

OSMANLI ARAŞTIRMALARI
V

Neşir Heyeti — Editorial Board

HALİL İNALCIK — NEJAT GÖYÜNÇ

HEATH W. LOWRY

THE JOURNAL OF OTTOMAN STUDIES
V

İstanbul - 1986

OSMANLI HUKUKUNDA KAZÂİ BOŞANMA «TEFRİK»

M. Âkif Aydın

Osmanlı Aile Hukuku'nun kaynağını teşkil eden İslâm Aile Hukuku'nda, doğurduğu neticeleri hemen hemen aynı olmakla birlikte, meydana gelişleri farklı üç çeşit boşanma vardır. Bunlardan birincisi kocanın tek taraflı bir irade beyanıyla karısını boşamasıdır. Bütün boşanma nevelerine genel olarak «talâk» denmekteyse de, çağdaş İslâm Hukuku eserlerinde «talâk», daha ziyade bu nevi boşanmalara denmektedir. Bu nevi boşanmalarda her hangi bir boşanma sebebinin var olması gerekmediği gibi, meydana gelebilmesi için bir mahkeme kararına da gerek yoktur; kocanın «seni boşadım», «boş ol» gibi bu yöndeki iradesini belirleyen tek taraflı bir irade beyanı boşanmanın meydana gelebilmesi için yeterlidir.

İkinci nevi boşanmada, karı kocanın anlaşarak ayrılmaları söz konusudur. Bu nevi boşanmada ayrılma talebi umumiyetle kadın tarafından gelir ve kadın belirli bir mal, umumiyetle alacaklı olduğu mehir karşılığında kocasından kendisini boşamasını ister. Kocasını bu teklifi kabul eder, karısını boşarsa, boşanma gerçekleşmiş olur. Bu nevi boşanmaya «muhâlaa» veya «hul'» adı verilir. Görüldüğü gibi bu boşanmada da bunu sağlıyan kocanın irade beyanıdır. Burada ayrılma talebi kadından geldiği için, kadın boşanma ile kocanın yükleneyeceği büyük maddî külfetten (mehri ödemekten) kocasını kurtarmayı teklif etmekte ve bu yolla kocasını külfetsiz bir boşanmaya razı etmektedir. Yalnız hemen belirtelim, koca buna razı olmazsa, kadının istemiş olması tek başına boşanma için yeterli değildir.

Üçüncü nevi boşanmada ise belirli sebeplerin varlığında, eşlerden birisi, umumiyetle kadın mahkemeye başvurmakta ve hakimden boşanmayı talep etmektedir. Sebeplerin vârid olması durumunda hakim, tarafların ayrılmalarına hükmetmekte ve bu hükümlerle boşan-

ma gerçekleşmiş olmaktadır. Bu nevi boşanmalarda kocanın bunu istemiş olması şartı yoktur; boşanma kocanın veya eşlerin irade beyanlarıyla değil, hakimin hükmüyle gerçekleşmektedir. İşte bu nevi boşanmaya «kazâî boşanma» veya «tefrik» denmektedir. Burada bu nevi boşanmaların Osmanlı Hukuk Tarihi'ndeki uygulamasından bahsedilecektir.

Yalnız Hanefî mezhebini değil de, dört sünî mezhebi birlikte değerlendirirsek, İslâm Hukuku'nda kazâî boşanma için başlıca dört sebebin söz konusu olduğunu görürüz. Bunlardan üçü özel, biri genel bir boşanma sebebidir.

a. *Hastalık ve kusur* : Burada boşanma sebebi olarak kabul edilen iki türlü hastalık ve kusuru birbirinden ayırmak gerekir. Birincisi eşlerde bulunan ve cinsî birleşmeye mani olan hastalık ve kusurlardır. Bu tip hastalık ve kusurun bir boşanma sebebi olduğu bütün mezheplerce kabul edilmektedir. Şu farkla, Hanefiler yalnız erkekte bulunan bu tip hastalık ve kusuru bir boşanma sebebi olarak kabul etmekte, kocanın talâk yetkisi olduğundan kadındaki benzer bir kusuru bir boşanma sebebi olarak kabul etmemektedir.

