

T.C
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ
İSLÂM HUKUKU ANABİLİM DALI

İSLAM AİLE HUKUKU İLE
FRANSIZ AİLE HUKUKUNUN MUKAYESESİ
(Yüksek Lisans Tezi)

Hazırlayan
Tubay AKBURAK

Danışman
Doç. Dr. Abdullah ACAR

Konya – 2023

 KONYA	T.C. NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü	 NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
---	---	---

YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	Tubay AKBURAK		
	Numarası	22810601957		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri / İslam Hukuku		
	Tez Danışmanı	Doç. Dr. Abdullah ACAR		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
Tezin Adı	İSLAM AİLE HUKUKU İLE FRANSIZ AİLE HUKUKUNUN MUKAYESESİ			

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan **İSLAM AİLE HUKUKU İLE FRANSIZ AİLE HUKUKUNUN MUKAYESESİ** başlıklı bu çalışma **22/06/2023** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda **oybirliği** ile **başarılı** bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

This study titled **COMPARISON OF ISLAMIC FAMILY LAW AND FRENCH FAMILY LAW** prepared by the above-mentioned student was found unanimously **successful** as a result of the defense exam held on **22/06/2023** and was accepted as a Master's Thesis by our jury.

Sıra No	Danışman ve Üyeler ¹		
	Unvanı	Adı ve Soyadı	İmza
1	(Danışman) Doç. Dr.	Abdullah ACAR	X X
2	Doç. Dr.	H.....Ç.....	X X
3	Doç. Dr.	İ..... Y.....	X X

¹ Türkiye'de, 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu" gereği jüri üyelerinin *adı, soyadı ve imzaları* **gizlenmektedir**. Herhangi bir sorunuz varsa bizimle iletişime geçebilirsiniz: sosbil@erbakan.edu.tr

NOTE: Due to the Personal Data Protection Law No. 6698 and dated 24/3/2016 in Turkey, *the names, surnames and signatures* of the members of the jury **are hidden**. If you have any question you can contact us: sosbil@erbakan.edu.tr



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin	Adı Soyadı	Tubay AKBURAK		
	Numarası	22810601957		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bil-İslam Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
Tezin Adı	İSLAM AİLE HUKUKU İLE FRANSIZ AİLE HUKUKUNUN MUKAYESESİ			

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin Adı Soyadı
İmzası

Tubay AKBURAK



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Tubay AKBURAK		
	Numarası	22810601957		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri / İslam Hukuku		
	Tez Danışmanı	Doç. Dr. Abdullah ACAR		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
Tezin Adı	İSLAM AİLE HUKUKU İLE FRANSIZ AİLE HUKUKUNUN MUKAYESESİ			

Hukuk, toplumun düzenini sağlamak, bireyler arasındaki ilişkileri belirlemek ve davranışları düzenlemek için oluşturulan kuralların bütünüdür. Hukuk; adaleti sağlama, hakları koruma ve anlaşmazlıkları çözme amacı taşır. Aile hukuku ise aile içi ilişkileri düzenleyen hukuk dalıdır. Evlilik, boşanma, velayet, mal paylaşımı, evlat edinme gibi konuları kapsar. Ayrıca miras, nafaka ve aile üyelerinin hak ve sorumluluklarını da içerir. Aile hukuku, aile üyelerinin haklarını ve çıkarlarını korumayı amaçlar ve aile ilişkilerinin adil ve düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlar. Bu çalışmada Fransız aile hukukunun tarih boyunca geçirdiği reformlar ve dönüşümleri göz önünde bulundurularak İslam aile hukukuyla karşılaştırılmıştır. Böylece iki hukuk sistemi ve uygulamaları arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları ortaya çıkarmak amaçlanmıştır. İlk bölümde evlilik öncesini ilgilendiren kavramları, evliliğin mahiyeti ve şartları, evlilik çeşitleri, evlilikten doğan hak ve sorumlulukları, nesebin sübutu ve neticeleri ele alınmıştır. İkinci bölümde boşanma hakkında genel bilgileri ve çeşitlerini tespit ettikten sonra evliliğin sona ermesinden doğan neticeleri incelenmiştir. Sonuç kısmında çalışmamızda ulaşılan neticeler ortaya konulmuştur. Araştırma, farklı inançların, kültürlerin ve hukuki sistemlerinin nasıl farklı sonuçlar üretebileceğini göstermiştir. Tarihten bugüne kadar Fransız aile hukukunda derin değişimlerin olduğu tespit edilmiştir. Bir taraftan toplumun gelişmesi sebebiyle aile kurumu hususunda değişen zihniyetlere alternatifler getirmek diğer taraftan Kilise hukukunun getirdiği kısıtlamalardan sıyrılma arzusu hukukun yeniden düzenlemesine sebep teşkil etmiştir. İslam aile hukukunda buna benzer değişimlerin olabilmesi olanaksızdır. Zira İslam hukukunun dinamik bir hukuk olmasına rağmen Kitap ve Sünnet'te tafsilatlı hükümlere yer verilmesi aile telakkisinin değişmesini önlemiştir.

Anahtar Kelimeler: Fransız Aile hukuku, İslam Aile Hukuku, Nikâh, Boşanma.



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



ABSTRACT

Author's	Name and Surname	Tubay AKBURAK		
	Student Number	22810601957		
	Department	Basic Islamic sciences / Basic Islamic sciences		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	<input checked="" type="checkbox"/>	
		Doctoral Degree (Ph.D.)	<input type="checkbox"/>	
	Supervisor	Doç. Dr. Abdullah ACAR		
Title of the Thesis/Dissertation	COMPARISON OF ISLAMIC FAMILY LAW AND FRENCH FAMILY LAW			

Law is the whole of the rules created to ensure the order of the society, to determine the relations between individuals and to regulate behavior. Law; it aims to provide justice, protect rights and resolve disputes. Family law; is the branch of law that regulates family relations. It covers topics such as marriage, divorce, custody, property division, adoption. It also includes inheritance, alimony and the rights and responsibilities of family members. Family law aims to protect the rights and interests of family members and ensures that family relations are conducted in a fair and orderly manner. In our study, French family law has been compared with Islamic family law, taking into account the reforms and transformations made throughout history. Thus, it is aimed to reveal the similarities and differences between the two legal systems and practices. In the first chapter, the concepts related to pre-marital, the nature and conditions of marriage, types of marriage, rights and responsibilities arising from marriage, the proof of lineage and its consequences are discussed. In the second part, after determining the general information about divorce and its types, the consequences arising from the dissolution of marriage are examined. In the conclusion part, the results obtained in our study are presented. Research has shown how different beliefs, cultures and legal systems can produce different results. We have determined that there have been profound changes in French family law from history to today. On the one hand, bringing alternatives to the changing mentalities regarding the family institution due to the development of society, on the other hand, the desire to get rid of the restrictions imposed by the Church law caused the law to be rearranged. It is impossible for such changes to occur in Islamic family law. Because although Islamic law is a dynamic law, the inclusion of detailed provisions in the Book and Sunnah prevented the family view from changing.

KEYWORDS: French Family Law, Islamic Family Law, Marriage, Divorce

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	ix
ÖNSÖZ.....	x

GİRİŞ

1. Araştırmanın Problemi	6
2. Araştırmanın Konusu.....	7
3. Araştırmanın Amacı ve Önemi	8
4. Araştırmanın Yöntemi	8
5. Bu Konu ile İlgili Yapılmış Çalışmalar	9

BİRİNCİ BÖLÜM

EVLENME VE HUKUKİ SONUÇLARI

1.1. NİŞAN VE İLGİLİ HÜKÜMLERİN MUKAYESESİ	10
1.1.1. Nişanın Bozulmasından Doğan Hukuki Sonuçların Mukayesesi	13
1.1.1.1. Tazminat.....	13
1.1.1.2. Nişan Sürecinde Alınan-Verilen Hediyelerin Durumu.....	14
1.1.2. Taraflardan Birinin Ölümüyle Zorunlu Olarak Bozulan Nişan.....	17
1.1.3. Çeyiz	18
1.2. EVLİLİĞİN MAHİYETİ VE ŞARTLARI	21
1.2.1. Evliliğin Tarifi	22
1.2.2. Evlenmenin Hukukî Niteliği.....	23
1.3. NİKÂHIN KURULUŞ (İN'İKAD) ŞARTLARI	25
1.3.1. Taraflar.....	25
1.3.1.1. Tarafların Cinsiyeti	25
1.3.1.2. Tarafların Evlenme Ehliyeti.....	29
1.3.1.3. Evlenme Ehliyetinin Yaşı	29
1.3.1.4. Evlenme Ehliyeti Bakımından Mahcurun Durumu	32
1.3.2. Evlenme Engellerinin Bulunmaması.....	34
1.3.2.1. Devamlı Evlenme Engelleri.....	35
1.3.2.2. Geçici Evlenme Engelleri.....	39
1.3.2.2.1. Din Farklılığından Doğan Engel.....	41
1.3.2.2.2. Kadının Evli Olmasından Doğan Engel.....	41
1.3.2.2.3. Erkeğin Dört Kadınla Evli Olmasından Doğan Engel	42
1.3.2.2.4. Sıhrî Civar Hısımlığından Doğan Engel	42
1.3.2.2.5. İddet Beklemeden Doğan Engel	43
1.3.2.2.6. Boşanmadan Doğan Engel	43
1.3.3. Evliliğe Dönük İrade Beyanı	44
1.4. NİKÂHIN GEÇERLİLİK (SIHHAT) ŞARTLARI.....	46
1.4.1. İrade Beyanının Keyfiyeti	46

1.4.1.1. Bilinçli İrade Beyanı.....	47
1.4.1.2. Serbest İrade Beyanı.....	49
1.4.1.3. Açık İrade Beyanı.....	51
1.4.1.4. Hakiki İrade Beyanı.....	54
1.4.2. Şahitlerin Hazır Bulunması.....	58
1.5. NİKÂHIN ŞEKİL ŞARTLARI	58
1.5.1. Evrakların Teslimi.....	59
1.5.2. Tarafların Dinlenmesi.....	60
1.5.3. Resmi İlan (Publication des Bans).....	60
1.6. EVLİLİK ÇEŞİTLERİ	62
1.6.1. Sahih Evlilik.....	62
1.6.2. Fasit Evlilik.....	63
1.6.3. Batıl Evlilik.....	64
1.6.3.1. Fransız Aile Hukukunda Batıl Evlilik.....	64
1.6.3.1.1. Nikâha İtiraz Edilmesi.....	64
1.6.3.1.2. Fransa Yasalarına Göre Batıl Nikâhın Doğurduğu Neticeler.....	69
1.6.3.1.3. Batıl Nikâhın İleriye Dönük Olduğu Durumlar ve Neticeleri.....	69
1.6.3.2. İslam Aile Hukukunda Batıl Evlilik.....	70
1.6.4. Mevkuf Evlilik.....	72
1.6.5. Gayri Lazım Evlilik.....	72
1.7. EVLİLİKTEN DOĞAN HAK VE SORUMLULUKLAR	73
1.7.1. Nesebin Sübutu ve Neticeleri.....	76
1.7.1.1. Nesebin Sübutu.....	77
1.7.1.2. Nesebin Doğurduğu Neticeler.....	80

İKİNCİ BÖLÜM

EVİLİĞİN SONA ERMESİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

2.1. BOŞANMA HAKKINDA GENEL BİLGİ	84
2.1.1. Boşama Ehliyeti ve Evliliğin Sona Erdirilmesi.....	87
2.1.2. Fransız Aile Hukukunda Evlilik Birliğinin Sona Erme Çeşitleri.....	88
2.1.2.1. Anlaşmalı Boşanma.....	89
2.1.2.2. Çekişmeli Boşanma.....	89
2.1.2.3. Evlilik Birliğinin Sona Ermesini Kabul Eden Boşanma.....	89
2.1.2.4. Evlilik Birliğinin Mutlak Şekilde Bozulması Sebebiyle Boşanma.....	90
2.1.2.5. Kusur Sebebiyle Boşanma.....	90
2.2. İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVİLİĞİN SONLANDIRILMASI.....	93
2.2.1. Dönüşe İmkân verip Vermemesine Göre Boşama Çeşitleri.....	94
2.2.1.1. Ric'î Boşama.....	94
2.2.1.2. Bâin Boşama.....	94

2.2.2. Sünnete Uygun Olup Olmamasına Göre Boşama Çeşitleri	95
2.2.2.1. Sünnî boşama	95
2.2.2.2. Bid'î boşama	96
2.2.2.3. Anlaşmalı Boşanma (muhâlea/hul')	96
2.2.2.4. Mahkeme Kararı İle Boşanma (Tefrik)	97
2.3. EVLİLİĞİN SONA ERMESİNDEN DOĞAN NETİCELER	98
2.3.1. Fransız Aile Hukukunda Evliliğin Sona Ermesinden Doğan Neticeler	99
2.3.1.1. Şahsî Neticeler	99
2.3.1.2. Mâlî Neticeler	100
2.3.1.2.1. Mal Paylaşımı.....	100
2.3.1.2.2. Evlilik Menfaatinin Durumu.....	101
2.3.1.2.3. Eşler Arasında Yapılan Bağışların Durumu.....	102
2.3.1.2.4. Aile Konutunun Durumu	102
2.3.1.3. Tazminat ve Nafaka	103
2.3.1.3.1. Tazminat.....	103
2.3.1.3.2. Nafaka	104
2.3.1.4. Çocuklara İlişkin Neticeler	105
2.3.2. İslam Aile Hukukunda Evliliğin Sona Ermesinden Doğan Neticeler	105
2.3.2.1. İddet Terimi ve Çeşitleri.....	106
2.3.2.1.1. Talâk veya Fesih ile Boşanan Kadının İddeti.....	106
2.3.2.1.2. Kocasını Vefat Eden Kadının İddeti	107
2.3.2.1.3. Hamile Kadının İddeti.....	107
2.3.2.1.4. Küçüklerin ve Yaşlıların İddeti	108
2.3.2.1.5. Hiç Hayız Görmeyen Kadının İddeti	108
2.3.2.1.6. Gayri Müslim Kadının İddeti.....	109
2.3.2.2. İddetin Hukuki Neticeleri	109
2.3.2.2.1. Evlenme Yasağı.....	109
2.3.2.2.2. İddet Nafakası	109
2.3.2.2.3. İddet Süresi İçinde Doğan Çocuğun Nesebi	110
2.3.2.2.4. İddet Süresi İçinde Mirasın Sübutu	110
2.3.2.3. Çocukların Bakımı ve Terbiyesi	111
2.3.2.3.1. Hadâne Hakkına Sahip Olmak İçin Gereken Şartlar	111
2.3.2.3.2. Hadâne Müddeti	112
2.3.2.3.3. Hadâne Masrafı.....	113
SONUÇ.....	116
KAYNAKÇA.....	123

KISALTMALAR

- Bkz. : Bakınız
CSF : Contexte de la sexualité en France: Fransa'da cinselliğin bağlamı
Çev. : Çeviren
İFAV : İlahiyat Fak Vakfı
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence: Genel hukuk ve içtihat kitabevi
No : Numara
Nşr. : Neşreden
PACS : Pacte Civil de Solidarité: Sivil Dayanışma Paktı/Sözleşmesi
(s.a.v.) : Sallallahu aleyhi ve sellem
Thk. : Tahkik eden
Ty. : Basım tarihi yok
Vd. : Ve devamı

ÖNSÖZ

Bismillâhîrrâhmânirrahîm.

Âlemlerin rabbi olan Allah'a hamd, O'nun kulu ve rasûlü olan Hz. Muhammed'e (s.a.v.), evlad ü ıyâline ve ashabına salât ü selâm olsun.

Varlıkların en şerefli olan insan, yeryüzünde yaratılan her varlık gibi dişi ve erkek olarak yaratılmıştır. Allah Teâlâ, insanların birbirlerinde sükûneti bulabilmeleri için aralarında kuvvetli bir sevgi, şefkat ve merhamet duygusu lütfetmiştir. İnsan, yaşamını sağlıklı ve huzurlu bir şekilde sürdürmesi için bir hayat arkadaşına ihtiyaç duymaktadır. Bu vecihle insan, sosyal bir varlıktır. Bununla birlikte, neslini devam ettirmek arzusunda bulunduğu için ilk yaratılışından bu yana varlığını aile kurumuyla sürdürmekte ve aile toplumun çekirdeğini oluşturmaktadır. Binaenaleyh ailenin ne denli önemli ve değerli olduğu anlaşılmaktadır. Zira toplumun temel taşı olan aile ne kadar sağlıklı olursa toplum da o kadar sağlıklı olacaktır.

Tüm hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukuku ve Fransız hukuku aileyi konu edinen düzenlemeler ve ilkeler ortaya koymuştur. Toplumun düzenleyen bu norm ve ilkeler kendine özgü sosyal, siyasal, iktisadi, dini, kültürel şart ve değerlerin tesiriyle oluşmaktadır.

İletişim ve teknolojinin gelişmesinden dolayı neredeyse küçük bir köy haline gelmiş olan bugünün dünyasında kültür, gelenek ve hukuk sistemlerini mukayese etmek daha kolay hale gelmiş bulunmaktadır. Fransa, dünyada en fazla sömürge ülkesine sahip olan bir ülke olarak bilindiğinden ve bu sömürge ülke ve halklar arasında da müslüman ülke ve halklar çoğunluğu oluşturmaktadır. Bu sebeple Afrika kıtasının dili neredeyse Fransızca denilse yeridir. Başta Afrika ülkeleri olmak üzere diğer müslüman ülkelerden hicret eden müslümanlar sebebiyle Fransa'da müslüman nüfusun yoğunluğu diğer Avrupa ülkelerine göre daha fazladır. Bu Müslümanlar Fransa'da zorunlu olarak o ülkenin yasalarına tabi olmak durumundadırlar. Fakat bu durum çeşitli çatışmaları beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmada yaklaşık iki asırdır Avrupa'nın doğal lider ülkesi sayılan Fransa'da yaşayan müslümanların karşılaştıkları aile hukuku problemlerinin İslam hukuku ve Fransız aile hukuku nezdinde mukayesesi yapılmaya çalışılarak Fransız aile hukukunun İslam aile hukukuna göre mahzurlu ve muvafık maddeler ya da hükümler izah edilmeye çalışılacaktır. Böylece başta Endülüs hukuku olmak üzere İslam hukukundan da etkilendiği söylenen Fransız aile hukukunun özellikle İslam aile hukuku ile benzerlik arz eden ya da en azından muhalif olmayan yönleri tespit edilmeye gayret edilecektir. Bu vesileyle Fransa'da

yaşayan müslümanların zihinlerindeki konu ile ilgili sorulara bir nebze de cevap üretilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamız iki bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır. Birinci bölümde evlilik öncesini ilgilendiren kavramları, evliliğin mahiyeti ve şartları, evlilik çeşitleri, evlilikten doğan hak ve sorumlulukları, nesebin sübutu ve neticeleri ele alınmıştır. İkinci bölümde boşanma hakkında genel bilgileri ve çeşitlerini tespit ettikten sonra evliliğin sona ermesinden doğan neticeleri incelenmiştir. Sonuç kısmında çalışmamızda ulaşılan neticeler ortaya konulmuştur.

Bu çalışmayı hazırlarken her konuda yardım ve desteğini esirgemeyen danışmanım Doç. Dr. Abdullah ACAR'a, tez savunma jürüsünde katkı veren Doç. Dr. Huzeyfe ÇEKER ve Doç. Dr. İsmail YALÇIN ile bu süreçte yanımda olan aileme teşekkürlerimi sunuyorum.

Gayret bizden, muvaffâkiyet Allah'tandır.

Tubay Akburak
Konya - 2023

GİRİŞ

Aile ile ilgili kanunî düzenlemeler, toplumların kalkınma hamleleri, örf-adetlerin farklılık arz etmesi gibi sebeplerle sürekli gelişim göstermektedir. Son yıllarda, toplumların gösterdiği değişim ve farklılaşma oldukça hızlı seyretmektedir. Söz gelimi Fransa’da İkinci Dünya Savaşı sonrası, otuz yıllık ekonomik refah dönemine kadar aile yapısı tek tip olarak kendini göstermekteydi. Yani aile, karı-koca ve onlardan doğan çocuklardan oluşmaktaydı. Zamanla tek tip aile yapısından sıyrılarak şaşılacak derecede farklı aile yaşantılarına geçiş yapıldığı ve bunun normal kabul edilmeye başlandığı gözlemlenmektedir. Öyle ki, eskiden toplumda ayıplama ve kınama sebebi olarak görünen durumlar artık normal karlışınmaya başlanmıştır. Artık aile kurumu denilince; “evlilik dışı aile” (la famille hors mariage), “kadın-erkek çiftleri ve bunlardan doğan çocuklardan oluşan aile”, “tek ebeveynenden oluşan aile” (la famille monoparentale), “karışık aile” (la famille recomposée) ve Nisan 2013’ten bu yana “eşcinsel aile” (la famille homosexuelle) gibi çok farklı türlerin karşımıza çıktığını söylemek mümkündür.

Nikâhsız birliktelik¹ (concubinage) toplumda ayıplama ve kınama nedeni olduğu dönemlerde, evlilik kurumu için bir alternatif olarak görülmemekteydi. Aile kurmak isteyen çiftlerin nikâhlı evlilik birliğine başvurmaları tabii bir durum olarak karşılanmaktaydı. Bunun sebebi Fransız devletinin uzun yıllar Hıristiyanlığın etkisi altında kalması ile ilgilidir. Zira İslam hukukunda olduğu gibi Hıristiyanlığın öğretisinde de evlilik öncesi cinsel ilişki gayri meşru kabul edilmektedir. Fransız hukuku 15 Kasım 1999 tarihli 99-944 numaralı kanun ile sözde yeni bir çığır açarak, nikâhsız birlikteliği ve eşcinsel çiftleri tıpkı aile kabul ederek tanıma yoluna gitmiştir. Ayrıca eşcinsel çiftlerin yasal bir birlik kurmalarına imkân sağlayacak Sivil Dayanışma Paktı’nı (Pacte Civil de Solidarité: PACS)² tasarlamıştır. Bu sayede bir

¹ Nikâhsız birliktelik hakkında Napolyon Bonapart’ın şu sözü dikkat çekicidir: “Nikâhsız birlikte yaşayan çiftler kanuna aldırış etmezler, kanun onları görmezden gelir”. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Hugues Fulchiron, *Droit Civil: la Famille* (Paris: Defrénois, 2011), 156.

² Pacte civil de solidarité (Sivil Dayanışma Paktı/Medeni Dayanışma Sözleşmesi), Fransa’da iki kişinin resmî nikâh olmadan gelecekteki birlikte yaşamlarını düzenleyen ve 1999 yılında yürürlüğe giren bir sözleşmedir. Noterde imzalanan sözleşme her iki kişinin kabul edebileceği maddelerden oluşmaktadır. Bu sözleşme Fransa ve bazı diğer ülkelerde yasalar tarafından desteklenmektedir. İhlal edilmesi durumunda önceden öngörülen yaptırımlar uygulanır. Esasen bu sözleşme eşcinsel

nevi kendi aralarında sözleşme yaparak resmi bir birliğe imkân veren yeni bir alternatif getirilmiş, hatta Hristiyanlığa da meydan okunmuştur. PACS, tahminlerin üzerinde ve beklenmedik bir şekilde farklı cinsiyetlerden oluşan çiftler arasında büyük ilgi görmüştür. Zira PACS, evlenme arzusu taşımayan çiftlerin ortak yaşamlarını resmileştirerek bazı menfaatlerden (sosyal haklar, vergi avantajları gibi) –evlilik kadar olmasa da– yararlanmaya imkân vermektedir. Ayrıca boşanmak o zamanlarda hem daha zor hem de malî külfeti ağır olan bir işlem olması, insanların evlenme kararını etkilemekteydi. PACS ile birlikteliklerini yasallaştıranlar, basit bir imza ile ayrılmaları mümkün hale gelmekteydi. Anlaşılacağı üzere eşcinsel çiftler için tasarlanan bu alternatif, geleneksel çiftler arasında da ilgi gören bir seçenek olmuş ve hızla yaygınlaşmaya da devam etmektedir.

Hristiyanlık ilkelerinden uzaklaşarak hazırlanan kanunlar sayesinde artık günümüzde, herhangi bir ayıplama söz konusu olmadan çiftlerin nasıl yaşayacağı kararı kendi tercihlerine bırakılmıştır. Buna göre, geleneksel çift ve eşcinsel çiftler evlilik yoluyla olduğu gibi, Sivil Dayanışma Paktı'nın verdiği haklarla veya nikâhsız birliktelik yoluyla aile kurabilmektedirler.

Aile hukuku, tarih ve sosyoloji ilmi gibi gözleme dayalı ilimlerden farklılık arz etmektedir. Zira hukuk, aile ilişkilerini gözlemlemekle yetinmemekte bilakis toplum düzenini temin etme gayesiyle aile yapısını düzenlemekte ve kurumsallaştırmaktadır. Böylece ailenin, hukuk kuralları sayesinde sağlıklı bir şekilde oluşturulması ve korunması sağlanmaktadır.

Hukuk, aile ilişkilerini düzenleme yetkisiyle birlikte aile yapısının sınırlarını çizmektedir. Buna göre, aile kurma şartlarını ve doğurduğu neticeleri

çiftleri yasallaştırma amacıyla düzenlenmiştir. Nitekim 1791 yılına kadar -Hristiyan hukukunun etkisiyle- eşcinsel ilişkide bulunmak suç sayılırdı. Ayrıca 1992 yılına kadar eşcinsellik, Dünya Sağlık Örgütü'nün akli hastalıklar listesinde bulunuyordu. Ancak temel hedefi eşcinselliği yasallaştırmak olsa da heteroseksüel çiftlerin de başvurabileceği bir anlaşma olması hasebiyle heteroseksüel çiftler tarafından beklenmedik şekilde ilgi görmüştür. Zira bu kanun, evlilik benzeri hukuki statüyü taşımakla birlikte evliğin ve ayrılığın doğurduğu neticeler bakımından daha esnekler. Bkz. Wilfried Rault, CSF Grubu, “Les Orientations Intimes Des Premier.e.s Pacsé.e.s”, *Population* 2011/2 (2011) 343-346. Öyle ki, evlilik kurumuna rakip olmuştur. Söz gelimi 2017 yılında 195.633 çift PACS'a başvururken (bu çiftlerin % 96,2'si ayrı cinstendir) 233.915 çift evliliğe başvurmuştur (bu çiftlerin % 96,9'u ayrı cinstendir). 2020 yılında 173.894 (güncellenmedi) çift PACS'a başvururken (bu çiftlerin % 95,4'ü ayrı cinstendir) 154.581 çift evliliğe başvurmuştur (bu çiftlerin % 97'si ayrı cinstendir). Bkz. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498#tableau-figure1> (Erişim 15.11.2022).

belirlemektedir. Hukuk kanunları aile yapısını belirlemede ne denli tesirli olursa olsun, toplumun örfü ve zihniyeti de aile yapısında etkili olmaktadır. Hakikaten toplumsal değişimler hukuk alanında belirleyici bir konuma sahip olmaktadır. Zira Napolyon Kanunları (Code Napoléon) evlilik yoluyla aile kuran ve bu yolla meşru çocuklara sahip olan, geleneğe dayalı aile modelini benimsemesine rağmen çeşitli gelenek ve tutumlara karşı karşıya kalan hukuk sistemi, herkesi bir bütün içinde toplayabilme maksadıyla tedrici bir şekilde yıldan yıla esneklikler göstermek zorunda kalmıştır. Neticede çeşitli aile yapıları ortaya çıkmış ve yasallaştırılmıştır. Çağdaş medeni hukuk, her ne kadar aile modeli olarak evliliği ve onlardan doğan meşru çocukları önerse de kişiye belli bir aile yapısını empoze etmek yerine tarafsızlığıyla öne çıkmaktadır.³ Bunun sonucu olarak nikâhsız birlikteliği ve bundan doğan gayri meşru çocukları artık yok saymamaktadır.

Hukuk, aile kurumunun çeşitli meselelerine ve alt başlıklarına göre bölünmektedir. Buna göre, aile ilişkileri farklı hukuk dallarında çözümlenmektedir. Kamu hukuku (le droit public), aile birliğini tüzel kişiliğe sahip olan bir grup olarak değil, temel hak ve özgürlüklere sahip olan ve aile hayatı yaşantısında önemli bir unsur olan gerçek kişi olarak ele almaktadır. Evlenme hakkı ve olağan aile hayatı yaşama hakkı, Anayasa (la Constitution) tarafından korunmaktadır. Noksan veya kusurlu ebeveynler, aile kurumunu denetleme ile görevli olan idarî yetkililerin (autorités administratives) gözetiminde bulunmaktadır.

Ebeveynleri tarafından terk edilen çocuklar, kamu yetkilileri (autorités publiques) tarafından koruma altına alınmaktadır.⁴ Aile ilişkileri, kamu hukukunu yakından ilgilendirse de pozitif hukuka (droit positif) göre aile kurumu özel hukukun (droit privé) konusu olmaktadır. Özel hukuk kapsamında değerlendirilen aile, çeşitli uzmanlık alanlarında incelenmektedir. Aileye karşı yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya aileye karşı suç işlenmesi halinde, hüküm ceza hukuku (droit pénal) tarafından tespit edilmektedir. Ailenin toplumsal hayatını kapsayan hakların korunması ve buna göre; elverişli bir konuta erişim hakkı, gelir kaynağı olmayan ailelerin etkin dayanışma aylığına (revenue de solidarité active) bağlanma hakkı ve

³ Marie France - Nicolas Maguin, *Droit de la Famille* (Paris: La Découverte & Syros,1998), 5.

⁴ Éric Millard, *Famille et Droit Public* (Paris: LGDJ, 1995), 3-4.

genel sağlık sigorta hakkı sosyal hukuk (droit social) tarafından gerçekleştirilmektedir. Vergi hukuku (droit fiscal) ise, yıl boyunca yapılan masrafları ve aile bağlarını gözetmek suretiyle gelir vergisini, (impt sur le revenu), veraset ve intikal vergisini (impt sur les successions) hesap etmektedir. Medeni hukuk aile ilişkilerini, özel ilişkiler ve mülk ilişkileri olarak iki yönden incelemektedir. Eşlerin hak ve yükümlülükleri ile ebeveynlerin çocuklarına karşı hak ve yükümlülükleri Medeni Kanun'da (Code civil) yer almakta ve aile hukukunun temelini oluşturmaktadır. Aile hukukunu ilgilendiren mülkiyet hakkı (droit patrimonial) da evlilikten doğan mülkiyet hakkı (rgime matrimoniaux) ve mirastan doğan (successions) mülkiyet hakkı olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵

Napolyon Kanunları denilince,⁶ Fransa'da 1804 yılında yürürlüğe giren medeni kanun metni anlaşılmaktadır. Bu metinde aile, İslam hukukuna benzer şekilde hiyerarşik bir model üzerine bina edilmekteydi. st mevkiye bulunan koca, evlilik ve aile ile ilgili bütün hkimiyeti kendinde bulundurmakta idi. Karısı, ona itaat etmekle yükümlü hatta koca kadının vasisi konumunda bulunmakta idi. Malı konularda kocanın hkimiyetinde olduğu için kadın, kendi malı olsa bile kocasının izni olmadan, tasarrufta bulunması mümkün olmamakta idi.⁷ çocukları ilgilendiren

⁵ France - Maguin, *Droit de la Famille*, 7.

⁶ Napolyon Kanunları'ndan önce Fransız hukuku karma bir yapıya sahip olmakta idi. V. asırdan IX. asra kadar devam eden bu karma hukuk yapısının  kaynağı bulunmaktaydı. Bunlar; Roma hukuku, Cermen rf ve adetler (coutumes) ve Kilise hukukundan oluşmaktaydı. Kişiler kendi etnik grubunun hukukuna göre yargılanmaktaydı. Buna göre aynı sebeplerden mahkemenin önünde bulunan kişiler farklı hükümlere tabii olmaktaydı. IX. asırda Fransa'nın feodal sistemine geçiş yapması sebebiyle hukuk bölgesel parçalanmalara maruz kalmıştır. Bu dönemde hukukun temel kaynağı örf ve adetler olmuştur. XII. asırdan itibaren Fransa'nın kuzeyi yerel örf ve adetleri esas alan hukuk sistemi güneyinde ise yazılı hukuku (rf ve adetlerle birlikte Roma hukuku) esas alan bir hukuk sistemi kurulmuştur. İki farklı hukuk sistemi ve çeşitli örf ve adetlerin bulunduğu bir ortamda hukukun güvenilirliğini olumsuz bir şekilde etkilemiştir. Zira rf ve adetlerin bazen belirsizlik ihtiva etmesi veya farklı yorumlanmasıyla birlikte Fransa'nın ikiye bölünerek farklı hukuk sistemlerine sahip olması, dava konularının aynı olması ancak farklı hükümlerin verilmesinin huzursuzluğu baş göstermiştir. Neticede hukuki bütünlüğü elzem hale getirmiştir. XV. asırdan itibaren bu karma yapıyı birleştirmek ve Fransız hukukunu tek bir çatı altında toplama girişimlerinde bulunulmuş olsa da başarıya ulaşılamamıştır. Daha sonra, Fransız İhtilali sürecinde kodifikasyon çalışmaları başlatılmış ve dört proje sunulmuş, fakat bunların hepsi reddedilmiştir. Napolyon'un darbe ile kazandığı iktidar sonrasında komisyon oluşturarak kodifikasyon projesi başlatılmıştır. Kabul edilen proje ile Fransız hukuku karma bir sistemden herkesi kapsayan bir sisteme geçmiştir. Bkz. Paul Ourliac, Jean-Louis Gazzaniga, *Histoire du Droit Priv Français* (Paris: Albin Michel, 1985).

⁷ Florence Rochefort, "Laıcisation des Murs et quilibres de Genre. Le Dbat sur la Capacit Civile de la Femme Marie (1918-1938)" *Vingtime Sicle. Revue d'Histoire* 87 (Temmuz-Eylül 2005) 129-132.

velâyet kudreti tamamen babaya verilmekteydi. Aile, evliliğe münhasır olmaktadır. Boşanma hakkı olmakla birlikte boşanma şartlarına oldukça dar bir kapsam belirlenmişti. Hukuk, evlilik dışı ilişkileri ve gayri meşru çocukları tanımamaktaydı. Kanunların bu denli titiz olmasının sebebi, aile kurumuna ve muhafazasına verilen ehemmiyetin eseri sayılmaktaydı.⁸ Belki de aile birliğine verilen bu ehemmiyet, Hıristiyanlığın evliliğe atfettiği kutsallığın tesirinden zuhur etmektedir.

Hristiyanlık temelli bu aile düzenlemelerine karşın, Fransa'nın Afrika'daki müslüman sömürgelerinden gelen göçmenler ve misafir olarak bu ülkede bulunan göçmenlerin etkisiyle ülkede 10 milyon civarında müslüman bulunmaktadır. Yine Fransa'daki aile hukukunun kısmen ya da tamamen etkisinde kalan müslüman ülkelerde de İslam aile hukuku ile Fransız aile hukukunun çatıştığı durumlar olabilmektedir.

Bütün bu sebeplerle ailenin kuruluşu, yürütülmesi, parçalanması ve ayrılması durumunda aile kurumunda tedrici bir şekilde zorunlu veya gönüllü değişiklikler meydana gelmektedir. Bu denli değişimlerin neticesinde aile hukuku istenilmeyen tarzda kabul edilebilecek yenilenmeye sürüklenmektedir. Nitekim aile hukuku altmışlı yıllarda yeniden inşa edilerek, aile, hiyerarşik modelden eşitlik esasına dayalı bir kurum haline getirilmiştir. Bundan böyle eş ilişkileri, ebeveyn ilişkileri, nesep sübutunun doğurduğu sonuçlar, cinsiyetler ve çocuklar arasında ilişkilerde eşitlik esasının gözetilmesi esas alınmıştır.⁹

Fransız aile hukukunun Napolyon dönemindeki düzenlemelerinin genel olarak dinî referanslar yani temelde Hristiyan öğretilerin dikkate alınarak hazırlandığı söylenebilir. Aynı şekilde İslam hukukunun müstakil bir bölümünü oluşturan aile hukuku da aslî kaynak olan Kur'an'ı merkeze alarak klasik İslam hukuku eserlerinde “nikâh” ve “talak” veya “münâkehât” ve “mufârakât” başlıkları altında detaylandırılmıştır. Buna rağmen İslam hukukunun içeriği ve sistematigi diğer hukuk sistemlerinden farklılık arz etmektedir. Zira İslam hukuku insanların yalnızca birbirleriyle olan münasebetlerini düzenlemekle yetinmemiş, insanlarla Allah

⁸ Leila Saada, “Les Interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les Questions Familiales” *Napoleonica. La Revue* 14 (Temmuz 2012) 42-45.

⁹ Muriel Parquet, *Droit de la Famille* (Rosny-sous-Bois: Bréal, 2007), 18.

arasındaki münasebetlere de bir bölüm ayırmaktadır. Klasik fıkıh literatüründe ilk bölüm daima ibadetlerle ilgili olmaktadır. Öte yandan, İslam hukuku temeli Roma hukukuna dayanan “kamu hukuku” ve “özel hukuk” ayırımına yer vermemektedir. İslam hukuku konularını “ibâdât” (Allah Teâlâ’ya karşı yükümlülükler yani ibadetler), “muamelat” (borçlar ve ticaret hukuku gibi toplumsal hayata dair hükümleri içerir), “ukûbât” (kanunun suç saydığı eylemlerin cezalarını konu edinen ceza hukuku) bölümlerine ayırarak özgün bir sisteme sahip olmaktadır. Çağdaş İslam hukuku literatüründe aile hukuku meseleleri “ahvâl-i şahsiyye” bölümü içerisinde incelenmektedir.¹⁰

İslam hukukunun ana kaynağını teşkil eden Kur’an-ı Kerim’de birçok alanda genel hükümler verilmekte, sınırsız olaylar ve gelişmeler karşısında belli bir çerçeve çizilmektedir. Böylece, İslam hukukçuları ihtiyaçlar doğrultusunda bu alanı geliştirebilme imkanına sahip iken, aile hukuku ile ilgili hükümler için bu durum çok kolayca geçerli değildir. Çünkü Kur’an-ı Kerim’de aile hukuku ve miras ile ilgili teferruatlı hükümler bulunmakta, dolayısıyla içtihadı açık ya da hukukçuların dolduracağı konu başlıkları çok sınırlıdır denilebilir.¹¹

Buradan anlıyoruz ki, Kur’an-ı Kerim zamanın değişmesi ve gelişmesiyle değişebilecek alanlarda genel prensipler koymakta, zamanın değişmesinden daha az etkilenecek hususlarda ise oldukça teferruatlı hükümlere yer vermektedir. Bu sayede Fransız hukukundan farklı olarak İslam aile hukuku büyük değişmelere maruz kalmamaktadır. İslam aile hukukunun bu denli tafsilatlı hükümlere sahip olmasının hikmeti aile birliğine ve muhafazasına verilen önem ile izah edilebilir.

1. Araştırmanın Problemi

Dünya gittikçe küçülmekte, adeta küçük bir köy haline dönüşmektedir. Yani, ister İslam ülkesinde Hristiyanların yaşaması isterse gayr-i müslim ülkelerde müslümanların yaşaması şeklinde olsun müslümanlarla diğer din mensupları iç içe yaşayabilmektedirler. Özellikle müslüman nüfusun en çok yaşadığı Batı Avrupa ülkesi Fransa’dır. Edindiğimiz bilgilere göre bu oran nüfusun % 10’u düzeyindedir.

¹⁰ Mehmet Âkif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: İFAV, 1985), 3.

¹¹ Abdülkerim Zeydân, *el-Vecîz fi Usûli'l-Fıkh* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1436/2015), 148.

Bu tezde İslam aile hukuku ve laik Fransız aile hukukunu inceleyip analiz etmek suretiyle söz konusu hukukları karşılaştırarak müslüman aile yapısının Fransız aile hukukundan istifade şartlarını, benzeyen, ayrışan ve çatışan yönlerini gücümüz nispetinde tespit edilmeye çalışılacaktır.

2. Araştırmanın Konusu

İslam aile hukukunun kendine özgü özellikleri bulunmaktadır. Bu çalışmada bu kendine has özelliklerin mahiyeti ve çerçevesi, Fransız aile hukuku ile birlikte ve İslam aile Hukukunun etkisi çerçevesinde incelenecektir.

Fransız aile hukuku ve İslam aile hukukunun mukayesesiyle iki farklı hukuk sistemi arasındaki benzerlikleri ve farkları analiz etme, aile kurumunu çeşitli kültürel, sosyal ve dini bağlamlarda değerlendirme imkânı sunacaktır. Aşağıda bu mukayesenin önemli yönleri açıklanmıştır:

- a. *Kültürel ve dini farklılıklar*: Fransız aile hukuku seküler bir hukuk sistemine dayanırken, İslam aile hukuku İslam dininin öğretilerine dayalıdır. Bu mukayese, iki farklı kültürel ve dini çerçevedeki aile yapısını anlamak için bir fırsat sunar.
- b. *Aile yapısı ve rolü*: İki hukuk sistemi, aile yapısını ve aile bireylerinin rollerini farklı şekillerde düzenler. Karşılaştırma, her iki sistemin aile üyelerine yönelik haklarını, sorumluluklarını ve ilişkilerini anlamamıza yardımcı olur.
- c. *Evlilik ve boşanma düzenlemeleri*: Fransız aile hukuku ve İslam aile hukuku, evlilik ve boşanma konularında farklı düzenlemelere sahiptir. Mukayese, bu iki hukuk sisteminin zikredilen önemli konulardaki yaklaşımlarını ortaya koyar.
- d. *Kadın ve çocuk hakları*: İki sistem arasındaki mukayese, kadın ve çocuk haklarının korunması ve düzenlenmesi açısından önemlidir. Bu, toplumsal cinsiyet eşitliği ve çocukların korunması konusundaki farkları vurgular.
- e. *Uygulama ve yorumlama*: Fransız aile hukuku ve İslam aile hukuku, uygulama ve yorumlama açısından da farklılık gösterebilir. Bu mukayese,

her iki hukuk sistemine göre aile hukukunun nasıl hayata geçirildiğini ve yorumlandığını anlamamızı sağlar.

3. Araştırmanın Amacı ve Önemi

Bu araştırmanın amacı İslam aile hukukunu ve Fransız aile hukukunu karşılaştırarak aralarındaki farkları ve benzerliklerini ortaya çıkarmak ve müslüman toplumun yaşadığı problemlere ışık tutmaktır. Tespit edilen benzerlikler, İslam aile hukukundan etkilenmesinden kaynaklanıyorsa bu etkilenmenin şekli ile aykırılıkların çözüm yolları ya da te'lif imkânları oluşturulmaya çalışılacaktır.

Bu konu hakkında ülkemizde ve Fransa'da derli toplu yapılan akademik bir çalışmaya rastlanılamamıştır. Türkiye'de yöktez'de yapılan kontrolde de konuya dair bir çalışma bulunmamaktadır. Ancak, tezimizi tamamlamaya yaklaştığımız günlerde Tülay Bekaroğlu tarafından "Fransa'da İslam Hukuku Alanında Hazırlanan Doktora Tezlerinin Tasnifi" başlıklı bir makalenin yayınlandığını,¹² fakat bu tezlerde de doğrudan konumuzu ilgilendiren çalışmaların olmadığını tespit ettik. Bu sebeple İslam aile hukukunun Fransız aile hukukuna bir etkisi söz konusu ise bunu ortaya çıkarmanın kayda değer bir çalışma olacağı kanaatindeyiz.

4. Araştırmanın Yöntemi

Çalışmamızı ele alırken öncelikle Fransız Medeni Kanun'u ve klasik kaynaklardan yararlanarak varsa eski düzenlemelerden bahsetmeye, kabinde de güncel düzenlemelerden bahsetmeye gayret edilecektir. Ayrıca Fransa tarihsel olarak Hristiyan bir ülke olduğundan ve uzun bir süre Katolik Kilisesi'nin etkisi altında bulunduğundan, Hristiyanlığın aile yasaları üzerindeki etkisi ile Fransız Devrimi'nin bu yasalara etkisi ve 1905 yılında kabul edilen laiklik ilkesiyle, devlet ve din işlerinin ayrılmasıyla oluşan aile yasaları üzerindeki etkisine temas edilecektir. Bu sebeple bazen o dönemlere atıfta bulunarak Hristiyan öğretilerine yer vermeye çalışılacaktır.

Fransız aile hukuku ile ilgili hükümlere bahsedilen sırayla yer verildikten sonra İslam aile hukukunu konu edinen klasik kaynaklardan veriler toplanacaktır. Elde edilen verilerle söz konusu hukuk sistemlerinin temel değerleri ve temel ilkeleri

¹² <http://www.islambilimleri.com/DergiTamDetay.aspx?ID=156&Detay=Ozet> (Erişim: 13/08/2023)

ortaya çıkarılacaktır. Devamında aile hukuku konuları analiz edilip aralarındaki farklar ve benzerliklerini açıklayarak değerlendirmeye gayret edilecektir.

5. Bu Konu ile İlgili Yapılmış Çalışmalar

- a. Stéphane Papi, “Normes İslamiques et Droit Interne en France: de Quelques Zones de Confluences” (Fransa'da İslami Normlar ve İç Hukuk: Bazı Birleşme/Ortak Alanlar) 2014 yılında DOI 10.3917/drs.088.0689 numarasıyla yayınlanan bir makaledir.
- b. Dania Dhaini, “Mariage et libert s:  tude Comparative en Droit Français et Libanais” (Evlilik ve  zg rl kler: Fransız ve Lübnan Hukukunda Karşılaştırmalı alışma). 2016 yılında Paris  niversitesinde hazırlanan bir Doktora tezidir.¹³
- c. Youssouf Ali Robleh, “Le Droit Français Confront    la Conception Musulmane de la Filiation” (Fransız Hukuku Müslüman Nesep Anlayışıyla Karşı Karşıya) 2014 yılında Grenoble  niversitesinde hazırlanan bir Doktora tezidir.¹⁴
- d. Mohamed Kais, “La Sanction en Droit P nal Musulman Compar  avec le Droit Positif Français” (Fransız Pozitif Hukuku ile Karşılaştırdığında Müslüman Ceza Hukukunda Yaptırım) 1988 yılında hazırlanan bir Doktora tezidir.¹⁵
- e. Ahmed Baballa, “Mâlikî Fıkhnın Fransız Medeni Hukuku  zerindeki Tesiri” 2021 yılında Ankara  niversitesi'nde hazırlanan bir Yüksek lisans tezidir.¹⁶
- f. Abdulaz z b. Abdillan ev. Recep  zdemir, “Mâlikî Fıkhnının Batılı Hukuk Sistemlerine Etkileri (Makale)
- g. Recep iğdem, “Fransa Medeni Kanunu'nun (Kod Napolyon) İslam Hukuku'ndan Esinlendiği İddialarının Değerlendirilmesi” 2006 yılında Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinde yayınlanan bir makaledir.

¹³ <https://theses.hal.science/tel-01337967>

¹⁴ <https://theses.hal.science/tel-01124264/document>

¹⁵ <https://www.theses.fr/1988MON10035>

¹⁶ <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/76411/681477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BİRİNCİ BÖLÜM

EVLENME VE HUKUKİ SONUÇLARI

Bu başlık altında karı-kocanın zifaf öncesindeki nişan, çeyiz gibi evliliğe hazırlık va basamak oluşturan bazı örf-adetler ile taraflarda bulunması gereken şartlar gibi evlilik akdini ilgilendiren uygulamalardan bahsedilecektir. Evliliğin sonlandırılmasını ilgilendiren hususlar farklı bir bölümde incelenmiştir.

1.1. NİŞAN VE İLGİLİ HÜKÜMLERİN MUKAYESESİ

Nişan; bütün kültürlerde evlenme arzusunda bulunan iki tarafın karşılıklı olarak evlenme vaadinde bulunması olarak karşımıza çıkmaktadır. Fransız sözlüklerine bakıldığında nişanlanmanın merasim eşliğinde düzenlendiği ifade edilmektedir.¹⁷ Gerçekten eski zamanlarda nişanlanma, evlenmenin ön hazırlığı, ailelerin yakınlarına duyurma işlevi gören şenlikler eşliğinde bir merasim olarak düzenlenmekte olduğu görülür. Günümüzde nişanlanma merasimi eskimiş bir âdet gibi görünmekte ise de erkeğin müstakbel eşine nişan yüzüğü hediye etmesi âdeti halen devam etmektedir. Günümüzde nişan âdeti nerdeyse toplumun ayıpladığı bir uygulama olarak kabul edilmektedir. Öyle ki, artık nişanlanmaksızın evlilik öncesi birlikte yaşamak/flört meşru ve kaçınılmaz addedilmektedir. Evlenmeden birlikte yaşamak (concupinage);¹⁸ yakın zamanlara kadar, Hristiyanlığın etkisiyle ahlaki değerlere aykırı olan bir yaşama biçimi olarak sayılmaktaydı. Nişan, bu aykırılığın arkasına gizlenme imkânı sağlamaktadır. Zira günümüzde çiftler, aynı çatı altında yaşamayı denemedi, evlenmeleri nadir görünmektedir. Bazen de evlilik öncesi nikâhsız birlikteliği ve birlikte yaşamayı Sivil Dayanışma Paketi (PACS) ile meşrulaştırmaktadır.¹⁹ Bu nişanlanma süreci ya da PACS türü yaşama biçimi tarafların düşünme müddeti olarak telakki edilmektedir.²⁰

¹⁷ *Le Petit Larousse*, (Paris: Larousse, 2014), “Fiançailles”, 494.

