmemesiyle hiçbir şey kazanılmaz.

Bunun yanında göz ardı edilmemesi gereken bir husus daha vardır ki, bekleme süresinin dört yıl gibi uzun bir müddet oluşudur. Elbette bugünkü gibi ulaşımın bu kadar gelişmemiş, haberleşme imkânlarının çok çok kısıtlı olduğu bir zaman için bu süre uzun değildir. Ancak günümüz şartları için aynı şeyi söyleyemeyeceğiz. İnternet çağının yaşandığı bu yıllarda erkeğin kendisinin yaşadığını ve geleceğini bildirmesi için dört yıl kadar uzun bir müddetin beklenilmesine gerek yoktur.

Gaip kişinin durumu hakkında 1924 tarihli Aile Hukuku Kanun Tasarısında³⁷⁴ şu görüş yer almaktadır: Sebepsiz veya özürsüz olarak terk edilen kadın veya koca hâkime başvurabilir. Hâkim çeşitli incelemelerden sonra terk edilenin bu beyanını uygun görürse terk eden tarafa eşine dönmesini yuvasını dağıtmamasının emreder. Şayet terk eden kişi bir yıl içerisinde eşine geri dönmezse, terk edilenin talebi doğrultusunda hâkim boşamaya hükmeder.³⁷⁵

TMK'ya göre, ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan veya kendisinden uzun süredir haber alınamayan kişinin öldüğü hakkında deliller mevcutsa ve hakları bu ölüme bağlı olanlar, mahkemeyi durumdan haberdar etmişlerse, mahkeme çeşitli incelemeler neticesinde bu kişinin gaipliğine hükmeder. Ancak mahkemeden gaiplik kararının istenebilmesi için ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir. Mahkeme kişinin gaipliğine karar vermeden önce, yakınlarından altı ay kadar bir süre bilgi alır. Bu süre sonunda kişiden bir haber alınamazsa mahkeme onun gaipliğine hükmeder ve ölüme bağlı haklar, gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır.³⁷⁶

c) NAFAKAYI KESMEK

³⁷⁴ 1924 tarihli Aile Hukuku Kanun Tasarısı İslam hukuku dikkate alınarak hazırlandığından çalışmamızda adı geçen tasarıya yer verilmiştir. Tasarı hakkında bilgi için bkz.: DÖNDÜREN, *Delilleriyle İslâm Hukuku*, 87-91.

³⁷⁵ Bkz. 1924 Tarihli Tasarı, m. 76.

³⁷⁶ TMK m. 32, 33, 34 ve 35.

İslâm hukukuna göre nafaka evlilik akdinin sonuçlarından biri olarak erkeğin üzerine düşen bir sorumluluktur. Koca gerek fakir gerek zengin olsun imkânları dâhilinde eşine ve çocuklarına bakmakla yükümlüdür. Şayet koca nafakayı temin edemiyorsa bu durumda kadın ne yapabilir?

Ebû Hanife ve Sevrî'ye göre, bu durumdaki kadın bekler, sabreder. Eşinden çalışma izni ister ve alır. Kadın kocasının işleri düzelinceye kadar evini geçindirir ve bu süre zarfında kocası kendisine borçlanır.³⁷⁷ Hanefilere göre, kocanın nafakayı temin edememesinden dolayı kadın boşanma davası açamaz. Hâkim hiçbir surette ayrılığa hükmedemez. Onlar, "...rızkı daralmış bulunan da nafakayı, Allah'ın kendisine verdiğiinden ayırsın. Allah hiç kimseye gücünün yettiğinden başkasını yüklemesiz..."³⁷⁸ ayetini delil olarak kullanmaktadırlar. Allah'ın nafaka temininde kocaya verdiği bu genişliği, ruhsatı insanların kocadan alma hakları yoktur.³⁷⁹

Yine onlar Hz. Peygamber döneminde, zenginden çok fakir sahabe olmasına rağmen, Hz. Peygamber'in hiçbir çifti fakirlik nedeniyle boşamadığını ve hiçbir kadının da kocasına fakirliğinden dolayı boşanma davası açmadığını delil olarak kullanmaktadırlar.³⁸⁰

Diğer üç mezhebe göre, kadın nafakasının temin edilmediği gerekçesiyle kocasından boşanma talebinde bulunabilir. Allah, Bakara suresi 229. ayette "ya iyilikle tutmayı veya iyilikle bırakmayı" emretmektedir. Yine aynı surenin 231. ayetinde "...Fakat onları, haksızlık ederek ve zor kullanarak tutmayın. Kim öyle yaparsa muhakkak kendine kötülük etmiş olur. (Çünkü Allah yaptığına karşılık verir.)..." buyrulmaktadır. Nafaka ihtiyacı karşılanmayan kadının zarar göreceği de malumdur. Böyle bir durumdaki kadının, mahkemeye başvurması ve hâkimin buna dayanarak eşleri ayırması ile kadın mağduriyetten kurtulmuş olur.³⁸¹ İbnu'l-Kayyim'a

³⁷⁷ KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku* 2, s. 124.

³⁷⁸ Talâk: 65/7.

³⁷⁹ SERAHSÎ, *el-Mebsût*, V, 190; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, IX, 244; ŞA'BÂN, *el-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, s. 474-478.

³⁸⁰ EBÛ ZEHRÂ, *el-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, s. 350.

³⁸¹ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, IX, 244; İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 63; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 403.

göre, şayet kadın evlilik akdinden önce kocası tarafından mali durumu konusunda aldatılmamışsa boşanma davası açamaz.³⁸²

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, bu konuda Ebû Hanife'nin görüşünü tercih ederek nafakasının karşılanmadığı gerekçesiyle kadının boşanma davası açamayacağı görüşünü kabul etmiştir.³⁸³

Kanaatimizce bu konuda Hanefilerin görüşü günümüz toplumu için daha uygundur. Zira ülkemizde ve pek çok İslâm ülkesinde çoğu insanın ve dolayısıyla evli çiftlerin maddi durumları hiç de iyi denilebilecek durumda değildir. Böyle bir durumdayken, eşi ihtiyaçlarını karşılamıyor gerekçesiyle kadının boşanma davası açması ve mahkemenin boşamaya hükmetmesi adalete uygun değildir. Çünkü bu durum erkeğe yapılacak bir haksızlık olur. Kaldıki, fakirlik kalıcı değil, aksine geçici bir durumdur. Evlilik sadece bolluk içerisindeki günlerde sürdürülebilecek bir birliktelik değildir. Evlilik fedakârlık isteyen bir müessesedir ve dolayısıyla bu kurum içerisinde taraflardan birisinin sadece kendisini düşünerek hareket etmesi bu kuruma zarar verir. Böyle bir durumla karşı karşıya kalan çiftlerin "...Allah daima bir güçlükten sonra bir kolaylık yaratır."³⁸⁴ ayetini kendilerine düstur edinerek sabretmesi, birbirlerine destek olması, çalışarak ve azmederek bu zor günlerin geçeceğini bilmesi gerekir. Maddi imkânsızlıkların, insanlar ve hatta toplumlar arasında var olan ekonomik dengesizliklerin görüldüğü günümüz toplumunda bu tür bir boşanmaya cevaz vermek kanaatimizce toplumu kaosa götürmekten, insanların birbirlerine olan güvenlerini sarsmaktan ve evlilik müessesesini basite indirgemekten başka bir işe yaramaz. Ancak, koca zengin olduğu halde maddi imkânlarından karısını istifade ettirmiyor, onu ve varsa çocuklarını aç, sefil bir hayata mahkûm bırakıyorsa elbette ki kadının mahkemeye başvurup nafaka talebinde bulunmasının hiçbir sakıncası yoktur ve hatta bu kadının en doğal hakkıdır. Şayet bütün bu aşamaları geçtikten sonra kadın nafaka alamazsa hâkimin tarafları boşamadan önce tahkime göndermesi ve ihtilafın hakemler vasıtasıyla çözümlenmesi kanaatimizce uygun olacaktır.

³⁸² İBN KAYYIM, *Zâdü'l-Mead*, IX, 115.

³⁸³ HAK m. 96.

³⁸⁴ Talâk: 65/7.

d) KÖTÜ DAVRANMA VE GEÇİMSİZLİK

Bu konuya ileride geniş bir şekilde yer vereceğimiz için şu an sadece ana başlığını vermekle yetiniyoruz.

e) HAPİS

Hanefî ve Şâfiilere göre kocası hapiste olan kadın, hapis süresi ne kadar uzun olursa olsun boşanma davası açamaz. Cumhurun görüşü de bu yöndedir.³⁸⁵

Mâlikilerle Hanbelilerden İbn Teymiyye'ye göre, üç yıl ve daha fazla süre hapis cezası alan kişinin hanımını bir yıl geçtikten sonra tefrik talebinde bulunabilir. Bundan sonra hâkim kocayı haberdar etmeden ve bir süre tayin etmeden boşamayı gerçekleştirir.³⁸⁶

Aile Hukuku Kararnamesinde bu konu ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmama ile birlikte, 1924 tarihli tasarıda şu hüküm mevcuttur: “Eşlerden biri onur, şeref ve haysiyeti kırıcı, yüz kızartıcı bir suç işleyerek mahkûm olursa, diğer eş hâkime müracaatla boşanma davası açabilir.”³⁸⁷

Taraflar yapacakları her fiilde sorumluluklarını düşünerek hareket etmelidirler. Bilhassa koca nafaka teminini sağladığı için sorumluluğu altındaki kişileri düşünerek daha dikkatli davranmalı, nefesine ve anlık hırslarına kapılmamalıdır. Şayet hırsına kapılıp bir suç işlemiş ve hapis cezası almışsa, bunun sonuçlarına da katlanmak zorundadır. Böyle bir durumda dilerse kadının boşanma talebiyle mahkemeye başvurmasının mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira onun için hayat devam etmektedir. Bunu kocasını bekleyerek yapabileceği gibi ondan boşanarak da yapabilir. Elbette ki bu kararı alırken suçun niteliğini, kocasının bunu niçin yaptığını ve cezanın süresini dikkate alması gerekir.

f) KADINA YAKLAŞMAMA YEMİNİ (İLÂ)

³⁸⁵ŞA'BÂN, *el- Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, s. 499; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 416.

³⁸⁶ŞA'BÂN, *el- Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, s. 499, 500; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 416; ACAR, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, s. 170.

³⁸⁷ 1924 Tarihli Tasarı, m. 80.

Kelime anlamı, “yemin etmek” olan ilâ, ıstılahta “kocanın karısıyla zevci münasebette bulunmamaya yemin etmesi ve uzun süre karısına yaklaşmamak suretiyle bu konuda kararlı olduğunu göstermesi ile tahakkuk eden bir boşama şeklidir.”³⁸⁹

Kocanın hanımına yanaşmama yemini, şer’i bir özre dayanıyorsa veya kadına sıkıntı vermeme gibi kötü bir amaç taşıyorsa bu yemin yasaklanan ilâ kapsamına girmez.³⁹⁰

İslâmiyet’ten önce Arap toplumunda erkekler bir yıl veya daha uzun bir süreliğine hanımına yaklaşmayacağına dair yemin ederler, süre bittikten sonra da yine eşini boşamayıp aynı metotla ona yaklaşmayarak eşlerine zulmederlerdi. Bu süre zarfında kadın evli olduğu için başka biriyle de evlenemez, kocasının bu zulmüne katlanırdı. Herhangi bir ilişkisi olmadığı kocasına hizmet eder, onun evinde yaşardı. İslâm Dini, kadınları evli dullar konumuna düşüren bu ilâ âdetine son vermek için şu ayetleriyle düzenlemede bulunmuştur.

“Kadınlarından uzak kalmaya yemin edenler için dört ay beklemek vardır. Eğer (bu müddet içinde onlar kadınlarına dönerlerse), şüphesiz Allah bolca bağışlayan ve esirgeyendir (yeminden vazgeçip kadınına tekrar yaklaşabilir). Eğer (yemin edenler dönmeyip kadınlarını) boşamaya karar verirlerse (ayrılırlar). Biliniz ki, Allah işitir ve bilir (içinizdeki niyetinize göre karşılık verir).”³⁹¹

İslâm hukukçuları yukarıda yer verilen Bakara 226, 227. ayetler ile Mâide suresi 89. ayetten yola çıkarak kadınlara bu yolla zarar veren kocaları engellemek için bazı sınırlamalar getirmiştir. Eşine yaklaşmaması dört aylık bir süre ile sınırlandırılmış, bu süre bitiminde kocayı eşine dönmek veya onu boşamakla yükümlü tutulmuştur. Koca süre bitmeden önce eşine dönerse ya on fakiri bir gün

³⁸⁹ İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 124; İBN ABİDİN, *Reddü'l-Muhtâr*, III, 422; .AKTAN, “İslâm Aile Hukukunda Boşanma ve Yorumu”, (İslâm Araştırmaları Seminerinde Sunulmuş Tebliğ), Erzurum 1982, s. 8.

³⁹⁰ EL-BÂCİ, *el-Münteka*, IV, 36.

³⁹¹ Bakara: 2/226–227.

doymakla, ya on fakiri giydirmekle yahut da üç gün oruç tutmakla mükelleftir. Koca yeminini bozmayıp dört ay sonunda eşine geri dönmezse, Hz. Osman, Hz. Ali, İbn Mes'ud, İbn Ömer ve Hanefilere göre, kadın hâkim hükmü olmaksızın bir bâin talâk ile boşanmış olur.³⁹²

Cumhur, süre sonunda kocasının kendine dönmediğini gören kadının boşanma talebinde bulunabileceği görüşündedir. Buna göre, davada hâkim, kocaya ya eşine dönmesini veya onu boşamasını emreder. Koca ikisini de kabul etmezse hâkim kadını boşar. Bu boşama ric'î boşama hükmündedir.³⁹³

Böyle bir durumla karşılaşıldığında hâkim, boşama kararı vermeden önce eşlere iki hakem göndermelidir. Bu hakemler kocanın derdinin ne olduğunu öğrenip, onu bu davranışından vazgeçirmeye çalışmalıdırlar. Bu girişim başarısız olursa bu takdirde hâkim boşamaya hükmetmelidir.

g) LÎÂN (LÂNETLEŞME-MÛLÂ'ANE)

Liân, lügatte, “iki veya daha fazla kişi arasında lanetleşme” küfürleşme, uzaklaştırma³⁹⁴ anlamlarına gelir. İstilahta ise, bir erkeğin karısını zina yapmakla itham etmesi ve bunu dört şahitle ispat edememesi halinde hâkim huzurunda karşılıklı olarak eşlerin yemin etmeleri anlamına gelmektedir.³⁹⁵ Liânın nasıl yapılacağı, Hz. Peygamber'e bir sahabinin gelip konu hakkında soru sorması ve Rasûlullah'ın “Ey Allah'ım (Bu hususta bize bir) açıklık getir”³⁹⁶ diye dua etmesi sonucu Nûr suresinin 6-9. ayetlerinin nazil olması ile bildirilmiştir. Bu ayetler doğrultusunda yapılan mülâane sonucunda, Ebû Hanife'ye göre boşama hâkim kararı ile gerçekleşir. Mâlikî ve Zahirilere göre, eşler mülâane yapıldıktan sonra meclisten

³⁹² MERĞÎNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 11; KÂSÂNÎ, *Bedâi*, III, 162 vd.; İBN RÛŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 127.

³⁹³ ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 433.

³⁹⁴ İBN MANZÛR, *Lisânü'l-Arab*, XIII, 387, 388.

³⁹⁵ İBNÜ'L-HÜMÂM, *Fethu'l-Kadîr*, IV, 111; ŞA'BÂN, *el-Ahvâli'sh-Şahsiyye*, s. 508; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 433.

³⁹⁶ EBÛ DÂVÛD, *Talâk*, 27.

ayrılır ayrılmaz ayrılık gerçekleşir. Boşanma, İmam Şâfiî'ye göre, kocanın liânı tamamlamasıyla; Hanbelilere göre mülânenin tamamlanmasıyla gerçekleşir.³⁹⁷

Bu çeşit bir boşama Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre bir bâin talâk hükmündedir. Ebû Yusuf, Züfer (158/775) ve Hasan b. Basri'ye (110/728) göre ebedi ayrılıktır.³⁹⁸

Bu konuya kıyasen, kadının, kocasının başka kadınlarla birlikte olduğu gerekçesiyle mahkemeye müracaat edip, boşanma davası açması mümkündür. Nitekim böyle bir davranış nasıl koca için onur kırıcı ise kadın için de aynı şey söz konusudur. Şayet kadın bu ithamını ispatlandırabilirse, bu boşanma sebebi kabul edilmelidir. Zira böyle bir durum liân ayetinin mantığına uygun olur.³⁹⁹

h) ZIHAR

Lügatta sırt anlamında kullanılan zihar,⁴⁰⁰ ıstılahta, erkeğin hanımının bir uzvunu aralarında ebedi evlenme engeli olan bir kadının mahrem bir uzvuna benzeterek hanımını kendisine haram kılması olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰¹

Cahiliye Arap döneminde, eşler herhangi bir nedenle kavga edip de erkek eşine kızdığında, karısına “Sen bana anamın sırtı gibisin” diyerek onu anasının yerine koyar ve onunla zevci ilişkiden uzaklaşırdı. Ancak bu tam bir boşanma olmadığı için kadın bir başkasıyla da evlenemezdi. Dolayısıyla bu gelenek, ilâ da olduğu gibi, kadına eziyetten başka bir şey değildi.⁴⁰²

Fakat İslâm bu tür bir davranışı yasaklamış ve bunu yapanı keffâret ödemekle yükümlü tutmuştur.⁴⁰³

³⁹⁷ MERĞÎNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 24; BÂCÎ, *el-Münteka*, IV, 73.

³⁹⁸ MERĞÎNÂNÎ, *el-Hidâye*, II, 24; KÂSÂNÎ, *Bedâi*, III, 244.

³⁹⁹ AKTAN, “Kur’ân’a Göre Boşanma Prosedürü”, s. 24.

⁴⁰⁰ İBN MANZUR, *Lisânu 'l-Arab*, IV, 528.

⁴⁰¹ ŞA'BÂN, *el-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, s. 517; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 456.

⁴⁰² ÖZSOY, Ömer ve GÜLER, İlhami, *Konularına Göre Kur'ân*, Ankara 2001, s. 479.

⁴⁰³ “Kocası hakkında seninle tartışan ve Allah'a şikâyette bulunan kadının sözünü Allah işitmiştir; Allah sizin konuşmanızı işitir. Çünkü Allah işitendir, bilendir. İçinizden zihar yapanların kadınları onların anaları değildir; şüphesiz onlar çirkin, yalan bir laf söylüyorlar. Kuşkusuz Allah affedici, bağışlayıcıdır. Kadınlardan zihar ile ayrılmak isteyip de sonra söylediklerinden

Ayetlere göre böyle bir benzetme yaparak karısını kendisine haram kılan erkek keffâret ödeyinceye kadar karısına yaklaşamaz. Şayet keffâret ödemeye yanaşmazsa mahkeme ondan keffâret vermesini veya eşini boşamasını ister. Bunlardan hiçbirisini yapmadığı takdirde hâkim eşleri boşar.⁴⁰⁴

1) KOCANIN EŞİ ÜZERİNE EVLENMESİ

Bilindiği gibi Kur'ân ayetleri evrensel olmakla birlikte, indiği Arap toplumunun örf ve âdetlerini, sosyolojik yapısını dikkate almıştır. Nitekim toplumun kültüründen, âdetlerinden uzak olan bir hitabın toplum içersinde kabul görmesi mümkün değildir. Dolayısıyla Kur'ân ayetleri de kimi yanlış fiilleri tamamen yasaklarken (içki, zina, kız çocuklarını diri diri toprağa gömme vdğr.) kimi davranışlara da yanlış olan yanlarını belirtmekle birlikte cevaz vermiştir.

