

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ALİ HAYDAR EFENDİ VE FİKHİ GÖRÜŞLERİ

Esra ERSÖZ

Danışman

Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM

İZMİR-2019

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Ali Haydar Efendi ve Fıkhî Görüşleri” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

01/03/2019

Esra ERSÖZ



ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Ali Haydar Efendi ve Fıkıhî Görüşleri

Esra ERSÖZ

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı

İslâm Hukuku Programı

Ali Haydar Efendi, Osmanlı Devleti'nin son yılları ile Cumhuriyet'in ilk yıllarında yaşamış önemli bir hukukçudur. İslâm hukuku mirasımızın taşıyıcısı ve yorumlayıcısı olarak, “*Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*” adlı eseriyle Mecelle'yi şerh etmiş ve bu alanda yakın tarihimizde önemli hizmetler icra etmiştir.

Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* adlı eseriyle Mecelle'yi şerh etmekle kalmamış, ayrıca Mecelle'nin değinmediği hukuksal alanları tamamlamayı ve örneklendirmeler yapmak suretiyle somutlaştırmayı hedeflemiştir.

Tezimiz, giriş, üç bölüm ve sonuçtan meydana gelmektedir. Giriş'te tezin adı, konusu, amacı, önemi, kapsam ve sınırı ile yöntem ve kaynakları ele alınmıştır. Birinci Bölüm'de; “Ali Haydar Efendi ve Yaşadığı Dönem” başlığı altında Ali Haydar Efendi'nin hayatı, ilmi kişiliği ve eserleri ile yaşadığı dönemin hukuki ve siyasi yapısı hakkında bilgiler verilmiştir. İkinci Bölüm'de, “Ali Haydar Efendi ve Fıkıh Usulü” başlığı altında; “Ali Haydar Efendi ve Fıkıh”, “Ali Haydar Efendi ve Şer'i Deliller” konuları ele alınmıştır. Bu bölüm, tezimizin ana gövdesini oluşturmaktadır. Üçüncü bölümde ise; “Ali Haydar Efendi ve Fıkhi Görüşleri” başlığı altında “Ali Haydar Efendi ve İctihad”, “Ali Haydar Efendi ve Feraiz”, “Ali Haydar Efendi ve Mefkud”, ve “Ali Haydar Efendi ve Nafakat” konuları ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Ali Haydar Efendi, Fıkıh, Mecelle, Şerh, ictihâd.

ABSTRACT
Master's Thesis
Ali Haydar Efendi and His Views Of Jurisprudence
Esra ERSÖZ

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Basic Islamic Sciences
Islamic Law Program

Ali Haydar Efendi is an important legist who lived in the last years of the Ottoman State and in the first years of the Republic. As a carrier and interpreter of our Islamic law heritage, with his named work “*Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*” annotated Mecelle and this area has performed important services in our recent history.

Ali Haydar Efendi, with his named work “*Dürerü'l-Hükâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*” not content with annotate Mecelle, also legal areas that Mecelle does not deal with by completing and sampling aimed at embodying it.

Our thesis consists of introduction, three sections and conclusion. In the Introduction, the name and subject of the thesis, the objective of the thesis, the importance of the subject of the thesis, the scope and limitations of the thesis and the sources of the thesis have been discussed. In the First Section, under the title “Ali Haydar Efendi and his lived period” about Ali Haydar Efendi's life, scientific personality and his works and the legal and political structure of the time he lived were given. In the Second Section, under the title “Ali Haydar Efendi and Jurisprudence”, “Ali Haydar Efendi and Jurisprudence (Fıgh)”, “Ali Haydar Efendi and religious evidence” were deal with. This section forms the main body of our work. In the third Section, under the title “Ali Haydar Efendi and His Views of Jurisprudence”; “Ali Haydar Efendi and Case Law”, “Ali Haydar Efendi and Islamic Heritage Law”, “Ali Haydar Efendi and Lost Person”, and “Ali Haydar Efendi and Subsistences” were deal with.

Key words: Ali Haydar Efendi, Jurisprudence(Fıgh), Mecelle, Annotate, Case law.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ALİ HAYDAR EFENDİ VE YAŞADIĞI DÖNEM

I. ALİ HAYDAR EFENDİ’NİN HAYATI	5
II. ALİ HAYDAR EFENDİ’NİN ŞAHSİYETİ	6
A. İlmi Kişiliği	6
B. Eserleri	8
1. Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm	8
2. Mirkâtü’l-Mecelle	10
3. el-Mecmûatu’l-Cedîde fi’l-Kütübi’l-Erbaa	10
4. Şerh-i Cedîd li Kanuni’l Arâzî	10
5. Risâletü’l-Muvâza’a ve’l-İstiğlâl	11
6. Risâle-i Mefkûd	11
7. Risâle-i Mühimme	12
8. Emvâl-i Gayr-i Menkûle ve Teminât ve İzâle-i Şuyû	12
9. Teshîlü’l-Ferâiz	13
10. Tatbîkât-ı Şer‘iyye Dersi	13
11. Tavzîhu’l-Müşkîlât fi Ahkâmı’l-İntikâlât	13
12. Tertîbü’s-Sunûf fi Ahkâmi’l-Vukûf	14
13. Kitâbü’l-Mebâhisi’l-Mühimme fi’t-Tatbîkâtî’ş-Şer‘iyye ve’l Hukûkıyye	14
14. Kitâbü’n-Nafakât	15

15. Deyn'in sureti edâsı ve icârenin ahad-ı akıdeynin vefatı halinde adem-i infisahı hakkındaki ahkâm.....	16
16. Kitâbü't-Talak	16
III. DÖNEMİN HUKUKİ VE SİYASİ YAPISI	16

İKİNCİ BÖLÜM

ALİ HAYDAR EFENDİ VE FIKİH USULÜ

I. ALİ HAYDAR EFENDİ VE FIKİH.....	21
II. ALİ HAYDAR EFENDİ VE ŞER'Î DELİLLER.....	22
A. Kitap (Kur'ân) ve Sünnet	22
1. Kitâp'ın (Kur'ân) Sözlük ve Terim Anlamı	22
2. Sünnet 'in Sözlük ve Terim Anlamı.....	24
3. Ali Haydar Efendi'nin Kitâp ve Sünnet Anlayışı.....	25
B. İcmâ	46
1. İcmâ'nın Sözlük ve Terim Anlamı.....	46
2. Ali Haydar Efendi'nin İcmâ Anlayışı	47
C. Kıyâs	48
1. Kıyâs'ın Sözlük ve Terim Anlamı	48
2. Ali Haydar Efendi'nin Kıyâs Anlayışı	49
D. İstihsân.....	51
1. İstihsân'ın Sözlük ve Terim Anlamı	51
2. Ali Haydar Efendi'nin İstihsân Anlayışı	52
E. İstishâb	54
1. İstishâb'ın Sözlük ve Terim Anlamı	54
2. Ali Haydar Efendi'nin İstishâb Anlayışı	57
F. Mesâlih-i Mürsele (İstislâh)	59
1. Mesâlih-i Mürsele'nin Sözlük ve Terim Anlamı	59
2. Ali Haydar Efendi'nin Mesâlih-i Mürsele Anlayışı	61
G. Örf-Âdet	65
1. Örf ve Âdet'in Sözlük ve Terim Anlamı.....	65
2. Ali Haydar Efendi'nin Örf ve Âdet Anlayışı	66

H. Sedd-i Zerâyî'	69
1. Sedd-i Zerâyî'nin Sözlük ve Terim Anlamı	69
2. Ali Haydar Efendi'nin Seddi Zerâyî Anlayışı	70

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALİ HAYDAR EFENDİ VE FIKHÎ GÖRÜŞLERİ

I. ALİ HAYDAR EFENDİ VE İCTİHÂD	71
A. İctihâdın Sözlük ve Terim Anlamı	71
B. Ali Haydar Efendi'nin İctihâd Anlayışı	72
1- İctihâd İle İlgili Esaslar	72
2- Mezhepler Arasında Hadisi Anlama Farklılığından Kaynaklanan İctihâd Farklılıkları	73
II. ALİ HAYDAR EFENDİ VE FERÂİZ	77
A. Ferâiz'in Sözlük ve Terim Anlamı	77
B. Ali Haydar Efendi'nin Ferâiz Anlayışı	78
III. ALİ HAYDAR EFENDİ VE MEFKUD	80
A. Mefkud'ün Sözlük ve Terim Anlamı	80
B. Ali Haydar Efendi'nin Mefkud Anlayışı	80
IV. ALİ HAYDAR EFENDİ VE NAFAKÂT	82
A. Nafakât'ın Sözlük ve Terim Anlamı	82
B. Ali Haydar Efendi'nin Nafakât Anlayışı	82
1- Nafakanın Sebepleri ve Nafalara Ait Genel Kaideler	82
2- Akrabaların Nafakası Hakkında Bazı Kaideler	84
3- Eşin/Zevcenin Nafakası	85
SONUÇ	86
KAYNAKÇA	90

KISALTMALAR

(as)	Aleyhi's-Selâm
Çev.	Çeviren
DİA.	Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
DİB.	Diyanet İşleri Başkanlığı
mad.	Maddesi
M.Ü.	Marmara Üniversitesi
nşr.	Neşreden
OTAM	Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi
ö.	Ölüm Tarihi
s.	Sayfa
ter.	Tercüme
TDV.	Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	Tahkik
ty.	Tarih Yok
vb.	Ve Benzeri
yy.	Yüzyıl
s.s	Sayfadan Sayfaya

GİRİŞ

Ali Haydar Efendi, Osmanlı'nın son döneminde yetişmiş büyük bir âlim ve hukukçudur. Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra, kaynağı dini hukuk olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin hazırlanması ve yürürlüğe konulup uygulanması sürecinde, Mülkiye Mektebi, Medresetü'l-Kuzât ve Daru'l-Funûn Hukuk Fakültesi'nde, başta Mecelle olmak üzere kavânîn dersleri okutmuştur. Mecelle'yi şerh etmesi onun en önemli ilmî faaliyetlerinden biridir. Bunun dışında daha birçok eser telif etmiştir.

A. Tezin Adı

“Ali Haydar Efendi ve Fıkhî Görüşleri”

B. Tezin Konusu

Çalışmamız, Ali Haydar Efendi'nin (1852-1935) Mecelle'ye yapmış olduğu ve *Dürerü'l- Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* adını verdiği şerhten hareketle onun fıkhî görüşlerinin araştırılmasından ibarettir. Yani, Mecelle'yi uzun yıllar ders olarak okutmuş, tatbikine şahitlik etmiş ve dolayısıyla artılarını ve eksilerini görüp fıkıh müktesebatından takviyelerle besleyen bir hukukçu olarak Ali Haydar Efendi'nin fıkıh anlayışını konu edinmektedir. Bununla birlikte tezimiz, Ali Haydar Efendi'nin hayatını, ilmî kişiliğini, başta *Dürerü'l- Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* adlı eseri olmak üzere bazı eserlerini ve yaşadığı dönemi konu edinmiştir.

Tezin Amacı

Mecelle, bir bütün halinde, Hanefî fıkının muamelata dair hükümlerini içeren büyük bir hazinedir. Mecelle aynı zamanda, Modern çağda İslâm hukukunun kanun hukukuna dönüşmesi ile Modernizm'in meydan okumalarına karşı bir cevap niteliği taşır. Ali Haydar Efendi'nin, *Dürerü'l- Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* adlı eseri de Mecelle'nin tümünü kapsayan en geniş şerhtir. Söz konusu şerhi merkeze alarak yapacak olduğumuz bu çalışma, bazılarının ortaya attıkları; “Batı kanun ve kurumlarının olduğu gibi alınması” fikrine karşı, “İslâm fıkına dayalı yerli ve milli kanunların üretilmesi ve yürürlüğe konulup uygulanması” fikrini savunan Ali Haydar

Efendi'nin Hanefî fikhını esas alan fikhî görüşlerinin ortaya çıkarılmasını amaçlamaktadır.

Çalışmamız ile ayrıca, Ali Haydar Efendi'nin fikhî görüşlerinden hareketle XX. yüzyıla girerken İslâm fikhından yerli ve milli bir kanunlar manzumesi çıkartılması çalışmalarına ışık tutulması hedeflenmiştir. Bu yönüyle de araştırmacıların faydalanacağı bir çalışma olacağını ümit etmekteyiz.

Tez konusunun Önemi

Mecelle ve Ali Haydar Efendi tarafından kaleme alınan *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* adlı şerh, hazırlandıkları devirde değerli oldukları kadar günümüzde de hukuk mirasımızın ve İslâm hukukun köklerinin tanınması açısından büyük bir öneme sahiptir.

Osmanlı Devleti'nin modern anlamda ilk medenî kanunu olan Mecelle'nin en geniş şerhi olarak kabul edilen *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* isimli eserde Ali Haydar Efendi'nin her bir kanun maddesi üzerine yaptığı açıklamalar ve zikrettiği örnekler adeta birer fetva ve hüküm niteliği taşımaktadır.

Yaptığımız çalışmanın; Ali Haydar Efendi'nin *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* adlı kitabındaki fikhî tanımlardan, Mecelle maddeleri üzerinde yaptığı açıklamalardan ve örneklemelerden hareketle, Onun fıkıh anlayışının tespit edilmesi ve ayrıca araştırmacıların istifadesine sunulması açısından önem arz edeceği kanaatini taşımaktayız.

Tezin Kapsam ve Sınırı

Tezimizin kapsamı; Ali Haydar Efendi'nin *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* isimli kitabı/şerhi ekseninde, diğer eserlerinden de faydalanılarak onun fıkıh anlayışının tespitinden ibarettir.

Diğer bir ifadeyle tezimizde, Ali Haydar Efendi'nin; fikhın konuları bağlamındaki taksimatını içeren açıklamaları ile fıkıh ilminin; Kitâp, Sünnet, İcmâ-i Ümmet ve Kıyâs gibi dört ana delilden alındığı ile ilgili izahlarını fıkıh usulü formatında, ele alacağız. Bunu yaparken, gereksiz teferruata dalmadan, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* isimli şerhin satır aralarını, usul tanımlarını ve fikhî mevzularla ilgili örneklemeleri de değerlendirme fırsatı bulacağız.

Tezimizin birinci bölümünde, Ali Haydar Efendi'nin hayatı, ilmî kişiliği ve eserleri ile yaşadığı dönemin hukuki ve siyasi yapısını ele alacağız.

İkinci bölümde, "Ali Haydar Efendi ve Fıkıh Usulü" başlığı altında; "Ali Haydar Efendi ve Fıkıh", "Ali Haydar Efendi ve Şer'i Deliller" konuları ele alınmıştır.

Üçüncü Bölüm'de ise; "Ali Haydar Efendi ve Fıkhi Görüşleri" başlığı altında; "Ali Haydar Efendi ve İctihâd", "Ali Haydar Efendi ve Feraiz", "Ali Haydar Efendi ve Mefkud", "Ali Haydar Efendi ve Nafakat" konuları ele alınmıştır. İkinci ve üçüncü bölüm, tezimizin ana gövdesini oluşturmaktadır.

Tezin Yöntemi

Tezimiz, temelde kaynak/eser incelemesine dayanmaktadır. Bundan dolayı öncelikle Ali Haydar Efendi'nin, bir Mecelle şerhi olan ve içerisinde İslâm Hukukunun çeşitli konularını delilleriyle birlikte açıklamış olduğu; *Dürerü'l- Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* isimli dört ciltlik eserindeki her bir bölümünü -Fıkıh usulü ve Şer'i deliller bağlamında- ayrı ayrı kategorilere ayırıp değerlendireceğiz.

Tezimizde, alışveriş ve kefâlet bahsi gibi şerhte yer alan birçok fikhî mevzu-yu, Ali Haydar Efendi'nin Kitâp ve Sünnet anlayışı başlığı altında ele alacağız. Bunu yaparken, söz konusu mevzudaki ilgili Mecelle maddelerine, Ali Haydar Efendi'nin bu maddeler üzerinde yaptığı açıklamalara, şahsî yorumlarına ve günün koşullarına uygun olarak verdiği güncel örneklerle yer vereceğiz.

Aynı şekilde, Ali Haydar Efendi'nin İcma, Kıyâs, İstihân, İstishâb, Mesâlih-i Mürsele, Örf-âdet, Sedd-i Zerâyî ve İctihâd anlayışını da şerhteki ilgili Mecelle maddelerine yaptığı yorumlar ve bu maddeler üzerine verdiği örneklemelerden yola çıkarak tespit etmeye çalışacağız.

Kaynaklar

Tezimizde faydalanacağımız kaynakları şöyle özetlememiz mümkündür.

1- Ali Haydar Efendi'nin; hayatı, ilmi kişiliği ve eserleri ile dönemin siyasi ve hukuki yapısının ele alındığı tezimizin birinci bölümünde; *TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, *Türk ve Dünya Ünlüleri Ansiklopedisi*, *Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, *Osmanlı Araştırmaları Dergisi IX*, *Ahmet Cevdet Paşa Ve-*

fatının 100. Yılına Armağan Sempozyumu, Bir heyet tarafından hazırlanan *Şerhu'l-Kavâidi'l Külliye min Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* isimli şerh ve Ali Aslan Topçuoğlu'nun *Türkiyat Araştırmaları Dergisi*'nin 28. sayısında yayımlanan “Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi'nin Hayatı ve Hukukçuluğu” ile Mehmet Günay'ın *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*'nin 6. sayısında yayımlanan “Son Devir Osmanlı Hukukçusu Küçük Ali Haydar Efendi: Hayatı, İlmi Faaliyetleri ve Eserleri” başlıklı makalelerinden faydalanılacaktır. Ayrıca İsmail Narin'in *Ali Haydar Efendi'nin Hayatı, İlmi Şahsiyeti ve Eserleri* isimli basılmamış yüksek lisans tezi de başvuracağımız eserlerden biridir.

Tezimizin ikinci bölümü olan, “Ali Haydar Efendi ve Fıkıh Usulü” başlığı altındaki; “Ali Haydar Efendi'ye Göre Şer'i Deliller” konusunu, Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem'in çevirdiği 4 ciltlik *Dürerü'l- Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* isimli eseri tarayarak oluşturacağız.

Üçüncü bölümde ise; “Ali Haydar Efendi ve Fıkhi Görüşleri” başlığı altındaki konuları, Ali Haydar Efendi'nin Orhan Çeker tarafından çevrilen «Nafaka Kanunu» isimli eseri, İbrahim Coşkun tarafından hazırlanan «Teshîlü'l-Ferâiz» isimli eseri ve Ahmed Akgündüz tarafından İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı isimli eser içerisinde transkript edilerek yayınlanan Mefkud risalesinden faydalanarak hazırlayacağız.

Yapacağımız çalışmada öncelikle aslî kaynaklara başvurulacak daha sonra ikinci derecede tali kaynaklara müracaat edilecektir. Tezimiz, araştırma tekniklerine uyularak, bütün kaynakların okunması, değerlendirilmesi ve gerekli bilgilerin yazıya geçirilmesiyle tamamlanacaktır. Çalışma bizden başarı Allah'tandır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALİ HAYDAR EFENDİ VE YAŞADIĞI DÖNEM

I. ALİ HAYDAR EFENDİ’NİN HAYATI

Ali Haydar Efendi, 15 Recep 1269 (18 Nisan 1853) yılında Batum’da doğmuştur.¹ Babası Rumeli Kazaskeri Gürcüzâde Hacı Efendi,² Dardağanzâde Mehmet Emin Efendi ismiyle de anılmaktadır. Dedesi Osman Efendi, onun babası Ağa Hüseyin Paşa’nın yerine yeniçeri ağası olan Çineli Ahmet Ağa’dır. İlimiyeden olan babası uzun yıllar İstanbul’da müderrislik yapmış, ilk kanun-ı esasiyi hazırlayan heyette yer almış, Mekke kadılığı ve İzmir Nâibliği ile Anadolu kazaskerliğinde bulunmuştur. Ali Haydar Efendi, soyadı Kanunu’nun kabulünden sonra 1935 yılında, ölümünden birkaç ay önce, Arsebük soyadını almıştır. Ali Haydar Efendi iki defa evlenmiş, bu evliliklerden dördü erkek üçü kız yedi çocuğu olmuştur. Oğullarından ikisi kendisi gibi hukukçuluğu seçmiş olup bunlardan biri Ankara Hukuk Fakültesi’nde öğretim üyeliği yapmış olan Ahmet Esat Arsebük’tür. Haydar Molla veya çağdaşı Usul-i Fıkıh müellifi Haydar Efendi’den (Büyük) yaşça küçük olduğu için Küçük Haydar Efendi diye anılmaktadır.³ Her ikisi de fıkıh ve mecelle üzerinde yaptıkları çalışmalarından dolayı sürekli birbirleriyle karıştırılmış; ancak ölümlerinden sonra karışıklığa meydan vermemek için bu ayırım yapılmıştır.⁴

¹ M.Sadi Çögenli, **Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar Efendi Bibliyografyası**, Fen-Edebiyat Fakültesi Yayını, Erzurum, 1990, s. 5.

² Komisyon, **Türk ve Dünya Ünlüleri Ansiklopedisi** (I-X), Anadolu Yayınları, 1983, I, 244.

³ Aydın, M. Akif, “Ali Haydar Efendi, Küçük”, **DİA** (I-XLIV), TDV. Yayınları, İstanbul 2013, II, 396-397.

⁴ Ünal, Uğur, “Osmanlı Hukukçularından Büyük Ali Haydar Efendi (Hayatı ve Çalışmaları)”, **Ankara Üniversitesi Tarih Araştırmaları Dergisi**, c. XXVI, Sayı: 41, Ankara, (Mart) 2007, s. 132.

II. ALİ HAYDAR EFENDİ’NİN ŞAHSİYETİ

A. İlmî Kişiliği

Ali Haydar Efendi, ilk tahsilini doğum yeri olan Batum’da yaptıktan sonra İstanbul’da Hünkâr imamı Hafız Râşit Efendi’nin derslerine devam ederek ondan icazet almıştır.⁵ 1877’de ileride Medresetü’l Kuzât adını alacak olan Mekteb-i Nüvvâb’ta da fıkıh, ferâiz ve usul-i sak tahsil ettikten sonra üçüncü sınıf şehadetnamesi alarak mezun olmuştur.⁶

Türkçe, Arapça ve Farsça bilen Ali Haydar Efendi, 1884’te İstanbul İstinaf Mahkemesi Âzâsı iken hukuk mektebinde “Mecelle” ve “Usul-i Muhâkemat-ı Hukûkiyye” dersleri vermiştir. On bir yıl Mülkiye Mektebi’nde aralıksız Mecelle ve Arazi Hukuku derslerini okutmuş, beş yıl Medresetü’l Kuzât’ta ve otuz yıl da Dârü’l Fünun Hukuk Fakültesi’nde Mecelle, Vakıf Ahkâmı ve Kavânin dersleri okutmuştur. Bu sırada başta Mecelle şerhi olmak üzere birçok eser te’lif etmiştir. 1913’de padişahın emriyle birinci rütbeden maarif nişanı almıştır.⁷

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ismiyle Osmanlı Ülkesinde 57 sene tatbik edilen, bütün İslâm ülkelerinin taknîn hareketi üzerinde derin tesirler icra eden ilk İslâm medeni kanunun⁸ şârihlerinden biri Ali Haydar Efendi’dir. O, başta Dârü’l-Fünûn Hukuk Mektebi ve Medresetü’l-Kuzât olmak üzere medrese ve mekteplerde Mecelle dersini okuttuğundan dolayı eseri şerh etme gereği duymuştur.⁹

Ali Haydar Efendi, Mecelle maddelerinde ifade edilen hükümleri şerh etmekle kalmamış, bu meselelere kaynaklık eden fıkıh kitaplarına, fetva mecmualarına ve risalelere atıflar yapmış, Mecelle’de ele alınmayan kimi meseleleri de kitabına almıştır. Müellif uygulamaya da işaret ederek zaman zaman Mecelle’ye tenkitler getirmiştir. Meselelerle ilgili olarak fıkıh kitaplarında yer alan hükümleri aktarmış, ihtilaf halinde farklı görüşlere ve Mecelle’nin tercihiine işaret etmiş, nadiren Hanefi dışın-

⁵ Heyet, *Şerhu’l-Kavâidi’l Külliye min Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, Fazilet Neşriyat, İstanbul 2017, s. 7

⁶ Çögenli, s. 5.

⁷ Heyet, *Şerhu’l-Kavâidi’l Külliye min Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, s. 8.

⁸ Karaman, Hayreddin, *Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslâm Hukuk Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 309.

⁹ Heyet, *Şerhu’l-Kavâidi’l Külliye*, s. 13; Ali Haydar Efendi, *Teshîlü’l-Ferâiz* (haz. İbrahim Çoşkun), Nadir Eserler Kitaplığı/04 Fazilet Neşriyat, İstanbul, 2015, s. VIII

daki mezhep fukahasının görüşlerini de zikretmiştir. Fıkıh Kitaplarında bulunmayan hükümler için mevcut fetvalara işaret etmiş, fetva kitaplarında da bulunmayan kimi hususlar hakkında kendi görüşünü ortaya koymaktan çekinmemiştir. Maddelerin anlaşılması için günün şartlarına uygun örneklere de yer veren müellif, maddelerin daha iyi anlaşılmasına ve bir bütünlük içinde yorumlanmasına katkı sağlamak üzere maddeler arasındaki bağlantılara önemle işaret etmiştir.¹⁰

B. Çeşitli Devlet Kademelerinde Aldığı Görevler

Burdur ve Denizli kadılıklarında görev alan Ali Haydar Efendi, 1884'te İstanbul İstînaf Mahkemesi âzâsı olmuş, 1907 yılında Anadolu Kazaskeri ünvanı almıştır. Muhtelif memuriyetlerde vazifelerini layıkıyla ifâ ettiğinden dolayı 1909 tarihinde Temyiz Mahkemesi reisi olmuştur. 1914 yılında Mustafa Hayri Efendi'nin şeyhülislâmlığı zamanında fetva eminliği vazifesine tayin edilmiş, Osmanlı Devleti'nin 1. Dünya Savaşı'na girmesi üzerine ilan edilen cihat fetvasını, 23 Kasım 1914'te fetva emini sıfatıyla Fatih Cami'nde okumuştur. Bu fetvada imzası bulunan 29 kişiden biridir. 1916'da Rumeli Kazaskerliği pâyesine terfi ettirilmiş ve aynı yıl emekliye ayrılmıştır. İkinci Tevfik Paşa hükümeti devrinde 11 Kasım 1918-21 Ocak 1919 tarihleri arası kabinede yaklaşık iki ay Adliye nâzırı olan Ali Haydar Efendi, bu vazifesinde iken Mondros Mütarekesi ile teslimi karar bağlanan Medine'yi, İngilizlere teslim etmesi için Fahrettin Paşa'ya padişahın iradesini tebliğ etmek üzere gönderilmiştir. Ancak Hicaz yolculuğu sırasında İstanbul'da hükümet değişmiş ve nâzırlık vazifesinden alınmıştır. Türkçe, Arapça ve Farsça bilen Ali Haydar Efendi, Adliye nâzırlığından sonra hayatının geri kalan kısmında kitap telifiyle meşgul olmuştur. 14 Eylül 1935 Cumartesi gecesi İstanbul'da vefat etmiştir. Eyüp Sultan mezarlığında aile kabristanında medfundur.¹¹

¹⁰ Sami Erdem, "Türkçede Mecelle Literatürü", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt 3, Sayı: 5, İstanbul, 2005, s. 686.

¹¹ Heyet, *Şerhu'l-Kavâidi'l Külliye*, s. 7-8.

C. Eserleri

1. Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm

Temyiz mahkemesi reisi, fetva emini, İstanbul Hukuk Fakültesi (Mekteb-i Hukuk) Mecelle hocası ve Adlive Vekili Ali Haydar Efendinin yazdığı “Dürer’ül-Hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm” adlı kıymetli eserdir. Bu eser Mecelle şerhlerinin en meşhuru ve en kıymetlisidir. Hanefî fikhının muamelata dair bir hazinesidir.¹²

Ali Haydar Efendi’nin *Dürerü’l- Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm* adlı eseri Mecelle’nin bütününe kapsayan ve en geniş şerhtir. Bunun dışında Mecelle’nin bütün maddelerini açıklayan ve İslâm Hukuku bağlamındaki mühim meseleleri ele alan daha geniş bir şerh yoktur. Ali Haydar Efendi, eserinin Fetvahâne-i Âlî’de çeşitli ulema tarafından tetkik olunmuş tek şerh olduğunu şöyle ifade etmiştir:

*“İşbu şerh-i âcizi tamâmiyle fetvâhâne-i âlîde müte’addid ulemâ ve fukahâ tarafından tedkik ve şer’-i âlîye muvâfakati tasdik buyrulmuştur. Bu şân ve şeref işbu şerh-i âcizîye mahsûs ve maksûr olup, fetvâhâne-i âlîce tasdik olunmuş bundan başka Mecelle’nin bütün mevâddını muvazzıh ve mesâ’il-i mühimmeyi câmi’ şerh yoktur.”*¹³

Eser müellifi tarafından Arapça’ya tercüme edilmeye başlanmışsa da tamamlanamamıştır. Tam tercümesini Fehmi el-Hüseyni yapmıştır. Bu tercüme 1925-1936 yılları arasında Hayfa, Gazze ve Kahire’de yayımlanmıştır.¹⁴

Mecelle, birkaç defa basılmıştır. Elimizdeki üçüncü baskı İstanbul 1330 tarihli olup 1. cild (992), 2. Cild (952), 3.cild (986), 4. Cild (831) sahifedir. Bâb ve fasılların başında ve sonunda yapılan hulâsa cetvelleri kavramada kolaylık sağlamaktadır. Bu şerh Arapçaya da çevrilmiş ve tab’edilmiştir.¹⁵

Mecelle, bir mukaddime, 16 kitap, 73 bâbtan meydana gelen 1851 maddelik bir kanundur. Mukaddime, kavâid-i külliyyeden meydana gelmiş olup yüz maddedir. On altı kitabın isimleri ve içerisindeki madde miktarı ise şöyledir:

¹² Akgündüz, Ahmet, **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (no. 6), Diyarbakır, 1986, s. 367.

¹³ Ali Haydar Efendi, Hoca Eminefendizâde, **Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm (I-IV)**, çev. Raşit Gündoğdu-Osman Erdem, Osmanlı Yayınevi, İstanbul, ty., I, s. 9.

¹⁴ Aydın, II, 397.

¹⁵ Karaman, **Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslâm Hukuk Tarihi**, s. 318.

1- Kitâbü'l-Büyû' (Alış-verişle ilgili hükümler): Bir mukaddime ile yedi bâbtan oluşur. Üç yüz üç maddedir. Dört yüz üçüncü maddeye kadardır.

2- Kitâbü'l-İcâre (Kira ile ilgili hükümler): Bir mukaddime ile sekiz bâbı içerir. Altı yüz on birinci maddeye kadardır.

3- Kitâbü'l-Kefâle (Kefalet ile ilgili hükümler): Bir mukaddime ile üç bâbtan meydana gelir. Altı yüz yetmiş ikinci maddeye kadardır.

4- Kitâbü'l-Havâle (Havale ile ilgili hükümler): Bir mukaddime iki bâbtır. Yedi yüzüncü maddeye kadardır.

5- Kitâbü'r-Rehn ve Kitâbü'l-Vedîa (Rehin ve vedia ile ilgili hükümler): Bir mukaddime ile dört bâbtır. Yedi yüz altmış birinci maddeye kadardır.

6- Kitâbü'l-Emânât (Emanet ile ilgili hükümler): Bir mukaddime ile üç bâbtır. Sekiz yüz otuz ikinci maddeye kadardır.

7- Kitâbü'l-Hibe (Bağışlama ile ilgili hükümler): Bir mukaddime iki bâbtır. Sekiz yüz seksen ikinci maddeye kadardır.

8- Kitâbü'l-Gasb ve'l-İtlâf (Başkasının malına el koyma ve ziyan etme ile ilgili hükümler): Bir mukaddime iki bâbtan oluşur. Dokuz yüz kırkinci maddeye kadardır.

9- Kitâbü'l-Hacr ve'l-İkrâh ve's-Şuf'a (Tasarruftan men, ikrah ve şuf'a ile ilgili hükümler): Bir mukaddime ile üç bâbı içerir. Bin kırk dördüncü maddeye kadardır.

10- Kitâbü's-Şirket (Ortaklıklarla ilgili hükümler): Bir mukaddime ile sekiz bâbtır. Bin dört yüz kırk sekizinci maddeye kadardır.

11- Kitâbü'l-Vekâle (Vekâlet ile ilgili hükümler): Bin beş yüz otuzuncu maddeye kadardır.

12- Kitâbü's-Sulh ve'l-İbrâ (Sulh ve İbra ile ilgili hükümler): İki bâbtır. Bin beş yüz yetmiş birinci maddeye kadardır.

13- Kitâbü'l-İkrâr (İkrarla ilgili hükümler): Bu kitapta mukaddime yoktur. Dört bâb üzerine tedvin edilmiştir. Bin altı yüz on ikinci maddeye kadardır.

14- Kitâbü'd-Da'vâ (Dava açma ve davaların görülmesi ile ilgili hükümler): Bir mukaddime ve iki bâbtır. Bin altı yüz yetmiş beşinci maddeye kadardır.

15- Kitâbü'l-Beyyinât ve't-Tahlîf (Deliller ve yeminle ilgili hükümler): Bir mukaddime ile dört bâbtan oluşur. Bin yedi yüz seksen üçüncü maddeye kadardır.

16- Kitâbü'l-Kazâ (Hüküm verme ile ilgili hükümler): Bir mukaddime ile dört bâbı ihtiva eder. Bin sekiz yüz elli birinci maddeye kadardır.¹⁶

2. Mirkâtü'l-Mecelle

Mecelle'nin on birinci kitabından on altıncı kitabına kadar olan kısmının muhtasar bir şerhidir. Medrese-i Hukuk Mecmuâsı'nda tefrika edilerek yayımlanmıştır.¹⁷ (İstanbul 1298-1299/1881-1982).¹⁸

3. el-Mecmûatu'l-Cedîde fi'l-Kütübi'l-Erbaa

Mecelle'ye ek olarak hazırlanan daha önce müstakil baskıları da yapılan, Kitâbü'l-İstikrâ fi Mesâili'l-ibrâ, Kitâbü'l Muvâza'a ve'l-istiğlâl, Kitâbü'l-mefkûd, Kitâbü'l-istihkâk isimli dört eseri içerir.¹⁹ 140 sayfadan oluşan bu eser, İstanbul Hukuk Matbaası'ndada 1332/1916 yılında basılmıştır.²⁰

4. Şerh-i Cedîd li Kanuni'l Arâzî

1274 tarihli Arazi Kanunnâmesi, Batı hukukundan kapsamı itibariyle etkilenmeyen bir tedvin hareketiyle ortaya çıkmış, toprakla ilgili eski hükümleri modern kanunlaştırma tekniğine uygun olarak bir araya getirmiş ve düzenlemiştir. İçerik açısından da batıdan etkilenme olmamıştır. Bu şekilde yapılan çalışma ile İslâm hukuku örfî hukukla bir araya getirilirken batı hukukundan sistemleştirme yönüyle faydalanılmıştır.²¹

1274 tarihli Arâzî Kanunnâmesi üzerine yapılan en tanınmış şerhlerden biri olan “Şerh-i Cedîd li Kanuni'l Arâzî” esas itibariyle Ali Haydar Efendi'nin Mülkiye

¹⁶ Heyet, *Şerhu'l-Kavâidi'l Külliye*, s. 9-10.