İkincisi akıl hastalığı, cüzzam, alaca hastalığı (baras) gibi hastalıklardır. Hanefiler dışındaki üç mezhep bunları da her iki taraf için belirli şartlarla bir boşanma sebebi olarak kabul etmektedir. Hanefilerden Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre, bu ikinci grup hastalıklar bir boşanma sebebi değildir. Muhammed ise mezhepteki hakim görüşten ayrılmakta ve bu tip hastalıkların erkekte bulunmasını karşı taraf için bir boşanma sebebi kabul etmektedir¹.

b. *Nafakanın ödenmemesi* : Evli kadının malî durumu nasıl olursa olsun, nafakası kocanın borcu olduğundan, bu borcun yerine getirilmemesi Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelîlerce belirli şartlarla ve özel-

1 Hastalık ve kusur sebebiyle boşanma hakkında bk. Alâü'd-Din Ebu Bekr' ibn Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâi'us-Sanâi' Fi Tertibi's-Şerâi'*, Beyrut 1982, II/327; Ebu Abdullah Muhammedî'bn Kudâme, *el-Muğni*, Riyâd, VI/651 v.d.; Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmedî'bn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktasid*, Beyrut 1982, II/51; Y. Linant de Bellefonds, *Traité de Droit Musulman Comparé*, Paris 1965, II/184-185; Muhammed Ebû Zehra, *el-Ahvâlî's-Şahiyye*, 1950, s. 359-360; Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Ankara 1796, s. 87 v.d.

likle kocanın bilinen bir malvarlığının olmaması durumunda bir boşanma sebebidir. Hanefîler kocanın bu borcunu kabul etmekle birlikte, yine de nafakanın ödenmemesini bir boşanma sebebi saymazlar. Onlara göre, bu durumda cebri ifâ, istidâne v.s. gibi hukukun kabul ettiği diğer yollarla evli kadının nafakasının teminine çalışılır².

c. *Gâiblik-terk* : Evinden ayrılan ve bir daha evine dönmeyen veya dönemeyen kimsenin bu durumu Mâlikî ve Hanbelîlerde, çeşitli şartlara göre, altı aydan dört yıla kadar değişen bir sürenin geçmesinden sonra, bir boşanma sebebidir. Yalnız Hanbelîler farklı olarak bu ayrılığın meşru bir sebebe dayanmaması gerektiğini ileri sürerler. Hanefî ve Şâfiîlere göre, gâiblik ve terk, ne kadar uzun sürerse sürsün, bir boşanma sebebi değildir. Bu durumda evlilik ancak kocanın ölümüne hükmedilmekle sona erer. Bunun için de genellikle yaşitlarının hayatı kadar bir süre beklenir³.

d. *Fena muamele ve geçimsizlik* : Bu genel boşanma sebebi Hanbelîler ve özellikle Mâlikîler tarafından kabul edilmiştir. Diğer iki mezhep bunu bir boşanma sebebi olarak kabul etmez. Kocasından fena muameleye maruz kalan ve bundan zarar gören kadın, hakime boşanmak için başvurduğunda, bu durumu isbat edebilirse, hakim başkaca bir muameleye ihtiyaç olmaksızın boşanmaya hükmeder. Şayet isbat edemez, fena muamele sebebiyle boşanma talebinde ısrar ederse, hakim öncelikle iki tarafın ailelerinden birer hakem seçer. Hakemler eşlerin aralarını ıslaha çalışır, muvafak olamazlarsa ve kusur kocada ise, bâin talâka, kadında ise muhâlaaya hükmederler. Hakim de bu kararı uygular⁴.

Şimdi bu şekilde özetlemeye çalıştığımız kazâî boşanmanın Osmanlı Devleti'nde nasıl uygulandığını görelim.

2 Nafakanın ödenmemesi sebebiyle boşanma için bk. İbn Rüşd, II/52; İbn Kudâme VII/573-576; Ebû Zehra, 351-352; Zekiyyu'd-Din Şa'bân, el-Ahkâmü's-Şer'iyye il-Ahvâl'i's-Şahsiyye, Beyrut 1978, s. 474 v.d.; Linant de Bellefonds, II/459, 469.

3 Gâiblik ve terk sebebiyle boşanma için bk. İbn Rüşd, II/52-53; İbn Kudâme, VII/490; Ebû Zehra, 366-368; Şa'bân, 396-398; Linant de Bellefonds, II/457-458.

4 İbn Rüşd, II/99; Ebû Zehra, 362-363; Şa'bân, 492-495; Linant de Bellefonds, II/461-463.

Önce bu dört sebebin görüldüğü gibi sünî mezheplerce ittifa-
la kabul edilen birer boşanma sebebi olmadığını belirtelim. Mâlikî-
ler ve Hanbelîler bu sebeplerden dördünü de boşanma sebebi olarak
kabul etmektedirler. Şâfiîler sadece ilk ikisini, Hanefîler ise sadece
bir sebebi kabul etmektedirler. Onlar için sadece kocada bulunan ve
evliliğin fiilen devamına mani cinsi bir hastalık veya kusur bir bo-
şanma sebebidir. Bunun dışındaki sebepler Hanefîlere göre boşan-
ma sebebi teşkil etmez. Bir başka ifadeyle dört mezhep içerisinde
kazâî boşanmaya en az imkân tanıyan mezhep Hanefî mezhebidir.

