

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MEHMED SAİD BEY'İN *AHKÂMU'L-BEY'*
Bİ'L-VEFÂ İSİMLİ RİSALESİ ÇERÇEVESİNDE
SON DÖNEM OSMANLISINDA HUKUKİ
TARTIŞMALAR

SELMAN KÜÇÜKSUCU

2501180422

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. NECMETTİN KIZILKAYA

İSTANBUL-2020

ÖZ

MEHMED SAİD BEY'İN *AHKÂMU'L-BEY' Bİ'L-VEFÂ*
İSİMLİ RİSALESİ ÇERÇEVESİNDE SON DÖNEM
OSMANLISINDA HUKUKİ TARTIŞMALAR

SELMAN KÜÇÜKSUCU

Osmanlı'nın son dönemlerinde tedvin edilen *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* isimli hukuk kitabının büyük bölümü muâmelat bahisleriyle alakalıdır. Bunlardan bir tanesi de Hanefî mezhebinde teorisi gelişen bey' bi'l-vefâ akdidir. Son dönem hukukçularından Mehmed Said Bey *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* risalesinde Mecelle'de zikredilen bey' bi'l-vefâ maddeleri arasında bir çelişki olduğunu belirtir. Bu maddeleri Hanefî mezhebi etrafında değerlendirerek açıklar ve hukuki neticesine dair bir görüş tercihinde bulunur.

Bu çalışmada bir çeşit Mecelle eleştirisi olarak değerlendirilen söz konusu risale o dönemde kaleme alınmış Mecelle'ye yönelik eleştiri ve tadiller kapsamında incelenmiştir. Ayrıca Hanefî mezhebinde teşekkül eden bey' bi'l-vefâ akdinin teorisine dair genel bir bilgi sunulmuş ve akdin hukuki niteliği hakkında iddia edilen görüşler değerlendirilmiştir. Son olarak ise, *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* risalesi müellifin eseri kaleme alış gerekçesi, yapısı, kaynaklar vd. birtakım başlıklar altında analiz edilerek esere dair genel bir bilgi sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Bey' bi'l-vefâ, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Mehmed Said Bey, Mecelle Eleştirileri.

ABSTRACT

**LEGAL DISCUSSIONS IN THE LAST PERIOD OF
OTTOMAN EMPIRE WITHIN THE FRAMEWORK OF
MEHMED SAID BEY'S *AHKÂMU'L-BAY' BI'L-WAFÂ***

SELMAN KÜÇÜKSUCU

The most parts of *Majalla al-Ahkâm al-Adliyye*, which is a law book written in the last century of the Ottoman Empire, are about the sections on the law of transactions. One of them is the bay' bi'l-wafâ contract, which has been developed within the Hanafi School of Law. Mehmed Said Bey, one of the jurists of the 19th century, states that there is a contradiction between the articles of bay' bi'l-wafâ mentioned in the *Majalla*'s Ahkâmû'l-bay' bi'l-wafâ part. He explains these articles by evaluating them around the Hanafi School and prefers an opinion regarding their legal consequences.

This treatise, which is considered as a critique of *Majalla*, was examined with respect to criticisms and amendments to *Majalla*. In addition, a general information about the theory of the bay' bi'l-wafa contract was presented and the opinions about the legal characteristics of the contract were evaluated. Finally, the treatise of the *Ahkâmû'l-bey' bi'l-vefâ* is analyzed and introduced in respect to the reason for the composition, its structure and sources.

Keywords: Bay' bi'l-wafa, Majalla-i Ahkâm-i Adliyye, Mehmed Said Bey, Critique of Majalla.

ÖNSÖZ

19. Yüzyıl Osmanlı Devleti açısından önemli değişikliklerin yaşandığı bir dönemdir. Bu değişiklikler hukuki, iktisadi ve sosyal hayatta gözlemlenmektedir. Modernitenin öncülüğünde gerçekleşen bu değişimlerden en önemlisi Osmanlı hukuk sisteminde fıkıhtan hukuka geçiş olarak isimlendirilen dönemde meydana gelen bazı yeniliklerdir. Bu bağlamda Avrupalı devletlerden etkilenecek kodifikasyon hareketleri başlamış ve *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* isminde resmi bir hukuk kitabı kaleme alınmıştır.

Mecelle, Hanefi mezhebi kaynaklarına dayanarak dönemin ihtiyaçlarını karşılamak üzere yazılmış hukuki bir metindir. İhtiyaçlardan dolayı ticaret ve yargı ile alakalı konulara daha fazla yer verilerek kaleme alınmıştır. Genellikle ticari meseleler mezhep içerisinde gelişmiş akit teorileri üzerinden açıklanmıştır. Hanefi mezhebinin önemli akitlerinden olan bey' bi'l-vefâ akdi de söz konusu kitap içerisinde yerini almıştır.

Bey' bi'l-vefâ akdi Hanefi mezhebi fakihleri tarafından fıkıh tarihi boyunca çeşitli şekillerde yorumlanmıştır. Mezheplerin teşekkülünden sonra meydana çıktığı için ilk kaynaklarda bu akit ile ilgili herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Daha sonra gelen fakihlerden bazısı bey' bi'l-vefâ akdini rehin akdine benzeterek rehin hükümlerinin uygulanacağını iddia ederken, bazıları ise sahih bir satış akdi olarak değerlendirmiştir. İlerleyen dönemlerde kavli-i câmi' görüşü ortaya çıkmış ve mürekkep bir akit olarak nitelendirilmiştir.

Bey' bi'l-vefâ akdinin hukuki niteliği açısından sahip olduğu bu ihtilaflı durum *Mecelle*'deki bey' bi'l-vefâ maddelerine de yansımıştır. Akitle alakalı bazı maddelerde rehin akdi olarak gösterilirken, başka bir madde de mürekkep bir akit olarak tanıtılmıştır. Bu durumu ortaya koymak üzere son dönem hukukçularından Mehmed Said Bey *Ahkâm-ı'l-bey' bi'l-vefâ* isminde bir risale kaleme almış ve *Mecelle*'deki maddeleri takip ederek dönemin ihtiyacına en uygun hükmün *kavl-i câmi'* olduğunu belirtmiştir. Bu görüşünü Hanefi mezhebi kaynaklarından istifade ederek ortaya koyan Said Bey, risalesinde *Mecelle* maddeleri arasında bulunan karmaşıklığı da ortadan kaldırdığını iddia etmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde Hanefi mezhebine göre bey‘ bi’l-vefâ akdinin çeşitleri, hukuki niteliği ve ortaya çıkış serüvenine dair birtakım analizler sunulmaktadır. Böylece akit hakkında genel bir bilgi verilmiştir.

İkinci bölümde ise Mehmed Said Bey’in risalesi bir çeşit Mecelle tenkidi niteliğinde kabul edildiği için Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’ye dair genel bilgiler verilmekle beraber yöneltile eleştiriler ve tadillerden bahsedilmiştir.

Üçüncü bölümde ise söz konusu risale genel yapısı, muhtevası, kaynakları açısından değerlendirilmiştir. Ayrıca risalenin son kısmına eklenen Cevdet Paşa’nın aynı konudaki risalesiyle mukayese edilerek latinizasyonu yapılmıştır.

Bu tezin yazılmasında ve son halini almasında farklı kişilerin ve kurumların desteklerini aldım. Her şeyden önce tez konusunun belirlenmesinden tezin tamamlanma sürecine kadar kıymetli vakitlerini ayıran danışman hocam Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya’ya; yüksek lisans döneminde devamlı istişarelerine müracaat ettiğim hocam Prof. Dr. Şükrü Özen’e; çalışmam esnasında bana ufuk açıcı yönlendirmelerde bulunan değerli dostum Abdullah Rıdvan Gökbel’e, tezimin farklı bölümlerini okuyup değerli katkılarda bulunan Arş. Gör. Batuhan Akartepe, Arş. Gör. Yavuz Selim Kol, Arş. Gör. Erkam Bulut ve Ömer Said Güler’e; yetişmemde büyük katkısı olan İSAR Vakfı yöneticilerine ve çalışanlarına; kütüphanesinden istifade ettiğim İSAM’ın değerli çalışanlarına şükranlarımı ifade etmek isterim. Ayrıca eğitim hayatım boyunca hep arkamda duran ve benden hiçbir desteği esirgemeyen ailem ile çalışmalarımı sabırla destekleyen eşim ve Ekrem Zahid’e teşekkür ederim. Çalışmamın bu alanda yapılacak çalışmalara mütevazî bir katkı sağlamasını temenni ederim.

Selman KÜÇÜKSUCU

2020, Üsküdar

İÇİNDEKİLER

ÖZ	İİ
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iİV
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR LİSTESİ	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM HANEFİ MEZHEBİNDE BEY' Bİ'L-VEFÂ

A. Bey' bi'l-vefânın Tanımı	9
B. Bey' bi'l-vefânın Rüknu Ve Şartları	12
1. İrade Beyanı	13
2. Akdin Konusu	14
3. Taraflar	15
C. Bey' bi'l-vefânın Çeşitleri	15
1. Bedel Karşılığında Bey' bi'l-vefâ	16
2. Borç Karşılığında Bey' bi'l-vefâ	17
D. Bey' bi'l-vefâ Akdinin Hukuki Niteliği	18
1. Rehin	18
2. Satış Akdi	22
3. Mürekkep Akit	26
4. Batıl	29
E. Bey' bi'l-vefâ Akdinin Tarihi Ve Ortaya Çıkış Nedenleri	30

İKİNCİ BÖLÜM MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE'YE YÖNELİK ELEŞTİRİ VE TADİLLER

A. Bir Hukuk Kodu Olarak Mecelle	35
1. Mecelle'yi Ortaya Çıkaran Sebepler	36
a. Hukuki İkilik	36
b. Hâkimlerin Yetersizliği	37
c. Avrupa'nın Baskısı	39
2. Mecelle'nin Hazırlanışı ve Tedvini	40
3. Mecelle'nin Muhtevası	44
B. Mecelle'ye Yönelik Eleştiriler	47
1. Seyyid Nesîb ve Mecelle'de Dönemin İhtiyaçlarına Uygun İctihadların Tercihi	48
a. Mecelle'de Şartlı Alış-Veriş (Bey' bi's-şart)	49

b. Eleştiriler	50
c. Değerlendirme	53
2. Celal Nuri ve Kanun İhtiyacımız	55
a. Eleştiriler	57
b. Değerlendirme	59
3. Mustafa Asım ve <i>Mecelle</i> Meselesi	62
a. Eleştiriler	63
b. Değerlendirme	65
4. Genel Değerlendirme	66
C. <i>Mecelle</i>'ye Yönelik Tadil Çalışmaları	67
1. Kânûn-i Medenî ve Hukûk-ı Aile Komisyonu	69
2. Tadil Komisyonu.....	70
3. Kânun-i Medenî Ukûd ve Vacibât Komisyonu	71
4. Ahkâm-ı Şahsiyye Komisyonu	73
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
MEHMED SAİD BEY'İN <i>AHKÂMU'L-BEY' Bİ'L-VEFÂ</i> RİSALESİ	
A. Mehmed Said Bey	75
B. <i>Ahkâmu'l-Bey' bi'l-vefâ</i> Risalesinin Tahlili.....	77
1. Eserin Genel Yapısı ve Muhtevası.....	78
a. Telif Sebebi ve Konusu.....	78
b. Dil ve Üslûb	80
c. Tertib.....	81
2. Eserde Kullanılan Kaynaklar	82
3. <i>Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ</i> Risalesinin Fıkıh Literatüründeki Yeri	85
4. Eserin Genel Değerlendirmesi	87
5. Cevdet Paşa ve Mehmed Said Bey'in Risalelerinin Karşılaştırılması	93
C. Risalenin Latinizasyonu	98
SONUÇ.....	112
KAYNAKÇA.....	117

KISALTMALAR LİSTESİ

bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
çev.	:Çeviren
DİA	:Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
DFHFM	:Dâru'l-fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuâsı
Ed.	:Editör
Haz.	:Hazırlayan
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuâsı
İSAM	:İslam Araştırmaları Merkezi
İSAR	:İstanbul Araştırma ve Eğitim Vakfı
M.K.	:Medeni Kanun
No:	:Numara
nr:	:Hadis Numarası
ö.	:Ölüm
r.a.	:Radıyallahu anh
s.a.v.	:Sallallahu aleyhi ve sellam
s.	:Sayfa
sa.	:Sayı
SBE	:Sosyal Bilimler Enstitüsü
TALİD	:Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi
t.y.	:Tarih yok
TDV	:Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	:Tahkik eden
vr.	:Varak numarası
Yay	:Yayınları, Yayını, Yayınevi
y.y.	:Yer yok

GİRİŞ

1. Konunun Önemi ve Sınırları

Müslümanlar tarih boyunca iktisadi ihtiyaçlarını karşılamak adına aralarında çeşitli sözleşmeler uygulamışlardır. Bu sözleşmelerden kimisi İslam'dan önce var olan uygulamaların devamı niteliğinde olmaktadır, kimisi düzenlenmiş veya yeniden ihdas edilmiş niteliktedir. Hz. Peygamber'in (s.a.v.) vefatından sonra da gelişmeye devam eden hukuk sistemi dinamik yapısını korumuş ve farklı dönemlerde Müslümanlar tarafından yeni uygulamalar meydana gelmiştir. Fakihler tarafından çizilen şer'î sınırların dışına çıkmamak kaydıyla bu uygulamalar Müslümanlar arasında kabul edilmiştir.

Bey' bi'l-vefâ akdi, mezheplerin teşekkülünden kısa bir süre sonra İslam Medeniyeti'nin önemli merkezlerinden sayılan Mâverâünnehir bölgesinde ortaya çıkmış ve bölge fakihleri tarafından tartışılmaya başlanmış bir akitir. Ortaya çıktığı dönemden 20. yüzyıla kadar hakkında farklı hükümler beyan edilen söz konusu sözleşme çeşidi, aynı zamanda başta Osmanlı Devleti olmak üzere İslam hukukunun câri olduğu devletlerde de uygulamaya girmiş ve tarih boyunca fakihler tarafından bu akit hakkında farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir.

19. Yüzyıl'ın önemli hukuk eserlerinden ve fıkıh tarihi açısından yeni bir döneme geçişin ürünü olan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'nin büyük bir kısmı akitler ve şer'î muâmelelere ayrılmıştır. Dolayısıyla bu maddeler içerisinde bey' bi'l-vefâ akdine dair maddeler bulunmaktadır. Tamamıyla Hanefi mezhebine ait hükümlerin bulunduğu *Mecelle* 'de bey' bi'l-vefâ akdi Hanefi mezhebinde biriken görüşler ve Osmanlı uygulamasında elde edilen tecrübeler ışığında ele alınmıştır.

Mecelle 'de zikredilen bey' bi'l-vefâ maddeleri genel itibarıyla değerlendirildiği zaman bir çelişki ortaya koymaktadır. Bu akdin doğurduğu hukuki neticeye dair tarih boyunca birden fazla yorum ortaya koyulması *Mecelle* heyetinin bu akitle alakalı tedvin edilen maddelerde bir karışıklığa düşmesine sebebiyet vermiştir. Son dönem Osmanlı hukukçularından Mehmed Said Bey, *Ahkâm-ı l-bey' bi'l-vefâ* isimli bir risale kaleme almış ve bu risalede çelişki arz eden durumu ortaya koymaktadır. Said Bey, söz konusu maddeleri Hanefi mezhebi

çerçevesinde yeniden değerlendirerek bey' bi'l-vefâ akdinin doğurduğu hukuki neticeyi açıklamaktadır.

Çalışmada bahsedilen sınırlar içerisinde Said Bey'in risalesi incelenecektir. Risalenin konusunun bey' bi'l-vefâ akdi ile alakalı olması nedeniyle akdin Hanefi mezhebi içerisindeki teorisinden bahsedilecektir. Aynı zamanda risalenin yazıldığı döneme dair bazı hukukçuların kalemlerine yansıyan hukuki tartışmalar *Mecelle* eleştirisi bağlamında değerlendirilecektir. Bu yüzden çalışmanın başlığı: *Mehmed Said Bey'in Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ Risalesi Çerçevesinde Son Dönem Osmanlısında Hukuki Tartışmalar* olarak belirlenmiştir.

2. Araştırmanın Amacı ve İçeriği

Fıkıh tarihi açısından bir geçiş dönemi olarak nitelendirilen 19. ve 20. Yüzyıllarda yaşanan tartışmaların ve kaleme alınan eserlerin büyük önemi bulunmaktadır. Müslümanların, modernitenin etkisinde kalarak sahip olduğu değerlerden ve tarihlerinden kopuşunun etkisini hukuki anlamda da göstermiştir. Bu doğrultuda yeni kanun arayışından mahkeme sistemine kadar Avrupalı devletler örnek alınarak çeşitli düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. *Mecelle*'de bu düzenlemeler çerçevesinde içerik olarak tepki, sistem olarak bir kabul örneği şeklinde ortaya koyulmuş hukuk kitabıdır. Yazıldığı dönemlerde çeşitli açılardan eleştirilere maruz kalan *Mecelle* Mehmed Said Bey'in risalesinde de bey' bi'l-vefâ akdi maddeleri özelinde bir nevi eleştiriye tutulmuştur. Bu çalışmanın amacı son dönem Osmanlı Devleti'nde gerçekleşen hukuki tartışmaların bazılarını söz konusu risale etrafında incelemeyi hedeflemektedir. Böylelikle fıkıhtan hukuka geçiş dönemine dair incelenen bir konuyla alakalı bilgi sunulacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde, teorik bir çerçeve çizmek amacıyla risalenin konusunu oluşturan bey' bi'l-vefâ akdinin Hanefi mezhebine göre tanımı, rüknü, şartları ve çeşitleri ele alındı. Kısa bir giriş niteliğinde olan bu kısımlardan sonra bey' bi'l-vefâ akdi hakkında mezhep içerisinde iddia edilen görüşler değerlendirildi. Kaynaklarda oldukça fazla sayılan bu görüşler belirli sınırlamalar içerisinde dört başlık altında incelendi. Birinci bölümün son kısmında ise bey' bi'l-

vefâ akdinin ortaya çıktığı yer ve zamana dair tarihi bir perspektiften birtakım değerlendirmelerde bulunuldu.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, Mehmed Said Bey'in risalesinde değerlendirilen maddelerin kaynağını görmek adına, bir hukuk kodu olarak *Mecelle* genel bir şekilde incelendi. Bu bağlamda ilk olarak, ortaya çıkış sebepleri, hazırlanışı ve muhtevası açısından ele alındı. Fıkıh tarihi açısından kritik bir metin olan *Mecelle* hakkında genel bilgiler verildi. Ayrıca *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* risalesi *Mecelle* üzerine kaleme alınmış bir eser olduğu için o dönemde farklı hukukçular tarafından *Mecelle*'ye yöneltilen eleştirilerden bahsedildi. Bu sayede Osmanlı'sının son yıllarında tartışılan hukuki tartışmaların bazılarına göz atılmış oldu. Ayrıca, eleştiriler haricinde *Mecelle*'ye yönelik devlet tarafından gerçekleştirilen düzenlemeler ise göz ardı edilmedi. Bu amaçla kurulan komisyonlar dört başlık altında ele alınarak yapmış oldukları faaliyetler kısa bir şekilde incelendi.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* risalesi detaylı bir şekilde analiz edildi. Eserin genel yapısı ve muhtevasını göstermek adına telif sebebi, üslubu ve yazılış tertibi incelenerek müellifin takip ettiği metod gözler önüne serildi. Ayrıca eserde kullanılan kaynakların her birinden kısa bir şekilde bahsedilerek, referans verilen eserler belirtildi. Böylelikle risalenin bey' bi'l-vefâ akdine dair fıkıh alanında yazılmış eserler arasındaki konumuna işaret edilerek, risalenin genel bir değerlendirmesi yapıldı. Son olarak ise, söz konusu risalenin son kısmına eklenen ve yaklaşık olarak aynı dönemde kaleme alınan Cevdet Paşa'nın *Risaletü'l-vefâ*'sı ile Said Bey'in risalesi mukayese edildi.

3. Literatür Değerlendirmesi

Çalışmamız, hem Hanefî mezhebine göre bey' bi'l-vefâ akdini hem de son dönem Osmanlısında meydana gelen hukuki tartışmaları kapsadığı için her iki konuya ait kaynaklar ayrı ayrı incelenmiştir. Dolayısıyla kaynak açısından iki yönü olduğunu söylemek mümkündür; ilki klasik Hanefî kaynaklarından beslenirken, diğeri ise son dönem yayınlarından gazete ve dergilerden beslenmektedir. Ayrıca

bu ana kaynaklar modern dönemde kaleme alınmış akademik çalışmalar ile desteklenmektedir.

Birinci bölümde, Hanefi mezhebine göre bey' bil-vefâ akdinin teorisini açıklarken istifade ettiğimiz eserleri şu şekilde sıralayabiliriz; Sadruşşehîd b. Mâze'nin (ö. 536/1141) *el-Muhîtu'l-burhânî* isimli eseri, Ebû Hafs Necmeddin en-Neseî'nin (ö. 537/1142) *el-Fetâva'n-Neseîyye* isimli eseri, Kâdîhan'ın (ö. 592/1196) *Fetâva Kâdîhan* isimli eseri, Burhaneddin el-Merğînânî'nin (ö. 593/1197) *el-Hidâye* isimli eseri, Zeylaî'nin (ö. 743/1343) *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik* isimli eseri, Bâbertî'nin (ö. 786/1384) *el-Înâye şerhu'l-Hidâye* isimli eseri, Şeyh Bedreddin'in (ö. 823/1420) *Câmiu'l-fusûleyn* isimli eseri, Aynî'nin (ö. 855/1451) *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye* isimli eseri, Bezzâzî'nin (ö. 827/1424) *el-Fetâva'l-Bezzâziyye* isimli eseri, Molla Hüsrev'in (ö. 885/1480) *Dürerü'l-hükkâm fî şerhi Ğureri'l-ahkâm* isimli eseri, İbn Nüceym'in (ö. 970/1563) *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik* ve *el-Eşbâh ve'n-nezâir* isimli eserleri, Ebüssuûd Efendi'nin (ö. 982/1574) *Fetâvâ-yı Ebüssuûd* isimli eseri, Çatalcalı Ali Efendi'nin (ö. 1103/1692) *Fetâvâ-yı Ali Efendi* isimli eseri, İbn Abidîn'in (ö. 1307/1889) *Reddü'l-muhtâr âlâ Dürri'l-muhtâr* isimli eseri ve diğer bazı klasik kaynaklara başvurulmuştur. *Câmiu'l-fusûleyn* ve *el-Fetâva'l-Bezzâziyye* isimli eserlerde akit ile alakalı oldukça besleyici bilgiler bulunması nedeniyle diğer kaynaklardan daha fazla istifade edilmiştir.

Fıkıh alanında bey' bi'l-vefâ akdine dair Türkçe ve Arapça makale, tez ve kitap şeklinde çalışmalar bulunmakla beraber İngilizce kaleme alınmış eserlere rastlanmamıştır. Türkçe literatürde bu konu hakkında kaleme alınan ilk çalışma Hüseyin Kayapınar tarafından *İslam Hukukunda Bey'u'l-vefâ ve Bey'u'l-istiğlâl* başlığında yazılmış bir yüksek lisans tezidir. Kayapınar, birbiri ile irtibatlı olan bu iki akdi klasik kaynakların bir kısmına ulaşarak incelemiş, ancak gözlemlediğimiz kadarıyla sadece teorik boyutuna değinmiş, uygulamadaki yerinden bahsetmemiştir.¹ Başka bir çalışma ise, Süleyman Kaya tarafından kaleme alınan *XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri*

¹ Hüseyin Kayapınar, **İslam Hukukunda beyu'l-vefâ ve beyu'l-istiğlâl**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1986.

başlıklı doktora tezidir. Bu tezin ikinci bölümünde bey‘ bi’l-vefâ ve bey‘ bi’l-istiğlal akitleri nazari ve tatbiki açıdan incelenmiştir. Özellikle 18. Yüzyıl Osmanlı Devleti dönemine dair şeriyye sicilleri ve fetvânameler odaklı yapılan bu çalışma uygulamayı gösterme açısından diğerlerinden ayrılmıştır.²

Kamil Yelek tarafından kaleme alınan *İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımaları* başlıklı yüksek lisans tezinin üçüncü bölümünde bir vaad unsuru içermesi açısından bey‘ bi’l-vefâ akdi incelenmektedir. Akdin İslam hukukunda oluşan teorik arka planı incelendikten sonra Osmanlı fetvaları ve şeriyye sicillerine başvurularak Osmanlı uygulamasından bahsedilmiştir.³ Recep Özdemir’in *İslam Borçlar Hukukunda Aynî Teminat* isimli doktora tezinin son bölümünün ikinci kısmında bey‘ bi’l-vefâ akdi aynî teminat olarak değerlendirilen akitler arasında sayılır ve o akdin özelliklerini anlatan genel bir bilgi verilmiştir.⁴ Son olarak ise, Abdullah Musab Şahin tarafından kaleme alınan *Mecelle’de Vefâen Satış Sözleşmesi* isimli kitap, *Mecelle’deki bey‘ bi’l-vefâ maddelerinden referansla genel olarak İslam hukukunda oluşan bey‘ bi’l-vefâ akdinin teorisini incelemektedir. Yüksek lisans tezinin kitaplaştırılmış hali olan bu çalışmada diğer çalışmalara göre daha geniş bir perspektifle inceleme yapılmıştır. Şahin’in bu eseri, İslam hukuku akit teorisine dair bazı geniş bilgiler sunmaktadır. Ayrıca bir hukuk tarihi tezi olması nedeniyle takip edilen metod diğer çalışmalardan farklılık göstermektedir.*⁵

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’ye yönelik Türkçe ve İngilizce bazı kaynaklar gözden geçirildi. Bu kaynaklardan en çok istifade edilenlerden bir tanesi Osman Öztürk tarafından yazılan Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle isimli eserdir. Öztürk kitabında araştırmacılara *Mecelle* öncesi İslam hukukundan başlayarak Cumhuriyet’in ilanına kadar olan süreçteki hukuki düzenlemeleri tarihi bir

² Süleyman Kaya, **XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazarî ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri**, Basılmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2007.

³ Kamil Yelek, **İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımaları**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014

⁴ Recep Özdemir, **İslam Hukukunda Aynî Teminat**, Basılmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, 2016.

⁵ Abdullah Musab Şahin, **Mecelle’de Vefâen Satış Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

perspekteften sunmaktadır. Çok geniş bir zaman dilimini kapsıyor olması her ne kadar detaylı meselelere değinmesini engellese de, Mecelle hakkında yapılan ilk kapsamlı çalışmadır. Ayrıca Öztürk kitabında *Mecelle*'deki kitap ve babların her biri hakkında bilgi vererek bölümlere dair açıklamalar yapmaktadır. Eserin son kısmında tadil ve düzenlemeler konusuna değindikten sonra, *Mecelle*'nin ilgası ile esere son vermektedir.⁶

Osman Kaşıkçı tarafından kaleme alınan *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle* isimli kitap başvurulacak kaynaklar arasında önemli bir yer tutmaktadır. Bu eserde ilk olarak İslam hukukuna dair genel bir bakış ortaya koyulmuş ve onun dayandığı bazı temel prensiplere işaret edilmiştir. Daha sonra İslam hukukunun uygulandığı en önemli devletlerden birisi olan Osmanlı Devleti hukuk sistemine dair bazı bilgiler sunulmaktadır. Ardından *Mecelle*'nin Osmanlı ve İslam hukukundaki konumuna işaret etmektedir. *Mecelle*'ye dair genel bilgiler sunan bu kitap, arşiv ve o dönemde kaleme alınmış bazı dergi ve gazete yazılarına başvurarak içeriği güçlendirilmiştir. Bu yüzden *Mecelle* çalışmalarında başvurulacak önemli kaynaklardan bir tanesi olmasına sebep olmuştur.⁷

Ebul'ula Mardin tarafından kaleme alınan *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa* isimli eser *Mecelle*'nin tedvin edildiği dönemi aydınlatma bakımından önemli bir kaynaktır. *Mecelle*'nin fikir babası ve neredeyse başından sonuna kadar başkanlığını yapan Ahmet Cevdet Paşa adeta *Mecelle*'nin müellifi sayılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu kitabın kaleme alınmasından önce ve sonrasında geçirilen serüveni Cevdet Paşa'nın hayatıyla beraber gözlemlemek mümkündür.⁸

Mürteza Bedir'in *Fıkıh to Law: Secularization through Curriculum* isimli makalesi fıkıhın yaşadığı değişimi göstermesi açısından önemli bir kaynaktır. Osmanlı'da gerçekleşen batılılaşma serüvenini kısa bir şekilde özetleyen bu makale, 19-20.yüzyıl içinde bulunan hızlı değişim sürecini eğitim kurumları ölçü

⁶ Osman Öztürk, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, İstanbul, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, 1973.

⁷ Osman Kaşıkçı, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1997.

⁸ Ebû'l-ula Mardin, **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa**, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996.

alınarak ortaya koymaktadır. İlgili dönemin hukuk metni olan *Mecelle*'ye de bazı açılardan temas edilmektedir.⁹

M. Akif Aydın tarafından kaleme alınan, makale ve ansiklopedi maddelerini topladığı *Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet* isimli kitabın son bölümü *Batılılaşma Dönemi Osmanlı Hukuku* başlığında olup, başvuru alan önemli kaynaklardan bir tanesi olmuştur. Kitapta *Mecelle*'nin hazırlanma sürecinden başlayarak, heyetin başkanı olan Ahmed Cevdet Paşa'ya kadar birçok farklı konuda makale bulunmaktadır. 19. Yüzyıl'da hukuki anlamda yaşanan değişiklikleri ve Avrupalı devletler örnek alınarak yapılan yeniliklere odaklanan bu çalışma *Mecelle*'yi tedvin edildiği dönem içinde bir zemine oturtmaya yardımcı olmaktadır.¹⁰

Necmettin Kızılkaya'nın *İslam Hukukunda Külli Kaideler* isimli kitabının *Mecelle* ile ilgili olan bölümünde söz konusu kitap hakkında oldukça doyurucu bilgiler bulunmaktadır. Kızılkaya, *Mecelle*'yi kaleme alındığı dönem çerçevesinde tarihi bir zemine oturttarak incelemektedir. Bu doğrultuda ortaya çıkış nedenleri, hazırlanma süreci, muhtevası vb. önemli meselelere değinmektedir. *Mecelle*'yi bir batılılaşma ürünü olarak değerlendiren Kızılkaya, Hanefî fıkıhında tedvin edilmiş diğer kavâid eserlerini ölçü alarak onu kavâid-i külliyye açısından da değerlendirmektedir.¹¹

Yukarıda zikredilen kaynaklar haricinde başka birçok kaynaktan istifade edilmiştir. Ayrıca bunlara ek olarak o dönemde kaleme kalınmış Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmûası, İçtihat, Sebîlürreşad vb. dergilerden istifade edilerek *Mecelle*'ye yöneltilen eleştirilerin bir kısmı ortaya koyuldu. Bu eleştiriler dönemin hukuk tartışmaları ve klasik mezhep birikimi etrafında değerlendirildi. Değerlendirme esnasında *el-Hidâye*, *el-Mebsût*, *Fethu'l-kadîr*, *el-Lübâb* vd. Hanefî kaynaklara müracaat edildi.

⁹ Mürteza Bedir, "Fıkıh to Law: Secularization through Curriculum," **Islamic Law and Society**, 2004.

¹⁰ M. Akif Aydın, **Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet**, İstanbul, Klasik Yayınları, 2017.

¹¹ Necmettin Kızılkaya, **İslam Hukukunda Külli Kaideler**, İstanbul, Litera Yayıncılık, 2018, s. 280-301.

Çalışmanın son bölümünde Mehmed Said Bey'in *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* risalesi incelendiği için bu bölümün temel kaynağı söz konusu risale olarak belirlendi. Bunun yanında bazı maddeleri açıklamak için *Mecelle*'nin önemli şârihlerinden olan Ali Haydar Efendi'nin *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* isimli kitabına başvuruldu. Ayrıca risalede referans verilen eserlerin herbirine ulaşarak, verilen referanslar tasdik edildi. Risalede atıf yapılan kaynakların listesi ilgili bölümde zikredildi.



BİRİNCİ BÖLÜM

HANEFİ MEZHEBİNDE BEY' Bİ'L-VEFÂ

İnsanlar tarih boyunca geçimlerini sağlamak için çeşitli yollarla iktisadi faaliyetlerde bulunmuşlardır. Bu faaliyetlerin her biri dönemin sosyal ve ekonomik durumlarına göre şekil alan farklı hukuki düzenlemeler ile kontrol edilmiş ve zaman içerisinde ihtiyaca bağlı olarak değişikliğe uğramıştır. Fakihler de tarih boyunca bu değişimi takip edip, Müslümanların ihtiyaç duymaları halinde onlara çeşitli düzenlemeler getirmiş ve toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için yeni akit türleri ortaya koymuşlardır.

Bu düzenlemeler çerçevesinde İslam hukukunun en temel kabullerinden biri olan faiz yasağına düşmemek gayesiyle zaman içerisinde çeşitli uygulamalar ortaya çıkmıştır. Söz konusu uygulamalar fakihler tarafından değerlendirilmiş ve Müslümanların tatbik edebilecekleri akitler olup olmadıkları sorgulanmıştır. Bey' bi'l-vefâ da ortaya çıkan bu uygulamalardan bir tanesi olup, fakihlerin özellikle de Hanefi mezhebine mensup hukukçuların üzerinde uzun mesai harcadıkları bir akit olmuştur. Bu bölümde bey' bi'l-vefâ akdi, Hanefi kaynaklarından hareketle ana hatlarıyla incelenecektir.

A. Bey' bi'l-vefânın Tanımı

Bey' bi'l-vefâ akdi, *bey'* ve *vefâ* kelimelerinin terkiibinden oluşmaktadır. Bey', sözlükte “mübadele etmek” anlamına gelirken, İslam Hukukunda terim olarak “mütekavvim¹² bir malı başka bir mütekavvim mal ile mülkiyet devrini sağlayacak şekilde mübadele etmek” anlamına gelmektedir.¹³ Vefâ ise, sözlükte “sözünü yerine getirmek ve taahhüt edilen işi yapmak” gibi anlamları ifade etmektedir.¹⁴

¹² Mütekavvim; dinen yararlanılması mübah olan ve bilfiil ihraz edilmiş mal anlamındaki fıkıh terimidir. Bkz. Hasan Hacak, “Mal,” **TDV İslam Ansiklopedisi**, 2003.

¹³ Ebû'l-Fazl Mecdüddîn b. Mevlûd el-Mevsilî, **el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr**, Beyrut, Matbaatü'l-Halebî, 1937, C.2, s.3.

¹⁴ Ebû'l-Fazl Cemâlüddîn Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî, **Lisânu'l-arab**, Beyrut, Dâru Sadr, t.y., C.15, s.398.

Bey' bi'l-vefâ terkibi ilk fıkıh kaynaklarında gözlemlendiği üzere tarifi yapılmaksızın zikredilmiştir.¹⁵ Ancak daha sonraki dönemlerde telif edilen eserlerde akdin kuruluş şeklinin keyfiyetine dair Hanefi fakihler bir tasvir yapmaktadır. Yapılan bu tasvirden hareketle bey' bi'l-vefâ akdini şu şekilde tanımlamak mümkündür: “Bir malı satış bedelini iade edince geri almak şartıyla bir kimseye para ya da borç vermek üzere geçici olarak satmaktır.”¹⁶ Satıcı veya müşteri tarafından teklif edilerek kurulması mümkündür. *Mecelle*'de ise şu şekilde tarif edilmiştir:

“Bey' bi'l-vefâ: Bir kimse bir malı âhara, semeni reddettikte geri vermek üzere şu kadar kuruşa satmaktır ki, müşteri mebi' ile intifâ' eylemesine nazaran bey'i câiz hükmünde ve tarafeynin bunu feshe muktedir oldukları cihetle bey'i fasit ve müşteri mebi'i ahara satamadığı cihetle rehin hükmündedir.”¹⁷

Tanımlardan anlaşıldığı üzere bey' bi'l-vefâ müşterinin satıcıdan parayı iade ettiğinde malı ona geri vermek şartıyla belirli bir miktar karşılığında satın almasıyla oluşan bir akitir. O halde bu akit satıcının nakit para ihtiyacını gidermek ve onu faizden korumak gayesiyle yapılırken, müşterinin de vermiş olduğu borcu teminat altına almasını sağladığını söylemek mümkündür.¹⁸ Dolayısıyla söz konusu akit satıcıya ihtiyaç duyduğu likidite problemini aşma noktasında yardımcı olup bunun karşılığında müşteriye ise malı iade edene kadar kullanmak üzere bir mala sahip olma hakkı verir.

Literatürde bu şekilde kurulan bir akit için çeşitli isimler kullanılmıştır. Burhâneddin el-Merginânî (ö. 593/1197) hukuki neticesini göz önünde bulundurarak “el-bey'u'l-câiz”¹⁹ ya da insanlar arasında yaygın bir akit olmasıyla

¹⁵ Ebû Hafs Hüsameddin es-Sadrüşşehid Ömer b. Mâze, **el-Muhîtu'l-Burhânî fi'l-fıkhi'n-nu'mânî**, Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2004, C.7, s.139; Ebû'l-Mehâsin Fahrüddîn el-Özkendî el-Fergânî Kâdîhan, **Fetâvâ Kâdîhân fi Mezhebi'l-imami'l-'azam Ebî hanifete'n-nu'mân**, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2009, C.2, s.49.

¹⁶ Ebû Muhammed Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed el-Aynî, **el-Binâye fi şerhi'l-Hidâye**, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2000, C.11, s.45; Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî İbn Nüceym, **el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik**, Daru'l-Kitâbi'l-İslamiyye, Beyrut, t.y., C.6, s.8.

¹⁷ Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelletü'l-ahkâm**, çev.Fehmî el-Hüseynî, Dâru'l-Âlemi'l-Kütüb, 2003, C.1, s.111.

¹⁸ Kamil Yelek, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey' Bi'l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,” **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, C.27, 2016, s.258.

¹⁹ Kâdîhan, **Fetâvâ Kâdîhân**, C.2, s.49; Muhammed Emin b. Amr b. Abdulaziz ed-Dimeşki İbn Âbidin, **Reddü'l-muhtâr alâ Dürri'l-muhtâr**, Beyrut, Dâru'l-Fikr, 1992, C.5, s.276.

“el-bey‘u‘l-câizu‘l-mu‘tad”²⁰ adını verirken, İbn Âbidîn’in belirttiğine göre borç verenin almış olduğu maldan faydalandığı için “bey‘u‘l-muamele” olarak isimlendirmiştir.²¹ Ayrıca Şam bölgesinde “bey‘u‘t-tâ‘a” ve “bey‘u‘l-itâa” isimleri de kullanılmıştır.²² En meşhur kullanımı ise “bey‘ bi‘l-vefâ” akdi olarak isimlendirilmesidir. Bedel geri geldiğinde müşterinin malı satıcıya vefâen teslim edeceğini taahhüt etmesi bu akdin vefâ ile terkip yapılmasının sebebi olarak belirtilmiştir.²³ Mâliki kaynaklarda “bey‘u‘s-sunyâ”²⁴ olarak, Şafii eserlerde ise “bey‘u‘l-‘uhde”²⁵ veya “er-rehnu‘l-mu‘âd”²⁶ şeklinde kullanılmaktadır.

Bey‘ bi‘l-vefâ akdine dair ihtilaf edilen temel meselelerden biri de bu akdin hangi başlık altında incelendiğidir. Nitekim mezheplerin ortaya çıkışından sonra meydana çıkmış olması ve kurucu mezhep imamlarının bu akde dair bir değerlendirmede bulunmadıkları bilinmektedir. Daha sonra gelen fakihlerde hukuki niteliğinde bir birlik sağlayamamış olmasından kaynaklı her biri farklı başlık altında incelemiştir. Nitekim İbn Nüceym Kâdîhân’ın nakit muhayyerliği, Zeylâi’nin ikrah ve Bezzâzî’nin fasit satışlar başlığı altında incelediğine dikkat çekmektedir. Kenzü’d-dekâik’e yazdığı şerh üzerinde bu değerlendirmelerini yapan İbn Nüceym, bu mesele için en uygun yerin nakit muhayyerliği olduğunu ifade etmesine rağmen ikrah bahsi altında değerlendirmek durumunda kalmıştır. Zira ona göre bey‘ bi‘l-vefâ nakit muhayyerliğinin meselelerinden bir tanesidir.²⁷ Kâdîhân’ın bey‘ bi‘l-vefâyı nakit muhayyerliğinin akabinde incelemesi her iki akitte de tarafların akdi fesh edebilme yetkisine sahip olmaları açısından bir benzerlik gösterdiğini düşünmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak nakit muhayyerliğinde taraflara fesih hakkı tanırken, bey‘ bi‘l-vefâ akdinde böyle bir

²⁰ Aynî, **el-Binâye**, C.11, s.45.

²¹ İbn Abidîn, **Reddû‘l-muhtâr**, C.5, s.276.

²² Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk, **Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul, Bilmen Yayınevi, t.y., C.6, s.127; Kayapınar, **İslam Hukukunda beyu‘l-vefâ ve beyu‘l-istiğlal**, s.14.

²³ İbn Abidîn, **Reddû‘l-muhtâr**, C.5, s.276.

²⁴ Şemsüddîn Ebû Abdullah et-Trablusî el-Mağribî, **Mevâhibu‘l-celîl fî şerhi Muhtasari‘l-Halîl**, Dâru‘l-Fikr, 1992, C.4, s.373.

²⁵ Ahmed b. Ahmed b. Ali b. Hacer el-Heytemî, **Tuhfetü‘l-muhtâc fî şerhi‘l-minhâc**, Mısır, el-Mektebü‘t-ticâriyye‘l-kübrâ, 1983, C.4, s.296.

²⁶ Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî İbn Nüceym, **el-Eşbâh ve‘n-nezâir**, Dâru‘l-kütübü‘l-ilmiyye, 1999, Beyrut, s.79.

²⁷ İbn Nüceym, **el-Bahru‘r-râik**, C.6, s.8.

hak tanımayıp, akit inşa edildikten sonra şart vaadleşme olarak akde dahil edilmektedir. Zeylâi'nin ikrah başlığını tercih etmesi ise ileride bahsedeceğimiz üzere bazı alimlerin bey' bi'l-vefâyı mükrehin akdine benzediğini iddia etmelerinden kaynaklanmaktadır. Bezzâzî ise bey' bi'l-vefâyı tarafların her ikisinin birden akdi istedikleri zaman feshetme haklarının olmasını akdi fasit edecek bir unsur olarak değerlendirmiş ve fasit satış altında incelenmesini uygun görmüştür.

Nakit Muhayyerliği	İkrâh	Fasit Akit	Müstakil
Fetâvâ Kâdîhân	el-Hidâye	el-Muhîtü'l- Burhânî	Câmiu'l- fusuleyn
	Tebyînü'l- hakâik	el-Fetâvâ'l- Hayriyye	Gurerü'l- ahkâm
	el-Bahru'r- râik	Fetâvâ'l- Bezzâziyye	Reddü'l- muhtâr
	Fetâvâ Hindiyye	Fetâvâ-yı Ali Efendi	Kamus
	el-Binâye	Fetâvâ-yı Ankaravî	

Sonuç olarak bey' bi'l-vefâ akdi hakkında fakihler hukuki niteliğinden önce akdin ismi ve hangi başlık altında ele alınacağı hususunda görüş ayrılığına düşmüşler ve farklı değerlendirmeler ortaya koymuşlardır. Aslında bu farklılıkların esas itibarıyla bey' bi'l-vefânın hukuki niteliğine dair ortaya çıkan görüşlere dayandığını söylemek mümkündür.

B. Bey' bi'l-vefânın Rüknu Ve Şartları

Bey' bi'l-vefâ akdi ortaya çıkardığı sonuç ve hukuki mahiyet itibarıyla her ne kadar fakihler arasında tartışmalı olsa da bir akit olması açısından her akitte olduğu gibi akdin temelini teşkil edecek rüknu ve bazı şartları bulundurmaktadır. Bunlar bir akdin doğru bir şekilde kurulmasını sağlayan ve hukuki bir sonuç doğurmasına zemin hazırlayan şartlardır. Akdin rüknu olarak zikredilen irade beyanı onun temel

unsuru sayılırken taraflar, meclis birliği ve mal akdin kuruluş şartları arasında yer almaktadır.²⁸ Bu kısımda bey‘ bi’l-vefâ akdi açısından önemli olduğunu düşündüğümüz irade beyanı ve akdin şartlarından olan taraflar ve konusuna dair bir inceleme yapılacaktır.

1. İrade Beyanı

İrade beyanı, fıkıh kitaplarında icap-kabul olarak ifade edilen ve hukuki bir işlemi gerçekleştirmeye ilişkin iradenin dışa yansımaları olarak tanımlanmaktadır.²⁹ İcap-kabul Hanefi mezhebine göre akitlerin rükünü olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bir akdin gerçekleşebilmesi için ilk olarak icap-kabulün olması gerekmektedir. Ayrıca İcap-kabul hem müşteri tarafından hem de satıcı tarafından irat edilebileceği gibi söz veya fiil ile de gerçekleşebilir. Bey‘ bi’l-vefâ akdinde satıcının müşteriye “sana malımı, ücretini geri getirdiğimde almak şartıyla şu kadar bedel mukabilinde satıyorum” demesi satıcı tarafından gelen bir icap iken müşterinin bunu “kabul ettim” demesi ya da kabul ettiğine delalet eden bir fiilde bulunması kabul anlamına gelmektedir.³⁰ İcap müşteri tarafından da aynı şekilde “senden malını, ücretini getirdiğinde alman şartıyla şu kadar ücret mukabilinde satın alıyorum” demesi ve satıcının bunu kabul etmesiyle meydana gelmektedir.³¹

İrade beyanı sadece akdin kuruluşu için değil aynı zamanda feshi içinde önemlidir. Çünkü akitler nasıl ki kurulurken rıza üzere kuruluyorsa feshedilirken de rıza üzere feshedilmektedir. Dolayısıyla bey‘ bi’l-vefâ akdini mükrehin akdine benzeterek fasit hükmünü veren fakihler bu çıkarımı tarafların bey‘ bi’l-vefâ akdini diğer tarafın rızası olmaksızın feshedebilme hakkına sahip olmasına dayandırmaktadırlar.³² Nitekim müşteri semeni geri aldığı zaman malı iade etmek istese de istemese de satıcıya malı iade etmek zorunda kalacaktır. Çünkü akit böyle bir anlaşma üzerine kurulmuştur.

²⁸ Ebû Bekir b. Mesud, el-Kâsânî, **Bedâiu’s-sanai’ fi ertibi’s-şerai’**, Daru’l-Kutubi’l-İlmiye, t.y., Beyrut, C. 5, s. 133; Hayreddin Karaman, “Akid,” **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 1989.

²⁹ H.Yunus Apaydın, “İrade Beyanı,” **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 2000.