¹⁷ Günay, s. 184.

¹⁸ Çögenli, s. 11.

¹⁹ Habergetiren, Ömer Faruk, Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi ve Mefkûd Risâlesi, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* (493-516), sayı 22, 2013, s. 496; Ali Haydar Efendi, Muvazaa ve İstiğlâl, Sad. Sabri Erturhan, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* (267-296), sayı 5, 2005, s. 268.

²⁰ Çögenli, s. 11.

²¹ Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s.150.

Mektebi'nde okuttuğu “Arâzî Hukuku” dersinin notlarına dayanmaktadır.²² Bu eserin üç baskısı vardır. 1. baskı 1311 (1893) yılında İstanbul Safa ve Enver Matbaası'nda basılmış olup 448 sayfadan oluşmaktadır. 2. baskı 1319 (1901) yılında, İstanbul A. Asaduryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası'nda basılmış ve 3+19+552 sayfadır. 3. baskı ise 1321/1322 (1904) yılında İstanbul Artin Asaduryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası'nda basılmış ve 3+19+556+8 sayfadan oluşmuştur.²³

5. Risâletü'l-Muvâza'a ve'l-İstiğlâl

Ali Haydar Efendi tarafından Mecelle şerhinde yer veremediği ve daha sonra Mecmûa-yı Cedîde'de yayınladığı dört konudan biri olan bu risâle, 115 madde ve iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, Muvâzaa yoluyla satım, ferâğ ve ikrar hakkında olup dokuz faslı içermektedir. İkinci bölüm ise istiğlâl yoluyla satım ve ferâğ hakkında olup iki faslı ihtiva etmektedir. Ayrıca bu risâlede emlâk, arazi ve vakıflarda muvazaa ve istiğlâl dair hükümler de bulunmaktadır. Bu risâle, günümüz İslâm hukukçularından Prof. Dr. Sabri Erturhan tarafından latine edilip sadeleştirilmiştir.²⁴ 1316 (1898) tarihinde İstanbul Artin Asaduryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası'nda basılmıştır. 35+1 sayfadan ibarettir.²⁵

6. Risâle-i Mefkûd

Ali Haydar Efendi'nin hazırlamış olduğu çalışmalardan biri de mefkûd ile ilgilidir. Mefkûd, kaybolmuş ve hayatta olup olmadığına dair bilgi bulunmayan anlamında İslâm hukuku terimidir. Risalenin kaleme alındığı dönemde Osmanlı coğrafyasında görülen harpler, akabinde yaşanan büyük göçler sonrasında kendilerinden haber alınamayan, kaybolan pek çok kişi ve bunların ortaya çıkardığı hukuki problemler bulunmaktaydı. Bu durumları hukuki bir zeminde değerlendiren bu eser, mefkûd olan şahsın haklarının korunması ve ortaya çıkabilecek hukuki problemlerin çö-

²² Akgündüz, Ahmed, **İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı** (I,II,III), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2012, c. II, s. 676.

²³ Çögenli, s. 12.

²⁴ Topçuoğlu, Ali Aslan, Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi'nin Hayatı ve Hukukçuluğu, **Türkiyat Araştırmaları Dergisi** (329-350), sayı 28, s. 342.

²⁵ Çögenli, s. 12.

zümüne yardımcı olmayı amaçlamaktadır.²⁶ Bu risâle, bir mukaddime, üç fasıl, kırk iki mesele ve sonuçtan oluşmaktadır. Mukaddime, fikhî ıstılahlar ile ilgili malumata yer verilmektedir. İkinci fasılda, mefkûdun aleyhinde verilen gıyâbî hüküm ele alınmaktadır. Üçüncü fasılda, mefkûdun vefatı hakkında hukukî bilgi verilmektedir. Sonuç bölümünde ise mefkûd hakkında diğer mezhep imamlarının görüşleri ortaya konulmaktadır. Bu Risâlenin iki baskısı vardır. Birincisi, İstanbul, Matbaa-i Ebuzziya, 1309/1892, 45+5s. İkinci baskı ise İstanbul, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, 1316/1898, 45+3s.²⁷ Ayrıca 1332/1916 tarihinde yayınlanan el-Mecmû'atü'l-cedîde fî Kütübi'l-Erba'a isimli eserin içerisinde de bir bölüm halinde yayınlanmıştır. Günümüzde bu risale, Ahmet Akgündüz tarafından hazırlanan İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı isimli eser içerisinde transkript edilerek yayınlanmıştır.²⁸

7. Risâle-i Mühimme

Beslemek şartıyla bey, hibe ve ferağ konularının ele alındığı müstakil bir çalışmadır. Kitapta esas itibariyle Arâzî Kanunu'nun 18 Sefer 1306 /12 Teşrinievvel 1304 tarihinde düzeltilen 114. maddesi ve aynı tarihte kabul edilen beslemek şartıyla icâreteynli rhusakkafât ve rnüstegallât-ı rnevkûfenin ferağı hakkındaki kanun şerh edilmektedir.²⁹ Eser, 1339/1923 yılında, İstanbul Şirket-i Mürettibiye Matbaası'nda basılmış olup, 56 sayfadan ibarettir.³⁰

8. Emvâl-i Gayr-i Menkûle ve Teminât ve İzâle-i Şuyû

Eserin birinci kitabı, Ali Haydar Efendi tarafından yazılan ve 1329 tarihli Cerîde-i Adliye'nin 85, 86, 87, 88, 88, 89, 90, 91 ve 92 sayılarında yayınlanan "Emvâl-i Gayr-i Menkûle'nin Tasarrufuna Aid Mevâdd-ı Kânûniyeye Dair Teşrihat" başlıklı makalelerinden, ikinci kitabı da 1329 tarihli aynı derginin 96, 97 ve 98 sayılarında yayınlanan "Emvâl-i Gayr-i Menkûle'nin Deyn Mukabilinde Teminat İrâdesine Dair Kânûn-i Muvakkate Hakkında" başlıklı makalelerinden; üçüncü kitabı ise

²⁶ Habergetiren, s. 504.

²⁷ Topçuoğlu, s. 341.

²⁸ Habergetiren, s. 496.

²⁹ Günay, s. 186.

³⁰ Çögenli, s. 12.

1329 tarihli derginin 100, 101 ve 102. sayılarında yayınlanan “Emvâl-i Gayr-i Menkûle Kanunu, Bi'l-İştirâk Tasarruf Olunan Emvâli Gayr-i Menkûlenin Taksimi Hakkında Kânûn-i Muvakkate Dair” başlıklı makalelerinden oluşmaktadır.³¹ Bu eser, İstanbul Amidi Matbaası'nda 1341-1343/1925 yılında basılmış olup, 284+4 sayfadır.³²

9. Teshîlü'l-Ferâiz

İslâm hukukunda, miras hukuku “ferâiz” başlığı altında ele alınmaktadır. Kitâbü'l-ferâiz, Mecelle'de düzenlenmeyen konulardandır. Ali Haydar Efendi'nin bu eseri, İslâm miras hukuku sahasındaki boşluğu doldurmaya yönelik bir çalışma olarak değerlendirilebilir. Bu eser Prof. Dr. Orhan Çeker tarafından 1984 yılında sadeleştirilmiştir.³³

Teshîlü'l-Ferâiz, İstanbul A. Asaduryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası'nda 1322 (1904) yılında basılmış olup 232+2+3 sayfadan oluşmaktadır.³⁴

10. Tatbîkât-ı Şer'îyye Dersi

Ali Haydar Efendi'nin Medresetü'l-Kudât'ta okuttuğu dersler, “Tatbikat-ı Şer'îyye Dersi” adı ile basılmıştır.³⁵ İstanbul Matbaa-i Âmire'de 1333 (1917) yılında basılmıştır ve 134 sayfadan oluşmaktadır.³⁶

11. Tavzîhu'l-Müşkîlât fî Ahkâmı'l-İntikâlât

Miri ve vakıf arazi ile icâreteynli vakıfların intikalini ve hükmi şahısların gayrimenkul mallar üzerindeki tasarruflarını düzenleyen iki kanunun şerhinden ibaret olan bu eser iki kitaptan oluşmaktadır. Birinci kitap, "Emvâli Gayr-i Menkûle intikâlâtı Hakkındaki Kanûn-i Muvakkat Şerhi" başlığını, ikinci kitap ise "Eşhâs-ı

³¹ Topçuoğlu, s. 345.

³² Çögenli, s. 12.

³³ Topçuoğlu, s. 342-343.

³⁴ Çögenli, s. 13.

³⁵ Topçuoğlu, s. 343.

³⁶ Çögenli, s. 13.

hükmiyenin Emvâl-i Gayr-i Menkûleye Tasarruflarına Mahsûs Kânûn-i Muvakkat" başlığını taşımaktadır. İkinci kitapta ele alınan konular Cerîde-i Adliye'nin 94-95 (1329) sayılarında daha evvel makale olarak yayımlanmıştır.³⁷ Bu eserin iki ayrı baskısı yapılmıştır: 1. baskı: 1329/1913 yılında İstanbul Hukuk Matbaası'nda basılmıştır ve 120 sayfadan oluşmaktadır. 2. baskı: 1339/1923 yılında İstanbul Şirket-i Mürettibiye Matbaasında basılmış olup, 194+2 sayfadır.³⁸

12. Tertîbü's-Sunûf fî Ahkâmi'l-Vukûf

Konusu, vakıfların İslâm hukukundaki hükmü ve statüsü olan bu eser iki cilttir ve madde sistematigi ile kaleme alınmıştır. Vakıfların hukûkî durumu hakkında yazılan eserlerden Ömer Hilmi Efendi'nin *İthâfu'l-Ahlâf fî Ahkâmi'l-Evkâf*'ı neşredildikten sonra vakıfların ahkâmının geçirdiği değişiklikler üzerine Ali Haydar Efendi tarafından hazırlanmıştır.³⁹ İstanbul Şirket-i Mürettibiye Matbaası'nda 1337-1340/1921 yılında basılan bu eser, 790 sayfadır.⁴⁰

13. Kitâbü'l-Mebâhisi'l-Mühimme fî't-Tatbikâti's-Şer'îyye ve'l Hukûkiyye

On bir bölümden oluşan kitapta, teoriden ziyade uygulamanın önemi üzerinde durulmakta, tatbikatın ilmiye ve maddiye olarak ikiye ayrıldığı, ancak müellifin sadece tatbikatı ilmiye hakkında bilgi verdiği ifade edilmektedir. Bu eser, Ali Haydar Efendi'nin Medresetü'l-Kudât'ta okuttuğu "Tatbikât-ı Şer'îyye" dersinin takrirlerinden oluşmaktadır. Mahkeme ilanları ve diğer hukuki belgelerin özellikleri, düzenleniş biçimleri, dava mütâlâları ile ilgili teknik konular uygulamalı olarak ele alınmaktadır. İlmü'l-mehâdir ve sicillât veya ilmü's-şurût adı verilen hukuk dalı kapsamında

³⁷ Günay, s. 185.

³⁸ Çögenli, s. 13.

³⁹ Narin, İsmail, , **Ali Haydar Efendi'nin İlmî Şahsiyeti ve Eserleri**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, s. 65.

⁴⁰ Çögenli, s. 13.

yapılmış bir çalışmadır.⁴¹ Eser, 1340/1924 yılında, İstanbul Şirket-i Mürettibiye Matbaasında basılmıştır. 295 sayfadır.⁴²

14. Kitâbü'n-Nafakât

Ali Haydar Efendi, Osmanlı padişahlarından 5. M. Reşad zamanında ve Mustafa Hayri Efendi'nin şeyhülsîlâmlığı sırasında “*e'l-Ahkâmüş-Şer'iyye fi'l-Ahvâli'sh-Şahsiyye*” adlı fıkıh külliyatı oluşturma Teşebbüsünde komisyon üyeliği yapmıştır. Ali Haydar Efendi'nin içinde bulunduğu fıkıh heyeti başta nafakât, nikâh ve talâk gibi konular olmak üzere bütün hukukî meselelerde müftâ-bih görüşlerin “*e'l-Ahkâmüş-Şer'iyye fi'l-Ahvâli'sh-Şahsiyye*” adı altında toplanıp tercüme ve te'lif edilmesine karar vermiş ve bu çerçevede birçok fikhî meselenin Arapça nakillerini toplamıştır. Bunların tercümesi işi de Ali Haydar Efendi ve Ömer Nasûhi Bilmen'e verilmiştir. Ancak bu çalışmalar sırasında Mustafa Hayri Efendi'nin şeyhülsîlâmlıktan ayrılması üzerine komisyonlar çalışmalarını tamamlayamamış ve bu teşebbüs yarıda kalmıştır. Bu çalışmanın birinci cildi olarak hazırlanan, Fetva Emîni Ali Haydar Efendi tarafından te'lif edilen “Kitâbü'n-nafakât” adlı eser, İstanbulda yayınlanmışsa da bunun devamı gelmemiştir. Nafaka konusunu derli toplu bir şekilde ele alan ve maddeler halinde tertip edilip yayımlanan bu eser, dönemin şartları dolayısıyla kanunlaşma imkânı bulamamıştır. Son dönem İslâm hukukçularından Subhi el Mehmesânî (1906-1986), Ali Haydar Efendi'nin bu eserini Türkçe'den Arapça'ya tercüme edip 1923-1924 yıllarında Beyrut'ta basılan Mecelletü'l Kadâiyye'nin 3. ve 4. ciltlerinde neşrettiği bilgisini vermektedir.⁴³

Osmanlı İmparatorluğu'nda 1915 yılında yürürlüğe giren bu kanun, Mecelle şârihi ve Fetva Emîni Ali Haydar Efendi tarafından 1333/1915 yılı Recep ayı başlarında tertib olunmuş ve aynı yıl Amire matbaasında basılmıştır. 634 maddeden ibarettir. Nafaka Kanunu, prensip olarak muteber Hanefi Fıkıh kitaplarına dayandırılmıştır. Fakat asrın ihtiyaçlarına göre mecburi olarak başka mezheplere taşıdığı, Halife

⁴¹ Topçuoğlu, s. 345.

⁴² Çögenli, s. 11.

⁴³ Akgündüz, II, 674-675.

hangi müçtehidin görüşüyle amel olunmasını emretmişse onunla amel etmenin vacip olduğu, mukaddime kısmında ifade edilmiştir.⁴⁴

15. Deyn'in sureti edâsı ve icârenin ahad-ı akıdeynin vefatı halinde adem-i infisahı hakkındaki ahkâm

Eser, konuları farklı iki ayrı risaleden oluşmaktadır: Bunlardan birincisi, “Risâle fi Kazâi’-d-Düyûn ve İktizâuh”; ikincisi ise “Risâle fi Hakk-ı Ademi İn-fisâhi’-l-İcâre bi’l-Mevt”’dir.⁴⁵ Eser, 1335/1919 yılında, İstanbul, Necm-i İstikbal Matbaasında basılmıştır. 29 sayfadır.⁴⁶

16. Kitâbü’t-Talak

Ali Haydar Efendi’nin basılmamış olan bu eseri üç ciltten oluşmaktadır. 3441 maddeyi ihtiva eden eser, Diyanet İşleri Başkanlığı kütüphanesi yazma eserler kısmının 177, 182, 187 demirbaş numaralarında kayıtlı bulunmaktadır.⁴⁷

III. DÖNEMİN HUKUKİ VE SİYASİ YAPISI

Osmanlı Devleti’nin siyasi, askeri ve fikri açıdan en buhranlı ve çalkantılı döneminde yaşayan ve bu devletin çöküşüne fiilen tanıklık eden Ali Haydar Efendi, hem medrese kökenli bir âlim hem de Tanzimat eğitim kurumlarında yetişmiş iyi bir hukukçu olarak bu dönemin fikri ve hukuki gelişmelerini çok yakından takip etmiştir. Yargı, eğitim ve fetva kurumlarında aktif olarak görev alması da ona meselelere içeriden biri olarak bakma imkânı sağlamıştır.⁴⁸

Ali Haydar Efendi, Tanzimat Fermanı’nın ilanından sonraki dönemi içeren, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin hazırlanması ve kitapların yürürlüğe sokulması, akabinde tadil edilme çalışmalarının yapıldığı Türk Hukuk Tarihi’nin üçüncü döneminde

⁴⁴ Ali Haydar Efendi, **Nafaka Kanunu** (çev: Orhan Çeker), Osmanlı Kanunları Serisi 3, Ebru Yayınları, İstanbul, 1985.

⁴⁵ Topçuoğlu, s. 344.

⁴⁶ Çögenli, s. 7.

⁴⁷ Çögenli, s. 15.

⁴⁸ Günay, H. Mehmet, Son Devir Osmanlı Hukukçusu Küçük Ali Haydar Efendi Hayatı, İlmi Faaliyetleri ve Eserleri, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**(179-188), Sayı 6, 2005, s. 181.

yaşamıştır. Bu dönemin özelliği, hukukta modernleşmenin yani kısmi resepsiyon⁴⁹ hareketinin söz konusu olduğu dönem olmasıdır. Bir çok yasa ilahi meşruiyet tartışmasına girilmeksizin (normların temelinde Tanrı'nın iradesi aranmaksızın) Fransa'dan resepsiyon yolu ile alınarak, Fransa Devleti'nin bazı hukuk kurum ve kuralları, Osmanlı hukuk kurum ve kuralları haline getirilmiştir. Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye ise bir resepsiyon yasası değildir. Kaynağı dini hukuktur.⁵⁰

Tanzimat dönemi, Osmanlı devletinin askeri, idari, iktisadi, hukuki ve sosyal yapısında birçok köklü değişikliklerin meydana geldiği bir dönemdir. Hukuki değişikliklerin başında da kanunlaştırma hareketleri yer alır. 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda, devlete yeni bir hukuki yapı vermenin lüzumu üzerinde durulmuş ve bu gayeyi gerçekleştirmek üzere çeşitli meclisler ve heyetler kurulmuştur. XIX. asır, Batı'da büyük kanunlaştırma hareketlerinin meydana geldiği bir dönemdir. Bu cereyan geniş ölçüde Osmanlı devletine de tesir etmiş ve Tanzimat döneminin en köklü değişikliklerinin hukuk ve kanunlaştırma alanında olması sonucunu doğurmuştur.⁵¹

Bu dönemde kimi kanunlar Batı'dan alınırken kimileri de o zamana kadar uygulanan ve fıkıh kitaplarında var olan İslâm hukuku kuralları kanunlaştırılmıştır. Bunun tipik misali Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'dir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Halife Mansur'la bir teşebbüs olarak başlayan, Ebussuûd Efendi döneminde kısmen hayata geçirilen İslâm hukukunun kanun hukukuna dönüşmesinin önemli halkalarından birini teşkil etmektedir. Böylece Osmanlı hukukunda şer'î hukuka ait bir alanda hukukçularının ictihâdlarıyla oluşan bir hükümler mecmuası ilk defa padişahın "mûcebince amel olunsun" diye emretmesiyle resmi bir metin ve bir kanun haline dönüştürülmüştür. Daha öncesinde münferit ve kısmi örnekler görülmekle birlikte bu ölçüde büyük bir kanunlaştırma faaliyeti İslâm hukuk tarihi için bir ilktir. Bu ilk örneği 1917 yılında Hukuk-ı Aile Kararnamesi izlemektedir ki o da aile hukuku alanında ilk kanuni düzenleme özelliği taşımaktadır. Ancak Mecelle ile Hukuk-ı Aile Kararnamesi arasındaki önemli fark, ilkinde sadece Hanefi mezhebi, ikincisinde ise bunun yanı sıra diğer mezhep ictihâdlarının da dikkate alınmasıdır. Diğer mezheplerden yarar-

⁴⁹ Resepsiyon, bir toplumun hukukî mevzuatının bir başka toplum tarafından kendi hukuku olması amacıyla alınması.

⁵⁰ Karahasanoğlu, Cihan Osmanağaoğlu, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", **Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)**, Sayı: 29, Ankara, Bahar 2011, s. 116-117.

⁵¹ Aydın, M. Akif, "Mecelle'nin Hazırlanışı", **Osmanlı Araştırmaları Dergisi IX**, İstanbul, 1989, s. 34-35.

lanmanın yirminci asrın başlarında hiç de müsait olmayan şartlar içerisinde yine kanunlaştırma yoluyla gerçekleştirilmesi dikkat çekicidir. Bu alandaki ilk gelişme 23 Rebûlahir 334 (5 Mart 1916) tarihli bir irade-i seniyye ile başlamıştır. Bu yüzyılın başlarındaki sosyal ve kültürel değişim ve Balkan Harbi'nin doğurduğu zaruretlere kazâî (hâkim kararıyla) boşanma imkânının diğer mezheplerden istifadeyle genişletilmesi ihtiyacını hissettirmiş ve nihayet belirtilen tarihli irade-i seniyye ile Hanefi mezhebi ictihâdlarının dışına çıkılarak kadına kocasının nafaka bırakmadan kaybolması halinde boşanma hakkı tanınmıştır. Burada da Ebussuud Efendi'nin izlediği yol takip edilerek şeyhülislâmlıkça Hanbeli mezhebinin ictihâdlarından yararlanarak eş kaybolan kadının boşanmasına imkân veren bir fetva hazırlanmış ve bu fetva bir irade-i seniyye ile yürürlüğe konarak üç asırdan fazla bir süreden sonra diğer mezheplerden istifade yolu tekrar açılmıştır. Bu irade-i seniyye'den kısa bir süre sonra hazırlanan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile kararnamesi ise bu konuda çok radikal bir adım atarak bütünüyle İslâm Hukuku'nun Osmanlı Devletinde kanun hukukuna doğru geçirdiği evrim eklektik (telifkçi) bir yol benimsemiş ve birçok hükmünde diğer mezheplerden istifade etmiştir. Böylece kararname İslâm hukuk tarihinde ilk defa diğer mezheplerden istifade yolunu açmış bir kanun olarak daha sonra diğer İslâm ülkelerinde hazırlanan birçok aile kanununa öncülük etmiştir. Ne var ki Osmanlı hukukunda diğer mezhep ve görüşlerden istifade imkânının uzun asırlar kullanılmaması ve ancak devletin yıkılmasından kısa bir süre önce bu imkânın işletilmeye başlanması hem Osmanlı hukukunun altı asırlık gelişme seyrini ve hem de Osmanlı sonrası Türk hukukunun genel istikametini olumsuz yönde etkilemiştir.⁵²

Tanzimat'la birlikte, bugünkü anlamda kanunlaştırma faaliyetleri gündeme geldiğinde, zamanın aydınlarının, çok farklı teklifler ileri sürdüklerini ve teklif sahiplerinin kendi tekliflerinin kabul edilmesi ve bu alanda yapılacak yeniliklerin, ona göre yapılması için, bir takım girişimlerde bulundukları bilinmektedir. Konuyla ilgili girişimlerde bulunanlardan bir kısmı, hazırlanacak kanunların milli olmasını ısrarla savunurken, bir kısmı ise, batıdaki kanunlardan iktibaslar yapılarak kanun hazırlan-

⁵² Aydın, M. Akif, "İslâm Hukukunun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim", **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, Sayı 1, İstanbul, 2006, s. 19-21.

ması (aynen tercüme veya kısmi uyarlamalarda kanun hazırlanması) görüşünü ileri sürmüşlerdir.⁵³

Ali Haydar Efendi, Batı kanun ve kurumlarının olduğu gibi alınması fikrine karşı, İslâm fıkhrına dayalı yerli ve milli kanunların üretilmesini savunan ve bu düşüncesini Arazi Kanunnamesi ve Mecelle gibi hukuk şaheserleri vücuda getirerek hayata geçiren Ahmed Cevdet Paşa çizgisinde bir hukukçu duruşu sergilemiştir. Gerçekten Ali Haydar Efendi de tıpkı Ahmed Cevdet Paşa gibi Batı hukukunun iktibas edilmesine şiddetle karşıdır, bunun yerine milli bünyeye uygun fıkıh merkezli bir kanunlaştırma modelini öne çıkarmıştır.⁵⁴

1860'lı yıllarda, o devrin önde gelen isimlerinden, Mithat Paşa ve Kabuli Paşa gibi kimseler, Fransız medeni kanununun tercüme edilerek (gerekirse bazı ufak değişikliklerle) alınmasını teklif etmişlerdi. Diğer taraftan, Ahmet Cevdet Paşa, (Maliye ve Dâhiliye nazırlığı görevlerinde bulunmuş olan) Şirvanizade Rüştü Paşa ve Fuat Paşa başta olmak üzere, aydınların bir kısmı ise, milli bir medeni kanun hazırlanması taraftandırlar. Bunlar, batıdan kanun almaya karşı çıkmışlardı. Bu dönemde, Ziya Paşa ve Namık Kemal gibi aydınlar da, batıdan kanun almaya karşı çıkanlar arasındadırlar. Özellikle, medeni hukuk sahasındaki kanunlaştırma faaliyetleri esnasında, bu iki grup arasında, çetin mücadeleler cereyan etmiştir. Medeni hukuk sahasındaki kanunlaştırma faaliyetleriyle ilgili, bu çetin mücadelelerden sonra, Ahmet Cevdet Paşa grubunun düşünceleri uygun görülüş ve bir komisyon kurularak kanunlaştırma çalışmalarına başlanmıştır. Bu komisyon, 1868-1876 yılları arasında çalışarak, Mecelle'yi (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye) hazırladı.⁵⁵

Mecelle'nin hazırlanmasındaki etkenlerden biri, Batı'nın bir medeni kanun hazırlanması yolundaki tesir ve baskısıdır. Tanzimat ve Islahat Fermanları Batı'nın baskısıyla ve onları memnun etmek kaygısıyla hazırlanmıştı. Birçok alanda Batılılaşmaya gidilirken hukuk alanında da Batı'nın tesirinden kurtulmak imkânsızdı.⁵⁶ Batı'nın bu baskılarının bir kaç sebebi vardır: Birincisi, bu dönemde Avrupa'nın Osmanlı devletiyle ticari münasebetlerinin gelişmesidir. Sanayileri için Osmanlı devlet-

⁵³ Gözübenli, Beşir "Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle", **Ahmet Cevdet Paşa Vefatının 100. Yılına Armağan Sempozyumu**, TDV Yayınları, Ankara, 1997, s. 286, 287.

⁵⁴ Günay, s. 182.

⁵⁵ Gözübenli, "Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle", s. 286, 288.

⁵⁶ Balcı, Muharrem, "Tanzimat'tan Günümüze Islah Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlili", **Umran** (s. 63-73), İstanbul, Mayıs 2001, s. 66.

tini büyük bir pazar olarak gören batı devletleri, tacirlerine Osmanlılarla olan ticari münasebetlerinde alışık oldukları hukuki statüleri, emniyetli pazar şartlarını sağlamaya büyük özen göstermişlerdir. Bunun için de ticaret kanunun ve onun boşluklarını dolduran medeni kanunun ve bu kanunların uygulanacağı ticaret mahkemelerinin kendi istekleri doğrultusunda şekillenmesine önem vermişlerdir. İkincisi, Osmanlı devletindeki gayrimüslim azınlıklara özellikle kamu hukuku alanında bir takım haklar sağlayarak, hem de azınlıklar nezdinde kendi itibarlarının artmasını sağlamak ve hem de bunu vesile ederek Osmanlı devletinin içişlerine müdahale imkânını bulmaktır. Üçüncüsü bazı batı devletlerinin hukuki yapılarını ve kanunlarını Osmanlı devletine empoze ederek siyasi ve hukuki bir prestij elde etmeyi istemeleridir. Bilhassa Fransa'nın bu yoldaki gayretleri büyüktür. Code Napoleon olarak meşhur olan Fransız Medeni Kanununun bütün dünyada alaka ile karşılaşmasının Fransızları gururlandırdığı ve bu yola ittiği söylenebilir. Gerek Mecelle'nin hazırlanmasında, gerekse Mecelle'den önce medeni kanun olarak hazırlanması kararlaştırılan metn-i metin teşebbüsünde bu Fransız baskılarının önemli rolü olmuştur. Gerçi bu baskılar Fransız medeni kanunu alınması sonucunu doğurmamış fakat Mecelle'nin hazırlanmasında itici bir rol oynamıştır. Bir diğer ifadeyle Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle cemiyetinin diğer üyeleri şunu çok iyi biliyorlardı ki, başarılı olamazlarsa Mecelle yerine Fransız Medeni Kanunu kabul edilecekti.⁵⁷

⁵⁷ Aydın, "Mecelle'nin Hazırlanışı", s. 39.

İKİNCİ BÖLÜM

ALİ HAYDAR EFENDİ VE FIKIH USÛLÜ

I. ALİ HAYDAR EFENDİ VE FIKIH

Ali Haydar Efendi Fıkhın, Mecelle'nin 1. maddesinde yer alan; “**Fıkıh İlmi, şer’î amelî meseleleri bilmektir**” şeklindeki tarifini “efrâdını câmî, ağyârını mânî” (eksiksiz ve abartısız tam) bir tarif olarak değerlendirmiştir.¹

Ali Haydar Efendi’ye göre İslâm Dini beş ana konuyu ihtiva etmektedir. Bunlar: İtikatlar, İbadetler, Âdâb/Ahlâk, Muâmelât ve Ukûbât’tır. İtikatlar ve Ahlâk Fıkhın konusu değildir. İbadetler, Muâmelât ve Ukûbât Fıkhın konusunu oluşturmaktadır. Fıkî meseleler, İbadetler gibi ahirete taalluk edenler ile Münâkehât (nikâh ahkâmı), Muâmelât ve Ukûbât gibi dünyaya taalluk edenler şeklinde ikiye ayrılır. Özetle Fıkî meseleler dört kısma ayrılır. Bunlar: İbadetler, Münâkehât, Muâmelât ve Ukûbât’tır.²

Fıkhın meseleleri; mükelleflerin fiilleri veya vücûb, nedb, ibâha, hürmet ve kerâhet gibi beş şer’î ahkâmdan meydana gelmektedir. Yani Fıkhın meseleleri Vacip, Haram, Mendup, Mübah ve Mekruh olan söz, fiil ve davranışlardır. İbadetlere taalluk eden meseleleri ayrıntılarıyla olmasa bile icmâlen (ana hatlarıyla) öğrenmek ve öğretmek tüm Müslümanlara farz-ı ayn’dır. Muâmelâta dair alışveriş ve benzeri konuların ahkâmını öğrenmek ise farz-ı kifâye’dir.³

Fıkıh İlmi dört delilden yani Kitâp, Sünnet, İcmâ-i Ümmet ve Kıyâs’tan alınmış olup bunların ayrıntı ve izâhı Fıkıh Usûlü’nün konuları arasında yer almaktadır. Fıkhın gayesi iki cihan (Dünya-Ahiret) saadetine kavuşmaktır. Fıkî bilen Dünyada aziz ve muhterem, ahirette de sayısız nimetlere gark olur. Fıkıh; Tefsir, Hadis, Kelâm ve Fıkıh Usûlü’nün dışındaki bütün ilimlerin en üstünüdür.⁴

¹ Ali Haydar Efendi, I, 12, 13.

² Ali Haydar Efendi, I, 13, 14.

³ Ali Haydar Efendi, I, 10.

⁴ Ali Haydar Efendi, I, 10, 13.

Hanefî Mezhebi'ne ait dini hükümler, Abdullah b. Mes'ûd'a (ra) ulaşan yol ile istinbât olunmuştur. Yani mezhep imamımız Ebû Hanîfe Nûman b. Sâbit (150/767) fikhî, Hammâd b. Süleyman'dan (737/120), o da İbrahim en-Nehâî'den (96/714), o da Alkame b. Kays'tan (62/682), o da Abdullah b. Mes'ûd'dan (32/652-53), o da Rasûlullah'tan almıştır.⁵

II. ALİ HAYDAR EFENDİ VE ŞER'Î DELİLLER

Fakîhler, İslâm Fıkhi'nın kaynaklarını; aslî ve fer'î (tâlî) kaynaklar olarak iki kısma ayırmışlardır. Aslî kaynaklar; Kitâp (Kur'ân-ı Kerim), Sünnet, İcmâ ve Kıyâs olmak üzere dördttür. Fer'î kaynaklar da; İstihsân, İstishâb, Mesâlih-i Mürsele, Örf-Âdet, Sahabî Kavli, Şer'u Men Kablenâ ve Zerâyî'dir.

Ali Haydar Efendi şer'î deliller hususunda Hanefî mezhebinin taksimatını benimsemiş, aslî delilleri Kitâp, Sünnet, İcmâ-i ümmet ve Kıyâs olarak tespit etmiştir. Mecelle'nin birçok maddesine kaynaklık eden fikhî konuların hangi aslî ya da fer'î delil ya da delillere dayandığını örneklerle izah etmiştir.⁶

A. Kitap (Kur'ân) ve Sünnet

1. Kitâp'ın (Kur'ân) Sözlük ve Terim Anlamı

İslâm Hukuku'nda kitâp kelimesiyle Allah'ın Peygamberlerine indirdiği mukaddes kitâplardan en sonuncusu olan Kur'ân kastedilir.⁷

Kur'ân sözlükte “ğufrân” kalıbında bir mastar olup, “şüphesiz onu toplamak (senin kalbine yerleştirmek) ve onu okutmak bize aittir. O halde, biz onu okuduğumuz zaman sen onun okunuşunu takip et”⁸ âyetinde de ifade edildiği üzere “okumak/okunan şey” anlamına gelir. Hz. Muhammed'e (s.a.v) gönderilen kitaba özel bir isimdir.⁹

⁵ Ali Haydar Efendi, I, 10.

⁶ Ali Haydar Efendi, I, 131, 411; II, 5, 99, 136, 252, 373; III, 136, 466; IV, 5, 60, 123, 419.

⁷ Şener, Mehmet, **İslâm Hukukunda Örf**, Öğrenci Basımevi, İzmir, 1987, s. 8.