Bilindiği gibi Hanefî mezhebi Osmanlı Devleti'nin resmî mez-
hebidir. Mekke, Medine, Halep, Kudüs gibi ahalsinin büyük çoğun-
luğu diğer mezhep müntesiplerinden meydana gelen yerleri bir ta-
rafa bırakırsak, diğer bölgelerde gerek fetvâda ve gerekse kazâda,
yani mahkemelerde sadece Hanefî mezhebi uygulanmıştır. Saydığı-
mız sınırlı bölgelerde ise diğer üç mezhebin uygulanmasına da im-
kân verilmiş ve buralara Hanefî müftü ve kadıların yanında diğer
üç mezhepten müftü ve kadılar da tayin edilmiştir. Durum böyle
olunca, sadece Hanefî mezhebinin uygulandığı bölgelerde kazâî bo-
şanma ihtiyacının nasıl karşılandığı meselesi üzerinde durmak ge-
reker. Belirtildiği gibi Hanefî mezhebindeki hakim görüşte sadece
kocada bulunan belirli cinsî kusur ve hastalıklar bir boşanma se-
bebidir. Mahkeme defterlerinde bu sebebe dayanılarak meydana ge-
len boşanmalara yer yer rastlanmaktadır⁵. Hanefî hukukçusu İ.
Muhammed'e ait olan ve akıl hastalığı, cüzzam ve alaca hastalığını
(baras) da boşanma sebebi olarak kabul eden görüş, kadıların Ha-
nefî mezhebi içerisinde en sahih görüşü uygulamak zorunda olma-
ları sebebiyle Osmanlı Devleti'nde 1916 yılına kadar uygulama ala-
mı bulamamıştır⁶. Bu durumda kocaları bu tip hastalıklara yakala-

5 Böyle bir boşanma örneği için bk. Çavuşzâde Mehmed Aziz, *Dürri's-Sukûk*, İstanbul 1288, 1/70; keza bk. Şânîzâde el-Hac Mustafa, *Sakık-ı Şânîzâde*, İstanbul 1284, s. 61-62.

6 Şu iki fetva İ. Muhammed'in görüşünün Osmanlı devletinde normal olarak uygulanmadığını, uygulanması için kadının açıkca buna yetkili kılınmış olması gerektiğini belirtmektedir. «Mesele: Zeyd mecnûn olmakla hakim zevcesi Hind'i şer'an tefrika kadir olur mu? Elcevâb: Hakim İmam Muhammed kavliyle amele memur ise olur ve illâ olmaz.», Ebussuud Efendi, «Mâruzât», *Millî Tetebbular Mecmuası*, sy. 2, s. 340. Mesele : «Hind Zeyd'in meczûm (cüzzamlı) idüğünü bilmeden nefsinin Zeyd'e tezvîc eylese Hind vâkifa olduktâ râziye olmayıp nef-

nan, kaybolan veya kocaları tarafından terkedilen, nafakasız bırakılan veya fena muameleye maruz kalan ve diğer iki boşanma nevinden yararlanamayan kadınların nasıl boşanabildikleri meselesi üzerinde durmak gerekir.

Özellikle kocaları geçimlerine yetecek kadar nafaka bırakmadan kaybolan kadınların XVI. asrın ortalarına kadar diğer mezheplerin kabul ettikleri kazâî boşanma imkânından dolayı bir şekilde yararlandıkları görülmektedir. Hanefî-İslâm Hukuku hükümlerine göre kocaları, nafaka bırakmadan kaybolan kadınların boşanmalarına hükmedemiyen Osmanlı kadıları bu gibi durumlarda özellikle Şafîî mezhebinin nâibler tayin ederek ve onların kendi mezheplerine göre verdikleri boşanma kararlarını uygulayarak bu durumdaki kadınların boşanmalarına imkân sağlamışlardır⁷.

Ne zaman döneceği ve hatta dönüp dönmeyeceği bilinmeyen bir kocayı beklemek vefa duygusuyla gerekli görülebilirse de, bilhassa

sini kâdiya tefrik ettirmeye kâdire olur mu? Elcevâb : Olmaz, meğer kâdi İmam Muhammed kavliyle amele memur ola», Ali Efendi, *Fetâvâ*, İstanbul 1272, I/91.

