

# TÜRK HUKUK TARİHİ

YRD. DOK. DR. ABDELHALİ DEMİR



TÜRK HUKUK TARİHİ

Yrd. Doç. Dr.

Abdullah Demir



TÜRK  
HUKUK  
TARİHİ

YRD. DOÇ. DR.  
ABDULLAH DEMİR



## TÜRK HUKUK TARİHİ

Copyright © Yitik Hazine Yayınları, 2011

*Bu eserin tüm yayın hakları Işık Yayıncılık Tic. A.Ş.'ye aittir.  
Eserde yer alan metin ve resimlerin Işık Yayıncılık Tic. A.Ş.'nin önceden  
yazılı izni olmaksızın, elektronik, mekanik, fotokopi ya da herhangi bir kayıt  
sistemi ile çoğaltılması, yayımlanması ve depolanması yasaktır.*

Editör  
Yrd. Dr. Muhittin KÜÇÜK

Görsel Yönetmen  
Engin ÇİFTÇİ

Kapak  
İhsan DEMİRHAN

Sayfa Düzeni  
Ahmet KAHRAMANOĞLU

Son Okuma  
Ahmet ÖZDEMİR

ISBN  
978-9944-766-33-3

Yayın Numarası  
51

Basım Yeri ve Yılı  
Çağlayan A. Ş.  
TS EN ISO 9001:2000  
Ser No: 300-01  
Sarıncı Yolu Üzeri No: 7 Gaziemir / İZMİR  
Tel: (0232) 252 22 85  
Ocak 2011

Genel Dağıtım  
Gökkuşuğu Pazarlama ve Dağıtım  
Merkez Mah. Soğuksu Cad. No: 31 Tek-Er İş Merkezi  
Mahmutbey / İSTANBUL  
Tel: (0212) 410 50 60 Faks: (0212) 445 84 64

Yitik Hazine Yayınları  
Bulgurlu Mahallesi Bağcılar Caddesi No:1  
34696 Üsküdar / İSTANBUL  
Tel: (0216) 522 11 44 Fax: (0216) 522 11 78

www.hazineyayinlari.com  
hazine@hazineyayinlari.com

# İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	21
------------	----

## BİRİNCİ BÖLÜM

### İSLAMİYET ÖNCESİ TÜRK HUKUKU

I. KAYNAKLAR.....	23
II. DEVLETİN YAPISI VE İŞLEYİŞİ.....	24
Hakan.....	24
Kurultay.....	25
Töre.....	25
III. CEZALAR.....	25
IV. AİLE HUKUKU.....	26
Evlenme.....	26
Kalın.....	26
Levirat.....	27
Boşanma.....	27
Evlat Edinme.....	27
V. MİRAS HUKUKU.....	28
VI. BORÇLAR HUKUKU.....	28

## İKİNCİ BÖLÜM

### İSLAM HUKUKU

I. İSLAM HUKUKUNUN KAYNAKLARI.....	29
Aslı Kaynaklar.....	29
Kitap (Kur'ân).....	29
Sünnet.....	31
İcma.....	32
Kıyas.....	33
Tâlî Kaynaklar.....	35
İstihsan.....	35

Maslahat-ı Mürsele (İstislah-Mesalih).....	36
İstishab.....	37
Örf ve Âdetler .....	38
Önceki Şariatler (Şerairü Men Kablena) .....	39
Sahabe Fetvası .....	40
Küllî Kaideler.....	40
II. İSLAM HUKUKUNUN ÖZELLİKLERİ.....	41
Dini Kaynaklı Bir Hukuk Sistemi Olması.....	41
Dinî ve Hukukî Müeyyidelere Sahip Olması .....	42
Müçtehid Hukukçular Tarafından Oluşturulması .....	42
Kazuistik Metotla Kurulması ve Gelişmesi .....	42
III. İSLAM HUKUKUNUN TARİHİ DEVİRLERİ .....	43
Hz. Muhammed (s.a.s) Devri .....	43
Sahabe (r.a) Devri.....	44
Tabiîn ve Tebe-i Tabiîn Devri.....	45
Müçtehid Hukukçular ve Mezhepler Devri .....	47
Hanefî Mezhebi ve Ebu Hanife .....	48
Malikî Mezhebi ve İmam Malik .....	50
Şafii Mezhebi ve İmam Şafii .....	50
Hanbelî Mezhebi ve Ahmed b. Hanbel .....	52
Taklit Devri.....	52
Kanunlaştırma Devri .....	54

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM  
ANAYASA VE İDARE HUKUKU

I. İSLAM HUKUKUNDA DEVLET.....	55
Devletin Yapısı ve Özellikleri .....	55
Devletin Unsurları .....	56
İslam Devlet Teşkilatı .....	57
Halife.....	57
Halifenin Seçilmesi .....	57
Seçim (Biat) Usûlü .....	58
Veliahdlık Usûlü .....	58
Şûra Usûlü .....	59
İsti'la Usûlü .....	59
Halifede Bulunması Gereken Özellikler .....	59
Müslüman Olması .....	59

Erkek Olması.....	60
Adaletli Olması.....	60
Kifayet.....	60
Vücut selameti.....	60
Ehliyet.....	60
İlim Sahibi Olması.....	60
Kureyş Kabilesinden Olması.....	61
Halifenin Görevleri.....	61
Halifenin Yetkileri.....	61
İtaat.....	61
Maaş Alma.....	62
Memurlar Tayin Etme.....	62
Halifenin Görevinin Sona Ermesi.....	62
Ölüm ve Fefagat.....	62
Halifenin Azledilmesini Gerektiren Sebepler.....	62
Akıl Hastalığı.....	62
Bedenî Noksanlıklar.....	63
İrtidat.....	63
Esir Düşmesi.....	63
Adaletten Ayrılması (Fısk).....	63
Halifenin Yardımcıları.....	63
Vezirler.....	63
Emirlik.....	64
Memurlar.....	64
Divanlar.....	64
II- OSMANLI HUKUKUNDA DEVLET.....	64
Padişah.....	64
Seçilmesi.....	65
Veraset Usûlü.....	65
Kardeş Katli ve Ekberiyet Usûlü.....	65
Padişahın Yetkileri.....	67
Yasama Alanında.....	67
Yürütme Alanında.....	67
Yargı Alanında.....	68
Divan-ı Hümayun.....	68
Üyeleri.....	69



Veziriazam (Sadriazam-Başbakan) .....	69
Kubbealtı Vezirleri.....	70
Kazasker .....	71
Defterdar.....	72
Nişancı .....	73
Rumeli Beylerbeyi.....	73
Kaptan-ı Derya .....	74
Yeniçeri Ağası.....	74

#### DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

##### OSMANLI HUKUKUNDA REAYA (VATANDAŞ)

I. ASKERÎ VE REAYA .....	75
II. MÜSLÜMANLAR VE GAYRİMÜSLİMLER.....	77
Müslümanlar.....	77
Zimmîler .....	77
Can ve Mal Özgürlüğü .....	78
Din ve Vicdan Özgürlüğü .....	78
Hukukî Durumları .....	79
Millet Sistemi .....	80
Müste'menler.....	81

#### BEŞİNCİ BÖLÜM

##### CEZA HUKUKU

I. GİRİŞ.....	83
II. GENEL HÜKÜMLER .....	83
Suç .....	83
Tarifi .....	83
Çeşitleri.....	84
Allah Hakkını İhlal Eden Suçlar ve	
Kul Hakkını İhlal Eden Suçlar .....	84
Had-Kıyas-Ta'zir Suçları .....	84
Unsurları .....	85
Kanunîlik Unsuru .....	85
Kıyas Yasağı .....	85
Ceza Hukukunun Şahıs Bakımından Uygulanması .....	85
Ceza Hukukunun Yer Bakımından Uygulanması .....	86
Ceza Hukukunun Zaman Bakımından Uygulanması .....	86

Maddî Unsur .....	86
Teşebbüs .....	87
İştirak .....	87
Hukuka Aykırılık .....	88
Meşru Müdafaa .....	88
Hakkın Kullanılması .....	88
Görevin Yerine Yerine Getirilmesi.....	88
Zaruret Hâli.....	88
Mağdurun Rızası.....	88
Manevi Unsur .....	89
Ceza Ehliyeti .....	89
İkrah .....	89
Akıl Hastalığı .....	90
Sarhoşluk .....	90
Yaş Küçüklüğü .....	90
Kusur.....	90
Ceza .....	91
Tarifi ve Özellikleri .....	91
Çeşitleri.....	92
Bedenî Cezalar .....	92
İdam .....	92
Organın Kesilmesi.....	93
Celde (Dayak) .....	93
Malî Cezalar .....	93
Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar .....	94
Hapis .....	94
Sürgün .....	94
Zincire Vurma .....	94
Kürek .....	95
Münasebetleri Kesme .....	95
Bedelî Cezalar .....	95
Tamamlayıcı Cezalar .....	95
Kefaret .....	95
Mirastan Mahrum Bırakma .....	96
Şahitliğin Kabul Edilmemesi .....	96
Manevî Cezalar.....	96

Tevbih .....	96
Teşhir .....	96
Cezaların İctimai .....	96
Cezaların İnfazı .....	97
Cezayı Düşüren Sebepler .....	97
Suçlunun Ölümü .....	97
Faal Nedamet .....	97
Af .....	97
Sulh .....	98
Kıyas Hakkı Sahibine Mirasçı Olmak.....	98
Zamanaşımı (Müruruzaman) .....	98
III. CEZA HUKUKUNA AİT ÖZEL HÜKÜMLER .....	98
Had Suçları .....	98
Zina Suçu (Hadd-i Zina).....	98
Zina İftirası (Hadd-i Kazf) .....	99
Şarap İçme ve Sarhoşluk .....	100
Hırsızlık .....	100
Yol Kesme (Hırabe) .....	101
İsyan (Bağy) .....	101
İrtidad .....	102
Kıyas Suçları (Cinayetler).....	102
Adam Öldürme .....	103
Kasten Adam Öldürme (Âmden-Tammüden Katl).....	103
Kasta Benzer Adam Öldürme (Şibh-i Âmd ile Katl).....	103
Hata ile Adam Öldürme (Hataen Katl) .....	104
Hata Benzeri İle Adam Öldürme .....	104
Sebeplere İle Adam Öldürme (Tesebbüben Katl) .....	104
Müessir Fiil .....	105
Âkile .....	105
Kasame.....	106
Ta'zir Suçları.....	106
Had Kıyas ve Ta'zir Suçları.....	107
Aralarındaki Farklar .....	107

ALTINCI BÖLÜM  
YARGILAMA HUKUKU

I. ADLİYE TEŞKİLATI.....	109
Şer'îye Mahkemeleri.....	109
Divan-ı Hümayun.....	110
Cuma Divanı.....	110
II. MAHKEME GÖREVLİLERİ .....	111
Kadı .....	111
Kadı Yardımcıları .....	111
Naib .....	112
Muhzır.....	112
Subaşı .....	112
Asesbaşı .....	113
Çavuş.....	114
Tercümanlar .....	115
Müşavirler .....	115
Mübaşirler.....	116
Kâtipler .....	116
Kassamlar.....	117
III. MAHKEMELERİN YETKİ VE GÖREVİ.....	117
Yetki .....	117
Görev.....	118
IV. DAVA .....	118
Taraflar .....	119
Dava Konusu .....	119
İrade Beyanı.....	120
Yargı Mercii.....	120
V. DELİLLER.....	121
Şahitlik .....	122
Şahitliği Kabul Edilmeyen Kimseler .....	123
İkrar .....	124
Karine .....	125
Yazılı Belge .....	127
Keşif.....	128
Bilirkişi (Ehlivukuf) .....	129
Yemin .....	130

VI. YARGILAMA VE KARAR (HÜKÜM).....	130
VII. KANUN YOLLARI.....	134

YEDİNCİ BÖLÜM  
KİŞİLER HUKUKU

I. GERÇEK KİŞİLER.....	137
Kişiliğin Başlangıcı.....	137
Kişiliğin Sona Ermesi.....	137
Gerçek Ölüm.....	137
Hükmen (Takdiren) Ölüm.....	138
Ehliyet.....	139
Vücub Ehliyeti.....	139
Eda Ehliyeti.....	139
Ehliyet Açısından İnsan Hayatının Devreleri.....	140
Cenin Devresi.....	140
Çocukluk Devresi.....	140
Temyiz Devresi.....	140
Büluğ Devresi.....	141
Rüşd Devresi.....	141
Ehliyet Arızaları.....	142
Semavi Arızalar.....	142
Akıl Hastalığı (Cünun).....	142
Bunama (Ateh).....	142
Uyku ve Bayılma.....	143
Kölelik.....	143
Ölüm Hastalığı (Maraz-ı Mevt).....	143
Mükteseb Arızalar.....	144
Sefihlik.....	144
Sarhoşluk.....	144
Borçluluk ve İflas.....	144
Hukuki Temsil (Velayet ve Vesayet).....	145
II. TÜZEL KİŞİLER.....	145
Devlet.....	146
Beytülmal.....	146
Vakıf.....	147
Tarifi ve Mahiyeti.....	147
Unsurları.....	148

Vakfeden (Vâkif) .....	148
İrade Beyanı .....	148
Vakfedilen Mal (Mevkûf) .....	149
Vakıftan Yararlananlar (Mevkûfun aleyh).....	150
İdaresi.....	150
Vakıf Mallarının Değiştirilmesi (Vakfın İstibdali) .....	151
Vakıf Mallarının Kiraya Verilmesi.....	151
Vakıf Çeşitleri .....	152
Sahih Vakıf-Gayrisahih Vakıf.....	152
Hayrî Vakıf-Zürrî Vakıf (Aile Vakfı) .....	153
Mazbut Vakıf-Mülhak Vakıf-Müstesna Vakıf .....	153
İcare-i Vâhideli Vakıf-İcareteynli Vakıf-Mukataalı Vakıf.....	154
GEDİK VE GİRDAR .....	156

## SEKİZİNCİ BÖLÜM

### AİLE HUKUKU

I. EVLENME.....	159
Evlenmenin Tanımı .....	159
Nişanlanma .....	159
Evlenmenin Şartları .....	160
Evliliğin Rükünleri (Unsurları).....	160
Evliliğin İn'ikad Şartları .....	161
Ehliyet .....	161
Meclis Birliği .....	161
Evlenme Engelinin Olmaması .....	161
Akrabalık.....	161
Süt Kardeşliği.....	162
Din Ayrılığı .....	163
Başkaları ile Evli Olma .....	163
Beşinci Kadın .....	163
Üçlü Boşama.....	163
Sıhrî Civar Hısımlığı .....	163
İrade Beyanının Şartsız Olması.....	163
Evliliğin Sıhhat Şartları .....	164
Şahitler .....	164
Bazı Evlenme Engellerinin Bulunmaması .....	164
Evlenmenin İkraha İle Yapılmaması .....	164

Nefaz Şartları .....	165
Lüzum Şartları.....	165
Evliliğin Çeşitleri .....	165
Bâtıl Evlilik .....	166
Fâsid Evlilik .....	166
Nâfiz Evlilik .....	166
Gayri Nâfiz veya Mevkuf Evlilik .....	166
Lâzım Evlilik .....	167
Gayri Lâzım Evlilik.....	167
Osmanlı Devleti'nde Evlilik Sözleşmesinin Yapılışı .....	167
Evliliğin Sonuçları.....	169
Mehir.....	169
Nafaka .....	170
Evlilik Nafakası.....	170
Füru Nafakası .....	170
Usûl Nafakası.....	171
Akrabalık Nafakası .....	171
Neseb .....	171
Sahih Evlilik, Fasid Evlilik veya	
Evlilik Şüphesi ile Birliktelikte Nesebin Sübûtu.....	171
İkrar (Tanıma).....	172
Beyyine .....	172
Evliliğin Sona Ermesi .....	172
Ölüm .....	172
Talak .....	172
Talakın Şartları .....	173
Talak Sırasında Kullanılan Sözler.....	173
Talak Şarta Bağlamak.....	173
Talak Çeşitleri .....	174
Ric'i Talak.....	174
Bain Talak.....	174
Muhalaa (Anlaşarak Boşanma).....	175
Tefrik (Mahkeme Kararı İle Boşanma) .....	175
Kusur ve Hastalık .....	175
Nafakanın Temin Edilmemesi.....	176
Gaiblik.....	176

Geçimsizlik ve Aile Meclisi .....	177
Evliliğin Fesih Yoluyla Sona Ermesi .....	177
Evliliğin Sona Ermesinin Hükümleri .....	177
İddet.....	177
Çocukların Bakımı ve Terbiyesi (Hidane).....	178

## DOKUZUNCU BÖLÜM

### MİRAS HUKUKU

I. ŞER'İ MİRAS HUKUKUNUN ÖZELLİKLERİ .....	179
II. MİRASIN ŞARTLARI.....	180
Murisin Ölümü .....	180
Varisin Hayatta Olması.....	181
Miras Engelinin Bulunmaması .....	181
Kölelik .....	181
Murisi Öldürme .....	181
Din Farklılığı.....	182
Ülke Farklılığı .....	182
III. TEREKENİN TAKSİMİ .....	182
Mirasçılar- Eshab-ı Feraiz.....	182
Baba .....	182
Dede (Cedd-i sahih).....	182
Anne bir kardeş.....	183
Koca .....	183
Karı.....	183
Kız .....	183
Oğlun kızı .....	183
Anne Baba Bir Kız Kardeş.....	184
Baba Bir Kız Kardeş.....	184
Anne.....	185
Nine (Cedde-i Sahiha).....	185
Asabe.....	185
Bizzat Asabe Olanlar (Asabe bi nefsihi).....	185
Başkalarından Dolayı Asabe Olanlar (Asabe bigayrihi) .....	186
Başka Bir Kadından Dolayı Asabe Olanlar (Asabe maa gayrihi) ....	186
Zevi'l-Erham .....	187
Mirastan Mahrumiyet (Hacb).....	187
Karşılıklı Rıza ile Terekeden Çıkma (Sulh ve Teharüc) .....	188



Reddiye ve Avliye .....	188
Münâsaha .....	188
IV. VASIYET .....	188
Vasiyetin Şartları.....	188
Vasiyetin Sıhhat Şartları .....	188
Vasiyetin Şekil Şartları.....	189
Vasiyetin Nefaz Şartları.....	189
Vasiyetin Uygulanması.....	189

## ONUNCU BÖLÜM

### EŞYA HUKUKU

I. EŞYA VE MAL KAVRAMI.....	191
II. MAL ÇEŞİTLERİ .....	192
Mütekavvim Mal - Gayrimütekavvim Mal.....	192
Mislî Mal-Kıyemî Mal.....	192
Menkul Mal-Gayrimenkul Mal.....	192
III. MÜLKİYET HAKKI .....	193
Mülkiyetin Çeşitleri .....	193
Ayn Mülkiyeti-Menfaat Mülkiyeti-Deyn Mülkiyeti.....	193
Tam Mülkiyet-Eksik Mülkiyet.....	194
Müstakil Mülkiyet-Müşterek Mülkiyet.....	194
Mülkiyetin Kazanılması (İktisabı).....	195
Aslen İktisap.....	195
İhraz .....	195
Lukata .....	195
Define (Rikaz) .....	196
Maden Mülkiyeti .....	196
Hukuki Tağyir .....	196
Karıştırma ve Birleşme (Halt ve İhtilat) .....	196
Devren İktisap.....	197
Akitler.....	197
Halefiyet.....	197
Zamanaşımı (Müruruzaman) .....	197
Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması.....	198
Genel Sınırlandırmalar .....	198
Şuf'a Hakkı .....	198

Komşuluk Hukuku (Muamele-i Civariye) .....	199
IV. HAKLAR .....	199
Sınırlı Ayni Haklar .....	200
İrtifak Hakları .....	200
İrtifak Haklarının Kurulması .....	200
İrtifak Hakkının Çeşitleri .....	200
Kaynak İrtifakı (Hakk-ı Şirb) .....	200
Su Akıtma Hakkı (Hakk-ı Mecra ve Hakk-ı Mesil) .....	201
Geçiş Hakkı (Hakk-ı Mürur) .....	201
Üst Hakkı ve Kat İrtifakı (Hakk-ı Teâli) .....	201
İntifa Hakkı .....	202
Fer'i Ayni Haklar (Teminat Hukuku) .....	202
Rehin .....	202
Rehnin Şartları .....	202
Rehnin Hükümleri .....	202
Rehin Sona Ermesi .....	203
Vefaen Satım ve İstiğlalen Satım (Bey' bi'l-vefa-Bey' bi'l-istiğlal) .....	203
Hapis Hakkı .....	204
V. ZİLYEDLİK .....	204
Zilyedliğin Korunması .....	204
Zilyedlik Davası .....	205
VI. TAPU SİCİLİ .....	205

## ON BİRİNCİ BÖLÜM

### ARAZİ HUKUKU

I. ARAZİ TÜRLERİ .....	207
Öşri Arazi .....	207
Haracî Arazi .....	207
Mirî Arazi .....	208
Mevat Arazi .....	208
Vakıf Arazisi .....	209
II. MİRİ ARAZİNİN ÖZELLİKLERİ .....	209
Miri Arazinin Doğuşu ve Gelişmesi .....	209
Miri Arazinin Çeşitleri .....	210
Mirî Arazinin İntikali .....	210
Mirî Arazi Üzerindeki Tasarruflar .....	211
Mezraa .....	212

Bağlar ve Bahçeler.....	212
III. MÜLK TOPRAKLAR.....	213
IV. ARAZİ TAHRİRİ.....	214

ON İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLAR HUKUKU VE TİCARET HUKUKU

I. BERCUN ÇEŞİTLERİ.....	215
Kazaî Borç-Dini Borç.....	215
Mutlak Borç-Şarta Bağlı Borç.....	215
Muaccel Borç-Müeccel Borç.....	216
Basit Borç-Müşterek Borç.....	216
II. BERCUN KAYNAKLARI.....	216
Akidler.....	216
Akdin Rükünleri (Urusları).....	217
Akdin İn'ikad Şartları.....	217
İrade Beyanı.....	217
Ehliyet.....	217
Meclis Birliği.....	217
Akdin Konusu İle İlgili İn'ikad Şartları.....	218
Akdin Sıhhat Şartları.....	218
Akdin Nefaz Şartları.....	218
Akdin Lüzum Şartları.....	219
Haksız Fiiller.....	219
Gasp.....	219
Tarifi.....	219
Gasbın Hükümleri.....	219
İtlaf.....	220
İtlafın Çeşitleri.....	220
İtlafın Ursuları.....	221
Fiil.....	221
Zarar.....	221
Teaddi.....	221
İllyet Bağlı.....	221
Kusur.....	221
İtlafın Hükümleri.....	222
Hayvanların Verdiği Zarar.....	222
Eşyanın Sebep Olduğu İtlaf.....	222

Başkasının İtlafından Dolayı Sorumluluk.....	222
Sebepsiz Zenginleşme (Haksız İktisap) .....	223
III. BORCUN SONA ERMESİ .....	223
İfa.....	223
Tecdid.....	224
Takas .....	224
İbra.....	224
Akdin Feshi ve İkale .....	224
Zamanaşımı (Müruruzaman) .....	225
Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi.....	225
IV. AKİDLER .....	225
Satım .....	225
Satım Akdinin Rükünleri (UNSURLARI).....	225
Taraflar ve İrade Beyanları.....	225
Mebi.....	225
Semen .....	226
Satım Akdinin Çeşitleri .....	226
Mukayada (Trampa) .....	226
Selem .....	226
Vadeli ve Taksitli Satış.....	226
Satım Akdinin Hükümleri .....	226
Bağışlama (Hibe).....	227
Kira (İcare).....	228
Tarifi .....	228
Kira Akdinin Hükümleri.....	228
Kira Akdinin Sona Ermesi .....	229
Karz.....	229
Vedia .....	230
Ariyet.....	230
Kefalet .....	231
Vekâlet .....	232
İstisna.....	233
V. TİCARET HUKUKU (ŞİRKETLER) .....	233
Şirket Akdi .....	233
Şirket Çeşitleri .....	234
Müfavada Şirketi .....	234

İnan Şirketi.....	234
Amâl Şirketi.....	234
Vücut Şirketi (Kredi Şirketi).....	235
Mudarebe Şirketi .....	235

### ON ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### TANZİMAT DÖNEMİNDE HUKUKİ GELİŞMELER

I. TANZİMAT DÖNEMİ KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ.....	237
Kanunlaştırma Faaliyetleri .....	238
Modern Kanunlaştırma Faaliyetleri .....	238
Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma .....	238
Tanzimat Öncesi Dönem.....	238
Tanzimat Dönemi.....	239
Kanunname Geleneğinin Devamı Niteliğindeki Tedvinler.....	240
Rebiülevvel 1256 (3 Mayıs 1840) tarihli Ceza Kanunu.....	240
15 Ramazan 1267 (14 Temmuz 1851) tarihli Kanun-u Cedid .....	240
1274 Tarihli Kanunname-i Arazi.....	241
Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye.....	241
Avrupa Kanunlarının Tercümesi: İktibas.....	242
18 Ramazan 1266 tarihli Kanunname-i Ticaret.....	242
6 Rebiulevvel 1280 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi .....	242
28 Zilhicce 1274 (9 Ağustos 1858) Tarihli	
Ceza Kanunname-i Hümayunu.....	242
2 Recep 1297 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu.....	243
5 Recep 1296 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu.....	243
II. MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE.....	243
Genel Olarak.....	243
Mecelle'nin Hazırlanma Sebepleri.....	243
Mecelle'nin Hazırlanışı .....	245
Mecelle'nin Sistemi.....	245
Kaynakça.....	249

## ÖNSÖZ

Türk hukuk tarihi, Hukuk Fakültelerinde okutulan ana derslerden birisidir. Ülkemizde bu dersin önemi ve hukuk eğitimine katkısı giderek daha iyi anlaşılmaktadır. Batılı ülkelerde ise hukuk tarihine daha fazla önem verilmektedir. Ülkemizde son 25-30 yılda hukuk tarihi ile ilgili çalışmalarda, sayı ve nitelik olarak ciddi artış görülmektedir. Üniversitelerde yüksek lisans ve doktora çalışmaları yapılmakta, Türk hukuk tarihi ders kitapları kaleme alınmaktadır.

Türk hukuk tarihi, İslam öncesi ve sonrası dönemler olarak iki grupta incelenmektedir. İslam öncesi döneme ilişkin kaynakların azlığı sebebiyle, ağırlıklı olarak İslamiyet sonrası üzerinde durulmaktadır. İslamiyet sonrası dönem içerisinde de Osmanlı dönemi esas alınmaktadır. Diğer Türk devletlerinin hukuk tarihlerini ele alan eserler de kaleme alınmalıdır.

Hâli hazırda yazılmış değerli Türk hukuk tarihi kitapları olmakla birlikte, öğrencilerin daha kolay anlayabileceği bir kitaba ihtiyaç vardı. Mevcut hukuk tarihi kitapları, konuları ayrıntılarıyla ele almakta ve sayfa sayısı olarak öğrencilerin gözünü korkutmaktadır. İnsan zihni basitten mürekkebe doğru öğrenmeyi daha kolay gerçekleştirebildiği için, Türk hukuk tarihinde de muhtasar kitapların bulunması faydalı olacaktır. Bu sebeple bol dipnotlu, fazla sayfalı, çok ayrıntılı bir kitap yerine, sayfa sayısı daha az, kolay anlaşılabilir ve daha sade bir kitap olması için uğraştım. Buna rağmen hukuk tarihi konularının çok olması sebebiyle kitab nispeten kapsamlı oldu.

Dipnotların çok olması da okumayı zorlaştırmakta, okuyucuyu yormaktadır. Bu sebeple mümkün mertebe az dipnot kullanıldı ve faydalanılan kaynaklar kaynakça bölümünde gösterildi. Kitapta atif yapılmış olmasa da Halil Cin-Ahmet Akgündüz, Ekrem Buğra Ekinci, M. Akif Aydın, Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu-Gülnihal Bozkurt, Osman

Kaşıkçı, Mustafa Avcı, Mehmet Akman, Fethi Gedikli ve H. Tahsin Fendoğlu gibi hukuk tarihçilerinin kitapları temel kaynak olarak kullanıldı. Ayrıca Osmanlı Tarihi ve İslam Hukuku ile ilgili kitap ve makalelerden de faydalanıldı.

Bu çalışma her ne kadar bir ders kitabı da olsa konuları itibariyle daha geniş bir kesime hitap etmektedir. Osmanlı Tarihi ve İslam Hukuku ile ilgilenen herkes bu kitaptan faydalanabilir. Sade bir dille yazıldığı ve titiz bir editörlük çalışması yapıldığı için akademisyen olmayanlar da rahatlıkla okuyup anlayabilir.

Kitabın yayına hazırlanmasında editör olarak büyük emeği geçen Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi değerli akademisyen dostum Yrd. Doç. Dr. Muharrem Yıldız'a ve tüm yayınevi çalışanlarına en içten teşekkürlerimi sunarım. Faydalı olması dileğiyle...

Merzifon 2010

## BİRİNCİ BÖLÜM

# İSLAMİYET ÖNCESİ TÜRK HUKUKU

### I. KAYNAKLAR

İslamiyet öncesi Türk hukuku hakkında çeşitli kaynaklardan bilgi sahibi olunmaktadır. Bunlar, kitabeler, vesikalar, örf-âdetler, edebî-tarihî-ilmî eserler, kanunnameler ve komşu ülkelere ait kaynaklardır. M.S. 730-734 yılları arasında dikilen Orhun Kitabeleri ve Yenisey Kitabeleri arkeolojik kaynakların en önemlileridir.<sup>1</sup> Arkeolojik kazılarda bulunan tarihi vesikalarda, hukukla ilgili önemli bilgiler yer almaktadır. Eski Türklere ait örf-âdetler de hukukun kaynakları arasındadır. Örf-âdetlerden hukukla ilgili olanlarına *yusun* adı verilmektedir. Bu örf-âdetlerin derlenmesi ile oluşturulan kanunnameler de önemli hukuk kaynaklarıdır. Cengiz Han'ın Büyük Yasa'sı, Timur'un Tüzükât-ı Timur'u kanunnamelerin en önemlileridir.

İslamiyet sonrası dönemde yazılsa da bir kısım edebî-tarihî-ilmî eserler eski Türk hukuku hakkında bilgiler vermektedir. Yusuf Has Hacib'in 1069-1070 yıllarında yazdığı Kutadgu Bilig'i, Kaşgarlı Mahmud'un 1072'de tamamladığı Divan-ı Lügatü't-Türk isimli Türkçe Arapça sözlüğü bunlardandır.<sup>2</sup> Oğuznâme ve Manas gibi Türk destanları da İslamiyet öncesi Türk hukukunun kaynakları arasındadır. Ayrıca Türk diline ait kelimeler önemli hukuki bilgiler vermektedir. Mesela, *gelin* kelimesi gelen anlamındadır ve ataerkil aile yapısının varlığını göstermektedir.

<sup>1</sup> Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu-Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2008, 13. baskı, s. 15.

<sup>2</sup> Halil Cin-Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Konya 1989, c. 1, s. 23.



Benzer şekilde katmaktan gelen *kadın* kelimesi de babaerkil aileyi anlatmaktadır.<sup>3</sup>

Çin, İran, Arap ve Yunan kaynaklarında da İslamiyet öncesi Türk hukukuna ait bilgiler yer almaktadır. Özellikle Türklere komşu olan ve çok eski tarihlerden beri yazıyı kullanan Çinliler'in yazılı belgelerinde çok önemli hukuki bilgiler yer almaktadır. İran, Arap ve Yunan kaynaklarında da Türkler hakkında bilgi verilmekte, örf-âdetleri ve hukuki yapıları anlatılmaktadır.

## II. DEVLETİN YAPISI VE İŞLEYİŞİ

Eski Türkler devlete *il* demektedir. Fertler aileyi, aileler *boyu*, boylar bir araya gelerek *budunu* oluşturmaktadır. Boyun başında *boybeyi*, budunun başında *han* bulunur. Budunlar bir araya geldiklerinde ise *il* yani devlet kurulmaktadır. Devletin başında ise *hakan* bulunmaktadır.

### **Hakan**

Devletin başında bulunan şahsa *hakan*, *han*, *kaan*, *ilteber*, *yabgu* gibi isimler verilmiştir. Hakan'ın, Tanrı tarafından kendisine *kut* verilen yani seçilmiş bir aileden olması gerekir. Bu hanedan ailesi genellikle *açınaoğulları* olarak bilinir. Oğuz Han, Selçuklular ve Osmanlılar bu hanedandan gelmektedir.

Hâkimiyet, hanedan ailesinin ortak malı kabul edilirdi. Buna *üleş sistemi* denir. Üleş sistemine göre hanedandan olan herhangi bir prens tahta hak iddia edebilirdi. Bu sebeple prensler arasında taht kavgaları yaşanır ve galip gelen hakan olurdu. Hakan olan prene Tanrı'nın kut verdiği, onu seçtiği kabul edilirdi. Tahta geçmek için belirli bir veraset usûlü yoktu. Genellikle hakanın oğullarından birisi tahta geçer, oğlu yoksa kardeşi, kardeşi oğlu, amcası gibi akrabaları hakan olurdu.<sup>4</sup>

Eski Türk devletleri monarşik bir yönetime sahipti. Hakan, devlet başkanı olarak ülkeyi yönetir, ordu kumandanlığı yapar ve davalara bakmak üzere hâkimler tayin ederdi. Hakanın bu yetkileri kurultay ve töre tarafından düzenlenir ve sınırlanırdı.

<sup>3</sup> Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, İstanbul 2008, s. 58.

<sup>4</sup> H. Tahsin Fendoğlu, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2000, s. 12.

## **Kurultay**

*Toy*, *kengeş meclisi* de denilen kurultaya hakan, beyler, devlet adamları ve halkın önde gelenleri katılırdı. Kurultay, siyasi, askerî, sosyal ve dinî konuların görüşüldüğü, çok maksatlı istişari toplantıydı. Bu toplantıların birincisi, senenin ilk ayında, hakanın sarayında yapılırdı. İkincisi, senenin beşinci ayında yapılırdı. İlkbahar kurultayı denilebilecek olan bu toplantıda dinî törenler yapılır, kurbanlar kesilir, devlet işleri görüşülür, töre hazırlanır ve hakana bağlılık bildirilirdi. Dokuzuncu ayda yapılan üçüncü toplantıda askerî konular görüşülürdü. Sonbahar kurultayında baharda yapılacak seferler için askerî hazırlıklar yapılırdı.<sup>5</sup>

## **Töre**

Halk arasında varlığını sürdüren sosyal ve hukuki kurallara *töre* denilmekteydi. Günümüzde örf-âdet anlamında kullanılan *töre* kelimesi, önceki kanun ve kural anlamına geliyordu. Osmanlılarda *töre* kelimesinden ziyade örf ve kanun kelimeleri kullanılmıştır. Devletler yıkılsa da *töre* varlığını sürdürürdü. Bunu ifade etmek için “*İl (devlet) gider, töre kalır*” atasözü kullanılırdı. Töreye karşı gelmek büyük suç sayılırdı. Töreye hakan dahi karşı gelemezdi. Töreye karşı gelen hakan, tahtını ve hayatını kaybederdi.

Töre, halk arasında uzun süre uygulanan örf-âdetlerden, hakanın koyduğu kanunlardan ve kurultaylarda alınan kararlardan oluşurdu. Töre esas itibarıyla halkın yüzyıllar boyunca sürdürülen hayat tecrübelerinden yani örf ve âdetlerinden doğmaktaydı. Törenin her zaman doğru ve adaletli olduğu kabul edilirdi. Hakanın törede yapacağı düzenlemeler ve yenilikler, törelere aykırı olamazdı. Bununla birlikte töre hakan ve kurultaya katılanlar tarafından ihtiyaçlara göre gözden geçirilirdi. Nitekim *Orhun Kitabeleri*'nde, *Bumin* ve *İstemi Kağan*'ın töreyi tanzim ettiklerinden bahsedilmektedir.

## **III. CEZALAR**

Önceki Türk devletlerinde halkın *ihkak-ı hak* yani bizzat kendilerinin ceza verme hakları kaldırılmış, cezalandırma yetkisi devlete verilmişti. Suçlara ağır cezalar verilirdi. Cezalar şahsa uygulanır, suçlunun yakınlarına ceza verilmezdi. Adam öldürme, savaştan kaçma, devlete

<sup>5</sup> Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, İstanbul 1947, s. 288.

isyan, evli kadınla zina, bağlı atı çalmak ve ikinci defa hırsızlık idam cezası ile cezalandırılırdı. Hafif suçlar için mali cezaların yanında döğmek gibi bedeni cezalar da verilmekteydi. Birisinin gözünü çıkararan, ceza olarak ona kızını verirdi. Kız çocukları için göz bebeği anlamına gelen *kerime* sözünün kullanılması bu gelenekle ilgili olabilir. Göçebelik sebebiyle, hapis cezası uygulanmazdı. Cezaları *yargucu* denen hâkimler verir ve *yargan* denilen görevliler uygulardı. İdam cezası halka açık yerde boynun vurulması şeklinde uygulanır, suçun delilleri otuz yıl süre ile saklanırdı. Deliller gerekirse suçlunun yakınlarına gösterilirdi. Suçlar ve cezalar hakan tarafından emirnâmelerle ilan edilirdi.<sup>6</sup>

## IV. AİLE HUKUKU

### **Evlenme**

Eski Türklerde kabile dışından evlenme (*exogamy*) söz konusudur. Bazı kabilelerde baba tarafından yedi göbek akrabalarla evlenilmezdi. Bununla birlikte dayı ve teyze kızları ile evlenilebilirdi. Evlenen erkek, hanımı ile birlikte ayrı bir ev kurardı. Baba evi, en küçük erkek evlada kalırdı. Çok kadınla evlilik görülebilirdi, ancak kadınlardan birisi baş olurdu. Evde babanın sözü geçerdi. Bu sebeple eski Türk ailesi *ataerki* idi. Ancak Roma'da olduğu gibi babanın hâkimiyeti çok katı değildi. Evde kadının sözü de geçerdi. Baba öldüğü zaman evde annenin sözü dinlenirdi. Evlilikte her iki taraftan da sadakat beklenirdi. Sadakat göstermeyen eş genellikle idam edilirdi.

### **Kalın**

*Kalın*, evlenen erkeğin kızın ailesine verdiği bir miktar maldır. Kalın, kızı yetiştiren aileye, emeklerine karşılık olarak verilir. Kalın miktarı taraflar sosyal ve ekonomik durumlarına göre belirlenir. En makbul kalın koyundan verilir. Taraflar birkaç koyundan yüzlerce koyuna kadar kalın belirleyebilir. Kalına karşılık kız tarafı da çeyiz hazırlar. Kalın verilmedikçe kız, damat evine götürülemezdi.

Kalın birkaç kısımdan oluşmaktadır: 1- Karamal: Söz kesme sırasında babaya verilir. 2- Yelü: Nişandan sonra erkek tarafından kıza verilen hediyedir. 3- Tüy mal: Düğün masraflarına katkıda bulunmak için verilir. 4- Süt hakkı: Kızın annesine süt hakkı olarak verilir.

<sup>6</sup> İkinci, age, s. 67.

Erkek tarafı nişanı bozmuşsa ve kızın ağır kusuru yoksa, kalın iade edilmezdi. Nişanı kız tarafı bozmuşsa, kalın iade edilirdi. Erkek ölürse diğer kardeş erkeğin yerine geçebilir ve bu takdirde kalın iade edilmezdi. Erkek kardeş yoksa veya erkek ya da kız bu evliliğe razı olmazsa kalın iade edilirdi. Kız nişanlı iken ölürse, kız kardeş onun yerine geçebilir ve bu takdirde de kalın iade edilmezdi. Bu durumda kız kardeş için kalına bir miktar ilave yapılırdı. Kız kardeş yoksa veya kız ya da erkek bunu istemezse kalın iade edilirdi.

Kalın, azalsa da günümüzde bazı bölgelerde başlık adı altında uygulanmaya devam etmektedir. İslam hukukunda kalına benzeyen mehir uygulaması vardır. Ancak kalın ile mehir arasında önemli farklar vardır. Kalın, kızın ailesine; mehir ise kızın kendisine verilmektedir. Ayrıca kalın ödenmedikçe evlilik gerçekleşmez, buna karşılık evliliğin gerçekleşmesi için mehirin ödenmesi şart değildir.

### ***Levirat***

Eski kavimlerin çoğunda görülen *levirat* uygulaması Türklerde de bulunmaktaydı. Levirat, kardeş öldüğünde yenge ile, baba öldüğünde üvey anne ile evlenmedir. Bu şekilde evlendiğinde kadının ölen kocasının ruhuna hizmet ettiğine inanılırdı. Savaşların çok olduğu o dönemde erkekler öldüğünde, karısı ve çocuklarının perişan olmaması için böyle bir yola başvurulurdu. Ayrıca kadına düşen miras yabancıya gitmemiş olurdu.<sup>7</sup>

### **Boşanma**

Erkeğin zinası, iktidarsızlığı ve kadına kötü muamelesi kadın açısından boşanma sebebidir. Kadının zinası da erkek için boşanma sebebidir. Boşanmada erkek kusurlu ise kadın kalını iade etmez, çeyizi de geri götürdü. Kadın kusurlu ise erkek tarafı kalını geri alabilirdi.

### **Evlat Edinme**

Türklerde evlat edinme yoluyla çocuk sahibi olunmaktaydı. Bunun için evlat edinen ile çocuğun velisinin anlaşması gerekiyordu. Bu anlaşma kimi zaman karşılıksız olmakta, kimi zaman da bir ücret karşılığında yapılmaktaydı. Evlatlık için verilen bu ücrete süt sevinci denilmektey-

<sup>7</sup> Halil Cin-Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Konya 1989, c. 1, s. 35.

di. Ailesi çocuğu geri almak isterse bu ücreti iade etmek zorundaydı. Evlat edinilen çocuk öz evlatların sahip olduğu haklara sahip olmaktadır. Genellikle erkek çocuklar evlat edinilirdi. Bununla birlikte özellikle Kırgızlarda kız çocuklarının da evlat edinildiği görülmektedir.

Genellikle çocuğu olmayan aileler evlat edinmekteydi. Fakir olup da çocuğunu evlatlık verenler de bulunurdu. Bunun yanında çocukları yaşamayan aileler, kötü ruhları yanıltmak için, yeni doğan çocuklarını başka aileye evlatlık verirlerdi. Borca karşılık çocukların alacaklıya, evlatlığa benzer bir durumda verildiği görülmekteydi. Bu tür çocuklar, borç ödenene kadar alacaklıda kalır ve hizmetçi gibi çalıştırılırdı.

## V. MİRAS HUKUKU

Eski Türklerde babanın mirası evde kalan en küçük erkek çocuğa ait idi. Evlenip kendi evini kuran erkek çocukların ve çeyizini alıp evlendirilmiş kızların miras hakkı yoktu. Mirası alan en küçük erkek evlat, anne ve babası ile evlenmemiş ya da dul kızkardeşlerine bakmak zorundaydı. En küçük erkek evlat, evlenmemiş kız kardeşlerini evlendirir, onların çeyizlerini hazırlar ve verilen kalını da kendisi alırdı. En küçük erkek evlat yoksa diğer erkek kardeşler mirasçı olur, erkek evlat yoksa evlenmiş de olsa kızlar mirasçı olurdu. Ölenin eşi de mirastan pay alırdı. Eski Türklerde vasiyet müessesesi bilinmekteydi. Uygurlarda vasiyete *tutrug*, vasiyeti tenfiz memuruna *ketkara* denirdi. Yine Uygurlarda devlet mirastan vergi almaktaydı.<sup>8</sup>

## VI. BORÇLAR HUKUKU

Uygurlar gelişmiş bir ticaret hayatına sahiptiler. *Alım satım*, *trampa*, *kira*, *ödünç*, *rehin* gibi akidleri kullanırlardı. Akidler yazılı yapılırdı. Bu belgelerde akdin tarafları, konusu, tarihi, vadesi ve tarafların imzası yer alırdı. Satım akdinde mülkiyet, akdin kurulması ile geçerdi. Borçlunun ölmesi durumunda yerine mirasçıları geçerdi. Sözleşmenin ihlali halinde cezai müeyyideler öngörülmüştü. İstihkak iddialarına karşı satıcının *tekeffül borcu* vardı.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Ekinci, age, s. 72.

<sup>9</sup> Üçok-Mumcu-Bozkurt, age, s. 39.

## İKİNCİ BÖLÜM

# İSLAM HUKUKU

## I. İSLAM HUKUKUNUN KAYNAKLARI

İslam hukukunun kaynakları (edille-i şer'iyye, mesâdir-ı şer'iyye) aslî ve tâlî kaynaklar olmak üzere iki guruba ayrılır. Aslî kaynaklar bütün mezhepler tarafından kabul edilen *kitap*, *sinnnet*, *icma* ve *kıyastır*. Tâlî kaynaklar ise üzerinde mezheplerin görüş birliğine ulaşmadıkları *istihsan*, *istishab*, *sahabe fetvası*, *önceki şeraitler* ve *külli kaideler* gibi kaynaklardır. Bunlar bazı mezhepler tarafından kaynak olarak kabul edilmemekte ya da aslî kaynakların içerisinde ele alındığı için ayrı bir kaynak olarak kabul edilmemektedir.

### **Asli Kaynaklar**

#### ***Kitap (Kur'ân)***

İslam hukukunun temel kaynağı kitap yani *Kur'ân*'dır. Diğer kaynaklar Kur'ân âyetlerinin yorumlanması ve açıklanması ile hukuki meseleleri halletme yoluna gitmektedir. Bu açıdan İslam hukukunun menşe itibarıyla kaynağı, *vahiy* yani Kur'ân-ı Kerimdir. Lafzı ve manası Allah'a ait olduğu için Kur'ân'a *vahy-i metluv* ismi verilmektedir. Hadisler ise manası Allah'tan ve lafzı Hz. Peygamber'den olduğu için *vahy-i gayr-i metluv* olarak isimlendirilmiştir.<sup>10</sup>

Kur'ân Hz. Muhammed'e (sav) peygamberlik verildiği 610 yılından itibaren 632 yılına kadar peyderpey 23 yılda indirilen ayetlerden oluşmaktadır. Ayetler Allah tarafından Cebrail vasıtasıyla Hz. Muhammed'e

<sup>10</sup> İsmail Köksal, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul 2008, s. 38 vd.

(sas) bildirilmekte, sahabe tarafından ezberlenmekte ve ağaç, taş, deri, kemik gibi çeşitli maddelere yazılmaktaydı. Hz. Ebu Bekir'in halifeliği döneminde Hz. Ömer'in yönlendirmesi ile vahiy kâtiplerinden Zeyd b. Sabit başkanlığında bir heyet tarafından kitap halinde toplanmıştır. Hz. Osman döneminde ise yine Zeyd b. Sabit başkanlığında bir heyet tarafından yukarıdaki nüsha çoğaltılarak İslam coğrafyasının değişik bölgelerine gönderilmiştir. Hz. Osman döneminde çoğaltılan bu nüshalardan bazıları, günümüzde Dünya'nın değişik merkezlerinde koruma altındadır.

Kur'ân-ı Kerim bir hukuk kitabı ya da kanun mecmuası değildir. Bazı müellifler Kur'ân ayetlerini *tevhit*, *nübüvvet*, *haşir*, *adalet* gibi genel başlıklar altında sınıflandırmaktadır. Dönem itibariyle düşünüldüğünde ise Mekke devrinde imanla ağırlıklı, Medine devrinde ise ibadet ve muamelât ağırlıklı ayetler indirilmiştir.

Kur'ân-ı Kerim'de yer alan hukukla ilgili ayetlerin sayısı âlimler arasında tartışma konusu olmuştur. Bu görüş ayrılığı doğrudan isim belirtilerek bir hukuki konunun anlatıldığı ayetlerin sayısının daha az, dolaylı olarak hukuki konuların anlatıldığı ayetlerin sayısının ise çok daha fazla olmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre isim verilerek bir hukuki konunun anlatıldığı ayetlerin sayısı yüz ellidir. Dolaylı olarak, yorum yoluyla hukuki çıkarımların yapıldığı ayetler ise beş yüz, sekiz yüz ve hatta binlerle ifade edilmektedir.<sup>11</sup>

Kur'ân-ı Kerim'de yer alan hukukla ilgili ayetler üç grupta ele alınmaktadır. Birincisi, hukuki konularla ilgili genel hükümleri anlatan ayetlerdir. *Adalet*, *şîra* prensibi, *ahde vefa* ilkesi, *cezanın şahsiliği*, suç ve cezada dengenin göz önünde bulundurulması ile ilgili ayetler birinci gruba örnek olarak verilebilir. İkincisi ise bir hukuki konunun kısaca ve özet olarak anlatıldığı ayetlerdir. Zekât, faiz yasağı, had ve kısas cezaları ile ilgili ayetler bunlardan bazılarıdır. Üçüncüsü ise ayrıntılı bir şekilde hukuki konuların ele alındığı ayetlerdir. Evlilik, boşanma ve mirasla ilgili ayetler bu gruptandır.

Kur'ân'da az sayıda bazı ayetlerin neshedildiği yani hükmünün kaldırıldığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu ayetler günümüzdeki muvakkat kanun maddelerine benzer şekilde geçici bazı durumlarla ilgilidir. Mesela Bakara suresinin 221. ayetinde mümin erkek ve kadınların mümin olmayanlarla evlenmeleri yasaklanmışken, Maide suresinin 5.

<sup>11</sup> Hayreddin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul 2001, s. 57.

ayeti ile mümin erkeklerin ehl-i kitaptan olan kadınlarla evlenmelerine izin verilmiştir. Bazı âlimler neshi kabul etmemekte, neshi kabul edenler ise neshedilen ayetlerin sayısı ve neshin kapsamı konusunda farklı görüşler ileri sürmektedir.<sup>12</sup>

### **Sünnet**

Aslî kaynakların ikincisi *sünnet*, sözlükte yol, kanun ve âdet gibi anlamlara gelmektedir. Kavram olarak ise Hz. Peygamber'in sözlerine, fiillerine ve takrirlerine yani başkalarının yaptıklarını onaylamasına sünnet adı verilmektedir. Hz. Peygamber'in sünnetini nakleden söze hadis adı verilir.<sup>13</sup>

İkinci aslî kaynak olan sünnet, bağlayıcılığını birinci kaynak olan Kur'an'dan almaktadır. "Rasûl size neyi getirirse onu alın, kabul edin, size neyi yasaklarsa ondan da kaçının" (Haşr 59/7) gibi ayetlerde sünnetin İslam'ın ikinci aslî kaynağı olduğu açıklanmaktadır.

Sünnet mahiyet olarak kavli, fiilî ve takrirî olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Hz. Peygamber'in sözlerine kavli sünnet; hareketlerine ise fiilî sünnet adı verilmektedir. Takrirî sünnet ise, başkalarının yaptığı bir hareketin Hz. Peygamber tarafından tasdiklenmesidir.<sup>14</sup>

Sünnet yani hadis-i şerifler senet ve metin olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Senet, hadisleri rivayet edenlerin isimlerinin olduğu kısım; metin ise rivayet edilen Hz. Peygamber'e ait söz, fiil veya takrirdir. Senette sahabe döneminden başlayıp hicri üçüncü asra kadar olan râvi isimleri yer alır. Üçüncü asırda hadisler artık kitaplara kaydedildiği için senedin devam etmesine ihtiyaç yoktur. Senedinde yer alan râvi sayısına göre sünnet, *mütevâtir*, *meşhur* ve *ahad* sünnet olarak üçe ayrılmaktadır. Mütevâtir sünnet, her nesilde yalan üzerinde birleşmeleri mümkün olmayacak sayıda kişi tarafından nakledilen sünnettir. Meşhur sünnet ise birinci ve ikinci nesilde bir kişi tarafından rivayet olunurken sonradan çok sayıda râvi tarafından rivayet edilen sünnettir. Ahad sünnet ise her nesilde bir kişi tarafından rivayet edilen sünnettir.

Sünnet, senedinde kopukluk olup olmamasına göre *muttasıl*, *mun-katı* ve *mürsel* olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Senedindeki râvileri tam

<sup>12</sup> Musa b. Muhammed eş-Şatıbi, el-Muvafakât, el-Akrubiyye, h. 1417- m 1997, c. 3, s. 335-336.

<sup>13</sup> eş-Şatıbi, age, c. 1, s. 289; Köksal, s. 55, 59.

<sup>14</sup> Köksal, s. 61 vd.



olan hadis muttasıl; râvilerinde eksiklik olan hadis munkatı; senedinde sahabinin bulunmadığı hadis ise mürseldir. *Ebu Hanife* ve *İmam Malik* mürsel hadisi delil olarak kabul ederken, *İmam Şafii* ancak belli şartların varlığı halinde delil saymaktadır. *Ahmed b. Hanbel* ise başka hadis bulunmadığı takdirde mürsel hadisi delil olarak kabul etmektedir.

Sünnet birinci kaynak olan Kur'ân'ı te'yid eder, şerheder, kayıtlar ya da ondan ayrı bir hüküm koyar. Mesela, Bakara Suresi 188. ayette “Bir-birinizin mallarını bâtil yollarla yemeyin.” ayeti, “Rızası olmaksızın bir Müslümanın malı helal olmaz” hadisi ile te'yid edilmiş yani desteklenmiştir. Sünnetin Kur'ân'ı şerhetmesinin misali ise zekâtıdır. Kur'ân'da zekâtın verilmesi emredilmiş, hadislerde ise miktarı açıklanmıştır. Sünnetin Kur'ânı kayıtlamasına ise kâtilin mirastan mahrum bırakılması misaldir. Kur'ân'da, ölen bir kimsenin mirasına çocuklarının hak kazanacağı belirtilmiş (Nisa 4/11) sünnette ise kâtilin mirastan mahrum bırakılacağı bildirilmiştir. Sünnetin Kur'ân-ı Kerim'de yer almayan yeni bir hüküm vaz' etmesine ise ninenin mirasçı olması, amca ve dayı ile evlenme yasağı örnek gösterilebilir.

Hz. Peygamber döneminde Kur'ân ile karışmaması için hadislerin yazılması bir süre yasaklanmıştı. Daha sonra bu tehlike ortadan kalkınca hadisleri yazma yasağı da kaldırılmıştır. Hadislerin tedvini yani derlenmesi Ömer b. Abdulaziz döneminde, hicri birinci asır sonlarında başlamıştır. Bu tedvin faaliyeti hicri üçüncü asırda kütüb-ü sitte denilen meşhur altı hadis külliyyatının oluşturulması ile hedefine ulaşmıştır.<sup>15</sup>

### ***icma***

Kelime anlamı olarak *icma*, toplamak, bir araya getirmek, ittifak etmek demektir. Hukukî olarak *icma* ise herhangi bir asırda yaşamış olan müçtehidlerin bir fikhî konuda aynı görüşe sahip olmalarıdır. İcmanın bir ayete, hadise ya da içtihadı bir hükme dayanması mümkündür. Ayet veya hadise dayanan *icmada* söz konusu ayet ve hadisten hukuki olarak ne anlaşılması gerektiği üzerinde müçtehid hukukçular görüş birliği etmektedir.<sup>16</sup>

İcma, sarîh *icma* ve sükûti *icma* olarak ikiye ayrılır. Sarîh *icma*, bir hukukî konuda müçtehid hukukçuların aynı görüşte olduklarını açık-

<sup>15</sup> Karaman, age, s. 64.

<sup>16</sup> Köksal, s. 76 vd.

lamaları ile gerçekleşir. Sükûti icma ise bir hukuki konuda bazı müçtehidlerin açıkladıkları görüşlere diğer müçtehidlerin karşı çıkmamalarıdır. Sükûti icma Hanefi mezhebinde delil olarak kabul edilmekte, Şafii mezhebinde ise kabul edilmemektedir.

İslam hukukunun üçüncü kaynağı olan icmanın delili bazı ayet ve hadislerdir. Mesela, “Hidayet yolunu öğrendikten sonra Peygambere uymayıp müminlerin yolundan ayrılanı, saptığı yola sürükleriz ve sonu çok fena olan cehenneme sokarız”<sup>17</sup> ve “Ümmetim dalalet üzerinde birleşmez”<sup>18</sup> bunlara örnektir.

İslam hukukunda sarih ya da sükûti icma ile kesinleşen çok sayıda hukuki mesele bulunmaktadır. Kur’ân-ı Kerim’in kitap halinde toplanması, fethedilen Irak topraklarının gazilere paylaştırılmayıp devletin elinde tutulması, nineye torunun mirasından altıda bir hisse verilmesi, delilik ve iktidarsızlık gibi sebeplerle nikâhın feshedilmesi, domuz yağının haramlığı bu hükümlerden bazılarıdır.<sup>19</sup>

### **Kıyas**

Kelime olarak ölçmek, karşılaştırmak, tespit etmek anlamlarına gelen *kıyas* İslam hukukunda “hakkında nass (ayet, hadis) bulunan bir olayın hükmünü, aralarındaki ortak illet sebebiyle, hakkında nass bulunmayan bir olaya uygulamak” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>20</sup> Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi fıkhîteki kıyasın dört rüknü bulunmaktadır: Asl, fer’, illet ve hüküm.

1. Asl: Hakkında nass ile belirlenmiş bir hüküm bulunan olaydır. Kur’ân, sünnet ve icma ile belirlenmiş olan hükümler kıyasta asl olarak kullanılabilir. Buna karşılık çoğunluğun görüşüne göre, hakkındaki hüküm kıyas ile belirlenmiş olan bir olay, yeni bir kıyasta asl olarak kullanılamaz. Malikîler ise kıyasla belirlenmiş bir hükme dayanılarak yeni bir kıyas yapılabileceğini kabul ederler.<sup>21</sup>

2. Fer’: Hakkında nass ile belirlenmiş bir hüküm bulunmayan olay-

---

<sup>17</sup> Ali İmran, 110.

<sup>18</sup> Tirmizi, *Fiten* 7.

<sup>19</sup> Cin-Akgündüz, s. 123.

<sup>20</sup> Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, İstanbul, b.t.y., c. 2, s. 192; Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukuk Metodolojisi*, çev. Abdulkadir Şener, Ankara 1986, s. 197; Hayrettin Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, Ankara 1975, s. 16; Köksal, s. 94 vd.

<sup>21</sup> Ebu Zehra, age, s. 197; Abdulkadir Şener, *Kıyas İstihsan İstislah*, Ankara 1974, s. 101.

dır. Bir mesele hakkında Kur'ân, sünnet veya icma ile belirlenmiş bir hüküm olduğu takdirde kıyas yapılmasına gerek yoktur.

3. İllet (ratio legis): Asıl ve fer' olarak isimlendirilen her iki olayda da ortak olan vasıftır. İllet, asl için belirlenmiş olan hükmün koyulmasını uygun gösteren açık seçik bir vasıftır.<sup>22</sup> Mesela çocuğun mallarının yönetilmesi ve evlendirilmesinin velayet yoluyla olması, çocukluk illetine bağlanmıştır. Bir hükmün illeti kimi zaman naslarda belirtilir, kimi zaman da müçtehit hukukçularca tespit edilir.<sup>23</sup>

Bir hükmün illeti ve hikmeti arasında fark vardır. İllet, bir hükmün koyulmasında kanun koyucunun (şâri'in) maksadıdır, hikmet ise bir hükümden sağlanan faydadır. Mesela şufa hakkına sahip olmanın illeti bir taşınmaza ortak olmak, hikmeti ise ortakların arasında bir yabancıнын girmesi ile oluşacak zararı engellemektir.<sup>24</sup> Hüküm illete bağlı olduğu için hikmet bulunmasa da bir olay hakkında hüküm verilebilir. Yukarıdaki örnekte bir zarar doğmasa da sırf ortaklık illeti sebebiyle ortağın şufa hakkı bulunmaktadır.