⁸ Kıyâme, 75/17-18.

⁹ Râğıb el-İsfahânî, **el-Müfredât fî Ğarîbi'l-Kur'ân**, thk. Muhammed Seyyid Keylânî, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, ty., s. 402.

Terim olarak kitâp, “Hz Muhammed’e indirilen, Mushaflarda yazılı bulunan, Hz. Peygamber’den bize kadar meşhur yedi harf üzere tevatür yoluyla nakledilen ilâhî bir nazımdır.”¹⁰ Kitâp, yani Kur’an-ı Kerim, nassları sabit Allah Rasûlü’nün (s.a.v) ashâbına tebliğ ettiği şekliyle kendisinde hiçbir eksiklik, fazlalık, tahrif ve değişiklik olmaması sebebiyle İslâm fıkhnın ilk ve en kuvvetli kaynağıdır.¹¹

Kur’ân-ı Kerîm’in yalnızca bir tavsiye öğütler kitabı olmadığı, içindeki birçok ayetin âmir hüküm mahiyetinde bulunduğu ve Müslümanları bağladığı konusunda ittifak vardır. Birçok ayet ve hadîs Müslümanları bu ittifaka götürmüştür. Tartışılan konu şu veya bu âyetin bağlayıcı olan, bağlayıcı olmayan kategorilerden hangisine ait olduğu hususudur. Mesela, bütün Müslümanlar içkiyi ve fâizi yasaklayan âyetlerin âmir hükümler grubuna girdiği hususunda ittifak etmişlerdir. Buna mukabil, kurban ile ilgili âyetin (Kevser 108/2), borcun yazılması ile ilgili âyetin (Bakara 2/282), boşanmanın şahitler huzurunda yapılmasını isteyen âyetin (Talak 65/2) âmir hüküm mü yoksa tavsiye ve teşvik hükmü mü getirdiği hususu tartışma konusu olmuştur. Ayrıca Kur’ân-ı Kerîm’de yer alan fıkıh ile ilgili âyetlerin sayısı konusunda farklı rakamlar ileri sürülmüştür. Bunun sebebi “Fıkıhla ilgili” kavram üzerindeki anlayış farkıdır. Doğrudan isim vererek fıkıhla ilgili âyetleri esas alanlar (mesela İbn Kayyim) bunları yüz elli olarak tespit etmişlerdir. Birçok âlim beş yüz rakamını ileri sürmüş, istidlâl yoluyla meseleye cevap getiren âyetleri de sayıya dâhil etmişlerdir. Âyetlerin çeşitli delâletleri göz önüne alınırsa, sayıyı daha da artırmak mümkündür. Nitekim İbnü’l-Arabî, fıkıh ile ilgili ayetlerin tefsirini yaptığı *Ahkâmü’l-Kur’ân* isimli eserinde 864 âyet üzerinde durmuş, bunlardan fikhî hükümler çıkarmıştır. Bu âyetlerden çoğu Medîne’de nazil olmuş bulunan otuz civarındaki sûrede bulunmaktadır.¹²

¹⁰ Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *Temhîdû’l-Füsûl li İlmi’l-Usûl (Usûlü’s-Serahsî I-II)*, thk: Ebu’l Vefâ el-Afgânî, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 1993, I. 279; Gazzâlî, Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ min İlmi’l-Usûl (I-II)*, çev: Yunus Apaydın, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1994, II, 149.

¹¹ Zerkâ, Mustafa Ahmed, *İslâm Hukuk Ekolleri ve Maslahat Prensibi*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2007, s. 68.

¹² Karaman, *Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslâm Hukuk Tarihi*, s. 57-58.

2. Sünnet 'in Sözlük ve Terim Anlamı

Sözlükte “Sünnet; (السُّنَّةُ), alışılmış yol demektir. Şu halde herhangi bir kişiye nispetle sünnetten söz edildiğinde, onun ister iyi ister kötü sürekli ve çokça yapageldiği davranışları kastedilmiş olur.¹³

“Hz. Peygamber'in sünneti (سُنَّةُ النَّبِيِّ): Allah Rasûlü'nün (s.a.v.) taharrî ettiği yani peşinden gittiği, tuttuğu yol” demektir.¹⁴

Fıkıh Usûlü terimi olarak ise “Sünnet, Hz. Peygamber'den nakledilen söz, fiil ve takrîrlerdir.”¹⁵ Buna göre mahiyet bakımından sünnet üç kısma ayrılır. Kavli (sözlü) Sünnet, Fiilî Sünnet ve Takrîr Sünnet.

Sünnet'in çoğu kavlidir. Mesela; “Ramazan hilâlini görünce orucu tutun; Şevval hilâlini görünce orucu yiyin.”¹⁶; “Bir kimse uyuyarak veya unutarak namazını geçirirse, hatırlayınca kılsın.”¹⁷ hadîs-i şerifleri de böyledir. Fiilî Sünnete misal olarak Hz. Peygamberin namaz kılışını ve haccedişini söyleyebiliriz. Nitekim kendileri de, “Ben namazı nasıl kılıyorsam siz de öyle kılın”¹⁸; “Hac ile ilgili ibadetlerinizi benden öğrenin”¹⁹ buyurmuştur. Kezâ Hz. Peygamberin savaşlarda yapmış olduğu işler de fiilî sünnete girer ve Müslümanların da aynı işleri yapması meşru sayılır. Takrîr Sünnet ise; Hz. Peygamber'in görüp veya işittiği bir işi ikrar ve kabul etmesidir. Mesela; huzurunda Sahabîler tarafından yapılan işleri veya söylenilen sözleri reddetmemesi, bunları ikrar etmesi demektir. Sözgelimi; su bulamadığı için teyemmümle namaz kılan kimse, namazdan sonra su bulduğu halde namazı iade etmemiş; Peygamber (s.a.v.) de bunu tasvip etmiştir. Onun tasvibini gören bu tür işler pek çok olup, takrîr sünneti teşkil eder. Peygamber'in tasvibiyle de bunlar meşruluk kazanmıştır.²⁰

¹³ Zekiyyüddin Şa'bân, **İslâm Hukuk İlmi'nin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)**, ter: İbrahim Kâfi Dönmez, TDV. Yayınları, Ankara 2015, s. 71.

¹⁴ Râğıb el-İsfahânî, s. 245.

¹⁵ Şa'bân, s.71., Karaman, Hayreddin, **Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku** (I-III), Ensar Yayıncılık, İstanbul, 2011, I, 107.

¹⁶ Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, **Sahih** (I-VIII), Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992, Savm 11.

¹⁷ Ebu Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistânî, **Sünen** (I-V), Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992, Salât 11/447, I, 310.

¹⁸ el-Buhârî, **Sünen**, Ezan 18.

¹⁹ Ahmed b. Hanbel, **Müsned** (I-VI), Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992, III, 318.

²⁰ Ebû Zehra, Muhammed, **İslâm Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usûlü)**, ter: Abdülkadir Şener, Fecr Yayınevi, Ankara, 1990, s. 99-100.

3. Ali Haydar Efendi'nin Kitâp ve Sünnet Anlayışı

Ali Haydar Efendi, “*Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*” adlı eserinde İslâm Hukukunun çeşitli konularını delilleriyle birlikte açıklamıştır. Ali Haydar Efendi'ye göre fıkıhta esas olan nass yani Kitâp ve Sahih Sünnet'tir.²¹ O bu konuyu şu sözlerle açıklamıştır: “Bir konuda nass-ı şârî bulunduğunda onun gerektirdiği şekilde hükmetmek ve hareket etmek zaruridir. Çünkü kulların nassı değiştirme (hükümünü uygulamama)²² hakkı yoktur. Zira nass, örf ve âdetten daha kuvvetlidir. Bunun sebebi, örfün bâtil üzere olması ihtimalidir. Hâlbuki nassın bâtil üzere olması mümkün değildir.”²³

Kaynağını Sünnet'ten/hadislerden alan bazı Mecelle maddeleri şunlardır:

***Bir işten maksad ne ise hüküm-i ona göredir** (Mecelle 2. Madde)

Yani bir iş hakkında, o işin failinin maksadına göre hüküm verilir. Bu maddede “bir işten maksat” denilmiş yani, kasıt ve niyet işe bağlanmıştır. Çünkü işe bağlanmayan niyet üzerine talak, vakıf, bey', icâre, gasb, hîbe gibi muamelattan olan şer'î hükümler bina edilmez. Mesela bir kimse eşini kalbiyle boşasa, boşanma vaki olmayacağı gibi bir kimse, tercih şartıyla muhayyer olup söz veya fiil ile satışa izin vermeyip veya satışı feshetmeyip, kalbiyle izin verse veya feshetse, bu iznin ve feshin hükmü yoktur. Zira ahkâm batına değil, zahire bağlıdır. Aynı şekilde bir kimse vakfetmek niyetiyle bir malı satın alıp, ancak o malı vakfettiğine dair bir söz söylemezse salt niyetiyle o mal vakfedilmiş olmaz.²⁴

***Ukûdda itibar makâsîd ve meânîyedir, elfâz ve mebânîye değildir** ((Mecelle 3. Madde)

Yani muamelattan olan satış, kiralama, havâle, rehin, hîbe, kefâlet, vekâlet ve şirket gibi şer'î sözleşmelerde önemli olan sözler ve yazılışı değil sözleşmeyi yapan kişilerin kastıdır. Kısaca sözleşmelerde önemli olan, söylenen ve kağıt üzerinde yazı-

²¹ Ali Haydar Efendi, I, 43.

²² “Allah ve Rasûlü bir işe hükmettiği zaman mü'min bir erkek ve mü'min bir kadın için işlerinde muhayyerlik hakkı yoktur. Kim Allah'a ve Rasûlüne âsi olursa muhakkak o açık bir şekilde sapmış olur.” Ahzâb 33/36.

²³ Ali Haydar Efendi, I, 61.

²⁴ Ali Haydar Efendi, I, 22.

lı olan şeyler değil, tarafların maksadıdır.²⁵ Bu iki Mecelle maddesi, “Ameller niyetlere göredir”²⁶ hadisinden çıkarılmıştır.

*** Beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir (Mecelle 76. Madde)**

Bu madde bir hadis metnidir.²⁷ Ali Haydar Efendi bu maddeyi şu şekilde açıklamıştır: İddia makamı, iddiasını delillendirmek zorundadır. Hakkında suçlama yapılan da müddei delil getiremediği takdirde iddiasını inkâr eden davalıdan yemin etmesini ister. Bu hadis-i şerifin bazı ahkâmı aklen bazısı da şer’an bilinir. Şöyle ki: İspatın müddei üzerinde bırakılması sadece dava açmakla bir hak elde edilemeyeceğine delalet eder ki dava, doğruya da yalana da ihtimali olduğundan haber niteliği taşır. Hüccet niteliği taşımaz. İşin bu yönü hükmün akli yönüdür. Müddei davasını delil ile ispat ettiği takdirde bu onun davayı hak ettiğine delalet eder ki, işin bu yönüne de hükmün şer’î yönü denir. Mesela bir kimse, diğer bir kimseden alacak iddia etse, o kimse bunu inkâr ettiği takdirde, iddia eden kişi üzerine iddiasını ispat etmek düşer, iddiasını ispat edemediği takdirde talep ederse müddeaya aleyhe yemin ettirilir.²⁸

*** Bikadri’l-İmkân şarta mürâât olunmak lâzım gelir (Mecelle 83. Madde)**

“Müslümanlar İslâm’ın şartlarına bağlıdır”²⁹ hadisinden çıkarılan bu madde; “yani imkân nispetinde şeriata uygun olan şartları gözetmek gerekir” demektir. Mesela bir kimse diğer kimseye “bana şu kadar kuruş ödünç vermen şartıyla bu borcuna kefil oldum” dese, kefâlet sahih olmakla birlikte öne sürdüğü şart batıl olur. Aynı şekilde bir kimse diğer kimseye “sen bana ödünç para veya şöyle bir hediye vermen şartıyla şu evimi şu kadar kuruşa sana kiraladım” dese veya bir kimse diğer kimseye “şu kadar gün bana hizmet etmen şartıyla seni alacağımdan kurtardım” dese bu, sahih olmaz.³⁰

*** Bir şeyin nef’i zamânı mukâbelesindedir. Yani bir şey telef olduğu takdirde hasârı kime ait ise onun zamânında demek olup ol kimsenin bu vechile zamânı ol şey ile intifâ’a mukâbil olur. Mesela hıyâr-ı ayb ile reddolunan hayvanı müşterî kullanmış olmasından dolayı bâyi’ ücret alamaz. Zira kable’r-redd telef olaydı hasârı müşteriye ait olacak idi (Mecelle 85. Madde)**

²⁵ Ali Haydar Efendi, I, 25.

²⁶ Ebû Dâvûd, “Talak”, 11.

²⁷ Buhârî, “Rehin”, 6.

²⁸ Ali Haydar Efendi, I, 102-103.

²⁹ Tirmîzî, “Ahkâm”, 17.

³⁰ Ali Haydar Efendi, I, 113, 115.

“Menfaat sorumluluk karşılığındadır”³¹ hadisinden çıkarılan bu maddeyi Ali Haydar Efendi şöyle izah etmiştir: Alınan bir maldan faydalanmak, o malın tazmin sorumluluğunu da almayı gerektirir. Yani bir mal telef olduğu takdirde, o mal kimin mülkü ve ondaki zarar kime ait ise o mal o kişinin tazmin sorumluluğundadır. Bu durumda tazmin sorumluluğu o maldan faydalanmaya tekabül eder. Mesela bir kimse ayıbını bilmeyerek bir hayvan satın alsa, bir müddet kullansa sonra eski ayıbını fark etse ve bu malı, muhayyerlikten dolayı iade etse malın ayıbını bilmeyerek kullanmış olmasından dolayı satıcı kendisinden bir ücret alamaz. Ancak o hayvan iade edilmeden önce alıcının elinde telef olsaydı zararı alıcıya ait olacaktı.³²

“Dürrü’l-Hukkâm”da, buyû’ (alım-satım), icâre (kiralama), kefâlet (kefil-lik), rehin, hibe, şirket, vekâlet, sulh ve ibrâ, ikrar (borcu kabul etme), da’vâ ve kaza gibi ele alınan fikhî konuların meşruiyeti kitâp ve sünnet ile sabittir.³³

a. Rehin

Rehin sözlükte, “sâbit olma ve devam etme” manasının yanı sıra “bir şeyi hapsetmek, alıkoymak ve ayırmamak” anlamlarına gelir. Fıkıh ıstılahında ise rehin, mal karşılığı bir vesika (sağlam bir teminata sahip olma) aktidir. Yani bir şahsın zimmeti ile değil de, bir mal almak sureti ile yapılan akittir. Böylelikle Kefâletten ayrılmaktadır.³⁴

Rehnin kitâptan delili, *وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ* “Yolculukta olur da, yazacak kimse bulamazsanız (borca karşılık) alınmış bir rehin de yeterlidir”³⁵ âyetidir. Bu ve bundan önceki âyet (Bakara 2/282-283), birlikte ihbar sîgasıyla bir emir olarak ulema tarafından; “eğer siz yolculukta iken alacağınıza karşılık senet yazacak bir kâtip bulamazsanız, mallarınızı belgelemek ve tahsilini temin etmek için alacağınıza karşılık rehin alınız.” şeklinde tefsir edilmiştir.³⁶

³¹ Tirmizî, “Buyû”, 53; Ebu Dâvûd, “Buyû”, 71.

³² Ali Haydar Efendi, I, 117.

³³ Ali Haydar Efendi, I, 131; I, 411; II, 5; II, 136; II, 373; III, 136; III, 466; IV, 5; IV, 60; IV, 123; IV, 419.

³⁴ Vehbe, Zuhaylî, *İslâm Fıkhi Ansiklopedisi* (I-X), Ter: Ahmet Efe, Nurettin Yıldız, Risale Yayınevi, İstanbul, 1990, VI, 305.

³⁵ Bakara 2/283.

³⁶ Ali Haydar Efendi, II, 136.

Rehin, fiilî ve takrîrî sünnet ile de sabit olmuştur. Bu husustaki fiilî sünnet şöyledir: Rivayete göre, Rasûlullah Ebu'sh-Şahm adındaki Yahudi'den bir vesk³⁷ veresiye arpa satın almış, buna karşılık harplerde giydiği şahsına ait zırhı rehin bırakmıştır.³⁸ Bu zırh Hz. Peygamber'in vefatından sonra Hz. Ebu Bekir tarafından borcun ödenmesi suretiyle söz konusu Yahudi'den geri alınmıştır. Hz. Peygamber'in ashabından birinden değil de bir Yahudi'den veresiye arpa satın alıp, rehin olarak zırhını bırakmasının hikmeti ashabının kendisinden para talep etmeyecekleri cihetiyle onları rahatsız etmemektir. Onun bu sünnetinden 1- Taat için olsun olmasın her malın rehin alınıp verilmesi caizdir. Hz. Peygamber'in zırhı cihâd için hazırlanmıştır. Bu bakımdan söz konusu hadîs, mushafın rehninin dahi caiz olduğuna delil sayılır. Yoksa bazıların " Taat için hazırlanan şeyin rehni caiz değildir." iddiası isabetli değildir. 2- Rehlin seferde caiz olduğu gibi hizada (mukim iken) da caizdir. Çünkü Rasûlullah'ın zırhını rehin bırakma hadisesi o seferde iken değil, Medîne'de mukim iken vuku bulmuştur. 3- Rehlin alan rehin aldığı şeyi rehin bırakana onun vefatından sonra dahi aldığı malın bedelini ödemesi durumunda iade eder. Şayet böyle olmasa idi, Yahudi Hz. Ebû Bekir'e Hz. Peygamberin zırhını iade etmezdi. 4- Veresiye alışverişte mahzur yoktur. Çünkü Hz. Peygamber, Yahudi ile olan alışverişi bedeli müeccel (sonra ödemeli) olarak yapmıştır. 5- Ödünç almada da mahzur yoktur. Zira veresiye mal satın alma da bir çeşit ödünç almadır. Bununla birlikte, ödünç alan birinin ölüp borçlu kalmaması için çok çalışıp borcunu ödemesi gerekir.³⁹

Rehin konusundaki takrîrî sünnet de şöyledir: İnsanlar, rehinli alışveriş yaptıkları zamanda Hz. Muhammed, peygamber olarak gönderilmiş ve insanları bu muameleleri üzerinde takrîr buyurmuştur. Başka bir ifadeyle; nübüvvetle şereflendikten sonra dahi insanların rehinli muamelelerine engel olmamıştır.⁴⁰

b. Havâle

Sözlükte Havâle, "intikal etmek" demektir. Fıkıh İstılahında ise; "*talep hakkının (mutâlebe) borçlunun zimmetinden, ödemeyi üzerine alan kişinin (mültezim)*

³⁷ Vesk, 62400 dirhemi istîâb eden (karşıl原因) bir ölçektir.

³⁸ Buhari, Buyû' 14; İstikrâz 1.

³⁹ Ali Haydar Efendi, II, 136-137.

⁴⁰ Ali Haydar Efendi, II, 137.

zimmetine intikal etmesi” demektir. Bu bakımdan Kefâletten farklıdır. Çünkü kefâlet, talep hakkında zimmeti zimmete eklemektir, nakletmek değildir. Havâleden sonra, borçludan borcunu ödemesi istenmez.⁴¹

Ali Haydar Efendi’ye göre Havâlenin meşrûiyeti Sünnet ve İcmâ-i Ümmet ile sabittir.⁴² Havâlenin sünnetten delili, “من أحيل على مليّ فليتبّع/ her kim alacaklı olan birinin alacağını ödeme imkânı olan borçludan tahsil etmek üzere gönderilirse bunu (havâleyi) kabul etsin.”⁴³

Havâle, mukayyet ve mutlak olmak üzere iki kısma ayrılır. Mukayyet havâle Mecelle’nin 678. maddesinde şöyle tarif edilmektedir: **“Havâle-i Mukayyede muhîlin, muhâlün aleyh zimmetinde veyahut yedinde olan malından vermek üzere diye mukayyed olan havâledir.”** Yani havâle edenin (muhîl) kendisine havâle edilenin (muhâlün aleyh) zimmetinde yahut elinde olan malından vermek üzere sınırlanan havâledir.

Ali Haydar Efendi mukayyet havâleyi şöyle izah etmektedir: Bu tür havâlede muhîl borcunu, alacaklı olup kendisine havâle ettiği kişinin zimmetindeki veya elindeki alacağından verilmek üzere sınırlayarak havâle etmektedir. Buna “havâle-i mukayyede bi’d-Deyn” denilir.

Daha açık bir ifadeyle, bir kimsenin, kendisinin bin kuruş borçlu bulunduğu alacaklısını (dâyinini), kendisinin bin kuruş alacağının bulunduğu medyunu üzerine havâle etmesi ve bu havâleyi yalnızca bu alacağı ile sınırlandırmasıdır. Örneğin, Zeyd’in Amr’da on altın alacağı olsa, Bekir’in de Zey’den on altın alacağı olsa Zeyd Bekir’e “benim Amr’daki alacağım ile sınırlı olmak üzere seni Amr’a on altın almak ve dolayısıyla sana olan borcumu ödemek üzere havâle ettim” dese her ikisi bu havâleyi kabul ettiklerinde bu, “havâle-i mukayyede bi’d-Deyn” olur.⁴⁴ Muhâlün leh (alacaklı olup havâle edilen kişi) havâle neticesinde alacağını tahsil ettiği takdirde Mecelle’nin 692. maddesinde **“Havâle-i mukayyede de muhîlin, muhâlün-bih den dolayı hakkı mütâlebesi munkatı’ olur.”** şeklinde ifade edildiği üzere muhîlin muhâlün aleyhden olan alacağı düşer. Bu maddeyi şöyle izah etmek mümkündür: mukayyet havâle gerçekleştirildikten sonra havâle eden söz konusu malı, muhâlün

⁴¹ Vehbe Zuhaylî, VI, 290.

⁴² Ali Haydar Efendi, II, 99.

⁴³ Buhârî, Havâlât, 1-2; Tirmîzî, Buyû’, 68 (h. no:1308-1309).

⁴⁴ Ali Haydar Efendi, II, 103.

aleyhden talep edemez. Hatta Havâle edilen kişi, söz konusu malı yani kendisine havâle edilen kişideki havâle edenin malını kendisine havâle edilen kişiye hibe etse sahih olur. Zira alacaklı kişi o malı sahiplenmeye hakkı olduğu gibi başkalarına mal olarak vermeye de hakkı vardır.⁴⁵

Mutlak havâle Mecelle'nin 679. maddesinde şöyle tarif edilmektedir: **“Havâle-i mutlaka, muhîlin muhâlûn aleyhde olan malından vermek üzere diye mukayyed olmayan havâledir.”** Yani havâle edenin kendisine havale edilende olan malından vermek üzere diye bir sınırlandırma yapılmamış olan havâledir. Ali Haydar Efendi'ye göre havâle edenin, kendisine havâle edilende malı olmadığı halde yapılan havâleyle mutlak havâle dendiği gibi, havâle edenin kendisine havâle edilende malı var iken o maldan verilmek üzere diye bir kayıt düşülmeden yapılan havâleyle de “mutlak havâle” denir.

Mesela bir kimse alacaklısını –bu, katiyen alacağı olmayan bir şahıssa- ona olan borcunu ödemesi için havâle etse bu mutlak havâle olacağı gibi, bir kimse alacaklısını kendisinin alacağı olan birine havâle etse ondaki alacağından verilmek üzere diye bir kayıt düşülmediği takdirde bu da mutlak havâle olur.⁴⁶

c. Hibe

Hibe, Mecelle'nin 833. maddesinde şöyle tarif edilmektedir: **“Hibe, bilâ-ivaz bir malı âhara temlik etmektir ki eden kimseye vâhib ve ol mala mevhûb ve ânı kabul edene mevhûbun-leh denilir. İttihâb dahi hibeyi kabul demektir.”** Bu maddeyi Ali Haydar Efendi şöyle izah etmektedir: Hibe, bir malın sahibi tarafından bedelsiz olarak başka bir şahsa mal olarak verilmesidir. Mal olarak veren kimseye vâhib (hibe eden), o mala mevhûb (hibe edilen), o malı kabul edene mevhûbun-leh ve hibeyi kabul etmeye de İttihâb denir. İstihâb da hibeyi talep etmek demektir. Tariften anlaşıldığı üzere hibe, temlikten ibarettir.⁴⁷

Hibe, hediye ve sadakayı da kapsamaktadır. Çünkü hibe, sadaka, hediye ve atıyyenin manaları birbirine yakındır. Şayet muhtaç olan bir kimseye vermek suretiyle Yüce Allah'a yakınlaşma maksadı güdülürse bu, sadaka olur. Şayet ona duyulan

⁴⁵ Ali Haydar Efendi, II, 126.

⁴⁶ Ali Haydar Efendi, II, 104.

⁴⁷ Ali Haydar Efendi, II, 374.

takdir ve sevgi dolayısıyla kendisine verilenin bulunduğu yere kadar getirilirse hediye, değilse hibe olur. Atıyye ise ölüm ile sonuçlanan hastalık halindeki hîbedir. Fıkıh ıstılahında hibe; “*hayatta iken bedelsiz ve nafile olarak temlik ifade eden bir akittir.*” Burada “hayatta iken” ifadesiyle vasiyet dışarıda tutulmak istenmiştir. “Bedelsiz” ifadesiyle ivazlı, yani bedelli akitler dışarıda tutulmak istenmiştir. “Temlik” lafzı ise âriyet (ödünç) olarak verilen şeyleri dışarıda bırakmak için kullanılmıştır.⁴⁸

Ali Haydar Efendi’ye göre Hibe’nin meşruiyeti Kitâp, Sünnet ve İcma-i Ümmet ile sabittir.⁴⁹ Hibe’nin kitâptan delili Nisa suresi 4/86. ayettir.⁵⁰ Ona göre ayette geçen tahıyyetün “تَحِيَّةٌ” kelimesi her ne kadar bazıları tarafından “selam” manasında kabul edildiyse de doğru olan onun atıyye (hibe/hediye) manasına geldiğidir.⁵¹ Hibe’nin Sünnetten delili “تهادوا تحابوا / *Hediyeleşiniz, birbirinizi seviniz*” hadisidir.⁵²

Mecelle’nin 874. maddesi hibe kapsamında değerlendirilen sadakayı ele almaktadır. Söz konusu madde “**Ba’de’l-kabz sadakadan bir vechile rücû’ olunamaz.**” şeklindedir. Yani sadaka, verilen kişi tarafından temellük edildikten sonra geri alınamaz. Hîbenin sadakadan farkı; onun vazgeçilebilir olmasıdır. Hâlbuki sadaka geri alınamaz. Örneğin; bir malda hibe ile sadaka bir araya geldiğinde yani, yarısı hibe yarısı sadaka olarak verildiğinde hibeden dönülmesi mümkün iken, sadakadan dönülmesi mümkün değildir. Şöyle ki mesela bir kimse bir evi, diğer bir kimseye yarısını hibe ve diğer yarısını da sadaka olarak verse, hibeden dönebilir ancak, sadakadan dönemez.⁵³

d. İkrâr

İkrâr, sözlükte ispat etmek demektir. Fıkıh ıstılahında ise; başkasının hakkının kendisi üzerinde sabit olduğunu haber vermektir. İkrâr, doğru ve yalan olma ihtimali bulunan bir haber vermedir. Ancak aklî delil ile ikrâr hüccet kabul edilmiştir. O da doğru olma ihtimalinin yalan olma ihtimalinden açıkça daha ağır bastığıdır.

⁴⁸ Vehbe, Zuhaylî, VI, 153.

⁴⁹ Ali Haydar Efendi, II, 373.

⁵⁰ “Size selam verildiği zaman ondan daha güzeliyle yahut aynıyla karşılık verin.”

⁵¹ Ali Haydar Efendi, II, 373.

⁵² Malik, Muvatta’, Husnü’l Hulk, 16; Tirmîzî, Velâ 6; Ahmed b. Hanbel II, 405.

⁵³ Ali Haydar Efendi, II, 449.

Çünkü insan kendi aleyhine ikrâr ettiği şeylerden ötürü itham altında tutulmaz. Zira insan tabîî olarak malı sever. O bakımdan yalan yere başkası lehine kendi aleyhine mal ikrârında bulunmaz buna göre ikrârda itham ve şüphe de olmaz.⁵⁴

Ali Haydar Efendi'ye göre, İkrârın meşrûiyeti Kitâp, Sünnet, İcma-i ümmet ve akıl ile sabit olmuştur.⁵⁵ İkrârın meşruiyetinin kitâptan delili, “*Ey iman edenler! Kendiniz ana-babanız ve yakın akrabalarınızın aleyhine bile olsa adaleti ayakta tutan ve sadece Allah için şahitlik eden kimseler olunuz*”⁵⁶ ayetidir. Buradaki Allah için şahitlikten maksat, ikrârdır.⁵⁷ İkrârın sünnetten delili; kendi aleyhine zinayı itiraf eden iki kişiden bahseden hadislerdir.⁵⁸ Ali Haydar Efendi bu konuyu şöyle ifade etmiştir; “*Şer’î bir haddi gerektiren (hadd cezası) bir fiil işlediklerini ikrâr (itiraf) eden iki kişi, kendilerine hadd cezasını gerekli kılmış olurlar.*”⁵⁹ Bu husus Mecelle’ye şöyle yansımıştır:

Madde 1598: “**Bir kimse maraz-ı mevtinde vârislerinden birine bir ayn yahut deyn ikrâr ettikten sonra fevt olsa diğer vârislerin icâzetine mevkûftur. Onlar mücîz olursa onun ikrârı mu’teber olur ve eğer onlar mücîz olmaz ise onun ikrârı dahi mu’teber olmaz. Şu kadar var ki mukırrın hayatında diğer vârisler onu tasdîk etmişler ise vefatından sonra onlar bu tasdîklerinden rücû’ edemeyip ol ikrâr muteber olur ve bir de vârise emânet ikrârı her halde sahîhtir. Şöyle ki bir kimse kendisinin bir vârisinde olan emâneti kabz etmiş yahut vârisinin kendisinde olan emânet-i malûmesini istihlâk eylemiş idiğini maraz-ı mevtinde ikrâr eylese sahîh olur. Mesela bir kimse “falan oğlumda vedî’ a olan malımı ahz ve kabz etmişimdir” diye maraz-ı mevtinde ikrâr etse sahîh ve mu’teber olur ve keza “falan kimsede olan alacağımı falan oğlum bil vekâle ahzedip bana teslîm etmiştir” dese, ikrârı mu’teber olur. Kezâlik “falan oğlumun bende vedî’ a yahut âriyet olan beş bin kuruşluk elmas yüzüğünü satıp, semenini kendi umuruma sarf ve istihlak etmişimdir” dese ikrârı mu’teber olup ol yüzüğün kıymeti terekeden tazmin olunmak lazım gelir.”**

⁵⁴ Vehbe, Zuhaylî, VI, 348.

⁵⁵ Ali Haydar Efendi, IV, 60.

⁵⁶ Nisâ 4/135.

⁵⁷ Ali Haydar Efendi, IV, 60.

⁵⁸ Müslim, **Sahîhi Müslim Tercüme ve Şerhi**(I-XI), Ter. Ahmed Davudoğlu, Sönmez Yayıncılık, İstanbul, 1983, Hudûd, 16, 22, 23; VIII, 351, 358, 361.

⁵⁹ Ali Haydar Efendi, IV, 60.

Yani, bir kimse ölümcül hasta iken bir kısım mülkünü bir oğluna sattığını ikrâr etse ve hatta eline senet verse diğer varislerin icazeti olmaksızın onun bu ikrârı tamamlanmış olup sahih olmaz. Yani, ölümcül hasta olanın varisine dört çeşit ikrârı sahih olur:

Bunlardan ilki; ikrâr edenin ikrârını o hayatta iken diğer varisleri tasdik etmişler ise vefatından sonra da bu tasdiklerinden dönmemiş/dönememişler ise ikrâr edenin o ikrârı sahih olur. Örneğin üç oğlu olan bir kimse ölümcül hasta iken “falan oğluma bin kuruş borcum var” dediğinde diğer iki oğlu “babamızın biraderimize bin kuruş borcu var” diye babayı tasdik etseler sonra baba vefat etse ve bu tasdiklerinden dönmedikleri takdirde babanın ikrârı geçerli olur.

İkincisi, bir babanın varislerinden birine yapmış olduğu emanet ikrarı, varisleri icazet veya tasdik etmeseler bile sahihtir. Örneğin, bir ölümcül hasta alacaklısındaki alacağını almak için varislerinden birini vekil tayin etse, o da alacağı tahsil ettikten sonra hasta, borcu tahsil etmeyi emanet ettiği varisinden alacağını aldığını ikrar etse, o ikrar sahih olur. Ancak hasta kendisinde varisinin emaneti/parası bulunduğunu, varisi de kendisinde falan tarafından bırakılmış bir emanet bulunduğunu ikrar etse bu ikrar sahih olmaz.

Üçüncüsü, bir kimse ölümcül hasta iken eşi için bir mehir ikrar etse onun, mihrin emsal/makul miktarı üzerindeki ikrarı tasdik olunur. Zira emsal mihrin vücubu nikâhın sıhhatinden dolayı olup hastanın ikrarından dolayı değildir. Ancak koca, eşinin emsal mihrinden daha fazla bir mehir ikrar etse fazlalık geçersiz olur.

Dördüncüsü, nefy suretinde olan ikrar kazâen caiz olur şöyle ki mesela, ölümcül hasta, “falan varis üzerinde benim asla hakkım yoktur” dese onun bu ikrarı sahih olup artık diğer varislerin bu varis aleyhine miras bırakana ait bir hakkı dava konusu etmesi doğru olmaz. Nitekim bir kadın ölümcül hasta iken “kocam üzerinde mihrim yoktur” dese sahih olur.⁶⁰

Madde 1601: “**Marîzin maraz-ı mevtinde ecnebiye yani kendisine vâris olmayan kimseye gerek ayn ve gerek deyn ikrârı cemi’ emvâlini muhît olsa bile istihsânen sahîh olur. Şu kadar var ki mukarrun bih mukırra henüz bey’ veya hibe olunmuş yahut âhardan irsen intikâl eylemiş olmak gibi bir sebeple vakdi ikrârda onun mülkü olduğunu çok kimselerin malûmu olarak kendi ikrârında**

⁶⁰ Ali Haydar Efendi, IV, 103-107.

kâzib idiği zâhir olursa ol halde nazar olunur. Eğer bu ikrârı müzâkere-i vasiyyet esnasında değilse hibe demek olarak teslîm lâzım gelir ve eğer müzakere-i vasiyyet esnasında ise vasiyyet manâsına mahmûl olur ve gerek hibe olsun ve gerek vasiyyet olsun ancak sülûs-ü malından muteber olur.” Yani bir kimse ölümcül hasta iken varisi olmayan bir yabancıya (torunu yahut Hristiyan eşi de dâhil olmak üzere) yönelik gerek para/mal ve gerek borç ikrarı bunlar malının bütününe kapsasa bile ve hatta varisleri bunu caiz görmeseler bile ikrar edilen şeyin ikrar edenin mülkü olduğu malum olmayınca bu ikrar istihsânen sahîh olur. Ali Haydar Efendi’ye göre bu madde, ikrârın ihbar/haber olmasına ilişkindir. İnşa yani kişinin mülkü olsa idi bunun caiz olmaması sebebiyle ancak üçte bir miktarı geçerli olurdu. Bu, ikrârın iki kısmından ilki olan ikrâr-ı bi’l-hikâyedir.