7 Halil Sahillioğlu, «Bursa kadı sicillerinde iç ve dış ödemeler aracı olarak 'Kitabü'l-Kâdi ve Süfteceler'», *Türkiye İktisat Tarihi Semineri*, Ankara 1975, s. 123. Bursa şeriye sicillerinde kayıtlı bulunan 28 Muharrem 898 (1492) tarihli bir davada, davacı Abdullah kızı Gülsüm davalı kocası Veli b. İvaz'ın dört buçuk senedir gâib olduğunu ve nafaka olarak bir şey bırakmadığını söyleyerek tefriki talep etmektedir. Durumun şahitlerle isbat edilmesi üzerine Şafîî hakim tefrike hükmetmektedir. Bursa Şeriye Sicilleri, Defter no: 11a, vr. 16a; diğer örnekler için bk. aynı defter, vr. 15a, 20b. H. 982/1574 M. tarihinde vefat eden Küllkedisi Mehmed b. Musa el-Bursevî'nin kaleme aldığı *Sak* mecmuasında bu şekilde Şafîî nâib tarafından boşanmalarına hükmedilen, Hanefî kadı tarafından da uygulanan boşanma davalarının sicil örnekleri vardır. (Mehmed b. Musa, *Bid'atü'l-Kâdi*, Süleymaniye Ktb. Denizli, no: 166, vr. 6a-6b). *Sak* mecmuaları mahkeme kayıtlarındaki yeknesaklığı sağlamak için kaleme alınırlar. Çoğu kere kadılar, nâibler veya mahkeme kâtipleri tarafından mahkeme defterlerinden örnek kayıtların seçilip bir araya toplanmasıyla meydana getirirler. XVI. asır ortalarında Osmanlı devletinde bulunan Busbecq de kocanın karısını nafakasız bırakmasının Osmanlı devletinde bir boşanma sebebi olduğunu kaydetmektedir. (Ogier Ghiselin de Busbecq, *Türk Mektupları*, Ter.: Hüseyin Cahit Yalçın, İstanbul 1939, s. 149-150). Gerek XVI. asırda kaleme alınan *Sak* mecmuasındaki hüccet örneği ve gerekse Busbecq'deki bu bilgi kocaları nafaka bırakmadan kaybolan kadınların Osmanlı devletinde yaygın bir biçimde boşanma hakkına sahip olduklarını göstermektedir.

evlerinin ihtiyacını giderecek maddî imkânı olmayanları buna zorlamak bazen çok haksız neticelere yol açmaktadır. Bu bakımdan dolayı yolla sağlanan bu imkânın belirli bir ihtiyacı karşıladığı söylenmelidir. Ne var ki, bu imkân ancak XVI. asır ortalarına kadar kullanılmış, bu tarihten sonra «Bu diyarda Şâfiî kavliyle amel etmek memnudur» denerek Şâfiî görüşünün uygulanması yasaklanmıştır⁸. Hangi mülâhazalarla alındığı kesin olarak bilinmeyen bu yasaklama kararının bir çok zorluklara ve kimsesiz eşlerin fakr ü zaruret içerisinde yaşamalarına yol açtığı âşikârdır. Zira aynı probleme Hanefî mezhebinin bulabildiği çözüm, kadın için mahkemece günlük nafaka tahdir etmek ve başkalarından borç alabilmesi için eşe izin vermektir. Bu izinle borç kuvvetli bir borç haline gelmekte, zaman aşımı ve ölümlü düşmemekte ve borca, doğrudan doğruya köca muhatab olabilmektedir. Ne var ki, bu usul her zaman yeterli olmamakta, borç verecek kimsenin bulunmadığı durumlarda nafaka takdirinin ve borçlanmaya izin vermenin pratik bir faydası olmamaktadır.

Bu mahzuru bertaraf etmek ve eşlerinin, şayet geri dönmezlerse, bir ömür boyu kendilerini beklemelerine mani olmak için, muhtemelen harbe veya uzun ve tehlikeli bir yolculuğa çıkan kocaların, bu yolculuğa çıkmadan önce, karılarını şartlı olarak boşadıklarına rastlanmaktadır⁹. Bu şartlı boşamada köca bir veya iki yıl zarfında geri dönmezse karısının boş olduğunu söylemekte, söylediği süre içerisinde dönmediği takdirde karısı bir mahkeme kararına ihtiyaç olmadan boşanmış olmaktadır. Bu usulün nafakanın ödenmemesi veya gâiblik sebebiyle boşanmayı kabul etmeyen hanefî uygulamasını yumuşatmak için getirilmiş bir tedbir olduğu düşünülebilir.

Kocanın karısına fena muamele etmesi ve geçimsizlik durumlarında ise Hanefî mezhebince bu sebeple boşanma hakkının tanın-

8 Bu yaklaşmanın hiç değilse Ebussuud Efendi devrinden itibaren var olduğu anlaşılmaktadır. Gerçi XVII. yüzyıl ortalarında Osmanlı devletinde bulunan Thévenot kocaların karılarını nafakasız bırakmalarını hâlâ bir boşanma sebebi olarak zikretmektedir. Fakat muhtemelen bu, eski bir bilginin müellif tarafından tahkik edilmeden tekrardan ibarettir. Jean Thévenot, *L'Empire du Grand Turc*, Paris 1965, s. 157.