³⁰ Kâsânî, **Bedâiu’s-Sanai’**, C.5, s.134; Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C.5, s.183; Aynî, **el-Binâye**, C.11, s.45.

³¹ İbn Abidin, **Reddû’l-muhtar**, C.5, s.276.

³² Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C.5, s.183.

2. Akdin Konusu

Bey' bi'l-vefâ akdi satım ve rehin akitlerinin özelliklerini bir arada bulundurması bakımından bütün malların bu akde konu olabileceği kabul edilmektedir.³³ Bir akde konu olacak mal da aranan temel şartlar; mevcut olması, mal olması, mülk edinilebilir olması ve teslim edilebilir olmasıdır. Bu şartları sağlamayan mallar üzerine kurulan akit fasit akit hükmündedir.³⁴

Akde konu olan malın mütekavvim olması hakkında ittifak bulunurken menkul veya gayrimenkul malların akde konu olabilmesinde ihtilafa düşülmüştür.³⁵ İlk dönemlerde bey' bi'l-vefâ akdinin sadece taşınmaz mallarda gerçekleşebileceği görüşü savunulurken sonraki dönemlerde bey' bi'l-vefânın hem taşınabilen hem de taşınamayan mallarda gerçekleşebileceği belirtilmişlerdir.³⁶ Nitekim Molla Hüsrev bey' bi'l-vefânın taşınmaz mallarda halkın teamülünden dolayı istihsanen caiz olduğunu, taşınır mallarda ise iki görüş olduğunu belirtmektedir. Taşınır mallarda caiz olduğunu kabul edenlere göre bununda aynı şekilde halkın ihtiyacından dolayı caiz kabul edilmesi gerekmektedir. Caiz kabul etmeyenlere göre ise bu akit bir bölgeye has olup genel olarak cevaz verilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir.³⁷ Mezhep içerisinde tercih edilen görüş ise her iki tür malda da caiz olması yönündedir.³⁸

Bey' bi'l-vefâ akdinin konusu olan malın bir diğer özelliği ise teslim edilmesi mümkün olan (*makdûru't-teslîm*) bir mal olmasıdır. Çünkü teslime uygun olmayan malın mülkiyeti müşterinin mülkiyetine geçemez ve ondan istifade gerçekleşmez, bu da akdin maksadının yerine gelmesine engel olur. Bey' bi'l-vefâ akdinin rehin akdine daha yakın olduğunu düşünenlere göre bu akde konu olacak malın şayi

³³ Recep Özdemir, "Ayni Teminatlar Bağlamında Bey' bi'l-Vefânın Hukuki Durumu," **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, 2018, C.3, s.296.

³⁴ Kâsânî, **Bedâiu's-sanai'**, C.5, s.139.

³⁵ Hâfızuddin Muhammed b. Muhammed b. Şihâb b. Yusuf el-Hârezmî el-Kerderî el-Bezzâzî, **el-Fetâvâ'l-Bezzâziye**, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2009, Beyrut, C.1, s.341; Molla Hüsrev, Muhammed b. Feramuz, **Dürerü'l-hükkâm fî şerh-i Gureri'l-ahkâm**, Dâru İhyâi Kütübü'l-Arabiyye, y.y., t.y., C.2, s.208.

³⁶ İbn Abidîn, **Reddû'l-muhtar**, C.5, s.278.

³⁷ Molla Hüsrev, **Dürerü'l-hükkâm**, C.2, s.208.

³⁸ İbn Abidîn, **Reddû'l-muhtar**, C.5, s.278; Bilmen, **Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu**, C.6, s. 127.

hisseli bir mal olmaması gerekmektedir. Çünkü şayi hisseli bir mal parçalandığı zaman ortaklardan birine zarar vermektedir. Dolayısıyla parçalandığı zaman ortaklardan birine zarar verecek şayi hisseli bir malın satışı caiz değildir. Malın teslim edilebilecek bir durumda olması akdin kuruluş şartları arasında yer aldığından dolayı böyle bir malın müşteriye teslim edilmesi mümkün olmamakta ve akit fasit duruma düşmektedir.³⁹ Sonuç olarak bey‘ bi’l-vefâ akdi öncelikle icap-kabul ile kurulur, daha sonra da malın müşteriye teslim edilmesi ile tamamlanmış olur. Ancak mal teslime elverişli bir mal değilse müşterinin zimmetine geçmemiş olacak ve mal teslim edilemeyecektir. Dolayısıyla bu akde konu olacak malın teslimini engelleyecek herhangi bir etkene sahip olmaması gerekmektedir.

3. Taraflar

Akdi gerçekleştiren taraflarda bulunması gereken şartların başında bey‘ bi’l-vefâ akdini kuran tarafların akit kurabilme ehliyetlerinin olması ve kurdukları akdin hukuki bir sonuç doğurabilecek nitelikte tasarruf yetkisine sahip olmaları gelmektedir. Dolayısıyla tarafların reşit olmaları ve akli bir rahatsızlığı olmayan kimseler olması gerekmektedir. Ayrıca mümeyyiz küçüklerin velilerinin izni ile akdi gerçekleştirmeleri de mümkündür. Mümeyyiz olmayan küçükler ile akıl hastalığı bulunan kimselerin akde taraf olmaları mümkün olmamakla beraber onların yerine veli veya vâsileri bu işlemi sürdürebilirler.⁴⁰ Ancak veli ya da vâsi eğer baba değilse akdin her iki tarafını oluşturamaz. Bey‘ bi’l-vefâ akdini gerçekleştiren taraflarda da aynı şartların bulunması beklenmektedir.

C. Bey‘ bi’l-vefânın Çeşitleri

Bey‘ bi’l-vefâ akdinin kurulması için gerekli şartları zikrettikten sonra bu akdin kuruluş şekillerinden bahsedilmesi gerekmektedir. Hanefi fıkıh literatüründe bey‘ bi’l-vefâ akdini ele alan fakihler ilk olarak akdin uygulanış şekilleri üzerinden

³⁹ Kâsânî, **Bedâiu’s-sanai’**, C.5, s.168.

⁴⁰ Ebû’l-Hasen Burhaneddîn el-Merğînânî, **el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti’l-mübtedi’**, Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-‘Âlemî, Beyrut, t.y., C.4, s. 287.

akdi tanıtırlar. Bu uygulanış şekillerini bedel karşılığında ve borç karşılığında yapılan bey' bi'l-vefâ olmak üzere iki başlık altında değerlendirmek mümkündür.⁴¹

1. Bedel Karşılığında Bey' bi'l-vefâ

Bedel karşılığında bey' bi'l-vefâ, taraflar arasında meydana gelen akdin semen karşılığında gerçekleşen çeşididir. Müşterinin aldığı mala karşılık anlaştıkları fiyat üzerinden bir bedel ödemesiyle akit kurulur. Ancak satıcı akit esnasında satmış olduğu malı, bedelini geri getirdiğinde teslim almak üzere satmaktadır. Dolayısıyla müşteri satın aldığı mal mukabilinde bir bedel ödemiş ve karşı tarafın bu bedeli ilerleyen bir tarihte geri getirmesi durumunda malı ona iade edeceğini de taahhüt etmiştir.⁴² Bu uygulanış şekline anlaşıldığı üzere satıcının ihtiyaç duyduğu nakit para, müşterinin onun malını satın almasıyla giderilmeye çalışılmış ve aynı zamanda müşterinin vermiş olduğu paranın kendisine geri gelmesini aldığı mal ile teminat altına alması sağlanmıştır. Bu bağlamda kurulan bir akit bey' bi'l-vefânın ortaya çıkış sebebi olarak değerlendirilen faizden kaçınmak gayesine uygun gözükmektedir.

Bu çeşit bir bey' bi'l-vefâ akdini şu şekilde tasvir edebiliriz; A şahsının nakit paraya ihtiyacı olduğu varsayımını kabul ederek bankadan faizli kredi çekmek yerine B şahsından 10.000 lira borç alır. B şahsı bu borca mukabil A şahsının mülkiyetinde olan 10.000 lira değerindeki motosikleti ondan satın alır. A şahsı borcunu ne zaman öderse B şahsı motosikleti ona iade etmek üzere anlaşılır. Ayrıca bu süre zarfında B şahsı motosikleti istediği gibi kullanma hakkına sahiptir. Böylece A şahsı para ihtiyacını karşılamışken B şahsı da hem vermiş olduğu borcu teminat altına almış, hem de karşılığında aldığı motosikletten yararlanma imkanı bulmuştur.

⁴¹ Zeylâî, **Tebyînül-hakâik**, C.5, s.183; Ekmelüddîn Ebû Abdullah Cemaleddin er-Rûmî el-Bâbertî, **el-Înâye şerhu'l-Hidâye**, Dâru'l-Fikr, y.y., t.y., C.9, s.236; İbn Abidîn, **Reddû'l-muhtar**, C.5, s.276.

⁴² Aynî, **el-Binâye**, C.11, s.45.

2. Borç Karşılığında Bey' bi'l-vefâ

Satıcının müşteriye “Bu malı sana senin bende alacağın olan borca mukabil olacak şekilde satıyorum, ne zaman borcu ödersem o zaman malımı geri alırım” demesi ve müşterinin de bu icabı kabul etmesiyle meydana gelen bey' bi'l-vefâ çeşididir.⁴³ Bey' bi'l-vefânın bu çeşidinde ise görüldüğü gibi alacaklı olan müşterinin zimmetinde oluşan borca veya daha önceden vermiş olduğu borcun süresini uzatma gayesi bulunmaktadır. Böylece bey' bi'l-vefâ sayesinde borçlu verdiği borcu garanti altına almış olacaktır.

Bu uygulamada ise; B şahsının A şahsına 10.000 lira borcu bulunmaktadır. A şahsı B şahsının borcunu ödemesini talep etmiş, ancak onun bunu ödeyecek durumu bulunmamaktadır. B şahsı A şahsına borcunu biraz daha ötelemesi için 10.000 lira değerindeki motosikletini verir. A şahsı, B şahsı borcunu ödeyene kadar motosikletten yararlanma hakkına sahip olur. Ne zaman B şahsı borcunu öderse motosikleti A şahsına geri iade eder. Böylelikle borç veren taraf alacağını tahsil edemediği için mağdur durumda kalmamış, borcuna karşılık motosiklet almış ve ondan faydalanmıştır.

Sonuç olarak her iki tür uygulamada da faize bulaşmadan insanların ihtiyacını karşılamaya yönelik bir çaba bulunmaktadır. Ayrıca borç veren kişinin borcunu teminat altına almasına yönelik borçludan aldığı mal ve onun kullanılması önemli bir ayrıntıdır. Nitekim almış olduğu bu maldan istifade etmesi bey' bi'l-vefâ akdini rehin akit olarak değerlendirenlere göre caiz değilken, Hanefî fakihlerinin bir kısmı bu maldan faydalanmayı faizden kaçınmak maksadıyla örfen caiz görmüşlerdir.⁴⁴ Bu akdin caiz olup-olmaması gerek diğer mezhepler gerekse Hanefî mezhebi içerisinde ilk çıktığı dönemden itibaren tartışıl gelmiş ve bey' bi'l-vefâ akdinin hükmüne yönelik farklı görüşler zikredilmiştir.

⁴³ Bâbertî, *el-Înâye*, C.9, s.236.

⁴⁴ Bezzâzî, *Fetâvâ Bezzâziyye*, C.1, s.338; Aynî, *el-Binâye*, C.11, s.45; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-Râik*, C.6, s.8.

D. Bey' bi'l-vefâ Akdinin Hukuki Niteliği

Bey' bi'l-vefâ, uygulanmaya başlandığı ilk dönemlerden itibaren hukuki niteliği açısından tartışmaya sebep olmuş bir akit türüdür. Bu tartışmaların izini fîrû fıkıh eserleri, fetvâ, nevâzil ve vâkıât kitaplarından sürmek mümkündür. Fakihlerin yapmış olduğu tartışmalar neticesinde bu akdin hukuki niteliğine dair çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kerderî *el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye* isimli kitabında bey' bi'l-vefâ hakkında dokuz farklı görüş zikretmiştir.⁴⁵ Kerderî'nin zikrettiği görüşler her ne kadar çeşitli açılardan birbiriyle farklı özellikler taşısa da, örtüştüğü ortaklıklardan dolayı herbirini diğerinden ayrı bir görüş olarak değerlendirmek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla bu görüşleri rehin, satış akdi, mürekkep akit ve batıl akit olmak üzere dört başlık altında toplamak uygun görülmüştür.

1. Rehin

Fakihlerden bir kısmı bey' bi'l-vefâ akdini rehin akdine benzeterek ortaya çıkaracağı hukuki neticelerin tamamının rehin akdinden doğan hukuki neticelerin aynısı olduğunu ifade etmektedir.⁴⁶ Özellikle bey' bi'l-vefânın ilk defa konuşulmaya başlandığı dönemde onun hakkında görüş beyan edenlerden Seyyid Ebû Şuca' es-Semerkandî⁴⁷, Ali es-Suğdî⁴⁸ (ö. 461/1068) ve Ebû'l-Hasen el-Mâturîdî⁴⁹ (ö. 511/1117) gibi Maverâünnehir havzasında bulunan fakihler bu akdin rehin akdi hükmünde olduğunu belirtmişlerdir.⁵⁰ Ayrıca Ebû Şuca' ile Kâdî Ebû'l-

⁴⁵ Bezzâzî, *Fetâvâ Bezzâziyye*, C.1, s.334.

⁴⁶ Mahmûd b. İsrâîl Simavna Kadısoğlu Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, y.y., el-Matbaatü'l-Kübra (Bulak), 1882, C.2, s.169.

⁴⁷ Ebû Şuca'ın Zahîruddin el-Kebîr el-Merğînânî'nin hocası olduğuna dair iddialar bulunsa da, tabakat kaynaklarında buna rastlanmamıştır.

⁴⁸ Ebû'l-Hasan Rûknü'l-İslâm Ali b. Hüseyin b. Muhammed es-Suğdî Semerkad'a bağlı bir türk köyünde dünyaya gelmiştir. Buharada ikamet edip, orada kadılık görevini yerine getirmiştir. Şemsüleimme el-Halvânî'den ders aldı, Şemsüleimme es-Serahsî gibi talebeler yetiştirmiştir. Sonraki dönem Hanefî fetva kaynaklarında sıkça başvurulanan en-Nütef fi'l-fetâvâ isimli eseri kaleme almıştır. Detaylı bilgi için bkz. Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Alimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları*, Ankara, TDV Yayınları, 2017, s. 55.

⁴⁹ Ebû'l-Hasen el-Mâturîdî, İmam Mâturîdî'nin kızı tarafından torunudur. Ayrıca kendisi Semerkant kadılığı yapmıştır. Bkz. Şükrü Özen, "Mâturîdî," *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 2003.

⁵⁰ Kâdîhân, *Fetâvâ Kâdîhân*, C.2, s.49; Sadruşşehîd İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C.7, s.139; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, C.5, s.183.

Hasen el-Mâturîdi arasında geçen şu diyalog o dönemde fakihlerin bey' bi'l-vefâ akdine dair bakış açılarını gözlemlemek adına önem arz etmektedir:

Ebû Şuca' bir gün Hasan el-Mâturîdi'ye şöyle der: Bu akitte büyük bir mefsedet olmasına rağmen insanlar arasında hızla yayıldı. Senin fetvana göre ise bu akit bir rehin akdi hükmünde, ben de senin gibi düşünüyorum. En iyisi alimleri toplayıp bunun üzerine ittifak edelim ve bunu insanlara gösterelim. Hasan el-Mâturîdi ise şu şekilde cevap verir: Bugün muteber olan bizim fetvamızdır. Bu da insanlar arasında bilinen bir şeydir. Kim ki bize bu konuda muhalefet ediyorsa kendisini ibraz edip, delilini ortaya sürsün.⁵¹

Bu diyalogdan anlaşıldığı üzere Ebû Şuca' ve Kâdı Ebû'l-Hasen el-Mâturîdi'nin yaşadıkları dönemde fıkhi açıdan muteber şahıslar olarak bey' bi'l-vefâ akdinin rehin olduğu görüşünü iddia etmeleri ve bu görüşün aksine kimsenin bir şey söylemediğini ifade etmeleri önemli bir ayrıntıdır.⁵² Çünkü bey' bi'l-vefâ akdi, akdin ilk muhatabı olan fakihler tarafından ortaya çıktığı ilk dönemde büyük bir mefsedet olarak görülmüş ve insanların bu akit hakkında bilinçlendirilmesi gerektiği şeklinde değerlendirilmiştir.

Buna ilave olarak bey' bi'l-vefâ akdini değerlendiren ilk fakihlerden olan olan Ebû Hafs en-Neseî'ye iki görüş isnat edilmektedir. Bir görüşe göre o, bey' bi'l-vefâ akdini hakiki anlamda rehin olarak değerlendirip, tamamen rehin hükümlerine sahip olduğunu düşünmektedir.⁵³ Neseî'nin öğrencisi el-Keşî' den (ö. 550/1155) aktarılan diğer bir görüşe göre ise bu akdin sahih ve caiz bir akit olduğu ve sahih bir akit olarak bazı hukuki hükümler doğurabileceği ifade edilmiştir.⁵⁴

Bey' bi'l-vefâ akdinin rehin hükmünde olduğunu savunan fakihler “*Ukûdda itibar makâsîd ve meâniyedir, elfâz ve mebâniye değildir.*”⁵⁵ kaidesine dayanmaktadırlar. Nitekim müşteri vefâen satın almış olduğu mal mukabilinde satıcıya ödediği bedel geri geldiğinde, malı ona iade etmek üzere satın almaktadır. Bu akit her ne kadar lafız olarak rehin akdi lafızlarıyla kurulmasa da akdin

⁵¹ Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.2, s.170, Hayreddîn b. Ali el-Uleymî el-Fârukî er-Remlî, **el-Fetâvâ'l-hayriyye li nef'i'l-berriyye**, Mısır, Matbaatu'l-Kübrâ'l-Veliyye, t.y., C.2, s.170, İbn Abidîn, **Reddü'l-Muhtar**, C.5, s.276.

⁵² Salahüddin en-Nahi, “Suğdî,” **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 2009.

⁵³ Ebû Hafs Necmüddîn Ömer b. Ahmed en-Neseî es-Semerkindî, **el-Fetâvâ Nesefiyye**, t.y., Süleymaniye Kütüphanesi, Fatih, no. 2345, vr. 117a-118a; Bezzâzî, **Fetâvâ Bezzâziyye**, C.1, s.338; Molla Hüsrev, **Dürerü'l-hükkâm**, C.2, s.207.

⁵⁴ Zeylâî, **Tebyînü'l-hakâik**, C.5, s.183; Bezzâzî, **Fetâvâ Bezzâziyye**, C.1, s.335.

⁵⁵ Ali Himmet Berki, **Açıklamalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye**, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1982, s. 19.

barındırdığı mana itibarıyla rehin akdinden hiçbir farkının olmadığı düşünülmektedir.⁵⁶ Ayrıca bu görüşü savunanlar, böyle bir durumun havale⁵⁷ ve kefalet⁵⁸ akitlerinde benzer bir şekilde görülebileceğini belirtir. Şöyleki; kefalet akdinde asıl borçlunun sorumluluğu devam ederken, havale akdinde bu sorumluluk havale yapılan kişiye geçmektedir. Eğer kefalet akdi, asıl borçlunun berâet şartı eklemesiyle meydana geliyorsa, bu akit her ne kadar literal olarak kefalet akdi gibi gözükse de barındırdığı mana bakımından havale akdine benzemektedir. Dolayısıyla esas alınması gereken ölçü akdin kurulduğu lafız değil, barındırdığı mana ve maksadıdır.⁵⁹

Kâdîhân ise iki taraf arasında kurulan bey‘ bi’l-vefâ akdinin satış akdi lafzıyla kurulduysa rehin hükmünde olmasının mümkün olmadığını belirterek bu akde rehin diyenlerin görüşünü reddetmektedir. Daha sonra bu akdin nasıl bir şekilde kurulması gerektiğini şu ifadelerle ortaya koyar:

“... Eğer bey‘ lafzı ile kurulmuşsa, rehin olması mümkün değildir. Daha sonra şuna bakılır; eğer taraflar fesih şartını zikretmişlerse akit fasit olur. Ama fesih şartını akitte zikretmeden bey‘ lafzını vefâ şartıyla telaffuz ederek ya da mutlak olarak bey‘ lafzını telaffuz ederek akdi kurarlarsa bu akit taraflar için bağlayıcı olmayan bir akit olarak doğmuş olur. Eğer satış akdini şartsız bir şekilde zikredip daha sonra şartı bir vaadleşme olarak zikrederlerse o zaman bu satış akdi caiz olur. Dolayısıyla buradaki vaade vefâ göstermek gerekir. Çünkü vaatleşmeler bazen bağlayıcı olur, burada da insanların ihtiyacından dolayı bağlayıcı olmuştur.”⁶⁰

Bey‘ bi’l-vefâ akdinin rehin akdine benzetilmesine yönelik diğer bir eleştiri ise Şeyh Bedreddin tarafından yapılmıştır. O, bu akdin mana ve maksat açısından rehin akdi gibi alacağı teminat altına almak olsaydı o zaman rehin akdi olmasına rağmen neden böyle bir akde ihtiyaç duyulduğu sorusunu sormuştur. Nitekim İslam hukukunda alacağı teminat altına alan rehin ve kefalet gibi bir takım akitler

⁵⁶ Aynî, *el-Binâye*, C.11, s.46.

⁵⁷ Havale: Borcu borçlunun zimmetinden başka bir şahsın zimmetine nakletmektir. Bkz. Ali el-Haff, **İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri**, çev. Rahmi Yaran, Ankara, TDV Yayınları, 2018, s.569.

⁵⁸ Kefale: Bir hakkın güvenceye bağlanması amacıyla birisinin borçlunun alacaklı karşısındaki sorumluluğuna katılması veya teslimini üstlenmesi demektir. Bkz. H. Yunus Apaydın, “Kefale,” **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 2002.

⁵⁹ Şeyh Bedreddin, *Câmiu’l-fusûleyn*, C.2, s.169; Molla Hüsrev, *Dürerü’l-hükkâm*, C.2, s.207; Ahmed eş-Şeyh Muhammed Zerka, *Şerhu’l-kavâidi’l-fıkhiyye*, Dimeşk, Dâru’l-Kalem, 1989, s.55; S.M.Hasanuzzaman, **The Economic Relevance of The Sharia Maxims**, Jedda, Scientific Publishing Centre King Abdulaziz University, 2007, s.9.

⁶⁰ Kâdîhân, *Fetâvâ Kâdîhân*, C.2, s.49.

bulunmaktadır. Dolayısıyla bu akdin ortaya çıkmasından maksat sadece teminat değil, borç veren kişinin borcu karşılığında aldığı maldan istifade etmesine izin vermektir.⁶¹ Ayrıca Neseî bey' bi'l-vefâ akdinin ortaya çıkış sebebini borç verenin verdiği borç karşısında bir fayda elde etmesi ve insanları faize bulaştırmaktan alıkoymak için ihdas edildiğini belirtmiştir.⁶² Bu çerçevede değerlendirmek gerekirse bey' bi'l-vefâ akdinin diğer teminat akitlerinden ayırt edici bir özelliği olduğundan kanaatimizce de hüküm itibarıyla onlardan farklı olması isabetli gözükmektedir. Çünkü akitlerin mahiyetleri farklı olduğu için doğuracağı sonuçlarda elbette farklılık gösterecektir.

Bey' bi'l-vefâ akdinin rehin olarak kabul edilmesi neticesinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- Müşterinin elindeki mal, rehin alan kişinin elindeki rehin malı gibidir. Ne onun mülkiyetine sahip olabilir, ne de satıcının izni olmaksızın ondan faydalanması helal olur.
- Müşteri elindeki malın semeresinden yer ya da aynından istifade ederse, onu tazmin etmek zorundadır.
- Müşterinin elindeki mal yok olur ve mal borca karşılık gelirse müşterinin satıcıdan alacağı düşer ve satıcının borcu ödemesine gerek kalmaz. Mal borçtan fazla ise müşterinin kusuru dahilinde telef olursa geri kalanını satıcıya öder, mal borçtan az ise satıcı kalan borcunu müşteriye öder.
- Satıcı müşterinin borcunu geri getirdiğinde, vermiş olduğu malı müşteriden geri isteme hakkı vardır.
- Eğer müşteri vefâen aldığı malı satıcıya ya da başka birine kiralarsa, bu akit caiz olmaz. Rehinde olduğu gibi de o mal için satıcıdan kira alamaz.
- Malın semeresinden herhangi bir şey müşterinin müdahalesi olmaksızın helak olursa, müşterinin helak olanı tazmin etmesi gerekmez.
- Malın vergisi, zekatı, tamiri ve şufa hakkı satıcıya aittir.⁶³

⁶¹ Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.2, s.171.

⁶² Ebû Hafs en-Neseî, **Fetâvâ Neseîyye**, vr. 117a-118a; Molla Hüsrev, **Dürer**, C.2, s.208.

⁶³ Kâdîhân, **Fetâvâ Kâdîhân**, C.2, s.49; İbn Mâze, **el-Muhîtu'l-Burhânî**, C.7, s.139; Zeylâi, **Tebîînu'l-hakâik**, C.5,s.183; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.2, s.169; Mola Hüsrev, **Dürerü'l-**

2. Satış Akdi

Hanefi fakihler tarafından ortaya konulan diğer bir görüş ise bey' bi'l-vefâ akdinin bir satış akdi olarak değerlendirilmesidir. Bazıları bu satış akdini doğurduğu hüküm neticesinde fasit olarak değerlendirirken, bir kısmı ise sahih bir satış akdi olduğunu düşünmektedir. Sahih ve fasit satış akdi olmasını ayıran etken ise tarafların akit esnasında telaffuz ettiği lafızlar ve akde eklenen şartlardır.

Semerkant alimlerinden bazıları ve bunların başında zikredilen Neseфі'ye göre bey' bi'l-vefâ akdi caiz ve bazı hükümleri işletilebilir bir akittir. Hanefi fıkıh kaynaklarında Neseфі'ye isnat edilen iki görüş olduğunu daha önce belirtmiştik. Hangi görüşün onun nihai görüşü olduğunu tespit etmek güç olsada her iki görüşte Hanefi fıkıh eserlerinde yer bulmuştur. Neseфі'nin belirttiğine göre onun yaşadığı dönemde bulunan meşayih bu akdin caiz ve bazı hükümleri müfid⁶⁴ bir akit olduğu hususunda ittifak etmişler ve bu akdin insanların ihtiyaçlarına karşılık teamüllerinden dolayı ortaya çıktığını, böyle zamanlarda ise kuralların örf ile terk edilebileceğini ifade etmiştir. Bu fikrini desteklemek üzere ise ıstıсна' akdini örnek göstermiş, onun da bu şekilde caiz olduğunu belirtmiştir.⁶⁵ O halde Neseфі ıstıсна' akdi ile bey' bi'l-vefâ akdinin caiz olma gerekçelerini aynı bağlamda değerlendirmektedir.

Neseфі'ye göre bu akdin sahih bir satış akdi olmasının sebebi tarafların bey' lafızlarını kullanarak inşa ettikleri bir akit olmasından kaynaklanır. Dolayısıyla ona göre lafızlara bakmaksızın mücerret niyet ile hüküm vermek mümkün gözükmemektedir. O halde tasarruflarda maksat ve niyete değil, söz ve lafızlara itibar edilir. Nitekim bir kişi karısıyla ileride boşamak niyeti ile evlenmiş ve üzerinden bir sene geçmiş ise bu nikah müt'a nikahı hükmünü almaz. Bu durum

hükkâm, C.2, s.207; Şeyh Nizam Burhanpurlu başkanlığında Heyet, **Fetâvâ-yı hindiyye**, y.y., 1984, C.3, s.209; İbn Abidin, **Reddü'l-muhtar**, C.5, s.276.

⁶⁴ Akdin bazı hükümlerinin müfid olmasından maksat; müşfahruşterinin satın aldığı maldan istifade edebilmesinden ibarettir. Zira bu akdin rehin akdine çok benzer özellikler taşıyor olması ve satıcının parayı geri getirdiğinde, müşterinin malı iade etmeye icbar edilecek olması, malın rehin malı gibi istifadeye kapalı olacağını düşünmektedir. Ancak "bazı hükümlerinin müfid olmasıyla" bu ihtimal ortadan kaldırılmıştır. Bkz. İbn Abidin, **Reddü'l-muhtar**, C.5, s.277.

⁶⁵ Zeylâi, **Tebyînü'l-hakâik**, C.5, s.183; Molla Hüsrev, **Dürer**, C.2, s.207; Kâzerûnî, **İşaratü ba'zı ehli'l-vefâ bi cem'i ahkâmi beyi'l-vefâ**, İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi, no. 967, vr. (2b-3a).

aynı şekilde bey' bi'l-vefâ akdinde de geçerlidir. Taraflar bir satış sözleşmesi kurduklarını beyan etmişlerse bu akit için başka bir şey düşünülemez.⁶⁶ Çünkü taraflar bu akdi inşa ederken rehin olarak değil satış akdi olarak inşa ettiklerini kullandıkları lafızlarla ortaya koymaktadır.

Kâdîhân'ın da bu akdin nasıl inşa edilmesi gerektiğine dair bir çözüm önerisi sunarak bey' bi'l-vefâ akdini rehin akdi olarak nitelendiren fakihleri reddettiğini daha önce belirtmiştik. Bu öneriden anlaşıldığı üzere daha sonraki dönemlerde bey' bi'l-vefâ akdinin tatbiki devam etmiş ve nasıl uygulanması gerektiğine dair bir çıkış yolu göstermek amacıyla kaynaklarda tekrar gündeme gelmiştir. Akdin rehin olmayacağını kesin surette belirten Kâdîhân, tarafların istedikleri zaman akdi feshetme şartını akit esnasında zikretmeleri durumunda fasit olacağını ifade etmiştir. Ancak bu şartı akit esnasında değil de akitten sonra bir vaatleşme (teaahhüt) olarak zikrederlerse o zaman caiz olacağını ve verilen vaade vefâ göstermenin gerekeceğini beyan etmiştir.⁶⁷ Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v) “Kişinin bir şeyde söz vermesi zimmetindeki borcu gibidir.”⁶⁸ buyurmuştur.⁶⁹ Dolayısıyla Kâdîhân da bu akdin belirttiği şekilde kurulması halinde sahih bir satış sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir.

Kâdîhân'ın sunmuş olduğu bu öneriye Hanefî fıkıh literatüründe önemli bir yer atfedilmiş ve Müslümanların ticari hayatta yaşamış olduğu likidite sıkıntısını ortadan kaldırmak amacıyla fukaha bu akdi zikredildiği haliyle tedavülde tutmaya çalışmış diyebiliriz. Ayrıca İbn Nüceym akit kurulduktan sonra verilen vaadin bağlayıcılığını Müslümanların faize yaklaşımdan ihtiyaçlarını giderebilmesinden dolayı gerekli saymış ve bunu *bir iş dik oldukça müttesî' olur* kaidesine dayandırmıştır.⁷⁰

⁶⁶ Bezzâzî, **Fetâvâ Bezzâziyye**, C.1, s.335; Şeyh Bedreddin, **Câmiu'l-fusûleyn**, C.2, s.170; Molla Hüseyin, **Dürerü'l-hükkâm**, C.2, s.207.

⁶⁷ Kâdîhân, **Fetâvâ Kâdîhân**, C.2, s.49; Bezzâzî, **Fetâvâ Bezzâziyye**, C.1, s.335; Aynî, **el-Binâye**, C.11, s.46.

⁶⁸ Taberânî bu hadisin Mu'cemü'l-evsat'ta İbn Mesûd tarafından Hz. Peygamber'den rivayet edildiği şeklinde isnadını zikretmiştir. Bkz. Ebu'l-Kâsım et-Taberânî, **el-Mu'cemu'l-evsat**, Kahire, Dâru'l-Harameyn, t.y. 3514.

⁶⁹ Zeylâi, **Tebyînü'l-hakâik**, C.5, s.183.

⁷⁰ İbn Nüceym, **el-Bahru'r-râik**, C.6, s.8.

Merğînânî de (ö. 593/1197) bey‘ bi’l-vefâ akdinin caiz bir satış akdi olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünen fakihlerden birisidir. Merğînânî bey‘ bi’l-vefâ akdini *el-Hidaye* isimli eserinin ikrah bahsinde kişinin bir şeyi almaya veya satmaya zorlandığı akitler arasında ele almış ve bey‘ bi’l-vefâ akdinin bu tür bir akit olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca bey‘ bi’l-vefâ akdini “el-bey‘u’l-câizu’l-mu‘tad” şeklinde ifade etmesi Hidaye şarihleri tarafından onun bu akdi sahih ve caiz bir akit olarak değerlendirdiğinin bir göstergesi olarak algılanmıştır.⁷¹

Bey‘ bi’l-vefâ akdinin sahih bir satış akdi olarak kabul edildiği takdirde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- Sahih bir satış akdi olmasına rağmen, satışın doğurduğu bütün sonuçları doğurmaz.
- Mal, müşterinin mülkiyetine geçmiş olduğundan, kendi malından faydalandığı gibi vefâen satın aldığı malın da semeresinden faydalanabilir. Ayrıca o mal üzerinde tasarruf hakkına sahip olduğu için malı kiraya vermek gibi gelir getirecek bir hale dönüştürüp onun gelirinden istifade edebilir.
- Mal, müşteri elindeyken herhangi bir zarara uğramış olsa, müşteri bu malı alması için zorlanmaz.
- Mal, müşterinin elindeyken telef olsa, tarafların birbirinden alacağı kalmaz.
- Malın vergisi, zekatı, tamir ve diğer masrafları müşteriye aittir.⁷²

Bu akdi sahih bir satış akdi olarak gören fakihlerin yanı sıra bazıları da fasit bir satış akdi olarak değerlendirmişlerdir. Bey‘ bi’l-vefânın fasit olduğunu söyleyenler ya onu mükrehin akdine benzetir ve bu başlık altında değerlendirirler veya doğrudan fasit satış başlığı altında ele alırlar. Bu görüş Buhara meşâyihından Hüsamüddin es-Sadru’s-Şehid⁷³ (ö. 536/1141), Zâhirüddin el-Buhârî⁷⁴ (ö.

⁷¹ Aynî, *el-Binâye*, C.9, s.236.

⁷² İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, C.6, s.8.

⁷³ Hüsamüddin Ömer b. Abdülazîz b. Mâze Sadruşşehîd Mâveraünnehir bölgesinin önemli fakihlerinden sayılmaktadır. 483 yılında ilmi bir aile dünyaya gelmiş ve ilk ilmi tahsilini babasından almıştır. *el-Hidâye* ve *el-muhîtü’l-burhâni* isimli eserlerin sahibi onun talebeliğini yapmıştır. 536 yılında savaşta şehit olarak vefat etmiştir. Bkz. Zeynüddîn Ebû’l-‘adl Kâsım b. Kutluboğa, *Tâcü’t-terâcim*, Dâru’l-kalem, Dimeşk, 1992, s. 218.

⁷⁴ Ebû Bekr Zâhirüddin Muhammed b. Ahmed b. Ömer el-Buhârî, Buhârî’nin önemli Hanefî fakihlerindendir. Babası ve Hasan b. Ali el-Merğînânî’den ders almıştır. Usul ve fûrûda döneminin önde gelen alimlerinden sayılmıştır. Bkz. Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Alimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları*, s. 98.

619/1222) ve Tâcu'l-İslam es-Sadru's-Said (ö. 616/1219) gibi isimler tarafından desteklenmektedir.⁷⁵ Onlara göre bu akdin fasit bir akit olması, tarafların akdi inşa ederken borçlu tarafın borcu ödemeye muktedir olduğu vakit borcunu ödemesiyle akdi fesh edebileceği şartını koşmasından kaynaklanmaktadır.⁷⁶ Zira böyle bir durumda tarafların rızası ortadan kalkacak ve müşteri almış olduğu malı geri iade ederken belki de tam bir rıza göstermemiş olacaktır. Dolayısıyla akit esnasında zikredilen bu şart, akdin muktezasına aykırı olduğu için akdi fasit bir duruma getirmiş olacaktır.

Hanefi mezhebine göre akit esnasında zikredilen şartlar genel itibarıyla sahih, fasit ve batıl olmak üzere üç başlık altında değerlendirilir. Eğer şart akdin muktezasına ve yapısına uygunluk arz ediyorsa veya örf haline gelmişse bu şart sahih olarak kabul edilir. Akdin muktezasına ve yapısına aykırı veya münakaşaya sebep olacak bir durumda ise bu şart fasit bir şart olarak değerlendirilmiştir. Akdin muktezasına aykırı olarak koşulan şartlar genel kurala muhalif olduğundan, akdi ifsat edici bir şart olarak değerlendirilmiştir. Bu görüş Hz. Peygamber'in (s.a.v) şartlı satışları yasaklaması hadisine dayandırılmaktadır.⁷⁷ Bey' bi'l-vefâ akdinde ise beyan edildiği üzere; eğer taraflar şartı akit esnasında zikrederlerse bu şart akdin muktezasından olmayan ve akdin yapısına aykırı olan bir şart olduğu için akdi fasit bir hale dönüştürecektir. Ancak akitten sonra vaatleşme olarak zikredilirse o zaman bazı fakihlere göre akdi ifsat edici bir şart, ama bazılarına göre tarafların vefâsına bağlı olan bir şart olarak telakki edilecek ve akdi fesada uğratmayacaktır. Bu görüşe göre ise insanların maslahatına binaen vefâ bağlayıcı bir hale getirilmiş olacaktır.⁷⁸ Görüldüğü üzere şartın zikredildiği yer akdin hükmünü doğrudan etkilemektedir. Öncesinde zikredilmesi fasit yaparken, sonrasında zikredilmesi akdi sahih bir duruma getirebilmektedir.

Bey' bi'l-vefâ akdinin fasit bir satış sözleşmesi olarak değerlendirilmesi halinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

⁷⁵ Aynî, **el-Binâye**, C.11, s.45.

⁷⁶ Zeylâi, **Tebyînü'l-hakâik**, C.5, s.183; Molla Hüsrev, **Dürerü'l-hükkâm**, C.2, s.207.

⁷⁷ Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsüleimme es-Serahsî, **el-Mebsût**, Beyrut, Dâru'l-Ma'rife, 1993, C.13, s.15.

⁷⁸ Kâdîhân, **Fetâvâ Kâdîhân**, C.2, s.49

- Akit mükrehin akdine benzetildiği için hükmü de ona benzetilir ve müşteri satın aldığı malı bir başkasına satamaz.
- Eğer müşteri malı başkasına satarsa satıcının o malı ikinci müşteriden geri alma hakkı vardır.
- Müşteri vefaen satın aldığı malı bir başkasına kiraya verirse, o kira ücretini almaya hak kazanır.
- Müşteri malın gelirlerinden veya semeresinden tüketirse tükettiği kadarını tazmin etmekle yükümlüdür.
- Eğer müşteri malı helak ederse, satıcının müşteriye bir borcu kalmamış olur.⁷⁹

3. Mürekkep Akit

Bey' bi'l-vefâ akdi hakkında Hanefi fakihler tarafından iddia edilen diğer bir görüş ise mürekkep bir akit olmasıdır. Mürekkep akitten maksat akdin farklı cihetlerinden bakıldığında farklı akitlere karşılık geldiği anlamına gelmesidir. Dolayısıyla bir mürekkep akit iki ya da üç farklı akitten meydana gelmiş olabilir. Kimilerine göre bey' bi'l-vefâ akdi sahih bir satış akdi ve rehin akitlerinden oluşmakta iken, muhakkik ve müteahhir Hanefi fakihlerine göre sahih, fasit satış akitleri ve rehin olmak üzere üç farklı akitten oluşmaktadır.⁸⁰

Bey' bi'l-vefâ akdinin iki akitten mürekkep olduğunu iddia eden fakihler, bunu sahih satış akdi ve rehin akdi olarak değerlendirirler. Eğer vefa şartı akdin kuruluşunda şart koşulmamışsa, müşteri hakkında sahih bir satış sözleşmesi olur. Böylece diğer mallarından yararlandığı gibi bu maldan da o şekilde yararlanır. Satıcı hakkında ise rehin olarak değerlendirilir ki sonuç olarak malı satmasına izin verilmez ve satıcı borcunu getirdiğinde müşteri parayı kabule, malı ise geri vermeye icbar edilir. Ayrıca bir bedel karşılığında hibe vermek ve marazı mevte

⁷⁹ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.2, s.171; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, C.6, s.9; Yelek, *İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımaları*, s.68.

⁸⁰ Zeylâi, *Tebyînu'l-hakâik*, C.5, s.183; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, C.6, s.9; İbn Abidin, *Reddü'l-muhtar*, C.5, s.277.

hibe vermek gibi iki hükmü olan buna benzer başka akitler de bulunmaktadır.⁸¹ Bu görüşün sahibi kaynaklarda Fahrüzzâhid olarak zikredilmektedir.⁸²

Bey' bi'l-vefânın üç akitten mürekkep olduğu görüşünü savunan fakihlere göre sahih satış akdi, fasit satış akdi ve rehin akdinden oluşmaktadır. Onlara göre bu akit bazı açılardan sahih, bazı açılardan rehin hükmünde ve bazı açılardan ise fasit akit hükmündedir. Tarafların her birinin akdi feshetme yetkileri olması bakımından fasit olarak değerlendirildiği gibi, müşterinin vefâen satın aldığı maldan yararlanabilmesi ve onun gelirinden istifade edebilmesi açısından sahih ve müşterinin malı başkasına satamaması, rehin verememesi, binayı kesmek ya da ağacı kesmek gibi kalıcı değişiklikler gerçekleştirmeye hakkı olmaması açısından ise rehindir.⁸³ Bu hükmün savunucuları bey' bi'l-vefâ akdini zürafaya benzetmektedir. Nasıl ki zürafa şekil olarak deve, kaplan ve sığır suretlerini barındırmakta ise bey' bi'l-vefâ akdi de sahih, fasit ve rehin akdi hükümlerini bir arada bulundurmaktadır.⁸⁴

Kavl-i câmi'in⁸⁵ bey' bi'l-vefâ akdi hakkında yapılan değerlendirmeler arasında diğerlerine nazaran tarihsel olarak daha sonraki zamanlarda ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Nitekim bu akdi mevzu bahis eden ilk fıkıh kitapları *Fetâvâ Kâdîhân*, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, *Tebyînü'l-hakâik* ve *Kenzü'd-dekaik* gibi 6/12, 7/13 ve 8/14. yüzyıl eserlerinde böyle bir görüş zikredilmezken, 9/15. yüzyılda kaleme alınan *el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye* ve *Câmiu'l-fusuleyn* gibi eserlerde bu görüşe yer verilmektedir. Hatta 10/16.yüzyılda fakihlerinden olan İbn Nüceym de bunu tercih edilmesi gereken görüş olarak değerlendirmiş ve *el-Bahru'r-raik* isimli eserinde bey' bi'l-vefâ akdinin hükmünü belirtirken fetva verenlerin *kavl-i câmi*'den başka bir görüş tercih etmemesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁶ Her ne kadar *kavl-i câmi*' ortaya çıktığı dönemden itibaren güçlenerek

⁸¹ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.2, s.171;

⁸² Bezzâzî, *Fetâvâ Bezzâziyye*, C.1, s.336.

⁸³ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, C.6, s.9.

⁸⁴ Bezzâzî, *Fetâvâ Bezzâziyye*, C.1, s.337; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, C.6, s.9; İbn Abidîn, *Reddû'l-muhtar*, C.5, s.277.

⁸⁵ *Kavl-i câmi*'; bey' bi'l-vefânın mürekkep akit olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunanların ona verdiği bir diğer isimdir. Üç veya iki akdi bir araya getirdiğinden dolayı bir araya getiren, toplayan manasındaki "câmi" kelimesini kullanmışlardır.

⁸⁶ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, C.6, s.9; İbn Abidîn, *Reddû'l-muhtar*, C.5, s.277.

muhtar olan görüş haline geldiyse de, bu görüşün sahibi kaynaklarda muhakkik alimlerin görüşü olarak ifade edilmiş ve isim belirtilmemiştir.

Kavl-i câmi‘ bey‘ bi’l-vefânın tatbiki açısından da büyük bir önem arz etmektedir. Zira Osmanlı Devleti zamanında da gündeme gelen bu akit şeyhülislam tarafından farklı şekillerde değerlendirilmiştir. 10/16. Yüzyılda şeyhülislam olan Ebûssuûd Efendi’den (ö. 982/1574) her ne kadar rehin olduğuna dair görüşler aktarılsa da bazı fetvalarında kendisinin *kavl-i câmi‘*’i benimsediği ve ona göre fetva verdiği görülmektedir.⁸⁷ 11/17. Yüzyıl şeyhülislamlarından Çatalcalı Ali Efendi’nin (ö. 1103/1692) fetâvâsında da aynı şekilde kimi yerde rehin kimi yerde sahih olduğuna dair fetvalar bulunmaktadır.⁸⁸ Ancak burada kastedilen bey‘ bi’l-vefânın bazı açılardan fasit bazı açılardan rehin bazı açılardan da sahih olduğudur.⁸⁹ 12/18. Yüzyıl müelliflerinden Âkifzâde (ö. 1123/1808) *Mecelletü’l-mehâkim* isimli eserinde ise bey‘ bi’l-vefâ akdine dair birçok görüş ortaya atıldığını, Hanefi fakihlerden ve Osmanlı âlimlerinden bir kısmı bu akdi rehin akdi olarak değerlendirdiğini ifade etmiştir. Ancak Osmanlı âlimlerinin çoğunun *kavl-i câmi‘* ile amel ettiğini ve fetvalarını bu minvalde verdiklerini eklemiştir. Dolayısıyla Osmanlı meşayih bey‘ bi’l-vefâ akdinin bir açıdan rehin, bir açıdan bey‘i fasit ve diğer bir açıdan ise bey‘i caiz hükmünde olduğu görüşüne sahiptir.⁹⁰

Ahmet Cevdet Paşa (ö. 1441/1895) *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* heyetine gönderilmek üzere bey‘ bi’l-vefâ akdine dair bir risale kaleme almış ve bu akde dair zikredilen görüşleri ifade etmiştir. Yaşadığı dönem itibariyle bunun insanların yararına ve maslahatına daha uygun olduğunu düşünen Cevdet Paşa *Mecelle*’nin 118. maddesine atıfta bulunarak *kavl-i câmi‘* görüşü benimsediğini

⁸⁷ Ahmet Akgündüz, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları (Fetava-yı Ebussuud Efendi)*, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınevi, 2018, s.375-379.

⁸⁸ H. Necati Demirtaş, *Açıklamalı Osmanlı Fetvaları Fetâvâ-yı Ali Efendi (Çatalcalı Ali Efendi)*, İstanbul, Kubbealtı, 2014, s. 466-470.

⁸⁹ Yelek, *İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımaları*, s.76.

