

İSLAM HUKUKU ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

Sayı: 20
Ekim 2012

www.islamhukuku.com
www.islamhukuku.org
www.islamhukuku.net

ISSN 1304-1045

İSLAM HUKUKU ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

www.islamhukuku.com www.islamhukuku.org www.islamhukuku.net

Journal of Islamic Law Studies

مجلة البحوث الفقهية الإسلامية

Sayı / Number / العدد : 20

Yıl / Year / السنة : 2012

Nisan Ekim aylarında yılda iki sayı çıkar. Hakemlidir.

Sahibi / Publisher / صاحبا

Mustafa ÖZDEMİR

Mehir Vakfi Genel Başkanı / General Director of Mehir Vakfi / رئيس الوقف

Editör / Editor-in-Chief / رئيس التحرير

Prof. Dr. Saffet KÖSE

Editör Yardımcısı / Associate Editor / مساعد رئيس التحرير

Yrd. Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK

Yayın Kurulu / Editorial Board / هيئة التحرير

Prof. Dr. Halil İbrahim ACAR - Dr. Ahmet AKMAN - Doç. Dr. Abdüsselam ARI - Prof. Dr. Servet ARMAĞAN - Doç. Dr. Tevhit AYENGİN - Dr. Tuncay BAŞOĞLU - Prof. Dr. Murteza BEDİR - Doç. Dr. Recep CİCİ - Dr. A. Hakan ÇAVUŞOĞLU - Dr. Hüseyin ÇELİKER - Prof. Dr. Şamil DAĞCI - Prof. Dr. Nihat DALGIN - Prof. Dr. Sabri ERTURHAN - Prof. Dr. H. Tekin GÖKMENOĞLU - Prof. Dr. H. Mehmet GÜNAY - Yrd. Doç. Menderes GÜRKAN - Doç. Dr. Hasan KAÇAK - Prof. Dr. Abdurrahman HAÇKALI - Prof. Dr. Abdullah KAHRAMAN - Prof. Dr. Cengiz KALLEK - Doç. Dr. Ali KAYA - Doç. Dr. Saim KAYADİBİ - Dr. Hüseyin KAYAPINAR - Dr. Necmettin KIZILKAYA - Prof. Dr. Ferhat KOCA - Doç. Dr. İsmail KÖKSAL - Yrd. Doç. Dr. Muharrem ÖNDER - Prof. Dr. Şükür Özen - Hasan Özer - Yrd. Doç. Dr. Ali İhsan PALA - Dr. Ali PEKCAN - Yrd. Doç. Dr. İzzet SARGIN - Doç. Dr. Haluk SONGUR - Doç. Dr. Osman ŞAHİN - Yrd. Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK - Doç. Dr. Hasan TANRIVERDİ - Prof. Dr. Talip TÜRCAN - Dr. Mustafa YAYLA - Prof. Dr. Mustafa Yıldırım - Doç. Dr. Kemal YILDIZ - Dr. Yaşar YİĞİT

Danışma - Bilim Kurulu / Advisory Board / الهيئة الاستشارية العلمية

Prof. Dr. Hamza AKTAN - Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ - Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN - Prof. Dr. Fahrettin ATAR - Prof. Dr. İ. Hakkı AYDIN - Prof. Dr. M. Akif AYDIN - Prof. Dr. Ali BAKKAL - Prof. Dr. Mustafa BAKTIR - Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU - Prof. Dr. Abdülaziz BAYINDIR - Prof. Dr. Faruk BEŞER - Prof. Dr. İbrahim ÇALIŞKAN - Prof. Dr. Orhan ÇEKER - Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN - Prof. Dr. İ. Kafi. DÖNMEZ - Prof. Dr. Celal ERBAY - Prof. Dr. Mehmet ERDOĞAN - Prof. Dr. Mehmet ERKAL - Prof. Dr. Osman ESKİCİOĞLU - Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ - Prof. Dr. Hasan GÜLEÇ - Prof. Dr. Hayrettin KARAMAN - Prof. Dr. Muhsin KOÇAK - Prof. Dr. Salim SÖĞÜT - Doç. Dr. Ahmet ÖZEL - Prof. Dr. Mehmet ŞENER - Prof. Dr. Salih TUĞ - Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM - Prof. Dr. Davut YAYLALI - Prof. Dr. Y. Vehbi YAVUZ

Kitap Tanıtımı / Book Review / حول الكتب

Dr. A. Hakan ÇAVUŞOĞLU

Özetler / Summaries / ملخصات

Doç. Dr. Haluk SONGUR - Doç. Dr. Saim KAYADİBİ

Bibliyografya Kontrol / Bibliographic Control / مراجعة المصادر

Muhammet Ali DANIŞMAN

Uluslararası İlişkiler Koordinatörü / Coordinator of International Relations / منسق العلاقات العالمية

Dr. Necmettin KIZILKAYA - Necmeddin GÜNEY

Yazı İşleri Müdürü / Editorial Assistant / مراجعة المصادر

Abdullah ŞAFAK

e-mail: saffetkose@konya.edu.tr

ISSN 1304-1045

Kapak: Doç. Dr. Muhittin OKUMUŞLAR

Mizanpaj: Furkan Selçuk ERTARGİN, macfurkan@gmail.com

Baskı: Servet Ofset Ltd. Şti.

Matbaacılar Sitesi Yayın Cad. 9. Blok Ho: 50 Tel: 332 342 02 32 Karatay / KONYA

İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi Index Islamicus tarafından taranmaktadır.

İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi EBSCOhost'un hazırladığı Academic Search Complete (ASC)'de indekslenmektedir. Ayrıca Dergide yayımlanan yazılar EBSCOhost'un elektronik tarama motorlarında ilim dünyasına sunulmaktadır.

Journal of Islamic Law Studies (IHAD) is indexed by Index Islamicus and EBSCOhost.

Basım Tarihi EKİM 2012

Yayın İlkeleri

- 1- Dergide yayımlanması istenen yazılar İslam Hukuku ile ilgili olmalıdır. İslam hukuku ile ilgili çağdaş bir problem , İslam hukuk tarihi, edebiyatı, son dönem, daha önce yaşamış ya da çağdaş İslam hukukçularının ve eserlerinin tanıtımı, önceki fukahanın yazmış oldukları risalelerinin şerhi ve tercümesi, sempozyum ve tez değerlendirmeleri vb. konularında olmalıdır.
- 2- Araştırma ilim metotlara uygun olmalıdır.
- 3- Araştırmaya İngilizce veya Arapça özet eklenmelidir.
- 4- Araştırmalar hakemlerin (en az iki hakem) olumlu görüşünden sonra yayımlanır.
- 5- Dergide yayımlanan yazıların dil ve içerik bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.
- 6- Yayımlanmayan yazılar sahiplerine iade edilmez.

Principles and Regulations For Publication

- 1- Research submitted for publication, should be based on Islamic jurisprudence
- 2- Research should concentrate on issues, -questions and contemporary problem, -history of islamic jurisprudence, -its literature, - past and contemporary Islamic legists, dealing with Islamic subjects, with their works, -critical publications and translations of treatises (unpublished manuscripts) of the past Islamic legists / jurists about various subject, -notes on symposiums, conferences, congresses or theises etc.
- 3- Research should be followed scientific methods.
- 4- A satisfied abstract should be attached to the resarch to be translated English or Arabic.
- 5- Researchs should be arbitrated by Islamic legists/jurists according to methods wich indicates principles and procedures of arbitration
- 6- The opinions expressed in the articles are solely those of the authors
- 7- Research which not published, will not be returned.

قواعد النشر وشروطه

- 1- أن يكون البحث المراد نشره في المجلة مبنياً على الفقه الإسلامي.
- 2- أن ينصب البحث على القضايا والمسائل والمشكلات المعاصرة المتعلقة بالفقه الإسلامي أو تاريخه أو أدبه أو التعريف بالافقهاء المتأخرين والمتقدمين والمعاصرين مع بيان إنجازاتهم العلمية أو تحقيق رسائل فقهائنا القدامى وترجمتها أو تقييم المؤتمرات أو الرسائل الخ...
- 3- أن يوافق البحث على المناهج العلمية.
- 4- أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية أو العربية
- 5- تنشرالبحوث بعد أن يتم التحكيم من قبل المتخصصين وفقاً لقواعد التحكيم
- 6- جميع المسؤوليات العلمية والقضائية للبحوث المنشورة في المجلة على مؤلفيها
- 7 البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها

Adres / Address / العنوان :

Musalla Bağları Sarnıç Sk. No: 2 - Selçuklu / KONYA

Tel: 0332 236 14 60

Fax: 0332 236 14 65

www.mehir.org

Mehir Vakfı Türkiye Gönüllü Teşekküller Vakfı ve IDBS üyesidir

İÇİNDEKİLER

Editörden	9
İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği	
<i>Khayar al-Majlis in Islamic Law</i>	
Dr. İbrahim Tüfekçi	11-42
İslam'da Helal Ve Haram'ın Yeri Ve Fıkıh Usulü Açısından Temellendirilmesi	
<i>The Place of Halal and Haram in Islam and Grounding them according to Islamic Legal Theory</i>	
Prof. Dr. Abdullah Kahraman	43-69
Vekalet Akdine Dair Bir Tartışma Bağlamında Osmanlı Döneminde Fetvanın Müftâ-Bih Hale Geliş Süreci	
<i>Process of Returning of the Fatwa to "Mufta bih" during the Ottoman Period in the Context of a Discussion on the Contract of Agency</i>	
Yrd. Doç. Dr. Süleyman Kaya	71-86
Mir'ât-ı Mecelle'de Belirtilen Mecelle Kaynakları	
<i>The Sources of Majallah that Stated in Mir'at al-Majalla</i>	
Doç. Dr. Kemal Yıldız, Tayyip Nacar	87-105
İslam Miras Hukukunda Dede Yetimliği Ve Benzeri Problemlere Çözüm Arayışlarına İlişkin Bir Değerlendirme	
<i>The Problem of Orphaned Grandchildren in Islamic Inheritance Law and Reflections on Searches for Its Solution</i>	
Dr. Abdurrahman Yazıcı	107-134

Modern Dönemde Faizsiz Bankacılık Ve Fıkhi İşleyişi

Islamic Finance in Modern Era and its Islamic Legal Procedure

Dr. Necmettin Kızılkaya..... 135-150

Osmanlı'dan Günümüze Anadolu Medreselerinde Fıkıh Tedrisatı Ve Sorunları

From Ottoman to the Present Day Teaching of Fiqh at Anatolian Madrasas and Its Problems

Yrd. Doç. Dr. M. Rahmi Telkenaroğlu..... 151-177

الضرائب التي وضعها الخليفة الثاني عمر (رض) على سكان و أراضي بلاد الشام

Hz. Ömer'in Biladü'ş-Şam Sakinleri Üzerine Koyduğu Vergiler

Doç. Dr. Mehmet ERDEM..... 179-196

Şeyh Bedreddin Câmî'u'l-Fusûleyn Adlı Eserinin Hanefî Fıkıh Literatürüne Katkısı:

İbn Nüceym Örneği

The Contribution of Sheikh Badraddin's Work Cami'u'l-Fusûlayn to Literature of Hanafi Fiqh:

Example of Ibn Nuceym

Yrd. Doç. Dr. Ayhan Hıra..... 197-209

İslam Hukuku'nda Ceninin Mal Varlığı Hakları

The Estate Rights of Fetus in Islamic Law

Dr. Mehmet Dirik 211-235

Fıkhi Açıdan Altın Hesabı

Gold Account According to Islamic Law

Yrd. Doç. Dr. Emrullah Dumlu..... 237-266

Candaroğlu İsmail Bey Ve Hulviyyât Adlı Eserindeki "Fıtır Sadakası" Bâbı

Candaroglu Ismail Bey and the Chapter of "Fıtır sadakası" in his Book Entitled Hulviyyat

Nail Karagöz 267-288

Karı-Koca Mallarının İdaresi Üzerine Mukayeseli Bir Etüd

A Comparative Study on Wife and Husband's Property Administration

Yrd. Doç. Dr. Veysel Nargül..... 289-316

Nassın/Mefhûm-i Muvâfakatın Delâleti: Lafzî Bir Delâlet mi Kıyas-ı Celî mi?

The Indication of Nass/The Inferred Meaning: Is it Literal Indication or

Obvious Analogy (Qiyâs Jalî)?

Dr. Uğur Bekir Dilek 317-339

İslam Ceza Hukukunda Aile İçi Hırsızlık

The Theft among the Family Members in the Islamic Criminal Law

Yrd. Doç. Dr. Bayram Demir 341-365

**İslam Hukuku Anabilim Dalı Bünyesindeki Lisans ve Lisansüstü Derslerle
İlgili Tespit Ve Teklifler**

*The Detections and Offers for Undergraduate and Postgraduate Programs in the
Department of Islamic Law*

Yrd. Doç. Dr. Muhammed Tayyib Kılıç..... 367-388

İslam Hukuku'nda Deyn'in Deyn Karşılığında Satımı

The Sale of Dept in Exchange for Dept in Islamic Law

Yakup Kara..... 389-415

**El-Külliyâtü'l-Fıkhîyye Edebiyatı Ve Sadrüşşerîa'nın Külliyyâtü'l-Fıkh
Adlı Eserinin Edisyon Kritiği**

Al-Kulliyât Literature and Edition of Sadr al-Shari'ah's Kulliyât al-fıqh

Mansur Koçinkağ..... 417-436

Mısır Milli Kütüphanesinde Bulunan Fıkıhla İlgili Türkçe Yazma Eserler

The Turkish Manuscripts on Fıqh in the Egyptian National Library

Doç. Dr. Ali İhsan Pala..... 437-454

Prof. Dr. Salim Öğüt [1956 – 2012] Hocamızın Aziz Hatırasına...

Ahmet Yasin Küçüktiryaki..... 455-460

Kitap Tanıtımları ve Notlar

Tıp ve Fetvâ: Tıbbî Konularda Fetva Verirken Bilgi Edinme Usulleri

Değerlendiren: Kamil Yelek..... 461-463

Editör'den

İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi yayın hayatında 10 yılı geride bırakarak 20. sayısı ile huzurlarınızda. Daha önceki sayılarda olduğu gibi bu sayımızda da birbirinden değerli birçok ilim adamının hazırladığı makaleler yer almaktadır. Dr. İbrahim TÜFEKÇİ, *İslam Hukukunda Meclis Muhayyerliği* başlığını taşıyan makalesinde önemli bir konuyu okuyucunun istifadesine sunmaktadır. Prof. Dr. Abdullah KAHRAMAN, *İslam'da Helal ve Haram'ın Yeri ve Fıkıh Usulü Açısından Temellendirilmesi* başlıklı çalışmasında İslam'ın temel hükümlerinden olan helal ve haramı fıkıh usulü açısından değerlendirmekte ve dinin bu konudaki hükümlerine riayet etmenin Müslümanları kültürel olarak asimilasyondan kurtaracağını ortaya koymaya çalışmaktadır. Yrd. Doç. Dr. Süleyman KAYA, deyni kabza vekil olan şahsın müvekkilin ölümünden sonra yemini ile tasdik olunup olunmayacağı konusunda verilen farklı fetvalardan birinin müftâ-bih hale gelişine dair yaklaşık bir buçuk asırlık süreci ortaya koyduğu *Vekalet Akdine Dair Bir Tartışma Bağlamında Osmanlı Döneminde Fetvanın Müftâ-bih Hale Geliş Süreci* başlığını taşıyan makalesinde bu konudaki fetvaların, Hanefi fıkıh geleneğinde müftâ-bih olanın tespiti suretiyle verildiğini ele almaktadır. Doç. Dr. Kemal YILDIZ ve Tayip NACAR'ın *Mir'ât-ı Mecelle'de Belirtilen Mecelle Kaynakları* başlıklı çalışma, Kayseri Müftüsü Mesut Efendi'nin, *Mir'ât-ı Mecelle* ismini verdiği eserinde tespit etmeye çalıştığı Mecelle'nin yüz elli kaynağını, kullanım yoğunluklarını ortaya koyacak şekilde yazarlarıyla birlikte ilim dünyasına sunmayı hedeflemektedir. Dr. Abdurrahman YAZICI, *İslam Miras Hukukunda Dede Yetimliği Meselesi ve Çözüm Arayışlarına İlişkin Bir Değerlendirme* isimli çalışmasında İslam miras hukukundaki "dede yetimliği" konusunu, İslam ülkelerindeki düzenlemeler ve gerekçeleriyle birlikte ortaya koymayı hedeflemektedir. Dr. Necmettin KIZILKAYA, *Modern Dönemde Faizsiz Bankacılık ve Fikhî İşleyişi* başlığını taşıyan makalesinde faizsiz bankaların tarihsel gelişimi ile ilgili kısa bir bilgi verdikten sonra bu bankaların yürüttükleri işlemlerin fetvâlara dayalı olarak sürdürülmesinin ötesine geçilerek faizsiz finansın ilkelerinin tespit edilmesinin ve fetvâlara zemin teşkil eden bazı kavramların yeniden değerlendirilerek fetvâdan teoriye geçişin zarureti üzerinde durmaktadır. Yrd. Doç. Dr. M. Rahmi TELKENAROĞLU, *Osmanlı'dan Günümüze Anadolu Medreselerinde Fıkıh Tedrisatı ve Sorunları* isimli çalışmasında medrese eğitiminde fıkıh ilminin yeri ve önemi, okutulan fıkıh kitapları ve bu ilmin tedrisiyle ilgili sorunları ele almakta, bu bilgiler ışığında ulaştığı sonuç ve önerileri okuyucu ile paylaşmaktadır. Doç. Dr. Mehmet ERDEM, *الضرائب التي وضعها الخليفة الثاني عمر (رض) على سكان و أراضي بلاد الشام*, başlığını taşıyan yazısında Hz. Ömer döneminde İslam devletinin hâkimiyetine giren ve "Biladü's-Şam" adı verilen toprakların İslam tarihi ve hukuku açısından çok özel bir manası olduğu üzerinde durmakta ve Hz. Ömer'in bu topraklarda yaşayanlar üzerine vazettiği vergilerin tespit ve tahlilini konu edinmektedir. Yrd. Doç. Dr. Ayhan HIRA, *Şeyh Bedreddin'in Câiuu'l-fusûleyn Adlı Eserinin Hanefî Fıkıh Literatürüne Katkısı: İbn Nüceym Örneği* başlıklı yazısında Şeyh Bedreddin'in *Câiuu'l-fusûleyn*'i ile İbn Nüceym'in *el-Bahru'r-râik*'ini iktibas açısından karşılaştırarak, birincinin ikinci üzerindeki etkisini ortaya koymuş ve böylece tarihi süreç içerisinde Şeyh Bedreddin'in çalışmalarının Hanefi mezhebine katkısı üzerinde durmuştur. Dr. Mehmet DİRİK, *İslam Hukuku'nda Ceninin Mal Varlığı Hakları* isimli çalışmasında İslam hukukunun ceninin hem şahıs varlığı hem de mal varlığı haklarını koruma aldığı miras, vasiyet, vakıf, hibe ve şüf'a gibi konular çerçevesinde ele almıştır.

Yrd. Doç. Dr. Emrullah DURLU, *Fıkhi Açından Altın Hesabı* başlığını taşıyan makalesinde altın hesabını hem geleneksel bankacılık hem de katılım bankalarında açılan bir hesap türü olarak incelemekte ve altın hesabının fikhî niteliğini tespit ederek, ilgili olduğu akitlerin şartları açısından ele almaktadır. Nail KARAGÖZ, *Candaroğlu İsmail Bey ve İlmî Şahsiyeti* isimli çalışmasında ilk olarak Candaroğlu İsmail Bey'in hayatı ve tarihi kişiliğini ele almış, daha sonra İsmail Bey'in *Hulviyyât* adını taşıyan fûrû-i fıkha ait hacimli eserini İslâm hukuku açısından değerlendirmiştir. Yrd. Doç. Dr. Veysel NARGÜL, *Karı-Koca Mallarının İdaresi Üzerine Mukayeseli Bir Etüd* başlıklı makalesinde, aile hukukunda *mal rejimi* olarak ifade edilen *eşlerin mallarının idaresi* konusunu Türk Medeni Kanunu ve İslam hukuku açısından mukayeseli olarak incelemektedir. Dr. Uğur Bekir DİLEK, *Nassin/Mefhum-i Muvafakatın Delâleti: Lafzî Bir Delâlet mi Kıyas-ı Celî mi?* başlıklı yazısında nassin/mefhum-i muvafakatın delâletinin lafzî bir delâlet olduğunu ve bazen delâleti zannî olsa da çeşitli açılardan kıyastan farklı olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır. Yrd. Doç. Dr. Bayram DEMİR, *İslam Ceza Hukukunda Aile İçi Hırsızlık* isimli çalışmasında aile fertleri arasında meydana gelen hırsızlık suçu ve buna verilecek ceza üzerinde dümüştür. Yrd. Doç. Dr. Muhammed Tayyib KILIÇ'ın, *İslam Hukuku Anabilim Dalı Bünyesindeki Lisans ve Lisansüstü Derslerle İlgili Tespit ve Teklifler* başlıklı yazısının konusunu din eğitim ve öğretiminin Tanzimat'tan günümüze kısa bir tarihçesi ile İlahiyat Fakültelerinin İslam hukuku anabilim dalı ders müfredatı ve bu müfredata ilişkin problemler ile çözüm önerileri oluşturmaktadır. Yakup KARA, *İslam Hukuku'nda Deynin Deyn Karşılığında Satımı* isimli çalışmasında fıkıh literatüründe "*bey'ud-deyn bi'd-deyn*" diye ifade edilen hem semenin hem de mebi'in verisiye olduğu muameleleri incelemektedir. Bu konudaki tartışmaların "*bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî*" hadisi ekseninde cereyan etmesi sebebiyle bu hadisin hangi tür muameleleri kapsadığını ve bu muamelelerin caiz olup olmadığı hususunda İslam hukuk bilginlerinin görüşlerini ele almaktadır. Mansur KOÇINKAĞ, *el-Külliyâtü'l-fikhiyye Edebiyatı ve Sadriüşşeria'nın Külliyyâtü'l-fikh Adlı Eserinin Edisyon Kritiği* adlı çalışmasıyla *Külliyâtü'l-fikh* alanında kaleme alınmış önemli bir risâleyi okuyucuların istifadesine sunmaktadır. Doç. Dr. Ali İhsan PALA, *Mısır Millî Kütüphanesinde Bulunan Fıkıhla İlgili Türkçe Yazma Eserler* başlığını taşıyan çalışmasında yazmaları kısaca tanıtmakta ve bunların listesini vermektedir. Vefeyat köşemizde Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKI'nın *Prof. Dr. Salim Ögüt [1956 – 2012] Hocamızın Aziz Hatırasına* başlığını taşıyan yazısı yer almaktadır. Prof. Dr. Salim ÖGÜT 7 Haziran 2012 tarihinde aramızdan ayrıldı. Sadece İslam Hukukçuları değil Türkiye değerli bir ilim ve gönül adamını, davetçiyi kaybetti. Kendisini rahmetle anıyoruz. Onun biyografisinin kendisinden sonra gelenlere önemli mesajlar vereceğini düşünüyoruz. Kitap tanıtımı kısmında ise günümüzde sıkça karşılaşılan meselelerden olan tıbbî konularda fetva verme ile ilgili konuları ele alan *Tıp ve Fetvâ: Tıbbî Konularda Fetva Verirken Bilgi Edinme Usulleri* başlıklı çalışmanın tanıtımı Kamil YELEK tarafından yapılmaktadır.

İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi'nin bu sayısına makaleleriyle katkı sağlayan yazarlarımız ve bu yazıları okuyup eleştiri ve önerilerde bulunan hakemlerimize teşekkür ederim. Derginin basım ve dağıtım konusundaki desteklerinden dolayı Mehir Vakfı'na ve Mehir Vakfı Başkanı Sayın Mustafa ÖZDEMİR'E teşekkürü bir borç bilirim.

Yeni sayılarda buluşmak ümidiyle...

Prof. Dr. Saffet KÖSE

İSLAM HUKUKUNDA MECLİS MUHAYYERLİĞİ

Dr. İbrahim Tüfekçi*

Khiyar al-Majlis in Islamic Law

It is a unanimously accepted principle that contracts in Islamic law is established by mutual consent. The existence of consent can be known through offer (i'jab) and acceptance (qabul) and concluded as a result of their accordance with each other. Since intention is a matter of heart, it can be known only by its expression through offer and acceptance. Another term "meeting place of contract (majlis al-'aqd)" is used to express the accordance of offer and acceptance with each other. Although there is an agreement among Muslim jurists that contract is established when offer and acceptance are expressed in accordance with each other, there has been a disagreement about when a contract becomes binding.

According to Hanafi and Maliki jurists a contract becomes binding by the expression of offer and acceptance coherent with each other and its parties cannot change their minds after its formation. Whereas according to Hanbali and Shafi'i jurists and Zahiri scholar Ibn Hazm a contract does not become binding before leaving "the meeting place of contract" soon e can change his/her mind before that time. This is called "khiyar al-majlis or an option whereby the parties have right to withdraw from a contract." Jurists who accept the right of "khiyar al-majlis" base their views upon the sayings of Prophet related to this issue. Those who are against this right also use the same Prophetic sayings as the basis of their views however their interpretation differs. Those who accept this right focus upon literal meanings, while those who do not accept it interprets the same Prophetic sayings together with established principles of Islamic law.

Key words: Contract, majlis al-'aqd (assembly place of contract), khiyar al-majlis (an option whereby the parties have right to withdraw from a contract)

Giriş

İslam hukukçuları, eşya üzerindeki hak ve yetkileri temelde "milk", "hukuk" ve "ibâha" şeklinde üçlü bir ayırım çerçevesinde ele alırlar.¹ Milk kapsamında mutlak bir aynı hak olan mülkiyet ise "Bir engel olmadığı sürece şer'an sahibine tasarruf yetkisi veren ve başkasının tasarrufunu engelleyen bir aidiyettir" şeklinde tanım-

* Marmara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi.

1 Hasan Hacak, "Milk", *DİA.*,XXX, 62.

lanır.² Söz konusu aidiyet, bir malın hem kendisine hem de menfaatine ait ise tam; sadece mala veya sadece menfaatine ait ise eksik mülkiyetten³ söz edilir.⁴

Tam mülkiyet kazandırıcı sebepler, sahipsiz mala el koyma (hıyâzet), hukuk tarihinde yaygınlık itibarıyla ikinci sırada gelen⁵ ve mülkiyeti nakledici olan akitler⁶ ve mirastır.⁷ Zikri geçen bu nedenler arasında “meclis muhayyerliği” nin bunu kabul eden müçtehitlerce sadece iki taraflı bir hukukî işlem olan akitlerde söz konusu olacağı gayet açıktır. Bu nedenle konu, klasik kaynaklarda akitler için “model akit”⁸ hüviyetini kazanan ve borçlar hukukunun özünü teşkil eden satım akdi üzerinden incelenecektir. Zira klasik fıkıh doktrininde genel olarak muhayyerlik konusu ve özel olarak da meclis muhayyerliği daha çok satım sözleşmesi çerçevesinde ele alınmış ve muhayyerliğin söz konusu olabileceği hukukî işlemler büyük ölçüde bu akitle olan benzerliğine göre belirlenmiştir.⁹

Bu durumda öncelikle genel olarak akit konusunu akabinde de meclis muhayyerliğini ele almak uygun olacaktır.

I. AKDİ OLUŞTURAN UNSURLAR

Akit, “Taraflardan birinin icabının karşı tarafın kabulüne hukukî sonucu akde konu olan nesne (ma’kûdun aleyh) üzerinde ortaya çıkacak şekilde bağlanmasıdır” diye tarif edilebilir.¹⁰

- 2 Zerkâ, *el-Medhal*, Dımeşk, 1967, I, 241; Hasan Hacak, *İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi*, (yüksek lisans tezi, 1993), MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 13. Ali Haydar ise Mecelle'nin tanımını (Md. 125) araya kendi açıklamalarını da girerek şöyle aktarır: “(Milk) şer’an’ (insanın malik olduğu) yani malik olması şânından ve kendisinde vasf-ı ihtisâs ile tasarruf mümkün olan (şeydir. Gerek a’yân olsun ve gerek menâfi’ olsun). Ali Haydar, *Dürrü’l-Hükkâm*, I, 227.
- 3 Eksik mülkiyet de temelde iki çeşittir. En yaygın olanı, kişinin bir malın sadece menfaatine sahip olmasıdır ki, icâre, iâre, vakıf veya menfaatin vasiyeti yoluyla kazanılır. Buna şahsî menfaat mülkiyeti denir. Şahsî menfaat mülkiyetinin bir diğer şekli ise irtifak haklarıdır. Bu tür mülkiyette mülk edinilmiş menfaat bir muayyen malla ilgili, ona bağlı ve onunla irtibatlıdır. Ondan istifade edecek kişiye neredeyse hiç bakılmaz. Eksik mülkiyetin ikinci çeşidi ise yaygın olmamakla birlikte kişinin bir malın menfaatine değil sadece çıplak mülkiyetine (rakabe) malik olmasıdır. Bu tarz mülkiyet sadece vasiyet yoluyla kazanılır. Birisi mülkiyeti kendisine ait bir malın menfaatini bir başkasına vasiyet etse ve sonra ölse müsa leh de bu vasiyeti kabul etse o malın menfaati hariç olmak üzere sadece çıplak mülkiyeti varislerin mülkü olur. Bkz. Ali el-Hafif, *Ahkâmu’l-muâmelâti’ş-şer’iyye*, yy. ts. (Dârü’l-fikri’l-arabî), s.50, 51; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 259.
- 4 Zerkâ, *el-Medhal*, Dımeşk, 1967, I, 258; Ali el-Hafif, *a.g.e.*, s.39; Abdülkerim Zeydan, *el-Medhallidirâseti’ş-şeriatî’l-islâmiyye*, Bağdad 1969, s. 190; Hasan Hacak, “Milk”, *DİA*, XXX, 63.
- 5 Hayrettin Karaman, “Akid”, *DİA*, II, 251.
- 6 Mülkiyet nakledici akitler, satım, hibe, sadaka, muayyen mal vasiyeti, sulh, mehir olarak muayyen mal tespit edilmişse o mala nispetle nikâh akdi, eşlerin mal karşılığı ayrılması halinde o mala nispetle ayrılık akdi, mal mukabilinde bazı haklardan ferâgat edilmesi halinde bu mala nispetle ferâgat etme akdidir. Bu akitler müteakvimm mallarda (Şer’an kullanılması ve yararlanılması mubah olan mallarla, örfen muhrez olan mallar) olur ve bu malların mülkiyeti karşılıklı rıza ile bir kişiden diğerine geçer. bkz. Ali el-Hafif, *a.g.e.*, s. 105.
- 7 Ali el-Hafif, *a.g.e.*, s.73, 102; Zerkâ, *el-a.g.e.*, I, 242; Zeydân, *a.g.e.*, s. 208. Zerkâ, ağacın meyvesi, hayvanın yavrusu gibi kişinin malik olduğu maldan elde ettiği ürünler şeklinde bir dördüncü mülkiyet sebebinden daha bahseder. Ama bunu müstakil bir mülkiyet sebebi olarak değil de mülkiyetin semeresi olarak değerlendirmek gerektiğini ifade eden Zeydân’a hak vermek gerekir. bkz. Zeydân, *a.g.e.*, s. 208.
- 8 Ali Bardakoğlu, “Bey”, *DİA*, VI, 14.
- 9 H. Yunus Apaydın, “Muhayyerlik”, *DİA*, XXXI, 26.
- 10 Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü’l-hayran ilâ ma’rifeti ahvali’l-insan*, Kahire 1403/1983 (Dârü’l-fikr), md. 262, s.49. “العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المقود عليه”

İslam hukukunda akitler, -eski Roma hukukunda ve Câhiliye devri Araplarında olduğu gibi belli şekil ve merasimlere tabi olmayıp-rızâdır.¹¹ Rızâilik ilkesi, akdin kurulması için îcabın kabule bitişmesinin yeterli olması demektir. Bir başka ifadeyle rızâilik, tarafların iradelerinin -teslim ve tesellüme gerek olmadan- tek başına akdi oluşturabilmesidir diye de tarif edilebilir.¹² Hukukçular, rızanın varlığına üç unsurun birlikte bulunması durumunda hükmedebileceğini belirtirler. Bunlar, tarafların iradeleri (îcab-kabul) ve bunların birbirine uygun olmasıdır.¹³ İrade kişinin iç dünyası ile ilgili bir keyfiyet olduğundan hüküm, zorunlu olarak onun bulunması kuvvetle muhtemel olan emarelere bağlanacaktır. Bunlar da söz veya zı, işaret, fiil (teâtî) ve sükût gibi sözden başka vasıtalar olarak sıralanır.¹⁴ Klasik literatürde iç iradenin söz yoluyla¹⁵ dışarıya yansıtılması ise özellikle akitler bağlamında “îcab” ve “kabul” terimleriyle ifade edilir.¹⁶

Hanefiler îcab ve kabulü bir akdin kurulması için gerekli asgari unsur (rükün) kabul ederlerken¹⁷, diğer mezhepler bunlara ilaveten akdi yapan tarafları ve akde konu olan nesneyi de (ma'kûdunaleyh) akdin rükünlerinden kabul ederler.¹⁸ Bu durumda îcab ve kabulün akdin rükünü olduğu noktasında hukukçular arasında ittifak olduğu sonucu çıkar.

A. ÎCAB

1- İcabın Mahiyeti

İki taraflı bir hukukî işlem olan akitler, biri îcab diğeri kabul adını alan ve

Mecellede akit şöyle tarif edilir: “Akit, tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki îcab ve kabulün irtibatından ibarettir.” Mecelle, md. 103. Mahmasâni de Mecelledeki tarifi benimser. bkz. Mahmasâni, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mûcebât ve'l-ukûd*, Beyrut 1983 (Dâru'l-ilmî li'l-melâ'în), II, 264.

Modern hukukun akit tanımı da bu tariflere benzerdir: “Sözleşme, birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukukî bir sonuç ve özellikle bir borç doğurmak, mevcut bir borçta değişiklik yapmak ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak amacıyla yapılan anlaşmadır.” bkz. Selahattin Sulhi/Tekinay, İstanbul 1988, *Borçlar Hukuku* (Genel Hükümler), s. 55.

- 11 Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1991, II, 51. Söz konusu ilke, satım akdi üzerinden şöyle ifade edilir: “Ey iman edenler! -Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması halî müstesna- mallarımızı bâtil (haksız ve haram yollar) ile aranızda (alıp vererek) yemeyin” en-Nisa 4/29.
- 12 Senhurî günümüz hukuk düzenlemelerinde akitlerin çoğunun rızâî olduğunu, hatta rızâî akitlerin kural, diğerlerinin istisna haline geldiğini belirtir. bkz. Senhurî, *Nazariyyetü'l-akd*, Beyrut 1391/1971 (Mecmau'l-ilmî'l-arabî), s.112.
- 13 Ali el-Haffif, *a.g.e.*, s. 170.
- 14 İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik şerh'u Kenzi't-dekâik*, yy. ts. (el-Matbaatu'l-ilmîyye) V, 277; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 63 vd.
- 15 Mahmasâni'ye göre Mecelle'nin îcab ve kabul tarifinde yer alan “sözdür” (Mecelle, md. 101, 102) kelimesi yanıltıcıdır. Onun değerlendirmesine göre bunlar söz dışında yazı, işaret, teâtî vb. yollarla da ifade edilir. bkz. Mahmasâni, *a.g.e.*, II, 291.
- 16 Hayrettin Karaman, *a.g.e.*, II, 63; H. Yunus Apaydın, “İrade beyanı”, *DİA.*, XXII, 387; Ali Bardakoğlu, “Bey”, *DİA.*, VI, 15.
- 17 İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V, 283; Vehbe Zühayli, *el-Fıkhu'l-islâmi ve edilletühû*, Dımeşk, 1404/1984 (Dâru'l-fıkr) IV, 347; Ali Bardakoğlu, “Bey”, *DİA.*, VI, 14.
- 18 Ali el-Haffif, *a.g.e.*, s. 172. Hayrettin Karaman, bu unsurların yanında “Bunlara ait vazgeçilmez vasif ve şartlardır” ifadesini kullanır. bkz. “Akid”, *DİA.*, II, 253.

birbirine uygun olan iki irade beyanı ile hukukî varlık kazanır.¹⁹ Bazı Şâfîiler²⁰ ve Zâhiriler²¹ icabın fiille (teâti) değil, lafızla olmasını şart koşarlar.²²

Ali Haydar, Mecelle'nin icab tanımını araya kendi açıklamasını da ekleyerek satım akdi üzerinden şöyle aktarır: “(İcab)- ı bey‘ (inşâ- yı tasarruf), inşâ- yı bey‘ (için ibtidâen) yani kabulden mukaddem (söylenilen sözdür ki tasarruf) yani bey‘in bir rûknü (onunla ispat) ve icâd (olunur.)”²³

İcabın ispat anlamında olduğunu, icabta bulunan tarafın karşı tarafa kabul muhayyerliği ispat etmesi dolayısı ile bu ismi aldığını ifade eden Ali Haydar (ö. 1935), bu irade beyanını Hanefilere göre tarif etmiş olmaktadır.²⁴ Zira onlara göre tarafların hangisinden gelirse gelsin ilk irade beyanı icab, ikincisi kabul iken²⁵, onların dışındakilere göre ister ilk, ister ikinci olarak söylenin –satıcı ve kiraya verenlerin ifadelerinde olduğu gibi- mülkiyetin devrine (temlik) delâlet eden söze icab, mülk edinmeye (temellük) delâlet eden söze de kabul denir.²⁶

İslam hukukçularının çoğunluğu “sana satıyorum” örneğinde olduğu gibi icabtahitap ifadesinin kullanılmasını şart koşarlar. Ama bu şartı kesin olarak aradıkları söylenemez. Nitekim bazı Hanefi fakihler bu hitabın akdin iki parçasından (icab yahut kabul) herhangi birinde bulunmasını yeterli görürler.²⁷ Mâlikî kaynaklarında icabın kamuya yöneltilebileceği açıkça ifade edilmekte, dolayısıyla icabın muayyen bir şahsa yöneltilmesi şartının aranmadığı anlaşılmaktadır.²⁸

2- İcabın Bağlayıcı Olup Olmadığı

İslam hukukunda hakim görüşe göre satım ve kiralama gibi malî akitlerde karşı tarafın kabulünden önce icabta bulunan icabından dönme (rücû) hakkı vardır.²⁹ Ancak Mâlikîlerin çoğunluğuna göre icab tek başına bağlayıcıdır; örfen karşı tara-

19 Ali el-Hafîf, *a.g.e.*, s. 170; H. Yunus Apaydın, “İrade beyanı”, *DİA.*, XXII, 388.

20 Râfî‘î, *Fethu’l-aziz bi şerhi’l-Vecid (eş-Şerhu’l-kebir)*, yy.,ts.VIII, 99; Nevevî, *el-Mecmû‘ şerhu’l-Mühezzeb*, Cidde, ts., (Mektebetü’l-irşâd), IX, 162.

21 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, Kahire, 1350 (İdâretü’t-tübâa el-müniriyye) VIII, 350.

22 İbn Kudâme, *el-Muğni*, Riyad 1417/1997 (Dâru âlemi’l-kütüb), VI, 7; Vehbe Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 351. Nevevî, Begavî gibi Şafîî hukukçuları teslim tesellüm tarzındaki tüm satışların caiz olduğunu söylemişler ve Nevevî fetva için tercih edilen görüşün bu olduğunu belirtmiştir. bkz. Vehbe Zuhaylî, *a.g.e.*, IV, 351.

23 Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 211; Mecelle, md. 101.

24 Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 211; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, V, 283.

25 Mevsilî, *el-İhtiyâr li ta’lîli’l-muhtâr*, Beyrut ts. (Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye) II, 4; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadir*, Beyrut ts. (Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye) V, 230.

26 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 7; Nevevî, *el-Mecmû*, IX, 195; Nevevî, *Ravdatu’t-tâlibin*, Beyrut, ts. (Dâru’l-kütübî’l-ilmiyye) III, 4; Hattâb, *Mevâhibü’l-celil*, Beyrut 1423 (Dâruâlemi’l-kütüb) VI, 13; Hatib eş-Şirbîni, Beyrut ts. (Dâru’l-marife), *Muğni’l-muhtâc*, II, 6, 7; Ezherî, *Cevâhirü’l-iklîl*, Beyrut ts. (el-Mektebesü’t-sakâfiyye) II, 6; Derdîr, *eş-Şerhu’l-kebir maa hâşiyeti’t-düsûki*, (Dâruî hyâi’l-kütübî’l-arabiyye) III, 3; Buhûti, *Keşşâfu’l-knâ*, Beyrut, 1417 (âlemü’l-kütüb) II, 459; H. Yunus Apaydın, “İrade beyanı”, *DİA.*, XXII, 388.

27 İ. Kâfi Dönmez, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler” *İLAM*, İstanbul 1996, I, 14; Düreynî, es-Seyyid Neşet İbrahim, *et-Terâdî fi ukûdi’l-muâmelât el-mâliyye*, s.268 Cidde 1402/1982; Karadâği, Ali Muhyiddin, *Mebdeü’r-rîdâ fi’l-ukûd/Dirâse mukârana fi’l-fikhi’l-islâmî ve’l-kanûni’l-medeni*, Beyrut 1406/1985, II, 1071-1072.

28 İ. Kâfi Dönmez, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler” *İLAM*, I, 15; Desûki, III, 4.

29 Karadâği, *a.g.e.*, II, 1073.

fa tanınması gerekli süre içinde îcabtan rüçû geçerli olmayıp bu süre içinde îcabtan dönülmüş olsa bile karşı tarafın kabulü ile akit tamam olur.³⁰ Mâlikîlere göre taraflar Arapça konuşur ve îcabı yapan taraf bunu mazi sıygası ile yaparsa veya akit bir teberrü akdi ise îcabta bulunan îcabından dönemez.³¹

Hanefî mezhebine ait eserlerde hazırlar arası akitte îcabtan rüçû halinde bunun karşı tarafça bilinmesinin şart olup olmadığı hususunda iki farklı görüş bulunmaktadır.³²

İcabta bulunan tarafın bundan vazgeçtiğini gösteren başka bir şeyle meşgul olması veya îcabından dönmesi, karşı tarafın bunu reddetmesi veya yüz çevirmesi, akit meclisinin sona ermesi, akde konu olan malın helak olması veya değişikliğe uğraması, îcabta bulunanın ölmesi, akıl rahatsızlığı veya başka bir sebeple ehliyetini yitirmesi durumlarında geçerliliğini kaybeder.³³

İsviçre-Türk ve Alman Hukuklarında îcab bağlayıcı bir hukukî etkiye sahip olarak kabul edilmiş ve îcabta bulunanın “yaptığı îcabla bağlı olması”, îcabını serbestçe geri alamaması olarak açıklanmıştır. Buna karşılık Roma hukukunda olduğu gibi İngiliz, Fransız ve İtalyan hukuklarında kabul haberinin îcabta bulunana gelmesine kadar îcabta bulunan tarafın akit yapma teklifinden serbestçe dönebileceği prensibi kabul edilmiştir.³⁴

Türk Borçlar Kanununa göre îcabta bulunan, sözleşme yapma teklifini kendisiyle yüz yüze geldiği bir muhataba süre tayin etmeden bildirirse muhatap derhal kabul cevabı vermediği takdirde, îcabla bağlılık sona erer.³⁵“Derhal” sözcüğü hukukçularca îcabta bulunanın bağlılığı, muhatabın kabul cevabı verebilmesi için zaruri bulunan asgari düşünme süresidir şeklinde anlaşılmıştır.³⁶ Sonuç olarak İsviçre-Türk Hukuku İslam hukukunda Hanefî ve Mâlikî mezheplerinde olduğu gibi akit meclisi ve kabul muhayyerliğini benimsemiş ancak özel durumlar dışında îcabı kesin sayarak rüçû muhayyerliğini kabul etmemiştir.

B. KABUL

Ali Haydar, Mecelle'nin kabul tanımını -yine satım akdi üzerinden- kendi açıklamasıyla birlikte şu şekilde aktarır: “(Kabul)-ı bey' (inşâ- yı tasarruf) inşâ-

30 Hattâb, *Mevâhibü'l-celil*, VI, 29.

31 Karadâği, *Mebdeü'r-rıdâ*, II, 1073.

32 İbn Nüceym, *a.g.e.*, V, 283. İcabta bulunan tarafın karşı tarafa kabul veya ret hususunda belirli bir süre tanınması halinde bunun kendisi için bağlayıcı olup olmayacağı meselesine gelince îcabta bulunan tarafın bu süre ile bağlı sayılması gerektiği görüşü, bunun Mâlikî fıkhına hakim ilkelere, dahası bu hükmün genel olarak İslam hukukunun borçlar hukuku alanındaki yaklaşımlarına da uygun düştüğü görüşü ve değerlendirmeler için bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler”, *İLAM*, I, 18.

33 Delilleriyle birlikte bkz. Karadâği, *Mebdeü'r-rıdâ*, II, 1073.

34 Selahattin Sulhi Tekinay, *Borçlar hukuku* (Genel Hükümler), İstanbul 1988, s. 112.

35 Selahattin Sulhi Tekinay, *a.g.e.*, s. 114. Borçlar Kanununun 4/1 maddesi şöyledir: “Kabul için bir müddet tayin olunmaksızın hazır olan şahsa karşı vaki olan icap derhal kabul olunmadığı takdirde onu yapan bağlı kalmaz.”

36 Selahattin Sulhi Tekinay, *a.g.e.*, s. 114.

yıbey‘ (için) îcabdan muahharan ve îcaba cevap olarak (sâniyen söylenilen sözdür ki onunla akd) i bey‘ (tamam olur.)”³⁷

İslam hukukunda kabul muhayyerliği esastır.³⁸ Bir başka ifadeyle îcabın kendisine yöneltildiği kişi bunu kabul edip etmemekte serbesttir.³⁹ Hanefî mezhebinde îcab ile kabul arasında fevriyet (kabulün hemen îcabın peşi sıra olması) şartı koşulmamış, akit meclisinin devam ettiğine hükmedilebileceği süre içinde kabul halinde îcabın varlığını koruması esası kabul edilmiştir. Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde de hüküm böyledir.⁴⁰ Bazı yazarlar, îcaba muhatap olan tarafın kabul beyanını iletmek için belli bir süre ile kısıtlı olup olmadığı konusunun fıkıh kitaplarında net olarak ele alınmadığını, bu sürenin üç güne kadar uzayabileceğinden söz edildiğini, ancak bunun süreyi belirlemek amaçlı değil, sırf örnek olsun diye zikredilmiş bir süre olduğunu belirtirler.⁴¹

Şafiî mezhebinde ise kabulün hemen îcabın peşi sıra gelmesi şartı koşulmuş sadece zaruret ölçüsünde (çok az) bir fasıla bulunmasına imkan tanınmıştır.⁴²

II. İCAB-KABUL İRTİBATI

İcab ve kabulden her biri, rızanın bir parçasını teşkil ettiğine göre akdin oluşması için bu parçaların birbirine bağlantısı gerekir.⁴³ Bağlanma ise iki irade beyanı arasına birliği ihlal edecek ve birbirlerine bitişmelerine engel olacak fasılanın girmemesi ile gerçekleşir⁴⁴. Zira bu, ifadenin birliğini ve birbirine bitişmesini engeller. Tek taraflı hukukî işlemlerde araya fasıla girmeme şartını kolayca uygulamak mümkündür. Zira bu tür tasarruflar, kişinin kendi iradesine tabidirler.⁴⁵

37 Ali Haydar, *a.g.e*, I, 213. Mecelle, md. 102.

38 Mahmasâni, İslam hukukunda bu kuralın istisnasını görmediğini ifade eder. bkz. Mahmasâni, *a.g.e*, II, 293.

39 Kabulün îcabın yöneltildiği kişi tarafından yapılması gerektiği, Hanefî mezhebinde ise fuzûlî (yetkisiz temsilci) tarafından akit meclisinde yapılacak kabulü daha sonra gaip muhatabın icazet vermesi şartıyla geçerli olduğu görüşü ve değerlendirmeler için bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, “İslam Hukukunda Modern İletişim Araçları İle Yapılan Akitler”, *İLAM*, I, 19.

40 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Riyad, 1406 (Dâru âlemi'l-kütüb), VI, 13; Merğînâni, *el-Hidâye*, İstanbul ts. (el-Mektebetü'l-İslâmiyye- ofset baskı), III, 21; Hattâb, *Mevâhibü'l-celil*, VI, 13.

41 Sevâr, *eş-Şekl fi'l-fikhi'l-islâmî*, s. 156. Sevâr'a göre fukahânın böyle bir zaman kaydı getirmemeleri iki sebebe bağlanabilir. Birincisi, fıkıh bilgilerinin taraflara akit meclisinde getirdikleri kayıtlar akit meclisinin uzun müddet devamına izin vermez. Çünkü insan his ve hareket demektir. Dolayısıyla olduğu yerde uzun bir süre hareket etmeden kalamaz. İkincisi, îcabtı bulunan tarafın îcabı askıda kaldığı sürece kendisine herhangi bir zarar gelmez. Zira kabul beyanı yapılmadıkça îcabından istediği an dönebilir. bkz. Sevâr, *eş-Şekl fi'l-fikhi'l-islâmî*, s. 156.

42 Nevevî, *el-Mecmû' serhu'l-Mühezzeb*, IX, 199; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 85.

43 Mahmasâni, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mûcebât ve'l-ukûd*, II, 292.

44 Şâfilere göre bu fasıla kısa olmalıdır. Mâlikîler, akitten yüz çevirme anlamına gelecek bir zaman geçtiği ve örfे göre kullanılan ifade îcaba cevap teşkil etmediği takdirde söz konusu fasılanın meydana geldiğini belirtirler. Hanefîler ise meclis devam ettiği sürece fasılanın uzun olmasının bir sakıncası yoktur derler. bkz. Mahmasâni, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mûcebât ve'l-ukûd*, II, 295.

45 Sevâr buna talak ve ikrardan örnek verir. Mesela karısının boşayan koca boşama sıygasını araya fasıla koyarak ikiye bölse, “enti tâlikun” dedikten sonra bir süre susup sonra “inşallah” dese boşama gerçekleşir. Zira boşamanın illete boşama sıygasının ilk yarısından gerçekleşmiştir. İkinci yarıya itibar edilmez. Çünkü birinciden ayırdır. İkrarda da aynı durum söz konusudur. Bir kimse diğerine “Senin bende bin dirhem alacağın var” dese, sonra sussa akabinde de “yüz dirhem hariç” dese, borç ikrarı dokuz yüz değil, bin dirhemdir. bkz. Sevâr, *eş-Şekl fi'l-fikhi'l-islâmî*, s. 145, 146.

İcab ve kabulün aynı anda yapılması halinde akdin hukukî varlık kazanıp kazanmayacağı hususu da ele alınmış ve bu konuda Hanefî fakihlerince iki görüş ileri sürülmüştür. İbn Nüceym (ö.970/1563) ve diğer bazı bilginler bu hususta olumlu kanaat belirtmişlerdir.⁴⁶ Kuhistanî'den (ö.962/1555) rivayet edilen görüşten akdin bu şekilde kurulmuş sayılmayacağı anlaşılmaktadır.⁴⁷ Mecelle şarihi Ali Haydar, Mecelle'nin olumsuz görüşü seçtiği kanaatindedir.⁴⁸ Mahmasânî olumlu görüşü akitlerde rıza ilkesi ile uyuşan makul bir çözüm saymakla beraber bunun esasen teorik bir görüş ayrılığı olduğunu, zira çok nadir karşılaşılabilecek bir durum olduğunu ifade etmektedir.⁴⁹

Hanefîler, kabul muhayyerliğinin meclis sonuna kadar uzadığı, zira meclisin dağılık olanları (icab ve kabul gibi) bir araya getirme özelliğinin olduğu, geçen anların bir an gibi kabul edildiği bunun hem müşterinin düşünüp taşınması (def'an li'l-usr) ve hem de bu hakkını meclis dışına taşırmamak suretiyle satıcının mağduriyetinin önlenmesi (tahkikan li'l-yusr) için bir fırsat olduğu belirtirler.⁵⁰

Mâlikîler tarafların buldukları durumdan yüz çevirme anlamına gelecek bir fasıla meydana geldiğinde ve örfe göre kabul ifadesi önceki söze cevap olmayacak hal aldığı anda satım akdinin kurulamayacağını ifade ederler. Mesela satıcı satışa arz ettiği malı yanında alıkoysa sonra başka bir malı satsa bu satış müşteri açısından bağlayıcı olmaz.⁵¹

Hanbelîlere göre ise tarafların akdi örfen kesintiye uğratacak bir şeyle meşgul olmamaları gerekir. Aksi takdirde akit kurulmaz. Çünkü bu, akitten yüz çevirme olarak değerlendirilir. Böyle bir davranış, akdi açıkça reddetmeye benzer.⁵² Akde yönelme veya ondan yüz çevirme kabul edilebilecek davranışın kriteri bu mezhepte örf olarak belirlenmiştir.⁵³

III. MECLİS MUHAYYERLİĞİ (Hıyârü'l-meclis)

Muhayyerlik Arapçada "el-Hıyâr" (الحيار) kelimesi ile ifade edilir. Bu kelime de "اختار - يختار - اختيار" kalıbından mastar ismi olup "malın veya insanların en iyisini seçmek, bir şeyi diğerine üstün tutmak" anlamına gelen "hıyâr" kelimesinin karşılığıdır.⁵⁴ Terim olarak klasik literatürde tanımı yer almamakla birlikte "İcab ve

46 İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V, 288.

47 İbn Âbidîn, *Minhatü'l-hâlik*, (*el-Buhru'r-râik* kenarında) V, 288. Kuhustânî buna gerekçe olarak "ينعقد البيع بالإيجاب" ibaresindeki "vav" harfinin sıralama ifade eden "fâ" harfi manasına olması gerektiğini, bu durumda aynı anda söylenen icab ve kabul ile akdin kurulmuş olmayacağını belirtir.

48 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 255 (madde 167).

49 Mahmasânî, *en-Nazarıyyetü'l-âmmé li'l-mücebât ve fi'l-ukûd fi ş-şeriatü'l-islâmiyye*, II, 292.

50 Kâsânî, *Bedâi'ü's-sanâi'*, V, 137; Merginânî, *el-Hidâye*, III, 21; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V, 283.

51 Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl*, VI, 30; Heyet, *el-Mevsûatu'l-fıkhiyye*, XXX, (Vezâretü'l-evkâf ve ş-şuûnü'l-islâmiyye, Kuveyt) 214.

52 Buhûtî, *Keşşâfu'l-knâ'*, II, 460; Heyet, *el-Mevsûatu'l-fıkhiyye*, XXX, 214.

53 Buhûtî, *Keşşâfu'l-knâ'*, II, 460.

54 *Lisâni'l-arab*'da kelime "حَيَّرْتَهُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ أَي فَوَّضْتُ إِلَيْهِ الْخِيَارَ" "Onu iki şeyden birini tercih etmekte muhayyer kıldım, yani ona muhayyerlik yetkisi verdim" şeklinde açıklanır. İbn Manzur, *Lisâni'l-arab*, Beyrut, ts. IV, 264; Âsim Efendi, *Kâmus tercümesi*, İstanbul, ts. (Matbaa-i Osmâniye) I, 849. İbn Fâris ise kelimenin kökünün "Bir şeye eğilim duy-

kabul yapıldığı ve akit tamam olduğu halde akdi yapanlar meclisi terk edip bedenen birbirinden ayrılmadıkları sürece icab veya kabulden rüçû etme imkânına sahip bulunmalarındır”⁵⁵ şeklinde tarif edilebilir. İslam hukukunda muhayyerliklerin genelde tarafların kararlaştırdıkları ve kanundan doğan muhayyerlik olarak ikiye ayrıldığı⁵⁶ göz önüne alınacak olursa, meclis muhayyerliğinin kanundan doğan muhayyerlikler kategorisinde yer aldığını belirtmek gerekir. Üzerinde durulması gereken bir kavram da akit meclisidir. Zira meclis muhayyerliğinin akit meclisiyle yakından ilgisi vardır.

A. AKİT MECLİSİ

İcabın sözlü bir teklif olduğu ve son harfinin telaffuz edilmesiyle varlık kazandığı, bu yüzden akdin kurulması için icabın kabul ile irtibatının şart olduğu kabul edilmiş ve aynı anda söylenmedikçe kabulün icabla buluşmasının mantıksal olarak mümkün olmadığı görülmüştür. Öte yandan kabulün genelde icabın gerçekleşmesinden sonra yapıldığı da dikkate alınarak sözleşmenin yapıldığı meclis, taraf iradelerinin-aynı anda ifade edilmese de- zorunlu olarak bulunduğu ve rızalarının kaynaştığı mekan olarak kabul edilmiştir.⁵⁷

Akit meclisi teorisinin amacının, icab ile kabul arasında geçebilecek en uzun süreyi belirleyerek icaba muhatap olan tarafın kabulden önce düşünüp taşınmasına fırsat ve imkan tanımak olduğu belirtilir.⁵⁸Bir başka ifadeyle; icab ve kabulün fiilen veya hükmen aynı mecliste olması şartı, araya tarafların rızasını haleldar edebilen fâsılların girmesini önleme gayesine mâtuf olduğu söylenir.⁵⁹

Bazı yazarlar, fıkıh kitaplarında “akit meclisi” nin net bir tanımının yapılmadığını, bazen “akit meclisi” ile “akde hazırlık meclisi” nin, bazen “akit meclisi” ile “muhayyerlik meclisi” nin birbirine karıştırıldığını, bazı eserlerin onu “zaman”, bazılarının da “mekan” kriteri ile belirlediklerini belirtirler.⁶⁰

mak, meyletmek” anlamına geldiğini ifade eder ki, bu, “bir şeyi diğerine tercih etmek, üstün tutmak” anlamından uzak bir mana değildir. bkz. İbn Fâris, *Mu’cemu mekâyisü’l-lüğa*, yy.(Dâru’l-fikr) 1399/1979, II, 232.

55 Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 86.

56 Abdullah b. Muhammed b. Ahmed et-Tayyâr, *Hıyâru’l-meclis ve’l-ayb fi’l-fikhi’l-islâmi*, Riyad 1399/1998, s. 33.

57 Abdurrezzak es-Senhûri, *Masâdiru’l-hak*, yy.ts., (Dâru’l-fikr), II, 7; Karadâği, *Mebdeü’r-rıdâ*, II, 1077.

Karaman, İmam Şâfiî’nin icab ve kabul arasında az da olsa herhangi bir fasılının girmesi durumunda akit meclisinin değiştiğini söylediğini, Hanefîlerin ise ifrat derecede maddî mekan üzerinde durduklarını belirtir. Ancak naslar ve İslam hukuk prensipleri açısından akit meclisinin mekan birliği yerine zaman birliği esasına göre değerlendirilmesinin daha uygun olduğunu belirtir. bkz. Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 83.

58 Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 81.

59 Ali Bardakoğlu, “Bey”, *DİA.*, VI, 15.

60 Sevâr, *eş-Şekl fi’l-fikhi’l-islami*, s. 157. Gerçekten Senhûri, (*Masâdiru’l-hak*, II, 7) ve Zerkâ (*el-Medhal*, I, 348) onu tarafların buldukları mekan şeklinde tarif ederler. Ali Haydar Mecelle’nin akit meclisi tanımını araya kendi açıklamasını da girerek “Meclis-i bey’ bir malı pazarlık için olunan mahall-i ictimadır” şeklinde verir. Ali Haydar, *Dürrü’l-hükkâm*, I, 282. (Md. 181.) Sevâr, Zerkânın yaptığı tarifi “akde hazırlık meclisi”ni de kapsadığı gerekçeyle dakik bulmazken, Şefik Şahâte’nin tarifini mekan kaydına yer vermediği ve “muhayyerlik meclisi” ni ve kabul ile son bulmayan “nakis akit meclisi” ni de ihtiva ettiği için uygun bulmaz. Senhûri’nin tanımı ise ona göre akit meclisinin sonunu belirlememektedir. bkz.Sevâr, *eş-Şekl fi’l-fikhi’l-islâmi*, s. 158.

Akit meclisi kavramının çağdaş hukuklarda bir benzerinin olmadığını belirten Sevâr'ın ifadesine göre "akit meclisi" kavramını akdin kurulmasına hazırlık meclisi olan ve taraflardan birinin akit yapma teklifi ile başlayıp îcab ile son bulan "akde hazırlık meclisi" (=meclisü mukaddemâti'l-akd)ile, akdin kurulmasından sonra varlık kazanan ve kabul beyanı ile başlayan "muhayyerlik meclisi" (meclisü'l-hıyâr) kavramından ayırmak gerekir.⁶¹ Sevâr, işaret ettiği kayıtlara bağlı kalarak yani meclisin başlangıcına, bitimine, zaman ve mekan unsurlarına da yer vererek akit meclisini şöyle tarif eder: "Akit meclisi, îcabla başlayıp kabul ile sona eren bir zaman diliminde irade beyanlarının yapıldığı ve tarafların birbirinin sesini net olarak duyabildikleri bir mekanda sözleşmeye koyuldukları haldir."⁶² Hazırlar arası akitlerde akit meclisinin unsurlarının mekan, zaman ve tarafların davranışları olarak ifadesi, bu tarifin özeti mahiyetindedir.⁶³

Akit meclisi, -yukarıda verilen tariftten de anlaşılacağı üzere- ittifakla îcabın yapılması anından başlar, Hanefî ve Malikîlere göre taraflar sözleşme ile meşgul oldukları ve herhangi birinden yüz çevirme belirmediği sürece devam eder.⁶⁴ Taraflardan birinin veya her ikisinin îcabın yapıldığı yerden ayrılmasıyla⁶⁵, Şafîî ve Hanbelîlere göre⁶⁶ kabul ile sona erer. Ayrıca tarafların her ikisinin veya birisinin sözleşmeden vaz geçmesi, bir de taraflardan birinin diğerini îcab ve kabulden sonra muhayyer kılması ve muhayyer olan tarafın tercihini sözleşme yönünde kullanması meclisi sonlandıran faktörlerdendir.⁶⁷

Mâlikî hukukçular, kabul edecek tarafın iyice düşünüp taşınması için kabul beyanının meclis sonuna kadar uzayabileceğini, ancak îcabda bulunan îcabından dönemeyeceğini, zira onun îcabda bulunmadan önce düşünüp taşınmış olduğunu belirtirler. Mâlikîlere göre karşı taraftan kabul beyanı yapılıncaya akit iki tarafı da bağlar. Ve meclis muhayyerliği söz konusu olmaz.⁶⁸

61 Sevâr, *eş-Şekl fi'l-fikhi'l-islâmî*, s. 140. Sevâr'ın ifadesine göre akit öncesi meclis her türlü kayıttan âzâde ve hareketlidir. Akit meclisi ise bir takım kayıtlarla kayıtlı ve sakinidir. Akit öncesi meclise her hangi bir hüküm bağlanmamakla birlikte ileride gerçekleştirilecek akdin kapalı noktalarını tefsir etmekte ve îcabın yöneltildiği kişiyi belirlemekte işe yarar. bkz. Sevâr, *a.g.e.*, s. 141.

62 Sevâr, *eş-Şekl fi'l-fikhi'l-islâmî*, s. 158.

63 Heyet, *el-Mevsûatu'l-fikhiyye*, XXX, 215; Sevâr, *eş-Şekl fi'l-fikhi'l-islâmî*, s. 140.

64 Abdurrezzak es-Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, II, 7; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 82.

65 Hanefîlere göre akit meclisi maddî mekan birliğinden ibarettir. Onlara göre îcab ve kabul sabit bir mekan birliği içinde gerçekleşmelidir. Bu birlik içinde îcab ile kabul arasına bir fasıla girecek olursa îcab geçerliliğini yitirir ve akit meclisi dağılır. Zira îcab ile kabul beyanı arasına akdi yapanın adını girmiştir. Taraflar yürürken veya aynı hayvana binmiş seyir halinde iken alış-veriş yapsalar diğer taraf îcabı kabul etse yapılan akit - akit meclisi farklı olduğu için- sahih olmaz. bkz. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V, 461. Hanefîler iki noktada bu katı mekan anlayışından taviz vermek zorunda kalmışlardır. İcabı muhatap olan taraf hiç ara vermeden kabul beyanında bulunursa bir iki adım atmış ve mekan maddî olarak değişmiş bile olsa akit sahih olur. Hatta bazı fıkıh bilgileri yürümeyi geminin denizde yol almasına benzetmişler geminin gitmesiyle akit meclisi nasıl dağılmış olmuyorsa yürümekle de olmaz demişlerdir. İkincisi ise akit meclisinin yüz çevirmekle değişmiş sayılması. Buna göre taraflardan her biri veya biri başka bir işle meşgul olmak vb. bir şekilde tekliften yüz çevirmeye delâlet eden bir harekette bulunsay taraflar yerlerinden hiç ayrılmazlar bile akit meclisi değişmiş olur. Hanefî fıkıhı bu iki durumda maddî mekan düşüncesine bağlı kalmamıştır. Birincisinde maddî mekan birliği değiştiği halde akit meclisi son bulmamış, ikinci durumda ise maddî mekan birliği değişmediği halde meclis son bulmuş kabul edilmiştir. Sevâr, *eş-Şekl fi'l-fikhi'l-islâmî*, s. 159.

66 Nevevî, *Ravdatu'l-tâlibin*, III, 7; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 16.

67 Karadâğî, *Mebdeû'r-ridâ*, II, 1076, 1077.

68 Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl*, VI, III, Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, II, 23.

Netice olarak İslam hukukçuları akitlerin kurulması için icab ile kabulün bir-birine uyumlu olmasının şart olduğu hususunda ittifak etmekle birlikte⁶⁹ ne zaman bağlayıcı hale geldiği noktasında ihtilaf etmişlerdir. Ebu Hanife (ö.80/150), Mâlik (ö.179/795) ve bir grup Medine'li fakih, taraflar birbirinden bedenen ayrılmasa bile satım akdi, akit meclisinde icab ve kabul ile bağlayıcı hale gelir derler. İmam Şâfiî (ö.204/819), Ahmed b. Hanbel (ö.241/855), İshak (ö.238/852), Ebu Sevr (ö.240/854), Davud b. Ali (ö. 270/883) ve sahabelerden İbn Ömer'e (ö.74/693) göre ise satım akdi meclisten ayrılmakla bağlayıcı hale gelir, taraflar birbirlerinden ayrılmadıkları sürece akit bağlayıcı hale gelmediği gibi kurulmuş da olmaz.⁷⁰

B. MECLİS MUHAYYERLİĞİ

Öncelikle İslam hukukçularının gayrilâzım (câiz) akitlerle⁷¹, konusu mal olmayan nikâh akdi ve hul' benzeri lâzım akitlerde meclis muhayyerliğinin olmadığı noktasında ittifak ettiklerini, asıl ihtilafın, konusu mal olan akitlerle özellikle satım akdinde olduğunu belirtmek gerekir.⁷² Bir de muhayyerlikle ilgili hadiste hazırlar söz konusu olduğu için aynı mekanda bulunmayan gaibler arası akitlerde söz konusu olmadığını da dikkate almakta fayda vardır.⁷³

İslam hukukunda akdin taraflarından her biri, icabtan sonra kabule kadar cayma ve kabul etmeme hakkına sahiptir.⁷⁴ Buna rücû (hıyârü'r-rücû) ve kabul muhayyerliği(hıyârü'l-kabûl) denir. Bu konuda-Mâlikîler hariç- diğer mezhepler arasında ihtilaf yoktur. Asıl ihtilaf, kabul beyanından sonra tarafların cayma haklarının olup olmadığı, başka bir ifadeyle; lâzım akitlerin ne zaman bağlayıcı hale geldiği⁷⁵ noktasındadır ki meclis muhayyerliği de bu bağlamda gündeme gelen bir kavramdır.

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyen Hanefî ve Mâlikîlere göre akit icabtan sonra kabul beyanı ile o mecliste tamam olduğundan taraflardan hiçbirisi artık bu

69 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, Beyrut, 1394/1974 (Dâru'l-kitâbî'l-arabi) V, 136, 137; Buhûti, *Keşşâfu'l-kinâ;* II, 459.

70 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, Kahire, ts. (Kahraman Yayınları Ofset), II, 141, 142; Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, II, 21; Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-muamelati's-şer'iyye*, s. 311.

71 Lâzım akit, taraflardan hiçbirinin tek başına feshedemediği akitlerdir. Satış, sulh, icare, selem, müsâkât, -tohum atıldıktan sonra- müzâraa, nikah, hul' ve havale akitleri gibi gayri lâzım akit ise taraflardan birinin tek başına feshede-bildiği akitlerdir. bkz. Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-muamelati's-şer'iyye*, s. 310.

Ali Haydar Mecelle'nin (md. 115) tarifini yine araya kendi açıklamalarını da girerek şöyle verir: "Bey'-i gayr-i lâzım kendisinde" maddede-âni fefede zikr olunan "hıyarâtan" velev ki "birisi bulunan bey'-i nâfizdir." Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 221.

72 Karadâği, *Mebdeü'r-rıdâ*, II, 1090. Şâfiîlere göre mutlak satım akitleri, selem, bedel şartlı hibe, buğdayın buğday mukabili satışı, tevliye şeklinde satım, menfatten başka bir şey karşılığı sulh akitlerinde meclis muhayyerliği söz konusu iken, nikah, hul', icare, bedel mukabili hibe, borcunun bir kısmını indirme ve geri kalanı ödeme şartıyla sulh (sulhu'l-hatîte), şif'a, müsâkât, kurâz (mudârebe) ve rehinde gündeme gelmez. Mâlikîlere gelince onlara göre de şirket, mal karşılığı sulh, mal kiralama, bedel şartlı hibe ve malı kabzetmenin şart olduğu satım akitlerinde söz konusu olur. Bu mezhebe göre de nikah, hul', vakıf, bedel karşılığı olmayan hibe, rehin akitlerinde olmadığı gibi, kefil ve mükatebin de meclis muhayyerliği söz konusu değildir. Şirket, mudarebe, cu'ale, vekâlet, ved'fa ve vasiyyetlerde geçerli değildir. bkz. Abdurrahman el-Cezîri, *Kitabu'l-fikhale'l-mezâhibi'l-erbaa*, Kahire, 1353/1933 (Matbaatu'l-hadâriti's-şarkıyye), II, 223 vd.

73 Senhûri, *Masâdiru'l-hak*, II, 59.

74 Serahsî, el-Mebst, Beyrut, 1421/2000, (Dâru'l-fikr) XIII, 287; Ö. Nasuhi Bilmen, *İstilahât-ı fikhıyye kamusu*, İstanbul, 1970, VI, 20; Ali Bardakoğlu, "Bey'", *DİA.*, VI, 15.

75 Ali el-Hafif, *Ahkamu'l-muamelati's-şer'iyye*, s.311; Sevâr, *eş-Şekl fi'l-fikhi'l-islami*, s. 143.

akitten dönemez. Zira akdin sıfatı bağlayıcılıktır (lüzûm). Akit tamam olduktan sonra taraflardan her hangi birine akitten dönme hakkı verildiğinde ortada “lüzûm” diye bir şey kalmaz.⁷⁶

Dolayısıyla “Muhayyerlik meclisi, kabul beyanının yapılması ile başlayıp tarafların her ikisinin veya birisinin dönüp gitmesi anına kadar devam eden zaman dilimidir”⁷⁷ şeklindeki bir tarifile gündeme gelen bu kavram, kabulden sonra akitten dönmenin söz konusu olmadığını söyleyen⁷⁸ Hanefî ve Mâlikî fikhına yabancı bir mefhum olmaktadır.

Meclis muhayyerliğini kabul eden Şâfiî⁷⁹ ve Hanbelîlere⁸⁰ göre ise akit meclisi kabul beyanından sonra da devam eder, taraflar akit meclisinde buldukları sürece varlığını sürdürür. İcab ve kabulden sonra tarafların birbirinden bedenen ayrılmaları, yine icab ve kabulden sonra taraflardan birinin diğerine akdi bozma veya kesinleştirme şıklarından birini tercih etmesi teklifinde bulunması ve karşı tarafın da bunlardan birini tercih etmesi ve taraflardan birinin ölümü ile sona erer.⁸¹ Taraflardan birinin muhayyerlik meclisi sona ermeden ölmesi durumunda Ahmed b. Hanbelî’ye göre muhayyerlik sona erer, zira ölü tercih hakkını kullanmaz. Şâfiî’ye göre ise ölüm muhayyerlik hakkını ortadan kaldırmaz varisler bu hakkı kullanabilir.⁸²

C. MECLİS MUHAYYERLİĞİ KONUSUNDA MEZHEPLERİN YAKLAŞIMLARI VE DELİLLERİ

Meclis muhayyerliği konusunda İslam hukukçularının genelde kabul edenler ve etmeyenler şeklinde iki gruba ayrıldıkları görülmektedir. Hanefî ve Mâlikîler kabul etmeyenler grubunda yer alırken, Şâfiî ve Hanbelîler kabul edenlerdendir.⁸³ İhtilaf, büyük ölçüde değişik lafızlarla nakledilen ilgili hadisi farklı anlama ve yorumlamaktan kaynaklanmaktadır. Tabii ki her gurubun başka naklî ve akli delilleri de bulunmaktadır.⁸⁴

Meclis muhayyerliğini kabul eden Şâfiî, Hanbelî ve Zahirîler “Alıcı ve satıcıdan her biri ayrılmadıkları sürece (sözleşmeden vazgeçip geçmeme hususunda) diğerine karşı muhayyerdir” hadisi⁸⁵ ile aynı manada farklı lafızlarla nakledilen diğer

76 Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, II, 20.

77 Sevâr, *eş-Şekl fi'l-fikhi'l-islâmî*, s. 143.

78 Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 21; Bilal Aybakan, “Meclis”, *DİA.*, XXVIII, 240.

79 Hatib eş-Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, II, 60; Senhûrî, *Masâdiru'l-hak*, II, 20; Bilal Aybakan, “Meclis”, *DİA.*, XXVIII, 240.

80 Buhûtî, *Keşşâfu'l-knâ'*, II, 460.

81 Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 88.

82 Hayrettin Karaman, *a.g.e.*, II, 88.

83 Meclis muhayyerliğini kabul eden Şâfiîlerle Hanbelîlerin bunu hangi akitlerde kabul ettikleri ve ileri sürdükleri şartlar için bkz. Abdullah b. Muhammed b. Ahmed et-Tayyâr, *Hiyâru'l-meclis ve'l-ayb*, s.46 vd.

84 Meclis muhayyerliğini kabul ve reddedenlerin delilleri ve karşı delillere verdikleri cevaplar ve değerlendirmeler için bkz. Abdullah b. Muhammed b. Ahmed et-Tayyâr, *Hiyâru'l-meclis ve'l-ayb*, s. 53-78.

85 “ابیمان \الكَيْبَانُ بِالْحَيْارِ مَا لَمْ يَنْقُرَا” Buhârî, “Buyû””, 42, 43, 44; Müslim, “Buyû””, 47; Ebu Davud, “Buyû”” (İcâre), 51; Nesâî, “Buyû””, 9, 10; Ahmed b. Hanbel, III, 402, 403; Dârimî, Sünen, II, 325.

rivayetlerin⁸⁶ zahirine dayanırlar. Böyle bir muhayyerliği kabul etmeyen Hanefî ve Mâlikîler de bu rivayetleri reddetmezler, fakat farklı yorumlarlar. Bunun yanında başka naklî ve aklî delilleri de söz konusudur.

İlgili hadislerde geçen “el- beyyiân/el-mütebâyiân” (الْمُتَبَايَعَانِ / الْبَيْعَانِ) kelimeleriyle “بَيْعًا” fiilinden anlaşılan “et-teferruk” (التفرق) kavramına verilen anlam doğrultusunda da “muhayyerlik” farklı şekilde anlaşılmıştır.

“el- Beyyiân/el-mütebâyiân” kelimesine verilen manalardan biri, îcabın yapıldığı andan itibaren kabulün gerçekleşmesine kadar geçen sürede akdin müzakeresine koyulmuş olan taraflar⁸⁷, ikincisi ise îcab ve kabul yapılarak akit bitirildikten sonra henüz birbirinden bedenen ayrılmamış taraflardır. Hanefîlerle Mâlikîler birinci mananın, Şâfiîlerle Hanbelîler ikinci mananın hem dil, hem de hukuk açısından daha isabetli olduğunu ifade ederler. Doğal olarak her iki grup da kendi yaklaşımını ispat etmek için naklî ve aklî delillere baş vurur.

Bu durumda konuyu öncelikle lafız yönünden, akabinde de naklî ve aklî deliller açısından ele almak uygun düşmektedir.

a) Lafız Yönünden

1) el-Beyyiân (الْبَيْعَانِ) kelimesi

Bu konuda tartışma, kelimenin “alış-veriş yapmakla meşgul olanlar” anlamına mı yoksa “îcab ve kabul ile akdi bitirmiş olan taraflar” manasına mı geldiği noktasında odaklanmaktadır. Hanefîler ve Mâlikîler birinci manayı tercih ederlerken, Şâfiî ve Hanbelîler ikinci mananın daha isabetli olduğunu söylerler. Taraflar kendi verdikleri mananın daha tercihe şayan olduğunu ileri sürerlerken Arap dilinden destekleyici örnekler de verirler.

Hanefîlere göre hadiste geçen “el-beyyiân/el-mütebâyiân” kelimesinin kökü olan “el-bey” (البيع) sözcüğünün iki anlamı vardır. Birincisi herhangi bir malı belli bir bedel karşılığında satmaktır. Kelime bu anlama alınacak olursa taraflardan birine “bâyi (satıcı)” diğerine de “müşteri” denir ama hadiste geçtiği şekliyle her ikisine birden hakikî manada “el-bâyiân” denmez. “El-bey” kökü bir de “akit yapmak” anlamına gelir. Bu mana esas alındığında taraflardan her birine hadiste olduğu gibi “beyyi” (البيع), ikisine birden “beyyiân” (الْبَيْعَانِ) denilir.⁸⁸ Hanefîler bu açıklamayla

86 Müslim, “Buyû”, 43; Buhârî, “Buyû”, 44.

Ebu Davud, “Buyû” (İcâre), 51; Tirmizî, “Buyû”, 26; Nesâî, “Buyû”, 11. Ebu Davud, “Buyû” (İcâre), 51; Tirmizî, “Buyû”, 26; Nesâî, “Buyû”, 11. إذا تابع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار

ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يتخير أحدهما الآخر فإن خيرا أحدهما الآخر فتابعا على ذلك فقد وجب البيع ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يتخير أحدهما الآخر فإن خيرا أحدهما الآخر فتابعا على ذلك فقد وجب البيع

Müslim, “Buyû”, 45; İbn Mâce, “Ticârât”, 17.

Müslim, “Buyû”, 45; İbn Mâce, “Ticârât”, 17.

Buhârî, “Buyû”, 46; Müslim, “Buyû”, 46.

Buhârî, “Buyû”, 46; Müslim, “Buyû”, 47.

Tirmizî, “Buyû”, 27.

87 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, Beyrut, ts. (Dâru İhyâ'it-türâsî'l-arabî), V, 465; İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, Beyrut, ts. (Dâru İhyâ'it-türâsî'l-arabî), IV, 20.

88 Tehânevî, Karaçi 1418, (İdâretü'l-Kur'ân), *İ'lâûs-sünen*, XIV, 10, 11. Tehânevî bu açıklamasıyla Aynî'nin bakış açısı-

kelimenin –ıcab ve kabul öncesi veya sonrası değil- tam olarak akit esnasında yani pazarlık safhası bittikten, fiyat üzerinde ittifak edildikten ve taraflardan biri icabta bulunup karşı taraf henüz kabul beyanında bulunmadan önce “akitle meşgul olan iki taraf”,bir başka ifadeyle “akit yapmak için pazarlığa koyulan iki taraf” anlamında olduğunu ve bu durumda bulunanlara hakiki manada “beyyiân” denildiğini vurgularlar.⁸⁹ Hanefî bakış açısına göre kelimeye “satıcı” anlamı verilemez zira karşı tarafın kabulünden önce ortada iki değil bir satıcı vardır.⁹⁰Buna karşılık onlara göre bir araya gelip icab ve kabulde bulunmamış taraflarla, icab ve kabulle akdi bitirmiş olan taraflara “beyyiân (akit yapanlar) denmesi hakiki değil mecazî bir kullanımdır.⁹¹Hanefîlerin bu yaklaşımına göre hadiste sözü edilen muhayyerlik, meclis muhayyerliği değil, kabul muhayyerliği olur.⁹²Netice olarak taraflar, “el-mütebâyi’ân المُتَبَاعِيَان” oldukları sürece sözleşme tamam olmadığından taraflardan her biri, henüz ne müşteri ve ne de satıcı vasfını kazanır.⁹³Şevkânî (ö.1250/1834) ise bunun tam tersi düşünceyi benimser. Ona göre zina edene nasıl ki eylemi gerçekleştirmeden önce “zânî”, hırsızlık yapana “sârık” denilmiyorsa, akdi icab ve kabulle gerçekleştirmeyenlere de “mütebâyiân” denmez.⁹⁴

İbn Hazm akit yapmakla meşgul olanlara bu ismin verilmesini kabul etmekle birlikte böyle bir akde-taraflar bedenen birbirlerinden ayrılmadıkça- hukuken hiçbir sonuç bağlanamayacağını belirterek akdin bağlayıcı hale geldiği âna vurgu yapar. Ona göre yapılan akit, taraflar birbirinden bedenen ayrılmadıkça veya biri diğerini muhayyer kılıp onun da tercihini akdi kurmak yönünde kullanmadıkça bağlayıcı hale gelmez.⁹⁵

nın isabetli olmadığını belirtir. Aynı’ye göre kelime “baya ve müşteri” anlamına olup müşteri anlamına kullanılması tağlib yoluylardır. Ya da satıcı ile müşteriye “beyyiân” denilmesi müşterek bir kelimeyi aynı anda her iki manasına birden kullanmaktır. (Aynî, *Umdetü’l-kârî*, Kahire, ts. XI, 192.)

89 Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 288; İbn Abidin, *Reddü’l-muhtâr*, IV, 20; Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 254.

90 İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr*, V, 465; İbn Abidin, *Reddü’l-muhtâr*, IV, 20.

91 Akit öncesindeki taraflara “beyyiân” denilmesi i’tibâr-i mâsekûn alakasıyla, akit bittikten sonra denilmesi ise i’tibâr-i mâkân alakasıylardır. bkz. Bâbertî, *el-İnâye fî şerhi’l-hidâye (Fethu’l-kadîr ile birlikte)*, V, 465; İbn Abidin, *Reddü’l-muhtâr*, IV, 20; Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 254. Ali Haydar, ihtilafın özünü açıklarken hadiste geçen kelimenin ism-i fâil kalıbında olduğunu, ism-i fâilin türediği mastar manasının ism-i fâilin kullanım zamanında mevcut olması durumunda kelimenin hakiki manada kullanıldığı noktasında ittifak olduğunu belirtir. Ali Haydar buna birisini dövmekte olan kimseye “dârib” denilmesini örnek verir. Buna karşılık mastar manası henüz mevcut değil de gelecekte gerçekleşecek ism-i fâilin mecazî manada kullanıldığı hususunda da yine ittifak olduğunu vurgular. Ali Haydar buna da gelecekte birisini dövecek olan kimseye “dârib” denilmesini örnek verir. Ali Haydar, Hanefîlerle Şâfililer arasındaki asıl ihtilaf noktasının mastar manasının ism-i fâilin kullanıldığı zamanda da değil de geçmişte mevcut olup şu anda bitmiş olduğu durularda ism-i fâilin bu kullanımının mecazî mi yoksa hakikî mi olduğu konusunda düğümlendiğini belirtir. Buna göre kelimenin bu manada kullanımı Hanefîlere göre mecaz, Şâfililere göre hakikî manada bir kullanım kabul edilmektedir. Ali Haydar buna da önceden birini dövmüş ve bu işi bitirmiş olan kimseye “dârib” denilmesini örnek verir. Konumuza dönecek olursak alım-satım icab ve kabulle bitirmiş olanlara “el-mütebâyiân” denilmesi Hanefîlere göre mecazî bir kullanımdır, bu nedenle de meclis muhayyerliği yoktur. Zira akit bitmiş ve bağlayıcı hale gelmiştir. Şâfililere göre hakikî manada bir kullanımdır ve meclis muhayyerliği vardır. Hanefîlere göre bu kelime alım-satım halinde ve bununla meşgul olanlar manasında alındığında hakikî manada kullanılmış olur ve hadiste kastedilen de budur. bkz. Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 254.

92 Merginânî, *el-Hidâye*, III, 21.

93 Tehânevî, *İ’lâu’s-sünen*, XIV, 21.

94 Şevkânî, *Neylü’l-evtâr*, Kâhire, ts., V, 209.

95 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 360.

Hanefî ve Mâlikî anlayışının tam karşısında duran İmam Şâfiî ise alış veriş yapanlar için pazarlık öncesi, pazarlık hali ve icab-kabul sonrası olmak üzere üç durumun düşünülebileceğini belirterek, tarafların “pazarlık öncesi” “gayri mütesâvimeyn”, “pazarlık hâlinde” “mütesâvimân” ve “icab ve kabul sonrası” ise “mütebâyîân” ismini aldıklarını ifade eder. Buna göre tarafların hadiste zikredilen “mütebâyîân” ismini alabilmeleri için icabın kabule bitişmiş ve sözleşmenin kurulmuş olması gerekir.⁹⁶

Mâlikîler de Hanefîler gibi düşünür ve hadiste zikri geçen “el-mütebâyîân” kelimesinden maksadın aralarında satım akdinin nafiz hale gelmediği pazarlık halindeki alıcı ile satıcı (mütesâvimân) olduğunu söylerler.⁹⁷ Netice olarak hadiste yer alan “el-beyyîân/el-mütebâyîân” kelimesine verilen farklı anlam doğrultusunda “teferruk” da farklı anlaşılmıştır.

2. Teferruk Kavramı (التفرُّق)

Meclis muhayyerliğini kabul eden ve etmeyenlerin üzerinde ihtilaf ettikleri ikinci kavram “teferruk”tur. “Teferruk”, İmam Şâfiî⁹⁸ ve Ahmed b. Hanbelî’ye göre⁹⁹ “bedenen ayrılma” iken, Hanefîlere göre ya “akdi icab ve kabul ile bitirmek” anlamında sözlü ittifak ya da taraflardan birinin icabına karşı tarafın uygun cevap vermemesi neticesi sözlü ayrılık anlamındadır.¹⁰⁰

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler grubunda yer alan Hanefîler, hadiste sözü edilen “teferruk”un sözlü teferruk olduğunu ispat etmek için dil ve mantık kurallarına baş vururlar. Onlara göre “teferruk” “ictimâ” sözcüğünün zıt anlamlısıdır. İctima ise iki şey arasında ittisal gerçekleşmesi demektir. İki şey arasındaki ittisal de “alâka” (bağlantı) ile tahakkuk eder. Onlara göre “alâka”nın da çeşitleri vardır. Alâka bazen iki şeyin aynı mekanda olması ile, bazen bunların biriple birbirlerine bağlanması ile, bazı durumlarda evlenme sözleşmesi ile, bazen aynı görüşte birleşmekle, bazen aynı eylemde ortak olmakla gerçekleşir. “İttisal” bu kadar çeşitli olunca ihtimal de o derece çok olur. İctimâ¹⁰¹ bu kadar çeşitli olunca teferruk da o kadar çeşitli olacaktır. “Teferruk” bir cins olup alâka türlerinin farklılığına göre türlere ayrılınca Şâfiî bir türü esas almış ve akit yapanlar o mekandan ayrılmadıkları sürece muhayyerdirler demiş, Ebu Hanife de başka bir türü esas almış ve akit yapanlar akdi icab ve kabul ile bitirmedikleri sürece muhayyerdirler demiştir.¹⁰² Hanefîler, her iki mana da muhtemel olduğu için Şâriin maksadına daha uygun ve

96 Şâfiî, *el-Ümm*, (Dâru’l-ma’rife) 1393/1973, III, 7, 8.

97 İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müçtehid*, II, 143; Şihabuddin Ahmed b. İdris el-Karâfi, *ez-Zahira*, Beyrut 1994, V, 21.

98 Şâfiî, *el-Ümm*, III, 6, 7, 8.

99 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 11; İbn Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu’l-kebir*, yy.ts. IV, 61.

100 Molla Hüseyin, *Düerü’l-hükkâm fi şerhi Güneri’l-ahkâm*, İstanbul 1978 (Ofset baskı), II, 145.

101 Arapçada şöyle denir: على الرأي، على الزواج، في الدار، في الاجتماع في الدار، = O ikisi evde, evlilikte, görüşte ve eylemde birdir, denir. bkz. Tehânevî, *İ’lâu’s-sünen*, XIV, 11.

102 Tehânevî, *İ’lâu’s-sünen*, XIV, 11, 12.

daha yakın mananın alınacağını belirterek bu durumda Ebu Hanife ve arkadaşlarının verdiği mananın daha uygun olduğunu söylerler.¹⁰³

Hanefiler, “teferruktan söz edilebilmesi için önce ictima olması gerekir” şeklinde gelebilecek bir itiraza bu konuda böyle bir şeyin tasavvur edilemeyeceği, “teferruk”un daha en baştan “ictimâ”nın zıddı anlamına geldiği şeklinde cevap verirler.¹⁰⁴

Hanefî hukukçular, “teferruk” kelimesinin “şifâhî ittifak” anlamına geldiğine dair Arap dilinden örnekler vererek yaptıklarının doğru olduğunu ifade ederler. Dayandıkları delillerden biri, Hz. Ömer’in şehit edilmesi olayı aktarılırken ravinin “Orada bulunanlar, Amr b. el-Âs’ın (ö.43/663) konuşması üzerine teferruk ettiler”¹⁰⁵ şeklindeki ifadesidir. Hanefilere göre bu cümlede yer alan “teferruk”, “ittifak etmek” anlamına gelmektedir.

Şâfiî de kendi görüşünü Arap dilinden lafzî delillerle güçlendirir ve “teferruk”un “akdi îcab ve kabul ile bitirmek” (şifâhî teferruk) anlamında olduğunu iddia etmenin Arap dilini bilmemek veya bilmezden gelmek anlamına geldiğini ifade eder.¹⁰⁶

Doğal olarak Hanefiler, Şâfiîlere katılmaz ve dilin iki manaya da muhtemel olduğunu, bu durumda ilk başta kelimenin zahiri manasına muhalif olsa bile hangi mananın Şâriin maksadına daha yakın olduğunu araştırmak gerektiğini ifade ederler.¹⁰⁷

Hadiste geçen “teferruk”u bedenlen ayrılma şeklinde anlayan Hanbelîler de “teferruk” ile “iftirak” kelimeleri arasında dil açısından fark bulunduğunu, birincinin bedenlen, ikincinin sözle olduğunu belirterek görüşlerini ispata çalışırlar.¹⁰⁸

Muhayyerlik konusuna yer veren taraflar, sadece lafzî yönden ihtilafa düşmekle kalmazlar, ayrıca yaklaşımlarını naklî ve akli delillerle de açıklamaya ve desteklemeye çalışırlar.

b) Naklî Deliller

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyen Hanefiler ve Mâlikîler, bir takım naklî delillere dayanırlar. Bunlardan biri, Hz. Peygamber’in akdin taraflarından birisinin karşı taraf ikâle ister korkusuyla ondan ayrılmasının helal olmadığını belirten ifadesidir.¹⁰⁹ Hanefiler, ikâlenin daha yapıлып bitirilmiş bir akdin yeni bir, îcab ve kabul ile bozulması olduğunu söyleyerek bunun istenmesinin, akdin daha

103 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 12.

104 Molla Hüseyin, *Dürrü'l-hükkâm fî şerhi Ğureri'l-ahkâm*, II, 145.

105 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 23. تفرقوا عن خطبة عمرو بن العاص أي انفقروا عليها.

106 “أرى قولك” التفريق تفرق الكلام إلا جهالة أو تجاهلا باللسان. Şâfiî, *el-Ümm*, III, 8.

107 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 12. Tehânevî şöyle der: Mana göz önüne alınarak lafız hakiki manasından mecazi manasına çekilir. Bu durumda lafızdan bu iki manadan hangisinin çıktığına bakılmaz.

108 İbn Müflih, *el-Mübdî' şerhu'l-mukni'*, Beyrut 1418/1997, IV, 65.

109 “الْبَيْعَانُ الْمُبْتَاعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَفْقَةً خِيَارًا” ولا يجعل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله” Ebu Davud, “Buyû” (İcâre), 51; Tirmizî, “Buyû”, 26; Nesâî, “Buyû”, 11. Ebu Davud, “Buyû” (İcâre), 51; Tirmizî, “Buyû”, 26; Nesâî, “Buyû”, 11.

önce îcab ve kabulle bitirilmiş olmasını gerektirdiğini, bu durumda hadiste geçen “teferruk”u ya kendilerinin dediği gibi “îcab ve kabul ile akdi bitirmek” şeklinde yorumlamaktan ya da tarafların bedenlen ayrılımlarının akdin tamamı ermesi için şart olmadığını söylemekten başka bir çare olmadığını belirtirler.¹¹⁰

Malikîler’in meclis muhayyerliği diye bir şey olsaydı ikâleyle ihtiyaç kalmazdı şeklindeki yorumları da¹¹¹ hadisi Hanefîler gibi anladıklarını gösterir.

İbn Hazm (ö.456/1064), öncelikle haberin sahih olmadığını belirtir, sahih kabul edilmesi halinde de ikâle istemenin bey’in îcab ve kabul ile bitirilmesinden ve mülkiyetin devrinden sonra olduğu şeklindeki Hanefî anlayışına karşı çıkar. Hanefîlerin anladığı şekildeki ikâle istemenin her zaman mümkün olduğunu, bu şekilde yorumlandığı takdirde haberin hiçbir manasının kalmayacağını ve yeni bir hüküm getirmiş olmayacağını belirterek yasaklanan hareketin, karşı taraf akdi fesheder korkusuyla akid meclisinden ayrılarak sözleşmeyi bağlayıcı hale getirmek olduğunu ifade eder.¹¹²

Netice olarak hadiste geçen “ikâle” kelimesi sözlük ve terim anlamında olmak üzere iki şekilde yorumlanmış, Hanefîler terim anlamını tercih ederken meclis muhayyerliğine taraftar olanlar, sözlük anlamını esas almışlardır. Haberdeki “ikâle”nin “fesh” anlamına geldiğini tercih edenler, hadiste taraflara muhayyerlik verildiğini, muhayyer olan tarafın terim anlamındaki “ikâle”ye ihtiyacının olmayacağını, bu nedenle kelimeyi “fesh” olarak anlamak gerektiğini belirtmişlerdir.¹¹³

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlerin bir başka naklî delili Hz. Peygamber’in gıda maddesi satın alan kimseden onu teslim almadıkça satmaya kalkışılmasını yasaklayan hadisidir.¹¹⁴ Onlara göre bu hadiste mal teslim alındıktan sonra taraflar birbirinden ayrılmaya bile satışına cevaz verildiğine göre meclis muhayyerliği diye bir şey yok demektir.

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler İbn Ömer’in bir canlı varlık alış-veriş konu olup da daha sonra öldüğünde müşterinin hesabından gideceği yolundaki ifadesinin¹¹⁵ kendi görüşlerini desteklediğini belirtirler. Tahâvî (ö.321/933) İbn Ömer’in alış-verişin taraflar birbirinden ayrılmadan önce sözle (îcab ve kabul) tamam olduğu görüşünü benimsediğini, akdin bu sözlerle satıcının malını müşteriye, müşterinin malını da satıcıya naklettiği ve mal helak olduğu takdirde müşterinin hesabından gittiği kanaatini taşıdığını belirtir.¹¹⁶

Hanefîler “teferruk”un “îcab ve kabul ile akdi bitirmek” anlamına geldiğini bir delil İbn Ömer’in babası Hz. Ömer (ö.23/644) ve Hz. Peygamber ile yaptıkları bir yolculukta geçen satış akdine dayandırırılar. Olay günü İbn Ömer, babası Hz.

110 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 24.

111 Karâfî, *ez-Zahîra*, V, 23.

112 İbnHazm, *el-Muhallâ*, VIII, 360.

113 Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmet et-Tayyâr, *Hıyâru'l-meclis ve'l-aybfî'l-fikhi'l-islâmî*, s. 56.

114 “من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه” Buhârî, “Buyû”, 55; Müslim, “Buyû”, 41.

115 “ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فهو من المبتاع” Buhârî, “Buyû”, 57.

116 Tahâvî, *Şerhumeânî'l-âsar*, yy. 1414/1994 (Âlemü'l-kütüb), IV, 16.

Ömer'in genç ve huysuz bir devesine biner. Deve sürekli kafilenin önüne geçmektedir. Hz. Ömer de Resulullah'ın önüne hiç kimse geçemez düşüncesiyle deveyi engellemeye çalışır ama başaramaz. Bunun üzerine devreye Hz. Peygamber girer ve Hz. Ömer'den devesini kendisine satmasını ister. O da satar. Resulullah deveyi satın alır almaz İbn Ömer'e bağışlar ve şimdi ona istediğini yapabileceğini bildirir.¹¹⁷ Hanefiler, bu olayda Hz. Peygamber'in deveyi Hz. Ömer'den bedenlen ayrılmadan önce oğlu Abdullah'a anında bağışlamış olduğunu belirterek, satışı konu olan deve icab ve kabulde Hz. Peygamberin mülkiyetine geçmeseydi ve satışı kesinleşmesi için Hz. Ömer ile bedenlen ayrılmaları gerekseydi onu Abdullah'a bağışlayamazdı ve karşı tarafın hâlâ muhayyerliğinin söz konusu olduğu bir malı başkasına bağışlaması düşünülemezdi derler.¹¹⁸

İbn Hazm, Hanefilerin bu yaklaşımlarını reddeder. Bu satım akdinde fiyat konuşulmadığını, Hanefilerin fiyatın mutlaka konuşulmuş olduğunu, konuşulmasaydı akdin sahih olmayacağını söyledikleri takdirde kendisinin de akit, ancak taraflar bedenlen ayrıldıkları veya icab ve kabulden sonra biri diğerini sözleşmeden vaz geçip geçmemede serbest bırakıp da o da tercihini akdi kurma yönünde kullandığı takdirde (bedenen ayrılmasalar da) sahih olur deme hakkının doğacağını belirtir. İbn Hazm, yapılan işlemin satış değil, hibe olduğunu, Hanefilerin bu haberde meclis muhayyerliği ve akde şahit tutmadan söz edilmediğini söyledikleri takdirde kendisinin de bu olayın meclis muhayyerliği ve şahit tutmayı gerekli kılan naslardan sonra gerçekleştiğini ispat edemeyeceklerini ifade eder.¹¹⁹

Meclis muhayyerliğini reddedenler, Hz. Peygamber'in Hz. Osman'a (ö.35/656) bir şey sattığında ölçmesini, satın aldığı ölçtürmesini emretmesini¹²⁰ de kendi görüşlerini destekleyen bir delil olarak kabul ederler ve hadisin tarafların bedenlen ayrılmasını şart koşmadığını, bunun da meclis muhayyerliği diye bir şeyin var olmadığını delili olduğunu söylerler.

Meclis muhayyerliğini kabul etmeyenler Hz. Osman'ın İbn Ömer'e sünnet, tarafların birbirinden bedenlen ayrılması şeklinde değildir, o hüküm nesh edildi dediği şekilde bir rivayeti de esas alırlar. Ancak İbn Hacer (ö.852/1447) bu ifadenin sahih bir isnadının olmadığını, sahih olsa bile sahabilerin çoğunluğunun aksi görüşte olduklarını belirtir.¹²¹

Meclis muhayyerliğine taraftar olanlardan Şâfiî ise satım akdinin ne zaman vacip (bağlayıcı) hale geldiği konusunu ele alırken "Alıcı ve satıcıdan her biri ayrılmadıkları sürece (sözleşmeden vazgeçip geçmeme hususunda) diğerine karşı muhayyerdir" hadisine¹²² dayanarak satım akdinin taraflar birbirinden bedenlen

117 "هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت" Buhârî, "Buyû", 47.

118 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 26.

119 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 360.

120 "إذا بعث فكل وإذا ابتعت فأكل" Buhârî, "Buyû", 51.

121 İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, Beyrut 1379 (Dâru'l-ma'rife), IV, 336.

122 "الْبَيْعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بِعِ الْخِيَارِ"

Buhârî, "Buyû", 44; Müslim, "Buyû", 45; Ebu Davud, "Buyû", 51; Nesâî "Buyû" 9, Ahmed b. Hanbel, I, 58.

ayrıldıkları zaman bağlayıcı hale geldiğini belirtir ve “akdin îcab ve kabulü bitirilmesi” şeklinde bir anlam çıkarmanın dil açısından imkansız olduğunu örneklerle ispat etmeye çalışır.¹²³ Bunların bir başka delilinde ise açıkça tarafların “buldukları mekandan ayrılmadıkça” sözleşmeden vaz geçip geçmemede muhayyer oldukları ifadesi yer almaktadır.¹²⁴

Şâfiilere göre satım akdi kurulduğu zaman taraflardan her ikisi için akdi fesh etme veya geçerli kılma noktasında muhayyerlik hakkı vardır. Bu hak, taraflar birbirinden ayrılincaya kadar devam eder, ayrıldıkları zaman akit bağlayıcı hale gelir veya bir taraf diğer tarafı sözleşmeden vaz geçip geçmemede serbest bırakır ve o da muhayyerliğini akdi yapma yönünde kullanırsa bedenen ayrılmasalar da akit yine bağlayıcı olur. Şâfiiler bu yaklaşıma, alım-satım yapanların birbirinden ayrılmadıkları sürece muhayyer olduklarını (meclis muhayyerliği) veya birinin diğerine muhayyersin demesi ve onun da muhayyerliğini akdi kurma yönünde kullanması durumunda meclis muhayyerliğinin söz konusu olmadığını (ve akdin bağlayıcı hale geldiğini) ifade eden hadisi¹²⁵ delil olarak gösterirler.¹²⁶ Şâfiî fıkıhına göre bedenen ayrılmanın ölçüsü, tarafların birbirinden birinin konuştuğunu diğerinin duyamayacağı kadar uzaklaşmasıdır. Şâfiiler buna İbn Ömer’in bir şey satın aldığı zaman satım akdi bağlayıcı olsun diye bir miktar yürüyüp, sonra geri dönmesini delil getirirler.¹²⁷ Şâfiilere göre “teferruk” şeriatla mutlak olduğu için kavramın bilinen “teferruk” olarak yorumlanması gerekir. Bu yüzden tarafların birbirinden ayrılmaması, ancak aralarına perde veya başka bir şey konulması durumunda meclis muhayyerliğinin sakit olmadığını, çünkü buna “teferruk” denemeyeceğini ifade ederler.¹²⁸

Şâfiiler görüşlerinin doğruluğuna Abdullah b. Ömer’in sünnetin alış veriş yapanların birbirlerinden ayrılmadıkları sürece muhayyer oldukları şeklinde tahakkuk ettiği yolundaki ifadesini delil gösterirler.¹²⁹ Hanefilere göre İbn Ömer’in “sünnet” derken kastı, “Hz. Peygamber ‘Alıcı ve satıcı ayrılmadıkları sürece muhayyerdirler demişti’ şeklindeki kavli sünneti”dir. Bu durumda Hanefilere göre İbn Ömer’in Hz. Osman’ın evinden bedenen ayrılmasının sebebi, onun bu olayda “teferruk”un “akdi îcab ve kabulü bitirmek” değil, bedenen ayrılma olduğunu id-

123 Şafîî, *el-Ümm*, III, 4, 6, 7, 8. Şâfiî’nin verdiği örneklerden biri şudur: Bir kimse filanca kişiyle alış-veriş edersem karım boş olsun dese, sonra onunla bir mal üzerinde pazarlık etseler, fiyat konuşsalar ancak îcab ve kabul ile akdi bitirmeseler tüm bilgilerin ittifakıyla yemini bozmuş olmaz. Bu da bize pazarlık halinde olanlara “mütebâyân” denilemeyeceğini gösterir.

124 «أما رجل ابتاع من رجل ببيعة فان كل واحد منهما بالخيار حتى يفرقا إلا أن تكون صفقة خيار» Dârekutnî, Sünen, III, 474; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V, 271; Beyhakî, *M’arifetü’s-sünen ve’l-âsâr*, VIII, 17.

125 «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للأخر اختير» Buhârî, “Buyû”, 43; Ebu Davud, “Buyû”, 51; Nesâî, “Buyû”, 9; Ahmed b. Hanbel, I, 58.

126 Ebu İshak eş-Şirâzî, *el-Mühezzeb fi fihhi’l-imamiş-Şâfiî*, Beyrut 1417/ 1996, Dâru’l-kalem (Tah. Muhammed ez-zuhaylî), III, 12, 13.

127 Müslim, “Buyû”, 45. “فكان ابن عمر إذا بايع رجلا فاراد ألا يقبله قام فمشى هنيهة ثم رجع إليه”

128 Ebu İshak eş-Şirâzî, *a.g.e.*, III, 12, 13.

129 “بعث من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي بمال له بخير فلما تابعا رجعت علي عقي حتى خرجت من بيته خشية أن يواد في البيع وكانت السنة أن المتابعين بالخيار حتى يفرقا” İbn Ömer anlatır: Hz. Osman’a Hayber’de bulunan malı mukabilinde vadide bir mal sattım. Akdi yapınca Osman’ın cayıp da malı geri almamı ister korkusuyla evden dışarı çıktım. Sünnet, alışveriş yapanların birbirlerinden ayrılmadıkları sürece muhayyer oldukları şeklinde tahakkuk etmişti. Buhârî, “Buyû”, 47.

dia ederek caymaya kalkma ihtimalini tamamen ortadan kaldırmaktı. Hanefilere göre buradan İbn Ömer'in hadisteki "teferruk"u bedenen ayrılma şeklinde anladığı manası çıkmaz.¹³⁰

Şâfiîler, tarafların ayrılmadıkları sürece alışverişi devam ettirmekte ve bozmakta serbest olduklarını, muhayyerlik kararlaştırmışlarsa o zaman belirttikleri süreye kadar akdin kesinleşmeyeceğini, taraflardan birinin karşı taraf ikâle ister korkusuyla ondan ayrılmasının helal olmadığını belirten hadisi de¹³¹"teferruk"un nasıl anlaşılması gerektiğine delil olarak gösterirler. Şâfiîlere göre bu ifade, "teferruk"dan maksadın bedenen ayrılma olduğunu açıklamaktadır.¹³²

Hanefiler, Şâfiîlerin bu haberin zahirini almayıp onu tevil ettiklerini, çünkü tarafların birbirinden ayrılmasının haram olduğu ifade edildiği halde kendilerinin haramdır görüşünde olmadıklarını vurguladıktan sonra "helal değildir" ifadesini tevil ettiklerine göre, kendilerinin de "yestekîluhu= ikâle istemek" ifadesini tevil edebileceklerini belirtirler. Bu noktadan hareketle hadisteki "karşı taraf ikâle ister korkusuyla ondan ayrılması helal değildir" ifadesinin başlı başına ayrı bir hüküm olduğunu, "Alıcı ve satıcı, ayrılmadıkları sürece muhayyerdirler" ifadesiyle ilgili olmadığını belirtirler. Hanefilerin anlayışına göre hadiste söylenmek istenen, taraflardan hiçbirinin karşı taraf ikâle ister korkusuyla onunla karşılaşmaktan kaçınmasının uygun olmadığıdır. Hanefilere göre "el-firak = ayrılık" kelimesi mutlak olarak din kardeşini bırakıp savuşup gitmek olduğuna göre, söz konusu ayrılık, akit meclisinden ayrılmak anlamına gelebileceği gibi, akit meclisinden sonra karşı tarafa ikâle fırsatı vermemek için ondan kaçmak anlamına da gelebilir.¹³³

Şâfiîlerin bir başka delili Ebu Berze'nin (ö.64/684) bir anlaşmazlığı çözüme bağlarken verdiği hükümdür. Bir kişi diğerine atını satar ama o gün ve geceyi orada geçirirler. Ertesi günü satıcı sattığı atı eğerlemeye davranınca müşteri bu atı kendisine satmış bulunduğunu ve atın kendisine ait olduğunu söyler ve bu yüzden aralarında anlaşmazlık çıkar. Taraflar bu anlaşmazlığı çözmek için Ebu Berze'ye baş vururlar. Ebu Berze satışı gerçekleştirdikleri mekandan ayrılmamış oldukları için hadiste geçen "teferruk"un henüz gerçekleşmediğini söyler.¹³⁴Şâfiîlere göre bu haber "teferruk"un bedenen ayrılma olduğuna bir başka delildir.

Hanefiler Şâfiîlerin bu görüşüne katılmaz. Onlara göre haberden anlaşılan tek husus, Ebu Berze'nin söz konusu hadisteki "teferruk" kelimesini "bedenen ayrılma" şeklinde anladığıdır. Ama Hanefiler onun anlayışının kendilerini bağlamadığını söylerler. Akabinde bir sahabinin haberin muhtemel manalarından birisini benimsemesi ve onu tercih etmesi, başkalarını bağlayıcı bir hüccet ve delil olamaz ve bu, söz konusu tercihe zıt başka bir manayı tercih etmeye engel de değildir derler.

130 Tehânevî, *İ'lâû's-sünen*, XIV, 16.

131 "البئعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار" ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله" Tirmizî, "Buyû" 26; Ebu Davud, "Buyû" (İcâre) 51; Nesâî, "Buyû", 11; Ahmed b. Hanbel, II, 184.

132 Tehânevî, *İ'lâû's-sünen*, XIV, 16.

133 Tehânevî, *İ'lâû's-sünen*, XIV, 16.

134 Ebu Davud, "Buyû" ve'l-icârât", 51; Tirmizî, "Buyû", 26; Tahâvî, *Şerhumeâni'l-âsâr*, II, 203.

Hanefilere göre müçtehidin nezdinde ilgili görüşe zıt sahih şer'i bir delil bulunmadığında ve deliller birbiriyle çatıştığında sahabi tercihi öncelik verilir. Onlar, meclis muhayyerliği konusunda böyle bir durumun söz konusu olmadığını belirtirler.¹³⁵

Hanefilere göre hadiste zikri geçen "teferruk"un "bedenen ayrılma" olduğu kabul edilse bile bunu karşı taraf için sabit bir hak tarzında değil, müstehap olduğu şeklinde yorumlamak daha uygundur. Onların yaklaşımına göre muhayyerlik karşı taraf için sabit bir hak olsaydı diğer taraf onun bu hakkını tek taraflı olarak düşüremezdi. Çünkü böyle bir davranış, başkasının hakkını bile bile düşürmek anlamına gelirdi. Buna göre hadiste alıcı ve satıcı sözleşme meclisinde hazır buldukları sürece bunlardan herhangi biri yapılan sözleşmeyi bozmayı istediğinde karşı tarafın da bozması emredilmektedir. Ancak bu emir, mendupluk ve müstehablık tarzındadır. Oysa sözleşme meclisinden ayrıldıktan sonra söz konusu olan emir değil, aksine mendupluktur. Hanefilere göre tarafların sözleşme meclisindeyken onufesh etmeleriyle daha sonra fesh etmeleri arasında fark olduğu gayet açıktır.¹³⁶ Hanefî bakış açısına göre İbn Ömer'in aşağıda zikredilen uygulaması ile Ebû Berze'nin verdiği hüküm bu doğrultuda yorumlanır.

Diğer taraftan Hanefiler İbn Ömer'in uygulamasını da delil olarak alırlar. Nafi, İbn Ömer'in alıcı ve satıcının ayrılmadıkları sürece alışverişi devam ettirip ettirmemekte serbest olduklarını ifade eden hadisini¹³⁷ naklettikten sonra İbn Ömer'in oturur halde alışveriş yaptığında onu bağlayıcı hale getirmek için ayağa kalktığını belirtir. Hanefiler, bu haberden İbn Ömer'in bir kimsenin akdi kesinleştirmek için oturduğu yerden sırf ayağa kalkmasının meclis muhayyerliğini ortadan kaldırdığı ve satım akdini bağlayıcı hale getirdiği, meclisten bedenen ayrılmanın gerekmediği kanaatini taşıdığı sonucunu çıkarırlar.¹³⁸ Onlara göre bir yandan "amel, reye göre değil rivayete göredir" deyip, diğer yandan ravi rivayetinin manasını daha iyi bilir diyerek İbn Ömer ve Ebû Berze'nin görüşünü delil olarak ileri sürmek Hanefilere göre bir çelişkidir.¹³⁹

Şâfiilere göre meclis muhayyerliği konusundaki en açık delil, alış verişi yapıp bitiren tarafların birbirlerinden ayrılmadıkları sürece muhayyer olduklarını, biri diğerini muhayyer kıldığı takdirde bu muhayyerlik üzerine alışveriş yaptıkları ve muhayyerliği akdi yapma yönünde kullandıkları takdirde satışın bağlayıcı olduğunu, alış-veriş yaptıktan sonra taraflar akitten vazgeçmemiş olarak ayrıldıkları takdirde de artık satışın bağlayıcı olduğunu hükme bağlayan hadistir.¹⁴⁰ Hadisin son kısmındaki alış-veriş yaptıktan sonra taraflar akitten vazgeçmemiş olarak ayrıldıkları takdirde bu satışın bağlayıcı olduğu ifadesi, "teferruk"un bedenen ayrıl-

135 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 17.

136 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 17.

137 Buhârî, "Buyû", 42, 46; Müslim, "Buyû", 46; Ebu Davud, "Buyû", 51; Tirmizî, "Buyû", 26; Tirmizî, "Buyû", 26. "البَّعَانُ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَخْتَارَا"

138 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 19.

139 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 18.

140 "إذا تابع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يُخَيَّرَ أحدهما الآخر فبإيعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع" Buhârî, "Buyû", 45; İbn Mâce, "Ticârât", 17.

ma olduğuna açık bir beyandır. Onlara ve bu görüşteki diğer müçtehitlere göre söz konusu ayrılma “ıcab ve kabul ile akdi bitirmek” anlamında olsaydı hadis yeni bir hüküm getirmiş olmaz ve lüzumsuz söylenmiş bir söz olurdu.¹⁴¹

Hanefilere göre hadis, taraflar birbiriyle pazarlık edip fiyat üzerinde anlaşılktan sonra birisi ıcabta bulununca karşı taraf kabul beyanında bulunmadan artık sözleşmenin bağlayıcı hale geldiği zannını ortadan kaldırmak ve karşı taraf kabul beyanında bulunmadıkça akdin kurulmuş olmayacağını ve bağlayıcı hale gelmeyeceğini ifade etmek için varid olmuştur.¹⁴²

Hanefiler bir de Hz. Peygamber’in hiçbir evladın babasının hakkını ödeyemeyeceğini, ancak onu köle olarak bulup da satın aldığı ve azad ettiği takdirde ödemiş olacağını belirten ifadesine dayanırlar.¹⁴³ Cessâs (ö.370/980) hadisin köle olan babanın mülkiyetinin sırf sözleşme ile müşteri olan oğluna geçeceğini, çocuğun tekrar azat etmesine gerek kalmayacağını ifade eder.¹⁴⁴ Hanefî müçtehitler, Hz. Peygamber’in çocuğun köle olan babayı satın almasıyla birlikte azad olma olayının gerçekleştiğini ifade etmesinin, alıcı ile satıcının birbirlerinden bedenen ayrılmasının şart olmadığını gösterdiğini ifade ederler.

İmam Mâlik de Hanefîler gibi meclis muhayyerliğini kabul etmeyen müçtehitlerdendir. Mâlik, satım akdinin sözle kurulduğunu ve bağlayıcı hale geldiğini, akdin kurulduğu andan itibaren taraflardan her hangi birinin bağlayıcı hale gelen akitten vaz geçme hakkının olmadığını belirtir.¹⁴⁵ İmam Mâlik tarafların birbirinden ayrılmadıkça muhayyer olduklarını ifade eden hadiste sözü edilen “teferruk”un muayyen bir sınırı olmadığı gibi örf haline gelmiş bir durumun da söz konusu olmadığını ifade eder.¹⁴⁶ Mâlikîler’den Eşheb’in (ö. 204) ifadesine göre “el-beyyân/el-mütebâyân” hadisi “Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar”¹⁴⁷ veya “Alım satım yapanlar ihtilaf ettiklerinde satıcıya yemin teklif edilir”¹⁴⁸ hadisiyle neshedilmiştir.¹⁴⁹

İbn Hazm Müslümanların şartlarına bağlı olduklarını ifade eden hadisin uydurma ya da mürsel olduğunu belirttiikten sonra sahih olduğu kabul edilse bile sözü edilen “şartlar”ın emredilen, Kur’an ve sahih sünnetlerde mubah olan şartlar olduğunu ve bunlara bağlı olmak gerektiğini ifade eder. Allah’ın şartının ise satım akdi gerçekleşikten sonra tarafların bedenen ayrıldıkları bey’ veya taraflardan birinin diğerini muhayyer kıldığı ve onun da tercihini akdi tamamlamak yönünde kullandığı akit olduğunu vurgular.¹⁵⁰

141 İbn Hacer, *Fethu’l-bârî*, IV, 390; Şevkânî, *Neylü’l-evtâr*, 209.

142 İbn Abidin, *Reddü’l-muhtâr*, IV, 20.

143 “لا يجزي ولد والد إلا أن يجده مملوكاً فیشتره فثمنه” Müslim, “İtk”, 25; Tirmizî, “Birr ve Sıla”, 8.

144 Cessâs, *Ahkamu’l-Kur’an*, Beyrut, 1405 (Dâruihyâ’it-türâsî’l-arabî) I, 81.

145 Sehnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, Mısır, 1323, IV, 188; İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, II, 142.

146 Sehnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, Mısır, ts. IV, 188.

147 “المسلمون على شروطهم” Buhârî, “İcâre”, 14; Ebu Davud, “Akdiye”, 12; Tirmizî, “Ahkâm”, 17; Muvatta, “Akdiye”, 37.

148 “إذا اختلف البيعان استحلل البائع” Beyhakî, *es-Sünenü’l-kübrâ*, V, 333; İbn Ebu Şeybe, *Musannef*, VI, 213.

149 Mâlik b. Enes, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, IV, 188.

150 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 358.

Meclis muhayyerliğine karşı olanlar satıcıya yemin verilmesinin akdin bağlayıcı olmasını gerektirdiğini, muhayyerliğin bulunmasının akdin hükmünü ortadan kaldırmaya yeterli olacağını söylerler.¹⁵¹

Mâlikîler, nassın zahirinin fıkhıta yerleşik kurullarla(kıyas) tevil edilebilmesinin mümkün olduğu noktasında usulcülerin ittifak ettiklerini belirterek hadiste zikri geçen “teferruk” tan maksadın “Eğer (eşler) birbirinden ayrılırlarsa Allah bol nimetinden her birini zenginleştirir”¹⁵² ayetinde olduğu üzere “bedenen teferruk” değil, kinayeli bir anlatımla “akdi îcab ve kabul ile bitirmek” olduğunu belirtirler.¹⁵³ İbn Rüşd (ö.595/1119) “teferruk”un“îcab ve kabul ile akdi bitirmek” şeklindeki manasının hakikî değil, mecazî bir anlam olup, hakikî manasının tarafların bedenen birbirlerinden ayrılmaları olduğu yolunda itiraz gelebileceğini belirterek şöyle der: Tercih, bu lafzın zahirî manası ile fıkhıta yerleşik kurulların (kıyas) hükmünü birbirine mukayese edip daha güçlü olanı üstün tutmaktır. Meclis muhayyerliğini getirmenin hikmeti, tarafların pişmanlık duymasıdır.¹⁵⁴

Hanbelîler hadiste sözü edilen “teferruk”un “îcab ve kabul ile akdi bitirmek” (sözlü teferruk) manasında olmasını kabul etmeyenler grubunda yer alırlar ve kelimenin bedenen ayrılma manasında olduğunu savunurlar. Hanbelîlere göre tarafların bedenen birbirlerinden ayrılmaları ile akit bağlayıcı hale gelir. Tarafların birbirinden ayrılırken kasıtlı olmaları ile olmamaları, bunu bilmeleri ile bilmemeleri arasında fark yoktur. Zira Hz. Peygamber bağlayıcı olmayı “teferruk”a bağlamıştır. “Teferruk” da bulunduğu göre akit bağlayıcı hale gelir.¹⁵⁵ Hanbelî mezhebine göre “teferruk”un ölçüsü, şer‘an beyan edilmediği için örfüdür. Zira Şâri’in buna hüküm bağlayıp beyanda bulunmaması insanların örf ve âdet haline getirdiği şekli istediğinin göstergesidir.¹⁵⁶

Hanbelîler söz konusu “teferruk”un el-Beyyine suresinde zikri geçen ve sözlü ayrılma anlamına olan “teferruk”¹⁵⁷ ile hadiste ¹⁵⁸ yer alan ve ümmetin yetmiş üç fırkaya ayrılacağını ifade eden inanç açısından“teferruk” doğrultusunda anlaşılmasını kabul etmezler.¹⁵⁹ Buna karşı şu gerekçeleri ileri sürerler: Hadisin ifadesi“akdi îcab ve kabul ile bitirmek” şeklinde anlaşılmaya muhtemel değildir.¹⁶⁰ İkinci ola-

151 İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, Kahire 1407/1987, IV, 387. Bir başka Mâlikî bilgin bunu şöyle açıklar: Hadiste satıcıya yemin teklif edildiğine göre aralarında meclis muhayyerliği yok demektir. Olsaydı satıcıya yemin verilmezdi. Zira satıcı hakime şöyle derdi: “Var sayalım ki aramızda müşterinin dediği muhayyerlik vardır. Bu durumda benim satışı kabul etmeme veya feshetme hakkım yok mudur? Müşteriyi doğrular ve aramızda muhayyerlik vardır dersem akit benim açımdan bağlayıcı olmaz, muhayyerlik olduğunu inkar edersem o da var olduğunu iddia ettiğine göre ittifak halinde olmadığımız için bu akit benim açımdan evleviyetle bağlayıcı olmaz. bkz. Sehnün, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 188.

152 “وإن يتفرقا يعن الله كلا من سعته” en-Nisâ 4/130.

153 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 142, 143.

154 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 143.

155 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 12.

156 İbn Müflih, *el-Mübdî şerhu'l-mukni*, IV, 64; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 12.

157 “وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما حاجتهم البيية” “Kendilerine kitap verilenler ancak o açık delil (Peygamber) kendilerine geldikten sonra ayrılığa düştüler.” el-Beyyine 98/4.

158 “سفترق أمين على ثلاث وسبعين فرقة” Ebû Davud, “Sünne”, 1; Tirmizî, “İman”, 18; İbn Mâce, “Fiten”, 17.

159 İbn Kudame, *el-Muğni*, VI, 11.

160 İbn Kudame, *el-Muğni*, VI, 11.

rak “teferruk”un “akdi îcab ve kabul ile bitirmek” şeklinde yorumlanması, - taraflar akdin kurulmasından önce zaten muhayyer oldukları için- hadisi yeni bir hüküm getirmemiş duruma düşürür.¹⁶¹ Üçüncü olarak hadiste taraflara alış-veriş yapma fiilini gerçekleştirdikten sonra muhayyerlik hakkı verilmektedir.¹⁶² Çünkü ifadenin devamında “Alış-veriş yaptıktan sonra ayrılırlarsa” denilmektedir.¹⁶³ Dördüncü olarak hadisin ravilerinden biri olan İbn Ömer’in fiili rivayet ettiği hadisin tefsiri mahiyetinde olup, “akdi îcab ve kabul ile bitirmek” düşüncesini reddeder. Zira o birisiyle alış-veriş yaptığı zaman satım akdi lâzım (bağlayıcı) olsun diye birkaç adım atardı şeklinde bir rivayet vardır.¹⁶⁴ Hanbelîler, Ebû Berze’nin verdiği hükümün de kendilerini desteklediğini, bu iki ravinin hadisin manasını daha iyi bilecek durumda olduklarını belirtirler.¹⁶⁵

İbn Rüşd meclis muhayyerliğini kabul eden bilginlerin delili olarak dayandıkları alıcı ve satıcıdan her birinin ayrılmadıkları sürece (sözleşmeden vazgeçip geçmeme hususunda) diğerine karşı muhayyer olduklarını hükme bağlayan hadisle¹⁶⁶ değişik lafızla ayna manada olan “Yahut taraflardan biri diğerine (satışı yahut feshini) tercih et der”¹⁶⁷ hadisinin herkese göre isnadının en sağlam ve sahih isnatlardan olduğunu¹⁶⁸ ve İmam Mâlik’in bu hadisi Medinelilerin meclis muhayyerliği şeklinde bir uygulamasının olmamasını gerekçe göstererek reddettiğini ifade eder.¹⁶⁹ Mâlikîler, Medinelilerin uygulamasının haber-i vâhîde tercih edildiğini, orada böyle bir uygulama olmamasının meclis muhayyerliğinin olmadığını kesin olarak gösterdiğini ve kesin olanın zannî olana üstün tutulması gerektiğini belirtirler.¹⁷⁰

Ancak muhalif görüşte olanlar, Hz. Ömer, İbn Ömer, İbn Abbas (ö.68/687), Ebû Hüreyre (ö.57/676), Ebû Berze, Sa’îd b. el-Müseyyeb (ö.94/712), Şüreyh (ö.78/697), Şa’bî (ö.103/712), Atâ (ö.135/752), Tâvûs (ö.104/723), Zührî (ö.124/742), Evzâ’î (ö.157/774), İbn Ebu Zî’b (ö.80/699) gibi Medine’nin önde gelen bilginlerin meclis muhayyerliğini kabul ettiklerini belirtirler.¹⁷¹

İmam Malik’in nakli delili alıcı ve satıcı akit yapıp ihtilafa düştüklerinde mahkemede satıcının davalı makamında olduğunu, iddiasını ispatın müşteriye düştüğünü hükme bağlayan hadistir.¹⁷² İmam Mâlik, hadisteki ifadeyi genelliği üzere alır. Buna göre ifade “taraflar birbirlerinden henüz ayrılmamışken ve ayrıldıktan sonra ihtilaf ederlerse” demek olur. İmam Mâlik satım akdinin mün’akit hale gelmesi için tarafla-

161 İbn Kudame, *el-Muğni*, VI, 11.

162 “إذا تابع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار” Buhârî, “Buyû”, 45.

163 “وان تفرقا بعدان تابعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع” Buhârî, “Buyû”, 45.

164 Müslim, “Buyû”, 45.

165 İbn Kudame, *el-Muğni*, VI, 11.

166 “المُتَابِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بِعِيبِ الْخِيَارِ” Buhârî, “Buyû”, 42, 43, 44; Müslim, “Buyû”, 47; Ebu Davud, “Buyû” (İcare), 51; Nesâî, “Buyû”, 9, 10; Ahmed b. Hanbel, III, 402, 403; Dârimî, Sünen, II, 325.

167 Buhârî, “Buyû”, 43.

168 “إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر” İbn Rüşd, *Bidayetü’l-müctehid*, II, 142.

169 İbn Rüşd, *Bidayetü’l-müctehid*, II, 142.

170 Karâfi, *ez-Zahira*, V, 23.

171 İbn Kudame, *el-Muğni*, VI, 10.

172 “أَبَايَعْتَنِي تَابِعًا فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتْرَدَانِ” Mâlik, *Muvatta’*, “Buyû”, 38.

rın akit meclisinden ayrılmalarının şart olması durumunda akit meclisinde ihtilafın hükmünü vermeye gerek kalmayacağını, zira meclis muhayyerliği sebebiyle akdin henüz kurulmuş olmayacağını ve bağlayıcılığın akit meclisinden ayrıldıktan sonra söz konusu olacağını belirtir.¹⁷³ Bir de satıştan karşılıklı vazgeçmenin, muhayyerliğin söz konusu olmadığı tamamlanmış akitlerde düşünüleceğini ifade eder.¹⁷⁴

Mâlikî mezhebi fukahası ise imamlarından farklı olarak naklî delillerin zahiri-ne ve kıyasa dayanırlar. Mâlikî hukukçuların bu konudaki naklî delilleri akitlerin gereğinin yerine getirilmesi emridir.¹⁷⁵ Mâlikî bilginler, akdin icab ve kabulden ibaret olduğunu, ayetteki emrin vücut ifade ettiğini belirterek meclis muhayyerliğinin akdin gereğine uymayı bir yana bırakmayı gerektirdiğini, meclis muhayyerliğinin kabul edilmesi halinde akdi yapan tarafların birbirinden ayrılmadığı sürece akitten dönme haklarının olduğunu ifade ederler.¹⁷⁶ Bir de bunun iki tarafa borç yükleyen akit (muavaza) olduğunu, böyle bir akitte meclis muhayyerliğinin herhangi bir etkisinin olmayacağını, nikah, kitabet, hul', rehin ve kasten öldürmede kan bedeli üzerinde sulh akitleri gibi muavaza akitlerine benzediğini, bu akitlerde de meclis muhayyerliğinin olmadığını ifade ederler.¹⁷⁷ Mâlikî bilgin Karâfi (684/1285), İmam Malik'in sahih bir haber rivayet edip gereğine göre amel etmediği yolundaki tenkide kendince kuvvetli bir delil dolayısı ile Kitap ve Sünnetten bazı delilleri terk etmeyen hiçbir alim olmadığını şeklinde cevap verir.¹⁷⁸

Meclis muhayyerliğini kabul eden hukukçular, muhayyerlik süresince satılan malın mülkiyetinin kimde olduğu noktasında ihtilaf etmişlerdir. Hanbelî mezhebinde ağırlıklı yaklaşım, malın mülkiyetinin akitle birlikte müşteriye geçmiş olduğu yönünde olup, diğer görüşe göre muhayyerlik meclisi sona ermediği sürece mülkiyetin de intikal etmediği yönündedir. Şâfiî mezhebinde ise üç farklı anlayış söz konusudur. Birinci görüşe göre satıcı bedele, müşteri de mala malik olur; ikinci görüş bedellerin intikal etmediği yani, malın mülkiyetinin satıcıda, müşterinin mülkiyetinin de bedelde olduğu yönündedir; üçüncü görüş ise satılan malın mülkiyetinin muhayyerlik süresi bitinceye kadar askıda olduğu, satış tamam olunca akitle birlikte malın müşteriye, bedelin satıcıya geçtiği, satış tamam olmazsa malın mülkiyetinin satıcıda, bedelin mülkiyetinin de müşteride olduğu yönündedir.¹⁷⁹

3- Hükümlerde Tutarlılık

Meclis muhayyerliğini kabul eden ve etmeyen hukukçular, rivayetlerle ilgili bu tartışmaların yanı sıra karşı tarafça ileri sürülen delilleri bir de yorumda ve hukuk sisteminin bütününde tutarlılık açısından değerlendirirler.

173 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, II, 142.

174 İbn Abdülber, *el-İstizkâr*, yy.ts. VI, 423.

175 “يأبها الذبأمنواأوفواالعقود” el-Mâide 5/1.

176 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, II, 142.

177 İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, II, 142.

178 Karâfi, *ez-Zahîra*, V, 23.

179 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 20; Abdullah b. Muhammed b. Ahmed et-Tayyâr, *Hıyâru'l-meclis ve'l-ayb*, s. 89, 90.

Hanefilerden başlayacak olursak; onlar “teferruk”un bedenen ayrılma kabul edilmesi durumunda başka bazı nassların zahiriyle çatışma çıkacağını ve hukuk sisteminde bir takım tutarsızlıkların meydana geleceğini ifade ederler. Hanefî'lere göre söz konusu çelişki ve tutarsızlık noktaları şunlardır:

1- Malları karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması dışında haksız ve haram yollarla yemeyi yasaklayan ayette¹⁸⁰ akit meclisinden ayrılma kaydı getirmeksizin mutlak olarak malların “rızaya dayanan ticaret”le yenilmesinin mubah olduğundan söz edilmektedir.¹⁸¹Buna göre icab ve kabul yapıldığı anda meclis muhayyerliği söz konusu olmaksızın “rızaya dayanan ticaret” gerçekleşmiş olur.¹⁸² Dolayısı ile icab ve kabulden sonra akdin hâlâ bağlayıcılık kazanmadığını ve tarafların muhayyer olduklarını söylemek ayetin hükmü ile çelişki doğurur.

İbn Hazm, Hanefilerin sarf akdini haram veya sahih kılan unsurun tarafların bedenen ayrılmaları olduğunu kabul ettiklerini, ama iş alım-satım akdine gelince mezhep taasubu yüzünden bunu söylemediklerini ifade ederek çelişkiye düştüklerini söyler.¹⁸³ Ancak Hanefiler sarf akdi ile bey' akdinin aynı şeyler olmadığını, sarf akdinde tarafların bedenen ayrılmalarının akdi bağlayıcı kılmak açısından hiçbir fonksiyonunun bulunmadığını, zira Hz. Peygamber'in sadece bedellerin peşin olmasından söz ettiğini¹⁸⁴, bey' akdinde ise bedenen ayrılmayı esas alanlara göre “teferruk”un sözleşmeyi bağlayıcı kıldığını dolayısı ile farklı şeyleri kıyas ederek çelişkiye düştüklerini ifade ederler.

2-Malların karşılıklı rızaya dayanan ticaretle yenilmesini emreden ayette yer alan “et-terâdi” kelimesinden maksat, ya icab ve kabulün kaynağı olan karşılıklı rızadır ya da karşılıklı rızanın taraflardan birinin veya her ikisinin meclisten kalkıp ayrılmasına veya bir tarafın diğerini sözleşmeden vaz geçip geçmemekte serbest bırakması halinde karşı tarafın da hakkını akdi kabul etme yönünde kullanmasına dayalı olmasıdır. Birinci ihtimal tercih edildiği takdirde ortada meclis muhayyerliği kalmaz. Zira satım akdinin meşruiyetini gerektiren zorunluluk, hukukî işlemlerin helal olmasıdır. Sözüne ettiğimiz helallik, karşılıklı rıza ile yapılan sözleşmenin bizatihi kendisiyle hâsıl olduğuna göre meclis muhayyerliğine ihtiyaç kalmaz. Öte yandan müşteri mala, satıcı da bedeline malik olduktan sonra taraflardan biri diğerinin rızası olmaksızın söz konusu sözleşmeyi reddedip malını geri aldığı takdirde karşı tarafın malını onun rızası olmadan yemiş duruma düşer. Bu durumda daha önce karşılıklı rızayla yapılan ticaret, insanların mallarını batıl yollarla yemeye dönüşür. Yukarıdaki sıklardan ikincisi yani karşılıklı rızanın meclisten kalkıp ayrılınca veya muhayyerlik hakkının kullanılıp karar verilmeye kadar devam etmesi tercih edildiği takdirde sözleşmeyi yapan tarafların mal ve

180 “يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم ببينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم” en-Nisâ 4/29.

181 Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi*, V, 228.

182 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V, 465; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, V, 210.

183 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 357.

184 Buhârî, “Buyû”, 78; Müslim, “Musakat”, 81–84; Nesâî, “Buyû”, 50; İbn Mâce, *Ticârât*, 48.

bedel üzerinde yaptıkları tasarrufları birbirlerinden ayrılmadan veya muhayyerlik hakkını kullanmadan önce geçersiz kılınmış olur.¹⁸⁵

3- Akitlerin gereğini yerine getirmeyi emreden ayette¹⁸⁶ sözü edilen “akit”, meclis muhayyerliği kullanılarak kesinleşen akit değil, muhayyerlik söz konusu olmaksızın icab ve kabul ile kesinleşen ve bağlayıcı hale gelen akittir.¹⁸⁷ Dolayısı ile akitlerin bedenen ayrılma ile bağlayıcı hale geldiğini söylemek bu ayetle çelişmek anlamına gelir.

4-Alış veriş yapıldığında şahit tutmayı emreden ayet,¹⁸⁸ yapılan akit taraflarca daha sonra inkar edilmesin diye onu şahitlikle tevsik etmeyi gerektirmektedir. Ayette sözü edilen “bey”, meclis muhayyerliğinin kullanılması ile kesinleşen değil, meclis muhayyerliği söz konusu olmaksızın icab ve kabul ile biten ve bağlayıcı hale gelen satım akdidir. İcab ve kabulden sonra meclis muhayyerliği ve akdin bağlayıcı olmaması diye bir durum söz konusu olsaydı bu, yukarıda zikredilen nassların hükmünü iptal anlamına gelirdi.¹⁸⁹Zira şahit tutma “teferruk”tan sonra olursa bu, ayetteki emre uygun bir hareket olmaz, önce olursa-satım diye bir olay gerçekleşmediğine göre-şahit tutma, olması gereken yerde yapılmış olmaz.¹⁹⁰Hanefilere göre akdi böyle bir sakıncadan ancak onun meclis muhayyerliği söz konusu olmaksızın bağlayıcı olduğunu söylemek kurtarır.

5-Satım akdi iki şeyi birbirine bedel olarak verme (muavaza)akdidir. Mutlak akit bizatihi bağlayıcı olmayı gerektirir. Bu kuralın sonucu şudur. Akit muavaza niteliği ile güç kazanır. Bu güç, onun hükmünde ortaya çıkar. Sonuç olarak taraflar akdin hükmünü tek taraflı olarak ortadan kaldıramazlar. Söz konusu muavazanın bağlayıcı olması, tarafların rızasına dayanır. Akit bu rıza ile bağlayıcı olur. Tarafların akit meclisinde bulunuyor olmalarının söz konusu rızanın tamam olmamasında her hangi bir fonksiyonu olamaz. Bunun delili şudur. Taraflardan biri diğerine akdi kabul edip etmemekte muhayyersin dese, o da akit yapmayı tercih etse meclisten ayrılmadıkları halde akit-rıza bulunduğu için- bağlayıcı olur. Akit yapmak için mutlak icabta bulunmak, rızanın varlığına “muhayyersin” demekten daha çok delalet eder.¹⁹¹

6-Alım satım akdinin benzeri olan icâre (kiralama), nikâh, bir bedel karşılığı boşama (hulu‘), şirket, emek-sermaye ortaklığı (mudârebe) ve diğer akitlerde meclis muhayyerliği yoktur. Hz. Peygamberin ifadesinde geçen “teferruk” kelimesini bedenen ayrılma şeklinde yorumladığımız takdirde alım satım sözleşmesi, benzerlerinden ayrılmış olur. Söz konusu “teferruku” “icab ve kabul akdi bitirme” şeklinde yorumlarsak benzerleri ile aynı kategoride olur. Benzerlerle aynı katego-

185 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 13.

186 “يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ” el-Mâide, 5/1.

187 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V, 464.

188 “وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ” el-Bakara, 2/282.

189 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V, 465.

190 İbn Hacer, *Fethu'l-bârî*, IV, 387.

191 Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 288.

ride bulunmak, tek başına ayrı bulunmaktan daha evladır. Hanefiler yine tutarlı olmak adına alım- satım sözleşmesinin şart ve ayıp muhayyerliğinde olduğu gibi bazı açılardan benzerlerinden farklı olabileceği yolunda gelebilecek itiraza da cevap vererek bunun, hakkında açık delil bulunan hükümler söz konusu olduğunda gündeme geleceğini, oysa “el-beyyân/ el-mütebâyiân” hadisinin meclis muhayyerliği açısından açık ve net olmadığını, dolayısıyla açık ve net olan delillere kıyas edilemeyeceğini ifade ederler.¹⁹²

7-Şart, görme ve ayıp muhayyerliği, meclis muhayyerliğine ihtiyaç bırakmaz. Taraflardan her birine karşı tarafın rızası olmaksızın şart muhayyerliğiyle meclisten kalkıp ayrılma hakkı getirildiğine göre¹⁹³, yeniden düşünme ve durumunu gözden geçirme imkanı verilmemiş demektir. Bu, Hz. Peygamberin “el-beyyân/ el-mütebâyiân” hadisindeki maksadının meclis muhayyerliği getirmek olmadığına güçlü bir delildir. Hanefiler şart, ayıp ve görme muhayyerliğinin meclis muhayyerliğinin yerine geçmeyeceği, zira satıcının satım akdinde maslahatı ve çıkarı olduğunu düşünebileceği, dolayısıyla herhangi bir muhayyerlik şartı da ileri sürmeyeceği, akabinde o mecliste bu satışta kendisi için bir zarar belirebileceği ve pişmanlık duyabileceği yönündeki muhtemel gerekçeye bunun nadiren vuku bulabileceği, hükümlerin nadir olan durumlara bağlanamayacağı şeklinde cevap verirler ve karşı tarafın ifade ettiği ihtiyacın meclis muhayyerliği ile de giderilmeyeceğini, zira karşı tarafın sözleşmenin hemen ardından hiç beklemeden oradan kalkıp ayrılmasının muhtemel olduğunu ifade ederler.¹⁹⁴

8-Birkaç değişik senetle rivayet edilen bir habere göre Hz. Ömer satım akdinin safka veya muhayyerlikten ibaret olduğunu belirtmiştir.¹⁹⁵“Safka”, satım akdinin nâfiz ve bağlayıcı olan çeşididir. Buradan satım akdinin bağlayıcı olan ve olmayan diye iki çeşit olduğu ortaya çıkar. Muhayyerliğin bütün satım akitlerinde söz olduğunu söylemek, bu hadise ters düşmek anlamına gelir.¹⁹⁶

Hz. Ömer’in bu ifadesi, hadiste geçen “teferruk”u bedenlen ayrılma şeklinde anlayan Hanbelîleri¹⁹⁷ “safka” kelimesini tevil etmeye zorlamıştır. Zira Hz. Ömer’in sözünün zahirinden anlaşılan, satım akdinin adına “safka” denilen ve içinde muhayyerliğin söz konusu olmadığı satım akdi ve muhayyerliğin şart koşulduğu satım akdi şeklinde iki çeşit olduğudur. Hanbelîler, muhayyerliğin söz konusu olmadığı çeşidi ifade eden “safka”yı akdin taraflarının şart koşmadığı ancak hukuken getirilen muhayyerlik yani meclis muhayyerliği olarak anlarlar ve bu muhayyerliğin süresi çok kısa olduğu için mecazen “safka” kelimesi ile ifade edildiğini savunurlar. Bir de Hz. Ömer’in sözünün anlamı, meclis muhayyerliğini kabul etmeyenlerin

192 Tehânevî, *İ'lâû's-sünen*, XIV, 12, 13.

193 Serahsî şöyle der: Hukuk taraflara şart muhayyerliğini kullanarak akdi fesh hakkı vermiştir. Ama akde taraf olan kişi bu hakkı kullanmazsa kendi çıkarı üzerinde düşünmemiş olur. Kendi çıkarına bakmayana başkaları da bakmaz. bkz.Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 288.

194 Tehânevî, *İ'lâû's-sünen*, XIV, 13.

195 “البيع عن صفقة أو خيار” İbnHazm, *el-Muhallâ*, VIII, 363;Zeylai, *Nasbu'r-râye*, Beyrut 1418/1997, IV, 3.

196 Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 288.

197 İbn Müflih, *el-Mübdî' şerhu'l-mukni'*, IV, 63.

dediği gibi olsa bile onun görüşü, Hz. Peygamber'in hadisi ile çelişemez, öte yandan başta oğlu olmak üzere bazı sahabîler de kendisine muhalif davranmışlardır.¹⁹⁸

Hanefiler, İbn Hazm'ın Hanefî anlayışının İbrahim en-Nehâî (ö.96/714) hariç seleften taraftarı olmadığı yolundaki iddiasına¹⁹⁹kendisinin naklettiği haberde yer alan "teferruk" kelimesinin mücmel olduğu bu yüzden de kendilerini bağlamadığı, hadislerde açıkça bedenen ayrılma ifadesi geçmediği cevabını verirler. İbn Ömer ve Ebu Berze uygulamasının delil olarak gösterilmesine Hz. Peygamber'in sözü varken uygulamanın delil olamayacağını ve vücuba delalet etmeyeceğini belirtirler.²⁰⁰

Hanefilere göre tarafların birbirinden bedenen ayrılmasının akdi bağlayıcı hale getirmek gibi bir fonksiyonu yoktur ve zaten bunun hukukta bir benzeri de mevcut değildir. Aksine bedenen ayrılmanın, sarf akdinde bedeleyni kabz etmeden önce ayrılma örneğinde olduğu gibi akdi fasit kılma etkisi vardır.²⁰¹

Hanefilerin, akitlerin tarafların meclisten bedenen ayrılması, birbiriyle el sıkışması, elini uzatması gibi şekli şartlara bağlı olmadığı yolundaki beyanları, İslam hukukunun şekli şartları kaldırdığı göz önüne alınacak olursa isabetli bir yaklaşım olarak görülebilir. Onlara göre rivayetlerde zikri geçen akit bağlayıcı olsun diye meclisten ayrılmadan söz eden sahabi davranışları, akdi bağlayıcı kılmak için değil, ihtiyaten yapılmış hareketlerdir.²⁰²

Meclis muhayyerliğine taraftar olanların itirazları ise hukuk sistemi açısından değil de daha çok nassın yorumlanması noktasına odaklanmaktadır. Başlıklar halinde ifade etmek gerekirse;

1- Akitlerin gereğinin yerine getirilmesinin emredildiği ayette geçen "akit", sünnete uygun yapılan akittir, sünnet de taraflar birbirinden ayrılmadıkça akitlerin bağlayıcı olmadığını ifade etmektedir.

2- Malların karşılıklı rızaya dayanan ticaretle yenilmesini emreden ayet âmî olup sünnetle tahsis edilmiştir. Dolayısıyla bir akit ancak taraflar birbirinden bedenen ayrılmışlarsa meşru bir akit, yapılan meşru bir ticaret ve karşılıklı rıza hüviyetini kazanır.²⁰³

3- Alış-veriş yapıldığında şahit tutulmasını emreden ayetin mensuh olduğu kesin değildir. Sonra bu ayetle meclis muhayyerliği delilini uzlaştırmak mümkündür. Yüce Allah satım tamam olunca buna şahit tutulmasını emretmektedir. Tamam olan satım akdi de tarafların birbirinden bedenen ayrılarak bağlayıcı hale getirdikleri akittir.²⁰⁴

198 İbn Kudame, *el-Muğnî*, VI, 12.

199 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 355.

200 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 35.

201 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 21.

202 Tehânevî, *İ'lâu's-sünen*, XIV, 22.

203 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 357.

204 İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 357, 358.

4- Akit yapanlardan birinin karşı taraf ikâle ister korkusu ile ondan ayrılmasını yasak eden hadiste yer alan “ikâle” kelimesi pişman olan tarafın akdi fesh etmek istemesi şeklinde yorumlanır.²⁰⁵

5- Hz. Peygamber’in Hz. Ömer’in huysuz devesini satın alıp hemen oğlu Abdullah’a hediye etmesini konu alan haberde tarafların birbirinden bedenen ayrılmadığına delil yoktur, belki Hz. Peygamber Hz. Ömer’den bir iki adım ileri veya geri kalmış ve böylece birbirlerinden bedenen ayrılmış olabilirler.²⁰⁶

6- Bir canlı satıma konu olup da helak olduğunda müşterinin hesabından gider hadisi bağlayıcılık kazanmış satım akdi ile ilgilidir, henüz bağlayıcı hale gelmemiş akitle ilgili değildir.²⁰⁷

7- Hz. Peygamber’in Hz. Osman’a bir şey satarken ölçmesini, satın alırken de ölçtürmesini emrettiği hadisteki satım akdi, malın ölçülmesi ve meclis muhayyerliğinin bitmesi ile bağlayıcı hale gelen akittir.

8- İbn Ömer’in “Sünnet alıcı ve satıcı birbirinden ayrılmadıkça sözleşmeden vaz geçip geçmemede muhayyer idiler” şeklindeki ifadesi, meclis muhayyerliği hükmünün geçmişte kaldığı anlamına gelmez, İmam Mâlik’in Medine’lileri meclis muhayyerliğini uygular bulmadığı yolundaki tespiti doğru değildir, Hz. Osman’ın “Sünnet tarafların bedenen ayrılmaları şeklide değildir, bu neshedilmiştir” şeklindeki ifadesinin isnadı sahih değildir.

Meclis muhayyerliğine taraftar olan müçtehitlerin tenkitleri, daha çok rivayet yorumlanması ve doğru anlaşılmasına yönelik değerlendirmelerdir.

Sonuç

İslam hukukunda meclis muhayyerliği konusunda kabul edenler ve etmeyenler şeklinde iki farklı yönelim olduğu görülmektedir. Şâfiî ve Hanbelî hukukçularla İbn Hazm, bu yaklaşıma taraftar olurken Hanefî ve Malikîler karşı çıkanlar arasında yer alırlar. Meclis muhayyerliğini kabul edenler, büyük ölçüde alış-veriş akdinde tarafların birbirinden ayrılmadıkları sürece sözleşmeden vazgeçip geçme hususunda diğerine karşı muhayyer olduklarını ifade eden ve farklı lafızlarla rivayet edilen hadislerle ve bazı sahabî uygulamalarına dayanırlar. Karşı görüşü savunan Hanefî ve Mâlikî fukahası ise aynı hadisleri kabul etmekle birlikte farklı yorumlarlar. Konu büyük ölçüde hadise dayandığı için konuya delil olabilecek hadisler, bunların anlamları ve tutarlılık tartışmalarında –bu makalede de görüldüğü üzere- Hanefîlerden Tehânevî (ö.1394/1972), Şâfiîlerden İbn Hacer el-Askalânî ve Zahirîlerden İbn Hazm, hadisçi de olmaları hasebiyle ağırlıklı yer tutmaktadırlar.

Şâfiî ve Hanbelî hukukçularla İbn Hazm’a göre hadislerde yer alan “el-beyyiân/el-mütebâyiân” îcab ve kabulde bulunarak akdi bitirmiş ve akit meclisinden be-

205 İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, IV, 332.

206 İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, IV, 335.

207 İbn Hacer, *Fethu'l-bâri*, IV, 332.

denen henüz ayrılmamış olan alıcı ve satıcıdır. Karşı grupta yer alan Hanefî ve Mâlikîlere göre ise aynı kelime, akitle meşgul olan taraflar anlamına gelir. Meclis muhayyerliğinin hukuken meşruiyet kazanıp kazanmaması öncelikle kelimeye verilen bu farklı manaya dayanır.

Meclis muhayyerliğine taraftar olan hukukçular, ilgili hadislerin zahirini esas alarak alıcı ve satıcıdan her birinin birbirinden bedenen ayrılmadığı sürece sözleşmeden vaz geçip geçmeme hususunda diğerine karşı muhayyer olduğunu söylerler. İcab ve kabul yapıp akit bittikten sonra meclis muhayyerliği diye bir kavramın olmadığını savunan Hanefî ve Mâlikî hukukçular ise aynı hadisleri ya tevil edip zahirî manasını esas almazlar ya da neshedildiğini ileri sürerler. Bunun yanında bazı ayet ve hadislerden naklî ve aklî delilleri de söz konusudur.

Tarafların ayrılmadıkları sürece sözleşmeden vaz geçip geçmeme hususunda diğerine karşı muhayyer olduğunu ifade eden hadislerin zahiri esas alınırsa meclis muhayyerliğini kabul edenlerin delillerinin daha güçlü olduğunu söylemek mümkündür. Aynı hadislere farklı mana veren Hanefî ve Mâlikî hukukçular ise bu rivayetlerde geçen “beyyân” kelimesini nasıl farklı anlıyorlarsa, “tefferuk” kavramını da “tarafların birbirinden bedenen ayrılmaları” değil de “akdi icab ve kabulü bitirip başka bir konuya intikal etmek” şeklinde yani “şifâhî tefferuk” olarak anlarlar.

Meclis muhayyerliğini kabul edenler, hadislerin zahirine göre hüküm verirken kendi anlayışlarının dil açısından da isabetli olduğunu ileri sürerler ve karşı tarafın böyle yapmadığını ve yaklaşımlarının şer’î açıdan isabetli olmadığı gibi, dil açısından da doğru olmadığını iddia ederler. Bu görüşe taraftar olan Şâfiî ve Hanbelî hukukçularla İbn Hazm, tarafların kararlaştırmalarına bağlı olmaksızın hukukun kendilerine resen meclis sonuna kadar muhayyerlik getirdiğini, bu sürede pişman olan tarafın akitten dönmesinin mümkün olduğunu söylerken, karşı görüş sahipleri icabın meclis sonuna kadar geçerli olarak kalabildiğini, bu süre zarfında dileyen tarafın akitten dönmesinin (hıyârü’r-rücû ve hıyârü’l-kabûl) zaten mümkün olduğunu, dolayısı ile meclis muhayyerliğine gerek olmadığını ifade ederler.

Meclis muhayyerliğine taraftar olan ve olmayanlar sadece kendi delillerini ileri sürmekle kalmazlar ayrıca kendilerine muhalif görüşün açmazlarını ve tutarsızlıkların da dile getirirler.

Bir genelleme yapmak gerekirse meclis muhayyerliğini kabul eden Şâfiî ve Hanbelî hukukçularla İbn Hazm, karşı delillerin daha çok genellik ifade ettiği, dayandıkları delillerin bunları tahsis ettiği, dolayısıyla da kendi yorumlarının daha isabetli olduğu düşüncesinden yola çıkarak hadislerin manasına odaklanırlar ve bu delilleri karşılarının yorumladığı gibi yorumlamanın onları yeni bir hüküm getirmekten alıkoyacağını ifade ederler. Bu gruptaki hukukçuların meclis muhayyerliği kabul edildiği takdirde -ilgili hadislerin ayetlerle uzlaştırılması hariç tutulacak olursa- hukukun bütünü içinde ne gibi sakıncalar doğacağı konusuna değinmedikleri, meseleye bütüncül bakmadıkları söylenebilir.

Meclis muhayyerliği konusunu hukuk sisteminin bütünü ile tutarlı bir biçimde ele almaya çalışanların başında Hanefî hukukçuların geldiği görülür. Söz gelimi; mutlak akdin bizatihi bağlayıcı olmayı gerektirdiği, kurulan akdin hükmünü tarafların tek taraflı olarak ortadan kaldıramayacakları, akdin rıza ile kurulduğu ve tarafların akit meclisinde bulunuyor olmalarının söz konusu rızanın eksik kalmasında her hangi bir fonksiyonunun olmadığı, bedenen ayrılmalarının da akdi bağlayıcı hale getirmek gibi bir etkisinin bulunmadığı, iki manaya muhtemel olan bir kelime yorumlanırken Şâriin maksadına daha uygun ve daha yakın mananın esas alınmasının gerektiği, İslam hukukunun akitlerde şeklî şartları kaldırdığı göz önüne alınca akdin bağlayıcı hale gelmesinin meclisten ayrılmak gibi bir şarta bağlanmasının eskiye geri dönmek anlamına geldiği dikkat çeken hususlardandır. Meclis muhayyerliği ile ilgili hadisleri, akitlerle ilgili ayetlerle uzlaştırma çabaları da yine hukuk bütünlüğü içinde tutarlılık araştırması olarak görülmelidir.

Mâlikîlerin nassın zahirinin fıkhîta yerleşik kurullarla (kıyas) tevil edilebilmesinin mümkün olduğu noktasında usulcülerin ittifak ettiklerini belirtmeleri de hadisin zahiri manasına takılıp kalmayıp, konuyu hukukun bütünlüğü içinde ele aldıkları ve tutarlılığı gözettikleri anlamına gelir. İmam Malik'in Medine'lilerin meclis muhayyerliği şeklinde bir uygulamalarının olmadığı noktasına vurgu yapması ise hadisin mensûh olduğu noktasında ciddî kuşkular uyandırmaktadır.

Çağdaş hukukçulardan Senhûrî ve Mahmasânî de meclis muhayyerliğini kabul etmeyen hukukçulardandır. Senhûrî, meclis muhayyerliğini kabul etmenin akdin kesinlik kazanmasını tarafların birbirinden ayrılarak meclisin sona ermesine bağlamak anlamına geldiğini, bu durumda akdin kesinleştiği vaktin munzabıt olmayacağını, aksine üzerinde çok önemli ihtilafların olduğu "teferruk" kavramına dayandırılmış olacağını ve bu durumda ise hukukî muamelelerde istikrarının bozulacağını ifade ederek meclis muhayyerliğini kabul etmeyen görüşü savunur.²⁰⁸

Senhûrî'ye göre meclis muhayyerliğini kabul etmek, akdin bağlayıcılık gücünü zaafa uğratar. Senhûrî'nin îcab ve kabulle ortaya çıkan karşılıklı rıza ve iradenin ötesinde akdin kesinleşmesine engel olacak bir şeyin olmadığını söylemesi, Hanefîlerin görüşüne katıldığını gösterir.

Senhûrî'nin her iki grupça delil olarak ileri sürülen fakat farklı yorumlanan hadisleri, rücû ve kabul muhayyerliği getirdiği şeklinde değil de rücû ve kabul muhayyerliğinin sona ereceği zamanı sınırladığı tarzında yorumlaması ve buna göre îcabı yapanın rücû muhayyerliğinin kabule kadar, îcaba muhatap olan tarafın kabul muhayyerliğinin de akit meclisinin sonuna kadar devam ettiğini ve kabul yapılıncaya akit meclisi ile beraber muhayyerliğin de sona ereceğini söylemesi de dikkat çekicidir.²⁰⁹

Senhûrî hadis nasıl tevil edilirse edilsin İslam hukukunda akdin bağlayıcılık gücü diye büyük bir prensip (kıyas) olduğunu, akit îcab ve kabulle bitince bu gücü

208 Senhûrî, *Masadrû'l-hak*, II, 38.

209 Senhûrî, *Masadrû'l-hak*, II, 39.

kazandığını belirterek, bunun aksini iddia etmenin özlü bir hukuk prensibini ihlal edeceğini ve prensip uğruna hukukta yerleşik genel kuralları (kıyas) esere tercih etmenin caiz olduğunu, Ebû Hanîfe ile İmam Mâlik'in yaptığının da bu olduğunu belirtir. Senhûrî'ye göre İmam Mâlik bizzat kendisinin rivayet ettiği hadisin zâhirine muhalif olarak akdin bağlayıcı gücünü bertaraf etmeyi reddetmekle fıkıh melekesini ortaya koymuştur.²¹⁰

Senhûrî'ye göre İslam fıkıhı maslahatı gözetmekte ve böylece medeniyetin gi-dişatına ayak uydurmaktadır. Onu bu uğurda Kitabın ve hadisin zahirî manası engelleyemez.²¹¹

Bir diğer çağdaş hukukçu Mahmasânî'ye göre ise Hanefî ve Mâlikîlerin görüşü pratik ve mantıklı olup çağımızdaki teorilere daha yakın, insanların hukûkî işlemlerinde duyacakları ihtiyaçlara daha uygundur. Diğer görüşü almak, bize akitlerin şekli olduğu çağa geri götürür.²¹²

Gerçekten hukûkî işlemlerin çağın hızına paralel olarak ivme kazandığı günümüzde tarafların yaptıkları sözleşmelerin birbirinden ayrılmadıkları sürece kesinlik kazanmayacağını ve isteyen tarafın bundan cayabileceğini söylemenin ne gibi istikrarsızlıklara yol açacağını kestirmek zor olmasa gerektir.

210 Senhûrî, *Masadru'l-hak*, II, 40.

211 Senhûrî, *Masadru'l-hak*, II, 40 (Dipnot 1). Senhûrî bu yaklaşımına hadisin zâhirine göre var olan meclis muhayyerliğinin kabul edilmemesi ile âyetin zahirine göre borç için şahit tutmanın onun yazıya geçirilmesi emrinin zâhirine tercih edilmesini örnek göstermektedir. Senhûrî'ye göre İslam hukuku birinci yaklaşımı ile ilerleme eğilimini, ikinci yaklaşımı ile de geri dönme eğilimini (yani elastikiyetini) göstermiştir. Her iki eğilimiyle de doğru yolda yerleşik kâidelere ve medeniyetin gereğine göre yol almaktadır.

212 Mahmasânî, *en-Nazariyyetü'l-âmmeli'l-mûcebâtve'l-ukûd*, II, 298.

İSLAM'DA HELAL ve HARAM'IN YERİ ve FIKIH USULÜ AÇISINDAN TEMELLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Abdullah Kahraman*

The Place of Halal and Haram in Islam and Grounding them according to Islamic Legal Theory

Lawful and forbidden are basic judgments of Islam. Among of verses revealed in the period of Makkah the mentioned verses are existent. This indicates the importance, the location and the priority of mentioned judgments in the religion. It is possible to describe the lawful and forbidden as a "red lines of religion". Because of its importance and specialty the authority of describe the lawful and forbidden is for the God. To call to thing a forbidden is more difficult than to call it a lawful. The issues mentioned have been studied in detail in this paper.

Key words: Lawful, forbidden, Islam, Islamic jurisprudence, Foundations Islamic jurisprudence.

I. Giriş: İslam'da Helal ve Haram'ın Yeri

Getirdiği hükümlerle insanı madden ve manen mutlu kılmayı, dünya ve ahretini mamur etmeyi ve dünyayı yaşanabilir hale getirmeyi hedefleyen İslam bunun için gerekli sınırları çizmiştir. Bu sınırları kısaca *helal* ve *haram* olarak ifade edebiliriz. İnsanı helal dairesinde hareket etmeye davet eden İslam¹, bu dairenin onun insanca yaşaması için yeterli olacağını ifade etmiştir. Bunun için fukahâ, bazı âyetlerden² istidlal ederek "Eşyada aslolan mubahlıktır" kuralını getirmişlerdir. Böylece kâinatın imkânlarından yararlanmanın esas olduğunu anlatmış ve nimetlerin insan için olduğunu beyan etmişlerdir. Haramlar bazen helallerle birlikte belirlenmiş ve işin başlangıcında doğru tercih yapılması sağlanmak istenmiştir. Bazen de helallerin yanlış kullanılması veya helal dairesindeki kurallara aykırılık haramı doğurmuştur.

Helal sınırının bittiği yerde harama doğru bir gidişin olduğu söylenebilir. Her sistemin kendine mahsus kırmızı çizgileri vardır. İslam'da bu çizgileri haramlar

* Cumhuriyet Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Bakara, 2/168, 172; Mâide, 5/4-5, 87-88; Enfâl, 8/69; Nahl, 16/67, 114-116.

2 Bakara, 2/29; Câsiye, 45/13; Lokman, Lokman, 31/20.

oluşturur. İslam'ın kırmızı çizgileri olan haramlar, “hudûdullah” ve “Allah'ın koruları” olarak tespit edilmiştir.

Yerine getirilmediğinde veya ihlal edildiği zaman bir müeyyideyi gerekli kılacak dinî yasaklamaların tarih öncesi devirlerden beri mevcut olduğu bilinmektedir. İptidai kültürlerde harama benzer bir kavram olarak *tabu* vardır. Günümüzde yaşayan iptidai kültürlerden topluluk, fert ve tabiat arasındaki sosyokültürel dengenin korunmasına tabu fikrinin katkıda bulunduğu söylenmektedir. Tabu fikri haram düşüncesinin gelişmesinde de önemli rol oynamıştır. Riayet edilmesi gerekli yasaklar sistemi bütün dinlerde vardır. Yasaklanmış şeyi ifade eden tabu kavramı, kutsal, kutsal dışı (*profan*), temiz ve kirli kavramlarıyla birlikte ortaya çıkmış olup onlarla sıkı bir ilişki içindedir. Modern araştırmalar, en erken dönemlerden itibaren insan zihninin kozmosu birbirine zıt iki kategoriye ayırarak yorumladığını ortaya koymuştur. Bu kategorik düşünme biçiminin dayanağı, insanın mevcudiyetini tehlikeye atan nesnelere onun varlığının devamına katkıda bulunan nesnelere arasındaki ayırımıdır³.

Tabiatları farklı olan insanların ve onların meydana getirdiği toplumların temel ölçüleri İlahî irade tarafından belirlenmiş meşru bir hayat dairesi içerisinde yaşayabilmesi için Allah çeşitli dönemlerde peygamberler göndermiştir. İnsanlar başı boş bırakılmadıklarından yaptıkları davranışlar ilahi irade tarafından müdahaleye tabi tutulmuştur. Bu müdahalenin din dilindeki temel kavramlarından ikisi *helal* ve *haram*dır. İnsanlara helal ve haramı öğretmek peygamberlerin temel görevlerinden biridir. Hz. Peygamber'in, “*Helâl Allah'ın kitabında helâl kıldığı şeyler, haram da Allah'ın kitabında haram kıldığı şeylerdir. Hakkında hüküm belirtmediği hususlar ise sizin için affettiği şeylerdir*”⁴ hadisi helal ve haramların belirlenmesi noktasında önemli bir vurgudur.

Bir müminin hayatında helal ve haram çizgilerine riayet etmenin dinin algılanma, içselleştirilme ve yaşanması noktasında büyük bir önemi vardır. Bu sebeple Kur'an'da helal gıda ile beslenme Hz. Peygamberler diliyle ve aracılığıyla müminlere tebliğ edilmektedir. Çünkü Peygamberlerin önce helal ve temiz gıdalarla beslenip sonra sâlih amel yapmaları emredilmektedir⁵. Ayrıca Hz. Peygamber'in helal yoldan maişetini temin etmeyenin dua ve ibadetinin kabul olmayacağını ifade etmesi⁶ de bu konuda önemsenmesi gereken bir ölçü sunmaktadır⁷.

Burada geçen helâl, şeriatta haramların karşıtı olan görev ve sorumluluklarla (*vacip*) ilgili hükümleri içerir ve esasen bu tür helâl ve haramlar İslâm'ın kurucu ve onu diğer dinlerden ayırt edici temel ilkeleri olarak da görülebilir. Yüce Allah

3 Demirci, Kürşat, “Haram” md., *DİA*, XVI, 98; amlf., “Helâl” md., 174.

4 Tirmizi, “Libâs”, 6; İbn Mâce, “Et'ime”, 60.

5 Mü'minûn, 23/51.

6 Müslim, “Zekât”, 19.

7 Okur, K. Hamdi, “İslam Hukuku Açısından Helal ve Haram Olan Gıdalar ve Bazı Güncel Meseleler”, *IV. İslam Hukuku Anabilim Dalı Koordinasyon Toplantısı ve İslam Fıkhı Açısından Helal Gıda Sempozyumu*, Bursa, 2009, 24.

Peygamberleri aracılığıyla helâl (*meşru*) ve haram (*gayri meşru*) konusunda bir takım açık hükümler koymuş ve bunların nitelik ve kapsamları İslâmiyet'le son şeklini almıştır. Helâl ve haram şeklinde nitelendirilen ve bazen de “hudûdullah” diye anılan bu sınırların değiştirilerek haramların helâl ya da helâllerin haram kabul edilmesi, imanı ortadan kaldıracı bir hareket olarak kabul edilmiştir⁸.

İslam'dan önce Araplar arasında yiyecek ve içeceklerin hiçbirinden sakınma yoktu. Hepsi mubah görülüyordu. Leşlere ve böceklere varıncaya kadar her şeyi yemek serbestti. İsteyenin bunları yemesinde sakınca görülüyordu. Sadece putlara adanmış olan bazı hayvanları yemiyor, onları kesmeyi mubah kabul ediyorlardı. Bazı hayvanları erkekler yiyebilir, kadınlar yiyemez diye adıyorlar, çocuk ölü doğarsa kadın-erkek her ikisi de yiyebiliyor, canlı doğarsa sadece erkek yiyebiliyordu. Buna benzer daha pek çok putperest adet vardı. Düzeltmesi gereken bu âcil durum sebebiyle helal-haramla ilgili âyetler Mekke'de inmeye başlamıştı⁹. Nitekim Mekke'de nâzil olan En'am suresinde bu câhilî âdetler genişçe anlatılmıştır. Bu noktada müşriklerin en çok hayret ettiği şey, kendiliğinden ölen hayvanın haram kılınması, insanın eliyle boğazladığının ise helal kılınması idi. Çünkü onlara göre bu ikisi arasında fark yoktu. İslam'ın hükümlerin inzalinde gözettiği tedricilik prensibi haramlar konusunda da geçerli olmuştur¹⁰.

İslam, helal ve haram konusunda orta ve dengeli bir yol izlemiştir. İslam'ın bu konudaki hükümleri, Brahmanizm ve Hıristiyan ruhbanlığındaki gibi, beden işkence, temiz, güzel ve insana faydası zararından çok olanları haram kılma şeklinde bir aşırılık ve olumsuzluk içermez. Aynı zamanda bu hükümler, İrandâ ortaya çıkan “mazdekizm” dini gibi, bütün değerleri yıkan, aşırı *ibâhiyecilik* içeren ve haram diye bir şey tanımayan bir anlayış tarzında da değildir¹¹.

Sünnî geleneğin iman-amel arasında kurduğu münasebet, bazı mükellefler açısından haram anlayışının ve harama direnç gösterme gücünün örselenmesi noktasında olumsuzluklar taşımaktadır. Günümüzde de bu anlayışın bazı olumsuz tezahürlerine şahit olunmaktadır. Amelin imandan bir cüz olmadığına yapılan vurgular, büyük günahları işleme noktasında bir gevşeklik doğurmaktadır. Haramları işlemeye alışan anlayış, haram sınırını daha fazla zorlamak istemekte böylece değer yarguları gittikçe örselenmektedir. Mesela, sütkardeşiyle evlenmek isteyen bir kimse medeni kanuna göre bunun yasak olmadığından cesaret alarak mezheplerden esnek yaklaşan görüşün olup olmadığını sorabilmektedir.

8 Mâtürîdî, Ebû Mansur Muhammed b. Mahmud, *Kitâbü't-Tevhîd* (neşreden, Fethullah Huleyf), İstanbul 1979, 332, 334; Koca, Ferhat, “Helâl”md., *DİA*, XVII, 176-177.

9 Karaman, Hayreddin, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul 1989, 78. Âyetler için bk. En'am, 6/118-119, 121, 145, 151-152.

10 Numanî, Mevlânâ Şibli, *Son Peygamber Hz. Muhammed* (çev. Yusuf Karaca), İstanbul 2010, 473-474vd.

11 Karadavî, Yusuf, *el-Helâlü ve'l-harâmü fi'l-İslâm*, Beyrut 1985, 19; Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul 1994, 130.

II. Helal ve Haramın Usul Yönünden Temellendirilmesi

Fıkıh kavramlarının Hicrî II. asırda ortaya çıktığı malumdur. Kur’ân, yapılmasını, yapılmamasını ve serbest kılmayı dilediği hususları belli üsluplarla ister. Sünnet de Kur’ân gibi değişik üsluplarla bu hususları düzenler. Fıkıhçılar gerek Kur’ân ve gerekse sünnet ile yapılan emirleri kuvvet ve değer bakımından sınıflara ayırma görüşüne varınca, her emrin taşıdığı değeri belirtmek üzere bir takım adlar vererek ıstılâhî tabirler kullanmışlardır. Emre ait kullandıkları ıstılahlar *farz*, *vacib*, *sünnet*, *mendub* ve *müstahab* kelimeleridir. Fıkıhçılar sakınılması Şâri’ tarafından emredilen şeylere, *haram*, *yapılması hoş karşılanmayan veya yapılmaması yapılmasına tercih edilen şeylere mekruh* ismini vermişlerdir. Yapılmasına veya sakınılmasına dair Şâri’in bir talebi olmayan ve mükellefin yapıp yapmamakta serbest bırakıldığı hususlara da *helal* ve *mubah* ismini vermişlerdir¹².

A. Helalin Tanımı, Çeşitleri, Çerçevesi, Bilinme Yolları Ve Hükümü (Yorumu)

1. Nasslarda Helal Kavramı

Helâl kelimesi ve çeşitli türevleri Kur’ân-ı Kerîm’de elli yerde geçmektedir¹³. Bu âyetlerde kelime hem sözlük hem de terim anlamında kullanılmıştır. Helal kelimesinin Kur’ân’da kullanıldığı mânalar arasında şunlar sayılabilir: “Çözmek”¹⁴, “ihramdan çıkmak”¹⁵, “inmek”¹⁶, “çıkılmak”¹⁷, “mubah ve serbest olmak”¹⁸, “helâl kılmak”¹⁹.

Kur’ân’da “helal” kelimesi birçok türevi ile birlikte geçmekte ise de, Kur’ân’ın hedefi helal olan bütün şeyleri teker teker sayıp dökmek değildir. Esas hedef, haram olan temel hususların belirlenmesi, bu konuda gerekli ilkelerin örnek kabilinden bile olsa sunulması ve aslında helal olduğu halde insanların yanlış inançlar sebebiyle kendilerine haram kıldıkları şeylerin helalliğinin yeniden hatırlatılmasıdır. Bunun dışında kalan hususlar “eşyada aslolan ibahadır” prensibi gereğince zaten helalin kapsamına dahildir. Ancak Kur’ân’ın bazı şeylerin helal olduğunu açıkça ifade etmesi bazı sebeplere mebnidir. Bunların başında helal-haram mukayesesi yapmak, daha önce yasak olan bazı hususların helal olduğunu bildirmek, helal kılmanın bir nimet olduğunu açıklamak gelmektedir. Şunu da ifade etmek gerekir ki, bir şeyin helal olduğu sadece “helal” kelimesi kullanılarak ifade edilmez. Bir fiilin

12 Lâmişi, Ebu’s-Senâ Mahmûd b. Zeyd, *Kitâbun fi usûli’l-fıkıh*, Beyrut 1995, 61; Semerkandî, Alâuddin, *Mizânu’l-usûl*, Kâhire 1997, 44; Sadruşşeria, Ubeydullah b. Mesud, *et-Tevzih (Telvih* ile birlikte, thk. Adnan Derviş), Beyrut ts., II, 271; Hudari, Muhammed, *Târîhu’t-teşri’i’l-İslâmî*, Beyrut 1988, 151; Koca, “Mekrûh”md., *DİA*, XXVIII, 581-582.

13 Bk. M. F. Abdülbâki, *el-Mu’cemü’l-müfehres li elfâzi’l-Kur’ân’il- Kerîm*, “hll” md.

14 Tâhâ, 20/27.

15 Mâide, 5/2.

16 Hûd, 11/39; Râd, 13/ 31; Tâhâ, 20/81.

17 Mâide, 5/ 2.

18 Bakara, 2/ 196, 228, 229; Mâide, 5/5, 88; Nahl, 16/116; Hac, 22/30; Ahzâb, 33/52.

19 Bakara, 2/275; Arâf, 7/157; Tahrîm, 66/11.

helal olduğu, naslarda geçen “*helallik*”, “*günah yoktur*” manasına gelen lafız ve ifadelerin kullanılmasıyla da anlaşılabilir.

Helal kelimesinin çeşitli türevleriyle birçok hadiste de yer aldığını görmekteyiz. Meselâ, hadislerde “helal” kelimesinin kullanıldığı bazı anlamlar şöyledir: “gerekmek, vacip olmak”²⁰, “ihramdan çıkmak”²¹; “mubah ve serbest olmak”²². Hadislerde bu kelime daha başka anlamlarda da kullanılmıştır²³.

2. Helalin Tanımı

Helalin tanımında Kur’ân’da ve hadiste geçen ifadeler esas alınmıştır. Mesela, Hz. Peygamber’in şu hadisinde helalin genel ve açık bir tarifini görmekteyiz: “*Helâl Allah’ın kitabında helâl kıldığı şeyler, haram da Allah’ın kitabında haram kıldığı şeylerdir. Hakkında hüküm belirtmediği hususlar ise sizin için affettiği şeylerdir*”²⁴.

Hadisteki bu genel ifadeyi de dikkate alan fıkıh usulü âlimleri, “Helal” kavramını şöyle tanımlamışlardır. Onlar helalin tanımında, “serbest bırakılmış (*mutlak*), izin verilmiş (*me’zun*)” ve “işlenmesi sebebiyle hakkında ceza verilmeyen şey” gibi üç noktanın altını çizmişlerdir²⁵. Buna göre, “Mubah, câiz ve serbest olmak, ruhsat vermek, Harem’den veya ihramdan çıkmak” anlamlarına gelen helâl kelimesi isim olarak haramın karşıtıdır. Câiz ve mubah gibi terimler de aralarında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte çok defa helâl ile eş anlamlı gibi kullanılır ve dinî literatürde helal, *mükellefin yapıp yapmamakta serbest bırakıldığı davranışları* ifade eder²⁶. Tehânevî’nin tanımıyla helâl, *câiz ve mubah bir sebeple Kur’ân ve sünnetin yapıp yapılmamasını serbest bıraktığı davranışlardır*²⁷.

Bazı usulcüler, “Helâl”in çerçevesi içerisine vacibi de dahil etmişlerdir. Bu durumda vacibin karşıtı olan “haram” kavramı helâlin karşıtı olarak kullanılmıştır. O zaman helâlin merkez dairesini, şârii yapılmasını kesin ve bağlayıcı tarzda istediği fiillerden meydana gelen vacip (Hanefilere göre farz), en dıştaki daireyi ise yapan veya terk eden için herhangi bir övgü ya da yergi söz konusu edilmeksizin yapılması ve terk edilmesi hususunda Allah’ın izin verdiği şeyleri ifade eden *mubah* oluşturur²⁸.

20 Mesela, “Benden kim vesile dilerse ona şefaetim helâl olur” (Buhârî, “Ezan”, 8; Müslim, “Şalât”, 11; Ebû Dâvûd, “Şalât”, 36, 37).

21 “Eğer yanımda kurbanlık deve olmasaydı ihramdan çıkardım” (Buhârî, “Hac”, 32; “Umre”, 6; Müslim, “Hac”, 141. 214; Ebû Dâvûd, “Menâsik”, 23) mealindeki hadiste bu anlamdadır.

22 “Bana ganimet helâl kılındı, fakat benden önceki hiçbir peygambere helâl kılınmadı” (Buhârî. “Teyemmüm”, 1; “Salât”, 56; Müslim, “Mesâcid”, 3, 5; Ebû Dâvûd, “Cihâd”, 121) ve, “Denizin suyu temiz, ölüsü helâldir” (Ebû Dâvûd. “Taharet”, 41; Tirmizî, “Taharet”, 52; Nesâî, “Taharet”, 46) hadislerinde durum böyledir.

23 Koca, Ferhat. “Helâl”md., *DİA*, XVII, 175. Diğer örnekler için bk. Wensinck, *el-Mu’cemü’l-müfehres li elfâzî’l-hadîsi’n-Nebevî*, “hl” md.

24 Tirmizî, “Libâs”, 6; İbn Mâce, “Etime”, 60; Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Neylü’l-evtâr şerhu müntekâ’l-ahbâr minehâdîsi seyyidi’l-ahyâr*, Kâhire 1971, VIII, 120.

25 Bk. Semerkandî, *Mizânu’l-usûl*, 40-44; Lâmişi, 60-61; Seyyid Şerif Cürcânî, *et-Ta’rîfât*, “helâl” md.; Şevkânî, *İrşâdu’l-fuhûl, İrşâdü’l-fuhûl ilâ tahkiki’l-hak min ilmi’l-usûl*, Beyrut 1992, 24; Koca, “Helâl”md., *DİA*, XVII, 175; *el-Mevsû’atu’l-fikhiyye*, XVIII, 74; Ferhat Koca, “Helâl”md., *DİA*, XVII, 175-176.

26 Şevkânî, *İrşâdu’l-fuhûl*, 24; TDV *İlmihal*, I, 172; Koca, “Helâl”md., *DİA*, XVII, 175-176.

27 Tehânevî, Muhammed Ali, *Keşşâfu Istilâhâtî’l-fünûn*, Beyrut 1996, I, 703.

28 Koca, “Helâl”md., XVII, 176.

3. Helalin Çeşitleri

Bir şey hakkında helâl hükmünün verilmesi, haramda olduğu gibi *li-aynihî* (li-zâtihi) veya *li-gayrihi* bir sebeple olur.

1. *Bizzat helal* (*Helâl li-aynihî*), mükellefin fiilinin ilgili olduğu nesnenin bizzat mahiyetinden kaynaklanır. Meselâ buğdayın helâl olması gibi.

2. *Dolaylı helal* (*Helâl li-gayrihi*), söz konusu nesnenin kendisi dışında, alış-veriş, kira akdi gibi herhangi sahîh bir sebeple meşru kılınan helâllerdir. “Helâl li-aynihî”de helâllığın kaynağı, meşruluğa konu olan nesnenin bizzat kendisidir; “li-gayrihi helâl”de ise helâllik özelliği nesnede sonradan sabit olmuştur²⁹.

Bir şey hem mahiyet hem de elde ediliş yolları bakımından helâl olursa buna “açık helâl” denir. Meselâ buğday, arpa veya hurmayı, sahîh bir alışveriş akdiyle satın almak böyledir. Bu durumda bir şeyin helâl veya haram olduğuna hüküm verilmeden önce onun mahiyetine, niteliklerine ve elde ediliş yollarına bakılması gerekir. Bu deliller onun *tahlîl*ini ifade ederse *helâll*ğine, *tahrîm*ine götürürse *haram*lığına hükümlenir. Delillerin helâllığe veya haramlığa delâleti açık değilse şüphe söz konusudur³⁰.

4. Helalin dereceleri

Helâl bir fiil veya nesnenin aslına veya sıfatlarına sonradan gelen bir özellik helâllik niteliği değiştirebilir. Bu sebeple helâller kendi aralarında bir takım derecelere tabi tutulur. Helâllerin en yüksek derecesi, tahrîmi gerektiren her türlü haram niteliklerden ve tahrîm ya da kerahete götüren bütün sebeplerden uzak olan helâllerdir. Gazzâlî buna “mutlak helâl” adını verir. En aşağı derecesi ise sırf harama (*haram li-aynihî*) yakın olanlardır³¹.

5. Helali bilme yolları

Fıkıh usulü bilginleri, haram kavramını, teklifi hüküm içerisinde müstakil bir başlık altında incelemişlerdir. Halbuki helâl kavramı, kendi çerçevesine giren vacip, mendup ve mubah başlıkları altında ele alınmıştır. Bu sebeple bir fiil veya nesnenin helâllığı, genel olarak, helâl içerisine giren vacip, mendup veya mubahın sabit olduğu üslûp ve kiplerle sabit olur. Helâlin en dıştaki dairesini mubahın oluşturduğu dikkate alındığında bir fiilin helâl, caiz ve serbest kılındığı şu yollarla bilinir:

a) *Kur’an ve Sünnet’te o şeyin helâl kılındığının “helâl” lafzı ve türevleriyle açıkça bildirilmesiyle*. Nitekim Kur’anda alış-veriş ve ticaretin helâl kılındığı³², rama-

29 *el-Mevsû’atu’l-fikhiyye*, XVIII, 77; Koca, “Helâl”md., XVII, 177.

30 İzzeddin b. Abdüsselâm, *Kavâidü’l-ahkâm*, Beyrut ts., II, 92; Koca, “Helâl”md., XVII, 177.

31 Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *İhyâu ulûmiddîn*, Kâhire 1967, II, 38; *el-Mevsû’atu’l-fikhiyye*, XVIII, 77.

32 Bakara, 2/ 275.

zan gecelerinde karı-koca ilişkisinin helâl olduğu³³, deniz avının helâl kılındığı³⁴ helâl kelimesi veya türevleri kullanılarak bildirilir³⁵. Mesela bir âyette şöyle buyrulmuştur: “Bugün size iyi ve temiz olan şeyler helal kılındı. Kendilerine kitap verilenlerin yiyecekleri size helaldir, sizin yiyecekleriniz de onlara helaldir” (اليوم احل لكم الطيبات و طعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم و طعامكم حل لهم)³⁶.

b) *Kur'an ve Sünnet'te belli bir yanlış anlayışı ve kaygıyı gidermek için bir şeyin helâl olduğu, yapılmasında bir günah ve sakıncanın bulunmadığının bildirilmesiyle.* Bunun için “günah yoktur” (لا اثم, لا جناح, ليس علي... حرج) manasına gelen lafız ve ifadeler kullanılır. Nitekim bazı âyetlerde haram kılınan yiyecekler sayıldıktan sonra zaruret halinde bunlardan zarureti giderecek ölçüde yenmesinde günah olmadığı bildirilmiştir³⁷.

c) *Herhangi bir dinî yasaktan sonra gelen emirler vasıtasıyla.* Çünkü yasaktan sonra gelen emir, bir davranışın yapılmasını isteme değil haramlığın kalktığını ve hükmün eski halini aldığını bildirme amacı taşır. “İhramdan çıkınca avlanınız”³⁸ ifadesi, ihramlı iken yasak olan avlanmayı³⁹ kaldırmıştır.

d) *Vücuba değil de ibâhaya delalet ettiğine dair delil bulunan emir sıygası yoluyla.* “Allah'ın rızkından yiyin-için...”⁴⁰ âyeti böyledir.

Aslında Kur'an'da değişik vesilelerle zikredilen “evleniniz, yiyiniz, içiniz, gezip dolaşınız” gibi emirler, bu fiillerin helâl olduğunu bildirmekten çok aslen helâl olan bu fiiller işlenirken dikkat edilecek hususları, hikmet ve amaçları açıklamaya yöneliktir.

e) *Bir şey hakkında herhangi bir yasağın bulunmamasıyla.* Bir şey hakkında yasaklayıcı bir delil yoksa “eşyada aslolan mubahlıktır (istishâbü'l-asl)” kuralından hareketle onun helal olduğu sonucuna ulaşılır. Kur'an'da göklerde ve yerlerde ne varsa hepsinin insan için yaratıldığı, insanın emrine ve istifadesine verildiği sıkça ifade edilir. Temiz ve güzel olan her şeyin helâl kılınıp sadece kötü ve çirkin şeylerin haram kılındığının bildirilmesi de bu anlamdadır. Kur'an ve Sünnet'te sadece yapılması istenmeyen veya doğru bulunmayan hususlar tek tek veya ilke olarak açıkça belirtilmiş, böylece geriye kalanların prensip olarak helâl ve mubah olduğu kendiliğinden ortaya çıkmıştır⁴¹.

33 Bakara, 2/187.

34 Mâide, 5/96.

35 Başka örnekler için bk. el-Bakara, 2/168; Âi-i İmrân, 3/50, 51; Mâide, 5/1, 4, 5, 88,); A'râf, 7/157; Enfâl, 8/69; Nahl, 16/114; Ahzab, 33/50.

36 Mâide, 5/5.

37 Bk. Bakara, 2/158, 173, 198, 203, 235, 236, 282; Nisâ 4/23, 24, 102; Mâide, 5/93; Nûr, 24/29, 58, 61, 62; Ahzâb, 33/5, 55; Feth, 48/17; Mümtahine, 60/10. Bazı hadisler için bk. Süyûtî, Abdurrahman b. Ebî Bekir, *Câmiu'sşâğîr*, Beyrut ts., hadis no: 272, 273, 9706-9709.

38 Mâide, 5/2.

39 Mâide, 5/95-96. Ayrıca bk. Cum'â, 62, 10.

40 Bakara, 2/60.

41 *el-Mevsû'atu'l-fıkhiyye*, XVIII, 77; Şaban, Zekiyüddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları* (terc. İ. Kafi Dönmez), Ankara 1996, 253-254; Koca, “Helâl”md., XVII, 177.

6. Hükümü

Helâlin hükümü, teklifi hükümün kısımlarıyla ilgili ihtilâflara bağlı olarak farz, vacip, mendup ve mubah kavramlarından hangisinin alanına girdiğine bağlıdır. Meselâ helâle konu olan şey vacibin sahasına giriyorsa mutlaka yerine getirilmesi gerekli olup işleyen sevabı, özürsüz terk eden ağır cezayı hak eder; mubah kavramı içerisine giriyorsa yapıp yapılmamasında sevap veya günah olmayıp her iki tercih birbirine eşittir⁴².

7. Helalle ilgili bazı prensipler

İslam hukukçuları, helâlle ilgili bazıları temel, bazıları ikinci derecede veya yardımcı nitelikte bir takım prensipler oluşturmuşlardır. Bu prensipler haramla ortak olduğu için aşağıda açıklanacaktır.

B. Haramın Tanımı, Çeşitleri, Çerçevesi, Bilinme Yolları ve Hükümü (Yorumu)

1. Nasslarda Haram Kavramı

Haram kelimesiyle çeşitli türevleri sözlük anlamlarında Kur'an'da seksen üç yerde geçmektedir⁴³. Bunların çoğunda, ileride oluşacak terim anlamı için esas teşkil edecek şekilde Allah'ın yasak kıldığı fiillerden, dinî yasaklardan, bazı âyetlerde de kişilerin bazı fiilleri kendilerine yasak saymasından söz edilir⁴⁴. Haram kelimesi çeşitli türevleriyle birlikte birçok hadiste de geçmektedir⁴⁵.

2. Haramın Tanımı

Haram kelimesinin anlam örgüsü, “yasaklama, engelleme, mahrum bırakma” etrafında dönüp dolaşmaktadır. En genel ifadesiyle haram, yapılması din tarafından yasaklanan fiildir. Fıkıh terimi olarak haram, mükelleften yapılmaması kesin ve bağlayıcı tarzda istenen fiili ifade eder. Ahlâk ve hukuk literatüründe *muharrem*, *mahzur*, *menhiyyünan*, *memnû'*, *mezcûrünan*, *ma'siyet*, *zenb*, *kabîh*, *seyyie* gibi çeşitli kelimelerin de “yasaklanan şey” mânasında haramla aynı veya yakın anlamlarda sıkça kullanıldığı görülür⁴⁶.

Fıkıh usulü âlimleri haram kavramını tanımlarken, “vacibin mukabili”, “faili şer'an zemmedilen şey” ve “terkedeni övgüye lâyık kılan şey” gibi hususların altını

42 Şaban, 254; Koca, “Helâl”md., *DİA*, XVII, 177.

43 Bk. Muhammed Fuad Abdülbâki, *el-Mu'cemu'l-müfrehes li-elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerim*, “hrm” md. Örnek âyetler için bk. Bakara, 2/85, 173, 187, 194, 275; Al-i İmrân, 3/50, 93; Nisa, 4/23, 160; Maide, 5/1, 3, 26, 72, 87, 96; Enam, 6/119, 138, 139, 140, 143, 144, 145, 146, 148, 150, 151; Araf, 7/32, 50, 157; Tevbe, 9/29, 37; Yunus, 10/59; Nahl, 16/35, 115, 116, 118; İsrâ, 17/33; Hacc, 22/30; Nur, 24/3; Furkan, 25/68; Neml, 27/91; Kasas, 28/12; Tahrîm, 66/1.

44 *Tahrîm* sûresine bu adın verilmesi bu anlamdadır.

45 Bk. Wensinck, *el-Mu'cem*, “hrm” md.; Demirci, Kürşat, “Haram”md., XVI, 98.

46 Semerkandî, Alâuddin, *Mizânü'l-usûl*, Katar 1984, 40; Râzi, Fahreddin, Ebû Abdullah Fahreddin Muhammed b. Ömer, *el-Mahsûl fi ilmi usûli'l-fıkh*(tahkik, Taha Cabir Feyyaz el-Alvani), Beyrut 1992, I, 101; Lâmişi, 58-59; Şevkânî, *İrşâdu'l-fuhûl*, Beyrut 1992, 24; Koca, “Haram”md., *DİA*, XVI, 100.

çizmişlerdir. Bu sebeple de İslâm hukukçularının çoğunluğu haramı, “kat’î veya zannî bir delil ile şer’an yapılmaması kesin olarak istenilen fiil” şeklinde tarif etmişlerdir⁴⁷. Tehânevî'nin tanımı ise şöyledir: “Yapılması azabı gerektirecek bir fiilin terkini talep etmektir”⁴⁸.

Hanefîler bu noktada bir alt ayırma giderek bir davranışın “haram” olarak adlandırılabilmesi için dayandığı delilin kati olmasını şart koşmuşlardır⁴⁹. Buna göre yasak, kat’î bir delil ile sabit ise buna “tahrîm” (haram), zannî bir delil ile sabit ise buna da “tahrîmen kerahet” (*tahrîmen mekruh*) adını vermişlerdir⁵⁰.

Hanefîlere göre haram, “şer’an kat’î bir delil ile kesin olarak nehyedilen şey”dir. Burada Hanefîler hükmü ispat eden delilin kat’î olmasını ölçü almışlardır. Ancak aslında Hanefîlerle cumhur arasında konunun özyle ilgili bir ihtilâfın olmadığı ve ihtilâfın sadece terminolojide kaldığı söylenmiştir. Zira Hanefîlere göre farz veya vacip, terkinde ceza gerekmesi noktasında nasıl ortaksa, tahrîm ve tahrîmen kerahet de kaçınılmadığı zaman ceza gerekeceği noktasında ortaktır. Hatta Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf mekruhun harama daha yakın olduğunu söylemekle yetinmiştir. İmam Muhammed ise kerih görülen davranışların ceza gerektirmesi dikkate alınınca her mekruhun haram olduğunu söylemiştir⁵¹. Buna göre Hanefîlerin “haram” tabirini kullanırken ilgili âyetin⁵² işaretini de göz önünde bulundurarak daha titiz davrandıkları söylenmiştir⁵³.

İslam hukukçuları bir fiilin veya davranışın haram kılınmasının altında yatan temel sebebin, o fiil veya davranışın, can, akıl, din, ırz ve malı koruma şeklindeki beş temel esasa aykırı ve zarar verici özellik taşıması olduğunu söylemişlerdir⁵⁴.

3. Çeşitleri

Haramlar, haram kılınan fiil veya nesnenin mahiyeti, delilinin kuvveti ve yasaklanan şeyin nevi bakımından kısımlara ayrılmıştır. Yasaklanan fiil veya nesnenin mahiyeti bakımından iki kısma ayrılmıştır:

a. Haram li-zâtihî: Geçici bir sebebe dayanmaksızın bir şeyin bizzat kendisi varlığındaki bir zarar veya çirkinlik (*kubh*) sebebiyle şâriin doğrudan haram kıldığı fiildir. Haramlığın kaynağı yasaklanan şeyin bizatihi kendisi olduğu için bu tür haramlara “haram li-ayni-hî” adını da verilmiştir. Hırsızlık, adam öldürme, zina, ölmüş hayvan eti yemek, şarap içmek böyledir.

47 Gazâlî, *el-Müstasfâ*, I, 66, 76; Lâmişî, 60-61; Sadruşşeria, II, 271; Razî, *el-Mahsûl*, I, 127; Zerkeşî, Bedrüddin Muhammed b. Bahâdır b. Abdullah, *el-Bahrü'l-muhit fî usûli'l-fikh*, Kuveyt 1992, I, 255; Şevkânî, *İrşâdu'l-fuhûl*, Beyrut 1992, 24; Şaban, 247; Koca, “Haram”md., *DİA*, XVI, 100.

48 Tehânevî, I, 660-661.

49 Kat’î nassın tanımı ve özellikleri için bk. es-Salâhât, Sâmî, “Hasâisu'n-nassi'l-kat’î ‘inde'l-usûliyyîn”, *İslâmiyyetü'l-marîfe*, yıl, 6, sy, 23, 2000/1421, 51vd.

50 Lâmişî, 59; Bahrü'l-ulûm el-Leknevî, *Fevâtihu'r-rahamût*, I, 58; Koca, “Haram”md., *DİA*, XVI, 100.

51 Sadruşşeria, *et-Tavzih*, II, 277; Bahrü'l-ulûm el-Leknevî, I, 58; Şaban, 251; Koca, “Haram”md., *DİA*, XVI, 100.

52 Nahl, 16/116.

53 Bk. Koca, “Harâm”md., *DİA*, XVI, 100.

54 Koca, “Harâm”md., *DİA*, XVI, 101.

b. Haram li-gayrihi: Kendi varlığındaki bir zarar veya çirkinlik (*kubh*) sebebiyle değil de, dıştaki bir sebep veya durumdan dolayı haram kılınan fiildir. Bu haricî sebep bazen zaman, bazen mekân bazen de şahıs olabilir. Cuma namazı vaktinde alışveriş, başkasının mülkünde izinsiz namaz kılma, bayram günü oruç tutma bunlar arasında sayılabilir. Burada namaz kılmak, alışveriş yapmak, oruç tutmak aslında meşru fiiller olmakla birlikte yer ve zaman olarak elverişli şekilde yapılmadıkları için haram kılınmışlardır⁵⁵. Haramın bu tür taksimi, usulcülerin eşyada bulunan kötülük ve çirkinliğin mahiyeti hakkındaki görüşlerinin ve nehiy konusunda yaptıkları benzer ikili ayırımın tabii bir sonucu olmalıdır⁵⁶.

4. Haramı bilme yolları

Haramı belirleme yetkisinin esasen Yüce Allah'a ait olduğu malumdur. Resul-i Ekrem de Kur'ân'da haram kılınan hususlara açılım getirmiş ve onları yiyecek-içecek, giyecek ve kullanılacak eşya bakımından örneklendirmiştir⁵⁷. Âyet ve hadisler bir şeyin haram olduğunu değişik üslup ve ifadelerle bildirmektedir:

a. Doğrudan "haram" lafzı, türevleri⁵⁸ ve "nehiy" lafzı kullanılarak⁵⁹.

b. Bir şeyin "helal olmadığı" bildirilerek⁶⁰.

c. Bir işin yasak olduğu ve uzak durulması gerektiği ifade edilerek ve nehiy kalıbı kullanılarak⁶¹. "Çocukların fakirlik korkusuyla öldürülmemesi"⁶² ve "zinaya yaklaşılmaması" âyetlerinde olduğu gibi.

d. İşlenecek fiile ceza tertip edilmesiyle. Zina iftirasında bulunanlara seksen değnek vurulmasını emreden âyet⁶³ böyledir⁶⁴.

5. Hükmü

İslâm hukukçularına göre haramlığı kat'i delil ile sabit olan bir fiilin haramlığına kesin olarak inanılması gerekir. Böyle bir hükmü, meselâ ribâ veya zinanın haram oluşunu inkâr eden kişi Ehl-i sünnet'e göre küfre girmiş olur⁶⁵. Zannî delil ile sabit olan ve Hanefilerin terminolojisinde *tahrîmen mekruh* adıyla anılan haramın

55 Serahsi, Ebû Bekir Muhammed b. Ebi Sehl, *Usul (Temhîdu'l-Fusûl fi'l-Imi'l-Usûl)*, Beyrut 1973, I, 79-80; Sadrüşşeria, II, 276-277; Karâfi, Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdris es-Sanhâci, *Envâru'l-burûk fi envâi'l-furûk*, Beyrut 1998, III, 168-169 (137. fark); Haskefi, Alâuddin, *Ifâzatu'l-envâr alâ usûli'l-menâr* (thk. M.Berekât), Dimeşk 1992, 89-90; Koca, "Harâm"md., *DİA*, XVI, 100-101.

56 Serahsi, *Usul*, Beyrut 1973, I, 79-80; Koca, "Harâm"md., *DİA*, XVI, 101.

57 Şâtûbi, Ebû İshâk İbrahim b. Musa b. Muhammed el-Ğirnatî el-Mâlikî, *Muvafakât*, IV, 14.

58 Bk. Nisâ, 4/23; Mâide, 5/3.

59 Hadis örnekleri için bk. Suyutî, *Câmiu's-sağir*, hadis no: 9328-9576.

60 Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 72; Suyutî, *Câmiu's-sağir*, hadis no: 9958, 9959.

61 Suyutî, *Câmiu's-sağir*, hadis no: 9981-9987.

62 En'âm, 6/151; Hacc, 22/30.

63 Nûr, 24/4.

64 Şaban, 247-248.

65 Bağdadî, Âbdulkâhir bin Tahir et-Temîmî, *el-Fark beyne'l-fırak*, 345.

yasak oluşunu inkâr eden veya onu helâl gören ise kâfir değil fâsık kabul edilir. Bununla birlikte amel bakımından haram ile tahrîmen mekruh arasında Hanefîler'e göre bir fark bulunmadığı ve tahrîmen mekruh amelî yönden âdeta haram derecesinde görüldüğü için mükellefin herhangi bir ayırım yapmadan her iki tür haramdan da kaçınması gerekir. Ancak kat'î delil ile sabit olan haramı irtikâp edenin cezasının, zannî delil ile sabit olan haramı yani tahrîmen mekruhu işleyenin cezasından daha ağır olacağı açıktır. Ayrıca bir kimsenin, haram veya tahrîmen mekruhun hükmünü hafife alarak bu fiilleri işlemesi küfre götüren tehlikeli bir yol olarak görülmüş, tahrîmen mekruhu herhangi bir yolla te'vil ederek işlemesi ise küfür değil fık olarak nitelendirilmiştir⁶⁶.

5. Haram-Nehiy İlişkisi

Fıkıh usulü bilginlerinin değerlendirmesine göre, bir fiilin nehyedilmesinin sonuçlarından biri de *tahrîm* yani haramlıktır. Çünkü nehiy, kural olarak hem nehyedilen şeyin kötü ve çirkin olduğu anlamına gelir, hem de nehyedilen fiilin haram olmasını, hatta dolaylı olarak aynı sonuca götüren bazı fiillerin de haram sayılmasını gerektirir. Bu sebeple nehiy ile haram arasında bir sebep-sonuç ilişkisi bulunur. Esasen dinî yasakların kapsam ve çerçevesi konusunda İslâm hukuk doktrininde yer alan ihtilâflar da nehyin varlığı ve kesinliği hususundaki görüş farklılıklarının yanı sıra, anılan sebep-sonuç ilişkisinin kuvvet derecesini belirlemede farklı değerlendirmelerin yapılabilmesinden kaynaklanmaktadır⁶⁷.

Herhangi bir karineden mücerret olan nehyin delaletiyle ilgili usulî tartışmalar bir yana, fakihlerin çoğunluğu, kati veya zannî olmasına bakmaksızın şer'î bir delil ile sabit olan nehiy ve men'in haram anlamına geleceğini kabul etmiş ve deliller arasında herhangi bir ayırımı gitmemiştir. Ancak Hanefîler, kat'î ve zannî delil ile sabit olan nehiyleri farklı değerlendirerek birincisine haram, ikincisine tahrîmen mekruh adını vermişlerdir. Bu da haramın, delilin kuvvet derecesine göre yapılmış bir başka ikili ayırımı mahiyetindedir⁶⁸.

6. Haram-hudûdullah İlişkisi

Hudûdullah'ın haramla doğrudan ilişkisi vardır. Kur'ân'da geçtiği âyetler dikkate alındığında bu kelimenin, helal veya haram kılındığı beyan edilip, muhalefet edilmemesi ve çiğnenmemesi emredilen cüz'î hükümleri ifâde etmesi yanında⁶⁹, Allah'ın Kur'ân'da yer alan bütün hükümlerini kapsayacak şekilde kullanıldığı da

66 Kılavuz, Sâim, *İman-Küfür Sınırı*, İstanbul 1982, 120-124; Koca"Harâm"md., *DİA*, XVI, 102.

67 Haskefi, 89; Şaban, 338-339; Koca, "Harâm"md., *DİA*, XVI, 101.

68 Koca, "Harâm"md., *DİA*, XVI, 101.

69 İbn Receb el-Hanbelî, *Câmiu'l-ulûmi ve'l-hikem*, 280-281.

anlaşılmaktadır⁷⁰. Kur'ân'da on iki yerde *hudûdullah*⁷¹, bir yerde *hudûdehu*⁷², bir yerde de, *hudûde mâ enzelellahu alâ Resûlihi*⁷³ olmak üzere toplam on dört kere geçmekte olan bu kelime, geçtiği yerlerin tamamında Allah'ın sınırları ve hükümleri anlamını ifâde etmektedir. Bir başka ifâdeyle, Kur'ân, helal, haram, mübah ve farz olarak nitelenen prensiplerinin bir kısmını ifâde ederken, bu prensiplerin Allah'ın hükümleri olduklarını dolayısıyla ihlal edilmemeleri gerektiğini vurgulayıp tenbih ederken bu ifâdeyi kullanmaktadır. Bu ifâdenin yer aldığı âyetlerin bir kısmında “*Bunlar Allah'ın sınırları/hükümleridir. Onları çiğneyip geçmeyin*”⁷⁴, “*Onlara yaklaşmayın*”⁷⁵, “*Kim Allah'ın sınırlarını çiğnerse gerçekten o kendi nefesine zulmetmiş demektir*”⁷⁶ şeklindeki ifâdelerin yer alması ayrıca dikkat çekmektedir. Dikkat çeken bir başka husus ise, boşamayı konu eden Bakara suresinin 229. âyetinde bu kelimenin dört, yine aynı konudan bahseden Bakara 230. âyette ve Talak suresinin 1. âyetinde iki defa tekrarlanmış olmasıdır.

İçerisinde *hudûdullah* ifâdesinin geçtiği âyetlere konuları itibariye baktığımızda şu konulardan söz ettiklerini görmekteyiz: Oruç gecelerinde, mescitlerde itikafta bulunulmuyorsa, cinsel temasın helal olduğu, bu gecelerde yeme ve içmenin ne zamana kadar devam edeceği⁷⁷, boşamada gözetilecek hususlar, üçüncü defa boşanan karı-kocanın tekrar bir araya gelebilme şartları ve iddet ile ilgili helal-haram sınırları⁷⁸, mirasla ilgili hükümlerin Allah'ın sınırları olduğu⁷⁹, zıhar yapma ve ondan dönebilmenin şartları ile ilgili hususlardaki helal-haram sınırları⁸⁰.

7. Haramın dereceleri

İslam'da hukuk-ahlak arasında ayrılmaz bir ilişki olduğunu gösteren hususlardan biri de haramın derecelerine dair yapılan açıklamalardır. Buna göre bütün haramlar, Allah'ın nehyi, insanlara zararlı ve kötü unsurlar taşıma noktasında ortak olmakla birlikte, bazıları diğerlerinden daha kötü kabul edilmiştir. Buna göre mükellefin sakınması ve kaçınması bakımından haramın dört derecesi bulunduğu ifade edilmiştir:

70 İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-Arab*, III, 140. Ancak Kur'ân terminolojisinde genel olarak “Allah'ın hükümleri”ni ifade etmek için kullanılan bu kelimenin daha sonra fikhın teşekkülü ile birlikte Allah'ın hükümlerinden sadece ceza ile ilgili olanları anlatmak için kullanıldığı görülmektedir. Bunda ilgili hadislerin tesiri olduğu muhakkaktır. (Örnek olarak bk. Buhârî, “Hudud”, 14; Tirmizî, “Diyât”, 9; İbn Mâce, “Hudud”, 8; Ebû Davud, “Hudud”, 32, “Nikâh”, 37).

71 Bakara, 2/187, 229, 230; Nisa, 4/13; Tevbe, 9/112; Mücadele, 58/4; Talak, 65/1.

72 Nisa, 4/14.

73 Tevbe, 9/97.

74 Bakara, 2/229.

75 Bakara, 2/187.

76 Talak, 65/1.

77 Bakara, 2/187.

78 Bakara, 2/229, 230.

79 Nisa, 4/13, 14.

80 Mücadele, 58/4.

a. Adil (dürüst) müminlerin sakındığı haramlar

Bunlar, fıkıh kitaplarında haram olduğu belirtilen davranışlardır. Bunlardan kaçınanlara, dinî hassasiyetlerinin bir göstergesi olarak âdil, kaçınmayanlara ise günahkâr anlamında fâsık denilmektedir. Bu tür haramların esas cezası ahrette verilecek olmakla birlikte dünyada da bunlara bazı cezalar terettüp ettirilmiştir. Kendi arasında da dereceleri bulunan bu haramlara şöyle bir örnek verilebilir: Bazı şekil şartlarını taşımayan satış akdi haram, bir malı gasp etmek daha şiddetli haram, fâizli işlem yapmak çok daha şiddetli haramdır. Bu sıralamada, haramlığı bildiren nassın üslubu, fiile verilecek cezanın ağırlığı, haram fiilin yol açtığı ferdi ve sosyal tahribat, kişi veya kamu hakkını ilgilendiriyor olması ölçü alınmıştır.

b. Sâlih kulların sakındığı şeyler

Bunlar zâhire bakılarak câiz sayılsalar da, haram olma şüphesi sebebiyle sakınılan fiillerdir. Bu tür konularda Hz. Peygamber'in "*sana şüpheli geleni bırak, şüpheli gelmeyeni al*"⁸¹ hadisinden hareketle ihtiyat prensibini de dikkate alarak hassas davranmak gereklidir. Ancak hafif bir şüphe ihtimalini de dikkate alıp aslında meşru olan fiillerden sakınmak, iktisadi, sosyal ve hukuki hayatı sıkıntıya sokabilir. Aynı zamanda abartılan şüphelerin yol açacağı vesveseler fertlerin din temelli psikolojik problemler yaşamasına yol açabilir. Bu sebeple bu tür haramlar birinci gruptakilere göre daha özel şahıslara mahsus kılınıp genele şâmil edilmiştir.

c. Müttakilerin kaçındığı davranışlar

Haramın bu derecesinden kaçınanlar Hz. Peygamber'den nakledilen: "*Kul, mahzurlu olana düşmek korkusuyla mahzursuz olanı da terk etmedikçe müttakiler derecesine ulaşamaz*"⁸² anlamındaki hadise dayanmaktadır. Hz. Ömer'den de: "Harama düşmemek için helalin onda dokuzunu bıraktığımız olurdu" dediği nakledilmiştir. Bu grupta yer alan müminlerin uzak durduğu davranışlar içinde şüpheli olan ve hakkında haram fetvası bulunanlar da vardır. Ancak tamamı böyle değildir. Takva sahibi müminler ihtiyatla hareket etmek ve bir şekilde harama götürüleceği endişesini taşımak gibi sebeplerle, terk edilmelerine dair kesin ve bağlayıcı bir nass bulunmamakla birlikte, bunlardan uzak durma yolunu tercih etmektedirler. Bu da onların manevi derecelerinin yükselmesine katkı sağlamaktadır. Bu yüzden sosyal hayatlarında ve psikolojik yapılarında bir dengesizlik meydana gelmemesi şartıyla din bunlara müdahale etmemektedir. Bu tür haramlardan kaçınmak veya böyle bir ihtiyat zihniyeti pozitif hukuktan ziyade tasavvuf ve ahlakı ilgilendirdiği için de bu tür bir hassasiyet, dinen hoşgörü ile karşılanabilmektedir.

81 Buhârî, "Büyü", 3; Tirmizî, "Sıfatu'l-kıyâme", 60.

82 Tirmizî, "Sıfatu'l-kıyâme", 19.

d. Sıddıkların haram kabul ettiği şeyler

Bunlar ortada hiçbir şüphe, harama düşme korkusu ve ihtimali bulunmama- la birlikte, ya elde ediliş yolunda kerâhet bulunması veya Allah'a ibadet ve O'nun rızasını elde etme anlayışı ile terk edilen davranışlardır. Bu tür davranışlardan uzak durmak herkesin yapacağı bir şey değildir. Bu, çok özel fedakârlık ve irade gerektirdiği için bu tür davranışlardan kaçınmak tamamen sıddıklara mahsus ka- bul edilmiştir. Niyetlerinin hâlis, tercih ve fedakârlıklarının şahsî olması sebebiyle bunların sakinme tavırları da daha ileri bir tasavvufî yaklaşım olarak kabul edile- rek dinen hoş görülmüştür⁸³.

8. Kur'ân'da Haram Kılınan Hususlar

a. "Harrame (حرم) ve türevleriyle ifade edilen haramlar

Bu fiil kalıbıyla yasaklanan şeyler şunlardır: Ölmüş hayvan (leş), kan, domuz eti ve Allah'tan başkası adına kesilen hayvanlar⁸⁴, boğulmuş, darbe sonucu ölmüş, yüksekten düşerek ölmüş, boynuzlanarak ölmüş ve yırtıcı hayvan tarafından par- çalanmış hayvanlar ile dikili taşlar üzerinde boğazlanan hayvanlar, fal oklarıyla kismet aramak⁸⁵, fâiz⁸⁶, ana, kız, kız kardeş, hala, teyze, erkek kardeş kızları, kız kardeş kızları, sütanne, süt kız kardeş, kaynana, zifafa girilen hanımlardan olup evlerde bulunan üvey kızlar, öz oğulların hanımları, iki kız kardeşi (nikâh altında) bir araya getirip evlenmek⁸⁷, Allah'a şirk koşmak, ana-babaya kötü dav- ranmak, açlık korkusuyla çocukları öldürmek, (Zina ve benzeri) çirkinlikleri iş- lemek, meşrû bir hak karşılığı olmadıkça, Allah'ın haram (dokunulmaz) kıldığı cana kıymak⁸⁸, günahı, haksız saldırıyı, hakkında hiçbir delil indirmediği herhan- gi bir şeyi Allah'a ortak koşmayı ve Allah'a karşı bilmediğimiz şeyleri söylemek⁸⁹, kötü ve pis şeyler⁹⁰.

b. "Nehâ" (نهي) türevi ve nehiy sıygası ile

Kur'ân'da bazı şeyler ve davranışlar nehiy sıygası kullanılarak haram kılınmış- tır. Bunların bir kısmı şöyledir: Utanç verici ve arsızca olan, akıl ve sağduyuya ay- kırık olan davranışlar, azgınlık, taşkınlık⁹¹, birbirinin mallarını haksız (gayrimeşru) yollarla yemek, insanların mallarından bir kısmını bile bile günaha girerek yemek

83 Bk. Gazalî, V, 30vd.; Karaman, 17-20; Koca, XVI, 102-103.

84 Bakara, 2/173; Enam, 6/145; Nahl, 16/115

85 Maide, 5/3.

86 Bakara, 2/275.

87 Nisa, 4/23.

88 Enam, 6/151; Nur, 24/3; Furkan, 25/68.

89 Araf, 7/32.

90 Araf, 7/157.

91 En'âm, 6/151; Nahl, 16/90.

için onları hâkimlere (rüşvet olarak) vermek⁹², kat kat fâiz yemek⁹³, yetim malı yemek⁹⁴, üzerine Allah'ın adı anılmayan hayvanları yemek⁹⁵, israf etmek⁹⁶, sarhoşken namaza yaklaşmak, Allah'a şirk koşturmak, açlık korkusuyla çocukları öldürmek, insan canına kıymak⁹⁷, zinaya yaklaşmak⁹⁸, mescitte itikafta iken eşine yaklaşmak, Allah'ın hududlarını çiğnemek⁹⁹, adetli eşiyile ilişkiye girmek¹⁰⁰, gerek fert ve gerekse toplum olarak başkalarını alaya almak, kadınların birbirini alaya alması, birbirini karalamak, lakap takmak, ayıplarını araştırmak, gıybet etmek¹⁰¹, başkasının evine izinsiz girmek¹⁰², kadınların zinetlerini teşhir etmeleri¹⁰³.

c. “Lâ yehillu” (لا يهمل) fiili ile

Üç talakla boşadığı hanımıyla başka bir kocaya varıp ondan ayrılıp iddeti bitmeden evlenmek¹⁰⁴, boşanmış kadının hamile olduğunu saklaması¹⁰⁵, boşanma esnasında verilen mehri geri almak¹⁰⁶, kadınlara zorla mirasçı olmak, açık bir hayâsızlık yapmış olmaları dışında, kendilerine verilenlerin bir kısmını onlardan geri almak için onları sıkıştırmak¹⁰⁷ bu fiille yasaklanmıştır.

d. “Sakinma” (اجتناب) ifade eden lafızlarla

Nehyedilenlerin büyüklerinden, büyük günahlardan ve çirkinliklerden kaçınmamak¹⁰⁸, tâğuta (şeytana, şer güçlere, putlara) kulluktan sakınmamak¹⁰⁹, putlara tapmaktan ve yalan söylemekten sakınmamak¹¹⁰, içki, kumar, dikili taşlar (putlar) ve (kısmet için çekilen) fal oklarından kaçınmamak¹¹¹, yersiz zanda bulunmaktan sakınmamak¹¹² bu lafızlarla yasaklanmıştır.

92 Bakara, 2/188; Nisâ, 4/29.

93 Âl-i İmrân, 3/130.

94 Nisâ, 4/2, 6; İsrâ, 17/34.

95 En'âm, 6/121.

96 Arâf, 7/131.

97 En'âm, 6/152.

98 İsrâ, 17/32.

99 Bakara, 2/187.

100 Bakara, 2/222.

101 Hucurât, 49/11-12.

102 Nûr, 24/27-28.

103 Nûr, 24/31.

104 Bakara, 2/230.

105 Bakara, 2/228.

106 Bakara, 2/229.

107 Nisâ, 4/19.

108 Nisâ, 4/30; Necm, 53/32.

109 Nahl, 16/36.

110 Hacc, 22/30.

111 Mâide, 5/90.

112 Hucurât, 49/12.

9. Hadislerde Haram Kılınan Hususlara Örnekler

Kur'an'da yer alan bazı âyetler ve Hz. Peygamber'den nakledilen bazı hadisler helal ve haram kılma yetkisinin Allah'a ait olduğunu ifade etmektedir. Ancak bunun yanında bazı âyet¹¹³ ve hadisler de Hz. Peygamber'e helal ve haram koyma yetkisi vermektedir. Bu yetkinin âyetlerin kapsamını beyan anlamına geldiğini daha önce ifade etmiştik. Hz. Peygamber'in haram kılma yetkisine işaret eden âyetlerden biri şöyledir: *"Onlar, yanlarındaki Tevrat'ta ve İncil'de yazılı buldukları Resûle, o ümmî peygambere uyan kimselerdir. O, onlara iyiliği emreder, onları kötülükten alıkoyar. Onlara iyi ve temiz şeyleri helâl, kötü ve pis şeyleri haram kılar. Üzerlerindeki ağır yükleri ve zincirleri kaldırır. Ona iman edenler, ona saygı gösterenler, ona yardım edenler ve ona indirilen nura (Kur'ân'a) uyanlar var ya, işte onlar kurtuluşa erenlerdir"*¹¹⁴.

Konuyla ilgili bazı hadisler ise şöyledir: *"Şüphesiz Peygamberin haram kıldıkları da Allah'ın haram kıldıkları gibidir"*¹¹⁵, *"Şunu bilin ki, bana Kuran ve onunla birlikte onun bir misli verilmiştir. Karnı tok bir halde koltuğuna yaslanarak, 'Şu Kur'an'a sarılın, onda helal olarak ne bulursanız onu helal kabul edin. Onda haram olarak ne bulursanız onu da haram kabul edin, diyecek bazı kimseler gelmek üzeredir. Şüphesiz ki Allah Rasulünün haram ettiği şey, Allâh'ın haram ettiği şey gibidir"*¹¹⁶, *"Sakin ola ki sizden birinizi rahat koltuğuna yaslanmış olarak benim emrettiğim veya nehyettiğim bir şey kendisine geldiğinde; 'Biz (başka bir şey) anlamayız, Allah'ın kitabında bulunduğumuza uyarız' derken bulmayayım"*¹¹⁷, *"Size bir şey yasakladım sa ondan mutlaka kaçınınız, emrettiğim bir şeyi ise gücünüz nispetinde yerine getiriniz"*¹¹⁸.

Bu durum ilk bakışta bir yetki karmaşasına sebebiyet veriyor gibi gözükse de aslında durum öyle değildir. Hz. Peygamber Allah'ın helal kıldığını haram, haram kıldığını da helal kılmadığına ve kılamayacağına göre iki yetki arasında bir çatışma değil, tamamlama ve yetkiyi icrâ söz konusudur. Kur'an gelmeden önce insanların sapık yollara düştükleri hususlar arasında helal ve haramlar önemli bir yer işgal eder¹¹⁹. Onlar Allah'ın helal kıldığı bir takım şeyleri kendilerine haram, haram kıldıklarını da helal kılmak suretiyle ilahî sünnetin ve hükmün dışına çıkmışlardır. İşte bir mizan olan Kur'an bu konuda dengeleri yeniden yerine koydu ve olması gereken esasları sabitledi. Hz. Peygamber'e itaati ve ona tabi olmayı emreden genel nitelikli âyetlerle helal ve haram konusundaki özel nitelikli bu âyetler beraber değerlendirildiğinde şöyle denilebilir:

113 Haşr, 59/7; Arâf, 7/157.

114 Arâf, 7/157.

115 Darimi, "Mukaddime", 49; Ahmed, IV, 132; Tirmizi, "İlim", 10; İbn Mace, "Mukaddime", 2.

116 İbn Mace, "Mukaddime", 2; Dârimi, "Mukaddime", 49; Ebu Dâvûd, "Sünnet", 6.