4. Hüküm: Asıl hakkında belirlenmiş olan hükümdür. Aslın hükmü kitap, sünnet ve icma yoluyla belirlenmiştir. Fer'in hükmü ise kıyasın sonucu olmaktadır.<sup>25</sup>

Kıyasın geçerli olması için aşağıdaki şartları taşıması gerekmektedir:

1. Aslın hükmü sadece kendisine mahsus bir hüküm olmamalıdır. Mesela, Kur'ân'da "Erkeklerinizden iki kimseyi şahit tutunuz"<sup>26</sup> ayeti ile olayların en az iki şahitle ispatlanması gerektiği yer almaktadır. Bu ayete göre tek kişinin şahitliği kabul edilmemesine rağmen sahabeden Hz. Huzeyme'nin tek başına şahitliğinin yeterli olduğuna ilişkin bir hadis bulunmaktadır: "Her kime Huzeyme şahadet ederse yeterlidir"<sup>27</sup>. Ancak yukarıdaki ayette şahitlerin sayısının en az iki olması emredildiği için bu hadisin hükmü sadece başka olaylara kıyas yoluyla uygulanamaz.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> Mehmet Erdoğan, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 2005, 2. baskı, s. 246.

<sup>23</sup> Büyük Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkah Dersleri*, İstanbul 1933, s. 492; İbnülemin Seydişehrî, *Telhis-i Usûl-i Fıkah*, İstanbul 1313, s. 361 vd; Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku*, İstanbul 2006, s. 102.

<sup>24</sup> Ebu Zehra, age, s. 205; Ekinci, *İslam Hukuku*, s. 102.

<sup>25</sup> Seydişehrî, *Telhis-i Usûl-i Fıkah*, s. 351.

<sup>26</sup> Bakara 282.

<sup>27</sup> Ebu Davud 3607.

<sup>28</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, İstanbul 1985, c. 1, s. 172, 173; Ekinci, *İslam Hukuku*, s. 102; Telhis-i Usûl-i Fıkah, s. 345.

2. İletî bilinmeyen hükümlerde kıyas yapılmaması şarttır. Mesela, ibadetlerin ve hadd cezalarının illetleri akıl ile anlaşılmadığından bu gibi konularda kıyas yapılamaz.<sup>29</sup>

3. Asıldaki hükmün nesh edilmemiş olması gerekir.

4. Fer' hakkında bir nass bulunmamalıdır. Hakkında nass bulunan bir konuda kıyas yoluyla yeni bir hüküm verilemez. Mecelle'de bu "mevrid-i nasda içtihadı mesağ yoktur" maddesi ile ifade edilmiştir.<sup>30</sup> Mesela, bir dava konusunun ispatlanmasında ispat yükü davacıya, yemin etmek ise davalıya aittir.<sup>31</sup> Hadisle sabit olan bu hükmü değiştirecek şekilde kıyas yapılamaz.<sup>32</sup>

5. Fer' illet ve hükümde asla tam olarak benzemelidir. Aksi halde her ikisine de aynı hüküm verilemez. Mesela, hatayı unutkanlığa kıyas ederek, unutkanlık hakkında verilen hüküm hataya verilemez. Çünkü hata unutkanlıktan daha hafif bir durumdur.<sup>33</sup>

6. Kıyastan sonra aslın hükmü fer'de değişmemelidir. Mesela, her Müslüman talâk ve zihâra ehliyetlidir. Gayrimüslim de talâk ehliyetine sahiptir. Buna kıyasla gayrimüslim zihâra da ehliyetlidir, denilemez. Çünkü zihârın kefareti olarak köle âzâd etme imkânı yoksa peş peşe altmış gün oruç tutulur. Hâlbuki gayrimüslim oruç tutmaya ehliyetli değildir. Böylece aslın hükmü, fer'de değişmiş olacağından burada kıyas yapılamaz.<sup>34</sup>

## Tâlî Kaynaklar

### *İstihsan*

*İstihsan* sözlükte bir şeyi güzel görmek, beğenmek anlamına gelmektedir. İslam hukukunda ise zaruret, maslahat veya örf-adet sebebiyle kapalı kıyasın açık kıyasa, özel hükmün genel hükme tercih edilmesidir. İstihsan delilinde hukuken haklı gerekçelerle genel hüküm terk edilmekte, istisnai bir hüküm tercih edilmektedir.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Seydişehrî, Telhis-i Usûl-i Fıkıh, s. 345; Ekinci, İslam Hukuku, s. 102; Bilmen, age, c. 1, s. 173.

<sup>30</sup> MAA, m. 14.

<sup>31</sup> Beyhaki, Kasame, 1; Tirmizi, Ahkâm, 12.

<sup>32</sup> Seydişehrî, Telhis-i Usûl-i Fıkıh, s. 346; Ekinci, İslam Hukuku, s. 103; Bilmen, age, c. 1, s. 173.

<sup>33</sup> Seydişehrî, Telhis-i Usûl-i Fıkıh, s. 346.

<sup>34</sup> Bilmen, age, c. 1, s. 174; Ekinci, İslam Hukuku, s. 103.

<sup>35</sup> Köksal, s. 125 vd.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere istihsanın iki türü bulunmaktadır. Birincisi, zaruret, maslahat veya örf-adet sebebiyle açık kıyas-tan kapalı kıyasa yönelmektir. Buna örnek olarak müzaraa akdi verilebilir. Müzaraa akdinde taraflardan biri emeğini, diğeri ise tarlasını ortaya koymak ve elde edilen ürünü aralarında anlaştıkları oranda paylaşmak üzere bir sözleşme yapmaktadır. Müzaraa akdini kira akdine kıyas ettiğimiz takdirde taraflardan biri öldüğünde akdin sona ermesi gerekirdi. Bu durumda tarladan ürün almadan kiracı ölse müzaraa akdi sona erer ve tarla sahibi zarara uğrardı. Buna engel olmak için açık kıyas yerine kapalı kıyas yapılmış ve müzaraa akdi şirket akdine benzetilmiştir.

İstihsanın ikinci türü ise zaruret, maslahat, örf-adet sebebiyle genel hükmü bırakıp istisnai bir hükmü tercih etmektir. Buna örnek olarak da menkul vakıflarını verebiliriz. Vakıfta ebedilik şartı bulunduğu için genel kural olarak menkullerin vakfedilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak kitapların vakfedilmesinde zaruret görüldüğü için menkullerin vakfedilmezliği genel kuralına istisna getirilmiş ve kitap vakfına cevaz verilmiştir. Benzer şekilde insanların nakit ihtiyacını meşru yollarla karşılamak örf-âdete göre gerekli olduğu için nakit para vakfı caiz görülmüştür.

İstihsan Hanefi, Maliki ve Hanbelî mezheplerine göre hukukun kaynaklarından birisi olarak kabul edilmektedir. İmam Şafii ise İstihsanı bir delil saymamakta, yeni bir din ortaya çıkarmak olarak kabul etmektedir. Ancak Şafii hukukçular da başka isimler altında istihsanı kullanmışlardır.

### ***Maslahat-ı Mürsele (İstislah-Mesalih)***

*Maslahat*, fayda, yarar, menfaat gibi anlamlara gelmektedir. *Maslahat-ı mürsele*, hakkında ayet, hadis, icma ve kıyas bulunmayan bir meselede kamu yararı göz önünde bulundurularak hüküm verilmesidir. Mevcut hukukumuzda kamu yararı ve kamu düzeni gerekçesiyle çok sayıda hukuki düzenleme yapıldığı gibi İslam hukukunda da maslahat-ı mürseleyle dayanılarak meseleler halledilmiştir. Mahkeme teşkilatının kurulması, camilere minare yapılması, hadislerin derlenmesi, Kur'ân'ın kitap olarak toplanması, hapishanelerin inşası, vergi toplanması gibi meseleler maslahat-ı mürseleyle göre gerçekleştirilmiştir.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Köksal, s. 111 vd.

Maslahat delili, Maliki ve Hanbelî mezheplerince kabul edilmekte, Şafii Mezhebi'nde ise kabul edilmemektedir. Hanefiler ise istihsanın bir türü olarak maslahatı kullanmakta ve maslahat yoluyla istihsan olarak isimlendirmektedir. Buna göre geçerli bir maslahat bulunduğu takdirde açık kıyas yerine kapalı kıyas, genel hüküm yerine özel hüküm tercih edilmektedir.

Maslahat delilinin kullanılmasının bazı şartları vardır: İlk olarak maslahat delili kullanılırken İslam hukukunun temel ilkelerine uygun hareket edilmelidir. İkincisi, kullanılan maslahatın hukuken geçerli bir maslahat olması gerekmektedir. Bu maslahatlar *zaruriyat*, *haciyat* ve *tahsiniyat* olarak isimlendirilmektedir. Zaruriyat, hukuk kurallarının korumayı amaçladığı din, can, mal, akıl ve neslin muhafazası için şart olan maslahatlardır. Haciyat ise zaruriyat derecesinde olmayan ihtiyaçlardır. Avın caiz görülmesi gibi. Tahsiniyat ise güzel giyinmek, ahlak kurallarına uymak gibi maslahatlardır. Hukuk kuralları bu üç dereceli maslahatların korunması için konulmaktadır.<sup>37</sup>

Maslahat İslam hukukunun zamanın getirdiği ihtiyaçlara ve değişikliklere uygun hale getirilmesini sağlayan önemli bir delildir. Bu durum Mecelle'de "ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunmaz" prensibi ile ifade edilmektedir. Yani İslam hukukunun temel yapısı değişmemekle birlikte, her dönemin farklılıkları itibarıyla kısmi değişiklikler gerekli olmaktadır. Maslahat delili bu tür ihtiyaçların karşılanması için kullanılmaktadır.

### ***İstishab***

*İstishab*ın kelime anlamı, birlikte olmak, beraberliğin devamını istemek, ayrılmamaktır. İslam hukukunun tali kaynaklarından birisi olarak *istishab*, geçmişte ya da hali hazırda mevcut olan bir şeyin değiştiğine dair bir delil olmadıkça aynen devam ettiğine hükmedilmesidir. Buna göre *istishab* geçmişteki bir durumun aynen devam ediyor sayılması ve hali hazırdaki bir durumun geçmişte de var olduğuna hükmedilmesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Mesela, gaib olan kişinin öldüğüne dair bir delil bulunmadıkça yaşadığı kabul edilir ve buna bağlı olarak evliliği devam eder, malları mirasçılara paylaşılır.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Eş-Şatibi, age, c. 3, s. 171-172.

<sup>38</sup> Ali Haydar, Dürerü'l-Hükam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, İstanbul 1330, c. 1, s. 42-43.

Hali hazırdaki durumun geçmişte de var olduğunun kabul edilmesine tahkim-i hal veya istishab-ı maklub denilmektedir. Mesela, bir su değirmenin geçmişte suyunun akıp akmadığı konusunda ihtilaf edildiğinde hâlihazırdaki duruma bakılarak karar verilir.<sup>39</sup>

İstishab delili, beraet-i asliye istishabı, hüküm istishabı ve vasıf istishabı şeklinde de sınıflandırılmaktadır. *Beraet-i asliye* istishabı, kişinin borçlu veya suçlu olduğuna ilişkin bir delil bulunmadıkça zimmetinin borçtan ve suçtan uzak sayılmasıdır. Buna beraet-i zimmet ilkesi denilmektedir. *Hüküm istishabı* ise bir konuda yasaklayıcı bir delil olmadıkça o şeyin mübah olmasıdır. Yani İslam hukukunun yasaklamadığı şey kural olarak meşrudur. Çünkü her şeyde asıl olan mübahlıktır. *Vasıf istishabı* ise mevcut bir vasfın değiştiğine dair bir delil olmadıkça aynen devam ettiğinin kabul edilmesidir. Mesela, abdestli bir kimse, abdestinin bozulduğunu hatırlamıyorsa abdestli olmaya devam eder. “Şek (şüphe) ile yakın zail olmaz” kaidesi bunu ifade etmektedir.

İstishab delili, mevcut durumun değiştiğine ilişkin iddiaları reddetmekte kullanılırsa da yeni bir durumun varlığını ispat etmek için kullanılamaz. Yani “**Zahiri hâl, istihkakı def eder, istihkakı icap etmez**”.<sup>40</sup> Mesela, gaip kimsenin öldüğüne dair bir delil olmadıkça hayatta olduğu kabul edilir ve evliliği devam eder. Ancak gaip kimse kendisine kalan bir mala mirasçı olamaz. Çünkü istishab delili istihkak iddialarını ispatta kullanılamaz, sadece mevcut durumun aynen devam ettiğinin ispat için kullanılabilir.

### **Örf ve Âdetler**

İnsanların güzel gördükleri ve öteden beri yapageldikleri şeylere *örf* ve *adet* adı verilmektedir. Anglo-sakson hukuk sistemi gibi bazı hukuklar örf ve adet kaidelerinden doğmuştur. Örf ve âdetler İslam hukukunun ikinci derecedeki kaynaklarından sayılmaktadır.<sup>41</sup>

Bir örf ve adet kaidesinin hukukta kullanılabilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekir:

Birincisi, örf ve adet kaidesi muttarid ve galip olmalıdır. Yani eskiden beri düzenli olarak uygulanmalı ve ait olduğunu bölgenin çoğunluğunda geçerli olmalıdır.

<sup>39</sup> Ali Haydar, age, c. 1, s. 43.

<sup>40</sup> Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahât-ı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul 1985, c. 1, s. 290.

<sup>41</sup> Köksal, s. 137 vd.

İkincisi, örf ve adet kaidesinin hukuki meseleye uygulanacağı dönemde mevcut olması gerekir. Bir hukuki meselede daha sonraki bir örf ve adet kaidesi uygulanamaz.

Üçüncüsü, örf ve adet kaidesi İslam hukukunun genel hükümlerine ve akla uygun olmalıdır.

Dördüncüsü, örf ve adet kaidesinin uygulanmayacağına yönelik bir şart kararlaştırılmamış olmalıdır. Mesela, bir beldede işçilere yemek vermek âdeti olmasına rağmen, taraflar işçilere yemek verilmeyeceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda işçilere yemek verilmesi âdeti uygulanmaz.

Üçüncü şarta göre, örf ve adet kaidesi nasslarla yani ayet ve hadislerle çatışmamalıdır. Örf ve adet kaideleri nasslarla çatıştığında örfler değil nasslar uygulanır. Ancak Hanefi Mezhebi'nden Ebu Yusuf'a göre bir nassın kaynağı örf ve adet ise, o örf ve âdetin değişmesi ile nassın hükmü de değişebilir. Mesela, bey bil-vefa denilen geri alım şartıyla satım sözleşmesi, başlangıçta örf ve âdete aykırı olduğu için caiz görülmemiştir. Zamanla Buhara bölgesinde insanların faize bulaşmadan nakit para ihtiyaçlarını karşılamaları için bey bil-vefa sözleşmesi insanlar arasında örf ve adet halini almış ve caiz görülmüştür. Ebu Yusuf'un bu görüşü Osmanlı Devleti'nde de tercih edilmiş ve uygulanmıştır.

Örf ve adet kaidesi kıyas ile çatışırsa kıyas değil örf ve adet kaidesi tercih edilir. Mesela, Ebu Hanife ipek böceğini haşerata kıyas ederek alım satımının caiz olmadığına hükmetmişti. Daha sonra ipek böceğinin alım satımı örf ve adet halini aldığı için İmam Muhammed buna cevaz vermiştir.<sup>42</sup>

### **Önceki Şeriatler (Şerairü Men Kablena)**

İslamiyetten önceki ilahi dinlerin hukuk sistemlerine *önceki şeriatler (şerairü men kablena)* adı verilmektedir. Önceki şeriatlere ait hükümler Kur'ân ve sünnette yer almıyorsa İslam hukukunda delil olarak kullanılmaz. Kur'ân ve sünnet ile neshedilen önceki şeriatlere ait hükümler de İslam hukukunda delil değildir. Buna karşılık Kur'ân ve sünnette zikredilen ve Müslümanlar için de geçerli olduğu ifade edilen önceki şeraitler İslam hukukunun delilidir. Kur'ân ve sünnette yer almakla birlikte Müslümanlar için geçerli olup olmadığı ifade edil-

<sup>42</sup> Bilmen, age, c. 1, s. 267.



meyen önceki şeriatlerin bağlayıcılığı tartışmalıdır. Mesela, a'zalarda kısas yapılması ile ilgili ayet "Tevratta onlara şöyle yazdık. Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş. Yaralar da kısastır."<sup>43</sup> ayeti ve hak sahiplerinin suyu muhayee yani bir gün birisi, bir gün diğeri şeklinde kullanılmasını anlatan "Onlara, suyun aralarında paylaştırdığını haber ver. Her içene düşen miktar hazır kılınmıştır"<sup>44</sup> ayetin Müslümanlar için bağlayıcı olup olmadığı belirtilmemektedir. Hanefi mezhebine göre ayet ve hadislerde yer alan önceki şeriatlere ait hükümler İslam hukukunda delil olarak kullanılır. Şafii mezhebine göre ise önceki şeriatler İslam hukukunda delil değildir.<sup>45</sup>

### **Sahabe Fetvası**

Sağlığında Hz. Peygamber'i gören ve bu şekilde vefat eden Müslümanlara *sahabe* adı verilmektedir. Sahabeler Hz. Peygamber döneminde yaşamış, Kur'an ve sünneti en saf şekliyle müşahede etmiş kimselerdir. Ayrıca onların görüş ve düşüncelerinin hadis olma ihtimali de bulunmaktadır. Bu sebeple onların hukuki görüşleri İslam hukukunun fer'i kaynaklarından sayılmıştır.

Sahabelerin ibadetler gibi akılla anlaşılabilen konulardaki görüşleri hukuken bağlayıcıdır. Yine sahabelerin üzerinde ittifak ettiği görüşleri de icma niteliğinde olduğu için bağlayıcıdır. Bunların dışındaki sahabe görüşleri, bağlayıcı olmamakla birlikte hukukçular tarafından tercih edilebilir bir delildir. Ebu Hanife bir mesele hakkında kitap, sünnet ve icmada bir delil bulamazsa, sahabe görüşlerinden nasslara ve kıyasa en uygun olanını tercih ederdi. Mesela, dedenin varlığının fûru'un mirasçılığına engel olması meselesinde sahabenin görüşüne dayanarak fetva vermiştir.

### **Külli Kaideler**

Külli kaidelere genel hukuk prensipleri de denilebilir. *Külli kaideler* hukuki meselelerin tamamı ya da büyük bir kısmı için geçerli olan genel hukuk kurallarıdır. Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin doksan dokuz maddesi külli kaidelerden oluşmaktadır. Bu kaidelerden birkaç tane si şunlardır: "Şekk ile yakîn zail olmaz", "Beyyine müddei için, yemin

<sup>43</sup> Maide, 45.

<sup>44</sup> Kamer, 28.

<sup>45</sup> Köksal, s. 163 vd.

münkir üzerinedir”, “Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar”, “Zaruretler kendi miktarlarıncı takdir olunur”

Küllü kaidelerin kaynağı Kur’ân-ı Kerim, hadis-i şerifler ve içtihatlardır. Mesela, “Hiçbir kimse başkasının günah yükünü taşımaz”<sup>46</sup> ayetinden suç ve cezada şahsîlik prensibini ihtiva eden “Cezada şahsiyet şarttır” kaidesi çıkarılmıştır. Benzer şekilde “Ameller niyetlere göredir”<sup>47</sup> hadisinden “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” kaidesi çıkarılmıştır. Külli kaidelerin büyük bir kısmı hukukçuların içtihatları ile keşfedilmiştir. Kavaid-i Külliye kitaplarında hukukçuların ortaya koyduğu yüzlerce külli kaide yer almaktadır.

Bir mesele hakkında külli kaidelere göre hüküm verilebilmesi tartışmalıdır. Çoğunluk fıkıh kitaplarında sahih bir nakil bulunmadıkça külli kaidelerle hüküm verilemeyeceği kanaatindedir. Bazı hukukçular ise kaynağı ayet veya hadis olan külli kaidelerle hüküm vermekte bir sakınca görmemektedir.

İslam hukukunun yanında diğer hukuk sistemlerinde de külli kaidelerin benzeri hukuk prensipleri bulunmaktadır. Külli kaideler hukukun daha iyi bir şekilde öğretilmesinde ve uygulanmasında kullanılmaktadır.

## II. İSLAM HUKUKUNUN ÖZELLİKLERİ

Dünyadaki belli başlı hukuk sistemlerinden birisi olan İslam hukukunun sahip olduğu bazı özellikleri vardır. Bu özellikleri aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

### **Dini Kaynaklı Bir Hukuk Sistemi Olması**

Hukuk sistemleri dinî ve beşeri kaynaklı olarak iki guruba ayrılmaktadır. İslam hukuku, sınıflandırma içerisinde dinî kaynaklı olan hukuk sistemleri arasında yer almaktadır. İslam hukukunun birinci kaynağı Kur’ân-ı Kerim ve ikinci kaynağı sünnettir. Diğer kaynaklar bu iki kaynağın içtihat faaliyeti ile yorumlanmasına dayanmaktadır. Bu sebeple İslam hukuku, dinî yani ilahi kaynaktan doğmuş ve içtihat yoluyla geliştirilmiş bir hukuk sistemi olmaktadır.

<sup>46</sup> İsra, 15.

<sup>47</sup> Buhari, Bed’ü'l-Vahy 1, Itk 6, Menakıbu'l-Ensar 45, Nikâh 5, Eymân 23, Hiye 1; Müslim, İmaret 155, (1907); Ebu Davud, Talak 11, (2201); Tirmizi, Fedailu'l-Cihad 16, (1647); Nesai, Taharet 60, (1, 59, 60).

## **Dinî ve Hukukî Müeyyidelere Sahip Olması**

İslam hukukunda dinî ve hukukî olmak üzere çift yönlü müeyyideler bulunmaktadır. Bunun sebebi birinci maddede ifade edildiği üzere İslam hukukunun dinî bir hukuk sistemi olmasıdır. Yani İslam hukukunda suçlar hem hukukî cezalarla hem de uhrevî müeyyidelerle cezalandırılmaktadır. Buna göre bazı hukuka aykırı fiillere karşı sadece dinî müeyyideler öngörülmüştür. Mesela, Cuma namazı vaktinde ezandan sonra yapılan alım satımlar hukuken geçerli olmakla birlikte dinî olarak caiz değildir ve manevi sorumluluk gerektirmektedir. Bunun yanında ibadetleri yerine getirmemenin cezası da dinî yaptırımlardır. Adam öldürme, yaralama gibi suçlar ise hem hukukî hem dinî yaptırımlarla cezalandırılmaktadır.

## **Müçtehid Hukukçular Tarafından Oluşturulması**

İslam hukuku dört halife dönemi dışında devletin müdahalesi olmadan, bağımsız hukukçuların ilmi faaliyetleri ile kurulmuştur. Kendileri de hukukçu olan ilk dört halife, hukukun teşekkülü için bizzat çalışmışlardır. Emevi ve Abbasi Devletleri dönemlerinde ise devletin hukukun gelişmesinde öncü rolü olmamış, Ebu Hanife, İmam Malik, İmam Şafii gibi müçtehid hukukçuların özel hukukî çalışmaları ile İslam hukuku meydana getirilmiştir.

İslam hukukunun oluşturulduğu ilk asırlarda çok sayıda müçtehid hukukçu içtihad faaliyetleri gerçekleştirmiş, önelerine getirilen meseleleri hukukî olarak hükme bağlamışlardır. Böylece ilk dönemlerde çok sayıda hukuk ekolü yani mezhep kurulmuştur. Bu durum İslam hukukuna çok zengin bir hukukî birikim sağlamıştır.

## **Kazuistik Metotla Kurulması ve Gelişmesi**

Hukuk kuralarının oluşturulmasında kazuistik metot, soyut metot ve karma metot olarak üç metot söz konusudur. Pek çok hukuk sistemi gibi İslam hukuku da kazuistik (meseleci) metotla kurulmuş ve gelişmiştir. İslam hukuku Hz. Peygamber ve İslam hukukçularının kendilerine sorulan meselelere verdikleri cevaplarla oluşmuştur. Hanefi mezhebi bu şekilde meseleci metotla meydana getirilmiştir.

İslam hukuku meseleci metotla kurulmuş olmakla birlikte, soyut metot ve karma metot özelliklerine de sahiptir. Sözelimi Şafii mezhebi

soyut metot veya karma metoda sahip kabul edilir. Çünkü İmam Şafii, er-Risale fi'l-Usul adlı eserinde mezhebinin metodolojisini belirlemiş ve Şafii mezhebi bu esaslara göre kurulmuştur. İmam Şafii'nin bu kitabı hukuk metodolojisi üzerinde yazılan Dünya hukuk tarihindeki ilk eserdir.

Genel hukuk prensipleri olarak da adlandırılabilen külli kaideler, İslam hukukunun soyut metotla gelişen tarafını ortaya koyar. Hicri 4. asırdan itibaren İslam hukuku bazı külli kaidelere göre sınıflandırılmaya başlanmış ve çok sayıda kavaid-i külliye kitabı yazılmıştır. Bu eserler İslam hukukunun soyut metotla da geliştiğini, ancak meseleci yönünün ağırlıkta olduğunu göstermektedir.

### III. İSLAM HUKUKUNUN TARİHİ DEVİRLERİ

#### **Hz. Muhammed (s.a.s) Devri**

İslam hukukunun Hz. Peygamber devri, Mekke ve Medine dönemlerinden oluşmaktadır. Mekke döneminde Müslümanlar, müşrik Mekkeliler arasında azınlık statüsünde ve pek çok haktan mahrum olarak yaşamaktaydı. Bu şartlar altında İslam hukukuna ait hükümlerin tespit edilmesi ve uygulanması söz konusu olamazdı. Bu dönemde nazil olan ayetler iman esasları, ibadetler, geçmiş kavimlerin ve peygamberlerin hayatları, geleceğe ilişkin bazı haberler ile ilgili idi. Bunların dışında bazı temel hukuk prensiplerine ilişkin ayetler de nazil olmuştu.

İslam hukukunun asıl gelişmesi miladi 622 yılında Müslümanların Medine'ye hicret etmeleri ile başlamıştır. Bu dönemde Müslümanlar Medine site devletini kurmuşlar ve İslam toplumunun düzen içerisinde yaşaması için hukuk kurallarına ihtiyaç duymaya başlamışlardı. Bugün Medine Anayasası olarak isimlendirilen vesika bu site devletinin anayasasını oluşturmaktaydı. Hz. Peygamber bu anayasaya göre devlet başkanı, ordu komutanı, başkadı gibi önemli yetkilere sahip olmuştu. Medine vesikası Dünya tarihindeki ilk anayasal metin kabul edilmektedir.

Medine dönemi, İslam hukukunun ayet ve hadislere dayalı olarak kurulduğu en önemli devirdir. Bu devirde aile, miras, borçlar, ticaret, ceza, yargılama, uluslar arası ilişkiler gibi hukuk dallarına ilişkin hükümler koyulmuştur. Bu hükümlerin bazıları Müslümanların sordukları sorulara ilişkin olarak inen ayetlerle, bazıları da Hz. Peygamber'in yine vahiy

kaynaklı olarak bu sorulara vermiş olduğu cevaplarla belirlenmiştir. Bir meseleye ilişkin vahiy gelmediğinde ise Hz. Peygamber ashabi ile istişare eder ve istişare kararına göre hüküm verirdi. Mesela, Bedir savaşında esir edilen Mekkeli müşrikler hakkında ashabi ile istişare etmiş ve esirlerin salıverilmesi yönündeki görüşe uyarak onları serbest bırakmıştı. Ancak daha sonra nazil olan ayette bu görüşün isabetli olmadığı belirtilerek, işin doğrusu açıklanmıştı: “Harpte alınan esirleri mal karşılığı olarak salıvermek hiçbir peygambere yakışmaz. Yeryüzünde onların çoğunu öldürmek, zayıflamalarına sebep olur”<sup>48</sup>. Bu örnekte olduğu gibi Hz. Peygamber ashabi ile istişare ederek ya da istişare etmeden bir mesele hakkında karar verdiğinde, yanlış olması halinde vahiy yoluyla düzeltiliyordu.

### **Sahabe (r.a) Devri**

*Sahabe*, Hz. Muhammed (s.a.s.)’i gören, ona inanan ve Müslüman olarak vefat edenlere denilmektedir. Sahabe devri Resûlüllah’ın vefatı ile başlar ve Emeviler’in iktidarı ele geçirmeleri ile devam eder. Dolayısıyla bu devri dört halife dönemi ve Emeviler dönemi olarak ikiye ayırmak mümkündür.

Müslümanlar Hz. Peygamber döneminde karşılaştıkları meseleleri ona sormak suretiyle hallediyorlardı. Sahabe devrinde ise bu imkândan mahrum oldukları için kendileri meseleleri halletmek zorundaydılar. Üstelik İslam Devleti doğuda Çin’e, batı da İspanya’ya kadar genişlemişti. Arap yarımadasında homojen sayılabilecek bir toplum yapısı var iken, artık son derece genişlemiş olan İslam coğrafyasında, çok farklı milletler ve örf-âdetlerle yüzyüze gelinmişti. Sahabe döneminde bu çeşitliliğin İslam hukuku içerisinde düzenlenmesi gerekmektedir. Sahabe hukukçuları kıyas, örf gibi hukuk kaynaklarını kullanarak bu çeşitliliği İslam hukuku içerisinde düzenlemişlerdir.

Bu dönemin özelliklerinden birisi Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer’in halifeliği döneminde sahabelerin önde gelenlerinin katılımı ile toplu içtihatların gerçekleştirilmesidir. Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer bir mesele ile karşılaştıklarında sahabeleri bir araya getirir ve konu hakkındaki görüşlerini sorardı. Yapılan bu toplu içtihat faaliyeti sırasında kimi zaman görüş birliğine ulaşılır ve icma gerçekleşirdi. Irak arazinin hukuki statü-

---

<sup>48</sup> Enfal 67.

sünün miri arazi olarak belirlenmesi, Hz. Ömer döneminde sahabenin icma'ı ile gerçekleştirilmiştir. O döneme kadar fethedilen araziler savaşa katılanlar arasında taksim edilirken, miri arazi ile toprağın mülkiyeti devlette, kullanım hakkı yerli halkta bırakılmıştır.<sup>49</sup>

Dört halife döneminde İslam hukukunun şekillenmesinde devletin öncü rolü olmuştur. Hulefa-i raşidin denilen ilk dört halife, meselelerin İslam hukukuna göre halledilmesi için çaba harcamışlardır. Sahabe devrinin ikinci dönemi olan Emeviler zamanında ise devlet İslam hukukuna müdahale etmemiş, İslam hukuku müçtehit hukukçuların gayretleri ile gelişmiştir.

Bu dönemde sahabenin önde gelen hukukçuları, İslam coğrafyasının önemli merkezlerinde ilim halkaları oluşturmuşlardır. Medine'de Abdullah b. Ömer, Mekke'de Abdullah b. Abbas, Kûfe'de Abdullah b. Mes'ud, Şam'da Muaz b. Cebel, Mısır'da Abdullah b. Amr, Basra'da Ebu Musa el-Eşari, oluşturdukları ilim halkalarında Hz. Peygamber'den öğrendiklerini insanlara aktarmışlardır. Bu sahabelerden bir kısmı yeni bir mesele ile karşılaştıklarında ayet ve hadisler ile meseleyi halledemediklerinde kendileri içtihat yaparken, bazıları içtihadı daha az başvurmuşlardır. Mesela, Abdullah b. Mes'ud içtihadı çokça başvuranlardan, Abdullah b. Ömer ise az başvuranlardır. Böylece daha sonra kurulacak olan hadis ve rey okulları teşekkül etmeye başlamıştır.

Yine bu dönemde yargı bağımsızlığı açısından önemli bir uygulama başlatılmıştır. Hz. Ömer'in halifeliği zamanında eyaletlere valilerin yanında, doğrudan halifeye bağlı olan kadılar tayin edilmiştir. Böylece yürütme ve yargı birbirinden ayrılmıştır. Bunun yanında Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eşari'ye ve Kadı Şüreyh'e yazdığı mektuplarda yargılama hukukuna ait önemli kurallar ifade edilmiştir.<sup>50</sup>

Sahabe hukukçuları farazi meselelerle meşgul olmamışlar, sadece karşılarına gelen gerçek olaylar hakkında görüşlerini belirtmişlerdir.

### **Tabiîn ve Tebe-i Tabiîn Devri**

Sahabelerle görüşen, onları takip eden Müslümanlara *tabiîn* adı verilmektedir. Tabiîn ile görüşen Müslümanlara ise *tebe-i tabiîn* denilir.

<sup>49</sup> Ekinci, age, s. 138-139.

<sup>50</sup> Abdullah Demir, Osmanlı Mahkemesi, İstanbul 2010, s. 18; Karaman, age, s. 107.

İslam hukukunda Tabiîn ve Tebe-i Tabiîn devri Emeviler'in son döneminde başlar, Abbasiler'in ilk dönemlerine kadar sürer.<sup>51</sup>

Sahabe devrinde işaretleri ortaya çıkmaya başlayan hadis ve rey ekolleri bu dönemde teşekkül etmiştir. Yukarıda da ifade edildiği gibi hadis ekolü, meseleleri sünnet ile halleden ve içtihad yoluna çok az başvuran hukukçulardan oluşmaktadır. Rey ekolü ise içtihat yolunu daha fazla kullanan hukukçulardan oluşur. Bu iki ekolün ortaya çıkmasının dinî, sosyolojik, coğrafi bir kısım sebepleri vardır.

Din açısından bakıldığında Medine'de sahabe döneminin etkisi fazlasıyla hissedilmekte olduğundan, İslamiyet'in ruhuna aykırı dinî görüşlerin bu bölgede yayılması mümkün olmamıştır. Kûfe ve çevresinde ise çeşitli sebeplerle Haricilik, Şiîlik gibi aykırı görüşlere sahip mezhepler ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla İslam hukukunun her iki bölgede gelişmesi farklı olmuştur.

Hadis okulunun merkezi Medine, sünnet yurdu sayılmakta, hukukçuların sahih hadislere ulaşması kolay olmaktadır. Bu sebeple hadis okuluna mensup hukukçular, karşılaştıkları meselelerle ilgili hadis bulmakta zorlanmamakta, dolayısıyla içtihad yoluna başvurma ihtiyacı çok fazla hissetmemektedir. Rey okulunun merkezi Kûfe ve çevresinde ise sahih hadislere ulaşmak zor olduğu gibi, uydurma hadisler de fazlasıyla bulunmaktadır. Bu sebeple rey okulu hukukçuları karşılaştıkları meseleleri çoğunlukla içtihad ederek halletmektedir.

Medine ve çevresinde uydurma hadis çok fazla bulunmadığı için hadis okulu hukukçuları, hadisleri çok fazla incelemeden kullanmaktadır. Buna karşılık Kûfe ve çevresinde ise uydurma hadisler fazla olduğu için rey okulu hukukçuları hadisleri kritik etmeden kullanmamaktadır.

Bu dönemde devletin hukuka müdahalesi olmamış, Hz. Ömer devrindeki gibi halifenin hukukçuları bir araya getirerek toplu içtihad faaliyetinde bulunmaları söz konusu olmamıştır. Hukukçuların özel gayretleri ile İslam hukuku gelişmeye devam etmiştir. Bununla birlikte Emevi halifesi Ömer b. Abdulaziz'in hadisleri tedvin etme çabası, İslam hukukunun gelişmesinde katkı sağlayan çok önemli bir faaliyettir.

Bu devir hukukçuları sahabe hukukçularından farklı olarak farazi olaylar hakkında da görüşlerini beyan etmişlerdir. Böylece İslam hukuku her konuya cevap verecek bir çeşitliliğe kavuşmuştur.

<sup>51</sup> İkinci, age, s. 139.

## Müçtehid Hukukçular ve Mezhepler Devri

Bu devir, Abbasiler'in ilk zamanlarından başlayıp Karahanlılar zamanına kadar devam eden yaklaşık iki asırlık bir süredir. Bu devirin özelliklerinden birisi İslam hukukunun tedvin edilmesi ve mezheplerin kurulmasıdır. Tedvin faaliyetini gerçekleştiren hukukçuların başında, Süfyan b. Uyeyne (Mekke), Malik b. Enes (Medine), Hasan Basri (Basra), Ebu Hanife, Süfyan-ı Sevri (Kufe), Evzai (Şam), Şafii, Leys b. Sa'd (Mısır), İshak b. Rahuveyh (Nisabur), Ahmed b. Hanbel, Davud-u Zahiri ve İbni Cerir (Bağdat) dir. Bunlardan bazılarının mezhebi günümüzde halen yaşamakta, bazılarının ise mensubu kalmadığı için teorik olarak görüşlerine kitaplarda rastlanmaktadır.

Abbasiler, selefleri Emeviler'den farklı olarak İslam hukukuna devlet desteği sağlamışlar, hukuk birliği için çalışmışlardır. Bu amaçla Halife Mansur, İmam Malik'in Muvatta isimli eserini, devletin resmi kanunu olarak uygulamak istemiştir. Ancak İslam hukuku gelişmesini tamamlamadığı için İmam Malik bu teklifi kabul etmemiştir. Yine Abbasi halifesi Harun Reşid, İmam Ebu Yusuf'u kâdilkudatlık makamına atamış ve bu vesile ile Hanefi mezhebi İslam coğrafyasında daha çok yayılmıştır. Çünkü başkadı olan Ebu Yusuf kadı tayin ederken genellikle Hanefi mezhebindekileri tercih etmiştir.<sup>52</sup>

Dünya tarihinde hukuk metodolojisine ilişkin ilk eserler de bu dönemde yazılmıştır. Hukukçular hocalarının hangi kurallara göre içtihad faaliyetinde bulduklarını tespit etmeye çalışmışlar ve ilk fıkıh usulü çalışmaları ortaya çıkmaya başlamıştır. Dünya hukuk tarihinde hukuk metodolojisine dair; günümüze ulaşan ilk eser İmam Şafii'nin *er-Risale fi'l-Usul* isimli kitabıdır. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in de fıkıh usulüne ilişkin eser yazdıkları bilinmekle birlikte, günümüze ulaşmamıştır.

Müçtehid hukukçular dönemi, İslam hukukunun altın çağı olarak kabul edilmektedir. Bu dönemde çok sayıda müçtehid hukukçu yetişmiş ve ortaya İslam hukuku adına büyük bir birikim sağlanmıştır. Meseleler özgür tartışma ortamlarında tartışılmış ve bu münakaşalardan yeni fikirlere ulaşılmıştır.

Bu dönemde İslam ülkesinin sınırlarının genişlemesi, farklı kültürlerin İslam coğrafyasına katılması, hukukçuların önüne çok fazla mesele

<sup>52</sup> Ekinci, age, s. 141.



getirmiştir. Hukukçular bu meseleleri halletmek için çaba harcamışlar ve İslam hukukunun gelişmesine katkı sağlamışlardır.

### **Hanefi Mezhebi ve Ebu Hanife**

Hanefi mezhebinin kurucusu Ebu Hanife'nin asıl ismi Numan b. Sabit'tir. Kuşağında hanife denilen hokka-kalem takımı taşıdığı için veya İslam'ın inanç esaslarını kuvvetlendirdiği için Ebu Hanife künyesini almıştır. Ebu Hanife 80/699 yılında Kufe'de doğmuş, 150/767 yılında Bağdat'ta vefat etmiştir. Dedesinin babası Mah, Sasani'lerin Bağdat valisi olup Hz. Ömer döneminde Müslüman olmuştur.

Ebu Hanife önceleri ticaret yapan dürüst bir esnaf iken, daha sonra ilme olan merakı sebebiyle kelim ve fıkıh ilimleriyle meşgul olmaya başlamıştır. Döneminde İslam'ın inanç esaslarını sarsan sapık cereyanlar ortaya çıktığı için Fıkıh-ı Ekber isimli eserini kaleme almıştır. Bu eser kelim ilminin temellerini teşkil eden çok önemli bir kitaptır.

Ebu Hanife Kufe'de Hammad b. Süleyman isimli hukukçudan 18 sene ders aldı. Hocasının vefatı üzerine Kufe'de kendisi ders okutmaya başladı. Ebu Hanife'nin hocası Hammad b. Süleyman, onun hocası İbrahim en-Nehâî, onun hocası Alkame, onun hocası da sahabiden İbn Mesud'dur. İbn Mesud rey okulunun üstadlarındanıdır.<sup>53</sup>

Ebu Hanife'nin ders halkasında bin kadar talebe bulunurdu, bunların içerisinde kırk tanesi müctehid derecesinde hukuk bilgisine sahipti. Bu ilim halkasında hukuki meseleler müzakere usulü ile ele alınır, isteyen herkes görüşünü söylerdi. Müzakereler sonunda mesele olgunlaşır ve bir karara varılırdı. Bu şekilde Ebu Hanife'nin ilim meclisinde 300 bin kadar mesele halledilmiştir.

İslam hukukunu bablara ve fasıllara ayırarak tasnif eden Ebu Hanife'dir. Ebu Hanife ilim meclisinde karara bağlanan bir meselenin hangi bölüme kaydedileceğini İmam Muhammed'e söyler ve oraya kaydettirirdi. Bu tasnif usulü diğer İslam hukukçuları tarafından da kabul edilmiş, hatta İmam Malik meşhur eseri Muvatta'ı bu sınıflandırmaya göre kaleme almıştır.<sup>54</sup>

Ebu Hanife fıkhi meseleleri ele alma usulünü şu sözleriyle açıklamaktadır: "Bir mesele hakkında önce Kur'ân'a bakarım. Onda bulamaz-

<sup>53</sup> Karaman, age, s. 172.

<sup>54</sup> Ekinci, age, s. 144.

sam hadis-i şeriflere bakarım. Orada da bulamazsam sahabenin hukuki görüşlerinden birisini seçerim. Orada da bulamazsam kendim içtihad ederim. Tabiinin görüşlerine gelince, biz de onlar gibiyiz.” Buna göre Ebu Hanife’nin hukuk usulünde kitap, sünnet, sahabe görüşleri, icma, örf-adet ve içtihadi kaynaklar yer almaktadır.

Hanefi mezhebinde Ebu Hanife’nin görüşleri yanında talebelerinin görüşlerine de yer verilmiştir. Hanefi fıkıh kitaplarında Ebu Hanife ile birlikte talebelerinden Ebu Yusuf, *İmam Muhammed*, *Züfer* ve *Hasan b. Ziyad*’ın görüşleri de bulunmaktadır. Ebu Hanife’nin meseleleri müzakere yoluyla ele alması ve her görüş sahibine söz hakkı vermesi, böyle bir çeşitliliğin doğmasına sebep olmuştur. Bu açıdan Hanefi mezhebi her döneme hitap edecek zenginlikte hukuki birikime sahip olmuştur.

Asıl ismi Yakub b. İbrahim olan *Ebu Yusuf*, Hanefi mezhebinin ikinci büyük hukukçusudur. Ebu Yusuf 113/731 yılında Kufe’de doğmuş ve 182/798 yılında Bağdat’ta vefat etmiştir. Maddi durumu zayıf olduğu için ihtiyaçları hocası Ebu Hanife tarafından karşılanmış ve kısa zamanda en seçkin talebeler arasına girmiştir. Ebu Yusuf’un halife Harun Reşid’e takdim ettiği *Kitabu’l-Harac* isimli eseri dünyada mali hukuk sahasında kaleme alınan ilk eserdir. Ebu Yusuf, Abbasi halifelerinden Mehdi, Hadi ve Harun Reşid zamanlarında kadı’l-kudatlık yani başkadılık görevinde bulunmuştur. Bu görevi sırasında Hanefi mezhebinin yargılama hukukuna ilişkin görüşlerini uygulama imkânı bulmuştur. Bu sebeple Hanefi mezhebinde yargılama hukuku ile ilgili meselelerde Ebu Yusuf’un görüşü tercih edilir.

Ebu Hanife’nin diğer öğrencisi İmam Muhammed Hasan b. Şeybani’dir. İmam Muhammed 122/739 yılında Vâsıt şehrinde doğmuş ve 189/804 yılında Kûfe’de vefat etmiştir. İmam Muhammed küçük yaşta babası tarafından Ebu Hanife’nin yanına götürülmüş ve onun ilim halkasına dâhil olmuştur. Ebu Hanife’nin vefatından sonra Ebu Yusuf’un yanında tahsiline devam etmiştir. Üç yıl kadar da İmam Malik’ten Muvatta isimli kitabını ders olarak okumuştur. İmam Muhammed, İmam Şafii’nin de hocalığını yapmıştır. Eserleri ile Hanefi mezhebinin sonraki nesillere ulaşmasına vesile olmuştur. Harun Reşid zamanında Rakka’da ve daha sonra Horasan’da kadılık yapmıştır.

İslam coğrafyasında bugün Müslümanların yarısından fazlası ve Ehl-i sünnetin beşte üçü Hanefi mezhebindendir. Buna göre Balkanlar, Anadolu, Kafkasya, Tataristan, Tacikistan, Afganistan, Pakistan, Türki-

tan, Hindistan ve Çin Müslümanları Hanefi mezhebine mensuptur. Mısır, Yemen, Suriye ve Hicaz'da da Hanefiler bulunmaktadır.

### ***Malikî Mezhebi ve İmam Malik***

Aslen Yemenli olan İmam Malik b. Enes 95/713 yılında Medine'de doğmuş ve 179/795 yılında yine Medine'de vefat etmiştir. Zührî, Nâfi, Rabiâtü'r-Rey gibi âlimlerden ders almıştır. Bir ara Medine'de ikamet eden Ebu Hanife'nin derslerine de katılmıştır. Yetiştirdiği çok sayıda talebesi, mezhebinin farklı bölgelere yayılmasını sağlamıştır. İmam Şafii ve İmam Muhammed de İmam Malik'ten ders almıştır.

İmam Malik derslerini takrir usûlü ile yapardı. Yani önce kendisi derslerini anlatır, sonra talebelerinden gelen soruları cevaplardı. Ebu Hanife'nin uyguladığı münazara usûlünü tercih etmezdi. Bunun yanında farazî meselelerle meşgul olmaz, sadece yaşanmış olaylar hakkında hukuki yorum yapardı.

İmam Malik'in hukuk metodolojisinde, Medine halkının örf-âdetleri önemli bir yer tutmaktadır. Amel-i ehl-i Medine denilen bu hukuk kaynağı, İmam Malik tarafından ayet ve hadislere başvurulduktan sonra kullanılmaktadır. İmam Malik amel-i ehl-i Medine'yi ahad hadislere yani her nesilde bir kişi tarafından rivayet edilen hadislere tercih etmektedir. İmam Malik bir mesele hakkında bunlarda bir çözüm yolu bulamazsa kıyasa başvururdu. İmam Malik hadis okulundan olmasına rağmen gerektiğinde kıyasa başvurmaktan çekinmezdi.

Günümüzde Libya, Tunus, Cezayir, Fas ve Batı Afrika ülkelerinde yaşayan Müslümanlar Maliki mezhebindedir. Mısır ve Sudan'da da Malikiler bulunmaktadır. Dünya Müslümanları arasında tercih edilen üçüncü mezhep Malikiliklidir.<sup>55</sup>

### ***Şafii Mezhebi ve İmam Şafii***

Muhammed b. İdris eş-Şafii 150/767 yılında Gazze'de doğmuştur. Baba tarafından soyu Hz. Peygamber'in dedelerinden Abdimenaf'a ulaşmaktadır. Dedesinin dedesi Şafii ve onun babası Saib Kureyşli sahabelerdendir. Küçük yaşta babasının kaybetmiş ve annesi tarafından Mekke'ye götürülmüştür. Mekke'de çocuk yaşta Kur'ân'ı ezberlemiş, 10 yaşında İmam Malik'in Muvatta'ını da ezberlemiştir. Mekke'de Müslim

<sup>55</sup> Ekinci, age, s. 148.

b. Halid ez-Zenci'nin rahle-i tedrisinde ilim tahsil etmiş ve 15 yaşında onun icazeti ile fetva vermeye başlamıştır. Yirmi yaşında Medine'ye giderek İmam Malik'ten ders almıştır. Beş sene Yemen ve Necran'da kadılık yapmıştır. Yemen'de talebelerinden İmam Evzaî ve Leys b. Sa'd'ın fikhını öğrenmiştir. Daha sonra 185/800 yılında Bağdat'a gelerek İmam Muhammed'den Hanefi mezhebinin görüşlerini öğrenmiştir. Bundan iki sene sonra Mekke'ye gelerek hac yapmış ve ders vermiştir. Dokuz yıl sonra Bağdat'a dönmüş, Ahmed b. Hanbel ve İshak b. Rahûveyh'e talebelik yapmıştır. İmam Şafii 199/814 yılında Mısır'a yerleşmiş ve 204/820 yılında Mısır'da vefat etmiştir.<sup>56</sup>

Yukarıda anlatıldığı gibi İmam Şafii hadis ve rey okullarının hocalarından ders almış ve her iki okulun görüşlerini telif ederek kendi mezhebini kurmuştur. İmam Şafii Mekke ve Bağdat'ta yaşadığı döneme ait bazı görüşlerini Mısır'a gittikten sonra değiştirmiştir. Bunda Mısır'daki örf adetlerin farklı olması ve kendisinin ilimde tekâmül etmesi rol oynamıştır. Bu açıdan İmam Şafii'nin Mısır'a gitmeden önceki görüşlerine mezheb-i kadim (önceki mezhep) ve Mısır'dan sonraki görüşlerine ise mezheb-i cedid (yeni mezhep) adı verilmektedir.

İmam Şafii hukuk metodolojisini er-Risale fi'l-Usûl isimli eserinde bir araya getirmiştir. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu eser dünyada hukuk metodolojisi ile ilgili olarak yazılmış ve günümüze ulaşmış ilk kitaptır. İmam Şafii içtihad faaliyetinde ayet, hadis, icma, sahabe görüşü ve kıyas sıralamasına göre meseleleri ele almaktadır. Sarih icmayı delil kabul etmekte, sükûtî icmayı kabul etmemektedir. Hanefilerin belirli şartlarla delil kabul ettiği her nesilde tek kişi tarafından rivayet edilen ahad hadisi şartsız olarak kabul etmektedir. Buna karşılık Hanefilerin delil kabul ettiği mürsel yani senedinde kopukluk olan hadisi delil saymamaktadır. İctihadlarında kuvvetli Arapça bilgisini de kullanarak tercihler yapmıştır.

İmam Şafii hukuki görüşlerini el-Ümm isimli eserinde bir araya getirmiştir. Bu eseri de sistematik hukuk kitaplarının ilklerindedir. İmam Şafii'nin mezhebi, talebelerinden özellikle Müzenî ve Muradî tarafından sonraki nesillere aktarılmıştır.

Şafiilik bugün Mısır, Ortadoğu, Endonezya, Pakistan, Somali, Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da yaşayanların çoğunluğunun mezhebidir. Dünyada Hanefilik'ten sonra en fazla mensubu bulunan mezheb Şafiiliktir.

<sup>56</sup> Karaman, age, s. 175.

## **Hanbelî Mezhebi ve Ahmed b. Hanbel**

Ahmed b. Hanbel eş-Şeybanî 164/780 yılında Bağdat'ta doğmuş ve 244/858 yılında yine aynı yerde vefat etmiştir. Küçük yaşta babası vefat etmiş, geçimini babasından kalan dokuma atelyesinin geliri ile sağlamış ve hayatını ilim öğrenmekle geçirmiştir. Kûfe, Mekke, Medine, Şam, Yemen gibi beldelere ilim tahsil etmek ve hadis öğrenmek için seyahatlerde bulunmuştur. İmam Şafii'den ders alan Ahmed b. Hanbel önceleri Şafii mezhebine meyletmekle birlikte, engin hadis bilgisi sebebiyle ayrı bir mezhep sahibi olmuştur.<sup>57</sup>

Bir milyon kadar hadisi hafızasında bulunduran Ahmed b. Hanbel, bunlar içerisinde seçtiği 45 bin kadarını, rivayet eden sahabe göre tasnif ederek el-Müsned isimli kitabını yazmıştır. Hadis kıstasları çok şiddetli değildir, ahad, mürsel ve hatta zayıf hadisleri de kabul eder.

Ahmed b. Hanbel talebelerinden bazılarını hadis, bazılarını fıkıh, bazılarını ise hem hadis hem de fıkıh dersleri vermiştir. Talebelerinin hadisleri yazmalarına izin verirken, hukukla ilgili görüşlerini yazmalarına izin vermemiştir. Hukukla ilgili görüşleri sonradan Ebu Bekir el-Hallal ve Ömer el-Hirakî tarafından yazılarak gelecek nesillere aktarılmıştır. Hanbelî mezhebi en son teşekkül eden mezhep olması ve hükümlerinin şiddetli olması sebebiyle taraftarı en az olandır. Hatta bir ara kaybolmaya yüz tutmuş, büyük mutasavvıf Abdulkadir Geylanî'nin bu mezhebe girmesi ile güçlenerek günümüze ulaşmıştır.

Hanbeli mezhebi İbn Teymiyye ve İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye gibi âlimlerin eserleri ile de gücünü artırmıştır. Muhammed b. Abdülvehhab tarafından kurulan Vehhabilik, Hanbelî mezhebine mensub olduğu iddiası ile kurulmuş olmakla birlikte, önemli farklılıklar da taşımaktadır. Vehhabilik günümüzde Suudi Arabistan gibi bazı ülkelerde resmi mezhep olarak uygulanmaktadır.

### **Taklit Devri**

Abbasiler döneminin ortalarından Osmanlılar dönemindeki kanunlaştırma hareketlerinin başladığı Tanzimat'a kadar olan devirdir. Bir önceki devirden farklı olarak mutlak müçtehid yetişmemesi ya da yetişse bile yeni mezhep kurmaya teşebbüs etmemesi, müçtehidlerin mevcut

<sup>57</sup> Karaman, age, s. 176.

mezhepler içerisinde kalarak içtihad faaliyetinde bulunması gibi sebeplerle bu uzun döneme taklit devri adı verilmektedir.

Bu devir her ne kadar taklit devri olarak adlandırılrsa da İslam hukukunun tekemmül etmesi bu dönemde gerçekleşmiştir. Bu devirde İslam ülkelerinde İslam hukuku uygulanmaya devam etmiştir. Yine bu devirde mezhebde müçtehidler karşlarına gelen yeni meseleleri mezheb imamlarının metodolojisine bağılı kalarak çözmüşlerdir. İslam hukukunun metodolojisi yani fıkıh usûlü ile ilgili eserler büyük oranda bu dönemde kaleme alınmıştır. Hukukçular mezheb imamlarının hukuk metodolojisini ortaya çıkaracak çalışmalar yapmışlar ve çalışmalar sonunda fıkıh usûlü ilminde çok önemli gelişmeler yaşanmıştır. Denilebilir ki bu dönemi taklit devri olarak adlandırmaktansa tahkik ve tekemmül devri olarak adlandırmak daha isabetlidir.<sup>58</sup>

Bu dönemde içtihad kapısının kapalı olduğuna ilişkin bir içtihad yaygınlık kazanmıştır. İctihad kapısının kapalı olması gibi önemli bir görüşün ortaya çıkmasının bazı sebepleri bulunmaktadır:

1. İlk üç asır müçtehidlerine olan saygıları sebebiyle, içtihad derecesine ulaşan âlimler yeni içtihadlar yapmamışlardı. Kaldı ki bu saygı lüzumsuz da değildi, çünkü bir önceki dönemin müçtehid imamları İslam hukukunu farazi meselelere incek kadar işlemişler, yeni içtihadlara ihtiyaç bırakmamışlardı. Bu dönemde İslam toplumunda çok fazla bir değişiklik yaşanmamış, homojen bir toplum yapısı varlığını sürdürmüştü. Toplum yapısında köklü değişiklikler yaşanmadığı için yeni içtihadlara da gerek duyulmuyordu. Toplumdaki sınırlı değişiklikler ise mezheb içerisinde yapılan içtihadlar ile halledilmekteydi.

2. Şiilik gibi bazı ehlisünnet dışı mezheplerin devlet eliyle yayılması teşebbüsleri, âlimleri endişelendirmiş, onları mevcut mezhepleri korumaya sevk etmişti. Böylece İslam toplumu bozulmaktan kurtulmuş olacaktı.

3. Moğol istilasında İslam ülkelerinde yaşayanlara yapılan zulümler de İslam hukuk faaliyetinde durgunluğa yol açmıştı. Moğolların Bağdat'ı işgalinde 800 bin insan öldürülmüştü. Müslümanlar canlarının ve mallarının derdine düştükleri için ilmi faaliyetlere yeterince zaman ayıramaz olmuşlardı.

4. Abbasilerin Hanefi mezhebinde kadılar tayin etmeleri, Osmanlıların Hanefi mezhebini resmi mezheb olarak uygulamalarında olduğu gibi

<sup>58</sup> Ekinci, age, s. 158.

bu dönemdeki İslam devletleri hukuk birliğini sağlamak için bir tane mezhebin görüşlerini uygulamayı tercih etmişlerdi. Hukuk birliğini sağlamak amacıyla yapılan bu tercih de farklı içtihadların yapılmasını engellemiştir.

Bu gibi sebeplerle içtihad faaliyetlerinde durgunluk yaşanmış, bazıları da içtihad kapısının kapalı olduğunu ileri sürmüştü. Bu dönemde İslam hukukunun mükemmelleştirilmesi çalışmalarının yapıldığı görülmektedir. Metin, şerh ve haşiye kitapları ile mezheplerin görüşleri en ince ayrıntısına kadar incelenmiştir.

Bu dönemde Hindistan'da İslam hukukunun tedvini adına önemli çalışmalar yapılmıştır. Delhi Sultanlığı himayesinde hazırlanan Fetâvâ-yı Tatarhaniye ve Fetâvâ-yı Hindiye isimli önemli derlemeler hazırlanmıştır. Bu derlemeler her ne kadar resmi derlemeler olarak kabul edilmese de önemli bilgi kaynaklarıdır.

Osmanlılar döneminde ise hazırlanan kanunnameler ile daha ziyade kamu hukuku alanlarında kanunlaştırma çalışmaları yapılmıştır. Bu alanlar ceza hukuku, mali hukuk, idare hukuku gibi düzenleme yetkisi devlet başkanına bırakılan bazı hukuk dalları ile ilgilidir. Yine Osmanlılar döneminde gayri sahih vakıflar, örfi hukuk, gedik hakkı gibi konularda yeni içtihadlar geliştirilmiştir.

### **Kanunlaştırma Devri**

Kanunlaştırma devri Osmanlı Devleti'nde 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı ile başlayıp halen devam etmektedir. Temel özelliği İslam hukukuna ait hükümlerin kanun haline getirilmesi olduğu için bu dönem kanunlaştırma devri olarak adlandırılmıştır.

Bu dönemde Osmanlı Devleti içerisinde iki tür kanunlaştırma faaliyeti gerçekleştirilmiştir. Birincisi İslam hukukuna ait hükümlerin kanun haline getirilmesi yoluyla, ikincisi ise Avrupa devletlerine ait kanunların tercümesi yoluyla yapılan kanunlaştırmalardır. Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma faaliyetleri hakkında ileride ayrıntılı bilgi verilecektir.

Osmanlı Devleti'nin yıkılmasından sonra kurulan İslam ülkeleri de İslam hukukuna uygun kanunlar hazırlamışlardır. Bu kanunlarda Osmanlı döneminde hazırlanan kanunların izleri görüldüğü gibi bazı Avrupa ülkelerine ait kanunlardan da faydalanılmıştır.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

# ANAYASA VE İDARE HUKUKU

## I. İSLAM HUKUKUNDA DEVLET

### **Devletin Yapısı ve Özellikleri**

İslam hukuku özel hukukla ilgili konuları ayrıntılı şekilde düzenlemiş, anayasa ve idare hukuku konuları hakkında ise genel prensipler belirlemekle yetinmiştir. Bunun sebebi özel hukuk konularının çok fazla değişmemesine karşılık, anayasa ve idare hukukunun dönemden döneme farklılık göstermesidir.