⁹⁰ Abdurrahim b. İsmail b. Mustafa Akif el-Amasî, *Mecelletü’l mehâkim*, Süleymaniye Kütüphanesi, Kasıdecizâde, no. 274, vr. 294b- 295a; Kaya, XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazarî ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri, s.82-83.

söylemektedir.⁹¹ Ayrıca son dönem hukukçularından ve çalışmamızın konusunu teşkil eden risaleyi kaleme alan Mehmed Said Bey de bu akit hakkında kaleme aldığı risalede bey' bi'l-vefâya dair hükümleri analiz ederek *kavl-i câmi*'i tercih etmiştir.⁹²

Bey' bi'l-vefâ akdi mürekkep bir akit olarak değerlendirildiğinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- Müşteri satın aldığı malın mülkiyetine sahip olmaz. Dolayısıyla malı başkasına satmaya hakkı yoktur. Ancak kiraya vererek maldan istifade edebilir.
- Satıcı borcu getirdiği takdirde malı ona geri iade etmesi gerekmektedir.
- Müşterinin satın aldığı maldan faydalanabilmesi caizdir.⁹³
- Her iki taraf akdi istedikleri zaman fesh etme yetkisine sahiptirler.
- Rehinde olduğu gibi eğer mal helak olursa, satıcının borcu da bitmiş olur ve eğer malda bir noksanlık meydana gelirse bu taraflara taksim edilir.⁹⁴

4. Batıl

Bey' bi'l-vefâ akdi için ifade edilen bir diğer hüküm de bu akdin batıl bir akit olduğu yönündedir. Bu akdin batıl olduğunu düşünenlerin dayandırdıkları gerekçe bey' bi'l-vefânın telcie⁹⁵ ya da hâzilin⁹⁶ akdine benzediğini düşünmelerinden kaynaklanmaktadır.⁹⁷ Telcie ve hâzilin akitlerine benzeme yönü olarak ise bey' bi'l-vefâ akdini inşa eden tarafların her ne kadar lafzen satış akdi yaptıklarını beyan etseler de niyetlerinin bir satış akdi meydana getirmek olmadığını düşünmeleridir. Dolayısıyla ortaya koydukları irade içlerindeki gerçek iradelerini yansıtmadığı düşünülmektedir ki bu da bir akit açısından herhangi bir sonuç doğurmadığı için bu akit batıl olmuş olur. Ayrıca taraflardan her biri diğerinin

⁹¹ Ahmet Cevdet Paşa, **Risâletü'l-Vefâ**, thk. Huzeyfe Çeker, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, C.12, 2008, s.263.

⁹² Mehmed Saîd, **Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ**, Beyazıt Devlet Kütüphanesi, İstanbul, yazma, t.y., No.8946, s.12.

⁹³ Bezzâzî, **Fetâvâ Bezzâziyye**, C.1, s.336.

⁹⁴ Molla Hüsrev, **Dürer**, C.2, s.207; İbn Nüceym, **el-Bahru'r-Râik**, C.6, s.9

⁹⁵ Telcie: Dış müdahale korkusuyla göstermelik ve danişıklı akid yapma; bu şartlarda yapılan sözleşme. Bkz. Cengiz Kallek, "Telcie," **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 2011.

⁹⁶ Hâzilin akdi: Şaka olarak gayri ciddi irade beyanıyla yapılan kurulan akittir. Bkz. H. Yunus Apaydın, "Hezl," **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 1998.

⁹⁷ Merğînânî, **el-Hidâye**, C.3, s.273; Zeylâî, **Tebyînü'l-Hakâik**, C.5, s.183.

rızası olmadan fesih etme yetkisine sahiptir. Bu da tek taraflı bir rıza ile gerçekleşebilecek bir durum değildir.⁹⁸

Bu görüşün çok fazla taraftar bulmadığını söylemek mümkündür. Nitekim hâzil ve telcieye kıyas edilmesi çok da tutarlı gözükmemektedir. Zira bu akitte şaka manasına gelen hiçbir delil olmadığı gibi zorlama sebebiyle göstermelik olduğunu düşündürecek bir zorlama da söz konusu değildir. Sadi Çelebi (ö. 945/1539) “hezlin ne anlama geldiğini bilenler, bu şekilde bir söz ile konuşan kimsenin hâzil olmayacağını bilirler” demiştir ki bundan kastı bey‘ bi’l-vefâ akdini kuran tarafların sözleridir.⁹⁹

Bey‘ bi’l-vefâ akdi hakkında ortaya atılan görüşlerin sonuçlarına göre ortaya çıkardığı sonuçları tablo halinde gösterelim.

	REHİN	SAHİH AKİT	FASİT AKİT	MÜREKKEP AKİT
Mülkiyet Sahibi	Satıcı	Müşteri	Satıcı	Satıcı
Faydalanma Hakkı	Yok	Var	Yok	Var
İtlaf Durumu	Borcu silinir	Borcu silinir	Borcu silinir	Borcu silinir
Talep Hakkı (müşteri)	Var	Vefâen var	Var	Var
Tasarrufta Bulunmak	Yok	Var	Yok	Var
Vergi, zekat, tamir	Satıcı	Müşteri	Satıcı	Satıcı

E. Bey‘ bi’l-vefâ Akdinin Tarihi Ve Ortaya Çıkış Nedenleri

Bey‘ bi’l-vefâ mezheplerin teşekkülünden sonraki dönemlerde Semerkant, Buhara ve Belh merkezli Maverâünnehir bölgesinde ortaya çıkmış ve Müslümanlar tarafından kullanılan bir akit çeşidi olmuştur. Daha sonraki zamanlarda bu muâmele yaygınlık göstermiş ve fakihler tarafından tartışılmaya başlanmıştır. Ortaya çıktığı tarihi tam olarak tespit etmek çok fazla mümkün

⁹⁸ Aynî, **el-Binâye**, C.11, s.46.

⁹⁹ Yelek, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey‘ bi’l-Vefâ’nın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,” s.276.

gözükmese de bu akdin tartışıldığı metinlerde, ona dair hüküm beyan eden fakihler göz önüne alınarak 5/10. yüzyılda ortaya çıktığı söylenebilir. Nitekim eldeki mevcut kaynaklara göre bu akitle alakalı ilk defa görüş ortaya koyanların Ebû Hasan Ali es-Suğdî, Kâdı Ebû'l-Hasan el-Maturîdi, Ebû Şuca' olduğu söylenmektedir.¹⁰⁰ Bunların yaşadıkları dönemin hicri 5/10.yüzyıl olduğu ve hepsinin Hanefî mezhebine mensup olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla ilk olarak bu fakihlerin tartışması bize bu akdin hicri 5/10.yüzyılda Hanefî fukahası tarafından gündeme getirildiğini söylememize olanak sağlamaktadır.

Hicri 5/10.yüzyılda tartışılmaya başlanan bu akit fıkıh kitaplarının çoğunda yerini almış ve Hanefî fakihleri tarafından çeşitli öneriler sunulularak geliştirilmiştir. İlk olarak rehin hükmünde bir akit olarak değerlendirilirken¹⁰¹ daha sonraki dönemlerde caiz-fasit bir satış akdi olarak değerlendirilmeler görülmüştür.¹⁰² 6/11. Yüzyılda Kâdîhân'ın sunduğu öneriyle şartın akitten sonra vefâ üzere zikredilmesi ile Hanefî akit teorisine göre sahih bir akit olarak inşa edildiğini ve diğer fakihler tarafından da benimsenmiş bir görüş haline dönüştüğü anlaşılmaktadır.¹⁰³ Son olarak da 9/14. Yüzyılda ortaya çıkan *kavl-i câmi* ' bu akit için daha uygun olarak değerlendirilmiş ve 14/20.yüzyıla kadar Hanefî fakihlerinin bir kısmı tarafından benimsenerek fıkıh kitaplarında ve fetâvâlarda tercih edilen görüş olarak zikredilmiştir.¹⁰⁴ Görüldüğü üzere fıkıh tarihi boyunca dinamikliğini devam ettiren bey' bi'l-vefâ akdini Hanefî fakihler genellikle *hâcet umûmî veya husûsî olsun zarûret derecesine indirilir*¹⁰⁵ ve *âdet muhakkemdir*¹⁰⁶ gibi külli kaidelere dayandırarak bu akde meşru bir zemin hazırlamışlardır.¹⁰⁷

Buradaki hacetin zarurete indirilmesinin amacı Müslümanların ticari muamelelerinde İslam'ın katî surette yasakladığı faize bulaşmaktan onları

¹⁰⁰ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, C.5, s.183; Molla Hüsrev, *Dürer*, C.2, s.207; Şahin, *Mecelle'de Vefâen Satış Sözleşmesi*, s.4-5.

¹⁰¹ Kâdîhân, *Fetâvâ Kâdîhân*, C.2, s.49; İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, C.7, s.139.

¹⁰² Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, C.5, s.183.

¹⁰³ Kâdîhân, *Fetâvâ Kâdîhân*, C.2, s.49

¹⁰⁴ Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.2, s.171; Bezzâzî, *Fetâvâ Bezzâziyye*, C.1, s.336; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, C.6, s.9.

¹⁰⁵ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s.78.

¹⁰⁶ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s.79.

¹⁰⁷ Ahmed Cevdet Paşa, *Risâletü'l-vefâ*, s.261.

muhafaza etmektir. Zira 5/10.Yüzyılda Maverâünnahir bölgesinde Müslümanların ticari hayatlarında zorluk çektikleri ve birbirilerine borç vermeye yanaşmadıkları bilinmektedir. Ayrıca fıkıh kaynaklarında belirtildiğine göre Buhara halkı ağaçları uzun süreli bir şekilde kiraya vermeye¹⁰⁸, Belh halkı ise bağ ve bahçeleri kiraya verip borç para almaya başlamıştır.¹⁰⁹ Bu iki durumda da gerçekleşen uygulama caiz görülmemiştir. Çünkü kiracının bir malı kiralarken gayesinin o malın menfaatinde faydalanmak olması gerekirken bağ ve bahçelerin kiralınması halinde malın aynından faydalanma söz konusudur. Bu muamelelerin ortaya çıkardığı şüpheden kaçınmak gayesiyle bey‘ bi’l-vefâ akdinin uygulanmasını çözüm yolu olarak değerlendirilmiş ve bu şekilde bir alternatif oluşturulmuştur. Çünkü bu muameleleri kira akdi altında yapmak ne kadar caiz olmasa da satış akdi altında yapmakta bir problem gözükmemektedir.¹¹⁰ Ayrıca bu dönemin Buhara ahalisinin borçlarının artış gösterdiği bir döneme denk gelmesi de önemlidir. Buhara halkı borçlarını ödemek için nakit para temin etmeye ihtiyaç duyarken, insanlardan karz-ı hasen ile borç almaya teşebbüs etmiş, ancak bu şekilde borç vermek arzu edilen bir uygulama olmadığı için Müslümanların ihtiyacını karşılamamıştır. Hatta mallarını rehin vererek bile borç verme işlemine kimse razı olmamıştır. Ahmed Cevdet Paşa’nın ifadesine göre “insanlarda Allah rızası için yapılan iyilik zamanı geçti ve herkese menfaat sevgisi galip geldiği için böyle bir muameleye ihtiyaç duyuldu.” Çünkü rehin ve karz-ı hasen ile borç vermek, borç veren kimseye bir menfaat sağlamadığından dolayı çok fazla tercih edilecek bir seçenek olmamaya başlamıştır.¹¹¹

Ayrıca Maverâünnahir bölgesi hicri 4/9. yüzyılın son zamanlarında siyasi olarak Sâ mâniler ile Karahanlılar arasında çekişmenin şiddetlendiği bir dönem içinde bulunmaktadır. Semerkant ve Buhara şehirlerine düzenli olarak askeri saldırılar yapılmakta ve bu durum doğal olarak şehirlerde adeta bir kriz ortamı

¹⁰⁸ Buhara halkının tatbik etmeye başladığı “*el-icâretü’l-tavile*” olarak isimlendirilen uzun süreli kiralama akdi; kiracının uzun süreli kiraladığı malın kirasını ilk iki sene daha az miktarda verirken, son sene daha fazla meblağ ödeme şartıyla kurmasıdır. Böyle bir durumda taraflardan birine menfaat sağlamasından dolayı faiz şüphesi olacağı düşünülmüştür. Fakihlerden bazıları bu akdi caiz görürken, diğerleri cevaz vermemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Mâze, **el-Muhîtu’l-Burhâni**, C.7, s.617-622.

¹⁰⁹ Bezzâzî, **Fetâvâ Bezzâziyye**, C.1, s.336

¹¹⁰ İbn Nüceym, **el-Bahru’r-râik**, C.6, s.8; Şahin, **Mecelle’de Vefâen Satış Sözleşmesi**, s.5.

¹¹¹ Ahmed Cevdet Paşa, **Risâletü’l-vefâ**, s.261.

doğmasına sebebiyet vermektedir. Nihayet 389/999 yılında hem Buhara'nın hem de Semerkant'ın yönetimine Karahanlılar tarafından el koyulur ve artık Samani Devleti yıkılmış olur.¹¹²

Bölgede yaşanan bu olaylardan kısa bir müddet sonra o dönemin fukahasının bey' bi'l-vefâ akdini konuşmaya başlamış olmaları dikkat çekicidir. Zira kanaatimizce bölgenin içinde bulunduğu savaş ortamı siyasi istikrarsızlığa sebebiyet vermiş ve bu siyasi problemler de ekonomik problemleri doğurmuş olabilir. Bölge halkının geçimlerini büyük oranda ticaretten sağlıyor olması sebebiyle içinde bulundukları sıkıntılı durumdan kurtulup ticari hayatlarına devam etmek istemeleri onları çözmeleri gereken nakit para ihtiyacı gibi bir problemle karşı karşıya bırakmış olabilir. Ancak bütün bunların yanı sıra hukukun koymuş olduğu çizgiyi de aşmak istemediklerinden dolayı bu sorunu çözmek ve ticari faaliyetlerine devam etmek ya da borçlarını ödemek için bey' bi'l-vefâ akdi ortaya çıkmış olabileceği tahmin edilmektedir.

Bunlara ek olarak Maverâünnehir bölgesinin bulunduğu jeopolitik konum bu akdin burada ortaya çıkması açısından büyük önem arz etmektedir. Zira bu bölgenin eski zamanlardan itibaren ticaretin ve kültürel hayatın canlı olduğu bir konuma sahip olduğu bilinmektedir. Nitekim Maverâünnehir'in en önemli şehirlerinden birisi olan ve ticarî faaliyetleri ile Soğdlular döneminden itibaren nam salmış Semerkant; Çin'den gelen ipek yolu, kuzey ve kuzeydoğudaki Türk ülkelerinden gelen ticaret yolu, güneyden gelen Belh ve Tirmiz yolu, Hindistan ve Afganistan'dan gelen baharat yolu ve İran'dan gelen önemli ticaret yollarının kesiştiği bir noktada bulunmaktadır.¹¹³ Şehrin bu ticari önemi Müslümanlar tarafından fethedildikten sonrada devam etmiş ve İslam dünyasının ticaret merkezlerinden biri halini almıştır. Buhara'da ise dokunan kumaşlar, halılar, kilimler, yün ve pamuklar vs. diğer birçok ürün Irak ve diğer şehir merkezlerine ihraç edilmektedir. Ayrıca İbn Havkal ve Makdîsi'nin verdiği bilgilere göre etrafında ziraat, ticaret ve sanayinin çok geliştiği ve büyük çarşıların olduğu bir

¹¹² Richard N. Frye, **Bukhara the Medieval Achivement**, y.y., University of Oklahoma Press, 1965, s.146; Osman Aydın, "Semerkant," **TDV İslam Ansiklopedisi**, 2009.

¹¹³ Osman Aydın, **Fethinden Sâmânîler'in Yıkılışına Kadar (93-389/711-999) Semerkant Tarihi**, İstanbul, İSAM Yayınları, 2011, s.349.

şehir merkezidir.¹¹⁴ Bunların yanı sıra her iki şehir merkezi de ilim ve kültürel faaliyetlerin üst düzeyde icra edildiği yerler olmasıyla beraber hukuk ilminin gelişmesi açısından çok önemli katkılar sunmuştur.¹¹⁵ Dolayısıyla iktisadi yeniliklerin ortaya çıkması için hem ticari anlamda hem de hukuki anlamda uygun bir zemin bulunduğu ortadadır.

Maveraünnehir bölgesinde örfi has olarak neşet eden bu akit, daha sonra diğer Müslüman beldelere de yayılmış ve onlar tarafından olumlu karşılanıp, örfi âm bir uygulama haline gelmiştir. Dolayısıyla zaruret menzilesine indirilmiş ve bölge halkının uygulamasıyla bir teâmül haline gelmiştir. Böylece, Müslümanların hem nakit para ihtiyacını hem de borç verenin parasını faize bulaşmaksızın teminat altına almasını sağlayarak Müslümanların iktisadi hayatlarına büyük kolaylıklar getirmiştir.¹¹⁶

¹¹⁴ Ramazan Şen, “Buhara,” TDV İslam Ansiklopedisi, 1992.

¹¹⁵ Mürteza Bedir, **Buhara Hukuk Okulu**, İstanbul, İSAM Yayınları, 2014, s.28.

¹¹⁶ Ahmed Cevdet Paşa, **Risâletü'l-vefâ**, s.261; Hasanuzzaman, **The Economic Relevance of The Sharia Maxims**, s.56.

İKİNCİ BÖLÜM

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE'YE YÖNELİK ELEŞTİRİ VE TADİLLER

A. Bir Hukuk Kodu Olarak Mecelle

Osmanlı Devleti, kurulduğu ilk günden itibaren hukuki uygulamalarda Hanefi mezhebinin kabullerini benimsemiştir. İlk zamanlarda her ne kadar resmi bir hukuk metninden söz etmek mümkün olmasa da, daha önceki dönemlerde telif edilmiş bir takım hukuk kitapları bulunmaktadır. Bu eserler medreselerdeki fıkıh eğitiminde, kadıların mahkemelerde hüküm verme süreçlerinde ve fakihler tarafından bir mesele incelenirken müracaat edilen temel kaynaklar olmuştur.¹¹⁷ Osmanlı'nın ilk döneminden itibaren fakihler yeni fıkıh kitapları telif etmeye devam etmişler ve literatüre eklenen bu kitaplardan gerek hukuk sisteminin işleyişinde gerekse entelektüel anlamda istifade edilmiştir. Bu eserlerden Molla Hüsrev'in (ö. 885/1480) *Dürrü'l-hükkâm fî şerhi Ğururi'l-ahkâm* ve İbrahim Halebi'nin (ö. 956/1546) *Mülteka'l-ebhur* isimli eserlerine büyük önem atfedilmiştir.

19. yüzyıla kadar bu şekilde devam eden hukuk sistemi Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile beraber farklı bir hale dönüşmüş ve artık İslam Hukuku'nun otoritesi devlet tarafından tasdik edilmemeye başlanmıştır.¹¹⁸ Dolayısıyla devletin hukuk sahasındaki uygulamalarında değişiklikler meydana gelmiş ve bu değişiklikler yeni düzenlemeleri gerektirmiştir. Nizamiye Mahkemeleri, yeni kanunnameler ve hukuk mektepleri gibi birtakım yenilikler bu düzenlemeler kapsamında ihdas edilmiş ve eski sistemin artık yeterli olmadığı görüşünün çıktıkları olarak kendini göstermeye başlamıştır.¹¹⁹

¹¹⁷ Hanefi mezhebinde mütûn-ı sitte olarak isimlendirilen ve kadıların hüküm verirken müracaat ettiği temel kitaplar şunlardır: Mevsilî'nin *el-Muhtâr*, Burhânu's-şerîa'nın *el-Vikâye*, İbnü's-sâati'nin *Mecmau'l-bahreyn*, Neseî'nin *Kenzü'd-dekâik*, Kudurî'nin *el-Muhtasar* ve Merğînânî'nin *el-Hidâye*. Bu fûrû eserlerine ek olarak fetâvâ ve nevazil kitapları da yardımcı kaynak olarak kullanılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Recep Cici, "Osmanlı Klâsik Dönemi Fıkıh Kitapları," **TALİD**, C.3, 2005, s. 219-224.

¹¹⁸ Mürteza Bedir, "Fıkıh to Law: Secularization through Curriculum," s.6.

¹¹⁹ Öztürk, **Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle**, s.12; Kaşıkçı, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, s.49.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye de bu dönemdeki yeni arayışlar içerisinde ortaya koyulan ürünlerden biridir. Ahmet Cevdet Paşa önderliğinde dönemin önemli hukukçularından oluşan bir heyet ile tedvin edilen *Mecelle*, İslam hukukunun ilk Medeni Kanunu olarak kabul edilir. *Mecelle* ile beraber bu zamana kadar sivil bir faaliyet olarak devam eden fıkıh, ulus devletin kodifikasyon hareketinin sonucu olarak Avrupalı bir hukuk tasavvuruna yerini bırakmıştır. Sonuç olarak hukuk sivil olarak üretilirken devlet eliyle yürütülen bir kanun yapma işine dönüşmüştür.¹²⁰ Bu başlık altında *Mecelle*'yi ortaya çıkaran sebepler, tedvin aşaması ve metnin muhtevası kısa bir şekilde incelenecektir.

1. *Mecelle*'yi Ortaya Çıkaran Sebepler

İslam hukuk tarihinde fıkhi hükümleri toplayarak hukuki birliği sağlamak amacıyla bir metin meydana getirmek için farklı zamanlarda çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. İslam hukuku bakımından problemler barındıran bu işlem, tarih boyunca istenilen şekilde bir sonuca ulaşamamıştır.¹²¹ Bu amaca belki de en fazla yaklaşan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* olmuştur. Tedvin edildiği dönemin önemi de göz önünde bulundurularak *Mecelle*'yi tedvin etmeye götürdüğü düşünülen sebepleri kısaca şu başlıklar altında incelemek mümkündür.

a. Hukuki İkilik

Osmanlı Devleti mahkeme sistemi olarak 19. yüzyıla kadar tek hâkim tarafından idare edilen ve tek dereceli olmak üzere İslam hukukunun uygulandığı şer'î mahkemelerden oluşmaktaydı. Müslümanlar arasında veya Müslüman ile gayrimüslim arasında bir dava olduğu zaman bu uyuşmazlıklar mahkemelerde

¹²⁰ Mürteza Bedir, "Fetva ve Değişim: Geleneksel Fıkıh Yönteminde Büyük Kırılma", **Hanefilerde Mezhep Usûlü: Şerhu Ukûdi Resmî'l-Müftû** içinde, İbn Âbidin (telif), Şenol Saylan (inceleme), İstanbul, Klasik Yayınları, İstanbul, 2016.

¹²¹ Bu girişimlerin en önemlilerinden birisi, Abbasi Halifesi Ebû Cafer el-Mansûr'un (ö. 158/775) danışmanı İbn Mukaffa (ö. 142/759) tarafından halifeye hukuk sisteminde birliği sağlamak amacıyla yazdığı risalede bir eser tayin edilmesine yönelik tavsiyeleridir. Daha sonra Halife Harun Reşid'in İmam Malik'in (ö. 179/795) Muvatta isimli eserini resmi hukuk kitabı olarak kabul etme isteği üzerine, İmam Malik bunu reddetmiştir. Benzer tarzda girişimler diğer İslam Devletlerinde de görülmüş ancak hiç birisi bir kanun olabilecek dereceye gelmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Gayretli, **Tanzimat Sonrasında Cumhuriyete Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları**, Marmara Üniversitesi SBE, 2008, s. 36-45.

görülür, gayrimüslimler arasında ahvali şahsiye konularında bir dava olduğu vakit kendi meclislerinde çözüme kavuşturulurdu.¹²² Ancak Tanzimat döneminde bu durum farklı bir hale dönüştü ve yeni mahkemeler kurulmaya başlandı. Bu alandaki yapılan ilk yenilik Ticaret Nezareti'ne bağlı olarak 1840 tarihinde Ticaret Mahkemeleri'ni kurmak oldu ve daha sonra çıkartılan bir nizamname ile bu mahkemeler karma mahkemeler haline dönüştü. Bu mahkemelerin üyelerinin yarısı Müslüman, diğer yarısı ise gayrimüslim tüccarlardan oluşmaktaydı. Buna ilave olarak Vilayet Nizamnamesi ile bir hâkimin başkanlığında üç Müslüman ve üç gayrimüslim üyeden oluşan Nizamiye Mahkemeleri ihdas edildi. Nizamiye Mahkemeleri ise Şer'i Mahkemelerle beraber hukuki davalara bakmakla mükellefti.¹²³ Görüldüğü üzere hukuki anlamda bir düalizm söz konusuydu. Zira Osmanlı Devleti'nde yargılama düzeni olarak iki farklı sistemin işliyor olması bu ikili yapının bir göstergesi olarak değerlendirilmekteydi. Bir taraftan şer'iyeye mahkemelerinde fıkhi hükümler, diğer taraftan ise nizamiye mahkemelerinde Avrupalı devletlerden tercüme edilmiş yeni kanunlar uygulanmaktaydı.¹²⁴

Ayrıca Tanzimat'la beraber kurulan bu mahkemelerin başkanları hariç diğer üyeleri hukuki açıdan eksik olduklarından, mahkemeye gelen davaları çözüme kavuşturmakta güçlük çekiyorlardı. Dolayısıyla danışacakları bir üst kurul ya da yazılı bir metne ihtiyaç duyuyorlardı. Bu sorunun ortadan kaldırılması ve mahkemelerin uyumsuzluğu yürütürken başvuracakları bir metin olması için bir Medeni Kanun hazırlamanın zorunluluğu hissedildi.¹²⁵

b. Hâkimlerin Yetersizliği

Mecelle'yi tedvine götüren sebeplerden bir diğeri olarak ise dönemin hâkimlerinin yetersiz olmaları iddia edilmektedir. Bu iddiayı savunanlara göre; hâkimler mahkeme sürecinde hüküm vermesi gerektiği kaynaklara vakıf olma

¹²² Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)**, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2004, s.25.

¹²³ M. Akif Aydın, **Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet**, s.263.

¹²⁴ Talha Yıldız, Kanunlaştırma Hareketlerini Tetikleyen Sebepler Açısından Mecelle ile Code Civil'in Mukayesesi, Uluslararası Mecelle Sempozyumu, 25-27 Ekim 2017 Tebliğleri, Ankara, 2017, s. 654.

¹²⁵ Sıddık Sami Onar, "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u," **İÜHFİM**, C.20, 1955, s.62.

açısından büyük zorluklar çekmekteydiler. Daha önceki Osmanlı kadılarının sahip olduğu fıkhi bilgi ve meleke onlarda oluşmamış ve bu yeterliliğe sahip olan kadılar ise devletin merkezinde görev yapmaktaydı. Bu görüşü savunan araştırmacılar, hâkimlerin fıkhi açıdan yetersiz bir halde olmalarını çeşitli sebeplere bağlamaktadır. Onlara göre, bunlardan en önemlisi; medreselerin eğitiminin kifayetsiz olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim bu sorunun çözülmesi için 1856 yılında “Muallimhâne-i Nüvvâb”¹²⁶ adında bir hukuk okulu inşa edilmiştir. Bu sayede istenilen yeterlilikte hâkimler ve hukukçular yetiştirmek hedeflenmiştir. Dolayısıyla Muallimhâne-i Nüvvâb hâkim yetiştirmesi hedeflenmiş bir okul haline gelmiştir.¹²⁷ Bu görüş *Mecelle*’nin *Mazbata*’sındaki şu ifadeler işaret edilerek desteklenmektedir:

“Ulûm-ı şer’iyyede mahâretli zevâta nedret geldiğinden mehâkim-i nizâmîyyede lede’l-icâb kütübü fıkhiyyeye mürâcaatla hall-i şüphe edebilecek âzâ bulundurmak şöyle dursun memâlik-i mahrûsada kâim bu kadar mehâkim-i şer’iyyeye kâfi kudât bulmak müşkil olmuştur.”¹²⁸

Görüldüğü üzere *Mazbata*’da vurgu yapılan diğer bir nokta ise Hanefî mezhebi kaynaklarının geniş ve meselelere yöneltilen çözümlerin çeşitli olmasıdır. Hâkimlerin bu kaynaklar içerisinde tercih yapabilecek kudrette olmamaları onları mahkemede bir meseleye hüküm vereceği zaman aciz duruma düşürmektedir. Dolayısıyla daha pratik olarak hüküm verecekleri bir yola ihtiyaç duymuşlardır. Bir kanun metni oluşturulmasının ise bu zorluğu ortadan kaldıracağı ön görülmüştür.

Mecelle’nin ortaya çıkış sebeplerinden bir tanesi olarak değerlendirilen hâkimlerin yetersiz oluşu bazı açılardan sorunlu gözükmektedir. İlk olarak hâkimlerin yetersiz olması yetiştikleri medresenin sorunlu bir eğitim vermiş

¹²⁶ Muallimhâne-i Nüvvâb; 17 Ağustos 1855 tarihinde Süleymaniye Camii yakınındaki Mekteb-i Ulûm-i Edebiyye’nin yerinde faaliyet göstermeye başlamıştır. Mektebin amacı devletin son dönemlerde yapılan yeni düzenlemeler sonrasında duyduğu kadı ihtiyacını karşılamaktır. Bu doğrultuda öğrencilere iki yıl boyunca eğitim verilmekte ve Arapça, düzgün yazı yazma, İslam hukukunun muamelat kısmı, miras hukuku ve şer’i belge tanzimi öğretilmektedir. Bu okuldan mezun olan öğrenciler ilk başta Anadolu, Rumeli kazaskerliğine bağlı ve diğer mahkemelerde stajını yapıp, kadı olarak devletin bir mahkemesine atanıyordu. Detaylı bilgi için bkz. İlhami Yurdakul, “Mekteb-i Nüvvâb,” **TDV İslam Ansiklopedisi**, 2016.

¹²⁷ Kaşıkçı, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, s. 49.

¹²⁸ Mecelle Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası, s.6.

olmasını gerektirmektedir. Ancak böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü Tanzimat'ın ilanına kadar böyle bir mesele gündeme gelmemiş ve hâkimlerin yetiştikleri kurumun konumu bu şekilde sorgulanmamıştır. Ayrıca Mekteb-i Nüvvâb'ın açılış gerekçesi olarak hâkimlerin yetersiz oluşu değil de, Nizamiye Mahkemeleri'nin açılması ile meydana gelen hukuki ikiliği gerekçe göstermek daha tutarlı gözükmemektedir. Böylelikle söz konusu mahkemelerde, medresede eğitim almış bir hâkimin hüküm vermesi problem teşkil edecek, bu problemi ortadan kaldırmak içinde yeni mahkemelerin ihtiyacını karşılayacak şekilde bir eğitim kurumu tesis edilecektir. Sonuç olarak kurulan bu eğitim kurumu da gerekli başarıyı gösterememiş ve bir kanun metnine ihtiyaç duyulmuştur.¹²⁹

c. Avrupa'nın Baskısı

Mecelle'nin tedvin edilmesine sebep olan diğer bir etken ise Osmanlı'nın askeri ve siyasi anlamda güçsüz bir duruma düştüğü dönemde Avrupa devletlerinin Osmanlı'da bulunan gayrimüslimlerin haklarını korumak ve Avrupalı tüccarların daha rahat ticaret yapmalarını sağlamak gayesiyle yaptığı baskılar olduğu iddia edilmektedir. Nitekim Osmanlı devletinde yaşayan gayrimüslim tüccarlara verilen imtiyazlar bu dönemde hukuki bir boyuta geçmiş ve onlara ticarete dair meselelerde ortaya çıkan uyuşmazlıkların Avrupa'dan iktibas edilen kanunlara göre çözülmesi hakkı tanınmıştır. Ayrıca mahkeme azalarının arasına gayrimüslim tüccarlardan oluşan bir ekip de eklenmiştir. Bu sayede hem Osmanlı'daki gayrimüslim tüccarlar ticari faaliyetlerini daha kolay sürdürebilecek hem de Avrupa ülkelerindeki gayrimüslim tüccarlar Osmanlı Devleti'nde daha rahat ticaret yapabilecektir.¹³⁰ Ancak batılı devletler bu durumun yeterli olmadığını düşünmeye devam etmiştir. Dolayısıyla Avrupa tarafından Osmanlı Devleti'ne bütün kanun sistemini kapsayacak şekilde yeni ve modern bir kanun metni hazırlaması için baskılarını devam ettirmiştir.

Avrupa devletlerinin baskısıyla meydana gelen Ticaret Kanunnamesi ve Ticaret Mahkemeleri içerik olarak da uygulama olarak da İslam hukukuna aykırı

¹²⁹ Kızılkaya, *İslam Hukukunda Külli Kaideler*, s. 281.

¹³⁰ Onar, "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u," s.60.

bir mahiyettedir. Çünkü Ticaret Kanunnamesi Osmanlı Devleti'nin dayandığı sosyal ve hukuki kaynaklardan beslenmemiş, Fransız Ticaret Hukuku'na dayanan kaynaklardan teşekkül etmiştir.¹³¹ Böyle bir kanuna göre ticaret yapmak devletin bazı yetkililerini rahatsız ederken, bazıları ise bu durumdan oldukça memnun olduklarını beyan etmişler ve Avrupa'nın bütün kanunlarını iktibas etmek gerektiğini ifade etmişlerdir. Devletin ticaret hukukunun Müslümanların aleyhine olacak bir şekilde değişmesi ve mahkemelerde Müslümanların batı hukuku esaslarına göre yargılanmaları yeni bir kanun ihtiyacını artırmıştır. Dolayısıyla *Mecelle*'nin küli kaidelere ait ilk bölümünün hemen akabindeki *Kitâbu 'l-büyû* ' ile başlıyor olması ticari muameleleri düzenleyecek kanuna duyulan ihtiyacın daha öncelikli olduğunu göstermektedir.

2. *Mecelle*'nin Hazırlanışı ve Tedvini

III. Selim'den itibaren Osmanlı devleti askeri, siyasi ve eğitim açısından çeşitli yenilikler ve değişimler yaşamıştır. Bu süreç içerisinde devletin yenilenmeye ihtiyacı olduğu görüşü kabul edilmiş ve yöneticiler bu ihtiyaçları karşılamak üzere birtakım düzenlemelerde bulunmuştur. Tanzimat Fermanıyla beraber yenilikler hız kazanmış ve devletin bütün kurumlarına yayılmaya başlamıştır. Hukuk alanı da düzenlemelerden etkilenmiş ve devletin mevcut hukuk sistemindeki hukuki uygulamaların dönemin ihtiyaçlarına cevap veremediği gerekçesiyle yeni esaslara dayanan kanunlar üretilmesi fikri gündeme gelmiştir.¹³² Bürokratik çevrelerdeki bu düşüncelere ek olarak, batılı devletlerin gayrimüslimlerin haklarını korumak amacıyla bazı kanunlar çıkarılmasını istemesi de yapılan faaliyetlere hız kazandırmış ve asrın hukuki ihtiyacını karşılamak üzere bir Medeni Kanun çıkarma düşüncesi devlet tarafından kabul edildikten sonra gerekli çalışmalara başlanmıştır.

Devlet içerisinde Medeni Kanun'un hangi esaslara dayanması gerektiğine dair tartışmalar iki farklı görüş üzerinde odaklanmıştır. Âli Paşa (ö. 1871) ve Fuat

¹³¹ Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, s.23.

¹³² Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, çev. Metin Kırıatlı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1993, s.110.

Paşa'nın (ö. 1869) önderliğinde bir grup Fransa Medeni Kanunu olan "Code Civil"¹³³ tercüme edip aynen iktibas etmeyi uygun görmüştür. Zira daha önce Fransa Ticaret Kanunu iktibas edilmiş ve böylece bir bütünlük oluşmuş olacaktır. Bunun üzerine Ticaret Nâzırı Kabûlî Paşa'yı (ö. 1875) bu metni tercüme etmesiyle görevlendirmişler ve bu doğrultuda çalışmalara başlamışlardır. Ayrıca bu düşünceler dönemin etkili isimlerinden birisi olan Fransa elçisi Mösyö Bourée tarafından da desteklenmiş ve Code Civil'e dayanan bir kanun tedvin edilmesinde ısrar etmiştir.¹³⁴ Ahmet Cevdet Paşa ve Şirvanizâde (ö. 1874) ise Batı hukukunun esaslarına dayanan bir kanunun Osmanlı toplumuna hitap etmediğini savunarak, fıkha dayanan bir kanun tedvin edilmesini ve Hanefî mezhebinin kitaplarından asrın ihtiyacına en uygun olan içtihatların derlenerek kanun niteliğinde bir kitap yazılması gerektiği görüşünü savunmuşlardır.¹³⁵ İki grup arasındaki tartışmaların hallolması için Encümen-i Mahsûs'ta bir oturum gerçekleştirilir. Her iki taraf da kendi görüşlerini destekleyen argümanlarını sunduktan sonra, Cevdet Paşa ile Şirvanizade'nin görüşü daha baskın hale gelir. Bunun üzerine fıkıh kitaplarının muamelat bahsindeki meseleler asrın gereklerine en uygun olacak şekilde cem edilmek üzere *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* adında bir kitap yazılmasına karar

¹³³ Code Civil, 21 Mart 1804 tarihinde Fransa'da hukuki birliği sağlamak amacıyla kaleme alınmış bir Medeni Kanun'dur. Napolyon Bonapart'ın isteği üzerine oluşturulan bir grup hukukçu tarafından 1801 ve 1803 yılları arasında telif edilmiştir. Kişiler hukuku, eşya hukuku, aile hukuku ve borçlar hukukuna dair hükümleri içermektedir. Eşitlik, özgürlük ve özel mülkiyet gibi kavramlara vurgu yapan bu metin, ilk etapta bütün Avrupa'yı daha sonra bütün dünyayı etkilemiştir. Detaylı bilgi için bkz. The Editors of Encyclopaedia Britannica, "Napoleonic Code," **Encyclopaedia Britannica**, January 19, 2018, <https://www.britannica.com/topic/Napoleonic-Code>.

¹³⁴ Ahmet Şimşirgil&Ekrem Buğra Ekinci, **Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle**, KTB Yayınları, İstanbul, 2008, s.32.

¹³⁵ Bu iki grup haricinde Mecelle'yi tedvin etme görevinin kendisine verilmesi gerektiğini düşünen Cemiyet-i Fıkhiyye isminde bir grup daha bulunmaktadır. Bu grup ulema sınıfının bir kısmı ile kendilerini aydın olarak niteleyebileceğimiz kimselerden oluşmaktadır. Hazırlamış oldukları 15 maddelik bir nizamname ile kendilerinden haberdar olduğumuz Cemiyet-i Fıkhiyye'nin ortaya çıkışı aslında Mecelle'nin tedvini sırasında olmuştur. Bu grubun temel vurgusu kanun hazırlanırken diğer mezheplerden de istifade edilerek hazırlanması gerekliliğidir. Zira onlara göre, ehl-i sünnet dairesi içinde başvurulacak her görüş İslam'ın görüşüdür. Dolayısıyla şeriatin çizdiği sınırlar dışına çıkmadan mezhepler arası telif yaparak oluşturulacak bir kanun hem dönemin ihtiyaçlarına cevap verecek, hemde batıdan herhangi bir kanun iktibas etmemizi engelleyecektir. Detaylı bilgi için bkz. Sümeyye Sarıtaş, "Hukûk-ı Aile Kararnâmesi'nden Yarım Asır Önce Mezhepler Arası Kanun Yapma Projesi: Cemiyet-i Fıkhiyye", **Modernleşme, Protestanlaşma ve Selefileşme**, Ed. Mürteza Bedir, Necmettin Kızılkaya, Merve Özaykal, İstanbul, İSAR Yayınları, 2019, s. 291-301.

verilir. *Mecelle*'yi tedvin etmek üzere Cevdet Paşa başkanlığında dönemin önemli hukukçularından oluşan bir heyet oluşturulur.¹³⁶

Mecelle heyetinin benimsediği belirli bir sistemden söz etmek mümkün değildir. Ancak mazbatada belirtildiği üzere tedvin sürecinde nasıl bir yol izledikleri ifade edilebilir. İlk olarak heyet, *Mecelle*'nin tedricen yazılmasına karar verir ve öncelikle 22 Mart 1869 tarihinde *Mukaddime* ile *Kitâbü'l-büyû* 'dan oluşan bir bölüm yayınlar. Bu bölüm onaylanmak üzere Meşihat Dairesi'ne gönderilir ve onay aldıktan sonra Sadaret Makamı'na arz edilir. Onaylandığı takdirde devletin resmi yayınlarında yayınlanır. Bu usulü takip ederek diğer 15 bölüm birbiri arkasına tedvin edilmiştir. Dolayısıyla her bir bölüm heyetin kaleminden çıktıktan sonra önce Meşihat Dairesi, daha sonra Sadaret Makamı olmak üzere devletin önemli iki kurumunun onayına bırakılmıştır.

Görüldüğü üzere heyet *Mecelle*'yi tek seferde ve uzun bir zaman dilimi içerisinde kaleme alıp yayınlamak yerine tedricen tedvin etme yöntemini tercih etmiştir. Bunun farklı sebepleri bulunmaktadır, belki de en önemlisi yazıldığı dönem içerisinde gizli bir mücadele içinde olduğu gruplara heyetin hızlı bir şekilde ürün verebildiğini göstermeyi amaçladıkları söylenebilir. Zira bir taraftan Meşihat Dairesi *Mecelle*'nin kendi uhdesinde tedvin edilmeyip Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nezareti'nde tedvin edilmesinden rahatsızlık duymakta ve heyetin bir Medeni Kanun tedvin etmesine açıktan olmasa da gizliden engel olmaya çalışmaktadır. Diğer taraftan ise *Mecelle*'nin batı kaynaklı mı yoksa fıkıh menşeli mi olacağı tartışmaları cereyan ederken mağlup olan taraf, fıkıh hükümlerinden istifade edilerek bir Medeni Kanun çıkarılamayacağı görüşünün isabetli olduğunu göstermeyi arzulamaktadır. *Mecelle* heyetinin, böyle bir yol izlemiş olmasının sebebi ise bu düşüncelerin isabetsiz olduğunu hızlı bir şekilde göstermek istemesi

¹³⁶ *Mecelle* heyetinde her zaman belirli bir sayıda üye olmamış, kitaplarda farklı kişilerin imzaları bulunmaktadır. *Mecelle*'de toplam görev yapan 15 kişi ise şunlardır: Ahmet Cevdet Paşa (ö.1312/1895), Ahmet Hilmi Efendi (ö. 1305/1888), Seyfettin İsmail Efendi (ö. 1299/1882), Filibeli Halil Efendi (ö. 1302/1885), Ahmet Hulusi Efendi (v.1306/1889), Kara Halil Efendi (v.1299/1882), Ahmet Halit Efendi (ö. 1299/1882), Alaeddin Efendi (ö. 1306/1889), Ömer Hilmi Efendi (ö. 1307/1889), Mehmed Emin Efendi (ö. 1309/1891), Ömer Hulusi Efendi (ö.1292/1873), Yunus Vehbi Efendi (ö.1302/1904), Abdüsettar Efendi (ö.1304/1887), Abdüllatif Şükrü Efendi (?), İsa Ruhi Efendi (ö. 1297/1880) Heyet üyelerinin hayatı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Öztürk, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, s.23-31.

olarak tahmin edilmektedir. Dolayısıyla *Mecelle* hem batılılara hem de Şeyhülislamlık Makamı'na karşı mücadele içerisinde tedvin edildiğinden, heyet onlara yaptıkları çalışmaların çıktılarını hızlı bir şekilde göstermek istemiştir.¹³⁷

Mecelle gibi bir hukuk metninin ortaya çıkmasının etkilediği diğer bir nokta ise Osmanlı Devleti yargılama sisteminde büyük bir değişikliğe sebebiyet vermesi olarak değerlendirilebilir. Tek bir kanun metnine dayanarak yargı hukukunu idare etmek, uygulanagelen hukuk geleneğinde alışılmış bir durum değildir. Zira İslam hukuk tarihi boyunca devlet yargı sisteminde kadıyı atadıktan sonra mahkemenin işleyişine müdahalede bulunmamış ve hiçbir şekilde kadıyı istediği hükmü vermeye zorlamamıştır. Ancak *Mecelle*'yle beraber devlet tarafından kadıya mahkemelerde uygulaması üzere bir kanun metni verilmiş ve hazırlanmış kurallar bütününe uygulamaya onu zorlamıştır.¹³⁸ Dolayısıyla modernleşme süreciyle beraber hâkimin mahkemede sahip olduğu tam yetkide de sınırlandırmaya gidilmiştir.

Ayrıca hâkime verilecek kanun metninin fıkıh kaynaklarından beslenip batı üslubunda yazılmış bir kanun olarak meydana gelmesi ona fıkıh tarihi açısından da önemli bir yer atfedilmesine sebep olmuştur. Nitekim böyle bir çalışmanın fıkıh tarihi açısından bakıldığı zaman bir örneğini görmek mümkün değildir. *Mecelle*'nin fıkıhın kendi iç dinamikleri neticesinde ortaya çıkan sebeplerden ziyade, batıdaki kanunlaştırma faaliyetlerinden etkilenerek meydana geldiğini söylemek mümkündür.¹³⁹ Ancak her ne kadar batılılaşmanın tesiriyle meydana gelmiş bir ürün olsa da, dönemin şartları içerisinde değerlendirildiğinde asrın ihtiyacı olan kanun kitabı fıkhi kaynaklardan beslenerek tedvin edilmiştir. Zira başta Cevdet Paşa olmak üzere heyetin tamamı Hanefi mezhebindeki râcih olan görüşleri tercih etmesi gelenekten kopmamaya son derece dikkat etmiş olduklarını göstermektedir.¹⁴⁰ Bu hususu Meşihat Dairesi de yakından takip etmektedir.

¹³⁷ Christoph K. Neumann, **Araç Tarih, Amaç Tanzimat: Târih-i Cevdet'in Siyasi Anlamı**, çev., Meltem Aruri, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2000, s. 38-39.

¹³⁸ Wael b. Hallaq, **The Impossible State: Islam, Politics and Modernity's Moral Predicament**, Columbia University Press, New York, 2013, s.49.

¹³⁹ Detaylı bilgi için bkz. Kızılkaya, **İslam Hukukunda Külli Kaideler**, s.289.

¹⁴⁰ *Mecelle*'nin klasik Hanefi fıkıh geleneğinin bir devamı mı yoksa modernleşmenin getirdiği bir batılılaşma ürünü mü olduğuna dair araştırmacılar arasında çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Bu konuda

Nitekim *Mecelle*'nin dördüncü kitabı *Kitâbu'l-havâle* de mezhep içerisinde tercih sıralamasında diğer imamlara göre daha sonra gelen İmam Züfer'in (ö. 158/775) kavlini tercih etmesi Cevdet Paşa'nın heyet başkanlığından alınmasına sebep olmuştur.¹⁴¹ Başka sebepleri de olması muhtemel olmakla beraber, böyle bir gerekçe ile başkanlığın sona erdirilmesi devletin Hanefi fakihlerin ortaya koyduğu mezhep çizgisinin dışına çıkılmamasındaki ısrarını göstermektedir.