¹⁸ Sivil Dayanışma Paketi’na ilişkin, *Journal Officiel de la République Française* 265 (Resmî Gazete) (16 Kasım 1999), Kanun No. 99-944 nikahsız ve anlaşma yapmadan birlikte yaşamayı yasal hale getirmiştir.

¹⁹ Patrice Hilt - Christel Simler, *Droit de la Famille* (Paris: Ellipses, 2018), 25.

²⁰ Jean Hauser, “Courtiser ou Fiancer N’est Pas Forcément Marier”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 3 (Eylül 2010), 533.

Fransız aile hukuku, İslam aile hukukunun aksine nişanlılık müessesesini, evlilik kurumunun oluşmasında bir aşama veya hak doğuran bir uygulama olarak tanımamaktadır. Buna göre, nişanlanma yaşı hakkında bir sınır getirmemekte ve nişana ilişkin hükümlere yer vermemektedir. Fakat Ortaçağ'da Fransa'nın da mensubu olduğu Kilise hukukunda, nişanlanmanın alt yaş sınırını *yedi yaş olarak* belirlemekte evliliğin geçerli olması ise tarafların en azından *buluğ çağına* ulaşma koşuluna bağlamaktaydı. Binaenaleyh, o zamanlarda asgari evlenme yaşı kızlar için 12 erkekler için 14 yaş olarak belirlenmekteydi.²¹ Eski Fransız aile hukukuna ait bu uygulamanın İslam'daki asgari evlilik yaşı için baliğ olma şartı hususu benzerlik arz ettiği söylenebilmektedir. Günümüzde Kilise hukuku evlilik yaşını kızlar için 14, erkekler için 16²² olarak belirlemekte ise de Fransa'da resmi evlilik yapılmadan arzu edenler için uygulanan dinî nikâhın kıyılması kanunen yasaklanmaktadır.²³

Fransız aile hukukundan farklı olarak, İslam aile hukuku evlenme vaadini, yani nişan esnasında söz vermeyi hukuken tanımakta, ona bir değer atfetmektedir. Nişanlılık, evlilik birliğinden beklenen muhabbet, huzur ve mutluluğu elde edebilmek için nikâh akdinden önce; tarafların birbirlerini iyice tanıma, aralarında evlenme engeli bulunmadığına kanaat etme ve tarafların ailelerini daha yakından tanıma imkânı sağlamaktadır. İslam literatüründe *hitbe* evlilik talebinde bulunmayı ifade eden bir kelimedir.²⁴ Evlilik teklifinde en sık karşılaştığımız biçim erkeğin kadına evlenme isteğini beyan etmesi şeklinde olsa da kadının evlenme talebinde bulunması mümkün olabilmektedir. Evliliğin ön hazırlığı olarak kabul edilen ve mezheplere göre farklılık göstermekle birlikte bazen kızın velisinin bazen de kızın bizzat kendisinin rızası ile koca adayıyla meydana gelen nişanlanma, hukukî bakımdan bir akit değil yalnızca evlilik hususunda tarafların ileriye dönük yapılan bir vaat olarak telakki edilmektedir. Sadece bir vaat olduğu içindir ki, taraflardan

²¹ Geneviève Ribordy, “Les Fiançailles dans le Rituel Matrimonial de la Noblesse Française à la Fin du Moyen Âge: Tradition Laïque ou Création Ecclésiastique?”, *Revue Historique* 4/620 (Ekim 2001): 899; Gabriel Le Bras, “Le Mariage dans la Théologie et le Droit de l'Église du XIe au XIIIe Siècle”, *Cahiers de Civilisation Médiévale* 11/2 (Nisan 1968): 195.

²² Ludovic Danto, “Limiter le Droit au Mariage: la Tentation de Faire des Canons 1077 et 1095 un Empêchement Dirimant”, *L'année Canonique* LXI/2020-2021 (2022): 180.

²³ Code Pénal (Ceza Kanunu), 433-21. madde.

²⁴ Rağib el-İsfehani, *Müfredât Kur'an Kavramları Sözlüğü*, çev. Abdülbaki Güneş, Mehmet Yolcu (İstanbul: Çıra, 2012), 346.

herhangi birisi verdiği sözden vazgeçerek nişanı bozma hakkına sahip olabilmektedir.²⁵ Öyle olmazsa, verdikleri vaadi yerine getirmeye icbar edilmeleri neticesinde evliliğe ilişkin rızalarının zedelenmesine sebep olacaktır. Bu da ileri devrelerde anlaşmazlıklara ve geçimsizliklere kapı aralayacaktır. Elbette verilen sözün arkasında durmak esas olacaktır. Gereksiz nişanı bozmak hoş bir davranış olarak karşılanmamaktadır. Nitekim karşı tarafa maddi veya manevi zarar verme ihtimali taşımaktadır. İslam aile hukuku nişanlanma yaşına bir sınırlama getirmemekle birlikte evliliğin muteber olabilmesi için en azından balığ olma şartını aramaktadır.²⁶ Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi evlilik ehliyetini kızlar için 17, erkekler için 18 olarak belirlemektedir.²⁷ Buna karşın evliliğin hazırlık safhası olarak kabul edilen nişanlanma, bu yaşlardan önce gerçekleşmesi mümkün olabilmektedir.

Nişan ile evlenme vaadinde bulunan tarafların evlenme mecburiyetleri bulunmamaktadır. Zira nişan, akit olmadığından doğrudan hukuki sonuçlar doğurmamaktadır. Tarihteki gelişimine bakıldığında, Klasik Roma İmparatorluğu döneminde, nişan, evlenme zorunluluğu getirmezken, Justinian, Hristiyanlığın etkisinde kalarak nişana önemli sonuçlar yüklemektedir. Söz gelimi nişan, evlenme rızası olarak telakki edilmekte ve nişanlılar arasında zifafın gerçekleşmesi sonucunda söz konusu nişanı, nikâha dönüştürmekteydi. Trento Konsili'nden (1545) sonra Hristiyan öğretileri ve kraliyet iktidarı nişanın akit özelliğini devam ettirmeyi ve hukuki neticelerini hafifletmeyi hedeflemekteydi. Buna göre taraflardan biri, geçerli bir sebebi bulunmadan vaadinden dönmesi halinde, evlenmeye icbar edilmemekle birlikte tazminatın yanında kilisenin yaptırımlarına maruz bırakılmaktaydı.²⁸ Ayrıca nişan, ister tarafların kendi iradeleriyle bozulmuş olsun ister tarafların birinin ölümüyle bozulmuş olsun, bir nevi hısımlık meydana geldiğinden tarafların karşılıklı ebeveynleriyle evlenmesine engel oluşturmaktaydı.²⁹ Fransız ihtilali öncesi geçerli olan eski hukuka karşın Fransız medeni hukuku, nişana özgü bir düzenlemede bulunmamaktadır. Hukukun bu husustaki sessizliği, nişanlanmanın akit olup

²⁵ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/308.

²⁶ Ahmet Yaman, *İslâm Aile Hukuku* (İstanbul: İFAV, 2015), 40.

²⁷ Heyet, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Nşr. Orhan Çeker (Konya: Mehir Vakfi Yayınları, 2016), 4. madde.

²⁸ Alain Bénabent, *Droit Civil la Famille* (Paris: Litec, 2001), 43.

²⁹ Robert Joseph Pothier, *Traité du Contrat de Mariage* (Paris: Debure Père, 1771), 1/259-260.

olmadığı konusunda ihtilaflara yol açmışsa da insanların temel özgürlüklerinden biri olan evlenme özgürlüğünün muhafazasını sağlamak adına, nişanın akit niteliği yadırganmaktadır.³⁰ 30 Mayıs 1838 tarihinde Fransız Yargıtayı nişanın bozulmasının hükümsüzlüğüne karar vermiştir.³¹ Bu karar kamu düzenine aykırı olmasına dayandırılmaktadır. Zira kamu düzeni, tarafların hür iradesinin büsbütün ve mutlak olmasını, merasim anında herhangi bir tahdit veya icbardan uzak olmasını gerektirmektedir.³²

1.1.1. Nişanın Bozulmasından Doğan Hukuki Sonuçların Mukayesesi

Esasen nişanın akit özelliği olmaması hukuki sonuç doğurmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim nişanın geçerli bir sebebe dayanmadan bozulması, dolaylı bir şekilde hukuki netice doğurabilmektedir.

1.1.1.1. Tazminat

01 Ekim 2016 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun 1382 sayılı maddesi uyarınca, tek taraflı vaadinden dönme talebinde bulunan tarafa sorumluluk yüklenebilmektedir.³³ Nişanın bozulmasıyla karşı tarafa zarar verilmesi durumunda, haksız fiil gerekçesiyle tazminat yükümlülüğü getirilebilmektedir.³⁴ Haksız fiilin bulunması için kusur, maddi-manevi zarar ve zararlar arasında sebep olan fiil arasında neden sonuç ilişkisi (illiyet) bulunması gerekmektedir. Buna göre terk edilen tarafın, evlenme vaadinin varlığını ve uğradığı zararların haksız fiilden meydana geldiğini kanıtlaması icap etmektedir.³⁵ Anlaşıldığı üzere, vaadinden rücu etme kusur sayılmamakta ancak nişanın bozulmasıyla meydana gelecek olumsuzlukların hukuk normlarına aykırı olması durumunda zarar veren taraf zararın tazminiyle sorumlu görülmektedir. Nişanın bozulmasıyla terk edilen tarafın zararı maddi olabilmektedir;

³⁰ Guy Raymond, *Le Consentement des Époux au Mariage: Étude de Droit Positif Français* (Paris: LGDJ, 1965), 9.

³¹ Cour de Cassation Chambre Civile (Yargıtay Hukuk Dairesi), (30 Mayıs 1838) Recueil Sirey 1838, 1/494.

³² Tribunal Civil de la Seine (Sivil Mahkemesi), (4 Mayıs 1943) Gazette du Palais 1943, 1/238.

³³ “Kanunun tasrih etmediği karineler hususunda hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim yalnızca kuvvetli, sarih, birbirine uyumlu karineleri ve kanunun herhangi bir şekilde ispata izin verdiği durumları kabul edecektir.”

³⁴ Raymond, *Le Consentement des Époux au Mariage*, 29.

³⁵ Patrick Courbe, *Droit de la Famille* (Paris: Sirey, 2008), 36.

evlilik hazırlıkları için yapılan masraflar gibi. Verilen zarar manevi de olabilmektedir; hüznün, utanç ve itibar zedelenmesi gibi. Bu durumda vaadinden rücu eden, tazminat ile verdiği zararı karşılamakla sorumlu tutulmaktadır.³⁶

İslam hukuku açısından da nişan bağlayıcı olmadığı için taraflardan birisi herhangi bir yaptırıma tabi tutulmadan rücu edebilmektedir. Binaenaleyh taraflar ellerindeki hediyeleri teslim etmeleri gerekmektedir. Klasik fıkıh literatüründe nişanın bozulması halinde maddi veya manevi zararların tazmini bahsine yer verilmemektedir.³⁷ Zira o dönemde nişanlılık süreci daha kısa sürmekte, bu da nişanın bozulma ihtimalini azaltmaktaydı. Ayrıca İslam'ın getirdiği sınırları ihlal etme imkânı bulunmamaktaydı. Çünkü nişanlıların birlikte gezmeleri veya halvette kalmaları söz konusu olmamaktaydı. Günümüzdeki sözde özgürlükçü sosyal hayat, şartların ve iktisadi durumların değişmesi nişanlı çiftlerin münasebetlerini de değiştirmektedir. Buna bağlı olarak nişanlılık sürecinde mahremiyet sınırlarına ve ahlaki ölçülere neredeyse riayet edilmez hale gelmektedir. Bu durum nişanın bozulması sonucunda tarafların zarar görmesine kapı aralamaktadır. Bunu göz önünde bulundurarak bazı çağdaş âlimler, nişanın bozulması neticesinde zarara uğrayan tarafın tazminat talebinde bulunabileceğini söylemektedirler.³⁸ Çağdaş fakihlerin görüşünün günümüz sosyal şartlarına uygun olduğu kanaatindeyiz. Buna göre her iki hukuk sisteminin günümüzdeki nişan anlayışı ve uygulamaları benzer olduğu ve nişanın bozulmasından meydana gelen zararların tazmin yükümlülüğü doğurduğu ifade edilebilmektedir.

1.1.1.2. Nişan Sürecinde Alman-Verilen Hediyelerin Durumu

Fransız aile hukukunda, evlenme vadinin yerine getirilmesi için verilen hibeler ister nişanlıların kendi aralarında olsun ister üçüncü şahsın verdiği hibeler olsun iade edilmesi icap etmektedir. Zira evlenme gerçekleşmediği takdirde, evlilik maksadıyla yapılan hibelerin hükümsüz kalacağı kabul edilmektedir.³⁹ Hediyelerin

³⁶ Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 27.

³⁷ Vehbe Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi* (İstanbul: Risale, 1994) 9/26.

³⁸ Muhammed b. Ahmed b. Mustafâ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü 'ş-Şahşiyye* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, ty.) 37; Muhammed Mustafa Şelebî, *Ahkâmü'l-Üsra fi'l-İslâm* (Beyrut: Dâru'l Cami'yye, 1402/1982), 89; Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali* (İstanbul: Erkam Yayınları, 2020), 206.

³⁹ Code civil (Medeni Kanun) 1088. madde.

iadesi şarta bağlı olmaktadır; mutlak olarak, gelecekte gerçekleşmesi beklenen evlilik için bağışlanmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla hediyeler anılan şarta bağlı değilse; yılbaşı, doğum günü gibi özel gün sebebiyle armağan edildiyse ve hediye edenin mali durumuna göre fahiş sayılmayacak değerde olursa (présent d'usage) nezaketen, duyulan muhabbetten veya ahlaki bir görevi yerine getirmek adına yapılan bağışların iadesi talep edilmemektedir.⁴⁰ İslam hukukunda da nişanlılık süresinde verilen hediyelerden kullanılmamış olanlar ve tüketilen yenilen, içilen cinsten olmayanlar nişan bozulunca iade edilmekte,⁴¹ hatta Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi 2. Maddesine göre zorla istirdat olunmaktadır.⁴² Bu noktada Fransız hukukunun İslam aile hukuku ile benzerlik arz ettiği söylenebilir.

Öte yandan Fransız hukuku, nişan yüzüğü hususunda farklı görüşlere yer vermiştir. Geleneksel görüşe göre, nişan yüzüğü değerli bir hediyedir. Buna göre, ölüm haricinde ve geçerli bir gerekçeye dayandırılarak nişanın bozulması durumunda nişan yüzüğü hükümsüz kalacağı için İslam aile hukukunda olduğu gibi iadesi uygun görülmektedir.⁴³ Ancak modern görüşe göre, değerli bir hediye olarak görülmediği için iade edilmesi gerekmemektedir. Bununla birlikte yüzüğü hediye eden tarafın ekonomik durumuna göre yüzük fahiş sayılmayan bedelde olması icap etmektedir.⁴⁴ O halde nişan yüzüğü *iki* durum söz konusu olunca iade edilmektedir. Bunlardan *birincisi*, nişan yüzüğünün değer bakımından hediye eden tarafın mali geçim durumuna göre fahiş bedelde olmasıdır.⁴⁵ *İkincisi* ise, aile yadigârı/antika olmasıdır. Bu nitelikte olan nişan yüzüğü iare/emanet/ödünç konumundadır. Buna göre, ailesinden yadigâr/hatıra olarak miras kalan ve uğur getireceğine inanıldığı için mesela, ninesinin veya annesinin evlilik yüzüğü nişan için verilen hediyein erkeğin ailesine iadesi ön görülür. Dolayısıyla yüzüğün değerine bakmadan ve nişanın

⁴⁰ Bénabent, Droit Civil la Famille, 44; France - Maguin, Droit de la Famille, 14; Hilt - Simler, Droit de la Famille, 28.

⁴¹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istulâhâtü Fıkhıyye Kâmusu*, 8 cilt (İstanbul: Öz Ensar, 1999), 2/12.

⁴² Heyet, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 2. Madde. Thk: Orhan Çeker, Konya, Mehir Vakfı Yay., 2016.

⁴³ Jean Carbonnier, "Le Statut des Bijoux dans le Droit Matrimonial", *Jurisprudence et Pratique Notariale* 18 (Aralık 1976), 339.

⁴⁴ Cour de Cassation Chambre Civile (Yargıtay Hukuk Dairesi) K. 78-13.346 (19 Aralık 1979).

⁴⁵ Cour de Cassation Chambre Civile (Yargıtay Hukuk Dairesi) K. 86-11.866 (26 Ocak 1988).

bozulma gerekçesinde kusur aranmaksızın iade edilmesine karar verilmiştir.⁴⁶ İslam ticaret hukukuna göre antika değerinde olan kıyemî malların değeri kendine özeldir. Nişan süresince hediye edilen böyle antika ya da tarihî değeri olan bir yüzüğün geri istenmesi normal sayılmalıdır.

İslam aile hukukunda, evlilik niyetiyle alınan ve verilen hediyeler mevcut ise aynıyla iade edilir, telef olmuş ise bedeli ödenir. Tarafların kendi iradeleriyle veya taraflardan birinin vefatı sebebiyle nişanın bozulması durumunda mehir nişanlılık sürecinde verilmiş ise aynıyla iade edilir, telef olmuş ise bedeli ödenir. Nitekim mehir nikâh akdinin neticesidir, maksat hâsıl olmayınca tazmin edilmesi tabiidir. Taraflardan birinin ölümü neticesinde nişanın bozulması halinde hediyeler hibe hükümlerine tabidir. Buna göre, nişan için verilen hediyeler kabzedildikten sonra vefat eden nişanlının mirasçıları, ölen tarafından verilen hediyeleri karşı taraftan isteme hakları yoktur.⁴⁷ Dolayısıyla, Fransız aile hukuku ve İslam aile hukuku nişanın bozulmasıyla istikbalde evlenmek niyetiyle alınan ve verilen hediyelerin - kıymetinin düşük olması, tüketilmiş olması gibi durumlar hariç- iade edilmesinin gerektiği hususunda benzeştiği söylenebilir.

Fransız hukukunda İslam aile hukukundaki mehir kavramının ve uygulamasının karşılığı bulunmamakla birlikte eski hukukta nişanda verilen hediyelerden farklı olarak “*douaire*” (bağış/hediye) uygulamasından bahsedilmekteydi. *Douaire* kocanın karısına evlilik sebebiyle yapacağı bir “bağış”ı ifade eder. Mehirden farklı olarak *douaire*, kocanın karısından önce vefat etmesine bağlıdır. Temel hedef, kocanın vefatından sonra kadının yeni bir evlilik yapıncaya kadar geçimini temin edebilmesidir⁴⁸ki, İslam hukukunda da mehir, aslında ister boşanma isterse ölüm sebebiyle yaşanan ayrılıklar sonunda kadının belli bir süre geçimini sağlamak için konulmuştur. Bu yönüyle de *douaire*, İslam hukukundaki vefat iddeti bekleyen kadın için öngörülmüş bir hediye olarak değerlendirilebilir. Bu uygulama Napolyon Kanunuyla yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁶ Cour de Cassation Chambre Civile, K. 82-12.526 (23 Mart 1983); K. 05-14.258 (30 Ekim 2007).

⁴⁷ Bilmen, *Istılâhâtı Fıkhıyye*, 2/12.

⁴⁸ Robert Joseph Pothier, *Les Traités du Droit Français* (Paris: Bechet Ainé, 1824), 10/399, 400; Charles Giraud, “Précis de l’Ancien Droit Coutumier Français”, *Bibliothèque de l’École des Chartes* 13 (1852), 434.

1.1.2. Taraflardan Birinin Ölümüyle Zorunlu Olarak Bozulan Nişan

Nişanın bozulması bir tercihin neticesi olabileceği gibi taraflardan birinin ölümüyle zorunlu olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Üçüncü şahsın haksız fiilinden kaynaklanan ölüm hususunda Fransız Yargıtay Hukuk Dairesi, ilk zamanlarda hayatta kalan nişanlıya herhangi bir hak tanımamaktaydı. Zira nişanlılar arasında hukuki bir bağ bulunmamaktadır.⁴⁹ Fransız Yargıtay Ceza Dairesi ise daha koruyucu bir kararla dolaysız ve kesin bir zarar gördüğü gerekçesiyle geride kalan eşe tazminat hakkı tanımaktadır.⁵⁰ Bu tazminat artık tartışılmadan verilebilmektedir. Nitekim 27 Şubat 1970 tarihinde Fransız Yargıtay Karma Dairesi, Medeni Kanun'un 1382 sayılı maddesinde, ölen kişi ile tazminat hakkı talep eden arasında hukuki bir bağın bulunması şartı bulunmadığı, bu gerekçesiyle böyle bir koşulun aranmasının reddine karar vermiştir.⁵¹

Nişanlılardan birinin ölümü, nişanlılık normalde çiftin ortak bir yaşam sürdürmesine imkân vermese de, farazi bir nikâhın (mariage posthume) kıyılmasına ya da var sayılmasına bir engel teşkil etmemektedir. Zira Medeni Kanununun 171. maddesinin birinci fıkrasına göre kuvvetli bir gerekçe bulunduğu ve olgular ölen tarafın mutlak rızasını kanıtladığı takdirde, Cumhurbaşkanı evlenmelerine izin verebilmektedir.⁵² Ölüm sonrası (posthume) evlilik hayatta kalan tarafın, nikâhın doğurduğu bazı sonuçlarından yararlanabilmesini sağlamayı hedeflemektedir. Esasında böyle bir nikâhın varlığı, evlilik dışı doğan çocuğu veya doğacak olan çocuğu meşrulaştırmak, yani çocuğun nesebinin sahih kabul edilmesi çabasından meydana gelmektedir. Bu sıra dışı nikâh; eşler arasında mülkiyet ve miras hakkı tanımamaktadır.⁵³

İslam hukukunda taraflardan birisinin ölümü, nişanlılık ilişkisinin kendiliğinden sona ermesine sebep teşkil etmektedir. Bu durumda, tarafların iradesi

⁴⁹ Cour de Cassation Chambre Civile (Yargıtay Hukuk Dairesi), (19 Ekim 1943) Recueil Sirey 1945 1/1; Cour de Cassation Chambre Civile (Yargıtay Hukuk Dairesi), (22 Şubat 1944) Recueil Dalloz 1945, 293.

⁵⁰ Cour de Cassation Chambre Criminelle (Yargıtay Ceza Dairesi), (5 Ocak 1956), Recueil Dalloz 1956, 216.

⁵¹ Cour de Cassation Chambre Mixte (Yargıtay Karma Dairesi) K. 68-10.276 (27 Şubat 1970).

⁵² Code civil (Medeni Kanun) 171. madde.

⁵³ Code civil (Medeni Kanun) 171. madde.

dışında yani, zorunlu olarak nişanın bozulması söz konusu olmaktadır. İnsanın haklara muhatap olmasını sağlayan ehliyet, cenin safhasından başlayarak akli ve bedeni gelişim seyrini takip ederek parça parça kazanılmaktadır. Ehliyet, insan olma özelliğine dayanması nedeniyle ölümle son bulmaktadır. Dolayısıyla ölmüş bir insanın hak tasarrufunda bulunması imkansız görünmektedir. Hal böyle olunca, nişanlılık kendiliğinden sona ermektedir.

İslam aile hukuku Fransız aile hukukundan bu yönüyle farklılık arz etmektedir. Nitekim Fransız aile hukukunda nişanlının ölümü, hayatta kalan nişanlının mağdur olmaması ve bazı haklardan yararlanabilmesi amacıyla ölmüş nişanlıyla evliliğe/evli sayılmaya –evlilik dışı doğan veya doğacak olan çocuğu meşrulaştırmak maksadıyla– izin verilmektedir. Buna karşın İslam aile hukukunda ölmüş olan birinin evliliğinden bahsetmek olanaksızdır. Zaten İslam aile hukuku, evlilik dışı ilişkileri meşru görmez. Dolayısıyla gayri meşru çocukları meşrulaştırma gayreti de yoktur. Buna mukabil Fransız aile hukukunda böyle bir evliliğe izin verilmesinin temel amacının, aslında geride kalanın mağdur olmamasına yönelik farazi bir tasarrufut denilebilir.

1.1.3. Çeyiz

Çeyiz veya cihaz kavramı, evlenen kadının, evliliği yaşacağı kocasıyla birlikte kullanmak üzere baba evinden götürdüğü elbise ve eşyalar için kullanılmaktadır.⁵⁴ Fransa’da çeyiz denilince iki farklı uygulamadan söz edilmektedir:⁵⁵

Bunlardan *birincisi* “*trousseau de mariage*”(evlilik bohçası/paketi)⁵⁶ olarak ifade edilen çeyiz çeşididir. Bu çeyizi kız ve kız tarafı tarafı hazırlar. Fransız hukukunda bununla ilgili hükümler bulunmamakla birlikte XIV. asırda Fransız örf ve adetlerinde yer almaktadır. Zengin, soylu, fakir, şehirli, köylü fark etmeksizin her genç kızın evlenme hazırlıkları arasında çeyiz yer almaktaydı. Hatta bu hazırlıklar

⁵⁴ Abdülazîm Mahmûd ed-Dîb, “Çeyiz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1993) 8: 296.

⁵⁵ Charles Victor Daremberg, *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines* (Paris: Hachette et Cie, 1892), 2/388.

⁵⁶ “Tousseau”; “trousser” fiilinden gelen bir kelimedir. Eski Fransızcada, paket haline getirmeyi ifade eder. Buna göre, baba evinden çıkan kızın koca evine götüreceği giysileri paket haline getirmesini ifade eder.

Anadolu kültüründe olduğu gibi kız çocuklarının küçüklüklerinde nakış, işleme, dikiş öğrenmekle başlamaktaydı. Çeyiz eşyaları arasında *iç ve dış giysi, çarşaf, yastık kılıfı, masa örtüsü, havlu ve el bezi* gibi eşyalar bulunmaktaydı. Yapılan hazırlıkların niteliği ve niceliği evlenecek kızın hangi toplumsal sınıfa ait olduğunu göstermekteydi. Erkeğin nişanlısına aldığı ve hasır sepetin içine koyduğu hediyelere ise “*corbeille de mariage*” (düğün sepeti) ifadesi kullanılmaktaydı. İkinci Dünya Savaşı sonrasında bir taraftan kumaş kıtlığı öte yandan yenilenme arzusu bu âdetin terk edilmesine sebep olmuştur.⁵⁷

Çeyizin *ikinci* şekli ise “*dot*” terimi ile ifade edilir. Kocanın evlilik sebebiyle artacak olan ev/aile masraflarını karşılamaya iştirak etmesi için kadın tarafının vermekle yükümlü olduğu mal veya para olarak izah edilmektedir.⁵⁸ Dikkat edilirse bu çeyiz türünde de kız tarafına sorumluluk düşmektedir. Kızın babası bununla mükellef, mükellefiyetini yerine getirmediği takdirde icbar edilmekteydi. Bununla birlikte üçüncü bir şahıs tarafından ödenmesi de mümkün olmaktadır. Baba hâkimiyetinden koca hâkimiyetine geçen kadın, yeni bir aileye dâhil olması sebebiyle eski ailesiyle alakası kesilmekteydi. Esasen babanın verdiği “*dot*” miktarı, kadının miras hissesine mukabil aldığı bir karşılık addedilmekteydi. Zira evlendikten sonra kadın miras hakkını kaybetmekteydi,⁵⁹ böylece bir nevi ileride alması gereken mirasa mukabil/mahsuben peşinin babasının malından bir miktarını kendi yuvasına/kocasına götürüyordu. Bu uygulama Roma hukukunun tesiriyle Fransız hukukuna geçmiştir. Yaygın olan şekli böyle olmakla birlikte Eski Rejim (Ancien Régime) döneminde hukukun çeşitliliği sebebiyle bölgeden bölgeye farklı uygulama şekilleri bulunmaktaydı.⁶⁰ Zikrettiğimiz uygulama 13 Temmuz 1965 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.⁶¹

⁵⁷ Olga Verschoor, *Les Trousseaux du Temps Jadis* (Paris: Hatier, 1996), 6-16.

⁵⁸ Daremberg, *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, 2/388.

⁵⁹ Aristide Charles J. Pascal, *Traité Synthétique de la Dot en Droit Romain Suivi d'une Dissertation sur l'Inaliénabilité de la Dot en Droit Français* (Paris: A. Marescq Ainé, 1860), 4-29; Kudret Ayiter, *Roma Aile Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963) 17-20.

⁶⁰ Christine Dousset, “Femme et Héritage en France au XVIIe Siècle” *Dix-septième Siècle* 244 (2009), 480-491.

⁶¹ Evlilik rejimine ilişkin reform, *Journal Officiel de la République Française* 161 (Resmî Gazete) (13 Temmuz 1965), Kanun No. 65-570.

İslam hukuku, çeyiz kavramı hususunda Fransa'da olduğu gibi bir ayrım da bulunmamaktadır. Buna göre çeyiz; evlenecek olan kadının hazırladığı her türlü özel eşya ve evin döşenmesine iştirak etmesi maksadıyla getirdiği ev eşyalarını birlikte ifade etmektedir. İslam hukukunda çeyizin hazırlanması ve çeşidi ile ilgili iki yaklaşım bulunmaktadır. Hanefilere göre, kadın çeyiz hazırlamakla mükellef sayılmamaktadır. Dolayısıyla mehir veya şahsi malıyla çeyiz yapmaya icbar edilmemektedir. Evlilik birliğinde nafaka sorumlusu olan koca, eşinin ve çocuklarının yiyecek, giyecek, mesken ve meskenin yaşanabilir bir yer olması için gerekli ev eşyalarını temin etmekle yükümlü tutulmaktadır. Kocanın verdiği mehir hazırlanacak olan çeyizin karşılığı olmamakla birlikte koca, çeyiz için bir miktar para vermiş ise kadının buna mukabil bir çeyiz hazırlaması gerekmektedir.⁶² Mâlikîlere göre ise kocanın nikâhtan önce verdiği mehir karşılığı kadar çeyiz hazırlaması gerekmektedir. Ancak kadının çeyiz hazırlamakla mükellef olması için koca bunu ya nikâh esnasında şart koşması ya da bu hususta örfün bulunması gerekmektedir.⁶³ Kanaatimizce Hanefilerin görüşü daha uygun görünmektedir. Zira nafaka sorumlusu koca olduğu için kadını çeyiz hazırlaması hususunda zorlamaması gerekmektedir. Ancak kadın isterse kocasına destek olmak maksadıyla eşyalar alabilmektedir. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi Hanefilerin görüşünü tercih ederek kanunlaştırmıştır.⁶⁴

Çeyiz, ister mehire mukabil hazırlanmış olsun ister kız tarafı hazırlamış olsun fark etmeksizin kadının şahsi malı sayılmaktadır. Dolayısıyla kocanın çeyiz eşyalarından faydalanabilmesi karısının iznine bağlı olmaktadır.

Eski Fransız kültüründe çeyiz âdetine benzer bir uygulamanın mevcut olduğu zikredilmekle birlikte artık günümüz Fransız hukukunda çeyiz uygulaması bulunmamaktadır. Eski Fransız hukuku çeyiz uygulamasında ikili bir ayrım da bulunurken İslam hukuku ayırım yapmadan, kız tarafının getirdiği her eşyayı çeyiz kabul etmektedir. Bununla birlikte İslam hukukunda kız tarafı çeyiz hazırlamakla yükümlü tutulmamaktadır. Fransız hukukunda, kız babasının kocaya verdiği mal

⁶² Bilmen, *Istılâhâtı Fıkhiyye*, 2/147, 148; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/246; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 302.

⁶³ Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/246; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 302.

⁶⁴ Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 89. madde.

veya para kızın miras hakkını ıskat ederken İslam hukuku, çeyizi miras ile ilişkilendirmemektedir. Zaten ölümden önce verilen malı miras olarak değerlendirmenin uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira ölümden önce verilen mal miras değil hibe hükmündedir.

İkinci Dünya Savaşından sonra Fransız toplumunun yenilenme arzusunda olması, Fransız örf ve adetlerin terk edilmesine sebep olmuştur. Nitekim kadınların sosyal hayatlarındaki değişim ve iş hayatında aktif konuma geçiş yapmaları, çeyiz hazırlama vakti bulamamalarına neden olmuştur. Bununla birlikte tüketici bir toplum içinde yaşamak, özel eşyaları hazırlama gereksinimini azaltmıştır. Ayrıca kadın-erkek eşitliğini sağlamak adına yapılan hukuki düzenlemeler “*dot*” denilen ikinci tür çeyiz uygulamasının, yani kızın babasının aile bütçesine katkıda bulunmasının yürürlükten kaldırılmasını gerektirmiştir. Zira “*dot*”, kocanın bakmakla yükümlü olduğu karısının aile bütçesine bir katkısıydı. Günümüzde karı-koca, aile geçimini sağlama konusunda gelirleri nispetinde ve birlikte/eşit oranda sağlamakla yükümlüdür. Son olarak ve belki de çeyiz ihtiyacının tamamen kaybolmasının en önemli etkeni, çiftlerin evlenmeden önce birlikte ve evli gibi yaşamalarıdır.

1.2. EVLİLİĞİN MAHİYETİ VE ŞARTLARI

Yıllar geçtikçe, Fransa’da evlilik ve daha geniş bir çerçeveye ile çiftler arasındaki birlikte yaşam tarzında derin değişimler olmuştur. 1804 yılından bu yana Medeni Kanun’un getirdiği düzenlemeler buna işaret etmektedir. Napolyon Kanunu ve Medeni Kanun evliliği açık olarak tanımlamamıştır.⁶⁵ Nitekim evlilik kelimesinin ne anlama geldiği herkes tarafından bilinen bir kavram olarak görüldüğünden tanımlanmaya ihtiyaç duyulmadığı kaydedilir.⁶⁶ Jean Carbonnier bunu şu şekilde açıklamıştır: “Herkes burada neyin anlaşılması gerektiğini tarife ihtiyaç duyulmayacak şekilde biliyor; insanlığın en eski geleneği ve çoğu yetişkinin durumudur.”⁶⁷ Buna karşın Medeni Kanun’da Sivil Dayanışma Paketi (PACS)⁶⁸ ve

⁶⁵ Parquet, *Droit de la Famille*, 30.

⁶⁶ Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 17.

⁶⁷ Clara Bernard-Xemard, *Droit Civil: les Personnes, la Famille* (Paris: Gualino-Lextenso, 2014), 225.

⁶⁸ Medeni Kanun 515-1 maddesi.

nikâhsız birlikteliğin (concupinage)⁶⁹ tanımı belirtilmiştir. Evlilik hususunda ise kanun nikâhın geçerli sayılması için gereken şartları belirtmek ve evliliğin sonuçlarını beyan etmekle yetinmiştir.⁷⁰

1.2.1. Evliliğin Tanımı

Fransızcada evlilik “mariage” kelimesi ile ifade edilmektedir. “Mariage” kelimesinin etimolojisine baktığımızda latince “maris” ve “agere” kelime köklerinden türediği anlaşılmaktadır. “Maritus” erkek anlamında⁷¹ “agere” ise yapmak, davranmak ve eylem anlamını taşımaktadır.⁷² Yine, “uxorem ducere” ifadesi “kadın almak” anlamında evlenmeyi ifade etmektedir.⁷³ Buna göre “mariage” kelimesi bir nevi kocanın karısını almak suretiyle ortak bir yaşam kurması anlamına gelmektedir. Ayrıca “mariage” sözcüğü hem hukuki işlemin kendisini hem de evli olma durumunu ifade etmektedir. İslam aile hukukunda ise evlilik; “nikâh” kelimesiyle ifade edilmekte ve birleştirme, bir araya getirme, evlenme, evlilik, zıfaf anlamlarını taşımaktadır.⁷⁴ Evlilik kelimesi Fransızcada olduğu gibi İslam’da da hem hukuki işlemi hem evli olma durumunu ifade etmektedir. Ancak İslam terminolojisinde nikâh kelimesi belirli bir cinsiyet çağrışımında bulunmamaktadır.

Fransa’da evlenme; resmi bir şekilde tarafların evliliğe ilişkin karşılıklı rızalarını yetkili memur huzurunda ifade etmeleriyle meydana gelmektedir. Böylece evlilik kadının ve erkeğin meşru birlikteliğini sağlamakta, aile kurma ve yaşam boyu karşılıklı yardımlaşmayı temin etmektedir.⁷⁵ Roma hukukçuları evliliğin tanımı için *Consortium omnis vitae* (ömür boyu birliği), *divini et humani juris communication* (ilahi hakkın ve insan hakkının birliği) tabirlerini kullanmaktaydılar.⁷⁶ Buna göre, Fransız hukuk öğretilerinde evlilik kavramı hususunda çeşitli tarifler verilmiştir. Jean Carbonnier, evlilik tanımını şu şekilde yapmıştır: “Bir kadının ve bir erkeğin

⁶⁹ Medeni Kanun 515-8 maddesi.

⁷⁰ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 17.

⁷¹ Félix Gaffiot, *Dictionnaire Illustré Latin Français* (Paris: Librairie Hachette, 1934), 950.

⁷² Gaffiot, *Dictionnaire Latin Français*, 88-90.

⁷³ Gaffiot, *Dictionnaire Latin Français*, 561, 562.

⁷⁴ Fahrettin Atar, “Nikah” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007) 33: 112.

⁷⁵ Serge Guinchard, Thierry Debard, *Lexique des Termes Juridiques* (Paris: Dalloz, 2015), 662.

⁷⁶ Philip Lyndon Reynolds, *Marriage in the Western Church: the Christianization of Marriage During the Patristic and Early Medieval Periods* (Leiden: Brill, 2001), 8.

karşılıklı bir şekilde seçme eyleminde bulunmaları ve ölüme kadar birlikte yaşama vaadinde (aslında anlaşma yapmalarından) bulunmalarından ibarettir.”⁷⁷ Gérard Cornu evliliği; “Bir kadının ve bir erkeğin birlikte yaşamak, bir aile ve bir yuva kurmak maksadıyla birleşmeleridir”⁷⁸ şeklinde tarif eder ki, nikah da “birleşme” manasında olduğu belirtilmişti. Patrick Courbe ise evliliği şu şekilde açıklamıştır; “Bir erkeğin ve bir kadının hukuki ve resmi bir işlem sonucunda karşılıklı rıza ile birlik kurmaya karar vermeleri ve çerçevesi önceden belirlenmiş yasal bir duruma geçiş yapmayı kabul etmeleridir ki, bu evli kişilerin durumudur.”⁷⁹ Medeni Kanun’un meşhur yazarlarından Jean-Étienne-Marie Portalis, evliliği; “bir erkeğin ve bir kadının neslini devam ettirmesi için, hayatın zorluklarına karşılıklı yardımlaşmayla göğüs germeleri ve ortak istikametlerini paylaşmaları için birleşerek kurdukları müessese”⁸⁰ olarak tanımlamıştır.

İslam aile hukukunda ise nikâh kelimesi, evlilik bakımından aralarında hukuken bir engel mevcut olmayan bir erkek ile bir kadının hayatlarını sürekli ve meşru bir şekilde birleştirmelerini sağlayan akid şeklinde ifade edilmektedir.⁸¹ Nikâh akdi, eşler arasında evlilik birliğinin kurulmasıyla karşılıklı hak ve sorumlulukların doğmasına ve meşru yolla insan neslinin devamına imkân sağlamaktadır.⁸² Aslında tarifler farklı inanç ve görüş sahipleri tarafından yapılmış olsalar da kastedilen mananın ortak olduğu söylenebilir.

1.2.2. Evlenmenin Hukukî Niteliği

Fransız medeni hukukunda evlenmenin hukuki niteliği, yani bir akid mi ya da kurum mu olduğu beyan edilmemektedir. Dolayısıyla hukuk ilmiyle iştigal edenler bunu tartışmışlar ve farklı görüşler ortaya çıktığı görülmektedir. Bir kısım hukukçular, nikâhın bir sözleşme olduğunu savunurken diğer kısmı nikâhın bir kurum olduğunu iddia etmektedir. Evlenmenin bir sözleşme olduğunu ifade

⁷⁷ Jean Carbonnier, *Droit Civil: la Famille, l'Enfant, le Couple* (Paris: Presses Universitaires de France, 2002) 2/368.

⁷⁸ Gérard Cornu, *Dictionnaire Quadrige: Vocabulaire Juridique* (Paris: Presses Universitaires de France, 2005) 567.

⁷⁹ Courbe, *Droit de la Famille*, 17.

⁸⁰ Vincent Bonnet, *Droit de la Famille* (Orléans: Paradigme, 2011), 163.

⁸¹ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 207.

⁸² Bilmen, *İstilahâtı Fıkhiyye*, 2/147.

edenlerin gerekçesi, nikâhın kurulması için gereken uyumlu irade beyanların doğurduğu hukuki neticeler olmaktadır.⁸³ Ayrıca 1975 yılında karşılıklı rıza ile evliliği sonlandırmanın meşrulaştırılmasıyla⁸⁴ birlikte, nikâh hukuki bakımdan sözleşmeye yakınlaştırılmaktadır.⁸⁵ Buna karşın evlenmenin bir kurum olduğunu destekleyen görüş, nikâhın kanun tarafından önceden düzenlendiği, dolayısıyla eşlerin ilkeleri değiştirme imkânı tanımayan bir duruma geçiş yapmaktan ibaret olması hasebiyle bir sözleşmeden değil bir kurumdan bahsedilebileceğini savunmaktadır.⁸⁶ Günümüzde bu görüş ayrılığı uzlaştırılarak hem “sözleşme” niteliği bulunan hem de “kurum” niteliğini barındıran hukuki bir işlem olduğu kabul edilmektedir.⁸⁷

İslam aile hukukunda ise nikâh; bir yönüyle ibadete diğer bir yönüyle muamelata benzetilmektedir. Örneğin; evlenme, nafîle ibadetlerden daha faziletlidir, neslin meşru bir şekilde devamını sağlayan ve insanı zinadan koruyan bir ibadet yönü bulunmaktadır. Öte yandan evlenme, hukuki neticeler doğurmak üzere tarafların birbirine uygun olarak karşılıklı irade beyanlarında bulunmalarından meydana gelen bir akit olması dolayısıyla muamelat kabilinden sayılmaktadır.⁸⁸ Bununla birlikte evlenme sözleşmesi, borçlar hukukundan özellikle de satım akdinden ayırt edilmesi önemlidir.⁸⁹ Zira bu sözleşmeler farklı niteliklere sahiptir. Söz gelimi evlenme sözleşmesinde teknik anlamıyla *semen* mevcut değildir. Mehir ve nafakanın *semen* olarak telakki edilmesi mümkün değildir çünkü her ikisi nikâhın mali neticeleri arasında yer alır ve akdin kuruluşu esnasında belirtilme, miktarını açıklama mecburiyeti yoktur. Oysa *semen*, nikahın dışındaki diğer satış sözleşmelerinin sıhhat şartlarındandır. Dolayısıyla Kur'an-ı Kerim'de “misak-ı galiz”

⁸³ Gilles Goubeaux - Pierre Voirin, *Droit Civil Introduction au Droit: Personnes, Famille, Personnes Protégées, Biens, Obligations, Sûretés* (Paris: LGDJ, 2013), 1/93.

⁸⁴ Boşanma reformu hususunda, *Journal Officiel de la République Française* 0161 (Resmî Gazete) (11 Temmuz 1975), Kanun No. 75-617.

⁸⁵ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 17.

⁸⁶ Yvaine Buffelan Lanore - Virgine Larribau Terneyre, *Droit Civil: Introduction, Biens, Personnes, Famille* (Paris: Sirey, 2013), 603.

⁸⁷ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 17; Buffelan Lanore - Larribau Terneyre, *Droit Civil: Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 603.

⁸⁸ Bilmen, *İstîlâhâtı Fıkhiyye*, 2/23.

⁸⁹ Özlem Tüzüner, “Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi* 1 (2013), 143.

olarak tarif edilen nikâh akdi kendine özel nitelikler taşıyan bir akit olduğu söylenebilir.

Anlaşıldığı üzere her iki hukuk sisteminde tek bir sınıfta kategorize etmek yerine evlenmenin özel niteliklere sahip olduğu hususunda uyum söz konusudur. Ancak İslam aile hukukunda nikâhın kendine has özelliklerinin bulunduğu ifade edilmekle birlikte bir akit olarak değerlendirildiği görülür.

1.3. NİKÂHIN KURULUŞ (İN'İKAD) ŞARTLARI

Nikâhın geçerli sayılması için hukuk, bazı şartların zorunlu olarak bulunmasını öngörmektedir. Eski zamanlardan bu yana birinci ve en önemli şart olarak karşımıza çıkan şey; aralarında evlenme engeli olmayan iki tarafın *ayrı cinsiyette* olmaları şartı sayılabilmektedir. Malesef Fransız hukukunda bu şart artık aranmamaktadır. İkinci şart tarafların *yaşıyla* ilgiliyken üçüncü şart tarafların *rızasını* gözetmektedir.

1.3.1. Taraflar

1.3.1.1. Tarafların Cinsiyeti

Geleneklerde ve tüm dinlerde evlenme, sadece ayrı cinslerden oluşan çiftlere açık olan bir eylemdir. Esasında Fransız Medeni Kanun'un ilgili maddelerinde tarafların karşıt cinste olmaları gerektiği açık lafızlarla belirtilmemekteydi. Nitekim bu şart aşikâr sayılmaktaydı; Medeni Kanun'un yazarları bu şartı ayrıca belirtmeye ve izah etmeye ihtiyaç dahi duymamaktaydı.⁹⁰ İnsanlık tarihi boyunca eşcinsel yönelimler var olmuşsa da, eşcinsel evlilikler yakın tarihlere kadar anlamsız görülmekteydi. Açık ifadelerle cinsiyet belirtilmemişse de Medeni Kanun'un bazı maddelerinden evlenecek tarafların kadın ve erkek olduğu anlaşılmaktadır. Zira eşlerden bahsedildiğinde “karı-koca” (mari et femme) veya “erkek ve kadın” (homme et femme) olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹¹

Savcılığın (Parquet) karşı gelmesine rağmen, 2004 yılında Bègles Belediye Başkanı Noël Mamère, kanunda, evlilik yapabilecek tarafların cinsiyeti belirtilmediği gerekçesiyle iki erkeğin nikâhını kıymıştır. Elbette bu nikâh hukuka aykırı olması

⁹⁰ Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 31.

⁹¹ Ancien Code Civil (Eski Medeni Kanun) 144. ve 75. maddeleri.

nedeniyle iptal edilmiştir. Bu hukuka aykırı evlilik, 2007 yılında Yargıtay tarafından, nikâh hususunda tarafların cinsiyetini açıklama konusunda bir faydaya vesile olmuş ve “Fransız kanununa göre, evlilik bir erkeğin ve bir kadının birlik kurmasıdır,⁹²” şeklinde bir kararın çıkmasına gerekçe oluşturmuştur. Fransa’da da devletin temel düzenini, bireylerin hak ve hürriyetini düzenleme işlevi gören *anayasa*, normlar hiyerarşisinin en üst kademesinde yer almaktadır. Dolayısıyla yasaların, üstün konumda olan anayasaya uygun olması gerekmektedir. Fransa’da yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen organ Anayasa Konseyi’dir. 28 Ocak 2011 tarihinde Anayasa Konseyi, Yargıtay’ın evlilikte cinsiyet konusundaki verdiği kararı desteklemiştir.⁹³

2012 yılında cumhurbaşkanı seçimleri için kampanya yürüten François Hollande’un seçim vaatlerinden birisi eşcinsel evliliğin kabul edilmesi ve kadın erkek arasında eşitliğin temin edilmesi olmuştur. Eşcinsel evlilik ile ilgili kanun tasarısına karşı yapılan gösterilere rağmen, Ulusal Meclis’te yapılan oylama sonucunda kabul edilmiştir. 568 oydan 329’u yasa tasarısı lehine oy kullanırken 229’u yasa tasarısı aleyhine oy kullanmıştır, geriye kalan 10 oy ise çekimser kalmıştır.⁹⁴ 23 Nisan 2013 yılında, Parlatentonun onayıyla eşcinsel evliliği ile ilgili yasa tasarısı kabul edilmiştir. Oylama sonuçları şu şekilde açıklanmıştır: 566 oydan 331 oy lehine, 225 oy aleyhine ve 10 çekimser oy kullanılmıştır.⁹⁵ Bu sonuçlardan sonra 17 Mayıs 2013 tarihinde metin, Anayasa Konseyi tarafından onaylanmış,⁹⁶ ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak resmen yürürlüğe girmiştir⁹⁷ ve 18 Mayıs 2013 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.⁹⁸ Böylece Medeni Kanun’un 143.