9 C. Ronald Jennings, «Women in early 17 th century Ottoman judicial records the sharia court of Anatolian Kayseri», *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, XVIII/1, s. 94-95.

masının meydana getirdiği boşluk, muhâlaa yolu kullanılarak doldurulmaya çalışılmıştır. Şöyle ki, böyle bir geçimsizlik durumunda kadın tarafından mehir ve iddet nafakasından vazgeçilerek gelen bir boşanma talebi, umumiyetle kabul görmüştür. Böyle, eş tarafından gelen ısrarlı bir boşanma (muhâlaa) talebinin koca tarafından kabulü için sosyal çevrenin telkin ve manevi bir baskı yaptığı da düşünülebilir. Bazen eş de koca evini terkederek kocayı muhâlaaya zorlamaktadır¹⁰. Şeriye sicil defterlerindeki çok sayıdaki muhâlaa kayıtları kadınların oldukça rahat bir şekilde istemedikleri evliliklerine son verebildiklerini göstermektedir.

Kocanın kötü niyetle veya sair sebeplerle muhâlaaya yanaşmadığı durumlarda ise kadının boşanabilmek için Hanefî mezhebi içerisinde sahip olduğu başka bir imkân hemen hemen yok gibidir¹¹. İşte özellikle kocanın ısrarla karısını boşamayı reddettiği bazı durumlarda kadının hukuken sahip olmadığı boşanma imkânına fiilen sahip olduğu görülmektedir. Şöyle ki, karı koca arasında şiddetli geçimsizliğin sabit olduğu ve kocanın da boşanmaya razı olmadığı durumlarda, koca muhâlaayı kabule ve karısını boşamaya bu defa mahkemece fiilen zorlanmaktadır. Bilhassa kocasıyla şiddetli bir geçimsizlik içerisine düşüp de mutlaka boşanmak isteyen kadınların bizzat padişah veya divân-ı hümayuna başvurmaları halinde bu mu-

10 Jennings'in özet olarak naklettiği bir hadisede Halil kızı Cemile istemediği bir evlilikten kurtulmak için fillî bir durum yaratmakta, bütün ısrarlara rağmen kocasının evine dönmeyerek onu muhâlaaya razı etmektedir. Jennings, 77.

11 Nitekim İstanbul kadılığında kayıtlı bulunan 20 Şaban 1335 (1917) tarihli bir davada, koca böyle bir muhâlaa talebini geri çevirmekte, mahkemece boşanma için başkaca bir işlem yapılmamaktadır. İstanbul Şeriye Sicilleri (İŞS), İstanbul kadılığı, 318/s. 62-63. Ebussuud Efendi fetvalarında da bu imkânsızlık açıkça görülmektedir: «Mesela : Zeyd zevcesine envâ-ı ezâ edip kâdı'nın malûmu olsa, Zeyd'den tefrika kâdir olur mu? Elcevâb : Ezâdan ne tarık ile mümkün ise men eylemeğe kadirdir». M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhül-İslâm Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İstanbul 1972, s. 54. Gerçi Ebussuud Efendi bu fetvasıyla kadınların her türlü yolla ezayı önleyeceğini belirtmekteyse de, aile hayatına kadının her zaman müessir bir tarzda müdahale edemeyeceği de aşikârdır. Kocanın karısına ettiği fena muamelenin mahkemeye intikal eden örnekleri için bk. Jennings, 84, 89, 92. Bu davaların bir kısmında koca fena muameleyi inkâr etmekte, bir kısmında karısına iyi muamele etmesi için kocaya tenbih edilmektedir.

hâlaa yolunun zorlandığı görülmektedir¹². Ne var ki, kazâî boşanmaya hükmetmek yerine kocayı bu şekilde muhâlaaya zorlamanın hukukîliği tartışmalıdır. Bunun yerine diğer mezheplerin kabul ettiği kazâî boşanma sebeplerini kabul etmek çok daha hukukî ve kadının daha lehine olurdu. Zira kocanın fena muamele ve geçimsizliği

12 1215 (1800) tarihli bir belgede Şeyh Süleyman isimli bir baba, kızı Mesude'yle damadı Hasan arasında hüsnü muâşeretin kalmadığı gerekçesiyle bizzat padişaha başvurmakta, ikisinin arasının tefrik edilmesini talep etmektedir. Belli ki kadın tarafı daha önce normal olarak boşanmak istemiş, taleplerinin kabul edilmemesi üzerine son çare olarak, her Osmanlı vatandaşının sahip olduğu hakkı kullanarak, bizzat padişaha başvurmuşlardır. Rumeli kazaskerine havale edilen dava, Rumeli kazaskeri tarafından muhâlaa yoluyla çözülmüş, koca muhâlaayı kabule razı olmuştur (BA, HH, 15587). Gerçi burada kocaya baskı yapıldığına dair bir işaret yoktur. Fakat daha önce muhâlaaya razı olmayan kocanın -ki olsaydı kadın tarafından bizzat padişaha başvurusuna gerek yoktu- bu defa tam bir gönül rızasıyla razı olduğunu söylemek zordur.

