

Prof. Dr. Halil CİN

ESKİ HUKUKUMUZDA BOŞANMA

İKİNCİ BASKI

KONYA - 1988

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI No.

41

HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI No.

2

HUKUKUMUZDA BOŞANMA

Prof. Dr. Halil CİN
Ankara ve Selçuk Üniversiteleri
Öğretim Üyesi

İKİNCİ BASKI

II. BASIMIN ÖNSÖZÜ

Çağımızda boşanma, ekonomik, sosyo - kültürel sebeplerle dün olduğundan çok daha fazla kişileri ve toplumları alâkadar eden hukukî bir müessesedir. Çok yönlü sonuçları olan boşanma, özellikle sosyal sonuçları itibariyle devleti yakından ilgilendiren bir olaydır. Boşanmanın hukukî prosedürünün çok kolay veya zor olması da toplum için arzu edilen bir durum değildir- Ailenin çok kolay yıkılması ne kadar zararlı ise, birlikte yaşamaları imkânsız olan karı kocanın boşanmasını zorlaştırmak, onları kanun dışı yollara mecbur etmek de o ölçüde toplum ve fert için mahzurlar arzeder.

Türk Medenî Kanununda boşanmanın kolaylaştırılması yolunda yapılması düşünülen değişiklikler bu açıdan ele alınmalıdır. Türk Medenî Kanununun boşanmada kabul ettiği sistem telifci bir yol, toplumu ve fertleri korumayı amaçlayan ve kusurlu eşin kendi kusuruna dayanarak boşanmayı elde etmesine mani olan bir sistemdir. Bugün konu ile ilgili olarak yapılması düşünülen değişiklikler, toplumun ve kişilerin menfaatlerini adil bir şekilde bağdaştırabilecek hükümler ihtiva etmelidir. Ancak Medenî Kanuna rağmen ülkemizin kırsal kesimlerinde İslâmî boşanma (talâk) yaşamaya devam ettiği gibi, çoğu zaman esasında İslâm hukukuna aykırı boşanmalara (talâk) rastlanmaktadır. Bu da İslâm hukukunun boşanma hükümlerinin doğru ve tam olarak bilinmemesinden ve müslüman kişilerin islâmî hükümlere uygun hareket etmek konusundaki titizliklerinden kaynaklanmaktadır. Konu ile ilgili geleneklerin değiştirilmesi, medenî boşanmanın asıl boşanma olduğu inancının halk arasında tam yerleştirilebilmesi için İslâmî boşanmanın menşei, hüküm ve sonuçlarının bilinmesi gerekir. İslâmî boşanma müessesesi, Türkiye'de gayri resmi olarak daha uzun yıllar yaşayacaktır. Bu sebeple, mevcudu yıllar önce tükenmiş olan bu kitabımızın ikinci baskısını ofset yolu ile gerçekleştirmeyi yararlı bulduk. Kitabın okuyuculara faydalı olmasını diler, basım işini süratle gerçekleştiren Basımevi Müdürü Ersen Taşkın'a ve bütün basımevi personeline ve Döner Sermaye İşletme Müdürü Ahmet Atılgan'a teşekkür ederim.