117 Ebu Davut, "Sünnet", 6; Tirmizi, "İlim", 10.

118 Buhari, "İtisam", 2. Müslim, "Fezail", 130 Nesai, "Hac", 1.

119 Al-i İmran, 3/164. Ayrıca bk. Bakara, 2/129, 151, 231; Nisa, 4/113; Ahzab 33/34.

İlgili âyetlerle Hz. Peygamber'e tanınan yetki, helal ve haram kılma yetkisinin esasen Allah'a ait olmasıyla çelişmez. Çünkü Hz. Peygamber Allah'ın esaslarını belirlediği kısımlara açılım getirmektedir¹²⁰. Ondan kesin yollarla nakledilen sübut ve delaletinde şüphe bulunmayan hadislerle sabit olup helal-haram konularını düzenleyen hadislerin bağlayıcılığı ve ümmetin onlara uymasının zorunlu olduğu tartışılmaz bir husustur. Ancak helal ve haramı ilkten vazeden Yüce Allah olduğu için Hz. Peygamber'in konuyla ilgili açıklamaları A'râf suresinin 157. Âyetinde ifade edilen "tayyibât"ı yani helal ve temiz olanlarla, "habâis"i yani haram, pis ve çirkin olanları örneklendirmek şeklinde olmuştur. Esasen fıkıh usulünde sünnete "Kur'ân'da olmayan hükümleri koyma" şeklinde tayin edilen fonksiyonu da bu çerçevede değerlendirmek gerekir. Allah'ın haramları ve helalleri evrensel ve değişmez olduğu halde Hz. Peygamber'in özellikle örfe dayalı yeme içme kabilinden yasaklamalarında yerellik ve değişme söz konusu olabilmektedir.

Buna göre Kur'ân'da yer almadığı halde Sünnet ile haram kılınan birçok şey vardır. Mesela; nesep ile haram olanın süt akrabalığı ile de haram olması; bir kadının teyzesi, halası, kız ve erkek kardeşlerinin kızları ile bir nikâh altında bulundurulması; ehli merkep¹²¹; katır; aslan, kaplan, fil, kurt, maymun, köpek gibi köpek dışı olan vahşi hayvanların; kartal, atmaca, şahin ve doğan gibi pençeli yırtıcı kuşların; fare, köstebek ve akrep gibi haşeratin yenilmesi¹²²; erkeklerin altın zinet takınmaları ve ipek elbiseler giymeleri; altın ve gümüş kaplardan su içilmesi ve yemek yenilmesinin¹²³ yasaklanması gibi birçok hüküm Sünnet ile sabit olmuştur¹²⁴.

Yine Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "*Bana ganimet helâl kılındı, fakat benden önceki hiçbir peygambere helâl kılınmadı*"¹²⁵, "*Denizin suyu temiz, ölüsü helâldir*"¹²⁶.

III. Haram ve Helalde Değişme

İslam hukukunda ahkâmın değişmesi, değişimin sınırı ve değişime konu olacak hükümler öteden beri tartışma konusu olmuştur. İslam âlimleri "*Ezmanın tağayyürü ile ahkâmın tebeddülü inkâr olunamaz*"¹²⁷ prensinde de ifade edildiği üzere, genel olarak gerekli şartlar ve ihtiyaç oluştuğunda ahkâmın değişeceğini kabul etmişlerdir. Konuyla ilgili olarak, sınırlı sayıdaki hüküm değişime konu olmazken diğerlerinin şartlara göre değişeceğini benimseyen âlimler bulunmakla birlikte genel yaklaşım, örfe dayalı hükümlerin örfe paralel olarak değişebileceği bunun dışında kalanların ise evrensel olup değişmeyeceği şeklindedir¹²⁸.

120 Bk. Erdoğan, *Akıl-Vahiy Dengesi Açısından Sünnet*, İstanbul 1995, 254vd.

121 Müslim, "Sayd", 24. (II, 1538).

122 Ebu Davud, "Et'ime", 33; Müslim, "Sayd", 14-16; Tirmizi, "Et'ime", no; 1797; Nesâi, "Sayd", No:4430; İbn Mace, "Sayd", No: 3232.

123 Tirmizi, "libas", 1-2.

124 Alaüddin Abidin, *el-Hediyetü'l-Alâiyye*, İstanbul, 1984, 223-225.

125 Buhârî, "Teyemmüm", 1; "Şalât", 56; Müslim, "Me-sâcid", 3, 5; Ebû Dâvûd, "Cihâd", 121.

126 Ebû Dâvûd, "Taharet", 41; Tirmizi, "Taharet", 52; Nesâi, "Taharet", 46.

127 *Mecelle*, md. 39.

128 Bk. Erdoğan, 130; Kahraman, Abdullah, *İslam'da İbâdetlerin Değişmezliği*, İstanbul 2002, 184.

Değişime konu olmayacak hükümler arasında inanç, ibâdet ve ahlak ile dinde kesin delillere dayalı olarak helal ve haram olarak belirlenen hükümler de yer almaktadır. Bir başka ifadeyle, kesin nasslara dayalı olarak belirlenmiş bulunan helal ve haram hükümleri de *zarûrât-ı diniyeden* sayılarak dinin aslına dahil edilmiş ve değişmeyeceğine dair genel ve güçlü bir kanaat oluşmuştur. Dolayısıyla eğer bir hüküm helal ve haramlarla ilgili ise zamanın değişmesiyle bunları değiştirmek mümkün değildir. Bu gibi hükümler ancak zaruret hallerinde ve miktarınca değişebilir¹²⁹. Aslında zaruret halinde bir haramın uygulanamayışına veya haram hükmünün tam aksine hareket etmeye kelimenin tam anlamıyla değişim de denilemez.

Meşhur ıslahatçı ve müceddidlerden biri olan Muhammed Reşit Rıza bu konuda fikir beyan eden âlimlerdendir. Onun konuyla ilgili yaklaşımı kısaca şöyledir: Dinî hükümler, akâid ve imanın asıllarıyla ilgili olanlar, ibâdetler, ahlaki hükümler ve dünyevî muâmelât hükümleri olmak üzere dört kısımdır. İnanç ve ibâdet hükümleri konusunda mükellefin teslim olup gereğini yerine getirmekten başka değiştirme, artırma veya eksiltme gibi bir yetkisi yoktur. Muâmelât sahasına dahil hükümlerde ise, adâlet, eşit muâmele, haddi aşmama, zararı önleme, menfaati celbetme gibi temel prensipler değişmemekle birlikte detay hükümler maslahat esas alınarak şartların değişmesiyle birlikte değişmeye müsaittir. Müctehidler bu konuda yetkileri de vardır.

Üçüncü gruba giren ve helal ya da haram olduğuna dair kesin nass bulunan hükümlere gelince; hiçbir müctehidin bunları değiştirme yetkisi yoktur. Ancak bu sahada vaz edilen bazı genel ilkelerin tatbiki müctehidlere ve insanların fitratına bırakılmıştır. Bunlar da kendi arasında iki kısma ayrılır:

a) *Zarûrât-ı diniyyeye ait olan kısım*. Bunlar dinin aslına dahil olan ve dini kabul eden herkesin öncelikle bilmesi gereken hükümlerdir. Buna göre doğruluk, iffet ve emanete riayetın hayır; zina, sarhoşluk ve kumar gibi hususların da şer olduğunu bütün Müslümanların bilmesi gerekir.

b) *Ancak âlimler sınıfının bilgisi dahilinde olan saha*. Bu sahaya giren hükümleri bütün Müslümanların veya her bir Müslümanın bilmesi mümkün değildir, ancak bu hükümleri âlimler bilir. Adalet önünde kadının erkeğe, kölenin hüre ve kâfirin Müslümana eşit olması bu gruba giren hükümlerdendir. Bu hükümlerin ilk kısmı hiçbir şekilde ictihad ve taklide konu olmaz. İkinci kısımda yer alanların ise dayandıkları genel ve –varsa- özel delillerinin ve gayelerinin bilinmesi gerekir. Kur’ân’da da ifade edildiği üzere, hiç kimse kesin delile dayanmadan “İslam dinine göre bu helaldir, bu haramdır” hükmüne varma yetkisine sahip değildir. Çünkü bu iki kısma giren hususların tamamı sırf dini meselelerdir¹³⁰.

Dinin aslını oluşturan bu sahalarda ilgili nasslarda yer alan hükümlere olduğu gibi tabi olmak gerekmektedir. Zira akıl tek başına bu hükümlerin usul ve furu-

129 Bk. Erdoğan, 130.; Kahraman, 184.

130 Bk. Reşid Rıza, *el-Vahdetü'l-İslâmiyye*, 126-129.

unu bilemez. Bu saha, sırf ruhani bir sahadır. Mükelleflerin Allah'a yaklaşmasını sağlayan bu hükümlerin yer aldığı sahada aklın rolü, söz konusu hükümlerin dünyevî faydalarını, hikmet ve sırlarını açıklamaktır. Ahrete yönelik faydalarını ise ancak Allah bilir. Gabya iman, ibâdetlerin miktar ve vakitleri gibi konular bütünüyle Şâri'den öğrenilir ve aklın bunlarda hiçbir şekilde tasarruf yetkisi yoktur. Bu sahalarda kıyas, rey ve istihsan geçerli olmaz. Çünkü bu hükümler zamana göre değişmediği gibi, artırma ve eksiltmeye de açık değildir. İman ve ibadet sahasında artırma ve eksiltme yoluna giden kimse İslam dinini bir başka dinle değiştirmiş olmaktadır¹³¹.

Sonuç olarak, helallik ve haramlık kriterleri olarak ortaya konan bazı somut gerekçeleri (*illet*) bağlayıcı kabul eden Milaslı İsmail gibi bazı kimseler, bu gerekçelerin ortadan kalkmasına bağlı olarak haramlığın da ortadan kalkacağını savunabilmektedirler¹³². Halbuki helal ve haramın belirlenmesinde ilgili madde veya eylemin faydalı veya zararlı olması da önemli olmakla birlikte, bu konularda tabbud anlayışının daha belirleyici olduğunu dikkate almak gerekmektedir. Dolaşısıyla helal ve harama riayet etmek, dünyada tabi tutulduğumuz imtihanın bir parçasıdır¹³³.

IV. Nassa ve İctihada Dayalı Haram Arasındaki Fark

İman ve ibadetler ferdin yaratana karşı bağlılık ve kulluğunu simgeleyen bir anlama sahiptir. Aynı şekilde dinin birtakım gayelerle koyduğu yasaklara ve sınırlara uymak da dindarlığın, Allah'a karşı gösterilmesi gereken bağlılık ve kulluğun bir gereğidir. Bu sebeple de hadislerde ve fıkıh kültüründe haramlardan kaçınma ile farzları yerine getirme aynı düzlemde ele alınmış, hatta çoğu yerde haramlardan kaçınma daha önemli sayılmıştır.

Şâriin bir hususu açıkça yasaklaması ile fakihlerin o yasağa yorum getirmeleri ve benzeri davranışları da aynı çerçevede mütalaa etmeleri dinde bağlayıcılık ifade etme noktasında aynı değildir. Kur'ân'da ve sahih-mütevair sünnette sübutu ve delaleti kati olarak zikredilen ve doğrudan nassa dayalı haramlarla fakihlerin ictihadları sonucunda belirledikleri ictihâdi haramlar arasında fark vardır. Çünkü helal ve haramı belirleme yetkisi esasen ve öncelikle Allah'a aittir. Hz. Peygamber'in yetkisi ancak Allah'ın hüküm ve iradesini belirlemeye/açıklamaya yöneliktir¹³⁴. Bu sebeple fıkıh literatüründe haramdan ayrı olarak tahrîmen mekruh, tenzihen mekruh, caiz değil, doğru değil gibi tabirlerin ortaya çıkması ve sıkça kullanılması

131 Bk. Reşid Rıza, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-hakîm (Tefsîru'l-menâr)*, Kâhire 1947, 198; a.gmlf., *el-Vahdetü'l-İslâmiyye*, 48, 53, 111. Reşid Rıza'nın ahkâm tasnifinin bir özeti için bk. Özgür Kavak, "Fıkıhî Dünyevileştirmek-Reşid Rıza'nın Ahkâm Tasnifi Çerçevesinde Bir İnceleme", *Din ve Hayat* (TDV-İstanbul Müftülüğü Dergisi), sayı: 13, yıl: 2011, s. 46-51.

132 Bk. Milaslı İsmail Hakkı, *Tezkiyetü'l-lühûm fi'l-İslâm*, İstanbul 1341; a.mlf., *İslam Dininde Etlerin Tezkiyesi*, İstanbul 1933.

133 Koca, "Haram" md., *DİA*, 101; Okur, 25.

134 Karadavî, Yusuf, *el-Helâlü ve'l-harâm*, 27.

bu farklılığı vurgulamayı amaçlar. Bir davranışın dinî yasak kapsamında görülmesi âyet ve hadisin yorumuyla ilgili olabileceği gibi, fakihlerin dönemlerindeki şartlarla, söz konusu fiilin ortam ve sonuçlarıyla da bağlantılı olabilir. Fıkıh Müslüman toplumların yaşayış biçimini, bilgi birikimini ve hukuk kültürünü ortaya koyduğundan, bireysel ve toplumsal hayatın geneli fikhın kapsamına alınıp dinî bilgi ve motivasyon toplumun inşa ve ıslahında aktif bir unsur olarak önemli bir görev üstlenmiştir. Eti yenen ve yemeyen hayvanlardan sanat ve eğlenceye, bid'at ve bâtil âdetlerden şahıs ve mal aleyhine işlenen suçlara, avlanmadan cinsî hayata kadar bu bölümde ele alınacak olan çeşitli konularda İslâm âlimlerinin sergilediği tavır da böyle bir bakış açısına sahiptir¹³⁵.

Çoğunluğunu Hanefilerin teşkil ettiği bir grup İslâm hukukçusu ve usulcüsü, bir fiilin haram hükmünü alabilmesi için hem Kur'an âyetleri, mütevâtir ve meşhur sünnet gibi sübûtu kesin (veya kesine yakın) bir delilin, hem de bu delilin açık ifadesinin bulunmasını şart koşarlar. Bu sebeple de, âhâd hadislerle dayanan veya dolaylı bir şekilde ifade edilen yasaklara "tahrîmen mekruh" adını verirler. Çoğunluk ise, itikadî yönden olmasa bile amelî bakımdan zannî delilleri yeterli gördüğünden, âhâd hadislerle dayanan yasakları da haram olarak adlandırırlar¹³⁶.

V. Helal ve Haram Konusunda Temel Prensipler

A. Helal ve Haram kılmada Yetki Allah'a Aittir.

İslam'da helal ve haram kılma yetkisi sadece Allah'a aittir. İnsanların dindeki konumu ne olursa olsun, Allah'ın bu konudaki yetkisine benzer yetkileri olmadığı gibi, Allah tarafından konulan haramı değiştirme veya helal kılma yetkileri de yoktur. Aksi halde bu yetkiyi kendisinde görenler tanrılık iddiasında buldukları için bu davranışları, küfür ve şirk olur¹³⁷. Bir başka ifadeyle, dinî bir kavram olan haramı tayin sadece Allah'ın tasarrufunda olan bir konudur. Hz. Peygamber'in bu konudaki hadisleri, Allah'ın hükmünü ve iradesini beyandan ibarettir. Kur'an'ın Ehl-i kitap'la ilgili olarak "Onlar Allah'ı bırakıp hahamlarını, rahiplerini ve Mer-yem oğlu İsa'yı Rab edindiler..."¹³⁸ âyeti nâzil olduğunda, daha önce hıristiyan iken müslüman olan Adî b. Hâtim Hz. Peygamber'e gelerek, "Ya Resûlallah! Onlar din adamlarına ibadet etmediler ki!" demiş, bunun üzerine Hz. Peygamber şu açıklamayı yapmıştır: "Evet, dediğin doğrudur. Ancak yahudi ve hıristiyan din adamları helâli haram, haramı da helâl saymışlar, onlar da buna tâbi olmuşlardır. İşte onların din adamlarına ibadet etmeleri bundan ibarettir"¹³⁹. Konuyla ilgili başka bir âyet şöyledir: "Diliniz yalana alışmış olduğu için her şeye "şu haramdır, bu helâldir" demeyin. Zira Allah'a karşı yalan uydurmuş olursunuz"¹⁴⁰.

135 TDV İlmihali, I, 177-178.

136 TDV İlmihal, I, 174.

137 Bk. Yunus, 59, Şûrâ, 21. Ayrıca bk. En'âm, 6/140, A'râf, 7/32, Tevbe, 9/29, 31, 37; Nahl, 16/116.

138 Tevbe, 9/31.

139 Kurtubî, *el-Câmi li Ahkâmî'l-Kur'an* (thk. Abdulmuhsin et-Türki), Beyrut 2006, X, 177.

140 Nahl, 16/116.

Şâtıbî'nin ifadesine göre, Allah her türden helal ve haramı Kur'ân'da beyan etmiştir. Bu ikisi arasında ise durumu belli olmayan şeyler vardır ve bunlar hem helal hem de haram tarafının hükmünü alabilir. İşte bu konuda Resulullah devreye girerek durumu hem icmalî olarak hem de detaylı bir biçimde açıklamıştır. İcmalî olarak şu açıklamayı yapmıştır: “*Haram bellidir, helal bellidir; bu ikisi arasında ise durumları belli olmayan şüpheli şeyler vardır...*”¹⁴¹.

Kur'an ve Sünnet haramı belirlerken ayrıntıdan ziyade konuyla ilgili kaideyi ve belirli durumların hükmünü vazetmekle yetinmiştir. Bu genel kuralın her devirde anlaşılıp uygulanabilir tarzda takdim edilmesi ise o devrin ehliyetli ve bilgili İslâm bilginlerine bırakılmıştır. Bundan dolayıdır ki, özellikle ilk devir İslâm âlimleri “haram” tabiri ile Allah'ın açıkça haram kıldığı hususları kasteder, hakkında kesin ve açık nas bulunmayan şeyler içinse “haram” demekten kaçınırlar, bunları ifade de daha çok “mekruh, hoş değil, doğru değil, sakıncalı, caiz değil” gibi tabirleri kullanırlardı¹⁴².

B. Eşyada Aslolan Mübahlıktır (Yasaklanmamış Her Şey Helaldir)¹⁴³

Allah, kâinâtı ve onun imkânlarını insan için yaratmıştır¹⁴⁴. Ancak o imkânlardan yararlanmayı bazı esaslara bağlamıştır. Bu esaslara riayet edildiği sürece eşyada mübahlık, serbestlik ve kısıtlama olmaması esastır. Bu sebeple İslâm'ın ferdî ve içtimaî hayatla ilgili olarak yasakladığı veya kayıtladığı hususlar dışında kalan çok geniş bir alan helâl, mubah ve caiz kapsamında yer almaktadır. Nitekim Hz. Peygamber bu hususu hadislerinde şöyle açıklamıştır: “*Muhakkak ki Allah birtakım şeyleri size farz kılmıştır, onları kaybetmeyiniz. Bir takım sınırlar/ ölçüler koymuştur, onları da aşmayınız. Birtakım şeyleri haram etmiştir, onlara el uzatmayınız. Birtakım şeylerden de unutkanlık eseri olmayarak size merhamet olsun diye sükût etmiştir, onları da soruşturmayınız*”¹⁴⁵, “*Helâl, Allah'ın kitabında helal kıldığı şeydir. Haram da Allah'ın kitabında haram kıldığı şeydir. Hakkında sükût ettiği şey ise affedilmiştir. Onun hakkında sual külfetine girmeyiniz*”¹⁴⁶.

Hz. Peygamber bazı yiyecekleri ailevî sebeplerle kendisine yasaklayınca, Yüce Allah buna şöyle müdahale etmiştir: “*Ey Peygamber! Eşlerinin rızasını gözeterek Allah'ın sana helâl kıldığı şeyi niçin kendine haram ediyorsun? Allah çok bağışlayan, çok esirgeyendir*”¹⁴⁷. Böylece Resul-i Ekrem'in bu konuda yaptığı yemini bozması istenmiştir.

141 Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, Kahire ts., IV, 33.

142 Şâtıbî, IV, 287; Karadavî, 27; Karaman, 22-23; Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, 130; TDV *İlmihal*, II, 176-177.

143 Açıklaması için bk. Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 133; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Beyrut 1993, 66; *el-Mevsû'atu'l-fikhiyye*, XVIII, 74-75.

144 Bakara, 2/29, Câsiye, 13, Lokman, 20.

145 Taberani, *Mu'çemu'l-kebir*, XXII, 222; Hakim, *Müstedrek*, II, 375; Nevevî, *el-Erbaûn*, 48; farklı lafızlar için bk. Dârekutnî, IV, 298.

146 Tirmizi, “Libas” 6, (1726); İbn Mace, “Et'ime” 60, (3367).

147 Tahrim, 66/1-2.

Bu konuda prensip şudur: Allah ibâdetlerin esaslarını hiçbir insana yetki vermeden bizzat vazetmiştir. Adet ve insanlar arası ilişkileri düzenleyen muâmelât konularında ise insanlara belirli yetkiler verilmiştir. Buna göre insanlar tarafından geliştirilen uygulamaların İlahî iradeye ve mesaja uygun olmayanlarına müdahale ederek bazılarını onaylayıp helal olduğunu; bazılarını ise yasaklayarak haram olduğunu beyan etmiştir. Dolayısıyla ibâdetler konusunda ilk belirleme Allah'a, muâmelât sahasında ise insana aittir¹⁴⁸.

C. Tahrimde Esas Taabbudîliktir

İslam'ın haram kıldığı hükümler dikkate alındığında, haram kılmada genel olarak o şeyin zararlı, pis, tiksinti verici ve iğrenç oluşu gibi özelliklerin esas alındığı, bazı şeylerin ise dînî siyasetin gereği olarak haram kılındığı görülür. Mesela, kasden besleme çekilmeden ve Allah'tan başkası adına kesilen hayvanların yenilmemesinin haram kılınması dînî siyasetin bir gereğidir ve bunların haram kılınması taabbudî özellik arz etmektedir. Haram kılınan bazı nesnelerin pis, zararlı vb. özellik taşıması ilk etapta ilgili hükmün ta'lîl olduğunu akla getirebilir. Ancak pis ve tiksinti verici özellik taşıdığı için haram kılınan nesnelerin benzerlerinin aynı katilikte nasslarla haram kılınmayışına bakıldığında tahrimde esasın ta'lil değil, taabbud olduğu sonucuna varılabilir. Mesela domuz eti, hayvanın yetiştirilme tarzı vb. sebeplerle mikrop taşıyor olabilir. Ancak gelişen teknolojik imkânlarla bunun bertaraf edilmesi mümkündür. Nitekim Avrupa ülkelerinde tüketilen domuz eti bu sakıncanın ortadan kalktığına işaret etmektedir. Bu etin lezzetsiz olmadığı da söylenemez. Ancak bütün bunlara rağmen Kur'an domuz etinin haram olduğunu ısrarla ifade eder. Halbuki pislik yiyen tavuk, kaz, ördek gibi hayvanların (*celâle*) etleriyle ilgili böyle kati nasslar yoktur. O zaman domuz etinin haram kılınmasında zararlı, iğrenç vb. olumsuz özellikler dışında Şâriin haram hükmünü verirken dikkate aldığı başka manalar olmalıdır. Bu sebeple domuz eti ve kati nasslarla haram kılınan diğer haramlar ta'lîl değil taabbudîdir sonucuna ulaşılır¹⁴⁹.

D. Helal Alan İnsan ve Toplum İhtiyaçları İçin Yeterlidir

Yüce Allah vaz ettiği hükümlerle kulun dünyasını ve yaşam alanını daraltmayı hedeflememiştir. Aksine haramların meydana getirdiği ve istenmeyene zararlı sonuçlar doğurarak hayatı çekilmez hale getirdiği darlık ve huzursuzluktan onları korumak istemiştir. Bu sebeple helal alan daima haram alandan geniş bırakılmış ve bu alanın insanların sağlıklı ve mutlu yaşaması için yeterli olduğu ortaya konulmuştur. Bunun için yasaklanan hemen her şeyin bir alternatifi helal kılınarak insanların darlığa düşmeleri önlenmiştir. Mesela, alkollü içkiler haram kılınırken, diğerleri helal kılınmıştır. Fâizli alış-veriş haram kılınırken pek çok helal kazanç

148 Karadavî, 23-25; Karaman, 21-22.

149 Bk. Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, 130-131.

yolu mubah kılınmıştır¹⁵⁰. Çünkü Allah insanlara hayat biçimi olarak sunduğu din ile onları zorluğa ve darlığa müncer kılmak değil kolaylık ve rahmet içerisinde yaşamalarını murad etmiştir. Bunun için Kur'an'da şöyle buyurulmuştur: “Allah (bütün bunları) size açıklamak, öncekilerin (doğru) hayat tarzlarına sizi yöneltmek ve size bağışlayıcılığı ile yaklaşmak ister; zira Allah her şeyi bilendir, hikmet sahibidir. Allah size bağışlayacağı ile yaklaşırken (yalnızca) kendi ihtiraslarının ardından gidenler ise doğru yoldan sapmanızı isterler. Allah yüklerinizi hafifletmek ister; zira insan zayıf yaratılmıştır”¹⁵¹.

E. Haramla Sonuçlanan Her Şey Haramdır

İslam sadece bir şeyi ve davranışı haram kılmakla yetinmemiş, ona götüren ve haramla sonuçlanacak şeyleri de haram kılmıştır. Aynı zamanda doğrudan haram fiili işlemeyi ve bu fiilin işlenmesine zemin hazırlanmasını, yardım edilmesini ve sebep olunmasını da yasaklamıştır. Hz. Peygamber tarafından içki içene, taşıyana, üretene ve servis edene yönelik yasak bu prensibin kaynağını oluşturur. Fıkıh usulünde bu prensibe *Sedd-i zerai* denilmiştir¹⁵².

F. Haram Konusunda Hileye Başvurmak Da Haramdır

Aslında gerçek ismiyle Allah'ın yasakları arasında olan bir takım yiyecek ve davranışlar ismi değiştirilmek suretiyle helal hale gelmez. Bu sadece harama kılf bulmaktır. Dolayısıyla farklı bir işlem gibi gösterilse de aslı fâiz olan bir işlem fâizdir, şarabın adı değiştirilse de o madde yine şaraptır¹⁵³.

G. İyi Niyet Haramı Helal Kılmaz

İslam'da “amellerin niyetlere göre olduğu” temel bir prensiptir¹⁵⁴. Aslında mubah olan bir şey iyi niyetiyle yapılıncâ ibâdete dönüşür. İbadete kuvvet kazanmak için yemek yemek, harama düşmemek için nikâhlı eşiyile ilişkide bulunmak sevaba vesile olur. Ancak aslı haram olan bir şey ne kadar iyi niyetle yapılırsa yapılsın yine de haram olur. İyi niyet onu helal hale getirmez. Mescit yapmak veya hayır kurumlarına bağışlamak için haram kazançtan mal elde etmek, ya da haram yolla elde ettiği malı buralara harcamak onu helal hale getirmediği gibi, haram işleme günahını da ortadan kaldırmaz¹⁵⁵. Hz. Peygamber'in haramdan yiyip giyinen birisinin duasının kabul edilmeyeceğini söylemesi¹⁵⁶ bu prensibin dayanaklarından biridir. Ayrıca Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “Kim haramdan mal biriktirir

150 Karadavî, 32-34; Karaman, 23.

151 Nisâ, 4/26-28.

152 Karadavî, 34; Karaman, 23-24.

153 Karadavî, 34-35; Karaman, 24.

154 Buhari, “Eşribe”, 6; Ebû Davud, “Eşribe”, 6.

155 Karadavî, 35-36.

156 Müslim, “Zekât”, 19.

sonra da onu tasadduk ederse ondan dolayı bir sevap alamaz, günahı da onun üzerine olur”¹⁵⁷.

H. Haram Şüphesinden Kaçınmak Gerekir

Kur’ân insanlara haram olanları açıkça beyan ederek¹⁵⁸, Hz. Peygamber de Allah’ın haram kıldığı şeylerin özelliklerini açıklayıp örneklendirerek bu konuda rehberlik etmiş ve onları harama düşmekten korumayı hedeflemiştir. Haram ile haram arasında kalan ve şüpheli bulunan bazı şeylerden kaçınmanın da takva ve ihtiyat gereği olduğu bizzat Hz. Peygamber tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “*Haramlar apaçık bellidir, helaller de apaçık bellidir. Bu ikisi arasında (haram veya helal olduğu) şüpheli olanlar vardır. İnsanlardan çoğu bunları bilmez. Bu durumda, kim şüpheli şeylerden kaçınırsa, dinini de, ırzını da korumuş olur. Kim de şüpheli şeylere düşerse harama düşmüş olur, tıpkı koruluğun etrafında sürüsünü otlatan çoban gibi ki, her an koruluğa düşebilecek durumdadır. Haberiniz olsun, her kralın bir koruluğu vardır, Allah’ın koruluğu da haramlarıdır. Haberiniz olsun, cesette bir et parçası var ki, eğer o sağlıklı olursa cesedin tamamı sağlıklı olur, eğer o bozulursa, cesedin tamamı bozulur. Haberiniz olsun bu et parçası kalptir*”¹⁵⁹.

I. Zaruretler Haramı Mübah Kılar

İnsan ihtiyaçlarını ve maslahatını dikkate alarak haram dairesini dar, helal da-iresini ise geniş tutan İslam, beklenmeyen ve sıkıntı getirerek insan hayatını zora ve dara sokan bir takım durumları da insan lehine değerlendirmiştir¹⁶⁰. Buna göre, dardan kurtuluncaya kadar ve geçici olmak üzere prensip olarak haram kabul ettiği bazı hususları zaruretleri aşınca kadar helal kabul etmiştir. Bu durum din olarak İslam’ın fitrat dini ve insan için gönderilmiş olması, gerçekçi olması ve kolaylığı prensip edinmesiyle¹⁶¹ izah edilmiştir. Konuyla ilgili olarak Kur’ân’da birçok âyet vardır¹⁶².

İslam’ın helal ve haramla ilgili bu prensibi İslam hukukçuları tarafından bazı ilkeler ortaya konulmak suretiyle açıklığa kavuşturulmuş ve sınırları belirli hale getirilmiştir. “zarûretler memnu’ olan şeyleri mubah kılar”¹⁶³ kuralı bu konudaki temel İlkelerden biridir. Zaruret dolayısıyla helâl kılınan hususlar ise, “Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur”¹⁶⁴, “Mâni zail oldukta memnu avdet eder”¹⁶⁵,

157 Karadâvî, 35-36; Karaman, 24-25.

158 En’âm, 119.

159 Buhârî, “İman” 39, “Büyü” 2; Müslim, “Müsakat” 107, (1599); Ebu Davud, “Büyü” 3, (3329, 3330); Tirmizi, “Büyü” 1, (1205); Nesâî, “Büyü” 2, (7, 241).

160 Karadâvî, 39-40; Karaman, 26.

161 Bakara, 2/185; Nisâ, 4/28; Mâide, 5/6.

162 Bk. Bakara, 2/173, 177; Mâide, 5/3; En’âm, 6/145; Nahl, 16/ 115.

163 Mecelle, md. 21.

164 Mecelle, md. 22.

165 Mecelle, md. 24.

“Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur”¹⁶⁶, “Zarar-ı eşed zarar-ı ahaf ile izâle olunur”¹⁶⁷, “Hacet umumi olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur”¹⁶⁸, “İztırar gayrin hakkını iptal etmez”¹⁶⁹ kuralları ile sınırlandırılmıştır¹⁷⁰.

K. Haramda Zarar Helalda Fayda Vardır

Yüce Allah bir takım hususları helal, bir kısmını ise haram kılarken kullarına olan sonsuz rahmetinin eserini göstermiş, insanlara bir şekilde zararı olacak şeyleri haram, yararı olacak şeyleri ise helal kılmıştır. Buna göre Yüce Allah, başlangıçta ve sonuçta tamamen zararlı olanları haram kıldığı gibi, zararı faydasından çok olanları da haram kılmıştır. Tamamen faydalı veya fayda yönü gâlip bulunanları da helal kılmıştır¹⁷¹. Şu âyet bu hususa işaret etmektedir: “*Sana, sarhoşluk veren şeyler ve şans oyunları hakkında sorarlar. De ki: “Onların her ikisinde de hem büyük bir kötülük hem de insanlar için bazı yararlar vardır; ancak yol açtıkları kötülük, sağladıkları yararlardan daha büyüktür”*”¹⁷².

Faydalı ve temiz şeyler Kur’ân’da “tayyibât” olarak, zararlı ve pis olanlar ise “habâis” olarak adlandırılmıştır. İlgili âyetlerin bir kısmı şöyledir: “*Senden kendilerine nelerin helâl kılındığını soruyorlar; de ki, Size temiz yararlı şeyler helâl kılınmıştır. Eğittiğiniz ve Allah’ın size öğrettiğini öğrettiğiniz avcı hayvanların sizden yana yakaladıklarını yiyiniz ve üzerine Allah’ın ismini anınız (Besmele çekiniz). Allah’tan korkup kötülüklerden (murdar ve zararlı şeylerden) sakının; şüphesiz ki Allah hesabı çabuk görendir*”¹⁷³, “*Onlar, yanlarındaki Tevrat’ta ve İncil’de yazılı buldukları Resûle, o ümmî peygambere uyan kimselerdir. O, onlara iyiliği emreder, onları kötü-lükten alıkoyar. Onlara iyi ve temiz şeyleri helâl, kötü ve pis şeyleri haram kılar*”¹⁷⁴.

Aslında helal ve temiz olan bir takım yiyeceklerin Yahudilere haram kılınması ise özel bir sebebe ve onların cezalandırılmasına matuftur.

L. Haram Bütün Müslümanları Bağlar ve İslam Ülkesi İle Sınırlı Değildir

Müslüman olan herkes haramlardan kaçınmak zorundadır. Bu konuda makam, rütbe, renk, ırk, coğrafya farkı yoktur. Hz. Peygamber’in “suçu işleyen Muhammed’in kızı Fatıma da olsa ona hırsızlık suçunu uygulardım” buyurması ve peşinden de: “*Sizden öncekiler kanunları asillerine değil de zayıflarına uyguladıkları için helak oldular*”¹⁷⁵ demesi bu prensibin temelini oluşturur. Ayrıca bir Yahudi

166 Mecelle, md. 26.

167 Mecelle, md. 27.

168 Mecelle, md. 32.

169 Mecelle, md. 33.

170 Uygulama örnekleri için bk. Suyûtî, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, 179-181; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, 85vd.

171 Karadavî, s. 31.

172 Bakara, 2/219.

173 Mâide, 5/4, 5.

174 Arâf, 7/157. Ayrıca bk. Nisâ, 4/2, Mâide, 5/10.

175 Buhârî, “Enbiyâ”, 54, “Meğâzi”, 53, “Hudûd”, 11; Müslim, “Hudûd”, 9.

ile Müslüman arasında cereyan eden ve şüpheli olan hırsızlık hadisesinde aslında haklı olan Yahudi olduğu halde Hz. Peygamber'in iyi niyetle müslümandan yana hüküm vermeye meyletmesi üzerine¹⁷⁶ gelen âyetler onu uyarmıştır¹⁷⁷.

Müslüman imanı, ahlakı ve şahsiyetiyle her yerde Müslümandır. Bu bakımlardan İslam ülkesinde olmasıyla olmaması arasında fark yoktur. Bu konuda özel şartlar için verilen fetvalar kural oluşturmaz. Bazı âlimlerin İslam ülkesi dışında fâiz ve kumara bazı özel gerekçelerle izin vermiş olması, ulemanın çoğunluğu tarafından kabul görmemiştir¹⁷⁸. Haram her yerde haram olduğuna göre, Müslümanın bu anlayışla hareket etmesi onun imanına ve şahsiyetine zarar verir.

M. Helal ve Haram Birleştiğinde Haram Tercih Edilir

Bazılarının hadis olarak naklettiği¹⁷⁹ ve geniş bir uygulama alanı olan bu prensibe göre, helal ve haram olan bir yiyecek, haram ve helal olan bir kazanç, temiz ve pis olan bir nesne birbirine karıştığında ihtiyaten haram olana göre hüküm verilir¹⁸⁰.

Sonuç

İslam insanları yolun en doğrusuna iletmek için en güzel, en sağlam ve en güzel ifadesini Kur'ân'da bulan hükümler getirmiştir. Bu hükümler insanların dünya ve ahiret saadetini gerçekleştirmeye yöneliktir. Bu yüzden dini hükümlerin makâsıd ve mesâlihten ayrı düşünülmesi imkânsızdır. Bu hükümler içerisinde helal ve haramın önemli ve merkezi bir yeri vardır. Her sistemin yasaklamaları, kısıtlamaları ve koruları vardır. Hz. Peygamber'in ifadesiyle İslam'ın koruları ise Allah'ın haramlarıdır. İslam'ın helal ve haram kılma anlayışında insanın, toplumun, çevrenin ve bir bütün olarak evrenin aynı zamanda öte dünyanın maslahatı vardır. Bu sebeple insan başta olmak üzere diğer varlıkların faydasına ve maslahatına hizmet edecek her şey helal, zarar verecek şeyler ise haram kılınmıştır.

Önemi, hassasiyeti ve taşıdığı maslahatların evrenselliği sebebiyle İslam'da helal ve haramı belirleme yetkisi Yüce Allah'a aittir. Hz. Peygamber ise O'nun helal ve haram kıldığı hususları en güzel şekilde açıklamış ve örneklendirmiştir. Kur'ân temel haramlar yanında haram kılma gerekçesinin de temel belirleyicilerini göstermiştir. Kesin haramlar nassla sabittir.

İslam'da sınırları kesin nasslarla sabit olan haramlar dinin esas yapısını oluşturan unsurlardandır. Bu sebeple haramlar konusunda değişmezlik esastır. Helal ve

176 Bk. Vâhidî, Ebu'l-Hasen Ali b. Ahmed, *Esbâbu'n-nüzûl*, Beyrut 1986, 103.

177 Nisâ, 4/105-109.

178 Bk. Karaman, *Günlük Hayatımızda Helaller ve Haramlar*, İstanbul 2006, 26-29.

179 Bk. Sehâvî, *el-Makâsıdu'l-hasene*, 574 (no: 940).

180 Uygulama örnekleri için bk. Âmidî, Seyfuddîn, *el-İhkâm*, Beyrut 2005, IV, 487; Pezdevî, *Keşfü'l-esrâr*, III, 178; İbn Nüceym, 109vd.; Suyutî, 209; Leknevî, II, 206; *el-Mevsû'atu'l-fıkhiyye*, XVIII, 75-77.

haramlar ahkâmın değişmesi açısından değerlendirildiğinde değişmez alana dahil olurlar. Çünkü haram alan ve harama riayet anlayışı dine bağlılık ve dindarlık zihniyetini besleyen ve zaruri maslahatlardan biri olan dinin korunması açısından önemli hükümlerdir. Zaruret başta olmak üzere, ciddi ve olağanüstü durumlar ya da üst maslahatlar ortaya çıkmadıkça haram ve helalin bünyesinde barındırdığı maslahatlar dikkate alınarak bu sınırlar aşılmamalı ve aşındırılmamalıdır. Haramlar bir yönüyle Allah'ın hadleri (*hududullah*) olduğundan dolayı dinin korunması büyük ölçüde onların korunmasına bağlıdır.

Haram ve helalin dindeki yerinin büyüklüğü ve Müslümanın hayatındaki etkisinin önemi sebebiyle tanımlanmaları da önem arz etmiştir. Bu bakımdan İslam alimleri bu kavramları, inanç, ahlak ve hukuk ilkelerini dikkate alarak tanımlama cihetine gitmişlerdir.

Tarih boyunca Müslümanların kendi dini ve kültürel kimliklerini muhafaza etmeleri büyük ölçüde yaşadıkları toplumlarda helal ve haram sınırlarını korumalarıyla olmuştur. İnanç, ibadet, hukuk, iktisat, siyaset gibi hemen her alanı kapsayan helal haram anlayışı Müslümanların insanlığa alternatif değerlerin sahipleri olduklarının da en büyük delilleri arasında yer almıştır.

İslam'ın kırmızı çizgileri olan haramlara riayet eden Müslümanlar kültürel olarak asimilasyondan kurtulma yanında, diğer insanlara da bu tavırlarıyla hem mesaj vermiş hem de örnek olmuşlardır. İnançlarıyla pratikleri tutarlı olan Müslümanlar, İslamlaşmanın hızlanmasına da önemli katkıda bulunmuşlardır.

VEKALET AKDİNE DAİR BİR TARTIŞMA BAĞLAMINDA OSMANLI DÖNEMİNDE FETVANIN MÜFTÂ-BİH HALE GELİŞ SÜRECİ

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Kaya*

Process of Returning of the Fatwa to "Mufta bih" during the Ottoman Period in the Context of a Discussion on the Contract of Agency

There are different *fatwas* about confirming the assurance of the person who is agent to receive the credit when he/she declares that he/she received and gave it to the client, and the successors of the client deny. On one side there are scholars at the XVIII. century they agree with Sheikh al-Islam Çatalcalı Ali Efendi who had given positive fatwa on this subject; on the other side some scholars agree with Yenişehirli Abdullah Efendi who had given negative *fatwa*. In the late of XVIII. Century the *risala* had been written by Şânizâde and the Sharh on it had been written by Mehmed Atâullah Efendi put the last point on this subject.

In this article before of all we discoursed on *fatwas* of Çatalcalı Ali Efendi and Yenişehirli Abdullah Efendi and the *nukul* and than opinions of Şanizade and Ataullah Efendi in their *risalas*. Than we discoursed the reflections of both of *fatwas* to other *fatwa* collection literature. Thus, we tried to establish a process of one and a half centuries on the advent of a *fatwa* becoming *mufta-bih*.

Key words: Fatwa, mufta bih, contract of agency (wakalah).

Giriş

Osmanlı Hukukunun, Hanefi fıkhnın tarihini belli bir dönemdeki tatbikatı olduğu söylenebilir. Osmanlı dönemine gelinceye kadar yaklaşık altı yedi asırlık dönemde güçlü bir fıkıh geleneğinin oluştuğu görülür. Osmanlı uleması, bu geleneği tevârüs edip fetva ve kaza müesseseleriyle uygulamanın yanında bu geleneğe önemli katkılarda bulunmuştur.

Osmanlı ulemasının, karşılaştıkları meselelere dair önlerinde evveleminde iki ihtimal söz konusudur. İlgili mesele hakkında Hanefi fıkıh geleneğinde bir hüküm bulunması ya da bulunmamasıdır. Hüküm bulunmaması halinde ulemanın genellikle tahrîc usulüyle fetva verdiği görülür.

* Sakarya Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Hanefi fıkıh geleneğinde bir hüküm bulunması halinde ise ulema için yine iki ihtimalden söz edilebilir. Birincisi ulemanın fıkıh geleneğinde yer alan hükümle amel etmesi, ikincisi ise amel etmemesidir. Ulemanın fıkıh geleneğinde yer alan hüküm ya da hükümlerin hiçbirleriyle amel etmeyip farklı bir fetva verme cihetine gitmesi halinde şartların değişmesi, maslahat, zaruret, ihtiyaç, istihsan vb. bir delil göstermesi dikkat çeker. Bu durumda hükmün mevcut şartlara göre tashih edildiği söylenebilir.

Ulemanın fıkıh geleneğinde yer alan hükümle amel etmesi de üç şekilde olabilir; a. Hanefi fıkıh geleneğinde üzerinde fikir birliği edilen tek bir görüşün bulunması. Bu durumda Osmanlı ulemasının genellikle ilgili hükümle aynen amel ettiği söylenebilir. b. Fıkıh geleneğinde farklı hükümler bulunup bunlardan birinin müftâ-bih hale gelmiş olması. Müftâ-bih olan hüküm bazen sarahaten belli olmakla birlikte özellikle ayrıntılara girildiğinde sarahatin bulunmaması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda ulema müftâ-bih olan hükmün tespiti suretiyle fetva verir. Ancak ulemanın bazen müftâ-bih olan görüşten udül edip zayıf görüşle de amel edebildiği müşahede edilir. c. Fıkıh geleneğinde farklı hükümler bulunup hiçbirinin müftâ-bih hale gelmemiş olması. Bu durumda ulema farklı görüşler arasında tercih yaparak fetva verir.¹

Fıkıhın, fakihlerin ictihad ve fetvalarıyla geliştiği bilinmektedir. Aynı usulü takip eden belli bir mezhebe mensup fakihlerin aynı konuya dair fetvaları arasında bile farklılıklar bulunabilir. Bu durumda bir toplumda düzeni sağlayan hukuk nizamı için, belli bir fıkıh mezhebi esas kabul edildiğinde bile müftiler için müftâ-bih, kadılar için ma'mûl-bih olan hükmün ne olduğu meselesi gündeme gelir. Osmanlı ulemasının; hukuk birliğini sağlama, adaleti tesis etme ve farklı kadılar tarafından verilen hükümler arasında tutarlılığın bulunması adına her bir konuda müftâ-bih/ma'mûl-bih hükmüne ulaşma ve bu hükümle amel etme gayreti içerisinde oldukları görülür.

Makalede deyni kabza vekil olan şahsın müvekkilin ölümünden sonra yemini ile tasdik olunup olunmayacağı konusundaki fetvalardan birinin müftâ-bih hale gelişine dair yaklaşık bir buçuk asırlık süreç ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu konudaki fetvaların, Hanefi fıkıh geleneğinde müftâ-bih olanın tespiti suretiyle verildiği görülür. Dolayısıyla bir fetvanın müftâ-bih hale gelişi bu çerçevede ele alınacaktır. Farklı meseleler ve tahrîc, tashih, tercih gibi farklı fetva verme tarzları bağlamında fetvanın müftâ-bih hale geliş sürecine dair çalışmalar yapıldığında konuya dair daha kapsamlı bir resim görme imkanımız olacaktır.

Deyni kabza vekil olan şahsın, kabz ve müvekkiline teslim ettiği dair müvekkilinin ölümünden sonraki beyanının, varislerin kabzı kabul edip teslimi inkar etmeleri halinde yemini ile tasdik olunup olunmayacağı konusunda, Şeyhülislam Çatalcalı Ali Efendi 1670'lerde olumlu fetva verirken 1720'lerde Yenişehirli Ab-

1 Ayrıntılı bilgi için bak. Kaya, Süleyman, "Akifzâde'nin Mecelletü'l-mehâkim İsimli Eseri Çerçevesinde Osmanlı Fetvasında Değişim", *Marmara Ü. İlahiyat F. Dergisi*, sy. 40, 2011/1.

dullah Efendi² olumsuz fetva verir. Bu şeyhülislamın fetvalarını derleyenler, fıkhî geleneğinden her iki fetvaya dayanak teşkil edebilecek nükûle de yer verirler. 1790'a gelindiğinde Medine kadısı³ Mehmed Sadık b. Mustafa Şânîzâde⁴ "*Fetâvâ Ali Efendi ala hücceti'l-vekil li kabzîd-deyn*"⁵ isimli risaleyi telif eder. Şânîzâde bu risalesinde Ali Efendi'nin fetvasının doğru, Abdullah Efendi'nin fetvasının ise hatalı olduğuna dair kanaatini delillerle ortaya koyar. 1805 yılında ise bu tarihte nakîbu'l-eşrâf olup 1807'de şeyhülislamlığa getirilen Mehmed Atâullah Efendi⁶, Şânîzâde'nin risalesini şerh etmek, daha anlaşılır kılmak için "*Risaletü't-tenkih ve't-tehziib li Risaleti Şânîzâde*"⁷ isimli risaleyi yazar. Bu makalede önce Çatalcalı Ali Efendi ve Yenişehirli Abdullah Efendi'ye ait fetvalara ve bu fetvalar için yazılan nükûle, sonra Şânîzâde ve Atâullah Mehmed Efendi'nin risalelerinde ortaya koydukları görüşlerine, daha sonra her iki fetvanın sair müftiler tarafından te'lîf ya da tertîb edilen fetva mecmualarına yansımalarına yer verilecektir.

I. Çatalcalı Ali Efendi ile Yenişehirli Abdullah Efendi'nin Fetvaları ve Bu Fetvalara Yazılan Nükûl

Çatalcalı Ali Efendi'nin bu konuya dair iki fetvası olup ilki şöyledir: *Hind, Zeyd zimmetinde arsa ücretinden olan şu kadar keyl buğday hakkını kabza zevci*

- 2 Çatalcalı Ali Efendi 1674-1686 yılları arasında 12 yıl şeyhülislamlık yaptıktan sonra azledilmiş, 1692'de tekrar bu göreve getirildikten kırk gün sonra vefat etmiştir (Mehmet İpşirli, "Çatalcalı Ali Efendi", *DİA*, VIII, İstanbul 1993, s. 234). Yenişehirli Abdullah Efendi ise bu tarihten yaklaşık 26 yıl sonra 1718'de şeyhülislamlığa getirilmiş, o da 1730'da azledilinceye kadar 12 yılı aşkın bir süre bu vazifeyi deruhte etmiştir (Mehmet İpşirli, "Abdullah Efendi Yenişehirli", *DİA*, I, İstanbul 1998, s. 100). Her iki şeyhülislamın da kendilerinden sonrasında önemli etkileri olmuş, fetva mecmuaları 19. yüzyıla gelindiğinde hala en muteber kaynak olarak görülmeve devam etmiştir.
- 3 18. yüzyılda Medine ve Mekke kadıları; Haremeyn mevâilileri olarak Osmanlı ilmiye sınıfında şeyhülislam, kazas-kerler ve İstanbul kadısından hemen sonra gelirdi; Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, Ankara 1988, s. 99-100.
- 4 Mehmed Sadık b. El-Hâc Mustafa Şânîzâde belli bir müddet müderrislikten sonra kadılık görevine başlamış ve 1791'de Medine kadısı iken vefat etmiştir. *Bedâiyü's-sukûk* isimli önemli bir sakk mecmuası vardır (Kaya, Süleyman, "Mahkeme Kayıtlarının Kılavuzu: Sakk Mecmuaları", *TALİD*, III, sy. 5, İstanbul 2005, s. 410).
- 5 İstanbul Ü. Nadir Eserler Kütüphanesi, A 732, yazma, yy., ty., vr. 25b-29a.
- 6 Risalenin müellifi, Süleymaniye Ktp., İzmir 272 nüshasının katalogunda Şânîzâde Mehmed Atâullah b. Mehmed Sadık (v. 1242/1826) olarak kaydedilmiştir. Şükrü Özen de risaleyi aynı şahsa nispet etmiştir (Özen, Şükrü, "Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü", *TALİD*, III, sy. 5, İstanbul 2005, s. 316). Halbuki ferâğ kaydında risalenin, 23 Rebiu'l-ahir 1219'da Daru's-saltanat'ta nakib es-Seyyid Mehmed Atâullah tarafından telif edildiği belirtilmektedir (Süleymaniye Ktp., İzmir 272, yazma, İstanbul, h. 1219, vr. 14a; Süleymaniye Ktp., Esad Efendi 588, vr. 17b). Bu tarihte Şânîzâde Mehmed Atâullah Efendi'nin ibtida-i altmışlı derecesiyle Müftü Hüseyin Efendi Medresesinde müderris olduğu bilinmektedir (Ziya Yılmaz, "Şânîzâde Mehmed Atâullah Efendi", *DİA*, XXXVIII, İstanbul 2008, s. 334-336). Risale Mehmed Sadık Şânîzâde'nin risalesinin şerhi olması hasebiyle şârihin, müellifin oğlu Mehmed Atâullah olduğu düşünülmüş olabilir. Halbuki risalenin müellifinin 1219'da nakîbu'l-eşrâf olup 1221'de şeyhülislamlığa getirilen, babası Şeyhülislam Mehmed Şerif Efendi'ye nispetle Şerifzâde, büyük dedesi Şeyhülislam Ebu İshak İsmail Naim Efendi'ye nispetle Ebu İshakzâde lakaplarıyla tanınan (Mehmet İpşirli, "Atâullah Mehmed Efendi", *DİA*, IV, İstanbul 2001, s. 47; Altunsu, Abdülkadir, *Osmanlı Şeyhülislamları*, Ankara 1972, s. 171) es-Seyyid Mehmed Atâullah Efendi olduğu anlaşılmalıdır. Akifzâde el-Amasi de Şânîzâde'nin risalesinin Şeyhülislam Atâullah Esadzâde tarafından şerh edildiğini belirtir ki (Akifzâde, Abdurrahim b. İsmail b. Mustafa Akif el-Amasi (v. 1232/1817), *Mecelletü'l-mehâkim*, yazma, yy., ty., Süleymaniye Ktp., Kasideciizâde 274, vr. 252a) dedesi Şeyhülislam Esad Efendi'ye nispetle Esadzâde olarak da anıldığı anlaşılmaktadır.
- 7 Risalenin Süleymaniye Kütüphanesinde yer alan üç farklı nüshası şu bölümlerdedir; İzmir 272, vr. 1b-14a; Esad Efendi 588, vr. 1b-17b; Bağdatlı Vehbi 2054, vr. 76b-81a. Bu makalede İzmir 272 numaralı nüsha esas alınmış ve dipnotlarda bu nüshaya ait varak numaraları verilmiş olup diğer nüshalara gerektiğinde karşılaştırma için müracaat edilmiştir.

*Amr'ı tevkil edip Amr dahi ol kadar buğdayı Zeyd'den aldıktan sonra Hind fevt oldukda sair verese Amr'dan "Sen ol buğdayı Zeyd'den aldın, lakin Hind'e vermeyip yedinde kaldı, hissemizi ver" deyu dava eyleseler Amr "Tamamen Hind'e teslim eyledim" deyip üzerine red ve damân lazım olmadığına yemin edince sair veresenin mutâlebelerinden halâs olur mu? el-Cevab: Olur.*⁸

*Fetâvâ-yı Ali Efendi'nin matbu nüshasında bu fetvadan sonra el-Fetâvâ'l-Velvâliciyye, Câmîu'l-fusûleyn ve Ali el-Makdisî'den nakiller bulunmaktadır. el-Fetâvâ'l-Velvâliciyye'den yapılan nakil şöyledir: "Bir şahsı vedîayı kabza vekil kılan kimse öldükten sonra vekil, 'Müvekkil hayattayken kabzettim ve helak oldu ya da müvekkile verdim' dese, verese inkar etse bile tasdik olunur. Şayet ayn değil de deyn söz konusu olsaydı tasdik olunmazdı. Zira vekil her iki durumda da istînafa hak sahibi olmadığı bir konuda⁹ beyanda bulunmaktadır. İstînafa hak sahibi olmayan kişi, damân sorumluluğunu başkasına yükleyen beyanında tasdik olunmaz. Şayet kendisinden damân sorumluluğunu kaldıran bir beyanı söz konusuysa tasdik olunur. Dolayısıyla vedîayı kabza vekil, kendisinden damân sorumluluğunu kaldırmaya dair söylediklerinde tasdik olunur. Deyni kabza vekil ise damân sorumluluğunu –ki bu damân-i misli'l-makbûzdur- müvekkile yükleyen beyanında¹⁰ tasdik olunmaz."*¹¹

*Câmîu'l-fusûleyn'den yapılan nakil ise şöyledir: "Vekil, müvekkilinin ölümüyle mün'azil olur, borçlunun ölümüyle mün'azil olmaz. Vekil, 'Müvekkilin hayatında kabzettim ve ona teslim ettim' dese, bu ikrarında müvekkilin ölümüyle mün'azil olma töhmeti altındayken inşasına malik olmadığı bir şeyi haber verdiğiinden tasdik olunmaz. Bence buna kıyasla, vedîa ve ariyeti kabza vekil olanın da müvekkilin ölümünden sonra 'Müvekkilin hayatında kabzettim ve ona teslim ettim' şeklindeki ikrarında tasdik edilmemesi gerekir. Ancak onun tasdik edileceği daha önce açıklandı."¹² Abdulah Efendi'nin fetvasını destekleyen bu naklin devamında Ali el-Makdisî'den¹³ bu nakle de atıf yapan bir nakil yer alır: "Bu konuda *Câmîu'l-fusûleyn* müellifinden farklı düşünüyorum. Şöyle ki; kabz-ı deyne vekilin, kendi şahsının borçtan berî olması hakkında kabz-ı vedîaya vekil gibi olması gerekir. *Velvâliciyye*'de ayn ile deyn arasında bulunduğu söylenen fark, borçlunun deyn*

8 Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, ter. Salih b. Ahmed el-Kefevî, İstanbul 1311, II, 11.

9 Vekil, müvekkilin ölümüyle azlolunmuş olacağından müvekkil adına kabza hak sahibi değildir.

10 Vekil bu beyanıyla medyûn üzerindeki damân sorumluluğunu müvekkile yüklemiş olur. Zira vekilin kabzi, müvekkilin kabzi anlamına geleceğinden damân sorumluluğu müvekkile geçer.

11 Velvâlicî, Ebu'l-Mekârim Zahiruddîn İshak b. Ebubekir, *el-Fetâvâ'l-Velvâliciyye*, Hacı Selim Ağa 446, yazma, yy., ty., II, vr. 222a (Bu eserin müellifi Süleymaniye Kütüphanesindeki yazma nüshaların mukaddimelerinde bu şekilde verilmele birlikte, bunun müstensihlere ait bir hata olabileceği, asıl müellifin Ebu'l-Feth Abdurreşid el-Velvâlicî olduğu iddia edilmiştir, bak. Ferhat Koca, "el-Fetâvâ'l-Velvâliciyye", *DİA*, XII, İstanbul 1995, s. 448). Bu nakli Şânîzâde de risalesine aynen almış olup bir sonraki başlıkta onun açıklamalarına yer verilecektir.

12 Bedreddin Mahmud İbn Kadî Simavne (v. 823/1420), *Câmîu'l-fusûleyn*, Süleymaniye Ktp., Hâlet Ef., 119, yazma, yy., h. 814, vr. 364a-b.

13 Hanefî fakih Nureddin Ali b. Muhammed el-Makdisî (v. 1004/1595), vekilin azledildikten sonra sözünün kabul edilip edilmeyeceğine dair bir risale yazar. Risalede genel olarak vekilin sözünün kabul edilip edilmeyeceği yerleri ele alan Makdisî, kabz-ı deyne vekil olan şahsın, müvekkilin ölümünden sonra kendisinin berâetina dair sözünün kabul edileceğini, borçlunun berâetina dair sözünün ise beyine olmaksızın kabul edilmeyeceğini söyler; *Risaletü'l-Makdisî*, Süleymaniye Ktp., Süleymaniye 1044/47, yazma, yy., ty., vr. 284a.

ile meşgul olan zimmetine nispetle sonuç doğurur. Müvekkilin ölümünden sonra vekilin, kabzettğini söylemesiyle borçlunun zimmeti berî olmaz. Vekilin kendisine gelince, o müvekkilin hayatında da ölümünden sonra da emindir ve emin olan şahsın kendi hakkındaki beyanı kabul edilir.”¹⁴

Ali Efendi'nin ikinci fetvası ise şöyledir: *Hind şu kadar eşyasını bey'a zevci Zeyd'i tevkil edip Zeyd dahi eşya-i mezbûreyi semen-i misilleriyle bey' ve teslim ve kabz-ı semen ettikten sonra Hind fevt oldukda Hind'in sair vereseşi Zeyd'den "Semen-i mezbûru Hind'e vermeyip yedinde kaldı, hissemizi ver" deyu dava eyleseler, Zeyd "Semen-i mezbûru Hind'e hayatında tamamen verdim" deyip üzerine red ve damân lazım olmadığına yemin edince sair veresenin mutâlebelerinden halâs olur mu? el-Cevab: Olur.*¹⁵

Bu fetvanın devamında ise *Mebûsût*'dan şu nakil yer almaktadır: “Bir adam kölesini satmak üzere bir başkasına emir verip kölesini ona teslim etse, vekil ‘Köleyi şu adama sattım, bedelini aldım, ama helak oldu’ dese ve müşteri de onaylarsa, vekil bu söylediğinde yeminiyle tasdik olunur. Çünkü vekil satıma ve bedeli almaya yetkilidir. Yetkili olduğu bir konuda yetkisi devam ettiği süre zarfında beyanda bulunmuştur. Beyanı konusunda herhangi bir töhmet söz konusu değildir. O, kendisine teslim edilen şey hakkında emindir. Emaneti sahibine teslim ettiğini beyan ettiğinde yeminiyle birlikte sözü kabul edilir. Emri veren şahıs ölür ve varisleri vekile ‘Satmadın’ derler, vekil ise ‘Falan kimseye bin dirheme sattım, parayı teslim aldım ve para elimde helak oldu’ der, müşteri de onu tasdik ederse, şayet köle biza-tihi mevcutsa vekil satım konusunda tasdik olunmaz. Zira o bu durumda inşasına malik olmadığı bir şeye dair beyanda bulunmuş olur. Çünkü o emri veren şahsın ölümüyle mün’azil olur. Ancak köle helak olmuşsa vekil istihsanen tasdik olunur. Zira vekil bu beyanıyla kendinden damân sorumluluğunu kaldırmaktadır. Vekil bu köle hakkında emindir, dolayısıyla yeminiyle birlikte kendisinden damân sorumluluğunu kaldıran beyanı kabul edilir.”¹⁶

Yenişehirli Abdullah Efendi'nin fetvası ise şöyledir: *Zeyd bazı kimesneler zimmetlerinde olan şu kadar akçesini kabza Amr'i tevkil edip ba'dehu Amr meblağ-i mezbûru ol kimesnelerden ahzettikten sonra Zeyd fevt oldukda vereseşi Amr'dan "Sen meblağ-i mezbûru ol kimesnelerden alıp Zeyd'e vermeyip yedinde kaldı ver" deyu dava ettiklerinde Amr "Ben meblağ-i mezbûru ol kimesnelerden Zeyd'in hayatında ahz ve kabzedip Zeyd'e def' ve teslim eyledim" deyip yemin eylese tasdik olunur mu yoksa ikâmet-i beyyine lazıma olur mu? el-Cevab: İkâmet-i beyyine lazıma olur.*¹⁷

14 Bu naklin sonunda bu konunun tafsilatının *Fetâvâ-yı Hayreddin Remlî*'de bulunduğu belirtiliyor, ilgili yer için bak. Hayreddin b. Ahmed er-Remlî (v. 1081/1671), *el-Fetâvâ'l-Hayriyye*, İstanbul 1311, II, 39-40.

15 Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, II, 12.

16 Serahsî, Ebubekir Muhammed Şemsu'l-eimme (v. 483/1090), *Mebûsût*, Beyrut 1993, XIX, 49-50. Bu nakilde Serahsî'nin metnindeki bazı ifadeler atlanmıştır. Alıntılanmayan yerlerin konumuz açısından önemli olmadığı söylenebilir.

17 Abdullah, Ef., Yenişehirli Ebu'l-Fazl Abdullah b. Mehmed, *Behcetü'l-Fetâvâ*, İstanbul 1266, s. 349.

Fetvanın devamında matbu nüshada *Hulâsa*'dan nakil yer almaktadır: “Vekilin, ‘Müvekkil hayattayken malı kabzedip ona verdim’ sözü, ancak hucet ile tasdik olunur.”¹⁸

II. Mehmed Sadık Şânîzâde ve Atâullah Mehmed Efendi'nin Risaleleri

Şânîzâde Mehmed Sadık Efendi, risalesinin mukaddimesinde, Çatalcalı Ali Efendi ile Yenişehirli Abdullah Efendi'nin ilgili fetvalarından hangisinin doğru kabul edilip tercih edilmesi gerektiğine dair soruya cevap sadedinde bu risaleyi yazdığını belirtir.¹⁹ Atâullah Mehmed Efendi ise Şânîzâde'nin risalesini daha anlaşılır kılmak için şerh etmek üzere risalesini yazdığını belirtir.²⁰ Dolayısıyla bu bölümde öncelikle Şânîzâde'nin yer verdiği fetva, nükül ve bunlar hakkındaki yorumlarına, sonra Atâullah Mehmed Efendi'nin açıklamalarına yer verilecektir.

Atâullah Efendi şerhe başlamadan önce Ali Efendi'nin her iki fetvasına yer verip Kerenbeş'nin ilk fetvanın hâmişine *Fetâva'l-Hayriye*'den yazdığı nakli aktarır. Nakil özetle şöyledir; “Kabz-ı deyne vekalette, verese vekilin kabzını kabul edip mûrislerine ödenmediğini iddia ederse söz vekilindir. Zira o kabz ile emin olur. Verese kabzı da inkar etse vekilin sözü kabul edilmez.”²¹ Atâullah Efendi daha sonra Abdullah Efendi'nin fetvasına yer verip devamında bu fetvaya *Hulâsa*'dan yazılan yukarıda tercümesini verdiğimiz nakle yer verir.²²

Şânîzâde ilk olarak ayn ile deynin kabz ve alım satımına vekil olan kimsenin kendisine emanet mal bırakılan kimse gibi emin olduğunun, vekaleten kabzettığı şeyin elinde emanet hükmünde bulunduğu ve kendisinin o mal hakkında damân sorumluluğu bulunmadığına dair beyanının tasdik edileceğinin herkes tarafından bilindiğine dikkat çeker. Bu hususta Serahsî'nin *Mebsum*'undan verdiği nakil özetle şöyledir; “Vedîayı (emanet bırakılan bir malı) kabza vekil olan şahıs, ‘Müvekkil hayattayken kabzettim ve ona verdim’ dese, sözü kabul edilir. Deyni kabza vekil ise farklıdır. Zira kendisine emanet bırakılan şahıs, vekile verdiğini söylese, sözü kabul edilir. Vekil onu tasdik etse de etmese de sonuç aynıdır. Halbuki borçlu, borcunu vekile verdiğini iddia etse, sözü kabul edilmez. Vekil kabul etse de etmese de sonuç aynıdır. Zira vekilin sözü müvekkilin varisi hakkında hüccet olmaz. Vedîa ve deynde vekilin tasdiki, tehzibi gibidir.”²³

Atâullah Efendi bu nakilde Serahsî'nin son ifadesinden vedîa ile deynin aynı olduğunu anlamamak gerektiğine işaret eder. Ona göre şöyle anlaşılması gerekir;

18 Buhari, İftihâruddin Tâhir b. Ahmed (v. 542/1147), *Hulâsati'l-fetâvâ*, Süleymaniye Ktp., Damad İbrahim 686, yazma, yy., ty., vr. 332a.

19 Şânîzâde, Mehmed Sadık b. Mustafa, *Fetâva Ali Efendi ala hücceti'l-vekil li kabz'ül-deyn*, İstanbul Ü. Nadir Eserler Kütüphanesi, A 732, yazma, yy., ty., vr. 25b.

20 Atâullah, Şerifzâde Mehmed, *Risaletü't-tenkih ve't-tehzib li Risaleti Şânîzâde*, Süleymaniye Ktp., İzmir 272, yazma, İstanbul 1219, vr. 1b.

21 Atâullah, *Risaletü't-tenkih*, vr. 2a-2b; Hayreddin er-Remli, *el-Fetâva'l-Hayriyye*, II, 37.

22 Atâullah, *Risaletü't-tenkih*, vr. 3a.

23 Şânîzâde, *Fetâva Ali Efendi ala hücceti'l-vekil*, vr. 25b, 26a; Serahsî, *Mebsum*, XIX, 87-88.

vedîada emanet bırakılan kişinin sözü kabul edilir, vedîayı kabza vekilin onu yalanlaması sonucu değiştirmez. Deynde ise borçlunun sözü kabul edilmez, deyni kabza vekilin onu tasdik etmesi sonucu değiştirmez. Atâullah Efendi, Serahsî'nin "Deyni kabza vekil ise farklıdır" ifadesini ise şöyle açıklar; "Bu ifade, deyni kabza vekilin sözü kabul edilmez, anlamına gelir. Ancak bundan; veresenin, vekilin kabz ettiğini tasdik edip müvekkile verdiği tasdik etmemesi halinde, vekilin sözünün kabul edilmeyeceği anlamı çıkmaz."²⁴

Şânîzâde, Serahsî'den ikinci bir nakle daha yer verir; "Deyni kabza vekil, 'Müvekkilin hayatında kabzettim ve kendisine teslim ettim' dese, tasdik olunmaz. Zira o bu sözüyle, inşasına malik olmadığı bir şeyi haber vermiştir. Deyn mevcuttur, vekilin varisler için mevcut olan bu mülkiyeti iptale dair sözü kabul edilmez."²⁵ Şânîzâde bu naklin; veresenin, vekilin hem kabzını hem de teslimini inkar etmeleri durumuna dair olduğunun açıkça anlaşıldığını belirtir.²⁶ Aynı kanaati paylaşan Atâullah Efendi, delil olarak ibarede vekilin sözünün kabul edilmemiş gerekçesinin, vekilin inşasına malik olmadığı bir şeyi haber vermesi, şeklinde zikredilmesini öne sürer. Ona göre veresenin, vekilin kabzını kabul edip sadece teslimini inkar etmeleri durumunda böyle bir şey söz konusu olmaz. Teslim haddizatında vekaletle bile bağlı olmayıp, herkes elinde bulunan başkasına ait malı sahibine teslim edebilir. Dolayısıyla vekilin, kabzettiği malı müvekkiline teslimin inşasına malik olmadığını söylemenin bir anlamı olmaz.²⁷

Şânîzâde'nin *Muhît-i Burhanî*'den yaptığı nakil ise şöyledir; "Vekil, 'Ben deyni müvekkilim hayattayken kabzedip ona teslim ettim' dese bu sözü tasdik edilmez. Deyni kabza vekil ile deyni ödemeye vekil arasında fark vardır. Deyni kabza vekalette, borçlu olan şahıstan deynin düşmesi konusunda ihtilaf vaki olur. Vekil 'Ben kabzettim' diyerek borcun düştüğünü, verese ise bunu inkar ederek borcun varlığının devam ettiğini iddia etmiş olur. Verese bu inkarında aslen sabit olan şeye tutunmuştur ki, aslen sabit olanı iddia edenin sözü kabul edilir."²⁸ Şânîzâde bu nakilde veresenin, vekilin kabzını inkarının söz konusu olduğunu, bundan dolayı vekilin sözünün kabul edilmeyeceğini belirtir.²⁹

Şânîzâde'nin Kerâbisî'nin *Furuk*'undan yaptığı nakil ise şöyledir; "Müvekkil öldükten sonra borçlu vekile ödediğini, vekil de tahsil edip hayatında müvekkile verdiği söylese, her ikisi de tasdik olunmaz."³⁰ Şânîzâde bu naklin kendi görüşü

24 Atâullah, *Risaletü't-tenkih*, vr. 3b-5a.

25 Serahsî, *Mebûsât*, XIX, 73.

26 Şânîzâde, *Fetâvâ Ali Efendi ala hücceti'l-vekil*, vr. 26b.

27 Atâullah, *Risaletü't-tenkih*, vr. 7a, b.

28 Buharî, Burhaneddin Mahmud b. Ahmed (v. 616/1219), *Muhîtu'l-Burhânî*, Süleymaniye Ktp., Hamidiye 558, yazma, yy., ty., III, vr. 63b.

29 Şânîzâde, *Fetâvâ Ali Efendi ala hücceti'l-vekil*, vr. 26b, 27a.

30 Kerâbisî, Ebu'l-Muzaffer Esad b. Muhammed (v. 570/1175), *Kitabu'l-furûk fi'l-fıkh*, Süleymaniye Ktp., Carullah 821, yazma, yy., ty., vr. 84b.

için en kuvvetli delillerden olduğunu söylerken³¹ Atâullah Efendi kuvvetli bir delil olmadığını, hatta karşı görüşü destekleyecek şekilde anlaşılabilirliğini belirtir.³²

Şânîzâde, İbn Nüceym'in *Eşbâh*'ından karşı görüşü destekleyen bir nakle de yer verir: "Emaneti sahibine ulaştırdığını söyleyen bir eminin sözü kabul edilir. Mesela mûda' (kendisine emanet bırakılan) emaneti sahibine verdiğini iddia etse sözü kabul edilir. Vekil de böyledir. Ancak deyni kabza vekil farklıdır. O, müvekkili ölünce, deyni kabzettğini ve hayattayken müvekkiline verdiğini iddia etse sözü kabul edilmez. Aynı kabza vekil olan ise farklıdır. Bu fark *Velvâliciyye*'de geçmektedir."³³

Şânîzâde, İbn Nüceym'in Velvâlici'ye yaptığı bu atfa yer verdikten sonra *el-Fetâva'l-Velvâliciyye*'nin ilgili bölümünü aktarır. Aynı ibare nakil olarak *Fetâvâ-yı Ali Efendi*'de de yer aldığından bir önceki başlıkta bu eserin nükûlüne yer verilirken aktarılmıştı. Naklin ilgili bölümü şöyledir: "Vedîayı kabza vekil, 'Müvekkil hayattayken kabzettim ve ona verdim' dese, verese inkar etse bile tasdik olunur. Şayet ayn değil de deyn söz konusu olsaydı tasdik olunmazdı. Zira vekil her iki durumda da istînafa hak sahibi olmadığı bir konuda beyanda bulunmaktadır. İstînafa hak sahibi olmayan kişi, damân sorumluluğunu başkasına yükleyen beyanında tasdik olunmaz. Şayet kendisinden damân sorumluluğunu kaldıran bir beyanı söz konusuysa tasdik olunur. Dolayısıyla vedîayı kabza vekil, kendisinden damân sorumluluğunu kaldırmaya dair söylediklerinde tasdik olunur. Deyni kabza vekil ise damân sorumluluğunu müvekkile yükleyen beyanında tasdik olunmaz." Şânîzâde, Velvâlici'nin bu ifadelerini açıklama sadedinde özetle; bu naklin, müvekkilin ölümünden sonra varislerin, vekilin hem kabzını hem de müvekkile teslimini inkar etmeleri durumuna dair olduğunu; varislerin, vekilin kabzını kabul edip sadece müvekkile teslimini inkar etmeleri durumuna dair bir işaret dahi bulunmadığını; ancak Abdullah Efendi'nin Velvâlici'nin ifadesinin zahirine aldandığını; İbn Nüceym'in *Eşbâh*'ta yer alan ilgili fetvasının da doğru olmadığını ifade eder.³⁴

Atâullah Efendi; Şânîzâde'nin, "Yenişehirli Abdullah Efendi, Velvâlici'nin ifadesinin zahirine aldandı" demekle ibareye zâhir ve bâtın anlam yüklediğini, bunun ise tenâkuz olduğunu ifade eder. Ancak Velvâlici'nin ibaresini şerh edip deyni kabza vekilin tasdik edilmesi konusunda Şânîzâde'yle aynı kanaatte olduğunu beyan eder.³⁵

Atâullah Efendi bu meselede Yenişehirli Abdullah Efendi'nin tek kalmadığını, ondan önce Osmanlı şeyhülislamı Yahya Efendi, İbn Kemal ve Sunullah Efendi'nin dahi aynı istikamette fetva verdiklerini Kerenbeşi'nin naklettiğini belirtir. Yine bu konuda *Fetâvâ-yı İbn Nüceym*'de Abdullah Efendi'ye mutabık iki fetva

31 Şânîzâde, *Fetâvâ Ali Efendi ala hücceti'l-vekil*, vr. 27a-b.

32 Atâullah, *Risaletü't-tenkih*, vr. 9b.

33 Şânîzâde, *Fetâvâ Ali Efendi ala hücceti'l-vekil*, vr. 27b; İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim el-Mısri (v. 970/1563), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Dımeşk 1986, s. 328.

34 Şânîzâde, *Fetâvâ Ali Efendi ala hücceti'l-vekil*, vr. 27b, 28a.

35 Atâullah, *Risaletü't-tenkih*, vr. 10a.

bulduğunu,³⁶ *Minehu'l-gaffâr*³⁷ ve *Dürü'l-muhtâr*'da³⁸ fetvalardan birinin açıkça tercih edilmediğini ifade eder. Atâullah Efendi nihai kanaatini ise şöyle açıklar: "Lakin mesail-i fihriyyeye mümâresesi olan ehl-i insaf indinde Ali Efendi fetvası kavâid-i ilm-i ahkâma mutabakatı cihetiyle kabule elyak ve hilafına verilen fetvalar üzerine evleviyet ve ruçhânı malum ve muhakkak idüğünde iştibâh olunmaz."³⁹

Şânîzâde risalesinin sonunda Yenişehirli Abdullah Efendi'nin hata etmesini uzak bir ihtimal görenleri ikna etmek üzere *Behcetü'l-Fetâvâ*'da hata olduğunu düşündüğü üç meseleyi daha örnek olarak sunar. Şânîzâde'nin ele aldığı asıl meselede ona katılıp Abdullah Efendi'nin hata ettiğini kabul eden Akifzâde, Şânîzâde'nin ilaveten zikrettiği bu üç meseleden birincisine dair uzunca bir değerlendirme yaparak bu noktada Şânîzâde'nin hatalı olduğunu, Abdullah Efendi'nin isabet ettiğini belirtir. Sonuçta ilgili fetvanın, Şânîzâde'nin zannettiği gibi Abdullah Efendi'nin otoritesini zayıflatmadığını, bilakis güçlendirdiğini beyan eder.⁴⁰

III. Meselenin Sair Fetva Mecmualarına Yansıması

Çatalcalı Ali Efendi'nin azliyle şeyhülislamlığa getirilen Mehmed Ankaravî (v. 1098/1687), İbn Nüceym'in *Eşbâh*'ının vekalet babındaki⁴¹ nakli mecmuasına alır.⁴² Nakil özetle şöyledir: Vekilin sözü yeminiyle kabul edilir. Ancak deyni kabza vekilin, müvekkilin ölümünden sonra 'Müvekkil hayattayken kabzedip ona verdim' sözü beyyine ile kabul edilir. Bu nakil mutlak olup Şânîzâde'nin ısrarla üzerinde durduğu veresinin kabzı kabul ya da inkar etmelerinin farklı olacağı ayrımına işaret etmemektedir. Ancak İbn Nüceym'in *Fetâvâ*'sındaki fetvalarından⁴³, onun her iki halde de vekilin sözünün ancak beyyine ile kabul edileceği kanaatinde olduğu açıktır.

36 *Fetâvâ-yı İbn Nüceym*'de yer alan iki fetvanın es-Seyyid Hasan Ref'et tarafından yapılan tercümeleri şöyledir: "Zeyd Amr zimmetinde olan şu kadar akçesini kabza Bekir'i tevkil edip Bekir dahi kabzettikten sonra Zeyd fevt olup veresesi Bekir'den 'Meblağ-i mezbûru Zeyd'e vermeyip yedinde kaldı' deyu dava ettiklerinde Bekir 'Meblağ-i mezbûru Zeyd'e hayatında def ve teslim eyledim' deyip yemin eylese musaddak olur mu, yoksa ikâmet-i beyyine lâzıme olur mu? el-Cevab: İkâmet-i beyyine lâzımdır." İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim el-Mısıri (v. 970/1563), *Hulâsa-i İbn Nüceym*, ter. es-Seyyid Hasan Ref'et b. İbrahim Rüşdi, İstanbul 1289, s. 196. Diğer fetva ise 209. sayfadadır; "Zeyd Amr'a bir meta verip 'Falan beldede bey' eyle akçesini bana getir' deyu tevkil edip Amr dahi meta-ı mezbûru o beldede semen-i maluma bey' ve akçesini getirip Zeyd'e teslim ettikten sonra Zeyd fevt olduğunda Zeyd'in veresesi Amr'dan 'Semen-i mezbûru Zeyd'e vermeyip yedinde kaldı' deyu dava ettiklerinde Amr 'Semen-i mezbûru Zeyd'e hayatında tamamen teslim ettim' deyip yemin eylese tasdik olunur mu, yoksa ikâmet-i beyyine lâzıme olur mu? el-Cevab: İkâmet-i beyyine lâzımdır."

37 Hanefî fakih Şemseddin Muhammed et-Timurtaşî'nin (v. 1004/1595) eseri.

38 Hanefî fakih Alâeddin Muhammed el-Haskefî'nin (v. 1088/1677) eseri.

39 Atâullah, *Risaletü't-tenkih*, vr. 10b-11b.

40 Akifzâde, *Mecelletü'l-mehâkim*, vr. 150b-152a. Yenişehirli Abdullah Efendi'nin kendisinden sonraki dönemde ilmi anlamda büyük bir otoriteye sahip olduğu müşahade edilmektedir. *Behcetü'l-fetâvâ* 18 ve 19. yüzyıllarda en çok itibar gören fetva mecmualarından olup fetvahane tarafından muteber kabul edilen dört mecmuadan biridir. Şeyhülislam fetvalarının derlendiği *Fetâvân-Nümâniyye*, *Revâiyhu'z-zekiyye fi Fihrisi'l-Fetâvâ't-Türkiyye*, *Mecelletü'l-mehâkim*, *Nehriyyetü'l-fetva*, *Melceü'l-müftin fi Vâkati'l-müstefin* gibi mecmualarda fetvalarına en çok yer verilenlerden biri Yenişehirli Abdullah Efendi'dir. Çeşmizâde Mehmed Halis'in *Hulâsatü'l-Ecvibe*'sinde özetini verdiği altı mecmuadan biri de *Behcetü'l-fetâvâ*'dır. Şânîzâde'nin, Abdullah Efendi'nin hata ettiğini kabule yanaşmak istemeyenleri ikna etmek üzere onun başka hatalarına işaret etme gereği duyması ve Akifzâde'nin bu konudaki değerlendirmeleri de Abdullah Efendi'nin otoritesini gösterir.

41 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 297, 298. Şânîzâde'nin nakledip reddettiği, İbn Nüceym'in bu eserinin Emânât bölümünde s. 328'de yer alan ibareye yukarıda yer verilmişti.

42 Ankaravî, Mehmed Emin (v. 1098/1687), *Fetâvâ-yı Ankaravî*, II, 45-46.

43 Bak. 36 numaralı dipnot.

Sunullah b. Ali (v. 1137/1724), 1127/1715 yılında derlediği *Mecmûa-i Mesâil-i Fıkhiyye*⁴⁴ isimli eserinde hem *Eşbâh*'dan aynı nakle hem de *el-Fetâvâ'l-Velvâliciyye*'den ilgili nakle yer verir. Devamında Timurtaş'ın *Eşbâh*'a yazdığı hâşiyesinden⁴⁵ şu görüşü aktarır; “Vedîayı kabza vekil, nefsinden damân sorumluluğunu kaldıran beyanında tasdik olunur. Deyn-i kabza vekil ise damân sorumluluğunu müvekkile yükleyen beyanında tasdik olunmaz.” Sunullah b. Ali hem bu ifadeden hem de *Velvâliciyye*'nin ifadesinden hareketle borçluya nisbetle vekilin sözünün kabul edilmeyeceği, ancak kendisine nisbetle kabul edileceği sonucuna ulaşır.⁴⁶ Dolayısıyla Ali Efendi'nin görüşünü benimsediği söylenebilir.

1715-1716 yıllarında şeyhülislam olan Menteşzâde Abdurrahim Efendi (v. 1128/1716)'nin⁴⁷ fetva mecmuasının “Kitabu'l-Vekale” bölümünde “Fi'l-ve kale bi kabz'd-deyn ve'l-vedîa” başlığında yer alan ilk fetva Abdullah Efendi'nin ilgili fetvasıyla -ifadelerdeki bazı önemsiz farklar hariç- aynıdır.⁴⁸ Devamındaki fetva ise Çatalcalı Ali Efendi'nin s. 11'deki fetvasının aynısıdır. *Fetâvâ-yı Abdurrahim*, fetva emini Mehmed b. Ahmed el-Gedûsî tarafından derlenip müellifinin vefatından yaklaşık yüzyıl sonra 1243/1827'de basılmıştır. Mehmed b. Ahmed el-Gedûsî'nin bizzat kendisinin yazıp vakfettiği ve nükûle de yer verdiği *Fetâvâ-yı Abdurrahim mea'n-nukûl*'de de bu iki fetva peş peşedir. Gedûsî, ilk fetvanın *Behcetü'l-fetâvâ*'da yer alan fetvaya mutabık, Ali Efendi ve Atâullah Efendi'nin fetvalarına ise muhalif olduğunu belirtir ve her iki görüşü destekleyen nükûle yer verir. İkinci fetvadan sonra ise bu fetvanın Ali Efendi'ye muvâfık olduğunu söylemekle yetinir.⁴⁹

Gedûsî'nin derlemelerinde peş peşe yer alan bu fetvaların Abdurrahim Efendi tarafından mütalaa edildiğini bilemiyoruz. Ancak Abdurrahim Efendi'nin her iki yöndeki fetvaya da yer vermesi, fetvalardan birinin müftâ-bih hale gelmediği, kendisinin de bir tercihte bulunmadığı, kadı ve müftülere tercih hakkı tanıdığı şeklinde değerlendirilebilir.

Bu noktada bir soru daha gündeme gelir; Abdullah Efendi'den bir buçuk yıl önce şeyhülislamlık yapan Abdurrahim Efendi aynı fetvayı verdiği halde gerek risalelerde gerekse fetva mecmualarında atıflar niye hep Abdullah Efendi'ye yapılmıştır? Burada iki ihtimalden bahsedilebilir; birincisi Abdurrahim Efendi'nin her iki istikamette fetvalarının bulunmasıdır. İkinci ihtimal ise Abdullah Efendi

44 Çatalcalı Ali Efendi ile Yenişehirli Abdullah Efendi'nin meşihatleri arasındaki dönemde Edirne ve İstanbul kadılığı yapan Sunullah b. Ali (v. 1137/1724) mukaddimede bu eserini kadılık vazifesi esnasında muteber kaynaklardan derlediğini belirtir.

45 Salih b. Muhammed et-Timurtaş'ın (v. 1055/1645) *Zevâhiru'l-cevâhiri'n-nedâir* isimli hâşiyesi.

46 Sunullah b. Ali, *Mecmûa-i Mesâil-i Fıkhiyye*, yazma, yy. ty., Süleymaniye Ktp., Aşir Ef. 403, vr. 161b-162a.

47 Abdurrahim Efendi, Yenişehirli Abdullah Efendi'nin meşihatinden yaklaşık üç yıl önce (1127/1715) bu makama getirilmiş ve takriben bir buçuk yıl bu görevde kalmıştır.

48 “Hind bazı kimesneler zimmetlerinde olan akçesini kabza zevci Zeyd'i vekil edip Zeyd dahi alıp Hind'e verip ba'dehu Hind fevt oldukça sair verese Zeyd'den 'Sen meblağ-i mezbûru ol kimesnelerden aldıktan sonra Hind'e vermemişdin, ver' deyu dava ettiklerinde Zeyd 'Ben meblağ-i mezbûru Hind'e hayatında verdim' deyu yemin eylese musaddak olur mu, yoksa isbat lazım olur mu? *el-Cevab*: İsbat lazımdır.” Abdurrahim Efendi, Menteşzâde (v. 1128/1716), *Fetâvâ-yı Abdurrahim*, İstanbul 1243, II, 331.

49 Abdurrahim Efendi, Menteşzâde (v. 1128/1716), *Fetâvâ-yı Abdurrahim mea'n-nukûl*, der. es-Seyyid Mehmed el-Gedûsî, İstanbul Müftülüğü Ktp., 143, yazma, İstanbul, h. 1238, II, vr. 266b-267a.

henüz hayattayken fetva emini Mehmed Fıkhî el-Aynî tarafından fetvaları derlenmiş ve muteber fıkıh kitaplarından nükûl yazılmış olmasına mukabil, Abdurrahim Efendi'nin fetvalarının yaklaşık yüz yıl sonra 1238/1823 yılında Gedûsî tarafından nükûl yazılarak derlenmiş olması hasebiyle Abdurrahim Efendi'nin fetvalarının henüz mütedâvil ve muteber görülmemesidir. Zira şeyhülislamın taşra müftüleri gibi fetva verirken nakil gösterme mecburiyetleri olmamakla beraber onların fetvalarının da daha sonraki dönemlerde muteber ve mütedâvil olmalarında, muteber fıkıh kitaplarından nükûl yazılarak bir mecmuada toplanmış olmalarının önemli bir etken olduğu bilinmektedir.⁵⁰

Abdullah Efendi'nin fetva eminliğini yapan M. Fıkhî el-Aynî ise kendi telif ettiği fetva mecmuasında deyni kabza vekilin, müvekkilinin vefatından sonra “Ben deyni kabzettim ve müvekkilime verdim” sözünün tasdik edilmeyeceği ve beyyine ile isbat etmesi gerektiğine dair Zekeriyazâde Yahya Efendi, Minkarizâde Yahya Efendi ve kendi fetva emîniyken Yenişehirli Abdullah Efendi'nin fetva verdiklerini söyler. *el-Fetâva'l-velvâliciyye* ve *Mebsub*'un ifadelerinden de bu görüşün doğru olduğunun anlaşıldığını, ancak Hayredin Remlî ile Ali Efendi'nin farklı fetva verdiklerini belirtir.⁵¹

Halebî (v. 1190/1776) de *Dürru'l-muhtâr* hâşiyesi *Tuhfetü'l-ahyâr*'da Ankaravî gibi İbn Nüceym'in *Eşbâh*'ında yer alan, vekilin müvekkilin ölümünden sonraki sözünün ancak beyyine ile kabul edileceğine dair nakli vermekle yetinir.⁵²

Mostar müftüsü Ahmed el-Mostarî (v. 1190/1776) de *Fetâvâ-yı Ahmedîyye fi Şer'îati'l-Muhammediyye* isimli mecmuasında vekilin iddiasını isbat etmesi gerektiğine dair fetva verir. Fetvada veresenin, vekilin kabzını kabul ettikleri, sadece mûrislerine vermediklerini iddia ettikleri sarahaten ifade edilir.⁵³ Nakil olarak da yine İbn Nüceym'in *Eşbâh*'ında Kitabu'l-vekalâde yer alan ibareyi aktarır.

Kandiye müftüsü Kasım el-Benderî ise 1197/1783'te başlayarak Hanefi fıkıh ve fetva kitaplarından derlediği *el-Vakîatü'l-kebîratü'l-Giridiyye* isimli eserinde Ali Efendi'nin sayfa 11'deki fetvasına yer verir. İbn Kemal ve Ebussuud'un farklı fetva verdiğine işaret etmekle birlikte tercihini Ali Efendi fetvasından yana yapar.⁵⁴

50 İstanbul kadılığı payeli Münib Efendi, Abdurrahim Efendi'nin Gedûsî tarafından derlenen *Fetâvâ*'sına yazdığı takrizde Abdurrahim Efendi'nin fetvalarının, nakillerini de içeren bu mecmua ile kabul görme sınırının nihai derecesine ulaştığını ifade eder (nakleden, Şükrü Özen, *Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü*, s. 301). Benzer şekilde Mehmed Fıkhî el-Aynî de *Behcetü'l-fetâvâ*'nın mukaddimesinde hakim ve müftülerin fetva ve hüküm verirken itimad etmeleri için her bir fetvaya muteber fıkıh kitaplarından nükûl eklediğini ifade eder; Abdullah, Ef., *Behcetü'l-Fetâvâ*, s. 2.

51 Aynî, Mehmed Fıkhî, *Ecvibetü'l-kâniya ani'l-Esileti'l-vâkıa*, yazma, yy, ty., İstanbul Müftülüğü Ktp. 176, vr. 49a.

52 Halebî, İbrahim b. Mustafa b. İbrahim (v. 1190/1776), *Tuhfetü'l-ahyâr*, yazma, yy., h. 1152, Süleymaniye Ktp., Nâfiz Paşa 261, vr. 499b.

53 “Hind Zeyd'in zimmetinde olan akçesini kabza zevci Amr'ı vekil edip Amr dahi meblağ-i merkûmu alıp Hind'e verip ba'dehu Hind fevt oldukda sair veresesi Amr'a ‘Sen meblağ-i merkûmu Zeyd'den aldın, Hind'e hayatında vermedin’ deyu dava edip Amr ‘Ben meblağ-i merkûmu Hind'e hayatında verdim’ deyu yemin eylese musaddak olur mu, yoksa isbat lazım mıdır? el-Cevab: İsbat lazımdır”; Mostarî, Ahmed b. Muhammed (v. 1190/1776), *Fetâvâ-yı Ahmedîyye fi Şer'îati'l-Muhammediyye*, müst. Sohta Abdullah b. Mustafa Efendi, yazma, İstanbul, h. 1186, Süleymaniye Ktp., Kasıdecizâde 290, vr. 86b.

54 Benderî, Kasım, *el-Vakîatü'l-kebîratü'l-Giridiyye*, yazma, İstanbul, h. 1198, İstanbul Müftülüğü Ktp. 162, vr. 183b.

Görüldüğü üzere Şânîzâde risalesini yazmadan önce her iki görüş istikametinde fetvalar verilmekle birlikte ağırlıklı görüşün, vekilin sözünün kabulü için beyine gerektiği şeklinde olduğu söylenebilir. Tabii ki bu noktada yapılan nakillerde bakıldığında İbn Nüceym'in önemli bir rolünün olduğunu belirtmek gerekir. O, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*'in iki yerinde vekilin sözünün kabulü için beyineye ihtiyaç olduğunu belirttiği gibi aynı istikamette iki de fetva vermiştir. İbn Nüceym'in 16. yüzyılda Hanefi fıkıh geleneğinin en önemli isimlerinden biri olduğu, hatta 18. yüzyılda da kendisine atf yapılan otoritelerin başında geldiği söylenebilir.⁵⁵

Debbağzâde Numan Efendi (v. 1224/1809)⁵⁶ ise Şânîzâde'nin risalesini telifinden kısa bir süre sonra 1215/1800 yılında derlediği mecmuasında aynı varakta hem Ali Efendi'nin hem de Abdullah Efendi'nin fetvalarına yer verir.⁵⁷ Benzer şekilde Mentешzâde Abdurrahim Efendi'nin de her iki istikamette fetva verdiği yukarıda değinmiştik. Yine İbrahim b. eş-Şeyh İsmail de müftülük yaptığı sırada derlediği, şeyhülislam fetvalarını içeren eserinde önce Abdullah Efendi fetvasına paralel bir fetvaya⁵⁸, sonra Çatalcalı Ali Efendi'nin her iki fetvasına yer verir.⁵⁹ Bu alimlerin de bir tercihte bulunmadıkları, takdir hakkını kadı ve müftülere bıraktıkları düşünülebilir.⁶⁰

Debbağzâde Numan Efendi ve İbrahim b. İsmail hariç tutulursa Şânîzâde sonrası eserlerde önemli ölçüde Ali Efendi fetvasının tercih edildiği görülür. Şeyhü-

55 Osmanlıların Mısır'ı fethinden kısa bir süre sonra 926/1520 yılında Kahire'de doğan Zeynüddin İbn Nüceym, Kahire'de dönemin önemli ilim adamlarından ders alır. Genç yaşta ders vermeye başlayan İbn Nüceym müftülük ve kadılık görevlerinde bulunur. 970/1563 yılında henüz kırk üç yaşında vefat etmesine rağmen birçok önemli eser bırakır: *Bahru'r-râik, el-Eşbâh ve'n-nezâir, Fetâvâ İbn Nüceym, Fevâidu'z-Zeyniyye, Resâilü'z-Zeyniyye, Fethu'l-gaffâr fi Şerhi'l-Menâr, Hâşiyetü Câmii'l-fusûleyn, Lübbü'l-usul fi Takriri'l-usul*. 18 ve 19. yüzyıllarda gerek taşra müftülerinin verdikleri fetvalara, gerek sair müftiler tarafından şeyhülislam fetvalarına nükül yazılırken en çok başvurulan isimlerden birinin İbn Nüceym olduğu görülür. Nitekim Emine Arslan'ın *Fetâvâ-yı Ali Efendi, Fetâvâ-yı Fezviye, Behcetü'l-fetâvâ ve Neticetü'l-fetâvâ*'nın Nikah ve Talak bölümleri ile M. Fikhî el-Aynî'nin *Ecvibetü'l-kâniâ*'sının tamamına nükül yazılan kaynaklara dair verdiği istatistikte 377 nakille ilk sırada yer alan Kadıhan'dan sonra 310 nakille İbn Nüceym ikinci sırada yer alır (Arslan, Emine, *Nuküllü Fetva Mecmuaları ve Mehmed Fikhî el-Aynî'nin el-Ecvibetü'l-kanîa Adlı Eserinin Bunlar Arasındaki Yeri*, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 2010, s. 257-283). Benzer şekilde farklı müftülere ait fetvaların derlendiği mecmualarda da *Fetâvâ-yı İbn Nüceym* en çok fetva alınan kaynaklardan biridir. Çeşmizâde Mehmed Halis (v. 1297/1879)'in 19. yüzyılın ortalarında kaleme aldığı *Hulâsatü'l-ecvibe* isimli eserinde muteber görüp özetlerini verdiği altı fetva mecmuasından üçü (*Fetâvâ-yı Abdurrahim, Behcetü'l-fetâvâ, Neticetü'l-fetâvâ*) 18. yüzyıla, ikisi (*Fetâvâ-yı Ali Efendi, Fetâvâ-yı Fezviye*) 17. yüzyılın son çeyreğine aitken sadece *Fetâvâ-yı İbn Nüceym* 16. yüzyıla aittir. Yine bu mecmualardan beşi Osmanlı şeyhülislamlarına ait ve Türkçe iken sadece *Fetâvâ-yı İbn Nüceym* Arapça ve bir taşra müftüsüne aittir. Yine tespit edebildiğimiz kadariyle *Fetâvâ-yı İbn Nüceym* Osmanlı döneminde Türkçeye tercüme edilen soru cevap tarzındaki tek fetva mecmuasıdır (Hasan Ref'et b. el-Hâc İbrahim Rüşdi el-İstanbulî tarafından yapılan tercüme İstanbul'da 1289/1871 yılında basılmıştır).

56 Numan Efendi, Şeyhülislam Debbağzâde Mehmed Efendi'nin (v. 1114/1702) torunu olup Kudüs payesiyle Filibe kadılığı yapmıştır. Özen, *Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü*, s. 267-268.

57 Numân Efendi, Debbağzâde (v. 1224/1809), *Fetâvâ'n-Nümâniyye*, yazma, İstanbul, h. 1215, Süleymaniye Ktp., Esad Ef. 1080, vr. 210a, b. Abdullah Efendi'nin fetvasına vr. 210a'da, Ali Efendi'nin s. 12'deki fetvasına ise iki fetva sonra vr. 210b'de yer verir.

58 "Hind bazı kimesneler zimmetlerinde olan bir miktar akçe hakkını ahz u kabza ve kendüye işâle zevci Zeyd'i vekil edip Zeyd dahi alıp Hind'e verip ba'dehu Hind fevt oldukça sair verese Zeyd'e 'Meblağ-i mezbûru sen ol kimesnelerden aldıktan sonra Hind'e vermemişdin' deyu dava ve hisse taleb ettiklerinde Zeyd 'Meblağ-i mezbûru ben hal-i hayatında Hind'e verdim' deyu yemin eylese tasdik olunur mu, yoksa isbat lazım mıdır? *el-Cevab*: İsbat lazımdır." Bu fetva basit farklarla Abdurrahim Efendi'nin ilgili fetvasının aynıdır.

59 Kastamonî, İbrahim b. eş-Şeyh İsmail, *Fetâvâ-yı Hallî*, yazma, yy., ty., İstanbul Müftülüğü Ktp. 1193, vr. 239a.

60 Atâullah Efendi'nin risalesinde *Minehu'l-gaffâr ve Dürru'l-muhtâr* isimli eserlerde de benzer şekilde bir tercihte bulunulmadığına işaret ettiği yukarıda değinildi.

İslam Şerifzâde Atâullah Efendi'nin, yukarıda özeti verilen risalesinin sonunda Ali Efendi'nin fetvasının, fıkıh kaidelerine mutabık olması hasebiyle kabule layık ve hilafına verilen fetvalara tercih açısından üstün olduğunda şüphe olmadığını belirttiğine değinilmişti.

Dürü'l-bihâr Şerhu Mülteka'l-ebhur'u yazdıktan sonra *Semhatü'l-ibrâr fi Beyâni Gumûzi'l-esrâr* isimli fetva mecmuasını derleyen Hasan b. Ali de bu mecmuasında vekilin bu durumda yeminiyle tasdik edileceğine dair bir fetvaya yer verir.⁶¹ Devamında Ali Efendi'nin de bu şekilde fetva verdiğine, ama Abdullah Efendi'nin bunun hilafına fetvası bulunduğu, Abdullah Efendi'nin bu konuda yalnız olmadığına ve bu hususa bazı risalelerde işaret edildiğine değinir. Hâmişte Atâullah Efendi'nin risalesine atıfla Abdullah Efendi'nin yalnız olmadığına dair Kerenbeşi'nin Ali Efendi mecmuasının hâmişine düştüğü not aynen yer alır.⁶² Hasan b. Ali nihai kanaatini de vekilin tasdik edilmesinin daha doğru, kabule daha layık olacağı şeklinde açıklar. Sonrasında Atâullah Efendi'ye ait, Ali Efendi'ye muvafık bir fetvaya daha yer verip vekilin, müvekkilin ölümünden önce de sonra da kendisi hakkında emin olduğuna vurgu yapar.⁶³

Abdurrahman b. Mustafa (v. 1225/1810)⁶⁴ da 1216/1801'de temize çektiği *Sefînetü'l-fetâvâ* isimli mecmuasında vekilin yeminiyle tasdik olunacağına dair iki fetvasına⁶⁵ yer verir. Nakil olarak da Hayreddin Remlî'den ilgili bölümü aktarır.⁶⁶

Akifzâde el-Amasî (v. 1232/1817)⁶⁷ de kadılık yaptığı 1225-1227 yıllarında hazırladığı *el-Mecelletü'l-mehâkim* isimli eserinde veresinin, kabz-ı deyne vekil olan

61 “Zeyd, Amr’ı Bekir’den şu kadar akçe hakkını kabza tevkil ettikten sonra Zeyd fevt olup verese Amr’dan ‘Sen Bekir’den ahz u kabz ettiğin meblağ mürisimiz Zeyd’de vermeyip yedinde kaldı, ver’ deyu taleb ettiklerinde, Amr ‘Ben Bekir’den aldığım meblağ tamamen Zeyd’de hayatında teslim ettim’ deyu yemin eylese musaddak olur mu, yoksa beyine lazıme olur mu? el-Cevab: Yemin ile musaddak olur”; Kayserî, Hasan b. Ali, *Semhatü'l-ibrâr fi Beyâni Gumûzi'l-esrâr*, yazma, İstanbul, h. 1227, İstanbul Müftülüğü Ktp. 384, vr. 292a.

62 Bursalı M. Tahir ve Bağdatlı İsmail Paşa Hasan b. Ali’nin vefat tarihini 1187/1767 olarak verirler (*Osmanlı Müellifleri*, İstanbul, ts., I, 290; *Hediyetü'l-arifin esmaü'l-müellifin ve asâru'l-müellifin*, İstanbul 1990, I, 299). Ancak Hasan b. Ali’nin bu konuya bazı risalelerde işaret edildiğine değinmesi ve Şanizâde’nin risalesini takriben 1790’da, Atâullah Efendi’nin ise 1219’da yazdığı düşünüldüğünde Hasan b. Ali’nin daha sonra yaşadığı varsayılabilir. Atâullah Efendi’nin risalesine atıfla hâmişe yazılan bilgi, mecmuayı h. 1227’de yeniden derleyen Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedûsi tarafından eklenmiş olabilir. Ancak metinde risalelere işaret eden ibarenin Gedûsi tarafından eklenmiş olması uzak bir ihtimal olarak gözükmemektedir.

63 Kayserî, *Semhatü'l-ibrâr*, vr. 292a.

64 Abdurrahman b. Mustafa Erzurum’da müftülük ve kadılık vazifeleri yapmıştır; Özen, *Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü*, s. 315.

65 “Zeyd Amr zimmetinde ücret cihetinden şu kadar akçe hakkını kabza Bekir’i tevkil ettikten sonra Zeyd fevt oldukça verese Bekir’den ‘Sen meblağ-i mezbûru Amr’dan alıp lakin Zeyd’de vermeyip yedinde kaldı, ver’ deyu dava eyleseler, Bekir ‘Meblağ-i mezbûru Zeyd’de hayatında tamamen teslim eyledim’ deyu üzerine red ve damân lazım olmadığına yemin edince veresinin mutâlebesinden halâs olur mu? el-Cevab: Olur.”

“Zeyd mülk menziline bey’a oğlu Amr’ı tevkil edip Amr dahi menzil-i mezkûru Bekir’e bey’ ve teslim ve kabz-ı semen ettikten sonra Zeyd fevt olup Amr’ı ve sair veresini terk ettikde sair verese Amr’dan ‘Semen-i mezbûru Zeyd’de vermedin, yedinde kaldı, hissemizi ver’ deyu dava eyleseler, Amr ‘Semen-i mezbûru tamamen hayatında Zeyd’de verdim’ deyip üzerine red ve damân lazım olmadığına yemin edince sair veresinin mutâlebeleden halâs olur mu? el-Cevab: Olur”; Erzurumî, Abdurrahman Efendi b. el-Hâc Mustafa (v. 1225/1810), *Sefînetü'l-fetâvâ* (1216/1801), müst. Ali b. Ahmed el-Ofî el-Paçanı, yazma, İstanbul, h. 1254, İstanbul Müftülüğü Ktp. 169, vr. 143a.

66 Erzurumî, *Sefînetü'l-fetâvâ*, vr. 143a.

67 Akifzâde, Amasya’da müftülük, İstanbul’da müderrislik ve İstanbul Bab Mahkemesinde kadılık yapmıştır, ayrıntılı bilgi için bak. Kaya, Süleyman, *Akifzâde’nin Mecelletü'l-mehâkim İsimli Eseri Çerçevesinde Osmanlı Fetvasında Değişim*, s. 95-96.

şahsın kabzını kabul etmeleri halinde vekilin yeminiyle tasdik olunacağını belirtir. O da, Ali Efendi ve Remlî'nin de bu istikamette fetva vermelerine mukabil *Behce* sahibinin karşı fetva verdiği, Şânîzâde'nin risalesinde Ali Efendi'nin fetvasını tercih ettiğine değinir. Akifzâde, veresenin vekilin kabzını ikrar etmeleri halinde kabzettiği deynin vekilin elinde emanet hükmünde olacağına, 'Elimde helak oldu ya da müvekkile teslim ettim' demesinin kendisinden damân sorumluluğunu kaldırma anlamına geleceğine ve emin olan şahsın kendisinden damân sorumluluğunu kaldıran beyanının yeminiyle tasdik olacağına vurgu yapar.⁶⁸

Osman b. Mehmed Tosyevî⁶⁹ de *Fevâidü'l-fetâva'l-Osmaniyye* isimli mecmuasında hangi şeyhülislama ait olduğunu belirtmeksizin vekilin yeminiyle tasdik olunacağına dair bir fetvaya yer verir. Fetvanın Hasan b. Ali'nin konuya dair verdiği son fetvayla hemen hemen aynı olduğu görülür.⁷⁰

İbn Abidin de (v. 1252/1836), İbn Nüceym'in *el-Eşbâh ve'n-nezâir*'ine yazdığı hâşiyesinde, İbn Nüceym'in Kitabu'l-vekâle'de kabz-ı deyne vekilin beyyine getirmesi gerektiğine dair ifadesini Şürünbülâlî'nin risalesine⁷¹ atıfla şöyle açar; "Vekil, hayattayken müvekkiline kabzettiğini söylese sözü tasdik olunur ve borçlu borçtan berî olur. Müvekkilin ölümünden sonra borçlu, sadece vekilin sözüyle borçtan berî olmaz, beyyine ile ispat edilmesi ya da veresenin vekilin kabzını kabul etmesi gerekir. Fakat vekilin sözü, kendisinin damân sorumluluğundan berî olması hususunda müvekkil hayattayken de öldükten sonra da kabul edilir. Zira vekilin kabzettiği şey vedîa gibi elinde emanettir. Emin, müvekkilin ölümüyle emin olma vasfını kaybetmez."⁷²

Fetva emini Çeşmizâde Mehmed Halis (v. 1297/1879), *Hulâsatü'l-ecvibe* isimli eserinde *Fetâvâ-yı Abdurrahim*, *Behcetü'l-fetâvâ*, *Neticetü'l-fetâvâ*, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, *Fetâvâ-yı Feyziye* ve *Fetâvâ-yı İbn Nüceym*'deki fetvaların özetlerini verir. Tekrardan kaçınmak için aynı manayı ifade eden fetvalardan birinin özetini verip diğerlerine atıf yapar. Konumuzla ilgili fetvaları da içeren genel bir özet verip hem kabz-ı deyne hem de kabz-ı ayna vekil olanlara dair birçok fetvaya atıf yapar; "Kabza vekilin müvekkili fevt oldukça veresesi 'Makbûzunu mûrisimize vermedin'

68 Akifzâde, *Mecelletü'l-mehâkim*, vr. 184a.

69 Fetvahanede görev yaptığı yıllarda şeyhülislam fetvalarını derleyerek eserini oluşturduğunu belirten Tosyevî'nin, vefat ve eserini yazdığı tarih tespit edilememiştir. Ancak mecmuasının sonunda Akifzâde'nin eserinden alıntı yapması hasebiyle, mecmuasını ondan daha sonra derlediği söylenebilir; Tosyevî, Osman b. Mehmed, *Fevâidü'l-fetâva'l-Osmaniyye*, yazma, yy. ty., İstanbul Müftülüğü Ktp. 310, vr. 317b.

70 "Zeyd Amr'ın yedinde vedîa olan şu kadar akçesini kabza Bekir'i tevkil edip Bekir dahi kabz ettikten sonra Zeyd fevt olup veresesi Bekir'den 'Sen meblağ-i mezbûru Zeyd'e vermeyip yedinde kaldı, ver' deyu dava ettiklerinde Bekir 'Ben meblağ-i mezbûru Zeyd'e hayatında tamamen teslim eyledim, yedimde nesne kalmadı' dese Bekir yeminiyle tasdik olunur mu? el-Cevab: Olunur", Tosyevî, *Fevâidü'l-fetâva'l-Osmaniyye*, vr. 160a.

71 Eş-Şürünbülâlî, Ebu'l-İhlas Hasan el-Vefai, *Minnetü'l-celil fi kabuli kavli'l-vekil*, yazma, yy., h. 1044, Süleymaniye Ktp., Süleymaniye 1044/46, vr. 275a-282a. Şürünbülâlî bu risalesinin mukaddimesinde vekilin sözünün yeminiyle tasdik olunacağına dair bir fetvasına yer verdikten sonra bazı meşâyihın İbn Nüceym'in *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*'deki ifadesine binaen hilafına fetva verdiklerini ifade eder. İbn Nüceym'in bu görüşünün kaynağını mezheb kitaplarından araştırdığımı ancak bir şey bulamadığımı, bilakis aksi yönde sarif ifadeler gördüğünü belirtir.

72 İbn Abidin, Muhammed Emin b. Ömer (v. 1252/1836), *Nüzheti'n-nevâzir ale'l-Eşbâh ve'n-nezâir*, 1986 (*el-Eşbâh ve'n-nezâir* ile birlikte), s. 298.

deyu dava ve vekil dahi hayatında verip üzerine red ve damân lazım olmadığına yemin eylese halâs olur”. Çeşmizâde’nin, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, *Fetâvâ-yı Abdurrahim* ve *Behcetü’l-fetâvâ*’da yer alan konumuzla ilgili tüm fetvalara bu özetle atıf yapması Ali Efendi’nin fetvasını benimsediğini gösterir. Hâmişe düştüğü notta *Fetâvâ-yı Ali Efendi*’nin Kitabı’l-vekâlê’sindeki 44. fetvayla *Behcetü’l-fetâvâ*’nın 67. fetvasının özetle şu şekilde uzlaştırılabileceğini söyler; “Kabz-ı ayna vekil olanın sözü yeminiyle tasdik olunur. Kabz-ı deyne vekil olanın sözü ise, veresenin kabzı münkir olması durumunda tasdik edilmez.”⁷³ Halbuki Çeşmizâde’nin bu söyledikleri hemen tüm müftiler tarafından ittifakla kabul edilen hususlardır. İhtilaf, kabz-ı deyne veresenin kabzı kabul edip mürislerine ödemenin yapılmadığını iddia etmeleri durumuyla ilgilidir.

Sonuç

Osmanlı Hukukunda müftâ-bih/ma’mûl-bih hükme genellikle kendiliğinden gelişen tabii bir süreçle ulaşıldığı söylenebilir. İster Hanefi fıkıh geleneğindeki hükümlerden birinin tercihi, ister müftâ-bih olan hükmün tespiti, ister müftâ-bih hükümden udûl edip zayıf görüşle amel, ister fıkıh geleneğindeki hükümlerin hiç-biriyle amel etmeyip farklı bir fetva verme, isterse tahrîc yöntemiyle fetva verme söz konusu olsun bir müftî tarafından verilen fetva ya da kadı tarafından verilen hüküm isabetli olabileceği gibi hatalı da olabilirdi. Dolayısıyla zamanla sair kadı ve müftiler tarafından red ya da kabulü mümkündü. Bir fetvanın genel kabul görmesi, müftî ve kadıların aynı istikamette fetva ve hüküm vermeleri ilgili fetvanın müftâ-bih hale gelmesi anlamına gelirdi. Tam tersi fetva reddedilirse merdûd bir görüş olarak kalırdı. Yenişehirli Abdullah Efendi’nin ilgili fetvasının, başlangıçta kabul görmekle birlikte zamanla bu sonuca maruz kaldığı söylenebilir.

Bir müftî tarafından verilen fetva veya kadı tarafından verilen hüküm ya da müftâ-bih hale gelmiş fetvadan, geniş bir coğrafyada yaşayan sair ulemanın haberdar olmasında, özellikle kadıların birkaç yıl görev yaptıktan sonra mülâzemet usulü çerçevesinde Asitanê’de kazasker divanlarına katılma mecburiyetlerinin önemli bir rolü olabilir. Yine derlenen fetva ve sakk mecmualarının, yazılan risalelerin de bu hususta katkı sağladıkları söylenebilir.

Belli bir fetvanın müftâ-bih/ma’mûl-bih olmasında kendiliğinden işleyen sürecin bazen uzun bir zaman dilimine yayılması ve bu zaman zarfında müftî ve kadılar tarafından aynı konuda farklı hükümler verilmesi mümkündür. Ulema ve devlet adamlarının böylesi bir sürece tahammüllerinin olmadığı ya da zamanın şartları gereği benimsenmesi gerektiği düşünülen hükümlerin fıkıh geleneğine aykırılığı

73 Çeşmizâde Mehmed Halis, *Hulâsatü’l-ecvibe*, İstanbul, h. 1289, s. 140. *Hulâsatü’l-ecvibe*’de dikkat çeken bir diğer husus *Fetâvâ-yı İbn Nüceym*’de yer alan konumuzla ilgili iki fetvayla (Kitabu’l-vekâlê’nin 2. ve 43. fetvaları) ilgilidir. Çeşmizâde, bu eserin Kitabı’l-vekâlê’sinde yer alan 44 fetvadan 20’sinin doğrudan özetini vermiş, 20’sine ise sair fetvaların özetlerinde atıf yapmışken 4’üne hiç yer vermemiştir ki konumuzla ilgili olan 2. fetva bunlardan biridir. Konumuzla ilgili olan 43. fetvayı ise, yukarıda verilen özetle atıf yapmayıp müstakil olarak özetlemiştir: “Bey’a vekil bey’ edip semeni müvekkile verdikten sonra müvekkil fevt olup veresei semen-i mezkûru dava edip vekil dahi ‘Hayatında verdim’ dese yeminiyle tasdik olunmayıp beyine lazım olur.” s. 139.

sebebiyle bazı müftî ve kadılar tarafından benimsenmesinin zor olduğu istisnai durumlarda şeyhülislamın teklifi ve padişah iradesinin sadır olmasıyla müftâ-bih/ma'mûl-bih hüküm belirlenebiliyordu. Bu tür durumlarda ilgili hükmün tüm hukukçular tarafından benimsenmesi ulu'l-emre itaatın farziyeti ile açıklanırdı.

Deyni kabza vekil olan şahsın müvekkilin ölümünden sonra yemini ile tasdik olunup olunmayacağı konusundaki fetvalar incelendiğinde, belli bir konuda fetvalardan birinin müftâ-bih hale geliş sürecini görmek mümkündür. Bu, her zaman sürecin böyle işlediği anlamına gelmeyebilir, ama en azından böylesine tabî bir sürecin işlediğini söylemek gerekir. Çatalcalı Ali Efendi bir fetva veriyor, buna katılanlar olduğu gibi Yenişehirli Abdullah Efendi gibi katılmayıp farklı fetva verenler de oluyor. Bu süreçte sair müftî ve kadılar da tercihlerini ortaya koyuyor. Nihayet mesele Medine kadısı Şânîzâde'ye soru olarak yöneltiliyor. O da cevap sadesinde bir risale kaleme alıp gerekçelerini ortaya koyarak fetvalardan birini tercih ediyor. Bu tercih ve gerekçeleri, zamanla kadı ve müftiler nezdinde kabul görüyor.

Fetvalara nükûl yazılırken ve risalelerde konu ele alınırken önceki Osmanlı şeyhülislamlarına, Zeynüddin İbn Nüceym, Bedreddin İbn Kadı Simavne, Hayreddin er-Remli, Şemseddin et-Timurtaşî, Alâeddin el-Haskefî gibi Osmanlı dönemi fakihlerine ve Şemsu'l-eimme es-Serahsî, Ebu'l-Mekârim el-Velvâcî, İftihârüddin el-Buharî, Burhaneddin el-Buharî, Ebu'l-Muzaffer el-Kerâbîsî gibi Osmanlı öncesi özellikle Ortaasya menşeli Hanefî fakihlere atıf yapıldığı görülür. Bu isimlerin ve eserlerinin kaynak olarak kabul edilmesi, Osmanlı hukukçularının geçmiş birikimi tevârüs ettikleri anlamına geleceği gibi Osmanlı Hukukunda sürekliliğin önemli göstergelerinden biri olarak da gösterilebilir.

Geçmiş birikim tevârüs edilirken tüm kitapların dikkate alındığı görülür ki bu hakikati Akifzâde şu ifadesiyle dile getirir: “*Bugün fetva âmmе-i kütübe göredir*”.⁷⁴ Ancak geçmiş birikimin tevârüsünde, fıkıh geleneğinin sonraki dönemlere aktarımında önemli rol üstlenen belli isimlerin ve eserlerinin ön plana çıktığı, daha muteber ve otorite olarak görüldüğü dikkat çekmektedir. Fakat bu durum onların hiçbir görüşüne itiraz edilemediği anlamına gelmez. Nitekim 16. yüzyılın en önemli fakihlerinden Zeynüddin İbn Nüceym ile 18. yüzyılın en önemli şeyhülislamlarından Yenişehirli Abdullah Efendi'nin ilgili fetvaları reddediliyor.

Geçmiş birikimin tevârüsü değişen hayat şartlarına kayıtsız kalındığı anlamına da gelmiyor. Bir yandan ortaya çıkan yeni meselelere çözümler üretilirken bir yandan da zamanın ve şartların değişmesine paralel olarak tamamen ya da kısmen değiştirilmesi gerekli görülen hükümler gelenek içinde kalınarak belli bir usûl çerçevesinde değiştiriliyordu. Böylece yaklaşık bin yıllık geçmişi olan güçlü bir fıkıh geleneği yeniden üretilerek sürdürülüyordu. Osmanlı hukukçularının bu konudaki başarısı, onlara 600 yıllık büyük bir devletin hukukçusu olma şerefini bahşeden sebeplerden biri olarak değerlendirilebilir.

74 Akifzâde, *Mecelletü'l-mehâkim*, vr. 81b.

MİR'ÂT-I MECELLE'DE BELİRTİLEN MECELLE KAYNAKLARI

Doç. Dr. Kemal Yıldız*, Tayyip Nacar**

The Sources of Majallah that Stated in *Mir'at al-Majallah*

Mecelle is the first civil code of the Islam world. The committee that prepares the codes relied on the respected sources of the Hanefi sect. However, there isn't either any explicit information on the identity of these sources supposedly used in the text or any citations to these books in the studies done by the committee members. Mesut Efendi who was the Mufti of Kayseri province investigates the reference sources in the Mecelle in his book titled as *Mir'at-ı Mecelle*. Regarding one hundred and fifty sources listed in *Mir'at-ı Mecelle*, this article aims to describe how extensively these sources used in the Mecelle and also identify the authors of these references.

Key words: Mecelle, *Mir'at-ı Mecelle*, the mufti of Kayseri Mesut Efendi, the sources of the Hanafi sect

GİRİŞ

Tanzimat'tan sonra Osmanlı'da birçok alanda Batı eksenli hareketler gerçekleşmiştir. Bunlardan birisi yargı alanıdır. Yargı alanındaki değişikliklerin esasında şüphesiz ihtiyaç duyulan bazı altyapı çalışmalarındaki eksiklikleri giderme ve sosyal adaleti sağlama gayesi güdülmüştür ama Batılı güçlerin baskısı küçümsenemeyecek derecede etkili olmuştur. Bu çerçevede özellikle şahsî hukuk dışında kalan ceza, usûl ve ticaret alanlarında peyderpey Batı'dan kanunlar iktibas edilmiş ve bu kanunların uygulanması için Nizâmiye ve Ticaret mahkemeleri kurulmuştur¹.

Yeni kurulan bu mahkemeler her ne kadar ilgi alanlarına girmese de bazen Şer'î davalara da bakmak durumunda kalmışlardır. Ne var ki bu mahkemelerin hakimleri Şer'î hükümleri bilme konusunda çoğu zaman yetersizlik yaşıyor, Şer'î mahkeme hakimleri ise Hanefî mezhebi külliyatından sahih görüşleri çıkarıp uygulamada zorluklarla karşılaşıyorlardı. Mecelle mazbatasında işaret edilen bu gibi sebeplerin tesiri ve sınırlı da olsa bazı alanlarda kanun birliğini sağlamak amacıyla Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye tedvin edildi².

* Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi. email: kemal.yildiz@marmara.edu.tr

** Öğretim Görevlisi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi. email: tayyipnacar44@hotmail.com

1 Geniş bilgi için bk: Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara 1996, s.116-126; Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *DİA*, Ankara 2003, c.28, s.231-235.

2 Mecelle Mazbatası ilgili kısım için bk. Mesud Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, Matbaa-yı Osmanî, İstanbul 1299/1881, s.4.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Osmanlı Devleti ve İslam aleminin ilk medeni kanunudur. 1869-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında kurulan ve alanında uzman kişilerden oluşan Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanmıştır. Hanefî mezhebi çerçevesinde, mezhepte amel edilen sahih görüşler esas alınmıştır. Borçlar, kısmen eşya ve şahıs hukuku hükümlerini ihtiva etmektedir.

Mecelle, elli yedi yıl Osmanlı topraklarında yürürlükte kalmıştır. Sağlam ve teknik bir üsluba sahiptir. Metodundaki orijinallik ve yerli oluşu ile ulemâ ve rüesanın takdirini kazanmış ve İslâm aleminde yapılmak istenen kanunlaştırma faaliyetlerine öncülük etmiştir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye üzerine bir çok çalışma yapılmıştır³. 1877 yılında Kayseri müftüsü olan Mesud Efendi, bu kanunu oluşturan maddelerin kaynaklarını bilmek ve görmek isteyenlere kolaylık sağlasın diye Fıkıh kitaplarını tarayıp her maddenin altına bu kitaplardan bulunduğu kaynak metinleri bazen aynen, bazen de özet olarak kaydetmek suretiyle Mir'ât-ı Mecelle ismini verdiği bir eser telif etmiştir. Biz de bu eserde tespit edilmiş olan Mecelle'nin kaynaklarını yazarlarıyla birlikte ilim dünyasına tanıtmak istedik.

Mir'ât-ı Mecelle'de gösterilen kaynaklar bazen sadece yazarın meşhur ismiyle, bazen yazar ve eserin meşhur ismiyle, bazen sadece eserin meşhur ismiyle gösterilmiştir. Biz bu çalışmada, Mir'ât-ı Mecelle'deki kaynakları, orada geçtiği şekliyle aldıktan sonra eserlerin ve yazarların isimlerini tam olarak vererek vefat tarihlerine göre kronolojik bir şekilde sıraladık.

I. MESUD EFENDİ VE MİR'AT-I MECELLE

Her şeyden önce Mir'at-ı Mecelle'nin yazarı hakkında ulaşabildiğimiz bilgileri buraya almanın isabetli olacağını düşünüyoruz. Daha sonra temel özellikleriyle Mir'at-ı Mecelle'yi tanıtacağız.

A-Mesud Efendi'nin Hayatı

Mesud Efendi, Kayseri'ye bağlı Ağırnas (Mimar Sinan) köyünde dünyaya geldi. İlk öğrenimini doğduğu köyde tamamladıktan sonra Kayseri Câmî-i Kebir dersiâmı olan ve burada 30 yıl ders vererek yüzlerce talebe yetiştiren Hacı Torun Efendi'den (ö. 1799-1885)⁴ icazet aldı. 1877 yılında Kayseri müftüsü oldu. Ardından İstanbul'a taşınıp Mekke payesi aldı ve Mûzıkâ-i Hümayun Mektebi'nde Arapça muallimliği yaptı. Ramazan 1311 (Mart 1894) tarihinde vefat eden Mesud Efendi Beşiktaş'ta Yahya Efendi Dergahı haziresine defnedildi⁵.

3 Cumhuriyetten önce ve sonra Mecelle üzerine yapılan çalışmaları topluca görebilmek için bk. Osman Öztürk, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul 1973; Osman Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1997; Sami Erdem, "Türkçede Mecelle Literatürü", *TALİD*, c. 3, sy. 5, İstanbul 2005, s. 673-722.

4 Ahmet Madazlı, "Hacı Torun Efendi", *DİA*, XIV, 498-499.

5 Ferhat Koca, "Mesud Efendi", *DİA*, XXIX, 344-345.

B-Mir'at-ı Mecelle

Mesud Efendi'nin bilinen tek eseri, çalışmamızın konusunu teşkil eden *Mir'at-ı Mecelle*'dir.

Mir'at-ı Mecelle'nin tespit edebildiğimiz kadarıyla İstanbul 1299 ve 1302 tarihli baskıları bulunmaktadır. Çalışmamızda esas aldığımız baskı Muharrem 1299 (Kasım 1881) yılında Matbaa-yı Osmanî'de basılmıştır. Kitap, fihrist bölümü hariç 870 sayfadan ibarettir. Eserin bölümlerini şu şekilde tanıtabiliriz:

1. Fihrist Bölümü

Fihrist bölümü üçe ayrılmıştır:

- Fihrist-i Mir'at-ı Mecelle: Mecelle'yi oluşturan kitapların (bölüm) başlangıç sayfalarını gösteren muhtasar fihrist. (Bir sayfa)
- Fihrist-i Mir'at-ı Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye: Mecelle maddelerinin konularına göre (bab ve fasıl) tasnifini gösteren detaylı fihrist. (On bir sayfa)
- Kitabın basımında yapılan yanlışlıkların -sayfa ve satır belirtmek suretiyle-doğrularının belirtildiği bölüm. (Dört sayfa)

2. Mecelle Mazbatası

Mecelle Cemiyeti tarafından hazırlanıp 8 Zilhicce 1285 (29 Mart 1869) tarihinde Meclis-i Vükelâ'ya sunulan "Esbab-ı Mucîbe Mazbatası", olduğu gibi buraya alınmıştır. Bu mazbatada Mecelle'nin hazırlanmasına niçin ihtiyaç duyulduğu, hangi yöntemin takip edildiği, Mecelle'den önceki adliye teşkilatının durumu ve zamanın mevzuatı veciz bir şekilde özetlenmiştir. (Yedi sayfa)

3. Kitabın Tanıtımı

Bu bölümde, muhtemelen kitabın basımını yapan kuruluş tarafından kitabın muhteva ve öneminden bahseden, basım yılı, yeri ve tarihini belirten kısa bilgi verilmiştir. Eserin Mecelle Cemiyeti tarafından gözden geçirildiği ve takdire şayan bulunduğu ifade edilmiştir. (Bir sayfa)

Eserin Mecelle Cemiyeti tarafından gözden geçirilmiş olduğu ve takdir gördüğü bilgisi, eserde geçen kaynakların Mecelle için birinci derece kaynaklar olduğunu söylemek açısından oldukça önemlidir.

4. Müellifin Takdimi

Müellif, hamdele, salvele ile başlayan takdiminde eserini zamanın padişahına arz ettiğini belirterek ona medhiyede bulunmuş ve bu eseri telif gâyesini şu şekilde ifade etmiştir:

“Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de münderic ve mündemic bulunan mesâil-i fıkhiyyeden, me’hazlerinin zabt ve telfiki, bil-cümle aktar-ı İslâmiyye’de vaki’ hükkâm ve müftilerin ve be tahsîs ibaresine âşına buldukları cihetle müracaat buyuracak zevat-ı zevîl-ihtiramin pek çok fevaidini müntic olacağı bedihi bulunduğu ve hîn-i iftâda zeyl-i fetvâya me’haz meselenin ketbi ve inde’l-iştibah mahalline nazar kılınmağının sühuletine mebnî mesail-i mebhûs-i anhânın kütüb-i fıkhiyye-i mu’tebereden me’hazlerini bi ibaretiha ahz ve terkim ve Mir’ât-ı Mecelle namıyla bi’t-tevsim...” (Bir sayfa)

5. Mecelle Maddeleri ve İşaret Edilen Kaynakların Zikredilmesi

Bu bölümde, önce Mecelle maddeleri Osmanlıca olarak zikredilmiş daha sonra bu maddelerin dayandığı fıkıh metinleri bazen olduğu gibi, bazen de özet halinde Arapça olarak bölüm ve kitap isimleri zikredilmek suretiyle kaydedilmiştir. (s.11-s.856 arası) Kaynak verilen eserler genel olarak parantez içerisinde eserlerin veya müelliflerin meşhur künyeleri (örnek: Gunye, Hindiyeye, Kadıhan, Sadruş-Şeria vb.) şeklinde kısaca belirtilmiştir.

Eserlerin bir kısmı, bazen özgün isimleriyle bazen de müelliflerin isimleri ile zikredilmiştir (örnek: İtkânî, Gâyetu’l-beyân). Bir maddede farklı kitaplar kaynak verildiğinde eğer ibareler aynı ise fikhî metin kaydedildikten sonra şu kitapta da aynı şekildedir (keza fi’l-Hindiyeye) şeklinde sadece söz konusu kitap veya kitapların ismi zikredilmiştir.

Referans verilen eserlerin maddelerde kullanım yoğunluğunu şu şekilde tasnif etmek mümkündür:

1. 100 ve üzeri maddede referans verilen eserler: Fetâvâ-yı Hindiyeye, Mecmau’l-enhur, Mülteka, Fetâvâ-yı Kâdihan gibi. Bu eserlerin sayısı 12’dir.

2. 50 ile 100 arası maddede referans verilenler: Hulasetu’l-fetâvâ, ez-Zehîre, Cami’u’l-füsûleyn ve Bedâi’u’s-sanâi’ gibi. Bu eserlerin sayısı 8’dir.

3. 10 ile 50 arası maddede referans verilenler: Bahru’r-râik, Behçetu’l-Fetâvâ, Fetâvâ-yı Feyziyye, Hamevî gibi. Bu eserlerin sayısı 35’tir.

4. 10 ve daha az maddede referans verilenler: Cevâhiru’l-fetâvâ, Kâriu’l-Hidâye, Mecma’u’l-fetâvâ, Fetâvâ’l-kübra gibi. Bu eserlerin sayısı 96’dır.

Mecelle’de bulunan 1851 madde’nin 186’sı için kaynak verilmemiştir. Referans verilen eserlerin kullanım yoğunluğunu gösteren tablo makalenin sonuna eklenmiştir.

Mesud Efendi eserini şu duygularla nihayetlendirmiştir:

“Mecelle’nin kaynaklarına dair yaptığımız nakiller Allah (c.c.)’ın izniyle Anadolu’nun Kayseri vilayetinde –Allah (c.c.) bütün belalardan onu korusun-sona erdi. Benden sadır olan kusur ve hataları affetmesini, Allah (c.c.)’dan diliyorum. Zilkade 1298/Eylül 1881.

Şan ve şeref Allah (c.c.)’ındır”⁶

6 Mesud Efendi, *Mir’ât-ı Mecelle*, 855.

7. Ekler Bölümü

1. Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'den Kitab-ı Beyyinat Hakkında Bazı Vesâyâyı Şamil Müzekkere-i Adliye: Bu bölümde Mecelle'nin yürürlüğe giren sabık on dört kitabı gibi kitab-ı beyyinatın dahi Şer'î mahkemelerde olduğu gibi Nizamiye mahkemelerinde de aynen uygulanması gerektiği belirtilmiş ve uygulamaya dair bazı kapalı mevzular izah edilmiştir. (s.858-s.859)

2. Bilâ-beyyine Mazmûniyle Amel ve Hüküm Câiz Olabilecek Sûrette Senedât-ı Şer'iyyenin Tanzîmi Hakkında Ta'limât-ı Seniyye: Şer'î senetlerle ilgili farklı meseleleri yirmi beş maddede açıklığa kavuşturan bölüm olup 4 Cumadülüla 1296 (26 Nisan 1879) yılında tanzim olunmuştur. (s.860-s.867)

3. Ta'lim-i usûl-i tahlîf (Yemin usûlü ile ilgili düzenleme): Mecelle'deki yeminle ilgili bölüme ek olarak mahkemelerde davalar ve taraflarla ilgili yemin usûlünü çeşitli uygulama ve olaylar muvacehesinde düzenleyen bölümdür. (s.867-s.870)⁷

II. MECELLE'NİN KAYNAKLARI

Bu bölümde, Mir'ât-ı Mecelle'de Mecelle adına referans verilen kaynaklar yazarlarıyla birlikte kronolojik olarak sıralanmıştır. Her bir eser ve yazarla ilgili müracaat edilebilecek eserleri dipnotlarda göstermenin metinde aşırı bir yoğunluğa sebep olacağı düşüncesiyle onları makale sonunda topluca göstermeyi tercih ettik. Hakkında çok sınırlı bilgiye ulaşabildiğimiz veya karışıklığa sebep olabileceği kaanatinde olduğumuz sekiz eser için bulunduğu yerde dipnot gösterdik.

1. *Kitabu'l-Asl (el-Mebsût)*: Ebû Abdullâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805)
2. *el-Câmiu's-sağîr*: Ebû Abdullâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805)
3. *el-Câmiu'l-kebîr*: Ebû Abdullâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805)
4. *ez-Ziyâdât*: Ebû Abdullâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805)
5. *Edebü'l-Kâdî*; Ahmed b. Ömer eş-Şeybânî el-Bağdâdî el-Hanefî el-Hassaf (ö.261/874)
6. *el-Kâfî*: Ebü'l-Fazl Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Mervezî el-Belhî el-Hâkim eş-Şehîd (ö. 334/945)
7. *el-Müntekâ*: Ebü'l-Fazl Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Mervezî el-Belhî el-Hâkim eş-Şehîd (ö. 334/945)
8. *Fetâva'n-nevâzil (Kitâbu'n-nevâzil)*: Ebü'l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrahim es-Semerkindî (ö. 373/983 veya 393/1003)

⁷ Burada geçen üç ek hakkında kısa bir değerlendirme için bk. Erdem, *age*, s.676.

9. *Hizânetu'l-fıkıh*: Ebü'l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrahim es-Semerkindî (ö. 373/983 veya 393/1003)
10. *Fetâvâ-yı Ebü'l-Leys*: Ebü'l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrahim es-Semerkindî (ö. 373/983 veya 393/1003)
11. *Kitâbu'l-uyûn (Uyûnu'l-mesâil fî fîrûi'l-Hanefiyye)*: Ebü'l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrahim es-Semerkindî (ö. 373/983 veya 393/1003).
12. *el-Kudûrî (el-Muhtasar)*: Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî (ö. 428/1037)
13. *Ahkâm-ı Nâtıfî*: Ebü'l Abbas Ahmed b. Muhammed b. Amr en-Nâtıfî et-Taberî (ö. 446/1054).
14. *el-Mebsût*: Ebü Bekr Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed Şemsü'l-eimme es-Serahsî (ö. 483/1090)
15. *Hâherzâde (el-Mebsût)*; Hâherzade Ebu Bekir Muhammed b el-Hüseyn b. Muhammed el-Buhârî (ö.483/1090)
16. *Hizânetu'l-ekmel*: Ebü Abdullah Yusuf b. Ali b. Muhammed el-Cürcânî (ö. 522/1128)
17. *Şerhu't-Tahâvî (Şerhu Muhtasari't-Tahâvî)*: Ali b. Muhammed b. İsmail el-İsbicâbî es-Semerkindî (ö. 535/1140).
18. *el-Fetâva'l-kübrâ*: Ebü Muhammed Hüsâmüddîn Ömer b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze es-Sadruş-Şehîd (ö. 536/1141)
19. *el-Fetâva's-suğrâ*: Ebü Muhammed Hüsâmüddîn Ömer b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze es-Sadruş-Şehîd (ö. 536/1141)
20. *Vâkı'âtü'l-Hüsâmî (el-Ecnâs)*: Ebü Muhammed Hüsâmüddîn Ömer b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze es-Sadruş-Şehîd (ö. 536/1141)
21. *Umdetu'l-fetâvâ (Umdetu'l-müftî ve'l-müstefî)*: Ebü Muhammed Hüsâmüddîn Ömer b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze es-Sadruş-Şehîd (ö. 536/1141)
22. *Şerhu Edebi'l-Kâdî*, Ebü Muhammed Hüsâmüddîn Ömer b. Abdulaziz b. Ömer b. Mâze es-Sadruş-Şehîd (ö.536/1141)
23. *Tuhfetu'l-fukahâ*: Ebü Bekr Alâuddîn Muhammed b. Ahmed es-Semerkindî (ö. 538/1144)
24. *el-Velvâliciyye (el-Fetâva'l-Velvâliciyye)*: Ebü'l-Feth Zahiruddin Abdurreşid b. Ebî Hanîfe b. Abdurrezzak el-Velvâlicî (ö. 540/1146)
25. *Hulâsatu'l-fetâvâ*: İftihârüddin Tahir b. Ahmed b. Abdurreşid el-Buhârî (ö. 543/1147)
26. *Cevâhiru'l-fetâvâ*: Ebü'l-Fadl Rükneddin Abdurrahman b. Muhammed b. Emirveyh el-Kirmânî (ö. 543/1149)

27. *el-Mültekât fi'l-fetâvâ*: Ebü'l-Kâsım Nâsırüddîn Muhammed b. Yusuf b. Muhammed b. Ali el-Hüseyinî el-Medenî es-Semerkindî (ö. 556/1161)
28. *Muhîtu's-Serahsî (el-Muhîtu'r-Radevî)*: Ebû Abdillâh Radiyyüddîn Burhânü'l-İslâm Muhammed b. Muhammed es-Serahsî et-Tûsânî (ö. 571/1176)
29. *el-Fetâvâ'l-Attâbiyye*: Ebû Nasr Zeynüddin Ahmed b. Ömer el-Attâbi el-Buhârî (ö. 586/1190)
30. *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbiş-şerâi'*: Alâuddîn Ebûbekr b. Mesud b. Ahmed el-Kâsânî (ö. 587/1191)
31. *Fetâvâ-yı Kâdihan*: Fahrüddîn Hasan b. Mansur b. Mahmud el-Özkendî el-Fergânî (ö. 592/1196)
32. *Bidayetü'l-mübedî*: Ebü'l-Hasan Burhânüddin Ali b. Ebûbekr b. Abdülcelil el-Fergânî el-Merğînânî er-Riştânî (ö. 593/1197)
33. *el-Hidâye*: Ebü'l-Hasan Burhânüddin Ali b. Ebûbekr b. Abdülcelil el-Fergânî el-Merğînânî er-Riştânî (ö. 593/1197)
34. *et-Tecnis ve'l-mezid fi'l-fetâvâ*: Ebü'l-Hasan Burhânüddin Ali b. Ebûbekr b. Abdülcelil el-Fergânî el-Merğînânî er-Riştânî (ö. 593/1197)
35. *Muhtârâtü'n-nevâzil*: Ebü'l-Hasan Burhânüddin Ali b. Ebûbekr b. Abdülcelil el-Fergânî el-Merğînânî er-Riştânî (ö. 593/1197)
36. *es-Sirâciyye (el-Feraizu's-Sirâciyye)*: Ebû Tâhir Siracüddîn b. Muhammed b. Abdurreşid es-Secâvendî (ö. 596/1200)
37. *el-Muhîtu'l-Burhânî*: Burhânüddîn (Burhânüşşerîa) Mahmud b. Ahmed el-Buhârî el-Merğînânî (ö. 616/1219)
38. *Zahîretü'l-fetâvâ (ez-Zahîra)*: Burhânüddîn (Burhânüşşerîa) Mahmud b. Ahmed el-Buhârî el-Merğînânî (ö. 616/1219)
39. *el-Yenabi' fi ma'rifeti'l-usûl ve't-tefari' (Kudûrî şerhi)*: Ebu Abdullah Reşidüddin Mahmud b. Ramazan er-Rûmî (h. 616 yılından sonra vefat etmiştir⁸.)
40. *ez-Zahîriyye (el-Fetâva'z-Zahîriyye)*: Ebûbekr Zahîrüddîn Muhammed b. Ömer el-Buhârî (ö. 619/1222)
41. *el-Füsûlü'l-Ûsrûşeniyye*: Ebu'l-Feth Muhammed b. Hüseyin b. Ahmed Mecdüddin el-Ûsruşenî (632/1235)
42. *Münyetü'l-müftî*: Yûsuf b. Ebi Said Ahmed es-Sicistânî (ö. 639/1240).
43. *el-Ahsiketî (el-Müntehâb fi usûli'l-mezheb)*: Ebû Abdillâh Hüsâmüddin Muhammed b. Muhammed b. Ömer el-Ahsikesî (ö. 644/1246-47)

8 DİB İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi 25 ve 95 numaralarda kayıtlı yazma eserdir. Halep'te Helaviye medresesinin müderrisi olduğu belirtilen İbn Ramazan er-Rûmî, Kudûrî'nin *el-Muhtasarı*'nı şerh etmiş ve *el-Yenabi' fi ma'rifeti'l-usûl ve't-tefari'* ismini vermiştir. İsmail Paşa, *Hediyetü'l-ârifin*, c.II, s.405.

44. *Yetimu'd-dehr fi fetâvâ ehli'l-asr*: Alâuddîn Muhammed b. Mahmud et-Tercümanî el-Harezmi (ö. 645/1247)
45. *Telhisu'l-Câmi'î'l-kebîr*: Ebû Abdillâh Sadruddîn Muhammed b. Melik Dâvud el-Hilatî (ö. 652/1254)
46. *el-Kunye (el-Kunyetu'l-Münye li tetmîmi'l-Gunye)*: Ebû'r-Recâ Necmüddîn Muhtâr b. Mahmud b. Muhammed ez-Zâhidî el-Ğazminî (ö. 658/1260)
47. *el-Havi'z-Zâhidî*: Ebû'r-Recâ Necmüddîn Muhtâr b. Mahmud b. Muhammed ez-Zâhidî el-Ğazminî (ö. 658/1260)
48. *el-Müctebâ*: Ebû'r-Recâ Necmüddîn Muhtâr b. Mahmud b. Muhammed ez-Zâhidî el-Ğazminî (ö. 658/1260)
49. *el-Füsûlu'l-İmâdiyye*: Ebû'l-Feth Zeynüddîn Abdurrahman b. Ebûbekr İmâdüddîn b. Ali el-Merğînânî (ö. 670/1271)
50. *el-İhtiyâr li ta'lîlî'l-Muhtâr*: Ebû'l-fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el-Mevsilî (ö. 683/1284)
51. *el-Ğiyâsiyye (el-Fetâvâ'l-Ğiyâsiyye)*: Davud b. Yusuf el-Hatîb (Yedinci asırdan önce)⁹
52. *el-Muğni fi usûli'l-fikh*: Ebû Muhammed Celâleddin Ömer b. Muhammed el-Hügendî el-Habbâzî (ö. 691/1292)
53. *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*: Muzafferüddîn Ahmed b. Ali b. Tağlib el-Ba'lebekkî el-Bağdâdî, İbnu's-Sââtî (ö. 694/1295)
54. *Tehzîbu'l-vâkıât fi'l-fürû*: Cemalüddin Ahmed b. Ali el-Hanefî el-Kalânîsî (ö. 704/1304)
55. *Kenzü'd-dekâik*: Ebû'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmud en-Nesefî (ö. 710/1310)
56. *Menâru'l-Envâr*: Ebû'l-Berekât Hafızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmud en-Nesefî (ö. 710/1310)
57. *en-Nihâye*: Hüsamüddin Hüseyin b. Ali b. Haccâc es-Signâkî (ö. 711/1311)
58. *Nisabu'l-İhtisâb*: Ömer b. Muhammed b. 'Avvad es-Senâmî el-Hanefî (Yedinci asrın ortalarında doğmuş sekizinci asrın ilk çeyreğinde ölmüş olması kuvvetle muhtemeldir¹⁰.)
59. *Hizânetu'l-müftîn*: Hüseyin b. Muhammed es-Semenkânî (es-Sem'âni) (ö. 8./14. asır)

9 *Fetâvâ İbn Nüceym* ile birlikte basılmıştır. el-Matbaatü'l-Emiriyye, Bulak, t.y. İbn Nüceym ve *Fetâvâ-i Tatarhaniyye*'den önceki bir zamanda kaleme alınmıştır. Yazar eserini Sultan Ebu'l-Muzaffer Giyaseddin el-Yemîne takdim ettiği için "el-Fetâvâ'l-Giyasiyye" ismini vermiştir.

10 Merizen Said Merizen 'Asîrî, *Nisâbu'l-İhtisâb* eserinin Giriş kısmı, s.17-23, Mektebetu et-Talibî'l-Câmîi, Mekke 1986; Ayrıca bk. M. İzzi Dien, *The Theory and the Practice of Market Law in Medieval Islam A Study of Kitâb Nisâb al-İhtisâb of 'Umar b. Muhammed al-Sunâmî* (fl. 7th-8th/13th-14th Century), [Wiltshire] : E.J.W. Gibb Memorial Trust, 1997.

60. *Tebyînu'l-hakâik*: Ebû Muhammed Fahrüddîn Osman b. Ali ez-Zeylaî (ö. 743/1343).
61. *Sadruşşeria (Tenkîhu'l-usûl)*: Ubeydullah b. Mesud b. Ömer b. Ubeydullah b. Mahmud el-Mahbûbî el-Buhârî, Sadruşşeria es-Sânî (ö. 747/1347)
62. *Mî'râcu'd-dirâye ila şerhi'l-Hidâye*: Kıvâmuddîn Muhammed b. Ahmed el-Kâkî el-Hücendî es-Sincarî (ö. 749/1348)
63. *Ğâyetu'l-beyân ve nâdiretu'l-akrân*: Kıvâmüddîn Emir Kâtib b. Emir Ömer b. Emir Gâzi el-Farabî el-İtkânî (ö. 758/1357)
64. *el-Kifâye fi şerhi'l-Hidâye*: Celalüddîn b. Şemsüddîn el-Harezmi el-Kurlânî (ö. 767/1366).
65. *Manzumet-u İbn Vehbân (Kayduş-şerâid ve nazmu'l-ferâid)*: Ebû Muhammed Eminüddîn Abdulvehhâb b. Ahmed b. Vehbân ed-Dimaşki (ö. 768/1367)
66. *Şerhu'l-Vehbâniyye (İkdü'l-kalâ'id fi halli Kaydiş-şerâid)*: Ebû Muhammed Eminüddîn Abdulvehhâb b. Ahmed b. Vehbân ed-Dimaşki (ö. 768/1367)
67. *el-Fetâva't-Tatarhâniyye*: Feridüddîn Âlim b. el-Alâ (ö. 768/1384)
68. *el-İnâye şerhu'l-Hidâye*: Ekmelüddin Muhammed b. mahmud b. Ahmed el-Bâbertî er-Rûmî el-Mısrî (ö. 786/1384)
69. *es-Sirâcu'l-vehhâc*: Ebûbekr b. Ali b. Muhammed el-Abbâdi el-Yemenî, el-Haddâd (ö. 800/1397)
70. *el-Cevheretu'n-neyyire*: Ebûbekr b. Ali b. Muhammed el-Abbâdi el-Yemenî, el-Haddâd (ö. 800/1397)
71. *et-Târîfât*: Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Ali es-Seyyid eş-Şerif el-Cürcânî (ö. 816/1413)
72. *Şerh-u Mecmai'l-bahreyn*: İzzüddîn Abdullatif b. Abdulaziz b. Melek (Firişte) (ö. 821/1418'den sonra).
73. *Câmiu'l-füsûleyn*: Bedrüddîn Mahmud b İsrail b. Abdulaziz İbn Kâdi Simavne (ö. 823/1420)
74. *et-Teshîl*: Bedrüddîn Mahmud b İsrail b. Abdulaziz İbn Kâdi Simavne (ö. 823/1420)
75. *el-Veciz li'l-Kerderî¹¹*: Hafızüddîn Muhammed b. Muhammed b. Şihab b. Yusuf el-Harezmi el-Kerderî el-Bezzâzî (ö. 827/1424)
76. *el-Fetâva'l-Bezzâziyye (Câmiu'l-vecîz)*: Hafızüddîn Muhammed b. Muhammed b. Şihab b. Yusuf el-Harezmi el-Kerderî el-Bezzâzî (ö. 827/1424)

11 On altı yerde el-Veciz li'l-Kürdi veya li'l-Kerdî şeklinde belirtilen yazarın el-Kerderî olduğu kanaatindeyiz. Binaenaleyh baskıda bir yazım hatası olduğunu düşünüyoruz. Çünkü el-Kürdi nisbesini taşıyan ve el-Veciz isimli bir esere sahip olan bir yazar bulamadık.

77. *Kâriülhidâye (Fetâvâ Kâriülhidâye)*: Ebû Hafs Siracüddîn Ömer b. Ali b. Faris el-Kinanî el-Kâhirî, Kâriülhidâye (ö. 829/1426)
78. *Muzmerât (Câmiu'l-muzmerât ve'l-müşkilât)*: Yusuf b. Ömer es-sûfî el-Bezzâr, Nebire-i Ömer (ö. 832/1429).
79. *Riyâzu'l-ezhâr fî celâi'l-ebzar¹²*: Ahmed b. Ali b. Hacer el-Askalani (ö. 852/1449)
80. *Şerhu'l-Hidâye (el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye)*: Ebû Muhammed Bedrüddîn Mahmud b. Ahmed b. Mûsa b. Ahmed b. Hüseyin b. Yusuf el-Aynî el-Ayıntabî (ö. 855/1451)
81. *Şerhu'l-kenz (Remzu'l-hakâik fî şerhi Kenzi'd-dekâik)*: Ebû Muhammed Bedrüddîn Mahmud b. Ahmed b. Musa b. Ahmed b. Hüseyin b. Yusuf el-Aynî el-Ayıntabî (ö. 855/1451)
82. *Fethu'l-Kâdir*: Kemâlüddîn Muhammed b. Abdulvahid b. Abdülhâmid b. Mesud el-Hümâm es-Sivasî el-İskenderî (ö. 861/1457)
83. *et-Tahrîr fî ilmi'l-usûl*: Kemalüddîn Muhammed b. Abdulvahid b. Abdülhâmid b. Mesud el-Hümâm es-Sivasî el-İskenderî (ö. 861/1457)
84. *eş-Şumunnî (Kemâlu'd-dirâye fî şerhi'n-Nukâye)*: Ebü'l-Abbas Takiyyüddîn Ahmed b. Muhammed b. Ali b. Yahya eş-Şumunnî (ö. 872/1468)
85. *el-Hayâlî (Haşiye 'ala Şerhi'l-'Akâidi'n-Nesefiyye)*: Şemseddin Ahmed el-Hayâlî (ö. 875/1470).
86. *Câmiu'l-fetâvâ*: Kırk Emre Mehmed b. Mustafa el-Hâdimî (ö. 880/1475)
87. *Lisânu'l-hükkâm fî ma'rifeti'l-Ahkâm*: Ebü'l-Velid Lisânüddîn Ahmed b. Muhammed, İbnu's-Şihne el-Halebî (ö. 882/1477)
88. *Dürer ve Ğurer (Düreru'l-hükkâm Şerh-u Ğureri'l-Ahkâm)*: Muhammed b. Feramuz b. Ali, Molla Hüsrev (ö. 885/1480)
89. *Mirkâtu'l-fikh (Mirkâtu'l-vüsûl ilâ ilmi'l-usûl)*: Muhammed b. Feramuz b. Ali, Molla Hüsrev (ö. 885/1480)
90. *el-Fevâkihu'l-Bedriyye fî'l-kadâya'l-hükmiyye*: Ebü'l-Yüsr Bedrüddîn Muhammed b. Halil (el-Ğars) el-Misrî (ö. 894/1489)
91. *Hizânetu'r-ruvât*: Kâdî Cuken el-Hindî el-Gucuratî (ö. 920/1514)
92. *Şerhu'l-Vehbâniyye (Tafsîlu 'ikdi'l-feriüd (fevâid) bi-tekmîli Kaydiş-şerâid)*: Ebü'l-Berekât Seriyüddîn Abdülber b. Muhammed İbnu's-Şihne el-Halebî (ö. 921/1515).
93. *Müeyyedzâde (Mecma'u'l-fetâvâ), Müeyyedzâde Çöngü*: Abdurrahman b. Ali, Müeyyedzâde (ö. 922/1516).

12 Eserin yazması 000507 Topkapı Ahmed III Kitaplığında bulunmaktadır.

94. *el-Bircendî (Şerhu'n-Nukâye muhtasaru'l-Vikâye)*: Abdulali b. Muhammed b. Hüseyin el-Bircendî (ö. 932-34/1526).
95. *Resâil-ü İbn Kemal*: Şemsüddin Ahmed b. Süleyman b. Kemalpaşa, İbn Kemal (ö. 940/1534)
96. *el-Îzâh (Îzâhu'l-İslâh)*: Şemsüddin Ahmed b. Süleyman b. Kemalpaşa, İbn Kemal (ö. 940/1534)
97. *Şerhu'l-Vikâye*: Muhyiddin Muhammed b. Muslihiddin. Mustafa el-Kocevî, Şeyhzâde (ö. 950/1543).
98. *Mülteka'l-ebhur*: İbrahim b. Muhammed b. İbrahim el-Halebî (ö. 956/1549)
99. *el-Kuhistânî (Câmiu'r-rumûz)*: Şemsüddin Muhammed b. Hüsamüddin el-Horasânî el-Kuhistânî (ö. 962/1555)
100. *el-Eşbâh ve'n-nezâir*: Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed b. Nüceym el-Mısırî (ö. 970/1563)
101. *el-Bahru'r-râik şerh-u Kenzi'd-dekâik*: Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed b. Nüceym el-Mısırî (ö. 970/1562)
102. *el-Fevâidü'z-Zeyniyye*: Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed b. Nüceym el-Mısırî (ö. 970/1562)
103. *Mecmûatü Dede Efendi*: Kara Dede İbrahim b. Bahş Dede Cöngi (ö.975/1576)
104. *Fetâvâ-yı Ebussuûd Efendi*: Ebussuûd Muhammed b. Muhammed b. Mustafa el-İmâdî, Ebussuûd Efendi (ö. 982/1574)
105. *Fetâvâ-yı Hâmidîyye*: Hâmid Mahmud Efendi (Çivizâde Damadı) (ö. 985/1577)
106. *Âdâbu'l-evsiyâ*: Fudayl Çelebi, Zenbillizâde (ö. 991/1583)
107. *Damânât-ı Fadliyye (ed-Damânât fi'l-fürû')*: Fudayl Çelebi Zenbillizâde (ö. 991/1583)
108. *Mecmau'l-fetâvâ*: Veli (Yegan) b. Yusuf el-İskilibî (ö. 998/1590)
109. *el-Vânî (Nakdu'd-Dürer)*: Muhammed b. Mustafa el-Gürânî el-Vanî, Vankulî (ö. 1000/1592).
110. *Tenvîru'l-ebşâr ve Câmiu'l-bihâr*: Şemsüddin Muhammed b. Abdullah b. İbrahim et-Timurtaşî (ö. 1004/1595)
111. *Minehu'l-ğaffâr*: Şemsüddin Muhammed b. Abdullah b. İbrahim et-Timurtaşî (ö. 1004/1595)
112. *et-Timurtâşî (el-Fetâvâ't-Timurtâşî)*: Şemsüddin Muhammed b. Abdullah b. İbrahim et-Timurtâşî (ö. 1004/1595)
113. *en-Nehru'l-fâik*: Siraceddin Ömer b. İbrahim b. Muhammed el-Mısırî (ö. 1005/1596)

114. *Fetâvâ-yı Üskübî (Muînu'l-müftî fi'l-cevâp ale'l-Müsteftî)*: Üskübî Pir Mehmed Efendi (ö. 1020/1611)
115. *Ramazan Şerhu Şerhi'l-Akâid min ilmi'l-Kilâm (Hâşiyetü'l-Akâid li Ramazan Efendi alâ şerhi'l-akâid)*: Ramazan b. Muhammed el-Hanefî Ramazan Efendi (ö. 1025/1616)¹³
116. *Damânât-ı Ğanîm (Mecmau'd-damânât)*: Ebû Muhammed Gıyasüddin Ganim b. Muhammed el-Bağdâdî (ö. 1032/1623)
117. *Melceu'l-kudât*: Ebû Muhammed Gıyasüddin Ganim b. Muhammed el-Bağdâdî (ö. 1032/1623)
118. *Azmîzade (Haşiyetü ale'd-Dürer ve'l-Gurer)*: Mustafa b. Pir Mehmed Azmîzâde Haletî (ö. 1040/1631)
119. *Şürunbülâlî (Gunyetü zevi'l-ahkâm fi buğyeti Düreri'l-hükkâm)*: Ebü'l-İhlas Hasan b. Ammar el-Mısırî eş-Şürunbülâlî (ö. 1069/1659).
120. *Risâletü'l-İbrâ'*: Ebü'l-İhlas Hasan b. Ammar el-Mısırî eş-Şürunbülâlî (ö. 1069/1659)
121. *Şerhu'l-Vehbâniyye*: Ebü'l-İhlas Hasan b. Ammar el-Mısırî eş-Şürunbülâlî (ö. 1069/1659)
122. *Mecmau'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*: Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhzâde Dâmâd (ö. 1078/1667)
123. *Fetâvâ-yı Hayreddin (el-Fetâva'l-Hayriyye fi nef'i'l-beriyye)*: Hayrüddin b. Ahmed b. Ali el-Eyyubî er-Remlî (ö. 1081/1671)
124. *Haşiyetü'l-Bahr (Muzhirü'l-hakâiki'l-hafiyye mine'l-Bahri'r-râik)*: Hayrud-din b. Ahmed b. Ali el-Eyyubi er-Remlî (ö. 1081/1671)
125. *Abdulhalim (Dürer Haşiyesi) (el-Keşf bi-rumûzi'l-Gureri'l-ahkâm ve tenvîr-i Düreri'l-hükkâm)*: Abdulhalim b. Pir Kadem (ö. 1088/1677)
126. *el-Alâî (Fetâvâ-yı Yahya Efendi)*: Yahya b. Ömer el-Alai er-Rûmî, Minkârizâde (ö. 1088/1678).
127. *ed-Dürrü'l-muhtâr*: Alâüddin Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Ali b. Abdurrahman b. Muhammed el-Hisnî el-Haskefi (ö. 1088/1677)
128. *ed-Dürrü'l-müntekâ*: Alâüddin Muhammed B. Ali b. Muhammed b. Ali b. Abdurrahman b. Muhammed el-Hisnî el-Haskefi (ö. 1088/1677)
129. *el-Fetâva's-Sayrafiyye*: Mecdüddin Es'ad b. Yusuf b. Ali es-Sayrafi (ö. 1088/1677)
130. *Fetâvâ-yı Ankaravî*: Mahmud b. Hüseyin el-Ankaravî (ö. 1098/1687)

13 Taftazani'nin Neseî'nin el-Akaid'i üzerine yaptığı şerhe Ahmed b. Mustafa el-Hayâlî künyesiyle anılan şair Hayâlî Bey'in yaptığı haşiyeye haşiyeye olarak kaleme alınmıştır. Şirket-i Sahafiye-i Osmaniye Matbaası, İstanbul 1314.

131. *Hamevî (Ğamzu 'uyûni'l-besâir şerhu kitâbi'l-Eşbâh ve'n-nezâir)*: Ebü'l-Abbas Şihâbüddin Ahmed b. Muhammed el-Hasenî el-Hamevî (ö. 1098/1687)
132. *el-Bîri (Haşiyetu'l-Eşbâh) (Umdetü zevi'l-besâir li halli mübhemâti'l-Eşbâh ve'n-nezâir)*: Burhanüddin İbrahim b. Hüseyin b. Ahmed Pîrîzâde (ö. 1099/1688)
133. *Surretu'l-fetâvâ*: Sadık Mehmed b. Ali es-Sakızı er-Rûmî (ö. 1099/1688)
134. *Fetâvâ-yı Ali Efendi*: Çatalcalı Ali Efendi (ö. 1103/1692)
135. *Fetâvâ-yı Feyziyye*: Seyyid Feyzullah Efendi (ö. 1115/1703)
136. *el-Fetâvâ'l-Hindiyeye (veya el-Fetâvâ'l-Alemgiriyye)*: Padişah-ı Gâzî Alemgir Ebü'l-Muzaffer Muhammed Muhyiddin Evrengzib (ö. 1118/1707)
137. *Fetâvâ-yı Atâullah*: Muhammed Atâullah b. İbrahim (ö. 1127/1715)
138. *Kefevî [Aşl, Fetâvâ-yı Ali Efendi (Ma'a'n-Nukûl)'dür.]:* Salih b. Ahmed el-Kefevî (ö.1137/1725)¹⁴
139. *Hadîkatu'n-nediyye*: Abdülgâni b. İsmail b. Ahmed b. İbrahim en-Nablusî ed-Dimaşkî (ö. 1143/1731)
140. *Behçetu'l-fetâvâ*: Abdullah Efendi, Yenişehirli(ö. 1156/1743).
141. *el-Mirveha (veya el-Müravviha şerhu'l-Mültekâ)*: Mustafa Hoca b. Mehmed el-Kayserî el-Hanefî Suiçmez Efendi (ö. 1170/1756)
142. *el-İmâdiyye (Muğni'l-müstefti 'an su'ali'l-müfti, el-Fetâvâ'l-Hâmidiyeye)*:Hâmid b. Ali b. İbrahim el-İmâdî ed-Dımaşkî (ö. 1171/1758)
143. *Mecâmi' li'l-Hâdimî (Mecâmi'u'l-hakâik)*: Ebû Said Hâdimî (ö. 1176/1762)
144. *Hâdimî (Dürer Haşiyesi) (Haşiyetü alâ Düreri'l-hükkam)*: Ebû Said Hâdimî (ö. 1176/1762)
145. *Netîcetu'l-fetâvâ*: Dürrizâde Mehmed Arif Efendi (ö. 1215/1800)
146. *Hibetüllah (Eşbâh Haşiyesi) (et-Tahkiku'l-bahir şerhu'l-eşbâh ve'n-nezâir)*: Muhammed Hibetullah b. Muhammed b. Yahya b. Abdurrahman el-Balebekki et-Tacî el-Hanefî (ö. 1224/1809)¹⁵
147. *Tahtavî (Haşiyetü ale'd-Dürri'l-Muhtâr)*: Ahmed b. Muhammed b. İsmail ed-Dukatî et-Tahtavî el-Mısırî (ö. 1231/1816)

14 Şakaik-i Numaniye, c.IV, s.585'de geçen Kefevî Salih Efendi'nin vefat tarihi olarak yukarıda verdiğimiz tarih zikredilmektedir. Bu kişinin bahsettiğimiz Salih Efendi olduğu kanaatindeyiz. Klasik fetva formatına uygun biçimde formüle edilmiş soru ve kısa'olur' ya da 'olmaz' şeklindeki cevaplar olarak düzenlenmiş olan Çatalcalı Ali Efendi (ö. 1103/1692)'nin fetvaları, fıkıh eserlerindeki sistematığe benzer bir bölümlenmeye (kitâb ve bâb) göre düzenlenmiş elli üç bölümden oluşmuştur. Ahıskalı Ahmed Efendi ile fetva emini Gedizli Mehmed Efendi *Nukûlü Fetâvâ-yı Ali Efendi* adıyla fetvaların orijinallerini kaydetmeksizin ilgili fetvaların dayanaklarını (nükûl) fıkıh doktrinindeki kaynağının adını belirterek eser kaleme almışlardır. Daha sonra Salih b. Ahmed el-Kefevî her nakli, ilgili fetvanın altına kaydetmiştir. bk. Kılıç, Muharrem, "Osmanlı Fetvâ Literatüründe Gayrimüslimlere Tanınan Din ve İbadet Özgürlüğü: Fetâvâ-yı Ali Efendi Örneği", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.13, s.71-72, Konya 2009.

15 İsmail Paşa, *Hediyetü'l-ârifîn*, c.II, s.356. Eserin yazması için bk. DİB İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi No:112'de kayıtlı eser.

148. *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*: İbn Âbidîn Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836)
149. *Tenkîh-i Hâmidî (el-Ukûdü'd-Dürriyye fî tenkîhi'l-Fetâvâ'l-Hâmidîyye)*: İbn Âbidîn Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836).
150. *Şerhu Mecâmi' (Güzelhisârî) (Menâfi'ü'd-dekâik fî şerhi Mecâmi'î'l-hakâik)*: Mustafa Hulûsi Güzelhisârî (ö. 1253/1837)
151. *Nakdü'l-fetâvâ*: Muhammed b. Hamza el-Alâî¹⁶ (?)

Sonuç

Mecelle heyetinin tasvibine mazhar olmuş Mir'ât-ı Mecelle'de, Mecelle'nin kaynağı olarak belirtilen eserler, tamamen Hanefî mezhebi eserleridir. Heyetin Mir'ât-ı Mecelle ile ilgili tasvibi, Mecelle'yi hazırlama aşamasında yukarıda belirtilmiş olan yüz elli bir eserden faydalanılmış olduğuna delil olarak kabul edilebilir. Ayrıca kanun meddeleriyle kaynak metinlerin tamamen mutabık olduğu bir vakıadır. Mir'ât-ı Mecelle'de kaynak olarak zikredilmiş olan her bir eserin ilgili metni, kaynak olarak gösterildiği maddenin altına ya aynen veya özet olarak alınmıştır. Heyetin zikri geçen eserlerin dışındaki kaynaklardan da istifade etmiş olması muhtemeldir.

Hanefî mezhebinin ilk yazılı metinlerinden Mecelle heyeti üyelerinin yaşadığı döneme kadar bir çok eserden faydalanılmış olması, kanunun hazırlanmasında heyetin, müftâ bih olan görüşün tercih edilerek kanun haline getirilmesi konusundaki hassasiyetini göstermesi açısından önemlidir.

Fıkıhın pratik hayata uygulanışının yazılı belgeleri olan fetvâ mecmuaları ve İbn Âbidîn'in Reddü'l-muhtâr'ı gibi fetvâ vermeye yönelik hazırlanmış eserler, referans yoğunluğunun en çok olduğu eserler olarak görülmektedir. Heyetin bu tecrübeden oldukça faydalandığı ortadadır.

Kaynaklar arasında Osmanlı dönemi müelliflerine ait olanların yoğunluğu dikkat çekmektedir. Osmanlı medreselerinde yetişmiş olan heyet üyelerinin eğitimleri sürecinde bilfiil tanımış oldukları eserleri kaynak olarak kullanmaları gayet tabiidir. Ayrıca Osmanlı medreselerindeki köklü eğitim sürecinde güvenilirlikleri nesilden nesile bir anlamda onaylanmış olan eserlerin kullanılması, heyetin belirsizliklere kapı aralamak istemediğinin de bir göstergesi sayılabilir.

İlk dönem kaynak eserler arasında çoğu eserin Hanefî mezhebi içerisindeki Semerkand-Buhara okulu mensubu diyebileceğimiz müelliflere ait olması, Osmanlı dönemindeki Fıkıh çalışmalarına dolayısıyla Mecelle'ye yön ve şekil veren en önemli anlayışlardan birinin Semerkand-Buhara okulunun anlayışı olduğuna işaret olarak kabul edilebilir.

16 Yazması için bk. 000438 Süleymaniye Reisülküttâb bölümü.

İbn Âbidin'in oğlu Muhammed Alaaddin'in Mecelle heyetinde bulunmasının, heyet başkanı Ahmed Cevdet Paşa tarafından büyük bir fırsat ve katkı olarak kabul edildiği bilinen bir gerçektir. Reddü'l-muhtâr haşiyesi Mecelle'den yıllarca önce kaleme alınmış, eksik kalan son kısımları Ahmet Cevdet Paşanın teşvikiyle Muhammed Alaaddin tarafından tekmil edilmiştir. Muhammed Alaaddin'in Mecelle heyetinde aktif olarak bulunması, Osmanlı medrese geleneğinde en iyi şekilde yetişmiş olan babasından Fıkıh ilmi sahasında devr almış olduğu birikimi kanunun hazırlanmasında diğer üyelerle paylaştığı anlamına gelir. Reddü'l-muhtâr ve metni olan Dürrü'l-muhtâr ile Mecelle kaynaklarının çoğunlukla aynı olması bunun bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Kaynakların Kullanım Yoğunluğuna İlişkin Tablo

1. el-Fetâvâ'l-Hindiyye	509
2. ed-Dürrü'l-Muhtâr	331
3. Mecmau'l-enhur	302
4. Reddu'l-Muhtâr	271
5. Fetâvâ-yı Kâdîhan	209
6. Dürer ve Ğurer	165
7. el-Fetâvâ't-Tatarhâniyye	135
8. Mülteka'l-ebhur	129
9. Fetâvâ-yı Ankaravî	125
10. el-Muhîtu'l-Burhânî	116
11. el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye	115
12. Tenkîh-i Hâmidî	101
13. Hulâsetu'l-fetâvâ	99
14. el-Eşbâh ve'n-Nezâir	90
15. Kefevî (Fetâvâ-yı Ali Efendi)	84
16. Zahîretu'l-fetâvâ	66
17. Bedâi'û's-sanâi'	64
18. Câmiu'l-füsûleyn	60
19. Şerhu Mecâmî' (Güzelhisari)	59
20. el-Bahru'r-râik	50
21. Muhîtu's-Serahsî	46
22. Tebyînu'l-hakâik (Zeylâi)	47
23. el-Kunye	43
24. Tahtavî	38
25. Tenvîru'l-ebâr	37
26. el-Kâfi	37
27. el-Hidâye	36
28. Behçetu'l-fetâvâ	36
29. Hizânetu'l-müftîn	31
30. Fetâvâ-yı Feyziyye	30
31. Fetâvâ-yı Ali Efendi	30
32. es-Sirâcu'l-vehhâc	29
33. Meksûr	28
34. ez-Zahîriyye	25
35. el-Kühîstânî	25
36. Hamevî (Eşbâh haşiyesi)	25
37. el-Füsûlu'l-İmâdiyye	25

38. Fethu'l-Kadîr	24
39. el-İmâdiyye (Fetâvâ)	22
40. Sürretu'l-fetâvâ	20
41. el-Vecîz li'l-Kerderî	18
42. en-Nihâye	18
43. Münyetu'l-müftî	18
44. Abdulhalim (Dürer haşiyesi)	17
45. el-Fetâva's-suğrâ	17
46. Şerhu't-Tahâvî	16
47. Minehu'l-Gaffâr	16
48. Netîcetü'l-fetâvâ	15
49. el-Hâvî'z-Zâhidî	15
50. Mecâmî li'l- Hâdimî	15
51. Fetâvâ-yı Hayreddin	15
52. Muzmerât	14
53. el-Cevheretu'n-Neyyire	12
54. Mecmau'l-Fetâvâ	10
55. el-İnâye	10
56. el-İhtiyâr	10
57. en-Nehru'l-Fâik	9
58. Fetâva'l-Attâbiyye	9
59. Fetâve'l-Hamîdiyye	9
60. Câmiu'l-fetâvâ	9
61. Damânât-ı Fadliye	8
62. Şerhu'l-Mültekâ (Mirvaha)	8
63. el-Kifâye	8
64. el-Ğıyâsiyye	8
65. Cevâhiru'l-fetâvâ	8
66. Şehu'l-Vehbâniyye (İbn Vehbân)	7
67. el-Müctebâ	7
68. Kâriulhidâye	7
69. Fetâve'n-nevâzil	7
70. Ğâyetü'l-beyân (Şerhu'l-Hidâye)	7
71. el-Alâi (Fetâvâ-yı Yahya Efendi)	7
72. el-Vânî (Dürer haşiyesi)	6
73. es-Sirâciyye	6
74. el-Asl (el-Mebstût)	6
75. el-Velvâliciyye	5

76. Hizânetu'l-ekmel	5
77. et-Ta'rifât	4
78. Şerhu Mecmai'l-bahreyn	5
79. Lisânu'l-hükkâm	4
80. Hizânetu'l-fıkıh	4
81. ed-Dürü'l-müntekâ	4
82. Bidâye	4
83. Şerhu'l-kenz (Aynî)	4
84. Ahkâm-ı Nâtîfî	4
85. ez-Ziyâdât	3
86. Tuhfetu'l-fukahâ	3
87. et-Timurtâşi	3
88. Müeyyedzâde	3
89. el-Muğnî	3
90. Şerh-u Edebi'l-kâdî (Sadr-ı Şehîd)	3
91. Mi'râc (Şerhu'l-Hidâye)	3
92. Resâilu İbn Kemal	3
93. el-Hassâf (Edebü'l-Kâdî)	3
94. Hâdimî (Dürer haşiyesi)	3
95. el-Fetâve'l-kübrâ	3
96. Şerhu'l-Hidâye ('Aynî)	3
97. Şürunbülâlî (Dürer haşiyesi)	2
98. Şerhu'l-Vehbâniyye (Şürunbülâlî)	2
99. Şerhu'l-Vehbâniyye (İbnuş-Şihne)	2
100. et-Teshîl	2
101. Telhîsu'l-Câmi'i'l-kebir	2
102. Tehzîb	2
103. Sadruşşerîa (Tenkîhu'l-usûl)	2
104. el-Bircendî	2
105. Nisâbu'l-ihtisâb	2
106. el-Mültekat	2
107. Muhtârâtu'n-Nevâzil	2
108. Mecmûai Dede Efendi	2
109. Mecmau'l-bahreyn	2
110. el-Kudûrî	2
111. Kitâbu'l-Uyûn	2
112. Hâherzâde (el-Mebsût)	2
113. Kenzu'd-dekâik	2

114. el-Hayâlî	2
115. Fetâvâ-yı Atâullah	2
116. Fetâvâ-yı Ebussuûd	2
117. el-Câmiu's-sağîr	2
118. el-Câmiu'l-kebîr	2
119. el-Bîrî (Haşiyetu'l-Eşbâh)	2
120. Damânât-ı Ğânim	2
121. Yetîmu'd-Dehr	1
122. el-Yenâbî'	1
123. Vâkı'âtü'l-Hüsâmî	1
124. Umdetu'l-fetâvâ	1
125. et-Tecnîs	1
126. et-Tahrîr	1
127. Şerhu'l-Vikâye (Şeyhzâde)	1
128. Ramazan Şerhu şerhi'l-Akâid	1
129. eş-Şümunnî	1
130. el-Fetâva's-Sayrafiyye	1
131. Riyâzu'l-ezhâr	1
132. Nakdu'l-fetâvâ	1
133. Mirkâtu'l-fıkıh	1
134. Menâr	1
135. Melceu'l-kudât	1
136. İzâhu'l-Islâh	1
137. Manzûmet-u İbn Vehbân	1
138. Hîbetullah (Eşbâh haşiyesi)	1
139. Hizânetu'r-ruvât	1
140. Hadîkatu'n-nediyye	1
141. Fevâkih-i Bedriyye	1
142. el-Fevâidu'z-Zeyniyye	
143. Fetâvây-ı Üskübî	1
144. Fetâvây-ı Ebülleys	1
145. Müntekâ	1
146. Âdâbu'l-evsiyâ	1
147. Haşiyetu'l-Bahr (H. Remli)	1
148. Azmîzâde (Haşiyeye alêd-Dürer)	1
149. Risâletu'l-İbrâ'	1
150. el-Füsûlü'l-Üsrûşeniyye	1
151. el-Ahsiketî	1

İSLAM MİRAS HUKUKUNDA DEDE YETİMLİĞİ VE BENZERİ PROBLEMLERE ÇÖZÜM ARAYIŞLARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Abdurrahman Yazıcı*

The Problem of Orphaned Grandchildren in Islamic Inheritance Law and Reflections on Searches for Its Solution

“The problem of orphaned grandchildren”, has been one of the key issues of the Islamic Inheritance Law. This study aims at revealing the whole aspects of the issue with prominent examples and detecting its point of origin. Besides, the regulations in practice on this issue in Islamic countries are overviewed and laid out with their justifications. The last part of the study, whereas, discusses the issue with regards to the issue of inheritance by right through laying out arguments for and against it.

Key Words: Orphaned Children, Inheritance by Right, Obligatory Bequest

Giriş

İslam miras hukukuyla ilgili güncelliği devam eden meselelerden birisi de Türkiye’de “dede yetimi, dede mahrumu veya dede yetimliği”¹; Arap ülkelerinde, “*el-ibnü’l-mahrûm* = mahrum oğul” veya “*el-evlâdü’l-mahrûm* = mahrum çocuklar”²; İngilizce literatürde “*orphaned grandchildren* = yetim torunlar”³ şeklinde meşhur olan meseledir. Dede yetimliği özel olarak anne veya babaları, dede veya ninelerinden önce ölmüş torunların, dede veya ninelerine mirasçı olamamaları meselesine denilmekteyse de usûl (öz veya baba bir amca ve çocukları) ve yan dal (kardeş ve çocukları) hısımlarla ilgili benzer meseleler de mahiyetlerinin aynı

* Süleymaniye Vakfı, (WWW.FETVA.NET), yabdurrahman@gmail.com

1 Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 3.bs., İz Yayıncılık, İstanbul, 2003, I, s. 435; Arı, Abdüsselam, “Vâcip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında ‘Dede Yetimi’ Problemi”, *EKEV Akademi Dergisi*, 12, say. XXXIV, 2008, s. 249-268; Gökmenoğlu, Hüseyin T., “İslam Miras Hukuku’nda Halefiyet, Dede Yetimi ve Vacip Vasiyet”, *Dini Araştırmalar*, I, say. III, Ocak-Nisan 1999, s. 143-170.

2 Bk. Gablân, Hişam, *el-Vasiyyetü’l-vâcibe fi’l-İslâm*, 2. bs., Beyrut 1985, s. 63; Vehbe Zuhayli, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletuhu*, 4.bs., Dârü’l-Fıkr, Dımaşk 1997, X, s. 7564.

3 Carroll, Lucy, “Orphaned Grandchildren in Islamic Law of Succession: Reform and Islamization in Pakistan”, *Islamic Law and Society*, vol. V, nr. 3, 1998, s. 409 vd.; Faruki, Kemal, “Orphaned Grandchildren in Islamic Succession Law: A Comparison of Modern Muslim Solutions”, *Islamic Studies*, vol. IV, nr. 3, 1965, s. 254 vd.

olması sebebiyle bu çalışmada dede yetimliği olarak isimlendirilecektir. Klasik fıkhıta ıstılah ve bir problem olarak yer almayan bu meseleye oğlun bulunmasıyla oğlun oğlunun, öz amcanın bulunmasıyla öz amcaoğlunun, öz kardeşin bulunmasıyla kardeş oğlunun hacbedileceği şeklinde değinilmektedir⁴. Ayrıca bu hısımlara, “hacbedilmeleri sebebiyle mirasçı olmayan akrabalar” şeklinde değinilerek bâzı âlimlerce bunlara vasiyetin, vâcip olduğu kabul edilmekte bazılarınca da vasiyet teşvik edilmektedir⁵.

Dede yetimliğinin, klasik fıkhıta açıkça bir problem olarak ele alınmaması modern araştırmacılar tarafından mirasçı olamayan akrabanın vasiyet, hibe, nafaka gibi müesseselerle desteklenmesi ve güçlü aile bağlarına sahip geniş aile yapısıyla açıklanmaktadır⁶. Bununla birlikte mirasçı olamayan akrabaya vasiyetin vacipliğinin fakihler arasında tartışılması, mirasçı olmayan akrabaya vasiyetin vâcip olmadığını söyleyenlerin dahi bu hısımlara vasiyet ve hibe yapılmasını teşvik etmeleri, dede yetimliği meselelerinde hacbolan hısımların durumunun/mirasçılıklarının klasik dönemde de problem teşkil ettiğini düşündürmektedir. 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra dede yetimliği İslâm hukukçularının ekseriyeti tarafından *vicdanları rahatsız eden ve adalet duygusunu zedeleyen* bir problem olarak görülmeye başlanmış⁷, İslâm ülkelerinde miras hukukunda da ilgili meselelerle alakalı “vâcip vasiyet” ve “halefiyet” temelinde düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir. Bu çalışmada dede yetimliği meseleleri ve bu meselenin kaynağına ilişkin bilgi verildikten sonra ilgili görüş ve çözüm önerileri değerlendirilecektir.

I. Dede Yetimliği Meselesi/leri ve Kaynağı

Dede yetimliğinin sebebi olduğu görülen mirasbırakana yakın hısmın uzak-takini hacbedeceği al-akrabu fe'l-akrab kuralı ilgili temel olarak üç farklı görüş bulunmaktadır. Bunlar şöyledir:

- 4 Bk. el-Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Matbaatü'l-Evkafî'l-İslâmiyye, Dârülhilâfetalîyye, 1917, II, s. 84–85; İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Sâid, *el-Muhalla* (nşr. Muhammed Münir Dîmaşki), İdâretü't-Tibaati'l-Müniriyye, Kahire 1932/1351, IX, s. 271, 299; es-Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, *el-Mebsût*, Matbaatü's-Saade, Kahire ts., XXIX, s. 141; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki v.dğr.), 2. bs. Hecl li't-Tibaa ve'n-Neşr, Kahire 1992, IX, s. 12, 63; VIII, s. 197.
- 5 Zâhirî fakihî İbn Hazm (v. 456/1064), “Birisı sebebiyle hacbolan ya da terekeye mirasçı olamayan akrabalar” dediğı kimselere vasiyetin vâcip olduğunu söylerken, el-Habrî (v. 476/1083), “(Bazıları) mirasçı olamayan akrabaya vasiyeti vâcip gördüler” demektedir. Hanefî fakihî es-Serahsî (v. 483/1090) de, “Mirasçı olamayan akrabaya vasiyet etmek menduptur”; Hanbelî fakihî İbn Kudâme (v. 620/1223) de, “en faziletli kişının vasiyetini mirasçı olamayan akrabasına yapmasıdır.” ifadesini kullanmaktadır. Bk. İbn Hazm, IX, s. 314; el-Habrî, Ebû Hâkim Abdullah b. İbrâhim, *Kitâbü't-telhîs fi'lmi'l-ferâiz* (nşr. Nasır b. Fenhîr Feridî), Müessesetü'l-Risâle, Beyrut 1995/1416, s. 573; es-Serahsî, XVII, s. 142; İbn Kudâme, VIII, s. 394.
- 6 Carroll, “Orphaned”, s. 410; Faruki, s. 254–256.
- 7 Bk. es-Sibâi-es-Sâbûnî, *el-Ahvâlüş-Şahsiyye*, 3.bs., Matbaatü Câmîati Dîmaşk 1970, s. 421 vd.; Tanziluruahman, “Succession under Muslim Family Laws Ordinance 1961”, *Essays on Islam*, Islamic Publications, Lahor, 1988, s. 320–321; Dağıstânî, Meryem Ahmed, *el-Mevâris fiş-şeriatil-İslâmiyye ale'l-mezâhibil-erbaa*, Matbaatü'l-Vefa, 1984, s. 144; Carroll, “Orphaned”, s. 410–411; Chowdhury, Sultanul Alam A.B.M., “The Problem of Representation in the Muslim Law of Inheritance”, *Islamic Studies*, vol. III, 1964, s. 375–391; Karaman, I, s. 435; Arı, s. 250.

1. Fakihlerin ekseriyeti, bu kuralın Peygamber (sav)'e isnad edilen muttasıl tarikleri Abdullah b. Abbâs'tan nakledilen “*Hisse sahiplerine hisselerini veriniz, geride kalan en yakın erkeğindir.*”⁸ rivâyetinden çıkartılmış olduğu görüşündedir⁹. İbn Hazm (v. 456/1064), oğul ile oğlun oğullarının, kardeş oğullarının da kardeşlerle mirasçı olamayacağını söyleyerek delilinin bu rivâyet olduğunu belirtirken¹⁰, es-Serahsî (v. 480/1090), oğlun, oğlunun oğlunu en yakın asabe erkek hısım olarak hacbedeceğini söyledikten sonra aynı şekilde delil olarak da mezkûr rivâyeti zikretmektedir¹¹.

2. Gökmenoğlu, küllî kaide olarak nitelendirdiği al-akrabu fe'l-akrab kuralının aşağıdaki rivâyetten çıkarıldığını belirtmektedir¹².

“Ey Allah'ın Rasûlü kime iyilik yapayım dedim. O (Peygamber), ‘Allah size annelerinizi gözetmenizi emreder, sonra yine annelerinizi gözetmenizi emreder, sonra yine annelerinizi gözetmenizi emreder, sonra ise babalarınızı gözetmenizi emreder. Daha sonra Allah size (iyilik yaparken) en yakınlarınızdan başlamanızı emreder.’ buyurdu.”¹³

Gökmenoğlu'nun bu görüşüne ilişkin Arı, her ne kadar mezkûr rivâyette al-akrabu fe'l-akrab lafız olarak geçmekte ise de bu kuralın “*Hisse sahiplerine hisselerini veriniz geride kalan en yakın erkeğindir.*” rivâyetinden alınmış olmasının daha kuvvetli olduğunu belirterek bu görüşü tenkit etmektedir¹⁴.

3. Bu kuralın kaynağının, Arap geleneği olduğu da belirtilmektedir. Şâfiî fakihleri eş-Şîrâzî (v. 476/1083) ve İbnü'l-Mecdî (v. 850/1447), al-akrabu fe'l-akrab kuralını açıklarken Arapların daha önemli olanı önemli olana tercih ettiklerini belirtmektedirler¹⁵. Pakistan'da 1956 yılında Aile Hukuku Komisyonu'nun yayınladığı raporda oğlun, kendisiyle mirasbırakana ulaşmayan oğlun oğlunu hacbetmesi olan al-akrabu fe'l-akrab kuralı İslâm öncesi Arapların uygulaması olarak nitelen-

8 Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmâil, *el-Câmiü's-Sahih = es-Sahih* (nşr. Mustafa Dîb el-Boğa), 3.bs., Dâru İbn Kesir, el-Yemâme, Beyrut 1987/1407, “Ferâiz”, 5, 7, 9, 15; Müslim, Ebû'l-Hüseyn el-Kuşeyrî en-Nişâbüri, *Sahihu Muslim = es-Sahih* (nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâki), Dâru İhyâ'it-Türâsî'l-Arabî, Beyrut ts., “Ferâiz”, 2. Rivâyet kütüb-i sitte eserlerinde de yer almaktadır.

9 İbnü'l-Mecdî, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. Receb Tibuga, *et-Ta'lik alâ Nazmi'l-leâli fi ilmi'l-ferâiz* (nşr. Ahmed b. Muhammed er-Rifai), Câmiütü'l-İslâmiyye, Medine 2008/1429, I, s. 454; Habiburrahman, M., “Problems for Orphaned Grandchildren in Succession: A Study of Suggestions”, *Islamic Studies*, vol: XXV, (2) 1986, s. 220; Arı, s. 254.

10 İbn Hazm, IX, s. 271.

11 es-Serahsî, XXIX, s. 141.

12 Gökmenoğlu, s. 158.

13 Abdürrezzâk, Ebû Bekr Abdürrezzûk b. Hemmam es-San'ânî, *el-Musannef* (nşr. Habiburrahman Âzami), 2.bs., el-Meclisü'l-İlmî, Beyrut 1983, XI, s. 132; Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdullah Ahmed b. Muhammed eş-Şeybânî, *el-Müsned* (nşr. Şuayb el-Arnaut v.dğr.), 2. bs., Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1999/1420, XV, s. 112; İbn Mâce, Muhammed b. Yezid el-Kazvîni, *es-Sünen* (nşr. Muhammed Fuad Abdülbâki), Dârü'l-Fikr, Beyrut ts., “el-Edeb”, 1; Ebû Dâvud, Süleyman b. Eş'as b. İshâk el-Ezdî, *Sünenü Ebî Dâvud = es-Sünen*, Dârü'l-Kütübî'l-Arabî, Humus 1973/1393, “el-Edeb”, 130; et-Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Süre, *el-Câmiü's-Sahih = es-Sünen* (nşr. Ahmed Muhammed Şâkir v.dğr.), Dârü İhyâ'it-Türâsî'l-Arabî, Beyrut ts., “Birr ve's-sıla”, 2.

14 Arı, s. 254 vd.

15 eş-Şîrâzî, Ebû İshâk Cemâleddin İbrâhim b. Ali b. Yusuf, *el-Mühezzeb fi fikhi'l-İmâm eş-Şafiî*, Dârü'l-Kalem, Dımaşk 1996, IV, s. 96; İbnü'l-Mecdî, I, s. 302, 450.

dirilmektedir¹⁶. Bazı araştırmacıların İslâm öncesi dönemde Arapların erkek asabe hısımları derece yakınlığına göre, aynı derecede olduklarıdaysa hepsini birlikte (*per capita*) mirasçı yaptıklarını söylemeleri¹⁷ bu kuralın İslam öncesi Arap geleneğiyle ilişkisini güçlendirmektedir.

Mirasbırakan yakın asabe hısmın uzaktakini hacbedeceği kuralının gereğiyle ilgili son dönem Osmanlı âlimlerinden İbn Âbidîn (v. 1252/1836)'in “*في قسم باعتبار*” *الرؤس لا باعتبار الأصول الاستهم*, tereke (asabe hısımlara) kişi başına (*per capita*) taksim edilir, köklere göre (*per stirpes*) değil¹⁸ şeklinde belirttiği gibi asabe hısımlarda mirasbırakana yakınlık esas alınırken, mirasbırakana ulaştıkları akrabalık yolu göz ardı edilmektedir. Dede yetimliği meselelerinde – aşağıdaki konuyla ilgili örneklerde de- bu durum açıkça görülmektedir. İlgili önemli örnek durumlar aşağıdaki gibidir:

i. Dede yetimliği meselesi, fûrû hısımların mirasçılıklarıyla ilgili olarak en bariz şekilde mirasbırakanın mirasçı olarak oğluyla oğlunun çocuklarını bıraktığı durumda ortaya çıkmaktadır. Mirasbırakanın oğlu (Ali) ile kendisinden önce ölmüş oğlunun (Mehmet) oğlu (Mustafa) ve kendisinden önce ölmüş oğlunun (Ârif) kızını (Ayşe) bıraktığı meselede terekenin tamamını oğul alırken, oğul çocukları hacbolmaktadır¹⁹. Tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-1: (Oğul, oğlun oğlu, oğlun kızı)		
		2X
Oğul (Ali)	Tamamını alır	2X
Oğlun oğlu (Mehmet'in oğlu Mustafa)	----	----
Oğlun kızı (Arif'in kızı Ayşe)	----	----

ii. Mirasbırakanın anne baba bir erkek kardeşiyle daha önce ölmüş öz erkek kardeşin oğul ve kızı bulunduğu öz erkek kardeş, mirasbırakana kendisiyle ulaşmasa dahi öz erkek kardeşinin çocuklarını al-akrabu fe'l-akrab kuralınca hacbetmektedir²⁰. Mirasbırakanın anne baba bir kardeşi (Ahmet) ile daha önce ölmüş anne baba bir erkek kardeşinin (Osman) oğlu (Mehmet) ile kızını (Hatice) bıraktığı meseleyi tabloda şöyle gösterebiliriz:

16 Bu raporun mirasla ilgili bölümü ve ayrıntı için çalışmadaki, “Pakistan Aile Hukuku Komisyonu Raporu (1954-1956)” başlıklı bölüme bakınız.

17 Habiburrahman, “The Role of Pre-Islamic Customs in the Islamic Law of Succession”, *Islamic and Comparative Law Quarterly*, vol. VIII, (1), 1988, s. 48-49; Fyzee, Asaf A.A., *Outlines of Muhammadan Law*, 4.bs., Oxford University Press, Delhi 1987, s. 389.

18 İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz, “Şerhu kalâidi'l-manzûm nüzümü ferâizi metni'l-mültekâ”, *Mecmûatü resâili İbn Âbidîn*, Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, yy. ts., II, s. 211.

19 el-Cessâs, II, s. 84-85; İbn Hazm, IX, s. 271, 299; es-Serahsî, XXIX, s. 141; Bk. İbn Kudâme, IX, s. 12, 63; VIII, s. 197.

20 es-Serahsî, XXIX, s. 174; İbn Kudâme, IX, s. 63-64; el-Cürçânî, Ebû'l-Hasan Seyyid Şerif Ali b. Muhammed, *Şerhu's-sirâciyye*, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul 1903/1322, s. 26, 27, 36, 37.

Tablo-2: (Anne baba bir erkek kardeş, öz erkek kardeşin oğlu ve kızı)

		2X
Anne baba bir erkek kardeş (Ahmet)	Tamamını alır	2X
Anne baba bir erkek kardeş oğlu (Osman'ın oğlu Mehmet)	----	----
Anne baba bir erkek kardeş kızı (Osman'ın kızı Hatice)	----	----

iii. Mirasbırakanın baba bir erkek kardeşiyle daha önce ölmüş baba bir erkek kardeşinin oğul ve kızını bıraktığı durumda baba bir erkek kardeş yakındaki asabenin uzaktakini hacbedeceği ilgili kural gereğince kardeş çocuklarını hacbederek terekenin tamamına mirasçı olmaktadır²¹. Mirasbırakanın baba bir erkek kardeşi (Hasan) ile daha önce ölmüş baba bir erkek kardeşinin (Hüseyin) oğlu (Fatih) ile kızını (Zehrâ) bıraktığı meseleyi tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-3: (Baba bir erkek kardeş, baba bir erkek kardeşin oğlu ve kızı)

		2X
Baba bir erkek kardeş (Hasan)	Tamamını alır	2X
Baba bir erkek kardeşin oğlu (Hüseyin'in oğlu Fâtih)	----	----
Baba bir erkek kardeşin kızı (Hüseyin'in kızı Zehrâ)	----	----

iv. Mirasbırakanın anne baba bir amcasıyla daha önce ölmüş anne baba bir amcasının oğul ve kızını bıraktığı meselede öz amca kendi fûrûsundan olmamasına rağmen öz amcanın oğul ve kızını hacbederek terekenin tamamını almaktadır²². Mirasbırakanın anne baba bir amcası (Ahmet) ile kendisinden daha önce ölmüş anne baba bir amcasının (Mehmet) oğlu (Ali) ile amcasının (Mehmet) kızını (Sâliha) bıraktığı meseleyi tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-4: (Öz amca, öz amcanın oğlu ve kızı)

		2X
Anne baba bir amca (Ahmet)	Tamamını alır	2X
Anne baba bir amcaoğlu (Mehmet'in oğlu Ali)	----	----
Anne baba bir amcakızı (Mehmet'in kızı Sâliha)	----	----

21 İbn Hazm, IX, s. 299; es-Serahsî, XXIX, s. 174; İbn Kudâme, IX, s. 63-64; el-Cürcânî, s. 26, 36, 37.

22 el-Mâverdi, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib, *el-Havi'l-kebir hüve şerhu Muhtasari'l-Müzenî* (nşr. Ali Muhammed Muavvez v.dğr.), Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994/1414, VIII, s. 115, 116; İbn Hazm, IX, s. 299; es-Serahsî, XXIX, s. 174; İbn Kudâme, IX, s. 22; İbnü'l-Mecdi, I, s. 303, 437, 438; el-Cürcânî, s. 36, 37.

v. Mirasbırakanın baba bir amcasıyla daha önce ölmüş baba bir amca oğlunu bıraktığı meselede baba bir amca, terekenin tamamını alırken baba bir amca oğluyla amca kızı hacbolmaktadır²³. Mirasbırakanın baba bir amcası (İdris) ile daha önce ölmüş baba bir amcasının (İkbal) oğlu (Kerim) ile kızını (Selmâ) bıraktığı meseleyi tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-5: (Baba bir amca, baba bir amcanın oğlu ve kızı)

		2X
Baba bir amca (İdris)	Tamamını alır	2X
Baba bir amcasının oğlu (İkbal'in oğlu Kerim)	----	----
Baba bir amcasının kızı (İkbal'in kızı Selmâ)	----	----

Mirasbırakanın, babasının anne baba bir amcasıyla daha önce ölmüş babasının anne baba bir amcasının çocuklarını bıraktığı hal ile babasının baba bir amcasıyla daha önce ölmüş babasının baba bir amcasının çocuklarını bıraktığı hallerde de benzer meseleler ortaya çıkmaktadır.

vi. Mirasbırakanın iki kız çocuğuyla babaları daha önce ölmüş oğlunun kızlarını bıraktığı meselede iki kız çocuğun terekenin üçte ikisini almasından sonra oğlun kızlarını asabe yapacak kimse bulunmadığından cumhura göre oğlun kızları hacbolmaktadır²⁴. Mirasbırakanın iki kızı (Ayşe ile Fatma), daha önce ölmüş oğlunun (Ahmet) üç kızını (Hatice, Esrâ, Zelihâ) ve babasının amcaoğlunu (Kadir) bıraktığı meseleyi tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-6: (İki kız çocuk, oğlun kızları, babasının amcaoğlu)

		6X
Kız çocuk (Ayşe)	2/3	2X
Kız çocuk (Fatma)		2X
Oğlunun kızları (Ahmet'in kızları Hatice, Esrâ, Zeliha)	----	---
Asabe erkek mirasçı = Babasının amcaoğlu (Kadir)	Kalanı alır	2X

İki kız çocuğun üçte iki hisse almasıyla oğlun kızlarını asabe yapacak kimse bulunmadığından mirasçı olamamışlardır. Fakat oğlun oğlu bulunsaydı kalanını

23 el-Mâverdi, VIII, s. 115, 116; İbn Hazm, IX, s. 299; es-Serahsî, XXIX, s. 174; el-Cürcânî, s. 36, 37.

24 İbnü'l-Münzir, Ebû Bekr Muhammed b. İbrâhim, *el-İcmâ* (nşr. Abdullah Ömer el-Bârûdî), Dârü'l-Cinân, Beyrut 1986, s. 68; el-Cessâs, II, s. 85; el-Mâverdi, VIII, s. 100; es-Serahsî, XXIX, s. 141; el-Kalvezânî, Ebü'l-Hattâb Necmeddin Mahfûz b. Ahmed, *et-Tehzib fi'l-ferâiz ve'l-vesâyâ* (nşr. Muhammed Ahmed Havli), I.bs., Mektebetü'l-Ubeykân, Riyad 1995, s. 32; İbn Kudâme, IX, s. 10-11, 12; İbnü'l-Mecdi, I, s. 421; el-Cürcânî, s. 19.

ikili birli paylaşacaklardı²⁵. Oğlun kızlarını asabe yapacak oğlun oğlu veya daha aşağı derecede oğlun oğlu bulunduğu da mirasçı olamadığı haller bulunmaktadır²⁶. Dolayısıyla dede yetimliği yalnızca fūrū asabe hısımlarla ilgili olmayıp, yurkardaki örneklerde de görüldüğü üzere usül ve yandal hısımlarının mirasçılıklarında da aynı sebepten kaynaklanıyor şekilde bulunmaktadır.

II. “Vâcip Vasiyet” Temelinde Çözüm Arayışları

Bazı İslam ülkelerinde – aşağıda etraflıca görüleceği üzere - dede yetimliği meselesinin çözümüne ilişkin vâcip vasiyet temelinde, “el-Bakara (2), 180²⁷ âyetindeki vâsiyet yapılması emrinin mirasçı olamayan akraba için geçerliliğinin neshedildiği” şeklindeki bazı tâbiîn âlimleriyle Zâhirî âlimlerinin görüşlerinden hareketle düzenlemeler yapılmıştır²⁸. Tâbiinden Mesrûk (v. 63/682)²⁹, Dahhâk (v. 102/720)³⁰, Tâvus b. Keysân (v. 106/724)³¹ ve Hasan el-Basrî (v. 110/728)³² gibi âlimlerden el-Bakara (2), 180 âyetiyle mirasçı olamayan akrabaya vasiyetin vâcip olduğu, anne ve baba gibi mirasçı akrabaya vasiyet yapmanın ise neshedildiği nakledilmektedir. Dâvud ez-Zâhirî (v. 270/883)³³, et-Taberî (v. 310/923)³⁴ ve İbn Hazm (v. 456/1064)³⁵ gibi âlimlerinin görüşünün de böyle olduğu, mirasçı olmayana vasiyet yapılmışsa zorla alınacağı şeklinde nakledilmektedir. Bu çalışmada maksadımız dede yetimliğine ilişkin çözüm arayışları çerçevesinde vâcip vasiyet kanunlarının dayanağını belirtmekle sınırlı olduğundan çalışmanın kapsamı da göz önünde bulundurularak el-Bakara (2), 180 âyetinin tamâmen / kısmen neshedildiği, mirasçı olamayan akrabaya vasiyetin vâcipliği ve vâcip vasiyetin sınırlarına ilişkin ihtilaflara girmiyoruz.

- 25 Miras hukukunda, “İbnü'l-Mübârek / Uğurlu Oğul Meselesi” olarak isimlendirilen bu mesele ve ilgili örnekler için bk. İbnü'l-Münzir, s. 68; el-Cessâs, II, s. 85; es-Serahsî, XXIX, s. 141; el-Kalvezânî, s. 32; İbn Kudâme, IX, s. 12; İbnü'l-Mecdi, I, s. 479;
- 26 Miras hukukunda, “İbnü'l-Meşûm / Uğursuz Oğul Meselesi” olarak da isimlendirilen koca, kız çocuk, anne, baba, oğlun kızı ve oğlun oğlu bulunan meselede oğlun çocukları mirasçı olamamaktadır. Ayrıntı için bk. es-Serahsî, XXIX, s. 143; eş-Şinşevrî, Cemâlüddin Muhammed b. Abdullah b. Ali, *Fethü'l-karibi'l-mücib bi-şerhi Kitâbi't-Tertîb*, el-Matbaatü'l-Behiyye, Kahire 1893/1301, I, s. 74
- 27 Ayete bizim verdiğimiz meal şöyledir: “Sizden birinize ölüm geldiğinde geride mal bırakmışsa, anne-baba ve akrabaya meşru tarzda vasiyetin yerine getirilmesi Allah'a karşı gelmekten sakınanlara hak olarak farz kılındı.” (el-Bakara (2), 180).
- 28 Vâcip vasiyet düzenlemelerinin dayanağı hakkında bk. Abdülkerim Şehbun, *Şerhu müdeveneti'l-ahvâliş-şahsiyyeti'l-magribiyye*, Dâru Neşri'l-Ma'rife, Rabat 1987, II, s. 455-456; Arı, s. 249-268; Farukî, s. 257-262; Dağüstani, s. 144.; Derâdike, Yasin Ahmed İbrâhîm, “el-Vasiyyetü'l-Vâcibe”, *Mecelletü'l-Şeria ve Dirâsâti'l-İslâmiyye*, say. 5, 1986, s. 293-373; Chowdhury, s. 385-387; Habiburrahman, “Problems”, s. 216; Coulson, N.J., *Succession in the Muslim Family*, University Press, Cambridge 1971, s. 145-146.
- 29 et-Taberî, Ebû Cafer İbn Cerir Muhammed b. Cerir b. Yezid, *et-Tefsîr = Câmiü'l-beyân an te'vili ayi'l-Kur'an* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki), Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, III, s. 124; İbn Hazm, IX, s. 315; el-Habrî, s. 573; İbn Kudâme, VIII, s. 391.
- 30 et-Taberî, III, s. 125; el-Cessâs, I, s. 165; İbn Kudâme, VIII, s. 395; el-Kurtubî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî, *el-Câmi li ahkâmi'l-Kur'an* (nşr. Hişam Samir el-Buhârî), Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, II, s. 264.
- 31 et-Taberî, III, s. 127, 128; el-Cessâs, I, s. 165; el-Mâverdi, VIII, s. 186; İbn Hazm, IX, s. 315; el-Habrî, s. 573; İbn Kudâme, VIII, s. 391, 395; el-Kurtubî, II, s. 264.
- 32 et-Taberî, III, s. 127, 129; el-Cessâs, I, s. 165; el-Mâverdi, VIII, s. 186; İbn Hazm, IX, s. 315; el-Habrî, s. 573; İbn Kudâme, VIII, s. 395; el-Kurtubî, II, s. 264.
- 33 el-Mâverdi, VIII, s. 188; İbn Hazm, IX, s. 315; el-Habrî, s. 573; İbn Kudâme, VIII, s. 391.
- 34 et-Taberî, III, s. 123-124; İbn Kudâme, VIII, s. 391.
- 35 İbn Hazm, IX, s. 314.

İslâm ülkelerinde vâcip vasiyet temelinde yapılmış düzenlemeleri kapsamı açısından özellikle mirasbırakanın kızının çocuklarıyla ilgili düzenlemeye yer verip vermemeleri açısından aralarındaki farklardan dolayı temelde iki sınıfa ayırarak değerlendirmeyi uygun bulduk. Bu düzenlemeleri aşağıdaki gibi gösterebiliriz:

A. Mısır, Tunus, Irak ve Kuveyt Vâcip Vasiyet Kanunları

Dede yetimliği meselesi, vâcip vasiyet temelinde ilk defa Mısır'da 1946 tarihli 71 nolu Vâcip vasiyet kanunu (mad. 76, 77, 78) ile düzenlenmiştir. Düzenlemeyle dede veya ninenin terekesinden, baba veya anneleri daha önce ölmüş torunlara vâcip vasiyetle pay ayrılması amaçlanmıştır. Kanunun ilgili maddesi şöyledir:

Madde-76: Mirasbırakan hayattayken ölmüş veya hükmen de olsa kendisiyle ölmüş çocuğunun hayattaki çocuğuna, kendi ölümü sırasında çocuğu hayatta olsaydı miras olarak terekeden alacağı miktarı vasiyet etmemişse, üçte birden fazla olmamak üzere bu miktarın toruna vasiyet olarak verilmesi vacip olur. Bunun için, torunun vâris olamaması veya mirasbırakanın bunu başka bir tasarrufla karşılıksız vermemiş olması gerekir. Mirasbırakan torununa alması gerekenden az vermişse bu miktarı tamamlayacak kadar vasiyet vacip olur. Bu vasiyet kızıdan torunların birinci derecesiyle ilâ nihâye oğuldan torunlara aşağıdaki şartla geçerlidir. Her asıl başkasının fûrûunu değil kendi fûrûunu hacbedecek, ne kadar aşağıya inerse insanın her aslın payı kendi fûrûuna, kendilerini mirasbırakana bağlayan aslının veya asıllarının mirasbırakandan sonra derece sırasına göre ölmelerinde olduğu gibi miras şeklinde paylaşmalarını gerekir³⁶.

Vasiyet kanunundaki bu değişikliklerin mirasçı olamayan akrabaya vasiyet edilmesi gereğinden hareketle yapıldığı belirtilen düzenleme³⁷ fûrû hısımlarla ilgili ortaya çıkan dede yetimliği meselesine mahsus olup yandal ve usûl hısımları kapsamamaktadır. Bununla birlikte uygulamadaki tüm farklılıklara karşın kânun³⁸, kızın çocuklarından ilk tabakayı da oğlun çocukları gibi vâcip vasiyetin kapsamına dâhil ederek zevi'l-erhâm kapsamından çıkartmaktadır.

36 Bk. Gablân, s. 55, 288; Arı, s. 261; Mahmood, Tahir, *Status of Personal Law in Islamic Countries*, 2. bs., India and Islam Research Council, New Delhi 1995, s. 115-116; Dağıstani, s. 146-147; Kulay, F.M., "Grandson's Inheritance at Islamic Law - Much Ado About Nothing", *Islamic and Comparative Law Review*, vol. XIII, nr. 1, 1993, s. 75; Faruki, s. 257-258; Anderson, J.N.D., "Recent Reforms in the Islamic Law of Inheritance", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. XIV, nr. 2, 1965, s. 358, 359.

37 Kanunun gerekçesinde, mirasçı olamayan akrabalara vasiyet yapılması ile ilgili tabiîn ve fukahâdan rivâyetlerin bulunduğu belirtilmektedir. Bazı müfessirlerin, el-Bakara (2), 180 âyetinin neshedilmediği şeklindeki mezkûr görüşte oldukları ifade edilmektedir. Ayrıca, tabiîn fukahası ile Ahmed b. Hanbel ve İbn Hazm'ın mezhebine göre mirasçı olamayan akrabaya vasiyet etmemiş kişinin malından alınması gerektiği görüşü olduğu belirtilerek kanunun diğer maddelerinin gerekçeleri ele alınmaktadır. Kanunun gerekçesi hakkında bk. Gablân, s. 56.

38 Mısır vâcip vasiyet kanununun, 'mahkeme uygulaması', 'müftü uygulaması' ve 'Ebû Zehre yöntemi' olmak üzere üç farklı uygulaması bulunmaktadır. Ayrıntı için bk. Coulson, *Succession*, s. 146-150; Ebû Zehre, Muhammed b. Ahmed b. Mustafa, *Ahkâmü't-terekât ve'l-mevâris*, Dârü'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1963, s. 148 vd.

Tunus'ta 1957 tarihli vasiyet kanunu da, anne veya babaları ölmüş torunların dede veya ninelerinin terekesine vâcip vasiyetle hak sahipliğini düzenlemesi yönünden Mısır vasiyet kanunuyla benzerlik taşımaktadır. Fakat Mısır vasiyet kanununda oğlun çocuklarında tabaka sınırlaması yokken Tunus vasiyet kanununda vâcip vasiyet, oğlun çocukları ile kızın çocuklarının ilk tabakasıyla sınırlandırılmaktadır³⁹.

Irak'ta 1959 tarihli 188 no'lu vasiyet kanunuyla (mad. 74) anne ve babası önce ölen torunlara dede veya nineleri öldüğünde anne veya babaları hayattaymış gibi terekenin üçte birine kadar hisse verilmektedir. İslâm ülkelerinde vâcip vasiyet düzenlemelerinden en kapsamlısı olan kanunda kızın çocuklarıyla oğlun çocukları arasında ayırım olmayıp kızın çocuklarını vâcip vasiyetin kapsamına dâhil etmede tabaka sınırlaması bulunmamaktadır. 1963'e kadar yürürlükte kalan kanunun ilgili maddesi şöyledir:

“Eğer kız veya erkek çocuk anne veya babasından önce ölmüş olursa onlardan herhangi birinin ölümü esnasında hayatta kabul edilir. Böylece onun bu şekilde terekeden alacağı hisse şer'î hükümler çerçevesinde vâcip vasiyet olarak terekenin üçte birini aşmamak kaydıyla kız olsun erkek olsun çocuklarına intikal eder.”⁴⁰

Kuveyt'te 1971 tarihli 5 no'lu vâcip vasiyet kanununun mezkûr Mısır vâcip vasiyet kanununa benzer olup kızın çocuklarının oluşturduğu ilk tabakayla kendileriyle mirasbırakan arasına kadın girmemiş ilâ nihâye oğlun çocuklarını vâcip vasiyetin kapsamına dâhil etmektedir⁴¹.

Düzenlemelere çeşitli tenkitler getirilmekle birlikte kanaatimizce en büyük eksiklik meselenin sebebinin görülmezsizin ya da temel nedeninin göz ardı edilecek ya da temeline inilmeyerek vasiyet kapsamında çözümlenmeye çalışılmasıdır. Bu nedenle bu çözümü sathî olarak nitelendirmek mümkündür. Kızın çocuklarını oğlun çocukları gibi tabaka sınırlaması yapmadan vâcip vasiyet kapsamına alması sebebiyle Irak'taki düzenlemenin en kapsamlı, Tunus'takinin ise oğlun çocuklarıyla kızın çocuklarından ilk tabakayı kapsama alarak kız ve oğuldan torunlar arasında mirasçılıkta farklılık gözetmemesiyle ikinci kapsamlı düzenleme olduğu söylenebilir. Mısır'daki düzenleme ise vâcip vasiyetin kapsamına ilâ nihâye oğlun çocuklarıyla kızın çocuklarından ilk tabakayı dâhil etmesi açısından üçüncü kapsamlı ve tarih olarak en eski olanıdır. Kuveyt'teki düzenlemeyle Mısır'daki ise lafız ve muhtevaları yönüyle hemen hemen aynıdır.

39 Bk. Mahmood, s. 178–179; Habiburrahman, “Problems”, s. 212, 213; Kulay, s. 75; Anderson, “Recent Reforms”, s. 358, 359; Coulson, *Succession*, s. 145.

40 Mahmood, s. 127; Kulay, s. 75; Anderson, “A Law for Personal Status for Iraq”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. IX, No. 4, 1960, s. 559–560; Coulson, *Succession*, s. 141–142, 161.

41 Gablân, s. 66–71; Şaban, Zekiyüddin, *Ahkâmü'l-vasiyye ve'l-miras ve'l-vakf fi şer'iatil-İslâmiyye*, Mektebetü'l-Fellâh, Kuveyt 1989, s. 441–443; Mahmood, s. 25, 137; Kulay, s. 75.

B. Suriye (1953) ve Fas (1958) Vâcip Vasiyet Kanunları

Dede yetimliği meselesine ilişkin Suriye (1953) ve Fas (1958)'ta yapılan vâcip vasiyet kanunları ise yukarıda zikredilen düzenlemelerden bazı noktalarda farklılık taşımaktadırlar.

Suriye'de çıkartılan 1953 tarihli 257 nolu vâcip vasiyet kanunu, mezkûr kanunlardaki oğlun çocuklarının üçte birden fazla olmamak üzere babaları hayatta bulunsaydı ne kadar alacak idiye onu değil de, oğul hayatta bulunsaydı (diğer mirasçılarla birlikte) çocukların alacağı kadar pay verilmesi, kalanın terekeye dâhil edilmesi şeklinde düzenlemeye gitmiştir⁴². Fas'ta çıkartılan 1958 tarihli vâcip vasiyet temelinde miras kanunundaki düzenleme de, Suriye'dekiyle hemen hemen aynıdır⁴³. Bununla oğlun kızı ile mirasbırakanın kız çocuğu bulunduğu oğlun kızının, kız çocuktan iki kat hisse alması gibi özellikle Mısır vasiyet kanununa getirilen eleştirilerin önüne geçilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır⁴⁴.

42 es-Sibâi, s. 425 vd.; Gablân, s. 62-63; Mahmood, s. 172; Habiburrahman, "Problems", s. 212, 213, 214; Tanzilurrahman, "Succession", s. 321; Kulay, s. 75; Anderson, "Recent Reforms", s. 358, 359; Derâdike, 294; Arı, s. 263; Coulson, *Succession*, s. 144-145.

43 1958 târihli Fas miras kanununun ilgili maddeleri (md. 266-269) için bk. Şehbun, II, s. 455-462; Gablân, s. 302-303; Tanzilurrahman, "Succession", s. 321; Habiburrahman, "Problems", s. 212, 213, 219; Mahmood, s. 35, 162; Anderson, "Recent Reforms", s. 358, 359.

44 Gablân, s. 61, 62 vd.; Şehbun, II, s. 458-459; Arı, s. 267; es-Sibâi, s. 425. Mısır ile Suriye vasiyet kanunları arasındaki bu farklılığı iki örnekle şöyle açıklayabiliriz. Mirasbırakan (dede) iki erkek çocuk, bir kız çocuk ve daha önce ölmüş oğlunun kız çocuğunu bırakıyor. Burada terekeden toplam 7X hisse üzerinden mirasbırakanın her bir oğlu 2X'er, kız çocuk 1X ve oğlun kızı da babası hayatta bulunmuş olsaydı onun alacağı 2X hisseyi alır. Tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-7: (İki oğul, kız çocuk, oğlun kızı)

		7X
Oğul	2X	2X
Oğul	2X	2X
Kız çocuk	1X	1X
Oğlun kızı	2X	2X

Mirasbırakanın oğlunun kızı daha uzak olmasına karşın 2X hisse, kızı ise 1X hisse almıştır. Bu nedenle Mısır vasiyet kanunundaki "babalarının alacağı hisse" ifâdesi Süriye ve Fas vasiyet kanunlarında "kendilerinin alacağı hisse kadar" almaları kalanın terekeye iade edilmesi şeklinde değiştirilmiştir. Değiştirilen duruma mirasbırakanın (dede) iki kız çocuk (Ayşe ve Sümeyye) ile kendisinden daha önce ölmüş oğlunun (Ahmet) kız çocuğunu (Fatma) bıraktığı meseleyi örnek verebiliriz. Örneği tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-8: (İki kız çocuk, oğlun kızı)

	24X	24X
Kız çocuk (Ayşe)	6X (1/4)	6X (1/4) + 3X (kardeşten)=9X (3/8)
Kız çocuk (Sümeyye)	6X (1/4)	6X (1/4) + 3X (kardeşten)=9X (3/8)
Oğlun kızı (Ahmet'in kızı Fatma)	Ahmet'in 12X (1/2)	12X'in yarısı 6X (Fatmanın)=6X (1/4)

İlk önce tereke mirasbırakanın iki kızı ile oğlu arasında taksim edilir. Buna göre Ahmet terekenin 1/2'sini, Ayşe ile Sümeyye'den her biri de terekenin 1/4'ünü alırlar. Daha sonra Ahmet'in 1/2'lik hissesi kızı Fatma ile iki kız kardeşi Ayşe ve Sümeyye arasında paylaşılır. Buna göre kızı Fatma terekenin yarısını yani toplamda 1/4'ünü, Ayşe ve Sümeyye de diğer yarısını asabe maa-gayrihi olarak her biri kardeşlerinin terekesinden 1/8 ve dedelerinin terekesinden 1/4 almış olurlar. Oğlun kızı olan Fatma terekeden 1/4 hisse alarak halalarından daha az, Ayşe ve Sümeyye ise 3/4 almış olur. Benzer örnekler için bk. Gablân, s. 62-63.

Suriye (1953) ve Fas (1958)'de yapılan düzenlemeler, oğlun çocuklarıyla ilgili ortaya çıkan dede yetimliği meselesine ilişkin olup her ikisi de kızın çocuklarını vâcip vasiyetin kapsamına dâhil etmemiştir. Suriye vasiyet kanununun gerekçesinde kızın çocuklarının vâcip vasiyetin kapsamına alınmaması şöyle açıklanmaktadır:

“Mısır (vasiyet) kânunu, vâcip vasiyette oğlun çocukları ile kızın çocukları arasında ayrıma gitmedi. Gerçekte kızın çocukları kendi asılları olan annelerinin mirasbırakandan daha önce ölmüş olması sebebiyle terekeden mahrum değildiler. Onlar, zevi'l-erhâm hısımlardan olup zevi'l-erhâm olarak (yani asabe olmadığında) mirasçı olabilirler. Ayrıca onlara oğlun çocuklarının aksine (kendi babaları tarafından) belirli hisseler vardır...”⁴⁵

Fas'ta 1958 tarihli vâcip vasiyet temelinde miras kanunu kapsamında yer alan düzenlemenin de Suriye'dekiyle aynı olduğu görülmektedir⁴⁶. Kızın çocuklarını vâcip vasiyet kapsamına almayan her iki kanun, oğlun kızlarının kız çocuktan fazla hisse almamaları için, “babası hayatta bulunsaydı alacağı kadar” değil de “kendisi alacağı kadar” şeklinde düzenlemeye gitmiştir. Kızın çocuklarının kapsama alınmamasının, onların zevi'l-erhâm oldukları ve kendilerinin nesep olarak bağlı oldukları babalarından miras aldıklarıyla açıklanması da dede yetimliği probleminin nedeninin görülmediğini / göz ardı edildiğini ortaya koyduğu gibi Arı'nın da belirttiği gibi vâcip vasiyet kanunuyla amaçlanan maksat da hâsıl olmamıştır⁴⁷.

C. Vâcip Vasiyete Yönelik Tenkitler ve Değerlendirilmesi

Vâcip vasiyet yukarıda ele alındığı üzere el-Bakara (2), 180 âyeti temelinde olduğu, âyette anne baba gibi mirasçı hısımlara vasiyetin nesholdüğü ancak mirasçı olamayan akrabaya vasiyetin vâcip olduğundan hareketle yapılmıştır. Fakat kanaatimiz cumhurdan farklı olarak Ebû Müslim el-İsfahânî (v. 322/934)'den de nakle edildiği şekilde, “كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على... المتقين... , *İçinizden birine ölüm geldiği zaman geriye mal bırakmışsa anne baba ve yakınlar için o vasiyeti, marûf ölçüler içinde yerine getirmek hepinize farz kılınmıştır. Bu sakınanlara yüklenmiş bir görevdir.*”⁴⁸ âyetindeki “الوصية , *el-vasiyyetu*” kelimesinin “ال , *el*” takısıyla başlamış olması sebebiyle bilinen Allah'ın kullara vasiyetine (emrine) yani en-Nisâ (4), 11, 12 âyetlerindeki miras hükümlerine işaret

45 Kanunun, gerekçesi için bk. Gablan, s. 62–63; es-Sibâi, s. 426; Mahmood, s. 41, 172. 1961 tarihli 61 nolu Suriye vasiyet kanunu (md. 182) da benzer gerekçelerle kızın çocukları, vâcip vasiyetin kapsamına dâhil etmemektedir. Bk. Derâdike, s. 356–358. Fas'taki düzenlemede kızın çocuklarının vâcip vasiyetin kapsamına alınmamasıyla ilgili de benzer gerekçeler ileri sürülmüştür. Bk. Şehbun, II, s. 456–458.