Çok eşle evlilik de bunlardan biridir. Nitekim Arap toplumunda birden fazla kadınla evli olma âdettendi. Her erkeğin çok sayıda eşinin olması yaygın bir durumdu. Kur'ân'ın Nûr suresi 3. ayeti de toplumdaki bu âdeti dikkate alarak nazil olmuştur. Ayette birden fazla kadınla evliliğe cevaz verilmeden önce eşler arasındaki adaleti sağlayabilme şartı konmuştur. Bu şarta riayet edildiği takdirde çok eşliliğe izin verilmiştir. Fakat Hz. Peygamber'in dahi zorlandığı bu konuda sıradan bir erkeğin eşitliği sağlayabilmesi, eşler arasında yaşanacak kıskançlığa engel olabilmesi zor bir ihtimaldir. Bu nedenle Kur'ân direkt olarak söylemese de tek eşliliği uygun bulmakta ve tavsiye etmektedir.

Evet, Kur'ân eşitliğin sağlanması kaydıyla çok eşliliğe izin vermektedir. Ancak İslâm hukukçularına göre, kocasının yalnız kendisiyle evli olmasını isteyen hanımlar akit öncesinde kocasına bunu şart koşabilirler. Böyle bir şart ile evlenen erkek verdiği sözde durmak zorundadır. Şayet erkek, ilerleyen zamanlarda bu şartı unutup başka bir kadınla evlenirse bazı İslâm hukukçularına göre kadın boşanma

dönerlerin karılarıyla temas etmeden önce bir köleyi hürriyete kavuşturmaları gerekir. Size öğütlenen budur. Allah yaptıklarınızdan haberi olmandır. Buna imkân bulamayan kimse temas etmeden önce aralıksız olarak iki ay oruç tutmalıdır. Buna da gücü yetmeyen, altmış fakiri doyurur. Bu (hafifletme), Allaha ve Rasûl'üne inanmanızdan dolayıdır. Bunlar Allah'ın hükümleridir. Kafirler için acı bir azap vardır.”(Mücâdele: 58/1-4).

⁴⁰⁴ŞA'BÂN, *el- Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, s. 520; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 433; ACAR, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, s. 188; DALGIN, Nihat, *İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi*, Samsun 1999, s. 150.

davası açabilir.⁴⁰⁵ Mâlikilere göre kadının mahkemeye müracaat edebilmesi için akit öncesinde bu hususta erkeğin yemin etmiş olması gerekir.⁴⁰⁶ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, kadının bu durumda dava açabileceğini kabul etmiştir.⁴⁰⁷

Bu durum karşısında kadının dava açabilme hakkının bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Zira her kadın kocası için tek olmak ister; hatta çoğu kadın eşini annesinden dahi kıskanır. Bu durum kadının tabiatındandır. Taraflar tek eşlilik kararı olarak akit yapmışlarsa erkeğin, hanımının bu isteğini yerine getirmesi gerekir. Aksi bir durumda kadının boşanma talebinde bulunabilmesi kanaatimizce mümkündür.

Yukarıda tefrik nedenlerine değinmeye çalıştık. Bunları tahkim müessesesi çerçevesinde değerlendirdiğimizde şunları görüyoruz:

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne göre eşler aralarında meydana gelen anlaşmazlık nedeniyle kadın mahkemeye başvurursa tarafların yakınlarından, yoksa dışardan olmak üzere hakem heyeti oluşturur. Hakemler tarafları sulh etmeye çalışırlar. Ancak başarılı olamazlarsa boşamaya hükmederler.⁴⁰⁸ Hakemler veya hâkim tarafından yapılan bu boşama madde 131 gereği tescil edilir.

1924 tarihli Aile Hukuku Tasarısına göre, eşlerin tasarıda zikredilen gerekçeler nedeniyle mahkemeye başvurabilme hakları vardır.⁴⁰⁹ Ancak boşama hakkını kullanacak olan taraf bunu hâkim huzurunda yapmak zorundadır. Bunun için de eşinden ayrılmak isteyen taraf mahkemede dava açmak zorundadır.⁴¹⁰

2001 yılında 4721 sayılı yasa ile kabul edilen yeni TMK bu konuyu şu şekilde düzenlemiştir. Zina,⁴¹¹ hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış,⁴¹² suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme,⁴¹³ terk,⁴¹⁴ akıl hastalığı,⁴¹⁵ evlilik birliğinin

⁴⁰⁵ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VII, 448.

⁴⁰⁶ BÂCİ, *el-Münteka*, III, 297.

⁴⁰⁷ Bkz. HAK m. 38.

⁴⁰⁸ Bkz. HAK m. 130.

⁴⁰⁹ Bkz. 1924 Tarihli Tasarı m. 94.

⁴¹⁰ Bkz. 1924 Tarihli Tasarı m. 112.

⁴¹¹ TMK m. 161.

⁴¹² TMK m. 162.

⁴¹³ TMK m. 163.

sarsılması⁴¹⁶ nedenleriyle taraflardan herhangi birisi boşanma davası açabilir. Boşanma sebeplerinin ispatlanması ile hâkim eşleri boşar.⁴¹⁷

Yukarıda ayrıntılı olarak yer verdiğimiz üzere HAK'a göre tahkime gitmek için ancak eşlerin mahkemeye geçimsizlik ve zulüm nedeniyle başvurmaları gerekmektedir. Diğer nedenlerle açılan davalarda hâkim tahkime gitmeden kendisi boşamaya hükmeder. Ancak önceki sayfalarda da yer verdiğimiz gibi Nisa suresi 35. ayette emredilen hakem seçme görevi, hâkime gelen bunun dışındaki bazı durumlarda da uygulanabilir. Her ne kadar şikak âlimlerimiz tarafından eşler arasında zuhur eden şiddetli geçimsizlik olarak anlaşılrsa ve hakem tayini ile sulh girişimleri bu davalarda gerçekleştirilse de bu emir pek çok anlaşmazlıkta tahkime gidilebileceği şeklinde yorumlanabilir. Şayet ayetteki maksat, eşleri barıştırmak ve evlilik birlikteliğinin devamını sağlamaksa bu zuhur eden pek çok anlaşmazlık için geçerli olmalıdır. İslâm'ın aile birlikteliğine verdiği önem bizim düşüncemizi destekler mahiyettedir. Nitekim taraflar için maslahat olan da birlikteliğin devamıdır. Bu durumda hâkimin tefriğe gitmeden önce kendisine gelen eşleri barıştırma gayretinde bulunması gerekir.

3.6. BOŞANMADA TAHKİM

3.6.1. TAHKİMİN HUKUKİ DAYANAĞI

Daha önce de işaret ettiğimiz gibi tahkim, taraflar arasında oluşan anlaşmazlığı gidermek için, gerek kendilerinin gerekse mahkemeye müracaatları ile hâkimlerin hakem tayin ederek, onların verdiği hüküm doğrultusunda ihtilaflarını

⁴¹⁴ TMK m. 164.

⁴¹⁵ TMK m. 165.

⁴¹⁶ TMK m. 166.

⁴¹⁷ TMK m. 170.

çözümlemeleridir. Daha özel bir anlamla tahkim, eşler arasında yaşanan anlaşmazlığı gidermek için tarafların veya hâkimin hakem tayin etmesi ve bu hakemlerin eşler arasında oluşan husumeti gidermesidir. Peki, tahkimin hukuki dayanağı nedir?

Kur'ân'ın amacı, toplumun aynası olan aileyi sağlamlaştırmak, yuvanın yıkılmasına mani olmaktır. Nisa suresinin 34. ayeti, eşler arasında hâsıl olan anlaşmazlıkları gidermek için nazil olmuştur. Ayette kocaya önce hanımına öğüt vermesi, itaatsizliği devam ettiği takdirde onunla yatağını ayırması, son olarak da dövmesi tavsiye edilmiştir. Şayet tüm bunlar işe yaramaz, eşler arasındaki geçimsizlik son bulmazsa ayetin devamı olan 35. ayet devreye girer ki burada eşlerden aile içinden birer hakem tayin etmeleri istenir. Ayette de bildirildiği gibi hakemler, arayı düzeltmeyi arzularlarsa Allah da karı-kocanın arasını bulur. Çünkü Allah her şeyi bilir ve her yapılandan haberdardır.⁴¹⁸

Menşei Kur'ân ve Sünnet olan İslâm hukuku da prensip olarak, hâkimin, eşler arasında şiddetli geçimsizlik ortaya çıktığı zaman, geçimsizliğin nedenini araştırması ve problemi çözümü için eşlerin ailelerinden birer hakem tayin ederek, anlaşmazlığın tahkim usulünce çözüme kavuşturulması gerektiği görüşünü benimsemiştir.⁴¹⁹

Bu durumda tahkimin menşeinin Kur'ân olduğu, emrin Allah tarafından eşler arasındaki ihtilafın giderilmesi için gönderildiği anlaşılmaktadır. 1917 yılında hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 130. maddesi de Kur'ân'ın bu emri doğrultusunda düzenlenmiştir.

Ancak bazı bilim adamlarının tahkimin menşei Kur'ân'da ve Sünnette aramak ve bulmak yerine Fransız hukukuna kadar gittikleri görülmektedir. Nitekim Fındıkoğlu'na göre kararnamenin 130. maddesinde her ne kadar İmam Mâlik'in görüşünden yararlanıldığı söylenirse de bu konuda batı tesiri söz konusudur. Zira buradaki "Aile Meclisi" tabiri, Fransızca "Conseil de Famille"den aynen tercüme edilmiştir. Ona göre ilk tesir Avrupalı olmakla birlikte, sonradan bunun tefsirine gidilerek "kitapta yeri aranmış"tır. Fındıkoğlu, bu iddiasını zikrettikten sonra bunun

⁴¹⁸ATEŞ, *Yüce Kur'ân'ın Çağdaş Tefsiri*, II, 278.

⁴¹⁹İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 81; Z. ŞA'BÂN, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, s. 492; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, II, 753.

aksi bir iddianın varlığından da bahsetmiştir. Buna göre, Napoleon'un Mısır'dan Fransa'ya dönüşünde bazı fıkhi prensipler, Fransız hukukçuları tarafından yazılmış, İmam Mâlik'in aile meclisi fikri de bu dönemde Fransız medeni kanununa girmiş ve aile meclisi müessesesini doğurmuştur. Ancak Fındıkoğlu bu iddiayı garip bulduğunu söylemekle birlikte, bu müessesenin Fransa'dan alındığı iddiasının daha mantıklı olduğunu ve imkânsız olamayacağını söylemiştir.⁴²⁰

Aydın'a göre Fındıkoğlu'nun sadece isim benzerliğini delil göstererek tahkimin ve aile meclisinin menşei Fransız hukukuna dayandırması isabetli bir görüş değildir. Zira bu tür bir alıntının yapılabilmesi için İslâm'da bu müessesenin bilinmemesi gerekir. Oysaki Hanefiler de dâhil olmak üzere eşler arasında anlaşmazlık zuhur ettiğinde hakem tayin etmek ve eşleri sulhe davet etmek tüm mezheplerce kabul edilmiştir. Bunun yanında İslâm dünyasında da kararname öncesinde bu müessesenin var olduğu görülmektedir. 1916 yılında Sudan'da, 1956 yılında da Mısır'da eşler arasında şikâk zuhur ettiğinde bu müessesenin işletilmesi kanunlaştırılmıştır. Tüm bunlardan dolayı bu hususta Avrupalı bir tesir söz konusu olamaz.⁴²¹

Hamidullah'a göre, Ortaçağ boyunca İslâm'ın Avrupa'ya ticaret, tıp, felsefe ve hatta askerlik sahalarında tesir ettiği kabul edilmiş bir gerçektir. Nitekim İslâm hukuku düşmana hem harp zamanında hem de sulh zamanında geniş haklar tanımıştır. Harp hukukuna dair yazılmış olan Ayala, Vitoria, Grotius ve Gentiles gibi eserler Müslümanların *cihat* ve *siyer* anlayışlarıyla yazılmış olan Arapça eserlerin tercüme mahiyetindedir. İslâm'ın Devletler hukuku tarihinde geniş etki yarattığı buradan bellidir.⁴²² Devletler hukukunda bunun gibi her alanda tesiri olan İslâm hukukunun kendi kitabında var olan bir emri görmeyip, Fransızlardan böyle bir müesseseyi alıp geldiği iddiası gerçekten de çok yersiz ve isabetsiz bir iddiadır.

Fındıkoğlu'nun böyle bir iddiada bulunmasını kolaylaştıran durum bu müesseseye isminin ancak 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile verilmiş

⁴²⁰ FINDIKOĞLU, Ziyaeddin, *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul 1958, III, 255. Aynı tür bir taklitten Bouvat da söz etmektedir. Bkz. AYDIN, *Aile Hukuku*, s. 214.

⁴²¹ AYDIN, *Aile Hukuku*, s. 215.

⁴²² HAMİDULLAH, *İslâm'da Devlet İdaresi*, s. 127.

olmasındandır. Zira kararname öncesinde Osmanlı Devleti'nin hukuk kuralları Hanefî mezhebi doğrultusunda hazırlanmaktaydı. Hanefî mezhebi de eşler arasında geçimsizlik oluştuğunda hakem tayinini kabul etmekle birlikte hakemlere boşama yetkisi tanımadığı için, tahkim usulü İslâm dünyasında işler olmakla beraber adını aile meclisi olarak duyuramamış, yaygın bir şekilde kullanılır hale gelmemiştir. İşte bu nedenle bazı çevreler ve bazı insanlar bilinçli veya bilinç dışı olarak 1917 tarihinde bu müessesenin adını almasını, onun aynı tarihte zuhur ettiği ve işlerlik kazandığı şeklinde yorumlamakta ve iddia etmektedirler.

Ancak Fındıkoğlu'nun mümkün olabilir şeklinde yorumlamış olduğu bu iddiası, bize göre mümkün olamamakla birlikte aynı zamanda imkânsızdır da. Zira Kur'ân ayetleri Fransız medeni kanunundan çok çok önce bir tarihte nazil olmuş, Sünnet ise ayetlerin açıklayıcısı olarak aynı dönemde teşekkül etmiştir. Önceki bölümlerde detaylı bir şekilde yer verdiğimiz üzere İslâm hukukunda tahkim usulüyle yargılama Kitap, Sünnet ve icma ile sabittir. Mezhepler arasında yaşanan ihtilafı kullanmak suretiyle bu müesseseyi İslâm hukukundan alıp, yabancı ülke hukuklarına mal etmek, çıkışının onlardan olabileceğini söylemek bilimsel olmaktan uzaktır. Zira Nisa Suresi 35. ayette emredilen tahkim, tüm mezheplerce kabul edilmiştir. Yaşanan ihtilaf ayetin hükmünde ve hakemlerin yetkileri hakkındadır. Her ne kadar aile meclisi müessesesi İmam Mâlik'in görüşü doğrultusunda ancak 1917 yılındaki kararname ile ismine kavuşmuş olsa da, işlevini sahabe döneminden bu yana yürüttüğü bilinen bir gerçektir. Kaldı ki bu müessesenin henüz oluşmadığı dönemlerde de ailelerin eşlerin boşanmalarına kayıtsız kaldıklarını, herhangi bir yardımda bulunmadıklarını söylemek mümkün değildir.

3.6.2. FENA MUAMELE VE GEÇİMSİZLİK

Bilindiği gibi evlilik birbirinden farklı iki kişinin bir araya gelip, beraber yaşamalarıdır. Elbette ki, iki farklı karakterin her konuda anlaşmaları, aynı konular hakkında aynı şeyleri düşünmeleri ve yaşanan her gelişmeye aynı tepkileri vermeleri

beklenemez. Ancak taraflar birbirlerine karşı saygı ve sevgide kusur etmez, birbirlerinin isteklerini dikkate alır ve bazı konularda gereken fedakârlıkları gösterirlerse mutlu bir çift olmayı, evliliklerini sadakat, güven ve huzur ortamında sürdürmeyi başarabilirler.

Maalesef ne geçmişte ne de günümüzde her evliliğin mutlulukla noktalandığını söylemek mümkün değildir. Yüzyıllardır bazı çiftlerin çok güzel anlaşıp evliliklerini sürdürdükleri görülse de bazı çiftlerin bu konuda başarısız oldukları, şiddetli geçimsizlik sonucu boşandıkları bilinen bir gerçektir.

Peki, geçimsizlik yani nüşûz kimden kaynaklanmaktadır? İslâm Dini geçimsizlik yaşayan çiftleri başıboş mu bırakmıştır? Bu konuda eşlere yapılan tavsiyeler nelerdir?

Geçimsizliği kadından kaynaklanan geçimsizlik, erkekten kaynaklanan geçimsizlik ve eşlerin her ikisinden kaynaklanan geçimsizlik olmak üzere üç ana başlığa ayırmak mümkündür.

3.6.2.1. KADINDAN KAYNAKLANAN GEÇİMSİZLİK

Yaşanan geçimsizliğin sebebi kadınsa Kur'ân Nisa suresi 34. ayeti ile bu konuda erkeği şu şekilde yönlendirmektedir: “...Başkaldırmasından endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarda yalnız bırakın (ve bunlarla yola gelmezse onları) dövün. Ancak size itaat ederlerse onlara kötülük etmek için bir yol aramayın...” Ayete göre, erkek geçimsizliğinden şikayetçi olduğu kadını hemen boşamayacak, ayette zikredilen uzlaşma yöntemlerini deneyecektir. Ancak bunlara rağmen kadın nüşûzuna devam ederse, peşi sıra gelen ayette erkeğe tahkim usulüne başvurması emredilmiştir.⁴²³

⁴²³ KURTUBÎ, *el-Câmi'*, V, 117; İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 538.

3.6.2.2. ERKEKTEN KAYNAKLANAN GEÇİMSİZLİK

Böyle bir durumla karşılaştığında kadın Nisa suresinin 128. ayeti ile şu şekilde yönlendirilmektedir: “Eğer bir kadın kocasının geçimsizliğinden yahut kendisinden yüz çevirmesinden endişe ederse, aralarında bir sulh yapmalarında onlara günah yoktur. Sulh (daima) hayırlıdır. Zaten nefislerde kıskançlık hazırır. Eğer iyi geçinir ve Allah’tan korkarsanız şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır.” Ayete göre, kadın öncelikle geçimsizlik yaratan kocasına anlayışla yaklaşacak, onun nüşûzunu gidermek için anlaşma yolları arayacaktır. Ancak kocası karısının bu sulh girişimlerine cevap vermeyip geçimsizliğe devam ederse “...Siz de karı ile kocanın, Allah’ın sınırlarını hakkıyla muhafaza etmelerinden kuşkuya düşerseniz (kadının serbest boşaması için) erkeğe fidyeye vermesinde her iki taraf için de günah yoktur. Bu söylenenler Allah’ın koyduğu sınırlardır. Sakın onları aşmayın. Kim Allah’ın sınırlarını aşarsa işte onlar zalimlerdir.”⁴²⁴ ayeti gereğince, kadın hul’ için mahkemeye başvurabilir.⁴²⁵

3.6.2.3. EŞLERİN HER İKİSİNDEN KAYNAKLANAN GEÇİMSİZLİK

Geçimsizlik eşlerin her ikisinden kaynaklanıyorsa İslâm hukukunda buna şikâk denilmektedir. Evet, eşler arasında şikâk mevcutsa bu durumda ne yapılması gerektiği Nisa suresinin 35. ayetiyle eşlere şöyle bildirilir: “Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barıştırmak isterlerse Allah aralarını bulur. Şüphesiz Allah her şeyi bilen ve her şeyden haberdar olandır.”

Bu ayet eşler arasındaki geçimsizliği giderme noktasında önceki ayetlerin devamı niteliğindedir. Ayet açıkça göstermektedir ki eşler arasında bir sorun yaşandığında; Allah, hakem müessesesinin işletilmesini emretmektedir. Bu ayetin

⁴²⁴ Bakara: 2/229.