⁹² Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 05-16627, K. 113 (13 Mart 2007).

⁹³ Conseil Constitutionnel (Anayasa Konseyi), K. 2010-92 (28 Ocak 2011).

⁹⁴ Assemblée Nationale (Ulusal Meclis), XIV. Yasama 2012-2013, 12 Şubat 2013 ilk oturum tutanağı. http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130144.asp#P554_116433 (Erişim: 17 Ağustos 2020).

⁹⁵ Assemblée Nationale (Ulusal Meclis), XIV. Yasama 2012-2013, 23 Nisan 2013 ikinci oturum tutanağı. http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130226.asp#P554_105581 (Erişim: 17 Ağustos 2020).

⁹⁶ Conseil Constitutionnel (Anayasa Konseyi), K. 2013-699 (17 Mayıs 2013).

⁹⁷ Patrick Courbe - Adeline Gouttenoire, *Droit de la Famille* (Paris: Dalloz, 2013), 42.

⁹⁸ Eşcinsel Çiftlere Evlilik Hakkı Açma Kanunu, Journal Officiel de la République Française 0114 (Resmî Gazete) (18 Mayıs 2013), Kanun No. 2013-404, md. 143.

maddesi Şu Şekilde dŐzenlenmiŐtir: “Nikâh akdi iki ayrı cinsiyet veya iki aynı cinsiyet arasında gerçekteŐebilir.”⁹⁹

1999 yılında eşcinsel çiftlere PACS sözleşmesiyle resmi birlik kurma imkânı tanınmıŐ, buna raŐmen Fransa’da eşcinsel evlilikler 2013 yılına kadar yasadıŐı sayılmıŐtır.¹⁰⁰ ÇŐnkŐ Medeni Kanun’un 515-5 maddesi uyarınca ayrı cinsiyet veya aynı cinsiyette olan çiftler Sivil Dayanışma Paktı ile ortak yaşamlarını dŐzenleyebilme imkânı vermiştir. Ancak PACS sözleşmesiyle eŐcinselliŐin yasallaŐtırmanın Özel hayata mŐdahale olduğu, ayrımcılıŐın söz konusu olduğu ve getirilen haklar kısıtlı olduğundan –Özellikle ebeveyn olmak isteyen– eşcinsel çiftler için bu çŐzŐm yeterli olmamıŐtır. Neticede on dört yıl sonra eşcinsel çiftler arasında evliliŐin yasal hale gelmesiyle onlara dolaylı Şekilde ebeveyn olma, yani evlat edinme imkânı tanınmıştır.

İslam aile hukukunda ise, evlenecek olan tarafların mutlak surette ayrı cinsiyette ve aralarında evlenme engeli bulunmaması gerekmektedir. Nitekim eŐcinselliŐin (livata) haram olduğu ayetlerle sabittir. Allah Teâlâ’ya karşı gelmek suretiyle eşcinsel yönelimlerinden vazgeçmeyen Hz. Lut’un kavmi “*haddi aÇan bir toplum*” olarak nitelenmektedir.¹⁰¹ Bu hayasızlıklarından dŐnmemeleri neticesinde bu kavim helak edilmiştir.¹⁰² Esasen İslam dini, meşru yolla aile kurmaya bŐyŐk Önem atfetmektedir. Zira nikâhın, insanı haramdan koruma, neslin bozulmasına ve yok olmasına mani olma ve böylece neslin sağlıklı bir Şekilde devamını temin etme gibi iŐlevleri bulunmaktadır. Nikâhın sağladığı bu menfaatler sebebiyle evliliŐin, insanın kendini nafîle ibadetlere adanması ve nihayetinde dış dŐnyadan bŐtŐn bağlarını kesmek suretiyle inzivaya çekilmesinden daha faziletli olacağı ifade edilmektedir.¹⁰³

Hz. Âdem ile baŐlayıp Hz. Muhammed (s.a.v.) ile son bulan tevhid merkezli risalet gŐrevlerinin temelini, tŐm çağlardaki insanların maslahatı oluşturur. İnsan ve

⁹⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 143. madde.

¹⁰⁰ Sivil Dayanışma Paktı Kanuna ilişkin, Journal Officiel de la République Française 265 (Resmî Gazete) (15 Kasım 1999), Kanun No. 99-944.

¹⁰¹ A’râf 7/80-81; Őuarâ 26/165-166.

¹⁰² HŐd 11/81-83; Hicr 15/73-74; Kamer 54/33-39.

¹⁰³ EbŐ Bekr ŐemsŐ’l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *MebŐut* (İstanbul: GŐmŐŐev, 2008), 4/358-361.

toplum hayatının önemi ve menfaatleri göz önünde bulundurularak sosyal hayatı düzenleyen birtakım normatif kurallar konulmuştur. Esasen dini hükümlerin tamamı dünya ve ahiret mutluluğuna ulaşmayı hedefler. İslam dini, insanlara mutlu ve huzurlu bir yaşam temin etmek için “makasidü’ş-şeria” olarak bilinen; can emniyeti, mal emniyeti, din emniyeti, akıl emniyeti ve nesil emniyetinin gözetilmesini hedeflemiştir. Toplumu oluşturan aile kurumunun huzurunu ve bekasını sağlamak, sağlam temeller üzerine oturabilmek için nesillerin korunmasına ilişkin açık ve kalıcı hükümler getirilmiştir. Buna göre, bütün semavi dinlerde¹⁰⁴ olduğu gibi İslam dininde de neseplerin karışmasına yol açan zina haram kılınmıştır.¹⁰⁵

İslam, zınayı yasakladığı gibi eşcinselliği de açıkça yasaklamıştır. Kur’an-ı Kerim’de eşcinsellikten bahsedilirken, Allah Teâlâ’nın koyduğu sınırları aşmak ve ahlak kurallarına uygun düşmemesi sebebiyle son derece çirkin bir fiil olarak tercüme edebileceğimiz *fahişe* kelimesi kullanılmaktadır.¹⁰⁶ Allah Teâlâ insanın mükerrerem¹⁰⁷ bir varlık olduğu ve fitrat üzere yaratıldığını ifade etmektedir. İnsana verdiği değer sebebiyle onu şerefli ve onurlu kılmakla birlikte fitratını muhafaza etme sorumluluğu yüklemektedir.¹⁰⁸ Nitekim insanın fitrî duyguları olmasına rağmen, kişi yetiştirildiği aile ve çevreden etkilenerak kişiliğini şekillendirmektedir. Anlaşılacağı üzere, insan kişiliğini oluştururken aslî tabiatını koruyabileceği gibi bozulmasına da sebep olabilmektedir. Eşcinselliğin haddi aşmak ve son derece çirkin bir fiil olarak nitelenmesiyle birlikte bu davranışın yaygınlık kazanmaması için kişinin bu yöneliminden vazgeçinceye kadar evde kapatılıp toplumdan uzaklaştırılma cezasının¹⁰⁹ ayetle belirlenmesi, bu fiilin fitrata aykırı olduğunu açıkça göstermektedir. Bununla birlikte eşcinsel yönelimi olan bir toplum, neslinin devamını meşru yoldan sağlaması mümkün görünmemektedir. Sonuç olarak İslam hukukunun, toplum maslahatını temin etmek için korumayı hedeflediği beş temel prensipten biri olan neslin muhafazasına hanel getirecektir.

¹⁰⁴ Tekvîn 13/13; Tekvîn 18/20; Levililer 18/22; Levililer 20/13; Romalılar’a Mektup 1/27; Korintoslular’a Birinci Mektup 6/9.

¹⁰⁵ İsrâ 17/32; Furkân 25/68.

¹⁰⁶ Nisâ 4/15-16; A’râf 7/80-84; Neml 27/54-55; Ankebût 29/28.

¹⁰⁷ İsrâ 17/70.

¹⁰⁸ Rum 30/30.

¹⁰⁹ Nisâ 4/15-16.

Fransız aile hukukunda ise insan özgürlükleri ve haklarını muhafaza etmek bahanesiyle eşcinsel çiftlerin resmi nikâh ile evlenmeleri yasal hale getirilirken, İslam hukukunda eşcinsellik insan fitratına ve onuruna aykırı olması sebebiyle insan haklarına konu olması ve bu uygulamanın yasal hale gelmesi imkansız görünmektedir. Dolayısıyla evlilikte tarafların aralarında evlenme engeli olmayacak şekilde karşıt cinsten olması gerekmektedir. Diyebiliriz ki, Fransız hukuku ve İslam hukuku insan haklarını aynı minvalde değerlendirmediklerinden dolayı ortaya farklı sonuçlar tezahür etmektedir. İnsan fitratı, toplum maslahatı ve neslin muhafazası göz önünde bulundurulduğunda, İslam hukukunun getirdiği muhakemenin daha isabetli olduğu anlaşılacaktır.

1.3.1.2. Tarafların Evlenme Ehliyeti

Geçerli bir evlilik yapabilmek için –başkalarının izin ve onayına ihtiyaç duymadan– evlenecek kişilerin, yani tarafların, sahip olmaları gereken hukuki yeterliliğe *evlenme ehliyeti* ifadesi kullanılmaktadır.¹¹⁰ Şimdi evlenme ehliyetini ilgilendiren alt başlıklar hakkında bilgi aktarmak istiyoruz:

1.3.1.3. Evlenme Ehliyetinin Yaşı

1804 yılında yayımlanan Fransız Medeni Kanunu, kızların ve erkeklerin evlenme ehliyetine eşit bir yaş sınırı belirleme yolunu tutmamıştır. Nitekim Medeni Kanun ergenlik çağını ve kadın erkek sorumluluğunu esas almıştır. Kızların erkeklerden daha erken baliğ olmaları, erkeklerin ise gelir temininde bulunup aileyi geçindirmekle sorumlu olmaları evlilik yaşı için ölçü kabul edilmiştir.¹¹¹ Buna göre, kızlar için evlenme ehliyetine sahip olmalarının alt yaş sınırı 15 iken erkeklerin alt yaş sınırı 18 olarak belirlenmiştir.¹¹² Ancak bu düzenleme toplumsal gelişmelerle uyumlu gözükmemesi¹¹³ gerekçesiyle artık evlenme yaşı konusunda kadın ve erkekler için aynı yaşta olmaları şartı aranmaktadır. Dolayısıyla Medeni Kanun'un 144.

¹¹⁰ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, 210; Yaman, *İslam Aile Hukuku*, 40.

¹¹¹ Dominique Fenouillet, *Droit de la Famille* (Paris: Dalloz, 2013), 83.

¹¹² Code Civil (Medeni Kanun) 144. madde.

¹¹³ Frédéric Debove – Renaud Salomon – Thomas Janville, *Droit de la Famille* (Paris: Vuibert, 2012), 105.

maddesi 2006 yılında yeniden düzenlenmiştir. Artık kadın ve erkek evlilikte taraf olabilmeleri için 18 yaşını bitirmiş olmaları gerekmektedir.¹¹⁴

Belirlenen bu yaş sınırı mutlak sayılmamaktadır. Nitekim 4 Nisan 2006 yılında yeniden düzenlenen kanun, Medeni Kanun'un 145. maddesi devam etmektedir. Bu maddeye göre, olağanüstü durumlar karşısında ve zaruri gerekçelerle cumhuriyet savcısı, yetişkin olmayan kişilerin evliliğine müsaade edebilmektedir.¹¹⁵ Kanun maddesinde zikredilen olağanüstü durum ve zaruri gerekçe kavramlarından kasıt kadının bu yaştan önce bir şekilde hamile ya da çocuk sahibi olmuş olmasıdır.¹¹⁶ Böyle bir durum söz konusu olduğunda cumhuriyet savcısının izniyle birlikte veli rızası da gerekmektedir. Nitekim veli izni olmadan yetişkin olmayan bireyler bizzat evlenme ehliyetine sahip olamamaktadır. Ebeveynin kararları uyuşmaz ise rıza gösteren velinin kararı kabul edilmektedir.¹¹⁷ Velinin rızası yetişkin olmayan çocuklarını, aceleci ve etraflıca düşünülmemiş bir karardan korumak için gerekli görülmektedir.¹¹⁸

Ebeveynlerden biri yaşamıyor veya rıza beyanında bulunması imkânsız ise diğer ebeveynin rızasıyla iktifa edilmektedir. Ebeveynlerden biri bir yıldır mefkud ise yine diğer ebeveynin rızasıyla yetinilmektedir.¹¹⁹ Evlatlık olma durumunda, yasal veli konumuna geçen ebeveynlerin –eşinin çocuğunu evlatlık edinme hariç– rızası alınmaktadır.¹²⁰ Ebeveynlerin bulunmadığı takdirde nene ve dedelerin rızası alınmaktadır. Onlar da bulunmaz ise büyük nine ve büyük dedelerin rızası alınmamaktadır. Bunlardan birinin rızasıyla iktifa edilmektedir.¹²¹ Onlar da bulunmaz ise durum aile konseyine iletilmekte ve kararı onlar vermektedir.¹²² Nikâhı kıymakla görevli olan belediye başkanı, yetişkin olmayan kişinin nikâhını ailenin rızasını

¹¹⁴ Çiftler ve reşit olmayanlar üzerinde yapılan baskı ve şiddeti önlemeyi kuvvetlendirmeye ilişkin, Journal Officiel de la République Française 81 (Resmî Gazete) (5 Nisan 2006), Kanun No. 2006-399.

¹¹⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 145. madde.

¹¹⁶ Anne Leborgne, "Droits Fondamentaux de la Famille Droits Fondamentaux Dans la Famille", *Annuaire International de la Justice Constitutionnelle* 23-2007 (2008): 508.

¹¹⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 148. madde.

¹¹⁸ Brigitte Hess-Fallon - Anne-Marie Simon, *Droit de la Famille* (Paris: Sirey, 2011), 48.

¹¹⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 149. madde.

¹²⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 365. madde.

¹²¹ Code Civil (Medeni Kanun) 150. madde.

¹²² Code Civil (Medeni Kanun) 159. madde.

almadan kıyacak olsa 450 avroyu geçmeyecek şekilde para cezası ile karşılaşabilmektedir.¹²³ Aile rızası alınmadan kıyılan nikâh, rızası alınması gereken kişiler tarafından veya evlenme ehliyetine sahip olmayan tarafın isteğiyle iptal edilebilmektedir.¹²⁴

Nişan bahsinde ifade ettiğimiz gibi İslam hukukunda, geçerli bir evlilik yapabilmek için sahip olunması gereken hukuki yeterlilik “tam eda ehliyeti”dir. Bununla birlikte ulema, kadının tam eda ehliyetine sahip olabileceği halde, nikâh akdi yapabilmesi için velinin iznine ihtiyaç duyup duymadığı hususunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefiler –İmam Muhammed hariç– kadının evlendiği kişinin yani kocanın dengi/kefaeti olması halinde nikâhın caiz olacağını söylemişlerdir. Diğer üç mezhep, kadının velisinin izni olmadan nikâh akdi yapmasının caiz olmadığı görüşünü benimsemişlerdir.¹²⁵ Hanefilerin görüşünü esas aldığımızda, temyiz gücüne sahip ve baliğ olan kadın, kimsenin iznine ihtiyaç duymadan serbest irade beyanında bulunabilmektedir. Temyiz ve buluğ; fizyolojik, psikolojik ve iklim gibi dış etkenlere bağlı olarak kişiden kişiye değişiklik göstermektedir. Bununla beraber, hükümlerin umumi ve objektif özelliği gereğince fıkıh âlimleri buluğ yaşına sınırlar getirmiştir. Âlimlerin çoğunluğuna göre, kızlar için 9-15 yaş, erkekler için 12-15 yaş sınırı belirlemiştir.¹²⁶ Ancak kızlar en erken 9, erkekler ise 12 yaşında eda ehliyetine sahip olmaları mümkün görünse de Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Ebu Hanife'nin baliğ olmak için tespit ettiği azami yaş sınırını tercih ederek evlilik ehliyetini kızlar için kameri sene yani 354 gün üzerinden 17, erkekler için 18 olarak belirlemiştir. Bu yaşı doldurmamış baliğanın evlenme müracaatında bulunması durumunda hâkim, velinin¹²⁷ itirazda bulunup bulunmadığını sormaktadır. İtirazda bulunmaz ise nikâh kıyılmakta, itirazda bulunur ise hâkim itiraz gerekçesini

¹²³ Code Civil (Medeni Kanun) 156. madde.

¹²⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 182. madde.

¹²⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, çev. Ahmed Meylânî (İstanbul: Ensar, 2015), 2/343-347.

¹²⁶ Abdurrahmân b. Muhammed b. İvaz el-Cezîrî, *el-Fıkh 'ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003), 2/313-315; Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi' fi tertîbi's-Şerâi'*, thk. Ali Muhammed Muavvid – Âdil Ahmed Abdülmevcüd (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003), 10/93, 94.

¹²⁷ Nikahda veli asabe binefsihidir. Şafilere göre baba ve dede dışındaki asabe evlendirme yetkisine sahip değildir bkz. Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, 3/343, 344; Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 10. madde.

değerlendirmektedir. Gerekçenin geçerli olmadığına hükmedilirse evliliğe müsaade edilmektedir.¹²⁸

Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne ve Fransız Medeni Kanunu'na bakıldığında erkeklerde aynı yaş sınırı belirlendiğini, kızlarda ise Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde bir yaş farkıyla daha erken evlenebildikleri görülmektedir. Belirlenen yaş sınırlarından önce evlenme arzusunda olan kişilerin her iki hukukta da velinin iznine ihtiyaç duyduğu müşahade edilmektedir. Ancak Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde hakim velinin itiraz gerekçesini uygun görmezse evliliğe müsaade edebilirken Fransız Medeni Kanunu'nda cumhuriyet savcısının izniyle birlikte velinin iznine de ihtiyaç duyulmaktadır.

1.3.1.4. Evlenme Ehliyeti Bakımından Mahcurun Durumu

Kişinin hukuki işlemler yapmaya elverişli olması eda ehliyetine bağlı olmaktadır. Tam eda ehliyetine sahip olan kişi, haklarını bizzat kendisi kullanmakta, hak ve borçlar doğuran hukuki işlemleri kendi yapmaktadır.¹²⁹ Mahcur; iyiyi kötüden, faydalıyı zararlıdan ayırt etme gücüne sahip olmaması sebebiyle –çocuklar ve akli olgunluğa erişmeyen yetişkinler gibi– tek başına hukuki işlemlerde bulunamaz ancak kanuni temsilcilerinin izniyle mümkün hale gelmektedir. Bu düzenleme hacr altında bulunan kişilerin haklarını muhafaza etmeyi hedeflemektedir.¹³⁰ Eda ehliyetine sahip olmayan veya eksik eda ehliyetine sahip olanlar ve ehliyeti sonradan kısıtlanan kişiler mallarını koruma ve işletme gibi akli kabiliyet gerektiren hukuki işlemleri vasileri tarafından yapılmaktadır.¹³¹

Fransız hukukunda vesayet altında bulunan kişi, kendi yararına olmasına rağmen tek başına hukuki bir işlem yapamamaktadır. Zira onlar korunmaya muhtaç olmaktadır.¹³² Bununla birlikte, vesayet dereceleri vardır, dolayısıyla, mahcurun yetki alanı kısıtlamaya bağlı olarak değişiklik göstermektedir. 2019 yılına kadar

¹²⁸ Heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 4-8 maddeler.

¹²⁹ Ali Bardakoğlu, "Ehliyet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1994) 10: 536.

¹³⁰ Hacı Yunus Apaydın, "Hacir", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996) 14: 513.

¹³¹ Ali Bardakoğlu, "Vesâyet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013) 43: 66.

¹³² Code Civil (Medeni Kanun) 425. madde.

yasal koruma (protection juridique) veya aile yetkisi (habilitation familiale) altında bulunan yetişkin kişiler, bizzat kendileri evlenme ehliyetine sahip olmaktadır. Nitekim kanun bu hususta sessiz kalmıştır.¹³³ Ancak yetişkin kişinin kısıtlılığı, akıl hastası (tutelle) veya akıl zayıflığı (curatelle) derecesinde ise kendi rızası yetersiz kabul edilmektedir. Akıl zayıflığı sebebiyle mahcur olan kişi, hukuki temsilcisi olan vasinin iznine muhtaç olmaktadır.¹³⁴ Akıl hastası olan mahcur ise, vasinin iznine değil hâkimin veya aile konseyinin iznine ihtiyaç duymaktadır. Evlenme izni talebinde bulunabilecek tek kişi mahcurdu, vasinin böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.¹³⁵ 25 Mart 2019 tarihinde mahcurun evlenmesi hususunda kanun yeniden düzenlenmiştir. Bundan böyle kısıtlılığın hangi derecesinde olursa olsun vasinin veya hâkimin iznine ihtiyaç duymadan evlenebilmektedir.¹³⁶ Yine de evlilik kararını belgelendirerek, hukuki temsilcisine önceden bildirme zorunluluğu bulunmaktadır.¹³⁷ Aksi takdirde belge eksikliği sebebiyle belediye başkanı bu nikâhı kıyamamaktadır. Vasi, haklarını muhafaza ettiği mahcurun kararına itiraz edebilmektedir.¹³⁸ Zira evlilik mali sonuç ve mirasçılık hakları doğurmaktadır. Bu durumda vasi inisiyatif kullanarak, mahcurun haklarını korumak adına evlilik sözleşmesi yaptırabilmektedir. Mahcur kabul etmese de, vasi tek başına mahkemeye başvurarak evlilik sözleşmesi yaptırmak için hâkimden izin alabilmektedir.¹³⁹

İslam aile hukukunda ise, tarafların bizzat kendileri nikâh akdinde bulunmaları için âkil ve baliğ olmaları gerekmektedir. Binaenaleyh temyiz gücüne sahip olmayan mahcurun kendi başına taraf olması mümkün görünmemektedir.¹⁴⁰ Akıl zayıflığı bulunan veya akıl hastası olan kişinin nikâhı hukuki temsilcisinin izniyle mümkün hale gelebilmektedir.¹⁴¹ Hanefî mezhebi akıl hastalarının evliliğini hiçbir zarurete

¹³³ Annick Batteur, “Habilitation Familiale et Protection de la Personne sur Majeur Protégé (Habilitation Familiale)”, *Droit de la Famille* 11 (Kasım 2016), 33-36.

¹³⁴ Ancien Code Civil (Eski Medeni Kanun) 460. madde.

¹³⁵ Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 14-25.777 (2 Aralık 2015).

¹³⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 460. madde.

¹³⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 63. madde.

¹³⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 175-2. madde.

¹³⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 1399. madde.

¹⁴⁰ Vehbe Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/72.

¹⁴¹ Abdullah b. Mahmud el-Mevsilî, *el-İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtâr*, çev. Mehmet Keskin (İstanbul: Ravza, 2019), 3/41; Bilmen, *İstulâhâtü Fıkıhye*, 2/29,47.

bağlamaksızın velileri tarafından evlendirilmeyi muteber sayarken Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi Şafiî mezhebinin görüşünü tercih ederek mecnun ve mecnune hususunda, zaruret niteliğine bağlı olarak farklı hükümler benimsemektedir.¹⁴² Buna göre, zaruret bulunmadığı takdirde nikâh akdi yapmalarının caiz olmadığı, zaruret durumunda ise hâkimin izniyle nikâhları velileri tarafından akdedilebileceği ifade edilmektedir.¹⁴³

2019 yılına kadar Fransız aile hukukunda, İslam aile hukuku akıl zayıflığı ve akıl hastası kişilerin evlenmesi yalnızca izin ile mümkün hale gelebileceği hususunda mutabık hükümler mevcut olmaktadır. Ancak yasaların yeniden düzenlenmesiyle Fransız aile hukuku, kısıtlı olanların evlenme hakkına müdahale etmenin, evlenme özgürlüğüne sınırlama getireceğinden hukuki temsilcisinin iznine ihtiyaç duymadan evlenebileceğine karar vermiştir. Bununla birlikte hukuki temsilci, kısıtlının haklarını koruma yetkisine sahip olduğundan evlilik sözleşmesiyle haklarını muhafaza edebilmektedir. Fransız aile hukuku mahcurun özgürlüğünü bu denli düşünmesi güzel bir niyetten meydana geldiği şüphesizdir. Ancak akıl zayıflığı ve akıl hastasının sağlıklı kararlar almaktan aciz olduğu açıktır. Böyle bir özgürlük, kısıtlı için daha büyük zararların meydana gelmesine sebep teşkil edecektir. Mesele sadece malları korumaktan ibaret olmadığı kanaatindeyiz. Mahcurun kısıtlılığına sebep olan durumun suistimal edilmesi muhtemeldir. Âkil baliğ olan bir kişinin kabul etmeyeceği yaşam koşullarına maruz kalabilir. Hâlbuki hukuki temsilci, haklarını gözettiği kişinin hem mali haklarını hem de sosyal ve ruhsal ihtiyaçlarını korumayı hedefler. Hal böyle olunca, kısıtlının hukuki temsilcisinden izin almadan evlenmesinin sakıncalı neticeler doğurabileceği ve İslam aile hukukunun getirdiği hükmün daha isabetli olduğu fikrindeyiz.

1.3.2. Evlenme Engellerinin Bulunmaması

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi evlilik, ailenin sağlıklı bir şekilde kurulmasını sağlayan toplumun temel taşıdır. Bu öneme binaen evlilik, toplumsal düzene ve toplum ahlakına uygun bir şekilde tanzim edilmektedir. Evlilik

¹⁴² Heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, *Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası*, 79.

¹⁴³ Heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 9. madde.

müessesesinin sınırlarını çizen hukuk; toplumlar, çağlar ve dinlerin etkisiyle farklılık arz edebilen evlenme engelleri (empêchements à mariage) belirlemektedir. Bu evlenme engelleri iki sınıftır:

a. Tarafların birbirleriyle evlenmelerine ebediyen –hiçbir durumda ortadan kalkmayan– mani olan sebeplere, *devamlı evlenme engelleri* (empêchements absolus) denir.

b. Ortadan kalkmaları mümkün olan sebeplere ise *geçici evlenme engelleri* (empêchements relatifs) denir. Şimdi daimi engellerden bahsetmek istiyoruz:

1.3.2.1. Devamlı Evlenme Engelleri

Fransız aile hukukunda daimî evlenme engelleri *üç* kısımda ele alınmıştır:

1. “Biyolojik” olarak yakın kan bağı bulunan kişiler arasında bulunan evlenme engelidir. Soy bağına ilişkin engeller Fransız aile hukukunda ve İslam aile hukukunda çoğu konuda uyum arz eder. İslam hukukundan farklı olarak Fransız hukukunda bu engel yalnızca evlilik ile ilgili olup, soy bağı irtibatı olanlar arasında “cinsel ilişki”nin mümkün kabul edilmesidir. Şöyle ki; Fransız hukukunda cinsel ilişkiye girmenin yasal yaş sınırı açık açık belirtilmese de, reşit olan bir kişi on beş yaşına ulaşmamış bir kişiyle cinsel ilişkide bulunması suç kabul edilir.¹⁴⁴ Bununla birlikte, reşit olmayan kişileri ensestten korumak adına 2021 yılında ensest ilişkilerine yeni bir yaş sınırlaması getirilmiş ve bundan böyle on sekiz yaşına kadar kişi böyle bir ilişkiye rıza gösteremez.¹⁴⁵ Buna göre, reşit olma yaşına ulaşan ve kendi rızasıyla yakın kan bağı bulunan birisiyle cinsel ilişkide bulunması yasak değilken, evlenmesi yani akid yapması suçtur. Dolayısıyla ensest, yalnızca aralarında yakın kan bağı bulunan ve reşit olma yaşına ulaşmamış olanları veya reşit olmasına rağmen bu ilişkiye rıza göstermemiş durumlar için kullanılır. Yani, aralarında yakın kan bağı bulunan iki reşit kişinin cinsel ilişkiye rıza göstermeleri halinde suç işlemiş olmazlar.

Soy bağından meydana gelen evlilik engelleri ise dört grupta toplanabilir. *Birinci* grupta *usûl* (ascendants) bulunur ki bunlar; anne, nine, baba ve dededir. *İkinci*

¹⁴⁴ Code Pénal (Ceza Kanunu), 227-25. madde.

¹⁴⁵ Code Pénal (Ceza Kanunu), 227-27-2-1. madde.

grupta *furû* (descendants) bulunur bunlar; oğul, kız ve bunların çocuklarıdır. *Üçüncü* grup anne-babanın *furû* ve bunların çocuklarıdır bunlar; kardeşler ve kardeş çocuklarından oluşur. *Dördüncü* grup ise dede-ninenin *furû* olan; amca, hala, dayı ve teyzedir.¹⁴⁶

2. Kanunda daimi evlenme engeli sayılan ikinci durum; “evlenmeden doğan hısımlık sebebiyle” oluşan evlenme engelidir. Bunlar eşlerin usûlu, eşlerin *furû*, usûlun eşleri ve *furû*un eşleridir. Hısımlığın oluşmasında nikâhın kıyılması esas alınır, dolayısıyla zina benzeri evlilik dışı ilişkilerle ve yukarıda izah edilen– PACS– türü sözleşmeli evlilikle hısımlık meydana gelmez.¹⁴⁷ Burada Şafiilerin zina edenler arasında evlilik oluşmadığına dair görüşle benzerlik arzettiği söylenebilir.

3. Kanunda daimi engellerin üçüncü çeşidi ise, “evlatlık” müessesesinden meydana gelen evlenme engelidir. Evlatlık olan kişi biyolojik ailesinin usûlu, *furû*, anne babanın *furû* ve bunların çocukları arasında daimi evlenme engeli bulunur. Evlatlık; evlat edinen ebeveyn, evlat edinen ebeveynin *furû* ve evlat edinen ebeveynin diğer evlatlıkları arasında daimi evlenme engeli bulunur.¹⁴⁸ Aşağıda kısaca izah edileceği üzere İslam hukukunda evlatlık, gerçek çocuk sayılmadığından hiçbir surette evlenme engeli oluşturmaz.

Anlaşılabacağı üzere, kan bağı sebebiyle ebedi evlenme engelleri iki hukukta da uyumlu gözükmektedir. Ancak İslam aile hukukundan farklı olarak Fransız aile hukukunda bazı özel durumlarda, devamlı evlenme engeli bulunmasına rağmen evlilik mümkün hale gelebilmektedir. Belki de bu durum, reşit kişiler arasında eneset ilişkilerinin suç olarak telakki edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim dördüncü grubu teşkil eden dede ve nenenin *furû* yani amca, hala, dayı ve teyzenin kendi yeğeniyle kuvvetli bir gerekçeye (cause grave) dayandırıldığı takdirde Cumhurbaşkanı evlenmelerine müsaade edebilmektedir.¹⁴⁹ Bu özel izin, hısımlıktan doğan devamlı evlenme engellerini de kapsamaktadır. Binaenaleyh, eşlerden birinin ölümüyle hısımlık kaybolmasa da Cumhurbaşkanı böyle bir evliliğe izin

¹⁴⁶ Nisâ 4/23; Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/14; Bilmen, *İstılâhâtü Fıkhiyye*, 2/76,77; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/105; Code Civil (Medeni Kanun) 161, 162 ve 163 maddeler.

¹⁴⁷ Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 17-10.876 (28 Şubat 2018) <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000036697078/> (Erişim 22 Ağustos 2020).

¹⁴⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 366. madde.

¹⁴⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 163. ve 164. madde.

verebilmektedir. Eşlerin boşanmasının ardından ölse, evlilik yine mümkün olabilmektedir. Zira eşin ölümü esas alınmaktadır.¹⁵⁰ Bununla birlikte, evlat edinme yoluyla aileye dahil olan evlatlık ile diğer çocuklar arasında –diğer çocukların evlatlık veya öz olmaları durumu değiştirmez– evlenme engeli, Cumhurbaşkanının izniyle ortadan kaldırılabilir. Ayrıca evlat edinen ebeveyn ile evlatlığın eşi arasında evlenme engeli, evlatlığın ölümü ve Cumhurbaşkanının izniyle yine ortadan kaldırılabilir. Evlat edinen ebeveynin ölmesi durumunda da, evlatlık ile evlat edinenin eşi arasındaki evlenme engeli izin ile izale edilebilir.¹⁵¹

İslam hukukunda da ebedi evlenme engelleri üç kısımda ele alınmıştır. Bunlardan *birincisi*, Fransız aile hukukunda zikrettiğimiz *soy bağına* ilişkin evlenme engelidir. Yukarıda açıkladığımız dört grup burada da geçerlidir.

İkincisi evlenmeden doğan hısımlık (karâbet-i musâhera) sebebiyle oluşan evlenme engelidir. Bunları da dört gruba ayırmak mümkündür: Bunlardan *birincisi*, usûlün eşleridir yani baba veya dedenin eşleri, üvey anne ve nine gibi.¹⁵² *İkincisi*, furûun eşleridir yani çocuk veya torunların eşleri, gelinler gibi.¹⁵³ *Üçüncüsü*, zevcenin usûlüdür, kayınvalide veya nineler gibi.¹⁵⁴ *Dördüncüsü*, zevcenin furûudur, yani üvey kızlar. Saydığımız ilk üç grupta nikâhın kıyılmış olması, hısımlığın ve dolayısıyla haramlığın oluşması için kafidir, cinsel birleşme olsun veya olmasın hüküm değişmez. Ancak son grupta hısımlığın oluşması cinsel birleşmenin gerçekleşmesine bağlıdır.¹⁵⁵ Buna göre, nikâh kıyıldıktan sonra cinsel birleşme olmadan boşanma gerçekleşirse, zevcenin önceki evliliğinden doğma kızıyla –üvey kızı– ebedi evlenme engeli tahakkuk etmez.

İslam hukukunda olup da Fransız ve diğer hukuk sistemlerinde bulunmayan devamlı evlenme engelinin *üçüncü* çeşidi; *süt emzirmekten* meydana gelen hısımlık

¹⁵⁰ Michèle Biégelmann-Massari, “La Jurisprudence des Dispenses Civiles au Mariage Depuis 1960: un Apport Sur le Senes de l’Institution Matrimoniale”, *Droit et Société* 35 (1997), 168.

¹⁵¹ Code Civil (Medeni Kanun) 366. madde.

¹⁵² “Babalarınızın evlendiği kadınlarla evlenmeyin.” (Nisâ 4/22).

¹⁵³ “Kendi sulbünüzdenolan oğullarınızın eşleri de size haram kılındı” (Nisâ 4/23).

¹⁵⁴ “Eşlerinizin anaları size haram kılındı.” (Nisâ 4/23).

¹⁵⁵ Nitekim Nisâ sûresinin 23. ayetinde, “Kendileriyle birleştiğiniz eşlerinizden olup, evlerinizde bulunan üvey kızlarınız size haram kılındı. Eğer onlarla birleşmiş değilseniz kızlarınızı almanızda size bir sakınca yoktur.” üvey kızın haram kılınması birleşme fiiline bağlanmıştır.

(karâbetür'r-radâ) sebebiyle oluşan haramlıktır.¹⁵⁶ Süt akrabalığı kimler arasında tahakkuk ettiğini belirlemek için süt emen çocuğu, sütannesinin öz çocuğu yerine koyduğumuzda, öz çocuk o ailenin fertlerinden kimlerle evlenemez ise süt emen çocuk da aynı kişilerle evlenemez. Nitekim bu hususta Peygamber efendimiz (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: “*Nesep sebebiyle haram olanlar süt emme sebebiyle de haram olurlar.*”¹⁵⁷

Fransız aile hukuku ve İslam aile hukukunun devamlı evlenme engellerini incelediğimizde bazı şartların uyum gösterdiğini bazılarının ise farklılık arz ettiği görülebilir. Söz gelimi, soy bağı ve kayın hısımlığına ilişkin evlenme engelleri arasında uyum söz konusudur. Ancak iki hukuk arasındaki bu uyum, hükmün mutlak olup olmadığı hususunda ayrılır. Fransız aile hukukunda devamlı evlenme engeline rağmen, zaruri bir gerekçe sebebiyle, bazı evliliklere izin verebildiğini müşahede edebiliyoruz. İslam aile hukukunda ise devamlı evlenme engelleri mutlak; dolayısıyla özel durum veya istisnai sebeplerden bahsetmez, devamlı evlenme engelleri ebedidir ve bu hiçbir şekilde değişmez. Söz konusu hukukların devamlı evlenme engellerinin mukayesesinde farklılık arz eden *iki* kısımdan bahsetmek mümkündür:

Bunlardan *birincisi*, Fransız aile hukukunda evlatlık müessesesinin mevcut olmasından meydana gelen engeldir. İslam aile hukukunda evlat edinme meşru olmadığından¹⁵⁸ söz konusu engelin mevcut olması düşünülemez. *İkincisi* ise, İslam aile hukukuna özgü olan süt akrabalığından doğan evlenme engeldir. Yahudi¹⁵⁹ ve Hıristiyan¹⁶⁰ dinlerinde süt akrabaları ile evlenme yasağı olmadığı gibi, belki de

¹⁵⁶ “Sizi emziren anneleriniz ve sütkardeşleriniz size haram kılındı” (Nisâ 4/23).

¹⁵⁷ Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fi el-Buhârî, *Sahîhu'l-Buhârî* (Beyrut: Dâru İbn Kesîr, 1423/2002), “Nikâh”, 20 (No. 5099); Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes b. Mâlik b. Ebî Âmir el-Asbahî, *el-Muvatta'*, thk. Beşar Avvad Ma'ruf (Beyrut: Dâru'l Ğarbü'l İslamî, 1417/1997), “Radâ”, (No. 1762); Ebû Dâvûd Süleymân b. el-Eş'as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî, *Sünenü Ebî Dâvûd*, thk. Muhammed Abdülaziz el-Hâlidî (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1416/1996), “Nikâh”, 6 (No. 2055); Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvînî, *Sünenü İbn Mâce*, nşr. Sıdkî Muhammed Cemil (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1424/2003), “Nikâh”, 34 (No. 1937); Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el-Mervezî, *Müsnedü'l-İmam Ahmed b. Hanbel*, thk. Salih Ahmed eş-Şâmî (Dimeşk: Dâru'l Kalem, 1434/2013), 4/77.

¹⁵⁸ el-Ahzâb 33/4-5.

¹⁵⁹ Heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 26. madde.

¹⁶⁰ heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 32. madde.

Hristiyanlığın da etkisiyle Fransız aile hukukunda da böyle bir süt akrabalığının evlenme daimi evlenme engeli oluşturduğundan söz edilmez.

1.3.2.2. Geçici Evlenme Engelleri

Devamlı evlenme engellerinden farklı olarak geçici evlenme engellerinde, evliliğin gerçekleşmesine engel oluşturan durumun ortadan kalkmasıyla evlenme engeli de ortadan kalkmış olmaktadır. Böylece daha önce evlenemeyen taraflar engelin kalkmasıyla evlenebilmektedir.

Fransız hukukunda 2005 yılına kadar iddete bağlı evlenme engeli bulunmaktaydı. İddet süresi (délai de viduité) bir evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde kadının yeni bir evlilik yapabilmesi için beklemesi gereken süre olarak izah edilmektedir.¹⁶¹ Buna göre kadın, iddet süresi dolmadan geçici olarak evlenemeyecektir. Fransız hukukunda iddet süresi “ç yüz gün” olarak belirlenmekteydi. Söz konusu hukukta, iddet sresinin amacı yalnızca nesebi belirleme ve nesebin karışma ihtimalini ortadan kaldırma olarak indirgenmekteydi. Günümüzün teknolojik gelişmelerin getirdiği değişik yöntemler aracılığıyla, nesebin belirlenmesi kolayca mümkün hale gelmektedir. Bununla birlikte, iddet süresi sadece kadın tarafından beklenmesi gereken bir müddet olduğundan, kadın-erkek eşitliğine aykırı görülmesi gerekçesiyle Fransız Medeni Kanunu’ndan kaldırılmıştır.¹⁶² Keza boşanmış bir kadın –hamile olsa da– doğumu beklemeden evlenebilmesi yasal hale getirilmiştir.¹⁶³

Esasen Fransız aile hukukunda, geçici evlenme engeli yalnızca bir şekilde tezahür edebilir. Bu da, taraflardan birinin başkasıyla evli olması durumudur. Fransa’da evlilik kurumu tek eşlilik (monogamie) prensibi üzerine kurulmuştur. Nitekim Fransız Medeni Kanun’u “birinci evlilik bitirilmeden ikinci evlilik

¹⁶¹ Halil İbrahim Acar, “İddet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000) 21: 466.

¹⁶² Ancien Code Civil (Eski Medeni Kanun) 228. madde. Bu madde 27 Mayıs 2004 tarihinde yayımlanan ve 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe giren boşanmaya ilişkin kanun (Kanun No. 2004-439) ile iptal edilmiştir. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006422931/1978-07-01/> (Erişim 14 Ekim 2020).

¹⁶³ Annick Bateau, *Droit des Personnes, des Familles et des Majeurs Protégés* (Paris: LGDJ, 2013), 307.

kurulamaz”¹⁶⁴ maddesiyle çok eşliliği reddetmiştir. Bu evlenme engeli Fransa’da kıyılan tüm nikâhlar için geçerlidir, tarafların kendi ülkelerinde birden fazla evliliğe müsaade edilse dahi yabancı uyruklu olması bu hükmü değiştirmez.¹⁶⁵ Buna rağmen, Fransız hukuku çok eşliliği menetse de yurtdışında kıyılan ikieşlilik (bigamie) evliliklerin kısmi sonuçlar doğurmasına imkân tanır. Bunun için öncelikle tarafların, ikieşlilik evliliklere izin veren bir ülkenin vatandaşları olmaları gerekir. Böyle bir evliliğin doğurabileceği neticeler sadece miras¹⁶⁶ ve nafaka¹⁶⁷ ile ilgili olup, iki eşli olan bir koca öldüğünde resmi olarak ikinci karı olarak kabul edilmeyen kadın da mirasçı olabilmektedir. Bunun dışında söz konusu evlilik sonuç doğurmaz. Söz gelimi ikieşlilik durumu aile birleşimi (regroupement familial) sebebiyle, birinci eşin vize alması ikinci eşin vize almasına manidir.¹⁶⁸

Fransız ceza hukuku çok eşliliğe ilişkin yaptırımlar düzenlemiştir. Buna göre, bir evliliğe son vermeden yeni bir evlilik yapan kişi bir yıl hapis cezasına ve 45.000 avro para cezasına çarptırılır. Nikâh memuru, nikâhı kıydığı esnada birinci evlilikten haberdar olması durumunda aynı cezaya çarptırılır.¹⁶⁹

İslam aile hukukunda, geçici evlenme engelleri *altı* başlıkta incelenebilir. Bunlar taraflar arasında din farkı, kadının evli olması, erkeğin dört kadınla evli olması, sihrî civar hısımlığı, iddet bekleme ve boşanmadan doğan evlenme engelleri olarak tezahür eder. Şimdi bu hususlara temas etmek istiyoruz.

¹⁶⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 147. madde.

¹⁶⁵ Eşler aynı olsa da hüküm değişmez Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 00-19.838 (3 Şubat 2004). 1987 yılında uyuştu oldukları ülkede evlenen çift, ilk evliliklerini bitirmeden, 1992 yılında aynı taraflar Fransa’da nikâh masasına oturmuşlardır. Bu nikâh Yargıtay tarafından, bir evlilik bitirilmeden ikinci bir evliliğin kurulamayacağı gerekçesiyle iptal edilmiştir.https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007046896?tab_selection=all&searchField=ALL&query=mariage+3+février+2004&page=1&init=true (Erişim 14 Ekim 2020).

¹⁶⁶ Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 78-13.762 (3 Ocak 1980) https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007004780?tab_selection=all&searchField=ALL&query=78-13762&page=1&init=true (Erişim 14 Ekim 2020).

¹⁶⁷ Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 108 (19 Şubat 1963) <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006962453/> (Erişim 14 Ekim 2020).

¹⁶⁸ Conseil d’État (Danıştay), K. 318726 (16 Nisan 2010). https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022155462?tab_selection=all&searchField=ALL&query=318726&page=1&init=true (Erişim 14 Ekim 2020).

¹⁶⁹ Code Pénal (Ceza Kanunu), 433-20 madde.

1.3.2.2.1. Din Farklılığından Doğan Engel

Yahudilik¹⁷⁰ ve Hristiyanlıkta da ¹⁷¹İslam dininde olduğu gibi din farkı bir evlenme engeli teşkil eder. Ancak diğer dinlerden farklı olarak İslam dininde sınırlı bir çerçeve ile evliliğin mümkün olduğu durumlar mevcuttur.

İslam, din farklılığından doğan geçici evlenme engeline üç ayrı hüküm getirmiştir. Bunlardan *birincisi*, bir müslümanın, semavî dinlerden birine mensup olmayan biriyle evlenmesine cevaz vermemesidir.¹⁷² Bu durumda kadın/erkek müsavidir. *İkincisi*, müslüman bir erkeğin müslüman veya ehli kitap kadınlarla evlenmesine cevaz vermesidir.¹⁷³ *Üçüncüsü*, müslüman erkeğe istisnai bir hüküm getirerek ehli kitap kadınlarla evlenmesine izin vermesine karşın müslüman kadınların ehli kitap erkekleriyle evlenmelerine müsaade etmemesidir. Dolayısıyla müslüman kadının gayrimüslim bir erkekle evlenmesine cevaz verilmediği görülür.¹⁷⁴ Anlaşılacağı üzere, Yahudilik ve Hristiyanlıktan farklı olarak İslam, müslüman erkeğin ehli kitap kadınlarla evlenmesine müsaade etmiştir.

Fransız medeni kanununda din farklılığın evlenme engeli oluşturacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Zaten bu durum kadın-erkek eşitliğine da aykırı olurdu.

1.3.2.2.2. Kadının Evli Olmasından Doğan Engel

İslam aile hukuku erkeğin, birden fazla evlilik yapmasına müsaade etmiş ancak kadının birden fazla erkekle evlenmesine (polyandrie) cevaz vermemiştir.¹⁷⁵ Dolayısıyla kadın, bir kimseyle evlilik bağını devam ettirmesi halinde başka bir erkekle evlenmesi mümkün değildir. Kocanın vefatı veya boşanma sebebiyle evliliğin sona ermesi durumunda, iddet süresinin de bitmesiyle kocası ile arasında evlilik bağı tamamen kesilen kadının, başka bir erkekle evlenmesi mümkün hale

¹⁷⁰ *Kutsal Kitap: Tevrat, Zebur İncil* (İstanbul: Kitabı Mukaddes Şirketi – Yeni Yaşam Yayınları, 2014), Yas.7:1-6.

¹⁷¹ 2Ko.6:14-17; 1Ko.7:39.

¹⁷² el-Bakara 2/221; el-Mümtehine 60/10.

¹⁷³ el-Mâide 5/5.

¹⁷⁴ el-Bakara 2/221; el-Mümtehine 60/10; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/122.

¹⁷⁵ en-Nisâ 4/24; Heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 13. madde.

gelir.¹⁷⁶ Fransız yasalarına göre evlilik kurumu tek eşlilik (monogamie) prensibi üzerine kurulduğundan, bir şekilde “birinci evlilik bitirilmeden ikinci evlilik kurulamaz” maddesi gereği,¹⁷⁷ kadının evli olması evlilik için bir engeldir.

1.3.2.2.3. Erkeğin Dört Kadınla Evli Olmasından Doğan Engel

İslam’da tavsiye edilen ve daha hayırlı olarak bahsedilen tek eşliliğdir.¹⁷⁸ Ancak İslam öncesi döneminde, erkekler istediği kadar kadınla evlenebilmekte ve bunlar üzerinde her türlü tahakküm hakkına sahip olmaktadır.¹⁷⁹ İslam, erkeklerin fitratını göz önünde bulundurmamak ve kadınların haklarını muhafaza etmek amacıyla, çok eşlilik uygulamasına sınırlar tahsis ederek ıslah etmiştir. Buna göre, bir erkek aynı anda dört kadınla evlenmesi caizdir.¹⁸⁰ Dört kadınla sınırlı olduğu için bir erkeğin dört eşi varsa, beşincisiyle evlenmesi caiz değildir. Bu, yalnızca eşlerinden birisiyle nikâhı sona ermesi ve iddetinin tamamlanmasını bekledikten sonra mümkün olur.¹⁸¹ Yukarıda bahsedildiği üzere Fransız Medeni Kanunu’nda böyle bir maddenin yer alması düşünülemez.

1.3.2.2.4. Sıhrî Civar Hısımlığından Doğan Engel

İslam aile hukukunda çok eşliliğe bağlı olarak, sıhrî hısımlığın meydana gelmesi neticesinde geçici evlenme engeli oluşur. Bu engel, belirli yakınlık derecesindeki kadınların aynı kişinin nikâhı altında bulunması ile ilgilidir. Kur’an-ı Kerim’de iki kız kardeşin aynı anda bir erkeğin nikâhı altında bulunmasının caiz olmadığı beyan edilmiştir.¹⁸² Ayrıca Peygamber efendimiz (s.a.v.) bu hükmün hala veya teyze ile yeğeni için de geçerli olduğunu belirtmiştir.¹⁸³ Fakihler bu ayet ve

¹⁷⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 2/404; Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/22; Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhiyye*, 2/100.