46 1958 tarihli Fas miras kanunun ilgili maddeleri (md. 266–269) için bk. Gablan, s. 302–303; Tanzilurrahman, “Succession”, s. 321; Habiburrahman, “Problems”, s. 212; Mahmood, s. 35, 162; Anderson, “Recent Reforms”, s. 358, 359.

47 Arı, 267.

48 el-Bakara (2), 181.

ettiği ve mensuh olmadığı yönündedir⁴⁹. Bu durumda “كتب عليكم, *size farz kıldını*” da, terekenin miras hükümlerine göre paylaşılmasının Müslümanlara yüklenilmiş görev olduğu şeklinde anlaşılacaktır.

Vâcip vasiyet, klasik anlamda isteğe bağlı olarak yapıldığı kabul edilen vasiyet olmadığı gibi mirasçılık nedeni de değildir⁵⁰. Dolayısıyla dede yetimliğine yönelik miras hukuk sistemini bozmadığı düşüncesiyle mirasla vasiyet arasında ayrı bir kategori oluşturularak çözüm bulunması isâbetli gözükmemektedir.

Vâcip vasiyet düzenlemeleri, şerî dayanağı bir yana, vasiyet temelinde mirasla ilgili düzenleme olup üçte birle sınırlı olduğu için beklenen maksadı da gerçekleştirilmemektedir. Örneğin, mirasbırakanın oğluyla, daha önce ölmüş dört oğlunun ikişer oğlu ile birer kızını bıraktığı meselede vâcip vasiyete göre oğul, terekenin üçte ikisini alırken önce ölmüş dört oğlun hayattaki çocukları sadece üçte birini paylaşmaktadırlar⁵¹. Meseleyi tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-9: (Oğul, dört farklı oğlun ikişer oğlu ve birer kızı)

		60X
Oğul (Ahmet)	2/3	40X
Oğlun (Veli'nin) iki oğlu bir kızı		(2X + 2X + 1X=5X)
Oğlun (Ali'nin) iki oğlu bir kızı	1/3	(2X + 2X + 1X=5X)
Oğlun (Fatih'in) iki oğlu bir kızı		(2X + 2X + 1X=5X)
Oğlun (Hakan'ın) iki oğlu bir kızı		(2X + 2X + 1X=5X)

Görüldüğü gibi oğul terekenin üçte ikisini alırken, daha önce ölmüş oğulların çocukları (vâcip vasiyetin üçte birle sınırlılığından dolayı) üçte bir almış, vâcip vasiyetle gerçekleştirilmek istenilen amaç da sağlanamamıştır. Bunun nedeni, meselede çözümünün vasiyet çerçevesinde aranmasından kaynaklanmaktadır. Benzer durumlar kişinin üçte birlik vasiyetini kendisine mirasçı olamayan gayrimüslim eşine, evlatlık yetime, fakir akrabasına yaptığında da ortaya çıkmaktadır. Terekele öncelikle vâcip vasiyetin yerine getirileceği kabul edildiğinden diğer vasiyetler yerine getirilmesi miras hukuku açısından imkânsız hale gelmektedir⁵².

49 İbn Kesir, Ebü'l-Fidâ İmâdüddin İsmâil b. Ömer, *Tefsîrü'l-Kur'âni'l-azîm* (nşr. Mahmud Hasan), Dârü'l-Fikr, 1414/1994, I, s. 263. Ayrıca bkz. ez-Zemahşerî, Ebü'l-Kâsım Cârullah Mahmûd b. Ömer, *el-Keşşâf an hakâiki gavâmizi't-tenzil ve uyûni'l-ekâvil fi vucûhi't-tevil* (nşr. Abdürrezzâk el-Mehdî), Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut ts., I, 250; Fahreddin er-Râzî, Ebü Abdullah Fahreddin Muhammed b. Ömer, *et-Tefsîrü'l-kebir = Mefâtihi'l-gayb*, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut ts., V, 211 vd.

50 Vâcip vasiyete ilişkin bizim de katıldığımız bu tenkitle ilgili ayrıntı için bk. Faruki, s. 257–260.

51 Habiburrahman, “Problems”, s. 213, 220. Kulay, mirasbırakanın oğlunun hayatta bulunan iki oğluyla, diğer oğlunun kızını bıraktığı meseleyi örnek olarak vermektedir. Burada oğlun oğullarından her birinin terekenin dörtte birini alırken, oğlun kızının terekenin yarısını aldığı belirtiltikten sonra Kur'an'da kızlarla erkekler arasındaki taksim ikili birli olduğunu belirterek bunun açıkça Kur'an'ın hükümlerine muhalefet olduğunu belirtmektedir. Bk. Kulay, s. 73.

52 Faruki, s. 259; Coulson, *Succession*, s. 156 vd.

Vâcip vasiyet çıkış noktası itibariyle halefiyetten farklı olmakla birlikte sonuçları yönünden halefiyetle benzerlik gösterdiğinden tenkitler de büyük ölçüde halefiyete yönelik tenkitlerle ortaktır⁵³. Yukarıda kısmen değindiğimizden, halefiyetle ilgili bölümde de sonuçları itibariyle değinileceğinden vacip vasiyete ilişkin ilgili tenkitler ayrı bir bölüm halinde ele alınarak değerlendirilmeyecektir⁵⁴.

III. Halefiyet Temelinde Çözüm Arayışları

Dede yetimliğine ilişkin çözümlerden birisi de miras hukuku içerisinde, miras hukukunun genel hükümlerinden hareketle ortaya konulan, “tenzil”, “mirasçılık hakkı” veya “halefiyet” olarak isimlendirilen prensiptir. Buna göre mirasbırakana ulaşılan akrabalık bağı dikkate alınarak terekenin taksimi kişi başına (*per capita*) olmayıp köke göre (*per stirpes*) yapılacaktır. Muâsır bazı fakihlerin de dile getirdiği⁵⁵ bu prensip temelinde özellikle Pakistan ve Bangladeş gibi ülkelerde düzenlemeler yapılmıştır.

A. Lübnan (1950) ve Hindistan Penjab (1953) Kanunlaştırma Girişimleri

Dede yetimliğine ilişkin İslâm hukuku temelinde yapılan halefiyetle alakalı ilk düzenleme girişimi 1950 tarihinde Lübnan’da yapılmak istenmiş ancak muhalefetin tepkisi sebebiyle yasalaşmamıştır⁵⁶. İkinciye 1953 tarihinde Hindistan Penjab meclisinde yapılmak istenmiştir. Penjab eyâlet meclisi, gerek anne ve babaları daha önce ölmüş olan torunlara, gerekse babaları daha önce ölmüş kardeş çocuklarının terekeden hacbolmalarını önlemek amacıyla 3 Aralık 1953’te halefiyet te-

53 Mirasbırakanın oğul (Ali), oğlunun (İbrâhim) oğlu (İsmâil) ile kızının (Fâtıma) kızını (Sâkine) bıraktığı mesele çerçevesinde gerek klasik fıkıh ile vâcip vasiyet ve halefiyet bağlamındaki düzenlemelerin getirdiği farklılıkları şöyle gösterebiliriz:

Tablo-10: (Oğul, oğlun oğlu, kızın kızı)

	Klasik fıkıh		Halefiyet		Vâcip V-1		Vâcip V-2	
		1X		5X				3X
Oğul	Tamamı	1X	2X	2X	2/3	24X	2/3	2X
Oğlun oğlu (İbrâhim’in oğlu İsmâil)	----	----	2X	2X	1/3	8X	1/3	1X
Kızın kızı (Fâtıma’nın kızı Sâkine)	----	----	1X	1X		4X	----	----

Örnekte görüldüğü gibi klasik fıkıhta mirasbırakanın oğlu aşağı derecedeki oğul ve kızın çocuklarını hacbetmektedir. Kişinin mirasbırakana ulaştığı kişinin hissesini alacağı şeklindeki halefiyete göre oğlun oğlu mirasbırakanın oğlu kadar hisse almakta, kızın kızı da kız çocuk bulunsaydı ne kadar alacak idiyse o kadar almıştır. Mısır, Tunus ve Kuveyt’te geçerli vâcip vasiyet uygulamasına göre oğlun oğlu ile oğlun kızı terekenin üçte birinden fazlasını alamamaktadırlar. Fas ve Suriye’deki vâcip vasiyet uygulamasına göre ise kızın çocukları vâcip vasiyet kapsamında bulunmadığından üçte birlik hisseyi oğlun oğlu alırken oğul üçte iki almaktadır. Aynı örnek için bk. Habiburrahman, “Problems”, s. 223.

54 Vâcip vasiyet düzenlemelerine getirilen tenkitler ve değerlendirilmesi için bk. Arı, s. 249–268; Coulson, *Succession*, s. 154–157.

55 Bayındır, Abdülaziz, “Mirasta Halefiyet”, (Yayına Hazır Makale), s. 1 vd.; Bayındır hocayla yapılan görüşme, 13.05.2011; Faruki, s. 253–274; Faruki’nin görüşlerinin değerlendirilmesi için bk. Coulson, *Succession*, s. 150–152.

56 Bk. Anderson, “The Islamic Law of Inheritance”, *Islamic Law in the Modern World*, Greenwood Pres, New York 1959, s. 76; Coulson, *Succession*, s. 153. Bu, Penjab eyaletindeki 1954’teki kanunlaştırma girişiminden önce olmakla birlikte konuyla ilgili detaya sahip olmadığımız için ayrı bir bölüm halinde ele almadık.

melinde bir düzenleme kanunlaştırmaya çalışmış ancak muhalefetin tepkisiyle yürürlüğe girmemiştir⁵⁷. Tanzilurrahman, başarısız olsa da bu girişimin Pakistan'da daha sonra yapılacak uygulamaya temel teşkil ettiğini belirtmektedir⁵⁸. Tam olarak gerekçesine ve metnine sâhip olmadığımız kanunlaştırma girişiminin yapılmak istenenden hareketle kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır. Sadece fûrû hısımlarla ilgili dede yetimliği meselesiyle alakalı olmayıp kardeşin kardeş oğlunu hacbettığı yandal hısımlarla ilgili meseleleri de düzenlemeyi amaçlaması yönüyle önemlidir.

B. Pakistan Aile Hukuku Komisyonu Raporu (1954–1956)

Pakistan'da 1954 yılında mirasın da dâhil olduğu çeşitli düzenlemeleri yapmak üzere kurulan Aile hukuku komisyonu 1956 yılında dede yetimliği meselesinin de yer aldığı bir rapor (*Report of the Commission on Marriage and Family Laws*) yayınlamıştır⁵⁹. Bu rapor 1961 yılında Pakistan'da ve Bangladeş'te⁶⁰ yürürlüğe giren aşağıda zikredilecek kanunun da esbâb-ı mûcibesi niteliği taşıması açısından önem taşımaktadır. Raporun ilgili bölümü şöyledir:

“Kur'an'da ve sahih hadislerde dedenin terekesinden anne veya babaları daha önce ölmüş oğul ve kızların mahrum olacağına ilişkin bir delil bulunmamaktadır. Bu uygulamanın Araplar arasında mevcut olduğu, onların çocukların bulunmasıyla çocukların çocukları olan torunları terekeden mahrum ettiği görülmektedir. Eğer mirasbırakan oldukça yüklü mal bırakır ve onun babası daha önce ölmüş olursa babanın babası olan dede, babası hayatta bulunmuş olsaydı onun alacağı hisseyi almaktadır. Bu demektir ki, İslâm'da mirasbırakanın usûl mirasçıları arasında halefiyet açıkça kabul edilmiştir. Eğer kabul edilmemiş deseydik halefiyetin fûrû hısımlar arasında da bulunmayacağını söyleyebilirdik. Eğer bir kişi geriye daha önce ölmüş dört oğlunun geride kalan çocukları (yani torunları) ile bir oğlunu bırakırsa oğlun terekenin tamamına mirasçı olacağı, dört oğlun çocuklarının ise hiçbir şeye mirasçı olamayacağını mantikî ve âdil bir açıklaması yoktur. Dahası halefiyet prensibi dedeye daha önce ölmüş olan oğlunun hali hazırda ölen oğluna mirasçı olma hakkı vermektedir. Neden aynı prensip doğrudan fûrû mirasçılar olan anne veya babaları daha önce ölmüş olan oğul ve kız torunlara dedelerine mirasçı olma hakkı vermesin? Kur'an'da yetimlerin mallarının ve haklarının korunup kollanmasını emreden çok sayıda emir bulunmaktadır. Hangi hukuk sistemi, anne ve babaları daha önce ölmüş torunları dedeleri-

57 Tanzilurrahman, “Succession”, s. 322; *A Code of Muslim Personal Law*, Islamic Publishers, Karachi, II, s. 619; Mehdi, Rubya, *The Islamization of the Law in Pakistan*, 2.bs., Curzon Press, Richmond 1994, s. 190-191.

58 Tanzilurrahman, “Succession”, s. 322; *A Code of Muslim*, II, 619.

59 *Gazette of Pakistan Extraordinary* (20 June 1956, 1197-1232, 1223)da rapor yayınlanan komisyonun üyeleri, çalışmaları ve rapor hakkında bk. Tanzilurrahman, *A Code of Muslim*, II, 619 vd.; “Succession”, s. 68, 320 vd.; Mehdi, s. 157-202; Carroll, “Orphaned”, s. 411-412; Mahmood, s. 74-75; Coulson, *Succession*, s. 150.

60 Bangladeş'in kanunun yürürlüğe girdiği 1961'de Pakistan'ın eyleti olması nedeniyle orada yürürlüğe girmiştir. Bangladeş'te de halefiyetle kanunun uygulandığına ilişkin bk. Kulay, s. 75; Carroll, “Orphaned”, s. 446-447; Mahmood, s. 56; Habiburrahman, “Problems”, s. 212.

nin mirasından mahrum ederse bu (hukuk sistemi) Kur'an'ın ruhuna aykırı hareket etmiş olur.”⁶¹

Raporda, Kur'an'da ve sahih sünnette dede yetimliğini gerektiren emrin bulunmadığı, yakın asabe hısımın uzaktakinini hacbetmesinin –dinden bağımsız- Arap geleneği olduğu, usul hısımların mirasçılıklarında halefiyet bulunduğu, fürû hısımların mirasçılıklarında da halefiyetin bulunması gerektiği, bazı hısımları terekeden mahrum etmenin Kur'an'ın ve miras hükümlerinin ruhuna aykırı olacağı- nın vurgulandığı görülmektedir.

C. Pakistan ve Bangladeş Müslüman Aile Hukuku Kararnâmesi

Aile Hukuku Komisyonunun 1956 yılında yayınladığı rapordan sonra Pakistan'da 1961 tarihinde Müslüman Aile Hukuku Kararnâmesi (*Muslim Family Laws Ordinance = MFLO*)⁶² yürürlüğe girmiştir. MFLO'nin 4. maddesi şöyledir:

“Terekenin açılmasından önce mirasbırakanın daha önce ölmüş oğlu veya kızının hayatta bulunan oğul veya kızı terekenin açılması esnasında hayattaysalar eğer o oğul ve kızın hayatta bulunduğu varsayılsa ne kadar hisse alacak idiye o kadar hisseyi alırlar.”⁶³

Fürû hısımların terekeden, halefiyet yoluyla (*inheritance by right*) miras alacaklarının kabul edildiği, mirasbırakana yakın olanın uzaktakinini hacbedeceği al-akrabu fe'l-akrab prensibinin redd edildiği, mirasbırakana ulaşılan yolun dikkate alındığı, mirasçılardan köke göre (*per stirpes*) mirasçı olacakları belirtilmektedir. Buna göre mirasbırakanın oğlunu (Ahmet), kızını (Ayşe), oğlunun oğlu (Fatih'in oğlu Ali) ve kızının oğlunu (Hava'nın oğlu Mehmet) bıraktığı meseleyi tabloda şöyle gösterebiliriz⁶⁴:

Tablo-11: (Oğul, kız, oğlun oğlu, kızın oğlu)	
	6X
Oğul (Ahmet)	2X
Kız (Ayşe)	1X
Oğlun oğlu (Fatih'in oğlu Ali)	2X
Kızın oğlu (Hava'nın oğlu Mehmet)	1X

61 Raporun mirasla ilgili bölümü için bk. Serâjuddin, Alamgir Muhammed, *Sharia Law and Society: Tradition and Change in South Asia*, Oxford University Press, Karachi, 2001, s. 82-83; “Women's Rights in Muslim Family Laws in Pakistan”, *Special Bulletin*, Lahor 2000, s. 33.

62 İlerleyen bölümlerde Pakistan Müslüman Aile Huku Kararnâmesi ifâdesi yerine, İngilizcesi olan Muslim Family Laws Ordinance'nin kısaltması olan MFLO kullanılacaktır.

63 Bk. Mahmood, s. 207; Mehdi, s. 191; Chowdhury, s. 377-378; Habiburrahman, “Problems”, s. 212, 220; Carroll, “Orphaned”, s. 415; Carroll, “Divorce and Succession-Some Recent Cases from Pakistan”, *Islamic and Comparative Law Review*, vol. IV, nr. 4, 1984, s. 247; Tanzilurrahman, “Succession” s. 321-322.; Fyzee, s. 480; Faruki, s. 262 vd.; Coulson, *Succession*, s. 145.

64 Aynı örnek için bk. Chowdhury, s. 378; Benzer örnekler için bk. Faruki, s. 266-271.

Komisyunun Arap ülkelerinde vâcip vasiyet temelinde yapılan düzenlemeleri değerlendirerek reddettiği ve içtihatla bu düzenlemeyi yaptığı belirtilmektedir⁶⁵. Düzenlemede, kızın çocukları da “veled” kapsamında değerlendirilerek kızın çocukları ile oğlun çocukları arasında ayrıma gidilmemiştir. Tanzilurrahman, kanunun gerekçesinin, Kur’an’da Allah’ın, “...يوصيكم الله في اولادكم”, **Allah çocuklarınız hakkında emrediyor**⁶⁶ buyruğundaki veled lafzına çocuklara ilâveten çocukların çocuklarının da dâhil olduğu görüşüne dayandırıldığını belirtmektedir⁶⁷. Farklı uygulama ve yorumları bulunsa da ilgili düzenleme Pakistan ve Bangladeş’te günümüze kadar yürürlükte⁶⁸.

D. Tunus (1959) ve Irak (1963) Miras Kanunları

Tunus’ta vâcip vasiyet temelinde yapılan düzenlemeye ilâveten iki yıl sonra mirasbırakanın kız veya erkek çocukları bulunduğu kardeş ve amca gibi asabe hısımların mirasçı olamayacakları yani ashâbü’l-ferâizin hisselerinden sonra terekeyi asabeye vermeyerek kalanın hisse sahiplerine redd yapma şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. 1959 tarihli Tunus Miras Kanunu’nun 143. mükerrer maddesinin metni şöyledir:

“Asabe hısımlar bulunmadığında ve farz hisse sahipleri terekenin tamamını almamışlarsa kalan, hisse sahiplerine redd yapılır. Fakat bir veya birden fazla kız çocuk veya oğlun kızı bulunursa terekenin kalanı onlara redd yapılır ve lev ki kardeş, amca gibi asabe bi-nefsihi hısımlar bulunmuş olsun.”⁶⁹

Bu düzenlemenin, *يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف*, **Senden fetva istiyorlar. De ki: Kelâleyle ilgili Allah size şöyle fetva veriyor. Bir kimse ölür veledi bulunmaz ve bir kız kardeşi kalırsa, terekenin yarısı onundur. Kız kardeş ölürde veledi yoksa erkek kardeş mirasçı olur.**⁷⁰ âyetinde kardeşlerin mirasçılıkları için veledin bulunmaması gereğinden hareketle yapıldığı belirtilmektedir⁷¹.

1963 yılında Irak’ta mezkûr vâcip vasiyet başta olmak üzere ilgili 86–91. maddeler değiştirilerek akrabalık ve halefiyet temelinde ve en-Nisâ (4), 176 âyetinde çocuklar bulunduğu kardeşlerin mirasçı olamayacakları hükmü dikkate alınarak yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Kanunun ilgili maddeleri şöyledir:

65 Carroll, “Orphaned”, s. 411–412, 414; Mahmood, s. 78.

66 en-Nisâ (4), 11.

67 Tanzilurrahman, “Succession”, s. 339.

68 Carroll, Pakistan’da farklı zamanlarda farklı yüksek mahkemelerin kararlarından hareketle akademik, katı ve serbest olmak üzere üç farklı yorumunun bulunduğunu belirterek her birini örneklerle açıklamaktadır. Bk. Carroll, “Orphaned”, s. 417–435; “Succession of Orphaned Grandchildren in Pakistan: Conflicting Judgements on the Method of Calculation”, *Islamic Comparative Law Quarterly*, vol. IV, 1984, s. 247–250.

69 Mahmood, s. 177; Anderson, “Recent Reforms”, s. 361, 362.

70 en-Nisâ (4), 176.

71 Coulson, *Succession*, s. 142–143.

“Madde-89: Akrabalık yoluyla mirasçı olan hısımlarla mirasçılıkları şöyledir: 1. Anne-baba ve çocuklar. Erkek iki kız çocuk hissesi kadara mirasçı olur. 2- Dedeler, nineler, erkek kardeşler kız kardeşler ve kardeş çocukları. 3- Amcalar, halalar, teyzeler, dayılar ve rahim sahibi hısımlar...”

Madde-90: Kız çocuk veya kız çocuklar, erkek çocuk bulunmadığında anne-baba ve karı-kocanın hisselerini almalarından sonra kalanı alırlar. Eğer bu hısımlarda bulunmuyorsa kız çocuklar terekenin tamamını alırlar⁷².”

E. Halefiyete İlişkin Tenkitler ve Değerlendirilmesi

Halefiyete ilişkin leh ve aleyhte çeşitli delil ve tenkitler getirildiği, bunların ekseriyetinin dede yetimliğinin problemlili oluşundan ziyade çözümlere ilişkin olduğu görülmektedir. İlgili delil, tenkit ve önerilerin yoğunlaştığı konuları aşağıdaki gibi sınıflandırabiliriz:

1. Âdil Olmayan Durumlara Sebebiyet Verme

Halefiyet, terekenin taksiminde âdil olmayan sonuçlara sebebiyet verdiği gerekçesiyle tenkit edilmektedir⁷³. Buna örnek olarak, ‘mirasbırakanın oğlu, oğlunun kızı, oğlunun oğlu’ ile ‘kızını, oğlunun kızı ve kızının kızını’ bıraktığı mesele gösterilmektedir. Burada halefiyetle oğul, oğlun kızı ve oğlun oğlundan her biri terekeden 2/9’ar hisse, kız, kızın oğlu ve kızın kızından her birisi 1/9’ar hisse almaktadır⁷⁴. ‘Oğul’, ‘oğlun kızı’, ‘oğlun oğlu’ birlikte bulunduğu ve ‘kız çocuk’, ‘kızın oğlu’ ve ‘kızın kızının’ cinsiyetlerinin ve yakınlık derecelerinin farklı olmasına rağmen halefiyetle eşit hisse aldığından hareketle taksimin âdil olmadığı iddia edilmektedir⁷⁵. İlk bakışta adaletsizmiş gibi gözükmesine karşın dikkatlice incelendiğinde âdil olduğu mirasçıların mirasbırakana ulaştıkları kişinin cinsiyetine göre mirasçı olduğu, oğlun çocuklarının mirasbırakana oğulla ulaştıklarından kızın çocuklarına nisbetle iki kat mirasçı oldukları görülmektedir. Oğlun (Ahmet) 2X hisse, oğlun kızının (Mehmet’in kızı Ayşe) 2X hisse almasının görünüşte âdil olmadığı söylenebilmekle birlikte Oğlun (Ahmet) terekenin taksiminden sonra kızını (Elif) bırakarak vefat etmesi hâlinde Mehmet’in kızı Ayşe’nin 2X hisseye mirasçı olduğu gibi Ahmet’in kızı Elif de 2X hisseye mirasçı olacaktır. Dolayısıyla

72 Coulson, *Succession*, s. 141-142; Anderson, “Changes in the Law of Personal Status in Iraq”, *British Institute of International and Comparative Law*, vol. XII, nr. 3, 1963, s. 1029-1030.

73 Habiburrahman, “Problems”, s. 217, 221; Tanzilurrahman, “Succession”, s. 340; Dağüstânî, s. 144; Kulay, s. 72-73, 76-81; Anderson, “Recent Reforms”, s. 357; Arı, s. 268.

74 Habiburrahman, “Problems”, s. 221. Habiburrahman, mirasbırakanın kızı ile oğlunun kızını bıraktığında, halefiyetle kızın üçte bir oğlun kızının üçte iki hisse alacağını belirterek bu durumu adaletsiz ve gayr-i mantıkî bir durum olarak nitelendirmektedir. Bk. Habiburrahman, “Problems”, s. 217. Vâcip Vasiyete ilişkin de, benzer şekilde mirasbırakanın iki oğlu, bir kızı ile oğlunun kızını bıraktığı meselede oğlun kızının kız çocuktan fazla hisse aldığı dolayısıyla adaletsiz paylaşımı sebep olduğu belirtilerek tenkit getirilmiştir. Ayrıntı için bk. Gablân, s. 61; Arı, s. 268.

75 Habiburrahman, “Problems”, s. 217.

gerçekte akrabalık bağları göz önünde bulundurulduğunda taksimin âdil olduğu hatta konuyla ilgili dede yetimliği meselelerinin adâletli şekilde çözüldüğü görülecektir.

2. Halefîyetin Miras Hukukunda Bulunmadığı

Babası veya annesi daha önce ölmüş çocukların anne ve babalarının yerine geçerek halefîyetle mirasçı olmalarının İslâm hukukunda bulunmadığı, Roma ve Hint hukukundan alındığı belirtilmiştir⁷⁶. Kanaatimizce tam aksine halefîyet İslâm miras hukukunda bulunmaktadır. Tâbiînden nakledilen rivayetlerde fûrû hısımların mirasçılıklarında halefîyetin olduğu, cumhura göre usûl ve zevî'l-erhâmın mirasçılıklarında ve İmâmîyye mezhebinde çeşitli durumlarda halefîyetin bulunduğu görülmektedir⁷⁷. Bu nedenle halefîyeti, farklı hukuk sistemlerinde de bulunduğundan hareketle gayr-i İslâmî nitelemek haksızlık olacaktır.

a. Fûrû Hısımların Mirasçılıklarında Halefîyet

Tâbiînden Şureyh (v. 78/697)'in mirasbırakanın oğluyula oğlunun oğlunu bıraktığı durumda babasına düşecek kadar hisseyi oğlun oğluna verdiği nakledilmektedir⁷⁸. Ayrıca Abdullah b. Mesûd⁷⁹, Şureyh⁸⁰, Saîd b. el-Müseyyeb (v. 94/713)⁸¹, Tâvus b. Keysân (v. 106/724)⁸² ve Ahmed b. Hanbel'in⁸³ mirasbırakanın mevlâ'l-atâkasının oğluyula daha önce ölmüş oğlunun oğlu bulunduğu terekeyi oğul ile oğlun oğlu arasında taksim ettikleri belirtilmektedir.

b. Usûl Hısımların Mirasçılıklarında Halefîyet

Miras hukukunda baba bulunmadığında babanın babası olan dedenin babanın hissesini almasından⁸⁴ hareketle usûl hısımların mirasçılıklarında halefîyet bulunduğu belirtilerek fûrû hısımların mirasçılıkları usûl hısımlara kıyas edilmektedir⁸⁵. Usûl hısımlardan yalnızca babanın babası olan dedenin mirasçılığında halefîyet

76 Tanzilurrahman, "Succession", s. 342-343.

77 Faruki, s. 264, 273.

78 Mahmasânî, Suphi Recep, *el-Müctehidûn fi'l-kazâ = Muhtârât min agziyeti's-selef*, 2.bs., Dârü'l-İlm li'l-Melâyîn, Beyrut 1985, s. 154; Arı, s. 268.

79 el-Kalvezânî, s. 328, 329.

80 el-Mâverdi, VIII, s. 119; el-Kalvezânî, s. 328, 329.

81 es-Sahnûn, Abdüsselam b. Saîd Tenûhi, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ* (nşr. Zekerîya Umeyrât), Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994/1415, II, s. 586; el-Mâverdi, VIII, s. 119.

82 el-Mâverdi, VIII, s. 119; el-Kalvezânî, s. 328, 329, 330.

83 el-Kalvezânî, s. 328, 329.

84 Cumhura göre baba bulunmadığında dede birkaç istisna haricinde baba gibi mirasçı olarak onun hissesini alır. Bk. el-Mâverdi, VIII, 100, 109 vd., 121; es-Serahsî, XXIX, 144; İbn Kudâme, IX, 20, 65; el-Cürcânî, s. 16; İbnü'l-Mecdi, I, 326; Ebû Zehre, s. 134.

85 İlgili bölümde zikredilen MFLO'nun gerçeki hükümündeki raporun mirasla ilgili bölümü için bk. Faruki, s. 262; Serâjuddîn, s. 82-83; "Women's Rights", s. 33.

bulunmayıp⁸⁶ annenin annesi olan ninenin mirasçılığında da halefiyet bulunmaktadır. İbn Abbâs (v. 68/687)⁸⁷, Tâvus (v. 106/724)⁸⁸ ve İbn Hazm (v. 456/1064)⁸⁹’ın⁸⁹ da kabul ettiği uygulamada annenin annesi olan nine, anne bulunmadığında annenin alacağı üçte bir veya altıda birlik hisseyi almaktadır⁹⁰.

Carroll, babanın babasının mirasçılığının oğlun oğlunun mirasçılığına benzetilmesini kıyas maa'l-fârik (ortak vasfı taşımayan kıyas) olarak nitelendirerek babanın babasının baba bulunmadığında en yakın asabe olarak mirasçılığının, oğul olmadığında oğlun oğlunun en yakın asabe olarak mirasçılıklarının birbirlerine benzetilebileceğini söylemektedir⁹¹. Carroll’un, asabeliğin İslam miras sisteminin temeli olduğu ön kabulünden hareketle bu ifâdeleri kullandığı, mirasbırakana ulaşılan akrabalık bağına göz ardı ettiği anlaşılmaktadır.

Pakistanlı âlim Kulay da, usûl hısımların halefiyetle mirasçılıklarına kıyasın miras sisteminin yanlış anlaşılmasından kaynaklandığını belirtmektedir. Halefiyeti kabul edenlerin dedenin, oğluyla oğlunun oğlunu mirasçı olarak bıraktığı hal ile torunun, dedesiyle dedesinin oğlunu (yani amcasını) bırakması halleri arasında benzerlik kurarak ikincisinde dedenin torununa mirasçılığında hareketle torunun da dedeye mirasçı olacağını söylediklerini ancak karşılıklı mirasçılığın bazen mümkün olmadığını ifade etmektedir⁹². Kulay’ın belirttiği miras-

86 Mirasbırakanın dedeye anneyi bıraktığı meselede cumhurun uygulaması şöyle gösterebiliriz:

Tablo-12: (Dede ve anne)

		3X
Dede (babanın babası)	2/3 (Kalanı alır)	2X
Anne	1/3	1X

Burada anne ile birlikte baba bulunmuş olsaydı yine terekeyi cumhura göre ikili birli paylaşacaklardır. Bu meselede dede babanın terekeden alacağı hisseyi halefiyetle aldığı açıkça görülmektedir.

87 el-Mâverdi, VIII, s. 110; İbn Hazm, IX, s. 272; es-Serahsi, XXIX, s. 167; İbn Kudâme, IX, s. 54; İbnü'l-Mecdi, I, s. 399; el-Cürcâni, s. 32.

88 İbn Hazm, IX, s. 272; el-Mâverdi, VIII, s. 110.

89 İbn Hazm, IX, 272; ed-Demiri, Ebü'l-Bekâ Kemâleddin Muhammed b. Musa b. İshâ, *en-Necmü'l-vehhâc fi şerhi'l-Minhâc*, Dârü'l-Minhâc, Beyrut 2004/1425, VI, s. 135.

90 Mirasbırakanın annesinin annesi olan nineyle babasını bıraktığı durumda İbn Abbâs, Tâvus ve İbn Hazm’ın uygulamasını tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-13: (Annenin annesi ve baba)

		3X
Annenin annesi (nine)	1/3	1X
Baba	2/3	2X

Burada annenin annesi babadan bir derece daha uzakta olmasına rağmen kendisinin mirasbırakana ulaştığı anne olmadığı için onun gibi mirasçı olmuştur. Bir diğer ifâdeyle onun hissesi kadarını almıştır.

91 Carroll, "Orphaned", s. 412.

92 Torunun dedeye mirasçı olamadığı gibi dedenin de toruna mirasçı olamadığı durumların olduğunu belirten Kulay, dede ile torunun mirasçılıklarına ilişkin farklı durumların dikkate alınmadığını söyleyerek muhtemel durumları, 1- Torun amcalarıyla dedesini bıraktığı meselede dede mirasçı olur. Dede, oğluyla ölmüş oğlunun oğlunu bıraktığı meselede torun mirasçı olamaz. 2- Torun dedesini, dedenin ise torununu bıraktığı iki halde de birbirine mirasçı

bırakanın amcalarıyla dedesini bıraktığı meselede baba bulunmadığından, dede onun yerine geçerek amcaı hacbetmektedir. Dedenin oğluyla oğlunun oğlunu bıraktığı mesele ise fûrû hısımlarla ilgili dede yetimliğinin ortaya çıktığı haldir. İkincisi torunun dedesini mirasçı olarak bıraktığı hal ile dedenin torununu mirasçı bıraktığı hal olup her ikisi de halefiyetle mirasçı olmaktadır. Üçüncüsü mirasbırakanın babasıyla dedesini, oğluyla oğlunun oğlunu bıraktığı mesele olup Kulay burada her ikisinin de mirasçı olamadığını söylemektedir. Babanın bulunmasıyla babanın babası olan dedenin, oğul bulunmasıyla da oğul fûrû olan oğul mirasçı olamaması tabiidir. Burada problem oğul, fûrû olmayan oğul oğlunu mirasçılıktan engellemesidir. Kişinin mirasbırakana kendisiyle ulaşmayan birisini hacbetmesi farklıdır.

c. Zevî'l-erhâm Hısımların Mirasçılıklarında Halefiyet

Ehl-i tenzil⁹³ olarak isimlendirilen âlimlerin tamamıyla ehl-i karabet⁹⁴ olarak isimlendirilen gruptan Ebû Hanife (v. 150/767)'nin meşhur görüşüne⁹⁵ ve İmâm Muhammed (v. 189/805)'e⁹⁶ göre zevî'l-erhâm hısımlar mirasbırakana ulaştıkları kişilerin yerine geçerek halefiyetle mirasçı olurlar. Ebû Yusuf (v. 182/798)'a⁹⁷ göre zevî'l-erhâm, derece ve cinsiyetleri dikkate alınarak mirasçı olurlar. Zevî'l-erhâm hısımların halefiyetle mirasçı olacaklarını kabul edenlerin uygulamasına kızının oğlunun kızı ile kızının kızının oğlunu bıraktığı durum örnek gösterilebilir. Kızının oğlunun kızı mirasbırakana kızın oğluyla ulaştığından üçte iki, kızın kızının oğul mirasbırakana kızın kızıyla ulaştığından üçte bir hisse alır⁹⁸. Terekenin taksimi tabloda şöyle gösterilebilir.

olurlar. 3- Torunun babasıyla dedesini bıraktığı, dedenin oğluyla oğlunun oğlunu bıraktığı iki meselede de birbirine mirasçı olamazlar, şeklinde belirtmektedir. Ayrıntı için bk. Kulay, s. 66.

93 Kişinin mirasbırakana ulaştığının yerine geçerek onun gibi mirasçı olacağını kabul eden Alkame (v. 62/682), Şa'bi (v. 103/721), Mesrûk (v. 63/682) ve Hanbelilerle Mâlikî ve Şâfiî mezhebenden zevî'l-erhâmın mirasçılığını kabul edenlerin oluşturduğu gruba ehl-i tenzil denilmektedir. Ayrıntı için bk. el-Mâverdi, VIII, s. 174-175; es-Serahsi, XXX, s. 4; İbn Kudâme, IX, s. 85 vd.; Bilmen, Ömer Nasûhî, *Hukûkî İslâmîyye ve İstilahâtî Fıkhiyye Kâmusu*, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul ts., V, s. 282-283; Aktan, Hamza, *Mukayeseli İslâm Miras Hukuku*, Işık Akademi Yayınları, İstanbul 2008, s. 226.

94 Aynı derecede bulduklarında kişiyi mirasbırakana ulaştığının yerine koyarak mirasçı yapmalarına karşın ölene yakın olanı diğerlerine tercih eden Hasan b. Ziyâd dışındaki Hanefî fukahasının oluşturduğu grub ehl-i karabet olarak isimlendirilmektedir. Ayrıntı için bk. el-Mâverdi, VIII, s. 174-175; es-Serahsi, XXX, s. 4; İbn Kudâme, IX, s. 86, 89; Bilmen, V, s. 282-283; Aktan, s. 227.

95 el-Habri, s. 333; es-Serahsi, XXX, s. 6-7; Bilmen, V, s. 288.

96 es-Serahsi, XXX, s. 6 vd.; el-Habri, s. 333; İbn Kudâme, IX, s. 95-96; Bilmen, V, s. 289; Mulla, Dinshah Fardunji, *Principles of Mahomedan Law* (edt. Mian Khurshid A Nasim), Mansoor Book House, 1987, s. 98-100; Faruki, s. 265.

97 Ebû Yusuf'a göre, zevî'l-erhâm hısımların mirasçılığında, mirasbırakana ulaştıkları kişilerin cinsiyetleri dikkate alınmaksızın kendi cinsiyetleri dikkate alınarak tereke aralarında ikili birli taksim edilir. Bk. es-Serahsi, XXX, s. 6, 8; İbn Kudâme, IX, s. 95-96; Bilmen, V, s. 288. el-Habri (v. 476/1083), Ebû Yusuf'un rahim sahibi hısımların mirasçılığında mirasbırakana ulaştıkları kişinin yerine geçerek mirasçı olması olan tenzili kabul ederek mirasçı yaptığı ancak bu görüşünden döndüğü de nakledilmektedir. Bk. el-Habri, s. 333.

98 Örnek için bk. es-Serahsi, XXX, s. 8; İbn Kudâme, IX, s. 95; Bilmen, V, s. 289; Mulla, s. 98-100

Tablo-14: (Kızın oğlunun kızı, kızın kızının kızı)

	3X	
Kızın oğlunun kızı (Ayşe'nin oğlu Ahmet'in kızı Fatma)	2X	2X
Kızın kızının kızı (Ayşe'nin kızı Emel'in kızı Havva)	1X	1X

d. İmâmiyye Mezhebinde Halefiyet

İmâmiyye mezhebinde mirasçılarının mirasbırakanla uzaklıklarının aynı derecede bulunmalarında hısımların mirasçılıkları köke göre (*per stirpes*), yani mirasbırakana ulaştığı kişinin yerine geçerek halefiyetle olmaktadır⁹⁹. Buna aşağıdaki örneği verebiliriz: Mirasbırakan, oğlunun (Ahmet) oğlu (İkbal) ile oğlunun kızını (Ayşe), oğlunun (Arif) oğlu (Aydın), oğlun (Ali) kızı (Hava), oğlun (Fatih) iki oğlunu (Osman ve Orhan) bıraktığı meselede İmâmiyye mezhebine göre tereke dört hisseye ayrılmaktadır. Daha önce ölmüş oğlun hayattaki çocukları mirasbırakana ulaştıkları kişinin yerine geçerek mirasçı olacaklardır¹⁰⁰.

3. Halefiyetin Kur'an'ın Miras Hükümlerine Aykırı Olması

Halefiyetle mirasçılık kızın çocuklarının zevi'l-erhâm hısımların kapsamından çıkarılmaları ile yakındaki hısmın uzaktakini hacbedeceği al-akrabu fe'l-akrab kuralının Kur'an'daki miras hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle aşağıdaki gibi tenkit edilmektedir¹⁰¹.

a. Mirasbırakanın oğluyla, kızının oğlunu bıraktığı meselede, oğlun üçte iki, kızın oğlunun üçte bir almasıyla zevi'l-erhâm kızın çocuklarının asabe veya ashâbü'l-ferâiz olan oğlun çocuklarıyla bir tutulmasının miras hukukunun yapısının bozulmasına sebebiyet verdiği belirtilmektedir¹⁰².

Tanzilurrahman, Kur'an'da “Allah çocuklarınız hakkında vasiyet ediyor/emrediyor...”¹⁰³ âyetindeki “veled” lafzının şer'an ve lügat olarak hakiki anlamda kız ve erkek çocuklarını, mecazen de oğlun çocuklarını kapsadığını, zevi'l-erhâm kızın çocuklarını “veled” saymanın Kur'an'ın hükmüne aykırı olacağını belirtmektedir¹⁰⁴. Kulay kızın çocuklarının halefiyetle mirasçılıklarını, Allah'ın koyduğu sis-

99 Faruki, s. 265; Habiburrahman, “Problems”, s. 212, 217, 218; Anderson, “The Islamic”, s. 69.

100 Carroll, İmâmiyye mezhebinde halefiyetle mirasçılık olduğunu belirttiikten sonra bu örneği vermektedir. Bk. Carroll, “Orphaned”, s. 412–413. İmâmiyye mezhebinin benzer uygulama ve örnekler hakkında bk. el-Küleyni, Ebû Ca'fer Muhammed b. Ya'kub b. İshâk, *el-Fürû mine'l kâfi* (nşr. Ali Ekber el-Gaffâri), 3.bs., Dârü't-Taaruf, Beyrut 1981/1401, VII, s. 88–90; Sadûk, Muhammed b. Ali b. Hüseyin Ebi Cafer b. Bâbevehy el-Kummî, *Men lâ yahdurühü'l-fakih* (nşr. es-Seyyid Hasan el-Müsevi el-Horsan), Dâru Saab, Beyrut 1981, IV, s. 196–197.

101 Tanzilurrahman, “Succession”, s. 323; Dağıştâni, s. 159; Derâdike, s. 357, 358; Kulay, s. 68–72.

102 Habiburrahman, “Problems”, s. 213, 218; Derâdike, s. 356, 357; Kulay, s. 75–76; Carroll, “Orphaned”, s. 416; Chowdhury, s. 381–384.

103 en-Nisâ (4), 11.

104 Tanzilurrahman, “Succession”, s. 323–333. Veleidin veledinin, hakikaten ya da mecazen mi “veled” olduğu, buna

temden sapma olarak nitelendirerek kızın çocuklarının zevi'l-erhâm olduğu halde kız çocuk gibi, oğlun kızının da oğul gibi mirasçı yapılmasının ashâbü'l-ferâiz, asabe ve zevi'l-erhâm şeklindeki miras sistemini bozduğunu söylemektedir¹⁰⁵. Chowdhury da, zevi'l-erhâm olan kızın çocuklarının neseplerinin babalarına ait olduğunu, anneleriyle neseplerinin olmadığını, oğlun çocuklarının ise ashâbü'l-ferâiz veya asabe olduklarını belirterek halefiyetle kızın çocuklarının ashâbü'l-ferâiz yapılmasının diğer mirasçıların hisselerini azaltacağını iddia etmektedir¹⁰⁶.

Tanzilurrahman'ın miras âyetlerindeki "veled" lafzıyla hakiki anlamda kız ve erkek çocukların mecâzen oğlun çocuklarının kastedildiği, kızın çocuklarının veled lafzına dâhil olmadığı görüşü isabetli değildir. Kur'an'da mirasla ilgili hükümler başta olmak üzere veled lafzının kız ve erkek çocukları kapsadığı gibi veledin oğlun çocuklarını mecâzen kapsamına alırken kızın çocuklarını dışarıda bıraktığına ilişkin de herhangi bir delil yoktur. Sünnî fıkıh mezheplerinde kızın çocukları zevi'l-erhâm kabul edilirken İmâmiyye mezhebinde kızın çocuklarının ashâbü'l-ferâiz mesabesinde görülmesi Hişam Gablan'ın da belirttiği gibi Arap geleneğinin etkisinin neticesidir¹⁰⁷.

Kulay, kızın çocuklarının zevi'l-erhâm olmaları ile hısımların ashâbü'l-ferâiz, asabe ve zevi'l-erhâm şeklinde ayrılmalarının Allah'ın emri olduğunu ön şart kabul ederek kızın çocuklarının halefiyetle mirasçılıklarını Allah'ın emrine muhalefet olarak algılamaktadır. Faruki'nin de belirttiği gibi kızın çocuklarının ashâbü'l-ferâiz yapılmalarının Allah'ın emrine muhalefet olduğunu söylemeden önce kızın çocuklarının zevi'l-erhâm olacaklarına ilişkin Allah'ın bir emri ya da ilgili bir delil olup olmadığına bakmak gerekmektedir¹⁰⁸. Bu konuda açıkça bir delil bulunmadığı halde kızın çocukları, neseben babalarına bağlı olarak onlara mirasçı olmalarından hareketle zevi'l-erhâm kabul edilerek veled sayılmamaktadır.

b. Mirasbırakana yakın asabenin uzaktakini hacbetmesi kuralının Allah'ın emrinin olduğu belirtilerek halefiyet tenkit edilmektedir.

Tanzilurrahman, "للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون", *Anne, baba ve akrabaların bıraktıklarından erkeklere bir pay vardır. Anne, baba ve akrabaların bıraktıklarından kadınlara bir pay vardır.*¹⁰⁹ âyetindeki "akrabûn" lafzının mirasbırakana yakın hısımların mirasçılığı anlamına geldiğini, mirasçı olamayan hısımları da kapsayan tüm akrabalar anlamına gelmediğini söylemektedir¹¹⁰. Tanzilurrahman'ın görüşüne burada katılmakla birlikte âyetin, mirasçıların kişi başına (*per capita*) mirasçı olacağını ifade ettiği, dolayısıyla oğul

oğlun veledi gibi kızın veledinin de dâhil olup olmadığı, bir lafzın hakikî ve mecaz olarak iki anlamda kullanılıp kullanılmayacağı tartışılmıştır. Bk. İbnü's-Salâh, Ebû Amr Takıyüddin Osman b. Abdurrahman, *Şerhü müşkili'l-vasît* (nşr. Ahmed Mahmûd İbrâhim), 1.bs., Dârü's-Selâm, Kahire 1997/1417, IV, s. 335.

105 Kulay, s. 76.

106 Chowdhury, s. 381–383.

107 Gablan, s. 63.

108 Faruki, s. 262, 263.

109 en-Nisâ (4), 7.

110 Tanzilurrahman, "Succession", s. 323–333.

varken kendisiyle mirasbırakana ulaşmayan oğlun oğlunun hacbolmasına delil alınamayacağı kanaatindeyiz.

Chowdhury da, “اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله”, *Allah'ın kitabınca, kan akrabaları birbirlerine daha layıktırlar*¹¹¹ âyetinin ashâbü'l-ferâiz ve asabe hısımların zevi'l-erhâmdan öncelikli olduğuna delil olduğunu, halefiyetin Allah'ın hükmüne muhalefet olacağını belirtmektedir¹¹². Miras âyetlerinde asabe, ashâbü'l-ferâiz ve zevi'l-erhâm ayrımı bulunmadığı gibi mezkûr âyette de, ashâbü'l-ferâiz ve asabe hısımların zevi'l-erhâmdan öncelikli olduğuna ilişkin karine olmayıp, müfessirlerin de belirttiği gibi âyet, mirasçılığın akrabalıkla olacağını delildir¹¹³. Âyetin, kızın çocuklarının zevi'l-erhâm olduğuna ve zevi'l-erhâmın mirasçılığının da ashâbü'l-ferâiz ve asabe hısımların mirasçılıklarından sonra geldiğine delil alınması da oldukça zorlama gözükmektedir.

Pakistanlı âlim Faruki, bizim de görüşüne katıldığımız şekilde, yakındaki hısmın uzaktakini hacbetmesinin klasik fıkhıta çok sayıda istisnası bulunduğunu, istisnalara bakıldığında bu kuralı fûrû hısımlarla ilgili de hayli hayli uygulamamak gerekeceğini aşağıdaki gibi açıklamaktadır:

“Yakındaki hısmın uzaktakini hacbedeceği al-akrabu fe'l-akrab kuralının klasik fıkhıta çok sayıda istisnası bulunmaktadır. İlki, annenin annesi terekenin 1/6'sını, baba 5/6'sını almakta, annenin annesi babadan uzakta bulunmasına karşın onunla hacbolmamaktadır¹¹⁴. İkincisi, kız çocuk (A) ile onun daha önce ölmüş erkek kardeşinin oğlu (B) bulunduğu durumda (A) mirasbırakana daha yakın olmasına karşın (B)'yi hacbetmemekte, (A)'nın farz hisse olarak 1/2 almasından sonra kalan 1/2'yi (B) almaktadır¹¹⁵. Miras-

111 el-Enfal (8), 75.

112 Chowdhury, s. 382.

113 Bk. et-Taberî, XI, s. 301; ez-Zemaşerî, Ebû'l-Kâsım Cârullah Mahmûd b. Ömer b. Muhammed, *el-Keşşâf an hakâiki't-tenzil ve uyûnü'l-ekâvil fi vücûhi't-te'vil*, Dârü'l-Fikr, Beyrut 1983/1403, II, s. 170.

114 İbn Abbâs, Tâvus ve İbn Hazm'a göre ise annenin annesi olan nine ile baba birlikte bulunduğu durumda nine, terekenin üçte birini, babaysa üçte ikisini almaktadır. Bk. el-Mâverdi, VIII, s. 110; İbn Hazm, IX, s. 272; es-Serahsî, XXIX, s. 167; İbn Kudâme, IX, s. 54; el-Cürçânî, s. 32. Babanın, mirasbırakana daha yakında olmasına karşın annenin annesini al-akrabu fe'l-akrab kuralına göre hacbetmediğini tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-15: (Annenin annesi, baba)

	Hanefî-Şâfiî-Mâlikî-Hanbelî (Cumhur)		İbn Abbâs, Tâvus, İbn Hazm	
		6X		6X
Annenin annesi	1/6	1X	1/3	2X
Baba	5/6	5X	2/3	4X

115 Cumhurun uygulamasını tabloda şöyle gösterebiliriz:

Tablo-16: (Kız çocuk, erkek kardeşin oğlu)

		2X
Kız çocuk	½	1X
Erkek kardeşin oğlu	Kalanı alır	1X

Burada kız çocuk mirasbırakana daha yakın olmasına karşın al-akrabu fe'l-akrab kuralına göre kardeşin oğlunu cumhura göre hacbedememektedir. İmâmîyye mezhebiyle İbn Abbâs'ın görüşünün kardeşlerin çocukta bulunduğu mirasçı olamayacağı şeklinde olduğu görülmektedir. Ayrıntı için “Asabe Maa-Gayrihi Mirasçılık”

birakanın kızıyla oğlunun kızı veya ilâ nihâye oğlunun oğlunun kızı bulunduğunda da al-akrabu fe'l-akrab kuralı uygulanmamaktadır. Kız çocuk ilâ nihâye oğlun kızından daha yakın olmasına karşın birlikte mirasçı olabilmektedirler¹¹⁶. Üçüncü örnek, anne baba bir kardeşler anne bir kardeşleri hacbetmemektedir. Mirasbirakanın annesini, iki anne baba bir kız kardeşiy-le anne bir kız veya erkek kardeşini bıraktığında anne terekenin 1/6'sını, iki öz kız kardeş 2/3'ünü, anne bir kız veya erkek kardeş ise 1/6'sını almaktadır.¹¹⁷

4. Peygamber (sav)'in Sünnetine Aykırı Olduğu

Kızın çocuklarının zevi'l-erhâmın kapsamından çıkartılması, Peygamber (sav)'in sünnetine aykırı olduğu belirtilerek tenkit edilmiştir¹¹⁸. Tanzilurrahman, "Hisse sahiplerine hisselerini veriniz, geride kalan en yakın erkeğindir" rivâyetinin hisseleri belirli mirasçılardan kalanı asabe hısımlara verilmesini gerektirdiğini, rivâyette oğlun toruna nispetle, amcanın da yeğene nispetle daha yakın olduğunun belirtildiğini söylemektedir¹¹⁹. Faruki de bizim katıldığımız şekilde, bu rivâyetin gerek kızın çocuklarını gerekse oğlun çocuklarını mirasçı yapmamaya delil olmayacağını, oğul varken o oğlun çocuklarının, kız varken o kızın çocuklarının mirasçı olamamasına delil olurken başkasının çocuğunu terekeden engellemeye

başlıklı bölüme bakınız.

- 116 Mirasbirakanın kız çocuğuyla oğlunun kızını bıraktığı meselede cumhura göre kız çocuk terekenin yarısını aldıktan sonra altıda birini oğlun kızı almaktadır. Bu durumu da tabloda şöyle gösterebiliriz:

		6X	6X
Kız çocuk	½	3X + 3X/2	9X/2
Oğlun oğlunun kızı	1/6	1X + 3X/6	9X/6

Burada cumhura göre kız çocuk yarım hisse oğlun oğlunun kızı altıda bir hisse almıştır. Kalan ise hisse sahiplerine hisseleri oranında redd yapılmıştır. Oğlun kızının yanında kendisini asabe yapacak oğlun oğlu veya daha aşağı derecede oğlun oğlu bulunduğundaysa kalanı ikili birli paylaşmaktadırlar. Habiburrahman da, kız çocuğun daha önce babası ölmüş oğlun oğlunu terekeden hacbedemediği örneğini vermektedir. Bk. Habiburrahman, "Problems", s. 217.

- 117 Faruki, s. 264. Bu meselede cumhurun uygulaması tabloda şöyledir:

		6X
Anne	1/6	1X
İki anne baba bir kız kardeş	2/3	4X
Anne bir kız veya erkek kardeş	1/6	1X

Görüldüğü gibi gerek anne, mirasbirakana anne bir kardeşlerden daha yakın olmasına rağmen cumhura göre onu hacbetmemiş, öz kardeşler de anne bir kardeşi hacbetmemişlerdir. Habiburrahmanda "al-akrabu fe'l-akrab" kuralının her zaman uygulanmadığını belirterek buna mirasbirakanın kız çocuğuyla oğlunun çocuklarını bıraktığı örneği vermektedir. Bk. Habiburrahman, "Problems", s. 211.

- 118 Tanzilurrahman, "Succession", s. 323-333; Kulay, s. 70-72.

- 119 Tanzilurrahman, "Succession", s. 323-333.

delil olamayacağını belirtmektedir¹²⁰. Bayındır da, rivâyetin Kur'an'daki miras hükümlerine uygun şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Rivâyetten hisse sahiplerinden anne, karı ve koca gibi hısımlara hisselerinin verilmesinin, en yakın erkekle de anneye hissesini verdikten sonra kalanın babaya verilmesinin kastedildiğini, al-akrabu fe'l-akrab kuralıyla aynı derecedeki hısımlardan erkeğin mirasçı olurken kadının hacbolmasına ve kişinin fûrûu olmayan yeğeni gibi hısımları hacbetmesine delil olamayacağını söylemektedir¹²¹.

Peygamber (sav)'den nakledilen rivâyetlerde onun hısımları mirasbırakana ulaştığı kişinin yerine koyarak mirasçı yaptığı anlaşılmaktadır. ez-Zühri'den nakledilen bir rivâyet, “العمة بمزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب والحال بمزلة الأم إذا لم تكن بينهما أم”, *Hala, kendisiyle arasında kimse yoksa baba mesabesindedir. Dayı da kendisiyle arasında kimse bulunmuyorsa anne mesabesindedir.*”¹²² şeklindedir. Dolayısıyla halefiyet uygulamasının Peygamber (sav)'in sünnetine aykırı olması bir yana bizzat onun bu şekilde uygulamada bulunduğunu söylememiz de mümkündür.

5. Sahâbe Uygulamasıyla Fukahânın İcmâsına Aykırı Olduğu

Halefiyet, sahâbenin icmasına aykırı olduğu belirtilerek tenkit edilmiştir¹²³. Tanzilürrahman, Zeyd b. Sabit'ten, oğul ile birlikte oğlun oğlunun, yakın asabe hısım varken uzaktakinin mirasçı olamayacağına ilişkin rivâyet nakledildiğini, el-Aynî (v. 855/1451)'nin de bu görüş üzerinde icma olduğunu belirttiğini söylemektedir¹²⁴. Chowdhury sahabe ve fukahânın icmâ ettiği yakın asabe hısımın uzaktakini hacbedeceği şeklindeki miras hukukunun önemli kuralı olan al-akrabu fe'l-akrab kuralının Kur'an'dan çıkartıldığını belirterek halefiyeti tenkit etmektedir¹²⁵.

Zeyd b. Sâbit'ten, “Veled bulunmadığında oğlun çocuklarının durumu veled hükmündedir. Erkekler (oğlun erkek çocukları), erkek çocukları gibi kızları da kız çocuklar gibi mirasçı olur, onların hacbettiği gibi hacbeder. Oğlun oğlu ile oğul mirasçı olamaz.”¹²⁶ şeklinde rivâyet nakledilmektedir. Rivâyette oğul bulunduğu da oğlun oğlunun mirasçı olamayacağı belirtilmekte fakat mirasçı olamayacak olanın kendi oğlu mu ya da yeğeni mi olduğuna ilişkin netlik bulunmamaktadır. Mirasbırakanın babasının, babasının babası olan dedesini, annenin ise annenin annesi olan nineyi, babanın baba bir kardeşleri hacbetmesinde olduğu gibi ya-

120 Faruki, s. 263.

121 Ayrıntı için bk. Bayındır, “Miras Hükümleri (Ferâiz)”, (Yayına Hazır Makale), s. 10; Abdülaziz Bayındır hocayla yapılan görüşme, 13.05.2011.

122 İbnü'l-Ferrâ, Muhammed b. Hüseyin Ebü Ya'lâ, *Kitâbü't-temmâm* (nşr. Abdullah b. Muhammed b. Tayyar v.dğr.), Dârü'l-Asime, Riyad 1994, II, s. 116. ez-Zühri'den nakledilen rivâyetin benzer metinlerle geçtiği kaynaklar için bk. el-Mâverdi, VIII, s. 74; İbn Kudâme, IX, s. 85-86. İbn Kudâme, bu rivâyeti Ahmed b. Hanbel'in zikrettiğini belirtmesine karşın elimizdeki *el-Müsned*'inde bu rivâyeti tespit edemedik.

123 Kulay, s. 72; Chowdhury, s. 379.

124 Tanzilürrahman, “Succession”, s. 323-333; Kulay, s. 72.

125 Chowdhury, s. 379-380.

126 Saïd b. Mansûr, Ebü Osman Saïd b. Mansur b. Şu'be, *Sünenü Saïd b. Mansur = es-Sünen* (nşr. Habiburrahman Azami), Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1985, I, s. 30; Buhâri, “Ferâiz”, 6; Beyhakî, Ebü Bekr Ahmed b. el-Hüseyin b. Ali, *es-Sünenül-kübrâ, Dâiretü'l-Maârifü'l-Osmaniyye*, Haydarabad 1933/1352, VI, s. 229.

kındaki hısmın kendisiyle mirasbırakana ulaşan uzak hısımları hacbetmesi miras hukukunda genel kural olduğundan Zeyd b. Sâbit'e isnad edilen kavli de, kişinin fürû hısımlarını hacbedeceği şekilde anlamak daha isâbetli olacaktır. Aynı (v. 855/1451)'nin Zeyd b. Sâbit'ten nakledilen mezkûr “ولد الأبناء بمثلة الولد إذا لم يكن دوغم ولد, oğulların veledi, veled bulunmadığında veled hükmündedir.” rivâyetindeki “دوغم , onların aşağısında/önlerinde” lafzını “ای إذا لم يكن بينهم وبين الميت ولد للصلب”, yani kendileri ile mirasbırakan arasında birinci dereceden öz veled olmaması” açıklaması da onun ifâdedeki mirasçı olamayanları kendisiyle mirasbırakana ulaşan hısımlar olduğu şeklinde anladığını göstermektedir.

Abdullah b. Mesud ile Ömer (ra)'ın, teyzeyi (anneyle mirasbırakana ulaşması hasebiyle) anne gibi, halayı (babayla mirasbırakana ulaşması sebebiyle) baba gibi mirasçı yaptığı belirtilmektedir¹²⁷. İbn Mesûd'dan, “Hala, baba mesâbesindedir, teyze ise anne mesâbesindedir. Erkek kardeşin kızı erkek kardeş mesâbesindedir. Bunun gibi, (daha yakın) rahim sahibi mirasçı hısım yoksa tüm rahim sahibi hısımlar, mirasbırakana ulaştıkları rahim sahibi kişinin yerine geçerek mirasçı olurlar.”¹²⁸ rivayetinden de, onun açıkça halefîyetle mirasçılığı kabul ettiği anlaşılmaktadır. Ali b. Ebî Tâlib'in de rahim sahibi hısımları mirasbırakana ulaştıkları kişinin yerine geçirerek mirasçı yaptığı kaydedilmektedir¹²⁹. Dolayısıyla halefîyetin sahabe uygulamasına aykırı olması bir yana onların, hisse sahibi olmayan rahim sahibi hısımları halefîyetle mirasçı yaptıklarını dahi söylememiz mümkündür.

6. Halefîyetin Kişinin Fürû Hısımlarıyla Sınırlı Kalmayacağı

Halefîyet uygulamasının, mirasbırakanın oğul ve kızı gibi fürû hısımlarıyla sınırlı kalmayarak ölmüş kişinin karısı, kayınvalide ve kayınpederinin de terekeden hak iddia edebilecekleri veya haklarının olduğu ileri sürülmektedir¹³⁰. Vâcip vasiyete ilişkin bu yönde tenkit getirilmesi anlaşılır olmakla birlikte halefîyetle karısının kayınbaba veya kayınvalidesine mirasçı olması söz konusu olmayıp bu durum halefîyetle de çelişmektedir. Eşlerin mirasçılık sebepleri akrabalık olmayıp evlilik bağıdır. Karı-koca birbirlerine kan bağıyla akraba olmadıklarından kayınbaba veya kayınvalideye mirasçılıkları söz konusu değildir. Halefîyetle mirasçılık ölmüş kişiyi farazî olarak diriltip yaşıyormuş gibi terekeden hisse vermek, sonra tekrar öldürüp kendi mirasçılarına terekesini taksim etmek olmayıp terekenin

127 Abdürrezzâk, X, s. 283; İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed b. İbrahim, *el-Musannef* (nşr. Muhammed Avvame), Dârü'l-Kible, Cidde 2006, XVI, s. 236, 237; İbn Abdilber, Ebû Ömer Cemâleddin Yusuf b. Abdullah en-Nemerî, *el-İstizkâr* (nşr. Abdülmu'ti Emin Kal'aci), Dâru Kuteybe, Beyrut 1993, XV, s. 471-473.

128 es-Sevrî, Ebû Abdullah Süfyan b. Saïd, *Kitâbü'l-ferâiz*, edt. Hans-Peter Raddatz, “Fruhislamisches Erbrecht nach dem Kitâb al-faraid des Süfyan at-Taurî”, *Die Welt des Islams*, vol. XIII, Nr. 1-2, 1971, s. 40; Abdürrezzâk, X, s. 283; Beyhakî, VI, s. 217.

129 İbn Abdilber, XV, s. 473; İbn Kudâme, IX, s. 85.

130 Kulay, s. 72; Chowdhury, s. 380-381, 383. Habiburrahman, mirasbırakanın oğlunu (A), oğlunun (B) oğlunu (C) ve eşi (D) ile kızının (E) kızını (F) bıraktığında oğlun (A) 2/3, oğul (B) ile kız (E)'nin 1/3 hisse alacağını belirtmektedir. Önce ölmüş oğula (B) düşen 1/3'ün 2/3'ünü (2/9) ise oğlu ile karısının paylaşıacağını, karısının (D)'nin 2/9'un 1/8'i olan 1/36'yı alacağını oğlun oğlu olan (C)'ninde 7/36'yı alması gerektiğini söylemektedir. Bk. Habiburrahman, “Problems”, s. 219-220, 223, 224.

köke göre (*per stirpes*) mirasbırakana ulaştıkları yola göre taksimidir. Halefiyetten maksat oğlun oğlunun kendisiyle mirasbırakana ulaştığı oğul yerine geçmesi, anne ve baba bulunmadığında kendileriyle mirasbırakana ulaşan nine ve dedenin onların yerine geçmesi, kardeşin oğlunun mirasbırakana kendisiyle ulaştığı kardeşin, amca oğlunun kendisiyle mirasbırakana ulaştığı amcanın yerine geçmesidir. Dolayısıyla mirasbırakana ulaştığı kişinin yerine geçmesi ile ölmüş oğlunun hayattaki karısının, kocasının babası (veya annesi) olan mirasbırakana kendisiyle ulaşmadığı kocasının yerine geçerek kayınbabasına / kayınannesine mirasçı olması durumu farklıdır.

7. Mirasçının Terekenin Taksiminde Hayatta Olması Gereği

Halefiyette ölmüş kişiyi farazi diriltilip mirasçı yapmanın mirasçılık şartlarına aykırı olduğu belirtilerek tenkit edilmiştir. Chowdhury, mirasçılık için (a) mirasbırakanın ölmüş, (b) mirasçının da hayatta bulunması gerektiğini belirtmektedir. Mirasla ilgili “*Erkekler için anne ile babanın ve akrabanın bıraktığından pay vardır. Kadınlar için de anne ile babanın ve akrabanın bıraktığından pay vardır.*”¹³¹ ile “*Herkes için anne-babanın ve akrabanın bıraktıklarından varisler kıldık.*”¹³² âyetlerde “*ما ترك , geride bıraktığı*” lafzıyla terekenin intikali için mirasbırakanın ölmesi, mirasçının da hayatta bulunmasının şart koşulduğunu belirtmektedir¹³³. Arı da, dede yetimliğinin sebeplerinden birisi olarak, mirasbırakanın vefatında mirasçının hayatta bulunması şartını zikretmektedir¹³⁴. Kanaatimizce bu tenkit, halefiyetin kişinin mirasbırakana ulaştığı kişi olmadığında, onun yerine geçerek mirasçı olması olarak anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Faruki ise bizim de katıldığımız şekilde halefiyette tekrar diriltme olmadığını, mirasçı olan kişinin terekeye ulaştığı yolla mirasçı olduğunu ve kendi hakkını aldığını belirtmektedir¹³⁵.

Sonuç

İslam miras hukukunda tenzil olarak da ifâde edilen halefiyetin, yani kişinin mirasbırakana ulaştığı kişinin yerine geçerek mirasçı olması çalışmanın çeşitli yerlerinde de görüldüğü gibi birçok miras meselesinde uygulanmaktadır. “*Hisse sahiplerine hisselerini veriniz, geride kalan en yakın erkeğindir.*”¹³⁶ rivâyeti de Kur’andaki miras hükümlerine uygun şekilde anlaşıldığı takdirde dede yetimliğiyle alakalı meseleler başta olmak üzere benzer meseleler ortaya çıkmayacaktır. Kur’anda, “*Erkekler için anne ile babanın ve akrabanın bıraktığından pay vardır. Kadınlar için de anne ile babanın ve akrabanın bıraktığından pay vardır.*”¹³⁷ buyrulularak erkek-

131 en-Nisâ (4), 7.

132 en-Nisâ (4), 33.

133 Chowdhury, s. 376–379.

134 Arı, s. 255.

135 Faruki, s. 263–266.

136 Rivâyetle ilgili ayrıntı yukarıda belirtilmişti.

137 en-Nisâ (4), 7.

lerle kadınlar arasında – hisseler haricinde- mirasçılık açısından farklılık olmadığı açıkça ortaya konulmaktadır. Aynı şekilde çocukların mirasçılıklarıyla ilgili, “**Allah çocuklarımız arasında ikili birli taksimi emreder**”¹³⁸ âyetinde gerek çocuklar arasında, gerekse anne tarafından kardeşlerin mirasçılıklarıyla ilgili en-Nisâ (4), 12, baba tarafından kardeşlerin mirasçılıklarıyla ilgili en-Nisâ (4), 176 âyetinde mirasçılık açısından kadınlarla erkekler arasında ayrım bulunmamaktadır. Miras hükümlerindeki, baba bulunmadığında dedenin baba gibi, anne bulunmadığında annenin annesi olan ninenin anne gibi, çocuklar bulunmadığında baba tarafından kardeşlerin onların yerine geçerek çocuklar gibi, yine çocuklar bulunmadığında anneye babanın onların yerine geçerek terekeyi ikili birli taksim etmelerinde görüldüğü gibi halefiyet uygulanmakta ve bunlarda ihtilaf bulunmamaktadır. Kur’an’da miras hükümlerinden sonra, “**Babalarınız ve oğullarınızdan hangisinin size daha yakın olduğunu siz bilemezsiniz.**”¹³⁹ diye buyrulması da, mirasbırakanın kalanlara göre yakınlığı değil de, kalanların mirasbırakana yakınlıklarının, ulaştıkları yolun dikkate alınması gerektiğini göstermektedir. Yani babası dedesinden önce ölmüş toruna en yakın artık dedesi olmuştur. Dolayısıyla halefiyetin, dede yetimliği meselelerine ilişkin miras hükümlerine de uygun olan İslam miras huku-ku içerisinde bir çözüm olduğunu söyleyebiliriz.

138 en-Nisâ (4), 11.

139 en-Nisâ (4), 11.

MODERN DÖNEMDE FAİZSİZ BANKACILIK VE FIKHÎ İŞLEYİŞİ*

Dr. Necmettin Kızılkaya**

Islamic Finance in Modern Era and its Islamic Legal Procedure

The global financial crisis that threatens the worldwide economy with a recession has once again highlighted the fragility of capitalism and interest-based economic system. Some scholars refer to the economic crisis as a result of global conventional financial market and offer interest-free-banking system as a solution. At this stage, we evaluate the capability of Islamic banking to give a response to the worldwide economic crisis. However, it is not easy to claim that the interest-free banking system at its de facto situation can handle the economic problems that humanity is confronted with. There are some reasons that raise these questions such as the Islamic principles and values that Islamic finance is based on, the structure of Shari'ah advisory boards, and the process of issuing *fatwās*.

Interest-free banks that offer Islamic banking products are required to establish a Shari'ah advisory board to advice and to ensure that the operations and activities of the bank comply with Shari'ah principles. This article provides an overview of the development of interest-free banking in Modern era and its *fatwā*-issuing process. It focuses on the change in development of contemporary Islamic banking and how Shari'ah advisory boards work. The article is divided into four sections. The first will emphasize the historical background of Islamic banking. The second will illustrate the development of interest-free banking in the modern era. The third will focus on the Shari'ah compliant system and Islamic legal process of Islamic banking. Primarily, some issues related to the operating system of Islamic banks will be examined by focusing on the concepts used in *fatwās* issued by Shari'ah advisory boards. In this part the result of *fatwās* are discussed and some reference terms used in *fatwās* such as necessity (*darūra*), dispensation (*rukħşā*), and public interest (*maşlahā*) are questioned in terms of Islamic legal methodology. Finally, the fourth section will present my conclusions.

Key words: Islamic finance, Interest-free banking, Shari'ah advisory board, Shari'ah principles.

* Bu makale, 18-20 Haziran 2010 tarihlerinde Yalova'da düzenlenen IV. Genç Akademisyenler Buluşması: Yeni Meseleler ve Çözüm Araşyışları'nda "Faizsiz Bankacılıkta Fetvadan Teoriye Geçiş Mümkün mü?" başlığıyla sunulan tebliğın gözden geçirilmiş ve genişletilmiş halidir.

** Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı.

Giriş

Faaliyet alanları büyük oranda faiz ve borç ilişkisine dayalı olan bankacılık sektörünün günümüz ekonomilerinde sahip olduğu rol, bankacılığın ekonomiye yön veren bir aktör olduğunu söylememize olanak sağlamaktadır. Bankacılığın sahip olduğu bu önem, doğal olarak finansal aktiviteleri ekonomik faaliyetlerin merkezine oturtmaktadır. Sadece kurumsal ticarî faaliyetlerle sınırlı kalmayıp, bireylerin günlük hayatlarında yaptıkları birçok işlemde de her geçen gün vazgeçilmez bir konuma yerleşen bankaların çıkardıkları ürünlerin büyük oranda faiz eksenli olması, dinî hassasiyetlere sahip olan müşteriler için birtakım soru(n)ları da beraberinde getirmektedir.

İslam dini, kesin bir şekilde faizi yasaklamış ve ekonomik yapıyı başka birtakım ilkelerle birlikte faizin olmadığı bir sistem üzerine tesis etmiştir. Bu nedenle, Müslüman toplumların uzun tarihi tecrübelerine bakıldığında faizsiz enstrümanlar kullanarak değişik ekonomik modeller ortaya çıkardıkları görülür. Günümüzde ise bu yasağı dikkate alarak faaliyet göstermeye çalışan faizsiz bankaların bu modellerden biri olduğunu (en azından bu potansiyeli taşıdıklarını) söylemek mümkündür. Ancak, gerek piyasaya hakim olan ekonomik zihniyet ve gerekse rekabet ortamında çıkarılan ürünlerin bu bankaların kuruluş felsefesinin dayanmış olduğu ilkeleri zorlayan bazı uygulamalara zemin hazırladığı da bir gerçektir. Zira yaygın olan günümüz bankacılık ürünlerinin büyük bir kısmı faiz ve borç ilişkisi üzerine kurulu olduğundan, İslam'ın değer yargılarıyla bağdaşmayan bazı bankacılık işlemleriyle karşılaşmak kaçınılmaz olmaktadır. Faizsiz bankalar, mevcut ekonomik yapının da etkisiyle, henüz kendi ürünlerini oluşturup bunları piyasaya hakim kılabilecek bir gelişme gösteremediklerinden, var olan bankacılık sisteminin sunduğu enstrümanları bazen ıslah ederek bazen de benzerlerini çıkararak, ama temelde bunlar üzerinden faaliyetlerini sürdürmektedirler. Bu durum, çoğu zaman bu bankaların yaptıkları bankacılık işlemlerinin hitap ettikleri kitle tarafından kuşkuyla karşılanmasına yol açmaktadır.

Müslüman toplumların hukuk alanındaki tarihî tecrübesini yansıtan fıkıh ilminin incelediği alanlardan birisi de iktisadî mevzulardır. Her ne kadar bazı iktisadî konuları müstakil olarak işleyen *kitâbü'l-emvâl* ve *kitâbü'l-harâc* gibi eserler kaleme alınmış olsa da; iktisat ile ilgili meseleler fıkıh kitaplarında ayrı bir başlıkta ele alınmayıp, *mu'âmelât* olarak ifade edilen üst başlığın altında yer alan bölümlerde incelenmiştir. Bu nedenle günümüzde bankacılık ile ilgili meselelerde baş vurulan ilk kaynaklar fıkıh eserleri olmaktadır. Ancak fıkıh kitaplarına müracaat edilirken her eserin ait olduğu düşünce geleneği, beslendiği kaynaklar, yazıldığı dönem ve çevre gibi hususiyetler büyük oranda dikkate alınmamaktadır. Buna ilave olarak, günümüzde ortaya çıkan bazı bankacılık uygulamalarının modern dönem İslam hukuku söyleminde kendilerine sıkça atıf yapılan maslahat ve maksad gibi kavramlar üzerinden ele alındığı ve çözümlerin bu kavramlar çerçevesinde şekillendiği görülmektedir. Karşılaşılan meseleyi çözüme kavuşturma bakımından

kısa vadede faydalı gibi gözükse de bu tür bir yöntemin uzun vadede sistemli bir teori oluşturmanın önündeki en önemli engel olduğunu söylemek mümkündür.

Faizsiz bankalar, bünyelerinde bulunan danışma kurulları ile yapmış oldukları bankacılık hizmetlerini İslamî ilkelerden hareketle şekillendirmeye çalışmaktadırlar. Ancak finans sektöründe var olan genel eğilimlerden etkilenmeleri ve her geçen gün piyasa şartlarında rekabet etmek için değişik ürünler çıkarmak zorunda kalmaları ve bunların kamuoyunda bazı kuşuklara yol açması danışma kurullarının işleyişi ile ilgili bazı soruları gündeme getirmektedir. Bu çerçevede, söz konusu kurulların verdiği fetvâların dayanmış olduğu ilkeler, bunların genel olarak İslam'ın gerçekleştirmek istediği hedeflere uygunluğu ve bu kurulların geniş halk kitleleri nezdindeki meşruiyeti gibi birçok mesele tartışma konusu edilmektedir. Danışma kurullarında görüş belirten kişilerin hareket noktaları ve sektörün genel faaliyetlerine hakim olan prensiplerin tespit edilmesi faizsiz bankacılığın geleceği için önem arz etmektedir. Bu yazı, faizsiz bankaların tarihsel gelişimi ile ilgili kısa bir bilgi verdikten sonra bu bankaların yürüttükleri işlemlerin fetvâlara dayalı olarak sürdürülmesinin ötesine geçilerek faizsiz finansın ilkelerinin tespit edilmesinin ve fetvâlara zemin teşkil eden bazı kavramların yeniden değerlendirilmesinin zaruretini giriş düzeyinde tartışmayı hedeflemektedir.

1. Faizsiz Bankaların Tarihi Arka Planı

İslam'ın ilk dönemlerinden itibaren faizsiz birtakım sermaye tedarik yöntemlerinin olduğu bilinmektedir. Bunların bir kısmı İslam'dan önce gerek Arap yarımadasında gerekse hâkimiyet altına alınan topraklarda mevcut olan uygulamalarken, diğer bir kısmı Müslüman toplum için yeni karşılaşılan finansal işlemlerdi. İslam topraklarının daha ilk yüzyıldan itibaren geniş alanlara yayılarak Müslümanların değişik kültür ve medeniyetlerle karşılaşması sonucunda ortaya çıkan çeşitli ticari ilişkilerin doğurduğu tüccar sınıfının finansman ihtiyacını karşılamak için çeşitli mali aracı kurumlar geliştirildi. Bunların başında Beytü'l-mâl, sarraflar ve cehbezler, kamu yararına çalışan kuruluşlar ve emek-sermaye ortaklığı (*mudârabe*) gelmektedir.

Devlete bağlı bir kurum olan ve farklı bölgelerde bulunan Beytü'l-mâl'in önemli görevlerinden biri de ihtiyaç duyan kişilere borç vermektir. Farklı bölgelerde iş yapan tüccarlar, ihtiyaç halinde Beytü'l-mâl şubesinin bulunduğu yerden aldıkları borcu başka bir yerde bulunan Beytü'l-mâl'e ödeyebiliyordu. Bu durum, hem yol güvenliği hem de nakit ihtiyacının karşılanması bakımından çeşitli avantajlar sağlamaktaydı.¹

Ülke sınırlarının genişlemesine paralel olarak ticaret hacminin artması ve İslam toprakları içerisinde değişik para birimlerinin kullanılması, tedavülde olan

1 Erkal, Mehmet, "Beytülmâl", *DİA*, İstanbul 1992, VI, 94; Bayındır, Servet, *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, İstanbul 2005, s. 32-33.

paraların birbiriyle değiştirilmesi ihtiyacını doğuruyordu. Bu işi ilk dönemlerde sarraflar yapmaktaydı. Abbâsiler döneminde ticarî faaliyetlerin genişlemesiyle beraber sarraflar, para bozmanın yanı sıra borç para vermeye, emanet para kabul etmeye ve darphaneye ticaret erbabı arasında aracılık görevleri yapmaya başlayarak *cehbez* olarak anılmaya başladılar. Başka şehirlerde şubeleri ve ticarî bağlantıları olan cehbezler, sadece şahıslara para vermiyor, devlete de borç para vererek adeta bir banka gibi görev yapıyorlardı.²

İhtiyaç sahiplerinin finansmanını sağlamak için değişik dönemlerde kamu yararına çalışan kuruluşlar tesis edilmiştir. Para vakıfları, esnaf sandıkları, eytâm sandıkları, belli bir mahalle ve köy için kurulan avâriz vakıfları ve yardım sandığı gibi kuruluşlar bunların başında gelmektedir.³ Bunlara ilave olarak, İslam öncesi-ne uzanan bir ortaklık sistemi olan ve Osmanlı'da vakıflar ile elinde atıl para bulunan kişilerin ellerindeki paraları tüccarlara vererek değerlendirdiği mudârabe,⁴ özellikle günümüz faizsiz bankacılık sisteminin temelini oluşturması bakımından önem arz etmektedir.

2. Modern Dönemde Faizsiz Bankacılığın Gelişimi

Klasik fıkıh eserlerinde ele alınan iktisadî konuların dayanmış olduğu ilkelere hareketle ve modern ekonomi ile ilgili çalışmaların da etkisiyle yirminci yüzyılda İslam iktisadı ve İslam ekonomisi tabirleri kullanılmaya başlandı. Hintli Müslüman düşünürlerin öncülüğünde başlayan İslam iktisadı çalışmaları, Arap dünyasında 1960'lardan itibaren İslam'ın sosyal adalet ilkesine yapılan vurguların önem kazanmasıyla birlikte ivme kazandı. Hint Alt Kıtası ve Arap dünyasında İslam ekonomisi alanında ortaya konan birikimin tercüme edilerek başka dillere kazandırılması, savunulan görüşlerin ve ileri sürülen teorilerin İslam dünyasında yankı bulmasına yol açtı. Türkiye'de ise 1965'lerden itibaren yapılan çevirilerle birlikte İslam ekonomisi alanındaki neşriyatta önemli bir artış oldu.⁵

Günümüzdeki faizsiz bankalar; beytü'l-mal, para vakıfları, esnaf sandıkları, eytâm sandıkları, avâriz vakıfları ve yardım sandıkları gibi kurumların gerçekleştirdikleri faaliyetleri tek çatı altında toplayarak ve bunlara bazı modern finansal ürünler de ekleyerek bankacılık işlemlerini sürdüren aracı kurumlardır. Bu bankaların İslam dünyasında ortaya çıkışıyla ilgili teorik zemin, onsekizinci yüzyıla kadar götürülebilir. Özellikle onsekizinci ve ondokuzuncu yüzyıllarda etkili olan tecdid düşüncesiyle birlikte İslam ekonomisine dair teorik tartışmalar başlamış; ondokuzuncu yüzyılın sonlarında İslam modernizmi tartışmalarıyla beraber İs-

2 Yeniçeri, Celâl, "Cehbez", *DİA*, İstanbul 1993, VII, 222.

3 Tabakoğlu, Ahmet, *Türk İktisat Tarihi*, 2. Baskı, İstanbul 1994, s. 277, 302; Bayındır, *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, s. 36-39.

4 Döndüren, Hamdi, "İslâm Ekonomisinde Sermaye Birikimi ve Kullanılma Yöntemleri", *İlam Araştırma Dergisi*, 1/2, 1996, s. 59-60; İnalçık, Halil, *The Ottoman Empire, The Classical Age 1300-1600*, (trs. Norman Itzkowitz, Colin Imber), London 1973, s. 162.

5 Tabakoğlu, Ahmet, *İslâm ve Ekonomik Hayat*, Ankara 1988, s. 10-11.

lam ekonomisi fikri daha da geliştirilmiştir. Her iki yüzyılda sürdürülen nazariyata dair tartışmalar, yirminci yüzyılın ilk yarısında etkili olan neo-tecdîd düşüncesiyle beraber daha somut bir çerçeve kazanarak etkisini hissettirmeye başlamıştır. İslam dünyasında etkili olan bu üç akımın İslam ekonomisi alanında ortaya koydukları ürünlerin önemi yadsınamayacak kadar fazla olmakla beraber, özellikle neo-tecdîd düşüncesini temsil eden bilginlerin faizsiz bankacılığın kurulmasında öncü bir role sahip olduklarını söylemek mümkündür.

Ondokuzuncu yüzyılda faizli bankaların İslam dünyasına girmeye başlamasıyla beraber ulemanın değişik şekillerde tepkilerini ortaya koydukları görülür. Ancak bazı alimler yirminci yüzyılın başlarından itibaren bu kurumlara geleneksel kalıpların dışında eleştiriler yönelterek konuyu farklı bir zeminde tartıştılar. Özellikle Müslüman Kardeşler'in 1930'lardan itibaren, Mısır'da ve diğer İslam ülkelerindeki faizli finans işlemlerine yönelik eleştirileri önemli sonuçlar doğurdu.⁶ Dolayısıyla neo-tecdîd düşüncesine sahip ilim ve fikir adamlarının faiz eleştirileri ve faizsiz ekonomi anlayışının bazı İslam ülkelerinde yönetim düzeyinde benimsenmesi, yirminci yüzyılda İslam iktisadı ve finans tartışmalarına önemli bir ivme kazandırarak bunu pratiğe dökme imkanı sağlamıştır.

Çağdaş faizsiz bankacılık ile ilgili ilk teorik çalışmalar Enver İqbal Kuraşi, Ebü'l-A'lâ el-Mevdûdî, Muhammed Üzeyir, Muhammed Necatullah Sıddîkî, Bakır es-Sadr ve Ahmed en-Neccâr gibi düşünürler tarafından ortaya konmuştur.⁷ Bu müelliflerin çalışmaları yayımlandıktan hemen sonra çeşitli dillere tercüme edildi. Özellikle Mevdûdî ve Kuraşi gibi bilginlerin eserlerinin 1960'larda Türkçe başta olmak üzere birçok dile çevrilmesi, konuyla ilgili tartışmaların erken dönemlerden itibaren İslam dünyasının değişik bölgelerinde yankı bulduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Bu dönemde yapılan teorik tartışmaların doğurduğu faizsiz finans sistemi arayışları, doktorasını "19. Yüzyıl Sürecinde Almanya'da Yerel Tasarruf Bankaları" üzerine yapan Ahmed en-Neccâr'ın 1963 yılında Mısır'ın bir kasabasında kurduğu faizsiz banka ile ilk somut ürününü vermiştir.⁸

1950 ve 1960'larda ivme kazanan faizsiz bankacılık ile ilgili teorik çalışmalar, 1970'lerden itibaren hem geniş ürünlerin ortaya çıkmasına sebep olmuş, hem de bazı ülkelerin sahip oldukları tasarrufları faizsiz bankalarda değerlendirmelerine yol açmıştır. Nazarî olarak tartışılan İslam ekonomisi, faiz yasağı ve faizsiz ban-

6 Teşkilatın kurucusu olan Hasan el-Bennâ (v. 1949) ümmetin fikrî ve amelî uyanışından bahsederken iktisâdî olarak yapılması gerekenlere de değinir ve bu çerçevede faizin haram olduğunu ve devletin faizli işlemler yapmaktan kaçınarak bankaların ve kendisinin alacağı faizleri kaldırmasını önerir. Bk. el-Bennâ, Hasan, *Mecmû'atu resâilî'l-îmâm eş-şehîd Hasan el-Bennâ*, Beyrut 1984, s. 293, 350. Aynı dönemlerde geniş bir faiz eleştirisi için bk. el-Mevdûdî, Ebü'l-A'lâ, *Faiz*, (Trc. Hasan Beşer), Ankara 1966; Qureshi, Anwar İqbal, *Islam and the Theory of Interest*, Lahore 1946.

7 İslam iktisadı ile ilgili geniş bir literatür çalışması için bk. Sıddîqî, Muhammad Nejatullah, *Muslim Economic Thinking, A Survey of Contemporary Literature*, Leicester 1988.

8 Bu banka modern anlamda ilk faizsiz banka olarak kabul edilse de faizsiz bankacılığı, yüzyıllarca süren ekonomik gelişimin bir halkası olarak görmek mümkündür. Bundan dolayı Ahmed en-Neccâr'ı, klasik İslami iş ortaklıklarından modern faizsiz bankacılığı çıkartan kişi olarak ifade etmek daha yerinde olacaktır. Bk. Çiller, Tansu ve Çizakça, Murat, *Türk Finans Kesiminde Sorunlar ve Reform Önerileri*, İstanbul 1989, s. 73; Bayındır, *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, s. 40-41.

kacılık gibi konular, bazı İslam ülkelerinin faizi kanunen yasaklamalarına, faizsiz bankacılık sistemini desteklemelerine ve uluslararası bir İslam bankası kurulmasına zemin hazırlamıştır. Bunlara ilave olarak faizsiz bankacılığın uluslararası bir boyut kazanması, İsrail'in kurulmasının akabinde bölgedeki Müslüman ülkelerin egemenlik ve itibar kaybıyla karşı karşıya gelmeleriyle yakından ilişkilidir. Bu nedenle 1969'da Mescid-i Aksa'nın yakılmasının ardından birçok Müslüman ülkenin başkanları Suudi Arabistan'ın öncülüğünde Fas'ta, daha sonra İslam Konferansı Örgütü olarak anılacak birliğin kurulması için bir araya geldiler. Bu konferans- ta İslam ülkelerinin ekonomik, bilimsel, sosyal ve kültürel alanlarda yakın ilişkiler içerisinde olmaları gerektiği hususunda görüş birliğine varıldı. Bunun ardından 1970'te İslam ülkeleri dışişleri bakanlarının katılımıyla biri Ciddede diğeri Karaçide olmak üzere iki konferans düzenlenerek, Müslüman ülkelerin İslamî öğretilerin ışığında tarihsel köklerine bağlı kalarak Müslümanların yaşamını şekillendirmeleri yönünde karar alındı. Daha sonra 1972'de Mısır'da düzenlenen bir toplantıda, finans meselelerine alternatif İslamî bir yöntemle yaklaşmak ve petrol gelirleri olan ülkelerin artan paralarını Müslüman topluma yararlı olacak şekilde yatırımlara dönüştürmek için gerekli adımların atılması hususunda kararlar alındı. Bu toplantıda, *Egyptian Study* olarak bilinen İslami bankacılık, İslam ekonomisi ve doktrini tartışıldı ve 1972'de Ciddede toplanan 3. İslam Konferansı Dışişleri Bakanları toplantısında bu doktrin benimsendi. Bunun üzerine Suudi Arabistan Kralı Faysal, İslam bankası projesini araştırmak için bir komisyon oluşturdu ve kurulacak bankaya yaklaşık 500 milyon dolarla katılım sağlayacağını belirtti. Bu karardan sonra 1973'te Ciddede toplanan Müslüman Ülkeler Ekonomi Bakanları Toplantısı'nda, İslam Kalkınma Bankası'nın kuruluşuna yol açan *Niyet Deklerasyonu* yayımlandı. Temel amacı üye ülkelerin ekonomik ve sosyal gelişimini İslam'ın genel kural ve prensipleri çerçevesinde teşvik etmek olan bu banka, resmi olarak 20 Ekim 1975'te açıldı. Bunun hemen akabinde birçok İslam ülkesinde ulusal ve uluslararası faizsiz bankaların kurulmasıyla ilgili düzenlemelere gidilerek faizsiz bankalar kurulmaya başlandı.⁹

Faizsiz bankacılığın İslam dünyasında hızlı bir gelişim göstermesinde siyasi ve ilmi etkenlerin yanısıra, petro-dolar zengini Körfez ülkelerinin artan mal varlıklarını değerlendirme düşüncesinin de önemli bir rol oynadığını ifade etmek gerekir. Körfez ülkelerinin, 1973'te petrol fiyatlarının yükselmesiyle beraber artan sermayelerini faizsiz bankalarda değerlendirmeleri, bu kurumlar açısından önemli bir dönüm noktası olmuştur.¹⁰ Petro-dolar sermayenin bir kısmı başka ülkelere borç verme, savunma, endüstri ve tüketim mallarına harcanırken; diğer bir kısmı da ülke içindeki ve dışındaki bazı yatırımlara aktarılmıştır. Bu nedenle, faizsiz bankacılık sektörünün erken dönem gelişimi her ne kadar Körfez ülkeleri dışında ol-

9 Saeed, Abdullah, *Islamic Banking and Interest, A Study of the Prohibition of Riba and its Contemporary Interpretation*, Leiden 1996, s. 9-14.

10 Körfez ülkelerinin faizsiz bankacılığın gelişimine katkısıyla ilgili eleştirel bir yaklaşım için bk. Ahmad, Ausaf, *Development and Problems of Islamic Banks*, Jeddah 1987, s. 7.

muşsa da sermayelerinin önemli bir bölümünün Körfez ülkelerine veya bu ülkelerdeki petrol zengini iş adamlarına ait olduğu görülür. Nitekim İslam Kalkınma Bankası kurulurken sermayesinin %60'ının Suudi Arabistan, Kuveyt, Birleşik Arap Emirlikleri ve Libya gibi petrol zengini ülkelere ait olması bunu göstermektedir.¹¹

Faizsiz bankalar kurulduktan sonra hızlı bir yayılma ve büyüme trendine girmiş ve geleneksel faizli bankacılık sistemine bir alternatif olarak görülmeye başlanmıştır. Bu nedenle, bazı araştırmacılar, günümüzde ikincil durumda olan faizsiz bankaların önemli bir yükselme trendi içinde olduklarını; zamanla faizli bankaların yerini alarak bankacılık sektöründe standart hale gelip dominant bankalar olacaklarını ve diğer bankaları ikincil duruma sokacaklarını ifade etmektedirler.¹² Nitekim *The Banker*'in hazırladığı *Top 500 Islamic Financial Institutions* isimli raporda bu bankaların, 2008'de 639 milyar dolar olan mal varlıklarını 2009 yılında %28.6 oranında arttırarak 822 milyar dolara çıkardıkları ifade edilmektedir.¹³

Türkiye'de İslam ekonomisi ile ilgili telif ve tercüme faaliyetleri erken dönemlere uzanmasına ve faizsiz bankaların kurulacağı ekonomik ve sosyal alt yapı bulunmasına rağmen, faizsiz bankaların fiilî faaliyet göstereceği siyasi zemin 1980'lerin ortalarına kadar söz konusu değildi. Faizsiz bankaların Turgut Özal'ın finansal liberalizasyon politikaları sonucunda kurulmaları da bunu göstermektedir. Bakanlar Kurulu'nun 16.12.1983 tarihli Özel Finans Kurumları Kararnamesi ile başlayan yasal düzenleme 1985 yılında ilk faizsiz bankanın kurulması ile sonuçlandı. Türkiye'de dominant olan konvansiyonel bankacılık karşısında çok önemli bir varlık gösteremeyen finans kurumları, süreç içerisinde çeşitli yasal düzenlemelere konu oldular. Bu çerçevede, 2001 tarihinde çıkarılan bir kanun ile Özel Finans Kurumları Birliği kurulmuş; 2005 tarihinde çıkan Bankacılık Kanunu'na göre Özel Finans Kurumları'nın ismi Katılım Bankası, Özel Finans Kurumları Birliği'nin adı da Türkiye Katılım Bankaları Birliği olarak değiştirilmiştir.¹⁴ Katılım bankalarının finans piyasalarında sahip oldukları pay çok fazla olmamakla beraber bunun yükselen bir çizgi göstermesi önemli bir gelişmedir. Türkiye'deki finans sektörü içerisinde toplanan fonlar itibariyle Katılım Bankaları'nın payları 2009'da % 5.1, 2010 ve 2011'de % 5.4 iken; toplam aktiflerdeki payları 2009'da % 4.2, 2010'da % 4.3, 2011'de ise % 4.6 civarında olmuştur.

3. Faizsiz Bankaların Fıkhî İşleyişi ve Bununla İlgili Bazı Meseleler

Bankacılık işlemleri genel olarak sermaye toplama, sermaye kullandırma ve bankacılık hizmetleri olmak üzere üç temel bölümde incelenebilir. Faizli ban-

11 Saeed, *Islamic Banking and Interest*, s. 10-11.

12 Parkinson, Giles, "Faith in the system", *Intheblack*; August 2007, (77, 7), s. 39.

13 Bk. <http://top500islamic.thebanker.com/index.cfm?fuseaction=top500.home>

14 Jang, Ji-Hyanga, "Türkiye'de İslami Bankalar ve Siyaset: Siyasal İslamcılarının İslami Sermayeyle Terbiyesi", (trc. Mustafa Acar, Elif Nur Arslaner), *İslâmî Araştırmalar*, 18/4, 2005, s. 401; Şahin, Mustafa Semih, "Türkiye'de Faizsiz Bankacılığın Gelişimi ve Hizmet Kalitesi", *İslâmî Araştırmalar*, 18/4, 2005, s. 423; Bayındır, *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, s. 43-44.

kalarda sermaye, vadeli ve vadesiz hesaplar adıyla toplanır ve kredi yöntemiyle kullanılır. Faizsiz bankalarda ise cari ve katılma hesaplarıyla toplanan sermaye mudârebe, müşârake, murâbaha, finansal kiralama, selem ve istisna' yöntemleriyle değerlendirilir. Bankacılık hizmetleri ise akreditif açma, teminat mektubu verme, emanet kabul etme, banka kartı kullandırma, çek ve senet kabulü, hisse senedi alım-satımı, kambiyo ve fatura tahsil işlemleridir.¹⁵

Konvensiyonel bankaların yapmış olduğu bankacılık hizmetlerinin büyük bir kısmını yerine getiren faizsiz bankaların konvensiyonel bankalar gibi bir standarda sahip olduğunu söylemek güçtür. Bunun birçok sebebi olmakla beraber, faizsiz bankaların bazı ülkelerde devlet garantilerinin olmaması, reel ticarete endekli bir işleyişe sahip olmaları sebebiyle buldukları ülkelerin yatırım ve pazar ihtiyaçlarına göre şekillenmeleri ve bu bankaların şer'î kurallara uyumlu bir şekilde çalışmasını sağlayan fikhî danışma kurullarının farklı bakış açılarına sahip olmaları bu sebeplerin başında gelmektedir. Bu nedenle faizsiz bankaların standardizasyonunu sağlamak ve ortak bir yöntem geliştirmek için özellikle iki kurum çeşitli çalışmalar yapmaktadır. Bunlardan biri, merkezi Malezya'da bulunan ve 2003'ten beri çalışmalar yapan *The Islamic Financial Services Board*'dır. Bu kurum daha çok bankacılık, sigortacılık ve sermaye piyasaları alanlarında uluslar arası ortak bir söylem geliştirmeye çalışmaktadır. İkinci kurum ise merkezi Bahreyn'de bulunan *Hey'etü'l-Muhâsebe ve'l-Murâca'a li'l-Müessesâti'l-Mâliyyeti'l-İslâmiyye*'dir (Accounting and Auditing Organisation of Islamic Finance Institutions). Kısaca AAOIFI olarak bilinen bu kurumun temel gayesi, finans, ahlak ve şer'î danışmanlık alanlarında bir standart oluşturmaktır. Her iki kurumun faaliyetlerine rağmen henüz bir standardın sağlandığını söylemek güçtür.

Faizsiz bankaların yaptıkları işlemlerin İslam'ın temel değerlerine uygunluğunu sağlamak ve gerektiğinde bunu kontrol etmek için tesis edilmiş danışma kurulları bulunmaktadır. Bu kurullar, bir yandan bankacılık işlemlerinin dinî değerlere uygun bir şekilde yapılmasını amaçlayan banka sahiplerinin hassasiyetlerine cevap verirken; bir yandan da faizli bankalarla çalışmak istemeyen müşterilerin faizsiz bankaların sunduğu ürünleri benimsemelerini sağlamaktadır. Bankacılık işlemlerinin dinî değerlere uygun bir şekilde yürütüldüğünü hedef kitleye anlatabilmenin en önemli ve ilk adımı, toplumun saygınlığını kazanmış bir ilim adamının veya birkaç kişiden oluşan bir kurulun varlığıdır. Böylece faizsiz bankalar, yaptıkları işlemlere meşruiyet kazandırmış olmaktadırlar. Danışma kurullarını bankalar için gerekli kılan bir başka etken de *el-Vekâletü'l-İslâmiyyetü'l-Devliyye li't-Tasnîf*in (Islamic International Rating Agency/Uluslararası İslâmî Puanlama Kuruluşu) bankaların faizsiz bankacılık standartlarına uygunluğunu ölçen puanlama sistemidir. Bu kurumun yaptığı derecelendirme, bankanın faaliyet alanlarının çeşitliliğine göre değişik kategorilerde olup, verilen puanlar bir bankanın hizmet kalitesini ve standardını ortaya koymaktadır. Bu puanlamanın önemli bir

15 Bayındır, *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, s. 45.

unsuru da şer'î kalite derecesi olup, bankanın danışma kurulunun bankacılık işlemlerindeki rolüne göre farklılık arz edebilmektedir.

Fıkıh danışma kurulları, temelde iki vazife icra etmektedirler: Fetvâ ve denetim. Birincisi, bankanın piyasaya sürmeyi düşündüğü bir ürünü inceleyerek bunun İslami prensiplere uygun olup olmadığını hususunda fikir beyan etmek şeklinde ifade edilebilir. İkincisi ise murâkabe olarak ifade edilen ve bankacılık faaliyetlerinin İslam hukukuna uygunluğunu sağlamak amacıyla denetim yapma rolüdür ki, mevcut bankacılık işlemlerin incelenmesinden ibarettir.¹⁶ Birinci fonksiyon, çoğunlukla faizli bankalar tarafından uygulanan bazı bankacılık işlemleriyle, piyasada daha önce örneği olmayıp banka tarafından piyasaya sürülen ve müşterinin zihninde soru işaretleri oluşturabilecek yeni enstrümanları kapsamaktadır. Buradaki temel hedef, ürünün İslam'a uygunluğunu saptamak ve kamuoyunu tatmin etmektir. İkinci kısmı teşkil eden murâkabe, gerek banka merkezlerinin ve gerekse bankanın değişik birimlerinin yaptığı bazı işlemleri denetlemek suretiyle yerine getirilmektedir. Bu faaliyet üst istişare kurulunun altında bulunan bir birim aracılığıyla sürdürülmektedir. Bu iki temel faaliyet alanının yanısıra, çok yaygın olmamakla beraber, bazı ülkelerde bir araştırma birimi de bu kurulun çatısı altında çalışma yapmaktadır.

Faizsiz bankacılık faaliyeti yürüten kurumların bünyesinde bulunan bu kurullar, gerek aynı ülke içerisinde gerekse başka ülkelerde bulunan başka kurullar ile yöntem ve yapı bakımından farklılıklar arz edebilmektedir. Bu nedenle, diğer bankacılık faaliyetlerinde olduğu gibi danışma kurullarının yapmış olduğu faaliyetlerde de bir standardın olduğundan söz etmek güçtür. Danışma kurullarının işleyişinde bir standart oluşturmak amacıyla İngiltere ve Malezya'da birkaç önemli merkez kurulmuştur. Örneğin Londra'da bulunan şer'î danışmanlık firması *Dâru'l-İstismâr*, aynı zamanda hem fıkıh hem de finans alanında araştırmacılar yetiştirmek için çalışmaktadır. Londra'nın faizsiz finans merkezi olmasını hedefleyen bazı İngiliz politikacılarla Lebanese Central Bank'ın desteklediği *The Securities and Investment Institute* de faizsiz bankalara danışmanlık yapacak araştırmacılar yetiştirme programları düzenlemektedir. Malezya'da bulunan Bank Negara Malaysia'nın kurduğu *Shari'ah Scholars Research Fund* bu alanda çalışma yapan araştırmacılar için kaynak temin etmekte, aynı banka 200 milyon Malezya Ringgit'i araştırma bütçesi olarak ayırmaktadır. Bunun dışında Malezya hükümeti 2006'da kurduğu *International Center for Education in Islamic Finance* (INCEIF) isimli kurumla bu alanda eleman yetiştirme çalışmaları yürütmekte ve Bank Negara Malaysia 500 milyon Malezya Ringgit'yle bu kurumu desteklemektedir.¹⁷

Katılım bankalarının bankacılık işlemlerinin İslam hukukuna uygunluğu, danışma kurullarının konuyla ilgili fetvâları çerçevesinde düzenlenmektedir. Fetvâlarda takip edilen yöntem, çoğunlukla yazılı olarak ifade edilmemekle bera-

16 Ghoul, Wafica Ali, "Shari'ah Scholars and Islamic Finance: Towards a More Objective and Independent Shariah-Compliance Certification of Islamic Financial Products", *Review of Islamic Economics*, 12/2, 2008, s. 90.

17 Ghoul, "Shari'ah Scholars and Islamic Finance", *Review of Islamic Economics*, s. 97-98.

ber, bazı danışma kurulları bunun genel çerçevesini şöyle verirler: Yeni karşılaşılan bir meseleyle ilgili Kur'ân veya sünnette bir hüküm varsa, şartlar ne olursa olsun bunun dışına çıkılmaz. Eğer söz konusu mesele, üzerinde ihtilaf edilmiş bir mesele ise şâz görüş olmadığı sürece, insanların genelinin faydasına olan yorum esas alınır ve bununla amel edilir. Bu tür meselelerde hilelerden kaçınılır.¹⁸ Burada ortaya konulan çeçeveden de anlaşılacağı üzere, ihtilafli meselelerde insanların yararı esas alınmaktadır. Bu tür bir yaklaşım genel olarak makul gözükmekle beraber, "insanların yararı"nın sınırlarının belli olmaması ve bunun başka bazı zararlara yol açma ihtimali ilk planda gözden kaçırılabilir. Bu nedenle, alınan bazı kararlar kısa bir süre sonra başka bir zarara yol açtığından bundan rücû edilmekte ve başka bir görüş benimsenmektedir. Bu yaklaşımın ikinci mahzuru ise bir sistem dahilinde ortaya konan klasik görüşler arasında bir tanesinin tercih edilmesinin sabit bir yönetime dayanmamasıdır. Bu tür bir fikhî üretim, sürekli klasik kaynaklara müracaat edip onlar arasından de facto duruma uygun olanın seçilerek sürdürülmesini sağladığından, danışma kurullarında verilen fetvâların zamanla bir teori geliştirme potansiyelini yok etmektedir. Dolayısıyla fetvâ veya danışma kurullarının, her şeyden önce faizsiz bankacılığın dayanmış olduğu fikhî ilkeleri tespit etmeleri, bu kurulların görüşlerinin tutarlılığı ve sürekliliği açısından kaçınılmazdır.

Danışma kurullarının meseleleri ele alış şekli, fetvâların genel yapısına uygun olarak mesele ve buna verilen cevap şeklindedir. Aşağıdaki örnek, bu işleyiş biçimini göstermektedir:

Soru: Bir şahsın talep ve sözüne binaen ticarî mallar ve eşyaları peşin satın alıp -mala sahip olup onu kabzettikten sonra- o şahsın söz konusu malları bizden nakit fiyatından daha yüksek bir bedelle taksitle alma sözü üzerine yaptığımız işlemin caiz olup olmadığı hususunda bize fetvâ vermenizi rica ediyoruz. Şöyle ki: Bir kişi muayyen bir eşya veya malı satın almak isteyip de parasını peşin ödeme imkânına sahip değilse, biz o malı satın alıp kabzettikten sonra onu bizden daha önce anlaştığımız belirli bir kâr mukabilinde taksitle satın alacağı hususunda anlaşma yaparız.

Cevap: Bismillâhirrahmânirrahîm, Allah'a hamd, Rasulullah'a, ailesine, ashabına ve ona tabi olanlara salât olsun. Konuya gelince: Satın alma talebinde bulunan kişiden sadır olan talep vaad olarak değerlendirilir. Fakihlerin bu vaadin bağlayıcı olup olmadığı hususundaki ihtilafı sebebiyle ben İbn Şübrümé'nin haramı helal, helali de haram kılmayan her sözün kazâen ve diyâneten bağlayıcı bir söz olduğu şeklindeki görüşünü almayı tercih ediyoruz. Bu, Kur'ân ve nebevî hadis naslarının zahirinin işaret ettiği görüştür. Bu görüşe göre hareket etmek insanlar için en kolay olandır ve onunla amel etmek de muamelelerin devamını sağlar. Bu sebepten dolayı bu tür şartları yerine getirmekte herhangi bir engel yoktur. Başarı Allah'tandır.¹⁹

18 Komisyon, *el-Fetâvâş-şer'iyye fî'l-mesâil-i-iktisâdiyye*, t.y., y.y., I, 8.

19 Komisyon, *el-Fetâvâş-şer'iyye fî'l-mesâil-i-iktisâdiyye*, I, 27-28.

Burada görüldüğü üzere soru sorulduktan sonra, meseleyi vüzuha kavuşturmak için bir örnekle açıklama yoluna gidilmiştir. Bu tür örnekler, özellikle karışık olan bazı bankacılık uygulamalarının, çoğunlukla finans eğitimi almayan danışma kurulları tarafından doğru bir şekilde anlaşılmasını sağlamaları bakımından önem arz etmektedir. Cevapta ise önce ilgili işlemin fıkhî dilindeki karşılığı tespit edilmiş; ardından da bu uygulamanın geçerliliği fıkhî bir otoriteye dayandırılarak ortaya konmaya çalışılmıştır. Meselenin klasik dönemde otorite kabul edilen bir âlimin görüşüne başvurulması, söz konusu fetvâya meşruiyet kazandırma amacına matuf olmakla beraber, verilen fetvâların değişik fıkhî ekollerine mensup alimlere dayandırılması, kurulun esas aldığı bir yöntemin varlığı sorununu gündeme getirmektedir. Varılan kanaatin başka delillerle de desteklendiği görülmektedir. Her ne kadar komisyon değişik delillerden hareketle bir sonuca varsa da çoğunlukla varılan hüküm aktarılır ve delile nadiren değinilir. Fetvânın sonunda, verilen hükümlerle gerçekleştirilmek istenen gayeye yer verilir ki, yukarıdaki örnekte bu, *insanlar için en kolay olan ve muamelelerin devamını sağlama* şeklinde ifade edilmiştir.

Danışma kurullarının verdikleri fetvâlar ve bunların doğurdukları sorunlar birçok araştırmacının dikkatini çekmiş ve bu nedenle bunlar çeşitli incelemelere konu edilmişlerdir. Bu araştırmalardan bazıları danışma kurullarının verdikleri fetvâları fıkhî, iktisadî ve etik açıdan incelerken, bazıları da doğrudan bu komisyonların kendisini incelemeye tabi tutmaktadır. Danışma kurulları ve verdikleri fetvâlar ile ilgili çalışmalarda üzerinde durulan temel meseleleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

a. Danışma kurullarının fetvâlarında literal bir yaklaşım sergilenmektedir. Özellikle Kur'ân ve sünnette hükmü belirtilen bir konudan hareketle varılan görüşlerde benimsenen bu yöntemde metnin ruhu ve tarihsel bağlamı göz ardı edilmektedir. Bu yaklaşım, hükümlerin günümüze yanlış bir şekilde aktarılması sonucunu doğurmaktadır. Özellikle sünnette yasaklanan bazı ticarî muamelelerle onlara benzeyen yeni finansal meseleler arasındaki tarihsel ve kavramsal farklılık dikkate alınmadığı takdirde çeşitli sorunlar ile karşılaşma ihtimali söz konusu olabilmektedir. Kaynaklarda buna örnek olarak altın ve gümüşün mübadele işlevi üzerinde durulmaktadır. Ayrıca danışma kurullarının verdikleri kararlarda özellikle hadislerle çok fazla referansta bulunmaları, bazı hadislerin sıhhati ile ilgili tartışmalar dikkate alınarak eleştirilmektedir.

b. Danışma kurulu, kendisine sorulan meselenin klasik kaynaklarda geçip geçmediğine; geçiyorsa da yasaklanıp yasaklanmadığına bakmaktadır. Meseleye tamamen hukukî bir perspektifle bakarak sözkonusu işlemin geniş manada ifade ettiği anlamı göz ardı eden bu yaklaşım sonucunda yeni ürün/akit ile eski ürün mukayese edilmektedir. Karşılaştırma yapılırken, yeni ortaya çıkan işlemin tanımından hareketle bir kanaate varılmaya çalışılmaktadır. Ancak, çoğu zaman tanımlanan yeni işlem ile klasik kaynaklarda ifade edilen mesele birbirlerinden farklılıklar arz ettikleri için varılan sonuç bazı tutarsızlıklar içerebilmektedir.

c. Bazı bankacılık işlemlerinin danışma kurulları tarafından hilelere müracaatla çözüldüğü yönünde eleştiriler de yapılmaktadır. Her ne kadar fetvâ kurulları hilelere başvurmayı uygun bulmadıklarını ifade etseler de yapılan muamelelerin bir kısmı, faizsiz bankacılık enstrümanlarını inceleyen bazı yazarlar tarafından hile olarak kabul edilmektedir. Özellikle faizsiz bankaların çıkardıkları ürünlerin gerçekten şer'î hukukun ruhuna uygun olup olmadığı; bunların konvensiyonel bankaların çıkardıkları ürünleri başka bir isimle üreten finansal simya oldukları yönündeki eleştirileri de bu çerçevede zikretmek mümkündür.²⁰

Kendi içinde bazı çelişkiler içeren bu tür eleştirilerin haklı olduğu yönler bulunmakla beraber, bu kurulların kararlarındaki sorunlarda etkili olan iki hususun gözden kaçırıldığını söylemek mümkündür: Bunların birincisi, danışma kurullarının fetvâlarındaki sorunların bir kısmının faizsiz bankacılık sektörünün genel işleyişiyle ilgili problemlerden kaynaklandığı meselesidir. Zira danışma kurulu, banka içerisinde bulunan bir birim olması hasebiyle bankanın genel stratejilerine ve hedeflerine uygun bir çerçevede kendisine yer verilmektedir. Bu nedenle bankanın genel politikalarına uyum sağlamak ve kendisine tanınan sınırlar içerisinde hareket etmek durumundadır. İkincisi ise danışma kurullarının verdiği fetvâlarda sıkça atıfta bulunulan bazı kavramların veya bu kurulların işleyişini belirleyen kavramsal çerçevenin getirdiği sorunlardır. Özellikle fetvâlara dayanak olarak gösterilen zaruret, ruhsat, kolaylaştırma ve maslahat (fayda ve yarar) gibi kavramlara çokça yer verilmesi,²¹ faizsiz bankacılık uygulamalarında bu kavramların sahip olduğu rolü incelemeyi gerektirmektedir. Burada, bu konu üzerinde kısaca durulmaya çalışılacaktır.

Klasik dönem fıkıh kaynaklarında, özellikle de usûl eserlerinde belirli bir metod çerçevesinde kendilerine yer verilen bu tür kavramların modern dönemde bağlamlarından koparılarak kullanıldığını ifade etmek gerekmektedir. Bu nedenle, zikri geçen fikhî kavramlar, fıkıhın gerçekleştirmek istediği amaçlardan uzaklaş-tırarak bazı davranış ve uygulamalara mesned teşkil edecek bir niteliğe sokulmaktadır. Bunlara ilave olarak, verilen fetvâların en temel problemlerinden birisi de birçok müctehidin görüşünün, verilen fetvâyâ mesned kabul edilmesidir.²²

Zarurete dayalı olarak verilen hükümler incelendiğinde, bunların klasik kaynaklarda çerçevesi çizilen zaruret kavramıyla örtüşmediği görülür. Zaruret genel olarak, *hukuken yasaklanmış olan şeyin işlenmesini mübah kılan özür durumu* olarak tanımlanmaktadır.²³ Bu nedenle, zaruret halinin, bazı hükümleri kolaylaştırma veya var olan hükmün terkedilip yerine başka bir hüküm konmasına sebep olma özelliğine sahip olduğu prensip olarak kabul edilmektedir. Bu durum,

20 Eleştiriler için bk. Saeed, *Islamic Banking and Interest*, s. 109-116; Ghoul, "Shar'ah Scholars and Islamic Finance", *Review of Islamic Economics*, s. 88.

21 Bk. Komisyon, *el-Fetâvâş-şer'iyye fi'l-mesâil-i'l-iktisâdiyye*, I, 105, 106, 109, 121, 143; IV, 47.

22 Bk. Komisyon, *el-Fetâvâş-şer'iyye fi'l-mesâil-i'l-iktisâdiyye*, I, 78, 121, 148.

23 Çalış, Halit, *İslâmîda Kolaylaştırma İlkesi, Azimet Ruhsat İlişkisi*, Konya 2004, s. 44.

“zaruretler memnu’ olan şeyleri mübah kılar” şeklinde ifade edilmiştir.²⁴ Ancak gerek teorik olarak ve gerekse bankacılık ile ilgili konularda zaruret sınırının ne olduğu ve ne zamana kadar devam edeceğinin belirlenmemesi; buna dayalı olarak verilen fetvâların geçici değil de aslî hüküm olduğu şeklinde anlaşılmasına yol açmaktadır. Zaruretlerde gözetilmesi gereken bu denge, klasik kaynaklarda yer alan birçok örneğin ortak paydasından çıkarılarak, “zaruretler kendi mikdarlarıncı takdir olunur” şeklinde ifade edilmiştir.²⁵ Nitekim zarurete dayalı verilen ruhsat hükümlerinin temel özelliği, zaruret ortadan kalkınca hükmün de buna bağlı olarak geçerliliğini yitirmesidir. Özellikle bankacılık işlemlerinde zarurete dayalı olarak verilen fetvâlarda bu durum daha da önem arz etmektedir. Çünkü finans dünyasında ortaya çıkan yeni bir işlemin banka tarafından uygulanmak istenmesi sebebiyle başvuru fetvâ ve buna dayalı olarak yürütülen işlem, genel bankacılık sektörü tarafından rafa kaldırılmadıkça veya sözkonusu işlemin bankaya verdiği zarar kesin bir şekilde anlaşılmadıkça aslî hüküm gibi devam etmektedir. Bu nedenle, bankacılık işlemlerinde zaruretin sınırlarının çok kesin bir şekilde çizilmesi ve mümkün olduğunca buna dayalı olarak fetvâ verilmemesi, bu konuda daha tutarlı bir yol olarak gözükmektedir.

Modern dönemde karşılaşılan birçok problemin zaruret-ruhsat çerçevesinde ele alınması ve buna bağlı olarak görüş belirtilmesi, sadece bankaların yaptıkları işlemlerle sınırlı değildir. Bireysel bazı sorunlar da bu bakış açısıyla çözüme kavuşturulmaktadır. İnsanların karşılaştıkları birtakım sorunların bu çerçevede değerlendirilerek bunların aşılmasına yönelik çabalar prensip olarak doğru olmakla beraber, iki hususun sürekli göz önünde bulundurulması gerekir: Zaruretin sınırlarının çizilmesi, ruhsatın miktarı ve ne zamana kadar devam edeceği. Bu ikisinin tam olarak belirlenmemesi, isabetli olmayan hükümler verilmesine yol açmakta, hem de ruhsat olarak verilen hüküm azimet gibi görülerek uygulanmaktadır. Bunun tipik bir örneğini 1987’de Türkiye’de yapılan bir ilmî toplantıda, çaresizlik sebebiyle faizli kredi almanın hükmüne dair serdedilen görüş teşkil etmektedir. Buna göre, müslüman tüccarlar faizli kredi almadıkları zaman bir dar boğazla karşılaştıkları için bunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu durum şöyle ifade edilmiştir:

[D]ar boğazı nasıl aşacağız, mesele bundan ibarettir. O halde bu gibi meseleleri görüşürken, kanâatım, daima zarurettten hareket etmek gerekir. Zarurettten hareket edilecektir, çözüm zarurete dayalı ruhsatları kullanmaktır.²⁶

Bu görüşün karşılaşılan bazı tikanıklıkları aşmaya yönelik bir adım olduğu kuşku götürmemekle beraber, aradan geçen 23 yıllık süre zarfında faizli kredi işlemlerine bu görüş esas alınarak müracaat edilmesi, sınırlarının belirlenmemesi

24 *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, İstanbul 1318, md. 21.

25 *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 22.

26 Karaman, Hayreddin, *İslâm’ın İşığında Günün Meseleleri*, İstanbul 2001, I, 362.

durumunda ruhsata dayalı verilen hükmün suistimal edilmeye açık olduğunu göstermesi bakımından önem arz etmektedir.

Günümüz fıkıh problemlerinde, özellikle bankacılık işlemlerinde en çok müracaat edilen kavramlardan biri de maslahattır. Bunun temelinde müslümanların ekonomik olarak geri kalmaması, sahip oldukları sermayenin akıllıca kullanılması, müslüman tüccarların bazı engellemeler sebebiyle dünyaya açılmaması, büyük güçlerin elinde önemli bir araç konumunda olan ekonominin müslümanlar tarafından da kullanılarak güçler arasında bir dengeyi oluşturulması gibi saikler yatmaktadır.

Hareket noktası bu tür faktörler olan fetvâların uzun vadede bazı olumsuz sonuçlar doğuracağı açıktır. Bu çerçevede belirtmek gerekir ki maslahatın dayandığı bazı ilkeler bulunmaktadır: Şer'î deliller ile kendisinden daha önemli bir maslahata aykırı olmamak bunların başında gelir.²⁷ Bunun için de sözkonusu maslahatın önemi, kapsamı ve hedeflenen neticeyi sağlayıp sağlayamayacağı gibi hususların dikkatle belirlenmesi gerekmektedir. Bankacılık ile ilgili fetvâlarda daha çok içinde bulunulan duruma uygun çözümler üretilmekte, ancak bunun uzun vadede doğuracağı sonuçlar dikkate alınmamaktadır. Nitekim günümüzde maslahat, zaruret ve ruhsat gibi kavramlardan hareketle verilen fetvâların aslî hüküm gibi telakki edilerek sürekli uygulanması bunun en somut göstergesidir.

Verilen fetvâlarla ilgili metodolojik sorunlardan birisi de günümüz finansal işlemlerin klasik kaynaklarda geçen bazı ticarî işlemlerle mukayese edilmesidir. Bunun yapılmasının temelinde yeni karşılaşılan işleme meşruiyet kazandırma çabası olduğu görülür.²⁸ Karmaşık olan modern finansal işlemlerin cevazının sadece aralarındaki benzerliklerden hareketle klasik kaynaklardan araştırılmasının en temel problemi, her iki işlemin içerisinde olduğu bağlamın göz ardı edilmesidir. Ticari muameleyi doğuran şartlar dikkate alınmadığı için gerek *makîsun aleyh* (kendisine kıyaslanan örnek) ve gerekse *makîs* (kıyas edilen mesele) sağlıklı bir şekilde belirlenmemektedir. Bu tür durumlarda akitlerin dayandığı temel ilkelerden çok, onların ifade yapılarından hareketle meseleler tartışılmaktadır. Örneğin kredi kartının fıkıhtaki yeri, konuyla ilgili bir kaynakta şöyle açıklanmaktadır:

Kredi kartı ile mal ve hizmet alımında üç tarafın yer aldığı hukukî işlem meydana gelmektedir. Bunlar; kartı veren banka, kart hâmili ve üye işyeridir. Her üç tarafın da akit nedeniyle üstlendiği bir takım sorumluluk ve elde ettiği menfaatler söz konusudur. Üç taraf arasında gerçekleşen işlemin fikhî niteliği İslâm hukukçuları tarafından kefâlet ve havâle bağlamında ele alınmıştır.²⁹

Burada, tamamıyla yeni olan bir işlem, klasik kaynaklarda geçen bazı kavramlarla ifade edilmektedir. Bu tür bir açıklama ve meseleyi bazı hukukî terimlerle

27 Bk. el-Bütî, Muhammed Sa'îd Ramazan, *Davâbitü'l-maslaha fiş-şer'ati'l-İslâmiyye*, 4. Baskı, Beyrut 1982.

28 el-Gamal, Mahmoud A., *Islamic Finance, Law, Economics, and Practice*, 2. Baskı, New York 2007, s. 18-20.

29 Bayındır, *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, s. 200.

ifade etme, konunun çözüme kavuşması için önemli olmakla beraber, çoğunlukla benzerliklerden hareketle bir sonuca varıldığı ve bunun da uzun vadede çeşitli sorunlara yol açtığı görülür. Bu durum, aynı zamanda finans kurumlarındaki bankacılık işlemlerinin neredeyse tamamı üzerinde helal ve haram şeklinde ihtilaflar oluşmasına da yol açmaktadır. Bu ihtilafların temelinde ise her fakihin kaynaklarda geçen bir muamele ile modern finansal işlemler arasında kurduğu bu tür benzerliklerden kaynaklanmaktadır.

Sonuç

Toplumlar zihniyet, hayat tarzı, bilgi ve kültür gibi unsurlarla birbirinden ayrılırlar. Nasıl ki başka toplumların tarih tecrübesiyle kendi toplumumuzu değerlendirmek bizi yanlışlıklara düşürecekse; aynı şekilde başka toplumların zihniyet ve hayat tarzlarının hakim olduğu bir ortamda kendi kültürümüzün unsurlarını çelişkiye düşmeden sağlıklı bir şekilde değerlendirmek de oldukça güçtür. Batı ile mukayese edildiğinde farklı kültürel kodlara sahip olan İslam kültürünün ortaya koyduğu düşünce dünyası içerisinde bilgi üreten Müslüman bilginlerin, Batı medeniyetinin sunduğu zihniyet ve düşünce çerçevesinden hareketle İslam iktisadını incelemeleri neticesinde İslam iktisadından başka bir sistem ortaya çıkacağı açıktır. Batı, hayat felsefesi, duygu, düşünce, bilgi üretme ve yaşam biçimiyle kendi içerisinde bir bütünlüğe sahip olduğu için Batıda ortaya çıkan kurumlar da bu kültürün bir uzantısı olarak aynı bütünlüğü sürdüren müesseseler olarak karşımıza çıkar.³⁰ Dolayısıyla günümüz Müslümanlarının ekonomiyile ilgili konularda İslam geleneğine uygun üretim yapabilmeleri, batılı düşünce yapısının ortaya koyduğu ekonomik kavram ve kurumları olduğu gibi kabul edip onları bazı eklettik yöntemlerle bir kalıba sokmalarıyla mümkün değildir. Bu çerçevede yapılması gereken, ekonomi, finans vb. alanları İslam'ın dünya görüşü, ahlak ve hukukunun çizmiş olduğu çerçeveye yeniden ele almaktır. Bu nedenle finans ile ilgili meseleleri, sosyal, siyasal, iktisadî ve hukukî boyutları olan İslam'ın insan ve kâinat görüşüyle bir arada değerlendirmek gerekir. Bunlar dikkate alınmadan ortaya konan bankacılık ürünleri ve bu ürünlerin fıkhî durumuyla ilgili fetvâlar, İslam'ın bir inanç sistemi olarak gerçekleştirmek istediği hedeflere ulaştırmayacağı gibi bu hedeflere ulaşılmasını da belirli noktalarda zorlaştıracaktır.

Günümüz bankacılık işlemleriyle ilgili sorulara verilen cevapları bir tür ictihad olarak kabul etmek gerekir. Ancak fetvâlar yakından incelendiğinde, aynı kurumun verdiği fetvâların büyük oranda geçmişteki değişik fakihler ile farklı mezheplerin görüşlerine eklettik bir şekilde dayandırıldığı görülür. Bu tür bir yaklaşımın, fetvâ veren kişinin görüşünü güçlendirdiği ve ona meşruiyet kazandırdığı kabul edilse de bunun klasik dönem fetvâ usûlünden çok farklı bir yöntem olup bünyesinde bazı mahzurlar barındırdığını söylemek mümkündür. Özellikle karşılaşılan yeni bankacılık işlemlerine, uzun asırlar boyunca fıkhın değişik alan-

30 Tabakoğlu, Ahmet, *Toplu Makaleler II, İslâm İktisadı*, İstanbul 2005, s. 6-8.

larıyla ilgili serdedilen kanaatlerin oluşturduğu görüşler manzumesi içerisinde uygun bir görüşün bulunması mümkündür. Fakat bu durum, gerek müctehidlerin yöntemleri ve gerekse her mezhebin fikhî mevzulara yaklaşımındaki usûl dikkate alındığında tutarlılıktan uzaktır. Farklı yöntemler ve bakış açılarıyla oluşan ictihadlar arasından mevcut duruma uygun olan görüşün seçilmesi, başka bir meselede değişik bir müctehidin kanaatine referansta bulunulması, modern dönemde sıkça rastlanılan bir durum olup, yöntem sorununu gündeme getirmektedir. Bu nedenle, klasik fıkıh düşüncesinde bir mezhebe bağlı kalınarak üretilen bilginin sahip olduğu tutarlılık ve devamlılıktan uzak olan bu tür bir yaklaşım sonucunda verilen fetvâlarda, belirli bir teoriye varmak ve fetvâların dayandığı prensipleri tespit etmek mümkün değildir. Bu durumda yapılması gereken, farklı müctehidlerin görüşleri alınsa da bunun belirli bir yönteme bağlı kalınarak ve ilkelerinin tespit edilerek yapılmasıdır. Bir yöntem takip edilmeden geçmiş mükteşebat içerisinde var olan duruma uyan görüşün alınması, kendi içerisinde tutarsızlıkları her zaman barındırma tehlikesi taşıdığı gibi, dinî hükümleri kolaylaştırma yerine kolaycılığa kaçarak keyfilige yol açma ihtimali de bulunmaktadır.

OSMANLI'DAN GÜNÜMÜZE ANADOLU MEDRESELERİNDE FIKİH TEDRİSATI VE SORUNLARI*

Yrd. Doç. Dr. M. Rahmi Telkenaroğlu**

From Ottoman to the Present Day Teaching of Fiqh at Anatolian Madrasas and Its Problems

Madrasahs, started to educate in 459/1067 and the teaching of fiqh is aimed firstly by their establishment. These institutions, took first place in Ottoman learned (il-miye) group and produced qualified staff to other institutions of the state. In fact, to provide information about the fiqh lessons what order and at what level gives an idea about the functioning of the madrasa system as a whole.

In this article, the place and importance of fiqh at in madrasah education, books which taught here and problems in the teaching of this science are discussed and conclusions and recommendations are shared with the reader in the light of such information.

Keywords: Fiqh, Madrasah, Education, The Ottoman State, Learned Group.

I. Giriş

Anadolu'da cami dışındaki dinî eğitim kurumlarından birisi olan “*medrese*”nin ilk olarak nerede ve ne zaman başladığıyla ilgili kesin bir bilgiye ulaşılmış değildir. Ancak medreselerin kuruluş ve gelişmesinde en büyük katkı hiç şüphesiz Büyük Selçuklu devletine aittir.

Gerek yapı ve gerekse teşkilat bakımından Büyük Selçuklu medreselerini örnek aldıkları anlaşılan Anadolu Selçukluları ile Anadolu'nun muhtelif yerlerine hâkim olan Türkmen beyleri Anadolu'da, daha sonra Osmanlı medreselerine kay-

* Bu makale, Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi tarafından 29 Haziran-1 Temmuz 2012 tarihleri arasında düzenlenen “*Uluslararası Medrese ve İlahiyat Kavşağında İslami İlimler Sempozyumu*”nda aynı adla sunulan tebliğin gözden geçirilmış ve geliştirilmış halidir.

** Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı ğretim yesi. (e-mail: mr.telkenaroglu@hotmail.com)

nak olacak medreseler tesis etmişlerdir. Osmanlı medreseleri, Selçuklular ve Anadolu Beylikleri devri medreselerinin bir devamı olarak ortaya çıkmıştır.¹

Şüphesiz ki medreseler, Osmanlı ilim müesseseleri içinde ilk sırayı almaktadır. Yönetimin muhtelif kademelerine kalifiye eleman yetiştiren ve formel eğitim veren yegâne organize kurumun medreseler olduğu görülmektedir.² Osmanlı medreselerinde hangi ilimlerin, hangi sırayla ve ne seviyede tedris edildiği ise ortaya konulması gereken önemli bir konudur.³ Söz konusu müesseselerin cumhuriyet döneminde lise ve lisans düzeyinde tesis edilen dinî eğitim kurumlarına birçok yönden örnek teşkil ettiği düşünüldüğünde, medrese sistemiyle ilgili artı ve eksilerin irdelenmesi, bu eğitim kurumlarına akademik anlamda yol gösterecek, yapılan hataların tekrar edilmemesine katkı sağlayacaktır.

Müslüman toplumlar, tarih boyu fıkhi teorik bilgiler yığını olarak değil, sosyal yaşamı biçimlendiren, hayata anlam kazandıran yüce bir ilim olarak telakki etmişlerdir. Fıkıh biliminin doğumdan ölüme kadar insan yaşamının her safhasını kuşatması, kişinin Yüce Yaratıcıyla ve diğer insanlarla olan münasebetlerini düzenlemesi itibariyle dinî eğitim faaliyetinde de hatırı sayılır bir yeri olmuştur. Medreselerin kuruluşu ile evveleminde fıkıhın tedrisi amaçlanmış ve müfredatı asırlarca bu amaç doğrultusunda şekillendirilmiştir. Mamafih mezun olan öğrencilerin, karşılaştıkları hukukî ve dinî problemlere çözüm üretmeleri, diğer bir ifadeyle kaza ve fetva melekesine sahip olmaları hedeflenmiştir. Bu açıdan bakıldığında, kurumun sahip olduğu öğretim döngüsü içinde özel olarak fıkıh derslerini ele alıp bu derslerin işleyişi hakkında bilgiler sunmak, aslında bilim tarihçilerine bir bütün olarak medrese eğitimine dair önemli fikirler verecektir.⁴

Bu çalışmada, medrese eğitiminde fıkıhın yeri ve önemi, Osmanlı ve günümüz medreselerinde fıkıh tedrisatı ve okutulan kitaplar, dersin işleniş metodu ve fıkıh tedrisatıyla ilgili sorunlara değinilecek ve bu bilgiler ışığında ulaşılan bazı sonuç ve öneriler ortaya koyulacaktır.

II. Medrese Eğitiminde Fıkıhın Yeri ve Önemi

Eğitim-öğretime 459 m./1067 h. senesinde başlayan Nizamiye medresesinde, ilk olarak müderrislik makamına Şâfiî fakih ve usulcü Ebu İshâk eş-Şîrâzî'nin (v.476/1083) tayin edilmesi⁵, bu kurumlarda verilecek derslerin fıkıh alanında yo-

1 Baltacı, Cahid, *XV-XVI. Yüzyıllarda Osmanlı Medreseleri*, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 2005, I, 66, 71.

2 Cihan, Ahmet, *Osmanlı'da Eğitim*, 3F Yayınevi, İstanbul 2007, s.17.

3 Baltacı, Cahid, "Klasik Dönem Osmanlı İlim Müesseseleri", İslami Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 3-4, İstanbul 1999, s.260.

4 Şu da var ki, Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında Osmanlı devletinin eğitim öğretim müesseselerine yönelik ilginin kaybolduğu göz önünde tutulduğunda, Osmanlı medreselerinin tarihi bağlamı içinde oluşan kronolojik boşluk, bu kurumların işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmayı zorlaştırmaktadır. Osmanlı medreselerinin bir tarih objesi olarak ele alındığı ciddi sayılabilecek çalışmalara ancak 1939'dan itibaren rastlamaktayız. Bkz. Unan, Fahri, "Klasik Dönem Osmanlı Medreselerinde Eğitim Üzerine Yapılmış Çalışmalara Dair Bir Bibliyografya Denemesi", DİVÂN İlmî Araştırmalar, sy.18 (2005/1), s.81.

5 Hatib el-Bağdâdî, Ebu Bekr Ahmed b. Ali, *Târîhu Bağdât*, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, Beyrut 1422/2002, XXI, 122; Ebu

ğunlaşacağıının ilk sinyalinin vermiştir.⁶ Osmanlı devletinin Orhangazi zamanında kurulan ilk medresesine tanınmış fakihlerden Dâvûd el-Kayserî'nin (v.751/1351) müderris olarak atanması⁷ ve bu medresenin bilhassa kadı yetiştirmek için kurulması⁸ da aynı eğilimin bir başka tezahürüdür.

Bu ilmî geleneği Selçuklulardan devralan Osmanlı devleti, kısa zamanda medreseleri bilim hayatının en temel ögesi halinde getirmiştir. Bu medreselerde okutulan derslerin en mühimmi ise şüphesiz fıkıh idi.⁹ Fıkıh, haram-helal hükümlerini öğreten bir bilim olması sebebiyle Osmanlı toplumu tarafından en şerefli ve en üstün bilim olarak telakki edilmiştir.¹⁰ Fıkıha yönelik söz konusu ilgi, medrese müfredatına da yansımış ve bu bilime ait ders saatleri olabildiğince yüksek tutulmuştur.¹¹ Bunda fıkıh biliminin amaç ve konusunun belirleyici rolü olmuştur. Müslümanlar hayatı kucaklayan, hem hukuk ve hem de ibadetleri içine alan, diğer bir deyimle kişinin Allah Teâlâ'yla, devletle ve diğer fertlerle ilişkisini düzenleyen geniş kapsamı ile fıkıhta her istediklerini bulmuşlardır.¹²

Konuya sosyolojik açıdan bakılırsa, Osmanlılarda din eğitiminin verildiği medreseler bir tarafa XIX. yüzyılda açılan Askeri Rüşdiye ve İdadiye'lerde bile ilmihâl ve "ulûm-i dîniye" adı altında temel dinî bilgiler ve ibadet esaslarının okutulması¹³, Osmanlı toplumunun fıkıh ile ne kadar iç içe yaşadığını göstermesi yönüyle dikkat çekicidir. Avam tabir edilen eğitim seviyesi düşük insanlardan, ilmiye ve mülkiye sınıflarına mensup üst düzey sosyal sınıflara varıncaya kadar herkes, fıkıhın siyaset ve toplum nezdinde sahip olduğu değerin farkındadır. Örnek olarak, Osmanlı Devleti'nin son sadrazamlarından Said Halim Paşa (v.1921), İslam âleminin inhitat sebeplerinin herkes tarafından sorgulandığı ve medreselerin ıslahının sık sık gündeme geldiği bir dönemde, aslı Fransızca olan "*İslam'da Siyasi Teşkilat*" isimli eserinde fıkıh ile ilgili şu cümleleri sarf etmektedir:

İshâk eş-Şirâzî, İbrâhim b. Ali, *Tabakâtü'l-fukahâ*, Dâru'r-Râidî'l-'Arabi, Beyrut 1390/1970, s.4.

6 Bağdat Nizâmiye medresesinin temeli Zilhicce 457/Kasım 1065'te şehrin doğusunda Dicle kıyısında atılmış ve 10 Zilkade 459/23 Eylül 1067'de öğrenime açılmıştır. Nizâmülmülk, yapının kitabesine kendi adını yazdırmış ve bundan dolayı medrese Nizâmiye adıyla anılmıştır. Kaynaklarda kaydedildiği üzere Nizâmülmülk bu medreseyi Ebu İshâk eş-Şirâzî'nin tedris faaliyetinde bulunması için yaptırmıştır ve Şirâzî 16 sene boyunca burada ders vermiştir. Acar, Abdurrahman, "*Selçuklu medreseleri ve İslam kültür ve medeniyetine kazandırdıkları*", Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Uluslararası Türk Dünyasının İslamiyete Katkıları Sempozyumu, S.D.Ü. İlahiyat Fakültesi Yayınları, Isparta 2007, s.353.

7 Baltacı, Cahid, *XV-XVI. Yüzyıllarda Osmanlı medreseleri*, I, 72.

8 Cihan, *Osmanlı'da Eğitim*, s.18.

9 Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1988, s.29.

10 Hızlı, Mefail, "*Osmanlı Medreselerinde Okutulan Dersler ve Eserler*", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Sayı:1, Bursa 2008, s.37.

11 Örneğin klasik Osmanlı medreselerinin devamı niteliğindeki Dâru'l-hilâfeti'l-'aliyye medreselerinde, on iki sene zarfında alınan fıkıh derslerinin haftalık saatleri, burada verilen toplam ders saatinin yaklaşık yüzde otuzunu teşkil etmektedir. Yaptığımız hesaba göre 274 saat olan toplam ders saatinden (dil bilimleri bir tarafa bırakılırsa) en fazla payı 78 saatle fıkıh ile ilgili dersler alırken, onu 21 saatle Tefsir, 20 saatle Kelâm ve 17 saatle Hadis dersleri izlemektedir. Bkz. Dâru'l-hilâfeti'l-'aliyye Medresesi (Nizamname, Ders Cetveli, Sûret-i Tedrisi ve Kitaplar, Talimatname), Matbaa-i Ahmed Kamil, İstanbul 1330-1333, s.14-16.

12 Atay, Hüseyin, *Osmanlılarda Yüksek Din Eğitimi: Medrese Programları-İcâzetnameler- İslahat Hareketleri*, Dergâh Yayınları, İstanbul 1983, s.162.

13 Baltacı, *XV-XVI. Yüzyıllarda Osmanlı medreseleri*, I, 53-55.

“İslam’a has olup fıkıh adıyla bilinen bu ilim, hiçbir şüphe yok ki ahlaki ve içtimai ilimler sahasında insan düşüncesinin meydana getirebildiği en mühim ve en mükemmel bir müessesedir. Fizikî ilimler sahasında tecrübe metodu ne ise ahlaki ve içtimai sahada da fıkıh odur. Onun sayesinde ki İslam dünyası, aradan asırlar geçmiş, yabancı hâkimiyet altında kendisine binlerce inkılâp saldırmışken, hala kendi İslami telakkilerini, İslami ilkelerini, ananelerini, kendi ruh ve gayelerini bütün parlaklığı ve safiyetiyle muhafaza ediyor. Onun sayesinde ki onarılması ve telafi edilmesi mümkün olmayan ahlaki ve içtimai gerileme ve çökmeye hiçbir zaman kendini kaptırmıyor.”¹⁴

Diğer taraftan, fıkıh biliminin Osmanlı döneminde sahip olduğu işlevsel yön, resmi merciler ve özellikle ilmiye teşkilatının bu bilime atfettiği değerle yakından ilgilidir. Nitekim medrese, ilk defa 1854’te kurulan ve modern yöntemle eğitim veren *Muallimhâne-i Nüvvâb* adındaki (daha sonra adı Mekteb-i Nüvvâb ve Medresetü’l-kuzât olmuştur) hukuk mektebinin açılışına kadar Osmanlı adliyelerine kadı (hâkim) yetiştiren yegâne kurum olmuştur.

Kadılar şer’î davalardan başka herhangi bir işe ait hukuki davalara, halkın ihtiyacı olan işlere, alışverişlere, esnafın narh usulüne, ülke dışına çıkarılacak eşyaya, harp araç gereçlerini tedarik etmeye, özetle askerî işlerden başka bölgesi dâhilindeki bütün işlere bakarlardı.¹⁵ Kadıların böylesine geniş yetkilerle donatılmış olması Osmanlı toplumunun şer’î hukukla ve dolayısıyla medreselerde kazandırılan fıkıh müktesebatıyla ciddi anlamda etkileşim içinde olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Bununla birlikte Osmanlı medreseleri yaygın eğitim kurumu olarak da halkın bilinçlenmesine ciddi katkılar sağlamıştır. Söz gelimi Ramazan ayında medreseler tatil edilir, medrese talebeleri, yani danışmendler Anadolu’ya dağılırlardı. Köylere gider imamlık, müezzinlik ya da vaizlik yaparlardı. Bu vesileyle Ramazan boyunca buldukları yerdeki halka İstanbul’da medreselerde öğrendiklerini anlatırlardı.¹⁶

Medreseler akademik personel ihtiyacını da kendi bünyesinden karşılamış, müderrisleri yine kendisi yetiştirmiştir. Ülkenin her tarafında hukukun ve adaletin temsilcisi olan kadıların yetiştirdiği gibi imam, hatip, müftü ve şeyhülislama varıncaya kadar bütün din adamları medrese mezunu olan kişilerden seçilmiştir.¹⁷

Mehmet Âkif (v.1936), medrese aleyhtarı bir valiyle yaptığı söyleşide, modern eğitim kurumları karşısında medrese geleneğine sahip çıkmakta ve medreselerin Osmanlı toplumu içinde icra ettiği fıkıh merkezli fonksiyona şu dizelerle temas etmektedir:

14 Kara, İsmail, *Türkiyede İslamcılık Düşüncesi*, Dergâh Yayınları, İstanbul 2011, I, 157-158.

15 Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, s.134.

16 Unan, Fahri, “Medreseler Devletle Halk Arasında Köprü Vazifesi Gördüler”. <http://www.mostar.com.tr/Detay.aspx?YazilID=846> (Erişim: 19.04.2012).

17 Özkan, Salih, *Türk Eğitim Tarihi*, Nobel Yayınları, Ankara 2010, s.64.

Sonra biçare medâris o kadar sahipsiz,
 O kadar baştan atılmış da o haliyle yine,
 Düşüyor, kalkıyor amma gidiyor hizmetine.
 Halkın irşadı mıdır maksad-ı tesis? Tamam:
 Şehre müftî veriyor, minbere mihraba imam.
 Hutabânız oradandır, oradan vaiziniz;
 Oradandır hocanız, kayyımınız, hafızınız;
 Adli tevzi edecek hâkime fıkıh öğretene o;
 Hele köy köy dolaşıp köylüyü insan eden o.¹⁸

Medrese eğitiminde fıkıh biliminin önemi konusuyla bağlantılı olarak burada kaydedilmesi gereken diğer bir önemli husus ise, fıkıh derslerinin yoğunluğunu medreselerin çöküşüne etki eden birinci amil gibi görülmemesi gerektiğidir. Zira bu müesseselerin kuruluş ve işleyiş amacı din bilimlerinin, özellikle de fıkıhın öğretilmesidir. Fatih ve Kanuni devirlerinin programlarında bulunan cebir, felsefe ve tıp gibi aklı ilimlerin daha sonraki dönemlerde programdan çıkarılmasını med-

18 Şiirin devamında Âkif, medreseler ülkeye bu derece hizmet ederken devletin Avrupa'yı örnek alarak kurduğu ve her bakımdan desteklediği okulların millete ne verdiğini sorgulamakta (Sarıkaya, Yaşar, *Medreseler ve Modernleşme*, İz Yayıncılık, İstanbul 1997, s.144), bir nevi medrese üzerinde modernizm eleştirisi yapmaktadır:

Şimdi bir mesele var arz edecek, çünkü değer:
 Bunların hepsine yetişen az çok medreseler,
 Bir zaman müftelik olmuş mu acep harice? Yok.
 İyi amma, a beyim, şöyle bakınsak, birçok,
 Bir alay mekteb-i âli denilen yerler var;
 Sorunuz bunlara millet ne verir? Milyonlar.
 Şu ne? Mülkiye. Bu? Tibbiye. Bu? Bahriye. O ne?
 O mu? Baytar. Bu? Ziraat. Şu? Mühendishane.
 Çok güzel hiçbiri hakkında sözüm yok, yalnız;
 Ne yetiştirdi ki şunlar acaba? Anlatınız!
 İşimiz düştü mü tersaneye yahut denize,
 Mutlaka âdetimizdir, koşarız İngiliz'e.
 Bir yıkık köprü için Belçika'dan kalfa gelir;
 Hekimin hâzıkı bilmem nereden celbedilir.
 Mesela bütçe hesabâtını yoktur çıkaran...
 Hadi maliyeye gelsin bakalım Mösyö Lorán*
 Hani tezgâhlarınız nerde? Sanayi nerde?
 Ya Brüksel'de, ya Berlin'de ya Manchester'de!
 Biz ne müfti, ne imam istemişiz Avrupa'dan;
 Ne de ukbâda şefaât dileriz Rimpapa'dan.**
 Siz gidin bunları ıslaha bakın peyderpey;
 Hocadan, medreseden vazgeçiniz, Vali Bey?

Ersoy, Mehmet Âkif, *Safahât*, İnkılap Yayınevi, İstanbul 1985, s.393.

* Osmanlı idaresinde bir müddet maliye nezareti müşavirliği yapan Mr. Lorán.

** Rimpapa kelimesi ile Katolik kilisesi lideri papa kastedilmektedir.

rese sisteminin çözülmesine gerekçe göstermek¹⁹, medresenin örgün eğitim veren başlıca kurum olduğu dönemler için belki haklı görülebilir.²⁰ Lâkin eğitimin son derece branşlaştığı, her bilim dalının kendine özgü bölüm ve öğretim tekniğinin gün yüzüne çıktığı XIX. yüzyıl ve sonrasında, dinî eğitim veren kurumlarda İslami ilimlerle beraber sözü edilen pozitif bilimlerin okutulması, çağdaş eğitim anlayışına aykırı olduğu gibi din eğitimi veren müesseselerin kuruluş amacına da ters düşmektedir.

III. Osmanlı Medreselerinde Fıkıh Tedrisatı ve Okutulan Kitaplar

Öncelikle belirtilmelidir ki, kültürel bir değer olarak medrese ve onun işleyiş şekli Osmanlı üretimi bir sistem değildir. Bu yönüyle Osmanlı medreselerinin orijinalliğini iddia etmek zor görünmektedir. Zira Bağdat Nizâmiye medresesinde takip edilen ders programları Anadolu Selçukluları, Zengi, Eyyübi, Memluk ve nihayet Osmanlı yüksek dinî öğretim sisteminde takip ve tatbik edilmiştir.²¹

Osmanlı dönemi medreselerinde verilen dersler ve okutulan kitapların belirlenmesinde hangi kaynaklardan yola çıkılacağı, tarihçiler için önemli bir problemdir. Mamafih bu alanda yazılmış kitap, makale ve tez türü çalışmalar, Osmanlı medrese programları ve ders kitaplarını tespit etmek için genellikle iki türlü malzeme kullanmaktadır. *İlki*; medrese ile ilgili kanunnameler, vakfiyeler ve icazetnamelerden (diplomalar) oluşan *resmi* belgeler, *ikincisi* ise; âlimlerin otobiyografilerinde okudukları ve okuttukları derslere dair verdiği *gayri resmi* bilgilerdir. Ayrıca medrese ders müfredatı hakkında yazılan eserler, teklif edilen programlar ve genel anlamda ilim tahsiline dair kitaplardan oluşan belgeler de ikinci türe dâhil edilmektedir.²²

Diğer taraftan Osmanlı ilmiye teşkilatı incelenirken medreseler, üç safhada ele alınmaktadır:

Birinci safha; kuruluştan XVI. asrın sonuna kadar olan klasik dönem,

İkinci safha; XVI. asırdan 1914'teki Dâru'l-hilâfeti'l-'aliyye medreseleri ıslahatına kadar olan dönem,

Üçüncü safha ise; Dâru'l-hilâfeti'l-'aliyye medreseleri dönemidir.²³

Birinci safhayla ilgili olarak Fatih Sultan Mehmet devrine kadar (1451-1481) medreselerdeki derslerin nasıl bir sırayla verildiği, bu derslerde sınıf ve devre

19 Örneğin bkz. Akyüz, Yahya, *Türk Eğitim Tarihi*, Pegem Yayınevi, Ankara 2011, s.82; Özkan, *Türk Eğitim Tarihi*, s.74.

20 Osmanlı medreselerinin akli ilimleri ihmal ettiği ve bu sebeple bozulduğu şeklindeki mükerrer bilgiye eleştirel bir yaklaşım için bkz. Sarıkaya, Yaşar, "Osmanlı Medreselerinin Gerileme Meselesi: Eleştirel Bir Değerlendirme Denemesi", *İslam Araştırmaları Dergisi*, Sayı:3, 1999, s.30 vd.

21 Acar, "Selçuklu Medreseleri ve İslam Kültür ve Medeniyetine Kazandırdıkları", s.363.

22 Bkz. Atay, *Osmanlılarda Yüksek Din Eğitimi*, s.78-79.

23 Baltacı, "Klasik Dönem Osmanlı İlim Müesseseleri", s.260-261.

sistemlerinin bulunup bulunmadığı hakkında kesin bir bilgi bulunmamaktadır. İstanbul'da Fatih medreseleri yapıldıktan sonra, Osmanlı Devleti sınırları içindeki medreseler muayyen bir derecelenmeye ve yeni bir teşkilâta tabi tutulmuştur. Klasik Osmanlı medrese sistemi Fatih Sultan Mehmet'in düzenlemeleri ile ortaya çıkmış ve bu anlayış daha sonraki dönemler için örnek teşkil etmiştir.²⁴ Dolayısıyla medrese teşkilatındaki en büyük gelişmenin Fatih döneminde meydana geldiği söylenebilir. Türk eğitim tarihinde bir milat kabul edilen Fatih medreselerinde medrese eğitimi yedi mertebe halinde düzenlenmiştir.²⁵ Bu medreselerde okutulan fıkıh dersleri ve kitapları sırayla şöyledir:²⁶

1. **Yirmili (Hâşiye-i Tecrid)^{27*} Medreseler:** Şerh-i Ferâiz (Ferâiz).
2. **Otuzlu (Miftâh)^{28**} Medreseler:** Tenkîh ve Tavzîh (Usûl-i fıkıh).
3. **Kırklı (Telvîh)^{29***} Medreseler:** Sadruşşerîa (Fıkıh) ve Tavzîh (Usûl-i fıkıh).
4. **Ellili (Hâriç) Medreseler:** Hidâye (Fıkıh).
5. **Ellili (Dâhil) Medreseler:** Telvîh (Usûl-i fıkıh).
6. **Sahn-ı semân Medreseleri:** Hidâye (Fıkıh), Telvîh ve Şerh-i Adûd (Usûl-i fıkıh).
7. **Altmışlı Medreseler^{30****} :** Hidâye (Fıkıh), Şerh-i Ferâiz (Ferâiz), Telvîh (Usûl-i fıkıh).

Görüldüğü gibi medreselerde okutulan dersler Hâşiye-i Tecrid, Miftâh ve Telvîh gibi kitap isimlerine göre bilinmekte ve medrese derecelerinde bunlar kullanılmakta, başarı ölçütü olarak da sınıf geçme yerine okunan ilme ait bir kitabı takdir usulüyle bitirmek esas alınmıştır.³¹

24 Özkan, *Türk Eğitim Tarihi*, s.63.

25 Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, s.19; Baltacı, *XV-XVI. Yüzyıllarda Osmanlı Medreseleri*, I, 73. Ayrıca bkz. Unan, "Klasik Dönem Osmanlı Medreselerinde Eğitim Üzerine Yapılmış Çalışmalara Dair Bir Bibliyografya Denemesi", s.88-89.

26 Bkz. Demiralp, Yekta, *Erken Dönem Osmanlı Medreseleri*, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Doktora Tezi), İzmir 1997, s.6.

27 * Yirmili, otuzlu, kırklı gibi tabirlerle burada ders veren hocanın aldığı günlük akçe kastedilmektedir. Hâşiye-i Tecrid, Seyyid Şerif el-Cürcânî'nin (v.816/1413), Nasirüddin et-Tüsî'ye (v.672/1273) ait Tecridü'l-i'tikâd veya Tecridü'l-kelem adlı eserine yazdığı haşiyedir.

28 ** Miftâh, Sekkâki'nin (v.687/1288) belağat ilmine dair eseridir.

29 *** Telvîh, Saduddin et-Teftazânî'nin (v.792/1390) fıkıh usulüne dair eseridir.

30 **** Altmışlı medreseler bu sisteme II. Bayezid zamanında dâhil edilmiştir. Demiralp, *Erken Dönem Osmanlı Medreseleri*, s.6.

31 Akgündüz, Murat, *Osmanlı Medreseleri XIX. Asır*, Beyan Yayınları, İstanbul 2004, s.72.

Tablo I: XVI. Yüzyıl Osmanlı medreselerinin mertebeleri, fıkıh alanında verilen dersler, izlenen kitaplar ve öğrenim süreleri.

Medrese Türü	Dersler	İzlenen Kitaplar	Öğrenim Süresi
Yirmili (Hâşiye-i Tecrîd) Medreseleri	Ferâiz	<i>Şerh-i ferâiz</i>	935/1528-29'da iki yıl 983/1575-76'da en az bir yıl 1006/1597-98'de üç ay
Otuzlu (Miftâh) Medreseleri	Usûl-i Fıkıh	<i>Tenkîh ve Tavzîh</i>	936/1529-30'da iki yıl 983/1575-76'da en az iki ay 1006/1597-98'de üç ay
Kırklı (Telvîh) Medreseleri	Usûl-i Fıkıh Furû-i Fıkıh	<i>Tavzîh</i> <i>Nükâye</i>	942/1535-36'da üç yıl 983/1575-76'da en az üç ay 1006/1597-98'de beş ay
Ellili (Hârîç) Medreseler	Furû-i Fıkıh	<i>Hidâye</i>	945/1538-39'da bir yıl 983/1575-76'da en az beş ay 1006/1597-98'de beş ay
Ellili (Dâhil) Medreseler	Usûl-i Fıkıh Furû-i Fıkıh	<i>Telvîh</i> <i>Hidâye</i>	946/1539-40'da bir yıl 1006/1597-98'de altı ay
Sahn-ı Semân Medreseleri	Usûl-i Fıkıh Furû-i Fıkıh	<i>Telvîh ve Şerh-i Adûd</i> <i>Hidâye</i>	946/1539-40'da ve 964/1556-57'de bir yıl 983/1575-76'de altı ay 1006/1597-98'de en az altı ay
Altmışlı Medreseler	Usûl-i Fıkıh Furû-i Fıkıh Ferâiz	<i>Telvîh</i> <i>Hidâye</i> <i>Şerh-i ferâiz</i>	952/1545-46'da bir yıl

XVII. ve XVIII. yüzyıl medreselerine gelince, “Osmanlı Medreselerinde İlim” adlı kitabında Cevat İzgi (v.1995), bu döneme ait medreselerde okunan ders ve kitaplarla ilgili sistematik tasniflerin yer aldığı eser ve otobiyografilerden bazılarını bir liste halinde sunmaktadır.³² Sadece fıkıh kaynaklarını esas alarak, burada verilen liste ve cetvellerden tespit ettiğimiz kitap isimleri şöyledir:

Bursalı İsmail Hakkı'nın (v.1137/1625) fıkıhta *Mülteka'l-ebhur*, usûl-i fıkıhta *Şerh-i Menâr* okuduğu belirtilmiştir.

Kâtip Çelebi'nin (v.1067/1658) aldığı derslere göre fıkıh; *Dürer*, usûl-i fıkıh ise; *Tavzîh* ve *Şerh-i Adûd* kitaplarından oluşmaktadır.

32 İzgi, Cevat, *Osmanlı Medreselerinde İlim*, İz Yayıncılık, İstanbul 1997, I, 69-107, 163-183.

İshâk b. Hasan et-Tökâdî'nin (v.1100/1689) “*Nazmu'l-'ulûm*”una göre Osmanlı medreselerindeki fıkıh dersine ait kitap listesi şöyledir: *Kudûrî* (el-Muhtasar veya el-Kitâb), *Kenz* (ü'd-dekâik), *Muhtâr*, *Vikâye*, *Eşbâh* (ve nezâir), *Hidâye*, *Mülteka'l-ebhur*, *Kûhistânî* (Nükâye şerhi Câmî'u'r-rumûz), *Keydânî*, *Dürer*, *Sadrüşşerîa*, *Nihâye* (Siğnâkî'ye ait Hidâye şerhi) ve *Înâye*. Burada usûl-i fıkıhla ilgili herhangi bir eser zikredilmemektedir. Yüksek ihtimalle zikri geçen bu kitapların bir kısmı ders kitabı olmayıp öğrencinin zaman zaman müracaat ettiği yardımcı kitaplardır.

Yazarı bilinmeyen ve 1155/1741 tarihinde telif edilen “*Kevâkib-i sebâ*”ya göre fıkıhta aşağı ihtisâr (başlangıç) düzeyinde, delillere temas etmemek şartıyla sadece belli başlı meseleleri öğrenmesi amacıyla haftada bir-iki gün *Halebî* ve *Kudûrî* okunmaktaydı. İktisâd (orta) düzeyde yine haftada bir iki gün olmak üzere *Hidâye*, istiksâ (ileri) düzeyde Hanefî mezhebinin önemli fetva kitaplarından *Kâdîhân* ve *Bezzâziyye*, Usûl-i fıkıhta ise iktisâd düzeyinde *Tenkîh şerhi Tavzîh*, *Muhtasar-ı Müntehâ*, *Şerh-i Adûd* ve *Cürçânî'nin hâşiyesi*; istiksâ düzeyinde ise *Telvîh* ile beraber *Tavzîh* ve Molla Fenârî'ye ait *Fusûl-i Bedâi'* okunmaktaydı.

Erzurumlu İbrahim Hakkı'nın (v.1194/1780) “*Terkîb-i 'ulûm*”undaysa; fıkıhta *Mültekâ*, *Eşbah ve nezâir*, *Mecma'u'l-bahreyn*, *Münye-i musallî*, *Tuhfe*, *Vikâye*, usûl-i fıkıhta *Tavzîh*, *Tasrîh*, *Telvîh* ve İbn Melek'in *Menâr şerhi* zikredilmektedir.

Cevdet Paşa'nın (v.1313/1895) aldığı derslere göre fıkıhta *Halebî* (Sağır) ve *Mültekâ* sayılırken usûl-i fıkıhta herhangi bir kitaptan söz edilmemektedir.

1 Ekim 1914'te Şeyhülislam Mustafa Hayri Efendi'nin gayretleriyle çıkarılan Islâm-ı Medâris Nizamnamesi'ne göre, öğretime elverişli görülen bütün medreseler “*Dâru'l-hilâfeti'l-'aliyye Medresesi*” adı altında birleştirilmiştir.³³ Osmanlı medrese sisteminin üçüncü safhası kabul edilen bu medreselerinin ders programı, sözü edilen medreseye ait nizamnâmenin muhtelif maddelerinde ayrıntılı olarak kayda geçirilmiştir. Nizamnâme, her biri dört sene olmak üzere “Tâlî Kısım-ı Evvel”, “Tâlî Kısım-ı Sâni”, “Kısım-ı Âli” adını taşıyan üç aşamalı (4+4+4) eğitimi öngörmekte ve derslerin hangi kitaplardan ve hangi sınıflarda okutulması gerektiği konusunda bilgi vermektedir. Nizamnamede “Tâlî Kısım-ı Evvel”de verilmesi kararlaştırılan fıkıh dersleriyle ilgili olarak şunlar söylenmektedir:

“Birinci sınıfta Nûru'l-îzâh metni, ikinci sınıfta Nûru'l-îzâh şerhi Merâkî'l-felâh, üçüncü sınıfta Vikâye şerhi Sadruşşerîa'nın (Şerh-i Vikâye) nikâh ve talâk kitaplarının okunması mukarrer ise de Sadruşşerîa'nın nüshâ-ı kâffesi bulunmadığından şimdilik Nûru'l-îzâh şerhi Merâkî'l-felâh'ın tedrisi. Dördüncü sınıfta yine Sadruşşerîa'nın nikâh ve talâk kitapları ikmal ve teferruatı tedris olunacak ise de esbâb-ı sâlifeden nâşi şimdilik Mültekâ'nın tedrisi ve ferâizden Sirâciyye'nin ahvâl-i erbaîn ile asabât bahislerinin muhtasar irâesi ve dört saatten bir saatinin ferâiz dersine tahsisi.”³⁴

33 Sarıkaya, *Medreseler ve Modernleşme*, s.147, 148.

34 Dâru'l-hilâfeti'l-'aliyye Medresesi (Nizamnâme, Ders Cetveli, Sûret-i Tedrisi ve Kitaplar, Talimatname), s.17.

Tâli Kısım-ı Sâni'de fıkıh alanıyla ilgili derslerden şöyle bahsedilmektedir:

“Fıkıh : Beşinci, altıncı ve yedinci sınıflarda Sadruşşeria'nın nikâh ve talâk kitaplarından mâadasının tadrîsi ve sekizinci sınıfta Sadruşşeria'nın ikmalî ve Sadruşşeria'nın ikmalinden sonra İmam Muhammed'in “el-Âsâr” kitabının tadrîsi mukarrer ise de nüсах-ı matbûası miktar-ı kâffede bulunmadığından onların yerine şimdilik Mültekâ tadrîsi. Ferâiz : Sirâciyye metninin tadrîs ve ikmalî ve amelî bir surette tarifât ve tatbikâta devam olunması ve ferâize ait mebahisin hitamında tevsî-i intikal kanun-i muvakkatenin tadrîsi. Usûl-i fıkıh : Yedinci ve sekizinci sınıflarda bu sene bidayetinden başlamak ve bademâ münâsefeten okutulmak üzere Menâr şerhi İbn Melek'in tadrîsi.”³⁵

Kısım-ı Âlî'de ise şu bilgiler verilmektedir:

“Fıkıh : Her dört sınıfta ikmal edilmek ve her sene tam bir rub' okunmak üzere Tahâvî'nin Şerhu Me'âni'l-âsâr kitabının tadrîsi mukarrer ise de nüсах-ı matbûası bulunmadığından şimdilik Hidâye'nin tadrîsi. Tarih-i ilm-i fıkıh : Ümmehât-ı kütüb-i fıkıh ile tabakât-ı fukahâyâ dair kitaplardan bi'l-iktitâf tahrîrî olarak tadrîsi. Usul-i fıkıh : Birinci sınıfta Kadı 'Adûd şerhinin bazı mebahisi takrîr edilmek üzere Muhtasar-ı Müntehâ metninin tadrîsi, ikinci, üçüncü ve dördüncü sınıflarda her sene birer sülûsü okunarak ikmal edilmek üzere İbn Hümâm'ın Kitâbu't-tahrîr'inin okutulması mukarrer ise de her ikisinin nüсах-ı matbûası bulunmadığından şimdilik tavzîh okunması.” “Hukuk ve kavânîn : Bu sene her sınıfta hukuk hakkında bir fikr-i umûmî ve esasî verildikten sonra hukukun tarif ve taksiminin ve her şubeye ait kavânîn-i ahkâm-ı esâsiyesinin hülasa edilerek nazariyyat ile memzûcen ve tahrîren tadrîsi.” “Hilâfiyât : Üçüncü sınıfta cild-i evvel ve dördüncü sınıfta cild-i sânisini okutmak üzere İbn Rüşd'ün Bidâyetü'l-müctehid kitabının kabulü.”³⁶

Tablo II: Dâru'l-hilâfeti'l-'aliyye medreseleri “kısım-ı tâlî”de senelere göre tespit edilen haftalık programda fıkıh için ayrılan ders saatleri.

Dersler	I.	II.	III.	IV.	V.	VI.	VII.	VIII.
İbâdât	2	4						
Nikâh ve Talâk			4	4				
Muâmelât					3	3		
Ukûbât							3	3
Ferâiz								2
Usûl-i fıkıh							4	4
Malûmat-ı kânûniyye				2				

35 a.g.e., s.20.

36 a.g.e., s.22, 23.

Tablo III: Dâru'l-hilâfeti'l-'aliyye medreseleri "kısım-ı âlî"de senelere göre tespit edilen haftalık programda fıkıh için ayrılan ders saatleri.

Dersler	I.	II.	III.	IV.
İlm-i fıkıh	3	4	4	4
Usûl-i fıkıh	4	4	3	3
Hilâfiyyât			2	2
Hukuk ve kavânîn	2	2	1	1
Tarih-i ilm-i fıkıh	1			

Şimdiye kadar sunduğumuz bilgiler ışığında, Osmanlı medreselerinde fıkıh alanında okutulan temel eserleri şu şekilde sıralayabiliriz:

A. Fürû-i Fıkıh

1. Kudûrî (el-Muhtasar, el-Kitâb): Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Muhammed el-Kudûrî el-Bağdadî'nin (v.428/1036) Hanefî fıkıhına dair yazdığı kitaptır. Eser Osmanlı medreselerinde -özellikle XIX. yüzyılda- "*Kudûrî*" adıyla okutulmuş ve üzerine birçok şerh yapılmıştır. Bunların en çok tanınanı Abdulğanî b. Tâlib el-Meydânî'ye (v.1298/1881) ait olan *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitâb* adlı eserdir.

2. Hidâye (el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübtedî): Hanefî fıkının en tanınmış ve muteber metinlerinden birisi olup müellif Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Alî b. Ebubekr el-Mergînânî'nin (v.593/1196), Kudûrî'ye ait *el-Muhtasar* ile Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî'nin *el-Câmi'u's-sağîr*'inde mevcut meseleleri bir araya getirmek suretiyle kaleme aldığı "*Bidâyetü'l-Mübtedî*" adlı eserin şerhidir. Teliften itibaren büyük rağbet gören *el-Hidâye*'nin nüshalarının bolluğu, üzerine yapılan şerh, haşiye ve talik gibi çalışmaların çokluğu esere verilen önemin göstergesidir.³⁷

3. el-Muhtâr (el-Muhtâr li'l-fetvâ): Abdullah b. Mahmûd el-Mevsilî (v.683/1284) tarafından kaleme alınan eser, Hanefî mezhebinin mütûn-i erbaa olarak bilinen dört temel metninden birisidir. Ebu Yûsuf, İmam Muhammed ve İmam Şâfiî'nin muhalefetlerinin rumuzlarla gösterildiği kitap, Ebu Hanîfe'nin görüşleri esas alınarak kaleme alınmıştır.³⁸

4. el-İhtiyâr (el-İhtiyâr li ta'lîl'l-Muhtâr): *el-Muhtâr*'ın yine Mevsilî tarafından hazırlanmış şerhi olup Hanefî fıkının orta hacimdeki muteber kaynakları arasında yer alır. Hükümlerin illetleri ve delillerini aktaran, diğer mezheplerin görüşlerini kısaca açıklayan, ihtilafı konularda esas alınan icthadlara işaret eden bir eser mahiyetindedir.³⁹

37 Kallek, Cengiz, "*el-Hidâye*", DİA, XVII, 471-472.

38 Yaylalı, Davut, "*Mevsilî*", DİA, XXIX, 487.

39 Yaylalı, a.y.

5. Münyetü'l-musallî ve ğunyetü'l-mübtedî: Ebu Abdillâh Sedidüddîn Muhammed b. Muhammed el-Kaşğarî (v.705/1305), tarafından kaleme alınan eser, Hanefîler arasında namaza dair mütedavil bir muhtasardır.⁴⁰

6. Vikâye (Vikâyetür-Rivâye fî Mesâili'l-Hidâye): Tâcüşşerîa Ömer b. Ubeydullâh el-Buhârî'nin (v.709/1309), torunu Sadrüşşerîa es-Sânî için "Hidâye"den önemli gördüğü yerleri seçerek telif ettiği eserdir. Hanefî mezhebinde mütûn-i erbaa olarak bilinen dört muteber kitaptan biridir. Diğerleri de *el-Muhtâr*, *Kenzü'd-dekâik* ve *Mecma'û'l-Bahreyn*'dir.

7. Kenzü'd-dekâik: Medreselerde kısaca *Kenz* ismiyle anılan eser, Ebu'l-Berakât Hâfizüddîn Abdullah b. Ahmed en-Nesefî'ye (v.710/1310) aittir. *Mütûn-i erbaa* içinde sayılan bu eser üzerine birçok şerh yapılmıştır. Zeyla'î'nin *Tebyînü'l-hakâik* ile İbn Nüceym'in *el-Bahru'r-râik* adlı eserleri bunlar içinde en meşhur olanlardır.

8. Şerh-i Vikâye (Şerhu'l-Vikâye): Sadrüşşerîa 'Ubeydullâh b. Mes'ûd el-Buhârî es-Sânî'nin (v.747/1346), dedesi Tâcüşşerîa'nın kendisi için telif ettiği el-Vikâye üzerine yaptığı şerh çalışmasıdır. Kitap, şöhretinden dolayı Osmanlı medreselerinden *Sadrüşşerîa* adıyla anılmaktadır.

9. Nükâye (en-Nükâye, Muhtasaru'l-Vikâye): Sadrüşşerîa 'Ubeydullâh b. Mes'ûd el-Buhârî es-Sânî'ye ait eser, *Vikâye*'nin muhtasarı olup müteaddit defa basılmıştır.⁴¹

10. Ğurer (Ğureri'l-Ahkâm) ve Dürer (Dürerü'l-Hükkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm): Osmanlı âlimlerinden Molla Hüsrev'in (v.885/1480) Hanefî fıkına dair yazdığı iki eserdir. Molla Hüsrev gençliğinden beri fıkıh ile meşgul olmuş ve kadılık görevi sırasında bütün fıkıh kitaplarını içine alan bir metin hazırlamaya niyet ederek bir kadının ihtiyacına cevap verebilecek şekilde *Ğureri'l-Ahkâm*'ı yazmıştır. Bu kitabını *Dürerü'l-Hükkâm* adıyla yine kendisi şerh etmiştir. *Dürerü'l-Hükkâm*, hem Osmanlı hukukunun ana kaynaklarından biri olmuş hem de uzun yıllar, şerhleriyle beraber Osmanlı medreselerinde ders kitabı olarak okutulmuştur. Ğurer ve Dürer, Mültekâ ile beraber asırlarca Osmanlı devletinin yarı resmi hukuk külliyatı olarak kadıların başvurduğu bir müracaat kitabı olmuştur.⁴²

11. Mültekâ (Mülteka'l-Ebhur): İbrâhîm b. Muhammed el-Halebî (v.956/1549) tarafından kaleme alınan ve Hanefî fıkının fûrû konularını içeren bir eserdir. *Halebî*, *el-Muhtâr*, *Kenzü'd-dekâik*, *el-Vikâye* ve Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ını esas almak suretiyle Mültekâ'nın metnini oluşturmuştur. 923/1517'de yazımı tamamlanan eser, Osmanlı coğrafyasının en yaygın metni olup, XVII. yüzyılda hem saraydaki eğitim kurumlarına hem İstanbul ve taşra medreselerinin eğitim müfredatına hâkim olduğu bilinmektedir.⁴³ Mültekâ'nın *Mevkûfât* diye bilinen ve Muhammed Mevkûfâtî (v.1065/1654) tarafından yapılan şerhi de Osmanlı medreselerinde uzun süre temel fıkıh kitabı olarak okutulmuştur.

40 Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s.123.

41 Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, T.D.V. Yayınları, 2006 Ankara, s.80-81.

42 Akgündüz, Ahmet, "Dürerü'l-Hükkâm", DİA, X, 27-28.

43 Has, Şükrü Selim, "Mülteka'l-ebhur", DİA, XXXI, 549-550.

12. Ğunyetü'l-mütemelli fi şerhi Münyeti'l-musalli: Mültekâ sahibi İbrâhîm b. Muhammed el-Halebî'ye ait eser, Sedîdüddîn el-Kaşğarî'nin yukarıdaki eserinin şerhi olup "Halebî Kebîr" adıyla tanınmaktadır. Ğunyetü'l-mütemelli'nin yine müellifi tarafından yapılan muhtasarı da "Halibî Sağîr" diye bilinmektedir.⁴⁴

13. Nûri'l-îzâh ve Necâtü'l-Ervâh: Ebu'l-İhlâs Hasen b. Ammâr eş-Şürünbülâlî (v.1069/1659) tarafından kaleme alınan eser, tahâret ile namaz ve oruç bahislerine dair olup, Hanefî mezhebinde ehl-i tercih sayılan âlimlerin sahihliğini kesin bir şekilde belirttiği görüşleri esas almıştır. Özlü bir üslupla kaleme alınan eserde hükümlerin dayandığı delillere ve diğer mezhep görüşlerine yer verilmemiştir.

14. Merâkı'l-Felâh (Merâkı'l-Felâh bi imdâdi'l-Fettâh Şerhu Nûri'l-Îzâh ve Necâti'l-Ervâh): Şürünbülâlî'nin Nûri'l-îzâh üzerine yazdığı İmdâdü'l-Fettâh adlı şerhin kısaltılmış şeklidir. Ahmed b. Muhammed et-Tahâvî'nin haşiyesiyle birlikte basılmıştır.⁴⁵

15. Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr: İbn Âbidîn Muhammed Emîn b. Ömer'e (v.1252/1836) ait eser Timurtâşî'nin (v.1004/1596) Hanefî fikhına dair Tenvîru'l-ebşâr adlı eserine 'Alâeddîn el-Haskefî'nin ed-Dürri'l-muhtâr adıyla yaptığı şerhin haşiyesidir. İbn Âbidîn, bir şerh olmasına rağmen oldukça veciz bir üslupla kaleme alınan ed-Dürri'l-muhtâr'ın ibarelerini açıklarken sahih, mutemed, zayıf ve tenkit edilen görüşlere işaret etmiş, hükümlerin delillerini incelemiş, açıklığa kavuşturulamayan bazı meseleleri çözmeye çalışmıştır.⁴⁶

B. Usûl-i Fıkıh

1. Menâr (Menâru'l-envâr): Ebu'l-Berekât Hâfîzüddîn en-Nesefî'nin (v.710/1310) fıkıh usulüne dair eseridir. En önemli Hanefî usul kitaplarından birisi olan Pezdevî'nin Kenzü'l-vüsûl'ünden ihtisar edilmiştir. Eseri meşhur kılan, bütün fıkıh usulü konularını özet halinde veren kullanışlı bir metin olmasıdır.

2. Tenkîh (Tenkîhu'l-Usûl): Sadrüşşerîa Ubeydullâh b. Mes'ûd el-Buhârî es-Sânî'nin (v.747/1346) kaleme aldığı eserdir. Sadrüşşerîa, bu eseri hazırlarken Fahru'l-İslâm el-Pezdevî'nin Kenzü'l-vüsûl adlı eserini esas almış ve Fahreddîn er-Râzî'nin el-Mahsûl'ü ile İbn Hâcib'in el-Muhtasar adlı eserindeki konuların özetini vermiştir. Ayrıca birçok konuda kendi görüşünü ortaya koymuştur.⁴⁷

3. Tavzîh (et-Tavzîh fi halli ğavâmizi't-Tenkîh): Sadrüşşerîa'nın yukarıdaki eserine yine kendisi tarafından yazılan şerhtir.

4. Şerhu Muhtasari'l-Müntehâ: 'Adûduddîn el-İcî'nin (v.756/1355) kaleme aldığı kitap, İbnü'l-Hâcib'in (v.646/1249) Müntehâ's-sûl ve'l-emel fi 'ilmeyi'l-usûl ve'l-cedel adlı kendi eserine yaptığı muhtasarın (Muhtasarü'l-Müntehâ, Muhtasaru

44 Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s.123.

45 Topal, Şevket, *Şürünbülâlî*, DİA, XXXIX, 274-275.

46 Özel, Ahmet, "İbn Âbidîn, Muhammed Emin", DİA, XIX, 292.

47 Özen, Şükrü, "Tenkîhu'l-usûl", DİA, XL, 455-456.

İbni'l-Hâcib) şerhidir. Eser Osmanlı medreselerinde “*Şerh-i Adûd*” ismiyle tanınmaktadır.

5. *Telvîh (el-Telvîh fî keşfi hakâiki't-Tenkîh)*: Sa'duddîn et-Teftazânî'nin (v.792/1389) *Tavzîh* üzerine yazdığı şerhtir. *Tavzîh* ve *Telvîh* üzerine yapılan çalışmalar dikkate alındığında özellikle Osmanlı coğrafyasında bu iki esere büyük önem verildiği görülmektedir.

6. *Şerh-i Menâr (Şerhu'l-Menâr, Şerhu Menâru'l-envâr fî usûli'l-fıkh, Şerhu İbn Melek)*: Osmanlı medreselerinde kısaca “*İbn Melek*” olarak da anılan eser, İzmir/Tire'de yaşamış ve yine aynı yerde medfun olan İbn Melek Molla İzzeddîn 'Abdüllatîf b. 'Abdulazîz'a (v.797/1395) aittir. Menâr'ın en yaygın şerhlerinden olup üzerine çeşitli haşiyeler yazılmıştır.⁴⁸

7. *Mirkât (Mirkâtü'l-vusûl ilâ 'ilmi'l-usûl) ve Mir'ât (Mir'ätü'l-usûl Şerhu mirkâtü'l-vusûl)*: Molla Hüsrev'in (v.885/1480) usûl eserleridir. Müellif önce *Mirkât*'ı oldukça muhtasar bir eser olarak kaleme almış, daha sonra anlaşılmasında güçlükler ortaya çıkınca bunu şerh etmiştir. Veciz ve sade bir üslupla yazılan *Mir'ât*'ta müellif ele aldığı meselelere ilişkin kendi tercihini belirtirken karşı görüş ve delillerine de temas ederek bunları tartışmaktadır.⁴⁹

C. Ferâiz

1. *Sirâciyye (el-Ferâizü's- Sirâciyye)*: Hanefî fakihî Sirâcuddîn Muhammed b. Muhammed es-Secâvendî'nin (v.596/1200) İslam miras hukukuna dair eseridir. *el-Muhtasar* ve *el-Ferâizü's-Secâvendî* adlarıyla da anılan eser ferâiz ilminde en çok başvurulan kaynaklardan birisidir. Müellif, Hanefî mezhebini esas almakla beraber miras hukukunun nispeten az rastlanan ihtilaflı meselelerinde diğer İslam hukuk ekollerinin görüşlerine de yer vermektedir.

2. *Şerh-i Ferâiz (Şerhu's-Sirâciyye, Şerhu'l-Ferâizi's- Sirâciyye, el-Ferâizü's-şerifiyye)*: Seyyid Şerîf el-Cürcânî'nin (v.816/1413) telif ettiği eser, Secâvendî'ye ait yukarıda zikredilen kitabın en önemli şerhlerinden olup medreselerde yüzyıllarca ders kitabı olarak okutulmuştur. Türkiye'de çeşitli yazma nüshaları bulunan şerh, birçok defa basılmıştır.⁵⁰

3. *Cerîde-i ferâiz (Cerîde-i Sâlih Efendi)*: Sâlih b. Abdullah tarafından manzum olarak kaleme alınan eser, Osmanlıca olup 3 sayfa kadar küçük hacimli bir risaledir.⁵¹

48 Koca, Ferhat, “*Menâru'l-envâr*”, DİA, XXIX, 118.

49 Koca, Ferhat, “*Mir'ätü'l-usûl*”, DİA, XXX, 148.

50 Koca, Ferhat, “*el-Ferâizü's- Sirâciyye*”, DİA, XII, 367.

51 Osmanlı medreselerinde okutulan fıkıh kitapları için ayrıca bkz. Cici, Recep, “*Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar*”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:8, Cilt:8, Bursa 1999, s.216-238; a.mlf., “*Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları*”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt:3, Sayı:5, 2005, s.216-240; Hızlı, “*Osmanlı Medreselerinde Okutulan Dersler ve Eserler*”, s.37-38.

IV. Günümüz Medreselerinde Fıkıh Tedrisatı ve Okutulan Kitaplar

Tevhid-i tedrisat kanunuyla ara verilen medrese faaliyetleri, Cumhuriyet döneminde de sivil inisiyatif halinde bazı bölgelerde -özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgesinde- varlığını devam ettirmiştir. Buradaki medreseler, nihai şeklini Osmanlı'da alan ders programının zayıflamış ve değişmiş şeklini oluşturmaktadır ve modern anlamda düzenli, planlı ve programlı bir eğitim sisteminden bahsetmek mümkün değildir. Eğitim gören talebelerin işesi halk tarafından karşılanmakta ve dersler, resmi ya da fahri olarak imamlık vazifesi yapan mollalarca verilmektedir.⁵²

Kanaatimizce bölgedeki medrese geleneğinin halen devam etmesinde iki temel faktör etkili olmuştur. Birincisi; özellikle Cumhuriyet dönemi sonrası yetersiz görülen din eğitimi, ikincisi ise; toplumu dinî bakımdan aydınlatmakla görevli olan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın faaliyet sahasının yoğunlukla Hanefî mezhebinin öğretileri doğrultusunda gelişmesi ve buna karşın bölge halkının Şâfiî olmasıdır. Yöre halkı medreselerin eliyle bir taraftan öteden beri benimsedikleri mezhebi yaşatmakta, diğer taraftan ise yeni nesillerin dinî ve manevî ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Tabiatıyla bahsini ettiğimiz mezhepsel eğilim medreselerde okutulan fıkıh kitaplarının tespitinde de etkili olmuştur.

Doğu ve Güneydoğu Anadolu medreselerinde tedrisinin uzun yıllara dayandığı fıkıh kitaplarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Ğâyetü'l-iẖtisâr : Ebu Şucâ' el-İsfahânî'nin (v.500/1107) kaleme aldığı ve *el-Muhtasar* ve *et-Takrîb fi'l-fikh* adlarıyla da bilinen eser Şâfiî fikhını özetleyen küçük hacimli bir kitaptır. Kitap ve fasıl halinde düzenlenmiş olup ilki "tahâret", sonuncusu "İtk" olmak üzere on altı kitaptan meydana gelmiştir. Eserin dili sade, akıcı ve anlaşılırdır. Fikhî istilahlara ve mezhebin yerleşik kavramlarına yer verilmiştir. Anlaşılmasında fikhî ihtisasa gerek bulunmamakta ve her düzey insana hitap etmektedir.⁵³ Medrese tahsiline henüz başlayan öğrencinin ders aldığı ilk fıkıh kitabıdır. Bu kitabı öğrenci, buyû' bahsine kadar, yani kitabın yalnızca ibadetler bölümünü okumakta, ezberlemeksizin mana olarak kavramaya çalışmaktadır. Söz konusu eser üzerine pek çok şerh yazılmıştır. Özellikle bunlardan ikisi Doğu Anadolu medreselerinde metinle beraber mütalaa edilen birinci derece Şâfiî mezhebi kaynakları arasındadır:

a. Fethu'l-karîbi'l-müci'b fi şerhi elfâzi't-Takrîb: Diğer adı *el-Kavlü'l-muhtâr fi şerhi Ğâyeti'l-iẖtisâr* olan eseri İbn Kâsım el-Ğazzî kaleme almıştır. Metinde yer almayan meselelere pek fazla yer vermeyen ve lügavî tahlillere ağırlık veren bir şerhtir.⁵⁴ Bu eser üzerine yapılan ve İbrahim b. Muhammed el-Bâcûrî'ye (v.1277/1860) ait haşîye de medreselerde müracaat edilen önemli bir eserdir.

52 Özdemir, Muhittin, "Şâfiî Mezhebinin Doğu Anadolu Ayağı ve Bingöl Örneği", İHAD, sayı: 7, 2006, s.352.

53 Özdemir, a.e., s.355.

54 Yaşaroğlu, M. Kamil, "el-Muhtasar", DİA, XXXI, 66-67.

b. Kifâyetü'l-ahyâr fi halli Ğâyeti'l-ihtisâr: Takiyyüddîn el-Hısnî'ye ait eserde açıklamaların yanında birçok fikhî mesele de mezhep literatürüne atıf yapılarak kaleme alınmaktadır.

2. Minhâcü't-tâlibin: Kısaca "Minhâc" olarak anılan kitap Ebu Zekerıyyâ Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref en-Nevevî'nin (v.676/1277) Şâfiî fakihî Abdülkerîm er-Râfiî'ye (v.623/1226) ait *el-Muharrer* adlı kitabından yaptığı özetlemedir. Nevevî, eserin önsözünde el-Muharrer'in geniş hacmi sebebiyle ezberlemeye müsait olmadığından bu muhtasarı yazdığını belirtir. Ayrıca metinde yaptığı tasarrufları açıklarken aslında bu kitabının *el-Muharrer*'in bir şerhi niteliğinde olduğunu söyler. Şâfiî fukaha tarafından Minhâc üzerine pek çok şerh yazılmıştır.⁵⁵ Minhâc, sarf ve nahivde biraz ilerleyen -Şerhu'l-muğni veya Katru'n-nedâ seviyesindeki- öğrencinin ikinci olarak okuduğu önemli bir eserdir. Üzerine pek çok şerh yazılmış olan eser Şâfiî mezhebinin en temel metinleri arasındadır. Öğrenciler bu eseri genellikle şu üç şerhi ile beraber mütalaa etmektedirler:

a. Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'âni'l-Minhâc: Hatîb eş-Şirbînî'nin (v.977/1570) kaleme aldığı eser medreselerde genellikle Minhâc ile beraber okunmaktadır.

b. Tuhfetü'l-muhtâc fi şerhi'l-Minhâc: İbn Hacer el-Heytemî'ye (v.974/1566) ait olan eser, bölgede yaşayan müderris ve mollalar tarafından sıklıkla kullanılmakta, ancak dilinin nispeten karmaşık olması nedeniyle *Muğni'l-muhtâc* kadar revaç görmemektedir.

c. es-Sirâcü'l-vehhâc 'alâ metni'l-Minhâc: Muhammed ez-Zührî el-Ğamrâvî'ye ait eser, Minhâc'ın tek ciltlik bir şerhidir.

3. el-Mukaddimetü'l-Hadramiyye: Şâfiî fakih Abdullah b. Abdurrahman Bâfadl el-Hadramî'nin (v.918/1512) kaleme aldığı muhtasar ve çok faydalı bir metindir.

4. Envârü'l-eberrâr (el-Envâr li-a'mâl/'ameli'l-eberrâr): Cemâlüddîn Yûsuf b. İbrâhîm el-Erdebilî'ye (v.779/1377) ait Şâfiî mezhebinin görüşlerini özetleyen ve Şâfiî muhitlerde fetvaya esas alınan bir kitaptır. Diğer mezheplerin görüşlerine ve hükümlerin delillerine yer vermeyen eser Râfiî'nin *eş-Şerhu'l-kebir*, *eş-Şerhu's-sağir* ve *el-Muharrer*'i, Nevevî'nin *Ravdatü't-tâlibin*'i, Kazvî'nin *Şerhu'l-Lübâb* ve *el-Hâvi's-sağir*'i ile *el-Hâvî*'nin taliki esas alınarak telif edilmiştir.⁵⁶ Eser, Doğu Anadolu yöremizin eski zaman medreselerinde hüsn-i kabul görmüş, hatta Nevevî'nin *Minhâc*'ından daha fazla istimal edilmiştir.⁵⁷

5. Fethu'l-mu'in fi şerhi Kurrati'l-ayn: Zeynüddîn b. Alî b. Ahmed el-Mellîbârî'nin (v.928/1521) yazdığı eser, yine kendisine ait olan "*Kurratü'l-ayn bimehemmâti'd-dîn*" adlı muhtasar eserin şerhidir.⁵⁸

55 Yaşaroğlu, M. Kamil, "Minhâcü't-tâlibin", DİA, XXX, 111, 112.

56 Köse, Saffet, "Erdebilî, Yûsuf b. İbrâhîm", DİA, XI, 280. Ayrıca bkz. Özdemir, "Şâfiî Mezhebinin Doğu Anadolu Ayağı ve Bingöl Örneği", s.356-357.

57 Değerli dostum Ahmet Temizkan, dedesi Molla Sabri Temizkan'ın medrese tahsili esnasında bu kitabı okuduğunu ve eserin Bingöl yöresi âlimleri nezdinde çok muteber bir kitap olduğunu belirtmiştir.

58 Bağdâdî, İsmâil b. Muhammed, *Hediyetü'l-ârifin esmâü'l-müellifin ve âsârü'l-musannifin*, Dâru İhyâi't-türâsi'l-'Arabî, Beyrut 1371/1951, I, 377.

Şark medreselerinde İslam miras hukukuyla ilgili olarak müellifi bilinmeyen “*Ferâizu’l-icâze*” ismindeki mensur metin ile Şâfiî fakih Ebu Abdillâh Muhammed b. Alî er-Rahbî'nin (v.579/1182) “*Buğyetü’l-bâhis min cümeli’l-mevâris*” adlı 175 beyitten oluşan ve daha çok *Rahbiyye Metni* olarak bilinen manzum eseri okutulmaktadır. Usûl-i fıkıh alanında ise okutulan başlıca eser *Cem’u’l-cevâmi’ fi usûli’l-fıkıh*’dır.⁵⁹ Tâcüddîn es-Sübkî’ye (v.771/1370) ait olan bu eser, babası Takıyyüddîn es-Sübkî'nin başlayıp kendisinin tamamladığı Beyzâvî'nin *Minhâcü’l-usûl*’ü üzerine yazılan *el-İbhâc* adlı şerh ile yine kendisinin İbn Hâcib’in *Muhtasarü’l-Müntehâ* adlı eserine *Ref’u’l-hâcib* adıyla kaleme aldığı şerhin özeti mahiyetindedir. Eser plan ve muhteva bakımından *Minhâcü’l-usûl*’e daha yakındır. Müellif, kendi zamanına kadar yazılan 100 civarında usul kitabından çeşitli konuları derlediği bu eserde Şâfiî (mütekellimîn) ekolüne bağlı kalmış, Hanefî ekolün usul kitaplarına ve görüşlerine atıflar yapmayı da ihmal etmemiştir.⁶⁰

Karadeniz Bölgesindeki medreselerin⁶¹ müfredatına gelince bu kurumlarda furû-i fıkıhtan; *Nûru’l-izâh*, *Halebî Sağır*, *Mültekâ*, *Hidâye* (bazı bölümleri), usûl-i fıkıhtan; *Mirkâtü’l-vusûl* okunmaktadır. Kabiliyetli öğrenciler, Mirkât şerhi *Mir’âtü’l-usûl*’ü baştan sona okumaktadırlar. Ferâiz alanında ise *Cerîde-i Sâlih Efendi* ve *Sirâciyye* metni ders verilmektedir. Furû-i fıkıhta zaman zaman *el-Lübâb* ile *el-İhtiyâr* okunduğu da olmaktadır. Bu haliyle Karadeniz medreseleri Osmanlı medrese eğitimindeki fıkıh geleneğini -en azından tercih edilen mezhep literatürü açısından- hâlihazırda da yaşatmaktadır.

V. Medreselerde Fıkıh Dersinin İşleniş Metodu

Osmanlı medreselerinde hangi öğretim metodunun kullanıldığının tespiti oldukça zor görünse de genellikle daha önceki devirlerde ve diğer İslam ülkelerinde kullanılan metotların devam ettiği rahatlıkla söylenebilir.⁶²

Medreselerdeki öğretim metodu, pek teferruatlı değildir ve dersler arasında kayda değer bir metot farklılığı bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında medreselerdeki ders işleyiş metodu, fıkıh dersleri için de geçerlidir. Eskiden beri uygulanan geleneğe göre, medrese dersleri bir kitaptan metin okunarak takrir usulüyle yapılırdı. Buna “*açık kitaptan tedris usulü*” denilmektedir. Müderrisin etrafında halka şeklinde toplanan talebe, okunan metni büyük bir dikkat ile takip eder ve ezberlemeye çalışırdı.⁶³ Başlangıçta özellikle dinî bilimlerde ezbercilik sistemi geçerli iken zamanla bu sistem yerini yazma ve not almaya bırakmıştır. Bu yüzden

59 Çiçek, Halil, *Şark Medreselerinin Serencâmi*, Beyan Yayınları, İstanbul 2009, s.71, 72, 77.

60 Bardakoğlu, Ali, “*Cem’u’l-cevâmi*”, DİA, VII, 343.

61 Karadeniz Bölgesi Medreseleri derken Trabzon/Of bölgesindeki Hacı Dursun Efendi [Mahmud (Ustaosmanoğlu) Efendi'nin hocası], Hacı Hasan Efendi (Uludağ Üniv. İlahiyat Fak. Emekli İslam Hukuku öğretim üyesi Prof. Dr. Yunus Vehbi Yavuz'un babası) gibi zevatın medreseleri ile Rize ve Pazar bölgelerindeki Zavendikli Mustafa Efendi ile Resul Bölükbaş Hoca Efendi'nin medreseleri kastedilmektedir.

62 Sarıkaya, *Medreseler ve Modernleşme*, s.40.

63 Akgündüz, *Osmanlı Medreseleri XIX. Asır*, s.84.

öğrenim araç gereci olarak her öğrenci ders kitabının yanında bir de defter bulundururdu. Bir müderris genellikle 15, en çok da 20 öğrenciyi okutur, başarılı ve çalışkan olanlar ön taraflarda otururdu. Talebeler ders esnasında hocanın karşısında halkalar halinde dersi takip eder ve gerektiği yerlerde not tutardı. Bu not tutma yöntemi Osmanlı medreselerinde Kur'ân-ı Kerîm dersleri hariç neredeyse bütün derslerde uygulanmakta idi. Zamanla imlâ metodunun yanında şerh ve izah metodu da gelişmiştir. Medreselerde okutulan kitapların nüshalarının çoğalması ve bunların öğrencilerin eline geçmesinden sonra yavaş yavaş imlâ metodu da terk edilmeye başlanmıştır. Bundan sonra metni bir öğrenci yüksek sesle okur, hoca da gerekli izahlarda bulunur ve metin üzerinde düzeltmeler yapardı. Ayrıca hoca, kendisinin yapmış olduğu izahları talebelere yazdırırdı. Müderrisler, kimi zaman okuttukları derslerden herhangi bir bahis üzerine talebelerine münazaralar yaptırır ve neticede iki taraf arasında hakem olup mütalâalarını söylerlerdi. Tedris usulünde hoca ile talebenin karşılıklı soru sormasıyla icra edilen interaktif metod da takip edilmekteydi. Müderris talebeye soru sorup cevabını beklediği gibi, öğrenciler de belirli bir nizama göre hocaya soru sorabilirlerdi. Yani derslerde takrir ve karşılıklı konuşmaya yer verilirdi. Belirli günlerde halka açık toplantılar da düzenlenirdi. Medreselerde her ne kadar kendi binalarında ders yapılırsa da camilerde de sık sık ders yapılır ve bu dersi herkes izleyebilirdi. Ders-i âmm denen meşhur hocalar kent ve kasabaların büyük camilerinde “cami dersleri” adıyla herkese açık olarak dersler verirlerdi.⁶⁴

Medrese eğitiminde -bu, günümüz şark medreseleri için de geçerlidir- “müzâkere” ve “mütalâa”nın önemli bir yeri vardı. Üst kitapta okuyan öğrenciler, alt kitapta okuyan öğrencilerle bir önceki dersi *müzâkere* ederlerdi. Böylece öğrenci, anlamadığı yerleri gözden geçirme imkânı bulurdu. Aynı zamanda ertesi gün alacağı dersi de *mütalâa* ederdi. Yani okuduğu dersi değil okuyacağı derse hazırlanırdı. Dersini mütalâa ederken ibarenin bir kısmını anlar; anlayamadığı yer hakkında ise içinde bir merak uyanır ve ders okurken bu nokta üzerinde yoğunlaşırdı. Ders anlaşıldıktan sonra müzâkereyle bunu pekiştirir ve bir sonraki derse hazırlanırdı.

Medrese öğrencileri, medresede öğrendiklerini medrese yakınındaki mescit ve camilerde cemaate anlatırlar, üç aylar ve özellikle ramazan ayında köylerde imamhatiplik, vaizlik yaparlardı. Bu uygulama öğrencilerin halkı tanınmasına, onlarla bütünleşmesine yardımcı olurdu.⁶⁵

Şüphesiz dinî ilimlerde bilgi kadar bu bilginin tatbik edilmesi ve hayata yön vermesi de önemlidir. Bu bağlamda medrese, bir öğretim kurumu olduğu kadar

64 Kazıcı, Ziya, *İslam Müesseseler Tarihi*, M.Ü.İ.F.Y., İstanbul 2011, s.240; Bozkurt, Nebi, “Medrese”, D.İ.A., XXVIII, 326; Sarıkaya, *Medreseler ve Modernleşme*, s.40; Şanal, Mustafa, “Osmanlı Devleti’nde Medreselere Ders Programları, Öğretim Metodu, Ölçme Ve Değerlendirme, Öğretimde İhtisaslaşma Bakımından Genel Bir Bakış”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 14, Yıl: 2003/1, s.156-157. Ayrıca bkz. Unan, “Klasik Dönem Osmanlı Medreselerinde Eğitim Üzerine Yapılmış Çalışmalara Dair Bir Bibliyografya Denemesi”, s.102-104.

65 İpşirli, “Medrese”, DİA, XXVIII, 331.

aynı zamanda bir eğitim yuvasıdır. Zira medresede hoca ile talebe arasında, karşılıklı etkileşim/iletişim söz konusudur ve birincil iletişim organı kulaktan önce gözdür. Müderris, hem öğretir hem de öğrettiğini uygulama konusunda öğrenciye yardımcı olur. Medrese eğitiminin temel unsurunu oluşturan müderris, talebenin çalışmasını, genel ahlak ilkelerine uygun davranışlar sergileyip sergilemediğini denetler, medresedeki inzibatı ve gündelik hayatı takip eder.⁶⁶ Bizce medrese-fakülte kavşağındaki yol ayrımını belirleyen en temel husus da budur.

VI. Medreselerde Fıkıh Tedrisatıyla İlgili Sorunlar

Osmanlı medreselerinde verilen fıkıh derslerine ilişkin sorunlara beş başlık altında kısaca değinmek istiyoruz:

A. Medreselerin Kuruluş ve İşleyişindeki Mezhepsel Kaygılar

İslam fihhının geçirmiş olduğu safhaları ele alan hukuk tarihçileri, Anadolu Selçuklular'ın yerine geçip 1299'dan itibaren varlık gösteren Osmanlılar'ın fihhın "olgunluk" safhasına ulaşamadığını varsaymaktadır. XIII ve XVI. yüzyıl arası her ne kadar gerek dünya ve gerekse kendi konjonktürü bakımından "Osmanlılar'ın kuruluş ve yükseliş devri" olarak kabul edilse de, fihhın devrelere ayrımı söz konusu olduğunda, mezhep taassubunun koyulaştığı "taklit devri", diğer bir adlandırma ile "duraklama devri" içinde yer almaktadır.⁶⁷

Malum olduğu üzere Osmanlı devletinin resmi mezhebi Hanefî mezhebidir. Mezhebin resmîyet kazanması bir anda değil, belli bir süreçten sonra olmuştur. İlk dönemlerde kadılar Hanefî ulema arasından tayin edilmekle birlikte diğer mezheplere göre hüküm vermelerine müsaade edildiği için kadı beratlarına mezhep kaydı konmamıştır. Şer'îyye sicillerinden anlaşıldığı kadarıyla bu dönemde Hanefî kadılar, Şâfiî mezhebinden fıkıhçıları nâip tayin ederek bu mezhebe göre verilen hükümleri aynen uygulamaktaydılar. Ancak 16. asrın ortalarından itibaren kadı ve müftü beratlarında kaza ve fetvanın Hanefî mezhebine göre verileceği açık bir şekilde ifade edilmiştir. 16. asra kadar diğer Sünnî mezheplere gösterilen müsamaha bu asırdan itibaren gösterilmez olmuştur.⁶⁸ Osmanlı döneminde devlet, kadılara hangi mezhebin kitaplarından faydalanarak hüküm vermesi gerektiğini bildirmekte ve bu mezheple sınırlandırmaktaydı. Bu sebeple kadılar çoğu zaman, önüne gelen meselelerin çözümünde fıkıh kitaplarını referans alıyorlardı.⁶⁹ Binaenaleyh Osmanlı devletindeki şer'î mahkemelerde hukuki bütün meseleler Hanefî mez-

66 İpşirli, Mehmet, "Medrese", DİA, XXVIII, 330. Medrese hayatındaki hoca-öğrenci beraberliği ve karşılıklı saygı esasına dayalı ilişkilere örnek olmak üzere bkz. Çiçek, *Şark Medreselerinin Serencâmı*, s.108-110, 114-117.

67 Cici, Recep, "İslam Hukuk Tarihi Açısından İlk Dönem Osmanlı Hukuk Çalışmalarına Bir Bakış (1299-1500)", Ulu-
dağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 6, Cilt:6, Bursa 1994, s.243.

68 Aydın, M. Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.91. Şu kadarı da var ki, Hanefî mezhebinin bu katı uygulaması Anadolu ve Rumeli'de cari idi. Mekke, Medine, Halep, Kudüs, Kahire gibi ahalisinin önemli bir kısmı Hanefî olmayan yerlerde bir Hanefî Başkadı'nın riyasetinde diğer mezheplerden de kadılar (nâib) tayin edilmekte, böylece diğer mezhep müntesiplerinin hukuki ihtilaflarının kendi mezheplerine göre çözülmesine imkan sağlanmakta idi. Aydın, a.g.e., s.92.

69 Uzunpostalcı, Mustafa, "Günümüzde İslam Fihhının Durumuna Bir Bakış", İHAD, Sayı: 2, 2003, s.10.

hebi üzere çözülmekteydi. Bu mahkemelerde görev yapan kadıların da medrese tahsili görüp icazet alanlardan tayin edilmesi⁷⁰, dolaylı olarak medreselerde fikhın tek mezhep üzere okunmasına, diğer mezhep eserleri ve mukayeseli çalışmaların ihmal edilmesine yol açmaktaydı.

Diğer taraftan medreselerin iâşe ve ibate hizmetlerini yürüten vakıfların belli bir mezhebe bağlılığı şart koşması da taassup ruhunu kökleştiren önemli bir et-kendir. Devletin kuruluşu ile başlayıp, yıkılışına kadar çeşitlenerek gelişen med-reseler, devlet ve çoğunlukla vakıflar vasıtasıyla kuruluyorlardı. Medrese, ister bir hayırsever, isterse bir devlet adamı tarafından yapılmış olsun, ders okumak ve ilim tahsil etmek için yapıldığından, yaptıranın kafasında kendine göre bir programı mevcuttu ve onu medresenin vakfiyesine yazdırmayı da ihmal etmezdi.⁷¹ Sultan veya eşraftan birisi bir medrese yaptırıp ona muayyen vakıfları da bağladıktan sonra tedrisin muayyen bir mezhebe tahsisi, odağında mezhepsel kaygıların bu-lunduğu din algısının yerleşmesine kuvvetli bir etkide bulunmuştur.⁷²

Sözü geçen mezhep taassubu, otuz milyon kilometre karede her mezhepten reayasının bulunduğu cihanşümul bir devletin hukuk bütünlüğünü ve adli istikra-rını doğal olarak etkilemiştir. İslam hukuk tarihinde kodifikasyon hareketinin ilki kabul edilen *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'nin hazırlanışında da sadece Hanefî doktri-nin esas alınması, bu esere yöneltilen en önemli eleştiri noktası olmuştur.

Medreselerin en büyük talihsizliği kanaatimizce, kuruluşunun, fikhın durakla-ma evresine rastlamış olmasıdır.⁷³ Farklı görüşlere kapalı olan bu mezhepsel yapı, medreselerdeki kitap tercihi ve müfredatını da doğal olarak etkilemiştir. Mezhep merkezli muhtasar eserler ile bu eserlerin şerh ve haşiyeleri üzerinden ders oku-maya yönelik öğretim teknikleri, zaman içinde öğrencilerin fikir üretme, eleştir-me, istinbat ve ictihad melekelerini zayıflatmıştır.⁷⁴

B. Derslerin Şerh ve Haşiyeye Geleneğine Dayanması

Osmanlı dönemi medreselerinde, ders kitabı olarak ilk başlarda bazı müderris ve âlimlerin orijinal kitapları okutulurken, daha sonra bu kitaplar üzerinde yapılan

70 Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, s.83, 87.

71 Atay, Hüseyin, *Osmanlılarda Yüksek Din Eğitimi: Medrese Programları-İcazetnameler- İslahat Hareketleri*, Dergâh Yayınları, İstanbul 1983, s.75.

72 Karaman, Hayreddin, *İslam Hukuk Tarihi*, s.239.

73 Kaynaklarda, din eğitimi verilen ilk resmi kurum Nizâmiye Medreseleri'nin kurucusu Nizâmülmülk'ün (v.485/1092-93) de mutaassıp bir Şâfiî olduğu, hatta bu yüzden Hanefilere kadılık görevi verirken Şâfiileri müderris olarak atadığı bilgisi verilmektedir. Böyle bir tasarrufla ulaşmak istediği gayenin Hanefilerin yargı işiyle uğraşırken ilmi ihmal etmeleri, buna karşın Şâfiilerin medresede fikh öğretimi ile meşgul olarak sayılarının çoğalması olduğu iddia edilmiştir. Bkz. İbnü'l-'Adîm, Ömer b. Ahmed b. Hibetullâh, *Buğyetü't-taleb fî Târîhi Haleb*, Dârü'l-fikr, by. ts., V, 2494-95.

74 1876 yılında toplanan ve 15 müderris tarafından hazırlanan raporda öğrencilerin şerh ve haşiyelerle gereksiz yere uğraşarak medresede boş yere vakit geçirdikleri dile getirilmiştir. Şanal, *“Osmanlı Devleti'nde Medreselere Ders Programları, Öğretim Metodu, Ölçme Ve Değerlendirme, Öğretimde İhtisaslaşma Bakımından Genel Bir Bakış”*, s.157.

şerh, hâşiye, ta'likat, ihtisar, telhîs⁷⁵ şeklindeki çalışmalar okutulmaya başlanmıştır. Muhtasar kitaplardan ders vermek, şifre gibi anlaşılması güç ibareleri çözmek marifet addedilmiştir. Ancak hocaların ihtisar yapmamaları ve fıkhi sahaya hâkim olmamaları, kitabın şerhini ve şerhin şerhini talebeye okutmak zorunda bırakmıştır. Böylece müderrisler, metinde olan zorlukları kendisi daha önce çözmek için vakit kaybetmemiştir. Talebe de şerh ve haşiyeleri ders kitabı gibi harfi harfine takip ederek zamanını zayi etmiştir. Aslında şerhlerin hepsi gereksiz, manasız, şişirme değildir. İçlerinde yalnız metnin ifadesini çözmekle uğraşanların yanında yeni meselelerden bahsedenler de vardır. Ancak şerhler metinlerin anlaşılması için vasıta iken, sonradan bu şerhlerin anlaşılması yegâne gaye halini almıştır.⁷⁶ Söz konusu durum da programın giderek ağırlaşması ve esas ulaşılmaması gereken noktaya ulaşmaması ile sonuçlanmıştır.

Osmanlı dönemi fakihlerinde genel olarak ictihada duyulan tepki, fakihler arasındaki irtibatın kesikliği, selef kitaplarına ilgisizlik ve orijinal eserlerin yazılmaması eleştiri konusu olmuştur.⁷⁷ Değişerek gelişen ve giderek karmaşık bir hal alan toplumun ihtiyaçları devasa boyutlara ulaştığı halde üretilen bilginin düzeyi sınırlı kalmıştır. 300 senelik bir zaman dilimini ihtiva eden klasik Osmanlı sisteminde ortaya konulan yeni kitap sayısı 200 civarındadır. Yine XIV-XVI. yüzyıllar arasındaki iki yüz yıllık bir dönemde Osmanlı uleması tarafından kaleme alınan toplam 256 kitabın 221'i daha önce yazılmış olan değişik eserlerin şerh, haşiye, talik, tasnif ve çevirisinden ibaret olduğu; diğer 35 kitabın ise telif olduğu bilinmektedir.⁷⁸

Hülasa; medreselerde talebelere müdellel ve ana kaynaklar yerine şerh ve haşiyelerin çok fazla miktarda okutulması, belirli konular içerisinde sıkışıp kalmalarına ve neticede ictihad melekесinin, yani yeni hadiseler karşısında hukuki yorum yapabilme yetilerinin gerilemesine neden olmuştur. Sorumlu tutulan bu bir yığın kitap da talebelerin yükünü giderek artırmış ve zihinlerinin gereğinden fazla yorulmasına yol açmıştır. Neticede kimi derslerin öğretiminden tamamen vaz geçilmiş, birçok kitabın da yarısı veya üçte biri okutulur hale gelmiştir.

C. Öğrencilerin Gramer Dersleriyle Aşırı Meşgüliyeti

Bütün İslâm dünyasında olduğu gibi Osmanlı'da da yaygın bir bilimler sınıflandırması anlayışı vardır. Buna göre, bilimler “ulûm-i âliye علوم آلیه (araç bilimler)

75 **Şerh**; bir eserin ana metnini esas alarak bunun üzerinde çok yönlü izahlarda bulunmak, **hâşiye**; bir eserin anlaşılmayan kavram ve konularını berraklaştırmak için kenarına veya altına açıklamalar eklemek; **ta'likât**; bir kitabın açıklanması gereken yerler için kenarına notlar koymak veya ayrı bir kitap yazmak, **ihtisâr**; kitaptaki bazı ayrıntıların çıkartılarak sadeleştirilmesi, **telhîs**; oldukça geniş olarak hazırlanan eserleri halkın veya öğrencinin daha iyi anlaması için özetlemek demektir. Bu çalışmalar kitap sayfaları üzerinde yapılabildiği gibi ayrı eserler halinde de hazırlanabilmektedir. Bkz. <http://www.egitim.eku.edu.tr/moders.htm> (erişim: 16.05.2012).

76 Atay, *Osmanlılarda Yüksek Din Eğitimi*, s.170.

77 Bkz. Cici, “İslam Hukuk Tarihi Açısından İlk Dönem Osmanlı Hukuk Çalışmalarına Bir Bakış”, s.247-253.

78 Cihan, *Osmanlı'da Eğitim*, s.29. İlk dönem Osmanlı fakihleri tarafından gerçekleştirilen çalışmaların türleri için ayrıca bkz. Cici, *a.e.*, s.251-252.

ile علوم عالیة “ulûm-i âliye” (yüksek bilimler) diye ikiye ayrılır. Bu durumda sarf, nahiv, lügat, hesap, hendese, mantık, belâgat, tarih, coğrafya, felsefe v.s. birinci gruba; Kur’ân, hadis, fıkıh ve bunlarla ilgili diğer bilimler de ikinci gruba girer.⁷⁹

Klasik medrese eğitiminde esas gaye yüksek bilimleri yani; Tefsir, Hadis, Fıkıh, Kelâm derslerini okuyup anlamak olduğu halde, son devir Osmanlı medreselerinde talebe yıllarca araç bilimlerle, özellikle de i’lal ve idgamla hayatlarını geçirmiş, esas gayeye bir türlü ulaşamamışlardır. Sarf ve nahiv bilmek bir medrese talebesi için Tefsir, Hadis, Fıkıh, Kelâm okuyup anlamak için bir araç konumunda olması gerekirken adeta bir amaç haline getirilmiş ve talebeler bu araçlarla uğraşarak ömür tüketmişlerdir.⁸⁰

1869’da faal İstanbul medreseleri hakkında bir belgeyi değerlendiren Mübahat Kütükoğlu, o zaman İstanbul medreselerinde okuyan öğrencilerden 578’inin Sarf, 3027’sinin Nahiv, 1101’inin Mantık (374 Fenârî, 610 Tasavvurat, 117 Tasdikât), 287’sinin Akaid Şerhi, 108’inin Kadımir, 182’sinin ise Celâl okuduğunu bildiriyordu. Sözü edilen belgeden anlaşıldığı kadarıyla medrese öğrencileri eğitimin başlangıç kısımlarında boğuşup duruyor veya müderrisler bu konuları anlatmayı tercih ediyorlardı.⁸¹

Özellikle Doğu Anadolu ve Karadeniz bölgesinde ayakta kalma mücadelesi veren ve kişisel fedakârlıklarla kısmi de olsa işlevini sürdüren günümüz medreselerinde durum bundan farklı değildir. Sekiz veya on sene gibi uzun bir süre zarfında Arapça gramer derslerine (âlet ilimleri) yoğun bir şekilde mesai harcayan öğrenci, enerjisinin tükendiği esnada usûl-i fıkıhla tanışmaktadır. Tanıştığı ilk eser de (Bu, Doğu Anadolu bölgesinde *Cem’u’l-cevâmi’*, Karadeniz bölgesinde *Mir’ât’ı*’tır) ileri düzey bir usûl kitabı olduğu için genellikle tamamını okumaya muvaffak olamadan, hatta çoğu zaman kitabın ilk kısımlarından birkaç sayfa teberrüken (!) okuyarak icazet almaktadır.

D. Fıkıh Öğretimine Hâkim Olan İlim Telakkisi

Osmanlı medreselerinde okunan ve okutulan dersler, uygulanan ders programları, kuruluşundan kapatılışına kadar mühim bir değişikliğe uğramamıştır. İlmî zihniyet açısından da Osmanlı âlimi, sünnîdir, geçmişe bağlıdır ve otorite sayılan büyüklere karşı saygılıdır. Buna bağlı olarak medreselerin temel misyonu önceki büyük müctehidlerin (ulemâ-i kadîm) tespit ettiği dinî sınırları korumak ve bunları sonraki nesillere aktarmak olarak görülmüştür. İctihad kapısı kapanmış ve

79 Kazıcı, Ziya, *İslam Medeniyeti ve Müesseseleri Tarihi*, s.360.

80 Sebilürreşâd dergisinde yayımlanan 1918 tarihli öğrenci mektuplarında da söz konusu olumsuz durum üzerinde özellikle durulmuştur. Bkz. Dede, İsmail, *Sebilürreşâd Dergisi’nde Medrese Öğrencilerinin Medreseyi Değerlendirmeleri*, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Çanakkale 2006, s.76 vd.

81 Ergün, Mustafa, *Medreselerde Okutulan Dersler ve Ders Kitapları*, <http://www.egitim.aku.edu.tr/moders.htm>. (Erişim: 19.04.2012).

din sahasında söylenecek yeni bir şey, yazılacak yeni bir konu kalmamıştır. Böyle bir anlayış ilmî disiplin, tutarlılık ve kurumsallaşma adına bazı faydalar barındır- sa da bir takım sakıncaları beraberinde getirmiştir. Bunların en önemlisi, özgür düşünceyi ve bilimsel tefekkürü daraltması, kendisini yenileyememesi, zamanla ortaya çıkan şartlara uyum sağlayacak değişim ve dönüşümlere karşı direnmesidir. Eğitim öğretim yapısındaki statik, kalıpcı ve nakilci bu tutum, eğitimde donuklaş- maya yol açmıştır.⁸²

Şunu ifade etmeliyiz ki, medreselerin kusuru kesinlikle burada uygulanan öğretim teknikleri değildir. Medreselerde takrir (anlatma), isticvap (soru-cevap), münakaşa (tartışma) karışımı metotlarla ve göz göze diz dize şeklinde icra edilen eğitimin günümüz üniversitelerinin anfi ortamındaki -daha çok takrire dayalı- öğ- retim tekniğinden daha az etkili olduğunu kimse söyleyemez. Medreselerdeki asıl sorun ilim telakkisi, diğer bir ifadeyle bilgi kavramına yüklenen anlamdır. Nitekim bir bilimin, kısaca *mesâil*, *makâsıd* ve *mebâdi* kelimeleriyle tabirini bulan o bilimin tanımı, teorisi, sınırları, amacı, kısımları ve her kısmın temel ilkeleri verilmeksiz- zin, sadece bir kitabı baştan sona okumakla elde edilemeyeceği aşikârdır.⁸³

E. Tedricî/Aşamalı Öğretim Yöntemine Riayet Etmeme

Eğitim öğretimde zaman faktörü çok önemlidir. Bireyde istenilen davranışla- rın yerleşmesi, olumsuz davranışların sonlandırılması birden bire meydana gel- mez. Bu, eşyanın ve insanın doğasına aykırıdır. Örneğin tarladaki mahsule ya da ağaçtaki meyveye ulaşmak belli bir zamanı gerektirir. Yine bina yapmak isteyen bir kimse, ilk önce sağlam bir temel atar, sonra bu temel üzerine katları birer birer yükseltmeye çalışır.⁸⁴

İmam el-Buhârî (v.256/869), “Öğrettiğiniz ve ders okuduğunuz kitap hakkında *rabbânîler olun!*”⁸⁵ âyetinde geçen “*rabbânî*” kelimesini “İnsanlara küçük bilgile- ri büyüklerinden önce öğreten kişi” şeklinde tefsir etmekte⁸⁶, şârihi İbn Hacer el-‘Askalânî (v.852/1448) de bu tefsiri tedrice/aşamalı öğretim metoduna yormaktadır.⁸⁷

Ne var ki, İslam eğitim tarihinde bu prensibe riayet etme konusunda, gereken özenin bazen gösterilmediğini müşahede etmekteyiz. Örnek olmak üzere, Osman- lı medreselerinde öğretimde basitten zora doğru (tedrici) yöntemin terk edilme-

82 Sarıkaya, “Osmanlı Medreselerinin Gerileme Meselesi: Eleştirel Bir Değerlendirme Denemesi”, s.32-33; Unan, “Klasik Dönem Osmanlı Medreselerinde Eğitim Üzerine Yapılmış Çalışmalara Dair Bir Bibliyografya Denemesi”, s.100-101. Ayrıca bkz. Çiçek, *Şark Medreselerinin Serencâmı*, s.169-178.

83 Sözü nü ettiğimiz husus Osmanlı son dönem aydınları tarafından da zaman zaman dile getirilmiştir. Bkz. Mehmet Emin, “Medreselerde Eksik Olan Usûl-i Tedris Midir?”, *Mihrab Dergisi*, Yıl:1, Sayı: 6 (Şubat), Şehzâdebaşı Evkâf-ı İslamiye Matbaası, İstanbul 1340/1924, s.162.

84 Saka, Şevki, “İnsanı Aydınlatmada Tedrici Metodu n Önemi”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2001, Cilt: XLII, s.59.

85 *وَلَكِنْ كُونُوا رَبَّانِيِّينَ بِمَا كُنْتُمْ تُعَلِّمُونَ الْكِتَابَ وَبِمَا كُنْتُمْ تَدْرُسُونَ*.