İkrârın ikinci kısmı ikrâr bi’l-ibtidadır. Bu ikrar sureten ikrar ise de gerçek mana da temlikten ibarettir. İkrar edenin, ölümcül hasta iken hibe etmesi yasak olduğundan, hibe suretiyle temlike (mülk olarak vermeye) teşebbüs etmeyip bunu belki de ikrâr suretiyle yapmıştır. Bu tür ikrâr, aşağıdaki gibi izah edilebilir.

İkrar olunan şey, ikrar edene henüz satılmış veya hibe edilmiş veya başkasından miras olarak intikal eylemiş olmak gibi bir sebeple ikrar vaktinde onun, ikrar edenin hasta iken eskiden beri mülkü olduğunu birçok kimsenin bilmesi ile ikrar edenin kendi ikrarında yalancı olduğu ortaya çıkarsa ikrar bu duruma göre değerlendirilir. Eğer, hastanın bu ikrarı ona “falan kimseye bir vasiyet etmez misin yahut falan kimse pek fakirdir vasiyete muhtaçtır” denilmesi gibi vasiyet müzakeresi esnasında değilse bu, hibe olarak değerlendirilir ve ikrar edilene teslim edilir. Ancak ikrar eden teslim etmeden önce vefat ederse bu ikrarın hükmü kalamaz. Eğer ikrar vasiyet müzakeresi esnasında ise; vasiyet olarak değerlendirilir. Teslim edilmesi gerekmez. Hibe olsun vasiyet olsun bunların ancak malın üçte birinden verilmesi geçerli olur.

İkrâr eden, ikrâr ettiği şeyi nefesine muzâf kıldığında hüküm yine bu minval üzere olur. Örneğin “bu atım falanıdır” dediğinde bu söz, vasiyet esnasında değil ise, hibeye yorumlanıp teslimi gerekir. Söz vasiyet esnasında ise, vasiyete yorumlanarak teslimi gerekmez. Ve yine, bir kimse, bütün mülkünü sağlığında yabancıya sattığını ve parasını aldığını ölüm hastalığında iken ikrar eylese, satış ikrarı geçerli

olduğu gibi parasını alması, parasını aldığını ikrar etmesi de malının üçte biri için geçerli olur.⁶¹

e. Kefâlet

Kefâlet lafzı, Arap dilinde zamm (toplamak) ve ilave etmek anlamına gelir.⁶²

Kefâlet, Mecelle'nin 612. maddesinde şöyle tarif edilmektedir: “**Kefâlet, bir şeyin mütâlebesi hakkında zimmeti zimmete zammetmektir. Yani bir kimse, zâtını diğerin zâtına zammedip ve anın hakkında lazım gelen mütâlebeyi kendi dâhi iltizâm etmektedir.**”⁶³

Ali Haydar Efendi Mecelle'nin bu maddesini şöyle izah etmiştir: Mecelle' de geçen “bir şeyin” tabiri, kefâlet konusunun şahıs ve mal olabileceği gibi teslimi ve gerektiğinde bedelini geri alma hususlarını da içine aldığını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Borçlunun zimmeti (sorumluluğu/borcu), bu anlaşma sayesinde başka bir şahsın zimmetine eklenince o da borçlu gibi sorumlu olmaktadır. Ali Haydar Efendi'ye göre bu tarifte iki yerde geçen zimmetten kasıt, zâttır.⁶⁴ Ancak bu sorumluluk Hanefiler'e göre borç kefâleti dâhil olmak üzere bütün kefâlet konularında yalnızca talebe bağlı olduğu, alacaklıya yalnızca kefilden talep hakkı verdiği halde diğer müctehidlerin çoğuna göre sorumluluk kefilî aynı zamanda borçlu kılmaktadır.⁶⁵

Kefâlet'in meşruiyeti; Kitâb, Sünnet, İcma-i Ümmet ile sâbit olmuştur.⁶⁶ Kefâlet'in kitâptan delili: “*Kralın su kabını arıyoruz onu getirene bir deve yükü bahşiş var dediler. (içlerinden biri:) ben buna kefilim dedi*” ayetidir.⁶⁷ Sünnetten delili ise; “*الزعيم غارم/Kefil, zamîndir (tazmin eder)*”⁶⁸ hadisidir. Örneğin bir kimse; başka bir kimsenin üçüncü bir şahıs tarafından kefil olunan koyununu gasb etse, gasp eden kişi ve kefil olan kişi koyunun talep edilmesi konusunda kendilerini koyun sahibinin

⁶¹ Ali Haydar Efendi, IV, 109-110.

⁶² Ali Haydar Efendi, II, 7.

⁶³ Ali Haydar Efendi, II, 8.

⁶⁴ Ali Haydar Efendi, II, 8.

⁶⁵ Karaman, **Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku**, III, 288.

⁶⁶ Ali Haydar Efendi, II, 5.

⁶⁷ Yusuf 12/72.

⁶⁸ Tirmîzî, Ebû İsa, Muhammed b. İsa, **Sünen** (I-V), nşr: Muhammed Fuad Abdülbâkî, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992, Buyu', 39, Vesâyâ 5; İbni Mâce, Sadakât 9; Ebû Dâvûd, Buyu', 88; Ahmed b. Hanbel, s. 267, 292.

zâtına zammetmiş olurlar. Dolayısıyla koyun sahibi, koyunu dilerse kefinden ve dilerse gasp eden kimseden talep eder.⁶⁹

f. Vekâlet

Vekâlet Sözlükte, mutlak olarak kullanıldığında “hıfzetmek, korumak” manasına gelir. Ayrıca, tefvîz (havâle etmek) maksadını ifade etmek üzere de kullanılır ve “İşini filâna vekâlet etti” yani ona havâle etti ve onunla yetindi demektir.⁷⁰ Fıkıh ıstı-lâhında vekâlet; bir kimsenin, kendisinin de yapabileceği muamelattan bir işini başkasına devretmesi, onu kendi yerine ikâme etmesi anlamına gelir.⁷¹

Ali Haydar Efendi’ye göre, Vekâletin meşrûiyeti Kitâp, Sünnet, İcma-i ümmet ve akıl ile sabit olmuştur. Vekâletin kitâptan delili; Ashâb-ı Kehf’ten hikâye yoluyla zikredilen “فَبَعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ/Şimdi siz, içinizden birini şu gümüş paranızla şehre gönderin”⁷² ayet-i celîlesidir. Zîrâ buradaki “ba’s/gönderme”, vekâlet yolu iledir.⁷³

Vekâletin sünnetten delili, Hakîm b. Hizâm’dan rivayet edilen şu hadistir:⁷⁴ “Rasûlullah (s.a) onu, bir dinar ile kendisi için bir kurban almak üzere gönderdi. Hakîm bir dinara bir kurban aldı ve o kurbanı iki dinara sattı. Sonra da Rasûlullah (s.a) için bir dinara (başka) bir kurban satın aldı. Bir dinarı da Hz. Peygamber’e (s.a) getirdi. Efendimiz o parayı sadaka olarak verdi ve Hakîm’e ticaretinin bereketli olması için dua etti.”⁷⁵

Ali Haydar Efendi’ye göre, bir kimse diğer bir kimseye “Malımda seni vekil ettim” deyip de o malda ne gibi tasarrufta bulunacağını söylemezse o kimse ancak o malı muhafaza edebilir, başka tasarrufta bulunamaz. Ancak “her konuda vekilimsin” derse muhafaza ile birlikte her türlü tasarrufta bulunabilir.

Vekâletin rûknü, diğer anlaşmaların rûkûnlerinde olduğu gibi hükmen bile olsa îcâb ve kabulden ibarettir. Îcâb ve kabul iki şekilde olur. İlki; her ikisi de açıkça olmalıdır. Şöyle ki, müvekkil “şu hususa seni vekil ettim” der vekil de “kabul ettim”

⁶⁹ Ali Haydar Efendi, II, 9.

⁷⁰ Ali Haydar Efendi, III, 467; Vehbe Zuhaylî, VI, 210.

⁷¹ Erdoğan, Vekâlet maddesi, s. 601.

⁷² Kehf, 18/19.

⁷³ Ali Haydar Efendi, III, 466.

⁷⁴ Ali Haydar Efendi, III, 466.

⁷⁵ Ebû Dâvûd, Buyu', 27, s. 679.

derse yahut kabul ettiğini ifade eden başka bir söz söylerse vekâlet gerçekleşmiş olur. İkincisi; îcâbın açıkça, kabulün ise delâleten olmasıdır. Şöyle ki, müvekkilin açık seçik îcâbı (teklifi) üzerine vekil bir şey söylemeyip de vekâlet konusu hususun icrasına teşebbüs eylese, delâleten vekâleti kabul etmiş olmakla tasarrufu sahih olur. Yani, sukutu kabul anlamına gelir. Ancak, îcâbdan sonra vekil îcâbı reddetse icabın hükmü kalmaz, dolayısıyla müvekkil “bu hususa seni vekil ettim” deyip de vekil olacak kimse “kabul etmem” diye reddettikten sonra vekâlet konusu işin icrasına girişse onun bu tasarrufu müvekkili için sahih ve nafiz olmaz.⁷⁶

g. Şirket

Şirket, sözlükte karışıp bir arada olmak, yani iki malı birbirinden ayırdedilmeyecek şekilde karıştırmak demektir. Daha sonra bu kelime cumhur tarafından iki payın karışması söz konusu olmasa dahi, buna has akit hakkında kullanılmaya başlanmıştır. Çünkü akit, karıştırmanın sebebidir. Fıkıh ıstılahındaki tarifte ise şirket, sermaye ve kârda ortaklar arasındaki akitten ibarettir.⁷⁷

Mecelle, şirketi (ortaklığı) ikiye ayırmaktadır: 1. Mülk şirketi, 2. Akit şirketi. Mülk şirketinin tarifi, özellikleri ve hükümleri eşya hukukuna aittir. Mecelle’nin 1329. Maddesine göre akit şirketi, “iki veya daha çok şahıs arasında sermaye ve kârı ortak olmak üzere kurulan şirkettir.” Bu tarif mudârabe adı verilen şirket çeşidi ile bidâ’a ismi verilen şirket çeşidini içine almamaktadır; çünkü bunlardan birincisinde sermayenin tamamı ortaklardan birine, işletme ve çalıştırma diğerine aittir (sermaye ortak değildir), ikincisinde ise kârın tamamı sermaye sahibine aittir (kâr ortak değildir).⁷⁸

Ali Haydar Efendi’ye göre mülk şirketinin rüknü hisselerin birbirinden temyiz ve tefriki ile malların karıştırılmasından ibarettir. Şartı, üzerinde ma’kûdün aleyhin (anlaşma konusu) şirkete yönelik olmasıdır. Hükmü de karıştırılan malın müşterek olmasından ve ortakların her birinin diğerinin hissesinde Mecelle’nin 1075. maddesinde⁷⁹ de ifade edildiği üzere izinsiz tasarruf etmesinin caiz olmamasından ibaret-

⁷⁶ Ali Haydar Efendi, III, 469-471.

⁷⁷ Zuhaylî, Vehbe, VI, 73.

⁷⁸ Karaman, **Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku**, III, 301.

⁷⁹ “Mülk şirketinde ortaklardan her biri diğerinin hissesinde ecnebidir. Ancak kendi hissesinde malik ve mutasarrıftır.”, Ali Haydar Efendi, III, 150.

tir. Akit şirketi de ortaklar arasında îcâb ve kabûl ile meydana gelir. Yani, şirket akdinin rûknü îcâb ve kabulden ibarettir. Akit şirketinin hükmü, anlaşma konusundan elde edilen karın ortaklar arasında müşterek olmasından ibarettir. Örneğin, iki kimse yüzer altın sermaye koyarak bir şirket kursalar yaptıkları alışveriş sonunda yirmi altın kar etseler bu kar aralarında onar altın olmak üzere bölüşülür.⁸⁰

Ali Haydar Efendi'ye göre şirketin bir unsuru, ortaklıktır. Örneğin, bir at iki kişinin ortak malı olduğu zaman, atın sahibi o iki kişidir ve o at diğer şahıslarda bulunmadığından dolayı bu iki kimse diğer insanlardan ayrılır. Dolayısıyla o iki kişiden her birine müşterik ve müşârik denilir. Şirketin bir unsuru da akittir (anlaşma). Örneğin İki kimse, her biri yüzer altın sermaye koyarak bir ticari faaliyet için şirket akdi yapsalar, bu sermayeleri karıştırmaları bile hukuken şirket meydana gelmiş olur.⁸¹

Ali Haydar Efendi'ye göre Şirketin meşrûiyeti; Kitâp, Sünnet, İcma-i ümmet ve ma'kûl ile sabit olmuştur.⁸² Şirketin kitâptan delili; varislerin bazı hisselerde ortaklıklarından bahseden şu ayettir: *وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَرْكَاءُ فِي الثُّلُثِ* / *منهما السدس* *فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث* / *Eğer bir erkek veya kadının, ana-babası ve çocukları bulunmadığı halde (kelâle şeklinde) malı mirasçılara kalırsa ve bir erkek yahut bir kız kardeşi varsa, her birine altıda bir düşer. Bundan fazla iseler üçte bire ortaklırlar.*⁸³

Şirketin sünnetten (kavlî) delili, şirketleşmeyi teşvik eden şu kutsi hadistir: *"İki ortağın biri diğerine hıyanet etmediği sürece ben onların üçüncüsüyüm. Ona ihanet ettiği zaman ben aralarından çıkarım."*⁸⁴ Şirkete fiilî sünnetten örnek⁸⁵, Sâib isimli bir zâtın rivayet ettiği şu hadistir. *"Ben (bir gün) Peygamber (s.a.)'in huzuruna varmıştım, (Orada bulunan sahabîler) beni methetmeye ve benden bahsetmeye başladılar. Bunun üzerine Rasûlullah (s.a.) Ben onu sizden daha çok bilirim, buyurdu. Ben de: Doğru söyledin (ey Allah'ın Resulü)! Annem babam sana feda olsun. (Gerçekten) sen (cahiliye döneminde) benim ortağımydın (hem de) ne güzel ortak! (Bana) ne muhalefet ederdin ne de (benimle) çekişirdin" dedim.*⁸⁶

⁸⁰ Ali Haydar Efendi, III, 138-139.

⁸¹ Ali Haydar Efendi, III, 137.

⁸² Ali Haydar Efendi, III, 136.

⁸³ Nisâ 4/12.

⁸⁴ Ebû Dâvûd, Buyu' 26/3383, III, 677.

⁸⁵ Ali Haydar Efendi, III, 136.

⁸⁶ Ebû Dâvûd, Edeb, 17/4836, V, 170.

h. Buyû'

Bey' sözlükte; "bir şeye bir şeyin karşılık olarak verilmesi" demektir.⁸⁷ Buyû'; bey'in çoğuludur. Bey' zıt isimlerdendir. Örneğin, "bâ'a" denildiğinde "falan malını mülkünden ihrâc etti" manasına geldiği gibi "falan, malını mülküne idhâl etti" anlamına da gelse genel olarak ilk mana kullanılır.⁸⁸

Fıkıh ıstılahında bey', malın mal ile özel bir şekilde mübadele edilmesi veya elde edilmesi arzu edilen bir şeyin, faydalı ve özel bir şekilde (îcâb veya karşılıklı verip alma şeklinde) mübadele edilmesidir.⁸⁹ Bu, Mecelle'de şöyle ifade edilmiştir: Bey', îcâb ve kabul ile malı mal ile değiştirmektir. Yani malı, mal mukabilinde temlik etmektir. İcâre ile nikâh bu tariften müstesnadır. Çünkü icâre, malın faydalanmak ile nikâh da malın evlilik ile değiştirilmesidir (mübadele). Hatta hibe ve iâre (ödünç) de bu tarifi dışındadır.⁹⁰

Bey', mün'akit ve gayri mün'akit (bâtıl bey') olmak üzere ikiye ayrılır. Mün'akit olan bey', sahih, fâsid, nâfiz ve mevkuf olmak üzere dört kısma ayrılır. Bunlardan bey'i fâsid hariç diğerleri meşrudur. Bey'i fâsid ise bazı dış vasıfları sebebiyle meşru değildir. Gayri mün'akit bey' ise Mecelle'nin 107. maddesinde de ifade edildiği gibi batıldır.⁹¹ Mesela bir müşteri "bu malı senden bin kuruşa satın aldım" dese, satıcı da "sattım" dese bey' (alış veriş) mün'akid olur. Sonra bayinin vazgeçip "pişman oldum istemem" demesinin bir manası yoktur.⁹² Senden "alırım" ve sana "satarım" gibi hem îcâb ve hem de kabul yönünden ya da yalnızca bir taraftan hem şimdiki zamana ve hem de gelecek zamana muhtemel olan muzârî sîgasıyla alışveriş akdinde şimdiki zaman kastediliyorsa alış veriş sahih, gelecek zaman kastediliyorsa gayri sahih olur. Aynı şekilde "sat" ve "satın al" gibi emir sîgasıyla yapılan alışveriş mün'akit olmayacağından sahih olmaz. Mesela müşteri, "şu malı bana şu kadar kuruşa sat" dese satıcı da "sattım" dese yahut "şu malı benden şu kadar kuruşa satın al

⁸⁷ Zuhaylî, Vehbe, V, 219.

⁸⁸ Ali Haydar Efendi, I, 131.

⁸⁹ Zuhaylî, Vehbe, V, 220.

⁹⁰ Ali Haydar Efendi, I, 134.

⁹¹ Erdoğan, Bey' maddesi, s. 52; Ali Haydar Efendi, I, 134-136.

⁹² Ali Haydar Efendi, I, 157.

dese müşteri de “satın aldım” dese bu lafızlar emir sîgası olması sebebiyle alışveriş mün’akid olmaz.⁹³

Ali Haydar Efendi’ye göre buyû; Kitâp, Sünnet ve İcma-i ümmet delilleriyle sabit olmuştur.⁹⁴ Bey’in kitâptan delili; “وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا / Hâlbuki Allah, alım-satımı helâl, faizi haram kılmıştır”⁹⁵ ayetidir. Ali Haydar Efendi’ye göre Bey’in sünnetten delili; Muhammed (a.s)’ın bizzat alım satıma girişmesi ve insanların alım satımlarını müşahade ettiği halde engellemeyerek tahrîr etmesidir.⁹⁶

1. İcârât

İcârât, icârenin çoğuludur. Ali Haydar Efendi, Mecelle’nin 405. maddesinde “İcâre” kelimesiyle karşılanmış olan Kira akdini şu şekilde tarif etmiştir: “*İcâre lügat-i arabda ücret manasınadır. Fakat icâr manasında dahi isti’mâl olunmuştur. İcâre, istilâhı fukahâda menfa’at-i ma’lûmeyi ivaz-ı ma’lûm mukâbelesinde başkasına bey’ etmek demektir.*” Yani İcâre, Arapça sözlüklerde ücret manasında kullanılmıştır. Fakat kira ve kiraya vermek manasında da kullanılmıştır. İcâre, fıkıh ıstılahında belli bir menfaati, belli bir bedel karşılığında başkasına satma ve mülk olarak vermek demektir.⁹⁷ Mesela, bir kimse diğer bir kimseye “şu hanemin kullanımını şu kadar para karşılığı iki ay müddetle sana kiraladım” deyip, o da bunu kabul ederse icâre akdinin şartları olduğundan dolayı bu kiralama sahih olur.

İcârenin meşrûiyeti: İcâre, Kitâp, Sünnet ve İcma-i ümmet ile sabit olmuştur.⁹⁸ İcârenin kitâptan delili; Rabbimizin Hz. Şuayb’tan (a.s) hikâye yoluyla aktardığı “إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ” / (Şuayb) dedi ki: Bana sekiz yıl çalışmana karşılık şu iki kızımdan birini sana nikâhlamak istiyorum”⁹⁹ ayet-i kerîmesidir. Çünkü bizden evvelki ümmetlerin şeriatleri, nesh olunduğuna dair kesin bir delil olmadığı sürece bize de şeriat olur. Ayrıca; “قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا” / Musa: Dileseydin, elbet buna karşı bir ücret alırdın, dedi”¹⁰⁰, “فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ”

⁹³ Ali Haydar Efendi, I, 162-163.

⁹⁴ Ali Haydar Efendi, I, 131.

⁹⁵ Bakara 2/275.

⁹⁶ Ali Haydar Efendi, I, 131.

⁹⁷ Ali Haydar Efendi, I, 413-414.

⁹⁸ Ali Haydar Efendi, I, 411.

⁹⁹ Kasas 28/27.

¹⁰⁰ Kehf 18/77.

أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً/Onlardan faydalanmanıza karşılık kararlaştırılmış olan mehirlerini verin”¹⁰¹ ayet-i kerîmeleri dahi icârenin meşruiyetine delildir.¹⁰²

İcârenin Sünnetten delili, Abdullah b. Ömer’in rivayet ettiği “İşçiye, ücretini teri kurumadan önce veriniz” hadisidir.¹⁰³

İcâre ile ilgili kavramlar şunlardır:

Âcir: Bir malı başka kimseye kiraya veren kimse demektir ki buna -ism-i fail sîgası ile- mûcir dahi denir. (Mecelle madde 409)

Müste’cir: Malı veya ecîri kiralayan (istîcâr eden) kimse demektir. (Mecelle madde 110)

Me’cûr: Kiraya verilen şeydir ki buna “mûcer” ve “müste’cer” de denilir. (Mecelle madde 411)

Müste’cerun fih: Bir kimsenin kira akdiyle üstlendiği bir işi gerçekleştirmek üzere kiralayan tarafından kendisine teslim olunan maldır. Elbise dikmek üzere terziye verilen kumaş veya boyanmak üzere boyacıya verilen cübbe ve nakil için hamala verilen yük ve hamule veya yıkamak için çamaşırcıya verilen gömlek bu kabildendir. Burada kumaş, cübbe, hamule ve gömlek müste’cerun fihtir. (Mecelle mad: 412)

Ecîr: Bir işi yapmak üzere kendini kiraya veren kimsedir. (Mecelle mad: 413)

i. Sulh ve İbrâ

Sulh lügatte, husumetin karşıtı olan barış manasına gelen bir isimdir. Mecelle’nin 1531. maddesinde şöyle tarif edilmektedir: “**Sulh bi’t-terâzî nizâ’ı ref’ iden bir akiddir ki îcâb ve kabûl ile mün’akid olur.**” Bu tarifi Ali Haydar Efendi şu şekilde izah etmiştir: “Şer’an sulh, karşılıklı rıza yani birbirine hasım olan iki kişinin rızalarıyla aralarındaki anlaşmazlığı gideren ve husumeti ortadan kaldıran bir akittir. Rükünü çoğunlukla îcâb ve kabulden ibaret olup, iki taraf arasında resmi olarak kabul olunmuş olur.”¹⁰⁴ Örneğin, bir cemaat bir şahsın evine geceleyin veya gündüzleyin girip ona silah çekse ve tehdit ederek başka bir kimse ile olan davası konusunda onu sulha zorlasa İmameyn’in görüşüne göre sulh caiz olmaz. Sulhun olmazsa olmaz

¹⁰¹ Nisâ 4/24.

¹⁰² Ali Haydar Efendi, I, 412.

¹⁰³ İbni Mâce, Rühûn, 4/2443, II, 817.

¹⁰⁴ Ali Haydar Efendi, IV, 5.

rükünü icâbdır. İcâbsız hiçbir sulh sahih olmaz. Kabule gelince, mübadeleyi gerektiren her sulhta kabul de gereklidir. Bu durumda icâb müddeiden ve kabul de müddeâ aleyhten olabileceği gibi bunun tersi de olabilir. Örneğin müddei, müddeâ aleyhe “iddia etmekte olduğum elli adet yüzlük Osmanlı altınından yüz adet yirmilik sîm mecidiye üzerine seninle barıştım.” deyip de müddeâ aleyh bunu kabul etse sulh gerçekleşmiş olur. İcâb ve kabulde mazi sîgası kullanılır. Emir sîgasıyla sulh gerçekleşmez. Yalnız icâbla gerçekleşen sulh de vardır. Mesela borç veren borçluya “zimme-
tindeki beş adet yüzlük Osmanlı altın alacağım, iki adet yüzlük Osmanlı altınına yahut zimmetindeki elli adet yirmilik sîm mecidiye alacağım otuz adedine seninle sulh oldum” dediğinde mücerred icâb ile anlaşma gerçekleşmiş olup, borçlunun kabulü gerekmeyeceğinden borçlu reddetmedikçe sulh geçerli olur.¹⁰⁵

Sulhun kitâptan delili;

وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ.

Eğer bir kadın kocasının geçimsizliğinden yahut kendisinden yüz çevirmesinden endişe ederse, aralarında bir sulh yapmalarında onlara günah yoktur. Sulh (daima) hayırlıdır¹⁰⁶ ayetidir.

Sulhun sünnetten delili, Hz. Peygamber’in; “Bir haramı helâl kılan ya da bir helâli haram kılanı müstesna, Müslümanlar arasında sulh caizdir”¹⁰⁷ hadisidir.

İbra, Mecelle’nin 1536. maddesinde ifade edildiği üzere lafız bakımından ibrâ-i iskât ve ibrâ-i istîfâ olmak üzere ikiye ayrılır. İbrâ-i İskât, bir kimse diğer kimse-
sede olan alacak kabilinden düşmeye elverişli hakkının tamamını yahut bir miktarını hatt ve tenzil ile o kimseyi o haktan berî kılmaktır. “İskât ettim” ve “hatt ve berâet-i ıskât ile ibrâ eyledim” lafızları berâet-i ıskât içindir. İbrâ-i istîfâ ise; bir kimse, diğer kimseden hakkının tamamını yahut bir miktarını kabz ve istîfâ eylemiş olduğunu itiraf etmekten ibaret olan ikrardır.¹⁰⁸

İbrâ, kapsamı bakımından ve “İbrâ-i hâss” ve “İbrâ-i âmm” olmak üzere ikiye ayrılır. İbrâ-i hâss, bir ev yahut bir çiftlik yahut bir beygir veyahut karz, gasb ve semen-i mebî gibi belirli bir sebepten dolayı, alacak davası gibi muayyen ve malum bir hususa müteallik davadan bir kimseyi ibrâ etmektir. Mesela bir kimse diğer bir kim-

¹⁰⁵ Ali Haydar Efendi, IV, 5-7.

¹⁰⁶ Nisâ 4/128.

¹⁰⁷ Ebû Dâvûd, Akdiyye, IV, 19.

¹⁰⁸ Ali Haydar Efendi, IV, 11.

seye “seni falan evle ilgili davadan yahut falan evin davasından ibrâ ettim” derse bu dava ibrâ-i hâss olup artık o evi dava edemez ise de diğer evi yahut çiftliği yahut alacağını dava edebilir. İbrâ-i âmm da bütün haklardan veya bütün düşmanlıklardan kısaca bütün davalardan bir kimseyi ibrâ eylemektir. Örneğin bir kimse, “ben falan kimseyi bütün haklardan ibrâ eyledim veya falan kimsede hiçbir hakkım veya husumetim yoktur” dese, o kimse söz konusu kişiden hiçbir hak talep edemez. İbradan sonra ortaya çıkan hak bundan müstesnadır.

j. Da’vâ

Da’vâ sözlükte, bir kimsenin başkası üzerinde bir hakkı vacip kılmak kastı ile söylediği sözdür. Aynı zamanda istek, dilek ve temenni manalarına da gelir. Fıkıh ıstılahındaki tarifi ise, bir kimsenin kendi lehine başkasının üzerindeki hakkını hâkimin huzurunda haber verip bildirmesi demektir.¹⁰⁹

Ali Haydar Efendi’ye göre da’vânın meşrûiyeti; Kitâp, Sünnet ve İcma-i ümmet ile sabit olmuştur.¹¹⁰ Ali Haydar Efendi Mecelle’de bu konuyu şöyle açıklamıştır: Da’vâ lügatte, insanın onunla başkası üzerinde hakkının bulunduğu kastettiği sözdür ve şer’an bir kimse diğer bir kimseden hâkimin huzurunda ve tartışma halinde kendisine veya vekil olduğu şahsa izafe ederek kesinliğe delalet eden lafız ile söz veya yazıyla hakkını talep etmesidir. Mesela bir kimse diğer bir kimseden hâkimin huzurunda “bu eşya (ayn) benimdir” dese hakkını kendisine yahut vekil “bu mal müvekkilimindir” yahut veli “bu mal velisi bulunduğum falan küçüğündür” dese hakkı, naibi bulunduğu şahsa izafe etmiş olur.¹¹¹ Da’vânın bu şekilde tarif edilmesi karşı da’vâyı (def’i da’vâ) da içine almaktadır. Mesela, müddeinin “bu kişiden (müddeâ aleyh) karz cihetinden on altın alacağım vardır” şeklindeki da’vâsına karşılık müddeâ aleyh “ben söz konusu tutarı sana ifa etmiştim” dese bu söz de da’vâ olur.¹¹²

¹⁰⁹ Vehbe, Zuhaylî, VIII, 262.

¹¹⁰ Ali Haydar Efendi, IV, 124.

¹¹¹ Ali Haydar Efendi, IV, 125.

¹¹² Ali Haydar Efendi, IV, 127-128.

Hâkimin huzurunda hak talebinde bulunan kimseye müddeî; kendisinden hak talebinde bulunulan kimseye müddeâ aleyh, müddeînin da'vâ eylediği şeye müddeâ veya müddeâ bih denilir.¹¹³

Da'vâ, sahih, fasit ve batıl olmak üzere üçe ayrılır. Sahih da'vâ; üzerine hasmın hazır edilmesi, hasımdan cevap beklenmesi, inkâr durumunda delillerle ve yeminle ispat edilmesi ve da'vâ konusu nesnenin getirilmesi gibi ahkâmın ortaya çıktığı da'vâdır. Fasit da'vâ; aslen sahih olmakla birlikte müddeâ bihin meçhul olması gibi evsaf-ı hariciyyesi itibariyle meşru olan da'vâdır. Bu tür da'vâların tashihe ihtiyacı vardır. Batıl da'vâyâ gelince, bu aslen sahih olmayan da'vâ demektir ve bu tür da'vânın tashihi gerekmez. Böyle bir da'vâ üzerine hüküm vermek gerekmez. Mesela bir kimse, “komşum falan kişi zengindir, ben ise fakirim. O bana sadaka vermiyor, versin” diye da'vâ açsa bu da'vâ geçerli olmaz. Aynı şekilde bir kimse, diğer bir kimse hakkında “ben bu kimsenin vekiliyim” diye iddiada bulunsa, o kimse bunu inkâr ettiği takdirde bu geçerli olmaz. Söz konusu da'vâ, doğrulanmaya elverişli olmadığı için hâkim tarafından derhal reddedilir.¹¹⁴

Da'vânın sahih olmasının birtakım şartları vardır. Bunlardan biri; müddeî ve müddeâ aleyhin âkil olmalarıdır. Dolayısıyla delinin ve mümeyyiz olmayan çocuğun da'vâları sahih değildir. Şayet böyleleri müddei olurlar ise müddeâ aleyh bunların da'vâlarına cevap vermeye mecbur değildir. Müddeâ aleyh inkâr etse ispat edilemeyeceği gibi itiraf ettiğinde de bunların lehine hüküm verilemez. Aynı şekilde bir kimse bunların aleyhine veli veya vasileri hazır değilken da'vâ açamaz ve şahit ikame edemez. Mesela bir kimse, bir çocuğu mahkemeye çıkartıp “bu çocuk taş atarak şu kadar kıymetteki camımı kırdı” diyerek da'vâ etse, bu kabul edilmez. Ancak, deli veya çocukların veli ve vasileri onların yerine müddei veya müddeâ aleyh olurlar. Hâkim bundan müstesnadır. Zira bir kimse aynı anda hem müddei ve hem de hâkim olamaz. Diğer şartı da müddeâ aleyhin şahsen malum (bilinen) olmasıdır. Binaenaleyh müddei, “falan köy halkından birinden yahut birkaçından şu kadar kuruş alacağım var” dese, da'vâsı sahih olmaz. Da'vânın sahih olmasının diğer bir şartı da müddeâ/müddeâ bihin (da'vâ konusu talep) malum (bilinen) olmasıdır. Meçhul olur ise da'vâ sahih olmaz.¹¹⁵

¹¹³ Ali Haydar Efendi, IV, 127-128.

¹¹⁴ Ali Haydar Efendi, IV, 127-128.

¹¹⁵ Ali Haydar Efendi, IV, 129-132.

k. Kazâ

Kazanın sözlükte; itkân, ahkâm, iblâğ, edâ, inhâ, vaz' ve taktir gibi birçok manası vardır. Bunu, “insanlar arasında hüküm vermektir” şeklinde özetlemek mümkündür. Yargıç anlamına gelen kâdî ise hâkim anlamındadır.¹¹⁶ Fıkıh ıstılahında, özel bir kamu yetkisinden ibaret olup, anlaşmazlıkları halledip karara bağlama, yargı kamu yetkisine sahip kişice verilen hüküm anlamlarına gelir.¹¹⁷

Kazanın şer'î manası Mecelle'nin 1784. maddesine şöyle yansımıştır: “Kaza ‘seha’ veznindedir. Sözlük anlamı, hüküm ve hâkimlik manasına gelir. Çoğulu ‘akziye’dir. Kazanın asıl manası kat’ ve fasıldır. Diğer manalar ondan müteferri’dir/çıkıştır.”¹¹⁸

Ali Haydar Efendi’ye göre Kazânın meşrûiyeti; Kitâp, Sünnet ve İcma-i ümmet ile sabit olmuştur.¹¹⁹

Kazânın kitâptan delili; “ *إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ* / Biz, içinde doğruya rehberlik ve nur olduğu halde Tevrat'ı indirdik. Kendilerini (Allah'a) vermiş peygamberler onunla Yahudilere hükmederlerdi.”¹²⁰ ve “ *وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ* / (Sana şu talimatı verdik): Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet ve onların arzularına uyma”¹²¹ ayetleridir.