¹⁷⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 147. madde.

¹⁷⁸ İlgili ayet: “...*Haksızlık etmekten korkarsanız tek kadın veya mülkiyetinizde bulunan câriye ile yetinin; bu, adaletten ayrılmamanız için en uygun olanıdır.*” Bk. Nisa, 4/3.

¹⁷⁹ Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhiyye*, 2/113.

¹⁸⁰ en-Nisâ 4/3; Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Sevre (Yezîd) et-Tirmizî, *el-Câmi‘u'l-Kebir*, thk. Beşar Avvad Ma‘ruf (Beyrut: Dâru’l Ğarbü’l İslâmî, 1416/1996), “Nikâh”, 33 (No. 1128); Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 4/43 (No. 5176).

¹⁸¹ Serahsî, *Mebsût*, 4/390; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/133.

¹⁸² en-Nisâ 4/23.

¹⁸³ Buhârî, “Nikâh”, 27; Ebû’l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî, *Sahîhu Müslim*, thk. Sıdkî Muhammed Cemil (Beyrut: Dâru’l-Fıkr, 1424/2003) “Nikâh”, 4; İmam Mâlik, “Nikâh”, 8; Ebû Dâvûd, “Nikâh”, 12; Tirmizî, “Nikâh”, 31; Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî el-Cessâs,

hadisleri göz önünde bulundurarak, kadınlar arasında hangi derecedeki yakınlığın evlenmeye engel olacağını gösteren bir kural geliştirmişlerdir. Bu kurala göre, aynı nikâh altında birleştirmek istenilen kadınlardan birini, erkek farz edildiği takdirde evlenmeleri haram olan kadınların, aynı kişinin nikâhı altında bulunması haramdır.¹⁸⁴

Fransız hukukunda çok eşlilik zaten yasak olduğundan, erkeğin bir kadınla evli olduğu sürece baldızıyla ya da o kadının hala teyzesiyle evlenmesi zaten tasavvur edilemeyeceğin böyle bir yasal düzenleme yoktur.

1.3.2.2.5. İddet Beklemeden Doğan Engel

İslam aile hukukunda evliliğin sona ermesi sonucunda kadın, durumuna göre iddet süresini tamamlamadığı takdirde yeni bir nikâh akdi yapamaz. İddet bittikten sonra evlenme engeli ortadan kalkacağı için evlenmesinde bir sakınca olmaz.

1.3.2.2.6. Boşanmadan Doğan Engel

İslam aile hukukunda boşama hakkı kocaya verilmiş ancak bu hakkı üçten fazla kullanılmasına izin verilmemiştir. Dolayısıyla ilk iki boşamadan sonra taraflar arasında –teknik ayrıntıları uzmanlarınca bilinen şekliyle- yeniden evlilik caiz iken üçüncü boşamadan sonra evlenmeleri haram olur. Buna göre kadın, başka birisiyle hakiki manada evlenmedikçe eski eşine helal olmaz.¹⁸⁵

Geçici evlenme engelleri hususunda Fransız aile hukuku ve İslam aile hukuku mukayese edildiğinde; hükümler arasında benzerlikten çok ayrışmaların mevcut olduğu gözlemlenir. Benzerlik gösterebilecek hükümlerden birisi tek eşlilik ile ilgilidir. Daha önce zikrettiğimiz gibi Fransız aile hukuku tek eşli prensibi üzerine kurulmuştur. İslam aile hukukundan farklı olarak Fransız aile hukukunda tek eşli prensibi kadın-erkek için geçerli olmasıdır. İslam, –çok eşliliğin şartlarını zorlaştırarak– erkekleri tek eşliliğe teşvik etse de bu prensibi yalnızca kadınlar için

Ahkâmü'l Kur'ân, thk. Muhammed es-Sadık Kamhavî (Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsi'l Arabî, 1412/1992), 3/79.

¹⁸⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 2/396; Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, 3/438; Kemâleddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdülhamid İbnü'l-Hümmam, *Şerhu Fethu'l-Kadir alâ'l- Hidâyeti Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî*, thk. Şeyh Abdurrezzak Gâlip el-Mehdî (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003) 3/208.

¹⁸⁵ el-Bakara 2/230.

geçerli görmüştür. İki hukuk arasında benzerlik gösterebilecek hükümlerden bir diğeri de iddet ile ilgilidir. İslam aile hukukunda kadının yeni bir evlilik yapabilmesi iddet süresini ki İslam'da üç kuru' ya da üç ay iken Fransız hukukunda 300 gündür-tamamlamasına bağlıdır. 2005 yılına kadar Fransız aile hukukunda da iddet süresini tamamlamadıkça kadın evlenemezdi. Ancak kanunun yürürlükten kaldırılması sebebiyle kadının boşandıktan hemen sonra yeniden evlenmesi mümkün hale gelmiştir. İddet hususunda iki hukuk sistemi arasında artık ortak hüküm bulunmadığı söylenebilir.

1.3.3. Evliliğe Dönük İrade Beyanı

Sözleşmeler hukuki bir işlemdir. En az iki kişinin iç iradesinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak dışa vurulmasıyla oluşur. İrade beyanı ise iç iradenin dışa vurulmasıdır. İşte hukuki bir işlemin sonuç doğurması, irade beyanının varlığı ve bunların birbirine uygun olmasına bağlıdır.¹⁸⁶

Fransız hukukunda nikâh tam bir akit olarak telakki edilmese de tarafların birbirine uygun irade beyanını ifade etmeleri gerekmesi yönünden bir sözleşmeye benzetilmektedir. Taraflar evliliğe dönük irade beyanını bizzat tarafların belediye memuru huzurunda rızalarını ifade ederek meydana gelmektedir.¹⁸⁷ Nikâh ister Fransa'da ister Fransız bir vatandaş için yurtdışında gerçekleşsin tarafların bizzat hazır bulunması nikâhın kıyılması için şart koşulmaktadır.¹⁸⁸ İrade beyanı kurucu unsurlar arasında yer almakta¹⁸⁹ ve bu sebeple, evlenme arzusunda olan taraflar kendi rızalarını açıklamak üzere hazır bulunmaları gerekmektedir. Buna göre, Fransız hukukunda “vekâlet” yoluyla nikâhın kıyılması mümkün görünmemektedir. Taraflardan birinin bulunmaması rıza yoksunluğuyla eşdeğer kabul edilmektedir.¹⁹⁰ Tarafların bizzat hazır bulunması hususunda istisnai durumlar olabilmekte fakat bunlar oldukça sınırlı durumlar için öngörülmüştür. Söz gelimi, deniz askerleri de

¹⁸⁶ Hacı Yunus Apaydın, “Hacir”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000) 22: 387.

¹⁸⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 75. madde.

¹⁸⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 146-1. madde.

¹⁸⁹ Buffelan Lanore - Larribau Terneyre, *Droit Civil: Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 609.

¹⁹⁰ Gérard Cornu, *Droit Civil: la Famille* (Paris: Montchrestien, 2006), 288.

dâhil olmak üzere harpta bulunan askerlerin¹⁹¹ ilgili bakanların izniyle ve nikâhı kıyacak olan belediye başkanına gönderilmiş rıza belgesiyle mümkün olabilmektedir.¹⁹² Bu durum daha önce zikrettiğimiz ölüm sonrası evlilik için de geçerli olmaktadır.¹⁹³

Fransız hukukunda rıza, müstakbel eşlerin nikâh töreni sırasında karşılıklı “evet” sözcüğüyle birbirlerini eş olarak kabul etmeleriyle meydana gelmektedir. Çoğunlukla “evet” sözcüğü kullanılsa da farklı kelimelerle ifade edilebilmektedir. Ancak rıza açık ve kesin olmalıdır, tereddüde ve belirsizliğe yol açmamalıdır.¹⁹⁴ İrade beyanı sözlü ifade edilir fakat kanun bunu açıkça belirtmemektedir.¹⁹⁵ Dilsizin rızasını sözlü ifade etmesi mümkün olamayacağından, İslam hukukunda da ilke olarak belirtildiği gibi, anlamı açık ve kesin olan işaretler veya yazıyla rızanın gösterebileceği kabul edilmektedir.¹⁹⁶

İslam hukukunda evliliğe dönük irade beyanında bulunan taraflar, rızalarını yansıtan açık ve kesin ifadeler kullanmaları gerekir. Fakihler, irade beyanı esnasında fiilin hangi siygada (kalıp/kip) bulunması gerektiği hususunda titizlikle durmuşlardır. Nitekim iç iradenin en doğru ve en uygun şekilde yansıtılması, belirsizliğe ve şüpheye yer verilmemesini hedeflemişlerdir. Mazi kipinin (geçmiş zaman) kullanılması akdin kurulması için en uygun siyga olacağını ittifak ile belirtmişlerdir.¹⁹⁷ Zira muzari kipiyle (şimdiki zaman) irade beyanında bulunmanın, Arap dilinde geleceğe dair bir vaad, belirsizlik veya ihtimal taşıyan anlamlar ifade edebilmesi bakımından akdin kurulmasına mani olabileceğini belirtmişlerdir. Hanefî ve Malikilere göre, geleceğe yönelik bir vaad değil de o esnada yapıldığına delalet eden bir karine mevcut ise ve mana sarîh bir şekilde anlaşılıyor ise irade beyanın

¹⁹¹ Harp döneminde vazife için harp bölgelerinde bulunan askerlerin vekalet yoluyla evlenebilmelerine ilişkin, Décret-Loi du 9 Septembre 1939 (9 Eylül 1939 Kanunu) Abrogé par Ordonnance N° 2007-465 du 29 Mars 2007 (2007-465 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 30 Mart 2007 ile değiştirilmesi).

¹⁹² Code Civil (Medeni Kanun) 96-1. madde.

¹⁹³ Code Civil (Medeni Kanun) 96-1. madde ve 171. madde.

¹⁹⁴ Debove – Salomon – Janville, *Droit de la Famille*, 136.

¹⁹⁵ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 65.

¹⁹⁶ Ferdinand Berthier, *Le Code Napoléon, Code Civil de l'Empire Français* (Paris: Petit Journal, 1868), 219.

¹⁹⁷ Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, 3/322, 323.

muteber olacağını açıklamışlardır.¹⁹⁸ Esasen kullanılan sözcükler ve zaman kipi örfte açık ve kesin bir şekilde evliliğe rıza gösteren ifadeler olarak kabul edildiği takdirde, akdin kurulmasını engellemeyeceği anlaşılır.

İslam hukukunda, irade beyanı sözlü olabildiği gibi yazılı veya işaret diliyle de olabilir. Dilsizlerin işaret dilini kullanarak yaptıkları beyan, dil ile beyan gibidir.¹⁹⁹ Taraflar, irade beyanında bulduklarında kullanılan ifade tereddüde ve belirsizliğe yer vermeyecek kadar açık ve kesin olmalıdır. Bununla birlikte, bizzat kendileri irade beyanında bulunabildikleri gibi vekil tayin ederek de irade beyanında bulunabilirler.²⁰⁰

İki hukuk arasında evliliğe dönük irade beyanı nikâhın kurucu unsurları arasında yer almaktadır. Her iki hukukta da kullanılan ifadeler herkes tarafından anlaşılmasına imkân veren ayrıca tereddüde ve belirsizliğe meydan bırakmayacak bir kesinlik taşıması gerekmektedir. İki hukukun ayrıştığı husus ise, vekâlet ile ilgilidir. Fransız hukukunda taraflar, nikâh esnasında bizzat hazır bulunmaları ve irade beyanında bulunmaları gerekirken, İslam hukukunda her iki taraf için de vekil tayin etmek suretiyle nikâh kıydırmak mümkün olabilmektedir.

1.4. NİKÂHIN GEÇERLİLİK (SIHHAT) ŞARTLARI

Tarafların evlenmeye dönük irade beyanında bulunmaları nikâhın kurulması için yeterlidir. Ancak hukuken geçerli sayılması birtakım şartların bulunmasına bağlıdır. Bu şartlara sıhhat şartları denir. Bunlar bulunmadığı takdirde Fransız aile hukuku ve İslam aile hukukunda nikâhın geçerliliğini veya bağlayıcılık yönünü etkilemesi bakımından farklı neticeler doğuracaktır. Sıhhat şartları; *irade açıklamasının keyfiyeti ve şahitlerin bulunması* ile ilgilidir.

¹⁹⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 2/336; Cezârî, *el-Fıkh 'ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, 4/17-25; Zühaylî, *İslâm Fıkh Ansiklopedisi*, 9/37, 38.

¹⁹⁹ Bilmen, *Istılâhâtı Fıkhıyye*, 2/17.

²⁰⁰ Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/49; Bilmen, *Istılâhâtı Fıkhıyye*, 2/58; Zühaylî, *İslâm Fıkh Ansiklopedisi*, 9/174.

1.4.1. İrade Beyanının Keyfiyeti

Fransız aile hukuku, sözleşmeler bahsinde geçen irade beyanı kusurlarını nikâh bahsine uyarlamıştır.²⁰¹ Bu kusurlar; “cebir”, “hata” ve “hile” olmak üzere üç çeşit olarak belirlenmiştir. Aile hukuku düzenlemelerinde cebir ve hatayı irade beyanı kusurlarından kabul etmiş fakat hileyi (dol) kusur olarak görmemiştir. Zira Fransız atasözü olan, “evlilikte yanıltabilen yanılsın” anlamına gelen “en mariage trompe qui peut²⁰²”; evliliğe ikna etmek için cazibeyi artırmak, alımlı görünmek ve dikkat çekmek adına çeşitli şekillerde hileye başvurmanın bir beis teşkil etmeyeceği anlamına gelir. Türk toplumunda bu gibi durumlarda “köprüyü geçene kadar ayıya dayı demek” atasözü, yukarıdaki Fransız atasözünün tercümesi olarak da kabul edilebilir. Zikrettiğimiz atasözünden de anlaşıldığı gibi, kişinin temel vasıflarına ilişkin olmayan aldatma, kusur olarak kabul edilmemiştir.²⁰³ Buna göre, zorla ya da hata ile evlendirilmek, evliliğin iptali için büyük sebep teşkil ederken, hile yaparak evlenmeye ikna etmek evliliğin iptali için büyük bir kusur sayılmamaktadır. İslam aile hukukunda da ikrah vb. baskılarla evlilikler fasit evlilik sayılarak, tarafların bu fesadı kaldıracak kanaatlerinin evliliğin muteber sayılması için yeterli olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca Fransız Medeni Kanunu’nun “Rıza olmadan evlilik yoktur²⁰⁴” maddesi gereğince taraflar, evliliğe dönük irade açıklamasının hukuki değer taşıması; bilinçli, serbest, hataya mahal vermeyecek şekilde açık ve hakiki olmasına bağlıdır.

1.4.1.1. Bilinçli İrade Beyanı

Tarafların evlenmeye dönük rızalarını bilinçli bir şekilde beyan etmeleri gerekir. Aksi takdirde nikâh geçersiz olacaktır.²⁰⁵ 25 Mart 2019 tarihinden önce mahcurun hukuki temsilcisinden izinsiz evlenmesi mümkün değildi. Zira evlilik

²⁰¹ Code Civil (Medeni Kanun) 1130. madde.

²⁰² Antoine Loysel, *Înstitutes coutumières d’Antoine Loysel ou Manuel de Plusieurs et Diverses Règles, Sentences et Proverbes, Tant Anciens que Modernes du Droit Coutumier et Plus Ordinaire de la France* (Paris: Durand Librairie, 1846), 1/145.

²⁰³ Code Civil (Medeni Kanun) 180. maddesinin ikinci fıkrası; Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 11-27.726 (12 Haziran 2013).

²⁰⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 146. madde.

²⁰⁵ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 52; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 38, 39.

kararını bilinçli bir şekilde vermesi ve evliliğin doğuracağı sonuçları bütün ayrıntılarıyla değerlendirmesi güçtür. Ancak evlilik özgürlüğü ilkesine aykırı olması sebebiyle kanun yeniden düzenlenmiştir. Böylece mahcur, izne bağlı olmaksızın, evlenmeye yönelik irade beyanında bizzat bulunmasına müsaade edilmiştir.²⁰⁶ Bununla birlikte vasi, bu durumdan haberdar olmalı ve ihtiyaç halinde, mahcurun haklarını muhafaza etme maksadıyla nikâh sözleşmesi düzenleme yetkisine sahiptir.²⁰⁷

Sarhoşluk, hipnoz gibi kendinden geçme ve akli dengenin kaybolması durumu kişinin, evliliğin meydana getireceği sonuçları hesap edemeyecek vaziyette olmasını gerektirir. Bu halde yapılan beyan bilinçsiz kabul edileceğinden, kıyılan nikâh geçersiz sayılacaktır.²⁰⁸

İslam hukukunda, eda ehliyetinin şartlarından birisi temyiz kudretine sahip olmaktır. Mahcurun temyiz gücüne sahip olmaması sözlü tasarruflarını hükümsüz kılar.²⁰⁹ Dolayısıyla evliliğe dönük irade beyanında bulunması olanaksızdır. Mahcur yalnızca velisi tarafından evlendirilebilir.²¹⁰ Nitekim veli mahcuru en iyi tanıyan ve ihtiyaçlarını en iyi bilen kişidir. Kendisine duyduğu şefkat sebebiyle mahcurun menfaatine ve maslahatına uygun kararı verecektir.

Fakihler, içki veya uyuşturucu madde kullanılması neticesinde kişinin temyiz gücünden yoksun olması halinde yapılan sözlü tasarrufların geçerliliği hususunda ihtilaf etmiştir. İhtilafın ayrıntılarına girmeden şunu söyleyebiliriz; mübah yolla sarhoş olan kişinin evliliğin bozulması konusunda sözlü tasarruflarını geçersiz sayılması, haram yolla sarhoş olan kişinin sözlü tasarrufunu muteber kabul edilmesi hususunda görüş birliği vardır.²¹¹ Bununla birlikte, Hanefî fakihlerinden Tahâvî ve Kerhî, Şafîî fakihlerinden Müzenî gibi bazı âlimler temyiz gücünden yoksun olması nedeniyle sarhoşun sözlü tasarruflarının muteber olmadığı görüşündedir. Dolayısıyla

²⁰⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 460. madde.

²⁰⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 1399. madde.

²⁰⁸ Bénabent, Droit Civil la Famille, 52.

²⁰⁹ Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, 3/325; Zeydân, *el-Vecîz*, 94.

²¹⁰ Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhıyye*, 2/50; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/70.

²¹¹ Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris b. Abbas eş-Şâfiî, *el-Ümm*, thk. Rıfat Fevzi Abdülmuttalib (Mensura: Dâru'l-Vefâ, 1422/2001), 6/641, 642; Ebu'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî el-Merğînânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, nşr. Nu'aym Eşref Nûr Muhammed (Pakistan: İdâretü'l-Kur'ân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1417/1996), 3/163; Cezîrî, *el-Fıkh 'ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, 4/251-253.

saydığımız hallerden birisinde bulunan kişinin, evliliğe dönük irade beyanı hükümsüzdür.²¹²

İrade beyanının bilinçli bir şekilde ifade edilmesi hususunda iki hukuk arasında farklılıklar vardır. Fransız aile hukukunda 2019 yılında yeniden düzenlenen kanun ile mahcur, hukuki temsilcisinin iznine ihtiyaç duymadan yalnızca haberdar etmek suretiyle evlenebilir. Bunun aksine İslam aile hukukunda mahcur, velisinin izni olmadan evlenmesi mümkün değildir. Nitekim kısıtlının sözlü tasarrufları hukuki sonuç doğurmaz. Fransız aile hukukunun özgürlük ilkesi adı altında mahcura verdiği bu yetki, mahcurun ihtiyaçlarını malvarlığın muhafazasına indirger. Hâlbuki vasi kısıtlının maddi olduğu gibi manevi ihtiyaçlarını karşılama ve menfaatlerini korumak ile yükümlüdür. Bir diğer husus ise madde kullanımı sonucunda temyiz gücünden yoksun olma durumudur. İki hukukta hükümlerin birbirine uyumlu olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim İslam aile hukukunda ihtilaflar mevcut ise de kanaatimizce isabetli olan görüş, mübah yolla olsun veya olmasın temyiz gücünden yoksun kişinin sözlü tasarrufu hukuki netice doğurmayacağı yönündedir.

1.4.1.2. Serbest İrade Beyanı

Daha önce de söylediğimiz gibi irade beyanı kişinin iç dünyasında arzuladığını dış dünyaya açıklamasından ibarettir. Esasen nikâh bahsinde irade beyanının değer kazanması, tarafların evliliğe dönük rızanın şüpheye mahal bırakmayacak şekilde tezahür etmesiyle birlikte ihtiyarın, cebir ve tehdit altında kalmadan açıklanmasına bağlıdır.

Fransız hukukunda taraflardan birinin veya ikisinin şiddete maruz kalmak suretiyle evlenmeye zorlanırsa nikâh geçersiz olur.²¹³ Şiddet fiziksel olabileceği gibi tehdit ve baskı altında kalarak psikolojik de olabilir. Normal şart ve koşullarda bir kişi, rıza göstermeyeceği herhangi bir şey hususunda baskı veya tehdit sonucunda rıza göstermesi şiddettir.²¹⁴ Tehdit, mağdurun karar verme özgürlüğünü kısıtlayacak, iç huzurunu bozarak endişeye sevk edecek nitelikte olmalıdır. Nitekim tehdidin

²¹² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 2/469/470; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, 3/470; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/290, 291.

²¹³ Code Civil (Medeni Kanun) 180. madde.

²¹⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 1143. madde.

dikkate alınması için korkutucu, ürkütücü ve ciddi olması gerekir.²¹⁵ Aksi takdirde tehditten bahsedilemez. Rıza beyanında, mağdura yapılan baskı ve tehdidin gerçekten belirleyici olup olmadığı, meşru olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilir.²¹⁶

Evlenme konusunda, şiddete başvurma genellikle aile sınırları içerisinde meydana gelir.²¹⁷ Cebir altında yapılan evlilikleri tespit etmek ve önlemeyi kolaylaştırmak adına 4 Nisan 2006²¹⁸ yılında düzenlenen kanunla Medeni Kanun'un 180. maddesine; şiddet kaynağı olarak üst soya karşı (usûl) saygısız davranma korkusu (crainte révérencielle) eklenmiştir. Üst soya saygısız davranma korkusundan kasıt usûle karşı gelmektir.²¹⁹

İslam aile hukukunda, ikrahın tahakkuk edebilmesi için tehdit edenin (mükrih) tehdidini gerçekleştirme imkânına ve gücüne sahip olması gerekir. Bununla birlikte icbar edilen kişinin (mükreh), yapılan tehditten korkması ve tehdit eden kişinin tehdit ettiği şeyin geciktirmeden yapacağına yakînen bilmesi veya en azından zann-ı galip oluşması ve bu korkunun tesiriyle cebir ile o işi yapması elzemdir. Ayrıca tehdidin vereceği zarar ciddi ve kesin olmalıdır; öldürme ve beden uzuvlarının itlafı gibi veya daha hafif zararlar hapsedmek, bağlamak ve dövme gibi.²²⁰ İkrahta bu nitelikler bulunmaz ise tehdiye itibar edilmez.

Nikâh akdinin sahih olması için tarafların rıza göstermesi şarttır. Ancak ikrah altında yapılan irade beyanın muteber olup olmadığı hususunda âlimler ihtilaf etmiştir. Hanefî mezhebi, ihtiyarın bulunması sebebiyle ikrah ve cebir altında yapılan

²¹⁵ Courbe - Gouttenoire, *Droit de la Famille*, 55.

²¹⁶ Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 76-11613 (4 Nisan 1978). Bu örnekte evlenecek olan erkek tarafı kızın babasına evlenme şartıyla 17.500 Fransız frangı tutarında bir ödeme yapmıştır. Hakim bu ödemenin meşru olduğu, kızın baskı veya tehdit altında olmadığı dolayısıyla serbest rıza beyanında bulunmasına zarar vermediği ve kamu düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007000838> (Erişim: 12 Eylül 2020).

²¹⁷ Emmanuelle Santelli – Beate Collet, “Refuser un “Mariage Forcé” ou Comment les Femmes Réagissent-Elles Face à l’Imposition Parentale ?”, *Migration Société* 5/119 (2008), 209; Nisrin Abu Amara – Anouk Guiné – Christelle Hamel, “De la Diversité des Formes d’Atteinte au Consentement: Les Contours du Mariage Forcé”, *Société Contemporaines* 2/90 (2013), 85.

²¹⁸ Çiftler ve reşit olmayanlar üzerinde yapılan baskı ve şiddeti önlemeyi kuvvetlendirmeye ilişkin, No. 2006-399.

²¹⁹ Youssef Guenzoui, “La Crainte Révérencielle”, *Recueil Dalloz* 16 (2010), 984.

²²⁰ Zeydân, *el-Vecîz*, 124.

evlilik akdi geçerli olduğu görüşündedir. Diğer mezhepler ise ikrah ve cebir altında yapılan evlilik akdinin muteber olmayacağını belirtmiştir. Nikâh akdinin rüknü olan irade beyanı; rızayı yansıtan, tereddüt ve belirsizliğe yer vermeyen nitelikte olmalıdır. Hâlbuki tehdit altında yapılan beyan, baskı ve korkunun tesiriyle iç iradeyi yansıtmayabilir. Dolayısıyla cumhurun görüşü daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi de bu görüşü benimsemiştir.²²¹

Neticede bu hususta, iki hukuk arasında uyumlu hükümlerin bulunduğu söylenebilir. Nitekim irade beyanının geçerli olabilmesi için baskı ve tehdit altında bulunmadan, özgür bir şekilde ifade edilmesi gerekir.

1.4.1.3. Açık İrade Beyanı

Hata; gerçeğin yanlış yansıtılmasından dolayı doğrunun yanlış ve yanlışın doğru olduğuna inanılmasıdır.²²² Buna göre, sözlü veya fiilî tasarruflarda kişinin irade açıklamasını yanlış olarak, hakiki iradesine aykırı bir şekilde beyanda bulunmasıdır.²²³

1804 yılında düzenlenen Fransız Medeni Kanunu, hata ile yapılan evliliklere dar bir alan bırakmış ve sadece kişide hata yapılması durumunda, nikâhın hukuki sonuçlarını doğurmasına zarar verdiğini kabul etmiştir.²²⁴ Söz gelimi “Berthon davası” diye bilinen davada, kadın, eski bir mahkûm ile evlendiğini nikâhtan sonra öğrenince, nikâhın iptali için mahkemeye başvurmuştur. Yargıtay, hatanın şahsın bizzat kendisinde değil de vasfıyla ilgili olduğu gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir.²²⁵ 11 Temmuz 1975 tarihli kanunla yeniden düzenlenen Medeni Kanununun 180. maddesi hatayı iki çeşit olarak belirlemiştir. Bunlardan *birincisi*, “şahsın bizzat kendisinde hata etmek”, *ikincisi* ise, “şahsın temel özellikleri hususunda hata etmek”.

²²¹ Heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 57. madde.

²²² Courbe - Gouttenoire, *Droit de la Famille*, 53.

²²³ Hacı Yunus Apaydın, “Hata”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1997) 16: 437.

²²⁴ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 55; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 41.

²²⁵ Cour de Cassation Chambres Réunies (Yargıtay Birleşmiş Daireler), *Affaire Berthon* (24 Nisan 1862) <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006951617/> (Erişim 17 Eylül 2020).

Şahsın bizzat kendisinde hata etmek iki şekilde gerçekleşebilir; ya fiziksel bir hata olur ya da kimlikte bir hata olur. *Birinci* varsayım pek mümkün görünmemektedir; zira Fransız hukukunda nikâhın kıyılması, daha önce de belirtildiği üzere tarafların bizzat hazır bulunmasıyla mümkün hale gelebildiğinden,²²⁶ şahısta hata yapılması uzak ihtimaldir. Bu varsayıma örnek olabilecek tek olasılık bir kişinin başka bir kişinin yerine geçmesidir (substitution). Mesela ikiz kardeşlerin veya son derece birbirine benzeyen iki kişinin (sosie) birbirlerinin yerine geçmesidir. Öte yandan şahsın kimliğinde hata etmek varsayımı da mümkün görünmektedir. Bu durum, bir şahsın kimliğini gasp etme veya gerçek kimliğini gizleme şeklinde tezahür edebilmektedir. Ancak mahkemenin, mağdur olan tarafın başvurusuyla evlilik iptalini onaylaması ve hatayı geçerli bir gerekçe olarak kabul etmesi için hatanın, irade beyanı esnasında belirleyici olması gerekmektedir.²²⁷ Nitekim taraflardan birinin medeni durumunu gizlemesi –bekâr veya daha önce boşanmış olması– diğer tarafın bu konudaki hassasiyetine göre, rıza açıklaması esnasında belirleyici olup olmadığına bakılmaktadır. Bunun dışında nesep, soyadı, uyruk, yaş veya ebeveynliğe ilişkin bilgilerin gizlenmesi, genellikle rızada belirleyici olmadığı kabul edilmektedir.²²⁸

İkinci hata şekli, kişinin temel vasıflarında (qualités essentielles) yapılan hatadır. Aklî, ahlakî, manevî, bedenî ve meslekî bakımdan kişiyi başka kişilerden ayıran özelliklere şahsın vasıfları denir. Mağdur taraf, yalnızca şahsın temel vasıflarında hata etmesi durumunda evliliğin iptalini talep edebilir.²²⁹ Esasen bir vasfın temel olup olmadığını takdir etmek güçtür. Üstelik nikâhın iptaline imkân tanınması için eksik vasıf, objektif ve sübjektif bir biçimde temel vasıflarda yer almalıdır. Dolayısıyla öncelikle, eksik olan vasfın evliliğin özünü oluşturan özelliklerden olup olmadığına bakılır. Sonrasında ise, eksik olan vasfın, mağdur olan tarafın rızasını etkileyip etkilemediğine bakılır.²³⁰ Söz gelimi sağlık sorunları şahsın

²²⁶ Buffelan Lanore - Larribau Terneyre, Droit Civil: Introduction, Biens, Personnes, Famille, 618.

²²⁷ Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 73-13.761 (19 Şubat 1975); Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 15-15.081 (31 Mart 2016).

²²⁸ Bénabent, Droit Civil la Famille, 54.

²²⁹ Cornu, Droit Civil: la Famille, 296.

²³⁰ Malaurie, Aynès, Fulchiron, Droit Civil: la Famille, 102.

temel vasıflarındandır ancak bunların nikâhın iptaline sebep olabilmesi için evlilik hayatında tesirli olması ve çocuk sahibi olmayı engellemesi gerekir. Keza akıl hastalığı, cinsel ilişkiye engel fizyolojik kusurlar (mutlak ve kati olmalıdır), dürüstlük (mahkûm/hükümlü olduğunu gizleyen kişi dürüstlükten yoksundur), dini inançlar ve sadakat, Fransızların büyük çoğunluğu tarafından bir eşte bulunması mühim olan vasıflar olarak kabul edilir. Bunlar, objektif bir biçimde kişinin temel özelliklerindedir. Az önce ifade ettiğimiz gibi, objektif bakımdan temel vasıflardan sayılmaları yeterli değildir bununla birlikte sübjektif açıdan da temel özelliklerden olması elzemdir. Elbette nikâhın iptal olabilmesi için bu eksikliğin evlenmeden önce mevcut olması ve rıza beyanı esnasında mağdur olan tarafın noksanlıktan haberdar olmaması gerekir.²³¹

İslam hukukunda ise, vasıf eksikliği, rızanın zedelenmesi ve eşler arasında denkliğin sağlanmaması halinde akdin feshine imkân tanıyabilir. Ancak vasıf eksikliği, Fransız hukukundan farklı olarak kocada bulunmalıdır. Zira müstakbel eşler arasındaki denklik öncelikle erkekte aranır.²³² Vasıf eksikliği, rızaya tesiri bakımından kişiden kişiye değişebildiği için sübjektif bir durumdur. Dolayısıyla fakihler, kefaetin hangi vasıflarda bulunması gerektiği hususunda ihtilaf etmiştir. Hanefiler, denklik meselesini geniş bir çerçevede değerlendirerek; soy, hürriyet, meslek, müslüman olma, dindarlık ve zenginlikte arandığını söylemişlerdir.²³³ Yine bu mezhebe göre kadın, kefaet şartlarını gözetmeden ve velisinden izin almadan evlenirse, velisine akdi feshetme yetkisini tanıyarak, hem kadının hem de ailenin zarar görmesini önlemeye imkân sağlamıştır. Söz gelimi erkeğin soyunu gizlemesi durumunda bakılır; eğer erkeğin gizlediği soy, üstün bir soy ise kadının da velinin de nikâhı feshetme muhayyerliği bulunmaz. Ancak erkeğin gizlediği soyun düşük bir soy olması durumunda kadının ve velinin nikâh akdini feshetme muhayyerliği bulunur. Kadının muhayyerlik hakkının bulunması için evlenmeden önce eksikliğin

²³¹ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 55; France - Maguin, *Droit de la Famille*, 20; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 41-42.

²³² Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/51, 52; Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr şerhi Tenvîri'l-Ebsâr*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd – Ali Muhammed Muavvid (Riyâd: Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003), 4/206, 207; Bilmen, *Istılâhâtı Fıkhiyye*, 2/65.

²³³ Cezîrî, *el-Fıkh 'ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, 4/53; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/190.

veya kusurun mevcudiyeti hususunda bilgi sahibi olmaması ve noksanlıktan haberdar olduktan sonra rızasını zedelemiş olması gerekir. Bununla birlikte kadın, gerçek soyunu öğrendikten sonra bu evliliğe rıza gösterse bile velisinin muhayyerlik hakkı devam eder.²³⁴ Zira kadının dengi olmayan bir erkekle evlenmesi halinde, veli nikâh akdini feshetme yetkisine sahiptir.²³⁵ Hukuk-ı Aile Kararnâmesi ise, denkliğin yalnızca zenginlik ve meslekte olacağını kanun altına almıştır.²³⁶

Eşler arasındaki denklik meselesi hususunda fakihlerin ayrıldığı bir husus daha vardır. Şafiîler ve Malikîler ayıp ve kusurlardan salim olmayı denklik vasıflarında değerlendirirken Hanefî ve Hanbelîler denklik kriterlerinden saymazlar. Akıl hastalığı, cüzzam ve alaca hastalığı gibi veya cinsel ilişkiyi engelleyen hastalıklar bu kapsamda değerlendirilmiştir. Bu durumda kadın muhayyer iken, velisi yalnızca akıl hastalığı, cüzzam ve alaca hastalığı gibi hastalıklarda evlenmesine mani olabilir. Nitekim kusurun zararı yalnızca kadını etkiler.²³⁷ Kusur kadında bulunuyorsa Hanefîlere göre kocanın ayrılma talep hakkı yoktur zira kocanın boşamak suretiyle evliliğe son vermesi mümkündür. Diğer üç mezhebe göre ise ayrılma hakkı tarafların her ikisinde bulunur.²³⁸

Kişinin temel özelliklerinden birinin eksik olması diğer tarafın rızasını sakatlayabilir. Eksiklik, evlenmeden önce mevcut olması ve rıza beyanı esnasında mağdur olan tarafın noksanlıktan haberdar olmaması durumunda Fransız aile hukuku rızası zedelenen taraf erkek olsun kadın olsun muhayyerlik hakkı tanır. Dilerse nikâh devam eder dilerse nikâhın iptalini talep eder. İslam aile hukukunda ise, denklik özellikle erkekte arandığı için muhayyerlik hakkı kadına ve velisine verilmiştir. Bir ayıp veya kusur bulunduğu da hüküm aynıdır. Nitekim erkek böyle bir durumdan rahatsızlık duyması halinde kadını boşayarak evliliğe son verebilir. Her iki hukuk sisteminde mağdur olan taraf noksanlığa ilişkin bilgi sahibi olduktan sonra rıza göstermişse muhayyerlik hakkı sakıt olur.

1.4.1.4. Hakiki İrade Beyanı

²³⁴ Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/56, 57; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, 4/204, 206.

²³⁵ Serahsî, *Mebsût*, 5/14; Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/55; Bilmen, *İstilâhâtı Fıkhiyye*, 2/68.

²³⁶ Heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 45. madde.

²³⁷ Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/196.

²³⁸ Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/89, 90; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/405, 406.

Evlilik, hayat boyu yaşamlarını birleştirme hedefi bulunan iki tarafın, ortak rızalarını açıklamalarıyla meydana gelmektedir. Bazen çeşitli sebeplerden dolayı evlilikler asıl amaçlarını taşımamaktadır. Bunlara muvazaalı/anlaşmalı evlenme (mariage simulé) tabiri ile anılmaktadır. Muvazaalı evlenme; evlilik kurumunun maksatlarını gerçekleştirme niyeti bulunmamasına rağmen²³⁹ iki tarafın evlenmek için bütün şartları doldurarak nikâh memuru huzurunda birbirlerini eş olarak kabul ettiklerini ifade etmelerinden ibaret olmaktadır.²⁴⁰ Şu bir gerçek ki, evlilikler bazen, sadece nikâhın doğurduğu sonuçlardan ya da sağladığı menfaatlerden istifade edebilmek amacıyla yapılmaktadır ki buna sahte evlilik de (mariage blanc) denilmektedir. Bazen de bir tarafın gerçekten evlilik kurumunu gerçekleştirme maksadı bulunurken (consentement réel) diğer tarafın asıl gayesinden habersiz bir şekilde evlenebilmektedir. Genellikle bu durum karşı tarafın iyi niyetini suistimal ederek sadece Fransız vatandaşı olma veya oturma izni elde edebilme hedefiyle yapılan evliliklerdir (mariage gris).²⁴¹ 1972 kanunuyla birlikte çocuğu meşrulaştırmak için artık evlenmek gerekli görülüyor ise de²⁴² bazen evlilikler sadece bu amaçla da yapılmaktadır.²⁴³

Evlilik kurumunun maksatlarını gerçekleştirme niyetinin bulunmadığı ve evlilik kurumuna özgü olmayan neticelerden faydalanmak amacıyla kısılan nikâh mutlak geçersizdir. Bu geçersizlik Fransız Medeni Kanun'un 146. maddesine dayanır.²⁴⁴ Ancak evlilik, sonuçlarını daraltmak niyetiyle yapılırsa mesela çocuğu meşrulaştırmak gibi o zaman kısılan nikâh geçerlidir.²⁴⁵ Anlaşıldığı gibi hukuk, nikâhın neticeleri hususunda ayırmda bulunur. Eşler, nikâhın temel sonuçlarını

²³⁹ Jacqueline Rubellin-Devichi, *Droit de la Famille* (Paris: Dalloz, 1996), 122.

²⁴⁰ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 52; Benoît Moore, "L'absence D'intention Conjugale: Mariage Simulé ou Erreur sur la Personne ?", *La Revue du Notariat* 102/2 (Eylül 2000), 253, 254. Guy Raymond, Marie-Laure Cicile-Delfosse, "Mariage – Les Conditions à Réunir dans la Personne des Epoux", *JurisClasseur Civil Code* (Ocak 2014).

²⁴¹ Anne-Marie D'Aoust, "Les Couples Mixtes Sous Haute Surveillance", *Plein Droit* 95 (Aralık 2012), 16.

²⁴² Code Civil (Medeni Kanun) 333. madde.

²⁴³ Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), Arrêt Appietto (20 Kasım 1963) <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006963198/> (Erişim 25 Eylül 2020).

²⁴⁴ Assemblée Nationale (Ulusal Meclis), Nikâhın geçerlilik denetimine ilişkin Yasa Tasarısı No 2838 Raporu No 2967 (20 Mart 2006) <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2967.asp> (Erişim 28 Eylül 2020).

²⁴⁵ Arrêt Appietto (20 Kasım 1963) <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006963198/> (Erişim: 25 Eylül 2020).

gerçekleştirmek niyetiyle evlenirse nikâh geçerlidir. Bilakis nikâhın tali sonuçlarından –evliliğe özgü olmayan, başka yolla elde edilebilen sonuçlarından– istifade etmek amacıyla evlenirse muvazaalı evlilik ve nikâh geçersizdir.²⁴⁶

Danışıklı evliliklere engel olmak adına Fransız hukuku bazı önlemler almıştır. Rızanın hakiki olup olmadığını anlamak için, evlendirme memuruna ve cumhuriyet savcısına denetleme yetkisi vermiştir. Buna göre, evlendirme memuru denetleme yetkisini icra edebilmesi için evlilik öncesinde tarafları sorguya tabi tutabilir (audition pré-nuptial).²⁴⁷ Evlendirme memuru rızanın hakiki olmadığından veya cebir altında verildiğinden şüphelenirse cumhuriyet savcısına başvurabilir. Cumhuriyet savcısı on beş gün içinde evliliğin gerçekleşmesine, engellenmesine veya ertelenmesine karar verir.²⁴⁸

Muvazaalı nikâhlar, evlilik kurumuna girme niyetinin bulunmaması gerekçesiyle iptal edilir. Ayrıca suistimalde bulunan taraf evliliğin iptaliyle birlikte evlilik ile istifade ettiği muhtemel menfaatler de iptal edilir. Keza evlilik kurumunu, yalnızca Fransız vatandaşlığını veya oturma iznini elde edebilmek için alet edilmesi suçtur. Bu evlilikleri caydırıcı hale getirmek için hukuk, cezai yaptırımlar uygulamaktadır. Böyle bir evliliği yapmış veya yapma teşebbüsünde bulunan taraf beş yıl hapis cezasına ve 15.000 avro para cezasına çarptırılır. Organize çete (bande organisée) halinde yapılırsa on yıl hapis cezasına ve 750.000 avro para cezasına çarptırılır.²⁴⁹

İslam aile hukukunda nikâhın ciddisi de ciddidir, şakası da ciddidir.²⁵⁰ Dolayısıyla evlenme niyeti bulunmadan yalnızca bir menfaati elde edebilmek adına (oturma izni, tayin vb.) ciddiyetten uzak kıyılan bir nikâhtan bahsedilememesi gerekir. İslam'da muvazaalı nikâha örnek olabilecek bir diğer şekil ise üç talakla boşanmış olan bir kadının aynı erkekle evlenememesinden kaynaklanan durumdur.

²⁴⁶ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 53; France - Maguin, *Droit de la Famille*, 18; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 45.

²⁴⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 63. madde.

²⁴⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 175-2. maddesi.

²⁴⁹ Code de l'Entrée et du Séjour des Étrangers et du Droit d'Asile (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu) L623-1. madde.

²⁵⁰ “Üç şey vardır ki, bunların ciddisi de ciddi, şakası da ciddidir. Evlenme, boşama ve ric'i boşamada eşine dönme.” Ebu Davûd, “Talâk”, 9; Tirmizî, “Talâk”, 9; İbn Mâce, “Talâk”, 3; Muvatta, “Nikâh”, 56.

Söz konusu kadın, aynı erkekle evlenebilmesi ancak başkasıyla sahîh bir evlilik yapması ve bu evliliğin sona ermesi sonucunda iddet süresini tamamlamış olmasıyla mümkün hale gelir. Buna helal kılma anlamında olan hülle veya tahlil ifadesi kullanılır.²⁵¹ Kadının aynı erkekle evlenebilmesi için “şekli bir evlilik” yapmanın haram ve batıl olduğunu açıklayan fakihlerin büyük çoğunluğu, cinsi münasebetin bulunmadığı salt nikâh akdinin yeterli olmayacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla kadının eski kocasına yeniden helal olması için başkasıyla hakiki bir evlilik yapması gerekir. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi bu görüşe uygun olarak, hülle kastı olmadan yeni bir evlilik yapmadıkça eski kocasıyla evlenemeyeceğini belirtmiştir.²⁵² Esasen erkeğe verdiği boşama yetkisinin suistimal edilmesi ve kadına zulmedilmesini engellemek maksadıyla İslam dini, boşama sayılarına sınırlamalar getirmiştir. Bu sayede koca, boşama kararını etraflıca düşünerek alacaktır. Nitekim üçüncü boşamanın sonucunda aynı kadınla evlenmesi, kadının başka bir erkekle evlenmesini gerektirecektir. Böyle bir şart ise selim tabiatlı olan kişilerin hoşlanmayacağı bir durum olması bakımından caydırıcıdır. Hülle niyetiyle yapılan salt nikâh akdi sahîh olmasına rağmen caydırıcı özelliği olmayacağından kadının ilk kocasına helal olması için yeterli değildir.²⁵³

Ayrıca erkeğin kadına vereceği bir bedel karşılığında muayyen bir süre ile birbirlerinden faydalanmaları için kıyılan müt’a nikâhı, Câferîler haricindeki mezheplere göre haram ve batıldır.²⁵⁴ Nitekim nikâh, aile kurma ve hayat boyu bu birliği devam ettirme arzusundan meydana gelen bir akittir.

Yapılan izahlardan da anlaşılacağı üzere iki hukuk sisteminde farklı içtihatlar mevcuttur. Fransız aile hukukunda aile kurma niyeti bulunmayan, hakiki zifafa girme kastı bulunmaksızın, sadece birtakım menfaati elde etmek için kıyılan nikâhların batıl/geçersiz olacağı görüşünderken İslam aile hukuku –müt’a nikahı hariç– muvazaalı nikâhların da aslında sahîh olacağı görüşünderdir.

²⁵¹ Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhyye*, 2/107, 108; Saffet Köse, “Hülle”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1998) 18: 475.

²⁵² Heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 118. madde.

²⁵³ Saffet Köse, “Hülle ve Hüllecilik Konusuna İslam’ın Bakışı”, *Mehir 2* (1998), 45.

²⁵⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l Müctehid*, 2/404; Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhyye*, 2/25; İbrahim Kâfi Dönmez, “Müt’a”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006) 32: 174.

1.4.2. Şahitlerin Hazır Bulunması

Nikâh, önemli ve ağır bir sözleşme olması hasebiyle geçerli olması için şahitlerin huzurunda kıyılması şarttır. Bu sayede nikâhın aleniliği sağlanmış ve şaibe karışması önlenmiş olur. Fransız aile hukukunda nikâhın gerçekleşebilmesi için müstakbel eşlerin nikâh esnasında bizzat bulunmaları gerekir. Ayrıca tarafların rızasına tanıklık edecek şahitlerin ve nikâh memurunun da bulunması gerekir. Şahitlerin âkil ve reşit olmaları haricinde bir şart aranmaz.²⁵⁵ Dolayısıyla şahitler, cinsiyet fark etmeksizin en az iki en fazla dört kişiden oluşmalıdır.²⁵⁶

İslam aile hukukunda da tarafların irade beyanları, en az iki şahidin huzurunda açıklanması gerekir. Nitekim Peygamber efendimiz (s.a.v.) iki âdil şahit bulunmadan nikâhın gerçekleşemeyeceğini ifade etmiştir.²⁵⁷ Bununla birlikte, şahitlerin tanıklıklarının geçerli olması için bazı şartlar aranır. Buna göre şahitler, âkil-baliğ olmaları ve müslüman olmaları gerekir.²⁵⁸ Ancak Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre şahitlerin müslüman olma şartı, yalnızca tarafların müslüman olduğu durumlarda aranır.²⁵⁹ Dolayısıyla kadın, gayrimüslim olması halinde şahitlerin gayrimüslim olmaları akdın sıhhatine zarar vermez. Son olarak cumhur, yalnızca erkeklerin şahitliklerinin geçerli olacağı görüşünü benimserken Hanefî mezhebi, bir erkek ve iki kadının şahitliğinin caiz olacağını ifade etmiştir.²⁶⁰

Her iki hukuk sisteminde de en az iki şahidin hazır bulunması gerektiği müşahede edilir. Ancak şahitlerin vasıfları hususunda farklı koşullar mevcuttur. Fransız aile hukukunda cinsiyet farkı gözetilmeden, şahitlerin âkil ve reşit olmaları ile iktifa edilirken İslam aile hukukunda akil baliğ olmalarının yanında müslüman olma şartı ve iki erkek veyahut bir erkek iki kadından oluşması gerekir.

²⁵⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 37. madde.

²⁵⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 75. madde.

²⁵⁷ Tirmizî, "Nikâh", 15.

²⁵⁸ Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, 3/395, 396.

²⁵⁹ Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, 3/396; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/62.

²⁶⁰ el-Bakara 2/282; Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, 3/403; Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/51, 52; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/61.

1.5. NİKÂHIN ŞEKİL ŞARTLARI

Fransız aile hukukunda evliliğin gerçekleşebilmesi için yasaların gerektirdiği bazı hazırlık işlemlerinin tamamlanması gerekir. Bu formaliteler, nikâh kıyılmadan önce yapılır. Bu sayede memur, kıyacağı nikâhın geçerlilik şartlarının uygunluğunu denetleyebilecektir.

1.5.1. Evrakların Teslimi

Taraflar, bazı evrakları teslim etmek suretiyle evlilik başvurusunda bulunabilirler. 2016 yılında yürürlüğe giren, XXI. asrın hukukunu modernleştirme kanunundan²⁶¹ evvel, doğum belgesini eksiksiz bir şekilde teslim etmek gerekirdi.²⁶² Günümüzde üç ayı geçmemiş olan (yabancı ülkede doğanlar için bu süre altı ay olarak belirlenmiştir) ve nesep bilgisini ihtiva eden doğum belgesi örneği teslim etmek yeterlidir. Elektronik ortamda doğum belgesine sahip olan bazı iller, zikrettiğimiz evrakın teslimini beklemez.²⁶³ Ayrıca tarafların kimlik bilgilerini içeren belge teslimi ve şahitlerin kimliklerinin açıklanmasının yanı sıra taraflar, yaşadıkları evin adresini veya ikamet ettikleri yerin adresini doğrulayan belgeyi de teslim etmeleri gereklidir.