86 Buhârî, *İlim*, 10. *وَيُقَالُ الرَّبَّانِيُّ الَّذِي يُرِي النَّاسَ بَصَغَارَ الْعِلْمِ قَبْلَ كِتَابِهِ*.

87 İbn Hacer, Ebu'l-Fadl Ahmed b. 'Ali el-'Askalânî, *Fethu'l-Bâri bi Şerhi Sahihî'l-Buhârî*, Dârü'l-Ma'rifê, Beyrut 1379/1959, I, 121.

siyle ilmî verim ciddi oranda düşmüştür. Medreseden mezun bir öğrencinin İslami bilimlerin her alanında uzman olması gerektiği düşüncesi, müfredattaki ders sayısı ve kitap listesinin kabarık tutulmasında etkili olmuştur. Ayrıca kitapların konulara bölünerek bu bölümlerin her birinin farklı sınıflarda okutulması, ilgili bilim dalının bir bütün halinde kavranmasını güçleştirmiştir. Sözelimi, dersin bir kısmı Yirmili medresede (Haşiye-i Tecrîd Medresesi) okutulurken geri kalan kısmı Altmışlı medresede tamamlanmıştır.

Her ne kadar bütün derslerin *iktisâr* (başlangıç) , *iktisâd* (orta) ve *istiksâ* (ileri) seviyede üç aşamalı olarak işlendiği kaydedilmekte⁸⁸ ise de bunun böyle olmadığı müfredat ile ilgili daha önce verdiğimiz bilgilerden anlaşılmaktadır. Sözelimi XVI. yüzyıl Osmanlı medreselerinde fıkıh öğretimine zor bir bilim dalı olan ve furû kitaplarının daima en sonunda yer alan ferâiz (İslam miras hukuku) ilmi ile başlanmakta ve Cürçânî'ye ait Şerh-i ferâiz okutulmaktadır. Üstelik medrese sisteminin ilk mertebesi *Yirmili Medresede* yarım bırakılan bu eser, yaklaşık sekiz sene sonra son mertebe olan *Altmışlı Medresede* ikmal edilmektedir. Usûl-i fıkıhta da orta düzeyde Tenkîh ve Tavzîh, ileri düzeyde Telvîh ve Şerh-i 'Adûd'dan ders verilirken başlangıç düzeyi ihmal edilmektedir. Furû-i fıkıhta ise Ellili (Hâriç) medreseden itibaren mezuniyete kadar tedrisin büyük çoğunluğu Hidâye üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Osmanlı medreseleri, yukarıda bahsini ettiğimiz nedenlerden dolayı bilhassa son devirlerinde mutlak müctehid şöyle dursun, müntesip müctehid, tercihte müctehid hatta mezhepte müctehid derecesinde bir âlim çıkarmaktan yoksun kalmış, fıkıh sahasında yetiştirdiği simaların kahir ekseriyeti salt mukallit fakih ve mezhep içi kavilleri aktaran "nâkil müftî" derecesini aşamamıştır.⁸⁹

XIX. yüzyıl başlarındaki zayıflayan medrese sisteminin asli fonksiyonunu icra etmekte aciz kaldığını fark eden Mehmet Âkif de, dâhî şahsiyetler ve orijinal eserlerin asırlardır değişmeden tekrar edilen kuru bilgilerle zuhur etmeyeceğini "Safahât"ta şöyle dile getirmektedir:

*Medresen var mı senin, bence o çoktan yürüdü;
Hadi göster bakayım şimdi de İbn-i Rüşd'ü,
İbn-i Sina neye yok, nerde Gazâlî görelim,
Hani Seyyid gibi Râzî gibi üç beş âlim.
En büyük fâzılınız bunların âsârından,
Belki on şerhe bakıp bir kuru mana çıkarın.
Yedi yüz yıllık eserlerle bu dinin hâlâ,
İhtiyacâtım kabil mi telafi, asla !⁹⁰*

88 İpşirli, "Medrese", DİA, XXVIII, 329; Akgündüz, *Osmanlı Medreseleri XIX. Asır*, s.72.

89 Bazı yazarlara göre Fatih Sultan Mehmet döneminde dahi yönetimi altındaki bölgelerde, diğer bazı İslam ülkelerindekilerle mukayese edebilecek seviyede ulema bulunmuyordu. Fatih'in iftihar edebileceği yerli ulema sadece bir kaç kişi ile sınırlı idi. Mesela Molla Hüseyin ve Hocazâde bu seçkin ulema arasındadır. Bkz. Cihan, *Osmanlı'da Eğitim*, s.19.

90 *Doğrudan doğruya kurandan alıp ilhamı,
Asrın idrakine söyletmeliyiz İslam'ı.*

VII. Sonuç Yerine

İslâmî ilimler, sahâbe devrinden bugüne kadar şifahi gelenekle öğretilmiş ve öğretimin merkezinde talebe değil müderris yer almıştır. Ebu İshâk eş-Şâtîbî'nin (v.790/1388) dediği gibi; “İlim önce insanların kalbinde idi, sonra kitaplara intikal etti. Lâkin kitapların anahtarı hâlâ insanların elindedir.”⁹¹ Bu yüzden özelden medreselere genelde bütün dinî eğitim kurumlarının kalitesi daima öğretim kadrosunun yeterliliğine bağlı olmuştur.

Sivil eğitim kurumları olarak ayakta kalmaya çalışan hâlihazır medreselerde, maddi bir karşılık beklemezsizin görev yapan hocaların bilgi ve becerileri, bu kurumlardan mezun olan öğrencilerin bilimsel donanımlarına doğrudan katkı sağlamaktadır. Bu noktada ısrarla üzerinde durulması gereken husus; müderrislerin ihtisaslaşması ve her müderrisin uzmanı olduğu ilmi okutmasıdır. Böylece ansiklopedik bir âlim değil derinliğine bir âlim türü hedeflenerek okunan derste gereksiz bilgilerin tekrardan kaçılacak ve zaman kazanmak için en mantıklı yol seçilmiş olacaktır. Hoca taze öğrendiği ham ve pişmemiş bilgi ile değil, melekesi olan bilgiyle rahatlıkla ve yorulmadan ders vermiş olacaktır.⁹² Müderris, şerh ve haşiyelerdeki malumatı talebeye olduğu gibi nakletmek yerine bu malumatı iyice özümseydikten sonra lüzumsuz ayrıntılardan süzerek talebeye bu bilgilerden faydalı olan kısmını onun kabiliyet ve zekâsına uygun olacak şekilde aktarmalıdır. Medrese sisteminin iyileştirilmesi hakkında bir takım projeler geliştirdiği bilinen ve esasen kendisi de bir medreseli olan Saîd Nursî'nin (v.1960) “Âlim-i mürşid koyun olmalı; kuş olmamalı.. Koyun kuzusuna süt; kuş yavrusuna kay verir.”⁹³ sözüyle kastettiği şey de bu olsa gerektir.

Buna mukabil talebenin de değişik hocalardan okumasına fırsat verilmelidir. Bu sayede gayretli bir öğrenci, her hocanın kendine has bir meziyeti olacağı için, her birinin iyi yanlarını kendine örnek alacak ve hocalarından daha üstün olma

*Kuru dava ile olmaz bu, fakat ilim ister;
Ben o kudrette adam görmüyorum, sen göster!
Koca ilmiyeyi aktar da bul üç tane fakih:
Zevk-i fikrîsi bütün, fikri açık, ruhu nezih.
Sayısız hadise var ortada tatbik edecek;
Hani bir tane usûl âlimi, yahu, bir tek!
Böyle avare düşünceyle yaşanmaz heyhat!
Mültekâ fikhımızın namı, usulün Mir'ât,
Yaşanır zannediyorsan, Baba Caferliksin,
Nefes ettir çabucak, kendine olsun bitsin!
Ölümler dîni değil, sen de bilirsin bu dîn,
Diri doğmuş, duracak dipdiri, durdukça zemin.*

Ersoy, Mehmet Akif, *Safahat*, s.417-418.

91 Şâtîbî, Ebu İshâk İbrâhîm el-Ğirnâtî, *el-Muvâfakât fî usûli'l-ahkâm*, Dârü İbn 'Affân, by. 1417/1997, I, 140, 148. “إِنَّ الْعِلْمَ كَانَ فِي صُدُورِ الرِّجَالِ، ثُمَّ انْقَلَبَ إِلَى الْكُتُبِ، وَصَارَتْ مَفَاتِحَهُ بَأْيَدِي الرِّجَالِ”

92 Bu husus önemine binaen, 1900'lü yılların başlarında Beyânülhak ve Sebülreşâd gibi dergilerde neşredilen ve medreselerin ıslahı için öngörülen bazı raporlar kapsamında dile getirilmiştir. Bkz. Atay, *Osmanlılarda Yüksek Din Eğitimi*, s.229-230.

93 Nursî, Bediüzzaman Saîd, *Mektûbât*, Zehra Yayıncılık, İstanbul 1998, s.535.

imkânı yakalayacaktır. Seçkin âlim ve müderrislerin hayatları incelendiğinde pek çok hocadan ders gördükleri anlaşılmaktadır.⁹⁴

Hukuk nosyonunun oluşması bakımından klasik kaynaklardan bir metin baştan sona muhakkak okunmalıdır. Özellikle ibadet bahislerinde ilk dönem kaynaklardan istifade edilmelidir. Özellikle usûl-i fıkıh ve istinbat yöntemlerinde geçmişten günümüze herhangi bir değişikliği meydana geldiği varsayılmaz. Dolayısıyla bu konularda kadim eserlerden yardım almakta hiçbir mahsur bulunmamakta, hatta bu tür eserlerin daha faydalı ve bereketli olduğu görülmektedir. Ancak bilhassa ileri düzey fıkıh usulü okumalarında mütekellim ve fukahanın metodunu mezceden eserlerin öncelenmesi, talebenin her iki mesleğe de yabancı kalmamasını sağlayacaktır.

Öğrencinin fıkıh okumak için âlet ilimlerini bitirmesi beklenmemelidir. Eğitimin başından sonuna kadar talebenin seviyesine ve Arap dili alt yapısına uygun gelen eserlerden tedrisine devam edilmelidir.

Eserler yarım bırakılmamalı, talebenin zihni parçalanmamalıdır. Talebe, fıkıhın tamamını -tarifi, gayesi ve konusu ile- bir bütün halinde algılayabilmelidir.

Talebeye öncelikle içinde yaşadığı ve istikbalde görev yapacağı toplumun benimsediği mezhep hükümleri iyice kavratılmalı, diğer mezheplere ait hükümler ikinci aşamada işlenmelidir. Müdellel ve mukayeseli fıkıh kitaplarından birisi okutulmalıdır. Bu bağlamda İbn Rüşd'ün "*Bidâyetü'l-müctehid*" isimli kitabı hem nakillerdeki tutarlılığı hem de muhtasar bir eser olması bakımından tavsiye edilebilir.

Öğrendiği usûl kaidelerinin nasıl tatbik edildiğini pratik olarak öğrencinin görmesi bakımından tahrîc'ül-furû' 'al'e'l-usûl türü eserlerden birisi ders sırasına dâhil edilebilir. Bu bağlamda Tilimsânî'nin "*Miftâhu'l-vüsûl*"ü güzel bir tercih olacaktır.

Öğrenciden ihtilafı bir konuyu İbn Hazm'ın "*el-Muhallâ*"sı, Kâsânî'nin "*Bedâi'u's-sanâi*"i, İbn Kudâme'nin "*el-Muğni*"si, Nevevî'nin "*el-Mecmû*"u gibi mu-tavvel ve mukaran birkaç eserden incelemesini ve tarafların delillerini değerlendirmesini istemek, onu bir taraftan dersin işleyişine dâhil edecek diğer taraftan da analitik düşünce ve istinbat melekesini güçlendirecektir. Medrese eğitiminden amaç sadece mevcut bilgilerle yetinen değil, düşünen, araştıran ve sorgulayan insan modeli yetiştirmek olmalıdır.

Fıkıh, lisan öğretir gibi öğretilmemelidir. Sarf-nahiv kitaplarındaki lafza bağlılığa dayanan metin merkezli öğretim yöntemi, öğrencinin muhakeme gücünü zayıflatacağı gerekçesiyle, fıkıh derslerinde isabetli bir yöntem değildir. Öğrenci metni ezberlese bile konuyu iyice kavradığından emin olunmalıdır.

Fıkıh derslerinde tedric yöntemine riayet önemsenmelidir. Öncelikle her başlık mücmel bir açıklamayla beraber aklî ve zihnî melekesine uygun olacak şekilde

94 Atay, *Osmanlılarda Yüksek Din Eğitimi*, s.170.

öğrenciye aktarılmalıdır. Böylelikle ilgili bilimin bütünü hakkında bir fikir verilmiş ve ileriki aşamalar için gereken zihni alt yapı hazırlanmış olacaktır. İkinci aşamada konular baştan başlayarak sona doğru daha önce özet olarak verilen bilgiler açıklanarak tekrar edilmeli, hakkında ihtilaf edilen konular zikredilmelidir. Bu sayede öğrenci kapsamlı, zengin ve istikrarlı bir fıkıh melekeseine sahip olacaktır. Üçüncü aşamada ise söz konusu bilimin müşkil meseleleri halledilmeli ve kapalı yerleri vuzuha kavuşturulmalıdır.⁹⁵ Buna göre özellikle usûl-i fıkıh öğretiminde ilk aşamada dili sade ve muhtasar bir metin okunduktan sonra, orta düzeyde usûl konularını açıklayan daha geniş, üçüncü aşamada ise usulün tartışmalı ve problematik konularına değinen ayrıntılı bir eserin tercihi en faydalı yöntem olacaktır. *Abdulvahhâb el-Hallâf* ve *Abdulkerîm Zeydân* gibi bilgilerin modern dönemde yazılmış usulleri de orta seviyede okutulabilecek eserler arasında zikredilebilir.⁹⁶

Medrese öğrencisi dış âlemden izole edilmemeli, öğrenci medresede öğrendiği teorik bilgilerin günümüz dünyasında neye tekabül ettiğini bilmelidir. Fennî bilimlerde genel kültür düzeyinde de olsa öğrenim almaları sağlanmalı ve bu bilimlerin ışığında güncel fikhî meseleleri takip etmeleri için gerekli ortam hazırlanmalıdır. Aksi halde pozitif bilimlerin kati verilerini inkâra yeltenen medrese hocalarının gülünç durumuna düşeceklerdir. Nitekim *Mîzânü'l-hak fi İhtiyârî'l-ehak* adlı meşhur kitabında Kâtip Çelebi (v.1069/1659), müftüler az da olsa geometri bilmezlerse ne kadar yanlış fetvalar verebileceğine örnekler vermektedir.⁹⁷

Bütün eksikliklerine rağmen, bin seneden beri resmi olarak İslam'a hizmet etmiş ve binlerce ulemâ, fukahâ, hükkâm yetiştirmiş bir müesseseden yararlanacağımız pek çok yön olmalıdır. Osmanlı döneminde gerek ilmî anlamda ve gerekse halk bazında saygın bir müessese olan, Cumhuriyet döneminde de dinî ilimler alanında ortaya çıkan boşluğu dolduran bu irfan yuvalarının sahip olduğu bilimsel birikimden istifade etmenin yolu hep beraber araştırılmalıdır. Bu bağlamda Diyanet İşleri Başkanlığı'nın liyakat sahibi bazı müderrisleri eğitim merkezlerinde eğitim görevlisi olarak istihdam etme projesini takdire şayan buluyoruz. Ayrıca medrese silsilesi ve İlahiyat fakültelerinde yürürlükte olan müfredatın karma ve seçmeci bir metotla Doğu Anadolu bölgesi başta olmak üzere bazı pilot bölgelerde uygulanması da imkânsız değildir. Bunun için, yeni kurulan *İslâmî İlimler Fakültelerinin* önemli bir fırsat olabileceği kanaatindeyiz. Böyle bir uygulama, bir taraftan bölgeyi entelektüel açıdan cazibe merkezi kılacak, diğer taraftan ise yöre halkının devlet ile bütünleşmesi açısından önemli hizmetlere vesile olacaktır.

95 İbn Haldûn, Abdurrahmân b. Muhammed b. Muhammed, *el-Mukaddime (Divânü'l-mübtedei ve'l-haber fi târihi'l-Arabi ve'l-Berber ve men âsarahüm min zeviş-şe'ni'l-ekber)*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1408/1988, I, 734 vd.

96 Medreselerin müfredat programındaki diğer teklifler için bkz. Çiçek, *Şark Medreselerinin Serencâmı*, s.177-178.

97 Bu örneklerden birisi kitabın sadeleştirilmemiş haliyle şöyledir: "Müftî-i mühendis ile gayr-i mühendis fetvasıdır: Bir kimse tûlu, arzı, umku dört zirâ' bir bi'r hafr etmeye âheri sekiz akçeye isticar eyleyüp, ol dahi tûl ve arz ve umku iki zirâ' bir bi'r hafr eyledi ve dört akçe istedi. Fetva ettirdiler; hendese bilmez müftî 'dört akçe hakkıdır' dedi. Müftî-i mühendis 'hakkı bir akçedir' deyü fetva verdi. Hakkı rüchân budur." Kâtip Çelebi, Mustafa b. Abdullah, *Mîzânü'l-hak fi İhtiyârî'l-ehak*, Marifet Yayınları, İstanbul 1990, s.197.

الضرائب التي وضعها الخليفة الثاني عمر (رض) على سكان و أراضي بلاد الشام¹

Doç. Dr. Mehmet Erdem²

Hz. Ömer'in Biladü'ş-Şam Sakinleri Üzerine Koyduğu Vergiler

İkinci Halife Hz. Ömer'in döneminde İslam devletinin hâkimiyetine giren ve "Biladü'ş-Şam" adı verilen topraklar, insanlık tarihi boyunca hep merkezi bir öneme sahip olagelmıştır. Bu toprakların, İslam tarihi ve hukuku açısından ise çok daha özel bir manası vardır. Çünkü dünya görüşü temelde vahye dayanan ve ilk pratikleri Hz. Peygamber (sav) tarafından uygulanan İslam'ın evrensel veçhesi ilk olarak, yerkürenin bu köşesinde kendisini göstermiş ve Hz. Ömer'in bu topraklarla ilgili olarak aldığı karar ve uygulamalar, daha sonraki dönemlerde hep referans olarak kabul edilmiştir. Bu çalışma Hz. Ömer'in bu topraklarda yaşayanlar üzerine vazettiği vergilerin tespit ve tahlilini konu edinmektedir.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين. وبعد، فإني سأحاول — بإذن الله عز وجل — أن أقدم في هذا العمل المتواضع ما وضع عمر (رض) من الضرائب التي فرضها على سكان و أراضي بلاد الشام بعد الفتح الإسلامي. و قبل البداية أود تسامح القراء الكرام لأجل الأخطاء الواردة في المقال، فإن الكمال لله تعالى فقط .

التمهيد

لبلاد الشام أهمية كبيرة في ماضي البشر و حاضره من نواح شتى . ولذلك كانت — و لاتزال — هذه البلاد هدفا من أهداف الغزاة والمستعمرين طوال تاريخ البشر. عاش فيها كثير من الأنبياء المذكورين في القرآن الكريم. و لها أهمية زائدة على أهميتها العامة في تاريخ الإسلام لعدة أسباب معنوية و مادية. اولاً: كان الرسول — صلى الله عليه وسلم — في بداية الإسلام؛ قبل هجرته إلى المدينة المنورة — وبعدها مدقة³ —

١ أصل هذا المقال محاضرة ألقيتها بعنوان "الضرائب المفروضة على أراضي بلاد الشام في عهد عمر (رض)" في « الندوة الدولية [التاريخية — الأثرية] بلاد الشام في عصر الرسول (صلى الله عليه وسلم) و الخلفاء الراشدين (رضى الله عنهم)» 2— 4 / أيار، 2006 . حلب — سورية.

٢ Firat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü, İslam Hukuku ABD. Öğretim Üyesi

٣ استمرت هذه المدة بضعة عشر شهرا، على ما نقل المفسرون. انظر إلى ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الدعوة، إستانبول، 1987، ج 1، ص. 192 — 193. و سيشار لهذا الكتاب بعد وروده فيما بعد هكذا: ابن كثير، تفسير،

والمسلمون معه يتوجهون في صلاتهم إلى المسجد الأقصى الموجود في بلاد الشام، واستمر هذا الوضع إلى أن نزلت الآية الأمرة بتحويل القبلة⁴. ثانياً: كانت الحركات التجارية تستمر بين الحجاز— مهد الإسلام — والشام — مهد الحضارة — منذ أمد بعيد، و ذكر الله تعالى في القرآن الكريم عظيم نعمه في الرحلتين اللتين كانت القریش تقوم بهما⁵. ثالثاً: فيها الأراضي الزراعية المباركة⁶. رابعاً: هناك أحداث كثيرة تمدح بلاد الشام ضمن أسرار الساعة⁷.

و لها أهمية زائدة في الفقه الإسلامي. لأنها من أولى البلدان التي دخلت تحت سيطرة المسلمين من البلدان التي تقع خارج جزيرة العرب. وشكلت التنظيمات الأولى المطبقة في هذه البلاد من الأصول الإدارية والضرائب، النموذج الأصلي في حقوق الإدارة والضريبة. ولذلك لها أثر كبير في تعيين أشكال التنظيمات المعقبة، حتى صارت تطبيقات عمر (رض) مرجع الفقهاء في البلاد المفتوحة بعده. وبناء على ذلك، ينبغي لمن يريد أن يفهم حقيقة التشريع الضريبي في الإسلام أن يفهم التنظيمات العمرية في بلاد الشام و سواد العراق بشكل صحيح. ونحن نريد أن نشير إلى النقاط المهمة المتعلقة بالضرائب في التنظيمات العمرية، ولكن قبل الدخول إلى صلب الموضوع سنقدم معلومات موجزة في ثلاث مسائل؛ لكل منها دخل و شأن في التصور الصحيح لموضوعنا و فهمه: **الأول** المعلومات العامة عن عهد خلافة عمر (رض) و فتوح الشام. **والثاني** النظام الإداري في بلاد الشام في عهده، لأنه لمعظم التنظيمات الإدارية الصادرة في عهد عمر علاقة قوية بالضرائب. **الثالث** الضرائب المطبقة في بلاد الشام قبل الإسلام أي الضرائب البيزنطية، لأن هناك نقاطاً مشتركة ونقاطاً مختلفة بين الضرائب البيزنطية والإسلامية ومصارفيهما. فالمقال متشکل من ثلاثة فصول. **الفصل الأول**: المعلومات العامة عن عهد خلافة عمر و فتوح الشام و تنظيماته الإدارية في بلاد الشام. **الفصل الثاني**: نظرة شاملة على الضرائب المطبقة في بلاد الشام قبل الإسلام. **الفصل الثالث**: الضرائب المفروضة على سكان و أراضي بلاد الشام في عهد عمر.

الفصل الأول: المعلومات العامة عن عهد خلافة عمر (رض) و فتوح الشام هـ . -634 643

وتنظيماته الإدارية في بلاد الشام

عمر و عهده

عمر بن الخطاب بن نفيل... القرشي العدوي، ولد بمكة قبل حرب الفجار بنحو أربع سنين، و

٤ وهي " قول وجهك شطر المسجد الحرام". سورة البقرة، 144.

٥ قریش/ 1-4.

٦ كما قال تعالى في القرآن الكريم: " سبحانه الذي أسرى بعبد له ليلاً من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى الذي باركنا حوله ليريه من آياتنا إنه هو السميع البصير" الإسراء / 1.

٧ انظر للمؤشرات و الإحصاءات لفتح بلاد الشام إلى إحسان عباس " فتح بلاد الشام المؤشرات والإحصاءات"، الجامعة الأردنية — جامعة اليرموك؛ بلاد الشام في صدر الإسلام الندوة الثانية من أعمال المؤتمر الدولي الرابع لتاريخ بلاد الشام، (24-30 جمادى الآخرة 1405 هـ — 16-22 آذار 1985)، (تحرير: محمد عدنان البيهت — إحسان عباس)، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص. 13-24. سنشير لهذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: (إحسان عباس، المؤشرات).

كان يرعى الغنم في صغره، و اشتغل بالتجارة في شبابه⁸، وبهذه المناسبة كان قد رحل إلى الشام أكثر من مرة. أسلم عمر في السنة الخامسة من البعثة النبوية ، بعد أن كان قد عارضه معارضة شديدة، و صار من أشد الناس عداوة للكفار. و ظل عمر (رض) بعد إسلامه قريباً من الرسول — صلى الله عليه و سلم — ومستشاراً له. ولا غرو لأنه كان ممن تمنى رسول الله إسلامه حينما دعا الله قائلا : «**اللهم أعز الإسلام بأحب هذين الرجلين إليك: بأبي جهل أو بعمر بن الخطاب**»⁹. ثم صار قريباً من أبي بكر (رض) الخليفة الأول للرسول — صلى الله عليه و سلم —.. و لما حضرت الوفاة لأبي بكر (رض) استشار بعض كبار الصحابة في استخلاف عمر¹⁰. على الرغم من أن البعض كره فكرة أبي بكر، بسبب الغلظة البارزة في طبع عمر ؛ ولكن أبا بكر كان يعرف أن عمر ألقى بهذه الوظيفة المهمة بالنسبة إلى سائر الصحابة — رضى الله عنهم —. ثم دعاه ليستخلفه، و لما جاء عمر، قال له أبو بكر: «**إني أوصيك بوصية: إن حفظتها لم يكن شئ أحب إليك من الموت وهو مدركك، وإن ضيعتها لم يكن شئ أبغض إليك من الموت و لن تعجزه. إن لله عليك حقا في الليل لا يقبله في النهار، وحقا في النهار لا يقبله في الليل. و إنما لا تقبل نافلة حتى تؤدى الفريضة. و إنما خفت موازين من خفت موازينه يوم القيامة باتباعهم الباطل في الدنيا وخفته وحق ميزان لا يوضع فيه إلا الباطل أن يكون خفيفا وإنما ثقلت موازين من ثقلت موازينه يوم القيامة باتباعهم الحق في الدنيا وثقله عليهم وحق ميزان لا يوضع فيه إلا الحق أن يكون ثقيلا . فإن حفظت وصيتي هذه فلا يكونن غائب أحب إليك من الموت ولا بد منه، و إن أنت ضيعت وصيتي هذه فلا يكونن غائب أحب إليك من الموت و لن تعجزه**»¹¹. ثم توفي أبو بكر (رض) سنة 22، جمادى الآخرة 13 هـ / 23 أغسطس 634 م. و تحمل عمر الوظيفة الكبيرة على عاتقه. وعلى ما يبدو — من تصرفات عمر في عهد خلافته — أنه اتخذت وصية ابي بكر نصب عينيه في جميع شؤون الخلافة. بدأت الدولة الجديدة تتسع يوما فيوما في عهده. وكان عمر (رض) يعد نفسه مسئولا عن نشر الدعوة الإسلامية وتوفير الحياة الكريمة للجميع. وبهذه الملاحظات وجه عنايته إلى تقوية الثغور والشواطئ. ولقد اقترن اسم عمر بن الخطاب بالإمبراطوريتين العظيمتين؛ الساسان و بيزنطة. وبحق سمي عصر عمر بن الخطاب عصر الفتوحات الإسلامية.

فتح بلاد الشام

كانت بلاد الشام كلها والجزء الغربي من الجزيرة¹² تقع تحت حكم بيزنطة، وكانت السلطة البيزنطية

- ٨ الطبرى ، تاريخ ، ج. 2 ، ص. 453.
- ٩ رواه الترمذي ، المناقب، 46 / 17 (رقم الحديث: 3681) وقال حسن صحيح غريب.
- ١٠ و نص الاستخلاف كما يأتي على ما قال ابن خلدون: ”... فأتوا على رأي، فأشرف على الناس وقال: إني قد استخلفت عمر ولم آل لكم نصحا فامنعوا له و أطيعوا. و دعا عثمان فأمره فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما عهد به أبو بكر خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم عند آخر عهده بالدنيا وأول عهده بالآخرة ، في الحال التي يؤمن فيها الكافر و يوقن فيها الفاجر، أني استعملت عليكم عمر ابن الخطاب و لم آل لكم خيرا، فإن صبر و عدل فذلك علمي به و رأيي فيه، و إن جار و بدل فلا علم لي بالغيب والخير أردت ولكل امرئ ما اكتسب، وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون» ابن خلدون ، عبد الرحمن — تاريخ ابن خلدون ، دار الفكر، بيروت 1988 ، ج: 2، ص: 517. سنشير لهذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا :ابن خلدون، تاريخ.
- ١١ أبو يوسف ، الخراج ، ص . 11.
- ١٢ قال ابن الأثير: ”وإذا أطلقت الجزيرة في الحديث و لم تضاف إلى العرب فلما يراد بها ما بين دجلة والفرات“ (النهاية، ج. 1، ص. 161). ويقول أبو يوسف في هذا الصدد: ”إن الجزيرة كانت قبل الإسلام طائفة منها للروم، وطائفة منها لفارس، ولكل فيما في يده منها جند وعمال . فكانت رأس العين فما دوما

الحاكمة فيها على وشك الانهيار عشية الفتوح الإسلامية. و كان جيش هرقل¹³ — إمبراطور بيزنطة — شن الغارة على فارس، رداً على الهجوم الذي قام به كسرى الثاني (-628 590 م) على بيزنطة في الأناضول وأنطاكية ودمشق وبيت المقدس، التي تركها نبأاً للحرائق، ودمر فيها كنيسة القيامة وغيرها من معابد النصارى، وأعمل السيف في أهلها عام 614 م ، وحمل معه الصليب المقدس عند النصارى، وعاد به إلى عاصمته. وقد استرد (هرقل) ما فقدته من أراضي بلاد الشام من الحكم الفارسي الذي دام اثنتي عشرة سنة، ولكنها فقدت خلال هذه الفترة الكثير من نفوذها وهبتها، وخصوصاً في المناطق الجنوبية من بلاد الشام (فلسطين)؛ لأنها كانت قد أوقفت المساعدات المالية المدفوعة لهذه المنطقة مقابل حراسة الحدود، ولم تكن الحال بأفضل في المجال الديني، لأن الانشقاق في الكنيسة الذي حدث في منتصف القرن الخامس أدى إلى تصدع وحدة المجتمع الروحية¹⁴.

بداية حركات الفتح الإسلامي لبلاد الشام تمتد إلى عهد الرسول — صلى الله عليه و سلم — كما هو معلوم لدى الكل. روي أن الرسول — صلى الله عليه و سلم — بشر أصحابه بفتح بلاد الشام قائلاً « إنما ستفتح الشام فعليكم بمدينة يقال لها دمشق، فإنها خير مدائن الشام وهي مقبل المسلمين من الملاحم، و فسطاط المسلمين بأرض فيها يقال لها الغوطة، و معقلهم من الدجال بيت المقدس، و معقلهم من يأجوج و مأجوج الطور»¹⁵. ويمكننا أن نعد فتح خيبر وفدك (7 هـ) وغزوات مؤتة (8 هـ)¹⁶ وتبوك (9 هـ)¹⁷ وحملة أسامة بن زيد (11 هـ)¹⁸ مقدمة لفتوح بلاد الشام. ولكن عملية الفتوح بدأت فعلاً في عهد أبي بكر (رض) (11 — 13 / 632 — 634) وانفتحت أبواب بلاد الشام للمسلمين بغزوة اليرموك. و هذا يعني أن قسماً من بلاد الشام قد فتحت في عهد أبي بكر (رض).

- إلى الفرات للروم ، و نصيبين وما وراءها إلى دجلة لفارس“. أبو يوسف ، الخراج ، ص. 39 .
- 13 ربما تحسن الأشارة إلى أن هرقل، كان قد دعاه الرسول إلى الإسلام باعتنا الصحابي الجليل دحية الكلبي إليه ، و على الرغم من أن هرقل امتنع من الإجابة إلى الدعوة، أكرم رسول الرسول — صلى الله عليه وسلم — . و كان المسلمون في بداية الإسلام يريدون انتصار الروم على الفرس ويفرحون به . انظر إلى سورة الروم ، الآيات الأولى.
- 14 نقولا زيادة ، ”التطور الإداري لبلاد الشام بين بيزنطية و العرب“، الجامعة الأردنية — جامعة اليرموك ؛ بلاد الشام في العهد البيزنطي ، (9 — 13 محرم 1404 هـ — 15 — 19 تشرين أول 1983) ، (تحرير: محمد عدنان البخيت — محمد عصفور)، عمان، 1991، ص. 122. سيشار لهذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: « نقولا زيادة ، التطور الإداري». و انظر أيضاً إلى حسن إبراهيم حسن ، تاريخ الإسلام، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة، 1964، ج. 1 ص. 215 . سيشار لهذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: «حسن إبراهيم ، تاريخ» .
- 15 انظر للمؤشرات و الإرهصاصات لفتح بلاد الشام إلى : إحسان عباس ” فتح بلاد الشام المؤشرات و الإرهصاصات“، الجامعة الأردنية — جامعة اليرموك ؛ بلاد الشام في صدر الإسلام النودة الثانية من أعمال المؤتمر الدولي الرابع لتاريخ بلاد الشام ، (24 — 30 جمادى الآخرة 1405 هـ — 16 — 22 آذار 1985) ، (تحرير: محمد عدنان البخيت — إحسان عباس) ، مطبعة الجامعة الأردنية ، عمان، 1987، ص: 13 — 24.
- 16 و قد كانت غزوة موتة في شهر جمادى الأولى سنة ثمان من الهجرة و كانت هذه الغزوة أول غزوة قاتل جيش المسلمين جيش البيزنطة . وصى رسول الله زيدا فان قتل جعفر فان قتل فبعد الله بن رواحة، و روى البخاري عن أنس ” أن النبي صلى الله عليه و سلم نعى زيدا و جعفر و ابن رواحة للناس قبل ان يأتيهم خبرهم فقال (عليه السلام) أخذ الراية زيد فأصيب ثم أخذ جعفر فأصيب ثم أخذ ابن رواحة فأصيب — وعيناه تذرذان — حتى أخذ الراية سيف من سيوف الله حتى فتح الله عليهم“ . البخاري ، المغازي ، 64 ، باب غزوة موتة 44، (ج.5 ص.86) .
- 17 لما شاع خبر أن الروم تجمعوا على حدود فلسطين لقتال المسلمين و معهم بعض القبائل العربية في السنة التاسعة للهجرة، دعى الرسول صلى الله عليه و سلم المسلمين إلى الجهاد و خرج صلى الله عليه و سلم بالجيش في طريق الشام ، فلما وصل الجيش الإسلامي إلى تبوك أقامت فيها أياماً فصالحه أهلها و جاءت الوفود من نواح شين مثل أبله و غيرها وصالحوه على دفع الجزية. هذا من جهة و من جهة أخرى بعث النبي صلى الله عليه و سلم خالد بن الوليد بفريق من الجند إلى دومة الجندل فأمر صاحبها و استولى عليها، ثم رجع الرسول صلى الله عليه و سلم إلى المدينة . و كانت غزوة تبوك آخر غزوات الرسول صلى الله عليه و سلم. انظر حسن إبراهيم ، تاريخ ، ج 1، ص 147.
- 18 و كان الرسول (ص) قبيل وفاته جهز جيش أسامة إلى بلاد الشام و أدامه أبو بكر.

عندما تولى عمر (رض) الخلافة وجه اهتمامه إلى الجيوش المقاتلة. و لذلك أصدر أوامر تتعلق بعزل خالد بن الوليد من إمارة الجيش وتعيين أبي عبيدة بن الجراح قائداً عاماً للقوات الإسلامية في الشام¹⁹. واستمر القتال بين الجيوش الإسلامية و الجيوش البيزنطية في عدة معارك، وظل المسلمون إما يفتحون المدن عنوة و يحصلون على الأمكنة الاستراتيجية واحدة بعد أخرى، أو يصالحون على أن يؤمن أهلها على دمايتهم و أموالهم مقابل أن يؤدوا الجزية. وعندما دخلت جيوش المسلمين، بقيادة عمرو ابن العاص، إلى القدس وحاصرتها بضعة أشهر، طلب المسيحيون الصلح بشرط أن يحضر الخليفة وأن يتولى العقد بنفسه، فكتب عمرو قائد الجيش في هذه المنطقة إلى عمر هذا الطلب فجاء عمر (رض) لاستلام مفاتيح المدينة، ويتعهد لسكانها بالحرية الدينية، وكتب عمر بنفسه كتاب الأمان المسمى ”العهد العمرية“. وبنى في تلك الأرض المباركة مسجداً عند الصخرة المقدسة، ثم عاد إلى المدينة المنورة سنة 16هـ / 637 م. والقدس — وهي المدينة الوحيدة التي تولى الخليفة بنفسه في عهد الراشدين. وقد شارك عمر في الفتح نحو أربعة آلاف من الصحابة . و هكذا انتهت سلطة بيزنطة في هذه البلاد. و صدح صوت بلال بن رباح فيها بالأذان بعد أن كان امتنع عن ذلك منذ وفاة النبي — صلى الله عليه وسلم — . وقد تم فتح القدس، على الرأي الأرجح، في الربيع الآخر 15 هـ — ايار 637 م. وكانت ”قيسارية“ آخر مدينة تفتح في فلسطين في شوال 19 هـ — أكتوبر 639 م، وكانت ميناء ومدينة عامرة قوية سعى الروم للاحتفاظ بها قدر استطاعتهم. قام عمر بأمور الخلافة خير قيام وأتمه . مات عمر (رض) شهيداً علي يد فيروز أبي لؤلؤة، الغلام المجوسى الفارسى الأصل، عبد مغيرة بن شعبة²⁰.

على ما يبدو أن الفتح العربي لبلاد الشام، كان جزءاً من مخطط بدأ تنفيذه في حياة الرسول — صلى الله عليه وسلم — تطبيقاً لمبدأ عالمية الدعوة الإسلامية: الأفريون، عرب الجزيرة، العرب خارج الجزيرة، شعوب العالم، فكانت بدايات الفتح للعرب خارج الجزيرة، علماً بأن العرب الذين يعيشون خارج الجزيرة، غالبية قبائلهم تحالفت مع البيزنطيين لعاملين أساسيين: أولهما عامل الدين، إذ كان بعضهم يدين بالنصرانية، والثاني عامل الاستقلال القبلي، ورفض تدخل أية قوة خارجة عن إطار القبيلة.

كان اللقاء الأول للفاحين مع هذه القبائل، ثم تم فتح المدن ذات الغالبية العربية الواقعة جنوب بلاد الشام، ثم أواسط بلاد الشام، ثم المدن الساحلية، ومعظم هذه المدن تم فتحها بعد حصار طويل، وقد سهل أمر الفاتحين التناقض في التركيب السكاني وتعدد الديانات، والخلافات المذهبية، وسوء الادارة البيزنطية . وكان الهدف الأصلي العام في الفتوحات الإسلامية نشر الدعوة الإسلامية و حملها إلى الناس كافة . وعلى هذا النهج سارت فتوح الشام. وقد أقامت الجيوش الفاتحة قواعدهما العسكرية المركزية في الحامية في الجولان منطقة الغساسنة والرملة في فلسطين، ونزل القادة الفاتحون في طبريا، وبيسان، وفي القدس . وهكذا تم فتح بلاد الشام في عهد عمر (رض). وكان بعض القبائل الساكنة فيها قد أسلمت قبل الفتح، وفي أثناء الفتح و بعد الفتح دخلت قبائل كثيرة في الإسلام. كان الخلفاء الراشدون عندما يجوزون الجنود للفتوحات يصدرن تعليمات أخلاقية و دينية، و كانت الجنود تراعيها، وكان هذا يظهر جمال الإسلام ويعين في نشره.

١٩ انظر، ابن خلدون ، تاريخ، ج: 2، ص: 517.

٢٠ انظر، ابن خلدون ، تاريخ، ج: 2، ص: 517—570 .

النظام الإداري في بلاد الشام في عهد عمر (رض)

كان الأسلوب المتميز في سياسة الإدارة لعمر — في المناطق عموماً و بلاد الشام خصوصاً — التعددية والاستشارة. وكان عمر يجمع الصحابة، ويأخذ رأيهم في إدارة شؤون الدولة. والخطبة التي أوردتها عمر عند توليه الخلافة تفيد منهجه في الإدارة.²¹

أمر عمر (رض) أولاً إحصاء أسماء الجنود الفاتحين وجعل لهم رواتب وافية بمطالبهم، ثم قام بعمل إحصاء عام، ودون الدواوين، ورتب البريد، واتخذ تاريخ الهجرة بداية للتقويم. وقسم الدولة إلى ثماني ولايات، وهي: مكة، والمدينة، وفلسطين، والشام، والجزيرة الفراتية، والبصرة، والكوفة، ومصر، وعين لكل ولاية أميراً ينوب عنه في الصلاة وقيادة الجند، وإدارة شئون الحكم في الولاية. وكان هؤلاء الأمراء يراجعون عمر في حل المشاكل الكبرى، كالغزوات والعهود. وأما في المشاكل المختصة بالأمور العادية مثل جمع الخراج، والجزية، والزكاة، والمحافظة على التعاليم الدينية، وتعيين الولاة والعمال المحلية فكان الأمراء مستقلين في قراراتهم. وقد عقد قادة الجيوش الفاتحة سلسلة اتفاقيات مع أهل المدن المفتوحة، ولكن أكثر هذه الاتفاقيات كانت مؤقتة مثل الاتفاقيات الأولى مع بصرى ودمشق وحمص، ولكن لبعض هذه الاتفاقيات صفة الدوام²². والتنظيم الإداري النهائي لبلاد الشام جاء بعد زيارة عمر للشام واجتماعه بالقادة في الجابية سنة 16 هـ. قسم عمر الشام إلى أربعة أجناد و في كل جند فرق من الجيش تحمي الجند (الاقليم) وتقض الأعطيات. وكانت الأجناد الأربعة و الفرق التابعة لها بالشكل التالي:

1— جند دمشق، و الفرق التابعة له هي: عرقه، و جبيل، و صيدا، و بيروت، و طرابلس

2— جند حمص، و الفرق التابعة له هي: اللاذقية، و جبلة، و بانياس، و أنطرسوس.

٢١ حيث يقول فيها: ”أيها الناس إنه لم يبلغ ذو حق في حقه أن يطاع في معصية الله، وإن لا أجد هذا المال يصلحه إلا خلال ثلاث: أن يؤخذ بالحق ويعطى في الحق ويتعمق من الباطل. وإنما أنا ومالككم كولي اليتيم إن استغنيت استعفت، وإن افتقرت أكلت بالمعروف، ولست أدع أحداً يظلم أحداً ولا يعتدى عليه حتى أضع حده على الأرض، وأضع قدمي على الخد الآخر حتى يدعن للحق. ولكم عليّ أيها الناس حصال أذكرها لكم فخذوني بها، لكم عليّ ألا أحتج شيئاً من خراجكم ولا مما أفاء الله عليكم إلا من وجهه، ولكم عليّ إذا وقع في يدي ألا يخرج مني إلا في حقه، ولكم عليّ أن أزيد أعطيتكم وأرزاقكم إن شاء الله وأسد ثغوركم، ولكم عليّ ألا ألتقيكم في المهالك ولا أجزركم في ثغوركم وقد اقترب منكم زمان قليل الأمناء كثير القراء قليل الفقهاء كثير الأمل، يعمل فيه أقوام للآخرين يطلبون به دنيا عرضة تأكل دين صاحبها كما تأكل النار الحطب ألا كل من أدرك ذلك منكم فليتبك الله به وليصبر” أبو يوسف، الخراج، ص: 117، 118.

٢٢ عبد العزيز الدوري، تنظيمات عمر بن الخطاب <<الضرب في بلاد الشام>>، الجامعة الأردنية — جامعة اليرموك؛ بلاد الشام في صدر الإسلام الندوة الثانية من أعمال المؤتمر الدولي الرابع لتاريخ بلاد الشام، (24—30 جمادى الآخرة 1405 هـ — 16—22 آذار 1985)، (تحرير: محمد عدنان البحت — إحسان عباس)، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص. 459. سنشير لهذا المقال عند وروده فيما بعد هكذا: الدوري، الضراب.

3— جند الأردن ، و الفرق التابعة له هي: صور و عكا.

4— جند فلسطين، و الفرق التابعة له هي: قيسارية، و يافا، و عسقلان، و غزة²³.

وهناك بعض التشابه بين البنود البيزنطية و الأجناد الإسلامية كما أفاده المورخون. ولكننا لا نريد أن نناقش هذا التشابه حذرا عن الابتعاد عن موضوعنا. عين عمر أبا عبيدة (أمين الأمة) أمير الأمراء لبلاد الشام بصلاحيات واسعة عسكرية و مدنية، دامت إمارة أبي عبيدة (رض) إلى موته في طاعون عمواس سنة 18 هـ. و بعد ما توفي أبو عبيدة ولى عمر مكانه يزيد بن أبي سفيان بولاية الشام و أمره أن يغزو قيسارية²⁴.

وكان في كل مدينة عدد كبير من الموظفين، مثل الوالي والقاضي وجباة الضرائب وعمال الخراج والكتاب الذين يعملون في الدواوين. و كان عمر (رض) هو أول من أنشأ منصب القضاء مستقلا عن غيره من الأعمال، و كان قبل ذلك تابعا لولاية الأمراء و العمال و من جملة وظائفهم²⁵. فمثلا كان عمر عين أبا الدرداء دمشق قاضيا و إمام الصلاة ، وعبادة بن الصامت حمص و قنسرين ، و كريب بن سيف الأنصاري الأردن. و كانت حدود صلاحيات الولاة تتوقف على ما كتب في نص التعيين من ولاية على الصلاة أو الحرب أو الخراج أو ثلاثها معا. و لم يتبع عمر (رض) نهجا معيناً في الإدارة و إعطاء الصلاحيات للولاة. و من أجل ذلك يمكننا أن نرى أن هناك إختلافا فاحشا بين صلاحيات الولاة في المدائن المختلفة.

و كانت القادة و الولاة و القضاة في الفترة الراشدة إما من الصحابة و إما من الفقهاء الجديرين بالاحترام²⁶. و كانت الوظيفة الأصلية لهؤلاء الموظفين تبليغ الإسلام و تعليمه و هذا يفهم من هذا الدعاء لعمر: « اللهم اني أشهدك على أمراء الأمصار فيني إنما بعثتهم ليعلموا الناس دينهم سنة نبيهم و يقسموا فيهم فيأهم و يعدلوا عليهم فمن أشكل عليه شيء رفعه إلى»²⁷. و هكذا كان يتركز جميع تصرفات عمر (رض) على هدف إعلاء كلمات الله ، و تعليم المبادئ الإسلامية. فقال عمر في خطاب له: « والله ما أرسل عمالي إليكم ليضربوا أبشاركم و لا ليأخذوا أموالكم ولكن أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم و سننكم فمن فعل به سوى ذلك فليرفعه إلى»²⁸.

٢٣ انظر إلى مجلة حماش، الإدارة و نظام الضرائب في الشام في عصر الراشدين، الجامعة الأردنية — جامعة اليرموك ؛ بلاد الشام في صدر الإسلام النبوة الثانية من أعمال المؤتمر الدولي الرابع لتاريخ بلاد الشام ، (24— 30 جمادى الآخرة 1405 هـ — 16— 22 آذار 1985)، (تحرير: محمد عدنان البحيت — إحسان عباس) ، مطبعة الجامعة الأردنية ، عمان، 1987، ص. 459. سنشير لهذا المقال عند وروده فيما بعد هكذا: حماش، الإدارة. ص. 415.

٢٤ انظر أبو الحسن البلاذري، فتوح البلدان ، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1991، ص. 145. سنشير لهذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: بلاذري، فتوح .

٢٥ أنظر إلى الزرقاء ، مدخل ، ج. 1، ص. 162.

٢٦ انظر حماش، الإدارة ، ص: 421 . هناك بعض الاختلافات في أسماء القضاة الى الولايات و لكن هذا لا يفيد شيئا بالنسبة الى موضوعنا

٢٧ أبو يوسف ، الخراج ، ص: 15.

٢٨ حماش ، الإدارة، ص: 420.

الفصل الثاني: نظرة شاملة على الضرائب المطبقة في بلاد الشام قبل الإسلام أى الضرائب

البيزنطية

في الحقيقة، المعلومات المتعلقة بنظام الضرائب البيزنطية قليلة. ومع ذلك هناك بعض المعلومات المضيئة لموضوعنا. يقول الباحثون: إن الميادئ والأسس المتعلقة بالضرائب البيزنطية تعتمد على تنظيماتي ديوكليتيان (284—305) و قسطنطين (308—337) الإمبراطورين لبيزنطة²⁹. كان الإمبراطور ديوكليتيان نظم الضرائب الغير المنظمة، و قام ببعض الاصلاحات لتنظيم الضرائب، وأحصى الناس، وعين عمرهم و جنسيتهم ثم أمر بمسح الأرض و بإجراء إحصاء للأرض . ففرضت ضريبة الرأس (Tributum capitis) في الشام على الذكور من 14 إلى 65 عاما وعلى الإناث من 12 — 65 عاما. ثم قسم الأراضي لغرض الضريبة إلى وحدات متساوية في قيمة الإنتاج، و لكل منها تؤخذ ضريبة ثابتة³⁰، وكانت تسمى هذه الضريبة ب Jugatio. و أخذ الإحصاء بعين الاعتبار عدد الوحدات التابعة لكل مدينة ذات حكومة محلية وما يتبعها من أراض و قرى و ضياع. وفي كل سنة عند إعلان الضريبة الأساسية عن الوحدة كان على موظفي المدينة ذات الحكم المحلي أن يقوموا بجمع مقدار من المال يساوي مقدار الضريبة الأساسية عن الوحدة مضروبا في عدد وحدات كل مدينة... وكانت قيمة الضريبة تعتمد على قرارات السلطة العسكرية أو المدنية، وكان هذا يسبب الإجحاف بدفعي الضرائب. كانت تجبي بنسبة معينة من تقدير قيمة الأرض وهي كانت في بداية الأمر واحدا بالمائة ثم صارت نسبة معينة من الحاصل قريبة من 12 بالمائة على ما بين الدورية. و كان هناك أراض صغيرة يملكها مزارعون أحرار. و ضياع خاصة لها امتيازات معينة مثل ضياع الأشراف و الكنائس. وهذه الأراضي لم تكن معافاة من الضرائب ولكنها كانت خارج السلطة وكان أصحاب الضياع يملكون حق دفع الضرائب مباشرة للحكومة الإمبراطورية، وليس عن طريق موظفي المدينة. و كان هذا الامتياز يسمى حق ال Autopragia³¹. و بسبب هذا الوضع المتميز لهذا القسم من الضياع كان الملاكون الصغار يحاولون أن يلحقوا أراضيهم بمؤلاء الأشراف. و كان هناك ضياع أخرى إمبراطورية؛ وهي التي يقوم العبيد بعملية الزراعة فيها، وطبعاً لم تكن تؤخذ الضريبة من هذه الأراضي.

أجمع الباحثون على وجود ضريبة الرأس في أوائل الامبراطورية، و لكنهم يختلفون فيما؛ هل استمرت إلى الفتوحات الإسلامية، أم ألغيت في عهد قسطنطين. و أكثر الأقوال على أنه لم يبلغ قسطنطين هذه الضريبة³².

وكانت هناك ضرائب أخرى كانت تفرض على المواطنين في مناسبات خاصة؛ مثل ضريبة الحرب و ضريبة سد الحاجات. وكانت هذه الضرائب أكثر إرهاقا من الضرائب النظامية المتغيرة للحاميات ولإدارة

٢٩ انظر للتفصيل، حماش، الإدارة، ص. 433 — 437؛ و الدوري، الضرائب، ص. 457 — 459.

٣٠ الدوري، الضرائب، ص. 458.

٣١ الدوري، الضرائب، ص. 358.

٣٢ عرفان محمود رانا، **Hız Ömer Döneminde Ekonomik Yapı** المترجم: أحمد قوط، Bir Yayıncılık، استانبول، ص. 90.

سنشور لهذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: رانا.

الرومانية³³. ثم إن الدولة كانت قد اعتادت أن تمنح بعض الأراضي بعقود طويلة الأمد كالإقطاعات. ولذلك ظهرت في القرن الخامس عادة منح أرض الموات لمن يريد إحياءها مقابل دفع أجر ثابت³⁴. و كان بعض أصحاب الضياع يملك حق دفع الضرائب مباشرة للحكومة الإمبراطورية و ليس عن طريق موظفي المدينة. وعلى كل حال، كان النظام البيزنطي غير عادل، ولذلك كان يسبب انزعاجا كبيرا ينعكس أثره على موظفي الحكومة المحلية الذين أقيمت علي عاتقهم مسؤولية جمع مقدار معين من المال كل عام، فإذا خرجت عن سلطتهم أرض من مجموع الأراضي التي كانوا مسؤولين عن جمع ضرائبها لسبب من الأسباب فكان العبء يزيد بذلك المقدار على بقية الجماعة³⁵.

الفصل الثالث: الضرائب المفروضة على سكان و أراضي بلاد الشام في عهد عمر

لم تدخل بلاد الشام تحت سيطرة المسلمين في غزوة واحدة أو في صلح واحد، بل دخلت في سلسلة من الغزوات و الصلوح المستمرة التي بدأت من عهد الرسول إلى آخر عهد عمر، كما أشرنا آنفا. و لكنها دخلت بعمومها تحت سيطرة المسلمين في عهد عمر (رض). فكلما افتتحت مدينة عنوة أو صلحا كان القواد يخبرون عمر الوضع و يستشيرون في أمرهم بعقد الصلح. و كان عمر يستشير كبار الصحابة ثم يضع نظاما موافقا للأصول المقررة في الإسلام. و كان اجتهاد عمر المتعلق بحالة البلاد المفتوحة؛ بلاد الشام و أخواتها الجزيرة و سواد العراق و مصر، رفض تقسيم الأراضي على المجاهدين الفاتحين لها من غير تفريق بين أن تفتح عنوة أو صلحا. و كان بعض الصحابة مثل الزبير بن العوام و بلال بن أبي رباح وغيرهما يطالبون بتقسيمها بين المجاهدين القتالين بعد تخميسها كما تقسم الغنائم الحربية محتجين بظواهر بعض نصوص القرآن و السنة. وقد ذهب عمر إلى خلاف رأيهم فاعتبر هذه الأراضي من الفيء الذي تتعلق به حقوق جميع المسلمين. و اعتبر عمر في اجتهاده هذا مصالح الأجيال اللاحقة و حقوقها في بيت المال³⁶. فأبقى الأراضي لأهلها و طرح عليها ضريبة الخراج، رأيا منه أن ذلك أصلح لإحيائها و أعم و أدوم لنفعها³⁷. فهذا الاجتهاد لعمر ضرب دمغته على التنظيمات المتعلقة بالضرائب في البلاد المفتوحة الجديدة كلها. فمثلا كتب أبو عبيدة إلى عمر (رض) بعد انهزام المشركين في بلاد الشام و بعد ما أفاء الله على المسلمين و ما أعطى أهل الذمة من الصلح سائلا أن يكتب اليه برأيه في الغنائم من المدن و أهلها و الأراضي و ما فيها من الأشجار و الزروع. فكتب اليه عمر رضى الله عنه:

”إن نظرت فيما ذكرت مما أفاء الله عليك، و الصلح الذي صالحت عليه أهل المدن و الأمصار،

٣٣ الدورى، الضرائب، ص. 458.

٣٤ حناش، الإدارة، ص. 434 — 435.

٣٥ حناش، الإدارة، ص. 435. انظر لنظام حقوق الأراضي في البيزنطة إلى رانا، ص. 107—109. و على شفق، **Islam Arazi Hukuku ve Tatbikati**، 1977، ص. 36 — 42. سنشير لهذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: على شفق، حقوق الأراضي.

٣٦ أبو يوسف، كتاب الخراج، ص 24—27.

٣٧ الزرقاء، المدخل الفقه العام، ج 1 ص 161.

و شاورت فيه أصحاب رسول الله — صلى الله عليه و سلم — فكل قد قال برأيه و إن رأيي تبع لكتاب الله تعالى قال الله تعالى: <<... للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم و أموالهم يبتغون فضلا من الله و رضوانا و ينصرون الله و رسوله أولئك هم الصادقون >> هم المهجرون الأولون >> وللذين توعوا الدار و الإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا و يؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة و من يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون >> فإنهم الأنصار >> و الذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا و لإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ولا تجعل في قلوبنا غلا للذين آمنوا ربنا إنك رؤوف رحيم >>³⁸ (وهم) ولد آدم الأحمر و الأسود، فقد أشرك الله اللذين من بعدهم في هذا الفضيء إلى يوم القيامة، فأقر ما أفاء الله عليك في أيدي أهله، و اجعل الجزية عليهم بقدر طاقتهم تقسمها بين المسلمين، و يكونون عمار الأرض، فهم أعلم بها و أقوى عليها، ولا سبيل لك عليهم ولا للمسلمين معك أن تجعلهم فيما و تقسمهم للصلح الذى جرى بينك و بينهم و لأخذك الجزية منهم بقدر طاقتهم و قد بين الله لنا و لكم فى كتابه...³⁹. فإذا أخذت منهم الجزية فلا شئ لك عليهم ولا سبيل. أرأيت لو أخذنا أهلها فاقسمنا هم ما كان يكون لمن يأتي بعدنا من المسلمين، و الله ما كانوا يجدون إنسانا يكلمونه، ولا ينتفعون بشئ من ذات يده و أن هؤلاء يأكلهم المسلمون ما داموا أحياء فإذا هلكتنا و هلكوا أكل أبناءنا أبناءهم ما بقوا فهم عبيد لأهل دين الإسلام ما دام دين الإسلام ظاهرا، فاضرب عليهم الجزية و كف عنهم السبي و امنع المسلمين من ظلمهم و الإضرار بهم، و أكل أموالهم إلا بحقها، و ووف لهم بشرطهم الذى شرطت لهم فى جميع ما أعطيتهم >>⁴⁰.

و تعكس العهدة العمرية المشهورة السياسة العامة المتعلقة بالإدارة و الضرائب فى عهد عمر: « بسم الله الرحمن الرحيم. هذا ما أعطى عبد الله، عمر، أمير المؤمنين، أهل إيلياء من الأمان؛ أعطاهم أماناً لأنفسهم و أموالهم و لكنائسهم و صلباتهم و سقيمها و بريثها و سائر ملتها؛ أنه لا تسكن كنائسهم ولا تهدم، ولا ينتقص منها ولا من حيزها، ولا من صلبهم ولا من شيء من أموالهم، ولا يُكروهون على دينهم، ولا يضارّ أحد منهم، ولا يسكن بإيلياء معهم أحد من اليهود. و على أهل إيلياء أن يُعطوا الجزية كما يُعطي أهل المدائن، و عليهم أن يُخرجوا منها الروم و اللصوص. فمن خرج منهم فإنه آمن على نفسه و ماله حتى يبلغوا مأمنه؛ و من أقام منهم فهو آمن، و عليه مثل ما على أهل إيلياء من الجزية. و من أحب من أهل إيلياء أن يسير بنفسه و ماله مع الروم و يخلي بيّعهم و صلبهم (أي صلباتهم)، فإنهم آمنون على أنفسهم و على بيّعهم و صلبهم حتى يبلغوا مأمنهم... فمن شاء منهم قعد و عليه مثل ما على أهل إيلياء من الجزية، و من شاء سار مع الروم. و من شاء رجع إلى أهله، فإنه لا يؤخذ منهم شيء حتى يحصد حصادهم. و على ما فى هذا الكتاب عهد الله و ذمة رسوله و ذمة الخلفاء و ذمة المؤمنين، إذا أعطوا الذى عليهم من الجزية.» كتب و حضر سنة خمس عشرة هجرية. شهد على ذلك: خالد بن الوليد و عبد الرحمن بن عوف و عمرو بن العاص و معاوية بن أبي سفيان >>⁴¹.

38 الحشر، 8 — 10.

39 و هنا يذكر اية الجزية >> قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية >> التوبة 29.

40 انظر إلى أبو يوسف، الخراج، ص. 140 — 141.

41 أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى، تاريخ الأمم و الملوك، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ج. 2، ص. 449. سنشير لهذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: الطبرى، تاريخ. و انظر لتحليل الروايات المتعلقة بهذه العهدة: بلاد الشام فى صدر الإسلام، ص: 271 — 283.

و هذه العهدة، مع ما فيها من التسامح الديني لدى المسلمين، تفيد أن هناك ضريبتين أصليتين في بلاد الشام في عهد عمر (رض). و كذلك النقاط المشتركة من حيث الضريبة في كل المعاهدات التي عقدت مع مدن الشام هي وجود هاتين الضريبتين في كل واحدة منها. وهما الجزية و الخراج. وهناك ضرائب ثانوية على حسب دين المكلفين وأحوالهم المناسبة مثل ضريبة الضيافة و ضريبة العشر و ضريبة الجمرک. و كانت مصارف هذه الضرائب مختلفة أيضاً. و نحن سنتكلم عن كل واحد من هذه الضرائب على حد مختصر و لنبدأ بالضريبة الأصلية وهي الجزية.

1— ضريبة الرأس/ الجزية

إن المصادر تشير إلى أن الموقعين على عهود الصلح في بلاد الشام في عهد عمر أحد الأمراء الأربعة، وهم: خالد بن الوليد، و أبو عبيدة بن الجراح، و عمر بن العاص، و شرحبيل بن حسنة. و كذلك تشير أيضا إلى أن في العهود كلها سارت مادة ضريبة الجزية على أهل المناطق المختلفة. و لكن في الروايات اختلاف كثير فيمن ضربت عليه الجزية، فبعض الروايات يفيد أن هذه الضريبة كانت تفرض على كل جمجمة، والبعض الآخر من الروايات يفيد أنها تفرض على كل رجل بالغ. نحن نذكر نموذجا واحدا لكل منهما:

1— كانت ضريبة الجزية تفرض على كل جمجمة: نقل بلاذري عن أبي عبيدة ... عن الأوزاعي أنه قال كانت الجزية بالشام في بدء الأمر جريبا و ديناراً على كل جمجمة، ثم وضعها عمر ابن الخطاب على أهل الذهب أربعة دنانير، و على أهل الورق أربعين درهما، و جعلهم طبقات لغنى الغنى و إقلال المقل و توسط المتوسط⁴².

2— كانت ضريبة الجزية تفرض على كل رجل بالغ؛ قال أبو عبيد: « كتب عمر إلى أمراء الأجناد : أن يقتلوا في سبيل الله و لا يقتلوا إلا من قاتلهم ، و لا يقتلوا النساء و لا الصبيان و لا يقتلوا إلا من جرت عليه الموسى. و كتب إلى أمراء الأجناد أن يضربوا الجزية و لا يضربوها على النساء و لا الصبيان و لا يضربوها إلا على من جرت عليه الموسى⁴³. و نجد في البلاذري مقادير الضرائب المفروضة على المكلفين. وهو ينقل عن طريق أسلم مولى عمر بن الخطاب: « أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد يأمرهم أن يضربوا الجزية على كل من جرت عليه الموسى، و أن يجعلوها على أهل الورق؛ على كل رجل أربعين درهما، و على أهل الذهب أربعة دنانير، و عليهم من أرزاق المسلمين من الحنطة و الزيت مدان؛ حنطة و ثلاثة أقساط زيتا؛ كل شهر لكل إنسان بالشام و الجزيرة و جعل عليهم و دكا عسلا و لا أدري كم هو، و جعل لكل إنسان بمصر في كل شهر أردبا و كسوة و ضيافة ثلاثة أيام»⁴⁴.

و تسبب اختلاف هذه الروايات اختلاف الفقهاء في مكلف الجزية و مقدارها.⁴⁵ و أكثر المرويات

٤٢ بلاذري، فوح، ص: 131.

٤٣ أبو عبيد، قاسم بن سلام، الأموال، القاهرة، 1353، ص: 37. سيشار لهذا المصدر بعد وروده فيما بعد هكذا: الأموال.

٤٤ بلاذري، فوح، ص: 131.

٤٥ انظر لأراء الفقهاء في هذا الموضوع، الحصاص، أحكام القرآن، ج: 4، ص: 286 و ما بعدها.

يفيد أن الجزية توضع على الرجال البالغين فقط. يقول الجصاص: « و روى عاصم عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ بن جبل قال: بعثني رسول الله — صلى الله عليه وسلم — إلى اليمن وأمري أن آخذ من كل حالم دينارا أو عدله من المعافر»⁴⁶

2 — ضرائب الأرض

١— الخراج : الخراج لغة؛ ما يخرج من غلة الأرض⁴⁷، وفي اصطلاح الفقهاء له معنيان؛ أولهما أعم وثانيهما أضخص. المعنى الأول: ما يأخذه السلطان خراجا من أهل الذمة، فيقال: أدى فلان خراج أرضه، وأدى أهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية⁴⁸. والمعنى الثاني هو الضريبة المفروضة على الأرض التي فتحها المسلمون عنوة أو صلحا وأبقيت في يد أهلها ملكا كانوا يتوارثونها ويقتى الخراج واجبا عليها⁴⁹. وينقسم خراج الأرض على قسمين: الأول الخراج الموظف: وهو الوظيفة المعينة التي توضع على أرض، كما وضع عمر (رض) على سواد العراق، والثاني خراج المقاسمة كربع الخراج وخمسه ونحوهما⁵⁰.

هناك اختلاف بين العلماء في أول من وضع ضريبة الخراج في تاريخ الإسلام. فمنهم من زعم أن عمر بن الخطاب أول من وضع ضريبة الخراج في الإسلام واعتبره مصدرا من مصادر الإيرادات العامة في الدولة الإسلامية لتمويل نفقات إعداد الجيوش ومقاتلة أعداء الإسلام⁵¹. ولكن البحوث العميقة تشير إلى أن هذه الضريبة كانت موجودة قبل عمر (رض)، فالأصل في هذه الضريبة آية الفية⁵². روى أبو يوسف ... عن الشعبي أنه قال: أول من فرض الخراج رسول الله — صلى الله عليه وسلم —، لأنه فرض على كل محتلم ذكر أو أنثى...⁵³. وكان عمرو بن العاص قد أعطى الأمان في خلافة أبي بكر لغزة ثم بسبطينة ثم نابلس على أن يؤدوا الجزية على رقابهم والخراج على أرضهم⁵⁴.

وعلى كل حال، اتفق الباحثون في أن عمر(رض) وضع ضريبة الخراج على أراضي بلاد الشام وأحواتها من الجزيرة و سواد العراق ومصر. محضر من الصحابة (رض) حين افتتحها المسلمون. نحن نرى في كتب التاريخ روايات كهذه: ” فحصرهم المسلمون حتى سألوا الأمان على أداء الجزية عن رؤوسهم والخراج

٤٦ الجصاص، أحكام القرآن، ج: 4، ص: 290

٤٧ انظر للتحليل المفيد في أصل هذه الكلمة صالح طوغ، **İslam Vergi Hukukunun Ortaya Çıkışı**، إسطنبول، 1984 ص. 113—

116. سنشير لهذا المصدر عند وروده فيما بعد هكذا: طوغ، المصدر المذكور.

٤٨ قاسم القنوي، أنيس الفقهاء، دار الوفاء، حدة، 1987، ص. 185. سيشار لهذا الكتاب بعد وروده فيما بعد هكذا: القنوي، أنيس،

٤٩ فؤاد شندی، التنمية الاقتصادية في الإسلام، الاندلس للأعلام، الجزيرة، 1987، ص: 118. سيشار لهذا الكتاب بعد وروده فيما بعد هكذا: شندی، التنمية.

٥٠ الجرجان، تعريفات، ص: 97.

٥١ شندی، التنمية، ص: 118.

٥٢ الحشر، 6—10.

٥٣ أبو يوسف، الخراج، ص: 129.

٥٤ بلاذري، فتوح، ص: 144.

عن أرضهم»⁵⁵. و «اجتمع المسلمون عند قدوم بصرى ففتحوها صلحا و أثبتوا في أرض حوران جميعا فغلبوا عليها، و أتاهم صاحب اذرعاء فطلب الصلح على مثل ما صولح عليه أهل بصرى على أن جميع أرض البثنية أرض خراج فأجابوهم إلى ذلك و مضى يزيد إلى فلسطين والأردن و غزوا ما لم يكن فتح، و سار يزيد إلى عمان ففتحها فتحا يسيرا بصلح على صلح بصرى...»⁵⁶. و «... ثم أتى (أبو عبيدة) فامية ففعل أهلها مثل ذلك و أذعنوا بالجزية و الخراج»⁵⁷، و «ثم طلب أهل إيلاء من أبي عبيدة الأمان و الصلح على مثل ما صولح عليه أهل مدن الشام من أداء الجزية و الخراج و الدخول فيما دخل فيه نظراؤهم...»⁵⁸، و كانت الاتفاقيات المعقدة مع المدن تشمل المدن و القرى و الأرياف التابعة لها إداريا؛ إذ كانت المجالس البلدية هي المسؤولة عن جباية الضرائب عليها في الإدارة البيزنطية⁵⁹. تفيد الروايات أن عمر راعى في كل أرض ما تحتمله في الشام⁶⁰. وهذا يعني أن الخراج الذي وضع عمر (رض) على بلاد الشام كان خراج المقاسمة.

٢- ضريبة زكاة الزروع : نحن نعلم أن جميع أراضي الدولة الإسلامية المفتوحة لا تعتبر خراجية،

بل هناك نوع آخر من الأراضي لا يفرض عليها الخراج؛ بل يؤخذ منها عشر غلتها، و يسمى هذا النوع من الأراضي «أرض العشر» أو «أرض الصدقة» ؛ وهي أربعة أنواع :

- 1- الأرض التي قسمت بين المقاتلين المسلمين بعد التخميس غنيمة⁶¹.
 - 2- الأرض التي أسلم أهلها طوعا و هم عليها من غير قتال ولا حرب⁶².
 - 3- الأرض التي لم يعرف لها صاحب ووزعت على الفاتحين بإذن الإمام.
 - 4- الأرض الموات من البلاد المفتوحة عنوة أو صولح عليها أهلها، و قام المسلمون باستصلاحها⁶³.
- يعتبر الفقهاء أرض العرب كلها أرض عشر، و هي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام. يقول الإمام أبو يوسف: ” و أرض العرب مخالفة لأرض العجم من قبل أن العرب أنما يقاتلون على الإسلام لا تقبل منهم الجزية ولا يقبل منهم إلا الإسلام، فإن عي لهم عن بلادهم فهي أرض عشر، و إن قسمها الإمام و لم يدعها لهم فهي أرض عشر، و ليس يشبه الحكم في العرب الحكم في العجم”⁶⁴. و

٥٥ بلاذرى ، فتوح، ص: 122.

٥٦ بلاذرى ، فتوح، ص: 132.

٥٧ بلاذرى ، فتوح، ص: 137.

٥٨ بلاذرى ، فتوح، ص: 144.

٥٩ الدورى ، ضرائب، ص. 460.

٦٠ الماوردى، الاحكام السلطانية، ص: 148.

٦١ كما في أراضي خيبر، قسم الرسول صلى الله عليه و سلم أرض خيبر بين المقاتلة بعد التخميس.

٦٢ كما في أراضي المدينة المنورة.

٦٣ يقول أبو يوسف في صدد الجواب على سؤال هارون الرشيد ”... فإذا لم يكن في هذه الأرضين أثر بناء و لا زرع و لم تكن فيها لأهل القرية ولا مسرحا ولا

موضع مقبرة ولا موضع محتطيمهم ولا موضع مرعى دواهم و أغنامهم ، و ليست يملك لأحد فهي موات...” أبو يوسف، الخراج، ص. 63.

٦٤ أبو يوسف، الخراج، ص: 66.

دليلهم أن النبي — صلى الله عليه وسلم — والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب، ولأنها بمنزلة الفيء، فلا يثبت الخراج في أراضيهم كما لا تثبت الجزية في رفاقهم. وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق، ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف.

وهنا يتبادر إلى الذهن سؤال ؛ فهل وجدت في بلاد الشام أرض العشر في عهد عمر؟ والجواب: نعم . يقول حمّاش ”وعن مكحول أن كل عشري بالشام، هو ممن جلا عنه أهله فأقطعته المسلمون فأحيوه بإذن الولاية“⁶⁵. يمكن أن تكون هذه الرواية صحيحة في أصلها، لأنه ليس بصعب أن يئمن أن في بلاد الشام مواتا لاحق فيه لأحد فأحياه المسلمون بإذن الولاية، وصار أرض عشر. وهناك روايات تؤيد هذه الرواية. يقول البلاذري: «وكانت بالس وقاصرين لأخوين من أشرف الروم أقطعوا القرى التي بالقرب منهما وجعلا حافظين لما بينهما من مدن الروم بالشام، فلما نزل المسلمون بها صالحهم أهلها على الجزية والجللاء فجلا أكثرهم إلى بلاد الروم ... ورتب ابو عبيدة ببالس جماعة من مقاتلة وأسكنها قوما من العرب الذين كانوا بالشام فأسلموا بعد قدوم المسلمين الشام ... وكانت بالبس والقرى المنسوبة إليها في حددها الأعلى والأوسط والأسفل أعداء عشرية»⁶⁶. يجب على أن أبين أنني لم أستطع أن أحصل على إشارة صحيحة تشير إلى الأراضي العشرية الشامية في كتب الفقه. و يعتبر بعض العلماء زكاة الأرض من جملة الضرائب، ولكن بينها وبين سائر الضرائب الأرضية فروق كثيرة⁶⁷ ليس تحليلها من مقاصد هذا البلاغ. و ينبغي لنا أن نلاحظ أن الفقهاء اختلفوا في تغير الوضع الحقوقي للأرض من العشرية إلى الخراجية أو بالعكس⁶⁸.

٣- ضريبة القطائع: يقول أبو يوسف : «فأما القطائع من أرض العراق فكل ما كان لكسرى ومرابته و أهل بيته مما لم يكن في يد أحد»⁶⁹. اعتبرت القطائع بمنزلة المال الذي لم يكن لأحد و لا في يد وارث، فهذا يعني أن للإمام العادل أن يجيز منه ويعطى من كان له غناء في الإسلام، ويضع ذلك موضعه ولا يحابي به، فكذلك هذه الأرض⁷⁰.

ومن حيث الضريبة، كانت هذه الأراضي تعتبر إما أرض العشر فيؤخذ ممن زرعها عشر الخارج فيصرف في مصارف الزكاة، و إما أرض الخراج إذا كانت تشرب من أنهار الخراج فيؤخذ ممن زرعها ضريبة الخراج فيصرف في مصارف مصالح المسلمين، و القول الأخير في هذا الموضوع للإمام . و لكن إذا اضطر الزارع إلى حفر الأنهار وبناء البيوت وعمل الأرض يؤخذ منه العشر، لأن في ذلك مشقة على صاحب

٦٥ خاش، المقال المذكور، ص: 449.

٦٦ بلاذري، فتوح، ص: 155.

٦٧ فمثلا مصرف الضرائب مصالح المسلمين في حين أن مصرف زكاة الزروع الأصناف الثمانية المذكورة في القرآن العظيم .

٦٨ انظر ابن رشد، بداية المجتهد، دار قهرمان، إستانبول، ج. 1، ص. 228.

٦٩ أبو يوسف، الخراج، ص: 57.

٧٠ أبو يوسف، الخراج، ص: 58.

الأقطاع ، فمن ثم يضرب عليه العشر لما يلزم من المؤنة، وكان عمر (رض) يقطع لمن أقطع⁷¹. وهناك بعض الروايات أن الصوافي تركت للفتحين وأن عمر سمح لهم بتوزيعها على من أفاء الله عليه أربعة أخماس للجنود و خمس⁷².

أما فيما يتعلق بالشام فيذكر الباحثون أن القطاعات في الشام كانت في البدء من أرض الصوافي. و هي المزارع التي كانت في عهد البيزنطيين لبطارقة الروم والأشراف أو لمن قتلوا في المقاتلة. وكانت هذه الأراضي متفرقة في عدة مناطق. و اتفق رأى المقاتلة على عدم اقتسامها و عدم بيعها وترك إدارتها للأمرء و لذلك جعلت هذه المزارع والقرى صافية للمسلمين يقبلها الى المسلمين كما يقبل الرجل مزرعته⁷³. و تذكر الروايات أن عمر ضم الأراضي التي كانت تابعة لقيصر وآله ولرجال الدين أو الأشراف إلى بيت مال المسلمين. و سميت هذه الأراضي القطاعات لأنها اقتطعت فيما بعد لمن يتعهدونها.

فإننا لم نستطع أن نجد معلومات واسعة في كتب الفقه في قطائع بلاد الشام، ولكن نعتبر بأن عمر طبق النظام المطبق في سواد العراق على قطائع بلاد الشام.

3 — ضريبة الأرزاق أو الضيافة

ومن الضرائب المفروضة على بلاد الشام الضريبة التي يمكننا أن نسميها «ضريبة الأرزاق أو الضيافة» . وهي ما اشترط قادة العرب من واجب الضيافة التي كان أقصى مدتها ثلاثة أيام⁷⁴. إن كل الروايات المتعلقة بالشام تشير إلى أنه فرضت ضريبة الأرزاق بالإضافة إلى الجزية. فمثلا روى ابن عساکر عن الأحنف بن قيس: أن عمر بن الخطاب اشترط على أهل الذمة إصلاح القناطير و الضيافة يوما و ليلة⁷⁵. و أحيانا كانت هذه الضريبة موضوع الشكاية، فمثلا روى عن أسلم مولى عمر أنه « لما قدم عمر الشام شكوا (أهل الذمة) إليه فقالوا: يا أمير المؤمنين إنهم يكلفونا ما لا نطيق؛ يكلفونا الدجاج و الشاة. فقال عمر (رض) : لا تطعموهم الا مما تأكلون مما يحل لهم من طعامكم»⁷⁶. وفي بادئ الأمر كان على أهل الذمة أن يقوموا بإرشاد الضالة و أن يضيفوا من يمر بهم من المسلمين (الرسول وعابري سبيل) ثلاثة أيام، وفي رواية يوما و ليلة، ولكن هذه الضريبة رفعت بعد الاستقرار والتنظيم النهائي. وعبارة حماش « أخذت الدولة على عاتقها هذه الامور عندما انتظمت و اردتها»⁷⁷.

٧١ انظر أبو يوسف، الخراج، ص: 58.

٧٢ الحماش، الإدارة، ص: 450.

٧٣ حماش ، المقال المذكور، ص: 449 — 452؛ الدوري، الضرائب، ص: 467.

٧٤ بلاذري ، فتوح ، 131.

٧٥ ابن عساکر، تاريخ دمشق، ج. 2، ص. 185.

٧٦ ابن عساکر، تاريخ دمشق، ج. 2، ص. 184.

٧٧ حماش، الإدارة، ص. 454.

4 — ضرائب عشور التجارة

وهي عبارة عن ضريبة تؤخذ من التجار، شبيهة بالضريبة المسماة في عصرنا هذا « الضرائب الجمركية ». ولم تكن لهذه الضريبة أصل صريح في الكتاب و السنة. ويعتبر أن هذه الضريبة من أوائل عمر بن الخطاب (رض) ⁷⁸. يقول العلماء في سبب إحداث هذه الضريبة: كتب قوم من أهل الحرب إلى عمر طالبين منه أن يسمح لهم بدخول أرض المسلمين كتجار مقابل أن يدفعوا العشر؛ فاستشار عمر (رض) أصحاب رسول الله في ذلك، فأشاروا إليه أن يفعل ⁷⁹. وروي أن أهل مدينة «منبج» من أهل الحرب وراء البحر كتبوا إلى عمر بن الخطاب (رض): « دعنا ندخل أرضك تجاراً وتعشرنا ». فشاور عمر أصحاب رسول الله — صلى الله عليه وسلم — في ذلك فأشاروا عليه به ⁸⁰ فأصبحت سنة ماضية. و أن أبا موسى الأشعري كتب إليه: أن تجاراً من قبلنا من المسلمين يأتون أرض الحرب فيأخذون منهم العشر — ويعني بأرض الحرب، كل أرض أهلها غير مسلمين — فكتب إليهم عمر: وخذ أنت منهم كما يأخذون من تجار المسلمين، وخذ من أهل الذمة نصف العشر، و من المسلمين من كل أربعين درهما درهما، و ليس فيما دون المائتين شيء فإذا كانت مائتين ففيها خمسة دراهم ، و ما زاد فبحسبانه ⁸¹.

يفهم من هذه الرواية أن هذه الضريبة لم تفرض على أهل دار الحرب فقط، بل و أيضاً ضربت على أهل الذمة و المسلمين. و يؤيده ما روى يحيى بن آدم من أن عمر كتب إلى أبي موسى الأشعري «خذ منهم إذا دخلوا إلينا مثل ذلك العشر، و خذ من تجار أهل الذمة نصف العشر، و خذ من المسلمين من مائتين فما زاد فمن كل أربعين درهما درهما» ⁸². و يلاحظ أن سبيل ما يؤخذ من المسلمين من العشور سبيل الصدقة و سبيل ما يؤخذ من أهل الذمة سبيل الخراج و سبيل ما يؤخذ من أهل الحرب سبيل المثل.

رفع الضرائب

و قبل أن نختتم الموضوع يحسن بنا أن نشير إلى نقطة مهمة متعلقة بالضرائب المفروضة على بلاد الشام في عهد عمر، وهي مسألة رفع الضرائب عن أهل الذمة. من المعلوم، أن من أسلم من أهل الذمة الذين يؤدون الخراج من غير العرب رفعت الجزية عن رأسه و انتقلت أرضه إلى أصحابه من أهل قريته؛ يؤدون خراجها عنها، و أسلموا له ماله و رقيقه، و فرضوا له في ديوان المسلمين ⁸³. و معنى هذا أنه إذا أسلم مكلف الجزية ترفع عن رأسه ضريبة الجزية و يصير المهتدي واحداً من المسلمين، له ما لهم، و عليه ما عليهم ، و كان الوضع كذلك

٧٨ أبو يوسف، الخراج، ص: 134.

٧٩ حمان، الإدارة ، ص: 452.

٨٠ أبو يوسف، الخراج، ص: 135.

٨١ أبو يوسف، الخراج، ص: 135.

٨٢ يحيى بن آدم، الخراج، مادة : 638، 639.

٨٣ حمان، المقال المذكور، ص: 423.

في بلاد الشام. وبالإضافة إلى ذلك، كان عمر (رض) يرفع بعض الضرائب لما أوجبت المصلحة العامة رفعها. فمثلاً، غادر جبلة بن الأيهم الشام إلى بلاد الروم في ثلاثين ألفاً رافضاً دفع الجزية⁸⁴، واضطر عمر إلى أن يضعف الصدقة على نصارى تغلب الذين انطلقوا هاربين عندما أراد أن يأخذ الجزية منهم، فنصح زرعة بن النعمان التغلبي. وعلى الرغم من أن ما فرض على نصارى بني تغلب هو ضعف الصدقة التي تؤخذ من أرض المسلمين، إلا أن سبيل ما يؤخذ من أموال بني تغلب سبيل مال الخراج لأنه بدل الجزية وفي هذا إجماع. وكان للجرامة وضعهم الخاص كذلك، لأن حبيب بن مسلمة عندما غزا الجرجموة لم يقاتله أهلها ولكنهم بادروا إلى طلب الأمان والصلح، فصالحوه على أن يكونوا أعواناً للمسلمين وعيوناً؛ يعنى أن حبيب بن مسلمة وضع الجزية عن الجرجموة مقابل استعانة المسلمين بهم وقد اتبع قادة العرب فيما بعد⁸⁵. كما ان أهل الذمة يعفون من الجزية أحياناً مقابل مساعدتهم للمسلمين، وكذلك نلاحظ أن أبا عبيدة أطعم أهل السامرة أرضهم عندما صالحهم بالأردن وفلسطين على أن يكونوا عيوناً وأدلاء لهم وفرض عليهم الجزية فقط .

النتيجة

يمكننا أن نوجز النتائج كما يلي:

أولاً: لبلاد الشام أهمية كبيرة في تاريخ البشر عموماً، وفي تاريخ الإسلام والفقهاء الإسلامى خصوصاً. بدأت الخطوات الأولى لفتح بلاد الشام في عهد النبي — صلى الله عليه وسلم —، و تم الفتوح في عهد عمر بن الخطاب (رض) الله عنه.

ثانياً: وكان في بلاد الشام قبل الفتح الإسلامى ضرائب بيزنطية، وبعد الفتوح ألغى عمر ابن الخطاب (رض) النظم البيزنطية، ثم أسس نظاماً جديداً في جميع الماحالات. وكانت أصول هذا النظام الجديد المبادئ الإسلامية المستنبطة من القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة .

ثالثاً: صحيح أن الخليفة عمر ربما استلهم من بعض التنظيمات البيزنطية و الساسانية، من نواح تفصيلية بشرط ان لا تتناقض مع المبادئ الإسلامية، وهذه، لا بأس بها من وجهة نظر الفقهاء الإسلامى.

رابعاً: تفيد الروايات التاريخية أن عمر ألغى جميع الامتيازات البيزنطية وجعل الضياع الإمبراطورية وأراضى البطارقة وأراضى من قتل في الحرب ومن جلا من البلاد أثناء الفتوح صوابي. وضرب على أهالى البلاد المفتوحة — ومن جملة بلاد الشام — ضرائب مختلفة مثل الجزية والخراج والعشر و الضيافة. وكانت الجزية والخراج ضربيتين أصليتين، وغيرهما من الضرائب ضرائب ثانوية.

٨٤ والقصة — على ما روى البلاذرى — أن جبلة أتى عمر بن الخطاب وهو على نصرانيته فعرض عمر عليه الإسلام و أداء الصدقة فأبى ذلك و قال : أقيم على نصرانيّ و أودى الصدقة ، فقال عمر : إن أقمت على دينك فأد الجزية، فانف منها ، فقال عمر : ما عندنا لك إلا واحدة من ثلاث؛ إما الإسلام، و إما أداء الجزية، و إما الذهاب إلى حيث شئت. فدخل بلاد الروم في ثلاثين ألفاً، فلما بلغ ذلك ندم عمر ، و عاتبه عبادة بن الصامت فقال : ” لو قبلت منه الصدقة ثم تألفه لأسلم“ بلاذرى ، فتوح، 142.

خامسا : كان الوضع في الشام، من حيث شروط الزراعة والمجتمع، يختلف عما في العراق. فمن زاوية الزراعة في العراق كانت تعتمد بصورة أساسية على الرى المنظم بخلاف بلاد الشام؛ فإن الزراعة فيها كانت تعتمد على مياه الأمطار. ومن حيث المجتمع فالأكثرية الساحقة من الروم و مرتزقهم في بلاد الشام نزحوا عن المدن الساحلية والداخلية الهامة ولحقوا بهرقل إلى آسيا الصغرى والقسطنطينية، وكانت القبائل العربية المنتصرة تشكل نسبة جديرة بالذكر في الشام قبل الفتح، واعتبرت هذه القبائل بمستوى العرب المسلمين الفاتحين حال اعتناقهم الإسلام. ولذلك كان هناك بعض الفروق بين ضرائب الشام و ضرائب السواد. فمثلا بينما كان خراج السواد الخراج الموظف، كان خراج بلاد الشام خراج المقاسمة. لأننا نرى أنه لم تفرض ضرائب ثابتة على أراضي بلاد الشام ، بل كانت تتبع حال الزرع أى ألما كانت تستند إلى الإنتاج، و تمثل هذا في الروايات المشيرة إلى استطاع المكلفين. بخلاف ما في العراق، فإن ضرائبها الأرضية كانت ثابتة عموما.

وآخيرا أريد أن ألفت الأنظار إلى نقطة مهمة، وهى : على الرغم من أن أهمية بلاد الشام ليست أقل من أهمية السواد من حيث الفقه الإسلامى لم يرجع الفقهاء في اجتهاداتهم إلى النظم المطبقة فيها رجوعهم إلى النظم المطبقة في السواد. و لذلك يجب علينا أن نجمع الروايات المتعلقة بالضرائب ونحللها علميا ثم نعرضها لاستفادة العلماء.

ŞEYH BEDREDDİN CÂMÎ'U'L-FUSÛLEYN ADLI ESERİNİN HANEFÎ FIKİH LİTERATÜRÜNE KATKISI: İBN NÜCEYM ÖRNEĞİ*

Yrd. Doç. Dr. Ayhan Hıra*

The Contribution of Sheikh Badraddin's Work Cami' u'l-Fusûlayn to Literature of Hanafi Fiqh: Example of Ibn Nuceym

Sheikh Badraddin is on of the first Ottoman's scholars. His work Câmî' u'l-fusûlayn is very important as it shows application examples particularly in the field of trial law of Hanafî sect. Therefore, mentioned work was used as a reference in the following years by many jurists. One of these is Ibn Nucaym, who owns the book named al-Bahru'r-râik which important works of the Hanafî sect. The main purpose of this article is to find out impact of the first on the second by comparison of the two sources in terms of quotation. In addition, by this way, it will be attracted attention to the contribution of Sheikh Badraddin works to Hanafî school.

Because of important to be seen an example, Sheikh Badraddin contribution to the subsequent Ibn Nucaym, with regard to showing the contribution of sectarian literature in this study examined the quotations from Shaykh Badrattin's work named Câmî' u'l-fusûlayn in Ibn Nucaym's work al-Bahrur-Râik, who constitutes one of the classic literature of authors, As a result of the examination, it was observed that quotations were made directly or indirectly. In the direct quotation, Ibn Nuceym specifically emphasizes on Sheikh Badraddin and Câmî' u'l-fusûlayn. Additionally, he based the provision on the quoted source by "source+point" method. In this way, at the issues he put forward Câmî' u'l-fusûlayn as possible. But, in some cases he made quotations to reject the opinion of Sheikh Badraddin.

Key words: Sheikh Bedreddin, Câmîu'l-fusûleyn, Ibn Nuceym, el-Bahru'r-râik, Hanafi Sect

Giriş

Şeyh Bedreddin, isyanın gölgesinde kalmış bir değer olmakla beraber, yine de Osmanlı tarihi içinde çok yönlü kişiliğiyle adından en çok söz ettiren şahsiyetlerden biri olmayı başarmıştır. Bunda, devrin ileri gelen âlimlerinden ders alarak tahsilini

* Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Eğitimi Bölümü. e-mail: hiraayhan@kafkas.edu.tr

en üst seviyede tamamlamış olmasının ve müderris, şeyh, kazasker olarak medresenin, tekkenin ve bürokrasinin en üst seviyesine çıkmasının da önemli bir rolü vardır.

Döneminin siyasi yapısı içindeki konumu, tarihçilerin çelişkili anlatımları, bugünün ideolojik yaklaşımları, onun isyan gölgesinden çıkarılıp yeterince anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Bütün bunlara rağmen içinden çıkıp geldiği fıkıh geleneği onun kıymetini bilmiş, müellifler eserlerinde “Fakih Bedreddin”den sıkça iktibas etmişlerdir.

Câmi’u’l-fusûleyn Osmanlı dönemi fıkıh çalışmaları içinde en çok başvuru yapılan kaynaklar arasında yer alır.¹ Nitekim 16. yüzyılda yaşamış olan İbn Nüceym’in *Câmi’u’l-fusûleyn*’den yaptığı iktibaslar incelendiğinde, Şeyh Bedreddin’in geleneksel ilim silsilesi içinde varlığını sürdürdüğünü, bu eserin ne denli başucu kitabı olduğunu ve günümüz çalışmalarında dikkate alınması gerektiğini görmek mümkün olacaktır.

I. CÂMÎ’U’L-FUSÛLEYN’İN MÜELLİFİ ŞEYH BEDREDDİN’İN HAYATI, ESERLERİ VE İLMÎ KİŞİLİĞİ

Şeyh Bedreddin’in asıl adı, Bedreddin Mahmûd b. İsrâil b. Abdülaziz’dir. Şeyh Bedreddin 760/1359 yılında, babasının komutanlık ve kadılık yaptığı Edirne civarındaki Simavna kalesinde doğmuştur. Şeyh Bedreddin’in tahsil hayatı, babasından aldığı derslerle Edirne’de başlamış, Bursa, Konya, Mekke, Kahire gibi çeşitli ilim merkezlerinde devam etmiştir. Böylece yüksek tahsilini tamamlayan Şeyh Bedreddin, Memlûk Sultanı Seyfeddin Berkuk’un oğlu Ferec’e muallimlik yapmış, Edirne’de padişahlığını ilan eden Musa Çelebi’nin verdiği kazaskerlik görevini yürütmüştür. Şeyh Hüseyin Ahlâtî vasıtasıyla tasavvuf ilmini okumuş, şeyh olmuştur. Ancak onun tasavvuf anlayışı hakkında görüş birliğine varılamamıştır. Aynı şekilde kaynaklardaki farklı bilgiler sebebiyle Osmanlı padişahlarından Çelebi Sultan Mehmed’e isyan meselesi de yeterince aydınlatılamamıştır. İsyân eylemini kabul eden Osmanlı kaynaklarına göre o bir âsîdir. Cumhuriyet dönemi resmî tarihçilerinin çoğu da bu görüştedir. Diğer bir grup Osmanlı kaynağında ise, onun iftiraya kurban gittiği anlatılmaktadır ve günümüz araştırmacılarından bazıları da bu görüşü paylaşmaktadır. Bu arada onun, peşin kabullerden hareketle ideolojik söylemlere malzeme yapıldığı da görülmüştür.² Şeyh Bedreddin’le ilgili hemen her

1 Şükrü Özen tarafından yapılan ve sahasında günümüzün en kapsamlı literatür araştırmasını oluşturan “Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü” adlı çalışmada, Şeyh Bedreddin’in bu eserinin fetva literatüründe iktibas yapılan kaynakların başında geldiği ifade edilmektedir. Bkz. Özen, “Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü”, *TALİD*, İstanbul 2005, c. 3, sy. 5, s. 348.

2 Şeyh Bedreddin’in “eşitlikçi ve paylaşımcı” bir ideolojiye sahip, felsefesinin esasını panteizmin oluşturduğu şiddetli bir materyalist ve komünist olduğu iddiası hakkında bkz. İsmail Hakkı Danişmend, *İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi*, I-IV, İstanbul 1971, I, 162; İ. Hakkı Konyalı, “Stalin Şeyhi Şeyh Bedreddin-i Simavi”, *Tarih Hazinesi*, İstanbul 1950, sy. 1, s. 3-7. Şeyh Bedreddin’in akidesinde ibadet mecburiyetinin olmadığı, haramların mübâh sayıldığı, ahlâki kaidelerin kaldırıldığı iddiası için bkz. Raif Yelkenci, “Şeyh Bedreddin”, *Tarih Dünyası*., İstanbul 1951, sy. 21, s. 889. Bu iddiannın iktisadi sebeplere bağlanması hakkında bkz. Mustafa Akdağ, *Türkiye’nin İktisadi ve İctimai Tarihi*, I-II, İstanbul 1995, I, 276.

konuda olduğu gibi, yargılanması ve idamı hakkındaki bilgilerde de tam birlik yoktur. Sonuçta, “kanının helâl, malının haram olduğu” yönündeki fetvanın verilmesiyle “ısyan (bağy)” suçu sabit görülmüş ve 820/1417 veya hemen sonrası bir tarihte Edirne'deki Serez çarşısında bir dükkânın önünde asılarak idam edilmiştir.³

Şeyh Bedreddin başta fıkıh olmak üzere çeşitli alanlara dair eserler telif etmiştir. *Letâifü'l-işârât*, *Câmî'ü'l-fusûleyn* ve *et-Teshîl* fıkıha dair eserleridir. Bu eserlerin çeşitli kütüphanelerde çok sayıda yazma nüshası bulunmaktadır. *Câmî'ü'l-fusûleyn*'in h.1300 tarihinde Mısır'daki Ezheriyye matbaasında yapılan bir baskısı mevcuttur. Şeyh Bedreddin'in diğer eserleri şunlardır: Tasavvuf alanında *Varîdat*, *Hâşiyetü Fusûsî'l-hikem* ve *Meserretü'l-kulûb*; dilbilgisi alanında *Çerağ el-Fütüh/Cirâhu'l-Futûh*, *Unkûdü'l-Cevâhir*; tefsir alanında *Nûru'l-kulûb*.⁴

Şeyh Bedreddin'in eserleri özgün metin (örneğin, *Letâif* gibi) ve şerh (örneğin, *Teshîl*, *Unkûdü'l-Cevâhir* gibi) olmak üzere telif, derleme (örneğin *Câmî'ü'l-fusûleyn* gibi) türündedir. Onun eserleri muhteva bakımından döneminin karakteristik özelliklerini yansıtmaktadır. Metin türünde kısaca yer verdiği görüşleri ele aldığı şerhlerde genişçe tartışarak açıklamış, buna gerekçe olarak da diğer müelliflerin yaptığı gibi “talebelere yardımcı olmak”, “zorlukları kaldırmak ve kapalılığı gidermek”, “tafsilden bıkmış olanlara yardımcı olmak” gibi amaçları öne sürmüştür. Sonuç olarak, Şeyh Bedreddin'in ilmi kişiliği onun Osmanlı fıkıh çalışmalarındaki yerine bakıldığında daha iyi anlaşılacaktır. Onun özellikle fıkıh eserleri Osmanlı için erken dönem fıkıh çalışmalarını oluşturmaktadır. *Câmî'ü'l-fusûleyn* adlı eserinin daha sonraki yıllarda kadılar tarafından başvuru kaynağı olarak görülmesi⁵ ilmi kişiliğine olan güveni açıkta göstermektedir.

II. EL-BAHRÛ'R-RÂİK'İN MÜELLİFİ İBN NÜCEYM'İN HAYATI, ESERLERİ VE İLMÎ KİŞİLİĞİ

İbn Nüceym'in tam adı Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısrî'dir. 926 (1520) yılında Kahire'de doğmuştur. Adı kaynaklarda Zeynelâbidîn veya kısaca Zeyn olarak da geçmektedir. “İbn Nüceym” diye isimlendirilmesinin, dedelerinden Nüceym adlı birine nisbetten kaynaklandığı düşünülmektedir.⁶ Müellifimiz

3 Şeyh Bedreddin hakkında bkz. İbn Arabşâh, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. Muhammed b. Abdillâh b. İbrâhim ed-Dımaşki (ö. 854/1450) *Ukûdü'n-nâsiha* (et-Temimî, Takıyyüddin b. Abdilkâdir, *et-Tabakâtü's-seniyye fî terâcîmî'l-fukahâ'l-Hanefiyye* içinde), Süleymaniye Kütüphanesi Veliyyüddin Efendi Bölümü, nr. 1609, v. 284a; Abdülbaki Gölpınarlı, *Simavna Kadısoğlu Şeyh Bedreddin*, İstanbul 1966, s. 3; Halil b. İsmail, *Simavna Kadısoğlu Şeyh Bedreddin Menâkıbı* (haz. Abdülbaki Gölpınarlı - İsmet Sungurbey), İstanbul 1967, s. 6-7; Aşıkpaşazâde, *Tevârîh-i Âli Osman* (nşr. Nihal Atsız), İstanbul 1949, s. 153; Mehmed Neşri, *Kitâbı-Cihannümâ* (nşr. Faik Reşit Unat, Mehmed Altay Köymen), Ankara 1957, II, 541; Taşköprizâde, *eş-Şekâikü'n-Nu'mânîyye fî ulemâ'id-devleti'l-Osmânîyye* (thk. Ahmet Subhi Furat), İstanbul 1985, s. 50; Mehmed Süreyya, *Sicil-i Osmânî* (haz. Mustafa Keskin, Ayhan Öztürk, Ramazan Tosun), İstanbul 1996, II, 10; İ. Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi (OT)*, Ankara 1988, I, 360.

4 Şeyh Bedreddin'in eserleri hakkında genel bir bilgi için bkz. Halil b. İsmail, *Menâkıb*, s. 110-111; Katip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 566-68, II, 1173, 1676; Taşköprizâde, *eş-Şekâik*, s. 51; Leknevi, *Fevâidü'l-behiyye*, s. 127; Mehmed Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, I, 39; Brockelmann, *GAL*, II, 291, a.mlf., *Suppl*, II, 314; Hayreddin Zirikli, *el-Âlâm*, VII, 167; Uzunçarşılı, *OT*, I, 366-67; Ömer Nasuhi Bilmen, *Büyük Tefsir Tarihi*, II, 588.

5 Bu konuda bk. Katip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 566-67; Özen, “Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü”, *TALİD*, İstanbul 2005, c. 3, sy. 5, s. 348.

6 Yine bir Hanefî fakihî olup adı Siracüddin Ömer (ö. 1005/1596) olan küçük kardeşinin künyesi de İbn Nüceym

dönemin birçok âliminden dersler almış,⁷ erken yaşta fetva ve ders vermeye başlamıştır. Döneminde Mısır'ın önde gelen Hanefî âlimlerinden biri olan İbn Nüceym, tasavvufa yönelmeden önce Abdülvehhâb eş-Şârânî'ye (ö. 1565) danışmış ve onun tavsiyesine uyarak önce ilim tahsilini tamamlamış ve ardından Şeyh Süleyman el-Hudayrî vasıtasıyla tarikata intisap etmiştir. Etrafında geniş bir ders halkası teşekkül eden İbn Nüceym'in faziletli bir zat olduğu ve birçok talebe yetiştirdiği belirtilmektedir.⁸ İbn Nüceym 8 Receb 970 (3 Mart 1563) tarihinde Kahire'de vefat etmiş⁹ ve Sükeyne bint Hüseyin b. Ali'nin kabri yakınında defnedilmiştir.¹⁰

İbn Nüceym'in fûrû fıkıh (*el-Bahrü'r-râik, er-Resâilü'l-fıkhiyye, el-Fevâidü'z-zeyniyye fi'l-fıkhi'l-Hanefiyye, Hâşiyetü Câmi'i'l-fusûleyn*) fıkıh usûlü (*Fethu'l-Gaffâr, Lübbü'l-usûl*), fetvâ (*el-Fetâvâ'z-Zeyniyye*) ve kavâid (*el-Eşbâh ve'n-nezâir*) türüne dair çeşitli eserleri bulunmaktadır.

İbn Nüceym'in eserleri metin (*er-Resâilü'l-fıkhiyye, el-Fevâidü'z-Zeyniyye fi'l-fıkhi'l-Hanefiyye, el-Eşbâh ve'n-nezâir*), şerh (*el-Bahrü'r-râik, Fethu'l-Gaffâr*), haşiye (*Hâşiyetü Câmi'i'l-fusûleyn*) ve muhtasar (*Lübbü'l-usûl*) türündedir.

İbn Nüceym'in eserlerinin kendisinden sonraki çalışmalar üzerindeki etkisi ve katkısı onun ilmi kişiliği/yetkinliği hakkında fikir vermektedir. Örneğin, onun *el-Eşbâh ve'n-nezâir* adlı telifi, fıkıhın küllî kaidelerini ve fûrû meselelerini ihtiva eden bir eser olarak *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'nin hazırlanması esnasında kullanılan başvuru kaynaklarından biridir.¹¹ Yine Hâdimî'nin *Mecâmiu'l-hakâik* adlı eserindeki kaidelerin 63 tanesi İbn Nüceym'den iktibas edilmiştir.¹² Ayrıca bu eserin üzerine çok sayıda şerh, haşiye ve talik yazılmıştır.¹³

olduğundan bazı müellifler iki kardeşi birbirine karıştırmış ve birinin eserini diğerine nisbet etmişlerdir. İkiisi arasında aynı zamanda hoca-talebe ilişkisi de söz konusudur. İbn Nüceym, Siracüddin Ömer hakkında bilgi için bkz. Ahmet Nedim Serinsu, "İbn Nüceym, Siracüddin", *DİA*, XX, 235-236.

7 İbn Nüceym'in hocaları için bkz. Ahmet Özel, "İbn Nüceym (Hayatı ve Eserleri)", *A.Ü. İslami İlimler Fakültesi Dergisi*, sayı 3 (1979), s. 367 vd.

8 İbn Nüceym'in talebeleri için bkz. Özel, *a.g.mak.*, s. 369 vd.

9 İbn Nüceym'in vefatı hakkında farklı tarihler de zikredilmiştir. Örneğin 7 Recep 970 (2 Mart 1563), 8 Recep 869 (3 Mart 1562) gibi. Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Ahmet Özel, "İbn Nüceym, Zeynüddin", *DİA*, XX, 236; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (thk. Muhammed Mutî el-Hâfız), Dimeşk 1983, s. 6.

10 İbn Nüceym'in hayatı ve eserleri hakkında bkz. İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir* (nşr M. Mutî el-Hâfız), Dimaşk 1403/1983, neşreden giriş, s. 5-17; Katip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I-II, Beyrut ts., I, 98-100, 356, 358, 374, 566, 728, 847, 910, 965; II, 1515, 1661, 1823; İbnü'l-İmâd, Şihâbüddin Ebû'l-Felah Abdülhay b. Ahmed b. Muhammed, *Şezerâtü'z-zehab fi ahbâri men zehab*, I-X, Beyrut 1986, X, 523; el-Bağdâdî, İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-ârifin esmâü'l-müellifin fi âsâri'l-musanifin*, I-II, İstanbul 1951, I, 378; Brockelmann, *GAL*, I-II, Leiden 1943-1949, II, 87, 99, 401-403; Brockelmann, *Supplementband (Suppl)*, I-III, Leiden 1937-1942, II, 87, 250, 252, 425-427; Zirikli, Hayreddin *el-Alâm, Kâmusu Terâcimi li-Eşheri'r-Ricâl ve'n-Nisâ mine'l-Arab ve'l-Mustarabin ve'l-Müsteşrikin*, I-VIII, Beyrut 1969, III, 104; Kehhâle, Ömer Rıza, *Mücemü'l-müellifin terâcimu musanifi'l-Arab*, I-IV, Beyrut 1993, I, 740; Ahmet Özel, *Hanefi Fıkıh Âlimleri*, Ankara 2006, s. 125.

11 Bkz. *Açıklamalı Mecelle* (Kontrol eden Ali Himmet Berki), Hikmet yay., İstanbul 1982, s. 10 (Esbab-ı Mucibe Mazbatası).

12 Kaidelerin karşılaştırılması için bkz. Necmeddin Azak, Ebû Saîd El-Hâdimî'nin *Mecâmiu'l-Hakâik* Adlı Eserindeki Kavâid-i Külliye'nin İslâm Hukuku'nun Temel Kaideleri İçindeki Yeri ve Önemi (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2010, s. 90.

13 Bu çalışmalar hakkında bilgi için bkz. Özel, *Hanefi Fıkıh Âlimleri*, s. 125.

III. CÂMÎ'U'L-FUSÛLEYN'İN VE EL-BAHRÛ'R-RÂİK'İN HANEFÎ FIKIH LİTERATÜRÜNDEKİ YERİ

A. Genel Olarak Hanefî Fıkıh Literatürü

Hanefî fıkıh literatürü Ebû Hanîfe ve onun öğrencileri olan İmam Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'in görüşleri etrafında oluşmuştur. Mezhepte imam denilince akla ilk gelenler bunlardır. Bu üç imamın görüşleri özellikle İmam Muhammed'in *zâhirü'r-rivâye* adı verilen eserleriyle nakledilmiş, sonraki dönemlerde yaşayan âlimler tarafından geliştirilmiştir.¹⁴ Hicri III. (IX.) yüzyılın sonuna kadar yaşayanlara "mütekaddimîn" denmiş; Ebû Hanîfe (ö.150/767), Ebû Yûsuf (ö.182/798), İmam Muhammed (ö.189/804), İmam Züfer (ö.158/774) gibi öğrencilerine "selef", İsâ b. Ebân (ö.220/836), Muhammed b. Semâa (ö.223/847), Hilâl b. Yahya (ö.245/859) gibi sonrakilere "halef" adı verilmiştir.¹⁵ Mütekaddimîn'in son devresini ve klasik dönemin başlangıcını oluşturan döneme "meşâyih" dönemi denmiştir. İlm-i hilaf, cedel, ilk klasik eserler meşâyih döneminde ortaya çıkmış, buldukları bölgeye nispet edilerek fakihler "meşâyihu Belh", "meşâyihu Buhara", "meşâyihu Irak" şeklinde isimlendirilmişlerdir.¹⁶ Öte yandan zaman ve bölge bakımından yapılan taksimin yanında kişi yetkinliğine bağlı olarak müctehid tasnifleri de yapılmıştır.¹⁷

Mezhebin klasik döneminde seleften ve haleften rivayet edilen mezhep birikimi ilk olarak Tahâvî'nin (ö.321/933) *el-Muhtasar*, Hâkim eş-Şehîd el Mervezî'nin (ö.334/945) *el-Kâfi* ve Kerhî'nin (ö.340/952) *el-Muhtasar* adlı eserlerinde özetlenmiştir. Bu özet bilgi daha sonra Irak ve Mâverâünnehir bölgesinin fıkıh birikimini oluşturmak üzere ikiye ayrılmıştır.¹⁸ V. ve VI. (XI ve XII.) yüzyıllara geldiğinde Hanefî mezhebi esas şeklini almış, yayılmasını büyük ölçüde tamamlamıştır. Bu dönemde pek çok sayıda eser yazılmıştır. İlk dönemde ilkeleri tespit eden, klasik dönemde olabildiğince açıklayan eserler, sonraki dönemde muhtasar-şerh-hâşiye türünde yazılmıştır.¹⁹

14 Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe* (trc. Osman Keskiöglü), Konya 1981, s. 501; Hayreddin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul 1989, s. 244.

15 Eyüp Said Kaya, "Mütekaddimîn ve Müteahhirîn", *DİA*, XXXII, s. 188.

16 Ali, Bardakoğlu, "Hanefî Mezhebi", *DİA*, XVI, 9.

17 İbn Âbidin, *Mecmûatü'r-resâil*, (bir ciltte iki cüz), ty.,yy., s. 11. Altılı taksim için bkz. Leknevî, *el-Fevâidü'l-Behiyye fi Terâcimi'l-Hanefiyye*, Beyrut 1998, s. 23. Hanefî fakihlerin altılı ya da yedilî şekilde taksimine yönelik tenkitler hakkında bkz. Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü*, İstanbul 1992, s. 314-315.

18 Ebû Tâhir ed-Debbâs (ö.322/933), Kerhî (ö.260/873), Ebû Ali eş-Şâfi (ö.344/955) ve Ebû Bekir el-Cassâs (ö.370/981) çizgisi Irak bölgesinin, Fâhrülislâm el-Hîdî (ö.241/855), Ebû Ca'fer el-Hinduvânî (ö. 362/973) ve Ebû'l-Leys es-Semerkindî (ö. 373/983) çizgisi Mâverâünnehir bölgesinin fıkıh anlayışını oluşturmuştur. Bölgelere göre isimlendirme için bkz. Bardakoğlu, "Hanefî Mezhebi", *DİA*, XVI, 9.

19 Örneğin, Kudûrî (ö.428/1037), Debbûsî (ö.430/1039), Nâtîfî (ö.446/1054), Şemsüleimme el-Halvânî (ö.448/1050), Ebû'l-Hasan es-Suğdî (ö.461/1069), Fahrülislâm el-Pezdevî (ö.482/1089), Ebû Bekir Hâherzâde (ö.483/1090), Şemsüleimme es-Serahsî (ö.483/1090), Ebû Bekir el-Hasîrî (ö.500/1107), Kâsânî (ö.587/1191), Kâdîhan (ö.592/1196) ve Burhâneddin el-Mergînânî (ö. 593/1197) gibi fakihler usul ve fûru alanına dair ilkeleri tespit ederken; Ebû'l-Fazl Abdullah b. Mahmûd el-Mevsilî (ö.683/1284), Muzafferüddin İbnü's-Sââtî (ö.694/1295) Ebû'l-Berekât en-Nesefî (ö.710/1310), Şeyh Bedreddin (ö.820/1417), Molla Hüsrev (ö.885/1480), İbrahim b. Muhammed el-Halebî (ö.956/1549), İbn Nüceym (ö.970/1562), et-Timurtâşi (ö.1004/ 1595), Şurunbulâlî (ö.1069/1658), el-Haskefî (ö.1088/1677), İbn Âbidin (ö.1252/1836) gibi fakihler sonraki dönemde muhtasar-şerh-hâşiye türünde yazmıştır. Bu eserler için bkz. Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, s. 262, 278 vd.

B. *Câmi'ü'l-fusûleyn*'in Hanefi Fıkıh Literatüründeki Yeri

Şeyh Bedreddin Ebül-Feth b. Ebûbekir el-Merginânî es-Semerkindî'nin (ö.651/1254) *Fusûlü'l-İmâdi* ve Muhammed b. Mahmûd el-Üstrüşenî'nin (ö. 636/1239) *Fusûlü'l-Üstrüşenî* isimli²⁰ eserlerini muhtasar tarzda derleyerek *Câmi'ü'l-fusûleyn* adlı eserini oluşturmuştur. *Câmi'ü'l-fusûleyn*, muamelât ve muhakeme usulü kitabıdır. Eserin Mısır'da (h.1300) yapılan baskısının yanında çok sayıda yazması da bulunmaktadır.²¹ Kırk fasıldan meydana gelen eserin ilk on altı faslı kazâ ve muhâkemeye, diğer fasılları ise muâmelâta ilişkin konuları içermektedir. Yazılış gayesi itibarıyla *Câmi'ü'l-fusûleyn* mahkeme işlerinde kullanılmak üzere yazılmış bir hukuk kitabıdır. Eserde çok sayıda kaynağa başvurulmuştur. *Câmi'ü'l-fusûleyn*'de Hanefi mezhebinin ilk üç imamının görüşleri delilleriyle birlikte verilmiş, bu deliller yorumlanmış, görüş ayrılıklarının sebepleri araştırılmış, görüşlerin nakledilmesiyle yetinilmeyip mezhep içinde tercihler yapılmıştır. Bazı görüşlerin eleştirilmesi ve özellikle Şeyh Bedreddin'in kendi kanaatlerinin belirtilmesi bakımından *Câmi'ü'l-fusûleyn* önemli ve özgün bir yere sahiptir. Muâmelât ve yargılama hukuku alanlarındaki kazâ ve fetva meselelerinin bir tür hukuk kodu gibi sistemli ve özet bir şekilde incelenmiş olması sebebiyle *Câmi'ü'l-fusûleyn* uzun süre müftü ve kadıların müracaat kitabı olmuştur. Süleyman b. Ali el-Karamânî'nin (ö. 924/1518) *el-Es'iletü ve'l-ecvibetü li-Câmi'i'l-fusûleyn*,²² Zeynüddin İbn Nuceym'in (ö. 970/1563) *Haşiyetü alâ Câmi'i'l-fusûleyn*²³ ve Nişancızâde Muhammed b. Ahmed'in (ö. 1031/1622) *Nûru'l-ayn fi islâhı Câmi'i'l-fusûleyn*²⁴ ve Hayreddin er-Remlî'nin (ö. 1081/1670) *el-Leâliü'd-dürriyye fi'l-fevâidi'l-hayriyye*²⁵ isimli eserleri bilinen şerh çalışmalarıdır.

C. *el-Bahrü'r-râik*'in Hanefi Fıkıh Literatüründeki Yeri

İbn Nuceym'in *el-Bahrü'r-râik* adlı eseri Hafızuddin Ebül-Berekât en-Nesefî'ye (ö.730/1310) ait *Kenzü'd-dekâik* adlı eserin önemli şerhlerinden biridir. Ancak İbn Nuceym bu eserin tamamını bitirememiş, "el-İcâretü'l-Fâside" bahsine kadar gelebilmiş, geri kalan kısmı Muhammed b. Hüseyin b. Ali et-Türî (ö.1004/1595) bir tekmile yazarak tamamlamıştır.²⁶

20 Bu eser hakkında bilgi için bkz. Özel, *Hanefi Fıkıh Âlimleri*, s. 64

21 Yazmalar için bk. Süleymaniye Ktp., Damat İbrahim Paşa bl., nr. 418, 502, 503, 504, 505, Bağdatlı Vehbi Efendi bl., nr. 582, 583, Fatih bl., nr. 1558, 2288, Lâleli bl., nr. 1252, Hacı Mahmûd Efendi bl., nr. 968, Veliyüddin Efendi bl., nr. 1066, 067.

22 Bu eser, Süleymaniye Ktp., Turhan Vâlide Sultan bl., nr. 97'de kayıtlı olup 102 varak ve 21 satırdan meydana gelmektedir.

23 Bu eser, Süleymaniye Ktp., Cârullah Efendi bl., nr. 610'da kayıtlı olup Zeynüddin İbn Nuceym'in oğlu Ahmed tarafından, babasının yazdığı hâşiyenin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş küçük hacimli (66 varak) bir çalışmadır.

24 Bu eser, Süleymaniye Ktp., Âşir Efendi bl., nr. 127'de kayıtlı olup eserin baş tarafında 3 sayfa halinde rumuzlar, 36 sayfa ayrıntılı fihrist bulunmaktadır ve eser toplam 416 varaktan oluşmaktadır.

25 Bu hâşiyeye, Hayreddin er-Remlî'nin (ö. 1081/1670) *Câmi'ü'l-fusûleyn* kenarına yazdığı notlara dayanmaktadır. Necmeddin er-Remlî babasının notlarını temize çekmiş ve ona bu adı vermiştir. Bk. er-Remlî, *a.g.e.*, I, 13 (*Câmi'ü'l-fusûleyn* ile birlikte).

26 Eserin 1311/1893 tarihli Kahire baskısında sekizinci cilt et-Türî'ye ait tekmiledir. Eser hakkında bilgi için bkz. Ahmet Özel, "İbn Nuceym (Hayatı ve Eserleri)", A.Ü. İslami İlimler Fakültesi Dergisi, sayı 3 (1979), s. 371-372; Özel, *Hanefi Fıkıh Âlimleri*, s. 125; Ahmet Yaman, "Kenzü'd-Dekâik", *DİA*, XXV, 261.

el-Bahrü'r-râik klasik fûrû fıkıh kitaplarının özelliklerini taşır. Eserin baş tarafında diğer eserlerde olduğu gibi yazılış amacı yer alır. Nitekim İbn Nüceym'e göre Hanefî imamların fıkıh görüşlerini ele alan en güzel muhtasar eser Neseî'nin (ö. 730/1310) *Kenzü'd-dekâik* adlı eseridir. Bu eser üzerine yazılan şerhlerin en güzeli de Zeylaî'nin (ö.743/1342) *et-Tebyînü'l-hakâik* adlı eseridir. Ancak İbn Nüceym, Zeylaî'nin eserinde hilâfiyat üzerinde çokça durmasına rağmen metnin içeriğinin (mantûkunun ve mefhûmunun) açıklamasını yeterince yapmadığını düşünmektedir. Kendi ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla İbn Nüceym *el-Bahrü'r-râik*'ta özellikle bu husus üzerinde önemle durduğu için kendi şerhinin daha anlaşılır olduğunu düşünmektedir. Atıflarda bulunduğu kaynakların listesini kitabın başında veren İbn Nüceym, konuları incelerken kaynaklarını da belirterek iktibaslarda bulunmuştur. Mezhep imamının, öğrencilerinin ve mezhebin sonraki âlimlerinin görüşlerine yer verilen şerhte tercih edilen icthadlar da belirtilmiştir. Bazen diğer mezheplerin görüşlerinin ele alınarak mukayeseler yapıldığı ve kabul edilen hükümün delillerle desteklendiği de görülmektedir.²⁷

İbn Nüceym'in *el-Bahrü'r-râik* adlı eseri üzerinde sonraki dönemlerde çalışmalar yapılmıştır. Örneğin, İbn Âbidîn (ö.1252/1836) *Minhatü'l-hâlik ale'l-Bahrü'r-râik* adlı haşiyesini yazmıştır. Bu haşîye Kahire'de (1311, 1323, 1334 yıllarında sekiz cilt olarak) ve Beyrut'ta (1418/1997 yılında on cilt olarak) basılmıştır.²⁸

IV. CÂMÎ'U'L-FUSÛLEYN'İN HANEFİ FIKIH LİTERATÜRÜNE KATKISI

A. Genel Olarak Câmî'u'l-fusûleyn'in Kendisinden Sonraki Eserlere Katkısı

Hanefî mezhebinin literatüründeki *el-Bahrü'r-râik* (İbn Nüceym), *el-Eşbâh ve'n-nezâir* (İbn Nüceym), *Ğamzü uyûni'l-basâir fi şerhi'l-Eşbâh ve'n-nezâir* (Ahmed b. Muhammed el-Hamevî), *Fetavây-ı Hindiyeye* (Heyet), *Mecma'u'l-ehur* (Damad Efendi), *Dürri'l-muhtâr* (Haskefi), *Düreri'l-hukkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (Ali Haydar), *Reddü'l-muhtar* (İbn Abidin) adlı eserlere bakıldığında, bu eserlerin müelliflerin Câmî'u'l-fusuleyn'den çok sayıda iktibas yaptıkları görülmektedir. Nitekim *el-Eşbâh ve'n-nezâir*'de çeşitli başlıklardaki iktibas sayısı 27, *Dürri'l-muhtâr*'da 41, *Fetava'l-hindiyeye*'de 12, *Mecma'u'l-ehur*'da 12, *Ğamzü Uyûni'l-basâir*'inde 144, *Reddü'l-muhtar*'da yaklaşık 600 kadardır.

B. Câmî'u'l-fusûleyn'in el-Bahrü'r-râik'a Katkısı

Burada Şeyh Bedreddin'in İbn Nüceym üzerindeki tesirini ve ona olan katkısını ortaya koyabilmek amacıyla *el-Bahrü'r-râik*'taki iktibasların dağılımı ve niteliği hakkında bilgi verildikten sonra İbn Nüceym'in kabul ve red açısından Câmî'u'l-fusuleyn'e bakışı ele alınacaktır.

27 Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, I, 2 vd; Yaman, "Kenzü'd-Dekâik", DİA, XXV, 261-262. Eserde geçen "şârih" kelimesiyle kastedilen kişi Zeylaî'dir. Bkz. Yaman, *a.g.mad.*, a.y.

28 Bu baskılarda son cilt tekmile olarak yer almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, "İbn Nüceym (Hayatı ve Eserleri)", A.Ü. İslami İlimler Fakültesi Dergisi, sayı 3 (1979), s. 371-372; Yaman, "Kenzü'd-Dekâik", DİA, XXV, 261.

1. *el-Bahrü'r-râik*'taki İktibasların Dağılımı

Konumuz olan İbn Nüceym'in *Bahrü'r-râik* adlı eserindeki iktibaslar "Kitâbu't-tahâret" 1, "Kitâbu's-savm" 1, "Kitâbu'l-hac" 1, "Kitâbu'n-nikâh" 23, "Kitâbu't-talâk" 55, "Kitâbu'l-ıtk" 8, "Kitâbu'l-lukata" 3, "Kitâbu's-şirket" 3, "Kitâbu'l-vakf" 21, "Kitâbu'l-bey" 55, "Kitâbu's-sarf" 2, "Kitâbu'l-kefâlet" 13, "Kitâbu's-şehâdet" 48, "Kitâbu'l-kazâ" 87, "Kitâbu'd-da'va" 38 şeklinde olmak üzere 359 civarındadır.

2. *el-Bahrü'r-râik*'taki İktibasların Niteliği

İbn Nüceym'in iktibasları incelendiğinde *Câmi'u'l-fusûleyn*'in onun tarafından detaylı bir şekilde tetkik edildiği görülmektedir. *el-Bahrü'r-râik*'ta ele alınan meselelerdeki açıklamalar kimi zaman doğrudan sadece *Câmi'u'l-fusûleyn*'e dayandırılmakta kimi zaman kaynak gösterilen başka bir eserin yanında zikredilmek suretiyle yine bu esere yer verilmektedir. Kimi zaman ise başka eserden yapılan alıntılar bu eser tarafından teyit edilerek okuyucuya sunulmaktadır.

el-Bahrü'r-râik adlı eserin karakteristik özelliklerinden biri, meselelere ilişkin açıklamaların genel olarak *Câmi'u'l-fusûleyn* ile aynı doğrultuda olmasıdır. Ele alınan meselenin hükmüne ilişkin açıklamaların birçok kez "*Câmi'u'l-fusûleyn*'de de böyledir" şeklinde gerekçelendirilmesi ya da mevcut gerekçelendirmenin bu yolla teyit edilmesi, iki eser arasındaki irtibatın ortaya konmasında önemli ipuçları vermektedir. Bunun yanında az da olsa Şeyh Bedreddin'in ifadeleriyle İbn Nüceym'in açıklamaları arasında farklılık olduğu göze çarpmaktadır. İbn Nüceym, ibadetler konusu dahil olmak üzere muamelâtın hemen bütün başlıklarında *Câmi'u'l-fusûleyn*'e yer vermektedir. Ancak *Câmi'u'l-fusûleyn* muamelât ve kaza/yargı (muhakeme usulü) meselelerine diğer meselelerden daha çok yer veren bir eser olduğu için bu eserden yapılan alıntılarının da sözü edilen başlıklarda yoğunlaşması doğal karşılanmalıdır.

İbn Nüceym'in iktibasları doğrudan ya da dolaylı iktibaslar şeklindedir. Doğrudan iktibasla kastettiğimiz husus, müellifinin adı zikredilmiş olsun ya da olmasın ele alınan meselenin bizzat *Câmi'u'l-fusûleyn*'den aktarılmış olmasıdır. Buna göre söz konusu yöntemi "vurgu" ve "önceleme" bakımından iki şekilde incelemek mümkün olmaktadır.

a. Vurgu bakımından İktibaslar

Vurgunun öne çıktığı yöntemde ya müellif ve esere doğrudan ya da müellife dolaylı esere ise doğrudan vurgunun yapıldığı görülmektedir. Şayet mesele "*Fusûleyn* sahibi bu konuda şöyle demiştir" ifadesiyle aktarılmışsa burada hem esere hem de müellifine doğrudan vurgu yapılmış demektir:

Adaletle davranan vasiyi ilke olarak hâkim azledemez. Ama azlederse de azledilmiş olur. Bu caizdir. Zira hâkimin hem otoritesi hem de herkes üye-

rinde özellikle de yetimlerin ve küçüklerin malları üzerinde velayeti vardır. Dolayısıyla hâkimin azletmesi, ölen kimsenin şayet yaşasaydı azletmiş olması gibidir. Fusûleyn sahibi şöyle demektedir: Bana göre tercih edilen (muhtar) görüş, vasinin azledilmiş olmamasıdır. Eğer hâkim ölen kimsenin tayin ettiği bir vasinin bulunduğunu ve bu kişinin kaybolduğunu bilmeden birini vasi tayin etse, tayin ettiği bu vasi hâkimin değil ölenin tayin ettiği vasi sayılır.²⁹

“*Câmi’u’l-fusûleyn*’de şöyle demiştir/zikretmiştir/açıklamıştır/kayıtlamıştır” tarzı ise müellife dolaylı, esere doğrudan vurgu yapmak amacıyla kullanılmıştır:

Hulasa’nın “küfrü gerektiren sözler” başlığındaki ifadeye göre bir kimse “Hıristiyanlar Yahudilerden hayırlıdır” dese kâfir olur. “Yahudiler Hıristiyanlardan kötüdür” demelidir. Bu durumda “ehl-i kitap mecusiden hayırlıdır” dediğinde de kâfir olur. (...) *Habbâziyye*’deki ifadeye göre Hıristiyanları Yahudilerden üstün tuttuğu için bu söz yasaklanmıştır. Hâlbuki durum tam aksinedir. Çünkü Yahudilerin çekişmesi nübüvvet, Hıristiyanlarıki ise ulûhiyet konusundadır. Neticede Hıristiyanların küfrü daha şiddetlidir. Ama burada bir çelişki vardır. Zira böyle olsaydı *Hulasa*’daki “Yahudiler Hıristiyanlardan kötüdür demelidir” sözü doğru olmazdı. Anlaşılan o ki, tekfir, kâfirin iyi olduğunun söylenmesi sebebiyledir. Bundan dolayı *Câmi’u’l-fusûleyn*’de şöyle demiştir: “Hıristiyan mecusiden hayırlıdır” derse kâfir olur. “Mecusi Hıristiyandan kötüdür” demelidir.³⁰

“*Câmi’u’l-fusûleyn*’de şöyledir”, “*Câmi’u’l-fusûleyn*’de şöyle gördüm” ya da “*Câmi’u’l-fusûleyn*’den alıntılararak sundum” tarzındaki ifadelerle de müellif söz konusu edilmeksizin vurgu doğrudan esere yapılmıştır:

Yine halvet gerçekleşmemiş olsa bile, akdin hükümlerinden olduğu için nesbin sübutunun cinsel ilişki yerine konan halvetin hükümlerinden sayılmaması gerektiğini söylemişlerdir. *Mebusut*’ta da böyle açıklanmıştır. Yine nafaka, barındırma, kız kardeşiyle evlenme yasağı vs iddetin hükümlerindedir. Benim anladığım budur. Bir süre sonra *Câmi’u’l-fusûleyn*’de Hassaf’ın *Edebü’l-Kâdî*’sinden naklen sunları gördüm: Halvet, mehrin tamamını hak etme ve iddetin vacip olması konularında cinsel ilişki yerine geçer, diğer konularda geçmez.³¹

b. Önceleme Bakımından İktibaslar

Önceleme bakımından İbn Nüceym’in iktibas yöntemini iki alt başlıkta göstermek mümkündür. Birincisi, “*Câmiu’l-Fusuleyn*+mesele” yöntemidir. Bu yöntem aynı zamanda doğrudan aktarma amacıyla da kullanılmaktadır.³² İkincisi, “mese-

29 İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik*, VII, 522.

30 İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik*, III, 225. Diğer örnekler için bkz. İbn Nüceym, *a.g.e.*, III, 192, 231, 347, IV, 27, 46, 51, 142, V, 202, 207, 229, 243, 259, VI, 14, 104, VII, 17, 108, 130, 190, 247.

31 İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik*, III, 165. Diğer örnekler için bkz. İbn Nüceym, *a.g.e.*, III, 197, 203, 257, 347, IV, 47, 79, 101, 161, V, 245, 254, 287, VI, 10, 41, 195, 246, VII, 18, 41, 128, 197, 244. Muhammed b. Hüseyin b. Ali et-Türî’nin tekmilesindeki benzer örnekler için bkz. *a.g.e.*, VIII, 17, 534, 551.

32 Örnek olarak bkz. 29 nolu dipnot.

le+ *Câmi'ü'l-fusûleyn*" yöntemidir. Bu yöntemin kullanılmasının; kaynağı desteklemek, meselenin bütün yönleriyle *Câmi'ü'l-fusûleyn*'de olduğunu göstermek, kaynakla *Câmi'ü'l-fusûleyn* arasındaki farklılığa dikkat çekmek gibi amaçları vardır.

Başka bir kaynaktan aktarılan meselenin *Câmi'ü'l-fusûleyn* ile desteklenmesinin birinci yolu, "*Câmi'ü'l-fusûleyn*'de de öyledir" anlamındaki "kezâ (كما في جامع الفصولين)" veya "*Câmi'ü'l-fusûleyn*'de de olduğu gibi" anlamındaki "kemâ (كما في جامع الفصولين)" edatlarının kullanılmasıdır. Örneğin gâye-mugayya³³ konusuyla bağlantılı olarak abdestte kolların nereye kadar yıkanacağını tartışan İbn Nüceym, parmak uçlarından dirseğe ya da bilekten dirseğe kadar yıkamanın ihtimali oluştundan bahsettikten sonra gâye konusundaki ayırmadan bahseder. Buna göre gâye ("ilâ"dan sonrası) sözün başını da içeriyorsa bu gâye ıskat içindir (gâyetü'l-ihrac). Abdestteki durum böyledir. Ancak "oruca geceye kadar tamamlayın"³⁴ âyetindeki gâyeye gece dâhil olmadığı için bu âyet sadece hükmün uzandığı son sınırı belirtir (gâyetü'l-medd/gâyetü'l-ısbât). Bundan sonra yeminlerdeki gâyeye değinen İbn Nüceym şunları söylemektedir:

Zâhirü'r-rivâyeye göre "on güne kadar onunla konuşmayacağına dair yemin etmesi" meselesinde onuncu gün dâhil olmadığı gibi *Câmi'ü'l-fusûleyn*'de de aynı şekilde geçtiği üzere oruç konusunda da gâye (gece) mugayyâya dâhil değildir. Böylece "balığı başına kadar yemeyeceğim" sözünde de baş kısmı yemek eylemine dâhil değildir.³⁵

Başka bir kaynaktan aktarılan meselenin *Câmi'ü'l-fusûleyn* ile desteklenmesinin ikinci yolu "*Câmi'ü'l-fusûleyn*'deki şu ifadeden dolayı (كما في جامع الفصولين)" şeklindedir. Örneğin, talak başlığındaki "taliki şart"la ilgili olarak "fıkıh metinlerinin zahirinden anlaşılan şudur" diyen İbn Nüceym, talakın kadının nafakasının bir ay boyunca temin edilememesine bağlanması durumunda olayın iki yönünün olduğunu ifade etmektedir. Buna göre şayet koca nafakanın ulaştığını iddia eder fakat kadın bunu inkâr ederse, talakın gerçekleşmemiş olması hususunda kocanın, nafakanın ulaşmamış olması konusunda kadının sözü dinlenir. İbn Nüceym bu noktada el-Gazmîni'ye (ö.658/1216) başvurarak söz konusu hükmü pekiştirmekte ve "koca 'on gün boyunca nafakam ulaşmazsa boşsun' dese, onuncu günden sonra anlaşmazlığa düşseler; koca nafakayı ulaştırdığını iddia etse, kadın da bunu reddetse kocanın sözü dinlenir" şeklinde *Gunyetü'l-Münyeli-tetmîmi'l-Ğunye*'den³⁶

33 Bu konu vaktin ya da mekânın son sınırları alakalıdır. Burada gâye-mugayya için "-e kadar" anlamına gelen "ilâ" harf-i cerri kullanılır. Bu harften öncesi mugayyâ, sonrası ise gâyedir. Tartışılan konu gâyenin mugayyâya dâhil olup olmamasıdır. "İlâ" harf-i cerri bağlamında "gâye-mugayyâ" konusu hakkında bilgi için bkz. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhâtü Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, İstanbul ts., I, 120.

34 Bakara, (2), 184.

35 İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, I, 13. Diğer örnekler için bkz. İbn Nüceym, *a.g.e.*, III, 153, 215, 343, 347, 351, IV, 48, 142, V, 228, VI, 72, 76, 94, 202, VII, 24, 47, 110, 128, 197, 204.

36 el-Gazmîni'nin tam adı Ebü'r-Recâ Necmüddîn Muhtâr b. Mahmud b. Muhammed ez-Zâhidi el-Gazmîni şeklindedir. İtikad bakımından Mutezili görüşleri benimsediği ve eserlerinde zayıf rivayetlerde bulunduğu için diğer muteber fıkıh kitaplarıyla uyumadıkça rivayetleri kabul görmemiştir. Müellif ve eser hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zirikli, *el-A'lâm*, VIII, 72; Leknevi, *Fevâidü'l-behiyye*, s. 349; Brockelmann, *GAL*, I, 475, *Suppl.*, I, 656; Özel, *Haneî Fıkıh âlimleri*, s. 68.

alıntı yapmaktadır. Ancak bu bilgiyle yetinmeyen ve meselenin farklı yönünün olduğunu göstermek için *Hulasa*³⁷ ile *Bezzaziye*³⁸ adlı eserlere başvuran İbn Nüceym, daha önce geçen “boşama yetkisini verme” bahsinde belirtildiği üzere *Hulasa*'da ve *Bezzaziye*'de işin doğrusunun ortaya konduğunu söylemekte ve en sonunda bahsi *Câmi'ü'l-fusûleyn*'e bağlayarak diğer kaynakları onunla desteklemektedir:

Nafakanın ulaşmaması konusunda kadının sözünün kabul edilmesinde olduğu gibi, kocanın ulaştırma iddiasını kadının reddetmesi halinde yine kadının sözü dinlenir. Bu durumda fıkıh metinlerinin tahsis edilmesi gerekir. Bu tahsis nafakanın ulaşmamasına dair kadının sözünün dinlenmesi konusunda zımnen sabit gibidir. Bu takdir, Allah'ın izniyle bu şerhin (*Bahrü'r-râik*) ayırt edici özelliklerindedir. Nesefî'nin “kadın ispatlarsa” yani “şartın gerçekleştiğine dair delil sunarsa” sözünün gerekçesi, kadının kesin delille davasını aydınlatmış olmasıdır. Bunu olumsuz şartı da kapsayacak şekilde mutlak olarak söylemiştir. Zira *Câmi'ü'l-fusûleyn*'de şartın delille ispatının caiz olduğunun söylenmesinden dolayı kadının delili kabul edilir.³⁹

Başka bir kaynaktan aktarılan meselenin *Câmi'ü'l-fusûleyn* ile desteklenmesinin üçüncü yolu “teyit” kelimesinin kullanılmasıdır. Örneğin, gayrimüslimlerin egemenliği altındaki Müslümanların aralarında hüküm verecek, imam olup Cuma namazını kıldırarak birinde ittifak etmeleri gerektiği bilgisi verildikten sonra bu bilginin *Câmi'ü'l-fusûleyn* tarafından teyit edildiği söylenmektedir:

Câmi'ü'l-fusûleyn'de geçenler bunu teyit etmektedir. Şöyle ki, kâfirler tarafından atanan müslüman valinin cuma ve bayram namazını kıldırması, harac vergisini alması, davalara bakması, yetimleri evlendirmesi müslümanın müslüman üzerindeki velayet hakkından dolayı caizdir. Ama kâfirlere itaat etmek bir tür hiledir, günü kurtarmaktır. Kâfir valilerin olduğu yerlerde Müslümanların cuma ve bayram namazını kılmaları caizdir. Yargıç, Müslümanların rızasıyla davalara bakabilir. Fakat Müslümanlar kendileri gibi bir vali talep etmelidir.⁴⁰

Bir kısımdan bahsedilmiş meselenin bütün yönleriyle *Câmi'ü'l-fusûleyn*'de olduğunu göstermek amacıyla yapılan iktibasa (“meselenin tamamı *Câmi'ü'l-fusûleyn*'dedir” *تمامه في جامع الفصولين* gibi) mevkuף akit konusu örnek olarak gösterilebilir. Şöyle ki, geçerli olabilmesi için yetkili kişinin izin vermesine bağlı olan mevkuף akit türlerine ilişkin meselelerden bahseden İbn Nüceym, “bunların tamamı *Câmi'ü'l-fusûleyn*'in yirmi dördüncü faslında yer almaktadır” demektedir.⁴¹

37 Tâhir b. Ahmed b. Abdürreşid el-Buhârî'nin (ö. 542/1147) *Hulâsatü'l-fetâvâ* adlı eseridir. Müellif ve eser hakkında bilgi için bkz. Brockelmann, *GAL*, I, 462, *Suppl.*, I, 640; Özel, *Hanefî Fıkıh âlimleri*, s. 49.

38 Hafızüddin b. Muhammed b. Muhammed b. Şihâbüddin b. Yûsuf el-Kerderî el-Bezzâzî'nin (ö. 827/1424) *el-Veciz* adlı fetva kitabıdır. Müellif ve eser hakkında bilgi için bkz. Taşköprizâde, *Şekâiku'n-Nu'mâniyye*, s. 21; Leknevi, *Fevâidü'l-Behiyye*, s. 309; Brockelmann, *GAL*, II, 291, *Suppl.*, II, 316; Özel, *Hanefî Fıkıh âlimleri*, s. 97; a.mlf., “Bezzâzî”, *DİA*, VI, 113-114.

39 İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, IV, 26. Diğer örnekler için bkz. İbn Nüceym, *a.g.e.*, V, 252, VI, 48, 103, 215, 281, VII, 119, 185.

40 İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 298.

41 İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, III, 213.

Kaynakla *Câmi'u'l-fusûleyn* arasındaki farklılığa dikkat çekmek amacına yönelik iktibasa lukata/bulutnu meselesini örmek olarak göstermek mümkündür. Lukata başlığında geçen meselede “bir kimse zarar görmesinden korktuğu halde buluntuyu kaldırmaz ve o da ziyan olursa onu tazmin eder” şeklinde bir cümle geçmektedir. İbn Nüceym, bu cümleden sonra *Câmi'u'l-fusûleyn*'in otuz üçüncü faslına işaret ederek orada meselenin farklı ele alındığını söylemektedir:

Lakin *Câmi'u'l-fusûleyn*'in otuz üçüncü faslında geçen ifadeye göre şayet bir kırba düşüp açılrsa, oradan geçen bir kimse de onu almasa sorumlu olmaz. Ancak sahibi yokken önce alır sonra da bırakırsa tazmin etmelidir. Sahibi varken bunu yaparsa tazmin etmez.⁴²

C. İbn Nüceym'in Kabul ve Red Açısından *Câmi'u'l-fusûleyn*'e Yaklaşımı

İbn Nüceym'in ifadeleri incelendiğinde iktibasların çoğunlukla kabul ve teyit doğrultusunda olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim yukarıda zikredilen örneklerin hemen tamamı iktibasların bu yönde olduğunu göstermektedir.

İbn Nüceym'in iktibaslarının çoğunlukla kabul ve teyit doğrultusunda olduğu sonucuna varıldığını söylemekle beraber, bazen bunun dışına çıkılarak reddetme doğrultusunda iktibasların yapıldığını da söylemek gerekir. Örneğin, bir kimse- nin evlenmeyeceğine dair yemin etmesinden sonra yetkisiz temsilci (fuzuli) tarafından yapılan evlendirmeye verilen icazet konusunda Şeyh Bedreddin'in görüşü yanlışlanmıştır:

Nesefi: “Bir kimse evlenmeyeceğine dair yemin etse, fuzuli onu evlendirse, sözlü olarak icazet verse yeminini bozmuş olur. Ama fiili icazetle hayır.” Yani yemini bozulmuş olmaz. *Tebyin*'de belirtildiğine göre muhtar olan görüş budur. Meşayih'in çoğu da bu görüştedir. *Haniye*'deki⁴³ ifadeye göre fetvaya esas olan görüş de budur. *Câmi'u'l-fusûleyn*'de “en doğru (esah) görüşe göre sözlü icazetle de yemini bozulmuş olmaz” sözü bu görüşle bertaraf edilir.⁴⁴

Sonuç

Şeyh Bedreddin, Osmanlı Devleti'nin fetret devri adı verilen döneminde yaşamıştır. Bu yüz yılda (14.yy.) Osmanlı'da yüksek tahsil imkânı bulunmadığı için çeşitli ilim merkezlerine seyahat etmek zorunda kalınmıştır. Bu seyahatler, kuruluş dönemindeki ilim hayatını canlandıran en önemli unsurlardan olmuştur. Tanınmış ilim merkezlerinde tahsillerini tamamlayıp yetişmiş âlim olarak memleketine dönenlerden biri de Şeyh Bedreddin'dir. Onun çalışmaları Osmanlı'daki fıkıh

42 İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V, 162. Başka bir örnek için bkz. İbn Nüceym, *a.g.e.*, VI, 71.

43 Fahrüddin Hasan b. Mansur b. Mahmud el-Uzcendi el-Fergâni'nin (ö. 592/1196) *Fetâvâ Kâdihân* adlı eseridir. Müellif ve eser hakkında bilgi için bkz. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 1227; Zirikli, *el-Âlâm*, II, 238; Brockelmann, *GAL*, I, 465, *Suppl.*, I, 644; Özel, *Hanefi Fıkıh âlimleri*, s. 49.

44 İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, IV, 402. Ayrıca bkz. İbn Nüceym, *a.g.e.*, VI, 71.

çalışmalarının karakteristik özelliklerini yansıtmaktadır. Hanefî bir fıkıh âlimi olan Şeyh Bedreddin'in eserleri, yeni kurulan ve dağılma tehlikesini atlattıktan sonra tekrar toparlanmaya başlayan devlet için erken dönem fıkıh çalışmalarını temsil etmektedir. Bu bakımdan özellikle *Câmî'ü'l-fusûleyn* sıkça başvuru kaynağı olmuştur. Sonraki kaynaklarda *Câmî'ü'l-fusûleyn*'den hemen her konuda yüzlerce kez iktibas edilmiş olması yadsınamaz bir gerçektir.

Şeyh Bedreddin'in kendisinden sonra gelen İbn Nüceym'e katkısı, mezhep literatürüne katkısını gösteren bir örnek teşkil etmesi bakımından önemli görüldüğü için bu çalışmada klasik literatürün birini teşkil eden müelliflerden İbn Nüceym'in *el-Bahrü'r-râik* adlı eserinde Şeyh Bedreddin'in *Câmî'ü'l-fusûleyn* adlı eserinden yapılan iktibaslar incelenmiştir. İnceleme sonucunda iktibasların doğrudan ya da dolaylı yolla yapıldığı görülmüştür. Doğrudan iktibasta İbn Nüceym özellikle Şeyh Bedreddin'e ve *Câmî'ü'l-fusûleyn*'e vurgu yapmış, "kaynak+mesele" yöntemiyle hükmü daha baştan iktibas kaynağına dayandırmıştır. Böylece ele alınan meselelerde *Câmî'ü'l-fusûleyn* olabildiğince öncelenmiştir. İktibasların genel niteliği kabul ve teyit şeklinde olmakla birlikte, karşılaşılan bazı örnekler, Şeyh Bedreddin'in görüşünü reddetme amacına yönelik iktibasların yapıldığını da göstermektedir.

İSLAM HUKUKU'NDA CENİNİN MAL VARLIĞI HAKLARI

Dr. Mehmet Dirik*

The Estate Rights of Fetus in Islamic Law

Islamic Law ensures both personal and estate rights of the fetus from the time being inseminated in mother's uterus to the time of birth. The estate rights granted for the fetus in Islamic Law are the rights of heritage, devise, foundation, granting and preemption. All these rights pass into the possession of the embryo directly with the birth. Being a heir in a mother's uterus when a person dies, Islamic Law ensures the right of taking by inheritance whether allotting share/s or defering the sharing the heritage. The vest of the preemption right is possible by means of putting this right into estate assets. Moreover, if the fetus has the right/s of devise, charitable foundation or grant, these rights are protected by delaying till the complete and alive birth of the fetus.

Key words: fetus, estate rights, heritage, devise, foundation, granting and preemption

Giriş

İslam Hukuku'nda cenine, anne rahmine düştüğü andan itibaren, insan olma yolundaki bir varlık gibi bakılmıştır. Bu süreçte cenin anneye bağlı bir yaşam sürdürdüğü için onun bir parçası, anneden bağımsız bir varlığı bulunduğu için de ayrı bir canlı gibi değerlendirilmiştir. Ceninin sağ doğma ihtimali bulunduğu için, hem şahıs varlığını ilgilendiren hem de malvarlığını ilgilendiren hakları koruma altına alınmıştır.

şahıs varlığıyla ilgili olarak ona daha anne rahmindeki ilk günlerinden itibaren korunması gerekli bir canlı olarak bakılmış ve varlığını kasteden her türlü davranış yasaklanmıştır. İslam'ın dokunulmaz saydığı temel haklar arasında bulunan yaşama hakkının korunması gayesiyle haksız bir fiilden dolayı ceninin yaşamına kasteden kişinin *gurre* olarak bilinen diyeti ödemesi hükmolunmuştur.

* ÖĞretmen, Milas Merkez Ortaokulu / e-mail: mhmtdrk@hotmail.com

Benzer şekilde ceninin şahıs varlığı korunmakla yetinilmemiş henüz hukuken bir kişi olmamasına rağmen, sağ doğması ihtimali göz önüne alınarak kendiliğinden zimmetine geçecek mal varlığı hakları da korunma altına alınmıştır. Söz konusu mal varlığı hakları, herhangi bir çaba gerektirmeden sağ doğmuş ceninin-çocuğun mülkiyetine doğrudan geçecek nesebe dayalı miras, vasiyet, vakıf, hibe ve şüf'adan ibarettir.

İslam Hukuku'nda hukuk, mer'i hukukumuzun da menşei olan Kara Avrupa'sı hukukunun aksine, hak kavramı etrafında değil, insanın fiilleri ve tasarrufları çerçevesinde davranış temeli üzerinden yapılanmıştır. Bu nedenle fıkıh eserlerinde sık sık ve farklı şekillerde işlenmekle birlikte hakların mali ve bedeni şeklinde ayrımı teorik olarak incelenmemiş ve bu ayırım nispeten gizli kalmıştır. Bu ayırımdaki benzerlikten yola çıkarak her iki hukuk sisteminin bu ayırım açısından tamamen örtüştüğü düşünülmemelidir. Bunda İslam hukukunda mal kavramının incelenmediği kadar şahıs-şahsiyet kavramının incelenmemesinin büyük etkisi bulunmaktadır.¹

Bu çalışmada İslam Hukuku'nda cenine tanınan mal varlığı hakları incelenecektir. Mal varlığı haklarına geçmeden önce bu hakların sahibi olacak ceninin şahsiyet durumunun ortaya konması gerekmektedir. Mal varlığı haklarının anlaşılması ve hukukumuzdaki durumunun görülmesi açısından Medeni Kanun'da bu haklarla ilgili düzenlemelere de kısaca yer verilerek karşılaştırma yapma imkânı sağlanacaktır. Bu çalışmada ceninin mal varlığına giren hukuki işlemlerden sadece konuyla ilgili kısımlarına değinilecek ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I-CENİN, ŞAHSİYETİ ve EHLİYETİ

A- Cenin Kavramı

Cenin gizli olmak, örtmek, örtünmek, gizlemek, gizlenmek anlamına gelen *c-n-n* fiilinden türemiştir. Akli kapalı olduğu için delilere mecnun, insanların gözüne görünmediği için cinlere de *cân* denmiştir. Anne rahminde bulunan çocuga doğuma kadar anne rahminde saklandığı için cenin denir, çoğulu *ecinne* ve *ecnundur*.² Kur'an'da “Sizi, *topraktan yarattığında da ve analarınızın karında ceninler iken de, en iyi bilendir*”³ buyrulurken *cenin* kelimesi sözlük anlamına uygun kullanılmıştır. Kur'an'ın anne rahmindeki çocuk için kullandığı bir diğer kelime *hamldir*.⁴ Cenin ile eş anlamlı kelimelerden bir de *habldir*.⁵

1 Hacak, Hasan, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2000, s. 93, 121-122. “Bu ayırımda haklar, *el-hukuku'l-maliyye* ya da *emval: mallar* ile mali hakları, *hukuku'l-ebdan* veya *hukuku'l-bedeniyye* bedeni hakları ifade eder.” Hacak, a.g.e., s. 120.

2 İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut-Lübnan 1992/1412, *c-n-n* maddesi; Heyet, *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, Kuveyt 1989, XVI, 117.

3 Necm (53), 32.

4 Ahkâf (46), 15.

5 Medkûr, Muhammed Sellâm, *el-Cenin ve'l-ahkâmü'l-müteallika bihi fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1969/1389, s. 131.

Ceninin anne rahminde oluşum ve gelişim sürecinden bahseden bazı ayetlerin⁶ ve hadislerin⁷ yorumlarında yüz yirmi günden sonra cenine ruh üflendiği görüşünün genel kabul gördüğü söylenebilir.⁸ Bu nedenle İslam hukukçularının bir kısmı *cenin* kelimesini, *nutfe*, *alaka* ve *mudğa* dönemlerinden sonra organları belirtmeye başlamış (*müstebînü'l-hilka*) çocuk anlamında kullanmışlardır.⁹ Fakat İslam Hukukçularının çoğunluğu *cenin* kelimesini çocuğun anne rahmine düşmesinden doğuma kadar geçen bütün aşamaları kapsayacak şekilde kullanmışlardır.¹⁰ *Cenin* kelimesi hangi anlamda kullanılırsa kullanılsın mal varlığı hakları çocuğun anne rahmine düşmesiyle başlamaktadır. Biz bu çalışmada *cenin* kelimesini çocuğun anne rahmindeki geçirdiği bütün aşamaları kapsayacak şekilde kullanacağız.

Medeni kanunumuzda *cenin* kelimesini çocuğun anne karnında geçirdiği tüm aşamaları kapsayacak biçimde kullanmıştır.

B- Şahıs Kavramı

Sözlükte yüksekliği veya görünür cismi bulunan varlık; kişi, insan anlamına gelen *şahıs* hukuki bir terim olarak haklara ve borçlara ehil varlık demektir.¹¹ Bir hakkın varlığından söz edebilmek için bu hakkın kendisine bağlandığı bir *kişinin* bulunması gerekir.

Doğumdan ölüme kadar insanları ilgilendiren; kişi, aile, miras, eşya ve borçlar hukukunu kapsayan medeni hukukta¹² kişi kavramı, biyolojik varlık anlamında insanlar için kullanıldığı gibi belli bir amaç için kurulmuş ve hukuk düzeninin aradığı koşulları taşıyan insan toplulukları ile mal toplulukları için de kullanılmaktadır. Kişinin *vücüb-hak* ve *eda-kullanma* şeklinde iki tür ehliyeti bulunmaktadır. Gerçek veya hükmi şahısların hak ehliyetine sahip olabilmesi varlıklarının bulunmasına (md. 8, 46); kullanma ehliyetine sahip olabilmesi için de gerçek kişilerin reşit ve mümeyyiz, hükmi şahsiyetlerin ise kanun ve tüzüğe uygun organlara sahip olmasına (md. 10, 47) bağlıdır.¹³

Hakiki şahıs ya da gerçek kişi, hakları ve yükümlülükleriyle ehliyet ve zimmet sahibi insanın kendisidir. Köleliğin, hiç değilse şeklen, bulunmadığı günümüz hu-

6 Mü'minün (23), 12-14; Hac (22), 5.

7 Buhârî, "Bed'ül-halk", 6; Müslim, "Kader", 1.

8 İbn Kesir, İsmail b. Ömer, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Kerîm*, Beyrut 1401, IV, 240-241.

9 Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Beyrut 1990/1410, VI, 115; Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *el-Mebsût*, Beyrut 1993/1414, XXX, 51; Kâsânî, Alâeddin Ebû Bekir b. Mes'ûd, *Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, 1986/1406, VII, 325; İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, *Bidâyetül-müctehid ve nihâyetü'l-Muktesid*, Kahire 2004, IV, 199; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XVI, 117.

10 İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ*, Beyrut t.y., V, 368, XI, 236; Karaman, Hayreddin, *Mukayyeseli İslâm Hukuku*, İstanbul 1991, I, 240; Gânim, İbrahim, *Ahkâmü'l-cenin fi'l-fikhi'l-islâmî*, Cidde 2001/1421, s. 27, 39; Medkûr, a.g.e., s. 31 vd, 207.

11 Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 16; Karaman, a.g.e., I, 229; Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk*, Savaş yayınları, 1992, s. 167.

12 Oğuzman, Kemal, *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul 1982, s. 4.

13 Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1994, s. 123.

kuklarında, insan olarak doğmak hakiki kişi sayılmak için yeterlidir. Şu halde, kişi, fiziki varlığı ve biyolojik canlılığıyla insan olduğuna göre, onun varlığı doğumuyla başlar ölümüyle sona erer. İnsan doğumundan ölümüne kadar bir şahsiyettir.¹⁴

Medeni hukukun, en önemli ve başta gelen dallarından biri hiç kuşkusuz kişi hukukudur. Çünkü insandan başka hukuk açısından hak sahibi olabilecek ve hukuki işlem yapabilecek başka varlık yoktur. Bu nedenle hukuk sistemleri kişilere çeşitli haklar tanımıştır. Kişi hakları insan olmakla elde edilen, vazgeçilemez ve hiç kimsenin mahrum edilemeyeceği haklardır. Kişinin, benliğinin bütününe oluşturan maddi ve manevi değerleri içeren şahıs varlığı hakları ve eşyaya sahip olması dolayısıyla da malvarlığı hakları vardır. Şahıs varlığı hakları sadece o kişiye ait, ölüncüye kadar asla devredilemeyen ve değeri para ile ölçülemeyen haklardır. Malvarlığı hakları ise, mali bir değeri bulunan kıymeti para ile ölçülebilen ve devredilebilen haklardır.¹⁵

Kişi, insanın beden varlığının yanı sıra, toplum hayatındaki konumunu ve onun hak sahipliği sıfatını anlatır. Kişilik veya şahsiyet ise kişinin, hakları kullanma ehliyetini anlatan kişilik alanına dâhil hukukça korunan tüm değerleri ve kişisel durumları da içeren daha geniş bir kavramdır.¹⁶ Kısacası şahsiyet, insana ait hak ve borçlara ehil olma vafıdır.¹⁷

İnsan doğumundan ölümüne kadar bir şahsiyet olduğuna göre ceninin şahsiyetinden bahsedilemez. Çünkü o fiziki varlığıyla henüz annesinden bağımsız bir yaşama kavuşmamıştır. Üstelik onun sağ doğmama ihtimali de bulunmaktadır. İşte bu noktada hukuk sisteminin cenine sağ doğması halinde mal varlığı haklarını nasıl koruduğuna, cenine nasıl bir *şahsiyet* takdir ettiğine bakmak gerekmektedir.

C- Şahsiyetin Başlangıcı

İslam hukukuna göre ceninin şahsiyeti sağ ve tam doğumla başlar. Bununla birlikte her ne kadar şahsiyetin başlangıcı için doğum şart koşulmuşsa da ceninin hak sahibi olduğunun söylenmesiyle doğumdan önce de onda şahsiyet varlığı kabul edilmiş olmaktadır. Onun miras hakkının varlığından söz edilmesi, onun bir şahsiyet varlık olarak tanınmış olması anlamına gelir.¹⁸

Medeni kanunumuzdaki çeşitli düzenlemeler, (miras ve vasiyetle ilgili md. 427; 582; 643) tam ve sağ doğmakla (md. 28) anne rahminde geçirdiği dönemleri kapsayacak biçimde ceninde kişiliğin sabit olacağını göstermektedir. İster geciktirici

14 Birsen, Kemaleddin, *Medeni Hukuk Dersleri*, Ahmed Said Matbaası, 1959, s. 140; Uzunpostalcı, Mustafa, "İslam Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, VII, 2006, s. 60; Çiğdem, Recep, *Mukayeseli Medeni Hukuk*, İstanbul 2012, s. 277.

15 Birsen, a.g.e., s. 97, 100; Oğuzman, a.g.e., s. 91, 102; Zevkliler, a.g.e., s. 101, 102.

16 Karaman, a.g.e., I, 231; Zevkliler, a.g.e., s. 170.

17 Karaman, a.g.e., I, 235.

18 Karaman, a.g.e., I, 232; Uzunpostalcı, a.g.m., s. 61.

şart, isterse bozucu şart sebebiyle olsun,¹⁹ cenin tam ve sağ doğumla anne rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetini elde eder, medeni haklardan yararlanır.²⁰ Buna göre, sağ ve tam doğumdan itibaren geriye dönük olarak anne rahminde geçirdiği yüz seksen gün ile iki yüz yetmiş-iki yüz seksen günlük süre içerisinde embriyonun oluştuğu dikkate alınarak hak ehliyetinin başladığı kabul edilebilir.²¹

Hak ehliyetinin başlangıcı açısından anne karnında oluşmuş embriyo ile yapay yolla, laboratuvar ortamında oluşturulmuş ve anne rahmine yerleştirilmiş embriyo arasında bir fark yoktur. Her iki durumda da cenin tam ve sağ doğumla kişilik kazanır ve geçmişe dönük olarak hak ehliyetini kazanır.²²

Tüpte üretilmiş embriyonun ana rahmine yerleştirilmesi ile hak ehliyetini kazanması bu embriyonun aleyhinedir. Zira embriyo tüpteki oluşumundan sonra ana rahmine hemen yerleştirilmeyebilir. Anne rahmine yerleştirilmesi aşamasında mesela anne tüp bebeğin yerleştirilmesi için hastanede olsa bu aşamada baba ölse, babanın nakilden önce ölmesi halinde bu çocuk babaya mirasçı olamayacak ve hak kaybına uğrayacaktır. Bu nedenle yumurta ile spermin tüpte yaklaşık yirmi dört saatlik sürenin ardından embriyonun teşekkülüyle hak ehliyetini başladığını kabul etmek bu embriyonun hak kaybını önleyecektir.²³ Bu durumda sağ doğmak kaydıyla herhangi bir süreçte eğer embriyo hatalı bir işlem nedeniyle zarara uğramışsa, bu zararın tazminini istemek de mümkün hale gelecektir.²⁴

D- İslam Hukukuna Göre Ceninin Ehliyeti

Ehliyet bir şahsın haklardan faydalanmaya, bu hakları kullanmaya ve borçlanmaya elverişliliği halidir. Başka bir ifadeyle ehliyet, mükellefin lehine haklara sahip, aleyhine doğacak borçlardan sorumluluğu halidir.²⁵ Ehliyet bir vasıf olarak insanda anne rahmine düştüğü andan itibaren bulunmakta, onun ruh ve beden gelişimine paralel biçimde gelişim göstermektedir. Böylelikle kişi öncelikle vücûb ehliyetini sonra da eda ehliyetini elde etmektedir.

Şahsın borçlandırma ve borçlanma salahiyetine vücûb ehliyeti denir. Vücûb ehliyetinin dayanağı insan olmaktır. Haklardan yararlanmada sağ olan herkes eşit-

19 Geciktirici (taliki) şart hukuki muamelenin hükmünü, şartın gerçekleşmesine kadar askıda bekletir. Şart gerçekleşirse hukuki muamele (ölüme bağlı tasarruf) hüküm ifade eder, şart gerçekleşmezse hukuki muamele geçersiz olur, hiçbir hüküm ifade etmez. Bozucu (infisahi) şart ise, hukuki muamele başta geçersizdir. Şartın gerçekleşmesi durumunda, şartın yokluğu üzerine kurulu hüküm bozulur. İmre, Zahit/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1989, s. 132. Bu konudaki düzenlemeler için bakınız 6098 sayılı Borçlar Kanunu md. 170-176.

20 Zevkliler, a.g.e., s. 183; Kurt, Leyla Müjde, "Cenin Malvarlığı Hakları", İnönü ÜHFD, II, sayı: 1, 2011, s. 184.

21 Zevkliler, a.g.e., s. 182; Kurt, a.g.m., s. 183.

22 Zevkliler, a.g.e., s. 183; Kurt, a.g.m., s. 181.

23 Arpacı, Abdülkadir, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, İstanbul 1993, s. 8, 9; Zevkliler, a.g.e., s. 184.

24 Kurt, a.g.m., s. 184.

25 Zeydan, Abdülkerim, *el-Medhal li dirâseti's-şer'ati'l-İslâmiyye*, Bağdat 1969, s. 261-2; Ebû Zehra, Muhammed, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, çev: Abdülkadir Şener, Ankara 1990, s. 283 vd; Şaban, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, Çev: İbrahim Kafî Dönmez, Ankara 1996, s. 293 vd; Uzunpostalcı, "İslam Hukuku Açısından Ehliyet", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, VIII, 2006, s. 155, 157.

tir. Yaşına, akıl ve rüşd durumuna bakılmaksızın, anne rahminde cenin halinde iken bile, her insan hayatının başından sonuna kadar vücûb ehliyetine sahiptir. Vücûb ehliyetinde *borçlandırma*, mirasçılık gibi, kişinin lehine hakları elde etmesi; *borçlanma* ise yükümlülüklerden sorumlu tutulması halidir. Zengin birinin fakir akrabasının nafakasını karşılamakla borçlanması böyledir. Başka bir ifadeyle vücûb ehliyeti, kişinin lehine ve aleyhine kanuni hak ve borçların şahısta bulunması; kişinin hak ve vecibelere yetkili bulunması durumudur.²⁶

Vücûb ehliyetinin borçlandırma kabiliyeti ceninin anne rahmine düşmesiyle başlar. Vücûb ehliyetinin bu yönü itibariyle cenin lehine kazanımlar başlar; ancak bu haklar tam doğum gerçekleşmeden onun zimmetine geçemez. Çünkü insanda bulunduğu farz edilen itibari bir kap olan zimmet, ceninin sağ doğmasıyla ortaya çıkar. Bu aynı zamanda vücûb ehliyetinin borçlanma yönünün de açığa çıkması anlamına gelir.²⁷ Günümüz hukukunda *hakları elde etme ve borçlar altına girebilme* şeklinde tanımlanan *kanuni kişilik* fakihlerin zimmet tarifiyle benzeşmektedir.²⁸

Vücûb ehliyetinin sadece borçlandırma yönüyle ceninde bulunmasına ise nakıs vücûb ehliyeti denmiştir. Bu, anne rahminde bulunan ceninin, bir yönden anneye bağlı ve onun bir parçası, diğer yönden sağ doğup yaşama ihtimali bulunan kendine ait yaşama sahip müstakil bir insan olmasını ifade eder. Bu ehliyetle ceninin sağ ve tam doğumla kendiliğinden zimmetine geçecek miras ve vasiyet gibi bir takım haklarının korunması sağlanmıştır.²⁹

Benzer şekilde Medeni Kanunumuzun cenine sağ doğmak kaydıyla anne rahmine düştüğü andan itibaren *medeni haklardan istifade ehliyeti* tanıdığı görülmektedir.

Haklardan yararlanma ve hakları kullanma ehliyetleri, doğumdan ölüme kadar her kişide eksik veya tam olarak bulunur. İnsanın hak ehliyeti, embriyonun oluşmasıyla veya ana rahmine yerleşmesiyle başlar, temyiz, bulug ve rüşd devreleri şeklinde gelişerek tamamlanır. Cenin doğumuyla tam vücûb ehliyetini elde eder. Hukuk bakımından geçerliliği aklın varlığına bağlanmış işleri, şahsın bizzat yapma salâhiyet ve ehliyeti demek olan eda ehliyetinin cenin açısından bir anlamı yoktur. Onun eda ehliyetinden söz edilemez.

26 Sibâi, Mustafa/Abdurrahman Sebbâğ, *el-Ahvâlü’ş-şahsiyye fî’l-ehliyye ve’l-vasiyye ve’l-terikât*, Dımaşk, 1970/1390, s. 12; Karaman, a.g.e., I, 236; Zeydan, a.g.e., s. 261.

27 Buhârî, Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed, *Keşfü’l-esrâr alâ usûlî’l-Pezdevî, Dâru’l-kütübî’l-İslâmî, t.y.*, IV, 238; Zerkâ, Mustafa Ahmed, *Çağdaş Yaklaşım İslâm Hukuku*, çev: Servet Armağan, İstanbul 1993, III, 901, 903, 907; Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle İslam Hukuku*, İstanbul 1983, s. 126; Medkûr, a.g.e., s. 276; Uzunpostacı, a.g.m., s. 159.

28 Zeydan, a.g.e., s. 262; Şaban, a.g.e., s. 296; Karaman, a.g.e., I, 237; Medkûr, a.g.e., s. 274

29 Buhârî, a.g.e., IV, 335, 338; Sibâi/Sebbâğ, a.g.e., s.12; Zerkâ, a.g.e., II, 539, III, 901, 903, 907; Döndüren, a.g.e., s. 126; Karaman, a.g.e., I, 240-1; Medkûr, a.g.e., s. 276; Ali Bardakoğlu, “Ehliyet”, DİA, XV, s. 535; *el-Mevsûatü’l-fihkiyye el-kuveytiyye*, Kuveyt 1990, XVII, 153, 155.

II-CENİNİN MAL VARLIĞI HAKLARI

Cenin sağ doğmak şartıyla, daha anne rahmine düştüğü andan itibaren miras, lehine yapılan vasiyeti ve hibeyi alma, adına yapılan bir vakfın gelirinden istifade ve şüf'ada hak sahipliği gibi mali hakları kazanır. Ceninin söz konusu haklardan istifade edebilmesi için, miras bırakan öldüğünde veya lehine vasiyet ve vakıf yapıldığında, anne rahminde bulunması ve sağ doğması gerekir. İslam Hukukçuları anne rahminde ceninin geçirdiği süre hakkında farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Mal varlığı hakları ceninin anne rahmine düşmesiyle başladığı için bu hakların elde edilmesi açısından en kısa ve en uzun hamilelik sürelerinin bilinmesi gerekmektedir. Bu nedenle ceninin mal varlığı haklarına geçmeden önce bu süreler ve sağ doğum tartışmalarına kısaca değinmek istiyoruz.

Cenin doğup yaşamını sürdürebileceği hamileliğin en kısa süresinin altı ay olduğunda fakihlerin ittifakı vardır. Onlar hamlin en kısa süresini nassa dayandırmaktadırlar. Bir ayette “وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا” *Annenin hamli ve ondan ayrılması otuz aydır.*³⁰ Bu ayet hamlin başlangıcıyla çocuğun sütten kesilme süresini belirtmektedir. Bir diğer ayette “وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ” *Anneler çocuklarını, emzirmenin tamam yapılmasını isteyen baba için tam iki yıl emzirirler.*³¹ Birinci ayetteki hamileliğin başlamasıyla çocuğun sütten kesilme süresinin toplamı olan otuz aydan ikinci ayetteki emzirmenin en uzun süresi yirmi dört ay çıkarıldığında geriye altı ay kalmaktadır ki bu hamileliğin en kısa süresidir.³² Bu süre, doğum sonrası herhangi bir tıbbi yaşam desteğine gerek duyulmaksızın anneden bağımsız olarak ceninin yaşabileceği en kısa zaman dilimine tekabül etmektedir.

Hamileliğin en uzun süresini belirleme hususunda fakihler, farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Hamilelik süresinin en uzununu için Hanefîler ve Ahmed b. Hanbel (241/855) iki yıl, Şâfiîler, Mâlikîler ve Hanbelîlerden bir görüş dört, Mâlikîler'den meşhur görüş beş yıl, Leys b. Sa'd (175/791) üç yıl, Zührî (124/742) yedi yıl, Mâlikîler'den Muhammed b. Abdilhakem (214/829) ay takvimine göre bir yıl, İbn Hazm (456/1064) ise, ay takvimine göre dokuz ay takdir etmişlerdir. Caferîler'de bir yıl olduğunu söyleyenler bulunmakla birlikte yaygın görüş dokuz aydır.³³ Bu görüşler arasında günümüz kabulüne en yakın süreler Muhammed b. Abdilhakem, bazı Şiîler ve İbn Hazm tarafından ortaya konulmuş sürelerdir.³⁴

30 Ahkâf (46), 15.

31 Bakara (2), 233.

32 Râzî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ömer b. Hasen, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, Beyrut 1420, XV, 28; Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdullah, *Fethu'l-Kadîr*, Dimaşk 1414, V, 22.

33 Şâfiî, a.g.e., V, 227; Serahsî, a.g.e., VI, 45; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 142; İbn Hazm, a.g.e., X, 131-133; Medkûr, a.g.e., s. 142 vd; Şaban, Zekiyyüddin/Ahmed Ğundur, *Ahkâmü'l-vasiyye ve'l-mîrâs ve'l-vakf fi'ş-şeriatil-İslâmiyye*, Kuveyt 1989/1404, s. 90; Hillî, Abdülkerim, *el-Ahkâmü'l-Ca'feriyye fi'l-ahvâlîş-şahsiyye*, Beyrut 1985, s. 112; Fakih, Yusuf, *el-Ahvâlîş-Şahsiyye*, thk, Ali Fakih, Dârü'l-edvâ, 1989/1409, s. 434; Celidî, Saîd Muhammed, *Ahkâmü'l-mîrâs ve'l-vasiyye fi'ş-Şeriatil-İslâmiyye*, Trablus t.y., s. 157; Cebûrî, Ebû'l-Yakzân Atıyye, *Hükmü'l-mîrâsi fi'ş-şeriatil-İslâmiyye*, Bağdad 1969, s. 179; Berrâc, Muhammed Muhammed, *Ahkâmü'l-mîrâs fi'ş-şeriatil-İslâmiyye*, Amman 1981/1401, s. 685-686.

34 İbn Rüşd, a.g.e., IV, 142; Medkûr, a.g.e., s. 150.

Kadri Paşa da hamlin en kısa süresinin altı ay, en uzun süresinin genellikle dokuz ay, fakat dinen bunun iki yıl olabileceğini kaydetmiştir.³⁵ Son dönem Mâlikîlerinden Muhammed Âbîdî'ye göre de daha önceleri dört-beş yıl söylenmiş olsa da hamileliğin en uzun süresi bir yıldır, daha uzun süre iddiaları tıbbi araştırma yapmayı gerektirir.³⁶ Ebû Zehra da bu sürenin dokuz ay ile sınırlandırmak gerektiği, ihtiyaten bir seneye çıkarılabileceği kanaatinde dir.³⁷

Medeni kanunumuz asgari hamilelik süresini (md. 285) üç yüz gün ile sınırlandırmıştır.

Ceninin anne karnında kaldığı sürenin sona erme zamanı *doğumdan* ya da tam doğumdan ne anlaşılması gerektiğinde farklı görüşler vardır. Hanefilere göre çocuğun baştan gelmişse göğsü, ayakta gelmişse göbeği çıkıncaya kadar canlı bulunması *sağ doğum* için yeterlidir. Bu çocuk bundan sonra ölse de canlı doğmuş kabul edilir. Mâlikîler, Şâfiîler, Hanbelîler ve İmâmiyye Şîasına göre sağ doğum, anneden canlı ayrılmadır. Ceninin bir kısmı anneden ayrılıncaya kadar canlılık belirtileri bulunsa bile tam doğum gerçekleşinceye kadar bu canlılık devam etmediği sürece çocuk sağ doğmuş sayılmaz.³⁸

Ağlama, bağırma, nefes alma, aksırma, gülme, kalp atışı ve bir organını hareket ettirme gibi canlılık belirtileri göstermeyen çocuk ölü doğmuş kabul edilir, bu çocuk kişi olamamış ve hak ehliyetini kazanamamıştır. Çocukta hangi belirtiler görüldüğünde canlı doğmuş sayılacağı tartışmalı bir konu olmakla birlikte³⁹ göbek bağının kesilmesi beklenmeksizin canlılık alametleri gösteren, annesinin vücudundan tamamıyla ayrılıp ondan bağımsız kısa bir süre de olsa yaşayan çocuk canlı doğmuş kabul edilir ve hak ehliyetini kazanır. Buna göre o, medeni hakları elde eder: Mirasçı ve miras bırakan olur, kendisine yapılmış vasiyeti almaya da hak kazanır.⁴⁰ Sağ doğumu yeterli gören medeni kanunumuz da, sağ doğumun ne anlama geldiğinden söz etmemiştir. Sağ doğumun ya da ölüm anının belirlenmesi özellikle miras hukukunda önce kimin öldüğünün belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Ceninin sağ veya ölü doğduğu konusunda belirsizlik bulunması halinde, bu belirsizliği gidermenin en güvenilir yolu adli tıp kurumuna başvurmadan geçmektedir.

35 Muhammed Kadri Paşa, *el-Fevâidü'l-âliyye ale'l-Ahkâmîş-şer'iyye fi'l-ahvâlîş-şahsiyye*, thk. Yustuf b. Mahmûd Hac Ahmed, y.y., 1306/1888, s. 173 (md. 332)

36 Âbîdî, Muhammed b. Arabî b. Tehamî Alevî, *el-Ahvâlîş-şahsiyye ve'l-mîrâs fi'l-fikhi'l-Mâlikî*, İfrîkiya eş-Şark 1996, s. 190

37 Ebû Zehra, Muhammed, *el-Ahvâlîş-şahsiyye*, Kahire 1957, s. 387

38 Serahsî, a.g.e., XXX, 52; İbn Hazm, a.g.e., VIII, 343; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah, *el-Muğni*, Mektebetü'l-Kahire, 1968/1388, VI, 385; Sibâî, Mustafa, *Şerhu kânûni'l-ahvâlîş-şahsiyye*, Beyrut 1997/1417, II, 152-3; Karaman, a.g.e., I, 424; Şaban/Ġundur, a.g.e., s. 392; Şemsüddîn, Muhammed Cafer, *el-Vasiyyetü ve ahkâmühâ*, Beyrut 1985/1405, s. 306; Ġânim, a.g.e., s. 85-86; Celidî, a.g.e., s. 156; Berrâc, a.g.e., s. 687-8.

39 İbn Rüşd, a.g.e., IV, 198; Ġânim, a.g.e., s. 78-79; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 385; «إذا استهل المولود ورت» Bu rivayet çerçevesinde *istihlâl*'in yani canlı doğumun ne olduğu tartışılmıştır. İbn Hazm canlı doğum için *istihlâl*in gerekli olmadığını görüşündedir. Ona göre doğum sırasında canlı olduğu anlaşılan çocuk sağ doğmuş kabul edilir, namazı kılınır, mirasçı ve miras bırakan olur. İbn Hazm, a.g.e., III, 385, 387; VIII, 343 vd. Bu konu günümüzde de tartışmalı konulardan biridir. Bkz. Arpacı, a.g.e., s. 5-6

40 Hatemi, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 29, 30; Özsunay, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1974, s. 12, 13; Arpacı, a.g.e., s. 5; Zevkliler, a.g.e., s. 175, 176; Çiğdem, a.g.e., s. 277

Hamilelik sürelerinin tespiti konusunda fakihlerin, bazı rivayetlere dayanmakla birlikte, o günün kültürü, bilgi birikimi ve tıbbi bilgileri çerçevesinde bu görüşleri ortaya koyduklarından kuşku yoktur. Günümüzde ise tıp biliminin verilerine göre embriyonun oluşumundan doğuma kadar geçen süre en az yüz seksen gün en fazla iki yüz yetmiş-iki yüz seksen gün kadardır. Hamilelik süresi nadiren iki üç hafta uzayabilmektedir.⁴¹ Eğer bu fakihler günümüz bilgi birikimine sahip olsalardı bu konudaki görüşleri de elbette farklı olurdu. Günümüzde çeşitli laboratuvar tahlili ve ultrason gibi görüntüleme yöntemlerine sahip tıbbın, güvenilir ve uzman doktorların bu konuda tespit ettikleri en kısa ve en uzun hamilelik sürelerini itibar etmek bize göre en doğru yoldur. İşte bu süreler içinde dünyaya gelen çocuğun nesebi evliliğe-babaya aittir.

Hamilelik süresi ve canlı doğum hakkındaki bu tartışmalardan sonra şimdi ceninin mal varlığı haklarına geçebiliriz.

A- Ceninin Miras Hakkı

1-Medeni Kanunda Ceninin Miras Hakkı

Medeni Kanun'a göre ceninin mirasçı olabilmesi için miras açıldığı zaman anne rahminde bulunması ve sağ olarak anneden ayrılması şarttır. Bu hususta md. 582'de *Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz* denmiştir.

Cenin kanuni mirasçılar arasına girmesinin bir diğer koşulu nesebin, soy bağının kurulmasıdır. Medeni Kanun md. 282'de *Çocuk ile ana arasında soy bağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soy bağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soy bağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur.* Denilerek anne ile soy bağının doğumla, babayla soy bağının doğumu yapan anne ile evli baba, babanın tanınması veya mahkeme kararıyla olacağı belirtilmiştir.

Nesebin babaya ait olmasıyla ilgili süreler de şöyle takdir edilmiştir: md. 285'de *Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür.* Demek oluyor ki, en uzun hamilelik süresi üç yüz gündür, bu süreyi aşan gebeliklerde nesebin belirlenmesi annenin kocadan hamile kaldığının ispatı ile mümkündür.

Hamileliğin başlangıcıyla ilgili olarak md. 287'de *Çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüşse davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır. Evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır.* Bu süre yani yüz seksen gün aynı zamanda hak ehliyetinin başlangıç zamanıdır.

41 Moore, Keith L., *The Developing Human Clinically Oriented Embryology*, Cidde 1983, s. 103-104.

Buraya kadar kanuni mirasçılığı inceledik. Medeni Kanunumuz, kanuni mirasçılığın yanında bir de iradi mirasçılığı kabul etmektedir. Kanuni mirasçılık kanundan, iradi mirasçılık murisin iradesinden kaynaklanır.⁴²

Medeni Kanun md. 583'de *Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir. Miras bırakan tarafından ön mirasçı atanmamışsa, yasal mirasçı, ön mirasçı sayılır, md 599'da Mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayrıık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, miras bırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar. Atanmış mirasçılar da mirası, miras bırakanın ölümü ile kazanırlar. Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler. Buna göre muris fevkalade ikame yoluyla gelecekte doğacak bir cenine vasiyette bulunabilir ve mirasçı nasb edebilir.*⁴³

Mirasçı olabilmek için muris öldüğünde varisin hayatta olması gerekir. Bu hususta md. 580'de *Mirasçı olabilmek için miras bırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır. Mirasın açıldığı anda sağ olan mirasçı sonradan ölürse, onun miras hakkı kendi mirasçılarına kalır.*

Ceninin mirasçı olmasıyla ilgili olarak md. 582 de *cenin sağ olarak doğarsa mirasçı olur, ölü doğan çocuk mirasçı olamaz. Mirasçılar içinde cenin varsa, taksim doğmasına bırakılır, denmiştir. Buna göre mirasçılar arasında bir cenin bulunursa o sağ ve tam doğumla mirasçı olur ve mirasın taksimi ceninin doğumundan sonraya bırakılır. Cenin sağ doğarsa mirastaki hissesini alır, ölü doğarsa mirasçı olamaz.*

2- İslam Hukuku'nda Ceninin Miras Hakkı

İslam Hukuku'nda cenine sadece hakları elde etmesi, vazifeler yüklenmemesi açısından eksik bir hak ehliyeti, nakıs vücüb ehliyeti tanındığını daha önce görmüştük. İslam Hukukçuları Hz Peygamberden gelen "Çocuk sağ doğması halinde mirasçı ve mûris olur, cenaze namazı kılınır" şeklindeki rivayetler⁴⁴ doğrultusunda cenini mirasçılar arasında saymışlardır.⁴⁵

İslam Hukuku'na göre kişinin mirasçı olmasının şartlarından biri murisin ölümü sırasında hayatta olmaktır. Bu da kendi içinde hakiki hayat ve takdiri hayat

42 Oğuzman, Kemal, *Miras Hukuku*, İstanbul 1995, s. 138; İmre/Erman, a.g.e., s. 10

43 Oğuzman, a.g.e., s. 262; İmre/Erman, a.g.e., s. 278. Muayyen bir mal vasiyet veya mirasçı nasbederken teberri olunan mal veya mirası başka bir şahsa nakletmek mükellefiyeti koyan tasarrufa *fevkalade ikame* denir.

44 Ceninin mirasçı olacağına dair rivayetler için bkz. İbn Mâce, "Cenâiz", 26; "Ferâiz", 17; Dârimî, "Ferâiz", 47; Ebû Dâvûd, "Ferâiz", 15. (" قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِذَا اسْتَهْلَ الصَّبِيُّ وَرَثَ وَوَرَّثَ، وَصَلَّى عَلَيْهِ...")

45 Sahnûn b. Saïd et-Tennûhi, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1994/1415, IV, 631; Berrâc, a.g.e., s. 683; Ğânim, a.g.e., s. 79.

şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Hakiki hayat biyolojik canlılığı ve fizik varlığıyla ortada bulunma halidir. Takdiri hayat ise, muris vefat ettiğinde anne rahminde bir cenin bırakmasıdır. Kadın meşru bir evlilikten hamile kalır ve kocanın ölümünden sonra en kısa hamilelik süresi içerisinde bir çocuk doğurursa bu çocuk mirasçı olur. Ölüm ya da boşanma nedeniyle iddet bekleyen kadının, kocasından ayrılmasından itibaren en uzun hamilelik süresi içerisinde doğan çocuğu o kocanın mirasçısıdır, bu sürenin aşımından sonra doğarsa mirasçılık vasfını kazanamaz.⁴⁶

En uzun hamilelik süresinden sonra doğan çocuk, ancak diğer mirasçılarının kabul etmeleri halinde bu babaya mirasçı olabilir. En kısa hamilelik süresinden önce doğumun gerçekleşmesi halinde nikâhın fasid veya sahih olmasına bakılmaksızın kocanın benimsemesiyle nesep ona bağlanır ve bu çocuk o kişinin mirasçısı olur.⁴⁷ Ceninin mirasçı olabilmesinin ikinci şartı ise, ceninin canlı doğmasıdır.⁴⁸

Mirasçılar arasında bir ceninin bulunması halinde mirasın taksim zamanı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı fakihler taksim ertelenmesinin terike ve mirasçılar açısından çeşitli zararlar meydana getirebileceği gerekçesiyle taksim ertelenmesi gerektiği görüşündedirler. Bazıları da, Malikîler gibi, ceninin sağ doğması veya birden fazla cenin doğması halinde yaşanacak zorluklardan dolayı taksim ertelenmesi gerektiği görüşündedirler. Bazı fakihler ise, bu iki görüşün ortası sayılabilecek şekilde doğum yakınsa bekletilmesinin değilse bölünmesinin uygun olacağı görüşünü ortaya koyarlarken, İmam Şâfiî (204/820), annede birden fazla cenin bulunma ihtimaline binaen hissesi değişmeyenlerin paylarının verileceğini diğerlerinin bekletileceğini söylemiştir.⁴⁹

Miras taksim ertelenmemesi gerektiği görüşünde olanlara göre, muris öldüğünde ana rahmindeki mirasçı cenine, en çok miras hissesi alacak şekilde terikeden miras payı ayrılır. Cenin doğduğunda ona miras hissesi verildikten sonra geriye kalan kısım payları nispetinde diğer mirasçılara dağıtılır. Eğer yetmezse diğer mirasçılarının paylarından ceninin hissesi tamamlanır.⁵⁰

Cenine ayrılacak miras payının miktarı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Böyle bir durum için cenine, Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (189/805) ve Ahmed b. Hanbel bir kız ve bir erkek iki kişi payı, İmâmiyye Şîası iki erkek payı, Ebû Hanîfe (150/767) en fazla hisse alacak biçimde dört kişi payı ayrılacağı görüşündedirler. İmam Şâfiî'ye göre hamilde birden fazla cenin bulunma ihtimali varsa durum netleşinceye kadar taksim bekletilir; hamlin bir veya birden fazla olması

46 Serahsi, a.g.e., XXX, 50; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 384; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Beyrut 1992/1412, VI, 758; Ebû Zehra, *el-Ahvâlüş-şahiyye*, s. 387; Karaman, a.g.e., I, 424; Şaban/Ğundur, a.g.e., s. 88; Celidî, a.g.e., s. 156.

47 İbn Kudâme, a.g.e., VI, 384; Âbidî, a.g.e., s. 271 Abdülkerim Hillî, a.g.e., s. 112; Cebûrî, a.g.e., s. 180.

48 Serahsi, a.g.e., XXX, 50; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 384; Şaban/Ğundur, a.g.e., s. 389-392; Celidî, a.g.e., s. 156; Cebûrî, a.g.e., s. 180.

49 Desûkî, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyeti'd-Desûkî aleş-şerhi'l-kebîr*, Dâru'l-fikr, t.y., IV, 487; Celidî, a.g.e., s. 158; Cebûrî, a.g.e., s. 177; Ğânim, a.g.e., s. 79.

50 Şelebî, Mustafa, *Ahkâmü'l-mevâris*, Beyrut 1978, s. 74; Karaman, a.g.e., I, 424; Şaban/Ğundur, a.g.e., s. 389; Sibâi, a.g.e., II, 153.

halinde mirastaki payı değişmeyeceklere payları verilir, değişeceklerin hisseleri bekletilir. Ebû Yûsuf'a göre ise, Hanefilerce tercih edilen görüştür, tek cenine göre miras taksimi yapılır; ancak taksimde birden fazla çocuk doğması halinde diğer çocukların hisselerini tamamlamak için payları dağıtılan mirasçılardan aldıklarını geri verme konusunda teminat alınır.⁵¹

Bütün bu görüşleri dile getirdikten sonra netice olarak şunu söyleyebiliriz eğer mirasçılardan tamamı beklemeye rıza gösterirlerse bu durumda malların zarar görmemesi ve doğru işletilmesi sağlanarak taksim işi ertelenebilir. Mirasçılardan taksim işinin ertelenmesine karşı çıkmaları halinde ise terike paylaşılır; fakat miras taksimini değiştirecek durumun meydana gelmesi ihtimaline karşı pay sahiplerinden eksik hisseleri tamamlamak için aldıklarından geri vereceklerine dair resmi bir teminatın da mutlaka alınması gerekir. Aksi halde miras paylaşımından sonra hisselerini alan mirasçılar, doğacak çocuk veya çocuklara ayrılan payın tamamlanmasından kaçınılabileceklerdir ki bu durumda doğan çocuk mağdur olacaktır.

İslam hukukçuları anneye herhangi bir müdahalede bulunulmaksızın ölü doğan ceninin mirasçı olamayacağına ittifak etmişlerdir.⁵² Ancak annenin veya ceninin maruz kaldığı haksız bir fiil neticesinde çocuğun ölü doğması durumunda ceninin mirasçı veya miras bırakan olması konusunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır.

Birinci görüş ceninin hem mirasçı ve hem de miras bırakan olacağıdır. Bu görüşü benimseyen Hanefiler, ceninin haksız bir fiil neticesi ölü doğmasını bu tecavüze bağlamışlardır. Onlara göre, haksız fiil sırasında ceninin canlı olduğu takdir edildiği için düşüğe tazminat vardır, eğer cenin ölü kabul edilseydi onun tazminatı da olmayacaktı. Bu Hanefilerin takdiri hayat dedikleri durumdur. Takdiri hayatla cenin varis ve muris olur. İkinci görüşe göre cenin hayatiyet kazanmadığı için varis olamaz, gurre (düşürülen bir ceninden dolayı verilmesi gereken mali tazminat) varislerine miras kalır. İmam Şâfiî, İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbel bu görüştedirler. Üçüncü görüş ise, bu haksız fiil sırasında hayatiyet kazanmadığı; dolayısıyla mülk edinme ehliyeti bulunmadığı için ceninin varis ve muris olamayacağıdır. Leys b. Sa'd, Rebîa b. Abdirrahman (136/753) bu görüştedirler. Gurre ise anneye verilen zarardan dolaydır. Bu nedenle gurre sadece annenindir. Çünkü cenin annenin uzvu konumundadır. Cenine yapılan haksız fiil anne bedenine yapılmış sayılır ve bu sebeple gurre de ona verilir.⁵³

İslam Hukuku ile Medeni Kanunumuz arasındaki önemli farklardan biri de medeni kanunun iradi-mansub mirasçılığı tanınmasıdır. (md. 599) İslam miras sisteminde iradi mirasçılık yoktur, sadece kanuni mirasçı ve muayyen mal vasiyeti

51 Serahsi, a.g.e., XXX, 52; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 382-3; İbn Âbidin, a.g.e., VI, 800; Sibâi, a.g.e., II, 154; Celidi, a.g.e., s. 158-159; Cebûri, a.g.e., s. 178; Berrâc, a.g.e., s. 589-590; Medkûr, a.g.e., s. 265.

52 İbn Âbidin, a.g.e., VI, 767; Şelebi, a.g.e., s. 74; Berrâc, a.g.e., s. 688.

53 Serahsi, a.g.e., XXX, 54; İbn Âbidin, a.g.e., VI, 767, 800; Şelebi, a.g.e., s. 75-76; Sibâi, a.g.e., II, 153; Şaban/Ğundur, a.g.e., s. 392; Berrâc, a.g.e., s. 688; Seritü, Abdülvedüd, *Davâbitü'l-irs fi't-teşrii'l-İslâmi*, Beyrut 1990, s. 25-26.

vardır. İslam hukukunda mirasçılarını ilahi irade tespit ettiğinden, evlat edinme vb yollarla, murisin iradesiyle bunlar arasına başka mirasçı dâhil edilemez.⁵⁴ Ancak muris tasarruf nisabında muayyen mal vasiyeti yapmak hususunda serbesttir.⁵⁵ Bu nedenle İslam Hukuku'na göre ceninin mirasçı sıfatını kazanması için kanuni mirasçı olması, nesep yönüyle ölen kişiye bağlanması gerekmektedir. Çünkü sahih nesebi bulunmayanlar babaya miras olamazlar.⁵⁶

Cenin miras hissesini elde etme zamanı hakkında İslam Hukukçuları iki farklı görüşe sahiptirler. Hanbelî mezhebine göre cenin, murisi öldüğü andan itibaren miras payının sahibidir. Diğer mezheplere göre ise cenin, murisin ölümünden itibaren hak etmekle birlikte, sağ ve tam doğumla miras payını hak eder. Hanbelî görüşüne göre bu durumda cenin, yakınlarına miras mallarından nafaka temin etmekle yükümlü hale gelir.⁵⁷ Bu görüş, ceninin mallarından anneye nafaka temin etme imkanı veren Medeni kanunumuzla benzerlik göstermektedir.

Cenin anne rahminde iken nakıs vücûb ehliyeti bulunduğunu, bu nedenle borçlanmaya ehil olmadığını ve dolayısıyla yalnızca lehine kazanımları elde ettiğini daha önce görmüştük. Bize göre de doğrusu budur. Ancak bazı zorunlu hallerde bu konuda Hanbelî görüşün tercih edilmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Çünkü cenin anneden beslenmekte ve anne rahminde bulunmaktadır. Eğer anne yeterli beslenemiyorsa veya tedavisi gerektiği halde buna imkanı yoksa bu durum, cenini zihin ve beden gelişimi bakımından olumsuz etkilenecek, mallarından harcanmamasıyla mali hakları korunmakla birlikte ileride telifisine imkan bulunmayan zararlara sebebiyet verilmiş olabilecektir. Bize göre ceninin mallarından yapılacak harcamaya sadece onun lehine annenin beslenme ve tedavisinde kullanmak kaydıyla izin verilmelidir.

B- Cenin Lehine Vasiyet

Sözlükte emir bir işi birine ısmarlama, bağlama ve birleştirme anlamına gelen vasiyet terim olarak, ölüm sonrası için bir malı veya menfaati bir şahsa veya bir hayır cihetine teberra yoluyla, meccanen temlik etmek veya yararlanmasına bırakmaktır.⁵⁸

1-Medeni Kanunda Cenine Vasiyet Yapılması

Medeni Kanunumuz vasiyetle ilgili çeşitli düzenlemelerde bulunmuştur. Ceninin vasiyet alacaklısı olacağını gösteren maddeleri şöylece sıralamak mümkün-

54 Şakir Berki, "İslam Hukuku Miras Sistemi İle Medeni Kanun Miras Sistemi Arasındaki Farklar", AÜİFD, XXII, 1978, s. 10, 12, 13; Karaman, a.g.e., I, 499; Çiğdem, a.g.e., s. 208.

55 Berki, a.g.m., s. 14.

56 Karaman, a.g.e., I, 499; Yusuf Fakih, a.g.e., s. 432; Çiğdem, a.g.e., s. 173.

57 Karaman, a.g.e., I, 241; Bardakoğlu, "Ehliyet", XV, 535.

58 Kâsânî, a.g.e., VII, 330; İbn Âbidîn, a.g.e., VI, 648; Bilmen, a.g.e., V, 115; Karaman, a.g.e., I, 433; Çiğdem, a.g.e., s. 229.

dür: Vasiyetçi, tasarruf özgürlüğü sınırları içinde mal varlığının bir kısmını ya da tamamını vasiyetname veya miras sözleşmesiyle vasiyet edebilir veya miras bırakabilir. (md. 514) Bunun yanında miras bırakanın mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yoluyla bir kişiye kazandırmada bulunması da mümkündür. (md. 517) Bu tür tasarrufların sonuç doğurması miras bırakanın ölümüne bağlıdır. Bu tür tasarruflar şeklen hukuka uygun olmanın yanı sıra hukuka, ahlaka ve emredici hükümlere aykırı olamazlar, bu tür bir unsurun bulunması tasarrufu geçersiz kılar. (md. 515) Vasiyet, resmî şekilde veya miras bırakanın el yazısı ile ya da sözlü ifadesiyle yapılabilir. (md. 531)

Medeni kanunumuz vasiyet alacaklısı olabilmek için md. 581'de miras bırakanın ölümü sırasında mirasa ehil ve sağ olmayı şart koşarak anne rahmindeki cenin lehine vasiyet yapılmasını geçerli saymıştır. 538. maddede ise *Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir*, denilerek daha ana rahmine düşmemiş ve ileride doğacak birine vasiyet yapılmasına imkân verilmektedir. Ancak şu var ki, külli hâlef yoluyla miras bırakanın ölümüyle mirasçılarının hepsi terike üzerinde doğrudan doğruya hak sahibi olurlarken vasiyet alacaklısının lehine yapılan vasiyeti alabilmesi, vasiyet edilen şey için gerekli muamelelerin yapılmasına bağlıdır.⁵⁹

2- İslam Hukukuna Göre Cenine Vasiyet Yapılması

Anne karnında hangi aşamada olursa olsun, *kabul* gerekmeksizin, cenine vasiyet yapılabilir. Fakihler cenin lehine vasiyet yapılabileceği noktasında görüş birliği içindedirler. Zaten bu konuda aksi görüş ortaya koyan da bulunmamaktadır. Fakat anne rahmindeki cenine yapılan vasiyetin geçerli olabilmesi için bu kadının kocası hayatta ise, vasiyetin yapılmasından itibaren en kısa hamilelik süresi içerisinde ceninin canlı doğması gerekir. Şayet lehine vasiyet yapılan cenini karnında taşıyan kadının kocası ölmüşse veya bu kadın bâin talakla boşamadan iddet bekliyorsa boşama anından itibaren en uzun hamilelik süresi içinde canlı doğan cenine yapılan vasiyet geçerlidir. Bu noktada vasiyet miras gibidir, cenin varis olduğuna göre vasiyeti de alabilir; fakat cenin ölü doğarsa, mirasçı olamadığı gibi, lehine yapılan vasiyet de geçersiz olur.⁶⁰

Tâvûs b. Keysân (106/725), Zührî (124/742), Dâvûd b. Ali (270/883), Taberî (310/923), İbn Hazm gibi müctehidler, ayrıntıda farklılıklar bulunmakla birlikte vasiyet etmenin hükmünün farz/vacip olduğu görüşündedirler. Fakihlerin çoğunluğuna göre ise sadece yerine getirilememiş Allah haklarının ve kimsenin bilmediği kul haklarının ödenmesi için vasiyet etmek farzdır.⁶¹

59 Oğuzman, a.g.e., s. 140.

60 Serahsî, a.g.e., XXVIII, 86, 87; Kâsânî, a.g.e., VII, 336, 337; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 181; Desûkî, a.g.e., IV, 423; Zuhaylî, Vehbe, *el-Vesâyâ ve'l-vakfi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dımaşk 1987, s. 30, 31; Gânim, a.g.e., s. 84.

61 İbn Hazm, a.g.e., VIII, 346; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 137-138; Karaman, a.g.e., I, 435

Ayrıntıda farklılıklar bulunmakla birlikte İslam hukukçuları cenine yapılan vasiyetin geçerli sayılması için iki temel şartı gerekli görmüşlerdir. Bu şartlardan biri ceninin varlığı halidir. Bu şart Hanbelîler, İmâmîler, Şâfiîler ve Hanefîlerden Tahâvî'ye (321/933) göre *vasiyetin yapıldığı anda*; Hanefîlere göre ise *vasiyetçinin ölüm anında* lehtar ceninin anne rahminde bulunmasını ifade eder. Bu konuda herhangi bir sınırlandırmada bulunmayan Mâlikîler ise hem vasiyet anında hem de vasiyetçinin ölüm anında anne rahminde bulunan cenine yapılan vasiyeti geçerli saydıkları gibi yıllar sonra doğabilecek cenine bile vasiyet yapılabileceği görüşündedirler.⁶²

Mâlikîlerin vasiyetçinin ölüm zamanında bulunmayan ve gelecekte doğacak kimseye vasiyete cevaz vermedeki amaçları, iyilik, cömertlik, ölenin borçları, teçhizi ve arta kalanı mirasçılara verilmek üzere vasiyeti kolaylaştırmaktır.⁶³

Cenin kendisine yapılan vasiyeti alabilmesinin ikinci şartı canlı doğmasıdır⁶⁴ ki bu konudaki tartışmalara daha önce değinmiştik. Fakat Mâlikîler'in ölüye vasiyet yapılmasını uygun gördükleri düşünülürse, sağ doğmasa bile cenin lehine yapılan vasiyetin geçerli olduğu düşünülebilir. Ancak biz böyle bir görüş ortaya koyan Mâlikî hukukçusuna rastlamış değiliz.

Teberru yani bağış türünden bir tasarruf konumunda bulunduğu için icab zorunlu olmakla birlikte hukukçuların çoğunluğuna göre *mûsâ-lehin* kabulü veya reddetmemesi ile vasiyet geçerlilik kazanır.⁶⁵ Hatta vasiyet reddolunmadığı sürece kabulün gecikmesiyle geçersiz de olmaz.⁶⁶ Hanefîlerden Züfer, merî hukukumuz gibi, vasiyeti tek taraflı bir akit saydığı için, ona göre, lehtar ister gerçek kişi isterse hükmi şahsiyet olsun kabul gerekmezsin tek taraflı irade beyanıyla vasiyet kurulur. Çoğunluğa göre ise lehtarın hakiki şahıs olması halinde kabul şartı aranmakla birlikte, lehtarın hükmi şahsiyet olması durumunda bu şart aranmamaktadır.⁶⁷

Cenine yapılan vasiyette kabulün gerekliliği ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Hanefîlere göre vasiyetçi öldüğünde kabul beklenmezsin vasiyet cenine geçer. Mâlikîler, bazı Hanbelîler ve Caferîlere göre, ceninin mülk edinme ehliyeti doğumundan sonra başladığı için kabul doğumdan sonra gerçekleşir. Ancak Şâfiî, Hanbelî ve Malikîlerin cumhuruna göre ceninin sağ doğması halinde velayetini üstlenecek kişinin kabulü gereklidir. Hatta bazı Hanbelîler ve Şâfiîler kabulün do-

62 Şâfiî, a.g.e., IV, 117; Kâsânî, a.g.e., VII, 337; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 181; Desûkî, a.g.e., IV, 423; İbn Âbidîn, a.g.e., VI, 649; Âbîdî, a.g.e., s. 252; Zuhaylî, a.g.e., s. 32; Hafif, Ali, *Ahkâmü'l-vasiyye*, Kahire 2010/1431, s. 56, 68, 302; Celidî, a.g.e., s. 215; Ğânim, a.g.e., s. 85. Mısır vasiyet kanunu gerçek kişiye yapılan vasiyette mûsâ-lehin varlığını gerekli görürken; hükmi şahsiyete yapılan vasiyette Mâlikîlerin görüşünü benimsemiş, ileride ortaya çıkacak bir kurumun lehtar olmasını kabul etmiştir. Zuhaylî, a.g.e., s. 33.

63 İbn Kudâme, a.g.e., VI, 152; Şaban/Ğundur, a.g.e., 68-69, 82; Zuhaylî, a.g.e., s. 30.

64 Şâfiî, a.g.e., IV, 117; Karaman, a.g.e., I, 424; Şaban/Ğundur, a.g.e., s. 392; Şemsüddin, a.g.e., s. 306. Ğânim, a.g.e., s. 85-86.

65 Kâsânî, a.g.e., VII, 331; Seritî, a.g.e., s. 31; Ekinci, Ekrem Buğra, "İslam-Osmanlı Hukukunda Vasiyetin Şekli", http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/islam-osmanli_hukukunda_vasiyetin_sekli.pdf, s. 1, 5. (erişim: 16.8.2012) Vasiyetin gerçekleşmesinde *kabul* ile ilgili tartışmalar için bkz, Ekinci, a.g.m., s. 5 vd.

66 Bilmen, a.g.e., V, 141.

67 Kâsânî, a.g.e., VII, 331; Karaman, a.g.e., I, 436; Çiğdem, a.g.e., s. 277

ğumdan sonra olabileceği gibi doğumdan önce de ceninin sağ doğması halinde velisi veya vasisi konumuna gelecek kişinin kabulü ile vasiyetin gerçekleşeceği görüşündedirler.⁶⁸

Yıllar sonra doğması beklenen cenin lehine yapılan vasiyeti geçerli sayan Mâlikîler'e göre vasiyetçinin ölümünden sonra ceninin doğmasına kadar vasiyetin gelirleri vasiyetçinin mirasçılarına geçer. Zira cenin ancak canlı doğması halinde mülk edinebilir. Eğer beklenen vasiyet lehtarının dünyaya gelmesinden umut kesilirse vasiyet, yaşıyorsa vasiyetçiye, ölmüşse vasiyetçinin mirasçılarına intikal eder. Mâlikîler arasında bu gelirlerin bekletileneceği görüşü de bulunmaktadır.⁶⁹

Buna karşın Hanefîler vasiyet yapıldığı anda anne rahminde bulunan ceninin, sağ doğumuyla vasiyetçinin ölüm anından itibaren, kabul gerekmez, gelirleri hak edeceği görüşündedirler. Onlara göre vasiyet bir tür istihlâftır; cenine yapılan vasiyet de mirastaki gibi kabul gerektirmez.⁷⁰ Kabul vefattan sonra yapılırsa da vefat anından geçerli sayılır.⁷¹

Şâfiîler vasiyet edenin ölümünden itibaren ceninin sağ doğum ve vasiyeti kabul ile birlikte, vasiyeti ve gelirlerini alması gerektiği görüşündedirler. Buna karşın Hanbelîler, mülkiyetin kabul ile gerçekleşeceği görüşünde oldukları için, sağ doğum halinde ceninin velisi veya vasisi konumuna gelecek kimsenin cenin adına doğumdan önce kabulde bulunabileceği ve vasiyetin gerçekleşeceği görüşündedirler.⁷²

Caferîler de ceninin ölü doğması halinde bu vasiyeti geçersiz sayarlar. Fakat onlara göre bu durumda, vasiyetçinin ölümüyle lehtar ceninin doğumu arasındaki gelir vasiyetçinin mirasçılarına geçer. Eğer cenin sağ doğduktan sonra ölürse vasiyet, lehtarın mirasçılarına intikal eder.⁷³

Şâfiîler'in çoğunluğu, Hanefîler ve Hanbelîler vasiyet anında cenin mevcutsa bilinmeyene vasiyeti geçerli; vasiyet sırasında cenin mevcut değilse vasiyeti geçersiz sayarlar. Bu düşünce şöylece açıklanabilir: Vasiyeti teslim imkanı bulunmadığı ve meçhul de temellüke ehil olmadığı için vasiyetçinin ölüm anında anne rahminde bulunmayan cenine yapılan vasiyet geçersizdir. Fakat vasiyet edilen grupta belirlenmiş kişilerin varlığı durumunda bu vasiyet geçerli hale gelir. Mesela, bir kişi hâlihazırda çocukları bulunan belirli bir adamın çocuklarına vasiyette bulursa, bu adamın daha sonra doğan çocukları da kendilerine vasiyet yapılanlar arasına katılır ve vasiyet lehtarı olurlar. Mâlikîler ise vasiyet anında hamlin varlığını gerekli görmezler. Onlar ileride anne rahmine düşecek vasiyeti de geçerli sayarlar.⁷⁴

68 Kâsânî, a.g.e., VII, 337; Hafif, a.g.e., s. 56; Yusuf Fakih, a.g.e., s. 166; Medkûr, a.g.e., s. 295; Seritî, a.g.e., s. 30 vd.

69 Desûkî, a.g.e., IV, 423; Âbîdî, a.g.e., s. 252; Hafif, a.g.e., s. 57.

70 İbn Âbidîn, a.g.e., VI, 653; Medkûr, a.g.e., s. 294; Ekinci, a.g.m., s. 8; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XVI, 121

71 Karaman, a.g.e., I, 437; Desûkî, a.g.e., IV, 424; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 156.

72 Hafif, a.g.e., s. 58; Yusuf Fakih, a.g.e., s. 163.

73 Yusuf Fakih, a.g.e., s. 166.

74 Desûkî, a.g.e., IV, 423; Sibâi/Sebbâğ, a.g.e., s. 389; Hafif, a.g.e., s. 56-57; Zuhaylî, a.g.e., s. 34; Ğânim, a.g.e., s. 85, 86.

Anne rahmindeki cenine vasiyet yapılır ve bu kadından birden fazla çocuk doğarsa kız erkek ayrımı yapılmaksızın vasiyet eşit paylaşılır. Eğer biri ölürse onun hakkını diğeri alır.⁷⁵

Bir kimse, anne rahmindeki cenine malının üçte birini vasiyet edebilir. Üçte birden maksat teçhiz ve borçların ödenmesinden sonra geride kalan terikenin üçte biridir.⁷⁶ Ceninin mirasçılar arasında yer alması halinde Zâhirîler'e, bazı Mâlikî ve Şâfiîler'e göre varise vasiyet caiz değildir, böyle bir vasiyet diğer mirasçılar kabul etseler bile, vasiyet hükümlerine değil hibe hükümlerine tabidir. Ancak Hanefiler, Hanbelîler, bazı Mâlikî ve Şâfiîler diğer varislerin kabulü ile bu vasiyetin geçerli olacağı görüşünü benimsemişlerdir.⁷⁷ İmâmîyye Şîasından ve Zeydîler'den bazıları ise mirasçıya vasiyet yapılabileceği görüşündedirler.⁷⁸ Türk Medeni Kanununa göre de varise vasiyet yapılabilir.

C- Cenin Lehine Vakıf

Türk medeni kanunu 101. maddede *Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır*, denilerek vakıf işlemi hükmi şahsiyetle sınırlandırılmış, kişiler lehine vakıf tasarrufundan söz edilmemiştir.

İslam hukukçuları henüz hayatta bulunmayan ve kime yapıldığı belirtilmeyen durumlarda kişiler lehine yapılan vakfın geçerliliği hususunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Şâfiîler, Hanbelîler ve Caferîler vakfın temellüke ehil kişiye yapılması gerektiği görüşündedirler ki, onlara göre henüz hayatta olmadığı ve temellüke ehil bulunmadığı için cenine yapılan vakıf geçersizdir. Bu nedenle bir kişi bir cenine veya çocuğu olmayan birinin ileride doğacak çocuğu lehine vakıfta bulursa, vakfın lehtarlı bulunmadığı için bu hukuki tasarruf geçerlilik kazanmaz.⁷⁹

Hanbelîler ise cenine miras ve vasiyetten başka bir şeyin temlik edilemeyeceği görüşünü taşıdıkları için cenini vakfın lehtarlı saymazlar. Fakat onlar, doğrudan doğruya ceninin vakıf lehtarlığını kabul etmeseler de dolaylı yoldan onun vakfın lehtarlı olabileceğini kabul etmişlerdir. Mesela; bir kişi *çocuklarıma veya bir kimsenin çocuklarına vakfettim* dediğinde vakfedilenler arasında cenin bulunursa vakıf lehtarları arasına o cenin de girer ve vakfın gelirlerinden istifade eder.⁸⁰

Hanefiler, Mâlikîler ve Zeydîler vakfın inşası esnasında vakıf lehtarının varlığını şart koşmamışlardır. Onlara göre var olan kimselere vakıf yapıldığı gibi henüz dünyaya gelmemiş kimseler lehine de vakıf yapılabilir. İster bilinen kimselere tabi

75 Serahsî, a.g.e., XXVIII, 87; Ğânim, a.g.e., s. 87.

76 Karaman, a.g.e., I, 437

77 İbn Hazm, a.g.e., VIII, 356; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 146; Karaman, a.g.e., I, 438; Celidî, a.g.e., s. 215.

78 Celidî, a.g.e., s. 215

79 Zuhaylî, a.g.e., s. 191, 192; Ğânim, a.g.e., s. 90, 91; Akgündüz, Ahmet, *Vakıf Müessesesi*, İstanbul 1996, s. 255; Yusuf Fakih, a.g.e., s. 119, 120; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, Kuveyt 1989, XVIII, 147.

80 Zuhaylî, a.g.e., s. 192-3; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XVII, 156,

olarak vakıf yapılın isterse anne rahminde bulunsun veya bulunmasın doğacak birine yapılsın; sağ doğmak şartıyla cenin lehine yapılan vakıflar geçerlidir.⁸¹ Vakıfta kabulü gerekli görmedikleri için Hanefiler henüz hayatta bulunmayan birine yapılan vakfı geçerli sayarlar. Hatta kişi kendisini veya velisini vakfın lehtarını yapsa bu vakıf işlemi yine de geçerlidir; ancak bu durumda malın rakabesi vakfedenin mülkiyetinden çıkar, vakfeden kişi o malın sadece menfaatinde yararlanır; öldüğünde ise bu mal fakirlere yapılmış bir vakıf kabul edilir.⁸² Ancak Ahmet Akgündüz Hanefilerin ceninin vakfın yararlananları arasında sayılması halinde vakfı geçerli saydıklarını, Osmanlı uygulamasının Hanefi görüşüne paralel olarak cenine vakıftan sadece istihkak hakkı tanıdığını kaydetmiştir.⁸³

Mâlikî ve Hanefilerin vakıf lehtarının varlığını şart koşmamalarının sebebi, vakfın hayır işi olmasından kaynaklanır. Bu nedenle onlar vakfın inşasında lehtarın temlike ehil olmasını şart görmemişler, gelecekte dünyaya geldiğinde temlike ehil olma salahiyetinin varlığını yeterli görmüşlerdir. Dolayısıyla bu, hayır yapacak olan insanlara kolaylık sağlamak, hayır ve iyilik kapısını aralamaktır.⁸⁴

Henüz dünyaya gelmemiş, ileride doğacak veya anne rahmine düşmüş bir cenin lehine vakfın geçerliliğini kabul eden Mâlikîler ve Hanefiler lehtarın dünyaya gelmesinden önce yapılmış vakıf işleminin bağlayıcılığı, geçerlilik zamanı ve gelirlerinin kime ait olacağı üzerinde farklı görüşler ortaya koymuşlardır.⁸⁵

Hanefiler, vakfın kurulmasından itibaren bu işlemin bağlayıcı olduğu, vakıf sahibinin vakıfta bey' ve hibe gibi herhangi bir tasarrufta bulunamayacağı görüşündedirler. Buna göre vakfın gelirleri lehtarın dünyaya gelmesine kadar fakir ve miskinlere, doğmasından itibaren de lehtara aittir. Vakıf lehtarının dünyaya gelmesinden ümidin kesilmesi halinde ise gelirler fakir ve miskinlere dağıtılır.⁸⁶

Mâlikîler ise, ileride doğacak cenin lehine vakfı geçerli saymakla birlikte lehtarın varlığından önce vakfı bağlayıcı görmezler. Dolayısıyla lehtarın var olmasına kadar vakfeden bu tasarrufundan dönebilir, vakıf üzerinde bey' ve hibe gibi tasarruflarda bulunabilir. Bu süreçteki gelirler vakfedene veya ölmüşse mirasçılarına aittir. Netice itibarıyla gelecekte doğacak birine yapılan vakıf, vakfın inşa zamanından değil, lehtarın varlığından itibaren geçerlilik kazanır. Lehtar ise vakıf gelirlerini vakfın yapıldığı zamandan itibaren değil, varlığından itibaren hak eder. Lehtarın ölmesi veya doğmasından umudun kesilmesi halinde, vakıf geçersiz hale gelir; vakfeden sağ ise mülkiyet kendisine, ölmüşse mirasçılarına geçer.⁸⁷

Cenin lehine vakfı geçerli sayan fakihlerin çoğunluğunun görüşü vakfın, gayri muayyen veya reddetmeleri düşünülmeyen kimselere, hükmi şahsiyetlere-tüzel

81 Desûkî, a.g.e., IV, 77, 89; İbn Âbidin, a.g.e., IV, 342, 430; Şaban /Ğundür, a.g.e., s. 505; Ğânim, a.g.e., s. 90.

82 Zuhaylî, a.g.e., s. 190.

83 Akgündüz, a.g.e., s. 255.

84 Şaban/Ğundür, a.g.e., s. 506.

85 Şaban/Ğundür, a.g.e., s. 506.

86 Kâsânî, a.g.e., VI, 218; Şaban/Ğundür, a.g.e., s. 506-7.

87 Desûkî, a.g.e., IV, 77, 89; Zuhaylî, a.g.e., s. 190; Şaban/Ğundür, a.g.e., s. 506-507.

kişiliklere yapılması halinde, vakfedeninin icabıyla, kabul beklenmeksizin, bu işlemin gerçekleşeceği yönündedir.⁸⁸

Hanefiler belirli bir kimseye veya sınırlı bir gruba yapılan vakıfta ise, lehtarın vakfı ve gelirlerini sahiplenmesini kabul saydıkları için ayrıca *kabul* aramazlar. Bu durumda vakıf işlemi lehtarın reddetmemesi ve vakfedenin icabıyla gerçekleşmiştir. Buna göre çocuklara, soya ve en kısa hamilelik süresi içinde *doğacaklara* vakıf yapılabilir. En kısa hamilelik süresinden sonra doğanlar ise *doğacaklar* kaydının sınırları dâhilinde vakıfta lehtar olabilirler. Vakıf yapıldığı sırada anne rahminde cenin varsa, vakfın gelirlerinden altı aya kadarki kısmı hak eder, ölürsa bu gelirlerdeki payı mirasçılara geçer; çünkü gelir zamanında anne rahminde bulunduğu kesinleşmiştir. Altı aydan sonra doğması halinde anne rahminde varlığı kesinleşmediği için sadece mevcut gelirlerden payına düşeni alır.⁸⁹

D- Cenin Lehine Hibe (Bağış)

Bağışlamak, karşılıksız vermek anlamlarına gelen *v-h-b* kökünden türemiş olan hibe 'karşılık koşulsuzun hayatta iken bir malın temlikî' şeklinde tanımlanabilir. Karşılıksız olması nedeniyle tek taraflı, karşı tarafın bu malı mülkiyetine geçirmesi yönüyle de temlikî bir akittir. Hibe, satım akdi/bey' çerçevesinde değerlendirilmiş ve bey'e benzetilerek açıklanmaya çalışılmıştır.⁹⁰

Cenin lehine hibe yapılması konusunda İslam Hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Bu görüş ayrılığı, hibe akdinde kabza (teslim alma) yüklenen anlamdan kaynaklanmaktadır.⁹¹ Cenine yapılan hibe akdini geçersiz sayanların gerekçesi kabzın gerçekleşmemesi, mülkiyetin devredilme işleminin tamamlanmamış olmasıdır. Zira bedelsiz bir temlik akdi olan hibede mülkiyetin intikali ve akdin geçerli hale gelmesi kabzın gerçekleşmesine bağlıdır. Burada hibe edilen malın bağışlanan şahıs tarafından alınmasına mal sahibinin izin vermesi icab, kabz ise kabul yerine geçmektedir.⁹² Buna göre hibede kabul ve kabz şarttır. Bu ise cenin bakımından tasavvur edilemez.⁹³ Ebû Hanife'ye, İmam Şâfiî'ye Süfyan es-Sevrî'ye ve ölçülüp tartılanlarla ilgili konularda Ahmed b. Hanbel'e göre kabz, hibenin sıhhat şartıdır ve hibe akit ile değil kabz ile gerçekleşir.⁹⁴

Cenine yapılan hibeyi geçersiz sayanlar, bu görüşlerini hibe ile vasiyeti karşılaştırarak açıklamaktadırlar. Onlara göre hibe vasiyetten farklıdır. Hibeyi kabul eden açısından hibe, sırf kazandırıcı bir hukuki işlem olduğu için hibe yapanın tam eda ehliyetine sahip olması gerekmekte birlikte lehine hibe yapılan kimsenin tam

88 İbn Âbidin, a.g.e., IV, 342; Medkûr, a.g.e., s. 299.

89 Medkûr, a.g.e., s. 298-299.

90 Bardakoğlu, Ali, "Hibe", DİA, XVII, 421-422

91 İbn Rüşd, a.g.e., IV, 114; Bardakoğlu, "Hibe", XVII, 424; Ğânim, a.g.e., s. 88.

92 Kâsânî, a.g.e., VI, 124; VII, 336; Karaman, a.g.e., III, 64

93 Ğânim, a.g.e., s. 88.