Kazânın sünnetten delili; Rasûl-i Ekrem (s.a.v)’in Hz. Ali ve Hz. Mu’âz’ı Yemen’e kadı olarak tayin etmiş olmasıdır.¹²² Hz. Ali’den rivayet edilen bir hadis şöyledir: “*Rasûlullah beni Yemen'e hâkim olarak göndermişti. (Kendisine); ‘Ey Allah'ın Rasûlü, sen beni gönderiyorsun ama ben daha çok küçüğüm ve nasıl hüküm vereceğimi bilmiyorum’ dedim. Bunun üzerine Hz. Peygamber şöyle buyurdu: ‘Allah senin kalbini (doğru hüküm verebilme yoluna) eriştirecek, dilini (doğru hüküm vermede) sabit kılacak. Binaenaleyh (mahkeme olmak üzere) huzuruna iki hasım geldiği zaman, birincisini dinlediğin gibi diğerini de dinleyinceye kadar hüküm verme. Bu (vereceğin) hükmün aydınlığa kavuşması için daha uygundur.’* (Hz. Ali sözlerine

¹¹⁶ Ali Haydar Efendi, IV, 419; Vehbe, Zuhaylî, VIII, 460.

¹¹⁷ Erdoğan, “Kazâ” maddesi, s. 298.

¹¹⁸ Ali Haydar Efendi, IV, 421.

¹¹⁹ Ali Haydar Efendi, IV, 419.

¹²⁰ Mâide 5/44.

¹²¹ Mâide 5/49.

¹²² Ali Haydar Efendi, IV, 419.

devamla: ‘O günden beri hâlâ bu tavsiyesine göre) hâkimliğe devam ediyorum’ yahut ‘Bir daha hüküm vermekte tereddüte düşmedim’ dedi.”¹²³

Ali Haydar Efendi’ye göre kazanın mehâsini, her hak sahibine hakkının teslim edilmesidir. Kaza olmasaydı, hakkı elde etmek mümkün olmaz, hak sahibinin hakkı haksızın elinde ve zimmetinde kalırdı. Kadı/hâkim mazlumun hakkını zulmeden almakta ve hakkı hakedene vermekte ve böylece emr-i bi’l ma’rûf ve nehy-i ani’l münker görevini yapmaktadır. Kazanın hikmeti; ref’-i tehârûc, redd-i nevâib, kat’-ı husûmât ve emr-i bi’l ma’rûf ve nehy-i ani’l münkerden ibarettir. Kazanın erkânı altıdır. Bunlar; hüküm, mahkûmun-bih (hâkimin, mahkûmun aleyhe ilzam eylediği şey), mahkûmun-leh (lehine hükmedilen), mahkûmun-aleyh (aleyhine hükmedilen), hâkim ve tariktir. Bunlar; Mecelle’nin 1785 ilâ 1789. maddelerinde açıklanmıştır.¹²⁴

A. İcmâ

1. İcmâ’nın Sözlük ve Terim Anlamı

İcmâ sözlükte, hem “ittifak” hem de “kesin karar” anlamlarına gelen müşterek bir kelimedir. Bir kimse, herhangi bir işi yapmaya karar verince bu şahıs için Arapça’da “أَجْمَعَ”; bir topluluk ittifak edince de “أَجْمَعُوا” denilir.¹²⁵ Diğer bir ifadeyle icmâ, daha çok “düşünce yoluyla kendisine ulaşılan şey” demektir. Örneğin, “Müslümanların görüşleri, fikirleri şunun üzerinde toplandı/birleşti anlamında (أَجْمَعَ) (المسلمون على كذا)” denir.¹²⁶ Bu anlamda İcmâ, Yahudi ve Hristiyanların icmâ için kullanılabileceği gibi dînî olmayan bir konudaki ittifak için de kullanılabilir. Fakat örf, bu lafzı özelleştirmiştir. Terim olarak İcmâ, Muhammed (a.s) ümmetinden olan müctehidlerin, Hz. Peygamberin vefatından sonraki herhangi bir devirde, şer’î bir hüküm hakkında ittifak etmeleridir.¹²⁷

¹²³ Ebû Dâvûd, Kada’ (akdiye), 6/3582, IV, 11-12.

¹²⁴ Ali Haydar Efendi, IV, 419-420.

¹²⁵ Gazzâlî, I, 257.

¹²⁶ Râğıb el-İsfahânî, s. 336.

¹²⁷ Şa’bân, s. 105; Gazzâlî, I, 257.

İcmânın dînî hüküm elde etmek için hüccet olduğunu kabul edenlerin dayandıkları deliller, Kitâp, Sünnet ve Akıldır.¹²⁸ İcmâ iki türdür. Birincisi; kitâp ve sünnet nasslarına dayalı delîli bulunan icmâdır. Kitâb’a dayalı icmâyâ örnek olarak Hz. Ömer (ra) döneminde Irak topraklarının, ganimete hak kazanan fetih ordusu mensupları arasında bölüştürülmeyip haraç karşılığında eski sahiplerinin elinde bırakılmasıdır. Bunu yaparken başta Hz. Ömer olmak üzere, sahabe önce Enfâl Sûresinde ganimetlerin nasıl bölüştürüleceğini açıklayan ayetteki hükmün gerekçesini çıkardılar. Bu gerekçe ayette şöyle ifade edilmektedir. “*Ta ki, o mal sizden sadece zenginler elinde dolaşan bir varlık olmasın*”¹²⁹ Sahabe, Hz. Peygamber döneminde bilinmeyen bir olayla karşılaşmıştır. Irak topraklarını ordu mensuplarına ganimet olarak bölüştürdükleri ve ganimet ayetinin hükmünü olduğu gibi uyguladıkları takdirde bu malların sadece belli sayıda Müslümanın eline geçeceği, diğer insanların, mevcut sahiplerinin ve gelecek kuşakların bu toprakların nimetlerinden yoksun kalacağı gerekçesini Haşr Suresindeki ayetlerden çıkararak, Kitâb’ın bir hükmünden vazgeçip başka bir hükmüne dönmüştür. Sahabe bu kararı ittifakla almıştır.¹³⁰ Sünnet’e dayalı icmâ örneği de şudur: “Bir kadın halası yahut teyzesi üzerine nikâhlanamaz.”¹³¹ Hz. Peygamberin Ebu Hureyre’den rivayet edilen bu hadisi üzerinde sahabe ittifak etmiş ve haramlık hükmüne varmıştır. İkinci tür icmâ ise çoğunluğu teşkil eden ictihâda dayalı icmâdır. Müellefe-i Kulûb’un zekâtın payının durdurulması ictihâda dayalı İcmâ örneklerindendir.¹³²

2. Ali Haydar Efendi’nin İcmâ Anlayışı

Ali Haydar Efendi İcmâ’nın Şer’î delil olmasının sebebinin şöyle açıklamıştır: “İcmâ-i Şer’iyyenin hüccet/aslî delil olmasının sebep ve hikmeti, küllün yani bütün insanların yalan ve batıl üzerinde ittifak edemeyecek olmalarına dayanmaktadır. Hatıratında teâmül, örf ve âdetin hüccet olmasının sebebi dahi budur.”¹³³

¹²⁸ Yavuz, Yunus Vehbi, “İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsân ve İcmâ”, Feyiz Yayınları, İstanbul 2008, s. 142.

¹²⁹ El-Haşr, 59/7-10.

¹³⁰ Yavuz, s. 168-170.

¹³¹ Buhârî, Nikâh, 27.

¹³² Yavuz, s. 170-171.

¹³³ Ali Haydar Efendi, I, 63.

Ali Haydar Efendi, “Dürerü’l-Hükkâm” adlı eserinde icmâ ile sabit olan konuların şunlar olduğunu söylemiştir: “Buyû’, İcârât, Kefâlet, Havâle, Rehin, Hîbe, Vekâlet, Sulh ve İbrâ, İkrâr, Da’vâ, Kazâ.”¹³⁴,

İcma ile sabit olan konulardan biri Ferâiz konusudur. Ali Haydar Efendi, ferâizin icmâ ile sabitliğini şöyle ifade etmiştir: “Ana-baba bir kız kardeş bulunmadığında baba bir kız kardeşin, ana-baba bir erkek kardeş bulunmadığında baba bir erkek kardeşin öz kardeş gibi sayılmaları, oğul bulunmadığında onun oğlunun oğul, kız bulunmadığında oğlun kızının kız gibi varis olmaları icmâ ile sabit olmuştur.”¹³⁵

C. Kıyâs

1. Kıyâs’ın Sözlük ve Terim Anlamı

Kıyâs’ın (القياس) sözlük anlamı, bir şeyi takdir etmek, ölçmek, karşılaştırmak ve iki şey arasındaki benzerlikleri tespit etmek demektir. Başka bir ifadeyle Kıyâs; Bir şeyin başka bir şeyle ölçülmesi anlamına geldiği gibi iki şeyi birbirine eşitlemek anlamında da kullanılır. Bu kelime Arapça olup “قاس” ve “قايس” fiillerinin mastarıdır. İslâm Hukuku terimi olarak “ta’lîl” (deduction) ismi de verilmiştir.¹³⁶ Kıyâs, aralarında bulunan bir hükmün veya vasfın ispat ya da nefyini içeren birleştirici/ortak bir özellik (câmi’) sebebiyle bir hükmü her ikisine de vermek (isbat) ya da vermemek (nefy) amacıyla, bilineni bilinene hamletmektir. Bu birleştirici/ortak özellik, hükümde birliği gerektiriyorsa yapılan hamletme işlemi sahih bir kıyâs; hükümde birliği gerektirmiyorsa yapılan işlem fasit bir kıyâs olur. Sözlük anlamı itibariyle ise kıyâs, hem sahih kıyâsı hem de fasit kıyâsı içine alır.¹³⁷

İslâm hukukunda kıyâs, re’y ve ictihâdın gelişmesiyle ortaya çıkmıştır. Ferdî akıl yürütme mahsulü olan ictihâd, “re’y” adını almaktaydı. Bu, zamanla gelişerek ve sistematik bir şekil alarak “kıyâs” (analogy) adını almıştır. Demek oluyor ki kıyâsın

¹³⁴ Ali Haydar Efendi, I, 131; I, 411; II, 5; II, 99; II, 136; II, 373; III, 466; IV, 5; IV, 60; IV, 123; IV, 419.

¹³⁵ Ali Haydar Efendi, *Teshîlü’l-Ferâiz*, s. 2-3.

¹³⁶ Şener, Abdulkadir, *Kıyâs İstihsân İstislah*, DİB. Yayınları, Ankara, 1971, s. 67.

¹³⁷ Gazzâli, II, 195; Şa’bân, s. 126.

temelini re'y ile ictihâd teşkil etmektedir. Buna göre kıyâsın Hz. Peygamber ve Sahabîler devrinden itibaren varlığını kabul etmek gerekir.¹³⁸

Kıyâs, hakkında nass bulunmayan bir meselenin hükmünü, aralarındaki illet benzerliği sebebiyle, hakkında nass bulunan meselenin hükmüne bağlamaktır. Bu tarife göre kıyâs, dört rükundan meydana gelmektedir. Bunlar: Asl, Fer', Hüküm ve Ortak İlet'tir.

Asl; hükmü ortaya koyan nass olup, "hükmün kaynağı" anlamına da gelir. Fer'; hakkında nass bulunmayan meseledir. Hüküm; kıyâs vasıtasıyla asıl'dan fer'e geçmesi istenen şeydir. Ortak İlet; hem asl hem de fer'de bulunan ortak bir vasıftır.¹³⁹

2. Ali Haydar Efendi'nin Kıyâs Anlayışı

Ali Haydar Efendi'ye göre, Kitâp, Sünnet ve İcmâya dayalı olarak ortaya konan dini hükümlere başka bir konuyu kıyâs etmeye "kıyâs-ı fukahâ" denir. Örneğin "... Onlara öf deme ..." ¹⁴⁰ âyeti ebeveyne karşı sıkıntı ve bıkkınlık ifadesi kullanmayı Müslümanlara yasaklamaktadır. İşte bu âyetin nassı ile hürmet-i zacr (anababayı dövüp sövmenin haramlığı) sâbit olmuştur. Yani ebeveyni dövmek veya onlara sövmek söz konusu ayette yer alan "Onlara öf deme" emrine kıyâs edilerek haram kılınmıştır.¹⁴¹

Fıkıh Usûlü İlmi'nde, bir meselenin çözümünde kendisine kıyâs edilen hükmün kaynağına asıl, makîsün-aleyh veya müşebbehün-bih, kıyâs edilecek meseleye de makîs, fer' veya müşebbeh denir.

Kıyâs, asıl olanın yani makîsün aleyh/müşebbehün-bihin (kendisine kıyâs edilen ya da benzetilen) hükmünün bir benzerini asılda bulunan illetin bir benzerinin fer' olan makîste (kıyâs yapılacak konuda) de bulunması sebebiyle fer' olan makîste uygulamak geçerli kılmaktır. Dolayısıyla bir konuda kıyâsa aykırı olarak bir hüküm verilmişse bu hüküm makîs yani benzer konular için asıl, makîsün-aleyh veya müşebbehün-bih vasfını taşımaz. Ona göre Mecelle'nin 15. Maddesinde yer alan "Alâ

¹³⁸ Şener, Abdulkadir, s.69.

¹³⁹ Ebû Zehra, s. 198.

¹⁴⁰ İsrâ, 17/23.

¹⁴¹ Ali Haydar Efendi, I, 10.

hilâfi'l-kıyâs sabit olan şey, saire makîsün aleyh olmaz.” (Kurallarına aykırı olarak yapılan kıyâsın sonucuna göre hüküm kurulamaz) hükmü bu anlama gelmektedir. Bu hüküm, *Menâfiu'd-Dakâik*¹⁴²’da zikredilen “ما ثبت على غير القياس فغيره لا يقاس عليه” (kıyâsın dışında (Kitâp, Sünnet veya İcmâ ile) sabit olan bir hükme başkası (başka bir konu) kıyâs edilemez.) fıkıh kaidesinin tercümesidir. Yani kıyâsa aykırı olarak sabit olan bir hüküm, başka bir mesele için makîsün aleyh/asıl olmaz. Bir mesele kıyâsa aykırı olarak sabit olan bir hükme benzetilerek çözümlenemez. Aynı kaynakta yer alan “القياس يُقتصر على موردّه” (kıyâsa aykırı olarak sabit olan nass, konusu ile sınırlı tutulur.) kaidesi de aynı anlama gelmektedir.¹⁴³

Rehnin meşruiyeti Kitâp, Sünnet ve İcmâ-i Ümmet ile sabit olduğu gibi kıyâs (akli delil) ile de sabittir. Borcun biri vücûb, diğeri de istîfâ olmak üzere iki yönü vardır. Vücûb yönü; borcun onu alanın zimmetine geçmesi, istîfâ yönü ise alacağın borçludan tamamıyla alınmasıdır. Vesika; zimmete özel olan borç alan tarafta caiz olduğu gibi borç veren tarafta dahi caizdir. Hatta ikincisinin cevazı önceliklidir. Çünkü rehinden kasıt, alacağın borçludan tamamıyla alınmasıdır ve vücûb buna vesile olmuştur.¹⁴⁴

Rehnin kefâlette olduğu gibi hem dâiyne (borç veren/alacaklı) ve hem de müstedîne (borç alan/verecekli) faydası vardır. Müstedîn, çoğu kez kendisine rehinsiz borç verecek kimseyi bulamaz ve bu sebeple ihtiyacını göremeyerek zorluğa/darlığa düşer. Dâyin de rehin sayesinde borçlunun kendi alacağını inkâr etmek veya israf ve benzeri sebeplerle borcunu ödeyecek mal bırakmamak suretiyle hakkının kısmen veya tam olarak telef olma korkusundan emin olur. Bununla birlikte iki menfaat mukayese edildiğinde râhine (rehin veren/bırakan) ait menfaatin daha büyük olduğu görülür. Merhûnun (rehin verilen/bırakılan mal) mürtehinin (rehin alanın) elinde zayı olması durumunda mürtehin onu tazmin ederek râhine –borcunu ödediği takdirde- iade eder.¹⁴⁵

¹⁴² Ebu Said Muhammed Hâdimî’nin (1701-1762) Fıkıh Usûlü’ne dair eserinin adıdır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin küllî kaidelerle ilgili kısmının önemli kaynaklarından biri olan bu kitabı Mustafa Hulûsî Güzelhisârî *Menâfiu'd-Değâik fî Şerhi Mecâmii'l-Hakâik* adıyla şerh etmiş (İstanbul 1273, 1308; Kahire 1288), Şirvanlı Ahmed Hamdi Efendi de *Levâmiu'd-Dekâik fî Tercemeti Mecâmii'l-Hakâik* adıyla Türkçe’ye çevirmiştir (İstanbul 1293). Bakınız, Yayla, Mustafa, “Hâdimî, Ebû Saîd” **DA** (I-XLIV), TDV. Yayınları, İstanbul 1997, XV, 25.

¹⁴³ Ali Haydar Efendi, I, 44.

¹⁴⁴ Ali Haydar Efendi, II, 137.

¹⁴⁵ Ali Haydar Efendi, II, 137.

D. İstihsân

1. İstihsân'ın Sözlük ve Terim Anlamı

İstihsân, İstif'âl bâbından Arapça fikhî bir terim olup, “حَسَنٌ” kökünden türemiştir. “حَسَنٌ” sözcüğüyle ‘mutluluk, sevinç veren ve istenen, arzulanan ya da beğenilen her şey ifade edilir.¹⁴⁶

İstihsân; Kur'an, Sünnet ve fakihlerin ibarelerinde geçtiği için bu sözcüğün İslâmî terminolojide kullanılması konusunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Söz olarak terim üzerinde ihtilaf bulunmamasına karşılık, onun gerçeği ve ifade ettiği anlam üzerinde ihtilaf edilmiştir. Ebu Hanife, ictihâd metodunu kullanmada ileri derecede bulunmasına rağmen, kendisinden istihsân hakkında bir tanım nakledilmemiştir. İstihsânı, Ebu Hanife'den sonra gelen Hanefî ve diğer mezheplere mensup fakihler tarif etmişlerdir.¹⁴⁷

Ebu'l-Hasen el-Kerhi'ye (ö. 340/951) göre İstihsân, “daha kuvvetli ve üstün bir gerekçe (delil) sebebiyle bir meselede, benzerlerinin hükmünden vazgeçip başka bir hükme dönmektir.”¹⁴⁸ Ebu Zehra'ya göre bu tanım, Hanefîler'e göre İstihsânın mahiyetini ortaya koyan tanımların en açığıdır ve en güzelidir. O bu düşüncesini şöyle açıklamıştır: “Zira tanım, İstihsânın bütün türlerini içine almakta ve kavramın özüne işaret etmektedir. İstihsânın esası, hükmün külli bir kaideye aykırı düşmesidir. Onun için öyle bir gerekçe olmalıdır ki, kaide dışına çıkmak, ona sarılmaktan dinin gözettiği gayelere daha uygun olsun. Mesele hakkında bu yeni çözüme dayanmak, delil yönünden kıyâstan daha kuvvetlidir.”¹⁴⁹

Kıyâs ile meşhur olan Ebu Hanife ve arkadaşlarını bazı durumlarda kıyâs karşısında İstihsân yapmaya sevk eden üç sebep tespit edilmiştir. Bunlar; kıyâs karşısında daha kuvvetli bir delilin bulunması, kıyâsın istenmeyen olumsuz sonuçlara yol

¹⁴⁶ Râğıb el-İsfahânî, Hüseyin b. Muhammed b. Mufaddal, **Müfredât Kur'an Kavramları Sözlüğü** (çev: Yusuf Türker), Pınar Yayınları, İstanbul, 2012, s. 398.

¹⁴⁷ Yavuz, s. 79.

¹⁴⁸ Önder, Muharrem, **Hanefî Mezhebinde İstihsân Anlayışı ve Uygulaması**, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 103; Gazzâlî, I, 330.

¹⁴⁹ Ebû Zehra, s. 225.

açması, güçlük ve zorluğu kaldırma, kolaylığı sağlama ve zararı giderme ilkeleridir.¹⁵⁰

2. Ali Haydar Efendi'nin İstihsân Anlayışı

Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin 197. maddesinde¹⁵¹ geçen satılık malın mevcut olması şartı ve 205. maddede¹⁵² zikredilen mevcut olmayan malların alım-satımının batıl olduğu hükümlerini içeren maddeleri açıklamıştır. Ancak 207. madde ve Mecelle mazbatasında zikredilen ifadelerde, örf ve teâmüle binaen istihsânen sahih/caiz olan örnek ve uygulamalar da vardır.¹⁵³ Örneğin, gül ve enginar gibi çiçek türünden ve birbiri ardınca yetişen sebze ve meyve mahsullerinin bazı kısımları meydana çıkmadan diğer bazı kısımları gelip geçer olduğu cihetle çok kere buna benzer şeylerin meydana çıkmış ve çıkacak olan mahsulatını toptan satmak örf ve âdet olmuştur. Bu tür mahsullerde mevcûda bakarak mevcûd olmayanın da beraber olarak toptan satılmasına İmâm Muhammed b. Hasan-ı Şeybânî hazretleri istihsân yoluyla cevaz vermiştir. İnsanları buna benzer adetlerden vazgeçirmek mümkün olmayıp, halkın muamelelerini fesâda nispeten imkân dâhilinde sıhate yöneltmek daha uygun olduğundan Mecelle'de İmâm Muhammed'in kavli tercih edilerek 207. madde ona uygun olarak yazılmıştır.¹⁵⁴

Örf ve teâmüle binaen istihsânen sahih/caiz olan örnek uygulamalardan bir diğeri, Mecelle'nin 220. maddesinde şöyle ifade edilmiştir: “**Mukadderâtın** (hacim ve uzunluk birimleriyle ölçülebilen, tartılabilen ve sayılabilen şeylerin) **yalnız efrâd ve aksâmına bahâ takdir ederek**, tamamının değeri belirtilmeden **toptan satmak sahih olur.**” Örneğin bir kimse, bağındaki üzümünü her yükü şu kadar kuruşa olmak üzere toptan satsa, İmâmeyn'e göre sahih olur.¹⁵⁵ Mecelle mazbatasında ifade edildiğine göre, halkın bu tür muamelelerini kolaylaştırmak düşüncesiyle Hidâye sahibi

¹⁵⁰ Önder, 113-116.

¹⁵¹ “**Mebî'in mevcûd olması lâzımdır.**” Ali Haydar Efendi, I, 198.

¹⁵² “**Ma'dûmun bey'i bâtıldır.**” Ali Haydar Efendi, I, 203.

¹⁵³ Ali Haydar Efendi, I, 204.

¹⁵⁴ Akgündüz, s. 50.

¹⁵⁵ Ali Haydar Efendi, I, 216-217.

gibi birçok fakîh bile bu konuda İmâmeyn'in kavlini seçmiş/tercih etmişlerdir. 220. madde bu amaçla kaleme alınmıştır.¹⁵⁶

Selem akdi, hakikatte olmayan bir şeyin satışından ibaret olması sebebiyle kıyâsa aykırıdır. Ancak; kitâb, Sünnet ve İcmâ delillerine binaen istihsânen caizdir. Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin 123. maddesinde selemi şöyle tarif etmiştir: **“Selem, mü'ecceli mü'accele satmak, yani peşin para ile veresiye mal almaktır.”** Yani selem; bir kimsenin peşin para veya peşin verilen kıyemî¹⁵⁷ veya mislî¹⁵⁸ başka bir mal ile diğer bir kimseden veresiye/vadeli mal satın almasıdır.¹⁵⁹

Selem, “sîn”in ve “lâm”ın fethasıyla mastarı islâm olan bir isimdir. Selemin rükünleri, Mecelle'nin 380. maddesinde ifade edildiği üzere îcâb ve kabuldür.¹⁶⁰

Ali Haydar Efendi'ye göre selem ile ilgili hükümler şunlardır:

- 1- Selemin rüknü îcâb ve kabuldür.
- 2- Selem, bey' lafzıyla da mün'akit olur/karşılanır/ifade edilir.
- 3- Selemin hükmü, iki bedeleyn (mal ve para) sahip olmakla sabit olur.
- 4- Selem; miktarı, sıfatı, selemin yapıldığı vakitten malın teslimine kadarki zamanın tümünde çarşılarda örneği bulunan ve tayin ile belirlenebilen mallarda yapılabılır.
- 5- Sayılabilen malların miktar tayini, önce sayı sonra kile sonra da tartı ile yapılır.
- 6- Kâğıtta selem, sayı ile de tartı ile de caizdir.
- 7- Tuğla ve kireç gibi kalıplı mallar, zira'¹⁶¹ ve genel ölçü birimlerine göre tayin edilmelidir.
- 8- Bez ve çuha gibi kumaşların uzunluğunun, genişliğinin, inceliğinin, neden imal edildiğinin ve kimin işi olduğunun (markasının) beyan edilmesi gerekir.
- 9- Selemin sıhhatinin dokuz şartı vardır.¹⁶²

¹⁵⁶ Akgündüz, s. 51.

¹⁵⁷ “Çarşı ve pazarda dengi bulunmayan yahut bulunsa da fiyatça farklı olan şeydir. Yazma kitaplar gibi.” Erdoğan, Kıyemî maddesi, s. 310.

¹⁵⁸ “Çarşı ve pazarda aynı fiyatla kendi gibisi bulunan şeydir. Yumurta ve ceviz gibi sayılabilen mallar.” Erdoğan, Mislî maddesi, s. 381.

¹⁵⁹ Ali Haydar Efendi, I, 141.

¹⁶⁰ **“Bey' gibi selem dahi îcâb ve kabûl ile mün'akit olur. Mesela, müşteri, bayi'a 100 kile buğday için (söz konusu buğdayı falan vakit falan yerde bana teslim etmek üzere) bin kuruş selem verdim deyip o dahi (bu şartla) kabûl ettik de selem mün'akit olur.”** Ali Haydar Efendi, I, 393.

¹⁶¹ “Zirâ', Arşın; dirsek ucundan orta parmağın ucuna kadar olan kısımdır.” Erdoğan, Zirâ' maddesi, s. 622.

¹⁶² Ali Haydar Efendi, I, 393.

E. İstishâb

1. İstishâb'ın Sözlük ve Terim Anlamı

İstishâb, lügatte, **صَحَبَ** kökünden İstif'âl babında bir mastar olup, “yanına, beraberine, refakatine almak, birlikte olmak, ayrılmamak, beraberliğin devamını istemek” gibi anlamlara gelir. Fıkî bir kavram olarak ise, bir şeyin bir vakitte sübut ve tahakkukuna binaen diğer bir vakitte dahi o şeyin sübut ve tahakkukuyla hükmetmektir.¹⁶³ Daha açık bir ifadeyle; geçmişte sabit olan bir durumun, -değiştiğine dair delil bulunmadıkça- hâlihazırda varlığını koruduğuna hükmetmektir.¹⁶⁴ Mesela, mazide hayatta olduğu bilindiği halde vefatı bilinmeyen bir mefkûdün hala hayatta olduğu kabul edilerek hayatta sayılması gibi.¹⁶⁵

İstishâb, Mecelle'nin 1683. Maddesinde şöyle tarif edilmiştir. “**Tahkîm-i hâl yani hâl-i hâzırî hüküm kılmak İstishâb kabilindendir. İstishâb dahi adem-i maznûn olmayan bir emr-i muhakkakın bekasıyla hüküm etmektir ki, ibkâ-i mâ-kân alâ mâ-kân demek olur.**” Yan hâlin, iki tarafın duruşması esnasında taraflardan birinin lehine şahit ve delil olması istishâb sayılır ve buna şimdiden geçmişe doğru istishâb veya istishâbü'l-maklûb denir. İstishâb, bir zaman var olup yokluğu zannedilmeyen bir mevcudun varlığına hükmetmektir ki bu, “bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır” demek olur.¹⁶⁶ Mecelle'nin İstishâb konusundaki maddeleri şunlardır:

a- “Şekk ile yakîn zail olmaz” (Mecelle 4. Madde)

Yani, var olduğu yakinen bilinen bir şeyin aksine kesin delil bulunmadıkça, sonradan meydana gelen bir şüphe ve tereddütten dolayı onun yok olduğuna hükmedilemez.¹⁶⁷

Ali Haydar Efendi'ye göre şekk, lügatte mutlak tereddüt anlamına gelir. Istilahta ise bir şeyin bulunması/varlığı ya da bulunmaması/yokluğu konusunda aklın

¹⁶³ Ali Haydar Efendi, I, 30.

¹⁶⁴ Şa'bân, s. 217., Erdoğan, Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, Ensâr Neşriyât, İstanbul 2010, İstishâb mad. s. 260; Yıldırım, Mustafa, **Mecelle'nin Küllî Kaideleri**, İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları, İzmir 2009, s. 39.

¹⁶⁵ Karakılıç, Celâleddin, **Fıkıh Usûlü**, Lazer Ofset Matbaa, t.y., s. 304.

¹⁶⁶ Ali Haydar Efendi, IV, 242-243.

¹⁶⁷ Yıldırım, s. 37.

tereddüt etmesidir.¹⁶⁸ Yakîn ise sözlükte kararlaşmak demektir. Şer’î ıstılahta “bir şeyin varlığı veya yokluğu meczûm olan demektir veya bir şeyin zann-ı galip ile maznûn olmasından ibarettir” şeklinde tarif edilmiştir. Bu tafsilattan anlaşılacağı üzere yakînin bulunduğu yerde şekk bulunmaz. Şu halde "bir arada olmayınca –şekk-nasıl zâil olur?" diye itiraz edilmiştir. Buna şöyle cevap verilir: Bu sözün manası, asıl olan müteyakkın, sonradan oluşan şüpheyile zâil olmaz.¹⁶⁹

b- “Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır” (Mecelle 5. Madde)¹⁷⁰

İstishâb’ı en geniş şekilde anlatan kaidelerden olan bu kaideyi, Ali Haydar Efendi’nin İstishâb Anlayışı başlığı altında ayrıntılı olarak açıklayacağız.

c- “Kadîm kıdemi üzerine terk olunur” (Mecelle 6. Madde)¹⁷¹

Meşru surette öteden beri mevcut olan bir şey, aksine kesin delil bulunmadıkça eski hali üzere bırakılır.¹⁷²

d- “Zarar kadîm olmaz (Mecelle 7. Madde)¹⁷³

Önceden beri uygulana gelen bir şey, şayet kamuya zarar verecek bir hale gelmişse, bunun eskiliğine itibar edilmez, yok edilmesi yoluna gidilir.¹⁷⁴

Yani zarar olan şeye kadîm hükmü verilip te bulunduğu hal üzere bırakılmaz. Binaenaleyh Mecelle’nin 1214.¹⁷⁵ maddesinde ifade edildiği üzere Meselâ, Umûmî bir yol üzerinde bulunan alçak çıkıntılar, balkonlar, boru ve oluk gibi yayaların geçişine engel olan şeyler kadîm/eski bile olsa sahibine kaldırırlar. Nitekim bir kimsenin, halkın su içtikleri nehrin üzerinde necaset lağımı bulunsa, bu lağım söz konusu nehre eskiden beri akıyor olsa bile kıdemine bakılmayıp sahibine kaldırırlar.¹⁷⁶

e- “Berâ’et-i zimmet asıldır” (Mecelle 8. Madde)

Yani, başkasının hakkıyla meşgul olmamak asıldır.¹⁷⁷

Fıkıh Usulü ilminde Zimmet, insanın kendisiyle lehine ve aleyhine ehil (yetkili) olduğu bir vasıf olarak tarif edilmiştir.¹⁷⁸ Mesela bir kimse, bir malı satın aldı-

¹⁶⁸ Ali Haydar Efendi, I, 28.

¹⁶⁹ Ali Haydar Efendi, I, 28.

¹⁷⁰ Ali Haydar Efendi, I, 29.

¹⁷¹ Ali Haydar Efendi, I, 32.

¹⁷² Yıldırım, s.41.

¹⁷³ Ali Haydar Efendi, I, 32.

¹⁷⁴ Yıldırım, s. 43.

¹⁷⁵ Mecelle, md.1214; “Tarîk-i âmm üzerinde alçak çıkıntılar ve şehnişînler gibi mârreye zarar-ı fâhişi olan şeyler kadîm olsa bile ref’ ettirilir.”

¹⁷⁶ Ali Haydar Efendi, I, 32-33.

¹⁷⁷ Ali Haydar Efendi, I, 33.

ğında o maldan faydalanmaya ehil olduğu gibi parayı satana vermek mecburiyetinde bulunmaya da ehil olur. İşte bu özelliğe zimmet denir. Örneğin bir kimse, diğer bir kimsenin bir malını gasp ederek veya başka bir şekilde telef etse, telef edilen malın miktarında yahut kıymetinde mal sahibi ile telef eden kişi ihtilaf etseler, örneğin mal sahibi “o mal mesela bin kile buğday” veya “bin kuruş kıymetinde bir at idi” ve telef eden kimse de “o mal dört yüz kile buğday idi” veya sekiz yüz kuruş kıymetinde bir at idi şeklinde ihtilaf etseler telef edenin zimmeti ikrar ettiği miktarın ziyadesinden berâeti asıl olduğundan söz, ziyade olmadığına yemin ettiği taktirde telef edenin hakkı olup, mal sahibi iddia ettiği ziyadeyi delil ile ispata muhtaç olur.¹⁷⁹

f- “Sıfât-ı ârızada asl olan ademdir” (Mecelle 9. Madde)¹⁸⁰

Yani, sıfat-ı ârızada aslolan o sıfatın yokluğudur. Ancak, sıfat-ı asliyede aslolan o sıfatın mevcudiyetidir. Dolayısıyla Mecelle’nin 77. maddesi gereğince söz hakkı mevcudiyeti iddia edenin olup, yokluğu iddia eden bunu ispat etmeye mecburdur. Dolayısıyla bir kimse bir atı satın alıp kabzettikten sonra onda eski bir ayıp bulunduğunu iddia etse, satıcı da söz konusu ayıbı reddedip atın sahih ve salim olduğunu söylese söz hakkı, yemin ettiği takdirde bayinin olur. Çünkü sıhhat; asli sıfattan olup söz konusu sıfatta ise aslolan mevcudiyettir. Örneğin bir kimsenin diğer bir kimseye borçlu olduğu ikrar veya beyyine ile sabit olduktan sonra, o kimse borcu eda veya borç veren onu ibrâ ettiğini iddia etse, söz hakkı istîfâ veya ibrâ etmediğine dair yemin ettiği takdirde borç verenin olup, borçlu iddiasını ispata muhtaç olur.¹⁸¹

g-“Birinin zemânda sabit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur” (Mecelle 10. Madde)

Bu madde 5. Maddenin açıklamasında temas edilen “İstishâb”ın tanımıdır. İstishâb’ın, ya “geçmiş zamanda sabit olan bir şeyin hilafına şer’î bir delil olmadıkça şu anda da sabit olduğu” veya “şimdiki zamanda sabit olan bir şeyin hilafına şer’î bir delil olmadıkça geçmiş zamanda da aynı durumda olduğuna hükmolunur” şeklinde iki türlü anlaşılması gerekir.¹⁸² Mesela bir kimse, “bu mal benimdir” diye dava etti-

¹⁷⁸ Ali Haydar Efendi, I, 33.