Elbette bu belgelerle sınırlı değildir. Zira daha önce de bahsedildiği gibi, bazı durumlarda nikâhın kıyılması izinlere bağlıdır. Söz gelimi, reşit olmayan çocuğun evliliği, velinin ve cumhuriyet savcısının iznine tabi olması, mahcurun evliliği hususunda ebeveynin belgeli bir şekilde haberdar edilmiş olması, ölü ile evlilik cumhurbaşkanının iznine bağlı olması bunlara örnektir. Daha önce evlenmiş tarafların evlenmeleri önceki evliliklerinin sona erdiğini belgeleyen evrakın teslimi de (ölüm belgesi, fesih veya boşanma yargısı, hükmi ölüm kararı belgesi) gereklidir.²⁶⁴ Mal rejimini düzenlemek isteyen taraflar evlilik sözleşmesi kurabilirler. Sözleşmenin hukuki geçerlilik kazanması için noter onaylı olmalıdır. Noter

²⁶¹ XXI. asrın hukukunu modernleştirmeye ilişkin, Journal Officiel de la République Française 0269 (Resmî Gazete) (18 Kasım 2016), Kanun No. 2016-1547.

²⁶² Patrice Hilt, “Les Dispositions de la Loi de Modernisation de la Justice du XXIe Siècle Relatives au Mariage et au Pacs”, *Actualité Juridique Famille* 12 (Aralık 2016), 572-576.

²⁶³ Code Civil (Medeni Kanun) 70. madde.

²⁶⁴ Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 56.

tarafından verilen ve taraflar arasında yapılan sözleşmenin mevcudiyetini açıklayan belge, diğer evraklarla birlikte teslim edilmesi gerekir.²⁶⁵

Eskiden taraflar, evlilik öncesi sağlık raporu (certificat de médical préuptial) teslim etmeleri gerekmektedir. Elbette tarafların sağlıklı olma koşulu aranmamaktaydı. Ancak bu raporla tarafları, sağlık durumları hususunda bilgilendirmek ve sorumlulukları üstlenmeleri amacıyla istenmekteydi. Rapor sonuçları, ilgili kişiye verilmekteydi; dolayısıyla sonucu müstakbel eşine açıklama veya gizleme özgürlüğüne sahip olmaktaydı. Bu uygulama 2007 yılında kaldırılmıştır.²⁶⁶

1.5.2. Tarafların Dinlenmesi

Evliliğe dair hakiki ve serbest irade ile rıza gösterdiklerini denetlemek amacıyla evlendirme memuru, resmi ilandan ²⁶⁷ önce taraflar ile görüşme yapmaktadır. ²⁶⁸ Bu görüşme, tarafların her ikisini birlikte dinlemek şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, evlendirme memuru dilerse ayrı ayrı görüşebilmektedir.²⁶⁹ Reşit olmayan taraf olması durumunda görüşme, ebeveynsiz veya hukuki temsilcisz ve müstakbel eşi olmadan düzenlenmektedir. ²⁷⁰ Bu görüşmeyle evlendirme memurunu, sahte evlilikleri²⁷¹ ve cebir altında yapılan evlilikleri²⁷² tespit etme ve önlemeyi hedeflemektedir. Görüşme mümkün olmadığı takdirde veya teslim edilen evrakların incelenmesi sonucunda evlendirme memuru, görüşme gerekmediğine karar verilebilmektedir.²⁷³

²⁶⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 1394. madde.

²⁶⁶ Hukuku basitleştirmeye ilişkin, Journal Officiel de la République Française 0296 (Resmî Gazete) (21 Aralık 2007), Kanun No. 2007-1787.

²⁶⁷ Evlilik projesi hususunda başkalarını bilgilendirmek için belediyede yapılan resmi ilan.

²⁶⁸ Taraflardan birisi yabancı bir ülkede ikamet ediyorsa, bu görüşmeyi düzenlemeye ehil olan diplomatik yetkili veya bölgesel konsolosluklar tarafından yapılması istenebilir.

²⁶⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 63. maddesinin dördüncü fıkrası.

²⁷⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 63. maddesinin beşinci fıkrası.

²⁷¹ Göçmenlerin denetlenmesi, yabancıların Fransa'da konaklamaları ve vatandaşlığa ilişkin, Journal Officiel de la République Française 274 (Resmî Gazete) (26 Kasım 2003), Kanun No. 2003-1119.

²⁷² Çiftler ve reşit olmayanlar üzerinde yapılan baskı ve şiddeti önlemeyi kuvvetlendirmeye ilişkin, Journal Officiel de la République Française 81 (Resmî Gazete) (5 Nisan 2006), Kanun No. 2006-399.

²⁷³ Code Civil (Medeni Kanun) 63. maddesinin üçüncü fıkrası.

1.5.3. Resmi İlan (Publication des Bans)

Evlenmeden önce, resmi ilan yayınlarak insanları nikâh hususunda aleni bir şekilde bilgilendirmek nikâhın şekil şartlarındandır. Resmi ilan yapılmadığı halde evlendirme memuru nikâhı kıysa, 3 ile 30 avro arasında para cezası verilir ve adli mahkeme huzurunda yargılanır.²⁷⁴ İlanın muhtevasında tarafların kimliği, mesleği, adres bilgileri ve nikâh yeri bulunmalıdır.²⁷⁵ Bu ilan, nikâhın kıyılacağı belediyede ve tarafların ikamet ettiği dolayısıyla bağlı oldukları belediyede asılmalıdır.²⁷⁶ Resmi ilan, nikâh gününden en az on gün önce ve on gün boyunca yayınlanmalıdır.²⁷⁷ Bu süre geçtikten sonra bir yıl içinde nikâhın kıyılması gerekir. Bir yıl içinde nikâh gerçekleşmez ise ilan yeniden yayınlanmalıdır.²⁷⁸

İstisnai bir şekilde resmi ilan, cumhuriyet savcısının izniyle kuvvetli bir gerekçeye dayanarak şekil şartlarından kaldırılabilir.²⁷⁹ Ölüm hastası bir tarafın, bu süreyi bekleyecek zamanı olmayabileceği için geçerli bir gerekçeye sahiptir. Bir tarafın “meşhur” olması da böyle bir izin almaya gerekçe olabilir. Mesela, Fransa’nın eski Cumhurbaşkanı Nicolas Sarkozy bu izinden faydalanmıştır.²⁸⁰ Eşcinsel evlilikler hususunda 29 Mayıs 2013 tarihinde bir genelge düzenlenmiştir. Buna göre, eşcinsel taraflardan birinin kökeni eşcinselliğin meşru olmadığı bir ülkeye dayanıyorsa, resmi ilanın yayınlanmaması hususunda özel izin alabilmesi öngörülmüştür.²⁸¹

İslam’da, evliliği gayri meşru ilişkilerden ayıran temel ölçü, aleniliği sağlayan nikâh akdidir. Zikredilen sözleşmenin geçerliliği siyasi-idari veya dini bir otoritenin iştirak etmesi ve müdahalesine bağlı değildir. Bununla birlikte, toplum hayatında önemli yere sahip olması sebebiyle insanlar, mutluluklarını duyurmak ve paylaşmak adına merasimler düzenlemiştir. Peygamber efendimizin (s.a.v.) bu konuda “*Bir*

²⁷⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 63. maddesinin sekizinci fıkrası.

²⁷⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 63. maddesinin birinci fıkrası.

²⁷⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 166. madde.

²⁷⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 64. madde.

²⁷⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 65. madde.

²⁷⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 169. madde.

²⁸⁰ Libération, “Les Bans N’ont Pas Été Publiés” (2 Şubat 2008), https://www.liberation.fr/france/2008/02/02/les-bans-n-ont-pas-ete-publies_20077 (Erişim 22 Ekim 2020).

²⁸¹ Eşcinsel çiftlere evlilik hakkı tanıyan kanunu takdim eden 29 Mayıs 2013 tarihli genelge, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice no 2013-05 (31 Mayıs 2013), 6. <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=37052> (Erişim 22 Ekim 2020).

*koyunla da olsa ziyafet ver*²⁸² buyurarak düzenlenen merasimde ikramda bulunmayı teşvik etmiştir. Merasim düzenlemek suretiyle ikramda bulunmak şart olmasa da sünnettir.²⁸³ Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi nikâh akdini hakim veya vekili huzurunda kıyılmasını ve resmi tescilin gerçekleştirilmesi koşulunu ilave ederek devlet kontrolü altına almıştır.²⁸⁴ Öte yandan, Mâlikîlere göre nikah akdini ilân etmek akdin geçerli olması için yeterlidir. Bir başka ifadeyle nikaha akit sırasında şahit tutmak şart değildir.²⁸⁵ Çünkü ilan edilen nikahta şahit sayısı ikiden daha fazla olup, ilan şahit şartını da kapsamaktadır, denilebilir.

Görüldüğü gibi Fransız aile hukukunun aksine İslam aile hukukunda nikâh akdinde şekil şartları bulunmaz. Öte yandan Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi nikâh akdini devlet denetimi altına almak amacıyla resmi tescili şart koştur.

1.6. EVLİLİK ÇEŞİTLERİ

Fransız aile hukukunda nikâh; kanuna uygun bir şekilde kıyılmış ise sahih, kanuna aykırı bir şekilde kıyılmış ise batıldır. İslam aile hukukunda sahih, fasit, batıl, mevkuf ve gayrı lazım evlilik çeşitleri vardır.

1.6.1. Sahih Evlilik

Kuruluş ve geçerlilik şartlarının tamamını eksiksiz taşıyan evlilik sahihtir. Fransız aile hukukunda da İslam aile hukukunda olduğu gibi sahih nikâh, evlilikten zuhur eden bütün hukuki neticeleri doğurur. fakat, Fransuz aile hukukunda sahih nikah derken kasıt; kanunda belirtilen tüm şartları sağlayan nikah demektir. Mesela; İslam aile hukukunda sahih nikâhın doğurduğu hukuki neticeler şöyledir; eşler birlikte yaşar ve helal ölçüler çerçevesinde cinsel ilişki kurmaları caiz olur, kadın mehir ve nafakaya hak kazanır, evlilik içinde doğan çocuk kocaya nispet edilir, sıhri hısımlık ve bundan neşet eden evlilik engeli meydana gelir, eşler arasında miras cereyan eder.²⁸⁶

²⁸² Buhârî, “Nikâh” 54, 67, 68.

²⁸³ Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/61.

²⁸⁴ Heyet, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 37. madde.

²⁸⁵ Sahnûn b. Sa’îd, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ* (Riyad: Vizârâtü Şüûni'l-İslamiyye, t.y.), 4/44.

²⁸⁶ Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, 3/605-608; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/77-79.

Fransız aile hukukunda da sahih nikâh sebebiyle eşler birlikte yaşar,²⁸⁷ aile birliğinin giderlerine karı-koca güçleri nispetinde katılır,²⁸⁸ evlilik içinde doğan çocuğun nesebi kocaya nispet edilir,²⁸⁹ evlilikten oluşan akrabalık meydana geldiğinden ykârıda izah edildiği üzere belli kişiler arasında evlenme engeli tezahür eder,²⁹⁰ eşler arasında miras cereyan eder.²⁹¹

İki hukuk sisteminde sahih nikâh, evlilikten meydana gelen bütün hukuki neticeleri doğurduğunu müşahede ediyoruz. Ortak hükümleri arasında birlikte yaşama, evlilik içinde doğan çocuğun nesebini kocaya nispet edilmesi, sıhri hısımlığın oluşması ve tarafların birbirlerine mirasçı olmaları gibi haklar elde edilir. Farklılık arz eden hükümler arasında cinsel ilişkinin meşruluğu, mehir ve nafaka ile ilgili hükümler bulunur. İslam aile hukukunda cinsî münasebet yalnızca sahih nikâh akdi ile meşruiyet kazanırken Fransız aile hukukunda cinsel ilişkinin meşruiyeti nikâha bağlanmaz. Ayrıca İslam aile hukukunda sahih nikâhla kadın, mehir ve nafakaya hak kazanırken Fransız aile hukukunda, eşler arasında eşitlik ilkesinin bulunması sebebiyle kadına mahsus olmak üzere ayrıcalıklar tanımaz.

1.6.2. Fasit Evlilik

İslam aile hukukunda kuruluş şartlarının tam olmasına karşın sıhhat şartlarından birinin eksik olması halinde nikâh akdi fasit olur. Buna göre, irade beyanının sakatlanması veya şahitsiz kıyılan nikâh akdi fasittir. Bu, Hanefilere göredir. Cumhur, fasit ve batıl ayırımına yer vermemiş, bu terimleri eş anlamlı olarak kullanmıştır.²⁹²

Fasit nikâh akdi, cinsel birleşmeden önce hiçbir hukuki netice doğurmaz ve evliliğin devam etmesi caiz değildir. Taraflar vakit kaybetmeden ayrılmaları gerekir. Ancak sıhhatine mani olan eksikliğin giderilmesi halinde, nikâh akdi sahihe dönüşür. Böylece, sahih nikâh akdinin doğurduğu bütün hukuki neticeler meydana gelir.

²⁸⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 215. madde.

²⁸⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 214. madde.

²⁸⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 312. madde.

²⁹⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 161. madde.

²⁹¹ Code Civil (Medeni Kanun) 732. madde.

²⁹² Bilmen, *İstılâhâtü Fıkhyye*, 2/22, 23; Abdülvehhâb Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli's-Şahsiyye fi's-Şeriatü'l İslamiyye* (Kuveyt: Dâru'l Kalem 1410/1990), 39; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 265.

Kendileri ayrılmaz veya eksikliği gidermez ise hâkim tarafları ayırır. Zifaf gerçekleşti ise kadın mehr-i misil ve mehr-i müsemma arasında miktarı az olana hak kazanır, doğacak çocuğun nesebi sabit olur bunun için çocuk nikâhtan sonra en erken altı ay, en geç bir yıl içinde doğmuş olmalıdır, sıhri hısımlık gerçekleşir ve iddet hükümleri sabit olur.²⁹³

İslam hukukçuların cumhuru, fasit-batıl ayırımına yer vermezken, Hanfiler fasit nikâh şeklinde üçüncü bir nikâh çeşidinden bahsederler. Fransız aile hukukunda da böyle bir teknik sınıflandırma yoktur, yani tüm şartları taşımayan ya da sonradan eksiklikleri giderilen bir nikâhtan bahsedilmez. Kanaatimizce Hanefilerin böyle bir ayırma yer vermesi daha isabetlidir. Zira bu ayırım sayesinde kadın ve doğacak çocuk lehine birtakım hakların neşet etmesini sağlanacak ve onların mağduriyet yaşamalarını önlenmiş olacaktır.

1.6.3. Batıl Evlilik

İslam aile hukukundaki batıl nikâhın kapsamı göz önünde bulundurulduğunda Fransız aile hukukunda batıl nikah ayrı başlıklarda ele alınmıştır.

1.6.3.1. Fransız Aile Hukukunda Batıl Evlilik

Fransız aile hukukunda, nikâh, kanunun belirlediği şartlara aykırı bir şekilde kıyılmış ise batıldır, geçersizdir. Kanuna aykırı evliliklerin gerçekleşmesine mani olmak için Fransız hukuku evliliğe itiraz etme imkânı vermiştir.

1.6.3.1.1. Nikâha İtiraz Edilmesi

Evliliğe itiraz etme; yasal yetkiye sahip kişinin evlendirme memuruna, evlenme engelinin mevcudiyetini haber eden hukuki bir işleminden ibarettir.²⁹⁴ Evliliğe itiraz etme iki şekilde tezahür edebilir. *Birincisi*, evlilik öncesi nikâhın kıyılmasına engel olacak bir açıklamada bulunma şeklinde meydana gelebilir. *İkincisi* ise, nikâh kıyıldıktan sonra evliliğe engel olacak bir beyanda bulunma şeklinde gerçekleşebilir.

²⁹³ Kâsânî, *Bedâi'ü's-Sanâi'*, 3/615, 616; Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhıyye*, 2/34-36; Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli'sh-Shahsiyye*, 39, 40; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 274, 275.

²⁹⁴ Debove – Salomon - Janville, *Droit de la Famille*, 140.

1.6.3.1.1.1. Nikâh Kıyılmadan Önce İtiraz Edilmesi

Evliliğe mani olmak, evlilik özgürlüğünü kısıtlaması ve suistimal edilme olasılığı sebebiyle bu yetkiye sahip olanlar kanun ile sınırlandırılmıştır.²⁹⁵ Böylece itiraz, kuvvetli ve meşru bir gerekçeye dayandırılmak suretiyle mümkün olabilir.²⁹⁶ Evlilik engellerini teşkil etmeyen; ahlâki değerler, din farkı, sağlık sorunları, yaş farkı gibi gerekçeler itirazın vuku bulmasına kâfi değildir.²⁹⁷

İtiraz, evlendirme memuruna teslim edilen dilekçe ile yapılabilir. Bu dilekçe icra memuru tarafından onaylanma şartıyla geçerli sayılır.²⁹⁸ Buna göre, sözlü itirazlar yetersizdir. Taraflardan birisi, evliliğin usulüne uygun olmadığı gerekçesiyle nikâhın kıyılmasına itiraz edebilir.²⁹⁹ Taraflar dışında ebeveyn ve savcı da bu yetkiye sahiptir. Ebeveyn hayatta değilse veya irade beyanında bulunmalarına imkân yoksa bu yetki üst soya geçer.³⁰⁰ Bunların da irade beyanında bulunmaları mümkün değilse bu yetki reşit olan anne-babanın furûu (kardeşler), dede-nenenin furûu ve bunların çocuklarına (amca, hala, dayı, teyze ve kuzenler) geçer. Ancak bunlar yetkiyi yalnızca *iki* durumda kullanabilirler: *Birincisi*, aile konseyinden izin alınması gerektiği halde –reşit olmayan tarafın, ebeveyn ve usulünden icazet alması mümkün olmadığı durumlarda– izin alınmamış ise itiraz haklarını kullanabilirler. *İkincisi*, taraflardan birinin akıl hastası olmasıdır. Bu gerekçelerden biriyle yapılan itirazın evliliğe engel olup olmadığını mahkeme takdir eder. Eğer itiraz kabul edilirse kısıtlı/mahzur sayılan kişiye vasi tayin etme prosedürleri başlatılır.³⁰¹

24 Ağustos 1993 tarihli kanundan³⁰² bu yana savcılık makamında bulunanlar da bu tür durumlarda itiraz yetkisine sahip kılınmıştır.³⁰³ Evlendirme memuru ise, bizzat kendisi itiraz hakkına sahip değildir. Ancak tarafların teslim ettiği evrakların

²⁹⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 172 ve 175.1 arası maddeler.

²⁹⁶ Limoges, 19 Aralık 1996, inédit. Arrêt cité par Jean Pierre Marguénaud, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1997, 549.

²⁹⁷ Cour d'Appel Aix en Provence, 1ère Chambre Civile (Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi), (22 Kasım 1993), JurisData no 047288, *JurisClasseur Périodique* 1994, 4/627.

²⁹⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 176. madde.

²⁹⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 172. madde.

³⁰⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 173. maddesinin birinci fıkrası.

³⁰¹ Code Civil (Medeni Kanun) 174. madde.

³⁰² Göçmenlerin denetlenmesi ve yabancıların Fransa'ya girişleri, karşılanmaları ve ikamet şartlarına ilişkin, Journal Officiel de la République Française 200 (Resmî Gazete) (24 Ağustos 1993), Kanun No. 93-1027.

³⁰³ Code Civil (Medeni Kanun) 175-1. madde.

incelenmesiyle veya tarafların dinlenmesi esnasında, evliliğin meşruluğuna ilişkin kuvvetli şüpheleri oluşursa, cumhuriyet savcılığına başvurarak (saisine/referans) evlilik dosyası incelenmeye alınabilir.³⁰⁴

1.6.3.1.1.2. Nikâh Kıyılmadan Önce Yapılan İtirazın Doğurduğu Neticeler

Cumhuriyet savcılığına başvuru yapılmasından sonra on beş günlük bir süre başlatılır. Bu süre zarfında savcılık delilleri inceleyerek itiraz hususunda karar verir.³⁰⁵ Karar açıklanmadan evlendirme memuru nikâhı kıyamaz, taraflar da nikâhın kıyılması için ısrar edemez.³⁰⁶

Savcının kararı üç şekilde tezahür edebilir: *Birincisi* evlendirme memuru, nikâhın meşru olmadığına ilişkin sunduğu delillerin yetersiz olduğuna kanaat getiren savcı, nikâhın gerçekleşmesine karar verir. Nikâh memuru yeni delil getirmediği takdirde nikâhı kıymak zorundadır. *İkincisi* savcının, evlendirme memuruyla hemfikir olmasıdır. Buna göre, sahte evlilik veya cebir altında yapılan evlilik olduğunu ispatlayan delillerin yeterli olduğuna karar verir. *Üçüncüsü*, şüphelerin kuvvetli olduğu durumlardır. Bu takdirde savcı, soruşturmanın devam etmesi ve iyice araştırılması için nikâhın ertelenmesine karar verir.³⁰⁷ Ertelenme süresi bir aydır. Bu süre yeterli gelmediği durumlarda bir defa olmak üzere yenilenebilir.³⁰⁸ Taraflar – reşit olmaması durumu değiştirmez– Adli Mahkeme Başkanı (Président du Tribunal Judiciaire) huzurunda ertelenme süresine itiraz edebilirler. Başkan kararını on gün içinde açıklamak durumundadır. Taraflar başkanın kararına itiraz ederek temyiz mahkemesine sevk edebilirler. Temyiz mahkemesi yine on gün içinde kararını beyan etmek durumundadır.³⁰⁹

Usûl tarafından yapılan itiraz yargı tarafından geçersiz kabul edilirse usulden kim olursa olsun nikâhın kıyılması veya geciktirilmesi hususunda bir daha itirazda

³⁰⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 175-2. maddesinin birinci fıkrası.

³⁰⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 175-2. maddesinin ikinci fıkrası.

³⁰⁶ Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 68.

³⁰⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 175-2. maddesinin ikinci fıkrası.

³⁰⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 175-2. maddesinin üçüncü fıkrası.

³⁰⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 175-2. maddesinin beşinci fıkrası.

bulunamaz.³¹⁰ İtiraz kabul edilirse bir yıl geçerlidir. Bu süre geçtikten sonra taraflar evlenebilirler. Fakat savcı kararıyla itiraz edildiyse, itirazın son bulması yalnızca yargı yoluyla mümkün olabilir.³¹¹

1.6.3.1.1.3. Nikâh Kıyıldıktan Sonra İtiraz Edilmesi

Evlilik şartlarından birinin eksik olmasına rağmen nikâh kıyılmış olsa, itiraz etme hakkı sabit olur.³¹² Nikâhı bozmayı gerektiren bir engel (empêchement dirimant) sebebiyle yapılan itiraz, evliliğin iptaline yol açabilir. Bu engel kuruluş şartlarından birinin veya birkaçının eksikliği ile ilgilidir. Şekil şartlarının eksikliğinden doğan engeller (empêchements prohibitifs) evliliğin iptaline sebep değildir. Ancak kanuna aykırı bir evliliği gerçekleştirme niyetiyle, şekil şartlarından birinin eksik olması evliliğin iptalini gerektirir. Evlilik engellerinin mevcudiyeti sebebiyle iptal edilmesi “mutlak butlan” (nullité absolue) ve “nispî butlan” (nullité relative) olarak *iki* şekilde tezahür edebilir.³¹³

Mutlak butlan, ana unsurlarla ilgili olan ve kamu düzenine zarar veren engellerin bulunması sebebiyle nikâhı hükümsüz kılar.³¹⁴ Mutlak butlan; “zaruri mutlak butlan” ve “ihtiyari mutlak butlan” olarak ikiye ayrılır. Zaruri mutlak butlan hâkime takdir yetkisi vermez. İhtiyari mutlak butlan ise hâkime takdir yetkisi verir.³¹⁵

Evliliğe ilişkin rızanın tamamen kusurlu olması³¹⁶ (défaut total de consentement), taraflardan birinin evlilik esnasında bulunmaması, evliliğin gerçekleşmesi için yasal yaşa ulaşmamış ve gereken izni almamış olan kişinin taraf olması, taraflardan birinin evlenme esnasında evli bulunması, taraflar arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlık bağının bulunması veya izin ile kaldırılabilen derecede hısımlığın bulunmasına rağmen izin alınmaması, evlendirme

³¹⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 173. maddesinin ikinci fıkrası.

³¹¹ Code Civil (Medeni Kanun) 176. madde.

³¹² Code Civil (Medeni Kanun) 180 ve 202. arası maddeler.

³¹³ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 72, 73; France - Maguin, *Droit de la Famille*, 24, 25; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 72.

³¹⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 1179. maddesinin birinci fıkrası.

³¹⁵ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 74; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 72, 73; Parquet, *Droit de la Famille*, 64.

³¹⁶ Evlilik niyetinin bulunmadığı durumlardır.

memuru tarafından kıyılmamış olan nikâhlar zaruri mutlak butlan (nullités absolues péremptoires) ile iptal olur.³¹⁷

İhtiyarî mutlak butlan (nullités absolues facultatives); memurun evlendirme yetkisinin bulunmaması (evlendirme yetkisi verilmemesi veya görevli olmadığı bir bölgede nikâh kıyması, tarafların bağlı olmadıkları bir belediyede nikâh kıydırması) durumunda nikâhın iptali hâkim tarafından takdir edilir. Takdir hileye başvurmak suretiyle yasaya aykırı davranma niyetinin bulunup bulunmamasına göredir. Ayrıca, resmi ilanın gerçekleşmemesiyle birlikte teslim edilen evrakların eksik olması, gizlice/kaçak kıyılan nikâhın (mariage clandestin) durumu da hâkimin takdirine bırakılır. Kanunlara aykırı davranma niyetiyle nikâhın kıyıldığına hükmederse nikâh iptal olur.³¹⁸

Kanuna aykırı davranma sebebi yalnızca nikâhın doğurduğu özel menfaatlerden yararlanmak ise kıyılan nikâh nispi butlan ile geçersiz olur.³¹⁹ Buna göre, evlilik kurumunu zedeleyecek bir rızanın³²⁰ (hata veya ikrah) veya evliliğin gerçekleşmesi için izne tabi olduğu halde izin alınmaması nispi butlana örnek olabilir.³²¹ Hâkim nispî butlana sebep olacak bir aykırılık tespit ederse takdir yetkisi bulunmadan evliliğin iptaline hükmeder.³²²

Mutlak butlan ve nispî butlanın doğurduğu sonuçlar bakımından farklılık arz etmemektedir. Esasen böyle bir ayırım, evliliğin iptali hususunda mahkemeye başvurma yetkisine sahip olan bireyleri ayırt edebilmek amacıyla yapılmaktadır. Mutlak butlan, kamu düzenini koruma gayesini ihtiva etmesi sebebiyle evliliğin iptali konusunda; eşler, menfaati bulunan her birey ve cumhuriyet savcısı mahkemeye başvurabilmektedir. Ayrıca mutlak butlan, nikâhın kıyılmasından itibaren otuz yıla kadar iptal davası açılabilir.³²³ Nispî butlan ise, yalnızca eşlerin özel menfaatlerini koruma maksadı bulunması nedeniyle evliliğin iptali

³¹⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 184. madde; Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 73,74; France - Maguin, *Droit de la Famille*, 25; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 72,73; Parquet, *Droit de la Famille*, 64.

³¹⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 191. madde; Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 74; France - Maguin, *Droit de la Famille*, 25; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 73; Parquet, *Droit de la Famille*, 64.

³¹⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 1179. maddesinin ikinci fıkrası.

³²⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 180. madde.

³²¹ Code Civil (Medeni Kanun) 182. madde.

³²² Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 74.

³²³ Code Civil (Medeni Kanun) 184. madde.

sadece eşler ve cumhuriyet savcısı talep edebilmektedir. Fakat izne tabi olan tarafın izin almaması halinde izin alınması gereken bireyler (yasal temsilciler) de iptal davası açabilmektedir. İptal davası nikâhın kıyılmasından sonra beş yıla kadar açılabilir.³²⁴

1.6.3.1.2. Fransa Yasalarına Göre Batıl Nikâhın Doğurduğu Neticeler

Hâkim tarafından batıl/geçersiz olduğuna karar verilen nikâh, yok hükmündedir.³²⁵ Buradaki iptal kararı geriye dönüktür (rétroactive). Nitekim evliliğin kuruluşundan itibaren bir geçersizlik söz konusudur. Taraflar, nikâh kıyılmadan önceki şahsi ve mali durumlarına döneceklerdir. Buna göre taraflar; evlenmeden önceki soyadını alır, evlilik sebebiyle meydana gelen hısımlık ve kendisinden neşet eden evlenme engelleri kaybolur. Taraflardan birisi, evlenme ile reşit hale geldi ise bu hakkını kaybeder ve evlenmeden önceki haline döner. Taraflardan birisi, evlenme ile oturma iznine sahip oldu ise veya Fransız vatandaşlığına geçti ise, evliliğin butlanıyla oturma izni veya vatandaşlık hakkı sakıt olur. Miras hakkı kaybolur, mal rejimi hiç olmamış gibidir, evlilik sebebiyle verilen hibeler ve bağışlar iade edilir, nafaka mükellefiyeti düşer.³²⁶

1.6.3.1.3. Batıl Nikâhın İleriye Dönük Olduğu Durumlar ve Neticeleri

Nikâhın batıl olduğuna hükmedilmesi, özünde geriye dönük bir karardır. Ancak bazı durumlarda nikâh batıl olsa da doğurduğu sonuçlar, boşanma gibi ileriye dönüktür. Bu takdirde nikâhın sonuç doğurmaya son vermesi hâkimin, nikâhın butlanına hükmetmesinden itibaren başlar. Böylece, evliliğin kuruluşundan butlanına kadar nikâhtan neşet eden neticeler muhafaza edilir.³²⁷

Batıl evliliğin ileriye dönük sonuç doğurması (mariage putatif) iki şekilde tezahür edebilir: *Birincisi*; tarafların iyi niyetli olması durumudur. İyi niyetli olmak, evlilik esnasında geçerli bir evlilik yapıldığına inanmaktır.³²⁸ Esasen tarafların daima iyi niyetli olduğu varsayılır, zira asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Buna göre,

³²⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 181. madde.

³²⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 1178. madde.

³²⁶ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 78; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 78, 79.

³²⁷ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 79; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 79.

³²⁸ Parquet, *Droit de la Famille*, 65.

tarafardan birinin veya ikisinin kötü niyetli olduğunu ileri süren kişi, iddiasını kanıtlamak durumundadır.³²⁹Tarafardan birinin iyi niyetli olması halinde evlilik, yalnızca iyi niyetli tarafın lehine sonuç doğurur.³³⁰ İyi niyet tek taraflı ise, iyi niyetli taraf kötü niyetli taraftan tazminat talebinde bulunabilir.³³¹ Evliliğin ileriye dönük netice doğurmasının *ikinci* şekli ise, taraflar ister iyi niyetli ister kötü niyetli olsun, batıl evlilikten doğan çocuk, evlilik içinde doğmuş sayılır. Hâkim, çocukların ebeveynleri ile ilgili düzenlemeleri boşanma usulünü izleyerek açıklar.³³²

1.6.3.2. İslam Aile Hukukunda Batıl Evlilik

İslam aile hukukunda kuruluş şartlarından birinin eksik olması durumunda nikâh akdi batıl olur. Evlenme ehliyeti bulunmayan birinin kendi başına evlenmesi, aralarında devamlı veya geçici evlenme engeli bulunan kişilerin evlenmesi ve evliliği bir bedel karşılığında belirli bir süre ile sınırlandıran müt'a nikâhı batıl evliliğe örnektir. Nikâhtaki eksiklik, kuruluş şartlarında bulunduğu için bunların giderilmesi söz konusu değildir. Batıl nikâh akdi mün'akit olmadığından yok hükmündedir. Buna göre, taraflar vakit kaybetmeden ayrılmaları gerekir, kendileri ayrılmazsa hâkim zorla ayırır. Zifaf gerçekleşmiş olsun veya olmasın hiçbir hukuki netice doğurmaz.³³³ Dolayısıyla sahih nikâhın doğurduğu mehir, nafaka, nesep, iddet ve miras ile ilgili hükümler batıl nikâhta söz konusu değildir. Ancak Hanefî mezhebine göre gayri meşru ilişki evlenme engeli meydana getirceğinden, sıhri hısımlıktan meydana gelen evlenme engeli doğar. Ebu Hanîfe, zifaf gerçekleşmiş ise aralarında evlenme engeli bulunan tarafların nikâhını batıl kabul etmekle birlikte nesep konusunda fasit nikâh hükümlerinin neşet edeceği görüşündedir. Böylece doğacak çocuğun babasız kalması önlenmiş olur.³³⁴ Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi de bu görüşü benimseyerek kanun haline getirmiştir.³³⁵

³²⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 2274. madde

³³⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 201. madde.

³³¹ Code Civil (Medeni Kanun) 1240. madde.

³³² Code Civil (Medeni Kanun) 202. madde.

³³³ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, 4/274; Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 39.

³³⁴ Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/77-79; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 276, 277; Yaman, *İslâm Aile Hukuku*, 55, 56.

³³⁵ Heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 54. madde.

Nikâhın butlanı konusunda Fransız ve İslam hukuk sistemleri mukayese edildiğinde; nikâhın butlanı, evliliğin kuruluş şartlarından birinin eksik olması ile ilgilidir. İslam aile hukukundan farklı olarak Fransız aile hukuku kanuna aykırı davranma niyetiyle şekil şartlarından birinin eksik olmasını da ilave eder. Bununla birlikte Fransız aile hukukunda kuruluş şartlarındaki noksanlık kamu düzenine zarar vermesi halinde mutlak butlan ile geçersiz olurken, özel menfaat elde etmek maksadıyla kıyılan nikâhlar nispi butlan ile geçersiz olur. Fakihlerin cumhuru böyle bir ayırımda bulunmaz iken Hanefilerin fasit-batıl ayırımına benzetilebilir. Zira nikâhın nispi butlan ile iptal olması, rızanın hata veya ikraha maruz kalması ya da taraflardan birinin icazete muhtaç olması ile ilgilidir.

Her iki hukuk sisteminde batıl nikâh yok(keen lem yekün/sanki hiç olmamış) hükmündedir. Dolayısıyla tarafların evlilik ile kazandıkları bütün haklar sakıt olur ve evlilikten önceki durumlarına dönerler. Ancak İslam aile hukukundan farklı olarak Fransız aile hukuku, tarafların iyi niyetli olmaları halinde batıl evlilik ileriye dönük netice doğurur. Buna göre, evlilik ile kazandıkları hakları (mal rejimi, bağış ve vatandaşlık hakkı gibi) muhafaza ederler. İyi niyet bulunmadığı takdirde, batıl nikâh geriye dönük sonuç doğurur; dolayısıyla taraflar evlenmeden önceki durumlarına dönerler. Böylece sıhri hısımlık, mal rejimi, bağış ve vatandaşlık hakkı gibi neticeler sakıt olur. İyi niyetin dikkate alınmadığı bir tek husus vardır o da neseptir. Zira tarafların niyetlerine bakmaksızın evlilik içinde doğan çocukların nesebi sabit olur. Ebu Hanife'nin görüşü de bu yöndedir. Zifaf gerçekleştiği takdirde batıl evliliğin hem sıhri hısımlığın oluşmasına hem de çocuğun nesebinin sabit olmasına imkân tanımıştır. Çocuğun menfaatleri göz önünde bulundurduğumuz zaman ve İslam hukukunun muhafaza etmeyi hedeflediği neslin devamı (soy karışıklığı olmadan) sağlanması açısından bu görüşün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi böyle bir nikâhın fasit olacağını kabul etmiş ve kanunlaştırmıştır.

İki hukuk sisteminde de, batıl nikâh, taraflar arasında veraset hakkı tanımaz. Ancak Fransız aile hukuku iyi niyeti esas aldığından eşlerden birinin, vefat etmesi durumunda –nikâhın iptal edilmesinden önce– hayatta kalan iyi niyetli taraf, varis olma hakkı kazabilmektedir.

1.6.4. Mevkuf Evlilik

İslam hukukunda başkasının hakkının da taalluk ettiği akitler mevkuftur. Nikâh akdinin kuruluş ve sıhhat şartları tam olmakla birlikte yürürlük kazanması için hak sahibinin onayına ihtiyaç duyulan nikâh akdi böyledir. Yetkisi bulunmadığı halde başkasının namına tasarrufta bulunularak (fuzuli) gerçekleştirdiği nikâh akdi buna örnektir. Mevkuf akitler hak sahibinin icazetine bağlı olduğundan icazet verilmediği sürece fasit akdin hukuki neticeleri uygulanır. Hak sahibinin icazet vermesi durumunda, nikâh akdinin gerçekleştirildiği andan itibaren, sahih nikâh akdinin hukuki neticeleri neşet eder. O halde, sanki hak sahibi akdi gerçekleştirmeden önce fuzuliye vekâlet vermiş gibi olur. “İcazet-i lahika vekâlet-i sabıka hükmündedir”³³⁶ şeklindeki genel kaide bu hükmü ifade eder.³³⁷ Fransız aile hukukunda vekâlet ile evlilik mümkün olmadığından böyle bir evlilik çeşidinin bulunmaması tabiidir.

1.6.5. Gayri Lazım Evlilik

Nikâh akdinin kuruluş ve sıhhat şartları tam olmakla birlikte bağlayıcı olmayan yani icazete ihtiyaç duyulan evliliğe denir. Fransız aile hukukunda nikâhın kıyılabilmesi için taraflar arasında denkliğin aranmaması ve velinin icazetine bağlı olmaması esastır. Bununla birlikte bazı durumlarda veli veya üçüncü şahsın izni olmadan nikah kıyılmaz. Söz gelimi taraflardan birinin reşit olmaması veli iznine, taraflar arasında soy bağı veya kayın hısımlığı sebebiyle devamlı evlenme engelinin bulunması yahut taraflardan birinin ölü olması (mariage posthume) Cumhurbaşkanının iznine tabidir. Ayrıca evliliğin kuruluş şartlarından birinin eksik olması veya taraflardan birinin akıl hastalığına yakalandığını iddia edilmesi neticesinde evliliğe itiraz edilebilir. Son olarak, evlendirme memuru evliliğin meşruluğu hususunda kuvvetli şüpheleri bulunması halinde savcılık makamına başvurarak, savcı evliliğe itiraz edebilir.

³³⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, çev. Raşit Gündoğdu - Osman Erdem (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 3/2447.

³³⁷ Mevsilî, *el-İhtiyar*, 1/390, 391; Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde el-Meydânî el-Guneymî ed-Dımaşkî, thk. Muhammed Muhyiddin Abdulhamid, *el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb* (Beyrut: el-Mektebetü'l-İlmiyye, ty), 2/18.

İslam aile hukukunda âkil bâliğ bir kadının velisinden icazet almadan dengi olmayan bir erkekle veya ortalama mehirden daha az olan bir mehir miktarına razı olarak evlenmesi halinde nikâh gayri lazımdır. Veli, bu gerekçeyi ileri sürerek nikâh akdini feshetme yetkisine sahip olur. Fesih zifaktan önce gerçekleşmiş ise gayri lazım evlilik hiçbir hukuki netice doğurmaz. Ancak fesih zifaktan sonra gerçekleşmiş ise mehir, sıhri hısımlık, nesep, iddet hükümleri sabit olur. Kadın hamile ise velinin fesih yetkisi sakıt olur.³³⁸ Fransız aile yasalarına göre nikahta taraf olabilmek için sadece âkil-bâliğ olmak yeterli olmayıp reşitlik yaşı olan 18 yaşına ulaşılması da gerektiğinden icazete bağlı bir evlilikten bahsedilemez.

1.7. EVLİLİKTEN DOĞAN HAK VE SORUMLULUKLAR

Sahih bir nikâh ile evlenen taraflar arasında evlilik birliği kurulmaktadır. Böylece evlilik ile ilgili tüm sonuçlar neşet etmeye başlamaktadır. Artık eşler arasında birtakım haklar tanımakla birlikte birtakım sorumluluklar da yüklemektedir.

Fransız aile hukukunda, 1965 yılına kadar evli kadınlar kocalarından izin almadan banka hesabı açtıramamakta ve iş sözleşmesi imzalayamamaktaydı.³³⁹ 1971 yılında yürürlüğe giren kanunla birlikte kocanın aile reisi (chef de famille) olması hükmü kaldırıldı, böylece eşler arasında eşitlik sağlanmaya başlanmıştır.³⁴⁰ 1976 yılına kadar eşlerin yaşayacağı ortak konutu koca belirlerdi ve kadın orada yaşamak zorunda kalmaktaydı.³⁴¹ Evli kişilerin zinada bulunması hususunda da, yine 1976 yılına kadar eşitsizlik söz konusu olmaktadır. Zina eden eş kadın ise en az üç ay en fazla iki yıl olmak üzere hapis cezasına çarptırılmaktaydı. Koca, karısını geri almayı kabul ederek kadının mahkûmiyetini sonlandırma hakkına sahip olmaktadır.³⁴² Halbuki zina eden eş koca ise cezalandırılması zinanın eşlerin yaşadığı konutta gerçekleşmiş olması şartına bağlanmaktaydı. Bu durumda koca hapis cezasına

³³⁸ Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/70, 71; Ahmet Yaman – Halit Çalış, *İslam Hukuku* (Ankara: Bilay, 2018), 247.

³³⁹ Françoise Gaspard, “Du Patriarcat Au Fratriarcat. La Parité Comme Nouvel Horizon Du Féminisme”, *Cahiers Du Genre* 2011/3 (HS No 2) (2011), 149; 1965 tarihine bkz. <https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/sante-droits-sexuelsetreproductifs/repereschronologiques-65/#a119> (Erişim 3 Kasım 2020).

³⁴⁰ 1970 tarihine bkz. <https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/sante-droits-sexuels-etreproductifs/reperes-chronologiques-65/#a119> (Erişim 3 Kasım 2020).

³⁴¹ Ancien Code Civil (Eski Medeni Kanun) 215. madde.

³⁴² Ancien Code Pénal (Eski Ceza Kanunu) 337. madde.

mahkûm olmaksızın 100 ile 2000 Fransız frangı para cezasına çarptırılmaktaydı.³⁴³ Anlaşılacağı üzere bu kanunlardan önceki dönemlerde karı-koca arasında derin eşitsizlikler mevcut olmaktadır. Günümüzde eşlerin sorumlulukları ve yerine getirilmediği takdirde karşılaşılabilecekleri müeyyideler eşitlik esasına göre düzenlenmiştir. Belki de, kadın-erkek eşitliği ilkesine bu kadar önem vermeleri, tarihteki derin eşitsizlikler ve kadınları, hakları bulunan bir birey olarak kabul etmemelerinden meydana gelmiştir.

Eşler, evlendikleri andan itibaren karşılıklı bir şekilde birbirlerine saygılı olmak (respect),³⁴⁴ sadık kalmak (fidélité), yardımcı olmak (secours) ve destek olmak (assistance)³⁴⁵ gibi yükümlülükleri vardır.³⁴⁶ Ailenin maddi manevi ihtiyaçlarını birlikte giderirler. Çocukların eğitimini sağlamaya beraberce özen gösterirler ve çocukların geleceklerini birlikte hazırlarlar.³⁴⁷ Mal rejimine ilişkin bir sözleşme kurulmadıysa eşler, birliğin giderlerini güçleri nispetinde katılırlar.³⁴⁸ Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler ve birlikte yaşamak zorundadırlar.³⁴⁹ Eşlerden her biri haklarını kullanma yetkisine tamamen sahiptir.³⁵⁰ Dolayısıyla, meslek seçimi hususunda eşlerden biri diğerinin iznine tabi olmaksızın dilediği mesleği icra edebilir. Eşlerden her biri evlilik birliğinden doğan masrafları karşıladıktan sonra kazançlarını ve maaşlarını özgürce yönetebilme hakkına sahiptir.³⁵¹

İslam hukukunda kanun koyucu, aile reisliğini fitrat yapısı ve sorumlulukları göz önünde bulundurarak kocaya vermiştir.³⁵² Cahiliye devrinde, kadınlar kötü muameleye maruz kalır, kendilerine hiçbir hak ve değer verilmemiştir. Buna karşılık İslam, kadın ve erkeklerin biyolojik yapıları ve fitratlarını dikkate alarak en münasip

³⁴³ Ancien Code Pénal (Eski Ceza Kanunu) 339. madde.

³⁴⁴ Saygılı olmak yükümlülüğü 2006 yılında (Kanun No 2006-399) eklenmiştir. Saygılı olmak, fiziksel şiddetin engellenmesini hedeflediği gibi psikolojik şiddetin engellenmesini de hedefler.

³⁴⁵ Yardımcı olmak ve destek olmak olarak tercüme ettiğimiz “secours” ve “assistance” kelimeleri arasında fark vardır. “Secours” kelimesi maddi yardımı ifade ederken “assistance” kelimesi manevi yardımı ifade eder.

³⁴⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 212. madde.

³⁴⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 213. madde.

³⁴⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 214. madde

³⁴⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 215. madde.

³⁵⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 216. madde.

³⁵¹ Code Civil (Medeni Kanun) 223. madde.

³⁵² en-Nisâ, 4/34.

hak ve yükümlülükleri tahsis etmiştir.³⁵³ Söz konusu hak ve sorumluluklar *şahsî* ve *malî* olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlar bir tarafın haklarını oluştururken diğer tarafın sorumlulukları arasında yer alır.

Kadının malî hakları mehir³⁵⁴ ve nafaka³⁵⁵ ile ilgilidir. Mehir; erkeğin evlenme sırasında kadına verdiği veya daha sonra vermeyi taahhüt ettiği mal veya paradır. Kadına mahsus olan mehir hakkı, kendilerine verilen değer ve onlara gösterilen itibarın bir sembolüdür. Öte yandan mehir, kadına teminat sağlayan bir araçtır. Zira evliliğin kolayca sona ermesine mani olur. İslam hukukunda, evliliğin sona ermesine izin verilse de esas olan evlilik birliğinin devamlı olmasıdır. Mehir, koca için mali bir külfet olması bakımından boşamayı güçleştiren bir özellik taşır. Nitekim mehir müeccel ise boşanma halinde kocanın derhal borcunu ödemesi icap eder. Mehir muaccel ise yani peşin ödenmiş ise boşandıktan sonra taraflar tekrar evlenirlerse kadına yeniden mehir ödemesi lazım gelir. Hal böyle olunca, koca ufak tefek sebeplerden dolayı boşama yoluna gidemeyecektir. Buna rağmen, boşanma gerçekleşti ise kadın, mehir sayesinde bir müddet ihtiyaçlarını karşılayabilecektir.³⁵⁶

Nafaka, geçim masrafları ve mesken ihtiyacı anlamındadır. İslam aile hukukunda kadının ve çocuklarının nafakasını koca yüklenir. Kocanın meskeni temin etme sorumluluğundan dolayı kadın, kocanın belirlediği meskende yaşaması ve ona itaat etmesi gerekir. Kadının kocaya itaat etme lüzumuna karşın bazı durumlarda izinsiz evden çıkabilir. Söz gelimi kadının mahremiyle farz olan hacca gitmesi, başkasından hak ve alacaklarını alması, kocası dini meselelerde yardımcı olmadığı takdirde ilim meclislerine katılması, en az haftada bir defa anne-babasını ziyaret etmesi ve yılda bir defa kardeş, amca, dayı, hala ve teyze gibi akrabalarını ziyaret etmesine koca engel olamaz.³⁵⁷

Evlilikten beklenen huzur ve sükûnetin³⁵⁸ tesisıyla birlikte iyi geçimin³⁵⁹ sağlanması için eşlerin birbirlerine karşı bazı esaslara uymaları gerekir. Bu esaslar,

³⁵³ el-Bakara 2/228.

³⁵⁴ en-Nisâ, 4/4, 24.

³⁵⁵ el-Bakara 2/233.

³⁵⁶ Hayreddin Karaman vd., *Kur'an Yolu Türkçe Meâl ve Tefsir* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2014), 2/18.

³⁵⁷ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 321, 322.

