

## Akim Kalan Bir Teşebbüs: OSMANLI AİLE KANUNU<sup>1</sup>

Dr. Ekrem Buğra Ekinci

Osmanlı Aile Kanunu, bir başka deyişle Hukuk-u Aile Kararnâmesi, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat sonrasında görülen kanunlaştırma hareketlerinden biri ve bu devirde hazırlanan kanunlar zincirinin hemen hemen son halkasıdır. Adından da anlaşılacağı gibi, İslam aile hukukuna dair hükümler taşımaktadır.

### Aile Kanunundan Önce

Osmanlı Devleti'nde İslam hukuku geçerli idi. Ondokuzuncu asrın ikinci yarısında, bu hukukun özel kısmına âit bazı hükümler (borçlar, şirketler, muhakeme usulleri gibi) **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye** adında bir kanun metniyle düzenlenmiş, bu arada ticaret ve muhakeme hukukuna dair hükümler aynı adı taşıyan başka kanunlara dercedilmiştir. Mecelle'nin tamamlanmasıyla ülkede bir bakımdan hukuk birliği sağlanmıştı. Ahvâl-i şahsiye denilen şahıs, aile ve miras hukuku sahasında ise daha bir süre fıkıh kitaplarına başvurulacaktı. Çünkü dinî cephesi daha güçlü olan bu alanda, gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının, yani zimmîlerin İslam hukukunun tanıdığı hak gereği kendi dinlerinin hukukî hükümlerine ve ruhanî meclis de denilen kilise ve hahamhane mahkemelerine gidebilme imkânları vardı. Ayrıca müslüman halkın farklı fıkıh mezheplerine mensup olması da ahvâl-i şahsiye, yani şahıs, aile ve miras hukuku sahasının kanunlaştırılmasına engel oluşturmuştur.

### Aile Kanununa Doğru

Tanzimattan sonra aile hukuku alanındaki gelişmenin, diğer hukuk alanlarının tersine çok yavaş cereyan ettiği görülür. Bununla beraber bir takım hukukçu ve yazarlar bu sahanın da kanun olarak düzenlenmesi zaruretine dikkat çekmiştir. Nihayet ilk olarak 1881 tarihli **Sicill-i Nüfus Nizamnâmesi** ile nikâh ve talâkların, yani evlenme ve boşanmaların tescil edilmesi zorunluluğu ve izinsiz nikâh kıyma yasağı getirilmiştir, ki bu husus devletin aile hukukuna müdahalesine bir örnek oluşturur. Sürekli savaşların doğurduğu bir problem olarak, 1916 yılında, kocası savaşa gidip geri dönmediği için nafakasız kalan ve mağduriyete düşen kadınların mahkemeye başvurup Hanbelî mezhebine göre nikâhlarını feshettirme imkânı getirilmiştir. Halbuki Hanefî mezhebinde bunun şartları imkânsız denecek kadar ağırdır. Bu

---

<sup>1</sup> *Tarih ve Medeniyet*, S: 43, Ekim 1997, s: 50-52.

düzenleme, ileride çıkarılacak aile kanununa elverişli bir temel hazırlaması bakımından önemlidir. Bu arada cemiyet ve devlet yapısının gittikçe daha çok Batı'ya benzer hale geldiği görülmektedir. Nitekim kadının cemiyet içindeki yeri değişmeye başlamış, çalışan bir kadın kitlesi doğmuştu. Bir yandan da iktisadî ve sosyal problemler giderek artmıştı. Aynı zamanda fikrî sahada da pek çok tazyik, hükümeti bir aile kanunu yapmaya sevketmiştir. Öyle ki, bu devirde Batıcı, Türkçü ve İslamcı eğilimlere mensup hukukçu ve yazarlar, kadın ve âile problemleri üzerinde çok durmuş, bilhassa *taaddüd-ü zevcat*, yani birden çok kadınla evlenme meselesi gündemden hiç inmemiştir. Günlerce gazete ve dergi sütunları bu konularla dolmuş taşmış, bu sahada pekçok kitap kaleme alınmıştır. Nitekim bu fikir cereyanlarının üçü de başta İslamcılık olmak üzere çıkarılacak olan kararnâmeyi hayli etkilemiştir. Hükümet bir aile kanunu hazırlamakla hem bu ihtiyaçlara cevap vererek sosyal çalkantıları durduracak, hem de cemaat mahkemelerinin yetkileri ellerinden alınarak ülkede adlî birliğin sağlanması yönüyle önemli bir adım atılmış olacaktır.