Ö N S Ö Z

Boşanma dün okluğu kadar bugün de insan toplumlarının önemli sosyal ve hukukî sorunlarından biridir. Toplumun temelini teşkil eden ailenin boşanma ile yıkılması, aile fertleri için olduğu kadar toplum için de çeşitli sorunlar yaratır. "İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme" konulu araştırmamızdan sonra eski hukukumuzda boşanmayı incelemeyi faydalı telâkki ettik. Zira ailenin kuruluşu'kadar sona ermesi de • önemlidir. Böyle bir araştırma sadece hukuk tarihi açısından değil, yaşayan Türk toplumu bakımından da ilginçtir. Bugün Türk toplumunun kırsal kesimde ve kasabalarda yaşayan insanları, İslâm'ı evlenme ve boşanmaya Medenî Kanunun kabul ettiği resmî nikâh ve resmî boşanmaya gösterdiği ilgiden daha fazlasını göstermektedir. Resmî nikâhla evlenen Türk köylüsü, İslâmî nikâh kıydırmadan, evlenmesinin tam ve meşru olduğuna inanmaz; yasak olmasına rağmen önce dinî nikâh akteder. Türk Medeni Kanunu boşanmayı hâkim kararına bağladığı halde Türk-İslâm köylüsü, İslâmî usulle karısını boşadığı takdirde gerçekten evlenmenin sona erdiğine inanmakta ve "boş ol" sözünün neticelerinden kendini vicdanen kurtarabilmek için müftülere koşmaktadır. Ancak bugün Türk toplumunda yaşayan İslâmî boşanma esasında İslâm hukukunun boşanma için aradığı bütün şartları taşımamakta örneğin iddet mecburiyeti hiç nazara alınmamaktadır. İslâmî boşanma ile ilgili esaslar, meşruiyetini halkın vicdanında bulmakta ve kanuna aykırı bir teamül hukuku o/arak varlığını sürdürmektedir. Bu gerçek, evlenme ve boşanma konusunda Türk pozitif hukukunun niçin"tam olarak işliyemediğini tespitite hizmet eder.

İslâmî hukuku tedvin edilmemiş bir hukuk olduğundan, diğer konularda olduğu gibi boşanma konusunda da ilmî araştırmaya yapmak gerçekten güçtür. Araştırmamızda çok dağınık ve birbirinden kopuk bir çok esaslı bir sistem dahilinde incelemeğe gayret ettik. Teferruata ilişkin bazı

mek bu araştırmanın başlıca amacıdır. Araştırmamızın ağırlık noktasını İslâm hukukunda boşanma ile Osmanlı Türk toplumundaki uygulaması teşkil etmektedir. Türklerin İslâmiyeti kabulünden önce uyguladıkları boşanma Jukuku, bugünkü modern boşanma sistemlerine benzer. Ancak Türk Tarihinin bu devresine ait yeterli kaynak bulunmadığı için, Eski Türklerde boşanma üzerinde kısaca durabildik.

Araştırmamızın kısa zamanda ve titizlikle basılmasında yardımlarını esirgemeyen Ankara Üniversitesi Matbaası İşletme Şefi Sayın Faruk Çınar ve Coşkun Çıray ile diğer matbaa personeline teşekkürü borç bilirim.

Y. Ayrancı 1976

Doç. Dr. Halil CİN

İ Ç İ N D E K İ L E R

ESKİ HUKUKUMUZDA BOŞANMA

ÖNSÖZ	3
İÇİNDEKİLER	5
KISALTMALAR	13

G İ R İ Ş

I. GENEL OLARAK BOŞANMA	15
H. BOŞANMA SİSTEMLERİ	16
1- Boşanma Yasağı Sistemi	16
2- Boşanma Serbestisi Sistemi	18
3- Boşanmayı Belli Sebeplere ve Hâkim Hükümüne Dayandıran Sistem	21
III. BOŞANMANIN DAYANDIĞI PRENSİPLER	22
1- Kusur Prensibi	22
2- İrade Prensibi	23
3- Köklü Sarsılma Prensibi	24
4- Uygunsuzluk Prensibi	24

BİRİNCİ KISIM

İSLÂMİYETTEN ÖNCE TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA

I. GENEL OLARAK	27
H. BOŞANMA SEBEPLERİ	28
1- Karı İçin Boşanma Sebepleri	28
A) <i>Zina</i>	28
B) <i>Fena Muamele</i>	28
C) <i>İktidarsızlık</i>	28
2- Koca İçin Boşanma Sebepleri	29

İKİNCİ KISIM

İSLÂMİYETTEN SONRA TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA BOŞANMA