¹⁷⁹ Ali Haydar Efendi, I, 34

¹⁸⁰ Ali Haydar Efendi, I, 34.

¹⁸¹ Ali Haydar Efendi, I, 34-35.

¹⁸² Ali Haydar Efendi, I, 36; Yıldırım, s. 48.

ğinde şahitleri “bu mal şu kimsenin idi” diye şehadet etseler, bu şehadete binaen iddiası kabul edilerek söz konusu malın o kimsenin olduğuna hükmedilir.¹⁸³

h- Bir emr-i hâdisin akreb-i evkâtına izâfeti asıldır. (Mecelle 11. Madde)

Yani, öncesinde yok iken sonradan mevcut olan bir işin sebep ve meydana geliş vaktinde ihtilaf olunsa, eski zamana nispeti delil ile ispat olunmadıkça, şimdiye yakın olan zamana nispet olunur. Örneğin bir baba, oğlunun malını, velayetine binaen sattıktan sonra oğlu, “satış anında bâliğ idim, satışın sahih değildir” dese ve baba: “küçüktün dolayısıyla velayetim baki olduğundan satışım sahihtir” dese ve bu hususta ihtilaf etseler, emr-i hâdisin yani satışın en yakın vakitte yani buluş vaktine bağlanması asıl olduğundan dolayı söz babanın değil oğlundur.¹⁸⁴

ı- Kelâmda asl olan ma’nây-ı hakikidir. (Mecelle 12. Madde)

Yani kelimada râcih ve ekser olan, manâ-yı hakikidir. Bu durumda manâ-yı mecazî aslın zıddı olur. Mana, sözden kast olunan şey demektir. Belagat ehline göre, bir insanın maksadını ifade etmenin yolları üçtür. Bunlar: hakikat, mecaz ve kinayedir. Her sözde asıl olan o sözün imkan nispetinde hakiki manada kullanılmasıdır. Bir söz, hakiki ve mecazi manada kullanılması mümkün olduğunda hakiki manada kullanılır. Mecazi manası düşer.¹⁸⁵ Örneğin bir kimse, "bu ev Zeyd'indir" dese, bu sözün hakiki manası, "bu ev Zeyd'in mülküdür" demek olur. Bu durumda o kimse, o evin Zeyd'in mülkü olduğunu ikrâr etmiş olur. Dahası o kimse: “bu sözden maksadım o evin, Zeyd'in kirayla oturduğu ev olduğunu ifade etmektir yoksa söz konusu ev mülkümdür” dese, bu mana mecaz olduğundan kabul olunmayıp, ikrârındaki hakiki manayla sorumlu tutulur ve bu mânâ esas alınır.¹⁸⁶

2. Ali Haydar Efendi’nin İstishâb Anlayışı

Ali Haydar Efendi’nin tespiti göre Mecelle’nin 5. Maddesi: “**Bir şeyin bulunduğu hal üzere (baki) kalması asıl (ve râcih) dır.**” İbn Nüceym’in “*el-Eşbâh*”ında ifade edilen “الأصل إبقاء ما كان على ما كان” Yani bir şey bir zamanda ne hal üzere bulunmuş ise o halin hilafına bir delil olmadıkça o şeyin yine o halde bulunma-

¹⁸³ Ali Haydar Efendi, I, 37.

¹⁸⁴ Ali Haydar Efendi, I, 38.

¹⁸⁵ Ali Haydar Efendi, I, 40-41.

¹⁸⁶ Ali Haydar Efendi, I, 42.

sı yani mütebeddil ve müteğayyir olmaması racihtir. Zira “eşyada asıl olan bekâ olup adem-i târidir (sonradan ortaya çıkmayıp kalıcı ve aslî olan).” anlamına gelen fikhî kaidenin tercümesidir.¹⁸⁷

Ali Haydar Efendi’ye göre İstishâb iki kısımdır. Birinci kısım; bir şeyin geçmiş zamanda sübut ve tahakkuku malum olup da şimdiki zamanda o şeyin zâil olduğuna dair şüphe ve tereddütün hâsıl olmasıdır. Mesela İstishâb yoluyla kayıp (mefkûd) olduğuna hükmedilen biri hakkında öldüğüne dair kesin delil bulunmadıkça yaşadığına hükmedilir. Dolayısıyla kayıp kişinin terekesi varisleri arasında taksim olunamaz eşi de başkasıyla evlenemez. Kayıp kişinin vefatı sabit olursa iş değişir. Vefatı sabit olmasa bile doksan yaşını ikmal ettikten sonra hâkim onun ölümüne hükmedebilir. İkinci kısım; şimdiki zamanda bir şeyin sübut ve tahakkuku bilinip de geçmiş zamanda zâil yani mâdum olmasında şüphe ve tereddüt hâsıl olmasıdır. Bu tür İstishâba, İstishâbu’l-Maklûb denir. Mesela Mecelle’nin 1777. Maddesinde ifade edildiği üzere, bir kimsenin hanesinde akan suyolu hakkında “yenidir” yahut “eskidir” diye ihtilaf edilse ve bu hususta iki tarafın da delili bulunmasa mahkemeleştikleri vakitte su o yoldan akıyorsa hâli üzere bırakılır ve yemin ettiği takdirde hak, suyunun sahibinin olur. Yok, eğer mahkemeleşme anında su akmaz ise zahir hale göre yenidir demek olduğundan hak hane sahibinin olur.¹⁸⁸ Ali Haydar Efendi Mecelle’nin 1776. maddesinin şerhi bağlamında benzer birkaç örnek daha vererek İstishâb konusunu açıklamıştır.¹⁸⁹

Ali Haydar Efendi’ye göre İstishâb bir hüccet-i müsbite (talep ve iddiayı ispata yarayan hüccet) değildir. Yani, İstishâb ile bir hüküm sabit olmaz. Zîrâ hükmün yokluğu delilin yokluğuna bağlı olup, yokluk delil bulunana kadar devam eder. Dolayısıyla mefkûd varis olamaz. Bununla birlikte İstishâb bir hüccet-i dâfi’a (talep ve iddiayı defetmeye yarayan hüccet)dir. Dolayısıyla kayıp kişinin vefatı usulü dairesinde tahakkuk etmedikçe ona kimse varis olamaz. Yani, kayıp kişi geçmiş zamanda hayat sahibi idi. Bundan dolayı hayattadır denilerek başkalarının ona varis olması engellenir.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Ali Haydar Efendi, I, 29.

¹⁸⁸ Ali Haydar Efendi, I, 30-31.

¹⁸⁹ Ali Haydar Efendi, I, 31-32.

¹⁹⁰ Ali Haydar Efendi, I, 37-38.

Mecelle'nin 1592. maddesi İstishâb deliline dayalı olarak vaz' edilmiştir. Söz konusu madde şöyledir: “Bir kimse senedi/tapusu kendine ait olan bir dükkân hakkında, bu dükkân falan kimsenindir, benim alakam yoktur, söz konusu dükkânın senedinde kayıtlı olan ismim müsteardır (takma) deyip yahut senet ile başka bir şahıstan satın aldığı bir dükkân için bu dükkânı falan kimse için almış idim bedel olarak satıcıya verdiğim para dahi o falan kimsenindir ve o dükkânın senedinde ismim müsteardır olarak yazılmıştır dese, o dükkân hakikatte mukarrun-leh (olan o kimsenin mülkü olduğunu ikrar (itiraf ve kabul) etmiş olur.

Ali Haydar Efendi'ye göre yukarıdaki örnekte mukarrun-leh (lehine ikrar edilen), mukarrırı tasdik ederse, dükkânı alır. Aksi takdirde (tekzib ederse) mukarrırın ikrarı reddedilir. Ona göre bu konuda dört mesele vardır:

1- Mukarrır, “bu dükkân falan kimsenindir” derse; “senedindeki ismim müsteardır” demese bile ikrar hâsıl olur.

2- Mukarrırın “bu dükkân falan kimsenindir, benim alakam yoktur” demesi ikrar sayılır.

3- Mukarrırın “bu dükkân falan kimsenindir, benim alakam yoktur” senedinde ismim müsteardır” demesi ikrar sayılır.

4- Mukarrırın “bu dükkânım falan kimsenindir, benim alakam yoktur, senedinde kayıtlı isim müsteardır” demesi mukarrırın “dükkânım” diyerek kendine muzâf kılmasından dolayı 1591. madde hükmüne göre hibe midir? Yoksa “dükkânım” tabirindeki izafet mülk izafeti olmayıp, nispet izafeti olarak ikrar mıdır? Sorularına bizim cevabımız, “bu söz ikrardır” olur.¹⁹¹

F. Mesâlih-i Mürsele (İstislâh)

1. Mesâlih-i Mürsele'nin Sözlük ve Terim Anlamı

“Mesâlih” (مَصَالِح), Arapça “maslahat” (مَصْلَحَة) kelimesinin çoğulu olup sözlükte yarar, menfaat ve iyiliğe vasıta olan şey anlamına gelir. Maslahat da iyi olma, düzeltme, elverişli bulunma vb. anlamlar bildiren “saleha” (صَلَح) kökündendir. “Mürsele” (مُرْسَلَة) ise, “rasele” den (رَسَلَ) türetilmiş olan “ersele-irsal” (إِرْسَال-إِرْسَال) masta-

¹⁹¹ Ali Haydar Efendi, IV, 98-100.

rından ism-i mef'ul olup salıverilmiş, başıboş bırakılmış, kayıt ve şarta bağlanmamış şey demektir. O halde Mesâlih-i Mürsele'yi bu anlamlara göre ifade etmek gerekirse; herhangi bir kayda bağlı olmayan maslahatlardır diyebiliriz. Mesâlih-i Mürsele ile istidlâl işine “İstislâh” (استِصْلَاح) denilir.¹⁹²

Terim olarak Mesâlih-i Mürsele, hükmün kendisine bağlanması ve üzerine hüküm bina edilmesi insanlara bir fayda sağlayan veya onlardan bir zararı gideren, fakat muteber veya geçersiz sayıldığına dair belirli bir delil bulunmama durum veya gerekçelerdir.¹⁹³

Kur'an-ı Kerim'in pek çok hükmün peşinden –açıkça veya işaret yoluyla- bununla güdülen gayeyi belirtmesi maslahatı gözetmenin fiili örneklerini teşkil ettiği gibi, genel prensiplere ağırlık veren bir üslubu benimsemesi ve teşrii düzenleme konusunda olabildiğince ana noktalarla yetinip yeni durumların düzenlenmesi için sünnete ve ictihâda geniş bir alan bırakması da maslahat ilkesinin önemine yapılan bir vurgu anlamını taşır.¹⁹⁴

İslâm hukukçuları Mesâlih-i Mürsele'nin bir delil olup olmayacağı konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Zâhirî'ler maslahatlarla amel edilmesini kabul etmemişler, Hanefî ve Şafî'ler ise Mesâlih'i Mürsele'yi müstakil bir delil olarak kabul etmeyip onu kıyâsa dâhil etmişlerdir.¹⁹⁵ Ancak, Hanefîlerin kıyâsın katılığını gidermek amacıyla sıkça kullandıkları İstihsân metodu, özellikle ‘zarûret, maslahat ve örf’e’ dayalı istihsân çeşitleri sonuçta mürsel maslahata dayanır. İsim ve kavram olarak değil de içerik olarak bütün mezheplerin, müstakil olarak ise Malikîlerin kullandıkları ‘sedd-i zerâî’ metodu da son tahlilde maslahat ve makâsıdın kapsamında yer alır.¹⁹⁶ Mesâlih'i Mürsele'nin delil olarak kabul edilmesi gerektiğini hararetle savunan kişi ise İmam Malik'tir. O, Mesâlih-i Mürsele'nin delil olabilmesi için 3 şart ileri sürer:

a- Kendi başına bir delil olan maslahat ile Şârî'nin amaçları arasında bir uygunluk olmalıdır. O, şer'î bir delile aykırı düşmemelidir. Hakkında bir delil bulunmasa dahi cinsi itibariyle İslâm'ın gözettiği maslahatlarla bağdaşmalıdır.

b- Maslahat, akla yatkın olmalı ve akıl erbabına sorulduğu zaman kabul edilecek nitelikleri taşımalıdır.

¹⁹² Şener, Abdulkadir, s. 137.

¹⁹³ Şa'bân, s. 170.

¹⁹⁴ Dönmez, İbrahim Kâfi, “Maslahat”, *DİA*, XXVIII, s. 79.

¹⁹⁵ Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, M.Ü. İlahiyât Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 84.

¹⁹⁶ Pekcan, Ali, *İslâm Hukukunda Gaye Problemi*, Ek Kitap Yayınları, İstanbul, 2012, s. 80-81.

c- Maslahata göre verilen hüküm, zaruri bir güçlüğü kaldırmalıdır. Öyle ki maslahat ile hüküm verilmeyecek olsa insanlar sıkıntı ve güçlük içinde kalmalıdır-
lar.¹⁹⁷

Mesâlih-i Mürsele’yi kabul edenlerin gerekçelerinin ilki, sahabîlerin Mesâlih-i Mürsele ile hüküm vermiş olmalarıdır. Sahabe devrinde Kur’ân-ı Kerîm’in Mushaf haline getirilişi, zekât vermeyenlere harp ilanı, Hz. Ömer’in bir mecliste söylenen üç talakı, üç talak kabul edişi, zekâtta müellefe-i kulûb’un hisselerinin kaldırılışı, hapis-hanelerin yapılması, para basımı, sahabenin uyguladığı Mesâlih-i Mürsele’ye örnektir. İkinci gerekçe ise, şer’î maslahatlar cinsinden olan bir maslahatı kabul etmemek mükellefi sıkıntı ve güçlük içinde bırakmak demektir. Allah ise kullar için güçlük değil kolaylık murat eder.¹⁹⁸

2. Ali Haydar Efendi’nin Mesâlih-i Mürsele Anlayışı

İslâm hukukçularının genel kanaatine göre Zarûriyyât/Zarûret derecesinde olan maslahatlar, beş tümel ve genel unsurdan meydana gelmektedir. Bunlar Usulcüler arasında “ed-darûrâtü’l-hamse (beş zorunlu ilke) şeklinde ifade edilmiştir.¹⁹⁹ İslâm’da muteber olan maslahatlar şu beş esasta toplanır. Bunlar: Dini koruma, canı koruma, akli koruma, nesli koruma ve malı korumadır. İnsanın ancak bu beş şey sayesinde ona layık bir yaşayışı olabilir.²⁰⁰ Örneğin, Gazzâlî bu konuda şunları söylemiştir: “Beş temel ilkenin korunmasını içeren her şey maslahat: Bu beş temel unsur ortadan kaldıran her şey de mefsedet olup, bu mefsedetin giderilmesi de maslahattır.”²⁰¹ Ayrıca, maslahatların temelinde insanın ihtiyaç sahibi bir varlık oluşu olgusu yatmaktadır. İnsanın, maslahatları kendine çekmek istemesi gibi mefsedeti (fesâdı/zararı) def etmesi de bir ihtiyaçtır. İslâm hukukunun gayesi de bu ihtiyaçların giderilmesini sağlamaktır.²⁰² Bu bağlamda tespit ettiğimiz ilgili Mecelle kaidelerini Ali Haydar Efendi’nin görüş ve örneklendirmeleriyle açıklayacağız.

a- Meşakkat teysîri celb ider (Mecelle 17. Madde)

¹⁹⁷ Ebû Zehra, s. 239-240.

¹⁹⁸ Atar, s. 84.

¹⁹⁹ Pekcan, s. 150.

²⁰⁰ Ebû Zehra, s. 238.

²⁰¹ Gazzâlî, I, 333.

²⁰² Pekcan, s. 125.

Bu madde Eşbâh'da “el-meşekkatü tecellebe't-teysîr” diye zikredilen kaide-nin tercümesidir. Yani, bir şeyde görülen güçlük, o şeyin kolaylaştırma sebebi olur ve diğer tabirle darlık vaktinde genişlik göstermek gerekir. Karz, havâle, hacr, rehin, şirket, vasiyet ve selem gibi pek çok fıkıh ahkâmı ve fakihlerin şer'î ahkâmında gös-terdikleri izinler ve hafifletmeler hep bu kaideden çıkarılmıştır. Mesela selem, bey'i ma'dûmdan yani akit anında mevcut olmayıp da bir müddet sonra mevcut olacak olan satılacak mebî/malı satmaktan ibaret olduğundan, 205. maddenin hükmüne göre caiz olmaması gerekirken, malın varlığından önce insanların paraya ihtiyacı olması sebebiyle insanların maslahatına binaen caiz görülmüştür.²⁰³

b- Bir iş dıyk olduk da müttesi' olur (Mecelle 18. Madde)

Yani bir işte meşakkat ve güçlük görülünce ruhsat ve genişlik gösterilir. Bu sayede, kıyâsen caiz olmayan ve kurala aykırı bulunan şeyler caiz olur.²⁰⁴

c- Hâcet umûmî olsun husûsî olsun zarûret menzilesine tenzil olunur (Mecelle 32. Madde)

İhtiyaç, umumi olsun, hususi olsun zaruret sayılır. Yani ihtiyaç zaruret de-mektir. Başka bir ifadeyle, ihtiyaç zaruret sayıldığından temini caizdir. Nitekim bu kaideye binaen selem, icâre ve istisna akdi caiz görülmüştür. Örneğin, bey'u'l-vefâ²⁰⁵ bizatihi yasak olduğu halde zarurete binaen caiz kılınmıştır.²⁰⁶

d- Zarar kadîm olmaz (Mecelle 7. Madde)

Yani, zarar veren şey eskiliğine binaen bulunduğu hal üzere bırakılamaz. Şa-yet kadîm/eski olan şeyin yol açtığı zarar kamuya ait olur ise o şeyin kaldırılması gerekir. Ancak kadîm/eski olan şeyin yol açtığı zarar kamuya ait olmayıp şahsa ait olursa o şey kıdemi/eski hali üzere bırakılır.²⁰⁷ Örneğin; “**Tarîk-i âmm üzerinde alçak çıkıntılar ve şehnişin gibi mârreye zarar-ı fâhişi olan şeyler kadîm olsa bile ref'ettirilir.**” şeklinde Mecelle'nin 1214. maddesinde de ifade edildiği üzere kamuya ait yollarda bulunan çıkıntı, balkon, geçit vb. geçiş zorluğu oluşturan unsur-ların eski ya da yeni olup olmadığına bakılmaksızın kaldırılması gerekir. Ancak yol, hususi olur ise eski olduğu takdirde kaldırılmaz. Söz konusu şahsa ait bir yol üzerin-

²⁰³ Ali Haydar Efendi, I, 47.

²⁰⁴ Ali Haydar Efendi, I, 48.

²⁰⁵ Bey'u'l-vefâ: Bir malı, parasını geri verdiğinde iade etmek üzere bir kimseye şu kadar paraya satmaktır. Bu, bey'i fâsid, bey'i sahîh ve rehine benzer. Erdoğan, Bey'u bi-'l-vefa maddesi, s. 54.

²⁰⁶ Ali Haydar Efendi, I, 57-58.

²⁰⁷ Ali Haydar Efendi, I, 32-33.

de alçak çıkıntıları bulunan evi, sahibi yıktıktan sonra tekrar asli hali üzere çıkıntılı olarak inşa edecek olsa komşuların ona engel olma hakkı yoktur.²⁰⁸

e- Zarar ve mukâbele bi'z-zarar yoktur (Mecelle 19. Madde)

Yani daha önce zarar verene verdiği zararın misli, daha azı veya daha çoğu ile karşılık vermek yoktur. Ali Haydar Efendiye göre bu madde, “ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ ”²⁰⁹ hadisinin tercümesidir. Hadisin ilk kısmı ile maddenin ilk fıkrası, ikinci kısmı ile de maddenin ikinci fıkrası bire-bir aynıdır. Bununla birlikte hadis de madde/kaide de âmm-ı mahsustur. Yani ta'zir ve hadler gibi birçok zararı engellemektedir. Bu yüzden kendisinden bazı meselelerin istisna edilmesiyle o âmm tehassus eylemiştir (sınırlandırılmıştır). Örneğin, bir kimsenin hanesinde yapılan yemekten çıkan dumanın, komşularının evlerine sirayet etmesi veya söz konusu yemeğin kokusunun komşulara ulaşp, komşu evde bulunan fakir fukara ve hastaların iştahını tahrik etmesi yahut bir kimsenin bahçesindeki ağacın gölgesinden komşusu faydalanırken ağaç sahibinin onu kesmesi gibi bir takım zararlar yasaklanmış değildir. Yani bu tür zararlar zarar vermeme kuralından istisna edilmiştir.²¹⁰ Diğer bir örnek de şudur: Mecelle'nin 94. maddesi; “**Hayvanâtın kendiliğinden olarak cinâyet ve mazarrâtı hederdir.**”: ‘Hayvanların (sahiplerinin bir ihmali olmaksızın) işlemiş oldukları cinayet ve vermiş oldukları zararların sahipleri tarafından tazmini gerekmez.’ Ebû Hüreyre'nin rivayet ettiği “الْعَجَمَاءُ جُبَارٌ”²¹¹ hadisinden alınmış bir fıkıh kaidesidir ve bu hadis; cinayet işleyen ya da zarar veren hayvanın itlafı batıldır. Sahibine tazmin (zararı karşılaması) gerekli değildir (إِتْلَافُ الْبَهِيمَةِ هَدَرٌ لَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا) şeklinde tefsir edilmiştir. Nitekim aynı mekânda hayvan bağlama hakkı bulunan iki kimsenin hayvanları dövüşür, biri diğerini öldürürse öldürenin sahibine tazmin gerekmez. Çünkü cinayetın müsebbibi sahibi değildir veya onun bu hususta bir ihmali olmamıştır.²¹²

f- Zarar izâle olunur (Mecelle 20. Madde)

Zarar zulüm olup, zulme fırsat verilip vuku bulmaması vacip, vuku bulması ise haram ve memnu'dur. Bu maddeyi önceki 19. madde ile birleştirdiğimizde önceki

²⁰⁸ Ali Haydar Efendi, III, 292.

²⁰⁹ Malik, **Muvatta'**, Akdiye, 31; İbn Mâce, **es- Sünen**, Ahkâm, 17.

²¹⁰ Ali Haydar Efendi, I, 48.

²¹¹ Buhârî, Zekât, 66, Diyât, 28, 39; Müslim, Hudûd, 45; Muvatta' Zekât, 9.

²¹² Ali Haydar Efendi, I, 124.

asıl, bu madde de onun fer'i olur, zarar ve zarara karşı zarar olmadığından zararın giderilmesi gerekir denilir.²¹³

g- Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz (Mecelle 25. Madde)

Bir zarar kendisinden büyük bir zarar ile giderilemediği gibi kendi misliyle yani dengi bir zarar ile de giderilmez. Binâenaleyh hususi bir zarar diğer bir hususi zarar seçilmek suretiyle giderilmez.²¹⁴

h- Zarar-ı âmmı def' için zarar-ı hâss ihtiyâr olunur (Mecelle 26. Madde)

Yani, genel zararı gidermek için hususi zarar tercih olunur. Başka bir ifadeyle zarar, ondan daha düşük olan bir zarar ile giderilir. Örneğin bir yerde yangın meydana geldiğinde yangının genişlemesine fırsat vermemek için devlet iradesiyle (irade-i seniyye) birinin hanesi yıkılabilir ve bu şekilde yıkılan evin tazmini gerekmez. Çünkü yöneticinin yetkili olmasından dolayı genel zararın giderilmesi için söz konusu tasarrufları sahih olur. Aynı şekilde yola doğru meyilli olup yıkılmak üzere olan bir duvar yıkıldığı durumda can ve mal kaybına yol açmasını önlemek için sahibine zorla yıktırılır ve böylece zarar giderilir.²¹⁵

ı- Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izale olunur (Mecelle 27. Madde)

Yani zararın derece bakımından ondan daha hafif olan diğer bir zarar ile giderilmesi meşrudur. Örneğin bir kimsenin yüz kuruşluk altını diğer bir kimsenin hokkasına düşse, altının hokkadan kırılmaksızın çıkarılması mümkün olmasa altın sahibi o kimseye hokkanın on kuruşluk bedelini ödeyerek cebren o hokkayı istimlak edebilir, kırıp altınını çıkarabilir.²¹⁶

ii- İki fesat tearuz ettikde ehaffın irtikâbı ile a'zamn çaresine bakılır (Mecelle 28. Madde)

Yani, biri büyük diğeri küçük olmak üzere iki fesâd karşılaştığında, küçük olanı işleyerek büyük olanın giderilmesi çaresine bakılır. Bunu şöyle açıklamak mümkündür: Bir kimse iki suçtan birini işlemeye mecbur kalırsa, küçük olanını işleyerek büyük olanını terk eder. Çünkü mecbur kalmadıkça harama yaklaşmak caiz olmayıp, büyüğünü işlemek ise zaruri değildir. Ancak (mecbur kılınan) fesâdlar eş değerde olursa herhangi birisi işlenebilir.²¹⁷

²¹³ Ali Haydar Efendi, I, 49.

²¹⁴ Ali Haydar Efendi, I, 53.

²¹⁵ Ali Haydar Efendi, I, 54-55.

²¹⁶ Ali Haydar Efendi, I, 55-56.

²¹⁷ Ali Haydar Efendi, I, 56.

j- Ehven-i şerreyn ihtiyâr olunur (Mecelle 29. Madde)

Yani iki şerden hafif olanı tercih edilir. Bu madde, önceki 28. maddeden sadece ibare ve unvan bakımından farklıdır. Örneğin bir kimse iki şerden yani meşru olmayan iki işten birisini işlemeye mecbur olduğunda hangisi ehven ve fenalığı az ise onu seçer ve diğerini terk eder.²¹⁸

G. Örf-Âdet

1. Örf ve Âdet'in Sözlük ve Terim Anlamı

a. Örf'ün Sözlük ve Terim Anlamı

Örf (العرف) sözlükte, adet, gelenek, insanlar arasında iyi telakki ve kabul olunan adetler, akl-ı selimin iyi gördüğü şey, akıllıların şهادetiyle yaygın bir hal alıp, tab'an kabul edilen ve iyi görülen herhangi bir şey gibi anlamlara gelir.²¹⁹ Fıkhi bir terim olarak örf, hakkında nass bulunmayan bir konuda asl olarak kabul edilen, insanların muamelat bakımından sürekli bir şekilde yapageldikleri ve işlerinin düzgün gitmesini sağlayan uygulamalardır. Örf, fıkıh usulüne dâhil sayılır ve Hz. Peygamber'in “*Müslümanların güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir.*”²²⁰ hadîsi buna işaret eder.²²¹ Her tarafta geçerli ve koyucusu belli olmazsa örf-i âmm, bir mahalle mahsus, belli bir gruba ait bulunursa örf-i hâss adını alır.²²² Örf ve âdet kelimeleri, İslâm hukukunda aynı manada kullanılır. Yani, birbirinin müradıfıdır. “Teâmül” ve “İsti'mâl” de aynı manada kullanılmaktadır.²²³

b. Âdet'in Sözlük ve Terim Anlamı

Âdet sözlükte, ayrıldığı şeye tekrar dönmek, rucû etmek manasına gelen “avd” ve “avdet” mastarından yapılan bir isimdir. Bir şeyi yapmaya alışmak manası-

²¹⁸ Ali Haydar Efendi, I, 56.

²¹⁹ Erdoğan, Mehmet, Örf mad., s. 464.

²²⁰ Ahmed b. Hanbel, **Müsned**, I, 379.

²²¹ Ebû Zehra, s. 234.

²²² Erdoğan, Mehmet, Örf mad. s. 464.

²²³ Ali Haydar Efendi, I, 63; Şener, Mehmet, s. 105.

na gelen “itîyâd” da buradan gelmektedir. Aynı kökten gelen “muâvede”, bir işin başına dönmek, bir şeyi âdet edinmek anlamına gelir.²²⁴

Fıkhî bir terim olarak ise âdet, içe/öze yerleşen ve sağlam tabiata göre makbul olup tekrarlanan işlerden ibarettir. Âdet lafzı bir şeyin defalarca tekrar edilmesini yani, yapılan bir şeyin tekrar avdetini gerektirir ki tekrar ve avdet o şeyin rastgele ve tesadüf olma ihtimalini ortadan kaldırır. Âdet, Muâvede (المعاودة) kökünden alınmış olup, bir şeyin tekrar etmesi ve bir kere vuku bulduktan sonra tekrar vâki olması sebebiyle içte ve akılda karar kılması (içe ve akla yerleşmesi) ve kabul görmesi demektir. Bu manasıyla âdet, farklı mefhumlar olmalarına rağmen örfle aynı manaya gelmektedir.²²⁵ Kısaca, selim tabiatlarca kabul gören ve tekrar edile-edile nefislerde karar kılan işlere âdet denir.²²⁶,

1. Ali Haydar Efendi’nin Örf ve Âdet Anlayışı

Ali Haydar Efendi’ye göre, hakkında nass vârid olmayan şer’î bir hükmü ispat ve istihraç için örf ve adet hakem kılınır. Yani, örf ve adet gerek âmm ve gerekse hâss olsun şer’î bir hükmü ispat için hakem kılınır. Hakkında nass bulunan konularda nass terkedilerek örf ve âdete başvurulmaz. Nass örfe mukaddemdir. Dolayısıyla daha düşük olan örf ve adet sebebiyle daha öncelikli olan nass terkedilmez.

Örf ve adet ikiye ayrılır. İlki; örf-i âmm, örf-i hâss ve örf-i şer’î olmak üzere üç kısımdır. Örf-i âmm: çoğunluğun örfüdür ki bu, sahabe döneminden günümüze kadar geçen süreçte ümmetin teamül haline getirdiği ve müçtehitlerin aleyhine söz söylemeyip -kıyâsa aykırı olsa bile- kendisiyle amel ettikleri hakkında nass ve delil bulunmayan konulardır. Fukahâ bu tür örfü kabul etmiş ve nass bulunmadığı durumda örfün “icmâ” mesabesinde olduğunu söylemiştir. Örf-i hâss: Bir konuyu her farklı gurubun farklı ıstılah eylemeleri demektir. Örf-i hâss ile hükm-i hâss (o bölgeye mahsus şer’î hüküm) sabit olsa da aynı hüküm başka bir beldede geçerli olmaz. Yani, örf-i hâss ile genel hüküm oluşmaz. Örf-i şer’î: Namaz, zekât ve hac lafızlarında olduğu gibi bir lafzın şer’î manasında kullanılıp lügavî manasının terkedilmesidir. Ni-

²²⁴ Şener, s.104.

²²⁵ Ali Haydar Efendi, I, 60.

²²⁶ Bilmen, Ömer Nasûhî, **Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu** (I-VIII), Bilmen Yayınevi, İstanbul, ty., I, 17.

tekim “salât” Arapça ’da dua, “zekât”, tezkiye ve “hac” da kasd anlamına gelmektedir ve bu manalar terkedilmiştir. Örf-i âmm ile örf-i hâss arasında hükmen fark vardır. Şöyle ki, örf-i âmm ile hükm-i âmm (genel hüküm) gerçekleşir. Mesela bir kimse, ‘falan kimsenin evine ayağımı basmam’ diye yemin ettiğinde ayak basmanın bir lügat bir de örf-i âmm manası vardır. Lügat manası çıplak ayağı koymaktır. Örf-i âmm manası ise, eve girmektir. Bu sözün lügat manasını terk edip örf-i âmm manasını kastederek yemin eden bir kimse ayak basmamaya yemin ettiği kimsenin evine ister yürüyerek ve isterse bir bineğe binerek girse yeminini bozmuş olur. Aksi halde evine girmeden yalnız ayağını koysa örfen eve girmemiş olacağından yeminini bozmuş olmaz. Ancak örf-i hâss ile hükm-i hâss (özel hüküm) gerçekleşir, hükm-i âmm (genel hüküm) gerçekleşmez. Yani, o örfün bulunduğu yer ile sınırlı kalır. Mesela, gelirleri hayır yolunda harcanmak üzere koyun, keçi ve inek ile cihâdda kullanmak üzere beygir (at), katır vb. hayvanları vakfetme âdeti bulunan bir belde, böyle bir uygulama (adet) geçerli iken, bu tür bir âdetin bulunmadığı başka bir belde aynı adet (söz konusu menkullerin vakfı) geçerli değildir.²²⁷

Ali Haydar Efendi’ye göre, örfün diğer (ikinci) taksimatı da şöyledir: Bu taksimatta örf, örf-i amelî (uygulamalı örf) ve örf-i kavli (sözlü örf) olmak üzere iki kısımdır. Mesela, bir bölgede buğday ekmeği ve koyun eti yemek amelî (uygulamalı) bir örftür. Dolayısıyla bir kimse başka birine “Benim için ekme veya et al” dese o kimse (memur) ancak buğday ekmeği ve koyun eti alabilir. Çavdar veya mısır ekmeği yahut deve veya at eti alamaz. Alır ise, aldıkları kendi üzerinde kalır ve bedelini tazmin etmek zorunda kalır. Örf-i kavli (sözlü örf) de bir beldenin bir lafzı bir manada anlamalarıdır ki o lafzı işiten kimsenin aklına başka bir mana gelmez. Bu örfe Hanefiler ve Şafiiler âmm-ı muhassas (özelleştirilmiş âmm) derler. Binaenaleyh, bir kimse başka bir kimseye “on altına benim için falanın atını satın al” dese, o kimse (memur) o atı ancak o belde anlaşılan örneğin on adet Osmanlı altını mukabilinde satın alabilir. Yoksa altın “lafz-ı âmm” (genel lafız) yani, İngiliz lirasına da şamildir diyerek on adet İngiliz altını mukabilinde satın alamaz. Aksi halde at kendi üzerinde kalır ve atı kendisinden almasını isteyen (amirine) veremez.

²²⁷ Ali Haydar Efendi, I, 61-63.