⁴²⁵ CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III, 152; İbnü'l- Arabi, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 541.

kapsamını insan ve devletlerarasında oluşan anlaşmazlıklara kadar genişletmenin dini, hukuki hiçbir sakıncası bulunmamaktadır.⁴²⁶

Zuhaylî geçimsizlik hakkında şunları söylemektedir: “Geçimsizlikten maksat, izzet, şeref ve haysiyete yapılan ithamlar yüzünden çıkan şiddetli tartışmalardır. Zarar ise söz veya hareketle kocanın hanımını rahatsız etmesidir. Mesela, ağır küfürlerle sövüp sayması, onur kıracak şekilde yermesi, dövmesi, Allah’ın haram kıldığı şeyleri yapmaya mecbur etmesi, meşrû bir sebep olmadan onu terk edip iltifat etmemesi ve benzeri şeyler bu cümledendir.”⁴²⁷

Ebû Zehra’ya (1394/1974) göre ayette geçen şikâk kelimesi, karı-koca arasında yaşanan her türlü anlaşmazlığı kapsamaktadır. Bu nedenle eşler geçimsizlik ve fena muamele ile karşılaştıklarında tahkime başvurmak zorundadırlar. Oluşturulan aile meclisi eşlerin arasındaki problemi araştırıp, gidermeye çalışacaklar, başaramazlarsa da tefriğe hükmedeceklerdir.⁴²⁸

Peki, Kur’ân neden hakem tayinini emretmiştir? Tahkimin hikmeti nedir?

Hakemlerin tayinindeki başlıca hikmet aile sırlarının başkalarına duyurulmadan problemlerin çözümlenmesi ve eşlerin uyarılması ile mutlu bir evliliğin yeniden yakalanmasıdır.⁴²⁹ İslâm aile müessesesinin devamını arzuladığı için böyle bir anlaşmazlık yaşandığında eşleri yalnız başına bırakmamış, onlara birlikteliklerinin devamını sağlamaları için bazı yollar gösterip imkânlar sunmuştur. Tahkim de bunlardan biridir. Eşlerin düşünemediklerini düşünmeleri, göremediklerini görmeleri için hakem tayinini emretmiş ve bu hususta toplumu ve kendisine başvuru hâkimi sorumlu tutmuştur.

⁴²⁶ YILDIRIM, *İslâm ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, s. 47.

⁴²⁷ ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkı Ansiklopedisi*, IX, 414.

⁴²⁸ EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâlü’s-Şahsiyye*, s. 363–365.

⁴²⁹ BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Kur’ân-ı Kerim’in Türkçe Meali Alisi ve Tefsiri*, II, İstanbul ty., s. 585; EL-BÂCÎ, *el-Muntekâ*, IV, 113.

3.6.3. FENA MUAMELE VE GEÇİMSİZLİK NEDENİYLE KADININ MAHKEMEYE BAŞVURMASI HUSUSU

Kimi mezhep imamları, eşler arasında hâsıl olan geçimsizlik nedeniyle kadının mahkemeye boşanmak için başvuramayacağını kabul ederken, kimileri de bu husus nedeniyle kadının tefrik hakkı olduğunu savunmuştur. Konu hakkındaki detaylı görüşler şu şekildedir:

3.6.3.1. ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİĞİ BOŞANMA SEBEBİ KABUL ETMEYENLER

Âlimler, kocanın karısına, kırıcı davranması, kötü sözler kullanması, bir süreliğine eşinden ayrı yaşaması, içki, kumar vb. kötü alışkanlıklarının bulunması durumunda, karısının mahkemeye başvurarak boşanma talebinde bulunup bulunamayacağı hususunda ihtilaf etmişlerdir.

Hanefilere, Şâfiilerin iki görüşünden birine ve Ahmed b. Hanbel'den yapılan iki rivayetten birine göre yukarıda zikredilen nedenler sonucunda yaşanan geçimsizlik durumunda kadının mahkemeye başvurup, kocasından boşanmayı talep etmesi mümkün değildir.⁴³⁰ Zira, talâk kadının yararına değildir. Boşama gerçekleşmeden de kadın için söz konusu olan zararlar, hâkimin kocasını uyarması ve düzelmemesi durumunda cezalandırması ile de giderilebilir.⁴³¹ Bu anlayışa göre, tüm bunlara rağmen koca kendisini düzeltmiyorsa, eşine karşı aynı muameleleri yapmaya devam ediyorsa bu durumda kadın için yapılabilecek herhangi bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Ayrıca boşama hakkı erkeğin olduğu için hâkimin de tarafları ayırma yetkisi yoktur.

⁴³⁰ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 169; EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâlî 'ş-Şahsiyye*, s. 362; AKGÜNDÜZ-CİN, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, II, 113.

⁴³¹ ŞA'BÂN, *el-Ahvâlî 'ş-Şahsiyye*, s. 492.

3.6.3.2. ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİĞİ BOŞANMA SEBEBİ KABUL EDENLER

Mâlikiler ile Şâfiilerin bir diğer görüşü ve Ahmed b. Hanbel'den yapılan rivayetlerden bir diğerine göre, kocasının geçimsizliğinden şikâyetçi olan kadın bu durumu mahkemeye intikal ettirir. Bu görüşe göre, kadın hâkimden dilerse eşini ta'zir ve hapis cezalarıyla korkutmasını dilerse de kendisini boşamasını talep eder.⁴³²

Eşler ayrılmak istediklerinde onların bu isteklerine mani olunmamalıdır. Kendileri için eziyet haline gelen bir evliliği bitirmemek İslâm'a uygun değildir. Mâlikî mezhebine göre kadın eşinden boşanmak isteyerek hâkime başvurursa ve kabul edilebilir boşanma sebebini ispatlarsa ondan boşanır. Şayet kadın şikâyetini ispat edemezse hâkim onun boşanma talebini reddeder. Bundan sonra kadın yine aynı şikâyetle hâkime başvurur ve yine şikâyetini ispatlandıramazsa bu durumda hâkim eşleri gözlemlemesi için akrabalarından birer hakem tayin eder. Bu hakemlerin raporları doğrultusunda karar verir. Hakemler, eşleri uzlaştırmaya çalışırlar. Şayet bunda başarılı olamazlarsa ve geçimsizliğin erkekten kaynaklandığını görürlerse boşamaya hükmederler. Bu boşama bâin talâk hükmündedir. Şayet geçimsizliğin kadından kaynaklandığını görürlerse muhâleaya hükmederler. Bununla birlikte kocadan sabırlı davranıp eşine zaman tanınmasını isteyerek uzlaşmaya da hükmedebilirler. Geçimsizliğin her ikisinden de kaynaklandığını düşünürlerse bu durumda mehrin bir kısmını kocaya vererek boşamaya hükmederler. Hakemler verilecek kararda ittifak edemezlerse, hâkim yeni bir hakem heyeti oluşturur.⁴³³

Bu görüşlerinden Mâlikî mezhebinin boşanma konusunda eşler arasında bir denge kurmaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Zira erkeğin evlilik akdinin gereği sonucunda, zaten boşama hakkı vardır. Ancak kadın için aynı şey söylenemez.

⁴³²İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 123; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 168; ŞA'BÂN, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, s. 493 vd.; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 414.

⁴³³İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 81; EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, s. 362; ŞA'BÂN, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, s. 494; ZUHAYLÎ, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, IX, 414.

Kadına eşinin geçimsizliği nedeniyle mahkemeye başvurma hakkı verilerek, kadının mağdur olması önlenilmeye çalışılmıştır.⁴³⁴

Hanefilerce benimsenen kadının geçimsizlik nedeniyle mahkemeye başvuramayacağı görüşü günümüz açısından tartışılabilir. Çünkü eşler arasında öyle geçimsizlikler yaşanmaktadır ki, çiftlerin yaşamları alt üst olmaktadır. Eşlerin hem dünya hayatını hem de ahiret hayatını etkileyen bu anlaşmazlıklar çocuklar için de ciddi problemler teşkil etmektedir. Toplumumuza baktığımızda sanki boşanmış eşlerin çocukları potansiyel suçlu olarak görülmektedir. Hâlbuki anne babası birlikte olup da evde her gün kavga ve şiddet gören veya anne babasıyla asla aynı yemek masasına oturamayan çocukların psikolojisi diğerlerinden çok daha kötü durumdadır. Çünkü aile sevgisinden ve ilgisinden yoksun oldukları gibi anne ve babalarının bireysel sevgi ve ilgilerinden de yoksundurlar. Toplumun geleceği elinde olan bu fertlerin psikolojilerini düşünmemek, hayatlarını intiharla veya cinnet geçirerek aile katliamı ile sonlandıran eşleri görmezden gelip şiddetli geçimsizliği boşanma nedeni kabul etmemek kanaatimizce günümüz toplumu açısından uygun olmayacaktır. Bununla birlikte Hanefilerin bu görüşünde erkek egemenli bir toplumun izleri olduğu da muhakkaktır. Nitekim erkek karısından ayrılmak isterse zaten bunu kendisi yapabilir; çünkü boşama hakkına sahiptir. Hâlbuki eşiyile geçinemeyen kadın ise o boşanamaz; çünkü boşama hakkı yoktur. Mahkemeye başvurur; fakat mahkeme geçimsizliği boşanma sebebi olarak kabul etmez. Bu durumdaki kadın istemediği bir hayatı zorla yaşamak durumunda kalır. Veyahut kendisini boşatmak için ona karşı gelmeye başlar. Bu takdirde de kadının nüşûzluğundan bahsedilir.

Görüldüğü gibi kadının böyle bir durumda hiçbir kurtuluşu bulunmamaktadır. Konu hakkında Mâlikî mezhebinin görüşünün maslahata daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Zira böyle bir şikâyetten ötürü mahkemeye başvuran kadın için, hâkimin uzlaştırma girişiminde bulunması ve sağlanamadığı takdirde hakemlerin boşamaya hükmetmesi kadın haklarının korunması açısından önemli bir tespittir. Ancak mezhepler arasında var olan bu görüş ayrılıklarını incelerken yaşanan dönemin ve o dönemin getirdiği şartların da göz ardı edilmemesi gerektiğini söylemeden geçemeyeceğiz.

⁴³⁴ EBÛ ZEHRÂ, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, s. 363; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyetiz-Zevceyn*, II, 767.

Maliki mezhebi dikkate alınarak düzenlenen Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 130. maddesi geçimsizlik durumunda tahkime gidilmesini şu şekilde düzenlemektedir: “Eşlerden herhangi biri geçimsizlik nedeniyle mahkemeye başvurursa, hâkim, çiftin ailelerinden birer hakem tayin eder. Şayet tarafların ailelerinde hakem olabilecek kimse yoksa veya var olup da hakemliğin gerektirdiği vasıflara sahip değilse bu durumda hâkim aile dışından bir kişiyi hakem seçer. Bu hakem heyeti tarafları dinler, onları uzlaştırmaya çalışır. Şayet tarafları barıştırma çabasında başarılı olamazlarsa, bu durumda bakarlar. Suç kocada ise hemen onu boşarlar. Ancak kadın hatalı ise onun mehrin tamamını veya bir kısmını kocasına vermesi şartıyla boşamaya hükmederler. Hakemler verilecek hükümde ittifak edemezlerse başka bir hakem grubu ve taraflara yakınlığı bulunmayan üçüncü bir hakem seçilir. Hakemlerin vereceği karar kesindir, buna itiraz edilemez.”

Kararnamede bu görüşün tercih edilmesinin sebebi şöyle açıklanmıştır:

“Bu tasarıda şimdiye kadar uygulanmaması sebebiyle memleketimiz için pek yeni olan bir yöntem kabul edilmiştir. Bu, karı-koca arasında anlaşmazlık çıkması halinde, hüküm vermek üzere izin verilmiş bir aile meclisi, yani tarafların ailelerinden seçilmiş bir hakem heyeti kurmalarıdır. Böyle bir hakem heyetinin kurulması emredilmiş olduğu halde ülkemizde uygulanmamasının sebebi, Hanefilere göre hakem heyetinin yalnız arayı düzeltmeye yetkili olması ve taraflarca vekâlet verilmedikçe aralarını ayırmaya yetkili olmamasıdır. Oysa iş, yalnız arayı düzeltmekten ibaret değildir. Öyle olsa külfete girip bir heyet kurulmasına gerek yoktur. Çünkü öteden beri her ne zaman karı-koca mahkemeye müracaat etse, hâkimler hüküm vermeden önce onların arasını düzeltme görevini yerine getirmeye çalışmaktadırlar. Karı-kocanın hakem heyetine vekâlet vermeleri ise isteğe bağlı bir durumdur. Haksız olan tarafın bu konuda vekâlet vermeyeceği açıktır.

Öte yandan Mâlikî mezhebinde, vekâlet şart koşulmaksızın hakem heyetine hüküm verme yetkisi tanınmaktadır. Şöyle ki: Hakemler, tarafların arasını düzeltmenin mümkün olmadığına kanaat getirdikleri takdirde, kusur kocada ise karısının karşılıksız olarak ayrılmasına; kadında ise, mehrin tamamı veya bir kısmı ile muhalaa yapılmasına hüküm verirler.

Hakemlerin hükmünün karı-koca arasında yerine getirilmesi gereklidir ve tarafların sonradan yapacakları itiraz kabul olunmaz. Çünkü bu hüküm, şâhitliğe dayanılarak değil, tarafların durumu değerlendirilerek verilmiştir.

Bu konuda Mâlikî mezhebinin kabulü, ülkemizde aileler içinde mevcut pek çok uygunsuzlukların kaldırılmasına hizmet etmesi ve özellikle hanımlarına zulüm ve haksızlık ettikleri halde, boşama yetkisi kendi ellerinde olması yüzünden, haklarında nafaka takdirinden başka bir muamele yürütmek mümkün olmayan kocaların haksız davranışlarına son vereceği düşüncesiyle belirtilen görüş kabul edilmiş ve 130. madde bu esasa göre düzenlenmiştir.”

Kararnamede bildirilen bu tür boşama bir bâin talâk hükmündedir. Ayrıca bu kararın tescil edilmesi de şarttır.⁴³⁵

1917 Kararnamesi'nin ilgili maddesi hakkında Aktan'ın yorumları şu şekildedir:

“Kadını kocasının zulmüne ve haksız baskısına karşı korumayı, kendisi için çekilmez bir hal almış bulunan evlilik bağından kadını kurtarmayı ve bu konuda hâkim ve hakemi de devreye sokarak makul bir objektifliği sağlamayı hedef alan bu görüş gerçekten çağdaş kanunlardan on küsur asırlık bir önceliğe sahip ileri bir yaklaşımdır.”⁴³⁶

Kararname boşanma öncesinde tahkim müessesesinin işletilmesini yasalaştırarak, hâkime ve hakemlere boşama yetkisi vererek tahkim usulüyle boşanma hususunda diğer İslâm ülkeleri kanunlarına öncülük yapmıştır.

1924 tarihli Aile Hukuku Kanun Tasarısına göre geçimsizliğin boşanma sebebi olabilmesi için eşlerin ortak yaşamını imkânsız kılacak ve evliliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte olması gerekir. Tasarının 85. maddesine göre, böyle bir durumda bulunan eşlerden her biri mahkemeye boşanma davası açabilir.⁴³⁷

⁴³⁵ AKGÜNDÜZ-CİN, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, II, 113; CİN, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, s. 131,132.

⁴³⁶ AKTAN, “Talâk”, İİİGYA, IV, 240.

⁴³⁷ CİN, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, s. 140.

1924 tarihli tasarı hakkında Cin, şöyle demektedir: Bu tasarı Türk toplumunun ihtiyaçlarına cevap verecek mahiyette değildi. Şöyle ki koca her ne kadar hâkim huzurunda talâk yetkisini kullanabilse de bu durum toplum ve hukuk kuralları için bir yenilik değildir. Bunun yanında ferdi özelliği bir yana, toplumsal bir konu olan boşanmanın hakem heyetinin yetkisine bırakılması isabetli bir hüküm olmamıştır.⁴³⁸

Ancak hakemlere boşama yetkisinin devri hususunda Cin’le aynı görüşü paylaşmıyoruz. Zira tayin edilen hakemler, rasgele seçilmiş kimseler değildirler. Öncelikle tarafların ailelerinden, bulunamadığı takdirde aile dışından seçilen bu hakemler Müslüman, akıllı, adil, hukuk bilgisi olan kimselerdir. Bunun yanında hâkimin tayin ettiği kimseler olduğu için hâkimin naibi hükmündedirler. Dolayısıyla eşleri ıslah hususunda kendilerine güvenilen bu hakemlere, boşanmada da hassas davranacakları hususunda bir o kadar güvenilmelidir diye düşünüyoruz. Kaldı ki bu gerçekten toplum ve hukuk kuralları için bir yenilik değildir. Zira 1917 tarihli kararname tahkim usulüyle boşanma hususunda aynı hükümleri ihtiva ederek hakemlerin kararının taraflar için bağlayıcı olduğunu bildirmekteydi. Kararnamenin 130. maddesinde yer verildiği gibi, şayet hakemler boşamaya hükmedemeyeceklerse böyle bir külfete girmenin anlamı kalmazdı. Nitekim Allah’ın emrettiği ıslah girişimi zaten insanlar ve hâkim tarafından yapıldığı için tahkim müessesesinin çalıştırılması emredilmezdi.

Türk Medeni Kanununun 166. maddesi 1924 tarihli tasarıyla benzer hükümler ihtiva etmektedir. Buna göre: “Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.”⁴³⁹

⁴³⁸ CİN, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, s. 144.

⁴³⁹ Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.

3.6.4. AYETTEKİ HİTABIN KİME OLDUĞU HUSUSU VE TAHKİM USULÜNE BAŞVURMANIN HÜKMÜ

Ayet hakkında âlimler arasında var olan ihtilaf konuları ayetteki “gönderiniz” hitabının kime olduğu hususu ve emrin hükmünün ne olduğudur. Hitabın kime olduğu hususunu üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, hitabın eşlere yapıldığı görüşüdür. İkincisi, tüm Müslümanlara ve üçüncüsü de hâkimlere olduğu görüşleridir.

1) Ayetteki hakem gönderme hitabının eşlere olduğu görüşü:

Süddî ve Hz. Ali'den nakledilen bir görüşe göre, aralarında anlaşmazlık yaşandığı takdirde karı-koca kendilerine birer hakem tayin etmekle mükelleftirler. Zira ayette kendilerine hitap edilmektedir. Hakemlerin yetkilerini de bizzat karı-koca belirler. Verilen yetkiler dâhilinde hakemler birleştirmeye veya boşamaya hükmedebilirler.⁴⁴⁰

2) Ayetteki hakem gönderme hitabının hâkim veya onun yetkili kıldığı kişiye olduğu görüşü:

Hasan Basri, Katade, Kays b. Said, Abdullah b. Abbas ve İbn Zeyd'in benimsediği kabul edilen bu görüşe göre, hakem gönderme hitabı devlet başkanı ve onun yardımcısına yapılmıştır. Bu görüş sahiplerine göre hakemlerin görevi ancak haksız olan tarafı belirleyip, onun zulmüne mani olmaktır.⁴⁴¹

3) Ayetteki hakem gönderme hitabının devlet idarecisi ve onun vekiline olduğu görüşü:

İbn Abbas, Muhammed b. Sîrin, Sâid b. Cübeyr, Âmir eş-Şâ'bi, İbrahim en-Nehâî ve Kâdı Şureyh'in benimsediği bu görüşe göre, ayetteki “gönderiniz” hitabı bir önceki grubun da kabul ettiği gibi devlet başkanı ve onun vekiline yöneliktir. Ancak bu grubun önceki gruptan farklılığı hakemlerin vazifesinin ne olduğu

⁴⁴⁰CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III, 150; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, II, 754.