I. TERMİNOLOJİ	33
II. DİNÎ VE AHLÂKÎ AÇIDAN BOŞANMA	34
III. HUKUKÎ AÇIDAN BOŞANMA	35
IV. BOŞANMA SİSTEMİ	36
V. BOŞANMA NEVİLERİ	36
1- Erkek Bakımından	36
2- Karşılıklı Rıza ile Boşanma (Hul ve Mubaraa)	36
3- Kocanın Verdiği Yetkiye Dayanarak Kadın Tarafından Boşanma	36
4- Belli Sebeplere Dayanan Hâkim Kararıyla Boşanma	36
VI. ERKEK TARAFINDAN BOŞANMA	37
1- Sünnete Uygun Boşanma	37
2- Sünnete Aykırı Boşanma	39
VII. BOŞANMANIN SIHHAT ŞARTLARI	40
1^ Ehliyet Şartı	40
A) <i>Kocaya ilişkin ehliyet şartları</i>	40
B) <i>Boşanmada vekalet</i>	42
2- Kariya İlişkin Ehliyet Şartları	42
A) <i>Boşanmaya elverişli olan kadınlar</i>	43
a) Evli kadın	43
b) Daha önce boşanmış kadınlar	43
c) Hanefi Mezhebine göre bir kere ayırıcı boşanma ile boşanmış kadın	44
B) <i>Boşanmaya elverişli olmayan kadınlar</i>	44
a) Evli olmayan kadınlar	44
b) Evlenme akdi hükümsüz olan kadınlar	45
c) Ayırıcı boşanmayı izleyen iddet içinde olan kadınlar	46

d) İddeti tamamlanmış olan kadın	46
2- Boşama Niyeti	46
3- Boşanmayı İfade Eden Bir Söz veya Formül Kullanılması	48
A) <i>Sözlü açıklama</i>	49
a) Sarih sözler	49
b) Kinayeli sözler	49
B) <i>Boşanma iradesinin yazılı olarak açıklanması</i>	51
C) <i>Boşanma iradesinin işaretlerle açıklanması</i>	52
a) Dönülebilir boşanma	53
b) Dönülemeyen veya ayırıcı boşanma	54
c) Şarta ve va'deye bağlı boşanma	57
a') Va'deye, belli bir zamanın gelmesine bağlı boşanma	58
b') Şarta bağlı boşanma	59
VIII. KOCAYA AİT BOŞANMANIN SONUÇLARI	61
1- Dönülebilir Boşanmanın Sonuçları	62
A) <i>İddet içinde evlenme devam eder</i>	62
B) <i>' İddet içinde boşanmadan dönülmediği takdirde bir ayırıcı boşanma meydana gelir</i>	63
a) Boşanmadan dönme	63
b) Boşanmadan dönme şekilleri	64
a') Sözle dönme	64
b') Fiili dönme	65
2- Kesin, Ayırıcı Boşanmanın Sonuçları	66
IX. KADINA AİT BOŞANMA	67
1- Kocanın Kariya Boşanma Yetkisi Vermesi == Tefviz-i Talâk	68
2- Karşılıklı=Anlaşma İle Boşanma (Hul veya Hulû, muhalea)	69
A) <i>Hul kadına empoze edilen bir boşanma şekli değildir</i>	71

B) <i>Boşanma teklifi hem kocadan hem de karıdan gelebilir.</i>	71
C) <i>Boşanma kadın tarafından teklif edilirse, kadın erkeğe bir bedel öder !</i>	71
a) Karşılıklı anlaşma ile boşanmanın hukukî mahiyeti	72
b) Karşılıklı anlaşma ile boşanmada ehliyet meselesi	73
a') Koca bakımından	73
b') Karı bakımından	73
c) Karşılıklı anlaşma ile boşanmada bedel ..	75
d) Karşılıklı anlaşma ile boşanmanın hüküm leri	77
a') Kadın bir ayırıcı boşanma ile boşanmış olur	78
b') Belli bir şey taahhüt edilmişse, koca anlaşma ile o şeyin mülkiyetini kazandırır	78
c') Eşlerin evlenme dolayısıyla birbirlerine karşı haiz oldukları mameleki haklar tamamen sona erer	78