3. *Mecelle*'nin Muhtevası

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye içerik olarak 16 kitap ve 1851 maddeden oluşmaktadır. Kitap isimleri ve sıralamaları fûrû fıkıh eserlerindeki bölüm başlıklarıyla büyük oranda benzerlik göstermektedir. Öncelikle muâmelatın alış-veriş bahislerine dair *Kitâbu'l-büyû*, *Kitâbu'l-icâre*, *Kitâbu'l-havâle*, *Kitâbu'r-rehn*, *Kitâbu'l-vedîa*, *Kitâbu'l-hibe*, *gasb ve itlaf*, *Kitâbu'l-hacr* ve *'l-ikrâh*, *Kitâbu'ş-şerike*, *Kitâbu'l-vekâle* başlıkları bulunmaktadır.¹⁴²

Sulh ve ibrâ, *ikrâr*, *dava*, *beyyinât* ve *Kitâbu'l-kazâ* başlıkları ise yargılama hukukuna dair meseleleri ihtiva eder. *Mecelle*'nin bu alana dair meseleleri barındırması hâkimlerin işlerini kolaylaştırma amacını teyit etmektedir. Ayrıca Ticaret Mahkemeleri'nin Adliye Nezareti'ne bağlanması da *Mecelle*'de yargılama usulüne dair de birtakım başlıkların açılmasını gerektirmiştir.¹⁴³

Görüldüğü üzere alış-veriş ve yargılama hukukuna dair meseleleri barındıran *Mecelle*'de aile hukuku alanında herhangi bir başlık açılmamıştır. O halde *Mecelle*, bir Medeni Kanun olması açısından eksik olarak değerlendirilebilir. Zira Medeni Kanun, alış-veriş bahislerinin yanı sıra aile hukuku ve miras ile ilgili meseleleri de

temel iki temel görüş bulunmaktadır: Bunlardan ilki Joseph Schat'ın (ö. 1969) *Mecelle*'nin fıkıh geleneğinin bir parçası olduğu ve artık fıkıh geleneğinin de modernleşen dünyada değişmesi gerektiğini savunmaktadır. Wael B. Hallaq ve Necmettin Kızılkaya vd. araştırmacıların savunduğu görüşe göre ise; *Mecelle*'nin bir modernite ürünü olarak meydana geldiği ve fıkıh geleneğinden kopuşun ilk halkası olarak değerlendirilebileceği görüşüdür. Detaylı bilgi için bkz. Samy Ayoub, "The *Mecelle*, Sharia, and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries," *Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association*, 2015, C.2, s. 125-127; Kızılkaya, *İslam Hukukunda Külli Kaideler*, s.284.

¹⁴¹ Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s.78-79.

¹⁴² Berki, *Açıklamalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, s. 25

¹⁴³ Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s.134.

ihtiva etmek zorundadır.¹⁴⁴ Kanaatimizce *Mecelle*'nin bu bölümlerinin tedvin edilmemesinin sebebi, *Mazbata*'da belirtildiği üzere; ilk olarak o dönemdeki Nizamiye Mahkemeleri'nin ihtiyacını karşılama hedefinden kaynaklanmaktadır. Nizamiye Mahkemeleri ise sadece alış-veriş davaları ile ilgilenirken, Aile hukukuna dair meseleler Şeriyye Mahkemeleri'nde görülmekteydi. Dolayısıyla heyetin ilk aşamada aile hukukuna ilişkin bir düzenleme getirmek gibi bir planı gözükmemektedir. Ancak heyetin nikah ve boşanmayla alakalı meseleleri de içeren aile hukukuna dair bir çalışma yapma niyetinin olduğu bilinmektedir.¹⁴⁵ O halde *Mecelle*'nin tedvini esnasında da gündeme gelen bu eksiklik ilerleyen dönemlerde yapılacak çalışmalara ertelenmiştir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye içerik bakımından maddelerinin tamamı Hanefi mezhebinin hükümlerinden oluşturulmuş bir hukuk eseridir. Külli kaideler ön planda tutularak Hanefi mezhebi imamlarının görüşleri arasından tercihte bulunulmuş ve hükümler maddeler haline getirilmiştir. Bu görüşler ise genellikle fûrû, fetva ve kavâid kitaplarından elde edilerek derlenmiştir. Özellikle ilk yüz maddesinin telifinde Hanefi mezhebinin meşhur kavâid müellifleri İbn Nüceym (ö. 970/1563) ve Hâdimi (ö. 1176/1762) gibi fakihlerin eserlerinden bol miktarda istifade edilmiştir.¹⁴⁶ Ayrıca *Mebûsât*, *Bedayi'*, *Hidâye*, *Mültekâ*, *Kenzü'd-dekâik* ve *Reddû'l-muhtâr* gibi fûrû kitaplar, *Kâdîhân*, *Fetâvâ-yı Tatarhâniyye*, *Bezzâziye*, *Fetâvâ-yı Feyziyye* ve *Zübdetü Ebüssuud* gibi fetva kitapları kullanılan temel kaynaklar arasında zikredilmektedir.¹⁴⁷

Mecelle heyeti *Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası*'nda da görüldüğü üzere kavâid-i külliye literatürüne büyük önem atfetmiştir:

“Ve fi'l-vâki' kütüb-i fetâvâ havâdisin kavâid-i fikhîyyeye tatbikine dair verilmiş olan fetvâları hâvi müellefat demek olub halbuki bunca asırlardan berü sâdât-ı hanefîyye tarafından verilmiş olan fetâvânın cem' ve ihatası ne kadar düşvar olduğu muhtâç-ı beyan değildir. Binâenaleyh İbn-i Nüceym bir takım kavâid ve mesâil-i külliyyeyi cem' bunların tahtında fûrû-ı fikhî alâ vechil-ihata derç eylemek yolunda

¹⁴⁴ Ergun Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, İ.Ü. İktisat Fakültesi Yayınları, 1981, s.39.

¹⁴⁵ Kaşıkçı, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, s. 307.

¹⁴⁶ Kızılkaya, **İslam Hukukunda Külli Kaideler**, s.285.

¹⁴⁷ Ebû'lâ Mardîn *Mecelle*'de yararlanılmış olması muhtemel kaynakları geniş bir liste halinde sıralamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Mardîn, **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa**, s.173.

bir güzel çığır açmış ise de andan sonraki asırların âlim ve fakih yetiştirmek evvelki semehatı görülemediğinden ...”¹⁴⁸

Görüldüğü üzere İbn Nüceym’in *el-Eşbâh ve ’n-nezâir* isimli eserinde bir çığır açtığı ve bu sayede fetva kitaplarından hüküm çıkarmanın zorluğunu kavaid kitaplarının kolaylaştıracağı düşünülmektedir. Bu sebepten dolayı *Mecelle* de ilk olarak yüz maddelik bir külli kaideler girişi ile başlar. Daha sonraki bölümlerde de aynı sistemi devam ettirir ve meseleleri veciz bir üslup ile yazılmış maddeler halinde açıklar. Böylelikle hâkim bir uyuşmazlık hakkında karar verirken külli kaidelere müracaat ettiğinde maddeler ona kolaylık sağlayacaktır. Nitekim bu da *Mecelle*’nin yazılma amacına uygunluk gösterir.

¹⁴⁸ Mecelle Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası, s. 10.

B. *Mecelle*'ye Yönelik Eleştiriler

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye tedvin edilmeye başlandığı ilk günden itibaren devlet adamından hukukçuya, şeyhülislamdan siyasetçiye birçok çevreden çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bazıları sadece Hanefi mezhebine dayanan bir metin olduğundan dolayı eleştirirken, diğer bir kesim ise eski ve zamanı geçmiş kaynaklara dayandığı gerekçesiyle dönemin ihtiyaçlarını karşılayamayacak olduğunu iddia ederek tenkit etmiştir. Bu eleştirilerin zamanla artması ve II. Meşrutiyet'in ilanı, *Mecelle*'nin devlet tarafından da tadile ihtiyacı olduğu görüşünün kabul edilmesine vesile olmuştur.

Yazıldığı dönem itibarıyla Medeni Kanun ihtiyacını karşılamak için yazılmış olması, onun içeriğinin borçlar ve eşya hukukuna yoğunlaşmış olmasına sebebiyet vermiştir. *Mecelle*'nin büyük bir kısmını ise bu iki ana başlık altında ele alınan meseleler oluşturmaktadır. Dolayısıyla *Mecelle*'ye yöneltilen eleştiriler de genellikle fıkıhın muâmelat bahsinde geçen konular üzerindendir. Özellikle akitler bağlamında birçok eleştiriye maruz kalmış olan *Mecelle*, dayandığı kaynaklar bakımından bir tutarlılığa sahiptir. Nitekim Hanefi mezhebi kaynaklarının dışına çıkılmamıştır. Ancak bazı maddeleri arasında çelişkiler bulunması veya dönemin ihtiyacına hitap etmiyor olarak değerlendirilmesi dönemin hukukçuları ve aydınları tarafından eleştirilen noktalar olmuştur.

Bu bölümde farklı arka planlara sahip üç hukukçu tarafından *Mecelle*'ye yöneltilen eleştiriler ortaya koyulacaktır. Seyyid Nesîb'in (ö. 1930) klasik medrese arka planı bulunurken, Celal Nuri (ö. 1936) dönemin modern hukuk mektebinde eğitim görmüş ve birçok siyasi görevde bulunmuş dönemin aydınlarından. Celal Nuri'den etkilenerek eleştirilerini kaleme alan Mustafa Asım ise modern düşüncelerin ana paradigmanın etrafını sarması ve dönüşümünü göstermesi açısından önem arz etmektedir. Şimdi bu eleştirileri hukuki arka planıyla beraber değerlendirelim.

1. Seyyid Nesîb ve *Mecelle*'de Dönemin İhtiyaçlarına Uygun İctihadların Tercihi

Mehmed Seyyid Nesîb Efendi¹⁴⁹ *Mecelle'nin Islâhına Doğru* isimli risalesini 5 Eylül 1914 tarihinde Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmûası'nda kaleme almıştır. Eserin girişinde belirttiği üzere *Mecelle*'nin hedefinin insanların ihtiyaçlarına en uygun hükümleri tertip etmesi olduğunu ifade eder. Ayrıca *Mazbata*'nın altıncı sayfasından bir nakille bu gayeyi ortaya koyarak, şu iki noktaya dikkat çeker; bunlardan ilki, fıkıh ilminden yaşadığımız döneme en uygun olacak şekilde uygulanabilecek muâmelatların tespit edilmesi. Diğeri ise, fıkıhın muâmelat kısmında çok olan ve Hanefi fakihlerin görüşlerine uygun olan hükümlerin derlenmesidir. Ona göre bu iki maddeden şu sonuç çıkmaktadır; *Mecelle*'nin hedefinin Hanefi kaynaklardan nakil yaparak tercüme etmek değil, dönemin ihtiyacına uygun içtihatları bulup onları tercih etmektir.

Seyyid Nesîb'e göre, zamanın ihtiyaçları dönemden döneme farklılık göstermektedir. O halde zamanın değişmesi ve yaşanan olayların çeşitlilik göstermesi sebebiyle, *Mecelle*'nin de her asırda verdiği cevabın farklılaşması ve her asra göre tebdil ve tadil edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede Medeni Kanun hazırlayan şahısların her ne kadar fıkıh bilmeleri önemli ise yaşadıkları dönemin örf ve adetini bilmeleri de o kadar önemlidir. Zira bölgenin bu özelliklerini bilmeden onlara en uygun hükmü vermeleri mümkün gözükmemektedir.¹⁵⁰ Ayrıca

¹⁴⁹ Osmanlı son dönem hukukçularından olan Zeynelabidin zade Ebû'l-Fazl Seyyid Mehmed Nesîb Efendi 1289/1873 yılında Humus'ta ilmi ve tasavvufi yönü kuvvetli bir ailede dünyaya gelmiştir. İlk olarak Humus'ta eğitimine başladıktan sonra, İstanbul'da özel hocalardan İslami İlimler'e dair birçok ders almıştır. Bir müddet Evkâf-ı Hümayun Meclisi idaresi reisi Atıf Bey'den ders alır. 1880 yılında Mekteb-i Hukuk-i Şahane'den mezun olur. Seyyid Nesib daha sonraki dönemlerde devletin önemli kadrolarında çeşitli yargı görevlerinde bulunur. Hukuki görevlerinin yanı sıra tedris hayatına da 1909 yılında çıktığı Beyazıt Dersiâmı olarak devam eder. 1915 yılında Darülfünun Hukuk Medresesi Medeni Hukuk Müderrisliğine atanır ve 1917 yılında Süleymaniye Medresesi Usûl-i Fıkıh müderrisliğine atanır. Medreselerin kapanmasıyla açıkta kalan Seyyid Nesib 4 Mart 1930 tarihinde vefat eder. Detaylı bilgi için bkz. Sadık Albayrak, **Son Devir Osmanlı Uleması (İlmiyye Ricalinin Teracim-i Ahvali)**, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür İşleri Daire Başkanlığı Yayınları, C.3, s. 252.

¹⁵⁰ Müellif, içtihat, tahric, tercih veya ifta gibi insanların yaptığı işlerde hüküm verecek kimselerin toplumun örf ve adetlerini biliyor olmasını esas şartlardan birisi olarak sayar. Ve bu görüşünü Kâdîhân'ın el-Hâniyye, İbnü'l-Hümâm'ın Fethu'l-kadir, İbn Nüceym'in el-Eşbâh ve İbn Âbidîn'in Reddü'l-muhtâr gibi daha birçok fıkıh eserinden nakillerde bulunarak desteklemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Seyyid Nesib, "Mecelle'nin Islâhına Doğru," **DFHFM**, 1332/1914 C.4, s. 406-408.

o, *Mecelle* heyetinin fıkhi bilgisinin yeterli olduğunu ve dönemin ihtiyaçlarının ve insanların ahvalinin farkında olduklarını da ifade etmekten geri durmaz.¹⁵¹

Bu risaledeki temel eleştirisi, dönemin ihtiyaçlarına cevap vermemesine rağmen Hanefi fıkında bulunması sebebiyle *Mecelle*'ye eklenmiş maddeler veya bu maddelerin insanların ihtiyacına uygun bir şekilde derlenerek ortaya koyulmamış olmasıdır. Onun eleştirdiği temel mesele, *Mecelle Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası*'nda ele alınan şartlı alış-veriş (bey' bi's-şart) ile alakalı hükümlerin tercihi yapılırken, meselenin derinlemesine incelenmeden tedvin edildiği ve yanlış bir tercihte bulunulduğudur. Dolayısıyla şartlı alış-veriş akdini Hanefi fıkının klasik kaynaklarını kullanarak detaylı bir şekilde inceleyerek, *Mecelle*'de hangi hükmün daha uygun olduğunu ifade eder. Şimdi Seyyid Nesib'in görüşlerini daha detaylı bir şekilde incelemeyi önce eleştirdiği şartlı alış-veriş akdinin *Mecelle*'de nasıl ele alındığını açıklayalım.

a. *Mecelle*'de Şartlı Alış-Veriş (Bey' bi's-şart)

Mecelle'nin *Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası*'nda belirtildiğine göre; o dönemde oldukça fazla görülmesi nedeniyle şartlı alış-veriş ile alakalı bir açıklama yapma gereksinimi hissedilmiştir. Bu konuda fakihlerin ihtilaf ettikleri ve birçok farklı görüş ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Daha sonra Ebû Hanife (ö. 150/767) döneminde yaşamış iki büyük fakih olan İbn Ebî Leyla (ö. 148/765) ve İbn Şübrüme'nin (ö. 144/761) görüşleri zikredilmiş ve bunun üzerine iki meşhur alimin görüşlerinin birbirinin tam tersi olduğu iddia edilmiştir. *Mazbata*'ya gör; İbn Ebî Leylâ şartlı alış-verişlerde umumî olarak hem bey' hem de şartın fasit olduğu görüşünü savunurken, İbn Şübrüme ise hem bey' hem de şartın caiz olduğu görüşünü benimsemektedir.

Tarafların birbirlerinin güç yetiremeyeceği veya uygulamalarının caiz olmadığı şartların, şart koşulması açısından bakıldığı zaman şartlı bir alış-verişin tahsis ve istisna kabul etmesi gerekmektedir. Bu yüzden Hanefi mezhebinde şartlı alış-verişler *câiz*, *müfsid* ve *lağv* olmak üzere üç kısma ayrılmıştır.¹⁵² Müfsid şart,

¹⁵¹ Nesib, "Mecelle'nin Islâhına Doğru," s.405.

¹⁵² *Mecelle*'nin 186-189.maddelerinde zikredilen hükümlerde detaylı bir şekilde açıklanmıştır, bkz. Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-hükkâm**, C.1, s.157-163.

akdin muktezasından olmayan ya da muktezasından olup da taraflardan birinin menfaatine olan şarta denir. Bir tarafın menfaatine olmayan şart lağv olurken, o akit sahih olur. Bu noktada örf ve adet anlaşmazlığı giderici olduğundan herkes tarafından kabul edilen şartla satışa müsaade edilmiştir. Dolayısıyla *Mecelle Mazbatası* 'nda Hanefi mezhebinin diğer mezheplere nazaran daha kolaylaştırıcı olduğundan dolayı onun görüşü tercih edilmiş ve birinci babın dördüncü faslında Hanefi mezhebine göre bey'î fasit etmeyen şartların beyanıyla yetinilmiştir.¹⁵³

b. Eleştiriler

Seyyid Nesîb'in kaleminden anlaşıldığı üzere *Mecelle*'ye yönelttiği eleştiriler mazbatada bulunan şartlı alış-veriş akdi özelinde, *Mecelle*'nin amacına uygun bir şekilde tedvin edilmediğine yöneliktir. Çünkü *Mecelle*'nin asıl gayesi insanların ihtiyaçlarına en uygun olacak şekilde hükümleri fıkıh kitaplarından bulup çıkarmaktır. Dolayısıyla ona göre mezkûr akde dair hükmün tercihinde asrın ihtiyacına uygun bir tercih yapılmamış ve görüşlerin delilleri olması gerektiği şekilde analiz edilmemiştir.

İlk olarak, *Mecelle*'nin *Esbâb-ı Mûcibe Mazbata*'sında ifade edildiği üzere şartlı alış-veriş akdine dair İbn Şübrüme, İbn Ebî Leyla ve Hanefi mezhebine dayandırılan üç görüş bulunmaktadır. Buna göre İbn Şübrüme'nin mutlak şartlı alış-veriş caiz kabul ettiği belirtilirken, İbn Ebî Leyla'nın ise bu alış-veriş fasit olarak değerlendirdiği ifade edilmiştir. İki fakihin görüşleri birbirine tam olarak ters düşmektedir. Müellif, mazbatada Ebû Hanife'nin görüşünün zikredilmemesine rağmen Hanefi mezhebinin böyle bir akde orta yol bulduğuna dikkat çekmektedir. Çünkü o, Ebû Hanife'ye isnat edilerek orta yol olarak değerlendirilen görüşün aslında Ebû Hanife'ye ait olmadığını bilakis İbn Ebî Leyla'nın görüşü olduğunu iddia etmektedir. O halde birbirine tam olarak zıt olan iki görüş Ebû Hanife ve İbn Şübrüme'nin görüşleri olmakla beraber "Müslümanlar şartlarına riayet eder."¹⁵⁴ hadisine aykırı düşen de mazbatada belirtildiği gibi İbn Ebî Leylâ değil, Ebû Hanife'dir.¹⁵⁵ Bu kadar açık ve net olan bir bilginin

¹⁵³ *Mecelle Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası*, s.6.

¹⁵⁴ Buhârî, *el-Câmiu's-sahîh*, Beyrut, Dâru Tavgatü'n-necât, 2002, "Bâbu Ecri's-semsera," nr: 2273.

¹⁵⁵ Nesîb, "Mecelle'nin Islâhına Doğru," s.410.

karıştırılması veya gözden kaçırılması büyük bir hatadır. Zira bu konu Hanefî mezhebinin temel kitapları olan Serahsî'nin (ö. 483/1090) *el-Mebsût*'unda, İbnü'l-Hümâm'ın (ö. 861/1457) *Fethu'l-kadîri*'nde ve Murtaza Zebîdî'nin (ö. 1205/1791) *Ukûdü'l-cevâhir*'inde orta yolda görüş zikreden İbn Ebî Leylâ olduğu açık bir şekilde zikredilmektedir.¹⁵⁶

Seyyid Nesîb bu üç imamın görüşlerini isnad ettikleri hadisleri Abdü'l-vâris b. Saîd tarafından aktarılan şu rivayetle açıklar: Abdü'l-vâris bir gün hac etmek amacıyla Mekke'ye gider ve orada Ebû Hanîfe, İbn Ebî Leyla ve İbn Şübrûme'ye rast gelir. Öncelikle Ebû Hanîfe'nin yanına gider ve ona şartlı alış-veriş hakkında bir takım sorular yöneltir. Ebû Hanîfe; "Alış-veriş de, şart da batıldır." cevabını verir. Daha sonra Kûfe'nin diğer önemli bir fakihî olan İbn Ebî Leyla'nın yanına gider ve aynı soruları ona yöneltir. Onun cevabı ise; "Alış-veriş caiz, şart batıldır." şeklinde olur. Son olarak ise dönemin büyük fakihlerinden bir diğeri olan İbn Şübrûme'ye gider ve aynı soruyu sorar. O da; "Alış-verişte, şartta caizdir." şeklinde cevap verir. Abdü'l-vâris Irak ehli üç fakihîn ihtilaf etmesine oldukça şaşırır ve her birine tekrar aynı sırayla giderek, bu karışık durumu anlatır. Ebû Hanîfe; "Ben diğerlerinin ne söylediklerini bilmem, bana Amr b. Şuayb'dan rivayet edildiğine göre Hz. Peygamber (s.a.v) şart ve alış-verişin beraber olmasını yasaklamıştır. Dolayısıyla bey' de şart da haramdır."¹⁵⁷ şeklinde karşılık verir. Sonra İbn Ebî Leylâ'ya gider, o da "Ben diğerlerinin ne söylediklerini bilmem, bana Urve'den (r.a) rivayet edildiğine göre Hz. Aişe (r.a) Berîra'yı satın almak istediğinde, Berîra'nın efendisi ancak velâ hakkı kendilerinde kalması koşuluyla razı olmuştur. Hz. Aişe (r.a) bunu Hz. Peygamber'e (s.a.v) anlatmış, o da "Berîra'yı satın al ve velâ hakkının onların olması şartını kabul et, çünkü velâ özgür kılan kimseye aittir."¹⁵⁸ buyurmuştur. Dolayısıyla bey' caiz, şart ise

¹⁵⁶ Serahsî, **el-Mebsût**, C.13, s.13; Kemâlüddîn İbnü'l-hümâm Muhammed es-Sivâsî el-İskenderî, **Fethu'l-Kadîr**, y.y., Dâru'l-Fikr, t.y., C.6, s. 441; Ebû'l-Feyz Muhammed el-Murtazâ ez-Zebîdî, **Ukûdü'l-cevâhiri'l-münîfe fi edilleti mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe**, y.y., Matbatu'l-Vataniyye, 1875, C.2, s.27.

¹⁵⁷ Hadisin isnadı için bkz. Ebû Hanîfe Numân b. Sâbit, **Müsnedü Ebî Hanîfe Rivâyetü'l-Haskefi**, Mısır, t.y., s.160; Nesâî, **Sünenü Nesâî**, Halep, Mektebetü'l-matbûati'l-İslâmiyye, 1986, C.7, s.295, nr: 1429; Tirmizî, **Sünenü Tirmizî**, Beyrut, Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, 1998, C.2, s.526, nr:1234.

¹⁵⁸ Buhârî, **el-Câmiu's-sahîh**, C.3, s.71, nr: 2156; Müslim, **el-Câmiu's-sahîh**, Beyrut, Dâru Tavkatü'n-necât, 2002, C.3, s. 71, nr: 2156.

batıldır.” şeklinde cevaplamıştır.¹⁵⁹ İbn Şübrüme ise; “Diğerlerinin ne söylediğini bilmem, bana Câbir’den (r.a) rivayet edildiğine göre: Hz. Peygamber (s.a.v) Câbir’den (r.a) bir deve satın almış ve onun Medîne’ye kadar deveye binme şartını kabul etmiştir. Dolayısıyla bey‘ ve şart ikisi de caizdir.” demiştir.¹⁶⁰

Görüldüğü üzere imamların bu meseleye dair beyan ettiği görüşler açık bir şekilde ifade edilmiştir. Seyyid Nesîb *Mecelle* heyetinin mazbatada yazdığı ile fıkıh kitaplarındaki farklılıkların sebebini heyetin meseleyi sathi bir şekilde tahlil etmesinden kaynaklandığını düşünmektedir. Heyetin araştırmaları gerektiği gibi yapmadığını düşünen müellif, onları *Mecelle*’nin ve fakihlerin gayesine uygun hareket etmemekle suçlamaktadır. Çünkü ihmallerinden dolayı mezheplere ait olan bilgileri aslına muvafık olacak şekilde aktarmamışlardır. Zira İbn Ebî Leyla ve İbn Şübrüme’nin tam tersi görüşte oldukları ifade edilmesine rağmen İbn Ebî Leyla’nın heyetin orta yol olarak isimlendirdiği görüşü benimsemektedir. Bilakis Ebû Hanife’nin İbn Şübrüme ile zıt görüşlere sahip olduğu gözden kaçırılmıştır. Belki de, daha sonraları mezhebin temel görüşü haline gelen ve heyetin de tercih ettiği orta yol görüşünü Ebû Hanife’den başka bir fakihe dayandırmak istemedikleri için böyle bir ihmale maruz kalmışlardır. Nitekim *Mecelle*’nin Hanefi mezhebi hükümlerine göre hazırlanması noktasında ciddi baskılar bulunmaktadır.¹⁶¹

Nesîb Efendi’nin diğer bir eleştirisi ise şartlı alış-veriş hüküm verirken İbn Şübrüme’nin görüşünün tercih edilmemesidir. Oysaki İbn Şübrüme de Ebû Hanife’nin muasırı olan, her ne kadar kendisinden sonra talebeleri mezhebini devam ettirememiş olsa da fıkıh tarihinde bir fakih olarak sözlerine itibar edilmiş birisidir. Müellife göre; İbn Şübrüme dönemin ihtiyaçlarına daha fazla cevap verecek bir görüş ortaya koymuştur. Şartlı bir alış-verişte, mutlak olarak hem şartın hem de alış-verişin caiz olması Müslümanlara daha çok fayda sağlayacağını düşünmektedir. Zira bu halde Müslümanlar, artmış ve genişlemiş olan ticari muâmelelerde daha fazla akit hürriyeti elde etmiş olacaklardır. Ayrıca İbn

¹⁵⁹ Bu hadisin daha detaylı hali için bkz. **Serahsî**, el-Mebsût, C.13, s.13.

¹⁶⁰ **Serahsî**, el-Mebsût, C.13, s.13; İbnü’l-Hümâm, **Fethu’l-kadîr**, C.6, s.441; Murtazâ ez-Zebîdî, **Ukûdü’l-cevâhiri’l-münife**, C.6, s.441.

¹⁶¹ Nesîb, “*Mecelle*’nin Islâhına Doğru,” s.409.

Şübrüme'nin görüşünü dayandırdığı Câbir (r.a)'dan rivayetle aktarılan hadisin sıhhatinde şüphe bulunmamakla beraber bu hadisin sıhhatini Ebû Hanife, Şafî (ö. 204/820) ve diğer imamların da ta'n etmediği bilinmektedir. Dolayısıyla Seyyid Nesîb'e göre bu hadise dayanarak, insanların ihtiyaçlarını daha çok karşılayacağı düşünülen görüşü tercih etmek gerekmektedir. Zira *Mecelle*'nin amacı bu minvalde bir kanun metni ortaya koymaktır.¹⁶²

c. Değerlendirme

Seyyid Nesîb'in eleştirilerini iki açıdan ele almak mümkündür. Bunlardan ilki, şartlı alış-verişin gerektiği gibi analiz edilmemesi ve onunla alakalı yanlış bilgilerin aktarılmasıdır. İkinci temel eleştirisi ise, söz konusu akdin hükmüne dair bir tercih yapılırken dönemin ihtiyaçlarının göz önünde bulundurulmamasıdır. İki eleştiri de her ne kadar sadece bir mesele üzerinde gözükmüyor olsa da, aslında müellifin de bazı yerlerde işaret ettiği üzere bu eleştiriler *Mecelle*'nin geneline yöneliktir.¹⁶³

İlk olarak, şartlı alış-verişin analizinde müellif, *Mecelle* heyetini meseleyi detaylı bir şekilde araştırmamakla itham etmektedir. Bu sebeple mezheplerin ve imamların bu konuya dair vermiş olduğu hükümleri yanlış aktardığını ifade eder. Zira Hanefi mezhebinin temel kaynaklarından nakillerde bulunarak, bey' bi's-şart meselesine dair temelde üç görüş olduğunu ve bu nakillerin hepsinde de birbirine tam olarak zıt olan iki görüşün Ebû Hanife ve İbn Şübrüme'nin görüşleri olduğu açıkça ifade edilmektedir. Kanaatimizce Seyyid Nesib, bu eleştirisinde haklı gözükmektedir. Çünkü yukarıda bahsettiğimiz Abdü'l-vâris'ten rivayet edilen hadisenin zikredildiği Hanefi fıkıh kaynaklarının hepsinde onu haklı çıkaracak şekilde aktarılmaktadır. Ayrıca Hanefi mezhebinin önemli kaynaklarında şartlı alış-verişin genellikle fasit olduğu, istisnai durumlarda ise istihsanen caiz olabileceği ifade edilmiştir. Yani mezhep içerisinde mutlak olarak şartlı alış-veriş Ebû Hanife tarafından bu şekilde değerlendirilmiş ve daha sonra da genellikle bu görüş muhafaza edilmiştir. Ebû Hanife bu görüşünü Amr b. Şuayb'dan aktarılan hadise dayandırmaktadır. Dolayısıyla şartlı alış-verişin batıl olacağını ifade

¹⁶² Nesîb, "Mecelle'nin Islâhına Doğru," s.422.

¹⁶³ Nesîb, "Mecelle'nin Islâhına Doğru," s.409.

etmiştir. Müellifin de dediği gibi şartlı alış-veriş meselesinde zıt olan iki taraf Ebû Hanife ve İbn Şübrüme olarak gözükmektedir. Heyetin bunu İbn Ebî Leyla ve İbn Şübrüme olarak ifade etmesi gözden kaçırılmış bir bilgi olarak değerlendirileceği gibi, daha sonra Hanefî mezhebinde oluşan üçlü taksime aykırı olmaması için Ebû Hanife ve İbn Şübrüme'yi zıt olarak göstermemiş olabilirler. Ancak bu amaçla hareket edilmiş olması heyetin takip etmiş olduğu usule ve amaçlarına uygunluk göstermemektedir.

Seyyid Nesîb'in ikinci eleştirisi ise, şartlı alış-verişin hükmünde insanları daha serbest bırakan İbn Şübrüme'nin görüşünün tercih edilmemesidir. Kanaatimizce bu eleştiride hedef *Mecelle* heyetidir. Çünkü kendisi *Mecelle*'yi tedvin edecek kimselerin hem fıkıhı hem de insanların ihtiyaçlarını bilmesi gerektiğini söylemektedir. Daha sonra bu hükmün insanların ihtiyaçlarına uygun verilmediğini ifade ederek, heyetin dönemin gerekliliklerine göre hareket etmediğini zımnen ifade etmiş olur. Ona göre bunun temel nedeni ise, heyetin Hanefî mezhebinin çizdiği dairenin dışına çıkmaya cesaret edememesidir. Oysaki o, Ebû Hanife'nin istidlal ettiği hadisin terk edilip, onun yerine İbn Şübrüme'nin hadisinin rahatlıkla tercih edilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. Nitekim İbn Şübrüme'nin hadisinin sıhhatinde Hanefî mezhebi imamlarına göre hiçbir sorun yoktur. Ancak kendisinin de nakil yaptığı Hanefî fıkıh kaynaklarında Hanefî mezhebinin neden Amr b. Şuayb hadisi ile amel ettiği, Câbir hadisi ile amel edilmediği açık bir şekilde ifade edilmektedir. Zira Hz. Câbir'den rivayet edilen hadisteki şart akit esnasında gerçekleşmiş bir şart değildir.¹⁶⁴ Hatta bu hadiste tam manasıyla bir akit söz konusu dahi değildir. Çünkü hadisin devamında da görüldüğü üzere Hz. Peygamber (s.a.v) hem deveyi hem de parasını Hz. Câbir'e geri vermektedir. Onun Medine'ye kadar devenin üstünde gitmesine ise lütfundan ikram etmiş olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁶⁵ Bu yüzden Hanefî fakihler Hz. Câbir'in hadisi ile amel etmemişlerdir. Hadisin sıhhatinde bir sıkıntı olmasa bile Hanefî fakihlerin değerlendirmesine göre amel edilmesi mümkün olan bir hadis değildir.

¹⁶⁴ İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-kadîr**, C.6, s.442.

¹⁶⁵ Serahsî, **el-Mebsût**, C.13, s.14.

Seyyid Nesîb'in yaptığı çalışmalara bakarak Hanefilerin hüküm çıkarma ve delillendirme metotlarına vakıf olduğu düşünülecek olursa böyle bir yorumda bulunmasını anlamak güçtür. Çünkü Hanefi fakihlerin hadisleri yorumlama ve onlardan istidlal etme noktasında sadece sıhhate bakmadıkları açıktır. Onlar, hadisleri; lafızları, vürûd sebepleri ve kıyasa aykırılık gibi daha birçok açıdan değerlendirmeye tabi tutmaktadırlar. Ayrıca hadislerin bu şekilde yorumlanması mezheplerin teşekkül döneminde yaşayan hukukçuların yaptığı bir istidlaldır. İlerleyen dönemlerde fakihler hadisleri yeniden yorumlamaya girişmemiş, oluşan mezhep birikiminden yararlanarak yeni meselelere hükümler beyan etmişlerdir. Bu açıdan Seyyid Nesîb'in, Ebû Hanîfe'nin ve mezhebin yorumunun dışına çıkarak, İbn Şübrûme'nin görüşünün tercih edilmesini savunması Hanefi fakihlerin usulüne aykırı bir davranış olmakla beraber mezhepten aktarılan görüşün dışına çıkması olarak değerlendirilebilir.

Ayrıca tespit edebildiğimize göre Hanefî mezhebinde 19.yüzyıla kadar fakihler içerisinde İbn Şübrûme'nin görüşünü delil göstererek mutlak olarak şartlı alış-verişi caiz gören bir fakih bulunmamaktadır.¹⁶⁶ Her ne kadar akdin muktezasından olup-olmaması veya fesat unsuru içerip-içermemesi gibi birtakım unsurlar ortaya çıkmış olsa da bu durum mutlak olarak şartlı alış-verişe cevaz verilmesi anlamına gelmemektedir. 20. yüzyılın başlarında Seyyid Nesîb'in insanların ihtiyaçlarını kolaylaştırmak ve onlara akit kurma konusunda daha fazla serbestlik tanımak gayesiyle böyle bir yorumda bulunmasını dönemin getirdiği iktisadi sıkıntıların etkisi olarak yorumlamak mümkündür.

2. Celal Nuri ve Kanun İhtiyacımız

Celal Nuri¹⁶⁷ siyasetten edebiyata, hukuktan tarihe kadar birçok alanda çeşitli çalışmalarda bulunmuş ve yazılar kaleme almıştır. Ayrıca devlet kademelerinde

¹⁶⁶ Merginânî, **Hidâye**, C.3, s. 48; Sirâcüddîn İbn Nüceym, **en-Nehrü'l-fâik şerhu Kenzü'd-dekâik**, Beyrut, Dârul-kütübü'l-ilmiyye, 2002, C.3, s. 484; Abdurrahmân Şeyhîzade Damad Efendi, **Mecmau'l-enhur fî şerhi mülteka'l-ebhur**, y.y., Dâru ihyâu't-türâsi'l-arabî, t.y., C.2, s. 111; Heyet, **Fetâva Hindiyye**, C.3, s.133-135.

¹⁶⁷ 1882 yılında Gelibolu'da doğan Celal Nuri Bey ilköğretimini taşra mekteplerinde tamamladıktan sonra, orta öğretimi için Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi'ne geldi. Daha sonra Mekteb-i Hukuk'a devam etti ve buradan mezun oldu. Avukat, gazeteci ve siyasetçi gibi birçok meslekle uğraşan Celal Nuri düşüncelerini çeşitli gazetelerde ifade etmek üzere yazılar kaleme aldı. Soyadı kanunuyla beraber "İleri"

gerek vali gerek milletvekili olarak farklı görevlerde bulunmuştur. Celal Nuri, genellikle geride kalmışlık hissiyatı ile yazdığı yazılarında, Müslümanların 13. yüzyıldan beri hızlı bir çöküş haline girdiklerini ve bu çöküşün hukuki, siyasi bütün alanlarda etkili olduğunu düşünmektedir. Ayrıca Osmanlı fakihlerini özgün çalışmalar ortaya koyamamalarıyla ve geçmişte üretilmişleri aynen aktarmakla suçlamaktadır.¹⁶⁸ Bu doğrultuda *İctihat Dergisi*’nde kaleme aldığı hukuka dair yazılarını *Havâic-i Kanûniyyemiz* isimli eserde toplamaktadır.¹⁶⁹ O bir memleketin hukukunun, toplumun sosyal yapısına uygun olması ve taklit eseri olmaması gerektiğini savunurken, diğer taraftan aynı görüşte olan Ahmet Cevdet Paşa’yı sert bir şekilde eleştirmektedir.¹⁷⁰

Celal Nuri’nin *Havâic-i Kanûniyyemiz: Mecelle Meselesi* isimli makalesi de bahsi geçen serinin bir parçasıdır. *İctihad Dergisi*’nin 2 Mayıs 1329 tarihinde yayınlanan sayısında kaleme aldığı makalesinde Osmanlı Devleti’nin gelişmiş bir kanun metnine ihtiyaç duyduğunu ve bu metnin temel amacının insanların ihtiyacına cevap verebilecek bir metin olması gerektiğini ifade etmektedir. Müellif bu çerçevede yeni bir kanun metni hazırlamak yerine, hazır bulunan ve birçok açıdan eksik olan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*’nin ıslah edilmesi görüşündedir. Zira ona göre, *Mecelle*’nin birçok hükmü asra muvafık ve insanların ihtiyaçlarını karşılayacak derecede güncel değildir.¹⁷¹ Son iki asırdır gelişen ve değişen dünya birtakım yenilikleri de beraberinde getirmiştir. Özellikle ticaretin gelişmesi, ticaret hukukunun terakkisine sebebiyet vermiştir. Kanunlar, siyaset ve hükümet şekilleri bu açıdan ikinci derecede bir öneme sahiptir. Nitekim bu zikredilen şeyler insanların ihtiyacına karşılık veriyor ve onları tatmin için tedvin edilmiş ise o zaman faydalıdır. Eğer insanların ihtiyaçları ve seviyeleri dikkate alınarak hazırlanmış olmazsa yapmacık olacağından bundan bir fayda elde edilemez.

soy ismini alan Celal Nuri, 2 Kasım 1936 yılında İstanbul’da vefat etmiştir. Bkz. Recep Duymaz, “Celâl Nuri İleri,” **TDV İslam Ansiklopedisi**, 1993.

¹⁶⁸ Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyyemiz: Mecelle Meselesi,” **İctihad**, 1911, C.4, sa.64, s. 1387.

¹⁶⁹ Celal Nuri, 1913 yılından itibaren *İctihat* dergisinde dönemin kanunlarını eleştiren ve hukuki ıstılahların gerekliliğinden bahseden bir yazı dizisi kaleme almaya başlamıştır. Bu dizi aynı sene cilt haline getirilerek *İctihat Matbaasında* basılarak kitap haline gelir. Eser 2017 yılında Abdullah Musab Şahin tarafından latin harflerine çevirilmiş ve *On İki Levha Yayıncılık*’tan basılmıştır. Bkz. Celal Nuri İleri, **Kanuni İhtiyaçlarımız (Havaic-i Kanuniyyemiz)**, çev. Abdullah Musab Şahin, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

¹⁷⁰ Duymaz, “Celâl Nuri İleri,” **TDV İslam Ansiklopedisi**.

¹⁷¹ Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyyemiz: Mecelle Meselesi,” **İctihad**, C.4, sa.64, s. 1384.

Bilakis, milletin yaşam tarzında ve usulünde değişiklikler meydana getireceği için çeşitli zararları meydana getirir. Ona göre, *Mecelle*'yi hazırlayan heyet bu inceliklere çok fazla dikkat etmediği için Meşrutiyet'ten bugüne kadar kanun alanında önemli adımlar atılamamıştır.¹⁷²

Şimdi, Celal Nuri'nin *Mecelle Meselesi* isimli makalesi çerçevesinde *Mecelle*'ye yönelttiği eleştirilerini değerlendirelim.

a. Eleştiriler

Celal Nuri makalesinin ilk kısmında onu yazmaya yönlendiren sebebin kanun ihtiyacımızı yeni bir kanun üreterek gidermek yerine elimizde hazır bulunan *Mecelle*'yi ıslah etme düşüncesinin olduğunu belirtir. Bu çerçevede makale boyunca vurguladığı nokta, hükümlerin asra muvafık olmadığıdır.

İlk olarak, *Mecelle*'deki hükümlerin *sahih*, *fasit* ve *lağv* olmak üzere üç kısma ayrılmasını tenkit eder. Bu taksimin 1879 tarihinde kabul edilen Usûl-i Muhâkeme-i Hukukîyye'nin¹⁷³ bir kanunu olan; genel ahlak kurallarına ve asayişe muvafık olmak üzere her sözleşmenin kabul edilebileceği ifadesine aykırı olduğunu belirtir. Ona göre eğer bir sözleşme bu iki esasa aykırı değilse, sözleşmenin kuruluşuna, barındırdığı şartlara vd. fasit eden nedenlere bakılmaksızın sözleşme geçerli sayılmalıdır.¹⁷⁴ Ancak batıl şartlar bu serbestliğin dışında bırakılmalıdır. Zira ay üzerindeki madeni işletmek, kuzey kutbundaki ayları tek seferde satmak ve Orta Çağ'da olduğu gibi cennetten arsa satmak gibi gerçekleşmesi mümkün olmayan sözleşmeler elbette batıldır. Celal Nuri, böyle bir uygulamanın bizden başka hiçbir devlette olmadığını belirterek, bu tarz daraltmaların yabancı tüccarların Osmanlı Devleti'nde ticaret yapmalarını engellediğini düşünmektedir. Nitekim sözleşmelerde eklenen her bir cümle ya da bir söz, sonuç olarak mahkemeye götürülebilmekte ve onların ülkemize

¹⁷² Celal Nuri İleri, **Kanuni İhtiyaçlarımız (Havaic-i Kanuniyyemiz)**, s.14-15.

¹⁷³ Mecelle cemiyeti tarafından hazırlanan tasarı ve Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun birleştirilmesiyle meydana gelen bir kanundur. Hem nizamiye hem de ticaret mahkemelerinin yargılama usulüne dair ihtiyaçlarını karşılamak üzere hazırlanmıştır. Bkz. M. Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 14.bs, İstanbul, Beta Basım, 2017, s.429.

¹⁷⁴ Bu iki esasa aykırılık ifade eden şartlara örnek olarak ise şunları vermektedir: Umumhane işletmek ve ucuzca bomba yapmak.

gelmelerini zorlaştırmaktadır. Ona göre bu kısıtlama sözleşme hürriyetine büyük bir aykırılık göstermektedir.¹⁷⁵

Sözleşme hürriyetini sınırlandırıcı şartlara verdiği örneklerden bir diğeri ise; vekilin yapacağı iş karşılığında meydana gelecek kazançtan belli oranda kar elde etmesinin caiz olmadığıdır. Zira *Mecelle*'ye göre bir kişi hem vekil hem de ecir olamaz. Dolayısıyla şart muteber değildir. Diğeri ise bey' bi'l-vefa akdinde, verilen sürenin dolmasıyla beraber vefa akdinin kesin satış akdine dönüşmesinin fasit olduğuna yönelik bir eleştiridir. Taraflar rıza gösteriyor ise bu akdin sahih olması gerektiğini, fasit edici etkenlerin etkilememesi gerektiğini düşünmektedir. Karşılaşılan bu sorunların çözümü olarak, sözleşmeyi fasit ettiği düşünülen şartların ortadan kaldırılması ve fasit şart üzerine kurulmuş sözleşmelerin de amel edilir sözleşmeler haline getirilmesini Adliyye Nezareti'ne tavsiye eder. Çünkü ona göre, sözleşmeleri kısıtlayan şartlar ortadan kalktığı zaman insanlar ticaretlerini daha rahat bir şekilde yapmış olacaktır. Bu minvalde bir kanun çıkartılması ona göre *Mecelle*'yi ıslah etme yolunda büyük bir adım atılmış olmasını sağlayacaktır.¹⁷⁶

Nuri Bey'in diğeri bir eleştirisi ise, o döneme kıyasla geçmişte uygulanması daha uygun olan hükümlerin değiştirilmeden kendi döneminde hala uygulanmaya çalışılmasıdır. Bu tarz uygulamaların yaşadığı dönemin insanına karşı bir adaletsizlik olduğunu düşünür. Çünkü her dönemin ve çağın kendine özel uygulamalara sahip olması gerektiğini savunmaktadır. Örnek olarak ise, icâre akdinde taraflardan birisinin vefatıyla beraber akdin münfesihi olmasını verir.¹⁷⁷ Ona göre bu hüküm insafsızca ve adil olmayan bir hükümdür. Çünkü evler, arsalar uzun süreli kiraya verildiği zaman kiralaran şeyin üzerinde uzun bir müddet kullanmak için büyük oranda masraflar yapıp, binalar inşa edilmektedir. Ancak mal sahibi vefat ettiği zaman, akit münfesihi olduktan sonra kiracının yapmış

¹⁷⁵ Celal Nuri, "Havâic-i Kanuniyyemiz: Mecelle Meselesi," C.4, sa.64, s. 1385.