³⁵⁸ er-Rûm, 30/21.

eşlerin ortak hak ve sorumluluklarının yerine getirilmesiyle yakından ilgilidir. Buna göre eşler; sevgi, şefkat, saygı, sadakat ve samimi duygular ve davranışlarda bulunmaları gerekir. Bununla birlikte eşler meşru bir şekilde birbirlerinin cinsel yönlerinden yararlanma hakkına sahip olur.³⁶⁰ Bu evlilikten meydana gelen çocuğun nesep hakkı sabit olur. Koca, eşine iyi muamelede bulunma, çok eşli ise eşlerine karşı adaletli davranma sorumluluğu bulunur.³⁶¹ Kadın ise kocasına itaat etme, iffetini ve emanetleri muhafaza etmekle yükümlüdür.³⁶²

Fransız aile hukukunda hak ve yükümlülükler belirlenmesinde kadın-erkek eşitliği hedeflenirken İslam aile hukukunda, kadın-erkek fıtrat ve kabiliyetleri esas alınmıştır. Kanaatimizce fıtratın esas alınması, evliliğin sürekliliği ve eşler arasında iyi geçimin temini için daha uygun olacaktır. Zira kadın ve erkeğin insan olma bakımından müsavi olmaları hak ve ödevlerinin farklı olmasını engellemez. Her ikisinin fıtratı ve kabiliyetleri farklı özelliklere sahiptir. Kadının duygusal olma özelliği öne çıkarken erkeğin akli ve mantığı öne çıkar. Ayrıca fiziksel güçlerinin de farklı olması sebebiyle yükümlülüklerinin farklı olması olağandır. Kadının ve erkeğin sorumlulukları farklı olunca haklarının aynı olması beklenemez. Nitekim haklar sorumluluklar nispetinde belirlenir.

1.7.1. Nesebin Sübutu ve Neticeleri

Aile kurmanın, yaygın olarak bilinen ve kabul edilen gayelerinden birisi çocukların doğum ve terbiyesi olduğu kadar onların neseplerinin tespiti meselesidir.³⁶³ Bu başlık altında nesebin sübutu ve nesebin sübutuyla meydana gelen neticelerden bahsedeceğiz.

³⁵⁹ en-Nisâ 4/19.

³⁶⁰ el-Bakara 2/187, 222.

³⁶¹ en-Nisâ 4/19; Buhâri, “Hibe”, 15 (No. 2593); Müslim, “Radâ”, 13 (No. 1462); Ebû Dâvûd, “Nikâh”, 38 (No. 2133).

³⁶² İbn Mâce, “Nikâh”, 5 (No. 1857).

³⁶³ Yoram Weiss, “Les Économistes et la Formation des Couples. Le Fonctionnement du Mariage et du Marché Matrimonial.”, *Population* 49/4-5 (Temmuz 1994), 1016.

1.7.1.1. Nesebin Sübutu

Nesep; çocuğun, anne ve babası arasında kurulan soy bağıını ifade etmektedir.³⁶⁴ Nesebin sübutu, çocuk ile ebeveyn arasındaki hak ve yükümlülükleri düzenlemesi nedeniyle önem arz etmektedir. Fransız aile hukuku, aile yapısının değişimini göz önünde bulundurarak nesep bahsini tarih içinde geliştirmiştir. Napolyon Kanunu, “meşru” (enfants légitimes) ve “gayri meşru” çocuklar (enfants naturels) hususunda hiyerarşik ayırım yaparak gayri meşru çocukları alt sınıf kabul etmiştir.³⁶⁵ 1972 yılında yeni bir kanunla meşru ve gayri meşru çocuklar arasındaki eşitsizliğe son vermek adına evlilik dışı doğan çocukların evlilik içinde doğan çocuklarla, genel olarak aynı hak ve sorumluluklara sahip olduğunu açıklamıştır.³⁶⁶ Buradan anlaşılıyor ki, doğumun evlilik içinde veya evlilik dışında gerçekleşmesine göre sahih nesep (filiation légitime) ve gayri sahih nesep (filiation naturelle) ayırımı devam etmiştir. Böyle bir ayırımın mevcudiyetiyle eşitlik tam sağlanamamıştır. 2005 yılında kanun hükmünde kararname düzenlemek suretiyle, sahih nesep ve gayri sahih nesep adlandırmalarına son verilmiştir.³⁶⁷ Söz gelimi miras hukuku,³⁶⁸ velayet³⁶⁹ ve soyadı³⁷⁰ bahislerinde nesep ayırımı yapılmamıştır. Bu şekilde, çocukların eşit haklara sahip olmaları sağlanmıştır. Ancak babalık karinesi müstesnadır.³⁷¹ Zira babalık karinesi (présomption de paternité) sayesinde, evlilik içinde doğan çocuğun nesebi kendiliğinden, doğum yapan kadının kocasına bağlanır.³⁷² Evlilik dışı doğan çocuk bu haktan mahrumdur.

³⁶⁴ İbrahim Kâfi Dönmez, “Nesep”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006) 32: 573.

³⁶⁵ Alfred Nizard, “Droit et Statistiques de la Filiation en France. Le Droit de la Filiation Depuis 1804.”, *Population* 32/1 (Ocak-Şubat 1977), 91.

³⁶⁶ Nesebe ilişkin, *Journal Officiel de la République Française* 0003 (Resmî Gazete) (5 Ocak 1972), Kanun No. 72-3, md. 334.

³⁶⁷ Nesebe ilişkin reform, *Journal Officiel de la République Française* 156 (Resmî Gazete) (6 Temmuz 2005), Kanun hükmünde kararname No. 2005-759.

³⁶⁸ Hayatta kalan eşin ve gayri meşru ilişkiden doğan çocukların hakları ve miras hukukunu modernleştirmeye ilişkin, *Journal Officiel de la République Française* 281 (Resmî Gazete) (4 Aralık 2001), Kanun No. 2001-1135.

³⁶⁹ Velayete ilişkin, *Journal Officiel de la République Française* 0054 (Resmî Gazete) (5 Mart 2002), Kanun No. 2002-304.

³⁷⁰ Soyadına ilişkin, *Journal Officiel de la République Française* 0054 (Resmî Gazete) (5 Mart 2002), Kanun No. 2002-304.

³⁷¹ Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 300.

³⁷² Code Civil (Medeni Kanun) 312. madde.

Anne, kimliğini gizleme talebinde bulunmadığı sürece (accouchement sous X),³⁷³ çocuk ve anne arasındaki soy bağı doğum ile sabit olur.³⁷⁴ Nitekim çocuğu doğuran kadın ve çocuk arasında nesep ilişkisi kendiliğinden kurulur, ayrıca bunu ispatlamak gerekmez. Çocuk ve baba arasındaki kan bağından oluşan nesep üç şekilde gerçekleşmesi mümkündür:³⁷⁵ *Birincisi*, daha önce de zikrettiğimiz gibi babalık karinesiyle nesebin sübutudur. Evlilik birliği içinde³⁷⁶ veya evliliğin sona erme tarihinden başlayarak üç yüz gün içinde³⁷⁷ doğan çocuk ile baba arasındaki soybağı, kendiliğinden çocuğu doğuran annenin eşine bağlanır. Bu süre geçtikten sonra babalık karinesi son bulur. *İkincisi*, babanın çocuğu tanimasıdır. Babanın çocuğu tanınması, noter onaylı yazılı bir belge şeklinde olabileceği gibi nüfus memuruna yazılı bir başvuruda (acte de reconnaissance)³⁷⁸ bulunarak veya sulh hâkimi huzurunda çocuğun ve ebeveynin başlatabileceği tanıma işlemleri (acte de notoriété constatant la possession d'état)³⁷⁹ biçiminde nesep kurulabilir. *Son olarak* da, babalık davası açma suretiyle mahkeme kararıyla nesebin sübutu talep edilebilir.³⁸⁰

Fransız hukukunda kan bağı dışında, evlatlık müessesesiyle de nesep ilişkisi (filiation adoptive) kurulabilir. Fransız Medeni Kanunu'nda evlatlık edinme, evlatlığın biyolojik ailesiyle münasebetini muhafaza etme (adoption simple) ve evlatlığın biyolojik ailesiyle münasebetin tamamen kesilmesi (adoption plénière) olarak iki şekilde tezahür edebilir.³⁸¹ Evlatlığın biyolojik ailesiyle münasebetini muhafaza etme halinde, evlat edinen ailenin nesebine geçer ancak biyolojik ailesiyle hukuki bağı kaybolmaz.³⁸² Evlatlığın biyolojik ailesiyle münasebetin tamamen

³⁷³ Code Civil (Medeni Kanun) 326. madde.

³⁷⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 311-25. madde.

³⁷⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 310-1. madde.

³⁷⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 312. madde.

³⁷⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 313. madde.

³⁷⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 316. madde.

³⁷⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 317. madde.

³⁸⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 327. madde.

³⁸¹ Carmen Lavallée, "Pour une Adoption Sans Rupture du Lien de Filiation d'Origine. Dans les Juridictions de Civil Law et de Common Law" *Informations Sociales* 146 (Mart 2008) 134,135.

³⁸² Code Civil (Medeni Kanun) 364. madde.

kesilmesi durumunda ise, evlat edinen ailenin nesebine geçer ve biyolojik ailesiyle evlenme engellerinin devam etmesi hariç hiçbir bağ bulunmaz.³⁸³

İslam aile hukukunda, çocuğun meşru veya gayri meşru bir ilişkiden meydana gelmesine bakılmaksızın çocuğun nesebi, onu doğuran kadına bağlanır.³⁸⁴ Babaya nispeti ise üç şekilde gerçekleşebilir. *Birincisi*, sahîh veya fasit evlilik içinde doğan çocuğun durumudur. Böyle bir çocuğun nesebi, kadının nikâhı altında bulunduğu kocaya bağlanır. Nitekim “*Çocuk yatak sahibi olan erkeğe aittir*”³⁸⁵ hadisi buna işaret eder. Ancak nesebin sübutu için bazı şartlar aranır. Sahîh evlilikte nesebin sabit olması için çocuğun, nikâhın kıyılmasından itibaren en az altı ay,³⁸⁶ eğer evlilik sona ermiş ise (kocanın vefatı veya boşama) en çok bir yıl içinde doğmuş olması gerekir.³⁸⁷ Bununla birlikte, kocada baba olabilecek bedensel niteliklerinin bulunması ve nikâhın kıyılmasından sonra eşlerin baş başa kalma (sahîh halvet) imkânlarının bulunması gerekir. Bu şartlar gerçekleşmediği takdirde koca çocuğun nesebini reddedebilir. Fasit evlilikte dünyaya gelen çocuğun babaya nispet edilebilmesi için sahîh evlilikte zikrettiğimiz şartlar burada da geçerlidir. Ancak sahîh halvetin gerçekleşme imkânı, nesebin sabit olması için kâfi değil cinsel birleşme gerçekleşmiş olmalıdır. Nitekim fasit nikâhta, tarafların yalnız kalmaları durumunda cinsel birleşme caiz değildir.³⁸⁸ Evlilik şüphesiyle (eşi sandığı bir kadınla) birleşme sonucunda doğan çocuğun da nesebi sabit olur.³⁸⁹

İkincisi, ikrar yoluyla nesebin sübutudur. Binaenaleyh, bir kimse çocuğu kendisinden olduğunu ikrar etse veya çocuk bir kimsenin babası olduğunu iddia etse, bazı şartların gerçekleşmesiyle nesep sabit olur. Buna göre; çocuğun nesebi sabit

³⁸³ Code Civil (Medeni Kanun) 356. madde.

³⁸⁴ Bilmen, *Istulâhâtü Fıkhiyye*, 2/398.

³⁸⁵ Buhâri, “Husûmât”, 6 (No. 2421); Müslim, “Radâ”, 34; Ebû Dâvûd, “Talâk”, 34; Tirmizî, “Radâ”, 8; Ebû Abdîrrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî en-Nesâî, *Sünenü'n-Nesâî*, thk. Râid b. Sabrî b. Ebî 'Alfeh (Riyâd: Dâru'l-Hadârat li'n-Neşr ve't-Tevzî', 1436/2015), “Talâk”, 48-49; İmam Mâlik, “Akdiye”, 21.

³⁸⁶ Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed el-Meâfirî İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, nşr. Muhammed Abdülkâdir Atâ (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1424/2003), 1/273; Bilmen, *Istulâhâtü Fıkhiyye*, 2/398; Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 177, 178; Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Çocuk* (Konya: Tekin Kitabevi, 2015), 17.

³⁸⁷ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 370. Hamileliğin en uzun müddeti hususunda mezhep imamları farklı görüşlerde bulunmuşlardır. Nitekim bu müddetin tespitinde nassa değil tecrübeye başvurulmuştur. Bkz. Çeker, *İslâm Hukukunda Çocuk*, 20.

³⁸⁸ Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 181; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 368-371.

³⁸⁹ Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 179, 180; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 371.

bulunmamalı, baba ve çocuk arasındaki yaş farkı uygun olmalı, ikrar da bulunan akıl baliğ olmalı, çocuk temyiz çağına ulaşması halinde bu ikrarı tasdik etmeli ve ikrara muhalif bir delil bulunmamalıdır.³⁹⁰

Üçüncüsü, beyyine yani sağlam bir delil ile ispat edilmesi sonucunda çocuğun nesebinin sabit kılınmasıdır. Beyyine, şahitlerin şهادetleriyle olur ve ikrardan daha kuvvetlidir.³⁹¹

Nesebin sübutu hususunda iki hukuk sisteminde benzer hükümler bulunduğu gibi farklı hükümlerin de mevcut olduğunu müşahede ediyoruz. Söz gelimi her iki hukukta anne ve çocuk arasındaki neseb ilişkisi doğum ile sabit olur. Baba ve çocuk arasındaki neseb ilişkisi ise evlilik içinde doğduğu takdirde nikâhında bulunan kocaya kendiliğinden bağlanır. Evliliğin sona ermesi halinde, nesebin sübutu için hamileliğin en uzun müddeti Fransız hukukunda üç yüz gün olarak belirlenmişken İslam aile hukukunda – mezhepler arasında farklı görüşler mevcuttur – bir yıl olarak belirlenmiştir. Yine her iki hukukta ikrar veya dava yoluyla neseb sabit kılınabilir. İki hukukta nesebe ilişkin farklılık arz eden hüküm evlatlık müessesesiyle ilgilidir. Nitekim Fransız aile hukukunda evlatlık müessesesini bir neseb kaynağı olarak tanıırken İslam aile hukuku evlatlık müessesesini caiz görmediğinden³⁹² neseb kaynağı olarak kabul etmemiştir.

1.7.1.2. Nesebin Doğurduğu Neticeler

Nesebin sübutu anne ve babaya, çocuğun menfaatini sağlama amacı taşıyan birtakım hak ve yükümlülükler (autorité parentale) getirir.³⁹³ Fransız aile hukukunda, çocuk reşit olana kadar ebeveyn onun güvenliğini, sağlığını, ahlaki ilkelerini, terbiyesini ve gelişimini temin etmekle sorumludur.³⁹⁴ Bu sorumlulukları yerine getirirken fiziksel veya psikolojik şiddet uygulanmaz.³⁹⁵ Ebeveyn –çocuk meslek sahibi olup kendi ihtiyaçlarını karşılayabilene kadar– gelir kaynakları nispetinde

³⁹⁰ Bilmen, *Istulâhâtü Fıkhiyye*, 2/417; Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 184; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 372.

³⁹¹ Bilmen, *Istulâhâtü Fıkhiyye*, 2/418; Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 186; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 373.

³⁹² el-Ahzâb 33/4-5.

³⁹³ Code Civil (Madeni Kanun) 371-1. maddesinin birinci fıkrası.

³⁹⁴ Code Civil (Madeni Kanun) 371-1. madde ikinci fıkrası.

³⁹⁵ Code Civil (Madeni Kanun) 371-1. madde üçüncü fıkrası.

katkıda bulunarak çocuğun beslenme, bakımı ve eğitimini birlikte temin eder.³⁹⁶ Ayrıca çocuğun mali tasarruf ehliyeti bulunmadığından (incapacité de contracter)³⁹⁷ çocuğun malvarlığını, velayet hakkına sahip olan ebeveyn yönetir.³⁹⁸ Ayrıca nesebin sübutuyla evlenme engeli, velayet ve mirasçılık hükümleri meydana gelir.

İslam aile hukukunda nesebin sabit olması sonucunda ebeveynin ilk vazifesi çocuğu himayesi altına almaktır. Buna göre, uzun süre boyunca aciz olan ve kendi ihtiyaçlarını karşılayamayan çocuk; beslenme, bakım, ahlakî değer ve terbiye teminatını ebeveyn yüklenir. Daha önce de zikrettiğimiz gibi ailenin nafakası babanın mesuliyetindedir. Bu yükümlülük, erkek çocukların buluşuna kadar devam eder.³⁹⁹ Osmanlı Nafaka Kanunu, erkek çocukların ilim tahsil etmeleri sebebiyle para kazanma fırsatları olmuyorsa babanın nafaka sorumluluğu devam edeceğini öngörmüştür.⁴⁰⁰ Kız çocukların nafakası ise yaş ile ilgili değildir. Kız –kazanç elde etmiyorsa– evleninceye kadar nafakayı baba karşılar.⁴⁰¹ Nitekim evlenince bu yükümlülük kocaya intikal eder. Mali tasarruflar hususunda, çocuk kısıtlı olduğu için kanuni temsilcisinden icazet almadan tasarrufta bulunamaz. Kanuni temsilcisinin mali denetimi, çocuğun akıl bakımından kemale ermesi yani rüşte (tam eda ehliyeti) ulaşmasıyla son bulur.⁴⁰² Bununla birlikte nesebin sübutu; evlenme engeli, velayet ve mirasçılık hükümlerini doğurur.

Nesebin sübutu, her iki hukukta çocuğun beslenme, bakımı, ahlaki değer ve terbiyesi ebeveyn tarafından temin edilmesini gerektirir. Fransız aile hukukunda çocukların cinsiyetine ilişkin ayırım yapmadan nafaka yükümlülüğü çocuk reşit olana kadar devam ederken, İslam aile hukukunda erkek ve kız çocukları arasında farklı hükümler mevcuttur. Erkek çocukları buluş yaşına esas alınırken kız çocuklarında yaş değil evlilik durumları esas alınır. Fransız hukukunda nafakanın müddeti çocuk reşit olana kadar devam etmesi olağandır. Zira istisnai meslek ve durumlar haricinde çocuk meslek sahibi olamaz. Ebeveyn icazet verirse *on altı* yaş, vermez ise *on sekiz*

³⁹⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 371-2. madde.

³⁹⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 1146. madde.

³⁹⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 382. madde.

³⁹⁹ Cezîrî, el-Fıkh ‘ale’l-Mezâhibi’l-Erba’a, 4/511, 512; Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhıyye*, 2/496; Çeker, *İslâm Hukukunda Çocuk*, 142.

⁴⁰⁰ Heyet, Osmanlı Nafaka Kanunu 478. madde.

⁴⁰¹ Serahsî, *Mebûsût*, 5/289; Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhıyye*, 2/497; Çeker, *İslâm Hukukunda Çocuk*, 142.

⁴⁰² en-Nisâ 4/6.

yaşından önce meslek sahibi olamaz.⁴⁰³ Dolayısıyla reşit olana kadar kendi ihtiyaçlarını karşılamasını sağlayacak para kazanma fırsatı bulamaz. İslam hukukunda çocuğun çalışması ile ilgili bir alt yaş sınırı bulunmadığından buluğa ulaşmasıyla meslek sahibi olabilir ve kendi ihtiyaçlarını karşılayabilir. Çocuğun ilim tahsil etmesi durumunda ise, her iki hukukta çocuk meslek sahibi olana kadar nafaka sorumluluğu devam eder.

Fransız hukukunda nafaka mesuliyeti, ebeveynin gelir kaynakları nispetinde katkıda bulunmalarını öngörürken, İslam aile hukukunda bu yükümlülük babaya aittir. Çocuk her iki hukukta mali tasarruflarda bulunamadığı için kanuni temsilcisinden icazet almadan tasarrufta bulunamaz.

Son olarak, nesebin sübutu iki hukuk sisteminde; evlenme engeli, velayet ve mirasçılık hükümlerini meydana getirir. İki hukukta nesebin sabit olmasıyla meydana gelen neticeler genel hatlarıyla benzer olduğunu müşahede ediyoruz. Farklılıklar; çocuğun cinsiyeti hususunda ayırmda bulunup bulunmaması, nesebin sübutuyla meydana gelen mesuliyetin müddeti ve söz konusu mesuliyetin kime ait olduğuyla ilgilidir.

⁴⁰³ Code du Travail (İş Kanunu) L4153-1. madde.

İKİNCİ BÖLÜM

EVİLİĞİN SONA ERMESİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

2.1. BOŞANMA HAKKINDA GENEL BİLGİ

Fransa, 1789 ihtilâlinde önceki yönetim sisteminde (Ancien Régime) evlilik, kilise hukukuna (droit canonique) göre düzenlenmiştir. Bu sebeple bu dönemdeki yasal düzenlemelerde hukukta evliliğin sona ermesine izin verilmemiştir.⁴⁰⁴ İnsan hakları ve özgürlüklerini temin etme gayesiyle gerçekleştirilen ihtilâl, boşanma özgürlüğüne de etkisi olmuştur. Nitekim evliliğin sona ermesinin mümkün görünmesi ilk defa ihtilâlden üç sene sonra 1792 yılında olmuştur.⁴⁰⁵ 1804 yılında yürürlüğe giren Napolyon Kanunu boşanma hakkının çerçevesini daraltarak muhafaza etmiştir. Zira 1792 yılında boşanma hakkı, kapsamlı bir şekilde meşru hale gelmiştir. Napolyon Kanunu'nda ise, boşanma hakkı iki durumda söz konusu olabilmekteydi; karşılıklı rıza ile boşanma ve kusur (faute) sebebiyle boşanma.⁴⁰⁶

Fransa, restorasyon dönemine geçmesiyle birlikte Hristiyanlık yeniden devlet dini olmuştur. Böylece 8 Mayıs 1816 tarihli Bonald kanunuyla boşanma hakkı yürürlükten kaldırılmıştır. Boşanma hakkının yeniden yasal hale gelmesi 68 yıl sürmüştür. 27 Temmuz 1884 tarihli Naquet kanunuyla yeniden yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla boşanmanın çerçevesi daha da daraltılmıştır. Yalnızca kanunda belirlenmiş kusurların varlığı sebebiyle boşanma imkânı tanınmıştır.⁴⁰⁷ Boşanma sebepleri çok katı olması nedeniyle, boşanmak isteyen çiftler kasıtlı bir şekilde

⁴⁰⁴ Adhémar Esmein, *Mariage en Droit Canonique* (Paris: L. Larose et Forcel, 1891), 45.

⁴⁰⁵ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 133; France - Maguin, *Droit de la Famille*, 27; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 103; Anne Lambert, “Des Causes aux Conséquences du Divorce: Histoire Critique d’un Champ d’Analyse et Principales Orientations de Recherche en France”, *Population* 64/1 (2009), 156; Roderick Phillips “Le Divorce en France à la Fin du XVIIe Siècle.”, *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* 34/2 (1979), 385.

⁴⁰⁶ Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 133, 134; France - Maguin, *Droit de la Famille*, 27; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 103; Jean Libmann, *Le Nouveau Divorce* (Paris: Casterman, 1976), 16; Jean-Paul Sardon, “L’évolution du Divorce en France”, *Population* 51/3 (Mayıs-Haziran 1996), 718; Sylvain Bloquet, “Le Mariage, un “Contrat Perpétuel Par Sa Destination” (Portalis)”, *Napoleonica. La Revue* 2012/2 No 14 (Juillet 2012), 77-79.

⁴⁰⁷ Xavier Labbé, *Les Rapports Juridiques Dans le Couple Sont-ils Contractuels?*, (Villeneuve-d’Ascq: Presses Universitaires du Septentrion, 1996), 89; Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 145.

kusurlu davranışlarda bulunmaktaydı.⁴⁰⁸ 11 Temmuz 1975 yılında bu durumun düzeltilmesi ve boşanma sebeplerinin kapsamını genişletme maksadıyla 1 Ocak 1976 yılında yürürlüğe giren yeni bir kanun düzenlenmiştir.⁴⁰⁹ Bu kanunla artık; karşılıklı rıza ile boşanma, evlilik birliğinin bozulması sebebiyle boşanma veya kusur sebebiyle boşanma mümkün hale gelmiştir. 26 Mayıs 2004 yılında kanun yeniden düzenlenerek boşanmayı kabul edip fakat boşanmanın sonuçları hususunda anlaşamayan çiftlerin durumu eklenmiştir.⁴¹⁰ Boşanmalara ilişkin son düzenleme ise, mahkemelerdeki yoğunluğu azaltmak maksadıyla 1 Ocak 2017 tarihinde yeni bir uygulamaya geçilmiştir.⁴¹¹ Artık anlaşmalı bir şekilde boşanmayı kabul eden çiftler hâkimlerin karşısına çıkmadan noter huzurunda boşanabilirler.⁴¹²

İslam'da nikâh, süresiz ve bir ömür boyu devam etmesi amacıyla yapılan bir akittir. Bu sebeple mut'a (sürelî) nikâhı batıl, muvakkat nikah(vaktî önceden belirlenmiş) ise fasit kabul edilmiştir. Bununla birlikte bazen evlilikten beklenen mutluluk ve huzur ortamı yerine üzüntü ve geçimsizlik yerini alabilir. Eşler arasında anlaşmazlıkların tezahür etmesi durumunda evlilik birliğinin devamını sağlamaya yönelik birtakım tedbirlere başvurulmasının, uyuşmazlıkların devam etmesi halinde eşlerin ailelerinden seçilecek hakemlerin, eşlerin arasını bulmaya gayret göstermeleri istenir.⁴¹³ Ancak bazen derin anlaşmazlıkların mevcut olması sebebiyle alınan tedbirler, evliliğin sürdürülmesi için yeterli olmaz. Böyle bir durum söz konusu olduğunda tek çare evliliğin sona erdirilmesidir. İslam, eşler arasındaki geçimsizliğin ilk çözümü boşanma olmadığını gösterir fakat geçinme imkânı ve umudu kalmadığında evliliğin sona ermesine izin vermiştir.⁴¹⁴ Boşanmanın meşru olmasına rağmen olağan bir durum haline getirmemek, olabildiğince ondan kaçınmak ve bunu son çare olarak görmek gerektiğini ifade eden Peygamber efendimiz (s.a.v.) şöyle

⁴⁰⁸ Olivier Guillod, "La Clause de Dureté Dans Quelques Législations Européennes sur le Divorce", *Revue Internationale de Droit Comparé* 35/4 (1983), 789.

⁴⁰⁹ Boşanmanın reformuna ilişkin, *Journal Officiel de la République Française* 0161 (Resmî Gazete) (12 Temmuz 1975), Kanun No. 75-617.

⁴¹⁰ Boşanmaya ilişkin, *Journal Officiel de la République Française* 122 (Resmî Gazete) (26 Mayıs 2004), Kanun No. 2004-439.

⁴¹¹ XXI. asrın hukukunu modernleştirmeye ilişkin, *Journal Officiel de la République Française* 0269 (Resmî Gazete) (18 Kasım 2016), Kanun No. 2016-1547.

⁴¹² Code Civil (Medeni Kanun) 229. madde.

⁴¹³ en-Nisâ 4/34-35, 128.

⁴¹⁴ el-Bakara 2/229-230; et-Talâk 65/1-2.

buyurmuştur: “Allah’a helalin en sevimsizi boşanmadır.”⁴¹⁵ ve “Evlen, fakat boşanma, Allah zevk için evlenip boşanan erkek ve kadınları sevmez.”⁴¹⁶

Fransız hukuk tarihine baktığımızda boşanma hakkının farklı evrelerden geçtiğini gözlemleyebiliriz. Zira Fransa’nın; eski yönetim, ihtilâl, restorasyon gibi farklı dönemlerden geçmesi Fransız hukukuna tesir etmiştir. İhtilâl öncesinde Kilise hukukuna göre düzenlenen Fransız hukuku, boşanma imkânı tanımazdı. Nitekim Hıristiyanlıkta “Tanrı’nın birleştirdiğini, insan ayıramaz.”⁴¹⁷ ve “Karısını fuhuştan başka bir nedenle boşayıp başkasıyla evlenen, zina etmiş olur. Boşanan kadınla evlenen de zina etmiş olur.”⁴¹⁸ ibaresine dayanarak evliliğe kutsiyet atfedilmiştir. Anlaşılabacağı üzere Fransız hukuku, Kilise hukuku etkisi altında bulunduğu dönemlerde çiftlere boşanma hakkı tanımamış, kilise hukuku etkisinden sıyrıldığı dönemlerde ise boşanma hakkı tanımaya yönelik düzenlemelerin önü açılmıştır. Bu durum 1884 yılına kadar devam etmiştir. 1884 yılından itibaren boşanma sınırlı bir şekilde meşru hale gelmiş zaman içerisinde düzenlemeler yapılarak boşanma hakkı geliştirilmiştir. İslam hukukunda ise evlilik, öncelikle, zaman sınırlaması yapılmadan ömür boyu devam etmesi ümidiyle yapılan bir sözleşme olarak kabul edilir. Bununla birlikte, evlilikten beklenenin aksine huzursuzluk ve uyuşmazlık evlilik birliğine engel olduğu durumlarda boşanmayı mümkün kılmıştır. Esasen toplum ve insan ihtiyaçlarına uygun olan boşanmanın meşruiyetidir. Nitekim birbirlerine tahammül edemeyen eşlerin aynı çatı altında yaşamaya zorlanmaları eziyet ve zulmün zuhur etmesine sebep olur. Bu durum hem eşlerin, hem de çocukların zarar görmesine sebebiyet verir. Neticede ortaya huzursuz ve zulüm altında olan bir toplum şekillenmiş olur. İşte İslam, aile kurumuna verdiği değer ve önem sebebiyle ana kaynaklarında boşanma konusunda sessiz kalmamış bilakis tafsilatlı bir şekilde yer verilmiştir. Bu şekilde boşanmayı meşrulaştırmış fakat belirli sınırlar çizerek boşanma hakkının suiistimal edilmesini önlemiştir. Kendine özgü olan bu sistem,

⁴¹⁵ Ebû Dâvûd, “Talâk”, 3; İbn Mâce, “Talâk”, 1 (No. 2018).

⁴¹⁶ Ebû’l-Hasen Nûrûddîn Alî b. Ebî Bekr b. Süleymân el-Heysemî, *Mecma’u’z-Zevâ’id ve Menba’u’l-Fevâ’id*, thk. Muhammed Abdulkadir Ahmed Atâ (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1422/2001), 4/437.

⁴¹⁷ Mat.19:6.

⁴¹⁸ Mat.19:9.

insanların ihtiyacına en uygun hükümleri belirleyerek sağlıklı bir toplumun inşa edilmesi ve kadının hakları korunması hedeflenmiştir.

2.1.1. Boşama Ehliyeti ve Evliliğin Sona Erdirilmesi

Fransız hukukunda boşama ehliyeti, cinsiyet fark etmeksizin karı kocanın her birinde bulunmaktadır. Zira Fransız Medeni Kanun'unda boşama hakkına ilişkin maddelerde eşler (les époux) ifadesi kullanılmaktadır.⁴¹⁹ Boşama ehliyeti sadece eşlerde bulunması sebebiyle bu hakkı başkası kullanamamaktadır.⁴²⁰ Boşama hakkı eşlerin mirasçılara devredilmediği içindir ki, boşanma talebinde bulunan eşlerden birisi, hâkim kararından önce ölmesi durumunda, mirasçıları tarafından davayı devam ettirme imkânı tanımamaktadır.⁴²¹ Nitekim bu durumda evlilik birliği, ölüm ile sonlanmış olmaktadır.⁴²² Eşlerden birisi, hukuki işlemleri yapma yetkisi bulunmayan akıl hastası ise, boşama talebi hukuki temsilcisi tarafından yapılmaktadır. Eşlerden birisi, hukuki işlemleri tek başına yapma yetkisi bulunmayacak kadar akıl zayıflığına sahip ise, hukuki temsilcisinin yardımıyla boşama talebinde bulunabilmektedir.⁴²³ Hukuki temsilcisi kendi eşi olduğu durumda, aile konseyi başka bir hukuki temsilci (tuteur ou curateur ad hoc) belirlemektedir.⁴²⁴ Ayrıca eşlerden birisi kısıtlı ise, anlaşmalı boşama talebinde bulunamamaktadır.⁴²⁵

İslam aile hukukunda ise boşama ehliyeti prensip olarak kocaya verilmekte ancak bazı durumlarda kadının evliliği sonlandırmasına imkân tanımaktadır. Boşama hakkını kullanabilmesi için hak sahibi eda ehliyetine sahip olması icap etmektedir.⁴²⁶ Fiil ehliyetine sahip olmadığı içindir ki, çocuğun ve akıl hastasının boşamaları hukuken geçerli sayılmamaktadır.⁴²⁷ Nitekim boşama, birtakım hakların kaybedilmesine veya birtakım mali yükümlülükler gerektireceği için boşayanın bu

⁴¹⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 228-310. maddeleri arası.

⁴²⁰ Parquet, *Droit de la Famille*, 91; Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 124.

⁴²¹ Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 126.

⁴²² Code Civil (Medeni Kanun) 227. madde; Cour de Cassation Chambre Civile 2 (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi), K. 77-13.306 (31 Mayıs 1978); Cour de Cassation Chambre Civile 2 (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi), K. 95-11.062 (18 Aralık 1995).

⁴²³ Code Civil (Medeni Kanun) 249. madde.

⁴²⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 249-2. madde.

⁴²⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 249-4. madde.

⁴²⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 2/468; Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/115; Bilmen, *Istulâhâtü Fıkhıyye*, 2/193.

⁴²⁷ Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, 4/214; Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 131.

sorumluluğu anlayabilecek fiziki ve ruhi olgunlukta bulunması gerekir. Boşama şahsi bir hak olduğu için hak sahibinden başkası bu hakkı kullanamamaktadır. Bununla birlikte hak sahibi, boşama hakkını bizzat kullanabileceği gibi vekil tayin etmek suretiyle de kullanabilmektedir.⁴²⁸

Fransız aile hukukunda boşama ehliyeti cinsiyet fark etmeksizin eşlerin her birinde bulunmasına karşın İslam aile hukukunda ilke olarak boşama hakkını kocaya vermektedir. Tefviz-i talak denilen yani kocasından boşama yetkisi devralmak veya bazı gerekçeler öne sürmek suretiyle muhala'a yaparak kadının da evliliği sonlandırmasına müsaade etmektedir. İslam'ın böyle bir ayırmda bulunması yaratılış ve kişilik özellikleri sebebiyle karı ve kocaya yüklediği değişik sorumluluklar ile izah edilebilmektedir. Ayrıca kadınların yaratılış bakımından duygu ve hislerine kapılarak hareket etmeleri, erkeklerin ise akıl ve mantıklarıyla hareket etme konusunda kadınlara oranla daha baskın olmaları gerekçeleri, boşama yetkisinin kocaya verilmesinin hikmetleri arasında zikredilir. Zira kadınların duygusal olmaları, karşılaşılan sorunların çözümünde aklın önüne his ve duygularını incelemeleriyle sonuçlanmaktadır. Hâlbuki boşama son çare olarak görünmesi gereken, ciddi ve etraflıca düşünülmesi sonucunda alınan bir karar olması icap etmektedir. Bununla birlikte, boşama yetkisi hem kadın hem de erkeğe verilmiş olsaydı evlilik birliğinden beklenen sürekliliğin sağlanması güçleşirdi. Nitekim boşama yetkisi iki tarafta bulunması, dağılma ihtimalinin artmasına artırır ve böylece toplum düzeninin olumsuz etkilenmesine sebep olabilmektedir.

Fransız hukukunda boşanmanın gerçekleşmesi için hak sahibi bizzat yetkisini kullanması gerekirken İslam hukukunda kişi boşama hakkını bizzat kullanabileceği gibi vekâlet yoluyla da boşanabilmektedir. İki hukuk sisteminde kısıtlının/mahcurun boşanabilmesi için hukukî temsilciye ihtiyaç bulunmaktadır.

2.1.2. Fransız Aile Hukukunda Evlilik Birliğinin Sona Erme Çeşitleri

Fransız aile hukukunda evlilik birliğini anlaşmalı veya çekişmeli olmak üzere iki şekilde sonlandırmak mümkündür:

⁴²⁸ Bilmen, *İstılâhâtı Fıkhiyye*, 2/194; Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli'sh-Shahsiyye*, 131; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 427.

2.1.2.1. Anlaşmalı Boşanma

Anlaşmalı boşanmanın (divorce gracieux) bir tek çeşidi vardır. Boşanma talebinde bulunan çift boşanma kararı hususunda karşılıklı rıza gösterdiği gibi boşanmanın sonuçları hususunda da anlaşabilen (le divorce par consentement mutuel) tarafların durumudur. Yakın tarihe kadar, boşanma yalnızca hâkim huzurunda gerçekleşmekteydi. Anlaşmalı boşanmalarda, 2017 yılında yapılan yeni düzenleme ile hâkim huzurunda boşanma mümkün olduğu gibi noter tasdikiyle boşanmak da mümkündür. Reşit olmayan çocuk, hâkim karşısında dinlenilmek istediği takdirde veya taraflardan birinin hacr altında bulunduğu durumlarda, boşanma ancak adli yargı ile mümkün olur.⁴²⁹

2.1.2.2. Çekişmeli Boşanma

Anlaşmalı boşanmanın aksine, tarafların boşanmaya ilişkin bazı hususlarda uzlaşmaya varılamaması halinde, Asliye Hukuk Mahkeme (Tribunal de Grande Instance) derecesinde bulunan Aile Mahkemesine (Juge aux Affaires Familiales) başvurarak evlilik birliğini sonlandırma talebinde bulunulması, çekişmeli boşanma (divorce contentieux) kapsamını oluşturur. Buna göre; boşanma, velayet, tazminat ve nafaka ile ilgili bir anlaşmazlık olması durumunda boşanma talebinde bulunan taraflar, çekişmeli boşanma usulüne tabidir.⁴³⁰

2.1.2.3. Evlilik Birliğinin Sona Ermesini Kabul Eden Boşanma

Evlilik birliğinin sona ermesini kabul eden boşanma, (divorce pour acceptation du principe de la rupture de mariage) *yarım anlaşmalı boşanma* olarak da niteleyebileceğimiz bir boşanma türüdür. Belirli bir gerekçeye dayandırılma gereksinimi bulunmadan, evliliğin sona ermesine ilişkin hemfikir olan fakat boşanmanın sonuçları hususunda uzlaşamayan tarafların durumudur.⁴³¹ Tarafların

⁴²⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 229-2. madde.

⁴³⁰ Hilt - Simler, *Droit de la Famille*, 103; Veronika Nagy, “Guerre et Paix Dans le Divorce. La Négociation Sur les Conséquences de la Désunion au Cœur des Procédures?”, *Négociations* 2010/1 No 13 (2010), 63.

⁴³¹ Code Civil (Medeni Kanun) 233. madde.

hür iradeleriyle boşanma kararına rıza gösterdikleri kanısına varırsa, hâkim boşanmaya hüküm verir ve sonuçlarını takdir eder.⁴³²

2.1.2.4. Evlilik Birliğinin Mutlak Şekilde Bozulması Sebebiyle Boşanma

Evlilik birliğinin, mutlak bir şekilde bozulması (divorce pour altération définitive du lien conjugal), tek taraflı boşanma talebi şeklinde gerçekleşebilen boşanma çeşitlerindedir.⁴³³ İki biçimde tezahür edebilir:

Birincisi; evlilik birliğinin gerektirdiği ortak yaşamın bulunmamasıdır. 1976 yılından 2005 yılına kadar ortak yaşamın bulunmaması en az altı yıl devam etmiş olma koşuluyla boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir.⁴³⁴ 2005 yılından 2021 yılına kadar ortak yaşamın bulunmaması en az iki yıl devam etmiş olma koşulu aranmıştır.⁴³⁵ 01 Ocak 2021’den itibaren ise ortak yaşamın bulunmaması en az bir yıl devam etmiş olması şartıyla boşanma sebebi olarak kabul edilir.⁴³⁶

İkincisi ise; taraflardan birinin evlilik birliğinin mutlak bir şekilde bozulması sebebiyle boşanma talebinde bulunmasıyla birlikte, tarafların birbirini izleyen boşanma taleplerinde bulunmalarıdır. Zira bu durum, evlilik birliğinin tamamen bittiğini ispat eder nitelikte olduğu kabul edilir.⁴³⁷ Eğer boşanma taleplerinden birisi kusur sebebiyle boşanmayı ihtiva ediyorsa, hâkim ilk olarak onu tahlil eder.⁴³⁸ Kusur sebebiyle boşanma kararını reddederse, evlilik birliğinin mutlak bir şekilde bozulması sebebiyle –ortak yaşamın bulunmaması şartı aranmadan– tarafların boşanmasına karar verir.⁴³⁹

2.1.2.5. Kusur Sebebiyle Boşanma

Naquet kanunuyla (1884) yeniden yürürlüğe giren boşanma, çok dar bir çerçeveye sahiptir. Zira boşanmanın tek gerekçesi, kanunda belirlenmiş kusurların

⁴³² Code Civil (Medeni Kanun) 234. madde.

⁴³³ Code Civil (Medeni Kanun) 237. madde.

⁴³⁴ Ancien Code Civil (Eski Medeni Kanun) 238. madde (Kanun No. 75-617 ile düzenlenen madde).

⁴³⁵ Ancien Code Civil (Eski Medeni Kanun) 238. madde (Kanun No. 2004-439 ile yeniden düzenlenen madde).

⁴³⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 238. madde birinci fıkrası.

⁴³⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 238. madde üçüncü fıkrası.

⁴³⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 246. madde.

⁴³⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 238. madde üçüncü fıkrası.

varlığıdır. Bu durum 1975 yılına kadar, yani boşanmaya ilişkin yapılan reforma kadar devam etmiştir.⁴⁴⁰ Dolayısıyla kusur sebebiyle boşanma (divorce pour faute), Fransız Medeni Kanun'un en uzun soluklu boşanma çeşidi olmuştur.⁴⁴¹

1975 yılından günümüze kadar kusur sayılabilecek haller kanun ile sınırlandırılmamıştır. Medeni Kanun'da açıklandığı üzere, evlilik birliğinden doğan ve eşlerin birbirlerine karşı yükledikleri sorumluluklar bulunur.⁴⁴² Buna göre, eşlerden birinin, karşılıklı hak ve sorumluluklarını ihlal eden bir davranış sergilemesi kusur sayılır. Bu davranışların boşanma sebebi oluşturması için kanun, kusurun taşınması gereken nitelikleri açıklamıştır. Eşlerin yükledikleri sorumlulukların ihlali önemli (grave) veya önemsiz görünen fakat defaatle tekrarlanan (renouvelée) bir kusur olmalıdır. Ayrıca kusurlu eylemin ortak yaşamı çekilmez hale getirmesi ve eşe atfedilebilmesi (imputable) gerekir.⁴⁴³ Bununla birlikte, kusurlu davranışın mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi için mağdur olan taraf kusuru ispat etmek durumundadır.⁴⁴⁴ Kusurlu eylemler, hâkim tarafından takdir edilir. Hâkim, kusur iddiasını değerlendirirken eşlerin muhtemel kusur oranını inceler ve ortak yaşamın sürdürülebilirliğine bakar.⁴⁴⁵

Karşılıklı saygı sorumluluğunun ihlali, sözlü şiddet,⁴⁴⁶ fiziksel⁴⁴⁷ şiddet ve tehdit⁴⁴⁸ olarak tezahür edebilir. Bir din veya bir tarikat mensubu olmak kusur teşkil

⁴⁴⁰ Labbé, Les Rapports Juridiques Dans le Couple Sont-ils Contractuels?, 89; Bénabent, Droit Civil la Famille, 145.

⁴⁴¹ Bénabent, Droit Civil la Famille, 145.

⁴⁴² Code Civil (Medeni Kanun) 212. madde.

⁴⁴³ Code Civil (Medeni Kanun) 242. madde.

⁴⁴⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 259. madde.

⁴⁴⁵ Bernard Dutoit, Raphaël Arn, Beatrice Sfondylia, Camilla Taminelli Bischof, *Le Divorce En Droit Comparé. Volume 1: Europe* (Genève: Librairie Droz, 2000), 170.

⁴⁴⁶ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 05-17.533 (23 Mayıs 2006) https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052614?tab_selection=all&searchField=ALL&query=%2223+mai+2006%22+violence+verbale&searchType=ALL&typePaging=DEFAULT&pageSize=10&page=1&tab_selection=all#all (Erişim: 30 Kasım 2020).

⁴⁴⁷ Cour de Cassation Chambre Civile 2 (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi), K. 94-15.564 (26 Haziran 1996) https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007038012?tabselection=all&searchField=ALL&query=9415564&searchType=ALL&typePaging=DEFAULT&pageSize=10&page=1&tab_selection=all#all (Erişim: 30 Kasım 2020).

⁴⁴⁸ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 11-25.178 (19 Aralık 2012) https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026816122?tab_selection=all&searchField=ALL&query=11-25.178&page=1&init=true (Erişim: 30 Kasım 2020).

etmese de,⁴⁴⁹ aşırılıklarla yaşanan din; zorlama, baskı ve sürekli teslimiyet halinde olmanın hanede oluşturduğu gergin ortam kusur sayılır.⁴⁵⁰ Dolayısıyla boşanma sebebi olabilir. Bununla birlikte kadın, eşinin haberi olmadan hamileliğine son vermesi, eşler arasında bulunması gereken saygı ve güven duygusunu sarsması sebebiyle kusur teşkil eder.⁴⁵¹ Kadın evlat sahibi olma isteğine karşın, eşinin psikolojik baskı uygulaması sonucunda hamileliğine son vermeye zorlanması da kusur sayılır.⁴⁵²

Eşler birbirlerine karşı dürüst olmakla yükümlüdürler bu sebeple, bunun ihlali kusurdur. Nitekim geçmiş suçlarını gizleyen eş⁴⁵³ veya rakip ticaretlere sahip olan eşlerden birinin, eşi hususunda yanlış bilgi vermesi⁴⁵⁴ kusurdur. Eşler birbirlerine karşı sadık kalmakla sorumludurlar. Dolayısıyla eşlerden birinin zinada bulunması kusurdur.⁴⁵⁵ Ayrıca eşin karşı cinsten çeşitli kişilerle mail vasıtasıyla şüpheli konuşmalarda bulunması ve kendisine ait özel fotoğraflar göndermesi, çeşitli ilişki arayışında bulunduğunu gösteren davranışlar olduğu ve sadakatsizliğin ispatı için yeterli olduğuna karar verilmiştir.⁴⁵⁶

Eşler arasında maddi yardım sorumluluğu bulunduğu gibi manevi destek sorumluluğu da bulunur. Buna göre, eşlerden birinin hasta olmasına rağmen diğer eşin bu durumu önemsememesi; kendisini çiftliğe adaması sonucunda eşine ve kızına karşı ilgiyi azaltması, manevi destek yükümlülüğün yerine getirilmemesine örnek teşkil eder.⁴⁵⁷

Bir davranışın kusurlu sayılabilmesi için eylem, eşe atfedilebilmeli ve kendi iradesiyle yapmış olmalıdır. Kusur, cebir ve tehdit söz konusu olmadan, özgürce ve

⁴⁴⁹ Cour de Cassation Chambre Civile 2 (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi), K. 94-10.685 (8 Kasım 1995) https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007034739?tab_selection=all&searchField=ALL&query=94-10.685&page=1&init=true (Erişim: 30 Kasım 2020).

⁴⁵⁰ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 05-18.735 (19 Haziran 2007) https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007528862?tab_selection=all&searchField=ALL&query=05-18735&page=1&init=true (Erişim: 30 Kasım 2020).

⁴⁵¹ Cour d'Appel Caen (Temyiz Mahkemesi), K. 1999-117216 (25 Kasım 1999).

⁴⁵² Cour d'Appel Nancy (Temyiz Mahkemesi), K. 2002-198930 (7 Ekim 2002).

⁴⁵³ Cour d'Appel Pau (Temyiz Mahkemesi), K. 97001058 (14 Aralık 1998); Cour d'Appel Nancy, K. 9500440 (18 Mayıs 1998).

⁴⁵⁴ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 06-20.701 (17 Ekim 2007).

⁴⁵⁵ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 03-16.451 (11 Ocak 2005).

⁴⁵⁶ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 13-16.649 (30 Nisan 2014).