Bu belgede olduğu gibi normal olarak buldukları yer mahkemesince boşanamıyon kadınların bizzat padişaha veya divân-ı hümayuna başvurduklarına ve aynı yolla boşandıklarına rastlanmaktadır. Selh Rebiu'l-Âhir 967 (1560) tarihli bir hükümde şöyle denmektedir : «Edirne kadısına hüküm ki, haliyâ Edirne bostancibaşısı olan Sinan dâme mecduhu mektup gönderup kızını mahrûse-i mezbûreden Bekir imareti kurubunda mütemekkin olan sipahi oğulları zümresinden olan Müstedâm nam kimesneye verüp hüsn-i zindegânesi olmadığım arz idüp tefrik olunmasın rica etmeğin buyurdum ki, vardıkta bizzat müşârun-ileyhin kızını mezbûrdan tefrik eyleyüp taallül ve inâd ettirmeyesin. Şöyle ki taallül ve nizâ ederse bildiresin ki hakkından gelüp mücib-i ibret vâki ola». BA, Mühimme 3, s. 256, hüküm no : 739. Bu hükümde kocaya yapılan baskı izi açık bir şekilde görülmektedir. Bu hadisede Hanefî kadının diğer mezheplerce kabul edilen kazâî boşanmaya hükmetme imkânı yoktur. Böyle bir imkân olsa kocanın inâd etmesinin hiç bir önemi yoktur. Boşanma kocanın rızası ile değil, hakimın hükmü ile gerçekleşecektir. Burada kadının elindeki imkân kocayı talâka veya daha ziyade muhâlaaya zorla da olsa razı etmektir. İşte hükümde kocanın buna razı olmama ihtimali de göz önüne alınarak «.. taallül ve nizâ ederse bildiresin ki hakkından gelüp sairlerine mücib-i ibret vâki ola.» denmektedir.

Yine 25 Zi'L-Ka'de 979 (1572) tarihli bir hükümde şöyle denmektedir: «Silistre beyine hüküm ki, hatunun Asitâne-i saadetime gelüp senden şikâyet eyleyüp tefrik olunmasın ricâ eylemeyin buyurdum ki tehîr eylemeyüp yarar vekilin gönderüp, mezbûre ile bertaraf olasın.» (BA, Muhimme, 16, s. 198). Burada da daha önceki kadar açık olmasa da bir zorlama izi yine vardır. Silistre beyine, yarar vekil göndererek davacı ile bertaraf olunması emredilmektedir. Meselenin nasıl karara bağlandığı bilinmemektedir. Fakat muhtemelen şöylece

yüzünden muhâlaaya razı olan eş, bunun maddî külfetini üstlenmekte, mehirden mahrum kalmaktadır. Halbuki geçimsizlik sebebiyle kazâî boşanmada iki tarafın ailelerinden seçilen hakemler, suç kadında ise muhâlaaya, kocada ise talâka hükmetmekte, bu son durumda koca mehri ödemek zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla bu yolun mağdur durumda olan kadının daha lehinde olduğu ve daha hukukî bir çözüm olduğu âşikârdır. Esasen diğer mezheplerden faydalanma yolu - az da olsa - Osmanlı Devleti'nde kullanılmıştır¹³. Fakat her nedense bu yol kazâî boşanma sahasında uygulanmamıştır.

Bunun dışında zaman zaman başka usullerin de denendiği görülmektedir. Jennings'in Kayseri şeriye sicillerinden yaptığı nakillerde Kayseri kadısının karılarına fena muamelede bulunan kocaların bu davranışlarına karşı şöyle bir tedbir getirdiği görülmektedir: Karısına fena muamele eden kocaya kadı şartlı talâk teklif etmektedir. Koca bu teklifi kabul ederek ve bir daha karısına kötü muamele ederse karısının boş olmasını söyleyerek şartlı bir boşamada bulunmaktadır. Bu şarta riayet etmediği takdirde de, karısı her hangi bir karara ihtiyaç duymadan boşanmış olmaktadır. Jennings' in naklettiği olaylar arasında böyle altı adet şartlı talâk vakası vardır¹⁴. Bu Kayseri kadısının kocanın karısına kötü muamele etmesini önlemeye, önleyemiyorsa bu yolla kadına bir boşanma imkânı sağlamaya çalıştığını göstermektedir.