94 Şâfiî, a.g.e., III, 211; IV, 64, 65; VI, 237; İbn Rüşd, a.g.e., IV, 114; Bardakoğlu, "Hibe", XVII, 424; Zuhayli, *el-Fıkhü'l-Mâlîkî el-Müeyesser*, Dımaşk 2002/1423, I, 700-701; Ğânim, a.g.e., s. 88.

vücûb ehliyetini taşıması yeterlidir. Ceninin vücûb ehliyeti eksik bulunduğundan ve onu temsil edecek veli veya vasi, kanuni temsilci de bulunmadığından kabz gerçekleşemez ve kabz gerçekleştirilmeden hibede mülkiyet devri gerçekleşmeyeceği için hibe geçerlilik kazanamaz. Bu düşünceye binaen Mecelle'nin 837. maddesinde *hibe icab ve kabul ile inikad olur ve kabz ile tamam olur*, denmiştir. Bu nedenle hibe yapılan kişinin, hibe sırasında hayatta bulunması, akıl, baliğ, mümeyyiz küçük veya mümeyyiz bunak durumunda olması gerekir. Bu durumdaki kişiler, hibeyi kabul edebilir ve alabilirler. Gayrı mümeyyiz küçük, akıl hastası veya bu hükümde bulunan bunak adına hibeyi velî veya vasileri kabul edip alabilirler. Sonuç itibarıyla cenin için yapılacak vasiyet geçerli olduğu halde, hibe batıldır. Çünkü vasiyet mirasa benzer, ceninin sağ doğduğu takdirde mirasçılar arasına katılacağına şüphe yoktur. Hibe ise hayatta bulunanlar arasında yapılan bir temliktir.⁹⁵

Mâlikîler'e göre hibe icab ve kabul ile tamamlanan, kabz ile bağlayıcı hale gelen bir akittir. Buna göre hibe akdinde kabz sıhhat şartı değil, tamam şartıdır. Onlar hibe akdinde kabzı sadece bağlayıcılık açısından gerekli gördükleri için cenin lehine yapılan hibeyi bir tür hibe vaadi sayarak geçerli saymışlardır.⁹⁶ Abdülkadir Şener de Mâlikîler'in bu görüşüne katıldığını ifade etmiştir.⁹⁷ Mâlikîler'e göre, vakıf lehtarında olduğu gibi, cenine yapılan hibe, cenin sağ doğarsa kendisinin, sağ doğumdan sonra ölürse mirasçılarının, sağ doğmaması halinde ise hibe edene, hibe eden ölmüşse de mirasçılarına döner.⁹⁸

Hanefîler, Mâlikîler gibi, hibe akdinin gerçekleşmesi için tek taraflı irade beyanını-icabı yeterli görmelerine rağmen rakabe mülkiyetinin hibe edilene geçmesi için kabzı yani teslim almayı gerekli gördükleri için cenin lehine yapılan hibeyi geçersiz saymışlardır. Şâfiîler hibeyi iki taraflı bir akit saydıkları için onlara göre cenine yapılan hibenin geçerliliğinden söz edilemez.⁹⁹

BK md. 285'de *Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlar arası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir*, denilerek cenine bağış yapılabileceği ifade edilmiştir.

E- Ceninin Şüf'a (Ön Alım) Hakkı

Satılmış bir mal veya mali yönü bulunan bir hakkı, satın alan kimseden, maliyetine ve zorla satın alma hakkı olan şüf'anın¹⁰⁰ terike kapsamına dahil edilip mirasçılara intikali tartışmalı bir konudur.

Şüf'a hakkının mirasçılara intikal etmesi hususundaki tartışmanın kaynağı terikenin içeriği ile ilgilidir. Hanefîlere göre terike mal veya irtifak hakkı gibi

95 Bardakoğlu, "Hibe", XVII, 422; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XVIII, 148; *Mecelle*, md. 851-853.

96 İbn Rüşd, a.g.e., IV, 114; Abdülkadir Şener, *Hibe*, Ankara 1984, s. 94; Bardakoğlu, "Hibe", XVII, 422, 424; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-Mâlikî el-Müyyesser*, I, 700-701.

97 Şener, a.g.e., s. 94

98 Desûkî, a.g.e., IV, 77, 98; Şener, a.g.e., s. 94.

99 M. Akif Aydın, "İslam Hukukunda Tek Taraflı Hukuki İşlem", MÜHE, VIII, s. 63.

100 Karaman, a.g.e., III, 64-65; III, 92; bkz *Mecelle*, md. 950.

mali yönü ağır basan haklardan ibarettir. Bunların dışındaki velayet ve vekâlet gibi şahsi haklar terikeye dahil edilmez ve mirasçılara geçmez. Mali ve şahsi hakkın bir arada bulunması halinde ağır basan yön tercih edilir. Diğer yandan Şâfiiler, Mâlikîler, Hanbelîler, İmâmîler ve Zeydîler'e göre ise terike annenin hadâne hakkı ve babanın velayet hakkı gibi mali yönü bulunmayan ve sırf şahsi hakların dışında kalan haklar ve mallardan oluşmaktadır.¹⁰¹ Bu gruptaki fakihler şüf'ayı doğrudan doğruya, Hanefîler ise hakları terike dışında tutmalarına rağmen mali yönü ağır bastığı için ve sadece hâkim kararından veya müşterinin kendi rızasıyla tesliminden sonra şüf'ayı terikeye dâhil etmişlerdir.¹⁰²

Şüf'a hakkının sona erme zamanı ile ilgili farklı görüşler vardır. İbrahim en-Nehâî (96/714), Şa'bî (104/722), Hasan el-Basrî (110/728), İbn Sîrîn (110/729), Süfyân es-Sevrî (161/778), Süfyân b. Uyeyne (198/814) ve İshak b. Râhûye(238/852)'ye göre şefî' talepte bulunsa bile müşterinin kendi rızasıyla teslimi veya hakim kararından önce şefî'in ölümüyle şüf'a hakkı ortadan kalkar, mirasa konu olmaz. Ancak Zâhirîler'e ve Hanbelîlerde sahih kabul edilen görüşe göre şefî' vazgeçtiğini beyan etmediği sürece veya talepte bulunduktan sonra; Şâfiiler'e, Mâlikîler'e ve Hanbelîlerden bir görüşe göre de şefî'in talebinin varlığına veya yokluğuna bakılmaksızın şüf'a hakkı mirasçılara geçer.¹⁰³ Şüf'a hakkının terikeye dahil edilmesiyle mirasçılar arasında bulunan cenin şüf'ada hak sahibi konumuna gelmektedir.

Şüf'a sahibinin ölümünden sonra bu hakkın devam etmesi için talepte bulunmak gerekmektedir. Bunun zamanı konusunda fakihler farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Ahmed b. Hanbel, Osman el-Bettî (143/760), İbn Şübrüme (144/761), Evzâî (157/774), Anberî (285/898), Ebû Hanîfe ve bir görüşünde İmam Şâfiî satış sırasında, herhangi bir özürlü bulunmaksızın, talepte bulunmayanın şüf'a hakkının ortadan kalkacağı görüşündedirler. Ahmed b. Hanbel'e nisbet edilen bir görüşe, İmam Mâlik ve İmam Şâfiî'ye ait bir diğer görüşe göre satışta delalet eden bir durum bulunmadığı sürece, hak iddiasında bulunma gecikse de şüf'a hakkı devam eder. İmam Mâlik bu gecikmeyi bir sene ile sınırlandırmıştır; zira bu süre içinde hak iddiasında bulunmamak ona göre şüf'a hakkından vazgeçildiği anlamına gelir.¹⁰⁴

Şüf'ada hak iddiası süresi hakkında çeşitli görüşler bulunmakla birlikte cenin hakkında bu sürelerin nasıl işleyeceği açık değildir. Mirasa kıyasla sağ ve tam doğumla belirli süreler içerisinde doğan çocuk şüf'a hakkını elde edecektir. Ancak

101 İbn Rüşd, a.g.e., III, 227; IV, 46; Karaman, a.g.e., I, 429-430; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XI, 207-209.

102 Serahsî, a.g.e., XIV, 116, 145; İbn Rüşd, a.g.e., III, 227; İbn Âbidîn, a.g.e., IV, 581; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, Mısır 1995, XXXIV, 166. Hanefîlere göre şüf'a mücerred haktır ve bu tür haklar mirasçılara intikal etmez. Hacak, a.g.e., s. 127 vd.

103 İbn Hazm, a.g.e., VIII, 11, 14; İbn Kudâme, a.g.e., V, 278-9; İbrahim Kafi Dönmez, "Şüf'a", DİA, XXXIX, 252; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, Mısır 1992, XXVI, 146

104 Sahnûn, a.g.e., IV, 217; Şâfiî, a.g.e., VII, 115; İbn Hazm, a.g.e., VIII, 15; İbn Kudâme, a.g.e., V, 241; Desûkî, a.g.e., III, 484-485; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XXXIV, 166.

şüf'a konusu maldaki hisse ya da hisselerin satılması halinde cenin adına bu hakkı kullanacak temsil makamı bulunmadığı için şüf'a hakkı kendiliğinden düşecektir.¹⁰⁵ Bize göre şüf'a eğer terikeye dahil edilecek kadar önemli bir hak ise ki öyledir, bu hakkın korunması için, cenin bulunması halinde şüf'a hakkı sağ ve tam doğuma kadar ertelenebilir veya müşteriden ceninin sağ doğması ihtimaline karşı satıştan rucu hakkı ile ilgili teminat alınabilir ve sağ doğan çocuğun kanuni temsilcisine de şüf'a hakkını kullanma muhayyerliği tanınabilir. Bu bağlamda Mâlikîler'in şüf'a talebinde bulunmada en uzun hamilelik süresinden daha fazla bir süre olarak bir yıllık bir gecikmeye izin vermeleri makul bir süre gibi gözükmektedir.

Türk medeni kanunu da sadece gayrimenkulde şüf'a hakkı tanımış ve bu hakla ilgili çeşitli düzenlemeler (md. 732-735) yapmıştır. Şüf'a hakkı, miras konusunda olduğu gibi, kanuni şüf'a hakkı (md. 732) ve iradi-sözleşmeden doğan şüf'a hakkı (md. 735) şeklinde iki kısma ayrılmıştır. Kanuni şüf'a hakkı, hissedarlık esasına göre tescilli taşınmaz malda hisse sahiplerinin birbirlerine karşı olan şüf'a hakkıdır. Sözleşmeden doğan şüf'a hakkı ise gayrimenkulün sahibi veya hissedarının söz konusu gayrimenkulde mülkiyet payı bulunmayan bir kimseye sözleşmeyle tanıdığı ve kullanılması her halükarda şerhin yapıldığı tarihten itibaren on yıl ile sınıflandırılmış (6098 sayılı BK md. 238) şüf'a hakkıdır. Kanun hak düşürücü süreleri de (md. 733/BK, md. 242) *satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl* ile sınırlandırmıştır.

Görüldüğü üzere medeni kanunumuzun sadece gayrimenkulde tanıdığı şüf'a hakkı, terikeye dahil olduğu için hissedarlardan birinin ölmesi halinde elbirliği (iştirak) mülkiyeti biçiminde mirasçılara intikal edecektir.¹⁰⁶ Sözleşmeden doğan önalım hakkı ise, aksine anlaşma bulunmadıkça, yine mirasçılara geçecektir. (BK, md. 239) Mirasçılar arasında cenin bulunması halinde o da mirasçı vasfıyla bu haktan istifade edebilecektir. Ancak mirasta veya vasiyette olduğu gibi bu haktan yararlanmanın yolu mirasçılık vasıflarının ortaya çıkmasıyla mümkün hale gelmektedir. Ayrıca şüf'a hakkının cenine vasiyet veya hibe yoluyla kazandırılması da mümkün görünmektedir.

III-CENİNİN MALVARLIĞININ KORUNMASI

İslam hukuku açısından ceninin sağ doğması halinde herhangi bir girişime gerek bulunmadan zimmetine geçecek mal varlığı haklarının nasıl korunmaya alındığını, özellikle miras konusunda, ayrıntılı olarak gördük. Gerek terikenin paylaşılmasının ertelenmesi ve gerekse ceninin anne rahminde bulunduğu süre içerisinde mirasın paylaşılması halinde ona ayrılacak hisse hususunda İslam Hukukçuları'nın ortaya koydukları bütün seçenekler, doğacak çocuğun malvarlığını korunmaya ve onun muhtemel bir mağduriyetini önlemeye yöneliktir.

105 Sahnûn, a.g.e., IV, 257; Serahsî, a.g.e., XIV, 166; İbn Kudâme, a.g.e., V, 254; Râfî'i ,Abdülkerim b. Muhammed, *Fethu'l-azîz bi şerhi'l-Vecîz:Şerhu'l-Kebîr*, Dâru'l-fîkr, t.y., XI, 500.

106 Egemen Köylüoğlu, *Önalım Davası*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 2011, s. 78. (bkz. MK md. 640)

İslam Hukukçuları anne rahminde bulunduğu süre içerisinde cenine intikal eden mal varlığı haklarını koruyacak kimse konusunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Hanefiler cenine intikal eden malların *yed-i emine* (güvenilir bir kimse) teslim edileceği görüşündedirler. Ceninin sağ doğma ihtimali bulunduğu gibi ölü doğma ihtimali de bulunduğu için *yed-i emine* söz konusu mal varlığını vasiden farklı olarak sadece muhafaza eder, bu malları artırmak amacıyla harcama ve yatırım yapamaz.¹⁰⁷ Fakat cenine sağ ve tam doğum halinde intikal edecek mal varlığı içerisinde telef ihtimali bulunan mal, hayvan, borsada işlem gören hisse senetleri ve tahvil gibi kıymetli evraklar ileride velisi makamına geçecek kişi tarafından satılabilir¹⁰⁸ ve değer kaybı yaşanmadan bu mal varlıkları paraya çevrilebilir.

Çoğunluk İslâm Hukukçuları'na göre ise cenin için bir vasî veya velî tayin edilir ve bu kimse onun malını korur.¹⁰⁹

Hukuk sistemimize göre de doğuma kadar henüz şahsiyet sahibi olmayan ceninin velisi veya vasisi, kanuni temsilcisi bulunmamakla birlikte, ceninin mal varlığı haklarını koruyucu hükümler bulunmaktadır. Medeni Kanununun 427. maddesinde *vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır ve özellikle aşağıdaki hallerde yönetim kayyımı atar* denmiş ve bu haller arasında *ceninin menfaatlerinin gerekli kılmasını* da saymıştır. Kayyım sadece kendine verilen işi yapar, onun dışındaki konularda kayyımı bulunduğu kişinin hukuki temsilcisi değildir. Böylece kayyım atanması yoluyla ceninin mal varlığı hakları korumaya alınmış olmaktadır.¹¹⁰

Sonuç

İslam insana yaratılmışların en şerefli olarak bakmış ve bu çerçevede gerek kendi şahsı ve gerekse şahsına ait maddi ve manevi değerleri tanıyıp koruma altına almıştır. Hiç kuşkusuz bir insanın en başta gelen hakkı yaşama hakkıdır. Bu nedenle İslam dini insanın anne rahmine düştüğü andan doğumuna ve doğumdan itibaren de ölümüne kadar yaşama hakkını korumuş ve yaşam hakkına zarar verecek her türlü fiili yasaklamıştır. Benzer şekilde kişiye mülkiyet hakkı tanıtmış ve bu hakkı koruma altına almıştır.

Anne rahmindeki ceninin ister annenin bir cüzü olarak görülsün isterse müstakilleşme yolunda bir canlı olarak görülsün yaşama hakkına yapılacak her türlü tecavüz önlenmiş; bu tür davranışlarda bulunanlara gurre ve mirastan mahrumiyet gibi cezalar öngörmüştür. Ceninin kendi şahsı varlığı yanında sağ doğması halinde mülkiyetine geçecek bazı haklar da koruma altına alınmıştır. Bu haklar sağ

107 Medkür, a.g.e., s. 276-277, 295; Döndüren, a.g.e., s. 127; *el-Mevsûatü'l-fihkiyye el-kuveytiyye*, XVI, 119; Uzunpostalcı, a.g.m., s. 161.

108 Bilmen, a.g.e., V, 128.

109 Döndüren, a.g.e., s. 127; Medkür, a.g.e., s. 277, 295. Nitekim Mısır'da 1947 tarih 99 sayılı yasa cenine *vasî* atanmasını; 1952 tarih 119 sayılı yasa da cenin lehine yapılan hibeyi kabul için *veli* atanmasını kabul etmiştir.

110 Özsunay, a.g.e., s. 17; Zevkililer, a.g.e., s. 184, 976-977; Kurt, a.g.m., s. 184.

doğması halinde herhangi bir müdahaleye gerek duyulmadan kendiliğinden onun mülkiyetine geçecek malvarlığı haklarıdır. Ceninin bu hakları elde edebilmesi için anne rahminde bulunması gerekmektedir. Bu nedenle en kısa ve en uzun hamilelik sürelerinin bilinmesi gerekmektedir. Fakihlerin hamilelik ile ilgili belirledikleri süreleri günümüz tıp biliminin verilerini esas alarak yeniden gözden geçirmek gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre ceninin anne rahminde en az yüz seksen en fazla iki yüz yetmiş-iki yüz seksen gün civarında kalmaktadır. Hamilelin süresi nadiren iki üç hafta uzayabilmektedir. Buradaki en kısa hamilelik süresi ile herhangi bir yaşam desteğine ihtiyaç duyulmadan çocuğun yaşayabilmesi kastedilmektedir. Sağ doğum ise Hanefiler'e göre ceninin ekseriyetinin, diğer mezheplere göre ise, tamamının anneden ayrılması, kordon bağı kesilmemiş de olsa birkaç saniyeligi- ne anneden bağımsız yaşamasıdır. Medeni Kanunumuz da sağ doğum konusunda Hanefiler'in dışındaki İslam Hukuk Ekollerine paralel bir görüşü benimsemiştir.

Cenin anne rahminde iken hukuki anlamda tam bir gerçek kişi değildir ve onun tam vücûb ehliyetinden söz edilemez; ancak diğer yandan o, kişi olma yolunda bir varlıktır. Cenin sağ ve tam doğumdan sonra ancak kişi sayılacağı ve tam vücûb ehliyetine kavuşacağı için ona anne rahminde iken nakıs bir vücûb ehliyeti tanınmış, bu ehliyetle sadece lehine olan hakları elde etmesi sağlanmıştır. Cenin halinde iken ona zimmet tanınmamış, borçlanmasının önü kapatılmış, aleyhine olabilecek her türlü tasarruf geçersiz sayılmıştır.

Cenin sağ ve tam doğum sonrası mirası alacağında, lehine yapılan vasiyetleri elde edeceğinde bütün İslam Hukuk Ekollerinin ittifakı vardır. Sağ ve tam doğumla, Hanefilere göre vasiyetçinin ölüm anında diğer mezheplere göre ise vasiyetin yapıldığı anda anne rahminde bulunan cenin lehtarlığı olduğu vasiyeti hak eder. Ceninin mirasçı olması halinde ise durum biraz daha karmaşıktır. Zira mezhepler hatta aynı mezhebe mensup fakihler, ceninin canlı veya ölü, tek, ikiz veya daha fazla sayıda doğması ihtimaline göre miras payı ayırmada ve miras paylaşım zamanı konusunda farklı önerilerde bulunmuşlardır. Ceninin miras payını elde etmesiyle ilgili bütün bu görüşlerin amacı miras payını almada onun maslahatlarını en iyi şekilde korumaktır. Medeni kanunumuz da benzer amaçlarla terike taksiminin terikeye hissedar cenin bulunması halinde onun doğumuna kadar ertelenmesi görüşünü benimsemiştir. Ancak mirasçı nasbı, vasiyet oranında ve vasiyet edilecek kişi konusunda herhangi bir sınır koymamakla İslam Hukukundan ayrılır. Bize göre, zamana ve şartlara bağlı olarak mezhep ve fakih ayrımı yapmaksızın İslam Miras Hukuk Sistemi çerçevesinde cenin için yararlı olacak her öneri dikkate alınmalı ve uygun olan, adaleti sağlayacak olan görüş uygulanmalıdır.

Cenin lehine yapılan vakfın geçerliliği noktasında İslam Hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Ayrıntıda bazı farklılıklar bulunsa, Şâfiî ve Hanbelîler karşı çıksa da Hanefîler ve Mâlikîler cenin lehine vakıf yapılabileceği görüşündedirler. Hatta Mâlikîler'e göre cenin halinde bulunmayan gelecekte olması beklenen bir kimseye bile vakıf yapılabileceği görüşündedirler. Medeni kanunumuza göre

vakıf işlemi sadece tüzel kişiliklerle sınırlandırılmış, kişiler lehine vakıf yapılması benimsenmemiştir.

Mâlikîler'in dışındaki İslam hukuk ekollerine göre cenin lehine hibe yapılamaz. Çünkü hibe icap-kabul ve kabz gerektirir. Mâlikîler ise icap kabulle hibenin gerçekleşeceğini, kabzın hibenin bağlayıcı hale gelmesi için gerekli olduğu görüşündedirler. Karşı çıkanlara göre hibe o anda teslim tesellüm gerektiren bir akitir. Dolayısıyla ceninin kendisinin veya hukuki temsilcisinin -ki ceninin hukuki temsilcisi de yoktur- kabzı gerçekleştiremeyecek olması nedeniyle cenin lehine yapılan hibenin geçersizdir. Ancak Mâlikîler icap kabulle hibe akdinin gerçekleşeceği, kabz gecikse de bu hukuki işlemin geçerli sayılacağı görüşünde oldukları için cenine yapılan hibeyi muteber kabul etmişlerdir. Medeni Kanuna göre de cenine hibe yapılabilir.

Şüf'a hakkının cenine intikali bu hakkın terike kapsamına alınıp alınmaması ile ilgili bir durumdur. Şüf'ayı terikeye dahil eden fakihler onun mirasla cenine geçeceği görüşündedirler. Hakları ve bu kapsamda gördükleri şüf'ayı terike dışında tutan Hanefiler sadece hâkim kararı ve müşterinin kendi rızasıyla teslimi halinde bu hakkın miras yoluyla mirasçılık koşulları çerçevesinde cenine intikal edeceği görüşündedirler. Cenine intikal edecek olan şüf'a hakkının ceninin hukuki temsilcisi bulunmadığı için nasıl kullanılacağı belirli değildir. Bize göre bu hak, ceninin sağ doğumuna kadar bekletilmeli veya müşteriden sağ doğum halinde hukuki temsilcine tasarrufta bulunma yetkisi verecek hukuki teminat alınmalıdır. 6098 sayılı borçlar yasasına göre cenin sağ ve tam doğumla terike kapsamında şüf'a hakkından istifade eder.

Ceninin anne rahminde bulunduğu süre zarfında veli-vasi gibi herhangi bir hukuki temsilcisi bulunmamaktadır. Bu nedenle sağ ve tam doğumla doğrudan ceninin zimmetine geçecek miras payı, vasiyet, vakıf geliri, hibe ve şüf'a hakkı onun doğumuna kadar bekletilir. Eğer ölü doğarsa bu haklardan yararlanamaz, canlı doğarsa bu hakları elde eder. Bize göre bu hakların korunup gözetilmesi gerekiyorsa, sağ doğması halinde hukuki temsilcisi konumuna geçecek kişi, veli ya da vasisi, cenin daha doğmadan önce de onun lehine bu malları koruyabilir, hatta zarar görmesi ihtimali kuvvetli ise, bu malları satıp paraya çevirebilir. Ancak bu paralarla cenin adına yatırım yapamaz, cenini borçlandıramaz.

FIKHÎ AÇIDAN ALTIN HESABI

Yrd. Doç. Dr. Emrullah Dumlu*

Gold Account According to Islamic Law

Gold account is a special kind of account opened for TL, USD and physical gold. This kind of account is usually opened in the style of the demand deposits or current accounts as well as time deposits and participation accounts. Gold account with different forms of application is opened in both traditional banking and participation banks. In this study, firstly, it was tried to determine the legal/fiqh basis of the gold account, then it was examined in terms of the conditions of contracts that it related to.

Key words: Gold Account, Deposit Account, Participation Account, Islamic Contract Law.

Giriş

Tasarruf, beklenmedik bir hadiseye karşı hazırlıklı olmak, elde bulunan malı değerlendirmek yahut yatırım yapmak gibi pek çok amacı içinde barındırmaktadır. Tarih boyunca insan, farklı nedenlerle şu ya da bu şekilde tasarruf yapmıştır.

Kur'an-ı Kerim'de bir toplumun veya insanın gelecekte ortaya çıkabilecek muhtemel durumlara karşı tasarrufa y6neldiğine dair 6rnekler mevcuttur. Mesela Hz. Y6suf'un, r6yasını yorumlayarak Mısır kralına 6nerdiği tedbir, tasarruf mantığını yansıtması y6n6yle g6zel bir 6rnektir¹.

Hz. Musa'nın ilim 6đrenmek istediği şahısla yaşadığı ser6vende bahsi ge6en duvar altına g6m6l6 hazine² de aynı mantığı yansıtılmaktadır. Bahse konu hazinenin mahiyeti ile ilgili farklı yaklařımlar³ olmakla birlikte, ayetin bağlamından

* G6m6şhane 6niversitesi İlahiyat Fak6ltesi.

1 İğili ayetlerde Hz. Y6suf, kıtlık g6nlerine hazırlıklı olmak amacıyla 6rettikleri 6r6n6n, ihtiya6 fazlası kısmının stok edilmesini 6nermektedir. Bkz. Y6suf, (12), 45-49.

2 Kehf, (18), 77,82.

3 Bahse konu olayda, babadan salih bir kişi olarak bahsedildiği i6in bazı bilim adamları, salih bir kimseden mal değil ilim kalabileceği d6ř6ncesiyle bunun ilim sahipleri olduğunu s6ylemişlerdir. Bunun dışında bu hazinenin i6ersinde 6eşitli 6đ6tler i6eren altın bir levha olduğu da s6ylenmiştir. Ayrıntılı bilgi i6in bkz. Taber6, Ebu Cafer Muhammed bin Cerir, *Camiu'l-beyan an te'vili'l-Kur'an*, Beyrut, 1423/2002, XVI, 14-17; Cass6s, Ebubekir Ahmed

hazinenin maddî nitelikli bir mal olduğu⁴ anlaşılmaktadır. Malum hadisede, söz konusu şahsın hazineyi varislerinin istifadesi için gömdüğü anlaşılmaktadır. Bu olayda, eldeki malı koruma amacının yanında gelecekte kendisi veya kendinden sonraki yakınlarının ihtiyaçlarını karşılama düşüncesi yatmaktadır.

Zikri geçen her iki olayda da görüleceği üzere, Kur'an'da insanların gerek toplumsal gerekse bireysel olarak gelecekte kendilerinin veya sonraki kuşakların muhatap olabileceği sorunlara karşı tedbir almalarının tabii bir davranış olduğu ortaya konmaktadır.

Günümüzde hemen herkesin imkânı ölçüsünde ve farklı sâiklerle tasarruf yapma çabası içinde olduğu bir gerçektir. Kuşkusuz tasarruf yaparken tasarrufa konu olan şeyin değerini koruması oldukça önemlidir. Zira bir yandan birikim yaparken diğer taraftan biriken değer kendi kendine erimesi birikim mantığına ters olduğu gibi bu durum tasarrufu yapan kişinin de istemeyeceği bir şeydir. Vakıf bu olmakla birlikte bugün kullandığımız kâğıt para çağımızın en büyük iktisadî sorunlarından biri olan enflasyon nedeniyle sürekli değer kaybetmektedir. Mesela yıllık yüzde on enflasyonun olduğu bir ülkede tasarruf sahibinin bir yılda biriktirdiği 10000 lira, yıl sonunda nominal olarak aynı kalsa da bin liralık bir değer kaybına uğradığı için alım gücü itibarıyla 9000 liraya düşecektir. Neticede eldeki para, her yıl enflasyon oranında değer kaybına uğrayacağından dolayı tasarruf edilen para sürekli olarak erimeye devam edecektir.

Bu sorun karşısında zarar etmek istemeyen tasarruf sahipleri faize girmeden birikimlerinin değer kaybını önleyebilmek için farklı uygulamalara girişmektedirler. Bugün bu uygulamaların pek çok şekli mevcuttur. Birkaç örnek vermek gerekirse, bazı tasarruf sahipleri parasını gayrimenkule yatırırken bazıları sermaye piyasasında değerlendirmekte, bir kısmı finans kurumlarında kâr-zarar ortaklığına katılırken, diğer bir kısmı da enflasyon karşısında değerini koruduğunu düşündüğü menkul yatırım araçlarına başvurmaktadır. Bunlar arasında en çok başvurulan ise dövizde yatırmak ya da her dönemde değerini korumayı başarmış olan altına yatırım yapmaktır. Altına yatırım yapmanın da çeşitli şekilleri vardır. Fiziki bir altın alıp elde veya bir banka kasasında saklayarak birikim imkânı olduğu gibi altın hesabı bulunan bir bankadan kaydî altın olarak parasını değerlendirmek gibi uygulama şekilleri söz konusudur. Biz bu çalışmamızda pek çok tasarruf sahibinin başvurduğu banka altın hesabını çeşitli yönleriyle incelemeye çalışacağız.

1. Kâğıt Para, Kaydî Para ve Altın

Günümüzde kullanılan kâğıt para ve giderek daha da yaygınlaşan kaydî paraya bir çok evreden geçilerek ulaşılmıştır. Hâlihazırda kullanılan paraların paralık vas-

bin Ali, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Beyrut, 1424/2003, III, 270, 271; Zemaşşerî, Carullah Ebu'l-Kasım Mahmut bin Ömer, *el-Keşşâf*, Riyâd, 1418/1998, III, 608; Râzî, Fahrettin, *et-Tefsîru'l-kebir (Mefâtihu'l-ğayb)*, Beyrut, 1429/2008, VII, 492.

4 Zemaşşerî, a.g.e.,III, 609; Râzî, a.g.e., VII, 492.

fına ışık tutması düşüncesiyle tarih boyunca kullanılmış olan mübadele araçlarına ana hatlarıyla işaret etmek istiyoruz.

Paranın ortaya çıkışı onun mübadele fonksiyonuyla ilgilidir.⁵ İnsanoğlu daima mübadele işlemlerini daha hızlı ve daha kolay bir yöntemle gerçekleştirebilmenin gayreti içinde olmuştur. Takasla başlayan süreç, sonradan *mal para* olarak isimlendirilecek olan tütün, deri, midye kabuğu, fildişi, tuz, boncuk, ceviz, bıçak gibi malların⁶ para olarak kullanılmasıyla devam etmiştir. Bahse konu mallar mübadele işlemlerinde gereken hızı gerçekleştiremeyince zamanla belli bazı metaller para olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Metal para döneminde altın, gümüş, bakır, nikel, tunç, platin gibi metaller para olarak kullanılmış olmasına rağmen bu metaller arasında en çok altın ve gümüş tercih edilmiştir. *Mal para* ifadesi, para olarak değeri reel değerine aşağı yukarı eşit olan mallar için kullanıldığından⁷ aslında metal para da *mal paradan* başka bir şey değildir.⁸

Altın ve gümüş uzun dönemler boyunca para olarak kullanılmıştır. Ancak zamanla ortaya çıkan taşıma ve nakil güçlüğü problemlerine çözüm bulmak amacıyla temsili para sistemine geçilmiştir. Temsili paralar, para olarak kabul edilen mal ve metallerin yerine geçmek üzere piyasaya sürüldükleri⁹ için bu isimle anılmışlardır. Mesela üzerinde yazılı olan miktarın altın ve gümüş karşılığı ödeneceğini gösteren altın ve gümüş karşılıklı banknotlar,¹⁰ yine taşınması zor ve tehlikeli olduğu için altın karşılığı çıkarılan altın sertifikaları¹¹ birer temsili paradır. Altın ve gümüş karşılığı olup konvertibilitesi bulunan temsili para sisteminden sonra karşılıkları sınırlı tutulan bir süre sonra da tamamen ortadan kaldırılan kağıt para sistemine geçilmiştir.

Aslında kâğıt da bir maldır. Fakat kâğıt para, mal para olarak kabul edilmez. Çünkü mal para kavramı, mal olarak değeri para olarak değerine aşağı yukarı eşit olan mallar için kullanılmaktadır.¹² Oysa bir kâğıt parçasının para olarak değeri mal olarak değerinden genelde çok fazla olduğu için kâğıt paranın değeri özünden bağımsızlaştırılarak apayrı bir mantığa dayandırılmıştır.¹³ Bugün artık tüm dünyada paralar altından bağımsız merkez bankalarınca ekonomik koşullara göre basılan bir değişim aracı hâline gelmiş olup, değeri *satın aldığı mal miktarıyla* ölçülen bir vasfa dönüşmüştür.¹⁴

5 Eroğlu, Ömer, *Para Teorisi ve Politikası*, Isparta, 2004, s. 3.

6 Hiç, Muharrem, *Para Teorisi ve Politikası*, 8. bs., İstanbul, 1987, s. 4; Akdiş, Muhammet, *Para Teorisi ve Politikası*, Ankara, 2006, s.8.

7 Parasız, İlker, *Para, Banka ve Finansal Piyasalar*, 6. bs., Bursa, 1997, s. 24.

8 Hiç, a.g.e., s. 5.

9 Akdiş, a.g.e., s. 113.

10 Günel, Mehmet, *Para, Banka ve Finansal Sistem*, Ankara, 2007, s. 11.

11 Günel, a.g.e., s. 11.

12 Parasız, İlker, *Para, Banka ve Finansal Piyasalar*, 6. bs., Bursa, 1997, s. 24

13 Parasız, *Para Banka ve Finansal Piyasalar*, s. 24.

14 Alıç, Ali, *Dünyada ve Türkiyede Altın*, Ankara, 1985, s. 41.

Günümüzde kâğıt paranın yanında kaydı para da yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Kâğıt para sisteminde para basma yetkisini hükümetler tekellerine alınca bankalar da kendi ürettikleri kaydı parayı¹⁵ piyasaya sürdüler ve bugün ekonomide biri merkez bankaları tarafından basılan kâğıt para, diğeri bankalar ve finansal araçlar tarafından oluşturulan kaydı para olmak üzere iki tip para dolaşmaktadır.¹⁶

Kaydı para, “bankalar aracılığıyla efektif kullanmaksızın tedavül eden satın alma gücünü ifade etmektedir.”¹⁷ Hesap parası olarak da anılan kaydı para, fiilen olmayan ancak hesaplarda görülen bir ek satın alma gücüdür.¹⁸ Banka parası da denilen kaydı para, esasen bankalardaki vadesiz mevduattır.¹⁹ Bankalardaki mevduatların iki çeşidi vardır. Birincisi müşterilerin bankalara para yatırarak hesap açtırması şeklinde, ikincisi ise bankaların müşterilerine kredi açmaları şeklindedir.²⁰ Her iki durumda da müşteriler hesapları üzerinden çekle ödeme yapabilmektedirler.²¹ Son dönemlerde çekin devreden çıkıp kredi kartlarının gündeme gelmesiyle²² kaydı paranın tedavül alanı daha da genişlemiştir. Pek çok tedavül usulü bulunan kaydı paranın virman veya EFT yoluyla hesaptan hesaba nakil, keşide,²³ takas,²⁴ kredi kartları, banka kartları ve otomatik ödemeler gibi pek çok tediye aracı bulunmaktadır.

Teknolojik gelişmelere sahne olan günümüzde yeni bir para türü daha ortaya çıkmıştır. Elektronik para denilen bu yeni para türü, önceden ödenen meblağ karşılığında üretilip chipli bir kart veya bilgisayar hard diski gibi bir veri taşıyıcısına yüklenen değer birimleridir.²⁵ Maddî bir varlığı olmayıp banka hesapları üzerinde görülen ve kaynağını hak sahibinin bankalardaki alacaklarının oluşturduğu kaydı paradan farklılık arz eden elektronik para, yüklendiği veri taşıyıcısında elektronik olarak mevcut olduğu için peşin ödemelerde nakit para benzeri bir ödeme aracı işlevi görmektedir.²⁶ Parasal bir değer yüklü olmadığı için kaydı paranın banka kartları, kredi kartları gibi tediye araçları elektronik para kabul edilmez.²⁷

Tarih boyunca somuttan soyuta doğru bir değişim süreci geçiren paraların ait olduğu dönemler kesin çizgilerle birbirinden ayrılmış değildir. Örneğin metal para dönemine geçilmiş olması, daha önce kullanılan takas usulünün her yönüyle

15 Günal, Mehmet, a.g.e., s. 12;

16 Parasız, *Para Banka ve Finansal Piyasalar*, s. 235.

17 Arda Erhan, *Ekonomi Sözlüğü*, İstanbul, 2008, s. 512.

18 Akdiş, Muhammet, *Para Teorisi ve Politikası*, 2006, s. 153.

19 Parasız, *İktisadın Abc'si*, Bursa, 2000, s. 177; Günal, a.g.e., s. 12.

20 Parasız, *İktisadın Abc'si*, s. 178.

21 Parasız, *İktisadın Abc'si*, s. 178.

22 Akdiş, a.g.e., s. 153.

23 Keşide, herhangi bir senedi düzenleyip, imza ederek tedavüle çıkarma işlemi.

24 Arda, a.g.e., s. 512

25 Geniş bilgi için karşılaştırmalı olarak bkz. Çağlar, Ünal, “Elektronik Para: Enformasyon Teknolojisindeki Gelişmeler Ve Yeni Ödeme Sistemleri”, Kırgız-Türk Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, c. 9, s. 17, y. 2007, s. 181,182, ss. 177-186; Şener, Oruç Hami, “Ecash Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakdi) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof.Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, DEÜHFD, C.IX, Özel Sayı İzmir 2007, s. 466-469, ss. 455-490,

26 Bkz. Şener, s. 467, 471.

27 Bkz. Şener, s. 469-469.

terk edildiği ve bir daha kullanılmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira bugün paranın son aşaması olan elektronik para uygulamasına başlanmış olmasına rağmen zaman zaman takas usulü hâlâ kullanılmaktadır.²⁸

İktisatçılar paranın üç temel geleneksel fonksiyonundan bahsederler. Bunlardan birincisi, değer ölçüsü/hesap birimi olma, ikincisi değişim aracı/mübadele vasıtası olma, üçüncüsü ise tasarruf aracı²⁹ olmaktır.

Takriben I. Dünya Savaşına kadar para birimi olarak paranın tüm fonksiyonlarını yerine getiren altın³⁰, halihazırda çarşı pazarda para olarak kullanılmamakla birlikte taşıdığı değerle gündemden hiç düşmemiş ve daima yatırımcıların ilgisini çekmeyi başarmıştır. Çünkü yaygın olarak kullanılan kâğıt para, enflasyon karşısında sürekli değer kaybederken, altın sığınılacak sağlam bir liman olmaya devam etmektedir.

Enflasyonist bir ortamda, bir gecede fiyatlar ve gelirlerin iki kat artması durumunda bireylerin hayat standartlarında bir değişme olmaz, ancak bu durumda paranın satın alma gücü yarı yarıya azalır.³¹ Böyle bir ortamda da halk, değeri giderek düşen parayı tasarruf aracı olarak elinde tutmayacaktır.³² Çünkü enflasyon, paranın serveti biriktirme özelliğini önemli ölçüde ortadan kaldıracığı için böyle bir ortamda para biriktirmek, enflasyon oranı kadar zarara razı olmak³³ demektir.

Kâğıt paranın enflasyon karşısında değerini koruyamayıp sürekli değer kaybetmesi, parasını enflasyona ezdirmek istemeyen tasarruf sahiplerini farklı yatırım araçlarına yöneltmiştir. Konumuzu oluşturan altın hesabı da, bu yatırım araçlarında biridir.

2. Altın Hesabı İle İlgili Banka Uygulamaları

Altın hesabı, TL, USD ve fizikî altın karşılığında açılan özel bir hesap türüdür. Yaygın olarak vadesiz mevduat veya cari hesap tarzında açılmakla birlikte vadeli mevduat ve katılma hesabı tarzında da açılabilir.

TL karşılığı açılan ve altın depo hesabı olarak da isimlendirilen *vadesiz mevduat/cari hesap niteliğindeki altın hesabı*, altın alım satımına imkân sağlayan banka

28 Bu realiteye ilişkin Kur'an-ı Kerim'de örnekler mevcuttur. Mesela Yûsuf sûresinde hem metal para olan dirhemden (Yûsuf Suresi, (12), 20). hem de bidâa (Yûsuf Suresi, (12) 62,65,88) denilen bir tediye aracından bahsedilir. Hz. Yûsuf'un kardeşlerinin tahl almak üzere getirdikleri bidâa'yı müfessirler, "tahulla takas etmek üzere getirdikleri şeyler" şeklinde açıklamaktadırlar. İbn Abbas, takasa konu olan bu şeylerin *ayakkabı, deri, yolcu eşyası* gibi şeyler olduğunu ifade etmektedir. Bidâa ifadesi, o dönemlerde takasın genel bir alışveriş tarzı olduğunu göstermekle birlikte, aynı dönemde metal para olan dirhemden de kullanıldığı aynı süreden anlaşılmaktadır. Bidâa kavramı ile ilgili geniş bilgi için bkz. İbn-i Kesir, Ebû'l-Fidâ İsmail bin Ömer, *Tefsîru'l-Kur'ani'l-azim*, Tahkik: Samî bin Muhammed es-Selâme, Riyad, 1420/1999, IV, 398; Kurtubî, Ebu Abdullah Muhammed bin Ahmet el-Ensârî, *el-Câmiu liahkâmi'l-Kur'an*, Riyad, ts. (Dâru Âlemi'l-Kütüb), IX, 223. Esed, Muhammed, *Kur'an Mesajı*, İstanbul, 1999, II, 469; 62. ayete ait 60. dipnot.)

29 Parasız, *Para Banka ve Finansal Piyasalar*, s. 9-11; Günal, a.g.e., s. 9-10.

30 Alıç, a.g.e., s. 41.

31 Parasız, *Para Politikası*, Bursa, 2003, s. 207.

32 Parasız, *Para Politikası*, s. 207.

33 Bayındır Abdulaziz, *Ticaret ve Faiz*, İstanbul, 2007, s. 322.

hesaplarına verilen genel bir isimdir. Altın hesabı, vadesiz bir mevduat hesabına bağlı olarak açılmaktadır. Sistem internet üzerinden şöyle işlemektedir: Altın alımı yapılmak istendiğinde vadesiz hesaptaki para o günkü kur üzerinden gram altına çevrilerek, altın hesabına kaydı nitelikte gram altın olarak kaydedilmektedir. Alımı bu şekilde yapılan gram altın satılmak istendiğinde bu defa sistem tersine işlemektedir. Şöyle ki; altın hesabında bulunan gram altın, işlemin yapıldığı günün kuru üzerinden paraya çevrilerek mevduat hesabına aktarılmaktadır.

İnternet üzerinden mezkûr tarzda yapılan işlem, bizzat banka şubesinde de yapılabilmektedir. Bu durumda yukarıdaki işlem banka görevlisi tarafından yapılmaktadır. Yani görevli önce mudinin parasını onun mevduat veya cari hesabına yatırmakta sonra da bahse konu işlemi gerçekleştirmektedir. Alım satım işlemi istenildiği anda internet üzerinden mudinin bizzat kendisi veya banka görevlisi tarafından mezkûr şekilde yapılabildiği gibi önceden verilen talimatla her ayın belli gününde otomatik olarak banka tarafından altın alımı da yapılabilmektedir. 1 gr hatta bazı bankalarca miligram bazında alım satım imkânı sağlayan altın hesabı kaydı altın bağlamında olduğu için elde tutulan fizikî altının risklerini taşımamaktadır. Çalınma tehlikesi olmadığı gibi düşük ayar, işçilik ücretinin düşülmesi, eski tarihli olma gibi değer kaybettirici riskler de söz konusu değildir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, fizikî altın teslimine imkân verip vermemesi bakımından iki farklı vadesiz altın hesabı uygulaması mevcuttur. İlki önceden banka tarafından belirlenmiş şartlara istinaden fizikî altın teslimine imkân veren uygulama, diğeri ise hiçbir şekilde fizikî altın teslimine imkân vermeyen uygulamadır.

Fizikî altın alım teslimine imkân veren uygulamanın da iki farklı icrası söz konusudur. İlk ve en kapsamlı olan uygulama 1, 2,5, 5, 10, 20, 50, 100, 1000 gramlık külçeler hâlinde fizikî altın çekimine imkân vermektedir. Külçe altın ve taşıma masrafları müşteriye ait olan bu uygulamada hem bankadan hem de bankamatikten banka kartı ile gram altın çekilebilmektedir.³⁴ Diğer uygulamada ise fizikî altın teslimatının yapılabilmesi için teslimattan birkaç gün önce bankayla temasa geçilmesi ve hesaptaki gram altının belirli ağırlığa ulaşması şart koşulmaktadır. Bu asgarî ağırlık bankadan bankaya değişmektedir. Bazı bankalara göre bahse konu ağırlık 1 kg iken³⁵ diğerlerine göre ise 5 kg'dır.³⁶ Fizikî altın teslimine imkân vermeyen altın hesabı uygulamasında³⁷ ise altın alım satımı, işlem şekli yukarıda açıklanan tarzda sadece kaydı olarak yapılmaktadır.

34 Kuveyttürk katılım bankası tarafından sunulan bahse konu uygulama hakkında detaylı bilgi için bkz. http://www.kuveytturk.com.tr/pages/altin_hesabi.aspx (Erişim: 20 Aralık 2011)

35 Fizikî altın teslimatının şartlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.bankasya.com.tr/bireysel/altin_hesap.jsp (Erişim: 20 Aralık 2011)

36 Ayrıntılı bilgi için bkz.

http://www.albarakaturk.com.tr/bireysel_bankacilik/detay.aspx?SectionID=s0EVpSxMF9pR%2BNO%2FLVz%2B9w%3D%3D&ContentId=CvajMtoBtPQw5IGpk35PIA%3D%3D; (Erişim: 20 Aralık 2011) Ayrıca bkz.

http://www.isbank.com.tr/content/TR/Yatirim_Hizmetleri/Altin/Altin_Hesabi_Islemleri-590-7.aspx (Erişim: 20 Aralık 2011)

37 Bkz. <http://www.halkbank.com.tr/channels/1.asp?id=1598> (Erişim: 20 Aralık 2011)

Vadesiz altın hesabının yanında bazı katılım bankalarında ‘*altına altın katılma hesabı*’ adı altında başka bir altın hesabı da hâlihazırda uygulanmaktadır. Mesela bir katılım bankasında bahse konu hesap şu şekilde icra edilmektedir: Minimum 10 gr altınla, 3 ay, 6 ay ya da 1 yıl vade seçenekleri ile hesap açılmaktadır. Bankanın verdiği bilgiye göre, hesaba yatırılan gram altın reel sektörde değerlendirilerek vade tarihinde elde edilen kâr, hesap sahibi ile kurum arasında %85-%15 oranında paylaşılmaktadır. Bu uygulamada hesaptaki altın 10 gramın altına düşmeyecek şekilde vade ortasında altın alım satımı yapılabilmektedir. Hesaptaki gram altın 10 gramın altına düşmediği sürece hesabın vadesi bozulmamakta ve kâr payı kalan bakiye üzerinden hesaplanmaktadır.³⁸ Ayrıca geleneksel bankacılıkta faiz getirisi olan ve minimum 10 gr ile ‘vadelî altın hesabı’³⁹ da açılabilir.

Zikri geçen hesap türlerinin dışında son zamanlarda yaygınlaşmaya başlayan bir başka altın hesabı türü daha bulunmaktadır. Bu uygulamaya göre, çeyrek, yarım, cumhuriyet, bilezik, yüzük, kolye ve benzer nitelikteki ziynet altınlar fiziki olarak bankaya verilmekte ve bu altınların gram değerlemesi yapılarak hesaba gram altın olarak kaydedilmektedir. Bu hesap türü hem cari hesap hem de katılma hesabı şeklinde açılabilir. Geri alınmak istendiğinde de halihazırda iki farklı uygulama takip edilmektedir. Bunlardan birine göre hesapta duran gram altın mudinin talebine göre hem fiziki altın olarak teslim edilebilmekte hem de günün kuru üzerinden TLye çevrilerek TL karşılığı verilmektedir. Bir diğer uygulamada ise herhangi bir şekilde fiziki teslim yapılmayıp sadece hesaptaki gram altının TL karşılığı müşteriye/mudiye ödenmektedir.

Bir mevduat türü olan altın hesabı, hâlihazırda hem geleneksel bankacılıkta hem de katılım bankalarında uygulandığı için, bahse konu hesabın hukukî zemininin her iki bankacılık açısından ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle önce konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla geleneksel bankacılıktaki mevduatlar ve bunların hukukî niteliği, akabinde ise katılım bankalarındaki mevduat ve bu mevduatların fıkhî niteliği ele alınacaktır.

3. Altın Hesabının Hukukî Niteliği ve Fıkhî Açından Tahlili

Bankalar elinde parası olup da bunları değerlendir/e/meyen tasarruf sahiplerinin elindeki paraları alıp kredi talebinde bulunan kişi ya da kurumlara aktaran aracı kurumlardır. Bu işlemde bankanın kârı, tasarruf sahiplerine ödediği faizlerle verdiği kredilerden aldığı faizler arasındaki farktan oluşmaktadır. Kuruluş felsefesi açısından farklı yönleri olsa da küçük tasarrufları ekonomiye aktarma hususunda geleneksel bankalarla katılım bankaları aşağı yukarı aynı işlevi görmektedirler.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.kuveytturk.com.tr/pages/altina_altin_katilma_hesabi_size_ozel.aspx (20 Aralık 2011)

39 Bkz. http://www.yapikredi.com.tr/tr-TR/bireysel_bankacilik/hesaplar/altin_mevduati.aspx (Erişim: 20 Aralık 2011)

Altın hesabı, bankacılık dilinde “vadesiz altın mevduat hesabı” “vadesiz altın hesabı”, “altın depo hesabı”, kıymetli maden hesabı”, “vadesiz özel cari hesap” gibi isimlerle ifade edilmektedir. “Vadesiz altın mevduat hesabı” ve “vadesiz özel cari hesap” şeklinde genel olarak iki şekilde ifade edebileceğimiz bu isimlendirmeler ismen farklı olsa da uygulama açısından aynı işlem türünü ifade etmektedir.

3.1. Geleneksel Bankacılıktaki Mevduat Hesapları ve Bunların Hukukî Niteliği

3.1.1. Mevduat Hesapları

Altın hesabı bir mevduat hesabı olduğu için banka mevduat hesaplarının hukukî niteliğinin belirlenmesi, dolaylı olarak altın hesabının hukukî zemininin ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Bu açıdan bu başlık altında konumuza temel teşkil etmesi düşüncesiyle önce geleneksel bankacılıktaki mevduat hesapları akabinde de bunların hukukî niteliği incelenmeye çalışılacaktır.

Bankacılık literatüründe mevduat, istenildiği zaman yahut belirli bir vade sonunda çekilmek üzere bankaya yatırılan paraları⁴⁰ ifade etmektedir. Farklı açılardan değişik tasnifleri yapılan banka mevduatları vadeleri açısından üç kısma ayrılmaktadır.

a) *Vadesiz Mevduat*: Hiçbir vadeye bağlı olmaksızın istenildiği anda çekilmek üzere bankaya yatırılan paralara vadesiz mevduat⁴¹ denmektedir. Bu tür mevduatlar herhangi bir vadeye bağlı olmadığı için mevduat sahibi istediği anda parasını çekebilmektedir.

b) *Vadeli Mevduat*: Belirli bir vade sonunda çekilmek kaydı ile bankalara yatırılan paralara vadeli mevduat⁴² denmektedir. Bu isim altında bankalarda bir aylık, üç aylık, altı aylık ve 1 yıl gibi vadelerle hesap açılabilir.

c) *İhbarlı Mevduat*: Belli bir süre önceden ihbarda bulunmak koşuluyla çekilebilen, başka bir ifadeyle, ihbar tarihinden belirli bir süre sonra çekilmek kaydıyla yatırılan paralara ihbarlı mevduat⁴³ denmektedir. Mesela 20 gün ihbarlı mevduat, 20 gün önceden haber vermek kaydıyla bu süre sonrasında istenildiği anda çekilebilme imkânı veren mevduat⁴⁴ anlamına gelmektedir.

Vadeli ve vadesiz mevduatlar arasında vadeye endekli farklılığın dışında mevduatın getiri sağlayıp sağlamaması açısından bir farklılığın olduğu da malum bir konudur. Zira vadesiz mevduatlarda banka, mülkiyetine geçirdiği mevduatı mudi istediği anda misliyle, vadeli mevduatlarda ise vade sonunda misliyle beraber faizini geri ödemektedir.

40 Zarakolu, Avni, *Bankacılar için Para ve Kredi Bilgisi*, İstanbul, 1987, s. 85; Sungur Turgut, *Bankacılar için Banka Tekniği*, Ankara, 1999, s. 3.

41 Sungur, a.g.e., s. 5; Eyüpgiller, Servet, *Bankacılar için Banka İşletmeciliği Bilgisi*, Ankara, 2003, s. 108.

42 Sungur, a.g.e., s. 7; Eyüpgiller, a.g.e., s. 108.

43 Sungur, a.g.e., s. 6; Eyüpgiller, a.g.e., s. 108.

44 Sungur, a.g.e., s. 6.

3.1.2. Mevduat Hesaplarının Hukukî Niteliği

Bankanın mevduatı kabul etmesiyle, mudi ile banka arasında oluşan sözleşme⁴⁵ mevduatın hukukî temelini oluşturmaktadır. Modern hukukta söz konusu sözleşmenin hukukî niteliği ile ilgili birkaç farklı yaklaşım söz konusudur.

Bir yaklaşıma göre, bankalar topladıkları mevduatları aynen değil mislen iadeyi kararlaştırdıkları için mevduat işlemi Borçlar Kanunu açısından bir usulsüz tevdi/vedia sözleşmesidir.⁴⁶ Usulsüz vedia; para, kıymetli evrak veya misli eşyanın aynıyla değil misliyle iadesine imkân veren bir sözleşmedir.⁴⁷ Usulsüz vedia, teslim edilen şeyin mülkiyetinin müstevda'a geçmesi, nefi ve hasarının teslim alana ait olması ve aynıyla değil misliyle iadeyi mümkün kılması konularında âdî vediadan farklılık arz eder.⁴⁸ Kapalı veya mühürlü bir zarf içinde verilen para yahut mühürlenmiş bir kutu içinde tevdi olunan diğer bir misli şeyde 'âdî vedia' hâli varken, açık bir zarfta veya mühürsüz ve açık bir zarfta bırakılan diğer misli şeyde usulsüz vedia söz konusudur.⁴⁹

Diğer bir yaklaşıma göre ise mevduat işleminde mudinin belli miktarda paranın mülkiyetini bankaya aktarması bankanın da en azından aynı tutarda parayı mudiye geri vermekle yükümlü olması söz konusu olduğu için bu işlem Borçlar Kanunu açısından bir karz akdi⁵⁰ kabul edilmektedir.

Üçüncü bir yaklaşıma göre ise banka mevduatları tam olarak ne karz ne de usulsüz vedia'dır. Bunlar Borçlar Kanunundaki bazı akitlerin tesirinde kalan ve ticaret hukuku sahasına giren müstakil bir sözleşmedir.⁵¹

Banka mevduat işleminin karz ya da usulsüz vedia karakterini yansıtmaması sebebiyle modern bazı hukukçular bahse konu işlemin bu iki akit türünden hangisi kapsamında sayılacağı konusunda tarafların güttükleri maksat ve iktisadî gayelerin, yani tarafların niyetlerinin belirleyici olacağı⁵² kanaatinde dirler. Esasen subjektif bir mahiyet arz eden niyeti tespit etmek zor olmakla beraber, genelde bu muameleyle mudinin niyeti mevduatının muhafazası ve (vadeli mevduatta) muayyen miktarda faiz temini, bankanın niyeti ise yapacağı işlemler için sermaye sağlamaktır.⁵³ Dolayısıyla eğer mudi parasını bankaya sadece saklanması amacıyla yatırıyor,

45 Sungur, a.g.e., s. 4.

46 Karşılaştırmalı olarak bkz. Önen, Turgut, *Borçlar Hukuku*, Ankara, 1990, s. 300; Sungur, a.g.e., s. 4; Eyüpgiller, a.g.e., s. 107.

47 Fevziöğlü, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1970, I, 28; Önen, a.g.e., s. 300. Ayrıca bkz. Borçlar Kanunu md. 472.

48 Bkz. Fevziöğlü, a.g.e., I, 28.

49 Karşılaştırmalı olarak bkz. Zahit, Zahit, "Usulsüz Vedia Akdi" İstanbul Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, c. 10, s. 1-2, y. 1944, s. 196; Fevziöğlü, a.g.e., I, 28.

50 Sungur, a.g.e., s. 4; Ayrıca bkz. Eyüpgiller, s. 107. Ayrıca bkz. Bayındır, *Servet, İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, İstanbul, 2005, s. 52. Karz akdi Borçlar Kanununda şöyle tanımlanmaktadır: "Karz, öyle bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavî aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur." Bkz. Borçlar Kanunu, md. 306.

51 İmre, a.g.m., s. 221-222.

52 İmre, a.g.m., s. 219, 221; Sungur, a.g.e., s. 4-5

53 İmre, a.g.m., s. 220-221.

banka da bunu sadece saklamak üzere kabul ediyorsa usulsüz vedia, eğer mudi parasını bankaya değerlendirmek amacıyla yatırıyor, banka da bu parayı yapacağı işlerde kaynak sağlama amacıyla kabul ediyorsa bu durumda mevduat hesabının karz akdi olduğuna hükmetmek gerekecektir.⁵⁴ Zikredilen gerekçelere istinaden günümüz bankacılık uygulamasında banka ile mudi arasındaki ilişkinin karz ilişkisi olduğu⁵⁵ modern hukukçular nezdinde ağır basmaktadır.

Modern telakkiye ilişkin ana hatlarıyla aktarılan mezkûr hukukî zemin, mevduat bankalarında açılan ve bir mevduat hesabı olan altın hesabı için de söz konusudur. Ancak usulsüz vedia en temel işlevin tevdi edilen misli eşyanın muhafazası olması, karz akdinde ise malın korunmasının akdin mevzuu ve gayesini teşkil etmemesi⁵⁶, buna ilaveten mudinin amacının parasını değerlendirmek bankanın ise kendi işlemleri için kaynak temin etme⁵⁷ niyetinde olması nedeniyle, altın hesabı modern perspektifte karz akdine daha yakın görünmektedir. Zira altın hesabında mudinin amacı parasını değerlendirmektir. Çünkü bu hesabı açmakla mudi, enflasyon karşısında eriyen TL'sini -zaman zaman inişler olsa da -her dönemde değer kazanan ve kazandıran altın sayesinde değerlendirme amacı taşımaktadır.

3.2. Katılım Bankalarındaki Mevduat Hesapları ve Bunların Fıkhî Niteliği

3.2.1. Katılım Bankalarındaki Hesap Türleri

İşleyiş kuralları birbirinden farklı olsa da fon toplayıp bunları ekonomiye aktarma hususunda geleneksel bankacılıkla aynı işlevi gören katılım bankaları genel olarak mevduatları cari hesaplar ve katılma hesapları ile kabul ederler.

a) Cârî Hesaplar: Talep anında kısmen veya tamamen geri çekilebilme özelliği taşıyan, karşılığında kâr veya herhangi bir isim altında bir bedel ödenmeyen, Türk lirası ve döviz cinsinden açılabilen hesaplardır.⁵⁸ Cari hesapların işletilmesinden doğan kâr ve zarar katılım bankalarının kendi hesaplarına intikal ettirilir.⁵⁹ Dolayısıyla hesap sahibi bankanın bu konudaki faaliyetinden hiçbir şekilde –olumlu ya da olumsuz anlamda- etkilenmez. Bu hesaplar, ait olduğu bankaların faaliyetleri farklı olsa da, geleneksel bankacılıktaki vadesiz mevduat hesapları ile yapı ve işleyiş bakımından benzerlik arz ederler.

54 Sungur, a.g.e.,s. 5.

55 Sungur, a.g.e., s. 5. Banka mevduatlarının karz mı yoksa usulsüz veda mı sayılacağı hususunda geniş bir değerlendirme için bkz. İmre, s. 218-222.

56 İmre, a.g.m.,s. 216-217.

57 Sungur, a.g. e.,s. 5.

58 19 Aralık 1983 tarihli resmi gazetede yayınlanan 83/7506 sayılı ÖFK Kurulması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname md: 2; Anılan kararnamenin 2. Maddesinin c fıkrasındaki değişiklikle yeni hâli için bkz 21 Mart 1984 tarihli resmi gazetede yayınlanan 84/7883 Sayılı Kararname. Ayrıca bkz. 20 Eylül 2011 tarihli resmi gazetede çıkan "Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik" md. 3.

59 Özsoy, İsmail, "Türkiye'de Katılım Bankacılığı", http://www.tkkb.org.tr/download/prof_dr_ismail_ozsoy_ocak_2011.pdf, s. 46 (Erişim: 6 Ocak 2012).

b) Katılma Hesapları: “Kuruma, ‘kâr ve zarara katılma hesabı akdi’ karşılığında TL veya döviz cinsinden yatırılan fonların kullanılmasından doğacak kâr ve zararlara katılma sonucu doğuran, gerçek ve tüzel kişilerce yatırılan fonlardır.”⁶⁰

Katılma hesapları vadelerine göre bir ay, üç ay, altı ay, bir yıl ve daha uzun süreli olmak üzere beş gruba ayrılır. Her grup kendi içinde bir havuz teşkil eder ve ayrı ayrı muhasebeleştirilerek ayrı ayrı işletilir. Katılma hesapları, vadeleri itibariyle diğer hesaplardan bağımsız olarak ayrı ayrı hesaplarda işletilir ve toplanan fonlardan diğer vade gruplarına aktarma yapılamaz. Hesapların işletilmesinden doğan masraflar bankaya aittir. Gruplara ayrılan ve ayrı ayrı muhasebeleri tutulan fonların işletilmesinden doğan kâr veya zarardan bankanın alacağı pay %20’den fazla olamaz. Hesap sahibine sabit bir gelir ödenmez hatta anaparanın aynen ödeneceği dahi garanti edilmez.⁶¹ Banka işlettiği paradan kâr etmişse kârın %20’sini kendi aldıktan sonra geri kalan %80’le birlikte anaparayı vadelerine göre oluşturulan havuzlara aktarır. Vade sonunda hesap sahibi hesabı açarken belirlenen oranda havuzdaki paraya ortak olur ve bu oranda kâr payını alır.⁶² Katılma hesaplarında otuz gün önceden ihbar edilmesi koşuluyla vadesinden önce para çekilebilir.⁶³

3.2.2. Katılım Bankalarındaki Hesap Türlerinin Fıkhî Niteliği

Altın hesabı katılım bankalarında ağırlıklı olarak *özel cari hesap* biçiminde açıldığı için inceleme alanımızın odak noktasını, *cari hesapların* fıkhî niteliği olacaktır. Çok yaygın olmamakla birlikte ‘altına altın katılma hesabı’ da şu an itibariyle bazı bankalarca uygulandığı için *katılma hesaplarının* fıkhî niteliğine de kısmen değinilecektir.

3.2.2.1. Cari Hesapların Fıkhî Niteliği

Kendine özgü bir işleyiş tarzı olan banka, son asırlarda ortaya çıktığı için doğal olarak bahse konu işlemin fıkhî niteliği klasik dönem fıkıh âlimlerinin inceleme alanına girmemiştir.

60 16/12/1983 tarih ve 83/7506 sayılı ÖFK Kurulması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname md:18. (Söz konusu karara ilişkin tebliğ 25 Şubat 1984 tarihli resmî gazetede yayınlanmıştır.) Ayrıca bkz. 19 Aralık 1983 tarihli 83/7506 Sayılı kararname eki karar md. 2; 20 Eylül 2011 tarihli resmî gazetede yayınlanan Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkındaki Yönetmelikte *katılma hesapları* daha kapsamlı olarak şöyle tanımlanmaktadır: “Özel finans kurumlarına Türk Lirası veya yabancı para cinsinden nama yazılı olarak ‘kâr ve zarara katılma hesabı cüzdanı’ karşılığında yatırılan fonların bu kurumlarca kullanılmamasından doğacak kâr veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş faiz, kâr ve sair nam altında bir getiri ödenmeyen ve anaparanın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesaplar”dır.

61 Karşılaştırmalı olarak bkz. 25 Şubat 1984 tarihli resmî gazetede yayınlanan 83/7506 sayılı ÖFK Kurulması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname md: 19 ve 20 Eylül 2011 tarihli resmî gazetede çıkan “Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik” md. 19.

62 Bayındır, Servet, *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, s. 58.

63 25 Şubat 1984 tarihli resmî gazetede yayınlanan 83/7506 sayılı ÖFK Kurulması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname md: 21.

Ortaya çıktığı dönemden itibaren yaygınlaşmaya başlayan banka, günümüzde iktisadî hayatın vazgeçilmez bir unsuru hâline gelmiştir. Bankacılığın İslam ülkelerinde de yaygınlaşması sonucu alternatif olarak kurulan faizsiz bankalarla birlikte banka faaliyetleri çağdaş fıkıh bilginlerinin inceleme alanına girmiştir.

Çağdaş fıkıh âlimlerinin katılım bankalarındaki cari hesapların fikhî niteliğine ilişkin yaklaşımları, modern hukukçuların geleneksel bankacılıktaki mevduat hesaplarının hukukî niteliği hakkındaki yaklaşımlarına benzer niteliktedir. Zira banka farklılığına göre isimlendirmeler farklı olsa da, yapı ve işleyiş olarak cari hesaplarla vadesiz mevduatlar aynı niteliktedir.

Cari hesaplarda mudi ile banka arasında yapılan sözleşmenin niteliğine ilişkin çağdaş fıkıh bilginlerinin genelde üç temel yaklaşımı söz konusudur.

Birinci yaklaşıma göre, banka ile mudi arasında yapılan cari hesap sözleşmesi fikhî açıdan vedia akdidir.⁶⁴ Zira vedia akdinin temel işlevi, akde konu olan malın muhafazasıdır. Bankanın bu parayı mudinin zımnî izniyle kullanıyor olması vedia aya zarar vermez. Çünkü bu izin, mudinin vedia akdinde temel amacı olan malın korunması talebini bir başka amaca çevirmez⁶⁵. Bu kanaatte olanlar kısmî farklılıklar içeren gerekçeler ileri sürseler de, bahse konu işlemin vedia kabul edilmesinin bankanın batması veya iflası durumunda mudinin hakkını öncelikli olarak koruyacağı hususunda birleşmektedirler. Çünkü bu işlem karz kabul edildiğinde herhangi bir sebepten dolayı bankanın batması hâlinde diğer alacaklılarla birlikte karz sahipleri de hisseleri oranında paralarını kaybetme riski ile karşı karşıya kalacaklardır. Oysa vedia durumunda mudilerin paraları bankanın elinde emanet konumunda olduğu için bunların diğer alacaklılara göre öncelik hakları olacaktır. Bu hak, cari hesap sahiplerine paralarını tamamen alma imkânı sunmaktadır.⁶⁶

İkinci yaklaşıma göre ise cari hesap sözleşmesi bir karz akdidir.⁶⁷ Bu kanaatte olanlar, mevcut uygulama şekliyle cari hesapların asla vedia akdi kabul edilemeyeceğini söylemektedirler. Zira vedia, “mal sahibinin korunması amacıyla bir başkasına verdiği mal”⁶⁸ olduğu için verilen mal, alan kişi elinde emanet olur ve emanet sahibinin izni olmadıkça kullanılamaz. İade durumunda da mislinin değil, bizzat o malın kendisinin iade edilmesi gerekir. Oysa banka talep anında malın kendisini değil mislini iade etmektedir. Ayrıca vedia akdi, - akde konu olan şey

64 Bkz. el-Heytî, Abdurrazzak Rahim Ceddî, *el-Mesârifü'l-İslamiyye beyne'n-nazariyye ve't-tatbîk*, Amman,1998, s. 261; Fehmî, Hüseyin Kamil, “el-Vedâiu'l-masriyye hisâbatü'l-mesârif” Mecelletü Mecmei'l-Fıkhi'l-İslâmî li Mü'temeri'l-Fıkhi'l-İslâmî, yıl. 1996, sayı. 9, 1. s. 694; Kubeyî, Hamid Ubeyd, “el-Vedâiu'l-masriyye hisâbatü'l-mesârif” Mecelletü Mecmei'l-fıkhi'l-İslâmî li mü'temeri'l-fıkhi'l-İslâmî, yıl. 1996, sayı. 9, 1. s. 755; eş-Şarâvî, 'Ayid Fadl, *el-Mesârifü'l-İslamiyye dirâsetün ilmiyyetün fikhiiyyetün lil mûmâreseti'l-İlmiyye*, b.y.y., ts., (Dâru'l-Beşâiri'l-İslamiyye), s. 163-164.

65 Bkz. El-Emin, Hasan Abdullah el-Heytî'nin, *el-Mesârifü'l-İslamiyye beyne'n-nazariyye ve't-tatbîk* adlı eserinden naklen, s. 261

66 İlgili deliller ve varılan netice hakkında geniş bilgi için bkz. Heytî, a.g.e., 263-367; Fehmî, a.g.m, s. 702-704.

67 el-Metrek, Ömer bin Abdulaziz, *er-Riba ve'l-muamelatü'l-masriyye fi nazari's-şeriatü'l-İslamiyye* Riyad, 1994, s. 347; el-Azizî, Muhammed Ramiz Abdulfettah, *el-Hükmü's-şer'i lil istismârati ve'l-hademâti'l-Misriyye'lleti tekümü bihe'l-bünükü'l-İslamiyye*, Amman, 2002, s. 208; Servet Bayındır, s. 56-57; Şehânebe, Suheyb Abdullah Beşir, *ed-Damanâtü'l-ayniyyetü'r-rehin ve medâ meşruyyeti istismârihâ fi'l-mesârifü'l-İslamiyye*, Ürdün, 2011, s. 128;

68 Şevkânî, Muhammed bin Ali, *Neylü'l-evtâr min ehâdis-i seyyidü'l-ahbâr*, Daru'l-Hayr, Beyrut, 1416/1997, V, 334

para ise - mudinin izni olması durumunda karza dönüşür.⁶⁹ Üstelik bankanın iflas etmesi hâlinde mudi iflas sürecine mevduat sahibi olarak iştirak edemeyeceği için öncelik hakkı da olamaz. Zira o sadece kendi payını takip eden sıradan bir alacaklı konumundadır.⁷⁰

Cari hesaplara ilişkin görüş belirten fıkıh bilginlerinin kahir ekseriyetinin kanaati bahse konu hesapların fikhî açıdan karz akdi olduğu yönündedir. İslam Fıkıh Akademisinin (Mecmeu'l-Fıkhi'l-İslamî) cari hesapların niteliğine ilişkin almış olduğu karar da bu doğrultudadır. Nitekim 1995 yılında Abu Dabi'de yapılan toplantıda şöyle bir karar alınmıştır: “*Hem İslamî bankalar hem de faizle çalışan diğer bankalardaki cari hesaplar/vadesiz mevduatlar fikhî açıdan karz akdidirler. Bu mevduatları teslim alan bankanın tazmin sorumluluğu olup⁷¹, talep anında yasal olarak/şer'an iade zorunluluğu vardır. Bankanın (ödünç alanın) zengin olması karz hükmünü etkilemez.*”⁷²

Üçüncü bir yaklaşıma göre ise cari hesap, nevi şahsına münhasır, müstakil bir akitir.⁷³ Bu kanaatte olanlar şu gerekçeleri ileri sürerler: Cari hesap sözleşmesi banka ile mudi arasında karşılıklı rızaya dayanan/rızâi bir akitir. Her iki taraf da bu akdi yapmakla belli menfaatleri hedeflerler. Mudinin bankaya para yatırarak oluşturduğu tasarruf, bankanın ödünç verme, yatırım ve finansman sağlama gibi amaçlarını gerçekleştirmesine yardım eder. Dolayısıyla cari hesap, banka ile mudinin karşılıklı dayanışma ve işbirliğini sağlayan yardımlaşma amaçlı bir sözleşme türüdür. Yardımlaşma da İslam'da teşvik edilen bir konudur. Bu özellikleri ile cari hesap, fıkıh kitaplarında zikredilen belirli bir akitle ilişkisi bulunmayan, insanlar arasındaki muamelelerin gelişmesiyle doğup ticari örf hâline gelmiş, kendine özgü, yeni ve bağımsız bir akitir.⁷⁴

Cari hesapların –fıkıhın sunduğu akit serbestisi prensibi ışığında yeni ve müstakil bir akit kabul edilmesi mümkün olmakla birlikte- işleyişi göz önüne alındığında bunların fikhî açıdan karz akdi olduğunu söylemek karz mantığına ters düşmese gerekir. Zira bahse konu hesaplarda mudi, Türk lirası veya döviz cinsinden belli bir meblağı bankaya yatırır. Yatırılan meblağ bankanın mülkiyetine geçer ve mudi belli bir süreyle kayıtlı kalmadan istediği anda parasını misliyle geri çekebilir. Yani karzda olduğu gibi cari hesapta da süre söz konusu değildir.

69 Geniş bilgi için bkz. el-Metrek, a.g.e.,s. 346-347; el-Azîzî, a.g.e., s. 212-214.

70 El-Metrek, a.g.e., s. 347.

71 “Tazmin sorumluluğu” şeklinde çevirdiğimiz bölüm orijinal karar metninde “*yed-i damân*” terimiyle ifade edilmiştir. *Yed-i Damân; kusuru olmasa da elinde bulundurduğu başkasına ait bir malın zarara uğraması durumunda tazmin sorumluluğunu gerektiren mes'ûliyettir.* Ayrıca bkz. Erdoğan Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yay., İst., 1998, s. 486, (“yed” maddesi) “Gasb, fuzûlî işgal gibi bir suretle bir malı elinde bulunduran kimsenin yedi, yed-i damandır, yani kusuru olmasa da gasb olarak elinde tutulan mal zayı ve telef olsa tazmin etmesi gerekir.”

72 İslam Fıkıh Akademisinin 1995 yılında Birleşik Arap Emirliklerinin başkenti Ebu Dabi'de yapılan 9. dönem toplantının karar metni için bkz. 3 numaralı karar: “*Kararu bişe'nî'l-vedâi'l-masrifîyye*” <http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/9.htm>; (Erişim: 8 Ocak 2012), Aynı karar metni için bkz. Şehânebe, a.g.e., s. 128.

73 el-Cüнді, Muhammet Şehhâte, *el-Kard ke edâti't-temvil fi ş-şer'ati'l-İslamiyye*, Kahire, 1417/1996, s. 162.

74 Geniş bilgi için bkz. el-Cüнді,a.g.a., s. 161-162.

Öte yandan cari hesapların vedia kabul edilmesi, vedia akdinin mahiyetiyle pek uyuşmamaktadır. Çünkü vedia akdinin kuruluş amacı, bir başka ifadeyle, hukuki sonucu malın korunmasıdır.⁷⁵ Mal sahibi bu amaçla malını emanete vermektedir. Bahse konu maldan yararlanmak da doğal olarak o malı veren kişinin iznine tabidir. İzin olması durumunda ise akit mahiyet değiştirir. Zira eğer tüketilerek yararlanılma durumu varsa karz akdi, aslı baki kalıp sadece sağladığı faydadan istifade söz konusu ise ariyet akdi devreye girer.⁷⁶ Bu üç akit arasında iade bağlamında şöyle bir fark vardır: Vedia ve ariyette, alınan malın bizatihi kendisinin iadesi gerekirken, karz akdinde prensip olarak malın mislinin iadesi gerekir.⁷⁷ Dolayısıyla tüketilerek kullanılan mallar karz akdinin konusu olurlar. Para da tüketilen mal kabul edildiği için karz akdine konu olur.⁷⁸ Neticede cari hesaplarda akit sonrasında para bankanın mülkiyetine geçip iade anında da misliyle iade söz konusu olduğu için bu hesapların karz akdi kabul edilmesi daha tutarlı görünmektedir.

3.2.2.2. Katılma Hesaplarının Fıkhî Niteliği

Malum olduğu üzere geleneksel bankalar düşük faizle sermaye sahiplerinden topladıkları mevduatları yüksek faizle kredi olarak vermektedirler. Verdikleri kredilerden aldıkları faizle mevduat sahiplerine ödedikleri faiz arasındaki fark bankanın kârını oluşturmaktadır. Hem mudilerle banka hem de banka ile kredi kullananlar arasındaki ilişki hukuken bir borç ilişkisidir. Birinci durumda mudiler alacaklı; banka borçlu, ikinci durumda ise banka alacaklı; kredi kullananlar ise borçlu konumundadır. Mezkûr ilişkilerde borçlu olan taraf alacaklıya aldığı krediye karşılık faiz ödemektedir.⁷⁹

Kuruluş felsefesi itibariyle faizsiz bir temele oturtulan katılım bankaları faizle çalışan geleneksel bankalara alternatif olarak doğmuşlardır. Ancak ülkemizde son dönemlerde gerçekleştirilen fon kullanma alanındaki mevzuat değişikliğiyle katılım bankaları kuruluş amacının dışına çıkarılmışlardır. Tüm yönleriyle ele alınması başlı başına bir çalışmayı gerektirmekle birlikte bahsedilen duruma yapılan düzenlemeler ekseninde kısaca işaret edeceğiz.

Kuruluş aşamasında çıkartılan kanunnamede fonların kullandırılması yöntemlerinden biri olan “*üretim desteği*” seçeneğinde işletmelerin ihtiyaç duyduğu gayrimenkul, makine ve teçhizat alım satımlarında *peşin alıp vadeli satma* ifadesi ile ticaret yapma izni verilmiştir. Daha sonra çıkartılan bir yönetmelikte aynı

75 Kâsânî, Alaaddin Ebûbekir bin Mesud, *Bedâiu's-sanai' fi tertibiş-şerâ'i*, Beyrut, 1424/2003, VIII, 365; Şevkânî, a.g.e., V, 334.

76 Serahsî, Ebûbekir Muhammed Ahmed bin İsmail, *Kitabu'l-mesûd*, Beyrut, 1421/2001, XI, 155, XVIII, 13; Semerkandî, Alâuddin, *Tuhfetü'l-Fukaha*, Kahire, 1998, III, 283, 284; Merğînânî, Burhaneddin Ebi'l-Hasan Ali bin Ebîbekir bin Abdilcelil, *el-Hidaye şerhu bidayeti'l-mübtedi*, İstanbul, 1991, III, 222; Kâsânî, a.g.e., VIII, 374, X, 175; el-Azîzî, a.g.e., s. 212; Ayrıca bkz. Bayındır, Servet, a.g.e., s. 5.

77 İbn Âbidîn, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdilaziz, *Reddül-muhtâr ele'd-dürri'l-muhtâr*, Beyrut, 1419/1998, VII, 292-293.

78 Merğînânî, a.g.e., III, 222; Gözübenli, Beşir, “Ariyet”, DİA, İstanbul, 1991, III, 379.

79 Özsoy, İsmail, a.g.m., s. 46.

faaliyet “işletme adına satıcıya bedelin ödenmesi ve işletmenin vadeli olarak borçlandırılması” şeklinde ifade edilmiştir. Bu adeta borç verip borcu taksitlendirme işlemini andırmaktadır. Aynı yönetmelikte toplanan fonların üçüncü kişiler için finansman faaliyetlerinde kullanılıp *münhasıran emtia ve gayrimenkul ticaretinde kullanılmayacağı* ifadesi yer almaktadır. Böylece bu kurumların ticaret yapamayacağı açık bir şekilde ifade edilmektedir. Yine katılım bankalarının fon kullandırma yöntemlerinden biri olan kâr ve zarara katılma yöntemi sonraki yönetmelikte “*kâr ve zarar ortaklığı yatırımı*” ismiyle aynı içerikle yer almakla birlikte aynı yönetmeliğin bir başka maddesinde özel finans kurumlarının, özel cari hesapları ve katılma hesaplarında toplanan fonlarla, *iştirak edinmeyeceği veya herhangi bir işletmeye sermaye koyarak ortak olamayacağı* ifadesi yer almaktadır. Bu madde ile katılım bankalarının fon kullandırma faaliyeti bağlamında ortaklık kurmasının önüne geçilmiştir.⁸⁰

Bu aşamalardan sonra nihayet 2005’te çıkartılan bankacılık kanunu ile katılım bankalarının *mevduat kabul edememe* dışında mevduat bankalarının yapabileceği her türlü faizli işlemi yapabilmelerinin önü açılmıştır. Zira bu kanuna göre katılım bankalarının mevduat bankalarından farkı *mevduat kabul edememeleri* ve bir de onlardan farklı olarak *finansal kiralama işlemi* yapabilmeleridir. Mevduat bankalarının katılım bankalarından farkı ise katılım fonu kabul edememeleri ve finansal kiralama işlemi yapamamalarıdır. Kanunda belirtilen diğer tüm faaliyetleri her iki banka çeşidi de yapabilmektedir.⁸¹

Hâl böyle olmakla birlikte, incelemekte olduğumuz katılma hesaplarının fıkhî niteliğini, bu bankaların ilk kuruldukları dönemde dayandırıldıkları felsefeyi esas alarak değerlendireceğiz.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, katılma hesapları, “kâr ve zarara katılma hesabı akdi” karşılığında açılan ve yatırılan fonların kullanılmasından doğacak kâr ve zarara katılma sonucu veren hesaplardır.⁸² Katılma hesaplarında hesap sahibine önceden belirlenmiş bir getiri ödenmediği gibi anaparanın aynen geri ödenmesi de garanti edilmez.⁸³

Mezkûr tarzda işleyişi olan katılma hesaplarının fıkhî açıdan bir *mudarebe akdi* olduğu, konuya ilişkin görüş belirtenler arasında hemen hemen ortak kanaat

80 Karşılaştırmalı olarak bkz.(25 Şubat 1984 tarihli resmi gazetede yayımlanan ÖFK’ların Kurulması Hakkında 83/7506 Sayılı Kararname Eki Karara İlişkin Tebliğ md. 20) ve (20 Eylül 2001 tarihli Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik 16. md’nin 4. bendi ve 21. md.)

81 Kanun maddesinin ayrıntıları için bkz. 01.11.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (Mükerrer Resmi Gazete) md. 4. Bu kanun sonrası katılım bankalarının yapısını ifade etmek üzere şöyle bir tanım yapılmıştır: “*Katılım bankası, faizsiz olarak topladığı fonları, her türlü faizli işlem ve ticaret yoluyla kullanarak elde ettiği kazancı fon sahipleri ile paylaştıran bankadır.*” Abdulaziz Bayındır, a.g.e., s. 281.

82 Bkz. 16/12/1983 tarih ve 83/7506 sayılı ÖFK Kurulması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname md.18. (Söz konusu karara ilişkin tebliğ 25 Şubat 1984 tarihli resmi gazetede yayınlanmıştır.) Ayrıca bkz. 19 Aralık 1983 tarihli 83/7506 Sayılı kararname eki karar md. 2

83 Bkz. 25 Şubat 1984 tarihli resmi gazetede yayımlanan 83/7506 sayılı ÖFK Kurulması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname md: 19; bkz. 20 Eylül 2001 tarihli resmi gazetede yayımlanan ÖFK’nın Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik md. 2.

olmuş gibidir.⁸⁴ İslam Fıkıh Akademisinin (Mecmeu'l-Fıkhî'l-İslamî) 1995 yılında Abu Dabi'de yapılan toplantıda bahse konu hesapların niteliğine ilişkin almış olduğu karar da bu doğrultudadır.⁸⁵

Katılım hesaplarına para yatıran kişi, banka ile vardığı mutabakata göre, kârun ve yönetmeliklerle belirlenmiş vadelerden oluşan havuzlardan birine kâr ve zarara katılma sonucu veren belge/hesap cüzdanı karşılığında parasını yatırarak ortak olur. Banka, vadeleri belli ve her biri ayrı ayrı işletilip muhasebeleştirilen havuzları ya ticari faaliyetlerde kullanarak yahut girişimcilerle kurduğu ortaklıklar sayesinde işletir. Elde ettiği kârı da fon sahipleri ile paylaşır. Bu duruma göre katılım hesaplarında üç tarafı olan fakat doğrudan iki tarafın birbiri ile muhatap olduğu bir hukuki ilişki söz konusudur: “Fon sahipleri – banka” ve “banka - müteşebbisler”. Kurulan ilişkide fon sahipleri sermayeyi elinde bulunduran taraf, banka ise işleticidir. Mudarebe akdi ekseninde bahse konu ilişki türlerini fikhî terimlerle ifade edersek, fon sahipleri rabbü'l-mal, banka ise mudâribtir. Bu ilişkide banka aynı zamanda fon sahiplerinin vekilidir. İkinci ilişki türünde, yani bankanın sermayeyi sağladığı müteşebbislerin işletici olduğu durumda ise, banka rabbü'l-mal, müteşebbisler ise mudâribtir.⁸⁶

Görüleceği üzere katılım bankalarının fon toplama ve fon kullandırma esasları mudârebe akdinin hükümleri üzerine bina edilmiştir. Ülkemizde 1980'lerde faaliyete geçen özel finans kurumlarının kuruluş kanunnamelerinde mudârebe akdinin hükümlerini banka işlemleri bağlamında görmek mümkündür. Söz konusu kanunnamelerde hem ortaklığa dayalı fon kullandırma faaliyetleri hem de mal ve hizmet ticaretinde fikhî perspektif korunmuştur. Ancak yukarıda ana hatlarıyla ifade edilen değişikliklerle katılım bankalarının faaliyetleri neredeyse tamamen diğer bankalarla eşitlenmiştir.

3.3. Altın Hesabının Fikhî Niteliği

Altın hesabı, TL, USD yahut fizikî altın karşılığında hem cari hesap/vadesiz mevduat şeklinde hem de katılma hesabı niteliğinde açılmaktadır. Farklı uygulama şekilleri olan altın hesabının açıldığı hesap türüne göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yukarıdaki incelemede görüleceği üzere, Türk lirası veya döviz cinsinden açılan cari hesapların fikhî açıdan “vedia” veya “müstakil yeni bir akit” olduğu yönünde kanaat belirtenler olmakla birlikte çoğunluk bu hesapları karz akdi olarak kabul etmektedirler. Belirli bir para cinsinden açılan ve herhangi bir süreye tabi

84 Ayrıntılı bilgi için bkz. Fehmi, a.g.m., s. 709 vd; Kubeyî, a.g.m. s. 762; Şehânebe, a.g.e., s. 130; el-Azîzî, s. 208; Abdulaziz Bayındır, a.g.e., s. 252; Ayrıca bkz. Servet Bayındır, a.g.e., s. 70-71.

85 İslam Fıkıh Akademisinin 1995 yılında Birleşik Arap Emirliklerinin başkenti Ebu Dabi'de yapılan 9. dönem toplantının karar metni için bkz. 3 numaralı karar: “Kararu biş'e'nî'l-vedâii'l-masrifîyye” <http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/9.htm> (Erişim: 10 Ocak 2012).

86 Geniş bilgi için bkz. Bayındır, Servet, a.g.e., s. 70.

olmadan yine aynı para cinsinden geri alınmasına imkân sağlayan cari hesapların/ vadesiz mevduatların karz akdi olarak değerlendirilmesi vakiya bir yaklaşım olarak görülmektedir. Zira bahse konu hesap türünde TL veya döviz cinsinden bir para belli bir zamanda bankaya yatırılmakta ve herhangi bir süreye tabi olmaksızın istendiğinde misliyle geri alınmaktadır. Yani yatırıldığında hangi nominal değer üzerinden yatırılmışsa yine aynı nominal değer üzerinden geri alınmaktadır.

Fizikî altın karşılığında cari hesap/vadesiz mevduat niteliğinde açılan altın hesabı akde konu olan sermayenin altın olması dışında TL veya döviz cinsinden açılan cari hesaplardan farklı bir mahiyet arz etmemektedir. Dolayısıyla TL veya döviz cinsinden açılan altın hesabı hakkında ileri sürülen görüşler, fizikî altın karşılığı açılan altın hesabı için de geçerlidir. Bununla birlikte bu hesap türünün de çoğunluğun kabul ettiği yaklaşım ekseninde TL veya döviz cinsinden açılan cari hesaplar gibi karz akdi kabul edilmesi vakiya uygun görülmektedir.

Yine aynı şekilde fizikî altın verilerek katılma hesabı tarzında açılan hesap türü de akde konu olan sermayenin altın olması dışında TL veya döviz cinsinden açılan katılma hesabından farklı bir nitelik arz etmemektedir. Dolayısıyla fizikî altın verilerek açılan katılma hesabı da TL veya döviz cinsinden açılan katılma hesapları gibi mudarebe akdi niteliği taşımaktadır.

TL karşılığında cari hesap/vadesiz mevduat niteliğinde açılan altın hesabı, TL veya döviz cinsinden aynı nitelikte açılan hesaplardan daha karmaşık bir yapı arz etmektedir. Zira altın hesabında para önce işlemin yapıldığı günkü kur üzerinden altına çevrilmekte ve gram olarak alınan altın hesaba kaydî olarak yatırılmaktadır. Müşteri birikimini geri almak istediğinde hesapta kaydî olarak duran gram altın, işlemin yapıldığı günün kuru üzerinden TL'ye çevrilip müşteriye iade edilmektedir. Müşterinin parasını ne zaman alacağına da kendisi karar vermektedir. Yani cari hesap/vadesiz mevduat niteliğindeki altın hesabında herhangi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır.

Birikimin geri ödenmesi esnasında bazı bankalar çeşitli şekillerde fizikî altın teslim seçeneği sunarken diğer bazı bankalar ise böyle bir seçenek sunmamaktadırlar. Hatta bazı bankalar fizikî altın karşılığı açılan altın hesabında dahi fizikî altın teslim seçeneğini devre dışı bırakmaktadırlar. Bankalar altın ticareti yapan kurumlar olmadığı için fizikî altın teslim seçeneği pek tercih edilmemektedir. Çünkü kuyumcular bu işlevi zaten icra etmektedirler. Bankaya altın hesabı açan kişi bankadan fizikî altın almayı değil enflasyon karşısında eriyen parasını, değerini koruyabilen bir iktisadî araç vasıtasıyla korumayı amaçlamaktadır.

TL karşılığı açılan cari hesap/vadesiz mevduat niteliğindeki altın hesabının çözümlenmesi yapıldığında bu hesabın birbirini tamamlayan üç farklı işlemi bünyesinde barındırdığı dikkati çekmektedir. Altın alış işlemi, alınan altının hesaba yatırılması ve altın satış işlemi. Birinci durumda banka satıcı, müşteri alıcı, ikinci durumda müşterinin kaydî olarak aldığı belli miktardaki altını bankanın uhdesine bırakması, üçüncü durumda ise müşteri satıcı, banka alıcı konumundadır. Bu üç

işlemin birlikte oluşturduğu cari hesap/vadesiz mevduat niteliğindeki altın hesabı, mübadeleye konu olan şeyin “altın/para” olması hasebiyle sarf akdi; işlem sonrası mülkiyet değiştiren ve ne zaman geri alınacağı tamamen müşterinin takdirinde olan kaydı altının bankanın uhdesine bırakılması açısından yani yapısal olarak da karz akdi mahiyetindedir. Bu hâliyle altın hesabı, her iki akde ait özellikleri bünyesinde bulunduran, karşılıklı rızayla oluşturulmuş, kendine ait özellikleri olan yeni ve karma nitelikli bir sözleşme görünümündedir.

Bahse konu akdin yapısı göz önüne alındığında böyle bir işlemde vedia akdini düşünmek makul görünmemektedir. Zira altın hesabında tarafların asıl ve tek amacı koruma değildir. Üstelik alış satışlarda yani yatırılan ve alınan TL miktarında, altının değer kazanıp kazanmama durumuna göre farklılık olsa da, neticede aynen değil mislen iade söz konusu olmaktadır.

Önceden verilen bir talimatla bankanın her ay belli miktarda altını müşteri adına alması uygulamasında ise banka müşteriye vekaleten bu işi yaptığı için yukarıda ifade edilen işlemlere ek olarak bir vekalet işlemi de söz konusu olmaktadır. Ancak bu vekalet işlemi, altın hesabının doğrudan bünyesinde bulunmayıp ilave bir işlem konumundadır.

TL karşılığı açılan altına altın katılma hesabı, akde konu olan sermayenin gram altın olması dışında TL veya döviz cinsinden açılan katılma hesabından nitelik olarak farklı bir durum arz etmemektedir. Dolayısıyla altına altın katılma hesabı da TL ve döviz cinsinden açılan katılma hesapları gibi fikhî açıdan mudârebe akdi niteliğindedir.

Geleneksel bankalar arasından bazı bankaların uyguladığı *vadeli altın hesabında*, TL veya döviz cinsinden açılan vadeli hesaplarda olduğu gibi, yatırılan miktara baştan maktu bir getiri belirlendiği için bu uygulama menfaat karşılığı karz akdi yani faizli bir işlem olmaktadır. Bu özelliği dolayısıyla vadeli altın hesabı inceleme alanımızın dışındadır.

4. Sarf Akdi ve Altın Hesabı

Klasik fıkıh geleneğinde sarf teorisi yaratılış itibariyle para kabul edilen⁸⁷ altın ve gümüş üzerine bina edilmiştir. Farklı kanaatte olanlar olmakla birlikte⁸⁸ İslam alimlerinin kahir ekseriyetine göre sarf hükümlerine tabi olma açısından altın ve gümüşün basılı, külçe veya işlenmiş olanları arasında fark yoktur.⁸⁹ Sarf akdi için

87 Serahsî, a.g.e., XIV, 21; Merğînânî, a.g.e., III, 63; Mevsilî, Abdullah bin Muhammed bin Mevdûd, *Kitabu'l-ihitiyar li ta'lîli'l-muhtâr*, Beyrut, 1423/2002, II, 37; İbnü'l- Hümâm, Kemaleddin Muhammed Abdulvahid, *Şerhu fetih'l-kadır*, Beyrut, 1424/2003, VII, 22, 130.

88 İbn Kayyım'a göre para altın ise süs altın arasındaki mübadelelerde fazlalık caizdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Kayyım el-Cevziyye, Şemsuddin Ebu Abdullah Muhammed bin Ebu Bekr, *İ'lâmu'l-muvakkîin an rabbi'l-âlemîn*, Beyrut, 1417/1996, II, 109.

89 Karşılaştırmalı olarak bkz. Serahsî, XIV, 21; İbnü'l- Hümâm, VII, 22; İbn Âbidîn, VII, 403. Kendilerinde sanat eseri bulunan bilezik, kap vb. malzemeler bu şekilde olmayanlardan farklı olarak akitte taayyun ederler fakat birbirleri ile değiştirilmelerinde yine sarf hükümlerine tabi olurlar. Bkz. İbn Nüceym, Ebu'l-Berekât Abdullah bin Ahmed bin

ileri sürülen şartlar, karşılıklı bedeller arasında faize geçit vermeyecek biçimde bir değişimin gerçekleşmesini sağlamaya yöneliktir.⁹⁰

Fıkıh âlimleri, altın ve gümüş dışında bakır ve bronz gibi metallere yapılmış itibarî değer taşıyan paraların (fulûs) dolaşımında olmaları hâlinde para mesabesinde olup sarf hükümlerine tabi olacakları yönünde genel bir kanaat ortaya koymuşlardır. Bir felsen belirli iki felsele mübadele edilebileceğine⁹¹ ilişkin tüm değerlendirmeler, bunların para kabul edilip edilmemesi düşüncesine dayanmaktadır.⁹² Zira bahse konu paralar, aslı itibariyle ticari emtia olup⁹³ paralık vasfını ancak insanların onları para kabul edip kullanmaları⁹⁴ durumunda kazanırlar. Paralık vasfını kazanıp tedavülde olan felsler, dinar ve dirhem mesabesinde olup⁹⁵ sarf hükümlerine tabi olurlar.⁹⁶ Bu paralar tedavülden kalktıklarında ise -taşıdıkları değer kendi aslı yapılarından kaynaklanmadığı için - hemen hemen hiçbir değer taşımayıp tümüyle değersiz bir şey durumuna gelirler.⁹⁷

Felslerin hem kendi aralarında hem de altın ve gümüşle mübadelesi konusunda sarf hükümlerinin işleyeceğine ilişkin çok sıkı bir tutum sergileyen İmam Mâlik, bu konuda şöyle demektedir: “Şayet insanlar kendi aralarında basılı olup belli bir değeri temsil eden derileri para olarak kullanacak olsalardı onlarla altın ve gümüş alım satımında bir anlık bir gecikmeyi bile hoş görmezdim.”⁹⁸ Bu ifade, para niteliğinde olan her şeyin altın ve gümüşle mübadelesinde sarf hükümlerinin uygulanacağına ilişkin genel bir prensip ortaya koymaktadır.

Günümüzde kullanılan kâğıt paralar, hem aslı itibariyle para olmayıp kamu otoritesinin para kabul etmesi durumunda paralık vasfını kazanması hem de zatî değerinin para değerinden düşük olması yönüyle felslere benzemektedirler. Bu itibarla kendi aralarında ve altınla mübadelelerinde sarf hükümlerine tabi olmaları gerekir.

Nitekim İslam Fıkıh Akademisi, itibarî para saydığı kâğıt paranın tam anlamıyla paralık vasfı taşıdığını kabul ederek, altın ve gümüş için belirlenmiş olan faiz, zekât, selem ve diğer hükümlerin para için de geçerli olduğu hükmüne varmıştır.⁹⁹ Kolayca paraya çevrilebildiği için veresiye alınan altın ve gümüşün peşin paraya çevrilerek alım satım görüntüsü altında faizciliğe imkân vermesi, kâğıt para

Mahmud, *el-Bahrü'r-râik şerhu kenzi'd-dekâik*, Beyrut, 1418/1997, VI, 321; Ayrıca bkz. İbn Âbidîn, a.g.e., VII, 403.

90 Aybakan, Bilal, “Sarf” DİA, İstanbul, 2009, c. XXXVI, s. 138.

91 Örnek olması kabilinden Ebu Hanife ve Ebu Yüsuf'a atfedilen bu görüş için bkz. Merğînânî, III, 63; Mevsili, II, 37.

92 Bkz. İbn Âbidîn, a.g.e., VII, 309.

93 İbnü'l-Hümâm, a.g.e., VII, 147.

94 Karşılaştırmalı olarak bkz. Kasanî, VII, 233; Mevsili, a.g.e., II, 37; İbnü'l-Hümâm, a.g.e., VII, 147; İbn Âbidîn, a.g.e., VII, 309.

95 Mevsili, II, 37; İbn Âbidîn, VII, 309.

96 Bkz. İbn Âbidîn, a.g.e., VII, 314.

97 Bkz. Gözübenli, Beşir, “Kredi işlemlerinde Cârî Olan Riba” I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya, 1997, s. 625. (Bahse konu paraların hukukî neticeleri için bkz. 140.dipnot.)

98 Mâlik bin Enes, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Tahkîk; Hamdi ed-Demertaş Muhammed, Beyrut, 1424/2003, IV, 1307.

99 İslam Fıkıh Akademisinin 1986 yılında Amman'da yapmış olduğu 3. dönem toplantısının bahse konu karar metni için bkz. “*Karârü bi şeni ahkâmî'n-nukûdî'l-varakiyyeti ve tağyîr-i kıymeti'l-umleti...*” (9 numaralı karar) <http://www.fiqhacademy.org.sa/> (Erişim: 23 Ocak 2012)

- altın/gümüş alım satımlarında sarf kurallarının uygulanmasını¹⁰⁰ zorunlu hâle getirmektedir.

Günümüzde altın, doğrudan para olarak kullanılmasa da likiditesi çok yüksek olduğu için istenildiği anda paraya çevrilebilmektedir. Bu özelliği dolayısıyla ticari emtia olarak bey' akdi ekseninde alışverişe konu olması faizli işlemlerin kapısını sonuna kadar açacaktır. Ayrıca klasik fukahanın altını yaratılış itibarıyla para kabul edip basılı, külçe yahut işlenmiş hâli arasında hiçbir fark gözetmemiş olması da şu an külçe veya işlenmiş hâlde işlem gören altının sarf hükümlerine tabi olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla fizikî varlığının yanında artık kaydî olarak da hayatımıza giren altının likiditesi çok yüksek olduğu için veresiye alınıp peşin satılarak alım satım görüntüsü altında faizcilik yapmanın önüne geçmek için kağıt para-altın alım satım işlemlerinde sarf kurallarının uygulanması zorunluluk arz etmektedir. Bu bağlamda cari hesap/vadesiz mevduat niteliğinde olan altın hesabındaki altın alım satım işlemlerinde de sarf kurallarının uygulanması en doğru yaklaşım olarak görünmektedir.

5. Altın Hesabında Kabz

Yukarıda özetlenen uygulama şekillerinde görüleceği üzere, TL karşılığı vezneden yapılan altın alım satım işlemlerinde karşılıklı olarak her iki taraf için fiili kabz gerçekleşmemektedir. Ayrıca artık tüm bankalarda yaygın olarak gerçekleştirilen internet üzerindeki alım satım işlemlerinde bedeller elektronik ortamda hesaplar arasında nakledilmektedir. Bu durumda sarf işleminin yapıldığı altın hesabı türlerinde kabz şartının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunun sarf akdi açısından incelenmesi gerekmektedir.

Sarf akdinde bedellerin peşin olarak kabz edilmesinin gerekliliği sarf kurallarının belirlenmesine kaynaklık eden hadislerde “yeden bi yedin”¹⁰¹, “hâe ve hâe”¹⁰² kalıplarıyla ifade edilmiştir. Fıkıh âlimleri hadislerde açık bir şekilde geçen bu ifadeleri esas alarak sarf akdinde bedellerin karşılıklı ve peşin olarak kabzedilmesi gerektiği hususunda ittifak etmişlerdir.¹⁰³ Klasik fıkıh geleneğinde sarf akdinde

100 Abdulaziz Bayındır, Ticaret ve Faiz, s. 207.

101 Buhârî, Ebu Abdullah Muhammed bin İsmail, *Sahîhu'l-Buhârî*, İstanbul, 1413/1992, “Büyu” 8, Şirket, 10, “Menâkıbu'l-Ensâr”, 51; Müslim, Ebu'l-Hasan Müslim bin Haccâc, *Sahîhu Müslim*, İstanbul, 1413/1992, “Musâkât”, 86, 82, 86, 88,99; Ebu Davud, Süleyman bin el-Eş'as, *Sünenü Ebî Davud*, İstanbul, 1413/1992, “Büyu”, 12; Tirmizî, Ebu İsa Muhammed bin İsa, *Sünenü'l-Tirmizî*, İstanbul, 1413/1992, “Büyu”, 23; Nesâî, Ebu Abdurrahman Ahmed bin Şuayb, *Sünenü'n-Nesâî*, İstanbul, 1413/1992, “Büyu”, 43,44,49.

102 Buhârî, Büyu, 54,76; Müslim, “Musâkât”, 79, Ebu Davud, “Büyu”, 12; İbn Mâce, Ebu Abdullah Muhammed bin Zeyd, *Sünenü İbn Mâce*, İstanbul, 1413/1992, “Ticârât”, 48, 50, Mâlik bin Enes, *el-Muvatta*, İstanbul, 1413/1992, “Büyu”, 38; Dârimî, Ebu Muhammed Abdullah Abdurrahman, *Sünenü'l-Dârimî*, İstanbul, 1992, “Büyu”, 41.

103 Karşılaştırmalı olarak bkz. İbn Kudâme, Muvaffakuddin Ebû Muhammed Abdullah, *el-Muğni*, Tahkik: Muhammed Şerefuddin Hattâb ve Seyyid Muhammed Seyyid, Kahire 1416/1996, V, 489; Kâsânî, VII, 168; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 322,324; İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed bin Ahmed bin Muhammed bin Ahmed, *Bidâtü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Beyrut, 1416/1995, III, 1287; Şirbîni, Muhammed el-Hatîb, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni'l-elfâzi'l-minhâc*, İnan, 1377/1958, II, 22.

şart koşulan kabzın mahiyetine¹⁰⁴ ve şartın niteliğine¹⁰⁵ ilişkin teknik bazı görüş farklılıkları olmakla birlikte riba yasağından kaçınmak amacıyla genel olarak sıkı bir kabz anlayışı benimsenmiştir. Mesela hadisteki “yeden bi yedin” ifadesi parmaklarla kavrayarak almak¹⁰⁶ şeklinde fiilî ve şeklî bir çerçevede anlaşılmıştır. Ortaya konan bu perspektiften fakihlerin kendi dönemlerinde fiilî olarak yapılan mal ve para mübadelelerindeki örfü esas aldıkları anlaşılmaktadır. Nitekim o dönemde piyasada işlem gören paralar sadece fizikî olarak var olan altın, gümüş ve fels gibi madeni paralardan ibaretti. Bu paralarda kabz şartını elle tutup almak şeklinde yorumlamanın vakıya uygunluğu âşikârdır.

Klasik fıkıh geleneğinde fiilî kabzı önceleyen genel bir tutum benimsenmiş olmakla birlikte kabzın gerekli görüldüğü akit türlerinde fiilen gerçekleşmediği halde hükmen kabz kabul edilen uygulamalara da yer verilmiştir. Fıkıh kitaplarında ele alınan “tahliye” kavramı bunlardan birisidir. Tahliye; genel olarak, ilk mâlikin malı yeni malikin külfete girmeden ve bir engelle karşılaşmadan ulaşabileceği bir konuma getirmesi¹⁰⁷ demektir. Menkul ve gayrimenkul mal çeşitlerine göre tahliyenin mahiyetine ilişkin oldukça ayrıntılı malumat bulunmakla birlikte konuyu uzatmamak gayesiyle sadece bir örnekle yetineceğiz. Dükkan, ev, ambar veya sandık içinde bulunan bir malı satıp da satılan malı alması için anahtarın müşteriye verilmesi kabz için yeterli¹⁰⁸ görülmüştür. Bu örnekte satılan mala ait sembolik bir şeyin müşteriye teslim edilmesiyle kabzın gerçekleşmiş sayılması oldukça calibi dikkattir.

Klasik kaynaklarda oldukça farklı uygulama şekilleri sunulan¹⁰⁹ tahliye, hükmi kabz olarak kabul edilmiş¹¹⁰ ve hakikî kabz için terettüp eden hükümlerin bunda da geçerli olduğu vurgulanmıştır.¹¹¹ Kuşkusuz tahliye için verilen örnekler kitapların yazıldığı dönemin örfünü yansıtmaktadır. Dolayısıyla tahliyede hem örfün hem de mübadeleye konu olan malın mahiyetinin belirleyici olduğu âşikârdır.

Sarf akdinde taraflar arasında bedellerin karşılıklı olarak kabz edilmesi akdin şartlarından olmasına rağmen “zimmette sarfın” kabul edilmesi de fiilî kabz dışında bir kabza fakihlerin onay verdiklerini göstermektedir. Zimmette sarf; bir-

104 Hanefî mezhebinin hadiste geçen “yeden bi yedin” ifadesini “tayin” olarak yorumlaması ile ilgili olarak bkz. Kâsânî, VII, 170.

105 Kabz şartının akdin in'ikad şartı mı yoksa sıhhat şartı mı olduğu hususundaki tartışmalar için bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrur-râik*, VI, 324.

106 Bkz. İbn Nüceym, *el-Bahrur-râik*, VI, 324.

107 Karşılaştırmalı olarak bkz. Kâsânî, a.g.e., VI, 236,237; İbn Âbidîn, a.g.e., V, 73, X, 67. Kaynaklarımızda “tahliye” kavramının yanında bir de “tahalli kavramı kullanılır. Tahliye ve tahalli kavramları neticede aynı sonuca götüren iki kavram olmakla birlikte aralarında kısmî bir farklılık vardır. Şöyle ki; tahliye satıcının tahalli ise alıcının eylemidir. Başka bir ifadeyle, tahliye satıcının malı teslim etmesi veya teslim edecek konuma getirmesi, tahalli ise müşterinin malı kabzı veya kabzedecek konumda olmasıdır. Somut bir şekilde ifade etmek gerekirse tahliye teslim tahalli ise tesellümdür. Karşılaştırmalı olarak bkz. Kâsânî, a.g.e., VI, 236,237; Şirbîni, a.g.e., II, 72; İbn Âbidîn, a.g.e., X, 67.

108 Bkz. İbn Âbidîn, a.g.e., VII, 73; Mecelle, md. 275.

109 Bkz. İbn Âbidîn, a.g.e., VII, 73, X, 67

110 Bkz. İbn Âbidîn, a.g.e., VII, 73; Senhûrî, Abdurrezâk Ahmed, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Beyrut, 1998, VI, 83.

111 Bkz. İbn Âbidîn, a.g.e., X, 67.

birine karşı farklı para birimleri üzerinden borçları bulunan iki kişinin karşılıklı olarak borçlarını kapatmak üzere yaptıkları muameledir. İmam Şâfiî ve Leys bin Sa'd böyle bir işlemi caiz görmemekle beraber İmam Mâlik ve Ebu Hanîfe'ye göre zimmette sarf (borçlar arası sarf) işlemi caizdir. İmam Mâlik bu işlemin cevazı için her iki borcun vadesinin gelmesini şart koşarken Ebu Hanîfe'ye göre vade ister gelmiş olsun isterse gelmemiş olsun fark etmez; her hâlükârda zimmette sarf caizdir.¹¹² Zimmette sarf, yani borçlar arası sarf uygulamasında işlemin yapıldığı esnada bedellerin karşılıklı olarak kabzı fiilen gerçekleşmediği halde hükmî kabz fiilî kabzın yerini tuttuğu için bu işlem caiz görülmüştür.¹¹³

Hükmî kabz niteliği taşıyan bir diğer uygulama da bir para birimi ile doğmuş olan borcun başka bir para birimi ile ödenmesine ilişkin uygulamadır. Her ne kadar bazı âlimler bu uygulamayı sarf niteliğinde görmemiş olsalar da çoğunluk bu işlemin zimmet ve ayn arasında gerçekleşen bir sarf uygulaması olduğu¹¹⁴ kanaatindedir. Mezkûr işlemin dayandırıldığı hadiste İbn Ömer, Hz. Peygamber'e bir para birimi ile yapmış olduğu alış verişte ödemeyi farklı bir para birimiyle yapmanın niteliğini sormuş, Hz. Peygamber de ödeme, taraflar birbirlerinden ayrılmadan ve aralarında borç alacak ilişkisi kalmayacak şekilde o günün rayici üzerinden yapıldığı takdirde bir mahzur olmayacağını¹¹⁵ ifade etmiştir. Hadiste bahsedilen uygulamanın bir sarf işlemi olduğu kanaatinde olanlara göre, bir para birimi ile doğmuş olan borç başka bir para birimi ile ödendiğinde (örneğin dinarla oluşan borç dirhemle ödendiğinde) borçlu vermiş olduğu gümüşle zimmetteki altını satın almış olmaktadır. Bu perspektiften bakıldığında bahse konu işlem bir sarf işlemidir.

Son dönem âlimlerinden Şevkânî, İbn Ömer hadisinin zimmette bir para birimi ile oluşan borcun bir başka para birimi ile ödenebileceğine delalet etmesinin yanı sıra, Hz. Peygamber'e atfedilen ifadenin işlem esnasında mübadele edilen bedellerden sadece birinin mevcut olduğuna işaret ettiğini söylemektedir. Buradan hareketle de, diğer bedelin mevcut olmamasının bir problem teşkil etmeyeceğini, zira söz konusu ifadenin, zimmette sabit olan bir şeyin hâlihazırda mevcut mesabesinde olduğuna delalet ettiğini¹¹⁶ ifade etmektedir. Bu duruma göre işlem esnasında fiilen var olmayan bir bedelin zimmette bulunması hükmen kabz niteliğinde kabul edilmektedir.

Nasta bizzat ifade edilmiş olmasına rağmen nassa dayalı bir tanıımı olmayan kabza mekâsîd ve vesâil açısından bakmak da konumuz için hayli önem arz et-

112 İbn Rüşd, a.g.e., III, 1291.

113 Hammâd Nezih, *Dirâse Fikhiyye*, Taif, ts. (Dâru'l-Fârûk), s. 29.

114 Bkz. İbn Kudâme, a.g.e., V, 498,499.

115 İbn Ömer'den nakledilen hadiste kısmî ifade farklılıkları olmakla birlikte ortak olan noktaların metni şöyledir: "Ben Bakî'de deve satardım; bazen dinar karşılığında satar dirhem alır, bazen de dirhem karşılığı satar, dinar alırdım. Sattığımda dirhem yerine dinar alır ve aldığımda da dinar yerine dirhem verirdim. Rasûlullah (s.a)'a gidip: Ya Rasûlallah, müsaade eder misin, sana bir şey soracağım. Ben Bakî'de deveyi dirhem mukabilinde satıp, dinar alıyorum. Dinar mukabilinde satıp dinar alıyorum dedim. Rasûlullah (s.a):"Birbirinizden ayrılmadan ve aranızda hiçbir şey kalmaksızın o günün rayici ile birinin yerine ötekini almanda bir mahzur yoktur." Karşılaştırmalı olarak bkz. Ebu Dâvûd, "Büyu", 14; Tirmizî, "Büyu", 24; Nesâî, "Büyu", 52; İbn Mâce, "Ticârât", 51.

116 Şevkânî, a.g.e., V, 174.

mehtedir. Malum olduğu üzere vazedilen tüm hükümlerde gözetilen temel gaye “def-i mefâsid ve celb-i menâfi”dir. Bu gayenin gerçekleştirilmesi için konulan hükümler tekdüze ve aynı kategoride olmadığı gibi hükümlere konu olan şeyler de aynı önemde değillerdir. Şer’i hükümlere konu teşkil eden şeyler mekâsıd ve vesâil olmak üzere iki kısımda mütaala edilirler.¹¹⁷ Mekâsıd; bizzat kendi zatında bulunan maslahat veya mefsedetten dolayı elde edilmesi veya uzaklaşılması amaçlanan şeyleri ifade ederken vesâil; mekâsıddan olan şeylerin gerçekleştirilmesi kendisine bağlı olan yolları ve araçları¹¹⁸ ifade etmektedir. Kuşkusuz asıl ve değişmez bir niteliğe sahip olan mekâsıddır, vesâil ise esnek bir yapıya sahip olup değişime açıktır. Vesâil, mekâsıdı gerçekleştirdiği sürece varlığını koruyacaktır. Dolayısıyla vesâil artık mekâsıdı gerçekleştiriyorsa onu gerçekleştirecek başka vasıtalar ihdas etme yoluna gidilecektir.¹¹⁹ Mekâsıdı gerçekleştiren vesileler birden fazla olabileceği için¹²⁰ daha önce uygulanan vasıtaların yanında ortaya çıkan yeni vasıtaların da esas amacı gerçekleştirmesi halinde onlar da meşruiyet dairesinde yer alacaklardır.

Kur’ân-ı Kerîmde borcun teminat altına alınması için rehine konu olan şeyin kabz edilmesinin şart¹²¹ olduğu belirtilmektedir. Bu mesele, mekâsıd-vesâil bağlamında incelendiğinde hakkın teminat altına alınmasının maksat, kabzın ise vesile olduğu anlaşılmalıdır. Kuşkusuz mezkûr meselede maksat olan hüküm, zaman ve mekan üstü bir niteliği sahip olup değişime konu olmazken vesilelerin değişmesi söz konusu olabilir.¹²² Bu bağlamda eski dönemlerde olmayıp sonradan ortaya çıkan ve teminat maksadını güvenilir bir tarzda yerine getiren *tapuya tescil* işleminin kabz yerine geçeceği âşikârdır.¹²³ Rehinde kabz yerine geçen *tescilin* alım satım işlerinde de kabz yerine geçmesinin¹²⁴ önünde herhangi bir engel yoktur.

Rehin ve alım satımlarda kabz yerine geçen tescil veya kaydın, sarf niteliği taşıyan altın hesabında da kabz yerine geçip geçmeyeceği konusunu mekâsıd-vesâil temelinde ele almak mümkündür. Şöyle ki, bir akitte “nizaya/anlaşmazlığa yol açmayacak tarzda karşılıklı hakların korunması” maksat; akde ilişkin şartların uygulama şekilleri de vesâil konumundadır. Maksat sabit, vesile değişime açık olduğuna göre maksadı gerçekleştirecek yeni vesilelerin ortaya çıkmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Burada önemli olan şey, ortaya çıkan yeni vesilenin maksadı gerçekleştirip gerçekleştirmediğidir. Bu durumda sarf niteliği taşıyan altın hesabında banka hesabına kaydın veya tescilin, hakiki kabzın sağladığı amacı yerine getirip getirmediğine bakmak gerekmektedir.

117 Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul, 1994, s. 100.

118 Erdoğan, a.g.e., s. 100,101.

119 Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, a.g.e., s. 103.

120 Bkz Erdoğan, a.g.e., s. 101,102.

121 Bakara, (2) 283.

122 Erdoğan, a.g.e., s. 106.

123 Bkz. Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü'l-fikhi'l-âm*, Dımaşk, 1968, II, 931; Erdoğan, s. 106. Tescilin kabz yerine geçmesi ile ilgili deliller ve tapu sicili ile ilgili geniş bilgi için bkz. Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul, 1991, III, 171, III, 213 vd.

124 Bkz. Erdoğan, a.g.e., s. 106

Kabzın kişiye sağladığı bir takım hukukî yetkiler/sonuçlar vardır. Bunlardan birisi, bazı durumlarda mülkiyeti ispat için zilyedliğin karine sayılmasıdır.¹²⁵ Banka hesabına kayıt mülkiyeti ispat bağlamında fiilî kabzdan daha ileri bir konumdadır.¹²⁶ Zira hesaba ilişkin alınacak bir dekont veya banka cüzdanı hem banka nezdinde hem de kanun nezdinde şüpheye mahal bırakmayacak tarzda mülkiyeti ispat imkânı vermektedir. Üstelik ekonomiyi kayıt altına alma çabasında olan devletin gerek bireysel gerekse kurumsal bazda birçok ödeme ve tahsilatın banka hesabı aracılığıyla yapılmasını şart koşması, banka hesabının mülkiyeti ispat bağlamında sağladığı emniyeti gözler önüne sermektedir.

Kabzın kişiye sağladığı bir diğer hukukî sonuç veya yetki ise mala ilişkin sorumluluğu nakledip teslim alınan şey üzerinde tasarruf yetkisi¹²⁷ vermesidir. Vadesiz altın hesabında hesap sahibi hesabında bulunan kaydî altının üzerinde tam anlamıyla tasarruf hakkına sahiptir. İstedığı zaman onu paraya çevirip çekebildiği gibi havale veya EFT de yapabilmektedir. Üstelik bazı banka uygulamalarında bizzat altının kendisi de çekilebilmektedir. Fizikî altın çekimine sınırlı ölçüde imkân veren veya hiç imkân vermeyen banka uygulamalarında hesapta kaydî nitelikte altın olduğu için doğrudan altının üzerinde tasarruf imkânının olmamasının bir sorun teşkil edip etmediği akla gelebilir. Fakat bilinen bir gerçek vardır ki o da, paranın bizzatı kendi maddesinin maksut bir mal olmamasıdır.¹²⁸ Zira paranın diğer mallardan ayrılan en temel özelliği ihtiyaçları doğrudan karşılamayıp ihtiyaçların teminine aracılık etmesidir. Çünkü para bizzatı amaçlanan bir nesne değil, zati itibariyle maksut olan mallara aracılık etmesi cihetiyle talep edilen bir nesnedir.¹²⁹ Altın hesabının sarf kabul edilip kabzın şart olması mübadelenin bir tarafını oluşturan altının hilkaten para kabul edilmesi düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla altın hesabında kaydî olarak bulunan altının para olduğu düşünüldüğünde –ki böyle kabul edildiği için işlem sarfa konu olmaktadır– bizzat kendisinin çekilmesi ile paraya çevrilip çekilmesi arasında fark yoktur. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, ödeme gününün kuru esas alınarak bir paranın yerine diğer paranın ödenmesinin önünde herhangi engel bulunmamaktadır. Üstelik hesabın açılış esnasında taraflar bahse konu işlem üzerinde ne şekilde tasarrufta bulacaklarını bilmekte ve buna rıza göstermektedirler.

Netice itibariyle tarafların fiilî kabzı söz konusu olmaksızın elektronik ortamda banka hesabına kayıt şeklinde gerçekleşen uygulama hükmen kabz niteliği taşımaktadır. Nitekim İslam Fıkıh Akademisi 1990 yılında Ciddede gerçekleştirdiği 6. dönem toplantısında *hesaba kaydın* hükmî kabz sayılacağına karar vermiştir.¹³⁰

125 Durmuş, Abdullah, *Fıkıhî Açıldan Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*, (Doktora Tezi) İstanbul, 2008, s. 35.

126 Durmuş, a.g.e.,s. 35

127 Apaydın, H. Yunus, “Kabz” DİA, İstanbul, 2001, XXIV, 48.

128 İbn Kayyım, paranın bizzat kendi maddesinin maksut bir mal hâline gelmesi durumunda sosyal düzenin bozulacağını ifade eder. Bkz. İbn Kayyım, a.g.e., II, 105; Ayrıca bkz. Aybakan, Bilal, “Nakit” DİA, İstanbul, 2001, XXXII, 325.

129 İbn Kayyım, a.g.e., II, 105.

130 Günümüzde banka muamelelerinde çokça uygulanan 1990 yılında Ciddede yapılan 6. dönem toplantısında

Hükmi kabz kabul edilen hesaba kaydın pek çok uygulama şekline bahsedilen karar metninde, “Banka ile müşteri arasında akdedilen sarf akdi çerçevesinde bankanın bir para birimi ile bir başka para birimini satın alıp müşterinin hesabına yatırması”¹³¹ şeklinde bir uygulama da yer almaktadır. Buna göre müşterinin bankaya vermiş olduğu talimatla belli bir dönemde -mesela ay başında- müşteriye ait hesaptan yine kendi adına açılmış döviz veya altın hesabına belli miktarda döviz veya altın alıp yatırması¹³² uygulamasında kabz hükmen gerçekleşmektedir. Yine bir önceki uygulamada bankanın vekaleten yaptığı işi müşterinin kendisinin internet üzerinden yapmasında da hükmi kabz gerçekleşmiş olmaktadır.

Kuşkusuz mezkûr uygulamaların cevazı noktasında belirleyici kriter öftür. Zira klasik fıkıh geleneğinde örfün konumuna ilişkin şöyle bir prensip benimsenmiştir: Şâri'nin nasta bir kavramı kullanıp ona bir takım hükümler bina etmiş olmasına rağmen o kavramın muhtevasına ilişkin nasta bir açıklama yapılmamış ve onun dilde de doğrudan ve genel geçer bir tanım yoksa o konuda örf mürcat edilir.¹³³ Kaynaklarda bu prensip için verilen örneklerden biri de kabzdır.¹³⁴ Mezkûr kavram, nasta zikredildiği halde muhtevasına ilişkin herhangi bir açıklama yapılmadığı için klasik fıkıh âlimleri kendi dönemlerine ait mal ve para mübadelelerindeki örfü esas alarak bir takım uygulama şekilleri sunmuşlardır. Bugün ise mal ve para mübadelelerinde yeni uygulama şekilleri ortaya çıkmıştır. Nitekim günümüzde banka hesapları kullanılarak ödemeler ve para transferleri yapılabilmekte ve bu işlem herhangi bir nizaya/anlaşmazlığa da yol açmamaktadır. Çünkü işlem karşılığı alınan dekont kişinin bahse konu işlemi gerçekleştirdiğine dair tartışmasız bir ispat imkânı sunmaktadır. Bu durum hesaba kayıt ve bu hesap üzerinden yapılan ödeme ve tahsilatların bankacılık alanında nizaya götürmeyecek tarzda örf haline geldiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla günümüzde hesaba kayıt veya tescil işlemi hükmen kabz niteliği taşımaktadır.

Neticede kabz şekil itibariyle ikiye ayrılmaktadır: Gerçek kabz, hükmi kabz. Elle tutup almak gerçek kabz, kabza konu olan şeyin tasarrufa imkân verecek tarzda hazırlanmış olması ise hükmi kabzdır.¹³⁵ Hesaba kayıt veya tescil işlemi tasarrufa imkân veren bir niteliğe sahip olduğu için bu şekilde yapılan işlemlerde kabz hükmi olarak gerçekleşmektedir.

alınan karar metni için Bkz. “*Karâr bi şeyni 'l-kabz*”, <http://www.fiqhacademy.org.sa/> (4 Numaralı karar) (Erişim: 13.02.2012)

131 Bkz. “*Karâr bi şeyni 'l-kabz*”, <http://www.fiqhacademy.org.sa/> (4 Numaralı karar) (Erişim:13.02.2012)

132 Burada alıp yatırmaktan maksat, müşterinin TL hesabından belli bir meblağı düşüp, düşülen miktarın gr altın veya döviz karşılığını müşteri adına açılmış olan döviz veya altın hesabına kaydetmektir. Yani söz konusu uygulamada bahse konu işlemler fiziki altın veya dövizle değil kaydı olarak yapılmaktadır.

133 Karşılaştırmalı olarak bkz. İbn Kudâme, a.g.e., V, 444; İbn Teymiyye, Takiyyüddin Ahmed, *Mecmûatü'l-fetâvâ*, 2005, XXIX, 12; Şirbîni, a.g.e., II, 71.

134 Bkz. İbn Kudâme, a.g.e., V, 444; İbn Teymiyye, a.g.e., XXIX, 12; Şirbîni, a.g.e., II, 71.

135 Apaydın, “Kabz”, *DİA*, XXIV, 47.

6. İlk Kez Altın Satın Alırken Ödenen Para İle Hesaptaki Altının Bozdurulması Neticesinde Alınan Para Arasındaki Fark

TL karşılığı açılan cari hesap/vadesiz mevduat niteliğindeki altın hesabında öncelikle para cari hesaba yatırılmakta daha sonra söz konusu para o günkü kur üzerinden altına çevrilerek altın hesabına gram altın olarak kaydedilmektedir. Geri alınırken de hesaptaki gram altın, fizikî teslim seçeneği sunan bankalarda müşterinin talebi üzerine sunmayan bankalarda ise doğrudan işlemin yapıldığı günün kuru üzerinden TL'ye çevrilerek mudiye iade edilmektedir. Farklı zamanlarda yapılan bu iki işlemde ödenen/yatırılan TL ile alınan TL arasında müspet veya menfi yönde nominal bir farklılık söz konusu olmaktadır.

Yerinde de ifade edildiği üzere, cari hesap/vadesiz mevduat niteliğindeki altın hesabı, mübadeleye konu olan şeyin "altın/para" olması hasebiyle sarf akdi, işlem sonrası mülkiyet değiştiren ve ne zaman geri alınacağı müşterinin takdirinde olan kaydî altının bankanın uhdesine bırakılması açısından yani yapısal olarak da karz akdi mahiyetindedir. Meselenin sarf akdini ilgilendiren boyutu bir önceki konuda ele alınmıştı. Burada ise mezkûr nitelikte açılan hesaplar karz akdinin şartları açısından incelenecektir.

Malum olduğu üzere karz akdi, kendine özgü bir takım şartları ihtiva eden bir akittir. Mezhepler arası farklı tanımlamaları bulanmakla birlikte karz akdi, misli bir malın misliyle iade edilmesi koşuluyla bir başkasına verilmesidir.¹³⁶ Daha kapsayıcı bir tanımla, tüketilerek yararlanan misli bir malın mislinin iade edilmesi koşuluyla bir başkasına verilmesidir.¹³⁷ Karz akdinin en temel kriterlerinden biri, alınan ve verilen mallar arasında denkliğin bulunma zorunluluğudur.¹³⁸

Altın hesabına bu kriter açısından bakıldığında TL bazında verilen ve alınan miktarlar arasında bir denkliğin olmadığı düşünülebilir. Ancak altın hesabında verilen/hesaba yatırılan, TL değil hesapta gram olarak gözüken altındır. Zira TL, işlemin yapıldığı anda altına çevrilmekte ve hesaba gram altın olarak kaydedilmektedir. Hesapta durduğu sürece altının gramında artma ya da eksilme yönünde herhangi bir değişiklik olmamaktadır.

TL bazında oluşan farklılık ise altının değer kazanmasına bağlı olarak tamamen piyasa dinamikleri sonucu oluşmaktadır. Ayrıca bu farklılık her zaman ve her durumda olumlu yönde olmamakta, altın değer kaybettiğinde de negatif yönde olmaktadır. Dolayısıyla altın hesabında ortaya çıkan bu farklılık sadece itibarî nitelik taşıyan TL bazında söz konusu olmaktadır.

136 Timurtâşi, Şemsüddin Muhammed bin Abdullah bin Ahmed bin Muhammed bin İbrahim, *Tenviru'l-ebşâr ve câmiu'l-bihâr*, İbn Âbidin'in Reddül-muhtar adlı eseri ile birlikte basılmıştır.) Beyrut, 1419/1998, VII, 292; Haskefi, Alauddin, *Dürrü'l-muhtar*, (Haşiyesi olan İbn Âbidin'in *Reddül-muhtar* adlı eseri ile birlikte basılmıştır.) Beyrut, 1419/1998, VII, 292. Bu tanım Hanefilere göredir. Diğer mezheplerin karz tanımları için bkz. Apaydın, "Karz", DİA, XXIV, 521.

137 Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ehvali'l-insan*, Mısır, 1909, md. 796.

138 Serahsî, a.g.e., XIV, 41.

İtibarı nitelik taşıyan paraların değerinin yükselip alçalması konusunun borç ilişkilerine etkisi ise oldukça kadim bir tartışmadır. Bahse konu tartışma, bakır, bronz gibi metallere yapılan ve daha ziyade küsurat ödemelerinde kullanılan paraların (fülûs) borç ilişkilerinde kullanılması durumunda borcun ödenme günü esas alınacak kriter etrafında cereyan etmiştir. Klasik kaynaklarda aktarılan tartışmaya göre, borç ilişkisinde kullanılan mezkûr nitelikteki paraların değeri artar veya düşerse Ebu Hanîfe ve Ebu Yûsuf'un birinci görüşüne göre borçlanılan miktar ne ise o ödenir. Ebu Yûsuf'un ikinci görüşüne göre ise borçlanılan miktar değil, bahse konu paranın ödeme günündeki dirhem (gümüş para) değeri esas alınarak ödeme yapılır.¹³⁹ Eğer borç, karz akdinden doğmuşsa kabz günündeki, alışverişten doğmuşsa akdin yapıldığı günün gümüş değeri esas alınarak ödeme yapılır. Bu konuda fetvaya esas olan görüş Ebu Yûsuf'un görüşüdür.¹⁴⁰ Diğer bazı konularda¹⁴¹ da cereyan eden mezkûr tartışmada Ebu Yûsuf'un ortaya koyduğu yaklaşım, sonraki bazı fakihler tarafından paranın değer kaybetmesi veya kazanmasıyla paralık vasfını kaybetmediği gerekçesiyle eleştirilmiş olsa da¹⁴² bu bakış açısı, enflasyon karşısında değer kaybına uğrayan itibarı nitelikteki kağıt parayla yapılan borç ilişkilerinde ortaya çıkan güncel problemlerin çözümüne dayanak teşkil etmiştir.¹⁴³

139 Bu konuyu bir örnekle açıklayalım. A tarihinde Ahmet'in Mehmet'ten itibarı bir para olan felslerden 10 fels borç aldığı ve borcun alındığı gün 10 felsin 10 dirheme tekâbül ettiğini düşünelim. B tarihinde Mehmet borcunu ödemek istediğinde felslerin değer kaybına uğradığını ve o tarihte 15 felsin 10 dirheme tekâbül ettiğini varsayalım. Bu durumda ödeme neye göre yapılacaktır? İmam-ı Azam ve Ebu Yûsuf'un birinci görüşüne göre değer kaybı dikkate alınmaksızın borçlu Mehmet borcunu ödünç aldığı günün gümüş değeri yani 10 fels olarak ödeyecektir. Ebu Yûsuf'un ikinci görüşüne göre ise, borçlu borcunun ödeme günündeki değerini esas alarak ödeme yapacaktır. Yani alım gücü olarak 10 dirheme tekâbül eden 15 fels ödeyecektir. Burada dikkati çeken husus, nominal değer değil alım gücünün dikkate alınmasıdır.

140 Karşılaştırmalı olarak bkz. Buhârî, Tahir bin Ahmet, *Hulâsatü'l-fetavâ*, Manisa İl Halk Kütüphanesi, Arşiv No: 45 HK 6339, Müstensih: Mustafa bin Yakup, Varak No: 265A; İbn Mâze el-Buhârî, Burhânuddîn Ebu'l-Meâli Mahmud bin Ahmed bin Abdilaziz, *el-Muhîtu'l-burhânî fi fikhî'n-Nu'mânî*, (Tahkik: Abdulkemîr Sâmî el-Cündî) Beyrut, 2004; VI, 306; Bezzâzî, Muhammed bin Muhammed bin Şihâb bin Yûsuf, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye*, Beyrut, 2010, I, 299; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 338; İbn Nüceym Sirâcüddîn Ömer bin İbrahim *en-Nehrü'l-fâik*, Beyrut, 2002, III, 540; İbn Âbidîn, VII, 417. Ödemenin alışveriş günündeki kıymetin esas alınarak yapılması gerektiğine ilişkin başka bir yaklaşım için bkz. Bâcî, Ebu'l-Velid Süleyman bin Halef bin Sa'd bin Eyyüp, *el-Muntekâ*, (Tahkik: Muhammed Abdulkadir, Ahmed Ata), Beyrut, 1999, VIII, 99.

141 Paranın dolaşımından kalkması (kesâd) veya piyasadan çekilmesi (inkita') durumunda da benzer bir tartışma söz konusudur. Şöyle ki, itibarı nitelikteki felslerle yapılan bir alışveriş yahut ödünç akdi sonrasında söz konusu paralar kullanımdan kalksalar İmam-ı Azama göre eğer borç satım akdinden doğmuşsa akid geçersiz olur. Bu durumda eğer akde konu olan mal hâlâ müşterinin elinde duruyorsa satıcıya geri verir. Yok eğer malı kullanmışsa söz konusu mal misli mallardan ise mislini, kıymetli mallardan ise kıymetini satıcıya öder. (Bkz. Kâsânî a.g.e., VII, 233; Mevsilî, a.g.e., II, 50) Eğer borç karz akdinden doğmuşsa her hâlükarda ödünç alanın aldığı paranın mislini ödemesi gerekir. Değer hesaplaması yapılmaz. (Bkz. Serahsî, a.g.e., XIV, 38. Merğînanî, a.g.e., III, 86). İmam-ı Ebu Yûsuf ve İmam-ı Muhammed'e göre ise mezkûr durumda akid batıl olmaz ve müşteri söz konusu paraların kıymetini öder. Kıymet ödenmesinde ortak noktada buluşan bu iki imam kıymetin esas alınacağı zaman konusunda ise farklı kanaatlere sahiptirler. İmam Ebu Yûsuf, akdin yapıldığı günkü kıymetin esas alınması gerektiği kanaatindeyken, İmam-ı Muhammed paranın kullanımda olduğu son günkü değer esas alınacağı kanaatindeydi. (Geniş bilgi için bkz. Serahsî, a.g.e., XIV, 38; Kâsânî, a.g.e., VII, 233-234; Merğînanî, a.g.e., III, 86; Mevsilî, a.g.e., II, 50; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, a.g.e., VI, 220) Mezkûr tartışma ayarı düşük dirhemlerde (bkz. İbnü'l Hümmâm, a.g.e., VII, 148) gasb, itlaf, icare nikâh (mehir) gibi konularda da söz konusudur. (Bkz. Bezzâzî, a.g.e., I, 299; İbn Nüceym, *Nehrü'l-fâik*, a.g.e., III, 540.) Mezkûr konuda geniş bilgi için ayrıca bkz. Gözübenli, "Kredi işlemlerinde Cârî Olan Riba", s. 624 vd.

142 Bkz. Serahsî, a.g.e., XIV, 38; Kâsânî, a.g.e., VII, 233-234.

143 Değer kaybına maruz kalan paraların borç ilişkilerine konu olması hâlinde borcun değerini koruyabilen madeni bir paranın esas alınarak ödenmesini öneren Ebu Yûsuf'un bu perspektifi mantalite olarak esas alınmakla birlikte günümüz şartlarına uygun olarak farklı çözümler de mevcuttur. Bu önerilerde birisi, günümüzde artık

Ebu Yûsuf'un ortaya koymuş olduğu perspektif Osmanlının son dönemlerinde çıkarılan kanunnamelerde de esas alınmıştır. 13 Mart 1881 tarihinde çıkarılan İrade-i Seniyye'de şöyle bir madde yer almaktadır: "Eytam sandıklarından kâime olarak verilen borçlar ile kâime karşılığı satılan malların bedellerinden ödenmemiş olanların, borçlanma gününde veya satışın yapıldığı sırada altın ve gümüş paraya göre değeri her ne ise onun ödenmesi kararlaştırılmıştır."¹⁴⁴

Borç ilişkilerine konu olan itibarî paraların geri ödeme zamanında esas alınacak kriter hususunda Ebu Yûsuf tarafından ortaya konulan mezkûr perspektif, şekil bakımından altın hesabı için bir dayanak görüntüsü verdiği düşüncesiyle zikredilmiş olsa da aslında altın hesabının bu yaklaşımla birebir örtüşmediği aşîkârdır. Zira bu bakış açısı, itibarî parayla doğan bir borcun henüz ödenmeden değer kazanması veya kaybetmesi durumunda, değerini koruyabilen madenî bir paranın borcun doğduğu gündeki değerinin esas alınarak ödenmesini önermektedir. Oysa incelemekte olduğumuz hesap türünde işlem başından sonuna kadar değerini koruyabilen altın üzerinden yürütülmektedir. TL yatırıldığı anda altına çevrilip hesaba gram altın olarak kaydedildiği için bankanın mudiye karşı yükümlüğü altın üzerinden olmaktadır. Mudi parasını geri almak istediğinde hesaptaki gram altın ikinci bir sarf işlemi ile TL'ye çevrilerek mudiye sunulmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere yatırılan ve alınan TL bazındaki farklılık altının değer kazanması veya kaybetmesine binaen tamamen piyasa dinamikleri neticesinde oluşmaktadır.

Karz akdinin temel konularından birisi de ödünç verene menfaat getiren karzın faizle ilişkisi konusudur. Söz konusu tartışma "*Menfaat getiren her karz bir çeşit ribâdır.*"¹⁴⁵ hadisi ekseninde yoğunlaşmıştır. Klasik fıkıh âlimleri mezkûr hadis ekseninde menfaat sağlayan karz konusunda oldukça titiz davranmışlardır.

Esasen fıkıh âlimlerinin menfaat sağlayan karza karşı sergilemiş oldukları olumsuz tutum, gerek mezkûr ve benzer nitelikteki hadislere gerekse bu işlemin karz akdinin mahiyetine ve amacına aykırı olduğu gerekçesine dayandırılmaktay-

para değerini altın ve gümüşten almadığı için ortaya çıkan değer kaybında ilan edilen enflasyon oranlarının ortalamasının esas alınması yönündedir. (bkz. Karaman, Hayrettin, "Kağıt Para, Enflasyon ve Ödeme" Yeni Şafak Gazetesi, 20 Kasım 2011 Pazar.) Diğer bir öneri ise gümüş için söz konusu olan keşiflerin altın için de olması hâlinde piyasaya sürülecek bolca altının altın fiyatlarını düşürme ihtimaline ilaveten altın fiyatlarının spekülâtif faaliyetlerden fazlaca etkilenmesi söz konusu olacağı için bahse konu madenlerin değişmez bir kriter olamayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Buradan hareketle, paranın değeri piyasadan alabildiği mal ve hizmet miktarı esas alınarak tespit edildiğine göre borç ilişkilerinde paranın alım gücü için günümüzde yapılan fiyat indekslerinin esas alınması önerilmektedir. Geniş bilgi için bkz. Gözübenli, 'Kredi İşlemlerinde Cari Olan Ribâ' s. 633-636 ve 645.

144 Maddenin orijinal metni şöyledir: "Eytam sandıklarından kâime olarak idâne edilen mebâligin ve kâime ile bey' olunup müşteri zimmetinde kalan semen-i mebiin hîn-i idâne ve akd-i bey'de kâime ile altın ve gümüş sikke rayici her ne ise o hesap üzere istifası mukarrerdir." Bkz. Zey-i Düstur, 1, s. 2, İst., 1298. (Abdulaziz Bayındır'ın *Ticaret ve Faiz* adlı eserinden naklen)

145 Beyhakî, Ebu Bekir Ahmed bin Hüseyin bin Ali, *es-Sünenü'l-kübra*, Tahkik: Muhammed Abdulkadir Ata, Beyrut, 1424/2003, V, 573, No: 10933; İbn Ebî Şeybe, Ebu Bekir Abdullah bin Muhammed, *Musannef*, Tahkik: Muhammed Avvâme, Beyrut, 1427/2006, X, 648, No: 21078; el-Heysemî, Nuruddîn Ali bin Süleyman bin Ebî Bekir, *Buğyetü'l-bâhis an zevâid-i müsnedi'l-Hâris*, Medine, 1413/1992; II, 500; İbn Hacer el-Askalânî, Ahmed bin Ali, *el-Metâlibü'l-âliye bi zevâidi'l-mesâni'di'l-semâniye*, Riyâd, 1419/1998, VII, 362; Aclûnî, İsmail bin Muhammed, *Keşfu'l-hafâ*, Tahkik: Yûsuf bin Mahmud el-Hâc Ahmed, Şam, h. 1421, II, 147. (Sahih hadis kitaplarının hiç birisinde yer almayan mezkûr hadisi nakleden Beyhakî, *Sünen*'inde bu hadisin mevkuf olduğunu söylemektedir. Bkz. Beyhakî, a.g.e., V, 573.

sa da bu tutumdaki asıl etken karz adı altında faizli işlem yapılmasını önleme çabasıdır.¹⁴⁶ Zira faizli işlem sayılan ve menfaat sağladığı için caiz görülmeyen karz başlangıçta fayda şart koşularak kurulan karzdır. Şart koşulmayıp borç alanın içinden gelerek yaptığı fazla ödeme ve hediyeleşmede herhangi bir sakınca yoktur.¹⁴⁷ Nitekim alınan borcu daha iyisiyle ödeme hususunda gerek Hz. Peygamber'den gerekse sahabeden pek çok rivayet nakledilmiştir. Sahih hadis kaynaklarında yer alan bir rivayete göre, Hz. Peygamber bir kişiden genç bir deve borç almış daha sonra zekât develeri gelince bir kişiyi o develerden birini satın alıp borcu ödemek için görevlendirmişti. Görevli kişi develer arasında borç olan deveye denk bir deve bulamadığını, daha iyi ve daha seçkin develer olduğunu bildirince Hz. Peygamber daha iyi olan develerden birini satın alıp borcu ödemesini emretmiş ve “Sizin en hayırlınız borcunu en iyi ödeyeninizdir.”¹⁴⁸ buyurmuştur.

Bu konuda temel esas, borçlunun yapmış olduğu fazla ödeme yahut hediyeleşmenin başlangıçta yani akit esnasında şart koşulmamış olması ve bu konuda yerleşik bir adetin bulunmamasıdır. Daha fazlasıyla ödenmesi şart koşulmuş yahut bu durumlarda cari olan bir adet söz konusu ise bahse konu uygulama caiz değildir. Zira şart koşulan fazlalık ribadır. Örfle sabit olan da nasla şart koşulmuş gibidir.¹⁴⁹ Dolayısıyla eğer borçlu borcunu akit esnasında şart koşulmamış daha fazla bir ödeme ile yapmışsa yahut daha önce aralarında cari olan hediyeleşmelere borçlu - alacaklı olduklarında da devam ediyorlarsa bunda herhangi bir sakınca yoktur.¹⁵⁰ Ama hediyeleşmeyi sadece borçlu olduğu için ödüyorsa bu caiz değildir.

Altın hesabına bu açıdan bakıldığında bahse konu işlemde faiz telakki edilebilecek bir şart söz konusu değildir. Zira ne akdin yapıldığı anda müşteri verdiğinden daha fazlasının ödenmesi yönünde bir şart koşturmaktadır ne de banka daha fazlasıyla ödeme yapma gibi bir niyet taşımaktadır. Burada ödeme miktarını tümüyle altına değer kazandıran veya kaybettiren ekonomik koşullar belirlemektedir. Kaldı ki, ödeme miktarını belirleyen ekonomik koşullar olduğu için, ödenen miktar her zaman ve her şartta daha fazlasıyla da olmamaktadır. Altının değer kaybetmesi durumunda özellikle kısa vadeli işlemlerde mudinin zarar etmesi her zaman için mümkündür. Netice itibarıyla yapısal olarak karz niteliği taşıyan bahse konu altın hesabı karz akdine ilişkin her iki şart açısından da herhangi bir sorun taşımamaktadır.

146 Apaydın, “Karz”, DİA, XXIV, 523.

147 Serahsî, a.g.e., XIV, 44-45; Kâsânî, a.g.e., X, 598. Nevevî, Ebu Zekeriyya Muhyiddin bin Şeref, *Kitabu'l-mecmû' şerhu mühezzeb*, Tahkik: Muhammed Necip el-Mutîi, Cidde, ts. (Mektebetü'l-İrşâd), XII 263-264; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 15-19.

148 Karşılaştırmalı olarak bkz. Buhârî, İstikraz, 4, 6; Müslim, Müsâkât, 118-122; Ebu Davud, Büyü, 75. Borcun fazlasıyla ödenmesi hususunda sahabeden nakledilen uygulama örnekleri için bkz. Bkz. Serahsî, a.g.e., XIV, 44; Nevevî, a.g.e., XII, 264; İbn Kudâme, a.g.e., VI, 17-18.

149 Bkz. Serahsî, a.g.e., XIV, 44-45.

150 Bu konuda Hz. Peygamberden şöyle bir hadis nakledilir. “Sizden biriniz birine bir borç verirse borç alan şahıs ona bir hediye vermek yahut onu bineğine bindirmek isterse sakın borç veren o hediyeyi almasın ve o bineğe binmesin. Eğer aralarında daha önce böyle bir ilişki varsa bu durumda bahse konu konularda bir sakınca yoktur.” İbn Mâce, “Sadakât”, 19; Beyhakî, a.g.e., V, 573. No: 10934.

Sonuç

Altın hesabı, TL, USD ve fizikî altın karşılığında açılan özel bir hesap türüdür. Farklı uygulama şekilleriyle hem geleneksel bankacılıkta hem de katılım bankalarında açılmaktadır.

Fizikî altın karşılığında cari hesap/vadesiz mevduat niteliğinde açılan altın hesabı tıpkı TL ve döviz cinsinden açılan cari hesaplar gibi fikhî açıdan karz akdi mahiyetindedir. Yine bu şekilde açılan katılma hesapları da TL ve döviz cinsinden açılan katılma hesapları gibi mudârebe akdi niteliği taşımaktadırlar.

TL karşılığı açılan altın katılma hesapları mahiyeti icabı mudarebe akdi niteliğindedirler. TL karşılığı açılan cari hesap/vadesiz mevduat niteliğindeki altın hesabı ise mübadeleye konu olan şeylerin 'altın/para' olması hasebiyle sarf akdi; yapısal olarak vadesiz mevduat veya cari hesap niteliğinde olduğu için de karz akdi mahiyetindedir. Bu haliyle söz konusu altın hesabı, sarf kurallarına göre işleyen yapısal olarak da karz niteliğinde olan yeni ve karma nitelikli bir akit görünümündedir.

Sarf akdi niteliği taşıyan altın hesabında kabz hükmî olarak gerçekleşmektedir. Zira hesaba kayıt veya tescil şeklindeki kabz işlemi, günümüz banka uygulamalarında örf haline gelmiş olup, bu işlem hakikî kabzın taraflara sağladığı tüm güvenleri yerine getirmektedir.

Yapısal olarak karz akdi niteliğinde olan cari hesap/vadesi mevduat niteliğindeki altın hesabında işlem altın üzerinden yürütüldüğü için bankanın mudiye karşı sorumluluğu altın üzerinden olmaktadır. Hesapta duran altın gram bazında hep aynı kalmakta, hesap bakî kaldığı sürece altının gramında herhangi bir değişiklik olmamaktadır. İlk kez altın satın alırken ödenen TL ile fizikî altın teslim seçeneği sunan bankalarda mudinin talebi üzerine sunmayan bankalarda ise doğrudan ikinci bir sarf işlemiyle mudiye ödenen TL arasındaki nominal farklılık altının değer kazanmasına bağlı olarak tamamen piyasa dinamikleri sonucu oluşmaktadır. Bu fark, genelde bugünkü ekonomik yapıda olumlu yönde olsa da özellikle kısa süreli işlemlerde olumsuz istikamette de olabilmektedir. Farkın yönünü ve miktarını belirleyen tamamen ekonomik koşullardır.

Altın hesabının, faizle işleyen bankalarda açılması hâlinde hesapta duran gram altın faizli işlemlerin finansmanı konumunda olacağı için, meşruiyet açısından bir takım sıkıntılar taşıyacağı izahtan varestedir.

CANDAROĞLU İSMAİL BEY VE HULVİYYÂT ADLI ESERİNDEKİ “FİTİR SADAKASI” BÂBİ

Nail Karagöz*

Candaroglu Ismail Bey and the Chapter of “Fıtır sadakası” in his Book Entitled *Hulviyyat*

In this study, we mainly handle (deal with) the life and historical personality of İsmail Bey, who was the latter leader of Jandarids Dynasty (Principality of Jandar), that prevails Anatolia. İsmail Bey lived between about h. 8222/m. 1419 and h. 884/m. 1479 . He participated in the conquest of İstanbul with his army and between 1442-1461 , he governed his principality until Jandarids came under domination of Ottomans. In 1479 he died in Filibe.

Jandarids accessed level of development in economy, culture and especially in science in the period of İsmail Bey. In our study, we also included examples showing how much importance İsmail Bey gives to science. The importance he gave to science and scientists has been found out thanks to not only institution of public utility he had got built in Kastamonu and in other terrains belonging to the Dynasty , but also thanks to history books on the related period and the Vakfiyes (foundation certificates).

One of the points which makes him different from others as a head of the state is his identity as an author. In aspect of Islamic law, assessing the work of İsmail Bey which is called Hulviyyat and belongs to fıru-ı fikh , is another subject of this study.

“Hulviyyat” written by İsmail Bey, has been assessed in aspect of Islamic law collections and come to the conclusion that “fatwa” (Islamic religious law) might be the first Turkish work. In order to analyze the work in details, “Fıtır Sadakası” has been covered to current letters and sources of verse and hadiths included in the text has been identified.

Giriş

Candaroğulları Beyliği, Anadolu'nun kuzeybatısında Kastamonu ve Sinop civarında, yaklaşık 13-15. yüzyıllar arasında hüküm sürmüş bir beyliktir. Beyliğin, hükmettiği bölgede gösterdiği, özellikle kültürel ve ilmi faaliyetler dikkatlerden

* MEB- Adana Ramazanoğlu Orta Okulu Din Kültürü ve Ahlâk Bilgisi Öğretmeni / e-mail: nailkaragoz@mynet.com

kaçmamaktadır. Candaroğulları beyleri, kendi adlarına eserler telif ettirmişlerdir. Bunun yanı sıra beyliğin son beyi kabul edilen Ebu'l-Hasan Kemalettin İsmail Bey (v. 884/1479) bizzat eser veya eserler kaleme almıştır. Şimdilik sadece bir eserden söz edebiliyoruz.¹ Onun, *Hulviyyât* adını taşıyan bu eseri, fıkıhın fûrûuna aittir. Namaz, oruç, hac, zekât, kurban ve fitır sadakası gibi ibadetlere ait hükümler içerir.

Çalışmamız, İsmail Bey'in ilmî şahsiyetini ve eserini daha yakından tanıma ve fıkıh ilmi açısından bir değerlendirmesini yapma amacını gütmektedir. Bunun için İsmail Bey'in hayatını kısaca ele aldıktan sonra mimarî ve kültürel eserlerinden ve bunlar için hazırladığı vakfiyelerinden hareketle ilmi şahsiyetini ortaya koymaya çalıştık. Diğer bir amacımız *Hulviyyât*'ı tanımak olduğundan önce eserin fıkıh te'lifâtı içindeki yerine göz attık.

Hulviyyât'ı biraz daha yakından tanımak için Fıtır Sadakası bâbına burada yer verdik. Bunun için 37 Hk 3714 arşiv numaralı nüshayı takip ettik. Ancak nüshada harflerin ve kelimelerin yanlış yazımı yanında diğer nüshalarla kıyaslandığında bilgi yönünden de birçok eksiklik tespit ettik. Bazı kelimeler hiç yazılmamıştı. Bazıları ise anlamı içinden çıkılmaz şekilde yanlış yazılmıştı.

Bu nüshadaki eksiklikleri 37 Hk 3050 nüshasından tamamlamaya çalıştık. Onda da eksiklik veya anlamın anlaşılmasında güçlük bulunan yerlerde 22 Sel 4948 arşiv numaralı nüshadan yararlandık. Bugün anlaşılması ihtisas gerektiren bazı kelimelerin anlamlarını dipnotta belirttik ve orijinal yazılışlarına yer verdik. Ayet, hadis ve Arapça ibare alıntılarını koyu harflerle verdik. Sayfa başlarını 3714 ve 3050 numaralı her iki nüshaya göre de kaydettik. 3714 numaralı nüshanın sayfaları numaralı olduğundan sayfa başlarını hem fotoğraf pozunun numarasıyla hem de orijinal numarasıyla yazdık. İlk verdiğimiz pozdaki numarası, ikincisi ise orijinal varak numarasıdır. 3050 ve 4948 numaralı nüshaların ise yalnızca poz numaralarını verdik. Me'seleleri satır başı yaparak takibini kolaylaştırmayı amaçladık. Kaynak olarak kullanılan kitap isimlerini italik harflerle yazarak bunlara dikkat çekmeğe çalıştık.

1-İsmail Bey'in Hayatı

Kuzeybatı Anadolu'da kurulan Candaroğulları Beyliği, döneminin ilme ve kültüre en fazla önem vermiş beyliklerinin başında yer alır. Bu beyliğin neredeyse bütün beyleri, yörelerindeki ilim ve kültür faaliyetlerine katkı sağlamış ve halkın bu yönlerden gelişmesi için çaba sarf etmişlerdir. Candaroğulları Beyliği'nin son beyi olan İsmail Bey sayesinde yukarıda sözü edilen ilmî ve kültürel faaliyetler zirve noktasına ulaşmıştır.

¹ Kastamonu Yazma Eserler Kütüphanesi'nde İsmail Bey'e ait olduğu belirtilen *Tefsîru'l-Mumecced* isminde Arapça bir eser kayıtlıdır. Bu eser, aidiyetinin tespiti ve üzerinde yapılacak diğer çalışmalar için araştırmacıları beklemektedir. Bkz. 37 Hk 3651/2, 103b-141b.

İsmail Bey, Kemalettin unvanı yanında Ebu'l- Hasan künyesi ile de tanınır. Arap an'anesi üzere ilk doğan oğlunun adı Hasan olduğundan künyesi Ebu'l- Hasan'dır. Yüksek karakterli büyük bir şahsiyettir. İsfendiyaroğulları ile Osmanoğulları arasında kurulan akrabalık bağlarında onun da adı geçmektedir. II. Murat'ın kızlarından ve Fatih Sultan Mehmed Han'ın ablası Hatice Sultan ile evlendiğinden Fatih Sultan Mehmet'in eniştesidir. Bu nedenle Osmanoğulları'na İsfendiyaroğulları'ndan damat olan altıncı kişidir.²

İsmail Bey'in doğum tarihi ile ilgili en önemli bilgi Şeyh Bedreddin'in Menâkıbname'sinden öğrenilebilmektedir. Menâkıbname'ye göre Şeyh Bedreddin Kastamonu'ya geldiği sırada İsfendiyar Bey'in bir torunu doğmuş olduğundan, Şeyh Bedreddin bu çocuğun adını "İsmail" koymuştur ki bu çocuk İbrahim Bey'in oğlu İsmail Bey'dir.³ Buna göre İsmail Bey, hicri 822 Cemaziyevvelinde (Miladi 1419 Haziran) doğmuştur.⁴ Bu bilgiyi başka tarihçiler de teyit etmektedir.⁵

İsmail Bey'in ilme olan tutku derecesindeki düşkünlüğü ve kendisinin de kitap yazacak kadar ilme vukûfiyeti, küçük yaştan itibaren kuvvetli bir ilmî eğitim aldığıının göstergesidir. Ancak hocalarının kimliği ve eğitiminin diğer ayrıntıları hakkında mevcut kaynaklarda ne yazık ki doyurucu bilgi bulamıyoruz. Verilen bilgiler de varsayım ve tahminlerin ötesine geçmemektedir. Şer'iye sicillerine dayanarak hakkında müstakil bir eser kaleme alan İhsan Ozanoğlu, onun ilmi eğitimi hakkında şunları söylemektedir: "Kemalettin Bey soydan hükümdar olduğu gibi yine soyundakiler gibi ilim ve irfan temsilcisi olarak yetiştirilmiştir. Babası İbrahim Bey, bu çok zeki ve sempatik oğlunu düzenli bir öğretime ve eğitime tâbi tutmuştur. Bu maksatla İbrahim Bey, küçük İsmail'i devletçilikte, idarecilikte, askerlikte, ilimde ve her sahada kudretli bir varlık olabilmesi için özel hocalar ve eğiticiler görevlendirmiştir..."⁶ Burada İhsan Ozanoğlu'nun dikkat çektiği bir husus önemlidir. İsmail Bey'in soyu ilme ve çocuk eğitimine son derece önem veren seçkin insanlardan oluşmaktadır. Sözelimi büyük babası İsfendiyar Bey, oğlu Tacettin İbrahim Bey'in yararlanması için satır arası tefsir türünde "*Cevâhîru'l-Esdağ*"⁷ adlı eseri yazdırmıştır. Bu denli ilme düşkün bir kişinin, torunu İsmail Bey'in yetiştirilmesine de önem verdiğini tahmin etmek güç değildir.

İsmail Bey'in hocaları arasında Fethullah Şirvanî'nin bulunduğunu bilmekteyiz. Eğitimini Orta Asya'nın meşhur âlimi Kadızâde'nin yanında tamamlayarak, II. Murad devri sonuna doğru Anadolu'ya gelmiştir. Osmanlı ülkesine geçmeden

2 Yılmaz Öztuna, *Devletler ve Hanedanlar*, I-II, Ankara 1996, II, s. 84.

3 İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri ve Akkoyunlu, Karakoyunlu Devletleri*, Ankara 1988, s. 129, 3. dipnot, Menâkıb-i Şeyh Bedreddin'den alıntı. (Bu eser bundan sonra "*Anadolu Beylikleri*" olarak yazılacaktır.)

4 Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri*, s. 135, Menâkıb-i Şeyh Bedreddin, Babinger tab'ı, s. 78'den naklen; Yaşar Yücel, *Anadolu Beylikleri Hakkında Araştırmalar I*, Ankara 1991, s. 100. (Dipnotta şu bilgi var: Bk. Menâkıb. Babinger nşr, s. 70)

5 Öztuna, eserinde İsmail Bey'in 1419 Haziran'ında doğduğunu, hem de 1461'de Fatih'in Sinop'u aldığı sırada Fatih'in 29, İsmail Bey'in 42 yaşında olduğunu bildirmektedir. Öztuna, *Devletler ve Hanedanlar*, II, s. 84.

6 İhsan Ozanoğlu, *Kastamonu'un Yetiştirdiği Meşhur Adamlar, Candaroğulları, (İsmail Bey)*, Kastamonu 1959, s. 4. (Bu eser bundan sonra yalnızca "*İsmail Bey*" olarak yazılacaktır.)

7 Eserin bazı yazma nüshaları için bkz: 25 Hk 23924; 26 Hk 610-611; 06 Hk 315; 06 Hk 4306(a); 45 Hk 3179; 50 Damad 390; 26 Hk 611; ayrıca bu eserin tenkitli neşri için bkz: Ahmet Topaloğlu, *XV. Yüzyıl Başlarında Yazılmış Satır Arası Kur'an Tercümesi*, İstanbul 1976-78.

önce Kastamonu'ya gelen Şirvânî, Candaroğlu İsmail Bey'den büyük itibar görmüştür. Kastamonu medreselerinde bir süre müderrislik yapmış ve pek çok öğrenci yetiştirmiştir.⁸

İsmail Bey, İbrahim Bey'in büyük oğlu olduğundan babasının vefatı üzerine 1442 Mayıs sonlarında Candaroğulları'nın başına geçmiştir.⁹ İstanbul'un fethi sırasında İsmail Bey, II. Mehmed tarafından şehri sulhen teslim etmesi için Bizans İmparatoruna elçi olarak gönderildiği gibi,¹⁰ birliğinin başında İstanbul'un fethinde bizzat bulunmuş, maddi ve manevi zaferi ve tecellileri müşahede etmiştir.¹¹

Candaroğlu Beyliği Osmanlılar tarafından savaşız olarak ele geçirilmiştir (1461). Bu sırada Sinop'ta bulunan Fatih Sultan Mehmet, huzuruna kabul ettiği İsmail Bey'i ikram ile karşılamış ve gönlünü hoş tutmasını istemiştir. İsmail Bey ise Fatih'in askeri hakkında şöyle düşünmektedir: "Biz Sultan Fatih'in ordularına iki cihetle karşı koyamayız. Birincisi o, İstanbul'un fethinin müjdelendiği ulu hakandır. İkincisi, onun askeri İslam askeridir. Onlara kılıç çekemeyiz."¹² Şurası muhakkak ki İsmail Bey, elinde birçok imkân olmasına rağmen İstanbul fatihi bir komutanın ve askerinin karşısına çıkıp da iki tarafı da Müslüman Türk olan milletin askerlerinin kanlarını dökmek istememiştir.

Beyliğinin Osmanlı'nın eline geçmesinden sonra İsmail Bey, kendisine verilen Bursa Yenişehir, İnegöl ve Yarhisar taraflarına gitmiş, daha sonra ise kendi isteğiyle Anadolu'dan Rumeli'ye nakledilmiş ve kendisine Filibe'de dirlik verilmiştir.¹³ İsmail Bey hayatının geri kalan kısmını Filibe'de geçirmiş ve burada 884/1479'da vefat etmiştir.¹⁴ Filibe'de kendi yaptırmış olduğu Bey Mescidi-İbn Kâsım adı ile anılan mescidin yanındaki türbesine gömülmüştür.¹⁵

2-İlmi Şahsiyeti ve İlme Verdiği Değer

İsmail Bey, maddi kalkınma yanında manevi kalkınma çalışmalarını hiçbir zaman ihmal etmemiş, özellikle eğitim işlerine çok büyük önem vermiştir. Çocuk-

8 Mecdi Mehmed Efendi, *Hadâiku's-Şakâik*, Tab'hâne-i Âmire, İstanbul 1269/1852, s.125; Fethullah Şirvanî'nin Kastamonu'ya gelerek, İsmail Bey'in hürmet ve teveccühüne mazhar olup, bizzat İsmail Bey'e ders veriş ve özellikle matematik ve astronomi sahasındaki Semerkand okulunun birikimini Ali Kuşçu ile birlikte Anadolu ve İstanbul'a aktardığına dair bilgi için bkz: İhsan Fazlıoğlu, *Osmanlı Felsefe-Bilim Dünyasının Arkaplanı Olarak Semerkand Matematik-Astronomi Okulu*, www.ihsanfazlioglu.net, s. 47, (19.10. 2011 tarihli erişim).

9 Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri*, s. 135.

10 Öztuna, *Devletler ve Hanedanlar*, II, s. 84.

11 Abdülkerim Abdulkadiroğlu, "Candaroğlu İsmail Bey ve Hulviyyât-ı Sultanî Adlı Eseri Üzerine Notlar", *Türk Tarihinde ve Kültüründe Kastamonu Tebliğler*, Kastamonu, 1988, s. 47; Öztuna, *Devletler ve Hanedanlar*, II, s. 84; Fatma Gürgözeler, *Candaroğulları Beyliği'nde İlmî ve Kültürel Faaliyetler*, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam Tarihi ve Sanatları Anabilim Dalı, İslam Tarihi Bilim Dalı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Elazığ 2005, s. 84.

12 Abdulkadiroğlu, "Candaroğlu İsmail Bey ve Hulviyyât-ı Sultanî Adlı Eseri Üzerine Notlar", s. 47.

13 Necmi Hamamcıoğlu, *Hulviyyât-ı Şahî Giriş-İnceleme-Metin-Sözlük*, Yüzyüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Türk Dili Anabilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Van 2006, giriş bölümü.

14 Ozanoğlu, *İsmail Bey*, s. 14.

15 Talat Mümtaz Yaman, *Kastamonu Tarihi*, I, Kastamonu 1935, s. 152. Yukarıdaki bilgiyi veren Talat Mümtaz Yaman, dipnotta İsmail Bey'in Filibe'deki türbe ve mescidinin 1. Dünya Savaşı başında Bulgarlar tarafından yıkıldığını ve yerlerinden "Glavna Ulitsa" denilen büyük bir cadde geçirildiğini söylemektedir.

ların eğitim ve öğretimine hizmet edecek eğitim kurumları oluştururken halkın kültür ve sosyal hayat seviyesini yükseltmeyi bir zaruret olarak ele almıştır.¹⁶

İsmail Bey, zamanında en küçük bir sürtüşmeden dâhî çekinmiş ve sükûn içinde geçen hayatını, Kastamonu'nun imarına, ilim ve fennin yükselmesi ve ilerlemesi yolundaki hizmetlere hasır ve tahsis etmiştir. Bu sebeptendir ki onun devrinde Kastamonu, en ileri bir ilim şehri olmuş ve hatta bu şöhreti, hükümdarın ölümünden sonra bile yıllarca sürüp gitmiştir.¹⁷

İlim ve sanat adamları yetiştirmek için medreseler ve kütüphaneler açmakla kalmayan İsmail Bey, maddi desteklerde bulunmak ve türlü imkânlar hazırlamak suretiyle onları verimli birer irfan kaynağı haline getirmiştir. Hatta telif ve tercümelemlerde müellif ve mütercimlere bizzat yardım etmiştir.¹⁸

Ozanoğlu'na göre zamanının en yüksek ilim adamlarını etrafında toplayan İsmail Bey, sistemli ve metotlu çalışmış, bu konuda bugünün dahi ilmi zihniyetinden daha üstün bir titizlik göstermiştir. Mesela Buhârî'nin ve Müslim'in Câmiu's-sahih'lerini istinsah ettirdikten sonra otoriter bir uzman başkanlığında özel bir ilim heyetine bu eserleri asılları ile karşılaştırarak okutmuş ve en ufak bir hataya yer verilmemesi için çaba sarf etmiştir. Her biri meşin muhafazalar içine konulan telif ve tercüme eserler, halkın yararına sunulmadan önce mutlaka o ilmin veya sanatın erbabı tarafından incelenmiş ve hata olmadığına dair notlar ve imzalar kaydedilmiştir. Bu notlar veya sonuçlar Türkçe olarak yazılmıştır. Özellikle hadis kitaplarının sonunda, "İşbu eser Muhammedü'l-Mısrî tarafından okunmuş ve hatasız olduğu görülmüştür." şeklinde açıklamalar bulunmaktadır. Tefsirle ilgili eserlerde ise daha geniş bir tahkik faaliyeti göze çarpmaktadır. Usul, fıkıh, akaid... özetle ilmin herhangi bir şubesine ait bir eser telif veya tercüme edildiği zaman, İsmail Bey'in bu eseri okuduğu gibi alanın uzmanlarına da okuttuktan sonra genel değerlendirmeye sunduğu, Kastamonu Kütüphanesi'ndeki yüzlerce eserin açıklamalarından öğrenmek mümkündür.¹⁹

16 Ozanoğlu, *İsmail Bey*, s. 5.

17 Yaman, *Kastamonu Tarihi*, I, s. 152.

18 Ozanoğlu, *İsmail Bey*, s. 6; İsmail Bey ve ondan önceki Candaroğulları Beyleri adına değerli eserler kaleme almıştır. İsmail Bey adına Kastamonulu Ömer bin Ahmet'in *Risale-i Münşiye* adlı yedi kıraate dair Türkçe tecvidi ile Yunus bin Halil'in *Mi'yari'l-ahyar ve'l-esrar* adlı Türkçe tasavvuf kitabı bulunmaktadır. Bkz: Abdulkadiroğlu "Candaroğlu İsmail Bey ve Hulviyyât-ı Sultanî Adlı Eseri Üzerine Notlar" s. 45; Yine İsmail Bey'in emriyle yapılmış mütercimi bilinmeyen bir *Kimya-yı saâdet* tercümesi vardır. Bkz: www.eflani.com/candaroglu.htm, (17.09.2011 tarihli erişim); Candaroğulları Beyliği döneminde yazılan diğer eserler şunlardır: 1-Allâme Kutbüddin Mahmud b. Me'sud Şirazi, 709/1309'da *İntihab-ı Süleymanî* adında *İhyâ'u'l-ulûm*'un Farsça muhtasar tercümesini Süleyman Paşa adına yazdı. 2-Süleyman Paşa'nın kardeşi Yakup Beyin oğlu Adil Bey'in oğlu Celaleddin Bayezid (Kötürüm Bayezid) adına 763/1361'de tercüme edilen 3000 küsur beyitli Kastamonulu Şa'zî'ye ait *Maktel-i Hüseyin Mesnevisi*. Bu eser, bilinen ilk müstakil Maktel-i Hüseyindir. 3-İsfendiyar Bey'in, oğlu İbrahim Bey'in çocukluğunda okuması için *Cevahiru'l-esdaf* adında Türkçe bir Kur'an tefsiri. Bu tefsirin, dil çalışmaları bakımından da önemi büyüktür. 4-İsfendiyar Beyin oğlu Hızır Çelebi adına *Mir'acnâme*. 5-Kasım Bey adına *Hülasatü't-tıb*. 6-İsmail Bey'in emriyle kaleme alınan kıraat-ı seb'aya dair *Risale-i münciye*. 7-İsmail Bey adına tasavvuftan *Mi'yârü'l-ahyar ve'l-esrar* ismiyle Yunus b. Halil tarafından telif olunan eser. 8-İsmail Bey namına Sinoplu Halil oğlu Mü'min'in kaleme aldığı göz hastalıklarına dair *Miftahu'n-nur ve hazâinü's-sürûr* isimli eser. 9-Bayezid oğlu İsfendiyar Bey adına yazılmış, yazarı meçhul bir *Tezkiretü'l-evliya*. Nüshasının Raif Yelkenci'de olduğuna dair A. Sırrı Levend'in Türk Edebiyatı Tarihi adlı eserinin 440'inci sayfasında bilgi vardır. 10-İsmail Bey'in bizzat kaleme aldığı İslam Hukuku, Hanefî fıkımın fûrûndan Türkçe *Hulviyyât* adlı hacimli bir eser. Bkz: Abdulkadiroğlu, "Candaroğlu İsmail Bey ve Hulviyyât-ı Sultanî Adlı Eseri Üzerine Notlar", s. 44-45.

19 Ozanoğlu, *İsmail Bey*, s. 6.

İsmail Bey'in Türk diline katkıları ise en fazla takdiri ve hayranlığı hak eden taraflarından birisidir. İsmail Bey, Arapça ve Farsça'yı çok iyi bilmektedir. Her iki dilde de gayet fasih konuşabilmektedir. Zaten Arabistan ve İrandan gelmiş olan ulemanın ilk anda hayretini çeken konu da İsmail Bey'in bu dilleri ana dili gibi konuşması olmuştur. İsmail Bey Arapça ve Farsça'yı bu kadar iyi konuşmasına rağmen zorda kalmadıkça bu dillerde konuşmamış, himaye ettiği âlimlere eserlerini Türk dili ile yazmalarını tavsiye etmiştir.²⁰

İsmail Bey ulema ve fuzelaya ziyadesi ile sevgi ve hürmeti olduğundan, onları da ailesinin bir ferdi gibi görmüş ve bunu çeşitli vesilelerle göstermiştir.²¹ Mesela, kendisi için yaptırdığı ama defni nasip olmayan Kastamonu'daki türbesindeki, 1456 tarihli kitabesi olan lahit, Alâeddin Ali'ye aittir. Seyyid Alâeddin Ali Âcemi ismiyle meşhur âlim, Seyyid Cürcanî'nin talebesidir. Kemalettin İsmail Bey'in hayranı olarak Acemistan'dan (İran) kalkıp Kastamonu'ya gelmiş, bir aralık Bursa Yıldırım Medresesi'nde müderrislik etmiş ise de tekrar İsmail Bey'in yanına dönerek ömrünü burada tamamlamış ve İsmail Bey tarafından çok sevildiği için kendi türbesine defnedilmiştir. Yine 852/1448'de vefat eden ve kendisi için "âlimlerin ve büyüklerin iftihar kaynağı" vasfının kullanıldığı²² Bektaşoğlu Safiyyüddin Efendi de aynı türbede medfundur.²³

Âlimlere verilen bu yüksek itibar sayesinde Kastamonu kısa zamanda bir ilim merkezi halinde gelmiştir. İsmail Bey, Niksarlı Muhyiddin Mehmet için hem bir medrese inşa ettirmiş, hem de medresedeki kütüphaneye şer'î ve akli ilimlere dair üç yüz kitap vakfetmiştir.²⁴

İsmail Bey, kendi mülkünün sınırları içinde yol, köprü, kışlak, daire, mektep, medrese, kütüphane, cami, mescit, kervansaray, han, hamam ve çeşme gibi muhtelif ve çok sayıda tesisler yapmış ve memleketini komşu devletlerin ülkelerinden daha üstün bir medeniyet merkezi haline getirmiştir.²⁵ İsmail Bey'in yaptırdığı

20 Ozanoğlu, *İsmail Bey*, s. 8.

21 Ozanoğlu, *İsmail Bey*, s. 26.

22 Fazıl Çifci, *Candaroğlu İsmail Bey Şahsiyeti ve Eserleri*, Kastamonu 1996, s. 22.

23 Ozanoğlu, *İsmail Bey*, s. 26.

24 Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri*, s. 144; Candaroğlu İsmail Bey'in kurduğu genel kütüphane çapında bir tesis Anadolu Beyliklerinden hiçbirinde yapılmamıştır. Bu kütüphane için "Anadolu Beylikleri devrine ait tek genel kütüphanedir" denilmektedir. Bkz: Mustafa Yazıcı, "Selçuk Türklerinde ve Beylikler Devrinde Kütüphaneler", *Kütüphanecilik Aylık Meslek Dergisi*, Aralık 1972, Sayı: 5, Ankara 1972, s. 12; Diğer yandan İsmail Bey'in, ilme verdiği değeri âlimlere sunduğu maddî imkânlardan da anlamak mümkündür. Mesela Taşköprülüzâde, atıyye ve ikramiyeler, buğday ve arpa gibi arazi geliri tahsisatı hariç günde 80 dirhem gümüş ücret almıştır. Osmanlı Devleti o devirde kendi medreselerindeki ulemanın neredeyse hiçbirine bu kadar dolgun bir ücret vermemiştir. Bkz: Ozanoğlu, *İsmail Bey*, s. 8; Yine Mevlâna Halil Hayrettin'e Osmanlıların en yüksek müderrise verdikleri yevmiye kadar maaş tahsis ettiği de görülmüştür. Bkz: Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri*, s. 228.

25 Ozanoğlu, *İsmail Bey*, s. 14; İsmail Bey'in oluşturduğu tesislerden bir kısmı şu şekildedir: 1.Kastamonu'da "Küçük imaret" denilen cami, medrese, kütüphane ve imaret. 2.Kastamonu'da bir kervansaray, 3.Sinop'ta Demirli Mescid karşısında çeşme ve bir tesis, 4.Araç'ta han ve çeşme, 5.Araç'ın Boyalı ve Küre-i Hadid köylerindeki camiler, 6.Bakır Küresi'nde hamam, 7.Taşköprü'nün Gökçe Nahiyesi merkezinde kervansaray, 8.Kastamonu Göl Nahiyesi'nin Kemah köyünde cami, 9.Göl Nahiyesi'nin Kavaklı köyünde cami ve çeşme, 10.Devrekâni ilçesi merkezinde hamam, 11.Aynı ilçenin Çayırıcık köyünde mescid, 12.Araç ilçesinin Oyacalı köyünde bir han, 13.Su tesisatına verdiği çok büyük önem ve meydana getirdiği eserler, 14.Filibey'in 10 km. güneyinde Markova köyünde İsmail Bey Camisi. İsmail Bey'in mimari eserleri hakkında geniş bilgi için bkz. Ozanoğlu, *İsmail Bey*, s. 14-27; Abdulkadiroğlu, "Can-

eserler için hazırladığı vakfiye, dinî, ilmî, sosyal, kültürel ve medenî açılardan adil bir devlet adamının ülkesi ve milletine bakış açısını göstermesi bakımından gerçek ve canlı bir düsturlar manzumesidir. Her hususun en ince teferruatına kadar tayin ve tespit edildiği, Türk devlet geleneğinin sırlarının, devlet-millet münasebetlerinin inceliklerinin net ve veciz bir üslupla beyan edildiği tarihi bir belge niteliğindedir.²⁶ İlme verilen değer, dindarlık, hayırseverlik, ince düşünüş gibi açılardan vakfiye gerçekten şaheser niteliğindedir ve ilgililerince kayıtsız kalınamayacak kadar değerlidir.

Gerek vakfiyesindeki özel şartlar, gerekse eseri Hulviyyât göz önüne alındığında İsmail Bey’in, Hanefî mezhebine tutku derecesinde bağlı olduğunu söylemek mümkündür. Vakfiyesinde kendisini millet-i hanefiyyenin hâmisî²⁷ olarak tanıtan İsmail Bey’in medresede görev yapacak müderrisin Hanefî mezhebine mensup olmasını ve eğitimi Hanefî fikhî üzerine vermesini şart koşması da²⁸ Hanefî fikhına verilen önemin başka bir göstergesidir.²⁹

3- Hulviyyât’ın İslam Hukuku Te’lifâtı İçindeki Yeri

Yukarıda da değinildiği gibi Candaroğlu İsmail Bey, ilim erbabına olan düşkünlüğü ve adına eserler telif ve tercüme ettirmesinin yanı sıra bizzat kendisi de *Hulviyyât* adlı bir eser kaleme almıştır.³⁰ Bu eser Hanefî mezhebine göre kaleme alınmış, furû’-ı fıkha dair bir eserdir. Kâtip Çelebi, eser hakkında, “Fürû’ konularını ihtiva eden *Hulviyyât*, Ebu’l-Hasen İsmail bin İbrahim bin İsfendiyar bin Bâyezid’e aittir. İbadetler konusunda Türkçe bir kitaptır. Hacimli bir ciltte 78 bâbtan oluşmuştur.”³¹ demektedir. Nüshaların bazılarında bâb ve fetva adedinde farklılıklar ve atlamalar bulunmaktadır. Bundan dolayı bazı nüshaları 77 bâb olarak hazırlanmıştır.

“*Hulviyyât*” Arapçada “tatlılar” demektir. Yazar İsmail Bey, birçok mes’eleyle bir araya getirip eserini Türkçe yazdığını ve ‘Arabî ve Fârisî bilmeyenler inceleyip faydalansınlar diye adını *Hulviyyât* koyduğunu söylemektedir.³² Abdulkadiroğlu’na göre İsmail Bey’in, kitabına bu isim koyması tesadüf olamaz. Yukarıda da arz ettiğimiz üzere maddi imarın yanında fikir imarına da büyük kıymet veren İsmail Bey, âlim biri olarak, ilimler tasnifinde uğraştığı sahanın derece ve kıymetinin son derece farkındaydı. Sultan olarak da tebaasının, her şeyden önce Allah huzurun-

daroğlu İsmail Bey ve Hulviyyât-ı Sultani Adlı Eseri Üzerine Notlar” s. 48-49.

26 Çifci, *Candaroğlu İsmail Bey Şahsiyeti ve Eserleri*, s. 42.

27 Çifci, *Candaroğlu İsmail Bey Şahsiyeti ve Eserleri*, s. 12.

28 Çifci, *Candaroğlu İsmail Bey Şahsiyeti ve Eserleri*, s. 46-47.

29 Genel anlamda o dönemde Anadolu’nun Ehl-i sünnet ve Hanefî mezhebine bağlı bulunuşunu İbn Batuta şöyle haber vermektedir: “Bilâd-ı Rum ahalisi umûmen mezheb-i İmâm-ı Âzam Ebû Hanife üzere olarak Ehl-i sünnettir. İçlerinde Kaderî, Râfîzî, Mu’tezilî, Hâricî bulunmayıp Cenab-ı Hudâvend-i bi endâz, ânları bu faziletle serefrâz buyurmuştur. Bkz. Ethem Cebecioğlu, *Hacı Bayram Veli ve Tasavvuf Anlayışı*, Ankara 1994, s. 22.

30 Eserin nüshaları için bkz. Ali Rıza Karabulut-Ahmet Turan Karabulut, *Mu’cemu’t-tarihî’t-türasî’l-İslâmiyyi fi Mektebâti’l-Âlem*, I-VI, Kayseri ts, I, s. 643.

31 Kâtip Çelebi, *Keşfü’z-zünun*, I-II, Lübnan, ts, I, s. 688.

32 Kemalettin İsmail Bey, *Hulviyyât*, Arşiv Nu: 22 Sel 408, 4a.

daki sorumluluklarını ve başlarına gelebilecek tehlikeleri biliyor ve onların manevi veballerden kurtulmaları için bizzat kendisini sorumlu hissediyordu. Bunun yöntemi, insanların her türlü tehlikeden kurtaracak bir yolun tayini ve hayat tarzının çizilmesi idi. Hz. Peygamber'in ve onun yolundan kıl payı ayrılmayan gerçek ilim öncülerinden koydukları prensipler, fikhî hükümler bunu temin edecekti. Kısaca iman edenler bu dünyada yaşarken yaşamanın manevi zevkine erecekler, hayatlarında huzur bulacaklar ve kaçınılmaz olan öbür âleme ait yatırımlarını da bu dünyada iken yapacaklardı. Hayatın bundan daha tatlı yönü ne olabilirdi? Bu düşüncelerle İsmail Bey, eserine 'tatlılar' anlamına gelen "*Hulviyyât*" demiştir.³³

Hulviyyât'ın İslam hukuk müdevvenâtı içindeki yerini tespit etmek için kısaca bu eserlerin temel özelliklerine göz atmak gerekmektedir. İslam hukukunu yaygın bir bölümlenme ile usûl-i fıkıh ve fûrû'-i fıkıh diye iki kısma ayırabiliriz. Bu ayırmada fûrû'-i fikhin konularını ibâdât, muâmelât ve ukubât oluşturmaktadır. *Hulviyyât*'ta bu alanların yalnızca ibâdâta ait konuları işlenmiştir. Bu yönüyle *Hulviyyât*, fûrû'-i fikhin fetâvâ ya da mecmûatü'l-fetâvâ adı altında oluşturulan türüne girmektedir.

Fetva mecmuaları da genel anlamda fûrû' kitaplarındaki düzene benzer biçimde konu başlıklarına ayrılmıştır. Bunlar genel anlamda temizlik (kitâbu't-tahâret), namaz (kitâbu's-salât), zekât (kitâbu'z-zekât), oruç (kitâbu's-savm), hac ziyareti (kitâbu'l-hac) gibi ibadetlerle ilgili bölümlerle başlamakta; söz konusu bölümlerden sonra evlenme, boşanma, gibi aile hukuku ile ilgili bölümler gelmektedir. Aile hukuku yanında şahsın hukuku, borçlar hukuku, vakıf hukuku, ticaret hukuku, yargılama hukuku, ceza hukuku gibi hukukun çeşitli alanlarına ilişkin bölümler de yer almaktadır.³⁴ *Hulviyyât*'a, bu açıdan bakıldığında oldukça sınırlı sayıda konuya temas ettiği görülmektedir. Zira onda sadece ibadet konuları yer almaktadır. Ancak bu konular çok detaylı ele alınmıştır. Bu bakımdan eserin bazı nüshaları 400 varaklı aşan bir hacme sahiptir.

İsmail Bey'in eserini neden sadece ibadet konularından oluşturduğu cevaplanması gereken bir sorudur. Bunun cevabı aslında İsmail Bey'in ilim anlayışında gizlidir. Onun ilim anlayışına göre bir kimsenin kendi durumunu ilgilendiren ilimleri öğrenmesi farz-ı ayndır. Fazlası ise farz-ı kifâyedir.³⁵ Bu itibarla İsmail Bey, insanların ilk önce kendilerini doğrudan ilgilendiren ve uhrevi necat için her ferde gerekli ibadet inceliklerini bilmeyi farz-ı ayn görmektedir.

Fahrettin Atar'a göre fûrû'-i fikh alanlarında yazılmış kitaplarda yer alan meseleler belli bir sistematik çerçevede ve ilmî olarak incelendiğinden mukallit müftüler, ortaya çıkan her şer'î ve hukukî meselenin hükmünü bu kitaplardan çıkarmakta bazen güçlük çekiyorlardı. Bu sebeple önceki şeyhülislâm veya müf-

33 Abdulkadiroğlu, "Candaroğlu İsmail Bey ve Hulviyyât-ı Sultani Adlı Eseri Üzerine Notlar", s. 49-50.

34 Ali Yayıoğlu, *Ottoman Fatwa (An Essay on Legal Consultation in the Ottoman Empire)*, Bilkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 1997. s. 96, 97.

35 İsmail Bey, *Kitâb-ı Hulviyyât*, Arşiv Nu: 37 Hk 3714, 2a.

tülerin verdikleri cevaplar bizzat kendileri veya başkaları tarafından toplanarak fetva kitapları haline getiriliyordu. Bunlar genellikle soru-cevap tarzında olduğu, çeşitli görüşlerden birini tercih edip aktardığı, aktüel meselelere temas ettiği için fıkıh kitaplarından daha kullanışlı kabul ediliyordu.³⁶ Bu tür eserler iki şekilde hazırlanıyordu: Birinci şekilde toplumda karşılaşılan problemlerin cevabını oluşturan ve doğrudan şeyhülislam veya müftüler tarafından verilmiş fetvalar derleniyordu. Bunlara “aslî fetva mecmuaları” denmiştir. İkinci şekilde ise kadı ve müftülere başvuru kaynağı olmak üzere el kitapları şeklinde klasik Hanefî literatüründen derlenmiş meseleler aynen nakledilmekteydi. Bu tür eserlere de “menkul fetva mecmuaları” denmiştir. Osmanlı’nın ilk dönemlerinde de bu tür bazı çalışmalara rastlanmaktaysa da, menkûl fetva derleme çalışmalarının XVI. yüzyıldan itibaren sayılarının oldukça arttığı görülmektedir.³⁷ *Hulviyyât*’ı, yazım türü olarak “menkul fetva mecmuaları” arasında kabul etmemiz gerekmektedir. Zira İsmail Bey, eserini klasik Hanefî eserlerinden alıntılarla bâblar, fasıllar ve meseleler şeklinde derlemiştir.

Fetva mecmuaları genellikle soru-cevap tarzında hazırlanmıştır.³⁸ Bazı mecmualarda ise meselelerin cevaplarının kısaca, “caizdir, sahihtir, mekruhtur”, veya “mekruh değildir” şeklinde soru belirtilmeden verilmiş olduğu görülmüştür. *Hulviyyât*’ta genellikle sorular yer almaz. Ele alınacak konular “mesele” başlığıyla diğerlerinden ayrılır ve “dürüştür, dürüst değildir, revâdur, revâ değil, olur, olmaz” gibi ifadelerle sonuca bağlanır. Bazı mesele başlıklarında ise önce soru sorulur, ardından cevaba geçilir.

Yapılan bir çalışmada, 42 fetva mecmuasından 23’ünün klasik fetva mecmualarında olduğu gibi soru-cevap şeklinde; 19’unun ise soru-cevap yerine sadece cevaplara yer verilmesi şeklinde hazırlandığı tespit edilmiştir.³⁹ Klasik fıkıh kitapları kitap ve bâblara ayrılır. Fetva kitaplarında da genel anlamda bu ayrıma uyulduğu görülmektedir. Bazılarında ise mesâil ve fasıllar vardır. Çalışma konumuz olan eserde genellikle sorulara yer verilmeden, alıntı yapılan kitabın ismi belirtilerek “...ve *Hidâye*’de dâhî denmiş ki...”⁴⁰ gibi ifadelerle doğrudan meselenin içine girilmiştir. Bazen de kaynak belirtilmeden, “... denmiş ki...” denilerek meseleye cevap bulunmuştur. Ancak, *Hulviyyât* yazarının bir mesele hakkında birçok nakil yapıp konuyu etraflıca incelemesine rağmen, meselenin sonunda görüşler arasında çoğu zaman tercihte bulunmayışı dikkat çekicidir.

36 Fahrettin Atar, “Fetvâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (DİA), İstanbul, 1995, XII, s. 495.

37 Şükrü Özen, “Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Türk Hukuk Tarihi Sayısı, 3, S. 5, SS, 249-378, s. 339.

38 Fetva mecmualarının şekil özellikleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Seda Örsten, *Osmanlı Hukukunda Fetva*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s. 11-21.

39 Mustafa Şahin, *İslam Hukukunda Fetva ve Osmanlılar Dönemi Fetva Mecmuaları*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2000, s. 77, 85, 90, 153, 164’ten naklen, Seda Örsten, *Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetva Mecmuaları*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S. 4, 2007, (Güz), 29-40, s. 32.

40 İsmail Bey, *Kitâb-ı Hulviyyât*, Arşiv Nu: 37 Hk 3050, 226a.

Hulviyyât, kitaplara ayrılmak yerine bâblara ayrılmıştır. Bazı nüshalarda 77, bazılarında ise 78 bâb vardır. Bazı bâblar fasıllara bölünmüştür. Her bâb ve fasıl, kendi içinde meselelere ayrılmıştır. Her mesele bir fetva niteliğindedir. Çok kısa meseleler olduğu gibi, etraflıca anlatılmış meseleler de vardır. Bazı meselelerde ayet, hadis metin ve mealleriyle çeşitli Arapça ibareler, dualar, fıkıh metinleri vs. yer almaktadır.⁴¹

İsmail Bey'in telif etmiş olduğu *Hulviyyât*, kendi türünde yazılmış ilk Türkçe eserlerdendir. Belki de ilkidir. İsmail Bey'in 822/1419 yılında doğduğu⁴² ve miladî 1419-1479 yılları arasında yaşadığı düşünüldüğünde bu tarihin Osmanlı fetva kitapları yazma geleneğinin bir hayli öncesine rast geldiği söylenebilir.⁴³ Molla Fenârî' den (v. 1431m.) Ebussuûd Efendi' ye (v. 1574m.) kadar ki dönemde Molla Hüsrev' in *Dürerü'l-hükkâm*'ı, Müeyyedzâde' nin *Mecmûatü'l-fetâvâ*'sı, İbn Kemal'in *Mühimmâtü'l-müftîn*'i, Çivizâde' nin *Mecmûa*'sı ile Resûl b. Sâlih el-Aydî'nin *el-Fetâvâ'l-adliyye*'si gibi çeşitli eserler telif edilmiştir.⁴⁴ Bu eserlerin hepsi de *Hulviyyât*'tan sonra yazılmıştır ve üstelik dilleri Arapçadır. *Hulviyyât* ise Türkçe yazılmıştır. Bize göre eseri önemli yapan, bu iki yönüdür. Eserin şekil özellikleri incelendiğinde görüleceği gibi kendi türündeki eserlerin şekil özelliklerini büyük ölçüde taşımaktadır. Bu yönüyle *Hulviyyât*'ın, kendisinden sonra yazılmış kitaplara öncülük ettiği de söylenebilir.

Hulviyyât Türkçe bir eserdir. Onu değerli yapan yönlerinden biri de zaten bu özelliğidir. Çünkü yazıldığı dönem itibarıyla Türkçe fetva mecmualarına pek rastlanmaz.⁴⁵ Bu noktada İsmail Bey'in, eserini döneminin yaygın âdeti üzerine Arapça yazmayıp niçin Türkçe yazdığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İsmail Bey, *Hulviyyât*'ın giriş kısmında "...ve dâhî bu kitabın hayırla itmamına Allah Teâlâ'dan yardım diledim. Yâ nâsıru, yâ nâsıru, yâ nâsıru deyip şurû' ettim bu kitabı yazmağa. Lakin Arabî etmeğe dâhî kâdir değildik. Pes naçar Türkî dilince bir nice mesâili cem edip adını *Hulviyyât* koydum. Tâ ki Arabî ve Farisî bilmeyenler mutâla'a edip faydalanalar."⁴⁶ demektedir. Arapça ve Farsça bilmeyen teb'ası için eser kaleme almak, İsmail Bey'in halkının dinî-ilmî ihtiyacını gidermek isteyen

41 Abdulkerim Abdulkadiroğlu'nun tespitlerine göre metinde tekrarlar hariç tutulursa 181 ayet, 269 hadis ve bunların dışında 222 Arapça ibare vardır. Arapça metinler kibar-ı kelam, dualar, fıkıh metinleri ve tesbihat cinsindedir. Ayrıca 93 yerde de, baş kısımlarında hadis olduklarından söz edilerek hadislerin sadece Türkçeleri verilmiştir. Bkz. Abdulkerim Abdulkadiroğlu, *Hulviyyât-ı Sultanî veya Şahî*, (Kültürümüzden Esintiler Kitabı İçinde), Ankara 1997, s. 445.

42 Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri ve Akkoyunlu, Karakoyunlu Devletleri*, s. 129, 3. dipnot, Menâkib-i Şeyh Bedreddin'den alıntı.

43 Ulaşabildiğimiz yazarı belli olmayan bir yazıda *Hulviyyât*'ın İsmail Bey tarafından, dedesi İsfendiyar Bey'in hükümdarlığı yıllarında kaleme alındığı belirtilmektedir. İsfendiyar Bey miladî 1385-1439 yılları arasında hüküm sürdüğüne göre İsmail Bey bu eseri 1439'dan önce yazmış olmalıdır. Bkz: <http://www.cizgilforum.com/showthread.php?t=8573>, (17.09.2011 tarihli erişim); Ahmet Gökoğlu, *Paflagonya*, Kastamonu 1952, s. 150.

44 Pehlul Düzenli, *Osmanlı Hukukçusu Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi ve Fetvaları*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Basılmamış Doktora Tezi, Konya 2007, s. 70.

45 Bilindiği üzere Osmanlı toplumunda bile XV.-XVII. yüzyıllarda Arapça muteber fıkıh ve fetva kitaplarından derlemeler, ulemanın yöneldiği önemli bir çalışma alanı haline gelmiştir. XVI. yüzyıldan itibaren giderek artan bir şekilde Osmanlı şeyhülislâm ve müftülerinin Türkçe fetvalarının farklı biçimlerde derlenmesi çalışmaları yoğunluk kazanmıştır. Bkz: Şükrü Özen, "Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü", s. 376.

46 İsmail Bey, *Kitâb-ı Hulviyyât*, 37 Hk 3714, 4b.

bir devlet adamı sorumluluğu taşıdığını göstermektedir. Eserini Arapça yazmaya kadir olmadığını belirtmesine rağmen, yararlandığı 200 civarındaki kaynağın çoğunun Arapça olması dikkat çekicidir.

Diğer yandan *Hulviyyât*'ın, döneminde doldurduğu boşluk dikkate alındığında, dilinin neden Türkçe olduğu sorusu da cevap bulacaktır. Şöyle ki, genel anlamda fetva mecmuları kendi dönemlerinde toplumun önemli başvuru kaynakları arasında yer almıştır. Özellikle halkın günlük sorunlarını aşmada pratiklik sağlamış, dini meselelerin hallinde ve halkın dine uygun yaşamasında adeta bir reçete, bir rehber vazifesi görmüştür. Genel kanaate katılarak, İsmail Bey de bir kimsenin kendi durumunu ilgilendiren ilimleri öğrenmesi farz-ı ayn; fazlasının ise farz-ı kifâye olduğunu⁴⁷ düşünmektedir. İlme düşkünlüğü ve dinî hassasiyetiyle tanınan İsmail Bey'in, eserini halkın anlayabileceği Türkçe dilinde yazmasında bu hassasiyetlerin rolünü göz ardı etmemek lazımdır. Nitekim ilk satır arası Türkçe tefsirlerden kabul edilen *Cevâhiru'l-Esdağ* ile birlikte *Hulviyyât*, halktan o derece rağbet görmüştür ki her beldenin, en azından merkezî camilerinde birer nüshaları bulundurulurken günün belli vakitlerinde cemaate okunması için fermanlar yazılmıştır.⁴⁸ Bu eserler zamanla bütün Anadolu kütüphanelerine yayılmış ve hatta Osmanlı Devleti zamanında Afrika'daki İslâm kütüphanelerine bile girmeyi başarmıştır.⁴⁹ Nitekim günümüzde Türkiye'deki birçok kütüphanede olduğu gibi dünyanın onu aşkın ülkesindeki kütüphanelerde de eserin nüshalarına rastlanmaktadır. Bu yaygınlık, eserin o dönemde, günümüzde ilmihal kitaplarının üstlendiği rolü üstlendiğini ve bu alandaki boşluğu doldurduğunu söylememizi kolaylaştırmaktadır.

4- Fıtır Sadakası Bâbı

Eserin 77 veya 78 bâbdan oluştuğunu yukarıda belirtmiştik. Bunlardan fıtır sadakası bâbını tercih ediş nedenimiz, bu bâbın, makalenin sınırlarını zorlamayacak kadar kısa, eser hakkında genel bir fikir verecek kadar uzun olmasındandır.

51. BÂB: SADAKA-İ FITİR BEYÂNINDADIR

3714, 194b-192b; (3050, 222a, 13); (4948, 269a)

Terğib'de denmiş ki sadaka-i fıtır vâcibdir icmâ' ile. Ammâ bir nice yerde ulemânun sözleri var, şundaki kimün üzerine vâcibdür ve ne miktar vâcibdür ve ne vakit vâcibdür? Ve denmiş ki vâcibten murat vâcib-i zannîdür, vâcib-i kat'î değil, farz manasına vâcib değil.

47 İsmail Bey, *Kitâb-ı Hulviyyât*, 37 Hk 3714, 3a.

48 Abdulkadiroğlu, "Candaroğlu İsmail Bey ve Hulviyyât-ı Sultanî Adlı Eseri Üzerine Notlar", s. 54; Ayrıca Mimar Sinan'ın vakfettiği eserler arasında *Hulviyyât*'ın da yer alması, eserin dönemi ve sonrasında yaygın olarak kullanıldığına işaret olarak gösterilebilir. Bkz. <http://www.mimar.cc/mimar/koca-mimar-sinan-3.html>, (19.10.2011 tarihli erişim).

49 Cevdet Yakuboğlu, *Kuzeybatı Anadolu'nun Sosyo-Ekonomik Tarihi, (Kastamonu-Sinop-Çankırı-Bolu) XIII - XV. Yüzyıllar*, Ankara 2009, s. 487.

MES'ELE: *Hidâye*'de denmiş ki eimme-i selâse kâtında sadaka-i fıtır şol kişi üzerine vâcib olur ki, Müslüman ve bay ve âzâde ya'nî hâcet-i aslîden gayrı nisâba mâlik ola. Hâcet-i aslî, oturacak⁵⁰ ve giyecek don ve binecek merkep ve hizmet edecek kul ve karavâş⁵¹ ve isti'mal olunur silah gibilerdür. *Îmâm Şâfi'î* katında gût-ı yevmiyyeden ziyâde nesnesi olana vâcibdür.

MES'ELE: Sadaka-i fıtırı virmek vâcib olur; kendü nefsiçün ve bâliğ olmaduk oğlu ve kızı için ve hizmet için olan kulu ve karavâş için, gerek mümin olsun gerek kâfir. Çünkü⁵² ticaret için olmaya. Ve *Kenz*'de naklolunmuş ki ata üzerine vâcibdür ki, bâliğ olmaduk oğlancıkların fitresini vire. Ammâ *Şerh-i Vâfiye*'den ve *Muhtasar-ı Kâfiye*'den *Ebu'l Fadlan*'dan rivayet olunmuş ki eğer oğlancıklar fakîr olsalar ataları kendü mâlinden vire. Eğer ganî olsalar onların mâlinden vire. *Îmâm A'zam* ile *Îmâm Ebû Yûsuf* katında (Rahimehumallah). Lâkin *Îmâm Muhammed* eydur,⁵³ oğlancıkların mâlı varsa dâhi ata kendü mâlinden vire. Zira fitre mahza ibadettür. Oğlancıklar ibadete ehil değil. Onların mâlinden virürse hil'at⁵⁴ olur denmiş. Ve *Şâmil-i Beyhakî*'den naklolunmuş ki mecnun dâhî sabî gibidür.⁵⁵ *Îmâm Muhammed*'den naklolunmuş ki, eğer mecnun bâliğ olacak olursa dâhî

Sayfa başı 195a-193a; (3050, 222b, 9)

fitre, ata üzerine olur. Ammâ eğer bâliğ olunca uslansa sonra yine mecnun olsa, fitre ne ata üzerine vâcib olur ne kendü üzerine.

MES'ELE: Ve *Muhtasar-ı Kâfiye*'den naklolunmuş ki *Îmâm Ebû Hanîfe* ile *Ebû Yûsuf* katında mefkûd⁵⁶ oğlanın mâli varsa mâlinden virile, yoksa atası üzerine olur. Ammâ⁵⁷ *Muhammed* demiş ki: Atasına, ne onun mâlinden virmek vâcib olur ne kendü mâlinden.

MES'ELE:⁵⁸ *Îmâm Şâfi'î* katında ticaret için olan kul için ve kaçmış kul için vâcib olur. Bizim eimme katında olmaz. Ammâ kâfir kul için *Şâfi'î* katında vâcib olmaz.

MES'ELE: *Şâmil-i Beyhakî*'den naklolunmuş ki, icazet verilmiş kul için ve ticarete izin verilmiş kul için eğer medyun-ı müsteğrak ise dâhî fitre hoca⁵⁹ üzerine vâcib olur.

50 "oturacak ev" şeklinde 3050, 222a.

51 Esir, köle, tutsak, bende.

52 "kul ve karavâş" ilavesi var. 3050, 0222b.

53 "der ki" anlamında.

54 "hil'at-حِلَات" yerine "zâmin-ضَامِن" kelimesi yazılı. 3050, 222b. (Hil'at, kaftan demektir. Zâmin ise tazmin eden demektir.)

55 "bu hükümdé" ilavesi var. 3050, 0222b.

56 3050, 222b nüshasında bu kelime "muğteg" şeklinde yazılmıştır. Her iki durumda da anlam çıkmamaktadır. 4948, 269b'de ise kelime "bunamış" anlamındaki "ma'tûh" şeklinde yazılmıştır.

57 "Îmâm" ilavesi var. 3050, 0222b.

58 3050'de bu mesele yok.

59 "hocası" 222b, 15.

MES'ELE: Bir kimsenin mülküne vasiyyet olunmuş kulun fitresi, vasiyet eden mevlâsı üzerine olur, gayri kişi hizmetçi dâhî olursa. Ve rehin konmuş kulun fitresi rehin koyan mevlâ üzerine olur. Ammâ kul kaçmış ya gasp olunmuş ya yitmiş ya esir alınmış ise fitresi mâlik üzerine vâcib olmaz bizim katımızda.⁶⁰ Ânınçün ki mevlânın elinden ve tasarrufundan çıkmıştır, mükâteb gibi.⁶¹ Ammâ *Kâfiye*'de ve *Vâfiye*'de denmiş ki mevlâ üzerine vâcibdür müdebber için ve ümm-ü veled için ve kulun kulu için fitre vire. Ammâ mükâtebin ne kendine vâcib olur ve mevlâsına. Ammâ *Manzûme*'de *İmâm Mâlik* katında kulunun kulu için mevlâyâ fitre vâcib olmaz denmiş.

MES'ELE: *Şerh-u Alâî*'de ve *Şâmil-i Beyhakî*'de denmiş ki, avret fitresi er üzerine ve bâliğ olmuş oğul ve kız fitresi ata üzerine vâcib olmaz. Eimme-i selâse katında ve *Manzûme*'de *Şâfi'* katında vâcib olur denmiş... ya 'nî kız oğlu vâcib olmaz.⁶² *İmâm Muhammed*, *İmâm Ebû Hanîfe*'den rivayet eder ki, oğul oğlunun fitresi dede üzerine vâcib olur. Ammâ *Mebûd*'da olmaz denmiş.

MES'ELE: *Kâfiye*'de⁶³ denmiş ki mefkûd kulun ve mağsub⁶⁴ ve âbık⁶⁵ ve mahcûra ve me'sure kulun mevlâ üzerine fitresi vâcib olmaz, eimme-i selâse katında. *İmâm Şâfi'* ile *Züfer* katında...⁶⁶ Anların delili eydurlar ki, vücûb-i fitre,⁶⁷ milk-i nisâb-ı kâmilden ola muhakkak olacak. Ârızî sebepî ile izalet-i yed mâni' olmaz. Zira izâlet-i rakabe olmadı. Ammâ bizim eimme delili oldur ki Resûl-i Ekrem (S.A.S) buyurmuştur ki: "Lâ zekâte fi'z-zimâri."⁶⁸ Ya 'nî mâl-i zımar zekât yoktur. Mâl-i zımar şol mâla derler ki, milk ola ammâ tasarrufuna

Sayfa başı 195b-193b; (3050, 223a, 12)

kudret olmaya.⁶⁹ Mesela mahcûra ya mağsub veya yabanda gömülüp yerde...⁷⁰ ola veya denizde sâkit olmuş ola veya bir kimsede emânet konmuş ola, kimde olduğun bilmeye. Bunların gibilere mâl-i zımar derler. Ve gene *Kâfiye*'de denmiş ki mükâtebin ve müşterek kulun fitresi mevlâ üzerine vâcib olmaz, eimme-i selâse katında. Ammâ mükâtebde amma mükâtebde⁷¹ *İmâm Mâlik*'in hilâfı var ve müş-

60 "bizim eimme katında" 4948, 269b.

61 3050 nüshasında burada fazladan bir "mesela" başlığı var. 222b, son satır.

62 Burası 3714 nüshasından anlamlı şekilde okunamadığı için 3050'den veriyoruz: "Ve fitre-i nevâse ya'nî kız oğlu vâcib olmaz." 3050, 223a. Metinde yer alan "nevâse" kelimesinin, Farsçada torun anlamına gelen "نواده-نود" kelimesinin Batı Karadeniz Bölgesi ağzıyla yazılmış şekli olduğunu düşünüyoruz.

63 "*Muhtasar-ı Kâfiye*'de", 3050, 223a, 7.

64 Gasp olunmuş, zorla alınmış.

65 Sebepsiz olarak efendisinin yanından kaçan köle.

66 "olur" ilavesi var. 3050, 223a.

67 "sebep-i vücûb-i fitre", 3050, 223a, 9.

68 Bu, temel hadis kaynaklarında yer almayan bir rivayet olup, diğer kaynaklarda genellikle Hz. Ali'nin sözü (mekuf) olarak "Lâ zekâte fi mâlî'z-zimâri" şeklinde nakledilmektedir. Bkz. Zeylâi, Ebû Muhammed Abdullah b. Yusuf el-Haneftî (v. 762), *Nasbu'r-râye li ehâdisi'l-Hidâye*, I-IV, Mısır 1357, II, 334.

69 "Şol ne cileyin ki" ilavesi var. 3050, 223a.

70 Okunamadı. 3050'de "emanet konmuş" şeklindedir. 223a, 13.

71 İki defa yazılmış.

terek kulda hilâf *Îmâm Şâfi'* ile *Mâlik* arasında.⁷² Ânın katında bir kul ki iki kimse arasında müşterek ola, hocanın⁷³ her birine yarım fitre vâcib olur.

MES'ELE: *Şerh-i Alâî*'de denmiş ki, eğer bir nice kullar iki kişi arasında müşterek olsalar, onların fitresi mevlânın ikisine bile vâcib olmaz, *Îmâm Ebû Hanîfe* katında. Ammâ *Îmâmeyn*⁷⁴ mevlânın ikisine bile vâcib olur derler. Aded-i ruûs üzerine dâne'l-eşkâk⁷⁵ bu mes'elenin sureti şöyledir ki, eğer iki kişi arasında beş kul müşterek olsalar hocanın her birine iki kulun fitresi vâcib olur, ammâ *Îmâmeyn* katında. *Îmâm Ebû Hanîfe* katında hocanın ikisine bile fitre vâcib olmaz. Ve *Kâfiye*'de denmiş ki, bazı meşâyih kavli oldur ki bir nice kul bir nice kişi arasında müşterek olsa şeriklerin hiçbirine onların fitresi vâcib olmaz.

MES'ELE: Eğer bir kulu muhayyer bey' etseler, müddet-i hıyar içinde bayram gelip geçse, bizim eimme ol kulun fitresi milk-i mukarrer olan hâcesi üzerine hükmederler. Ammâ *Îmâm Züfer* bâyi'den, müşteriden hıyar hangisine olundu ise ânın üzerine hükmeder.

MES'ELE: *Nâfi'a*'da ve *Hidâye*'de denmiş ki hıyar şartı üç güne dek⁷⁶ ittifâkî dürüsttür, gerek bâyi'in olsun, gerek müşterinin. Ammâ *Îmâm Ebû Hanîfe* katında üç günden ziyade dava olmaz. *Îmâmeyn* katında olur.

MES'ELE: *Müttefik*'te denmiş ki eğer hıyar bâyi'in olsa satılan, anın mâlinden çıkmaz. Ammâ hıyar müşterinin olsa bayi'in milkinden çıkar.

MES'ELE: *Manzûme*'de denmiş ki, eğer bir oğlanın iki atası olsa oğlanın fitresi ikisi üzerine bile vâcib olur. Ammâ her biri yirmi sâ'⁷⁷ buğday vire demiş. Ammâ *Îmâm Muhammed* ikisine yirmi sa' buğday vâcib olur demiş. Ammâ *Îmâm Muhammed*'in delili oldur ki oğlan birdir, fitresi dâhî bir vâcib.⁷⁸ Atanın ikisi yirmişer vireler. *Ebû Yûsuf* eydur, çünkü bir oğlanı iki kişi ikrâr idüb her biri benimdür deyüb dava etdükte bile neseb sâbit olub meûnetleri sâbit üzerlerine oldı.

Sayfa başı 196a-194a; (3050, 223b, 16)

Zira her biri kendi nefsi üzerine kâmil oğul ikrâr itmişdür. Pes fitre⁷⁹ her birine tamam vâcib olur. Eğer oğlan olsa ikisi bir ata hakkın yer. Eğer ataları olsa oğlan her birinden bir oğul hakkın yer. Bir (oğlanın iki atası olmak şol vechile olur ki, iki kişi arasında müşterek câriye doğurduğu oğlanı)⁸⁰ her birisi benimdir deyü ikrar ettiler.

72 "var" ilavesi var. 3050, 223a.

73 burada sahip, efendi anlamında kullanılmıştır.

74 "katında" ilavesi var, "derler" yok. 3050, 223a.

75 "eşkâk" şeklinde. 3050, 223b.

76 "değîn" şeklinde. 3050, 223b, 8.

77 Bir sâ' 1040 dirhem-2918 gramdır.

78 "olur" ilavesi var. 3050, 223b.

79 "dâhî" ilavesi var. 3050, 223b.

80 Parantez içindeki kısım 3050'de yok.

MES'ELE: *Kenz*'de sadaka-i fıtırın miktarında denmiş ki, buğdaydan viren, ya buğdayın unundan ya nohuttan yirmi sâ' vire. *Kudûrî*'de sadaka-i fıtır vâcibdür. Buğdaydan virene yarım sâ' ammâ hurmadan ya kuru üzümünden ya arpadan viren bir sâ' vire. Ammâ *Manzûme*'nin *Nesefti Şerhi*'nde kuru üzümünden. Ammâ *Ebû Hanîfe*'den iki rivayet var: Bir rivayette tamam sâ', bir rivayette yarım sâ' vire denmiş. Ve *Kâfiye*'de *İmâm Şâfi*'iden naklolunmuş ki, "Min cem'î zâlike sâ'un" ya'nî buğday olsun, buğdayununu ve kavudu olsun hangisi olursa tamam sâ' verile demek olur. *Şâmil-i Beyhakî*'de denmiş ki buğdayununu ve kavudu buğday gibidür, hangisinden verürse yarım sâ' vire. Ve arpanın ununu ve kavudu arpa gibidür, hangisinden virürse tamam sâ' vire.

MES'ELE: *Kudûrî*'de denmiş ki, *İmâm Ebû Hanîfe* ile *İmâm Muhammed* katında sâ' bir ölçüğe derler, sekiz ritil ola 'Irak vezniyle ki, bin kırk dirhem olur. Ammâ *İmâm Ebû Yûsuf* katında sâ' oldur ki beş ritil ola, dâhî ritilin sülüsünü ala. Ve *Kâfiye*'de denmiş ki sâ' *İmâm Ebû Hanîfe* ile *İmâm Muhammed* katında sekiz ritildur, her ritil yirmi seyirdür. Her seyir altı buçuk dirhemdür. Ammâ *İmâm Ebû Yûsuf* ile *İmâm Şâfi*'î katında sâ' beş ritildur dâhî ritilin sülüsüdür ve hem ritil otuz seyirdür her seyir altı buçuk dirhemdür. Ammâ ba'zıları *İmâm Şâfi*'î katında dâhî ritil yirmi seyirdür demişler. Ve denmiş ki, miktâr-ı sâ' da fetva *İmâm Ebû Hanîfe* ile *İmâm Muhammed* kavlinedür.

MES'ELE: *Ravza-i Zendûsî*'de denmiş ki ulemâ-i selâse katında buğday nisf sâ' üzerine mukadderdür. Cemî'î mevâzı'da (mevzı'da) ya'nî sadaka-i fıtırda ve kefâret-i yemin ve zıharda denmiş ki yarım sâ' iki men⁸¹dür. Mekke meni ile ol miktar ta'âm, bir âdeme bir gün ve bir gıce ta'âm olur. Bir meni tanla⁸² öyünine biri akşam öyünine, bundan eksük yemek revâdur,

Sayfa başı 196-194b; (3050, 224a, 17)

artuk⁸³ yemek değil. Ammâ şol ki⁸⁴ bu miktarla doymaya, artuk yerse günahkâr.⁸⁵ Lâkin doyduktan sonra yemek haramdur, bir lokma ise dâhî, zira ki Kur'an'da nehyi gelmişdür. Kavlühü Te'âlâ "**Külû ve'srabû velâ tüsrifû**"⁸⁶ yün için israf etmek demek olur. Burada israftan murad doyduktan sonra yemek.⁸⁷ Pes bu ayetle doyduktan sonra yemek haramdur. Ve *Fetâvâ-i Hanîy*'de denmiş ki: "Men kâle bi enne'l-ekle liş-şebî'i halâlün yekfüru" ya'ni her her kişi ki "doyduktan sonra yemek helaldur deye" kâfir olur neûzu billâh.

81 "Miktârı bölgelere ve tartılacak şeylere göre değişen eski bir ağırlık ölçüsü, batman" Bkz. Hamamcıoğlu, *Hulviyyât-ı Şâhi Giriş İnceleme- Metin- Sözlük*, s. 145.

82 Tanla, nazal kâf ile "sabah vakti" anlamına gelir.

83 "Daha fazla" anlamında.

84 "kişi" şeklinde. 3050, 224a.

85 "olmaz". 3050, 224a.

86 Araf, 7/31.

87 "dür" ilavesi var. 3050, 224b, 1.

MES'ELE: Eğer kendinün ve oğlunun kızının ve kulunun karavâşının fitresini cem' idüb, şöyle ki on sâ' dâhî olursa, bir fakîre verirse dürüsttür. Ve bir sâ'ı on dervîşe verirse dürüst olur. Ammâ efdal oldur ki, her dervîşe yarım sâ' vire ki bir gün bir gîce ta'âm olur. Eğer sadaka-i fitır için bir sâ'ı bir kişiye verürse ulemâ-i selâse katında dürüsttür kıymet itibari ile *İmâm Mâlik* hilâfınca.

MES'ELE: *Muhtasar-ı Kâfiye*'de denmiş ki fitre buğdaydan ve arpadan gayride anlardan pirinç ve...⁸⁸ ve sâir hubub gibi buğdayı kıymetince virilse dürüsttür, eğer kıymetince akçe dâhî verilse dürüsttür, ulema-i selâse katında. Ve *Hidâye*'de denmiş ki "Ve yecüzü def' u'l-kıymeti fi'z-zekâti 'indenâ ve kezâ fi'l-keffârâti ve sadakâti'l-fitri ve'l-'uşri ve'n-nezri".⁸⁹ Ve *Şerh-i Manzûme*'de sadaka-i fitırda ve zekâta kıymetini virmek dürüsttür.⁹⁰ (*İmâm Şâfi'î* katında ve *Fetâvâ-i Hucce*'de fitrede kıymet virmek dürüsttür.)⁹¹ Ammâ nâsta ya'nî hadiste olanın aynını virmek efdaldur denmiş. Ammâ İbn Seleme demiş ki demiş ki⁹² eğer kıtlık günlerde olsa buğday virmek evlâdur. Eğer ucuzluk günlerde olsa akçe virmek evlâdur. Zira sadaka hâcet için emrolmuştur. Pes her nesne ki fakîre infa' ola, anı virmek gerek. Hatta buğday kıymetince etmek virmek dürüst görmüşlerdür.

MES'ELE: Eğer bir kişi bir şehirde olsa, bir gayri şehirde fitresini verecek kişileri olsa kul gibi karavâş gibi dâhî bunlardan gayri gibi bu iki şehrin hangisi muteberdür? Ammâ *İmâm Muhammed* demiş ki, fitre verecek kişi olduğu şehir muteberdür. Ammâ *Ebu Yusuf* demiş ki, fitre kimin için virilürse ol kimesne olduğu yer muteberdür. Ya'ni ol şehrin fukarâsına gönderile demiş ve *Şâmil-i Beyhakî*'den⁹³ *İmâm Ebû Yûsuf* rahimehullah zekât ve sadaka-i fitır mâli ve kul karavâş hangi mevâzı' da ise ol mevzı'ın fukarâsı için gönderile demiş ve fetva dâhî bunun üzerine denmiş ki *İmâm Şâfi'î* (katında) bayram gîcesi

Sayfa başı 197a-195a; (3050, 225a, 2)

gün dolunıcak fitre vâcib olur. Ammâ bizim eimme katında subh doğıcak vâcib olur. Bu hilâfın kâidesi iki me'selede zâhir olur. Biri oldur ki, eğer fitre bayram gîcesinde sabah doğmazdan öndin bir oğlan doğsa ya kâfir Müslüman olsa⁹⁴ bizim eimme katında fitre vâcib olur. *Şâfi'î* katında olmaz. İkinci oldur ki eğer bir kimesne ol gîcede subh doğmadan evvel ise⁹⁵ bizim eimme katında fitre vâcib olmaz. Ammâ *Şâfi'î* katında olur.

88 Okunamadı.

89 "Bize göre zekâta, kefaretlar, fitır sadakaları, öşür ve nezirde malın kıymetini vermek caizdir."

90 "dürüst değil denmiş" ilavesi var, 3050, 224b, 11.

91 Parantez içindeki kısım 3714'te yok.

92 İki defa yazılmış.

93 "demiş ki" şeklinde.

94 "imana gelse", 3050, 225a, 5.

95 "vefat itse", 3050, 225a, 6.

MES'ELE: *Kâfiye*'de denmiş ki⁹⁶ *Halef-i Eyyüp* katında fitre ta'cillemek var. Ramazan ayı içinde olacak, ya'nî bayramdan önürdü⁹⁷ virse dürüsttür. Ammâ ramazan ayından önürdü virmek dürüst değil. Ve ba'zıları katında nısf-ı âhar içinde, ba'zıları aşr-ı âhar içinde verilse dürüst olur demişler. Ammâ *Hasan İbn Ziyad* fitrede ta'cil asla dürüst değil; niteki(m) kurbanda dürüst değil demiş. Eimme-i selâse katında eğer bayram günü verilmese sâkit olmaz, tehirle. Eğer günler ya aylar geçse dâhî. Ammâ *Hasan İbn Ziyad* bayram günü geçmekle sâkit olur. Zira ki o bir gurbettür ıyd gününe mahsus. Lâkin eimme-i selâse eydurlar ki mal ile olur gurbettür, vâcib olduktan sonra sâkit olmaz, mademki eda olunmaya. Niteki(m) zekât sâkit olmaz.

MES'ELE:⁹⁸ Eğer bir kimesne pırlık sebebinden ramazan orucunu tutmaya kâdir olmasa, yeye. Ammâ her gün için yarım sâ' buğday vire. Nice ki, keffâret ve sadaka-i fitır virilir.

MES'ELE: *Tecnis*'te ve *Şâmil-i Beyhakî*'de denmiş ki pırlık ya hastalık ya sefer sebebi ile ramazan ayı orucu sâkit olan kimesneden sadaka-i fitır sâkit olmaz. Zira ki fitrenin oruca ta'allukı yoktur. Anınçün ki nâreside⁹⁹ bay zengin olıcak fitre vâcib olur anlara, hod¹⁰⁰ oruç farz değil.

MES'ELE: *Muhî'te* ve *Muhtasar-ı Kâfiye*'de denmiş ki zekât mâlin virmek dürüst olmayan tâifeye fitreden ve nezr-i mutlakadan ve keffâret-i zıhardan ve keffâret-i yeminden ve sadaka-i cinâyât-ı hac gibilerden olan mâli dâhî virmek revâ değil. Ve şol hayırlar ki anı zekât mâli ile işlemek revâ olmaya bunlarıyla dâhî olmaz. Mâl-i zekâtın masrafında tafsıl çoktur. Tadvil olmasun için iktisar olundu.