### **Aile Komisyonu**

Bunun için İkinci Meşrutiyetten sonra bir Hukuk-u Aile Komisyonu oluşturuldu. 1916 yılında çalışmalarına başlayan komisyon, Isparta meb'usu **Seydişehirli Mahmud Es'ad Efendi**, Fetvâhâne Mümeyyizlerinden **Hâfız Şevket Efendi**, Menteşe meb'usu **Sa'id Bey**, Şurâ-yı Devlet üyesi **Ali Başhampa Efendi** ve Mahkeme-i Evkaf Kâdisi **Akhisarlı Mustafa Fevzi Efendi**'den oluşmaktaydı. Mahmud Es'ad Efendi, zamanın en popüler ve oldukça ileri fikirli hukukçularındandı. Tapu mevzuatının hazırlanmasında da büyük rolü olmuştu. Son devrin başbakanlarından Sadi Irmak'ın dayısı, ayrıca adı geçen komisyon üyelerinden Akhisarlı Mustafa Fevzi'nin kayınbiraderidir. Bu Mustafa Fevzi Efendi ilmiye sınıfından yetişmekle beraber son derece ileri fikirliliğiyle tanınmıştır. Cumhuriyetin ilanından sonra milletvekilliği ve bakanlık yapmış, Atatürk'ün çok değer verdiği bir hukukçu olarak laik hukukun kabulü ve Avrupa kökenli kanunların alınmasında önemli emeği geçmiştir. Bu komisyon İslam, Hıristiyan ve Yahudi âile hukuklarına dâir hükümleri içeren ve 157 maddeden oluşan bir kararnâme hazırladı. İlk kısmı evlenmeye, ikinci kısmı ise evliliğin sona ermesine dâir olan ve mükemmel bir kanun tekniğine sahip bulunan bu kararnâme, muhtemelen çoğunluğun tasvibini alamayacağından korkularak Meclis-i Meb'usan'a getirilmemiş, muvakkat bir kanun olarak 25.X.1917 tarihinde *Hukuk-u Aile Kararnâmesi* ismiyle yayınlanmıştır. Muvakkat kanun geçici olmaktan çok, bugünkü kanun hükmünde kararnâmelere benzer bir özellik taşır.

### **Kararnâmenin Özellikleri**

Bu kararnâme İslam âleminde âile hukuku alanında yapılmış ilk kanundur. Her ne kadar ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında Mısır'da yaşayan Osmanlı hukukçusu **Muhammed Kadri Paşa** (v.1888) *el-Ahvâlü's Şahsiyye* adıyla Hanefî mezhebinin âile hukukuna dâir

hükümlerini içeren bir kanun metni, (daha doğrusu kanun projesi) hazırlamışsa da bu metin kanunlaşmamıştır.

Hıristiyan ve Yahudi aile hukukuna âit hükümler, bu dinlere mensup ruhanî reislerden sorularak Hukuk-u Aile Kararnâmesi'ne alınmış ve böylece kararnâme üçlü bir birlik taşıır duruma gelmiştir. Hukuk tarihinde nâdir olan bu özelliğe, bir de 1830 tarihli Rusya medenî kanununda rastlanmaktadır. Hukuk-u Aile Kararnâmesi ile cemaat mahkemelerinin yargı muafiyetleri de kaldırılmış, asırlardan sonra ilk defa gayrimüslim vatandaşlar şer'î mahkemelerin mecburî yargı hâkimiyeti altına sokulmuşlardır.

Kararnâme nikâh akdinin kurulması ve sonuçları yönünden devletin kontrolünü belirginleştirmiştir. Söz gelişi, nikâhtan önce bir nikâh engelinin bulunup bulunmadığının tesbiti mahiyetinde durumun ilanı ve nikâhın kâdi veya vekili huzurunda kıyılıp tescil edilmesi esasları getirilmiştir. Eskiden böyle bir durum sözkonusu değildi, nikâhı herkes kıyabilir, kayda da gerek görülmezdi, ancak zamanın değişmesiyle bunların tesciline ihtiyaç duyuldu ve Tanzimat'tan sonra nikâh ve talâkların tescili mecburiyeti getirildi ki bu İslam hukukuna aykırı değildir.