¹⁷⁶ Celal Nuri, "Havâic-i Kanuniyyemiz: Mecelle Meselesi," C.4, sa.64, s. 1385

¹⁷⁷ Kira akdinde taraflardan birisinin ölümünde ne gibi bir müeyyideye tabi tutulacağına dair *Mecelle*'de bir hüküm bulunmamaktadır. Kaşıkçı, bunun nedenini Hanefi mezhebinde taraflardan birisinin ölümünde kira akdinin sona ermesi olduğunu ifade eder. Heyet bu konuya kanun taslağında yer vermiş, lakin Divan-ı Hümayun "derdest-i bahsü mütalaa" gerekçesiyle *Mecelle*'den çıkartmıştır. Ancak benzer başka bir hüküm olan "çocuğun veya sütannenin ölümü ile icare münfesihi olur" maddesi ile de hüküm dolaylı olarak düzenlenmiştir. Kaşıkçı, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, s. 311.

olduğu bütün masraf heba olmaktadır. Dolayısıyla kiracı burada mağdur duruma düşmüş olur. Ona göre *Mecelle*'de bunun gibi daha birçok hüküm bulunmakta ve hepsinin de ıslah edilmesi gerekmektedir.¹⁷⁸

Son olarak ise, dönemindeki aydın ve hukukçuların kendilerini daha önceki zamanlarda yaşamış fakihlerden aşağı bir mertebede görmelerini tenkit eder. Bu durumun ilk dönem müçtehitlerinin hoşuna gitmeyeceği bir hal olduğunu, onlar nasıl kendi dönemlerinde büyük yenilikler yaparak içtihat etmişlerse, onun dönemindeki hukukçuların da aynı yeniliklerle içtihat etmesi gerektiğini ifade eder. Bu eleştirinin hedefi Ahmet Cevdet Paşa özelinde bütün *Mecelle* heyeti olduğu gibi, Osmanlı alimleri ve fakihlerinin büyük çoğunluğunu kapsamaktadır. Nitekim yazısını sonlandırmadan önce şu ifadeleri kullanmaktadır:

“Zenbilli Ali Efendiler asrından beri bizde bu fikir yerleşmiş ve pek çok tahribat yapmıştır. Biz içtihadât-ı sâlife ile mukayyed değiliz; İmam-ı Azam'ın da kendisinden evvelki içtihadât ile mukayyet olmadığı gibi. Bu itibar ile Zenbillileri, Ebûsuud Efendileri meateessüf pek o kadar takdir edemiyorum. Eğer bu saydığımız şeyhler, cidden eimme-i erbaanın usulüne salık olsalardı, bugün, yeni ihtiyaca muvâfık külliyyatı hukukiyyemiz olabilirdi. Eyvah! Cevdet Paşa, bu nokta-i nazardan Zenbilliler'in biraz bayağıca muakkibidir; bundan başka bir şey değildir. *Mecelle*'nin esna-yı tahririnde müsevvitler pek çok sıkılmışlar, hatta ter dökmüşler. Tozlu, köhne mücelledatı arayıp “kıl kâl” lerini bulup maddelerden bir kaçını o akvale istinaden kaleme almışlar. Zavallı Zenbilli Ahfadı! Bu hareketleri ile ne klasik suhteleri memnun etmişler, ne de efkar-ı asriyye erbabını!...”¹⁷⁹

b. Değerlendirme

Celal Nuri'nin *Mecelle*'ye yönelik eleştirilerini üç başlık altında değerlendirmek mümkündür. İlk olarak, *Mecelle*'deki hükümlerin üçlü bir taksime tabi tutulmasını eleştiren müellif, böyle bir sınırlandırmanın sözleşme hürriyetine zarar vereceğine inanmaktadır. Bu eleştirisinin akabinde vermiş olduğu örneklerden anlaşıldığı üzere aslında hükümlerin üçlü taksiminden kastı, şartlı alış-

¹⁷⁸ Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyyemiz: Mecelle Meselesi,” C.4, sa.64, s. 1386.

¹⁷⁹ Celal Nuri, “Havâic-i Kanuniyyemiz: Mecelle Meselesi,” C.4, sa.64, s. 1387.

İkinci eleştirisi ise, dönemin şartlarına göre uygulanması zor olan hükümlerin *Mecelle*'ye alınmasına yöneliktir. Örnek olarak icare akdinde taraflardan birinin vefatıyla akdin fesih olmasını gösterir. Kanaatimizce müellif bu eleştirisinde de diğerinde olduğu gibi hükmün arkasındaki hukuki gerekçeyi araştırmaksızın değerlendirmede bulunmuştur. Nitekim Hanefi kaynaklarda ifade edildiği üzere, kiracı veya mal sahibi vefat ettiği zaman akit fesholur. Çünkü kiralayan kişi vefat ettiği zaman mal varislerinin mülkiyetine intikal eder. Kiracı ise malın kendisini değil, sadece menfaatini kiraladığı için ve menfaatte mal üzerinde mülkiyetten daha sonra ortaya çıkan bir hak olduğu için kiracı başkasının mülkiyetinde olan bir maldan istifade etmiş olacaktır. Bu durum ise akdin sıhhatine zarar verici bir etkidir. Ayrıca kira akdinin varisler için bir bağlayıcılığı söz konusu değildir. Dolayısıyla varisler akdi devam ettirmeye zorlanamaz, çünkü kiralanan mal artık kendi mülkiyetinde özgür iradesiyle karar verebileceği bir mal haline dönüşmüştür. Kiracının vefatına gelince; mal sahibi kira akdini onun varisleriyle anlaşarak değil, sadece kiracıyla anlaşarak imzalamıştır. Akdin doğuracağı sonuçlar sadece kira sözleşmesini yapan kişiyi bağlamaktadır. Dolayısıyla mal sahibinin bu varislerden alacağı bir hak bulunmadığı gibi varislerin de maldan istifade edecek bir menfaati söz konusu değildir.¹⁸²

Müellif makalesinin son kısmında Osmanlı fakihleri ve alimlerini taklitçilik yapmakla itham ederek bitirir. Dolayısıyla *Mecelle*'nin de bu taklitçilik ürünü muhtevaya sahip olduğunu ifade eder. Fıkıh literatüründe telif edilmiş eserleri üzeri tozlanmış, köhne ve eskimiş metinler olarak değerlendirmesi İslam Medeniyetinde ortaya koyulmuş fıkıh eserlerine karşı mesafeli bir bakış açısına sahip olduğunu göstermektedir. Ona göre Ebû Hanife ve diğer mezhep imamları çok büyük işler yapmış, daha sonra gelenler taklitte bulunmuştur. Ebüssuûd Efendi gibi döneminde hukuki anlamda büyük yeniliklerde bulunan bir Osmanlı fakihini geçmiştekilerin tekrarı olarak değerlendirmesi Osmanlı tarihine dair bilgisinin az olması veya taraflı yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Ayrıca Ahmet Cevdet Paşa gibi hukuk tarihinde daha önce girililmemiş bir adımı atan ve başarıyla sona erdiren birisini de “Zenbilli Ahfadı” ifadesini kullanarak küçümsemesi aslında

¹⁸² Mola Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, C.2, s.105; Abdülğanî el-Meydânî, *el-Lübâb fî şerhi'l-kitâb*, İstanbul, Âsitane Kitabevi, t.y., C.2, s.240; Bilmen, *Kâmus*, C.6, s.182.

onun daha farklı bir kanun oluşturulmasını arzuladığını ifade eder. Bu düşünceleri başka bir yazısında belirttiği üzere “İşte kavânînimizde de, mekteplerimizde de, medreselerimizde de, mecâlis-i teşri’iyyemizde de, husûsuyla fetvâhânemizde de bu köhne, mugâyir-i İslamiyyet, mâhî-i şer’at eski fikirlerin ölmesini arzu ederiz. Bize İslamlar’ı ayak üstünde tutabilecek, onları mübâreze-i müthişe-i hayatta muvaffak edecek yeni akâid, yeni bir fıkıh lazımdır.”¹⁸³ ifadelerinden amacının fıkıhın esasına yönelik değişiklikler yapmak olduğunu anlaşılmaktadır.

3. Mustafa Asım ve *Mecelle* Meselesi

Hukuk ve düşünce alanında çeşitli yazılar kaleme alan Mustafa Asım son dönem Osmanlı hukukçularından ve *Mecelle* muallimlerinden birisidir. İctihad dergisinde çeşitli yazılar kaleme almış ve bu yazılarından anlaşıldığı üzere yenilikçi bir düşünceye sahip bir hukukçudur. Nitekim o, yazılarında her kişinin düşüncelerinin kendi asrına muvafık olması gerektiğini vurgular. Devletin şu anda karmaşık bir dönemde olmasının sebebi mütefekkirlerin, hukukçuların kendi asrına uygun bir şekilde düşünmemelerinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan mevcut sisteme birtakım eleştirilerde bulunur. Mustafa Asım’ın bu probleme karşı sunmuş olduğu çözüm önerisi ise kişinin küçük yaşlarda ailesi tarafından terbiye edilmesiyle çözülecektir. Çünkü iyi terbiye edilmiş bir çocuğun zihinleri ne kadar temiz ve pak olursa gelecekte inşa edeceği düşünceleri de o kadar orijinal olmaktadır. Dolayısıyla orijinal düşünceler ortaya çıkmasını sağlayacak en önemli etken küçük yaşlardaki aile terbiyesidir.¹⁸⁴

Mustafa Asım 9 Mayıs 1329 tarihinde İctihat Dergisinde *Mecelle Meselesi* başlıklı bir yazı kaleme almıştır. Bu makalenin de ilk kısmında belirttiği üzere Celal Nuri’nin bir önceki sayıda yazmış olduğu makaleden cesaret alarak *Mecelle*’nin ıslah edilmesine dair onu teyit eder bir şekilde görüşlerini beyan etmiştir. Ona göre de *Mecelle*’nin birçok hükmü zamanın ihtiyacına muvafık değildir. Ancak yeniden bir kanun tedvin etmenin çok zaman alacağını ve zor bir iş olduğunu kabul ederek, onu ıslah etmek gerektiğini düşünmektedir. Mustafa

¹⁸³ Celal Nuri, “Havaic-i Kanuniyyemiz: Lâ yünkirü teğayyürü’l-ahkâm bi-teğayyürü’l-ezmân,” *İctihad*, 1911, C.4, sa.67, s.1454.

¹⁸⁴ Mustafa Asım, “Memleketin halâsı neye mütevakıftır?,” *İctihad*, 1911, C.4, sa.74, s. 1641.

Asım eleştirilerini Celal Nuri'den bir adım daha ileriye götürerek kanun ihtiyacının artık şer'i düzenlemeler ile karşılanmasının mümkün olmadığını ifade eder. Bu düşüncesini *Mecelle*'de bulunan maddelerin ve dayanaklarının dönemin yaşatınsına hitap etmediğini çeşitli örneklerle açıklayarak izah eder. Ayrıca aynı derginin bir sonraki sayısında kanun metni ortaya koyarken dikkate alınması gereken hususları belirtmek üzere bir makale daha kaleme alır. Bu makalede dikkat çektiği temel nokta kanunun dini ihtiyaçları değil, umumi olarak insanların ihtiyacını tatmin ve temin etmek üzere kaleme alınması gerektiğidir.¹⁸⁵ Dolayısıyla Celal Nuri'den Mustaf Asım'a kısa bir süre içerisinde *Mecelle*'ye yöneltilen eleştirilerin şiddetlenmesini göstermek adına bu kısımda Asım Bey'in *Mecelle*'nin ıslah edilmesi amacıyla yaptığı eleştirileri değerlendirilecektir.

a. Eleştiriler

Mustafa Asım *Mecelle*'nin kanun ihtiyacımızı tatmin etmediğini ve yeni çalışmalar yaparak *Mecelle*'nin ıslah edilmesi gerektiğini düşünmektedir. *Mecelle*'de bulunan hükümlerden neredeyse hepsinin dönemin şartlarında uygulanamayacağını ifade eder. Çünkü ona göre, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'deki hükümlerin birçoğunun barındırdığı mana örf ve teâmül ile birbirine zıt bir hale gelmiştir. Özellikle ticaret hukukuna dair örf haline gelmiş muâmelelerin birçoğu *Mecelle*'nin ifade ettiği hükümlerle büyük oranda çelişmektedir. Dolayısıyla süratli bir şekilde *Mecelle*'yi ıslah etme çalışmalarına başlanmalı ve bu çalışmaların ise mevcut uygulamalara uygun olacak şekilde yapılması gerektiğini ifade eder. Bu hususta Asım Bey dikkate alınması gereken şu üç önemli nokta olduğunu belirtir:

- a. Ölçü alınan esas öncelikle ihtiyaçlar olmalı.
- b. Hükümleri tertip ederken kullandığımız kaynaklar sınırlandırılmalı.
- c. Değişmesi mümkün olmayan sabitelerden vazgeçilmeli.¹⁸⁶

Asım Bey ilk olarak, *Mecelle*'nin mazbatasında da gündeme gelmiş şartlı alış-verişin hiçbir kayıt olmaksızın kabul edilmesi gerektiğini ifade ederek tenkitlerine

¹⁸⁵ Mustafa Asım, "Vaz'ı Kavâninde Nazar-ı Dikkate Alınacak Esâsât ve Muhtacı Olduğumuz Kavânîn," *İctihad*, 1911, C.4, sa.67, s.1466.

¹⁸⁶ Mustafa Asım, "Mecelle Meselesi," *İctihad*, 1911, C.4, sa.65, s. 1417.

başlamaktadır. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v)’den rivayet edilen “Müslümanlar şartlarına riayet eder.” hadisi şartların mutlak olarak bir istisna olmaksızın kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Ancak Hanefî imamların görüşlerine istinaden *Mecelle*’yi tedvin eden heyet bu esasa riayet etmemiş ve bazı şartların zikrini istisna ederek caiz, lağv ve fasit olmak üzere üç kısma ayırmıştır. Bu durumda insanların ticari muamelelerinde istifade edecekleri şartlı alış-verişin alanı daraltılmıştır. Asım Bey, bu kısıtlamayı gereksiz ve zorlaştıracı bir hüküm olarak değerlendirir. Ona göre akit esnasında zikredilmiş bir şart “memlekette cârî kavânîn ve âdâbı umumiyyeye muğayir olmamak suretiyle” caiz olması gerekir.¹⁸⁷

Asım Bey’in eleştirilerini yönelttiği bir diğer madde ise, şart muhayyerliğinin varise intikali meselesidir. *Mecelle*’de şart muhayyerliği kişinin sahip olduğu mali bir hak olarak değerlendirildiği için, varise intikaline cevaz verilmemiştir.¹⁸⁸ Ancak diğer mezheplerden Şafîi mezhebinde böyle bir ayrıma gitmeksizin varise intikalinin caiz olabileceği görüşü savunulurken, Fransa Medeni Kanunun’da da aynı şekilde intikalin gerçekleşeceği belirtilmiştir. İnsanların ihtiyacına en uygun olanın ise bu hakkın varise intikali olacağını düşünen Asım Bey, *Mecelle*’de bu görüşün tercih edilmemesine hayret etmektedir. Nitekim başka maddelerde insanların ihtiyacı göz önünde bulundurularak hükümler verilmektedir. Örneğin, kiralama akdi menfaati temlik etmekten ibarettir ve menfaat ise Hanefilere göre bir mal olarak kabul edilmez. Dolayısıyla kiralama akdinin konusu, olmayan bir şey olduğu için batıl olması gerekir. Ancak, insanların ihtiyacına istinaden kiralama akdi caiz sayılmıştır.¹⁸⁹

Sonuç olarak Asım Bey, ıslahı yaparken takip edilmesi gereken birkaç önemli noktaya dikkat çekmektedir. Öncelikle *Mecelle*’deki bu eksiklikleri ortadan kaldırmanın yolu herhangi bir fıkıh mezhebinin ölçü almak değil, insanların ihtiyaçlarını örf ve teamül dikkate almak gerektiğini ifade eder. İkinci olarak, meydana gelecek yeni kanunda hukuk nazariyesini göz önünde tutmak ve gelişmiş Avrupa devletlerinin usulleriyle uyum içerisinde olmasına riayet etmek gerektiğini belirtir. Kendisi de bu usuller ile meydana gelecek kanunun dini hükümlere aykırı

¹⁸⁷ Mustafa Asım, “Mecelle Meselesi,” C.4, sa,65, s. 1418.

¹⁸⁸ Müellifin tenkit ettiği madde Mecelle’nin 306. maddesidir: “Hıyâr-ı şart, vârise intikal etmez.”

¹⁸⁹ Mecelle’nin 420. maddesi “İcârede ma’kudün aleyh menfaattir.” şeklindedir.

olacağını kabul etmekte ve buna örnek olması açısından Ceza Kanunu’nu göstermektedir. Ayrıca ona göre zihinlerde her zaman asılı durması gereken bir kaide vardır ki; *ezmânın tebeddülü ile teğayyürü ahkâm inkâr edilemez*.¹⁹⁰

b. Değerlendirme

Mustafa Asım’ın *Mecelle*’ye yönelik tenkitleri Celal Nuri ile büyük oranda benzerlik göstermektedir. Nitekim Mustafa Asım da bir ıslahtan bahseder ve bu ıslahta önem verilmesi gereken en önemli esasın insanların ihtiyacı olduğunu belirtir. Hatta ona göre bir hukuk metni oluşturulmak isteniyorsa sadece fıkha bağımlı kalmamak, diğer ülkelerin gelişmiş hukuklarından istifade etmekte gerekmektedir. Mustafa Asım’ın ifadelerinden anlaşıldığı üzere; kanunun tevarüs ettiğimiz hukuki anlayışın dışına çıkılarak, fıkhi sabitelerimizi terk edip modern dünyaya ayak uydurma gayesiyle oluşturulması gerektiği düşüncesinde olduğunu anlıyoruz. Dolayısıyla Fransız Medeni Kanunun’dan ya da Şafii fikhından elde edilmiş olması değil, insanların ihtiyacını karşılaması en önemli noktadır. Bu çerçevede ilk olarak şartlı alış-verişin Hanefi kaynaklara dayanarak mukavele sözleşmesini sınırlandırdığını ifade eder. Bu eleştirinin değerlendirmesini Celal Nuri’nin eleştirilerini ele alırken zikrettiğimiz için burada bahsetmiyoruz. Çünkü eleştirilen nokta her iki müellifte de akitlerde zikredilen şartların akdi fasit duruma gelmesiyle alakalıdır.

Müellif aynı gerekçelere dayanarak ikinci olarak, şart muhayyerliğinin varise intikalinin caiz olmayışını tenkit eder. Şafii mezhebi ve Fransız M.K’na göre muhayyerlik hakkının varise intikaline müsaade edilmişken, neden Hanefi mezhebinin görüşünün alındığını sorgulamaktadır. Bu sorgulamasının nedeni Mustafa Asım ve *Mecelle* heyetinin ön kabullerinin farklı olmasıdır. Çünkü *Mecelle*’ye göre temel hedef Hanefi fıkhi kaynaklarından hareketle uygun hükümleri tespit ve tertip etmektir. Mustafa Asım’a göre temel amaç hukuki bir gerekçeye dayanıp dayanmaması değil, insanların ihtiyacını karşılamasından ibarettir. Hukuki birikimi olan Mustafa Asım’ın zemini sağlam olmayan böyle bir eleştiride bulunması şaşırtıcıdır. Nitekim muhayyerlik hakkının varise intikal

¹⁹⁰ Mustafa Asım, “Mecelle Meselesi,” C.4, sa,65, s. 1418.

etmemesinin hukuki gerekçesi fıkıh kitaplarında belirtilmiştir. Şart muhayyerliği, akdi feshetme veya geçerli kılma iradesinden ibarettir. Kişinin bir şeyi irade etmesi ise tamamıyla kendi sıfatlarındandır. Dolayısıyla ölen kişinin iradesi ise ona aittir ve ondan başkasının onun iradesine bağlı olan bir şeyde tasarrufta bulunması caiz değildir.¹⁹¹ Ayrıca her hukuk sistemi birtakım esaslar üzerine kurulmaktadır. Osmanlı hukuku ve daha özelde *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* hukuk sistemi olarak Hanefî mezhebinin sahip olduğu esaslar üzerine inşa edilmiştir. Hükümlerin tercih edilmesi açısından ise mezhep içerisinde hareket etmesi hazırlanacak metnin tutarlılığı açısından önem ifade etmektedir. Dolayısıyla mezhep haricinden bir görüş tercih edilmesini tavsiye etmek, kurulu olduğu temel esasların terk edilmesine götürücü bir tavsiye niteliğinde değerlendirilebilir.

4. Genel Değerlendirme

Yukarıda eleştirilerini zikrettiğimiz üç hukukçunun değerlendirmelerinden görüldüğü üzere fikirlerinin kesiştiği ve ayrıştığı noktalar bulunmaktadır. Ortak olarak üçünün de eleştirilerinin kesiştiği husus *Mecelle*'deki şartlı alış-veriş hükümlerinin sınırlandırıcı bir nitelikte olmasıdır. Onlara göre insanların maslahatına uygun olacak şekilde kurdukları sözleşmeler ve ekleyecekleri şartlar hususunda özgür olmaları gerekir. Dolayısıyla bağlanan şartın kurulan akdi ifsat etmesi insanların sözleşme hürriyetine dair bir kısıtlama olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Farklı altyapılara sahip bu hukukçuların aynı eleştiri noktasında birleşmesi dikkat çekicidir. Ayrıca sözleşme hürriyeti kavramının bu tartışmaların yaşandığı dönemden kısa bir zaman önce Fransa'da yazılan Code Civil'de esas alınan bir prensip olduğu bilinmektedir.¹⁹² Dolayısıyla Aydınlanma Devri'nin etkileriyle meydana gelen bu düşünce yapısının hukuki yansımaları bütün dünyayı etkilediği gibi Osmanlı'daki hukuki faaliyetlerde de etki gösterdiğini söylemek mümkündür. Osmanlı son döneminde çeşitli hukuki faaliyetlerde bulunan bu hukukçuların *Mecelle*'ye yönelik eleştirileri ise bu iddiayı desteklemektedir. Zira bu eleştiriler her ne kadar hüküm olarak *Mecelle*'ye

¹⁹¹ Serahsî, *Mebsût*, C.13, s. 43; Merğînânî, *Hidâye*, C.3, s.31; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, C.1, s. 298.

¹⁹² The Editors of Encyclopaedia Britannica, "Napoleonic Code," *Encyclopaedia Britannica*.

yöneltiyor olsa da, *Mecelle* içerik olarak Hanefi mezhebinin hükümlerine dayandığı için mezhep birikimine yönelik algılanabilir.

Son olarak bu hukukçuların eleştirilerinde bazı son dönem aydınları ve hukukçularının sahip olduğu dili açık bir şekilde görmekteyiz. Nitekim Seyyid Nesîb, yukarıda zikredilen meselenin çözümünde mezhepler-arası bir yaklaşımı esas alarak, bir hadisten hareketle başka bir görüşün asrın ihtiyaçlarına göre daha doğru olabileceğini iddia etmektedir. Dolayısıyla delile dayalı bir fıkıh anlayışı ortaya koymakta ve Hz. Peygamber'den rivayet edilen hadislere başvurarak tercihte bulunmaktadır. Böylelikle sünnete uygun olarak tercih edilen bu görüş asrın ihtiyaçlarına da uygunluk gösterecektir. Celal Nuri ve Mustafa Asım da her ne kadar yöntem olarak farklı bir yol takip etseler de sonuç olarak Seyyid Nesîb ile aynı noktaya varmaktadırlar. Zira onlar çağdaş değerler ve asrın ihtiyaçları vurgusunu yaparak, dönemin ihtiyaçlarına uygun olacak şekilde nasların gai manasına referansta bulunarak ayet veya hadisleri okumaktadırlar.

Sonuç olarak Seyyid Nesîb'in yukarıdaki makalesi çerçevesinde takip ettiği metot ve ulaştığı sonuçları göz önünde bulunduracak olursak yarı-selefi bir anlayışla eleştirilerini zikrettiğini, Celal Nuri ve Mustafa Âsım'ın ise yarı-modernist bir yaklaşımla meseleleri değerlendirdiğini söyleyebiliriz.¹⁹³

C. *Mecelle*'ye Yönelik Tadil Çalışmaları

Mecelle bir Medeni Kanun olarak çeşitli açılardan eksiklikleri bulunan bir metindir. Şahıs hukuku ve eşya hukukundan kısmen bahsedilirken, aile hukukuna dair meselelerden hiç bahsedilmemiştir. İçerik olarak çoğunlukla borçlar hukuku, özellikle de akitlere odaklanılmıştır. Bunun sebebi öncelikli ihtiyaç ticaret hukukuna dair meseleler olduğu için bu konuların hazırlanmasına diğer konulara göre öncelik tanındığı söylenebilir. Bu açıdan tam bir Medeni Kanun olarak nitelendirilmemiş ve bunun eksikliği her zaman vurgulanmıştır. Ayrıca sadece değinilmeyen hususlar açısından değil, yer verdiği hükümler açısından da birtakım eleştirilere maruz kalmıştır. Bazı maddeler ya asrın ihtiyacına cevap vermediği

¹⁹³ Yarı-selefi ve yarı-modernist kavramları Mürteza Bedir'in makalesinden mülhem kullanılmıştır. Bkz. Mürteza Bedir, "Kur'an ve Sünnet Söylemi, Fıkıh Usûlü ve İctihat: Modern Nasçılığın Doğuşuna İlişkin bir İzah Denemesi", **Modernleşme, Protestanlaşma ve Selefileşme**, Ed. Mürteza Bedir, Necmettin Kızılkaya, Merve Özaykal, İstanbul, İSAR Yayınları, 2019, s. 19-60.

düşüncesiyle ya da Hanefi fıkına uygun olmaması açısından eleştirilmiştir. Zikredilen bu eksiklikler *Mecelle*'nin tedvini sırasında dahi gözlerden kaçmamakta ve tadilinden bahsedilmektedir.¹⁹⁴

Mecelle bir müddet yürürlükte kaldıktan sonra dönemin ihtiyaçlarını karşılamaması gerekçesiyle uygulamadan kaldırılmıştır. II. Meşrutiyet'ten sonra hukuk alanında yapılması gereken yenilikler arasında *Mecelle*'nin tadil edilmesinin gerekliliği herkes tarafından kabul edilir bir hale gelmiştir. Ancak tadilin hangi usullere göre yapılacağı dönemin hukukçuları ve devlet adamları arasında tartışma konusu olmuştur. Tadilin hangi usule göre yapılması hususunda üç farklı görüş ortaya atılmıştır. Bir grup resmi mezhep anlayışını geride bırakarak, artık Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerden faydalanmak suretiyle fıkha dayanan bir tadil gerçekleştirilmesini ve bu sayede diğer mezheplerin daha esnek hüküm verdiği yerlerde onlara başvurulabileceğini ifade etmektedir. İkinci görüş, doğu-batı ayrımı yapılmaksızın bütün medeni hukuklardan istifade etmeyi, ister fıkıh ister Fransız Medeni Kanunu olsun hangisinde asrın ihtiyaçlarına uygun hüküm varsa onun alınması gerektiğini düşünenlerin görüşüdür. Üçüncü görüş ise, *Mecelle* ile uğraşmanın zaman kaybı olduğunu ve bunu yapacak hukukçularında olmadığını düşünenlerin görüşüdür. Onlara göre tadil etmek yerine batılı bir devletin kanununu aynen tercüme edip, onu uygulamak en uygun olan tercihtir. Son görüş tadil komisyonu oluşturmayı planlayan kimselerin hoşuna gitmemiş ve destekçi bulamadığı için ilk aşamada kabul edilmemiştir. Dolayısıyla ilk iki görüşü bir araya getirerek esas itibarıyla Hanefi mezhebiyle beraber diğer mezheplere dayanan bir kanun oluşturmaya ve diğer devletlerin kanunlarında fıkha aykırı olmayıp da insanların ihtiyacını karşılayan hükümler olduğu takdirde onların da alınabileceği şeklinde karar verilmiştir.¹⁹⁵ Bu doğrultuda hızla çalışmalara başlanmış ve çeşitli komisyonlar oluşturulmuştur. Burada tadil komisyonlarını kısaca ele almakta fayda vardır.

¹⁹⁴ Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 307.

¹⁹⁵ Öztürk, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s.96.

1. Kânûn-i Medenî ve Hukûk-ı Aile Komisyonu

Kânûn-i Medenî Komisyonu 9 Mayıs 1916 tarihinde Adalet Bakanlığın'da gerçekleştirilen toplantıda ilk olarak bazı çalışma prensipleri belirleyerek görevine başlamıştır. Belirlenen prensiplere göre; amaca ulaşmak için fıkıhtan olduğu gibi başka milletlerin hukukundan da yararlanılmasına ve kanun maddelerinin dili sade, ifadelerinin de açık olması gerektiğine karar verilmiştir. Ayrıca bu görüşmeler sırasında farklı görüşler ortaya çıkarsa çoğunluğun fikri kabul edilmesi, eşitlik varsa başkanın taraf olduğu fikrin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Komisyon bu prensipler doğrultusunda çalışmalarına başlamış ve yerine getirmesi gereken birçok vazife olduğu için bazı görevlerini alt komisyonlara paylaşmak suretiyle kendine bağlı alt komisyonlar açma kararı almıştır. Bu çerçevede şu komisyonları çalışmaları taksim etmek üzere açmışlardır: Tadil Prensiplerini Tespit Komisyonu, Hukûk-ı Aile Komisyonu ve Tadil Komisyonu.

Tadil Prensiplerini Tespit Komisyonu, *Mecelle*'deki tadillerin hangi prensipler üzerine yapılması gerektiğine yönelik bir metin hazırlama vazifesi ile görevlendirilmiştir. Görevine hızla başlamış ve kısa sürede 24 maddeden oluşan bir liste oluşturmuştur. Komisyon temel prensipleri belirleyecek olması açısından önemli bir göreve sahiptir. Ayrıca belirleyeceği esaslar, akabinde oluşturulan ve farklı alanlarda çalışmalar yapacak her iki komisyon içinde geçerlidir.¹⁹⁶

Hukûk-ı Aile Komisyonu ise Cevdet Paşa ve ekibinin eksik bıraktığı aile hukukuna dair meseleleri derlemek amacıyla kurulmuştur. Bu komisyon çalışmalarının sonucunda 25 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe giren *Hukûk-ı Aile Kararnamesi* isminde 157 maddeden oluşan bir kanun metni tedvin etmiştir. Söz konusu metinde aile hukuku alanında birçok yenilik getirilmiş ve Hanefi mezhebi dışına çıkılarak diğer mezheplerden de istifade edilmiştir. Kararnamede dikkat çeken önemli noktalardan bir tanesi de Mûseviler ve Hristiyanlar için ayrı hükümler getirilmiş olmasıdır. Ayrıca evlenme ehliyeti konusunda azınlıkta olarak kabul edilen görüş benimsenerek; kızlar için alt sınır 9, erkekler için 12 olarak belirlenmiştir. Çok eşlilik meselesinde daraltmaya gidilmiş ve nikah akdindeki

¹⁹⁶ Öztürk, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s.97; Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 343-344.

kadının üzerine evlenilmemesi şartını muteber ve sahih olarak değerlendirilmiştir. Boşanma hakkında da birtakım yenilikler getiren kararnamede; kadının mahkeme kararıyla boşama sebeplerinin artırılması ve böylece kadınların boşama imkanlarının genişlemesi sağlanmıştır.¹⁹⁷

2. Tadil Komisyonu

Tadil Komisyonu, Kânûn-i Medenî Komisyonu'nun altında oluşturulan diğer bir komisyondur. *Mecelle*'nin zamanın ihtiyaçlarını karşılayacak bir kanun haline dönüştürülmesi için oluşturulan ilk komisyondur. Komisyon 1916 yılında çalışmalara başlamış fakat uzun bir dönem etkili tadillerde bulunamamıştır. *Mecelle*'deki mevcut hükümleri inceleyerek, onlar üzerinde belirlenen prensiplere göre değiştirilmesi gereken maddeleri değiştirmeyi hedeflemektedir. 1923 yılında bazı kimselerin girişimiyle *Kitâbu'l-büyük* ve *Kitâbu'l-icâre*'ye dair incelemelerini yayınlamışlardır. Her ne kadar heyetin *Mecelle*'nin diğer kısımlarını da incelediği zikredilse de, sadece bu iki kısmı yayınlamakla yetinilmiştir. Yayımlanan bu raporlara göre heyet *Kitâbu'l-büyük* için 21 maddenin değişimi, 33 maddenin ilavesi ve 13 maddenin çıkarılmasına karar verirken, *Kitâbu'l-icâre* de 10 maddenin tadili ve 13 maddenin ilave edilmesi gerektiğini bildirmiştir. Bu değişiklikler çerçevesinde *Mecelle*'de tekrarlar giderilmiş, insanların amel açısından zorlandığı maddelerde diğer mezheplerin görüşleri tercih edilmiş ve dönemin şartlarına daha uygun hükümler koyulmaya çalışılmıştır.¹⁹⁸ Tadil komisyonunun yapmış olduğu değişikliklere örnek olmak üzere *Kitâbu'l-büyük* dan birkaç örnek zikredeceğiz.

Komisyonun tadil edilmesini gerekli gördüğü maddelerden bir tanesi *Mecelle*'nin “Nükûd; nakdin çoğulu olup, altın ve gümüşten ibarettir.” maddesidir. Bu maddede dönemin şartlarının getirdiği ve nakit olarak kullanılmaya başlanan bazı kıymetli eşyaların meydana çıkmasından dolayı Tadil Komisyonu bu maddeyi incelenmesi gereken maddeler arasına almıştır. Nitekim “nikel meskûkât ve kavâim-i nakdiyye” tadilin gerçekleştiği dönemde nakit olarak değerli evraklar

¹⁹⁷ Detaylı bilgi için bkz. M. Akif Aydın, **Osmanlı Aile Hukuku**, İstanbul, Klasik Yayınları, 2018, s.176.

¹⁹⁸ Öztürk, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, s.99.

arasına girmiştir. Dolayısıyla bu maddenin değiştirilmesi büyük önem arz etmektedir. Ayrıca daha önce insanların kullandığı bakır sikkenin *Mecelle*'nin 1339. maddesinde nakitlerden sayılması, nikel-i meskûkât ve kavâim-i nakdiyye'nin de örfi olarak insanlar arasında kullanılmaya başlandıktan sonra *Mecelle*'ye kanun olarak dahil edilmesine bir delil teşkil etmiştir. Yani komisyon bir anlamda bu değerli eşyaları daha önce zikredilen maddelere kıyas ederek, teklifini bu zemine oturtmaya çalışmıştır.¹⁹⁹

Eklenmesi teklif edilen hükümlere örnek olarak ise; “İcâb ve kabûl, telgraf ve telefon ile dahi olur.” maddesini zikredebiliriz. Komisyonun bu maddeyi eklemesinin amacı o dönemde yeni çıkan teknolojik aletlerin kullanımındaki durumu ortaya koymaktır. Ayrıca bu maddede zikredilen telgraf ve telefon ile yapılan akitleri, görme engellilerinin ve ğaiblerin akdine kıyas ederek hükmünün caiz olduğu ifade edilmektedir. Nitekim duvarın bir tarafında bulunan ile diğer tarafında bulunan kişinin ve evin çatısında bulunan ile aşağıda bulunan kimsenin kurduğu akde Hanefi kitaplarında cevaz verilirken, Maliki kaynaklarda da bu yönde fetvalar bulunmaktadır. Dolayısıyla bu aletlerle kurulan akitlerin caiz olmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır.²⁰⁰

Sonuç olarak komisyonun yaptığı çalışmalarda yeni gelişmeler ve ihtiyaçlara en uygun olacak şekilde dört mezhepten istifade etmek üzere değişikliklere gidilmiştir. Bu değişiklikler çerçevesinde komisyon görevini yerine getirmeye çalışmıştır. Ancak bu süreç devletin içinde bulunduğu sıkıntılı günlerde yaşandığı için uzun sürmüş ve neticelenmesi oldukça geç kalmıştır. Dolayısıyla yapılan bu değişikliklerin uygulanma fırsatı olmamıştır.

3. Kânun-i Medenî Ukûd ve Vacibât Komisyonu

Ukûd ve Vacibât Komisyonu Tadil Komisyonu'nun çalışmalarını gözden geçirmek ve onların yarım bıraktığı tadil işlemini gerçekleştirmek üzere kurulmuş

¹⁹⁹ Mecelle Encümeni, “Mecelle Encümeni'nin Kitâbu'l-büyû'a Âid Tatkîkâtı,” **DFHFM**, C.2, sa.11, s.56.

²⁰⁰ Mecelle Encümeni, “Mecelle Encümeni'nin Kitâbu'l-büyû'a Âid Tatkîkâtı mâ ba'd,” **DFHFM**, C.2, sa.12, s.89.

bir komisyondur. 3 Mayıs 1923 tarihinde çalışmalarına başlayan komisyonunun amacı kuruluş talimatnamesinde şu şekilde belirtilmektedir: “Terakkiyyât-ı hukûkiyyenin istilzâm eylediği tavsif-i ilmî dairesinde kavâid-i esasiyye ile emvale ve ale’l-ıtlak hukuk-ı tasarrufiyyeye ve vâcibat ve ukûda ait aksâmın müzakere ve tespiti amacıyla.” Bu çerçevede ilk toplantıda fakihler arasında mezhebe bakılmaksızın hangisinin görüşü daha uygunsa onun alınması gerektiği, fıkıh hükümleriyle çelişmediği müddetçe diğer kanunlardan istifade etme ve hâkimlere fazla takdir yetkisi vermeyecek şekilde kanun hazırlamak gibi birtakım temel prensipler belirlemişlerdir. Komisyon ilk olarak Tadil Komisyonu’nun “*Kitâbu ’l-büyû’ ve Kitâbu ’l-icâre*” için hazırladığı tasarıyı incelemekle başlamış, daha sonra diğer kısımları da inceleyerek *Mecelle*’nin başında yer alan külli kaideler ve her kitabın başında yer alan tarifler kısmının gereksiz olduğuna ve kaldırılmasına karar vermiştir. Bununla beraber tertip ve tasnif açısından *Mecelle* heyetinin belirlediği düzen takip edilecektir. Sonuç olarak 41 toplantı gerçekleştirmiş ve bu toplantılar sonucunda prensip kararları ve değişikliklerden başka 20 madde kabul edilmiştir. Bunlardan en önemlisi ise rüşt yaşının 18’e çekilmesidir. *Mecelle* rüşt yaşını buluğa girmek olarak kabul etmiş ve bunun erkeklerde 12, kızlarda ise 9 olması gerektiği şeklinde karar vermişti. Ancak komisyon bu durumun ülkemizin iklim şartları için uygun olmadığını ve akitlerin eskiye kıyasla daha karışık olduğunu ifade ederek rüşt yaşının başlangıcını her iki cinsiyet içinde 18, sonunu da 20 olarak belirlemişlerdir.²⁰¹

Komisyonun çalışma zabıtlarından anlaşıldığı üzere genel itibarıyla iki farklı düşünceye sahip insanları barındırmaktadır. Bir grup, çalışmalarında fikhî esas alıp, ona göre hükümler ortaya koymaya çalışırken ve fikhın çizgisinin dışına çıkmama hususunda gayret sarf etmektedir. Diğer grup ise Cevdet Paşa döneminde Âli Paşa ve Fuat Paşaların önderliğini yaptığı batıdan kanun alma fikrini gerçekleştirmek gayesiyle İsviçre ve Almanya Medeni Kanunları ile Fransız yazar Marcel Pilaniol’un (ö. 1931) *Vecâib* isimli eserini tercüme edip toplantılarda ona dayanarak hükümler beyan etmektedir. Dolayısıyla toplantılar oldukça hareketli geçmekte ve birbirlerini ikna edebilmek için ciddi münazaralar yapmaktadırlar. Bu

²⁰¹ Öztürk, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s.104; Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 379.

tartışma ortamı alınan kararlarında çok fazla tutarlı olmamasına sebebiyet vermiştir.²⁰²

4. Ahkâm-ı Şahsiyye Komisyonu

Bu komisyon ilk kurulan Kânûn-i Medenî'nin alt komisyonu olan Hukûk-i Aile Komisyonu'nun yaptığı çalışmaları devam ettirmek üzere kurulmuştur. İlk toplantısını 3 Mayıs 1923 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirmiştir. Kurulduğu ilk dönemde Gönenli Mehmed Efendi (ö. 1991) ve Erzurumlu Ömer Nasuhi Efendi (ö. 1971) gibi meşhur isimlerin de aralarında bulunduğu hukukçulardan oluşmaktadır. İlk olarak, “Hazırlanacak metnin şer’i bir dayanağının olması gerekir mi?” sorusuna cevap vermeye çalışılmıştır. Azalardan kimisi bunun batılı devletleri rahatsız edeceğini iddia ederek olumsuz bakarken, kimisi ise mezheplerde vaz edilecek hüküm bulunamadığı takdirde, akla dayanarak bir kanun yapılması gerektiğini düşünmektedir. Komisyonun usul ve metot tartışmaları on bir toplantı gibi uzun dönem devam etmiş ve on üçüncü toplantısını ise onunla aynı zamanda faaliyet gösteren Ukûd ve Vacibât Komisyonu’yla beraber yapmışlardır. Çünkü miras meselesinin hangi komisyona ait olduğuna karar verilememiştir. Sonuç olarak Vâcibât komisyonuna tevdi edilmesi yönünde karara bağlanmıştır.

Bu süreçten sonra maddelere odaklanan komisyon çeşitli düzenlemelerde bulunmuştur. Örneğin; evlenme yaşını erkekler için 18, kızlar için 17 olmak üzere güncellemiştir. Ayrıca çok eşlilik meselesinde *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*’nde daraltılan alan biraz daha kısıtlanmış ve tek kadınla evlenmenin esas olduğuna ve çok eşlilik için zaruret, adaletli olma ve hâkim izni olması gibi ek şartlarda getirilmesine karar verilmiştir.²⁰³

Sonuç olarak 1923 tarihinde kurulan bu komisyonlar Cumhuriyet’in ilanıyla beraber birtakım değişikliklere uğrar ve vazifelerini sürdürmeye devam ederler. İlk olarak komisyon üyelerinin değiştirilmesine karar verilir. Daha sonra kanun yapma konusundaki önceden belirlenmiş temel prensipler değiştirilir. 1923 tarihli

²⁰² Öztürk, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s.105.

²⁰³ Öztürk, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s.102; Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 380.

komisyonlarda fıkha uygunluk söz konusu iken, bu durumun asrın ihtiyacına uygun hüküm vermeye engel olduğu belirtilir. Dolayısıyla 1924 tarihli toplantılarda hükümlerde aranan asıl amaç insanların ihtiyacını karşılayıp karşılamaması olarak değerlendirilmektedir. İster batılı devletlerden olsun ister diğer devletlerden olsun hangisi devlete ve insanlara daha uygun ise onun alınması gerektiği düşünülür. Bu çerçevede hem Ukûd ve Vâcibât Komisyonu hem de Ahkâm-ı Şahsiyye Komisyonu çalışmalarını sürdürmeye devam eder. Vâcibât Komisyonu 1924-1925 tarihleri arasında 251 maddeden oluşan bir Borçlar Kanunu hazırlamıştır. Bu tasarıda hem İslam hukuku hem de İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerine müracaat edilerek karma bir şekilde kaleme alınmıştır.²⁰⁴ Ahkâm-ı Şahsiyye Komisyonu ise 1924-1925 tarihleri arasında yaptığı çalışmalar neticesinde 142 maddelik bir Aile Kanunu hazırlamıştır. Genel itibarıyla *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'ne dayanan bu tasarıda batı hukukundan da büyük oranda istifade edilmiştir.²⁰⁵

Bu çalışmalara rağmen ortaya koyulan kanun tasarıları beğenilmemiş ve eski dönemlere hitap ettiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Çözüm olarak ise geriye tek bir seçenek kalmaktadır; her alanda ileride olduğu kabul edilen batı devletlerinin kanunlarının tercüme edilerek uygulamaya koyulmasına karar verilmiştir. Görüldüğü üzere Tanzimat Fermanı'yla beraber hızlanan hukuki anlamdaki modernleşme serüveni çeşitli aşamalardan geçerek bu noktaya ulaşmıştır. Her ne kadar ilk olarak sadece şekil itibarıyla bir iktibasda bulunulmuş ve içerik devamlılığını sürdürmüşse de bu çalışmalar fikhın tamamen rafa kaldırılmasıyla son bulmuştur.

²⁰⁴ M. Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye," TDV İslam Ansiklopedisi, 2003.

²⁰⁵ Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, s. 384.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MEHMED SAİD BEY'İN *AHKÂMU'L-BEY' Bİ'L-VEFÂ* RİSALESİ

A. Mehmed Said Bey

Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ risalesinin müellifinin Osmanlı'nın son dönem hukukçularından Mehmed Said Bey olduğunu risalenin ilk sayfasındaki mühürden anlamaktayız. Müellif hakkında belirtilen diğer bilgi ise “Muallimhâne-i Nüvvâb Mezunlarından Hâlid Efendi Hafîdi Mehmed Said” olmasıdır. Bu ibareyi iki şekilde okumak mümkün gözükmemektedir; ya kendisi hukuk mektebi mezunu olmakla beraber dedesine kendini nispet etmektedir veya dedesi olarak ifade ettiği şahıs Hâlid Efendi hukuk mektebi mezunudur. Muallimhâne-i Nüvvâb'ın 1855 yılında açıldığını göz önünde bulunduracak olursak, ilk ihtimalin daha yüksek olduğu gözükmemektedir.

Bu bilgiler ışığında Mehmed Said Bey hakkında ilk olarak kendisini hukuk mektebi mezunlarından olduğu düşünülerek arşiv, ilmiye salnameleri, ulema sicil dosyaları ve kadı sicilleri gibi biyografik bilgi sunması düşünülen bazı kaynaklarda tarama yapıldı. Ancak ilgili dönemde pek çok Mehmed Said olması ve müellifin sadece dedesinin ismini biliyor olmamız bize doğru bilgilere ulaşmamız için yeterli bilgi sağlamadı. Buna rağmen bazılarının söz konusu risalenin müellifi olma ihtimali diğerlerine kıyasla daha fazla olduğu düşünülmektedir. Örneğin; ulema sicil dosyalarından 5318_01 numaralı Mehmed Said Efendi ismindeki şahıs İstanbul Müftü Müsevvidi vazifesinde çalışmakta ve risalenin de Meşihat Dairesi'ne hitaben yazılmış olması kanaatimizce o şahsın olma ihtimalini diğerlerine göre güçlendirmiştir. Ancak sicil dosyasına baktığımız zaman risalenin müellifi Mehmed Said Bey olduğunu destekleyen herhangi bir delil bulunmamaktadır.²⁰⁶ Dolayısıyla sadece tahmin ile yetinmekteyiz.

²⁰⁶ Meşihat Arşivi, Yer: 246-6-1, Belge Tarihi: 1309.

Bunlara ek olarak, Mehmed Said Bey'in kendini dedesi Hâlid Efendi'ye nispet etmesi dedesinin önemli şahıslardan olduğu düşüncesini akıllara getirmektedir. Bu nedenle söz konusu dönemdeki yaşamış “Halid Efendi”ler hakkında araştırma yapıldı ve dönemin Halidefendizade Cemâleddin Efendi ismindeki şeyhülislamına denk gelindi. Babasının Kazasker Hâlid Efendi olması çocuklarından birisinin Mehmed Said Bey olma ihtimalini düşündürse de, evlatları arasında Mehmed Said adına rast gelemediğimiz için bu ihtimalde ortadan kalkmış oldu.