MES'ELE(3050'de yok): *Hidâye Şerhi*'nde denmiş ki, zekât ya sadaka-i fitır bir kimesneyi fakîr sanub virse, sonra malum olsa ki ganî imiş, ya Hâşimî ve yahut kâfir imiş; karanlık gîcede bir kimseye virse sonra malum olsa ki âteşi imiş¹⁰¹ ya oğlu (emiş) dürüst ola. Kileydin¹⁰² virmek vâcib olmaz, *Ebû Hanîfe* ile *İmâm Muhammed* katında. Ammâ *İmâm Ebû Yûsuf* katında dürüst olmaz.

Sayfa başı 197b-195b; (3050, 225b, 7)

Bir dâhî virmek vâcibdür. Zira ki hatası yakînen zâhir oldu, der. İmâmeynin delili oldur ki, hadis-i Ma'n İbn Yezid'dir. Ol şoldur ki Yezid zekât virmek için bir kişiyi vekil etmişdi. Vekil dâhî verdi. Ma'n'a verdin Yezid bilincek oğlu Ma'n'ı alub Resûl-i Ekrem (s.a.s.) katına geldi. Halini arz eyledi. Resûl-i Ekrem (s.a.s.)

96 3050'de fazladan şu ifade var: "Eimme-i selâse katında fitreyi ta'cil dürüsttür mutlaka. Ya'nî gerek Ramazan, gerek dâhî öndin olsun, zekâta kıyas idüb" 225a, 7-8.

97 Önce, ilk önce, daha önce, ileri.

98 Başlık 3714'te yok.

99 Nâres/ نارس ham, olgunlaşmamış, yeni yetme.

100 Hod/ حود kendi.

101 "emiş" ifadesi 3050'de yok. 4948'de var. 4948, 273b, 6.

102 Kelime "ikinci defa" anlamında "ikileyin" كيلي لاى olmalıdır.

buyurdu ki: “(Yâ Ma’n!)¹⁰³ **Leke mâ ehazte, Ya Yezidu! Leke mâ neveyte**”¹⁰⁴ ya ‘nî “Ya Ma’n olki aldun senindür, Ya Yezid sana oldur ki niyet ettin.” Ammâ eğer bir kişi zekâtın ya fitresin bir kişiye virse dâhî sonra malum olsa ki kendinin kulu ya mükâtebi imiş dürüst olmaz, ittifâkî. Eğer bir kişi zekâtın ya fitresin bir kişiye virse dâhî, sonra ma‘lum olsa ki eğer bir kişi zekâtın ya fitresin kız kardeşine virse anın dâhî¹⁰⁵ üzerine kâbin¹⁰⁶ olsa eğer mehr-i müeccel ise dürüst olur. Ammâ mehr-i mu‘accel ise ve nisaptan ziyade ise dürüst olmaz.

MES’ELE: *Muhtasar-ı Kâfiye*’de denmiş ki zekât ve cümle sadakât-ı vâcibât, aslından fer‘inden gayri kamularına virmek dürüsttür eğer fakîr olurlarsa.

MES’ELE: Eğer bir kimesne kardeşini ya kız kardeşini kendi besler olsa anlara harc ettiğini zekât yerine niyet etse,¹⁰⁷ eğer kâdı onların nafakalarını bunun üzerine farz etmemiş ise dürüst olur, etmiş ise olmaz. Sadaka-i keffâret ve fitre dâhî böyledür.

MES’ELE: Zekâtı ve cemî‘i sadakât-ı vacibâtı, Benî Hâşim’e ve anların âzâdelilerine virmek dürüst değil. Ve denmiş ki Benî Hâşim, Emîre’l-müminîn Ali ve Abbas ve Ca‘fer ve Ukayl ve Hâris b. Abdülmuttalib neslinden olanlardur. Resûl-i Ekrem (s.a.s.) buyurmuşdur: “**Ya Benî Hâşim, innellahe teala harrame aleyküm evsâha’n-nâsi ve avvezaküm bi humsi’l-humsi mine’l-ganimeti.**”¹⁰⁸ Ve *Umdetu-Fetâvâ*’da denmiş ki, Benî Hâşim’e sadaka-i vâcibden virmek revâ değil amma sadaka-i nâfileden virmek revâdur.

MES’ELE:¹⁰⁹ *Fetâvâ-i Özcendî*’den denmiş ki, ataya, anaya, oğula, kıza ve kız oğullarına fitre ve bakî sadakayı virmek revâ değil. Fitreyi er ‘avretine ve ‘avret erine virmek revâ değil, *Îmâm Ebû Hanîfe* katında. *Îmâmeyn* katında avret erine virmek var. *Manzûme*’den naklolunmuş ki, *Îmâm Ebû Hanîfe* ile *Îmâm Muhammed* katında sadaka-i vâcibden zimmîye virmek var. Ammâ *Îmâm Ebû Yûsuf* katında virmek dürüst değil.¹¹⁰ Ve *Musaffâ*’da denmiş ki, zimmî kaydı anınçündür ki,

Sayfa başı 198a-196a; (3050, 0226a, 6)

harbiye virmek ittifâkî dürüst değil. Eğer müste‘men ise dâhî. Vâcib kaydı anınçündür ki sadaka-i mefrûzadan ya ‘nî zekâttan virmek dürüst değil, ittifâkî. Ve zimmîye sadaka-i nâfileden virmek var, ittifâkî. Ve gine *Musaffâ*’da denmiş ki sadaka-i vâcibe fitre ve keffâret-i zihar ve keffâret-i yemin ve nezir mutlakdur. Ve

103 Parantez arasındaki hitap ifadesi 3714’te yok. 3050, 225b, 11.

104 Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil el-Cu’fî (v. 256), *Sahihu’l-Buhârî*, I-VII, Beyrut, 1410/1990, Zekât 14, hadis no: 1356.

105 “eri” eki var. 3050, 225b, 14.

106 Kâbin -كابين mehir.

107 “harc ettiğini zekât niyetine etse” 3050, 225b, 17.

108 Kaynağı bulunamadı.

109 3050’de bu mesele başlığı ve birkaç satır yok.

110 3050’de “*Musaffâ*’da denmiş ki: Zimmî anınçündür ki sadaka-i mefrûzadan ya ‘nî zekâttan virmek dürüst değil ittifâkî ve zimmîye sadaka-i nâfileden virmek var.”ş yazılmış.

Hidâye'de dâhî denmiş ki zekâtın gayri sadakât-ı vâcibeden zimmiye virmek.¹¹¹ *İmâm Ebû Hanîfe* ile *Muhammed*'in delilleri bu hadistir ki Resûl-i Ekrem (s.a.s.) buyurmuştur ki: "112... **alâ ehli'l- edyâni küllihâ.**"¹¹³ Bu hadis hükmü ile zekâtı dâhî zimmiye virmek revâ olurdu. Mu'az'ın rivâyet ettiği bu hadis değilmişse, ol hadis oldur ki Resûl-i Ekrem (s.a.s.) buyurmuştur ki: "114 **min ağniyâihim ve ruddehâ ila fukarâihim**"¹¹⁵ ve *Fakih Ebulleys*, *Muhtelif*te getürmüş ki sadaka-i fıtırı cühûde ve tersâya¹¹⁶ virmek var. Ve *Fetâvây-I Huccê*'de sadaka-i fıtırı zimmiye virmek var. Ammâ evlâ ü efdal oldur ki fukarâ-i ehli- İslâm'a vireler. *Menâfi*'de denmiş ki fakir oldur ki hiç nesnesi olmaya dünyevîden. Miskin oldur ki nesnesi ola ammâ nisâba mâlik olmaya ve aksi dâhî denmiş.

MES'ELE: *Şerh-i Nâfi*'a'da¹¹⁷ denmiş ki zekât ve fitre ve keffâret-i zıhar ve keffâret-i yemin dürüst değil bir kişiye virmek ki nisâba malik ola, her nice maldan olursa, zira ki ganî olur. Resûl-i Ekrem (s.a.s.) buyurmuştur ki: "**Lâ yehillü's-sadaka liğaniyyin.**"¹¹⁸

MES'ELE:¹¹⁹ Ammâ nisaptan eksik mâlin olana virmek dürüsttür. Eğerçi kesb ehli olursa dâhî. *Umdetül-Fetâvâ*'da nisâba malik olana sadaka almak revâ olmaz. Çünkü sadaka almaya revâ olmaya. Câize-i sultan câize-i sultan¹²⁰ dâhî almak dâhî revâ olmaya. Ânınçün ki ol dâhî sadaka olmak şüphesi var denmiş. Ve *Kenz*'de denmiş ki: "**velâ yes'elü men lehü güt-ü yevmin**" ya'nî bir günlük yiyeceği olana sual ve nedâlik¹²¹ revâ değil. Ve *Bustân-ı Ebulleys*'de denmiş ki eğer dilemedin nesne virseler red etmeye ki ol nesne anun rızkıdır. Ki Allah Teâlâ ona rûzî¹²² kıldı. Resûl-i Ekrem (s.a.s.) buyurmuştur ki, "**Men a'tâ şey'en min ğayri mes'eletin fe'l-ye' huz. Fe innemâ huve rizkun razekallâhu teâlâ.**"¹²³ Ve gine *Bustân*'da denmiş ki, sultanun bahşisini kabul etmek bizim katımızda iki vecih üzerinedür. Eğer sultan mâlinin ekseri rüşvetten ve salğundan olacak olursa sultanın atâsını kabul edecek değildir,¹²⁴ meğer yakînen bile. Ki ol verdiği helal maldan ola. Ve ammâ sultan mâlinin ekseri ticaretten ya mirastan hâsıl olmuş ise

111 "var. *İmâm Ebû Hanîfe* ile *İmâm Muhammed* katında. *İmâm Ebû Yüsuf* ile *İmâm Şâfi* dürüst değil demişler, zekâta kıyas edip." ilavesi var. 3050, 226a, 9-10.

112 "tesaddekü" ilavesi var. 3050, 226a, 11.

113 İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekr b. Abdillâh b. Muhammed el-Küfî (v. 235), *Kitâbu'l-musannef fil-ehâdis ve'l-âsâr*, I-VII, Riyad, 1409, II, 401; Zeylâi, *Nasbu'r-râye*, II, 398.

114 "Huzhâ" ilavesi var. 3050, 226a, 13.

115 Hadiste çok fazla istinşah hatası vardır. Burada kastedilen, Buhârî ve Müslim'de geçen şu hadis olabilir: "أَنَّ اللَّهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً فِي أَمْوَالِهِمْ تَأْخُذُ مِنْ أَعْيَانِهِمْ وَرُزْدٌ عَلَى فُقَرَائِهِمْ" Buhârî, Zekât 1, no: 1314; Müslim, Ebû'l-Huseyn Müslim b. el-Haccâc el-Kuşeyrî en-Nisâbüri (v. 261), *Sahîhu Müslim*, I-V, Beyrut, ts, İman 27.

116 Yahudi ve Hıristiyanlara.

117 "*Menâfi*'de" şeklinde yazılmış. 4948, 274, 13.

118 Kaynaklarda bu hadis, "لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِعَيْنٍ" şeklinde geçmektedir. Bkz. Mâlik, Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes (v. 179), *el-Muvattâ'*, I-II, Mısır, ts, II, 293, no: 535; Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eşâs es-Sicistânî (v. 275), *Sünenu Ebî Dâvûd*, I-III, Beyrut, 1409/1988, Zekât 23, no: 1634.

119 3050'de bu mesele başlığı yok.

120 3050'de bu tekrar yok.

121 Dilencilik ve aşırma.

122 Rızık, azık; nasip, kusmet.

123 Aynı anlamda benzer lâfızlarla bkz. Mâlik, *Muvatta*, II, 997, no: 1812; Tayâlisî, Ebû Dâvûd Süleyman b. Dâvûd (v. 204), *Müsned*, Beyrut, ts, I, 325, no: 2478.

124 3050'de "kabul itmek reva değildir" şeklinde.

Sayfa başı 198b-196b; (3050, 226b, 10)

ki alâ vechi'ş-şer'î denmiş ki bunun gibi mâldan sultanın atâsını kabul etmek revâ olur. Mâdemki yakinen bilmeye, verdiği nesne haramdan ya şüpheliden idi ki. Ammâ yine deki bu vecheden dâhî kabul etmemekdür. *Nâfia*'da eydur *Hasan Basrî*'den rivayet olundu ki, on bin dirhem gümüşe gücü yetene zekât virmek dürüsttür. Sordular ki ne vechiledür ki bir Müslüman'ın on bin dirhemlik evi ya'nî ya kumaşı ola. Çünkü hâcet-i asliyesine meşgul ola hemen yok gibidir. Pes bunun gibi kimseye zekât virmek ve kalan vâcib olan sadakalardan virmek caizdür. Ve *Usul-i Husâmî Haşiyesi*'nde denmiş ki sadaka-i fitrın nefsi vücûbinun sebebi ganî olan Müslüman'ın üzerine yazılmışdur ki meûneti üzerine vilâyeti dâhî ola ol Müslüman'un. Ammâ sadaka-i fitrın edâsı vâcib olmağın sebebi hitabdur. Ya'nî Hazreti Resûl-i Ekrem'in (s.a.s.) kavlidir ki buyurdu: **“Eddû an külli hurrin ve abdin sağırin ev kebirin nisfe sâ'in min büddin ev sâ'an min temrin sâ'an min şe'îyrin.”**¹²⁵ Vâcib olmasının şartı Müslüman olmakdur ve azâde olmakdur ve hâcet-i asliyesinden ziyâde nisaplardan bir nesneye malik olmakdur. Edâsı vâcib olmasının şartı bu zikrolunan vasıflarla muttasıf iken ya'nî Müslüman, azâde (ve) mâlik-i nisâba fâriğ ya'nî hâcet-i asliyeden ziyâde iken oruç bayramının subhuna yetişmekdür. Ammâ edâ etmesi dürüst olmasının şartı niyetdür. Ya'nî fitre verirken ya mâlinden ayırdığı vakit üzerine vâcib olanı edâ etmekle Allah Teâlâ'yı hoşnut kılmağa kast etmekdür. Ammâ sadaka-i fitrın rüknü fitreyi temlik etmekdür. Bir fakîre ki Müslüman ola ve Resûlün dedesi Hâşim'in oğullarından dâhî olmaya ve anların azâdelilerinden dâhî olmaya ve üzerine nafakası vâcib olanlardan dâhî olmaya. Ammâ sadaka-i fitrın hükmü boynundan vâcib sâkit olmakdur dünyada ve sevap hâsıl olmakdur ahrette, Hak Teâlâ'nın fazl u keremi ile. Ve *Müttefek*'te denmiş ki her nesne ki oruç bayramında işlemesi müstehâb ola kurban bayramında dâhî müstehâbdur. Gusûl etmek gibi eyü kokululardan isti'mâl itmek gibi ve libasların eyicesini giymek gibi ve hõrendesi¹²⁶ üzerine nafakayı ziyade itmek gibi. Ve *Kenz*'de ve *Kâfiye*'de eydür, her nesne oruç bayramında zikrolundu kurban bayramının hükmü dâhî hemen õyledür. İllâ bu kadar var ki oruç bayramında musallâ yolunda¹²⁷ inil inil etmek sünnetdür. Kurban bayramında katî etmek sünnetdür, ittifâkî. Ve yine ancılâyın eğer oruç bayramında bir hâdise olsa ki

Sayfa başı 199a-197a; (3050, 227a, 16)

halkı namaz kılmaktan men' itse yârındası kılmak dürüstdür ancak âmma kurban bayramında üçüncü günde kılmak dürüstdür. Gine ancılâyın oruç bayramında hatîb hutbede fitre ahkâmını beyan itmek sünnetdür. Ve kurban bayramında kurban hükümlerini ve tekbir-i teşrik ahvâlini beyân itmek sünnetdür. Ve bir dâhî budur ki oruç bayramında salâya (musallaya) çıkmazdan öndin ta'amlanmak

125 “أَدُّوا عَنِ كُلِّ حُرٍّ وَعَبْدٍ صَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ، أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ، أَوْ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ” Zeylaî, *Nasbu'r-râye*, II, 406.

126 Hõrende; horanta, birinin beslediği kimse, boğaz.

127 “tekbiri” ilavesi var. 3050, 227a, 15.

müstehabdur. Ve kurban bayramında namazdan fâriğ olunca imsak müstehabdur. İş bu hadise bina idüb ki Resûl-i Ekrem (s.a.s.) buyurmuştur ki: ¹²⁸ "...**yevme'n-nahri ilâ en yusalliyê salâte'l-ıydî fe ke'nemâ abedellahe teâlâ sittine elfe senetin.**"¹²⁹ Ya'nî her kişi ki kurban bayramı günü oruç tuta, imâm namazdan fâriğ olunca Allah teâlâ ana altmış bin yıl ibadet sevabını vire. Ammâ bilmek gerek ki burada savmdan murad oruç tutmak değildir. Belki imsak itmekdür. Niteki(m) *Fahru'l-İslâm Ali Pezdevî Usûl-i Fıkıh*'ta götürmüş ki kurban bayramının evvelinde savm niyetine imsak itmek meşru değildir. Belki imsak bu mâni'dendür ki ta'âmının evveli kurbandan ola. Zira haberde gelmişdür ki Resûl-i Ekrem (s.a.s.) **"Ennâsü edyâfullahi fi hâzihi'l-yevm."**¹³⁰ Konuğa mekruhtur ki konukluk ta'âmından önürdü gayri ta'âma meşgul ola konukluk ta'âmı ki kurbandur. Ve bu ecildendür¹³¹ ki köy halkına ırte namazı yeri ağarduğnilâyın kurban dürüst oldu. Anların hakkında imsak sünnet olmadı. Ve gene ancılâyın çünkü oruç bayramında kurban yok musallâya çıkmazdan önürdü ta'âmlanmak müstehabdur.

Sonuç

Kemalettin İsmail Bey, ilmi ve kültürel faaliyetlere çok önem veren bir hanedanın mensubudur. Âdeta genetiğine işlenmiş olan bu ilim sevgisi, onu çok önemli bir faaliyetin içine sürüklemiş görünmektedir. Onu, milletinin dünyevi mamuriyetini düşünmenin yanında uhrevi necatını düşünecek kadar naif bir anlayış sahibi yapan bu kültürel arka plan, aynı zamanda onu bir eser yazmaya da sevk etmiştir. Zira o, ilim dünyamıza kazandırdığı *Hulviyyât*'ında insanın öğrenmesi farz-ı ayn olan ilimlerin başında ibadet hükümlerini görmektedir. Döneminde bu alanda halkın kolayca anlayabileceği eserlerin eksikliğini hissetmiş olmalı ki, boşluğu kendisi doldurmak durumunda kalmıştır kanaatindeyiz.

İsmail Bey, eserini oluştururken çok sayıda Hanefî kaynağından yararlanmıştı. Alıntılarında kaynağın adını zikretmesi, ilmi hassasiyetine örnek olarak gösterilebilir. Diğer yandan meseleleri, çok değişik açılardan ele alıp değerlendirmesi, okuyucunun eserden azamî istifadeyi elde etmesine yönelik bir çaba olarak görünmektedir. Nitekim sonraki yıllarda *Hulviyyât*'ın birçok camide nüshalarının bulundurulması halkın ihtiyaç hissettiğinde kendi dilinde yazılmış bu esere kolayca ulaşabilmesine imkân verilmesi, İsmail Bey'in amacına büyük ölçüde ulaştığı anlamında değerlendirilebilir. Eser bu yönüyle bir başucu kitabı gibi, bir ilmihal kitabı gibi görev üstlenmiş de denebilir.

Eserin fetva mecmuaları arasında ayrı bir yeri olduğu gözlenmektedir. Sadece ibadet konularına yer veren bu kadar hacimli bir eser meydana getirmek İsmail Bey'den başka bir sultanın hayatında fazlaca rastlanan bir şey değildir. Metni-

128 "Men sâme" ilavesi var. 3050, 227b, 2.

129 Kaynağı bulunamadı.

130 Kaynağı bulunamadı.

131 Ecil; işini sonraya, geriye bırakan; geciktirilen şey.

ni verdiğimiz Fıtır Sadakası Bâbı yaklaşık 6 varaktan ibarettir. Bâbın, bu kadar kısa olmasına rağmen 30 civarında kaynaktan alıntılar yapılması, yazarının ilmi vukûfiyetini ve hassasiyetini göstermesi bakımından kayda değer bir ayrıntıdır.

Ayrıca dilinin Türkçe olması, *Hulviyyât*'ı değerli yapan başka bir yönüdür. Zira yazıldığı dönemde Türkçe kaleme alınan başka bir fetva mecmuasının olup olmadığından emin değiliz. İsmail Bey, vakıya mutabık hareket etmiş, eserini halkın anlayacağı dilde yazarak belki de günümüz yöneticilerine örnek olmuştur. Zira mevcut durumu görmüş, halkın kendi başına ulaşamayacağı bir bilgiyi onların ayağına götürmüştür. Dini bilgiyi halkla buluşturmuştur. Bu konuda İsmail Bey'i bu özelliklerde bir eser yazmaya sevk eden hissiyatın şu aşamalardan geçtiğini düşünürüz:

Halkın uhrevi necatı için ibadet bilgilerini öğrenip uygulaması farz-ı ayndır.

Halk Arapça bilmez ve herkesin Arapça kaynaklardan ibadet hükümlerini çıkaracak ilmi bilgi ve tecrübesinin olması beklenemez.

Bu durumda halkı, öğrenmesi farz-ı ayn olan ibadet bilgileriyle buluşturmak gerekir. Bunun için yapılacak çalışmada iki özellik gereklidir: İlk olarak bu çalışma halkın anlayacağı dilde olmalıdır. İkinci olarak ise kaynaklardan istinbat edilen ve son kullanıcıya hitap eden fetva türünde olmalıdır.

İşte İsmail Bey bu önermelerin gereğini yapmıştır diye düşünürüz. Halkının mevcut durumuna göre çözüm üretmesi beklenen her iyi yöneticinin yapması gereken şeyi yapmıştır. Bundan dolayıdır ki hem yaşadığı dönemde takdir görmüş, hem de vefatından sonra yöre halkı onu her zaman hayırla yâd ede gelmiştir.

KARI-KOCA MALLARININ İDARESİ ÜZERİNE MUKAYESELİ BİR ETÜD

Yrd. Doç. Dr. Veysel Nargül*

A Comparative Study on Wife and Husband's Property Administration

Property regime is a system of distribution and sharing on termination with divorce or death of marriage, their economic savings achieved by joint working with in the period of the couple's marriage. From the conditions of agricultural society to industrial society, changing social and economic conditions with the transition from there to the information society, had given to life of working in private or official business, outside of women's homes.

Women who provide indirectly economic contribution to the family with the workforce, started to provide direct economic contribution to the family budget with the changes and mentioned period. In case of the termination of marriage, in the separation of economic values of couple's own, especially woman's determination with objective criteria of values to the economy of the family, have gained importance without sacrificing the regulation of the two sides .

Property regimes are an issue examined in detail in the western countries. Property regime in the modern sense in our country, came up with the adoption of the Turkish Civil Code from Switzerland. In old Turkish societies there are an application similar to Separation of property today. The separation of the goods is essential in Islamic law It is granted full authority in their goods to women. Married couples in Islamic law have according to system of goods separation to their property acquired before marriage and after marriage . The system of goods the separation required by Islamic law had been applied in the Ottoman Empire.

This article will be examined in comparison with the Islamic law and the Turkish Civil Code.

Key words: Family law, property administration, wife, husband.

Giriş

Türk Medeni Kanunu'nda mal rejimlerine ayrıntılı hükümler tahsis edilmesine rağmen ülkemizde konuyla ilgili hukuki anlamda yeterli bilgilendirme sağlanmış değildir. Evlenerek aile müessesesini tesis edenlerin önemli bir kısmı, mal rejimlerinden habersiz olarak evlilik birliğini sürdürmektedir. Mal rejimlerine

* Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

ilişkin tartışmalar daha çok zengin iş adamlarının ve popüler kimselerin ayrılık sonrası eşleriyle yaşadıkları sorunlar özelinde medya aracılığıyla ülke gündeminde yer almaya başlamıştır.¹ Bu haliyle bile konu toplumun hafızasında önemli bir gündem oluşturamamıştır. Mal rejimleri konusu, İslam aile hukuku perspektifiyle de incelenmemiştir.² Klasik ve çağdaş fıkıh müellefatında mal rejimi kavramına rastlanmasa da eşlere ait haklar kapsamında evliliğin mali hükümleri hakkında detaylı ve sistematik bilgiler mevcuttur. Bu malumat birikimi sayesinde, mal rejimi hükümlerine karşılık gelebilecek bilgilerden hareketle günümüz mal rejimleri konusuna İslam hukukunun dinamizmi gereği bir perspektif sunulabileceği düşüncesindeyiz. Bu düşüncelerle bir makale boyutunda konuyu gündeme getirmeyi hedeflemiş bulunmaktayız.

Makale, *eşlerin mallarının idaresi* olarak da ifade edilen aile hukukunda *mal rejimi* konusuna tahsis edilecektir. Araştırmamız iki temel başlık üzerine kurgulanmıştır. Öncelikle Türk Medeni Kanunu'ndaki mal rejimleri konusu, tarihi süreçte geçirdiği aşamalar da dikkate alınarak çalışmamızla irtibatlı kısımları itibarıyla özetlenecektir. Sonra da, klasik fıkıh kaynaklarında mal rejimlerine ışık tutacak farklı konular içinde serpiştirilmiş bilgiler bir araya getirilerek, İslam hukukunun temel ve özel hükümleri bağlamında mal rejimiyle ilgili bir kısım değerlendirmeler yapılacaktır.

Evlilikte eşlere ait maddi ve manevi haklar, klasik fıkıh eserleri ve İslam aile hukuku ile ilgili çağdaş çalışmalarda eşlerin hakları kapsamında değerlendirilir. Hakların dengeye oturduğu huzurlu bir ailenin tesis edilmesinde, eşlerin birbirlerinin haklarına saygı göstermeleri önemli bir faktördür. Bu haklar, aile kurumunun sağlıklı bir şekilde devam etmesini sağlayan dini ve ahlaki kurallar yanında, eşler arasındaki ekonomik ilişkileri düzenleyen evliliğin mali hükümleriyle de yakından ilgilidir. Bu açıdan eşler arasında maddi ve manevi bir bağ oluşturan, ahlaki ve hukuki temele dayanan bir müesseseyi tesis eden evlilik birliğinin, ekonomik yönü de göz ardı edilmemeli ve diğer boyutlarıyla birlikte ailenin iktisadi vechesi de tarafların haklarını koruyacak biçimde tanzim edilmelidir.

Bilindiği gibi aile, üyelerinin birlikte beslenme ve barınma gibi iktisadi hayatın üretim ve tüketimle ilgili aktivitelerinin yer aldığı bir müessesedir.³ Bir başka anlatımla aile, üyelerinin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bir mal varlığı etrafında toplanmayı gerekli kılmıştır. Ailenin ihtiyaçları birlikte çalışma ile giderildiğinden, mal varlığının evlilik birliğinin sona ermesi halinde, tarafların menfaatlerini koruyacak ve aralarında denge sağlayacak hukuki bir düzenlemeyle bir statüye

1 İşadamları Halis Toprak'ın eşinden ayrılması, 14.03.2007 tarihinde mal rejimleri bağlamında medya gündemine taşınmıştı (bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=13026> (erişim: 02.10.2012)).

2 Mal rejimi konusunda İslam hukuku ekseninde ilk çalışma tarafımızca yapılmıştı (bkz. Nargül, Veysel, *İslam Aile Hukukuna Göre Mal Rejimleri*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1997, s. 1-157). Türk Medeni Kanunu'nda 01 Ocak 2002 tarihinde mal rejimlerine dair yapılan köklü değişiklik sonrasında konuyla ilgili İslam hukuku perspektifinden bir çalışma ve değerlendirme yapılmaması, konuyu yeniden bir makale boyutunda incelememizde etkin rol oynamıştır.

3 Aksoy, Muammer, *Karri-Koca Mal Rejimleri ve Miras Hukuku İle Bağlı*, Ankara, 1964, s. 16.

yerleştirilmesi mecburiyeti ortaya çıkmıştır. Bu durum ailenin mal varlığıyla ilgili mal rejimleri problemini gündeme getirmiştir.⁴

Mal rejimi, eşlerin evlilik süresi içerisinde ortak çalışma ile elde ettikleri ekonomik birikimlerin, evliliğin boşanma veya ölüm ile sona ermesi halinde bölüşüm ve paylaşımını öngören bir sistemdir.⁵ Tarım toplumu şartlarından sanayi toplumuna, oradan da bilgi toplumuna geçiş ile değişen sosyal ve ekonomik şartlar, kadınları yaşadıkları evlerinin dışında, özel veya resmi anlamda ücretli olarak bir iş kolunda aktif çalışma hayatına katmıştır. Daha önce emeğiyle/işgücüyü dolaylı olarak aileye ekonomik katkı sağlayan kadınlar, sözü edilen dönem ve değişimlerle birlikte aile bütçesine doğrudan ekonomik katkı sağlamaya başlamıştır. Evlilik birliğinin sona ermesi durumunda, eşlerin kendilerine ait ekonomik değerlerin ayırımında, özellikle kadının aile ekonomisine kattığı değerlerin objektif kriterlerle tespiti, ailenin ekonomik birikimlerinin, her iki tarafın da zarara uğramadan tanzim edilmesi büyük ölçüde önem kazanmaya başlamıştır.⁶

Mal rejiminin tanzimi meselesi, ülke ve toplumların sosyo-ekonomik özelliklerine göre değişiklik göstermektedir.⁷ Pek çok ülkede evlenen bireylere kanunda düzenlenen mal rejimlerinden birini seçebilme imkânı tanınmaktadır.⁸ Taraflarca belli bir mal rejimi seçilmediğinde ise o ülkedeki yasal mal rejimi doğrudan yürürlüğe girmektedir.⁹

Mal rejimleri, batı ülkelerinin medeni kanunlarında ayrıntılı hükümler tahsis edilen bir konudur. Ülkemizde modern anlamda mal rejimi, Türk Medeni Kanunu'nun İsviçre'den kabulü ile gündeme gelmiştir. Eski Türk toplumlarında günümüzdeki mal ayrılığına benzer bir uygulamanın mevcut olduğu görülmektedir.¹⁰ İslam hukukunda ise mal ayrılığı esastır ve kadına kendi mallarında tam bir tasarruf yetkisi tanınmıştır.¹¹ İslam hukukunda evli eşler, gerek evlilik öncesi sahip oldukları ekonomik birikimlerinin gerek evlilik sonrası elde ettikleri mali değerlerinin mal ayrılığı sisteminin öngördüğü ilkeler doğrultusunda sahibi olurlar. Osmanlı Devleti'nde de İslam hukukunun öngördüğü mal ayrılığı sistemi uygulanmıştır.¹²

4 Gürkan, Ülker, *Karının İktisaden Korunması*, AÜHFED, XXX/1-4, Ankara, 1973, s. 323; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku, (Aile Hukuku)*, İstanbul, 1949, s. 131.

5 Bkz. Türk Medeni Kanunu (md. 208-281). Ayrıca bkz. Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Ankara, 1979, s. 151.

6 Gürkan, *Karının İktisaden Korunması*, s. 324.

7 Öztan, Bilge, *Mal Rejimleri (Türk Toplumuna Üzerine İncelemeler)*, Ankara, 1974, s. 43.

8 Oğuzoğlu, H. Cahit, *Medeni Hukuk (Aile Hukuku)* Ankara, 1963, s. 166-167.

9 Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, 1948, s. 106-107.

10 Arsal, Sadri Maksudi, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul, 1947, I, 334 vd.; Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş*, Ankara, 1993, s. 94; Bardakoğlu, Ali, "Aile Hukukumuzun Tarihi Gelişimi", Tarihi Akışı İçerisinde Türklere Aile Yapısı Sempozyumu, Erciyes Üniversitesi Yayını, Kayseri, 1990, s. 12.

11 Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara, 1958, s. 174 vd.; Gürkan, *Karının İktisaden Korunması*, s. 324-325; Schacht, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ-Abdulkadir Şener, Ankara, 1977, s. 173; Öztan, *Mal Rejimleri*, s. 54; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul, 1991, I, 288; Aydın, M. Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s. 107; Cin, Halil, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya, 1988, s. 195; Aktan, Hamza, "İslama Göre Kadının Sosyal Aktivitesi", Sosyal Hayatta Kadın, İstanbul, 1996, s. 256; Akgündüz, Ahmet-Cin, Halil, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1990, II, 94-95.

12 Aydın, Mehmet Akif, "Osmanlı Toplumunda Kadın ve Tanzimat Sonrası Gelişmeler", Sosyal Hayatta Kadın, İstan-

İslam hukukunda kadın, kendi şahsi malları üzerinde hak ve fiil ehliyeti olmak üzere tam ehliyetli olması halinde, her çeşit tasarrufta bulunabilir.¹³ Kadın ve çocukların nafakası kocaya ait olduğundan, kadın evin masraflarına katılmaya zorlanamaz.¹⁴ Borçlar hukuku açısından da eşler, ticarete, servet ve mülk edinmede müstakil iki ayrı şahıs kabul edilmektedir. Kocanın, eşinin malları üzerinde otoritesi olmadığından kadın, kocanın izni olmaksızın kendi mallarında tasarrufta bulunabilir. Kadın, kendi mallarını meşru şartlarda işletebileceği gibi kocasını veya üçüncü bir şahsı işlerinin idaresinde vekil de tayin edebilir. Kadın, kocasının iznine bağlı olmaksızın her türlü akitte taraf olabilir. Bu anlamda İslam hukukunda genel olarak kadın ve erkek hak ve fiil ehliyeti konusunda farklı statüde değerlendirilmemiştir.¹⁵ Bu özet bilgilendirmeden sonra konuyu Türk Medeni Kanunu perspektifiyle ana hatlarıyla değerlendirmek uygun olacaktır.

I. TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE MAL REJİMLERİ

Mal rejimi kavramı İsviçre Medeni Kanunu'ndan tercüme edilen Türk Medeni Kanunu'nun 170. ve 240. maddelerinde yerini almış,¹⁶ 01 Ocak 2002 tarihli TMK'nda yapılan son düzenlemeye kadar yürürlükte kalmıştır.

A- Eski Türk Medeni Kanunu'nda Mal Rejimleri

Türk Medeni Kanunu'nda yer alan evlilik mal rejimleri, kanuni ve sözleşmeye bağlı mal rejimleri olmak üzere iki kısımda mütalaa edilir.¹⁷

1. Kanuni Mal Rejimi: *Mal Ayrılığı*

Eski Türk Medeni Kanunu'na göre eşler arasındaki kanuni mal rejimi mal ayrılığıdır.¹⁸ Eşlerin, kanunda mevcut olan sözleşmeli mal rejimlerinden birini seç-

bul, 1996, s. 144.

13 Şafii, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris, *el-Ümmi*, I-VIII, Beyrut, trs., VII, 222, III, 215-216; İbn Kudame, Muva-fikuddin Abdullah b. Ahmed b. Mahmud, *el-Muğni (Şerhu'l-Kebir ile birlikte)*, Beyrut, 1972, VII, 337-338; Kasani, Alauddin Ebu Bekr b. Mesud, *Bedaiu's-Sanâi fî Tertibi's-Şer'i*, Beyrut, 1986, II, 233-234. Ayrıca bkz. Nargül, Veysel, *Mali Tasarrufu Açısından İslam (Aile) Hukukunda Kadın*, Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Adana, Temmuz-Aralık, 2004, c. 4, Sa. 2, s. 301-321.

14 Şafii, *el-Ümmi*, V, 77; Serahsi, Şemsuddin, *Kitâbu'l-Mebcut*, Beyrut, 1986 V, 187; Kasani, *Bedaiu's-Sanâi*, IV, 15 vd.; İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Hafid, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, İstanbul, 1985, II, 45; İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 230; Şirbini, Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-Muhtaç ilâ Ma'rifet-i Meâni Elfâzi'l-Minhac*, Mısır, 1958, III, 426). Hukuken böyle olmakla birlikte ahlaken ve ailenin huzuru için hali vakti yerinde olan kadın, evin ortak giderleri için harcama yapabilir.

15 Çalış, Halit, *Teberru Ehliyeti Bağlamında Kadının Mali Özerkliğinin Erkeğin İznine Bağlanması*, Marife, 4/1, Bahar, 2004, s. 7-28; Nargül, *Mali Tasarrufu Açısından İslam (Aile) Hukukunda Kadın*, s. 301-321.

16 Şener, Esat, *Açıklamalı-İçtihatlı-Atıflı Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu*, Ankara, 1992, s. 79-114.

17 Belgesay, M. Reşit, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi (Aile Hukuku)*, İstanbul, 1950, s. 150-151; Zevkililer, Aydın, *Medeni Hukuk (Aile Hukuku)*, Ankara, 1992, s.79; Saymen, Ferit Hakkı-Elbir, Halid K., *Türk Medeni Hukuku (Aile Hukuku)*, İstanbul, 1957, 151.

18 Akgün, M. Zerrin, *Evlilik Hukuku*, İstanbul, 1979, s. 91-92; Feyzioğlu, F. Necmettin, *Aile Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1971, s.189; Gürkan, Ülker, *Türk Kadınının Hukuki Statüsü ve Sorunları*, AÜHF.D., XXX, 1-4, Ankara, 1981, s. 391.

medikleri durumlarda, kanuni rejim olan mal ayrılığı rejimi uygulanır. İsviçre Medeni Kanunu'nda kanuni mal rejimi, mal birliğidir. Eski Türk Medeni Kanunu mal ayrılığını kanuni mal rejim olarak kabul ederek mal birliğini kanuni mal rejimi olarak kabul eden İsviçre Medeni Kanunu'ndan ayrılmıştır (eTMK. 178, I).¹⁹

Türk kanun koyucusu, mal birliği rejimini, geleneklerimize ve örfümüze uygun olmayan bir rejim olmasından dolayı kanuni rejim olarak esas almamıştır. Yerleşmiş örf ve adetlerimize uygun olması ve sosyal problemlerimize daha fazla cevap verebilmesi için mal ayrılığı rejimi kanuni rejim olarak kabul edilmiştir.²⁰ Mal ayrılığı rejimi, eşlerin mülk edinme yolları ile sahip oldukları malların birbirinden ayrı ve bağımsız olması prensibine dayanmaktadır.

a. Mal ayrılığında eşlerin malları üzerindeki hakları: Eşlerden her biri kendilerine ait olan mallarda mülkiyet, idare ve kullanma haklarına sahiptir (eTMK. 186, I). Malların sadece elde mevcut olanı değil, gelirleri de söz konusu haklar kapsamındadır (eTMK. 189). Şahsi malların geliri her birinin kendi malı, birlikte kazandıkları mallar da ortak malları olur (eTMK.189).²¹ Kadın, mallarının idaresini kocasına verirse, evlilik devam ettiği müddetçe hesap sormaktan vazgeçmiş ve malların bütün gelirlerini evin masraflarına karşı kocasına vermiş kabul edilir. Kadın mallarının idaresini kocasına bırakmakla beraber gelirlerini kocasına bırakmamışsa, bununla ilgili açıklamayı yapmak zorundadır.²²

Eşler birtakım sebeplerden dolayı ayrılmış ve ayrı yaşıyorsa, kadının mal varlığının gelirleri kocaya ait olmaz.²³ Kadın, kocasına verdiği bu hakkı geri alabilir. Bu haktan vazgeçmesine itibar edilmez (eTMK. 186, II, III). Kadın, kocasından mallarının yönetim hakkını geri alırsa, geri alma tarihinden önceki zamanda kocanın kazandığı gelirleri talep etme hakkı yoktur.²⁴

Mal ayrılığında eşler mallarını bağımsız olarak idare ettiklerinden, eşlerin birbirlerinde olan alacakları, üçüncü şahısların alacaklarına göre öncelik hakkına sahip değildir. Önce üçüncü şahısların borçları ödenir, daha sonra eşlerin birbirlerine olan borçları karşılıklı ödenir (eTMK. 188).²⁵

b. Mal ayrılığında eşlerin sorumlulukları: Koca, evlenmeden önceki şahsi borçlarından, evlendikten sonra da kendi adına veya aile reisi olarak sorumlu olduğu kimseler için yaptığı borçlardan bizzat kendisi sorumludur (eTMK.187, I).

19 Oğuzoğlu, *Aile Hukuku*, s. 172.

20 Oğuzoğlu, H. Cahit, *Medeni Kanunumuzun Mahfuz Mal Telakkisi*, AÜHFD., XXX, 3-4, Ankara, 1951, s. 261-262.

21 Belgesay, *Aile Hukuku*, s. 166.

22 Yargıtay, 2.HD. 18.10.1982, 6898/7482; Yargıtay Kararları Dergisi, 1983, 9/2, s. 186.

23 Yargıtay, 2.HD. 11.1.1983, 7676/8109; Yargıtay Kararları Dergisi, 10/5, s. 715-716.

24 Yargıtay, 2.HD. 22.3.1979, 2230/2355; Yargıtay Kararları Dergisi, 1979, 5/7, s. 951.

1984 yılında Adalet Bakanlığınca yayınlanmış olan TMK Öntasarısı'nda bir değişiklik yapılmıştır. Buna göre mal ayrılığı rejiminde kadının mal varlığının yönetimini kocaya bırakmak suretiyle hesap sormaktan vazgeçtiği varsayımı kaldırılarak, her bir eşin kendi mal varlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarının olduğu kuralı getirilmiştir (Öntasarı, md. 177). Eğer bir eş mallarının yönetimini diğer eşe bırakırsa aksi kararlaştırılmadıkça vekâlet hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir (Öntasarı, md. 175. Ayrıca bkz. Yavuz, Cevdet, *Türk Hukukunda Kadının Çalışma Hakkı İle İlgili Düzenlemeler*, Sosyal Hayatta Kadın, İstanbul, 1996, s. 187-188.

25 Öztan, *Aile Hukuku*, s. 154; Gürkan, *Karının İktisaden Korunması*, s. 333.

Kocanın bu sorumluluk alanına, karının evin devamlı ve zaruri ihtiyaçları için temsil yetkisini kullanarak yaptığı masraflar da dâhil edilir (eTMK. 155).²⁶

Kadın ise kendisinin veya kocasının ailenin ortak giderleri için yaptıkları borçlardan ikinci derecede sorumludur. Kocanın ödemedi acze düşmesi durumunda ödeyecek kadar mala sahip olması halinde kadın ödemeye mecbur edilmiştir (eTMK. 187, II).²⁷ Buna mukabil kadın, kocanın şahsi borçlarından sorumlu değildir.

Mal ayrılığı rejiminde koca, belli miktarda mala sahip olması halinde eşine baskı yapmaksızın, uygun bir şekilde ailenin masraflarına katılmasını isteyebilir. Katılım oranının miktarı konusunda anlaşmazlık çıkarsa, anlaşmazlığın izalesi ve oranın tespiti için hâkimin sözüne itibar edilir (eTMK. 190, II). Kadının bu katkısından dolayı kocanın geri verme ya da tazminat ödeme yükümlülüğü yoktur (eTMK. 190, II).²⁸

2. Sözleşmeye Bağlı Mal Rejimleri: *Mal Birliği* ve *Mal Ortaklığı*

Eşler evlilik akdinden önce veya sonra sözleşmeye dayanan mal rejimlerinden birini kabul edebilir (eTMK. 171).²⁹ Eşlerin mal rejimi ile ilgili yaptığı mukavele evlilikten sonrası ise, bu durum üçüncü şahısların aleyhine sonuç doğurmaz (eTMK.171).³⁰ Mal rejimleriyle ilgili sözleşmenin/evlenme mukavelesinin resmi prosedüre uygun olması (eTMK. 173, I)³¹, üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edebilmesi için noterlik tarafından tasdik ve ilan edilmesi gerekir (eTMK. 173, I).³²

Eski Türk Medeni Kanunu'nda akdi mal rejimleri, mal birliği ve mal ortaklığı olmak üzere iki çeşittir. Kanuni mal rejimini dikkate alarak evlenen eşler daha sonra kendi aralarında anlaşarak akdi mal rejimlerinden birine kararı hâkimin tasdik ettirme koşuluyla dönebilir (eTMK. 173, III).³³

Eşler akdi mal rejimlerinden birini kabul ettiğinde, herhangi bir sebepten dolayı veya eşlerden birinin veya her ikisinin alacaklılarının talebi üzerine sözleşmeye dayalı olan mal rejimi hakimin onayıyla mal ayrılığına dönüşebilir (eTMK. 175, 176).³⁴ Kanuni mal rejimini benimsemeyen kimseler sözleşmeye bağlı mal rejimleri olan mal birliği veya mal ortaklığı rejimlerinden birini aralarında yapacakları evlenme mukavelesiyle kabul edebilir. Söz konusu anlaşmaya bağlı akdi mal rejimlerinin ülkemizde uygulama alanları oldukça sınırlıdır.³⁵ Halkımız bu konuda yeterli bilgiye sahip değildir.

26 Oğuzman, Kemal-Dural, Mustafa, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1994, s. 175.

27 Köprülü, Bülent-Kaneti, Selim, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s. 137.

28 Oğuzman-Dural, *Aile Hukuku*, s. 175.

29 Belgesay, M. Reşit, *Karı-Koca Arasında Karşılıklı Vazifeler*, MK'nun XV. Yıldönümü İçin Armağan, İstanbul, 1944, s. 697; Gürkan, *Türk Kadınının Hukuki Statüsü*, s. 391.

30 Köprülü-Kaneti, *Aile Hukuku*, s. 141; Belgesay, *Karşılıklı Vazifeler*, s. 689.

31 Oğuzoğlu, *Aile Hukuku*, s. 174.

32 Belgesay, *Aile Hukuku*, s. 153.

33 Öztan, *Aile Hukuku*, s. 153.

34 Belgesay, *Aile Hukuku*, s. 154-156.

35 Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, s. 132.

a. Mal birliği: Mal birliği, sözleşmeli mal rejimlerinden olup, eşlerin karşılıklı anlaşma ile sözleşmeye resmi hüviyet kazandırılarak uygulamaya konulur (eTMK. 191).³⁶ Mal birliği rejiminde, eşlerin kişisel/mahfuz malları³⁷ hariç diğer bütün malları mal birliğinin kapsamında olup (eTMK. 191, I), mahfuz mallar birliğe dâhil değildir. Eşlerden birine hibe ve vasiyet gibi birliğe dâhil edilmemek şartıyla yapılan mallar da birliğin kapsamına dâhil edilemez (eTMK. 191, II).³⁸ Mal birliğine giren mallara “eşlerin şahsi malları” denir (eTMK. 192).³⁹ Birliğe dâhil olan malların yönetim ve idaresi kocaya verilmiştir. Kadın ise bu haklardan tamamen mahrum edilmemiş, ailedeki yetkisi nispetinde, mallarını idare hakkına sahiptir. Kanun, kocaya kadının şahsi mallarından istifade etme hakkını da tanımıştır (eTMK. 196, I; 197, I).⁴⁰ Koca, hem malları yönetim ve idare etme, hem de eşin mallarının bulunduğu birlik mallarını, zarara uğratmasından dolayı eşine karşı sorumludur (eTMK. 197, I).⁴¹ Kadın, birliğe dâhil ettiği malları için kocasından hesap sorma hakkına sahiptir (eTMK. 201, II).⁴²

Ölüm ve ayrılık gibi durumlarda birlik mallarının ayrılması gündeme gelir. Bu durumda kadının şahsi malı kadına, erkeğin şahsi malı da erkeğe verilir. Geriye kalan malların üçte biri kadına veya mirasçılara verilir (eTMK. 210, I). Eşler evlenirken yaptıkları evlenme mukavelesinde fazla olan miktarın paylaşılması için farklı bir şart ortaya koyabilirler (eTMK. 210, III). Birlik mallarındaki eksilmelerden, kadının kusur ve ihmali olmadığı takdirde koca, onun ölmesi halinde ise mirasçuları sorumludur (eTMK. 210, II).⁴³

b. Mal ortaklığı: Mal ortaklığı da sözleşmeli mal rejimlerindedir. Ortaklıkta eşlerin malları iktisadi ve hukuki yönden ortaklık tesis eder. Eşler, malları ve mallarının gelirlerinde şahsi mülkiyet haklarına sahip değildir. Bundan dolayı mal ortaklığı rejiminde eşlerin şahsi mallarından bahsedilemez. Eşler sadece kişisel mallarına ve iştirak halinde ortaklık mallarının mülkiyetine sahiptir (eTMK. 211, II).⁴⁴ Mal ortaklığında, malların yönetimi kocaya aittir (eTMK. 212, I). Eşlerden hiç biri ortaklık mallarında bağımsız olarak tasarrufta bulunamaz, müşterek tasarruf edebilirler (eTMK. 211, II; 213).⁴⁵ Eşlerden birinin ölümü halinde ortaklık mallarının yarısı hayatta kalanın olur. Diğer yarısı da mirasçılar arasında taksim edilir. Hayatta kalan eş ortaklık mallarının yarısına ilaveten mirasçı olarak pay alır

36 Belgesay, *Aile Hukuku*, s. 167-168.

37 Sözleşmeli mal rejimlerinden mal birliği veya mal ortaklığı usulü kabul edildiğinde, eşlere ait malların statüsü, birliğe ve ortaklığa dâhil olan mallar ile kişisel/mahfuz mallar şeklinde ikiye ayrılır. Sözleşme ile kabul edilen ve birlik ve ortaklık dışında kalan mallara kişisel/mahfuz mal denir (MK. 182, 183, 184). Bkz. Oğuzoğlu, *Mahfuz Mal Telakkisi*, s. 261-277.

38 Feyzioğlu, *Aile Hukuku Dersleri*, s. 254 vd.

39 Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, s. 147-148.

40 Tekinay, S. Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul, 1990, s. 372.

41 Öztan, Bilge, *Medeni Kanununun Mal Rejimi Prensiplerine İlişkin Bir Çalışma ve Bir Değişiklik Önerisi*, AÜHFYD., Akif Erginay'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1981, s. 68-69.

42 Zevkliler, *Medeni Hukuk*, s. 740-741.

43 Akgün, *Evlilik Hukuku*, s. 109-110.

44 Oğuzman-Dural, *Aile Hukuku*, s. 182-183.

45 Öztan, *Aile Hukuku*, s. 161.

(eTMK. 221, I, II). Eşler, malın taksiminde farklı bir paylaşma şekli de kabul edebilir. Ölenin fur'una ortaklık mallarının dörtte birinden daha azı verilemez (eTMK. 222).⁴⁶

Eski Türk Medeni Kanunu'na göre, hayattaki eş, ölen eşinden olan çocuklarıyla beraber ortaklığa devam edebilir. Çocuklar küçük yaşta olup, tam ehliyet sahibi değilseler, sulh hâkiminden izin almak zorunludur.⁴⁷ Böylesi ortaklığa “uzatılmış ortaklık” adı verilir.⁴⁸

3. Mal Rejimlerinde Yeni Arayışlar

Yukarıdaki bilgilerle Eski Türk Medeni Kanunu'ndaki mal rejimi uygulamaları, çalışmamızla ilgili kısımları itibariyle özet olarak tanıtıldı. Şimdi de mevcut mal rejimlerinin ihtiyaca cevap veremediği, Eski Türk Medeni Kanun'daki maddelerin değiştirilmesine dair tartışmalardan bahsedilecektir. Yukarıda ilgili başlıklarda da kısaca anlatılan mal ayrılığı rejimi, kökü eski Türklere kadar uzandığı, İslam hukukuna uygunluğu, uygulamadaki kolaylığı, kadına daha bağımsız bir durum kazandırdığı ve eşlerin mali ilişkileri bakımından üçüncü şahıslara karşı açıklık getirdiği için savunulmuştur.⁴⁹

Zaman içerisinde ihtiyaca cevap veremeyen mal ayrılığı rejimine karşı tepkiler hukuk literatüründe yer almaya başlamıştır.⁵⁰ Özellikle kanuni mal rejimi olarak ailelerin büyük çoğunluğunun tabi olduğu mal ayrılığı rejiminin değişen şartlar karşısında yetersiz kaldığı, mevcut haliyle kadını mağdur ettiği ileri sürülerek aile hukukunda yeni bir mal rejimine ivedilikle ihtiyaç duyulduğu düşüncesi bir kısım hukukçularca dillendirilmiştir.⁵¹ Hukukçular, mal rejiminin kadının bağımsızlığını kazanmasına büyük ölçüde hizmet ettiğini ancak sosyal değişimler nedeniyle günümüzde artık kadının aleyhine işleyen bir müesseseye dönüştüğünü ifade etmişlerdir.⁵²

Her hangi bir iş sektöründe çalışmayıp sadece ev işleriyle ilgilenen ve “ev hanımı” olarak nitelendirilen milyonlarca kadının durumunun daha da zorlaştığını, tarımla uğraşan köylü kadınların da emeklerinin karşılıklarını alamadığından söz edilmiştir. Bu çerçevede ailede kadın-erkek işbirliği ile kazanılan ekonomik değerlerin tamamen erkeklere mal edildiği, onların kayıtlarına geçirildiği görüşü ağırlık kazanmıştır.⁵³ Kadınların emeğinin yok sayıldığını gerekçe gösteren hukukçular, bunu kısmen de olsa telafi edecek yeni teklifler önermişlerdir. Batı toplumlarında benimsendiği üzere evliliğin devamı ya da sona ermesi halinde her iki eşin de eme-

46 Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 384-385.

47 Feyzioğlu, *Aile Hukuku Dersleri*, s. 266-267.

48 Uzatılmış ortaklıkla ilgili bkz. Belgesay, *Aile Hukuku*, s.193; Oğuzoğlu, *Aile Hukuku*, s. 196-197.

49 Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, s. 147; Feyzioğlu, *Aile Hukuku Dersleri*, s. 199.

50 Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 281; Aksoy, *Karı-Koca Mal Rejimleri*, s. 121.

51 Gürkan, *Karının İktisaden Korunması*, s. 333-334.

52 Öztan, *Mal Rejimi Prensipleri*, s. 76 vd.

53 Gürkan, *Kadının Hukuki Statüsü*, s. 393.

ğini koruyan “*kazanç ortaklığı*” sisteminin alternatif olarak kabul edilebileceğini teklif etmişlerdir.

Kazanç ortaklığı rejimi, çeşitli ülkelerde farklı şekillerde uygulanmakla beraber temelde mal ayrılığına dayanan karma bir sistem olup,⁵⁴ mal ayrılığının sona ermesi halinde eşlerin kazancının miras veya borçlar hukuku prensiplerine göre taksimini öngören bir sistemdir.⁵⁵ Eşler, evlilik süresince birliğe dâhil ettikleri şahsi mallarının maliki ve yöneticisidir. Bu seçimlik rejimde, eşlerin evlendikten sonra kazandıkları ekonomik değerler ortak mal kabul edilir. Evliliğin ölüm veya boşanma ile sona ermesi halinde, borçlar ödendikten sonra geriye kalanlar, eşler ya da mirasçılar arasında yarı yarıya paylaşılır. Kazanç ortaklığını savunan hukukçular, bu sistem sayesinde Türk kadınının ekonomik yönden pek çok probleminin çözüleceği düşüncesini taşımıştır.⁵⁶ Hülasa ülkemizde medeni kanun değişikliği için yapılan çalışmalar onlarca yıl devam etmiştir. 1971 ve 1984 tasarıları hazırlanmışsa da TBMM gündemine giremediği için bunlardan somut manada bir sonuç elde edilememiştir. Yeni arayışın devam ettiği bu süreçte Türk Medeni Kanunu kapsamında mal rejimine dair çalışmalar da devam etmiş ve nihayet 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 08.12.2001 günlü ve 24607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Şimdi 2002 yılında kabul edilerek yasallaşan Yeni Türk Medeni Kanunu’ndaki mal rejimlerinin genel bir panoramasını vermeye çalışalım.

B. Yeni Türk Medeni Kanunu’nda Mal Rejimleri

Eski Türk Medeni Kanunu’na göre eşler arasında mal ayrılığı kuralları geçerli olduğundan malların paylaşımı söz konusu değildi. Mal ayrılığı rejimi, kadın hakları yönünden özellikle boşanmalarda ve miras paylaşımında hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaya başlamıştı. Kanun koyucu bu olguyu dikkate alarak İsviçre Medeni Kanunu’nda 05 Ocak 1984 tarihinde yapılan değişiklikle yasal mal rejimi olarak kabul edilen *edinilmiş mallara katılma* rejimi hükümlerini iktibas etmiş ve ülkemizde bu rejimi kanuni/yasal mal rejimi olarak benimsemiştir.

Buna göre 01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Medeni Kanunu’nda edinilmiş mallara katılma rejimi, kanuni mal rejimi olmuştur. Yeni medeni kanunda, kadınların mağduriyetine sebep olan hükümlerde değişikliğe gidilmiş ve evlilik süresince edinilen malların evliliğin boşanma veya eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi halinde eşit paylaşılmasını öngören kurallar kabul edilmiştir. Eski medeni kanunda olduğu gibi yeni kanunda da yasal/kanuni mal rejimine ilaveten sözleşmeye bağlı/seçimlik mal rejimleri olarak iki tür mal rejimine yer verilmiştir. Eşler isterlerse noterde sözleşme yaparak seçimlik mal rejimlerinden birini tercih edebilirler. Seçimlik mal rejimleri, “*mal ayrılığı*”, “*paylaşmalı*

54 Gürkan, *Karının İktisaden Korunması*, s. 328-331.

55 Öztan, *Mal Rejimi Prensipleri*, s. 80.

56 Gürkan, *Türk Kadınının Hukuki Statüsü*, s. 393.

mal ayrılığı” ve “*mal ortaklığı*” şeklinde tasnif edilmiştir. Eşler, bunlardan birini sözleşme yaparak seçmedikleri takdirde yasal mal rejimi olan “*edinilmiş mallara katılma*” rejimine tabi olurlar.

1. Yasal Mal Rejimi: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*

Yeni Türk Medeni Kanunu’nun 218-241. maddelerinde hükme bağlanarak edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, edinilmiş mallar ve kişisel mallar olmak üzere karı ve kocanın iki grup malları vardır (TMK. 218). Bu ayrıma, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların, her iki eşin paylı/müşterek mülkiyetinde sayılmasını ifade eden *paylı mallar* adı verilen bir mal grubu da ilave edilmiştir (TMK. 222/11).⁵⁷

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, edinilen mallara hak sahipliği söz konusudur. Hak sahibi olan eşin hakkı kural olarak aynı değil, şahsi bir haktır (TMK. 239).⁵⁸ Bu hak, niteliği itibarıyla bir alacak hakkıdır. Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir. Buna göre bir malın edinilmiş mal sayılması, söz konusu malın evliliğin devamı sırasında ve bu malın emek karşılığında elde edilmiş olmasına bağlıdır.⁵⁹

a. Kişisel mallar: Eşin kişisel malları TMK’nun 220. maddesinde belirtilmektedir. Buna göre kadınların takıları, makyaj malzemeleri, erkeklerin kol düğmeleri, tarafların giyecekleri gibi eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, emek vermeden bağış ve miras gibi vasıtalarla sahip oldukları mallar kişisel mallar olarak kabul edilir. Evlenmeden önce sahip oldukları mallar, manevi tazminat gibi alacaklar, evlenmeden önce sahip olunan veya miras yolu ile gelen bir evi satın yerine yenisinin alınması gibi kişisel malların yerine geçenler, tarafların aralarında kişisel mal olarak kabul edileceğini kararlaştırdıkları mallar da kişisel mallar statüsünde yer almaktadır.⁶⁰

Kanun koyucu, eşlerin yapacakları sözleşme ile bazı kişisel malların edinilmiş mallara dâhil olmasına karar verebilmelerine imkân tanımıştır (TMK. 221).⁶¹ Buna göre eşler, mal rejimi sözleşmesiyle bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler. Yine aynı maddede eşlere, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını kararlaştırabilme yetkisi de tanınmıştır. Bu hükümler uygulamada özellikle çalışmayan kadın aleyhine kullanılmaya yol açabilecek niteliktedir.

57 Bkz. Akıntürk, Turgut, *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, İstanbul, 2002, s. 148.

58 Bkz. TMK., md. 240.

59 Başpınar, Veysel, *Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz*, Ankara, 2003, s. 89.

60 Bkz. Moroğlu, Nazan, *Medeni Kanun’da Mal Rejimleri*, İstanbul, 2002, s. 26; Adalet Bakanlığı, *Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gereççeleri*, Ankara, 2002, s. 391-392.

61 Bu konuyla ilgili ayrıntılı hükümler yer almaktadır (bkz. TMK. md. 221).

Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir (TMK. 222/3). Her eş yasal sınırları içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir (TMK. 223/1). Eşlerden her biri kendi borçlarından bütün malvarlığıyla sorumludur (TMK. 224).

b. Edinilmiş mallar: Bir eşin edinilmiş malları Türk Medeni Kanunu'nun 219. maddesinde açıklanmaktadır. Tarafların evlilikle başlayarak yaptıkları iş ve meslek dolayısıyla elde ettikleri kazançlardan edindikleri mallar, emekli ikramiyesi gibi sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler edinilmiş mallar arasında yer alır. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, kişisel malların gelirleri, edinilmiş malların yerine geçen değerler de edinilmiş mallar statüsündedir.⁶² Buna göre her eşin mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığının edinilmiş mallardan sayılması temel kuraldır.

c. Paylı ortaklık altındaki mallar: Eşlerin müşterek mülkiyet altında satın aldıkları mallar paylı ortaklık altındaki mallardandır. Eşlerden hangisine ait olduğu belirlenemeyen mallar, karine olarak paylı ortaklık altında kabul edilir.⁶³

2. Seçimlik Mal Rejimleri: *Mal Ayrılığı, Paylaşmalı Mal Ayrılığı, Mal Ortaklığı*

a. Mal ayrılığı: Yukarıda da belirtildiği gibi mal ayrılığı rejimi, eski Türk Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak kabul edilmişti. Mal ayrılığı rejimi, yeni düzenlemede seçimlik/sözleşmeye dayalı mal rejimi olarak hükme bağlanmıştır. Ayrıca bu rejime kanun metninde sadece iki madde ayrılmıştır (TMK. 242-243). Rejimin esası her eşin malının kendisine ait olmasıdır. Bu rejimde iki malvarlığı grubu vardır. Bunlar kadının mülkiyetindeki mallar ve kocanın mülkiyetindeki mallardır. Bu iki mal grubunun dışında kalan bir mal bulunmamaktadır. Bu durum eşlerin evlenmeden önce sahip oldukları mallar için geçerli olduğu gibi evlendikten sonra edindikleri mallar için de geçerlidir. Bu rejimde eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi mal varlığı üzerinde mülkiyet, yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarına bizzat sahip olup haklarını korumakta ve evlilik bittiğinde herkes kendi malını alarak ayrılmaktadır.⁶⁴

b. Paylaşmalı mal ayrılığı: Türk Medeni Kanunu'nun 244-255. maddelerinde hükme bağlanan paylaşmalı mal ayrılığı, eşlerin kendilerine ait olduğunu ispat edemedikleri malların, paylı mülkiyetinde sayıldığını bildiren bir rejimdir. Evlilik sona erdiğinde, eşler paylı mülkiyetlerindeki malı paylaşırlar. Mal ayrılığı ve mal

62 Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Ankara, 2004, s. 199 vd; Akıntürk, *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, s. 146 vd.

63 TMK md. 222/2. Aksi iddia edilirse kanıt yükü iddia edendedir.

64 Acabey, M. Beşir, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, İzmir, 1998, s. 50 vd.

birliği rejiminin aksine paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, İsviçre’de olmayan, Avusturya hukukundaki düzenlemeden farklı Türk hukukuna özgü bir rejimdir.⁶⁵

Bu rejim, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması ve özellikle de tasfiyesi sırasında oluşturacağı sakinca ve güçlükleri ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.⁶⁶ Bu nedenle adı geçen rejim, bir yönüyle edinilmiş mallara katılma rejimine, diğer yönüyle ise mal ayrılığı rejimine benzemektedir.⁶⁷ Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, eşlerden her biri evlilik zamanında edindikleri veya kişisel malları üzerinde kanunun çizdiği sınırlar içinde mülkiyet hakkına sahiptir. Her eş kanuni sınırlar içerisinde kendi mallarından dilediği biçimde yararlanabilir ve tasarrufta bulunabilir.⁶⁸

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin temeli, eşlerin mallarının üçe ayrılması esasına dayanır. İlk sırada yer alan paylaşma konusu mallar, mülkiyeti eşlerden kime ait olursa olsun, rejim sona erip tasfiye edilirken eşler arasında yarı yarıya paylaşma konu olan mallardır. Paylaşma dışı mallar adı verilen ikinci tür mallar, eşlerden yalnız birine ait olan ve diğer eşin üzerinde hiçbir hak sahibi olmadığı haklardır. Mesela terzi olan kadının dikiş makinesi, kadına takılan ziynet eşyası bunlardır. Üçüncü tür mallar ise kanunda *paylı mallar* adı verilen mallardır. Bunlar her iki eşin paylı mülkiyetinde sayılan mallardır. Kanunda bu tür mallar “*eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır*” şeklinde ifade edilmiştir (TMK. 245/11).

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde paylaşılma konusu mallar, *aileye özgülenen mallar* diye tanımlanan mallardır. Bunlar aile konutu, konuttaki ev eşyası, yazlık ev, binek otomobili, deniz motoru, yat, sandal gibi ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenmiş mallardır. Menkul kıymetler, tahviller, altın ve dövizler, kira getiren daireler gibi ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar ve ikinci bir yazlık, ikinci bir deniz motoru gibi ilk iki sıradaki malların yerine geçen değerlerdir.⁶⁹

c. Mal ortaklığı: Bu rejim eski Medeni Kanunda (eTMK. 211 vd.) ve yeni düzenlemede (TMK. 256 vd.) seçimlik rejimlerden biri olarak yer almaktadır. Rejimin temeli, ortaklık malları ile her iki eşin kişisel malları ayrımına dayanır. Bu rejim, *genel mal ortaklığı rejimi* (TMK. 257) ve *sınırlı mal ortaklığı rejimi* (TMK. 258-259) olmak üzere ikiye ayrılır. Mal ortaklığı rejimi, ortaklık malları ile eşlerin kişisel mallarını kapsar (TMK. m. 256).

Ortaklık malları, genel mal ortaklığı rejiminde eşlerin kanun gereği kişisel malları sayılan malları dışındaki bütün mallardan ve gelirlerden oluşur. Bu mal

65 1998 tasarısında kanuni rejim olarak kabul edilen bu rejim, 1999 yılında seçimlik mal rejimi haline getirilmiştir. Eleştiri için bkz. Akıntürk, *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, s. 171. Edinilmiş mallara katılma rejimi ile paylaşmalı mal ayrılığı rejimi arasındaki farklarla ilgili bkz. Kılıçoğlu, *Yenilikler*, s. 241 vd.

66 Havutçu, Ayşe, *TMK’nda Kadın-Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları*, İzBD. 1998, s. 1, s. 10 vd.; Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, *Öneri*, s. 39 vd.

67 Akıntürk, *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, s. 171.

68 Bunun istisnaları TMK. 194 ve 199 hükümleridir.

69 Geniş bilgi için bkz. Akıntürk, *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, s. 173 vd.

rejiminde hiçbir eş ortaklık malları üzerinde tek başına tasarruf hakkına sahip değildir. Başka bir deyişle mal ortaklığı rejiminde ortaklık mallarında elbirliği mülkiyeti söz konusudur (TMK. 257/III). Bu mallarda yönetme, eski Medeni Kanundan (eTMK. 212) farklı olarak kadın erkek eşitliğine uygun bir şekilde her iki eşe de tanınmıştır (TMK. 262-263). Buna karşılık kişisel mallar TMK. 260/1 hükmüne göre mal rejimi sözleşmesine, üçüncü kişinin karşılıksız kazandırmasına veya kanunla belirlenir. Mesela karının makyaj malzemesi, kocanın traş takımı gibi eşlerden her birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış olan eşyası ile manevi tazminat alacakları kanundan dolayı kişisel malıdır (TMK. 260/11). Bu mallarda mülkiyet, yararlanma, yönetim ve tasarruf mal sahibi eşe aittir. Kanun koyucu ortaklık malı lehine aksi ispat edilebilen bir karine de kabul etmiştir. Kanuna göre bir eşin kişisel malı olduğu ispatlanamayan tüm malvarlığı değerleri ortaklık malı sayılır (TMK. 261).⁷⁰

3. Mal Rejimlerinin Değerlendirilmesi ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tenkidi

Yukarıda bir bütün olarak verilen bilgileri tekrar etmemek düşüncesiyle sadece mal rejimlerinin kısa bir değerlendirmesi bağlamında kanuni/yasal mal rejimi olarak kabul edilen ve uygulama noktasında diğerlerine göre çok daha yaygın bir rejim olan *edinilmiş mallara katılma rejiminin* olumlu ve olumsuz yönleri itibariyle özet bir değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Konu içerisinde de ifade edildiği gibi İsviçre Medeni Kanunu'ndan tercüme yoluyla iktibas edilen Türk Medeni Kanunu'nun maddeleri zaman içinde bazı kısımları itibariyle ihtiyaca cevap veremediği gerekçesiyle tartışılmıştır. Bu maddeler, getireceği faydalar ve zararlar ile geleceğimize uygun olup olmama yönünden de kritiğe tabi tutulmuştur. Bunun sonucunda 2002 yılında mal rejimlerine dair maddelerin de yer aldığı Türk Medeni Kanunu'nda kapsamlı bir değişiklik yapılmıştır.

Evlenecek çiftlerin mal rejimlerinden birini sözleşme ile belirlemeleri, alışılmış bir uygulama olmadığından, ülkemiz insanının önemli bir kısmı mal rejimleriyle ilgili bilgilere yeterince sahip değildir. Bu bakımdan mevcut evliliklerde mal ayrılığı sistemi, zorunlu olarak kanuni mal rejimi olarak süregelmektedir. Kadını koruyucu özelliği dolayısıyla tercih edilen mal ayrılığı rejimi, zaman içinde kadının aleyhine işleyen ve özellikle boşanmalarda onun aczine ve mağduriyetine yol açan bir sisteme dönüşmüştür.

Bilindiği gibi Türk aile bünyesinde bir meslek ve sanatı olmayan ev kadınlarının sayısı, - her ne kadar son yıllarda eski dönemlere göre artış olsa da- bir hayli fazladır. Geleneksel kodların da etkisiyle erkek hegemonyasının yer yer ve zaman zaman hüküm sürdüğü toplumumuzda boşanma ile birlikte kadın, tamamen ko-

70 Başpınar, *Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler*, s. 92.

canın insafına terk edilmektedir. Özellikle kırsal kesimde ve tarım sektöründe kadın, evin dışında da çalışıp evine ve eşine ekonomik katkı sağladığı halde kazanılan malların mülkiyeti çoğunlukla erkeğin kayıtlarına geçmektedir. Şehirde ise kadının kocasının iş yerinde çalışıp ona yardımcı olması veya evde ürettiği el emeğini satması sonucu kazanılan malların da koca üzerine geçirilmesine, aile düzeninin sarsılmaması için çoğu zaman sessiz kalabilmektedir. Kadının, kocasının bozulan işi için veya ona sermaye yapsın diye ailesinden kalan kişisel mallarını veya düğünde hediye edilen ziynet eşyalarını bile satarak katkıda bulunması da toplumumuzda karşılaşılan realitelerdir.

Yeni Türk Medeni Kanunu'nda yapılan kanun değişikliğiyle önceki kanunun eksikleri önemli ölçüde giderilmiş olmakla birlikte yeni sistemin getireceği bir takım sakınca ve açıklardan da söz edilmektedir. Türk Medeni Kanunu'ndaki *edinilmiş mallara katılma* rejiminin uygulanmasındaki zorluklar ve pratik olmaması, söz konusu rejimin sakıncaları olarak ileri sürülmektedir. Bu yönüyle edinilmiş mallara katılma rejimi, evliliği bir nevi ortaklığa dönüştürmektedir. Buna bağlı olarak edinilmiş mallara katılma rejimi, sağlıklı olmayan yatırım evliliklerinin doğmasına veya eşler arasında güvensiz bir iş ortaklığı tedirginliğinin ortaya çıkmasına, birbirinden mal kaçırmak amacıyla çeşitli entrikalar ile karşılaşılmasına zemin hazırlayacak bir kısım sakıncaları bünyesinde barındırmaktadır. Bunlara uygulanabilme gücü, boşanmalardaki işlemlerin kısa zamanda bitirilememesi gibi sakıncalar da ilave edilebilir. Bu durum yargıçların ağır olan dava yükünü daha da arttıracaktır. Böylece mal tasfiyesi de sağlıklı yapılamayacağından dolayı yıllarca sürececek boşanma davaları ile karşılaşılacaktır. Buna ilaveten evlilik devam ettiği sürece eşlerin resmi envanter tutulması konusunda göstereceği hassasiyet de oldukça şüphelidir.

Bir başka açıdan kritik edildiğinde yeni sistem, denkleştirmede hak sahibi eşe aynı hak sağlamamakta sadece paylaştırmaya olanak tanımaktadır. Şayet eş kötü niyetli ise mal kaçırabilme imkânına sahip olmakta ve mal el değiştirdikten sonra iyi niyetli üçüncü kişi korunmaktadır. Bu sistemde malların tasfiyesi aşaması son derece zor, ayrıntılı ve uzundur. İfade edilen noktalar, yeni sistemin en önemli sakıncalarıdır. Her ne kadar bu sakıncalar mevcutsa da yeni düzenlemeyle önceki kanun zamanındaki önemli eksiklikler ve zorluklar telafi edilme yoluna gidilmiştir.⁷¹

Bütün bu sakıncaları nedeniyle öğretilen, *edinilmiş mallara katılma* rejimi yerine daha önce tartışılan ve alternatif olarak teklif edilen *kazanç ortaklığı* gibi daha basit ve Türk gelenek ve alışkanlıklarına uygun alternatif rejim ve çözümler teklif edilebilir.

71 Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin diğer mal rejimleri ile çok yönlü karşılaştırılması için bkz. Uzun, Neşe, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 56-98. Daha detaylı bilgi için bkz. Şıpka, Şükran, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul, 2011.

II. İSLAM HUKUKUNA GÖRE MAL REJİMLERİ

Makale kapsamında eşlerin mallarının idaresine dair pozitif hukuk verileri ışığında aktarılan bilgilerin yeterli olacağı düşünülmektedir. Bu bölümde konu İslam hukuku perspektifiyle incelenecek ve İslam hukukunun öngördüğü mal ayrılığı prensibi, mal rejimlerine ilişkin problemlerin çözümüne katkı sağlaması ve bir perspektif sunması noktasında ele alınacaktır. Bu bağlamda evlilik birliği içinde kazanılan malların bölüşümünde, eşlerin emeğinin yok sayılmamasında ve aralarında adaletin sağlanmasında hangi kriterlerin esas alınması gerektiğine dair değerlendirmelere yer verilecektir.

A. İslam Hukukunda Mal Rejiminin Temel İlkesi: *Mal Ayrılığı*

Eşlerin mal varlıklarının nasıl düzenleneceği meselesi, yeni Türk Medeni Kanunu'nun 208-281. maddelerinde hükme bağlanmıştır. Bilindiği gibi eski kanunda mal ayrılığı, yasal rejim olarak kabul edilmiştir. Mal ayrılığı, eşlerin mal varlıklarının evlenme akdinden etkilenmeyip evlilik akdi yapılmamış gibi eski hali ile devam etmesi prensibini esas almaktadır. Bu nedenle mal ayrılığı rejiminin örf ve adetlerimize diğer mal rejimi türlerine göre daha uygun bir rejim olduğu sonucuna varılmıştır. Benzer şekilde mal ayrılığı rejimi, kökü eski Türklere kadar uzandığı, İslam hukukunun bu konudaki hükümlerine yakınlığı, uygulamadaki kolaylığı, kadını ekonomik olarak daha bağımsızlaştırdığı ve eşlerin mali ilişkileri bakımından üçüncü şahıslara karşı açıklık kazandırdığı için savunulmuştur. Bütün bu avantajlarına rağmen mal ayrılığı rejimi, konuyla ilgili problemleri çözümede yetersiz kalmıştır. Pozitif hukuktan farklı olarak İslam hukukunda mal ayrılığının zararlarını telafi eden mehir ve cihaz/çeyiz uygulamalarının bulunduğundan söz edilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda ise mehir örfümüzün devamı olarak gündeme gelmiş ancak kanunen himaye edilmemiştir.⁷²

Türk Medeni Kanunu'ndaki mal ayrılığı rejimi uygulamasından farklı olarak İslam hukukunda mal ayrılığının zararlarını gideren mehir ve çeyiz uygulamalarına dikkat çekilmesi,⁷³ konunun İslam hukuku açısından incelenmesinin faydalı olacağı intibahı vermektedir. Bu bağlamda makalede mahfuz/kişisel mal kapsamında mütalaa edilebilecek ve tamamen mal ayrılığı hükümlerinin geçerli olduğu İslam hukukundaki mehir, çeyiz/cihaz, nafaka ve miras uygulamalarına konumuzla ilgili kısımları itibarıyla yer verilecektir. Konuyu edinilmiş/mahfuz mal telakkisi bağlamında incelemek, eşlerden hangisine ait olduğu bilinen malların tespiti ve ilgili malların hak sahibine teslimi anlamında önem arz etmektedir. İslam hukukunda mal rejiminin temel ilkesi olan mal ayrılığı sistemini kişisel mal perspektifinden değerlendirmeye çalışalım. Bu çerçevede mehir, çeyiz, nafaka ve miras konuları mal ayrılığı ekseninde değerlendirilecektir.

72 Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 286 (dipnot: 61); Reisoğlu, Safa, *Mehri müeccele müteallik 2.12.1959 tarihli Tevhid-i İçtihad kararı*, *Adalet Dergisi*, 1960, s. 191.

73 Aksoy, *Karı-Koca Mal Rejimleri*, s. 10; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 224 vd.

1. Mehir

Mehir, evlenirken erkeğin eşine verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği, ekonomik değeri olan para veya eşyadır.⁷⁴ İslam hukukuna göre mehir kapsamında ödenen veya ödenmesi taahhüt edilen malın tamamı kadına aittir. “Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak isterseniz, onlardan birine yüklerle mehir vermiş olsanız dahi hiçbir şeyi geri almayın”⁷⁵ ayetinde, mehrin kadının hakkı olduğu ifade edilmektedir.

Kadının mehrinde kocası dahil hiç kimse hak iddia edemez.⁷⁶ Kadın, diğer mallarında olduğu gibi mehrinde de her çeşit tasarrufta bulunabilir.⁷⁷ Kocasından izinsiz harcayabilir. Mehir satılacak türden bir eşya ise onu satabilir, rehin verebilir. Ekonomik değeri olan bir eşya ise kiraya verebilir veya karşılıksız olarak kocasına, ana-babasına veyahut başkalarına hibe edebilir.⁷⁸

Her ne kadar mehir kadına özgü bir hak olsa da, kadının mehirle elde ettiği hakkını, yine kendi iradesiyle ailenin ortak harcamaları için eşine verebilir. “... Eğer gönül hoşluğu ile o mehrin bir kısmını size bağışlarsanız onu da afiyetle yiyin.”⁷⁹ ayetinde, kadının mehrini eşi veya yakınlarına bağışlayabileceğine işaret edilmektedir. Mehrin bir kısmından fedakârlık yapabileceğine dair Kur’anî yaklaşımın, kadın aleyhine bir mecburiyet olarak anlaşılması gerekir. İslam aile hukukunda mal rejiminin temel ilkesinin mal ayrılığı olduğu dikkate alındığında, kadının mehir yoluyla elde ettiği malının, kişisel mal kapsamında değerlendirilerek kendi garantörlüğüne verilmesi sağlanmalıdır.⁸⁰ Çünkü mehir, talak yetkisini kötüye kullanma ihtimali olan kocaya karşı kadına verilmiş bir güvencedir.⁸¹ İslam hukukunda mehir, evlenecek kadının ailesine değil, bizzat kendisine verilir ve kadının diğer mallarında olduğu gibi mehrinde de dilediği gibi tasarrufta bulunur. Bu durum, ödenen mehrin satış bedeli, nikâhın da bir satış akdi olduğu iddialarını çürütmektedir. Bir kimsenin bir akde hem taraf olup satış bedelini alması, hem de akde konu olması mümkün değildir. Gerçekte mehrin amacı, kadına iktisadi bir

74 Merginani, Burhanuddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebi Bekr, *el-Hidaye Şerhu Bidâyetü’l-Mübtedi*, İstanbul, trs., I, 204-205. Gayr-i müslim toplumlarda özellikle Musevilerde drahoma adında mehire benzeyen, kadının erkeğe verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği para veya mal şeklinde bir uygulama vardır (bkz. Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 199-200; Cin, *Evllenme*, s. 276).

75 Nisâ (4), 20.

76 Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 200; Karaman, Hayreddin, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, s. 95; Kayabaş, Ebru, *Osmanlı Devletinde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi- Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, İstanbul, 2009, s. 73.

77 Zuhayli, Vehbe, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, çev. Heyet, İstanbul, 1994, IX, 225; Bilmen, Ömer Nahuhi, *Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, ts., II, 147-148; Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 201.

78 İbn Kudame, *el-Muğni*, VI, 144; Zeydan, Abdülkerim, *el-Medhal li Diraseti’l-Şeriat’l-İslamiyye*, Bağdat, 1969, IV, 292 vd.; Ferruh, Ömer, *İslam Aile Hukuku*, çev. Yusuf Ziya Kavakçı, İstanbul, 1969 s. 120. Ayrıca bkz. Askalani, İbn Hacer, *Fethu’l-Bâri bi Şerhi’l-Buhari*, Mısır, 1959, V, 218, 444; Ayni, Ebu Muhammed Bedruddin Mahmud b. Ahmed, *Umdetü’l-Kâri Şerhu Sahihi’l-Buhari*, Beyrut, trs.; *Umdetü’l-Kâri*, XIII, 150; Bâci, Ebu’l-Velid Süleyman b. Halef b. Sâd, *el-Müntekâ Şerhu’l-Muvatta İmam Malik*, I-IV, Beyrut, 1983, III, 277.

79 Nisa (4), 4.

80 Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur’an Dili*, İstanbul, 1979 II, 1291; Sâbûni, M. Ali, *Muhtasar Tefsir-i İbn Kesir*, Beyrut 1981, I, 357.

81 Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 103-104; Cin, *Evllenme*, s. 215-218.

güç kazandırma ve boşanmanın suiistimal edilmesini önlemektir. Özellikle boşanmaların sıkça yaşandığı dönem ve bölgelerde yüksek tutulan ve çoğu kere boşanma anında ödenmesi kararlaştırılan mehrin sebepsiz boşanmalara önemli ölçüde engel olduğu bir gerçektir.⁸²

Gerek kendi rızası ile evlensin gerekse başkaları tarafından evlenmeye zorlan- sını, fiilen evlenen erkek, karısına mehir vermek zorundadır.⁸³ Cahiliye döneminde kadının babasına verilmekte olan mehir uygulaması, İslam ile değişmiş, mehrin bizzat kadının hakkı olduğu ve kadının muvafakatini almaksızın hiç kimsenin mehre müdahale edemeyeceği hükme bağlanmıştır.⁸⁴ Buna göre mehrin evlenen kadının mali bir hakkı olduğu ve mal ayrılığı rejiminin İslam aile hukukunun temel ilkesi olduğu mehir özelinde anlaşılmaktadır.⁸⁵

2. Çeyiz/Cihaz

Çeyiz, evlenecek kızlar için hazırlanan her türlü şahsi veya ev eşyasını ifade eder.⁸⁶ Günümüzde özellikle kadının evlenirken koca evine götürdüğü eşyaya çeyiz denmektedir.⁸⁷ İslam hukukunda evlenecek kıza ana-baba veya kocasının çeyiz hazırlaması, örf ile belirlenen bir konudur.⁸⁸ Çeyiz hazırlamakla yükümlü olan kimseler hakkında İslam hukukçularının görüşleri farklılık arz etmektedir.⁸⁹

82 Mehrin kadına aidiyeti, hadislerle de temellendirilir. Hz. Ali, Hz. Fatıma ile evlenirken "hutamı zırhı" adı verilen kıymetli bir zırhı mehir olarak vermiştir (Nesâi, Ebu Abdırrahman b. Ali b. Şuayb, *Sünenü'n-Nesâi*, (Suyuti şerhi ve Nedvi haşiyesi ile), Beyrut, 1930, Nikah, 76). Buna göre İslam hukukçuları, Hz. Peygamber'in mehirsiz evliliğe ruhsat vermediği hükmünü çıkarmış ve mehrin kadının hakkı olduğu konusunda ittifak etmiştir (Serahsi, *Kitâbu'l-Mebhut*, V, 62 vd.; Cassas, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Razi, *Ahkamu'l-Kur'an*, Beyrut, 1993 II, 199 vd., Kasani, *Bedaiu's-Sanâi*, II, 27 vd.; İbnü'l-Hümmam, Kemaluddin Muhammed b. Abdülvahid, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, Beyrut, trs., III, 316 vd. TMK'da mehir örfümüzün devamı olarak gündeme gelmiş ancak kanunen himaye edilmemiştir (bkz. Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 286 (dipnot: 61); Reisoglu, *Adalet Dergisi*, 1960, s. 191). Mehir, nikah akdinin rükün ve şartlarından olmadığı için evlilikten önce veya sonra belirlenebilir. Mehrin ödenme şekli ve zamanı genellikle örfle belirlenir (Cin, *Evlenme*, s. 240-241). Mehrin belirlenmemesi nikahın geçerliliğine engel teşkil etmez. Bu durumda kadın, emsal mehir alır (İbnü'l-Hümmam, III, 316). Maliki mezhebine göre mehir, nikah akdinin rüküdür ve mehirsiz nikah geçersiz sayılır (İbn Rüşd, II, 17; Kurtubi, Ebu Abdillah Muhammed b. Ahmed, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, Beyrut, 1987, V, 128). Malikilerin dışındaki fukahaya göre mehirsiz nikah geçerli olmakla birlikte kadın zifaktan sonra emsal mehre hak kazanır (Buhut, Mansur b. Yunus b. Yusuf, *Keşşafu'l-Knâ an Metni'l-İknâ*, Beyrut, 1983, V, 130-132; Nevevî, Ebu Zekeriya Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb*, Beyrut, trs., XVI, 339; Merginani, I, 204-205).

83 Koca adına bir başkası da mehir ödemeyi tekefüll edebilir (bkz. Cin, *Evlenme*, s. 241).

84 Âmir, Abdülaziz, *Ahvâlu's-Şahiyye fiş-Şeriatil-İslamiyye*, Mısır, 1983, s. 192. Hüküm, kadının küçük/bâlig, bakire/ dul olmasına göre farklıdır (Âmir, s. 192. Ayrıca bkz. Bâci, III, 266 vd.; Nevevî, XVI, 146 vd.; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 367; Abdülhamid, Muhammed Muhyiddin, *Ahvalu's-Şahiyye fiş-Şeriatil-İslamiyye*, Beyrut, 1987, s. 155-156.

85 Aksoy, *Karı-Koca Mal Rejimleri*, s. 10; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 224 vd.

86 Mustafa b. Şemseddin, *Ahter-i Kebir*, İstanbul, 1310, I, 216; İbn Abidin, Muhammed Emin, *Hâşiyetü Dürri'l-Muhtar alâ Şerhi Tenviril-Ebsâr*, Mısır, 1984, III, 165.

87 Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 199. Bazı toplumlarda çeyiz, kocanın evleneceği genç kızın babasına ödediği bir bedeli ifade eder. Bazı toplumlarda bu bedeli genelde evlenecek kadının babası öder (bkz. Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 199). Eski Türklerde çeyize "kalın" denir. Kalın, kız ailesine verilen ve miktarı ailelerin mali durumuna göre belirli eşyalardan ibarettir (bkz. Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, s. 143).

88 Günümüzde çeyiz, bölgelere göre farklılık arz eden örfi bir uygulamadır. Bir kısım bölgelerde eşyaların çoğunluğunu erkek tarafı alırken, bazı bölgelerde erkek ve kız tarafı birlikte almaktadır. Yaygın olmamakla birlikte eşyaların büyük çoğunluğunu kız tarafının aldığı da rastlanmaktadır. Genel olarak mutfak eşyaları ve yatak odası gibi eşyaların kız tarafından, misafir ve oturma odalarına ait eşyaların da erkek tarafından alınması teamül haline gelmiştir (bkz. Acar, H. İbrahim, *İslam Aile Hukukunda Kadımlara Tanınan Mali Haklar*, (Basılmamış Doktora), Erzurum, 1994, s. 83).

89 İbn Abidin, *Hâşiyetü Dürri'l-Muhtar*, III, 165.

Hanefilere göre: Kadın, kendisine verilen mehir veya şahsına ait mal ile çeyiz yapmaya zorlanamaz. Kadının babası da kendi malından çeyiz hazırlamak zorunda değildir.⁹⁰ Kadının çeyizsiz olarak evlenmesinin önünde dini bir engel bulunmadığı için çeyizsiz evlenmek caizdir. Kadın, kocanın verdiği mehire uygun olmayan bir çeyiz ile de evlendirilebilir. Evlenen kadının geçimini sağlamak, kadının statüsüne uygun bir ev temin etmek ve ev için gerekli olan eşyayı almak kocanın sorumluluğudur.⁹¹ Kocanın çeyiz için para vermesi halinde, kız tarafının bu paraya uygun çeyiz hazırlama mecburiyeti vardır. Bununla birlikte kızın ana-babası örfen çeyiz hazırlamışlarsa, hazırlanan çeyizler kızlarının şahsi mülkü olur.⁹² Kızın sahip olduğu bu mal, İslam hukukunda temel ilke olan mal ayrılığı rejimine tabi olur ve ayrılık durumunda kadının kişisel malı olarak kendisine tahsis edilir.

Malikilere göre: Kadın, aldığı mehir miktarı kadar çeyiz hazırlamak zorundadır. Kadın evlilikten önce mehiri teslim alırsa, koca mehrin çeyiz alımında kullanılmasını nikâh esnasında şart koşabilir. Bu konuda örfün bulunması durumunda da kadın çeyiz hazırlamaya mecbur edilebilir.⁹³ Çeyiz ister kızın ailesi tarafından, isterse mehir karşılığı olarak koca tarafından yapılsın, bu eşyalar kadının hakkı ve malı sayılır.⁹⁴ Bu sebeple kocanın kadına ait çeyiz eşyasından faydalanması, onu kullanması eşinin muvafakatine bağlıdır.⁹⁵ Malikilerin görüşünde de mal ayrılığı ilkesinin hâkim olduğu görülmektedir. Babanın ergenlik çağına gelmemiş kızı için hazırladığı çeyiz eşyası, teslim edilmemiş dahi olsa kızın malı sayılır. Ergenlik çağına gelen kıza hazırlanan çeyiz ise teslim edilmedikçe, onun mülkiyetine geçmez.⁹⁶

Görüldüğü gibi İslam hukukunda çeyiz uygulaması kadının ekonomik olarak desteklenmesi ve mal ayrılığı ilkesinin hayata geçirilmesi hususunda belirleyici bir öneme sahiptir. Özellikle boşanma halinde çeyiz ve ev eşyasına ait anlaşmazlıklar, hangi eşyanın kime ait olduğu noktasında önem arz etmektedir. Bu meselede İslam hukukçuları, eşyaların ayırımını kolaylaştıran ve mal ayrılığı ilkesini uygulamaya geçiren bir mal rejimi sistemi öngörmüşlerdir.

Bu ilkeler çerçevesinde eşyaların ayırımında şu kriterler öne çıkmaktadır:

Birinci kriter: Anlaşmazlık durumunda eşlerden her ikisi eşyaların kendisinin şahsi malı olduğunu iddia ederse, her ikisinden de delil getirmeleri istenir. Eşyaların kadın ya da erkeğe örfen uygunluğu dikkate alınmaksızın, delil getirenin lehine hüküm verilir. Her ikisinin delil getirememesi durumunda, eşyaların kadına ve erkeğe uygun olup olmadığına bakılır. Eğer eşya erkeklere uygun ise eşyanın mülkiyetinin erkeğe, kadına uygun ise kadına ait olduğuna hükmedilir.⁹⁷

90 Abdülhamid, *Ahvalü's-Şahsiyye*, s. 173.

91 Ebu Zehra, *Ahvalü's-Şahsiyye*, s. 226-227.

92 Ebu Zehra, *Ahvalü's-Şahsiyye*, s. 228.

93 Abdülhamid, *Ahvalü's-Şahsiyye*, s. 173.

94 İbn Abidin, *Hâşiyetü Dürri'l-Muhtar*, III, 165.

95 Şelebi, Muhammed Mustafa, *Ahkâmu'l-Üsre fi'l-İslam*, Beyrut, 1983, s. 430.

96 İbn Abidin, *Hâşiyetü Dürri'l-Muhtar*, III, 164.

97 Hüküm, "Beyineler ancak zahiri halin aksini ispat için meşru kılınmıştır" (Mecelle, md. 77) kaidesi ile temellendirilir (bkz. Serahsi, *Kitâbu'l-Mebzut*, V, 213; Kasanî, *Bedaiu's-Sanâi*, II, 308; *Feteval-Hindiyeye*, Heyet, Mısır, trs., I, 350-351).

İkinci kriter: Her iki eş de iddiasını ispat edemez, eşya hem erkeklere hem de kadınlara uygun olursa, kocaya yemin teklif edilir. Bu görüş Ebu Hanife (h. 80-148) ve İmam Muhammed (h. 132-189)'e aittir. Ebu Yusuf (h. 113-183)'a göre, bu durumda kadının evlenirken koca evine cihazdan bir şey getirmesi adet ise, bu geçerli âdete göre ihtilaflı cihaz içinde kadına ait eşya da bulunur. Her iki eşe de uygun olan eşyaların kadının mülkü olmasını örfen gerektirenlerde kadının sözüne itibar edilir. Örfen kadına ait olan eşyalar hakkında kadına yemin teklif edilir. Yemin ederse lehine hükmedilir. Emsal âdetin dışında kalan eşya hakkında yemin şartıyla kocanın sözüne itibar edilir.⁹⁸

Üçüncü kriter: Her iki eşin iddialarını ispat edememeleri halinde, eşyaların durumuna bakılır. Eğer eşya erkek elbiseleri, kocanın mesleğiyle ilgili alet ve edevatlar gibi yalnız erkeğe uygun ise yemin kocaya teklif edilir. Süs eşyası, kadın elbiseleri gibi eşya sadece kadına uygun ise yemin kadına teklif edilir. Kendisine yemin teklif edilen eş, yemin ederse lehine, etmezse aleyhine hükmedilir.⁹⁹

İslam hukukunda, evli eşler arasında mal ayrılığı sistemi kabul edilmiştir. Kadın, evliliğin boşanma ve ölüm ile sona ermesi halinde kendisine ait olan malların sahibi olur. Kendisine ait olan mallar, elinde değilse onları alma hakkını elde edebilir. Bu nedenle çeyiz eşyasının veya düğün hediyelerinin eşlerden hangisine ait olduğunun tespiti, boşanmalarda önemli bir problem olarak ortaya çıkar. İslam hukukunda, ailede eşler arasındaki mali ilişkilerde ortaya çıkan anlaşmazlıklar, mal ayrılığı sistemine göre çözümlenmektedir.

3. Nafaka

Evlilikten itibaren kadının, yeme, içme, giyim, mesken, ev eşyası ve sağlık giderleri gibi ihtiyaçları nafaka kapsamında değerlendirildiğinden söz konusu mali yükümlülükler koca tarafından karşılanır.¹⁰⁰ Kocasından aynı mal ve nakit olarak nafakasını alan kadın, bunlara malik olur ve nafakası kadının kişisel mülkiyetine geçer. Bu itibarla şahsi mülkiyete konu olan malların hükümleri kadın tarafından teslim alınan nafaka için de geçerlidir. Kadın nafakasını istediği gibi kullanabilir. Kocasını dâhil buna kimse karışamaz. Onu hibe edebilir, bir kısmını sadaka olarak dağıtabilir. Buna karşılık nafakasını kayıp veya zayı ederse, nafaka vakti gelmeden kocasından nafaka talebinde bulunamaz.¹⁰¹

Nafakası kocası tarafından karşılanmayan veya nafaka bırakmadan kocası kaybolan kadınlar mahkemeye müracaat ederek kendileri için nafaka talep edebilir. Böylece İslam hukukunun öngördüğü mal ayrılığı ilkesi nafaka konusunda

98 Serahsi, *Kitâbu'l-Mebcut*, V, 213; *Feteva'l-Hindiyye*, I, 351.

99 Serahsi, *Kitâbu'l-Mebcut*, V, 213; Kasani, *Bedaiu's-Sanâi*, II, 308.

100 Bkz. Özcan, Ruhi, *Karı-Koca Nafaka Mükellefiyeti*, Basılmamış Doktora Tezi, Erzurum, 1976, s. 15.

101 Şafii, *el-Ümm*, V, 79; Sehnun, Ebu Said Abdüsselam b. Said, *el-Müdevvenetü'l-Kübra* (İmam Malik'ten rivayet), Beyrut, trs., II, 261; Semerkandi, Alauddin, *Tuhfetü'l-Fukaha*, Beyrut, 1984, I, 157-158; İbn Kudame, *el-Muğni*, IX, 241.

da kendisini göstermektedir. Nafaka ile kadının elde ettiği hakları, kişisel mal statüsünde değerlendirilmelidir. Buna göre kadın, kendisine ait mali hakları ve ekonomik değerleri mal ayrılığı ilkesi gereği alabilmekte ve kullanma hakkına sahip olabilmektedir.

4. Miras

İslam hukukunda kadın, kocası, ana-baba ve diğer akrabalar gibi mirasçı olduğu kimselerden payına düşen oranlarda mirasa hak kazanır.¹⁰² Kadının miras ile elde ettiği mallar, kendisine ait mallar olup, mal ayrılığı rejimine göre kadının mülkiyetine geçer ve kişisel mal kapsamına dahil edilir. Kadın, mali özerkliği gereği miras yoluyla elde ettiği mallarında kendi iradesi doğrultusunda her türlü tasarrufta bulunabilir. Miras yoluyla elde ettiği mallar, kadının şahsi malları olarak kabul edilerek kendi tasarrufuna verilir. İslam hukukunda mal ayrılığının temel ilke olduğu miras örneğinde de kendisini belirginleştirmektedir.

Görüldüğü gibi mehir, çeyiz, nafaka ve miras ile kadının elde ettiği ekonomik değerler, kişisel mal kapsamında değerlendirilerek kadının kişisel mallarını oluşturur. Kadına ait bu mallar, İslam aile hukukundaki mal ayrılığı ilkesi gereği bölüşüme konu olmadığından ayrılık durumunda herhangi bir anlaşmazlığa da neden olmaz. Bununla birlikte eşler, evlilik süresinde birlikte çalışarak elde ettikleri malların bir kısmını kişisel mal kapsamına alınabilirler. Bu mallar, mal ayrılığı hükümlerine tabi olur.

Bununla beraber evlilik süresi içinde eşlerin ortak katılımlarıyla elde edilen ve İslam hukukunun mal ayrılığı ilkesinin işletilememesi sonucu kime ve ne oranda ait olduğu tespit edilmeyen malların hukuki statüsüne ilişkin değerlendirmelere yer verilmesi konunun açıklığa kavuşturulması açısından faydalı olacaktır.

B. Eşlerin Paylaşımına Konu Olan Mallarının Hukuki Statüsü Üzerine Değerlendirmeler

Evlilik sonrası eşlerin birlikte çalışmayla edindikleri ekonomik değerler, boşanma halinde bölüşüme konu olur. Bu itibarla mal rejimi konusunun en önemli tarafını, birlikte edinilen malların bölüşümü oluşturmaktadır. Mal rejimlerine dair problemler, ekseriyet itibarıyla eşlerin evlilik süresi içinde birlikte edindikleri malların ve ekonomik birikimlerin ne kadarının kime ait olduğunu tespit noktasında yaşanmaktadır. Bu bakımdan evlilikte erkek ve kadının, özellikle bu konuda çoğunlukla mağduriyet yaşayan taraf olarak kadının çalışmasıyla aile bütçesine kattığı ekonomik değerlerin ayırımı meselesi gündeme gelmektedir. Bu bağlamda İslam hukukunun evrenselliği ve dinamizmi gereği, mal rejimi konusuna açılım sağlayacak bazı teklif ve değerlendirmeler yapılabilir.

102 Kadının mirası için bkz. Aktan, Hamza, *Mukayeseli İslam Miras Hukuku*, İstanbul, 1989, s. 87-165.

Aile kurumunun tabii üyesi olan kadın ve erkeğin, birlikte çalışarak edindikleri mal ve ekonomik değerlerin ayrılık durumunda bölüşümü, adalet ilkelerine bağlı kalınarak sağlanmalıdır. Bu çerçevede imkânlar ölçüsünde iki tarafın da hakkını tespit ve teslim etmeye özen gösterilmelidir. Adaletli ve hakkaniyete uygun bölüşüm sağlanırken, toplumun değer yargılarında meydana gelen aşınmanın etkisi ile oluşan yanlış algı ve algılamaların yönlendirmesine taraf olarak cinsiyet farkı gözetilmemelidir. Daha çok mağduriyet yaşayan taraf olarak kadının hakkını korumada gösterilecek hassasiyet, erkeğin hakkının zayi edilmesiyle sonuçlanmamalıdır. Konuya bütünüyle kadın ve erkeğin haklarını koruma ve bu konuda adaletin tecelli etmesini sağlama perspektifinden yaklaşılmalıdır. Bu bağlamda “*çalışan kadın*” kavramının kapsamının genişletilerek bu çerçevede hukuki düzenlemelerin yapılması, yaşanan sorunların çözümünde kısmen bir açılım sağlayabilir.

1. ‘Çalışan Kadın’ Kavramının Anlam Alanı ve Edinilmiş Mallarının Ayrımına Etkisi

İnsanlık var olalı beri çalışma hayatının içinde olan kadın, aile kurumunun devamlılığının sağlanmasında eşyle beraber mücadele vermiştir. Tarım toplumunun egemen olduğu yer ve zamanlarda, görev dağılımında yaratılış özellikleri ve şartlar gereği genellikle kadına evin iç işleri, erkeğe de dış işleri düşmüştür. Bu iş bölümünün fitri ve yaratılışa uygun bir iş bölümü olduğundan da söz edilebilir. 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren meydana gelen toplumsal değişmeler, tarımsal ekonominin yanında sanayileşmenin ağırlık kazanarak köyden kente göçün başlaması ile kadının çalışma alanlarına da etki etmiştir. Bunun sonucunda kadınlar, evlerinin dışında ücretli olarak aktif çalışma hayatına girmeye başlamıştır.¹⁰³

İçinde yaşadığımız bilgi ve teknoloji çağında, kadınların evlerinin dışında çalışabilecekleri çok sayıda iş kolları mevcuttur. Tekstil ve elektronik aletlerin montajı gibi kadınların erkeklere göre yaratılış özellikleri itibarıyla daha başarılı ve üretken oldukları özel iş kolları giderek yaygınlık kazanmaktadır. Son tahlilde, kadınların aile bütçesine kayda değer ölçüde ekonomik girdi sağladıkları bir dünyada yaşıyoruz. Evliliklerin, boşanma veya ölümle sona ermesi halinde kadın ve erkeğin emeğini yok saymayan bir uygulamayla adaleti temin etmek, günümüz hukukçularının ve kanun yapımcıların öncelikli görevi olmalıdır. Konuyla ilgili düşünce ve tekliflerimizi bu vesileyle ifade edelim.

a) Ev hanımlarının çalışan kadın statüsüne dâhil edilmesi

Sadece ev işleriyle meşgul olan ev hanımlarının çocuk bakımı, ev temizliği, yemek yapma gibi aktiviteleriyle aileye dolaylı olarak ekonomik katkı sağladıkları

103 Alkan, Türker, *Kadın Erkek Eşitsizliği Sorunu*, AÜSBFY., Ankara, 1981, s. 50-51; Altan, Ömer Zühtü, *Kadın İşçilerin Korunması*, EİTİAY., Eskişehir, 1980, s. 18-19; Ney Bendason, *Başlangıcından Günümüze Kadın Hakları*, çev. Şirin Tekeli, İletişim Yayınları, Yeni Yüzyıl Kitaplığı, İstanbul, trs., s. 47-48.

rı, herkesçe bilinen bir husustur.¹⁰⁴ Ev iç işlerine ait bütün bu aktivitelerin yapılması, gerek düşünsel olarak gerekse bedensel olarak büyük bir çaba ve fedakârlık gerektirmektedir. Eşin bu işleri yapmaması/yapamaması durumunda koca ev işlerinin yapılması noktasında hizmet alma yoluna gidecek ve belli miktarda ekonomik harcama yapmak zorunda kalacaktır. Bu da gösteriyor ki kadın ev işlerini yaparken aile bütçesine dolaylı da olsa bir katkı yapmaktadır. Bütün bu gayretlerin sonucunda, ailede mal edinme ve ekonomik birikimlerin resmi olarak tescil edilmesi gündeme geldiğinde, çoğu kere mülk koca adına kayıtlara geçmekte, kadının aile bütçesine verdiği katkı bazen kısmi olarak bazen de bütünüyle resmi kayıtlara geçirilmemektedir.¹⁰⁵ Erkek ve kadının birlikte çalışarak edindikleri ekonomik değerler, birliktelik devam ederken bir problem teşkil etmez. Aile birliği yürümediginde ve ayrılık kaçınılmaz olduğunda, kadın mal ayrılığının kuralları gereği sadece kendi üzerine kayıtlı olan mallarını alabilmekte, evlilik birliği içinde edinilen, büyük ölçüde kadının da katkısının olduğu fakat örf-adetlerimiz gereği çoğu kere koca adına kayıtlı bulunan mallardan bir pay alamamaktadır.¹⁰⁶

Ayrılık durumunda, kadının elde ettiği ekonomik değerlerin ağırlıklı olarak erkeğin kayıtlarına geçmesi, kadınların hakkının korunmasına yönelik hukuki bir düzenlemenin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Burada özellikle kadına yönelik açık bir adaletsizliğin olduğu görülmektedir. Belli bir ücrete dönüşmemiş bu emeğin ayrılık durumunda karşılıksız bırakılması adalet ölçüleri açısından doğru olmayacaktır. Bu açıdan sadece ev işleriyle meşgul olan ev hanımlarının çalışan kadın statüsüne dâhil edilmelerinin uygun olacağı düşüncesini taşımaktayız. Böylelikle boşanma durumunda kadın, eşiyile birlikte ortak dayanışma ile elde ettikleri ailenin ekonomik birikimlerinden makul ölçülerde bir paya sahip olabileme imkânına kavuşmuş olacaktır. Burada her ailenin ekonomik birikimleri aynı miktar ve oranda olmayacağından dolayı belli bir rakam veya oran tespitinden söz etmek isabetli olmayacaktır. Hukuki olarak evlilik birliği içerisinde edinilen malların tespitine yönelik bir çalışma yapılması gerekir. Hangi malın ne miktarda kime ait olduğu noktasındaki tespit, İslam hukukunda temel ilke olarak kabul edilen mal ayrılığı sistemiyle eşlerin hak sahibi olduğu malların bölüşümü hususunda büyük kolaylık sağlayabilecektir.

İslam hukukunda kadın, kocası karşısında bağımsız bir kişiliğe sahip olduğu gibi iktisadi bakımdan da bağımsızdır.¹⁰⁷ İslam hukukundaki tek kanuni mal rejimi olan mal ayrılığının tabii sonucu olarak, karı ve kocanın mal varlıkları birbirinden ayrıdır. Ağırlıklı görüşe göre kadın, kendi mal varlığında dilediği gibi tasarruf edebilir. Bu mallar üzerinde de kocasının bir müdahalesi yoktur. İslam hukuku bakımından kadın ve erkek esas itibariyle eşittir. Nitekim bir hadiste kadınlar erkeklerin mülkiyetinde olan bir mal olarak değil, aynı haklara sahip kimseler olarak takdim edilmektedir.¹⁰⁸

104 Bkz. <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat/0193.htm> (erişim: 02.10.2012)

105 Gürkan, *Türk Kadınının Hukuki Statüsü*, s. 393.

106 Öztan, *Mal Rejimi*, s. 76.

107 Bkz. Nargül, *Mali Tasarrufu Açısından İslam Aile Hukukunda Kadın*, s. 301-321.

108 Ebû Dâvûd, "Taharet", 94; Tirmizî, "Taharet", 82; Dârimî, "Vudû", 76; Müsned, VI, 256, 377.

İslam aile hukukunda mal ayrılığının temel ilke olduğu dikkate alındığında, kadınların ortaya koydukları çaba ve emeğin karşılığı olarak hak ettiği oranda belli bir pay almaları sağlanmalıdır. Edinilmesinde rolü bulunan mallardan ayrılık sırasında kadının da hisse alması, adalete uygun görünmektedir. “*Erkekler için kendi kazandıklarından bir pay, kadınlar için de kazandıklarından bir pay vardır*”¹⁰⁹ ayetinde, konu temel bir ilke olarak ortaya konulmaktadır. Eşlerin birlikte çalışarak elde ettikleri ekonomik değerlerden kadının ya da erkeğin hangi oranda pay sahibi olacağı meselesi, üzerinde ayrıntılı çalışmalar yapmayı gerektiren müstakil bir konudur.

b) Tarım sektöründe çalışan kadınların çalışan kadın statüsünde değerlendirilmesi

Herhangi bir iş kolunda ücretle çalışan kadınların dışında, tarımla uğraşan ailelerdeki kadınların da çalışan kadın statüsünde değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Kuşkusuz tarımla uğraşan ailelerde kadınlar, fiilen erkekler kadar hatta daha fazla bedenen çalışmaktadır. Çoğu kere ev işlerini de tek başına yürüttükleri dikkate alındığında, kadınların ailenin yükünü ağırlıklı olarak taşıdıkları, böylece aile bütçesine doğrudan olmasa bile dolaylı olarak ekonomik girdi sağladıkları görülmektedir. Tarımla uğraşan ailelerdeki kadınların çalışan kadın statüsüne alınması, edinilmiş malların bölüşümünde kadınların belli bir oranda pay sahibi olmalarını sağlayabilecektir.¹¹⁰

Medeni Kanun’da bu çerçevede yapılacak hukuki düzenleme, sayıları azımsanamayacak kadar fazla olan tarım kadınının haklarının belli nispette korunmasını sağlayabilecektir. Böylece ekonomik bağımsızlığı olmayan tarım kadınının, boşanma sonrasında sefaletе düşmesi önlenebilecektir. Konuya İslam hukuku açısından baktığımızda, insan emeğinin yok sayılmamasını öngören naslar ışığında, tarım alanlarında çalışan kadınların ayrılık durumunda emeğinin karşılığını ortaya koyan bir oranda pay almasının gerekli olduğu sonucuna varılabilir. “*İnsan için ancak emeğinin sonucu vardır*”¹¹¹ ayetinde, bu husus genel bir prensip olarak ifade edilmektedir. Kadınlar kendi emeklerini ortaya koyduklarına göre, oluşan ekonomik değerlerde pay sahibi olması son derece doğal bir durum olarak karşılanmalıdır.

2. Eşlerin Edinilmiş Mallara Katılım Oranlarının Tespitine Dair Bazı Teklifler

Her ailede kadın ve erkeğin aile bütçesine katkısı aynı oranda olmayabilir. Bir kısım ailelerde çalışan kadın, erkeğe oranla aile bütçesine daha az katkı sağlayabilirken bazı ailelerde ise kadının katkısı erkeğinkinden daha fazla olabilmektedir.

109 Nisa (4), 32.

110 Bkz. <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat/0193.htm> erişim: (02.10.2012).

111 Necm (53), 39.

Ülkemizin içinde bulunduğu sosyo-ekonomik şartlar perspektifinden konuya baktığımızda, ailelerin büyük bir kısmında erkeğin aile bütçesine katkısı, kadının katkısından daha fazla olmaktadır. Bununla birlikte erkeğin katkısına oranla, kadının aile bütçesine katkısının daha fazla olduğu ailelerden de söz edilebilir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nda *edinilmiş mallara katılma rejimi* ilkesine göre öngörülen yarı yarıya paylaşırma, genel bir prensip olarak her zaman ve durumda adaletin tahakkukuna hizmet etmeyebilir. Malların bölüşümünde eşlerin aile bütçesine katkı oranlarına göre bir paylaşımın, adalet ilkeleri açısından daha uygun olacağı düşüncesini taşıyoruz. Buna göre erkek ve kadının aile bütçesine kattığı ekonomik değerlerin bölüşümünde, yarı yarıya paylaşım adaleti temin etmeyebilir.

Bu bakımdan kadın ve erkeğin hakkının korunması ve ortak çabayla elde ettikleri ekonomik değerlerin hakkaniyet ölçüleri içerisinde paylaşılması gerekir. Ayrılık durumunda erkeğin olduğu gibi kadının da emeğinin yok sayılmaması ve edinilmesinde katkısı bulunan mallardan katkısı oranında hak sahibi olması sağlanmalıdır.

Bu teklif ve önerilerimiz Kur'an ve Sünnet eksenli aşağıdaki delillerle temellendirilebilir:

*"İnsan için ancak emeğinin sonucu vardır".*¹¹² Ayette, kadın-erkek ayırımı yapılmaksızın bir emek sonucu edinilen malların kazanan kimseye ait olacağı sarih olarak ifade edilmektedir.

*"Erkekler için kendi kazandıklarından bir pay, kadınlar için de kazandıklarından bir pay vardır".*¹¹³ Bu ayette ise, erkeklerle birlikte kadınların da kazandıklarından kendilerine ait bir hakkın olduğundan söz edilmektedir.

*"Biz sizden kadın olsun, erkek olsun kimsenin amelini zayi etmeyiz".*¹¹⁴ Bu ayette, ayrı ayrı kadın ve erkek vurgusu yapılarak iki tarafın da kazancının kendisine ait olacağına dikkat çekilmektedir.

*"Herkes kazancı karşılığında rehindir".*¹¹⁵ Bu ayette ise kişinin kazancının kendisine ait olduğuna işaret edilmektedir.

Bu ayetlerin ihtiva ettiği anlam ve hukuki ilkeler dikkate alındığında, kadın ve erkek ayırımı yapılmaksızın, kişinin emeğinin karşılığının verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Buna göre, kadın ve erkeğin evlilik süresince birlikte çalışma ile edindikleri malların ayrılık durumunda katkısı oranında bölüşülmesi, adalet ilkeleri açısından önem kazanmaktadır. Paylaşımın adalet ilkelerine uygunluğuna bakılarak adaleti temin edecek her türlü hukuki düzenlemeden istifade edilebilir. Farklı hukuk sistemlerindeki mal rejimlerine ait düzenlemeler de bu konuda kısmi müracaat kaynağı olabilir. Bu bağlamda Türk Medeni Kanunu'ndaki

112 Necm (53), 39.

113 Nisa (4), 32.

114 Âli İmran (3), 195; Nisa (4), 124.

115 Tür (52), 21; Müddesir (74), 38.

mal rejimlerine dair düzenlemeler, önemli ölçüde fikir verebilir. Mal rejimlerinin tenkit ve kritiğe muhtaç kısımları, Kur'an ve Sünnet bakış açısıyla revize edilerek İslam hukuku perspektifiyle karı-koca mallarının idaresi konusuna katkı sağlanması mümkün olabilir. Naslarda meselenin bu boyutuna işaret eden genel esaslar mevcuttur. "*Haramı helal, helalı haram etmedikleri sürece müslümanlar şartlarına bağlıdırlar*"¹¹⁶ hadisine göre meşru şartlar ihtiva eden karı-koca mallarının idare şekli, adaleti sağladığı ölçüde, adı ne olursa olsun meşru sayılabilir.

3- Mal Rejiminin İslam Hukukunun Genel Esasları Perspektifiyle Değerlendirilmesi

İslam hukukunun genel ilkeleri perspektifiyle özet bir değerlendirme yapılacak olursa, son tahlilde mal rejimleri konusuna ilişkin aşağıdaki görüşler ifade edilebilir:

İslam çocuk, yetim, dul ve genellikle kadınların korunması, mağdur edilmesi hatta rızık için çalışmak mecburiyetinde bırakılmaması konularında titizlik göstermiş ve bu konularda maddi manevi tedbirler getirmiştir. İslam hukukunun kadınlarla ilgili hükümleri uygulandığı takdirde ister evli olsun, ister dul veya bekâr, hiçbir kadın aç, açık, ihtiyaç içinde ve bu sebeple olumsuz şartlarda da olsa çalışmak mecburiyetinde kalmaz. Kadının nafakasını ve normal ölçülerde ihtiyacını yakından uzağa doğru erkek akrabaları sağlamakla yükümlüdür.¹¹⁷ Söz konusu yükümlülüğe ilave olarak erkek kardeşe mirastan, kıza nispetle iki kat pay verilmiştir.¹¹⁸ Miras hukukundaki erkeklere iki kadınlara bir taksim, Kur'an ve Sünnet temelinde İslam hukukunun kendi bütünlüğü içerisinde son derece adaletli ve dengeli bir uygulama olarak kabul edilmelidir.

Şurası iyi bilinmelidir ki evlilik bir ticaret ve servet edinme yolu değildir. Kut-sala yakın bir statüsü bulunan ailenin tesis edilmesinin bir takım gayeleri mevcuttur. Söz konusu hedefler, biyolojik ihtiyaçları meşru yoldan karşılamak, nesli devam ettirmek, yeni nesillere başta din ve milli kültür olmak üzere manevi değerleri aktarmak şeklinde özetlenebilir. Kadın evlenirken, boşanıp kocasının mallarına, sözgelimi malın yarısına, sahip olma düşüncesi taşımamalıdır. Bu düşüncelerle gerçekleştirilen evliliğin sağlıklı yürüyebileceğinden söz edilemez. Evlendikten sonra kadın, aile malvarlığının edinilmesine katkıda bulunmuş ise boşandığı veya kocası vefat ettiği takdirde, bundan mahrum olması, servetin edinilmesinde doğrudan katkıları olmayan diğer varislerle eşit muamele görmesi ve sadece payını almakla yetinmesi adaletli bir bölüşüm yöntemi olarak nitelendirilemez.

İslam hukukunda mal rejiminin temel ilkesi olarak mal ayrılığı rejiminin benimsenmesi, tamamen kadının menfaatini/maslakatını merkeze alan bir yaklaşım

116 Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as, *Sünenü Ebi Davud*, İstanbul, 1990, Akdiyye, 12; Tirmizi, Muhammed b. İsa b. Serve, *Sünenü't-Tirmizi*, İstanbul, 1992, Ahkâm, 17.

117 Bkz. Erbay, Celal, *İslam Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, İstanbul, 1998.

118 Nisâ (4), 11.

modeli olarak değerlendirilebilir. Buna göre kadının, ister baba ocağından getirdiği, ister evlendikten sonra çalışarak veya bağış vb. yollarla kazandığı malı, serveti bütünüyle kendisine aittir. Kadına ait ekonomik birikimlerde kocasının her hangi bir ortaklığı ve dolayısıyla da müdahale hakkı bulunmamaktadır.

Bu bağlamda İslam hukukunda kadının zengin, kocanın yoksul olması halinde - aksi câiz değildir - karısının ona zekât ödemesinin câiz olduğundan söz edilmiştir.¹¹⁹ Kadının kendisine ait malına kocasının ortak olması haksızlık olarak kabul edilerek engellenmiştir. Kadının katkısı olmadan kocanın kazandığı mala ortak olması da o derece haksızlık olacaktır. Bu bakımdan kadın ve erkeğin emeği ve çabası ile elde ettiği kazanç ve servete sahip olabilmesi, İslam hukuku açısından konuyla ilgili en sahih ve tarafsız değerlendirme ve İslam'ın ruhuna en uygun düşün izah olacağı kanaatindeyiz.

Evlilik hayatı boyunca ev işlerinin yanında farklı vesilelerle aile ekonomisine gelir sağlayan veya kocasının sağlıklı bir düzlemde çalışmasına imkân hazırlayarak, eşlerin ortak emeğiyle edinilen servette payı bulunan bir kadının, boşanma veya kocanın ölmesi durumunda bu servetten mahrum kalması, emeğinin karşılığını alamaması haksızlık ve adaletsizliktir. Miras ve geçici nafaka gibi kazanımlar söz konusu hak kaybını telafi edebilecek nitelikte değildir. Bu açıdan mal rejimlerine yönelik yapılacak hukuki düzenlemenin hedefi, taraflara hak etmedikleri, edinilmesinde emek ve katkıları bulunmayan mala ortak olma hakkını sağlamak değil, edinilmesinde emek ve katkı sağlanmış maldan hakkın ve payın alınmasını temin etmek olmalıdır.¹²⁰

Sonuç

Tarım toplumunun egemen olduğu ve insanların toprağa bağlı olarak yaşadığı şartların, sanayileşme ile değişime uğraması ve köyden kente göçün hız kazanması, kadınların aktif çalışma hayatına katılımını sağlamıştır. Bu durum aile hukukunda mal rejimi konusunu gündeme getirmiş ve ayrılık durumunda kadına ait ekonomik değerlerin ayırımında, objektif ve adaleti temin edecek kriterlerin ortaya konulması zaruretini oraya çıkarmıştır.

İslam aile hukukunda mal rejiminin temel ilkesi mal ayrılığıdır. Mehir, cihaz/çeyiz, nafaka ve miras uygulamalarında İslam hukukuna göre eşlerin mallarının idaresinde mal ayrılığının prensip olduğu görülmektedir. Bu uygulamalarla kadının elde ettiği haklar, kişisel mal olarak değerlendirilerek evliliğin sona ermesi durumunda kendisine iade edilecektir. Mal ayrılığı ilkesi, evlilik esnasında taraflara ait malların belirlenmesinde açıklık sağladığından, malların bölüşümünde büyük oranda hukuki bir anlaşmazlığa neden olmayacaktır. Eşlerin evlilikte ortak

119 Kasani, *Bedai'ü-Sanâi*, II, 40; İbn Arabî, Ebu Bekr Muhammed b. Abdullah, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut, 1988, II, 960.

120 Bkz. <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat/0193.htm> erişim: (02.10.2012).

çabayla edindikleri mallar, mal ayrılığına göre tanzim edilmediğinde, ayrılık durumunda hukuki bir sorun oluşturmaktadır. Konuyla ilgili tartışmalar da mal ayrılığı ilkesi gereği edinilen malların yeri ve zamanında tespit edilip, resmi kayıtlara geçirilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Bir iş kolunda ücretli çalışarak aile bütçesine ekonomik katkı ve girdi sağlayan kadınların ayrılık durumunda, evlilik süresince birlikte çalışarak elde ettikleri mallardan pay almaları, yapılacak hukuki düzenlemelerle sağlanmalıdır. Herhangi bir iş sektöründe ücretle çalışmayan ancak realitede işlerin kadın ve erkeklerin katılımıyla birlikte yapıldığı tarımla uğraşan ailelerde, kadınlar da emeğini ortaya koyarak bir üretim yapmakta ve aile bütçesine katkı sağlamaktadır.

Bu açıdan tarımla uğraşan ailelerdeki kadınlar da çalışan kadın statüsünde değerlendirilmeli ve ayrılık durumunda bölüşümde belli oranlarda pay sahibi olmaları sağlanmalıdır. Kadınların ne kadar ve ne oranda pay alacaklarının tespitine ilişkin hukuki ilkelerin geliştirilmesi, üzerinde hassasiyetle durulması gereken önemli bir konudur. Bu konuda sabit bir kriter ortaya koymak, her aile için adaletli bir uygulama olmayabilir. Türk Medeni Kanunu'nda yarı yarıya bir paylaşım öngörülmektedir. Yarı yarıya paylaşım bazı ailelerin anlaşmazlıklarını çözmede adaleti temin etse de kazanılan malların elde edilmesinde kadının katkısının daha fazla olduğu bir kısım ailelerde adaleti sağlayamayabilir.

Bize göre, şayet tespiti mümkün ise, katılım oranlarına göre bir bölüşümün yapılması adaleti sağlamada daha doğru bir yöntem olacaktır. Bu bağlamda evlilikte eşlerin ortak katılımlarıyla elde ettikleri ekonomik birikimlerin kime ne oranda ait olduğunun, resmi kayıtlara geçirilmesi noktasında hukuki düzenleme yapılması, kanaatimizce problemlerin çözümüne yardımcı olabilir.

Evlilikte, kadının nafakaya katılma zorunluluğunun olmaması ve nafaka sorumlusunun koca olması, bölüşümde kadına ait oranın tespitinde dikkate alınması gereken bir faktör olmalıdır. Buna göre, erkeğin oranının adalet ölçülerini aşmayacak nitelikte kadına göre daha az olması, mal rejimi konusuna mütevazı katkı sağlayabilir.

Türk Medeni Kanunu'ndaki mal rejimlerine yönelik yapılan ve edinilmiş mallara katılma rejimi hükümleri incelendiğinde İslam hukukunun öngördüğü mal ayrılığı ilkesine yaklaşmaya doğru bir seyir takip ettiği görülmektedir. Bu konuda en bariz sorun, katılım oranlarının ve paylaşım sırasında dağıtım oranlarının tespitinde yaşanmaktadır. Boşanma gibi tarafları olumsuz etkileyen bir süreçte dağıtımda adaleti tahakkuk ettirmek bir hayli zor olacaktır. Her şeye rağmen taraflar bu nazik dönemde imkânlar nispetinde daha duyarlı, saygılı ve anlayışlı davranmak suretiyle yıllarını birlikte geçirdiği, iyi ve kötü günde kader birliği yaptığı bu insanı maksimum düzeyde memnun etmenin ve bu vesileyle de içten gelen bir duyguyla helalleşmeye zemin hazırlamanın gayreti içerisinde olmalıdır. Bu açıdan konunun hukuki veçhesinin yanında vicdani boyutu da önemsenmelidir.

Mal rejimlerini mukayeseli hukuk perspektifinden inceleme gayretini ortaya koyan bu çalışma, alanında ilk olmanın risklerinin farkındalığında mütevazı bir çalışma olarak daha sistematik çalışmalara esin kaynağı olmayı hedeflemektedir.

NASSIN/MEFHÛM-İ MUVÂFAKATİN DELÂLETİ: LAFZÎ BİR DELÂLET Mİ KIYAS-I CELÎ Mİ?

Dr. Uğur Bekir Dilek*

The Indication of Nass/The Inferred Meaning: Is it Literal Indication or Obvious Analogy (Qiyâs Jalî)?

In this study, it is stated that the indication of nass/the inferred meaning, is a literal indication and different from qiyâs (analogy) in some points. The topic of whether this type of indication is literal indication or analogy has been discussed by scholars since Imam Al-Shafi'î. The reason for discussion is if illâh (the effective cause) is within the context of indication of nass as is in qiyâs. However, in contrast to the illâh in qiyâs, it is easy to understand the meaning of illâh in the indication of nass. Majority of scholars mentioned that the indication is literal by understanding of the meaning of illâh. Imam Al-Shafi'î and some others pointed that the indication of nass is an obvious analogy (qiyâs jalî) as being the type of qiyâs by focusing on the illâh factor.

Key words: Indication, the indication of nass (dalâlah al-nass), the indication of the inferred meaning (mafhûm al-muwafakah), literal indication, analogy (qiyâs), obvious analogy (qiyâs jalî)

Giriş

Kur'ân-ı Kerîm ve sünneti doğru biçimde anlayabilmek ve onlardan şer'î hükümler çıkarabilmek amacıyla bir takım kurallar ortaya koyan usul bilgileri, bu kaynaklarda yer alan lafızları, manaları ile ilişkilerine göre çeşitli ayırmalara tâbi tutmuşlardır.¹ Hanefîler konulduğu mana, kullanıldığı mana, manaya delâletinin açıklığı ve kapalılığı ve manaya delâletinin şekli bakımından lafızlar şeklinde dört²,

* Öğretmen, İstanbul-Ümraniye İnanç Türkeş Ortaokulu, e-mail: ugurbekir@hotmail.com

1 Zekiyyüddin Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları* (trc. Prof. Dr. İbrahim Kâfi Dönmez), Ankara 1990, 263-264; 344-349.

2 Sadrüşşerîa, Ubeydullah b. Mes'ûd, *et-Tavzîh şerhü't-Tenkîh (et-Telvîh ilâ keşfi hakâiki't-Tenkîh* ile birlikte), Beyrut 1998, I, 72-77; Molla Hüsrev, Mehmed Efendi, *Mirâtü'l-usûl şerhü Mirkâtî'l-vüsûl*, Dersâadet 1321, 20-22; Zekiyyüddin Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 264.

cumhur ise mantûkun delâleti ve mefhûmun delâleti olmak üzere iki kısımda ele almıştır.³

Bu makalede ele alacağımız delâlet türüne Hanefiler, *nassın delâleti* adını vermişler ve “manaya delâletinin şekli bakımından lafızlar” başlığı altında ele almışlardır. Onlar bu bakımdan lafızları, ibarenin delâleti, işaretin delâleti, nassın delâleti ve iktizânın delâleti şeklinde dört kısma ayırmışlardır.⁴ Cumhur ise delâletin bu türüne, *mefhûm-i muvâfakat* adını vermiş ve mefhûm-i muvâfakat ve mefhûm-i muhâlefet olmak üzere ikiye ayırdıkları mefhûm başlığı altında ele almıştır.⁵

1. Nassın Delâleti ve Mefhûm-i Muvâfakatin Tanımı

Hanefî usulcülere göre nassın delâleti, “*sözün, nassta belirtilen şeyin (mantûkun) hükmünün, inceleme ve içtihadı ihtiyaç duyulmaksızın sözlük anlamına dayanarak da anlaşılabilen illetiyle müşterekliği nedeniyle, aynı hükmün nassta belirtilmeyen şey (meskût) hakkında da sabit olduğuna delâlet etmesidir.*”⁶

Mütakellimîn metodunu benimseyen usulcülere göre, “*lafzın, sözde zikredilmeyen şeyin hükmüne delâlet etmesi*”⁷ anlamına gelen mefhûmun delâletinin bir kısmı olan mefhûm-i muvâfakat, “*sözde zikri geçmeyen şeyin (meskûtun) hükmünün, sözde zikri geçen şeyin (mantûkun) hükmüne, bu hükmün inceleme ve içtihadı ihtiyaç duyulmaksızın sözlük anlamına dayanarak da anlaşılabilen illetiyle müşterekliği nedeniyle uygun (muvafık) olmasıdır.*”⁸ Cüveynî (ö. 478/1085) gibi

- 3 İbnü'l-Hâcib, Ebü Amr Cemâlüddin Osman b. Ömer b. Ebî Bekr b. Yûnus, *Muhtasarı müntehe's- sül ve'l-emel fi ilmeyi'l-usûl ve'l-cedel* (thk. Nezîr Hamâdû), Beyrut 2006, II, 924-969; İbnü'n-Neccâr, Muhammed b. Ahmed el-Fütühî, *Şerhü'l-Kevkebi'l-münîr* (thk. Muhammed Zuhaylî ve Nezîh Hammâd), I-III, Dımaşk 1980, III, 473-511; Şevkânî, Ebü Abdullah Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Havlânî, *İrşâdü'l-fuhûl ilâ tahkiki'l-hak min ilmi'l-usûl*, Beyrut t.y., 178-183. Ayrıca bkz. Cüveynî, Ebü'l-Meâlî İmâmü'l-Haremeyn Rüknüddin Abdülmelik, *el-Burhân fi usûli'l-fikh* (thk. Abdülazîm ed-Dîb), Doha 1978, I, 448-455; Gazzâlî, Ebü Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl* (thk. Hamza b. Zühayr Hâfîz), Cidde t.y., III, 402-449; Âmidî, Ebü'l-Hasen Seyfüddin Ali b. Muhammed, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, Kahire 1968, III, 60-68; Safiyüddin el-Hindî, Ebü Abdullah Safiyüddin b. Muhammed, *Nihâyetü'l-vusûl fi dirâyeti'l-usûl* (thk. Sâlih b. Süleymân Yûsuf ve Sâd b. Sâlim es-Süveyh), Mekke 1999, V, 2029-2110; Zerkeşî, Ebü Abdullah Bedruddin Muhammed b. Bahâdir b. Abdullah, *el-Bahrü'l-muhîr fi usûli'l-fikh*, Kuveyt 1992, IV, 5-60.
- 4 Debûsî, Ebü Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsa, *Takvîmü'l-edille fi usûli'l-fikh*, Beyrut 2001, 130; Pezdevî, Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed, *el-Usûl (Keşfü'l-esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî ile birlikte)*, Beyrut 1997, II, 393; Serahsî, Ebü Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Usûl*, Beyrut 1996, I, 177; Sadrüşşeria, *et-Tavzîh*, I, 286-287.
- 5 Cüveynî, *el-Burhân*, I, 449; Âmidî, *el-İhkâm*, III, 63; İbnü'l-Hâcib, *Muhtasarı müntehe's-sül*, II, 934; Safiyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2035; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, 178.
- 6 Benzer tanımlar için bk. İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamid b. Mes'ûd, *et-Tahrîr fi usûli'l-fikh*, Kahire 1932, 28; Emîr Pâdişâh, Muhammed Emin b. Mahmûd el-Buhârî, *Teysîrü't-Tahrîr şerh alâ Kitâbi't-Tahrîr*, I, 90; Bihârî, Muhibbullah b. Abdîşşekûr, *Müsellemi's-sübût fi usûli'l-fikh*, (Fevâtihü'r-rahamût bi-şerhi Müsellemi's-sübût içinde), Beyrut 2002, I, 444; Bahrülulûm el-Leknevî, Abdülâlî Muhammed b. Nizâmüddin Muhammed es-Sehâlevî el-Ensârî, *Fevâtihü'r-rahamût bi-şerhi Müsellemi's-sübût*, Beyrut 2002, I, 444, Zekiyüddin Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 338.
- 7 İbnü'l-Hâcib, *Muhtasarı müntehe's-sül*, II, 924; İbnü'n-Neccâr, *Şerhu'l-Kevkebi'l-münîr*, III, 480; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, 178.
- 8 Benzer tanımlar için bk. Âmidî, *el-İhkâm*, III, 62; İbnü'l-Hâcib, *Muhtasarı müntehe's-sül*, II, 934; Safiyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2033-2034, 2035; Tâcüddin es-Sübki, Ebü Nasr Tâcüddin İbnü's-Sübki Abdülvehhab b. Ali b. Abdikâfî, *Cem'ül-cevâmi' fi usûli'l-fikh*, (*el-Bedrü't-tâli' fi halli Cem'i'l-cevâmi'* ile birlikte), Beyrut 2005, I, 187-188; Merdâvî, Ebü'l-Hasen Alâüddin Ali b. Süleymân b. Ahmed, *et-Tahrîr şerhü't-Tahrîr fi usûli'l-fikh*, Riyad

mefhûm-i muvâfakatte meskûtun hükme mantûktan daha lâyık (evlâ) olmasını şart koşan usulcüler, tanımlarına bu muvafakatin evleviyetle olması kaydını da eklemiştirler.⁹

Nassın/mefhûm-i muvâfakatin delâletini şu şekilde açıklayabiliriz: Bir meselelenin hükmünü belirten bir nass bulunmaktadır. Bu hükmün mana ve maksadı yani illeti, her hangi bir inceleme ve içtihadı gerek duyulmaksızın ister fakih olsun isterse olmasın, söz konusu nassın anlamını bilen herkes tarafından anlaşılmalıdır. Bunun yanında aynı illeti taşıyan ama hükmü nassta belirtilmeyen başka bir mesele daha bulunmaktadır. Aralarındaki bu illet birliği nedeniyle, söz konusu meselenin hükmünü belirten nassın, nassta hükmü belirtilmeyen meselenin hükmünü de kapsadığı ve onun hükmüne de delâlet ettiği sonucuna varılır. Böylece bu şekilde sabit olanın hükmü de, nassın mana ve maksadı yani illeti yoluyla anlaşıldığı için nass ile sabit olmuş olur.¹⁰

Meselâ bir âyette şöyle buyrulmaktadır: “*Rabbin, sadece kendisine kulluk etmenizi, ana-babanıza da iyi davranmanızı kesin bir şekilde emretti. Onlardan biri veya her ikisi senin yanında yaşarlarsa, kendilerine “öf!” bile deme; onları azarlama; ikisine de güzel söz söyle.*”¹¹ Bu âyetin bizzat lafzı yani lafzın konulduğu sözlük anlamı, ana-babaya “öf” denilmesinin haram kılındığına delâlet ederken, mana ve maksadı, onlara kötü söz söylemenin ve onları dövmenin de aynı şekilde haram kılındığına delâlet etmektedir. Çünkü her kelime ve ifadenin bir sözlük anlamı, bir de sözlük anlamından anlaşılan başka bir anlamı, başka bir deyişle bir maksadı vardır. Meselâ “dövmek” fiilinin sözlük anlamı, “ceza vermek amacıyla bir kimseye her hangi bir şeyle vurmaktır”. Bundan anlaşılan anlam yani bu fiilden kasıt ise, bir kimsenin canını yakmaktır. Bu nedenle “filan kimseyi döv!” denildiğinde dövme fiilinin kendisi değil, dövmenin yol açtığı can yakma anlaşılır. Can yakma yoksa dövmek olarak isimlendirilmez. Bu nedenle bir kimse karısını dövmeyeceğine dair yemin eder ve ölümünden sonra döverse yeminini bozmuş olmaz. Hayatta iken saçını çekerse veya boğazlarsa can yakma gerçekleştiği için yeminini bozmuş olur. “Öf” demenin sözlük anlamı, “öf” diyerek bıkınlığı dışarı vurmaktır. “Öf” demekten maksat yani “öf” diyerek bıkınlığı dışarı vurmaktan anlaşılan mana ise, eziyet vermektir. Burada bıkınlığı dışarı vurmaktan anlaşılan başka bir manadır. “Öf” demekten kastedilen eziyet vermek manası, hükmün illeti olmaktadır. Eğer “öf” demenin bu anlamını bilmeyen bir kimse veya kendi dillerinde bu kelime iltifat için olan bir topluluk söylese, bu kelimeyi ana-babaya karşı kullanmak onlar için haram olmaz. Bu durumda söz konusu ifadenin anlamına ve maksadına değil, nassın açık ifadesi-

2000, VI, 2876; İbnü'n-Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-münir*, III, 481; Muhammed Edib Sâlih, *Tefsîrü'n-nusûs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Beyrut 1984, I, 607-608.

9 Cüveynî, *el-Burhân*, I, 449.

10 Bk. Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, 132-133; Pezdevî, *el-Usûl*, II, 412-418; Serahsî, *el-Usûl*, I, 181; Kelvezânî, Ebû'l-Hattâb Mahfûz b. Ahmed, *et-Temhîd fi usûli'f-ikh*, Cidde 1985, II, 226-228; Abdülazîz el-Buhârî, Alâüddin Abdülazîz b. Ahmed b. Muhammed, *Keşfü'l-esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, Beyrut 1997, II, 412-413.

11 İsrâ, 17/23.

ne bakılması gerektiği şeklinde bir iddia ileri sürülemez. “Öf” demenin sözlük anlamını bilen herkes, bu hükmün illetinin eziyet vermek olduğunu ve “öf” demenin haram kılınmasındaki mana ve maksadın, onlara eziyet etmeme ve onlara saygıda kusur etmeme olduğunu anlar. Kötü söz söylemek ve dövmek ise, eziyet verme açısından “öf” demekten daha şiddetlidir. Bu nedenle “öf” deme hakkında sabit olan haramlık hükmü, evleviyetle diğerleri için de sabit olur. Burada nassın bizzat lafzı yani bu lafzın konulduğu sözlük anlamı, “öf” demenin haram kılındığına delâlet ederken, bu anlamından anlaşılan diğer anlamı ise, kötü söz söylemenin ve dövmenin de aynı şekilde haram kılındığına delâlet etmektedir.¹²

Başka bir âyette şöyle buyrulmaktadır: “Yetimlerin mallarını haksız yere yiyenler şüphesiz karınlarına ancak ateş tıknmış olurlar; zaten onlar alevlenmiş ateşe gireceklerdir.”¹³ Bu âyet lafzıyla, yetimlerin mallarının haksız yere yenilmesinin haram kılındığına delâlet ederken, manası ve maksadıyla yani illetiyle, onların mallarının yakılmasının ve telef edilmesinin de aynı şekilde haram kılındığına delâlet etmektedir. Çünkü yetimlerin mallarının yenilmesinin haram kılınmasının illeti, fakih olsun ya da olmasın söz konusu âyetin anlamını bilen herkesin anlayacağı üzere, onların mallarını yok etmektir. Bu yok etme manası ise, yakma ve telef etmede de aynı derecede mevcuttur. Yani meskûtun hükmü mantûkun hükmüne eşittir (müsâvî).¹⁴

Usulcüler delâletin bu çeşidini, meskûtun hükmü hitabın manası yoluyla sabit olduğu için, hitabın manası anlamında “*fahve'l-hitâb*” ve “*lahnü'l-hitâb*”¹⁵, hitaptan anlaşılan şey manasında “*mefhûmü'l-hitâb*”¹⁶, meskûtun hükmüne nassın bizzat lafzı değil de, manası delâlet ettiği için “*delâlet*” ve “*nassın manasının delâleti*”¹⁷ ve bir şeyle başka bir şeye dikkat çekme anlamında “*tenbîhü'l-hitâb*”¹⁸ diye de isimlendirmişlerdir. Tâcüddîn es-Sübki (ö. 771/1370) ve Şevkânî (ö. 1250/1834) gibi bazı usulcüler, meskûtun hükme mantûktan daha lâyük olması durumuna (evlâ) “*fahve'l-hitâb*”, meskûtun hükmünün mantûkun hükmüne eşit olması durumuna (müsâvî) “*lahnü'l-hitâb*” diyerek mefhûm-i evlâ ile mefhûm-i müsâvîyi farklı terimlerle ifade etmişlerdir.¹⁹

12 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, 133; Serahsî, *el-Usûl*, I, 181; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 413; İbn Melek, İzzüddin Abdüllatif b. Abdülaziz, *Şerhü'l-Menâr fi'l-usûl*, 172; Molla Hüseyin, *Mirâtü'l-usûl*, 163; Güzelhisârî, Mustafa Hulûsî Murâdî, *Menâfiü'd-dekâik fi şerhi Mecâmî'l-hakâik*, 126.

13 Nisâ, 4/10.

14 Âmidî, *el-İhkâm*, III, 63; İbnü'n-Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-münîr*, III, 482.

15 Ebû Yalâ el-Ferrâ, İbnü'l-Ferrâ Muhammed b. Hüseyin, *el-Udde fi usûlî'l-fikh*, Beyrut 1980, I, 153; Kelvezânî, *et-Temhîd*, II, 225; Âmidî, *el-İhkâm*, III, 62; İbnü'l-Hâcib, *Muhtasarü müntheh's-sûl*, II, 934; Teftâzânî, Sâdüddin Mes'ûd b. Ömer, *et-Telvîh ilâ keşfi hakâiki'l-Tenkîh*, Beyrut 1998, I, 293; İbnü'n-Neccâr, *Şerhu'l-Kevkebi'l-münîr*, III, 481.

16 Bâküllânî, Ebû Bekr Muhammed b. Tayyib b. Muhammed el-Basrî, *et-Takrîb ve'l-irşâd* (thk. Abdülhamîd b. Ali Ebû Zenîd), Beyrut 1993-1998, I, 341, 347, 348; III, 331; Cüveynî, *el-Burhân*, I, 449; İbnü'n-Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-münîr*, III, 481.

17 İbn Emir el-Hâcc, Ebû Abdullah Şemsüddin, *et-Takrîb ve't-tahbîr*, Beyrut 1983, I, 109; Muhammed Edib Sâlih, *Tefsîrü'n-nusûs*, I, 517.

18 Kelvezânî, *et-Temhîd*, II, 225; Karâfî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. İdrîs b. Abdürrahîm, *Nefâisü'l-usûl fi şerhi'l-Mahsûl*, Mekke 1418, II, 658; İsnevî, Ebû Muhammed Cemâlüddin Abdürrahîm b. el-Hasen, *et-Temhîd fi tahrici'l-fürû' ale'l-usûl* (thk. Muhammed Hasan Hayto), Beyrut 1984, 240-241.

19 Tâcüddin es-Sübki, *Cem'ül-cevâmi'* I, 188; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, 178.

Nassın/mefhûm-i muvâfakatin delâletinde sözün, söylenmeyene delâlet etmesi, bu tür delâletin vaz'î değil, intikâlî olduğunu gösterir. Yani bu tür delâlette, söylenen sözün (mantûkun) konulduğu sözlük anlamı, söylenmeyen şeyin (meskûtun) hükmünü bizzat ifade etmemektedir. Söylenmeyen şeyin (meskûtun) hükmü, söylenen sözün delâleti ve manası yani illeti yoluyla anlaşılacaktır ve insan zihni, bir şeyin hükmüne dikkat çekilmesi (tenbîh) yoluyla, o şeyin hükmünü anlamaktan diğerinin hükmünü anlamaya intikal etmektedir. Bu bağlamda baktığımızda, yukarıdaki örneklerde insan zihni, “öf” denilmesinin haram kılınmasından dövmenin de haram kılındığına, yetimin malının yenilmesinin haram kılınmasından malının yakılmasının da haram kılındığına intikal etmektedir.²⁰

Bu tür delâletle sabit olan hüküm, ibarenin ve işaretin delâletinde olduğu gibi nassın bizzat lafzıyla değil de, nassın sözlük anlamından anlaşılan illet vasıtasıyla sabit olduğu için Hanefîler, buna nassın delâleti adını vermişlerdir. Hanefîler'e göre nassın delâleti kıyastan da farklıdır. Çünkü nassın delâletinde nassta zikri geçen şeyin (mantûkun) hükmünün illeti, kıyastakinin aksine inceleme ve içtiha-da gerek duyulmaksızın nassın sırf sözlük anlamından anlaşılır. Kıyasta ise illet, lafzın sözlük anlamına bakarak anlaşılmaz, müçtehidin yapacağı inceleme ve içtihadı gerektirir. Bu nedenle kıyasta illeti tespit etmek müçtehitlere has bir durum iken, nassın delâletini bilme hususunda müçtehit olsun olmasın söz konusu lafzın anlamını bilen herkes müşterektir.²¹

2. Nassın/Mefhûm-i Muvâfakatin Delâletinin Şartları

Nassın delâletinde mantûkun, meskûtun hükmüne delâletinin sabit olabilmesi için bazı şartlar aranır:

a. Meskût ile mantûk arasında illet birliğinin olması ve bu illetin, söylenen sözün (mantûkun) sözlük anlamını bilen herkes tarafından anlaşılması: Nassın delâletinin lafzî bir delâlet olduğunu söyleyenlere göre delâletin bu çeşidinde illet, kıyastakinin aksine ister fakih olsun isterse olmasın, söz konusu lafzın sözlük anlamını bilen herkes tarafından anlaşılır. İletinin anlaşılması kıyasta olduğu gibi inceleme ve içtihat yapmayı gerektirmez.²² Kıyasta ise illet lafzın sözlük anlamın-

20 Hasan el-Attâr, *Hâşiyeye alâ Cem'î'l-Cevâmî' alâ Şerh'l-Celâl el-Mahallî*, Beyrut t.y., I, 317.

21 Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Muhammed, *el-Fusûl fi'l-usûl* (thk. Uceyl Câsim en-Neşemi), Kuveyt 1985, IV, 99-100; Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, 132-133; Pezdevî, *el-Usûl*, II, 412-418, Serahsî, *el-Usûl*, I, 181; Abdülazîz el-Buhârî, *Kesfü'l-esrâr*, II, 412-413.

22 Bâkîllânî, *et-Takrîb* I, 342-343; Şeyh Müfid, Ebû Abdullah Muhammed b. Muhammed b. en-Nu'mân, *et-Tezkire bi usûl'l-fikh (Silsiletü müellefâtî)-Şeyh el-Müfid'in IX. cildinde*, (thk. Mehdi Necef), Beyrut 1993, IX, 38-39; Kadî Abdülcebbar, el-Kâdî Ebû'l-Hasen Abdülcebbar el-Esedâbâdî, *eş-Ser'iyât (el-Muğni fi ebvâb'l-tevhîd ve'l-adl'in XVII. cildinde)*, Kahire 1963, XVII, 312; Murtazâ Âlemü'l-hüdâ, Ebû'l-Kâsım Âlemülhüdâ Ali b. Hüseyin Şerif el-Murtazâ, *ez-Zeria ilâ usûlî-ş-şeria*, Tahran 1984, I, 324; Tûsî, Ebû Ca'fer Şeyhüttâife Muhammed b. Hasan b. Ali, *el-Udde fi usûl'l-fikh*, Kum 1417, I, 410; Bâcî, Ebû'l-Velid Süleymân b. Halef b. Sa'd et-Tücbî, *İhkâmü'l-fusûl fi ahkâmî'l-usûl*, Beyrut 1986, 509-510; İbn Teymiyye, Ebû'l-Berekât Mecdüddin Abdüsselâm b. Abdullah, *el-Müsevvede fi usûl'l-fikh*, Kahire 1983, 309-310; Hillî, Ebû'l-Kâsım Necmüddin Ca'fer b. Hasen b. Yahyâ el-Hüzelî, *Meâricü'l-usûl*, Kum 1403, 106; Molla Fenârî, Şemsüddin Muhammed b. Hamza b. Muhammed, *Fusûlü'l-bedâi' fi usûlî-ş-şerâi'*, İstanbul 1289, 90; Molla Hüsrav, *Mir'âtü'l-usûl*, 164.

dan anlaşılabilir, illetin tespiti için fakihin inceleme ve araştırma yapması gerekir. Meselâ Hanefiler, meşhur ribâ hadisindeki illeti, yaptıkları inceleme ve araştırma sonucunda cins ve ölçü-tartı birliği olarak belirlemişlerdir.²³ Ancak bu illet, söz konusu hadisin lafzından anlaşılmadığı gibi, manasından da anlaşılmamaktadır. Burada illetin tespit edilebilmesi için, müçtehidin bu hadis üzerinde inceleme ve araştırma yapması gerekmektedir.²⁴ Bu tür delâletin kıyas-ı celî olduğunu söyleyenlere göre illetin herkes tarafından anlaşılması, herkesin anlayacağı bir biçimde açık olmasından dolaydır.²⁵

b. Meskûnun hükme mantûktan daha az lâyük olmaması, yani meskûnun hükme mantûktan daha lâyük (evlâ) olması veya meskûnun hükmünün mantûkun hükmüne eşit olması şarttır. Ancak Hanefiler başta olmak üzere usulcülerin çoğunluğu bu kanaatte olmakla birlikte,²⁶ İmam Şafîî (ö. 204/820), Ebü'l-Hüseyn el-Basrî (ö. 436/1044), Ebü İshâk eş-Şîrâzî (ö. 476/1083), Cüveynî (ö. 478/1085), Kelvezânî (ö. 510/1116), İbn Akîl (ö. 513/1119), İbn Kudâme (ö. 620/1223), Âmidî (ö. 631/1233), İbn Teymiyye (ö. 652/1254), İbn Müflih el-Makdisî (ö. 665/1268), Karâfî (ö. 684/1285) ve Tilimsânî (ö. 900/1494) gibi bazı usulcüler, meskûnun hükme mantûktan daha lâyük olmasını, yani mantûkun hükmünün meskûtta evleviyetle var olmasını şart koşmuşlardır.²⁷

Evleviyeti şart koşanlara göre, meskûnun hükme mantûktan daha lâyük olması durumunda, mantûkun hükmünün meskû hakkında da sabit olduğu, başka bir ihtimal olmayacak şekilde kesin (kat'î) olarak bilinmektedir. Meskûnun hüküm bakımından mantûka eşit olması durumunda ise, değişik ihtimaller mevcuttur. Bu nedenle mantûkun hükmünün meskû hakkında da sabit olduğu kesin olarak değil, zannî olarak bilinir. Bu durumda mantûkun hükmünün meskû hakkında

23 Ubâde b. Sâmî'tin rivayet ettiğine göre Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "Altına karşılık altın, gümüşe karşılık gümüş, buğdaya karşılık buğday, arpayı karşılık arpa, hurmaya karşılık hurma, tuza karşılık tuz cinsi cinsine birbirine eşit ve peşin olarak satılır. Malların sınıfları değişirse peşin olmak şartıyla istediğiniz gibi satın." (Müslim, "Müsâkât, 81; Tirmizî, "Büyü", 23) Bu hadis ve farklı rivayetleri ve faizin illeti hususundaki tartışmalar için bk. Özsoy, İsmail, "Faiz" DİA, İstanbul 1995, XII, 113-118.

24 Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, 132-133; Serahsî, *el-Usûl*, I, 181.

25 Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, Muhammed b. Ali, *el-Mu'temed fi usûli'l-fikh*, Dımaşk 1964, II, 255-256; Şîrâzî, Ebü İshâk Cemalüddîn İbrahim b. Ali b. Yûsuf, *Şerhü'l-Lüma'* (thk. Abdülmecid Türki), Beyrut 1988, I, 425.

26 Bâkîllânî, *et-Takrîb*, I, 341-344; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, III, 411-412; aynı mlf., *el-Menhûl min ta'likâti'l-usûl* (thk. Muhammed Hasan Heyto), Dımaşk 1980, 336-337; İbnü'l-Hâcib; *Muhtasar*, II, 944; Safiyyüddîn el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2035; Tâcüddîn es-Sübki, *Cem'ül-cevâmi'*, I, 188; aynı mlf., *Ref'ül-hâcib an Muhtasari İbni'l-Hâcib*, Beyrut 1419, III, 493; İsnevî, *et-Temhîd*, 240-241; Zerkeşî, *el-Bahrü'l-muhîd*, IV, 8-9; İbnü'l-Hümâm, *et-Tahrîr* 30; Merdâvî, *et-Tahbîr*, VI, 2881; İbnü'n-Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-münîr*, III, 482; Emîr Pâdişâh, *Teysîrü't-Tahrîr*, I, 90; Bihârî, *Müsellemü's-sübût*, I, 444; Bahrülûm el-Leknevî, *Fevâihü'r-rahâmî*, I, 444; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, 178; Taha Nas, *Fikh Usulünde Mefhûmun Delâleti ile İlgili Kavramların Gelişimi* (basılmamış doktora tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, 67-69.

27 İmam Şafîî, Ebü Abdullah Muhammed b. İdris, *er-Risâle* (thk. Ahmed Muhammed Şâkir), Kahire 1979, 512-515; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mu'temed*, II, 255-256; Cüveynî, *el-Burhân*, I, 449; Kelvezânî, *et-Temhîd*, II, 225-228; İbn Akîl, Ebü'l-Vefâ Ali b. Akil b. Muhammed el-Bağdâdî, *el-Vâzih fi usûli'l-fikh* (thk. Abdullah Abdülmuhsin et-Türki), Beyrut 1999, III, 258; İbn Kudâme, Ebü Muhammed Muvaffaküddîn Abdullah b. Ahmed, *Ravzatü'n-nâzir ve cünnetü'l-münâzir fi usûli'l-fikh* (thk. Abdülkerim b. Ali Nemle), Riyad 1994, II, 771-772; Âmidî, *el-İhkâm*, III, 63; İbn Teymiyye, *el-Müsevvede*, 309-310; İbn Müflih el-Makdisî, Ebü Abdullah Şemsüddîn Muhammed b. Müflih b. Muhammed, *Usûlü'l-fikh*, Riyad 1999, III, 1060; Karâfî, *Nefâisü'l-usûl*, II, 658; III, 1390; Tilimsânî, Ebü Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Mâlikî, *Miftâhü'l-vusûl ilâ binâi'l-fürû' ale'l-usûl* (thk. Abdülvehhâb Abdüllatif), Beyrut 1983, 90; Taha Nas, *Fikh Usulünde Mefhûmun Delâleti ile İlgili Kavramların Gelişimi*, 66-67.

da sabit olduğunun tespiti, fakihlerin inceleme ve içtihat yapmasını gerektirir. Burada illetin lafzın sözlük anlamını bilen herkesin anlayacağı bir biçimde olmaması, aksine illetin tespiti için fakihlerin inceleme ve içtihat yapmasının zorunlu olması, onun mefhûm-i muvâfakat değil, kıyas olduğunu gösterir.²⁸ Kıyasın bu türüne, “as- lın manasında kıyas” anlamında “kıyâs fi ma’ne’l-asl” denir.²⁹

Ancak tespitlerimize göre doğru olanı, hüküm bakımından eşit olanların da mefhûm-i muvâfakat kapsamında değerlendirilmesidir. Çünkü böyle durumlarda da, mantûkun hükmünün meskût hakkında da aynen geçerli olduğunun kesin (kat’î) olarak bilindiğine dair örnekler mevcuttur. Meselâ yukarıda da geçtiği gibi, yetim malının haksız yere yenilmesinin haram kılınmasından, onun malının telef edilmesi, yakılması ve zayi edilmesinin de haram kılındığının anlaşılmasında bu durum vardır. Yetim malının haksız yere yenilmesinin haram kılınmasının illetini, söz konusu âyetin sözlük anlamını bilen herkes herhangi bir inceleme ve araştırma yapmaksızın anlar ve aynı hükmün, âyette yer almayan onun malının telef edilmesi, yakılması ve zayi edilmesinde de eşit derecede mevcut olduğu kesin olarak bilinir.³⁰

Bununla birlikte bu ihtilaf, esasa ilişkin olmayan lafzî bir ihtilafdır. Çünkü evleviyeti şart koşanlar, az önce ifade edildiği gibi kıyâs fi mane’l-asl diyerek eşit olan ile de amel etmektedirler. Bu durumda eşit olanın mefhûm-i muvâfakatten sayılmaması, meskûtun hüküm bakımından mantûktan farklı olmasından değil, evleviyeti şart koşanların meskûtun hükme mantûktan daha lâyük olması durumuna mefhûm-i muvâfakat, meskûtun hüküm bakımından mantûka eşit olması durumuna ise, kıyâs fi mane’l-asl demelerinden kaynaklanan isim farklılığından ileri gelmektedir.³¹

3. Nassın/Mefhûm-i Muvâfakatin Delâletinin Kısımları

a. Kat’î Delâlet-Zannî Delâlet Ayrımı

Eğer mantûkun hükmünün illeti ve bu illetin meskûtta varlığı kat’î olarak biliniyorsa delâlet kat’î, her ikisinden birisi zannî olarak biliniyorsa delâlet zannîdir.³² Usulcüler kat’î olanın hüccet olması hususunda ittifak ederken, zannî olanın hüccet olması hususunda ihtilaf etmişlerdir.³³ Kat’î ve zannî delâlete, celî ve hafî³⁴, zarûî

28 Muhammed Edîb Sâlih, *Tefsîrû’n-nusûs*, I, 624-627.

29 İbn Rüşd el-Hafîd, Ebû’l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî, *ez-Zarûî fi usûli’l-fıkh* (thk. Cemâlüddin Alevî), Beyrut 1994, 127.

30 Bahrülulûm el-Leknevî, *Fevâihü’r-rahâmût*, I, 444; Muhammed Edîb Sâlih, *Tefsîrû’n-nusûs*, I, 622-623.

31 Celâlüddin el-Mahallî, Ebû Abdullah Celâlüddin Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Ensârî, *el-Bedrû’l-tâlî fi halli Cem’il-cevâmi’* (thk. Ebû’l-Fidâ Murtazâ Ali b. Muhammed el-Muhammedî ed-Dağîstânî), Beyrut 2005, I, 190; Merdâvî, *et-Tahbîr*, VI, 2881.

32 Bahrülulûm el-Leknevî, *Fevâihü’r-rahâmût*, I, 445. Ayrıca bkz. Gazzâlî, *el-Menhûl*, 208; Âmidî, *el-İhkâm*, III, 65-66; İbnü’l-Hâcib, *Muhtasarü müntehe’s-sûl*, II, 939-940; İbnü’s-Sââtî, Muzafferüddin Ahmed b. Ali el-Bağdâdî, *Nihâyetü’l-vusûl ilâ ilmi’l-usûl*, Mekte 1418-1419, II, 554-555; Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü’l-vusûl*, V, 2037-2039; Zerkeşi, *el-Bahrü’l-muhîr*, IV, 9; İbnü’l-Hümâm, *et-Tahrîr* 30; İbnün-Neccâr, *Şerhü’l-Kevkebi’l-münîr*, III, 486-487.

33 Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü’l-vusûl*, V, 2038-2039; Zerkeşi, *el-Bahrü’l-muhîr*, IV, 9.

34 Molla Hüsvrev, *Mirâtü’l-usûl*, 164.

ve nazari³⁵, nass ve zahir³⁶ de denilmiştir. Ancak bu çeşit delâletin kıyas değil, lafzî bir delâlet olduğunu söyleyenlere göre buradaki zannilik, kat'î olan delâlete nispetledir. Yoksa zannî delâletin meskûtun hükmüne delâleti, kıyasa nispetle kat'îdir.³⁷

Tanımda da görüldüğü gibi delâletin zanniliği, bazen illetin bazen de illetin meskûtta varlığının kat'î olarak bilinmemesinden kaynaklanır. Ancak illetin ne olduğu hususunda ihtilaf edilse de ve illetin tespitinde kıyasta olduğu gibi çeşitli değerlendirmeler yapılırsa da, delâletin bu türünde illetin kıyastakinin aksine lafzın sözlük anlamından anlaşılması, delâletin kat'î olması için yeterli olmaktadır. Ayrıca nassın delâletinde illetin, söz konusu lafzın sözlük anlamını bilen herkes tarafından anlaşılması şart iken, onun meskûtta da var olduğunu herkesin bilmesi şart değildir.³⁸ Meselâ ramazanda oruçlu iken kasten cima eden bedevîye kefaretin vacip kılınmasının³⁹ illetinin, kasten orucu bozan bir davranışta bulunması olduğu, dil bilen herkes tarafından anlaşılır. Ancak bu illetin kasten yeme ve içmede var olup olmadığını herkesin bilmesi şart değildir. Zaten bu konuda fakihler de ihtilaf etmişlerdir. Bir kısmı illetin mutlak olarak kasten orucu bozmak olduğunu, bir kısmı da kasten cima etmek suretiyle orucu bozmak olduğunu söylemiştir. Birinci görüşte olanlara göre aynı illet yeme ve içmede de mevcut iken, ikinci görüşte olanlara göre mevcut değildir. Bu durumda birinci görüşte olanlara göre, kasten yeme ve içme durumunda da cimada olduğu gibi kefaret gerekir. Ancak burada fakihlerin ihtilafı, kıyastaki gibi illetin gizliğinden ve kapalılığından kaynaklanmaktadır. Çünkü her iki gurup da illeti lafzın sözlük anlamından çıkarmaktadır. İlet lafzın sözlük anlamından çıkarıldığı için, Hanefiler'e göre kasten yeme ve içmede kefaret nassın delâleti ile sabit olmuştur.⁴⁰

Yine Hz. Peygamber'in "Sadece kılıçla (vurma nedeniyle) kısas vardır."⁴¹ buyruğunda kısasın illetinin, cana karşı işlenmiş bir cinayet olduğu dil bilen herkesin malumudur. Ancak burada illetin mutlak olarak cinayet mi, yoksa kâmil manada tam bir cinayet mi olduğu hususunda ihtilaf edilmiştir. İhtilafı bu mesele her ne kadar fakihleri ilgilendirse de, illetin lafzın sözlük anlamından anlaşılması nedeniyle, meskûtun hükmü nassın delâleti yoluyla sabit olmuş olur. İletin ne olduğu hususundaki bu ihtilaf nedeniyle, masum bir insanı bünyesinin kaldıramayacağı büyük bir taş veya büyük bir odun ile öldüren kişiye kısas gerekip gerekmeyeceği hususunda Hanefî imamları ihtilaf etmiştir. Ebû Hanife ve Züfer'e göre illet, bedenin hem dışına hem de içine zarar veren bir yaralama olduğu için bu durumda kısas gerekmez. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre illet, ister yaralama şeklinde olsun isterse yaralama şeklinde olmasın bünyenin kaldıramayıp helak olacağı bir

35 Teftâzânî, *et-Telvîh*, I, 294; Zerkeşî, *el-Bahrü'l-muhît*, IV, 9; Güzelhisârî, *Menâfiü'd-dekâik*, 127.

36 Cüveynî, *el-Burhân*, I, 452-453.

37 Molla Hüsrev, *Mir'âtü'l-usûl*, 164; Hâmid Efendi, Mustafa Konevî, *Hâşiye alâ Mir'âtü'l-usûl*, İstanbul 1280, II, 35, 36.

38 Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 416-417; Molla Hüsrev, *Mir'âtü'l-usûl*, 166; Bahrülülüm el-Leknevî, *Fevâtihü'r-rahâmât*, I, 444.

39 Ebû Dâvud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî, *es-Sünen*, İstanbul 1992, "Savm", 38; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, İstanbul 1992, II, 281.

40 Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 416-417.

41 İbn Mâce, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, *es-Sünen*, İstanbul 1992, "Diyât", 25.

şekilde öldürme olduğu için bu durumda kısas gerekir. Büyük bir taş veya büyük bir odunu vücuda saplayarak yaralama suretiyle öldürürse, bu dört imamın hepsine göre kısas gerekir.⁴²

Nassın delâletinin zannî olduğu durumlarda mezhepler arasında ihtilaflar vuku bulduğu gibi, mezhep içinde de ihtilaflar vuku bulmuştur. Kasten yeme ve içmenin kefareti gerektirmesiyle ilgili olarak Hanefiler ve Malikîler ile Şafîiler ve Hanbelîler, hata ile adam öldürmede kefaretin gerekmesiyle alakalı olarak Şafîiler'in diğerleriyle ve bir şey vaat ederek yapılan (mün'akit) yeminde kefaretin illeti hususunda Şafîiler'le Hanefîler arasındaki ihtilaf birincisine örnektir. Yukarıdaki kısas örneği yanında, livâta yapmanın hükmü hususunda Ebû Hanife'nin Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed ile ihtilafı da ikincisine örnektir.⁴³

b. Mefhûm-i Evlâ-Mefhûm-i Müsâvî Ayrımı

Yukarıda da geçtiği gibi, mantûktaki hüküm bazen meskûtta evleviyetle (evlâ) bulunur, bazen de meskûtun hükmü mantûkun hükmüne eşit (müsâvî) olur. Birincisine mefhûm-i evlâ, ikincisine mefhûm-i müsâvî denilir.

Evlâ olanı bazen alt sınırı zikredip üst sınıra dikkat çekmek (tenbîhün bi'l-ednâ ale'l-a'lâ), bazen de üst sınırı zikredip alt sınıra dikkat çekmek (tenbîhün bi'l- a'lâ ale'l-ednâ) şeklinde olur.⁴⁴ Ana-babaya “öf” denilmesinin haram kılınmasının, onlara kötü söz söylemenin ve onları dövmenin de haram kılındığına delâlet etmesi birinci kısma girer. Çünkü kötü söz söyleme ve dövme, eziyet verme bakımından onlara “öf” denilmesinden daha şiddetlidir.

Bir başka âyette şöyle buyrulmaktadır: “*Ehl-i kitaptan öylesi vardır ki, ona bir kantar mal emanet bıraksan, onu sana noksansız iade eder. Fakat onlardan öylesi de vardır ki, ona bir dinar emanet bıraksan, tepesine dikilip durmazsan onu sana iade etmez.*”⁴⁵ Âyetin birinci kısmı, üst sınırı zikredip alt sınıra dikkat çekme kabilindedir. Çünkü bu âyetten, bir kantar emanet malı iade eden kimsenin daha azını haydi haydi iade edeceği anlaşılır. Âyetin ikinci kısmı ise, alt sınırı zikredip üst sınıra dikkat çekme kabilindedir. Çünkü âyetten, bir dinarı iade etmeyen kimsenin bir dinardan fazlasını haydi haydi iade etmeyeceği anlaşılır.⁴⁶

Evlâ (mefhûm-i evlâ) ve müsâvînin (mefhûm-i müsâvî) her ikisi de kat'î ve zannî olmak üzere iki kısma ayrılır. Dolayısıyla buradaki ayırım sonucunda dört kısım delâlet ortaya çıkmaktadır:

I. Evlâ kat'î: Eğer illet ve illetin meskûtta varlığı kat'î olarak biliniyorsa ve meskût hükme mantuktan daha lâyük (evlâ) ise, bu evlâ kat'î delâlet olur. Ana-ba-

42 Pezdevî, *el-Usûl*, II, 422-427; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 422-427.

43 Başka örnekler ve değerlendirmeler için bk. Muhammed Edîb Sâlih, *Tefsîrü'n-nusûs*, I, 528-542.

44 İmam Şafîî, *er-Risâle*, 512-517; Âmidî, *el-İlhkâm*, III, 63.

45 Âl-i İmrân, 3/75.

46 Karâfî, *Nefâisü'l-usûl*, II, 658; III, 1390-1391; Zerkeşî, *el-Bahrü'l-muhit*, IV, 8-9.

baya “öf” denilmesini haram kılan âyetten, onlara kötü söz söyleme ve dövmenin de evleviyetle haram kılındığının anlaşılması gibi. Çünkü burada illetin eziyet vermek olduğu ve eziyet vermenin kötü söz söyleme ve dövmede evleviyetle bulunduğu kat’î olarak bilinmektedir.⁴⁷

II. Evlâ zannî: Eğer illet veya illetin meskûtta varlığı kat’î olarak bilinmiyorsa ve meskût hükme mantuktan evlâ ise bu guruba girer. İmam Şafii’nin “*Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azat etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gereklidir.*”⁴⁸ âyetinden hareketle, kasten adam öldürenin köle azat etmesinin evleviyetle vacip olduğunu söylemesi gibi. Fakat burada kasten adam öldüren kimsenin günahının kefaretiler ile giderilemeyecek kadar büyük olması nedeniyle, kefaretiler sadece hata ile öldürene has olması ihtimali de vardır.⁴⁹

Hanefîler’in ramazan ayında bilerek cima etmek suretiyle orucunu bozan kimse hakkında kefaretiler vacip kılan hadisten⁵⁰ hareketle, bilerek yeme ve içme suretiyle orucunu bozan kimseye kefaretiler evleviyetle vacip kılınmaları da buna örnektir. Hanefîler’e göre, Hz. Peygamber’in oruçlu iken bilerek cima eden kişiye kefaretiler vacip kılmasının nedeni yani hükmün illeti, dil bilen herkesin anlayacağı gibi o kişinin cima etmesi değil, orucu bilerek bozmasıdır. Oruç ise yeme, içme ve cinsî münasebetten uzak durma şeklinde gerçekleşen bir ibadettir. Dolayısıyla bilerek yeme ve içme suretiyle orucu bozmak da aynı illetten dolayı kefaretiler gerektirir. Hatta bilerek yeme ve içmek suretiyle orucu bozmak, kefaretiler cimaya göre evleviyetle gerektirir. Çünkü yeme ve içmeye karşı sabrın cimaya göre daha az ve onlara olan rağbetin cimaya göre daha fazla olması nedeniyle, oruçlu iken bir şeyler yeme ve içmenin yasaklanması daha çok gereklidir.⁵¹ Ancak burada söz konusu hadisin, sadece cima etmeye has olma ihtimali de vardır. Bu durumda yeme ve içme hakkında da aynı hüküm verilemez.

III. Müsâvî kat’î: Eğer illet ve illetin meskûtta varlığı kat’î olarak biliniyorsa ve meskûtun hükmü mantûkun hükmüne eşit ise müsâvî kat’î olur. Bilerek cima etmek suretiyle ramazan orucunu bozan bedevî hakkındaki kefaretiler hükmünün, bedevî olmayan kimseler için de geçerli olduğuna hükmedilmesi gibi. Çünkü Hz. Peygamber’in o kişiye kefaretiler vacip kılmasının nedeninin, onun bedevî, sahabî vs. olmasından kaynaklanmadığı kesin olarak bilinen bir husustur. Bu durumda cima etmek suretiyle orucunu bozan herkese, nassın delâleti yoluyla kefaretiler vacip olur.⁵²

IV. Müsâvî zannî: Eğer illet veya illetin meskûtta varlığı kat’î olarak bilinmiyorsa ve meskûtun hükmü mantûkun hükmüne eşit ise bu guruba girer. Bilerek cima etmek suretiyle ramazan orucunu bozan erkek hakkındaki kefaretiler hükmünün, bi-

47 Molla Hüsrev, *Mir’âtü’l-usûl*, 165.

48 Nisa, 4/92.

49 Âmidî, *el-İhkâm*, III, 65-66; Zerkeşi, V, 9. Hanefîler, Şafii’nin verdiği bu hükme, aynı surenin 93. ayetinin işaretiler ile tearuz ettiğini söyleyerek itiraz etmişlerdir. (bkz. Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, II, 413.)

50 Ebû Dâvud, “Savm”, 38; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 281.

51 Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, II, 415-416; Molla Hüsrev, *Mir’âtü’l-usûl*, 165.

52 Molla Hüsrev, *Mir’âtü’l-usûl*, 164-165.

lerек cima eden kadın için de geçerli olduğuna hükmedilmesi gibi. Hanefiler'e göre kadının da erkek gibi cimada direkt etkisi bulunduğu için kefareт her ikisine de gerekir. Ancak burada İmam Şafî'nin belirttiği başka bir ihtimal daha vardır. Ona göre kadının cimada direkt etkisi bulunmadığı için, ramazanda oruçlu iken kasten cima etmesi halinde kadına kefareт vacip olmamaktadır.⁵³

4. Nassın/Mefhûm-i Muvâfakatin Delâletinin Türü

Nassın/mefhûm-i muvâfakatin delâletinin hüccet olduğu hususunda Zâhirîler dışındaki âlimler ittifak etmişlerdir.⁵⁴ Ancak delâletin bu çeşidinin lafzî bir delâlet mi, yoksa kıyâsî-aklı bir delâlet mi olduğu hususunda ihtilaf edilmiştir. Usulcülerin büyük çoğunluğuna göre nassın delâleti lafzî bir delâlettir.⁵⁵ İmam Şafî başta olmak üzere Kaffâl eş-Şâsî (ö. 365/976), Ebû'l-Hüseyn el-Basrî, İbn Hazm (ö. 456/1064), Ebû İshâk eş-Şirâzî, Cüveynî, Kelvezânî, Râzî (ö. 606/1209) ve Tâcüddîn es-Sübki gibi usulcülere göre, kıyasın bir türü olan kıyas-ı celîdir.⁵⁶

Mefhûm-i muvâfakatin delâletinin kıyas olduğunu ilk defa dile getiren İmam Şafî'dir. O, kıyasın bu türünü kıyas-ı celî diye isimlendirmese de, onun, kıyasın en açığı (evzah) ve en kuvvetlisi olduğunu ifade etmiştir. Ona göre bu tür kıyasta illet herkes tarafından anlaşılır. Onun ayrıca delâletin bu çeşidini bazı âlimlerin kıyas olarak isimlendirmediklerini, bilakis nassın manası yoluyla sabit olduğunu ifade ettiklerini belirtmesi,⁵⁷ nassın delâletinin lafzî bir delâlet mi, yoksa kıyas mı olduğu tartışmalarının erken dönemde başladığını göstermektedir.

53 Molla Hüsrav, *Mirâtü'l-usûl*, 165.

54 Bâkullânî, *et-Takrîb*, III, 331; İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Saïd ez-Zâhiri, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, Kahire 1970, VII, 929-940; İbn Akil, *el-Vâzih*, III, 258-262; Âmidî, *el-İhkâm*, III, 63-64; İbnü'n-Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-münîr*, III, 483.

55 Bâkullânî, *et-Takrîb*, I, 342-343; III, 251; İbn Fûrek, Ebû Bekr Muhammed b. Hasan b. Fûrek el-Ensârî *el-Muhtasar fi'l-usûl*, Dimaşk 2002, 566-568; Şeyh Müfid, *et-Tezkire*, 38-39; Murtazâ Âlemü'l-hüdâ, *ez-Zeria*, I, 324; Ebû Yalâ el-Ferrâ, *el-Udde* I, 152-154; Tûsî, *el-Udde*, I, 410; Şirâzî, *el-Lüma'*, Dimaşk 1995, 104; aynı mlf., *Şerhü'l-Lüma'*, I, 424; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, III, 411-412; Mâzerî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ali b. Ömer et-Temîmî, *İzâhü'l-mahsûl min Bürhâni'l-usûl* (thk. Ammâr et-Tâlibî), Beyrut 2001, 336; İbn Akil, *el-Vâzih*, I, 36-37; III, 258; Sühreverdî, Ebû'l-Fütûh Şihâbüddîn Yahyâ b. Habeş b. Emircek, *et-Tenkîhât fi usûli'l-fikh* (thk. İyyâz b. Nâmi es-Sülemî), Riyad 2001, 125-126; İbn Kudâme, *Ravzatü'n-nâzir*, II, 771-772; İbnü'l-Hâcib, *Muhtasar*, II, 939; İbn Teymiyye, *el-Müsevvede*, 309-310; İbn Müflih el-Makdisî, *Usûlü'l-fikh*, III, 1061; Safiyüddîn el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2042-2043; Zerkeşi, *Teşnifü'l-mesâmi' bi-Cem'i'l-cevâmi' li-Tâciddin es-Sübki* (thk. Abdullah Rebî ve Seyyid Abdülazîz), Kahire 1999, I, 343-344; Merdâvî, *et-Tahbir*, VI, 2882-2883; Hattâb er-Ruaynî, Ebû Abdullah Şemsüddin Muhammed b. Muhammed b. Abdurrahmân, *Kurretü'l-ayn bi-şerhi Varakâti İmâmi'l-Haremeyn*, y.y. t.y., 171-172; İbnü'n-Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-münîr*, III, 483-484; Bihârî, *Müsellemüs-sübût*, I, 446; Bahrülülüm el-Leknevî, *Fevâtihü'r-rahâmât*, I, 446; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, 178; Muhammed Edib Sâlih, *Teşîrü'n-nusûs*, I, 634; Davut İltâş, *Fıkıh Usulünde Müttekellimin Yönteminin Delâlet Anlayışı*, İstanbul 2011, 357-359; Taha Nas, *Fıkıh Usulünde Mefhûmun Delâleti ile İlgili Kavramların Gelişimi*, 78-80.

56 İmam Şafî, *er-Risâle*, 512-517; Ebû'l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mu'temed*, II, 254-257; Şirâzî, *el-Lüma'*, 104; aynı mlf., *Şerhü'l-Lüma'*, I, 424-425; Cüveynî, *el-Burhân*, II, 786, 878; Kelvezânî, *et-Temhîd*, II, 225-228, 392; Semerkandî, Alâüddin Şemsünnazar Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed, *Mizânü'l-usûl fi netâici'l-ukûl fi usûli'l-fikh* (thk. Abdülmelik Abdurrahmân es-Sadî), Bağdat 1987, I, 569; Râzî, Fahrüddin Muhammed b. Ömer b. el-Hüseyn, *el-Mahsûl fi ilmi usûli'l-fikh* (thk. Tahâ Câbir Feyyâz el-Alvânî), Beyrut 1992, V, 121-123; Tâcüddîn es-Sübki, *Cem'ül-cevâmi'*, I, 189-190; aynı mlf., *Ref'ül-Hâcib*, III, 496-497; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, 178; Davut İltâş, *Fıkıh Usulünde Müttekellimin Yönteminin Delâlet Anlayışı*, 354-356; Taha Nas, *Fıkıh Usulünde Mefhûmun Delâleti ile İlgili Kavramların Gelişimi*, 72-76.

57 İmam Şafî, *er-Risâle*, 512-517.

a. Lafzî Bir Delâlet Olduğunu Söyleyenlerin Delilleri

1. Araplar “*filana bir buğday tanesi bile verme!*”; “*ona öf bile deme!*”; “*ona zerre kadar zulmetme!*”; “*yüzüne surat dahi asma!*”; bir kimsenin çok güvenilir olduğunu ifade etmek üzere “*filan kimseye bir kantar mal versen sana iade eder.*” gibi ifadeler kullanırlar. Bu ifadeleri duyan kimsenin aklına hemen bir buğday tanesinden fazlasının verilmesinin, kötü söz söyleme ve dövmenin, dinar ve daha fazlasıyla zulmetmenin, konuşmayı kesmek gibi surat asmaktan daha fazla eziyet veren şeylerin de yasaklandığı ve bir kantar emanet malı iade edenin daha azını haydi haydi iade edeceği gelir. Çünkü onlar bu ifadeleri, söz konusu anlamları ifade etmek üzere koymuşlardır. Yine “*filanın ne nakîri (çekirdeğin sırtındaki oyuk) ne de kıtmîri (çekirdeğin zarı) var!*” sözü bunlardan fazlasına da sahip olmadığına delâlet eder. Keza bir kimse, filan kimsenin bir lokmasını dahi yemeyeceğine, suyundan bir yudum dahi içmeyeceğine dair yemin etse, bu yemini, somun gibi bir lokmadan fazlasını yemesinden ve bir yudum sudan fazlasını içmesinden kaçınmasını gerektirir. Bu nedenle Hz. Peygamber’in ganimetlerle alakalı söylediği “*İplik ve iğne olsa dahi iade ediniz!*”⁵⁸ sözünden deve semerleri, nakitler vb. nin de iade edilmesi gerektiği anlaşılır. Yine “*Sizden birisi şaka yollu ya da ciddi olarak kardeşinin asasını almasın. Kim kardeşinin asasını alırsa ona iade etsin.*”⁵⁹ sözünden asa dışındaki şeylerin de iade edilmesi gerektiği anlaşılır.⁶⁰

Delâletin kıyas olduğunu söyleyenler bu iddiaya şu şekilde itiraz etmişlerdir: “*Filana bir buğday tanesi bile verme!*” ve “*filan kimseye bir kantar mal versen sana iade eder.*” ifadelerinde, bir buğday tanesi bir buğday tanesinden daha fazlasının ve bir kantar maldan daha azı ise bir kantar malın kapsamındadır. Bu sözlerden, bir buğday tanesinden daha fazlasının da verilmesinin yasaklandığı ve bir kantar malı iade edenin daha azını da iade edeceğinin anlaşılması bundan dolayıdır. Ama dövmek ile “öf” demek arasında böyle bir münasebet yoktur. Çünkü “öf” demek dövmeyi kapsamaz. Ayrıca bu sözler, bir buğday tanesinden daha azına ve bir kantar maldan daha fazlasına delâlet etmemektedir. Hâlbuki bu sözlerin mana ve maksatları ve sözlük anlamlarından farklı olarak dildeki yaygın kullanımları, bunları da ifade etmektir. Buradan söz konusu anlamların, bu sözlerin bizzat lafızlarından değil, mana ve maksatlarından hareketle anlaşıldığı ortaya çıkmaktadır. Bu da delâletin lafzî bir delâlet değil, kıyas olduğunu göstermektedir. “*Filanın ne nakîri ne de kıtmîri var!*” sözünün, söz konusu kimsenin hiçbir şeyi olmadığına delâleti, sözün lafzından ve illetinden hareketle anlaşılmamıştır. Sözlük anlamından farklı olarak dildeki bu genel kullanıma nakledilmesi, bir zaruret nedeniyle olmuştur. Diğerlerinde ise her herhangi bir zaruret söz konusu değildir.⁶¹

58 Ebû Dâvud, “Cihâd”, 121; Nesâî, Ebû Abdurrahmân Ahmed b. Şuayb, *es-Sünen*, İstanbul 1992, “Hibe”, 1; İbn Mâce, “Cihâd”, 34; Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahmân b. Fazl, *es-Sünen*, İstanbul 1992, “Siyer”, 45.

59 Tirmizî, Muhammed b. İsa b. Sevr, *es-Sünen*, İstanbul 1992, “Fiten”, 3.

60 Murtaşâ Âlemü'l-hüdâ, *ez-Zeria*, I, 324; Âmidî, *el-İhkâm*, III, 63-64; Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, VII, 3174; Halife Bâbekr el-Hasen, *Menâhicü'l-usûliyyîn fi turuki delâlati'l-elfâz ale'l-ahkâm*, Kahire 1989, 154.

61 Ebû'l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mu'temed*, II, 256-257; Şirâzî, *Şerhü'l-Lüma*, I, 425; aynı mlf., *et-Tebşıra fi usûli'l-fikh* (thk. Muhammed Hasan Heyto), Dimaşk 1980, 228; Râzî, *el-Mahsûl*, V, 122-123; Urmevî, Ebû Abdullah Tâcüddin

2. Araplar bu tür ifadeleri, sözde yer almayan şeylerin hükmünü abartılı bir biçimde pekiştirmek için kullanırlar. Onlar, iki şeyden birisi hakkında mübalağa yapmak istedikleri zaman mübalağa edilen şeyi gizlerler ve ikisinden derecesi en düşük olanın hükmünü zikrederler. Böylece derecesi yüksek olanın hükmü de ona dâhil olur ve sözde zikredilmekten daha mübalağalı ve tekitli bir şekilde ifade edilmiş olur. Meselâ bir atın diğerinden daha hızlı olduğunu ve onu geçtiğini mübalağalı bir şekilde ifade etmek istedikleri zaman “*bu at diğerini geçti.*” demek yerine “*diğer at, bu atın tozuna bile yetişemez!*” derler. Burada her ne kadar öne geçme ve hızlı olma zikredilmese de, bu söz, birinci atın diğerini geçtiğini daha belîğ bir şekilde ifade eder. Yine bir kimseyi cimriliğinden dolayı yermeye mübalağa etmek istedikleri zaman “*filan kimse yedirmez, içirmez.*” demek yerine, daha belîğ bir ifade olan “*filan kimse mutfağının kokusunun yayılmasından endişe duyar!*” derler. Bir kimseye eziyet edilmemesi hususunda mübalağa yapmak istedikleri zaman “*ona eziyet etme!*” demek yerine, daha belîğ olan “*ona öf bile deme!*” ifadesini kullanırlar. Eğer bu ifadeler Arapçada bu maksatları gerçekleştirmek için konulmamış olsaydı, Araplar bu ifadeleri kullanmazlardı.⁶²

3. Nassın delâleti şer’î kıyastan önce sabit olur. Çünkü ana-babaya kötü söz söylemenin ve onları dövmenin haram kılındığı, kıyasın şer’îliği ister bilinsin isterse bilinmesin veya kıyas ister meşru kılınsın isterse kılınmasın “*öf bile deme!*” sözünden anlaşılır.⁶³ Bu nedenle Zâhirîler dışında kıyasa mutlak olarak karşı çıkanlar, delâletin bu çeşidiyle amel etmişlerdir. Eğer kıyas olsaydı durum böyle olmazdı.⁶⁴ Delâletin kıyas olduğunu söyleyenler, karşı çıkılan kıyasın, kat’î/celî kıyas değil, zannî/hafî kıyas olduğunu belirterek bu delile itiraz etmişlerdir.⁶⁵

4. Yukarıda da ifade edildiği gibi nassın delâletinde illet, kıyastakinin aksine lafzın sözlük anlamından anlaşılır ve illetin tespiti için, kıyasta olduğu gibi inceleme ve içtihat yapmak gerekmez. Bu nedenle nassın delâletinde illeti, kıyasın illetinin aksine, ister fakih olsun isterse olmasın söz konusu lafzın anlamını bilen herkes anlar. Delâletin kıyas olduğunu söyleyenlere göre illetin herkes tarafından bilinmesi, herkesin anlayacağı biçimde açık olmasından dolayıdır.

5. Kıyasın aksine nassın delâletinde asıl, fer’in bir cüz’ü olabilir. Meselâ “*filana bir zerre bile verme!*” sözünde bu durum vardır. Bu ifade bir zerreden fazlasının verilmesinin de yasaklandığını gösterir. Burada fer’ zerrelere. Asıl olan “bir zerre” ise fer’in bir cüz’üdür. Kıyasta ise aslın fer’in bir cüz’ü olmayacağı hususunda ise

Muhammed, *el-Hâsıl mine’l-Mahsûl*, Bingazi 1994, II, 861-862.

62 Murtazâ Âlemü’l-hüdâ, *ez-Zeria*, I, 324; Âmidî, *el-İhkâm*, III, 64; Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü’l-vusûl*, VII, 3174-3175; Halife Bâbekr el-Hasen, *Menâhicü’l-usûliyyîn*, 154.

63 Murtazâ Âlemü’l-hüdâ, *ez-Zeria*, I, 324; Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü’l-vusûl*, VII, 3175-3176; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, I, 186; Teftâzânî, *et-Telviḥ*, I, 301; Molla Fenâri, *Fusûlü’l-bedâi’*, 90; Molla Hüsrev, *Mirâtü’l-usûl*, 164.

64 Âmidî, *el-İhkâm*, III, 65; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, I, 186.

65 Râzî, *el-Mahsûl*, V, 122-123; Urmevî, *el-Hâsıl*, II, 861.

icmâ vardır.⁶⁶ Ancak bu delil isabetli değildir. Çünkü kıyas olduğunu söyleyenlere göre, kıyasta asıl, fer'in bir cüz'ü olabilir.⁶⁷ Bu durumda icma da meydana gelmez.

6. Kıyasta fer'in hükmü aslın hükmünden daha aşağı derecededir. Nassın delâletinde ise, fer' hüküm bakımından asla ya eşittir ya da fer' hükme asıldan daha lâyıktır.⁶⁸ Meselâ hurma nebîzinin haramlığı, sarhoş edici bir özelliğe sahip olması nedeniyle şaraba kıyasla sabit olmuştur. Ama hurma nebîzinin haramlığının derecesi şarabın haramlık derecesinden daha düşüktür.⁶⁹ Bu delil zayıftır. Çünkü kıyasın hususi kıyas (kıyâs-ı hâs) olması mümkündür. Mutlak kıyasta bir şeyin şart koşulması hususi kıyasta da şart koşulmasını gerektirmez.⁷⁰

Delâletin lafzî olduğunu söyleyenlere göre, mantûkun meskûtun hükmüne delâleti, ya sözün bağlamından ve karinelere ya da sözün, sözlük anlamından farklı olarak dildeki yaygın kullanımının delâletiyle anlaşılır:

1. Sözün bağlamından ve karinelere anlaşıldığını söyleyenler: Hanefî usulcüler, Gazzâlî (ö. 505/1111), Şîî usulcü Sühreverdî (ö. 587/1191), İbn Kudâme, İbnü'l-Kuşeyrî, Âmidî, İbnü'l-Hâcib (ö. 646/1249), İbn Teymiyye, Safiyyüddin el-Hindî (ö. 715/1315), İbnü'n-Neccâr (ö. 972/1564) ve Şevkânî gibi usulcüler bu kanaattedir.⁷¹ Bu görüşte olanlara göre, mantûkun meskûtun hükmüne delâleti, sözün bağlamından ve karinelere anlaşılır. Çünkü ana-babaya "öf" demeyi haram kılan âyetin, onları yüceltme ve onlara saygıda kusur etmemeyi ifade etmek için indirildiği bilinmektedir. Eğer bu durum bilinmeseydi, onlara "öf" denilmesinin haram kılınmasından, onlara kötü söz söylemenin ve onları dövmenin evleviyetle haram kılındığı anlaşılmazdı. Zira bir sultanın cellâdına babasını öldürmesini emretmesi, ama ona "öf" demekten men etmesi mümkündür. Burada daha şiddetli olan öldürme emredilmiş, ama şiddeti daha az olan "öf" deme yasaklanmıştır. Yani şiddeti daha fazla olan öldürmenin emredilmesi, şiddeti daha az olan "öf" denilmesinin evleviyetle emredilmiş olmasını gerektirmemiştir.⁷²

Bu görüş sahiplerine göre mefhûm-i muvâfakatın delâleti, bir şeyin parçasını zikredip bütününü kastetme (zikr-i cüz' irâde-i küll) türünden mecazidir.⁷³ Yani

66 Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2042; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 185; Teftâzânî, *et-Telvîh*, I, 300; Molla Fenârî, *Fusûlü'l-bedâi'*, 90; Molla Hüsrev, *Mirâtü'l-usûl*, 164.

67 Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2042.

68 Molla Fenârî, *Fusûlü'l-bedâi'*, 90; Molla Hüsrev, *Mirâtü'l-usûl*, 164.

69 Güzelhisârî, *Menâfiü'd-dekâik*, 127.

70 Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, VII, 3175.

71 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, III, 411; aynı mlf., *el-Menhûl*, 334-335; Sühreverdî, *et-Tenkîhât*, 125-126; İbn Kudâme, *Ravzatü'n-nâzir*, II, 771; Âmidî, *el-İhkâm*, III, 63; İbnü'l-Hâcib, *Muhtasarü müntehe's-sûl*, II, 937; İbn Teymiyye, *el-Müsevvede*, 309-310; Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2043-2044; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 184; Molla Hüsrev, *Mirâtü'l-usûl*, 165; Zerkeşî, *el-Bahrü'l-muhit*, IV, 10, 11-12; İbnü'n-Neccâr, *Şerhi'l-Kevkebi'l-münir*, III, 482, 484; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, 178; Halife Bâbekr el-Hasen, *Menâhicü'l-usûliyyin*, 177, 179.

72 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, III, 411-412; Âmidî, *el-İhkâm*, III, 63; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 185; Molla Hüsrev, *Mirâtü'l-usûl*, 165.

73 Gazzâlî, *Esâsü'l-kıyâs* (thk. Fehd b. Muhammed es-Serhân), Riyad 1993, 62-63; Zerkeşî, *Teşnifü'l-mesâmi'*, I, 344; Yûsî, Ebû Ali Nûreddin Hasen b. Me'sûd b. Muhammed, *el-Büdü'ü'l-levâmî' fi şerhi Cemî'l-cevâmî' fi usûli'l-fikh* (thk. Hamîd Hamânî el-Yûsî), y.y. 2002, III, 110-111; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, 178.

ana-babaya “öf” demeyi haram kılan âyette, mutlak olarak onlara “öf” denilmesinin haram kılındığı zikredilmiş, ama bununla onlara eziyet veren her türlü şeyin haram kılındığı murat edilmiştir. Yine yetim malını haksız yere yemeyi haram kılan âyette, mutlak olarak yetim malının haram kılındığı zikredilmiş, ama bununla onun malını telef eden her türlü fiilin haram kılındığı kastedilmiştir.⁷⁴

Bununla birlikte İbnü'n-Neccâr, bu usulcülerin karinelere muradının hakikî mananın anlaşılmasını men eden değil, aksine hakikî manaya delâlet eden karineler olduğunu ileri sürmüştür. Çünkü “*onlara öf bile deme!*” sözü ve benzerleri hakikî manada kullanılmıştır. Dövmenin haramlığı ise sözün bağlamı ve karinelere anlaşılmalıdır. Bu durumda mecazi değil hakikî anlamında kullanılmış olmaktadır.⁷⁵

11. “Öf” kelimesinin sözlük anlamından farklı olarak dildeki yaygın kullanımının delâletiyle, eziyet veren şeylerin tamamının yasaklanmasına nakledildiğini söyleyenler: Mutezile'den Kadı Abdülcebbâr (ö. 415/1024), Malikîler'den Bâcî (ö. 474/1081) ve Şiâdan Hillî (ö. 676/1277) bu kanattedir.⁷⁶ Bunlara göre mantûkun meskût hakkında kullanılması örfî bir hakikattir. Bu durumda meskûtun hükmü mefhumun değil, mantûkun delâletiyle anlaşılır.⁷⁷ Dolayısıyla bu görüş isabetli değildir. Doğru olan birinci görüştür.

b. Kıyas-ı Celî Olduğunu Söyleyenlerin Delilleri

1. Kıyas-ı celî olduğunu söyleyenler şöyle demişlerdir: Mefhûm-i muvâfakatte, mantûkun hükmünün meskût hakkında da sabit olduğunun bilinmesinin, mantûkun hükmünün illeti olan manaya bağlı olduğu bilinen bir husustur. Bu mananın tespitinde ise, bir çeşit inceleme ve araştırma yapılması şarttır. Bu yapılan işlem ise kıyastan başka bir şey değildir. Meselâ ana-babaya “öf” demeyi haram kılan âyetin, onlara kötü söz söyleme ve onları dövmenin de haram kılındığına delâlet ettiğinin anlaşılması, söz konusu hükmün illeti olan manaya bağlıdır ve yapılan bu işlem bir kıyas işlemidir. Burada “öf” demek asıl, kötü söz söyleme ve dövme fer', onlara eziyet etmekten uzak durulması illet, haram kılma ise hükümdür. Eğer sözün sevk edilme sebebi olan ana-babaya eziyet edilmemesi şeklindeki mana ve mantûkun hükmünün illeti olan bu mananın, kötü söz söyleme ve dövmede daha fazla bulunduğu dikkate alınmasaydı, her ikisinin de haram kılındığına icmâ ile hükmedilemezdi. Bu ise delâletin lafzî olmadığını gösterir. Çünkü lafzî delâlette sözün maksadı ve sevk edilme sebebi olan mananın bilinmesine ihtiyaç duyulmaz. Kıyasın bu türünde hükmün illeti olan mana açık ve zahir olduğu için de kıyas-ı

74 Celâleddin el-Mahallî, *el-Bedrü't-tâli'*, I, 190; Yüsi, *el-Büdüri'l-levâmî'*, III, 110-111.

75 İbnü'n-Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-münir*, III, 484-485.

76 Kadı Abdülcebbâr, *el-Muğni* (eş-Şer'iyât), XVII, 86; Bâcî, *İhkâmü'l-fusûl*, 508; Hillî, *Meâricü'l-usûl*, 106; Merdâvi, *et-Tahbîr*, VI, 2885.

77 Zerkeşi, *Teşnifü'l-mesâmî'*, I, 344.

celî diye isimlendirilir.⁷⁸ Bu görüşte olanlar mefhûm-i muvâfakatın delâletine kıyas-ı celî demeleri yanında, kıyâsü'l-evlâ ve kıyâs fî mane'l-asl da demişlerdir.⁷⁹

2. Eğer delâletin bu çeşidi lafzî bir delâlet olsaydı, meskûtun hükmünü, ya söylenen sözün konulduğu sözlük anlamı, ya da sözlük anlamından farklı olarak dildeki yaygın kullanımı ifade ederdi. Bunların her ikisi de geçersiz olduğuna göre, delâletin lafzî olduğu iddiaları da geçersizdir. Birincisinin geçersiz olmasının

78 Semerkandî, *Mizânü'l-usûl*, I, 569; Râzî, *el-Mahsûl*, V, 121; Âmidî, *el-İhkâm*, III, 64; Urmevî, *el-Hâsıl*, II, 860; Safiyüddîn el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, VII, 3177; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, I, 185; Molla Hüsrev, *Mirâtü'l-usûl*, 164; Muhammed Edib Sâlih, *Tefsîrû'n-nusûs*, I, 634-635.

79 Kıyas değişik açılardan çeşitli kısımlara ayrılmıştır:

I. Kuvvet ve zaafına başka bir ifade ile illetini zihnin düşünmeksizin hemen anlamasına ve hemen anlamamasına göre iki kısma ayrılır: (Ferağlî, Muhammed Mahmûd Muhammed, *Buhûs fî'l-kıyâs*, Kahire 1983, 389)

a. **Kıyas-ı celî (kıyas-ı kat'î)**: “*Asıl ile fer'i birbirinden ayıran şeyin nefyedildiği kat'î olarak bilinen kıyastır.*” (İbnü'l-Hâcib, *Muhtasarı müntehe's-sûl*, II, 1108; Ferağlî, *Buhûs fî'l-kıyâs*, 389) Kıyas-ı celiyi, Tâcüddîn es-Sübkî, “*illet ve illetin fer'de varlığı kat'î olarak bilinen kıyastır*” (Tâcüddîn es-Sübkî, *Cem'ül-cevâmi'*, II, 187; Celâleddin el-Mahallî, *el-Bedrü't-tâlî*, II, 187); Zerkeşi, “*illeti, zihni meşgul etmeksizin ve düşünmeksizin bilinen kıyastır*” (Zerkeşi, *el-Bahrü'l-muhît*, V, 36) şeklinde tanımlamıştır. Ebû İshâk eş-Şîrâzî “*illeti, nass, icmâ ya da dikkat çekme (tenbih) ile beyan etme şeklinde kat'î bir delille bilinen ve başka bir manaya muhtemel olmayan kıyas*” şeklinde tanımlamış ve açıklık derecesi bakımından sırasıyla şu kısımlara ayırmıştır:

i. En açık olanı illeti nass ile belirtilen kıyastır. key, li-ellâ, min ecli zâlike, li-eclih lafızlarıyla belirtilen illetler gibi.

ii. Tenbihin evleviyet yoluyla delâlet ettiği kıyas: “Öf” demeyi haram kılan âyete kıyasla dövmenin evleviyetle haram kılınması gibi.

iii. Lafızdan evleviyetle olmaksızın anlaşılan kıyas: Hz. Peygamber'in akan suya bevletmeyi nehyi etmesine (Müslim, “Tahâret”, 94; Tirmizî, “Tahâret”, 51; Nesâî, “Tahâret”, 30, 139; “Gusûl”, 1) kıyasla içine fare düşen eritilmiş yağın dökülmesinin emredilmesi gibi. Çünkü söz konusu hadisin lafzından, kâın bencil gibi olduğu bilinir.

iiii. İletî istinbât edilmiş olup, bu illet üzerinde icmâ edilen kıyas: Haddin günah işlemekten caydırma için konulduğu ve köleye uygulanacak haddin sırf köle olması nedeniyle hüre uygulanacak haddin daha az olması hususunda Müslümanların icmâi gibi. (Şîrâzî, *el-Lüma'*, 204-207; aynı mlf., *Şerhü'l-Lüma'*, II, 801-804)

b. **Kıyas-ı hafî (kıyas-ı zannî)**: “*Asıl ile fer'i birbirinden ayıran şeyin nefyedildiği kat'î olarak bilinmeyen, illeti mansûs olmayan veya illeti üzerinde icmâ edilmeyen kıyas türüdür.*” Kıyasın bu türünde, asıl ile fer'i birbirinden ayıran şeyin hükme tesiri kuvvetle muhtemeldir. Bu tür kıyasta illet, istinbât yoluyla bilinir. Meselâ haramlığın sadece şaraba has olmasına itibarla ya da fer'de bulunan bir mani nedeniyle, haramlık hususunda nebizin şaraba kıyası gibi. (Ferağlî, *Buhûs fî'l-kıyâs*, 398) Sübkî'ye göre illetin fer'de varlığı kat'î olarak bilinmekle birlikte illet zannî olarak biliniyorsa kıyas zannîdir. (Tâcüddîn es-Sübkî, *Cem'ül-cevâmi'* II, 187; Celâleddin el-Mahallî, *el-Bedrü't-tâlî*, II, 187.) Zerkeşi “*illeti imal-i fikir etmeden açığa çıkmayan kıyastır*” şeklinde tanımlamıştır. (Zerkeşi, *el-Bahrü'l-muhît*, V, 36) Şîrâzî “*illeti içtihat etmek suretiyle bilinen her kıyas*” şeklinde tanımladıktan sonra kıyas-ı hafiyi de açıklık derecesi bakımından çeşitli kısımlara ayırmıştır. (Şîrâzî, *el-Lüma'*, 207-208; aynı mlf., *Şerhü'l-Lüma'*, II, 804-806)

2. Kıyas, illetinin zikredilip zikredilmemesine göre üç kısma ayrılır:

a. **Kıyâs-ı illet**: Asıl ile fer'i bir araya getiren vasfın açıkça belirtildiği kıyastır. Bu vasf istinbât edilen veya mansûs olan illettir.

b. **Kıyâs-ı delâlet**: İletî değil de illetinin lazımı olan bir lafzın açıkça belirtildiği veya asıl ile fer'in, asılda illeti icap eden iki şeyden birisiyle diğerine delil getirmek suretiyle bir araya getirildiği kıyastır.

c. **Kıyâs fî mane'l-asl**: Asıl ile fer'i bir araya getiren vasfın açıkça belirtilmemesi suretiyle, ikisini ayıran şeyin ilgâ edildiği kıyastır. Azat edilen bir kölede ortaklığı bulunan bir kimsenin nasibinin kıymetlendirilmesi hususunda cariye'nin köleye kıyası buna örnektir. Çünkü cariye ile köle arasında asılda erkek olmak fer'de ise dişi olmak dışında her hangi bir farkın olmadığı ve dinin azat etme hükümlerinde erkeklik ve dişiligi dikkate alınmadığı bilinmektedir. (Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 4-5; İbnü'l-Hâcib, *Muhtasarı müntehe's-sûl*, II, 1109-1110; Ferağlî, *Buhûs fî'l-kıyâs*, 398-400)

3. Asıl ile fer'i bir araya getiren vasfın fer'deki derecesine itibarla üçe ayrılır:

a. **Kıyâsü'l-evlâ**: Ortak vasfın fer'de asıldan daha kuvvetli olmasıdır. Ana-babaya dövmenin onlara “öf” demeye kıyası gibi. Çünkü ziyet verme şeklindeki ortak vasf, fer'de asıldan daha kuvvetlidir.

b. **Kıyâsü'l-müsâvî**: Ortak vasfın fer'de asıldakine eşit olmasıdır. Azat etme hükümlerinde cariye'nin köleye kıyası gibi.

c. **Kıyâsü'l-edven**: Ortak vasfın fer'de asıldan daha düşük derecede olmasıdır. İçmenin haramlığı hususunda nebizin şaraba kıyası gibi. Bu kısmın kıyas olduğu hususunda usulcüler ittifak etmişlerdir. Ancak ilk iki kısım ise mefhûm-i muvâfakat mı yoksa kıyas mı olduğu hususunda ihtilaf edilmiştir. (Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 3; Tâcüddîn es-Sübkî, *Cem'ül-cevâmi'*, II, 187; Celâleddin el-Mahallî, *el-Bedrü't-tâlî*, II, 187; Ferağlî, *Buhûs fî'l-kıyâs*, 401-402)

nedeni şudur: Çünkü “öf” demek, dövmekten ayrı bir şeydir ve onun bir parçası değildir. “Öf” demek, sözlükte dövmek anlamını içermez. Bu durumda “öf” demenin yasaklanması, dövmenin yasaklanması anlamına gelmez. İkincisinin geçersiz olmasının nedeni de şudur: Söylenen sözün (mantûkun), sözlük anlamından farklı olarak dildeki yaygın kullanımı yoluyla söylenmeyi de ifade etmesinin anlamı, “öf” demeyi yasaklamanın sözlük anlamından çıkarılarak eziyet veren her şeyin yasaklanmasına nakledilmesi demektir. Bu şekilde yapılan nakil ise, dilde esas olan kurala aykırıdır. Çünkü dilde esas olan, sözün konulduğu anlamda kullanılmasıdır. Başka anlamlarda kullanılması ancak delil ve karine ile mümkün olur. Yine sözün başka anlamlara nakledilmesi yaygın bir kullanım olsaydı, bir kralın düşmanlarını esir aldığı zaman cellâdına onları öldürmesini emretse dahi, onları tokatlamasını ve onları küçümsemesini yasaklaması uygun düşmezdi. İşte bu nedenlerden dolayı delâletin bu türü lafzî bir delâlet değildir. Bu durumda söylenenin (mantûkun) söylenmeyenin (meskûtun) hükmüne delâleti, söylenen sözün bizzat lafzından değil, mana ve maksadından anlaşılmaktadır. Bu da ana-babayı dövmenin ve onlara kötü söz söylemenin haramlığının, kıyas yoluyla sabit olduğuna delâlet etmektedir.⁸⁰

3. Bu kanaatte olanlar, mantûkun meskûtun hükmüne delâletinin, sözün bağlamından ve karinelere anlaşılan lafzî bir delâlet olduğunu söyleyenlere şu şekilde itiraz etmişlerdir: Eğer “öf” demenin dövmeye delâleti lafzî olsaydı, delâletin bilinmesi sözün bağlamının ve maksatlarının bilinmesine bağlı olmazdı. Çünkü ibareye dayanan maksatları bilmek, ibarenin onlara delâletine bağlıdır. İbarenin delâletinin bilinmesi onlara bağlı olursa kısır döngü olur. Nassın/mefhûm-i muvâfakatin meskûtun hükmüne delâleti ise, mantûkun mana ve maksatlarına bakarak anlaşılmaktadır. Bu durumda nassın delâleti, lafzî bir delâlet değildir.⁸¹

Ancak bu iddia doğru değildir. Çünkü sözün bağlamının ve amaçlarının bilinmesi mefhûm-i muvâfakatin delâletinin bilinmesine bağlı değildir. Bu durumda mefhûm-i muvâfakatin delâletinin bilinmesinin, sözün bağlamının ve maksatlarının bilinmesine bağlı olmasında kısır döngü olmaz.⁸²

4. Eğer “öf” demeyi yasaklayan sözün, kötü söz söyleme ve dövmenin de yasaklandığına delâleti lafzî olsaydı, birisinin öldürülmesini emretmekle birlikte öldürülecek kişiye “öf” denmesinin yasaklanması uygun düşmezdi. Bu bir kimşenin hem öldürülmesini emretmek hem de öldürülmesini yasaklamak gibi olur. Lakin öldürmeyi emretmekle birlikte “öf” demeyi yasaklamak mümkündür. Bu durumda “öf” demeyi yasaklamanın kötü söz söyleme ve dövmeyi de yasaklamaya delâleti lafzî olmamaktadır.⁸³

80 Râzî, *el-Mahsûl*, V, 121. Ayrıca bkz. Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mu'temed*, II, 254-255.

81 Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2041.

82 Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2044.

83 Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2041; VII; 3177.

Bu iddiaları da yerinde değildir. Çünkü bir kimsenin öldürülmesini emretmekle birlikte ona “öf” denilmesinin yasaklanması, öldürmenin yasaklandığına dair bir karine olmadığı zaman uygun düşer. Yasaklandığına dair karine varsa uygun düşmez. Delâletin lafzî olduğunu söyleyenler, karine olması durumunda delâletin lafzî olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu durumda delâletin lafzî olması ile çelişen bir durum yoktur.⁸⁴

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Kanaatimize göre doğru olanı, nassın/mefhûm-i muvâfakatin delâletinin lafzî bir delâlet olmasıdır. Ancak bu tür delâlette meskûtun hükmü, mantûkun bizzat lafzıyla sabit olmadığı gibi, mantûkun sözlük anlamından farklı olarak dildeki yaygın kullanımı ile de sabit olmamaktadır. Bilakis sözün bağlamı ve karinelere vasıtasıyla sabit olmaktadır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi “öf” demenin haram kılınması, kötü söz söylemenin ve dövmenin haram kılınmasını gerektirmez. Onların haram kılındığı sözün bağlamından ve karinelere anlaşılar.⁸⁵ Kıyas diyenler, mantûk ile meskût arasındaki mana yani illet birliği nedeniyle gerçekleşmesinden hareketle delâletin kıyas-ı celî olduğunu söyleseler de, durum böyle değildir. Çünkü delâletin lafzî olduğu kanaatinde olanların söylediği gibi bu lafızlar, dilde, zikredilen maksatları ifade etmek üzere konulmuştur. Kast edilen manaları anlamak için, kıyasta olduğu gibi her hangi bir zihni çabaya ihtiyaç yoktur. Az çok dil bilen herkes, zikredilen lafızlardan muradın ne olduğunu düşünmeksizin hemen anlar. Ayrıca kıyasın belirli kuralları vardır. Bu kuralları bilmeyen kimseler dahi, söz konusu maksatları kıyas yapmaksızın anlamaktadır. Bütün bunlardan delâletin lafzî olduğu ortaya çıkmaktadır.

c. Usulcülerin Bu İhtilafı Lafzî Midir Esasa İlişkin Midir?

Delâletin bu çeşidinin lafzî bir delâlet mi yoksa kıyas-ı celî mi olduğu hususundaki ihtilaf esasında, öze ilişkin olmayan lafzî bir ihtilaftır. İmam Şafîî, Cüveynî, Gazzâlî, Beyzâvî (ö. 685/1286), Teftâzânî (ö. 792/1390), Emir Padişah (ö. 987/1579) ve Tarsûsî Mehmed Efendi (ö. 1117/1705) gibi usulcülerin kanaati de bu yöndedir.⁸⁶ Çünkü ister nassın delâleti ve mefhûm-i muvâfakat isterse kıyas-ı celî olarak adlandırılınsın, delâletin bu çeşidinin meskûtun hükmüne delâleti hususunda, yukarıda da zikrettiğimiz gibi Zâhirîler dışındaki âlimler ittifak etmiştir. Meskûtun hüküm bakımından mantûka ilhakına, aralarındaki illet birliği nedeniyle fer’in asla ilhakı açısından bakan kimse, kıyas-ı celî diye adlandırmıştır. Hükmün illeti olan mananın ve meskût ile mantûk arasındaki vasıtanın, içtihat ve istinbâta ihtiyaç hissetmeksizin sırf dil bilmekle idrak edilmesi açısından bakan kimse ise, nassın delâleti veya mefhûm-i muvâfakat diye isimlendirmiştir.⁸⁷

84 Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2044.

85 Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, V, 2043-2044.

86 İmam Şafîî, *er-Risâle*, 512-517; Cüveynî, *el-Burhân*, II, 786; Gazzâlî, *el-Menhûl*, 335; Teftâzânî, *et-Telvîh*, I, 301; Emir Padişah, *Tefsîrî't-Tahrîr*, I, 90; Tarsûsî, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Tarsûsî Mehmed Efendi, *Hâşiye ale'l-Mirât*, Dersâadet 1267, 145.

87 Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, III, 412; Tarsûsî, *Hâşiye ale'l-Mirât*, 145; Muhammed Edib Sâlih, *Tefsîrî'n-nusûs*, I, 637-638;

Bundan dolayı Beyzâvî gibi bazı usulcüler, delâletin bu çeşidine bazen mefhûm-i muvâfakat bazen de kıyas-ı kat'î/celî demiştir.⁸⁸ Burada ilk bakışta bir çelişki görünse de durum böyle değildir. Çünkü mefhûm-i muvâfakat bir yönüyle lafza dayanır ve mefhûm-i muvâfakat adını alır. Bir yönüyle de mana, maksat ve illete dayanır ve kıyas diye isimlendirilir.⁸⁹

Bu ihtilaf ve bu ihtilafın kaynaklanan pratik sonuçlar esasında, kıyastan mutlak kıyas değil de illeti rey ve içtihat ile istinbât edilen kıyasın veya mefhûm-i muvâfakatten sadece illetin meskûtta evleviyetle bulunmasının kastedilmesi durumunda ortaya çıkar. Yukarıda da ifade edildiği gibi, meskûtta bulunan illetin mantıktaki ile eşit olması durumunda, fûrû-i fıkhîta hüccet olarak kullanılmaları açısından kıyas ile nassın delâleti arasında her hangi bir fark yoktur.⁹⁰ Kıyas ile mefhûm-i muvâfakatin zikredilenlere tahsisi durumunda ihtilaf esasa ilişkin olur. Hanefîler'in çoğunluğu başta olmak üzere Zerkeşî (ö. 772/1370), İbnü'n-Neccâr ve Merdâvî (ö. 885/1480) gibi usulcüler bu kanaattedir.⁹¹ Bu görüşte olanlara göre ihtilafın bazı pratik sonuçları vardır:

1. Hadler ve kefaretlar meselesinde: Aşağıda ele alacağımız gibi, cumhurun aksine Hanefîler'e göre, hadler ve kefaretlar nassın delâleti ile sabit olabilirken, kıyas ile sabit olmaz. Bu durumda hadler ve kefaretların ispatı meselesinde cumhura göre ihtilafın pratik bir sonucu yok iken, Hanefîler'e göre vardır. Yani Hanefîler'e göre nassın delâletinin kıyas olduğu kabul edilirse, hadler ve kefaretlar onunla sabit olmaz.

2. Delil olarak kabul edilip edilmemeleri meselesinde: Şia'ya göre bu ayrımın pratik bir sonucu vardır. Çünkü onlar mefhûm-i muvâfakati hüccet kabul ederken, kıyası hüccet kabul etmezler.⁹² İbn-i Hazm'a göre pratik bir sonucu yoktur. Çünkü o, kıyası delil olarak kabul etmediği gibi, mefhûm-i muvâfakati da kıyastan sayarak reddetmiştir.⁹³

3. Nesih meselesinde: Bazı usulcülere göre delâletin lafzî olması durumunda mefhûm-i muvâfakat ile nassın nesih edilmesi caiz iken, kıyas-ı celî sayılması durumunda caiz değildir.⁹⁴

4. Bazı Şafiî usulcülere göre kıyas olduğu söylenirse, haber ona tercih edilir. Lafzî bir delâlet olduğu söylenirse, haber ona tercih edilmez. Şîrâzî'ye göre kıyas olmakla birlikte, haber ona tercih edilmez.⁹⁵

Hamd b. Hamdî es-Sâidî, *Müvâzene beyne delâleti'n-nass ve'l-kıyâsi'l-usûli*, I, 337.

88 Beyzâvî, *Nâsirüddîn Ebû Saïd Abdullah b. Ömer b. Muhammed, Minhâcü'l-vusûl ilâ marifeti'l-usûl (et-Tahkikü'l-me'mûl li-minhâci'l-usûl ale'l-Minhâc* ile birlikte), Kahire 2001, 257-259; 455-458.

89 Celâleddîn el-Mahallî, *el-Bedrü't-tâli*, I, 191; Muhammed Edîb Sâlih, *Tefsîrü'n-nusûs*, I, 638-639.

90 Hamd b. Hamdî es-Sâidî, *Müvâzene beyne delâleti'n-nass ve'l-kıyâsi'l-usûli*, I, 345-346.

91 Zerkeşî, *el-Bahrü'l-muhît*, IV, 11; İbn Emîr el-Hâcc, *et-Takrîr*, I, 109-110; Merdâvî, *et-Tahbîr*, VI, 2888; İbnü'n-Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-münîr*, III, 486; Bahrülülüm el-Leknevî, *Fevâtihü'r-rahâmât*, I, 447; Hamd b. Hamdî es-Sâidî, *Müvâzene beyne delâleti'n-nass ve'l-kıyâsi'l-usûli*, I, 342-343.

92 Muhammed Edîb Sâlih, *Tefsîrü'n-nusûs*, I, 641.

93 İbn Hazm, *el-İhkâm*, VII, 929-940.

94 Şîrâzî, *Şerhü'l-Lüma'*, I, 512; Zerkeşî, *el-Bahrü'l-muhît*, IV, 11, 139-140; Merdâvî, *et-Tahbîr*, VI, 2888; İbnü'n-Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-münîr*, III, 486.

95 Gazzâlî, *el-Menhûl*, 336; Zerkeşî, *el-Bahrü'l-muhît*, IV, 11.

5. Delâletin lafzî olması durumunda lafzî delâletlerin hükümleri cereyan eder. Bunlar umum-husus, nesih ve tearuz meseleleridir. Kıyas diyenlere göre ise tearuz ve umum-husus meseleleri cereyan etmez. Çünkü bir konuda nass var ise onun kıyas ile tearuzu söz konusu olmaz. Umum-husus ise manalara değil lafızlara has bir durumdur.⁹⁶

5. Nassın/Mefhûm-i Muvâfakatin Delâletinin Hükümü

Hanefîler'e göre nassın delâletinde, nassın meskûtun hükmüne delâleti kat'îdir. Bu yolla sabit olan, lafzın sözlük anlamına dayanmasından dolayı, nassın ibaresi ve işaretini ile sabit olan gibi nassa dayanır, yani nass ile sabit olmuş gibi olur. Tearuz anında ise, ibare ve işaretin delâleti tercih edilir. Çünkü ibare ve işarete hem lafız hem de mana bulunurken, delâlette sadece mana bulunur. Onlarla tearuzu anında iki mana çatışınca, her ikisinde de lafız tearuzdan uzak kalır.⁹⁷ Haber-i vâhid ve illeti mansûs olmayan yani illeti rey ile bilinen kıyas ile tearuzu anında ise, nass ile sabit olmuş gibi olmasından dolayı nassın delâleti tercih edilir. İletti mansûs olan kıyasa ise tercih edilmez. Çünkü kıyasın bu türü nassın delâleti menzilesindedir.⁹⁸

Cumhura göre de mefhûm-i muvâfakatin meskûtun hükmüne delâleti kat'îdir.⁹⁹ Bu yolla sabit olan nass ile sabit olmuş gibidir. Bu nedenle bir hâkimin nass ve icmâa aykırı olarak verdiği bir hüküm her ikisi ile de bozulduğu gibi, ister lafzî bir delâlet isterse kıyas denilsin, mefhûm-i muvâfakatin delâleti ile de bozulur.¹⁰⁰ Zerkeşî'ye göre kıyasla çelişmesi halinde kıyasa tercih edilir. Çünkü o kıyastan daha kuvvetlidir. İletti mansûs olan kıyasla sabit olan ise nass gibi olduğu için, bu yolla sabit olan mefhûm-i muvâfakatin delâleti ile sabit olana tercih edilir.¹⁰¹

Hanefîler'e göre, nassın delâleti ile sabit olanın nass ile sabit olmuş gibi olmasından dolayı, bir takım şüpheler nedeniyle bertaraf edilen kefaretlar ve hadler, bu tür delâletle sabit olurken, zannî bir delil olan kıyas ile sabit olmaz.¹⁰² Çünkü kefaretlar, kefareti vacip kılan şeylerin irtikâp edilmeleri suretiyle kazanılan günahların giderilmesi için meşru kılınmıştır. Kefaretlar da aynı zamanda bir ukubet ve caydırma manası da vardır. Hadler de, hadlere sebep olan cinayetleri işleyen kimseye bir ukubet ve ceza olması için meşru kılınmıştır. Hadlerde aynı zamanda Allah'ın şahadeti ile bir nevi temizlik manası da vardır. İşlenen cürümlerin miktarlarını, günahlarını, bu günahları izale edecek şeyleri, bu günahlar için ceza ve

96 Hamd b. Hamdî es-Sâidî, *Müvâzene beyne delâleti'n-nass ve'l-kıyâsi'l-usûli*, I, 341-342.

97 Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 413; Teftâzânî, *et-Telvîh*, I, 300.