⁴⁵⁷ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 08-13.413 (25 Şubat 2009).

bilinçli⁴⁵⁸ bir şekilde meydana gelmiş olmalıdır. Dolayısıyla tecavüze uğrayan kadın, sadık kalma sorumluluğunun ihlali ile suçlanamaz.⁴⁵⁹ Eşlerden birinin akli dengesi yerinde olmadığı esnada, çocuğunun ölümüne sebep olması da kusur sebebiyle boşanmaya örnek olamaz.⁴⁶⁰ Ancak akli dengenin kaybolması kişinin kendi iradesine bağlı ise, hüküm farklıdır. Sarhoşluk veren içkinin içilmesi veya uyuşturucu maddesi kullanılması sonucunda, yükümlülüklerini ihlal eden bir davranışta bulunulması kusur sayılır.⁴⁶¹

Kusur ağır olmalı, yani sorumlulukların ihlali ortak yaşamı çekilmez hale getirecek kadar önemli olmalı veya önemli değilse defaatle tekrarlanan bir kusur olmalıdır. Dolayısıyla eşler arasında iletişimin tamamen yok olması ve karşılıklı olarak birbirlerine kin beslemeleri kusur sayılmaz.⁴⁶² Bir kadının, eşinin arkasından yüzünü buruşturması ve tembellikle hakaret etmesi de kusur teşkil etmez.⁴⁶³ Ağır bir kusur devamlı tekrarlanmasa da kusur sayılır. Örneğin koca, erkeklik organını, bir şekilde ameliyatla kadınlık cinsel organına dönüştürse (cinsiyet değiştirme) bu hal ağır kusur olarak kabul edilmiştir.⁴⁶⁴ Çünkü, erkek iken karının kocasından beklediği menfaat artık elde edilemez. Öte yandan, bazı davranışların kusur olarak değerlendirilebilmesi için evlilik birliğinden beklenen, ortak yaşamı çekilmez hale getirecek eylemin devamlı tekrarlanması gerekir. Söz gelimi kadın, kocasının cinsel ilişkiye girmemesinden yakınması kusur teşkil eder.⁴⁶⁵

2.2. İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVLİLİĞİN SONLANDIRILMASI

Daha önce de belirttiğimiz gibi, toplumun temel taşı oluşturulan aile, evlilik birliğiyle kurulur. İslam dininde, evlilikten beklenen devamlı olmasıdır. Ancak hedeflenen muhabbet, mutluluk ve huzur bazen çeşitli sebepler neticesinde ulaşılamayabilir. Evlilik birliğinden umulan güzel duyguların yerini keder ve ıstırap alması halinde çiftlere, evliliklerini sonlandırma imkânı tanımıştır.

⁴⁵⁸ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 08-20.710 (12 Kasım 2009).

⁴⁵⁹ Tribunal de Grande Instance Niort (Yüksek Mahkeme) (21 Kasım 1960) D. 1961, 247.

⁴⁶⁰ Cour d'Appel Grenoble (Temyiz Mahkemesi), K. 2000-164916 (10 Ocak 2000).

⁴⁶¹ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 02-20.547 (11 Ocak 2005).

⁴⁶² Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 03-12.802 (11 Ocak 2005).

⁴⁶³ Cour d'Appel Bourges (Temyiz Mahkemesi), K.92/724 (21 Eylül 1993).

⁴⁶⁴ Cour d'Appel Nîmes (Temyiz Mahkemesi), (7 Haziran 2000).

⁴⁶⁵ Cour d'Appel Bastia (Temyiz Mahkemesi), K. 2008-356657 (27 Şubat 2008).

İslam aile hukuku sahih evlilikte boşama yetkisini esas olarak kocaya vermiştir. Bu sebeple evliliğin sona erme şekilleri arasında yaygın olarak karşımıza çıkan talaktır. Koca boşama yetkisini eşine devretmek suretiyle (tefvîdu't-talâk) kadına boşama hakkı tanıyabilir.⁴⁶⁶ Bununla birlikte muhâlea adı altında karşılıklı rıza ile veya tefrik dediğimiz adli boşanma yoluyla evliliğin sona ermesi mümkündür. Fasit evliliğin sona ermesine ise fesih denir.

2.2.1. Dönüş İmkân verip Vermemesine Göre Boşama Çeşitleri

Koca eşini boşaması durumunda kadının iddet süresi içinde dönüp dönememesi bakımından ric'î boşama ve bâin boşama olarak ikiye ayrılır.

2.2.1.1. Ric'î Boşama

Kocanın yeni bir nikâh akdine ihtiyaç duymadan, dolayısıyla yeni bir mehir vermeyi gerektirmeden kocaya, tek taraflı iradesiyle kadının iddeti içinde dönme imkânı sağlayan boşama çeşidine ric'î boşama denir.⁴⁶⁷ Ric'î talaktan bahsedebilmek için evlilik içerisinde cinsel birleşme gerçekleşmiş olmalıdır. Bununla birlikte boşama açık sözlerle, şiddet ve mübalağa ifade etmeyen bir şekilde gerçekleşmiş olmalıdır. Öte yandan bu boşama üçüncü yani son boşama hakkı olmamalı ve bir bedel karşılığında gerçekleşmemiş olmalıdır. İddet süresi içinde iken koca eşine dönmediği takdirde ric'î talak bâin talaka dönüşür. Dolayısıyla yeni bir nikâh akdi yapmadan ve mehir belirlemeden yeniden bir araya gelme imkânı bulunmamalıdır.⁴⁶⁸

2.2.1.2. Bâin Boşama

Bâin talak, evliliği kesin bir şekilde sonlandırması nedeniyle, koca boşadığı eşine yalnızca yeni bir nikâh ve buna bağlı olarak yeni bir mehrin tespitiyle eşine

⁴⁶⁶ el-Ahzâb 33/28-29; Buhâri, "Talâk", 5; Müslim, "Talâk", 4; Ebû Dâvûd, "Talâk", 12. Tefvîdu't-talâk'ta koca boşanma yetkisini evliliğin herhangi bir zamanında verebileceği gibi nikah akdi esnasında kendiliğinden veya kadının şart koşması neticesinde devretmesi mümkündür. Kocanın boşama yetkisini eşine devretmesi boşama hakkını düşürmez. Zira Tefvîdu't-talâk vekâlet gibidir. Vekâlette vekil muamelede bulunabileceği gibi müvekkil de muamelede bulunabilir.

⁴⁶⁷ Serahsî, *Mabsût*, 6/30; Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, 4/240.

⁴⁶⁸ Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/341; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 418.

dönme imkânı veren boşama çeşididir.⁴⁶⁹ Nikâhtan sonra cinsel birleşme veya sahih halvetten önce vuku bulan boşama, kadının vereceği bir bedele mütekabil karşılıklı rıza ile boşanma (muhâlea), kinaye veya şiddet⁴⁷⁰ içeren lafızlarla yapılan boşama veya kocanın üçüncü ve son boşama hakkını kullanarak gerçekleşen boşama bâin talak kapsamına girer.⁴⁷¹ Bu durumda, evlilik birliği derhal sona erer. Buna göre, eşler birbirlerine yabancı hale gelirler. Üçüncü boşama hakkı kullanılmadığı taktide eşler iddet süresi içinde iken veya daha sonra yeni bir nikâh akdiyle yeniden evlenmeleri mümkün hale gelir.

İslam aile hukukunda, boşanma ric'î talak ile gerçekleşmiş ise evliliğin hükümleri iddet süresi içinde devam etmesi sebebiyle koca, bu müddet içinde yeni nikâh akdi gerekmeden eşine dönebilir. Boşanma bâin talak ile gerçekleşmiş ise eşler birbirine yabancı olur dolayısıyla yeni bir nikâh akdi yapmadan koca eşine dönemez. Fransız aile hukukunda boşanma hâkim veya noter huzurunda gerçekleştiği için boşama bain bir boşama gibidir dolayısıyla evlilik birliğinin devam edebilmesi yalnızca yeni bir nikâh akdiyle mümkün olabilir.

2.2.2. Sünnete Uygun Olup Olmamasına Göre Boşama Çeşitleri

Boşama, Kur'an ve sünnetin belirlediği ölçütlere uyulup uyulmamasına göre ikiye ayrılmıştır. Buna göre, sünnete uygun olarak yapılan boşama *sünnî*, sünnete aykırı yapılan boşama *bid'î* boşamadır.⁴⁷²

2.2.2.1. Sünnî boşama

Sünnî boşama, kadının temizlik döneminde yani hayız görmediği günlerde cinsel birleşme gerçekleşmeksizin bir boşama hakkı tasarrufunda bulunularak vuku bulmuş olmalıdır.⁴⁷³ Nitekim “*Ey Peygamber! Kadınları boşayacağınız zaman iddetlerini gözeterek boşayın ve bekleme sürelerini iyice hesap edin. Rabbiniz*

⁴⁶⁹ Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1405/1984), 2/185.

⁴⁷⁰ Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/128; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 418.

⁴⁷¹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 2/480; Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/131.

⁴⁷² Serahsî, *Mebûsât*, 6/4; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/336.

⁴⁷³ Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, 4/186, 187; İbnü'l-Hümmâm, *Fethu'l-Kadir*, 3/447.

Allah'a saygısızlıktan sakının."⁴⁷⁴ ayetiyle Abdullah b. Ömer'in (r.a) eşini hayız döneminde boşamasına karşılık Peygamber efendimiz (s.a.v.) şöyle buyurmuştur "Söyleyin, eşine dönsün, hayızdan temizleninceye kadar eşini evde barındırsın, ardından tekrar hayız görüp bir daha temizlenince, isterse ilişki kurmadan eşini boşasın! İşte Yüce Allah'ın, Kitabında, kadınların içinde boşanmasını emrettiği iddet budur."⁴⁷⁵

İslam hukukunda boşanma sünnete uygun olması için kadının temizlik süresinde bulunması gerekir ve boşamanın gerçekleştiği temizlik süresinde cinsel birleşmenin gerçekleşmemesi gerekirken Fransız hukukunda herhangi bir koşul aranmaz. Esasen sünnî boşamanın gerçekleşmesi için aranan şartlar boşamanın önemli ve etraflıca düşünülmesi gereken bir karar olduğunu gösterir.

2.2.2.2. Bid'î boşama

Kur'an ve Sünnetin belirlediği ölçütleri taşımayan boşama bid'î boşamadır. Buna göre, koca eşini hayız döneminde iken boşaması veya temizlik döneminde iken cinsel birleşmeden sonra boşaması ya da bir temizlik döneminde birden fazla boşama hakkı tasarrufunda bulunması halinde sünnete aykırı olması sebebiyle gerçekleşen talak bid'î boşama kapsamına girer.⁴⁷⁶ Cumhura göre bid'î talak haramdır fakat hukuken geçerlidir.⁴⁷⁷

2.2.2.3. Anlaşmalı Boşanma (muhâlea/hul')

Boşanma hakkı ilke olarak kocaya verilmesine karşın bazı durumlarda kadın boşanma talebinde bulunmak suretiyle boşanmanın gerçekleşebileceğini daha önce ifade etmiştik. Kadının boşanma talebini gerçekleştirebileceği yollardan birisi muhâleadır. Kur'an'da bu husus şöyle ifade edilmiştir: "...Eğer Allah'ın kurallarına uymamalarından korkarsanız, kadının evlilikten kurtulmak için bir meblâğ vermesinde taraflara bir vebal yoktur."⁴⁷⁸ Muhâlea; kadının mahkemeye müracaat etmeden, kocasına vereceği bir bedel karşılığında eşlerin karşılıklı rıza ile

⁴⁷⁴ et-Talâk, 65/1.

⁴⁷⁵ Buhâri, "Talâk", 1; Müslim, "Talâk", 1; Ebû Dâvûd, "Talâk", 4.

⁴⁷⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/152-155.

⁴⁷⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, 2/437; Cezîrî, *el-Fıkh 'ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, 4/278.

⁴⁷⁸ el-Bakara 2/229.

boşanmalarıdır.⁴⁷⁹ Söz gelimi aile geçimsizliği sebebiyle Sâbit b. Kays'ın eşi Peygamber efendimize (s.a.v.) danışması sonucunda muhâlea yöntemine başvurarak sorunun çözülebileceğini ifade etmiştir. Zira mehir olarak aldığı hurma bahçesini eşine iade etmesini söylemiş, kocanın bunu kabul etmesiyle evlilikleri sona ermiştir.⁴⁸⁰ Ancak kocanın geçerli bir sebebi bulunmadan eşini boşaması İslam'ın getirdiği değerlere aykırı olduğu gibi kadının da boşanma talebinde bulunması sebepsiz olmamalıdır. Nitekim Peygamber efendimiz (s.a.v.) “Geçerli bir sebep olmadan eşinden boşanmak isteyen kadına cennet kokusu haram olur”⁴⁸¹ ve “Hiçbir mazeret olmadan kocasından boşanmak isteyen kadınlar münaфіktir.”⁴⁸² diye buyurmuştur. Muhâlea, bain talak kapsamında bulunduğu için evliliği derhal sonlandırır.⁴⁸³ Dolayısıyla kadın iddet süresi içinde de olsa yeni bir nikâh akdi yapılmadan koca, eşine dönemez.

2.2.2.4. Mahkeme Kararı İle Boşanma (Tefrik)

Kadının boşanma talebinde bulunmasına imkân sağlayan bir diğer boşanma çeşidi tefriktir. Tefrik; kadının mahkemeye başvurarak boşanma talebinde bulunması üzerine hâkimin hükmüyle evlilik birliğine son verilmesini ifade eder.⁴⁸⁴ Tefrike yol açabilecek gerekçeler arasında hastalık ve beden kusuru, kocanın nafaka sorumluluğunu yerine getirmemesi, kötü muamele ve şiddetli geçimsizlik, kocanın evi terk etmesi veya kaybolması,⁴⁸⁵ kocanın eşine yaklaşmayacağına yemin etmesi

⁴⁷⁹ Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/131; Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhiyye*, 2/270; Yaman – Çalış, *İslam Hukuku*, 267.

⁴⁸⁰ Ebû Dâvûd, “Talâk”, 18 (No. 2228); Nesâî, “Talâk”, 34 (No. 3463); İbn Mâce, “Talâk”, 22; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 4/95 (No. 5322).

⁴⁸¹ Ebû Dâvûd, “Talâk”, 18 (No. 2226); Tirmizî, “Talâk”, 11 (No. 1187); Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 4/94 (No. 5320).

⁴⁸² Tirmizî, “Talâk”, 11 (No. 1186); Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 4/95 (No. 5323).

⁴⁸³ Alâüddîn es-Semerkindî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, 2/199; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 2/445.

⁴⁸⁴ Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/402; Halil İbrahim Acar, “Tefrik”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2011) 40: 277.

⁴⁸⁵ Kocasını ortadan kaybolan ve ölüp ölmediği hususunda bilgi alınmayan (mefkûd) Mâlikî mezhebine göre mahkemeye başvurduktan dört yıl sonra kocasından boşanmış sayılır. Hanefî ve Şâfiî mezheplerine göre kadın, mefkud olan koca akranlarının yaşayacağı müddet kadar bekleyeceğini belirtmişlerdir. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi kadının maddi manevî ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak Mâlikîlerin görüşünü tercih etmiştir. Hayatta olduğu bilinen fakat evini terk eden ve eve hiç uğramayan (gaip) hususunda Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre meşru bir sebep bulunmadan evini terk eden gaibin yeri biliniyorsa kadın mahkemeye başvurup hakim muayyen bir müddet belirleyerek kocanın evine dönmesine veya eşini yanına almasını söyler. Müddetin sona ermesi halinde koca hakimin sunduğu seçeneklerden birinde bulunmadıysa

(îlâ), kocanın eşini zinayla suçlaması üzerine yeminleşme ve lanetleşme (liân) zikredilebilir.⁴⁸⁶

Değerlendirme

İki hukuk sisteminde boşanma yetkisi ile ilgili farklı hükümler mevcuttur. Fransız aile hukukunda boşanma eşlerden herhangi birinin veya ikisinin talebi üzerine yalnızca hâkim veya noter huzurunda mümkün olabilirken, İslam aile hukuku boşama yetkisini prensip olarak kocaya vermiştir. Bununla birlikte kadın, hâkime başvurarak veya kocasından boşama yetkisi devralmış ise kadının inisiyatifi ile boşanma gerçekleşebilir.

İki hukuk sisteminde anlaşmalı boşanma mevcuttur. Ancak İslam hukukunda kadının, kocasına vereceği bir bedel karşılığında anlaşmalı boşanma talebinde bulunma şeklinde gerçekleşir. Karşılıklı rıza ile boşanmaları sebebiyle mahkemeye müracaat etmeleri gerekmez. Fransız hukukunda anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi için eşler, boşanma ve boşanmanın neticeleri hususunda uzlaşmaları yeterlidir. Bu durumda noter tasdikiyle boşanmaları mümkündür.

İki hukuk sistemini karşılaştırıldığında çekişmeli boşanma ve tefrik yoluyla boşanmanın benzediği söylenebilir. Zira her ikisi mahkemeye müracaat etmekle mümkün olur. Ayrıca eşler arasında anlaşmazlık veya kusur bulunması durumunda başvuru yolu olması bakımından da benzerlik arz eder.

hakim boşama kararı verir. Gaibin yeri bilinmediği için ona ulaşılması mümkün değilse evi terk etmenin üzerinden bir yıl geçmesi durumunda kadının talebi üzerine hakim boşama kararı verir. Hanefî ve Şâfiî mezheplerine göre gaiplik durumu tefrik sebebi değildir. Fransız aile hukukunda eşlerden birinin kaybolması iki şekilde mümkün olabilir. Bunlardan birincisi (disparue), eşin afet veya ölümcül kaza sonucunda ceset bulunmadığı halde ölümün kesin olmasıdır. Bu durumda hakim kaybolanın ölümü kesin olduğuna kanaat ederse ölüm karinesi kararı verir ve dolayısıyla evlilik sona erer. İkincisi ise (absent), kaybolan eşten haber alınmayan ve hayatta olup olmadığı saptanamayandır. Bu durumda iki süreç ayırt edilir. Birinci süreç, kişinin kaybolduğuna dair kanıya hukuki bir statü kazandırmak (présomption d'absence). Bu süreç bekleme sürecidir; kaybolan kişi hala hayatta kabul edilir. Uzun bir müddet beklenmesine rağmen kaybolan kişinin yaşadığına veya öldüğüne dair delil bulunamaz ise gaibin döneceğine ümidin kesilmesi sebebiyle gaiplik karinesi (déclaration d'absence) olan ikinci süreç başlatılabilir. Gaibe hukuki bir statü kazandırıldıysa on yıl aksi takdirde yirmi yıl sonra başlatılabilir. Bu durumda gaip ölü kabul edilmesi sebebiyle evlilik sona erer. Bu süre aşıldıktan sonra gaip geri dönse durum değişmez. Gaipten bahsettiğimizde istemsiz bir kaybolma söz konusudur. Zira kendi iradesiyle evi terk eden kişi (abandon du domicile conjugal) birlikte yaşama görevini ihlal etmiştir. Bu durumdan muzdarip olan eş kusur sebebiyle boşanma talebinde bulunabilir.

⁴⁸⁶ Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/402 vd.; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 439 vd.

2.3. EVLİLİĞİN SONA ERMESİNDEN DOĞAN NETİCELER

Evlilik birliğinin resmi olarak sona ermesi birtakım sonuçlar doğurur. Nitekim eşler arasındaki evlilik bağı çözülmüş olur. Boşanma; şahsi, mali ve çocuklara ilişkin sonuçların neşet etmesini sağlar.

2.3.1. Fransız Aile Hukukunda Evliliğin Sona Ermesinden Doğan Neticeler

2.3.1.1. Şahsî Neticeler

Evlilik birliği, eşler arasında bazı haklar tanıdı ve bazı sorumluluklar yüklemiştir. Evlilik birliğinin sona ermesiyle birlikte bu hak ve yükümlülükler de sona ermiş olur. Binaenaleyh, evlilik bağının son bulmasıyla eski eşler yeni bir evlilik yapmakta serbesttirler.⁴⁸⁷ Evlenme sebebiyle meydana gelen hısımlık, boşanma ile son bulmadığından, devam eden hısımlık evlilik engeli olacak derecede yakın ise evliliğe engeldir.⁴⁸⁸ Ayrıca eşler boşandıktan sonra resmi bir şekilde eski eşlerine dönmek isterlerse yeniden nikâh kıymaları gerekir.⁴⁸⁹ Eşlerin boşanıp yeniden nikâh kıymalarında sınırlama bulunmaz.⁴⁹⁰

Evlilik bağının son bulmasıyla, eşler arasındaki cezai dokunulmazlık da son bulur. Nitekim üstsoy ve altsoy arasında veya haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşler arasında cezai dokunulmazlık bulunur. Hırsızlık (vols),⁴⁹¹ yağma (extorsions),⁴⁹² dolandırıcılık (escroqueries)⁴⁹³ ve güvenin kötüye kullanılması (abus de confiance)⁴⁹⁴ durumunda eşler suç duyurusunda bulunamazlar.

Nesep bahsi hususunda, boşanmanın oluşturduğu neticeler, babalık karinesini etkiler. Zira daha önce de zikrettiğimiz gibi, evlilik birliği içinde⁴⁹⁵ veya evliliğin

⁴⁸⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 147. madde.

⁴⁸⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 164. madde (Boşanmadan farklı olarak, eşlerden birinin ölmesi durumunda, Cumhurbaşkanlığı evlilikten doğan hısımlık sebebiyle evlenme engelini zaruri bir gerekçe ile kaldırma yetkisi bulunmaktadır).

⁴⁸⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 263. madde.

⁴⁹⁰ Bénabent, Droit Civil la Famille, 196.

⁴⁹¹ Code Pénal (Ceza Kanunu) 311-12. madde.

⁴⁹² Code Pénal (Ceza Kanunu) 312-9. madde.

⁴⁹³ Code Pénal (Ceza Kanunu) 313-3. madde.

⁴⁹⁴ Code Pénal (Ceza Kanunu) 314-4. madde.

⁴⁹⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 312. madde.

sona erme tarihinden başlayarak üç yüz gün içinde⁴⁹⁶ doğan çocuk ile baba arasındaki soybağı, kendiliğinden çocuğu doğuran annenin eşine bağlanır. Bu süre geçtikten sonra babalık karinesi son bulur. Miras konusunda ise, evlilik birliğinin sona ermesi sebebiyle artık eşler birbirine mirasçı olamazlar.⁴⁹⁷ Evlenme kişiyi rüşt kılar, on sekiz yaşını doldurmadan evliliğin sona ermesi bu hükmü değiştirmez.⁴⁹⁸ Fransız vatandaşı biriyle evlenen yabancı, Fransız vatandaşlığına geçme hakkı kazanır. Bu şekilde Fransız vatandaşlığına geçen eş, evliliğin sona ermesi durumu, vatandaşlığını muhafaza etmesine engel değildir.⁴⁹⁹

Boşanmanın doğurduğu şahsi neticelerden bir tanesi de soyadı ile ilgilidir. Evlilik ile birlikte, eşler hangi soyadını kullanacakları konusunda tercihte bulunabilirler. Eşler kendi soyadlarını kullanabilir veya eşlerden birinin soyadını ortak bir şekilde kullanabilir veya diledikleri sırayı gözeterek soyadlarını birbirine ekleyerek artarda kullanabilirler.⁵⁰⁰ Evliliğin sona ermesiyle eşler ortak soyadını kullanma hakkını kaybederler. Ancak eşlerden biri eşinin izniyle kendi veya çocukların menfaatini gözetmek adına hakim kararıyla, eşinin soyadını kullanmaya devam edebilir.⁵⁰¹

2.3.1.2. Mâlî Neticeler

Evlilik birliğinin sona ermesi, eşler arasında mal paylaşımını gerektirmektedir. Ayrıca bazı durumlarda eşlerden biri, tazminat veya nafaka talebinde bulunabilmektedir. Boşanmanın doğurduğu mali neticeler iki başlık altında incelenebilmektedir.

2.3.1.2.1. Mal Paylaşımı

2016 yılına kadar, boşanma davası ve mal paylaşımı davası ayırt edilerek, ayrı mahkemelerde görülmekteydi. Hâkim, anlaşmalı boşanma davaları hariç, boşanma kararı verdikten sonra mal paylaşım emrini vermekle yetinmekteydi. Zira mal

⁴⁹⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 313. madde.

⁴⁹⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 313. madde.

⁴⁹⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 413-1. madde.

⁴⁹⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 21-2. madde.

⁵⁰⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 225-1. madde.

⁵⁰¹ Code Civil (Medeni Kanun) 264. madde.

paylaşımı hususunda müdahale etme yetkisi bulunmamaktaydı. Buna göre, boşanma kararı kesinleşmeden mal paylaşımında bulunma imkânı tanımamaktaydı.⁵⁰² 2016 yılında yürürlüğe giren düzenlemeyle, boşanma davasını yürüten hâkime, mal paylaşımı hususunda yetkilendirilmesi sağlanmıştır. Böylece aynı davada hem boşanmayı hem mal paylaşımını yürütme yetkisine sahip olmuştur.⁵⁰³

Mal paylaşımının keyfiyeti bakımından karşımıza *iki* olanak çıkar. Bunlardan *birincisi*, eşler arasında evlilik sözleşmesi kurulmamış olmasıdır. Bu durumda, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi (régime de la communauté de biens réduite aux acquêts) kuralları uygulanır.⁵⁰⁴ Eşler; kişisel mallarını geri alırlar,⁵⁰⁵ ortak edinilmiş malları ise eşit bir şekilde paylaşırlar.⁵⁰⁶ *İkinci* olanak, evlenmeden önce veya evlilik devam ederken⁵⁰⁷ eşler arasında evlilik sözleşmesinin kurulmuş olmasıdır. Bu durumda, mal paylaşımı evlilik sözleşmesinde belirlenen kurallara göre yapılır.⁵⁰⁸

Mal paylaşımı hususunda önem arz eden üç konu vardır. Bunlar, evlilik sayesinde eşe sağlanan menfaatin, bağışların ve aile konutunun akıbetidir.

2.3.1.2.2. Evlilik Menfaatinin Durumu

Evlilik menfaati (avantage matrimonial); malın, eşler arasında eşit bir şekilde paylaşılması esasına son verir. Evlilik sözleşmesinin kurulmasıyla eşlerden birinin, eşine sağladığı menfaatler bu kabildendir.⁵⁰⁹ Boşanma neticesinde evliliğin sona ermesi, evlilik sürecinde sonuç doğurmaya başlayan evlilik menfaatlerine etkisi yoktur.⁵¹⁰ Buna göre, eşler evrensel ortaklık rejimine (régime de communauté universelle) tabi olmayı seçtikleri takdirde, az varlıklı olan eş, evlilik sebebiyle menfaat elde etmiş olur. Evrensel ortaklık rejimi, evlilik devam ederken sonuç

⁵⁰² Ancien Code Civil (Eski Medeni Kanun) 267. ve 267-1 madde.

⁵⁰³ Aile hukukunu kolaylaştırma ve modernleştirmeye ilişkin, Journal Officiel de la République Française 0240 (Resmî Gazete) (16 Ekim 2015), Yönetmelik No. 2015-1288.

⁵⁰⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 1400. madde vd.

⁵⁰⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 1467. madde.

⁵⁰⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 1475. madde.

⁵⁰⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 1397. madde.

⁵⁰⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 267. madde.

⁵⁰⁹ Frédérique Granet-Lambrechts, “Les Réformes Accomplies: Le Point Sur les Avantages Matrimoniaux”, *Le Droit Patrimonial de la Famille: Réformes accomplies et à Venir* (Paris: Dalloz, 2006), 9/13,14.

⁵¹⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 265. madde.

doğurmaya başladığı için evliliğin sona ermesi durumunda, mal paylaşımı bu rejime göre yapılır.⁵¹¹ Ancak evlilik menfaatinin sonuç doğurması, evliliğin ölüm ile sona ermesine bağlı ise, boşanma neticesinde sonlanan evlilik durumunda, söz konusu menfaat iptal edilir.⁵¹² Söz gelimi, evlilik sözleşmesinde, eşler arasındaki ortaklığın eşit olmayan paylarla paylaşılması kaydının bulunması (clause de partage inégal de la communauté) bu vecihtendir. Bu kayıt, evliliğin ölüm ile sonlanması halinde, eşlerden birinin diğerinden daha fazla pay almasını temin eder. Dolayısıyla daha fazla pay alacak olan eş için menfaat sağlar. Ancak bu menfaat, evlilik devam ederken sonuç doğurmaz. Bilakis bu kaydın sonuç doğurması, eşlerden birinin yaşamını yitirmiş olmasına bağlıdır. Boşanmayla evliliğin sona ermesi durumu ise, eşlerin ikisi de hayatta olmasını gerektirir. Bu sebeple menfaatin gerçekleşmesi mümkün değildir⁵¹³. Bununla birlikte, evlilik menfaatini sağlayan eş, hakim huzurunda rıza gösterirse menfaat sonuç doğurabilir.⁵¹⁴

2.3.1.2.3. Eşler Arasında Yapılan Bağışların Durumu

Fransız Medeni Kanun'un 265. ve 1096. maddeleri eşler arasında yapılan hibelerin (donations) akıbetini izah eder. Boşanma, boşanma sebebinden bağımsız olarak, hibelere tesir etmez. Zira boşanma, eşlerin evlilik ile kurulmuş ortak geçmişlerini yok addetmez. Bu hibeler de eşlerin ortak geçmişlerine özgüdür.⁵¹⁵ Evlenmeden önce yapılan hibeler (donations propter nuptias) ve evlilik devam ederken yapılan hibeler ayırt edilmeden, bağış edilen eşin mülkiyetinde kalır. Elbette bu hediyelerin evlilik devam ederken sonuç doğurmaya başlamış olması gerekir. Nitekim evliliğin sona ermesiyle sonuç doğurmaya başlayan hibeler, boşanma durumunda hibe iptal edilir.

⁵¹¹ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 10-17.943 (18 Mayıs 2011).

⁵¹² Code Civil (Medeni Kanun) 265. maddesinin ikinci fıkrası.

⁵¹³ Code Civil (Medeni Kanun) 1518. ve 1524. madde.

⁵¹⁴ Code Civil (Medeni Kanun) 265. maddesinin ikinci fıkrası.

⁵¹⁵ Christelle Rieubernet, "Le Nouveau Régime des Donations Entre Époux au Lendemain de la Loi du 26 Mai 2004 Relative au Divorce.," *Les Petites Affiches* 145 (21 Temmuz 2004): 10.

2.3.1.2.4. Aile Konutunun Durumu

Boşanma durumunda, hâkim, aile konutunun kime verileceği hususunda karar verir. Fransız Medeni Kanun'u üç olasılıktan bahseder: *Birincisi*, aile konutunda kiracı olarak yaşamalarıdır. O halde hâkim, kira sözleşmesinin kiminle kurulduğuna bakmaksızın,⁵¹⁶ sosyal ve ailevi yararları göz önünde bulundurarak aile konutunda kimin kalacağına karar verir.⁵¹⁷ *İkincisi*, aile konutu eşlerin ortak mülkiyetidir. Bu durumda, eşler aile konutunu satıp elde edilen meblağı paylaşabilirler veya hâkim, eşler arasında tercihte bulunarak (attribution préférentielle) kimin mülkiyetinde kalacağına karar verebilir. Ancak bu durumda, aile konutunun tek sahibi olacak olan eş, aile konutunu devretme zorunda kalan eşe, eşit kıymette olan mal tahsis eder veya ödeme yaparak tazmin (soulte) eder.⁵¹⁸ *Üçüncüsü*, aile konutu eşlerden birinin mülkiyetindedir. Bu durumda, aile konutu sahibin mülkiyetinde kalır. Ancak hâkim, bir çocuğun veya çocukların velayetine tek taraflı veya ortak bir şekilde sahip olan eşe, çocukların menfaatini gözetme gerekçesiyle, konut sahibinin kira tutarını belirleyerek, kira sözleşmesi kurmaya zorlanabilir (bail forcé).⁵¹⁹ Bu uygulama en küçük çocuğun, reşit olma yaşına ulaşana kadar devam etmesi mümkündür.⁵²⁰ Kira sözleşmesini feshetme yetkisini muhafaza eden hâkim, koşulların değişmesiyle uygulamaya son verebilir.⁵²¹

2.3.1.3. Tazminat ve Nafaka

Boşanma esnasında eşler, birbirinden tazminat ve nafaka talebinde bulunabilmektedirler. Anlaşmalı boşanma durumunda eşler bunların ödenmesi hususunda anlaşmaya varabildikleri için kendileri belirlemektedirler. Çekişmeli boşanma durumunda ise, eşler bunların ödenmesi konusunda anlaşamadıkları için hâkim, bazı etkenleri göz önünde bulundurarak takdirde bulunmaktadır.

⁵¹⁶ Bénabent, Droit Civil la Famille, 215; Hilt - Simler, Droit de la Famille, 159,160.

⁵¹⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 1751. maddesinin ikinci fıkrası.

⁵¹⁸ Code Civil (Medeni Kanun) 255. 1476. ve 1542. maddeler.

⁵¹⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 285-1. maddesinin birinci fıkrası.

⁵²⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 285-1. maddesinin ikinci fıkrası.

⁵²¹ Code Civil (Medeni Kanun) 285-1. maddesinin üçüncü fıkrası.

2.3.1.3.1. Tazminat

Fransız Medeni Kanunu'nda boşanmaya ilişkin tazminat (dommages et int r ts) bahsi iki maddede açıklanmaktadır. Evliliğin sona ermesinden doğan neticeler, eşlerden birine ağır bir Şekilde maddi veya manevi zarar verirse, bu zararı karŐılayacak Şekilde tazmin edilmesi bunlardan birincisidir. Buna göre, evlilik birliği mutlak bir Şekilde bozulma sebebiyle boşanma durumunda, evliliğin sona ermesiyle karşı karşıya kalan davalının hiçbir boşanma talebinde bulunmaması veya kusur sebebiyle boşanma halinde kusurun tek bir eşe atfedilmesi durumunda tazminat söz konusu olabilmektedir.⁵²² Diğeri ise, evlilik birliği içinde eşlerden birinin kusurlu davranışta bulunarak eşine maddi veya manevi zarar vermesidir.⁵²³ Bir  nceki ile farklıdır. Zira birincide, iki boşanma çeşidini kapsamakta ve boşanmanın doğurduğu neticelerin ağır bir Şekilde zarar vermesi gerekmektedir. İkincide ise, boşanma çeŐitlerinin hepsini kapsamakta ve zararın ağır olma Şartı aranmadan⁵²⁴ evliliğin içinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

2.3.1.3.2. Nafaka

Fransız Medeni Kanunu'nda nafaka (prestation compensatoire); boşanma sebebiyle eşlerin yaşam koŐulları eŐitsiz hale gelmesi durumunda eşlerden birinin, geçimini ve devam ettirdiği yaŐantısının sürekliliğini temin etme maksadıyla, eşinden mal  gücü oranında talep edebileceği ödemedir.⁵²⁵ 01 Ocak 2005 yılında yürürlüğe giren kanunla, her eş nafaka talep etme hakkına sahip olmuştur.⁵²⁶ Bu kanundan önce bazı eşler, nafakadan yararlanmaları mümkün değildir. Zira Fransız hukuku, boşanan eşler arasında kusur yalnızca bir eşte toplanırsa⁵²⁷ veya evlilik birliğinin bitmesi için boşanma talebinde bulunan eŐe⁵²⁸ nafaka hakkı tanımamıŐtır.

⁵²² Code Civil (Medeni Kanun) 266. madde.

⁵²³ Code Civil (Medeni Kanun) 1240. madde.

⁵²⁴ Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 09-15.426 (12 Ocak 2011).

⁵²⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 270. maddesinin ikinci fıkrası.

⁵²⁶ Boşanmaya ilişkin, Journal Officiel de la R publique Française 122 (Resmî Gazete) (26 Mayıs 2004), Kanun No. 2004-439.

⁵²⁷ Ancien Code Civil (Eski Medeni Kanun) 280-1 madde.

⁵²⁸ Ancien Code Civil (Eski Medeni Kanun) 281. madde.

Nafakanın verilmesi ve miktarı hâkim tarafından takdir edilir. Her eş nafaka talep etme hakkına sahip olsa da, boşanmanın doğurduğu neticeler, eşlerin yaşam koşullarını düşürmeyecek ise veya boşanma sebebi olan kusur tek eşte toplanır ise, hâkim nafaka hakkının verilmemesine karar verebilir.⁵²⁹ Nafaka miktarı tek bir seferde ödenmesi gereken bir meblağdır (capital).⁵³⁰ Nafaka ödemek ile sorumlu olan eş, nafakanın tamamını bir seferde ödeyecek durumu bulunmuyor ise hâkim, ödeme koşullarında kolaylık tanımak adına sekiz yılı geçmeme kaydıyla, periyodik ödemeye karar verebilir.⁵³¹ İstisnai olarak hâkim, alacaklı olan eşin yaşı veya sağlık durumunu göz önünde bulundurarak, geçimini sağlamasının imkansız olması gerekçesiyle ömür boyu nafakanın (rente viagère) ödenmesine karar verebilir.⁵³²

2.3.1.4. Çocuklara İlişkin Neticeler

Evliliğin sona ermesiyle ebeveyn; çocukların beslenme, bakım ve terbiyesini evlilik birliğinde olduğu gibi birlikte idame etmeleri gerekir. Nitekim çocuklar reşit olsa dahi, boşanma bu sorumluluğu kaldırmaz.⁵³³ Reşit olan çocuğun beslenme, bakım ve terbiyesi çocuk meslek sahibi olup kendi ihtiyaçlarını karşılayabilene kadar ebeveynin sorumluluğundadır.⁵³⁴

Boşanmanın çocuklara ilişkin doğurduğu neticelerden bir diğeri ise velayet bahsidir. Esasen boşanma, ebeveynin reşit olmayan çocuklar hususunda velayet hakkının birlikte sürdürülmesine engel değildir.⁵³⁵ Ancak bazı durumlarda, çocuğun yararını gözetme gerekçesiyle hâkim, velayet hakkını ebeveynlerden yalnızca birine verme kararını alabilir.⁵³⁶ Velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn, çocuğun beslenme, bakım ve terbiye sorumluluğu devam eder.⁵³⁷

⁵²⁹ Code Civil (Medeni Kanun) 270. maddesinin üçüncü fıkrası.

⁵³⁰ Code Civil (Medeni Kanun) 270. maddesinin ikinci fıkrası.

⁵³¹ Code Civil (Medeni Kanun) 275. maddesinin birinci fıkrası.

⁵³² Code Civil (Medeni Kanun) 276. madde.

⁵³³ Code Civil (Medeni Kanun) 371-2. maddesinin ikinci fıkrası.

⁵³⁴ Cour de Cassation Chambre Civile 2 (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi), K. 96-11.410 (27 Ocak 2000);

Cour de Cassation Chambre Civile 1 (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), K. 06-10.950 (9 Ocak 2007).

⁵³⁵ Code Civil (Medeni Kanun) 373-2. maddesinin birinci fıkrası.

⁵³⁶ Code Civil (Medeni Kanun) 373-2-1. maddesinin birinci fıkrası.

⁵³⁷ Code Civil (Medeni Kanun) 373-2-1. maddesinin beşinci fıkrası.

2.3.2. İslam Aile Hukukunda Evliliğin Sona Ermesinden Doğan Neticeler

Evliliğin sona ermesinden doğan neticeleri, iddet ve çocukların bakım ve terbiyesi başlıkları altında inceleyebiliriz. Öncelikle iddet türleri ve arkasından Fransız yasalarındaki düzenlemeler hakkında bilgi aktarmaya çalışacağız.

2.3.2.1. İddet Terimi ve Çeşitleri

İddet kelimesi sözlükte belirli bir sayı, saymak veya bekleme müddeti anlamına gelir. Fıkıh terimi olarak; evliliğin ölüm veya karı-koca hayatı sürdürdükten sonra boşanma veya feshetmek suretiyle evlilik bağının sonlandırılması sebebiyle kadının başka birisiyle evlenebilmesi için beklemek zorunda olduğu müddettir.⁵³⁸ Nikâh akdinden sonra eşler arasında cinsel temas veya sahih halvet (eşlerin baş başa kalma durumu) gerçekleşmediyse kadın iddet beklemez. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de; *“Ey iman edenler! Mümin kadınlarla evlenme akdi yapıp da sonra, birleşmeden onları boşadığınızda onlar üzerinde, hesaplayıp bekleteceğiniz bir iddet hakkınız yoktur. Onları bir şeyler vererek memnun ediniz ve güzellikle boşayınız.”*⁵³⁹ buyrulur.

Kadının iddet beklemesinin hikmetlerinden birisi hamile olup olmadığını tespit etmektir. Bu sayede soybağının karışma ihtimali önlenmiş ve neslin muhafazası sağlanmış olur. Bununla birlikte koca, karısını ric'î talak ile boşadıysa kendisine bir düşünme ve dönme fırsatı oluşturur. İddet, kocanın vefatından kaynaklanıyorsa kadına, üzüntü ve kederi sebebiyle yas tutma imkânı sağlar. Ayrıca aile kurumunun şeref ve haysiyetinin önemini ve kocasına olan hürmet ve vefa duygularını ortaya çıkarmak iddetin hikmetleri arasında yer alır.⁵⁴⁰ Sayılan hikmetler yanı sıra iddet Allah Teâlâ tarafından gönderilen bir emirdir. Dolayısıyla kadının iddet beklemesi dinî bir vecibe mesabesindedir.

⁵³⁸ İsfahanî, *Müfredât*, 679; Ali b. Muhammed es-Seyyid eş-Şerîf Cürcânî, *Tarîfât: Arapça-Türkçe Terimler Sözlüğü*, çev. Arif Erkan, (İstanbul: Bahar Yayınları, 1997), 151; Bilmen, *İstulâhâtı Fıkhiyye*, 2/369.

⁵³⁹ el-Ahzâb 33/49.

⁵⁴⁰ Bilmen, *İstulâhâtı Fıkhiyye*, 2/394, ; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/491; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 466; Yaman, *İslâm Aile Hukuku*, 108.

2.3.2.1.1. Talâk veya Fesih ile Boşanan Kadının İddeti

Evliliğin boşanma veya fesih ile sona ermesi sonucunda kadının iddeti Kur'an'da şöyle ifade edilir: “*Boşanan kadınlar kendi başlarına üç hayız süresince beklerler...*”⁵⁴¹ Hayız olarak tercüme edilen kuru' kelimesi kar' kelimesinin çoğuludur. Sözlükte kar' kelimesi hayız dönemi anlamını ifade ettiği gibi hayız döneminden temizlenme anlamına da gelir.⁵⁴² Hanefilere göre kuru' hayız anlamındadır.⁵⁴³ Böylece kadın normal bir şekilde hayız görüyorsa üç hayız müddeti beklemesi gerekir bu da yaklaşık üç aya tekabül eder. Boşanma kadının hayız döneminde gerçekleşmişse –bid'î talaktır sünnete aykırı olmakla birlikte geçerli olduğunu daha önce ifade etmiştik– içinde boşandığı hayız, iddet süresine katılmaz.⁵⁴⁴ Fransız aile yasalarında hakim kararıyla boşanan eski kanuna göre kadın üçyüz gün beklemeden yeni bir evlilik yapamazdı.

2.3.2.1.2. Kocasını Vefat Eden Kadının İddeti

Evlilik sahit bir nikâh akdine dayanıyorsa –cinsel ilişkinin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın– kocası vefat ederse kadın, “*İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları eşleri kendi başlarına dört ay on gün beklerler.*”⁵⁴⁵ ayeti gereğince iddeti dört ay on gün olarak bekler.⁵⁴⁶ Ancak kadın hamile ise iddeti doğum ile sona erer.⁵⁴⁷ Evlilik fasit bir nikâh akdine dayanıyor ve cinsel temas gerçekleşmişse kadın vefat iddeti değil talak iddeti bekler.⁵⁴⁸

2.3.2.1.3. Hamile Kadının İddeti

Kadının hamile olması halinde evlilik, vefat veya boşanma ile sonlanırsa iddet müddeti doğum gerçekleşinceye kadar devam eder. Nitekim Kuran-ı Kerîm'de

⁵⁴¹ el-Bakara 2/228.

⁵⁴² İsfahanî, *Müfredât*, 841,842.

⁵⁴³ Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, 3/424; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid*, 2/487; Cezîrî, *el-Fıkh 'ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, 4/477.

⁵⁴⁴ Serahsî, *Mebûsût*, 6/27; Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, 4/201; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, 3/454.

⁵⁴⁵ el-Bakara 2/234.

⁵⁴⁶ Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi'*, 3/418, 419; Bilmen, *İstlâhâtü Fıkhıyye*, 2/374; Zühaylî, *İslâm Fıkh Ansiklopedisi*, 9/501; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 469.

⁵⁴⁷ et-Talâk 65/4.

⁵⁴⁸ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3/336; Zühaylî, *İslâm Fıkh Ansiklopedisi*, 9/501.

“Gebe olanların bekleme süreleri ise doğum yapımlarıyla sona erer.”⁵⁴⁹ buyrulur. Kadının düşük yapması halinde bakılır; düşüğün yaratılışı yani şekli belirgin ise iddet sona erer. Aksine yaratılışı belirgin değil ise düşükle iddet sona ermez. Zira şüphe ile iddet sona ermez. Dolayısıyla kadın boşanmışsa talak iddeti, kocası vefat ettiyse ölüm iddetini bekler.⁵⁵⁰ Fransız yasalarında hamile bir kadının dahi -modern tekniklerle çocuğun kime ait olduğunun belirlenebileceği gerekçesiyle- başka biriyle evlilik kurabilmesi mümkündür.

2.3.2.1.4. Küçüklerin ve Yaşlıların İddeti

Küçüklükten dolayı henüz hayız görmemiş olan veya yaşlılıktan dolayı hayızdan kesilmiş olan kadının iddeti üç aydır. Zira Alla Teâlâ onlar hakkında şöyle buyurur: “Kadınlarınızdan âdetten kesilmiş olanlar ile âdet görmeyenler hakkında tereddüt ederseniz onların bekleme süresi üç aydır.”⁵⁵¹

2.3.2.1.5. Hiç Hayız Görmeyen Kadının İddeti

İlk hayız görmeye başlama en erken dokuz yaş en geç on beş yaş, hayızdan kesilme ise elli beş yaş olarak tespit edilmiştir.⁵⁵² Ancak biyolojik sebeplerden dolayı bazen hiç hayız görmeyen veya bir kaç defa görüp kesilmiş kadınlar da olabilir. Bu durumda olan kadınların iddeti hususunda âlimler farklı içtihatlarda bulunmuştur. Hanefî ve Şâfiîler hayız görünceye veya hayızdan kesilme yaş sınırına ulaşınca kadar beklemelerinin gerektiğini ifade ederken Mâlikî ve Hanbelîler iddet süreleri on iki ay olduğunu açıklamışlardır. Böylece kadın hamile ise doğum ile tespit edilmiş olur geriye kalan süre de ihtiyat payıdır.⁵⁵³

Fukaha, ikinci görüşün daha isabetli olduğunu belirtir. Zira kadın boşandıktan sonra yeniden evlenebilmesi için –kadının ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmaksızın– elli beş yaşına kadar evlilik nimetinden mahrum kalması kadın

⁵⁴⁹ et-Talâk 65/4.

⁵⁵⁰ Bilmen, *Istılâhâtü Fıkhıyye*, 2/375; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/498; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 469.

⁵⁵¹ et-Talâk 65/4.

⁵⁵² Kâsânî, *Bedâi’u’s-Sanâi’*, 10/93, 94; Cezîrî, *el-Fıkh ‘ale’l-Mezâhibi’l-Erba’a*, 2/313-315.

⁵⁵³ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l Müctehid*, 2/490, 491; Cezîrî, *el-Fıkh ‘ale’l-Mezâhibi’l-Erba’a*, 2/476-481; Bilmen, *Istılâhâtü Fıkhıyye*, 2/373; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/503; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 470, 471; Yaman, *İslâm Aile Hukuku*, 110, 111.

için bir zulüm olabilir. Ayrıca bu kadar uzun bir iddet, koca için ağır bir külfet olacaktır. Nitekim koca, iddet süresince kadının nafakasını ödemek mecburiyetinde olacaktır. Hal böyle olunca kadının iddetini on iki ay olarak belirlemek hem iddetin hikmetlerinin yerine getirilmesi bakımından hem de ilgili kişilerin menfaatini göz önünde bulundurmak bakımından daha uygun olacaktır. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi bu durumda olan kadınların iddetini dokuz ay olarak belirleyerek Mâlikî ve Hanbelîlerin görüşüne yakın bir hüküm kanunlaştırmıştır.⁵⁵⁴

2.3.2.1.6. Gayri Müslim Kadının İddeti

Müslüman bir erkekle evlenen ehl-i kitap kadının iddeti, tıpkı müslüman bir kadının iddeti gibidir. Dolayısıyla müslüman bir kadın evliliğin sona ermesiyle iddetin hangi çeşidini beklemesi gerekiyorsa müslüman olmayan kadın da aynı iddeti bekler.⁵⁵⁵

2.3.2.2. İddetin Hukuki Neticeleri

2.3.2.2.1. Evlenme Yasağı

İddet bekleyen kadın başka birisiyle evlenemez hatta kendisine evlilik teklifinde bulunulması caiz değildir. Bu husus Kur'an-ı Kerim'de şöyle açıklanır: “*Meşrû söz söylemeniz dışında onlarla gizli sözleşme yapmayın. Bekleme emri süresine ulaşmadıkça evlenme akdi yapmaya kalkışmayın.*”⁵⁵⁶ Ancak vefat iddeti bekleyen kadına üstü kapalı evlilik teklifinde bulunmakta bir sakınca yoktur. Zira kocası ölen kadın hakkında Allah Teâlâ aynı ayette şöyle buyurmuştur: “*Bu kadınlarla evlenme isteğinizi üstü kapalı bildirmenizde veya içinizde saklamanızda bir sakınca yoktur.*”

⁵⁵⁴ Heyet, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 140. madde.

⁵⁵⁵ Serahsî, *Mebûsût*, 6/24; Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi'*, 3/418; Bilmen, *Istılâhâtü Fıkhıyye*, 2/384.

⁵⁵⁶ el-Bakara 2/235.