İkinci olarak ise kendisini tanıttığı ibareyi dedesinin hukuk mektebi mezunu olacak şekilde anladığımız zaman karşımıza bazı problemler çıkmaktadır. Bunlardan ilki muallimhâne-i nüvvab mezuniyeti o dönem için nispet edilecek kadar büyük bir öneme sahip değildir. Dolayısıyla müellifin dedesinin böyle bir okuldan mezun olması onu önemli bir şahıs yapmayacağı için bu nisbetin kendisine ait olduğu düşünülmektedir. İkinci olarak ise tarih itibarıyla müellifin dedesinin 1855 tarihinde açılan bir okuldan mezun olması biraz zorlama gibi gözükmektedir. Ancak bütün bunlara rağmen o dönemde yaşamış Hâlid Efendi ismindeki şahıslar hakkında da bir araştırma yapılmıştır. Araştırma sonucunda Ergirilli Halid Efendi ve İstanbullu Halid Efendi olmak üzere söz konusu dönemde yaşamış iki kişiye ulaşılmıştır. Fakat bu iki kişiden birini Mehmed Said Bey'in dedesi olarak nitelendirebileceğimiz ve elimizdeki bilgilere uygunluk gösteren bir delil olmadığı için kesin bir yargıda bulunmak zor gözükmektedir.

Bu araştırmalara ek olarak son dönem Osmanlı müelliflerinin hayatı hakkında yazılmış bazı biyografik eserlerde başvurarak müellifi tespit etmek amacıyla bazı araştırmalar yapılmıştır.

İlk olarak Mehmed Süreyya tarafından kaleme alınan *Sicill-i Osmani* isimli eserin üçüncü cildinin sonu, dördüncü cildinin başı “M” harfiyle başlayan şahısların biyografisini incelenmiştir. Bu kısım içinde Mehmed Said isminde herhangi birisine rastlanmamıştır.²⁰⁷ İkinci olarak, Bursalı Mehmet Tahir Efendi'nin kaleme aldığı *Osmanlı Müellifleri* isimli eserin *Âlimler Bölümü*'ne

²⁰⁷ Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1996, I-VI.

detaylı bir şekilde bakılmış ve araştırılan kitapta aranılan özelliklerde herhangi bir kimseye denk gelinmemiştir.²⁰⁸ Üçüncü olarak ise Sadık Albayrak'ın kaleminden çıkan *Son Devir Osmanlı Uleması* isimli esere bakılmıştır. "Mehmed Said" isminde on sekiz şahıs ile karşılaşılan bu eserde, *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* isminde bir risale kaleme alan ve dedesini Halid Efendi olduğunu belirten rastlanmamıştır. Müellifin risalenin ilk sayfasında dedesinin ismini belirtmiş olması her ne kadar tarama yaptığımız alanı daraltmış olsa da, Mehmed Said Bey hakkında bilgi bulmamıza yardımcı olmamıştır. Çünkü bazı isimlerin diğerlerine kıyasla olma ihtimali daha yüksek gözüktüğü halde Mehmed Said Bey'in belirttiği dedesinin ismine uygunluk göstermediği için isabetli olarak değerlendirilmemiştir.²⁰⁹

B. *Ahkâmu'l-Bey' bi'l-vefâ* Risalesinin Tahlili

Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ risalesi Mehmed Said Bey'in fıkıh literatüründe çeşitli isimlerle anılan vefâen satış akdini, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'de bu akitle alakalı zikredilen maddeleri açıklamak gayesiyle kaleme aldığı risalesidir. Risale Osmanlıca kaleme alınmış bir el yazması olarak Beyazıt Devlet Kütüphanesi'nde Beyazıt Koleksiyonu'nda B8946 numarada bulunmaktadır. Yetkililerden öğrenilen bilgiye göre, Beyazıt Devlet Kütüphanesi'ne ise Maarif Bakanlığı'ndan gelmiştir. Eser hali hazırda kütüphanenin deposunda bulunmakta ve formları kopuk, cildinden ayrı bir şekilde bakıma ihtiyaç duymaktadır. 200x155; 180x145 mm. boyutlarında bir hacme sahip olan *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* risalesi rika yazı türü ile her bir sayfada 10 satır olmak üzere 15 yaprak, 28 sayfadan oluşacak şekilde kaleme alınmıştır.

Bu bölümde adı geçen risale ilk olarak genel yapısı ve içeriği açısından incelenecek, daha sonra kullanılan kaynaklar, eserin literatürdeki yeri ve genel değerlendirilmesinden bahsedilecektir. Son olarak ise risalenin son kısmına eklenen başka bir risale ile karşılaştırılması yapılarak nihayete erdirilecektir. Bu sayede *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* isimli risale genel özellikleriyle tanıtılmış olacaktır.

²⁰⁸ Bursalı Mehmed Tâhir Efendi, **Osmanlı Müellifleri**, İstanbul, Meral Yayınevi, t.y., I-III.

²⁰⁹ Albayrak Sadık, **Son Devir Osmanlı Uleması (İlmiyye Ricalinin Teracim-i Ahvali)**, I-V.

1. Eserin Genel Yapısı ve Muhtevası

Bilindiği üzere klasik ya da modern dönemde kaleme alınmış her bir eser bir amaç doğrultusunda telif edilmiş ve genellikle bir iddiaya sahip olmaktadır. Bu iddianın ortaya çıkarılması ise çalışılan eserin içerik olarak iyi bir şekilde analiz edilmesiyle mümkün olmaktadır. Bu bölümde Mehmed Said Bey'in *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* risalesi muhteva ve genel yapısı itibarıyla incelenecek ve risale yazılış amacı, konusu, tertibi ve kullanılan dil açısından değerlendirilecektir. Böylece hangi esaslara dayanarak telif edildiği ortaya çıkartılmaya çalışılacaktır.

a. Telif Sebebi ve Konusu

Mehmed Said Bey, eserin giriş kısmında *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* risalesini, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'de vefâen satış akdi ile ilgili zikredilen maddeleri açıklamak üzere kaleme aldığını belirtir. Çünkü ona göre, bu maddelerden akdin açık bir şekilde anlaşılması zor gözükmemektedir. Ayrıca *Mecelle* üzerine yazılmış şerhlerde de konuya açıklık getirici ifadeler bulunmadığını düşünmektedir. Bu maddelerin kapalı olmasının ve şârihler tarafından açıklanmaya girilmemesinin sebebi mezkûr akdin aslında tartışmalı bir akit olmasından kaynaklanmakta, bu tartışmalara binaen *Mecelle*'deki bey' bi'l-vefâ ile alakalı maddelerde çelişkili görülmektedir. Nitekim üçüncü maddede ifade edildiği üzere üzere bey' bi'l-vefâ akdinin bütün hükümlerinde rehin hükmü geçerli olduğu savunulurken,²¹⁰ yüz on sekizinci maddede, müşterinin maldan istifade etmesi açısından sahih, tarafların feshe muktedir olmaları açısından fâsid ve müşterinin malı başkasına satamaması açısından da rehin hükmünde olduğu beyan edilmektedir.²¹¹ Ayrıca diğer bir tarafta ise üç yüz doksan sekizinci maddede, vefâen satılan malın menfaatinden bir

²¹⁰ 3.Madde: Ukûdda i'tibâr makâsîd ve meânîyedir; elfâz ve mebâniye değildir. Binâen alâ zâlik bey' bi'l-vefâda rehin hükmü cereyân eder. Berki, **Açıklamalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye**, s. 19.

²¹¹ 118.madde: Bey' bi'l-vefâ: Bir kimse, bir malı âhara semeni reddettikte geri vermek üzere, şu kadar kuruşa satmaktır ki, müşteri mebi' ile intifâ' eylesine nazaran, bey'-i câiz hükmünde ve tarafeyn bunu feshe muktedir oldukları cihetle, bey'-i fâsid hükmünde ve müşteri mebi'i âhara satamadığı cihetle rehin hükmündedir. Berki, **Açıklamalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye**, s. 30.

miktarı müşteriye ait olmak üzere bir şart eklenirse, bu şarta riayet edilmesi gerektiği söylenmektedir.²¹²

Görüldüğü üzere bey' bi'l-vefâ akdinin hükmüne dair *Mecelle*'de farklı değerlendirmeler söz konusudur. Heyetin mutlak olarak rehin hükmünü tercih ettiğini belirtmemiş olmasına rağmen üçüncü maddede bey' bi'l-vefâ akdi her ne kadar lafız olarak satış akdi olsa da hakikatte rehin hükmünde olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca yüz on sekiz ve üç yüz doksan sekizinci maddeler arasında müşterinin maldan istifade etme konusunda bir çelişki olduğu gözükmemektedir. Zira ilkinde müşterinin maldan faydalanması açıkça zikredilirken, ikincisinde müşterinin malın menfaatini kullanmasının şarta bağlı olduğu ifade edilmiş, dolayısıyla maddenin mefhûm-u muhâlif alınacak olursa şart olmadığı takdirde müşterinin menfaatten faydalanamayacağı anlaşılmaktadır. Bu çelişkili ifadeler, *Mecelle* şerhlerinde açıklığa kavuşturulmadığı gibi akdin tarif edilmesiyle yetinilmiştir. Amel ve mer'iyet açısından daha önceki dönemlerde de önem arzeden yüz on sekizinci madde hakkında dahi detaylı bir şekilde değerlendirmede bulunulmamıştır. Buna ilave olarak Mehmed Said Bey, adliyye memurları, dava vekilleri ve mektep talebelerinin fıkıh kitaplarından çıkarım yapamadıkları için bu akdi hatalı bir şekilde ele aldıklarını da ifade etmektedir. Dolayısıyla o, bey' bi'l-vefâ akdine dair bilinmesi gerekenleri fetvahânenin incelemelerine sunmak üzere bu risaleyi telif etmeye karar vermiştir.

Said Bey, risalenin mütalaası uzun sürmemesi için hacmini çok fazla genişletmeden, kısa bir şekilde yazacağını belirtmektedir. Bu sayede fetvahânenin de kısa bir süre içerisinde değerlendirmede bulunabileceğini ifade etmektedir. *Mecelle*'deki üç maddeyi gerektiği şekilde açıklamak için, akit hakkında fıkıh kitaplarında zikredilmiş bütün görüşleri derleyip, fakihler arasındaki ihtilafları kısa bir şekilde açıklayacağını belirtir. Ayrıca yüz on sekizinci maddede zikredilen hükmü ve bu akit hakkında belirtilen diğer hükümlerin hangi açıdan anlaşılması

²¹² 398.madde: Mebi'in menâfi'inden bir mikdarı, müşteriye âid olmak üzere şart kılınsa, ol şarta riayet olunur. Meselâ, vefâen satılan bağın üzümü, bâyi' ile müşteri beyinde münâsafeten taksim olunmak üzere bi't-terâzî mukavele etseler, ol mukavele mücebince amel olunmak lâzım gelir. Berki, **Açıklamalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye**, s. 75.

gerektiğini sorgulayarak görüşlerin dayandığı delillere müracaat ederek hükümleri detaylı bir şekilde inceleyecektir.²¹³

b. Dil ve Üslûb

20.yüzyılın başında kaleme alındığını tahmin ettiğimiz bu risalede müellifin amacı bey‘ bi’l-vefâ akdinin Hanefî fıkıhı içerisinde nasıl değerlendirildiğini ele almak ve ilmi dayanaklarını zikretmek olduğu için, risalede oldukça ilmi bir üslup kullanılmıştır. Hanefî mezhebinin önemli eserlerine atıflarda bulunarak bu özelliğini hissettirmiştir. Ayrıca fetvahâneye arz edilmek üzere yazılıyor olması da tercih ettiği üslubu teyit edici niteliktedir. Zira fetvahânede eseri inceleyecek kişiler fetva emînlerinden oluşacak bir heyet olduğundan onlara uygun bir şekilde kaleme alınması gerekmektedir. Dolayısıyla risalede kullanılan dil ve üsluba son derece önem gösterilmektedir.

Ayrıca aynı dönemde kaleme alınan ve çalışmamızın ikinci bölümünde değerlendirilen diğer *Mecelle* eleştirilerinden üslubu açısından farklılaşmaktadır. Nitekim diğer risaleler genel itibarıyla *Mecelle*’nin yazılmış olduğu yöntem ve heyetin benimsediği ön kabullere karşı eleştirel bir üslup benimserken, Said Bey’in risalesinin amacı yalnızca *Mecelle*’de zikri geçen meselelerden bir tanesini açıklamak amacıyla kaleme alınmıştır. Ayrıca resmi bir kuruma hitaben yazılıyor olması da değerlendirdiğimiz diğer risalelerden ayrıldığı başka bir noktadır. Zira risalenin ilk kısmında da belirtildiği üzere Said Bey, Meşihat Dairesi’ne yönelik kaleme almış, ancak diğer risalelerde böyle bir amaç söz konusu değildir.

Kullandığı dil açısından ise; Mehmed Said Bey risaleyi Osmanlıca kaleme almakla beraber bazı yerlerde Arapça nakiller yaparak ibareler aktarmaktadır. Bu ibareleri naklettikten sonra her birini hangi kaynaktan aldığını belirtmektedir. Örneğin; “el-kavlu’t-tâsi‘ ellezi istekarra aleyhi fetvâ sahibi’l-hidâye ve evlâdihi ve meşâyihî’l-‘ahdi enne’l-milke li’l-müşteri fi zevâidihi ve lâ yazminuhu bi’l-itlâf” şeklinde metin aynen aktarılmıştır. Metnin hemen arkasına da “fi nev‘in mimma yettesilu bi’l-bey‘i’l-fâsidi mine’l-bezzâziye” şeklinde hangi kitaptan ve bölümden alıntı yaptığını belirterek eklemeye bulunmuştur. Ayrıca risalenin son

²¹³ Mehmed Saîd, *Ahkâmu’l-bey‘ bi’l-vefâ*, s.2-3.

kısmına eklediği Cevdet Paşa'nın risalesini de tamamıyla asıl dili Arapça olarak aktarmış ve tercüme ederek Osmanlıca'ya çevirmiştir.²¹⁴

c. Tertib

Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ risalesi her ne kadar yazılış düzeni açısından bölümlere ayrılmamış olsa da bir mukaddime ve üç bölüm olmak üzere dört kısımdan meydana geldiğini söylemek mümkündür. İlk olarak, mukaddime kısmında müellif eserin kaleme alınış sebebini zikretmektedir. Açıklamayı yaparken *Mecelle*'deki bey' bi'l-vefâ ile alakalı üç maddeye referans yaparak, bu maddelerin mezkûr akdi anlamakta çıkardığı zorlukları ifade ederek, gerektiği şekilde anlaşılmadan kaleme alındığını düşünmektedir.²¹⁵ Yazılış amacını zikrettikten sonra hemen arkasına meseleye girer ve birinci bölümde, bey' bi'l-vefâ akdinin hükmüne dair Hanefi fıkıh literatüründe fakihler tarafından iddia edilmiş görüşleri maddeler halinde sahipleriyle beraber zikretmeye başlar. Bununla beraber her bir görüşün sahibini ve hangi kaynaktan geçtiğini de beyan etmeyi ihmal etmez. Görüşlerin kaynağını aktarırken, aldığı metnin Arapçasını aynen nakletmektedir. Dokuz görüşün neredeyse hepsinin sahibini belirtilmiş, ancak ikinci ve sekizinci görüşün kime ait olduğu belirtilmemiştir. Bunun nedeni alıntı yaptığı kaynaktan da görüşlerin sahibi belirtilmeksizin aktarılmış olmasından kaynaklanmaktadır.²¹⁶

Akde dair değerlendirmeleri veciz bir şekilde anlatan müellif, ikinci bölümde ise, *Mecelle*'de tercih edilen görüşün yukarıda zikrettiği görüşler içerisinde hangisine karşılık geldiğini tespit etmeye çalışır. Sekizinci görüş olarak aktardığı, bazı muhakkik alimlerin *kavl-i câmi'* olarak isimlendirdikleri görüş, *Mecelle*'nin yüz on sekizinci maddesinde zikredilen içeriğe en uygun olduğunu beyan etmektedir. Şeyhülislâm Burhâneddin, Necmeddin en-Nesefi ve İbn Melek²¹⁷ (ö. 821/ 1418) gibi bazı fakihlerinde bu görüşü tercih ettiklerini ifade ederek, onların metinlerinden alıntılar yapar. Bu şekilde hem *kavl-i câmi'* olan görüşü desteklemiş

²¹⁴ Mehmed Saîd, *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ*, s.9.

²¹⁵ Mehmed Saîd, *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ*, s.1-2.

²¹⁶ Mehmed Saîd, *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ*, s. 3-9.

²¹⁷ İbn Melek İlmîyye sınıfına mensup bir ailede dünyaya gelmiş ve ilk eğitimini babasından almıştır. Fıkıh, fıkıh usulü, hadis ve lügat alanında önemli eserler ortaya koyan önemli bir Hanefi fakihidir. Detaylı bilgi için bkz. Mustafa Baktır, "İbn Melek," *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1999.

olur, hem de hükümlerine dair detaylı bilgi vermektedir. Daha sonra başta işaret ettiği üzere yüz on sekiz ve üç yüz doksan sekizinci maddeler arasındaki çelişkili ve karmaşık olduğu düşünülen durumu çözmek için iki maddeyi birbirine uyumlu bir hale gelecek şekilde analiz eder. Bu bölümü bitirmeden önce, insanların ihtiyacı olduğu üzere bu akdin hükmünün rehin olarak belirtilemeyeceğini ifade ederek *kavl-i câmi* 'in asra en uygun görüş olduğunu savunur. Çünkü *kavl-i câmi* 'e göre bey' bi'l-vefâ akdini işletmek daha kolay ve insanların ihtiyaçlarına daha muvafıktır. Ayrıca son olarak kısa bir şekilde bey' bi'l-vefâ akdiyle büyük benzerlikler ve ortaklıklar içeren bey' bi'l-istiğlâl akdinden bahseder. Bu akit ile amel edebilmek için bey' bi'l-vefâ akdinde *kavl-i câmi* 'in tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir.²¹⁸

Said Bey üçüncü bölümde ise, bey' bi'l-vefâ akdiyle alakalı sunduğu değerlendirmelerinin arkasına aynı konu üzerine yazılmış başka bir risale olan Ahmed Cevdet Paşa'nın *Risâletü'l-vefâ ilâ ihvâni's-safâ* isimli eserini aynıyla iktibas ederek, risalenin son kısmına ekler. Çünkü Cevdet Paşa'da akdin hukuki niteliği hakkında Said Bey ile aynı görüştedir. Dolayısıyla onun eserini eklemesi kendi görüşünü kuvvetlendirmesine yardımcı olacaktır.

2. Eserde Kullanılan Kaynaklar

Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ risalesi yazılış amacı ve hitap ettiği kurum açısından ilmi bir üslup kullanılarak kaleme alınması gerektiği belirtilmişti. Kullanılan bu ilmi üslup eserde referansta bulunulan kaynaklarla desteklenmediği müddetçe kanıtlanabilirlik açısından şüpheler barındıracağı için müellif kullandığı kaynaklara önem göstermiş ve bu kaynakların isimlerini her nakil akabinde zikretmiştir. Ayrıca savunduğu görüşü tek bir kaynaktan alıntı yaparak değil, çeşitli fakihlerin görüşlerine işaret ederek, tercihini kuvvetlendirmeye çalışmaktadır. Böylelikle eser yazılış amacına daha uygun bir şekilde hizmet etmiş olacaktır. Şimdi bu bilgiler ışığında eserde kullanılan kaynakları ve hangi bağlamda kullanıldıklarını kısa bir şekilde izah edelim.²¹⁹

²¹⁸ Mehmed Saîd, *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ*, s. 13-14

²¹⁹ Kullanılan kaynakların sıralanışı yazılış tarihlerine göre değil, risalede başvurulma sıklığı göz önünde tutularak sıralanmıştır.

Mehmed Said Bey, Ebü'l-Berekât en-Neseî'nin *Kenzü'd-dekâik* isimli fûrû fıkıh kitabına İbn Nüceym tarafından yazılan *el-Bahrü'r-Râik* isimli şerhe sıklıkla başvurmaktadır. Nitekim çok sayıda atıfta bulunmuş ve zikrettiği hükümlerin çoğunu bu eserden naklederek aktarmaktadır. Görüşlerin sahibinin kitabı mevcut olsa dahi, müellif *el-Bahrü'r-raik*'ten aktarmayı tercih etmiştir. Çünkü İbn Nüceym bey' bi'l-vefâ ile ilgili hükümleri düzenli bir şekilde sıralayarak, her birine terettüp eden ahkamı açıklamıştır.²²⁰ Dolayısıyla fakihlerin belirtmiş olduğu bütün görüşleri kısa bir şekilde beyan etmiştir. Bu yüzden Said Bey'de görüşleri teker teker açıklayarak, metinde geçen Arapça ibareleri birebir nakletmiş ve görüşlerin aslını zikretmiştir.

Müellifin başvurduğu diğer önemli bir eserde, Hâfizüddîn el-Bezzâzî'nin *el-Fetâva'l-Bezzâziyye* isimli fetva kitabıdır. Bu eserde bey' bi'l-vefâ akdinin detaylı bir şekilde incelenmiş olması, aynı şekilde başvurulmuş önemli kaynaklardan bir tanesi olmasına sebep olmuştur. Müellif, akde dair aktardığı dokuz görüşün ilk sekizinde *el-Bahrü'r-raik*'ten naklettiğini ifade ederken, sonuncu görüşten sonra *el-Bezzâziyye*'yi referans göstermektedir. İbn Nüceym'in sekiz görüşü *el-Bezzâziyye*'den aldığını ifade ettiğini göz önünde bulunduracak olursak aslında bu görüşlerin hepsinin *el-Bezzâziyye*'ye dayandığını söylemek mümkündür.²²¹ Ancak müellifin *el-Bahrü'r-râik*'ten iktibas yapıyor olması dikkat çekici bir noktadır. Zira *Bahr*'de veciz ve özet bir şekilde zikredilmiş olması onun böyle bir tercihte bulunmasına sebep olmuş olabilir.

Diğer önemli bir eser ise; Mecdüddîn el-Üsrûşenî'nin (ö. 637/1235) *el-Fusûl* ve Zeynüddîn el-Merğînânî'nin (ö. 670/1271) *Fusûlü'l-ihkam* eserlerinin Şeyh Bedreddin Simavî tarafından bir araya getirilmesiyle oluşan *Câmiu'l-fusûleyn* isimli eserdir. Bey' bi'l-vefâ akdi bu eserde de önemli bir yer bulmuş ve özellikle akit ile alakalı daha detaylı tartışmalara yer verilmiştir. Dolayısıyla müellif görüşleri açıklarken bu eserden istifade etmiştir. Özellikle de müşterinin vefâen satılan maldan yararlanıp yararlanamayacağına dair tartışmaları incelerken

²²⁰ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, C.6, s.8.

²²¹ Bezzâzî, *Fetâvâ Bezzâziyye*, C.1, s.334.

referansta bulunarak, Şeyhülislam Burhâneddin'in müşteri malın fazlalığından bir şeyi helak ettiği zaman tazmin etmesine gerek olmadığı görüşünü aktarmaktadır.²²²

Zeynüddin Abdürrahîm b. Ebû Bekir el-Merginânî el-Îmâdî (ö. 620/1217) tarafından kaleme alınan *Fusûlü'l-Îmâdi* Hanefi fûrû fikhına dair telif edilmiş bir eser olmakla beraber müellifin referans verdiği eserlerden bir tanesidir.²²³ Kırk fasıldan oluşan ve sadece muamelata dair meseleleri barındıran bu kitabın on altıncı bölümünde bey' bi'l-vefâ akdinden bahsedilmiştir. Bey' bi'l-vefâ akdinin detaylı hükümlerine yer veren bu esere akit esnasında zikredilen şart ve müşterinin maldan istifade etmesinin cevazı konusunda referansta bulunulmuştur.²²⁴

Muhammed Emîn İbn Âbidîn'in *Reddû'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtar* isimli, Alâeddin el-Haskefi'nin (ö. 1088/1677) *ed-Dürri'l-muhtâr*'ına yazdığı haşiyesinde istifade edilen kaynaklardan olmuştur. Hanefi mezhebinin önemli eserlerinden olan bu kitap, bey' bi'l-vefâ akdine oldukça fazla yer ayırmış ve bütün görüşleri detaylı bir şekilde incelemiştir. Dolayısıyla müellifin başurduğu önemli eserlerden olmuştur.²²⁵

Mehmed Said Bey *Mecelle*'nin tercih ettiği görüş ve kendisinin de uygun gördüğü görüşü desteklemek adına Şürûnbulâlî'nin (ö. 1069/1659) Molla Hüsrev'in *Dürerü'l-hükkâm şerhu Ğurerü'l-ahkâm* isimli eserine yazdığı *Teznîbü'l-büyû* isimli haşiyeye atıfta bulunmuştur.²²⁶

Muhammed b. Ahmed et-Tevkî'i er-Rumî²²⁷ (ö. 1031/1621) tarafından telif edilen *Rumûzu nuri'l-'ayn fî ıslâhı Câmi'i'l-fusûleyn* isimli eser, *Câmi'u'l-fusûleyn*'deki kısaltmaları açıklamak üzere kaleme alınmıştır. Mehmed Said Bey, *Câmi'u'l-fusûleyn*'den aktardığı bir rivayette ismi "şbh" şeklinde zikredilen fakihî

²²² Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, C.2, s.171

²²³ Mustafa b. Abdillâh Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn 'an esâmî'l-kütüb ve'l-fünûn*, Bağdad, Mektebetü'l-müsennâ, 1941, C.2, s.1270; Bağdatlı İsmâil Paşa, *Hediyyetü'l-Ârifin*, Maarif Vekâleti Matbaası, İstanbul, 1951, C.1, s.235.

²²⁴ Abdürrahim b. Ebû Bekir b. Ali el-Merginânî, y.y., *Fusûlü'l-ahkâm li usûli'l-ahkâm (Fusûlü'l-imâdiyye)*, vr. (92a).

²²⁵ İbn Abidîn, *Reddû'l-muhtar*, C.5, s.277.

²²⁶ Molla Hüsrev, *Dürer*, C.2, s.207

²²⁷ 17.yüzyıl Osmanlı tarihçilerinden olan ve asıl ismi Nişancızâde Muhyiddin Mehmed olarak bilinen müellif kendisini eserde et-Tevkî'i er-Rûmî olarak tanıtmaktadır. Bu eserinin yanında bir de Mirâtü'l-kâinât adında bir tarih kitabı bulunmaktadır.

bulmak için başvurmaktadır. Sonuç olarak “şbh” rûmuzuyla ifade edilen kişinin Şeyh Burhâneddîn olduğunu ortaya çıkarır.²²⁸

Son olarak ise, risaleninde önemli bir bölümünü oluşturan ve risaleye ek olarak ilave edilen, Ahmed Cevdet Paşa'nın (ö. 1895) *Risâletü'l-vefâ* isimli risalesinin metnini vererek, aynen tercüme etmiştir. Cevdet Paşa'nın bu risaleyi Yanya valiliği yapmakta iken ve *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* heyetine gönderilmek üzere kaleme aldığı risalenin ilk kısmında belirtilmektedir. Bey' bi'l-vefâ ve bey' bi'l-istiğlâl akitlerine dair kendi değerlendirmelerini sunan Cevdet Paşa, *kavl-i câmi*'in dönemin şartlarına en uygun görüş olduğunu belirtir.²²⁹

Kullanılan kaynaklara genel olarak baktığımız zaman hepsinin Hanefi mezhebi fûrû ve fetvâ eserlerinden olduğu dikkat çekmektedir. Nitekim meselenin fer'i bir mesele olduğu göz önünde bulundurulacak olursa bu durumun tabi olduğu anlaşılmaktadır. Zira muâmelata dair bir meseleyi bu iki türden fıkıh eserleri dışında aramak boş bir uğraşı olacaktır. Ayrıca sadece Hanefi mezhebine ait eserlerden istifade edilmesi, devletin benimsediği resmi mezhep anlayışına uygunluk göstermekle beraber bey' bi'l-vefâ akdinin diğer mezhepler içerisinde çok fazla tartışılmamış bir mesele olmasından da kaynaklanmaktadır. Nitekim akdin Hanefi mezhebinin uygulandığı bölgede meydana çıkıp, bu çevrelerde yaygınlaşması ve Hanefi fakihlerin bazılarının cevaz vermesi bu akdin fıkıh eserlerinde yer almasına neden olmuştur.

3. *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* Risalesinin Fıkıh Literatüründeki Yeri

Hanefi fıkıh literatüründe bey' bi'l-vefâ ile alakalı meseleler genellikle fûrû ve fetvâ kitaplarının farklı bölümlerinde ele alınmaktadır. Ancak fûrû fıkıh kitaplarının hepsinde bahsi geçen meşhur bir akit olmadığı bilinmektedir. Bu durumun çeşitli sebepleri bulunmaktadır; bunlardan belki de en önemlisi diğer fikhi meselelere kıyasla daha geç dönemde ortaya çıkmış olması ve fakihlerin büyük çoğunluğu tarafından rehin akdi mesabesinde değerlendirilmiş olmasıdır.

²²⁸ Nişancızâde Muhyiddîn Mehmed et-Tevkî'i er-Rûmî, *Rûmûzü nûri'l'ayn fî ıslâhi câmiu'l-fusuleyn*, King Saud University Library, No. 3943, vr. (1a).

²²⁹ Ahmed Cevdet Paşa, *Risâletü'l-vefâ*, s.259.

Ortaya çıktığı ilk dönemlerde her ne kadar rehin akdi olarak değerlendirilse de daha sonra bazı fakihler tarafından rehinden farklılaştığı savunularak farklı yorumlarda bulunmuş ve farklı hükümler verilmiştir. Dolayısıyla fıkıh tarihi boyunca bey' bi'l-vefâ akdinin hukuki niteliği tartışma konusu olmuştur. Böyle meselelerin üzerine genellikle çok sayıda risale yazılması beklenirken, tespit edebildiğimiz kadarıyla bey' bi'l-vefâ akdi bu açıdan o kadar rağbet görmemiştir.

Araştırmalarımıza göre bey' bi'l-vefâ akdine dair müstakil olarak üç risale kaleme alınmıştır. Bunlardan ilk ve en eskisi 17.yüzyıl'da Kazerûnî tarafından kaleme alınan “*İşâratü Ba'zı Ehli'l-vefâ bi Cem'i Ahkâmi bey' bi'l-vefâ*” isimli risaledir. Bu eserin telif edilmesindeki amaç müellifinde belirttiği üzere, bey' bi'l-vefâ ile ilgili karmaşık ve tartışmalı hükümleri toplaması arkadaşları tarafından ondan talep edilmiş, o da böyle bir risale yazmanın gerekliliğini düşündüğü için kaleme almıştır.²³⁰ Kazerûnî'in bu eseri yazma olarak Süleymaniye Kütüphanesi'nde bulunmaktadır.

İkinci olarak ise; daha önce zikri geçen Ahmet Cevdet Paşa'nın *Risâletü'l-vefâ* isimli risalesi olarak zikredilebilir. Cevdet Paşa, bey' bi'l-vefâ ve ona dayanan başka bir akit çeşidi olan bey bi'l-istiğlâl hakkındaki görüşlerini açıklamak üzere bu risaleyi yazmıştır. Bu risale üzerine çeşitli çalışmalar yapılmıştır.²³¹ Ayrıca Mehmed Said Bey, Cevdet Paşa'nın bu eserini risalenin son kısmına eklemiş ve tercüme etmiştir.

Üçüncü olarak da çalışmamızın konusunu teşkil eden Mehmed Said Bey'in risalesini zikretmek mümkündür. Bey' bi'l-vefâ hakkında müstakil olarak kaleme alınmış nadir eserlerden olması açısından önemli bir konumu olan bu risale, aynı zamanda fıkhi geleneğin son halkasında kaleme alınmış olması itibarıyla da önem arz etmektedir. Nitekim müellif, kendi döneminde kaleme alınan risaleler ve makalelerdeki gibi yenilikçi bir yaklaşım ve dil ile akdi değerlendirmemiş,

²³⁰ Kâzerûnî, *İşâratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâmi Bey'i'l-vefâ*, İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi, no. 967.

²³¹ Ahmed Cevdet Paşa'nın *Risâletü'l-vefâ* isimli eseri Huzeyfe Çeker tarafından tahkik edilerek yayınlanmıştır. Bkz. Ahmed Cevdet Paşa, *Risâletü'l-vefâ*, s.259-266. Ayrıca Süleyman Kaya tarafından incelenmiş ve Türkçeye tercüme edilmiştir. Bkz. Süleyman Kaya, “Ahmed Cevdet Paşa'nın *Risâletü'l-Vefâ* İsimli Eseri,” *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C. 12, 2008, s.267-276.

tamamıyla mezhep dairesi içerisinde klasik kaynaklardan istifade ederek yorumları aktarmıştır.

Söz konusu risale daha önceki dönemlerde bey‘ bi’l-vefâya dair yapılmış çalışmaları ve fakihlerin görüşlerini kısa bir şekilde açıklamış, ancak literatüre görüşler arasında bir tercihte bulunma dışında herhangi bir katkı sağlamamıştır. Zira doktrin açısından bir ekleme yapmak gibi bir düşüncesi olduğunu da söylemek zor gözükmemektedir. Çünkü müellifinde belirttiği gibi risalenin yazılış gayesi *Mecelle*’de çelişkili bir şekilde ele alınan bu akdi fıkıh kitaplarına müracaat ederek açıklamaktan ibarettir. Dolayısıyla akit ile alakalı tercih haricinde bir ekleme yapması beklenemez.

Diğer taraftan Mehmed Said Bey’in risalesi *Mecelle* özelinde değerlendirilecek olursa; kendisinin de belirttiği gibi çelişkili gözüken ve şerhlerde de gerektiği gibi açıklanmayan bey‘ bi’l-vefâ maddelerini şerh etmiş ve aralarındaki çelişkiyi ortadan kaldırmıştır. Bu açıdan bakıldığında zaman *Mecelle*’de tenakuz arz eden bir durumu ortadan kaldırmasıyla hukuk tarihine önemli bir katkıda bulunduğunu söylemek mümkündür.

Bu risale daha sonraki dönemlerde ise, fıkıh halkasının kopmasıyla beraber, diğer fıkhi eserler gibi çok fazla önem gösterilmemiş ve kütüphanelerin rafına kaldırılmıştır. Bu zamana kadar müstakil olarak hiçbir araştırmacı tarafından çalışılmayan *Ahkâmu’l-bey‘ bi’l-vefâ* risalesi, son zamanlarda *Mecelle* ve bey‘ bi’l-vefâ ile ilgili çalışma yapan bazı araştırmacıların çalışmalarında referans verilerek zikredilmektedir.²³²

4. Eserin Genel Değerlendirmesi

Mehmed Said Bey kaleme aldığı mezkûr risalesinde bey‘ bi’l-vefâ akdine dair Hanefî fakihler tarafından ortaya koyulmuş dokuz görüşten bahseder. Bu dokuz görüşün büyük bir kısmını *el-Bahru’r-râik*’ten aktarırken, aslında dolaylı olarak *el-Fetâva’l-Bezzâziyye*’den aktardığını daha önce belirtmiştik.²³³ Şimdi bu dokuz görüşü kısaca zikrederim:

²³² Kaya, “Ahmed Cevdet Paşa’nın Risâletü’l-Vefâ İsimli Eseri,” s.267; Yelek, **İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımaları**, s.82; Şahin, *Mecelle’de Vefâen Satış Sözleşmesi*, s.9.

²³³ İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, C.6, s.8.

İlk olarak, müellifin “sâhibu’l-manzûme” olarak belirttiği, Ebû Hafs en-Neseî’nin (ö. 537/1142) olduğunu tahmin ettiğimiz görüş zikredilmektedir. Bu görüşe göre, akit hakiki anlamda bir rehin akdi olup, akdin sonucunda doğan bütün hükümler ise rehin akdindekiyle benzerlik göstermektedir. Ayrıca kaynaklarda da görüldüğü üzere Neseî’ye başka bir görüşde isnat edilmektedir.²³⁴ Müellif, Neseî’nin diğer görüşünü zikretmeden geçemez ve bey‘ bi’l-vefâ akdinde müşterinin maldan faydalanabilmesinin caiz olduğunu belirttiği kısımda iddiayı desteklemek üzere diğer görüşü de zikreder. O görüşe göre akit caiz ve bazı hükümleri ise işletilebilir olmaktadır. Bu işletilebilecek hüküm ise müşterinin vefâen satın aldığı maldan istifade edebilmesinden ibarettir.

İkinci olarak zikredilen görüşün sahibi belirtilmemektedir. Dönemin fakihlerinin ittifakıyla örfe binaen bu akdin sahih olabileceği ifade edilmektedir. Kanatımızca yukarıda zikredilen Neseî’nin ikinci görüşü bu başlık altına dahil edilebilir. Zira o, akdin caiz ve sahih olmasını örfe dayandırarak delillendirmiştir.

Üçüncü olarak ise, Kâdîhân’ın (ö. 592/1196) tercih ettiği görüşü zikretmektedir. Ona göre bu akdin rehin olması mümkün değildir. Ancak akitte zikredilen şartın akit esnasında şart koşulması yerine daha sonra şart koşulu, insanların maslahatına ve faizden korumaya binaen bağlayıcı olmasının caiz olacağını ifade etmektedir.

Dördüncü görüş ise, *el-‘udde* isimli fıkıh eserinden geçtiği zikredilir. Ayrıca Zahîrüddîn’in (ö. 619/1222)²³⁵ de o görüşü tercih ettiğini belirtilmektedir. Bu görüşe göre, bey‘ bi’l-vefâ akdinin rehin akdi olmadığı kesin surette belirtilmiştir. Ayrıca akde sonradan ilhak edilen şartın da onu fasit ettiğini belirterek Kâdîhân’ın görüşü reddedilmiştir. İlk olarak şart koşup daha sonra akit kurulursa o zaman akit sahih, şart ise lağv olarak değerlendirilir.

Beşinci görüşte ise, Harezmi bölgesi fakihlerinin tercih ettiği görüş belirtilmektedir. Bu görüşe göre; satış akdi herhangi bir şart olmaksızın mutlak

²³⁴ Neseî, *el-Fetâvâ’n-Neseîyye*, 117a-118a.

²³⁵ Zahîrüddîn olarak zikredilen fakih, Zahîrüddîn Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ömer olduğu tahmin edilmektedir. Çünkü İbn Âbidîn yukarıda zikredilen görüşü ez-Zahîriyye’den nakille aktarmaktadır. Zahîrüddîn’in ise Nevâzil ve vâkıata dair fetvaların toplandığı *el-Fetâva’z-Zahîriyye* ve Sadrüşşehîd’in *el-Câmi’u’s-sağîr* şerhinin üzerine yazdığı *el-Fevâidü’z-Zahîriyye* isminde iki eseri bulunmaktadır. Bkz. İbn Kutluboğa, *Tâci’t-terâcim*, s. 232-233.

olarak kurulur ve müşteri, satıcıdan semen geri geldiğinde akdi feshetmek üzere başka bir vekil tayin eder.

Altıncı görüş ise, İmam Zâhid'in görüşü olarak belirtilir ve buna göre; şart zikredilmeden akit kurulursa müşteri hakkında sahih, satıcı hakkında rehin olur. Dolayısıyla bey' bi'l-vefâ akdi satış akdi ve rehin akdinden mürekkep olup, zürafaya benzetilmiştir.

Yedinci görüş ise, *el-Hidâye* sahibi ve onun çocuklarının tercih ettiği görüştür. Bey' bi'l-vefâ fasit akit hükmündedir ve müşterinin malı başkasına satmaya yetkisinin olmadığı belirtilmiştir.

Sekizinci görüş ise, *kavl-i câmi'* olarak isimlendirilen, müellifin en fazla üzerinde durduğu ve *Mecelle*'de de tercih edilen görüştür. Buna göre; bey' bi'l-vefâ akdi mürekkep bir akit olmakla beraber tarafların akdi fesih yetkilerinden dolayı fasit, müşterinin malı kullanması açısından sahih ve müşterinin malı başkasına rehin verememesi açısından ise rehindir.

Son görüş ise, *el-Hidâye* sahibi ve evladının fetvâlarının istikrar ettiği²³⁶ görüştürki o da, vefâ ile satılmış malın getirisinde mülkiyet müşteriye sabit olmuştur. Eğer telef ederse tazmin etmesi gerekmemektedir.²³⁷

Aktarılan görüşler detaylı bir şekilde incelendiği zaman, her birinin diğerinden çok farklı manalara sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Bazı farklılıklar olmakla beraber bey' bi'l-vefâ akdi sonuç olarak; birinci görüşte rehin, altı ve sekizinci görüşlerde mürekkep akit, yedinci görüşte fasit akit ve diğer görüşlerde ise sahih akit olarak değerlendirilmektedir. Her ne kadar akdin inşasında veya şartın zikrinde birtakım farklılıklar olsa da, sonuç olarak bu dört başlık altında toplamak mümkündür. Müellif nakilde bulunduğu kaynak üzerinde bir değişikliğe gitmeksizin aynı şekilde aktarmayı tercih etmiştir. Dolayısıyla bu dokuz görüşü ayrı ayrı ifade etmek durumunda kalmıştır. Ayrıca bu dokuz görüşten bazıları alıntı yapılan kaynaktaki gibi detaylı ve anlaşılır bir şekilde

²³⁶ Yedi ve dokuzuncu sırada zikredilen ve Hidâye sahibi ile çocuklarına nispet edilen görüşlerde bir çelişki gözlemlenmektedir. Bir tarafta akit caiz olmadığı şeklinde değerlendirilirken, diğer tarafta müşterinin maldan istifade etmesinin caiz olduğu ifade edilmiştir. Bu farklılıkları birleştirdiğimiz zaman, aslında onların kavli câmi' görüşünde ifade edilen akdin bazı açılardan fasit, bazı açılardan sahih olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü akdi başkasına satmak açısından fasit görürken, müşterinin maldan istifade edebilmesini caiz olarak değerlendirmesi buna işaret etmektedir.

²³⁷ Mehmed Saîd, *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ*, s. 3-9.

aktarıldığını söylemek mümkün değildir. Çünkü bazıları hakkında çok kısa bilgiler verilerek geçilmiş ve herbirinin sonucunda ortaya çıkan hükümler belirtmeksizin sadece akdin hükmü zikredilmiştir. Bu yüzden beş, yedi ve dokuzuncu görüşlerin risaledeki ifadelerle anlaşılması pek mümkün değildir.

Mehmed Said Bey zikrettiği bu görüşler içerisinde *Mecelle*'nin yüz on sekizinci maddesinde tercih edilen görüşün, sekizinci sırada ifade edilen mürekkep akde karşılık geldiğini beyan etmektedir. O halde müşteri vefâen satın aldığı malın kullanımında ve o maldan elde edilecek olan menfaatten istifade edebilecektir. Ayrıca yukarıda zikredilen dokuz ve altıncı görüşlerden de anlaşıldığı üzere müşterinin bu kullanımı helaldir. Nitekim *el-Hidâye* sahibi ve İmam Zâhid tarafından da bu şekilde belirtilmiştir. Nesefî, Zeylâî ve Şeyh Burhaneddin gibi fakihler de müşterinin vefâen satın aldığı malın kullanımının caiz olduğunu ve telef olması durumunda tazmin edilmesi gerekmediğine dair açıklamalarda bulunmuşlardır.²³⁸ Kanaatimizce müşterinin vefâen satın aldığı malı kullanması ve onun getirisinden faydalanması en büyük tartışma mahalli olduğu için bu görüşü destekleyen fakihlerden alıntılar yapma ihtiyacı hissedilmiştir. Ayrıca *kavl-i câmi*'e göre müşterinin maldan istifade etmesi caiz olduğu için bu görüşü destekler nitelikte açıklamalar eklenmiştir. Ancak bu alıntılar neticesinde müellif bey' bi'l-vefâyı sahih akit olarak değerlendirenler ile mürekkep akit olarak değerlendirenlerin görüşlerini birleştirmektedir. Zira altı ve dokuzuncu görüşlerde müşterinin maldan istifade etmesinin önünde bir engel olmamasının sebebi akdin tamamıyla sahih bir şekilde kurulmuş ve bunun üzerine bina edilecek hükümlerin sahih olarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır.

Bu açıklamalar neticesinde görüldüğü üzere *Mecelle*'de tercih edilen *kavl-i câmi*'in kuvvetli bir dayanağa sahip olduğu ifade edilir ve bu görüşün şeriate uygun, amel noktasında bir sıkıntısı olmayan bir hüküm olduğu belirtilmektedir. Hatta bu görüşün aksine *Mecelle* şerhlerinde zikredilen bey' bi'l-vefânın rehin akdi hükümlerine sahip olduğuna dair ifadelerin tercih edilen *kavl-i câmi*'e muhalif olduğunu ve isabetli olmadığını iddia etmektedir. Mehmed Said Bey, burada isim vermeden genel olarak *Mecelle* şârihlerini hedef alır ve anlaşıldığı üzere

²³⁸ Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâik*, C.5, s.183; Mehmed Saîd, *Ahkâmü'l-bey' bi'l-vefâ*, s. 10-11.

Mecelle'nin 3. maddesine dair şârihlerin yorumlarını kastetmektedir. Nitekim bu madde de bey' bi'l-vefâ "Ukûd'da i'tibâr makâsîd ve me'âniyedir, elfâz ve mebâniye değildir." kaidesine örnek olarak gösterilmiş ve bu akdin netice olarak rehin akdi hükümlerine sahip olduğu ifade edilmiştir.²³⁹ Kanaatimizce de *Mecelle*'nin üçüncü maddesinde bu kaideyi açıklamak üzere bey' bi'l-vefâ akdinin örnek gösterilmesi ve ilerleyen maddelerde akdin hükmünün farklı olduğunun ifade edilmesi çelişkili bir durum arz etmektedir. Her ne kadar amaç kaidenin anlaşılması için örnek vermek olsa da, tartışmalı bir akdi örnek göstermek isabetli bir misal olarak değerlendirilemez. Şârihler tarafından da durumu açıklayacak bir şerh düşülmemesi bir eksiklik olarak değerlendirilmekte, belki de akit hakkındaki kafa karışıklığından kaynaklanmaktadır.

Müellifin vurguladığı diğer bir çelişkili durum ise, risalenin ilk kısmında *Mecelle*'nin üç yüz doksan sekizinci maddesinde müşterinin maldan faydalanmasının şarta bağlı olduğu ifade edilen maddedir. Dolayısıyla bu maddenin mefhûmu muhalifinden şart zikredilmediği zaman istifade etmesinin caiz olmayacağı anlaşılmaktadır. Bu durum yüz on sekizinci madde de zikredilen ve heyetin tercih ettiği görüşe aykırılık göstermektedir. Said Bey bu çelişkili durumu maddelerin anlaşılması için açıklayıcı bazı ifadeler ekleyerek bu kapalılığı ortadan kaldırmaktadır.²⁴⁰ Ona göre, üç yüz doksan sekizinci maddede asıl olan müşterinin vefâen satın aldığı maldan yararlanabilmesidir. Ancak satıcı tarafından müşterinin kullanmaması için bir şart ileri sürülmüş ise o şarta riayet etmek gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu madde de zikredilen şart, satıcı tarafından aksi yönde ileri sürülmüş bir şart olduğu takdirde geçerlidir. Eğer böyle bir şart zikredilmeksizin akit kurulmuşsa, zaten müşteri maldan istediği gibi istifade edebilecektir.