Hicretten sonra Medine’de site devleti kurulmuş, Hz. Peygamber bu devletin başkanlığını yapmıştır. Hz. Peygamber’in ve dört halifesinin uygulamaları devletin yapısı ve işleyişi için model olmuştur. Buna göre devletin temel özellikleri sınırlı hâkimiyet, adalet ve eşitlik, şûra prensibi şeklinde sıralanabilir.

**Sınırlı hâkimiyet ilkesine** göre, İslam’da hukukun kaynağı ilahî irade olduğu için devlet başkanının yasama, yürütme ve yargı yetkisi sınırlıdır. Yasama alanında devlet başkanına İslam hukukunun temel prensiplerine aykırı olmayacak şekilde sınırlı bir yasama yetkisi tanınmıştır. Benzer şekilde devlet başkanının yürütme ve yargı yetkisi de çeşitli mekanizmalarla sınırlandırılmıştır.

**Adalet ve eşitlik**, ayet ve hadislerle belirlenmiş, İslam devletlerinin uygulamalarında üzerinde hassasiyetle durulmuş temel bir prensiptir. Adaletle ilgili ayetlerden birisinde “*Şüphesiz Allah size emanetleri layık olan ehil kimselere vermenizi, insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adalete*



*uygun hüküm vermenizi emreder.*"<sup>59</sup> denilmektedir. İslam devlet geleceğinde adalet mülkün yani devletin temeli kabul edilmekte, halkın şikâyetlerini dinlemek ve çare bulmak devlet başkanının başlıca görevlerinden birisi kabul edilmektedir.

**Şûra prensibine** göre devlet başkanının icraatları konusunda görüş alabileceği ve gerekirse bu icraatlarını denetleyebilen bir aksakallar heyeti bulunmalıdır. Şûra prensibi gereğince önceki İslam devletlerinde vezirlik kurumu ve Divan-ı Hümayun gibi hükümet organları oluşturulmuştur. Zamanımızda ise yasama organı olan meclisler, şûra prensibine göre çalışan devlet kurumlarıdır. Bazı hukukçulara göre şûrada alınan kararlar devlet başkanlarını bağlar. Çünkü Hz. Peygamber Uhud savaşı öncesi ashabı ile istişare etmiş ve onların savaşmak yönündeki kararına uymuştur. Ancak kuvvetli gerekçelerin bulunması halinde devlet başkanı şûra kararına uymayabilir. Mesela, Hz. Ebu Bekir, sahabenin zekât vermeyenlerle savaşılmaması yönündeki kararına uymamış ve savaş kararı vermiştir.<sup>60</sup>

İslam hukuku devlet yönetiminde belirli bir model ortaya koymamış, temel ilkeler belirlemekle yetinmiştir. Buna göre geçmiş dönemde asırlarca uygulanan monarşilerin ya da günümüzdeki demokrasilerin İslam hukukuna aykırılığı söz konusu değildir. Esas olan yönetim sistemlerinin meşrûluğu ve İslam hukukunun temel ilkelerine uygun olmasıdır.

### **Devletin Unsurları**

Devletin unsurları **egemenlik, ülke ve halktır**. İslam hukukunda **egemenlik** Allah'a ait olmakla birlikte, egemenliğin kullanılması insanlar eliyle olmaktadır. Müslümanların kendisine biat ederek halife seçtiği kimse egemenliği Allah adına kullanır. Biat sonucu olarak Müslümanlar ile halife arasında bir çeşit sosyal sözleşme kurulmaktadır. Buna göre biat eden Müslümanlar halifeye itaat etme borcu altına girmekte, halife de Müslümanları hukuk çerçevesinde idare etme sorumluluğunu almaktadır.

İslam hukukunda din temelli **ülke** anlayışı hâkimdir. Buna göre Dünya İslam ülkesi (darü'l-islam) ve Harp ülkesi (darü'l-harp) olarak ikiye ayrılmaktadır. İslam hukukunun uygulandığı ya da eskiden İslam hukukunun uygulandığı ve şu anda Müslümanların dinlerini ya-

<sup>59</sup> Nisa 4/58. Hadid 57/25, Şura 42/15 ve Nisa 4/135 ayetleri de adaletle ilgilidir.

<sup>60</sup> Abdulhamid İsmail el-Ensari, eş-Şura ve Eseruha fi'd-Demokratiyye, Beyrut, s. 3.

şayabildikleri bölgeler İslam ülkesi kabul edilir. İslam ülkesi olmayan bölgeler ise harp ülkesi kabul edilir. İslam ülkesinde yaşayanlar farklı devletlerin vatandaşı olsalar da tek ülke vatandaşı kabul edilmektedir. Mesela, Afganistan'da yaşayan bir Müslüman Osmanlı Devleti'ndeki bir akrabasına mirasçı olmaktadır. Harp ülkesinde yaşayanlar ise farklı devletlerin vatandaşı olsalar da tek ülke vatandaşı kabul edilmektedir.

Devletin üçüncü unsuru halk yani İslam ülkesinde yaşayan insanlardır. İslam ülkesinde yaşayanlar Müslüman, zimmî ve müste'men olarak üç guruba ayrılır. İslam ülkesi vatandaşlarına raiyye veya reaya adı verilir. Hz. Peygamberin "Hepiniz çobansınız ve hepiniz emriniz altındaki-lerden sorumlusunuz. Koca ailesinin çobanıdır ve onlardan sorumludur. Kadın evinin ve çocuklarının çobanıdır ve onlardan sorumludur. Devlet adamı da insanların çobanıdır ve raiyetinden sorumludur." hadisindeki sorumluluk duygusunu insanlara hatırlatması için halka reaya adı verilmiştir. Zimmîler İslam ülkesinde yaşayan Hristiyan, Yahudi, Zerdüşt gibi din mensuplarıdır. Müs'temen ise İslam ülkesi vatandaşı olmadığı halde seyahat, ticaret gibi sebeplerle orada bulunmasına izin verilen Harp ülkesi vatandaşlarıdır. Müste'menler esas itibariyle zimmîlerin statüsüne tabidir.

## **İslam Devlet Teşkilatı**

### ***Halife***

İslam'da devlet başkanına halife, imam, emirü'l-müminin gibi adlar verilmektedir. Hz. Peygamber'den sonra devlet başkanlığına getirilenlere halife adı verilmiştir. Onlar Hz. Peygamberin halefi oldukları için halife olarak isimlendirilmişlerdir. Halifenin varlığı Müslümanlar için zaruri görülmektedir. Çünkü sahabeler vefat eden Hz. Peygamber'in defin işlemlerini yapmadan önce yeni devlet başkanının seçilmesi için toplanmışlardı.

İslam hukukunda halife ile ilgili düzenlemeler diğer Müslüman hükümdarlar hakkında da uygulanmıştır. Dolayısıyla aşağıdaki açıklamalar, Selçuklu sultanları ve Osmanlı padişahları gibi hükümdarlar hakkında da geçerlidir.

### ***Halifenin Seçilmesi***

Halifenin yani devlet başkanının nasıl belirleneceği konusunda ayet ve hadislerde kesin olarak belirlenmiş bir usul yoktur. Ancak Hz. Pey-

gamberden sonra halifelik makamına gelen hulefa-i raşidinin seçilme usulleri hakkında sahabe görüş birliğine ulaşmış ve bu da sükûtî icma olarak kabul edilmiştir. Hulefa-i Raşidin denilen ilk dört halifenin seçilme tarzlarına göre halifenin belirlenme usulleri şunlardır:

### Seçim (Biat) Usûlü

Seçim usûlünün diğer ismi biattır. Biat, anlaşmak, sözleşmek gibi anlamlara gelmektedir. Kavram olarak ise ehl-i hal ve akd olarak isimlendirilen kimselerin sağ ellerini halifenin sağ eli üzerine koyarak onu halife seçtiklerini ifade etmeleridir. Buna *seçim biatı* adı verilmektedir. Hz. Ebu Bekir'in halife seçilmesi bu usulle yani biat yoluyla olmuştur. Osman Gazi'nin devlet başkanı seçilmesi de biat usûlü ile gerçekleşmiştir. Bir de *itaat biatı* vardır ki Müslümanların halifeye bağlılıklarını ifade etmek için sağ ellerini halifenin sağ eli üzerine koymaları şeklinde yapılır.

Halifeyi seçmeye yetkili olan kimselere *ehl-i hal ve akd* adı verilmektedir. Bunlar çoğunlukla devlet merkezinde bulunan ülkenin ileri gelen kimseleri, âlimler, hâkimler ve kumandanlardır. Ülkenin diğer bölgelerinde yaşayan ehl-i hal ve akdin de halife seçimine katılması gerektiğini söyleyen kimseler olmuştur. Ancak çoğunluğun görüşüne göre merkezde bulunan ehl-i hâl ve akdin seçime katılması yeterlidir. Nitekim Hz. Ali Medine'de yaşayanlardan biat alarak halife seçildiğinde, Medine dışındakilerden biat almadığı için oğlu Hz. Hasan tarafından tenkit edilmişti. Buna karşılık Hz. Ali, halife seçme hakkının Medinelilere ait olduğunu söylemişti.

### Veliahdlık Usûlü

Halifenin tayininde kullanılan diğer bir usûl veliahdlık veya istihlaf usûlüdür. Buna göre mevcut halife kendisinden sonra halife olacak kimseyi belirlemektedir. Mesela Hz. Ebu Bekir kendisinden sonra halife olarak Hz. Ömer'i tayin etmiştir. Veliahdlık usûlü Emeviler, Abbasiler ve Osmanlılar tarafından da uygulanmıştır. Ancak Hz. Ebu Bekir'in Hz. Ömer'i halife tayin etmesi ile sonrakiler arasında belirgin bir fark vardır. Hz. Ömer ile Hz. Ebu Bekir arasında usul-fürû hısımlığı yok iken, sonrakiler çoğunlukla kendi çocuklarını veya yakın akrabalarını veliahd tayin etmişlerdir. Bazı hukukçular halifenin kendi akrabalarını veliahd tayin etmesine karşı çıkarken bazıları ise buna cevaz vermişlerdir.

İkincilerin görüşüne göre Kur'ân-ı Kerim'de Hz. Davud'un yerine Hz. Süleyman'ın hükümdar olduğu ifade edilmektedir. İkinci görüş İslam tarihindeki uygulama ile de bağdaşmaktadır, çünkü halifeler asırlar boyunca kendi çocuklarını veliahd göstermişlerdir.

### **Şûra Usûlü**

Şûra usûlünde ise halife birden fazla aday belirleyerek, bunların kendi aralarından birisini halife seçmesini istemektedir. Bu usûlü ilk defa uygulayan Hz. Ömer, aşere-i mübeşşere denilen cennetle müjdelenen sahabelerden altı kişinin içlerinden birisini halife seçmesini istemiştir. Bunlar Hz. Osman, Hz. Ali, Sa'd b. Ebi Vakkas, Talha, Zübeyr ve Abdurrahman b. Avf'dir. Hz. Ömer, oğlu Abdullah'ın ise halife seçilmek şartıyla bu heyette yer almasına izin vermiştir. Söz konusu altı kişi de Abdurrahman b. Avf'a içlerinden birisini halife olarak seçmesi için yetki vermişler o da Hz. Osman'ı seçmiştir.

### **İsti'la Usûlü**

İslam tarihinde kimi zaman zorla halife olan kimselere de rastlanır. Mesela, Hz. Muaviye'nin halifeliği ve Osmanlılarda Yavuz Selim'in padişahlığı isti'la usûlü ile gerçekleşmiştir. İsti'la usûlü olağan bir yol değil, zaruret sebebiyle razı olunan istisnai bir haldir. Bunlar gibi istisnai durumlarda halife olan kişi, hilafet şartlarını taşıyorsa ve hukuka uygun bir yönetim sergiliyorsa meşru halife kabul edilmektedir. Buna karşılık zorla halifeliği ele geçiren kimse halifelik şartlarını taşımıyorsa meşru halife kabul edilmemekte, ancak hukuka uygun emirlerine itaat edilebilmektedir.

### *Halifede Bulunması Gereken Özellikler*

Halife olabilmesi için bir kişide bulunması gereken özellikler şunlardır:

#### **Müslüman Olması**

Halifenin Müslüman olması şarttır. Müslüman olmayan bir kimsenin Müslümanların başına geçmesi, onların halifesi olması düşünülemez. Çünkü Kur'ân-ı Kerim'de Müslümanlar üzerinde gayrimüslimlerin velayetinin olamayacağı ifade edilmektedir.<sup>61</sup>

<sup>61</sup> Nisa, 141.

### Erkek Olması

Halifenin erkek olması şarttır. Halifenin cihat vazifesini yerine getirmesi ve namaz kıldırması gibi görevlerini kadının yerine getirmesi mümkün olmadığı için böyle bir şart aranmıştır. Bununla birlikte kadının halifelik dışında başka idari vazifeler almasında bir mahzur görülmemiştir.

### Adaletli Olması

Halifenin adaletli olması, büyük günah işlememesi, küçük günahlarında ısrarcı olmaması ve iyilikleri kötülüklerinden fazla olması demektir. Adaletli olmayan kimseye fâsık denilmektedir. Fâsık bir kimsenin halife olması mekruhtur. Bununla birlikte fâsık bir kimse halife olsa, İslam hukuku hükümlerini uyguladığı sürece halifeliği sahih kabul edilir.

### Kifayet

Kifayet, halifenin hilafet vazifelerini yerine getirebilecek maddi ve manevi yeterliliğe sahip olması, halk üzerinde nüfuz ve kudret sahibi bulunması demektir. Bu vasfa sahip olmayan kimsenin halifeliği sadece görünüştedir.

### Vücut selameti

Selamet-i havas da denilen vücut selameti, halifenin duyu organlarının sağlamlığı anlamına gelmektedir. Bu açıdan kör, sağır ve dilsizin halifeliği geçerli değildir. Ayrıca el, ayak gibi organlardaki noksanlıklar da halifeliğe engeldir.

### Ehliyet

Halifenin akıllı olması şarttır. Akıl vasfına sahip olmayan kişinin halifeliği geçerli olmaz. Osmanlılarda I. Mustafa ve V. Murad ruh sağlıkları yerinde olmadıkları için hal' edilmişlerdir.

Çocukların halifeliği ise bazı maslahatlara binaen caiz görülmüştür. Bu durumda halife olan çocuk halifelik vazifelerini yerine getirmek üzere bir vekil tayin etmektedir. Sultan IV. Murad ve IV. Mehmed büluğ çağına ermeden, yani çocuk yaşta halifelik makamına getirilmişlerdir.

### İlim Sahibi Olması

Halifenin ilim sahibi olması şartı aranmakla birlikte, müçtehid de-

recesinde olması gerekmemektedir. Çünkü halife ihtiyaç duyduğunda ilim sahibi kimseleri danışman tayin ederek, ihtiyacı karşılayabilir.

### **Kureyş Kabilesinden Olması**

“İmamlar Kureyş'tendir.” hadisinden hareketle halifelerin Kureyş kabilesinden olması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak karşı görüşte olanlar, bu hadiste Kureyş'in öne çıkarılmasının, o dönemde Kureyş'in Arapların en kuvvetli kabilesi olmasından kaynaklandığını, daha sonraki devirlerde benzer özelliklere sahip olan her kavimden halife seçilebileceğini ileri sürerler. Osmanlı padişahlarının halifeliği bu görüşe göredir.

### *Halifenin Görevleri*

1. Dinî hükümleri korumak ve dine yönelen şüpheleri ortadan kaldırmaktır.

2. İbadetlerin rahat bir şekilde yapılması için gereken hazırlıkları yapmaktır. Bunun için cami ve mescidler yaptırır. Buralarda görev yapmak üzere imamlar, hatipler, müezzinler, müftüler ve müderrisler görevlendirir.

3. Baş hâkim olarak yargı teşkilatının adaletli bir şekilde görev yapmasını temin eder. Hâkimleri, naibleri görevlendirir. Mahkemelerde verilen kararları uygular.

4. Ülkede huzur ve asayiş sağlama için gerekli tedbirleri alır.

5. Devletin ve vatandaşların ihtiyaçlarını karşılamak için vergi toplar. Toplanan vergilerin uygun yerlere harcanmasını temin eder.

6. İslamiyeti yaymak ve bunun için gereken tedbirleri almaktır.

### *Halifenin Yetkileri*

#### **İtaat**

Halifenin vatandaşların kendisine itaat etmesini isteme yetkisi bulunmaktadır. Kur'ân-ı Kerim'de “Ey iman edenler! Allah'a, Peygambere ve sizden olan emir sahiplerine itaat edin”<sup>62</sup> buyrulmaktadır. Halifenin meşru dairede yani hukuka uygun olan emirlerine itaat etmek şarttır. Meşru olmayan emirlerine itaat etmek gerekmez.

---

<sup>62</sup> Nisa, 59.

### **Maaş Alma**

Halife, devlet işlerini yaparken geçimini sağlayacak bir meslek icra edemeyeceği için hazineden maaş alma hakkına sahiptir. Bu uygulama ilk halife Hz. Ebu Bekir döneminde, Hz. Ömer'in teklifi üzerine başlatılmıştır. Hz. Ebu Bekir halife seçildiğinde daha önceden olduğu gibi geçimini temin etmek üzere çalışmaya gitmek istemiş, Hz. Ömer ise devlet işlerinin aksayacağını ve kendisine maaş bağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bunun üzerine Hz. Ebu Bekir'e hazineden 2500 akçe gülmüş, yazlık ve kışlık birer kat elbise tahsis edilmiştir. Hz. Ebu Bekir bu maaştan kullanmadığı miktarını muhafaza etmiş ve ölümünden sonra hazineye iade edilmesini vasiyet etmiştir.

### **Memurlar Tayin Etme**

Halife, devlet işlerinde kendisine yardımcı olmak üzere memurlar tayin etmek yetkisine sahiptir. Bu yetki çerçevesinde halife eyaletlere valiler, kadılar, kumandanlar, müftü ve imamlar tayin eder. Ayrıca merkezdeki işlere yardım etmek üzere vezir, hazinedar gibi memurları görevlendirir. Halife bu görevlendirmeleri vekâlet akdine dayanarak gerçekleştirir.

### *Halifenin Görevinin Sona Ermesi*

#### **Ölüm ve Fefagat**

İslam hukukunda halifelik belli bir süre ile sınırlanmamıştır. Halife, hilafet şartlarını taşıdığı ve görevini yaptığı sürece halife olarak kalır. Osmanlı Devleti'nde ve daha önceki İslam devletlerinde uygulama böyle olmuştur. Bu sebeple hilafet, ölüm veya feragat ile sona erer. Halife öldüğünde veya görevinden feragat ettiğinde yerine veliahdi halife olur; veliahd yoksa diğer seçim usullerinden birisi ile halife belirlenir.

#### **Halifenin Azledilmesini Gerektiren Sebepler**

Aşağıdaki sebeplerin bulunması halinde halife, hilafet şartlarını kaybetmiş sayılır ve azledilmesi veya azledilmiş sayılması (inizal) gerekir.

#### *Akıl Hastalığı*

Halifenin sürekli akıl hastalığına yakalanması halinde halifenin azledilmesi gerekir.

### ***Bedenî Noksanlıklar***

Halife, iki gözünü kaybetmesi, dilsiz veya sağır olması, elleri veya ayaklarını kaybetmesi halinde kendiliğinden azledilmiş sayılır.

### ***İrtidat***

Halife, irtidat etmesi yani dinden çıkması halinde kendiliğinden azledilmiş sayılır.

### ***Esir Düşmesi***

Halifenin kurtulamayacak şekilde esir düşmesine *kuhre* denilmektedir. Düşmana esir düşen ve kurtulma ümidi bulunmayan halife kendiliğinden azledilmiş sayılır. Kurtulma ümidi bulunuyorsa savaş ya da fidye vermek gibi yollarla Müslümanların onu kurtarması gerekir.

### ***Adaletten Ayrılması (Fısk)***

Adaletin zıttı olan *fısk*, halifenin günah işlemeyi alışkanlık haline getirmesi ve bunun sonucu olarak da adaletten ayrılması demektir. Ehl-i sünnet âlimlerine göre fâsık olan yani adaletten ayrılan halife kendiliğinden azledilmiş sayılmaz. Fitneye yol açmayacaksa, daha büyük zararlara sebep olmayacaksa azledilir, aksi takdirde azledilmez. Böyle bir halifenin hukuka uygun olan emirlerine itaat edilir, uygun olmayanlarına ise itaat edilmez. Mu'tezile, Şia-Zeydiye ve Hariciler ise adaletten ayrılan halifenin kesinlikle azledileceği görüşündedir.

### ***Halifenin Yardımcıları***

#### ***Vezirler***

Halifenin başlıca yardımcıları *vezir*lerdir. Hz. Peygamber döneminde Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer'in fiili olarak vezirlik görevi yaptıkları görülmektedir. İlk halife Hz. Ebu Bekir'in veziri ise Hz. Ömer'dir. Emeviler, Abbasiler ve sonraki İslam devletlerinde vezirlik kurumu gelişmesini sürdürmüş ve Osmanlılarda en mükemmel seviyeye ulaşmıştır.

Vezirler vezir-i tefviz ve vezir-i tenfiz olarak ikiye ayrılır. Vezir-i tefviz, halifenin mutlak vekilidir. *Veliahd* tayini ve halifenin bizzat tayin ettiği memurları azletmek dışında halifenin bütün yetkilerini kullanabilir. Vezir-i tenfiz ise halifenin belli konularda yetkilendirdiği ve görev



verdiği vezirdir. Vezir-i tefviz sadece Müslümanlardan olabilir. Vezir-i tenfiz ise gayrimüslimler içerisinde de seçilebilir.

### *Emirlik*

Eyaletleri idare etmek üzere halife tarafından görevlendirilen idarecilere emir adı verilmektedir. Emirler önceleri hukuken ve fiilen merkeze bağlı olarak çalışırken, zamanla bağımsız bir devlet başkanı gibi hareket etmeye başlamışlardır.

### *Memurlar*

Merkezde halifeye yardımcı olan *kâtip*, *hâcib*, *nakîb*, *muhtesib*, *kadiyü'l-kudât* gibi memurlar bulunmaktadır. Kâtip, halife adına yazışmaları yerine getirir; hâcib, halifenin özel kalemidir; muhtesib, belediye işlerine bakar; nakîb, nüfus işlerini yerine getirir; kadiyü'l-kudât, adalet bakanlığı ve temyiz mahkemesi başkanlığı görevlerini yapar.

### *Divanlar*

Müslümanlar, İran'ın fethedilmesinden sonra *Sasani* devlet teşkilatına ait müesseselerin benzerlerini oluşturmaya başlamışlardır. Divanlar bu teşkilatların başta gelenleridir. Devlet teşkilatındaki belirli bölümlere divan adı verilmektedir. Bunlardan divan-ı adl, devletin en yüksek icra kuruludur. *Divan-ı inşa*, resmi yazışmaların yürütüldüğü divandır. *Divan-ı ceşş*, askerî işlerle ilgili divandır. *Divan-ı sır*, gizli evraka bakan bölümdür. *Divan-ı müraselat*, genel evraka bakan divandır. *Divan-ı berid*, posta işleri ile ilgili birimdir. *Divan-ı mezalim* ise günümüzdeki idare mahkemeleri ve temyiz mahkemelerinin görevlerini yerine getirir.

## II- OSMANLI HUKUKUNDA DEVLET

Osmanlı hukukunda devlet, üç ana unsurdan oluşmaktadır. Bunlar Padişah, Veziriazam ve Divan-ı Hümayun'dur.

### **Padişah**

Farsça bir kelime olan *Padişah*, büyük şah yani imparator anlamına gelir. Fatih devrinde *Doğu Roma İmparatorluğu*'nun başkenti olan İstanbul'un fethedilmesi üzerine Osmanlı padişahları Roma imparatorluk tacını da taşımışlardır. Halifelik unvanı ise Yavuz Selim döneminde

elde edilmiştir. *Mısır*'ın fethedilmesi üzerine *Kahire*'de bulunan *Abbasi* halifesi *İstanbul*'a getirilmiş ve onun tarafından halifelik unvanı padişaha devredilmiştir. Böylece *Yavuz Selim* döneminde padişahlık ile halifelik birleştirilmiştir. Halifelik unvanının devletlerarası ilişkilerde yaygın bir şekilde kullanılması ise *II. Abdülhamid* döneminde gerçekleşmiştir.

### **Seçilmesi**

#### *Veraset Usûlü*

Osmanlı Devleti'nde padişahlık hanedan sülalesinden gelenlere mahsustu. Padişahların belirlenmesinde seçim usûlü, ahd usûlü ve istila usûlü uygulanmıştı. İlk dönem padişahları *II. Murad*'a kadar merkezde bulunan ehl-i hal ve akd olarak isimlendirilebilecek beyler ve ileri gelenler tarafından seçilmiştir. *Osman Gazi*, *Orhan Gazi*, *Yıldırım Bayezid* bu yolla padişah olmuştur.

Osmanlı Devleti'nde padişahların büyük bir kısmı veliahdlık yoluyla belirlenmiştir. Bazı *İslam* hukukçuları halifeliğin baba ya da oğula veraset yoluyla intikal etmesini belli şartlarla caiz görmüşlerdir. Osmanlı Devleti'nde de *II. Murad*'dan itibaren padişahlar veliahdlık usûlü ile belirlenmiştir. Şehzadelerden birisinin veliahd tayin edilmesi, çoğu zaman *İstanbul*'a yakın bir yere sancak beyi olarak atanmak şeklinde dolaylı olarak yapılmaktaydı.

İstila usûlü yani zor kullanma yoluyla padişahlık *İslam* hukukçularının zaruret sebebiyle ve daha büyük zararların doğmasına engel olmak için meşru kabul edilmiştir. "Ehveni's-şerreyn ihtiyar olunur" prensibine göre meşru kabul edilen bu usûl, Osmanlı Devleti'nde sadece *Yavuz Selim*'in padişahlığında uygulanmıştır.

#### *Kardeş Katli ve Ekberiyet Usûlü*

Osmanlılarda devlet, hanedanın ortak varlığı kabul edildiğinden, her hanedan mensubu padişahlık davasında bulunabilirdi. Bu sebeple zaman zaman hanedan mensubu erkekler arasında taht kavgaları yaşanmış, çok kan dökülmüş, devlet bölünme tehlikesi yaşamıştır. *Fatih Sultan Mehmed*, *Teşkilat Kanunnamesi*'nde, devletin bekası ve kamu düzeninin bozulmaması için *kardeş katli*ni caiz gören bir ferman yayınlamıştır: "*Her kimesneye evladından saltanat müyesser ola, karındaşların*

*nizâm-ı âlem için katl etmek münasibdir. Ekser ulema dahi tecviz etmişlerdir. Anımla âmil olalar”.*

Kardeş katli uygulaması çerçevesinde toplam 61 şehzade katledilmiştir. Bunlardan 22 tanesi bilfiil isyan ettikleri için, kalanların çoğunluğu da Fatih'in yukarıdaki kanunnamesinden sonraki 150 yıl içerisinde katledilmiştir.

Kardeş katli uygulamasının siyasi olarak faydalı sonuçlar doğurduğu hemen herkes tarafından kabul edilmektedir. Sözelimi Avrupa ülkelerinde asırlar boyunca devam eden kanlı taht mücadeleleri, kardeş katli sebebiyle Osmanlı Devleti'nde görülmemiştir.

Hukukî açıdan kardeş katlini meşru görenler, kardeş katli uygulanmadığı takdirde, fitne ve fesat sebebiyle kamu düzeninin bozulacağı gerekçesine dayanmaktadır. *Hoca Sa' deddin Efendi, İbn Kemal* gibi Osmanlı şeyhülislamı kardeş katline cevaz veren âlimlerdendir. Buna karşılık kardeş katlinin meşru olmadığını kabul eden âlimler de bulunmaktadır.

Kardeş katli uygulaması çerçevesinde öldürülen hanedan mensuplarını üç grupta incelemek mümkündür. Birincisi, bilfiil isyan ettiği için öldürülenler. Yukarıda ifade edildiği gibi 61 şehzadeden 22 tanesi bilfiil isyan ettikleri için öldürülmüştür. Bunlar İslam hukukundaki had suçlarından birisi olan isyan suçunu işlemiş sayılmakta ve bunun cezası olarak da idam edilmektedir. İkincisi, siyaseten katl çerçevesinde öldürülen şehzadelerdir. Kamu düzenini bozan, devlete ve vatandaşlara ciddi zararlar veren bazı suçlar siyaseten katl çerçevesinde idam cezası ile cezalandırılabilmektedir. Bilfiil isyan etmese de, Bizans'a ya da İran'a sığınan bir şehzade, kamu düzenini ciddi olarak tehdit etmiş olmaktadır. Bu durumda nizâm-ı âlem için yani kamu düzeninin bozulmaması, devletin parçalanmaması için o şehzade siyaseten katl edilebilmektedir. Fatih'in "*karındaşların nizâm-ı âlem için katl etmek münasibdir. Ekser ulema dahi tecviz etmişlerdir.*" dediği bu ikinci grup kardeş katli uygulamaları ile ilgilidir. Üçüncüsü ise isyan ya da isyan tehlikesi olmadığı halde masum şehzadelerin öldürülmesi olaylarıdır. Maalesef kardeş katli uygulamaları içerisinde bu şekilde öldürülenler de olmuştur ve bunu meşru görmek mümkün değildir.

Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi'nde yer alan kardeş katli, taht kavgalarının önüne geçmeyi amaçlayan bir uygulamadır. *Ekberiyet usûlü*

ise kardeş katli uygulamasını sona erdirmek amacıyla Sultan I. Ahmed döneminden itibaren başlatılmıştır. Sultan I. Ahmed tahta geçtiğinde kardeşlerini öldürmemiş, kendisinden sonra da kardeşi *Sultan Mustafa* tahta geçmiştir.

Ekberiyet usûlü, hanedanın en yaşlısının padişah olması demektir. Ekberiyet usûlü 17. yüzyılın sonlarından itibaren bir kanun-ı kadîm yani anayasal gelenek halini almış, Kanun-ı Esasî'de de yer almıştır.

### ***Padişahın Yetkileri***

#### *Yasama Alanında*

İslam hukuku padişaha sınırlı bir yasama yetkisi vermiştir. Dolayısıyla padişahın mutlak olarak yasama yetkisinden bahsedilemez. Çünkü İslam hukukunda mutlak yasama yetkisi Allah'a ve ikinci derecede Hz. Peygamber'e aittir.

Padişah yasama yetkisini üç şekilde kullanabilir. İlk olarak, İslam hukukuna ait hükümleri kanun haline getirebilir. Mesela, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye böyle bir kanundur. İkinci olarak, İslam hukukuna ait farklı görüşlerden birisini tercih edebilir. Zamana ve şartlara göre en uygun gördüğü görüşü tercih ederek kanun haline getirebilir. Mesela, para vakfı ve zamanaşımına ilişkin hükümler *Kanuni* Sultan Süleyman tarafından tercih edilerek kanunlaştırılmıştır. Üçüncü olarak, İslam hukukunun düzenleme yapmadığı alanlarda, yine İslam hukukunun genel prensiplerine uygun olarak kanun hazırlar. Mesela, ceza hukukunda *ta'zir* suç ve cezaları ayet ve hadislerde düzenlenmemiştir. Çünkü bu tip suç ve cezalar zamana ve şartlara göre değişiklik göstermektedir. Dolayısıyla *ta'zir* suç ve cezalarının düzenlenmesi yetkisi devlet başkanına bırakılmıştır. Osmanlı kanunnâmelerinde *ta'zir* suç ve cezalarına ilişkin çok sayıda hüküm bulunmaktadır.

#### *Yürütme Alanında*

Padişah yürütmenin başıdır. Fatih dönemine kadar padişah *Divan-ı Hümayun*'a bizzat başkanlık etmekteydi. Bu dönemde Fatih Kanunnamesi ile veziriazamın *Divan-ı Hümayun*'a başkanlık etmesi ve alınan kararları telhis ve takrir yoluyla padişaha arz etmesi kanun haline geldi.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 1, s. 186.

Yürütmenin başı olan padişah, başkumandan olarak ordunun başında bulunurdu. 1697 yılına kadar padişah ordunun başında kumandan olarak sefere çıkardı. Bu tarihten itibaren vezirlerden birisi ordu kumandanı olarak görev yapmıştır. Çünkü artık savaşlarda kahramanlıktan ziyade teknik ve taktik öne çıkmaya başlamış, asker hükümdar tipinden devlet adamı hükümdar tipine doğru yönelme başlamıştı.<sup>64</sup>

### *Yargı Alanında*

Yargılama yetkisi esas itibariyle padişaha aittir. Padişah, başkadı olarak bu yetkisini isterse bizzat kullanabilir. Siyaset cezaları olarak adlandırılan ve devlet adamlarının cezalandırıldığı yargılamalar buna örnektir. Ancak uygulamada padişah yargı yetkisini vekil olarak görevlendirdiği kadılar aracılığı ile kullanır. Kadılar padişah tarafından kaza denilen belirli yargı çevrelerinde yargılama yapmak üzere görevlendirilir. Kadıların yargı yetkileri, yukarıda olduğu gibi padişah tarafından, yer açısından sınırlandırıldığı gibi zaman ve konu açısından da sınırlandırılabilir. Buna göre kadılar bir yıl, iki yıl gibi zaman dilimlerinde yargılama yapmak üzere yetkilendirilir ve bazı devlet memurlarını yargılama yetkisi kendisinden alınabilir.

Kadıların vermiş olduğu hükümler, padişah divanı olan Divan-ı Hümayun'da temyiz edilebilir. Kadının vermiş olduğu hükme razı olmayan kimse, isterse son yargı mercii olarak Divan-ı Hümayun'a başvurabilir.

### **Divan-ı Hümayun**

*Divan-ı Hümayun*, padişah divanı manasına gelir. Daha önceki İslam ve Türk devletlerindeki divanların en gelişmiş halini teşkil eder. Günümüzdeki bakanlar kuruluna benzer nitelikte siyasi, idari, hukuki, askerî, mali yetkileri olan bir icra organıdır. Devlet yönetimine ilişkin en önemli kararlar bu divanda alınır. Savaş ilanı, barış yapılması, vergi konulması, kanun yapılması gibi önemli kararların alındığı organdır. Yukarıda ifade edildiği gibi devletin en yüksek yargı mercii Divan-ı Hümayun'dur. Temyiz mahkemesi ve idare mahkemesi görevlerini yerine getirir.

Divan-ı Hümayun, başlangıçta her gün toplanırken 16. asrın ortalarından itibaren cumartesi, pazar, pazartesi, salı günleri toplanmaya başlamıştı. Zamanla önemi azalan Divan-ı Hümayun 17. yüzyılda haftada

---

<sup>64</sup> Ekinci, age, s. 234.

iki gün, 18. yüzyıldan itibaren ise üç ayda bir toplanmaya başlamıştı. Artık *Divan-ı Hümayun*'un görevini Veziriazam Divanı, Kazasker Divanı gibi divanlar yapmaya başlamıştı.

## **Üyeleri**

### *Veziriazam (Sadriazam-Başbakan)*

*Veziriazam*, padişahın vekil-i mutlakıdır, yani padişah adına her türlü icraatı yapabilecek olan vezir-i tefvizdir. Kanuni dönemine kadar vezir-i evvel veya veziriazam iken, bu devirden itibaren *sadriazam* olarak isimlendirilmiştir. İlk veziriazam, Orhan Gazi'nin kardeşi Alâeddin Paşa'dır.

Fatih devrine kadar Anadolu'daki Türk ailelerinden veziriazamlar tayin edilmekteydi. *Çandarlı* ailesine ait veziriazamlar bunlardandı. Fatih devrinden itibaren pençik veya devşirme kökenli çocuklardan *Enderun*'da eğitim görenler içerisinde veziriazamlar tayin edilmeye başlandı. Böylece hanedan ailesinden başka bir ailenin sıvrilmesine ve öne çıkmasına engel olunmak istenmişti.

Veziriazam padişahın fermanı ile atanır ve kendisinde müh-i hümayun bulunur. Padişah, veziriazamın icraatlarına genellikle müdahale etmez, ancak icraatlarından memnun olmadığı veziriazamın istifa etmesini isterdi. Veziriazamdan müh-i hümayunun istenmesi istifa etmesi anlamına gelirdi.

Veziriazam padişah adına her türlü icraatları gerçekleştirebilirdi. Ancak önemli konularda ve tayinlerde telhis (üst yazı) ile padişahın onayını alırdı. Bunun dışında padişahın doğrudan atadığı kimseleri azledemezdi.

Vezirler de dâhil olmak üzere bütün devlet memurlarının tayinleri veziriazamın arzı ve buyrulduyu ile gerçekleşirdi. Sadece ilmiye mensuplarının tayinlerini *şeyhülislam* arz eder, veziriazam bu arz üzerine “mucebince tevcih olunmak buyuruldu” yazarak muvafakat gösterirdi. Sonra bu tevcihler padişaha arz olunur, padişah da onaylarsa geçerli olurdu.<sup>65</sup>

Sadriazam, Fatih devrinden itibaren divan-ı Hümayun'a başkanlık etmiştir. Salı ve Perşembe günleri dışında *Paşakapısı* veya *Babiâli* adı verilen konağında kendi divanını toplardı. Bu toplantılar ikindi na-

<sup>65</sup> Ekinci, age, s. 253.

mazı kılındıktan sonra yapıldığı için *İkinci Divanı* olarak adlandırılırdı. Veziriazam bu divanda kendi işleri ile ilgili görüşmeler yapardı. Cuma günleri ise Rumeli ve Anadolu Kazaskerleri ile *Cuma Divanı*'nı gerçekleştirdi. Cuma Divanı bir tür temyiz mahkemesi gibi çalışırdı. Çarşamba günleri ise İstanbul, Galata, Üsküdar ve Eyüp kadıları ile İstanbul'un meseleleri ile ilgili bir divan toplardı. Divan'dan sonra kol gezilerek çarşılar teftiş edilirdi.

Veziriazama tahsis edilen konağa *Vezirkaşısı*, *Paşakaşısı*, *Bab-ı Âsafi* ve *II. Mahmud* döneminden itibaren *Babîli* adı verilirdi. Paşakaşısı bugünkü İstanbul Valiliği binasının bulunduğu yerdeydi. Paşakaşısında Veziriazamın maiyetinde 300 kadar memur görev yapardı. Bunların başında Sadaret Kethüdası (Kâhya Bey) bulunurdu. Sadaret Kethüdası 1835 yılında Mülkiye/Dâhiliye Nâzırı'na dönüşmüştür.<sup>66</sup>

Veziriazam sefere çıktığında yerine *sadaret kaymakamı* denilen görevliyi bırakırdı. Sadaret kaymakamı, veziriazamın yaptığı bütün işleri yapabiliyordu. Sadece *müstemen* denilen yabancılara ahidname ve berat veremezdi. Veziriazam sefere çıktığında mühime defterlerini yanında götürdüğünden, Sadaret kaymakamının icraatları *rikâb defterleri* denilen ayrı deftere kaydedilirdi. Böylece veziriazam döndüğünde bu faaliyetleri gözden geçirebilirdi.

### *Kubbealtı Vezirleri*

Divan-ı Hümayun'un üyeleri içerisinde *Kubbealtı vezirleri* de bulunur. Günümüzdeki bakanlara benzer görevleri olan Kubbealtı vezirleri, İslam hukukundaki tenfiz vezirlerine karşılık gelir. Önceleri bir tane iken zamanla sayılarının yediye kadar çıktığı olmuştur. Başlıca görevleri veziriazama danışmanlık yapmaktır. Bunun dışında ordu sefere çıkacağı zaman serdar yani ordu kumandanı olarak görevlendirilirlerdi.

Kubbealtı vezirlerinin ismi, Makbul İbrahim Paşa tarafından Divan-ı Hümayun toplantıları için yaptırılan kubbealtı isimli yerden gelmektedir. Kubbealtı vezirlerinin pek çoğu devlette mühim vazifelerde bulunmuş önemli eyalet valilileri arasından tercih edilirdi.

Önceleri vezirlik rütbesi sadece kubbealtı vezirlerine mahsus iken, Kanuni devrinden itibaren Mısır, *Yemen*, *Budin* gibi önemli eyalet valilikle-

<sup>66</sup> Ekinci, age, s. 254.

rine de vezirler tayin edilmeye başlanmıştır. Ayrıca *nişancı*, *defterdar*, *yeniçeri* ağası ve *kaptan-ı deryaya* da vezirlik rütbesi verilmiştir. Böylece vezirlik bir makamdan çok bir rütbe durumuna gelmiştir. Divan-ı Hümayun'un öneminin azalması ile Kubbealtı vezirlerinin de önemi azalmış, 18. asrın ortalarından itibaren Kubbealtı vezirleri tayin edilmemiştir.

### *Kazasker*

Önceki İslam devletlerinde bulunan *kadı'l-kudatlık* kurumuna benzer şekilde Osmanlı Devleti'nde *kazaskerlik* kurumu yer almaktadır. Kazasker, Osmanlı Devleti'nde yargı ve ilmiye teşkilatının başıdır. Kazaskerlik ayrıca temyiz mahkemesi görevi de yapmaktadır.

Kazasker, asker kadısı anlamına gelen *kadıasker* kelimesinden gelmektedir. Kazasker, asker kadısı anlamına gelmekle birlikte, sadece askerlerin hukuki işlerine bakan bir yargı görevlisi değildir. Osmanlı'da askerî kavramı, devletten maaş alan ve berat ile tayin olunan memurlar için kullanılmaktadır. Dolayısıyla kazasker, devlet memurlarının yargı işlerine bakmaktadır.

İlk kazasker, *Orhan Gazi* döneminde *Bursa* kadısı olan *Çandarlı Kara Halil*'dir. Fatih döneminde kazaskerlerin sayısı, Rumeli ve Anadolu kazaskeri olmak üzere ikiye çıkarılmıştır. Yavuz Sultan Selim döneminde, Arap ve Acem kazaskerliği de kurulmuş, ancak bir süre sonra kaldırılmıştır. *Kırım* ve *Kuzey Afrika*'da bulunan kadılar Rumeli kazaskerine, Anadolu ve Arabistan'da bulunan kadılar ise Anadolu kazaskerine bağlıdır.

Kazasker, hukukî konulardan sorumlu Divan-ı Hümayun üyesidir. Önceleri bütün kadı ve müderrislerin tayinleri, kazasker tarafından veziriazama arzedilerek yapılırdı. Kanuni döneminde Ebussuud Efendi'nin şeyhülislamlığı zamanında şeyhülislamlığın önemi artmış ve buna dayalı olarak kazaskerlere ait bazı görevler şeyhülislama devredilmiştir. Buna göre mevali denilen bazı büyük kadılıklar ile yüksek rütbeli müderrislerin tayinleri şeyhülislam arzı ile yapılmaya başlanmıştır.

Kazasker, Cuma Divanı'nda Veziriazam ile birlikte dava dinler ve temyiz için arzedilen davalara bakardı. Cuma Divanı'nda davaları Rumeli kazaskeri dinler, ihtiyaç olursa Anadolu kazaskeri de görevlendirilirdi. Bunun dışında Cuma ve Çarşamba günleri dışında, *Kazasker*



*Divanı* adı verilen kendi divanlarında, görev alanlarına ilişkin davalara bakarlardı. Bu davalardan önemli olanlarına bizzat kendisi bakar, ikinci derecede olanlarını şer'iyatçı adı verilen naibine havale ederdi.

Kazaskerler, yüksek rütbeli devlet memurlarının miraslarını taksim eder ve bundan binde on beş harç alırdı. Diğer devlet memurlarının miras taksimini kazaskere bağlı olan kazasker kassamları yapardı. Kazasker, padişah ile birlikte seferlere katılır ve karşılaşılan hukuki meselelerin hâllinden sorumlu olurdu. Padişahın katılmadığı seferlere kazasker yerine ordu kadısı katılırdı.<sup>67</sup>

Medreseden mezun olanlar, Rumeli'de kadılık yapmak isterlerse Rumeli kazaskerine, Anadolu veya Arabistan'da görev yapmak isterlerse Anadolu kazaskerine başvururlardı. Mülazım adı verilen kadı adayları, kazaskerliklerde bulunan ve ruznamçe adı verilen defterlere isimlerini yazdırır ve sırası geldiğinde tayinleri yapılırdı.

Zamanla kazaskerlik makamı güç kaybetmeye başlamış, ilmiye sınıfının başı olarak şeyhülislamlık öne çıkmıştır. Tanzimattan sonra kazaskerler şeyhülislamlığa bağlı sıradan memurlar haline gelmiştir. 1913 yılında kazaskerlik kaldırılmış ve temyiz mahkemesi olarak Meşihat'e bağlı kazaskerlik mahkemeleri kurulmuştur.<sup>68</sup>

### *Defterdar*

Divan-ı Hümayun'da devletin mali işlerinden sorumlu üye olarak *defterdar* bulunur. Defterdar, günümüzdeki maliye bakanının konumundadır. Önceki İslam devletlerinde bulunan müstevfiye Osmanlı Devleti'nde defterdar adı verilmiştir. Fatih devrinde Rumeli ve Anadolu defterdarı olmak üzere sayıları ikiye çıkarılmıştır. Bunlardan Rumeli defterdarına başdefterdar, Anadolu defterdarına ise şikk-ı sâni defterdarı adı verilir. II. Bayezid devrinde üçüncü bir defterdarlık kurulmuş ve şikk-ı sâlis defterdarı olarak adlandırılmıştır.

Defterdar, devletin bütçesini hazırlar, gelirleri toplar, masrafları kontrol eder, mali konulardaki şikâyetleri karara bağlar, gerektiğinde mukataa ve mültezim sahiplerini cezalandırırdı. Mısır'ın fethinden sonra Arap ve Acem defterdarlığı da kurulmuştur. Merkezdeki defterdarlıklardan başka

<sup>67</sup> Ekinci, age, s. 256.

<sup>68</sup> Ekinci, age, s. 257.

Haleb, Şam, Trablusşam, Erzurum, Sivas, Karaman ve Anadolu eyaletlerinde de defterdarlıklar kurulmuştur. Mekezdeki defterdarlıklara kapı defterdarlığı, diğerlerine ise kenar defterdarlığı adı verilir.<sup>69</sup>

Divan-ı Hümayun'da mali konularla ilgili davalara bakan defterdar, kendi konağında da divan kurarak mali davalara bakar. Defterdarın bakacağı davalarla hukukçu olarak kazaskerlikten gönderilen mirî kâtibi ilgilenir. Günümüzdeki maliye müfettişlerinin görevini yapan bâkikulları da defterdarın maiyetindedir. 1838 yılında Maliye Nezareti kurulduğunda başdefterdar maliye nâzırı olmuştur.<sup>70</sup>

### *Nişancı*

Divan-ı Hümayun üyelerinden *nişancı*, divan kararlarının yazılması, kanunların hazırlanması, fermanlara padişahın imzası olan tuğranın çekilmesi, tapu tahrir ve tımar kayıtlarının tutulması, resmi yazışmaların yapılması gibi işlerden sorumludur. Padişah fermanlarına tuğra çektiği için kendisine *tuğrakeş* de denilir. Bunun yanında kanunnamelerin hazırlanmasından sorumlu olduğu için müfti-i kanun ismi de verilmiştir.

Nişancılar ilmiye sınıfından, defterdarlardan ve reisülküttablardan seçilirdi. Divan kâtipleri ve arazi kayıtlarını tutan defter emini nişancıya bağlıydı. Nişancının önemi 18. asırdan itibaren azalmış ve 1836'da lağvedilmiştir. Nişancının görevleri ise defter eminine devredilmiştir. Daha sonra bugünkü tapu kadastro genel müdürlüğünün yerini tutan Defterhâne-i Hâkânî Nezâreti kurulmuştur.<sup>71</sup>

### *Rumeli Beylerbeyi*

Osmanlı Devleti eyaletlere ayrılmış ve her eyaletin başına da *beylerbeyi* ismi verilen yöneticiler getirilmişti. Beylerbeyi, eyaletin hem idari hem askerî en üst yöneticisi idi. Osmanlı Devleti'nin yönü batıya dönük olduğu için Rumeli beylerbeyliği diğer eyaletlerden daha çok öne çıkmış ve Rumeli beylerbeyi Divan-ı Hümayun üyesi olmuştu. Rumeli beylerbeyi İstanbul'da olduğu zamanlar Divan toplantılarına katılırdı. Rumeli beylerbeyliğinin merkezi Edirne ve bazı zamanlar da Sofya olmuştu.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Ekinci, age, s. 257.

<sup>70</sup> Ekinci, age, s. 257.

<sup>71</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 1, s. 205.

<sup>72</sup> Ekinci, age, s. 258.

*Kaptan-ı Derya*

*Kaptan-ı Derya*, Osmanlı donanmasının kumandanıdır. Vezir rütbesinde olduğu zaman Divan-ı Hümayun üyesi sayılır ve Divan toplantılarına katılırdı. Kaptanpaşa Eyaleti adı verilen *Gelibolu, Ege Adaları, Cezayir* gibi bölgeler kendisine bağlıydı. Kaptan-ı Derya, bahriye mensuplarına ve Kaptanpaşa Eyaleti'ne ait davaları dinler, gerekiyorsa ilgili kadılara buyruldu yazarak davaları dinletirdi.<sup>73</sup> Kaptan-ı Derya 1283/1867 tarihinde bahriye nazırı adını almıştır.<sup>74</sup>

*Yeniçeri Ağası*

Kapıkulu askerlerinin kumandanı Yeniçeri Ağası'dır. Vezir rütbesinde olduğu zaman Divan-ı Hümayun üyesi olarak toplantılara katılırdı. Yeniçeri askerinin davalarını dinler, askerî ve disiplin suçu niteliğinde ise ceza verir, hukuk davalarını kadıya havale ederdi. Yeniçeriliğin 1826'da lağvedilmesi ile Yeniçeri Ağalığı da ortadan kalkmıştır.

---

<sup>73</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 1, s. 207.

<sup>74</sup> Ekinci, age, s. 259.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

# OSMANLI HUKUKUNDA REAYA (VATANDAŞ)

## I. ASKERÎ VE REAYA

Ülke ve egemenlik ile birlikte devletin üçüncü unsuru nüfustur. Osmanlı Devleti'nde nüfus Tanzimat öncesinde askerî ve reaya olarak iki sınıfa ayrılmaktadır. Askerî sınıf, padişah tarafından kendilerine berat verilen ve belirli devlet hizmetlerini yapmakla görevli olan memurlardır. Askerî sınıf, askerler, yöneticiler ve ilmiye mensupları gibi yönetici kesimden oluşmaktadır. Bunların dışında kalan halk ise reâyâ sınıfını teşkil ediyordu.<sup>75</sup>

Askeri sınıfa mensup olanlar bazı vergilerden muaf tutulur ve günümüzdeki idari yargıya benzer şekilde ayrı bir yargılama prosedürüne tâbi olurdu. Bunlar gibi önemli avantajlara sahip olduklarından insanlar askerî sınıfa dâhil olmaya çalışırdı. Bu sebeple askerî sınıfa mensup olanların belirlendiği kanunnameler hazırlanmıştı. Askerîlerin çocukları ve başkası ile nikâhlanmamış dul eşleri de askerî sayılırdı. Bir defa askerî olan kimse, esnaflık, çiftçilik gibi bir meşgale ile uğraşmadığı sürece askerî olmaya devam ederdi.

Askeriler, ehl-i örf ve ulema olarak iki guruba ayrılmaktaydı. Yöneticiler ve onların emri altında görev yapan memurlara ehl-i örf denilmekteydi. Ehl-i örfün bir kısmı, savaş esirlerinin beşte birlik kısmının

---

<sup>75</sup> Halil Sahillioğlu, "Askerî", *DİA*, c. 3, s. 488; Mehmet İpşirli, "Ehl-i Örf", *DİA*, C. X, s. 519-520; Halil İnalçık, Osmanlılarda raiyyet rüsumu, *Belleten* c. XXIII, sy. 92, s. 596; Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil*, Ankara 1963, s. 55-71.

devlete ait olması anlamına gelen *pençik* usulü ve gayrimüslim çocukların Müslüman ailelerin yanında eğitilerek devlet hizmetinde kullanılması demek olan *devşirme* usulü ile toplananlardan oluşmaktaydı. Ehl-i örfün imtiyazları çok olduğu gibi, hata yaptıklarında müsadere, idam gibi siyaset cezalarına çarptırılmaları söz konusu idi.

Müftü, müderris, kadı, imam gibi eğitim, dinî hizmet ve yargı mensupları ise ulema sınıfını oluşturmaktaydı. Ehl-i örfün aksine ulema mensupları sadece Müslümanlardan oluşmaktaydı. Ulemaya kolay kolay siyaset cezası verilmezdi. Hata yaptıklarında çoğunlukla azledilir, görevden el çektirilirdi.

Osmanlı'da imtiyazlı sınıf olan askerler dışında kalanlara reaya adı verilmekteydi. Reaya sosyal sınıf olarak şehirliler, köylüler ve göçebeler olarak gruplara ayrılırdı. Şehirliler genellikle esnaf ve zanaatkârlıkla uğraşan vatandaşlardı. Osmanlı'da dışarıdan şehirlere göç sınırlanmış, belli kurallara tabi tutulmuştu. Köylerde yaşayanların ziraatla uğraşmayı bırakarak şehre göç etmesi hoş karşılanmamıştı. Böylece şehirlerde nüfus artışının önüne geçilmiş olmakta, düzensiz kalabalıkların şehrin asayişini bozmasına engel olunmaktaydı.

Köylüler ise sipahilerden kiraladıkları arazilerde çiftçilik yapmakta, gelirlerinin bir kısmını vergi olarak vermekteydi. Osmanlı'da arazinin mülkiyeti devlete, kiralanarak işletilmesi ise köylü reaya aitti. Arazinin köylüye taksim edilmesi, düzenli olarak ekilmesi, vergisinin toplanması ve asayişin sağlanması görevi sipahiye aitti. Devlet arazinin ekilip biçilmesi, köylünün arazisini terk etmemesi ve ölü toprakların ihya edilerek tarıma kazandırılması konularına önem vermekteydi. Dönemin diğer devletleri gibi Osmanlı ekonomisinin temeli de tarıma dayalıydı.

Göçmenler ise yazları yayla denilen serin ve yüksek yerlerde, kışları ise ovalarda yaşayan ve hayvancılıkla geçimlerini sağlayan kimselerdi. Devlet, herhangi bir kurala tabi olmadan serbestçe yaşama taraftarı olan konargöçerleri düzen ve nizam altında tutmak için kanunnameler hazırlamıştı. Konargöçerlerin yerleşik hayata geçerek tarımla uğraşması devletin genel politikasını oluşturmaktaydı. Ancak bu politika göçmenler tarafından tepki ile karşılandığı için ancak İmparatorluğun son asırlarına doğru başarılı olabilmışti. Göçmenlerin bir kısmı Rumeli'deki topraklara göç ettirilmiş ve kendilerine evlad-ı fatihan ismi verilmişti.

## II. MÜSLÜMANLAR VE GAYRİMÜSLİMLER

### **Müslümanlar**

Osmanlı Devleti'nde vatandaş anlamına gelen reâyâ, dinî olarak Müslüman ve gayrimüslim olmak üzere iki sınıftır. İlk dönemlerde gayrimüslim nüfus, Müslümanlardan daha fazla iken, Yavuz Sultan Selim devrinde Mısır ve Arap yarımadasının da Osmanlı topraklarına katılması ile denge sağlanmış, son zamanlarda ise Müslüman nüfus gayrimüslim nüfusu geçmiştir.

Osmanlı Devleti İslam hukukundaki darüislam ve darülharp sınıflandırmasına uygun olarak bütün Müslümanları kendi vatandaşı olarak kabul etmiştir. Başka İslam devletlerinde veya Müslüman olmayan devletlerde yaşayan Müslümanlar, kendileri istediği takdirde Osmanlı vatandaşlığına kolaylıkla geçme hakkına sahiptiler. Padişahın halife sıfatına sahip olması da Müslümanların gözünde Osmanlı Devleti'nin itibarını artırmaktaydı.

Gayrimüslim nüfus, zimmîler ve müste'menler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

### **Zimmîler**

Zimmîler, İslam ülkesinde yaşayan gayrimüslim vatandaşlardır. İslam ülkesinde yaşayan gayrimüslimler, İslam dinini kabul edebilir veya kendi dinlerinde kalarak İslam ülkesi vatandaşı olur ya da başka bir ülkeye göç edebilirler. İslam ülkesinde kalan gayrimüslimler ile İslam devleti arasında zimmet anlaşması yapılır. Zimmet anlaşmasına göre gayrimüslim vatandaşlar, can ve mal güvenliğine sahip olmakta, dinlerini istedikleri gibi yaşayabilmekte ve askerlik yapmamaları karşılığında cizye vergisi ödemekteydi.<sup>76</sup>

Hz. Peygamber döneminde, Necran Hristiyanları Medine'ye geldiklerinde kendilerine İslam dinini kabul etmeleri teklif edilmiş, ancak onlar dinlerini değiştirmek istememişlerdi. Bunun üzerine kendileri ile zimmet anlaşması yapılmış ve onlara İslam ülkesi vatandaşı gayrimüslimler olarak yaşama hakkı tanınmıştı. Daha sonraki dönemde Hz. Ömer ile Kudüs'te yaşayan gayrimüslimler arasında

---

<sup>76</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 422-423.

da zimmet anlaşması yapılmış ve aynı haklar onlara da tanınmıştı. Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimler de aynı hukuki statüye tabi olarak yaşamışlardır.

Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimler, tıpkı Müslümanlar gibi Osmanlı vatandaşıdır, azınlık sayılmazlar. Kendilerine can ve mal güvenliği, din hürriyeti, kişiler ve aile hukuku alanlarında sınırlı yargı muafiyeti, askerlik muafiyeti gibi hak ve özgürlükler tanınmıştır.

### ***Can ve Mal Özgürlüğü***

Gayrimüslimler, Müslümanlar'a tanınan can ve mal güvenliğine tam olarak sahiptir. Bir gayrimüslimi kasten öldüren Müslüman kısas olarak öldürülür. Kasten öldürme yoksa diyet cezasına çarptırılır. Gayrimüslimlerin mallarına Müslümanlar tarafından zarar verildiği takdirde tazmin ettirilir ve gerekirse ceza verilir. Müslümanlar için mal sayılmadığından dolayı değeri olmayan şarap ve domuz eti, gayrimüslimler için mütekevvim mal sayılır ve tazmin borcu doğurur. İslam hukukuna göre had suçu olan şarap içme, gayrimüslimler için suç değildir. Çünkü onların dinine göre şarap içmek haram değildir. Bunun dışındaki had ve kısas suçlarını işledikleri takdirde cezalandırılırlar. Muhsan sayılmadıkları için kendilerine zina cezası verilmez.<sup>77</sup>

### ***Din ve Vicdan Özgürlüğü***

Gayrimüslimler dinlerini öğrenme, öğretme ve yaşama özgürlüğüne sahiptirler. Bir belde sulh yolu ile Müslümanların eline geçti ise orada bulunan gayrimüslimlere ait ibadethanelere dokunulmaz ve yenilerinin yapılmasına da izin verilir. Savaş yoluyla fethedilen beldelerde ise genellikle şehrin en büyük kilisesi camiye çevrilmiş ve diğerleri olduğu gibi bırakılmıştır. Savaş yoluyla fethedilen beldelerde yeni ibadethane yapılmasına izin vermek devlet başkanının iznine bağlıdır. Uygulamada çoğunlukla yeni ibadethane yapılmasına izin verilmiştir. Müslümanlar tarafından kurulan şehirlerde ise gayrimüslimlerin yeni ibadethane yapılmasına izin verilmemişse de bazı hukukçulara göre buna izin verilebilir.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 426-427.

<sup>78</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 427.