2.3.2.2.2. İddet Nafakası

Ölüm iddeti bekleyen kadın, kocasının mirasından belli bir pay alacağından ayrıca iddet nafakası gerekmez.⁵⁵⁷ Boşanma veya fesih iddeti bekleyen kadın ise nafaka hakkına sahiptir. Buna göre koca iddet süresince kadının yiyecek, giyecek ve barınma ihtiyaçlarını karşılama yükümlülüğü vardır. Nitekim ayette şöyle ifade edilir: “*Ey peygamber! Kadınları boşayacağınız zaman iddetlerini gözeterek boşayın ve bekleme sürelerini iyice hesap edin. Rabbiniz Allah’a saygısızlıktan sakının. Apaçık bir hayâsızlık yapmış olmadıkça onları evlerinden çıkarmayın, kendileri de çıkmassınlar.*”⁵⁵⁸ ve “*O kadınları, durumunuza uygun olarak kendi oturduğunuz yerde oturtun ve onların imkânlarını daraltmak yoluyla kendilerine zarar vermeye kalkışmayın. Eğer gebe iseler, doğum yapıncaya kadar nafakalarını karşılayın.*”⁵⁵⁹ Ayetlerden de anlaşıldığı üzere kadın iddet süresince mesken güvencesine sahip olduğu için iddetini koca evinde tamamlar.

2.3.2.2.3. İddet Süresi İçinde Doğan Çocuğun Nesebi

Kadının iddet süresi içinde doğan çocuğun nesebi kendisini boşayan veya vefat

eden kocadan sabit olur.⁵⁶⁰ Ancak bunun için doğum, nesebin sübutu başlığı altında belirttiğimiz gibi, hamileliğin en kısa süresi (altı ay) ve en uzun süresi (bir yıl) içinde gerçekleşmiş olmalıdır.

2.3.2.2.4. İddet Süresi İçinde Mirasın Sübutu

İddet süresi içinde ric’î talak ile boşanan eşlerden biri vefat ederse eşler birbirine mirasçı oldukları hususunda ittifak vardır. Boşamanın sağlıklı iken veya ölüm hastalığı (maraz-ı mevt) esnasında gerçekleşmesi sonucu değiştirmez. Zira ric’î talakta iddet bitmeden nikâh izale olmaz. Bâin talak ile boşanan eşlerden birisi iddet süresi içinde vefat ederse birbirlerine mirasçı olamazlar. Ancak kadın razı olmadığı

⁵⁵⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/350; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/517.

⁵⁵⁸ et-Talâk 65/1.

⁵⁵⁹ et-Talâk 65/6.

⁵⁶⁰ Kâsânî, *Bedâi’u’s-Sanâi*, 10/479, 480; Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/353 vd.; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 9/520, 521.

halde kocası ölüm hastalığı esnasında onu boşamışsa fakihlerin çoğunluğa göre kadın mirasçı olur. Şafîilere mirasçı olmadığı görüşündedirler. Kadın boşamaya rıza göstermişse mirasçı olmadığı hususunda icma edilmiştir.⁵⁶¹

2.3.2.3. Çocukların Bakımı ve Terbiyesi

Evliliğin sona ermesinden meydana gelen neticeler arasında çocuğun nesebi ile ilgili hükümlere daha önce yer verdiğimiz için burada ayrıca ele almayacağız. Bu başlık altında hadâne veya hıdâne⁵⁶² olarak ifade edilen çocuğun bakımı ve terbiyesi üzerinde duracağız.

Hadâne; çocuk veya çocuk hükmünde olan akıl hastası (mecnun) ve bunak (matuh) gibi bir sebeple kendi bakımını üstlenemeyecek kadar aciz olanların, bakım ehliyetine sahip olan kişiler tarafından himaye ve terbiye edilmek, yeme, içme, giyim, temizlik ve uyku düzenlerini temin etme sorumluluğunu ifade eder.⁵⁶³

2.3.2.3.1. Hadâne Hakkına Sahip Olmak İçin Gereken Şartlar

Hadâne hakkına sahip olmak, bazı şartların mevcudiyetine bağlıdır. Bu şartların belirlenmesinde, çocuğun menfaati ve güzel yetiştirilmesi gözetilmiştir. Buna göre çocuğa bakacak kişinin müslüman,⁵⁶⁴ hür, baliğ, akıl, bu sorumluluğu yerine getirmeye muktedir ve çocuğun hayat, sıhhat ve ahlakını koruyabilecek güvenilir bir kişi olması gerekir.⁵⁶⁵ Bununla birlikte, İslam hukuku hadâne hakkını öncelikli olarak; sevgi, şefkat ve merhamet duyguları fitrî olarak gelişmiş olan anneye tanımıştır. Nitekim bir kadın Peygamber efendimize (s.a.v.) gelerek, “Ey Allah’ın Elçisi! Şu benim oğlumdur. Karnım ona yuva, göğsüm pınar, kucağım da bir sığınak oldu. Şimdi ise babası beni boşadı ve onu benden çekip ayırmak istiyor.” diye şikayette bulunması üzerine O (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: “*Başkası ile evlenmediğin sürece onun üzerinde önce sen hak sahibisin.*”⁵⁶⁶ Hadisten de

⁵⁶¹ Serahsî, *Mabsût*, 6/235-237; Kâsânî, *Bedâi’u’s-Sanâi*, 10/496, 497; Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/156, 157.

⁵⁶² Cürcânî, *Tarîfât*, 87.

⁵⁶³ Bilmen, *İstılâhâtü Fıkhiyye*, 2/425; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 391.

⁵⁶⁴ Hanefîlerde annenin müslüman olmaması hadâne hakkını sakıt etmez. Bknz. Serahsî, *Mabsût*, 5/332, 333.

⁵⁶⁵ Bilmen, *İstılâhâtü Fıkhiyye*, 2/432, 433; Hallâf, *Ahkâmü’l-Ahvâli’s-Şahsiyye*, 195, 196; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 10/53, 54; Çeker, *İslâm Hukukunda Çocuk*, 142.

⁵⁶⁶ Ebû Dâvûd, “Talâk”, 35 (No. 2276); Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 4/97 (No. 5332).

anlaşıldığı üzere, annenin hadâne hakkına öncelikli olarak sahip olabilmesi için mahrem birisiyle evli olmaması gerekir.

Anne bulunmadığı veya hadâne ehliyetine sahip olamadığı durumda söz konusu hak sırasıyla anneye, babaanneye, kız kardeşlere, teyzelere, kız kardeşin kızlarına, halalara geçer.⁵⁶⁷ Bunlardan hiçbirisi bulunmaz veya hadâne ehliyetine sahip olan olmaz ise hadâne hakkı erkeğe geçer. Bu hak sırasıyla baba, dedeler, erkek kardeşler, erkek kardeşin oğullarına, amcalara geçer.⁵⁶⁸

2.3.2.3.2. Hadâne Müddeti

Hadâne, çocuğun bakımı ve terbiyesi ile ilgili bir sorumluluk olması sebebiyle bunun müddeti çocuğun buna olan ihtiyacına göre belirlenmiştir. Fıkıh âlimleri hadâne müddetini, çocuğun kimseye ihtiyaç duymadan kendi başına yemek yiyebileceği, kıyafetlerini giyebileceği ve kendi temizliğini yapabileceği yaşa ulaşma olarak tespit etmişlerdir. Bu sürenin sonunda çocuk genellikle babaya teslim edilir.⁵⁶⁹ Hadâne süresini belirlerken mezhepler farklı görüşler belirtmekle birlikte cinsiyet ayrımında da bulunmuştur. Buna göre Hanefîler, erkek çocuğun yedi-dokuz yaşlarına ulaşmakla hadâne müddetinin biteceğini ifade ederken kızların buluşa erinceye kadar bu sürenin devam edeceğini açıklamışlardır.⁵⁷⁰ Mâlikîler, erkekler buluş çağına kadar, kızlar evleninceye kadar hadâne süresinin devam edeceğini belirtmişlerdir.⁵⁷¹ Şâfîiler erkek kız ayırt etmeden yedi-sekiz yaşına kadar hadâne süresinin devam edeceğini bu süreden sonra çocukların muhayyer olduğunu yani anne ve baba arasında tercih yaparak hangisinin yanında kalacağını tercih edebileceğini ifade etmişlerdir.⁵⁷² Hanbelîler, erkek ve kız çocukların yedi yaşına ulaşınca hadâne müddetinin sona ereceğini belirtirken bu süreden sonra erkek çocukların muhayyer

⁵⁶⁷ Serahsî, *Mebûât*, 5/332-335; Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/14; Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhıyye*, 2/428.

⁵⁶⁸ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/369; Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhıyye*, 2/428, 429; Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâli's-Sahsiyye*, 195.

⁵⁶⁹ Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi*, 5/212-214; Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/268, 269.

⁵⁷⁰ Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi*, 5/213; Mevsilî, *el-İhtiyar*, 3/269; Cezîrî, *el-Fıkh 'ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, 4/523; Bilmen, *İstulâhâtü Fıkhıyye*, 2/435.

⁵⁷¹ Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415/1994), 2/258.

⁵⁷² Şâfîî, *el-Ümm*, 6/239.

olduğunu, kız çocukların evleninceye kadar babalarının yanında kalacağını söylemişlerdir.⁵⁷³

2.3.2.3.3. Hadâne Masrafı

Hadâne masrafları tıpkı nafaka gibidir. Binaenaleyh çocuğun kendi malı varsa ondan karşılanır. Kendi malı bulunmuyorsa masrafları, nafaka sorumluluğu olan baba yüklenir. Eğer baba yoksa veya fakir ise sırasıyla nafaka borçlusuna hısımlara intikal eder.⁵⁷⁴

Değerlendirme

Fransız aile hukuku ve İslam aile hukukunda evliliğin sona ermesinden meydana gelen neticeleri incelerken birçok farklılıkların mevcut olduğuna müşahade edilmiştir. Esasen bu farklılıkların ekseriyeti söz konusu hukuk sistemlerinin evlilikte eşlere yüklediği sorumlulukların farklı olmasıyla ilgilidir.

Daha önce ifade ettiğimiz gibi Fransız hukuku eşler arasında ayırım yapmadan eşlere eşit hak ve sorumluluklar yükler. İslam hukukunda ise kadın ve erkek arasında adil bir paylaşım yapılır. Zira kadın ve erkeğin farklı yaratılış özellikleri esas alınarak kudret ve kabiliyetleri nispetinde hak ve sorumluluklar belirlenmiştir. Söz gelimi Fransız Medeni Kanun'unda ailenin geçimini eşler güçleri oranında karşılarken İslam aile hukukunda her türlü mali giderler ile sorumlu olan kocadır.

İki hukuk sisteminde boşanmanın eşlere yönelik en önemli neticesi evlilik birliğinin sonlanmasıdır. Fransız aile hukukunda evlenmenin sona ermesi halinde kadın olsun erkek olsun boşanmanın ardından hemen evlenebilirken, İslam aile hukukunda kadın-erkek ayrımında bulunulmuştur. Kadın iddet süresi bitmeden başka birisiyle evlenemez erkek ise boşanmanın ardından hemen evlenebilir. Her iki hukuk sisteminde evlenmeden meydana gelen hısımlık boşanmayla devam eder.

Fransız aile hukukunda eşlerden biri diğer eşinin soyadını aldıysa boşanınca evlilik ile kazandığı soyadını bırakır. Soyadı örfi bir mesele olduğu için İslam

⁵⁷³ Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğni* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye 1403/1983), 9/300-303.

⁵⁷⁴ Zeynüddin b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısıfî İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râ'ik Şerhu Kenzi'd-Dekâik* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997), 4/281; Bilmen, *Istîlâhâtü Fıkhiyye*, 2/441; Zühaylî, *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, 10/53, 54.

hukukunda böyle bir uygulamaya rastlanmaz. İslam hukukunda evlenmek reşit olma durumunu etkilemezken Fransız hukukunda evlenen kişiler reşit sayılırlar ve boşansalar dahi reşit olma hali devam eder. Fransız Medeni Kanunu'na göre eşler boşanınca mirasçılık hakları sakıt olur. İslam hukukunda boşanma ric'î talak ile gerçekleşmişse iddet süresi içindeyken eşlerden biri vefat ederse hayatta kalan eş mirasçı olur. Ama baîn talak ile evlilik sonlandırıldıysa Fransız aile hukukunda olduğu gibi veraset hakları sakıt olur.

Fransız hukukunda eşler arasında evlilik sözleşmesi yapılmadıysa edinilmiş mallara katılma rejimi kuralları gereğince evlilik sürecinde alınan mallar eşit bir şekilde paylaşılır. İslam hukukunda ferdi mülkiyet esas olması sebebiyle her birinin kazandığı kendisine aittir. Fransız hukukunda bu uygulamaya en yakın rejim, mal ayrılığı (séparation de biens) rejimidir.

Fransız hukukunda boşanma neticesinde, eşlerden birinin yaşam koşullarının zayıflamasından oluşan sorunların giderilmesi maksadıyla nafaka talebinde bulunabilir. Bununla birlikte eşlerden biri diğerine maddi veya manevi bir zarar vermesi durumunda tazminat talebinde de bulunabilir. İslam hukukunda da evliliğin sona ermesi durumunda nafaka söz konusudur fakat tazminat uygulaması yoktur. Fransız hukukundan farklı olarak nafaka hakkına sahip olan yalnızca kadındır. Zira evlilik süresince nafaka ile yükümlü olan kocadır. Yine Fransız hukukundan farklı olarak nafaka yaşam standartların zayıflamasıyla ilişkilendirilmez. Kadın zengin olsa bile nafaka hakkı sakıt olmaz. Ayrıca İslam hukukunda nafaka belirlenen bir sermaye şeklinde değil iddet süresi boyunca ödenen, iddetin bitmesiyle de sona eren bir yükümlülüktür.

İslam hukukunda kadının haklarından ve evliliğin bir neticesi olan mehir muaccel (peşin) ve müeccel (vadeli) olarak ikiye ayrılır. Evliliğin sona ermesiyle müeccel olan mehir muaccele dönüşür. Fransız hukukunda böyle bir uygulama yoktur.

Evliliğin sona ermesi halinde çocukların hangi ebeveyne verileceği hususunda her iki hukuk sistemi çocukların menfaatini öncelemiştir. Fransız hukukunda ebeveyn birlikte velayet hakkına sahip olabilirler. Boşanan eşler anlaşabildikleri takdirde hâkimin kararına ihtiyaç duyulmaz. Fakat boşanan eşler anlaşamazlarsa

çocuğun menfaati göz önünde bulundurarak hâkim, velayet hakkının kimde olacağına karar verir. Çocukların nafakasını ebeveyn birlikte idame ettikleri için velayet hakkını kaybeden ebeveynin nafaka yükümlülüğü düşmez. İslam hukukunda çocukların bakım ver terbiyesi hususunda ilk hak sahibi annedir. Hadâne süresi sona erince çocuklar babaya verilir. Evlilik sürecinde olduğu gibi boşanma halinde de çocukların nafakası babanın sorumluluğu altındadır.



SONUÇ

Bu çalışmada Fransız aile hukuku ve İslam aile hukuku mukayese edilerek; mutabık/örtüşen, benzeyen ve farklılık gösteren hükümler ya da düzenlemeler tespit edilmeye gayret edilmiştir. Ulaşılan neticeler şu şekilde özetlenebilir:

1. İki hukuk sisteminde *nişanlanma* yaşı hususunda bir sınırlama bulunmadığı tespit edilmiştir. Nişan yalnızca bir vaad olduğu için her iki hukukta da taraflar, verilen sözden rucû etme hakkına sahip olmaktadır.

Fransız aile hukukunda nişanın bozulmasından kaynaklanan maddi ve manevi zararlar, zarar veren tarafa tazmin yükümlülüğü doğurmaktadır. Klasik İslam fıkıh literatüründe nişanın bozulması durumunda zararın tazminine yönelik bilgilere yer verilmemiş ancak bazı çağdaş âlimler zarar gören tarafın tazminat talebinde bulunabileceğini söylemektedirler.

Fransız aile hukuku ve İslam aile hukuku nişanın bozulmasıyla istikbalde evlenmek niyetiyle alınan ve verilen hediyelerin iade edilmesi gerektiği hususunda hemfikirdir. Ancak modern Fransız aile hukuku, nişan yüzüğünü değerli bir hediye telakki etmediğinden fahiş bir bedelde olmaması veya aile yadigârı olmaması şartıyla iade edilmesini gerekli görmemektedir.

2. Günümüz Fransız aile hukuku ve İslam aile hukuku kız tarafının çeyiz hazırlamakla yükümlü olmadığı hususundaki yargıları örtüşmektedir.

3. Fransız aile hukukunda evlenmeden de aile kurulabileceğini kabul ederken İslam aile hukuku eski Fransız aile hukuku gibi meşru yolla aile kurmanın ancak evlilikle mümkün olabileceğini kabul etmektedir.

4. Evlenmenin hukuki niteliği konusunda Fransız aile hukuku hem sözleşme niteliği bulunan hem de kurum niteliğini barındıran hukuki bir işlem olarak değerlendirilmektedir. İslam aile hukukunda nikâhın kendine has özelliklerin bulunduğu ifade edilmekle birlikte bir akit olarak telakki edilmektedir.

5. Tarafların cinsiyetiyle ilgili günümüz Fransız hukukunda herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Taraflar ayrı cinsiyette olabileceği gibi aynı cinsiyette de olabilir. İslam aile hukukunda evliliğin mümkün olabilmesi için tarafların ayrı cinsiyette olmaları icap etmektedir.

Fransız aile hukukunda velinin iznine ihtiyaç duymadan tarafların evlenebilmeleri için her ikisinin de 18 yaşını tamamlamış olmaları gerekmektedir. Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi erkeklerin evlenme ehliyetini kameri yılla 18 yaş, kızların ise 17 yaş olarak belirlediği tespit edilmiş olup kısmî manada farklılıktan bahsedilebilir.

6. İki hukuk sisteminde nikahın kısıllanması için taraflar arasında devamlı evlenme engellerinin bulunmaması gerekmektedir. Soy bağı ve kayın hısımlığına ilişkin evlenme engelleri arasında uyum söz konusu olmakla birlikte hükmün mutlak olup olmadığı hususunda iki hukuk ayrılmaktadır. Zira Fransız aile hukukunda devamlı evlenme engeline rağmen zaruri gerekçelerle bazı evliliklere izin verilmektedir. İslam aile hukukunda devamlı evlenme engelleri mutlakdır dolayısıyla özel durum veya istisnai sebeplerden bahsedilememektedir.

7. Fransız aile hukukunda evlatlık müessesesinin yasal olmasından dolayı, evlatlık olmak sıhrî bakımdan devamlı evlenme engelleri arasında sayılması yönüyle İslam hukukundan tamamen farklı olduğu tespit edilmiştir.

8. İslam aile hukukuna özgü olan süt akrabalığından doğan evlenme engeli, Hristiyanlık ve Yahudilikte böyle bir akrabalıktan bahsedilmediğinden, Fransız aile hukukunda bir engel olarak yer almadığı tespit edilmiştir.

9. Fransız aile hukukunda geçici evlenme engelleri yalnızca bir şekilde tezahür edebilmektedir. Bu da taraflardan birinin başkasıyla evli olmasıdır. Fransa’da evlilik kurumu tek eşlilik prensibi üzerine kurulmaktadır. Dolayısıyla İslam aile hukukunda mevcut olan çok eşlilik ile ilgili olan geçici evlenme engelleri Fransız aile hukukunda bulunmamaktadır.

10. Fransız aile hukukunda din farkı evlenme engeli teşkil etmezken İslam aile hukuku –diğer dinlerde olduğu gibi– evlenme engeli telakki edilmektedir. Diğer dinlerden farklı olarak İslam, müslüman erkeğin ehli kitap kadınlarıyla evlenmesine izin vermektedir.

11. Fransız aile hukukunda evliliği sona eren kadının yeniden evlenebilmesi için artık iddet beklemesi gerekmezken İslam aile hukukunda kadın iddet süresini bitirmeden yeni bir evlilik yapamamaktadır.

12. Evliliğe dönük irade beyanı iki hukuk sisteminde de nikâhın kurucu unsurları arasında yer almaktadır. Her iki hukukta kullanılan ifadeler herkes tarafından anlaşılmasına imkan veren ayrıca tereddüte ve belirsizliğe meydan bırakmayacak bir kesinlik taşıması gerekmektedir. İki hukukun ayrıştığı husus *vekâlet* ile ilgilidir. Fransız aile hukukunda taraflar nikâh esnasında bizzat hazır bulunmaları gerekirken İslam aile hukukunda vekil tayin etmek suretiyle evlenmek mümkün olabilmektedir.

İki hukuk sisteminde evliliğe dönük irade beyanı bilinçli, serbest, hataya mahal vermeyecek şekilde açık ve hakiki olmasına bağlanmaktadır. Mezhepler arasındaki ihtilafları bir kenara koyacak olursak iki hukuk sisteminde uyumlu hükümlerin mevcut olduğu söylenebilmektedir.

13. Her iki hukuk sisteminde de nikah akdi esnasında şahitlerin bulundurulması hususunda uyumlu hükümlerin mevcut olduğu tespit edilmiştir. Zira iki hukuk sisteminde de en az iki şahidin hazır bulunması gerekmektedir. Ancak, şahitlerin vasıfları konusunda ise farklı koşullar belirlenmektedir. Fransız aile hukukunda şahitlerin âkil ve reşit olmalarıyla iktifa edilirken İslam aile hukukunda âkil ve bâliğ olmalarının yanında müslüman olma şartı aranmaktadır. Ayrıca cinsiyet ayrımında bulunularak iki erkek veya bir erkek iki kadından oluşması gerekmektedir. Fransız aile hukuku cinsiyet ayrımında bulunmamaktadır.

14. Fransız aile hukukunda evliliğin gerçekleşebilmesi için şekil şartları aranmaktadır. Buna göre bazı evrakların teslimi, tarafların dinşenmesi ve resmi ilanda bulunulması gerekmektedir. İslam aile hukukunda şekil şartları bulunmazsada Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi nikâh akdinin devlet denetimi altına almak amacıyla resmi tescili şart koşmaktadır.

15. Evlilikten doğan hak ve sorumluluklara gelince Fransız aile hukuku bunları belirlerken kadın-erkek eşitliğini hedeflemektedir. İslam hukuku ise kadın-erkek fitratı ve kabiliyetleri esas almaktadır. Dolayısıyla iki hukuk sisteminde hak ve sorumlulukların ayrıştığı tespiti edilmiştir. Örneğin Fransız aile hukukunda ailenin maddi ihtiyaçlarını eşler birlikte gidermektedirler. Çocukların bakım ve eğitim masrafları eşler güçleri nispetinde katılmaktadırlar. İslam aile hukukunda evliliğin sonucu olarak karşımıza çıkan mehir uygulaması Fransız aile hukukunda

bulunmamaktadır. Ayrıca İslam aile hukuku eşlerin fitrat yapısını ve sorumluluklarını göz önünde bulundurarak ailenin geçim masraflarını kocaya yüklemektedir.

16. İki hukuk sisteminde evlilikten beklenen huzur ve iyi geçimin sağlanması için uyulması gereken saygı, sadakat, birbirine destek olma, iyi davranışlarda bulunma gibi bazı esaslara uymak gerekmektedir.

17. Nesebin sübutu ile ilgili iki hukuk sisteminde benzer hükümler mevcuttur. Söz gelimi anne ve çocuk arasındaki neseb ilişkisi doğum ile sabit olmaktadır. Baba ve çocuk arasındaki neseb ilişkisi ise evlilik içinde doğduğu takdirde nikâhında bulunan kocaya kendiliğinden bağlanmaktadır. Evlilik içinde doğmadıysa her iki hukukta ikrar yoluyla neseb ilişkisi kurulabilmektedir. İki hukuk sistemi arasında nesebe ilişkin farklılık arz eden hükümler evlatlık müessesesi ile ilgilidir. Fransız aile hukuku evlatlık müessesesini bir neseb kaynağı olarak tanıırken İslam aile hukuku evlatlık müessesesini caiz görmediğinden neseb kaynağı olarak kabul etmemektedir.

18. İki hukuk sistemi arasında boşanma yetkisine ilişkin farklı hükümler bulunmaktadır. Fransız aile hukuku boşanma yetkisini eşlerden herhangi birinin; hakim veya noter huzurunda kullanabilirken İslam aile hukuku boşama yetkisini prensip olarak kocaya vermektedir. Bununla birlikte kadın, hakime başvurarak veya kocasından boşanma yetkisi devralarak boşanmayı talep edebilmektedir.

19. İki hukuk sisteminde boşanmanın eşlere yönelik en önemli neticesi evlilik birliğinin sona ermesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Fransız aile hukukunda evlenmenin sona ermesi halinde cinsiyet fark etmeksizin boşanmanın ardından hemen evlenebilirken, İslam aile hukukunda kadının yeniden evlenebilmesi için iddet süresi beklemesi gerekmektedir.

20. İki hukuk sisteminde evlenmeden meydana gelen hısımlık boşanmayla devam etmektedir.

21. Fransız aile hukukunda ve İslam aile hukukunda bain talak ile evlilik sona erdiyse miras ile ilgili haklar sakıt olmaktadır.

22. Fransız aile hukukunda evlilik sürecinde alınan mallar eşit bir şekilde paylaşılmaktadır. İslam aile hukukunda ferdi mülkiyet esas olması sebebiyle her birinin kazandığı kendisine ait olmaktadır.

23. İki hukuk sistemi arasında boşanma neticesinde meydana gelen nafaka hakkına ilişkin hükümler farklılık arz etmektedir. İslam aile hukukunda nafaka hakkına sahip olan yalnızca kadın iken Fransız aile hukukunda cinsiyet ayrımı yapılmamaktadır. Bununla birlikte İslam aile hukuku nafakayı yaşam standartlarının zayıflamasıyla ilişkilendirilmemektedir. Dolayısıyla kadın zengin olsa da nafaka hakkı sakıt olmamaktadır. Ayrıca İslam aile hukukunda nafaka iddet süresinin bitmesi ile sonlanırken Fransız aile hukukunda nafaka sermaye şeklinde verilmektedir.

Çalışmamızın neticesinde, tarihten bugüne Fransız aile hukukunda birçok değişimin olduğu tespit edilmiştir. Esasen bu değişim toplumun değişimi ile orantılı olarak gelişmektedir. Hukukun, toplumsal değişimlere göre değiştiği ve geliştiği bilinen bir gerçektir. Eski Fransız hukukunda kilise hukukunun tesiriyle aile kurumunun birtakım sınırlamalara ve yasaklamalara yöneldiği ve kadın-erkek arasında derin eşitsizlikler içeren düzenlemelere sahip olduğu tespit edilmiştir. Kadınlar hukuki ehliyeti kısıtlı olarak değerkendirilmiş ve evlilik öncesinde baba, evlilik sonrasında ise koca kadının hukuki temsilcisi olarak kabul edilmiştir. Cinsiyet üzerinden yapılan bu önemli ayırım, kadınların yeni haklar kazanmak ve özgürleşmek için –haklı olarak– mücadelede bulunmalarına sebep olmuştur. Ancak bu mücadele bazı kötü niyetli ideolojik hareketlere malzeme yapılarak din karşıtı bir harekete dönüşmüştür. Kadına yönelik kısıtlamaları getirenin din olduğu kabulüyle dini değerlerin aşağılanmasına zemin oluşturulmuştur. Eşitlik adına kadın ve erkeğin fitri özellikleri yok sayılarak aile kurumuna zarar verecek görüşlerin yayılmasına sebep olmuştur. 1905 yılında Fransız hukuku kilise hukukundan ayrılmış ve devlet laik bir karakter kazanmıştır.

İslam aile hukukunda ise bu denli köklü bir değişim veya gelişmeden bahsetmek mümkün değildir. İslam hukuku dinamik bir hukuk olmakla birlikte, ilk iki kaynağı olan Kitap ve Sünnet'te aile hukuku ile ilgili ayrıntılı hükümlere ayrıntılı bilgilere yer verilmesi sebebiyle aile yapısının değişmesinin önüne geçmiştir. Ayrıca İslam kadın ve erkeğe insan ve kul olma bakımından eşit tutmakla birlikte evlilikle kazandıkları hak ve yüklendikleri sorumluluklar cinsiyetlerin farklı fiziki yapıları, özellikleri ve kabiliyetleri hesaba katılarak belirlenmiştir. Dolayısıyla kadın ve

erkeğe belirlenen hak ve sorumlulukların farklı olması kadın-erkek eşitsizliği olarak değerlendirmek bir yanlıdır. Zira bunlar bir bütünün parçalarıdır ve birbirlerinin tamamlayıcısı konumundadır. Kanaatimizce, evliliğin sürekliliği, eşler arasında iyi geçimin ve aile içi huzur ve mutluluğun temini için fitratın esas alınması elzemdir.

Fransız hukukunun toplumsal değişmelere göre geliştirilmesi nedeniyle Medeni Kanun birçok düzenlemeye maruz kalmıştır. Evliliğin şekil şartları zamanla kolaylaştırılmış, evliliğin sonuçları hususunda eşlerin eşit ve özgür olmaları sağlanmıştır. Ayrıca PACS ve nikâhsız birliktelikler hukuk tarafından tanınarak evliliğe alternatifler getirmiştir. Binaenaleyh bu alternatifler çiftlere, eskiden yalnızca evlilik ile kazanılan birtakım hak ve menfaatlere sahip olmalarını sağlamıştır. Neticede Napolyon Kanununun aksine, günümüz Fransız hukuku toplumu evlenmeye teşvik etmemeyi, evlenme hakkını zorunluluktan ve hukuki faydalardan uzaklaştırmıştır. Böylece evlenme hakkı bireyin, kişiye özel ve özgürce verdiği bir karardan ibaret olmasını temin etmiştir.

İslam aile hukukunun, eski Fransız aile hukukuyla bazı hükümlerin örtüştüğünü gözlemek mümkündür. Örneğin meşru aile kurma yolu, devamlı evlenme engellerinden olan cinsiyet farkı, mahcurun evliliğinin izne tabi olması, aile reisinin koca olması,⁵⁷⁵ iddet süresinin mevcudiyeti gibi. Ancak bu hükümlerin yeniden düzenlenmesiyle iki hukuk sisteminin zamanla daha fazla ayrıştığı söylenebilir. Fransız hukukunun kilise hukukundan ayrılıp laik hukuk sisteminin esas kabul edilmesiyle din kaynaklı olan ve İslam aile hukukuyla benzerlik arz eden hükümlerin gitgide azalmasına ve kaybolmasına yol açmıştır.

Fransız hukukunun İslam hukukundan etkilenip etkilenmediği ve etki oranının tespiti meselesi ise ancak Fransız hukuk tarihi incelenerek ortaya konulabilir. Çünkü Hristiyanlıktan etkilenen ve hukukçuların ortaya koyduğu karma hukuktan sıyrılabilme ve yegane bir hukuk sistemine geçiş yapabilmek için Napolyon'un başlattığı kodifikasyon çalışmalarının bilinmesi, bu meselenin objektif bir şekilde

⁵⁷⁵ İki hukuk sisteminde aile reisi anlayışı aynı değildir. Fransız hukukundan farklı olarak İslam hukukunda aile reisinin kocada bulunması bir imtiyaz addedilmez. Bilakis kocaya yüklenen ödevlerle yakından ilgilidir.

tespitinde önemli bir etkidir. Böyle bir çalışmanın yapılması konuyu pekiştirme bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz.



KAYNAKÇA

Abdülazîm Mahmûd ed-Dîb, “Çeyiz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 8: 296, İstanbul: TDV Yayınları, 1993.

Acar, Halil İbrahim. “İddet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 21: 466. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.

Adhémar Esmein, *Mariage en Droit Canonique*. Paris: L. Larose et Forcel, 1891.

Alain Bénabent, *Droit Civil la Famille* (Paris: Litec, 2001).

Alfred Nizard, “Droit et Statistiques de la Filiation en France. Le Droit de la Filiation Depuis 1804.”, *Population* 32/1, Ocak-Şubat 1977.

Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, çev. Raşit Gündoğdu - Osman Erdem. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017.

Anne Lambert, “Des Causes aux Conséquences du Divorce: Histoire Critique d'un Champ d'Analyse et Principales Orientations de Recherche en France”, *Population* 64/1 (2009), 156; Roderick Phillips “Le Divorce en France à la Fin du XVIIe Siècle.”, *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* 34/2, 1979.

Anne Leborgne, “Droits Fondamentaux de la Famille Droits Fondamentaux Dans la Famille”, *Annuaire International de la Justice Constitutionnelle*, 23-2007 (2008).

Anne-Marie D'Aoust, “Les Couples Mixtes Sous Haute Surveillance”, *Plein Droit* 95, Aralık 2012.

Annick Bateau, “Habilitation Familiale et Protection de la Personne sur Majeur Protégé (Habilitation Familiale)”, *Droit de la Famille* 11, Kasım 2016.

Annick Bateau, *Droit des Personnes, des Familles et des Majeurs Protégés* (Paris: LGDJ, 2013).

Antoine Loysel, *Înstitutes coutumières d'Antoine Loysel ou Manuel de Plusieurs et Diverses Règles, Sentences et Proverbes, Tant Anciens que Modernes du Droit Coutumier et Plus Ordinaire de la France*. Paris: Durand Librairie, 1846.

Apaydın, Hacı Yunus. “Hacir”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 14/513. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.

Apaydın, Hacı Yunus. “Hacir”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 22/387. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.

Apaydın, Hacı Yunus. “Hata”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 16/437. İstanbul: TDV Yayınları, 1997.

Aristide Charles J. Pascal, *Traité Synthétique de la Dot en Droit Romain Suivi d'une Dissertation sur l'Inaliénabilité de la Dot en Droit Français* (Paris: A. Marescq Ainé, 1860.

Ayiter, Kudret. *Roma Aile Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963.

Bardakoğlu, Ali. “Ehliyet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 10: 536. İstanbul: TDV Yayınları, 1994.

Bardakoğlu, Ali. “Vesâyet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 43/66. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.

Bénabent, *Droit Civil la Famille*, 52; Benoît Moore, “L'absence D'intention Conjugale: Mariage Simulé ou Erreur sur la Personne ?”, *La Revue du Notariat* 102/2, Eylül 2000.

Bernard Dutoit, Raphaël Arn, Beatrice Sfondylia, Camilla Taminelli Bischof, *Le Divorce En Droit Comparé. Volume 1: Europe*, Genève: Librairie Droz, 2000.

Brigitte Hess-Fallon - Anne-Marie Simon, *Droit de la Famille*, Paris: Sirey, 2011.

Carmen Lavallée, “Pour une Adoption Sans Rupture du Lien de Filiation d'Origine. Dans les Juridictions de Civil Law et de Common Law” *Informations Sociales* 146, Mart 2008.

Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî. *Ahkâmü'l Kur'ân*, thk. Muhammed es-Sadık Kamhavî. Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsi'l Arabî, 1412/1992.

Cezîrî, Abdurrahmân b. Muhammed b. İvaz, *el-Fıkh 'ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003.

Charles Giraud, “Précis de l'Ancien Droit Coutumier Français”, *Bibliothèque de l'École des Chartes* 13 (1852.

Charles Victor Daremberg, *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, Paris: Hachette et Cie, 1892.

Christelle Rieubernet, “Le Nouveau Régime des Donations Entre Époux au Lendemain de la Loi du 26 Mai 2004 Relative au Divorce.”, *Les Petites Affiches* 145, 21 Temmuz 2004.

Clara Bernard-Xemard, *Droit Civil: les Personnes, la Famille* (Paris: Gualino-Lextenso, 2014).

Cour de Cassation 1ère Chambre Civile (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi), Arrêt Appietto, 20 Kasım 1963.

Cour de Cassation Chambre Civile (Yargıtay Hukuk Dairesi), (30 Mayıs 1838) Recueil Sirey 1838.

Cürcânî, Ali b. Muhammed es-Seyyid eş-Şerîf, *Tarîfât: Arapça-Türkçe Terimler Sözlüğü*, çev. Arif Erkan., İstanbul: Bahar Yayınları, 1997.

Çeker, Orhan. *İslâm Hukukunda Çocuk*, Konya: Tekin Kitabevi, 2015.

Dominique Fenouillet, *Droit de la Famille*, Paris: Dalloz, 2013.

Döndüren, Hamdi. *Delilleriyle Aile İlmihali*. İstanbul: Erkam Yayınları, 2020.

Dönmez, İbrahim Kâfi. “Müt’a”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 32/174. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.

Dönmez, İbrahim Kâfi. “Nesep”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 32/573. İstanbul: TDV Yay. 2006.

Ebû Bekr Şemsü’l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *Mebûsât*, İstanbul: Gümüşev, 2008.

Emmanuelle Santelli – Beate Collet, “Refuser un “Mariage Forcé” ou Comment les Femmes Réagissent-Elles Face à l’Imposition Parentale ?”, *Migration Société* 5/119, 2008.

Éric Millard, *Famille et Droit Public* (Paris: LGDJ, 1995), 3-4.

Fahrettin Atar, “Nikâh” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 33: 112. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.

Félix Gaffiot, *Dictionnaire Illustré Latin Français*, Paris: Librairie Hachette, 1934.

Ferdinand Berthier, *Le Code Napoléon, Code Civil de l’Empire Français*, Paris: Petit Journal, 1868.

Florence Rochefort, “Laïcisation des Mœurs et Équilibres de Genre. Le Débat sur la Capacité Civile de la Femme Mariée (1918-1938)” *Vingtième Siècle. Revue d’Histoire* 87 (Temmuz-Eylül 2005) 129-132.

Frédéric Debove – Renaud Salomon – Thomas Janville, *Droit de la Famille*, Paris: Vuibert, 2012.

Frédérique Granet-Lambrechts, “Les Réformes Accomplies: Le Point Sur les Avantages Matrimoniaux”, *Le Droit Patrimonial de la Famille: Réformes accomplies et à Venir*, Paris: Dalloz, 2006.

Gabriel Le Bras, “Le Mariage dans la Théologie et le Droit de l’Église du XIe au XIIIe Siècle, *Cahiers de Civilisation Médiévale* 11/2 (Nisan 1968): 195.

Geneviève Ribordy, “Les Fiançailles dans le Rituel Matrimonial de la Noblesse Française à la Fin du Moyen Âge: Tradition Laïque ou Création Ecclésiastique?”, *Revue Historique* 4/620 (Ekim 2001).

Gérard Cornu, *Dictionnaire Quadrige: Vocabulaire Juridique*, Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

Gérard Cornu, *Droit Civil: la Famille*, Paris: Montchrestien, 2006.

Gilles Goubeaux - Pierre Voirin, *Droit Civil Introduction au Droit: Personnes, Famille, Personnes Protégées, Biens, Obligations, Sûretés*, Paris: LGDJ, 2013.

Guy Raymond, *Le Consentement des Époux au Mariage : Étude de Droit Positif Français*, Paris: LGDJ, 1965.

Guy Raymond, Marie-Laure Cicile-Delfosse, “Mariage – Les Conditions à Réunir dans la Personne des Epoux”, *JurisClasseur Civil Code*, Ocak 2014.

Hallâf, Abdülvehhâb. *Ahkâmü’l-Ahvâli’ş-Şahsiyye fi’ş-Şeriatî’l İslamiyye*. Kuveyt: Dâru’l Kalem, 1990.

Heyet, *Le Petit Larousse*, (Paris: Larousse, 2014), “Fiançailles”, 494.

Heyet, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Thk. Orhan Çeker, Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2016.

Heysemî, Ebü’l-Hasen Nûrûddîn Alî b. Ebî Bekr b. Süleymân. *Mecma’u’z-Zevâ’id ve Menba’u’l-Fevâ’id*, thk. Muhammed Abdulkadir Ahmed Atâ. Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-’İlmiyye, 2001.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz. *Reddü'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr şerhi Tenvîri'l-Ebsâr*, thk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd – Ali Muhammed Muavvîd. Riyâd: Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed. *el-Muğnî*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye 1403/1983.

İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed. *el-Bahrü'r-Râ'ik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye 1418/1997.

İbn Rüşd, *Bidâyetü'l Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, çev. Ahmed Meylânî, İstanbul: Ensar, 2015.

İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed. *Ahkâmü'l-Kur'an*, nşr. Muhammed Abdülkâdir Atâ. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003.

İbnü'l-Hümmam, Kemâleddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdülhamid. *Şerhu Fethu'l-Kadir alâ'l-Hidâyeti Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî*, thk. Şeyh Abdurrezzak Gâlip el-Mehdî. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003.

İsfehanî, Rağib. *Müfredât Kur'an Kavramları Sözlüğü*, çev. Abdülbaki Güneş, Mehmet Yolcu (İstanbul: Çıra, 2012).

Jacqueline Rubellin-Devichi, *Droit de la Famille*, Paris: Dalloz, 1996.

Jean Carbonnier, “Le Statut des Bijoux dans le Droit Matrimonial”, *Jurisprudence et Pratique Notariale* 18Aralık 1976.

Jean Carbonnier, *Droit Civil: la Famille, l'Enfant, le Couple*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

Jean Hauser, “Courtiser ou Fiancer N'est Pas Forcément Marier”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 3 (Eylül 2010), 533.

Jean Libmann, *Le Nouveau Divorce*, Paris: Casterman, 1976.

Jean-Paul Sardon, “L'évolution du Divorce en France”, *Population* 51/3, Mayıs-Haziran, 1996.

Karaman, Hayreddin vd., *Kur'an Yolu Türkçe Meâl ve Tefsir*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2014.

Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.

Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed, *Bedâi'ü's-Sanâi' fî tertîbi's-Şerâi'*, thk. Ali Muhammed Muavvîd – Âdil Ahmed Abdülmevcûd. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1424/2003.

Köse, Saffet. “Hülle ve Hüllecilik Konusuna İslam'ın Bakışı”, *Mehir* 2, 1998.

Leila Saada, “Les Interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les Questions Familiales” *Napoleonica. La Revue* 14 (Temmuz 2012) 42-45.

Ludovic Danto, “Limiter le Droit au Mariage : la Tentation de Faire des Canons 1077 et 1095 un Empêchement Dirimant”, *L'année Canonique* LXI/2020-2021 (2022): 180.

Marie France - Nicolas Maguin, *Droit de la Famille* (Paris: La Découverte & Syros, 1998.

Mehmet Âkif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: İFAV, 1985.

Mergînânî, Ebu'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl. *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, nşr. Nu'aym Eşref Nûr Muhammed. Pakistan: İdâretü'l-Kur'ân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, 1417/1996.

Mevsilî, Abdullah b. Mahmud. *el İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtâr*, çev. Mehmet Keskin. İstanbul: Ravza, 2019.

Meydanî, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde. thk. Muhammed Muhyiddin Abdulhamid, *el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb*. Beyrut: el-Mektebetü'l-İlmiyye, ts.

Michèle Biégelmann-Massari, “La Jurisprudence des Dispenses Civiles au Mariage Depuis 1960: un Apport Sur le Senes de l'Institution Matrimoniale”, *Droit et Société* 35, 1997.

Muhammed b. Ahmed b. Mustafâ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahşiyye*, Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, ty.

Muhammed Mustafa Şelebî, *Ahkâmü'l-Üsra fî'l-İslâm*, Beyrut: Dâru'l-Cami'yye, 1402/1982.

Muriel Parquet, *Droit de la Famille* (Rosny-sous-Bois: Bréal, 2007.

Nisrin Abu Amara – Anouk Guiné – Christelle Hamel, “De la Diversité des Formes d'Atteinte au Consentement : Les Contours du Mariage Forcé”, *Société Contemporaines* 2/90, 2013.

Olga Verschoor, *Les Trousseaux du Temps Jadis* (Paris: Hatier, 1996.

Olivier Guillod, “La Clause de Dureté Dans Quelques Législations Européennes sur le Divorce”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 35/4, 1983.

Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istilâhâtı Fıkhıyye Kâmusu*, 8 cilt. İstanbul: Öz Ensar, 1999.

Özlem Tüzüner, “Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi* 1, 2013.

Patrice Hilt - Christel Simler, *Droit de la Famille*, Paris: Ellipses, 2018.

Patrice Hilt, “Les Dispositions de la Loi de Modernisation de la Justice du XXIe Siècle Relatives au Mariage et au Pacs”, *Actualité Juridique Famille* 12, Aralık 2016.

Patrick Courbe - Adeline Gouttenoire, *Droit de la Famille*, Paris: Dalloz, 2013.

Paul Ourliac, Jean-Louis Gazzaniga, *Histoire du Droit Privé Français*, Paris: Albin Michel, 1985.

Philip Lyndon Reynolds, *Marriage in the Western Church: the Christianization of Marriage During the Patristic and Early Medieval Periods*, Leiden: Brill, 2001.

Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Hugues Fulchiron, *Droit Civil: la Famille* (Paris: Defrénois, 2011).

Robert Joseph Pothier, *Les Traités du Droit Français* (Paris: Bechet Ainé, 1824).

Robert Joseph Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, Paris: Debure Père, 1771.

Sahnûn, Ebû Saîd Abdüsselâm b. Saîd b. Habîb et-Tenûhî. *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415/1994.

Smerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed. *Tuhfetü'l-Fukahâ*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1405/1984.

Serge Guinchard, Thierry Debard, *Lexique des Termes Juridiques*, Paris: Dalloz, 2015.

Sylvain Bloquet, “Le Mariage, un “Contrat Perpétuel Par Sa Destination” (Portalis)”, *Napoleonica. La Revue* 2012/2 No 14, Juillet 2012.

Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs b. Abbas, *el-Ümm*, thk. Rifat Fevzi Abdülmuttalib. Mensura: Dâru'l-Vefâ, 1422/2001.

Veronika Nagy, “Guerre et Paix Dans le Divorce. La Négociation Sur les Conséquences de la Désunion au Cœur des Procédures?”, *Négociations* 2010/1 No 13, 2010.

Wilfried Rault, CSF Grubu, “Les Orientations Íntimes Des Premier.e.s Pacsé.e.s”, *Population* 2011/2 (2011) 343-346.

Xavier Labbé, *Les Rapports Juridiques Dans le Couple Sont-ils Contractuels?*, (Villeneuve-d’Ascq: Presses Universitaires du Septentrion, 1996.

Yaman, Ahmet. *İslâm Aile Hukuku*, İstanbul: İFAV, 2015.

Yoram Weiss, “Les Économistes et la Formation des Couples. Le Fonctionnement du Mariage et du Marché Matrimonial.”, *Population* 49/4-5, Temmuz 1994.

Youssef Guenzoui, “La Crainte Révérencielle”, *Recueil Dalloz* 16, 2010.

Yvaine Buffelan Lanore - Virgine Larribau Terneyre, *Droit Civil: Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Paris: Sirey, 2013.

Zeydân, Abdülkerîm. *el-Vecîz fi Usûli'l-Fıkıh*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1436/2015.

Zühaylî, Vehbe. *İslâm Fıkıh Ansiklopedisi*, İstanbul: Risale, 1994.

Elektronik Kaynaklar

<http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2967.asp> (Erişim 28 Eylül 2020).

http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130144.asp#P554_116433 (Erişim 17 Ağustos 2020).

http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130226.asp#P554_105581 (Erişim 17 Ağustos 2020).

<https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/sante-droits-sexuels-et-reproductifs/reperes-chronologiques-65/#a119> (Erişim 3 Kasım 2020).

<https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/sante-droits-sexuelsetreproductifs/repereschronologiques-65/#a119> (Erişim 3 Kasım 2020).

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498#tableau-figure1> (Erişim 15.11.2022).

https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000022155462?tab_selection=all&searchField=ALL&query=318726&page=1&init=true (Erişim 14 Ekim 2020).

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007000838> (Erişim 12 Eylül 2020).

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006422931/1978-07-01/> (Erişim 14 Ekim 2020).

<https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=37052> (Erişim 22 Ekim 2020).

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006951617/> (Erişim 17 Eylül 2020).

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006962453/> (Erişim 14 Ekim 2020).

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006963198/> (Erişim 25 Eylül 2020).

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006963198/> (Erişim 25 Eylül 2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007004780?tab_selection=all&searchField=ALL&query=78-13762&page=1&init=true (Erişim 14 Ekim 2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007034739?tab_selection=all&searchField=ALL&query=94-10.685&page=1&init=true (Erişim 30 Kasım 2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007038012?tabselection=all&searchField=ALL&query=9415564&searchType=ALL&typePagination=DEF AULT&pageSize=10&page=1&tab_selection=all#all (Erişim 30 Kasım 2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007046896?tab_selection=all&searchField=ALL&query=mariage+3+f%C3%A9vrier+2004&page=1&init=true
(Erişim 14 Ekim 2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052614?tab_selection=all&searchField=ALL&query=%2223+mai+2006%22+violence+verbale&searchType=ALL&typePaging=DEFAULT&pageSize=10&page=1&tab_selection=all#all (Erişim 30 Kasım 2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007528862?tab_selection=all&searchField=ALL&query=05-18735&page=1&init=true (Erişim 30 Kasım 2020).

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026816122?tab_selection=all&searchField=ALL&query=11-25.178&page=1&init=true (Erişim 30 Kasım 2020).

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000036697078/> (Erişim 22 Ağustos 2020).

https://www.liberation.fr/france/2008/02/02/les-bans-n-ont-pas-ete-publies_20077 (Erişim 22 Ekim 2020).