Leon Ostrorog da bir başka yol olarak evli kadınların bazen iki yalancı şahitle kocalarının kendilerini boşadıklarını mahkeme huzurunda isbat ederek kocalarından boşanabildiklerini söylemektedir¹⁵. Şeriye sicillerinde çok nadir de olsa bu şekilde boşanmayı deneyen kadınların davalarına rastlanmaktadır¹⁶.

halledilecektir. Vekil İstanbul'a gelecek müvekkili adına karısını ya talâk veya muhâlaa ile boşayacaktır. Önceki hükümde olduğu gibi, bölge kadısına doğrudan benzer bir hüküm gönderilmemesi muhtemel ki, bölge kadısının Silistre beyi üzerinde böyle fiilî bir zorlamaya muktedir olmayacağı düşüncesiyledir. Halbuki bu zorlama divân-ı hümâyunda kolaylıkla mümkündür.

13 Diğer mezheplerden faydalanılan noktalar için bk. Ebusuud Efendi, «Maruzat» s. 377-348.

14 Jennings, s. 88-89.

15 Count Leon Ostrorog, *Ankara Reformu*, Tercüme: Yusuf Ziya Kavakçı, İstanbul 1972, s. 85.

16 İstanbul kadılığında kayıtlı bulunan 3 Receb 1335 (1917) tarihli bir

Buradan şu anlaşılmaktadır: Osmanlı Hukuk Tarihi'nde bilhas- sa karı-koca arasında geçimsizlik ve kocanın her hangi bir sebeple kaybolup geride nafaka bırakmadığı durumlarda kazâî boşanma ihtiyacı hissedilmiştir. Osmanlı hukukçuları diğer mezheplerin sağladığı imkânları kullanıp bu ihtiyacı İslâm-Osmanlı Hukuku çerçevesi içerisinde karşılama yoluna gitmemişlerdir. Bunda Hanefî mezhebine bir devreden sonra aşırı şekilde bağlanmanın belirli bir rolü olsa gerektir. Kazâî boşanmaya duyulan bu ihtiyaç bazen diğer boşanma nevelerinin sağladığı imkânlardan yararlanılarak, bazan da hukukî zorlamalara ve hukuk dışı yollara başvuru olarak giderilmeye çalışılmıştır.

Bu şekildeki uygulama 1916'ya kadar devam etmiş, bu tarihte sâdir olan iki irâde-i seniyye ile çok sınırlı olan kazâî boşanma uygulamasına belirli bir genişlik getirilmiştir. Önce 29 Rebiü'l-Âhır 1334/5 Mart 1916 tarihli bir irâde-i seniyye ile kocaları evlerini geçindirecek bir mal bırakmadan kaybolan kadınlara kazâî boşanma hakkı tanınmıştır¹⁷. Daha önce de belirtildiği gibi, bu durum aralarında ufak farklılıklar olmakla birlikte üç mezhebin müştereken kabul ettiği bir boşanma sebebidir. Bu kararın alınmasında Balkan ve Birinci Dünya Harpleri'nde cepheye gidip kaybolan, şehit olduğu haberi de gelmeyen kimselerin çoğalmasının, bunların geride nafakasız bıraktıkları ailelerinin büyük fakr ü zaruret içerisinde kalmalarının rolü olsa gerektir. Bu irâde-i seniyye ile uzun bir aradan sonra Osmanlı Devleti'nde diğer mezheplerin görüşlerinin de uygulanmasına imkân tanınmıştır, bunun önemi küçümsenmemelidir.

Bu irâde-i seniyyeden kısa bir süre sonra 17 Cemaziye'l-Evvel 1334/23 Mart 1916 tarihli ikinci bir irâde-i seniyye ile kocaları akıl hastalığı, cüzzam, alaca hastalığı (baras) veya bunların derecesinde bulunan hastalıklara yakalanan kadınlara boşanma hakkı tanınmıştır¹⁸. Bu irâde-i seniyye ile o zamana kadar uygulanmakta olan ve Hanefî hukukçulardan Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a ait olan gö-

davada Nezihe hanım kocası Hüseyin efendinin kendisini boşadığını iddia etmekte, kocası hayli uzun süren davada karısını boşamadığını ve şahitlerin yalancı olduğunu isbat etmekte ve netice olarak kadının evine dönmesine hükmedilmektedir. İŞŞ., İst. kadılığı, 318/s. 39-43.

17 Ceride-i İlmiye (Cİ), 20/353.

18 Cİ, 24/394.

rüş terkedilmiş, yine Hanefî hukukçulardan İ. Muhammed'e ait olan görüş kabul edilmiştir. Bu irâde-i seniyyeye göre, bu tip hastalıklardan birisine yakalananın şifa ümidi varsa, hakim boşamayı bir sene tecil eder. Bu bir sene sonunda iyileşme olmaz ve kadın boşanma talebinde ısrar ederse, hakim boşanmaya hükmeder.