⁴⁴¹ ET-TABERÎ, *Câmiu'l-Beyan*, VI, 719, 720.

hususundadır. Zira bunlara göre, hakemlerin birleştirmeye olduğu gibi boşamaya da yetkileri vardır ve verilmiş hüküm taraflar için bağlayıcıdır.⁴⁴²

Konunun daha iyi anlaşılması için İslâm âlimlerinden bazılarının görüşlerini ayrıntılı olarak incelemekte yarar vardır. Tarih sırasına göre, alimlerimizin görüşü şu şekildedir:

a) İmam Malik: Ayetteki hitap kesinlikle hâkimleredir. Hitabın eşlere olduğunu iddia edenler yanlıgı içerisindeyler. Nitekim hakem tayin etme işini en doğru yapacak olan hâkimler ve onların vâsileridir.

b) İmam Şâfiî: Müstehab olan, hâkimin, çiftlerin aralarını yapmaları için iki hakem seçip onları eşlere göndermesidir. Evla olan bu iki hakemin eşlerin akrabalarından olmasıdır ki bunlar aralarındaki anlaşmazlığın neden kaynaklandığını daha iyi bilirler ve bunlar diğer kişilere göre karı-kocayı barıştırmayı daha çok isterler. Ancak hakemlerin yabancılardan olması da caizdir. Bu hakemler çiftin arasındaki problemi anlayıp çözümleyebilirlerse büyük sevap kazanırlar; şayet sulhü dileyip de bunu başaramazlarsa talâk veya hul' yapma konusunda en hayırlı olanı yaparlar.⁴⁴³ Burada İmam Şâfiî'nin iki görüşünden biri olan hakemlerin boşamaya yetkili olduğu görüşünün yansımasını görmekteyiz.

c) Taberî (310/923): Hakemi ya karı-koca, ya da devlet idarecisi tayin etmelidir. Bunların dışındaki bir kişinin hakem tayin etmesi caiz değildir. Zira ayet bu iki olasılığı da kapsar mahiyettedir.⁴⁴⁴

d) Ebû Bekir el-Cessâs (370/980): Evlâ olan hitâbın, tarafların davasını inceleyecek olan, zalimin zulmüne mani olacak olan hâkime olmasıdır. Çünkü bir önceki ayette erkeğe eşinin nüşûzluğu halinde neler yapması gerektiği bildirilmiştir. Kocaya önce eşine nasihatte bulunması, sonra yatağını ayırması ve nihayetinde kadının itaatsizliğinin devamı söz konusu olursa onu dövmesi bildirilmiştir. Peşi sıra gelen ayette tüm bunların kadının nüşûzluğunu gidermediğini gören erkekten, haklıyı

⁴⁴² ET-TABERÎ, *Câmiu'l-Beyan*, VI, 725; CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III, 151.

⁴⁴³ ER-RÂZİ, *Mefâtihu'l-Gayb*, VIII, 25; YAZIR, *Hak Dîni Kur'ân Dili*, II, 509.

⁴⁴⁴ ET-TABERÎ, *Câmiu'l-Beyan*, VI, 726.

haksızdan ayırması, aralarında var olan geçimsizliği gidermesi için hâkime başvurması istenmiştir.⁴⁴⁵

e) Ebû Bekir İbnü'l Arabî: Tahkim ayetindeki mana açıktır. Ayette hitap kesinlikle hâkimlerdir ve eşler arasında anlaşmazlık zuhur eder etmez bu usule başvurmak zorunludur. Bu sebeple erkeğin önceki ayette bildirilen usullere başvurduktan sonra talâk yetkisini kullanmaksızın durumu mahkemeye bildirmesi gerekmektedir.⁴⁴⁶

İbnü'l Arabî'ye göre, tahkim ayeti Müslümanlar tarafından doğru anlaşılmamıştır. Zira İslâm tarihinde de bu ayette emredilen boşama prosedürü işletilmemiştir. Ayette emredilen boşama prosedürü şu şekildedir: Öncelikle erkek eşini boşamadan önce muhakkak geçimsizliklerini mahkemeye bildirmelidir. Bundan sonra hâkim tarafların akrabalarından birer kişi tayin edip, seçilen bu hakemlerden geçimsizliğin nedenini incelemelerini istemelidir. Hakemler eşler arasındaki geçimsizliği gidermek için bu uğurda tüm gayretlerini sarf etmelidirler, şayet sonuç alamıyorlarsa da boşamaya hükmetmelidirler. Zira kendisi kadılık yaptığı dönemde bu ayetin hükmüyle amel etmiştir.⁴⁴⁷

Şayet taraflar durumu hâkime intikal ettirmemişlerse ve hâkim durumdan haberdarsa onların kendisine gelmelerini beklemeden tahkim müessesesini işletmeye başlatmalıdır. Hemen hakemleri tayin ederek taraflara göndermelidir. Zira geçen bu süre zarfında Allah'ın belirlediği sınırlar çiğnenmiş olacaktır.⁴⁴⁸

Hakemler, eşler için boşama kararı verirlerse taraflar bu karara uymak zorundadırlar. Bu boşamadan sonra kocanın tekrar hanımına dönme hakkı yoktur. Bu hakkının bulunmasının mantığı da yoktur. Çünkü tekrar birleştiklerinde de aynı geçimsizlik zuhur edecektir.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III, 150.

⁴⁴⁶ İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 538, 539.

⁴⁴⁷ İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 537, 538.

⁴⁴⁸ İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 543.

⁴⁴⁹ İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 544.

İbnü'l Arabî'nin, bu düşüncelerinden yola çıkarak, erkeğin boşama hakkına bazı kayıtlar getirdiğini görmekteyiz. Zira talâk bahsinde de yer verdiğimiz gibi, İslâm hukukuna göre talâk hakkına sahip olan erkek eşinden ayrılmak istediğinde herhangi bir engelle karşılaşmaksızın dilediğinde bu hakkı kullanabilir. Ancak İbnü'l Arabî'ye göre, koca boşama öncesinde muhakkak mahkemeyi geçimsizliklerinden haberdar etmelidir. Buna binaen hâkim ıslah için hakem tayin etmeli ve bu hakemler eşleri uzlaştırmaya çalışmalıdırlar. Şayet ıslahta başarılı olamıyorlarsa eşleri boşamaya hükmetmelidirler. Bununla birlikte İbnü'l Arabî'nin bu sözlerinden ayetteki emrin vücûb ifade ettiği kanaatinde olduğunu anlamak mümkündür.

İbnü'l Arabî'den nakledildiğine göre, Said b. Cübeyr de buradaki hakem tayin etme hitabının hâkimlere yapıldığı görüşündedir.⁴⁵⁰

f) Fahrüddîn er-Râzi: Ayetteki “Eğer (...) endişeye düşerseniz...” ifadesi toplumun geneline yapılan bir hitaptır. Bu hitabın toplumun bir kısmına yapıldığını söylemek yanlıştır. Zira bu ifadeden sonra gelen “ ... bir hakem gönderin” buyruğu da toplumdaki her bir fert için emirdir. Devlet başkanının var olması ümmet-i Muhammed'e emredilen bu görevi onların üzerinden kaldırmaz. Bu vazifeden herkes sorumludur.⁴⁵¹

Müfessirimize göre koca karısının itaatsizliği karşısında öncelikle Nisa suresi 34. ayetteki emirleri yerine getirmelidir. Bunlara rağmen kadın nüşûzluğuna devam ederse durumu mahkemeye bildirmelidir. Râzi konu hakkında şunları söylemektedir: “Karı ile koca arasına bir ayrılık girdimi bu ayrılık ya her ikisi tarafından, ya sadece koca tarafından, ya sadece kadın tarafından olur veya kim tarafından olduğu bilinemez. Eğer kadın tarafından olmuşsa buna “nüşûz” denir. Erkek tarafından olur ise, bu durumda bakılır, eğer erkek başka bir kadınla evlenme veya cariye edinme gibi meşru olan bir iş yaptığı için oluyorsa, kadına bunun meşru bir iş olduğu ve bu ihtilaftan vazgeçmesi gerektiği anlatılır. Kadın bunu kabul ederse ne âla; aksi halde bu da “nüşûz” (serkeşlik) sayılır. Yok eğer bu ayrılığın sebebi koca tarafından yapılan bir zulüm (haksızlık) olur ise, hakemler gereken şeyi emrederler. Eğer ayrılık

⁴⁵⁰ REŞİD RIZÂ, Muhammed, *Tefsîru'l-Menâr*, Kahire 1954, V, 78.

⁴⁵¹ ER-RÂZİ, *Mefâtihu'l-Gayb*, VIII, 25.

her ikisi tarafından olur veya kim tarafından olduğu belirsiz olursa, yine dediğimiz gibi, (hâkim gerekeni yapar).” Ona göre, hâkim eşler arasındaki şikâktan haberdar olduktan sonra öncelikle tarafları güvenilir birinin yanına oturtur. Şayet bir ilerleme görülmezse hâkim erkeğin ve kadının ailesinden birer kişi gönderir. Bunlar eşlerin mağduriyetlerini ve kırgınlıklarını gidermek, aralarını bulmak için çaba sarf ederler. Sonuç olarak eşler için hayırlı olanda karar kılarlar.⁴⁵²

g) Elmalılı Hamdi Yazır: “Hakem seçimi evvela karı-kocaya aittir. Bunlar hakemleri yakınlarından seçebileceği gibi kendileri için yakın gördükleri kişilerden de seçebilirler. Şayet taraflar hakemlerini seçmezlerse bu vazife tüm Müslümanlara ve hâkimlere düşer. Dolayısıyla ey cemaat-i müslimin ve bilhassa ey hâkimler! Koca ile karı arasındaki uyuşmazlık ve anlaşmazlık korkulacak bir sakıncadır. Şayet bunlar arasında bir anlaşmazlık doğmasından korkar, yani karı-kocalık baki olduğu halde, aralarının açıldığını anlarsanız biri kocanın akrabasından, biri de karının akrabasından olmak üzere iki hakem gönderiniz. Zira akrabaları, onların iç yüzlerini daha iyi bilirler ve iyiliklerini daha fazla arzu ederler. Bununla beraber akrabadan olmalarının müstehab bulunduğu, yoksa yabancılardan tayin etmenin de caiz olabileceği belirtilmiştir.”⁴⁵³

Ayetten çıkarılan hüküm konusunda da tartışmalar yapılmıştır. İmam Şâfiî’ye göre, Nisa suresi 35. ayetteki “gönderin” emri vücûb ifade eder. Ancak İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu ayetteki emri müstehab olarak değerlendirirler.⁴⁵⁴ Sâbûnî de İmam Şâfiî ile aynı görüşü paylaşarak eşler arasında anlaşmazlık yaşandığında tahkime gitmenin vacip olduğunu söylemiştir.⁴⁵⁵

Yukarıdaki ifadelerden anlaşılacağı üzere, ayette hitâbın hâkimlere (idârecilere) olması ve “...gönderiniz...” emrinin vücûb ifade etmesi, İslâm hukukunda eşler arasında şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde özellikle erkeğin mahkeme dışı boşama yoluna gitmeden önce tahkîm usûlüne başvurmasının ve hâkimin de tahkîm usûlü gereğince olayın çözüme kavuşturmasının zorunlu

⁴⁵² ER-RÂZİ, *Mefâtihu'l-Gayb*, VIII, 25.

⁴⁵³ YAZIR, *Hak Dîni Kur'ân Dili*, II, 509.

⁴⁵⁴ SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyân*, I, 471, 472.

⁴⁵⁵ SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, II, 755.

olduğunu göstermektedir.⁴⁵⁶ Sonuç itibariyle İslâm hukukçuları ve müfessirler böyle bir durumda hâkimin toplumu temsilen hakem heyetini oluşturması gerektiği hususunda ittifak etmişlerdir.⁴⁵⁷

Konu hakkındaki genel kanaat, koca karısının Nüşûzluğuyla karşılaştığında bir önceki ayette bildirilen usulleri uygulayacak, ancak başarısız olursa durumdan mahkemeyi haberdar edecektir. Bundan sonra hâkim zalimin kim olduğunu anlaması için eşlere hakem göndermekle mükelleftir. Zira ayetteki emir vüçûb ifade etmektedir.⁴⁵⁸

Tüm bunlardan sonra âlimlerimizin çoğunluğunun hitabın hâkimlere olduğu ve emrin vüçûb ifade ettiği görüşlerine rağmen⁴⁵⁹ maalesef ayetin hükmü gereği İslâm dünyasında boşama öncesi işletilmesi emredilen tahkim usulü neredeyse hiç uygulama alanı bulamamıştır. Kanaatimizce bunda özellikle Hanefî mezhebinin geçimsizliği boşanma nedeni olarak kabul etmemesi ve İslâm hukukunda talâk hakkının erkeğe verilmesi görüşü etkilidir. Nitekim eşiyile anlaşamayan koca bu hakkını kullanarak ondan boşanabilmektedir. Şayet bu müessese işletilmeye başlanırsa hâkim ve hakemler devreye gireceği ve ıslah girişiminde başarısız olmaları durumunda boşamaya hükmedecekleri için bu hak kocanın elinden alınmış olacaktır. Böylesine bir hak kıyımı da bahsettiğimiz dönem için ağır ve kabul edilemeyecek bir durumdur. Zira talâk hakkı erkeklerindir ve hiç kimsenin kendilerine Allah'ın vermiş olduğu bu hakkı onlardan almaya yetkisi yoktur.

Ancak belirtmek gerekir ki günümüz toplumu içersinde de hâlâ savunulmakta olan veya İslâm'a mal edilen bu düşünce tamamiyle doğru değildir. Nitekim Kur'ân ayetlerinde erkeğin boşama hakkının bulunduğunu bildirmesi yanında bu hakkın sadece ona ait olduğuna delalet eden herhangi bir ibare ve işaret bulunmamaktadır.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ İBN KEŞİR, *Tefsiru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I, 656; ŞA'BÂN, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, s. 493.

⁴⁵⁷ CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III, 150.

⁴⁵⁸ MUHAMMED ALİ ES-SAYİS, (thk.:Abdullatif es-Subki, Muhammed İbrahim Kersun), *Tefsiru Ayati'l-Ahkâm*, Dimeşk 1994, II, 461.

⁴⁵⁹ EBÛSSUUD, *İrşâdu Akli's-Selîm*, II, 175; REŞİD RIZÂ, *Tefsîru'l-Menâr*, V, 77; SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyân*, I, 471; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, II, 755.

⁴⁶⁰ DALGIN, *İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi*, s. 220; MUHSİN, Âmine Vedûd *Kur'ân ve Kadın*, (trc. Nazife Şişman), İstanbul 2000, s. 125.

Kaldı ki, bu yetki yalnız erkeğe ait olsa dahi Kur'ân'ın bu emrinin görmezlikten gelinmesi hiç de doğru değildir.

“Klasik İslâm Hukukunda bu emir hukuki bir forma dönüştürülmeksizin, bir cevaz (zorunlu olmayan bir tavsiye) olarak değerlendirilmiştir. Oysaki ifade emir kipindedir; bu emri tavsiye okumanın gerisinde, erkek-egemen kültürün baskısı/etkisi yatmaktadır. Bugün Müslümanlar bu emrin uygulanmasını hukuki bir forma, bir kuruma dönüştürmekle yükümlüdür. Bu yolla, birçok ailenin dağılmasının önü alınmış olabileceği gibi, geçimsizliğe neden olan tarafın açıklanmasıyla, o kişiyle evlenebilecek müstakbel eşler de aydınlatılmış olacaktır.”⁴⁶¹

Konu hakkındaki bu son görüş kanaatimizce takdire şayandır. Nitekim erkek egemen kültürün izlerini en çok taşıyan konulardan biri olan talâk, en çok tartışılan konulardan biri olmasına rağmen kanaatimizce Kur'ân'da emredilen usulüyle uygulama alanı bulamamıştır. Çünkü bahsi geçen ayete göre eşler arasında sorun ortaya çıktığında tahkim müessesesinin işletilmesi gerekmektedir. Ancak bazı çevrelerce bu ayetin hükmü yanlış anlaşılmış ve bu müessese her geçimsizlik yaşandığında maalesef devreye girememiştir. Şayet insanlar gerçekten İslâm'a uygun bir boşanma gerçekleştirmek istiyorlarsa bu, tahkim müessesesi devreye sokulmaksızın mümkün olmayacaktır. Zira tahkim ayeti vücûb ifade etmektedir. Bu ayetin emri yerine getirilmeksizin gerçekleşen her boşama İslâmî emirlere aykırı bir boşamadır.

3.6.5. HAKEMLERİN KONUMU

Değindiğimiz gibi İslâm hukukçuları, Nisa suresi 35. ayet gereğince eşler arasında şiddetli geçimsizlik baş gösterdiğinde tahkim usulüne başvurulması ve hâkimin eşlerin ailelerinden birer hakem tayin ederek problemi çözüme kavuşturması gerektiği hususunda ittifak etmişlerdir.

⁴⁶¹ ÖZSOY-GÜLER, *Konularına Göre Kur'ân*, s. 506.

Ancak hakemlerin uzlaşmayı sağlayamaması durumunda tefrike yetkili olup olmadıkları hususunda mezhepler arasında ihtilaf vardır. Zira müçtehitlerden kimilerine göre hakemler vekil hükmünde olduklarından kendilerine yetki verilmediği sürece boşamaya hükmedemezler. Kimilerine göre de hakemler hâkim hükmündedirler. Bu sebeple tarafların rızası olmasa dahi ihtiyaç gördüklerinde boşamaya hükmedebilirler.

Mezheplerin bu konudaki görüşleri şu şekildedir:

Hanefiler: Mezhep âlimlerinin genel kabulüne göre hakemler tarafları ancak birleştirmekle yetkilidirler. Nitekim hâkimin dahi eşleri boşama hakkı bulunmazken hakemin bu yetkiye sahip olacağı düşünülemez. Zira hakemler vekil konumundadırlar.⁴⁶²

Şafîiler: Bu mezhepten gelen bir görüşe göre hakemler vekil konumundadırlar. Bu nedenle tarafların rızası olmaksızın boşanma kararı alamazlar. Bir diğer rivayete göre İmam Şâfiî, hakemler tarafları ıslah etmeyi başaramamışlarsa bu durumda karı-kocanın rızasına başvurmaksızın boşama kararı alabilirler görüşündedir.⁴⁶³

Hanbeliler: Ahmed b. Hanbel'in ilk görüşüne göre, onlar vekil hükmündedirler ve rızaları olmaksızın boşama yetkileri yoktur. İmamdan rivayet edilen ve son görüşü olduğu zikredilen diğer bir görüşe göre, hakemlerin verecekleri hükümde eşlerin rızalarını gözetmeleri gerekmez. Verdikleri her türlü hüküm geçerlidir.⁴⁶⁴

Mâlikiler: Bu mezhep imamlarına göre, hakemler ister hul'e ister boşamaya hükmetsinler verdikleri karar geçerlidir. Bunun için hâkimin onayına veya da tarafların rızasına ihtiyaç yoktur.⁴⁶⁵

⁴⁶² CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 154; ŞİRBÎNÎ, *Muğnî'l-Muhtâc*, III, 361.

⁴⁶³ ŞİRBÎNÎ, *Muğnî'l-Muhtâc*, III, 361; MEVDÛDÎ, Ebû'l-Ala, *Tefhimu'l-Kur'an*, (trc.: Komisyon), İstanbul 1987, I, 371.

⁴⁶⁴ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 167–169; İBN KAYYIM, *Zâdu'l-Meâd*, IV, 42; İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'an*, I, 542, 543; KURTUBÎ, *el-Câmi*, V, 115.

⁴⁶⁵ KURTUBÎ, *el-Câmi*, V, 115; ŞİRBÎNÎ, *Muğnî'l-Muhtâc*, III, 361; İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 81; İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'an*, I, 542, 543.

Zahiriler ve Caferiler: Bu mezhep âlimleri de Hanefiler gibi hakemlerin vekil konumunda olduğu ve boşama yetkilerinin bulunmadığı görüşünü benimsemişlerdir. Hul' veya talâk için karı-kocanın vekâletinin bulunması şarttır.⁴⁶⁶

3.6.5.1. HAKEMLERİN VEKİL KONUMUNDA OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Belirttiğimiz gibi Hanefiler ile iki rivayetten birine göre Şâfiiler ve Hanbeliler bu görüşü benimseyerek hakemlerin boşama yetkilerinin bulunmadığını savunurlar.⁴⁶⁷ Bu görüşe göre, karı-koca kendilerine boşama yetkisi vermediği sürece hakemler onları boşayamazlar. İbn Hazm, Ebû Sevr, Katâde, İbn Zeyd ve Hasan Basri'nin de aynı görüşte olduğu nakledilir. Onlara göre boşama yetkisi kocaya ait olduğundan, bu hakkın kullanımı da kocaya veya onun vekil tayin ettiği kişiye aittir. Hakemlerin boşanma hükmü verebilmeleri için kocanın rızasının alınması gerekir.⁴⁶⁸

Katâde, Atâ ve Sâid'e göre ayette gönderilmesi emredilen hakemler, ancak eşleri sulh etmeye yetkilidirler. Onların görevi zalimin zulmüne mani olmaktır. Yoksa elleriyle eşleri ayırmak için görevlendirilmemişlerdir.⁴⁶⁹

Bu görüşü savunanların delilleri şunlardır:

a) Nisa suresi 35. ayette Allah, hakemler için "...Şayet aralarını düzeltmek isterlerse..." buyurmaktadır. Ayrılıktan bahsetmemektedir. Bu ise ancak eşlerin

⁴⁶⁶ SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, II, 760.