98 Pezdevî, *el-Usûl*, II, 412-414; Serahsî, *el-Usûl*, I, 182; Sadrüşşeria, *et-Tavzîh*, I, 299-301; Teftâzânî, *et-Telvîh*, I, 300-301; İbn Melek, *Şerhü'l-Menâr*, 173-174; İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed İbn Nüceym el-Hanefî, *Fethü'l-gaffâr bi şerhi'l-Menâr (Mişkâtü'l-envâr fi usûli'l-Menâr)*, Beyrut 2001, 229-230.

99 İbn Teymiyye, *el-Müsevvede*, 310.

100 Şirâzî, *el-Lüma*, 207; aynı mlf. *Şerhü'l-Lüma*, I, 424, II, 804; İbn Akil, *el-Vâzıh*, I, 37; İbn Teymiyye, *el-Müsevvede*, 310.

101 Zerkeşî, *el-Bahrü'l-muhîr*, IV, 11.

102 Pezdevî, *el-Usûl*, II, 412-414; Serahsî, *el-Usûl*, I, 182; Sadrüşşeria, *et-Tavzîh*, I, 299-301; Teftâzânî, *et-Telvîh*, I, 300-301; İbn Melek, *Şerhü'l-Menâr*, 173-174; İbn Nüceym, *Fethü'l-gaffâr*, 229-230.

caydırıcı olmaya uygun olan şeyleri ve bunların miktarlarını bilme hususunda reye yer yoktur. Bu nedenle kefaretlere ve hadlerin nassın delâletinin aksine, reye dayanan bundan dolayı da kendisinde şüphe bulunan kıyas ile ispatı mümkün değildir. Ancak kefaretlere ve hadleri bertaraf eden şüphe nassın sübutundaki değil, manaya delâletindeki şüphedir. Çünkü kefaretlere ve hadlere haber-i vâhidlerle de sabit olabilmektedir.¹⁰³ Meselâ recmin Mâiz¹⁰⁴ dışındakilerde de uygulanması, nassın delâleti ile sabit bir haddir. Bu had haber-i vâhidle sabit olsa da, onun Mâiz veya sahâbî olması nedeniyle değil, muhsan iken zina etmesi nedeniyle recmedildiği kesin olarak bilinmektedir.¹⁰⁵

Cumhura göre kefaretlere ve hadlere kıyas ile de sabit olur. Çünkü onlara göre kıyasın sıhhatini gösteren deliller, kefaretlere ve hadlere de kapsayacak biçimde umumidir.¹⁰⁶ Ayrıca sahabe şarap içene uygulanacak haddi, müfteriye uygulanan hadde kıyasla belirlemişlerdir. Rivayete göre Hz. Ömer, şarap içene uygulanacak had hususunda istişare ederken Hz. Ali; “Ona seksen celde vurulmasını uygun görüyorum. Çünkü içtiği zaman sarhoş olur. Sarhoş olduğu zaman hezeyanda bulunur. Hezeyanda bulununca iftira atar.” diyerek kıyas yapmış, Hz. Ömer de bu kimseye, müfteriye uygulanan haddi uygulamıştır.¹⁰⁷ Sahabeden ona karşı çıkıldığına dair bir nakil gelmemiştir. Dolayısıyla da bu konuda icmâ sabit olmuştur.¹⁰⁸

Hanefiler’e göre nassın delâleti ile sabit olanın tahsis edilmesi mümkün değildir. Ancak onlar, bunun tahsisinin mümkün olmamasının sebebi hususunda ihtilaf etmişlerdir. Bir kısmı şöyle demiştir: “Umumunun yokluğundan dolayıdır. Çünkü umum ve husus lafızlara has olan şeylerdendir. Umumu olmayınca hususu da olmaz. Çünkü tahsis umumun fer’idir.” Bir kısmı da şöyle demektedir: “Umum lafızların hususiyetlerinden değildir. Manalarda da cereyan eder. Delâletin tahsisinin mümkün olmaması umumunun yokluğundan değildir. Nassın manası hüküm için illet olarak sabit olunca, bu mananın onun için bazı durumlarda illet olmamasının muhtemel olmaması nedeniyle. Çünkü mana tek bir şeydir. Aslen onda çeşitlilik yoktur. Eğer tahsis edilebileceğini söylersek bazı durumlarda bu hüküm için illet olmaz. Bu durumda da bir hüküm için illet olmaması ve olması lazım gelir. Bu ise muhaldir.”¹⁰⁹

Nassın/mefhûm-i muvâfakatin delâletinin ister lafzî bir delâlet isterse kıyas olduğu söylenecek, onunla nassların tahsisi hususunda âlimler ittifak etmişlerdir.¹¹⁰

103 Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 414-415.

104 Buhârî, *Hudûd*, 28; Müslim, *Hudûd*, 17.

105 Debûsi, *Takvîmü'l-edille*, 133; Serahsi, *el-Usûl*, I, 181; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, II, 414; Teftâzânî, *et-Telvîh*, I, 301.

106 Bâcî, *İhkâmü'l-fusûl*, 622-625; Şîrâzî, *et-Tabsira*, 440-442; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, III, 700-702; Râzî, *el-Mahsûl*, V, 349-353; İbn Kudâme, *Ravzatü'n-nâzir*, III, 926-927; Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 54; İbnü'l-Hâcib, *Muhtasarü münthe's-sûl*, II, 1129-1131; Urmevî, *el-Hâsil*, II, 950-951; İbn Müflih el-Makdisî, *Usûlü'l-fıkħ*, III, 1348-1349; Beyzâvî, *Minhâcü'l-vusûl*, 458; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, 223-224.

107 İmam Mâlik b. Enes, Ebû Abdullah el-Asbahî el-Himyârî, *el-Muvatta'*, İstanbul 1992, “Eşribe”, 2.

108 Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 54.

109 İbn Melek, *Şerhü'l-Menâr*, 175; Molla Hüsrev, *Mirâtü'l-usûl*, 167.

110 Âmidî, *el-İhkâm*, II, 305; Safiyyüddin el-Hindî, *Nihâyetü'l-vusûl*, IV, 1678-1679.

Sonuç

Nassın/mefhûm-i muvâfakatin delâletinin lafzî bir delâlet mi yoksa kıyas-ı celî mi olduğu hususu, İmam Şafî'den beri usulcüler tarafından tartışılan bir konudur. Tartışmanın temel sebebi, nassın delâletinde de kıyasta olduğu gibi, meskûtun hüküm bakımından mantûka ilhak edilmesinde, illet faktörünün etkili olmasıdır. Bu nedenle İmam Şafî başta olmak üzere usulcülerin bir kısmı, nassın/mefhûm-i muvafakatin delâletinin, kıyasın bir türü olan kıyas-ı celî olduğunu ileri sürmüştür. Ancak nassın delâletinde illetin, her hangi bir inceleme ve araştırma yapılmaksızın fakih olsun ya da olmasın söz konusu lafzın sözlük anlamını bilen herkes tarafından anlaşılması ve konumuzla alakalı lafızların dilde, özellikle söylenmeyen şeyin hükmünü ifade etmek üzere konulmaları gibi nedenlerle, delâletin lafzî olduğunu söyleyen usulcülerin görüşleri daha isabetlidir. Bu görüşte olanların çoğunluğunun da belirttiği gibi, mantûkun meskûta delâleti sözün bağlamının ve karinelerin delâletiyle anlaşılır.

Ancak usulcüler arasındaki bu ihtilaf, esasa ilişkin olmayan lafzî bir ihtilaftır. Çünkü ister nassın delâleti isterse kıyas-ı celî denilsin, delâletin bu türünün meskûtun hükmüne delâleti hususunda Zâhirîler dışındaki âlimler ittifak etmişlerdir. Meskûtun mantûka ilhakına, sırf aralarındaki illet birliği nedeniyle fer'in asla ilhaki açısından bakan kimse kıyas-ı celî demiştir. Hükmün illetinin sırf dil ile bilinmesine bakan kimse ise, nassın delâleti veya mefhûm-i muvâfakat diye isimlendirmiştir.

İhtilaf esasında, nassın/mefhûm-i muvafakatin delâleti ile karşılaştırılan kıyas-tan, mutlak kıyas değil de illeti rey ve içtihat ile istinbât edilen kıyasın kastedilmesinden veya nassın/mefhûm-i muvafakatin delâletinin, sadece meskûtun hükme mantûktan daha lâyük olması durumuna has kılınmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda da ihtilaf esasa ilişkin olmakta ve delâlet yoluyla sabit olanın nass muamelesi görüp görmemesi, kefaretlar ve hadlerin bu yolla sabit olup olmaması gibi bazı pratik sonuçları ortaya çıkmaktadır.

Bunun yanında delâletin lafzî olduğunu söyleyen usulcüler, meskûtun hükme mantûktan daha lâyük olması durumunda delâletin lafzî olduğu hususunda ittifak ederken, meskûtun hüküm bakımından mantûka eşit olması durumunda delâletin lafzî mi yoksa kıyas mı olduğu hususunda ihtilaf etmişlerdir. Bir kısmı bu durumda meskûtun mantûka ilhakında bir takım şüpheler bulunduğunu, dolayısıyla ilhakin zannî olduğunu ileri sürmüş ve bunun "kıyâs fi ma'ne'l-asl" olduğunu söylemiştir. Ama doğru olanı, nassın delâletinin bu kısmının da lafzî bir delâlet olmasıdır. Çünkü meskûtun, hüküm bakımından mantûka eşit olduğu durumlarda da, mantûkun hükmünün meskût hakkında da aynen geçerli olduğunun kat'i olarak bilindiğine dair örnekler mevcuttur. Ancak bu ihtilaf da lafzî bir ihtilaftır. Çünkü evleviyeti şart koşanlar, kıyâs fi ma'ne'l-asl diyerek eşit olan ile de amel etmektedirler. Bu durumda eşit olanın mefhûm-i muvâfakatten sayılmaması hüküm bakımından farklılığından değil, sırf isim farklılığından ileri gelmektedir.

Nassın delâleti, illetin ve bu illetin fer'de varlığının kat'î olarak bilinip bilinmemesine göre, kat'î/celî ve zannî/hafî kısımlarına ayrılmıştır. Eğer illet ve illetin fer'de varlığı kat'î olarak biliniyorsa delâlet kat'î/celî, ikisinden birisi zannî olarak biliniyorsa delâlet zannî/hafîdir. Kat'î olan ile amel edilmesi hususunda ittifak edilirken, zannî olan ile amel edilmesi hususunda ihtilaf edilmiştir. Ancak burada delâletin zannî/hafî olmasından murat, kat'î olan delâlete nispetle zannî/hafî olmasıdır. Yoksa zannî olsa bile, nassın delâleti kıyasa nispetle kat'îdir. Çünkü nassın delâletinde illet, kıyastakinin aksine her hangi bir inceleme ve araştırma yapmaksızın lafzın sözlük anlamından anlaşılır.

Nassın delâletinin zannîliği, bazen illetin bazen de illetin fer'de varlığının kat'î olarak bilinmemesinden kaynaklanır. Bu nedenle de bazı meselelerde mezhepler arası ve mezhep içi ihtilaflar vuku bulmuştur. Ancak illetin ve illetin fer'de varlığının tespitindeki farklı değerlendirmeler, bazen kıyası andırırsa da durum böyle değildir. Çünkü nassın delâletinde illet, üzerinde her ne kadar ihtilaf edilse de, kıyastaki gibi rey ve içtihat ile değil, lafzın sözlük anlamından anlaşılmaktadır. Bu nedenle de delâleti her zaman kat'î olmaktadır. Buna ilaveten nassın delâletinde şart olan hususlardan birisi de, illetin söz konusu lafzın anlamını bilen herkes tarafından anlaşılmasıdır. İlettin meskûtta varlığını herkesin bilmesi şart değildir.

Hanefîler'e göre kefaretlar ve hadler, zannî bir delil olan kıyas ile sabit olmazken, delâletinin kat'î olması nedeniyle nassın delâleti ile sabit olmaktadır. Kıyas ile amel etmeyen Şia, kıyastan farklı olması nedeniyle delâletin bu türü ile amel etmektedir.

İSLAM CEZA HUKUKUNDA AİLE İÇİ HIRSIZLIK (Türk Ceza Hukukunda Failin Ceza Almamasını Veya Ceza İndirimini Gerektiren Şahsi Sebepler Bağlamında)

Yrd. Doç. Dr. Bayram Demir*

The Theft among the Family Members in the Islamic Criminal Law (With Special Reference to the Turkish Criminal Law)

Although there are some differences between the theft events among the family members and their punishment, they have been evaluated differently by all of criminal lawyers. It can be said that this different evaluations are the humanitarian aspect of the criminal law. Individuals who are surveyed and examined can be commonly accepted as family. The subject whether to apply *hadd* or not to these mentioned relatives shows differences between the Islamic Jurisprudence schools. When the *hadd* is not applied to the crime of theft between these aforementioned relatives, the fact can be named as the reduction in fines. In such a case, when the penalty was considered lighter but a different penalty, it is possible to say that the fact is mitigation of penalty instead of term of reduction in fines. In addition to, it can be mentioned the impunity with certain restrictions and limitations, and compliance with the law too when the facts occur like that a father robs goods of his child, and a wife robs goods of her husband.

Key words: Theft, *hadd*, criminal law, family, spouse.

Giriş

Gerek İslam Ceza Hukukunda gerekse Pozitif Türk Hukukunda her hırsızlık olayından dolayı faile ceza verilmediğini veya bir takım sebeplerle ceza indirimine gidildiğini biliyoruz. Pozitif hukuk açısından söylemek gerekirse, “kusursuz bir kimsenin cezalandırılacağına dair kanun koyucu bir kural koyamaz ise de, her kusurlu kişinin mutlaka cezalandırılacağına yönelik bir normun vazedileceğine dair bir kural da yoktur”¹.

* İğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı/ e-mail: baydemir25@hotmail.com
1 Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992, s. 379.

Fakat şurası bir gerçek ki faile ceza verilmemesini gerektiren durumlar aynı hukuki özellikleri taşımamaktadırlar ve birbirinden farklı kavramlarla ifade edilmektedirler².

Biz bu makalede haddi gerektiren hırsızlık suçu içerisinde farklı bir özellik gösteren akrabalar, hısımlar, sütkardeşler vb. kimseleri inceleyeceğiz. Sözü edilen hususlar klasik fıkıh kitaplarında, başka diğer bazı meseleler ile birlikte çoğu kere “Kitâbu’s-Sirkat” ana başlığı altında farklı fasıllar kapsamında ele alınırken³ yakın dönem ceza hukuku ile ilgili Arapça eserlerde “es-Sirkatü beyne’l-ekârib”, “es-Sirkatü mine’l-ekârib” gibi başlıklar altında incelenmiştir.

Mesela Udeh, suçun rükünleri kapsamında, çalınan malın korunmuş olması başlığı altında “es-Sirkatü mine’l-ekârib” şeklinde bir alt başlık olarak ele almıştır⁴. Ahmed Fethî Behnesî ise, “es-Sirkatü beyne’l-ekârib” şeklinde, suçun tarihiyle ilgili fukahanın üzerinde ittifak ettiği hususlar başlığı altındaki “Hırsızlığın Başkasının Malı Üzerinde Gerçekleşmiş Olması” şeklindeki maddenin altında bir alt başlık olarak incelemiştir⁵.

Bahsedilen kimseler aslında bir birlerine kan bağı, evlilik, süt gibi değişik bağlarla bağlanmışlardır. Bunların hepsini kapsayan kavramın en geniş anlamıyla aile olabileceğini düşünerek, bu hırsızlık çeşidine “Aile İçi Hırsızlık” dedik.

Biz araştırmamızda öncelikle “Aile İçi Hırsızlık” suçunun Türk Ceza Hukukundaki yerine, ikinci aşama olarak ise, İslam Ceza Hukukundaki değerlendirilmesine yer vereceğiz. İncelememizde ele aldığımız konu itibarıyla geçmişe yönelik fıkıh birikimimizi, fıkıhçıların değerlendirmelerini, bulunduğumuz zaman yönünden yeniden anlamayı hedefliyor, çalışmamızın gerek hukuk tarihimiz ve mukayeseli hukuk açısından ve gerekse ileriye yönelik çalışmalar açısından faydalı olacağını ümit ediyoruz. Konuyla ilgili yaptığımız mukayeseleri konuya son noktayı koyan değerlendirmeler olarak değil, bir başlangıç olarak görmekteyiz.

I. TÜRK CEZA HUKUKUNDA FAİLİN CEZA ALMAMASINI VEYA CEZADA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLER AÇISINDAN AİLE İÇİ HIRSIZLIK

Kanunda suç olarak belirtilen bir fiil işlendiğinde failin cezalandırılmaması ile sonuçlanabilecek durumları ifade eden kavramlar birden çoktur. Bunlar bazen bir birlerine karıştırılabilmektedir. Oysa söz konusu kavramlar, bir birinden farklı

2 Gedik, Doğan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Şahsi Cezasızlık Sebepleri”, <http://www.turkhukuksitesi.com>. (erişim: 24.09. 2010) “Yeni Türk Ceza Kanununda Şahsi Cezasızlık Sebepleri” başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Doğan Gedik’e aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır.

3 Kâsânî, Alâuddin Ebu Bekr b. Mes’ûd, *Bedaiu’s-Sanai fi Tertibiş-Şerai*, Beyrut, 1986, VII, 65, 67, İbn Kudâme, Ahmed b. Muhammed, *el-Muğni*, Riyad, 1997, XII, 409, İbn Rüşd, Ebu’l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, *Bidâyetü’l-Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid*, İstanbul, 1985, II, 377.

4 Udeh, Abdulkadir, *et-Teşriu’l-Cinâiyü’l-İslâmi*, Beyrut, ts., II, 554, 579.

5 Behnesî, Ahmed Fethî, *Tatbiku’l-Hudûd fi’t-Teşriati’l-Cinâiyeti’l-Hadise*, Kahire, 1988, s. 110 vd.

bir takım özelliklere sahiptirler. Söz konusu kavramlar; şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı kaldıran şahsi sebepler, cezalandırabilme şartları ve hukuka uygunluk sebepleri olarak belirtilebilir⁶.

a) Şahsi cezasızlık sebepleri (cezaya engel olan şahsi sebepler): Hareket tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olduğu halde failde bulunan bazı şahsi nitelikler fiilin cezalandırılabilmesine engel olabilmektedir. Suçun bütün unsurları olduğu halde faile ceza verilmemesini belirten bu hallere “şahsi cezasızlık sebepleri veya cezaya engel olan şahsi sebepler” denilmektedir. Bunlar Ceza Hukuku içinde veya bunun dışında, mesela Anayasa Hukukunda veya Devletler Umumi Hukukunda bulunabilirler. Kanun koyucu inceleme konusu olan müesseseleri Ceza Kanunları içinde kabulde tamamen serbesttir⁷.

b) Cezayı kaldıran şahsi sebepler: Cezayı kaldıran haller, suçun bütün unsurları tamamlandıktan sonra meydana gelirler⁸. Gerçekten cezaya engel olan şahsi sebepler baştan itibaren failin cezalandırılmasına engel teşkil ettikleri halde, cezayı kaldıran şahsi sebepler suç teşkil eden fiilin gerçekleşmesinden sonra etki gösterek cezalandırmaya engel olurlar. Bu nedenle, bu sebeplere cezayı kaldıran sebepler denilmektedir⁹.

c) Cezalandırabilme şartları: Bir suçun var olabilmesi için unsurların dışında kalan hususlardan birisi de cezalandırabilme şartlarıdır. Belirli bir fiili işleyen kişinin ceza görebilmesi için, kanun bir takım şartların gerçekleşmesini bekleyebilir. Bu şartlardan bazıları fiilin cezalandırılabilir bir hale gelmesi için aranır ve bunlara cezalandırabilme şartları denilir¹⁰.

d) Hukuka uygunluk sebepleri: Hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran, fiili ceza kuralının amacına aykırı hale getirmeyen sebeplere hukuka uygunluk sebepleri adı verilir. Sözü geçen sebepler, hukuka aykırılık unsuru gerçekleştikten sonra etki yaparak, bu unsuru ortadan kaldırmazlar fakat fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde doğmasını sağlarlar¹¹.

Yukarıda maddeler halinde verilen hususların en belirgin özellikleri, bir daha vurgulanmak gerekirse şöyle denilebilir. Hukuka uygunluk sebeplerinin dışındakiler fiili suç olmaktan çıkarmamaktadırlar. Cezalandırabilme şartları dışındakiler bulunduğu, fiil cezalandırılmamakta, cezalandırabilme şartları bulunduğu ise, fiil cezalandırılmaktadır.

6 Gedik, aynı yer. Pozitif hukukta suçun genel unsurlarının neler veya ne kadar olduğu konusunda farklı görüşler olsa da söz konusu hususlar ağırlıklı olarak unsurlar dışında olarak değerlendirilmektedir. (bk. Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul, 1994, I, 307-308, Gedik, aynı yer; Önder, s. 376 vd.)

7 Önder, s. 378, 379. Yeri gelmişken şunu belirtmekte fayda görmekteyiz. Makaledeki amacımız şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı kaldıran şahsi sebepler, cezalandırabilme şartları ve hukuka uygunluk sebepleri ve cezayı azaltıcı nedenlerin ayrı ayrı neler olduğunu tespit değildir. Asıl amacımız, bunların mahiyetlerini ve birbirlerinde farklı yönlerini kısaca ortaya koymaktır.

8 Erem, Faruk, “*Cezalandırılabilme Objektif Şartı (Şarhı Suçlar)*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 27 Sayı: 3 Yayın Tarihi: 1970.

9 Önder, s. 379.

10 Dönmezer, Erman, a.g.e, I, 309.

11 Dönmezer-Erman, a.g.e, II, 19.

e) **Cezayı azaltıcı nedenler:** Bahsedilen hususlardan farklı fakat konumuzla alakalı diğer bir konu, cezayı azaltıcı nedenlerdir. Anılan nedenler, suç için öngörölmüş cezanın, daha az bir biçimde verilmesini mümkün kılan nedenlerdir¹².

Kanunda suç olarak belirtilen bir fiil işlendiğinde failin cezalandırılmaması veya cezasının azaltılmasını netice veren sebepleri Türk Ceza Hukuku açısından kısaca ele aldıktan sonra şimdi de aile içi hırsızlık suçunun yukarıdaki kavramlar açısından Türk Ceza Kanununda nasıl değerlendirildiğine bakmaya çalışacağız. Diğer ifadeyle belirtmek gerekirse TCK'nın aile fertlerine, bir birlerine karşı işlemiş oldukları hırsızlık suçuna hangi ceza veya cezaları öngördüğünü değil, şahsa bağlı hangi nedenlerden dolayı ceza öngörmediğini veya daha az bir ceza öngördüğünü tespit etmeye çalışmak ve bunun yukarıda kısaca açıklanan kavramlardan hangisi kapsamına girdiğini ortaya koymaya çalışmak hedefimiz olacaktır¹³.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun onuncu bölümünde hırsızlık dâhil mal varlığına karşı suçlar düzenlenmiştir. Bu bölümün 167. maddesi “Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirimi gerektiren şahsi sebep” başlığı altında verilmiştir.

İlgili madde şöyledir:

MADDE 167. - (1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.

Türk Ceza Kanununun mezkûr maddesinde görüldüğü üzere bazı akraba veya hısımlar bir birine karşı hırsızlık suçu işlediğinde hiç ceza verilmemesi öngörülürken diğer bazıları hakkında ise ceza indirimine gidilmektedir. Söz konusu kanunda hangi şartlar altında kimlere hiç ceza verilmeyeceği, hangi şartlara bağlı olarak da ceza indirimine gidileceği açık olarak bellidir.

Burada belli olan diğer bir husus, bahsedilen kimselere ceza verilmemesine veya bunlar hakkında ceza indirimine gidilmesine hukuki bir terim olarak “Şahsi

12 Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 1992, s. 160-161.

13 Hırsızlık suçunun cezasının ne olduğu TCK 141 ve devamındaki maddelerde belirtilmektedir.

cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep” denilmesidir.

Üzerinde durulması gereken diğer bir konu, bu tür bir cezasızlığın kanun koyucu tarafından hangi gerekçeyle tespit edilmiş olduğudur. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Türk Ceza Kanununun şu anda mülga olan ve yukarıdaki mezkûr maddede içeren 524. maddesini şerh ederken bunun iki gerekçesi olabileceğini belirtmektedir:

1) Ailenin, mensubu bulunan kişilerin Mâlik bulunduğu mallarda müştereken tasarruf etmesi.

2) Aile mensupları arasındaki ilişkilere adli mercileri karıştırmaktan mümkün olduğu ölçüde sakınmak ve böylece aile bütünleşmesini korumak.

Bu başlığa son noktayı koymadan önce şunu da belirtmekte fayda bulunmaktadır. Bazı akrabalar hakkında ceza verilmemesinin, ufak tefek farklılıklara rağmen bütün ceza kanunlarınca kabul edilmiş olması, hatta kapsadığı kişiler itibarıyla daha geniş bir şekilde Roma Hukukunda da yer alması¹⁴, konunun önemini göstermesi açısından dikkat çekicidir

II. HADDİN GEREKİP GEREKMEMESİ AÇISINDAN İSLAM CEZA HUKUKUNDA AİLE İÇİ HIRSIZLIK VE FAİLİN CEZA ALMAMASINI VEYA CEZADA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ SEBEPLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hırsızlık suçunun hadd suçları içinde yer aldığı hususunda İslam hukukçuları arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır¹⁵.

Türk Ceza Hukukunda failin ceza almaması ile sonuçlanan durumlar farklı kavramlarla ifade edilirken bunlar İslam hukukçularınca daha çok haddin gerekli olması için aranan şartlar şeklinde ifade edilmişlerdir. Bu şartlar içinde failin ceza almaması ile sonuçlananlar bulunabileceği gibi, ceza ehliyeti, hatta hırsızlık suçunun hususi unsurlarını da görmek mümkündür.

Mesela Kâsânî (ö. 587 h.) söz konusu şartları; Hırsıza yönelik olanlar, çalınan mala yönelik olanlar, malı çalınana yönelik olanlar ve malın çalındığı yerle ilgili olanlar şeklinde belirtmekte ve bunları ayrıntılı şekilde açıklamaktadır¹⁶.

İslam hukukçuları anıldığı gibi haddin gerekli olmasıyla ilgili bir takım şartlar ileri sürüp, bu şartlar çerçevesinde kimlerin had cezasına çarptırılacağını kimlerin de çarptırılmayacağını belirleme yoluna gitmişlerse de özelden, o şartların hepsinde ittifak etmemişlerdir. Zaten bu durum, sonuca da yansımaktadır.

14 Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul, 1995, s.496-497.

15 bk. Demir, Bayram, *İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi* (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum, 2001, s. 10.

16 Kâsânî, VII, 66-67.

İslam Hukuk ekollerinin hangi akraba veya hısımlara haddin uygulanması gerektiği hangilerine uygulanmayacağı konusundaki görüşleri, bahsedilen şartların bir yansımasıdır. İşte bu görüşler, mezhepler tarafından ileri sürülürken bir takım delillere ve gerekçelere dayanılmaktadır. Mezkûr delil ve gerekçeler, özellikle haddin uygulanmaması yönündeki delil ve gerekçeler bizlere hükmün niteliği hususunda ipucu verecektir.

İslam Ceza Hukukundaki “Aile İçi Hırsızlık Suçunun” pozitif hukukta failin ceza almamasını veya ceza indirimini gerektiren durumlar açısından değerlendirmesine geçmeden önce bir hususu daha belirtmekte fayda bulunmaktadır. Cezalandırabilme şartlarına, konumuz kapsamında ele alınan kavramlarla karıştırılabilir olma ihtimaline binaen yer verilmişse de, bundan sonraki değerlendirmeler kısmında esas itibarıyla yer verilmeyecektir. Zira cezalandırabilme şartları, suçun bütün unsurlarıyla gerçekleşmesinden sonra ayrıca aranan şartlardır. Bu şartın bulunması kişinin cezalandırılmasını netice verir, cezalandırılmamasını değil¹⁷. Oysa aile içi hırsızlık başlığı altında ele almayı hedeflediğimiz hususlar, failin ya ceza almaması veya ceza indirimiyle ilgilidir.

Konu usul-füru, usul ve füruun dışındaki yakın akrabalar, süt sebebiyle akrabalar ve eşler açısından incelenecektir.

A) Usul-Füru

1) 1) İslam Hukuk Ekollerinin Görüşleri

İslam hukukçularının, usul ve füru şeklinde ifade edebileceğimiz akrabalar arasında meydana gelen hırsızlık suçlarına, had cezasının uygulanıp uygulanmaması konusunda ittifak ettikleri ve ihtilaf ettikleri noktalar bulunmaktadır.

Hanefî mezhebine göre birisi anne-babasından veya çocuğundan hırsızlık yapsa ona had uygulanmaz. Burada haddin uygulanmamasının gerekçelerinden birisi hırsızla mağdur arasındaki vilâd bağıdır¹⁸. Vilâd'tan maksat kişinin usul ve furudur¹⁹. TCK'nun ifadesiyle üst ve alt soy söz konusu edilmektedir. Şafî mezhebine göre de usul ve füruun bir birlerinin malını çalmalarından dolayı had uygulanmaz²⁰.

Hanbelî mezhebine göre babaya, çocuğunun soyu ne kadar aşağıya inerse insanın, çocuğunun malından çalması sebebiyle el kesme cezası verilmez. Bu konuda baba, anne, oğul, kız, baba ve anne tarafından dede ve nine eşittir. Çocuğa da babasının yukarıya doğru giden soyundan birisinin malını çalmasından dolayı el kesme cezası uygulanmaz²¹.

17 Gedik, aynı yer.

18 Merğînânî, Ali b. Ebi Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî* (el-Mektebetü'l-İslâmiyye), b.y.y.ts., II, 123. Aslında haddin uygulanmama gerekçesi olarak verilen, “bir birlerinin malından faydalanmada genişlik” ve “hırza girme hakkının bulunması” şeklindeki diğer iki gerekçenin (bk. Aynı yer) temelini vilâdin oluşturduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla burada vilâd, temel kabul edip, diğer ikisinin bundan kaynaklandığı söylenebilir.

19 İbn Âbidin, Muhammed b. Ömer, *Reddul-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvirî'l-Ebsâr*, Riyad, 2003, VI, 35.

20 Şirbîni, Şemsüddin Muhammed b. el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc*, Beyrut, 1997, IV, 212.

21 İbn Kudâme, XII, 459-460.

Söz konusu meselede İmam Mâlik'in (ö. 179/795) görüşü ise, sadece babanın, çocuğunun malından çalması durumunda had uygulanmayacağıdır²². İbn Kudâme'nin (ö. 620 h.) ifadesinden babadan maksadın kişinin usulünün tamamı olduğu anlaşılrsa da²³, bir Mâliki fakihi olan İbnu'l-Hâcib (ö. 646/1249) ise hadd cezası uygulanmayacaklar arasında babayla beraber anneyi zikretmekte, dedede ise görüş ayrılığı olduğunu belirtmektedir²⁴.

Caferî mezhebi olarak da bilinen İsnâaşeriyye Şiasına ait önemli kaynaklardan birisi olan Tehzîbu'l-Ahkâm'da²⁵ yer alan bir rivayete göre, babasının evinden hırsızlık yapan kimse hakkında el kesme cezası verilmeyeceği belirtilmektedir. Ayrıca, eve girmesi engellenmemiş ise, erkek veya kız kardeşinin evinden hırsızlık yapana da hadd uygulanmaz²⁶. Burada her ne kadar baba ve anneye yer verilmemiş olsa da, ileride konuyla ilgili değerlendirmelere bakılırsa, anne ve babanın had uygulanmayacaklar kapsamında olduğu anlaşılabilir.

Zâhiri Mezhebine göre ise, haddi gerektiren bir hırsızlık suçu işlenmişse bunun istisnası yoktur, herkese had uygulanır²⁷.

Usul ve furuun bir birinden yapmış olduğu hırsızlık suçuna haddin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda buraya kadar verilen görüşleri temelde üç madde de toplamak mümkündür:

a) Usul ve furuun bir birlerinden yapmış oldukları hırsızlıklara had uygulanmaz. Bu görüş Hanefî, Şafî ve Hanbelî mezhebine aittir. Caferî mezhebinde çok net ifadeler olmasa da buna yakın bir sonuca varmak mümkündür.

b) Haddi gerektiren bir hırsızlık suçu işlenmişse bunun istisnası yoktur, herkese had uygulanır. Zâhiri mezhebine aittir.

c) Mâliki mezhebine ait görüş ki, buna göre: Baba ve anneye uygulanmayacağına ittifak, dede de ise ihtilaf bulunmaktadır.

2) 2) Gerekçeler

Caferîler hariç, usule haddin uygulanmayacağını söyleyenlerin ve Mâlikilerin dayandıkları delillerin başta geleni şu hadisi şeriftir: “Bir adam : “Ey Allâh'ın Rasûlü! Benim mal ve çocuğum var. Babam da malımı kökünden kurutmak, tüketmek ister” dedi. Rasûlullah (s.a.v): “Sen de malın da babana aitsiniz” buyurdular”²⁸.

Hanefî mezhebi, bu hadisi şeriften babanın lehine olarak çocuğunun malında bir mülkiyet şüphesi bulunduğu sonucuna gitmektedir. Aslında hadisi şerifin

22 İbn Rüşd, II, 377.

23 bk. İbn Kudâme, XII, 459.

24 İbnu'l-Hâcib Cemaluddîn b. Ömer, *Câmiu'l-Ümmühât*, Dımeşk-Beyrut, 2000, s. 520.

25 bk. Karaman, Hayrettin, “Caferîyye”, DİA, İstanbul, 1993, VII, 4-6.

26 Tûsî, Ebu Cafer, *Tehzîbu'l-Ahkâm*, Tahran, 1365, X, 110.

27 İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, Mısır, 1352, XI, 343 vd.

28 İbn Mâce, Ebu Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, *es-Sünen*, Beyrut, ts., Ticaret, 64.

mutlak ifadesinden babanın her yönüyle çocuğunun malında mülkiyet hakkı olduğunu anlamak mümkünse de, sadece söz konusu delilden hareketle böyle kesin bir sonuca ulaşmak mümkün görülmemektedir. Söz konusu şüphe de haddin uygulanmamasını gerektirmektedir²⁹.

İmam Şafî (ö. 204/820) baba ile oğlun bir birinden yapmış olduğu hırsızlıkta haddin uygulanmayacağını söylerken bu hadisi şerife yer vermektedir. Haddin uygulanmamasının gerekçesi olarak ise, ikisinin bir birinin malında ortak olmasını göstermektedir³⁰.

Hanbeli mezhebine mensup olan İbn Kudâme de usul ve furuun bir birlerine yönelik hırsızlık yapmaları durumunda had uygulanmayacağını belirttikten sonra, delil olarak yukarıdaki hadis-i şerifi vermiş akabinde şu açıklamayı yapmıştır:

Nebî (s.a.) in almayı emrettiği bir şeyi almakla insana el kesme cezası vermek caiz olmaz. Yine Nebî (s.a.v) in, kişiye nispet edilen bir mal kıldığı bir şeyi kişinin almasıyla da had uygulamak caiz olmaz. Çünkü şüpheler sebebiyle hadler uygulanmaz. Şüphelerin en büyüğü de kişinin, Şer'in kendisine ait kıldığı, alıp yemeği emrettiği bir malı almasıdır³¹.

Mâlîki mezhebinde anne veya babanın çocuğunun malından çalması durumunda onlara had uygulanmayacağı hükmüne gerekçe olarak ileri sürülen hususlardan birisi anne ve babanın lehine olarak çocuklarının malında mülkiyet şüphesi olmasıdır³².

Mezkûr açıklamalarda şüphelerle haddin düşeceğinden bahsedildiğini görüyoruz. Ebû Yûsuf (ö.182/798) bu konuda şöyle demektedir: Had konusunda bir şüphe olursa bu şüphe, haddi düşürür. Bunun gerekçesi Rasûlullah'ın ashabından ve tabiinden nakledilen eserler ve onlara ait şu sözlerdir: "Gücünüz yettiğince şüphelerle hadleri düşürünüz. Afta hata etmek cezada hatadan daha hayırlıdır"³³.

"Sen ve malın, babana aitsiniz" hadisi şerifinden hareketle babaya niçin, çocuğunun malından onun izni olmadan aldığı anda hırsızlık haddi uygulanmaz sorusuna cevap olarak gösterilebilecek gerekçelerden birisi de vilâdettir. Yani çocukla babasının arasında doğuma dayalı bir bağ bulunmaktadır. Mâlîkî mezhebinin bu bağı dar anlamda aldığı görülmektedir. Zira çocuğun dünyaya gelmesi, direkt baba ve anneye nispet edilebilir ki bundan dolayı sadece anne ve babayı içine alır. Nitekim daha önce geçtiği üzere dedenin durumu mezhepte tartışmalıdır³⁴.

29 Kâsânî, VII, 70.

30 Şafî, Muhammed b. İdris Ebu Abdillâh, *el-Ûm*, Beyrut, 1393, VII, 365.

31 İbn Kudâme, XII, 459.

32 Dusûkî, Şemsuddîn Muhammed Urfe ed-Dusûkî, *Hâşiyet'ud-Dusûkî alaş-Şerhi'l-Kebîr*, b.y.y, ts. IV, 336.

33 Ebu Yusuf, Yakûb b. İbrâhîm, *Kitâbu'l-Harâc*, Beyrut, 1979, 152. Şüphelerle hadlerin düşmesiyle ilgili birçok rivayetin yanında Hz. Âişe'nin Rasûlullah (s.a.v) den yaptığı şöyle bir rivayet de bulunmaktadır: "Gücünüz yettiğince Müslümanlardan hadleri düşürünüz. Müslüman için bir çıkış yolu bulursanız serbest bırakınız. Zira imamın afta hata etmesi cezada hata etmesinden daha hayırlıdır", Beyhâkî, Ebu Bekr Ahmed b. Hüseyin, *es-Sünenü'l-Kübra*, Beyrut, 2003, VIII, 413.

34 Muhammed b. Ahmed b. Cüzey el-Kelbî el-Ğirnâti, *el-Kavâninu'l-Fıkhiyye*, b.y.y, ts.,s. 235.

Hanefî mezhebinin ise vilâdeti en geniş anlamıyla kabul ederek bütün usul ve fûruu kendilerine had uygulanmayacaklar kapsamına dâhil ettiği anlaşılmaktadır³⁵.

Haddin istisnasını kabul etmeyen Zâhirî mezhebi bir tarafa, kapsamı hususunda farklı yaklaşımlar olsa da Hanefî, Şafîî, Hanbelî ve Mâlikî mezheplerinin hepsinin "...Sen ve malın babana aitsiniz ..." hadisine delil olarak yer verdikleri görülmektedir. Bununla beraber her bir mezhep, usul ve fûruun birbirlerinden yapmış olduğu hırsızlık suçuna had cezasının verilip verilmemesiyle ilgili görüş ve kriterini belirlerken bahsi geçen hadisin yanında başka konularla da irtibat kurmakta, o konulardaki görüş ve delilleriyle bir taraftan bu konudaki görüşlerini desteklemeye diğer taraftan konular arasında sistematik birliktelik ve tutarlılık oluşturmaya çalışmaktadırlar. Bunlar maddeler halinde şöyle verilebilir:

a) Allâh Teâlâ şöyle buyuruyor: "O ikisine öf deme, onları azarlama"³⁶. El kesme cezasının verilmesiyle çok daha ağır işlenmiş olur, dolayısıyla onlar hakkında el kesmenin yasak olduğunu anlamak daha isabetlidir³⁷.

b) Baba ve çocuğun malında her birinin lehine olarak diğerinin malında nafakanın gerekli olması ve babanın çocuğunun malı üzerinde velayet hakkının bulunması sebebiyle had düşer³⁸. Nitekim çocuğu korumak için babanın malından nafaka gerekli olurken, babasının malını çaldığında babanın malını korumak için çocuğu telef etmek caiz olamaz³⁹.

c) Babayla oğul arasında baziyet/ biri diğerinin parçası, cüz'ü olması söz konusudur. Bu baziyetin bulunması sebebiyle biri diğerinin yerine geçer. Dolayısıyla kendisinin hakkı hususunda el kesme uygulanmaz⁴⁰.

d) Hırsızlık haddi, malı alanla malı alınanın varlığı durumunda söz konusu oluyor. Oysa kişi açısından çocuğu, malından daha sevimli ve değerlidir. Bu sebeple el kesmenin bir anlamı kalmadığından had düşmüştür⁴¹.

e) Çocukla babası arasında birinin diğerinin lehine şahitliğinin kabul edilmeyeceği bir yakınlık söz konusudur; baba çocuğunun malını çaldığında ona had uygulanmadığı gibi çocuk da babasının malını çaldığında ona had uygulanmaz⁴².

Son olarak verilen beş delil, haddin usul ve fûrua uygulanmayacağına yöneliktir. Dolayısıyla Mâlikî mezhebi açısından İsrâ Süresi 23. Ayet destekleyici nitelikte olsa da diğer gerekçeler problem teşkil etmektedir. Onlar ise, aşağıda verilecek olan gerekçeleri kendi mezhep görüşlerine delil göstermektedirler⁴³.

35 Bk. Merğînânî, II, 123.

36 İsrâ 17 / 23.

37 Mâverdi, XIII, 348.

38 Mâverdi, XIII, 348.

39 İbn Kudâme, XII, 460.

40 Mâverdi, XIII, 349.

41 Mâverdi, XIII, 349.

42 İbn Kudâme, XII, 460.

43 Haddin usul ve fûruun tamamına uygulanmayacağını söyleyenler burada ileri sürülen delillerin konu açısında ge-

Burada unutulmaması gereken bir husus gerek yukarıda verilen gerekçeler, gerekse aşağıda verilecek olanlar her mezhebin kendi içinde tutarlılık gösterse ve kendisi açısından gererli olsa da diğeri açısından tutarlı ve geçerli olmayabiliyor. Mâliki mezhebince kendi görüşlerine destek sadedinde ileri sürülen gerekçeler genel olarak şunlardır:

a) Anne ve babanın çocuğunun malından çalmalarında, onlardan haddi düşüren sebep nafaka değildir. Zira büyük oğlunun ve dul kızının nafakası babaya gerekmez. Bu sebeple de onların malını çalma sebebiyle hadd olunmaz⁴⁴.

Anlatılmak istenen şudur: Eğer nafaka had cezasının düşmesinde bir kriter olsa idi, bir birlerinin nafakasıyla sorumlu olanlar, birbirlerinin malını çaldığında hadd cezası söz konusu olmayacaktı. Bir birlerine karşı nafaka sorumluluğu olmayanlardan birisi diğerrinin malını çaldığında ise, hadd cezası uygulanacaktı.

b) Çocuk babasının cariyesiyle zina suçu işlese ona hadd uygulanır fakat, baba çocuğunun cariyesiyle zina suçu işlese ona hadd uygulanmaz⁴⁵.

Bu örnekler Mâliki mezhebinin kendi mantıki bütünlüğü içinde babayla çocuğun bir birine yönelik hırsızlık yapmalarında, babanın oğlunun malının çalmasında had cezasına çarptırılmayacağını, oğlun babanın malını çalması durumunda ise had cezası alacağını göstermektedir⁴⁶.

Diğerr taraftan Caferî mezhebi, babasının evinden hırsızlık yapan kimse hakkında el kesme cezası verilmeyeceği görüşünde olsa da delil olarak söz konusu hadis-i şerife yer vermez. Gerekçe de şöyle denilir:

Çünkü adamın oğlu, babasının evine girme hususunda engellenemez. Bu hendir. Erkek veya kız kardeşinin evinden hırsızlık yapan kimse de eve girme konusunda engellenmiyorsa böyledir⁴⁷. Görüldüğü üzere Caferî mezhebindeki bu görüşe göre kişinin babasından, erkek veya kız kardeşinden yaptığı hırsızlıklar bir hıyanet olarak değerlendirilerek, hainin elinin kesilmeyeceği hükmünü ön gören hadis-i şerif kapsamına dâhil edilmektedir⁴⁸.

Caferî mezhebi her ne kadar “Sen ve malın, babana aitsiniz” hadisine hadler konusunda yer vermez ise de farklı müellifler farklı kitap ve bablar altında söz konusu hadise yer vermektedirler. Mesela Kuleynî (ö. 329 h.), Kitâbu'l-Maişet konusunda “**Adam çocuğunun, çocuk babasının malından alır babı**” altında bu hadisi şöyle değerlendirmektedir

Ebu Cafer'den nakledildiğine göre Rasûlullah(s.a.v) bir adama şöyle demiştir: “Sen ve malın, babana aitsiniz”. Bundan sonra Ebû Cafer şöyle dedi: Babanın

çerli olamayacağı yönünde değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Konumuz itibarıyla bu ayrıntıları vermeyi gerekli görmüyoruz. Bk. Mâverdi, XIII, 349.

44 Karâfi, Şihâbuddin Ahmed b. İdris, *ez-Zahîre*, Beyrut, 1994, XII, 156.

45 A.g.e., a.y.

46 Mâverdi, XIII, 348, İbn Kudâme, XII, 459.

47 Tûsî, X, 110.

48 İlgili hadis için bk. İbn Mâce, Hudud, 26.

çocuğunun malından mecbur kalıp ihtiyaç duyduğu şeyin haricinde almasını hoş karşılamıyorum, Allâh Azze ve Celle fesadı sevmez.

Yine ilgili babda farklı rivayetlerde, çocuğunun malına ihtiyaç duyan babanın onun malından marufa bağlı kalarak yiyebileceği, annenin ise kendi adına borçlanarak yiyebileceği çocuğun ise izinsiz olarak babasının malından bir şey almasının uygun olmadığı belirtilmektedir⁴⁹.

“...Sen ve malın babana aitsiniz ...” anlamındaki hadis-i şerif babanın oğlundan yaptığı hırsızlığı, tahsis etmiştir⁵⁰. Bu ifade zikri geçen dört mezhep açısından doğru kabul edilebilse de Zâhiri Mezhebi tam tersi bir görüşle, söz konusu hadisin miras ayetleriyle mensuh olduğunu iddia etmektedir. Onlara göre; “Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşı bir ceza ve Allâh’tan bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allâh izzet ve hikmet sahibidir⁵¹” ayeti herkesi kapsamaktadır. Had cesasının uygulanmayacağı kimse yoktur⁵².

3) Failin Ceza Almamasını veya Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler Açısından Değerlendirilmesi

Failin ceza almamasıyla sonuçlanan sebepler kısaca tekrar hatırlanacak olursa; Şahsi cezасızlık sebepleri, cezayı kaldıran şahsi sebep ve hukuka uygunluk sebepleridir. Bir de konumuzla alakalı cezayı azaltıcı nedenler bulunmaktadır.

Şahsi cezасızlık sebebinden bahsedilebilmesi için suçun bütün unsurlarıyla gerçekleşmesine rağmen, TCK 167. Maddede yer aldığı üzere failde bulunan bazı şahsi nitelikler, durumlar ve ilişkiler nedeniyle faile ceza verilmemesi gerekir. Diğer taraftan şahısta bulunan bazı nitelikler hiç ceza verilmemesini değil de, ceza indirimini netice veriyorsa, bunlara da cezada indirimi gerektiren şahsi sebepler denilecektir.

Hırsızlık suçunun hadd suçları içinde yer aldığı hususunda İslam hukukçuları arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır⁵³. İslam hukukçularının hadler kısmında tarif ettikleri hırsızlık suçu basit hırsızlık suçunu oluşturmaktadır. Bu suçta genel itibarıyla ceza olarak ya hadd cezası veya tazir cezası verilmektedir.

Cezası tazir olan hırsızlık da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Birincisine, hadd cezasını uygulama şartları tam bulunmayan veya şüphe yüzünden hadd cezası düşen ve aslında, hakkında hadd cezası konulmuş her hırsızlık girmektedir. Burada hırsızlığın esas itibarıyla basit veya mevsuf olması fark etmez. İkincisi ise, başkasına ait malı mağdurun gözü önünde, bilgisi altında fakat rızası olmaksızın ve kuvvet kullanmaksızın almaktan ibarettir. Bu gruba da dolandırıcılık, gasb ve nehb fiilleri girmektedir. Zikri geçenler ise mevsuf hırsızlıktır⁵⁴.

49 el-Kuleynî, Muhammed b. Yâkub b. İshak, *el-Kaşı*, Tahran, 1365 h., V, 135.

50 İbnu'l-Hümâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, Beyrut, 2003, V, 369.

51 Mâide 5/38.

52 İbn Hazm, XI, 343 vd.

53 bk. Demir, s. 10.

54 Udeh, II, 514-515.

Kapsadığı kişiler hususunda farklı görüşler de olsa, usul ve fûrua had cezasının uygulanmaması ile ilgili İslam hukukçularının gerekçelerine bakıldığında genel olarak şunlardan ibaret olduğu görülmektedir: Mülkiyet şüphesi, bir birinin malında ortaklık, bir birlerine karşı nafaka sorumluluğu, babanın fitraten çocuğuna mal harcamaya ve onun hayatını muhafazaya meyilli olması ve uygun davranması, anne ve babaya itaatı emreden onlara, öf deme derecesinde bir eziyeti dahi yasaklayan naslar. Bir birlerine şahitliği kabul edilmeyecek kadar yakın akraba olmaları ve son olarak da viladet.

Görüldüğü üzere usul ve fûrua hadd uygulanmamasıyla ilgili ileri sürelen gerekçeler incelendiğinde bunların bir kısmının mali, bir kısmının ise akrabalık bağıyla ilgili, bir kısmının ise naslar arası ilişkiyle alakasının olduğu görülmektedir.

Naslar arası ilişki kısmını bir tarafa bırakırsak, diğer iki gerekçenin her birinin mustakil birer gerekçe olması veya birinin diğerinden kaynaklanması ihtimali failin ceza almamasını veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler açısından düşünmemiz gereken bir problem olarak karşımızda durmaktadır.

Merğînânî (ö. 593/1197)'nin şu değerlendirmesinin bahsedilen probleme ışık tuttuğu söylenebilir: “Kim anne-babasından veya çocuğundan veya kendisine zi rahim mahrem olan birisinden hırsızlık yapsa, el kesme cezası verilmez. Birincisi vilâddir; maldaki ve hırza⁵⁵ girmedeki genişlik sebebiyle”⁵⁶.

Fethu'l-Kadîrde yukarıdaki ifadeler şöylece şerh edilmektedir: Birincisinin gerekçesine gelince yani, vilad yakınlığında haddin olmamasına gelince, bu bağla birlikte adeten malda bir genişlik söz konusu olur. Ayrıca, hırz konusunda da izin olur, öyleki; her biri diğeri menzilesinde kabul edilir. Birinin diğeri lehine şahitliği bu sebeple engellenmiştir. Nitekim “Sen ve malın babana aitsiniz” hadisi babanın oğlun malından çalmasını tahsis etmektedir⁵⁷.

Gerek Merğînânî'nin gerekse onun ifadelerini Şerh eden İbnu'l-Hümâm'ın (ö. 860/1457) ifadelerinden usul ve fûrua had cezasının uygulanmamasında esas gerekçenin vilad olduğunu ve mülkiyet şüphesi ve hırsın ortadan kalkması gibi hususların bundan kaynaklandığını anlamaktayız. Şâri, TCK, 167. Maddede olduğu şekliyle aralarında vilad bağı olanlara hadd uygulanmaz demese de, söz konusu akrabaların bir birlerine karşı hak, sorumluk ve sosyal ve hukuki ilişkileri ile ilgili naslar ve bunlardan elde edilen sonuçlar söz konusu sonuca varmaya imkân vermektedir.

Netice itibarıyla aralarında vilâd bağı olanlar diğer ifadeyle bir birlerine doğum bağıyla irtibatlı olan kişilerin bir birlerinden yapmış oldukları hırsızlık suçuna haddin uygulanmaması akla vilâdın cezasızlık sebebi olabileceğini getirmektedir. Bununla birlikte şartların oluşmaması sebebiyle had uygulanamayan kimse-

55 Hırz: Bir malın adet üzere korunmasına mahsus mahal (Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, İstanbul, 2005, s. 193).

56 Merğînânî, II, 123.

57 İbnu'l-Hümâm, V, 369.

lerden hadd düşmüş olsa da tazir uygulanması söz konusu olduğuna göre burada ele alınması gereken ikinci önemli husus haddin uygulanmadığı her durumda tazir uygulanıp uygulanmayacağıdır. Zira hadd uygulanmasa da tazir uygulaması söz konusu oluyorsa cezasızlık sebebinden değil, ceza indirimi sebebinden bahsetmek mümkün olacaktır.

Abdulkadir Udeh, oğlun malının babası tarafından çalınmasını “ hadd cezasının uygulama şartları tam bulunmayan veya bir şüphe yüzünden hadd cezası düşen ve aslında hakkında hadd cezası konulmuş her hırsızlık” diyerek tazir cezasının uygulandığı yerlerden birine örnek olarak vermektedir⁵⁸.

Yukarıda her hırsızlık tabirini kullanması akla –bu ifadeyi doğru kabul etmek şartıyla- İslam Ceza Hukukunda cezasızlık yoktur şeklinde bir anlayışı getiriyor. Bir kere babanın çocuğunun malını çalması durumunda ona tazir uygulanacağıyla ilgili ne Rasûlullah (s.a.v) in ne de fakihlerin açık ifadeleri yoktur. Bu genel olarak tazir mantığından çıkarılıyor olabilir. Oysa “Sen ve malın, babana aitsiniz” hadisi şerifinin farklı bir rivayetinde, “Muhakkak ki çocuklarınız, en temiz kazançlarınızdır. Çocuklarınızın kazancından yiyiniz”⁵⁹ kaydı bulunmaktadır. Bu kayıt açısından bakıldığında, cezasızlıktan mı, yoksa hukuka uygunluktan mı bahsedilmelidir. Hadiste fiil hırsızlık olarak nitelendirilip, babanın ceza almayacağından bahsedilmiş olsa idi, cezasızlıktan bahsetmek mümkün olacaktı; tam tersine direkt hadis-i şerife bakıldığında, babanın fiilinin hırsızlık olarak nitelendirilmediği ve onun çocuğun malından yemesinin helallığı anlaşılmaktadır ki, bu durum onun fiilini suç olmaktan çıkarmaktadır ve hukuka uygun hale getirmektedir.

Gerçekten, zaruri ihtiyaçlarla sınırlı olmak gibi, babanın çocuğunun malından ondan habersiz almasının hukuka uygun olarak görülmesi mümkündür. Nitekim Caferî mezhebi de bu konuyu hırsızlık başlığı altında ele almamıştır. Mesela Kuleynî, Kitabu'l-Maişet altında “ **Adam çocuğunun, çocuk babasının malından alır babı**” şeklinde konu başlığı kullanması, söz konusu fiili hırsızlık olarak nitelediği şeklinde anlaşılabilir. Yine Kuleynî'nin ilgili babda yer verdiği farklı rivayetlerde, çocuğunun malına ihtiyaç duyan babanın onun malından marufa bağlı kalarak yiyebileceği, annenin ise kendi adına borçlanarak yiyebileceği çocuğun ise izinsiz olarak babasının malından bir şey almasının uygun olmadığı belirtilmektedir⁶⁰.

Diğer taraftan dört sünî mezhebin –Mâliki mezhebi açısından sadece, usulün bir kısmının furuun malını çalmasıyla sınırlı olarak- anlatımından hareketle konu değerlendirilecek olursa hiçbir şekilde cezasızlık yoktur yerine, belirli şartlar altında sınırlı da olsa vardır, demek daha doğru olur. Zira onlar, “baba çocuğunun malından çalarsa, çocuk babasının malından çalarsa” gibi ifadeler kullanarak, fiili suç olarak nitelendirmişlerdir. Fakat hadd cezasının düşmesinden bahsetmişler-

58 Udeh, II, 515.

59 Ebu Davud, Süleyman b. El-Eş'as b. İshak es-Sicstani, *Sünenü Ebi'd-Davud*, Beyrut, 1997, İcare, 79.

60 Kuleynî, V, 135.

dir. Daha önce de vurgulandığı gibi, sınırlı da olsa babanın hiç ceza almayacağı durumların varlığı kabul edilirse, mezkur mezhepler açısından cezasızlıktan bahsedilebilir.

Öte yandan bazı durumlarda da ceza indiriminden söz edilebilir. Hatta hırsızlık haddinin unsurlarının gerçekleşmesiyle ilgili şüpheler sebebiyle haddin düştüğü durumların genelinde, bazı istisnalar bir tarafa ceza indiriminden bahsedilebilir. Ceza indiriminin sebebi ise, mezheplerce farklı değerlendirilse de, özellikle dört sünni mezhebe göre, fail ile mağdur arasındaki birtakım bağlardır. Diğer ifadeyle burada “**cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebepler**” söz konusu olmaktadır.

B) Usul ve Furu'un Dışındaki Yakın Akrabalar

1) İslam Hukuk Ekollerinin Görüşleri

Nesep yönünden evlenilmesi haram olanlara zî rahim-i mahrem denir. Bunlar; usul, fûru, kardeşler ve bunların çocukları, amca, hala, dayı ve teyzelerdir. Amca, hala, dayı ve teyzeleri çocukları “zî rahim” ise de “mahrem” değildir⁶¹.

Usul ve fûru konusu daha önce ele alındı. Bu başlık altında usul ve fûruun dışındaki diğer akrabalar incelenecektir.

Hanefî mezhebine göre, zî rahim mahrem olmak suretiyle akraba olanların da bir birlerinden hırsızlıkları sebebiyle hadd uygulanmaz. Bunlar arasında ister vilâd şeklinde bir bağ olsun isterse olmasın⁶².

Şafîî mezhebine göre ise, akrabalar arasında hırsızlık suçuna haddin uygulanmaması sadece usul ve fûru ile sınırlıdır⁶³. Nitekim usul ve fûruun dışındakilerden olan kız ve erkek kardeşler ile bunların çocukları; yine amcalar, halalar ve onların çocukları gibi nesep sahipleri bir birlerinden hırsızlık yapsalar, bunlara had uygulanır. Bu konuda onların birbirlerine mirasçı olmaları veya mahrem olup olmamaları dikkate alınmaz⁶⁴.

Hanbelî mezhebi de Şafîî mezhebiyle aynı görüşe sahiptir⁶⁵. İmam Mâlik ise bırakın zi rahim olan akrabaları, usul ve fûru konusunda bile çerçeveyi çok dar tutmuştur. Kendisine hadd uygulanmayacak kimseler grubunda fûrua yer vermezken, usulden de sadece anne babaya net olarak ver vermiştir. Mezhepte, dede konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır⁶⁶.

Buraya kadar verilen bilgilerden anlaşılmaktadır ki, usul ve fûruun dışındaki zi rahim mahrem akrabalara bir birlerinden yapmış oldukları hırsızlık sebebiyle

61 Erdoğan, s. 622.

62 Kâsânî, VII, 75.

63 Şirbîni, IV, 212.

64 Mâverîdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib, *el-Havi'l-Kebir*, Beyrut, 1994, XIII, 349.

65 İbn Kudâme, XII, 361.

66 İbnu'l-Hacib Cemaleddin b. Ömer, *Camiu'l-Ümmühât*, Dimeşk-Beyrut, 2000, s. 520.

haddin uygulanmayacağı görüşü dört mezhep içinde sadece Hanefî mezhebine ait bir görüştür.

Caferî mezhebi bu konuda biraz farklı davranmış, ne Hanefîler gibi hırsızlık haddinin uygulanmayacağı daireyi çok geniş tutmuş ne de diğerleri gibi çok dar tutmuştur. Onlar birbirlerine karşı işlemiş oldukları hırsızlık suçundan dolayı kardeşlere de hadd uygulanmayacağını şartlı olarak kabul etmişlerdir. Bu şarta göre erkek veya kız kardeşinin evinden hırsızlık yapan kimsenin, eve giriş konusunda engellenmemiş olması gerekir⁶⁷.

Zi rahim olmakla beraber mahrem olmayan akrabalara gelince, aslında bunların, zi rahim mahrem olan akrabalardan daha uzak bir akrabalık bağına sahip oldukları göz önüne alınırsa, Hanefîlerin dışındakilere göre kendilerine hadd uygulanmayacaklar sınıfında görülmeyecekleri rahatlıkla anlaşılır. Bundan dolayıdır ki, Hanefî fıkıhçıların dışındaki diğer mezhep mensupları en azından müracaat edilen kaynaklar itibarıyla bu gruba giren akrabalar konusuna kitaplarında yer bile vermemişlerdir⁶⁸.

Diğer mezheplere ait fıkıh kitaplarından farklı olarak Hanefî mezhebine ait kaynaklarda söz konusu akrabalarla ilgili olarak değerlendirme olsa da, bu değerlendirme zi rahim mahrem olan akrabaların kendilerine hadd uygulanacaklar arasında kabul edilmesine yöneliktir. Hanefî mezhebinin de zi rahim olmakla beraber, mahrem olmayan akrabalar sınıfını, kendilerine hadd uygulanmayacaklar grubunda görmedikleri dikkate alınır, Kâsânî'nin de belirttiği gibi söz konusu meselede icma bulunmaktadır⁶⁹. Daha açık bir ifadeyle belirtmek gerekirse amca ve dayı çocukları gibi aralarında mahremiyet bulunmayan zî rahim kimselerin bir birlerinden yapacakları hırsızlığın haddi gerektirdiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır⁷⁰.

2) Gereçekler

İslam hukuk ekolleri, kendilerine hırsızlık haddi uygulanmayacak kimselerin sınırını belirlerken, farklı gerekçelere dayanmışlardır. Bunu yaparken ise, "...Sen ve malın babana aitsiniz ..." hadisinin yanında, başka akli ve nakli delillerle bir taraftan konular arasında bütünlük diğer taraftan ise kendi içinde tutarlı bir kriter oluşturmaya çalışmışlardır.

Nitekim Kâsânî, zi rahim mahrem konusunda Şafî mezhebiyle Hanefî mezhebi arasındaki görüş ayrılığının, köle azadı ve nafaka konusundaki ihtilafa dayanıldığını belirtmektedir⁷¹. Nafaka konusu açısından meseleye bakılırsa, Şafî mezhebine göre kişi anne-baba ve çocukların, diğer ifadeyle usul ve fûruun nafakasıyla

67 Kuleynî, VII, 228.

68 bk. Şirbîni, IV, 212, Mâverîdî, XIII, 349, İbn Kudâme, XII, 361, İbn Rüşd, II, 377, Kuleynî, VII, 228.

69 Kâsânî, VII, 75.

70 Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, 1985, III, 265.

71 Kâsânî, VII, 75.

sorumludur. Hanefî mezhebine göre ise nikâhı haram olanların nafakasıyla sorumludur, başka bir anlatımla usul ve füru dâhil zi rahim mahrem olanların nafakasıyla sorumludur⁷².

İslam hukuk ekolleri usul ve füruun dışındaki zi rahim mahrem akrabalara haddin uygulanacağı yönünde hangi delilleri ileri sürerlerse sürsünler, konumuz açısından daha önemli olan, haddin uygulanmaması yönündeki görüşlerdir.

Daha önceki konuda da tespit edildiği üzere, zi rahim mahrem olanlara, bir birlerine yönelik işlemiş oldukları hırsızlık fiili sebebiyle hadd cezasının uygulanmayacağını söyleyenler dört mezhep içinde sadece Hanefîlerdir. Ayrıca Caferî mezhebinin kardeşler konusundaki gerekçesi incelememiz açısından önemlidir.

Hanefîler usul ve füruun dışındaki zî rahim mahrem olanların bir birlerinden hırsızlık yapmaları durumunda haddin uygulanmayacağını ileri sürerken şu gerekçelere dayanmışlardır:

a) Bunlardan her biri diğerinin evine adeten izinsiz girebilirler. Adeten olan bu durum, birinin diğerinin evine girmesine dair izin verildiğine delalet eder. Bundan dolayı da hırsız/malın koruma altında olmasında bir eksiklik meydana gelmiş olur.

b) Söz konusu durumda haddi uygulamak, kat-ı rahm (bahsedilen akrabalar arasındaki akrabalık bağlarını kesmek) demektir. Bu ise haramdır. Harama götüren şey de haramdır⁷³.

Caferî mezhebinde bütün zi rahim mahrem olanları kapsamasa da kardeşlere şartlı olarak hadd cezasının uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Kişinin erkek veya kız kardeşinin evinden hırsızlık yapması durumunda ona haddin uygulanmaması için aranan şart onun, kardeşlerinin evine girme hususunda engellenmiş olmasıdır⁷⁴.

3) Failin Ceza Almamasını veya Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler Açısından Değerlendirilmesi

Caferî mezhebinde eve girme hususunda bir engelleme yoksa kardeşlerin bir birlerinden yapmış olduğu hırsızlık, hadd kapsamında değil tazir kapsamında değerlendirilecektir. Fakat eve girmeleri yasaklanmışsa, kendilerine hadd uygulanacaktır.

Hanefî mezhebinin gerekçelerinden birisi akrabalık bağına esas almaktadır. Diğer gerekçe ise, aslında bunun bir neticedir denebilir. Gerçekten söz konusu akrabalık bağına dayalı olarak taraflar birbirlerinin evine izin almaksızın girebilmektedirler. Bu ise, hırsızlık suçunun özel unsurlarından birisi olan malın korun-

72 Bk. Kâsânî, VII, 75.

73 Kâsânî, VII, 75.

74 Tûsî, X, 110.

muş olmasında hâlel oluşturmaktadır. Böylece hadd cezası düşmektedir. Aslında kapsamı ve şartlarında farklılıklar olsa da, Caferî mezhebi açısından da yaklaşık aynı şeyleri söylemek mümkündür.

Usul ve fûruun dışındaki zi rahim mahrem olanlar açısından cezasızlıktan ve hukuka uygunluktan bahsedilemez. Zira bunların bir birlerinin mallarından belirli şartlar altında da olsa, hâkim kararı olmaksızın direk alabileceklerini gösteren bir nas bilinmemektedir. Dolayısıyla bunlar hakkında hadde hükmedilmese bile tazir söz konusu olacaktır. Buradan hareketle söylenebilecek şey, hadden daha hafif olan tazir cezasına nazaran ceza indiriminin olduğudur. Ceza indiriminin sebebi olarak her ne kadar iki gerekçe ileri sürülse de, hırzın tam anlamıyla gerçekleşmemesinin gerçek sebebi taraflar arasındaki akrabalık bağı olduğuna göre, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepten söz etmek yerinde olacaktır.

C) Süt Emmeden Dolayı Bir Birlerine Mahrem Olanlar

1) İslam Hukuk Ekollerinin Görüşleri

Süt emmekle meydana gelen yakınlık bir kan bağı veya evlenmeden dolayı meydana gelen hısımlıktan farklı olsa da kişiler arasında evlenmeye engel teşkil eden hususlardan sayılması itibarıyla diğer ikisiyle ortak bir özelliğe sahiptir⁷⁵. Dolayısıyla adı geçen bağı hırsızlık haddinin uygulanıp uygulanmamasına tesir edip etmeyeceği bu yönüyle önem arz etmektedir.

Esasen failin fiili, haddi gerektiren hırsızlık suçunun unsurlarını taşıyorsa ona had uygulanmalıdır. Bir takım gerekçelerle had uygulanmayacak kimseler varsa onlar istisna durumunda olduğu için ayrıca belirtilmelidir. Buradan hareketle Hanefî mezhebinin dışındaki diğer mezheplerin eserlerine bakıldığında onların, had uygulanmayacaklar arasında süt sebebiyle akraba olanları zikretmedikleri görülmektedir⁷⁶.

Konumuz itibarıyla Hanefî mezhebine bakıldığında mezhep içinde görüş ayrılığının bulunduğu görülmektedir. Şöyle ki: Aralarından süt emme sebebiyle mahremiyet bulunan kimselerin bir birinden yapacağı hırsızlık, İmamı Azam ile İmam Muhammed'e göre bu suçu işleyen kim olursa olsun haddi icap eder. Dolayısıyla bir kimse, sütbabasının veya sütanasının yahut sütkardeşinin bir malını evinden veya bulunduğu başka bir yerden çalsa hakkında had icra edilir. Ebû Yûsuf ise bu genel hükümden sütanayı istisna etmektedir. Ona göre, sütananın malını çalan şahıs hakkında had icra edilmez⁷⁷.

75 Ebu Zehra, *el-Ahvalü'sh-Şahsiyye*, Kahire, 2005, s. 63.

76 bk. Şirbini, IV, 212, Mâverdi, XIII, 349, İbn Kudâme, XII, 361, İbn Rüşd, II, 377, Kuleyni, VII, 228.

77 Kâsânî, VII, 75, Bilmen, III, 266.

2) Gerekçeler

Ebu Hanife ve Muhammed'e göre süt emme ile sabit olan yalnızca tarafların bir biriyle evlenmesinin ebediyen haram olmasıdır. Bu haramlık, had cezasının icrasına mani değildir.

Ebû Yûsuf ise, sütanayı diğerlerinden istisna ederek had uygulanmayacaklar sınıfına dâhil ederken şu gerekçeye dayanmaktadır; bunların arasında geleneklere göre genişlik vardır, bunlar birbirinin evlerine izin almadan girebilirler. Sütkardeşler ise böyle değildir. Onların birbirlerinin evine izin almaksızın girmeleri örf ve âdete muhaliftir⁷⁸.

3) Failin Ceza Almamasını veya Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler Açısından Değerlendirilmesi

Görüldüğü üzere süt emmeden dolayı meydana gelen akrabalık bağı genel olarak İslam hukukçuları tarafından haddin uygulanmasına mani kabul edilmektedir. Fukâha içinden sadece Ebû Yûsuf, sütanne ile çocuğunun bir birlerinden hırsızlık yapmaları durumunda haddin uygulanmayacağı görüşündedir. Ebû Yûsuf'un ileri sürdüğü, "birbirlerinin evine izinsiz girmeleri" gerekçesi önceki konularda da geçtiği üzere, hırsızlık suçunun özel unsurlarından birisi olan malın korunmuş olması⁷⁹ şartının tam olarak gerçekleşmesine engel teşkil etmektedir. Malın korunmuş olması, diğer ifadeyle hırs gerçekleşmediğinde veya gerçekleşmesinde şüphe olduğunda had cezası düşmekte onun yerine tazir verilmektedir.

Netice olarak, süt emme konusunda sadece Ebû Yûsuf açısından, süt anne ile çocuğu bakımından ceza indirimini gerektiren şahsi sebepten bahsedilebilir.

D) Eşlerin Birbirlerine ait malları çalmaları

1) İslam Hukuk Ekollerinin Görüşleri

Hanefî mezhebine göre eşlerden birisi diğerinden hırsızlık yaparsa, ister ikisinin oturduğu evden çalsın, isterse başka bir evden çalsın el kesme cezası uygulanmaz⁸⁰.

Gerçekten Hanefî mezhebinde evliliğin, haddin uygulanmamasına tesiri, diğer mezheplere nazaran daha dikkat çekicidir. Nitekim hırsızlık fiilinin işlendiği anda mevcut evlilik, duhul olmadan sona erse bile, yani fiili bir evlilik hayatı yaşanmamış olsa dahi haddin uygulanmasına engel teşkil eder. Ayrıca boşanmadan sonra iddet içerisinde hırsızlığın işlenmesi de aynı sonucu doğurur, had uygulanmaz. Bütün bunlardan daha da dikkat çekici olanı şudur: Birbiriyle evli olmayan kişilerden birisi hırsızlık yapsa, hırsız olanın elinin kesilmesine dair hüküm verilmeden önce

78 Kâsânî, VII, 75, Bilmen, III, 266.

79 Haddi gerektiren hırsızlık suçunun tanımı için bk. Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd, *el-İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtar*, İstanbul, 1951, IV, 102, Şirbîni, IV, 207, İbn Kudâme, XII, 415-416,

80 Kâsânî, VII, 75, Merğînânî, II, 123.

evlilik meydana gelse, had uygulanmaz, bunda mezhep içinde ittifak bulunmaktadır. Hüküm verildikten sonra meydana gelen evliliğin hadde engel olup olmayacağına görüş ayrılığı bulunmaktadır; Ebu Hanife'ye göre had gerekmez, Ebû Yûsuf'a göre ise gerekir⁸¹.

Şafii'ye nispet edilen bir görüşe göre, hanımının metandan hırsızlık yapan kocaya ve kocasının metandan çalan kadına had uygulanmaz. Şafii'ye nispet edilen diğer bir görüşe göre kadın, kocasının kendisine emanet etmediği ve kendisinden koruduğu bir malını çalarsa eli kesilir. Müzenî (ö. 264/877) de bu son görüşün kıyasa daha uygun olduğunu belirtmiştir⁸².

Mâverdi (ö. 450/1058) Müzenî'nin Muhtasarına yapmış olduğu şerhte yukarıdaki bilgileri değerlendirmektedir. Söz konusu değerlendirmeye göre, eşler arasındaki hırsızlıklar, hırsızlığın eşlerin beraber ikamet ettikleri bir hırsızdan yapılmış olup olmamasına göre iki gruba ayrılmaktadır:

a) Hırsızlık eşlerin beraber ikamet ettikleri bir hırsızdan yapılmış olur. Böyle bir durumda eşlerden hiç birisine had uygulanmaz. Hırsız karı veya koca olsun fark etmez.

b) Mal, ikametinde ortak olmadıkları bir hırsızdan çalınmış olur. Eşlerden her birine haddin uygulanıp uygulanmayacağına üç görüş bulunmaktadır.

Bu görüşlerden ilkinde göre; Yukarıda Şafii'ye ait görüş olarak Müzenî tarafından zikredilen ilk görüştür ki, had gerekmez. İkincisine göre eşlerden her birine diğerinin malını çaldığında haddin uygulanacağıdır. Müzenî'nin tercih ettiği görüş budur. Üçüncüsü ise, Haris b. Süreyc'in en-Nakkâl'dan hikâye ettiği görüştür. Bahsedilen görüşe göre, kocaya karısının malını çalarsa had uygulanır; kadın kocasının malını çalarsa had uygulanmaz⁸³.

Hanbelî mezhebinde tercihe şayan görüş, eşler arası hırsızlıkta haddin uygulanmaması şeklindedir⁸⁴. Bununla birlikte hırsızlık yapandan korunmuş bir mal söz konusu ise haddin uygulanacağı kanaatinde olanlar da vardır⁸⁵.

Mâlîki mezhebine göre eşlerden herbiri, alınması kendisine engellenmiş bir malı aldığına had cezasına çarptırılır. Malın diğerinden engellenmesi kendi meskenlerinin dışında bir yer olursa, oradan hırsızlık yapan eşe el kesme cezasının uygulanacağına ittifak vardır. Fakat birlikte oturdukları bir mesken ise, görüş ayrılığı bulunmaktadır. Malı bir yere kilitlemekten maksat eşlerin dışında yabancı birinden korumaksa haddin uygulanıp uygulanmayacağına görüş ayrılığı bulunmaktadır⁸⁶.

81 Kâsânî, VII, 76.

82 Müzenî, Ebu İbrahim İsmail b. Yahya İsmail, *Muhtasarı'l-Müzenî*, Beyrut, 1998, s. 346.

83 Mâverdi, XIII, 346.

84 Merdâvî, Alâuddin Ebu'l-Hasan Ali b. Süleymân, *el-İnsâf fi Marifeti'r-Râcih Mine'l-Hilâfi Ala Mezhebi'l-İmam Ahmed b. Hanbel (el-Mukni'* ve eş-Şerhu'l-Kebir ile beraber basılmış), Beyrut, 1419 h., XXVI, 544.

85 İbn Kudâme, XII, 461.

86 Dusûki, IV, 340.

2) Gerekçeler

Konuyla ilgili görüşlerini verdiğimiz bütün mezheplerde sınırları ve şartları farklı da olsa evliliğin haddin uygulanmamasına tesiri muhakkaktır. Bununla beraber, İslam hukukçularının, haddin uygulanmamasını gerektiren sebebin ne olduğunu belirlerken, haddi gerektiren hırsızlık suçu için yapmış oldukları tariften hareketle evliliğin hangi sonucunun bu tarife göre haddi düşüren bir sebep olabileceğini belirlemeye çalıştıklarını görmekteyiz. Onları böyle davranmaya iten sebebin, haddi düşüren gerekçe belirlenirken keyfiliklerin önlenmesi, her halükarda bir delilden hareket edildiğinin ortaya konulması ve aynı durumda olan herkese aynı şekilde uygulamak suretiyle belirsizliğe yol açabilecek hususlardan olabildiğince kaçınma amacına yönelik olduğu söylenebilir.

Hanefî mezhebinde esasında, evlilik akdinin bizzat bulunması veya bir açıdan dahi var olması anlamına gelen iddetin devam ediyor olması eşlerin birbirlerinden olan hırsızlıklarına haddin uygulanmasına engel olmaktadır. Hatta mezhep içinde ittifak ve ihtilaf noktaları olsa da, evliliğin sonradan ortaya çıkması bile haddin uygulanmasına engel olabilmektedir⁸⁷. Daha önce de belirtildiği üzere meselenin bir de had gerektiren hırsızlık suçunun unsurları açısından ele alınması söz konusudur. Dolayısıyla evliliğin iki sonucundan bahsedilmektedir. Birisi: Evlilikle eşler adeten, birbirlerinin bulunduğu hırza girmeye izinli sayılırlar. İkincisi ise: Bir birlerinin malını kullanmada hem adeten hem de delaleten bir genişlik söz konusudur⁸⁸. Söz konusu iki sebep hırsızlık suçunun malın korunmuş olması/hırz ve malın başkasının mülkü olması şartlarının tam oluşmasına engel olarak haddi düşürmektedirler.

Diğer mezhepler de esasında haddin uygulanmamasında⁸⁹ gerekçe olarak evliliği dikkate almışlardır. Fakat Hanefî mezhebi gibi her halükarda haddi gerektiren hırsızlık suçunun unsurlarında hanel oluşturacak şekilde çok genel sonuçlardan hareket etmemişlerdir. Diğer ifadeyle, sadece evliliğin varlığını yeterli göyerek eşler arasındaki bütün hırsızlıkları kapsar şekilde haddin uygulanmaması yönünde ictihatta bulunmamışlardır. Daha çok evliliğin neticelerinden daha sınırlı, daha dar kapsamlı olanlarına hükmü bina ettikleri için farklı sonuçlara varmışlardır.

İmam Şafî'ye nispet edilen görüşlerden birisi eşlerin birbirinden hırsızlıkları sebebiyle hiç birisine had uygulanmayacağıdır. Gerekçe ise, konuyla ilgili eserin ulunması, şüphenin varlığı ve her birinin diğeriyle iç içe olmasıdır⁹⁰.

87 Bk. Kâsânî, VII, 76.

88 Merğînânî, II, 123.

89 Ahmet Fethî Behnesî, eşler arasında meydana gelen hırsızlıkla ilgili fukâhanın görüşlerinin genel bir değerlendirmesini yapmışsa da, bu en azından Hanefî mezhebini içermemesi yönüyle eksiktir. Bk. Behnesî, s. 54-55.

90 Buradaki eserden maksadın ileride verilecek olan Hind b. Utbe hadisi olduğunu, Müzenî'nin kocasının malını çalan kadının elinin kesilmemesine onu delil olarak vermesinden anlaşılabilir. Bk. Müzenî, XIII, 346-347. Bununla beraber Şafî'nin el-Ümde yukarıdaki cümleye yakın ifadesi öncesinde Hanbelî mezhebinin de delil olarak kullandığı, ayna çalma olayındaki Hz. Ömer'in verdiği hükümle ilgili rivayet olması bunu desteklemektedir. Ayrıca İmam Şafî'nin eseri el-Ümde, eser kelimesini çok net bir şekilde sahabeye ait uygulama anlamında kullandığını da görüyoruz. Bk. Şafî, VI, 154, I, 271. Mevkûf yani rivayeti ashaba varıp da akıl ile kavranabilecek bir konuya ait bulunan hadisler ile selefte ait sözler içinde eser kelimesi kullanılmaktadır (Erdoğan, s. 126).

Mâverdi, Müzenî'nin muhtasarına yaptığı şerhte konuyu öncelikle eşlerin aynı yerde oturup oturmamasına göre ikiye ayırmıştır. Hırsızlık eşlerin birlikte ikamet ettikleri yerden olursa hiç birisine had uygulanmaz. Zira orası o ikisi açısından hırsız olmaktan çıkar. Dolayısıyla had uygulanmaz.

Hırsızlık eşlerin birlikte ikamet etmediği yerden olması durumunda üç görüş söz konusudur. Bunlardan birisi haddin uygulanacağı şeklindedir. Konumuz itibarıyla uygulanmayacağı yönündeki görüşlerin gerekçelerini vereceğiz. Haddin eşlerden hiçbirisine uygulanmayacağı şeklindeki görüşün gerekçesi eşlerin her birinin diğerinin malında hakkının olmasıyla izah edilmeye çalışılmaktadır. Söz konusu haklar, kadının kocası üzerinde nafaka hakkıdır. Kocanın karısı üzerindeki hakkında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bağdatlılar, Mâlik ve Medine fukâhasına göre bu, kocanın karısının malı üzerine hacr ve malı üzerindeki tasarrufunu engelleme hakkıdır. Basralılara göre ise, kadının malını başka yerde korumak için dışarı çıkmasının kocanın iznine bağlı olduğunu söylüyorlar ve bu hakla birlikte hırsızın zayıf olacağını belirtiyorlar.

Kocaya karısının malını çalarsa had uygulanacağı, kadın kocasının malını çalarsa had uygulanmaz görüşünün gerekçesi, yukarıda belirtildiği gibi kadının kocasından nafaka alma hakkıdır. Kadının bu alacağı onun lehine şüphe oluşturur. Kocanın kadının malındaki durumu ise böyle değildir⁹¹.

Hanbelî mezhebinde tercih edilen görüşe göre genel olarak eşlere had cezası uygulanmaz⁹². Bu yöndeki görüşün gereklerinden birisi Hz. Ömer'in, kölesinin karısının aynasını çaldığını iddia eden birisine: "Onu gönder gitsin, ona el kesme cezası yoktur. Hizmetçiniz sizin eşyanızı aldı", demesidir. Kişinin kölesi karısının malını çalınca had uygulanmıyorsa, kendisi çalınca uygulanmaması da önceliklidir. Diğer mirasçılar tarafından mirasçılıktan düşürme söz konusu olmadan her birinin diğerine mirasçı olması, kadının kocası lehine şehadetinin kabul edilmemesi, adeten bir birlerinin malında rahat hareket etmeleri gibi durumlar, baba ile oğlun durumunu andırmaktadır⁹³.

Mâlikî mezhebinin eşler arasındaki hırsızlığı, suçun unsurlarından olan hırs kapsamında işledikleri görülmektedir. Evliliğin neticesi olarak eşlerin birlikte oturması veya farklı yerlerde de oturuyor olması durumunda bile şeran her birinin diğerinin yanına gitmesinin mubah olduğundan hareketle hırsızın sağlanması da ancak malın diğerine, bir yere kilitlemek gibi bir yolla engellenmesiyle olabileceği anlaşılmaktadır. Böyle bir engelleme yoksa malın çalınması haddi gerektiren hırsızlık kapsamında değerlendirilmekte, hainlik olarak kabul edilmektedir⁹⁴.

91 Mâverdi, XIII, 346-347.

92 Merdâvî, XXVI, 544.

93 İbn Kudâme, XII, 461.

94 Derdir, Ebu'l-Berekât Ahmed . Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu'l-Kebir ala Muhtasari Sidi Halil*, (İhyau Kütübî'l-Arabiyye), b.y.y, ts. IV, 340.

Zâhiri mezhebine mensub olan İbn Hazm hırsızla malı çalınan arasındaki hiçbir akrabalık ilişkisini veya akrabalık ilişkisinin sonucunu hadde engel kabul etmediği gibi, hırsız da suçun bir unsuru kabul etmemektedir. Bununla beraber kişi alınması mubah bir şeyi ister hırsız isterse hırsızın dışında bir yerden alsın had cezasına çarptırılmaz⁹⁵.

3) Failin Ceza Almamasını veya Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler Açısından Değerlendirilmesi

Evliliğin, eşlerin bir birinden hırsızlık yapmaları durumunda haddin uygulanmasına engel olmadığı şeklinde istisnai görüşler olsa da ağırlıklı görüş, engel teşkil ettiğiidir. Bununla beraber evliliğin hadde mani olması yönündeki görüşleri temelinde ikiye ayırmak mümkündür. Birincisi mutlak olarak tesiri kabul eden görüştür. Buna göre evlilik varsa ayrıca bir şey aranmaksızın had düşer. Hatta Hanefî mezhebinde Ebû Hanîfe'ye (ö. 150/767) ait görüşe göre fiilin işlendiği anda bulunmasa bile infaz öncesine kadar meydana gelen evlilik bile hadde engel olur.

Diğer görüşe göre evlilik belirli sınırlama ve şartlarla hadde mani olur. Buna göre, sadece kadınla sınırlı olarak yani, tek taraflı, kocayı kapsamayan bir şekilde haddi engeller. Yine bu kapsamdaki diğer görüşlere göre ise, çalınan mal, çalınan ona ulaşmasına, saklama kitleme vb. şekilde engel olunup, korunmaya çalışılmamışsa, evlilik mani olur, değilse olmaz.

Evliliğin, kapsam ve şartları mezheplere göre farklı da olsa had cezasının uygulanmasına engel teşkil ettiği genel olarak kabul ediliyorsa, bu durumda evliliğin mutlak veya belirli kayıtlarla cezasızlık sebebi, cezayı kaldıran şahsi sebep, ceza indirimini gerektiren şahsi sebep veya hukuka uygunluk sebeplerinden hangisiyle ifade edilmesi gerektiği tespit edilmesi gereken bir meseledir.

Genel olarak İslam hukukçularının, eşlerin birbirlerinden gizli bir şekilde mal almalarını hırsızlık olarak nitelemeleri ve hırsızlığın unsurları açısından değerlendirmeye tabi tutmaları, evliliğin neticelerinden kendilerince kabul ettikleri bir neticeyi söz konusu unsurların tam anlamıyla oluşmasında şüphe oluşturduğu ve cezanın bu sebeple düştüğünü söylemelerine bakılırsa, ceza indiriminden bahsetmek daha uygun görülmektedir. Zira had cezası düşmüş olsa da tazir söz konusu olmaktadır. Yapılan bu değerlendirmeler, Hanefî, Şafîî ve Hanbelî mezhepleri açısından geçerlidir. Mâliki mezhebinin çalınan malın alınması hususunda bir engelleme olmadığı eşlerin bir birlerine karşı işlemiş oldukları suçun hainlik olarak nitelendirilmesine bakılırsa aslında onlar da farklı bir açıdan aynı sonuca ulaşmış olmaktadır. Onlara göre de hadd yerine tazir cezası uygulanacaktır.

Yukarıda bahsedilen hususlar açısından genel olarak cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerden bahsedilebilirse de konuyla ilgili şu rivayet bakıldığında özeldir, cezasızlık veya hukuka uygunluktan bahsedilebilecek bir durumun olduğu da düşünülebilir:

95 İbn Hazm, XI, 350.

Hız. Âişe (r.a) dan dan rivayet edildiğine göre, şöyle demiştir: Ebu Süfyan'ın karısı Hind b. Utbe Allâh Rasûlü (s.a.v) in huzuruna girdi, "Ya Rasûlullâh (s.a.v)! Ebu Süfyan cimri bir adamdır. Bilgisi olmadan onun malından almadıkça bana ve çocuğuma (yetecek miktar) nafaka vermiyor. Bunda bana bir günah varmıdır?" dedi. Rasûlullâh (s.a.v): "Marufa bağlı kalarak sana ve çocuklarına yetecek miktar al" dedi⁹⁶.

Nitekim hırzı hırsızlık suçunun bir unsuru kabul etmeyen İbn Hazm, yukarıdaki rivayete yer vermekte, kişinin alması mubah bir şeyi almasıyla had cezasına çarptırılmayacağını belirlemektedir. Mubah olan şeyi almak gerçekten suç olarak nitelendirilemez, buna pozitif hukuk açısından hukuka uygunluk olarak bakmak da mümkündür.

Fakat diğer taraftan söz konusu rivayetten hareketle kadının kendisinin ve çocuğunun ihtiyacıyla sınırlı olarak kocasının malından çaldığı şeyde ceza yoktur denilmek suretiyle, sınırlı bir cezasızlık sebebinden bahsetmek de mümkündür.

Konumuzu bitirmeden önce şu tespiti yapmakta da fayda bulunmaktadır: Genel Türk Ceza Hukuku Gerekse İslam Ceza Hukukunda "Aile İçi Hırsızlık" suçunda genel itibarla failin ceza almaması ve cezada indirim yapılmasını gerektiren sebeplerin varlığı ortak bir nokta gibi görünmektedir. Ancak şunu da belirtelim ki daha az bir ceza söz konusu olduğunda Türk Ceza Kanunuyla İslam Ceza Hukuku arasında temel bir fark ortaya çıkmaktadır. O fark, TCK'da verilecek ceza, ilgili kanununun 141 maddesinde belirtilen hapis cezasıyla ilgili olacaktır. Yani hapis cezasının kanunda belirtilen miktarında ya indirim olacak veya hiç ceza verilmeyecektir.

İslam Ceza Hukukundaki duruma gelince faile hiç ceza vermemekte arada bir fark olmasa da, cezanın azaltılması aynı ceza üzerinden olmamaktadır. Farklı iki kategori halinde bulunan, hadd cezası olarak el kesme şeklinde ve sabit olan cezanın yerine diğer bir gruptaki tazir ismiyle anılan ama el kesmenin dışında farklı bir ceza söz konusu olmaktadır. Eğer İslam Hukukunun uygulandığı yerde kanunlaştırmayı yapmak suretiyle hâkimin yetkisi sınırlandırılmamışsa, seçimlik cezalar içinden cezanın çeşit ve miktarını belirleme yetkisi hâkime bırakılmış olmaktadır⁹⁷.

Sonuç

Aile fertleri arasında meydana gelen hırsızlık suçuna verilecek cezanın genel olarak Ceza Hukukunda farklı değerlendirilmesi sadece İslam Hukukuna özgü bir şey değildir. Türk Ceza Kanunu dâhil, ufak tefek farklılıklara rağmen bütün ceza kanunlarınca kabul edilmiş olması, hatta kapsadığı kişiler itibarıyla Türk Ceza Kanunundan daha geniş bir şekilde Roma Hukukunda da yer alması konunun önemini göstermesi açısından dikkat çekicidir

96 Müslim, Ebu Huseyn Müslim b. Haccâc, *el-Câmiu's-Sahih*, Riyad, 1998, Akdiyye, 7. Farklı lafızlarla bk. Buhâri, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, *el-Câmiu's-Sahih*, Beyrut, 1422 h., Büyü, 95, Ebû Dâvud, Büyü, 81.

97 Konuyla ilgili geniş bilgi için bk. Demir, s. 203 vd.

Aslında aile fertleri arasında meydana gelen hırsızlık, gerek Türk Ceza Hukuku gerekse İslam mezhepleri arasında kapsamında farklılıklar olsa da ceza siyasetinde tek bir noktadan hareket edilmediğini en güzel gösteren hususlardan birisidir. Gerçekten hemen her hukuk sisteminin hedeflerinin başında gelen hususlardan birisi malın korunmasıdır. Bunun ceza hukuku yoluyla sağlanması ise, mala karşı işlenen suçlara yaptırımlar konulması olarak ortaya çıkmaktadır.

Konuya hırsızlık açısından bakıldığında, aile fertleri arasındaki akrabalık ilişkileri ve bu ilişkilerin ortaya çıkarmış olduğu sosyal ve psikolojik yakınlıklar, söz konusu yakınlıkların bir neticesi olan karşılıklı hak ve sorumluluklar onların hukuk sistemlerince ve aralarındaki farklılıklarla beraber İslam mezheplerince, farklı şekilde değerlendirilmesine sebep olmuştur. Bu yaklaşım tarzları aslında İslam Ceza Hukukunun akrabalık ilişkileri ve sosyal gerçekliklere ne denli önem verdiğini göstermesi bakımından da dikkat çekicidir.

Aile, en geniş anlamıyla ele alındığında onu oluşturanların başında usul ve fûru gelir. Usul bir nevi aile ağacının kökü, fûru ise onun dalları ve meyveleridir. İslam bir taraftan aile kurumu vasıtasıyla ailenin devamını hedeflerken diğer taraftan insanoğlunun maddi varlığının devamının kendisiyle mümkün olduğu malın korunmasını da koyduğu hükümlerle teminat altına almaktadır. Bir biriyle kesişen, belki de çatışan bu iki durumun çözümünün nasıl olması gerektiği elbette çok önemli olduğu kadar aynı zaman da zor bir mesele olsa gerek.

Net bir şekilde usul ve fûruun tamamını kapsar şekilde haddin uygulanmayacağına söyleyenler; Hanefî, Şafîî ve Hanbelî mezhepleridir. Mâlikî ve Caferî mezheplerinde haddin uygulanmayacağı kimselerin dairesi daha dardır. Zâhiri mezhebi ise, kişinin bir hakkını alması kapsamına girmemesi şartıyla herkese haddin uygulanacağını belirtmektedirler.

Usul ve fûru dışındaki akrabalarından aralarında rahim birliği olmakla birlikte mahremiyet olmayanlara haddin uygulanacağı konusunda bütün İslam mezhepleri görüş birliği içindedir. Aralarında hem rahim birliği hem de mahremiyet bulunanların bir birlerinden yapmış oldukları hırsızlık suçuna her hangi bir şart ileri sürmeksizin ve daireyi daraltmaksızın had uygulanmayacağı görüşünde olanlar sadece Hanefîlerdir. Caferî mezhebi ise dar bir çerçevede ve belirli şartlarla bazı kimselere haddin uygulanmayacağını söylerken bu iki mezhebin dışındaki bütün mezhepler bu gruptan hiçbir kimseyi hiçbir şekilde haddin kapsamından hariç görmezler.

Süt emmeden dolayı da emen ile sütanne ve onun ailesi arasında nesebe bağlı evlenme haramlığı gibi bir haramlık ortaya çıkıyorsa da, Ebû Yûsuf'un sütanne ile emzirdiği kişiyi kendilerine hadd uygulanmayacaklar arasında zikretmesinin dışında, genel olarak mezheplerin görüşü bu grupta yer alanlara hadd uygulanacağıdır.

İstisnai görüşlere rağmen ağırlıklı görüş, evliliğin haddin düşmesinde tesirinin olduğudur. Bahsedilen tesiri başlıca iki grupta değerlendirmek mümkündür. Bun-

lardan ilkinde göre evliliğin haddin düşmesine tesiri mutlaklıdır. Evlilik varsa had düşer. Hatta Ebû Hanîfe'ye göre, fiilin işlendiği anda bulunmasa bile infaz öncesine kadar gerçekleşen evlilik dahi haddin düşmesine sebep olur. Diğer görüşe göre, belirli sınırlama ve şartlarla hadde engel olur. Bu grupta yer alan görüşlerden birisine göre, sadece kadın açısından hadde engel olur, erkek açısından olmaz. İkinci görüşe göre ise çalınan mal çalanın ona ulaşması engellenmemişse hadde engel olur, engellenmişse engel olmaz.

Yukarıda bahsedilen yakınlar arasında meydana gelen hırsızlık suçunda mezheplerin haddin uygulanmaması yönündeki gerekçelerine bakılırsa, bu gerekçenin direkt ilgili akrabalık bağından ziyade, bu akrabalık bağının hırsızlık haddinin tanımı içerisinde yer alan malla ilgili olarak başkasına ait mülk olması ve korunmuş olması unsurlarının tam anlamıyla ortaya çıkmasına engel olan sonuçları olduğu görülür. Söz konusu unsurlarda meydana gelen şüphe, şüphelerle hadler düşer kaidesince haddin düşmesini netice vermektedir.

Son olarak, aile fertleri arasında meydana gelen hırsızlık suçuna haddin uygulanmamasının pozitif hukukta faile hiç ceza verilmemesini veya ceza indirimini ifade eden kavramların hangisine tekabül ettiğini belirlemeye çalışırsak bunun daha çok şahsi cezasız sebebine bağlı ceza indirimi olduğu söylenebilir. Fakat buradaki cezaların indiriminin Türk Ceza Kanunundakinden farklı olduğunu belirtelim. Türk Ceza Kanununda söz konusu cezada indirim yapılırken, hırsızlık için öngörülen aynı cezanın miktarında indirim yapılmaktadır. Oysa İslam Ceza Hukukunda verilen ceza, öngörülen hadd cezasından farklı, tazir grubundaki seçimlik cezalardan birisi olmaktadır.

Haddin düştüğü yerlerde genel olarak ceza indiriminden bahsedilse de, babanın çocuğunun malını çalması ve kadının kocasının malını çalması durumlarında ise, belirli kayıt ve sınırlamalarla cezasızlık veya hukuka uygunluktan da bahsedilebilir.

İSLAM HUKUKU ANABİLİM DALI BÜNYESİNDEKİ LİSANS VE LİSANSÜSTÜ DERSLERLE İLGİLİ TESPİT VE TEKLİFLER*

Yrd. Doç. Dr. Muhammed Tayyib Kılıç*

The Detections and Offers for Undergraduate and Postgraduate Programs in the Department of Islamic Law

The religious education and teaching in our country showed significant changes from Tanzimat to present-day. One of the important turning points of this change is the Faculty of Theologies (İlahiyat Fakülteleri) which constitutes religious education in Turkish Higher Education. Following a qualified program in these faculties which growing number is the main purpose. The Faculty of Theologies has bachelor's degree as well as undergraduate education and distance learning programs. The name of courses, the sufficiency of course credits, the need for new courses or the removal of some existing courses, courses books and the other material which used in the program are the main problems. The identification of the masters and doctoral thesis's issue and treatment methods of the courses are among the main problems of post-graduate education.

Key words: Education of Islamic Law, Faculty of Theology.

Giriş

Ülkemizde din eğitimi ve öğretimi konusunda mümtaz bir konuma sahip olan ve her geçen gün sayıları artan İlahiyat Fakülteleri'nde (yeni açılan İslâmî İlimler Fakülteleri de İlahiyat Fakültesi adı altında zikredilmiştir) günün gelişmeleri doğrultusunda ve toplumun beklentilerini karşılayacak bir müfredatın uygulanması birinci derecede öncelikli bir konudur.

Son zamanlarda neredeyse her ilde yeni üniversitelerin kurulması ve müzakerе sürecinde olduğumuz Avrupa Birliği'nin yüksek öğretim ayağını oluşturan Bologna sürecine eklenme çabaları gibi iç ve dış faktörlerle Türk Yüksek Öğretimi

* Bu makale, Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi tarafından 29 Haziran -1 Temmuz 2012 tarihleri arasında düzenlenen "Uluslararası Medrese ve İlahiyat Kavşağında İslami İlimler Sempozyumu"nda sunmuş olduğumuz tebliğin yeniden gözden geçirilerek hazırlanmış şeklidir

** Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı (tayyibkic@yahoo.com)

yeniden yapılanma sürecine girmiştir. Sistemin parçası konumunda olan İlahiyat Fakülteleri de bu değişimden payına düşeni almış ve 2009 yılından itibaren İlahiyat Fakülteleri'nde "yeni müfredat" olarak adlandırılan bir program uygulamaya konulmuştur.

Bugün İlahiyat Fakülteleri'nin gerek lisans gerekse lisansüstü programlarında İslam Hukuku Anabilim Dalı kapsamında mütalaa edilebilecek çeşitli dersler yer almaktadır. Makalemizde ele alacağımız konu, İslam hukuku müfredatına yönelik olarak lisans ve lisansüstü derslerinin daha verimli ve etkin olmasına yönelik tespit, eleştiri ve teklifleri içermektedir.

İlahiyat Fakülteleri'nde mevcut lisans eğitiminin yanı sıra ayrıca ön lisans ve uzaktan eğitim şeklinde bugüne kadar çok da alışık olmadığımız farklı bir takım programlar da uygulanmaktadır. Bu programların içeriğinde İslam hukuku alanına girebilecek bir takım dersler de bulunmaktadır. Bu nedenle lisans programlarının ele alınması sadece İlahiyat Fakülteleri'ndeki klasik örgün eğitimi değil, açık veya uzaktan eğitimi de kapsamaktadır. Derslerin isimleri, ders kredilerinin yeterli olup olmaması, yeni derslerin gerekliliği veya mevcut derslerden bir kısmının kaldırılması, derslerin hangi yarıyıldan okutulması gerektiği, derslerde kullanılan kitap vb. materyaller lisans programının başlıca sorunlarını oluşturmaktadır.

Yüksek lisans ve doktora derslerinin içerik ve işleniş yöntemleri ile tez konularının belirlenmesi de lisansüstü eğitimin temel problemleri arasındadır.

Makalemiz, ülkemizde uygulanan din eğitim ve öğretimine İslam hukuku müfredatı açısından mütevazı bir katkı sunmayı amaçlamaktadır.

I. TANZİMAT'TAN BUGÜNE DİN EĞİTİM VE ÖĞRETİMİNİN KISA BİR TARİHÇESİ

Osmanlı Devleti'nin 18. yüzyıldan itibaren önce gerileme sonrasında ise bir çöküş sürecine girmesiyle Devlet, bu kötü gidişata çözüm arayışına girmiş ve bu meyanda bir takım adımlar atmıştır. Bu adımların dönüm noktası siyasî tarihimizde "Batılılaşma veya Modernleşme Sürecinin Başlangıcı" olan Tanzimat Fermanıdır.

"Tanzimat", düzenleme, nizam verme anlamına gelen "tanzîm" kelimesinin çoğuludur. Bir devri ifade için kullanılan bu kelime, daha çok hukuk faaliyetlerini çağrıştırır niteliktedir. Nitekim bazı batılı yazarlar tarafından Tanzimat kelimesi, "legislation" olarak karşılanmış ve bu dönem öyle anılmıştır. Bu sebeple Tanzimat'ın en önemli yönünün hukukî yönü olduğu söylenebilir.¹ Ancak Tanzimat dönemi bir bütün olarak değerlendirildiğinde Devletin hukuk dışında, siyaset, eğitim vb. alanlarda da bir değişim sürecine girdiğini ve önemli bir takım dönüşümlerin yaşandığını görmek mümkündür.

1 Mustafa Şentop, Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, cilt: 3, sayı: 5, 2005, s: 647

Konumuz itibarıyla Tanzimat döneminde eğitim alanında yapılan düzenlemeleri ana hatlarıyla şu şekilde ifade etmek mümkündür:

Öğretmen yetiştirmek üzere 16 Mart 1848'de Dâru'l-Muallimîn-i Rüşdî, 24 Ocak 1847'de Zirâate Ait Fünûn Mektebi, askerî eğitimde Askerî İdâdî Mektebi ve Harbiye İdâdî'si açılmıştır. İlköğretimin karşılığı olan Sıbyan Mekteplerini ıslah girişimi, Mekâtib-i Umûmiye Müdürlüğünün Mekâtib-i Umumiye Nâzırlığına çevrilmesi, Darü'l-Fünûn hocası yetiştirmek üzere Fransa'ya öğrenci gönderilmesi, Kız Rüşdiyelerinin ve Islâh-ı Sanayi Mekteplerinin açılması o güne kadar klasik medrese tarzı eğitimin egemen olduğu Osmanlı toplumu için devrim niteliğinde adımlardır. Aynı şekilde ilk özel okul olan ve 1863'de Amerikalılarca açılan Robert Koleji'ne karşılık, 1864'te Türkler tarafından Darüş-şafaka'nın açılması, 1869 tarihli Fransız eğitim sisteminden mülhem Maarif-i Umumiyye Nizamnâmesi'nin yayınlanması Tanzimat'tan Cumhuriyet'e eğitim-öğretim alanında yapılan başlıca düzenlemelerdir.

Din eğitimi alanında da önemli adımlar atılmıştır. Esasen Tanzimat döneminin en belirgin hususlarından biri düalist bir yapı arz etmesidir. Pek çok alandaki bu ikili karakter eğitim sisteminde de kendini göstermiş, yeni kurulan modern eğitim kurumlarının yanında geleneksel medrese yapısına dayanan klasik eğitim kurumları da faaliyetlerine devam etmiştir. Ancak modern eğitim kurumları karşısında giderek gücünü kaybeden medreseleri ıslah amacıyla bir takım çalışmalar yapılmış ve 1910, 1914 ve 1917'de peşpeşe üç defa ıslah nizamnâmeleri hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Bu arada genel eğitim yaptırın medreselerden ayrı olarak Tevcîh-i Cihât Nizamnâmeleriyle vaizler yetiştirmek amacıyla 1912'de Medresetü'l-Vâizin açılmış, 1913'de ise imam ve hatip yetiştirmek amacıyla Medresetü'l-eimme ve'l-hutebâ öğretime başlamıştır. Cumhuriyet döneminde açılan İmam-Hatip Okulları'nın ilk nüvesi diyebileceğimiz bu kurumlar özellikle 1900-1924 yılları arasında din eğitimi ve öğretimi alanındaki en önemli faaliyetlerdir.

Tanzimat döneminde başlayan batılılaşma ve modernleşme hareketlerinin zirve noktası Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulmasıdır. Yeni kurulan devlet pek çok alanda olduğu gibi eğitim ve öğretim alanında da bir takım reformlar yapmış, din eğitimi-öğretimi de bu reformlardan payına düşeni almıştır. Bu bağlamda TBMM tarafından 3 Mart 1924 tarih ve 430 Kanun Numarası ile kabul edilen ve 6 Mart 1924 tarihli Resmî Ceride (Gazete)'de yayınlanarak yürürlüğe giren Tevhid-i Tedrîsât Kanunu ile ülkedeki bütün eğitim kurumlarının Maârif Vekâletine bağlanması öngörülmüş ve eğitim-öğretimde birliğin sağlanması hedeflenmiştir. Esasen kanun metninde medreselerin kapatılacağına dair âmir bir hüküm veya düzenleme bulunmamasına rağmen dönemin Maârif Vekili Hüseyin Vâsıf (Çınar)'ın 11 Mart 1924 tarihli telgraf emriyle medreseler kapatılmış ve din eğitimi ve öğretiminde yeni bir sayfa açılmıştır.

Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun dördüncü maddesi Maârif Vekâletine iki görev vermiştir. Birincisi; yüksek dîniyyât mütehasısları yetiştirmek amacıyla (1933'te

adı İstanbul Üniversitesine çevrilecek olan) Dâru'l-Fünûn'da bir İlahiyat Fakültesi açmak, İkincisi de; imamlık ve hatiplik gibi dinî hizmetleri yapmakla görevli elemanların yetişmesi için ayrı mektepler (İmam ve Hatip Mektepleri) açmaktır. Kanunun âmir hükmüne uyularak Mart 1924'te Maârif Vekâletine bağlı İmam ve Hatip Mektepleri açılmaya başlanmıştır. Ancak bu mektepler, ilk defa açılan birer eğitim-öğretim kurumu olmaktan ziyade, Dâru'l-Hilâfe Medreseleri'nin isim ve programlarının değiştirilmesi şeklinde oluşturulmuştur.

Din eğitim ve öğretiminin yüksek öğretim ayağını ise 1924-1933 yılları arasında faaliyet gösteren Dâru'l-Fünûn İlahiyat Şubesi oluşturmuştur. Ancak 1930'lu yıllardan sonra çeşitli sebeplerle ülkede din eğitim ve öğretimine karşı olumsuz bir tutum sergilenmiş, bir taraftan İmam Hatip Okulları öğrencisizlik gerekçesiyle kapatılmış diğer taraftan da üniversite reformuyla Dâru'l-Fünûn İlahiyat Şubesi kapatılmıştır.

1949'da Ankara Üniversitesi bünyesinde İlahiyat Fakültesi'nin açılmasıyla din eğitim ve öğretimi yüksek öğretim kurumlarında tekrar hayat hakkına kavuşmuştur.

1959-1981 yılları arasında ülkenin çeşitli yerlerinde açılan Yüksek İslam Enstitüleri ve 1971-1981 yılları arasında faaliyetlerine devam eden Erzurum İslâmî İlimler Fakültesi, 1982 tarihinde YÖK'ün kurulmasıyla birlikte İlahiyat Fakültesi'ne dönüştürülmüştür.

Diyanet İşleri Başkanlığı bünyesinde daha nitelikli din görevlileri istihdam etmek ve bu kurumda halen görev yapmakta olanların bilgi seviyesini yükseltmek amacıyla İlahiyat Fakülteleri bünyesinde 1989-1990 Eğitim-Öğretim yılında İlahiyat Meslek Yüksek Okulu (İMYO) adında bir meslek yüksek okulu kurulmuştur. Ancak 1999'dan itibaren bu okullara kontenjan ayrılmamış ve öğrenci alımı durdurulmuştur.

İMYO'ların kuruluş felsefesine uygun bir diğer program da kısa adı İLİTAM olan İlahiyat lisans tamamlama programıdır. İlk olarak 2005-2006 Eğitim-Öğretim yılında Ankara Üniversitesi Uzaktan Eğitim bünyesinde açılan bu programla öğrencilere 3. ve 4. sınıfları okumak suretiyle İlahiyat programını ikmâl imkânı tanınmıştır.

Ayrıca 1998-1999 Eğitim-Öğretim yılından itibaren Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretmenliği Bölümü açılmış ve İlahiyat Fakültesi, İlahiyat Lisans Programı ile Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretmenliği Bölümü olarak ikiye ayrılmıştır. 2006-2007 yılında Eğitim Fakülteleri bünyesinde faaliyet gösteren bu bölüm, 2012-2013 Eğitim-Öğretim yılından itibaren tekrar İlahiyat Fakülteleri'ne bağlanmıştır.

Yüksek öğretimin din eğitimi ayağını oluşturan kurumlar bugün itibariyle Anadolu ve Atatürk Üniversiteleri bünyesindeki iki ön lisans programı, yaklaşık seksen İlahiyat Fakültesi, on lisans tamamlama programı ve yeniden İlahiyat Fakülteleri bünyesine aktarılan yirmi beş Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretmenliği Bölümüdür.

II. İSLAM HUKUKU ANABİLİM DALI LİSANS VE LİSANSÜSTÜ MÜFREDATI, PROBLEMLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. Lisans Müfredatı

Türk Yüksek Öğretim sisteminin temelini ve ağırlık noktasını lisans programı oluşturmaktadır. Bu nedenle “Lisans” konu başlığı altında esas olarak İlahiyat Fakülteleri’ndeki İslam hukuku müfredatı ele alınacaktır. Ancak bugün İslam hukuku müfredatı sadece İlahiyat Fakülteleri’nde değil, ön lisans, lisans tamamlama ve Din Kültürü Bölümleri’nde de bulunmaktadır. Ayrıca ön lisanstan Dikey Geçiş Sınavıyla (DGS) lisans tamamlama programına geçiş yapılması, bugüne kadar Eğitim Fakülteleri bünyesinde yer alan Din Kültürü Bölümleri’nin İlahiyat Fakülteleri’ne bağlanması gibi hususlar dikkate alındığında konuların birbiriyle iç içe olduğu, müstakil olarak ele alınmanın çok da sağlıklı sonuçlar doğurmayacağı, dolayısıyla İslam hukuku müfredatının çok daha geniş bir perspektifle mütalaa edilmesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle konu bütünlüğünün sağlanması ve -tespit edebildiğimiz kadarıyla- bugüne kadar makale veya tebliğ düzeyinde de olsa hiç değinilmediğinden dolayı ön lisans, lisans tamamlama ve Din Kültürü Bölümleri’nin de İslam hukuku müfredatı hakkında birkaç söz söylenecektir.

Bu bölümde konu işlenirken öncelikle lisans kapsamında mütalaa edilecek ilahiyat, ilahiyat ön lisans, lisans tamamlama ve din kültürü bölümündeki İslam hukuku müfredatı masaya yatırılarak genel bir fotoğrafı çekilecek sonrasında ise bu fotoğraf hakkında bütüncül bir değerlendirmede bulunulacaktır.

a. İslam Hukuku Anabilim Dalı Ders Müfredatı

1- İlahiyat Fakülteleri

1998’den 2008’e kadarki yaklaşık on yıllık sürede İlahiyat Fakülteleri’nin öğrenci kontenjanları sayısal olarak son derece düşük seyretmiş, 2009 yılından itibaren ise ciddi manada bir artış yaşanmıştır. Bu kontenjan artışının yanında ders müfredatı da yeniden gözden geçirilmiştir.

Malum olduğu üzere bugün İlahiyat Fakülteleri’nde eski ve yeni adı verilen iki program uygulanmaktadır. YÖK bünyesinde oluşturulan İlahiyat Milli Komitesi’nin (bugün itibarıyla bu komiteler ilga edilmiştir) 2009 yılında yapmış olduğu düzenleme ile İlahiyat Fakülteleri’nin ders müfredatları revize edilmiş ve genel olarak Temel İslam Bilimleri Bölümü kapsamında mütalaa edilecek derslerin kredileri arttırılmıştır. Bu düzenlemenin İslam hukukuna da yansımaları olmuş ve kredi saatleri eski programda sekiz kredi iken yeni programda on beş krediye çıkmıştır. Eski programın uygulandığı kimi fakülteler, mevcut kredileri seçmeli derslerle veya üniversite senatolarından alınan kararlarla arttırmışlarsa da genel olarak İslam hukuku dersleri sekiz kredi olarak uygulanmıştır.

Eski programda yer alan dersler ve kredileri genel hatlarıyla şunlardır;

Zorunlu dersler;

İslam Hukuk Usulü – I

Üçüncü sınıfın I. yarıyılında okutulmaktadır. (2 kredi)

İslam Hukuk Usulü – II

Üçüncü sınıfın II. yarıyılında okutulmaktadır. (2 kredi)

İslam Hukuku – I

Dördüncü sınıfın I. yarıyılında okutulmaktadır. (2kredi)

İslam Hukuku – II

Dördüncü sınıfın II. yarıyılında okutulmaktadır. (2 kredi)

Seçmeli Dersler;

Fakültelere göre isimleri değişmekle birlikte genel olarak yaklaşık yirmi dört İlahiyat Fakültesi'nde tek dönem halinde, iki kredi olarak tatbik edilen ve kredi itibariyle yetersiz olan eski programa nispeten takviye görevi gören seçmeli dersler şunlardır;

- 1- Mukayeseli İslam Hukuku
- 2- Günümüz Fıkıh Problemleri
- 3- Kuran Hükümleri ve Modern Hukuk
- 4- İslam, İnsan Hakları ve Demokrasi
- 5- İslam Hukuk Tarihi
- 6- Güncel Dini Konular
- 7- Güncel Dini Sorunlar ve Çözümleri
- 8- Osmanlı Dönemi İslam Hukuku I-II
- 9- İslam Hukuku Metinleri
- 10- İslam Hukuk Usulü Metinleri
- 11- Fıkıh Metinleri
- 12- Klasik Fıkıh Metinleri
- 13- İslam ve Kadın
- 14- Günümüzde Kadın Sorunları ve İslam Dini
- 15- İslam Hukukunda Kadınlara Yönelik Hükümler
- 16- Din ve İktisat
- 17- Çevre ve Din

- 18- Mecelle'nin Küllî Kaideleri
- 19- İbadetler ve İlmihal Geleneği
- 20- Din ve Ekonomi
- 21- Vakıf Hukuku
- 22- Din ve Çağdaş Sorunlar

Yeni programda yer alan dersler ve kredileri genel hatlarıyla şunlardır;

Zorunlu dersler;

İslam İbadet Esasları

Birinci sınıfın II. yarıyılında okutulmaktadır. (2 kredi)

İslam Hukukuna Giriş

İkinci sınıfın I. yarıyılında okutulmaktadır. (2 kredi)

İslam Hukuk Usulü

İkinci sınıfın I. yarıyılında okutulmaktadır. (3 kredi)

İslam Hukuku – I

Üçüncü sınıfın I. yarıyılında okutulmaktadır. (4 kredi)

İslam Hukuku– II

Üçüncü sınıfın II. yarıyılında okutulmaktadır. (4 kredi)

YÖK'ün kabul etmiş olduğu bu düzenlemeye göre İslam hukuku zorunlu dersleri toplam on beş krediden müteşekkildir.

Seçmeli dersler YÖK'ün herhangi bir tasarrufunun olmadığı, inisiyatifin daha ziyade fakültelere bırakıldığı dersler olması hasebiyle eski programda yer aldığı gibi genel hatlarıyla fakültelerin müfredatlarında korunmuştur.

Biz mütalaamızı eski programdaki tecrübelerden istifadeyle yeni program üzerinde yapacağız. Çünkü çalışmamızın geçmişin birikimlerinden istifadeyle geleceğe ışık tutmasını amaçlıyoruz. Ayrıca 2012-2013 Eğitim-Öğretim yılında eski programın öğrencilerinin mezun olacağını dikkate alarak çalışmamızda eski müfredatla ilgili hususları mümkün mertebe ele almayacağız.

2- Ön lisans

Ülkemizde açık öğretim İlahiyat ön lisans programı Anadolu ve Atatürk Üniversiteleri'nde bulunmaktadır. Ders programları ve kredileri şu şekildedir;

Anadolu Üniversitesi

İslam İbadet Esasları (I. yarıyıl, 2 kredi)

İslam Hukukuna Giriş (II. yarıyıl, 2 kredi)

Gnmz. Fıkıh Prob. (III. yarıyıl, 2 kredi)

Atatürk Üniversitesi

İslam İbadet Esasları (I. yarıyıl, 3 kredi)

İslam Hukukuna Giriş (II. yarıyıl, 3 kredi)

Gnmz. Fıkıh Prob. (III. yarıyıl, 3 kredi)

Dikkat edilirse derslerin isimleri aynı olmakla birlikte kredilerinde farklılık bulunmaktadır. Bilgiler üniversitelerin web sayfalarından alınmıştır.

3- Lisans Tamamlama

İlk olarak 2005-2006 Eğitim-Öğretim yılında Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi tarafından başlatılan ve ön lisans mezunu öğrencilerin 3. ve 4. sınıfları tamamlamasıyla İlahiyat lisans mezunu olma imkânını buldukları bu program bugün itibarıyla Ankara, Atatürk, Cumhuriyet, Dicle, Dokuz Eylül, Fırat, İnönü, İstanbul, Ondokuz Mayıs ve Sakarya olmak üzere toplam on üniversitemizde bulunmaktadır.

Programın yaygınlaşmasıyla birlikte YÖK, İlahiyat Lisans Tamamlama (İLİ-TAM) programını da revize etmiş ve tek bir program ortaya koyarak fakültelerin inisiyatif almasının önüne geçmiştir. Böylece derslerin hangi dönemde ve kaç kredi olarak okutulacağı standart bir yapıya kavuşmuştur.

Buna göre İLİTAM programında yer alan İslam hukuku dersleri ve kredileri şunlardır;

İslam Hukuk Usulü 3. sınıfın I. yarıyılında okutulmaktadır.(2 kredi)

İslam Hukuku – I 3. sınıfın II. yarıyılında okutulmaktadır.(4 kredi)

İslam Hukuku – II 4. sınıfın I. yarıyılında okutulmaktadır.(4 kredi)

İLİTAM programında, üç ders halinde toplam on kredi olarak İslam hukuku dersleri yer almaktadır.

4- Din Kültürü Bölümü

1999'da İlahiyat Fakülteleri bünyesinde açılan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretmenliği Bölümü'nün programı, 2006 yılında bu bölümlerin İlahiyat Fakülteleri'nden alınarak Eğitim Fakülteleri'ne bağlanmasıyla ciddi bir değişikliğe uğramıştır. Bu nedenle değerlendirmeye esas olacak müfredat aşağıda takdim

edeceğimiz 2011-2012 Eğitim-Öğretim yılında uygulanan ders programıdır. Bu program fakülteler bazında küçük çaplı değişiklikler göstermekle birlikte ana hatlarıyla aynıdır.

Zorunlu dersler;

Temel Dini Bilgiler II

1. sınıfın II. yarıyılında iki kredi olarak yer alan bu ders İlahiyat Fakülteleri'ndeki İslam İbadet Esasları Dersi'ne karşılık olarak gelmektedir.

Seçmeli Dersler;

Güncel Dini Konular

2. sınıfın I. yarıyılında okutulmaktadır. (2 kredi)

Demokrasi, İnsan Hakları ve İslam

4. sınıfın II. yarıyılında okutulmaktadır. (2 kredi)

Fıkıh

3. Sınıfın iki yarıyılında iki kredilik derstir.

Görüldüğü üzere Din Kültürü Bölümü İslam hukuku açısından oldukça zayıftır. Zira iki kredilik zorunlu derse karşılık –eğer öğrenci seçerse- sekiz kredilik seçmeli ders bulunmaktadır. Üstelik bu seçimli ders Marmara, Ankara ve Erciyes gibi köklü Üniversitelerimizin müfredatlarında sadece dört kredi olarak yer almıştır.

b. Problemler, Çözüm Önerileri ve Diğer Teklifler

Bu başlık altında genel olarak Türk Yüksek Öğretimi'nde özel olarak ise İlahiyat Fakülteleri'ndeki İslam hukuku müfredatı ile ilgili problem, görüş, çözüm önerileri ve diğer teklifleri maddeler halinde arz edeceğiz. Belki konunun sistematik olarak işlenmesi açısından önce problemlerin sonra da çözüm önerilerinin sıralanması gerekmektedir. Ancak meselenin girift olması, birbirinden kalın çizgilerle ayrılamaması bu tarz bir yaklaşımın önündeki en büyük engeldir. Konuyu işlerken “ezberci sistem, öğrencinin yetersizliği, hocanın derse hazırlanmadan gelmesi, kredi saatlerinin az olması” gibi bugüne kadar fazlasıyla dile getirilmiş hususlara değinmeyeceğimizi özellikle belirtmek istiyoruz.

1- İlahiyat Fakülteleri

aa- İlahiyat Fakültesi Müfredatı'nın Yeni Baştan Gözden Geçirilme Zorunluluğu

Eğitimin kalitesi büyük oranda takip edilen programa, müfredata bağlıdır. Bu nedenle başta İslam hukuku müfredatı olmak üzere İlahiyat Fakültesi Müfredatı'nın toplumun beklentilerini karşılayacak, günün gelişmelerine ayak uyduracak şekilde

belirli aralıklarla güncellenmesi gerekmektedir. Özellikle Türk Milli Eğitim sisteminin sekiz yıllık kesintisiz eğitimden 4+4+4 şeklinde on iki yıllık zorunlu eğitime rotasını çevirdiği, ilköğretimlerin yanında eskiden olduğu gibi ortaokul diye tabir edebileceğimiz eğitim kurumlarının açıldığı, son zamanlara kadar sekiz yıllık kesintisiz eğitim sebebiyle sayıları azalan İmam-Hatip Liseleri'nin ortaokulların tekrar hayat bulacağı yeni sistemde sayılarının artmasının beklendiği, bu durumun da özellikle İlahiyat Fakülteleri'nin ders ve müfredatlarını yeni baştan gözden geçirmenin gerekliliğini doğuracağı tartışmasızdır.

bb- Hazırlık Sınıfı Uygulamasının Amaca Uygun Hale Getirilmesi

2009 yılından itibaren uygulanmaya başlanan yeni programla İlahiyat Fakülteleri'nde hazırlık sınıfları tekrar açılmıştır. Ancak Danıştay'ın almış olduğu kararlar hazırlık sınıflarında geçme-kalmanın olmaması, öğrencinin sadece devamsızlıktan sınıfta kalması sebebiyle hazırlık sınıflarındaki öğrenciler işi ciddiye almamaktadırlar. Öğrencilerin hazırlık sınıflarında işi ciddiye almalarının en sağlam yolu; öğrenmiş oldukları bilgilerin ileriki sınıflarda karşılıklarına çıkacaklarına dair inançlarıdır. Bu nedenle mevcut İslam hukuku derslerinde özellikle sınavlarda yirmi beş-otuz puanlık Arapça metin sorulması, pek çok fakültede geçme notunun altmış puan olduğu dikkate alındığında öğrenciyi gayrete getirecek bir uygulamadır. Bu uygulama öğrencilere sıkıntı çıkartmak amacıyla değil, eğitim ve öğretimin kalitesini arttırmak amacıyla yapılmalıdır. Çünkü mevcut durumda usul veya furu'a ait modern veya klasik metin okutmak adeta imkânsızdır. Konuyla ilgili olarak şöyle bir teklif sunulabilir; Usul derslerinde Prof. Dr. İbrahim Kâfi Dönmez hocamızın tercüme etmiş olduğu Zekiyyüddin Şaban'ın "İslam Hukuk İlminin Esasları" adlı eseri, orijinal Arapçasından yirmi beş-otuz puanlık bir soru şeklinde öğrenciye sunulursa öğrenciler hazırlık sınıfını biraz daha dikkate alabilirler. Ancak şu tehlikeye de dikkat çekmek istiyoruz; bu tarz bir uygulama yapılırken derslerin Arapça dersine dönmemesi gerekmektedir. Burada amaç mübtedahaber veya fiil-fail-meful şeklinde cümle çözümlenmeleri değil –ki yeri geldiğinde bu da yapılabilir- öğrenciye branşla ilgili basit de olsa bir metin okutmak suretiyle hem öğrencinin bir takım tarif ve ıstılahları görmesini sağlamak hem de Arapça ile bağıni kopartmamaktır.

cc- İslam İbadet Esasları Dersi

Bu derse giren meslektaşlarımızın genel şikâyetleri üç noktada toplanmaktadır. Birincisi; konuların bir dönem içinde bitirilememesidir. Bu nedenle İslam İbadet Esasları Dersi'nin bir yarıyılı değil iki yarıyılı kapsaması ve böylece ibadete dair konuların öğrenciye derli toplu bir şekilde tam olarak anlatılabilmesi gerekmektedir. İkincisi; Özellikle doğu ve güneydoğu bölgesindeki ilahiyatlarda öğrencilerin çoğunluğunun Şafii olması sebebiyle konuların Hanefî mezhebine göre anlatılmasının öğrenci için bir şikâyet konusu olmasıdır. Bu manada mezhepler arası mukayeseli bir şekilde konunun işlenmesi şikâyetleri büyük oranda ortadan

kaldıracaktır. Üçüncüsü de; bugün toplam öğrenci sayısı içinde %50'den fazla rakamı oluşturan kız öğrencilerimiz için “Hanımlara Ait Özel İlmihal Bilgisinin” verilmemesidir. Özellikle son hususa çözüm bulunmasının gerekliliğine inanıyoruz.

dd- İslam Hukukuna Giriş Dersi

Yeni programda İslam Hukukuna Giriş Dersi'nin III. yarıyılıda okutulması öngörülmektedir. Bizim teklifimiz bu dersin I. yarıyılıda okutulması yönündedir. Çünkü öğrenci II. yarıyılıda İslam İbadet Esasları Dersi'nde farz, vacip, Hanefi, Şafii, mezhepler arasındaki ihtilaflar gibi kavramlarla ilk defa karşılaşmaktadır. Öğrencinin İslam Hukukuna Giriş Dersi'nde bu kavramlar hakkında bilgi sahibi olması İbadet Esasları Dersi'ni anlamasını da nispeten kolaylaştıracaktır. Nitekim İbadet Esasları Dersi'nde örneğin “şu konuyla ilgili Mâlikîlerin veya Hanbelîlerin görüşü budur” dediğimizde öğrencinin tarihsel arka plan hakkında bilgisi olmadığından konuyu anlayamamaktadır.

ee- İslam Hukuk Usulü Dersi

İslam Hukuk Usulü Dersi'nin yeni programda IV. yarıyılıda üç kredi olarak okutulması ön görülmektedir. Eski programda iki dönem halinde ikişer kredi toplamda dört kredi ile yer alan bu dersin ikinci sınıfın her iki dönemini de kapsayacak şekilde 2+2= 4 kredi olmasını teklif ediyoruz. Nitekim mevcut yeni program yüz on sekiz kredi zorunlu otuz iki kredi seçmeli olarak toplam yüz elli krediden müteşekkildir. Fakülte yönetim kurulunun dört krediye kadar zorunlu ders koyma imkânı vardır. Biz üç kredilik bu dersin bir kredi ilavesiyle ikişer kredi olarak her iki dönemi kapsamamasının daha uygun olduğuna inanıyoruz. Ayrıca yeni düzenlemeye göre YÖK, Mantık Dersi'ni II. Yarıyılı yerleştirmiştir. Usul dersi ise IV. yarıyıldadır. Yukarıda usul dersinin bir kredi ilavesiyle III. ve IV. yarıyılları kapsamamasını teklif etmiştik. Eğer bu mümkün olmazsa en azından usul dersi III. yarıyılıda okutulsun ve böylece öğrenci Mantık Dersi'nin hemen akabinde Usul dersini görme imkânını bulsun. Çünkü öğrencinin Mantık Dersi'nde gördüğü kıyas, tea-ruz, sistemli düşünme gibi bir takım konular usul konularıyla isim veya muhteva açısından benzerlik arz etmektedir. Neticede her iki ilim dalı da metodolojik bir çabanın ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

ff- İslam Hukuku Dersi

Yeni programda V. ve VI. yarıyılıda dört kredi olarak okutulacak olan İslam Hukuku-I ve II Dersleri'nin VII. ve VIII. yarıyılı da kapsayacak şekilde ikişer kredi olarak yer almasını teklif ediyoruz. Diğer bir ifadeyle bu sekiz kredinin iki dönem halinde değil dört dönemde ikişer kredi şeklinde olmasının daha sağlıklı sonuçlar vereceğini düşünüyoruz. Kanaatimizce bunun iki faydası olacaktır. Birincisi; der-

sin haftada dört kredi olarak işlenmesi hocada ve öğrencide bir bıkkınlık meydana getirebilir. İkincisi; sekiz kredinin dört yarıyla yayılması öğrencinin I. yarıyıldan VIII. yarıyıla kadar İslam Hukuku Dersiyle bağının kopmadan devam etmesini sağlayacaktır.

İslam Hukuku Dersi'nde ortak bir müfredatın işlenmemesi de bu derse dair ayrı bir problemdir. Üniversiteler özgür bilim yuvalarıdır. İlköğretim veya lisede olduğu gibi derslerde standart, belirli bir kitabın takip edilmesi belki üniversite (veya universal) eğitiminin ruhuna pek de uygun olmayabilir. Ancak önümüzdeki yıl getirilmesi planlanan KPSS sınavlarında meslekî bilginin ölçülmesine yönelik alan sınavı, ders içeriklerinin de fakülteler arasında müşterek olma zorunluluğunu doğurmaktadır. Ayrıca diyanetin yeterlilik sınavı gibi merkezi sınavlarda öğrencilerin ortak bir müfredatı takip etmelerinin lehlerine olacağı açıktır. Eski programda son sınıfta iki dönemde ikişer kredi ile görülen İslam Hukuku - I ve II Dersleri'nde bu sıkıntının had safhada olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü İslam hukuku oldukça geniş bir alandır. Alanın geniş olması müfredatta da bir takım sorunlara neden olmaktadır. Örneğin; İslam hukuku klasik tasnifteki ibâdât (ibadetler), muamelât (hukukî işlemler), ukûbât (ceza hukuku), münâkehât (evlenme) ve mufarakât (boşanma) olmak üzere her biri başlı başına bir alan kabul edilecek geniş bir sahanın tamamını kapsamaktadır. Nitekim sahanın bu kadar geniş olmasından dolayı bazı fakülteler İslam Hukuku - I ve II Dersleri'nde sadece aile hukuku kapsamında mütalaa edilecek münâkehât ve mufarakât konularını işlemekte, ukûbât veya muamelât konularına hiç girmemektedirler. Veya tam tersi olmakta, sadece muamelât konularını ele almakta diğer alanları işlemeye imkân bulamamaktadırlar. Hatta muamelât konuları da bir bütün olarak değil sadece alış-veriş gibi ticaret hayatına taalluk eden konuları kapsamaktadır. Derslerin bu şekilde devam etmesi uygulamada belki bugüne kadar bir sıkıntı doğurmamış olabilir. Ancak öğretmenlik atamalarında öğrencilerin alan bilgilerinin de artık test edileceği dikkate alındığında ciddi problemlerin ortaya çıkacağı tartışmasızdır. Örneğin seksen İlahiyat Fakültesi'nin ellisinde ukûbât konularına hiç temas edilmediyse veya muamelâtın örneğin hibe, âriye veya herhangi bir konusu üzerinde durulmadıysa, bütün ilahiyat öğrencilerinin gireceği bir sınavda standart bir bilgi ölçümü hangi esasa göre olacaktır? Ortaya çıkacak mağduriyetler nasıl giderilecektir? Bizim bu konuda teklifimiz İslam hukuku koordinasyon toplantısında bu meselenin üzerinde önemle durularak standart bir müfredatın takip edilmesi yönündedir. Usulü Fıkhın konularının nispeten daha dar kapsamda olması ve İlahiyat Fakülteleri'nde bu dersi işlerken takip edilen kitapların yaklaşık aynı bilgiler vermesi sebebiyle İslam Hukuk Usulü Dersi'nde bu tarz bir problem yaşanmayacaktır. Ancak aynı şeyi içeriği fûru' olan İslam Hukuku - I ve II Dersi için söylemek oldukça zordur.

gg- Seçmeli Dersler

Fakülteler seçmeli dersleri belirlerken daha ziyade fakültede o dersi okutabilecek hocanın durumunu dikkate almışlardır. Hocanın yeterliliği esas olmakla birlikte kanaatimizce bu hususun lisansüstü derslerde dikkate alınması gerekmektedir. Lisansüstü derslerde hoca uzmanlık alanına giren bir konuyu üst derecede akademik eğitim gören ve seviyesi normalin üstünde olan öğrencilerle işleyebilir ve bu da muhtemelen amaca matuf olur. Ancak lisansta seçmeli dersler belirlenirken ortak, standart bir çerçevenin ortaya konması gerektiğine inanıyoruz. Ayrıca seçmeli derslerin de mevcut müfredatın içeriğini tamamlayacak şekilde belirlenmesinin “seçmeli ders” mantığına daha uygun olduğuna inanıyoruz.

Seçmeli derslerin isim ve muhtevaları yeniden gözden geçirilmelidir. Yukarıda seçmeli dersleri sıralarken dikkat çekeceği üzere pek çok seçmeli ders gerek isim ve gerekse muhteva açısından birbirine oldukça benzerdir. Biz muhtevaları aynı olan bu derslerin standart bir yapıya kavuşturulmasının daha sağlıklı olacağı kanaatindeyiz. Örneğin; Güncel Dini Konular, Güncel Dini Sorunlar ve Çözümleri, Din ve Çağdaş Sorunlar ve Günümüz Fıkıh Problemleri gibi muhteva itibarıyla birbirine oldukça yakın olan bu derslerin Günümüz Fıkıh Problemleri adı altında toplanmasını teklif ediyoruz. Böylece yatay geçiş, Farabi programı vb. şekilde gerçekleşen öğrenci hareketliliğinde problemlerin minimum düzeye inmesi sağlanmış olacaktır. Yine aynı şekilde Din ve İktisat ile Din ve Ekonomi gibi dersler İslam İktisadı adı altında birleştirilebilir. Ayrıca hemen hemen bütün İlahiyat Fakülteleri’nde ve din kültürü bölümlerinde yer alan İslam, İnsan Hakları ve Demokrasi adlı seçmeli dersin yerine İslam hukuku müfredatıyla mütenasip daha makul bir ders konulabilir. Bu meyanda örneğin; Fıkıh Ekolleri, İslam Hukuk Felsefesi, İslam Hukuk Sosyolojisi gibi dersler ilk etapta akla gelen derslerdir. Bizim burada özellikle vurgulamaya çalıştığımız husus; seçmeli dersler sayı itibarıyla çok olabilir ancak fakülteler arasında isim bazında bir birlikteliğin sağlanması ve ders içeriklerinin İslam hukuku müfredatıyla uyumlu bir şekilde olmasıdır. Yine bu bağlamda seçmeli dersler içinde zikredilen “Mukayeseli İslam Hukuku” Dersi’nin içeriğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu ders işlenirken herhangi bir konu ile ilgili olarak İslam fıkıh mezheplerinin farklı görüşleri mukayeseli olarak mı ele alınacak yoksa İslam hukuku başta Roma olmak üzere diğer hukuk sistemleriyle mukayeseli bir şekilde mi ele alınacaktır? Bunun bir netliğe kavuşturulması gerektiğine inanıyoruz.

Seçmeli derslerin alt branşlaşma yönünde bir imkân sunduğu dikkate alınarak alan ayırımına gidilmesi eğitimin kalitesine doğrudan etki edecektir. Öğrenci, seçmeli dersleri İlahiyat Fakülteleri’nin ilk yıllarında olduğu gibi Fıkıh-Kelam veya Tefsir-Hadis gibi bir alandan seçebilmelidir. Son on beş yıllık sürede öğrenci sayısının azlığının sınıf oluşturmada sıkıntı yaratabileceği düşüncesiyle seçmeli dersler bir nevi “zorunlu seçmeli” olarak uygulanmıştır. Ama bugün yeni açılan fakültelerimizde bile öğrenci sayısı dört yüz-beş yüz civarındadır. Dolayısıyla uygulamada bir sorun ortaya çıkacağına ihtimal vermiyoruz.

Seçmeli derslerle ilgili olarak –doğrudan konumuzla ilgili olmamakla birlikte yeri gelmişken- âcizane YÖK’e iki teklifte bulunmak istiyoruz. Birincisi; ma-lum olduğu üzere Avrupa Birliği’nin yüksek öğretim ayağını oluşturan Bologna Süreci’nde genel eğilim öğrencilerin zorunlu ders kredilerinin azaltılması, seçmeli derslerin kredilerinin arttırılması yönündedir. Seçmeli derslerin belirlenmesinde fakülte müfredatları kadar en azından iki veya dört kredinin üniversite-lerde ortak seçmeli dersler şeklinde belirlenmesi muhtemelen yüksek öğretimin ruhuna daha uygun düşecektir. Üniversite öğrencisinin kendi okuduğu branşın dışında –genel programını bozmamak kaydı şartıyla- ders görmesinin birçok faydası olduğuna inanıyoruz. YÖK, fakültelerin okutabileceği standart on-on beş seçmeli ders belirleyebilir ve bir seçmeli ders havuzu oluşturarak söz geli-mi mühendislikte okuyan bir öğrencinin yanı başındaki İletişim Fakültesi’nden Türk Sinema Tarihi adında bir dersi veya İlahiyat Fakültesi’nden Kuran-ı Kerim, Temel Dini Bilgiler, İslam Medeniyeti, Hz. Peygamber’in Hayatı gibi bir takım dersleri seçmesine imkân tanıyabilir. Örneğin yeni ilahiyat programında yüz on sekiz kredi zorunlu otuz iki kredi seçmeli olarak toplamda yüz elli krediyi ta-mamlayan bir öğrenci mezun olmaktadır. Günümüz Fıkıh Problemleri Dersi’ni seçen bir öğrenci, bu dersin konuları içinde geçen kürtaj, ötenazi, doğum kont-rolü, organ ve doku nakli, estetik ameliyat gibi konuları ayrıca Tıp Fakültesi’nden almış olduğu bir derste görse kanaatimizce faydadan hali olmayacaktır. Ankara ve İstanbul gibi büyükşehirlerdeki birkaç üniversitemiz dışında bugün üniversi-telerimizin çoğunluğu kampüs üniversiteleridir. Gelişen teknolojik imkânlarla istisnasız bütün üniversitelerimiz otomasyon sistemine geçmiştir. Buna göre Tıp Fakültesi öğrencisinin ilahiyat, hukuk veya mühendislik bilimleriyle ilgili bir dersi seçmesinin teknik açıdan hiçbir mahzuru yoktur. İkincisi; 1980 ihtilalinin ürünü olan YÖK, fakültelerin müfredatlarını belirlerken İnkılâp Tarihi, Türk Dili ve İngilizce şeklinde ortak zorunlu dersler belirlemiştir. Buna göre okuduğu fa-külte ne olursa olsun 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 5. maddesinin (i) bendinde belirtilen bu üç ortak zorunlu dersi almayan öğrenci mezun statüsü-ne kavuşmamaktadır. Bizim teklifimiz bu üç ortak zorunlu ders uygulamasının yeniden gözden geçirilmesidir. Buna göre örneğin; bu üç dersin yanına beş tane daha ders eklenebilir ve öğrenciye sekiz dersten üçünü alma imkânı sağlanabi-lir. Prensip olarak bu tarz zorunlu ders uygulamasını tasvip etmemekle birlikte eğer illa zorunlu ders uygulamasına devam edilecekse, değişen Dünya ve Türkiye koşullarının dikkate alınması gerektiğine inanıyoruz. Örneğin “Hukuka Giriş” veya “Hukuk Başlangıcı” tarzında bir dersin çağdaş ve demokratik bir yüksek öğretime çok daha uygun düşeceği, evrensel üniversite müfredatına çok daha uyumlu olacağı şüphesizdir. Konunun tartışmaya açılması durumunda daha ma-kul teklifler de gelecektir.

2- Önlisans

aa- Önlisans Programının İlahiyat Müfredatına Uygun Hale Getirilmesi

Yaklaşık otuz yıldan beri ülkemizde Anadolu Üniversitesi tarafından çok başarılı bir şekilde uygulanan ve bugün Ankara, İstanbul ve Atatürk Üniversitelerinde de tatbik edilmeye başlanan açık öğretim ön lisans ve lisans programları bulunmaktadır. İlahiyat ön lisans programı da bunlardan biridir. Son yıllarda açık öğretim sistemi genel olarak bir revizyona gitmiş ve ders materyallerinde önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu manada gerek öğrencilerin sorumlu olduğu kitaplarda ve gerekse sınav sorularında ciddi bir kalite artışı olduğu gözlenmektedir. Özellikle İslam hukuku alanında kaleme alınan ders kitapları her biri alanında yetkin hocalarımız tarafından hazırlanmıştır. Ancak bugün İlahiyat Fakülteleri'nde bazı derslerde açık öğretim ön lisans için hazırlanan bu kitaplar okutulmaktadır. Konuyla ilgili iki gözlememi paylaşmak istiyorum. Birincisi; bu kitaplar ön lisans için hazırlanmaları sebebiyle bazı konulara hiç girmemekte bazı konular ise “öğrenci nasıl olsa bir daha bu dersi görmeyecek” düşüncesiyle yüzeysel de olsa çok geniş bir malumat vermektedir. Bunun şöyle bir sıkıntısı bulunmaktadır; Ön lisanstan DGS ile normal ilahiyata gelen veya İLİTAM'a giden öğrenci aynı konuları tekrar görmektedir. Bu problem sınırlı bir problem değildir çünkü DGS ile İLİTAM'a her yıl yaklaşık beş bin öğrenci, örgün eğitime de yaklaşık bin öğrenci geçiş yapmaktadır. Özellikle örgün eğitime geçiş yapan öğrenci fakülte dekanlıklarını “bizim bu dersten muaf olmamız lazım, biz şu derste aynı konuları gördük” şeklinde bir düşünceyle gereksiz yere meşgul etmektedir. İkincisi de; her ne kadar psikolojik de olsa lisanstaki öğrenci açık öğretimdeki bir kitabı ders kitabı olarak okumayı “sorun” etmektedir. Öğrencinin belki bunu “sorun” etmesinin makul bir izahı yoktur ama vaka da budur.

3- Lisans Tamamlama

aa- Lisans Tamamlama Müfredatının Yeniden Gözden Geçirilmesi

On üniversite bünyesinde uygulanan lisans tamamlama programında (İLİTAM) usul dersi tek dönem ve iki kredi olarak işlenmektedir. Dersin lisansta olduğu gibi iki dönem ve ikişer kredi halinde toplam dört kredi olmasını öneriyoruz. Ayrıca lisans tamamlama programında yer alan ve dört kredisi VII. yarıyıldan dört kredisi de VIII. yarıyıldan toplam sekiz kredilik İslam Hukuku Dersi'nin içeriğinin diğer İLİTAM programlarıyla uyumlu hale getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

4- Din Kültürü Bölümü

aa- Din Kültürü Bölümü Müfredatının Yeniden Gözden Geçirilmesi

Din Kültürü müfredatının genel olarak bir revizyona uğramasını öneriyoruz. Özellikle İslam Hukuku Anabilim Dalının toplam müfredat içerisinde İslam İba-

det Esasları (iki kredi), Usul (iki kredi) ve İslam Hukuku (dört kredi) olmak üzere en az sekiz kredi olması gerektiğine inanıyoruz. Mademki bu bölümler Eğitim Fakültesi bünyesinden alınıp İlahiyat Fakülteleri'ne bağlanmıştır, o halde genelde Temel İslam Bilimleri'nin özelde ise İslam hukuku derslerinin kredilerinin arttırılması bir zorunluluktur.

5- Diğer Teklifler

Bu başlık altında Türk Yüksek Öğretimini, İlahiyat Fakülteleri'ni ve dolaylı da olsa İslam Hukuku Anabilim Dalını ilgilendiren birkaç hususa da dikkat çekmek istiyoruz.

aa- Değişen Dünya ve Türkiye'de dine doğru bir yöneliş söz konusudur. Bu yönelişin zorunlu bir sonucu da din hizmetlerinin toplumun her kesimine nitelikli bir şekilde götürülmesidir. Bugün İlahiyat ve Din Kültürü Bölümü mezunlarının ağırlıklı olarak istihdam alanı MEB ve Diyanet teşkilatıdır. Ancak muhtemelen önümüzdeki dönemlerde din adamlarına hastane, cezaevi, kışla, huzurevi, yetiştirme yurtları gibi kamusal alanlarda da görevler düşecektir. Bu nedenle müfredatımızda özellikle bu tarz toplu alanlarda din eğitim ve öğretiminde bulunacak kişilerin yetişmesine katkı sağlayacak derslerin konulmasında fayda mülhaza ediyoruz. Bu bağlamda "Din Hizmetleri Görevliliği" adında bir dersin eklenmesinin faydadan hâlî olmadığı kanaatindeyiz.

bb- Yirmi dört İlahiyat Fakültesi'nin toplamda sekiz yüz mezun verdiği bir dönemde toplumun din görevlisi ihtiyacını karşılamak üzere "ara dönem formülü" olarak ortaya çıkan İLİTAM programının artı ve eksileriyle tekrar gözden geçirilmesinin isabetli olacağına inanıyoruz. Çünkü yılda yaklaşık on iki bin öğrencinin seksenden fazla İlahiyat Fakültesi'nden mezun olacağı bir ortamda "ara dönem formülü" olarak ortaya çıkan bu programın ülkemizdeki din eğitim ve öğretimine ne tür bir katkı sağlayacağına tekrar düşünülmesi gerekmektedir. Dünyadaki uygulamalar dikkate alındığında Yüksek Öğretim Programlarını takip eden öğrencilerin öncelikli meselesinin "istihdam"dan ziyade bilgilenme amacı olduğunu ifade etmek mümkündür. Ancak memleketimizde, ailelerin çocuklarını yüksek öğretime göndermeleri entellectüel bir kaygıdan ziyade istihdam odaklıdır. Belki son on yıllık zaman diliminde İlahiyat Fakültesi mezunları istihdam anlamında ciddi bir problemle karşılaşmamışlardır. Bugüne kadar bir problemle karşılaşılması bugünden sonra da karşılaşılacağı anlamına gelmeyecektir. Bir taraftan İlahiyat Fakülteleri'nin sayılarının diğer taraftan İLİTAM programlarının kontenjanlarının artması bizleri kısa vadede bugünkü Fen-Edebiyat Fakülteleri konumuna getirebilecektir. Malum olduğu üzere "istihdam" alanındaki daralmanın ve belirli bir plan doğrultusunda değil de rastgele her üniversite bünyesinde Fen-Edebiyat Fakültesi açılmasının bir neticesi olarak 2012-2013 Eğitim-Öğretim yılında pek

çok Fen-Edebiyat Fakültesi'nin öğrenci kontenjanları boş kalmıştır. İLİTAM programı esas olarak İlahiyat Fakülteleri'nin öğrenci kontenjanlarının oldukça düşük seyrettiği bir dönemin ürünüdür. Belki içinde bulunduğu zaman diliminde önemli bir boşluğu da doldurmuştur. Ancak bu programa bugün ne ölçüde ihtiyaç vardır, İLİTAM mezunlarının lisans mezunu öğrencilerle her türlü hakka eşit bir şekilde sahip olmaları ileriki aşamalarda öğrencilerin İlahiyat Fakülteleri'ni tercih etmelerini ne derecede etkiler, bu tercih fakülteleri öğrencisizlik nedeniyle kapanma noktasına getirir mi gibi sorulara bir cevap verilmesi gerekmektedir. Şu hususu özellikle belirtmek istiyoruz ki biz bu programın bütünüyle kapatılmasından yana değiliz. Bilginin herkes için ulaşılabilir olmasının hedeflendiği, dünyanın uzaktan eğitime yöneldiği, alternatif bilgi kanallarının sağlanmaya çalışıldığı bir ortamda uzaktan eğitime karşı çıkmak dünya gerçeklerine pek de uymamaktadır. Ancak bizim burada vurgulamaya çalıştığımız husus lisanstaki öğrenciyle her türlü hakka eşit bir şekilde sahip olan uzaktan eğitim öğrencisinin (İLİTAM) külfette de eşit olmasıdır. Nitekim lisanstaki öğrencilerin de bu yönde pek çok şikâyeti bulunmaktadır. Bu meyanda örneğin; vize-final-bütünleme sınavlarının aynı ortamda aynı sorularla muhatap olarak yapılması, lisanstaki öğrencinin mesul olduğu bitirme ödevi gibi bir ödevin hazırlanması, lisanstaki öğrencinin hazırlık muafiyet sınavının ya kaldırılması ya da İLİTAM öğrencisine de Arapça yeterlilik sınavının getirilmesi, yüz yüze eğitim süresinin arttırılması ve ciddiyetle takip edilmesi, lisanstaki öğrencinin dört-beş yıllık sürede yapmış olduğu öğrencilik masrafına karşılık, uzaktan eğitim öğrencilerinin mevcut harçlarının lisanstaki öğrenciyle eşit olarak tutulmaması, dört-beş kat zamlı harç alınması gibi teklifler sorunun çözümüne kısmî bir katkı sağlayacaktır.

cc- Belki doğrudan İslam Hukuku Anabilim Dalı müfredatını değil ama eğitim-öğretimi yakından ilgilendiren bir husus olması hasebiyle yeri gelmişken bir gözlemimi de paylaşmak istiyorum; Malum olduğu üzere İlahiyat Fakülteleri'ndeki ana bilim dalları her yıl "koordinasyon" toplantısı adı altında bir araya gelmektedirler. İslam Hukuku Anabilim Dalı olarak da bizler en son Mayıs 2012'de Samsun'da bir araya geldik. Samsun'un misafirperverliği ile güzel bir organizasyon oldu. Ancak bugüne kadar katıldığım üç-dört toplantıdan edindiğim izlenim, toplantıların "koordinasyon"dan ziyade panel veya sempozyum şeklinde gerçekleştiğidir. Kanaatimizce "koordinasyon" toplantılarının temel amacı sayıları her gün hızla artan İlahiyat Fakülteleri'nin lisans ve lisansüstü sorunlarını tartışmak ve ilgili branşın öğretim elemanları arasında tanışma ve görüşmeye vesile olmaktır. Ancak önceden belirlenen bir konunun bir iki gün gibi sınırlı bir süre için bir araya gelen İslam hukukçuları arasında tartışılması, toplantının esas amacını gölgelemekte ve amaca matuf bir sonucun ortaya çıkmasına engel olmaktadır. Bu toplantıların, İlahiyat Fakülteleri'nin sayısının yirmi civarında seyrettiği, öğretim elemanı ve öğrenci sayısının sınırlı olduğu bir dönemde başlaması dikkate alındığında eski usulde devam etmesi belki makuldür. Çünkü neredeyse bütün öğretim

elemanlarının birbirini tanıdığı, toplam öğrenci sayısının beş bini bulmadığı bir dönemde doğal olarak meseleler çok ve çeşitli değildi. Ancak bugün yaklaşık seksen İlahiyat Fakültesi'nin, yirmi beş din kültürü bölümünün bulunduğu, lisans, ön lisans, lisansüstü, uzaktan eğitim gibi çok farklı programların uygulandığı, sadece İslam hukuku öğretim elemanı sayısının iki yüze ulaştığı ve 2012-2013 Eğitim-Öğretim yılında 12.615 öğrencinin İlahiyat Fakülteleri'ne 4800 öğrencinin İLİTAM'a, yaklaşık yirmi beş bin öğrencinin ön lisansa ve üç bin öğrencinin Din Kültürü Bölümlerine kayıt yaptığı bir ortamda İslam hukuku anabilim dalı koordinasyon toplantısında ele alınacak çok daha öncelikli meseleler olduğu kanaatindeyiz. Bizim konuyla ilgili teklifimiz bir iki gün gibi çok sınırlı bir süre içinde tertip edilen "koordinasyon" toplantılarında öğretim elemanlarının tanışmalarına, görüşmelerine daha fazla zaman ayrılması ve doğrudan ön lisans, lisans, lisansüstü ve uzaktan eğitimi ilgilendiren meselelerin daha derinlemesine ele alınmasıdır.

B. Lisansüstü Müfredatı

a. İslam Hukuku Anabilim Dalı Ders Müfredatı

Lisansüstü meselesini ele alırken lisansta olduğu gibi ders ve kredi noktasından bir değerlendirmede bulunmak programın tabiatı gereği muhtemelen çok da sağlıklı olmayacaktır. Çünkü yüksek lisans ve doktora dersler ve kredileri lisansa göre daha özel bir kapsamdadır. Belirlenmesi YÖK tarafından değil üniversiteler veya sosyal bilimler tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle standart bir lisansüstü programdan söz etmek mümkün değildir. Ve belki de bu işin doğasına daha uygundur. Örneğin uzmanlık alanı Maliki fıkıh usulü veya kanunlaştırma olan bir hocanın kendi uzmanlık alanına yakın bir takım dersleri lisansüstü programda okutması muhtemelen işin en makul tarafıdır. Bu nedenle standart bir müfredatın üniversiteler tarafından takip edilmemesi ve ideal olanın da bu olması dikkate alınarak yukarıda lisans bölümü derslerinde olduğu gibi tek tek ders isimlerini bu başlık altında zikretmeyeceğiz.

b. Problemler, Çözüm Önerileri ve Diğer Teklifler

Bizim bu başlık altında lisansüstü eğitimle ilgili olarak dikkat çekmek istediğimiz hususlar şunlardır:

1- Lisansüstü Eğitime Giriş Şartlarının Yeniden Gözden Geçirilmesi

2012 Mayıs'ında Samsun'da bir araya gelen İslam hukukçuları, YÖK'ün yeni bir çalışmasının parçası olarak "anabilim dalı yeterlilik" kriterlerini de ele aldılar. Kanaatimizce o toplantıda dile getirilen bazı hususlar realiteden ziyade ideale yönelikti. Vakıa ile ideal olan arasında bir denge kurularak -sadece İslam Hukuku

Anabilim Dalı için değil bütün branşlar için ifade ediyorum- yeterliliklerin belirlenmesinin daha makul olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda örneğin; İslam hukuku veya her hangi bir anabilim dalında lisansüstü eğitime başvuran öğrencinin belirli bir yeterlilikte olması istenmektedir ki işin tabiatı da bunu gerektirmektedir. Ancak pek çok üniversite lisansüstü öğrenci seçiminde ön mülakat tarzında bir uygulama yapmamaktadır. ALES, yabancı dil ve/ veya lisans mezuniyet ortalaması yukarıdan aşağıya sıralanmakta ve öğrenci lisansüstü programa kayıt yaptırmaya hakkına sahip olmaktadır. Öğrenci kayıt yaptırdıktan sonra derse başladığı zaman bırakın fıkıhın herhangi bir klasiğini çok basit modern bir metni bile okuyamamaktadır. Tabii üniversitelerin mülakat uygulamasını kaldırmalarının geçmişte yaşanan bir takım yanlışlıklardan kaynaklandığı şeklinde meşru mazeretleri bulunmaktadır. Ve maalesef büyük oranda da doğrudur. Ancak mülakat sınavının ortaya çıkabileceği muhtemel olumsuzlukları önlemeye çalışırken daha farklı bir takım yanlışlara da yol açmamak gerekmektedir. Örneğin mülakat sınavlarının kamera kaydıyla yapılması belki pek çok olumsuzluğun önüne geçecektir.

Ülkemizde lisansüstü eğitim çok uzun yıllardan beri yapılmasına rağmen kurumsallaşma tarzında bir yapıya henüz kavuşmamıştır. Yüksek Öğretim Kurumu'nun bu alanla ilgili bir düzenleme yapması ve konuyu tartışmaya açmasını teklif ediyoruz. Doktora programına müracaat şartları içinde İngilizce-Fransızca ve Almanca şeklinde bugüne kadar süren Batı dili hâkimiyetine Arapçanın eklenmesinin önemli bir adım olduğuna ama yeterli olmadığına inanıyoruz. Sonuçta bu memlekette yıllardan beri Kamu Personeli Yabancı Dil Sınavı yaklaşık yirmi civarında yabancı dilden yapılmaktadır. Elimizde bu tarz bir sınav yapma imkânı varken niçin öğrenciyi dört dille sınırlıyoruz? Örneğin; Farsça KPDS sınav dillerindendir. Ama doktora müracaatta dikkate alınmamaktadır. Hâlbuki Farsça, Eski Türk Edebiyatı alanında akademik çalışma yapacak bir kişi için son derece önemlidir. Keza öğrencinin Japonca veya İspanyolcadan KPDS puanını getirmesinin ne zararı vardır? İspanyolca bugün Brezilya hariç Güney Amerika Kıtası'nın tamamında resmi dildir. Endülüs üzerine veya Güney Amerika'daki İslam çalışmalarına yoğunlaşacak birinin Almancadan ziyade İspanyolca bilmesi kanaatimizce daha makuldür. İnanıyoruz ki konunun tartışmaya açılması durumunda oldukça parlak fikirler akademiye gelecektir.

2- Alt Branşlaşmaya Gidilmesi

Dünyanın mikro uzmanlığa gittiği, alt bilim dallarının geliştiği bir ortamda İlahiyat Fakülteleri'nde de bu tarz bir yöntemin uygulanmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Buna göre İslam Hukuku Anabilim Dalı'nda da Usul-Füru ve Hukuk Tarihi şeklinde üçlü bir ayırım branşlaşma yönünde atılabilecek önemli bir adımdır.

3- Tez Konularının Belirlenmesi

Tez konularının belirlenmesinde mutlaka bir kriterin getirilmesi gerekmektedir. Bugün pek çok üniversitede öğrencinin seçmiş olduğu konunun danışman tarafından onaylanmasıyla tez çalışmalarına başlanmaktadır. Bizim düşüncemiz öğrencinin seçmiş olduğu konuyu anabilim dalı elemanlarından oluşan bir jüri önünde savunması eğer uygun görülürse konuya başlanması şeklindedir. Bazı üniversitelerimiz akademik teamül çerçevesinde bu tarz bir yol takip etmektedirler. Ancak bunun teamülden ziyade yazılı bir dayanağının olması “kapalı devre tez çalışmalarının” önüne geçecektir.

İslam Hukuku Anabilim Dalı bünyesinde yapılan tezlerle ilgili şöyle bir teklifte bulunmak istiyoruz. Malum olduğu üzere akademik çalışmaların esas yapıldığı alanlar yüksek lisans-doktora ve doçentlik tezleridir. Bu çalışmalara bitirme ödevlerini ve doçentlik sınavına giren akademisyenlerin diğer makale ve çalışmalarını da katmak mümkündür. Yüksek lisans ve doktora tez konularını belirlerken genelde öğrenciler tez konusu olarak ne seçecekleri yönünde kararsız kalmaktadırlar. “Çalışılacak konular” şeklinde ortak bir konu havuzunun oluşturulması ve isteyen öğrencilerin bu konu havuzundan istifade etmeleri bu kararsızlığın giderilmesine önemli katkı sağlayacaktır. Gerçi bilimsel araştırma ve çalışmaların temel mantığı öğrencinin kendi konusunu seçebilecek düzeye gelebilmesi ve hocasının onu o olgunluğa ulaştırmasıdır. Bu yönüyle konu havuzunun öğrenciyi hazırlığa ve tembelliğe sevk etmesi de ihtimal dâhilindedir. Konunun tartışmaya açılması durumunda daha farklı fikirler meseleyi şekillendirecektir.

İlahiyat Fakülteleri’ndeki İslam hukukçularının çalışılacak konularla ilgili olarak beş-on yıllık vadeyi kapsayacak şekilde bir strateji belirlemelerinin ülkemizdeki İslam hukuku birikimine önemli katkı sağlayacağına inanıyoruz. Bu strateji çerçevesinde öncelikli olarak çalışılması planlanan bir takım konular belirlenir ve yapılacak çalışmaların belirlenen bu konular çerçevesinde yapılması hedeflenir. Örneğin önümüzdeki beş yıl boyunca yapılacak bütün çalışmaların Mâlikî mezhebi eksenli olması yönünde bir prensip kararının alınması durumunda beş yıl sonra geriye dönüp baktığımız da Mâlikî mezhebiyle ilgili yüksek lisans-doktora-doçentlik tezi, makale, bitirme ödevi, sempozyum tebliği şeklinde yüzlerce yayın yapılmış olacaktır. Böylece memleketimizdeki Mâlikî mezhebiyle ilgili çalışmalar belirli bir düzeye ulaşacaktır. Keza dört temel fıkıh mezhebinden biri olmasına rağmen ülkemizde Hanbelîlik üzerine yapılan çalışmalar oldukça sınırlıdır. Örneğin 2012-2017 arasındaki beş yıllık sürede prensip olarak bu konunun çalışılmasının hedeflenmesi belli bir süre sonunda Hanbelîlik ile ilgili çok ciddi bir birikime yol açacaktır. Bu birikim ülkemizdeki başta Hadis Anabilim Dalı olmak üzere pek çok anabilim dalına da ciddi anlamda bir katkı sunacaktır. Bir başka örnek verecek olursak; Hicri dördüncü ve altıncı yüzyıllar arası fıkıh çalışmalarının ele alınması şeklinde bir prensip kararı, birbirinden dağınık ve kopuk çalışmaların önüne geçecek, bu durum hem İslam Hukuku Anabilim Dalına hem de diğer anabilim

dallarına çok önemli katkılar sunacaktır. Tabii bizim burada teklifimiz illa belirli bir konunun çalışılması veya bir zorlama ya da dayatma şeklinde akademik özgürlüğün ortadan kaldırılması değil, çalışmak isteyen kişilere bir yol göstermesi babından ve daha üst bir stratejinin belirlenmesi şeklindedir.

4- Tez Çalışmalarının Kalitesinin Arttırılması

Bugün Türk Eğitim Sistemi genel olarak test tekniğine dayalıdır. Öğrenciler ilköğretimden üniversiteye kadar eğitim sürecinin neredeyse bütün merhalelerinde çoktan seçmeli test sınavlarıyla muhatap olmaktadır. Merkezi sınavlar açısından bir dereceye kadar kabul edilebilecek bu uygulama ne yazık ki bütün eğitim hayatını kaplamış durumdadır. Başta internet olmak üzere yazılı ve görsel medyanın çocuklarımızı esir alması ilkökul sıralarında aşılması gereken okuma alışkanlığının kazandırılmasının önündeki en büyük engellerdendir. Bu olumsuzluklar, öğrencilerin bilgi hamulelerini düzgün bir kompozisyonla kâğıda dökmeleri sonucunu doğurmaktadır. Bizim bu problemin aşılması yönündeki teklifimiz başta TDV İslam Ansiklopedisi'nin fıkha dair maddeleri olmak üzere, Türkçe olarak kaleme alınan yüksek lisans-doktora tezleri ve alanla ilgili makalelerin öğrencilere okutulması şeklindedir. Örneğin; on dokuzuncu sayısı da çıkmış bulunan İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi bu anlamda bizler için çok önemli bir materyaldir.

Köklü yedi-sekiz üniversite dışında pek çok fakültemizin kütüphaneleri son derece yetersiz bir konumdadır. Ancak ülkemizde İSAM gibi bir kurumun varlığı bu eksikliği ciddi bir şekilde gidermektedir. Özellikle taşrada lisansüstü çalışma yapan öğrencilerin en azından bir haftalığına İSAM'a gidip, alanlarıyla ilgili çalışma yapmaları ve kütüphane nedir, ne değildir? görmeleri gerekmektedir. Bu konuda İSAM'ın imkânlarının arttırılması ve İstanbul dışından gelecek yüksek lisans ve doktora öğrencilerine kısa süreli de olsa barınma imkânının sağlanması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle İLİTAM mezunu öğrenciler (burada genel bir değerlendirmeden ziyade kendi öğrencilerimiz üzerinden özel bir değerlendirme yapıyorum, bu program mezunu olup da lisansüstü eğitimde çok başarılı olan öğrenciler mutlaka vardır ama bizdeki örnekler maalesef hiç de iç açıcı değildir) örgün eğitim mezunu olmamaları sebebiyle kitap ve kütüphane noktasında son derece zayıf bir konumdadırlar. Bu eksikliğin mutlak surette giderilmesi kanaatindeyiz. Görebildiğimiz kadarıyla dile getirdiğimiz bu eksiklikler sadece İslam hukuku alanı için değil bütün ilahiyat branşları için genel bir problemdir.

Sonuç

Değişen ve gelişen dünyaya ülkemizin ayak uydurabilmesi yüksek öğretim sistemimizin yeni baştan gözden geçirilmesini gerektirmektedir. Bugün sayıları artan İlahiyat Fakülteleri'nin, paralel doğrultuda sorunları da artmıştır. Bu sorunlar bü-

yük oranda müfredattan kaynaklanmaktadır. Başta İslam Hukuku Anabilim Dalı olmak üzere diğer anabilim dallarının problemlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve toplumun beklentilerine cevap verebilen dünya ile uyumlu kaliteli bir İlahiyat eğitiminin verilmesi kanaatimizce fakültelerimizin en temel sorunudur.

İSLAM HUKUKU'NDA DEYN'İN DEYN KARŞILIĞINDA SATIMI*

Yakup Kara*

The Sale of Dept in Exchange for Dept in Islamic Law

Whence the literature related with Islamic Law and those parts of this literature which deal with the issued provisions for trading are examined; we observe that whenever a trade contract is held; the commodity itself as well as the payment terms for the due payment (saman) of the commodity, in other words if the due payment would be done in cash or by a forward transaction, all is to be examined and studied diligently. As for the terms of payment; whether the payment would be done in cash or timed; we observe total four methods in any trade process held: Payment in cash and instant delivery, instant delivery and deferred payment, payment in cash and deferred delivery, both payment and delivery deferred. The first method mentioned above is the most common one applied by the parties and there is an agreement between the Islamic scholars on the matter. There are also clear arguments that the second method is also consistent with Quran and Sunnah both. In the third one we see that the Prophet (peace be upon him) let it done only under some amendments and cautions. As for the last method (which is our main objective) we clearly see that it is strictly forbidden in Hadiths. In Islamic Law literature the dealings related to this 4th method where payment (saman) and delivery of the commodity (mabi'in) are let deferred, is called bay'u'd-dayn bi'd-dayn. The arguments about bay'u'd-dayn bi'd-dayn take place within the Hadith called bay'u'l-kal bi'l-kal. In our search we will be investigating the subject bay'u'd-dayn bi'd-dayn within the framework of the above quoted Hadith as to what it contains and what kind of dealings it contains and also if these dealings are legitimate or not according to the opinions of the scholars of the Islamic Law.

Key Words: Dayn, bay', dept, due date, kali, 'ayn, claim, naseah.

Giriş

İnsanların dünya hayatında en çok ihtiyaç duydukları şeylerden birisi alım-satım akdidir. Bundan dolayı bir insanın alım-satım işlemlerinden müstağni olması düşünülemez. Dünya var olduğu müddetçe de bu durum böyle devam edecektir.

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı'nda 2012 yılında hazırlanan "İslam Hukuku'nda Deyn'in Deyn Karşılığında Satımı" adlı yüksek lisans tezimizden yararlanmak suretiyle hazırlanmıştır.

* Marmara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Doktora Öğrencisi.

Gerek somut gerekse soyut, insanlar bir şekilde bir şeyler satmakta veya satın almaktadır. Kimisi mal satmaktayken kimisi bilgi, tecrübe satmakta; kimisi ticari bir eşya satın almaktayken bir diğeri deneyim ve tecrübe satın almaktadır. Bundan dolayı İslam, alım-satım işlemlerine son derece önem vermiş, iktisadi hayatta, çarşı ve pazarda insanların tabi olacakları genel ilke ve prensipleri ortaya koymuştur.

İslam hukukunda akitlerin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi ve daha sonra tarafların anlaşmazlığa düşmemeleri için bir takım şartlar ileri sürülmüştür. Bu şartların bir kısmı akdi yapan taraflarla ilgili, bir kısmı ise akdin konusu (mebi, satılan mal) ile ilgilidir. Akdin konusu ile ilgili olan şartlar mebi'in akit anında mevcut olması, mütekavvim mal olması, ma'lum olması, bâ'yî'in bizzat mala sahip olması ve malın maktûru't-teslim (teslime güç yetirilebilir) olması vb. şartlardır.

Satım akdi, bedellerin durumuna göre (mebi' itibariyle) dörde ayrılmaktadır: 1) Aynın ayn karşılığında satımı (bey'u'l-ayn bi'l-ayn), buna hukûkî bir terim olarak "mukâyada" denmektedir ki bu, trampa olarak bilinir; 2) Aynın deyn karşılığında satımı (bey'u'l-ayn bi'd-deyn), bu, günümüzde de en çok yapılan veresiyeli satıştır; 3) Deynin deyn karşılığında satımı (bey'u'd-deyn bi'd-deyn), buna Hanefiler "sarf" akdini örnek vermektedirler; 4) Deynin ayn karşılığında satımı (bey'u'd-deyn bi'l-ayn), bu ise ıstılahta "selem" diye adlandırılmaktadır. Burada şunu ifade etmek gerekir ki buradaki taksim bedellerin ayn ya da deyn olması bakımından yapılan taksimdir. Yani fert olarak muayyen olma, ya da cins olarak muayyen olma bakımından yapılan taksimdir. Buradaki deyn bizim konumuzu ilgilendiren yönüyle "vadeli olma" anlamında değil, "cins olarak muayyen olma" anlamındadır.

Bey' (satım) akdinde mebî ile semenin peşin veya veresiye olmasına göre akitlerde dört durum ortaya çıkmaktadır. Yukarıdaki taksim bedellerin ayn ya da deyn olmasına göre yapılan taksimken, buradaki taksim ise bedellerin vadeli olup olmaması bakımından yapılan taksimdir. Buna göre dört durum söz konusudur: 1) Bedellerin her ikisi de peşin, 2) Mebî peşin semen veresiye, 3) Mebî veresiye semen peşin, 4) Bedellerin her ikisi de veresiye. Bu şekillerden birincisinde müşteri, akit meclisinde malı teslim almakta; satıcı ise malın bedelini teslim almış olmaktadır ki bu, ittifakla caizdir ve çoğu satım akdi böyle yapılmaktadır. İkincisinde ise akit meclisinde müşteri malı teslim alırken, satıcı malın bedelini belli bir vadenin sonunda alacaktır ki bu da tartışmasız geçerlidir. Üçüncüsünde, akit meclisinde satıcı malın bedelini teslim alırken, müşteri ise malı belli bir vadenin sonunda alacaktır ki buna Resûlullah (s.a) tarafından bazı düzenlemelerle izin verilmiştir ki bu, hukukî bir terim olarak selem diye adlandırılmaktadır. Dördüncü şekilde ise hem satılan mal hem de malın bedeli vadeli olmaktadır (ki bu, bizim mevzumuzu teşkil etmektedir) ve bu muamele hadislerde menedilmiştir. Nitekim hadislerde, Hz. Peygamber'in bey'u'l-kâlii bi'l-kâlii'yi yasakladığı ifade edilmekte نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يباع كالي بكالي ve bu hadis de fakihler tarafından bey'u-'d-deyn bi'd-deyn, yani vadeli olanın vadeli olan karşılığında satımı diye açıklanmaktadır.

Fakihler satılan fert olarak muayyen malın tesliminin ertelendiği akdi caiz görmedikleri gibi mal ve bedelin her ikisinin ertelendiği akitleri evleviyetle caiz görmemektedirler. Mal ve bedelin her ikisinin ertelendiği akit İslam hukukunda “borcun borç karşılığında satılması” olarak ifade edilmektedir. Bizim de ele alıp üzerinde çalışacağımız konu, fıkhıta “bey’u’d-deyn bi’d-deyn” diye ifade edilen borcun borç karşılığında satımıdır. Araştırmamızda, günümüzde özellikle borsa ve bankacılık işlemlerinde gerçekleştirilen İslam hukukunda “borcun borç karşılığında satımı” konusuna temel teşkil eden “bey’u’l-kâlii bi’l-kâlii” hadisinin sıhhat durumu, mahiyeti ve kapsamı yani bu hadisin hangi muameleleri kapsadığı ve İslam hukuk bilginlerinin bu muameleler hakkındaki görüş ve değerlendirmeleri tespit edilmeye çalışılacaktır.

A. DEYN (BORÇ) KAVRAMI

Deyn sözlükte masdar olarak “ödünç almak, ödünç vermek, emir ve itaat altına almak, ceza veya mükafatla mükabelede bulunmak” gibi anlamlara gelmektedir. İsim olarak ise “ödünç, satılan malın bedeli ve hazırda bulunmayan şey” anlamlarına gelmektedir.¹

Deyn Arapça’da hazır ya da mevcut olmayan her şey (ki bu anlamda “ayn” kelimesinin zıddıdır) ve belli bir vadeye bağlı olan borç anlamlarında kullanılmaktadır. Nitekim ayn-menfaat ayrımında ayn, somut eşyayı; menfaat ise istifade fiilleri anlamına geldiği gibi; ayn-deyn ayrımında ise ayn fert olarak belirli bir ayn’ı (eşya ya da kişi); deyn ise fert olarak belirlenmeyip cins olarak belirlenmiş bir varlığı veya bu varlığın teslimini ifade eder.² Deyn kelimesinin çoğulu “düyûn” dur. “Dâin” alacaklı anlamında “medîn” ve “medyûn” ise borçlu anlamında kullanılmaktadır.³ Aynı zamanda iltizam, müceb, teklif, uhde, vecibe ve vacib kelimeleri borç anlamında; mültezim, matlûb, mükellef kelimeleri borçlu anlamında; mültezim leh ve tâlib kelimeleri de alacaklı anlamında kullanılmaktadır.⁴

Deyn, en geniş anlamıyla, “*zimmette sabit olan şey*”⁵ olarak tanımlanmıştır. Bu anlamdaki deynin kapsamına, zimmette yer alabilecek nitelikteki her türlü yükümlülük girmektedir. Daha doğrusu, ayn’a taalluk etmeyen her borç deynin kapsamına dahil olmaktadır. Böylece cins, para ve yapma borçları deynin kapsamına girdiği gibi dini anlamdaki borçlar da girmektedir⁶. Bu nedenle deyn kavramı mutlak olarak kullanıldığında, sadece özel anlamdaki cins ve para borçları kastedilmiş olmaz.

1 Aydın, M. Akif, “Deyn”, *DİA*, IX, 266.

2 Hacak, Hasan, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, İstanbul 2007, s. 140.

3 İbn Manzur, Ebü'l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensâri, *Lisanü'l-Arab*, Beyrut, t.y., XIII, 167; er-Razi, İmam Muhammed b. Ebi Bekr b. Abdulkâdir, *Muhtârü's-Sıhah*, Beyrut 2005, s. 204; Firuzabadi, Ebü't-Tahir Mecdüddin Muhammed b. Yakub b. Muhammed, *el-Kamusü'l-muhit*, Beyrut 1986, IV, 226; Tehânevî, Muhammed b. A'la b. Ali el-Faruki el-Hanefî, *Keşşâfu istilâhâti'l-fünûn*, Beyrut, t.y., II, 304.

4 Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul 1990, s. 48.

5 *Mecelle*, md. 158.

6 Aydın, “Deyn”, *DİA*, IX, 266.

Deyn'in Türkçe karşılığı olan "borç"un terim anlamı ise iki veya daha fazla şahıs arasında bir şeyin yapılmasını, yapılmamasını veya verilmesini gerektiren ve bir tarafı alacaklı, diğer tarafı borçlu kılan hukuki bir münasebettir⁷. Daha dar manada borç, taraflardan yalnız birisinin diğerine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu şeyi yani edimi ifade etmektedir. Bu edim, herhangi bir şeyi yapma veya verme şeklinde müsbet olabileceği gibi yapmaktan kaçınma şeklinde menfi de olabilir. En dar manasıyla borç ise para borçlarını ifade etmektedir. Kelime Türkçede daha çok bu manasıyla kullanılmaktadır⁸.

Borç ilişkisini oluşturan üç temel unsur vardır ki bunlar "borçlu", "alacaklı" ve borcun konusu yani borç ilişkisinde yapılması gereken fiil olan "edim"dir.⁹

"Beraat-ı zimmet asıldır" kaidesi İslam Hukuku'nun genel prensiplerinden birisidir. Bu kaideye göre, borcu veya yükümlülüğü gerektiren, bunların doğmasına sebep olan herhangi bir âmîl bulunmadığı müddetçe, aslolan kişinin zimmetinin bütün borçlardan veya yükümlülüklerden hâlî (berî) olmasıdır. Bundan dolayı herhangi bir borcun sabit olması için bunu gerektiren bir sebebin mevcut olması zorunludur. Fıkıh literatüründe borcun sübutunu gerektiren birçok sebep zikredilmektedir. Fakat bu sebepleri tek taraflı hukuki işlem, akit, haksız fiil, haksız iktisap (sebpsiz zenginleşme) ve kanun olmak üzere beş madde altında toplamak mümkündür.¹⁰

Borcun sona ermesi hususuna gelince, normal olan, borcun ifa ile sona ermesidir. Bununla birlikte borcu sona erdiren başka sebepler de bulunmaktadır ki bunların bir kısmı borçlu ve alacaklının sarîh veya zimnî rızasına bağlıyken diğer bir kısmı ise tarafların rızasına bağlı olmaksızın borcu sona erdirmektedir. Bütün bunlar, ifa yerine edim (veya ifâ yerini tutan edâ), tecdîd (yenileme), takas, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ibra, ifanın imkansızlığı ve mürûruzaman (zamaşımı) başlıkları altında toplanabilmektedir.¹¹

1. Deyn (borç) Kelimesinin İlişkili Olduğu Kavramlar

a. el-Kâlî (الكالى)

el-Kâlî'in lügat manası geciktirilen, ertelenen, vadeli olandır¹². Nitekim hadislerde şöyle geçmektedir: "نبي صلى الله عليه وسلم أن يباع كالى بكالى - يعنى دينا بدين"

7 Özyörük, Mukbil, *Hukuka Giriş*, Ankara 1959, s. 65.

8 Aydın, M. Akif, "Borç", *DİA*, VI, 285.

9 Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedid: el-medhalü'l-fikhiyyi'l-âm*, Dımaşk t.y., III, 82-83.

10 Senhürî, Abdürrezzâk Ahmed, *Mesâdirü'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1954, I, 36-61; Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul 1977, I, 322; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 2001, II, 43, 452-479; Aydın, "Borç", *DİA*, VI, 286-288; Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2005, s. 405-424; Mustafa Demiray, *Hak Zâil Olmaz: Roma, Türk ve İslam Hukuklarında Eksik Borç*, İstanbul 2009, s. 165-167.

11 Mahmesâni, Subhi Receb, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mücebât ve'l-ukûd*, Beyrut 1983, II, 541; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 425; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 538-539; Aydın, "Borç", *DİA*, VI, 288-289; Demiray, *Hak Zail Olmaz*, s. 168.

12 İbn Manzûr, *Lisanü'l-Arab*, I, 145-148.

(s.a) kâli'in kâli karşılığında satımını -borcun borç karşılığında satımını kastederek- yasakladı.¹³ İslam Hukuku bilginlerine göre bu hadiste kastedilen, nesîe'nin nesîe karşılığında (النسيئة بالنسيئة) yahut geciktirilen borcun geciktirilen borç karşılığında (بيع الدين المؤخر بالدين المؤخر) satımıdır¹⁴.

b. el-Ayn (العين)

İslam Hukuku bilginleri “ayn” kelimesini, “deyn” kelimesinin karşıtı (mukabili) olarak kullanmaktadırlar. Bunun sebebi ise deynin, ister para olsun ister başka bir şey olsun muayyen ve muşahhas olmayan bir şey olarak zimmette sabit olmasıdır¹⁵. Ayn ise böyle olmayıp ev, at gibi muayyen ve muşahhas olan bir şeydir¹⁶. Ayn-deyn ikilisinde ayn, menfaatlerden yalıtılmış olması vurgulanmadan somut halde duran eşyayı belirtir ve onu zimmette sabit olduğu için ayn olma özelliği taşımayan deyn'den ayırır. Hukuki işlemin konusu, fert olarak belirlenmiş bir nesne ise burada konunun ayn olduğundan, fert olarak belirlenmeyip cins olarak ya da para şeklinde belirlenmiş ise bu durumda onun deyn olduğundan bahsedilir¹⁷.

c. el-Karz (القرض)

Karz, en dar anlamda borcu ifade etmektedir. Bu, bir kimsenin diğerine, geri ödemesi şartıyla vermiş olduğu misli maldır. Diğer bir ifadeyle, bir kimsenin diğerine olan muayyen (miktarı belli) bir para veya eşya borcunu ifade etmektedir¹⁸. Türkçe'deki ödünç kelimesi, karzın yanı sıra âriyet akdini de içine alan bir genişlikte kullanılmakla birlikte, karz tüketim ödünçü, âriyet de kullanım ödünçüdür¹⁹.

Karz, deynden daha dar anlamlıdır. Her karz bir deyndir fakat her deyn, karz değildir. Mesela bir kimseden bin kuruş ödünç almak bir karz ve aynı zamanda bir deyndir. Fakat satılan veya icareye verilen veya gasp edilen bir şeyin bedeli olup zimmete tealluk eden bir alacak ise bir deyndir, fakat karz değildir.²⁰

13 Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Haydarâbad 1925, V, 290; Dârekutnî, Ebü'l-Hasan Ali b. Ömer b. Ahmed, *Sünenü'l-Dârekutnî*, Beyrut t.y, III, 71; Hâkim en-Nisabûri, Ebû Abdullah İbnü'l-Beyyî Muhammed, *el-Müstedrek ale's-Sahihayn*, Haydarabad 1915, III, 882.

14 Mâlik b. Enes, Ebû Abdullah el-Asbahi el-Himyerî, *el-Muvatta*, Kahire 1951, “Büyü”, 31; Aynî, Ebû Muhammed Bedreddin Mahmûd b. Ahmed b. Musa el-Hanefî, *el-Binâye fi şerhi'l-hidâye*, (tsh. Muhammed Ömer), y.y. 1980, VI, 550.

15 İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz ed-Dimeşki, *Reddü'l-muhtâr ala Dürri'l-muhtâr*, y.y., t.y., IV, 25.

16 *Mecelle*, md. 159.

17 Hacak, *Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi*, s. 94.

18 Atar, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 47.

19 Apaydın, H. Yunus, “Karz”, *DİA*, XXIV, 521.

20 Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-i İslâmiyye ve İstilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, İstanbul t.y, VI, 94-95.

B. BORCUN SATIMI, TARİHÇESİ VE MAHİYETİ

Borcun satımının tarihsel olarak ne kadar geriye gittiğine bakacak olursak, onun modern çağda ortaya çıkan yeni bir muamele biçimi olmadığını, aksine çeşitli suretleriyle karşımıza çıkan kadim bir mesele olduğunu görmekteyiz. Nitekim bazı ekonomi tarihçileri, M.Ö. 1800 yılına ait olan Bâbil ve Âsur vesikalarının, sahipleri (bu vesikaları elinde bulunduranlar) için borç senetleri olarak nitelendirilebilecek şekilde belgeler içerdiğini iddia etmektedirler. Aynı şekilde bunu iddia eden ekonomi tarihçileri, M.Ö. yaklaşık 1400 yıllarında, borç senetlerinin çarşı ve pazarlarda alınıp satıldığını da ileri sürmektedirler²¹.

Burada şunu belirtmek gerekir ki fıkihtaki deynin satılması (bey'u'd-deyn) terimi, modern hukuktaki "alacağın temlik" ve "borcun nakli" kavramlarından farklılık taşımaktadır. Zira alacağın temlik işlemi ile, bir alacağın alacaklısı değiştirilmektedir. Fakat bu devir işlemiyle alacak hiçbir değişikliğe uğramamaktadır. Borcun naklinde (yüklenilmesi) ise bir borcun borçlusu değiştirilmektedir. O halde borcun nakli, alacağın temlikinin tamamen karşıtıdır. Çünkü alacağın temlikinde (geçirilmesinde) bir alacağın sahibi değişirken, borcun naklinde değişen borçludur. Ancak her iki halde de borç ilişkisi bir değişikliğe uğramamakta, alacak ve borcun konusu devirden önce ve sonra hep aynı kalmaktadır²². Bu iki kavram (alacağın temlik ve borcun nakli) tam olarak olmasa bile fıkihtaki "havale akdi" ile benzeşmektedir. Fıkıh literatüründeki bey'u'd-deyn'de ise ya bir alacak borçluya veya üçüncü bir şahsa peşin veya vadeli başka bir bedel karşılığında satılmakta (yani borç miktar ve/veya vade olarak değişmekte); ya önceden sabit olan borç ve alacak arasında takas yapılmakta; ya da yeni kurulan bir akitte her iki bedelin vadeli olması kararlaştırılmaktadır.²³

Burada şunu da ifade etmekte yarar vardır: Fıkıhta deyn'e yüklenen anlam, bey'u'd-deyn'in teorik yönden izahını zora sokmaktadır. Çünkü bey' bir temlik işlemidir ve temlik ise mülkiyetin varlığını zorunlu kılmaktadır. Mülkiyetten söz edebilmek içinse ona konu olabilecek bir şeyin bulunması gerekir. Mülkiyete, ancak mevcut ve mal olabilecek bir şey konu olabilir. Deyn ise, kabz etmeden önce hükmi bir varlığa sahiptir ve ancak kabz ile taayyün ederek gerçekte varlık kazanmaktadır. Bundan dolayı deyn ile alacaklısı arasında, kabzdan önce bir mülkiyet ilişkisinin oluşması mümkün görünmemektedir. O halde deyn alacaklısı, hakkında henüz malik konumuna gelmediği bir şeyi satışa konu yapamaz denilmektedir. Zira malik olmayan, malik kılamaz.²⁴

"Deynin deyn karşılığında satılması" meselesi, fıkıh literatüründe kimi zaman "bey'u'd-deyn bid-deyn" kimi zaman "bey'u'n-nesie bi'n-nesie" kimi zaman ise "bey'u'l-kâli bi'l-kâli" ifadeleriyle yer almaktadır.

21 Muhammed Ali el-Kârî b. İyd, "Bey'u'd-deyn ve senedâtü'l-karz", *Mecelletü'l-Mecma'i'l-fıkhi'l-İslâmi*, 1998, sy. 11, I, 222.

22 Tunçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, I, 1074-1075, 1123.

23 Durmuş, Abdullah, *Fıkıhî Açıldan Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*, İstanbul 2009, s. 88.

24 Aybakan, Bilal, *İslam Hukukunda Borçların İfâsı*, İstanbul 1998, s. 97.

Deynin satımından kastedilen, alacaklının, alacağını bir başkasına bir bedel karşılığında satması suretiyle alacağı üzerinde tasarrufta bulunmasıdır. Görüldüğü gibi deynin satımının birçok farklı şekilleri vardır. Deynin borçluya yahut borçlunun dışında birisine satılması, borcun vadesi geldiğinde yahut vadesi gelmeden önce satılması, borcun kendi miktarı karşılığında yahut daha az bir miktarla veyahut daha fazla miktarla peşin yahut vadeli satılması gibi, “deynin satımı” kapsamına birçok farklı şekil girmektedir ve buna göre hükümleri de farklılık arz etmektedir. Fıkıhtaki bey'ud-deyn bi'd-deyn konusundaki tartışmalar bey'u'l-kâli bi'l-kâli hadisi etrafında cereyan etmektedir. O halde bu hadisi tedkik etmemiz gerekmektedir:

C. KONUYA DAYANAK TEŞKİL EDEN HADİSİN İNCELENMESİ

“عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الكالئ بالكالئ”

“*Nafi*'in İbn Ömer'den rivayet ettiğine göre Resûlullah (sav) *kâlî'in kâlî'* karşılığında satımını yasaklamıştır.”²⁵

Senedinde yer alan Musa b. Ubeyde er-Rebzî'den (v. 153/770) dolayı muhadisler bu hadisin zayıf olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Ahmed b. Hanbel'in, Musa b. Ubeyde er-Rebzî'den hadis rivayetini caiz görmediği bildirilir. Hatta “Şu'be (v. 160/777) ondan hadis rivayet etti” denildiğinde, “başkalarının bildiğini Şu'be de bilseydi ondan rivayette bulunmazdı” dediği nakledilmektedir.²⁶

Rivayetin en eski kaynağı olan Muvatta'da hadis isnadsız olarak aktarılmıştır. Hadisin sonraki kaynaklarında ise senedde yer alan Musa b. Ubeyde er-Rebezî hadiste güvenilir olarak ifade edilmiştir. Tirmizi, onun hadiste “zayıf” sayıldığını, Yahya b. Saïd el-Kattân hadislerinden sakınıldığını, Yahya b. Maïn hadiste değersiz olduğunu, Ahmed b. Hanbel hadisinin yazılamayacağını, Beyhakî ise hadisçilik açısından sağlam olmadığını belirtmiştir. Hâkim en-Nisabûrî (v. 405/1015) bu hadisi nakledip “Müslim'in şartlarına uygundur” hükmünü vermektedir. Halbuki yanlışlıkla hadisin gerçek ravisi Musa b. Ubeyde er-Rebezî yerine Musa b. Ukbe ismini kullanmaktadır. Aynı hataya Dârekutnî de düşmüştür.²⁷ Beyhakî, Hâkimin böyle bir hataya düşmesini şaşırtıcı olarak nitelemektedir.²⁸

25 Beyhakî, *Sünen*, V, 290; Dârekutnî, *Sünen*, III, 71; Hâkim, *Müstedrek*, III, 882.

26 Mizzi, Ebu'l-Haccâc Cemaleddin Yusuf b. Abdurrahman b. Yusuf, *Tehzîbü'l-Kemal fi esma'ir-ricâl* (nşr. Beşşar Avvad Ma'ruf), Beyrut 1980, XXIX, 107; Bayındır, Servet, “*Katılım Bankacılığı İçin Yeni Bir Ürün Olarak Mal (Emtia) Vadeli İşlem Sözleşmeleri ve Fıkhi Açıda İncelenmesi*”, Katılım Bankacılığı Bilimsel Araştırma Ödülü (Prof. Dr. Sabahattin Zaim anısına), İstanbul 2008, s. 20.

27 İbn Hacer el-Askalânî, Ebü'l-Fazl Şehabeddin Ahmed, *Telhisü'l-habir fi tahric-i ehadisi'r-Rafiyyi'l-kebir*, (nşr. Esseyyid Abdullah Haşim el-Yemani el-Medenî), Medine 1964, III, 26; Şevkani, Ebü Abdullah Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Havlanî, *Neylü'l-evtâr şerhi münteka'l-ahbar*, Kahire 1971, V, 156; Hammad, Nezih Kemal, *Beyu'l-kâlî bi'l-kâlî (Beyu'd-deyn bi'd-deyn) fi'l-fikhi'l-islami*, Cidde 1968, s. 9-11; Dârir, Sıddik Muhammed Emin, *el-Garar ve eseruhu fi'l-ukud*, Beyrut 1990, s. 329; Aktepe, İshak Emin, *Faiz ve finansman hadisleri*, İstanbul 2010, s. 200-201; Süleyman b. Abdullah b. Abdülaziz Kasir, *Ahkâmü'd-deyn: dirase hadisyye fıkhiyye*, Riyad 2005, s. 57-59.

28 İbn Hacer el-Askalânî, *Telhisü'l-habir*, III, 26; Şevkani, *Neylü'l-evtâr*, V, 156; Hammad, *Beyu'l-kâlî bi'l-kâlî (Beyu'd-deyn bi'd-deyn) fi'l-fikhi'l-islami*, s. 9-11; Darîr, *Ġarâr*, s. 329. Hadisin sıhhatiyle ilgili değerlendirmeler için ayrıca

Hadis sened bakımından zayıf olmasına rağmen fakihlere göre ifade ettiği mana doğrudur. Ahmed b. Hanbel'den şöyle bir görüş nakledilir: “Bu konuda (بيع الدين بالدين) sahih bir hadis yoktur. Ancak borcun, vadeli şekilde satılmasının caiz olmadığı konusunda icma' vardır”²⁹. İbn Arafe (v. 803/1400), “müctehidlerin hadisteki hükmün kabulüne yönelik olumlu yaklaşımları, hadisin isnadının araştırılmasına ihtiyaç dahi bırakmamıştır” demektedir³⁰. Şevkani (v.762/1360) ise, “Her ne kadar senedinde Musa b. Ubeyde er-Rebzi yer alıyor ise de, borcun borç karşılığında satımının caiz olmadığı konusunda icma edildiğine dair rivayet hadisi güçlendirmiştir”³¹ diye ifade etmektedir.

Burada şunu da ifade etmekte yarar vardır: Mezkur hadisin geçtiği ilk kaynak İmam Malik'in Muvatta'sıdır. İmam Malik bu hadisi üç yerde delil olarak kullanmakta ve hadisi senedsiz olarak nakletmektedir. Yani hadisi munkatı' olarak nakletmiştir. Nitekim Âhâd sünnet'in râvilerinden biri veya bir kaç zikredilmemiş, atlanmışsa bu hadise mürsel (munkatî) denilmektedir. Mürseller ise dört kısımdır: 1. Sahabe mürseli, 2. Tâbiün ve Etbau't-tâbiîn mürseli, 3. Üçüncü asırdan sonraki asırlardan herhangi birinde yaşayan âdil râvilerin mürseli, 4. Bir yönü ile müsned, diğer yönü ile mürsel. Sahabe mürseli ile amel etmek bi'l-icmâ vâcibdir, çünkü sahâbe'nin hepsi âdildir. Tâbiün ve Etbau't-Tâbiîn mürselleri, Hanefî Mezhebinde hüccettir. İmâm Mâlik, Ahmed b. Hanbel ve mütekellimlerinin görüşleri de bu yödedir. İmam Şafiî ise, Medine'li Saîd b. Müseyyeb'in mürsellerini kabul eder. Bununla birlikte, onlara göre, mürsel hadis, bir âyet ile veya meşhur bir sünnet ile veya kıyasa uygunluk ile te'yîd edilirse makbul olur.³²

1. el-Kâliu Lafzının Lügat Anlamı

el-Kâli (الكالى) kelimesi sözlükte “nesîe” (النسيئة) yani mühlet, vade, süre, geciktirmek anlamlarına gelmektedir. Borcun geciktiğini ifade etmek için “كأ الدين” “borç gecikti” ifadesi kullanılmaktadır. Beyu'l- kâli bi'l-kâli (بيع الكالى بالكالى) hadisi “النسيئة بالنسيئة” yani “vadeli olanın vadeli olan karşılığında satımı” diye açıklanmış ve bu muamelenin birçok şekli olduğu zikredilmiştir.³³ “النسيئة بالنسيئة” ifadesi “beyu'd-deyn bi'd-deyn” diye de ifade edilmektedir. İbn Fâris (v. 395/1004) de “كأ” kelimesinin murakabe ve gözetme anlamına delalet etmesi hasebiyle mezkur hadisi “en-nesîe

bk. Zuhaylî, Vehbe, *Beyu'd-deyn fi ş-şeriatî'l-İslâmiyye*, Dimeşk 1997, s. 15-17.

29 el-Münâvî, Abdurraûf, *Feyzü'l-kadîr şerhu'l-Câmi's-sağîr* (nşr. Mâcid el-Hamevî), Mısır t.y., VI, 330; Bayındır, “*Katılm Bankacılığı İçin Yeni Bir Ürün Olarak Mal (Emtia) Vadeli İşlem Sözleşmeleri ve Fihî Açısından İncelenmesi*”, s. 20; Zuhaylî, *Beyu'd-deyn fi ş-şeriatî'l-İslâmiyye*, s. 16.

30 el-Abderî, Muhammed b. Yusuf, *et-Tâc ve'l-iklîl*, Beyrut 1977, IV, 367.

31 eş-Şevkani, Ebu Abdullah Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Havlani, *es-Seylü'l-cerrari'l-mütedaffik ala hadaiki'l-ezhar*, (nşr. Muhammed İbrahim Zayed), Beyrut 1984, III, 14.

32 Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul 2006, s. 45; Hadisin sıhhatiyle ilgili değerlendirmeler için ayrıca bk. Zuhaylî, *Beyu'd-deyn fi ş-şeriatî'l-İslâmiyye*, s. 15-17.

33 Ebû Ubeyd, Kâsım b. Sellam el-Herevi el-Ezdi, *Garibü'l-hadis*, Beyrut 1976, I, 20; Cevherî, Ebû Nasr İsmail b. Hammad, *es-Sihah tacü'l-luga ve sıhahi'l-Arabiyye*, thk. Şihabüddin Ebû Amr, Beyrut 1998, I, 69.

bi'n-nesîe" diye açıklamıştır. Çünkü alacaklı, alacağını tahsil edeceği zamanın gelmesini beklemekte ve gözlemektedir³⁴.

el-Kâlii (الكالى) kelimesi hadiste geciktirilen borç anlamında kullanılmıştır. Fakat manaya uygun olarak ismi meful olan el-meklû' (المكْلُو) yani geciktirilen değil de ismi fail olan el-kâlî (الكالى) yani geciken kelimesinin kullanılması hadisin anlaşılmasını zorlaştırmıştır. Çünkü borç kâlîi (geciken) değil meklû' (geciktirilen) dur. Kâlîi ise borcun sahibidir yani borçludur. Hadiste ismi meful değil de ismi fail kullanılmasının üç türlü izahı yapılmıştır:

a. Müfred'de Mecazdır: Mülâzemet (ayrılmazlık ilişkisi) alakasından dolayı meklû' anlamında kullanılmıştır. Nitekim خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ "Atılan bir sudan yaratıldı"³⁵ ayetindeki دَافِقٍ (atan) kelimesi de مدفوق (atılan) anlamında kullanılmıştır.³⁶

b. Mülâbesetten Dolayı Fiilin İsnadında Mecaz Vardır: Yani كالى صاحبہ "sahibi geciktiren" anlamındadır. Nitekim فَهُوَ فِي عَيْشَةٍ رَاضِيَةٍ "Artık o, hoşnut kalacağı bir hayat içindedir"³⁷ ayetinde de aynı durum söz konusudur. Çünkü ayetteki رَاضِيَةٍ "razı olan" kelimesi مرضية "razı olunmuş" manasında kullanılmıştır.³⁸ Buna mecaz-ı aklî de denmektedir.³⁹

c. Cümlede Gizli Bir İsim Takdir Edilmelidir: Çünkü iki şahsın bey akdine konu olmaları söz konusu değildir. Bu takdire göre hadis şöyledir: نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ مَالِ الْكَالِيِّ بِمَالِ الْكَالِيِّ "Nebi (s.a) kâlî olan malın kâlî olan mal karşılığında satımını yasakladı."⁴⁰

2. el-Kâliu Lafzının İstilah Anlamı

İslam Hukukçuları beyu'l- kâlî bi'l-kâlî ifadesinin suretlerini açıklarken ve "beyu'd-deyn bi'd-deyn" isimlendirmesinin kapsamına nelerin girdiği hususunda her ne kadar ihtilaf etmiş olsalar da genel manası bakımından الكالى بالكالى lafzının sözlük anlamı ile istilah anlamı birbirine uymaktadır. Mezkur hadisin istilah anlamı için fıkıh mezheplerine göz attığımızda şöyle bir durumla karşılaşırız:

34 İbn Fâris, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Faris b. Zekeriyâ, *Mu'cemu mekayisi'l-luga*, thk. Abdüsselam Muhammed Harun, Kahire 1969, V, 131-132. Benzer değerlendirme için ayrıca bkz.: Karafî, Ebü'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahim, *Envarü'l-buruk fi envai'l-furuk*, (thk. Muhammed Ahmed Serrac, Ali Cum'a Muhammed), Kahire 2001, III, 1075.

35 Tarık, 86/6.

36 Karafî, *el-Furûk*, III, 1075; el- Haraşi, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah el-Maliki, *el-Haraşi ala Muhtasari Seyyidi Halil*, Beyrût t.y., V, 76.

37 el-Hâkka, 69/21

38 el- Haraşi, *el-Haraşi ala Muhtasari Seyyidi Halil*, V, 76.

39 İliş, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Muhammed, *Şerhu Minehi'l-celil ala Muhtasari'l-allame Halil*, Kahire 1877, II, 562.

40 Kârâfî, *ez-Zehîra*, (tahk. Muhammed Hacî ve Saîd Arâb ve Muhammed Bû Hubze), Beyrut 1994, V, 225; Karafî, *el-Furûk*, III, 1075; el- Haraşi, *el-Haraşi ala Muhtasari Seyyidi Halil*, V, 76.

a. Hanefî Mezhebi

Hanefî mezhebinde بيع الكالئ بالكالئ hadisi bazı yerlerde “النسيئة بالنسيئة” yani “vadeli olanın vadeli olan karşılığında satımı” şeklinde;⁴¹ bazı yerlerde ise “الدين بالدين” yani “deynin deyn karşılığında satımı” diye açıklanmıştır.⁴² Hanefiler deynin satımını, deynin borçluya satılması ve borçlunun dışında birisine satılması diye ikiye ayırmaktadırlar ve deyn üzerinde caiz olan tasarrufun, deynin borçluya temlik edilmesi, ona satılması olduğunu söylemişlerdir. Deynin, borçlunun dışında birisine satımını ise caiz görmemişlerdir. Fakat Hanefilerden İmam Züfer (v. 158/775), deynin borçluya satılması nasıl caizse, borçlunun dışında birisine satılmasının da caiz olduğunu söylemektedir.⁴³

b. Şâfiî Mezhebi

Şâfiiler “el-kâlî bi'l kâlî” lafzını “bey'ud-deyn bi'd-deyn” yani deynin deyn karşılığında satımı ve “bey'un-nesie bi'n-nesie” diye açıklamışlardır. Bey'un-nesie bi'n-nesie'yi de “bey'u'l-müeccel bi'l-müeccel” yani vadeli olanın vadeli olan karşılığında satımı diye açıklamışlardır.⁴⁴ Şâfiî (v. 204/819) de bey'ud-deyn bi'd-deyn diye ifade etmekte ve onun caiz olmadığını zikretmektedir.⁴⁵ Nitekim Hatîb Şîrbînî de (v. 977/1570) de şöyle demektedir: “Beyu'l- kâlî bi'l-kâlî yasaklandığı için –ki bu, beyu'd-deyn bi'd-deyn diye açıklanmıştır- cinsler ister bir olsun ister olmasın beyu'd-deyn bi'd-deyn caiz değildir”⁴⁶. Gazâlî de (v. 505/1111) *el-Vasît fi'l-mezheb* adlı eserinde kâlî'in deyn olduğunu ifade etmektedir.⁴⁷

c. Mâlikî Mezhebi

Malikiler bu hadisi “بيع الدين بالدين” diye tarif etmişlerdir.⁴⁸ İmam Malik el-kâlî bi'l-kâlî hadisini tarif ederken şöyle demiştir: “Bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî, bir şahsın diğer bir şahıs üzerindeki alacağını başka bir şahsa (borçlunun dışında birisine, üçüncü bir şahsa) verisiye (vadeli) olarak satmasıdır.”⁴⁹ Ayrıca Malikiler bey'u'l-

41 Serahsi, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, *el-Mebsût*, Kâhire 1906, XII, 127; Kâsânî, Ebû Bekr Alâeddin Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefî, *Bedâiü's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'*, (thk. Ali Muhammed Muavvez, Âdil Ahmed Abdülmevcut), Beyrut 1997, VII, 114; İbnü'l-Hümmam, Kemâleddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdülhamid, *Şerhu fethi'l-kadir*, y.y., 1970, VII, 97.

42 Serahsi, *el-Mebsût*, XII, 127; İbnü'l-Hümmam, *Şerhu Fethi'l-Kadir*, VII, 136.

43 İmam Muhammed, Ebû Abdullah b. Hasan b. Ferkad el-Hanefî eş-Şeybânî, *el-Hucce alâ ehl-i'l-Medîne*, Beyrut 1982, II, 588; Serahsi, *Mebsût*, XIV, 22.

44 Kalyûbî, Ebû'l-Abbas Şehâbeddin Ahmed b. Ahmed b. Selame Kalyûbî ve Umeyre, Şihâbüddin Ahmed el-Berlesî, *Hâşiyetân ala Şerhi'l-Mahallî ale'l-Minhac*, y.y. t.y. (Dâru'l-fikr), II, 215.

45 Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Beyrût 1990, IV, 31.

46 Hatîb Şîrbînî, Şemseddin Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfâzi'l-minhac*, 1994, II, 466.

47 Gazâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Vasît fi'l-mezheb*, (Tahk. Ahmed Mahmud İbrahim ve Muhammed Muhammed Tâmir), Kâhire 1996, III, 151, 436.

48 Mâlik, *el-Müdevvene*, II, 479; Kârâfi, *el-Furâk*, III, 1075; el-Ayyâşî Feddâd, *el-Beyu' ale's-sifeti li'l-ayni'l-gâibeti ve mâ yesbütü fi'z-zimmeti*, Cidde 2000, s. 68.

49 Mâlik, Muvattâ', “Büyü”, 31.

kâlî bi'l-kâlî'yi, ibtidâ'ud-deyn bi'd-deyn (ابتداء الدين بالدين) “yeni kurulan bir akitte bedellerin vadeli olarak ödenmesinin şart koşulması”, feshu'd-deyn fi'd-deyn (فسخ الدين في الدين) “önceden sabit olan bir borcun yerine başka bir borç ikame edilmesi”, ve bey'u'd-deyn bi'd-deyn (بيع الدين بالدين) “her ikisi de önceden sabit olan borçların takas edilmesi” diye üç kısma ayırmaktadırlar.⁵⁰

Haraşî (v. 1101/1689), bey'u'd-deyn bi'd-deyn (بيع الدين بالدين) tabiri her ne kadar lügat olarak üç kısmın hepsini kapsıyor olsa da fakihlerin kendine mahsus özelliklerini dikkate alarak bu kısımların her birini farklı bir isimle isimlendirdiğini ifade etmektedir.⁵¹

d. Hanbelî Mezhebi

Hanbelîler ise “الكالى بالكالى” lafzını “بيع دين بدين” diye anlamışlardır. Nitekim İbn Kudame (v. 620/1223), *el-Muğnî* adlı eserinde bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî'in bey'u'd-deyn bi'd-deyn olduğunu ifade etmekte, İbn Münzir'in (v. 309/921) ve Ahmed b. Hanbel'in (v. 241/855) bu akdin caiz olmadığı hususunda alimlerin icma ettiği ifadelerine yer vermektedir.⁵² Yine Hanbelî hukukçulardan Buhûti (v. 1051/1641) de *Keşşâfu'l-Kınâ'* adlı eserinde şöyle demiştir: “Beyu'l- kâlî bi'l-kâlî -ki bu, beyu'd-deyn bi'd-deyn'dir- caiz değildir.”⁵³

Hanbelîler'den İbn Kayyım (v. 751/1350) ise bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî'yi farklı açıklamaktadır. Nitekim o, bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî'in, yalnızca, kabzedilmemiş olanın yine kabzedilmemiş olan karşılığında satımı olduğunu söylemiştir. İbn Kayyım, bey'u'd-deyn bi'd-deyn'in ise farklı bir şey olduğunu ve onun, bey'u vâcib bi vâcib (بيع واجب), bey'u sâkıt bi sâkıt (بيع ساقط بساقط), bey'u sâkıt bi vâcib (بيع ساقط بواجب) ve bey'u vâcib bi sâkıt (بيع واجب بساقط) şeklinde dörde ayrıldığını söylemektedir. İbn Teymiye, yasak olduğu hususunda alimlerin icma ettiği borcun borç karşılığında satımı çeşidinin, vâcib olan deynin vacip olan deyn karşılığında satımı (بيع واجب بواجب) olduğunu söylemiş, ve her iki bedelin de vadeli olduğu selem akdini buna örnek vermiştir.⁵⁴

Yukarıdaki veriler göz önünde bulundurulduğunda fakihlerin bey'u'l-kâlî satışının yasak olduğu hususunda ittifak etmekle birlikte, bey'u'l-kâlî'in mahiyeti ve kapsamı hususunda farklı görüşler ileri sürdükleri anlaşılmaktadır. Nitekim İbn Teymiye (v. 728/1327) ve İbn Kayyım'a (v. 751/1350) göre bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî ile bey'u'd-deyn bi'd-deyn mahiyet bakımından aynı şeyler olmayıp, bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî mutlak olarak yasakken bey'u'd-deyn bi'd-deyn hususunda herhangi bir yasaklama söz konusu değildir.⁵⁵

50 Haraşî, *el-Haraşî ala Muhtasari Seyyidi Halil*, V, 76; İliş, *Şerhu Minehi'l-celil ala Muhtasari'l-allâme Halil*, II, 562.

51 Haraşî, *el-Haraşî ala Muhtasari Seyyidi Halil*, V, 76.

52 İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, *el-Muğnî*, 1968, IV, 37.

53 el-Buhûti, Şeyh Mansur b. Yunus b. Selâhiddin el-Hanbelî, *Keşşâfu'l-Kınâ' an metni'l-İkna'*, Beyrût 1982, III, 265.

54 İbn Kayyım el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed, *İ'lâmü'l-muvakkîn an Rabbi'l-âlemin*, Kâhire 1968, II, 8-9; Hammâd, *Bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî*, s. 14.

55 İbn Kayyım, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, II, 8-9.

D. İSLAM HUKUK BİLGİNLERİNİN KONUYA YAKLAŞIMLARI

İslam Hukuk bilginleri “بيع الكالي بالكالي” hadisinden kastedilenin ne olduğunu ve bu hadisin kapsamına giren muameleleri açıklamaya çalışmışlar ve özetle onlar mezkûr hadisten kastedilenin vadeli olanın vadeli olan karşılığında satılması (النسيئة بالنسيئة) olduğunu söylemişlerdir⁵⁶. Fukahânın çoğu mezkur hadisi tarif ederken “deyn” kelimesini kullanmışlardır ve bunun “بيع الدين بالدين” yani deynin deyn karşılığında satılması olduğunu ifade etmişlerdir⁵⁷.

İbn Teymiye (v. 728/1327) de el-kâlî bi'l-kâlî'yi “kabzedilmemiş vadeli bir malın yine kabzedilmemiş vadeli olan karşılığında satılmasıdır” diye açıklamış ve ra'sûl-mâl'in (semen, peşin verilmesi gereken para) ve müslemün fih'in (mebi', üzerinde akit yapılan mal) her ikisinin de vadeli olduğu selem akdini buna örnek olarak vermektedir. İbn Teymiye'nin öğrencisi İbn Kayyim el-Cevziyye de el-kâlî bi'l-kâlî'yi aynı şekilde açıklamaktadır⁵⁸.

Görüldüğü gibi fakihler konuyu selemle ilişkilendirmektedirler. Çünkü fıkhıta malın vadeli olmasına izin verilen başlıca akit selemdir. Eğer bir akit selem diye adlandırılıp, selem şartlarına uygun olarak yapılmamışsa fakihlerin çoğunluğuna göre o akitte şekil şartlarına uyulmadığından mal veresiye olamaz. Serahsî (v. 483/1090) bu hususla ilgili olarak şöyle demektedir: “Selemde sermaye para olduğunda teslimin peşin olması şarttır. Aksi takdirde, deynin deyn karşılığında satımı söz konusu olur ki bu, Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır. Çünkü akitlerde paralar tayinle taayyün etmez. Sermayenin ticaret malı olması durumunda ise borcun borç karşılığında satımı söz konusu olmadığından, sermaye için peşinlik şartı kıyasen aranmaz ise de istihsanen aranır. Çünkü akit selemdir. Selem, peşin karşılığında vadeliyi satın almak şeklinde tanımlanır. Hükmün isme uygun düşmesi için sermayenin peşin olması şarttır.”⁵⁹

İmam Malik'in (v. 179/795) beyu'l kâlî bi'l kâlî hadisini nasıl yorumladığına bakacak olursak onun bu hadisi *Muvatta*'da üç yerde delil olarak kullandığını görmekteyiz:

a. İmam Mâlik şöyle demiştir: “Her kim belirli ağaç veya belirli bahçedeki hurmayı ya da belirli koyunun memesindeki sütü satın alırsa bu caizdir. Peşin alınmışsa müşteri parasını verir malı alır. Bu tuluktaki yağa benzer. Müşterinin tuluk içerisindeki yağdan ölçek hesabıyla bir veya iki dinarlık alması caizdir. Pazarlıktan sonra tuluk delinip yağ dökülürse pazarlık bozulur ve bu durumda

56 Şirazi, Ebû İshak Cemaleddin İbrâhim b. Ali b. Yusuf, *el-Mühezzeb fi fihhi'l-İmam eş-Şafii*, (thk. Muhammed Zuhayli), Dimaşk 1996, I, 278; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, V, 157.

57 Sübki, Ebü'l-Hasan Takıyyüddin Ali b. Abdilkafi b. Ali, *Tekmiletu el-Mecmu' şerhi'l-Mühezzeb liş-Şirazi*, (tahk. Muhammed Necib Mutii), Riyad 2003, X, 107; Zürcânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdülbaki b. Yusuf, *Şerhu Muvatta el-İmam Malik*, (tahk. İbrahim Atve İvaz), Kahire 1961, III, 272; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, V, 157.

58 İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed, *İ'lâmü'l-muvakkîin an rabbi'l-alemin*, (tahrir: Muhammed el-Mu'tasım-Billah el-Bağdadi), Beyrut 1998, II, 8.

59 Serahsî, *el-Mesut*, XII, 127; Bayındır, “Katılım Bankacılığı İçin Yeni Bir Ürün Olarak Mal (Emtia) Vadeli İşlem Sözleşmeleri ve Fihhi Açından İncelenmesi”, s. 22.

müşteriye parası iade edilmelidir. Süt ve hurma gibi şeylerin hergün sağıldıkça veya toplandııkça teslim almak üzere satın alınmasında bir sakınca yoktur. Pazarlık yapılan miktar teslim alınmadan mal tükenirse satıcı, ya müşterinin kalan parasını geri verir ya da müşteri kalan para ile üzerinde anlaşacakları başka bir şey alır. Bu aldığı şeyi teslim almadan ayrılması mekruhtur. Çünkü bu durumda deynin deyn karşılığında satımı gerçekleşmiş olur. Halbuki bey'u-l-kâlii bi'l-kâlii yasaklanmıştır. Bu tür pazarlıkta vade olması da mekruhtur. Müşterinin alacağı malın nitelikleri ve vadesi belli olmadıkça bu ikinci anlaşmayı vade üzerine yapmak helal değildir. Satıcı müşteriye olan borcunu tazmin etmek zorundadır. Bu işlem muayyen bahçe ya da koyunların (toplanmamış hurmalarının ya da sağılmamış sütlerinin satışı) gibi değerlendirilemez.⁶⁰

Anlaşıldığı gibi burada İmam Mâlik, bir kimseden bedeli peşin ödenerek belli miktarda, örneğin günlük süt almak üzere anlaşma yapıldığında, eğer anlaşılan miktar teslim edilmeden mal tükenirse, satıcının, para üstünü ödemesi ya da alıcının, kalan para ile başka bir şey satın alması gerektiğini söylemektedir. Bir şey üzerinde anlaşmadan ayrılırlarsa borcun borç karşılığında satımı gerçekleşir hükümünü vermektedir. Bu ikinci anlaşmanın belli bir vade üzerine ve vasıfları belli bir mal üzerine yapılmasını ise onaylamaktadır. Açıkça anlaşılacağı üzere burada yasaklanan durum, peşin parası verilmiş ve satıcının uhdesinde bir borç sabit olmuş iken, alınacak mal üzerinde anlaşma yapılmaksızın alıcı ile satıcının ayrılmasıdır.

İmam Malik *Muvatta*'da bir başka yerde ise deynin deyn karşılığında satımı ile ilgili olarak şunları söylemektedir.

b. *“Bir kimse vasıfları belirtilen bir hayvan veya mal hakkında belli bir zaman sonra teslim almak üzere peşin olarak altın veya gümüş vermek suretiyle selem akdi yaparsa, bu müşteri o malı (teslim almadan) aldığı kimseye tayin ettikleri zaman gelmeden önce veya geldikten sonra peşin alacağı herhangi bir mal karşılığında satabilir. Bu malın miktarı, ne kadar olursa olsun fark etmez. Ancak selem yapılan mal, buğday (yiyecek) olursa, onu teslim almadan satmak helal olmaz. Müşteri, henüz teslim almadığı bu malı, başkasına (üçüncü bir şahsa) veresiye bırakmayıp alacağı peşin altın, gümüş veya herhangi bir mal karşılığında satabilir. Eğer veresiye bırakırsa bu doğru değildir. Çünkü bu takdirde, yasaklanan bey'u'l-kâlii b i'l-kâlii kapsamına girer. el-Kâlii bi'l-kâlii şudur: Bir kimsenin bir kimsedeki alacağını, başka birinde olan borcuna karşılık satmasıdır.”⁶¹*

İmam Mâlik burada, vasıfları belli bir canlı veya mal için belli bir vadede teslim almak üzere, peşin olarak ödenen altın veya gümüş ile selem akdi yapıldığında, o mal henüz teslim alınmadan vade öncesinde veya sonrasında peşin herhangi bir ticârî mal karşılığında satılabileceğini söylemektedir. Fakat selem yapılan mal yiyecek olursa, onu teslim almadan satmanın caiz olmadığını söylemekte-

60 Muvatta, “Büyü” 26.

61 Muvatta, “Büyü” 70.

dir. Henüz teslim alınmamış bu malın satıcıdan başkasına peşin altın ya da mal karşılığında satımının da caiz olduğunu fakat vadeli satımının doğru olmadığını ifade etmektedir. Çünkü bu durumda bir şahıstaki alacağını diğer bir şahısta olan borcuna karşılık satmış olur ki bu da mekruhtur. Nitekim deynin deyn karşılığında satımı, bir kimsenin bir şahısta olan alacağını başka birisine borç karşılığında satmasıdır. Yenilip içilmeyen mallar, selem yoluyla satın alındığında bu mallar teslim alınmadan önce para veya mal karşılığında başka birisine satılabilir. Satın aldığı kimseye ise ancak peşin ticârî mal karşılığı satabilir.

Muvatta'da bir başka yerde ise İmam Malik mezkûr konuyla ilgili olarak şunları zikretmektedir:

c. *“Bir kişinin mükâtepe kölesini almak isteyen kişi hakkında bize gelen en güzel hüküm şudur: Eğer bu mükâtebin efendisi dinar veya dirhem karşılığı mükâtebe anlaşması yapmış ise bu mükâtebin satışı mümkün değildir. Ancak peşin olarak ödenmek üzere ticari bir eşya karşılığında satılabilir. Çünkü vâdeli bir sözleşme yapılmışsa (onu satmak) deynin deyn karşılığında satımı anlamına gelir. “Bey’u’l-kâlii bi’l-kâlii ise yasaklanmıştır”⁶².*

Burada ise İmam Malik, mükâtepe kölesiyle dinar ya da dirhem karşılığı anlaşmış olan kişinin, kölesini satmak istediğinde ancak peşin mal karşılığı satabileceği; veresiye mal karşılığı satamayacağını ifade etmektedir. Zira burada veresiye deynin deyn karşılığında satımı gerçekleşir demektir.