Gayrimüslimler dinî eğitim veren okullar açabilir, din adamı yetiştirebilir, ibadetlerini özgürce yerine getirebilir, çan çalabilir, haç gezdirebilir, yortu ve bayramlarını kutlayabilirler. Ancak bunları yaparken Müslümanları taciz etmemeleri ve İslamiyeti tahkir etmemeleri gerekir.<sup>79</sup>

### **Hukukî Durumları**

Osmanlı Devleti'nde İslam hukukunun uygulanmasında mülkîlik prensibi esas alınmıştır. Bu sebeple Müslümanlar ile birlikte gayrimüslimlere de İslam hukuku kuralları uygulanmış ve davaları şer'îye mahkemelerinde görülmüştür.<sup>80</sup>

Gayrimüslimler evlenme, boşanma, nesep, velayet, vesayet gibi konularla ilgili ihtilaflarını isterlerse ruhani reislerine götürülebilirlerdi. Bu konular din ve vicdan özgürlüğü içerisinde sayılır ve kendilerine müdahale edilmezdi. Ancak gayrimüslimlere tanınan bu hak, yargı muafiyetinden ziyade dinî hoşgörünün bir yansıması niteliğinde idi. Zira bütün ihtilafların götürülebileceği tek yetkili mahkeme şer'îye mahkemeleri idi ve gayrimüslimler için ayrı bir mahkeme bulunmuyordu. Ruhani reislerin yetkileri sadece dinî kuralları uygulamakla sınırlı idi. Bunların yaptırımları aforoz ve tel'in gibi manevi nitelikte idi, mahkemelerde olduğu gibi maddi yaptırımları bulunmuyordu. Bu sebeple Müslümanlar gibi gayrimüslimler de şer'îye mahkemelerini tercih ediyordu.

Bunun yanında müste'menlerin Osmanlı tebası Müslüman ve gayrimüslimlerle olan davaları da şer'îye mahkemelerinde incelenmekteydi. Müste'menler Osmanlı Devleti vatandaşı olmayan ve geçici bir süre için gelmiş olan gayrimüslimlerdir. Ayrıca müste'menler kendi aralarındaki ihtilafları halletmek için de şer'îye mahkemesine başvurmakta idi. Bu ihtilaflar yine müste'menlerden oluşan hakem heyetlerince karara bağlanmakta ve verilen karar kadı tarafından sicil defterine kaydedilerek resmiyet (ilam) kazanmaktaydı.<sup>81</sup>

Osmanlı Devleti'nde ruhban sınıfından bazı kimselere ait davalar da özel yetkili mahkeme olarak Divan-ı Hümayun'da veya şeyhülislamın

<sup>79</sup> Ekinci, age, s. 318.

<sup>80</sup> Macit Kenanoğlu, *Osmanlı Millet Sistemi*, İstanbul 2007, İkinci baskı, s. 397; Gülnihal Bozkurt, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839-1914)*, Ankara 1989, s. 23.

<sup>81</sup> İnalçık, "Mahkeme", s. 150-151.



huzurunda görülmekteydi. Bu imtiyaz ruhban sınıfından patrikler, metropolitler, vekilleri ile adamları ve piskoposlara tanınmıştı.<sup>82</sup>

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile gayrimüslimlere ait evlenme, boşanma, nesep, vesayet, velayet gibi konuların ruhani reisler tarafından karara bağlanması yetkisi kaldırılmış, cemaat mahkemelerinin görevi şer'îye mahkemesine devredilmiştir. Şer'îye mahkemeleri bu gibi konularda gayrimüslimlerin dinlerine göre karar vermekteydi. Ancak Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Müslümanlar gibi gayrimüslimleri de memnun etmemiş, 1919 yılında kaldırılmış ve tekrar eski uygulamaya dönülmüştür.

### **Millet Sistemi**

Osmanlı Devleti'nde vatandaşlar milliyetlerine göre değil, dinlerine göre gruplandırılmıştı. İslam milleti, Rum milleti, Ermeni milleti ve Yahudi milleti başta gelen milletlerdi. Rum milleti içerisinde Yunanlılar, Bulgarlar, Romenler, Sırlar, Ruslar, Ortodoks Araplar ve Arnavutlar yer alıyordu. İslam milleti içerisinde de bütün Müslümanlar yer alıyordu. Osmanlı Devleti'nde milletlerin dinlerine göre sınıflandırılmasına ve bu sınıflandırma içerisinde bazı imtiyazlara ve muafiyetlere sahip olmalarına millet sistemi adı verilmektedir.<sup>83</sup>

Bu sistem içerisinde her milletin başında bir ruhani reis bulunmakta ve merkez ile bağlantı onun üzerinden sağlanmaktadır. Yani İstanbul'daki Rum Ortodoks kilisesi patriği Rum milletinin ruhani lideri, Ermeni patriği Ermeni milletinin ruhani lideri, Yahudi hahambaşısı Yahudi milletinin ruhani lideri olmaktadır. Böylece Osmanlı Devleti'nde gayrimüslimlerin toplumsal yapılandırılması kilise ve havra teşkilatları kullanılarak gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Ruhani liderlerin görevi, kilise ve havralara ödenecek vergileri toplamak, dindaşlarının evlenme, boşanma, cenaze, vaftiz, aforoz gibi dinî hizmetlerini yerine getirmek, kilise ve havralara ait gelirlerin vergilerini merkeze ödemektir. Bu açıdan ruhani liderler, dinî kurumlara ait vergi gelirlerini tahsil eden ve merkeze ödeyen mültezimlerdi. Yoksa devlet içerisinde ekonomik, dinî ve hukuki açıdan bağımsız otorite değillerdi.

---

<sup>82</sup> Kenanoğlu, age, s. 216 vd.

<sup>83</sup> Gülnihal Bozkurt, "Türk Hukukunda Azınlıklar", *A.Ü. Hukuk F. Dergisi*, 1993, Sayı: 1-4, s. 50.

Ruhani liderlerin gelirleri, yapmış oldukları dinî hizmetlerden aldıkları harçlar, kilise ve havra vergileri ile sahip oldukları gayrimenkullerin kiralarından oluşmaktaydı. Ruhani liderler mensup oldukları dinî teşkilatlar tarafından seçilmekte ve Osmanlı merkezi idaresi tarafından tayin edilmekteydi. Tayin edilen kişi bunun karşılığında devlet hazinesine *pişkeş* adı altında bir meblağ öderdi. Daha sonra bu ödediğini dindaşlarından toplardı.

*Millet sistemi* içerisinde gayrimüslimlere tanınan hak ve özgürlükler, İslam dinindeki *zîmmet* anlaşmasına göre yapılan bir iç hukuk düzenlemesi idi. Bu düzenlemelere göre ruhani reisler, dindaşlarının evlenme, boşanma, vasiyet, velayet, vakıf gibi ahval-i şahsiye konularında sınırlı bir yargı yetkisine sahipti. Ancak taraflardan birisi Müslüman ise veya ikisi de gayrimüslim olan taraflardan birisi isterse ruhani reis yerine şer'îye mahkemesinde mesele halledilmekteydi.

Osmanlı Devleti'nin zayıflamaya başlaması ile birlikte, batılı devletler gayrimüslimlerle ilgili konulara müdahale etmeye başladılar. Bu müdahaleler uluslar arası anlaşmalara konu olmaya başladıktan sonra, gayrimüslimlerle ilgili konular iç hukuk düzenlemesi olmaktan çıkıp uluslar arası hukuka konu olmaya başladı. 1774 yılında imzalanan Küçük Kaynarca Antlaşması ile Ruslar, Osmanlı Devleti vatandaşı olan Ortodoksların dinî haklarını ve kiliselerini korumayı taahhüt etti. Daha sonra Fransızlar Katolik Osmanlı vatandaşlarını, İngilizler Protestan Osmanlı vatandaşlarını himaye etme bahanesi ile Osmanlı Devleti'nin iç işlerine karışmayı sürdürdüler. 1839'da Tanzimat Fermanı ve 1856'da Islahat Fermanı, batılı devletlerin gayrimüslimlerle ilgili taleplerine cevap vermek için hazırlandı.

### **Müste'menler**

Müste'menler, yabancı ülke vatandaşı olup ticaret, din, ziyaret gibi gayelerle Osmanlı ülkesine gelmesine izin verilen gayrimüslimlerdir. Müste'menin Osmanlı ülkesine girmesi için kendisine eman verilmesi gerekir. Müste'menler, zimmîlerle aynı hukuki durumdadır. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre müste'menler, kazf ve kısas dışındaki suçlardan dolayı cezalandırılmazlar. Ebu Yusuf'a ve diğer mezheplere göre bütün suçlardan dolayı cezalandırılırlar.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Bilmen, Hukuk-ı İslamiye, c. 3, s. 432-434.

İlk kapitülasyon Kanuni devrinde 1535 yılında Fransa teb'asından olan tüccarların kendi aralarındaki hukuk ve ceza davalarının konsolosluk mahkemelerinde görülmesi yönünde verilmiş oldu. Taraflarından birisi Osmanlı vatandaşı olduğu takdirde yetkili mahkeme şer'îye mahkemesi idi. Ancak 4000 akçeden fazla değerde olan hukuk davaları, Divan-ı Hümayun'da dinlenir ve Fransız elçiliğinden birisi de orada bulunurdu. Daha sonra bu kapitülasyonlar bütün Avrupalı devletlere tanındı.<sup>85</sup>

19. asrın başlarında yabancı tüccarlar ile Osmanlı vatandaşları arasındaki davalara bakmak üzere karma mahkemeler kuruldu. Bu mahkemelerde başkanlığı kadılar yapmakta, yerli ve yabancı tüccarlar ise üyeleri oluşturmaktaydı. Yabancı tüccarları konsolosluklar seçmekteydi.<sup>86</sup>

1914 yılında Birinci Dünya Savaşı'nın başlaması ile Osmanlı Devleti, tek taraflı olarak kapitülasyonları kaldırdı. Bu karar batılı devletler tarafından ancak 1923 yılında Lozan Antlaşması'nda kabul edildi. Böylece yabancıların sahip olduğu hukuki ve kazai muhtariyet ortadan kalkmış oldu.

---

<sup>85</sup> Ekinci, age, s. 327.

<sup>86</sup> Ekinci, age, s. 327.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### CEZA HUKUKU

#### I. GİRİŞ

Ceza hukukuna ait hükümler, fıkıh kitaplarında ukûbât başlığı altında ele alınmaktadır. Bunun dışında kamu hukukuna ait ahkâm-ı sultaniye ve siyaset-i şer'îye kitaplarında ve ta'zir cezalarının düzenlendiği kanunnâmelerde ceza hukuku ile ilgili bölümler yer almaktadır. Bu düzenlemeler İslam hukukunun meseleci (kazuistik) metoduna uygun olarak yapılmıştır. Dolayısıyla ceza hukukuna ait genel hükümler fıkıh kitaplarında dağınık bir şekilde yer almış, genel hükümler ayrı bir bölümde ele alınmamıştır. Günümüzde ise hukukçular fıkıh kitaplarında dağınık bir şekilde bulunan ceza hukuku ile ilgili bilgileri kullanarak genel hükümleri tespit etmişlerdir. Aşağıda önce ceza hukukunun genel hükümleri incelenecek, daha sonra da had-kıyas-ta'zir suç ve cezaları üzerinde durulacaktır.

#### II. GENEL HÜKÜMLER

##### **Suç**

##### ***Tarifi***

İslam hukukunda suçta cerime, cürüm, kabahat, cünha gibi isimler verilmektedir. İslam hukukuna göre beğenilmeyen ve bir kısım yaptırımlarla cezalandırılan fiillere suç adı verilmektedir. Diğer bir tanıma göre suç, had, kıyas ve tazir cezaları ile cezalandırılan fiillerdir. Kimi zaman bir fiili yapmamak da suç oluşturabilir.

## **Çeşitleri**

İslam hukukunda suçlar farklı açılardan ele alınarak sınıflara ayrılmaktadır. Bunlar içerisinde en fazla bilinenleri; kul haklarını ihlal eden suçlar-Allah haklarını ihlal eden suçlar ile had-kıyas-ta'zir suçlarıdır. Bunların dışında basit suç-ıtiyadi suç, müspet suç-menfi suç, adi suç-siyasi suç gibi ayrımlar da yapılmaktadır.

### *Allah Hakkını İhlal Eden Suçlar ve Kul Hakkını İhlal Eden Suçlar*

Haklar, Allah hakları ve kul hakları olarak ikiye ayrılmaktadır. Allah hakları, sosyal düzeni ilgilendiren haklar yani kamu haklarıdır. Kul hakları ise şahıs haklarıdır. Bazı suçlar ağırlıklı olarak Allah hakkını ihlal ederken, bazılarında ise kul hakkının ihlali ağırlıktadır. Mesela, zina, yol kesme, hırsızlık gibi suçlar ağırlıklı olarak kamu hakkını ihlal etmektedir. Buna karşılık adam öldürme, müessir fiil, zina iftirası gibi suçlar daha ziyade kul hakkını ihlal etmektedir.

### *Had-Kıyas-Ta'zir Suçları*

Had suçları, Kitap ve sünnet tarafından suç olarak tespit edilmiş ve cezası belirlenmiş olan fiillerdir. Şarap içme, zina, kazf, yol kesme, hırsızlık, irtidat ve isyan suçları, had suçları olarak kabul edilir. Kıyas suçları ise kul hakkını ihlal eden adam öldürme ve müessir fiillerdir. Had ve kıyas suçları sayıları belirli olan suçlardır. Ta'zir suçları ise devlet başkanı tarafından zamanın şartlarına ve toplumun ihtiyaçlarına göre suç olarak tespit edilen fiillerdir. Ta'zir suçlarının sayısında herhangi bir sınırlama yoktur. Hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak şartıyla devlet başkanı ihtiyaca göre ta'zir suçu belirleyebilir. Osmanlı kanunnamelerindeki suçlar, ta'zir suçlarıdır. Bazı ta'zir suçları ise aslında had ve kıyas suçu olduğu halde cezalandırma şartları tam yerine gelmediği için devlet başkanı tarafından ta'zir cezası ile cezalandırılan suçlardan oluşmaktadır.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, Kitabevi, İstanbul, 1994, c.2, s. 79-80; Abdulkadir Udeh, *İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk*, çev: Akif Nuri, İhya Yayınları, İstanbul 1978, c. 3, s. 422-435; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil Yayınevi, İstanbul 1987, c. 1, s. 125; Merginani, *El-Hidaye*, c. 1-2, s. 339-355.

## **Uysurları**

### *Kanunîlik Unsuru*

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi ile ifade edilen kanunîlik unsuruna göre, bir suçun oluşması için kanunda düzenlenmiş olması gerekir. Bu ilke açısından suç çeşitleri ele alındığında kanunîlik unsurunun her üç suç türünde de gerçekleştiği görülür. Had ve kısas suçları ayet ve hadislerde ayrıntılı olarak düzenlendiği için kanunîlik unsuru bu suçlarda bulunmaktadır. Ta'zir suçları da fıkıh kitaplarında ve kanunnamelerde düzenlenmiş olduğu için kanunilik unsuruna sahiptir. Zaten kanunnameler keyfi cezalandırmanın önüne geçmek için hazırlanmaktadır.

### **Kıyas Yasağı**

Kanunîlik unsuru gereğince ceza hukukunda kıyas yasağı bulunmaktadır. Buna göre ceza hukukunda kıyas yoluyla suç oluşturulamaz. Hukukçuların çoğunluğuna göre had ve kısas suçlarında kıyas yapılarak suç oluşturulamaz. Benzer şekilde ta'zir suçlarında da kıyas yapılamaz, devlet başkanı tarafından hazırlanan suç ve cezalar esas alınır.

### **Ceza Hukukunun Şahıs Bakımından Uygulanması**

Genel kural, ceza hukukunun bütün şahıslara uygulanmasıdır. Bununla birlikte devlet başkanı, zimmîler ve kölelerle ilgili istisnai durumlar bulunmaktadır. Hanefi Mezhebi'ne göre devlet başkanı kul hakları ile ilgili suçlardan dolayı cezalandırılırken, Allah hakları ile ilgili had suçlarından dolayı cezalandırılmaz. Ancak devlet başkanının Allah hakları ile ilgili suçlardan dolayı uhrevî sorumluluğu devam eder. Kul hakkı ile ilgili olan kısas suçlarından dolayı devlet başkanı yargılanır ve cezalandırılır. Ta'zir suçları için de aynı istisna söz konusudur. Allah hakkı ile ilgili ta'zir suçlarından dolayı devlet başkanı yargılanmaz ve cezalandırılmaz, kul hakkı ile ilgili olan ta'zir suçlarından dolayı ise cezalandırılır. Diğer mezheplere göre ise devlet başkanı bütün suçlardan dolayı cezalandırılır.

Had suçlarına ilişkin cezalar zimmîlere de uygulanır. Ancak Ebu Hanife'ye göre şarap içme onların dinine göre yasaklanmadığı için zimmîlere bundan dolayı had cezası verilmez. Ebu Yusuf'a ve diğer üç mezhebe göre ise şarap içmeden dolayı da zimmîlere had cezası verilir. Kısas ve ta'zir suçlarından dolayı da zimmîlere ceza verilir.

Köleler ceza hukuku hükümlerinden sorumludur. Ancak niteliği itibariyle yarıya indirilebilen had cezalarının yarısı kölelere ceza olarak verilir. Şarap içme ve kazf suçlarından dolayı kendilerine 40 celde vurulur. Evli köleler zina ettikleri takdirde, muhsan sayılmadıkları için recm edilmez, 50 celde vurulur. Hırsızlık ve yol kesme suçlarının cezaları bölünemediği için aynen uygulanır. Amden yani teammüden katl dışında bir kimseyi öldürmeleri halinde, kendi değerleri kadar diyet öderler. Bir kölenin amden katl edilmesi halinde öldüren kısas olarak öldürülür, bunun dışında bir şekilde bir köle öldürüldüğünde, efendisine kölenin değeri kadar diyet ödenir. Kölenin efendisine ödenen diyet, hür bir insanın diyetini geçemez. Yaralamalarda da aynı kural geçerlidir.<sup>88</sup>

Müste'menler had suçları içerisinde yalnızca kazf suçundan dolayı cezalandırılır. Bir müste'men öldürüldüğünde, kâtil kısas edilmez, diyet cezası verilir. Müste'men bir Müslümanı veya zimmîyi kasten öldürdüğünde kısas edilir. Ebu Yusuf'a ve diğer üç mezhebe göre müste'men bütün had suçlarından dolayı zimmîler gibi sorumludur.

### **Ceza Hukukunun Yer Bakımından Uygulanması**

Hanefi Mezhebi'ne göre ceza hukuku darüislamda işlenen suçlara uygulanır, darülharpte işlenen suçlar ise hiçbir yerde cezalandırılmaz. Çünkü darülharpte İslam hukuku uygulanmamaktadır. Ancak Hanefi Mezhebi dışındaki mezheplere göre darülharpte işlenen suçlardan dolayı fail darüislama döndüğünde cezaya çarptırılır.

### **Ceza Hukukunun Zaman Bakımından Uygulanması**

Kanunîlik ilkesinin bir sonucu olarak ceza hukuku hükümleri geçmişe yürümez. Ancak istisnai olarak lehe olan hükümler geçmişe yürür. İslam hukukunda da ceza hukuku hükümleri geçmişe yürümez. Yani bu hükümlerin koyulmasından önceki veya insanların bunları öğrenmesinden önceki zamanda ceza hukuku hükümleri uygulanmaz. Yeni Müslüman olmuş bir kimse geçmişte işlemiş olduğu suçlardan dolayı cezalandırılmaz.

### *Maddî Unsur*

Suçun oluşması için hukuka aykırı bir fiilin varlığı gerekir. Hukuka aykırı fiil icraî olabileceği gibi ihmalî de olabilir. Yani bir söz ya da

---

<sup>88</sup> Ekinci, age, s. 332.

hareketle suç işlendiğinde icraî bir fiille suç işlenmiş olur. Yapılması gereken bir fiili yapmamakla suç işlendiğinde ise ihmali bir fiille suç işlenmiş olur.

Suçun ihmali olarak işlenmesi halinde Ebu Hanife'ye göre faile had ve kısas cezası verilmez. Mesela, çölde bir kimseyi susuz bırakmak suretiyle ölümüne sebep olan veya bir bebeğe süt vermeyerek ölümüne sebep olan kimseye kısas cezası verilmez, ta'zir cezası verilir. Diğer mezhaplara göre ise bu gibi durumlarda da had ve kısas cezası verilir.

### **Teşebbüs**

Suçun tamamlanamaması haline şüru' yani teşebbüs denir. Had ve kısas suçları teşebbüs halinde kalmışsa cezalandırılmaz. Çünkü suç tamamlanmamış, suçun neticesi gerçekleşmemiştir. Ancak işlenen fiil hukuka aykırılık teşkil ediyorsa, o fiilin cezası verilir. Dolayısıyla failin o zamana kadar yaptıkları suç oluşturmuyorsa cezalandırılmaz. Mesela, hırsız eve girmiş, eşyaları toplamış, dışarı çıkarken yakalanmışsa, hırsızlık cezası verilmez, mesken masuniyetini ihlal suçunun cezası verilir. Ta'zir suçlarında da benzer kurallar geçerlidir. 1256/1851 ve 1274/1858 tarihli ceza kanunları ta'zir suçlarında teşebbüsü cezalandırmıştır.

### **İştirak**

Bir suçu bizzat işleyene mübaşir fail, dolaylı olarak işleyene ise mütesebbib denir. Mübaşir failin mevcut hukukumuzdaki karşılığı aslî fail, mütesebbibin karşılığı ise fer'û faildir. Mübaşir fail, suçun maddi unsuruna fiili olarak katılındır. Mütesebbib ise suçun maddi unsuruna fiili olarak katılmadan iştirak eder.

Had ve kısas suçlarında mübaşir faile, suçu tek başına işlemiş gibi ceza verilir. Mütesebbibe ise ta'zir cezası verilir. Ancak Osmanlı Devleti'nde 17. yüzyılın sonlarından itibaren Maliki Mezhebi görüşü uygulanarak mütesebbibe kısas cezası uygulanmaya başlanmıştır.

Bir suçu beraber işleyenlerden her birinin fiili, suçu tek başına işlemeye yetiyorsa, her birine ayrı ayrı ceza verilir. Mesela, üç kişi bir adamı bıçaklayarak öldürmüşlerse, her üçü de kısas edilir. Ancak üç kişiden ikisi adamı tutmuş, diğeri de bıçaklamışsa, bıçaklayan kısas edilir, ellelerini tutanlara ise ta'zir cezası verilir.<sup>89</sup>

<sup>89</sup> Ekinci, age, s. 333.



### *Hukuka Aykırılık*

Suçun üçüncü unsuru hukuka aykırılık, işlenen fiilin hukuka aykırı olması, diğer tabirle hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olmamasıdır. Hukuka uygunluk sebepleri şunlardır:

#### **Meşru Müdafaa**

Bir kişinin can, mal veya namusunu korumak için hukuka aykırı bir fiili işlemesi meşru müdafaa sayılır. Meşru müdafaa halinde faile ceza verilmez. Meşru müdafaa'nın bazı şartları taşıması gerekir: a.Cana, mala veya namusa karşı yapılmış bir saldırı olmalı. b.Saldırıdan başka şekilde korunma imkanı bulunmamalı. c.Saldırı halen mevcut olmalı. d.Saldırı ile müdafaa arasında orantı olmalı, yani müdafaa saldırıdan daha ağır olmamalı.

#### **Hakkın Kullanılması**

Kişiyeye hukukun tanıdığı bir hakkın kullanılması da suç teşkil etmez. Anne-babanın çocuğunu terbiye ederken hafifçe döğmesi, benzer şekilde efendinin kölesini döğmesi, doktorun tıbbî tedavi çerçevesinde hastaya müdahalesi ve sporcuların kurallar dâhilinde mücadeleleri suç oluşturmaz.

#### **Görevin Yerine Yerine Getirilmesi**

Doktor, muhtesib, infaz memuru, cellad gibi görevlilerin görevini yerine getirirken meydana gelen ölüm ve yaralama gibi durumlar da suç teşkil etmez. Ancak görevli kimsenin görevinin sınırlarını aşmaması gerekir. Görevli kişi haddinden fazla şiddet kullanırsa ta'zir cezası verilir.

#### **Zaruret Hâli**

Zaruret haline göre, kişinin kendisini ciddi bir tehlikeden kurtarmak için başkasına ait bir mala zarar vermesi halinde suç oluşmaz. Azgın bir attan kaçmak için komşunun kapısını kırıp evine girmek suç değildir. Ancak zaruret hali komşuya verilen zararı tazmin etme borcunu ortadan kaldırmaz.

#### **Mağdurun Rızası**

Mağdurun rızası bazı hallerde yapılan fiili suç olmaktan çıkarır. Mesela hırsızlık suçunda mağdurun rızası halinde suç oluşmaz. Adam öl-

dürmede mağdurun rızası var ise kâtile diyet cezası verilir. Yaralamada ise ta'zir cezası verilebilir.

### *Manevi Unsur*

Manevi unsur için ceza ehliyeti ve kusur gerekir. Yani kişinin işlediği fiilden sorumlu olması için ceza ehliyetine sahip olması ve kusurlu olması yani belli kasıt veya veyahut ihmal ile o fiili işlemesi gerekir.

### **Ceza Ehliyeti**

Ceza ehliyeti için kişinin temyiz kudreti ve ergenliğe ulaşması yani akıl-bâliğ olması gerekir. Temyiz kudreti kişinin aklının ermeye başlaması, yaptıklarının sonuçlarını anlamaya başlamasıdır. Temyiz kudreti genellikle yedi yaşında başlar. Temyiz kudretine sahip olana mümeyyiz, sahip olmayana ise gayrimümeyyiz denilmektedir.

Ergenlik ise kişiye ve ülkeye göre değişiklik gösterebildiği için alt ve üst sınırlar belirlenmiştir. Ergenliğin alt sınırı kızlarda 9, erkeklerde 12; üst sınırı ise her ikisi için de 15'tir.

Aşağıdaki hallerde kişinin yaptığı fiilden dolayı cezai sorumluluğu olmaz. Bu haller ikrah, akıl hastalığı, sarhoşluk ve yaş küçüklüğüdür.

### *İkrah*

İkrah, bir kişiyi suç sayılan fiili işlemeye haksız olarak zorlamaktır. İkrahın dört şartı vardır: 1.Mükrih yani korkutan kişinin söylediğini yapabilecek kudrette olması. 2.Mükreh yani korkutulanın korkutulduğu şeyin yapılacağını bilmesi. 3.İkrahın ölüm, bir organın kesilmesi gibi ciddi bir tehdit olması. 4.Yapılması istenilen şeyin hukuka aykırı olması.<sup>90</sup>

İkrah iki çeşittir: 1. Mülci yani tam ikrah: Ölüm, bir organın kesilmesi, bütün malın telef olması gibi ciddi tehditler tam ikrahtır. Bu durumda ikraha maruz kalan kişinin iradesi tam olarak ortadan kalkar. 2. Gayrimülci yani nakıs ikrah: Hapis, şiddetli dayak gibi ikinci dereceden korkutucu tehditlerdir. İlim ve şeref sahibi kimselere hakaret etmek de bu türden ikrah sayılır. Hükümetin emirleri de ikrahtır.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Ali Haydar, age, c. 3, s. 100-102.

<sup>91</sup> Ekinci, age, s. 336.

Mülci ikrah ile hırsızlık, zina gibi bir had suçu işleyen kimseye ceza verilmez, doğan zararı da mükrih yani korkutan kişi tazmin eder. Mülci ikrah ile öldürme, yaralama gibi kısas suçları işlendiğinde mükrehe ceza verilmez, mükrihe yani korkutana kısas veya diyet cezası verilir. Gayri-mülci ikrah ise suçu ve cezayı ortadan kaldırmaz.<sup>92</sup>

### *Akıl Hastalığı*

Akıl hastalarının ceza ehliyeti yoktur. Akıl hastalığı daimi ve geçici olmak üzere ikiye ayrılır. Cünûn-ı mutbık yani daimi akıl hastalığı halinde işlenen fiillerden dolayı ceza verilmez. Cünûn-ı gayri mutbık yani sara gibi geçici akıl hastalığı hallerinde ise kişiye hasta olduğu dönemde işlediği suçlardan dolayı ceza verilmezken, sağlıklı olduğu dönemde kendisine ceza verilebilir. Ateh yani bunaklık hali de akıl hastalığı gibi ceza ehliyetini ortadan kaldırır. Uyurgezerler de bu esnada işledikleri suçlardan dolayı cezalandırılmaz.<sup>93</sup>

### *Sarhoşluk*

Sarhoşluk ceza ehliyetini ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla sarhoş iken suç işleyen kişiye bu suçtan dolayı ceza verilir. Ancak hastalığı sebebiyle ilaç alan, zorla veya gizlice sarhoş edilen kimse, işlediği suçlardan dolayı cezalandırılmaz.<sup>94</sup>

### *Yaş Küçüklüğü*

Ceza ehliyetine sahip olmayan yani temyiz kudreti veya ergenliğe ulaşmamış olanlara işledikleri suçlardan dolayı ceza verilmez. Bu kişiler öldürme, yaralama gibi kısas suçlarından dolayı diyet cezası ile cezalandırılabilir.

### **Kusur**

Suçun manevi unsuru için ceza ehliyetinin yanında kusur da aranmaktadır. Kusur kasıt, ihmâl ve hata şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kasıt, bir fiilin suç olduğunu bilerek ve sonucunu isteyerek yapmaktır. Had suçlarının cezalandırılabilmesi için mutlaka kasıt ile işlenmesi gerekir. Bilerek şarap içen, kasten adam öldüren, evli olmadığı bir kadınla cin-

<sup>92</sup> Ali Haydar, age, c. 3, s. 122-123.

<sup>93</sup> Ekinci, age, s. 335.

<sup>94</sup> Ekinci, age, s. 335.

sel ilişkide bulunan kimse kasıtlı olarak suç işlemiştir. Şerbet zannederek şarap içmiş, kendi malı zannederek başkasının malını almışsa o kişiye ceza verilmez.<sup>95</sup>

Kul hakkının ağırlıklı olduğu kısas suçlarında hata ve ihmal durumunda da ceza verilir. Bir kimseyi hata ile öldüren veya yaralayan kimse diyet ve kefaret verir, maktûlün mirasından mahrum kalır. Kendi bahçesindeki köpeğin başkasına saldırarak yaralamasına göz yuman kimse ihmalinden dolayı cezalandırılır.<sup>96</sup>

## **Ceza**

### ***Tarifi ve Özellikleri***

Suçun işlenmesi halinde fail için öngörülen müeyyideye ceza denilmektedir. Cezanın kelime anlamı karşılıktır. Buna göre müeyyide, işlenen suçun karşılığı olduğu için ceza olarak isimlendirilmiştir.

Ceza, genellik, şahsîlik, caydırıcılık, ıslah edicilik, dengelilik gibi özelliklere sahip olmalıdır. Cezanın genelliği ilkesine göre cezalar toplumda ayırım yapılmadan herkese uygulanır. Cezalar zengin-fakir, güçlü-zayıf, âmir-memur ayırımı yapılmadan herkese eşit olarak uygulanmalıdır. Nitekim Kureş kabilesinin ileri gelenlerinden bir kadın hırsızlık yaptığında, kendisine ceza verilmemesi için müracaat edenlere Hz. Peygamber şu cevabı vermiştir: “Sizden öncekileri Allah bu yüzden helak etti. Aralarında mevki sahibi birisi suç işlediğinde onu bırakırlar, zayıf işlediğinde ise onu cezalandırdılar. Allah’a yemin ederim ki Muhammed’in kızı Fatıma dahi hırsızlık yaparsaydı, mutlaka onu da cezalandırırdım.”<sup>97</sup>

Şahsîlik ilkesine göre ise ceza ancak suçu işleyene verilir, kimse başkasının işlediği suçtan dolayı cezalandırılmaz. Bu ilke de ayet ve hadislerle sabittir.

Cezaların caydırıcılık özelliğine sahip olması gerekir. Bazı had ve kısas suçları için öngörülen cezalar, günümüz telakkisine göre oldukça şiddetlidir. Ancak bu cezaların uygulanması için istenen şartların bir araya gelmesi neredeyse imkânsızdır. Mesela, zina cezası için dört

<sup>95</sup> Ekinci, age, s. 336.

<sup>96</sup> Ekinci, age, s. 336.

<sup>97</sup> Buhari, Enbiya, 54; Megazi, 53; Hudud, 12; Müslim, Hudud, 8,9; Tirmizi, Hudud, 6.

şahidin suçu görmesi şartı aranmaktadır. Zina suçu dört şahidin gözü önünde işlenmeyeceğinden, bu suç için öngörülen taşlama cezasının caydırıcılık maksadıyla konulduğu anlaşılmaktadır.

Cezaların diğer bir özelliği ıslah edici olmasıdır. Ölüm cezalarında ıslah edicilik özelliği caydırıcılık özelliğinin içerisinde bulunmakta, suça meyilli insanlar henüz suç işlemeyen yola gelmektedir. Diğer cezalar ise suçlulara uygulandıktan sonra da ıslah edicilik özelliğini göstermektedir.

Cezaların dengeli ve suçluya göre ayarlanabilir nitelikte olması gerekmektedir. Had ve kısas cezaları ayet ve hadislerle belirlenmiştir. Ta'zir suçları ise düzenlemesi devlet başkanına bırakıldığı için dengelik özelliği göz önünde bulundurulmalıdır.

Cezaların uygulanmasında zamana ve bir kısım şartlara da dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu açıdan cezaları katı bir şekilde uygulamak her zaman adaletli sonuçlar doğurmamaktadır. Nitekim Hz. Ömer kıtlık zamanında hırsızlık cezasını uygulamamıştır.

### **Çeşitleri**

#### *Bedenî Cezalar*

Ceza çeşitleri içerisinde temel ceza, bedenî cezalardır. Bedenî cezalar adaletin tecellisine daha uygundur. Çünkü bu tür cezalar ırkı, cinsiyeti, malî durumu, sosyal pozisyonu ne olursa olsun bütün insanlarda aynı şekilde etki doğurur.<sup>98</sup>

#### **İdam**

Had ve kısas suçları içerisinde taammüden adam öldürme, yol kesme, evlinin zinası ve irtidad suçlarının cezası idamdır. Bununla birlikte söz konusu suçlarda çeşitli sebeplerle idam cezasının uygulanmama ihtimali de yüksektir. Taammüden adam öldürmede velinin affı veya diyete razı olması; yol kesme ve irtidadda pişmanlık (tevbe) idam cezasını engeller. Evlinin zinasında ise dört şahitle suçun ispatlanması çok zordur. Ta'zir suçlarında ise ta'zir bi'l-katl veya siyaseten katl adı altında idam cezası verilebilmektedir. Hırsızlık, gasp ve adam öldürmeyi alışkanlık haline getirenler, kanunsuz vergi ve haraç toplayanlar, livata yapanlar, büyücüler, sapkın görüşlerin propagandası-

<sup>98</sup> Ekinci, age, s. 338.

nı yapanlar ile hükümete karşı ayaklananlar ta'zir cezası olarak idam edilebilmektedir.<sup>99</sup>

### Organın Kesilmesi

Taammüden birisini yaralayan veya bir organını kesen kimse, mağdurun talebi üzerine kısas olarak yaralanır veya aynı organı kesilerek cezalandırılır. Hırsızlık suçunu işleyen kimsenin sol eli kesilir. Yol kesme suçunu işleyen kimse, mal aldığı halde adam öldürmemişse bir el ve ayağı çaprazlama kesilir. Taammüden yaralama veya bir organını kesme suçunda, mağdurun affı veya diyetle razı olması cezayı düşürür. Hırsızlıkta mahkemeye düşmeden çalınan malı iade etmek el kesme cezasını düşürür. Yol kesmede yakalanmadan teslim olmak çaprazlama el ve ayak kesme cezasını düşürür.<sup>100</sup>

### Celde (Dayak)

Celde yani dayak cezası, bekârların zinasında, kazf yani zina iftirasında ve şarap içme suçlarında uygulanır. Ta'zir suçlarında da celde cezası verilmektedir. Dayak cezası meydana, bir metre uzunluğunda budaksız ve serçe parmağı kalınlığında bir ağaç çubuğuyla uygulanır. Çubuk en fazla omuza kadar kaldırılır, suçlunun yüzüne, edep yerlerine ve sürekli aynı yerine vurulmaz. Suçlu celdeye dayanamayacaksa cezası ertelenir, yine uygulanamayacaksa kaldırılır.<sup>101</sup>

### *Mali Cezalar*

Taammüden adam öldürme dışındaki cinayetlerde, müessir fiil ve yaralamada, çocuk düşürmede suçlunun akilesi yani baba tarafından erkek akrabaları, maktûlün vârislerine veya yaralının kendisine diyet öder. Âkilesi olmayan suçlunun cezasını Beytûmal öder, o da olmazsa suçlunun kendisi öder. Kalpazanlık ve karaborsacılık gibi suçlarda suçlunun malvarlığı kısmen veya tamamen müsadere edilir. Müsadere, mal varlığına el koymadır. Osmanlı Devleti'nde ta'zir suçlarının çoğunda para cezası uygulanmıştır.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Ekinci, age, s. 338-339.

<sup>100</sup> Ekinci, age, s. 339.

<sup>101</sup> Ekinci, age, s. 339.

<sup>102</sup> Ekinci, age, s. 339-340.

## *Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar*

### **Hapis**

Hapis, aslî ve müstakil bir ceza değildir. Diğer cezalarla birlikte uygulanan ve tedbir mahiyetinde olan bir cezadır. İslam tarihinde uzun süreli hapis cezaları yerine bedenî cezalar tercih edilmiştir. Hapis, cezanın şahsîliği prensibine aykırı görülmüş, suçlu ile birlikte yakınlarını da cezalandırmak hoş karşılanmamıştır. Hapis dışındaki cezaların uygulanması suretiyle suçlunun kendisine, yakınlarına ve diğer insanlara karşı sorumluluklarını yerine getirmesi imkânı tanınmıştır.<sup>103</sup>

Hz. Peygamber zamanında bazı suçlular, malı olup da borcunu ödemeyenler, mescidin bir köşesinde veya bir odada tedbir olarak hapsedilmiştir. Hz. Ebu Bekir döneminden itibaren hapisaneler yapılmaya başlanmıştır. Kur'ân-ı kerimde fuhuş yapan kadınların evlerinde hapsedilmesi emredilmiştir.<sup>104</sup> Yol kesip de cana ve mala dokunmayanlar, irtidad edenler ve bazı şahsî sorumluluklarını yerine getirmeyenler, tevbe edip pişman oluncaya kadar hapsedilir. Halkın arasına karışması mahzurlu olan kimseler, büyücüler, sahte doktorlar ve halka bâtıl hileler öğreten müftüler hapsedilir.<sup>105</sup>

### **Sürgün**

Sürgün cezası, bekârların zinasında ve bazı ta'zir suçlarında uygulanmıştır. Bu ceza asr-ı saadette yani Hz. Peygamber döneminde tatbik edilmiştir. Osmanlılarda kulebendlik yani bir kuleye hapsedmek veya kalebendlik yani bir kalede ikamete mecbur etmek suretiyle uygulanmıştır.<sup>106</sup>

### **Zincire Vurma**

Bazı ağır suçlular geçici bir süre zincire vurma cezası ile cezalandırılırdı. Zincire vurma genellikle üç günü geçmezdi. Bu ceza Hz. Peygamber tarafından Ebu Na'b isimli bir kişiye ipe bağlamak suretiyle uygulanmıştı.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> Ekinci, age, s. 340-341.

<sup>104</sup> Nisa 15.

<sup>105</sup> Ekinci, age, s. 340-341.

<sup>106</sup> Ekinci, age, s. 341.

<sup>107</sup> Ekinci, age, s. 341.

## **Kürek**

Osmanlı Devleti'nde donanmanın kürekçi ihtiyacını karşılamak için bazı suçlara kürek cezası verilirdi. Kürek mahkûmları savaş zamanında gemilerde kürek çeker, diğer zamanlarda tersanede çalıştırılırdı. Kürek mahkûmlarının bir kısmı savaş esirlerinden, bir kısmı da adam öldürme, yol kesme, ev basma, kalpazanlık, hırsızlık gibi ağır suç işleyenlerden oluşurdu. Tersane zindanları, Avrupa'daki benzerleri gibi 1280/1863 yılında kapatılmış ve bunların yerine Sultanahmet'te bir devlet hapisanesi kurulmuştur.<sup>108</sup>

## **Münasebetleri Kesme**

Bazı suçlarda faile münasebetleri kesme cezası verilebilir. Hz. Peygamber, Tebük Savaşı'na özürsüz olarak katılmayan Ka'b b. Malik, Mürare b. Rebi'a ve Hilal b. Ümeyye ile münasebetlerin kesilmesini emretmişti. Müslümanlardan hiç kimse 50 gün süre ile onlarla görüşüp konuşmamıştı. Tevbe etmeleri üzerine, affolunduklarına dair ayet nazil olmuştu.<sup>109</sup>

## *Bedelî Cezalar*

Bazı hallerde asıl cezaya bedel olarak bedelî ceza verilmektedir. Taammüden adam öldürme ve yaralamada maktûlün vârisleri veya yaralı kabul ederse suçlunun kısas edilmesinden vazgeçerek diyet cezası verilir. Diyet olarak suçlu tarafından maktûlün varislerine veya yaralıya para veya mal verilir. Taammüden olmayan adam öldürmelerdeki diyet cezası bedelî değil, aslî cezadır.<sup>110</sup>

## *Tamamlayıcı Cezalar*

### **Kefaret**

Kasta benzer adam öldürme, hata ile adam öldürme ve hataya benzer şekilde adam öldürme suçlarında diyet cezasından başka tamamlayıcı ceza olarak bir köle azad edilir veya bu mümkün olmazsa 60 gün oruç tutulur. Buna kefareti adı verilir.

---

<sup>108</sup> Ekinci, age, s. 342.

<sup>109</sup> Tevbe 118; Ekinci, age, s. 342.

<sup>110</sup> Ekinci, age, s. 342.



### **Mirastan Mahrum Bırakma**

Sebeb olma yolu ile öldürme hariç bütün öldürme suçlarında kâtil, maktûlün mirasından mahrum bırakılır. Şafii mezhebinde sebeb olma yolu ile öldürme suçunda da mirastan mahrum bırakma cezası verilir. Maliki mezhebinde ise sadece kasten adam öldürme suçunda mirastan mahrum bırakma cezası verilir. Vasiyet edeni öldüren vasiyet lehdarı da vasiyetten mahrum bırakılır.

### **Şahitliğin Kabul Edilmemesi**

Kazf yani zina iftirası suçunu işleyenler, tevbe etseler bile ömür boyu şahitlikleri kabul edilmez. Şafii mezhebine göre tevbe ederlerse şahitlikleri kabul edilir. Yüz kızartıcı suç işleyenlerin şahitliklerinin kabul edilmemesi için itiraz edilebilir.<sup>111</sup>

### *Manevî Cezalar*

#### **Tevbih**

Bazı hafif ta'zir suçlarında kişi mahkemeye çağrılarak hâkim tarafından azarlanabilir veya kendisine nasihat edilebilir.<sup>112</sup>

#### **Teşhir**

Yalancı şahitlik, dolandırıcılık, kumarbazlık gibi bazı suçlarda suçlunun yüzüne kara çalmak, eşeğe ters bindirerek şehirde dolaştırmak, dellal vasıtasıyla suçunu ilan ettirmek gibi teşhir cezası uygulanmıştır. Osmanlılarda yüz kızartıcı suç işleyenler meydanlarda tomruğa bağlanarak teşhir edilirdi. Yol kesme suçundan idam cezasına çarptırılanlar alenî olarak idam edilir ve 3 gün kadar meydanda teşhir edilirdi.<sup>113</sup>

### **Cezaların İctimai**

Bir kişi birden fazla suç işlemişse ve bir suçun cezası diğerinin infazını imkânsız kılmıyorsa, her suç için ayrı ayrı ceza verilir. Mesela, hem kazf suçu hem de şarap içme suçu işleyene ayrı ayrı seksen celde vurulur. Ancak bir suçun cezası diğerinin infazını imkânsız kılıyorsa, diğer suçun cezası infaz edilir. Mesela, şarap içme ve kasten adam öldürme suçu bir

<sup>111</sup> Ekinci, age, s. 342.

<sup>112</sup> Ekinci, age, s. 342.

<sup>113</sup> Ekinci, age, s. 343.

araya geldiğinde sadece kasten adam öldürme suçunun cezası olan idam cezası infaz edilir.<sup>114</sup>

### ***Cezaların İnfazı***

Cezalar şahıslar tarafından değil mahkeme tarafından infaz edilirdi. Mahkeme tarafından verilmiş olan cezaların infazı devlet tarafından yapılırdı. Buna göre had, kısas ve ta'zir cezalarını infaz etme yetkisi devlete aitti. Osmanlı Devleti'nde hapis, sürgün ve siyaseten katl gibi ağır cezaları Sadırazamlık infaz ederdi. Para cezası gibi hafif cezaları ise diğer ehl-i örf infaz ederdi.<sup>115</sup>

Suçlu hasta, zayıf veya sarhoşsa iyileşinceye kadar infazı ertelenirdi. Hamile kadının cezası, çocuğunu doğurup süttten kestikten sonra infaz edilirdi.<sup>116</sup>

### ***Cezayı Düşüren Sebepler***

#### *Suçlunun Ölümü*

Suçlunun ölümü bütün bedenî ve şahsî cezaları düşürür. Ebu Hanife'ye göre malî cezaları da düşürür. Kısas edilecek organın olmaması da cezayı düşürür.<sup>117</sup>

#### *Faal Nedamet*

Suçlunun tevbe edip pişmanlık göstermesi sadece bazı suçlarda cezaları düşürür. Yol kesme ve isyan suçunda yakalanmadan önce teslim olunursa ve hırsızlık suçunda olay mahkemeye intikal etmeden çalınan mal sahibine iade edilirse had cezaları düşer. İrtidad suçunda ise tevbe her halükarda cezayı düşürür.<sup>118</sup>

#### *Af*

Had cezalarında af yoktur. Kısas cezalarında ise mağdurun kendisi veya velisinin af yetkisini kullanması ile ceza düşer. Ancak bu suçlarda

<sup>114</sup> Ekinci, age, s.344; Bilmen, age, c. 3, s. 108.

<sup>115</sup> Mustafa Avcı, "Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış", *SÜHFD*, C. 12, S. 1-2, 2004, s. 87-159.

<sup>116</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 1, s. 263; Ekinci, age, s. 344.

<sup>117</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 1, s. 264; Ekinci, age, s. 344.

<sup>118</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 1, s. 264; Ekinci, age, s. 345.

devletin ta'zir cezası verme yetkisi vardır. Ta'zir cezalarında ise hem devletin hem de şahısların af yetkisi vardır.<sup>119</sup>

### *Sulh*

Kıyas ve diyet suçlarında fail ile mağdurun sulh olması cezayı düşürür. Had ve ta'zir suçlarında ise sulh söz konusu olmaz.

### *Kıyas Hakkı Sahibine Mirasçı Olmak*

Kıyas hakkı sahibine mirasçı olmak kıyas cezasını düşürür. Suçlu kıyas hakkı sahibine mirasçı olmakla kıyas hakkına da mirasçı olur. Kâtilin kıyas hakkı sahibine mirasçı olması durumunda kıyas cezası düşer.

### *Zamanaşımı (Müruruzaman)*

Zina iftirası dışında kalan had suçlarında ve ta'zir suçlarında zama-  
naşımı söz konusudur. Had suçlarında bir ay içerisinde ve şarap içmede  
ağızdaki içki kokusu geçmeden dava açılmalıdır. Zina iftirası suçu şahıs  
hakkını ihlal ettiği için zamaşaşımına uğramaz. Kıyas suçları da şahıs  
hakkı ile ilgili olduğu için zamaşaşımına uğramaz. Ta'zir suçlarında  
devlet zamaşaşımı süresi belirleyebilir. Nitekim Osmanlı Devleti'nde  
ta'zir suçları için 15 yıllık dava zamaşaşımı süresi kabul edilmiştir.<sup>120</sup>

## III. CEZA HUKUKUNA AİT ÖZEL HÜKÜMLER

### ***Had Suçları***

#### *Zina Suçu (Hadd-i Zina)*

Tam ehliyetli bir erkekle mukarenete müsait bir kadının, aralarında  
nikâh, nikâh şüphesi veya mülkiyet bağı olmadan, kendi arzularıyla  
tarafardan birinin icbarı olmadan cinsî ilişkiye girmeleridir. Erkekle  
kadının aralarında sahih nikâh varsa ya da fasit de olsa nikâhlı iseler  
zina suçu oluşmaz. Benzer şekilde erkeğin cariyesi ile ilişkiye girmesi  
zina suçunu oluşturmaz. Sapık ilişkiler de had suçu olan zina sayılmazsa  
da ağır ta'zir cezası ile cezalandırılır. Bu tür ilişkileri ısrarla devam etti-  
renler ta'zir olarak idam cezası ile cezalandırılabilir.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 1, s. 264.

<sup>120</sup> Ahmet Akgündüz, "İslam ve Osmanlı Hukukunda Müruruzaman", *SÜHFD*, c. 1, sayı 1, Ocak-Haziran 1988, s. 43-90.

<sup>121</sup> Ebu Zehra, age, c. 2, s. 80-81; Udeh, age, c. 3, s. 210-217; Şeyh Nizam, Fetava-yı Hindiye, Beyrut, h. 1421-m. 2000, c. 4, s. 158.

Zina suçunun ispatı için dört erkek şâhit tarafından şâhitlik yapılması veya faillerin ayrı ayrı dört defa ikrar etmeleri gerekir. Şâhitlerin sayısı daha az olsa veya taraflar ikrardan vazgeçse zina haddi olan ceza uygulanmaz. Bunların dışında karinelerle de zina suçu sabit olabilir. Bekâr bir kadının hâmile kalması zinaya karine sayılmıştır.

Zina haddi evliler için recm yani taşlanarak öldürülmedir. Recm cezasının uygulanabilmesi için failin muhsan olması yani evli, Müslüman ve tam ehliyeti olması gerekir. Boşanmış olması da mümkündür. Bekârlar için ise zina cezası yüz sopadır. Sopa, küçük parmak kalınlığında, budaksız ve ağaçtan olur. Yüz sopa vurulduktan sonra hâkim isterse zina eden kişinin bir seneliğine başka bir şehre sürgün edilmesine hükmedebilir. Zina eden köle ise yüz sopanın yarısı olan elli sopa ceza olarak vurulur.<sup>122</sup>

Zina suçunun ispatı için gerçekleşmesi zor şartlar aranmıştır. Zina esnasında dört şahidin görmesi çok zordur. Bu sebeple zina haddi Hz. Peygamber devrinde birkaç defa uygulanmış, Osmanlı Devleti'nde ise sadece bir defa uygulandığı kaynaklara geçmiştir. Dolayısıyla zina cezasının, zinanın yaygınlaşmasına engel olmak için koyulduğu anlaşılmaktadır.<sup>123</sup>

Zina suçu yukarıdaki şekilde ispatlanamadığı takdirde had cezası uygulanmaz. Şahitlerden birisinin ifadesini geri alması, faillerin ikrardan vazgeçmesi, cezaya hükmeden hâkimin ölmesi ve görevden ayrılması gibi hâllerde zina haddi düşer. Ancak had cezası olarak zina cezalandırılmadığı zaman, ta'zir olarak başka bir ceza ile cezalandırılabilir. Osmanlı kanunnamelerinde zinaya ta'zir cezası olarak dayak veya para cezası verilmektedir.

### *Zina İftirası (Hadd-i Kazı)*

Namuslu kadın ve erkeklere zina iftirasında bulunmak veya nesebi inkar etmektir. Zina iftirasında bulunulan erkek veya kadının muhsan olması yani hür, Müslüman ve namuslu olması gerekir. Zina iftirası suçunun iki şahitle ve failin ikrarı ile sabit olması şarttır. Zina iftirasına

<sup>122</sup> Ebu Zehra, age, c. 2, s. 80-81; Udeh, age, c. 3, s. 210-217.

<sup>123</sup> İlber Ortaylı, "Anadolu'da XVI. Yüzyılda Evlilik İlişkileri Üzerine Bazı Gözlemler", *Osmanlı Araştırmaları I*, Enderun Kitabevi, İstanbul 1980, s. 39.

uğrayan kimsenin talebi üzerine faile seksen sopa (celde) vurulur. Bu cezaya ek olarak zina iftirasında bulunan kişinin şahitliği ömür boyu kabul edilmez.<sup>124</sup>

Kazf haddinde iftiraya uğrayan ölmüşse çocukları faile ceza verilmesini talep edebilir. Bunların dışındaki akrabaların cezayı talep etme hakları yoktur.<sup>125</sup>

### *Şarap İçme ve Sarhoşluk*

Az veya çok şarap içmek veya sarhoşluk verici bir maddeden sarhoş olacak kadar içmek bu suçtu oluşturur. Bu Ebu Hanife'nin görüşüdür. Diğer mezheplere göre ise sarhoşluk verici maddelerden az veya çok içmekle bu suç oluşur.<sup>126</sup>

Şarap içme suçtu iki şahitle, içenin ayık iken ikrar etmesi ile veya sarhoşluk hali ile ispatlanır. Cezası seksen sopadır ve icma ile belirlenmiştir. Şartları oluşmadığı için had cezası verilemeyen içki içmelere ta'zir cezası olarak sopa ve para cezası verilmiştir.<sup>127</sup>

### *Hırsızlık*

Hırsızlık, başkasına ait olan belli bir değerde ve koruma altındaki malı mülk edinmek kasdıyla gizlice almaktır. Had suçtu olan hırsızlık suçunun oluşması için aşağıdaki unsurlar aranmaktadır.<sup>128</sup>

Birincisi: Çalınan mal başkasına ait olmalıdır. Devlet hazinesinden, vakıflardan, ganimetlerden çalmak had suçtu olan hırsızlık suçunu oluşturmaz. Çünkü bu mallarda hırsızın da payı vardır.

İkincisi: Çalınan malın belli bir değerde olması gerekir. Buna göre çalınan mal en az on dirhem gümüş değerinde olmalıdır. Bu değerden düşük olan malların çalınması hırsızlık suçtu oluşturmaz.

Üçüncüsü: Çalınan malın koruma altında olması gerekir. Dolayısıyla açıktaki bir parayı, kapısı açık bir arabayı çalmak had suçtu olan hırsızlık değildir.

<sup>124</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 229 vd.

<sup>125</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 240 vd.

<sup>126</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 250.

<sup>127</sup> Ebu Zehra, age, c. 2, s. 86; Karaman, age, c. 1, s. 130.

<sup>128</sup> Ebu Zehra, age, c. 2, s. 81-82; Udeh, age, c. 3, s. 439; Bilmen, age, c. 3, s. 279; Şeyh Ni-zam, age, c. 2, s. 189.

Dördüncüsü: Çalınan malın gizlice alınması gerekir. Bir malı zorla almak gasp suçunu oluşturur.<sup>129</sup>

Hırsızlık suçu iki şahitle veya hırsızın ikrarı ile ispatlanır. Bu şekilde ispatlanamayan hırsızlık, ta'zir cezası ile cezalandırılabilir.

Had suçu olan hırsızlığın cezası, birincisinde sağ elin bilekten kesilmesi, ikinci defa tekrarlırsa sol ayağın eklem yerinden kesilmesidir. Üçüncü defa yaparsa tevbe edinceye kadar hapsedilir.

Hırsızlık olayı mahkemeye intikal etmeden önce suçlu malı sahibine iade ederse had cezası uygulanmaz. Şafii Mezhebine göre mahkemede karar verilmeden, Maliki Mezhebi'nde ise karar infaz edilmeden mal sahibine iade edilirse had cezası uygulanmaz.

Ceza uygulandıktan sonra hırsızın çaldığı mal aynen duruyorsa sahibine iade edilir. Aynen durmuyorsa tazmin ettirilmaz.

#### *Yol Kesme (Hirabe)*

Şehirlerarası yollarda silah kullanarak yolculara saldırmak, mallarını almak veya öldürmek, yol kesme suçunu oluşturur. Yol kesme suçuna büyük hırsızlık da denilmektedir. Bu suçun cezası kademeli olarak düzenlenmiştir. Failler sadece yol kesmişlerse tevbe edinceye kadar hapsedilir. Yol kesmenin yanında yolcuların mallarını da almışlarsa, el ve ayakları çaprazlama kesilir. Yolcuların mallarını almamışlar, ancak yolcuları öldürmüşlerse asılarak idam edilirler. Hem yolcuların mallarını almış hem de öldürmüşlerse, önce el ve ayakları çaprazlama kesilir ve sonra idam edilirler. Yol kesenler yakalanmadan önce tevbe edip teslim olmuşlarsa, had cezaları düşer. Ancak bu durumda ta'zir cezası uygulanabilir.<sup>130</sup>

#### *İsyan (Bağy)*

Silahlı bir gurubun kendilerince haklı bir sebebe dayanarak devlete başkaldırmaları isyan suçunu oluşturur. İsyan edenlerin kendilerince haklı bir sebepleri bulunmuyorsa isyan suçu oluşmaz, yol kesme suçunu işlemiş sayılırlar.

İsyan için toplananlara öncelikle nasihat etmek üzere bir heyet gönderilir, şikâyetleri varsa dinlenir ve halledilir. Silah bırakır teslim

<sup>129</sup> Ebu Zehra, age, c. 2, s. 81-82; Udeh, age, c. 3, s. 439; Bilmen, age, c. 3, s. 279.

<sup>130</sup> Aydın, age, s. 205-207; Ebu Zehra, age, c. 2, s. 82-84.

olurlarsa kendilerine bir ceza verilmez. Ancak ısrar ederlerse kendileri ile savaşılar ve savaşta öldürülmeleri halinde öldürenler sorumlu tutulmaz. Teslim olurlarsa kendilerine uygun bir ceza verilir. Suç işlemişlerse kısas ve diyet cezaları verilebilir. Malları ganimet sayılmaz, kendileri ve çocukları köle yapılmaz.<sup>131</sup>

### *İrtidad*

İrtidad, Müslüman bir kimsenin İslam dininden dönmesi veya İslam dininin temel prensiplerini inkâr etmesi, küçümsemesi veya alaya alması suçudur. Buna göre irtidad suçu İslam dinini terk etmekle veya Allah'a iman, meleklerle iman, peygamberlere iman, ahirete iman, kadere iman gibi İslam dininin temel esaslarını inkâr etmek, küçümsemek veya alaya almakla gerçekleşmektedir.<sup>132</sup>

İrtidad suçunu işleyene mürted denilmektedir. Mürted olan kimseye öncelikle şüphelerinin giderilmesi için nasihat verilir, ilim sahibi kişiler tarafından kafasını karıştıran konular açıklanır. Tekrar İslam dinine girmesi için kendisine 3 günlük süre tanınır. Bu süre içerisinde tevbe eder ve inkârından dönerse kendisine herhangi bir ceza verilmez. Tevbe etmez ve inkârında ısrar ederse mahkeme tarafından öldürülmesine karar verilir. Mürted kadın ise öldürülmez, tevbe edinceye kadar haps olunur.<sup>133</sup>

İslam dini aynı zamanda devletin hukukunu da teşkil ettiği için, irtidad suçunu işleyen bir kimse devlete ve topluma karşı suç işlemiş olmaktadır. Neticede bu suçu işleyen kimse devlete ve topluma baş kaldırmış, savaş açmış kabul edilir. Dolayısıyla irtidad suçu din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde kalan bir uygulama değildir.<sup>134</sup>

### ***Kıyas Suçları (Cinayetler)***

Kıyas suçları fıkıh kitaplarında cinayetler olarak isimlendirilmekte ve kitabü'l-cinayât başlığı altında incelenmektedir. Kıyas suçları şahıslar aleyhinde işlenen suçlar olup adam öldürme ve müessir fiillerden oluşmaktadır.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> Ekinci, age, s. 354.

<sup>132</sup> Bilmen, age, c. 4, s. 5-6.

<sup>133</sup> Bilmen, age, c. 4, s. 9.

<sup>134</sup> Ekinci, age, s. 355.