X DOLAYSIYLA BOŞANMA SONUCU DOĞURAN USULLER

1- Lian	79
A) <i>Liann Şartları</i>	80
a) Liana ehliyet	80
b) Lianın şekli	80
B) <i>Liann Hüküm ve Sonuçları</i>	81
a) Bütün mezheplere göre, kadın zina; koca da zina iftirasından dolayı cezalandırılmaz	81
b) Evlenme sona erer	82
c) Lian nesebin reddi sonucunu doğurur	82
2- Kocanın Karısı ile Belli Bir Süre Cinsi Münasebette Bulunmayacağına Yemin Etmesi = İlâ	83

A) <i>Tarifi</i>	83
B) <i>Ehliyet Şartları</i>	84
C) <i>Hüküm ve Sonuçları</i>	84
3- Yasak Benzetme = Zihar	85
A) <i>Tarifi</i>	85
B) <i>Ehliyet şartları</i>	86
C) <i>Hüküm ve sonuçları</i>	86
XI. ADLÎ BOŞANMA VEYA EVLENMENİN FESHİ	87
1- Hanefi Mezhebinde Adlî Boşanma	88
A) <i>Kocanın iktidarsızlığı sebebiyle boşanma</i>	89
B) <i>Seçim hakkının kullanılması</i>	91
2- Maliki Mezhebinde Adlî Boşanma	93
A) <i>Adlî boşanmada özel sebepler</i>	93
a) Eşlerde mevcut cinsel hastalık veya anormallikler ile diğer fiziki ayıplar	94
b) Mehrin ödenmemesi sebebiyle boşanma	95
c) Kocanın gaipliği sebebiyle boşanma	96
d) Sözleşme ile tesbit edilen esaslara aykırılık	96
e) Nafakanın ödenmemesi sebebiyle boşanma	97
B) <i>Adlî boşanmanın genel sebebi olarak geçimsizlik ve eşe zararlı olma</i>	98
3- Hanbeli ve Şafîi Hukukunda Adlî Boşanma	100
4- Hanbeli Mezhebinde Adlî Boşanma Sebepleri	100
A) <i>Kocanın fizikî ve mânevi bakımdan karıdan uzak olması</i>	100
a) Koca karısı ile 4 aydan fazla bir zaman cinsi münasebette bulunmamalıdır	100
b) Kocanın cinsi münasebetten kaçınması mütevazî sınırlar içinde kalsa dahi karısına zarar vermek amacına matuf olmalı	100
c) Karı kocasının bu davranışından zarar gördüğünü ispat etmelidir	100
B) <i>Kocanın evlenme sözleşmesine aykırı hareket etmesi</i>	101

İKİNCİ BÖLÜM

OSMANLI HUKUKUNDA BOŞANMA

5-	Hem Hanbeli Hem de Şafiîlerce Boşanma Sebebi Olarak Kabul Edilen Haller	101
A)	<i>Eşlerin birinde mevcut gizli fizikî ayıplar.</i>	101
B)	<i>Kocanın nafaka borcunu yerine getirmemesi</i> ..	102
XII.	İSLÂM DİNİNİ TERKETME NEDENİYLE EVLENMENİN SONA ERMESİ	102
Xni.	20. ASIRDA İSLÂM AİLE HUKUKU KANUNLARINDA ADLÎ BOŞANMA	104
XIV.	HANEFİ MEVZUATININ KABUL ETTİĞİ ADLÎ BOŞANMA SEBEPLERİ	105
1-	Kocada Mevcut Ciddi Hastalıklar	105
2-	Nafaka Borcunun Yerine Getirilmemesi	106
3-	Kocanın Gaipliği	108
4-	Kocanın Hapsi	109
5-	Kocanın Kadına Zarar Vermesi	110
6-	Geçimsizlik	110
XV.	BOŞANMANIN SONUÇLARI	111
1-	Boşanmanın Eşlere ve Çocuklara İlişkin Sonuçları	111
*	A), <i>İddet</i>	111
B)	<i>Çocukların muhafazası.</i>	111
A)	<i>İddet.</i>	111
a)	Ölüm halinde iddet	112
b)'	Boşanma halinde iddet	112
c)	İddetin süresi	113
d)	İddet sırasında kadının hak ve ödevleri ..	114
a')	Hakları	114
b')	Ödevleri	115
e)	İddetin hükmü	116
f)	Koca bakımından iddet	116
B)	<i>Boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçları.</i>	117
a)	Çocukların kime bırakılacağı meselesi	117
b)	Çocuğun nafakası	119
2-	Boşanmanın Malî Sonuçları	120