İslam hukuk bilginlerinin konuyla ilgili yaptıkları açıklamalara bakılırsa “بيع الكالي بالكالي” hadisininden şu kaideyi çıkarmak mümkündür: “Mali mübadelelerde bedellerden en az birinin peşin, diğer bedelin de ödeme gününün tesbit edilmesi gerekir.” Bedellerden her ikisinin veresiye olması caiz değildir. Veresiyeli alım-satım ve selemde olduğu gibi. Nitekim veresiyeli alım-satımda mebi’ peşin verilir, paranın da ödeme günü tesbit edilir. Ödeme günü tesbit edilmezse akid fâsid olur. Selemde de semen (para) peşin, mebi (müslemün fih) veresiye olmaktadır. Semen peşin verilmezse akid batıl olur. Aynı şekilde müslemün fihin ödeme günü de mecburen tesbit edilir. Özetle, mal ile mal mübadele edildiği zaman bedellerden en az birinin peşinen verilmesi zaruridir. Kaideye “mâlî” kaydının konulması menfaat ile malın mübadelesi demek olan icareyi (kira akdi) hariç bırakmak içindir. Çünkü icarede ücretin peşinen verilmesi zaruri değildir. Menfaat de zamanla hasıl olacağından, sonra teslim edilmiş olur.⁶³

Bayındır da deynin deyn karşılığında satımının caiz olup olmayacağıyla ilgili olarak klasik fıkıh kaynaklarında selem ve istisna’ akitleri dışında genelde malın vadeli olmasının caiz görülmediği, selemde ise bedelin mutlaka peşin olması şartının koşulduğunu ifade etmektedir. Selemde bedel de veresiye olduğunda dey-

62 Muvatta, “Mükâtepe”, 7.

63 Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri*, Konya 2005, s.129.

nin deyn karşılığında satımının söz konusu olacağı ve böyle bir işlemin ise Hz. Peygamber tarafından yasaklandığını, ancak deynin deyn karşılığında satımının yasaklandığını bildiren rivayetin sahih olmadığı konusunda muhaddisler ve fukahalar arasında genel kanaat olduğunu zikretmektedir. Bu rivayetin anlamının kabulü noktasında fakihlerin icma'nının bulunduğu şeklindeki rivayetlerin ise gerçeği yansıtmadığını, çünkü yasaklanan borç satımı uygulamasının mahiyeti hakkında dahi görüş birliği olmadığını kaydetmektedir.⁶⁴

Son dönem araştırmacılarından Darîr de bu konuyla ilgili olarak şunları kaydetmektedir. “Ben ribadan hâlî olması şartıyla deynin borçluya yahut borçlunun dışında birisine, peşin yahut vadeli satılmasının mutlak olarak caiz olduğunu düşünüyorum. Çünkü bu suretlerden herhangi birinin yasak olduğuna dair kendisine itimad edilecek bir nass varid olmamıştır. “Teslime güç yetirilemez” şeklindeki iddia kabul edilemez. Çünkü biz itiraf edilmiş (kabul edilmiş) borçlar hakkında konuşuyoruz, tartışmalı borçlardan değil. Sonra, tarafların deynin satımına ihtiyacı olabilir ve bu işlemde her iki taraf için de açık bir maslahat söz konusu olabilir. Ayrıca deynin deyn karşılığında satılmasının yasaklandığı hususunda icma olduğu görüşü sahih değildir. Nitekim zikrettiğimiz gibi Maliki fakihleri deyn satımının bazı yöntemlerini caiz görürler. Belki haram olduğu hususunda üzerinde icma bulunan, ribanın söz konusu olduğu deyn satım yöntemleridir.”⁶⁵

İslam hukukçuları ilerideki muhtemel bir olay veya zamana bağlı akitleri de malın vadeli olması bağlamında değerlendirmişlerdir. Fıkıh literatüründe ilerideki muhtemel bir olaya bağlanan satım akdine muallak satım akdi “بيع المعلق” bir zamana bağlanan akde ise mudâf satım akdi “بيع المضاف” adı verilir.⁶⁶ Açıkça görüldüğü gibi bu her iki akitte de hem mal hem de bedel veresiyedir ve her iki akit de garar içerdiği, satım akdinin derhal mülkiyetin naklini içermesi ilkesi ile çeliştiği için fukahanın çoğunluğu tarafından caiz görülmemektedir. Modern dönemde konuya ilişkin farklı bir yaklaşım sergileyen Bayındır ise, bu gerekçelerin kıyemî mallar için geçerli olabileceğini, mal vadeli işlem sözleşmelerinde olduğu gibi, misli mallar üzerine yapıldığı takdirde, zamana bağlı satım akdi, vade ve maldaki garar unsurunu içermediğini ifade etmektedir. Zira zaman kesindir, mal ise misli olduğundan zimmette vasıflarıyla sabit olur.⁶⁷

Fakihlerin çoğunluğu tarafından (kıyemî olsun/misli olsun) mal ve bedelin veresiye olduğu deyn satımının caiz olmadığı ileri sürülmekle birlikte, deyn satım yöntemlerinden “ibtidâu'd-deyn bi'd-deyn” konusunda farklı görüşlerin olduğunu

64 Bayındır, Servet, *İslam Hukuku Penceresinden Vadeli İşlem Sözleşmeleri*, İstanbul 2008, s. 121.

65 Darîr, Sıddik Muhammed Emin, *el-Garar ve eseruhu fi'l-ukud*, Beyrut 1990, s. 334-335.

66 “بيع المعلق” mesela bir kişinin diğerine, “Falanca kişinin, evini bana satması kaydıyla ben de evimi sana binê sattım” deyip diğerinin “kabul ettim” demesi; “بيع المضاف” ise birinin diğerine “Şu evimi gelen ayın başından itibaren geçerli olmak üzere şu fiyata sana sattım” deyip diğerinin, “kabul ettim” demesi ile gerçekleşen akittir. (Darîr, *el-Garar*, s. 158, 166.)

67 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayındır, “Katılım Bankacılığı İçin Yeni Bir Ürün Olarak Mal (Emtia) Vadeli İşlem Sözleşmeleri ve Fikhi Açından İncelenmesi”, s. 23-24.

ifade eden Bayındır, devamla Zürkânî (v. 1122/1710)'nin şöyle dediğini nakletmektedir: Deynin deynle satımı konusu gerçekte üç kısma ayrılır: İki keskinlikle yasaklanmıştır. Yasaklananlardan biri, “önceden sabit olan bir borcun yerine başka bir borç ikame edilmesi” (فسخ الدين في الدين), diğeri ise “her ikisi de önceden sabit olan borçların takas edilmesi” (بيع الدين بالدين) dir. Üçüncüsü ise caizdir ki o da “yeni kurulan bir akitte bedellerin vadeli olarak ödenmesinin şart koşulması” (ابتداء الدين بالدين) dir.⁶⁸ Bu ifadelerden Zürkânî'nin misli nitelikteki mal ve bedelin her ikisinin de vadeli olduğu deyn satım yöntemini caiz gördüğü anlaşılmaktadır.

Borcun borç karşılığında satımı türlerine baktığımızda karşımıza beş suretin çıktığını görmekteyiz. Şimdi sırasıyla bu borç satım türlerinin neler olduğunu açıklamaya ve İslam Hukuku bilginlerinin bu muameleler hakkındaki görüşlerini vermeye çalışacağız.

E. BORCUN BORÇ KARŞILIĞINDA SATIMI TÜRLERİ

1. Deynin Deyn Karşılığında Satımı Türleri

a. Henüz Zimmette Sabit Olmamış İki Deynin Birinin Diğeri Karşılığında Satımı

Bir kimsenin zimmetinde sabit olan veresiye bir malı, yine zimmetinde sabit olan veresiye bir bedel karşılığında satın alması örneğinde olduğu gibi⁶⁹. Diğer bir ifadeyle önceden birbirlerine borcu olmayan iki tarafın, zimmetlerinde belirledikleri şeyleri vadeli şekilde değiştirerek birbirlerine borçlanmalarıdır. Mesela bir kimsenin, bir ay sonra teslim edilmek; borcu da bir ay sonra ödenmek üzere bin liraya bir ton buğday satın alması gibi. Buğday ve para zimmette sabit olan mallardandır. Bu işlem sonucunda bir taraf zimmetindeki buğdaydan oluşan deyn (misli malı), başka zimmetteki paradan oluşan deyn (misli mal) karşılığında satmış olur. Böylece bir ton buğday bayı”in zimmetinde; bin lira ise müşterinin zimmetinde bir deyn haline gelmektedir. Ve böylece iki deynden birinin, diğeri karşılığında satımı gerçekleşmiş olmaktadır⁷⁰. Görüldüğü gibi burada satıcı ve müşteri arasında daha önceden herhangi bir muamele söz konusu değildir. Yeni kurulan bir akitte bedellerin vadeli olarak ödenmesi şart koşulmaktadır⁷¹.

Sübki'ye göre yasaklandığı konusunda icma edilen deyn satımı, “birinin zimmetinde alacağı olan kişinin bu alacağını, yine aynı borçlunun zimmetinde vasıf veya miktar bakımından farklı bir alacağa dönüştürmesi”⁷² işlemidir. Sübki'nin bu ifadelerinden anlaşılmaktadır ki yasaklandığı konusunda icma olan deyn satımı

68 Bayındır, *Vadeli İşlem Sözleşmeleri*, s. 102.

69 Hammad, Nezihi, *İktisadi Fıkıh Terimleri* (terc. Recep Ulusoy), İstanbul 1990, s. 196,

70 el-Usmâni, “Bey'ud-deyn ve'l-evrâki'l-mâliyye ve bedâilühe's-şer'iyye”, *Mecelletü'l-Mecma'i'l-fıkhi'l-İslâmi*, 1998, sy. 11, I, 60.

71 Durmuş, *Fıkhi Açından Günümüz Para Mübadelesi İşlemleri*, s. 82.

72 Sübki, *Tekmiletü'l-Mecmâ*, X, 106.

(ابتداء الدين بالدين) “yeni kurulan bir akitte bedellerin vadeli olarak ödenmesinin şart koşulması” olmayıp, yalnızca (فسخ الدين في الدين) “önceden sabit olan bir borcun yerine başka bir borç ikame edilmesi”, ve bey'ud-deyn bi'd-deyn (بيع الدين بالدين) “her ikisi de önceden sabit olan borçların takas edilmesi” yöntemleridir.

Malikiler bu tür deyn satımını “ibtidâu'd-deyn bi'd-deyn” (ابتداء الدين بالدين)⁷³ “yeni kurulan bir akitte bedellerin vadeli olarak ödenmesinin şart koşulması” diye isimlendirmektedirler. İbn Teymiye (v.728/1328) bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî'in manasının yalnızca bu (ibtidâu'd-deyn bi'd-deyn), olduğunu ve icma ile yasaklananın sadece bu olduğunu söylemiştir. İbn Kayyım da bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî'in manasını yalnızca ibtidâu'd-deyn bi'd-deyne hasretme hususunda hocası İbn Teymiye ile aynı görüşü paylaşmaktadır⁷⁴.

Mal ve bedelin aynı anda vadeli olmasının Kur'ân-ı Kerim'deki müdâये aye-tiyle de örtüştüğü ileri sürülmektedir. Buna göre ilgili ayette “يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ” “Ey İnananlar! Birbirinize belirli bir süre için borçlandığınız zaman onu yazınız”⁷⁵ Buradaki “Bir borçla karşılıklı olarak birbirinize borçlandığınızda” ifadesindeki borçlanma işleminin tefâ'ul kalıbıyla geldiği ve bu kalıbın, eylemin gerçekleşmesinde iki veya daha fazla tarafın ortaklığının bulunduğu delalet ettiği söylenmektedir. Dolayısıyla bu ayetten hareketle, vadeli işlem sözleşmelerinde olduğu gibi, mal ve bedelin vadeli olduğu bir ticari işlemin süre, kayıt ve şahitlikle ilgili kurallara riayet edilmek şartıyla caiz olduğunun ileri sürülebileceği ifade edilmekte, bununla birlikte belli başlı ahkam tefsiri müelliflerinin ayetten böyle bir anlam çıkarılamayacağını söylediklerine dikkat çekilmektedir.⁷⁶

İbn Kayyım (v. 751/1350) bu suretle ilgili olarak şöyle söylemektedir: Bu işlemden satıcı ve alıcının zimmetlerinin aynı anda faydasız yere meşgul edilmesi söz konusudur. Çünkü ne satıcı malı teslim etmekte ki müşteri faydalansın ne de müşteri malı teslim almaktadır ki satıcı, sattığı malın kârıyla faydalansın. Böyle bir akdin ise taraflara hiçbir faydası yoktur.⁷⁷

İbn Kayyım el-Cevziyye'nin, satılan malın ve satış bedelinin vadeli olmasının caiz sayılmamasını, akdin her iki tarafının zimmetlerinin faydasızca meşgul edilmesine bağlaması eleştirilmektedir. İbn Kayyım'ın bu yorumu kendi dönemi için geçerli olsa da bugün itibarıyla ticari hayatın tamamen borç üzerine kurulduğuna vurgu yapılmaktadır. Nitekim müşteri konumundakilerin, ödeyecekleri meblağı vadeli ödemeyi tercih ettikleri; satıcıların ise gelecek birkaç ayın hatta yılın satışlarını garantiye almaya çalıştıkları ifade edilmektedir. Dolayısıyla burada, günümüz

73 Nitekim Malikiler bey'u'l-kâlî bi'l-kâlî'yi, ibtidâu'd-deyn bi'd-deyn (ابتداء الدين بالدين), feshu'd-deyn fi'd-deyn (فسخ الدين في الدين) ve bey'ud-deyn bi'd-deyn (بيع الدين بالدين) diye üç kısma ayırmaktadırlar. Bkz. Haraşi, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah el-Maliki (1101/1689), *el-Haraşi ala Muhtasari Seyyidi Halil*, Beyrut t.y., V, 76.

74 Hammad, *Beyu'l-kâlî bi'l-kâlîi (Beyu'd-deyn bi'd-deyn) fi'l-fıkhî'l-islami*, s. 14.

75 Bakara, 2/282.

76 Bayındır, “Katılım Bankacılığı İçin Yeni Bir Ürün Olarak Mal (Emtia) Vadeli İşlem Sözleşmeleri ve Fıkhî Açidan İncelenmesi”, s. 37-38.

77 İbn Kayyım, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, II, 10.

şartları göz önüne alınarak zimmetlerin faydasızca meşguliyetinden söz etmenin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.⁷⁸

Hem malın hem de malın bedelinin vadeli olmasının nesîe ribasına yol açabileceği ve bundan dolayı yasaklanması gerektiği yönündeki açıklamaların çok isabetli olmadığı ileri sürülmektedir. Çünkü istenirse veresiye satım ve selem sözleşmelerinin de nesîe ribasına sebep olabileceği ifade edilmektedir.⁷⁹

Karafi (v. 684/1285), bu konuyla ilgili olarak şöyle demektedir: Bey’u’d-deyn bi’d-deyn yasaktır. Bunun delili Nebi (s.a)’in bey’u’l-kâlî bi’l-kâlî’yi yasaklamış olmasıdır. Burada şu kaide vardır: Şârî Teala tarafların arasını düzeltmeyi, fesada ve fitneye götüren yolları ise kapatmayı istemektedir. Öyleki Nebi (s.a) bu konunun önemine binaen mübalağa ile şöyle buyurmuştur: “*Birbirinizi sevmedikçe cennete giremezsiniz.*”⁸⁰ Muamele iki tarafın da zimmetini meşgul ettiği zaman, her iki taraf da kendi alacağını istemeye yönelecek, bu da aralarındaki husumetin ve düşmanlığın artmasına sebep olacaktır. Bundan dolayı bu muamele yasaktır.⁸¹

Bu delillendirmenin çok doğru olmadığını ifade eden Hammâd, bu muamelelenin zorunlu olarak taraflar arasında düşmanlığın ve husumetin artmasına sebep olmayacağını, çünkü iki deyn de zimmette belirli (mazmûn) olduğu zaman ve teslim gücü yetirme şartları tahakkuk ettiği zaman böyle bir problemin yaşanmayacağını ileri sürmektedir.⁸²

Bazı İslam Hukukçuları deynin deyn karşılığında satımının bu suretinin yasak olduğuna dair icmâ olduğunu ifade etmişlerdir. Örneğin Şâfi (v. 204/819), Ahmed b. Hanbel (v. 241/855), İbn Münzir (v. 320/932) ve İbn Rüşd (v. 595/1198) bu muamelelenin caiz olmadığına dair icmâ olduğunu zikretmişlerdir⁸³.

Evzâ’î (v. 157/774) ve İbn Şübrüme (v. 144/761) ise deynin deyn karşılığında satımının bu suretinin caiz olduğunu savunmaktadırlar.⁸⁴

Deynin deyn karşılığında satımının caiz olduğunu savunanların delilleri:

“*Câbir b. Abdillâh (r.a.)’dan rivayet olunduğuna göre, O, yorgun düşen bir deve üzerinde gidiyordu. Nebi (s.a) ona ulaştı deveye vurdu ve O’na dua etti. Deve bir yürüdü ki öylesine hiç yürümemişti. Nebî (s.a) “bunu bana bir ukiyyeye⁸⁵ sat” buyurdu. “hayır” dedim. O, “bunu bana bir ukiyyeye sat” buyurdu. Ben de onu bir*

78 Aktepe, *Faiz ve Finansman Hadisleri*, s. 201.

79 Aktepe, *Faiz ve Finansman Hadisleri*, s. 201-202.

80 Beyhakî, *Şuabu’l-imân*, Riyâd 2003, XI, 181.

81 el-Kârâfi, *el-Furûk*, III, 290.

82 Hammâd, *Beyu’l-kâlî bi’l-kâlî*, s. 18.

83 İbnü’l-Münzir, Ebû Bekr Muhammed b. İbrâhim en-Nisaburi, *el-İcma’*, (thk. Abdullah Ömer Bârûdî), Beyrut 1986, s. 104; Türbân, Halid Muhammed, *Bey’ü’d-deyn: ahkâmuhu ve tatbikâtühü’l-muâsıra*, Ezher 2003, s. 56.

84 Türbân, *Bey’ü’d-deyn: ahkâmuhu ve tatbikâtühü’l-muâsıra*, s. 55.

85 Ukiyye: Tartılan şeye nisbetle miktarı farklı olan bir tartı ölçü birimi. Altın ve gümüş dışındaki şeyler için ukiyye 40 dirhem (127 gr.); gümüş için ukiyye 40 dirhem ancak biraz hafif olduğundan 119 gr. eder; altın için 7.5 miskal (29.75 gr.)dır. (Bkz. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 2005, s. 585)

ukiyyeye Nebî'ye sattım ve taşıdığı yükü aileme ulaştırmasını şart koştum. Aileme ulaştığımızda deveyi Nebî'ye verdim. Bana bedelini verdi ve sonra ayrıldım. Nebî (s.a) ardından birini göndererek "Deveni alayım diye seni sıkıştırdım mı? Deveni al o senindir" buyurdu"⁸⁶.

Deynin deyn karşılığında satımının caiz olduğunu iddia edenler bu hadiste geçen satışın Hz. Peygamber (s.a)'in seferlerinin birinde gerçekleştiğini, bu satışta Câbir'in (r.a.) deveyi Medine'de teslim etmeyi şart koştüğünü ve aynı şekilde Hz. Peygamber'in de parayı Medine'de teslim etmeyi şart koştüğünü söylemektedirler. Buna göre, mebi' (ki o devedir) Câbir'in zimmetinde borç olmaktadır ve para da Nebi (s.a)'in zimmetinde borç olmaktadır. Bunun da deynin deyn karşılığında satımının caiz olduğuna delalet ettiğini söylemektedirler⁸⁷.

Remli (v. 1004/1596) ise hem mal hem de semenin veresiye olduğu deynin deyn karşılığında satımının bu sureti hakkında şöyle demektedir: Ra'su'l-mâl'in -ki o, paradır- akit meclisinde teslim edilmesi gerekmektedir. Eğer ra'su'l-mâl geciktirilecek olursa yani zimmette olursa o zaman bey'u'd-deyn bi'd-deyn olmuş olur. Selemde zaten garar vardır (çünkü mal veresiyedir ve henüz mevcut değildir) ona bir de ra'su'l-mâl'in geciktirilmesi gararı eklenemez. Dolayısıyla ra'su'l-mâl'in peşin ödenmesi gerekmektedir.⁸⁸ Diğer bir ifadeyle selem akdi ihtiyaca binaen tecviz edilmiş garar akdidir, dolayısıyla buna başka bir garar daha eklenemez.

Bu delillendirmenin doğru olmadığını ifade eden Hammad, bu görüşün doğru bir esasa dayanmadığını söylemektedir. Ona göre selem, hukuki şartları gerçekleştiği zaman, akdi ifsâd edecek fâhiş garar barındırmamaktadır. Selem caiz olması ihtiyaca binaen kıyasın hilafına değildir. Bilakis doğru olan, selem kaidelere ve usullere uygun olmasına binaen caiz olduğudur. Çünkü o, zimmette belirli, vafedilmiş ve genellikle teslimine güç yetirilebilecek bir şeyin satılmasıdır. Garar onda bağışlanacak (yasak olmayacak) derecede azdır.⁸⁹

Mal ve semenin vadeli olması kararlaştırılıp mal ya da semenin vadesinde teslim edilmediğinde nizaya sebep olabileceği, akdin bu anlamda garar içerdiği yolundaki açıklamaların isabetli olmadığı ifade edilmektedir. Çünkü mal ya da semenin vadeli olduğu akitlerde de bir miktar garar bulunduğu, hatta mal peşin semen vadeli veya semen peşin mal vadeli sözleşmelerdeki aldanma riskinin, hem mal hem de semenin vadeli olduğu bir akde göre daha fazla olduğu ileri sürülmektedir. Çünkü semen ya da malı peşin teslim eden tarafın, artık karşı tarafın borcunu ödemesini bekleyeceği, halbuki iki bedelin de aynı vadeye bağlandığı bir akitte bu anlamda bir riskin bulunmadığı ifade edilmektedir.⁹⁰

86 Buhari, "Şürû't", 4; Müslim, "Müsâkât", 3.

87 Türban, *Bey'ü'd-deyn: ahkâmuhu ve tatbikâtühü'l-muâsıra*, s. 57.

88 Remli, Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensâri, *Nihayetü'l-muhtac ila şerhi'l-minhac*, Beyrut 1984, IV, 184.

89 Hammad, *Beyu'l-kâlii bi'l-kâlii*, s. 19.

90 Aktepe, *Faiz ve Finansman Hadisleri*, s. 201-202.

Aktepe, hükmün kaynağını teşkil eden rivayetin zayıf olduğu ve anlamı da açık olmadığı için vadeli bedel ile vadeli malın satın alınmasını yasaklayabilecek güçte olmadığını ifade etmektedir. Bugün gelecek altı ay ya da bir yıllık üretimini planlamak durumunda olan ve dolayısıyla hammadde alımı için bağlantılar kurmak zorunda kalan pek çok şirketin vadeli bedel ile vadeli mal alım satımı yaptığına işaret etmektedir. Bunun caiz olmadığını söylemek için daha güçlü bir argümana ihtiyaç bulunduğunu zikretmektedir. Ayrıca bu şirketlerin yaptıkları vadeli bedelle vadeli mal alımı sözleşmeleriyle faydasızca zimmetlerine borç yüklediklerini söylemenin de makul olmadığını, çünkü milyonlarca dolar değerindeki firmaların hiçbir faydası olmayacak bir sözleşmeye taraf olmalarının düşünülmemeyeceğini kaydetmektedir. Dolayısıyla veresiye olarak teslim alınacak bir malın yine veresiye olarak ödenecek semen mukabili satımında bir beis olmaması gerektiğini ifade etmektedir.⁹¹

Değerlendirme

Deynin deyn karşılığında satımının en yaygın örneği bu birinci surettir. Burada, daha en baştan, hem mal hem de malın bedeli vadeye bağlanmaktadır. İslam hukuk bilginlerinin böyle bir alım satımın caiz olmadığı konusunda görüş birliği içinde olduğu nakledilmektedir.⁹² Bu konuda Merğînânî (v. 593/1197) de “Alıcı ile satıcı ayrılmadan önce semen teslim alınmamışsa selem sahih olmaz. Çünkü semen nakid cinsinden ise bu durumda deynin deyn karşılığı vadeli satımı gerçekleşmiş olur. Hz. Peygamber veresiyenin veresiye karşılığı satımını yasaklamıştır.” demektedir.⁹³

Bu konuda İbn Kayyım da hem mal hem de bedelin vadeli olmasının caiz olmadığını, çünkü her iki tarafın zimmetlerinin faydasızca meşgul edildiğini söylemektedir.⁹⁴ Fakat İbn Kayyım’ın bu gerekçelendirmesi eleştirilmekte, günümüz ticaret hayatının tamamen borç üzerine kurulduğu, müşteri konumundakilerin, ödeyecekleri meblağı vadeli ödemeyi tercih ettikleri ve satıcıların da gelecek birkaç ayın hatta yılın satışlarını garantiye almaya çalıştıklarına vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla günümüz şartlarında bu muamelede zimmetlerin faydasızca meşguliyetinden söz etmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.⁹⁵

Ayrıca İbn Kayyım’ın ileri sürmüş olduğu bu gerekçenin anlaşılmasız olduğu, çünkü zimmetlerin herhangi bir borç ile meşgul edilmesi durumunda bunun faydalı mı yoksa faydasız mı olduğuna karar verecek olanların akdi yapan tarafların

91 Aktepe, *Faiz ve Finansman Hadisleri*, s. 202.

92 Hammad, *Beyu’l-kâli bi’l-kâlii*, s. 14.

93 el-Merğînânî, Ebü’l-Hasan Burhanuddin Ebul Hasen Ali b. Ebubekr, *el-Hidâye şerhu Bidayeti’l-mübtedi*, İstanbul 1986, II, 82.

94 İbn Kayyım, *İ’lâmu’l-muvakkîn*, II, 10.

95 Aktepe, *Faiz ve Finansman Hadisleri*, s. 201.

olduğu ileri sürülmektedir. Eğer bedellerin her ikisinin de vadeli olmasını yasaklayan kat'i bir delil yoksa, bu gerekçeyle bedellerin her ikisinin de vadeli olduğu işlemleri yasaklamanın doğru olmadığı ifade edilmektedir.⁹⁶

Günümüzde misli nitelikli mallar üzerine yapılan vadeli işlem sözleşmelerinde mal ve bedel vadeli olduğu gerekçesiyle bu akitlerin mutlak anlamda caiz olmadığını ileri sürmenin mümkün olmadığını kaydeden Bayındır, çağdaş araştırmacıların bu akitlerle ilgili görüş belirleme sürecinde temel aldıkları uygulamaların fıkıhtaki hükmü konusunda fukahanın ortak bir kanaate sahip olmadığını ifade etmektedir. Bundan dolayı faiz, ğarar vb. fikhın yasakladığı unsurları içermemek kaydıyla, fiziksel teslimle sona eren mal vadeli işlem sözleşmelerinin cevazı yönündeki görüşlerin nicelik bakımından az olsa da, nitelik bakımından daha isabetli olduğunu, zira aksi istikametteki görüş sahiplerinin çekincelerinin, çeşitli vesilelerle izah edilen, günümüz mal vadeli işlem sözleşmelerinin yapısı ile örtüşmediği gibi sağlam delillere de dayanmadığını, oysa aleyhte görüşlerin yasak koyucu nitelikte olduğunu, eşyada aslolanın ibaha olduğunu, bu nedenle bir uygulamayı yasaklamaya yönelik hükümlerin mutlaka sağlam delillere dayanması gerektiğini zikretmektedir.⁹⁷

Görüldüğü üzere fukaha satılan fert olarak muayyen malın tesliminin ertelendiği akdi caiz görmemektedirler. Buna göre fukaha mal ve bedelin her ikisinin ertelendiği akitleri evleviyetle caiz görmemektedirler. Fakat günümüzde konuya farklı bir yaklaşım sergileyen bayındır, fiziksel teslimle sona eren mal vadeli işlem sözleşmelerinin cevazı yönündeki görüşlerin nicelik bakımından az olsa da nitelik bakımından daha isabetli olduğunu zikretmektedir.

Durmuş ise bu suretin yasaklanmasında farklı bir sebep aranması gerektiğini ileri sürmektedir. O, vadeli işlem sözleşmelerini, "ibtidâ'ud-deyn bi'd-deyn" yasağı açısından değerlendirirken yukarıda zikredilen gerekçelerin hiçbirisinin, deynin deyn karşılığında satımının modern dönemdeki uzantısı olan döviz forward⁹⁸ ve döviz future⁹⁹ işlemlerinde bulunmadığını kaydetmektedir. Ona göre "ibtidâ'ud-deyn bi'd-deyn" in yasak olmasının daha esaslı bir gerekçesi bulunmalıdır ki bu da akitlerde esas olan, "karşılıklı rıza" unsurunun zedelenmesidir. Çünkü Kuran'da ve hadislerde akitlerde rızanın önemine vurgu yapılmıştır. Her iki bedelin de vadeli olduğu işlemlerde ise vade tarihinde fiyatlarda/kurlarda meydana gelecek farklılıklar sebebiyle rıza unsuru zedelenmiş olmaktadır.¹⁰⁰

96 Aktepe, *Faiz ve Finansman Hadisleri*, s. 201.

97 Bayındır, *Vadeli İşlem Sözleşmeleri*, s. 107.

98 Döviz forward işlemi: Önceden belirlenmiş bir kur ile, her iki bedelin belirlenmiş vadede teslimini içeren döviz alım-satım sözleşmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş, *Para Mübadelesi İşlemleri*, s. 57-59.

99 Döviz future işlemi: Döviz future işlemi, miktarı ve şartları işlemin gerçekleştirildiği borsa tarafından belirlenmiş olan, her iki tarafı da bağlayıcı nitelikteki vadeli döviz alım satım sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş, *Para Mübadelesi İşlemleri*, s. 59-66.

100 Durmuş, *Para Mübadelesi İşlemleri*, s. 83-84.

b. Zimmette Sabit Olan Bir Alacağı (Deyni) Kendi Cinsinin Dışında Bir Borç Mukabilinde Veresiye Olarak Borçluya Satmak

Bu durumda deynin sahibi yine borçlunun kendisidir. Satıcı ise alacaklı durumundadır. Malikiler bunu “önceden sabit olan bir borcun yerine başka bir borç ikame edilmesi” (فسخ الدين في الدين) şeklinde değerlendirmektedirler.¹⁰¹

Deynin satımının bu sureti Mutarrizî tarafından “nesî’ın nes’i’e (النسيئة بالنسيئة) karşılığında satımıdır, nesî’ın nes’i’e karşılığında satımı ise bir şahsın üzerinde bir deynin olduğu, deynin vadesi geldiğinde borçlunun alacaklıdan, deyni belli bir vadeye kendisine satmasını istemesidir.” şeklinde açıklanmıştır.¹⁰² İmam Sübkî (v. 756/1355) yasaklandığına dair icma’ olan suretin sadece bu olduğunu söylemiştir.¹⁰³

Bunun bir başka örneği ise bir şahsın diğer bir şahıs üzerinde selem akdi dışında buğday alacağının olması ve alacaklının o buğdayı borçluya belli bir miktar para karşılığında bir ay sonra ödemesi üzere satmasıdır. Bu muamelenin caiz olmadığı, çünkü bunun, bey’u’l-kâlii bi’l-kâlii kapsamına dahil olduğu nakledilmektedir. Bu suretin yasak olmasının delili ise bu muamelenin ribân-nesî’e’ye (erteleme, vade faizi) yol açıyor olmasıdır.¹⁰⁴

Deynin deyn karşılığında satımının bu suretinde, bir şahsın üzerinde bir deynin olduğu, deynin vadesi geldiğinde borçlunun alacaklıdan, borcunda artırmaya gitmek suretiyle borcunu belli bir vadeye kendisine satmasını istemesi söz konusudur. Bu durumda borcun sahibi yine borçlunun kendisidir. Satıcı ise alacaklı durumundadır. Malikiler bunu “önceden sabit olan bir borcun yerine başka bir borç ikame edilmesi” (فسخ الدين في الدين) şeklinde değerlendirmektedirler. Bu muamelenin de açıkça faizli bir işlem olduğu görülmektedir.

c. Zimmette Sabit Olan Bir Alacağı (Deyni), Veresiye Olarak Biraz Fazlasıyla Borçlunun Kendisine Satmak

Cahiliye döneminde meşhur olan yöntem budur. Borçlu ya borcunu öder ya da ribaya girer. Bu durumda eğer borç ödenmezse, borcun miktarında artırmaya gidilmesi karşılığında vadesi ertelenir.¹⁰⁵

İbnü’l Esîr (v. 606/1210) bu suretle ilgili olarak şöyle demektedir: Nesî’ın nesî’e karşılığında satımı (en-nesî’e bi’n-nesî’e) şudur: Bir şahıs vadeli olarak bir şey satın almaktadır. Vade dolup parayı ödeme vakti geldiğinde elinde borcunu ödeyecek para bulamayıp alacaklısına şöyle der: “Onu (deyni) artırarak belli bir

101 Hammad, *İktisadi Fıkh Terimleri*, s. 197.

102 el-Mutarrizî, Ebü’l-Feth Burhaneddin Nasır b. Abdüsseyyid b. Ali Mutarrizî, *el-Mugrib fi tertibi’l-mu’rib*, Beyrut 1910, s. 412.

103 Hammad, *Beyu’l-kâlii bi’l-kâlii*, s. 20.

104 Hammad, *Beyu’l-kâlii bi’l-kâlii*, s. 20.

105 Zuhaylî, *Bey’u’d-deyn fi ş-şeriatil-İslâmiyye*, s. 14-15; Hammad, *İktisadi Fıkh Terimleri*, s. 197.

vadeye bana sat.” (yani bu deyni şimdi benden isteme daha sonra sana daha fazla-
sıyla ödeyeyim). Bunun üzerine alacaklı deyni borçluya satıyor ve aralarında kabz
(ele geçirme) da gerçekleşmiyor.¹⁰⁶

Muhammed İliş (v. 1299/1882) ise deynin satımının bu suretiyle ilgili olarak
şöyle demektedir: Vadesi gelmiş yahut vadesi yaklaşmış olan bir deynin uzak bir
tarihe ertelenip deynin aynı cinsinin, eşitinin (müsavi) yahut daha azının alınması
önceden sabit olan bir borcun yerine başka bir borç ikame edilmesi (فسخ الدين في
الدين)¹⁰⁷ değildir. Bilakis bu, mücerret olarak ertelemedir yahut deynin bir kısmını
indirerek ertelemedir. Bu ise bilinen, kendisine teşvik edilen bir davranıştır. Yasak
olan ise vadesi gelmiş deynin, kendi cinsinden olmayan bir şey karşılığında yahut
miktarından daha fazlasını isteme karşılığında yapılan ertelemedir.¹⁰⁸

Deynin satımının bu suretinin yasak olmasının sebebi, bu muamelenin, Cahili-
yye döneminde insanların yapmış oldukları açık (celî) ribâ'n-nesî'e'yi içeriyor ol-
masıdır. Nitekim Cahiliyye döneminde alacaklı borçluya “Borcunu ödeyecek mi-
sin yoksa artıracak mısın” (أتقضي أم تربي) diyordu. Eğer borçlu borcunu ödeyemezse,
alacaklı borcu biraz daha artırarak vadesini uzatıyordu ve vadeyi her uzattığında
borcu biraz daha artırılıyordu. İslam bu muameleyi kat'i bir şekilde haram kılmış-
tır.¹⁰⁹

Deynin deyn karşılığında satımının bu suretinde, vadeli bedelle satın alınan
bir malın, vâde sonunda bedelini ödeyememe durumu hasıl olduğunda, deynin
ileriki bir tarihe ertelenip deynin miktarında da artırılmaya gidilmesi söz konusu-
dur. Görüldüğü üzere aslında burada bir alım satım değil, vâdesi dolmuş bir deyn-
nin artırılarak ileriki bir tarihe ertelenmesi gerçekleştirilmektedir. Bu muamele ise
açıkça faizli bir işlemdir.

d. Zimmette Sabit Olan Bir Alacağı (Deyni) Borçlunun Dışında Birisine Veresiye Olarak Satmak

Kâsânî (v. 587/1191) deynin, borçlunun dışında birine satılmasıyla ilgili olarak
şöyle demektedir: “Deynin, borçlunun dışında birine satılması caiz değildir. Çün-
kü deyn ya zimmette hükmi bir maldan ibarettir ya da malı temlik ve teslim etme

106 İbnü'l-Esir, Ebü's-Saadat Mevdüddin Mübarek b. Muhammed, *en-Nihaye fi garibi'l-hadis ve'l-eser*, (thk. Tahir Ah-
med Zavi, Mahmûd Muhammed Tanahi), Kahire 1963, IV, 194.

107 Feshu'd-deyn fi'd-deyn (فسخ الدين في الدين), borçlunun zimmetindeki deynin, kendi cinsinden olmakla beraber daha
fazla bir deyn karşılığında belli bir vadede ödenmek üzere feshedilmesi yahut borçlunun zimmetindeki deynin,
kendi cinsinin dışındaki bir şey karşılığında belli bir vadede ödenmek üzere feshedilmesidir. Mesela on dirhem
on beş dirhem karşılığında feshedilmesi veya bir ticari eşya (araz) karşılığında feshedilmesidir. Ancak on dirhem
ertelenirse veya on dirhemden bir dirhem düşülerek dokuz dirhem ertelenirse bu, fesih (feshu'd-deyn fi'd-deyn)
değildir. Bilakis bu, salt vadeyi uzatma yahut indirim yaparak vadeyi uzatmadır. Çünkü zimmette olanı ertelemek
yahut zimmette olanın bir kısmını ertelemek fesih değildir. Gerçekte fesih, zimmette olan şeyin başka bir şeye inti-
kal etmesidir (yani zimmette olan şeyin değişmesidir). (Haraşi, *el-Haraşi ala Muhtasari Seyyidi Halil*, V, 76.)

108 Muhammed İliş, *Şerhu minahi'l-celil ala muhtasari'l-allame Halil*, *Teshilu minahi'l-celil*, Kahire 1877, II, 562.

109 Hammad, *Beyu'l-kâlii bi'l-kâlii*, s. 21.

fiilinden ibarettir. Bu iki deynden her biri satıcı için teslim gücü yetirilemeyecek bir şeydir. Teslime gücü yetirebilme ise akdin kuruluş (in'ikâd) şartlarındandır. Dolayısıyla satıcı eğer teslimi borçluya şart koşsa akid fâsid olur. Çünkü teslimi satıcının dışında birisine şart koşturmak fâsid bir şarttır. Fakat deynin borçluya satılması caizdir. Çünkü yukarıda deynin satımına mani olan “teslime gücü yetirememesi” idi. Burada ise teslim ihtiyacı yoktur.”¹¹⁰

Malikiler Bey'u'l-kâlii bi'l-kâlii'in bu suretini deynin deyn mukabilinde satılması (bey'u'd-deyn bi'd-deyn) olarak isimlendirmektedirler. Onlar bu surete böyle yaklaşımlarında “bir şeye, yakın olduğu şeyin hükmü verilir” (ما قارب الشيء يعطى حكمه) prensiplerine dayanmaktadır. Bu prensibe göre paranın bir iki gün geciktirilmesini caiz görmektedirler ve bu bir iki gün geciktirmeyi peşinmiş gibi kabul etmektedirler.¹¹¹

Mâlikiler bey'u'l-kâlii bi'l-kâlii'in bu suretinin haram olduğunu söyledikleri gibi Hanefiler, Şafiler ve Hanbeliler de bu suretin meşru olmadığını ifade etmektedirler.¹¹²

Deynin satımının bu suretinin yasak olduğunu söyleyen Malikiler, bu yasaklığın, zimmette sabit olan bir alacağın, borçlunun dışında birisine veresiye olarak satılmasıyla kayıtlı olduğuna (sınırlı) dikkat çekmişlerdir. Yok böyle olmayıp, alacağın, borçlunun dışında birisine vadeli bir ayn karşılığında yahut belirli bir şeyin menfaati karşılığında satıldığı zaman bunun caiz olduğunu ifade etmektedirler. Çünkü onlara göre bu son şekilde olduğu zaman deynin deyn karşılığında satılması (bey'u'd-deyn bi'd-deyn) olmamakta, aksine deynin ayn karşılığında satılması (bey'u'd-deyn bi'l-ayn) olmaktadır.¹¹³

Deynin satımının bu suretinin caiz olmamasının illeti satıcının alacağını müşteriye teslim etmeye gücü yetirememesinden kaynaklanan garar'dır. Çünkü o, alacağını borçlunun dışında birisine satmaktadır. Malumdur ki akdin konusunun (mahallu'l-akd, mebi') teslim edilmeye muktedir bir şey olması bey'in sıhhat şartlarındandır.¹¹⁴

İslam Hukukunda akitlerin kuruluş (in'ikâd) şartları sayılırken bunlardan birisinin de mebi'in teslim edilmeye gücü yetirilebilir olması (maktûru't-teslîm) şartı olduğu görülür. Teslimin satıcının dışında birisine şart koşulması ise buna halel getireceği için fâsid bir şarttır. Dolayısıyla teslimin borçluya şart koşulması akid fâsid kılar. Fakat deynin borçluya satılması caizdir. Çünkü yukarıda deynin satımına mani olan “teslime gücü yetirememesi” idi. Burada ise teslim ihtiyacı yoktur. Bununla birlikte alacağı satın alan şahsın, alacağı borçludan kabzettiği zaman ve alacağı satan şahıs da bedeli (ıvaz) mecliste teslim aldığı zaman bu suretin caiz

110 Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'î' fî tertîbiş-şerâ'î'*, VI, 572.

111 Zuhaylî, *Bey'u'd-deyn fiş-şerâti'l-İslâmiyye*, s. 49; Hammad, *Beyu'l-kâlii bi'l-kâlii*, s. 22.

112 Hammad, *Beyu'l-kâlii bi'l-kâlii*, s. 21.

113 el-Haraşî, *el-Haraşî ala Muhtasari Seyyidi Halil*, V, 77.

114 Hammad, *Beyu'l-kâlii bi'l-kâlii*, s. 22.

olmasına engel bir unsurun olmadığı görülmektedir. Çünkü caiz olmasına engel teşkil eden unsur –ki o, vadeli deynin, misliyle satılmasıdır- taraflar birbirinden ayrılmadan önce ortadan kalkmıştır. Fakat taraflardan birisi dahî kabzetmeden ayrılırlarsa o zaman akit bâtil olur. Neticede deynin satımının bu suretinin caiz olmamasının illeti satıcının, alacağını müşteriye teslim etmeye güç yetirememesinden kaynaklanan garar'dır.

e. Zimmette Sabit Olan Veresiye Bir Alacağı (Deyni) Benzer Bir Deyn Karşılığında Borçlu Üzerinden Satmak

İki kişinin bir kimseden benzer şartlarda alacaklı olmaları durumunda, bu iki alacaklıdan her birinin, aynı borçlu üzerindeki alacaklarını birbirlerine satmaları örneğinde olduğu gibi. Satılan eşyanın cinsi üzerinde anlaşmış olup olmamaları arasında bir fark yoktur.¹¹⁵

Nevevi deynin satımının bu suretiyle ilgili olarak şöyle demektedir: Bir şahsın diğer bir şahıs üzerinde alacağı olsa ve başkasının da bu şahıs (borçlu) üzerinde alacağı olsa (yani iki kişinin aynı şahıstan alacakları olsa) ve bu iki alacaklıdan her birisi diğer alacaklıya alacağını satsa bu muamele caiz değildir. İster alacakların cinsi aynı olsun ister olmasın caiz değildir. Çünkü Nebi (s.a), bey'u'l-kâlii bi'l-kâlii'yi yasaklamıştır.¹¹⁶

Nevevi'nin bu sözünden anlaşılmaktadır ki deynin satımının bu suretinde vadeli iki deynin (alacağın) vade ve miktar bakımından eşit olması yahut bu iki husustan (vade ve miktar) birisi (yani miktarları eşit olup vadelerinin farklı olması veya tam tersi) yahut ikisi (yani deynlerin her ikisinin de vade ve miktar bakımından farklı olması) bakımından da farklı olmaları arasında herhangi bir fark yoktur, her ikisi de caiz değildir.

Deynin satımının bu suretinin yasak olmasının illeti (sebebi), taraflardan her ikisinin de müşteriye satmış olduğu şeyi teslim etmeye güç yetirememe durumundan kaynaklanan garar'dır. Çünkü taraflardan her biri alacağını borçlunun dışındaki birisine satmıştır.¹¹⁷

Yukarıdaki mezkur muamelelerin yasak olma gerekçelerine baktığımızda; muamelelerde genelde garar olması, muamelelerin ribâ'ya götürüyor olması, tarafların faydasız yere birbirinin zimmetini meşgul etmeleri (çünkü karşılıklı kabz bulunmadığı için ne satıcı bedelden, ne de müşteri maldan istifade edebilmektedir) ve satılan şeyin teslimine güç yetirilememesi (ademi makdûri't-teslim) ve bu sebeple ortaya çıkacak olan anlaşmazlıktır.

115 Hammad, *İktisadi Fıkıh Terimleri*, s. 197.

116 en-Nevevi, Ebu Zekeriyya Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmu' şerhu'l-Mühezzeb* (nşr. Adil Ahmed Abdulmevâd vdy.), Beyrut 2002, IX, 275.

117 Hammad, *Beyu'l-kâlii bi'l-kâlii*, s. 23.

Deynin deyn karşılığında satımının bu son suretine baktığımızda burada, iki farklı şahsın aynı şahıstan benzer şartlarda alacaklı olmaları ve bu iki farklı alacaklıdan her birinin aynı borçlu üzerindeki alacaklarını birbirlerine satmalarının söz konusu olduğunu görüyoruz. Nevevî bu sûretin bey' u'l-kâlî bi'l-kâlî kapsamına girdiğini ve bu yüzden caiz olmadığını kaydetmektedir. Hammad da bu çeşit bir muamelenin caiz olmadığını ve bunun yasak olmasının illetinin, taraflardan her ikisinin de müşteriye satmış olduğu malı teslim etmeye güç yetirememeye durumundan kaynaklanan garar olduğunu zikretmektedir. Çünkü ona göre taraflardan her biri alacağını borçlunun dışındaki birisine satmıştır.

Sonuç

İslâm hukuku literatürü incelendiğinde bu literatürün bey' (satım) akdiyle ilgili hükümlerin ele alındığı bölümlerinde bir bey' (satım) sözleşmesi yapılırken mal (mebî) ile bedelin (semen) peşin ya da vadeli olması meselesinin özenle incelendiği görülmektedir. Bu literatürde, bey' akdinde mebi'in (satılan mal) ve semen'in (para) peşin yahut vadeli olması bakımından dört durumun ortaya çıktığı görülmektedir. 1. Her ikisi peşin, 2. Mal peşin bedel veresiye, 3. Mal veresiye bedel peşin, 4. Her ikisi de veresiye.

Birinci suret, insanlar arasında en çok gerçekleştirilen muamele olup bu muamelenin caiz olduğu hususunda İslam hukuk alimleri arasında ittifak vardır. İkincisinin de Kur'an ve Sünnet'te caiz olduğunu ifade eden açık deliller vardır. Üçüncüsüne ise Hz. Peygamber (s.a) tarafından bir takım tedbir ve ta'dillerle izin verildiğini görmekteyiz. Son olarak dördüncü şeklin (ki bu suret bizim konumuzu teşkil etmektedir) hadislerde yasaklandığını görmekteyiz. Bunun yegâne istisnası ise yani hem malın hem de paranın veresiye olmasının yasaklanmasının tek istisnası, istisna' (sipariş akdi, eser sözleşmesi) akdidir.

Nitekim istisna' akdinde hem mal sonradan teslim edilebilmekte hem de para sonradan ödenebilmektedir. Fakat şunu göz ardı etmemek gerekir ki mal yahut mebi'in ikisinden birinin peşin olması gerektiği kaidesi tamamen mali olan mübadelelerde söz konusudur. İstisna' akdi ise tamamen mali mübadele olmayıp hem mal hem de menfaatin söz konusu olduğu bir mübadeledir. Örneğin terziye takım elbise yaptırılırken terziden sadece kumaş değil aynı zamanda onun emeği de satın alınmaktadır. Emek ise menfaattir. Menfaat ile malın mübadelesinin de veresiye olması caizdir.

Bedellerin durumuna göre (mebi' itibariyle) akitler dörde ayrılmaktadır: 1. Aynın ayn karşılığında satımı (bey' u'l-ayn bi'l-ayn), buna literatürde "mukâyada" adı verilmektedir; 2. Aynın deyn karşılığında satımı (bey' u'l-ayn bi'd-deyn), bu, günümüzde de en çok yapılan veresiyeli satıştır; 3. Deynin deyn karşılığında satımı (bey' u'd-deyn bi'd-deyn), buna Hanefiler "sarf" akdini örnek vermektedirler; 4. Deynin ayn karşılığında satımı (bey' u'd-deyn bi'l-ayn), bu ise ıstılahta "selem" diye adlandırılmaktadır.

Bizim asıl mevzumuzu teşkil eden bey'u'l-kâlii bi'l-kâlii (ki bu literatürde "bey'u'd-deyn bi'd-deyn" yani deynin deyn karşılığında satımı diye ifade edilmektedir) şekillerine baktığımızda genel olarak karşımıza beş suretin çıktığını görmekteyiz:

1. Henüz zimmette sabit olmamış bir deyni, yine deyn mukabilinde satmak.
2. Zimmette sabit olan bir alacağı (deyni), kendi cinsinin dışında bir deyn mukabilinde veresiye olarak borçluya satmak.
3. Zimmette sabit olan bir deyni (alacağı), veresiye olarak biraz fazlasıyla borçlunun kendisine satmak.
4. Zimmette sabit olan bir deyni (alacağı), borçlunun dışında birisine veresiye olarak satmak.
5. Zimmette sabit olan veresiye bir deyni (alacağı), benzer bir deyn karşılığında borçlu üzerinden satmak.

Bey'u'l-kâlii bi'l-kâlii'in yukarıda zikretmiş olduğumuz suretlerine baktığımızda sonuç olarak deynin deyn karşılığında satımı temelde üç amaçla yapılmaktadır:

1. Faizciliği gizleyip alım satım görüntüsü altında riba alıp vermek.
2. Başkasının zimmetinde olan bir alacağı borçluya ya da başkasına peşin yahut vadeli satmak.
3. Daha en baştan vadeli mal-vadeli semen üzerinde anlaşma yapmak. Alım satım niyeti yokken faizciliği gizlemek için yapılacak muamelelerin caiz olmayacağı açıktır. Bir kişinin, zimmetinde var olan bir alacağı borçlunun kendisine yahut başkasına satımı ise dört şekilde olmaktadır: 1. Alacağın borçluya peşin satımı, 2. Alacağın borçluya vadeli satımı, 3. Alacağın borçludan başkasına peşin satımı, 4. Alacağın borçludan başkasına vadeli satımı. Bütün bunlarda da alacak ya kendi cinsi ya da başka bir cins mukabilinde satılır yani miktar bakımından aynı yahut farklı olur. Alacağın peşin ve aynı miktarda olmak kaydıyla, borçlunun bizzat kendisine satılmasını Zahirî fakihleri caiz görmezken¹¹⁸, Şafii, Maliki ve Hanbelî fakihleri bir takım kayıtlar getirmekle birlikte¹¹⁹ dört mezhep mensubu hemen tüm fukaha ve İbn Ömer, Hasan el-Basrî, Zührî ve Katâde caiz görmektedir. Deynin borçlu dışındaki birisine satımını ise fukaha caiz görmemekte, buna gerekçe olarak da riba, teslim güçlüğü, borçlunun inkarı, iki zimmetin aynı anda gereksiz yere meşgul edilmesi ve malın helak olma riskini ileri sürmektedirler.¹²⁰

Deynin deyn karşılığında satımının en meşhur örneği olan, daha en baştan, alıcı ile satıcının vadeli mal ile vadeli semen üzerinde anlaşma yapmasının (ابتداء الدين بالدين) hükmü konusunda ise klasik ve son dönem İslam hukukçularının çoğunluğu bunun caiz olmadığını söylemektedir. Bununla birlikte Sübkî'ye göre yasaklandığı konusunda icma edilen borç satımı (ابتداء الدين بالدين) "yeni kurulan bir akitte bedellerin vadeli olarak ödenmesinin şart koşulması" olmayıp, yalnızca (فسخ

118 İbn Hazm ve Zâhirî fakihleri, ister borçluya olsun isterse borçlu dışındaki birisine olsun borcun satımını mutlak olarak caiz görmemektedirler. (Bkz. Zuhaylî, *Bey'u'd-deyn fiş-şeriatî'l-İslâmiyye*, s. 22-23)

119 Nitekim Şâfiîler ve Hanbelîler borcun borçluya satılmasının caiz olması için, riba'n-nesie içermemesini şart koşmaktadırlar. (Zuhaylî, *Bey'u'd-deyn fiş-şeriatî'l-İslâmiyye*, s. 29.)

120 Zuhaylî, *Bey'u'd-deyn fiş-şeriatî'l-İslâmiyye*, s. 21-23; Bayındır, "Katılım Bankacılığı İçin Yeni Bir Ürün Olarak Mal (Emtia) Vadeli İşlem Sözleşmeleri ve Fihî Açısından İncelenmesi", s. 21-22; Aktepe, *Faiz ve Finansman Hadisleri*, s. 199-200.

(الدين في الدين) “önceden sabit olan bir deynin yerine başka bir deyn ikame edilmesi”, ve bey’u’d-deyn bi’d-deyn (بيع الدين بالدين) “her ikisi de önceden sabit olan deynlerin takas edilmesi” yöntemleridir.¹²¹ Zürkânî (v. 1122/1710) de deynin deynle satımı konusunun gerçekte üç kısma ayrıldığını ve ikisinin kesinlikle yasaklandığını birisinin ise caiz olduğunu söylemektedir. Yasaklananlardan biri (فسخ الدين في الدين), diğeri ise (بيع الدين بالدين) dir. Üçüncüsü ise caizdir ki o da (ابتداء الدين بالدين) dir. Şerkâvî ise selem ve bey’ ayırımına gitmiş, akdin selem çerçevesinde yapılması durumunda –selem şartlarına uygun olarak- bedellerden birinin mutlaka peşin olması gerektiğini belirtmiş, zimmette sabit olan misli mallar üzerinde bey’ çerçevesinde yapılması durumunda ise bedellerden her ikisinin de vadeli olabileceğini ileri sürmüştür.¹²²

121 Sübki, *Tekmiletü’l-Mecmû*, X, 106.

122 (إن عقد بلفظ البيع صح تأجيل كل من المبيع والمبتاع) Şerkâvî, Abdullah b. Hicazi b. İbrâhim el-Ezheri, *Hâşiyetü’ş-Şerkâvî*, Beyrut 1997, III, 13, 352; Bayındır, *Mal Vadeli İşlem Sözleşmeleri*, s. 102, 127.

EL-KÜLLİYYÂTÜ'L-FIKHİYYE EDEBİYATI VE SADRÜŞŞERÎA'NIN KÜLLİYYÂTÜ'L-FIKH ADLI ESERİNİN EDİSYON KRİTİĞİ*

Mansur Koçinkağ*

Al-Kulliyât Literature and Edition of Sadr al-Shari'ah's Kulliyât al-fiqh

Sadr al-Sharia's *Kulliyât al-fiqh* is investigated in this article. First of all, I will examine some terms and works related to the *al-kulliyât al-fiqhiyyah*. The lack of works on *al-kulliyât al-fiqhiyyah* in the classical period of Islamic law and the priority of Mâlikîs makes Sadr al-Sharia's *Kulliyât al-fiqh* important.

Kew words: Sadr al-Sharia, *Kulliyât al-fiqh*, *al-kulliyât al-fiqhiyyah*.

Giriş

Bu çalışmada Sadrüşşerîa'ya (v.747/1346) nispet edilen *Küllîyyâtü'l-fikh* adlı eser incelenecektir. Konuya giriş olması bakımından *el-küllîyyâtü'l-fikhîyye* ile ilgili bazı kavramlar ve eserler ele alınacaktır. Klasik dönemde bu alanla ilgili fazla eserin olmayışı, var olanların da Mâlikîler tarafından kaleme alınmış olması söz konusu eserin önemini bir kat daha artırmaktadır.

I. Küll, Külli, Külliyye ve Külliyyât Kavramı

• **Küll** kâfzı, min haysu'l-mecmû altındaki parçaların toplamı için kullanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle küllün zıttı cüzdür, yani bir şeyin bütününe küll, parçalarına ise cüz/eczâ denilmektedir. Örneğin “beş kişi büyük bir kayayı kaldırdı” denildiğinde burada kastedilen beş kişinin bütünüdür, yani bu bütüne küll denilmekte; parçalarına ise cüz/eczâ denilmektedir.

• **Küllî** kavramı, sırf lafzı tasavvur edildiğinde ortaklığı engellemeyen müfred kelimeler için kullanılmaktadır. Mantık ilminde müfred, küllî ve cüzî diye iki kısma ayrılmakta, lafzın sırf mefhumu tasavvur edildiğinde ortaklığı engellemiyorsa

* Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Hadis Ana Bilim Dalında Araştırma Görevlisi

küllî, engelliyor ise cüzî diye isimlendirilmektedir. Örneğin hayvan kelimesi, feres, himar ve insan gibi farklı canlıları kapsadığından dolayı kendisine küllî, Ahmet kelimesi ise sırf mefhumu düşünüldüğünde kendisinden başkası kastedilmediğinden cüzî kabul edilmektedir. Küllî de kendi içinde zâtî ve arazî diye iki kısma ayrılmakta, zâtî ve arazî'nin kısımlarının toplamına da külliyyât-i hamse kavramı kullanılmaktadır. Külliyyat-i hamse ise mantık ilminde tasavvurâtın mebâdisi olarak kabul edilmektedir.

• **Küllîyye** kavramı altındaki fertleri min haysu'l-cemî kapsayan cümleler için kullanılmaktadır. Örneğin “*her insan, iki ekmekle doyar*” denildiğinde mecmûu değil, her bir fert kastedilmektedir.¹

• **Küllîyyât**, külliyye kelimesinin çoğuludur. Söz konusu kavramın kullanıldığı yerler incelendiğinde yaygın şekilde külliyyât-i hamse, bazen de ansiklopedik bilgi içeren eserler anlamında kullanıldığı görülecektir. el-Küllîyyât isminde birkaç eser bulunmaktadır. Örneğin 16 kitap ve 7 risâleden oluşan *Küllîyyatü Sa'dî*² derleme bir eser, Ebü'l-Bekâ el-Kefevî'nin (v. 1095/1684) *el-Küllîyyât fi'l-lüğa ve'l-istilâh* adlı eseri ise lügat ve ıstılah alanında alfabetik yazılmış bir ansiklopedidir. İbn Rüşd'ün (v. 595/1198) *el-Küllîyyât f'i-tıbb*³ adlı eseri nazarî tıpa yönelik bir eser, Kutbettin er-Râzî'ye (v. 766/1365) nisbet edilen *el-Küllîyyât ve tahkîkühâ*⁴ adlı eseri ise mantık ve felsefe alanına dair bir eserdir.

II. el-Küllîyyatü'l-fikhiyye ve İlgili Bazı Kavramlar

Öncelikle söz konusu kavramın anlaşılabilmesi, bağlantılı olduğu kavramlarla arasındaki ilişkinin netleşmesine bağlıdır. Bunun için de el-kavâidü'l-fikhiyye, ed-dâbitatu'l-fikhiyye, el-kavâidü'l-usûliyye, el-küllîyyatü'l-usûliyye ve el-küllîyyatü'l-fikhiyye kavramlarının tarif edilmesi ve söz konusu tariflerin muttarid-munakis olması büyük önemi haizdir.

1. el-Kavâidü'l-fikhiyye kavramının birçok tanımı olsa da yaygın kanaate göre “Hükümleri kendisiyle bilinen ve birçok cüzî meseleyi kapsayan genel ilkeler”⁵ veya “Fıkhın değişik bölümlerine ait meseleleri kuşatan küllî kazıyye”⁶ şeklinde tarif edilmektedir.⁷ İstisna edilen meselelerin, küllî olmasına hâlel getireceğini sa-

1 Küllî, küllî ve külliyye kavramı için bkz. İbn Sübkî, *el-İbhâc fi şerhi'l-Minhâc*, (thk. Şaban Muhammed), Kahire 1401/1981, II, 81-82; İbn Neccâr, *Şerhu'l-Kevkebi'l-münîr*, (thk. Muhammed ez-Zuhayli ve Nezih Hammâd) 1418/1997, III, 113; Abdurrahman Hasan Habenneke, *Davâbitü'l-ma'rife*, Beyrut, 2007/1428, s. 37-38; Muhammed b. Hâdî Ebu'l-Ecfân, *el-Küllîyyatü'l-fikhiyye li'l-imâmi'l-Makkarî* adlı eserin mukaddimesi, Tunus 1997, s. 37-45; Nâsir b. Abdillâh b. Abdilaziz, “el-Küllîyyatü'l-fikhiyye dirâseten nazariyyeten teşliyyeten”, *Mecelletü'l-adi*, (1427/2006), XXX, s.15-17.

2 Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zunûn an esâmi'l-kütübi ve'l-funûn*, Beyrut, ts., II, 1507.

3 İsmail Paşa, *Hediyetü'l-ârifin*, İstanbul 1951, II, 104.

4 Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zunûn an esâmi'l-kütübi ve'l-funûn*, I, 886.

5 İbn Sübkî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Beyrut 1991, I, 11; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, (nşr. Abdülkerim el-Fudayli), Beyrut 1424/2003, s. 189. Farklı tarifler için bkz. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalu'l-fikhiyyu'l-âmm*, Dımaşk 2004, II, 965.

6 Kızılkaya, Necmettin, *Haneî Mezhebinde Kavâid İlmi ve Gelişimi*, (Basılmamış Doktora Tezi), Konya 2011, s. 29.

7 Farklı tarifler için bkz. Kızılkaya, *Haneî Mezhebinde Kavâid İlmi ve Gelişimi*, s. 17-31.

vunan bazı âlimler ise “hükmun külliyyun” yerine “hükmun ekseriyyun” demektedirler.

2. ed-Dâbitatu'l-fıkhiyye kavramı “Fıkhın bir bölümünde bulunan birçok cüzî meseleyi kuşatan genel ilke” veya “fıkhın sadece bir bölümüne ait meseleleri kuşatan küllî kazıyye”⁸ şeklinde tarif edilebilir.

3. el-Kavâidü'l-usûliyye kavramı usûl-i fıkhı dair ilkeleri ifade etmektedir. Bunlar da genelde usûl-i fıkhın kaynağı konumunda olan Arap dili, kelam, usûl-i fıkh ve benzeri ilimlerle ilgili ilkelerdir. Söz konusu ifadeler “küll” lafzıyla ifade edilmesi durumunda kendilerine *el-külliyyâtü'l-usûliyye* denilmektedir.

4. el-Külliyyâtü'l-fıkhiyye kavramı ise “Birçok fûrû meseleye tatbik edilen ve *küll* lafzı ile başlayan genel fikhî hükümler” şeklinde tarif edilebilir.⁹

Söz konusu tariflerden anlaşıldığı gibi dâbıta, kâideye göre daha dar kapsamlıdır. Dâbıta sadece fikhî bir bölümdeki ilkeyi ifade ederken, kâide fıkhın birçok bölümünde uygulanabilen ilkeleri ifade etmektedir. Ayrıca külliyyâtü'l-fıkhın aksine kâide ve dâbitanın küll lafzı ile aktarılmaları şart değildir. el-Külliyyâtü'l-usûliyye, usûl-i fıkhı dair kaidelerin “küll” lafzıyla aktarılmasını ifade etmektedir. “Her emir vüçûp ifade eder” önermesinde olduğu gibi. Külliyyâtü'l-fıkh ise kavâidin aksine fıkhın illet ve hikmetlerinden ziyade fûrû fıkhla ilgilidir. Diğer bir ifadeyle külliyyâtü'l-fıkh, fûrû-i fıkhı dair konuların ilke şeklinde ifade edilmesidir. el-Külliyyâtü'l-usûliyye ile el-külliyyâtü'l-fıkhiyye arasındaki temel fark ilgilendikleri konulardır. Külliyyâtü'l-fıkh, ef 'âlü'l-ibâd ile ilgilenirken, el-külliyyâtü'l-usûliyye usûl konularıyla ilgilidir. Ayrıca el-külliyyâtü'l-usûliyye ve kavâidü'l-fıkh şer 'î hüküm istinbatına yönelik bir faaliyetken el-külliyyâtü'l-fıkhiyye benzer fıkh konularını cem edip anlaşılmasını kolaylaştırmaya dönük bir edebî türdür. Külliyyâtü'l-fıkh kavramı kahir ekseriyetle dâbıta gibi bir bölümdeki cüzî meseleleri içermekte; fakat dâbitanın aksine küll lafzı ile aktarılması gerekmektedir. Bütün bu bilgilerden sonra külliyyâtü'l-fıkh kavramına en yakın kavramın dâbıta olduğu; fakat aralarındaki temel farkın ifade tarzıyla alakalı olduğu söylenebilir.

III. el-Külliyyâtü'l-fıkhiyye Edebiyatı

el-Külliyyâtü'l-fıkhiyye edebiyatına dair fazla eser bulunmamaktadır. Bu hususta çalışmaları bulunan Muhammed b. Hâdî ve Nâsır b. Abdillâh b. Abdilazîz söz konusu alanda sadece iki eser olduğunu, bunlardan ilkinin Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Makkari'ye¹⁰ (v. 758/1357), diğerinin de Muhammed b. Ğâzî

8 Kızılkaya, *Hanefî Mezhebinde Kavâid İlmi ve Gelişimi*, s. 40.

9 Söz konusu kavramlar için bkz. Bedr b. Abdillâh, *Ameli men tabbe li men habbe* adlı eserin mukaddimesi, Beyrut 2002, s. 21-25; Nâsır b. Abdillâh b. Abdilazîz, , “el-Külliyyâtü'l-fıkhiyye dirâseten nazariyyeten te'siliyyeten”, s. 28-34.

10 Makarri şeklinde zapt edenler olduğu gibi Makrî şeklinde okuyanlar da bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. *Ameli men tabbe li men habbe* adlı eserin mukaddimesi, s.16.

el-Osmâni el-Miknâsi'ye (v. 919/1513) ait olduğunu belirtmektedir.¹¹ Muhammed b. Hâdî, ayrıca Şeyh Azûm'un, içinde ferâize dair 17 külliyyâtü'l-fikh bulunan bir eseri Karâfi'ye (v. 684/1285) nisbet ettiğini aktarmaktadır.¹² Fakat Bedr b. Abdillâh, Muhammed b. Hâdî'nin görüşünü aktardıktan sonra bu hususta başka bir eserin olduğunu iddia ederek kendisine itiraz etmiş ve Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed b. Ahmed el-Miknâsi'ye (v. 917/1512) ait olduğunu iddia ettiği eseri *Amelu men tabbe li men habbe* adlı eserle beraber tahkik ederek basmıştır.

1- *Amelü men tabbe li men habbe*: Bedr b. Abdillâh tahkiki ile Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye'de 2002 yılında basılan eser, dört bölümden oluşmaktadır. Yazar ilk kısımda ahkâma dair hadisleri zikretmekte, bu meyanda 517 hadise yer vermektedir. Yazar, ikinci kısımda külliyyâtü'l-fikha dair ilkeleri zikretmekte ve tahâret bahsinden başlayarak vasiyet ve ferâiz bahsiyle bitirmek üzere 19 konuda 527 fikhî prensip zikretmektedir. Konumuz açısından önemli olan da eserin bu kısmıdır. Yazar, üçüncü bölümde el-kavaidü'l-fikhiyeden bahsetmekte ve 217 genel prensibe yer vermektedir. Son bölümde ise büyük imâmlar başta olmak üzere önde gelen şahsiyetlerin bazı hikmetli sözlerini ve bazı kavramları zikretmektedir. Muhammed b. Hâdî, ikinci bölümü *el-Külliyâtü'l-fikhiyye li'l-Makkarî* ismiyle müstakil şekilde basmıştır. Fakat söz konusu baskıda, 525 prensip zikredilmiştir. Makkarî'nin bu eserinin bu hususta yazılmış en geniş ve en kapsamlı eser olduğu söylenebilir.

2- *el-Külliyât fi'l-ferâid*: Ali b. Muhammed el-Kalsâdi'ye (v. 891/1486) ait olan bu eser adından da anlaşıldığına göre miras hukukuna dair genellemeler içeren bir eser olduğu tahmin edilmektedir.¹³ Ayrıca daha önce vurgulandığı gibi ferâize dair 17 genelleme içeren bir eser de Karâfi'ye nispet edilmektedir.

3- *el-Külliyâtü'l-fikhiyye*: Muhammed b. Ali b. Ğâzi el-Osmâni el-Miknâsi'ye ait olan eser, Celâl Ali tahkiki ile basılmıştır. Miknâsi (v. 919/1513), söz konusu eserde nikâh bahsinden başlayarak fikhî prensipler zikretmektedir. İbâdetle alakalı prensiplere yer vermediği eseri, mukaddime ve 333 külliyyeden oluşmaktadır.

4- *Külliyâtü'l-mesâil el-câriyeti aleyhâ el-ahkâm*: Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed b. Ahmed el-Miknâsi'ye (v. 917/1512) ait olduğu iddia edilen bu eser, Bedr b. Abdillâh tahkiki ile Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye tarafından 2002 yılında *Amelu men tabbe li men habbe* ile beraber basılmıştır. Söz konusu eser, külliyyâtü'l-fikha dair 332 prensip içermektedir.

Son iki eser titiz şekilde mukayese edilmiş, mukaddimelerdeki ilk üç satır hariç cümlelerin birebir aynı olduğu, eserin diğer bölümleri mukayese edildiğinde ise söz konusu eserlerin aynı eser olduğu sonucuna varılmıştır. Çünkü yazmadan kaynaklanması muhtemel basit bazı farklılıklar dışında maddelerin dahi aynı olduğu tespit edilmiştir.

11 Ebu'l-Ecfân, *el-Külliyâtü'l-fikhiyye* adlı eserin mukaddimesi, s. 46-47; Nâsır b. Abdillâh b. Abdilaziz, "el-Külliyâtü'l-fikhiyye dirâseten nazariyyeten te'siliyyeten", s.71.

12 Ebu'l-Ecfân, *el-Külliyâtü'l-fikhiyye* adlı eserin mukaddimesi, s. 46-47

13 Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zunûn*, II, 1507.

IV. Sadrüşşerîa'nın Külliyyâtü'l-fıkh Adlı Eseri

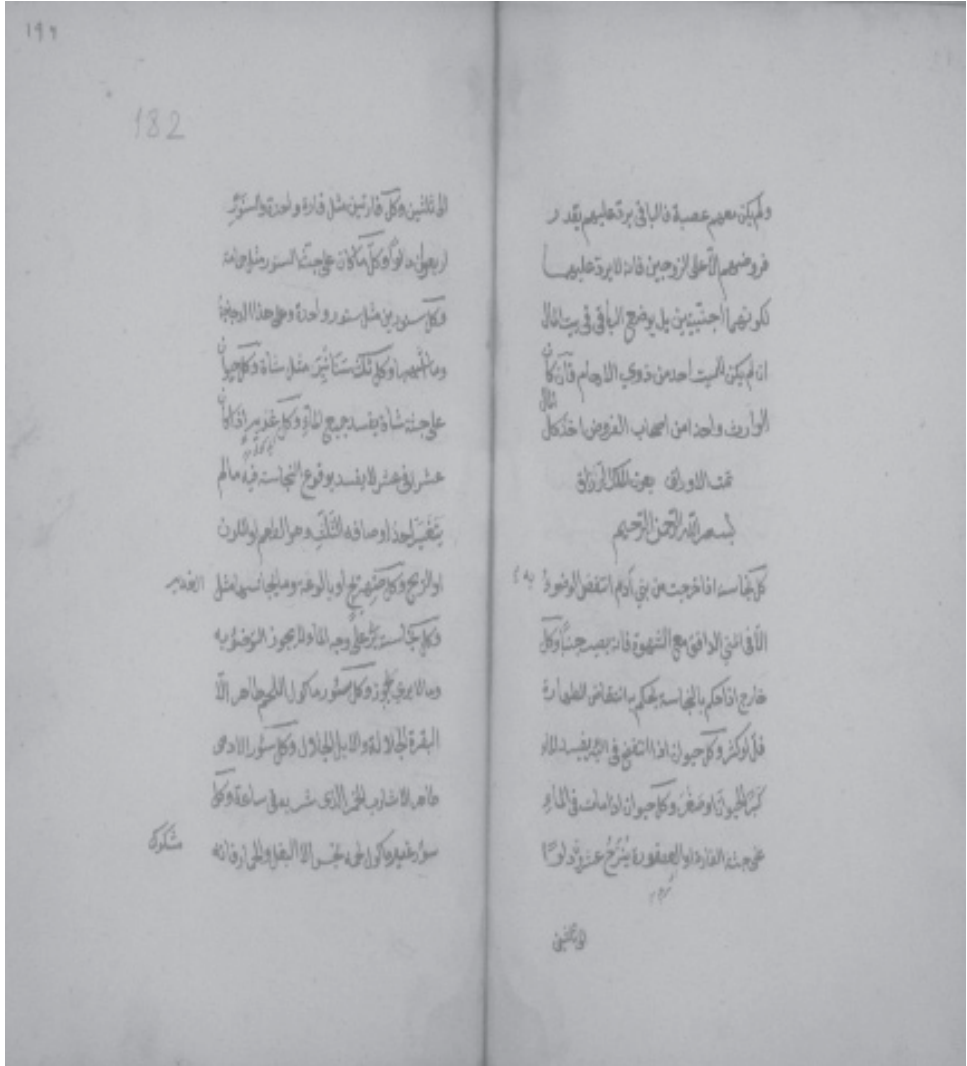
Öncelikle söz konusu eserin, Hanefî mezhebine mensup bir âlim tarafından kaleme alınmış olması el-külliyyâtü'l-fıkhiyye alanında büyük önemi haizdir. Çünkü tespit edebildiğimiz kadarıyla bu alanda yazılmış eserlerin hepsi Mâlikî mezhebine mensup âlimler tarafından kaleme alınmıştır. Araştırmacılar, bundan hareketle külliyyâtü'l-fıkhla ilgili ilk eseri Makkarî'ye (v. 758/1357), ikincisini ise Miknâsî'ye (v. 919/1513) nisbet etmektedirler.¹⁴ Sadece miras hukukuna dair iki risâleden bahsetmezsek görebildiğimiz kadarıyla bu iki eserin haricinde bir de şuan tahkik etmekte olduğumuz eser söz konusudur.

Tabakât ve fehârisü'l-kütüb edebiyatında söz konusu yazma hakkında bir bilgiye rastlanılmamakla beraber muhtevâsından yola çıkarak söz konusu eserin, Hanefî mezhebine mensup bir âlim tarafından kaleme alındığı rahatlıkla söylenebilir. Ayrıca yazmanın içinde bulunduğu mecmûanın kapağında ve eserin son satırında kitabın açıkça Sadrüşşerîa'ya (v. 747/1346) nisbet edilmiş olması ve yazarın, Makarrî ile aynı dönemde yaşamış olması eserin ona aidiyetini gösteren önemli delillerdir.

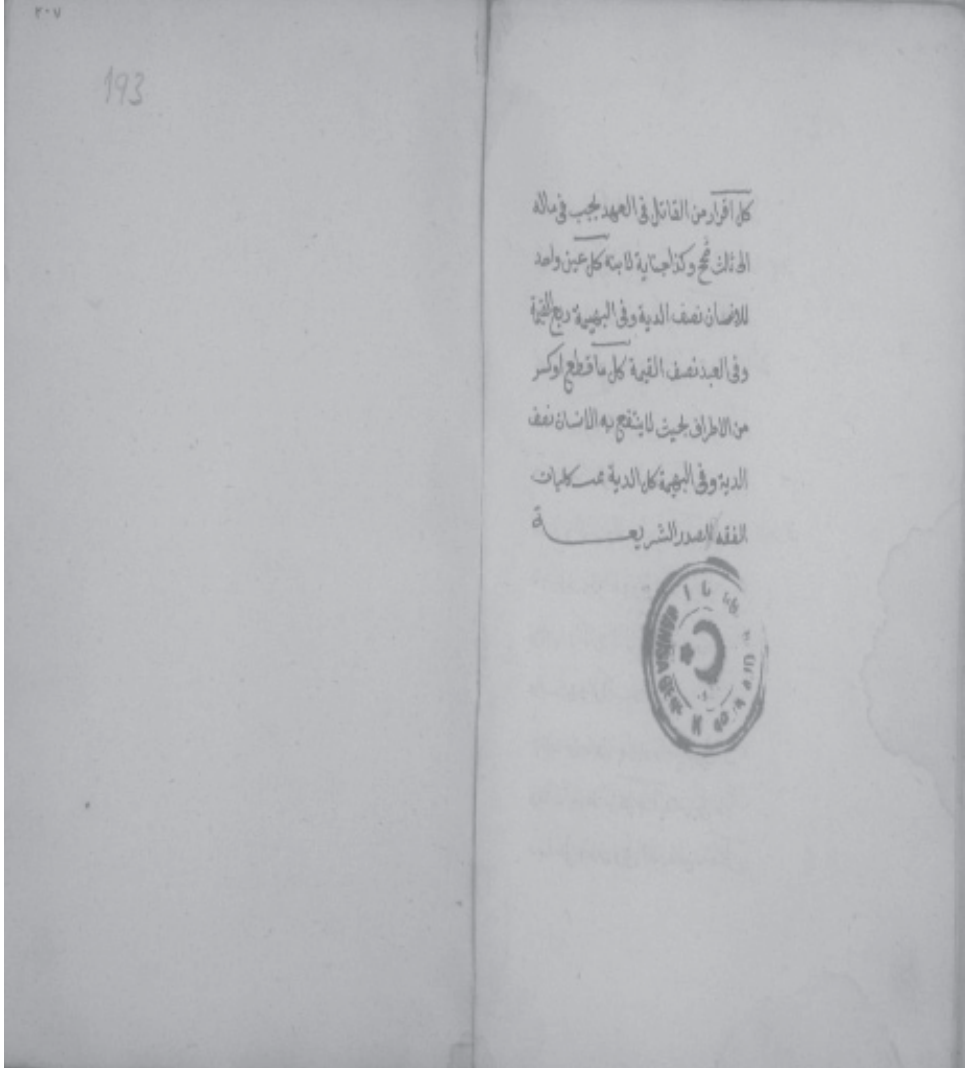
Bir mecmûa içinde bulunan eserin künyesi hakkında şu bilgiler verilmiştir: Manisa İl Kütüphanesi, Arşiv No: 45 Hk 2988/6, Çaharkuşe vişne rengi meşin, ebru kaplı mukavva cilt, miklepli, satır: 13, yazı türü nesihdir. On üç varaktan oluşan eser, mecmuanın kapak sayfasında *Külliyyâtü fıkhin lî Sadrişşerîa* ve son varakta *temmet külliyyâtü'l-fıkh lî Sadrişşerîa* şeklinde iki yerde yazara nisbet edilmektedir.

Söz konusu eser, maddeler şeklinde numaralandırılmış ve eserde 152 külliyye olduğu tespit edilmiştir. Okumada kolaylık olsun diye bazı kelimelerin harekeleri ve zaptları verilmiş, ayrıca müşkil gözüken kelimelerin açıklamaları ve yapılan değişiklikler dipnotta belirtilmiştir.

14 Ebu'l-Ecfân, *el-Külliyyâtü'l-fıkhiyye* adlı eserin mukaddimesi, s. 46-47; Nâsır b. Abdillâh, "el-Külliyyâtü'l-fıkhiyye dirâseten nazariyyeten te'siliyyeten", s.71.



اللوحة الأولى من كتاب "كليات الفقه لصدر الشريعة"



اللوحة الأخير من كتاب "كليات الفقه لصدر الشريعة"

كليات الفقه لصدر الشريعة^١

كتاب الطهارة

١. كُلُّ نَجَاسَةٍ إِذَا خَرَجَتْ مِنْ بَنِي آدَمَ انْتَقَضَ الْوُضُوءُ بِهِ إِلَّا فِي الْمَنِيِّ الدَّافِقِ مَعَ الشَّهْوَةِ فَإِنَّهُ يَصِيرُ جَنْبًا
٢. وَكُلُّ خَارِجٍ إِذَا حُكِمَ بِالنَّجَاسَةِ يُحَكِّمُ بِهِ انْتِقَاضَ الطَّهَارَةِ قَلًّا أَوْ كَثْرًا.
٣. وَكُلُّ حَيْوَانٍ إِذَا انْتَفَخَ فِي الْبَثْرِ يُفْسِدُ الْمَاءَ كَبْرَ الْحَيْوَانِ أَوْ صَغُرًا.
٤. وَكُلُّ حَيْوَانٍ إِذَا مَاتَ فِي الْمَاءِ عَلَى جُنَّةِ الْفَأْرَةِ أَوْ الْعُصْفُورَةِ يُنْزَحُ عَشْرُونَ دَلْوًا إِلَى ثَلَاثِينَ.
٥. وَكُلُّ فَأْرَتَيْنِ مِثْلُ فَأْرَةٍ وَاحِدَةٍ وَعَلَى هَذَا الدَّجَاجَةُ وَالسِّنُّورُ أَرْبَعُونَ دَلْوًا.
٦. وَكُلُّ مَا كَانَ عَلَى جُنَّةِ السِّنُّورِ مِثْلُ حَمَامَةٍ.
٧. وَكُلُّ سِنُّورَيْنِ مِثْلُ سِنُّورٍ وَاحِدَةٍ وَعَلَى هَذَا الدَّجَاجَةُ وَمَا أَشْبَهَهَا.
٨. وَكُلُّ ثَلَاثَةِ سَنَانِيرٍ مِثْلُ شَاةٍ.
٩. وَكُلُّ حَيْوَانٍ عَلَى جُنَّةِ شَاةٍ يُفْسِدُ جَمِيعَ الْمَاءِ.
١٠. وَكُلُّ غَدِيرٍ إِذَا كَانَ عَشْرًا فِي عَشْرٍ لَا يُفْسِدُ بِوُقُوعِ النَّجَاسَةِ فِيهِ مَا لَمْ يَتَّعَيَّرَ أَحَدٌ أَوْ صَافِهِ الثَّلَاثُ وَهُوَ الطُّعْمُ أَوْ اللَّوْنُ أَوْ الرَّيْحُ.
١١. وَكُلُّ صِهْرِيحٍ^٢ أَوْ بِأَلْوَعَةٍ^٣ وَمَا يُجَانِسُهَا مِثْلُ الْغَدِيرِ.
١٢. وَكُلُّ نَجَاسَةٍ يُرَى عَلَى وَجْهِ الْمَاءِ لَا يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِهِ وَمَا لَا يُرَى يَجُوزُ.

١ حقيقه وضبطه أبو نفيسه منصور بن برهان الدين البغولي. نسبته إلى المصنف: إن كتاب كليات الفقه في ضمن المجموعة المركبة من الرسائل المختلفة، ونسب هذا الكتاب صراحةً في أول المجموعة بقول «كليات فقه لصدر الشريعة»، وفي خاتمه بقول «تمت كليات الفقه لصدر الشريعة» للمصنف. وصف النسخة الخطية؛ وهذه النسخة التي اعتمدت عليها في التحقيق فريدة، أعني أن هذه المخطوطة التي حققها لم أجد لها إلا نسخة واحدة، وبذلت قُصاري جهدي لأجد نسخاً أخرى لأستعين بها على إتمام العمل فلم أعثُر. هذه النسخة موجودة في مكتبة مدينة مانيسا في تركيا، باسم «كليات الفقه لصدر الشريعة»، في رقم: ٦/٢٩٨٨ ب-١٩٧م ورمي، لكل ورقة وجهان، وعدد الأسطر (١٣)، خطها جيد حسن لا صعوبة في قراتته.

٢ في الأصل «صهريج»، لكن الصواب ما أثبتناه. الصهريج الحوض الكبير يجتمع فيه الماء (المعجم الوسيط دار الدعوة ص ٥٢٧؛ ابن منظور لسان العرب دار صادر، بيروت ٣/٣١٢).

٣ قال ابن منظور: والبألوعة والبألوعة لغتان بئر تحفر في وسط الدار ويُضَيَّقُ رأسها يجري فيها المطر وفي الصحاح ثقب في وسط الدار والجمع البلائع والبألوعة لغة أهل البصرة (لسان العرب ٨/٢٠).

١٣. وكلُّ سُورٍ مَأْكُولٍ لِّلْحَمِّ طَاهِرٌ إِلَّا الْبَقْرَةَ الْجَلَالَةَ وَالْإِبِلَ الْجَلَالَ.
١٤. وكلُّ سُورٍ الْآدَمِيِّ طَاهِرٌ إِلَّا شَارِبَ الْخَمْرِ الَّذِي شَرِبَهُ فِي سَاعَةٍ.
١٥. وكلُّ سُورٍ غَيْرِ مَأْكُولٍ لِّحَمِهِ نَجِسٌ إِلَّا الْبَعْلَ وَالْحَمَارَ فَإِنَّهُ مَشْكُوكٌ.
١٦. وكلُّ مَا أُزِيلَ بِهِ حَدَثٌ أَوْ اسْتُعْمِلَ لِلتَّقَرُّبِ لَا يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِهِ. مَاءٌ مُسْتَعْمَلٌ لِلتَّرِيدِ أَوْ الْعَجِينِ أَوْ الْوَسْخِ وَنَحْوَهَا طَاهِرٌ.

كتاب الصلاة

١٧. كُلُّ صَلَاةٍ فَائِتَةٍ إِذَا مَضَتْ عَنْ سِتِّ صَلَوَاتٍ سَقَطَ التَّرْتِيبُ.
١٨. وكلُّ سَهْوٍ فِي شُرُوطِ الصَّلَاةِ اسْتِنَافَةٌ.
١٩. وكلُّ سَهْوٍ فِي أَرْكَانِ الصَّلَاةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ قِضَاءً يَسْتَقْبَلُ أَيْضًا.
٢٠. وكلُّ سَهْوٍ فِي عِدَدِ الرُّكْعَاتِ إِنْ كَانَ أَوَّلَ سَهْوٍ يَسْتَأْنَفُ. وَإِنْ عَرَضَ لَهُ كَثِيرًا بَنَى عَلَى غَالِبِ ظَنِّهِ.
٢١. وكلُّ سَهْوٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ ظَنٌّ بَنَى عَلَى الْأَوَّلِ.
٢٢. وكلُّ شَكٍّ يَعْرِضُ يَسْتَوِي طَرَفَاهُ.
٢٣. وكلُّ ظَنٍْ يُوجَدُ يَتَرَجَّحُ جَانِبَهُ.
٢٤. وكلُّ يَقِينٍ يُوجَدُ فَيَفْنَى الشَّكَّ وَالظَّنَّ.
٢٥. وكلُّ سَهْوٍ يُبْنَى عَلَى الْأَقْلِ يَتَحَلَّلُ بَيْنَ كُلِّ رُكْعَتَيْنِ بِتَشْهَدٍ.
٢٦. وكلُّ حَدَثٍ يَحْدُثُ مِنْ نَفْسِ الْحَادِثِ مِنْ غَيْرِ قِصْدِهِ يُوجِبُ الْبِنَاءَ،
٢٧. وكلُّ حَدَثٍ يَحْدُثُ مِنْ قِصْدِهِ أَوْ مِنْ خَارِجِ كِإِصَابَةِ الْبُنْدُوقَةِ وَنَحْوِهِ يُوجِبُ اسْتِنَافَةً.

باب التيمم

٢٨. كلُّ ما كان من جنسِ الأرضِ يَصِحُّ التيمُّمُ إذا كان طاهراً.
٢٩. وكلُّ ما يَنْقُضُ الوضوءَ يَنْقُضُ التيمُّمَ وَيَنْقُضُهُ أيضاً رؤيةُ الماءِ المقدورِ على الاستعمالِ.
٣٠. وكلُّ شرطٍ لازمٍ في الوضوءِ فهو لازمٌ في التيمُّمِ إلا النيةَ فرضٌ في التيمُّمِ ومستحبٌّ في الوضوءِ.

باب المسح على الخفين

٣١. كلُّ مسحٍ إذا كان على الخفِّ والجُرْمُوقِ والجَبْرِةِ يجوزُ المسحُ عليها، والجورين^٥ فيه خلاف.
٣٢. وكلُّ حرقٍ في خُفٍّ واحدٍ إذا كان مقدارَ ثلاثِ أصابعٍ لا يجوزُ المسحُ عليها.
٣٣. وكلُّ شَيْءٍ يَنْقُضُ الوضوءَ يَنْقُضُ المسحَ وينقضه مُضِيُّ المدةِ ونزْعُ خُفٍّ كيفَ ما كان.

كتاب الزكاة

٣٤. وكلُّ مالٍ التجارةِ إذا بلغَ مائتي درهمٍ من الورقِ أو عشرين ديناراً من الذهبِ أو سلعةً قيمةً ذلك وَجَبَ فيه الزكاةُ.
٣٥. وكلُّ حيوانٍ إذا لم يكن للتجارةِ لا يُعْتَبَرُ فيه القيمةُ ويُعْتَبَرُ فيه العددُ.
٣٦. وكلُّ أربعين من الشاةِ أو ثلاثين من البقرِ أو خمسةٍ من الإبلِ غيرَ البَغْلِ والحِمَارِ نصابٌ.
٣٧. وكلُّ عبدٍ للتجارةِ وغيرِها إذا نَوَى مالِكُهُ للخدمةِ فَفَقَطَ سَقَطَ الزكاةُ في الحالِ.
٣٨. وكلُّ عبدٍ للخدمةِ إذا نَوَى مالِكُهُ للتجارةِ لم يكن للتجارةِ ما لم يَبِعْ.
٣٩. وكلُّ سلعةٍ أو حيوانٍ على ما ذكرنا.
٤٠. [وكلُّ] ^٦دينٍ قويٍّ ^٧إذا قبَضَ أربعينَ درهماً يُؤدِّي الزكاةَ ^٨.

٥ في الأصل "والجوريني" لكن الصواب ما أثبتناه.

٦ في الأصل لا يوجد، لكن الصواب ما أثبتناه، والله أعلم.

٧ قال السرخسي: دين قوي وهو ما يكون بدلا عن مال كان أصله للتجارة لو بقي في ملكه... ففي الدين القوي لا يلزمه الاداء ما لم يقبض أربعين درهما فإذا قبض هذا المقدار أدى درهما وكذلك كلما قبض أربعين درهما (المبسوط، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ١٩٥/٢).

٨ في الأصل كان هذه الجملة من دوام الجملة قبلها، لكن الصواب أن تكون كلية فقهية مستقلة.

- ٤١ . وكلُّ دينٍ وسطٍ إذا قبضَ مائتي درهمٍ يُؤدِّي الزكاةَ في الحولِ.
- ٤٢ . وكلُّ دينٍ ضَعْفَ ١٠ إذا قبضَ مائتي درهمٍ يُؤدِّي بعد الحولِ. والضعيفُ ١١ ما لم يكن في مقابلِ مالٍ كالمهرِ والميراثِ وغيرِهما.

كتاب الصوم

- ٤٣ . كلُّ داخلٍ من خارجٍ يُفسدُ صومه يُوجبُ في نسيانهِ القضاءَ وفي عمده الكفارةَ.
- ٤٤ . وكلُّ خارجٍ من داخلٍ لا يُفسدُ صومه إلا القيءَ إذا كان ملاءَ الفمِ.
- ٤٥ . وكلُّ ما لم يكن غداءَ الناسِ إذا أكَله الصائمُ لا يجبُ الكفارةُ سواءً قصدَ أو لم يقصدَ.
- ٤٦ . وكلُّ ما كان غداءَ الناسِ وذلك يُوجبُ الكفارةَ إذا تعمَّدَ فيه.
- ٤٧ . وكلُّ داخلٍ إذا كان بعضُهُ خارجاً لا يُفسدُ إلا الفرجَ والذكرَ.
- ٤٨ . وكلُّ جماعٍ إذا كان صورةً ومعنىً يُوجبُ الكفارةَ إذا تعمَّدَ سواءً أنزلَ أو لم يُنزلَ.
- ٤٩ . وكلُّ جماعٍ يُوجدُ في صومِ الظَّهارِ يُفسدُ سواءً كان عامداً أو ناسياً.
- ٥٠ . وكلُّ جماعٍ إذا كان صورةً لا معنىً لا يُفسدُ صومه ما لم يتزلَّ وإذا نزلَ ففي وجوبِ الكفارةِ روايتانِ والجماعُ على ثلاثِ مراتبٍ صورةً ومعنىً كجماعِ الرجلِ بالمرأةِ، وجماعُ صورةً لا معنىً كالجماعِ بالبهائمِ، وجماعُ معنىً لا صورةً كالاحتلامِ، والجماعُ بالدبرِ في زماننا هذا صورةً ومعنىً في وجوبِ الكفارةِ والغسلِ. والاستمناءُ بالكفِّ جماعُ صورةً لا معنىً فأما الجماعُ صورةً ومعنىً يلزمه الكفارةُ على الفاعلِ والمفعولِ إذا نزلَ، والجماعُ صورةً لا معنىً يلزمه الغسلُ على الفاعلِ إذا نزلَ الشهوةُ ولا يجبُ الكفارةُ، والجماعُ معنىً يلزمه الغسلُ ولا يُفسدُ صومه.

٩ قال السرخسي: ودين وسط وهو ان يكون بدلا عن مال لا زكاة فيه لو بقي في ملكه كتياب البذلة والمهنة. وفي الدين المتوسط لا يلزمه الاداء ما لم يقبض

مائة درهم فحينئذ يؤدي خمسة دراهم (المبسوط ٢/١٩٥).

١٠ قال السرخسي: ودين ضعيف وهو ما يكون بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمدة... وفي الدين الضعيف لا تلزمه الزكاة ما لم يقبض

ويحول الحول (المبسوط ٢/١٩٥)

١١ في الأصل "والنصف" لكن الصواب ما أثبتناه، والله أعلم.

كتاب الحج

ولا يجب إلا لمن يقدر على زاد وراحلة لمروره ومجيئه والأضحية واجبة لمن وجب عليه صدقة الفطر والزكاة.

كتاب النكاح

النكاح عبارة عن الضم

٥١. وكلُّ أحكام في النكاحِ والبيعِ والهبةِ والرهنِ والإجارةِ في حقِّ الإيجابِ والقبولِ سواءً إلا أن الهبةَ والرهنَ يحتاجُ إلى القبضِ.
٥٢. وكلُّ النكاحِ لا ينعقدُ إلا بحضورِ شاهدينِ عاقلينِ بالغينِ.
٥٣. وكلُّ فسادٍ في صفةِ النكاحِ والبيعِ والإجارةِ يُفسدُها ولكن في البيعِ يُخيَّرُ المشتريُّ ويُوجِبُ في النكاحِ مهرَ المثلِ وفي الإجارةِ أجرَ المثلِ.
٥٤. وكلُّ شرطٍ إذا دَخَلَ في البيعِ يفسدُ البيعَ وإذا دَخَلَ في النكاحِ يفسدُ الشرطُ ويصحُّ النكاحُ وفي الإجارةِ وكذا المزارعة.^{١١}
٥٥. وكلُّ زيادةٍ في النكاحِ يسقطُ بالطلاقِ قبلِ الدخولِ ولا يسقطُ في البيعِ في حقِّ الشفيعِ وحقِّ الاستحقاقِ.
٥٦. وكلُّ مهرٍ جازٍ في النكاحِ جازٌ أن يكونَ ثمنًا في البيعِ وبدلاً في الخلعِ وأجرةً في الإجارةِ.
٥٧. وكلُّ رضيعٍ في مدةِ الرضاعِ وذلك ابنُ ثلاثين شهراً إذا أرضعتِ المرأةُ يَحْرُمُ هي عليه وكذا أمُّها وأخواتُها وبناتُها وكذا على آبائه وأبنائه عن الطرفين وكذا زوجُ المرأةِ لا يتزوج صبيته ولا أخواتِها، وعماتُها وخالاتُها تحْرُمُ عليه، وخالاتُها من قِبَلِ الأبِّ والأمِّ يَحْرُمُ عليه.
٥٨. وكلُّ ما يَحْرُمُ من النَّسَبِ يَحْرُمُ من الرِّضاعِ إلا في مسألتينِ ذَكَرَهُمَا في "الأصل".

١٢ هكذا جاء في الأصل، لكن سقط بعض الكلمات في المخطوط. لأن الشائع في الفقه الحنفية المزارعة كالأجارة تبطل بالشرط الفاسد.

كتاب الطلاق

عبارة عن الإطلاق والطلاق ينقسم على صريح وكناية

٥٩. كل صريح من الطلاق لا يفتقر إلى النية إلا المعروفة والمستعرف المذكور بالألف واللام وبصيغة المصدر فإنه إذا نوى ثلاثاً كان ثلاثاً.^{١٣}

٦٠. وكل كناية يحتاج إلى النية وهي [قوله]^{١٤} «اعتدي» و«استبرئي رحمك»^{١٥} و«أنت واحدة» فإنه رجعي وإن نوى أكثر فهي واحدة وفي بقية الكنايات إن نوى الثلاث يقع وإن نوى الثنتين كانت واحدة.

٦١. وكل الكنايات في مذكرة الطلاق لا يفتقر إلى النية إلا إذا كان بقصد السب والشتيم.

٦٢. وكل جزء في الطلاق مثل النصف والرُّبع والثُلث والعُشر واقع.

٦٣. وكل عضو يُعتبر من جملة البدن مثل الفرج والروح والجسم والبدن والعنق والبطن في الطلاق واقع.

٦٤. وكل عضو لا يُعتبر عن كل البدن مثل اليدين والرجلين والأصابع والأنف لا يقع الطلاق بالإضافة إليها، وكذا العتاق في البعضية والجزئية وفي المعبر وغير المعبر عن كل البدن.

٦٥. كل شرط أضيف إلى الملك أو إلى وجود الملك واقع في وجود الشرط سواء كان طلاقاً أو عتاقاً.

٦٦. كل شرط إذا وجد في الملك انحلت اليمين ووقع الطلاق والعتاق.

٦٧. كل شرط وجد في غير الملك انحلت اليمين ولم يقع الطلاق.

٦٨. وكل صورة زال الملك بعد اليمين لا يُبطلها. صورته إذا قال الرجل لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق مهما وجد الشرط والمرأة في نكاح هذا الرجل انحلت اليمين ووقع الطلاق ومهما وجد الشرط من المرأة وهي خرجت من ملك الرجل انحلت اليمين ولم يقع الطلاق، فإذا تزوجها بعد ذلك فدخلت الدار لا يقع الطلاق لأن الشرط قد فات بغير الملك وأما إذا لم تدخل الدار وطلّقها زوجها حتى

١٣ قال المرغينابي: والعدد الذي يقترن به نعت المصدر محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً كقولك أعطيتهم جزياً: أي عطاء جزياً ولو قال أنت الطلاق أو أنت طالق طلاقاً فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وأن نوى ثلاثاً فلا (الهداية شرح بداية المبتدي، بتحقيق عدنان درويش، بيروت/١/٢٦٥).

١٤ سقط من المخطوط.

١٥ في الأصل "استبرئي رحمه" لكن الصواب ما أثبتناه.

١٦ في الأصل "يدخل"، لكن الصواب ما أثبتناه.

مضت سنين ثم تزوجها فدخلت الدار يقع الطلاق لأن الشرط لا يوجد إلا في الملك فيقع.

٦٩. كل لفظ بصيغة الكل [يوجب] تكرار الأشخاص ولا يعد في الواحد مرتان.^{١٧}

٧٠. كل لفظ [بلفظ]^{١٨} بصيغة الكل ما يتكرر بتكرار الفعل^{١٩} حتى يؤدي إلى الدور.

٧١. [كل]^{٢٠} إشارة من أهله كالأحرس ونحوه في الطلاق والإقرار لازم.

٧٢. كل كناية الطلاق والصريح للإعتاق.

كتاب البيوع

٧٣. كل ثمن إذا كان محرماً فهو باطل.

٧٤. كل علة في الربا الكيل^{٢١} مع الجنس حرم التفاضل والنساء.

٧٥. كل جنس إذا لم يكن يوجد فيه كيل ولا وزن حل التفاضل والنساء.

٧٦. كل كيل إذا وجد ولم يوجد الجنس حل التفاضل وحرم النساء وتكره السفاتيح^{٢٢}.

٧٧. كل قرض فيه منفعة جرت فهو ربا.

٧٨. كل بيع فيه صرف لم يُثقل إلا بضرب يفسد الصرف^{٢٣}.

٧٩. كل صرف فيه بيع يتخلص من غير ضرر جاز الصرف والبيع.

٨٠. كل ما يضبط صفة جاز السلم فيه.

٨١. كل ما لا يضبط صفة لا يجوز السلم فيه.

٨٢. كل شئ لا يكون يوجد من حين عقد إلى حين محل لا يجوز السلم وفي الموجود يجوز.

١٧ جاءت هذه الكلية في الأصل بلفظ: "كل لفظ بلفظ بصيغة الكل يتكرر الأشخاص ولا يعد في الواحد مرتان." لكن الصواب ما أثبتناه، والله أعلم.

١٨ هذه الزيادة جاءت في الأصل.

١٩ قال السرخسي في هذا الموضوع: وإذا قال: كل امرأة أتزوجها أبدا فهي طالق فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية لم تطلق لأن كلمة كل تقتضي جميع الأسماء لا تكرار الأفعال وإنما يتحدد وقوع الطلاق بتحدد الاسم ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة بخلاف كلمة كلما فإنها تقتضي تكرار الأفعال.

٢٠ لا يوجد في الأصل، لعله سقط من المخطوط.

٢١ في الأصل خطأ من الناسخ، والصواب ما أثبتناه.

٢٢ قال ابن الهمام: السفاتيح جمع سفتحة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم، سمي هذا القرض به لإحكام أمره. وصورته أن يدفع في بلدة إلى مسافر قرضا ليدفعه إلى صديقه أو وكيله مثلا في بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لأنه صلى الله عليه وسلم نهي عن قرض جر نفعاً (فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٣، ٢٣٢/٧).

٢٣ أي يطل الصرف لوجود الاتفاق من غير قبض والتفاضل شرط صحة الصرف بخلاف البيع.

كتاب الغضب

والأصل في الغضب مبني على مسألة واحدة

٨٣. كلُّ مغضوبٍ لا يخلو عن ثلاثة أحكام: إما المثليُّ وإما القيميُّ وإما نحوُ المركبِ والمؤلفِ^{٢٤}.
٨٤. كلُّ مثليٍّ يلزمه مثلُ حالِ الخصومةِ فإذا عُدِمَ مثلهُ يلزمه قيمتهُ يومَ الخصومةِ.
٨٥. كلُّ شئبيٍّ قيميٍّ^{٢٥} نحو الحيوانِ والمؤلفِ يلزمه القيمةُ يومَ^{٢٦} الغضبِ عند ضرر.
٨٦. كلُّ عينٍ إذا زاده في يدِ الغاصبِ وهلكَ في يدهِ لا يضمنُ الى المغضوبِ منه شيئاً.
٨٧. كلُّ زيادةٍ من غيرِ المغضوبِ مثلُ النماءِ والكسبِ لا يطيبُ ولا يحلُّ للصاحبِ أيضاً لأنه ملكٌ خبيثٌ.
٨٨. وكلُّ كسبِ الوديعَةِ مغلَّةٌ ويتصدَّقُ.
٨٩. وكلُّ تغيرٍ وُجِدَ في يدِ الغاصبِ نحو الطحنِ وجعلِ الساجِ^{٢٧} في الجزعِ وما أشبه ذلك انقطع حقُّ المالكِ.
٩٠. كلُّ استحقاقٍ يستحقُّ في الهبةِ يرجع مثله في العوضِ ويرجع في الهبةِ.
٩١. كلُّ استحقاقٍ يُوجَدُ في بعضِ العوضِ لا يرجعُ في الهبةِ إلا أن يدفعِ الباقي.
٩٢. كلُّ وقفٍ إذا حَكَمَ به الحاكمُ زالَ ملكُ مالِكها عنه إلا المسجدَ إذا خلا واستغنى أهلُه عنها يُعيدُ إلى ملكِ مالِكها.
٩٣. كلُّ مُودَعٍ إذا تعدَّى بالوديعَةِ ضَمِنَ وكذا العاريةُ والإجارةُ.

٢٤ كأن المؤلف قصد بهذا اللفظ "المثلي المخلوط بخلاف جنسه" لأنه يعتبر في المذهب قيميا.

٢٥ في الأصل "مثلي" لكن الصواب ما أثبتناه.

٢٦ في الأصل "يوجب" والصواب ما أثبتناه.

٢٧ الساج: شجر عظيم جداً، ولا ينبت إلا ببلاد الهن (اللباب).

كتاب العتاق

٩٤. كلُّ شَرِيكَيْنِ إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ عَتَقَ عَلَيْهِ، وَعَلَى الْعَبْدِ السَّعَايَةُ وَلَا يَضْمَنُ الشَّرِيكُ.
٩٥. كلُّ عَبْدٍ إِذَا أُعْتِقَ بَعْضُهُ يُعْتَقُ ذَلِكَ الْبَعْضُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يُعْتَقُ كُلُّهُ، وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ الْإِعْتَاقَ يَتَجَرَّى عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَجَرَّى كَالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ وَالْقَصَاصِ عَنِ دَمِ عَمَدٍ وَالْعَوْفِ.
٩٦. كلُّ ذِي رَحِمٍ إِذَا مَلَكَ مَحَارِمَهُ عَتَقَ عَلَيْهِ.
٩٧. كلُّ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ إِذَا مَلَكَ صَاحِبَهُ انْفَسَخَ نِكَاحُهَا.
٩٨. كلُّ عَجْزٍ إِذَا تَبَّتْ فِي كِتَابَةِ يَرْجِعُ إِلَى الرَّقِّ.
٩٩. كلُّ دَعْوَى فِي الْعَتَقِ وَالْوَالَايَةِ وَالزَّوْجَةِ وَالْفَيْئِ لَا يَجْبِرُ عَلَى الْمَلِكِ.^{٢٨}
١٠٠. كلُّ شَهَادَةٍ فِي الْحَرِيَةِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى لَا يَثْبُتُ.
١٠١. كلُّ دَعْوَى بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمَشْتَرِي فِي إِثْبَاتِ نَسَبِ الْوَلَدِ إِذَا ادَّعَى الْبَائِعُ.
١٠٢. كلُّ وَلَدٍ يُولَدُ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ تَبَّتْ نَسَبُهُ لِلْأَقْلِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ثُمَّ ادَّعَى الْبَائِعُ يَثْبُتُ.
١٠٣. كلُّ دَعْوَى مِنْ الْبَائِعِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يُقْبَلْ إِذَا مَاتَ الْوَلَدُ فَقَدْ مَاتَ الْوَلَدُ.
١٠٤. كلُّ دَعْوَى مِنْ الْبَائِعِ بَعْدَ مَوْتِ الْوَلَدِ عَلَى هَذِهِ الصَّفَةِ.^{٢٩}
١٠٥. كلُّ كِتَابَةٍ مِنَ الْأَمَةِ أَوْ الْعَبْدِ وَمَلَكَ مَحَارِمَهَا^{٣٠} بَعْدَ الْكِتَابَةِ نَحْوَ الْأَبِ وَالْأُمِّ يَكَاتِبُ.^{٣١} وَالْكِتَابَةُ ضَدُّ التَّدْبِيرِ يَخْرُجَانِ مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْلَى وَمَا شَاكَلَهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ يُحَكَّمُ كَذَا.^{٣٢}

٢٨ قال المرغيناني: قال وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلل المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يستحلل عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود واللعان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلل في ذلك كله إلا في الحدود واللعان (الهداية، ١٥٥/٣).

٢٩ في الأصل "صفة" بدون حرف التعريف، والصواب ما أثبتناه.

٣٠ لو كان العبارة "وملك كل واحد منهما محارمه" لكان أحسن بحسب اللغة العربية.

٣١ أي الأب والأم، كما قال السرخسي: إن المكاتب لما كان مملك الكتابة في كسبه يتكاتب عليه قريبه (المبسوط، ١٢٤/١٥).

٣٢ قال السرخسي: ولو شهدوا انه قال لفلان عبدي هذا أو عبدي هذا لآخر وصية وهما يخرجان من الثلث (المبسوط ١٣/٢٨).

كتاب الصلح

- الصلح لا يخلو إما عن إقرار أو إنكار أو مع السكوت أو سكوت بدونها وهذه الأمور الأصل فيه الإقرار.
١٠٦. كل صلح مع إقرار عن مالٍ بمالٍ بمثلٍ البيع حتى يُردُّ بالعيبِ وخيارِ الرؤية ويرجع بنقصانِ العيبِ.
١٠٧. كلُّ ما إذا حَكَمْنَا كالبيعِ يتعلّق الاستحقاقُ وَوَجَبَ الشفعةُ ويتطرقُ إليه أحكامُ البيعِ.
١٠٨. كلُّ صلحٍ مع الإقرارِ والسكوتِ في حقِّ المدعيِّ بمعنى البائعِ كأنه أخذُ عوضٍ [والشفعة] ٣٣.
١٠٩. كلُّ صلحٍ مع إنكارِ المدعيِّ عليه افتدائِ اليمينِ وقطعِ الخصومةِ في حقِّ الشفعةِ ٣٤.

كتاب الدعوى

١١٠. كلُّ دعوى من جهةِ المدعيِّ يلزمه البينةُ ومن جهةِ المنكرِ يلزمه اليمينُ.
١١١. كلُّ دعوى بين الأجيرِ والمستأجرِ فالبينةُ بينهُ الأجيرِ والقولُ للمستأجرِ مع يمينه.
١١٢. كلُّ دعوى بين الزوجينِ أقاما البينةُ قَبِلَتْ بينهُ الزوجِ والقولُ قولُ المرأةِ في مقدارِ المهرِ المثلِ.
١١٣. كلُّ دعوى بين المذكورينِ وبين المشتريِ والبائعِ وبين ربِّ السلمِ والمسلمِ فيه إذا لم يكن بينهُ كلُّ ذلك يُفسخُ ويُحكّمُ بأجرةِ المثلِ وقيمةِ المبيعِ بعدَ ما تخالفاً والنكاحُ لا يُفسخُ.
١١٤. كلُّ دعوى بين المدعيِّ الكلِّ ومدعيِّ الثلثينِ ٣٥ ومدعيِ النصفِ وما أشبه ذلك فهو بينهم.
١١٥. وكلُّ ذلك لاستوائِهِم في الدعوى والفاصلِ لمدعيِ الكلِّ وكذا الوصيةِ وهذا في طرفي المنازعةِ.

٣٣ هذه الزيادة جاءت في الأصل.

٣٤ هكذا جاء في الأصل، لكن الكلّيتين الفقهيتين الأخيرتين على المذهب الحنفيّة لو كانتا كذا لكان أوصوب:

- كلُّ صلحٍ عن سكوتٍ أو إنكارٍ معاوضةً في حقِّ المدعيِّ، وافتدائِ اليمينِ وقطعِ النزاعِ في حقِّ المدعيِّ عليه، فلا شفعةٌ إن صالحا عن داريهما ويحبُّ لو صالحا على دارئِهِم.

- كلُّ صلحٍ مع الإقرارِ كبيعٍ إن وقع عن مالٍ بمالٍ لوجود معنى البيعِ فيه، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي فيه إن كان عَقَاراً الشُّفعةُ، وفيه الخيارات. (انظر الكتاب للقُدوري؛ واللباب للميداني بتحقيق محيي الدين عبد الحميد المكتبة العلمية بيروت ١٦٣/٢؛ والمختار مع شرحه، دار الفكر العربي، ٥٠/٣).

٣٥ في الأصل "الثلاثان"، لكن الصواب ما أثبتناه لأنه مضاف إليه.

١١٦. كلُّ دعوى من جهة المنكر يستصحب البينة لأنه مدع^{٣٦} صار منكراً.
١١٧. كلُّ دعوى بين خارجٍ وصاحب يدِ البينة بينةُ الخارج واليمينُ لصاحب اليد.
١١٨. كلُّ دعوى في الديباج والثياب التي لا يُنْسَجُ إلا مرةً في ملك التي [لا]^{٣٧} يتكرر بينهما في كل ذلك بينةُ صاحب اليدِ أولى.
١١٩. كلُّ دعوى إذا تنازعا في اللقيطِ مجهولِ النسبِ فهو بينهما.
١٢٠. كلُّ دعوى بين البائعِ والمشتري في إثباتِ النسبِ إذا وُلِدَ في أقلِّ من ستةِ أشهرٍ فدعوى البائعِ أولى.
١٢١. كلُّ دعوى بين البائعِ والمشتري في الولدِ إذا وُلِدَ من ستةِ أشهرٍ فدعوى المشتري أولى.

كتاب الشركة

١٢٢. كلُّ شركةٍ في المباحاتِ نحو الاحتطابِ والاختشاشِ والاستقاءِ ونحوه باطلٌ^{٣٨}.
١٢٣. كلُّ فسادٍ في الإجارةِ يوجبُ أجرَ المثلِ ولا يتجاوز به المسمى وكذا إذا شُرِطَ لأحدهما زيادةً.
١٢٤. كلُّ زيادةٍ في المسمى من الدراهمِ في الإجارةِ والمزارعةِ ومالِ الشركةِ والمساقاتِ فاسدٌ.
١٢٥. كلُّ اشتراكٍ في معنى الشايع^{٣٩} إذا كان لأحدهما بغلٌ والآخر حمائرٌ أو عبدٌ أو راويةً فهو فاسدٌ^{٤٠}.
١٢٦. كلُّ ما يُناسِبُ بهذا الشكلِ بين الساحةِ والدورِ والعقارِ إنَّ هذا حكمه وكلُّ ذلك فاسدٌ ويُدْفَعُ أجرُ المثلِ لا يُجَاوِزُ عن نصفِ المشروطِ.

٣٦ في الأصل "مدعى" والصواب ما أئبتهاه.

٣٧ لا يوجد كلمة "لا" في الأصل.

٣٨ لا تجوز الشركة في تحصيل الأشياء المباحة مثل الاحتطاب والاختشاش والاصطياد وكل مباح، لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة، والتوكيل في أخذ المباح باطل، لأن أمر الموكل به غير صحيح، والوكيل يملكه بغير أمره فلا يصلح نائباً عنه (الباب ١٢٩/٢).

٣٩ في الأصل "الشهاي".

٤٠ قال الكاساني: إذا اشترك رجلان لأحدهما بغل وللآخر بعير على أن يواجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فأجرهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم إن هذه الشركة فاسدة (بدائع الصنائع، بيروت ١٤٠٦/١٩٨٦، ٦/٦٤).

كتاب الصيد والذبائح

١٢٧. كُلُّ حَيوانِ الماءِ لا يَحِلُّ إلا السَّمَكُ، وحيوانُ البرِّ على نوعينِ إنسيٍّ ووحشيٍّ، وحيوانُ الوحشيِّ على نوعينِ طائرٍ وغيرِ طائرٍ فالطائرُ على نوعينِ ذيِ مِخْلَبٍ وغيرِ ذيِ مِخْلَبٍ.
١٢٨. كُلُّ ذيِ مِخْلَبٍ مِنَ الطيورِ حَرَامٌ.
١٢٩. كُلُّ ذيِ نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ حَرَامٌ.
١٣٠. [كُلُّ]٤١ حَيوانِ الإنسيِّ حَرَامٌ إلا الأنعامَ وهي الإبلُ والبقرُ والغنمُ وفي الخيلِ خلافٌ.
١٣١. كُلُّ حَيوانِ البرِّ السَّبَاعِ ذيِ نابٍ حلالٌ إلا القنفذُ فطوه٤٢.
١٣٢. كُلُّ مَجروحٍ لو لم يَكُنِ الذَبْحُ لا يَعيشُ نِصفَ النِهارِ لا يَحِلُّ أَكْلُهُ إذا جُرِحَ بطنُهُ أو بِأَفَةِ سَماوِيَةٍ.
١٣٣. كُلُّ طَافٍ فِي البَحرِ والمِترِديَةِ والنَطيحَةِ والموقوذةِ فِي البرِّ لا يَحِلُّ أَكْلُهُ.
١٣٤. كُلُّ ما لَيسَ لَهُ ذِكاةٌ مِنَ صِوَدِ البرِّ لا يَحِلُّ أَكْلُهُ إلا الجِرادُ وأما فِي الطيورِ الإنسيِّ خِلافٌ.
١٣٥. كُلُّ إنسيٍّ مِنَ الطيورِ أَيْضا لا يَحِلُّ أَكْلُهُ إلا الدَّجاجةَ والبَطَّ والإوزَ والحِمامَةَ.
١٣٦. كُلُّ مِنْهُم إِذا رُمِيَ أو أُرْسِلَ الكَلْبُ والفَهدُ المَعْلَمُ وَسُمِّيَ حَلَّ أَكْلُهُ وَإِنْ ماتَ.
١٣٧. ما تَوَارَى٤٣ عَنِ الصِّيدِ ولم يَزَلْ صاحِبُهُ يَطْلُبُهُ حَتَّى وَجَدَ مِيتًا حَلَّ أَكْلُهُ.

كتاب الإقرار

١٣٨. كُلُّ إقرارٍ مِنَ المَكْلَفِ لَازِمٌ سِواءً كانَ فِي الحدودِ أو الأموالِ والأطرافِ.
١٣٩. كُلُّ إقرارٍ مِنَ العَبْدِ فِي الأَطرافِ لَازِمٌ فِي الحالِ وَفِي الأموالِ لَازِمٌ بَعْدَ العِتقِ.

كتاب الديات

٤١ لا يوجد في الأصل.

٤٢ هكذا جاء في الأصل، لكن في الكلام تحريف وسقط.

٤٣ في الأصل "ما توري" لكن الصواب ما أثبتناه.

١٤٠. كلُّ مقتولٍ بالخطأٍ يجبُ على العاقلةِ الديةَ وعلى الغافلِ الكفَّارةَ.
١٤١. كلُّ نسبةٍ في قيمةِ العبدِ نسبةٌ أيضاً في الديةِ وكذا حكومةُ العدلِ.
١٤٢. كلُّ أرشٍ في الأطرافِ والشَّحاجِ والجراحِ؛ ونحوه يناسبُ قيمةَ العبدِ وديةَ الحرِّ.
١٤٣. كلُّ مُوضحةٍ^{٥٤}؛ إذا ذهبَ به عقله أو أفضى بالوطءِ يدخلُ الأقلُ في الأكثرِ.
١٤٤. كلُّ شجٍّ أو جراحٍ بالعمدِ فيه مماثلةُ القصاصِ والذي لا يماثله الأرشُ أو الحكومةُ.

كتاب القصاص

١٤٥. كلُّ قتلٍ أو قطعٍ أو جراحٍ أو شجٍّ بالعمدِ فيه مماثلةُ القصاصِ وفي غيرِ المماثلةِ الأرشُ [أو]^٦ الحكومةُ.
١٤٦. كلُّ جماعةٍ يُقتلُ بالواحدِ والواحدِ بالجماعةِ ويستوي^٧ فيه المسلمُ والزَّمنُّ^٨؛ والحرُّ والعبدُ.
١٤٧. وكلُّ جنائيةٍ في الأطرافِ لا يستوي بين الفردِ والجماعةِ والحرِّ والعبدِ^٩؛ والذكرِ والأنثى.
١٤٨. كلُّ جنائيةٍ من قائدِ القطارِ^{١٠} والسائقِ والراكبِ أو طبيبٍ^{١١} فهو ضامنٌ.
١٤٩. كلُّ جنائيةٍ من بني آدمَ تجبُ ديةُ على عاقلتهِ وفي البهيمَةِ من ماله.
١٥٠. كلُّ إقرارٍ من القاتلِ في العهدِ يجبُ في ماله إلى ثلاثِ حججٍ^{١٢} وكذا جنائيةٌ لابنه.
١٥١. كلُّ عينٍ واحدٍ للإنسانِ نصفُ الديةِ وفي البهيمَةِ ربعُ القيمةِ وفي العبدِ نصفُ القيمةِ.
١٥٢. كلُّ ما قُطِعَ أو كُسِرَ من الأطرافِ بحيث لا ينتفع به الإنسانُ نصفُ الديةِ وفي البهيمَةِ كلُّ الديةِ.

تمت كليات الفقه لصدر الشريعة

٤٤ الشَّحاج: تقتضى بما يكون بالوجه والرأس وما يكون بغيرهما فجراحة .

٤٥ الموضحة: وهي التي توضح وتظهر العظم.

٤٦ لا يوجد في الأصل.

٤٧ في الأصل "ويستوي"

٤٨ هكذا جاء في الأصل ، (الزمن هو الميتلى) لكن يمكن أن يكون "الذمي" والله أعلم.

٤٩ في الأصل تكرر لفظ "العبد".

٥٠ قال البارقي في العناية: القطار: الإبل تقطر على نَسَقٍ واحد والجمع قَطْرٌ ، ومنه تَقَاطَرُ القَوْمُ إذا جاءوا أرسالاً. كما قال محمد الشيباني في المبسوط: وإذا قاد الرجل قطارا في طريق المسلمين فما أوطأ أو القطار أو آخره بيد أو رجل أو صدم بعض الإبل إنسانا فمات فالقائد ضامن ولا كفارة عليه.

٥١ في الأصل كأنه "طيب".

٥٢ أي سنين.

MISIR MİLLÎ KÜTÜPHANESİNDE BULUNAN FIKIHLA İLGİLİ TÜRKÇE YAZMA ESERLER*

Doç. Dr. Ali İhsan Pala*

The Turkish Manuscripts on Fiqh in the Egyptian National Library

It is possible to see the traces of the Turkish civilization and culture in different parts of the world, especially in the Middle East. There are numerous manuscripts written in Turkish in leading libraries around the world. Without doubt, benefiting from the content of these manuscripts belonging to the Turkish civilization and culture is as much important as protecting them. One way to achieve this goal is to promote these works. Works of Fiqh (Islamic Jurisprudence), among all the works the Turkish scholars of science and culture have created, has special significance. These works of fiqh have great importance for researchers. This article aims to present a short description of the Turkish manuscripts on fiqh in the Egyptian National Library in an alphabetical order.

Kew words: Turkish manuscripts, Egyptian National Library.

Giriş

Türk medeniyetini çeşitli yönlerden sadece Anadolu coğrafyasıyla sınırlandırmak mümkün değildir. Özellikle başta Ortadoğu olmak üzere dünyanın çeşitli coğrafyalarında Türk kültür ve medeniyetinin izlerini ve etkilerini görmek mümkündür. Bu kütürün bir parçası da çeşitli sahalarda Türk ilim adamlarınca yazılmış eserlerdir. Dünyanın önde gelen kütüphanelerinde Türkçe olarak yazılmış bu eserlerden çok sayıda bulunmaktadır.¹ Bu sebeple Türklerin egemen oldukları coğrafyalar sadece tarih açısından değil, aynı zamanda Türk dili, edebiyatı ve kültürü açı-

* Bu yazı, Mısır Milli Kütüphanesi tarafından dört cilt halinde hazırlanan ve daha sonra içinde yazar ve eser dizininin de bulunduğu 83 sayfalık bir "Mülhak/Ek" eklenerek 1987-1992 yılları arasında yayımlanan "Türkçe Yazmalar Kataloğu"ndan yararlanılarak hazırlanmıştır. Kültür Bakanlığı'nun resmi web sayfasında "yazmalarla ilgili bir yazıda, bu katalogun üç cilt olduğu belirtilmiş, en son bilgiler güncelleştirilmemiş olduğu halde hala eski bilgiye yer verilmiştir.

** Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı ve Katar Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. e-mail: alihsanpala@yahoo.com

1 https://www.yazmalar.gov.tr/elyazmaciligimiz_tr.php?dill=tr

sından da türkologun alanına girer.² “İslâm tarihinin ilk asırlarından itibaren pek çok Türk asıllı âlim önce Arapça, daha sonra Farsça ve Türkçe sayısız eserler yazmıştır. Mısır Kahire’de Daru’l-Kutubi’l-Kavmiye’de 5.000; Kahire Üniversitesi’nde 4.000 civarında; ayrıca sayıları kesin olarak bilinmemekle birlikte Fransa’da Paris Millî Kütüphanesi’nde (Bibliothèque Nationale); İngiltere’de British Museum ve Chester Beatty’de; İtalya Vatikan’da; Almanya Berlin’de ve Rusya Leningrad’da; Macaristan’ın Budapeşte İlimler Akdemisi ve Millî Kütüphanesi’nde çok sayıda yazma eser bulunmaktadır. Bunlardan başka bazı yazma eser koleksiyonlarına az da olsa Nijerya, Filistin, Ürdün, Bangladeş, Kuveyt, Katar, Umman, Birleşik Arap Emirlikleri, Arnavutluk, Bosna - Hersek, Sudan, Çin Halk Cumhuriyeti, Rusya ve Ednonezya gibi ülkelerde de rastlanmaktadır.” “Kültür ³mirasımızın önemli ürünleri olan el yazması eserler; tarih, din, dil, felsefe, coğrafya, astroloji, fen bilimleri gibi çeşitli konularda, yazıldığı dönem ve yere ait temel bilgileri bünyesinde toplayan, bilim ve sanat dünyasının ilk elden kaynaklarını oluşturmaktadır.”⁴

Hiç kuşku yok ki, kültür ve medeniyetimize ait bu kıymetli malzemenin korunması kadar, onların içeriğinden yararlanmak da son derece önem arz etmektedir. Bunun yollarından birisi bu eserlerin tanıtılmasıdır. Türk bilim ve kültür insanlarının geçmişte ortaya koydukları, her alandaki, eserler arasında fıkıh (İslam hukuku) ile ilgili olanların ayrı bir önemi vardır. Özellikle ülkemizde fıkıh alanında bilimsel araştırma ve inceleme yapan ve yapacak olan araştırmacılar açısından, bu eserler birer “hazine” niteliğindedir. Belki bu eserlerin bir kısmının içeriğine başka yollardan ulaşmak mümkün olabilir. Fakat bunlar içerisinde özgün nitelikte olanlar da bulunmaktadır. Türk fakihlerce yazılmış olsa bile, fıkıh alanındaki eserlerin büyük kısmının Arapça yazılmış olduğu dikkate alındığında, bu alanda Türkçe olan veya Arapça’dan tercüme edilen eserlerin, bir fıkıh araştırmacısı için ne denli mühim olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

İşte bu sâikle, bu yazımızda ortadoğunun en büyük kütüphanelerinden biri olan Mısır Millî Kütüphanesi’nde bulunan fıkıhla ilgili Türkçe yazmaların kısa tanıtımlarıyla birlikte bir listesini vermeye çalışacağız. Söz konusu bu eserleri, aynı kütüphanenin “Doğu” bölümü tarafından hazırlanıp yayımlanan katalogdan yararlanarak hazırladık. Kitaplara ait bilgiler orada yer aldığı şekliyle verildi. Ayrıca, katalogda eksik kalan yazar ya da eser isimleri tarafımızdan eklendi. Burada yer alan eserlerin ve yazarlarının isimleri ile ilgili oluşan kimi tereddütleri gidermek ve tashih için Süleymaniye kütüphanesi web sayfası ile Kültür Bakanlığı’nın “yazmalar” a dair web sayfasından yararlandık. Ayrıca yazarların ölüm tarihleri vb. hususlarda metin içerisinde bazen de dipnotlar ekleyerek kimi ilave bilgi açıklamalar yaptık. Araştırmacıların daha kolay yararlanabilmesi düşüncesiyle eserlerin listesini alfabetik sıraya göre verdik.

2 Kemikli, Bilal, “Türkojiniin Kadim Coğrafyadaki Kaynakları ve Kütüphaneler”, *Birinci Ortadoğu Semineri (Kavramlar Kaynaklar ve Metodoloji)*, T.C. Fırat Üniversitesi Orta-Doğu Araştırmaları Merkezi Yayınları, Elazığ, 2004, s. 183.

3 http://www.yazmalar.gov.tr/elyazmaciligimiz_tr.php (çevrimiçi)

4 <https://www.yazmalar.gov.tr/index.php#> (10.07.2011- çevrimiçi)

Yazma Fıkıh Eserleri:

1. *Araziye Müteallik Fetâvâ*: Yazarı: Yahya b. Zekeriya b. Bayram (1000/1590 yılında vefat eden Osmanlı Şeyhülislamlarından). Eserin başı “Bir karye(köy)de sâkin olan...” şeklinde başlamaktadır. Tarihi yok. Bir grup koleksiyon içinde 107-167. varaklar arasında yer almakta ve Mecâmî-i Türkî koleksiyonu 44 numarada kayıtlı bulunmaktadır.
2. *Araziye Müteallik Kânûn*, 17 Zilka'de (Mart) 1017 tarihinde çıkarılan arazi kanunnamesi olup müellifi bilinmiyor. İlk cümlesi: “Araziye müteallik kanundur ki...” şeklinde başlamakta ve “mütevffânın mahlul olan yeri ancak oğluna...” diye devam etmekte olup tarihsizdir. Talik yazıyla yazılmış bir nüshadır. Bir koleksiyonun 273-278 varakları arasında dördüncü kitap olarak yer almakta olup 18x28 cm ebadında 25 satırlık varaklardan oluşmaktadır. Mecâmî-i Türkî Talat bölümü 7 numarada kayıtlıdır.
3. *Esâsu'l-Makâsıd fî Nihâyeteyi'l-Kavâ'id ve'l-Fevâ'id*: Yazarı: Hicrî 3. asır âlimlerinden Belekzâde el-Yânevî diye meşhur olan Müderris Ebû Abdullah Muhammed Şehri b. Abdurrahim b. El-Hâc Muhammed b. İbrahim'dir. Eser iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm “kavâ'id”e, ikinci bölüm de “fevâ'id”e tahsis edilmiş. Müellif eserde fikhî kaideleri fıkıh kitaplarından orijinal halleriyle Arapça olarak nakletmiş ve bunları Türkçe şerhetmiştir. Hicrî 1301/M.1883 yılında tamamlanmış. İlk cümlesi: “Elhamdulillâhillezî hakkeme ehkâmehû biehkemi'l-hukm...” diye başlıyor. Tarihsiz olup 20,5x28 abındaki sayfalarda farklı sayıda satırlarla normal talik yazıyla yazılmış 246 varak (493 sayfa)dan oluşan bir ciltlik nüshadır. 272 ve 284. Varaklarda birinci ve ikinci bölümler arasında boş sayfalar bulunmaktadır. Fıkıh-Türkî-Talat bölümü 35 numarada kayıtlıdır.
4. *El-Ustuvânî fi'l-fıkh*: Talat bölümü 939 numarada kayıtlı tasavvufla ilgili bir yazma içindeki koleksiyonda yer alan bir risale olup hakkında detay bilgi elde edemedik. Ancak araştırabildiğimiz kadarıyla Hanefi alimlerinden Üstuvânî diye bilinen (ve Ayasofya vaizliği yapmış olan) Muhammed (Mehmet) b. Ahmed eş-Şâmî (ö. 1072/1662)'nin fıkhî dair bir risalesi olduğu dikkate alınırsa⁵ buradaki risalenin söz konusu eser olması muhtemeldir. Kültür Bakanlığı'nın yazmalar sitesinde yer alan ve risalenin farklı bir nüshasına ait olduğunu düşündüğümüz bilgilere göre Risale 21x14,5 ebadında 13 satırlık 141 varaktan oluşmaktadır ve Mustafa b. Hüseyin b. Osman tarafından 1129/1717 tarihinde istinsah edilmiştir.⁶
5. *İstılâhâtu mekâdîr-i evzân*: Derleyen bilinmiyor. İlk cümlesi: “şa'ır, bir arpadır. Habbe çekirdektir. İki arpa ağırdır...” şeklindedir. Tarihsizdir. h.1177/m.1763 Yılında Mehmet Nazif tarafından güzel bir talik yazıyla istinsah edilmiş olup bir mecmua içinde; 11,7x19,5 cm ebadında 19 satırdan oluşan 138 varaklık bir eserdir. Talat Türkî koleksiyonunda 50 numarada kayıtlıdır.

5 Bk. Kehhâle, Ömer Rıza, *Mu'cemu'l-Muellifin*, Mektebetu'l-Musennâ, Beyrut, ts., IX/7.

6 http://www.yazmalar.gov.tr/detay_goster.php?k=95246

6. *Elli dört farz şerhi*: Şeyh Hasan el-Basrî'den mervîdir. Yazarı: Abdullah Salâhî Uşşâkî (ö. h.1196/m.1781). Adın da anlaşılacağı gibi “her müslümanın bilmesi gereken elli dört farz üzerine yazılmış bir risaledir.” Baş tarafı: “Şeyh Hasan Basrî ol... Allahu Teâlâyı bilup (bilip) zikretmek...” diye başlamakta. Yazımı Amasya'da h.1190/m.1775 yılında tamamlanmış olup Ömer b. Hacı Hüseyin tarafından normal talik yazıyla yazılmıştır. 20x15,5 cm ebadında 19 satırdan müteşekkil olup bir mecmua içindeki 8 ve 9. Varaklardan oluşmaktadır. Mecâmî-i Türkî Talat bölümü 120 numarada kayıtlıdır. Aynı risaleden birbirinden şekil ve yazı yönünden farklı aynı bölümde 95, 12 ve 9 numaralı kayıtlarla 4 nüsha daha var.
7. *Bahsun fi'd-duhâni ve'l-kahve*: Mîzânü'l-hak'dan⁷ naklen. Yazarı: Mustafa b. Abdullah b. Muhammed (Hacı Halife diye bilinen meşhur Katip Çelebi ö. h/1067/m.1656). Baş: “Bahs-ı duhandır. İktiza hasebiyle bir zaman halk-ı cihan içtikleri duhân...” Muhammed Nazif tarafından h/1177/m.1763 yılında güzel bir talik yazıyla yazılmıştır. 19,5x11,7 cm ebadında 27 satırdan oluşan ve bir mecmuanın 144 ön 147 arka yüzdeki varaklarında yer almakta olup Mecâmî-i Türkî Talat bölümü 50 numarada kayıtlıdır.
8. *Bahrü'l-fetâvâ*:⁸ Yazarı: Kâdızâde diye meşhur Muhammed el-Erzurûmî (ö. h/1173/m.1759)'dir. Eser yazarın otuz yıl boyunca müftülük yaptığı Erzurum'da verdiği fetvalardan ibaret olup derslerine devam eden talebelerinden birisi tarafından h/1161/m.1747 yılında yazılmıştır. Baş tarafı: “El-hamdulillahillezî ce'alelmüctehidîne elmutekaddimîne hudâte'l-müminîn...” 29 Safer 1212/24 Haziran 1797 tarihli nüshadır. Siyah mürekkeple kenar çizgileri çekilmiş olup normal talik hatla 31,8x19,5 cm ebadında 31 satırdan oluşan 226 varaktan ibaret bir eserdir. Fıkh-i Hanefi Talat bölümünde 110 numarada kayıtlıdır.
9. *Bidâ'atu'l-hukkâm fi ihkâmi'l-Ahkâm*, Yazarı: Hacibzâde diye bilinen Muhammed b. Mustafa b. Mahmud (ö. h/1100/m.1688)dur. Noterlik konusunda yazılmış bir eserdir. Baş: “Feth-i ebvâbi muradat-ı eyleyen Hâlikulkevneyne sadd-i hemdu sipaş...” ifadeleriyle tek ciltlik bir nüsha olup baş kısmında altın süslemeleri yer almaktadır. Bir ve ikinci sayfalarda kırmızı altın ve siyah mürekkeple diğer kısımlarda ise kırmızı mürekkeple çekilmiş kenar çizgileri bulunmaktadır. başlamakta. Güzel bir talik yazıyla müellif hayttayken 30 Ramazan h/1094/m.30 Aralık 1682 yılında Yenişehirli Mustafa b. Abdullah tarafından istinsah edilmiştir. Eser 26,5x12,5 cm ebadında 33 satırdan oluşan 100 varaktan ibarettir. Baş tarafında ayrıntılı bir “içindekiler” kısmı bulunmakta olup ilk yapraklarda rutubet izleri vardır. Türkî Talat bölümünde 6 numarada kayıtlıdır.

7 Kâtip Çelebi'ye ait bir eserdir.

8 Tespitimize göre bu eserle ilgili olarak Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde 2012 yılında bir doktora tezi yapılmıştır. Bk. <http://ktp.isam.org.tr/?url=tezilh/fincrecords.php>

10. *Ba'du Mesâili Ma'rûda min Şeyhi'l-İslâm Ebi's-Su'ûd el-İmâdî ale's-Sultân Süleymânî'l-Kânûnî li'stisdâri'l-Mersûm bihâ*: Tarihsizdir. Normal bir talik yazı ile yazılmış bir nüshadır. Baş şöyledir: “el-Mes'ebetü'l-Ülâ, müddei davasını özri şer'yesiz bir müddet tehir ettikten sonra istimâ' olunup olunmamak...” Bir mecmua içerisinde 30x10,5 cm ebadındaki 119 ve 120. Varak halinde yer almaktadır. Devamında italik olarak yazılmış kimi notlar bulunmaktadır. Mecâmi-'i Türkî Talat bölümü 48 numarada kayıtlıdır.
11. *Behcetü'l-Fetâvâ*, Yazarı: Şeyhu'l-İslam Ebu'l-Fadl Abdullah b. Muhammed el-Yenişehrî (ö. 1155/1742). Bir takım ilaveler yaparak derleyip düzenleyen Muhammed Fakî el-'Aynî'dir. Tek cilt halinde bir yazma olup müellif hayatta iken 1108/1696 yılında Kâdî İbrahim b. Ramazan el-Kıbrîsî tarafından istinsah edilmiştir. Her sayfasında 30 satır olmak üzere toplam 224 varaktan oluşmaktadır. Eserin kenarlarında Arapça olarak bazı açıklamalar ve düşülmüş notlar bulunmakta, ayrıca baş tarafında bir fihris yer almaktadır. Fıkhî Türkî Halil Ağa bölümü 1 numarada kayıtlıdır. Muhtelif ebat ve şekillerde 14 nüshası daha vardır.
12. *Beyân-ı İslâm ve Altmış Farz*: Yazarı bilinmiyor. Nesih yazıyla yazılmış, tarihsiz bir nüsha olup bir mecmua içinde 22x15 ebadında 17 satırlık 12 ile 18. varaklar arasında üçüncü sırada yer almaktadır. Eser “Elhamdulillahi rabbilalemin...” diye başlamaktadır. 4289 numarada kayıtlıdır.
13. *Tebyînu'l-Merâm*: Hamza Efendi'nin *el-Bey'û veş-Şirâ* adlı risalesinin Mustafa b. Abdullah tarafından yapılan Türkçe açıklamalı tercümesinden ibarettir. Eser 1129/1717 yılında yazılmıştır. Abdurrahman b. Mustafa b. Mahmud'un müellif nüshasından istinsah ettiği nüshadan yazılmıştır. Tarihsiz olup 19 satırlık 116 varaktan oluşan tek ciltli bir eserdir. Kenarlarında bazı küçük notlar bulunmaktadır. Şu cümle ile başlamaktadır: “Hamd-u sena olsun ol azimuşşâna ki...” Fıkh-ı Türkî – Talat bölümü 120 numarada kayıtlıdır.
14. *Tuhfetü's-Şâhân*: Yazarı: Ebu'l-Bekâ Eyyüb b. Es-Seyyid eş-Şerîf Musâ el-Hanefî el-Kırîmî el-Kefevî (ö. 1094/1683)⁹ Bu kitap Hanefî mezhebi fıkına dairdir. 12 Muharrem 1072/1661'de yazılmış olup 25 satırlık 144 varaktan oluşan tek ciltlik bir nüshadır. Baş tarafı: “Nahmedullahe fi külli hînin ve ânin ve nukaddisu lehû mine'n-nuksâni...”, ...Hamdine mahdud ve senâna mâdûd ol vâcibu'l-vücûd ve mufidu'l-lutfi ve'l-cûd hazretine lâyık...” cümleleriyle başlamaktadır. Fıkh-ı Hanefî Türkî bölümü 69 numarada kayıtlıdır.
15. *Tuhfetü'l-Kudât*: Eser kaza (yargı) ve şahitlik (usul hukuku) konusunda yazılmış manzum bir eserdir. Nâzım(yazar)ı bilinmemektedir. Yazar kendisini “fakir” diye nitelemekte (bk. Vrk: 7, satır: 9) olup Osmanlı padişahlarından Sultan İbrahim zamanı yani hicri 11. asır alimlerindedir. Bir mecmuanın içinde farklı satır aralıklarıyla 16 varaktan ibarettir. Tarihi yoktur. Baş: “Hamd-i

9 Meşhur el-Külliyât ya da Külliyyâtu Ebi'l-Bekâ adlı eserin sahibi.

bîhad ol Hüdâyâ ki oldi Rabulâlemîn, Hükmeder beynelibad (ibâd) adl ile hayru'l-hâkimîn..." beyti ile başlar. Mecâmî-i Türkî Talat bölümü 89 numarada kayıtlıdır.

16. *Tahkiku't-Teslim*: Yazarı: Müstakimzâde diye bilinen Süleyman Sa'deddîn b. Emenullah Abdurrahman b. Muhammed (ö. 1202/1788)'dir. İslam'da selamlaşmanın hükmü konusunda yazılmıştır. 1179/1765 tarihini taşımaktadır. Muhtemelen müellifin kendi yazmasıdır. Bir mecmuanın içinde yer almaktadır. İlk cümlesi: "Ba'delbesmeleti ve'l-hamdeleti vessalati..." şeklindedir. Mecâmî-i Talat bölümü 837 numarada kayıtlıdır.
17. *Tahkiku's-Salavât*: Yazarı: Müstakimzâde diye bilinen Süleyman Sa'deddîn b. Emenullah Abdurrahman b. Muhammed (ö. 1202/1788)'dir. 1228/1813 tarihinde müellif nüshasından istinsah edilmiştir. Kenarında müelliften nakledilen kayıtlar bulunmaktadır. Baş tarafı: "Tahmîdât-ı hâlik-i mevcûdât, ve salevât-ı mefhâr-i kâinât..." şeklindedir. Mecâmî-i Talat bölümü 105 numarada kayıtlıdır.
18. *Tercümetü'l-İdâh fî Esrârî'n-Nikâh*: Yazarı: Abdurrahman b. Nasr b. Abdullah eş-Şîrâzî (ö. 774/1372)'dir. Tercüme eden bilinmiyor. Yazma nüshanın üzerinde "Şeyh Ali" yazılı olmakla birlikte mütercim olup olmadığı bilinmemektedir. 6 Muharrem 1202/1788 yılında istinsah edilmiştir. Eserin bir kısmı bir mecmua içinde 36-109. varaklar arasındadır. Baş tarafı: "Elhamdulillahillezî haleka'l-insâne min tîn..." diye başlıyor. Mecâmî'u Türkî Talat bölümü 55 numarada kayıtlıdır.
19. *Tercümetü'l-Cevâhiri'l-Mudiyye fî'l-Ahkâmi's-Sultâniyye*: Yazarı: Abdurraûf el-Munâvî diye bilinen Muhammed b. Tâcu'l-Ârifin b. Ali Zeynu'l-Âbidîn el-Haddâdî el-Kâhirî eş-Şâfi'î (ö.1031/1622)'dir. Tercüme eden: 11/16-17. asır alimlerinden Muhammed b. Mûsâ el-Bosnevî'dir. İstinsah tarihi yoktur. Bir mecmua içerisinde 248-310. varaklar arasında yer almaktadır. Baş tarafı: "Lâyık-ı azamet ve Kibriyâ-i hazreti Hâlik-i arz ve semâ..." diye başlar. Mecâmî-i Talat bölümü 491 numarada kayıtlıdır.
20. *Tercümetü Risâletin fî Ashâbi'l-Uzriş-Şer'î*: Yazarı bilinmiyor. Tercüme eden: İsmail Müfid b. Ali el-Attâr (ö. 1217/1802)'dir. Eser dini hükümler açısından özür sahiplerinin durumunu ele alan beş risaleyi ihtiva eden bir risaledir. Şer'î özrün mahiyeti, başlangıcı, devam etmesi ve sona ermesi gibi konuların yanı sıra mestler üzerine meshedilmesi ve özürünün elbisesinin temizliği gibi meseleler de ele alınmıştır. İstinsah tarihi belli değildir. Baş tarafı: "Elhamdulillahillezî yakbelu'l- e'zâre ve yeğfiru'l-evzâre..." diye başlamaktadır. Mecâmî-i Türkî Talat bölümü 140 numarada kayıtlıdır.
21. *Tercümetü Risâletin fî Tenzîhi Ebî Hanîfe 'ani't-terhâti's-sehîfe*: Yazarı: Nuh Efendi'dir. Tercüme eden ise: Hicâzîzâde diye meşhur olan Muhammed b. Mu-

hammed el-Hanefî'dir. Tek ciltlik bir yazma olup 1077/1666 yılında istinsah edilmiştir. Tevhîd-Türkî bölümü 20 numarada kayıtlıdır.¹⁰

22. *Tercümetü Şir'ati'l-İslâm*, Yazarı: İmâmzâde eş-Şerecî diye bilinen Ruknu'l-İslâm Sedîdu'd-dîn b. Muhammed b. Ebî Bekr el-Buhârî (ö. 573/1177)'dir. Eseri şiir şeklinde tercüme eden ise 10/16. asır alimlerinden Muhammed b. Abdullah'dır. Eserin sonunda yer alan bilgiye göre 15 Şaban 911/1505'te tamamlanmıştır. 258 varak olup tek cilt halindedir. Başlangıcı şöyledir: "İbtede'nâ bi'smike yâ ze'l-'Ulâ..." Fıkhu-Hanefî-Türkî-Talat bölümü 68 numarada kayıtlıdır.
23. *Tercüme-i Ferâizi's-Secâvendî (el-Ferâidu's-Sirâciyye)*, Manzum olarak yazılan eserin müellifi: Sirâcuddîn Muhammed b. Muhammed b. Abdurreşîd b. Tayfûr es-Secâvendî'dir. Tercüme: Sinân Memlûk İsâ Bey'dir. 889/1484'te nazmedilmiş, 989/1581'de de 203 varak olarak tek cilt halinde istinsah edilmiştir. Ferâiz-Türkî bölümü 1 numarada kayıtlıdır.
24. *Tercümetü Kitâbi'l-Harâc*, İmam Ebû Yusuf (ö. 182/798)'un meşhur eserinin tercümesidir. Eser, Sadrazam Kara Mustafa Paşa'nın emriyle 1094/1683 yılında Rodosîzâde Muhammed b. Muhammed (ö. 1113/1701) tarafından yapılmıştır. Bu nüshanın istinsah tarihi bilinmiyor. 23 satırlık 214 varaktan oluşmaktadır. Baş tarafı: "Hamd bigâye ve senâ-i binihâye ol Zât-ı Bîçûne olsun.... Ve bâd, mütercim-i kitab-ı anberin nikâb-ı Muhammed b. Muhammed eş-şehîr Rodosîzâde ider ki..." Eser, Fıkh-Hanefî-Türkî-Talat bölümü 82 numarada kayıtlıdır.
25. *Tercümetü Vikâyetu'r-Rivâye fi Mesâili'l-Hidâye*: Yazarı: Burhânuş-Şeria diye meşhur olan Mahmûd b. Saduşşeria el-Evvel 'Ubeydullah b. İbrahim (ö. Yaklaşık 673/1274)'dir. Müellif bu eseri kızının oğlu ikinci Sadruş-Şeria diye bilinen torunu için yazmıştır. Tercüme den ise Kurd Efendi diye meşhur Muhammed b. Ömer (ö. 996/1588) tarafından yapılmıştır. Bu nüsha 957/1550 yılında Çivizâde Mehmed'in talebelerinden Yusuf b. Muhammed el-Mülâzim tarafından istinsah edilmiştir. 22x15 cm ebadında 19 satırlık 352 varaktan oluşmaktadır. Baş tarafında: "Hamd men ce'ale'l-'ilme eccelle'l-mevâhibi'l-heniyyeti ve esnâhâ... şuna hamdetmek ki ol ilmi bahşişler..." yazılıdır. Fıkhu Hanefî-Türkî-Talat bölümü 39 numarada kayıtlıdır. Ayrıca benzer üç nüshası daha vardır.
26. *Teshîlu Mirkâti'l-Vusûl ilâ 'İlmi'l-Usûl*: Yazarı: Osmanlı Şeyhulislamlarından Molla Hüsrev diye meşhur olan Muhammed b. Ferâmûz b. Ali (ö. 885/1480)'dur. Tercüme eden: Osman b. Mustafa el-Gelibolî'dir. Eser 1193/1779 yılında es-Seyyid Osman b. Es-Seyyid Abdurrahman tarafından istinsah edilmiş olup 21x12,5 cm ebadında 21 satırlık 284 varaktan oluşmaktadır. Kenarlarında bazı notlar bulunmaktadır. Baş: "Elhamdulillahillezî hedânâ lidînihî ve ce'alenâ

10 Fıkıhla ilgili olmamasına rağmen bu kitabı buraya alışımızın sebebi Ebû Hanife ile ilgili olmasıdır.

min ehlihî...” diye başlamaktadır. Usûlü Fıkh-Türki-Talat bölümü 1 numarada kayıtlıdır¹¹.

27. *Teshîlu'l-Mîkât ve Ta'yîni'l-Evkât*: Yazarı: Selimiye Camii'nin müvakkiti Mustafa b. Ali'dir. Vakitler konusunda yazılmış 25 babdan müteşekkil bir risaledir. 1082/1671'de Hocazâde Mustafa b. Yusuf tarafından istinsah edilmiştir. Bir mecmuanın 56-78. varakları arasında yer almaktadır. İlk cümlesi: “Elhamdulillahi Rabbil'âlemîn, vessalatü vesselâmü 'alâ Seyyidina Muhammedin ve Âlihi Ecma'in...” şeklindedir. Mecâmî-i Talat bölümü 932 numarada kayıtlıdır.
28. *Câmi'u'l-İcâreteyn*: Yazarı bilinmemektedir. Eser bazı vakıfların kiralanmasına dair fetvalar içermektedir. H/1158/m.1745 yılında İsmail Hakkı tarafından istinsah edilmiş olup 28x16 cm ebadında 31 satırlık 130 varaktan ibarettir. Baş kısmı: “Elhamdulillahi Rabbil'âlemîn... ve ba'd, malum ola ki, evvela evkafda vaki olan icarât-ı sahîhenin ...” 5249 numarada kayıtlıdır. Buna benzer iki nüsha daha vardır. Birisi Fıkh Hanefî Türki bölümü 50 numarada, diğeri de Fıkh Hanefî Türki Halil Ağa bölümünde 4 numarada kayıtlıdır.
29. *Câmi'u'l-Ahkâm fî Mesâilî'l-Hâssi ve'l-Âmm*: Yazarı: İstanbul'daki Sultan Mehmet Han camii müvakkiti¹² Osman b. Muhammed'dir. 21 satırlık 165 varaktan oluşmaktadır. Kenarlarında bulunan bazı notlardan nüshanın müellif nüshası olduğu anlaşılmaktadır. Baş tarafı: “Hamdine mahdud ol zat-ı vacibi'l-vücûd cenabına layıktır ki...” diye başlar. 5251 numarada kayıtlı olup Heyeti Türki bölümünde dört numarada kayıtlı bir nüshası daha vardır.
30. *Cedvelün fi'l-ferâiz*: Yazarı bilinmiyor. Baş tarafı besmeleden sonra şöyle başlıyor: “Birinci bab fi'l-ibni ve in esfele...” 15 Şaban H/1162/m. 6 Aralık 1749 yılında Muhammed b. El-Hâc Hüseyin tarafından istinsah edilmiştir. Bir grup risale içerisinde 51-70. Varaklar arasında üçüncü kitap olarak yer almaktadır. Mecâmî-i Tükî-Talat bölümü 96 numarada kayıtlıdır.
31. *Cerîdetü Sâlih Efendi*, Yazar: Salih b. Abdullah'dır. H/1265/m.1849'da Hafız Muhammed Hilmi tarafından istinsah edilmiş olup 98 varaktır. Başında besmeleden sonra: “Hamd bî ve senâ...” ifadeleri yer almaktadır. Bundan evel ise 8 varaklık hesap tabloları bulunmaktadır. Normal nesih yazıyla H. 21 Rabî'u'l-Âhir 1265/m. 17 Kasım 1848 yılında Hacı Hafız Mehmet Hilmi tarafından istinsah edilmiş olup farklı satır sayılarıyla 98 varaktan ibarettir. Ferâiz-Türki- Talat bölümü 10 numarada kayıtlıdır.
32. *el-Cerîdetü fi'l-ferâiz*, Yazarı bilinmiyor. 1208 tarihinde istinsah edilmiş olup 166 varaktır. Baş tarafında 21 varak kadar hesap kaideleri bulunmakta ve ar-

11 *el-Mîrkât* Mollâ Hüsrev'in fıkh usulünü özetleyen çok kısa yazdığı bir eser olup, müellifin kendisi tarafından *Mir'ât* adıyla şerhedilmiştir. *Mir'ât* üzerine de pek çok şerhler ve haşiyeler bulunmakla birlikte en meşhuru *Hâşiyetu'l-İzmiri*'dir.

12 Muvakkit: Astronomik bilgilerden yararlanarak namaz vakitlerini ayarlayan ve bunu müezzine bildiren kimse için kullanılan bir tabirdir. Osmanlı zamanında bazı camilerin muvakkitleri vardı.

dından şöyle başlamaktadır: “Meyyitin terikesine müteallik olan hukuk-i mürettebe...” Normal nesih yazıyla H. 25 Şaban 1208/m. 3 Ağustos 1793 yılında 16 varak olarak istinsah edilmiştir. Eser Ferâiz-Türki-Talat bölümü 13 numarada kayıtlıdır.

33. *Cerîdetü'l-ferâiz*: Muhammed b. Hüseyin eş-Şevmellî tarafından H. 5 Cumâda'l-Ûlâ1225/m.6 Ocak 1810 yılında istinsah edilmiş olup farklı sayılarda satırlardan oluşan 89 varak halinde istinsah edilmiştir. Baş kısmında ferâizle ilgili bir takım kurallar ve hesap esasları yer almakta ardından da: “Elhamdu lillahi Rabil'âlemîn.... Terike-i meyyiteye hukuk-i erba'a taalluk eder...” diye başlamaktadır. Ferâiz-Türki bölümü 2 numarada kayıtlıdır.
34. *Cevher-i Behiye-i Ahmediye Şerhu'l-vasiyyeti'l-Muhammediyye*: Yazarı: Takıyyüddin Muhammed Efendi Pir Ali el-Birgivi (ö. 981/1573)'dir. Şerheden: Kâdızâde Ahmed b. Muhammed Emin'dir. H/1179/m.1765 yılında istinsah edilmiş olup 15 satırlık 321 varaktan ibarettir. Baş kısmında eserin adı zikredildikten sonra “Cemi-i hamd ü senâ vacibü'l-vücûd ve kâmilü'l-İhsân ve'l-cûd olan Allahu Tealâya...” ifadeleri yer almaktadır. Fıkh-Hanefi-Türki bölümü 61 numarada kayıtlıdır.
35. *Hüccetü'l-Ebrâr*: Yazarı: Hasan Hüsni b. Hüseyin Arif b. Sehrab b. Mahmud b. Mesih b. Âlî'dir. Eser müellifin yazması olup h/1304 yılında 68 varak olarak yazılmıştır. Eser bidatlere karşı sünneti müdafa amacıyla yazılmıştır. Baş tarafı: “Elhamdulillahi Ahkemi'l-hâkimîn vessalâtu vesselâmu 'alâ hâtimi'l-mürselîn... Mündericâtı âtiyesinden münfehim olacağı vechile işbu risalemizin mebâhis-i esasiyesi...” diye başlamaktadır. Ez-Zekıyye – Mahtûtât Türkiye ve Farisiyye bölümü 99 numarada kayıtlıdır.
36. *Hüccetü's-Simâ'*: Telif ve tercüme eden: Rüsûhi diye bilinen Rusûhuiddin İsmail b. Ahmed el-Bayramî el-Ankaravî (ö. 1041/1631)'dir. Eser Mevlevî tarikatine mensup olanların zikir yaparken dönmelerinin cevazı konusunda Arapça olarak kaleme alınmış, bilahare müellifin kendisi tarafından Türkçe'ye tercüme edilmiştir. Eser: “Allâhümme iyyâke na'budu ve iyyâke neste'in, ey Bâri-i Hüdâhümân sana ibadet ederiz...” diye başlamaktadır. H/1257/m.1841 tarihinde el-Hâc Ahmed b. Hasan el-Ankaravî tarafından istinsah edilmiş olup “Âsâru'l-Fuhûl” adlı mecmuanın birinci cildinin 387-401. varakları arasındadır. Eser Mecâmî-i Türki – Talat bölümü 148 numarada kayıtlıdır.
37. *el-Hikmetu'l-Ğarrâ fî Ahkâmî'l-Ğuzzâ'*: Eser hicri 13. asır Mekke alimlerinden Muhammed Akîl'in “kitâbu'l-cihâd” adlı eserinin Türkçe tercümesi olup Münib mahlasıyla bilinen ve H/1238/m.1822 yılında Aydın'da vefat eden Muhammed b. Muhammed el-Ayntâbî el-Hanefi tarafından tercüme edilmiştir. Eserin hem aslı hem de tercümesi üzerinde Osmanlı sultanlarından III. Selim'in tuğrası bulunmaktadır. Baş tarafı: “Sunûf-u hamd bî kıyâs...” diye başlamaktadır. 152 varaktan oluşan yamanın üzerinde bir tarih bulunmamaktadır. Fıkh- Türki- Talat bölümü 19 numarada kayıtlıdır.

38. *Haleviyât*: Yazarı: İsfendiyaroğullarının yedinci emirlerinden el-Emir Ebu'l-Hasen İsmail b. El-Emir İbrahim b. El-Elmir Adil b. El-Emir Yakub b. El-Emir Şemsuddin b. Yemen Çandar'dır. Kitap ibadetler konusunda yazılmış 67 babdan müteşekkil hacimli bir eserdir. İçerisinde Muhammed b. Ahmed ez-Zahid'e ait olan ve yaklaşık yüz kitaptan derlenmiş "Terğibu's-salâh" adlı Farsça bir eser de bulunmaktadır. H/1002/m.1593 yılında İstanbul'da Ahmed isimli biri tarafından 368 varak olarak istinsah edilmiştir. Baş kısmında: "Elhamdulillahi Rabbil'âlemin câ'ili'l-enbiyâi sâdeten lilâlimin ve'l-ulemâi kâdeten li'l-müminîn..." cümlesi yer almaktadır. Fıkh- Hanefi – Türki – Talat bölümü 103 numarada kayıtlıdır. Eserin başka beş nüshası daha vardır.
39. *Haleviyât-ı Şâhî*: yazarı belli değil. Baş kısmı: "Elhamdulillâhi Rabbil'âlemin caili'l-enbiyai sadeten lilalimin ve'l-ulemai kadeten li'l-müminin... Hamd-i bihaddi ü senâ-i..." cümlesi yer almaktadır. 972 yılında 391 varak olarak istinsah edilmiştir. Baş tarafında içindekiler kısmı bulunmaktadır. Birinci ve ikinci varakların kenarlarında "Vasiyetname Birgili" adlı eksik bir risale bulunmaktadır. Fıkh- Hanefi – Türki – Talat bölümü 112 numarada kayıtlıdır.
40. *Hutbetu'n-Nikâh ve Siğatu'l-'Akd*: Müellifi bilinmiyor. H/1213/m.1798 yılında istinsah edilmiş olup bir mecmua içerisinde altıncı kitap olarak 41 ve 42. varaklar arasındadır. 45. varakta zıfâf, cenaze, telkin ve başka dualar yer almaktadır. Mecâmî-i- Türki- Talat bölümü 107 numarada kayıtlıdır.
41. *Dürr-i Manzum*, Eser miras hukukuyla ilgili olup 1117 yılında şiir şeklinde yazılmış, müellif nüshasıdır. Bir mecmua içerisinde 1-23. varaklar arasındadır. Eser: "Hamd O'na kim farz idüb alemi müstehakk-ı ırs ider..." diye başlamaktadır. Mecâmî-i- Teymuriyye bölümü 345 numarada kayıtlıdır.
42. *Dürer-ü'l-Hükkâm fî Şerhi Ğureri'l-Ahkâm*, Eser Osmanlı Şeyhülislamlarından Molla Hüsrev (ö. 885/)'e aittir. I. Murad'ın oğlu Sultan Mehmet zamanında Süleyman b. Veli el-Ankaravî tarafından Türkçe'ye tercüme edilmiştir. 1177 yılında Halil b. Muhammed tarafından istinsah edilmiş olup 577 varaktan ibarettir. Baş tarafında bir fihrist olup: "Kitap lügat cihetinden cem' manasına masdardır. Mübalağa için mefûle tesmiye olunur..." diye başlamaktadır. Fıkh-Hanefi-Türki bölümü 1 numarada kayıtlıdır.
43. *Düsturu'l-'Amel fî Mübâhâti'l-'İbâdât (Şehadetname)*: Yazarı: Veysî diye bilinen Üveys b. Muhammed el-Kadî el-Alaşehrî (ö. 1037/1627)'dir. İslam'ın şartları hakkındadır. Salih b. Ali tarafından H/1110/m.1698 yılında istinsah edilmiştir. Bir mecmua içerisinde 2-21. varak arasında yer almaktadır. S 4432 numarada kayıtlıdır.
44. *Risâletu'l-Arâzî (Kanun-u Cedid-i Arazi)*: Kamu arazileri hakkında olup Şeyhülislam Ebussuud (ö. 982/1574) tarafından kaleme alınmıştır. Bir mecmua içerisinde 185-189. varaklar arasında bulunmaktadır. Baş tarafında: "Merhum Molla hazretleri arazi için buyurdıkları surettir..." İbaresi yer almaktadır. Mecâmî-i- Türki- Talat bölümü 441 numarada kayıtlıdır.

45. *Risâletü'l-Üstüvanî fi'l-Fıkh*: Yazarı: Üstüvanî diye bilinen Muhammed b. Ahmed b. Muhammed eş-Şâmî (ö. 1072/1661)'dir. Eser hafız Mustafa b. Hüseyin b. Osman tarafından H/1129/m.1716 yılında 141 varak olarak istinsah edilmiştir. Fıkh- Hanefi- Türki bölümü 14 numarada kayıtlıdır.
46. *Risâle-i Bînamaz*: Yazarı bilinmiyor. Eser namazı terk etmenin hükmü hakkında yazılmış olup bir mecmua içerisinde 9-11. varakta yer almaktadır. Baş: "İşit ey bînamaz olan..." diye başlamaktadır. Mecâmî'-Türki- Talat bölümü 12 numarada kayıtlıdır.
47. *Bazı nasihatlerle birlikte ücretle Kur'ân okuma, namaz, kunut duasının şerhini ve başka konuları içeren bir risale*. Yazarları bilinmiyor. İstinsah tarihleri yok. 49 varaktan oluşan risale Tasavvuf ve Ahlak-ı diniyye-Türki bölümü 173 numarada kayıtlıdır.
48. *Risâletu'r-Ribâ fi'l-Bey'î ve Şirâ*: Yazarı bilinmiyor. Baş tarafı: "Elhamdülillahillezi beyyene'l-helâle ve'l-harâm... Emma ba'd, her insan ilmihalini bilmek..." diye başlamaktadır. 18 varaktan oluşan eser Fıkh-Hanefi-Türki-Kule bölümü 60 numarada kayıtlıdır.
49. *Risâle-i Şurûti's-Salât*: Yazarı: İmam Muhammed b. Pir Ali el-Birgivi (ö. 981/)'dir. 83 varak olan eser Mecâmî-i-Türki- Talat bölümü 697 numarada kayıtlıdır.
50. *Risâle fi Âdâbi ve Şurût-i Kazâi'l-fevâit*: Müellifi bilinmiyor. Bir mecmua içerisinde 128-129. varaklar arasında yer almakta olup baş tarafı: "Salâvât-i kazaya ve maârifet-i kazâihâ Bir kimsenin cehlile gaflet ile nice yıllık kazaya..." diye başlamaktadır. Eser Mecâmî-i-Türki- Talat bölümü 106 numarada kayıtlıdır.
51. *Risâle fi Ahkâmî'l-Hayz*: Yazarı bilinmiyor. H.1149/M.1736 yılında istinsah edilmiş olan eser bir mecmua içerisinde 20x13,5 ebadında 20 satırlık iki buçuk varak olarak dördüncü sırada yer almaktadır. Baş kısmı: "Elhamdulillahi Rabbil'âlemîn..." diye başlayan eser Mecâmî'-Türki bölümü 11 numarada kayıtlıdır.
52. *Risâle fi Ahkâmî's-Şer'iş-şerîf*: Yazarı bilinmiyor. Bir mecmuanın içerisinde 167 varak olarak yer amaktadır. Baş tarafı: "Elhamdülillahi Rabbil'âlemîn..." diye başlayan eser Mecâmî'-Türki bölümü 20 numarada kayıtlıdır.
53. *Risâletün fi'l-erba'i rrake'âtiletü tusallâ ba'de salâti'l-Cumu'a*: Yazarı: Nuh b. Mustafa el-Konevî (ö. 1070/1659)'dir. Baş tarafı: "Elhamdulillâhi ve kefâ ve selâmun 'alâ 'ibâdihî'llezîne'stafâ, bundan sonra malum ola ki Cuma namazı..." diye başlayan eser bir mecmua içerisinde 17-18. varaklarda yer almaktadır. Devamında Arapça çevirisi bulunmaktadır. Ancak son kısımda biraz eksiklik vardır. Mecâmî'-Türki- Talat bölümü 469 numarada kayıtlıdır.
54. *Risâletün fi Esrârî's-Savm*, Yazarı: Abdulmecid b. Muharrem es-Sivasî (ö. 1049/)'dir. Baş tarafı: "Kitab-ı esrâr-ı savm, savm lügatte imsak..." diye başlamaktadır. Bir mecmua içerisinde 183-185. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî'-Türki -Talat bölümü 441 numarada kayıtlıdır.

55. *Risâletün fi Esrâri's-Savm ve's-sahûr*, Yazarı bilinmiyor. Baş tarafı: “Yani Ramaz esrar-ı ilâhiyyedendir...” diye başlamaktadır. Bir mecmua içerisinde 48-49. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî'-Türki -Talat bölümü 106 numarada kayıtlıdır.
56. *Risâletün fi'l-udhiyye*, Yazarı muhtemelen Sadîkî diye birisi olabilir. Nüshanın 34. varakının ön yüzünde sadece böyle bir isim bulunmakta olup başka bilgi olmadığından yazarı tam olarak tespit edilememiştir. Baş tarafı: “Elhamdülillahi Rabbi'l-âlemîn vessalâtu vesselâmu 'alâ Seyyidinâ Muhammed...” diye başlamaktadır. Bir mecmua içerisinde 17-20. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî'-Türki -Talat bölümü 90 numarada kayıtlıdır.
57. *Risâletün fi'ktinâi'l-Kelbi ve Hukmuhû fiş-Şer'* (*el-Mekâletü'l-Müfide*), Yazar: Süleyman Sadedin b. Emenullah Abdurrahman b. Muhammed Müstekimzâde (ö. 1202/). Baş tarafı: “Hamden lillâhi'l-mennânillezî haleka Ecnâse'l-hayvân ve ce'ale eşrefe minhu'l-insân...” diye başlamaktadır. 1193 yılında istinsah edilen eser, bir mecmua içerisinde 52-54. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî'-Türki bölümü 12-M numarada kayıtlıdır.
58. *Risâletün fi Beyâni cevâzi devrânî's-sûfiyye*: Yazarı: Evhaduddin Abdulahad en-Nûrî b. Muslihuddin Mustafa Safâî b. İsmail b. Ebi'l-Berekât (ö. 1061/1650)'dir. Yazar önsözünde arkadaşlarının kendisinden, Sünbül Sinan b. Yakub'un risalesini Arapça'ya tercüme etmesini istemesi üzerine o kitap-tan da yararlanarak bu risaleyi Türkçe olarak telif ettiğini belirtmektedir. Baş tarafı: “Elhamdülillahillezî nevvera bizikrihî kulub'e'ricâli fi küllin mine'l-muvahhidîn bi lsnâni'l-hâl...” diye başlamaktadır. H/1268/m.1851 yılında istinsah edilen eser bir mecmua içerisinde 26-29. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî-i -Talat bölümü 434 numarada kayıtlıdır.
59. *Risâletün fi Beyâni cevâzi devrânî's-sûfiyye (Risâle-i devrân)*: Yazarı:Ömer Fuâdî el-Kastamonî (ö. 1046/1636)'dir. Baş tarafı: “Allâhu'l-hâdî ve hedâna'llâhu ve iyyâküm...” diye başlamaktadır. Eser bir mecmua içerisinde 5 varak olarak yer almaktadır. Mecâmî-i -Türki bölümü 8 numarada kayıtlıdır.
60. *Risâletün fi Beyâni Şurûti's-salât (Şurûtu's-Salât)*, Yazarı bilinmiyor. Baş tarafı: “Namazın taşrasında olan şartlar ki...” diye başlamaktadır. Eser bir mecmua içerisinde 34-45. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî:-Türki bölümü 12 numarada kayıtlıdır.
61. *Risâletün fi Beyâni'l-Mezâhibi'l-Erba'a*: İsfendiyar oğullarından Emir Ebu'l-Hasen İsmail'in “Haleviyât” adlı eserinden naklen. Baş tarafı: “Pes bu dört mezhep dediğimiz haktır demek bu yoldan olur ki...” diye başlamaktadır. Eser bir mecmua içerisinde 166. varakın arka yüzü ile 167. varakın ön yüzünde yer almaktadır. Mecâmî'-Türki-Talat bölümü 106 numarada kayıtlıdır.
62. *Risâletün fi'l-bey'i ve'r-ribâ*: Yazarı bilinmiyor. Muhtemelen Sadîkî diye birisidir. Baş tarafı: “Elhamdülillahi Rabbi'l-âlemîn... ve ba'd mesâil-i bey'anin

evvelkisi...” diye başlamaktadır. Eser bir mecmua içerisinde 78. varakın arka yüzü ile 88. varakın ön yüzünde yer almakta olup 88.varakın arka yüzünde abdest namazla ilgili bazı meseleler bulunmaktadır. Mecâmî-i -Türki-Talat bölümü 90 numarada kayıtlıdır.

63. *Risâletün fi'l-bey'i veş-şirâ*: Yazarı bilinmiyor. Baş tarafı: “Elhamdülillahi Rabbi'l-âlemîn... Bundan sonra malum ola ki...” diye başlamaktadır. Eser bir mecmua içerisinde 141-148. varaklarda yer almakta olup Fıkh-Hanefî-Türki-Talat bölümü 82 numarada kayıtlıdır.
64. *Risâletün fi tahrîmi Ahzi'l-ücreti likrâeti'l-Kur'ân*: Yazarı: Takiyyüddin Muhammed b. Pir Ali el-Birgivi (ö. 981/)'dir. Müellifin aynı konuda Arapça olarak yazdığı risalenin Türkçe olarak özetinden ibarettir. Baş tarafı: “Elhamdülillahi 'alâ âlâihî...” diye başlamaktadır. Kâdızâde Muhammed tarafından istinsah edilmiş olan eser bir mecmua içerisinde 275-285. varaklarda yer almaktadır. Eserin sonunda eti yenen yenmeyen hayvanlarla ilgili hükümleri anlatan bir risale ve Ebu'l-Leys Semerkandî'nin “Bustânu'l-Fukarâ” adlı eserinden bazı nakiller bulunmaktadır. Mecâmî'-Türki-Talat bölümü 809 numarada kayıtlıdır.
65. *Risâletün fi't-tasadduki fi'l-mescid*: Ebu Hanife'nin talebelerinden Ebu Nasr'dan rivayetleri içermektedir. Baş tarafı Arapça olup Türkçe tercümesi bulunmaktadır. İlk cümlesi: “Raculün yetesaddaku 'alâ's-sâili fi'l-mescidi'l-câmi'...” diye başlamaktadır. Kadızade Muhammed tarafından istinsah edilmiş olan eser bir mecmua içerisinde 271-274. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî'-Talat bölümü 809 numarada kayıtlıdır.
66. *Risâletün fi'l-Cinâyeti veş-sîrati ve kat'it-tarîk*: Yazarı bilinmiyor. İlk cümlesi: “Elhamdülillahi'llezî ce'ale sultânen liveliyyi'l-katîl...” diye başlamaktadır. Eser bir mecmua içerisinde 251-272. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî'-Türki-Talat bölümü 7 numarada kayıtlıdır.
67. *Risâletün fi'r-ribâ*: Yazarı bilinmiyor. İlk cümlesi: “Elhamdülillahi'llezî ce'alenâ 'alâ dîni'l-İslâm... ve ba'd mâ vecebe 'aleynâ zamanımız ahir-i şerre erişüb her halde haramdan ve ribadan ictinab olunmayub...” diye başlamaktadır. Eser bir mecmua içerisinde 112-116. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî-i-Türki-Talat bölümü 131 numarada kayıtlıdır.
68. *Risâletün fi'r-radâ*: Yazar kendi isminden bahsetmemekte ancak önsözde Şeyhülislam İsmail b. İbrahim (1128-1130) döneminde Kostantiniyye (İstanbul) kadılığı yaptığını ifade etmektedir. Besmeleden sonraki ilk cümle: “Elhamdülillahi Rabbi'l-âlemîn, ve ba'd feyekûlu'l-'abdu'l-fakîr lemmâ ubtulîtu biniyâbeti...” diye başlamaktadır. Eser süt emme durumlarında nikahın helal ve haram olup olmayacağı hususlarını ele almakta ve Arapça olarak yazılmış olup dipnotta Türkçe tercümesi verilmektedir. Bir mecmua içerisinde 1-12. varaklarda yer almakta olup Fıkh-Hanefî-Türki-Talat bölümü 8 numarada kayıtlıdır.

69. *Risâletün fi'r-radâ'*: Yazarı bilinmiyor. Süt emme konularını 19 bölümde ele alan bir risaledir. İlk cümlesi: "Elhamdülillahi Rabbi'l-âlemîn, ve ba'd tenâkehû tenâselû nikahdan makst veleddir..." şeklindedir. Bir mecmua içerisinde 13-24. varaklarda yer almakta olup Fıkh-Hanefi-Türki-Talat bölümü 81 numarada kayıtlıdır.
70. *Risâletün fi sîhhati'l-vakf*: Yazarı: Hicrî 12. asır alimlerinden Hüseyin b. Muhammed eş-Şucâ'î'dir. İlk cümlesi: "Elhamdülillahi'l-Vâkıf 'alâ külli hâlin ve ba'de zâlike işbu kitab sîhhat-i nisabın inşa ve imlasına bâis..." diye başlamaktadır. Eser 1134 yılında yazılmış olup bir mecmua içerisinde 96-103. varaklarda yer almaktadır. el-Mecâmî'ü't-Teymuriyye bölümü 154 numarada kayıtlıdır.
71. *Risâletün fi's-salât*: Yazarı Kâdızâde Efendi'dir. İlk cümlesi: "Elhamdülillahi'llezi ce'ale's-salâte 'imâded-dîni ve bidâate ehli'l-yakîn... ve b'ad ey talib-i Hak olan..." şeklindedir. Risale regaib namazı vb. namaz çeşitlerinin bidat oluşu ve meşru namazlar hakkındadır. 1104 yılında yazılmıştır. Bir mecmua içerisinde 59-70. varaklarda yer almaktadır. Devamında 74. varaka kadar olan kısımda vaaz ve irşadla ilgili bir manzume vardır. Mecâmî-i-Tüki -Talat bölümü 131 numarada kayıtlıdır.
72. *Risâletün fi's-salât*: Yazarı bilinmemektedir. Ancak nüsha üzerinde "Şeyhu'l-Kurrâ fi'l-enderun" diye bir yazı bulunmaktadır. İlk cümlesi: "Elhamdülillahi Rabbi'l-âlemîn... ve b'ad bundan sonra malum ola ki her mümin..." şeklindedir. 1225 yılında Mir İzzet diye bilinen el-Hafız Ahmed tarafından istinsah edilmiştir. Bir mecmua içerisinde 117. varığın araka yüzü ile 121. varığın ön yüzünde yer almaktadır. Mecâmîüi:-Tüki -Talat bölümü 95 numarada kayıtlıdır.
73. *Risâletün fi's-salât*, Yazarı bilinmemektedir. İlk cümlesi: "Evvela namaza dört şey ile girilir. Evveli farz..." şeklindedir. 1213 yılında yazılmıştır. Bir mecmua içerisinde 77. ve 80. varığın arka yüzünde yer almakta olup devamında 81. varaka kadar bazı dua ve virdler bulunmaktadır. Mecâmî-i-Tüki -Talat bölümü 107 numarada kayıtlıdır.
74. *Risâletün fi's-salât*: Yazarı bilinmemektedir. İlk cümlesi: "Elhamdülillahi Rabbi'l-âlemîn... Bundan sonra malum ola ki her namaz kılan..." şeklindedir. 1311 yılında yazılmıştır. Bir mecmua içerisinde 29. varığın araka yüzü ile 37. varığın ön yüzünde yer almaktadır. Mecâmî-i-Tüki -Talat bölümü 110 numarada kayıtlıdır.
75. *Risâletün fi's-salâti't-teheccüd ve salâti't-tesbîh ve'l-vitr*: Yazarı bilinmemektedir. İlk cümlesi: "Benim sultanım teheccüd namazına niyet evvela gece kalkub..." şeklindedir. 1311 yılında yazılmıştır. Bir mecmua içerisinde 45. varığın ön yüzü ile 47. varığın arka yüzünde yer almakta olup devamında 50. varaka kadar bazı dualar ve faydalı bilgiler bulunmaktadır. Mecâmî'-Tüki -Talat bölümü 110 numarada kayıtlıdır.

76. *Risâletün fi salati'l-cum'a ve şurûtuha*: Yazarı bilinmemektedir. İlk cümlesi: "Cuma namazı farzdır. Öğle namazı yerine durmuştur..." şeklindedir. Bir mecmua içerisinde 128. varığın ön ve arka yüzünde yer almaktadır. Mecâmî-i-Tüki -Talat bölümü 106 numarada kayıtlıdır.
77. *Risâletün fi salâti'l-cum'a ve'l-meyyit*: Yazarı bilinmemektedir. Ancak nüsha üzerinde "Şeyhu'l-Kurrâ fi'l-enderun" diye bir yazı bulunmaktadır. İlk cümlesi: "Elhamdülillahi Rabbi'l-âlemîn... Bundan sonra malum ola ki eyyamın evlevisi ve seyyidi ve müminlerin bayramı..." şeklindedir. 1225 yılında Mir İzzet diye bilinen el-Hafız Ahmed tarafından istinsah edilmiştir. Bir mecmua içerisinde 121. ve 123. varakların ön yüzlerinde yer almaktadır. Mecâmî-i-Tüki -Talat bölümü 95 numarada kayıtlıdır.
78. *Risâletün fi'l-İbâdât*: Yazarı bilinmemektedir. İlk cümlesi: "İ'lem vefkekella-hu ve iyyânâ enne'l-âlme hasenün..." şeklindedir. 1079 yılında Muhammed b. Zülfikar tarafından istinsah edilmiştir. Bir mecmua içerisinde 130-160. varaklarda yer almaktadır. S/4147 numarada kayıtlıdır.
79. *Risâletün fi'l-ferâiz*: Yazarı bilinmemektedir. İlk cümlesi: "Kitabullahda mukadder olan furuz altıdır..." şeklindedir. H/1079/m.1668 yılında Muhammed b. Zülfikar tarafından istinsah edilmiştir. Bir mecmua içerisinde 160-161. varaklarda yer almaktadır. S 4147 numarada kayıtlıdır.
80. *Risâletün fi'l-ferâiz*: Yazarı bilinmemektedir. İlk cümlesi: "Elhamdülillahi Rabi'l-âlemîn.. ve ba'd fehâzihî risâletün fi mefhumî'l-ferâiz..." şeklindedir. H/1179/m.1765 yılında İsmail b. Osman el-Karahisârî Şarkî tarafından istinsah edilmiştir. Bir mecmua içerisinde 10-166. varaklarda yer almaktadır. Ferâiz-Türki-Talat bölümü 3 numarada kayıtlıdır.
81. *Risâletün fi'l-ferâiz*: Yazarı muhtemelen hicri 12. alimlerinden el-Hafız Hasan b. İbrahim'dir. İlk cümlesi: "Meyyitin terikesine müteallik olan hukuk-i rettebe dörttür..." şeklindedir. 1184 yılında Hafız Hasan b. İbrahim (muhtemelen müellif) tarafından istinsah edilmiştir. Bir mecmua içerisinde 37-45. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî'ü't-Teymuriyye bölümü 165 numarada kayıtlıdır.
82. *Risâletün fi'l-ferâiz*: Yazarı bilinmemektedir. İlk cümlesi: "Bir adam fevt oldukça ferik-i evvelin ulyâsı..." şeklindedir. Kenarında bazı notlar bulunmaktadır. Bir mecmua içerisinde 43-44. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî-i-Talat bölümü 697 numarada kayıtlıdır.
83. *Risâletün fi'l-ferâiz*: Yazarı bilinmemektedir. İlk cümlesi: "El-mes'elatü'l-ûlâ min mesâili tesbîti benâti'l-ibni keennehû bir kişi öldü bir oğlunun üç kızını terk eyledi..." şeklindedir. Bir mecmua içerisinde 151-158. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî'-Türki bölümü 34 numarada kayıtlıdır.
84. *Risâletün fi'l-ferâiz (el-Mevâris)*: Yazarı bilinmemektedir. İlk cümlesi: "Kitâbu'l-ferâiz..." şeklindedir. Bir mecmua içerisinde 167. varakda yer almaktadır. Mecâmî-i-Talat bölümü 697 numarada kayıtlıdır.

85. *Risâletün fi farzî'l-âyn*: Nüsha üzerinde yer alan bilgiye göre yazarı hakkında sadece el-Buhârî diye bir ifade mevcut olup ilk cümlesi: “Elhamdülillahi Rabbi'l-âlemîn...” diye başlamaktadır. Bir mecmua içerisinde 167 varak olarak yer almaktadır. Mecâmî'-Türki bölümü 20 numarada kayıtlıdır.
86. *Risâletün fi kırâeti'l-Kur'ân bi'l-ecr*: Yazarı: Takıyyüddin Muhammed b. Pir Ali el-Birgîvî (ö. 981/)'dir. İlk cümlesi: “Elhamdülillahi Rabbi'l-âlemîn... Bundan evvel ücret ile Kur'ân-ı Azîm...” şeklindedir. 1185 yılında Halil b. Abdullah el-İpsalavî tarafından istinsah edilmiştir. Bir mecmua içerisinde 10-13. varaklarda yer almaktadır. Mecâmî-i-Türki-Talat bölümü 58 numarada kayıtlıdır.
87. *Risâletün fi kadâî's-Salavâti'l-fâite*: Müellifi bilinmiyor. Güzel bir nesih yazıyla H/1311/m.1893 yılında yazılmış bir mecmua içerisindeki 44 ve 45. Varakların ön yüzlerinde yer almaktadır. Risale Mecâmî-i-Türki-Talat bölümü 110 numarada kayıtlıdır.
88. *Risâletün fi'l-kahve*: Şeyhulislam Ebu's-Su'ûd'un İşlibli Emir Efendinin kahve hakkındaki sorularına verdiği cevaplardan oluşmaktadır. İlk cümlesi: “Müftiyi müşkili cevap ve hata müsnedi âra-i mafel-i ulema... Dinle ey sâil cevap ve hata...” şeklindedir. Risale 29 Muharrem 1188/12 Mart 1774 yılında Kâdızâde Ahmed b. Halil b. Mustafa tarafından istinsah edilmiş olup bir mecmua içinde 228-229 varaklarda yer almakta ve el-Mecâmî'u't-Teymûriyye bölümü 358 numarada kayıtlıdır.
89. *Şerhu Ferâizi's-Secâvendî (el-Ferîdu's-Sirâciyye)*: Yazarı: Muhammed b. Muhammed b. Abdurreşid b. Tayfur – Sirâcuddîn Ebû Tâhir es-Secâvendî (ö. 600 yahut 700/1203 veya 1303)'dir. Şerheden: İvaz Efendi'dir. Baş: “Kâleş-Şeyhu'l-İmâm... Elhamdülillah Cemî'i hamd edicilerin Hamdi sabittir...” diye başlamaktadır. Yazma 94 varaktan ibaret olup Feraiz- Türki- Talat bölümü 15 numarada kayıtlıdır.
90. *Şerhu Ferâizi's-Secâvendî (el-Ferîdu's-Sirâciyye)*: Şerheden: Muhammed Esad b. El-İmam (İmamzâde) (ö. 1264/1847)'dir. Yazma muhtemelen şarih nüshasıdır. 108 varaktan ibaret olup baş tarafı: “Elhamdülillahillezi ce'ale'l-ulemâe veresete'l-enbiyâi ve eġnâhüm fi'd-dâreyn...” diye başlamaktadır. Eserin 109. varığında şarih tarafından yazılan “neseble haram olanların süt emme ile de haram olduğu” ile ilgili ek notlar bulunmaktadır. Feraiz-Türki- Talat bölümü 5 numarada kayıtlıdır.
91. *Şerhu Ferâizi's-Secâvendî (el-Ferîdu's-Sirâciyye)*: şarih bilinmiyor. Baş: “el-Besmeletü, kelimetn kasîratün ve min tahtihâ me'ânin kesîra. Elhamdülillahi hamdeş-şâkirîn...” diye başlamaktadır. H/1062/m.1651 yılında Muhammed b. El-Hâc Hüseyin tarafından istinsah edilmiş olup bir mecmuanın 1-43. varakları arasında yer almaktadır. 45. varakta feraizle ilgili bir şema bulunmaktadır. Eser Mecâmî'-Türki-Talat bölümü 96 numarada kayıtlıdır.
92. *Şerhu'l-Mevkûfâtî 'alâ Mülteka'l-Ebhur*: Eserin aslı İbrahim b. Muhammed el-

- Halebi (ö. 956/1548)'ye ait olup Muhammed Mevkûfâtî tarafından tercüme ve şerh edilmiştir. H/1112/m.1700 yılında Davud b. El-Muîn Yahya b. Dâvûd tarafından 631 varak olarak istinsah edilmiştir. Başında bir fihrist ve ardından: "Hamd-i bi haddi ve sena-i lâyu'ad ol Cenâb-ı vâcibu'l-vucûd..." diye başlamaktadır. Fıkıh- Hanefi- Türki- Talat bölümü 70 numarada kayıtlıdır.
93. *Şerh-i vasiyet-i Birgivi (Vasiyetnâme-İlmihal)*: Takiyyüddîn Muhammed b. Pir Ali el-Birgivi (ö. 929/1522)'ye ait olan eser Bedreddin Ali b. Sadri el-Konevi tarafından şerh edilmiştir. İslam akaidi şerhi olduğu belirtilmektedir. Baş tarafı: "Hamd ve sena-i bi nihaye, ve mehdi ve şükri bi gaye ol Hüdevend-i kamili-lihsan..." diye başlar. H/1124/m.1712 yılında Muhammed b. Ahmed tarafından yazılmış olup 157 varaktır. Eserin kenarında Ömer b. Abdurrahman b. Ömer el-Ermenekî'ye ait bir haşiye bulunmaktadır. Hanefi fıkıhı 31 numarada kayıtlıdır.
94. *Şerh-i vasiyet-i Birgivi* : Birgivinın eserine Kâdızâde diye meşhur Ahmed b. Abdullah er-Rumî (ö. 1197/1782) tarafından yazılan şerhtir. Baş tarafı: "Ahlâki zemime, malum ola ki..." Diye başlar. Hicri 1224 yılında yazılmıştır. 195 varaktır. Fıkıh Hanefi 111 numarada kayıtlıdır.
95. *Şurûtu's-Salâh*: Yazarı: Muslihuddin¹³'dir. 126 varak olan eserin baş kısmı: "Bismillâhirrahmânirrahîm ve sallallâhu 'alâ Seyyidinâ Muhammed ve Âlihî, elhamdülillahi Rabbil'âlemîn..." diye başlamaktadır. Fıkıh- Hanefi-Türki bölümü 64 numarada kayıtlıdır.
96. *Şurûtu's-Salâh*: Yazarı bilinmiyor.¹⁴Eserin baş kısmı: "Namazın dışarısında olan farz ki..." diye başlamakta olup bir mecmua içerisinde 89 varak olarak yer almaktadır. S/4289 numarada kayıtlıdır.
97. *Luğâtun Mustahrecetun min Mutûni'l-Fıkıh*, Müellifi bilinmiyor. Fıkıh kitaplarında kullanılan Arapça kelimeleri içeren bir risaledir. Eserde kelimeler alfabetik olarak sıralanmış olup her Arapça kelimenin altına Türkçesi yazılmıştır. Bir fıkıh terimleri sözlüğü niteliğinde olduğu anlaşılıyor. Baş tarafında: "Elif harfi: "إصبع" / İsbâ'ı: parmak. "اضطجع" / İddacâ'a: yanı üzere yattı..." ifadeleri yer almaktadır. Mutad bir yazıyla tek cilt halinde yazılmış bir nüshadır. 3 Safer 1167 yılında yazılmış olup 21,5x16,5 ebadında 8 satırdan oluşan 12 varaktan ibarettir. Luğatu Türkî Bölümü 38 numarada kayıtlıdır.
98. *Mebâhihu's-Salât*, Yazarı: Hicri 11. Asır alimlerinden Muslihuddin b. Hamza b. İbrahim en-Nakşibendî.¹⁵ Müellif bu eserde, "Mecma'u'l-Bahreyn", "el-Bidâye", "el-Hidâye" ve "ed-Durer ve'l-Ğurer" gibi kitaplardan
99. *Medhal-i İlmi Hukuk*: Osmanlı vezirlerinden Mehmet Münif Paşa (ö. 1328/1909)'nın Hukuk fakültesinde verdiği ders notlarından ibarettir. Öğrencilerinden Mehmet Tevfik tarafından derlenmiştir. Şöyle başlamaktadır: "İlm-i

13 Topkapı, I, numara. 263.

14 Topkapı, cilt I, no: 259-265.

15 Topkapı, cilt I, s. 82'de sadece Muslihuddin olarak geçmektedir.

hukukun tarifini bir heyeti ictimaiyenin efradının hareket-ı hariciyelerinde....
 ” Rika yazıyla yazılmış olup tarihi yoktur.67 varaktan ibarettir. Kanun-u Türkî
 – Talat bölümü 16 numarada kayıtlıdır.

100. *Sefinetu'l-Fetâvâ*:¹⁶ Yazar: Erzurum müftülerinden Abdurrahman b. Mustafa'dır. Müftülüğü sırasında verdiği fetvalardan oluşan bir eserdir. İlk cümlesi: “Elhamdulillahillezî haleka Âdeme ve ‘allemu'l-esmâe ve faddalahû ‘ale'l-melâike...”¹⁷ Çelebizade Mikdat el-Fehmî b. Muhammed el-Hamdî tarafından H/1245/m.1829 yılında istinsah edilmiş olup 24x16 cm ebadında 35 satırlık 278 varaktan oluşmaktadır. Fıkh Hanefî Türkî – Talat bölümü 54 numarada kayıtlıdır. Eserin birisi Fıkh Hanefî Türkî bölümü 4 diğeri de Fıkh Hanefî Türkî – Talat bölümü 56 numarada olmak üzere iki nüshası daha vardır. İkincisinin ilk cümlesi Erzurum müftülüğündeki nüsha ile örtüşmektedir. Ayrıca Mısır/Kahire'deki Hidiv Kütüphanesi Türkçe yazmalar bölümünde de bir nüshası bulunmaktadır.

Sonuç Yerine

Burada tanıtmaya çalıştığımız fıkıhla ilgili Türkçe yazma eserlerin az sayılmayacak miktarda olduğu görülmektedir. Listede yer alan bazı eserler aynı kitabın farklı nüshasından ibaret olsa da fıkıh edebiyatımıza zenginlik kattığı muhakkaktır.

Kuşkusuz bu eserlerde yer alan pek çok bilgi kendilerinden önceki eserlerde var olan bilgilerin mücerret tekrarı ve aktarımından ibarettir. Ancak bunların yine pek çoğunun aynı zamanda müelliflerinin yaşadıkları zamanın meselelerine çözüm sunan çeşitli fetvalar ve akademik çalışmalar ihtiva ettiği de göz ardı edilmemelidir. Çağdaş fıkıhçı için bu eserleri anlamlı ve önemli kılan da budur. Bu açıdan Mısır Millî kütüphanesindeki bu eserlerin akademik araştırma ve inceleme sahasına çekilmesi oldukça önem arz etmektedir. Nitekim zaman zaman tanık olduğumuz gibi genç araştırmacılar bazen konu bulmakta zorlanmaktadırlar. Oysa yapılacak ve çalışılacak çok iş var. İşte bu tür eserler üzerinde yapılacak çalışmalar bu cümleden sayılabilir. Nitekim bu yönde yapılan kimi çalışmalar mevcuttur ve önemli katkılar sağlamaktadır.

Son olarak şunu ifade etmek isteriz. Tespitimize göre, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Mısır ziyareti sırasında Mısır Cumhurbaşkanı Hüsnü Mübarek’in talimatıyla ülkedeki 5 bini aşkın Türkçe el yazması eserin dijital kopyalarının Türkiye’ye gönderilmesine karar verildi.”¹⁸ Şeklinde bir haber yer almıştır. Eğer gerçekleştirilirse, bu çok sevindirici bir gelişme olur.

16 Bu kitap üzerinde Atatürk Üniversitesi’nde Sayın Osman Sağlam tarafından bir doktora tezi hazırlanmaktadır.

17 Eserin Erzurum Müftülüğündeki yazma nüshasında ilk cümle “Elhamdulillahi Rabbil’âlemin...” diye başlamaktadır.

18 <http://yenisafak.com.tr/Aktuel/?t=02.02.2008&i=97126>

PROF. DR. SALİM ÖĞÜT [1956 – 2012] HOCAMIZIN AZİZ HATIRASINA...

Ahmet Yasin Küçüktiryaki*

Bilindiği gibi kıymetli hocamız Prof. Dr. Salim Öğüt 17 Haziran 2012 tarihinde Rabb-i Rahîm'ine vuslat etmiştir. Hocamız, Milli Eğitim Bakanlığı, İslami Araştırmalar Merkezi (İSAM), Marmara, Gazi ve İstanbul Üniversitelerinin İlahiyat Fakültelerinde öğretmen, telif uzmanı, öğretim görevlisi ve öğretim üyesi olarak görev yaptığı yıllarda vermiş olduğu derslerle pek çok öğrenci yetiştirmiş, kaleme almış olduğu birbirinden kıymetli makale ve eserlerinin yanısıra ayrıca danışmanlığını yürüttüğü lisans ve lisansüstü tezleriyle de birçok genç akademisyenin ilim deryasına dalmalarına öncülük etmiştir. Prof. Dr. Salim Öğüt'ün hayatı ilim ve irşad faaliyetleriyle doludur. 1 Kasım 2010 tarihinde yine bu faaliyetlerinden birinde bir televizyon kanalında ibadetlerin hikmetini anlattığı sırada kalp krizi geçirmiş yaklaşık iki yıl süren tedavi süreci sonrası dâr-ı bekâya intikal etmiştir. Cenaze namazı 18 Haziran 2012 tarihinde İstanbul Şakirîn Camiinde ailesi, yakınları, öğrencileri ve vefâkâr dostlarının katılımıyla kalabalık bir cemaat tarafından kılınmış ve Karacaahmet kabristanına defnedilmiştir. Talebesi olmakla iftihar ettiğim ve sohbetiyle müşerref olduğum merhum Hocamız için rahmet ve mağfiret dualarına vesile olması ümidiyle bu yazımızı kaleme almış bulunmaktayız. Ruhu şâd, mekânı cennet olsun diyoruz.

I. Prof. Dr. Salim Öğüt'ün Özgeçmişi [1956 - 2012]

1956 yılında Tokat'ta doğdu. Babası Hacı Murat Efendi, annesi Rûveyde Hanımefendidir. 1973 yılında Tokat İmam-Hatip Okulunu, 1977'de İstanbul Yüksek İslam Enstitüsünü bitirdi. Bir yıl Erenköy Kız Lisesinde Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi öğretmenliği yaptı. Ardından Suudi Arabistan Mekke Ümmü'l-Qura Üniversitesinde "Şurûtu'l-İlleti 'inde'l-Usûliyyîn" [Usulcülere Göre İletinin Şartları] konulu teziyle 1983 yılında yüksek lisansını, Hanefi fakihlerinden Hüsâmeddin el-Ahsîkesî'nin Şerh-u Hafızüddin en-Nesefî li Kitâbi'l-Müntehab fi Usuli'l-Mezheb adlı fıkıh usulü eserinin edisyon kritiği konulu teziyle 1988 yılında doktorasını tamamladı. Lisansüstü öğrenimi için gittiği Suudi Arabistan'da iken bir ara tatilde çocuklarının annesi Seher Hanım'la hayatını birleştirdi. Daha sonra yurda dönerek 1989 yılında Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisinde telif uzmanı olarak

* Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam Hukuku Doktora Öğrencisi, kucukctiryaki@atauni.edu.tr

göreve başladı. 1992'de Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesine, 1995'de ise Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesine intisap etti. 1997'de Doçent, 2003 yılında profesör oldu. Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesinde Öğretim Üyesi olarak görev yaptı. 15 yıl Çorum'da hizmet ettikten sonra 2010 yılında İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi öğretim üyeliğine atandı.

Prof. Dr. Salim Öğüt hocamız Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesindeki görevinin yanı sıra 2007 yılı ve daha sonraki yıllarda Diyanet İşleri Başkanlığı Samsun Aşıkıktulu Eğitim Merkezinde periyodik olarak ders ve konferanslar vermiştir. Ayrıca Hocamız, her yıl kutlu doğum haftası ve diğer önemli zaman dilimlerinin başlamasıyla konferanstan konferansa, panelden panele, sohbetten sohbeğe koşuşturdu. Çünkü O, Allah'ın kendisine lütfettiği derin ilmi talep edenlere tebliğ etmeyi kendisine vazife edinmişti. Bu vazifesi gereği davet edilmesi halinde Avustralya'dan Avrupa'ya kadar yurt dışına da ülkemizin en ücra köylerine de yorgunluk hissetmeksizin gitmiştir.

Prof. Dr. Salim Öğüt hocamız 17 Haziran 2012 tarihinde Rabb-i Rahîm'ine vuslat etmiştir.

II- Yayınları

Malum olduğu üzere Salim Öğüt hocamız henüz 56 yaşındayken vefat etmiştir. Kendisi elli küsür yıllık ömrüne pek çok bilimsel çalışma sığdırmış fakat yaptığı ve yapmayı planladığı ilmi çalışmalarının bazılarını bilim dünyasına kazandıramadan aramızdan ayrılmıştır. Hocamızın ilim dünyasına katkıları konusunda fikir vermesi açısından yayınlanmış ve yayına hazır bazı ilmî çalışmalarını burada zikretmek istiyoruz.

A- Kitaplar:

- 1- *Şurûtu'l-İlle inde'l-Usûliyyin*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mekke - 1983
- 2- *Şerh-u Hafızüddin en-Nesefi li Kitâbi'l-Müntehab fi Usuli'l-Mezheb li Ahsikesî*, [Tahkikli Neşir] Yayınlanmış Doktora Tezi, Mekke - 1988
- 3- *İslam Hukuk Metodolojisinde Haber-i Vahidin Kaynak Değeri*, Ocak Yayınları, İstanbul 2003.
- 4- *Hikmetle Ta'lil Problematığının İlmî Değeri ve Aktüel Anlamı*, Ocak Yayınları, İstanbul 2003.
- 5- *Modern Düşüncenin Kur'an Anlayışı*, Nun Yay. İstanbul 2008.
- 6- *Modern Düşüncenin İslam Anlayışı*, Nun Yay. İstanbul 2008.
- 7- *Modern Bir Din Projesinin Tenkidi & Allah ile Aldatmak*, Nun Yay. İstanbul 2009

B- Makaleler:

- 1- Ebu Yusuf ve Hanefiliği, İslâmî Araştırmalar, 2002, cilt: XV, sayı: 1-2 [Ebû Hanîfe Özel Sayısı], s. 291-301
- 2- “Kuran’ın Tarihsel Bir Hitap Oluş Keyfiyeti” Başlıklı Yazı Üzerine, İslâmî İlimler Dergisi, 2007, cilt: II, sayı: 1, Kur’an Özel Sayısı: 2, s. 221-244
- 3- Kutlu Doğum Haftası Kutlamalarına Dair Mülâhazalar, İslâmî İlimler Dergisi, 2006, cilt: I, sayı: 1, s. 203-212
- 4- Nisâ Suresinin 34. Ayeti Bağlamında Aile Kurumunun İki Temeli: İnfak ve İtaat, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2008, sayı: 11, s. 39-58
- 5- Usûl-i Fıkhın Kelamî Kaynağını Yeniden Değerlendirmek, İslâmî İlimler Dergisi, 2008, cilt: III, sayı: 1, Fıkıh sayısı, s. 37-62
- 6- Nisa 24. Ayeti Hangi Konuyu Düzenlemektedir: Mut’a Nikâhını mı? Yoksa Normal Nikâhı mı? Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2002/1, cilt: I, sayı: 1, s. 49-72.
- 7- “Kur’an-ı Kerim’de Mahalli Hükümler Meselesi” Üzerine Bir Değerlendirme, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2006, sayı: 8, s. 11-38
- 8- Şatıbi’ye Göre Mesalih-i Mürsele ile Bid’at Arasındaki Farklar, Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2002/2, cilt: I, sayı: 2, s. 21-46
- 9- Muhammed Ali Aynî, Müderris, İlim ile Din Arasındaki Çatışma, haz. Salim Öğüt, Mîlel ve Nihal: inanç, kültür ve mitoloji araştırmaları dergisi, 2010, cilt: VII, sayı: 1, s. 261-271

C- Tercüme Çalışmaları:

- 1- Zâdu'l-Meâd (İbn Kayyim el-Cevziyye), 4.cilt Vecdi Akyüz-Ali Vasfi Kurt'la; 6.cilt Mehmet Erdoğan-Şükrü Özen'le, İklim Yayınları, İstanbul 1990
- 2- İslâmî Hayat (İzzeddin Belik), İbrahim Cücük-Vecdi Akyüz'le (4 cilt), İklim Yayınları, İstanbul 1992
- 3- Osmanlı Fethi ve 15-16. Asırlarda Bosna Hersek'te (Yugoslavya) İslam'ın Yayılışı (Muhammed Niyaz Şükriç), Diyanet Vakfı Yayınları'nda basılıyor.

D- Ansiklopedi Maddeleri:

- 1- TDV İslam Ansiklopedisinde Yayınlanan Bazı Maddeleri
 - a. Muhammed b. İsmail el-Buhari'nin Fıkıh İlmindeki Yeri, VI, 375-376
 - b. Ebu Yusuf, Hayatı Eserleri ve Fıkıh İlmindeki Yeri, X, 260-265
 - c. Evzâî, Hayatı, Eserleri ve Fıkıh İlmindeki Yeri, XI, 546-548

Gerekirse borç alır, öğrencilerine ve ihtiyaç sahiplerine infak ederdi. Hocamızın cömertlik ve yardımseverliği hakkında ise O'nun yakın dostlarından olan Doç. Dr. Abdurrahman Özdemir hocamızın şu ifadelerini paylaşmak istiyorum: “Çorum İlahiyat Fakültesi'nde genç bir akademisyen adayı iken tanışma bahtiyarlığına erdiğim Salim abimiz, maddi veya manevi dara düştüğümüz demlerle bizim can simidimizdi. Karz-ı hasen müessesesine çok önem verir, anılan kurumun dimdik ayakta kalması uğruna duçar olduğu maddi kayıplara boş verirdi. Her neye ihtiyacınız olursa evvel Allah, sonra O vardı. Geri dönmeyeceğini bile bile ihtiyaç sahibi kişilere yaptığı yardımların bendeniz de dâhil pek çok şahidi vardır.”

b- Ders ve Sohbetlerine Gösterilen İlgi

Salim Öğüt hocamız kelimenin tam anlamıyla “fakih” olmasının yanı sıra aynı zamanda bir hatipti. Fakih olmanın yalnızca fıkıh bilgisine sahip olmakla mümkün olmadığını, söz konusu fıkıh bilgisiyle amel etmeyen “fakih” olamayacağını savunur ve bu şiar ile yaşardı. Türkçeyi en güzel şekilde kullanır ve kelimelerini özenle seçerdi. Fakülte derslerine devam zorunluluğu koymamasına rağmen tüm öğrenciler sınıfta hazır bulunur hatta dersinden istifade etmek isteyen pek çok misafir öğrenciyi de dersine kabul ederdi.

Çorum İlahiyat Fakültesindeki öğretim üyeliği esnasında ders saatleri haricinde ilm-i fıkıh uşşâkına “el-İhtiyar” okuturdu. Doyumsuz, istifadeli ders ve sohbetleriyle yetinmeyen öğrencilerinin ev davetlerine vakti müsait olduğu müddetçe muhakkak icabet ederdi.

Bazı önemli gün ve haftalar dolayısıyla farklı kurum ve kuruluşların tertip ettiği konferans, sohbet ve dersleri de her daim halkın yoğun ilgisine mazhar olmuştur. Hocamız kendisine gösterilen bu ilgiyi karşılıksız bırakmamış her cenahtan sivil toplum kuruluşları tarafından ders, sohbet ve benzeri faaliyetler için yapılan davetleri, imkânı olduğu takdirde, hiçbir zaman geri çevirmemiştir.

c- İslam Ümmetinin Derdiyle Dertlenmesi

Salim Öğüt hocamız İslam ümmetine dair konularda hisli ve heyecanlıydı. Yakınında bulunanlara hiçbir zaman özel dertlerinden yakınmaz, hep ümmet için, rıza-ı ilâhîyi tahsil için neler yapılabilir sorusunun farklı cevaplarını arardı. Bu yönüyle konuşmalarında hikmetli mısralarına sıkça yer verdiği Mehmet Akif Ersoy'a benzemektedir. Müslümanların pençesinde kıvrandıkları seküler hayat tarzına karşı öfkesi vardı. Özellikle gençliğin içerisinde bulunduğu gayri ahlâkî durum kendisini ziyadesiyle üzer ve konuşmalarında bu meseleye ve çözüm önerilerine özel yer ayırırdı.

İslam toplumunda her alanda ve bazen İslam'a rağmen kendini gösteren başına buyruk değişim hareketlerine karşı durmuş, son ve hak din olan İslam'ın “değişmek” için değil “değiştirmek” için geldiğini haykırmıştır.

O, Kuran ve Sünnet’le değil “çağdaş değerlerle” uyumlu bir din ihdas etmenin insanlık için daha yararlı olacağı kanaatini savunan zihniyeti tahlil, teşhir ve tenkit etmiştir.

d- Hz. Peygamber’e Olan Muhabbeti

Prof. Dr. Salim Ögüt aynı zamanda bir peygamber aşığıydı. Her fırsatta Hz. Peygamber’e olan aşkını itiraf eder, gerek kendine ait cümlelerle ve gerekse diğer peygamber uşşâkından yaptığı alıntılarla bu duygusunu dile getirirdi. Ayrıca Efendimiz (s.a.v)’i anlattığı konferans ve derslerini O’na hürmeten ayakta sunardı. Hocamız, Yaman Dede’ye ait olan naatı çok sever ve konuyla alakalı her mecliste paylaşırdı:

Gönül hûn oldu şevkinden boyandım ya Rasûlallah

Nasıl bilmem bu nîrana dayandım ya Rasûlallah

Ezel bezminde bir dinmez figandım ya Rasulallah

Cemalinle ferahnâk et ki yandım ya Rasulallah

Hocamız, Yaman Dede’nin ağzıyla “Nasıl bilmem bu nîrâna dayandım ya Rasûlallah” diyerek taaccübünü ifade ettiği Efendimiz (s.a.v)’den ayrı kalışına daha fazla tahammül edemeyerek 17 Haziran 2012 tarihinde vefat etmiştir.

Salim Ögüt hocamıza dair söylenecek daha çok şey var. Fakat başta da belirttiğimiz gibi bundan sonra anısına düzenlenecek program ve çalışmalar O’na dair daha pek çok şeyi içerecektir.

Yetiştirmiş olduğu öğrencileri, kaleme almış olduğu eserleri ve dünyanın dört bir yanında vermiş olduğu konferans, sohbet ve dersler hocamız hakkında elbet birer sadaka-i cariyeye hükmündedir. Son olarak merhum mağfur Hocam Prof. Dr. Salim Ögüt’e Cenâb-ı Allah’tan rahmet, ailesi, öğrencileri ve ilim camiasına sabr-ı cemil niyaz ediyorum.

- **Hakan Ertin, *Tıp ve Fetvâ: Tıbbî Konularda Fetva Verirken Bilgi Edinme Usulleri***, İSAR Yayınları, İstanbul 2012, 216 sayfa.

Değerlendiren: Kamil Yelek *

Bilim, ekonomi ve teknolojinin hızlı bir şekilde ilerlemesiyle, hayatın bütün alanlarında gelişmeler meydana gelmektedir. Bu gelişmelerin meydana geldiği alanlardan biri de tıp olup, bu gelişmeler bir takım sorunları da beraberinde getirmiştir. Organ nakli, beyin ölümü, insan embriyosu ile yapılan kök hücre çalışmaları gibi özellikle insan bedenine ileri düzeyde müdahalenin tıbben mümkün hale gelmesiyle birlikte tıp etiği tartışmaları dini, felsefi ve ahlaki açıdan sorgulanmaya, incelenmeye başlanmış ve ortaya çıkan bu sorunlara paralel olarak dini, hukuki ve etik yaklaşımlar geliştirilmeye çalışılmıştır. İnsan hayatında meydana gelen bu değişimlerin dini açıdan sorgulanması, değerlendirilmesi bu değişimin kaçınılmaz bir yönüdür. Bu nedenle tıp ve ilahiyat dünyasından olan uzman kişilerin, fetvaya konu olan meseleleri ortaya koyup açıklığa kavuşturmaları gerekmektedir. Çünkü bir fakihin söz konusu meselelerde, yeterince bilgisi olmadan doğru fetva verebilmesi mümkün değildir. İşte bu sebeple İSAR (İstanbul Araştırma ve Eğitim Vakfı) tıp, tıp etiği ve ilahiyat gibi farklı disiplinlerden ilim adamlarını bir araya getirerek, bu alandaki sorunları interdisipliner çalışma gruplarıyla masaya yatırıp çözümler aramaktadır. Hakan Ertin tarafından yayına hazırlanan bu kitap, İSAR Vakfı Tıp ve Ahlak Çalışma grubunun 5 Haziran 2010 tarihinde gerçekleştirdiği “İslam Âlimlerinin Tıbbi Konularda Fetva Verirken Bilgi Edinme Usulleri” isimli atölye çalışmasının deşifrelerinden oluşturulan bir üründür.

Eserde; Hayreddin Karaman'ın bu çalışma hakkında bir takdim yazısı ve İhsan Karaman'ın önsözünü takiben, önce açılış konuşmaları, sonra da iki oturum halinde yapılan tebliğler yer almakta ve kapanış panelinde katılımcıların konuyla ilgili çok yönlü değerlendirmeleriyle sonlanmaktadır. Ülkemizde tıp konularında verilen fetvaların arka planının, ortaya çıkış sürecinin bilimsel açıdan ele alınması, bu konuda fetva verenlerin ya da fetvayı oluşturanların tıbbi konularda nasıl bilgilendiklerinin tespit edilmesi ve olması muhtemel sorunlara disiplinler arası bir yaklaşımla çözüm bulmaya çalışmak bu çalışmanın amacı ve temel hedefleri arasında gözükmektedir.

“Tıptaki Yeni Gelişmeler ve Tıbbî Alandaki Problemler” başlığını taşıyan birinci oturumda Prof. Dr. Recep Öztürk'ün başkanlığında Yrd. Doç. Dr. Hakan Ertin, Prof. Dr. Serdar Bedii Omay ve Doç. Dr. İlhan İlkılıç, tebliğlerini sunmuşlardır.

* İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Yüksek Lisans Öğrencisi.

Hakan Ertin “*Tıp Etikçilerinin Karar Verme Konusundaki Sorunları*” isimli tebliğinde her tıbbî gelişmenin yeni bir ahlaki problemi beraberinde getirdiğini, bu yüzden dolayı tıp etiğindeki problemler alanların/sorunların hızlı bir şekilde arttığını, bu problemlerin neler olduğunu, sorunlara çözüm üretme noktasında zorluklarla karşı karşıya kalındığını belirtmiştir. Daha sonra sorunların bir kısmının bilgi eksikliği ve konuyu anlayamamaktan kaynaklandığı için özellikle İslam Hukukunu ilgilendiren konularda tıp etiği ile İslam Hukuku arasındaki ilişkinin sağlaştırılarak bu konular üzerinde her iki disiplinden uzmanların birbirlerini bilgilendirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca tıp etiğinde tartışılan “*bu kavramların İslamî terminolojide bir karşılığı var mıdır?*”, varsa “*biz bu kavramlardan hareketle bazı kararlara ulaşabilir miyiz*” gibi hususların altını çizmiştir.

Serdar Bedii Omay “*Tıpta bilgi nasıl oluşur? Kanıta dayalı tıp*” isimli tebliğinde tıpta bilginin nasıl oluştuğu, tıp epistemolojisinin nasıl meydana geldiği hususunda bireysel klinik tecrübesi ve sistematik çalışmalarla elde edilen verilerin birleştirilmesinin kanıta dayalı tıbbın biyolojik temellerini oluşturduğunu açıklamıştır. Hastaların tanısına ve tıbbi problemlerin çözümüne karar verirken biyolojik temelli verilerin yanı sıra hem etik, hem hekimlik, hem de dini bilgilerimizi işin içerisine katarak oradan hareketle bir sonuca varmamız gerektiği hususunun altını çizmiştir. Ayrıca tıpta meydana gelen bilginin bir takım mertebelerinin olduğu, bunların mertebelerine ve ne anlam ifade ettikleri, hangi mertebedeki bilginin kanıt seviyesinin yüksek hangisinin ise düşük seviyede olduğu ve bunların sonuçlarının neler doğurabileceği gibi konulara değinmiştir. İşte bu yüzden dolayı özellikle ortaya çıkan problemin fetvasının ne olduğu hususunda fetva makamında olan kimsenin, bu problemin tıbbi kanıt seviyesinin/bilimsel kuvvet derecesinin ne olduğunu mutlaka sorması gerektiğini, aksi takdirde bu durumun yanlış sonuçlara yol açacağını ifade etmiştir.

İlhan İlkılıç “*Rasyonel tıp ve tıp etiği kararlarındaki meseleler*” isimli tebliğinde tıpta bilginin nasıl oluşacağı sorusuna tıp ahlakı, tıbbi etik ve fıkhi açıdan bakılıp tartışılacaksa - bu problemlerin boyutlarına vakıf olmak için - bu konunun bilim felsefesi açısından incelenmesi gerektiğini ifade ederek tıp bilgisinin oluşumundaki teorik, felsefi ve pratik problemleri ele almıştır. Daha sonra bunların felsefi ve epistemolojik bilgi felsefesi/bilgi teorisi noktasında içermiş olduğu problemlerin etikçiler ve fıkıhçılar açısından içerdiği anlam ve öneme değinmeye çalışmıştır. Son olarak da; kullanılan bilgilerin ontolojik olarak farklı karakterlere sahip olduğunu, tıpta elde edilen bilgilerin tecrübî bilgi alanının içerisinde olduğunu, fıkıhtaki bilgilerin ise tecrübî bilgi sahasının dışında olduğunu, tıbbi bilgilerin tecrübî bilgi olması hasebiyle kanıt derecesi en yüksek bilgi bile olsa modern tıpta oluşan bilginin mutlak bir bilgi olmadığını, dolayısıyla elde edilen bu bilgilerin zaman içerisinde değişebileceğini, bu yüzden de sık sık gelişerek değişen ve dinamik olmayı gerektiren tıp bilgisinin kendisini güncellemesiyle fetva makamında olan kimselerin de kendilerini güncellemesi gerektiği hususlarına değinmiştir.

“Tıptaki Yeni Gelişmeler Işığında Fetva Usulündeki Değişmeler” başlığını taşıyan ikinci oturumda Prof. Dr. Murteza Bedir’in başkanlığında Prof. Doç. Dr. Hamza Aktan, Dr. Ekrem Keleş ve İrfan İnce tebliğlerini sunmuşlardır.

Hamza Aktan “*Fetva Dili ve Türkiye’de Sağlık Alanındaki Fetva Uygulaması*” isimli tebliğinde öncelikle Din İşleri Yüksek Kurulu’nun tıp alanındaki bu yenilikleri, ortaya çıkan yeni uygulamaları takiben vatandaşların bu konudaki sorularına cevap vermek gibi bir görevinin olduğunu; ancak ortaya çıkan bu konularda karar vermenin o kadar da kolay bir hadise olmadığını, bir fakihin tıbbi konular ve gelişmeler hakkında ne kadar bilgilendirilirse söz konusu meselede verdiği fetvaların o derece isabetli olacağını ifade etmiştir. Daha sonra Din İşleri Yüksek Kurulu’na fetvaların nasıl ve ne şekilde geldiğini, gelen fetvaları cevaplarken nasıl bir yol ve metot takip edildiğini, bunların hangisinin denetimden geçip kurula iletildiğini, konuları açıklığa kavuşturup karara varma noktasında hangi usul ve ilkelerin göz önünde bulundurulduğunu, bu kurulun öncelikli sorumluluğunun ne olduğunu, yani Diyanet’in bu konuda nasıl çalıştığını geniş bir şekilde örnekleriyle izah etmiştir.

Ekrem Keleş “*Dünyadaki Uygulama*” isimli tebliğinde; dünyadaki diğer fetva kurullarında da Diyanet’tekine benzer bir yapının olduğunu, ortaya çıkan tıbbi nitelikli sorunlara dini bakımdan cevap verilirken nasıl bir usul izlendiğini, dünyadaki önemli bazı fetva kurullarını ve bu kurulların tıbbi konularda fetva verirken hangi ilke ve prensipleri göz önünde bulundurdıklarını, bu kurullarda takip edilen temel ilke ve prensiplerin hemen hemen aynı olduğunu ifade etmiştir.

İrfan İnce “*Önerilen Fikhî Çözümlerin Getirdiği Sorunlar*” isimli tebliğinde; bu tip sorunlara çözüm üretirken/fetva verirken geniş bir perspektifin, geniş bir referans çerçevesinin oluşturulması ve bununla ilgili çalışmaların yapılması gerektiği hususunu vurgulamıştır. Daha sonra tıp etiğiyle ilgili problemlerin çözümünde merci olarak gösterilen fikhin mevcut veya klasik işleyiş tarzının bu yetkinliğe sahip olup olmadığına, mevcut yapısında fikhin böyle bir etik referans çerçeve çizmeye ne kadar müsait olduğuna, fikhin bu oluşuma hazır olup olmadığına değinmiştir. Devamında ise; sadece fikhî noktadan hareketle bunları çözemeyeceğimizi, bunların daha geniş bir referans alanına çekilmesi gerektiğini, bu konulara parçacı ve maslahat temelli bir yaklaşımla bakılırken felsefi arka planının göz ardı edildiğini, bunun bir taraftan kolaylık sağlarken diğer taraftan büyük sorunları beraberinde getirdiğini ifade etmiştir. Çünkü tıp etiğiyle ilgili bir konuda meselelerin sadece tek yönüne bakıldığında, konu bir bütün halinde düşünülemediği için varılan sonuçların birbirleriyle uzlaşmaması söz konusu olabilir. Bu yüzden İrfan İnce, fetva verirken geniş bir perspektifin/referans çerçevesinin oluşturulması ve bununla ilgili çalışmaların yapılmasını önermektedir.

İki oturum halinde yapılan tebliğlerden sonra kapanış panelinde, katılımcıların konuyla ilgili, görüş, öneri ve değerlendirmeleri yer almaktadır. Bu eser disiplinler arası bir yaklaşımla konuları ele alıp çözüm ve öneriler ortaya koyması bakımından tıp ve ilahiyat camiası için önemli bir çalışmadır.