Sözün özü, hakkında nass bulunmayan konularda bir hükme varmak için örf ve âdete müracaat edilir. Hakkında nass bulunmayan konulardaki şer’î hüküm, insanların amelidir.²²⁸

Ali Haydar Efendi Mecelle’nin 39. maddesine “**Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz.**” dayanarak, örf ve âdete dayalı ahkâm-ı cüz’iyyenin zaman değiştikçe insanların ihtiyaçlarına, örf ve âdetlerde meydana gelen değişikliklere bağlı olarak değişebileceğini savunur. Ancak, zamanın değişmesi ile ahkâm-ı külliye (İslâm’ın değişmeyen umde ve esasları) değişmez. Dolayısıyla örf ve âdete dayalı ahkâm-ı cüz’iyye ile nassa dayalı ahkâm-ı külliye birbirine karıştırmamak gerekir.²²⁹

Ali Haydar Efendi’ye göre, örf ve âdete hukukî değer kazandıran şartlar yani, örf ve âdetin geçerli olmasının şartları üçtür: 1- Örf ve âdetin nassa aykırı olmaması.²³⁰ 2- “(Âdet) ve örf (ancak muttarıd yahut gâib) ve vakt-i telaffuza muttasıl ve mukârin (oldukda muteber olur.)” maddesinde (Mecelle madde 41) ifade edildiği üzere, Örfün devamlı ve halen tatbik ediliyor olması. Yani örfün evveliyatının bulunması ve çoğunlukla tatbik edilmesidir.²³¹ 3- Örf ve âdetin aksini gerektiren bir söz ya da fiilin bulunmaması. Ali Haydar Efendi bunu Mecelle’nin 13. Maddesine “(Tasrîh mukâbelesinde delâlete) ve kezâ örfe (i’tibâr yoktur.)” dayandırmıştır. Ona göre serâhat (açıklama) delâletten güçlüdür. Örneğin, âdet gereği bir şeyi yapmaya izinli olan bir kimseden bu izin kaldırıldıysa artık delalet-i hâl (âdet) ile olan izin ortadan kalkar.²³²

²²⁸ Ali Haydar Efendi, I, 62.

²²⁹ Ali Haydar Efendi, I, 65-66.

²³⁰ Ali Haydar Efendi, I, 61.

²³¹ Ali Haydar Efendi, I, 68-69.

²³² Ali Haydar Efendi, I, 42.

H. Sedd-i Zerâyi'

1. Sedd-i Zerâyi'nin Sözlük ve Terim Anlamı

Zerâi', zerâ kelimesinin çoğuludur. Sözlükte Zerâ (الزريعة), bir şeye vesile ve vasıta olan şeydir. Terim olarak ise; maslahat olan bir şeyi, mefsedet olan bir şeye vasıta kılmaktır.²³³

“Sedd” ise kapamak, tıkamak demektir. Seddi zerâyi' aslında yasak olmayan bazı yolların, kötülöklere götürmesi nedeniyle kapatılmasıdır.²³⁴

Esasen hükümlerin vârid olduğu yerler ikiye ayrılır: a) Maksadlar; bunlar maslahat ve mefsedetleri teşkil ederler. b) Vesîleler; bunlar da maslahat ve mefsedetlere yol açan şeylerdir ve hüküm bakımından vasıta oldukları şeylere benzerler. Harama vasıta olan haram, helale vasıta olan helaldir. Zerâyi' ile amel edilmesi ve ona sebep olduğu neticeye göre hüküm verilmesi, Kitâb ve Sünnet ile sabittir. Burada fiillerin sonuçları göz önüne alınırken fâilin niyetine bakılmamaktadır; fiil, sebep olduğu neticeye göre övölmekte veya kınanmaktadır. İşte bu maksatla Kur'an'da, “müşriklerin Allah'tan başka yalvardıklarına sövmeyin ki, onlar da bilmeyerek aşırı gidip Allah'a sövmesinler.”²³⁵ buyurularak putlara sövölmesi yasaklanmıştır. Hâlbuki putlar batıl olduğuna göre, onlara sövmek, batılı batıl ile karşılamaktır.²³⁶

Sedd-i zerâyi'in önemi, şer'i hükümlerin belirlenmesinde ortaya çıkar. Buna göre, yasama organı, insanların topluma zarar verici sonuçlara vasıta kıldığı bazı mübah fiilleri yasaklayabilir ve onlara bu kapıyı kapayabilir. Bu ilkeye göre esasen mübah olup da kötölöğe yol açan birçok durumun yasaklanması ve önlenmesi mümkündür. Fakat yasaklanan bu mübah fiilin gerçekten kötölöğe yol açtığıının bilinmesi gerekir, yoksa öyle olduğuunun sanılması yeterli değildir. Yine bu mefsedetin şer'an yasaklanmış durumlardan olması gerekir; aksi halde bu tür yasaklama daha büyük mefsedete yol açabilir ki, o da insanların sıkıntıya düşürölmesi ve gereksiz konan yasaklarla baskı altına alınmasıdır. Zira İslâm hukukunda sedd-i zerâyi ilkesi benim-

²³³ Hanbelî, Şâkir, **Fıkıh Usûlü**, Ter. Mustafa Yıldırım, İzmir İlahiyat Faköltesi Yayınları, İzmir, 2010, s. 315.

²³⁴ Erdoğan, “Seddi Zerâi'” mad., s.498.

²³⁵ En'am, 108.

²³⁶ Ebû Zehra, s. 246.

sendiği gibi, sıkıntının giderilmesi (def'u'l-meşakka) ilkesi de bu hukukun temel ilkelerindendir.²³⁷

2. Ali Haydar Efendi'nin Seddi Zerâyî Anlayışı

Ali Haydar Efendi'nin sedd-i zerâî anlayışı Mecelle'nin 21. Maddesine (Zaruretler memnu' olan şeyleri mübah kılar) binaen 28-31. maddelerinin şerhi bağlamındaki açıklamalarına şöyle yansımıştır:

“İki fesâd taarruz ettikde chaffı irtikâb ile a'zamının çaresine bakılır.” (Mecelle 28. Madde). Bir kimse, iki fesattan birini yapmaya mecbur olduğu takdirde hafif olanını yaparak büyük olanını terk eder. Ancak, fesatlar eşit ise herhangi birini irtikâb edebilir.²³⁸

“Ehveni şerreyn ihtiyar olunur.” (Mecelle 29. Madde). Yani bir kimse, iki şerden, diğer bir ifadeyle meşru olmayan iki işten birini işlemeye mecbur olursa hangisi ehven ve fenalığı az ise onu tercih edip diğerini terk eder.²³⁹

“Def-i mefâsid celb-i menâfi'den evlâdır.” (Mecelle 30. Madde). Bir menfaat ile bir mefsedet taarruz ettiğinde, yani bir kimse menfaat sağlayacak bir iş işleyecek olsa, bu iş bir mefsedetin işlenmesine yol açacaksa o mefsedet işlenmesin diye söz konusu menfaati terk etmek evladır. Ancak menfaat, mefsedetten daha büyük olur ise Mecelle'nin 27-29. maddeleri ahkâmınca, menfaat tarafı gözetilerek mefsedetnin vukuuna bakılmaz. Örneğin, yalan söylemek bir mefsedettir. Ancak iki hasmın arasını bulmak ondan daha büyük bir menfaattir. Dolayısıyla iki şahsın arasını bulmak için yalan söylenebilir.²⁴⁰

“Zarar bi-kaderi'l-imbân def” olunur. (Mecelle 31. Madde). Yani zarar, mümkün olduğu nispette meşru dairede def ve izale olunur. Örneğin bir kimse, bir malı gasb ve istihlâk etse, o kimse üzerine onun mislini vermek lazım gelir. Şayet o malın misli bulunmadığı takdirde tazmin ve gasb anındaki kıymetini ödemesi gerekir. Böylece kişiye verilmiş olan zarar tazmin ettirilerek, def ve izale edilmiş olur.²⁴¹

²³⁷ Şa'bân, s. 206-207.

²³⁸ Ali Haydar Efendi, I, 56.

²³⁹ Ali Haydar Efendi, I, 56.

²⁴⁰ Ali Haydar Efendi, I, 57.

²⁴¹ Ali Haydar Efendi, I, 57.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALİ HAYDAR EFENDİ VE FIKHİ GÖRÜŞLERİ

I. ALİ HAYDAR EFENDİ VE İCTİHÂD

A. İctihâdın Sözlük Ve Terim Anlamı

İctihâd kavramının kökü olan “cehd” ya da “cühd” (الجُهد و الجُهد) sözlükte takat ve meşakkat anlamına gelir. Cim harfinin fethasıyla cehdin (الجُهد), meşakkat, cühdün (الجُهد) de güç ve takat getirmek anlamına geldiği söylenmiştir. Ayrıca cühdün insan için olduğu ve insana sıkıntı ve keder veren şey anlamına geldiği de söylenmiştir.

“Ce-he-de yec-he-dü” (جهد - يجهد) fiilinin iftiâl babına nakledilmesiyle elde edilen ictihâd (الإجتهد), tekellüf içindir ve sözlükte “kişinin (herhangi bir konuda) bütün güç ve takatini sarf edip doğacak meşakkate katlanması” anlamına gelir. Nitekim “re’y ve görüşümü fikrederek yani düşünerek yordum” anlamında (جهت رأيي) denilmiştir.¹

Terim anlamı ise; fakîhin/müctehidin hakkında nass bulunmayan şer’î bir meseleyi, fer’î (ikinci derecede) bir delil ile kesin veya zannî olarak çözümlemek için bütün bilgi ve kudretini ortaya koymasısıdır. Hakkında nass bulunan konularda ictihâd edilemeyeceğinden dolayı “*Nihâyetü’n-Nihâye*”² isimli kitapta denilmiştir ki: “Bir konuda müctehidin ictihâdına aykırı sahih bir hadis tespit olunursa söz konusu hadisin hükmüyle amel edilir. Böyle bir hadis ile amel eden bir kimse bu ameliyle taklit ettiği müctehidin mezhebine muhalefet etmiş ve onun mezhebinden çıkmış olmaz. Müctehid imamlar da bu görüştedir.”³

Daha açık bir ifadeyle ictihâd, Fakîhin şer’î amelî hükümleri mufasssal delillerinden çıkarabilmek için olanca gücünü ortaya koymasısıdır. İctihâd, nassların bulunmadığı yerlerde kıyâs, istihsân, maslahat, İstishâb vb. yollarla yapılır. Nassların bu-

¹ Râğıb el-İsfahânî, s. 101; Ali Haydar Efendi, I, 43.

² Tam adı, *Nihâyetü’n-Nihâye fî Tahrîri takrîri’l-Hidaye* olan bu eser Ebu’l-Fazl İbnu’s-Şihne’nin Burhaneddin el-Merğînânî’nin *el-Hidaye* adlı fıkıh kitabının şerhi mahiyetindeki kitabıdır.

³ Ali Haydar Efendi, I, 43-44.

lunduğu zaman ve yerlerde ise, onları anlamak, yorumlamak, sözlerin maksûd ve medlûllerini tayin etmek usûl ve yolları ile yapılır.⁴

B. Ali Haydar Efendi'nin İctihâd Anlayışı

1. İctihâd İle İlgili Esaslar

Ali Haydar Efendi'ye göre İslâm, hukukun değişmeyen umde ve esaslarını belirlemiş, değişmeye müsâit olan teferruâtı da örf ve âdet ile ictihâda bırakmıştır.⁵

a- Nassın bulunduğu yerde/konuda ictihâda yer yoktur.

Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin 14. maddesinde ifadesini bulan “**Mevrîd-i nass'da İctihâda mesağ yoktur.**” hükmünü; “Hakkında nass (âyet ve sahih sünnet) bulunan bir konuda o nassın hilafına (o nassa aykırı olarak) müctehidlerin ictihâd etmeleri şer'an caiz değildir.” şeklinde şerh etmiştir. Ona göre Mecelle'nin bu maddesi “*Mecâmiu'l-Hakâik*”te⁶ zikredilen (لا مساعً للاجتهااد في مورد النص): “Nassın bulunduğu yerde/konuda ictihâda yer yoktur.” fıkıh kaidesinin tercümesidir. Devamen, “hakkında şer'î nass bulunan bir konuda kullar için onu değiştirmek söz konusu değildir. Nassa aykırı olarak yapılan ictihâda itibar edilmeyeceği gibi onunla amel de edilmez. Çünkü kıyâs ve ictihâdın sıhhatinin şartı, o konuda nass bulunmamasıdır.” demiştir.⁷

Örneğin, Müddeînin iddiasını ispat etmekle, inkâr edenin de (müddeâ aleyh) yemin etmekle mükellef olduğuna dair nass (hadis) bulunmaktadır. “Delillendirmek müddeî için, yemin etmek de inkâr eden içindir”⁸ hadisi bu anlamdadır. Bu hadise aykırı olarak müddeînin yeminle mükellef olduğu yönünde ictihâd yapılamaz. Aynı şekilde bir kimsenin malının başka biri tarafından gasb, itlâf ve rüşvet yoluyla alınması veya birinin diğerini haksız yere öldürmesi nass ile yasaklanmıştır. Hal böyle iken bu nasslara aykırı olarak bir kimsenin malının başka biri tarafından gasb, itlâf ve

⁴ Erdoğan, Mehmet, s.226.

⁵ Ali Haydar Efendi, I, 48, 65.

⁶ Osmanlı âlimi Ebû Saîd el-Hâdimî'nin (ö. 1176/1762) fıkıh usulüne dair eserinin adıdır.

⁷ Ali Haydar Efendi, I, 43.

⁸ Buhârî, Tefsir, 3; Müslim, Akdiye, 1; Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed b. Hüseyin b. Ali, **es-Sünenü'l-Kübrâ** (I-XI), thk: Muhammed Abdülkadir Atâ, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, ed-Da'vâ ve'l-Beyyinât, 1, X, 427, (21201 numaralı hadis).

rüşvet yoluyla alınmasının ya da birinin diğerini haksız yere öldürmesinin caiz olduğu yönünde ictihâda mahal yoktur.⁹

b- Müctehidin ictihâdına aykırı sahih bir hadis bulunursa ictihâd terkedilir.

Ali Haydar Efendi'ye göre müctehidin ictihâdına aykırı sahih bir hadis ortaya çıktığında ictihâd terkedilerek söz konusu hadisin hükmü ile amel edilir. Mezhep imamının ictihâdını terk ederek kendisine ulaşan sahih bir hadis ile amel eden bir mezhep saliki bu davranışıyla kendi mezhebine karşı çıkmış olmayacağı gibi men-supluğunu yitirmiş olmaz.¹⁰

Bunun anlamı: ‘Bir müctehid, bir konuda sahih bir hadis bulunmasına rağmen herhangi bir sebeple bu hadisin kendisine ulaşmamasından dolayı ictihâd etse, daha sonra gerek kendisine ve gerekse tâbîsine söz konusu sahih hadis ulaşsa her ikisi de ictihâda dayalı hükmü terk ederek hadis ile amel ederler’ demektir. Çünkü şer’î deliller hiyerarşisinde ilk iki sıra kitâp ve sünnete aittir. Hakkında nass (kitâp ve sahih sünnet) bulunan hiçbir konuda ictihâda ya da örf ve adet gibi diğer fer’î delillere mahal yoktur.

2. Mezhepler Arasında Hadisi Anlama Farklılığından Kaynaklanan İctihâd Farklılıkları

Herhangi bir konuda hakkında sahih hadis bulunmasına rağmen mezhepler arasında hadisi anlama ve mânâlandırma farklılığından kaynaklanan ictihâd farklılıkları ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, (الْمُتَبَايعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا)¹¹ hadisine Şafiîler “satıcı ve alıcı alışveriş mekânından ayrılmadıkça yani bedenlen ayrılmış olmadıkça icab ve kabulden (alışveriş tamamlandıktan) sonra her biri alışverişten vazgeçme hakkına sahip olur.” manası verirken Hanefîler; “satıcı ve alıcıdan herhangi biri satış akdini icab ederse yani bir öneride bulunursa meclis söz ile dağılmadıkça diğeri muhayyerdir. İster teklifi kabul eder, isterse reddeder.” manası vermişlerdir. Kısaca, hadisteki ayrılmayı Şafiîler bedenlen ayrılmak, Hanefîler ise söz ile ayrılmak manası vermişlerdir. Hadis ile meclis muhayyerliği sabit olmasına

⁹ Ali Haydar Efendi, I, 44.

¹⁰ Ali Haydar Efendi, I, 44.

¹¹ Buhârî, Buyû’, 44; Müslim, Buyû’, 10; Malik, **Muvatta’**, Buyû’, 38.

rağmen Hanefîlerin meclis muhayyerliğinin bulunmadığını söylemeleri, hakkında nass bulunan bir konuda o nassa aykırı icthâd ettikleri gibi görünmektedir. Hâlbuki bu doğru değildir. Zira Hanefîler yukarıda ifade edildiği üzere hadisi Şafîîler gibi mânâlandırmamışlardır. Onlara göre hadiste meclis muhayyerliğinden (bedenen meclisten ayrılmak) değil, akdi sonlandırmaktan söz edilmektedir. Dolayısıyla kabul ve vazgeçme muhayyerliği her iki taraf için de söz konusudur. Fakat meclis muhayyerliği yoktur. Akit meclisinde icâb ve kabul yapılıncâ tarafların vazgeçme hakkı olmaz.¹²

a- Hakkında nass vârid olmayan bir şer’î hükmü isbât için örf ve âdet hakem kılınır.

Ali Haydar Efendi, Mecelle’nin 36. maddesini (**Âdet muhakkemdir. Yani hüküm-i şer’îyi isbât için örf ve âdet hakem kılınır.**) “hakkında nass vârid olmayan bir şer’î hükmü isbât ve istihrâc için örf ve âdet hakem kılınır.” şeklinde şerh etmiştir. “hakkında nass vârid olmayan” ifadesine özellikle vurgu yapmış ve bunu şöyle izah etmiştir. “Çünkü hakkında şer’î nass bulunan bir konuda o nassın iktizası üzere hareket ve hükmetmek zarûrî olup, nass terkedilerek âdete başvurulamaz. Zira kullar için, nassları değiştirmek gibi bir hak yoktur. Örf ve âdet, batıl üzere olabileceğinden nass örf ve âdetten daha öncelikli ve güçlüdür. Şer’î nassın ise bâtil üzere olma ihtimali yoktur.”¹³

Ali Haydar Efendi’ye göre Mecelle’nin 76. maddesi “**الْبَيِّنَةُ لِلْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**”¹⁴ (Delillendirmek müddeî için, yemin etmek de inkâr eden içindir.) hadisinden tercüme edilmiştir. Bu hadisin bazı ahkâmı aklen ve bazısı da şer’an bilinir. Şöyle ki; delillendirmenin müddeî/iddia makamından istenmesi iddianın dava açmakla gerçekleşmiş olmayacağına delalet eder. Dava açmak sadece haber niteliği taşır ve bu haber doğruya da yalana da muhtemeldir. Dolayısıyla iki emre muhtemel olan şey hüccet olmaz. Bu, hadisin ahkâmının aklen bilinen kısmıdır. Müddeî ise iddiasını (açtığı davayı) delillendirerek ispat ettiği takdirde davayı kazanabilir. Bu da hadisin ahkâmının şer’an bilinen kısmıdır. Yani bir konuda dava açmak davanın doğru ve müddeînin haklı olduğunu göstermez. İddianın/davanın doğru ya da yanlış olabilme

¹² Ali Haydar Efendi, I, 44, 157.

¹³ Ali Haydar Efendi, I, 66.

¹⁴ Buhârî, Tefsir, 3; Müslim, Akdiye, 1; el-Beyhakî, **es-Sünenü’l-Kübrâ**, ed-Da’vâ ve’l-Beyyinât, 1, X, 427, (21201 numaralı hadis).

ihtimalinden dolayı şeriat müddeiden iddiasını delillendirmesini ister. Müddeî iddiasını delillerle ispat ettiği takdirde davayı kazanabilir. Mesela bir kimse diğer bir kim-seden alacağını olduğunu iddia etse ve o kimse de bunu inkâr etse, alacaklı olduğunu iddia den kimseye iddiasını ispat lazım gelir. İspat edemediği takdirde isterse karşı taraf yemin ettirilir.¹⁵

İmam Ebû Yusuf'a göre nass (hadis) örf, âdet ve teamüle dayalı olursa bu durumda örf, âdet ve teamüle itibar edilir. Nass (hadis) örf, âdet ve teamüle dayalı değil (vahye dayalı) ise nassa itibar edilir. Örneğin, altın ve gümüşün tartıyla, buğday, arpa, hurma ve tuzun ölçüyle alınıp satılması hakkında şer'î hüküm vârid olmuştur. İmam-ı Azam Ebû Hanife ve İmam-ı Muhammed'e göre bu malların alım satımında nassa (hadis) itibar edilir. Dolayısıyla, buğdayın buğday karşılığında alınıp satılmasında her ikisinin de aynı ölçüde olmaları şartı aranır. Buna riayet edilmeyip tartıda eşitliğe riayet edilse alım satım ya da değişim caiz olmaz. Aynı şekilde altın ve gümüşün de tartıyla değil, ölçüyle alınıp satılması caiz değildir. Ebû Yusuf'a göre bu altı eşyadan altın ve gümüşün tartıyla, buğday, arpa, hurma ve tuzun ölçüyle alım satımının yapılabileceğini emreden nass (hadis),¹⁶ Asr-ı Saadetteki örf, âdet ve teamüle dayanılarak vaz' olunmuştur. İşte bu tür örf, âdet ve teamül ile sabit olan nassın hükmü örf, âdet ve teamülün değişmesiyle değişeceğinden bu husustaki nassa (hadis) değil, örf, âdet ve teamüle itibar edilir. Bu aynı konuda nassa aykırı olan örf, âdet ve teamül ile amel olmayıp, belki nassı (hadis) te'vil etmekten ibarettir. Zamanımızda altın ve gümüş damgalı olsun olmasın Asr-ı Saadet'te olduğu gibi tartıyla alınıp satıldığı gibi arpa ve buğday da ölçüyle alınıp satılmaktadır. Vakıa şudur ki; damgalı olan altın ve gümüş (tartılmaksızın) insanlar arasında adet gereği alınıp satılmaktadır. Bunun sebebi; onlar üzerinde tartı işareti olarak damga bulunmasıdır. Yoksa altın ve gümüş zamanımızda sayıyla alınıp satılır olmuş değildir. Hatta silik olanların sarraflarca kabul edilmemesi, bunların tartıyla alınıp satılır olmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte zamanımızda tuz ve hurmanın alım satımının tartılarak yapılması söz konusu imamın (Ebû Yusuf) ictihâdına (mezhebine) dayanmaktadır. Yağ, şeker ve un gibi mallar hakkında bunların alım satımının ölçü ile yapılması gerektiğine dair

¹⁵ Ali Haydar Efendi, I, 102-103.

¹⁶ Müslim, Müsâkât, 81; Ebu Davud, Buyu' 18; Ahmed b. Hanbel, V, 314, 320; Tirmîzî, Buyu', 23.

nass (hadis) bulunmakla birlikte bunların alım satımında örf, âdet ve teamül ile muamele etmek uygun olur.¹⁷

b- İctihâd ile şartlarına riayet edilerek yapılan diğer bir ictihâd nakz olunamaz.

Mecelle'nin 16. Maddesinde; “(İctihâd ile) şurûtunu câmi’ olan diğer (ictihâd nakz olunmaz)” de ifade edildiği gibi ictihâd ile şartlarına riayet edilerek yapılan diğer bir ictihâd nakz olunamaz (bozulamaz). Bunun üç sebebi vardır. Birincisi; ikinci ictihâd ilk ictihâddan daha güçlü değildir ki onu bozsun. İkincisi; ictihâd ile ictihâd bozulsa bu, hiçbir hükmün sabit olmaması anlamına gelir. Bunda ise meşakkat vardır. Üçüncüsü de; ümmetin icmâsı bunun yani, ictihâd ile ictihâdın bozulmaması üzerine yoğunlaşmıştır. Hattı zatında Mecelle'nin bu maddesi (**الْإِجْتِهَادُ لَا يُنْقَضُ**) **دَلِيلُهَا الْإِجْمَاعُ**) diye mezkûr olan kaidenin tercümesidir.

Bir müctehid bir meselede evvela bir türlü ictihâd ederek onunla amel ettikten ve bir hadisede bu ictihâda göre hükmettikten sonra, ilk ictihâdı değiştirerek aynı meselede ikinci olarak başka türlü ictihâd etse evvelki ictihâd ile vuku bulan amel ve hükmü bozulmaz. Aynı şekilde bir müctehid bir hadisede bir türlü ictihâd ve hükmettikten sonra aynı hadisede diğer bir müctehid başka bir şekilde hükmetse evvelki müctehidin hükmü bozulmaz. Hülâsâ bir müctehidin ictihâdını bizzat kendisi bozmayacağı gibi, diğer bir müctehid de bozamaz. Çünkü Mü'minlerin Emîri Hz. Ebu Bekir'in bazı konulardaki ictihâdlarına vermiş olduğu hükümlerine Hz. Ömer muhalefet ettikleri halde daha sonra hilafet makamına geçtiklerinde Hz. Ebu Bekir'in ictihâdlarına dayalı olan hükümlerini bozmamıştır. Binaenaleyh müctehid olan bir hâkim bir meselede vuku bulan bir ictihâdına binaen bir şey ile hükmettikten sonra ilk ictihâdını değiştirip, ikinci kez başka türlü ictihâd etse önceki hükmünü bozup feshedemez. Ancak başka bir vakıada hükmedecek olduğunda ikinci defadaki ictihâdı ile hükmeder çünkü müctehidin re'yini değiştirmesi “İntisâhu'n-Nass” mesabesinde olduğundan dolayı onunla yani ikinci ictihâd ile geçmişe yönelik hükmler olmayıp gelecekte amel edilir. Nitekim Hz. Ömer bir hadisede bir türlü, diğer bir hadisede başka türlü hükmetmiş, bunun sebebi sorulduğunda “ **تلك كما قضينا وهذه كما نقضي** ” “o gün öyle hükmettiğimiz gibi bugün de böyle hükmediyoruz.” Yani, ikisi de sevaptır buyurmuştur.

¹⁷ Ali Haydar Efendi, I, 64-65.

Örneğin, bir hâkim bir kimsenin bir husustaki şهادetini fâsıklığına binaen reddetse daha sonra o şahit tövbe ederek fâsıklığını giderdikten sonra o hususta bir daha şهادet ettiğinde bu ikinci şهادetini kabul edemez. Çünkü bu, ictihâdın ictihâdla bozulması demek olur. Rivayet olunur ki Hz. Ömer işlerinin yoğunluğundan dolayı mahkeme işlerini Ebu'd-Derda hazretlerine havale etmiş o da bir davada biri aleyhine hükmetmiştir. Aleyhine hükmedilen kişi bunun üzerine Hz. Ömer'e mürâcât ve şikâyetle bulunduğunda Hz. Ömer, “ Ben Ebu'd-Derda yerinde olsaydım senin lehine hükmederdim” buyurması üzerine aynı kişinin “lehime hükmetmende ne mani var” sorusuna cevaben Hz. Ömer, “bu konuda nass bulunmamaktadır. Re'y ise müşterektir.” Yani, “iki re'yden birinin diğeri üzerine meziyet ve üstünlüğü yoktur” buyurmuştur.

Ali Haydar Efendi'ye göre “ictihâd ile bütün şartlarını taşıyan diğeri bir ictihâd bozulmaz” kaidesinin istisnası, yeni ictihâdın kamunun maslahatına/faydasına daha elverişli olmasıdır. Bu durumda yeni ictihâd ile öncekinin bozulması caiz olur.¹⁸

II. ALİ HAYDAR EFENDİ VE FERÂİZ

A. Ferâiz'in Sözlük Ve Terim Anlamı

İlm-i ferâiz, İslâm Hukuku'nun mühim bir kısmını teşkil eden ve irse müteallik bulunan bir takım meselelerin, kaidelerin müdevven heyetidir. Bu, “ölünün terikesine taalluk eden haklardan ve terikenin muayyen sehimler üzere taksiminden bahsedilen bir ilimdir” diye tarif olunur. Bu haklardan maksat, ölünün teçhiz ve tekfininden, borçlarını kazadan, vasiyetlerini tenfizden, mütebaki terikesini de vârisleri arasında taksimden ibarettir.

Ferâiz, farz lafzından müştak olan farîzanın cem'idir. Farz, lügatte takdir, beyan, cüz'üşşey manasınadır. İstilahda, vâris için mukadder nasîb, îfâsı nâs ile sarihan beyan olunan herhangi bir fariza demektir. Farîzada takdir olunmuş şey, miktarı muayyen hissei irsiyye, tarafı ilahiden îfâsı kat'iyen beyan buyurulan vazife manasındır. Ferâiz tabiri, vârislerin hisselerini bildiren ilim manasında da müstameldir.¹⁹

¹⁸ Ali Haydar Efendi, I, 45-46.

¹⁹ Bilmen, V, 207.

B. Ali Haydar Efendi'nin Ferâiz Anlayışı

Ali Haydar Efendi'nin Ferâiz anlayışını, “Teshîlü'l-Ferâiz” isimli eseri üzerinden ele alacağız. Teshîlü'l-Ferâiz, bir mukaddime ile on beş bab ve bir hâtimedden oluşmaktadır. Bu başlık altında, Teshîlü'l-Ferâiz'in mukaddime kısmını ayrıntılı ele aldıktan sonra, on beş bâb'ın mevzularını vermekle yetineceğiz.

Mukaddime; Ferâiz ilminin tarifi, kaynakları, mevzuu, gâyesi, erkânı ve mirasın şartlarını beyan eder.²⁰

Ali Haydar Efendi, ferâiz ilmini şöyle tarif etmiştir: “Fıkıh ve hesaptan şu usul ve kavâid ilmidir ki onunla herkese yani mesela her varis ve borçlunun terekeden²¹ olan hakkı bilinir.”²²

Ferâiz ilminin kaynakları, dört şer'î delilin üçüne dayanmaktadır. Birincisi Kur'an-ı Kerim'dir ki kız çocuğu, koca ve zevcenin payları buna dayanır. İkincisi sünnettir ki, Nebi (s.a.v) bir hadiste şöyle buyurmuştur: “Ninelere 1/6 veriniz” Oğlun kızı ile ninenin yani anneannelerin hisseleri de sünnete dayanır. Üçüncü şer'î delil icmâdır. Buna göre, baba ile ölen oğlun oğlu, oğul gibi miras alır. Oğul ile ölen oğlun kızı, kız gibi miras alır.²³

Ferâizin konusu, terekeler olduğu gibi gayesi de terekeleri gerçek sahiplerine ulaştırmaktan ibarettir. Ferâiz ilminin erkânı ise üçtür. Bunlar; varis, mûris ve hakk-ı mevrûstur. Örneğin Zeyd ölünce, otuz altınlık malı ile oğlu Amr ve kızı Zeynep kalmıştır. Amr ve Zeynep varis, Zeyd Mûris ve otuz altınlık malı hakk-ı mevrûs olur.²⁴

Ferâiz ilminin konu edindiği irsin/mirasın şartı üçtür.

Birincisi, mûrisin ölmesidir ki bu üç şekilde olur. 1- Mûrisin zahiren ve haki-katen vefat etmesidir. 2- Hükmen vefat etmesidir. 90 yıldır kayıp olduğu için hâkimin vefatına hükmettiği kimse buna örnek olarak verilebilir. 3- Takdiren ölümdür. Örneğin ana rahminde ölen ceninin ölümü gibi. Buna, ğurre (çocuk düşürme veya buna sebep olma cezası) gerekir. Bu ceninin hayatının takdiri olmasının sebebi, onun annesinden diri olarak doğmamasıdır.

²⁰ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 2.

²¹ Tereke, eşyayı metruke manasına gelip, üzerinde başkasının herhangi bir hakkı bulunmayan, ölenin geride bıraktığı (menkul, gayr-i menkul) mallar demektir, Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 5.

²² Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 2.

²³ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 2-3.

²⁴ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 3.

İkincisi, Mûrisin ölümü sırasında varisin hayatta olması gerekir ki bu da iki şekilde olur. 1- Varisin hakikaten sağ olması 2- Varisin hükmen sağ olması. Doğmamış bebek gibi. Varisin ölüm tarihi meçhul olursa da irs/miras yoktur. Harkâ,²⁵ hedmâ²⁶ ve ğarkâda²⁷ olduğu gibi.

Üçüncüsü, yakınlık, evlilik ve velâ gibi irs cihetinin bilinmesidir. Yani hâkimin, bir kimsenin diğer bir kimseye varis olduğuna hükmedebilmek için o kimsenin hangi açıdan o kimseye varis olduğuna hükmetmesidir.²⁸

1. Bâb: Ölünün terekesine taalluk eden dört hakkı beyan eder.²⁹

2. Bâb: Mirasın sebebi, vârislerin sınıfları, terkeye müstehak olanlar ve mirasa mâni olan şeyleri beyan eder.³⁰

3. Bâb: Furûz-ı mukaddere (Âyet ve hadislerle hakları belirlenmiş hisseler) ile bunların sahipleri ve Ahvâl-i Erbaîni (kırk hal) beyan eder.³¹

4. Bâb: Asabeleri (Baba tarafından olan akrabalar) beyan eder.³²

5. Bâb: Furûzun (belirlenmiş hisselerin) cins ve mahreçleri (yani terekeden varislere düşen hisseleri ihâta eden miktar) beyan eder.³³

6. Bâb: Ferâizin çeşitleri ve avliye meselelerini beyan eder.³⁴

7. Bâb: Tashîh-i mes'ele ve terekenin taksimini beyan eder.³⁵

8. Bâb: Tehâruc (varislerden birinin veya bir kaçının terekeden bir muayyen miktar mal alarak mirastan çekilmesi için diğer varisler ile sulh olması) beyan eder.³⁶

9. Bâb: Zevi'l-furûz'a reddi beyan eder.³⁷

10. Bâb: Münâsaha beyanındadır.³⁸

11. Bâb: Tevrîs-i zevi'l-erhâm beyanındadır.³⁹

²⁵ Harkâ, aralarında akrabalık bulunan fertlerden ateşler içinde kalıp yanarak ölmüş kimselerdir, Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 229.

²⁶ Hedmâ, aralarında akrabalık bulunan fertlerden yıkılan bir bina altında kalanlardır. Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 229.

²⁷ Ğarkâ, aralarında akrabalık bulunan fertlerden bir gemide bulunup geminin batmasıyla boğulan kimselerdir. . Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 229.

²⁸ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 3-5.

²⁹ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 8.

³⁰ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 16.

³¹ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 39.

³² Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 76.

³³ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 92.

³⁴ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 96.