Müellif açıklamalarını bitirmeden önce, dönemin şartlarına ve ihtiyaçlarına en uygun olacak görüşün *kavl-i câmi'* olduğunu ve onu tercih etmenin ticari

²³⁹ Ali Haydar Efendi, **Dürerü'l-hükkâm**, C.1, s.21.

²⁴⁰ Mecelle metninden aktarılan yerler parantez içerisinde gösterilmiş, paranteze alınmayan kısımlar ise müellifin eklemesidir. 398.Madde: Vefâen (mebî'in) kâffei inzâlî ve (menâfi'inden) intifâ' eylemek müşteriye âid ve helâl olup fakat menâfi'î mezkûranın cümlesinden müşteri intifâ' eylememek üzre bâyi' ile müşteri beyinde bir mukâvele olsa da (bir miktârı müşteriye) ve diğeri bâyi'e (âid olması şart konmuş ol şarta riayet olunur.) Mehmed Saîd, **Ahkâmü'l-bey' bi'l-vefâ**, s. 13.

anlamda hareketlenmeyi sağlayacak birçok kolaylık getireceğini ifade etmektedir. Bu akdin ortaya çıktığı ilk zamandaki gibi o dönemde de insanlar birbirine borç vermekten uzak durmaktadır. Bu durumu engelleyecek olan bey' bi'l-vefâ akdi, borç veren kişiye bir menfaat gösterilmesiyle insanları borç vermeye daha kolay ikna edecektir. Bu özelliğiyle rehin akdinden farklı bir konuma sahiptir. Nitekim bey' bi'l-vefâ akdinin ortaya çıkış nedeni ise zaten böyle açıklanmaktadır. Eğer bey' bi'l-vefâ akdinin rehin hükmünde olduğu iddia edilirse, o zaman müşteri maldan istifade edemeyecek ve bu akdin ortaya koymaya çalıştığı amaç elde edilmeyecektir. Dolayısıyla rehin akdiyle bey' bi'l-vefâ akdi arasında hiçbir fark kalmamış olacaktır. Ayrıca tercih edilen *kavl-i câmi*'i desteklemek adına İbn Nüceym'in "bey' bi'l-vefâ akdine dair fetva verilirken, *kavl-i câmi*'den başka bir görüş ile fetva verilmez."²⁴¹ şeklindeki ifadesini de aktararak, görüşünü kuvvetlendirir.

Mehmed Said Bey, risalenin son kısmına Ahmed Cevdet Paşa'nın kaleme aldığı *Risâletü'l-vefâ* isimli eserini ek olarak koymuştur. Bu risalenin eklenmesinin sebebi belirtilmemiştir. Ancak kanaatimizce bunun nedeni Cevdet Paşa'nın *Mecelle* heyeti reisi olarak tercih ettiği görüşün *kavl-i câmi*' olduğunu belirtmesi sebebiyledir. Nitekim bu risale Mehmed Said Bey'in argümanlarını destekleyecek önemli bir eserdir. Said Bey, Cevdet Paşa'nın risalesini aktarmadan önce "...risâle-i mezkûrada bey'u vefâ hakkında tahkikatı lâzıma dâhi mevcûd bulunmuş olmağla aynen nakl ve tercüme olundu." demiş olmasına rağmen, risale üzerine herhangi bir değerlendirmede bulunmamış, sadece nakletmekle yetinmiştir.

Son olarak eserin yazıldığı dönem, devletin iktisadi ve siyasi birtakım sorunlarla karşı karşıya olduğu bir dönemdir. Dolayısıyla bu sıkıntılı durumlarda Müslümanların, hukukun çizdiği sınırları aşmaksızın işlerini kolaylaştırmak gerektiği düşüncesi yaygındır. *Mecelle*'ye yönelik eleştirileri değerlendirdiğimiz bölümde de zikrettiğimiz gibi özellikle iktisadi işlemlerde halkın maslahatına uygun olan hükmün tercih edilmesi için hukukçular, siyasiler ve aydınlar

²⁴¹ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, C.6, s.9.

tarafından yaygın bir şekilde ifade edilen bir söylem bulunmaktadır.²⁴² Mehmed Said Bey ve bey' bi'l-vefâ akdini caiz gören diğer hukukçularda bu akdi maslahat deliline dayandırarak insanların ihtiyaçlarını daha kolay ve rahat karşılamaları amacıyla amel edilebilecek bir hüküm ortaya koymaya çalışır. Ancak bu akit için söylenenler dönemin yaygın söyleminden farklılaşmaktadır. Çünkü mezhep içerisinde hiç caiz olarak kabul edilmemiş ama maslahat deliline binaen dönemin ihtiyacından dolayı caiz olması gerektiği düşünülen diğer işlemler, dönemin hukukçularının ilk defa ortaya koyduğu görüşlerdir. Ancak bey' bi'l-vefâ akdi fıkıh tarihi boyunca Hanefi fakihlerin bir kısmı tarafından istihsan deliline dayandırılarak caiz veya mürekkep akit olarak değerlendirmiş, amel edilmesine olanak sağlanmıştır. Dolayısıyla bu akit hakkında tercih edilen *kavl-i câmi*'in fıkıh geleneğinde dayandığı bir görüş olduğundan dolayı, modern söylemin etkisinde kalarak tercih edildiğini söylemek mümkün gözükmemektedir.

5. Cevdet Paşa ve Mehmed Said Bey'in Risalelerinin Karşılaştırılması

Belirtildiği üzere Mehmed Said Bey kaleme aldığı risalenin son kısmına Cevdet Paşa'nın aynı konu üzerine yazdığı risalesini de eklemiş ve tercüme etmiştir. Risalelerin her ikisinin de aynı dönemde yazılmış olması ve Cevdet Paşa'nın *Risâletü'l-vefâ* isimli eserinin *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* risalesine eklenmesi bizi iki risaleyi karşılaştırmaya sürükleyen etken olmuştur. Bu son kısımda söz konusu eserler yazılış amaçları, içerik ve kaynak bakımlarından karşılaştırmalı olarak kısa bir şekilde değerlendirilecektir.

Cevdet Paşa *Mecelle* heyeti başkanlık görevini devam ettirirken *Mecelle*'nin 12. Kitabı *Kitâbu's-sulh ve'l-ibrâ*'yı bitirdikten sonra Yanya valiliği görevine getirilir. Bu görevde üç ay gibi kısa bir süre kalmış ve bahsi geçen risaleyi o süre zarfı içerisinde kaleme almıştır.²⁴³ Risalenin içeriğinde yazılış amacına dair herhangi bir şey belirtmeyen müellif, Yanya'da bulunduğu zamana ait yazmış olduğu hatıralarında ifade ettiği üzere o dönemde Defterhane Nezareti halkın

²⁴² Seyyid Nesib, Celal Nuri ve Mustafa Asım'ın şartlı alış-veriş ile ilgili ifade ettiği düşünceler bunu destekler niteliktedir.

²⁴³ Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, s. 117.

emlâkına dair resmi senetler vermeye başlamıştır. Bunun üzerine bu senetler ile uygulanan bey' bi'l-vefâ ve bey' bi'l-istiğlâl akitlerine dair meseleler gündeme gelmiştir. Ayrıca Cevdet Paşa belirttiği üzere Yanya'daki görevi süresince bu uygulamaların halk tarafından oldukça sık bir şekilde tatbik edilen akit çeşitleri olduğunu gözlemlemiştir. Dolayısıyla bey' bi'l-vefâ akdinin ortaya çıkış serüveni ve akit hakkında ileri sürülen görüşleri zikretmek ve meşruiyeti bey' bi'l-vefâya dayanan bey' bi'l-istiğlâl²⁴⁴ akdine yönelik hükümleri de barındıran bir risale yazmayı amaçlamıştır.

Cevdet Paşa risaleyi *Mecelle* heyetine iletmek üzere Defterhane Nazırı Sadullah Bey'e bir mektup ile beraber gönderir. Risalenin heyete ulaştığını beyan etmek üzere Sadullah Bey'de Cevdet Paşa'ya bir dönüş yaparak; Cevdet Paşa'nın risalesinin öz ve çok faydalı olduğunu, ancak heyetin söz konusu akitler üzerinde henüz anlaşılmadığını ve uzun tartışmalar cereyan ettiğini belirtir. Bunun üzerine Cevdet Paşa heyetin azalarından olan Hilmi Efendi'ye bir mektup göndermeye karar verir. Bu mektupta kendi tercih ettiği görüşün kabul edilmesi gerekliliğini şiddetle vurgular ve insanların buna çok ihtiyacı olduğunu ifade eder. Hatta Yanya'da halkın çokça muâmele ettikleri bir akit olmasından dolayı halkın işini kolaylaştırmak adına zaruret haline geldiğini söyler. Cevdet Paşa'nın bütün çabalarına rağmen, heyet bu iki akit hakkında onun görüşünün tersine hüküm vermiş ve rehin akdi olarak değerlendirmişleridir.²⁴⁵ Nitekim Mehmed Said Bey'in de risalesinden anlaşıldığı üzere yürürlükte olan hüküm bey' bi'l-vefânın rehin akdi olarak değerlendirilmeye devam edildiğine yöneliktir. Bu açıdan değerlendirildiği zaman, Cevdet Paşa'nın risalesini kaleme alma gerekçesi *Mecelle* heyetini ikna etme çabalarıyken, Said Bey'in gayesi ise fetvâhâneyi bilgilendirmektir.

Söz konusu iki eser içerik olarak genellikle benzerlik göstermekle beraber bazı açılardan birbirinden farklılaşmaktadır. Cevdet Paşa, Said Bey gibi akit hakkındaki görüşleri sistematik bir şekilde sıralamaktan ziyade herhangi bir rakam

²⁴⁴ Bey' bi'l-istiğlâl; satıcının malını geri kiralamak üzere vefâen satması üzerine kurulan bir akitir. Malın vefâen satılmış olmasından dolayı bey' bi'l-vefâya dayandığı söylenmektedir. Bkz. İbn Âbidîn, **Reddû'l-muhtâr**, C.5, s.279.

²⁴⁵ Mardin, **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa**, s. 120-121.

vermeksizin, arka arkaya zikreder ve meseleyi kendi tercih ettiği görüş etrafında cereyan eden tartişmalar içerisinde ele almaya gayret gösterir. Bunun zerine bey‘ bi‘l-vef akdine dair hkim olan fasit ve rehin akdi olma görüşlerini ele alır, bu görüşleri savunan fakihlerden nakillerde bulunur. Kendi tercihinin bu görüşlerin aksine olduğu için bunları reddedenlerden de bahsetmeyi ihmal etmez. Dolayısıyla görüş sayısını Said Bey‘e nisbetle oldukça sınırlı tutmuş ve bey‘ bi‘l-vef akdine dair ortaya koyulmuş görüşlerden fasit, rehin ve mürekkep akit ya da bir diğer ismiyle *kavl-i cmi‘* görüş altında toplayarak, bunları açıklamakla yetinmiştir. Nitekim fakihler tarafından en fazla dile getirilen görüşlerinde bunlar olması tercihinin bu yönde olmasının sebebini açıklamaktadır. Cevdet Paşa‘nın akit hakkındaki değerlendirmelerini bu üç görüş üzerinde zet bir şekilde incelemesinin sebebi, karışık bir durum ortaya koymak istememesinden dolaydır. Çünkü risalenin son kısmında belirttiği üzere, bu akdin büyük alimlerin hataya düşmesine sebep olduğunu ve tehlikeli bir zemine sahip olduğunu ifade eder. Buna rnek olarak ise Çatalcalı Ali Efendi‘yi gösterir ve *Fetv-yı Ali Efendi‘ye* bakıldığında nakillerin tertibinde büyük hatalar ve çelişkiler olduğunu iddia eder. Dolayısıyla kendisi de bu hatalara düşmemek adına, meseleyi veciz bir şekilde sunmaya gayret göstermiştir.

Cevdet Paşa‘nın bey‘ bi‘l-vef hakkındaki görüşleri kısa ve öz tutmasının bir diğer sebebi de risalenin devamında yer verdiği diğer bir akit türü olan bey‘ bi‘l-istiğll’e zemin hazırlamasından kaynaklanabilir. Çünkü istiğll yoluyla gerçekleşen satış akdi meşruiyyetini vefen satış akdine dayandırmaktadır. Ayrıca, Cevdet Paşa bey‘ bi‘l-istiğll akdine insanların ihtiyaı olduğunu ve bunun uygulandığı takdirde onların maslahatına daha uygun olacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla vefen satılmış bir malın sahibine veya bir başkasına kiralanması olan istiğll akdinin de meşruiyyetini ihtiyaa binaen ispat etmek gerekmektedir. Bey‘ bi‘l-vef akdini sahih akit ya da mürekkep akit olarak değerlendirmeyen bir kimse istiğll akdinin cevazına yönelik hüküm vermesi mümkün değildir. Dolayısıyla Cevdet Paşa *kavl-i cmi‘* i oldukça kuvvetlendirmeye odaklanmıştır. Bunun aksine Said Bey, bey‘ bi‘l-istiğllden çok az bir şekilde bahseder. Çünkü onun asıl amacı yalnız bey‘ bi‘l-vef akdine dair hükümleri açıklamak olduğu bilinmektedir.

Cevdet Paşa risalenin son kısmında bulunduğu bölgeden dolayı çok fazla kaynağa vakıf olamadığını, bu yüzden Hanefî fıkhnın mufassal eserleri²⁴⁶ ve ana kaynaklarına²⁴⁷ ulaşamadığını ifade etmektedir. Buna rağmen referans verdiği kaynaklar açısından Said Bey'in eserinden daha fazla kaynağa referans verdiği göze çarpmaktadır. Her iki eserde de kullanılan birçok ortak kaynak bulunduğu gibi Cevdet Paşa'nın Said Bey'den farklı olarak Osmanlı şeyhülislamlarından Ebüssuûd ve Ankaravî'nin fetvalarından da yararlandığı gözlemlenmektedir. Her iki eseri de kaynaklar açısından daha net bir şekilde görebilmek adına kullanılan kaynakları tablo halinde gösterelim.

<i>Cevdet Paşa'nın Kaynakları</i>	<i>Said Bey'in Kaynakları</i>
Kâdîhân, Fetâvâ Kâdîhân	İmâdî, Fusûlü'l-imâdî
Zahîrûddîn, el-Fetâvâ'z-zahîriyye	Şeyh Bedreddin, Câmiu'l-fusûleyn
Bezzâzî, el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye	Bezzâzî, el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye
Ebüssuûd, Fetâvâ-yı Ebüssuûd	İbn Nuceym, el-Bahrür'r-râik
Abdülhalîm, Hâşiyetü Dürer	Nişancızâde Mehmed, Rümûzu nûri'l-ayn
Şürûnbülâlî, Teznîbü'l-büyû'	Şürûnbülâlî, Teznîbü'l-büyû'
Hayreddîn er-Remlî, el-Fetâvâ'l-hayriyye	İbn Âbidîn, Reddû'l-muhtâr
Haskefî, ed-Dürrü'l-muhtâr	Cevdet Paşa, Risâletü'l-vefâ
Ankaravî, Fetâvâ-yı Ankaravî	
Ali Efendi, Fetâvâ-yı Ali Efendi	
Tahtâvî, Hâşiyetü ale'd-Dürri'l-muhtâr	

Görüldüğü üzere tablonun bir tarafında yer alan kaynaklar ile diğer tarafında yer alan kaynaklar arasında her ne kadar büyük oranda bir benzerlikten söz etmek mümkün olsa da, Cevdet Paşa'nın kullandığı kaynakların daha zengin olduğu göze

²⁴⁶ Mufassal eserlerden şunları kastetmektedir: Sadrüşşehîd'in el-Muhîtü'l-burhânî, Hâkim eş-Şehîd'in el-Kâfî'si ve Âlim b. Alâ'nın el-Fetâvâ't-Tatarhâniyye isimli kitapları.

²⁴⁷ Ana kaynaklarla şunları kastetmektedir: İbn Nuceym'in el-Bahrür'r-râik, Bâbertî'nin el-İnâye ve Ekmel isimli eserler.

çarpmaktadır. Ayrıca tür olarak genellikle fetvâ ve fûrû fıkıh kitaplarından istifade edildiği gözlemlenmektedir. Said Bey, risalesinin son kısmına Cevdet Paşa'nın eserini eklediği göz önünde bulundurulursa, Cevdet Paşa'nın atıfta bulunduğu eserlere başvurmaması ve Osmanlı şeyhülislamlarının fetvalarına hiç referansta bulunmaması dikkat çekicidir. Zira muhatabın Meşihat Dairesi olduğu düşünülecek olursa bu durum daha şaşırtıcı bulunmaktadır.

Sonuç olarak, Ahmet Cevdet Paşa ve Mehmed Said Bey kaleme aldıkları risalelerinde dönemin ihtiyaçlarına ve Müslümanların ticari faaliyetlerde daha aktif rol oynamasına yardımcı olacağı düşüncesiyle bey' bi'l-vefâ akdinin yürürlüğe koyulması gerektiğini ifade ederler. Bunun ise ancak *kavl-i câmi* 'i tercih ederek gerçekleştirileceğinde ittifak eder ve muhataplarına arz ederler.

C.Risalenin Latinizasyonu

Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ

Mecelle hey'eti reîsi Cevdet Paşa merhûmun bey'-i vefâ hakkındaki risâle-i Arabiyyesi dahi aynen derc ve tebdîl ve terceme edilmiştir.

Eser:

Mu'allimhâne-i Nüvvâb me'zûnlarından

Hâlid Efendi hafîdi

Mehmed Saîd

(1)

Bismillâhirrahmânirrahîm

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de bey' bi'l-vefâ hakkında mezkûr olunan bazı ifâdâtın emr-i tefehhümü mute'assır bulunduğu gibi şurûh-ı mevcûdede görülen sarâhat ise bey'-i mezkûr hakkındaki maksadı îzâha kâfi değildir. Zîra *Mecelle-i mezkûrenin* üçüncü maddesinde "Ukûdda i'tibâr makâsıd ve me'âniyedir, elfâz ve mebâniye değildir, binâen 'alâ zâlik bey' bi'l-vefâda rehin hükmü cereyân eder" denilmiştir, ki şu ibâreyi görenler *Mecelle-i mezkûre* bey' bi'l-vefânın her ahkâmında rehin hükmü cereyân eylediğine kâil olduğunu zanneder.

Ve kezâ yüz on sekizinci maddede "bey' bi'l-vefâ; bir kimse bir malı âhara semeni reddettikte geri vermek üzere şu kadar kuruşa satmaktır ki; müşteri mebî' ile intifâ' etmesine nazaran bey' câiz hükmünde ve tarafeyn bunu feshe muktedir oldukları cihetle bey' fâsid hükmünde ve müşteri mebî'-i âhara satamadığı cihetle rehin hükmündedir" denilip müşterinin mebî' ile sûre-i intifâ'ı tasrîh olunmuş ve bi'n-netîce üç yüz doksan (2) sekizinci maddede mebî'in menâfî'ından bir mikdârı müşteriye âid olmak üzere şart kılınsa, ol şarta ri'âyet olunur. Meselâ vefâen satılan bâğın üzümü bâyi' ile müşteri beyninde menâfî'i taksim olunmak üzere bi't-terâzî mukâvele etseler, ol mukâvele mûcebince amel olunmak lâzım gelir" diye beyân edilen kavî, mefhûm-ı muhâlifi i'tibârıyla mübâyin gibi görünmekte bulunmuştur. Hâlbuki âtiyyen îzâh olunacağı vech ile *Mecelle*'nin ihtiyâr ettiği kavîde bey' bi'l-vefânın her ahkâmında rehin hükmü cereyân edilmediği gibi mâddeteyn-i mezkûreteyn beyninde mübâyenet dahi mevcûd değildir. Şurûh-ı *Mecelle*'de ise bey'-i vefâ hakkında mevcûd olan akvâli fukahâdan ba'zıları nakil ve derc olunmuş ise de *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'de bey' bi'l-vefâyı mu'arref olup mer'iiyyet ve ma'mûliyyet ahkâmına emr-i tevakkufuna şeref-sâdır olan yüz on sekizinci maddenin ahz olunduğu kavî fikhî beyân edilmemiştir. Binâenaleyh kütüb-i fikhiyyeden istihrâca kâdir olamayan bazı adliyye memûrîni ve da'vâ vekilleri ve mekâtib talebesi ve ashâb-ı masâlih, bu yüzden dûçâr-ı müşkilân olsa da akd-i bey'-i mezkûrda zihâb-ı nâ-savâb ve hâlel-i azîme giriftâr oldukları küllü yevm meşhûr olduğundan bu bâbda hakâyık-ı lâzıme (3) bast ve îzah eylemek üzere işbu risâleyi bi't-tertîb muhassil ve muhakkikîn-i ulemâ-yı İslâm ve

müdakkikîn-i fukahâ-yı zevi'l-ihirâm olan fetvâhâne-yi âliyenin enzâr-ı tahkîk ve tedkîkine arz ve takdîm edilmesi bi-istid'â istirhâm edilmiştir ki, risâlenin hacmi sağîr ve mevzû'u bir meseleye münhasır bulunması hasebiyle fetvâhâne-i müşârun ileyhce tahkîkât ve tettebbuât icrâsı eshel bulunduğu âşikâr ve şu sûretle hall-i mes'ele ve merâm edileceği derkârdır. *Mecelle*-i mezkûrenin mevâdd-ı selâse-yi mezkûresi lâyıkiyla anlatmak için bey' bi'l-vefâ hakkında kütüb-i fikhiyyedeki akvâli nakl ve beyân eylemek iktizâ eder. Zîrâ bey'-i mezkûr hakkında fukahâ birçok ihtilâf edip *Mecelle*'nin ihtiyâr eylediği kavî, ya'nî yüz on sekizinci madde hangisinden ahz olunduğunu ve binâenaleyh bu bâbda mevâdd-ı sâirede de mezkûr olan ahkâmın ne sûretle tefehhum edilmesi iktizâ etdiğini bilmek temâsîl-i akvâl-i mezkûrenin mutâla'asına mutevakkıftır. Bey' bi'l-vefâ hakkında mezkûr olan akvâl ber-vech-i âtî beyân olunur, şöyle ki:

Kavl-i evvel: Sâhib-i manzûmenin ihtiyâr eylediği kavî olup kavî-i mezkûr ise bey' bi'l-vefânın hakikaten rehn olmasıdır. Bu sebepten müşteri mebî'e mâlik olamaz. İnzâlınden, ekl ve şecerinden (4) itlâf eylediğini zâmin olur. Vefâen mebî'in helâkı ile deyn sâkıt olur. Mebî'in ziyâdesine müşteri zâmin olmaz, emânet gibi bâyi' deynini kazâ ettikte vefâen mebî'i istirdâd eder.

“el-Evvelü mahtârahû sâhibu'l-manzûme ennehû rehnün hakîkaten fe lâ yemlikû 'l-müşterî ve la yentefî'u bihî illâ bi-izni'l-bâi' ilâ âhirihi” (fî hıyârî 'ş-şarti mine'l-bahr)

Kavl-i sâni: Örf bulunduğu için bey' sahîhtir. Bâyi'in mebî'i ta'mîri bi-tarîki'r-rızâdır.

“es-Sânî ennehû bey'un sahîhun bi-ittifâki meşâyihi'z-zamân li'l-'örfi ilâ âhirihi” kezâ.

Kavl-i sâlis: Kâdîhân'ın bi'l-ihirâm beyân eylediği kavldir ki o da sahîh olan mute'âkideyn beyninde bey' lafzı ile cereyân eden akid rehin olmaz. Bey'in feshini esnâ-yı akidde şart etseler ya mute'âkideyn bey'i gayrilâzım addederek bey' bi-şarti'l-vefâ lafzını yâhûd bey'-i câizi zikretseler bey' fâsid olur. Eğer bey'i evvelâ bilâ şart zikredip sonra şartı muvâ'ade tarîkiyle îrâd etmişler ise bey' câiz olur ve

va‘de vefâ lâzım gelir. Zîrâ va‘dler ba‘zen ihtiyâc-ı nâsa mebnî taharruzen ‘ani’r-ribâ lâzım olur. (5)

“es-Sâlis mahtârahû Kādîhân ve kâle: es-Sahîhu ennehû in vak‘a bi-lafzi’l-bey‘i lâ yekûnu rehnen sümme in şaratâ feshahû fi’l-‘akdi ev teleffezâ bi-lafzi’l-bey‘i bi-şarti’l-vefâ ev teleffezâ bi’l-bey‘i ve ‘indehumâ hâze’l-bey‘u gayru lâzimin fe’l-bey‘u fâsidun ve in zekera’l-bey‘a bilâ şartin sümme şaratâhu ‘alâ vechi’l-muvâ‘ada câze’l-bey‘u ilâ âhirihi” kezâ.

Kavl-i râbî: ‘Udde nâm kitâbın kâil olup Zahîrüddîn’in ihtiyâr eylediği kavldir. Kavl-i mezkûr ise bey‘-i mezkûrun bey‘-i fâsid olmasıdır. Şartı bey‘e ilhâk eyleseler bey‘i ifsâd eyler. Kavl-i sahîhe göre ba‘de’l-meclis dahi olsa yine bey‘i ifsâd eder. Evvelâ şart idüp sonra bey‘e muttali‘ olur da akdetseler, şart-ı evvel üzerine sebât etmişler ise bey‘ câizdir, şart-ı sâbika i‘tibâr yoktur.

“er-Râbi‘u mâ kâle fi’l-‘Uddeti va’l-h-târahû Zahîrüddîn ennehû bey‘un fâsidün ve lev elhakâhu bi’l-bey‘i iltehaka ve efsedehû ve lev ba‘de’l-meclisi ‘ale’s-sahîh ilâ âhirihi” kezâ.

Kavl-i hâmis: E’imme-i Havârezm’in ihtiyâr eylediği kavl olup kavl-i mezkûr ise bey‘ ıtlâk olunup (ya‘nî Reddü’l-muhtâr’da beyân olduğu vechile bey‘ ıtlâk olunup şart-ı vefâ zikr olunmasa da) (6) bâyi‘ semeni ihzâr ettiği vakit bey‘i fesh etmek üzere müşteri bir vekîl nasb eylediği yâhûd semen mebî‘a mu‘âdil olmayıp bey‘de ğabn-ı fâhiş bulunduğundan dolayı bâyi‘ semeni îfâ ettikte müşteri bey‘i fesh edeceğini bâyi‘e ahd eylediği ya müşteri asıl mâl üzerine ribh vaz‘ ettiği hâlde bey‘-i mezkûr rehin olup aksi takdirde bey‘-i bât olur.

“el-Hâmisu mahtârahû ei’mmetü Havârezm ennehû izâ etlaka’l-bey‘a lâkin vekkele’l-müşterî vekîlen yefsehu’l-bey‘a izâ ahdara’l-bâ’i’u es-semene ev ‘ahide ennehû izâ evfâhu yefsehu’l-bey‘a ve ‘s-semenu lâ yu‘âdilu’l-mebî‘a ve fîhi ğabnun fâhişun ev vada’al-müşterî ‘alâ asli’l-mâli ribhen bi-ennehû vad‘an alâ mi’eti ‘aşera dînâran fe-rehnün ve illâ fe-bey‘un bâttun” kezâ.

Kavl-i sâdis: İmâm Zâhid’in ihtiyâr eylediği kavldir ki şart-ı bey‘de zikr olunmadığı vakit müşteri hakkında bey‘ sahîh olur, bu sebepten müşteri inzâl-i mebî‘a mâlik olur, bâyi‘ hakkında rehin olur. Müşteri kendi yedini ve milkini ğayra

tahvîle kâdir olamaz. Bâyi‘ deyni ihzâr ettiği zaman (7) müşteri mebî‘i redde icbâr olunur. Zîrâ bey‘-i vefâ zürâfa gibi olup bey‘ ile rehinden mürekkebdır. İmam Zâhid, ihtiyâc-ı nâsa binâen ribâdan taharruzen bey‘-i vefâyı bey‘-i sahîh ve rehne i‘tibâr ettik demiştir.

“el-Kavlü’s-sâdisü mahtârahu’l-İmâm ez-Zâhid ennehû eş-şartu izâ lem yüzker fî’l-bey‘i kâne bey‘an sahîhan fî hakkı’l-müşterî hattâ meleke’l-inzâle ve rehnen fî hakkı’l-bâ‘i’i fe-lem yemliki’l-müşterî tahvîle yedihî ve milkihi ilâ ğayrihi ve ücbira ‘ale’r-reddi izâ ahdara’d-deyne li-ennehû ke’z-zürâfeti mürekkebun mine’l-bey‘i ve’r-rehni ilâ âhirihi” kezâ.

Kavl-i sâbi‘: Sâhibü’l-Hidâye ve evlâdının ihtiyâr eylediği kavl olup, o da bey‘-i ğayr-i sahîhdir. Ya‘nî müşteri mebî‘i ğayra bey‘ etmeye kâdir olamaz. Bey‘-i mekrûhda olduğu gibi ba‘de’l-kabz bey‘-i fâsid gibi değildir.

“el-Kavlü’s-sâbi‘ ennehû ğayru sahîhun ve’htârahû sâhibü’l-Hidâye ve evlâduhû ilâ âhirihi” kezâ.

Kavl-i sâmin: Ba‘zı muhakkikînin kavl-i câmi‘idir ki ba‘zı ahkâmı hakkında bey‘-i fâsiddir; (8) binâenaleyh ehadu müte‘âkideyn bey‘-i mezkûru feshe kâdir olur. Ba‘zı ahkâmında bey‘-i sahîhdir; inzâl ve menâfi‘i mebî‘in müşteriye helâl olması gibi. Ve ba‘zı ahkâmı hakkında da rehindir; bu sebebdan müşteri vefâen mebî‘-i âhara satmaya veya rehne ve mebî‘-i mezkûrun ağacını kesmeye ve binâsını hedme kâdir olamaz ve mebî‘-i mezkûrun helâkında deyn sâkıt olur ve mebî‘-i mezkûra noksân dâhil olursa semen münkasım olur, rehinde olduğu gibi.

“el-Kavlü’s-sâminü el-câmi‘u li-ba‘zi’l-muhakkikîn ennehû fâsidun fî hakkı ba‘zi’l-ahkâmi hattâ meleke küllün minha’l-feshe ve sahîhun fî hakkı bazi’l-ahkâmi ke-hilli’l-inzâli ve menafi‘i’l-mebî‘i ve rehnün fî hakkı’l-ba‘z hattâ lem yemliki’l-müşterî bey‘ahû min âhar ve lâ rehnehû ve lem yemlik kat’a ş-şeceri ve lâ hedme’l-binâi ve sakata’d-deynu bi-helâkihi ve’n-gaseme’s-semenu ennehû de hale noksânun ke-mâ fî’r-rehni.” (Fî hıyâri ş-şart mine’l- Bahr) (9)

Kavl-i tâsi’: Sâhibü’l-Hidâye ve evlâdı ve zamânı meşâyihî fetvâlarının istikrâr eylediği kavldir ki, o da vefâen mebî’in zevâidinde milk müşteriye sâbit olup itlâfıyla zamân lâzım gelmemekdir.

“el-Kavlü’t-tâsi’ ellezî istekarra ‘aleyhi fetvâ sâhibi’l-Hidâye ve evlâdihî ve meşâyihî’l- ‘ahdi enne’l-milke li’l-müşterî fî zevâidihî ve lâ yazminuhû bi’l-itlâf.”
(Fî nev’in mimmâ yettesilu bi’l-bey’i’l-fâsidi mine’l-Bezzâziyye)

İmdi Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin yüz on sekizinci maddesinde bey’ bi’l-vefâ; müşteri mebî’ ile intifa’ etmesine nazaran bey’-i câiz hükmünde ve tarafeyn bunu feshe muktedir oldukları cihetle bey’-i fâsid hükmünde ve müşteri mebî’-i âhara satamadığı cihetle rehin hükmünde olduğu musarrah olup, mâtde-i mezkûre, fukahânın akvâli mebsûtasında hangisine tevâfuk etmektedir? Görülüyor ki kavl-i sâmin olan kavl-i câmi’e muvâfıktır. Kavl-i câmi’-i mezkûrun ahkâmına gelince, evvelce bast u îzâh olunduğu vechile ba’zısında bey’ sahihtir, müşteriye mebî’in zevâid ve menâfî’i helâl olur. Şu hüküm, ya’î bey’ bi’l-vefâda (10) inzâl ve menâfî’-i mebî’in müşteriye helâl olması hususundaki hüküm dahi müftâ-bih olunduğu sâhibü’l-Hidâye ve sahibü’n-Nihâye ve İmâm Zeyla’î ve İmâm Zâhid ve Necmüddîn-i Neseî gibi a’zamu fukahâ-i Hanefiyye hazerâtı beyân buyurmuşlardır. Şöyle ki ber-vech-i bâlâ Bezzâziyye’den naklen derc olunan kavl-i tâsi’de sâhibü’l-Hidâye ve evlâdı ve zamân-ı meşâyihî fetvâlarının istikrâr eylediği kavlda hükm-i mezkûr beyân olunduğu gibi kavl-i sâdisde hükm-i mezkûru İmâm Zâhid rahimehullâh dahi beyân buyurmuşlardır.

Ve kezâ “müşteri vefâen mebî’in zevâidine mâlik olup itlâfıyla zâmin olmadığı Şeyhü’l-islâm Bürhâneddîn rahimehullâh ile zamânı meşâyihî indinde müftâ-bihtir.”

“Ve eftâ (Şbh²⁴⁸) ve meşâyihu zamân enne’l-müşterî yemlikü zevâide’l-mebî’a vefâen ve lâ yazminuhâ bi-itlâfihâ.” (Câmi’u’l-fusûleyn fi’l-fasli’s-sâmin ‘aşer kezâlike Fusûlü’l- ‘Îmâdî fi’l-fasli’t-tâsi’ ‘aşer) (11)

²⁴⁸ “Şbh” remziyle Câmi’u’l-fusûleyn, Şeyhu’l-İslâm Bürhâneddîn rahimehullâhı işâret eylediğini, Rumûzu Câmi’i’l-fusûleyn’de beyân eylemiştir.

İmâm Necmüddîn-i Neseî rahimehullâh dedi ki; fî zamâninâ hâzâ, meşâyihımız bey‘-i vefânın cevâzıyla ba‘zı ahkâmı müfîd olmasında ittihâd ettiler. O ba‘zı ahkâm ise vefâen mebî‘ ile intifâ‘dır. Bu da ihtiyâc ve te‘âmül-i nâs içindir. Kavâ‘id ise te‘âmül ile terk olunur; nitekim istisna‘da olunduğu gibi. Sâhibü’n-*Nihâye* dahi fetavâ-yı kavî-i mezkûre olduğunu beyân eyledi (*İbn Melek kubeylî ‘l-murâbaha*). Akvâl-i *Mebsûta*, *Bahr*’de beyân olunduğu sırada kavî-i sâninin nihâyetinde Zeyla‘î’den naklen denmiştir ki; mebi‘ ile intifâ‘ helâl olması ve fakat müşteri mebi‘i ğayra bey’e kâdir olmaması müftâ-bihtir. “*Ve zekera ‘z-Zeyla ‘i ennehu ‘l-fetvâ ‘alâ ennehû bey‘un câizun müfîdun li-ba‘zi ahkâmihi min hilli ‘l-intifâ ‘i bihi illâ ennehû lâ yemliku bey‘ahû li ‘l-ğayri.*” (*Bahr fî hıyâri ‘ş-şart*)

Ve ba‘zı ahkâmında bey‘ fâsiddir. Buna binâen müte‘âkideynin her biri bey‘-i mezkûru feshe kâdir olur ve ba‘zısında da rehin olduğuna müfîddir. Binâenaleyh müşteri vefâen mebi‘-i âhara satmaya veya terhîne (12) kâdir olamaz, vefâen mebi‘in ağacını kat‘a, binâsını hedme kâdir olamaz. Bey‘-i mezkûrun helâkında deyn sâkıt olur. Bey‘-i mezkûra noksan dâhil oldukta semen münkasım olur (*Şürûnbülâlî fî Teznîbü ‘l-büyû ‘ ve Bezzâziyye fî ‘l-mebî ‘l-fâsid ve Bahr fî hıyârû ‘ş-şart*). Görüldüğü vechile bey‘-i vefâ hakkında ulemânın bir çok kavilleri olup, meşrû‘iyyet ahkâmı nükûl-i lâzimesiyle beyân olunan kavî-i câmi‘, *Mecelle*’nin bey‘ bi‘l-vefâsında muhtâr ve bâ-emr-i tevakkufunu? ma‘mûlun-bih olarak muhâfaza ve icrâ-yı ahkâmı şer‘an lâzım olmuştur. İmdi ba‘zı *Mecelle* şurûhunda bey‘-i vefânın her ahkâmında rehin hükmü cereyân eder diye serdedilen ifâdâtın ve müşteri mebi‘ ile şart bulunduğu zamân intifâ‘ eyler sûretinde gösterilen beyânât, kavî-i câmi‘-i me‘hûza muhâliftir. Zîrâ kavî-i câmi‘-i mezkûrda müşterinin mebi‘ ile intifâ‘ etmesi, bilâ şart ve lâ kayd zikr olunduğu cihetle şart, lâhik olmadığı sûrette müşterinin menâfi‘-i mebi‘ ile intifâ‘ edememesini beyân eylemek (13) kavî-i câmi‘-i mezkûr hükmüne münâfîdir. Ammâ *Mecelle*’nin üç yüz doksan sekizinci mâddesinde görülmüş müşteri menâfi‘-i mebi‘ ile intifâ‘ında ba‘zı *Mecelle* şurûhunun vücûdiyyet lüzûm gördüğü şart, ber-vech-i âtî mâdde-i mezkûre ile îzâh olunur:

Mâdde 398: Vefâen (mebi‘in) kâffe-i inzâlî ve (menâfi‘inden) intifâ‘ eylemek, müşteriye âid ve helâl olup fakat menâfi‘-i mezkûrenin cümlesinden müşteri intifâ‘

eylememek üzere bâyi‘ ile müşteri beyninde bir mukāvele olsa da (bir miktârı müşteriye) ve diğeri bâyi‘e (âid olması şart konmuş, ol şarta ri‘âyet olunur.)

(Meselâ vefâen satılan bağın üzümü) müşteriye âid ve helâl iken (bâyi‘ ile müşteri beyninde menâfi‘i taksim olunmak üzere bi’t-terâzî bir mukāvele akdetseler, ol mukāvele mûcebince amel olunur), lâkin mukāvele mevcûd değilse menâfi‘-i mezkûr müşteriye âid olup, istihlâk (14) eylese zamân lâzım gelmez. Zîrâ vefâen satılan maldan mütevellid ğalle ve mahsûl, müşteriye helâl olması ber-vech-i bâlâ muharrer kavl-i câmi‘ mukteziyâtından bulunup *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*’de dahi kavl-i mezkûr ihtiyâr edilerek ma‘mûliyyet ve mer‘iyyeti lâzımeden bulunmuştur.

Sâhibu’l-Bahr, kavl-i câmi‘-i mezkûru nakl eyledikten sonra iftâda kavl-i câmi‘-i mezkûrdan ‘udûl olunmak lâyük olunmadığını beyân eylemiştir. “*Ve yenfî en lâ ya ‘dile fi ‘l-iftâ ‘i ‘ani ‘l-kavli ‘l-câmi ‘*” (*Bahr fî hıyâri ‘ş-şart*)

Bey‘-i vefâ hakkında fî zamâninâ hazâ, ‘ibâde erfak ve masâlihu nâsa evfak olan dahi kavl-i câmi‘-i mezkûr olduğu vârid-i hâtırdır. Zîrâ bey‘-i vefâda rehin hükmü cereyân ederse mukrizîn yalnız alacakları rehne mukâbil olarak karz-ı hasen ile para ikrâz eylemeleri ve rehn-i mezkûrdan intifâ‘ eylememeleri îcâb eder ki sûre-i mezkûra bugün değil, bey‘ bi’l-vefânın esnâ-yı hudûsunda bile mukrizîni iknâ‘a vâfi (15) olmamıştır. Bey‘-i vefânın kâffe-i ahkâmında rehin hükmü cereyân ederse bey‘-i mezkûrun urûzu rehin ile ne farkı kalır! Mukrizîne sûre-i meşrû‘ada bir menfa‘at gösterilmesi bey‘-i vefânın esbâb-ı hudûsu cümlesindedir. Bundan başka bey‘ bi-tarîki’l-istiğlâlın sahîh olması kavl-i câmi‘-i mezkûra göre, ya‘nî müşteri hakkında vefâen mebî‘in inzâl ve menâfi‘i helâl olması ile olur. Zîrâ bey‘ bi-tarîki’l-istiğlâl, bâyi‘ mebî‘i vefâen sattıktan sonra müşteriden istîcâr eylemesi, ya‘nî müşteri vefâen mebî‘i bâyi‘e îcâr eylemesi demektir. Şu hâlde müşteri vefâen mebî‘i ya bâyi‘a îcâr eylemek için evvelâ mebî‘-i mezkûrun zevâid ve menâfi‘a mâlik olması lâzım gelir ki bâyi‘a îcâr eyleyebilsin, hâlbuki bey‘ bi-tarîki’l-istiğlâl mu‘âmelesi beyne’n-nâs şuyû‘ bulmuş ve nâsı andan men‘ eylemek câiz olmayacak te‘âmül sırasına geçmiştir. 20 Rebî‘ü’l-evvel 1274 târîhinde şeref-sudûr edip sûreti müseccel bulunan fermân-ı ‘âlîde mu‘âmele-i istiğlâl beyân

buyurulmuş ve şu sûretle Devlet-i Aliyye-i Osmâniyye’de mine’l-kadîm mu’âmele-i mezkûre cereyân eylemekte bulunmuştur. Bundan başka ağniyâdan çokları bi’z-zât ticârete muktedir **(16)** olmayıp mudârib-i emînde bulamıyor ki re’sü’l-mâlî o mudâribe verip ticâret etsin! Ba’zı kimseler ise mu’âmelât-ı ticâriyyeyi hakkıyla îfâya muktedir olabilirler ise de mâlları bulunmuyor. Anın içün fakîr olan, ağniyâya bi-tarîki’l-istiğlâl hânesini satar, semenini re’sü’l-mâl ittihâz eder, berrî ve bahrî ticârete sa’y eder, kesbinden hâne-i kirâsını verir. Bâkîsini iyâline sarf eder, her birileri kendi malıyla intifa’ etmiş olur, re’sü’l-mâl ‘alâ hâlihî kalır. Şu sûretle de bey’-i mezkûrun nef’i zâhir olur. Kavl-i câmi’-i mezkûrun erfekiyyetine binâen *Mecelle*’de ihtiyâr olunduğu, *Mecelle* hey’eti reîsi Cevdet Paşa merhûm, Bâyezîd Câmi-i Şerîfi Kütüphânesi’nde mevcûd olan *Risâle-i bey’u’l-vefâ ilâ İhvâni’s-safâ*’sında beyân eylemiş. Ve risâle-i mezkûrede bey’-i vefâ hakkında tahkîkât lâzım dahi mevcûd bulunmuş olmağla aynen nakl ve terceme olundu.

Mübesmilen mühamdilen müsalliye, Allâhümme ğabtan lâ hebtan ve ba’d fe-inne bey’a’l-vefâi emrûn hadese hîne mâ teksürü’d-düyûnu ‘alâ ahâlî Buhârâ ve kâne lâ yekfî li-hâcetihim rehnü’l-‘urûzi bel mâ kâne (17) yefî li-iknâ’i’l-mukrizîne mu’âmelete’t-terhîni li-enne’l-karze i’ânetü’l-mer’i li-ehîhi’l-müslim hubbeten li’llâhi te’âla ve’r-rehnu emânetün fî yedi’l-mürtehini lâ yehillu lehû zevâiduhû ve menâfi’uhû ve kad ğalebe ‘ale’n-nâsi hubbe’l-menfa’ati fehtâce men fî bilâdi Buhârâ ilâ mu’âmeletin fî ‘akârâtihim bihâ yetemekkenûne ‘alâ istikrâzin mâ yahtâcûne mine’n-nukûd. Ve mine’l-ma’lûmi enne’l-hâcete tenzilü menzilete’z-zarûreti hâssaten [sah] ev ‘âmmeten, ve’l-âdetu muhakkemetün fe-hadese fîmâ beynehum mu’âmeleten mahsûsaten sümme ‘ammet li-sâiri bilâdi’l-müslimîne ve tâbet ve hiye istihsânun ba’zu’l-müteahhirîne fî’l-‘akâri le’l-menkûli ve semmûhu bey’a’l-mu’âmele ve bey’a’l-vefâ, lâkin uzduribe fîhi’l-akvâl fe-kâle ba’zuhum ennehû bey’un fâsidun hattâ yemlike küllün minhume’l-feshe kemâ zekera fî fetâvâ meşâyihî Semerkand enne bey’a’l-vefâi fâsidun en yebî’a bi-şartin ve innehû yüfîdu’l-milke ‘inde’l-kabzi ve kâle Zahîrüddîn el-Merġinânî; “Hazâ izâ dehale’ş-şartu fî’l-bey’i fe in lem yedhulhu, fe-kezâ kavlu ba’di ehli Semerkand. Emmâ ‘alâ

kavli kibârihim ve hüve'l-muhtâr 'indî fe-yecûzü'l-bey'u ve 'ş-şartu ve ileyhi kâne yümîlu 'ammî Kādî Mahmûd" intehâ.

Ve kâle ba'duhum enne bey'a'l-vefâi rehnun fe-lâ yemlikü'l-müşterî ve yadminu mâ ekele min semerihî ve lâ yübâhu'l- (18) intifâ'u illâ bi-ibâhati'l-mâliki va'h-târâhû Hayruddîn fî fetâvâhû. Hâze'l-kavlu ve kad raddehû Kādîhân haysu kâl: "İhtelefû fî'l-bey'illezî yüsemmihi'n-nâsü bi-bey'i'l-vefâi evi'l-bey'i'l-câiz kâle ekserü'l-meşâyihî minhum es-Seyyid el-Îmâm Ebû Şücâ' ve'l-Kādî'l-Îmâm Ebü'l-Hasen 'Alî es-Suğdî hakemehû hükme'r-rehni lâ yemlikü'l-müşterî ve yadminu mâ ekele min semerihî ve lâ yübâhu lehu'l-intifa' ve le'l-ekle illâ bi-ibâhati'l-mâliki ve yeskutü'd-deynü bi-helâkihi izâ kâne bihî vefâen bi'd-deyni ve lâ yadminu'z-ziyâdete izâ heleke lâ bi-sun'ihî. Ve li'l-bâyi'i en yesteriddehû izâ kudiye'd-deynu. Ve's-sahîh enne'l-akde ellezî cerâ beynehumâ bi-lafzi'l-bey'i lâ yekûnu rehnen sümme yünzaru in zekerâ şarta'l-feshi fî'l-bey'i fesede'l-bey'u ve in lem yezkurâ zâlike fî'l-bey'i ve teleffezâ bi-lafzati'l-bey'i bi-şarti'l-vefâi ev teleffezâ bi'l-bey'i'l-câizi ve 'indehumâ hâze'l-bey'u 'ibâretun 'an bey'in ğayri lâzım fe-kezâlike ve in zekere'l-bey'a min ğayri şartin sümme zekera'ş-şarta 'alâ vechi'l-muvâ'adeti câze'l-bey'u ve yelzemu'l-vefâu bi'l-va'di li-enne'l-mevâ'ide kad tekûnu lâzimeten fe-tec'alu lâzimeten li-hâceti'n-nâsi" intehâ. Ve fî mebhâsi bey'i'l-vefâ (19) mine'l-Bezzâziyye –ellezî istekarra 'aleyhi fetvâ sâhibi'l-Hidâye ve evlâdihî ve meşâyihî'l-'ahdi enne'l-milke yesbütü li'l-müşterî fî'z-zevâid ve lâ yadminuhâ bi'l-itlâf– intehâ.