O zamana kadar devam eden uygulamaya nazaran yenilik teşkil eden bu iki irâde-i seniyye bir müddet sonra kabul edilecek olan 1917 tarihli Osmanlı Aile Kanunu, Hukuk-u Aile Kararnâmesi'nin bu sahadaki düzenlemelerine müsait bir zemin hazırlamıştır.

Şimdi son olarak 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnâmesi'nin bu kazâî boşanma sahasını nasıl düzenlemiş olduğunu görelim: Kararnâmenin konuyu düzenleyen 119-130. maddeleri sadece Hanefî mezhebinin değil, dört mezhebin görüşleri dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Esasen kararnâme diğer mezheplerin görüşleri de gözönüne getirilerek hazırlanan ve bu yönüyle dikkati çeken ilk Osmanlı kanunudur. Kararnâmeye göre şu dört sebebe dayanarak kazâî boşanma talebinde bulunulabilir :

1. Kocasında evliliğin fiilen devamına mani bir kusur bulunan veya kocası cüzzam, baras ve zührevî hastalıklar gibi bir hastalığa evlendikten sonra yakalanan veya daha önce yakalanmış olup da bundan haberdar olmayan veyahut kocası evlendikten sonra akıl hastalığına mübtelâ olan kadın mahkemeye müracaat ederek belirli şartlarla boşanma talebinde bulunabilir¹⁹.

2. Arkasında evini geçindirecek bir mal bırakmadan kaybolan kocanın eşi nafaka temininde güçlük çekerse hakimden boşanmasını talep edebilir²⁰.

3. Geride evini geçindirecek bir mal bırakmış bile olsa kaybolan, ölü mü diri mi olduğu hususunda kendisinden bir haber alınmayan kocadan karısı boşanma talebinde bulunabilir. Hakim, normal şartlarda kaybolan için kendisinden haber alınmasından ümit kesildiği andan itibaren dört yıl, bir muharebede kaybolan için savaşa katılanların ve esirlerin geri dönmelerinden itibaren bir yıl süre tanıır. Bu sürenin sonunda boşanmaya hükmeder²¹.

19 Hukuk-ı Aile Kararnâmesi. (HAK), md. 119-123.

20 HAK, md. 126.

21 HAK, md. 127.

4. Eşler arasında «nifâk ve şikâk» zuhur eder de eşlerden birisi mahkemeye müracaat ederse hakim, iki tarafın ailelerinden birer hakem tayin eyler. Bu şekilde meydana gelen - kararnâmenin tabiriyle - «aile meclisi», tarafların arasını islahâ çalışır. Bunda başarı sağliyamazsa ve kusur kocada ise talâka, kadında ise muhâlaaya hükmeder²². İkisi arasındaki fark kocanın mehri ödemekle yükümlü olup olmamasındadır.

Kararnâme bu hükümleriyle İslâm Hukuku'nca kabul edilmiş olan kazâî boşanma sebeplerinin hemen tamamını kabul etmiş olmaktadır. Bu yönüyle o bir çok tenkitlere muhatap olmuş ve kısa bir süre sonra Osmanlı Devleti'nde yürürlükten kaldırılmasında bu tenkit ve muhalefetin büyük rolü olmuştur. Ne var ki, kararnâme İslâm Hukuk Tarihi'nde bu yönüyle bir yenilik teşkil etmiş ve kendisinden sonra hazırlanan diğer İslâm ülkeleri aile kanunlarına öncülük etmiştir. Nitekim XX. yüzyılda hazırlanan çeşitli İslâm ülkeleri aile kanunlarında zikrettiğimiz boşanma sebepleri aynen veya ufak değişikliklerle kabul edilmiştir²³.

Netice olarak şunu belirtmek gerekir: Kazâî boşanma konusunda İslâm Hukuku'nda var olan imkânlar Osmanlı hukukçuları tarafından tam olarak kullanılmamıştır. Bu durum hukukî hayatta bir takım zorlukların ortaya çıkmasına yol açmış, bu zorluklar dolaylı yollar ve zorlama usullerle giderilmeye çalışılmıştır. Ne var ki, bunun tam olarak başarı sağladığı söylenemez. Osmanlı hukukçuları ancak XX. asırda, biraz da olayların zorlamasıyla İslâm Hukuku'nda var olan imkânları kullanma yoluna gitmişlerdir. Bu gecikmenin hem İslâm, hem de Osmanlı Hukuku'nun gelişme seyrinde menfi bir rol oynadığı inkâr edilemez.

22 HAK, md. 130.

23 Ürdün, Irak, Suriye, Fas, Pakistan aile kanunlarının kabul ettiği kazâî boşanma sebepleri hakkında geniş bilgi için bk. Linant de Bellefonds, 11/471-480; C.M. Shafqat, *The Muslim Marriage Dower and Divorce*, Lahore 1979, s. 152-153.