⁴⁶⁷ KÂSÂNÎ, *Bedâi*, II, 334; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 167; İBN KAYYIM, *Zâdu'l-Meâd*, IV, 42; KURTUBÎ, *el-Câmi*, V, 115; CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 151; ŞİRBİNÎ, *Muğnî'l-Muhtâc*, III, 361; DÖNDÜREN, *Aile İlmihali*, s. 271; Muhammed Ali es-Sayis, *Tefsiru Ayati'l-Ahkâm*, II, 462.

⁴⁶⁸ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 167; CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 152; SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyan*, I, 472; KÂSİMÎ, *Mehâsinu't-Te'vîl*, V, 137; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, II, 758.

⁴⁶⁹ CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'an*, s. 154.

kendilerine boşama yetkisi vermesi ile hakemlerin böyle bir hakka sahip olduklarını gösterir.⁴⁷⁰

Ancak Kâsîmi bu delil hakkında, şayet hakemler vekil konumunda iseler boşamaya hükmedemedikleri gibi birleştirmeye de hükmedemezler şeklinde bir yorum yapmaktadır.

b) İbn Sîrîn'in Ubeyde'den naklettiğine göre Hz. Ali döneminde şöyle bir olay vaki olmuştur: “Bir erkek ve bir kadın Hz. Ali'nin yanına gelmişlerdi. Hz. Ali eşlere akrabalarından birer hakem seçip kendisine göndermelerini emretti. Hakemler gelince onlara “Vazifenizin ne olduğunu biliyorsunuz, değil mi?” dedi ve sözünü şöyle sürdürdü: “Eğer birlikte yaşayabilecekleri kanaatine varırsanız, o zaman onları birleştirin. Ama sizde ayrılacakları kanaati hasıl olursa, o takdirde onları ayırın!” Bunun üzerine kadın, “Lehime ve aleyhime olan şeyler hususunda, Allah'ın kitabına razıyım” dedi. Erkek de “Ayrılmaya gelince, hayır” deyince, Hz. Ali “Allah'a yemin ederim ki, kadının ikrar ettiği şeyi ikrar etmedikçe yalan söyledin.” dedi.⁴⁷¹ Bu görüş sahiplerine göre, Hz. Ali'nin burada kocayı hakemin hükmüne zorlamasının nedeni, hakemin hükmünün ancak tarafların rızası ile geçerli olacağındandır. Şayet hakemler vekil konumunda olmasalardı Hz. Ali kocanın rızasını almak için uğraşmazdı.⁴⁷² Hakemler kocanın rızası olmaksızın boşama kararı alamayacakları gibi, kadının rızası olmaksızın da onun malından bir şey veremezler.⁴⁷³

Bunun yanında Muhammed b. Kâ'b el-Kurezi'den yapılan rivayete göre, “Ali b. Ebi Talib (r.a.) birbirleriyle geçinemeyen karı ve kocadan her birinin ailelerinden birer hakem tayin ederdi. Kadının ailesinden tayin edilen hakem kocayı huzuruna alarak: “Ey filan, karından hoşlanmadığın şeyler nelerdir?” diye sorardı. Koca da: “Ben ondan şu ve şu hususlarda hoşlanmıyorum.” derdi. Hakem de: “Şayet kadın

⁴⁷⁰CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III, 152; SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyân*, I, 472; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, II, 761.

⁴⁷¹İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 169; KURTUBÎ, *el-Câmi'*, V, 170; KÂSİMÎ, *Mehâsinu't-Te'vîl*, V, 136.

⁴⁷²CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, 152; İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 539; KURTUBÎ, *el-Câmi'*, V, s. 116; İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 82; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, II, 761.

⁴⁷³EL-BEĞAVÎ, İmam Celil Muhyi's-Sünneti Ebû Muhammed Hüseyin b. Mes'ud el-Ferâ, *Tefsiru'l-Beğaviyyi*, Beyrut ty., I, 424.

senin hoşlanmadığın şeyleri bırakır da istediğin şeyleri yapacak olursa sen onun hakkında Allah'tan korkar, yiyeceği ve giyeceği hususunda ona, senin üzerine vacip olduğu şekilde davranır mısın?" diye sorardı. Eğer koca "Evet" derse bu defa kocanın hakemi kadını huzuruna alır ve ona: "Kocanın, senin hoşuna gitmeyen tarafları nelerdi?" diye sorardı. Kadın da kocanın söylediği şekilde şikâyetlerini bildirirdi. Hakem de şikâyetlerinin giderilmesi halinde kocasına itaat edip etmeyeceğini sorardı. Eğer kadın "Evet" derse Hz. Ali karı ile kocayı birleştirdi. Görüldüğü gibi bu görüşte olan âlimlere göre hakemlerin vazifesi eşler arasında haksız olanı tespit edip onun haksızlık yapmasına mani olmaktır. Bunun dışında hakemlerin boşama yetkileri yoktur, boşanmaya karar verebilecek kişi yalnızca kocadır.⁴⁷⁴

c) Hakemlerin tarafların vekâleti olmaksızın tefrike hükmetmeleri, kişinin izni ve rızâsı olmadan ondan malını alıp bir başkasına vermek olur ki, bu da ayetlere aykırıdır. Çünkü Kur'ân-ı Kerîm'de şöyle buyrulmaktadır:

"Mallarınızı aranızda haksız sebeplerle yemeyin. Kendiniz bilip dururken insanların mallarından bir kısmını, yalan yemin ve şehadet ile yemeniz için o malları hâkimlere (reislere, yetkili idarecilere veya mahkeme hâkimlerine el altından) vermeyin."⁴⁷⁵

Cessâs'a göre, karı-kocanın rızasını almaksızın hakemlerin yapacakları bir boşama bahsi geçen ayete aykırıdır.

Bununla birlikte bir başka ayette de kadınların mehirlerinin haksızca ellerinden alınması yasaklanmıştır. "...Aranızda karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı, batıl (haksız ve haram yollar) ile aranızda (alıp vererek) yemeyin..."⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ET-TABERİ, *Câmiu'l-Beyan*, VI, 721.

⁴⁷⁵ Bakara: 2/188.

⁴⁷⁶ Nisa: 4/29.

Dolayısıyla bahsi geçen ayetlerin hükmü gereğince rızası olmaksızın erkekten bu hak alınamaz. Bu nedenle de kendisine yetki verilmeyen hakem boşamaya hükmedemez.⁴⁷⁷

Konu hakkında Cessâs'ın bir diğer yorumu da şöyledir: Allah kocanın karısına vermiş olduğu mehrin geri alınmasına dahi, ancak Allah'ın hududunun çiğnenmesinden korkulduğu durumlarda müsaade etmektedir. Kocaya verdiği geri almak ancak karısının rızası ile helâl kılınmıştır. Durum böyleyken nasıl karı-kocanın hakkı olan talâk veya hul' onların rızası alınmaksızın hakemlerce kullanılabilir?

Nitekim Hz. Peygamber şöyle buyurmaktadır: “Her kim kardeşinin hakkından kendisi için bir şey ayırırsa şüphesiz ki o, kendisine ateşten bir parça ayırmıştır.”⁴⁷⁸ Dolayısıyla hâkimin onların haklarından bir şey alıp, diğerine verme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.⁴⁷⁹

d) Hâkimin bizzat tefrike hükmetme yetkisi olmadığı gibi, onun görevlendireceği hakemlerin de tefrike yetkisi olamaz. Bu sebeple hakemler, ancak eşlerin izni ve rızası dâhilinde tefrike hükmedebilirler.⁴⁸⁰

Ancak bu maddeyi genel olarak hâkimin tefrike hükmetme yetkisinin olmadığı şeklinde anlamak yanlış olur. Zira burada bahsedilen tefrik yetkisinin olmayışı ancak kadının geçimsizlik nedeniyle mahkemeye başvurusuyla alakalıdır. Yukarıda da ayrıntılı olarak yer verdiğimiz gibi Hanefilerin ve diğer mezheplerin tefrik nedenlerinin oluşması ile kadına mahkemeye müracaat hakkı, hâkime de eşleri boşama hakkı tanıdıklarını görmüştük.

Cessâs'a göre, hakemlerin eşlerin rızası olmaksızın boşamaya yetkileri yoktur. Zira eşler hatalarını kabul ettikten sonra onlar boşanamazlar. Aynı şekilde hâkim hakem göndermeden önce veya hakem gönderdikten sonra onların rızası yahut vekâleti olmadıkça eşleri boşayamaz. Kadının nüşûzunu kabul etmesi de hâkimin

⁴⁷⁷ CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 154; SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyân*, I, 473; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hüriyeti'z-Zevceyn*, II, 761; MUHAMMED ALİ ES-SAYİS, *Tefsiru Ayati'l-Ahkâm*, II, 462.

⁴⁷⁸ İBN MÂCE, *Ahkâm*, 5.

⁴⁷⁹ CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 154.

⁴⁸⁰ CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'an*, III, 152; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hüriyeti'z-Zevceyn*, II, 759.

kendisini hul'e zorlamasına manidir. Ebû Hanife ve ashabına göre, hâkimin durumu böyleyken hakemlerin nasıl boşama yetkileri olsun? Zira hakemler vekil konumundadırlar. Dolayısıyla hakemlerin rızaları veya vekâletleri olmaksızın eşleri boşamaları caiz değildir.⁴⁸¹

Şayet hakemler boşama yetkisine sahip olsalardı, Allah ayetinde “Şayet onlar sulhü dilerlerse” değil, “Şayet onlar ayırmayı dilerlerse” derdi.

M. Ali Sâbûnî de bu görüşün delillerini kuvvetli bulduğunu belirterek kendisinin de aynı görüşü paylaştığını belirtmiştir.⁴⁸² Ancak Abdurrahman Sâbûnî'ye göre hakemlerin ilk görevleri eşleri barıştırmak olmakla beraber bunu başaramadıkları takdirde eşleri boşamaları üzerlerine vaciptir. Zira kadını geçimsizlik ve zulüm dolu bir hayata terk etmek caiz değildir.⁴⁸³

Taberi'ye göre de, hakemler vekil konumundadır. Karı-koca bunlara genel bir vekâlet verebileceği gibi, sınırlı bir vekâlet de verebilir. Bu sebeple hakemlerden birinin yetkili diğerinin ise yetkisiz olduğu bir konuda hüküm verme hakları yoktur. Hükümü ancak her ikisinin de yetkilerinin bulunduğu konuda verebilirler.

Müfessirimize göre, hakemler ister Dehhak'ın savunduğu gibi bilirkişi konumunda olsun isterse de devlet başkanı tarafından seçilmiş kimseler olsun, tarafların yetki vermediği konularda hüküm verme hakları yoktur. Allah'ın eşleri birbirine karşı yükümlü kıldığı haklar dışındaki konularda ne hakemlerin ne de hâkimlerin hüküm verme hakları vardır. Şayet devlet idarecisi problemin erkek tarafından çıkarıldığını görürse ondan sadece kadının hakkını alabilir. Kadın suçlu ise erkek bedel karşılığı boşayabilir. Bunların dışında koca ile karının ayrılmasına ancak koca karar verebilir. Şayet hakemler devlet idarecisi tarafından seçilmiş ve taraflardan boşama yetkisini almışlarsa bu durumda boşama hükmü verebilirler.⁴⁸⁴

Hamdi Yazır'ın konu hakkındaki görüşü şu şekildedir: Hakemler, uzlaştırmak için seçilmişlerdir, boşama yetkileri yoktur. Şayet boşama yetkisinin sahibi olan koca

⁴⁸¹ CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III, 152.

⁴⁸² SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyân*, I, 473.

⁴⁸³ SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, II, 780.

⁴⁸⁴ ET-TABERÎ, *Câmiu'l-Beyan*, VI, 728, 729.

hakemlere bu yetkiyi devrettiyse bu durumda hakemlerin her iki kararı vermeye de hakları vardır.⁴⁸⁵

3.6.5.2. HAKEMLERİN HÂKİM KONUMUNDA OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Mâlikiler ile Şâfiî ve Hanbelilerden rivayet edilen bir diğer görüşe göre, hakemler hâkim konumundadırlar. Bu sebeple verecekleri kararda tarafların rızalarını gözetmeleri gerekmez.⁴⁸⁶ Hz. Osman, Hz. Ali, İbn Abbas, Abdurrahman b. Avf, Ebû Seleme, Nehâî, Said b. Cubeyr, Evzâî, İshak, İbnu'l-Munzir gibi pek çok halef ve selef âlimleri aynı görüştedirler.⁴⁸⁷

Bu görüşe göre, şikâkı gidermek için tayin edilen hakemler, eşler arasındaki problemi çözümlenip sulhü sağlayamazlarsa boşamaya ehildirler. Onlar şayet geçimsizliğin sebebini erkekte bulmuşlarsa karı-kocayı ayırırlar. Kadının nüşûzluğuna kanaat getirmişlerse muhalâaya hükmederler. Geçimsizliğin her ikisinden kaynaklandığını düşünürlerse de kadının mehrinin bir kısmını erkeğe vererek boşamaya hükmederler.⁴⁸⁸ Hakemlerin verecekleri hüküm kesindir ve bâin talâk hükmündedir. Hakemler verdikleri hükmü hâkime bildirmekle mükelleftirler. Zira hakemin verdiği kararın taraflar için kesin ve bağlayıcı olması ancak hâkimin onayı ile gerçekleşir.⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ YAZIR, *Hak Dîni Kur'ân Dili*, II, 519.

⁴⁸⁶ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 168; SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyân* I, 472; KÂSİMÎ, *Mehâsinu't-Te'vil*, V, 136; İBN RÛŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 82.

⁴⁸⁷ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 168; KURTUBÎ, *el-Câmi'*, V, 115; SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyân*, I, 465; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, II, 758; MUHAMMED ALİ ES-SAYİS, *Tefsiru Ayati'l-Ahkâm*, II, 462.

⁴⁸⁸ EL-BÂCÎ, *el-Muntekâ*, IV, 114; İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 168. Hakemlerin boşamaya hükmederken evlilik akdinin getirmiş olduğu mali sorumluluklara dikkat ettikleri görülmektedir. Zira akit gereği belli bir harcama yapan erkek, geçimsizlik kaynağı değilse ayrılırken, eşine verdiği mehri geri alabilmektedir. Şayet ortak derecede kusurlu ise mehrin bir kısmını almaktadır. Ancak geçimsizliğin sebebi tamamen erkekse bu durumda kadın mağdur edilmeyip, karar verilirken mehrine dokunulmamaktadır.

⁴⁸⁹ BİLMEN, *Kâmus*, II, 366.

Hakemlerin hâkim konumunda olduğunu ve buna binaen tarafların rızasını almaksızın boşamaya yetkili olduklarını söyleyenlerin konuyla ilgili delilleri şunlardır:

a) Nisa suresi 35. ayette Allah, tarafların yakınlarından birer hakem gönderilmesini emretmiştir. Şayet bu hakemler vekil konumunda olsalardı Allah, onlar için “vekil” gönderin buyururdu. Zira ne Kur’ân, ne örf ve ne de hukuk dilinde vekil, hakem demektir.⁴⁹⁰ Bunlar özel hukuk terimleridir ve birbirlerinin yerine kullanılamazlar.⁴⁹¹ Ayrıca vekil bağımsız iş yapamaz, müvekkilinin istekleri doğrultusunda hareket eder. Ayetteki “...iki taraf da işi düzeltmek isterse...” ifadesi bu kişilerin bağımsız hareket ettiklerinin, serbest iradeleriyle karar verdiklerinin delilidir.⁴⁹²

Ayrıca hakemler, eşler için verdikleri hükümde ittifak edemezlerse o hüküm geçersiz olur. Şayet bu kimseler vekil olsalardı müvekkillerinin tarafını tutacaklarından bir hükümde ittifak etmeleri neredeyse imkânsız olacaktı. Bu takdirde de ayetin iniş amacı gerçekleşmezdi.⁴⁹³

Ancak Cessâs’a göre, “erkeğin ailesinden bir hakem kadının ailesinden bir hakem gönderiniz” ifadesi ile “erkeğin ailesinden bir vekil kadının ailesinden bir vekil” veya “tarafların ailelerinden birer hakem gönderiniz” ifadeleri arasında bir fark yoktur. Çünkü bunların hepsi aynı kapıya çıkmaktadır. Dolayısıyla hakemden kastın vekil olamayacağını söylemek ve bundan yola çıkarak da hakemlerin birleştirmeye veya boşamaya yetkili olduklarını iddia etmek isabetli bir görüş değildir.⁴⁹⁴

b) Ayette “uzlaştırma”dan bahsedilmesinin nedeni, onun “ayrılık”tan daha hayırlı olmasındandır. Bu durum “hakemler sadece uzlaştırmaya hükmedebilir,

⁴⁹⁰ İBN KAYYIM, *Zâdu'l-Meâd* IV, 42; İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 539; KURTUBÎ, *el-Câmi'*, V, 116; SÂBÛNÎ, M. A., *Revâiu'l-Beyân*, I, 472; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn*, II, 765.

⁴⁹¹ İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 539.

⁴⁹² İBN KAYYIM, *Zâdu'l-Meâd*, IV, 42.

⁴⁹³ İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 540; İBN KAYYIM *Zâdu'l-Meâd*, IV, 42.

⁴⁹⁴ CESSÂS, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, III, 151.

tefrike hükmedemezler” anlamına gelmeyip, hakemlerin öncelikli vazifelerinin tarafları uzlaştırma olmasından dolayı ayette ayrılıktan bahsedilmemiştir.⁴⁹⁵

c) İbn Abbas’tan rivayet edildiğine göre; Hz. Osman kendisiyle birlikte Muâviye b. Ebî Süfyan’ı, Ukayl b. Ebî Talib ile karısı Fâtıma binti Utbe b. Rabîa arasındaki geçimsizliği çözmek için hakem olarak göndermiş ve onlara şöyle demiştir. “Eğer ayrılmalarını uygun görürseniz ayırın.”⁴⁹⁶ Bu ifadelerden anlaşıldığına göre, hakemler eşleri ayırmaya yahut birleştirmeye yetkilidirler. Oysa vekiller için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.⁴⁹⁷

Bu görüşü savunanların bir diğer delili de Hz. Ali döneminde yaşanan hadisedir. Bu olayı her iki görüşü savunanlar da kendileri için delil olarak sunmaktadırlar.

d) Hz. Ali döneminde, bir karı-kocanın aralarında oluşan anlaşmazlık neticesinde halifeye gelip geçimsizliklerini arz etmelerinden sonra, Hz. Ali’nin duruma binaen hakem tayin ettiğini bildiren rivayet hakkındaki bir diğer yorum şu şekildedir: Bu olay göstermektedir ki, hakemler eşleri ayırma veya birleştirme yetkisine sahiptirler. Hz. Ali’nin kocayı hakemin hükmünü kabul etmeye zorlaması bu görüşün delilidir. Öte yandan şayet hakemler vekil konumunda olsalardı Hz. Ali kocaya “Hakkında verilecek hükme razı mısınız?” demeyip, “O ikisinin vekilliğine razı mısınız?” derdi.⁴⁹⁸

İmam Mâlik’e göre, Hz. Ali’nin erkeğin tıpkı kadının söylediği gibi söylemesini istemesinin nedeni, hakemlerin boşamaya hükmedebilmek için erkeğin rızasının alınmasının şart olmasından değildir. Aksine kadının “Allah’ın kitabındakine razıyım” derken, erkeğin “Boşamaya gelince hayır” diyerek sanki boşama Allah’ın kitabında yer almıyormuş gibi konuşmasındandır. Bundan dolayı Hz. Ali adama kızmıştır. Bunun yanında “Allah o ikisini muvaffak kılar” buyrulurak

⁴⁹⁵ SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti’z-Zevceyn*, II, 765.