Ve fî bâbi'l-vefâ mine'd-Dürri'l-muhtâr –sûretuhû en yebî'ahu'l-'ayne bi-elfin 'alâ ennehû izâ rüdde 'aleyhi's-semenu rüdde aleyhi'l-'aynu sümme izâ zekerâ şarta'l-feshe fîhi ev kablehû ev za'men lâzimin kâne bey'an fâsiden, velev ba'dehû 'alâ vechi'l-mî'âd câze ve lezime'l-vefâu bihî li-enne'l-mevâ'ide kad tekûnu lâzimeten li-hâceti'n-nâsi ve hüve's-sahîh kemâ fî'l-Kâfî ve'l-Hâniyye– intehâ.

Ve fî Fetâvâ'l-Ankaravî –in kâle bi'tuhû minke 'alâ en tebî'ahû minnî metâ ci'tu bi's-semeni yekûnu bâtilen ve hükmuhû hükmü'r-rehni ve emmâ izâ kâle bi'tuhû hâkezâ. Ve kâle'l-âharu iştaraytu ve lem yezkur şey'en illâ ennehâ zekerâ kable'l-

*‘akdi en yerudde ‘l-mebî‘a izâ rudde ‘aleyhi ‘s-semen ev kâne kasduhumâ zâlike fe-
hükmu zâlike en yekûne bey‘an lâ rehnen– intehâ.*

*Ve fî Hâşiyeti Abdi ‘l-halîm ‘ale ‘d-Dürer –yelmü ‘l-vefâu bihî ey bi-şartin fe-lâ
yetlubu ‘l-bâi ‘u ‘s-semene ilâ en câe ‘z-zemenu ‘l-mev ‘ûd in eccelle ve ba ‘de mecî ‘ihî
yücbiru ‘ale ‘l-vefâ in talebe evi ‘l-ma ‘nâ (20) yelmü vefâe ‘s-semeni bi-sebebi
va ‘di ‘l-vefâi fe-yelmü ‘l-cebru ‘aleyhi in talebe ‘l-bâi ‘u ‘s-semene min ğayri
tevkîtin in lem yüeccel– intehâ.*

*Ve kâle ba ‘du ‘l-muhakkikîn; “Enne bey ‘a ‘l-vefâ leyse bi-bey ‘in ve lâ rehni, bel
hüve emrun âhar yuşbihi ‘l-bey ‘a ‘l-fâside ve ‘s-sahîha ve ‘r-rehne ve li-zâ
şebbehûhu bi ‘z-zürâfe, fe-min haysu ennehû ke ‘l-bey ‘i ‘l-fâsid yemliku küllün
mine ‘l-mütebâyi ‘îne ‘l-feshe ve min haysu ennehû ke ‘l-bey ‘i ‘s-sahîh yesbitü ‘l-
milke li ‘l-müşterî fi ‘z-zevâid ve ‘l-menâfi‘ ve min haysu ennehû ke ‘r-rehni lâ
yemlikü ‘l-müşterî kat ‘a ‘ş-şecera ve lâ hedme ‘l-binâe ve yeskutü ‘d-deynü bi-
helâkihi ve yenkasimü ‘s-semenu izâ dehale ‘n-noksân kemâ fi ‘r-rehni ve hâzâ
hüve ‘l-kavlu ‘l-câmi ‘i ve hüve erfeku fî ‘asrinâ li ‘l- ‘ibâdi ve erfeku li-mesâlihi ‘l-
bilâd.*

*Kâle ‘ş-Şürünbülâli; “Fî bey ‘i ‘l-vefâi tis ‘atu akvâl minhâ kavliün câmi ‘ün li-
ba ‘di ‘l-muhakkikîne ve hüve ennehû fâsidun fî ba ‘di ‘l-ahkâmi hattâ yemlike küllün
minhume ‘l-feshe ve sahîhun fî ba ‘di ‘l-ahkâm ke-hilli ‘l-inzâli ve menâfi ‘i ‘l-mebî ‘i
ve rehni fî hakki ‘l-ba ‘di hattâ lâ yemlike ‘l-müşterî bey ‘uhû min âhar ve lâ
rehnehû.” Ve kâle sâhibu ‘l-Bahr ba ‘de naklihi ve lâ yenbeği en ya ‘dile fi ‘l-iftâi
‘ani ‘l-kavli ‘l-câmi‘ ve nakelehû (21) Ebüssu ‘ûd ve kezâ fî Hâşiyeti ‘d-Dürri li ‘t-
Tahavî ve ‘l-hamdülillahillezî hedânâ li-hâzâ fî Mecelleti ‘l-Ahkâmi ‘l-Adliyye ‘alâ
mâ fî mâddeti 3, 118, 119, 395 ve mâ künnâ li-nehtediye illâ hedânallâh. Ve bi ‘l-
cümle enne mebhase bey ‘i ‘l-vefâ sâra mezlekate ‘l-ahkâmi li ‘l- ‘ulemâi ‘l-a ‘lâm.*

Ya ‘nî bey ‘-i vefâ, ahâlî-i Buhâra beyninde zuhûr eyleyen bir emr-i hâdistir, sebeb-
i hudûsu ahâliyi mevsûn eylemek zimmetinde duyûn tekessür ederek rehn-i urûzun
hâcetlerine kifâyet edememesi ve urûz ile mu‘âmele-i terhîn-i mukrizîni iknâ‘a
vâfi olamamasıdır. Zîrâ karz kesbinin ihvân-ı müslimîn hasbeten lillâh i‘ânesi olup
mukâbilinde alınan rehin ise yed-i mürtehide emânet olduğundan anınla intifa‘

câiz ve helâl olmamasına ve nâsın ise menfa‘ate muhabbeti gâlib bulunmasına binâen bilâd-ı Buhârâ da ahâlî muhtâc olduğu nukûdu istikrâza mütemekkin ve muktedir olmaları için akarlarında mu‘âmeleye muhtâc olmuşlardır. (22)

Ma‘lûmdur ki hâcet husûsî ister umûmî olsun, nazar-ı şer‘de zarûret menzilesine tenzîl olunduğu gibi hilâfında nâs bulunmazsa âdetle muhakkemdir. İşte şu esâsa müsteniden evvelâ Buhârâ ahâlisi beyninde hâdis olan işbu mu‘âmele-i mahsûsa bilâhere sâir bilâd-ı müsliminde dahi ta‘mîm eyleyip şer‘an tîb olmuştur.

Ve mu‘âmele-i mezkûre ba‘zı müteahhirîn tarafından menkûlâtta olmayıp yalnız akârda istihsân olunmuş ve nâmına da bey‘-i vefâ ve bey‘-i mu‘âmele tesmiye edilmiştir. Bey‘-i vefâda fukahâ ihtilaf eylemiştir; ba‘zıları bey‘-i mezkûrun fâsid olduğuna kâil oldular ki şu hâlde mute‘âkideynden her biri bey‘-i mezkûru fesh iktidârına mâlik olur. Nitekim fetâvâ-yı meşâyih-i Semerkand’da bey‘-i vefâ bi-şartın ise fâsid olup müşteri mebî‘i kabz edince mülk ifâde eyler denilmiştir. Zahîrûddîn Merğînânî ise “Şart ile olan bey‘-i vefânın fâsid olması şartın esnâ-i akidde dâhil olmasıyla, şart akidde dâhil olmayıp da ba‘de’l-akd zikr (23) edilirse ba‘zı ehl-i Semerkand’a göre yine bey‘-i vefâ fâsid olur, lâkin kibâr-ı ulemâ-i Semerkand şart ba‘de’l-akd zikr edildiği sûrette bey‘ ile şarttan her ikisinin cevâzına kâil olmuşlardır ki indimde muhtâr olan kavle budur. Nitekim ammim Kādî Mahmûd dahi kavle-i mezkûra meyl ederdi” demiştir. Ve ba‘zıları “bey‘-i vefâ rehindir, müşteri vefâen mebî‘e mâlik olamaz. Mebî‘in meyvesinden ekl ettiğine zâmin olur ve mâlikî ihlâl ve ibâha etmedikçe müşteriye andan intifâ‘ mübâh olmaz” demiştir ki Hayreddîn dahi *Fetâvâ*’sında işbu kavle ihtiyâr etmiştir. Ve İmâm Kādîhân işbu kavle reddile “Nâsın bey‘-i vefâ ve bey‘-i câiz tesmiye ettikleri bey‘de meşâyih ihtilâf etdiler, şöyle ki; ekser-i meşâyih ve ezcümle Seyyid İmâm Ebû Şücâ‘ ve Kādî İmâm Ebü’l-Hasen ‘Alî es-Suğdî dediler ki bey‘-i mezkûr rehin hükmündedir. Müşteri vefâen mâlik olamaz ve meyvesinden ekl ettiğine zâmin olur (24) ve mâlikin ibâhası bulunmazsa müşteri için andan ekl ve intifâ‘ mübâh olmaz ve mebî‘ yed-i müşteride helâk oldukça deyn vâfi ise deyn sâkıt olur ve deyn den ziyâde ise mebî‘in helâkinde müşterinin sun‘u bulunmadığı hâlde ziyâdeyi zâmin olmaz. Ve bâyi‘ deyni kazâ ettikte müşteriden mebî‘i istirdâda salâhiyyeti vardır. Sahîh olan müte‘âkideyn beyninde bey‘ lafzıyla

cereyân eden akid rehn olmaz, bey' olur. Bakılır ki esnâ-i akidde feshi şart etmişlerse bey'-i mezkûr fâsid olur. Kezâlik şart-ı mezkûru bey'de zikr etmeyip de müte'âkideyn kendi indlerinde bey'-i mezkûru bey'-i ğayr-i lâzım zu'm iderek bey' bi-şarti'l-vefâ lafzı yâhûd bey'-i câiz nâminı telaffuz eyleseler bey'-i mezkûr yine fâsiddir. Eğer bey'i evvelâ bilâ şartın zikr edip sonra şartı müte'âkideyn muvâ'ade tarikiyle îrâd etmişlerse bey' câiz olur. Ve va'd-i vefâ lâzım gelir. Zîrâ va'dler ba'zen lâzım olduğundan burada dahi ihtiyâc-ı nâsa mebnî (25) va'd-i mezkûr lâzım kılınır" demiştir. *Bezzâziyye*'nin bey'-i vefâ mebhasında mezkûrdur ki sâhibu'l-*Hidâye* ile evlâdının ve meşâyih-i ahdin takarrur eyleyen fetvâlarında ise vefâen mebî'in zevaîdinde müşteriye milk sâbit olduğundan itlâf ile müşteri ziyâdeyi zâmin olmaz" denilmiştir.

Reddü'l-muhtâr'ın "Bâb-ı Vefâ"sında ise zikr olunmuştur ki "Bey'-i vefâ bilâhare bâyi' semeni geri verdiği zamân müşteride mebî'i reddeylemek üzere bir ayn şu kadar kuruş mukâbilinde satmaktır. Bey'-i mezkûrun esnâ-yı akdinde ya daha evvel müte'âkidân şart-ı feshi zikrederler veya bu bey'-i ğayr-i lâzımdır diye zu'm ederler ise bey' fâsid olur. Eğer şart-ı feshi akd-i bey'den sonra 'alâ vecih-i l-mî'âd îbrâz ederlerse bey' sahîh olur ve va'de vefâ lâzım olur. Zîrâ mevâ'id ba'zen ihtiyâc-ı nâs için lâzım olur, kavli-i sahîh budur. Nitekim *Kâfi* ve *Hâniyye*'de bu kavlin sahîh olduğu zikrolunmuştur." *Fetâvâ-yı Ankaravî*'de ise bâyi' müşteriye hitâben ne zaman semenini getirirsem bana satmak üzere ben bu aynı sana sattım (26) dese bey' bâtıl olup rehin hükmündedir. Fakat kable'l-akd bâyi' semeni müşteriye reddettiği zamân müşteride mebî'i bâyi'e vereceğini beyânlarında zikrettikten sonra ya bu maksadla müşteri bâyi'in bâlâdaki minvâl ile îcâbına karşı yalnız satın aldım diyerek kabûl eyleyip başka bir şey söylemeseler mu'âmele-i vâki' bey' olur, rehin olmaz denilmiştir. Muhaşşî-i *Dürer* Abdülhalîm, Molla Hüsrev'in *Ğurer*'de Kādîhân'dan naklettiği "*Fe-yelzemü'l-vefâu bihî*" kavlindeki zamîri şarta ircâ' eyleyerek makâm-ı şerhde "Akd-i mezkûr bey' olduğundan semenin te'cîli sûretinde vakt-i mev'ûd gelinceye kadar bâyi' semeni mutâlebe edemez, vakt-i mezkûr geldikte bâyi' taleb ederse müşteri vefâ üzerine cebr olunur" diye zikredildiği misille lâm-ı muzâfun ileyh bedeli ve bâbı sebebiyye i'tibâr ederek "yâhûd bu kavlin ma'nâsı va'd-i vefâ sebebiyle semeni vefâ lâzım

gelir ki bu sûrette akd-i bey‘de semen te‘cîl olunmamış bâyi‘ semeni min ğayri tevkîl taleb eylese müşterinin edâ eylemesi lâzım gelir” demiştir. Ba‘zı muhakkikîn ise “bey‘-i vefâ ne bey‘ ve ne de rehindir bil‘akis bey‘-i (27) fâside ve bey‘-i sahîh ve rehne müşâbih bir emr-i âhardır” dediler. Bu sebepten bey‘-i vefâyı zürâfaya teşbîh ettiler, bey‘-i fâside müşâbeheti i‘tibârıyla bey‘-i mezkûru ehad-i müte‘âkideyn feshe kâdir olur. Bey‘-i sahîhe müşâbeheti hasebiyle mebî‘in zevâid ve menâfi‘inde müşteri için mülk sâbit olur ve rehne müşâbeheti ile de müşteri vefâen mebî‘in ağacını kesmeğe ve binâsını hedmetmeye kâdir olamaz. Mebî‘in helâkinde deyn sâkit olur ve mebî‘e noksân olursa semeni münkasım olur, rehinde olduğu gibi. İşbu kavl, kavl-i câmi‘ olup asrımızda ibâda erfak ve mesâlih-i bilâda evfakdır.

Şürûnbülâlî’nin ifâdesinde ise “Bey‘-i vefâda dokuz kavl vardır. Anlardan birisi ba‘zı muhakkikînin kavl-i câmi‘idir. Kavl-i câmi‘-i mezkûr ise ba‘zı ahkâmda bey‘-i vefânın fâsid olduğunu ifade eder ki buna binâen müte‘âkideynden her biri bey‘-i mezkûru feshe kâdir olur. Ve ba‘zı ahkâmda bey‘-i sahîh olduğunu beyân eder, inzâl ve menâfi‘-i mebî‘in müşteriye helâl olması gibi. Ve bazı ahkâm hakkında da rehin (28) olduğu müfiddir. Binâenaleyh müşteri vefâen mebî‘i âhara satmaya veya terhîne kâdir olamaz” demiştir. Sâhibu’l-Bahr, kavl-i câmi‘-i mezkûru nakl ve beyân eyledikten sonra iftâda andan udûl olunmak lâyük olmayacağını zikrelemiştir. Kavl-i mezkûru Ebussuûd dahi nakleyledi, Tahtâvi’nin *Reddü’l-muhtâr* hâşiyesinde dahi bu sûretle zikr olunmuştur.

Cenâb-ı Hakk’a hamd olsun ki hidâyet-i ulûhiyyesiyle *Mecelle-i Ahkâmı Adliyye*’nin 3, 118, 119, 395’inci maddelerinde kavl-i câmi‘-i mezkûr ihtiyâr olunmuştur. *Ve mâ künnâ nehtedî lev lâ hedânallâh*. Hulâsaten kelâm-ı bey‘-i vefâ bahsi ulemâ-yı a‘lâmın mezleka-i akdâmıdır.

SONUÇ

Osmanlı devleti 19. yüzyılda hukuki, iktisadi ve sosyal açıdan bir dönüşüm sürecine girmiştir. Bu süreç Tanzimat Fermanı'yla beraber yeni müesseselerin inşa edilmesiyle hız kazanmıştır. Hukuki olarak yapılan yeniliklerin başında yeni mahkemeler açmak, gayrimüslimlere çeşitli haklar vermek ve kanunnameler çıkarmak gibi pek çok yenilik bulunmaktadır. Bu yeniliklerin bir tanesi de devletin kanun ihtiyacını karşılamak ve mahkemelerde uygulanmak üzere Medeni Kanun tedvin etme girişimleridir.

Yeni bir kanun metni düşüncesi ortaya çıktığı ilk günden itibaren çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmalara bazen metnin gerekliliğiyle alakalı olurken, bazen de keyfiyeti ile alakalı konulara üzerine yoğunlaşmıştır. Sonuç olarak yöneticiler İslam hukukunun kaynaklarından beslenerek, özellikle de Hanefi mezhebi esaslarına dayanan bir metin ortaya koyulması gerektiğine ikna edilmiş ve modern usuller ile yeni bir hukuk kitabı yazılmaya karar verilmiştir. Bu doğrultuda Ahmet Cevdet Paşa önderliğinde bir heyet *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* isminde bir metin tedvin etmiş ve Sadaraet Makamı'nın onayıyla yürürlüğe girmiştir.

Mecelle'nin tedviniyle beraber öncesinde gerçekleşen tartışmalar farklı konulara yönelerek devam etmiştir. Her ne kadar destekler nitelikte yorumlar yapan hukukçular olsa da, bazıları içerik açısından eleştirirken, bazıları ise şekil ve takip edilen üslup açısından eleştirilerini yöneltmiştir. İçerik olarak eleştirenlerin genellikle ortak olduğu nokta asrın ihtiyacına yönelik hükümlerin tercih edilmediği, *Mecelle*'nin güncellenmesini ve hükümlerin gözden geçirilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Celal Nuri ve Mustafa Asım gibi son dönem hukukçuları üstü tozlanmış kitaplardan elde edilecek hukuk kurallarıyla yeterli bir hukuk kodunun oluşturulamayacağını iddia ederek *Mecelle*'nin kaynaklarını sorgulamaktadır. Diğer bir hukukçu Seyyid Nesib ise mezhepler-arası bir yaklaşımı esas alarak Hanefi mezhebi hükümlerine istinaden hazırlamak yerine yeni içtihatlar yapmanın daha faydalı olacağını düşünmektedir. Böylece mezhep içerisinde tercih edilen bazı görüşleri bırakıp, dönemin ihtiyacına uygun olan ve

bazı hadislerle de desteklenen görüşleri tercih etmeyi tavsiye etmektedir. Ayrıca incelediğimiz hukukçuların yazılarına yansıyan diğer bir söylem ise; *Mecelle*'de kanunlaştırılan akitlerdeki şart kısıtlaması alanının genişletilmesine dairdir. İnsanların sözleşme hürriyetine sahip olduğunu ve kuracağı akitlere bağladıkları şartların asayiş bozan ve ahlaksızlığa götüren şartlar olmadığı müddetçe kabul edilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Bu söylemin Code Civil ile beraber gündeme gelmesi ve Avrupa'da üretilen kanunlara yansması, Osmanlı hukukçularının Avrupa'dan etkilenecek yazılarına yansıttığına bir işarettir.

Mecelle içerik olarak borçlar, eşya ve kişi hukuklarıyla alakalı meseleleri içermektedir. Borçlar hukuku ile ilgili kısımda da genellikle Hanefî fakihler tarafından teorileri ortaya koyulan akitler üzerinden muâmelat bahisleri ele alınmaktadır. Hanefî fikhının tartışmalı meselelerinden olan bey' bi'l-vefâ akdine ise *Mecelle*'nin muâmelat bahislerinin ele alındığı bu bölümde değinilmiştir. Mezhep içinde hakkında oldukça fazla görüş beyan edilmiş bey' bi'l-vefâ akdi hicri 5. Yüzyıldan sonra meydana çıkmıştır. Ortaya çıktığı ilk dönemde rehin akdi olarak kabul edilmiş ve bundan başka bir hukuki niteliğe sahip olmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. İlerleyen zamanlarda Kâdîhân gibi fakihler tarafından insanların ihtiyacına ve örf istinaden söz konusu akdi taraflar arasındaki vefâ şartına bağlayarak istihsanen caiz kabul etmiştir. Böylece bazı şartlar altında akdin sahih bir akit olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte Buhara bölgesinin bazı fakihleri, tarafların akdi inşa ederken borçlu tarafın borcu ödemeye muktedir olduğu vakit borcunu ödemesiyle akdi fesh edebileceği şartını koşmasından dolayı bu akdin fasit bir akit olacağını iddia etmişlerdir. Fakihlerden bazıları ise bey' bi'l-vefâ akdinin hukuki niteliğini *kavl-i câmi* ' olarak nitelemiş ve rehin, sahih ve fasit akitlerin hükümlerini barındıran mürekkep bir akit olarak tanımlamıştır. Tarafların her birinin akdi feshetme yetkileri olması bakımından fasit, müşterinin vefâen satın aldığı maldan yararlanabilmesi ve onun gelirinden istifade edebilmesi açısından sahih ve müşterinin malı başkasına satamaması, rehin verememesi, binayı kesmek ya da ağacı kesmek gibi kalıcı değişiklikler gerçekleştirmeye hakkı olmaması açısından ise rehin olarak kabul etmişlerdir.

Görüldüğü üzere fıkıh tarihi boyunca dinamikliğini devam ettiren bey‘ bi‘l-vefâ akdi tarihsel süreç içinde farklı şekilde yorumlanarak geliştirilmiştir.

Ortaya çıktığı ilk dönemden itibaren fakihlerin hakkında farklı görüşler beyan ettiği ve Bezzâzî’nin dokuz görüş belirttiği bu akit üzerine Hanefi fakihler tarafından bir ittifak oluşmamıştır. Söz konusu ihtilaf Osmanlı Devleti döneminde yaşayan fakihlerde de görülmüş ve kaleme aldıkları eserlere yansımıştır. Hatta şeyhülislamların fetvalarının toplandığı bir fetvâ mecmûası içerisinde bey‘ bi‘l-vefâ akdine dair üç farklı görüş belirtildiği gözlemlenmiştir. Ancak bu durum bazı araştırmacılar tarafından *kavl-i câmi* ‘in benimsendiği şeklinde yorumlanmıştır. 18. Yüzyıl müelliflerinden Âkifzâde söz konusu akitle ilgili Osmanlı ulemasının *kavl-i câmi* ‘i benimsediğini ve bu yönde fetva verdiklerini belirtmiştir.

Fıkıh tarihi boyunca fakihler arasında tartışılan bey‘ bi‘l-vefâ akdinin tartışmalı durumu, fıkıhtan hukuka geçiş döneminin önemli ürünü olan *Mecelle*’ye de yansımıştır. *Mecelle*’nin üçüncü maddesinde “Ukûd’da i‘tibâr makâsıd ve me‘âniyedir, elfâz ve mebâniye değildir.” maddesine göre ilgili akdin hukuki niteliği rehin hükmünde olduğu belirtilmiştir. Yüz on sekizinci maddede ise; “Bey‘ bi‘l-vefâ: Bir kimse, bir malı âhara semeni reddettikte geri vermek üzere, şu kadar kuruşa satmaktır ki, müşteri mebî‘ ile intifâ‘ eylemesine nazaran, bey‘i câiz hükmünde ve tarafeyn bunu feshe muktedir oldukları cihetle, bey‘i fâsid hükmünde ve müşteri mebî‘i âhara satamadığı cihetle rehin hükmündedir.” şeklinde belirtilerek *kavl-i câmi* ‘in benimsendiği ifade edilmiştir. Ayrıca üç yüz doksan sekizinci madde de ise; “Mebî‘ in menâfi‘inden bir mikdârı, müşteriye âid olmak üzere şart kılınsa, ol şarta riayet olunur. Meselâ, vefâen satılan bağın üzümü, bâyi‘ ile müşteri beyninde münâsafeten taksim olunmak üzere bi‘t-terâzî mukavele etseler, ol mukavele mûcebince amel olunmak lâzım gelir.” şeklinde belirtilerek, vefâen satılan malın menfaatinden bir miktarı müşteriye ait olmak üzere bir şart eklenirse, bu şarta riayet edilmesi gerektiği söylenmektedir. Dolayısıyla bu maddenin mefhûmu muhalifinden müşterinin şart zikredilmediği zaman istifade etmesinin caiz olmayacağı anlaşılmaktadır.

Zikredilen üç madde birlikte değerlendirildiği zaman her biri bey' bi'l-vefâ akdi ile alakalı farklı neticelere varan hükümler beyan etmektedir. Akitle ilgili birinci madde de akit zahiren farklı bir akde benziyor olsa da, aslında mana olarak rehin akdinden başka bir şey olmadığı ifade edilmiştir. İkinci madde de sahih, fasit ve rehin akitlerinden mürekkep bir akit olarak değerlendirilmiş ve bu maddenin devamında bu yönde hükümler beyan edilmiştir. Üçüncü madde de ise bey' bi'l-vefâ akdinin en önemli özelliklerinden olan müşterinin maldan istifade etmesi meselesi satıcının iznine bağlanmış, dolayısıyla tercih edildiği iddia edilen bir önceki madde ile bir çelişki arz etmektedir.

Osmanlı'nın son dönem hukukçularından Mehmed Said Bey *Mecelle*'de gözlemlenen bey' bi'l-vefâ akdi ile ilgili bu karmaşıklığa *Ahkâmu'l-bey' bi'l-vefâ* risalesinde işaret etmektedir. Risalenin ilk kısmında telif sebebi olarak akit hakkında bir karmaşanın olduğunu düşünerek kaleme aldığını belirtmektedir. Bu karmaşıklık gidermek adına klasik fıkıh kaynaklarından bazı eserlerden nakiller yaparak yüz on sekizinci madde de zikredilen ve *kavl-i câmi'* olarak nitelendirilen görüşün tercih edilmesi gerektiğini ifade eder. Bu akdi rehin olarak değerlendirenlere göre üçüncü maddenin manasına uygun bir örnek olduğu için bey' bi'l-vefâ akdi zikredilmiş, ancak burada hataya düşülmüştür. Ona göre, her ne kadar rehin olarak hüküm beyan eden fakihler olsa da dönemin ihtiyaçları göz önünde bulundurularak mürekkep bir akit olarak değerlendirmek daha uygundur. Ayrıca *Mecelle* heyeti başkanı Cevdet Paşa da tercih edilmesi gereken görüşün yüz on sekizinci madde olduğunu ifade etmiştir.

Mehmed Said Bey'in işaret ettiği ve tercih edilen görüş ile arasında çelişki bulunan diğer bir madde olan üç yüz doksan sekizinci madde de belirtilen müşterinin maldan faydalanması meselesidir. Bu akde göre asıl olan müşterinin vefâen satın aldığı maldan yararlanabilmesidir. Ancak satıcı tarafından müşterinin kullanmaması için bir şart ileri sürülmüş ise o şarta riayet etmek gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu madde de zikredilen şart, satıcı tarafından aksi yönde ileri sürülmüş bir şart olduğu takdirde geçerlidir. Eğer böyle bir şart zikredilmeksizin akit kurulmuşsa, zaten müşteri maldan istediği gibi istifade edebilecektir.

Sonuç olarak, Mehmed Said Bey Meşihat Dairesi'ne hitaben kaleme aldığı bu risalesinde *Mecelle*'deki bey' bi'l-vefâ akdine dair maddelerde görülen karışıklı açıklığa kavuşturmuş ve dönemin ihtiyaçlarına en uygun olacağını düşündüğü *kavl-i câmi*'i tercih etmiştir. Bu tercihini aynı görüşü paylaşan ve *kavl-i câmi*'den başkasının tercih edilemeyeceğini ifade eden Cevdet Paşa'nın risalesini de aynen naklederek desteklemiştir.



KAYNAKÇA

AKGÜNDÜZ, Ahmet:

Şeyhülislam Ebussuud Efendi

Fetvaları (Fetava-yı Ebussuud Efendi), İstanbul, Osmanlı

Araştırmaları Vakfı Yayınevi, 2018, s.375-379.

ALBAYRAK, Sadık:

Son Devir Osmanlı Uleması

(İlmiye Ricalinin Teracim-i Ahvali), İstanbul, İstanbul

Büyükşehir Belediyesi Kültü İşleri Daire Başkanlığı Yayınları, 1996, I-V.

el-AMASÎ, Abdurrahim b. İsmail b.

Mustafa Akif:

APAYDIN, H. Yunus:

Mecelletü'l mehâkim, Süleymaniye

Kütüphanesi, Kasidecizâde, no. 274.

“Hezl,” **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 1998.

İrade Beyanı,” **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 2000.

“Kefale,” **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 2002.

AYDIN, M. Akif:

“Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye,” **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 2003.

Osmanlı Devleti’nde Hukuk ve

Adalet, İstanbul, Klasik Yayınları, 2017.

Türk Hukuk Tarihi, 14.bs,

İstanbul, Beta Basım, 2017.

Osmanlı Aile Hukuku, 2.bs,

İstanbul, Klasik Yayınları, 2018.

AYDINLI, Osman:

“Semerkant,” **TDV İslâm**

Ansiklopedisi, 2009.

el-AYNÎ, Ebû Muhammed
Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed:
AYOUB, Samy:

el-BÂBERTÎ, Ekmelüddîn Ebû
Abdullah Cemaleddin er-Rûmî:
BAKTIR, Mustafa:

BEDİR, Mürteza:

**Fethinden Sâmânîler'in Yıkılışına
Kadar (93-389/711-999)**

Semer kant Tarihi, İstanbul, İSAM
Yayınları, 2011.

el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye, Dâru'l-
Kütübü'l-İlmiyye, 2000.

“The *Mecelle*, Sharia, and the
Ottoman State: Fashioning and
Refashioning of Islamic Law in the
Nineteenth and Twentieth
Centuries,” **Journal of the
Ottoman and Turkish Studies
Association**, 2015.

, el-İnâye şerhu'l-Hidâye, Dâru'l-
Fikr, y.y., t.y..

“İbn Melek,” **TDV İslam
Ansiklopedisi**, 1999.

“Fıkıh to Law: Secularization
through Curriculum,” **Islamic Law
and Society**, 2004.

Buhara Hukuk Okulu, İstanbul,
İSAM Yayınları, 2014.

“Fetva ve Değişim: Geleneksel
Fıkıh Yönteminde Büyük Kırılma”,
**Hanefilerde Mezhep Usûlü: Şerhu
Ukûdi Resmi'l-Müftî** içinde, İbn
Âbidin (telif), Şenol Saylan
(inceleme), İstanbul, Klasik
Yayınları, İstanbul, 2016.

“Kur'an ve Sünnet Söylemi, Fıkıh
Usûlü ve İçtihat: Modern Nasçılığın

BERKİ, Ali Himmet:

el-BEZZÂZÎ, Hâfızzuddin
Muhammed b. Muhammed b. Şihâb
b. Yusuf el-Hârezmî el-Kerderî:
BİLMEN, Ömer Nasuhi:

BUHÂRÎ:

CELAL NURÎ:

CEVDET PAŞA, Ahmet:

Doğuşuna İlişkin bir İzah
Denemesi”, **Modernleşme,
Protestanlaşma ve Selefileşme**, Ed.
Mürteza Bedir, Necmettin
Kızılkaya, Merve Özaykal, İstanbul,
İSAR Yayınları, 2019.

**Açıklamalı Mecelle-i Ahkâm-ı
Adliyye**, İstanbul, Hikmet
Yayınları, 1982.

el-Fetâvâ'l-Bezzâziye, Dâru'l-
Kütübü'l-İlmiyye, 2009.

**Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı
Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul,
Bilmen Yayınevi, t.y..

el-Câmiu's-sahîh, Beyrut, Dâru
Tavgatü'n-necât, 2002.

“Havaic-i Kanuniyyemiz: Lâ
yünkirü teğayyürü'l-ahkâm bi-
teğayyüri'l-izmân,” **İctihad**, 1911.

“Havâic-i Kanuniyyemiz: Mecelle
Meselesi,” **İctihad**, 1911.

**Kanuni İhtiyaçlarımız (Havaic-i
Kanuniyyemiz)**, Çev. Abdullah
Musab Şahin, İstanbul, On İki
Levha Yayıncılık, 2017.

Risâletü'l-Vefâ, thk. Huzeyfe
Çeker, İslam Hukuku Araştırmaları
Dergisi, C.12, 2008.

CİCİ, Recep:

“Osmanlı Klâsik Dönemi Fıkıh Kitapları,” **TALİD**, C.3, 2005, s. 219-224.

DAMAD EFENDİ, Abdurrahmân Şeyhîzade:

Mecmau’l-enhur fî şerhi mülteka’l-ebhur, y.y., Dâru İhyâu’t-türâsi’l-arabî, t.y..

DEMİRTAŞ, H. Necati:

Açıklamalı Osmanlı Fetvaları Fetâvâ-yı Ali Efendi (Çatalcalı Ali Efendi), İstanbul, Kubbealtı, 2014, s. 466-470.

DUYMAZ, Recep:

“Celâl Nuri İleri,” **TDV İslam Ansiklopedisi**, 1993.

EBÛ HANÎFE, Numân b. Sâbit:

Müsnedü Ebî Hanîfe Rivâyetü’l-Haskefi, Mısır, t.y..

EKİNCİ, Ekrem Buğra:

Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası) , İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2004.

FRYE, Richard N.:

Bukhara the Medieval Achivement, University of Oklahoma Press, 1965.

GAYRETLİ, Mehmet:

Tanzimat Sonrasında Cumhuriyete Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları, Marmara Üniversitesi SBE, 2008.

HACAK, Hasan:

“Mal,” **TDV İslam Ansiklopedisi**, 2003.

el-HAFÎF, Ali:

İslam Hukukuna Göre Hukuki İşlemler ve Hükümleri, çev.

HASANUZZAMAN, S.Mirza:

HAYDAR EFENDİ, Ali:

HEYET, Şeyh Nizam Burhanpurlu başkanlığında:

İBN ÂBİDİN, Muhammed Emin b. Amr b. Abdulaziz ed-Dimeşkî:

İBN HACER, Ahmed b. Ahmed b. Ali el-Heytemî:

İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâlüddîn Muhammed es-Sivâsî el-İskenderî:

İBN KUTLUBOĞA, Zeynüddîn Ebû'l-'adl Kâsım:

İBN NÜCEYM, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî:

İBN NÜCEYM, Sirâcüddîn:

İSMÂİL PAŞA, Bağdatlı:

Rahmi Yaran, Ankara, TDV

Yayınları, 2018.

The Economic Relevance of The Sharia Maxims, Jedda, Scientific Publishing Centre King Abdulaziz University, 2007.

Dürerü'l-hükkâm şerhu

Mecelletü'l-ahkâm, çev.Fehmî el-Hüseynî, Dâru'l-Âlemi'l-Kütüb, 2003.

Fetâvâ-yı hindiyye, y.y., 1984.

Reddü'l-muhtâr alâ Dürri'l-

muhtâr, Beyrut, Dâru'l-Fikr, 1992.

Tuhfetü'l-muhtâc fî şerhi'l-minhâc, Mısır, el-Mektebü't-ticâriyye'l-kübrâ, 1983.

Fethu'l-Kadîr, y.y., Dâru'l-Fikr, t.y..

Tâcü't-terâcim, Dâru'l-kalem, Dimeşk, 1992.

el-Eşbâh ve'n-nezâir, Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, 1999.

el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik, Daru'l-Kitâbi'l-İslamiyye, Beyrut, t.y..

en-Nehrü'l-fâik şerhu Kenzü'd-dekâik, Beyrut, Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, 2002.

Hediyyetü'l-Ârifîn, Maarif

Vekâleti Matbaası, İstanbul, 1951.

el-MERĞİNÂNÎ, Abdürrahim b. Ebî
Bekr b. Ali:
KÂDÎHAN, Ebû'l-Mehâsin
Fahrüddîn el-Özkendî el-Ferğânî:

KALLEK, Cengiz:

KARAMAN, Hayreddin:

el-KÂSÂNÎ, Ebû Bekir b. Mesud:

KAŞIKÇI, Osman:

KÂTİB ÇELEBÎ, Mustafa b.
Abdillâh:

KAYA, Süleyman:

KAYAPINAR, Hüseyin:

**Fusûlü'l-ahkâm li usûli'l-ahkâm
(Fusûlü'l-imâdiyye), y.y., t.y..
Fetâvâ Kâdîhân fi Mezhebi'l-
imami'l-'azam Ebî hanifete'n-
nu'mân, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye,
2009.**

**"Telcie," TDV İslâm
Ansiklopedisi, 2011.**

**"Akid," TDV İslâm
Ansiklopedisi, 1989.**

**Bedâiu's-sanai' fi tertibi's-şerai',
Daru'l-Kutubi'l-İlmiye, t.y., Beyrut,
1986.**

**İslam ve Osmanlı Hukukunda
Mecelle, İstanbul, Osmanlı
Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1997.**

**Keşfü'z-zunûn 'an esâmî'l-kütüb
ve'l-fünûn, Bağdad, Mektebetü'l-
müsennâ, 1941.**

XVIII. Yüzyıl Osmanlı

**Toplumunda Nazarî ve Tatbiki
Olarak Karz İşlemleri,**

Basılmamış Doktora Tezi, Marmara
Üniversitesi SBE, 2007.

**"Ahmed Cevdet Paşa'nın Risâletü'l-
Vefâ isimli Eseri," İslam Hukuku
Araştırmaları Dergisi, C. 12, 2008.**

**İslam Hukukunda beyu'l-vefâ ve
beyu'l-istiğlal, , Basılmamış
Yüksek Lisans Tezi, Marmara
Üniversitesi SBE, 1986.**

KÂZERÛNÎ:

, **İşaratü ba‘zı ehli’l-vefâ bi cem‘i**

ahkâmi beyi’l-vefâ, İstanbul

Müftülüğü Kütüphanesi, no. 967.

KIZILKAYA, Necmettin:

İslam Hukukunda Külli Kaideler,

3. bs, İstanbul, Litera Yayıncılık,

2018.

LEWIS, Bernard:

Modern Türkiye’nin Doğuşu, çev.

Metin Kıratlı, Ankara, Türk Tarih

Kurumu, 1993.

MARDİN, Ebû’l-ula:

Medeni Hukuk Cephesinden

Ahmet Cevdet Paşa, Ankara,

Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları,

1996.

MECELLE ENCÜMENİ:

“Mecelle Encümeni’nin Kitâbu’l-

büyû‘a Âid Tatkîkâtı,” **DFHFM**,

1922.

MECELLE ENCÜMENİ, “Mecelle

Encümeni’nin Kitâbu’l-büyû‘a Âid

Tatkîkâtı mâ ba‘d,” **DFHFM**, 1922.

MEHMED SAÎD:

Ahkâmu’l-bey‘ bi’l-vefâ, Beyazıd

Devlet Kütüphanesi, İstanbul,

yazma, t.y., No.8946.

MEHMED TÂHİR EFENDİ,
Bursalı:

Osmanlı Müellifleri, İstanbul,

Meral Yayınevi, t.y., I-III.

el-MERĞİNÂNÎ, Ebû’l-Hasen
Burhaneddîn:

el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti’l-

mübtedi’, Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-

‘Âlemî, Beyrut, t.y..

el-MEVİLÎ, Ebû'l-Fazl
Mecdüddîn b. Mevlûd:
el-MEYDÂNÎ, Abdülğani:

MOLLA HÜSREV, Muhammed b.
Feramuz:

MUSTAFA ASIM:

MÜSLİM:

en-NAHÎ, Salahüddin:

NESÂÎ:

en-NESEFÎ, Ebû Hafs Necmüddîn
Ömer b. Ahmed es-Semerkandî:

NEUMANN, Christoph K.:

NİŞANCIZÂDE MEHMED,
Muhyiddîn et-Tevkî'î er-Rûmî:

el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr,
Beyrut, Matbaatü'l-Halebî, 1937.
el-Lübâb fî şerhi'l-kitâb, İstanbul,
Âsitane Kitabevi, t.y..

Düreri'l-hükkâm fî şerh-i
Gureri'l-ahkâm, Dâru İhyâi
Kütübî'l-Arabiyye, y.y., t.y..

“Memleketin halâsı neye
mütevakkıftır?,” **İctihad,** 1911.

“Vaz'ı Kavâninde Nazar-ı Dikkate
Alınacak Esâsât ve Muhtacı
Olduğumuz Kavânin,” **İctihad,**
1911.

“Mecelle Meselesi,” **İctihad,** 1911.
el-Câmiu's-sahîh, Beyrut, Dâru
Tavkatü'n-necât, 2002.

“Suğdî,” **TDV İslâm**

Ansiklopedisi,2009.

Sünenü Nesâî, Halep, Mektebetü'l-
matbûati'l-İslâmiyye, 1986.

el-Fetâvâ Nesefiyye, t.y.,
Süleymaniye Kütüphanesi, Fatih,
no. 2345.

Araç Tarih, Amaç Tanzimat:
Târih-i Cevdet'in Siyasi Anlamı,
çev. Meltem Aruri, İstanbul, Tarih
Vakfı Yurt Yayınları, 2000.

Rümûzü nûri'l'ayn fî islâhi
câmiu'l-fusuleyn, King Saud
University Library, No. 3943.

ONAR, Sıddık Sami:

“Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification’u,” **İÜHFM**.

ÖZDEMİR, Recep:

İslam Hukukunda Aynî Teminat, Basılmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, 2016.

“Ayni Teminatlar Bağlamında Bey’bi’l-Vefânın Hukuki Durumu,”

İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2018.

ÖZEL, Ahmet:

Hanefî Fıkıh Alimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları, Ankara, TDV Yayınları, 2017.

ÖZEN, Şükrü:

“Mâtürîdî,” **TDV İslâm Ansiklopedisi**, 2003.

ÖZSUNAY, Ergun:

Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, İ.Ü. İktisat Fakültesi Yayınları, 1981.

ÖZTÜRK, Osman:

Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, 1973.

er-REMLÎ, Hayreddîn b. Ali el-Uleymî el-Fârukî:

el-Fetâvâ’l-hayriyye li nef’i’l-beriyye, Mısır, Matbaatu’l-Kübrâ’l-Veliyye, t.y..

er-RÜVEYFÎ, Ebû’l-Fazl

Lisânu’l-arab, Beyrut, Dâru Sadr, t.y..

Cemâlüddîn Ahmed el-Ensârî:

el-Muhîtu’l-Burhânî fi’l-fıkhi’n-nu’mânî, Beyrut, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2004.

es-SADRUŞŞEHÎD, Ebû Hafs

Hüsameddin Ömer bin Mâze:

SARITAŞ, Sümeyye:

“Hukûk-ı Aile Kararnâmesi’nden Yarım Asır Önce Mezhepler Arası Kanun Yapma Projesi: Cemiyet-i

es-SERAHSÎ, Muhammed b.
Ahmed b. Ebî Sehl Şemsüleimme:
SEYYÎD NESÎB:

SÜREYYA, Mehmed:

ŞAHİN, Abdullah Musab:

ŞEN, Ramazan:

ŞEYH BEDREDDİN, Mahmûd b.
İsrâîl Simavna Kadısıoğlu:
ŞİMŞİRGİL& EKİNCİ,
Ahmet&Ekrem Buğra:
et-TABERÂNÎ, Ebu'l-Kâsım:

THE EDITORS OF
ENCYLOPAEDIA BRITANNICA
et-TRABLUSÎ, Şemsüddîn Ebû
Abdullah el-Mağribî:

YELEK, Kamil:

Fıkhiyye”, **Modernleşme,
Protestanlaşma ve Selefileşme**, Ed.
Mürteza Bedir, Necmettin
Kızılkaya, Merve Özaykal, İstanbul,
İSAR Yayınları, 2019.

el-Mebsût, Beyrut, Dâru'l-Ma'rife,
1993.

“Mecelle'nin Islâhına Doğru,”
DFHFM, 1332/1914.

Sicill-i Osmanî, İstanbul, Tarih
Vakfı Yurt Yayınları, 1996, I-VI.

**Mecelle'de Vefâen Satış
Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha
Yayıncılık, 2019.

“Buhara,” **TDV İslam
Ansiklopedisi**, 1992.

Câmiu'l-fusûleyn, y.y., el-
Matbaatü'l-Kübra (Bulak), 1882.

Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle,
KTB Yayınları, İstanbul, 2008.

el-Mu'cemu'l-evsat, Kahire,
Dâru'l-Harameyn, t.y..

TİRMİZÎ, Sünenü Tirmizî, Beyrut,
Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, 1998.

“Napoleonic Code,” **Encyclopaedia
Britannica**, January 19, 2018.

**Mevâhibu'l-celîl fî şerhi
Muhtasari'l-Halîl**, Dâru'l-Fikr,
1992.

**İslam Hukukunda Vaadin
Bağlayıcılığı ve İslam Finans**

YILDIZ, Talha:

YURDAKUL, İlhami:

ez-ZEBÎDÎ, Ebü'l-Feyz Muhammed
el-Murtazâ:

ZERKA, Ahmed eş-Şeyh
Muhammed:

Uygulamalarına Yansımaları,
Basılmamış Yüksek Lisans Tezi,
İstanbul Üniversitesi SBE, 2014.
“Bir Finansman Yöntemi Olarak
Kullanılan Bey’ Bi’l-Vefânın İslam
Hukuku Açısından
Değerlendirilmesi,” **İslam Hukuku
Araştırmaları Dergisi**, C.27, 2016.
Kanunlaştırma Hareketlerini
Tetikleyen Sebepler Açısından
Mecelle ile Code Civil’in
Mukayesesi, **Uluslararası Mecelle
Sempozyumu**, 25-27 Ekim 2017
Tebliğleri, Ankara, 2017.
“Mekteb-i Nüvvâb,” **TDV İslam
Ansiklopedisi**, 2016.
**Ukûdü’l-cevâhiri’l-münîfe fî
edilleti mezhebi’l-İmâm Ebî
Hanîfe**, y.y., Matbatu’l-Vataniyye,
1875.
Şerhu’l-kavâidi’l-fıkhiyye,
Dimeşk, Dâru’l-Kalem, 1989.
Meşihat Arşivi, Yer: 246-6-1, Belge
Tarihi: 1309.