<sup>135</sup> Şeyh Nizam, age, c. 6, s. 3.

## Adam Öldürme

Adam öldürme suçu katil olarak isimlendirilmekte, öldürene kâtil, öldürülene de maktûl adı verilmektedir. Hanefiler adam öldürme suçunu beş guruba ayırır: Kasten adam öldürme, kasta benzer adam öldürme, hata ile adam öldürme, hataya benzer adam öldürme ve tesebbüben adam öldürme.

### Kasten Adam Öldürme (Âmden-Tammüden Katl)

Bir insanı bilerek ve isteyerek öldürmektir. Ebu Hanife'ye göre öldürme kastının tespiti için öldürmede kullanılan alete bakılır. Bıçak, kama, kılıç, keskin taş gibi kesici maddelerle yapılan öldürme kasten adam öldürme sayılır. Hanefilerden Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ile diğer mezheplerin çoğuna göre öldürmeye müsait bir aletle yapılan öldürmeler kasten adam öldürmedir. Ateşte, fırında, boğarak, iğne ile öldürmek de kasten adam öldürmedir.<sup>136</sup>

Kasten adam öldürmenin asıl cezası kısas yani kâtilin öldürülmesidir. Kısasa kaved de denilmektedir. Kisasın uygulanabilmesi için maktûlün mirasçılarının kısası talep etmesi, kâtilin maktûlün furuundan olmaması, maktûlün veli veya mirasçılarında birisinin kısıstan vazgeçmemiş olması gibi şartlar aranmaktadır. Bu şartlardan bir tanesi dahi bulunmasa kısas uygulanmaz. Çünkü şüpheler hadleri düşürür.

Maktûlün velisi veya mirasçıları kâtil ile bir bedel karşılığında veya bedelsiz olarak sulh olurlarsa kısas cezası uygulanmaz, diyet cezası verilir. Tam diyet yüz deve, altından bin dinar veya on bin dirhem gümüştür. Maktûlün yakınları kısıstan vazgeçtiklerinde, devletin ta'zir cezası olarak belli bir miktar para talep etme hakkı vardır. Osmanlı kanunnamelerinde bunu düzenleyen hükümler bulunmaktadır: "*Her kim kan etse katle müstehak ise katl oluna. Ve eğer sulh edip veya diyete müstehak ise diyetten gayri otuz altın cürm alma.*"<sup>137</sup>

### Kasta Benzer Adam Öldürme (Şibh-i Âmd ile Katl)

Delici ve kesici olmayan bir aletle adam öldürmedir. Kasta benzer adam öldürmede kâtilin öldürme kastının bulunmadığı, kullandığı aletlere bakılarak tespit edilmektedir. Küçük sopa, küçük taş, yum-

<sup>136</sup> Udeh, age, c. 3, s. 453-455; Bilmen, age, c. 3, s. 28 vd.

<sup>137</sup> Barkan, age, s. 126.



rukla adam öldürme halinde öldürme kastı olmadan katl söz konusudur.<sup>138</sup>

Kasta benzer adam öldürmenin cezası diyetdir. Diyet kasten adam öldürmede olduğu gibidir. Ancak burada diyeti kâtil değil âkilesi yani erkek kan hısımları, meslektaşları veya devlet ödemektedir. Bunun dışında tebeî ceza olarak kâtil, öldürdüğü şahsın mirasından mahrum bırakılır. Ayrıca dinî bir ceza olan kefaret cezası söz konusudur. Öldüren kimse bir köle azad eder veya bunu yapamadığı takdirde altmış gün oruç tutar.<sup>139</sup>

#### Hata ile Adam Öldürme (Hataen Katl)

Hata ile bir adamı öldürmek hataen katldır. Bu da failin hatası ile yani av hayvanı zannederek bir insana ateş etmesi ya da failin kullandığı aletin hataya sebep olması ile olur. Mesela, tabancadan seken kurşunun bir kişiyi öldürmesi böyledir.<sup>140</sup>

Hata ile adam öldürmenin cezası diyet ve kefarettir. Diyeti öldürenin âkilesi öder. Bunun dışında tebeî ceza olarak maktûlün mirasından mahrumiyet ve ta'zir cezası olarak devletin belirleyeceği bir ceza verilir.<sup>141</sup>

#### Hata Benzeri İle Adam Öldürme

İnsanın iradesi ve ihtiyarı dışında bir kişiyi öldürmesidir. Uyurken bir çocuğun üstüne düşerek öldürmek böyledir. Hata benzeri adam öldürmenin cezası da hata ile adam öldürmede olduğu gibi diyet ve kefarettir.<sup>142</sup>

#### Sebepl Olma İle Adam Öldürme (Tesebbüben Katl)

Yukarıdaki dört çeşit öldürme mübaşeretten yani bizzat öldürmedir. Sebepl olma ile öldürme ise dolaylı olarak ölüme sebepl olma halidir. Kişinin mülkü olmayan bir yerde kazdığı kuyuya birisinin düşerek ölmesi böyledir. Sebepl olma ile öldürmenin cezası sadece diyetdir. Ancak bu cezanın verilebilmesi için kişinin ölüme sebepl olan fiili haksız bir şekilde yapmış olması gerekir. Hakkı olan bir failin yapılması sonucu ölüme

<sup>138</sup> Udeh, age, c. 3, s. 453-455.

<sup>139</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 29.

<sup>140</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 29.

<sup>141</sup> Udeh, age, c. 3, s. 453-455.

<sup>142</sup> Udeh, age, c. 3, s. 453-455.

sebeup olmuşsa ceza gerekmez. Kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya birisinin düşmesi diyet cezasını gerektirmez.<sup>143</sup>

### *Müessir Fiil*

Müessir fiiller, insan vücudunda meydana getirilen yaralamalardır. Müessir fiiller ikiye ayrılır:

**Cerh:** Baş ve yüz dışında kalan, el, ayak, burun, kulak gibi organların koparılması (kat-ı uzuv) ve çalışamaz hale getirilmesi (tatil-i uzuv) dir. Bu tür yaralama kasten yaralama (âmden cerh), hata ile yaralama (hataen cerh), hata benzeri ile yaralama (hata mecrasına cerh) ve sebep olma ile yaralama (tesebbüben cerh) olarak dört çeşittir. Kasta benzer adam öldürmenin karşılığı olan kasta benzer yaralama burada yoktur.

Bu tür yaralamaların cezası kısas, diyet veya ta'zirdir. Organların kesilerek koparılması şeklindeki yaralamalar kasten yapılmış ise kısas cezası verilebilir. Ancak kısas cezası verilebilmesi için çok ağır şartlar aranmaktadır. Organların çalışamaz hale getirildiği ta'til-i uzuv denilen yaralamalarda ise kısas cezası verilmez, diyet cezası verilir.

**Şecc:** Baş ve yüzün yaralanması ile gerçekleşen müessir fiillerdir. Baş ve yüz yarası, kemiğin kırıldığı yara (hâşime), kemiğin ortaya çıktığı yara (mûziha) gibi yaranın derinliğine göre sınıflandırılır. Bunlardan kemiğin ortaya çıktığı yaralamanın cezası kısas, diğerlerinin ise diyettir.

Yaralamalarda kısas ve diyetin dışında ta'zir olarak para cezası da verilir. Osmanlı Kanunnamelerinde bununla ilgili hükümler yer almaktadır: “göz çıkaran dahi diyetin sahibine verip kasd ile ise on dört altın alma ve kasd ile değil ise beş altın alma”<sup>144</sup>

### *Âkile*

Kasıt dışı adam öldürme hallerinde ve diyetin bizzat kâtil tarafından ödenmesinin gerekmediği hallerde diyet, âkile denilen ve kâtilin yakın çevresini oluşturan insanlar tarafından ödenir. Önceleri kişinin kabilesi âkile olarak kabul edilirken, daha sonra asabe denilen erkek kan hısımları bu gurubu oluşturmuştur. Hz. Ömer döneminde askerlerin buldukları ordu teşkilatı âkile olarak kabul edilmiştir. Daha sonra kişinin

<sup>143</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 29.

<sup>144</sup> Barkan, age, 126/4.

mensubu olduğu esnaf teşkilatı da âkile sayılmıştır. Âkilesi olmayanın diyeti Devlet hazinesi tarafından ödenir.<sup>145</sup>

### *Kasame*

Kasame, faili meçhul öldürme olaylarında kâtilin bulunması için başvuru bir yoldur. Faili meçhul ölüm olayının gerçekleştiği yerden ses işitecek kadar uzaklıkta bulunanlardan 50 kişi, ölenin velisi tarafından belirlenir. Bu yer bir köy, mahalle ya da yerleşim yerinin yakınında olabilir. Seçilen elli kişiye “Vallahi onu biz öldürmedik, öldüreni de bilmiyoruz” şeklinde yemin ettirilir. Yeminden kaçınan ikrar edene veya yemin edene kadar hapsedilir. Elli kişi yemin ettiği takdirde, ölenin diyeti, ölünün bulunduğu yer özel bir mülk ise mülk sahibinin âkilesine, mahalle veya köy ise mahalle veya köy halkına üç yılda ödetilir. Ölen kişi ses işitilmeyecek kadar yerleşim yerinden uzakta, hapishanede veya büyük camiler gibi yerlerde bulunmuşsa diyeti devlet tarafından ödenir. Kasame, bir beldede yaşayan insanların suçlulara karşı uyanık olmaları, suçlulara beldelerinde yaşama imkânı vermemeleri ve yardımcı olmamaları için getirilmiş bir tür kolektif sorumluluk usûlüdür.<sup>146</sup>

### ***Ta'zir Suçları***

Had ve kısas suçları ayet ve hadislerde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ta'zir suçlarının düzenlenmesi ise devlet başkanına bırakılmıştır. Buraya kadar anlatılanlarda görüldüğü gibi had ve kısas suçları sınırlı sayıdadır. Buna karşılık ta'zir suçlarının sayısında bir sınırlama yoktur. Devlet başkanı şer'î hukukun kurallarına aykırı olmamak şartıyla ihtiyaç duyduğu konularda çok sayıda kanun hazırlayabilir. Osmanlı Devleti'nde padişahlar bu yetkiyi kullanarak çok sayıda kanunname ve ceza kanunları hazırlamışlardır. Bu açıdan Osmanlı Devleti'nde ceza hukukunun büyük bir kısmı beşerî kaynaklıdır.<sup>147</sup>

Ta'zir suçlarının bir kısmı aslında had veya kısas suçu olduğu halde bazı sebeplerle had ve kısas cezası verilemeyen suçlardan oluşmaktadır. Had veya kısas suçlarının unsurlarından birisi eksik olduğunda had

<sup>145</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 53 vd.

<sup>146</sup> Aydın, age, s. 220-221; Ebu Zehra, age, c. 2, s. 76.

<sup>147</sup> Bilmen, age, c. 3, s. 310 vd.

veya kısas cezası verilememektedir. Ta'zir suçlarının bir kısmı bunlardan oluşmaktadır.

Ta'zir suçlarının diğer kısmı ise zamanın ihtiyaçlarına göre devlet başkanının çıkaracağı suçlardır. Sövmeye, yalancı şahitlik, rüşvet, karaborsacılık gibi fiiller hakkındaki cezaî düzenlemeler bu tip ta'zir suçlarıdır.

Ta'zir cezaları suçun ağırlığına ve failin kimliğine göre farklılık gösterir. Hafif suçlar için tenbih, ihtar, takdir yani azarlama, teşhir gibi cezalar verilirken, ağır suçlarda darp yani döğme, hapis, nefy yani sürgün ve ölüm cezası verilebilmektedir. Âlimlere ve yüksek dereceli memurlara ihtar ve tenbih yeterli olabilirken, kaba kimselere dayak ve hapis gerekmektedir. Halka eziyet edenler, zina'yı alışkanlık haline getiren bekârlar sürgün edilir. Büyücüler, hırsızlığı, kasıt benzeri adam öldürmeyi ve adam kaçırmayı alışkanlık hâline getirenler ölüm cezası ile cezalandırılabilir. Buna ta'zir bi'l-katlı veya siyaseten katlı denir.<sup>148</sup>

## **Had Kısas ve Ta'zir Suçları**

### ***Aralarındaki Farklar***

Had suçlarının cezaları sabittir, hâkimin cezanın belirlenmesinde takdir yetkisi bulunmamaktadır. Kısas suçlarında alternatifli cezalar vardır ve mağdur veya velisinin bu cezalardan birisini seçme hakkı bulunmaktadır. Mağdur veya velisi kısastan vazgeçip diyete razı olabilir. Ta'zir suçlarında ise cezalar çeşitlidir ve hâkimin bu cezalardan birisini seçme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

Had suçları, hırsızlık ve kazf dışında, takibi şikâyete bağlı değildir. Hırsızlık ve kazf yani zina iftirası, şahıs hakları yönü ağır bastığı için takibi, şikâyete bağlıdır. Kısas suçları şahıs hakları ile ilgili olduğu için takibi şikâyete bağlıdır. Ta'zir suçlarından Allah hakkı yani kamu düzeni ile ilgili olanlar re'sen takip edilir, şahıs hakkı ile ilgili olanların da takibi şikâyete bağlıdır.

Had suçlarında af söz konusu değildir. Kısas ve ta'zir suçları ise devletin veya şahısların affı ile düşer.

Kazf dışındaki had suçlarında zamanaşımı vardır. Kazf suçu şahıs hakkı ile ilgili olduğu için her zaman dava edilebilir. Şarap içme suçun-

<sup>148</sup> Ekinci, age, s. 366.

da zamanaşımı ağızdaki içki kokusunun kaybolmasına kadardır. Diğer had suçları için bir aylık zamanaşımı söz konusudur. Kısas suçları şahıs hakları ile ilgili olduğu için zamanaşımına tabi değildir. Ta'zir suçlarında devlet zamanaşımı süreleri belirleyebilir.

Had suçlarında kanunî delil ilkesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu suçlarda hakim kendi bilgisine göre karar veremez. Kısas ve şahıs haklarıyla ilgili ta'zir suçlarında ise vicdanî delil ilkesi kabul edilmiştir. Bu gibi suçlarda hâkimin kendi bilgisine göre karar vermesi mümkündür.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> Ekinci, age, s. 347.

## ALTINCI BÖLÜM

# YARGILAMA HUKUKU

## I. ADLİYE TEŞKİLATI

### Şer'îye Mahkemeleri

Tanzimat öncesi dönemde yargılamanın yapıldığı şer'îye mahkemeleri, daha önceki İslam devletlerinde görülen mahkemelere benzer özelliklere sahiptir. Bu açıdan Osmanlı mahkeme teşkilatı Emevî, Abbasî ve Selçuklu mahkemelerinin devamı niteliğindedir.<sup>150</sup>

Şer'îye mahkemelerinde tek hâkimle yargılama yapılmaktadır. Aslında birden fazla hâkimin yargılama yapması İslam hukukuna aykırı değildir, ancak uygulamada çok hâkimli mahkemeler nadiren görülmüştür.

Kadı genelde evinde yargılama yapmakta olup bu esnada kadının evi mahkeme görevi görmektedir. Bununla birlikte cami ve mescidlerde de yargılama yapıldığı görülmektedir.

İstanbul kadısı gibi mevleviyet kadılarının ve kazaskerlerin de görev yaptıkları ayrı bir mahkeme binaları bulunmamaktadır. Bunların konakları aynı zamanda mahkeme binası olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla kadı ve kazaskerler değiştikçe mahkemelerin yerleri de değişmiştir. Bu durum H.1253/M. 1837 tarihinde Rumeli ve Anadolu kazaskerlikleri ile İstanbul kadılığının Şeyhülislamlığa naklolunmasına kadar bu şekilde devam etmiştir.<sup>151</sup>

<sup>150</sup> Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, Ankara 1991; Fendoğlu, age, s. 417.

<sup>151</sup> Osman Nuri, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, c. 1, İstanbul 1338/1922, s. 273.

## **Divan-ı Hümayun**

Önceki İslam devletlerinde görülen mezalim divanları, Osmanlı'da daha gelişmiş bir şekilde Divan-ı Hümayun olarak ortaya çıkmıştır. Abbasiler, Selçuklular gibi İslam devletlerinde çeşitli adlar altında kurulmuş olan divanlar, Osmanlılar tarafından daha da geliştirilmiş ve padişah divanı anlamında Divan-ı Hümayun olarak adlandırılmıştır.<sup>152</sup>

Asıl yargı kurumu olan şer'îye mahkemelerinin yanında, Divan-ı Hümayun'un da yargılama yetkisi bulunmaktadır. İdarî ve siyâsî görevlerinin yanı sıra hukukî görevleri de bulunan Divan-ı Hümayun, aynı zamanda bir mahkeme olarak kullanılmıştır. Burada bir kısım davalar ilk derece mahkemesi olarak, bir kısım davalar ise üst yargı mercii olarak karara bağlanmıştır.<sup>153</sup> Divan-ı Hümayun'un söz konusu yargı yetkisi, yargı erkinin asıl sahibi padişahın divanı olmasından kaynaklanmaktadır.

Divan-ı Hümayun'da örfî ve şer'î davalar görülebilmekte olup örfî davalara veziriazam, şer'î davalara ise Rumeli kazaskeri bakmaktadır. Şer'î davaların fazla olduğu hallerde Anadolu kazaskeri de dava dinlemiştir.<sup>154</sup>

## **Cuma Divanı**

Cuma günleri Veziriazam konağında toplanan divana bu ad verilmektedir. Cuma divanı Veziriazam başkanlığında ve sadece kazaskerlerin katılımı ile toplanırdı. Sadrazamın huzurunda davalar karara bağlandığı için huzur mürafaaları olarak da adlandırılırdı. Cuma divanında önce dava dilekçeleri okunur, veziriazam isterse kendisi bizzat karar verir ya da Rumeli kazaskerine davayı havale edebilirdi. Dava yoğunluğu halinde Anadolu kazaskeri de dava dinleyebilirdi. Önemli davalar Divan-ı Hümayun'da karara bağlanırken, ikinci derecede görülen davalara Cuma divanında bakılırdı.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> Ahmet Mumcu, "Divan-ı Hümayun", *DİA*, c. IX, s. 431; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 254.

<sup>153</sup> Ahmet Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, Ankara 1976, s. 91 vd; Ahmet Mumcu, "Divan-ı Hümayun", *DİA*, s. 431.

<sup>154</sup> Tevkiî Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, MTM, I (1915), s. 540.

<sup>155</sup> İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devlet Merkez ve Bahriye Teşkilatı*, Ankara 1984, s. 139.

## II. MAHKEME GÖREVLİLERİ

### Kadı

Tanzimat öncesi dönemin temel yargı teşkilatı olan şer'îye mahkemelerinde yargılamayı kadı yapmaktadır. Bazı belgelerde kadı yerine “hâkimü'l-vakt” veya “hâkimü'ş-şer” kavramları da kullanılmaktadır.<sup>156</sup> Osmanlı'da en önemli mülkî âmir olan kadı, bulunduğu yargı çevresinde pek çok idarî görevi de yerine getirmektedir.<sup>157</sup>

Kadının yargı ve yürütme yetkilerini kullandığı idarî birime “kaza” adı verilir. Günümüzde kaymakamlar tarafından yönetilen ilçeler, o dönemde kadı tarafından yönetildiği için kaza ismi yakın zamana kadar kullanılmaya devam etmiş, daha sonra kaza yerine ilçe kullanılmaya başlanmıştır.<sup>158</sup>

Osmanlı Devleti'nde ilk kadı Osman Gazi tarafından Karacahisar'a tayin edilen Dursun Fakih'dir. Hâkim tayin etmek devlet otoritesinin asıl sembolü sayıldığından, Osmanlı Devleti Dursun Fakih'in kadı tayin edilmesiyle kurulmuş sayılmaktadır.<sup>159</sup>

Kadılar padişah beratı ile tayin edilirdi. Padişah yargılama yetkisini bu şekilde ehliyetli kimselere vermekte (tefviz) ve bu kişiler padişah adına bu yetkiyi kullanmaktaydı. Ebussuud Efendi'nin ifadeleriyle “*Kazânın velâyeti sâhib-i hilâfetin izn ü icâzetinden müstefâd*” idi. Bu sebeple kadı, padişahın verdiği yetkinin dışına çıkarak yargılama yapamazdı.<sup>160</sup>

### Kadı Yardımcıları

Buldukları kaza çevresinde en önemli mülkî amir ve yargıç olan ve çok fazla iş yükü bulunan kadılar bir kısım yardımcılarına ihtiyaç duymaktaydı. Söz konusu kimseler kadıya yargılama, yönetim, asayiş ve belediyeçilik işlerinde yardımcı olmaktaydı.

<sup>156</sup> İnalçık, “Mahkeme”, s. 149.

<sup>157</sup> Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 100; R.J.Jennings, “Kadı, Court and Legal Procedure in 17thC. Ottoman Kayseri”, s. 137; Gerber, “Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf 17. Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları”, *Hukuk Araştırmaları*, çev. Mehmet Akman, c. VIII, sayı 1-3, İstanbul 1994, s. 269-270; Joseph Schacht, “Mahmeme”, *İA*, c. VII, s. 147.

<sup>158</sup> İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı*, Ankara 1965, s. 83.

<sup>159</sup> İkinci, age, s. 369.

<sup>160</sup> İnalçık, “Mahkeme”, s. 149.



### **Naib**

Naib, kadıya yargılama ve diğer işlerde yardımcı olan ve kadı tarafından tayin edilen mahkeme görevlisidir.<sup>161</sup> Çoğunlukla yargı çevresi geniş olan kadılar, kazalarına bağlı nahiyelere naib atamışlardır. İş yükü fazla olan kadılar ise buldukları mahkemede bazı ikinci dereceden işleri görevlendirdikleri naiblere yaptırmaktadır. Mesela, İstanbul'da merkez, Eyüp, Galata ve Üsküdar kadıları iş yoğunlukları sebebiyle davalara bizzat bakmazlar, vekil olarak atadıkları bab naibleri yargılama yapardı. Bu şekilde kadıya yardım edenlere *bab naibi* ve *ayak naibi* ismi verilirdi.<sup>162</sup>

### **Muhzır**

Davalı ve davacıyı kimi zaman da şahitleri mahkemeye getirmekle görevli olan muhzırlar, günümüzdeki emniyet görevlileri ve savcılarının işlerini yapmaktaydı. Muhzırlar maaş almazlar, hizmetlerine karşılık taraflardan ve ilgililerden belli bir ücret alırlardı. Muhzırların aldıkları bu ücrete *ücret-i kadem* ya da *ayak teri* adı verilirdi.<sup>163</sup>

Birden fazla muhzırın görev yaptığı büyük mahkemelerde diğerlerinin âmiri olarak muhzırbaşı bulunurdu. Muhzırlar berat-ı şerif yani Divan-ı Hümayun tarafından kadıya gönderilen yazı ile tayin edilir ve genellikle yeniçeri bölüklerinden seçilirdi. Muhzırlar söz konusu görevlerini bizzat yapabildikleri gibi, iltizam usulüyle seçtikleri ve ellerine temessük verdikleri kişiler aracılığıyla da yapabilirlerdi. Muhzırların hizmet süreleri bir yıldı.

### **Subaşı**

Eski Türk devletlerinde yaygın şekilde kullanılan bir unvan olan subaşı, Osmanlılarda anlam değişikliğine uğramış ve bir şehrin muhafızı anlamında kullanılmıştır.

Subaşı ilk devirlerde merkez tarafından tayin edilirken 16. yüzyılın sonlarından itibaren beylerbeyi ve sancakbeyleri tarafından onlara bağlı bir memur olarak tayin edilmeye başlanmıştır. Her sancak, kazaya karşılık gelen subaşılıklara ayrılmış olup subaşı, bulunduğu bölgede

<sup>161</sup> Halil Cin-Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 2003, s. 159; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 245.

<sup>162</sup> Necdet Sakaoglu, "Bâb Naibliği", *Dünden Bugüne İstanbul Ansiklopedisi*, c. I, s. 513.

<sup>163</sup> Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, c. 6, s. 488.

bad-ı hevâ denilen vergileri (cürm ü cinâyet, niyabet, resm-i arusane gibi) toplamakta ve kolluk görevini yerine getirmekteydi.<sup>164</sup>

Subaşı kolluk görevini kadı adına ve ona vekâleten yerine getirirdi. Bu cümleden olarak merkezin ve kadının emirlerini uygulamak, suç işleyenleri takip edip yakalamak, koğuşturmak, kadının suçlu görüp hüküm verdiklerini cezalandırmak ve hapsine karar verilenleri hapsedmek onun göreviydi.<sup>165</sup>

Kolluk görevi kapsamında sorumluluk bölgelerinde güvenlik ve asayiş sağlayan subaşılar zanlıları suçüstü halinde yakalayıp kadı huzuruna getirirlerdi. Kadı tarafından hakkında hüküm verilen kimse- nin cezasını infaz etmek subaşının göreviydi. Bu sebeple hakkında verilmiş bir mahkeme kararı olmadan subaşının bir kimseyi cezalandırması yasaktı.<sup>166</sup> Bu yasağa aykırı şekilde hareket eden subaşılar azledilir ve hatta siyaset edilirdi.

### **Asesbaşı**

Asesbaşılık Yeniçeri ağa bölüklerinden birisi, asesbaşı da bölük kumandanıdır. Asesbaşı Yeniçeri ocağı içerisinde idamların infazı, merasimlerde çevre güvenliğinin sağlanması gibi askerî görevleri yerine getirirdi. Bunun yanında şehirlerde özellikle geceleri güvenliğin sağlanmasından asesbaşı sorumluydu. Asesler şehrin çarşılarında ve mahallelerinde geceleri dolaşırlar ve yakaladıkları zanlıları ya kendileri cezalandırırlar ya da gerekli hallerde kadıya getirirlerdi.<sup>167</sup> Şer'îye sicillerinde aseslerin geceleri hırsızlık, sarhoşluk ve zina gibi suçları işleyenleri kadı huzuruna çıkardıklarını ve durumlarını tespit ettirdiklerini gösteren belgeler yer almaktadır.

Asesler de subaşılar gibi kolluk görevi yapmakla birlikte, subaşılar gündüzleri asesler ise geceleri çalışmakta ve böylece aralarındaki görev taksimi gerçekleşmiş olmaktadır.<sup>168</sup>

<sup>164</sup> İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*, Ankara 1994, s. 34-35; Gerber, *Osmanlı'da Şeriat Kanun ve Örf*, s. 282.

<sup>165</sup> Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul 2004, s. 63.

<sup>166</sup> Avcı, *age*, s. 63.

<sup>167</sup> Abdülkadir Özcan, "Asesbaşı", *DİA*, c. III, s. 464.

<sup>168</sup> "... zikrolunan eşkıya firar idüb sabah subaşı ile tefahhus itdükde..." 3 Numaralı Mühimme Defteri, 464 numaralı hüküm, s. 208.

Asesler geceleri şehirde güvenliği sağlamakta, demir kilit ile kilitlenen her dükkândan asesiye olarak ayda bir akçe almaktaydılar. Bunun yanında herhangi bir işi olmadan akşam vakti dışarıda gezen kimseleri kontrol etmekte, suçlu ise yakalamakta, suçsuz ise bırakmaktaydılar. Asesler bu hizmetleri için beyliğe (subaşılık) alınan akçeden öşür almaktaydılar.

Geceleri hırsız ve sarhoşları yakaladıkları takdirde subaşılarcaya alınan para cezasının (cerime) onda biri aseslere verilmektedir. Çünkü bu görev asıl olarak subaşılara aittir. Gündüz subaşılar tarafından alınan para cezalarında ise aseslerin payı bulunmamaktadır.

### **Çavuş**

Kök olarak eski Türk devletlerine dayanan çavuş, Selçuklu ve Osmanlı devlet teşkilatında çok çeşitli hizmetlerde kullanılan bir görevliydi. Osmanlı'da ilk dönemler elçilik, haberleşme, memleket ahvalinin araştırılması gibi hizmetler görmüşler, daha sonra bu görevlerin başkalarına verilmesi sebebiyle Divan-ı Hümayun'da hizmet etmek, şehri dolaşmaya çıktıklarında padişahların önünde yürümek gibi işler yapmışlardır. Bunun yanında vezirlerin, beylerbeyilerin ve benzeri itibarlı şahısların idamında görev alırlar, hazine ve defterhanenin mühürlenmesi veya mührünün açılması hizmetlerinde bulunurlardı.<sup>169</sup>

Çavuşlar yukarıdaki gibi idari görevlerin yanında ilamların icrası, borçlunun mallarını satarak borcunun ödenmesi, borçlunun inad ve temerrüdü üzerine mahkeme kararı ile hapsedilmesi gibi hukukî görevleri de yerine getirirlerdi.<sup>170</sup> Bunun yanında muhızra benzer şekilde zanlıların kadı huzuruna çıkarılması gibi hizmetler de yaparlardı.

Çavuşların başında çavuşbaşı bulunur, halkın Divan-ı Hümayuna verdikleri dilekçeleri o takdim eder, dava için Divan-ı Hümayun'a gelenlere çavuşları ile mübaşirlik yapardı. Bu hizmetlerinden dolayı çavuşbaşına divan beği de denilmekteydi.

Çavuşbaşılık 1252 h./1836 m. tarihinde kaldırılarak yerine Divan-ı

<sup>169</sup> Fuat Köprülü, "Çavuş" maddesi, *IA*, c. 3, s. 362-368; İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, s. 37 ve 85-86; Mehmet Zeki Pakalın, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1993, c. 1, s. 332 vd.

<sup>170</sup> Ahmed Akgündüz, *Şer'îye Sicilleri Mahiyeti Toplu Kataloğu ve Seçme Hükiimler*, İstanbul 1988, c. 1, s. 73-74.

Deâvî Nezareti kurulmuştur. Divan-ı Deâvî Nezareti günümüzdeki Adalet Bakanlığı'na karşılık gelmektedir.<sup>171</sup>

### ***Tercümanlar***

Osmanlı toplumu çok sayıda dilin herhangi bir sınırlama olmadan kullanıldığı bir milletler mozayîği olduğundan kadının görev bölgesinde farklı dilleri konuşan kimseler bulunabilmekte ve kadı da çoğu zaman onların dilini anlamamaktaydı. Bu durumda kadı, tarafların ve şahitlerin beyanlarını anlamak için tercüman kullanmak zorundaydı.<sup>172</sup>

İhtiyaç olan yerlerde, özellikle de gayrimüslimlerin yaşadığı bölgelerde bulunan mahkemelerde tercümanlar çalıştırılırdı. Belgelerde “kadı tercemanı” olarak isimleri yer alan bu görevliler, diğer kadı yardımcıları gibi görevlendirilir, haklarında bir şikâyet olursa teftiş edilir ve gerekirse görevden alınabilirdi.

### ***Müşavirler***

Şer'îye mahkemelerinde kadı kendi bilgisine göre hüküm verebileceği gibi ihtiyaç duyduğu takdirde hukuku iyi bilen müşavirlerden de faydalanabilirdi.<sup>173</sup> Hukuk bilgisinden faydalanılanlar o bölgede ya da başka bir yerde bulunan âlimler ve müftülerdi. Âlim ve müftüler başka yerde bulunuyorsa kendilerinden mektupla görüş alınırdı.<sup>174</sup>

Müftüler verdikleri fetvalarla kadılara müşavirlik yaptıkları gibi bazı hukukî problemlerin mahkemeye götürülmeden fetva yoluyla çözülmesini sağlamaktadır. Bu şekilde mahkemelerin işyükü bir hayli azalmaktadır.<sup>175</sup>

Ulemanın reisi olan şeyhülislam da vermiş oldukları fetvalar ile mahkemelere yol göstermekte ve hukukun gidişatını yönlendirmektedir. Şeyhülislamın fetvaları diğer müftülerin fetvalarından çok daha etkilidir. Birçok şeyhülislamın fetvalarına göre, şeyhülislam fetvalarına itibar etmemek ta'zir cezasını gerektirir ve hatta inanmayı dinden

<sup>171</sup> İsmail Hakkı Uzunçarlışı, *Osmanlı Devleti'nin Saray Teşkilatı*, Ankara 1988, s. 413, 419.

<sup>172</sup> Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, Ankara 1991, s. 149.

<sup>173</sup> “Hâkimin lede'l-hâce âhardan istifta etmesi caizdir.” MAA, m. 1811.

<sup>174</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 713 vd; Atar, age, s. 122 vd.

<sup>175</sup> Ahmet İnanır, *İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam Hukuku*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s. 64.

çıkartır. Ayrıca fetvaya uygun hareket etmeyen kadının görevden uzaklaştırılmasına sebep olur.<sup>176</sup>

### **Mübaşirler**

Mübaşirler mahkemede bugün olduğu gibi celp ve tebliğ işlerini yaparlar, aynı zamanda mahkemenin düzen ve intizamını sağlarlardı.<sup>177</sup> Mübaşirler bazı durumlarda mahkemede sorgu hâkimi olarak da görev yaparlardı.<sup>178</sup>

### **Kâtipler**

Mahkemede yazışmalar, tarafların iddia ve savunmaları ile şahitlerin beyanlarının zapta geçirilmesi kâtipler tarafından yapılmaktadır. Kâtiplerin ilamların yazılma usûlünü (ilm-i sakk) bilen, güvenilir kimselerden olması aranmıştır. Kâtiplerin atanmalarında kadının arzı şarttır. Geçici olarak bu görevi yapanlar daha sonra berat-ı şerif ile atanmışlardır. Hediye almak gibi suçları işlememeleri için kadılar kâtipleri gözleri önünde çalıştırmışlardır.<sup>179</sup>

Kâtipler genellikle medrese çıkışlı kimselerdir ve mahkeme uygulamaları konularında tecrübe sahibidirler. Bu sebeple kadılar naiplerini çoğunlukla kâtipleri içerisinde seçmişlerdir.<sup>180</sup>

Kâtipler genelde kaza çevresinde yaşayan bilgi sahibi kimselerden seçilmiştir. Özellikle şairliğiyle tanınan pek çok kimsenin mahkemelerde kâtiplik yaparak geçindikleri bilinmektedir.<sup>181</sup>

1331/1913 tarihli Hükâm-ı Şer' ve Mahâkim-i Şer'ye Kanunu ile her mahkemede bir başkâtip ve yeterli miktarda kâtip bulundurulması hükme bağlanmıştır.<sup>182</sup> 1336/1917 tarihli Usûl-i Muhakeme-i Şer'ye Kararnamesi'ne göre ise kadı yemin teklifi, şahitlerin dinlen-

<sup>176</sup> Uriel Heyd, "Osmanlı'da Fetva Müessesesi'nin Bazı Tezahürleri", çev. Fethi Gedikli, *Hukuk Araştırmaları*, M.Ü. Hukuk Fakültesi, c. 9, S. 1-3. s. 314; Gerber, Osmanlı Hukukunda Şeriat Kanun ve Örf, s. 268.

<sup>177</sup> Pakalın, c. 2, s. 592.

<sup>178</sup> Bayındır, s. 81.

<sup>179</sup> Ali Haydar, c. 4, s. 676; Akgündüz, Şer'ye Sicilleri, c. 1, s. 75; Bayındır, s. 81.

<sup>180</sup> Ekinci, age, s. 378.

<sup>181</sup> Nurcan Abacı, *Bursa Şehri'nde Osmanlı Hukukunun Uygulanması 17. Yüzyıl*, Ankara 2001, s. 62.

<sup>182</sup> Hükâm-ı Şer' ve Mahakim-i Şer'ye Kanunu, m. 8, zikreden Bayındır, s. 81.

mesi, keşif gibi konularda kâtiplerden birini naib tayin edebilmekteydi.<sup>183</sup>

### **Kassamlar**

Osmanlı Devleti'nde ölen kimselerin mirasını mirasçılar arasında taksim eden memurlara kassam adı verilmektedir. Kassamlar, kazasker kassamları ve şer'îye mahkemelerinde bulunan kassamlar olmak üzere iki guruba ayrılır. Kazasker kassamları askerî sınıfa mensup olan kişilerin terekelerini taksim eden görevlilerdir. Askerî sınıf dışında kalanların (reaya) terekeleri ise şer'îye mahkemelerinde bulunan kassamlar tarafından taksim edilirdi. Rumelide yer alan kazasker kassamları Rumeli Kazaskerine, Anadolu, Arap yarımadası ve Afrika kıtasında yer alanlar da Anadolu kazaskerine bağlıydılar. Kazasker kassamları taksim ettikleri miraslardan aldıkları resm-i kismetleri, o yerin kadılıklarında bulunan sandıkta saklayarak bunları teslim almak için gelen askerî kassam müfettişi veya suvari kassamlarına teslim ederlerdi.<sup>184</sup>

Kassamlar taksim ettikleri miras karşılığında belli oranda resm-i kismet alırlardı. Her kadılıkta bulunan kassam defterine ölen kimse- nin terekesi tek tek kaydedilir ve bunların değerleri bilirkişi tarafından belirlenirdi. Terekeden murisin borcu çıkarıldıktan sonra kalan kısmı mirasçılara paylaştırılır ve bunun karşılığında kassama belirli oranda resm-i kismet ödenirdi.<sup>185</sup>

## **III. MAHKEMELERİN YETKİ VE GÖREVİ**

### **Yetki**

Osmanlı'da bölgeler kaza denilen yargı çevrelerine ayrılmış ve buralara kadılar tayin edilmiştir. Her kadı kendi yargı çevresinde yaşayan kişilerin davalarına bakmakla yükümlüdür.<sup>186</sup>

Bir kadı kendi yargı çevresinde bulunan bütün yerlerde davalara ba-

<sup>183</sup> Usûl-i Muhakeme-i Şer'îye Karamamesi, m. 1, 3, zikreden Bayındır, s. 81.

<sup>184</sup> Uzunçarşılı, İlmiye Teşkilatı, s. 121 vd; Öztürk, Tereke Defterleri, s. 66 vd; Akgündüz, Şer'îye Sicilleri, s. 75.

<sup>185</sup> Said Öztürk, *Askerî Kassama Ait 17. Asır İstanbul Tereke Defterleri* (Sosyo-Ekonomik Tahlil), İstanbul 1995, s. 66 vd; Akgündüz, Şer'îye Sicilleri, s. 75.

<sup>186</sup> Şeyh Bedreddin (Mahmud b. İsmail), *Camii'l-Füsuleyn*, Kahire 300, c. 1, s. 18; Mesud Efendi, *Mir'at-ı Mecelle*, İstanbul 1297, 1299, s. 827.

kabilir, yargı çevresi dışındaki davalara bakamaz. Mesela, Bursa'ya tayin edilen bir kadı, ancak bu çevredeki davalara bakabilir, Bursa'nın kaza ve livalarındaki davalara bakamaz.<sup>187</sup>

## **Görev**

Kadılar kural olarak yargı çevrelerindeki bütün davalara bakmakla görevlidir.<sup>188</sup> Buna göre bir yargı çevresinde bulunan halkın, günümüzdeki noterlik işlemlerine benzer işleri, evlilik sözleşmeleri, vasiyetnamelerinin infazı, miras paylaşımı, yetim ve gaiblerin mallarının korunması, vasi ve naiblerin atama ve azilleri gibi bütün hukukî meseleler o yerin kadısı tarafından karara bağlanmıştır.<sup>189</sup>

Kadılarının görevleri padişah tarafından belirlenmektedir. Bu sebeple padişah bir kadının görevini sınırlandırıp, genişletebilir. Sözelimi padişah kadıya bir davaya bizzat kendisinin bakmasını emrettiği takdirde, kadı bu davayı naibi aracılığıyla görse, verilen hüküm bâttır.<sup>190</sup> Padişah bu yetkisini kullanarak, askerîler gibi bazı kişilerin farklı mahkemelerde yargılanması için özel yetkili kadılar tayin etmiştir. Osmanlı'da imtiyazlı sınıf olan askerîlerin davaları kazaskerlik mahkemesinde görülmüştür.<sup>191</sup> Ancak askerîlerin davalarının kazaskerlik mahkemeleince görülmesi mecburi olmayıp, dilerlerse şer'îye mahkemelerinde de yargılanmaları mümkündür.

## **IV. DAVA**

Dava sözlükte “çağırarak, seslenmek, dua etmek, yardım istemek, davet etmek, getirilmesini istemek” anlamlarına gelmektedir.<sup>192</sup> Hukuk terimi olarak ise dava, bir kimsenin hâkim huzurunda başka bir kimseden hakkını istemesidir.<sup>193</sup> Davacıya **müddei**, davalıya **müddeâ aleyh**, dava konusuna **müddeâ** ya da **müddeâ bih** denilmektedir.

<sup>187</sup> İncalcık, “Mahkeme”, s. 149; Ali Haydar, c. 4, s. 691.

<sup>188</sup> Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 1958, s. 296.

<sup>189</sup> Uzunçarşılı, İlmiye Teşkilatı, s. 112-113; İncalcık, “Mahkeme”, s. 150.

<sup>190</sup> Şeyh Bedreddin, age, c. 1, s. 18.

<sup>191</sup> Çatalcalı, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, c. 1, s. 367; Mustafa Şentop, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik*, İstanbul 2005, s. 142.

<sup>192</sup> *Mı'cemu'l-Vesit*, İstanbul 1990, s. 286; Ahter-i Kebir, s. 390.

<sup>193</sup> İbn Abidin, *Reddül-Muhtar Ale'd-Dümi'l-Muhtar*, çev. Mehmet Savaş, İstanbul 1985, c. 13, s. 92; Molla Hüseyin, *Dürrer* (Tercümesi), İstanbul 1258, s. 772; Muhammed İbrahim Bedarin, *Ed-Dava Beyne'l-Fıkh ve'l-Kanun*, Amman 2007, s. 32.

Dava sözlü veya yazılı olarak açılabilir. <sup>194</sup> Yargılamanın sözlülüğü ilkesi gereği sözlü olarak açılan dava, kâtip tarafından mahkeme defterine kaydedilmektedir.

Davanın unsurları taraflar (davacı, davalı), dava konusu hak (müddeâ/müddeâ bih), irade beyanı ve yargı merciidir.

### **Taraflar**

Davanın tarafları, bir meseleden dolayı aralarında husumet ve niza bulunan kişiler yani davacı ve davalıdır. <sup>195</sup> Davacı, hâkim huzurunda başka birisinden hakkını isteyen kişidir. Davalı ise yine hâkim huzurunda kendisinden hak istenen kişidir. <sup>196</sup> Davada davacı ve davalının tespit edilmesi, ispat yükünün ve savunma hakkının kimde olduğunun belirlenmesi için şarttır. <sup>197</sup>

Davada taraflara ait davacı ve davalı sıfatları duruma göre yer değiştirebilir. Dava sırasında ileri sürülen yeni iddia ve karşı iddialar (def-i da'va) gündeme geldikçe davacı ve davalı sıfatı değişebilmekte, dolayısıyla ispat yükü ve savunma hakkı da buna göre yeniden belirlenmektedir. <sup>198</sup> Mesela, davacı davalıya borç olarak bir miktar para verdiğini iddia etmekte, davalı ise borcu kabul etmekle birlikte ödediğini iddia etmektedir. Davalı borcu ikrar ettiği için davacı iddiasını ispatlamış olmakta, buna karşılık davalı borcu ödediğini söyleyerek yeni bir iddia ileri sürdüğü için tarafların sıfatları yer değiştirmekte ve ispat yükü davalıya geçmektedir.

Şahsî haklar konusunda sadece o hakla ilgili olanlar davacı olabilirken, Allah hakları denilen kamu düzeni ve kamu yararı ile ilgili haklarda herkes davacı olabilmektedir. <sup>199</sup>

### **Dava Konusu**

Taraflardan sonra davanın ikinci unsuru, dava konusu haktır (müddea, müddeabih). Davacının talep ettiği şey dava konusunu teşkil eder. Dava konusu taşınır, taşınmaz ya da bir alacak hakkı olabilir.

---

<sup>194</sup> Bayındır, age, s. 99.

<sup>195</sup> Hasan Teysir Şemmut, *el-Adaletü'l-Kazaiyye*, Amman 1426-2006, s. 166.

<sup>196</sup> Yasin, age, s. 176; Bedarin, age, s. 48.

<sup>197</sup> Ali Haydar, c. 4, s. 194-195.

<sup>198</sup> Cevdet Yavuz, "Dava" md, *DİA*, C. IX, s. 12.

<sup>199</sup> Yavuz, Dava, s. 13.



Dava konusu, borçlar hukukundaki akid konusuna (mahallü'l-akd) benzemektedir. Muamelat hukukunda açıklık (aleniyyet), objektiflik, iyiniyyetin korunması gibi ilkeler geçerli olduğundan, dava konusu hakkın belirli olması, mümkün olması, muhtemel ve meşru olması şarttır.<sup>200</sup>

### **İrade Beyanı**

Davanın üçüncü unsuru olan irade beyanı, şahsi haklara ilişkin davalarda davacının iddia ve talebinin bulunması ve bunun kesin olmasıdır.<sup>201</sup>

Davacı irade beyanını bizzat kendisi yapabileceği gibi vekili aracılığı ile de dile getirebilir. Şer'îye sicillerinde davacının davasını vekili aracılığı ile takip ettiğini gösteren örnekler çoktur. Vekil ile takip edilen davalar çoğunlukla kadınların taraf olduğu davalardır. Bu davalarda kadınlar eşleri, babaları, çocukları ya da kardeşleri tarafından temsil edilmektedir.

Ceza davalarında ise Allah hakkını ihlal eden suçlar kural olarak re'sen kovuşturulduğu için<sup>202</sup> kamu davası niteliği taşıyan bu davalarda davacının beyanı şartı aranmaz.<sup>203</sup> Bu davalar mustahfız, çavuş, subaşı, muhız gibi kadı yardımcıları tarafından mahkeme huzuruna getirilir. Buna karşılık kişi hakkını ihlal eden suçlar şikâyete tabi olduğundan<sup>204</sup> bu tip davalarda davacının irade beyanı şarttır.

### **Yargı Mercii**

Davanın dördüncü unsuru taraflarca uyuşmazlığın götürülebileceği bir yargı mercii'nin bulunmasıdır. Osmanlı İmparatorluğu'nda tek derece yargı sistemi uygulandığı için uyuşmazlıkların götürüleceği asıl yargı kurumu şer'îye mahkemeleridir.

Şer'îye mahkemelerinin dışında yargılama yetkisine sahip olan diğer bir kurum ise Divan-ı Hümayun'dur. Divan-ı Hümayun hem ilk derece mahkemesi hem de temyiz mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Şer'îye mahkemesinde görülmesinde sakınca bulunan bir kısım davalar,

---

<sup>200</sup> Yavuz, Dava, s. 13.

<sup>201</sup> Yavuz, Dava, s. 13.

<sup>202</sup> Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, İstanbul 2004, s. 24.

<sup>203</sup> Yavuz, Dava, s. 13.

<sup>204</sup> Akman, *age*, s. 24.

ilk derece mahkemesi olarak Divan-ı Hümayun'da karara bağlanır. Ayrıca şer'îye mahkemelerinin kararları, üst yargı kurumu olarak Divan-ı Hümayun'da tekrar incelenebilir.<sup>205</sup>

## V. DELİLLER

Mevcut hukukumuzda deliller kesin ve takdirî deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesin deliller, hâkimi bağlayıcı nitelikte olan delillerdir. İkrar, kesin hüküm, senet ve yemin kesin delillerdir. Kesin delillerden biriyle ispat edilen bir olayı hâkim doğru kabul etmek zorundadır. Buna karşılık takdirî delilleri hâkim serbestçe takdir etmekte ve değerlendirmektedir. Takdiri deliller ise şahit, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleridir.<sup>206</sup>

İslam yargılama hukukunda hangi delil sisteminin kabul edildiği tartışmalı bir konudur. Hukukçuların çoğunluğu, İslam yargılama hukukunda kesin delil sisteminin kabul edildiği görüşündedir.<sup>207</sup> Buna karşılık İbn Kayyim el-Cevziyye gibi hukukçular, İslam yargılama hukukunda nelerin delil olacağını önceden sınırlandıramayacağını, gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayan her şeyin, hâkimin takdiri ile delil olarak kullanılabileceğini ileri sürmektedir.<sup>208</sup> İslam hukukunda iki görüşü de haklı gösterecek şekilde hem kesin deliller hem de takdiri deliller kullanılmaktadır. Mesela, bazı had ve kıyas suçlarının ispatı için belirli sayıda şahit bulunması şartı aranırken, bilirkişi ve keşif gibi bazı delillerin takdiri ise hâkime bırakılmaktadır.

Mevcut hukukumuzdan farklı olarak İslam ve Osmanlı hukukunda şahitlik kesin delillerdendir. Güvenilir şahitlerin usulüne uygun olarak yaptıkları şahitlik hâkimi bağlayıcı nitelikte olup, hâkim buna göre hüküm vermek zorundadır.<sup>209</sup> Bunun yanında yazılı delil, kesin karine, ikrar, yemin, yeminden kaçınma diğer kesin delil çeşitleridir ve bun-

<sup>205</sup> Ahmet Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, Ankara 1976, s. 82-96; Ekrem Buğra Ekinci, *Ateş İstidası İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü*, İstanbul 2001, s. 86; Vecdi Akyüz, *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divan-ı Mezalim*, İstanbul 1995, s. 70 vd.

<sup>206</sup> Baki Kuru -Ramazan Arslan - Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 1989, s. 255.

<sup>207</sup> Akman, age, s. 63.

<sup>208</sup> İbn Kayyim el-Cevziyye, *İlamü'l-Mıvakkîn an Rabbi'l-Alemin*, Kahire 1955, c. I, s. 100-101.

<sup>209</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 384; Bayındır, age, s. 143.

lar da hâkimi bağlayıcı niteliktedir. Buna karşılık zayıf karine, aslı hal (istishabül'-hal) ve ziyetlik gibi durumlar hâkime olay hakkında fikir veren takdirî delillerdir ve kuvvetli delillerin bulunmadığı hallerde kullanılırlar.<sup>210</sup>

## **Şahitlik**

Yukarıda ifade edildiği gibi İslam hukukuna göre şahitlik kesin delillerdendir. Buna karşılık günümüz medeni yargılama hukukunda şahitlik takdirî delillerden sayılmakta ve dolayısıyla şahit beyanları hâkimi bağlamamaktadır.<sup>211</sup>

Şahitlik, bir kimsenin başka kimsede olan hakkını ispat etmek için hâkim huzurunda ve hasmının yüzüne karşı şahitlik sözünü kullanarak “şahitlik ederim” diye haber vermesidir.<sup>212</sup> Şahitlikte, taraflar dışında kalan kişiler, dava konusu hakkında kesin olarak bildikleri şeyleri, “şahitlik ederim” sözleriyle ifade ederler.<sup>213</sup>

Şahitlik delili mantık ilmindeki kesin bilgi (yakın) ifade eden kaynaklardan değildir. Çünkü bir, iki ya da dört kişinin verdiği haberin yanlış olma ihtimali bulunmaktadır. Bu kişiler yalancı şahitlikte anlaşabilirler veya dava konusu hakkında yanlış bilgi sahibi olabilirler. Hâlbuki yargılama sonunda verilecek hükmün kesin bilgiye (yakın) dayanması gereklidir. Buna rağmen girift sosyal ilişkilerin ispatlanmasında her zaman kesin bilgi ifade eden delillerin bulunması mümkün olmaz. Ancak dava konusu olayların iki şahitle ispatlanması kolaylıkla mümkün olur. Bu ihtiyaç ve zaruret sebebiyle yargılama sırasında dava konusunun ispatlanması için şahitlik delili nasslarla ve icma ile yeterli görülmüştür.<sup>214</sup>

Şahidin “şehadet ederim” sözlerini kullanması şahitliğin rüknüdür. Bu sebeple şahitlik sırasında “bildiğime göre”, “sanırım” gibi şüphe ifade eden kelimeler kullanılması şahitliği butlan ile geçersiz kılar.<sup>215</sup>

<sup>210</sup> Ali Bardakoğlu, “Beyyine”, *DİA*, c.VI, s. 97.

<sup>211</sup> Kuru-Arslan-Yılmaz, age, s. 298.

<sup>212</sup> MAA, m. 1684; Molla Hüsrev, *Dürer* (Tercümesi), İstanbul 1258, s. 826; İbrahim Halebi, *Mülteka'l-Ebhur*, İstanbul bty., s. 299.

<sup>213</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 378.

<sup>214</sup> Talak suresi, 282; Bayındır, s. 143-144.

<sup>215</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 378; Molla Hüsrev, age, s. 827.

### Şahitliği Kabul Edilmeyen Kimseler

Şahitlerde bulunması gereken özellikleri taşımayan kimselerin şahitlikleri kabul edilmez. Bazı adaletnâmelerde yalancı şahitliği (şahid-i zor veya şahid-i zur) meslek edinen, bu yolla geçimini temin eden kimseler olduğu, bunların davalarda para karşılığı şahitlik ettikleri, beylerbeyi ve kadıların bu kişilere engel olması ve cezalandırması gerektiği ifade edilmektedir. Bu şekilde suçu sabit olan yalancı şahitlere hapis cezası verildiği veya küreğe bağlandığı görülmektedir. Aşağıda sıralanan kimselerin şahitliği kabul edilmez:

Çocuklar, deliler, bunaklar ve köleler: Çocukların, delilerin, bunakların ve kölelerin şahitliği kabul edilmez. Çünkü başkalarını bağlayıcı sonuçlar doğurduğu için şahitlikte velayet anlamı vardır. Bu kimselerin ise velayetleri bulunmamaktadır.<sup>216</sup>

Dilsizler ve âmâlar: Dilsizlerin ve âmâların şahitlikleri kabul edilmez, ancak âmâ şahitlik ettiği şeyi kör olmadan önce görmüşse âmâ iken şahitlik edebilir. Çünkü dilsiz olan şahitlik kelimesini söyleyemez. Âmâ olan lehine ve aleyhine şahitlik yapacağı kimseleri göremediği için işaret ile ayırt edemez. Âmânın lehine ve aleyhine şahitlik yapacağı kimseleri sesinden tanınması ise kabul edilmez. Çünkü sesler birbirine benzediği için âmâ olan kişi lehine ve aleyhine şahitlik yapacağı kimseleri karıştırabilir.<sup>217</sup>

Saf (gafil-i şedid): Çevresinden kolaylıkla etkilenebilen saf (gafil-i şedid) kimselerin şahitliği kabul edilmez. Çünkü böyle kişiler kolayca yönlendirilerek yalan şahitlik yapabilir.<sup>218</sup>

Uluorta söz söyleyen (mücazif) kimse: Uluorta, düşüncesizce söz söyleyen (mücazif) kimsenin şahitliği kabul edilmez. Bu kişiler başını sonunu düşünmeden dine ve ahlaka aykırı sözler söyledikleri için şahitliği kabul edilmemektedir.<sup>219</sup>

Yalan söylemekle meşhur olan kimse: Yalan söylemekle meşhur olanın şahitliği kabul edilmez. Yalan söylemekle meşhur olan bir kimse tevbe etmiş olsa da şahitlik yapamaz.<sup>220</sup>

<sup>216</sup> Bilmen, c. 8, s. 136; Halebi, s. 301.

<sup>217</sup> Bilmen, c. 8, s. 167; Halebi, s. 301.

<sup>218</sup> Bilmen, c. 8, s. 167; Ali Haydar, c. 4, s. 405.

<sup>219</sup> Bilmen, c. 8, s. 167; Ali Haydar, c. 4, s. 406.

<sup>220</sup> Bilmen, c. 8, s. 168.

Cimri kimse: Zekat vermekte ve ailesinin nafakasını temin etmekte cimrilik yapanın şahitliği kabul edilmez. Bu kişinin cimriliği sebebiyle yalan şahitlik yapacağından endişe edilir.<sup>221</sup>

Görgü ve ahlak kurallarına uymamayı alışkanlık haline getiren kimse: Görgü ve ahlak kurallarına aykırı davranışlarda bulunmayı alışkanlık haline getiren kişilerin şahitliği kabul edilmez. Mesela, çarşı-pazarda iç çamaşırı ile gezen, ayaklarını uzatarak oturan, yollarda insanların gözleri önünde bir şeyler yiyen, bir lokma gibi basit şeyleri çalan, ah-laksız kimselerle sohbet eden, insanlarla alay eden, aşırı şekilde şaka ve latife eden, çarşı-pazarda nara atan kişiler bu hareketlerini alışkanlık haline getirmişlerse şahitlikleri kabul edilmez.<sup>222</sup>

Gayrimüslimlerin Müslümanlar aleyhinde şahitliği: Gayrimüslimlerin Müslümanlar aleyhinde şahitliği kabul edilmez.<sup>223</sup> Müslüman olmadan önce bir olaya şahit olan gayrimüslim, Müslüman olduktan sonra o olay hakkında şahitlik yapabilir. Ancak gayrimüslimlerin kendileri gibi gayrimüslimler hakkında şahitlikleri geçerlidir.<sup>224</sup>

Müste'menlerin zimmîler aleyhinde şahitliği: Müste'menlerin kendileri gibi müste'menler hakkında şahitliği kabul edilirken, zimmîler hakkında şahitlikleri kabul edilmez.<sup>225</sup> Ebussuud Efendi'nin şeyhülislamlığı döneminde padişah tarafından müste'menlerin şahitliğinin kabul edilmesi yönünde bir emir çıkarılmıştır. Ancak Ebussuud Efendi, "Nameşru olan nesneye emr-i sultanî olmaz." sözleri ile padişahın İslam hukukuna aykırı hukukî düzenleme yapamayacağına, müste'menlerin zimmîler hakkında şahitliğinin hiçbir mezhepte caiz olmadığına fetva vermiştir.

## **İkrar**

Günümüz medeni yargılama hukukundaki kesin delillerden birisi olan ikrar, taraflardan birinin diğer tarafın ileri sürdüğü olayın doğru olduğunu bildirmesi olarak tanımlanmaktadır. İkrar eden taraf davalı olabileceği gibi davalı da olabilir.<sup>226</sup>

<sup>221</sup> Bilmen, c. 8, s. 168.

<sup>222</sup> Bilmen, c. 8, s. 168; Halebi, s. 302; Molla Hüsrev, s. 836.

<sup>223</sup> Gülnihal Bozkurt, "Türk Hukuk Tarihinde Azınlıklar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 43, 1993, sayı 1-4, s. 51.

<sup>224</sup> Halebi, s. 302; Molla Hüsrev, s. 832.

<sup>225</sup> Molla Hüsrev, s. 832; İbni Abidin, c. 5, s. 290.

<sup>226</sup> Kuru-Arslan-Yılmaz, age, s. 257.

İkrar İslam yargılama hukukunda da kesin delillerden kabul edilmektedir. Bu sebeple usulüne uygun olarak yapılan ikrar hâkim için bağlayıcıdır. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre ikrar, şüpheleri ortadan kaldırma yönüyle şahitlikten daha kuvvetli bir delildir. Çünkü akıllı bir insanın kendi aleyhine olan bir şeyi yalan yere ikrar etmesi düşünülemez. Bu sebeple bir kişinin bizzat kendi aleyhine olan şahitliği, başkasınınkinden daha doğru sayılır.<sup>227</sup>

Buna karşılık ikrarın kapsamı şahitliğin kapsamından daha dardır. Çünkü ikrar sadece ikrarda bulunan kimse aleyhine hukukî sonuç doğurur, üçüncü kişileri borç altına sokmaz. Şahitlik ise mutlak bir delildir ve bütün herkes hakkında hukuki sonuç doğurur. Mecelle'nin "**beyyine hüccet-i müteaddiye ve ikrar hüccet-i kâsırâdır**" maddesi bunu ifade etmektedir.<sup>228</sup>

İkrar, bir kişinin, bir başkasının kendi üzerinde olan hakkını haber vermesidir. İkrar edene **mukır**, kendi lehine ikrar yapılan kimseye **mukarrun leh**, ikrara konu olan hakka **mukarrun bih** denilmektedir.<sup>229</sup>

### Karine

Yargılamada ispat vasıtası olarak kullanılan diğer bir delil de karinedir. Karinede bir kısım belirtilerden, işaretlerden hareket edilerek akıl yürütme yoluyla olaylar arasında ilişki kurulmakta ve bir sonuca ulaşılmakta, böylece bilinmeyen bir şey açığa çıkarılmaktadır. Buna göre karine, görünürdeki belirti, işaret ve âlâmetlerden hareketle görünmeyen bir şeyin açığa çıkarılması için yapılan bir akıl yürütme çabası olmaktadır. Karineler aksi ispat edilene kadar doğru kabul edilmekte ve yargılamada delil olarak kullanılmaktadır.