⁴⁹⁶ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 169; İBN KAYYIM, *Zâdu’l-Meâd*, IV, 42; İBN KESİR, *Tefsiru’l-Kur’âni’l-Azîm*, I, 655; MÂLİK, *el-Müdevvenetü’l-Kübrâ*, II, 372; MEVDÛDÎ, *Tefhimu’l-Kur’ân*, I, 371.

⁴⁹⁷ SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti’z-Zevceyn*, II, 765.

⁴⁹⁸ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 169; İBNÜ’L-ARABÎ, *Ahkâmu’l-Kur’ân*, I, 539; KURTUBÎ, *el-Câmi’*, V, 116.

hem ayrılık hem de diğer durumlar kastedilmiştir. Muvaffak olmaktan kasıt o ikisinden sorumluluğun kalkmasıdır ki, bu bazen ayrılıkla bazen de sulh ile gerçekleşir.⁴⁹⁹

Burada İmam Mâlik'in konuyu farklı bir açıdan yorumladığını görmekteyiz. Bize göre de bu olayda Hz. Ali'nin kocayı hakem kararına zorlamasının nedeni kararın geçerliliği için kocanın rızasının bulunması gerektiğinden değildir. Zira kocanın rızası şart olmuş olsaydı Hz. Ali gibi bilgili olan bir kişi "Dinde zorlama yoktur..."⁵⁰⁰ ayetinin ve Hz. Peygamber'in sünnetinin hilafına bir tavır sergileyerek kocayı buna zorlamazdı.

Şayet bu görüş ekseninde Hz. Ali'nin burada adamı boşamaya zorladığı kabul edilirse şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki, devlet başkanı tahkime gidip boşanmayı kabul etmeyen erkeği buna zorlayabilir. Dolayısıyla bu durumda da yine hakemlerin boşama yetkisi vardır. Bu nedenle yukarıda yer verdiğimiz İmam Mâlik'in görüşünün tercihe şayandır.

e) İbn Abbas'tan gelen bir rivayete göre Ali b. Ebî Talha şöyle demiştir: Allah Teâlâ, erkeğin ailesinden bir kişi, kadının ailesinden de bir kişi olmak üzere, iki sâlih kişinin gönderilmesini emretmiştir. Hakemler, kötülük yapan erkek ise karısını ondan ayıracaklar ve erkeğin üzerine nafaka koyacaklardır. Şayet kötülük yapan kadın ise, bu durumda da onu kocasıyla birleştirecekler ve kadına nafakayı vermeyeceklerdir. Hakemler çiftleri ayırmak veya birleştirmek hususunda ittifak ederlerse bunu emretmeleri caizdir. Eğer hakemler birleştirmeyi uygun görür de karı-kocadan herhangi birisi buna razı olur, diğeri istemezse veya daha sonra birisi razı olursa; razı olan diğere varis olur.⁵⁰¹

f) Hakemlerin boşamaya karar verme yetkileri olmalıdır. Zira Bakara suresi 229. ayette "...iyilikle tutmak veya güzellikle bırakmak..." ifadesi kullanılmıştır. Eşler arasında şiddetli geçimsizlik zuhur ettiğinde iyilikle tutmak mümkün olmayacağı için güzellikle bırakmak gerekir. Güzellikle salıverme işini yapmaya

⁴⁹⁹ EL-BEĞAVÎ, *Tefsiru'l-Beğaviyyi*, I, 424; MÂLİK, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, II, 372.

⁵⁰⁰ Bakara: 2/256.

⁵⁰¹ İBN KEŞÎR, *Tefsiru'l-Kur'âni'l-Azim*, I, 655; KÂSİMÎ, *Mehâsinu't-Te'vîl*, V, 136; REŞİD RIZÂ, *Tefsiru'l-Menâr*, V, 78.

hakemler yetkilidirler.⁵⁰² Dolayısıyla böyle bir durumla karşılaşıldığında onların rızasını almadan ayrılığa hükmetmek hakemlerin üzerine vaciptir.⁵⁰³

g) Eşlerden birinde hastalık veya bir kusur bulunması durumunda, hâkimin boşamaya hükmetme yetkisi olduğu hususunda İslâm hukukçuları ittifak etmişlerdir. Bu durumda hâkimin tayin etmiş olduğu hakemler hâkimin naibi oldukları için onların da boşama hakları bulunmalıdır.⁵⁰⁴

h) Bir diğer görüşe göre, hâkim, hakemleri, eşler arasında adaleti ikâme etmeleri için göndermektedir. Adalet tarafların arasında sulhü gerçekleştirme ile sağlanabileceği gibi onları boşama şeklinde de temin edilebilir. Sulhü kabul edip tefriki kabul etmemek adilce değildir.⁵⁰⁵

1) Bu görüş sahiplerinin bir diğer delili de şu şekildedir:

Hakemlerin akıllı, baliğ, Müslüman ve adil olmaları gerekir. Kâdi, şöyle der: Şâfiî mezhebine göre, hakemlerin hür olması gerekir. Zira kölenin şahitliği kabul edilmezken hakem olması söz konusu olamaz. Oysaki vekilin hür olması şart değildir. Köle de vekil olabilir. Dolayısıyla hakemler vekil konumunda olmayıp, hâkim konumundadırlar. Zira hâkimlerin hüküm verebilmeleri için hür ve adil olmaları gerekir.⁵⁰⁶

Süddî'ye göre, hakemler hâkimin velâyetine sahiptirler. Bu nedenle onların boşama veya başka bir karar vermeleri için tarafların rızalarını almaları şart değildir. İbn Kesir de, bu konuda Süddî ile aynı görüşü paylaşmaktadır.⁵⁰⁷

Görüldüğü gibi bu görüş sahiplerine göre hakemler rızaları alınmaksızın eşleri boşamaya ehildirler. Nitekim Kur'ân, ayetleriyle hakemlerin boşamada yetkili olduklarına işaret etmekle birlikte, Hz. Osman ve Hz. Ali dönemlerinde de bunun örneklerinin var olması hakemlerin boşama yetkilerinin bulunduğu delildir.

⁵⁰² EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâlü 'ş-Şahsiyye*, s. 363.

⁵⁰³ SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, II, 765.

⁵⁰⁴ AFZALURRAHMÂN, *Hz. Muhammed S.A.V (Sîret Ansiklopedisi)*, II, 71.

⁵⁰⁵ SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, II, 766.

⁵⁰⁶ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VIII, 169.

⁵⁰⁷ KÂSİMÎ, *Mehâsinu 't-Te 'vîl*, V, 137; İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 83; MÂLİK, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, II, 372.

Mevdûdi de Hz. Osman ve Hz. Ali'nin hakemlere boşama yetkisi vermelerine dikkat çekerek şöyle demektedir: “Bundan anlaşılacağı gibi, hakemlerin kendileri adli yetkilere sahip olmuyorlar, ancak şer’i mahkeme kendilerine karar verme hakkı verirse bunu pekalâ kullanabiliyorlar.”⁵⁰⁸

Yine bu görüşe göre, hakemler resmi otorite tarafından atanan hâkim konumunda oldukları için, vermiş oldukları hükmü başka bir beldedeki hâkime yazı ile bildirseler, bu yazı dikkate alınarak gereği yapılır.⁵⁰⁹

Hakemlerin yapmış olduğu boşamanın hükmü hususundaki görüşler de şu şekildedir:

İmam Mâlik'ten nakledilen bir görüşe göre, İbrahim en-Nehât hakemlerin eşleri isteklerine göre bir, iki veya üç talâkla boşamalarının mümkün olduğunu zikretmiştir.⁵¹⁰

Ancak İmam Mâlik'in tabiiyelerinin hakem heyetine tanıdıkları boşama yetkisinin sayısında ihtilaf ettikleri görülmektedir. Zira İbn Kâsım'a göre, hakem heyetinin boşaması bir talâk sayılırken, Eşheb ve Muğire'ye göre, üç talâk sayılır.⁵¹¹

İbn Nuceym'e göre, hakemin taraflardan birinin vekilliğini kabul etmiş olması, onun hakemliğini sona erdiren sebeplerdendir.⁵¹² Buna göre, İbn Nuceym'in hakemlerin vekil konumunda olduğu görüşüne katılmadığı anlaşılmaktadır. Hatta ona göre hakemin taraflardan birinin vekili olması onun görevini sonlandıran nedenler arasındadır. İbn Nuceym de bizler gibi hakemlik ile vekillik görevini birbiriyle bağdaştıramamış olacak ki böyle bir görüş serdetmiştir.

Mecelle'nin konu hakkındaki hükmü ise şu şekildedir: “Hâkimlerin kazaları dâhilindeki ahalinin cümlesi, hakkında hükümleri nasıl ki lâzimu'l-icrâ ise, muhakkemlerin dahi onları tahkim edenler hakkında ve muhakkem oldukları hususta

⁵⁰⁸ MEVDÛDÎ, *Tefhimu'l-Kur'ân*, I, 372.

⁵⁰⁹ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, XI, 484.

⁵¹⁰ KÂSİMÎ, *Mehâsinu't-Te'vîl*, V, 137.

⁵¹¹ İBN RÜŞD, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 83.

⁵¹² İBN NUCEYM, *Bahru'r-Râik*, VII, 26.

hükümleri ol veçhile lâzım olur. Binaenaleyh hakemler usulü meşruasına muvafık olarak hükmettikten sonra tarafeynden hiçbirisi ol hükmü kabulden imtina edemez.”⁵¹³

Buradan da anlaşılacağı üzere Mecelle’ye göre, hakemler usulüne uygun olarak hükmederlerse verilen karar tarafları bağlar. Çünkü hakemler de anlaşmazlık yaşanan konuda hâkim konumundadırlar. Şayet hakemlerin verdiği kararı, hâkim usule uygun bulmazsa kararı bozar ve kendisi yeniden davayı inceler.⁵¹⁴

Bu madde her ne kadar hakemlerin boşama yetkileriyle alakalı olmasa da onlara verilen yetkinin sınırlarını belirler niteliktedir. Zira ilgili hükme göre hakemler özerk bir şekilde hüküm vermekte ve verdikleri hüküm taraflar için bağlayıcı olmaktadır.

Hakem kelime anlamı itibariyle hüküm veren kişi demektir. Ancak hâkimden farklı tarafları da vardır. Zira hâkim, kamu görevlisidir ve devletin adına adaletin tecellisini sağlayan kişidir. Hakem ise adaleti davalarına baktığı taraflar ve kendi namına tecelli ettirir. Yani hâkim devlet yargısının temsilcisi iken, hakem özel yargının temsilcisidir. Bununla birlikte hâkim tüm konularda hüküm verebilirken, hakem için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Hakem ancak tahkime gidilebilecek konularda yetki sahibidir. Ancak bu, “hakem vekil konumundadır” demek de değildir. Zira hakemlik görevi kelime anlamı itibariyle ihtilafa düşülen konuda hüküm verme işi iken, vekillik kendisine verilen yetkiler kapsamında müvekkilinin haklarını koruma, onu savunma işidir. Vekil olan kişi vekâletini aldığı kişiden bağımsız hareket edemez. Bu iki kelime arasında harflerin teşekkülü itibariyle nasıl bir ayrım söz konusuysa anlamları arasında da o denli bir farklılık mevcuttur. Çünkü vekil olan kişi asla müvekkilinin mağdur olmasına imkân tanımayacak ve bu uğurda da gerektiği yerde haksız söz ve fiillerde bulunabilecektir. Objektiflikten uzak olacak ve müvekkilinin istekleri doğrultusunda kararlar alacaktır.

Bu sebeplerden dolayı kanaatimizce hakemler hâkim konumunda olmadıkları gibi vekil konumunda da değildirler. Bize göre hakemler adil, bilgili, tecrübeli, hâkimler tarafından seçilen ve dolayısıyla hâkimin yardımcısı konumunda olan

⁵¹³ Mecelle m. 1848.

⁵¹⁴ Mecelle m. 1849.

kimselerdir. Öte yandan dört mezhebin de ittifakla hâkimlerin özelliklerinin hakemlerde de bulunması gerektiği görüşü, âlimlerimiz için hakemlerin vekilden öte bir konumda olduklarını düşündürmektedir.

Bu nedenle kanaatimizce hakemler gerektiğinde eşleri boşayabilme yetkisine sahip olmalıdırlar. Aksi takdirde ayetteki hakem gönderme emrinin bir anlamı kalmaz. Elbette ayetteki emirle kastedilen eşlerin barıştırılmalarıdır. Ancak bu mümkün olmuyorsa ne yapılacaktır? Hakemler eşleri o halde bırakıp geri mi döneceklerdir? Bu hiç de mantıklı ve insafli bir tutum olmayacaktır. Nitekim eşleri o halde bırakmak, ne haliniz varsa görün demekten başka bir şey değildir. Böyle bir durumda eşler arasındaki problem iyice büyüyecek, tarafların birbirlerine olan saygı ve sevgileri gittikçe azalacaktır. En önemlisi de çocuklar böyle bir ortam içerisinde hem bedenen hem ruhen hiç de sağlıklı bir büyüme gerçekleştiremeyecekler, psikolojileri alt üst olacaktır. Bu nedenle anlaşmazlık giderilemediğinde hakemler hem eşler, hem de çocuklar için en doğru olanı yapıp boşama kararı alabilmeleri gerektiği kanaatindeyiz.

Bunun yanı sıra aklımıza farklı bir soru daha gelmektedir ki o da şayet ayetteki emir sadece ıslah girişimi ile sınırlı ise Allah insanları neden böyle bir zahmete sokmaktadır? Zaten hiçbir Müslüman bir yuvanın yıkımına seyirci kalamaz. Hele ki bu tarafların yakınlarından ise asla karı-kocayı ıslah girişiminde bulunmaksızın onları başıboş bırakmazlar. Yine aynı şekilde kendisine geçimsizlik nedeniyle başvurulduğunda hiçbir hâkimin de eşlerin problemlerini dinlemeksizin, çözüm yolu aramaksızın hemen boşama kararı aldığı görülmemiştir. Allah da abes bir emirde bulunmayacağına göre ve boşama yetkisinin yalnız erkeğe ait olduğunu bildiren veya işaret eden bir ayet de bulunmadığına göre, hakemlerin boşamaya hükmedebileceği kanaatindeyiz. Zaten 1917 tarihli kararnamede de bildirildiği gibi haksız olan taraf boşanma kararına müsaade etmeyeceği için eşlerden böyle bir rızanın istenmesinin yersiz olduğunu düşünüyoruz.

Hakemlerin konumu ve yetkileri hususunda, 1924 tarihli Aile Hukuku Tasarısında şu ifadeler yer almaktadır: “...Hakemler eşleri barıştırmayı başaramazlarsa dilerlerse eşleri boşarlar, dilerlerse de durumu hâkime intikal ederler. Kendisine yeniden gelen davayı hâkim kendisi boşamaya hükmederek

sonuçlandırabileceği gibi, yeni bir hakem heyeti oluşturup tekrar tarafları sulhe davet eder. Bu heyet de sulhü başaramazsa eşleri ayırabilecekleri gibi hükmü hâkime de bırakabilirler.”⁵¹⁵ Bu ifadeler doğrultusunda da tasarıda eşlerin rızasını almaksızın hakemlerin boşamaya yetkili oldukları görüşünün benimsendiği görülmektedir.

Acar, konu hakkında şu yorumları yapmaktadır: “Sonuç itibariyle Kur’ân’da hakemlerin, arabuluculuk görevi ile yükümlü kılınmış olmaları, karı-koca arasını ayırmada yetkili kılındıklarına dair bir işaretle bulunmaması itibariyle hakemlerin asli görevinin, eşleri barıştırmak olduğu, buna muvaffak olamadıkları takdirde mevcut şartlarda evliliğin devam edemeyeceği görüşünde olduklarını mahkemeye bildirmekten ibaret olduğu sonucuna varılabilir. Buna göre hakemlerin tefrik konusunda karar merciinde olmadıkları bu konuda kararın hâkime ait bulunduğu, bu nedenle de kocanın tefrik konusunda hakemlere vekâlet vermesinin tartışma konusu olmayacağı söylenebilir.”⁵¹⁶

Cin’e göre, Hanefî mezhebinin görüşü olan boşanmaya hükmedebilmeleri için hakemlere vekâlet verilmesi gerektiği görüşü isabetli bir görüş değildir. Zira eşlerin hakemlere vekâlet vermeleri tamamen kendi arzularına bırakılmıştır. Dolayısıyla kusurun kendisinde olduğunu bilen tarafın da böyle bir vekâlet vermeyeceği açıktır.⁵¹⁷

Şimdiye kadarki bölümde, Kur’ân’da tahkime gitmenin emredildiğini, emrin hâkimlere yapıldığını, hâkimlerin öncelikli olarak eşlerin yakınlarından, bulunmadığı takdirde de yabancılardan hakem tayin etmeleri gerektiğini, hakemlerinin konumunun ne olduğunu ve boşama yetkilerinin bulunup bulunmadığını, tespit etmeye çalıştık. Bunun yanında Nisa suresi 35. ayette emredilen hükmün İslâm hukukçuları tarafından net olarak anlaşılmadığına dair görüşlerin var olduğunu ifade ettik ve tahkim usulünün İslâm dünyasında uzun yıllar sonra uygulama alanı bulduğunu ifade ettik. Tüm bunlardan sonra insanın aklında şu soru beliriyor:

⁵¹⁵ Bkz. 1924 Tarihli Tasarı m. 122.

⁵¹⁶ ACAR, *İslâm Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, s. 41.

⁵¹⁷ CİN, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, s. 132.

Peki o zaman Kur'ân'da emredilen tahkim usulüyle boşanma prosedürü nasıldır?

3.6.6. KUR'ÂN'A GÖRE TAHKİM USULÜYLE BOŞANMA PROSEDÜRÜ

Nisa suresi 35. ayette tahkim usulünün işletilmesi isteyen emrin vücûb ifade ettiğini ve dolayısıyla eşlerden her birinin şiddetli geçimsizlik nedeniyle mahkemeye başvurmaları gerektiğini ifade etmiştik. O halde ayette emredilen tahkim usulüyle boşanma nasıl gerçekleşmektedir? Prosedür nasıldır?

Mâlikilere göre tahkim sistemiyle boşanma şu şekilde gerçekleşmektedir:

“Kadın şikâyetini mahkemeye bildirir ve kocasının kendisine zarar verdiğini veya davasında haklı olduğunu ispat ederse, hâkim tahkim usulüne başvurmadan boşanmaya hükmeder. Ancak kadın zararı veya davasında haklı olduğunu ispat edemez ve boşanma talebinde de ısrar ederse, hâkim eşlerin ailelerinden münasip birer hakem tayin eder ve durumu onlara havale eder. Hakemler gerekli araştırma ve soruşturmayı yaparak önce eşlerin arasını uzlaştırmaya çalışırlar. Anlaşma ve uzlaşma mümkün olmadığı takdirde, suçlu erkek olması halinde “talâk”, kadın olması halinde ise “hul” şeklinde boşanmaya hükmederler ve neticede vardıkları kararı hâkime bildirirler. Hakemlerin hükmü kesin olup, hâkim onu değiştirmeksizin karara bağlar. Hâkimin bu şekilde boşanmaya hükmetmesi bir bâin talâk sayılır.”⁵¹⁸

Mâlikilerin görüşü olan zikrettiğimiz bu boşanma prosedürünün Kur'ân'da emredilen boşanma öncesi yapılması gereken usul ile bire bir uyduğuna söylemek pek mümkün değildir. Zira bu görüşe göre, kadın kocasının geçimsizliği nedeniyle mahkemeye başvurursa ve ayrılık gerekçesini ispat edebilirse hâkim tahkime gitmeksizin boşanmaya hükmeder. Ancak yukarıda da ayrıntılı şekilde izah ettiğimiz gibi Nisa suresi 35. ayetteki hakem gönderme emri vücûb ifade etmekte ve eşler

⁵¹⁸ ŞA'BÂN, *el-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, s. 493–494; EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, s. 362; SÂBÛNÎ, A., *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn*, II, 768.

arasında her türlü boşanma gerçekleşmeksizin öncelikle tahkime gidilmesi şart koşulmaktadır.