### **Telfikçi Kanun**

Yine kararnâmede Hanefî mezhebinden ayrılarak, diğer mezheplerden istifadeyle kazâî boşanmanın sınırları genişletilmiştir. Öte yandan kararnâme *eklektik* (telfikçi) bir nitelik taşıır. Bir başka deyişle, hazırlanışı sırasında Abbasîlerden itibaren yüzyıllardır hemen hemen bütün İslam ve bilhassa müslüman Türk devletlerinde resmî mezhep mevkiindeki Hanefî mezhebi, yirmi kadar meselede ihtiyaç gerekçesiyle terkedilerek bunun yerine diğer sünnî mezheplere âit hükümler getirilmiştir. Meselâ, kararnâmede Hanefî mezhebinden ayrılmış ve diğer mezheplere dayanarak kazâî boşanmanın (tefrik) sınırları genişletilmiştir. Burada kararnâmeye fikrî bakımdan en çok etki ettiği anlaşılan modernist mahiyetteki İslamcı fikir cereyanı, daha o zamanlar muhafazakârlığın (gelenekçiliğin) ve dolayısıyla belirli bir mezhebe bağlılığın aleyhinde olup telfike, yani bir hukukî meselede farklı mezhep hükümlerinin karıştırılarak uygulanmasına taraftar idi. Bu husus, muhafazakâr çevrelerde hayli tepki doğurmuştur. Bu cereyanın İslamcı adını taşıması insanı yanıltabilir, halbuki esasında modernist olan bu cereyan en çok dindar çevrelerin muhalefetini çekmişti.

### **Yenilikler**

Kararnâme, kazâî boşanma (tefrik), birden çok evliliği sınırlama ve evlilik için asgarî yaş haddi gibi esasen İslam hukukuna aykırılık taşımayan, ancak o zamana kadar da uygulamasına şahit olunmayan bazı hükümler getirmiştir. Meselâ, evliliğin geçimsizlik durumunda her iki tarafın ailesinden birer kişinin oluşturacağı bir aile meclisinin arabulucuk yaparak,

geçimsizliğin ortadan kalkmaması durumunda ise nikâhı bozma esası kabul edilmiştir. Öte yandan bilhassa nikâh esnasında kadına kocasının bir daha evlenmemesini şart koşabilme hakkının verilmesi çok büyük bir yeniliktir. Öyle ki bu hükümler zamanın kamuoyunda hayli akis bulmuş, hatta sözgelişi Hüseyin Rahmi (Gürpınar) gibi yazarların romanlarında bile bundan -biraz da alaylı bir şekilde- sözedilmiştir.

### **Kanunun İçeriği**

Kararnâme yukarıda da belirtildiği üzere münâkehat (evlenme) ve müfârakat (evliliğin sona ermesi) olarak iki kısma ayrılır. Münâkehat kısmı da nişanlanma, nikâh, nikâhı yasak olanlar, nikâh akdi, kefâet (eşlerin denkliği), mehir (nikâh karşılığında kadının almayı hak ettiği meblağ) ve nafaka gibi fasıllara ayrılır. Müfârakat kısmı da talâk-ı ric'î ve talâk-ı bâin (ayırıcı ve cayılabilir boşama), hıyar-ı tefrik (kocada sonradan ortaya çıkan bir hastalık veya kusur sebebiyle mahkemeden boşanma isteme), iddet (kocasını ölen veya boşanan kadının başkasıyla evlenmeden önce beklemesi gereken ve hâmile olup olmadığını anlaşılmasına yarayan süre) gibi fasıllara ayrılır. Her bir kısımda İsevî (Hıristiyan) ve Musevîlerle ilgili hükümler yeri geldikçe zikredilir. Kararnâmeye, kanunlarda âdet olduğu üzere, hükümlerin gerekçeleri hakkında uzun uzadıya bilgi veren ve bu husustaki tartışmaları içeren bir de esbab-ı mucibe lâyihası, yani gerekçe eklenmiştir. Öte yandan bir âile kanununda bulunması gereken *nafaka*, *hidâne* (çocuk terbiyesi), *neseb* (bir çocuk ile babası arasında kurulan bağı), *vesâyet* (malını idare etmekten âciz olanların mallarına bir idareci tayini) gibi hususlara kararnâmede her nedense yer verilmemiştir. Bunların muhtemelen sonra düzenlenmesi düşünülmüş, ancak buna imkân olmamıştır. Nitekim bu arada şeyhülislamlık, öteden beri İslam hukukunun kanun durumuna getirilmesinde söz sahibi olmasını onaylamadığı Hukuk-u Aile Komisyonu'nun bir fırsatla önüne geçerek bizzat nafaka ile ilgili bir kanun metni (*Kitâbu'n-Nafakât*) hazırlanmışsa da bu metin savaş sebebiyle kanunlaşmamıştır.