Bazı ayet ve hadislerde karinelerin ispat vasıtası olarak kullanıldığı ve buna göre karar verildiği görülmektedir. Mesela Hz. Yusuf (as)'ın Melik'in karısı ile arasında geçen olay karine delili ile ispat edilmiştir. Kimin haklı olduğunu anlamak isteyen Melik'e adamları "**Yırtılan**

<sup>227</sup> Ferhat Koca "İkrar", *DİA*, c. 22, s.38-40.

<sup>228</sup> MAA, m. 78; Abdullah Demir, Küllî Kaideler Ekolü ve Mecelle, İstanbul 2008, s. 54, 241.

<sup>229</sup> Koca, "İkrar", *DİA*, c. 22, s. 38-40; Vehbe Zuhayli, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, İstanbul 1994, c. 8, s. 348; "İkrar, bir kimse, diğer kimesnenin kendisinden olan hakkını haber vermektir." MAA, m. 1572.

**gömleğe bak, eğer gömlek önden yırtılmış ise kadın doğru söylüyor, Yusuf yalan söylüyordur. Eğer gömlek arkadan yırtılmış ise kadın yalan söylüyor, Yusuf doğru söylüyordur**<sup>230</sup> tavsiyesinde bulunmuşlar, gömleğin arkadan yırtıldığı görülünce Yz. Yusuf (as)'ın doğru söylediği anlaşılmıştır. Yine Hz. Ömer'in, kocası ve efendisi olmayan hamile kadına zina haddi uygulaması, sahabenin ağızda içki kokusunu içki içildiğine delil saymaları, Bedir savaşında Ebu Cehil'i öldüren kişinin kılıçlardaki kan lekelerine göre belirlenmesi karine ile ispatlanan olaylardır.<sup>231</sup>

Mecelle, karinenin türlerinden birisi olan kesin karineyi, kesin bilgi (yakın) derecesine ulaşan emare olarak tanımlamaktadır.<sup>232</sup> Fıkıh kitaplarında karinenin açık bir tanımı verilmemekte, daha çok kesin karineye ilişkin örnekler üzerinden hareketle konunun açıklanması yoluna gidilmektedir.<sup>233</sup>

Karine, bir delil olarak sahip bulunduğu gücü itibariyle kesin, zannî ve zayıf karine olmak üzere üçe ayrılmaktadır:

**Kesin Karine:** Kesin bilgi derecesine ulaşan bir emaredir. Kesin karine ayrı bir delil olarak kabul edilir ve hâkim aksini ispat eden bir delil bulunmadığı sürece kesin karineye göre karar verir.<sup>234</sup> Mesela, bir kimse elinde kanlı bıçakla, korku ve telaş içerisinde başka kimsenin bulunmadığı bir evden çıkar, hemen o eve girildiğinde bıçakla yeni öldürülmüş bir insanla karşılaşılırsa, elinde bıçak olan kimsenin katil olduğuna hükmedilir.<sup>235</sup> Şer'îye sicillerinde kesin karinenin en fazla kullanıldığı davalar içki içme (şürb-i hamr) ile ilgilidir. Bu davalarda bir kimsenin ağızda içki kokması, içki içtiğine karine sayılmaktadır.

**Zannî karine:** Görünürdeki durum (zâhir-i hal, zâhir) olarak da adlandırılan zannî karineler, eşitlik durumunda tercih sebebi olarak kullanılan yardımcı delillerdir.<sup>236</sup> Mesela, bir kimse, komşu evde karı koca

<sup>230</sup> Yusuf, 12, 23-28.

<sup>231</sup> Sahip Beroje, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku*, Ankara 2007, s. 37-38.

<sup>232</sup> MAA, m. 1741.

<sup>233</sup> Davut Yaylalı, "Karine", DİA, c. 24, s. 492-493.

<sup>234</sup> Yaylalı, "Karine", s. 492-493.

<sup>235</sup> MAA, m. 1741.

<sup>236</sup> Yaylalı, "Karine", s. 492-493.

gibi hayatını sürdüren bir çiftin evli olduklarına, evlendiklerini görme-  
se de şahitlik edebilir.<sup>237</sup> Zilyetlik karinesi de zannî karinelere dendir.<sup>238</sup>

Zayıf karine: Herhangi bir şekilde kendisine dayanılarak karar veri-  
lemeyen, delil olarak zayıf olan karinelere dendir.

### **Yazılı Belge**

Yazılı belgeler özellikle medeni yargılama hukukunda sıklıkla kulla-  
nılan delillerdir. Şer'îye sicillerinde borç ikrarı, vekâletin ispatı, vasi-  
yetname, vakfiye, fetva, tapu kaydı, hüccet ve ilam gibi yazılı belgelere  
rastlanmaktadır.

Bakara suresinin 282. ayetinde sözleşmelerin yazılı olarak yapılması  
emredilmekte ve bu yazılı belgenin doğruluğunu ispat için iki erkek  
veya iki kadın ile bir erkek şahidin bulunması şart koşulmaktadır. Hu-  
kukçular, bu ayetten hareketle yazılı delilin ancak şahitlerle ispatlan-  
dığı takdirde delil olarak kullanılabileceğini kabul ederler. Çünkü yazı  
yazıya benzer ve yazı tahrif edilebilir. Bu sebeple İslam yargılama hu-  
kukunda yazılı belge, ancak iki şahitle ispatlanırsa delil olarak kabul  
edilmiştir.<sup>239</sup>

Yazının insan hayatında daha fazla yer almaya başlamasıyla birlikte  
yazılı belgelerin önemi de artmıştır. Mecelle'nin kabulünden önce bir  
yazılı belgenin mahkemede delil olarak kullanılabilmesi için iki şahit  
tarafından doğrulanması ya da belgenin sahibi tarafından ikrar edilmesi  
gerekmekteydi.

Mecelle'de yazılı belgelerle ilgili olarak yapılan ayrıntılı düzenleme-  
lerle birlikte, doğruluğu hakkında şüphe bulunmayan usulüne uygun  
hazırlanmış yazılı belgeler, mahkemede delil olarak kabul edilmeye  
başlanmıştır.<sup>240</sup> Bu düzenleme sosyal ihtiyaçlardan ve zaruretlerden  
kaynaklanmaktaydı. İnsanların yazılı belgeleri çokça kullanmaya başla-  
maları ve özellikle ticari ilişkilerin her zaman şahitle delillendirilmesi-  
nin zor olması, yazılı belgelerin mahkemede delil olarak kabul edilmesi

---

<sup>237</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 559.

<sup>238</sup> Yaylalı, "Karine", s. 492-493.

<sup>239</sup> Atar, İslam Adliye Teşkilatı, s. 213, 214.

<sup>240</sup> Osman Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul 1997, s. 302; Mecelle'nin  
konuyla ilgili maddeleri şunlardır: 1608, 1609, 1610, 1611, 1612, 1736, 1737, 1738, 1739,  
1821.



sonucu doğurmuştur. Aksi halde iki şahit bulunamadığı için insanların pek çok hakları zayi olacaktı ki bu yargılamanın amacına aykırı bir durumdur.<sup>241</sup>

Yargılamada yazılı belgenin delil olarak kullanılması konusundaki endişeler belgenin doğru olmaması ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan gerek klasik dönemde ve gerekse Mecelle'den sonra yazılı belgenin doğruluğunu ispatlayacak nitelikte bir kısım şartlar aranmıştır. Yazılı belgenin iki şahitle ispatlanması, yazılı belgenin üst makamlarca onaylanması ya da yazılı belgenin resmî evrak niteliğinde olması bu şartlardan bazılarıdır. Söz konusu şartları taşıyan yazılı belgeler mahkemelerde delil olarak kabul edilirken, taşımayan ya da doğruluğu konusunda şüphe bulunan belgeler delil olarak kabul edilmemiştir.<sup>242</sup>

### **Keşif**

Keşif, hâkimin dava konusunu beş duyusuyla inceleyerek bilgi sahibi olmasıdır. Mevcut hukukumuzda keşif takdirî delillerdendir. Bu sebeple hâkim keşif sonunda ulaştığı bilgileri serbestçe değerlendirir, gerekirse başka keşifler yapabilir.<sup>243</sup>

İslam hukukunda da keşif takdirî delillerdendir. Hâkim keşfi bizzat yapabileceği gibi naibi aracılığıyla ya da istinabe yoluyla da yapabilir. Osmanlı mahkemesinde keşiflerin kâtipler tarafından yapıldığı da görülmektedir.

Keşif genelde mahkeme dışında yapılmakla birlikte mahkeme içinde de yapılabilmektedir. Dava konusu taşınmaz olduğunda keşif taşınmazın bulunduğu yerde yapılmaktadır. Mesela bir su kaynağı ile ilgili ihtilafta mahkeme görevlileri, taraflar, bilirkişiler ve şahitler birlikte suyun menbana gitmektedir.

Keşfe hâkim ya da yardımcılarından başka taraflar ve şuhudü'l-hal olan kişiler de katılabilmektedir. Buna göre sicillerde şuhudü'l-hal olarak yazılan kişiler, yargılamanın her aşamasına şahitlik etme görevleri sebebiyle keşfe de katılmış olmaktadır.

Dava konusunun incelenmesi uzmanlık gerektiriyorsa keşfe bilirki-

<sup>241</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 180.

<sup>242</sup> İbn Abidin, age, c. 8, s. 362.

<sup>243</sup> Kuru-Arslan-Yılmaz, age, s. 313-314.

şi de katılabilmektedir. Bu takdirde bilirkişinin tespitleri dava konusu şeyi incelemesinde hâkime yardımcı olmaktadır.

### **Bilirkişi (Ehlivukuf)**

Dava konusu meselenin çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi halinde, bilgi ve görüşüne başvurulana kişiye bilirkişi ya da ehl-i vukuf denilmektedir.<sup>244</sup> Osmanlı hukukunda bilirkişi kavramı yerine **ehl-i vukuf**, **erbab-ı vukuf**, **ehl-i ilim**, **ehl-i hibre** gibi kavramlar kullanılmaktadır.

İlk dönem kaynaklarında şahitlik konusu içerisinde incelenen bilirkişilik, daha sonra ayrı bir delil olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Bilirkişilik ile şahitlik arasında çok önemli farklar bulunmaktadır. Bilirkişi bilgisine başvurulana olaya şahit olmuş değildir. Şahit ise bilgisine başvurulana olayı görmüş veya duymuştur. Ayrıca şahit geçmişteki gözlemlerini anlattığı halde bilirkişi şimdiki gözlemlerini anlatmaktadır.<sup>245</sup> Bunların dışında şahitlik kesin delillerden, bilirkişilik ise takdir delillerinden olduğu için, delil olarak değerleri ve bağlayıcılıkları da birbirinden farklıdır.

Hâkim, aydınlatılması belli bir bilgi ve uzmanlık gerektiren her konuda bilirkişiyeye başvurabilir. Bu anlamda istenilen konuda özel ve teknik bilgi sahibi olan kişiler bilirkişi olabilir. Mesela, bir taşınmaz satımında gabin iddiasının araştırılması için ilgili taşınmazın değerini tespit edebilecek bilgiye sahip kimseler bilirkişi olarak tayin edilmektedir. Yine tereke taksiminde murisin mallarının değerinin hesabı bilirkişilerce yapılmaktadır.

Bilirkişilik takdir delillerden olduğu için hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir. Hâkim dilerse yeniden bilirkişi tayin edebilir. Bilirkişiler arasında görüş birliği bulunursa hâkim buna göre karar verir. Tayin edilen bilirkişiler arasında görüş ayrılığı bulunursa hâkim çoğunluğun görüşünü tercih eder. Görüş ayrılığına düşen bilirkişiler arasında sayı olarak eşitlik varsa, hâkim tercih hakkını kullanabilir ya da yeni bilirkişi tayin eder. Ancak ceza davalarında görüş ayrılığına düşen iki bilirkişi arasında hâkim sanık lehine olan bilirkişinin görüşünü tercih eder.<sup>246</sup>

<sup>244</sup> Ali Şafak, "Ehl-i vukuf", *DİA*, c. X, s. 531.

<sup>245</sup> Kuru-Arslan-Yılmaz, *age*, s. 305.

<sup>246</sup> Ali Şafak, "Ehl-i vukuf", *DİA*, c. X, s. 532.

Hâkim bilirkişi olarak bir kişiyi tayin edebileceği gibi birden fazla kişiyi de tayin edebilir. Buna göre hâkim bir bilirkişinin görüşünü alarak da karar verebilir. Ancak kaynaklarda mümkün olduğu kadar çok sayıda bilirkişi tayin edilmesi tavsiye edilmektedir.<sup>247</sup> Sicillerde “**ehl-i vukuf Müslümanlardan teftiş olıcak**” sözleri kullanılarak birden fazla bilirkişinin görüşünün alındığı ifade edilmektedir.

### **Yemin**

Hâkimin karar vermede kullandığı ispat araçlarından diğer birisi de yemin ve yeminden kaçınmadır.<sup>248</sup> Yemin, taraflardan birisinin, verdiği haberin doğruluğuna Allah'ı şahit göstermesidir.

Kural olarak ispat yükü kendi üzerinde olan davacı iddiasını bir delil ile ispatlamakla yükümlüdür. Bu şekilde iddiasını ispatlayamayan davacı, davalıya yemin teklif edebilir. Yani iddiasını delillendirmek davacının yükümlülüğü iken, yemin edip etmemek davalının hakkı olmaktadır. Mecelle'deki ifadesiyle “**beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir**”.<sup>249</sup>

Kendisine yemin teklif edilen taraf yemin edebilir, yeminden kaçınabilir ya da üçüncü bir ihtimal olarak yemini karşı tarafa reddedebilir. Yemin teklif edilen taraf yemin ederse hakkındaki dava reddedilmiş olur; yeminden kaçınırsa idiyayı ikrar etmiş sayılır.

Karşı tarafa yemin vermek için iddia sahibinin bir talebi bulunmalıdır. İddia sahibinin talebi olmadan hâkim re'sen karşı tarafa yemin teklif edememektedir. Yargılamada dava sahibi iddiasını ispatlayacak bir delil gösterememiş ve yemin vermek için talepte de bulunmamışsa hâkim **muarazadan men'** kararı vermektedir. Ancak bu genel kuralın bazı istisnaları vardır.

## **VI. YARGILAMA VE KARAR (HÜKÜM)**

Taraflar mahkemeye ya kendileri bizzat gelerek veya yanlarında getirdikleri bir kişiye vekâlet vererek davalarını yürütürler. Vekil mahkemeye yalnız başına gelmişse vekâletini iki şahitle ispat etmesi gerekir.<sup>250</sup>

<sup>247</sup> Şafak, age, s. 532.

<sup>248</sup> MAA, m. 1742.

<sup>249</sup> MAA, m. 76.

<sup>250</sup> Bayındır, age, s. 119.

Mecelle'nin yürürlüğe girmesinden sonra yazılı belge ile de vekâletin ispatı mümkün olmuştur.<sup>251</sup> Bu belge mahkeme tarafından verilen ve Fetvahane-i Âliye tarafından tasdik edilen bir hüccet-i şer'iyedir.<sup>252</sup>

Taraflar mahkemeye gelince hâkim önce davacıya davasını anlatmasını söyler. Hâkim davasını anlatmasında davacıya yardım edemez. Benzer şekilde davacı dava konusunu ortaya çıkarmak için davalıdan yardım istese, davalı mahkeme tarafından buna zorlanamaz. Çünkü hâkimin davacıya dava açmasında yardım etmesi, adaletsizlikle suçlanmasına yol açar. Ancak Ebu Yusuf'a göre hâkim işi bilen birisine davacıya dava açmasında yardımcı olmasını emredebilir. Çünkü insanlara işlerinde yardımcı olmak ve hakkın yerini bulmasını sağlamak hâkimin görevlerindedir.<sup>253</sup> Davacı yazılı olarak dava açmışsa hâkim bunu okuyarak davacıya doğrular. Davacının söz konusu belgeyi doğruladığını gösteren yazı, davacı tarafından imzalanır veya mühürlenir.<sup>254</sup>

Davanın sıhhat şartlarında eksiklik olup düzeltilmesi mümkün değilse, hâkim davalıya herhangi bir şey sormadan davayı reddeder. Mesela, davacı davalının kendisine bir malı bağışladığını ancak teslim etmediğini, bu sebeple mahkeme tarafından o malın teslimine karar verilmesini talep etse davası geçerli olmaz. Çünkü bağışlamanın tamamlanması için o malın bağışlanana teslim edilmesi şarttır.<sup>255</sup> Söz konusu mal, bağışlanana teslim edilmediği için bağışlama tamamlanmıştır ve dolayısıyla düzeltilmesi mümkün olmayan fasit bir dava olduğu için hâkim davayı reddeder.

Davanın sıhhat şartlarında eksiklik olmakla birlikte, söz konusu eksikliklerin düzeltilmesi mümkünse, hâkim davacıdan davasını tashih etmesini ister. Mesela, dava konusunun belli olmaması, düzeltilebilir bir sıhhat şartı eksikliğidir. Davacı davasını düzelttikten sonra davanın diğer aşamalarına geçilir.

Açılan dava sıhhat şartlarını taşıyorsa, hâkim davalıya hakkında açılan dava ile ilgili görüşünü sorar. Davalı hakkındaki iddialara cevap vermez, cevap vermekten kaçınır ya da yeterince açıklayıcı cevaplar

<sup>251</sup> MAA, m. 1716; Ali Haydar, age, c. 4, s. 721; Bilmen, age, c. 8, s. 226.

<sup>252</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 721.

<sup>253</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 722.

<sup>254</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 722.

<sup>255</sup> MAA, m. 837.

vermez ve bunda da ısrar ederse hâkim tarafından cevap vermeye zorlanır. Cevap vermemekte ısrar ederse hapsedilebilir.

Davalı, davacının iddialarını ya kısmen ya da tamamen kabul eder veya reddeder veyahut karşı dava (def'i) açar.

Davalı dava konusu şeyi ikrar ederse, hâkim onun ikrarına uygun olarak aleyhine kararını verir. Davalının ikrarına dayanılarak verilen karar sadece davalıyı bağlar, üçüncü kişileri bağlamaz.<sup>256</sup>

Kural olarak davalı dava konusunu ikrar ettikten sonra davacının delil getirerek davasını ispat etmesi gerekmez. Davalının ikrarına rağmen davacı delil getirerek davasını ispata kalkışsa, bu delil mahkeme tarafından reddedilir. Ancak bazı istisnaî durumlarda davacı mahkemenin verdiği kararının üçüncü kişileri de bağlamasını isterse, davalının ikrarına rağmen delil ile ispat yoluna gidebilir. Mesela, terekeden alacak dava edildiğinde mirasçılardan birisi alacağı ikrar etse, mahkemenin vereceği kararının diğer mirasçıları da bağlaması için davacı alacağını şahitlerle ispat yoluna gidebilir.<sup>257</sup>

Davalı dava konusunu inkâr ederse hâkim, davacıdan iddiasını ispatlayacak delil getirmesini ister. Davalının susması ya da “**ikrar da etmem inkâr da etmem**” demesi de inkâr sayılır.<sup>258</sup> Bunun üzerine davacı davasını delil ile ispat ederse, hâkim davacının talebini kabul ederek lehine karar verir.<sup>259</sup> Bu şekilde bir delile dayanılarak verilen hüküm, üçüncü kişiler hakkında da geçerlidir.

Davacı iddiasını ispatlayacak delil gösteremezse karşı tarafa yemin teklif etmeden davasını erteleme hakkına sahiptir. Bu takdirde davacı bir delil getirene kadar dava ertelenmiş olur.

Davacı davasını ispat edecek delil gösteremezse, hâkim davacının talebi üzerine davalıya yemin teklif eder. Davalı yemin eder veya davacı yemin talebinde bulunmazsa hâkim davacıyı muarazadan men eder.<sup>260</sup>

Davalı yemin ettikten sonra artık davacı ile aralarındaki anlaşmazlık (husumet) sona ermiş olur. Ancak davalının yemin etmesi davacı-

---

<sup>256</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 725.

<sup>257</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 727.

<sup>258</sup> MAA, m. 1822.

<sup>259</sup> MAA, m. 1817.

<sup>260</sup> MAA, m. 1819.

nın hakkını ortadan kaldırmaz. Yeminden sonra davacı yeni bir delil bulduğunu ileri sürerek davasını ispat etme yoluna gidebilir.<sup>261</sup>

Davalı yeminden kaçınırsa hâkim onun kaçınmasına göre karar verir. Karar verildikten sonra davalı yemin etmek istese de dinlenilmez ve karar geçerli olmaya devam eder.<sup>262</sup>

Davalı hâkimin sorusuna “evet, hayır” gibi bir cevap vermeyip sarsarsa, hakkındaki iddiaları inkâr etmiş sayılır. Bunun gibi davalı “ikrar da etmem, inkâr da etmek” diye cevap verirse bu inkâr sayılır. Her iki durumda da davacının iddialarını ispat edecek delil getirmesi istenir. Fakat davalı ikrar ya da inkâr etmek yerine davacının iddiasını def edecek bir iddia ileri sürerse, hâkim ona definin ne olduğu sorar. Eğer davalının def'i geçerli ise hâkim ona def'ini ispat etmesi için süre tanır. Ancak davalının def'i geçersiz ise hâkim onu dikkate almadan kararını verir.<sup>263</sup> Mesela, davacı karzdan dolayı belli bir miktar alacağı olduğunu dava ettiği takdirde, davalı söz konusu alacağı ödediğini ya da bu alacağın ibra edildiğini def'i yoluyla ileri sürebilir. Davacı bu def'i inkâr ederse davalıdan şahit göstermesi istenir. Davalı bu def'ini ispat ederse davacının davası reddedilir. Davalı def'ini ispat edemezse davacıya yemin teklif edebilir. Davacı yeminden kaçınırsa davalının def'ini ispatlanmış olur ve davacının davası reddedilir. Ancak davacı yemin ederse davalının def'i reddedilmiş sayılır.<sup>264</sup>

Akrabalar arasındaki davalarda ya da tarafların sulha istekli oldukları tahmin edilen davalarda hâkim bir veya iki defa taraflara sulh olmalarını tavsiye eder. Çünkü yargılama sonunda hakkaniyete uygun karar verilse de taraflar arasında düşmanlık doğması kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple düşmanlığın doğmaması için hâkim tarafların sulh olmasını tavsiye eder. Ancak hâkim ikiden fazla sulh tavsiyesinde bulunmaz. Aksi halde hak sahibinin zarara uğraması söz konusu olabilir. Taraflar sulh olmak isterlerse hâkim sulha göre karar verirken, taraflar sulha yanaşmazlarsa hâkim yargılamaya devam eder.<sup>265</sup>

<sup>261</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 751.

<sup>262</sup> MAA, m. 1820.

<sup>263</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 759.

<sup>264</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 760.

<sup>265</sup> MAA, m. 1826; Ali Haydar, age, c. 4, s. 763-764.

Hâkim yargılamayı tamamladıktan sonra kararını taraflara açıklar ve kararını bildiren bir i'lam hazırlayarak taraflara verir. İ'lamın karar lehine olan tarafa verilmesinin sebebi, kararın unutulmasına engel olmak ve kararı uygulayacak kimseye göstermektir. Çünkü kararı başka bir hâkim uygulayacaksa, i'lamı görmeden uygulamaz. İ'lamın aleyhine karar verilen kimseye gösterilmesinin sebebi ise bu kişinin i'lamın doğruluğunu tahkik etmesi ve gerekli görürse üst yargı yollarına başvurmasıdır.<sup>266</sup>

Usûlüne uygun olarak verilen mahkeme kararının geciktirilmeden uygulanması gerekir.<sup>267</sup> Bir mahkeme kararı şer'î hükümlere uygun ise usûlüne uygun olarak verilmiş sayılır. Ancak şer'î hükümlere aykırı olarak verilen mahkeme kararının uygulanması söz konusu olmaz.<sup>268</sup>

## VII. KANUN YOLLARI

Mahkeme kararlarının kontrolü temyiz ve istinafta olduğu gibi olağan kanun yolu ile ya da karar düzeltme ve yargılamanın iadesinde olduğu gibi olağanüstü kanun yolu ile yapılmaktadır. Olağan kanun yoluna henüz kesinleşmemiş mahkeme kararları için başvurulmaktadır. Kesinleşmiş mahkeme kararlarının kontrolü ise olağanüstü kanun yolu ile yapılmaktadır.<sup>269</sup>

Olağanüstü kanun yollarından olan karar düzeltme 1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkatı'nda düzenlenmiştir. Mevcut hukukumuzda da olağanüstü kanun yolu olarak kullanılan karar düzeltme, İslam hukukundan hukuk sistemimize girmiş bulunmaktadır.<sup>270</sup>

İslam hukukunda mahkeme kararlarının temyiz ve yargılamanın iadesi yolları ile yapılacağı kabul edilmektedir. Hz. Peygamber ve halifeleri itiraz halinde hâkimlerin verdiği kararları yeniden incelemiş ve hatalı ise düzeltmişlerdir.<sup>271</sup>

<sup>266</sup> Ali Haydar, c. 4, s. 768.

<sup>267</sup> MAA, m. 1821.

<sup>268</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 757.

<sup>269</sup> Kuru-Arslan-Yılmaz, age, s. 447-448.

<sup>270</sup> Şahban Yıldırım, "İslam Hukukunda İdarenin Yargı Denetimi" (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s. 58.

<sup>271</sup> Atar, age, s. 217.

Bir davada karar verildikten sonra bazı hata ya da yeni delillerin ortaya çıkması halinde kararın bozulması ve yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir. Yargılamanın yenilenmesi için aşağıdaki durumların söz konusu olması gerekir:<sup>272</sup>

1. Yargılama usûlüne aykırı olarak karar verilmesi.

2. Hâkimin, kendisi, anne-babası veya yakın akrabasıyla ilişkisi veya düşmanlığı söz konusu edilen davalar.

3. Yeni delillerin ortaya çıkması.

4. Şahitlerin özelliklerinde tutarsızlığın tespit edilmesi.

Osmanlı yargı sistemi, padişah ile yargının diğer temsilcileri arasında vekâlet ilişkisi üzerine kurulmuştu. Yargı erkinin asıl sahibi olan padişah kazaskerleri, kazaskerler kadıları, kadılar da naibleri tayin ederdi. Bu silsile içerisinde bir üst birim alttaki birimin müvekkili olmakta, verdiği kararları kontrol etme ve gerektiğinde bozma hakkına sahip bulunmaktaydı.<sup>273</sup> Yani kadı yargı çevresinde görevlendirdiği naibin vermiş olduğu kararları kontrol ederken, kadının verdiği kararlar da Divan-ı Hümayun'da kazaskerler tarafından kontrol edilebilmekteydi.

Osmanlı mahkemesinde sistematik bir temyiz mercii olmadığı için kadıların usulüne uygun olarak vermiş oldukları kararlar, başka bir mahkemeye götürülmeden kesinleşmiş sayılırdı. Ancak usulüne uygun verilmediği düşünülen kararlar, şikâyet yolu ile Divan-ı Hümayun'a götürülebilirdi. Divan-ı Hümayun bir üst yargı mercii olarak bu tür şikâyetleri inceledikten sonra, aynı mahkemede yeniden yargılama yapılmasına karar verebilirdi.<sup>274</sup>

Usulüne uygun karar verilmediği için Divan-ı Hümayun'a götürülen davalardan bazıları, önemine binaen Divan-ı Hümayun'da ya da başka bir mahkemede asıldan yeniden görülebilmektedir. Bu yargılamada şer'îye mahkemesinde verilen karar hukuka uygun ise değiştirilmemekte, hukuka aykırı ise yeni bir karar verilmektedir.

---

<sup>272</sup> Atar, age, s. 218.

<sup>273</sup> Ekinci, Ateş İstidası, s. 261.

<sup>274</sup> Mumcu, age, s. 91; Ekinci, Ateş İstidası, s. 86, Vecdi Akyüz, *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divan-ı Mezalim*, İstanbul 1995, s. 70 vd; A. Himmet Berki, *İslamda Kaza*, Ankara 1962, s. 60; Fendoğlu, age, s. 418.



Divan-ı Hümayun'da üst yargı mercii olarak incelenmiş meseleler ahkâm, mühimme, tahvil, rüüs, name, ahidname defterlerine kaydedilmiştir. Bu defterlere kaydedilen Divan-ı Hümayun kararlarının hangi ölçülere göre tasnif edildiği tam olarak aydınlığa kavuşmuş değildir. İnalçık'a göre mühimme defterleri genellikle kamu hukukuna yönelik şikâyetler hakkında Divan-ı Hümayun'da verilen kararları, şikâyet defterleri ise daha çok özel şikâyetler hakkında verilen kararları içermektedir.<sup>275</sup>

Şer'îye mahkemelerinde verilen kararlar sancak ve beylerbeyi divanlarına da götürülebilmekteydi. Beylerbeyi divanları, Divan-ı Hümayun'un küçük bir modeli gibiydi.<sup>276</sup> Verilen kararın hukuka aykırı olduğunu düşünen taraf dilerse Divan-ı Hümayun'a, dilerse sancak veya beylerbeyi divanlarına başvurabilmekteydi.<sup>277</sup> Uzak mesafelerden İstanbul'a gelmenin zorluğu düşünüldüğünde ilk planda sancak veya beylerbeyi divanlarına başvurma yolunun tercih edildiği düşünülebilir.

---

<sup>275</sup> Halil İnalçık, "Şikâyet Hakkı: Arz-ı Havle Arz-ı Mahzarlar", *Osmanlı Araştırmaları*, c. VII-VIII, 1988, s. 34.

<sup>276</sup> Mehmet İpşirli, "Beylerbeyi", *DİA*, c. VI, s. 72.

<sup>277</sup> Ekinci, *Ateş İstidası*, s. 106; Fendoğlu, *age*, s. 336.

## YEDİNCİ BÖLÜM

# KİŞİLER HUKUKU

## I. GERÇEK KİŞİLER

### **Kişiliğin Başlangıcı**

İslam hukukunda kişilik, zimmet kavramı ile ifade edilir. Zimmet veya kişilik, kişinin haklara ve borçlara ehil olma vasfıdır. Kişilik sağ doğmak şartıyla insanın anne karnında teşekkül etmesi ile yani cenin halinde iken başlar. Ceninin sağ doğması ya gerçekten veya hükmen sağ doğmakla olur. Ana rahminde iken bir müessir fiil sonucu ölen cenin, hükmen sağ doğmuş olduğu kabul edilir. Vücudunun yarısı çıktığında sağ olan cenin, bundan sonra ölse de sağ doğmuş kabul edilir. Cenin sağ doğmak şartıyla anne karnında iken bazı haklara sahip olur. Buna göre ceninin nesebi sabit olur, miras, vasiyet ve vakıf lehdarı olur. Ayrıca organları teşekkül etmiş cenin, müessir fiil ile düşürüldüğü takdirde gurra denilen diyetin ödenmesi gerekir.<sup>278</sup>

### **Kişiliğin Sona Ermesi**

Zimmet yani kişilik ölüm ile sona erer. Ölüm gerçek ölüm ve hükmen (takdire) ölüm olarak ikiye ayrılır.

### **Gerçek Ölüm**

Kişinin biyolojik olarak ölmesi gerçek ölümdür. Kural olarak ölen bir kişinin kişiliği sona erdiği için yeni hak ve borçların doğması söz konusu değildir. Ancak ölenin sağlığında iken yapmış olduğu bazı tasar-

<sup>278</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 9; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, c. 1, s. 174.

rufardan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde kişi hükmen sağ kabul edilmektedir. Mesela, sağlığında iken atmış olduğu ağa yakalanan av hayvanlarının mülkiyeti ölenin olur. Yine sağlığında iken umumi yola kazdığı kuyuya bir insanın veya hayvanın düşmesinden dolayı haksız fiil sorumluluğu doğar.

Ölen kişinin terekesinden ilk olarak cenaze masrafları karşılanır. Terekesinde cenaze masraflarını karşılayacak bir şey yoksa devlet hazinesinden, o da yoksa o bölgedeki Müslümanlar tarafından karşılanır. Daha sonra ölenin borçları yine terekeden ödenir. Tereke ölenin borçlarını karşılamıyorsa, Ebu Hanife'ye göre borçlar hukuken düşer, mirasçılardan veya devlet hazinesinden talep edilemez. Sadece manevi sorumluluğu ahirette devam eden bir manevi borç olarak kalır. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre ise tereke tarafından karşılanamayan borçlar düşmez. Bu durumda borca kefil olunmuşsa İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'un görüşüne göre borç kefilden talep edilebilir. Mecelle'de de bu görüş kabul edilmiştir.

### ***Hükmen (Tamdiren) Ölüm***

Bazı hallerde gerçekten öldüğü tespit edilemeyen kimsenin hükmen öldüğü kabul edilir. İrtidad edip darülharbe giden kimse hükmen ölü kabul edilir. Eşi kendisinden ayrılmış sayılır ve mirası mirasçılara arasında paylaşılır.

Tamdiren ölümüne hükmedilen diğer kimse mefkud yani gaibdir. Mefkud, kendisinden uzun süredir haber alınamayan, sağ mı ölü mü olduğu bilinmeyen kimsedir. <sup>279</sup>

Mefkud, mahkeme tarafından ölümüne hükmedilinceye kadar kazanılmış haklar açısından sağ, kazanılacak haklar bakımından ölü kabul edilir. Buna göre mefkudun evliliği devam eder, malları mirasçılara paylaşılır, yaptığı sözleşmeler geçerliliğini korur. Ancak kazanılacak haklar açısından ölü sayıldığı için başkasına mirasçı olamaz. Kendisine düşen miras payı ayrılır, geldiği takdirde kendisine verilir, ölümüne hükmedilirse diğer mirasçılara paylaşılır. <sup>280</sup>

<sup>279</sup> Bilmen, age, c. 7, s. 210.

<sup>280</sup> Ali Haydar, age, c. 1, s. 45.

Hanefi mezhebine göre mefkudun ölümüne hükmedebilmek için yaşlılarının ölmesi veya 90 yaşına gelmesi gerekir. Bu görüş uygulamada zorluklara yol açtığı için başka mezheplerin görüşlerine göre karar verildiği olmuştur. Mesela, Şafii mezhebine göre mefkudun ölümüne hükmedebilmek için 7 yıl geçmesi gerekir. Zaman zaman Şafii mezhebinin görüşüne uygun olarak mahkemelerde karar verilmiştir. 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde ise Maliki mezhebinin görüşü kabul edilmiştir. Buna göre normal şartlarda 4 yıl, savaş halinde ise 1 yıl geçmişse mefkudun ölümüne hükmedilebilir.

## **Ehliyet**

Ehliyet, zimmetin yani kişiliğin önemli bir unsurudur. Ehliyet insanın kişiliğinde hak ve borçların ortaya çıkmasıdır. Vücub ehliyeti ve eda ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılır.

### ***Vücub Ehliyeti***

Vücub ehliyeti kişinin hak ve borçlara ehil olmasıdır. Mevcut hukukumuzdaki hak ehliyetinin karşılığıdır. Eksik vücub ehliyeti ve tam vücub ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılır. Eksik vücub ehliyeti sağ doğmak şartıyla ceninin sahip olduğu ehliyettir. Cenin sınırlı da olsa bir kısım haklara sahiptir. Nesebi sabittir, miras, vasiyet ve vakıf lehdarı olabilir. Ancak cenin herhangi bir borç altına giremez.

Tam vücub ehliyeti ise sağ olarak doğan kişinin ehliyetidir. Tam vücub ehliyetine sahip olan kimse her türlü hak ve borç altına girebilir.

### ***Eda Ehliyeti***

Eda ehliyeti kişinin hak ve borç doğuran hukuki işlemleri yapabilme ehliyetidir. Mevcut hukukumuzdaki fiil ehliyetinin karşılığıdır. Tam eda ehliyeti ve eksik eda ehliyeti olarak ikiye ayrılır. Tam vücub ehliyetine sahip olmak için temyiz kudreti, bülugh yani ergenlik ve rüşd şartları gerekir. Yani kişi, âkil, bâliğ ve reşid olmalıdır. Kişinin akıllı olması demek olan temyiz kudreti 7 yaşında başlar. Ergenlik yaşı ise alt sınır kızlarda 9, erkeklerde 12 dir. Üst sınır ise bir görüşe göre 15, diğer görüşe göre ise kızlarda 17, erkeklerde 18'dir. Rüşd ise kişinin mallarını idare edebilecek olgunluğa ulaşmasıdır. Rüşdün zıddı saçıp savurma, se-

fahettir. Kural olarak rüşd, bülüğa ermek ile başlar. Ancak herkes aynı yaşta reşid olmayabilir.<sup>281</sup>

Eda ehliyetinin unsurları olan temyiz kudreti, bülüğ ve rüşd şartları eksik olduğu zaman eksik eda ehliyeti söz konusudur. Mümeyyiz küçük, bülüğa ermediği için; bunaklar akıl zayıflığı sebebiyle, sefihler de reşid olmadıkları için eksik eda ehliyetine sahiptir. Temyiz kudretine sahip olmayanlar yani yedi yaşından küçükler ile akıl hastaları ise tam ehliyetsizdir.

### ***Ehliyet Açısından İnsan Hayatının Devreleri***

#### *Cenin Devresi*

Cenin eksik vücut ehliyetine sahiptir, eda ehliyeti ise hiç yoktur. Cenin sağ doğmak şartıyla bazı haklara sahip olur. Nesebi babasından sabit olur, bir yakını öldüğünde mirasçı olur, vakıf ve vasiyet lehdarı olur. Ceninin düşmesine sebep olan kimse gurre denilen diyeti öder.

#### *Çocukluk Devresi*

Doğumdan başlayıp temyiz kudretini kazandığı 7 yaşına kadar devam eder. Bu dönemde çocuğun tam vücut ehliyeti vardır. Bundan dolayı her türlü hak ve borçlara ehildir. Eda ehliyeti ise hiç yoktur. Bu sebeple hiçbir hukuki işlem yapamaz. Yapılması gereken hukuki işlemleri kendisi adına velisi veya vasisi yapar. Dinî sorumluluğu ve ceza ehliyeti yoktur. İşlediği suç ve haksız fiillerden dolayı malından tazminat ödenir.<sup>282</sup>

#### *Temyiz Devresi*

Yedi yaş ile bülüğ çağına ulaşması arasındaki dönemdir. Bu dönemde bulunan çocuğa mümeyyiz küçük denir. Mümeyyiz küçük tam vücut ehliyetine ve eksik eda ehliyetine sahiptir. Ceza ehliyeti yoktur, ancak işlediği suçlardan dolayı malından diyet ve tazminat ödenebilir. Mümeyyiz küçükün sahip olduğu eksik eda ehliyetinde üç grup işlem söz konusudur:

---

<sup>281</sup> MAA, m. 986.

<sup>282</sup> Bilmen, age, c. 1, s. 292.

Lehine olan işlemler: Kendisine bağışlama yapılması gibi lehine olan işlemleri kanuni temsilcisinin rızasına gerek olmaksızın yapabilir.

Aleyhine olan işlemler: Başkasına bir şey bağışlama gibi aleyhine olan işlemleri ise kanuni temsilcisi rıza gösterse de hiçbir şekilde yapamaz.

Lehine veya aleyhine olması muhtemel işlemler: Alım satım, kira, şirket gibi lehine veya aleyhine sonuçlar doğurması muhtemel işlemleri ise ancak kanuni temsilcisinin rızası ile yapabilir.<sup>283</sup>

Mümeyyiz küçüğe kanuni temsilcisi belli konularda hukuki işlem yapma izni verebilir. Bu durumda mezun küçük olarak adlandırılan çocuk, velisinin izin verdiği konularda tam eda ehliyetine sahip sayılır. Çünkü izin kısıtlılığı kaldırır: “İzin hacri iptal eder.”<sup>284</sup>

### *Bülüğ Devresi*

Bülüğ devresi ergenliğe ulaşma döneminden itibaren başlar. Kızlarda âdet görme ile erkeklerde ise ihtilam olma ile başlar. Bölgeye ve şahsa göre farklı yaşlarda bülüğe ermek söz konusu olur. Bu sebeple hukukçular bülüğ için alt ve üst yaş sınırları kabul etmişlerdir. Alt sınır kızlarda 9, erkeklerde 12, üst sınır ise her ikisi için de 15'tir. Ebu Hanife'ye göre ise üst sınır kızlarda 17, erkeklerde 18'dir. Osmanlı Devleti'nde üst sınırı 15 kabul eden Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşü uygulanmıştır. Alt sınırdan önce bir çocuk ergenlik iddiasında bulunamaz. Üst sınıra ulaşan kişi ise biyolojik olarak ergenliğe ulaşmamış olsa bülüğe ermiş kabul edilir.<sup>285</sup>

Bülüğ devresinde kişinin tam vücup ehliyeti vardır. Dinî sorumluluğu ve ceza ehliyeti bulunmaktadır. Aile hukuku açısından tam ehliyetlidir. Bu dönemde rüşde ulaşmışsa tam eda ehliyetine de sahip olur, her türlü hukuki işlemi kendi başına yapabilir. Ancak bülüğ ile birlikte reşid olmamışsa eksik eda ehliyetine sahip olmaya devam eder.

### *Rüşd Devresi*

Rüşd, kişinin mallarını idare edebilecek olgunlukta olmasıdır. Bu kişiye reşid denir ve sefihin zıttıdır. Sefih, mallarını saçıp savuran demektir. Bir kimse bülüğ ile birlikte reşid de olmuşsa tam eda ehliyetine sahip

<sup>283</sup> MAA, m. 967.

<sup>284</sup> Ali Haydar, age, c. 3, s. 7-8; Şeyh Nizam, age, c. 5, s. 108.

<sup>285</sup> MAA, m. 985 vd.

olur ve her türlü hukuki işlemi yapabilir. Ancak bülüş ile birlikte reşid olmadığı anlaşılırsa sefiş kabul edilir. Sefiş mümeyyiz küçük gibi dinî sorumluluğa, ceza ehliyetine ve evlenme ehliyetine sahiptir. Ancak mali konularda kısıtlanmış olduğu için eksik eda ehliyetine sahiptir.<sup>286</sup>

### ***Ehliyet Arızaları***

Ehliyeti kısmen veya tamamen ortadan kaldıran hallere ehliyet arızaları denir. Ehliyet arızalarının bir kısmı insanı kendiliğinden ehliyet-siz kılar veya ehliyetini kısıtlar, bir kısmı ise ancak mahkeme kararı ile ehliyet üzerinde etkili olur. Akıl hastalığı, bunama ve ölüm hastalığı kendiliğinden ehliyeti ortadan kaldıran arızalardandır. Sefihlik ve borç-luluk ise ancak hakkında bir mahkeme kararı olursa ehliyeti sakatlar.

Ehliyet arızaları kişinin eda ehliyetini sınırlayan veya ortadan kal-dıran hallerdir. Eda ehliyetini sınırlayan arıza kişiyi mümeyyiz küçük gibi sınırlı ehliyetli hale getirir, eda ehliyetini ortadan kaldıran arıza ise gayrimümeyyiz küçük gibi tam ehliyetsiz yapar. Ehliyet arızaları, semavi arızalar ve müktesep arızalar olarak ikiye ayrılır.

#### *Semavi Arızalar*

Semavi arızalar, meydana gelmesinde kişinin rolü olmayan, iradesi dışında meydana gelen arızalardır.

#### **Akıl Hastalığı (Cünun)**

Akıl hastasına mecnun denir. Akıl hastalığı daimi ve geçici olmak üzere ikiye ayrılır. Daimi akıl hastalığı ehliyeti tamamen ortadan kal-dırır. Gayrimümeyyiz küçük gibidir. Geçici akıl hastalığı ise sara gibi be-lirli sürelerle ehliyeti sakatlayan rahatsızlıklardır. Geçici akıl hastaları hasta oldukları dönemde tam ehliyetsiz, sağlıklı oldukları dönemde ise ehliyetlidir.<sup>287</sup>

#### **Bunama (Ateh)**

Şuuru bulanık, konuşmaları düzensiz olan kişiye bunak denir. Buna-ma ehliyeti sınırlayan bir arızadır. Bunamış olan kimse mümeyyiz küçük gibi sınırlı ehliyetli sayılır.

<sup>286</sup> MAA, m. 981-982; Ali Haydar, age, c. 3, s. 14.

<sup>287</sup> Ali Haydar, age, c. 3, s. 10-12.

## Uyku ve Bayılma

Uyku ve bayılma ehliyeti tamamen ortadan kaldıran arızalardandır. Uyurgezelik ve bitkisel hayat da böyledir.

## Kölelik

Kölenin mali haklar bakımından ehliyeti mevkuf yani askıdadır. Kölenin mülkiyet hakkı yoktur. Dolayısıyla mal sahibi olamaz. Efendisiz izin vermediği sürece hiçbir hukuki işlem yapamaz. Evlenmesi için sahibinin izni gerekir. Çünkü evliliği sahibine maddi külfet getirir. Ancak boşanmak için izin almasına gerek yoktur. Köle sahibi tarafından hukuki işlem yapmaya izinli olabilir. Bu takdirde tam ehliyetli olur ve kendisine mezun köle denir. Mezun kölenin faaliyetlerinden doğacak maddi sorumluluk efendisine aittir. Köle işlediği had suçlarının bölünebilir nitelikte olanlarının yarısı ile cezalandırılır. Kasten adam öldürme suçundan dolayı kısas edilebilir. Diğer suçlardan dolayı diyet ödemesi gerektiğinde, kendi değeri kadar sorumludur. Kölenin kasten öldürülmesi halinde kâtili kısas edilir. Dinî sorumlulukları hür kimselerden hafiftir. Cemaat, Cuma, bayram namazı, kurban, zekât, hac ve tam te-settür ile sorumlu değildir.<sup>288</sup>

## Ölüm Hastalığı (Maraz-ı Mevt)

Mutad işlerini yapamayacak kadar hasta olan ve kendisinde ölüm korkusu varken, bu hastalığından dolayı bir sene içerisinde ölen kişi ölüm hastasıdır. Giderek şiddetlenen bir hastalık bir seneden fazla devam etse de yine ölüm hastalığıdır. Kanser, hamilelik, salgın hastalık, fırtınalı denizde olmak, cephede bulunmak da ölüm hastalığı sayılır.<sup>289</sup>

Ölüm hastasının tasarrufları vasiyet hükümlerine göre değerlendirilir. Borçları ödendikten sonra geriye kalan kısmın üçte birisinden başkalarına bağışlama niteliğinde karşılıksız kazandırmalar yapılabilir. Üçte birini aşan karşılıksız kazandırmaları mirasçılarının rızası ile geçerli olur.<sup>290</sup>

Ölüm hastasının satım, kira, ariyet gibi karşılıklı hukuki işlemleri ge-

<sup>288</sup> Ekinci, age, s. 407; Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, çev: Baha Arıkan, Kitabevi, c. 2, s. 342.

<sup>289</sup> Ekinci, age, s. 408.

<sup>290</sup> MAA, m. 1595.



çerlidir. Ölüm hastası evlenme ehliyetine sahiptir, evliliği ve boşanması geçerlidir. Ancak verdiği mehir misil mehirde fazla ise ve malvarlığının üçte birini aşarsa aşan kısım mirasçılarının rızası ile geçerlidir.<sup>291</sup>

### **Mükteseb Arızalar**

Müktesep arızalar ise insanların kendi irade ve fiilleri sonucu meydana gelen sefihlik, sarhoşluk, borçluluk gibi arızalardır.

### **Sefihlik**

Sefih malını israf eden, yerinde ve gerekli harcamalar yapmayan kimsedir. Sefihin zıttı reşiddir. Rüşd tam eda ehliyetinin üçüncü unsurudur. Temyiz kudreti bulunan ve bülüğa ulaşan kimse mallarını akıllıca kullanabilecek olgunlukta değilse reşid sayılmaz. Böyle bir kimse sefih olduğu için malları kendisine teslim edilmez. Kişinin sefih olduğuna kendiliğinden karar verilmez, mahkeme kararı ile sefih kısıtlanabilir.<sup>292</sup>

Sefih ibadetler, cezai sorumluluk ve evlenme açısından tam ehliyetlidir. Ancak hukuki işlem yapma açısından sınırlı ehliyetlidir. Sefihin mali işlerini hakim tarafından tayin edilen vasi yürütür.

### **Sarhoşluk**

Kendi isteği ile sarhoş olan kimsenin ehliyeti tamdır. Buna karşılık bilmeden, istemeden ve ilaç alarak sarhoş olan kimsenin eda ehliyeti yoktur.

### **Borçluluk ve İflas**

Parası olduğu halde borçlarını ödemeyen kimse alacaklıların talebi üzerine hapsedilir. Borçları mal varlığından fazla ise müflis kabul edilir ve mahkeme tarafından müflis hakkında kısıtlama kararı verilir. Müflis hakkındaki kısıtlılık kararı, iflasına hükmedildiğinde mevcut olan malvarlığı üzerinde geçerlidir. İflasına karar verildikten sonra kazandığı mal varlığı kısıtlamaya tabi değildir. Borçlu sonradan kazandığı bu mal varlığı üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Borçlu ve müflis mallarını satarak borcunu ödemediği takdirde, mahkeme müflisin para, menkul ve gayrimenkul mallarını kullanarak müflisin borcunu öder. Borçlu ve müflisin kısıtlanma kararı sadece mali konularda geçerlidir. İbadet-

<sup>291</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 20.

<sup>292</sup> Ali Haydar, age, c. 3, s. 13-14.

lerde, cezalarda ve aile hukukunda ehliyetli olmaya devam eder. Borçlu ve müflisin hapisle tazyik edilmesi Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşüne göredir. Osmanlı Devleti'nde de bu görüş uygulanmıştır. Ebu Hanife'ye göre ise borçlunun hapsedilmesi ve kısıtlanması caiz değildir.<sup>293</sup>

### **Hukuki Temsil (Velayet ve Vesayet)**

Tam ehliyetsiz olanlar ile eksik ehliyetli olanların her türlü hukuki işleri kanuni temsilcileri olan veli ve vasileri tarafından yürütülür. Tam ehliyetsizler, gayrimümeyyiz küçükler ve akıl hastalarıdır. Eksik eda ehliyetine sahip olanlar ise mümeyyiz küçükler, matuhlar yani bunaklar ve sefihlerdir. Bu kimseler ehliyet yönünden kısıtlanmış olduklarından, kendileri adına işlerinin yetkili hukuki temsilcileri tarafından yürütülmesi gerekmektedir. Hukuki temsilcileri ehliyeti kısıtlanmış olanların terbiyesi, eğitimi, evlendirilmesi gibi şahsî işleri ve malî işlerinden sorumludur. Şahsî işlerden sorumlu olan hukuki temsilci veli, malî işlerden sorumlu olan hukuki temsilci ise vasidir.

Bir kişinin velisi ilk olarak babası ve dedesidir. Bunlar yoksa asabe denilen erkek akrabalarıdır. Asabe oğul, oğlun oğlu, erkek kardeş, bunun oğlu, torunu, amca ve amcaoğlu gibi araya kadın girmeden kişiye bağlanan akrabalarıdır. Asabe yoksa velayet anne tarafından akrabaya geçer. Veli hür, akıllı, bülüğa ermiş ve çocuğun dininden olmalıdır. Mali işlerden sorumlu hukuki temsilci olan vasi ise yine ilk olarak baba ve babanın tayin ettiği vasi ve bu vasinin tayin ettiği vasidir. Bu da yoksa dedesi, dedenin tayin ettiği vasi, bu vasinin tayin ettiği vasi ve son olarak hâkimin tayin ettiği vasidir.

Kısıtlı kişinin mali işlerini yürüten vasi, bağışlama, vakıf kurma gibi kısıtlının tamamen aleyhine olan işlemleri yapamaz. Satım, kira gibi lehine veya aleyhine olması muhtemel işlemleri ise ancak gabn-i fâhiş yani aşırı aldanma yoksa yapabilir.<sup>294</sup>

## **II. TÜZEL KİŞİLER**

Tüzel kişiler, haklara ve borçlara ehil olan kişi ve mal topluluklarıdır. Genel hukuk tarihinde tüzel kişi sayılabilecek vakıflar, esnaf bir-

<sup>293</sup> Ekinci, age, s. 410-411.

<sup>294</sup> Ali Haydar, c. 1, s. 44; MAA, m. 1683.

likleri, manastırlar, hastaneler gibi insan ve mal toplulukları olmuştur. Bu organizasyonlar tıpkı şahıslar gibi borç altına girmiş, temsilcileri aracılığıyla hukuki işlemler yapmışlardır. Ancak bunlar hakkında tüzel kişi kavramının kullanılması Batı hukukunda 19. yüzyılın başlarında olmuştur.

Benzer şekilde İslam hukukunda da tüzel kişi kavramı kullanılmadan aynı fonksiyonu yerine getiren insan ve mal toplulukları kurulmuştur. Vakıflar, beytülmal ve devlet bu tür organizasyonlardır. Osmanlı Devleti’de 1871 yılında çıkarılan İdare-i Vilayât-ı Umumiye Kanunu ile vilayetlere tüzel kişiliğe benzer bir statü tanınmıştır. 1909 senesinde Fransa’dan örnek alınan Cemiyetler Kanunu kabul edilmiştir. 1331/1913 senesinde Eşhas-ı Hükmiyyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarrufuna Mahsus Kanun-ı Muvakkat çıkarılmıştır. Böylece tüzel kişilik kavramı olarak da Osmanlı hukukuna girmiştir.<sup>295</sup>

### **Devlet**

İslam hukukunda devletin vatandaşlarından ve devlet başkanından ayrı, müstakil bir kişiliği vardır. Devletin başka devletlerle yaptığı anlaşmalar, devlet başkanı değişse dahi yürürlükte kalmaya devam eder. Yine devlet başkanı tarafından tayin edilen kadılar, devlet başkanı değişse dahi görevlerine devam eder. Memurların haksız fiilleri sonucunda vermiş oldukları zararlar devlet tarafından tazmin edilir. Daha bunlar gibi çok sayıda misalde görüldüğü gibi devletin müstakil, hak sahibi olan ve borç altına giren, devlet başkanından ve vatandaşlarından ayrı bir kişiliği vardır. Bu kişiliğin adı tüzel kişilik olarak konulmasa da muhteva olarak ondan farklı değildir.

### **Beytülmal**

Beytülmal yani devlet hazinesi, devlet başkanının şahsî hazinesinden ayrı, müstakil bir varlığa sahiptir. Osmanlı Devleti’nde padişahın şahsî hazinesine iç hazine veya Enderun hazinesi denilirken beytülmal hazine-i âmire adı verilmektedir. Padişahın beytülmal üzerindeki tasarrufu bir malik sıfatı ile değil devlet memuru sıfatı iledir. Padişah devlet hazinesinden şahsıyla ilgili olarak maaş alır. Hazinenin geliri vergiler,

---

<sup>295</sup> Ekinci, age, s. 401.

mirasçısız terekeler ve sahipsiz mallar; giderleri ise devlet memurlarının maaşları, kamu görevlilerinin haksız fiillerinden doğan tazminatlar gibi masraflardır. Beytülmal temsilcileri vasıtası ile bu gelirleri toplamaya ve gerekli yerlere sarfetmeye ehliyetlidir.

## **Vakıf**

Tüzel kişiliğin en açık şekilde görüldüğü kurum vakıflardır. Vakıf, kurulduğu andan itibaren haklara ve borçlara muhatap olan müstakil bir kişilik haline gelir. Vakfedilen mal varlığı vakfedenin mülkiyetinden çıkar, vakfın mülkiyetine dahil olur. Vakıf bu mal varlığı üzerinde, organları olan mütevellileri vasıtası ile tasarrufta bulunur.

### ***Tarifi ve Mahiyeti***

Ebu Hanife'ye göre vakıf “mülk bir malı vakfedenin mülkünde alıkoymak (hapsetmek) ve gelirini sadaka olarak vermek” şeklinde tanımlanır. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ise vakfı “mülk bir malı Allah'ın mülkü olarak temlik ve temellükten devamlı olarak men etmek ve menfaatini Allah'ın kullarına tahsis etmek” olarak tanımlamaktadır.<sup>296</sup>

Vakıf İslam hukukunun en önemli kurumlarından birisidir. Osmanlı Devleti'nde ve önceki İslam devletlerinde günümüzde devlet tarafından yapılan eğitim, sağlık, bayındırlık gibi kamu hizmetleri vakıflar tarafından yerine getiriliyordu. Osmanlı Devleti'nde eğitim kurumları olan medreseler, hastaneler, hamamlar, köprüler vakıflar tarafından yapılmakta ve işletilmekteydi.

Vakıf müessesesi, insan fıtratında bulunan yardımseverlik, fedakarlık ve dayanışma duygulardan beslenmektedir. Vakıf, bu duyguların kaynağı olan İslam dininin oluşturduğu müsait ortamda doğmuş ve gelişmiştir. Dünya tarihinde vakfa örnek olabilecek ilk kurum Kâbe'dir. Kâbe ilk insan ve peygamber olan Hz. Âdem tarafından yapılmış, Hz. Nuh döneminde tufanda yıkıldıktan sonra Hz. İbrahim tarafından yeniden bina edilmiştir. Hz. Davud ve Hz. Süleyman tarafından yapılan Mescid-i Aksa da en eski peygamber mescitlerindendir. Kâbe'nin mukaddesliği İslamiyetten sonra artarak devam etmiştir.<sup>297</sup>

<sup>296</sup> Zuhayli, age, c. 10, s. 244 vd.

<sup>297</sup> Ekinci, age, s. 413.

Hz. Peygamber'in bir hadisinde geçen sadaka-i cariye kavramı vakıf olarak yorumlanmıştır: "İnsanlar ölünce amel defterleri kapanır. Ancak faydalı ilim, hayırlı evlat ve sadaka-i cariye bırakanlar bunun dışındadır. Onun amel defterine sadaka-i cariyeden faydalanıldığı sürece sevap yazılır."<sup>298</sup> Medine devrinde Hz. Peygamber Hayber'deki hurma bahçesini fakirler için vakfetmiştir. Hz. Ömer, Hz. Osman, Ebu Talha, Cabir gibi sahabeler de Hz. Peygamber'in sağlığında arazilerini vakfetmişlerdir.<sup>299</sup>

## ***UNSURLARI***

### *Vakfeden (Vâkıf)*

Vâkıf yani vakfeden kişi vakfın kurucusudur. Vakıf mal varlığında azalma meydana getiren bir hukuki işlem olduğu için vakfeden kişinin tam eda ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Buna göre vakfeden kişi temyiz kudretine, bülüğa ve rüşde sahip olmalıdır. Gayrimümeyyiz küçükler, akıl hastaları, mümeyyiz küçükler, matuhlar ve mahcurlar vakfın kurucusu olamaz. Sefihler de tam eda ehliyetine sahip olmadıkları için vakıf kuramazlar, ancak ölümden sonra hüküm doğurmak üzere vasiyet yoluyla vakıf kurabilirler.