Mâlikilerin böyle bir görüşü benimsemelerinin nedeni kanaatimizce tefrikin kadına verilmiş bir boşama hakkı olduğu görüşünün getirilerindedir. Nitekim tefrik yolu ile kadının boşanabilme hakkı vardır. Dolayısıyla boşanma gerekçesini hâkime ispatlayarak kadın, tahkime ihtiyaç duyulmaksızın eşinden ayrılabilir.

Ancak böyle bir görüşü benimsemenin ayetin amacıyla bağdaşık bağdaşmayacağı hususu tartışılabilir. Zira boşama hakkını elinde bulunduran erkeğin dahi boşamayı gerçekleştirmeden önce tahkime gitmesi gerekmektedir. İbnü'l Arabî'nin aşağıda yer vereceğimiz görüşleri düşüncelerimizi destekler mahiyettedir. Müfessirimize göre ayette emredilen boşama prosedürü şu şekildedir: Koca karısını boşamadan önce muhakkak geçimsizliklerini mahkemeye bildirmelidir. Eşler arasında geçimsizliğin olduğunu öğrenen hâkim eşlerin akrabalarından hakem tayin etmelidir. Bu hakemler eşlerin problemlerini çözümlmek için tüm gayretlerini sarf ettikten sonra sulhü başaramazlarsa boşamaya hükmetmelidir.⁵¹⁹

Mâlikilerin görüşü ekseninde hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 130. maddesinde de hâkimin hakem tayin etmeksizin eşleri ayırdığı hususunda herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Bunun yanında kararnamenin ilgili maddesinde hakemlerin suçlu olan tarafı dikkate alarak talâk veya mehrin bir kısmının verilmesi şeklindeki hul' ile boşamaya hükmettikleri bilinmektedir.

Kâsımî'ye göre, şayet eşler barışmıyorlarsa, birbirlerini affetmiyorlarsa, koca eşini boşamıyorsa ve kadın da fidye karşılığı boşanmıyorsa bu durumda ayette emredilen hakem gönderme emrinin yerine getirilmesi gerekir. Seçilen bu salih kişilerin vazifesi zalimlik yapanın zulmüne mani olmak ve eşleri barıştırmaktır.⁵²⁰ Anlaşılan o ki ayetin hükmü Kâsımî tarafından da nedb olarak kabul edilmektedir. Aksi takdirde, âlimin tahkime gitmeyi, talâk veya muhâlea sonrasına koymaması gerekirdi.

⁵¹⁹ İBNÜ'L-ARABÎ, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I, 543.

⁵²⁰ KÂSİMÎ, *Mehâsinu't-Te'vîl*, V, 135.

Reşid Rıza'nın konu hakkındaki görüşü şöyledir: Geçimsizlik kadından kaynaklanıyorsa erkek bir önceki ayette belirtilen usullerle kadını te'dîb eder. Ancak kadın geçimsizlikte ısrar ederse veya erkek geçimsizliğe sebep olursa veya geçimsizlik eşlerin her ikisinden kaynaklanır ve bundan dolayı aile hukukuna riayet edemeyeceklerinden korkarlarsa, bu durumda eşlerin tahkim usulüne başvurmaları vacip olur ve hâkimin hükmüne razı olmaları gerekir. Çünkü ayetin zahirine bakıldığında tahkime başvurmanın vacip olduğu görülmektedir. Ancak ulema bu konuda ihtilaf ederek "...gönderiniz..." emrinin vücûb mu yoksa nedb mi ifade ettiğiyle meşgul olmuşlar, maalesef ayetin hükmüyle amel etmeyi ihmal etmişlerdir.⁵²¹

Muasır İslâm hukukçularından Muhammed Ebû Zehra *el-Ahvâlü's-Şahsiyye* isimli eserinde konu hakkında şunları ifade etmektedir. "Tahkim usulünün uygulandığı özel bir geçimsizlik hali yoktur. Eşler arasında meydana gelen her türlü geçimsizlik halinde tahkim usulüne başvurmak zorunludur. Çünkü "şikâk", Kur'ân'da mutlak olarak zikredilmiş ve tahkim usulüne başvurulması emredilmiştir."⁵²² Âlimin bu görüşünden yola çıkarak biz nafaka ve hidâne konuları da içersinde yer almak üzere onun aile hukukuyla alakalı her konuda tahkime başvurulması gerektiği kanaatinde olduğunu anlamaktayız.

Çağdaş İslâm hukukçularından Hayreddin Karaman, Nisa 34. ayette emredilen metotlar uygulandıktan sonra geçimsizlik hâlâ sona ermezse bu durumda koca, "ya boşama yoluna başvuracak yahut da durumu hâkime ve hakemlere intikal ettirecektir. Kötü davranış, geçimsizlik, aile hukukuna riayetsizlik kocadan geliyorsa kadının yapacağı iş durumu hâkime ve hakemlere intikal ettirmektir" demektedir.⁵²³ Müellifin kocanın hâkime başvurmaksızın eşini boşayabileceği şeklindeki görüşü, onun aynı surenin 35. ayetinin hükmünü nedb olarak algıladığını ve kocanın tahkim usulüne başvurmaksızın boşamayı gerçekleştirebileceği görüşüne inandığını gösterir. Karaman'ın böyle bir görüş benimsemesinin altında yatan temel neden onun boşama yetkisini erkeğe has bir hak olarak kabul etmesinden olsa gerektir.

⁵²¹ REŞİD RIZÂ, *Tefsîru'l-Menâr*, V, 79.

⁵²² EBÛ ZEHRA, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, s. 365.

⁵²³ KARAMAN, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku* 2, s. 125, 126.

Bunun yanında “Kur’ân’a Göre Boşanma Prosedürü” isimli makalesinde Hamza Aktan da boşanma öncesi dört merhalenin gerçekleşmesi gerektiğini ifade eder. Bunlar tahammül ve hoşgörü, eşin uyarılması, akrabaların müdahalesi, boşanma zamanıdır.⁵²⁴ Müellifin makalesinde ayrıntılı bir şekilde yer verdiği bu aşamalara kısaca değinmek istiyoruz.

3.6.6.1. TAHAMMÜL VE HOŞGÖRÜ

Birbirinden ayrı karakterlere sahip iki kişinin her konuda anlaşması, evliliklerinde hiçbir sorunun yaşanmaması neredeyse mümkün değildir. Elbette bazı anlaşmazlıklar yaşanacak, bazı farklılıklar söz konusu olacaktır. Ancak bu durumlarda eşlerin birbirlerine tahammül ve hoşgörüyle yaklaşmaları gerekir. Taraflar hassas oldukları konuları gündemde tutmamalı, sorunları büyütmemelilerdir. Eşlerin mutlu ve huzurlu bir aile için bazı konularda bazı fedakârlıklar göstermeli şarttır.⁵²⁵

3.6.6.2. EŞLERİN UYARILMASI

Var olan anlaşmazlığın nedeni kadın ise, kocanın Nisa suresi 34. ayet ekseninde hareket etmesi gerekir. Karısının geçimsizliğinden rahatsız olan kocanın akl-ı selim ile davranarak eşini anlamaya çalışması, ona karşı tahammüllü olması ve güzellikle eşini uyarması gerekir. Kocasının sözlü uyarılarına rağmen kadın nüşûzluğuna devam ediyorsa erkeğin duruma göre eşinden yatağını ayırma ve son olarak onu hafifçe darb etme önlemleri alması mümkündür. Ancak kocanın tüm bu

⁵²⁴ AKTAN, “Kur’ân’a Göre Boşanma Prosedürü”, s. 5–15.

⁵²⁵ Eşlerin karşılıklı fedakârlıklarda bulunarak, sorunları büyütmemek için birbirlerine karşı tahammül ve hoşgörülü yaklaşmaları gerektiği bildiren Kur’ân ayetleri şunlardır: Bakara: 2/231, Nisa: 4/19, Talâk: 65/2.

başvuru yöntemleri karısını cezalandırmak için değil, evliliklerini devam ettirmek maksadıyla olmalıdır. Kadının nüşûzluğu bırakmasından sonra da kocanın hâlâ karısına baskı yapması bahsi geçen ayetle yasaklanmıştır. Ayrıca evliliğinin devamı için alınan bu tedbirler her koca ve eşine göre değişebilir. Koca karısı üzerinde tesirli olacağını ve karısını kendisinden uzaklaştırmayacağını düşündüğü yöntemi seçmelidir. Bu hususta dikkatli olmalı ve düşünerek hareket etmelidir.

Şayet geçimsizlik nedeni kocanın nüşûzuysa bu durumda evliliklerinin devamı için tahammüllü davranması, bazı fedakârlıklarda bulunması gereken kadındır. Böyle bir durumda kadının sabırlı olmasını, hoşgörülü davranmasını aynı surenin 128. ayeti emretmektedir. Böyle durumda kadın kocasıyla konuşacak, anlaşma zemini arayacaktır. Kocanın karısının bu çabalarına cevap vermesi gerektiği ayette açık bir şekilde ifade edilmiştir.

3.6.6.3. AKRABALARIN MÜDAHALESİ

Aktan, boşanma öncesi gerçekleştirilmesi gereken aşamalardan üçüncüsünü akrabaların müdahalesi olarak saymaktadır. Şayet eşler aralarında uzlaşmayı sağlayamamışlarsa, evliliklerinin sona erecekleri endişesi oluşmuşsa ailelerin devreye girip, duruma müdahale etmeleri gerekir. Tecrübeli ve yaşça büyük olan aile büyükleri olaya objektif yaklaşıp gerçekten eşleri barıştırmaya niyetlenirse bu isteklerinde başarılı olacaklardır.

Müellife göre, hakemlerin aileden olması geçimsizliklerinin nedenini açıklamada taraflar için büyük bir rahatlık ve kolaylık yaratacaktır. Zira kişi sırlarını yabancılara rahatça anlatamaz. Oysa hastaya tedavinin başlanabilmesi için öncelikle teşhisin konulması gerekir. “Bu nedenle Kur’ân aile içi anlaşmazlıkların çözümünü gene aile içinde aramak gerektiği yönünde bir uyarıda bulunmaktadır.”

3.6.6.4. BOŞANMA ZAMANI

İslâm da aile birliğinin devamı arzulansa da eşler için bir zulüm, eziyet haline gelen birlikteliğin sona erdirilmesine müsaade edilmiştir. Ancak bu sıralanan aşamaların gerçekleşip olumlu bir yanıt alınamaması sonucunda boşanmanın ancak iddet süresinde yapılmasına izin verilmiştir. Kur'ân'da "Ey Peygamber! Kadınları boşamak istediğiniz zaman onları iddetleri içinde boşayın..."⁵²⁶ buyrulurken boşanmanın ancak kadının temizlik döneminde ilişkiye girilmeden yapılması gerektiği bildirilmiştir. Böylesine bir kayıt konulmasının sebebi eşlerin ve çocuklarının tüm yaşamını etkileyecek olan boşanmanın ani bir karar veya kırgınlık sonucu gerçekleşmesine mani olmak içindir. Her ne kadar fukaha süresi dışında yapılmış boşanmanın geçerliliği konusunda ihtilaf etse de Aktan süresine ve aşamalarına riayet edilmeksizin gerçekleşen boşanmaların Kur'ân'a uygun olmadığını belirtmiştir.⁵²⁷

Karı ve koca evliliklerini sona erdirmek istiyorlarsa yetkili mahkemeye müracaat edip dava açmalıdırlar. Karı-kocanın dava açması eşlerin arasında var olan geçimsizliğin öğrenilmesini sağlayacaktır. Tarafların aralarında var olan geçimsizliğin giderilebilmesi için bu bilgilenmeye ihtiyaç vardır.

Ayette emredilen hakem müessesesi işletilmeden evlilik birliğinin sona erdirilmesi Kur'ân'ın esprisine aykırıdır. Bunu sağlamanın yolu, uyuşmazlığın açıklanmasıdır ki, en uygun açıklama mercii mahkemedir.

"Ayrıca hakemi belirleme görevi, kapalı toplumlarda mahkemeler dışında, aile fertleri ve resmi olmayan kişilere aittir. Hukukun korunmasında yaptırım gücüyle, adli mahkemelerin önem kazandığı, gelenek ve göreneklerin müeyyidesini kaybettiği günümüz sanayi toplumlarında, karı-kocanın ayrılmasıyla sonuçlanabilecek, dolayısı ile eşlerin, çocukların ve diğer hısımların ilgili bulunduğu bir konuda görüş bildirecek olan hakem kurulunun resmi bir niteliği olmalıdır. Bu nedenle hakemlerin mahkemece belirlenmesi esas olmalıdır."

⁵²⁶ Talâk: 65/1.

⁵²⁷ AKTAN, "Kur'ân'a Göre Boşanma Prosedürü", s. 15.

“...İşte ancak bu şartların gerçekleşmesinden sonradır ki, Kur’ân’a göre, geçerli bir talâk vâki olmuş olur. Bu aşamalardan geçmeden vâki olan talâkın geçerliliğinden söz edilemez.” Kur’ân’ın evlilik hukukunu eşlerin insafına terk ettiği düşünülemez.⁵²⁸

Aktan, mahkemenin boşamasını savunduğu gibi, mahkeme usulüyle gerçekleşen boşanmalarda yapılan yanlışları da eleştirir. Ona göre, huzursuzluklarını mahkemeye intikal ettiren, boşanma taleplerini bildiren tarafların isteklerine mahkemenin ilgisiz davranması savunulacak bir şey değildir.⁵²⁹

Nihat Dalgın’ın bu husustaki görüşlerine katılmaktayız. Ona göre, Nisa suresi 35. ayetin emrettiği üzere, boşanma kararı alan eşleri, yakınları yeniden barıştırmaya uğraşmalıdırlar. Kapalı toplumlarda bu emir, eşlerin yakınları tarafından yapılıyordu. Ancak toplumumuz büyük bir sosyal değişim geçirdiği için ülkemizde bu uygulama mahkemelerin seçeceği hakemlerce yapılmalıdır.⁵³⁰ Nitekim Malezya’da bu uygulama mevcuttur. Evliliklerini yürütemeyeceğini anlayan taraf mahkeme huzuruna çıkıp, şikâyetlerini dile getirir, bundan sonra mahkeme çiftlere ya kendisi danışmanlık yapar veya seçtiği hakemler bu görevi üstlenir.⁵³¹

Ancak bize göre mahkemenin tayin ettiği hakemler de bu görevi yürütebilirler; fakat iki hakem yerine alanlarında uzman, yeterli sayıda elamanı olan özel bir müessese teşekkül edilirse alınacak başarı çok daha fazlalaşacağı gibi her boşanma davasında hâkimleri hakem tayin etme gibi bir külfete sokmaya gerek kalmayacaktır. Bunun yanında mahkemelerdeki dava sayılarındaki azalma nedeniyle hâkimler incelemeleri gereken dosyalara yeterli zamanı ayıracaklar, böylelikle hem genel yargıdaki normal davalar hem de eşler arasındaki boşanma davaları daha kısa zamanda çözümlenecektir.

⁵²⁸ AKTAN, “Kur’ân’a Göre Boşanma Prosedürü”, s. 30–33.

⁵²⁹ AKTAN, “Talâk”, İİGYA, IV, 244.

⁵³⁰ DALGIN, *İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi*, s. 218; AKTAN, “Kur’ân’a Göre Boşanma Prosedürü” s. 15.

⁵³¹ MUHSİN, *Kur’ân ve Kadın*, s. 123.

SONUÇ

İnsanlar toplu halde yaşamaya başladığı ilk dönemlerde henüz genel yargı organları oluşmamıştı. İnsanlar arasında yaşanan anlaşmazlıklar, ya çeşitli ölç alma metotlarıyla ya da hakem kararlarıyla çözümleniyordu.

O dönemlerde bugünkü gibi yapılanmış bir tahkim müessesesinin bulunmaması hakem kararlarının bağlayıcılığına gölge düşürse de, bu yargılama usulü maddi hukuk kurallarının henüz oluşmadığı dönemlerden bu yana varlığını sürdürmektedir. Bugün genel yargının yapılanmasından sonra da bu usule hâlâ başvuruluyor olması onun yargılamada başarılı bir yöntem olduğunu düşündürmektedir.

İlk dönem tahkim usulünün işleyişi, İslâm sonrası dönemdeki uygulamasına benzememektedir. Zira ilk dönemlerde uygulanan tahkim yargılamasında, taraflar için hakem kararları bağlayıcı olmayabiliyordu. Hakem kararının geçerliliği ancak lehine karar verilen kabilenin güçlü olmasına bağlıydı. Kararın bağlayıcı olması için hakemlerin yargılama öncesinde taraflardan rehin istedikleri de bilinen gerçeklerdendi. İslâm sonrası dönemde gerçekleşen tahkimlerde, kararın kabulü için bu tür bir uygulamaya gidilmemiştir. Bunun yanında ilk dönemlerdeki Batı toplumlarında bu yargılama usulünün gerçekleşmesi için, hakemlerin erkek olması şartı aranırken İslâm bu hususta bir yenilik getirerek kadınların da hakemliğine kapı aralamıştır. Nitekim Hanefilerin benimsediği bir görüşe göre, had ve kısas cezaları dışındaki davalarda kadınlar da hakemlik yapabilmektedir.

Hukuki çekirdeklerini, Roma hukuku kanunlarının oluşturduğu bugünün Batı devletleri, kadın haklarından ve erkek kadın eşitliğinden bahsederek kendilerinin modern ve kadın hakları savunucusu olduklarını söylemektedirler. Yine batılı hukuk düşünürleri İslâm'da kadına değer verilmediğini, İslâm hukukunun kadın haklarını çiğnediğini ve erkek egemenliğinden yana bir hukuk sistemi olduğunu iddia ederek

İslâm'ı ve İslâm hukukunu eleştirmektedirler. Hâlbuki kendileri kadının bilgi ve tecrübesinin yetersizliği nedeniyle hakemliğini kabul etmezken, İslâm hukuku kadına geniş haklar tanıyarak ve Hanefilik de olduğu gibi kadının hakemliğini kabul ederek hukuk temellerini Roma hukukunun oluşturduğu pek çok Batı devletinden daha modern olduğunu ispatlamıştır.

İslâm hukukunda tahkim usulünün hukuki dayanakları Kitap, Sünnet ve icma ile sabittir. Özellikle Allah'ın Nisa suresi 35. ayetiyle, eşlerin anlaşmazlık yaşamaları halinde boşanma kararı almadan önce bu usule başvurmalarını emretmesi tahkimin İslâm hukukunda bilinen ve uygulanan bir metot olmasını sağlamıştır. Ancak belirttiğimiz üzere bu usul ismini 1917 Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesi ile almıştır. Bu durum, bu müessesesinin daha önce bilinmediği ve İslâm tarihinde hiç uygulanmadığı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bazı bilim adamlarının, bu müessesenin Fransız hukukundan alındığı ve daha sonra kitapta yerinin arandığı şeklindeki iddiaları yersiz ve isabetsizdir.

Ancak İslâm hukukçuları Kur'ân'da emredilen tahkim usulünü ve ilgili ayetin vücûp ifade ettiğini prensip olarak kabul etmişlerse de, eşler arasında şiddetli geçimsizlik hâsıl olduğunda tahkime gitmeyi emreden bu ayete kurumsal bir içerik kazandırmamışlardır. Zira çoğunluk evliliği özel bir kurum olarak görmüş, Kur'ân ayetlerinde talâk hakkının yalnız erkeğe verildiği düşüncesiyle, bu kuruma müdahaleyi uygun bulmamışlardır. Bunun neticesinde İslâm tarihinde boşanmalar çoğunlukla tahkim müessesesi işletilmeksizin talâk, muhâlea ve tefrik yöntemleriyle gerçekleştirilmiştir. Bu da ayetin tam olarak anlaşılmadığını, hukuki bir forma dönüştürülüp fonksiyonelleştirilemediğini göstermektedir.

Bunun yanında hakem tayini hususunda ittifak eden ulemanın, hakemlerin tarafların rızasını almaksızın yapacakları boşama yetkileri noktasında ihtilafa düştükleri görülmektedir. Bir görüşe göre hakemler ancak karı-kocanın rızası dâhilinde boşamaya hükmedebilirlerken, diğer görüşe göre hakemler sulhü başaramazlarsa tarafların rızası olmaksızın da eşleri birbirinden ayırabilirler.