³⁵ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 102.

³⁶ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 128.

³⁷ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 133.

³⁸ Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz**, s. 140.

12. Bâb: Hüsnâ meselelerini beyan eder.⁴⁰

13. Bâb: Haml (hamileliğe) dair meseleleri beyan eder.⁴¹

14. Bâb: Mefkûd (kayıp kimse) hakkındaki meseleleri beyan eder.⁴²

15. Bâb: Ğarkâ (aynı aileden bir gemide boğulan fertler ki hangisinin önce öldüğü bilinmez), Hedmâ (aralarında akrabalık bulunan fertlerden yıkılan bir bina altında kalanlar) ve Harkâ (aralarında akrabalık bulunan fertlerden aynı zamanda yanarak ölenler) beyanındadır.⁴³

Hâtime; milk yahut vakıf olan akarlar, arâzî-i mîriyye ve çiftliklerin irs ve intikali beyanındadır.⁴⁴

III. ALİ HAYDAR EFENDİ VE MEFKÛD

A. Mefkûd'ün Sözlük Ve Terim Anlamı

Mefkûd lügatte, bir şeyin var iken yok olması, kaybolması anlamına gelen (الفقْد) fiilinin ism-i mefûlüdür.⁴⁵ İstilahî manası ise; bulunduğu mekân ve ölüp ölmediği bilinmeyen kaybolmuş kimse demektir. Dolayısıyla kaybolmuş olmakla birlikte hayatta olduğuna dair haber bulunan kimseye mefkûd denilmez. Ali Haydar Efendi'ye göre Fukaha, mefkûdeyi yani yukardaki gibi kaybolan kadını ayrıca zikretmemişlerdir. Çünkü mefkûd konuları, erkek ile kadın arasında ortak olan hükümlerendir.⁴⁶

B. Ali Haydar Efendi'nin Mefkud Anlayışı

Ali Haydar Efendi mefkûda müteallik bazı fikhî ıstılahları şöyle açıklamıştır: Kayyım, Mefkûdün mallarını koruma, insanların zimmetinde bulunan haklarını kabz ve şeriata uygun olarak mefkûdün mallarında tasarruf etmek için hâkim tarafından

³⁹ Ali Haydar Efendi, *Teshîlü'l-Ferâiz*, s. 147.

⁴⁰ Ali Haydar Efendi, *Teshîlü'l-Ferâiz*, s. 203.

⁴¹ Ali Haydar Efendi, *Teshîlü'l-Ferâiz*, s. 211.

⁴² Ali Haydar Efendi, *Teshîlü'l-Ferâiz*, s. 222.

⁴³ Ali Haydar Efendi, *Teshîlü'l-Ferâiz*, s. 229.

⁴⁴ Ali Haydar Efendi, *Teshîlü'l-Ferâiz*, s. 231.

⁴⁵ Râğıb el-İsfahânî, *Müfredât Kur'an Kavramları Sözlüğü*, s. 1149.

⁴⁶ Ali Haydar Efendi, *Risale-i Mefkûd*, Mukaddime mesele I, (Ahmed Akgündüz İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Özel Hukuk-I, II, 105 içinde)

tain edilip görevlendirilen kimsedir. Mûsî, bir şeyi vasiyet eden kimsedir ki o şeye “mûsâ bih” denilir.⁴⁷

Ali Haydar Efendi’ye göre mefkûd hakkında iki hüküm vardır ki birincisi, istishâb ile mefkûdün hayatta olduğuna hükmedilmesidir. Çünkü mefkûdün, kaybolmadan önce hayatta olduğu kesin olarak bilindiğinden, aksi açık olarak ortaya çıkmadıkça yaşadığına yorumlanır. Dolayısıyla mefkûdün kendisine zarar verecek olan hükümlerde hayatta olduğuna itibar olunur. Söz konusu bu hükümler, mefkûdün ölümünün kesinliğine bağlı olan hükümlerdir. Binaenaleyh, mefkûdün eşi başka biriyle evlenemez, eşi ile arası ayrılamaz, malları varisleri arasında taksim edilemez ve kiralama işlemleri feshedilemez. Mefkûd, başkası hakkında ölü kabul edilir. Özetle mefkûde faydalı, başkasına zararlı hükümlerde mefkûd ölü kabul edilir. Söz konusu hükümler mefkûdün, sağ olduğuna bağlı olan hükümlerdir. Buna göre, mefkûdün kayıp olduğu esnada vefat eden ve kendisine miras bırakan kimseye mirasçı olamaz. Aynı şekilde mefkûde yapılan vasiyet de durdurulur. Yani, söz konusu mefkûdün vasiyete müstehak olup olmadığına şimdiden hükmedilemeyip, daha sonra sağ olduğu zahir olursa vasiyet edilen şeyi alır. Hayatta olduğu ortaya çıkmayıp da ölümüne hükmedilirse vasiyet edilen şey, vasiyet edenin mirasçılarına iade edilir.⁴⁸

Mefkûd hakkındaki ikinci hüküm; Gelecekte (vefat etmesi halinde ortaya çıkacak) olan hükümdür. Mefkûd’un vefatı iki şekilde olur. Birinci şekli hakikaten vefatıdır. Hakikaten vefatı, şahitlikle ile sabit olur. Şöyle ki, mefkûd’ün bir kimsenin yanında emanet malı yahut bir kimsede alacağı bulunduğu vârisi, emanet verilen den emaneti veya borçludan borcu talep ve iddia edebilir. Mesela: mefkûd’un oğlu babasının borçlusundan “Babamın vefatıyla sendeki şu kadar kuruş alacağı bana miras kaldı, ver.” diyerek iddia etse ve borçlu da alacağı ikrar etmekle beraber ölümü inkâr ettiğinde (oğlu,) iki şahit ile ispat ettiği zaman hakikaten ölümü sabit olur.⁴⁹ İkinci şekli hükmen vefatıdır ki, Mefkûd doğum anından itibaren doksan yaşını tamamladığı zaman vefatına hükmolunur. Zira bu vakitten sonra yaşamak nadir olup, Mecellenin 42. maddesinde açıklandığı üzere “Nadire itibar yoktur.” İşte zikredilen hükümde olduğu gibi, hüküm vaktinden itibaren eşi, vefat iddetini tamamladıktan sonra başka bir kişi ile evlenebileceği gibi, mefkûd’un malları da bu vakitte mevcut

⁴⁷ Ali Haydar Efendi, Risale-i Mefkûd, II, 106.

⁴⁸ Ali Haydar Efendi, Risale-i Mefkûd, II, 106.

⁴⁹ Ali Haydar Efendi, Risale-i Mefkûd, II, 114.

olan vârisleri arasında paylaştırılır. Bu tarihten önce vefat eden kimseler bundan hisse alamazlar. Mefkûd, kaybolma vaktinden sonra vefatıyla hükmolunduğu zaman arasında geçen sürede vefat eden, kendisine miras bırakan kimseye mirasçı olamaz. Bu konuda güya kaybolduğu vakitte vefat etmiş gibi kabul edilir.⁵⁰

IV. ALİ HAYDAR EFENDİ VE NAFAKÂT

A. Nafakât'ın Sözlük Ve Terim Anlamı

Nafaka, “el-infâk” kelimesinden gelir ve “çıkarma” anlamındadır. Sadece hayırda kullanılır. Çoğulu “nafakât”tır. Lügatte, insanın ailesine harcadığı şeyler hakkında kullanılır. Şer’î manası ise; kişinin geçimini üstlendiği kimselere yiyecek, giyecek ve mesken teminidir. Örfen yiyecek; ekmek, katık ve içecekleri, giyecek; örtü ve üstlüğü, mesken ise ev eşyası, örfe göre su ve aydınlatma yağı, temizlik aleti ve hizmetçi ücretini kapsar. Nafaka iki kısımdır. Birincisi; insanın gücü yetmesi halinde kendisi için gereken nafakadır. Bunu başkalarından önceye alır. İkincisi de insana başkası için gereken nafakadır.⁵¹

B. Ali Haydar Efendi'nin Nafakât Anlayışı

Bu başlık altında, Ali Haydar Efendi'nin 634 maddeden oluşan “Nafaka Kanunu” isimli eserinin hareketle onun nafaka konusundaki bazı görüşlerini ve örneklemelerini ele alacağız.

1. Nafakanın Sebepleri ve Nafalara Ait Genel Kaideler

a- Ali Haydar Efendi'ye göre, nafakayı gerektiren sebepler üçtür. Bunlar; evlilik, akrabalık ve mülktür (köle ve cariyeye sahip olmak). Dolayısıyla bir yabancıнын diğer bir yabancıya nafaka vermesi gerekmez. Mesela baba, oğlunun eşine nafaka vermeye mecbur değildir. Aksi de böyledir.⁵²

⁵⁰ Ali Haydar Efendi, Risale-i Mefkûd, II, 115.

⁵¹ Vehbe, Zuhaylî, X, 78-79.

⁵² Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 22.

b- Evlilikten maksat; kadının sahih bir nikâh ile zevce olmasıdır. Dolayısıyla kocaya, fasit bir nikâh ile nikâhlananın nafakası zevç üzerine gerekmez.⁵³

c- Gayri müslimlerin nikâhlanmasının sıhhati, kendi mezheplerine/dinlerine göredir ve nafakayı gerekli kılar. Binaenaleyh bir gayri Müslim şer'an (İslâm şeriatına göre) kendisine haram olan bir kadın ile evlense, zevce zevcinden nafaka talep etse hâkim tarafından nafaka takdir edilir. Kadının muharramâtta biri olması sebebiyle "nikâh ve nafaka lazım değildir" denilemez. Hatta böyle iki kişi bilahire Müslüman olsalar bunların İslâm şeriatına aykırı olan söz konusu nikâhı feshedilemez.⁵⁴

d- Din farkı zevcenin, onun usûl ve furu'unun nafakasına mani değildir. Binaenaleyh Müslüman koca, Müslüman olmayan zevcesine infaka mecbur olduğu gibi bir Müslüman, Müslüman olmayan ana-baba, dedeler, nineler ve bunların usûlü ile evlat ve torunlarına infaka dahi mecburdur. Bu durumun aksi dahi aynı hüküm kapsamındadır. Yani bir gayri müslim, Müslüman olan ana-babasına, dedesine, ninesine evladına ve torunlarına nafaka vermeye mecburdur.⁵⁵

e- Akrabaların nafakayı hak etmesi varislik sıfatına bağlıdır. Binaenaleyh din farkı, bir önceki maddede söz konusu edilen kimselerden akraba olmayanların nafakasına manidir. Mesela bir gayri müslim üzerine, müslüman kardeşinin nafakası lazım olmayacağı gibi, müslüman bir kadın üzerine gayri müslim kardeşinin nafakası dahi vacip olmaz.⁵⁶

f- Din farkı, müslim ve gayri müslim olmakla olur dolayısıyla İslâm fırkaları arasında din farkı yoktur. Şîi bir zengin, akrabası olan bir sünniye nafaka vermesi gerekir. Sapık fırkalar Müslüman sayılamayacağından bundan müstesnadır.⁵⁷

g- Gayr-i müslimler tek millet sayılırlar. Dolayısıyla aralarında miras ve nafaka ilişkisi bulunur. Örneğin bir Hristiyan, Yahudi olan fakir biraderinin nafakasını vermeye mecbur olduğu gibi aksi de böyledir.⁵⁸

h- Gayr-i müslim bir yabancı, gayr-i müslim olan yabancı eşi ile birlikte eman/izin verilerek (müste'min) İslâm memleketine dâhil olduktan sonra, söz konusu

⁵³ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 22-23.

⁵⁴ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 23.

⁵⁵ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 23-24.

⁵⁶ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 24.

⁵⁷ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 24.

⁵⁸ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 24.

kadın/eş hâkime müracat ederek kocasından nafaka talep etse, her ikisi de Müslüman olmadıkça hâkim nafaka takdirinde bulunamaz.⁵⁹

1- İnkıta-ı ismet nafakaya manidir. Binaenaleyh eşlerden biri dar-ı harpten Müslüman olarak dar-ı İslâm'a gelse, peşinden de eşi gelse, bu kişinin söz konusu kadına nafaka vermesi gerekmez.⁶⁰

i- İhtilâf-ı dâr (farklı ülkelerin vatandaşı olmak) nafakaya manidir. Örneğin, bir Müslüman ya da zımmî, ecnebi bir ülkenin vatandaşı olup gayri müslim olan ebeveynine nafaka vermeye mecbur değildir.⁶¹

2. Akrabaların Nafakası Hakkında Bazı Kaideler

a- Usûl ile furû arasındaki akrabalar için nafakanın gerekliliği hakikat-i irs (soy veya nikâh ile olan akrabalık) ile değil miras ehliyeti ile sabittir. Dolayısıyla bir fakirin dayısıyla amcasının oğlu bulunsa, bu fakirin nafakası hasran dayısına düşer.⁶²

b- Usûl ile furû arasındaki akrabalıkta nafakanın gerekliliği doğum hakkı sebebiyledir. Dolayısıyla nafaka, verasetten kaynaklanmaz.⁶³

c- Nafakayı gerektiren akrabalık, nafaka verecek bir tek kimsenin kalmasıyla olur. Yani bir kimseden başka nafaka verecek kimse bulunmaz ise nafakanın gerekliliğinin şartlarını taşıdığı takdirde bütün nafaka bu kişi üzerine düşer.⁶⁴

d- Bir kimse üzerine usulünün nafakasının gerekli olması için bunların fakir bulunması yeterlidir. Kazanmaktan aciz bulunmaları şart değildir. Bununla birlikte bir kimse üzerine usulünün dışındaki kimselerin nafakasının lüzumunda o kimselerin hem fakir, hem küçük, hem de değişik sebeplerle kazanmaktan aciz bulunmaları gerekir. Örneğin bir kimse, bâliğ olup kazanmaktan aciz bulunmayan oğluna nafaka vermeye mecbur değildir.⁶⁵

⁵⁹ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 24-25.

⁶⁰ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 25.

⁶¹ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 25.

⁶² Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 42.

⁶³ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 42.

⁶⁴ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 42-43.

⁶⁵ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 43.

e- Akrabalık, karâbet-i vilâdet (Usûl ile furû arasındaki akrabalık) ve karâbet-i gayri vilâdet (kardeşlik, amcalık/halalık ve dayılık/teyzelik gibi akrabalıklar) olmak üzere ikiye ayrılır.⁶⁶

f- Karâbet-i gayri vilâdet de iki türlüdür. Biri, karâbet-i muharrime li'n-nikâhtır ki, nikâhı tahrim eden karâbet demektir. Bu da kardeşlerin, amcaların, dayıların karabetlerine tekabül eder. Diğeri de karâbet-i gayr-i muharrime li'n-nikâhdır ki, nikâhı haram kılmayan karâbet demektir. Amca, hala, dayı, teyze çocukları arasındaki akrabalıklar gibi.⁶⁷

3- Eşin/Zevcenin Nafakası

a- Eşin/zevcenin nafakası, sadece kocasına/zevcine gerekli olur. Başkası nafakada ortak olamaz. Dolayısıyla küçük bir çocuğun evlendirilmesinde fayda bulunup yetişkin bir kız ile evlendirilse, söz konusu kocanın küçüklüğü sebebiyle kazanmaya muktedir olmadığı gibi malı dahi bulunmasa, zevcenin nafakası bu küçük kocanın babasına gerekmez.⁶⁸

b- Koca, zengin olmasına rağmen zevcesine nafaka vermekten kaçınsa, bu bir boşanma sebebi sayılmaz. Hâkim kocanın malını satarak zevcesinin nafakasına sarfeder. Ancak ev gibi asli ihtiyacı satılamaz. Bununla birlikte kocanın satılabilecek bir malı bulunmazsa hâkim nafakadan yerine kocayı hapseder.⁶⁹

c- Nafakanın lüzumunda koca açısından faydalanma gücü şartı aranmaz. Dolayısıyla koca eşinden faydalanamayacak kadar küçük olsa dahi ona zevcesinin nafakası gerekli olur.⁷⁰

d- Koca fakir olsa bile, bâliğ ve kazanmaya muktedir ise kazanarak eşine nafaka vermesi gerekir. Binaenaleyh bir kimsenin zevcesi zengin olduğu gibi kendisi de zengin olsa zevce, babası, diğer kocasından olan oğlu ve biraderi gibi kendileriyle evlenmesi haram olan kişilerden nafaka talep edemez.⁷¹

⁶⁶ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 43.

⁶⁷ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 43.

⁶⁸ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 48.

⁶⁹ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 48.

⁷⁰ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 49.

⁷¹ Ali Haydar Efendi, Nafaka Kanunu, s. 49.

SONUÇ

Ali Haydar Efendi, Osmanlı Devleti'nin Tanzimat sonrası yetiştirdiği, devletin yargı, eğitim ve fetva kurumlarında aktif görevler üstlenmiş önemli bir hukukçudur. Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin* hazırlanması, yürürlüğe konulması ve peşinden ta'dil edilmesi çalışmalarının yapıldığı bir dönemde yaşamıştır. Yani, yaşadığı dönem, devletin anayasal bir hukuk devletine dönüştürülmesi sürecine tekabül etmektedir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, ilk defa Halife Mansur Tarafından başlatılan, Ebussuud Efendi döneminde kısmen hayata geçirilen İslâm hukukunun, kanun hukukuna dönüştürülmesi aşamalarının en önemli halkası sayılır. Devletin, yazılı kanunlarla yönetilmesine yönelik olarak, Mecelle'nin meydana getirilmesi İslâm Hukuk Tarihi'nde bir iltir.

Ali Haydar Efendi, İslâm fikhını esas alarak Arazi Kanunnamesi ve Mecelle gibi hukuk şaheserleri vücuda getiren Ahmet Cevdet Paşa ve ekibi çizgisinde bir hukukçudur. O da Ahmet Cevdet Paşa gibi Batı kanun ve kurumlarının olduğu gibi alınması fikrine karşı çıkmış, İslâm fikhına dayalı yerli ve milli kanunların üretilmesini, yürürlüğe konulup uygulanmasını savunmuştur. Bu anlayışıyla o, iktibasçı değil istinbatçı bir hukuk adamıdır. Onun bu yönü, Mecelle üzerinde yaptığı çalışmanın/şerhin önemini bir kat daha artırmaktadır.

Mecelle'nin hazırlanmasındaki etkenlerden biri ve en önemlisi Batı'nın bir "medeni kanun" hazırlanması yolundaki tesir ve baskısıdır. Nitekim Tanzimat ve Islahat Fermanları da bu tesir ve baskının bir sonucu olarak hazırlanmış ve ilan edilmiştir. Ayrıca, Mecelle'nin hazırlanması, yürürlüğe konulup uygulanması, Fransız Medeni Kanunu'nun iktibas edilmesinin önüne geçilmesine yönelik bir faaliyet olarak da değerlendirilebilir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Osmanlı Ülkesinde 57 sene tatbik edilen İslâm fikhına dayalı ilk medeni kanundur. Ali Haydar Efendi de böyle bir kanunu şerh eden büyük bir hukuk adamıdır. O, Mecelleyi, başta Dâru'l-Fünûn Hukuk Mektebi ve Medresetü'l-Kuzât olmak üzere muhtelif eğitim kurumlarında ders olarak okutmuş, bu faaliyeti onu Mecelle'yi şerh etmeye sevk etmiştir.

Ali Haydar Efendi, Mecelle’de yer alan hükümleri şerh etmekle yetinmemiş, hükümlerin alındığı fıkıh kitaplarına, fetva mecmualarına ve risalelere atıflarda bulunmuş, Mecelle’de ele alınmayan bazı meseleleri de kitabına ilave etmiştir. Uygulamalardaki aksaklıklardan hareket ederek, zaman zaman Mecelle’yi tenkit etmiş, fıkıh kitaplarında bulunan bazı hükümleri kitabına taşımış, ihtilaflı konularda Mecelle’nin tercihini ön plana çıkarmıştır. *Dürerü’l- Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm* adlı eserinde Hanefî fikhını esas almakla birlikte kısmen Hanefî dışındaki mezhep imamlarının görüşlerine de yer vermiştir. Kitabının en dikkat çekici özelliği, Mecelle maddelerinin somutlaştırılmasına yönelik olarak günün şartlarına uygun örneklerle açıklanmış olmasıdır.

Dürerü’l- Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, Mecelle şerhlerinin en meşhuru ve kıymetlisidir. Bunun dışında Mecelle’nin bütününe kapsayan bütün hükümlerin kaynakları ve şer’î delillerinin bulunduğu daha geniş bir şerh yoktur. Ayrıca, Hanefî fikhının muamelata dair büyük bir hazinesidir.

Ali Haydar Efendi’ye göre fıkihta esas olan nass yani kitâp ve sahih sünnettir. Bir konuda nass-ı şârî bulunduğunda onun gerektirdiği şekilde hükmetmek ve hareket etmek gerekir. Zira kulların nassın hükmünü uygulamama hakkı yoktur. Nass, örf ve âdetten daha güçlüdür. Bunun sebebi, örfün bâtıla muhtemel olmasıdır. Nassın ise bâtıla muhtemel olması mümkün değildir.

Ali Haydar Efendi, icmânın hüccet/aslî delil olmasının sebep ve hikmetini, küllün yani bütün insanların yalan ve batıl üzerinde ittifak edemeyecek olmalarına dayandırmaktadır. Dahası ona göre, teâmül, örf ve âdetin hüccet olmasının sebebi dahi budur.

Ali Haydar Efendi’ye göre İstishâb bir hüccet-i müsbite (talep ve iddiayı ispata yarayan bir hüccet) olmadığından, onunla bir hüküm sabit olmaz. Zîrâ hükmün yokluğu delilin yokluğuna bağlı olup, yokluk delil bulunana kadar devam eder. Dolayısıyla mefkûd varis olamaz. Bununla birlikte İstishâb bir hüccet-i dâfi’a (talep ve iddiayı defetmeye yarayan bir hüccet)dir. Dolayısıyla kayıp kişinin vefatı usulü dairesinde tahakkuk etmedikçe ona kimse varis olamaz. Yani, kayıp kişi geçmiş zamanda hayat sahibi idi. Bundan dolayı hayattadır denilerek başkalarının ona varis olması engellenir.

Ali Haydar Efendi, bir genel kaide olarak alışverişte satılacak malın, mevcut olmasının şart olduğu, mevcut olmayan malların alım satımının batıl olduğu görüşünü savunmaktadır. Ancak, ona göre, bu genel kaideden istisna edilerek örf ve teamüle binaen istihsân gereği sahih ve caiz olan bir takım alışveriş örnekleri vardır. Örneğin gül ve enginar gibi çiçek türünden bitkilerle, birbiri ardınca yetişen sebze ve meyvelerin bazı kısımları ortaya çıkmadan diğer bazı kısımları gelip geçtiğinden, bu tür ürünlerin meydana çıkmış ve çıkacak olan bütününü toptan/birlikte satmak bir örf haline gelmiştir. Haliyle insanları buna benzer örf ve adetlerden vazgeçirmek mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla halkın muamelelerini fesada değil mümkün olduğunca sıhhatte yöneltmek gerekir.

Ali Haydar Efendi'ye göre, örf ve âdete dayalı ahkâm-ı cüz'iyeye zaman geçtikçe insanların ihtiyaçlarına, örf ve âdetlerden meydana gelen değişikliklere bağlı olarak değişebilir. Ancak zamanın değişmesi ile ahkâm-ı külliyye denilen iman esasları gibi hususlar değişmez.

Sedd-i zerâyî, harama vasıta olan şeyin haram, helale vasıta olan şeyin de helal olması esasına dayanmaktadır ve yasama organının elinde önemli bir araçtır. Buna göre yasama organı, insanların topluma zarar verici sonuçlara aracılık ettiği bazı mübah fiilleri yasaklayabilir. Bu ilke gereği esasen mübah olup da kötülüğe yol açan birçok mübah amelin yasaklanması ve önlenmesi mümkündür. Bunun şartı ise; yasaklanan bu mübah fiilin zannî olarak değil gerçekten kötülüğe yol açtığı bilinmesidir. Diğer taraftan, mefsetetin de şer'an yasaklanmış durumlardan olması gerekir. Aksi halde böyle bir yasaklama daha büyük mefsetete yol açabilir. Bu da insanların sıkıntıya düşürülmesi, konan gereksiz yasaklarla baskı altına alınması demektir. Zira İslâm Hukuku'nda sedd-i zerâyî ilkesi kadar def'u'l-meşakka/sıkıntının giderilmesi ilkesi de hukukun temel ilkelerindendir.

İctihâd, fakîhin/müctehidin hakkında nass bulunmayan şer'î bir meseleyi, fer'î (ikinci derecede) bir delil ile kesin veya zannî olarak çözümlemek için bütün bilgi ve kudretini ortaya koymasıdır. Hakkında nass bulunan konularda ictihâd edilemez. İslâm, hukukun değişmeyen umde ve esaslarını belirlemiş, değişmeye müsait olan teferruatı da örf, adet ve ictihâda bırakmıştır. Örneğin, “delillendirmek müddeî için, yemin etmek de inkâr eden içindir” hadisine istinaden müddeî iddiasını ispat

etmekle, müddeâ aleyh de yemin etmekle mükelleftir. Bu hadîse aykırı olarak müddeînin yeminle mükellef olduğu yönünde ictihâd yapılamaz.

Ali Haydar Efendi'ye göre mefkûd hakkında iki hüküm vardır ki birincisi, istishâb ile mefkûdün hayatta olduğuna hükmedilmesidir. Buna göre mefkûdün, kaybolmadan önce hayatta olduğu kesin olarak bilindiğinden, aksi açık olarak ortaya çıkmadıkça, bu, onun yaşadığına yorumlanır. Mefkûd hakkındaki ikinci hüküm ise; gelecekte (vefat etmesi halinde ortaya çıkacak) olan hükümdür. Mefkûd'un vefatı iki şekilde olur. Birinci şekli hakikaten vefatıdır. Hakikaten vefatı, şahitlikle ile sabit olur. İkinci şekli hükmen vefatıdır ki, Mefkûd doğum anından itibaren doksan yaşını tamamladığı zaman vefatına hükmolunur.

Ali Haydar Efendi, gerek Mecelle maddelerini şerh bağlamında ve gerekse Mecelle'de ve sair fıkıh kitaplarında bulunmayan konularda, güncel örnekler vermek suretiyle fıkhi görüşlerini açıklamıştır. Ali Haydar Efendi fikhî görüşlerini, İstanbul Hukuk Fakültesi hocası ve adliye vekili olarak, sadece teorik olarak ortaya koymakla kalmamış, bir İstinaf Mahkemesi başkanı, bir fetva emini olarak pratikte de uygulama fırsatını bulmuştur.

KAYNAKÇA

Ahmed b. Hanbel, **el-Müsned** (I-VI), nşr: Muhammed Fuad Abdülbâkî, Dâr-u Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.

Akgündüz, Ahmed, **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (no. 6), Diyarbakır, 1986.

Akgündüz, Ahmet, **İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı** (I,II,III), Osmanlı Araştırmaları vakfı, İstanbul, 2012.

Ali Haydar Efendi, Hoca Emin Efendizâde, **Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm (I-IV)**, çev: Raşit Gündoğdu-Osman Erdem, Osmanlı Yayınevi, İstanbul, ty.

Ali Haydar Efendi, **Nafaka Kanunu**, çev. Orhan Çeker, Osmanlı Kanunları Serisi 3, Ebru Yayınları, İstanbul, 1985.

Ali Haydar Efendi, **Muvazaa ve İstiğlâl**, sad. Sabri Erturhan, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı 5, 2005, ss. 267-296.

Ali Haydar Efendi, **Teshîlü'l-Ferâiz** (haz. İbrahim Coşkun), Nadir Eserler Kitaplığı/04 Fazilet Neşriyat, İstanbul, 2015.

Ali Haydar Efendi, **Şerhu'l-Kavâidi'l Külliye min Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm** (haz. heyet), Fazilet Neşriyat, İstanbul, 2017.

Atar, Fahrettin, **Fıkıh Usûlü**, M.Ü. İlâhiyât Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011.

Aydın, M. Akif, İslâm Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, Sayı 1., İstanbul, 2006, ss. 11-21.

Aydın, M. Akif, “İslâm Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, sayı 1, İstanbul, 2006, s. 11-21.

Aydın, M. Akif, “Ali Haydar Efendi, Küçük”, **DİA** (I-XLIV) TDV. Yayınları, İstanbul, 2013. II, 396-397.

Balcı, Muharrem, “Tanzimat’tan Günümüze Islah Resepsiyon ve Uyum Çalışmalarının Tahlili”, **Umran**, İstanbul, Mayıs, 2001, ss. 63-73.

Bilmen, Ömer Nasûhî, **Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu** (I-VIII), Bilmen Yayınevi, İstanbul, ty.

Bozkurt, Gülnihal, **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1996.

Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed b. Hüseyin b. Ali, **es-Sünenü’l-Kübrâ** (I-XI), thk: Muhammed Abdülkadir Atâ, Dâru’-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut, 2003.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, **el-Câmiu’s-Sahîh** (I-VIII), nşr: Muhammed Fuad Abdülbâkî, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.

Çögenli, M.Sadi, **Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar Efendi Bibliyografyası**, Fen-Edebiyat Fakültesi Yayını, Erzurum, 1990.

Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş’as es-Sicistânî, **es-Sünen** (I-V), nşr. Muhammed Fuad Abdülbâkî, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.

Ebû Zehra, Muhammed, **İslâm Hukuku Metodolojisi** (Fıkıh Usûlü), ter: Abdülkadir Şener, Fecr Yayınevi, Ankara, 1990.

Erdem, Sami, Türkçede Mecelle Literatürü, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, İstanbul, 2005, ss. 673-722.

Erdoğan, Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, Ensâr Neşriyât, İstanbul, 2010.

Gazzâli, Muhammed b. Muhammed, **el-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl** (I-II), çev: Yunus Apaydın, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1994,

Gözübenli, Beşir “Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle”, Ahmet Cevdet Paşa Vefatının 100. Yılına Armağan Sempozyumu, **TDV Yayınları**, Ankara, 1997.

Günay, Mehmet, Son Devir Osmanlı Hukukçusu Küçük Ali Haydar Efendi Hayatı, İlmi Faaliyetleri ve Eserleri, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 6, 2005, ss. 179-188

Habergetiren, Ömer Faruk, Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi ve Mefkûd Risâlesi, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı 22, 2013, ss. 493-516.

Hanbelî, Şâkir, **Fıkıh Usûlü**, Ter. Mustafa Yıldırım, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, İzmir, 2010.

İbn Mâce, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezid, **es-Sünen** (I-II), thk. Muhammed Fuad Abdülbâkî, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.

İbrahim, Mustafa, **el-Mu'cemü'l-Vasît**, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1989.

Karahasanoğlu, Cihan Osmanağaoğlu, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, **Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)**, Sayı:29, Ankara, Bahar 2011, ss. 93-124.

Karakılıç, Celâleddin, **Fıkıh Usûlü**, Lazer Ofset Matbaa, t.y.

Karaman, Hayreddin, **Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslâm Hukuk Tarihi**, İz Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Karaman, Hayreddin, **Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku (I-III)**, Ensar Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Karaman, Hayreddin, **İslâm Hukukunda İctihâd**, Ensar Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Malik b. Enes (179/795), **el-Muvatta'** (I-II), nşr: Muhammed Fuad Abdülbâkî, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.

Müslim, Ebu'l-Hüseyn b. Haccâc el-Kuşeyrî, **Sahîhi Müslim Tercüme ve Şerhi**(I-XI), Ter. Ahmed Davudoğlu, Sönmez Yayıncılık, İstanbul, 1983.

Müslim, Ebu'l-Hüseyn b. Haccâc el-Kuşeyrî (261/875), **el-Câmiu's-Sahîh (I-III)**, nşr: Muhammed Fuad Abdülbâkî, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.

Narin, İsmail, , **Ali Haydar Efendi'nin İlmî Şahsiyeti ve Eserleri**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

Önder, Muharrem, **Hanefî Mezhebinde İstihsân Anlayışı ve Uygulaması**, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2014.

Pekcan, Ali, **İslâm Hukukunda Gaye Problemi**, Ek Kitap Yayınları, İstanbul, 2012.

Râğıb el-İsfahânî, Hüseyin b. Muhammed b. Mufaddal, **el-Müfredât fî Ğarîbi'l-Kur'ân**, thk. Muhammed Seyyid Keylânî, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, ty.

Râğıb el-İsfahânî, **Müfredât Kur'an Kavramları Sözlüğü**, çev. Yusuf Türker, Pınar Yayınları, İstanbul, 2012.

Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebû Sehl, **Temhîdü'l-Füsûl li İlmi'l-Usûl (Usûlü's-Serahsî I-II)**, thk: Ebu'l Vefa el-Afgânî, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1993.

Şa'bân, Zekiyyüddîn, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, Ter. İbrahim Kâfi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2015.

Şener, Abdulkadir, **Kıyâs İstihsân İstıslah**, DİB. Yayınları, Ankara, 1971.

Şener, Mehmet, **İslâm Hukukunda Örf**, Öğrenci basımevi, İzmir, 1987.

Tirmîzî, Ebû İsâ, Muhammed b. İsa, **Sünen** (I-V), nşr: Muhammed Fuad Abdülbâkî, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.

Topçuoğlu, Ali Aslan, Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi'nin Hayatı ve Hukukçuluğu, **Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, sayı 28, ss. 329-350.

Türk ve Dünya Ünlüleri Ansiklopedisi (I-X), Anadolu Yayınları, 1983.

Ünal, Uğur, “Osmanlı Hukukçularından Büyük Ali Haydar Efendi (Hayatı ve Çalışmaları)”, **Ankara Üniversitesi Tarih Araştırmaları Dergisi**, c. XXVI, Sayı: 41, Ankara, (Mart) 2007, ss. 131-143.

Yavuz, Yunus Vehbi, “**İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsân ve İcmâ**”, Feyiz Yayınları, İstanbul, 2008.

Yayla, Mustafa, “Hâdimî, Ebû Saîd” **DİA** (I-XLIV), TDV. Yayınları, İstanbul, 1997, XV, 25-26.

Yıldırım, Mustafa, **Mecelle'nin Küllî Kâideleri**, İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları, İzmir, 2009.

Zekiyyüddin Şa'bân, **İslâm Hukuk İlmi'nin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)**, ter: İbrahim Kâfi Dönmez, TDV. Yayınları, Ankara, 2015.

Zerkâ, Mustafa Ahmed, **İslâm Hukuk Ekolleri ve Maslahat Prensibi**, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2007.

Zuhaylî, Vehbe, **İslâm Fıkhı Ansiklopedisi (I-X)**, Ter: Ahmet Efe, Nurettin Yıldız, Risale Yayınevi, İstanbul, 1990.