### *İrade Beyanı*

Vakıf, vakfedenin sözlü irade beyanı ile kurulur. Buna sıyga denir. İrade beyanının ikrah ve hata ile sakatlanmaması gerekir. Bu takdirde kurulan vakıf iptal edilebilir. İrade beyanının ta'likî yani erteleyici ve infisahi yani bozucu bir şarta bağlanmaması gerekir. Çünkü vakıf müneccez yani hemen hüküm doğuran ve müebbed yani daimi bir tasarruftur. Vakfeden hukuka aykırı olmamak şartıyla vakıf senedine istediği takyidî yani kısıtlayıcı şartı koyabilir. Vakfedenin koyduğu bu şart sonradan değiştirilemez. Çünkü şart-ı vâkıf nass-ı şâri gibidir, vakfedenin koyduğu şartlar kanun sayılır.<sup>300</sup>

Vakfın lazım yani bağlayıcı bir sözleşme olup olmadığı tartışmalıdır. Ebu Hanife'ye göre vakıf ariyet gibi bağlayıcı bir sözleşme değildir. Ancak vasiyet yoluyla vakfedilirse bağlayıcıdır. Ayrıca hâkim bu meselede

<sup>298</sup> Müslim, vasiye 14; Ebu Davud, vesâyâ 14.

<sup>299</sup> Ekinci, age, s. 414.

<sup>300</sup> Zuhayli, age, c. 10, s. 248.

vakfın bağlayıcı olduğuna karar verebilir. Hanefilerden Ebu Yusuf ve İmam Muhammed ile İmam Şafii ise vakfın bağlayıcı bir sözleşme olduğu görüşündedirler. Ebu Yusuf'a göre sadece "vakfettim" demekle vakıf sözleşmesi tamamlanmış olur, ayrıca mütevelliyeye teslim şart değildir. Ebu Yusuf ve İmam Şafii, vakıf akdinin köle azad etmeye benzetirlerken, İmam Muhammed'e göre vakıf, bağışlama akdinin bir çeşiti olan sadaka gibidir. Vakıf, sadaka-i müebbededir. Sadaka akdinde olduğu gibi, vakıf sözleşmesinin lâzım olabilmesi için temlik ve teslim şarttır. Teslim olmadan önce, vakıf akdi gayr-ı lâzımdır.<sup>301</sup>

Vasiyet yoluyla kurulmasının dışında vakfın bağlayıcılığını temin eden usullerden birisi de farazî yargılama ve tescildir. Buna göre ihtilaflı meselelerde hâkim bir müctehidin görüşüne uygun karar verdiği takdirde bu karar icma ile nâfizdir. Böyle bir kararı vermek için kadının ihtilaflı meseleleri bilmesi ve muhalif görüşü terk ederek tercih ettiği görüşe göre karar vermesi gerekir. Bu taktirde kadının verdiği hüküm bütün alimlerin icma ile sahih ve nâfiz olur. Ancak kadı ihtilaflı meseleleri bilmeyen bir kimse ise verdiği hüküm bir görüşe göre nâfiz diğerine göre değildir.<sup>302</sup>

Vakfın bağlayıcılığı konusundaki görüş farklılığının, uygulamada doğuracağı problemleri halletmek için, farazî bir dava açarak, vakfın tescili yoluna gidilmiştir. Vâkıf ya da onun ölümünden sonra mirasçuları mahkemeye başvurarak, Ebu Hanife'nin görüşüne uygun şekilde vakıfdan dönmek istediklerini ileri sürerler; mütevellî de Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşüne göre bunun mümkün olmadığı karşılığını verir. Kadı da Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşüne göre karar verir ve böylece vakıf bağlayıcı hâle gelir.<sup>303</sup>

#### *Vakfedilen Mal (Mevkûf)*

Vakfedilen malın belli özelliklere sahip olması gerekir. Buna göre vakfedilen mal mütekavim bir mal olmalıdır. Mütekavim mal, dinen kullanılmasına izin verilmiş olan maldır. Vakfedilen malın ayn cinsin-

<sup>301</sup> Ebussuud Efendi, *Risale fi Bey'il-Bâtil ve Vakfi'l-Lâzım*, S.K. İsmihan Sultan, n. 226, v. 269a-270a; Kınalızade, *Bazı Ahkami'l-Vakf*, S.K. Şehit Ali, n. 785, v. 2a; Muhammed Kamil b. Mustafa b. Mahmud Trablusî, *Fetâvâ-yı Kamiliye*, Trablus 1313/1895, s. 55-56; Ahmed Akgündüz, *Vakıf Müessesesi*, İstanbul 1996, 2. baskı, s. 107.

<sup>302</sup> Şeyh Bedreddin, c. 1, s. 28.

<sup>303</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, n. 223, v. 107b, 108a, 112a; Kınalızade, v. 2b.

den olması yani alacak olmaması gerekir. Vakfedilen malın belirli olması ve vakfedenin mülkü olması şarttır. Vakfedilen malın ifraz edilmiş olması ve şayi hisseli bulunmaması gerekir. Vakfedilen malın akar yani arazi olması gerekir. Bu şarta göre kural olarak menkul mallar vakfedilemez. Çünkü menkul mal, vakfın ebedilik şartını yerine getirmez. Ancak istisnai olarak bazı menkullerin vakfedilmesi mümkündür:

1- Vakfedilebileceğine ilişkin nass bulunan at, silah gibi menkuller vakfedilebilir.

2- Örf âdete göre vakfedilegelen menkuller vakfedilebilir. Para ve kitap vakfı böyledir.

3- Bir gayrimenkule bağlı olan menkuller nakledilebilir. Ağaç, bina, ziraat aletleri böyledir.

4- Hakk-ı kararlı menkuller vakfedilebilir. Hakk-ı karar, bir gayrimenkul üzerinde bulunan bina ve ağaç gibi menkullerin sahiplerinin o arazi üzerinde sahip oldukları bir haktır. Bu hakka göre söz konusu arazi o menkullerin sahibinden başkasına devredilememektedir.

#### *Vakıftan Yararlananlar (Mevkûfun aleyh)*

Vakıftan yararlananlar Müslüman veya gayrimüslim olabilir. Vakıftan yararlananlar fakirler gibi vakfedene yabancı kimseler olabileceği gibi Ebu Yusuf'un görüşüne göre vakfedenin akrabaları da olabilir. Aile vakıfları Ebu Yusuf'un bu görüşüne göre kurulmuştur. Vakıftan yararlananlar kesintiye uğradığı takdirde, fakirler o vakfın mevkufun aleyhi olmaya devam eder. Çünkü yararlanan kimsesi kalmamış olan vakıfların geliri fakirlere sarf edilir. Bu vakıflara münkatı vakıf denilmektedir. Vakfın kurulması için vakıftan yararlananların kabul beyanına ihtiyaç yoktur.

#### ***İdaresi***

Vakfı idare edene mütevellî, denetimi yapana nâzır denir. Genellikle ilk mütevellî vakfedenin kendisi olur. Mütevellînin nasıl seçileceği vakfiyede yer alır. Vakfiyede yer almıyorsa veya vakfeden hiç mütevellî tayin etmemişse, hâkim mütevellîyi seçer. Mütevellî tam eda ehliyetine sahip yani âkil, bâliğ, reşid olmalı ve güvenilir kimselerden seçilmelidir.

Mütevellî vakıftan belirli bir maaş alır. Buna vazife-i tevliyet denir. Mütevellînin maaşı vakfeden veya hâkim tarafından belirlenir. Mü-

tevelli vakfın vekilidir. Vakıf malı mütevellinin elinde emanettir. Bu açıdan mütevellî, vakfı borç altına sokan işlemleri ancak kadının izni ile yapabilir. Vakfın istibdali ve icareteynli vakfa çevrilmesi gibi çok önemli işlemleri ise sultanın emri ve kadının izni ile yapabilir. Mütevellî vakfiyedeki şartı uymayarak vakfı zarar ettirirse zararı tazmin eder.

### ***Vakıf Mallarının Değiştirilmesi (Vakfın İstibdali)***

Vakıf malları bazı gerekli durumlarda değiştirilebilir. Hanefî Mezhebine göre, vakıf akarlarının, çeşitli gerekçelerle değiştirilmesi mümkündür. Bunlar, vâkıfın böyle bir şart ileri sürmesi; akarın faydalanamaz hale gelmesi ve akarın daha yararlı bir mal ile değiştirilmesidir. Hatta Ebu Yusuf, vâkıf istibdali yani değiştirmeyi yasaklamış olsa bile, hâkimin buna karar verebileceğini kabul etmektedir. Osmanlı döneminde ise Molla Hüsrev, şartlı istibdalin dışında hâkimden başka hiç kimsenin bu yetkiye sahip olmayacağı görüşündedir.<sup>304</sup>

Ebussuud Efendi de vakıf mallarının çarçur edilmesine yol açması sebebiyle, vakıf akarın bey' ve istibdalının tamamen kaldırılması için fetva vermiş ve bu fetvayı 951/1544 tarihinde padişaha arz ederek emri şerif haline getirmiştir. Buna göre hâkimler, padişahın izni olmadıkça vakıf akarlarının bey' ve istibdaline izin veremeyeceklerdir.<sup>305</sup> Ebussuud Efendi'nin sözkonusu fetvasına göre muamele, Osmanlı Devleti'nde son zamanlara kadar devam etmiştir. Nitekim 1280/1863 tarihli Evkaf Nizamnamesi'ne göre, bir vakıf malın mülk olan bir yer ile istibdali için, istibdal şartlarının mevcut olması ve padişahın izin alınması gerekmektedir. Bu uygulama 3 Cemaziyelahire 1329/1911 tarihli bir irade-i seniyye ile vakıf mallarının istibdalının serbest bırakılmasına kadar sürmüştür.<sup>306</sup>

### ***Vakıf Mallarının Kiraya Verilmesi***

Vakıf mallarının işletilme yollarından birisi de kiraya verilmesidir. Mallar vakıf mütevellisi tarafından kiraya verilir. Mütevellî bu malları kendisine veya yakın akrabalarına kiralayamaz. Hanefî Mezhebi'nde

<sup>304</sup> Kınalızade, v. 3a-b; Akgündüz, *Vakıf*, s. 376-381; İbni Nüceym, *Fetâvâ-yı İbni Nüceym* (*Fetâvâ-yı Gıyasiye'nin kenarında*), Bulak 1322, s. 87.

<sup>305</sup> Ebussuud Efendi, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, n. 223, v. 125b.

<sup>306</sup> Akgündüz, *Vakıf*, s. 384.



tercih edilen görüşe göre arazi, çiftlik gibi vakıf malları 3, dükkân ve ev gibi vakıf malları ise 1 yıldan fazla süreyle kiraya verilemez.<sup>307</sup> Daha uzun süreli kira akdi istisnai olarak mukataa ve icareteynli vakıflarda ve belli şartlarla mümkündür.

Hanefi Mezhebine göre vakıf mallarının noksan-ı fahiş ile (%20 ve yukarısı) ecr-i misilden aşağı bir bedelle kiraya verilmesi halinde kira akdi fasiddir. Kiracıya ecr-i misli tamamlama imkânı verilir. Aksi halde kira sözleşmesi feshedilir. Fesih anına kadar olan ecr-i mislinin ödemesi gerekir.<sup>308</sup> Ecr-i misilden aşağı bedelle kiralanmasından doğan zararın kimin tarafından tazmin edileceğinde iki görüş vardır. Bir görüşe göre yarısı mütevellî tarafından diğer yarısı ise kiracılar tarafından tazmin olunacaktır. Diğer görüşe göre ise tamamı kiracı tarafından karşılanacaktır. Feteva-yı Haniye'de tercih edilen görüşün ikincisi olduğunu söylemesine karşılık Ebussuud Efendi, mütevellinin kusuru halinde birinci görüşün tercih edilmesi gerektiğini söylemektedir.<sup>309</sup>

### **Vakıf Çeşitleri**

#### *Sahih Vakıf-Gayrisahih Vakıf*

Konusu itibariyle vakıflar sahih ve gayrisahih vakıf olarak ikiye ayrılmaktadır. Sahih vakıf, mülk malların şahıslar tarafından vakfedilmesi halinde kurulan vakıftır. Gayrisahih vakıf ise kuru mülkiyeti devlete ait olan miri arazinin gelirlerinin, birtakım kamu hizmetlerini yapmak üzere kurulmuş vakfa tahsis edilmesidir. Gayrisahih vakıflara irsadi vakıf veya tahsis kâbilinden vakıf da denilmektedir. Gayrisahih vakıflarda devlete ait arazinin vergi gelirleri, tasarruf hakkı veya her ikisi birden, bazı sağlık, eğitim ve bayındırlık hizmetleri yapan vakıflara tahsis edilmektedir. Bu vakıflara gayrisahih denilmesi, vakfın geçersiz olduğundan dolayı değil, gerçek anlamda vakıf olmadıkları içindir. Vakfedilen mallar mülk olmadığı için gayrisahih vakıflar gerçek anlamda vakıf sayılmamaktadır. Bu sebeple padişah istediği takdirde bu vakıflara tahsis ettiği arazileri geri alabilmektedir. Nitekim Fatih Sultan Mehmed,

<sup>307</sup> Öztürk, s. 159; Akgündüz, *Vakıf*, s. 448-449.

<sup>308</sup> Ali Haydar, *Diğerü'l-Hükkam*, c. 1, s. 516-517; Akgündüz, *Vakıf*, s. 392; MAA, m. 461-462.

<sup>309</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 218a; S.K. Reşid Efendi, n. 1036, v. 46b.

asker ihtiyacının fazla olması sebebiyle bazı gayrisahih vakıf arazilerini tımar haline getirmiştir.<sup>310</sup> Ancak Fatih döneminde iptal edilen gayr-ı sahih vakıflar, II. Bayezid döneminde yeniden ihya edilmiştir.<sup>311</sup>

Osmanlı Devleti'nde cami, medrese, hastane, han, hamam gibi eserler şahıslar tarafından sahih vakıf olarak vakfedilmekte, devlet ise miri araziye bu kurumlara gelir olmak üzere gayrisahih vakıf olarak vakfetmektedir. Gayrisahih vakıfların çoğu Tanzimat'tan sonra evkaf hazinesine belli bir bedel ödenerek maliye hazinesine devredilmiştir.<sup>312</sup>

#### *Hayrî Vakıf-Zürrî Vakıf (Aile Vakfı)*

Yararlananları itibarıyla vakıflar hayrî ve zürrî vakıflar olarak ikiye ayrılmaktadır. Hayrî vakıflar, bütün insanların veya fakirlerin yararlandığı vakıflardır. Cami, medrese, köprü, hamam, han, imaret gibi vakıflar hayrî vakıflardır.<sup>313</sup>

Zürrî vakıflar ise yararlananlarının vakfedenin akrabalarından oluştuğu vakıflardır. Zürrî vakıflar aile vakıflarıdır, evlatlık veya ehli vakıflar olarak da adlandırılır. Zürrî vakıflar vakfın amacı olan kurbet yani hayır ve sevap amacıyla kurulmadığı için hukukçuların çoğunluğu tarafından caiz görülmemiştir. Ancak Ebu Yusuf vakfedenin yakınlarının yararlanacağı vakıflar kurulabileceği görüşündedir.<sup>314</sup> Osmanlı Devleti'nde Ebu Yusuf'un bu görüşüne uyularak çok sayıda aile vakfı kurulmuştur.

#### *Mazbut Vakıf-Mülhak Vakıf-Müstesna Vakıf*

İdare edilmeleri bakımından vakıflar mazbut, mülhak ve müstesna vakıf olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Daha önce vakıflarla ilgili bir ayırım yok iken 1826 yılında Evkaf Nezareti'nin kurulması ile bu vakıf

<sup>310</sup> Halil İnalçık, "Bursa Şer'îye Sicillerinde Fatih Fermanları", *Bellekten*, 1947, XI/44, s. 702-703, 885/1480 tarihli ferman.

<sup>311</sup> II. Bayezid'e ait bir vakfiyede bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: "Müşarunileyh (II. Bayezid) hazretleri bilumum İslam evkafını ve müminlerin hayratını hali üzere bırakmıştır. Onların alametleri silinmiş, bayrakları inmiş, korkusu azalmış, kandilleri sönmüşken onları tekrar canlandırıp, eski parlaklığını iade etti." *Vakıflar Genel Müdürlüğü Arşivi*, 2113 nolu defter, 195. Sahife 33. Sırada kayıtlı II. Bayezid'e ait 911 tarihli Vakfiye, s. 6.

<sup>312</sup> Ekinci, age, s. 420.

<sup>313</sup> Zuhayli, age, c. 10, s.249.

<sup>314</sup> Şeyh Nizam, age, c. 2, s. 370.

çeşitleri ortaya çıkmıştır. Mazbut vakıflar, Evkaf Nezareti tarafından idare edilen vakıflardır. Hanedan ailesinden gelenlerin kurduğu selatîn vakıfları, mütevellisi kalmayan vakıflar ile sefihlik veya israfları sebebiyle idaresi mütevellisinden alınan vakıflar mazbut vakıflardır.

Mülhak vakıflar Evkaf Nezareti'nin kontrolü altında mütevellileri tarafından idare edilen vakıflardır. Müstesna vakıflar ise Evkaf Nezareti'nin müdahalesi olmadan mütevellileri tarafından idare edilen eizze ve guzat vakıflarıdır. Bunların sayıları sekiz tanedir. Eizze yani azizler vakıfları Mevlana Celaleddin-i Rumi, Hacı Bayram-ı Veli, Hacı Bektaş-ı Veli ve Abdulkadir Geylani vakıflarıdır. Guzat yani gaziler vakıfları ise Gazi Evrenos Bey, Gazi Süleyman Bey, Gazi Mihal Bey ve Gazi Ali Bey vakıflarıdır.

#### *İcare-i Vâhideli Vakıf-İcareteynli Vakıf-Mukataalı Vakıf*

Vakıf mallarının işletilme yollarından birisi de kiralamadır. Kiralanmaları açısından vakıflar icare-i vâhideli, icareteynli ve mukataalı vakıflar olarak üçe ayrılmaktadır.

İcare-i vâhideli vakıf: Vakıf malları esas itibarıyla 1 veya 3 yıllık sürelerle kiraya verilir, sürenin dolması ve kiracının ölümü üzerine kira akdi sona erer. Bunun üzerine başka veya aynı kiracı ile yeni sözleşme yapılarak tekrar kiralanır. Bu vakıflara icare-i vâhideli yani tek kiralı vakıflar denilir. 1913 yılında bu vakıfların ölene kadar kiracının elinde kalması ve onun ölümü üzerine mirasçılara intikal etmesi kabul edildi. İcare-i vâhideli vakıfların bu türüne ise icare-i vâhide-i kadimeli vakıf adı verilmiştir.

İcareteynli Vakıf: İcareteynli vakıf, çift kiralı vakıf demektir. İcareteynli vakıfların yaygınlaşması XVI. asırda olmuştur. Yangın ve başka sebeplerle harap olan vakıfların vakıf gelirleriyle tamir edilememesi ve bu şartlarda vakıf gayrimenkulleri kiralamaya kimsenin yaklaşmaması sebebiyle icareteynli vakıflar ortaya çıkmıştır. Buna göre harap olan vakıf binalarının vakıf gelirleriyle tamir edilememesi, başka bir yolla da tamirinin mümkün olmaması ve uzun süreli kira sözleşmesinin vakfın yararına olduğunun da ortaya çıkması halinde icareteynli kira sözleşmesi yapılabilmektedir. İcareteyn usulünde vakfın satım bedeline yakın bir peşin kira bedeli ve yılda bir kez de cüz'î bir kira bedeli alınmaktadır.

Peşin kira bedeli ile harap olan vakıf mütevellî ya da kiracı tarafından tamir edilmektedir.<sup>315</sup>

Kanunî döneminde Şam kadısı ve daha sonra kazasker olan Kınalızade Ali Çelebi gibi hukukçular icareteynli vakıfların lehinde görüş beyan etmişler, vakıfların harap olmaktan bu şekilde kurtulacağını ileri sürmüşlerdir.<sup>316</sup> Buna karşılık Ebussuud Efendi icareteynli vakıfların caiz olmadığına fetva vermiştir.<sup>317</sup> İcareteyn usulünün yerleşmesi ise Şeyhülislam Zekeriyazade Yahya Efendi döneminde (v. 1053/1643) olmuştur. Bu dönemde hukukî düzenlemeler tam olarak yapılmıştır.<sup>318</sup>

Zaruret halinde ve istisnai olarak başvurulması gereken bir yol olan icareteyn usulü, suiistimale müsaittir. Vakıf gayrimenkullerin 3 yıldan fazla süreyle kiraya verilmemesi ve kiracının ölümü halinde kira sözleşmesinin sona ermesi icareteynli vakıflarda sözkonusu değildir. Bu ilkeler vakıfların zarara uğramasını engellemektedir. Bu ilkeler sebebiyle haksız kazanç elde edemeyen kötü niyetli kimseler, tek kiralı vakıfları icareteynli hale getirerek hedeflerine ulaşmak isteyebilirler. Sonraki dönemlerde icareteyn usulü vakıfların zarara uğratılmasında kullanılan bir yol olmuştur.

Bir vakfın icareteynli vakıf haline dönüştürülebilmesi için bazı şartlar aranmaktadır:

- 1- Vakıf malın harap olması.
- 2- Bu malın vakfın gelirleriyle tamirinin mümkün olmaması.
- 3- Normal kirayla kiracı bulunamaması.
- 4- Kadının buna hüküm vermesi.
- 5- Padişahın izin vermesi.

1935 tarihli Vakıflar Kanunu ile icareteynli vakıflar tasfiye edilmiş, bu vakıfların senelik kira bedellerinin yirmi misli bir bedelle mutasarrıflarına devredileceği kabul edilmiştir.

Mukataalı Vakıf: Mukataalı vakıf da icareteynli vakıfta olduğu vakıf malın harap olması ve vakfın normal gelirleriyle tamirinin mümkün olmaması üzerine, vakfın ihyası için başvuru uzun süreli bir kira usu-

<sup>315</sup> Ömer Hilmi, s. 73-75; Bülent Köprülü, "Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nevîyetleri ve İcareteynli Vakıflar", *İÜHFİM*, XVIII sayı 1-2, s. 215 vd.

<sup>316</sup> Kınalızade, v. 29a.

<sup>317</sup> Ebssuud, *Fetâvâ*, Lala İsmail, n. 108, v. 209b.

<sup>318</sup> Akgündüz, *Vakıf*, s. 454-455.

lüdür. Bir vakfın mukataalı vakfa dönüştürülebilmesi için icareteynli vakıfta aranan şartlardan padişahın izni dışındakiler aranır. Bunun dışında mukataalı vakıfta yapılan ve tamir edilen bina mutasarrıfın mülkü iken, icareteynli vakıfta vakfın mülkü olmaktadır.

Mukataalı vakıfta mutasarrıf iki kira ödemektedir. Birincisi muaccele adıyla peşin ödediği kira bedelidir. İkincisi ise mukataa veya icare-i zemin adıyla periyodik olarak ödediği kira bedelidir. Mukataa bedelinin ecr-i misil seviyesinde olması gerekir. Mutasarrıfın vakıf arazi üzerinde inşa ettiği bina ve diktiği ağaçların mülkiyeti kendisine ait olur. Bu bina ve ağaçlar araziden ayrı olarak miras kurallarına göre mirasçılara intikal eder. Mukataalı vakıflar da 1935 yılında çıkarılan Vakıflar Kanunu ile icareteynli vakıflara benzer usulle tasfiye edilmiştir.<sup>319</sup>

## GEDİK VE GİRDAR

Gedik esnaftan bir sınıfa veya sanayiden bir sanata mahsus alet ve edevatların kiralanan vakıf dükkâna sabit olarak konulması ve o dükkân üzerinde o kişinin hakk-ı karar sahibi olmasıdır. İki çeşittir. Birine muttasıl gedik, diğerine munfasıl veya havai gedik denilir.<sup>320</sup> Havai gedikler şahsa ait olup gedik sahibi istediği yerde sanatını icra edebilmekteydi. Muttasıl gedikler ise dükkân, mağaza gibi özel bir yerde yapılması gereken ve başka yerde icra edilemeyen sanat ve ticaretlerdi.<sup>321</sup>

Gedik kurumu, hakk-ı karara yani daimî tasarruf hakkına dayanmaktadır. Hakk-ı karar veya vücut-u karar, üzerinde bina, ağaç gibi menkuller bulunan bir akarın sözkonusu hakk-ı karar sebebiyle bu menkullerin sahibinden başkasına devredilememesidir.<sup>322</sup>

Gedik kurumunun konusu arazinin üzerindeki zevaid denilen bina ve ağaç gibi menkullerdir. Mirî arazi ya da vakıf arazisinde kiracı olan mutasarrıfın arazi üzerinde bulunan menkuller üzerinde hakk-ı kararı

<sup>319</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 47.

<sup>320</sup> Öztürk, s. 85; Elmalılı M. Hamdi Yazır, *Ahkami'l-Evkaf*, İstanbul 1330, s. 72; Osman Nuri, *Mecellei Umur-ı Belediye*, c. 1, İstanbul 1338/1922, s. 658.

<sup>321</sup> Süleyman Sudi, *Defter-i Muktesid*, Dersaadet 1307, c. 1, s. 29.

<sup>322</sup> Ebussuud, *Risale fi Badi Ahkami'l-Evkaf*, Reşid Efendi, no. 1152, v. 157; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. 4, s. 106-107.

vardır. Yani sözkonusu menkul mallar mutasarrıfın mülkiyetindedir ve arazi üzerinde de daimi kiracılık hali mevcuttur. Vakıf ya da mirî arazi üzerinde bulunan bu menkullere girdar, sükna, gedik, hulûv gibi isimler verilmiştir. Hakk-ı kararı bulunan bu çeşit mallar, menkul oldukları halde gayrimenkul hükümlerine tâbi tutulmuştur. Mesela vakfedilmeleri mümkündür ve hatta bunların şuf'a hakkına konu olup olmadıkları tartışılmıştır.<sup>323</sup>

Vakıf ya da mirî arazi üzerinde devletin ya da mütevellinin izni ile meydana getirilen ve hakk-ı kararı bulunan mülk bina, ağaç gibi şeyler girdardır.<sup>324</sup> Hulûv de gedik kurumunun Mısır'da uygulanmış olan şekli olarak tarif edilmektedir.<sup>325</sup> Vakıf veya mirî arazi üzerindeki bina ve ağaç gibi menkullerin yanında bir de vakıf binalara yerleştirilen menkul mallar bulunmaktadır. Vakıf dükkanlarındaki mallar mirî ve vakıf arazi üzerindeki bina ve ağaçlar gibi sükna (gedik) sayılmaktadır.<sup>326</sup>

Fıkıh kitaplarında aşağıda yazılı olanlara sükna ve girdar denilmektedir:

1- Binalara, ağaçlara, esnafın vakıf olan dükkânlarında mütevellinin izni alınarak hakk-ı karar ile yapmış oldukları raf, dolap ve sandıklar.

2- Mahlûv olan debbağ dükkânlarında bulunan tezgâhlar, kuyular, ocaklar ve bunun gibi sanat aletleri.

3- Esnafın mütevelliden izin alarak (hakk-ı) karar şartı ile vakıf dükkânda yapmış oldukları aletler ve koydukları eşyalar.

4- Vakıf ve mirî arazi üzerinde hakk-ı karar şartı ile yapılan mukatalı evler, bağlar ve bahçeler.<sup>327</sup>

Hakk-ı karar şartı ile yapılmış olan malların alım satımı ve mirasçılara intikali sahihtir. Varisi olmadığı takdirde Beytûlmala intikal eder. Vakfın mütevellisi varisi olmayan bu malları alamaz. Örnek olarak bir kimse ölmüş olup geride oğlu ve kızı kalmamışsa, müteveli vakıf dükkândaki süknasını zaptedemez. Bu mallar diğer mirasçıların hak-

<sup>323</sup> Ebussuud Efendi, *Gedik Risalesi*. SK, İsmihan Sultan, n. 223, v. 134a; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. 4, s. 107.

<sup>324</sup> İbni Abidin, c. 4, s. 522-523.

<sup>325</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. 4, s. 108.

<sup>326</sup> Ebussuud, *Gedik Risalesi*, v. 134-137.

<sup>327</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 134a.

kıdır. Diğer mirasçılar ecr-i mislini vererek vakıf dükkânda süknayı devam ettirirler. Eğer varisler dükkânın ecr-i mislini vermezler ya da süknanın vakfa zararı varsa, vakıf sükna konusu olan malların kaldırılmasını sağlayabilir. Tabî bunun yukarıda ifade edildiği gibi sükna konusu malların mütevelliden izin alınarak hakk-ı karar şartı ile yapılmış olması gerekmektedir. Bununla birlikte sükna konusu mal mütevelliden izin alınmadan yapılmış olsa da vakfa zararı olmadığı takdirde kaldırılmamalıdır.<sup>328</sup>

---

<sup>328</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 134a-b.

## SEKİZİNCİ BÖLÜM

### AİLE HUKUKU

Aile hukuku ana başlıkları itibariyle evlenme, boşanma ve nesep konularından oluşmaktadır. Aile hukuku ile ilgili hükümler fıkıh kitaplarında çok ayrıntılı olarak incelenmiştir. Fıkıh kitaplarının kitabü'n-nikâh, kitabü't-talak gibi bölümleri aile hukuku ile ilgilidir. Aile hukuku ile ilgili ilk kanunlaştırma 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'dir. Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerin görüşlerinden de faydalanarak hazırlanan bu kanun bir buçuk yıl sonra yürürlükten kaldırılmış, ancak bazı Ortadoğu ülkelerinde bir süre daha uygulanmaya devam etmiştir.

#### I. EVLENME

##### **Evlenmenin Tarifi**

Evlenme kadın ile erkeğin bir nikâh akdi çerçevesinde birlikte yaşamasıdır. Buna nikâh akdi denir. Nikâh akdi için iki şahidin bulunması yeterlidir. Ancak İslam hukukunun dinî bir hukuk sistemi olması ve dinin hukukun her alanında etkisini göstermesi sebebiyle nikâh akdinde de dinî taraflar bulunmaktadır. Bu açıdan nikâh akdinin dinî ve hukuku iyi bilen din adamları tarafından kıyılması tercih edilmiş ve buna imam nikâhı adı verilmiştir.

##### **Nişanlanma**

Nişanlanma İslam hukukunda evlenme va'dinden ibarettir. Nişanlanma taraflara evlenme mecburiyeti borcu yüklemeyi, ne zaman ister-



lerse nişanı bozabilirler. Nişanın bozulması halinde verilen hediyelerin iade edilmesinde ikili ayrıma gidilmiştir. Mehir olarak veya mehire mahsub edilmek üzere verilen hediyelerin iadesi gerekir. Bu gibi hediyeler mevcut değilse tazmin edilir. Diğer hediyeler ise bağışlama hükümlerine göre tabi olur. Yani mevcutsa, kullanılmamışsa, değiştirilmemişse hediyeler iade edilir, aksi halde iadesi gerekmez.

### **Evlenmenin Şartları**

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi evlenme akdinin de rükünleri, in'ikad şartları, sıhhat şartları, nefaz şartları ve lüzum şartları bulunmaktadır. Evlenmenin rükünleri taraflar ve irade beyanıdır. İn'ikad şartları ise ehliyet gibi bir akdin olmazsa olmaz şartlarıdır. İn'ikad şartlarının bulunmaması halinde evlenme akdi bâtil olur, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Sıhhat şartları ise evliliğin geçerliliği ile ilgili ikinci derecede şartlardır. Sıhhat şartlarının bulunmaması halinde evlilik akdi sakat olarak doğar ve fasid olur. Nefaz şartları ise evliliğin hükümlerini doğurması, uygulanması ile ilgili şartlardır. Mümeyyiz küçüğün evlenmesi halinde velisinin izninin gerekmesi nefaz şartıdır. Nefaz şartları bulunmadığı takdirde evlilik hukuki sonuç doğurmaz. Lüzum şartları ise evliliğin bağlayıcı bir akid olması için gerekli şartlardır. Lüzum şartı bulunmayan bir evlilik bağlayıcı olmadığından feshedilebilir.

### **Evliliğin Rükünleri (Unsurları)**

Evliliğin rükünleri taraflar ve tarafların irade beyanlarıdır. Taraflar bir kadın ile bir erkektir. İrade beyanı ise tarafların icap ve kabul beyanlarıdır. İcap ve kabul beyanları tarafların evlenme iradelerini gösteren açıklamalardır. İcap ve kabul esas itibarıyla sözlü olur. Ancak akit meclisinde hazır olmayanlar yazılı olarak da icap ve kabulde bulunabilir. Sağır ve dilsizler ise işaret dili ile icap ve kabul iradelerini açıklayabilir. İrade beyanlarının birbirine uygun olması, açık olması veya evlenmeye delalet eden bir sözle yapılması gerekir. Bunun yanında icap ve kabulün geçmiş zaman kullanılarak ifade edilmesi gerekir. Geniş zaman, şimdiki zaman veya gelecek zaman kipi kullanılarak yapılan icap ve kabul ile evlenme akdi kurulmaz.

## ***Evliliğin İn'ikad Şartları***

### *Ehliyet*

Evlenme ehliyeti için tarafların temyiz kudretine sahip olmaları ve bülüğe ermiş olmaları gerekir. Temyiz kudretine sahip olan ve bülüğe ermiş bulunanlar tam olarak evlenme ehliyetine sahiptir. Akıl hastalarının ve 7 yaşından küçük olanların evlenme ehliyetleri yoktur. Bu evlilik in'ikad şartı eksik olan ve batıl bir evliliktir. Ancak bunlar ihtiyaç halinde velileri tarafından evlendirilebilir.

Hanefi mezhebinde tam ehliyetli yani temyiz kudretine sahip ve bülüğe ermiş kadın tek başına evlenebilir. Hanefilerden İmam Muhammed ise tam ehliyetli kadının velisinin izni ile evlenebileceğini kabul etmektedir. Osmanlı Devleti'nde 16. yüzyıldan itibaren bu görüş kanunlaştırılmış ve uygulanmıştır.

### *Meclis Birliği*

İcap ve kabul beyanlarının aynı mecliste ifade edilmesi gerekmektedir. İcap ve kabul arasında başka bir mesele konuşulduğu takdirde, meclis birliği şartı gerçekleşmez. İcap ve kabul beyanlarının yazılı olarak iletildiği durumlarda yazılı beyanın okunduğu yerde meclis birliği olmalıdır. Yani icap veya kabul beyanı yazılı olarak iletildiğinde diğer taraf şahidlerin huzurunda yazıyı okuyup kabul ettiğini belirtir. Elçi aracılığı ile kıyılan nikâhlar da aynı şekilde olur.

### *Evlenme Engelinin Olmaması*

Geçerli bir evlilik için aşağıdaki evlenme engellerinin bulunmaması gerekir. Bunların bir kısmı sürekli evlilik engeli, bir kısmı ise geçici evlilik engelidir.

#### **Akrabalık**

Kan hısımlığı sebebi ile evlenilmesi caiz olmayanlar dört gruptur:

- 1- Usul yani ana, baba, dede, nine...
- 2- Furu yani oğul, kız, torunlar ve torunların çocukları...
- 3- Anne babanın furu'u ve bunların çocukları, çocuklarının çocukları, anne baba bir kardeşler, yeğenler...
- 4- Dede ve ninenin sadece çocuklar yani hala, teyze, dayı, amca...

Sıhrî hısımlık yani evlenmeden doğan hısımlık sebebi ile evlenilmesi yasak olanlarda dört gruptur. Bunlara hürmet-i müsahere denilmektedir:

- 1- Gelinler yani erkeğin çocuklarının ve torunlarının eşleri.
- 2- Kayınvalideleri.
- 3- Üvey anne ve üvey nine.
- 4- Üvey kızlar.

Sıhrî hısımlıktan doğan evlenme engeli için nikâh akdi yeterlidir, cinsî birleşme şart değildir. Ancak üvey kızlarla ilgili evlilik engelini oluşması için nikâh yeterli değil, cinsî birleşme şarttır. Hanefî mezhebine göre zina da hürmet-i müsahere oluşturur, kişi zina ettiği kimsenin usul ve fûru'u ile evlenemez.

### Süt Kardeşliği

Kan ve sıhrî hısımlık dışında süt hısımlığı da evlenme engeli oluşturmaktadır. Bir kimse süt annesi olan bir kadınla evlenemez. Bunun yanında sütannesinin çocukları, torunları, anne, baba, dede ve nineleri, kardeşleri, amca, dayı, hala ve teyzeleri ile evlenemez. Bu kadının süt gelmesine vesile olan kocası da sütbabası olur. Kişi sütbabanın annesi, babası, kardeşleri, amca, dayı, hala ve teyzesi ile evlenemez. Zevcinin veya zevcesinin sütannesi, sütbabası, sütoğlu, sütkızı, süt gelini ve süt damadı ile evlenemez. Süt emen çocuğun çocuk ve torunları dışındaki bütün akrabaları, süt emdiği kadına ve akrabalarına namahremdir. Dolayısıyla bir kimse kardeşinin sütannesi ile evlenebilir, ancak kardeşinin sütkızı ile evlenemez. Süt emenin eşi de yalnızca eşinin sütanne veya sütbabası ile evlenemez.<sup>329</sup>

Aynı kadından emen oğlan ile kız, sütbabaları başka olsa ve başka senelerde emmiş olsalar bile, birbiri ile ve birbirlerinin çocukları ve torunları ile evlenemez. Öz kardeşinin sütkızı ile evlenmek caiz olmadığı gibi, sütkardeşinin öz kızı ile ve sütkardeşinin sütkızı ile de evlenmek caiz değildir. Bir adam kendi annesinden süt emen sütkardeşinin annesi ve kız kardeşi ile evlenebilir. Bir kimse kendi öz kardeşinin yabancı kadından olan sütkardeşi ile evlenebilir. Bir adam süt çocuğunun kız

<sup>329</sup> Ekinci, age, s. 440.

kardeşi ile evlenebilir. Sütbabanın diğer zevceleri ile evlenilmez ve sütoğul zevceleri ile evlenilmez.<sup>330</sup>

### **Din Ayrılığı**

Din ayrılığı bir evlenme engelidir. Müslüman bir erkek veya kadın müşrik yani Allah'a ortak koşanla ve ateistle evlenemez. Müslüman bir erkek ehl-i kitap yani Yahudi ve Hristiyan bir kadınla evlenebilir. Ancak Müslüman bir kadın ehl-i kitap da olsa başka dinden olanlarla evlenemez. Müslüman olan karı ve kocadan birisi irtidad ettiği yani dinden çıktığı takdirde aralarındaki nikâh akdi feshedilir.

### **Başkaları ile Evli Olma**

Başkası ile evli olan kadınlarla evlenilemez. Ancak bu evlilik ölüm veya boşanma ile sona erdikten ve iddet süreleri dolduktan sonra bu kadınlarla evlenilebilir.

### **Beşinci Kadın**

Dört kadınla evli olan bir erkek beşinci bir kadınla daha evlenemez. Evlendiği takdirde bu nikâh fasid olur.

### **Üçlü Boşama**

Bir erkek üç talakla boşadığı yani iki defa ayrılıp üçüncü defa evlendiği ve tekrar boşadığı eşi ile evlenemez. Ancak bu kadın başka birisi ile evlenir ve bu evlilik ölüm veya boşama ile sona ererse önceki kocası ile tekrar evlenebilir.

### **Sıhrî Civar Hısımlığı**

İki kadından birisi erkek kabul edildiğinde diğer kadınla evlenmesi yasak olacak derecede yakın akraba ise bu iki kadınla aynı anda evlenilemez. Mesela, iki kız kardeş, teyze ile yeğen aynı anda tek nikâh altında bulunamaz.

### **İrade Beyanının Şartsız Olması**

İcap ve kabul beyanlarının müneccez yani bozucu ve erteleyici şartla yapılmamış olması gerekir. “Yurt dışına gitmemen şartıyla seninle evlendim” gibi bozucu şart ile “Bir yıl sonra seninle evlendim.” gibi erteleyici

<sup>330</sup> Ekinci, age, s. 440.

şartla yapılan evlilik batıldır. Bununla icap ve kabul beyanlarının takyidî yani kayıtlandırıcı şartlarla yapılması mümkündür. Bu tür kayıtlandırıcı şartlar evliliğin maksadına ve İslam'ın ruhuna uygun ise geçerlidir. Aksi halde evlilik geçerli, şart geçersizdir. Kadının boşama yetkisinin kendisinde de bulunması şartıyla yaptığı evlilik geçerlidir. Kendisinden başka bir kadınla evlenmemesi veya memleketinden başka bir yere göç etmemesi şart koşulmuşsa Hanefi mezhebine göre şart geçersiz, evlilik geçerlidir. Hanbeli mezhebine göre bu gibi şartlar da geçerlidir. Başka bir kadınla evlenmemek şartıyla yapılan evliliğin geçerli, şartın ise geçersiz olduğu yönündeki Hanefi mezhebi görüşü Osmanlı Devleti'nde 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne kadar uygulanmıştır. Bu kararname ile söz konusu şartı geçerli gören Hanbelî mezhebinin görüşü kabul edilmiştir.

### ***Evliliğin Sıhhat Şartları***

#### *Şahitler*

Evliliğin iki erkek veya iki kadın ile bir erkek şahit huzurunda yapılması gerekir. Şahitlerin evlenme ehliyetine sahip yani mümeyyiz ve bülüğa ulaşmış olmaları, hür ve Müslüman olmaları lazımdır. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre kadın ehli kitap ise şahitlerde ehli kitap olabilir.

#### *Bazı Evlenme Engellerinin Bulunmaması*

Bazı evlenme engelleri bütün hukukçular tarafından ittifakla evlenme engeli olarak kabul edilmemektedir. Bu tür evlenme engellerinin bulunmaması evliliğin sıhhat şartlarındandır. Mesela, bain talakla ayrılmış ve iddet bekleyen kadınla evlenmenin yasak olması gibi. Böyle bir kadınla iddet süresi içinde evlenildiği takdirde evlilik fasid olur.

#### *Evlenmenin İkraah İle Yapılmaması*

Hanefi mezhebine göre ikraah ile yani zorlama ile yapılan evlilikler geçerlidir. Diğer mezheplere göre ise ikraah ile yapılan evlilikler fassittir. Hanefiler dışındaki mezhepler evliliğin ikraah ile yapılmamasını sıhhat şartı olarak kabul etmektedir. Osmanlı Devleti'nde 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne kadar Hanefi mezhebi görüşü uygulanmıştır.

### **Nefaz Şartları**

Nefaz şartları evliliğin hukuki sonuçlarını doğurması için gerekli olan şartlardır. Bu şartları taşıyan bir evlilik nâfiz bir evlilik, taşımayan evlilik ise gayri nafiz veya mevkuf yani askıda olan evliliktir. Tarafların veya velilerinin rızalarının alınması gereken evliliklerde bu rızaların alınması nefaz şartıdır. Bu şarta uyulmadığı takdirde velilerin rızalarının alınmasına kadar evlilik mevkuf yani askıdadır.

### **Lüzum Şartları**

Evlenme akdi esas itibarıyla lâzım yani bağlayıcı akitlerdendir. Taraflar istedikleri zaman evlenme akdini feshedemezler. Ancak bazı şartlar bulunmadığı takdirde evlenme akdi lâzım yani bağlayıcı bir akit olmaz. Taraflar veya velileri bu evliliği feshedebilirler. Bu şartlara lüzum şartları denir. Evlilikte kararlaştırılan mehrin misil mehir olması, tarafların birbirine denk olması ve bülûğ muhayyerliğinin bulunmaması lüzum şartlarıdır.

**Denklik (Küfüv):** Hanefi mezhebine göre bülûğa ermiş kadın velisinin iznine gerek kalmadan evlenebilir. Ancak bu kadının evleneceği erkeğin kendisine denk olması ve mehrinin de misil mehir olması gerekir. Bu şartlar yerine gelmediği takdirde evlilik gayrilâzım yani bağlayıcı olmayan bir sözleşmedir ve kadının velisi bu evlilik sözleşmesini feshedebilir. Denklik şartına göre erkeğin soyda, servette, sanatta, Müslüman olmada, dindarlıkta ve özgürlükte kadına denk olması gerekir. Velinin denklik şartının gerçekleşmemesi sebebiyle evliliği feshedilmesi, kadının hamile kalmasına kadar mümkündür. Denklik, kadının evlenmeden önce alıştığı hayatını evlilikte de devam ettirebilecek bir evlilik yapması için öngörülüdür. Aksi halde evlilikte huzursuzluk yaşanması söz konusu olur.

**Bülûğ Muhayyerliği:** Bülûğa ermemiş çocuk velisi tarafından dengi olan birisi ile ve misil mehir vermek şartıyla evlendirilebilir. Ancak bu evlilik baba ve dedesi dışında bir velisi tarafından yapılmışsa, çocuk bülûğa erdiğinde bu evliliği feshedebilir. Buna bülûğ muhayyerliği denir.

### **Evliliğin Çeşitleri**

Şartlarını taşıyıp taşıyamamasına göre evlenme akdi sahih, fasid, bâtıl, nâfiz, gayrinâfiz, lâzım, gayrilâzım gibi türlere ayrılmaktadır.

### **Sahih Evlilik**

Rükünleri, in'ikad şartları ve sıhhat şartları tam olan evlilik sahih evliliktir. Sahih evlilik, karı-koca ilişkisi, mehir, nafaka, nesep, sıhrî hısımlık ve mirasçılık gibi evliliğin bütün hukuki sonuçlarını doğurur.

### **Bâtil Evlilik**

Rükünleri ve in'ikad şartlarında eksiklik olan evliliktir. Mesela, icap ve kabul beyanları usûlüne uygun şekilde yapılmayan evlilik bâtildir, yok hükmündedir. Bâtil evlilikteki geçersizlik düzeltilemeyecek niteliktedir. Böyle bir evlilik sonradan şartlarına uyularak yeniden yapılamaz. Bâtil evlilik hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Tarafların derhal ayrılması gerekir. Sadece şüpheli de olsa ortada bir evlilik bulunduğu için taraflara zina cezası verilmez. Bunun yanında kadın misil mehire hak kazanır.

### **Fâsid Evlilik**

Rükünleri ve in'ikad şartları tamam olup sıhhat şartlarında eksiklik bulunan evlilik fâsid evliliktir. Şahitlerin bulunmaması, iddet süresi içerisinde evlenmek fâsid evliliğe iki örnektir. Fâsid evlilik de geçersiz bir evliliktir. Ancak bâtil evliliğe göre daha hafif bir geçersizlik söz konusudur. Taraflar daha sonra şartlarına uygun şekilde bu evliliği sahih olarak yapabilir.

Fâsid evlilik geçersiz bir evlilik olduğu için hukuki sonuç doğurmaz. Tarafların derhal ayrılması gerekir. Ancak zıfaf gerçekleşmişse zina cezası verilmez, kadına mehir verilmesi gerekir, nesep sabit olur, kadın talak iddeti bekler ve sıhrî hısımlık doğar.

### **Nâfiz Evlilik**

Nefaz şartları tam olan ve dolayısıyla hukuki sonuç doğuran evliliktir. Mümeyyiz küçüklerin velilerinin rızası ile yaptıkları evlilik nâfiz bir evliliktir ve evliliğin hukuki sonuçları doğar.

### **Gayri Nâfiz veya Mevkuf Evlilik**

Nefaz şartlarında eksiklik olduğu için hukuki sonuç doğurmayan evliliktir. Mümeyyiz küçüklerin velinin rızasını almadan yaptıkları evlilik gayri nâfiz veya mevkuf evliliktir. Velinin rızası alınana kadar mevkuftur, hükümleri askıdadır, hukuki sonuç doğurmaz.

### **Lâzım Evlilik**

Lâzım evlilik bağlayıcı olan, feshi mümkün olmayan evliliktir. Lüzum şartları tam olan evlilik lâzım evliliktir. Yani birbirine denk olan ve bülüğ muhayyerliği bulunmayan evlilik lâzım evliliktir.

### **Gayrı Lâzım Evlilik**

Lüzum şartlarında eksiklik olduğu için bağlayıcı olmayan ve ilgili-ler tarafından feshi mümkün olan evliliktir. Denklik şartı bulunmayan veya bülüğ muhayyerliği olan evlilikler gayrı lâzımdır. Yani denklik şartı olmayan evlilik veli tarafından, bülüğ muhayyerliği olan evlilik de bülüğe ulaşan mümeyyiz küçük tarafından süresi içinde feshedilebilir.

### **Osmanlı Devleti'nde Evlilik Sözleşmesinin Yapılışı**

İslam hukukuna göre devlet başkanı zamanın ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak mezhep imamlarının görüşlerinden uygun gördüğünü kanun haline getirebilir. Osmanlı padişahları bu yetkiyi zaman zaman kullanmıştır. Evlenme konusunda da bu tür kanunlaştırma faaliyetleri görülmektedir.

Ebussuud Efendi'nin şeyhülislamlığı sırasında 951/1544 yılında Kanunî Sultan Süleyman'a arz ettiği ve kanun haline gelen fetvalardan birisinde velisinin izni olmadan bülüğe ermiş kızların nikâhlarının kıyılmaması emredilmektedir.<sup>331</sup> Bülüğe ermiş kızların kendi başlarına, velilerinin iznini ya da icazetini almadan evlenebilecekleri şeklindeki Hanefi Mezhebinin hâkim görüşü<sup>332</sup> Kanunî zamanına kadar yürürlükte kalmıştır. 951/1544 yılında bu görüş terk edilerek, İmam Muhammedin'in görüşü kabul edilmiştir. Buna göre, kadılar velinin izni olmadan nikâh kıymaktan men edilmişlerdir.<sup>333</sup> Veli izni alınmadan kıyılan nikâhlar bir kısım sosyal sıkıntılar doğmasına sebebiyet vermiş olmalı ki böyle bir değişikliğe gidilmiştir.<sup>334</sup>

<sup>331</sup> "Sene ihda ve hamsin ve tis'amie tarihinde kuzat mutlaka izn-i velisiz nikâh itmeyüp, ihtiyatla amel ile memurlardır. Bilad-ı selasede mahkemelerde suret-i emr-i şerif mesturdur." SK. Lala İsmail, 706, v. 261a-b; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. 4, s. 38-39; Horster, s. 28.

<sup>332</sup> Merginani, *Hidaye*, Lübnan, c. 1-2, s. 191; Molla Hüsrev, s. 255.

<sup>333</sup> M. Akif Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 69.

<sup>334</sup> Günümüzdeki nikah uygulamalarından bir örnek için bkz. Muharrem Yıldız, *Dünden Bugüne Kafkasya*, İstanbul 2006, s. 260-261.



İmam Muhammed'in görüşünün kabulü ile mümeyyiz ve bâliğa kızların nikâhlarında hem kızın hem de velisinin rızası birlikte aranmış olmaktadır. Nitekim âkil baliğa kızın velisinin kızını evlendirebilmesi için kızın da o mecliste hazır olması şartı aranmaktadır. Her iki tarafın rızasının alınması da evliliğin nefaz şartlarındanadır. Ebussuud Efendi'ye göre kızın hazır bulunmadığı bir mecliste velisi tarafından nikâhlanması halinde bu nikâh kızın rızasına mevkuftur. Çünkü kızın velisi fuzuliden daha aşağı değildir. Fuzulinin akdi bâtil olmadığına göre velinin akdi de bâtil olmayacaktır.<sup>335</sup> Söz konusu irade-i seniyyede ifade edildiğine göre, tam ehliyetli kadının evliliğinde velisinin rızası şart olsa da, bu yetkinin kullanılmasında kadının velisinin fasid bir garazla hareket etmemesi şarttır.<sup>336</sup>

Söz konusu fetvalardan ikincisi nikâh için mahkemeden izin alınmasının şart olması ile ilgilidir.<sup>337</sup> İlgili fetvalardan anlaşıldığına göre, hâkimden izin alınmadan nikâh kıyılmaması emredilmesine rağmen, bu tür nikâhlar kıyılmaktadır.<sup>338</sup> Kadıdan izin almadan nikâh kıyılmasının yasaklanması, Ebussuud Efendi ile başlamış değildir. Yıldırım Bayezid dönemindeki mahkeme harçları arasında yer alan 12 akçelik izinname harcı<sup>339</sup> Osmanlılar'da daha ilk dönemlerden itibaren nikâhlarda kadı izinlerinin arandığını, en azından kadı tarafından kıyılmayan nikâhlarda kadıların kontrolünün bulunduğunu göstermektedir. Bununla birlikte Ebussuud Efendi döneminden itibaren bu konu üzerinde daha dikkatli şekilde durulduğu anlaşılmaktadır.<sup>340</sup>

Bâtılı seyyahlar da nikâhların kadı izni ile hocalar tarafından kıyıldığını söylemektedirler. Buna göre kadı huzurunda mehir belirlenmekte, kadıdan alınan izin belgesi ile birlikte imama gidilerek nikâh kıydırılmaktadır.<sup>341</sup> Söz konusu her iki fetvanın verilme sebebi de bu tür nikâhlarda tarafların ve özellikle kadın tarafının mağdur olmasının

<sup>335</sup> İbni Abidin, c. 5, s. 293.

<sup>336</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 42a.

<sup>337</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. 4, s. 39; Horster, s. 29.

<sup>338</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 42a.

<sup>339</sup> Ahmet Lütfi, *Osmanlı Adalet Düzeni (Mirat-ı Adalet)*, İstanbul 1997, s. 29.

<sup>340</sup> Aydın, *Aile Hukuku*, s. 92.

<sup>341</sup> Hans Demschwam, *İstanbul ve Anadolu'ya Seyahat Günlüğü*, çev. Yaşar Önen, İstanbul 1992, s. 182.

önlenmesidir. Çünkü yeni bülüğa ermiş bir kız, her ne kadar evlenme ehliyetine sahip olsa da kendisi için en doğru kimseyle evlenecek hayat tecrübesine sahip değildir. Bu sebeple tecrübe sahibi olan babası, dedesi gibi velilerinin uygun gördüğü kimseyle evlenmesi daha uygundur. Nikâhlarda kadı izninin aranmasında da benzer sakıncalar sebebiyle zaruret bulunmaktadır.

### **Evliliğin Sonuçları**

Evlilikte mal ayrılığı rejimi geçerlidir. Kadın ve erkek kendi malları üzerinde tasarrufta bulunmaya devam eder. Erkek evlilik birliğini bahane ederek kadının mallarını elinden alamaz. Kadın ve çocukların nafakasını temin etmek erkeğin borcudur. Kadının nafakayı temin etme borcu yoktur. Evlilik kadının ehliyetini sınırlamaz. Kadın kendi malları üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunmaya devam eder.

### **Mehir**

Mehir, evlilik sırasında erkeğin kadına vermek zorunda olduğu bir miktar para veya maldır. Mehir kadın için ekonomik bir güvencedir. Kocanın istediği zaman karısını boşamaması, boşadığı takdirde ise kadının mehirin kalan kısmını alarak bir tür tazminat kazanması için mehir öngörülmüştür. Mehirin en azı 10 dirhem gümüştür. On dirhem gümüş 5 gram altına tekabül eder.

Mehir, belirlenmesi açısından ikiye ayrılır. Birincisi, mehr-i müsemma, tarafların belirlediği mehirdir. İkincisi, mehr-i misil ise mehirin belirlenmediği veya geçersiz olduğu durumlarda benzer durumda olanlara bakarak tespit edilen mehirdir. Taraflar mehir miktarını belirlememişlerse, nikâhtan sonra da belli bir mehir üzerinde anlaşmışlarsa kadına misil mehir ödenmesi gerekir. Mehir evliliğin şartlarından değil, sonuçlarındandır. Bu açıdan taraflar mehir kararlaştırmamış olsalar da kadına misil mehir ödenmesi gerekir.

Mehir ödenme zamanı bakımından da ikiye ayrılır. Tamamı veya bir kısmı peşin olarak ödenen mehire mehr-i muaccel denir. Tamamı veya bir kısmı sonra ödenecek olan mehire mehr-i müecell denir. Nikâh kıyılınca mehr-i muaccelin ödenmesi vacip olur. Kadın mehr-i muacceli almadan kocası ile birlikte olmak zorunda değildir. Mehr-i müecell ise zıfâf, sahîh halvet yani kadın ve erkeğin birlikte olmaya müsait bir yer-

de baş başa kalmaları veya kadın ve erkeğin ölmesi halinde ödenmesi vacip olur.<sup>342</sup>

Mehir bizzat kadının hakkıdır. Kadının ailesi veya akrabalarına ödenmez. Bu açıdan mehir, başlık parası ve kalından farklıdır. Çünkü başlık parası ve kalın kadının ailesine ödenir. Kadın ölürse mehir kadının mirasçılarına verilir.

### ***Nafaka***

Aile hukuku çerçevesinde aile fertlerinin nafaka borcu bulunmaktadır. Yiyecek, giyecek, mesken gibi ihtiyaçlar nafaka borcunun içerisine girer.

#### *Evlilik Nafakası*

Evliliğin diğer bir sonucu erkeğin nafaka borcudur. Erkek evlendiği kadının yiyecek, giyecek ve mesken ihtiyacını karşılamak zorundadır. Erkek zenginse kadına hizmetçi de tutmalıdır. Nafakayı hak etmesi için mehir-i muaccelini alan kadının kocasının evine taşınması gerekir. Kocasını başka bir memlekete göç ediyorsa, aksi kararlaştırılmamışsa kadın da onunla birlikte gitmelidir. Nafakanın miktarı kocanın mali durumuna göre belirlenir.

Erkek nafaka borcunu yerine getirmedeği takdirde kadın mahkemeye başvurarak nafaka takdir ettirebilir. Erkeğin kasten nafaka borcunu yerine getirmemesi, yolculuğa çıkması veya gaip olması halinde bu durum söz konusu olabilir. Takdir edilen nafakayı erkek ödemediği takdirde hâkim erkeğin mallarının satılarak nafaka borcunu ödemesine karar verebilir. Hâkim gerekirse nafaka borcunu yerine getirmeyen erkeği hapsedebilir. Koca fakir ise hâkim kocanın hapsedilmesine karar veremez. Bunun yerine kocasının yakın akrabasının veya beytülmalın nafaka borcunu ödemesine hükmeder. Erkeğin nafaka borcunu temin etmemesi Hanefi mezhebine göre boşanma sebebi değildir.

#### *Füru Nafakası*

Bülüğe ulaşmamış çocukların nafakası babası tarafından karşılanır. Erkek çocuklarının nafakası bülüğe erene kadar baba üzerindedir. Kız

---

<sup>342</sup> Şeyh Nizam, c. 1, s. 348–349.

çocuklarının nafakası ise evlenene kadar babası üzerindedir. Sakat çocukların nafakası ise iyileşene kadar babası tarafından karşılanır. Babası karşılayamıyorsa zengin olan annesi karşılar. Annesi de karşılayamıyorsa zengin olan dedesi karşılar.

### *Usûl Nafakası*

Zengin olan çocuklar ve torunlar, anne ve babaları ile dede ve ninelere bakmak zorundadır. Buna usûl nafakası denir. Kız ve oğlan çocuklar eşit miktarda nafaka verirler.

### *Akrabalık Nafakası*

Aralarında evlenme yaşağı olacak kadar yakın akraba olan akrabalar arasında karşılıklı nafaka yükümlülüğü vardır. Akrabalık nafakası için nafakaya muhtaç olanın fakir ve kazanmaktan aciz olması, nafaka verenin durumunun müsait olması, aralarında mirasçılık bağının olması, aralarında din birliğinin bulunması, anlaşarak veya mahkeme kararı ile nafaka ödenmesi gerekir. Usûl ve fûru nafakasında son üç şart aranmaz.