I.	BAŞLANGIÇTAN 1917 TARİHİNE KADAR OLAN DEVRE	122
1-	Genel Olarak	122
2-	Boşanmaya Devletin Müdahalesi	123
II.	1917 TARİHLİ HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİNDE BOŞANMA	125
1-	Genel Olarak	125
2-	Hukuk-i Aile Kararnamesinin Boşanmaya İlişkin Esasları	126
A)	<i>Boşanma hakkı.</i>	126
a)	Kocanın boşanma ehliyeti	126
b)	Kocanın iradesine bağlı boşanma = talâk'ın şekli	126
B)	<i>Kocanın iradesine bağlı boşanma = talâk'ın ne- viler i.</i>	127
a)	Dönülebilir boşanma	127
b)	Ayırıcı = kesin boşanma	127
C)	<i>Ad'î boşanma = ayrılmayı isteme.</i>	128
a)	Kocada mevcut bazı hastalık veya fizyolojik kusurlar	128
b)	Kocanın karısına nafaka ödeme vecibesini yerine getirmemesi veya ödemede güçlük çıkartması	130
c)	Kocanın gaipliği	131
d)	Geçimsizlik	131
3-	Hukuk-i Aile Kararnamesinin Hristiyan Teb'anın' Boşanmasına İlişkin Hükümleri	133
A)	<i>Boşanma sebepleri.</i>	133
a)	Zina	133
b)	Akıl hastalığı	134
c)	Adi bir suçtan dolayı 5 seneden fazla eczaya mahkûmiyet	134

	d) Eşlerden birinin gaipliği134
	c) Terk	134
	f) Eşlerden birinin nikâhtan önce tutulmuş olduğu hastalık134
	g) Eşlerden birinin diğerinin hayatını tehli- keye sokacak fiillerde bulunması134
	B) Ayrılık134
	C) Boşanma darası135
	4- Boşanmanın Sonuçları135
Uf.	1339 /1923 TARİHLİ AİLE HUKUKU KANUNU TASARISINDA BOŞANMA136
IV.	1340/1924 TARİHLİ AİLE HUKUKU KANUNU TASARISINDA BOŞANMA138'
	I- Genel Olarak138
-	2- 1340/1924 Tarihli Aile Hukuku Kanun Tasarısında Boşanma Sebepleri139
	A) Terk139
	B) Yüz kızartıcı bir cürümden mahkûmiyet139
	C) Cana kast139
	D) Kötü muamele139
	E) Birden fazla kadınla evlenme140
	F) Geçimsizlik140
	a) Geçimsizliğin belli sebeplerden doğması	140
	b) Çekilmezlik140
	3- Boşanma Davası ve Bu Davaya İlişkin Usul141
	A) Davanın açılması141
	B) Sulh teşebbüsü :-----:-----: .141	
	C) Muvakkat tedbirler •142
	D) Tazminat talebi142
V.	İSLÂMÎ BOŞANMA VE TMK. NUN BOŞANMAYA İLİŞKİN ESASLARININ ÇOK KISA BİR DEĞER- LENDİRİLMESİ144
	BİBLİYOGRAFYA150
	İNDEKS155

KISALTMALAR

Âyet.
Adliye Ceridesi.
Adı geçen eser.
Article.
Cilt.
Code Statut Personnel Égyptien.
Çeviren.
Düstur.
Hukuk-i Aile Kararnamesi.
İsviçre Medenî Kanunu.
Madde.
Türk Medenî Kanunu.
Sayla.
Sayı.
Sûre.
Tertip.
ve devam.