Bize göre, hakemlerin kararı ne yönde olursa ona hükmetmeleri mümkündür. Geçimsizliği göre eşleri o halde bırakmak ve zalimin zulmüne dur dememek İslâm'ın adalet anlayışıyla bağdaşmayacaktır. Kaldı ki, sulh girişimi gerek aileler gerekse de

hâkimler tarafından zaten yapılmaktadır. Buna rağmen ayette hakem heyetinin oluşturulmasının istenmesi kanaatimizce onların kendilerinde hasıl olan görüşü beyan etmelerinin mümkünlüğündendir. Aksi takdirde böyle bir külfete girmenin mantığı kalmayacaktır.

Şayet hakemlerin boşamaya hükmedebilmeleri için karı-kocadan boşama yetkisini almaları gerekir şeklinde bir düşünce benimsenirse, haksız olan taraf böyle bir yetki vermeyeceği için adaletin temini mümkün olmayacaktır. Bu nedenle tarafların rızası aranmaksızın hakemlerin kendilerinde hâsıl olan iki görüşten birini beyan etmeleri kanaatimizce mümkündür.

Hakemlerin boşama yetkilerinin bulunmadığını savunan görüşe göre, geçimsizlik boşanma sebebi olmamakla birlikte talâk hakkı erkeğindir ve bu hakkın ondan rızasız alınması mümkün değildir. Hanefilerin benimsemiş olduğu bu görüş uzun yıllar Osmanlı Devleti kanunlarında yer almış ve uygulama alanı bulmuştur.

Ancak 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 130. maddesi Hanefilerin bu görüşünü terk ederek tefrik için mahkemeye başvuran eşlere hakem tayinini zorunlu kılmıştır. İlgili maddeye göre oluşturulan Aile Meclisi, eşlerin durumunu gözlemler ve birleşmelerini uygun görürse onları birleştirir. Şayet sulh girişimleri başarısız olursa bu takdirde geçimsizlik kadındansa muhâleaya, erkektense boşamaya, eşlerin her ikisinden kaynaklanıyorsa da mehrin bir kısmını erkeğe vermeye hükmederek karı-kocayı birbirinden ayırır.

Kararname bu yönüyle Mâlikilerin görüşünü kabul ederek ve uygulamaya koyarak boşanma konusunda ciddi bir yenileşmeyi de beraberinde getirmiştir. Zira bu karar neticesinde geçimsizlik zuhur ettiğinde boşanmaya gitmeden önce, tarafların ya kendilerinin, ya da mahkemeyi haberdar etmeleri ile hâkimlerin karı-kocayı barıştırmaları için hakem tayin etmeleri zorunludur.

Sonuç itibariyle Nisa suresi 35. ayet İslâm'ın kadına, eşler arasındaki ilişkilere, aile kurumuna ve aile-toplum ilişkisine ne kadar önem verdiğini açık bir şekilde göstermektedir. Ayetteki “korkarsanız” şeklindeki hitabın karı-kocaya değil de üçüncü şahıslara yapılmış olması, sorunun özel olmaktan çıkıp, toplumsal bir mesele olduğu ve problemin giderilmesi için hakem müessesesinin işletilmesi

gerektiğini göstermektedir. Nitekim hakemlerin olaya müdahale etmesiyle, geçimsizlikte hiçbir günahı olmayan diğer aile fertlerinin de hakları korunacak, tarafların yaratmış oldukları anlaşmazlık ve gerginlik bu hakemler vasıtasıyla giderilecektir. Zaten ayetin gönderilme hikmeti gerçekten eşler arasında boşanma sebebi olacak kadar ciddi bir sorunun bulup bulunmadığına bakmaktır.

Bunun yanında, bahsi geçen bu ayet ekseninde düşünüldüğünde eşler arasında oluşan her türlü anlaşmazlıkta ve bilhassa İslâm aile hukukunun konuları olan evlilik akdi, mehir, nafaka ve hidanede konularında yaşanan anlaşmazlıklarda tahkime giderek, ihtilafı hakemler vasıtasıyla çözümlenmek kanaatimizce mümkün olmakla birlikte İslâmi emirlere uygun bir davranış olacaktır.

Bununla birlikte günümüzde var olan “boşama hakkı erkeğindir ve erkek dilediğinde onu kullanır” şeklindeki kanaatin, bu ayet ekseninde düşünülüp yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira İslâm hukukunda kadının da boşama hakkının bulunduğu ve dilediğinde kadının bu hakkın kullanımını için hâkime başvurabileceği kabul edilmiştir. Ancak bizim izahını yapmaya çalıştığımız husus bu haklarını kullanmadan önce gerek erkeğin ve gerekse de kadının geçimsizlikten mahkemeyi haberdar edip hakem müessesesine işlerlik kazandırmaları gerektiğidir.

Biz, tam anlamıyla İslâm’a ve Kur’ân’a uygun boşanmaların ancak bu usule başvurularak ve hakemlerin sulh teşebbüslerinden sonra gerçekleşeceği inancındayız. Bunun yanında alınan kararların bağlayıcı olması için hakemlerin hâkimlerce belirlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim taraflardan her ikisinin ve çocukların alakalı oldukları bir konuda hakemlerin de resmi statülerinin bulunması gerekir. Zira boşanmaların da kayıt altına alınması nikâh işlemlerinin tescilinde olduğu gibi, nafaka, miras, varsa çocukların velâyeti gibi konularda büyük önem arz etmektedir.

Bu sebeple eşler arasında bir geçimsizlik ortaya çıktığında başvurabilecekleri mahkemeye bağlı bir yan kurumun yapılandırılması, burada çalışan uzman kişilerin boşanma öncesinde karı-kocanın sorunlarını dinleyip, problemin kaynağını bularak çözümler aramaları ve sorunun giderilmesi için taraflara rehberlik yapmaları gereklidir. Böylece toplumun temelini oluşturan aile kurumunun basit gerekçelerle

yıkılmasına mani olarak, toplumsal hayatın daha sağlıklı bir şekilde var olmasına katkı sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

ACAR, H. İbrahim

2000 *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, Erzurum.

AFZALURRAHMÂN,

1990 *Hz. Muhammed S.A.V (Sîret Ansiklopedisi)*, (trc. Heyet), İstanbul.

AHMED b. HANBEL,

1992 *Müsned*, İstanbul 2. baskı.

AHMED EMİN,

1964 *Fecru'l-İslâm*, Kâhire.

AKGÜNDÜZ, Ahmet,

1977 “Hakem”, *DİA*, İstanbul, XV, s. 173-175.

AKGÜNDÜZ, A. ve H. CİN,

1990 *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul.

AKKAYA, Nejla,

1991 “İslam Hukukunda Kadının Siyasi Hakları”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, Ankara, V, sy.: 4, s. 237-250.

AKTAN, Hamza,

1982 “İslâm Aile Hukukunda Boşanma ve Yorumu”, (*İslâm Araştırmaları Seminerinde Sunulmuş Tebliğ*), Erzurum.

1997 “Talak”, *İİGYA*, İstanbul, IV, s. 238–247.

- 2002 “Kur’ân’a Göre Boşanma Prosedürü”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, Ankara, V, sy. 14, s. 5–17.
- ALİ HAYDAR,
- 1330 *Dureru ’l-Hükkam Şerhu Mecelleti ’l-Ahkâm*, İstanbul.
- Âmine Vedûd Muhsin,
- 2000 *Kur’ân ve Kadın*, (trc. Nazife Şişman), İstanbul.
- ANSAY, Sabri Şakir,
- 1958 *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara, 3. Baskı.
- ATAR, Fahrettin,
- ty. *İslam Adliye Teşkilatı*, Ankara.
- ATEŞ, Süleyman,
- 1989 *Yüce Kur’ân ’ın Çağdaş Tefsiri*, İstanbul.
- AYDIN, M. Akif,
- 1985 *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul.
- AYENGİN, Tevhit,
- 1999 *Hukukta Köken Problemi Açısından Sosyal Realite Nass İlişkisi*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Erzurum.
- AVVÂ, Fatıma Muhammed,
- 2002 *Akdü ’t-Tahkim fi ’ş-Şerîati ve ’l-Kanûn*, yy.
- EL-BÂCİ, Ebu’l-Velid Süleyman b. Sa’d b. Eyyub,
- 1322 *el-Muntekâ Şerhu Muvattâ ’l-İmam Mâlik*, Mısır.
- BALCI, Muharrem,
- 1999 *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, İstanbul.

BARDAKOĞLU, Ali,

1991 “Boşanma”, *TAA*, Ankara, s. 198–206.

EL-BEĞAVÎ, İmam Celil Muhyi’s-Sünneti Ebû Muhammed Hüseyin b. Mes’ud el-Ferâ,

ty. *Tefsiru ’l-Beğaviyyi*, Beyrut.

BELBEZ, Hikmet,

1950 “Hakemlerin Mesuliyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, VII, sy. 1–4, s. 352–358.

BELGESAY, M. Reşit,

1945 *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, İstanbul.

BİLGE, Necip

1966 “Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kâideleri”, *IV. Tahkim Haftasında sunulan bildiri*, Ankara.

1967 *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara, 2. Baskı.

BİLMEN, Ömer Nasuhi,

ty. *Kur’ân-ı Kerim’in Türkçe Meali Alisi ve Tefsiri*, İstanbul.

1952 *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kâmusu*, İstanbul.

BİRSEL, Mahmut T.

1998 *TOBB Tahkim Şartnamesi İç Yönetmeliği ve Mevzuat*, Ankara.

BUHÂRÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail,

1992 *el-Câmiu’s-Sahîh*, İstanbul.

CESSÂS, Ebû Bekr Ahmet b. Ali,

1405 *Ahkâmu ’l-Kur’ân*, Beyrut.

CİN, Halil,

1976 *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Ankara.

CUHENÎ, Mes'ud Avvad Hamdan el-Berganî,

1994 *et-Tahkim fi 'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye ve'l- Vad'iyye*,
Medinetu'l-Münevvere.

ÇEKER, Orhan,

1999 "Hukuk-ı Aile Kararnamesi Giriş ve Tarihçesi" Konya
MEHİR, sy. 3, s. 19-21.

DAĞCI, Şâmil,

1999 *İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir*
Füiller, Ankara.

DALGIN, Nihat,

1999 *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, Samsun.

DERDİR, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed,

1974 *eş-Şerhu's-Sağîr alâ Akrabi'l-Mesâlik ilâ Mezhebi'l-*
İmam Mâlik, (tlf.: Ebu'l-Beraka), Mısır.

ED-DİMEŞKÎ, Ebû Hafs Ömer b. Ali b. Adil,

1998 *el-Lubab fi Ulumi'l-Kitab*, (thk.: Adil Ahmed
Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavvız), Beyrut.

DÖNDÜREN, Hamdi,

1983 *Delilleriyle İslâm Hukuku*, İstanbul.

1995 *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul.

DURANT, Will,

1996 *Medeniyetlerin Temelleri*, (trc: Nejat Muallimoğlu),
İstanbul.

EBÛ DÂVÛD, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistânî,

- 1992 *es-Sünen*, İstanbul.
- EBÛ ŞAKKA, Abdülhalim,
- 1996 *İslâm Kadın Ansiklopedisi (Tahriru'l-Mer'e)*, (çev.: Osman Arpaçukuru-Ali Aslan), İstanbul.
- EBÛ ZEHRA, Muhammed,
- 1950 *el-Ahvâlî 'ş-Şahsiyye*, Kâhire.
- EBÛSSUUD EFENDİ,
- ty. *Tefsîru Ebi's-Suud (İrşâdü'l-Akli's-Selîm ilâ Mezâyâ'l-Kur'âni'l-Kerîm)*, Kâhire.
- ERDOĞAN, Mehmet,
- 1998 *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul.
- ERTEKİN E. ve İ. KARATAŞ,
- 1997 *Uygulamalı İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara.
- HEYET,
- ty. *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, Mısır.
- FINDIKOĞLU, Ziyaeddin,
- 1958 *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul.
- GÜLEÇ, Hasan,
- 1997 “Muhâlea”, III, *İİGYA*, İstanbul.
- 1997 “Tefrik”, IV, *İİGYA*, İstanbul.
- GÜLLÜOĞLU, Fatma Yıldız,
- 2000 “Kur'ân ve Sünnete Göre Kadının Evliliği Sona Erdirme Hakkı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

HAMİDULLAH, Muhammed,

ty. *İslam'da Devlet İdaresi*, (trc.: Kemal Kuşçu), Ankara.

1993 *İslâm Peygamberi*, (çev.: Salih Tuğ), İstanbul.

İBN ABİDİN, Muhammed Emin,

1984 *Reddu'l-Muhtâr Ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr*, İstanbul.

İBN KAYYIM, el-Cevziyye,

1390 *Zâdu'l-Meâd fi Hedyi Hayri'l-İbâd*, Mısır.

İBNİ KESİR, İmâdüddîn Ebû'l-Fidâ İsmâil b. Ömer,

ty. *Tefsiru'l-Kur'âni'l-Azim*, yy.

İBN KUDÂME, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmet,

1983 *el-Muğni*, Beyrut.

İBN MÂCE, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni,

1992 *es-Sünen*, (thk.: M. Fuâd Abdulbâki), İstanbul.

İBN MANZUR, Cemalüddin Muhammed b. Mukerrem,

1990 *Lisâni'l-Arab*, Beyrut.

EN-NESEFÎ, Ebu'l-Berekât Abdullah b. Ahmed b. Mahmud,

1984 *Medâriku't-Tenzîl ve Hakâiku't-Te'vîl (Tefsiru'n-Nesefî)*, İstanbul.

İBN NUCEYM, Zeynüddin b. İbrahim,

1331 *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Mısır.

İBN RÜŞD, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Hafîd,

1985 *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, İstanbul.

İBN SA'D, Ebu Abdillâh Muhammed b. Sa'd el-Basrî,

1968 *et-Tabakâtü'l-Kübrâ*, Beyrut.

İBNÜ'L-ARABÎ, el-Kâdî Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh,

ty. *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut.

İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâlûddin Muhammed b. Abdilvâhid,

1970 *Fethu'l-Kadîr*, Mısır.

KARAMAN, Hayreddin,

1999 *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İstanbul.

2000 *Anahatlarıyla İslâm Hukuku 2*, İstanbul, 3. baskı.

1999 "Osmanlı Hukukunda Mezhep Tercihi", Osmanlı Yeni Türkiye Yay., Ankara, VI, s. 187-195.

KÂSÂNÎ, Alâaddin Ebû Bekr b. Mes'ûd,

ty. *Bedâiu's-Sanâî fî Tertîbi's-Şerâî*, Beyrût.

KÂSİMÎ, Muhammed Cemaluddin,

1978 *Mehâsinu't-Te'vîl*, Beyrut, 2. Baskı.

KAŞIKÇI, Osman,

1997 *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul.

KORAL, Rabi,

1947 "Yeni Ve Eski Hukukumuzda Tahkim", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, XIII, sy. 1, s. 193-218.

KURTUBÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed,

1967 *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, Mısır.

KURU, Baki,

1984 *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara, 4. baskı.

KUTUB, Seyyid,

1991 *Fizılâli'l-Kur'ân*, (trc.: Heyet), İstanbul.

MÂLİK b. Enes,

1323 *el-Müdevvenetü 'l-Kübrâ*, Mısır.

1992 *el-Muvatta*, (thk.: M. Fuâd Abdalbâkî), İstanbul.

MÂVERDÎ, Ebu'l Hasen Ali b. Muhammed b. Habib el Basri,

1972 *Edebu 'l-Kâdî*, Bağdat.

MERGÎNÂNÎ, Ali b. Ebî Bekr,

1986 *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti 'l-Mübtedî*, İstanbul.

MEVDÛDÎ, Ebû'l-Ala,

1987 *Tefhimu 'l-Kur 'ân*, (trc.: Komisyon), İstanbul.

1990 *İslam'da Aile Hukuku (Karı Koca Hakları)*, (trc.: Memiş Tekin), Konya.

MOLLA HÛSREV, Muhammed b. Feramuz,

1978 *Dureru 'l-Hukkâm fî Şerhi Ğurari 'l-Ahkâm*, İstanbul.

MUHAMMED ATIF HOCA,

1994 *İslam Fıkhi*, (hızr.: Abdullah Sivridağ, Mümtaz Habib Güven), İstanbul.

MÜSLİM b. HACCAC, Ebu'l-Hüseyin el-Kureyşi,

1992 *el-Camiu 's-Sahih*, İstanbul.

NESÂÎ, Ebû Abdirrahman b. Şuayb,

1992 *es-Sünen*, İstanbul.

ÖZSOY, Ö.ve İ. Güler,

2001 *Konularına Göre Kur 'ân*, Ankara.

POSTACIOĞLU, İlhan,

1975 *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Ankara, 6. Baskı.

ER-RAFÎ, Abdulkadir b. Mustafa el-Faruki,

1998 *Takrîrâtu 'r-Râfiû Alâ Reddu 'l-Muhtâr Ale 'd-Dürrü 'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri 'l-Ebsâr*, (thk.: Adil Ahmed Abdulmevcud, Ali Muhammed Muavvız), Beyrut.

ER-RÂZÎ, Fahrüddin,

ty. *Tefsir-i Kebir Mefâtihi 'l-Gayb* (trc.: Suat Yıldırım, Lütfullah Cebeci vdğr), Ankara.

REŞİD RIZÂ, Muhammed,

1954 *Tefsîru 'l-Menâr*, Kahire.

SÂBÛNÎ, Muhammed Ali,

ty. *Revâiu 'l-Beyân Tefsiru Ayâti 'l-Ahkâm*, Mekke.

SÂBÛNÎ, Abdurrahman

1968 *Medâ Hürriyeti 'z-Zevceyn fi 't-Talâk*, Beyrût.

ES-SAN'ÂNÎ, ABDÛRRAZZÂK b. HEMMAM

1983 *el-Musannef*, Beyrût.

ES-SAYÏS, Muhammed Ali, (thk.: Muhammed Ali Sayus, Abdullatif es-Sübki, Muhammed İbrahim Karsun),

1994 *Tefsiru Ayati 'l-Ahkâm*, Dımeşk.

SCHACHT, Joseph,

1964 *An Introduction to Islamic Law*, Pres.

SERAHSÎ, Ebû Bekr, Muhammed b. Ebî Sehl,

1324 *el-Mebsût*, Mısır.

SÛRÛRÎ, Muhammed,

ty. *İslam 'da Boşanmaya Ait Hükümler*, (sdl.: İbrahim Halil Can), İstanbul.

ŞA'BÂN, Zekiyyüddîn,

1989 *el-Ahkâmü 'ş-Şeriyye fi 'l-Ahvâli 'ş-Şahsiyye*, Bingazi.

- 2000 *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*, (trc.: İbrahim Kâfi Dönmez), Ankara.
- ŞANLI, Cemal,
1986 *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara.
- ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed,
ty. *Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr*, Mısır.
- ŞİRÂZÎ, Ebû İshak İbrahim b. Ali b. Muhammed,
1976 *el-Muhezzeb*, Mısır.
- EŞ-ŞİRBÎNÎ, Muhammed b. el-Hatîb,
ty. *Muğnî'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, Mısır.
- ET-TABERÎ, Ebû Cafer Muhammed b. Cerir,
2003 *Câmiu'l-Beyan an Te'vili Ayi'l-Kur'ân*, (thk.: Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki), Suudiyye.
- TARABLUSÎ, Alauddin Ebu'l-Hasen Ali b. Halil,
1973 *Muînu'l-Hukkâm fî mâ Yeteraddedü Beyne'l-Hasmeyni Mine'l-Ahkâm*, yy.
- TİRMÎZÎ, Muhammed b. İsa,
1992 *es-Sünen*, İstanbul.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim,
1989 *Medeni Yargılama Hukuku*, I-II, İstanbul.
- YAZIR, Elmalılı M. Hamdi,
ty. *Hak Dîni Kur'ân Dili*, (trc.: Kurul), Ankara.
- YEĞENGİL, Rasih,
1974 *Tahkim*, İstanbul.

YILDIRIM, Mustafa,

2002 *İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*, İzmir.

ZUHAYLÎ, Vehbe,

1994 *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, (trc.: Heyet), İstanbul.