### **Eksikler ve Tepkiler**

Hazırlanışında Mecelle'de olduğu gibi **Ahmed Cevdet Paşa** gibi dirâyetli ve muktedir bir hukukçunun bulunmadığı kararnâme, pekçok yönden zamanın hükümeti olan İttihatçıların karakter özelliklerini izlerini taşımaktadır. Bu sebeple bilhassa rejim muhaliflerinin tenkitlerine hedef oluşturmuştur. Bunların yanısıra adlî muafiyetleri haleldar olan gayrimüslim unsurlar ile onların dışarıdaki destekçileri tarafından protestolar yükselmiştir. Bunlar, asırlardır uygulanagelen adlî imtiyazların kaldırılmasının Kanun-u Esasî'ye de aykırı olduğuna dikkat çekmişlerdir. Öte yandan muhafazakâr müslümanlar başka mezheplerden telifik yoluyla yararlanılmasını şiddetle tenkit etmişlerdir. Burada, müçtehit olmayan halkın, muayyen bir mezhebi taklit etmek zorunda bulunduğu, kararnâmenin ise aynı meselede farklı mezheplerin hükümlerini telifik ettiği, bir başka deyişle birbirine karıştırdığı, halbuki telifikin İslam hukukuna aykırı olduğu (*hükm-ü müleffak bâtıldır*) ifâde edilmiştir. Muhafazakâr müslümanların baştan

beri taşıdıkları bu aleyhte görüşlere, bir de Birinci Dünya Savaşı'nın kötü şartları eklenince kararnâme daha iki sene dolmadan yıpranmış, İstanbul'un işgali ve işgal kuvvetlerinin müdahalesi sonucu 19.VI.1919 tarihli bir başka muvakkat kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak kararnâmenin, İstanbul hükümetinin işgalden sonra aldığı kararları meşru' kabul etmeyen Anadolu hükümeti yanındaki geçerliliği 1926'ya, yani İsviçre medenî kanununun kabulüne kadar sürmüştür. Hukuk-u Aile Kararnâmesi çıkarıldığı tarihte Osmanlı Devleti'ne bağlı, ancak kaldırıldığında ayrılmış eski vilâyetlerde, meselâ 1951'e kadar Ürdün'de, 1953'e kadar Irak ve Suriye'de, günümüze kadar kısmen de olsa Lübnan, Filistin ve İsrail'de tatbik edilegelmiştir. Bunun yanısıra eski Osmanlı vilâyetlerinden doğmuş Arap ülkelerinde hazırlanan yeni âile kanunlarını içerik ve sistematik yönüyle etkilediği ve hatta kaynak oluşturduğu muhakkaktır.

### **Hata Nerede?**

Sistematik itibariyle mükemmel bir kanun tekniğine sâhip bulunan Hukuk-u Aile Kararnâmesi içerik bakımından tamamen İslam hukukuna dayanmakta, bu yönüyle de daha o zamandan ülkede doruk noktasında bulunan doğu-batı mücâdelesinden görünüşte batıcıların yenik çıktığı anlaşılmaktadır. Ancak kararnâme, zamanın gerekleri ve ülkenin şartları gözönüne alınmaksızın âdetâ bir komiteci mantığıyla hazırlanmış, gerek gayrimüslim vatandaşların adlî muafiyetlerinin kaldırılması, gerekse Hanefî mezhebinin mutlak uygulanışı yerine mezheplerin telifine gidilmesi, kararnâmenin başını yemiştir. O zamanki şartların bunu kabule hazır olmadığı gözönüne alınmamıştır. Halbuki gayrimüslim vatandaşların ahvâl-i şahsiyye bakımından sahip buldukları adlî otonomiye kaldırmak anlamsız bir teşebbüs olduğu gibi, bin seneden fazla bir zamandır uygulanagelen bir mezhebin hükümlerinin bir çırpıda değiştirmeye kalkışmanın tehlikesi ortadadır.

### **Kaynakça:**

- Sabri Şakir Ansay: **Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar**, Ankara 1952.  
M. Akif Aydın: **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, İstanbul 1985.  
M. Reşid Belgesay: **"Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat"**, Tanzimat I, İstanbul 1940.  
Halil Cin: **İslam-Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Konya 1988.  
Halil Cin: **Eski Hukukumuzda Boşanma**, Konya 1988.  
Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu: **"Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi"**, Ebulula Mardin'e Armağan, İstanbul 1943.  
Mansurizâde Sa'id: **İslam** mecmuasındaki yazıları.  
Sadreddin: **"Hukuk-u Aile ve Usul-ü Muhakemat-ı Şer'iyye Kararnâmeleri Hakkında"**, Sebilürreşad mecmuası sayı:382-445.  
Mehmet Ünal: **"Medenî Kanunun kabulünden önce Türk aile hukukuna ilişkin düzenlemeler ve özellikle 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnâmesi"**, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, XXXIV/1-4, 1977.