### **Neseb**

Çocuğun annesi ile olan nesep bağı doğumdan dolayı açıktır. Babası ile olan nesep bağı ise sahih evlilik, fasid evlilik veya evlilik şüphesi içinde birliktelik ve tanıma şeklinde gerçekleşir.<sup>343</sup>

### *Sahih Evlilik, Fasid Evlilik veya Evlilik Şüphesi ile Birliktelikte Nesebin Sübûtu*

Sahih evlilik içerisinde doğan çocuğun nesebi kocaya bağlanır. Bunun için ilk olarak doğumun nikâh akdinden en az altı ay ve evliliğin sona ermesinden itibaren en çok iki sene içerisinde gerçekleşmiş olması gerekir. İkinci olarak erkeğin çocuk sahibi olabilecek durumda olması ve üçüncü olarak da karı ve kocanın fiilen bir araya gelmelerinin aklen mümkün olması gerekir. Bu şartlar gerçekleşmişse çocuk evlilik içerisinde başka birisinden zina mahsulü olarak da doğsa çocuğun nesebi kocaya bağlıdır. Koca bu çocuğu istemezse lian yoluyla nesebini reddeder. Fasid evlilik ve evlilik şüphesi içinde bir-

<sup>343</sup> Zuhayli, age, c. 10, s. 11-13.

liktelikte nesebin sübütunda da aynı şartlar aranır. Bâtıl evlilikte ise sahih neseb bağı kurulmaz.<sup>344</sup>

### *İkrar (Tanıma)*

Nesebin sabit olması yollarından birisi de ikrar veya tanımadır. Bir kimse bir çocuğun kendi çocuğu olduğunu ikrar ederse çocuğun nesebi kendisinden sabit olur. Ancak bunun için aralarında baba olmaya elverişli bir yaş farkının olması, çocuk mümeyyiz ise bu ikrarı kabul etmesi, çocuğun zina mahsulü olduğunun söylenmemesi gerekir.<sup>345</sup>

### *Beyyine*

Beyyine yani doğruluğu kesin olan delillerle de bir çocuğun nesebi sabit olur. İki adaletli şahidin beyanı ile bir çocuğun nesebi sabit olur.<sup>346</sup>

### **Evliliğin Sona Ermesi**

Evlilik beş yolla sona erer: Ölüm, talak, muhalaa, tefrik ve fesih. Talak fıkıh kitaplarında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Diğer evliliğin sona erme şekilleri de talakla benzer hükümlere tabidir.

### **Ölüm**

Ölüm evliliğin tabii yollarla sona ermesi halidir. Kadının ölümü halinde evlilik derhal son bulur. Erkeğin ölümü halinde ise evlilik ölüm iddeti dolana kadar hükmen devam eder. Mehr-i müeccel kadına veya mirasçılara ödenir. Kadının nafaka alacağı sona erer. Taraflar birbirine mirasçı olur. Erkek hemen, kadın ise ölüm iddeti bittiğinde başkası ile evlenebilir.<sup>347</sup>

### **Talak**

Talak, kocanın tek taraflı irade beyanı ile evliliği sona erdirmesidir. Bunun için kadının rızasına ihtiyaç duymaz. Talak esas itibariyle kocanın hakkıdır. Ancak koca isterse kadına da talak hakkı verebilir. Buna *tefviz-i talak* denir. Genellikle kadınlar evlilik sırasında boşanma hakkı-

---

<sup>344</sup> Zuhayli, age, c. 10, s. 22.

<sup>345</sup> Zuhayli, age, c. 10, s. 22.

<sup>346</sup> Zuhayli, age, c. 10, s. 27.

<sup>347</sup> Ekinci, age, s. 452-453.

nın kendisinde olmasını şart koşmakta, erkek kabul ettiği takdirde talak hakkı kadında da bulunmaktadır. Talak ile evliliğin sona ermesi için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur.

### *Talakın Şartları*

Talak hakkını kullanan erkeğin temyiz kudretine sahip olması ve bülüğa ermiş olması gerekir. Bu sebeple temyiz kudreti olmayan akıl hastasının, çocuğun, bunağın, uyuyanın talakı geçerli değildir. Sarhoşun, ikrah edilenin, kölenin talakı geçerlidir.

Talakın geçerli olabilmesi için kadının evli olması lazımdır. Ric'i veya bain talak iddeti bekleyen ve en fazla iki defa boşanmış olan kadın her zaman boşanabilir. Buna göre evli olmayan kadınlar, evlenme akdi fasid veya batıl olan kadınlar, kesin ayırıcı boşanmayı izleyen iddet içinde bulunan kadınlar ve iddetini tamamlamış olan kadınlar boşanamaz.<sup>348</sup>

### *Talak Sırasında Kullanılan Sözcükler*

Talak sırasında kullanılan sözcükler açık olabileceği gibi kinayeli yani birkaç manaya gelebilen sözcükler de olabilir. “Boş ol” “Seni boşadım” gibi açık sözcükler kullanıldığında talak gerçekleşir. “Babanın evine git”, “Kendine koca ara” gibi birkaç manaya gelebilen kinayeli sözcükler kullanıldığında, bu sözcükler talak niyeti ile kullanılmışsa boşanma gerçekleşir.<sup>349</sup>

### *Talak Şarta Bağlamak*

Talak evlenmeden farklı olarak ta'likî yani geciktirici bir şarta bağlanabilir. Geciktirici bir şarta bağlanan talaka muallâk talak denir. Şartsız talaka münecciz talak, vadeye bağlanan talaka ise muzaf talak denir. Şarta bağlanan talakda şart gerçekleşirse talak vuku bulur. “Falanın evine gidersen boşsun!” denildiğinde koşulan şart gerçekleşirse talak da vuku bulur.

---

<sup>348</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 90.

<sup>349</sup> Ekinci, age, s. 453.

### *Talak Çeşitleri*

Kullanılan sözler ve ortaya çıkan sonuçlar açısından talak ric'i talak ve bain talak olarak ikiye ayrılır. Bu sözler söylenince hemen ayrılma meydana gelecekse bain (ayırıcı) talak, iddet süresi geçtikten sonra ayrılma meydana gelecekse ric'i (dönülebilir) talak söz konusudur.<sup>350</sup>

#### **Ric'i Talak**

Koca zıfaf olduğu karısına talak için kullanılan açık sözlerle boşanma iradesini açıklamışsa ric'i yani dönülebilir talak söz konusu olur. Bu sözleri şaka ile veya şaşırarak söylese yine ric'i talak gerçekleşir. Ric'i talak olması için üçüncü boşama hakkının kullanılmamış olması gerekir. Ric'i talakta evlilik ortadan kalkmaz. Koca 3 aylık talak iddeti içerisinde sözlü olarak veya fiili olarak eşine dönebilir. Koca boşamaktan vazgeçtiğini açık veya kinayeli sözlerle söyleyebileceği gibi karısına cinsi olarak yaklaşma gibi fiili olarak da ifade edebilir. Kocanın karısına dönmesi halinde yeni bir nikâh ve mehir gerekmez.

Ric'i talakta 3 aylık iddet süresi bitene kadar kadın nafakaya hak kazanır, taraflar birbirine mirasçı olur, mehr-i müeccelin ödenmesi gerekmez, sihri hısımlıktan doğan evlenme engelleri devam eder. İddet süresi içinde koca eşine dönmediği takdirde ric'i talak bain talaka dönüşür.

#### **Bain Talak**

Ancak yeni bir nikâh ve mehir ile eşine dönme imkânı veren boşamaya bain talak denir. Bain talak halinde eşler arasındaki ayrılığa beynunet yani ayrılık denir. İki çeşit beynunet vardır. Birincisi bir veya iki bain talak halinde yeni bir nikâhla eşine dönme imkânı veren beynunet-i suğra yani küçük ayrılıktır. İkincisi, üç bain veya ric'i talak sonucu meydana gelen ayrılık olup beynunet-i kübra yani büyük ayrılık denir. Büyük ayrılıkta kocanın karısına dönmesi için yeni bir nikâh yeterli olmaz. Bunun için kadının başka bir erkekle evlenmesi ve bu evliliğin sona ermesi gerekir.

İddet süresi içerisinde koca eşine dönmezse ric'i talak bain talaka dönüşür. Zifaktan önce gerçekleşen talaklar bain talaktır. Muhalaa, lian,

---

<sup>350</sup> Ekinci, age, s. 454.

ilâ ve üçüncü talak hallerinde meydana gelen boşanma bain talaktır. Kinayeli sözler boşanma niyeti ile söylenirse bir bain talak olur. Sarih sözler zifaktan veya sahih halvetten önce söylenirse bir bain talak olur. Zifaktan veya sahih halvetten sonra eşine “üç kere boşsun”, “yıldızlar kadar boşsun” gibi şiddet ve mübalağa ifade eden sözlerle yapılan talak da bain talaktır.

Bain talak halinde evlilik derhal sona erer, eşlerin birbirinden ayrılması gerekir. Boşanan eşe iddet nafakası ve hamile ise doğum nafakası ödenir. Mehr-i müeccelin ödenmesi gerekir. Eşler birbirine mirasçı olmaz.

### ***Muhalaa (Anlaşarak Boşanma)***

Tarafların anlaşarak aralarındaki evliliğe son vermelerine muhalaa veya hul' adı verilir. Muhalaada genellikle erkeğe bir miktar mal veya para ödenir. Kadın mehr-i müeccelden ve iddet nafakasından vazgeçerek veya mehr-i muacceli erkeğe iade ederek kendisi için çekilmez hale gelen evliliği muhalaa yoluyla sona erdirebilir. Muhalaa bir bain talaktır. Muhalaa için kocanın evlenme ehliyetine sahip yani mümeyyiz ve bülüğa ermiş olması yeterlidir. Muhalaa halinde kadının mal varlığında azalma olacağı için tam eda ehliyetine sahip olması yani mümeyyiz, bâliğ ve reşid olması gerekmektedir.<sup>351</sup>

### ***Tefrik (Mahkeme Kararı İle Boşanma)***

Bazı sebeplerin varlığı halinde mahkeme kararıyla evliliğin sona ermesine tefrik denilmektedir. Talak ve muhalaa mahkeme kararına ihtiyaç duymadan evlilik sona erdirilebilirken tefrikte ancak mahkeme kararı ile evliliğe son verilebilmektedir. Aşağıdaki sebeplerin varlığı halinde boşanma talebiyle mahkemeye başvurulabilir:

#### *Kusur ve Hastalık*

Hanefi Mezhebinde mahkeme kararı ile boşanma yolu çok sınırlı tutulmuştur. Hanefi Mezhebinde esas alınan görüşe göre, kadın sadece kocasının cinsi hastalığı sebebiyle mahkemeden boşanma talep edebi-

<sup>351</sup> M. Akif Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1985, s. 42-43; Merginanî, *El-Hidaye*, Daru İhyai't-terasi'l-Arabî, Beyrut, c. 1-2, s.261-264; Zuhaylî, s. 379-401.



lir. İmam Muhammed ise cinsî hastalık, akıl hastalığı, cüzzam ve barası (alaca hastalığı) da mahkeme kararı ile boşanma sebeplerinden saymaktadır.<sup>352</sup> Diğer mezheplerde ise mahkeme kararı ile boşanma sebepleri daha fazladır. İmam Muhammed'in akıl hastalığını kazai boşanma sebebi kabul etmesi, Ebussuud Efendi tarafından padişaha arzedilmiştir.<sup>353</sup> Akıl hastalığının boşanma sebebi sayılması 20. yüzyılın başında tekrar gündeme gelmiştir. 18 Cumadelula 1334/23 Mart 1916 tarihinde çıkarılan bir irade- seniyye ile Ebussuud Efendi'den sonra tekrar İmam Muhammed'in görüşü kabul edilmiştir.<sup>354</sup>

### *Nafakanın Temin Edilmemesi*

Hanefi mezhebinde kocanın nafakayı temin etmemesi boşanma sebebi değildir. Diğer mezheplerde ise kocanın nafakayı temin etmemesi boşanma sebebidir. Osmanlı Devleti'nde Hanefi mezhebinin bu boşanma sebebini kabul etmemesi sebebiyle sıkıntı yaşanmış ve vatandaşlar Şafii naibe giderek boşanma yolunu tercih etmişlerdir. Daha sonraki dönemde 1916 tarihli irade-i seniyye ve 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile nafakanın temin edilmemesi boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir.<sup>355</sup>

### *Gaiblik*

Gaip veya mefkud, uzun süredir kendisinden haber alınamayan, hayatta olup olmadığı bilinmeyen kişidir. Gaip ve mefkud arasında fark vardır. Mefkudun hayatta olup olmadığı bilinmezken, gaibin hayatta olduğu bilinmektedir.<sup>356</sup> Kocanın gaipliği Hanefi mezhebinde ve Şafii mezhebinde boşanma sebebi değildir.<sup>357</sup> Osmanlı Devleti'nde 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde gaiplik boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Buna göre kocası normal şartlarda 4 yıl, savaş halinde 1 yıl geçtiği halde ortaya çıkmayan kadın gaiblik sebebi ile mahkemeye başvurarak boşanabilir.

<sup>352</sup> Merginani, c. 1-2, s. 274; Aydın, *Aile Hukuku*, s. 115 vd.

<sup>353</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. 4, s. 39; Horster P. *Anwendungdes Islamischen Reshts im 16. Jahrhundert*, Stuttgart 1935, s. 30.

<sup>354</sup> Aydın, *Aile Hukuku*, s. 148.

<sup>355</sup> Aydın, *Aile Hukuku*, s. 146-148.

<sup>356</sup> Bilmen, age, c. 7, s. 210.

<sup>357</sup> Aydın, *Aile Hukuku*, s. 147; Zuhayli, age, c. 9, s. 415.

## **Geçimsizlik ve Aile Meclisi**

Kötü muamele ve geçimsizlik Hanefi ve Şafii mezhebinde mahkeme kararı ile boşanma sebebi değildir. Hanbelî ve Maliki mezhebi ise bunları boşanma sebebi kabul eder. 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi Maliki mezhebinin görüşünü tercih etmiştir. Buna göre eşler arasında geçimsizlik sebebiyle mahkemeye başvurulduğunda hâkim eşlerin ailelerinden birer hakem tayin eder. Bu şekilde belirlenen aile meclisi eşlerin arasını düzeltmeye çalışır. Kusur kocada ise hakem eşlerin ayrılmasına karar verir. Kusur kadında ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerinde muhalaaya hükmeder. Hakemler kendi aralarında anlaşamazlarsa hâkim üçüncü bir hakem veya yeni bir hakem tayin eder. Hakemlerin vereceği kararlar kesindir ve itiraz kabul edilmez. Bu şekilde verilen ayrılık kararı bir bain talaktır.<sup>358</sup>

## ***Evliliğin Fesih Yoluyla Sona Ermesi***

Fesih bir mahkeme kararı veya tarafların iradesi olmadan evliliğin kendiliğinden sona ermesidir. Fesih bir bain talaktır. Eşlerden birisinin irtidad etmesi yani İslam dininden çıkması ve bülüğ muhayyerliğinin kullanılması fesih sebeplerinden iki tanesidir.<sup>359</sup>

## **Evliliğin Sona Ermesinin Hükümleri**

### ***İddet***

Talak, fesih, ölüm gibi sebeplerle evliliğin sona ermesi durumunda kadının başka birisi ile evlenmeden beklemesi gereken süreye iddet denir. İddet süresinde evlenmeden beklemenin sebebi, kadının hamile olup olmadığının anlaşılması, vefat eden kocanın hatırasına saygı, ric'i talakta kocanın karısına dönmesi için düşünme fırsatı verilmesidir.<sup>360</sup>

Ölüm ve talak iddeti olmak üzere iki çeşit iddet vardır. Ölüm iddeti, kocası vefat eden kadının 4 ay 10 gün evlenmeden beklemesidir. Kadın hamile ise iddet doğumla sona erer. Ric'i talak iddeti bekleyen kadının kocası vefat ederse ölüm iddeti beklemeye başlar. Talak iddeti

<sup>358</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 100.

<sup>359</sup> Ekinci, age, s. 457.

<sup>360</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 102.

ise boşanmış veya nikâhı feshedilmiş kadının hamile olmaması halinde üç hayız süresi kadar evlenmeden beklemesidir. Talak iddeti bekleyen kadın hamile ise doğumla iddeti sona erer.

Talak iddeti bekleyen kadının nafakası kocasının üzerindedir. Ölüm iddeti bekleyen kadının ise iddet nafakası hakkı yoktur. İddet süresi içerisinde kadın başka birisi ile evlenemez.

### ***Çocukların Bakımı ve Terbiyesi (Hidane)***

Hidane küçük çocukların, akıl hastalarının ve sakatların bakımı ve terbiyesidir. Evlilik devam ettiği sürece çocuğun bakımı ve terbiyesi anne ve baba tarafından müşterek olarak götürülür. Babası olmayan çocuğun bakım ve terbiyesi annesi üzerinde olur. Karı ve koca ayrılmış ise bakım ve terbiye görevi başkası ile evli olmayan annededir. Anne yoksa veya başkası ile evli ise bu görev sırası ile anneanne, babaanne, kızkardeş ve teyzenindir. Çocuk kimde olursa olsun bakım ve terbiye masrafları babası tarafından karşılanır. Oğlan yedi yaşına gelince, kız bülüğa erince babasına verilir. Babası yoksa fâsik olmayan asabesi alır.<sup>361</sup>

---

<sup>361</sup> Ekinci, age, s. 461.

## MİRAS HUKUKU

Miras hukukunun İslam hukukundaki karşılığı feraizdir. Feraiz, farzlar demektir. Miras ile ilgili hükümler Kur'ân-ı Kerim'de ayrıntılı bir şekilde ve herkesin uyması gereken bir farz olarak düzenlendiği için feraiz ismi verilmiştir.

Miras hukuku şer'î miras hukuku ve örfî miras hukuku olarak ikiye ayrılır. Şer'î miras hukuku şahısların mülkiyetinde olan malların ölüm halinde mirasçılara intikalini düzenler. Örfî miras hukuku ise mutasarrıfın ölümü halinde miri arazinin belirli kimselere intikali ile ilgili hükümlerdir. Şer'î miras hukukuna göre mirasçılara mirasın paylaşılmasına şer'î intikal, örfî hukuka göre mirî arazinin belirli kimselere paylaşılmasına ise adi intikal denir.

### I. ŞER'Î MİRAS HUKUKUNUN ÖZELLİKLERİ

1. Terekeden ilk olarak murisin cenaze masrafları karşılanır. İkinci olarak murisin borçları ödenir. Geriye kalan mal varlığı üç parçaya bölünür. Bir parçası ile murisin varsa vasiyetleri yerine getirilir. Bütün bunlardan geriye kalan ise feraiz hükümlerine göre mirasçılara paylaşılır.

2. Şer'î miras hukukunda küllî halefiyet yoktur. Mirasçılar ölenin mirasından ancak tereke miktarı kadar sorumludur. Terekenin karşılamadığı borçlar düşer. Mirasçılar murise saygılarının gereği isterlerse ödeyebilirler. Ayrıca mirasçılarının mirası reddetme hakları ve murisin mirasçılarını mirastan ıskat etme hakkı da yoktur.

3. Mirasta intikal eden murisin mallarıdır, menfaatler ve haklar esas itibari ile intikal etmez. Ancak rehin, alacak, kısas ve diyet hakkı gibi bazı haklar varislere intikal eder. Şu'fa, muhayyerlik gibi haklar intikal etmez.<sup>362</sup>

4. Taraflar isterlerse mirası kendileri aralarında istedikleri gibi taksim edebilirler. Buna *rızai taksim* denir. Rızai taksime göre taraflardan birine fazla hisse verilebilir, isteyenler hisselerinin tamamını veya bir kısmını diğer mirasçılara bırakabilir. Mirasın taksimi için mahkeme müracaat edilirse, mahkemenin yaptığı taksime de *kazâi taksim* adı verilir. Mirasçılar arasında gaib, akıl hastası veya çocuk varsa mutlaka kazai taksim yapılır.<sup>363</sup>

5. Gayrimüslimler miraslarını kendi dinlerine göre taksim ederler. Ancak taraflardan birisi mirasın şer'îye mahkemesinde taksimini isterse, miras şer'î hukuka göre taksim olunur. Mahkemeye müracaat edilmemiş veya varisleri arasında çocuk veya gaib bulunmadıkça mahkeme ne Müslüman ve ne de gayrimüslimin mirasını re'sen taksim edemez.<sup>364</sup>

6. Muris sağlığında veya vasiyet yoluyla varislerini mirasçılıktan ıskat edemez. Ancak kişi sağlığında malvarlığını istediği kişiye, bu arada mirasçılardan birisine de satabilir veya hibe edebilir. Ölümünden sonra diğer mirasçıları bu muameleyi iptal ettiremezler.<sup>365</sup>

7. Şer'î hukukta evlat edinmek ve evlatlığa miras payı yoktur. Yine mirasçılık nasbı ile mansub mirasçı belirlenemez. Ancak vasiyet yoluyla mirasçı olmayan kimseye terekenin üçte birini geçmeyecek şekilde mal veya hisse vasiyet edilebilir. Terekenin üçte birini aşan vasiyetler geçerli değildir. Varislerden birisine yapılan vasiyet, ancak diğer varislerin izni ile yerine getirilebilir.<sup>366</sup>

## II. MİRASIN ŞARTLARI

### **Murisin Ölümü**

Murisin ölümü, gerçek ölüm, hükmen ölüm ve takdiren ölüm olmak üzere üç şekilde olur. Murisin biyolojik olarak hayatının sona er-

---

<sup>362</sup> Ekinci, age, s. 464.

<sup>363</sup> Ekinci, age, s. 464.

<sup>364</sup> Ekinci, age, s. 464.

<sup>365</sup> Ekinci, age, s. 464.

<sup>366</sup> Ekinci, age, s. 465.

mesi gerçek ölümdür. Hükmen ölüm, şartları gerçekleştiğinde gaib ve mürtedin yani dinden dönenin ölümüne hükmedilmesidir. Takdiren ölüm ise anne karnında iken yapılan müessir fiil sonucu düşürülen ceninin hükmen sağ doğduğuna ve sonra öldüğüne karar verilmesidir. Bu takdirde cenin için hem tam diyet hem de mirasçılık hakkı söz konusu olur.<sup>367</sup>

### **Varisin Hayatta Olması**

Mirasa hak kazanabilmesi için varisin gerçekten, hükmen veya takdiren hayatta olması gerekir. Gaib kazanılacak haklar bakımından ölü kabul edilse de bir gün çıkıp gelme ihtimaline binaen miras payı ayrılır. Çıkıp gelirse miras payı kendisine verilir. Ölüm haberi gelir veya ölümüne hükmedilirse kendisi için ayrılan miras payı diğer mirasçılara taksim edilir. Anne karnındaki cenin ise takdiren sağ kabul edilir ve erkek olması ihtimaline karşı çift pay kendisine ayrılır. Sağ ve erkek olarak doğarsa ayrılan pay kendisine verilir. Sağ ve kız olarak doğarsa yarım hisse kendisine verilir, kalanı diğer mirasçılara paylaşılır. Ölü olarak doğarsa kendi payının tamamı diğer mirasçılara taksim edilir.<sup>368</sup>

### **Miras Engelinin Bulunmaması**

Mirasa hak kazanabilmek için aşağıdaki miras engellerinin bulunmaması gerekir.

#### ***Kölelik***

Köle hukuken hak iktisabına ve borç altına girmeye ehliyetli olmadığı için mirasçı olamaz.

#### ***Murisi Öldürme***

Mirasçısını öldüren kimse mirasa hak kazanamaz. Hanefi mezhebine göre tesebbüben öldürme dışındaki bütün katiller mirasçılığa engeldir. Ancak meşru müdafaa, bir hakkın ifası için öldürme ve ceza ehliyeti olmayanların öldürmeleri miras engeli değildir.

---

<sup>367</sup> Zuhaylî, age, c. 10, s. 325-326; Karaman, Mukayesele İslam Hukuku, c. 1, s. 367-368.

<sup>368</sup> Zuhaylî, age, c. 10, s. 325-326; Karaman, Mukayesele İslam Hukuku, c. 1, s. 367-368.

### **Din Farklılığı**

Müslüman gayrimüslime, gayrimüslim de Müslümana mirasçı olamaz. Mürtede mirasçı olunur, fakat bir mürted, Müslüman bir kimseye mirasçı olamaz. Mürtedin irtidadından önce kazandıkları varislerine, irtidadından sonra kazandıkları beytülmalâ kalır.

### **Ülke Farklılığı**

Darülharpte yaşayan bir gayrimüslim darülislamda yaşayan bir gayrimüslime mirasçı olamaz. Aynı şekilde darülislamda yaşayan bir gayrimüslim darülharpte yaşayan bir gayrimüslime mirasçı olamaz. Ancak darülharpte de darülislamda da yaşasa Müslümanlar birbirlerine mirasçı olabilir. Bu sebeple Osmanlı tebası bir Müslüman, Rusya tebası bir Müslümana mirasçı olur.

## **III. TEREKENİN TAKSİMİ**

### **Mirasçılar- Eshab-ı Feraiz**

Mahfuz hisseli mirasçı da denilebilecek olan eshab-ı feraiz 12 kişilik gruptur. Mirastan önce bunlara payları verilir.

#### **Baba**

- 1- Ölenin çocuğu veya oğlunun çocuğu varsa baba 1/6 alır.
- 2- Ölenin kızı veya oğlunun kızı varsa baba eshab-ı feraiz olarak 1/6 payını ve asabe olarak kalanı alır.
- 3- Ölenin çocuğu veya oğlunun çocuğu yoksa baba asabe olarak mirasın geriye kalanını alır.

#### **Dede (Cedd-i sahih)**

- 1- Ölenin çocuğu veya oğlunun çocuğu varsa dede 1/6 alır.
- 2- Ölenin kızı veya oğlunun kızı varsa dede eshab-ı feraiz olarak 1/6 payını ve asabe olarak kalanı alır.
- 3- Ölenin çocuğu veya oğlunun çocuğu yoksa dede asabe olarak mirasın geriye kalanını alır.
- 4- Ölenin babası varsa dede mirasçı olamaz.

### **Anne bir kardeş**

- 1- Anne bir kız kardeş veya erkek kardeş bir tane ise  $1/6$  alır.
- 2- Anne bir kardeş birden fazla  $1/3$ 'ü aralarında paylaşırlar. Kız ve erkek kardeşler eşit pay alır.
- 3- Ölenin çocuğu, oğlunun çocuğu, babası ve dedesi varsa anne bir kardeş pay alamaz.

### **Koca**

- 1- Ölenin çocuğu veya oğlunun çocuğu yoksa  $1/2$  alır.
- 2- Ölenin çocuğu veya oğlunun çocuğu varsa  $1/4$  alır.

### **Karı**

- 1- Ölenin çocuğu veya oğlunun çocuğu yoksa  $1/4$  alır.
- 2- Ölenin çocuğu veya oğlunun çocuğu varsa  $1/8$  alır. Ölenin birden fazla karısı varsa bir payı eşit olarak paylaşırlar.

### **Kız**

- 1- Ölenin oğlu yoksa kız  $1/2$  alır.
- 2- Ölenin oğlu yoksa ve kız birden fazla ise  $2/3$  aralarında eşit olarak paylaşırlar.
- 3- Ölenin oğlu varsa kız ve oğlanlar asabe olur ve terekenin kalanını ikili birli paylaşırlar. Yani erkek iki, kız bir pay alır.

### **Oğlun kızı**

- 1- Ölenin oğlu, kızı ve oğlunun oğlu yok ise terekenin  $1/2$ 'sini alır.
- 2- Ölenin oğlu, kızı ve oğlunun oğlu yok ve oğlun kızı birden fazla ise  $2/3$ 'ü aralarında eşit olarak paylaşırlar.
- 3- Ölenin bir kızı varsa terekenin  $1/6$ 'sını alır.
- 4- Ölenin bir kızı varsa ve oğlun birden fazla ise  $1/6$ 'yı eşit olarak paylaşırlar.
- 5- Ölenin kızı birden fazla ise oğlun kızı mirasçı olamaz.
- 6- Oğlun kızı kendi erkek kardeşi ile birlikte olursa asabe olur ve



kızlardan arta kalanı erkek kardeşi ile ikili paylaşırlar. Ölenin oğlu varsa önceden ölmüş oğlunun çocukları mirasçı olamaz.

### **Anne Baba Bir Kız Kardeş**

1- Ölenin oğlu, kızı, oğlunun oğlu, oğlunun kızı, erkek kardeşi, babası olmadığı zaman terekenin  $1/2$ 'sini alır.

2- Ölenin oğlu, kızı, oğlunun oğlu, oğlunun kızı, erkek kardeşi, babası olmadığı zaman anne baba bir kız kardeş birden fazla ise  $2/3$  alırlar.

3- Ölenin oğlu, oğlunun oğlu ve babası olmadığı zaman kendi erkek kardeşi ile birlikte iseler asabe olur terekenin kalanını ikili birli paylaşırlar.

4- Ölenin kızı ve oğlunun kızı varsa asabe olur terekenin kalanını alırlar.

5- Ölenin oğlu, oğlunun oğlu, baba ve dedesi varsa mirastan pay alamazlar.

### **Baba Bir Kız Kardeş**

1- Ölenin çocuğu, oğlunun çocuğu, anne-baba bir kız kardeşi, anne-baba bir erkek kardeşi, baba bir erkek kardeşi veya babası olmadığı zaman  $1/2$  alırlar.

2- Ölenin çocuğu, oğlunun çocuğu, anne-baba bir kız kardeşi, anne-baba bir erkek kardeşi, baba bir erkek kardeşi veya babası olmadığı zaman baba bir kız kardeş birden fazla ise  $2/3$  alırlar.

3- Baba bir kız kardeşler, bir tane anne-baba bir kız kardeş ile beraber iseler  $1/6$  alırlar.

4- Anne-baba bir kız kardeşler birden fazla ise baba bir kız kardeşler mirastan pay alamaz.

5- Ölenin oğlu, oğlunun oğlu, babası, anne-baba bir erkek kardeşi olmayıp, birden fazla anne-baba bir kız kardeşi varsa, baba bir kızkardeş de baba bir erkek kardeşleri ile beraber iseler, asabe olup erkek kardeşleri ile ikili birli hisse alırlar.

6- Ölenin kızı, oğlunun kızı ile birlikte olurlarsa asabe olurlar.

7- Ölenin oğlu, oğlunun oğlu, babası, dedesi, anne-baba bir erkek kardeşi bulunduğu zaman mirasçı olamaz. Yani anne-baba bir erkek kardeş, baba bir kardeşleri mirastan düşürür, fakat anne bir kardeşleri düşürmez.

### **Anne**

1- Ölenin çocuğu, oğlunun çocuğu veya birden fazla kardeşi ile birlikte olduğunda terekenin  $1/6$ 'sını alır.

2- Ölenin çocuğu, oğlunun çocuğu veya birden fazla kardeşi yoksa terekenin  $1/3$ 'ünü alır.

3- Ölenin babası, kocası veya karısı varsa koca veya karıdan ve badan kalanın  $1/3$ 'ünü alır. Kalanı baba asabe olarak alır. Baba yerine sahih dede varsa anne bütün malın  $1/3$ 'ünü alır.

### **Nine (Cedde-i Sahiha)**

1-Babanı annesi nine veya annenin annesi nine  $1/6$  alır. İkisi beraber iseler  $1/6$ 'yı aralarında paylaşırlar. Sahih nine (cedde-i sahiha) ölenin anneannesi, babaannesi, babasının babaannesi gibi nineleridir.

2-Bütün nineler anne ile beraber olduklarında mirasçı olamazlar. Baba tarafından nineler ise baba ile ve baba tarafından ilk büyükanne hariç olmak üzere dede ile de mirasçı olamazlar. Anne tarafından nineler, baba ve dede ile mirasçı olabilirler. Nineler ölenin oğlu ve annesi olmadığı zaman  $1/6$  alır.

### **Asabe**

Asabe, murisin erkek vasıtasıyla kendisine bağlanan akrabalarıdır. Eshab-ı feraiz paylarını aldıktan sonra terekenin geriye kalanı ve yalnız bulduklarında terekenin tamamı asabeden mirasçılara düşer. Nesep yönünden asabeler üç kısımdır:

#### *Bizzat Asabe Olanlar (Asabe bi nefsihi)*

Bizzat asabe olan mirasçılar, asabe olmak için başkasına muhtaç olmayan ve muris ile arasında kadın bulunmayan erkek akrabalarıdır. Bizzat asabe olanlar dört gruptur. Bu gruplardan önce gelenler sonraki gurubu mirastan mahrum bırakır. Bunlar yalnız olduklarında terekenin tamamını, eshab-ı feraiz bulunduğu ise terekenin kalanını alırlar.

**Birinci Grup:** Murisin fûru yani oğlu, oğlunun oğlu ...

**İkinci Grup:** Murisin fûruu bulunmadığı takdirde usûlü yani babası, babasının babası...

**Üçüncü Grup:** Murisin usûlü de bulunmadığında babanın fûruu yani murisin anne baba bir erkek kardeşleri, bunların oğulları ... ve baba bir kardeşleri.

**Dördüncü Grup:** Murisin babasının fûruu da yoksa dedesinin fûruu yani murisin amcaları, amcalarının oğulları ...

Aynı gruptan olan mirasçılar içinde, murise daha yakın derecede olanlar, uzak olan akrabalara tercih edilir. Mesela, murisin oğlu, babası, dedesi, oğlunun oğlu beraber olduklarında oğlu tercih edilir, diğerleri mirasçı olamaz.

İki taraftan hısımlığı bulunan mirasçı, tek taraftan hısımlık olanlara tercih edilir. Buna *kuvvet-i karabet* yani hısımlık kuvveti denir. Mesela, anne-baba bir kardeşler varken, baba bir kardeşler asabe olarak mirasçı olamazlar.

*Başkalarından Dolayı Asabe Olanlar (Asabe bigayrihi)*

Bunlar başkaları sebebiyle asabe olan kadınlardır. Kız, oğlun kızı, anne-baba bir ve baba bir kız kardeşler. Bu kadınlar yalnız bulduklarında eshab-ı feraiz olarak terekenin 1/2 veya 2/3'ünü alan, erkek kardeşleri ile birlikte bulduklarında ise onlarla birlikte asabe olan kadınlardır. Kızlar murisin oğlu ile, oğlun kızları kendi derecelerindeki oğlun oğlu ile, anne-baba bir kız kardeşler ve baba bir kız kardeşler ise kendi erkek kardeşleri ile birlikte asabe olurlar ve terekenin kalanını kendi aralarında ikili birli paylaşır. Yalnız kaldıklarında eshab-ı feraizden olmayan ve erkek kardeşi de asabe sıfatına sahip olmayan kadınlar, asabe bigayrihi olamazlar.<sup>369</sup>

*Başka Bir Kadından Dolayı Asabe Olanlar (Asabe maa gayrihi)*

Bunlar başka bir kadın sebebi ile asabe olan kadınlardır. Kendilerini asabe yapan kadın ise asabe değildir. Asabe maa gayrihi olan kadınlar iki sınıftır: Anne baba bir kız kardeşler ve baba bir kız kardeşler. Bunları asabe yapanlar ise murisin kızları ve oğlunun kızlarıdır.<sup>370</sup>

<sup>369</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 132.

<sup>370</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 133.

## **Zevi'l-Erham**

Eshab-ı feraizden ve asabeden kimse bulunmuyorsa zevi'l-erham denilen mirasçılar mirasa hak kazanır. Zevi'l-erham, eshab-ı feraiz ve asabe dışında, murisle kadın tarafından akraba bulunanlardır. Zevi'l-erham dört sınıftır:

*Birinci sınıf:* Murisin asabe ve farz sahibi olmayan füruu yani kızlarının çocukları, kızlarının çocuklarının çocukları... ile oğlunun kızlarının çocuklarıdır.

*İkinci sınıf:* Murisin asabe ve eshab-ı feraizden olmayan usulüdür. Yani mirastan sakıt olan fasid dede ve ninelerdir.

*Üçüncü sınıf:* Murisin asabe ve eshab-ı feraizden olmayan anne-babasının füruu yani murisin kız kardeşlerinin çocukları, erkek kardeşlerinin kızları ve ana bir erkek kardeşlerinin oğullarıdır.

*Dördüncü sınıf:* Murisin büyük baba ve anasının füru'u yani asabe ve eshab-ı feraizden olmayan halalar, anne bir amcalar, dayılar, teyzeler, dayı ve teyze çocukları, anne baba bir veya baba bir amcaların çocukları ve bütün bu sayılanların çocukları, çocuklarının çocukları... dir.<sup>371</sup>

Zevi'l-erhamdan bir kişi bulunur ve başka hiç mirasçı bulunmazsa, mirasın hepsini bu alır. Zevi'l-erhamın sınıflarından birinde bulunanlardan bir kişi varsa, bundan sonraki sınıfta bulunanlar ölene daha yakın olsalar da mirasçı olamazlar. Bir sınıfta birkaç kişi varsa, bunlardan ölene daha yakın derecede olan daha uzak derecede olanları mirastan mahrum eder. Mesela, kız kardeşin çocuğu varsa, kız kardeşin torunu mirasçı olamaz. Ölene iki yönden yakın olan bir yönden yakın olanı mirastan mahrum eder. Mesela, anne baba bir olan dayı varsa, sadece baba bir dayı mirasçı olamaz. Bunlar da eşit ise ölene mirasçı ile bağlanan varis olur. Mesela, oğul kızının kızı bulunursa, kız kızının oğlu mirasçı olamaz. Çünkü birincisi, eshab-ı feraizin çocuğudur.

## **Mirastan Mahrumiyet (Hacb)**

Bazı durumlarda bir mirasçının bulunması başka mirasçıları kısmen veya tamamen mirastan mahrum bırakır. Buna *hacb* denir. Mesela, ba-

<sup>371</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 135-136.

banın bulunması kardeşleri mirastan tamamen mahrum bırakırken, çocukların varlığı kocanın payını 1/4'ten 1/8'e düşürür.

### **Karşılıklı Rıza ile Terekeden Çıkma (Sulh ve Teharüc)**

Mirasçıların anlaşarak bir veya daha mirasçıyı terekeden çıkarmalarına *sulh* ve *teharüc* adı verilmektedir. Terekeden çıkan mirasçı ya bir karşılık almadan çıkar veya bir bedel karşılığında çıkar. Bir karşılık almadan çıktığı takdirde tereke çıkan mirasçı varmış gibi paylaşılır, sonra umumi paydadan çıkanın payı düşürülür. Bu durumda diğer mirasçılarının paylarının toplamı payda kabul edilerek tereke taksim edilir.

Belirli bir bedel karşılığında çıkma üzerinde anlaşılmışsa çıkana söz konusu bedel verildikten sonra geriye kalan diğer mirasçılar arasında paylaşılır.

### **Reddiye ve Avliye**

Miras eshab-ı feraiz arasında dağıtıldıktan sonra artarsa, asabe de yoksa eshab-ı feraize paylarına göre tekrar dağıtılır. Ancak bu dağıtımda karı ve kocaya pay verilmez. Buna *reddiye* denir.

Avliye ise reddiyenin zıddıdır. Tereke eshab-ı feraize dağıtıldığında onların paylarını karşılamazsa, mirasçılarının payları azaltılır. Buna *avliye* denir.

### **Münâsaha**

Terekenin taksiminden önce mirasçılardan ölenler olursa onların paylarının kendi mirasçılarına intikaline *münasaha* denir.

## **IV. VASİYET**

Vasiyet bir kimsenin malının bir kısmını ölümünden sonra belirli kişi ve cihetlere temlik etmesidir. Vasiyet tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirilir. İstenirse yazılı olarak da yapılabilir.

### **Vasiyetin Şartları**

#### **Vasiyetin Sıhhat Şartları**

Vasiyet edenin tam eda ehliyetine sahip olması, yani mümeyyiz, büyüğe ermiş ve reşid olması gerekir. Bu sebeple mümeyyiz de olsa çocuk-

ların, akıl hastalarının, kölelerin ve ikraha maruz kalanların vasiyetleri geçerli değildir. Sefihlerin ise sadece hayır işlerine ve fakirlere yaptıkları vasiyetler geçerlidir. Zimmîye vasiyet yapılabilir. Vasiyet icap ile tamam olur, kabule ihtiyaç yoktur.

### **Vasiyetin Şekil Şartları**

Vasiyetin yazılı olarak yapılması şart değildir, sözlü irade beyanı ile yapılması yeterlidir. Ancak ispat için sözlü irade beyanına iki kişinin şahitlik etmesi gerekir ya da yazılı vasiyet belgesinin doğruluğuna iki kişi şahitlik etmelidir. Osmanlı Devleti'nde ispat kolaylığı için vasiyetlerin mahkemelere kayıt ettirildiği görülmektedir. Bunlara vasiyet hücceti denilir.

### **Vasiyetin Nefaz Şartları**

Vasiyetin uygulanabilmesi için terekenin üçte birini aşmaması ve mirasçılara yapılmamış olması gerekir. Terekenin üçte birini aşan veya mirasçılara yapılan vasiyetin uygulanabilmesi için borçluların ve mirasçılarının rızası aranır. Borçlular ve mirasçılar rıza göstermezse vasiyetin üçte biri aşan kısmı ve mirasçılara yapılanın tamamı gayri nafizdir, yerine getirilemez.<sup>372</sup>

### **Vasiyetin Uygulanması**

Vasiyet eden kimse vasiyetin uygulanması için bir vasî tayin eder. Tayin edilen vasi, terekenin üçte biri üzerinden vasiyetleri yerine getirmekle görevlidir. Vasi tayin edilmemişse mirasçılarının kendileri vasiyeti yerine getirebilir veya hâkim tarafından bir vasi tayin edilir. Vasinin güvenilir ve görevini yapmaya muktedir olması gerekir.

---

<sup>372</sup> Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, c. 1, s. 382.



## ONUNCU BÖLÜM

# EŞYA HUKUKU

### I. EŞYA VE MAL KAVRAMI

Eşya hukukunun konusu eşya, şey kelimesinin çoğuludur. Maddi ve manevi varlıklar eşya olarak adlandırılmaktadır. İslam hukukunda eşya kavramı yerine ayn, deyn ve menfaat kavramları kullanılmaktadır. Ayn, ev, at, araba, sandalye gibi belirli ve müşahhas şeylerdir. Deyn kişinin zimmetinde sabit olan şeydir. Menfaat ise ayndan hâsıl olan semeredir.

Mal ise kişinin ihtiyacı olan ve gerektiğinde saklanabilen şeydir. Ekonomik değeri ve fiziki varlığı mal kavramının iki unsurudur. Hanefi mezhebine göre fiziki varlığı olmayan hak ve menfaatler mal sayılmamaktadır. Bunun sonucu olarak hak ve menfaatler hukuki işlemlere konu olamamakta ve tazmin borcu doğurmamaktadır. Hanefilere göre menfaatlerin mal sayılmamasının üç istisnası vardır: vakıf malı, yetim malı ve muaddün li'l-istiğlal yani kiralanmak üzere hazırlanan mallar. Diğer mezhepler ise menfaatleri de mal sayarlar. Hanefi mezhebinin görüşü Usûl-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nda 1914 yılında yapılan tadilatla değiştirilmiş ve diğer mezheplerin görüşüne uyularak menfaatler mal kabul edilmiştir. Benzer şekilde Mecelle de menfaatleri mal kabul etmezken 1340/1924 yılındaki değişiklikte diğer mezheplerin görüşüne uymuştur.<sup>373</sup>

---

<sup>373</sup> Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986, s. 464-465.



## II. MAL ÇEŞİTLERİ

### **Mütekavvim Mal - Gayrimütekavvim Mal**

Mütekavvim mal, hukuka göre mal sayılan ve koruma altında olan maldır. Gayrimütekavvim mal ise hukuken mal sayılmaz ve hukukî olarak korunmaz. Bir malın mütekavvim mal olabilmesi için mübah olması yani dinin kullanılmasına izin vermesi, ihraz edilmiş olması yani elde edilmiş olması ve ekonomik değere sahip olması gerekir. Buna göre tutulmamış balık ve avlanmamış av hayvanı, elde edilmiş olmadığından mütekavvim mal sayılmaz. Domuz ve şarap, dine göre kullanılmasına izin verilmediği için Müslümanlar açısından mütekavvim mal değildir. Ancak kendi dinlerine göre kullanmaları mübah olduğu için domuz ve şarap gayrimüslimler açısından mütekavvim maldır. Buğday tanesi de ekonomik değeri olmadığı için mütekavvim mal değildir.<sup>374</sup>

Mütekavvim mal hukuken mal sayılır ve haksız fiil halinde tazmin edilir. Gayrimütekavvim mal ise hukuken mal sayılmadığı için hukuki işlemlere konu olmaz ve haksız fiil halinde tazmini gerekmez.

### **Misli Mal-Kıyemî Mal**

Misli mal, çarşı ve pazarda aynı özelliklerde benzeri bulunan maldır. Yumurta, ceviz, para gibi mallar misli mallardır. Kıyemi ya da gayri misli mallar ise aynı özelliklerde benzerinin bulunması mümkün olmayan mallardır. Yazma kitap, hayvan, dükkân gibi mallar kıyemidir. Misli mallar zayi edildiğinde misli ile yani benzeri ile tazmin edilir. Kıyemi mallar zayi edildiğinde ise kıyemeti ile tazmin edilir. Misli mallarda takas yapılabilir, kıyemi mallarda ise yapılamaz.

### **Menkul Mal-Gayrimenkul Mal**

Bölünerek de olsa başka bir yere taşınabilen mallar menkul mallardır. Bu tanıma göre bina ve ağaçlar bölünerek başka yere taşınabildiği için menkul mal sayılmaktadır. Başka bir yere taşınması mümkün olmayan mallar ise gayrimenkul maldır. Hanefi mezhebine göre akar denilen arazi gayrimenkul mal kabul edilir. Osmanlı Devleti'nin son dönemin-

---

<sup>374</sup> MAA, m. 127.

de bina ve ağaçları gayrimenkul sayan Maliki mezhebi'nin görüşü kabul edilmiştir.<sup>375</sup>

Menkul ve gayrimenkul mal ayrımının doğurduğu farklı hukuki sonuçlar vardır. İrtifak hakları, şufa hakkı ve komşuluk hakları gayrimenkul mallarda söz konusu olur. Bunun yanında malı olduğu halde borcunu ödemeyen kimsenin öncelikle menkul malları satılır, borçlarını ödemeye yeterli olmazsa gayrimenkul malları satılır. Menkul satımında teslimden önce alıcı mal üzerinde tasarrufta bulunamaz. Gayrimenkullerde ise bulunabilir.<sup>376</sup>

### III. MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet, insanın bir şeye malik olma, onu istediği gibi kullanma ve başkalarının müdahalesine engel olma hakkıdır. Mülkiyet hakkına sahip olan kimse mâliktir. Mâlik, malı üzerinde istediği tasarrufta bulunabilir, semerelerinden faydalanır ve başkalarının müdahalesine izin vermez. Ehliyetsizlik mülkiyet hakkının özüne zarar vermez, sadece kullanım hakkını sınırlar.<sup>377</sup>

Bir malın mütemmim cüzü, teferruatı ve semereleri de mülkiyetin içerisinde sayılır. Bunlara İslam hukukunda zevaid adı verilir. Yukarıda ifade edildiği gibi Osmanlı Devleti'nin son döneminde yapılan düzenlemelerle fiziki varlığı olmayan hak ve menfaatler de mal sayılmış ve mülkiyet hakkı içerisine alınmıştır.

#### **Mülkiyetin Çeşitleri**

#### ***Ayn Mülkiyeti-Menfaat Mülkiyeti-Deyn Mülkiyeti***

Ayn mülkiyeti bir malın bizzat kendisine mâlik olmaktır. Buna rakabe mülkiyeti de denir. Menfaat mülkiyeti ise bir malın menfaatlerini kullanma hakkına sahip olmaktır. Deyn mülkiyeti ise para ve misli eşya alacağı hakkına sahip olmaktır. Bir malın ayn mülkiyeti ile menfaat mülkiyeti ayrı şahıslarda olabilir. Yani mülk bir malın menfaatleri kira, ariyet, vakıf ve menfaat vasiyeti yoluyla başkasına devredilebilir. Mesela, bir evin mülkiyeti mâlikte, kiralandığı takdirde menfaat mülkiyeti ise kiracıda olur.

<sup>375</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 244.

<sup>376</sup> Ekinci, age, s. 476.

<sup>377</sup> MAA, m. 125.

Ayn mülkiyeti devamlıdır, menfaat mülkiyeti ise sürelidir. Ayn ve deyn mülkiyeti miras yoluyla intikal eder, menfaat mülkiyeti ise miras yoluyla intikal etmez. Buna göre kira, ariyet gibi akitler iki taraftan birisinin ölümü ile sona erer, mirasçılara intikal etmez. Diğer mezhepler ise menfaati mal kabul ettikleri için, menfaatlerin miras yoluyla intikal edeceği görüşündedir. Osmanlı Devleti'nde uygulanan miri arazi sisteminde arazinin mülkiyeti devlette, menfaatleri yani kullanım hakkı ise vatandaşta idi. Vatandaş miri araziye kira veya ariyet yoluyla ekip biçmekte ve devlete kirasını vermektedir. Miri arazinin kirasını devlet adına sipahi toplamakta ve bu kiralarla belli sayıda asker beslemektedir. Miri araziye kiracı olarak kullanan vatandaş öldüğünde, kullanım hakkı mirasçılardan belirli kimselelere intikal etmektedir. Hanefi mezhebine göre menfaatlerin mirasçılara intikali caiz olmadığı için, devlet miri arazi sisteminde Şafii ve Hanbelî mezhebinin görüşünü tercih etmişti.<sup>378</sup>

### ***Tam Mülkiyet-Eksik Mülkiyet***

Bir malın mülkiyet hakkına hem de kullanma ve yararlanma hakkına sahip olmak tam mülkiyettir. Bu haklardan birisine sahip olup diğerine olmamak ise eksik mülkiyettir. Bir malın kira, ariyet, vakıf gibi yollarla kullanım hakkının devredilmesi halinde bütün taraflar eksik mülkiyet hakkına sahiptir.

### ***Müstakil Mülkiyet-Müşterek Mülkiyet***

Bir mal tek bir kişinin malik olmasına müstakil mülkiyet, birden fazla kişinin malik olmasına ise müşterek mülkiyet denir. Müşterek mülkiyete mülk şirketi adı verilmektedir. Mülk şirketi de ikiye ayrılmaktadır. Birincisi ihtiyari mülk şirketi olup ortakların kendi istekleri ile bir malda ortaklık kurmalarıdır. İhtiyari mülk şirketi müşterek mülkiyete benzemektedir. İkincisi ise cebri mülk şirketi olup ortakların iradesi dışında bir mala ortak olmalarıdır. Mirasçılardan terekedeki ortaklığı ve iki malın ayrılamayacak şekilde karışması cebri mülk şirkettir.<sup>379</sup>

<sup>378</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 247.

<sup>379</sup> MAA, m. 138-139.

Müstakil mülkiyete sahip olan kimse malı üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Müşterek malikler ise müşterek mülkiyete konu olan malda ancak diğer ortakların rızası ile tasarruf edebilir.

Müşterek mülkiyetin sona erdirilmesine izale-i şüyu' denir. İzale-i şüyu üç şekilde olur. Birincisi müşterek mal kâbil-i taksim yani bölünebilir bir mal ise ortakların hisselerine göre paylara ayrılır. Buna kismet veya taksim denir. Taksim tarafların isteği ile olabileceği gibi taraflar razı olmazsa mahkeme kararı ile de olabilir. İkincisi, muhayee'dir. Yani bölünemeyen malların ortaklar tarafından münavebeli olarak kullanılmasıdır. Mesela, bölünmesi mümkün olmayan bir tarlayı ortakların birer sene ekip biçmeleri muhayeedir. Üçüncüsü ise ortaklar muhayeye de razı olmazsa müşterek mal satılır ve parası ortaklar arasında hisselerine göre pay edilir.<sup>380</sup>

### **Mülkiyetin Kazanılması (İktisabı)**

#### ***Aslen İktisap***

##### *İhraz*

Sahipsiz bir malın malik olmak kastıyla ele geçirilmesidir. İhrazın iki unsuru, malın sahipsiz olması ve ele geçirenin sahip olma kastıyla hareket etmesidir. İhraz yoluyla karada, havada ve denizdeki sahipsiz malların mülkiyeti elde edilebilir. Sahipsiz ağaçlar, sahipsiz araziler, av hayvanları ihraz yoluyla mülk edinilebilir.<sup>381</sup>

##### *Lukata*

Lukata, sahipsiz maldır. Sahipsiz malı bulan kimse belli şartlarla o mala malik olabilir. Sahipsiz malı bulan kimse, o malı sahibine vermek niyeti ile alır ve buna iki kişiyi şahit tutar. Ayrıca sahipsiz bir mal bulduğunu, sahibi çıkarsa gelip kendisinden alabileceğini etrafa ilan eder. Sahibi çıkana kadar bekler. Sahibi çıkmayacağını veya bozulacak bir malsa bozulacağını anlarsa beytülmal teslim eder. Beytülmal yoksa fakirlere sadaka olarak verir. Kendisi fakirse veya beytülmaldan hakkı olan bir kimse ise kendisi de alabilir. Sahibi ortaya çıkarsa aynen ve nakden sahibine iade eder.<sup>382</sup>

<sup>380</sup> MAA, m. 1173-1174.

<sup>381</sup> MAA, m. 1249-1253; Ali Haydar, age, c. 3, s. 525 vd.

<sup>382</sup> MAA, m. 769-770.

*Define (Rikaz)*

Yer altında bulunan altın, gümüş, para, silah gibi değerli eşyalara define veya rikaz denir. Yer altında bulunan değerli eşyalar hazine (kenz) ve maden olarak ikiye ayrılır. Hazine o beldenin İslamiyet'in hâkimiyetine geçtiği döneme ait ise kenz-i İslamî, önceki döneme ait ise kenz-i cahilî denir. Kenz-i cahilî sayılan hazine sahibi olan bir arazide bulunmuşsa, beşte biri devlete geriye kalanı arazinin ilk sahibine veya mirasçılarına, yoksa beytülmalâ verilir. Sahipsiz bir arazide bulunmuşsa beşte biri devlete, kalanı ise bulana aittir. Hazine kenz-i İslamî ise yani İslamiyet'ten sonraki döneme ait ise lukata hükmündedir.

*Maden Mülkiyeti*

Altın, gümüş, bakır gibi değerli madenler mülk arazide bulunmuş ise beşte biri devlete, kalanı mal sahibine aittir. Sahipsiz veya mevat arazide bulunmuş ise yine beşte biri devletin, kalanı bulanıdır. Miri arazide bulunmuş ise tamamı devletindir.<sup>383</sup>

*Hukuki Tağyir*

Bir şeyi başka bir hale dönüştürmek suretiyle mülkiyeti iktisap etmektir. Başkasına ait bir malı bir sebeple elinde bulunduran kimse, şeklini değiştirirse, o malın maliki olur. Şeklini değiştirdiği malın kıymetini tazminle mükelleftir. Sütten yoğurt, kumaştan elbise, undan ekmek yapmak, hukuki tağyir yoluyla mülkiyeti kazanmaya örnektir.

*Karıştırma ve Birleşme (Halt ve İhtilat)*

İki şeyin birbirinden ayrılması zor ya da imkânsız olacak şekilde karıştırılmasına halt-ı emval denir. Karıştırma ortakların kendi fiilleri veya rızaları ile gerçekleşir. İki buğday çuvalının birbirine karışması *halt-ı emvale* örnektir. Malların kendiliğinden birbirine karışmasına ise *ihtilat-ı emval* denir. Bir arazinin üzerindeki ağaçlarla birlikte başka bir arazinin üstüne kayması veya tavuğun inciyi yutması kendiliğinden karışmaya örneklerdir. Halt ve ihtilat-ı emvalde müşterek mülkiyet söz konusu olur. Aksi hâlde karışan mallardan kıymetli olanın sahibi di-

<sup>383</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 251.

ğer malın bedelini ödeyerek tamamına malik olur. Kasıtlı karıştırma ise gasp sayılır ve arazi sahibi arazinin üzerindeki ağaç ve binaların sökülmesini isteyebilir.

### ***Devren İktisap***

#### *Akitler*

Satım, bağışlama gibi mülkiyeti devreden akitler ile bir malın mülkiyeti devren kazanılabilir. Bağışlama akdi dışındaki mülkiyeti devreden akitler, teslim şartı aranmadan akit yapıldığı anda mülkiyeti nakleder. Bu akitlerin yapılması için tarafların rızası şarttır. Ancak bazı akitler, tarafların rızasına gerek olmadan mülkiyeti nakleder:

1. Cebri icra: Malı olduğu halde borcunu ödemeyen kimsenin malları mahkeme kararı ile satılarak borcu ödenir. Bunun için borçlunun rızası aranmaz. 2. Şu'fa: Bir gayrimenkulün satılması halinde komşu, ortak ve irtifak hakkı sahibinin o gayrimenkülü öncelikle alma hakkına şu'fa denir. Şu'fa hakkı sahiplerinin bu hakkı kullanabilmeleri için gayrimenkul sahibinin rızasına ihtiyaçları yoktur.

3. İstimlâk: Kamu yararı amacıyla gayrimenkullerin kamulaştırılmasında da gayrimenkul sahibinin rızası aranmaz.<sup>384</sup>

#### *Halefiyet*

Halefiyet, bir malın başka bir malın yerine geçmesi suretiyle mülkiyetin kazanılmasıdır:

1. Mirasçılar, murisin mallarına halefiyet yoluyla malik olmaktadır.
2. Haksız fiillerde gasp veya itlaf edilen malın tazmini veya cinayet suçlarında diyet cezası, halefiyet yoluyla iktisap edilmektedir. Yani tazminat ve diyet, karşılık oldukları şeylerin yerine geçmektedir.

#### *Zamanaşımı (Müruruzaman)*

Zamanaşımı, belirli bir zamanın geçmesi sebebiyle bir hakkın kazanılması veya bir hakkın düşmesidir. Zamanaşımı sebebiyle bir hakkın kazanılmasına iktisabî müruruzaman yani kazandırıcı zamanaşımı denir. Belirli bir zamanın geçmesi ile bir hakkın talep edilemeyeşine

---

<sup>384</sup> MAA, m. 1216, 1248.

ise iskatî müruruzaman yani düşürücü zamanaşımı denir. İslam hukuku kazandırıcı zamanaşımını kabul etmemekte, düşürücü zamanaşımını ise kabul etmektedir. Mesela, 36 veya 15 sene, başkası adına tapulu olmayan bir gayrimenkulde, nizasız ve fasılasız malik sıfatı ile tasarrufta bulunan kimse aleyhindeki mülkiyet iddiaları dinlenmez. Yani o kimsenin gayrimenkul üzerindeki hakk-ı kararı sabit olur.

## **Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması**

### **Genel Sınırlandırmalar**

1. Şarap, domuz eti, murdar hayvan Müslümanlar için mülkiyete konu olmaz. Bir insan kendi organlarını, kanını ve vücuduna ait diğer parçaları satamaz, bağışlayamaz. Ancak zaruret olursa organ ve kan nakli yapılabilir.

2. Bazı hallerde kişi malını satmaya ve bir şekilde temlik etmeye zorlanabilir. Bir beldede tek fırın varsa, fırın sahibi ekmek satmaya zorlanabilir.<sup>385</sup>

3. Kamu yararı sebebi ile devlet bazı malların satılması konusunda düzenleme yapabilir. Mesela, narh koyarak bazı malların belirli fiyatlarla satılması ya da karaborsacılık yapanların mallarına el koyularak piyasaya sürülmesi gibi düzenlemeler yapabilir.

4. Kamu yararı amacıyla bazı menkul ve gayrimenkul malların istimplâki yani kamulaştırılması yapılabilir.

### **Şuf'a Hakkı**

Şuf'a hakkı, satılan bir malı, alıcıya satılan bedelle, satın almaktır. Şuf'a hakkı sahibine şefi', şufaya konu olan gayrimenkule meşfu' denir. Üç kişi şuf'a hakkına sahiptir:

1-Satılan mala ortak olan.

2-Komşu gayrimenkulün maliki.

3-Satılan malda irtifak hakkı olan. Menkul mallarda, vakıf ve miri arazide şuf'a hakkı olmaz. Sadaka, hibe, miras hallerinde şuf'a olmaz.<sup>386</sup>

<sup>385</sup> Ekinci, age, s. 483.

<sup>386</sup> Karaman, İslam hukuku, c. 3, s. 96-100; Merginanî, c. 3-4, s. 308-314; Ali Haydar, age, c. 3, s. 130-134.

Şu'fa hakkı ile bir malı satın almak rızai bir akitle değil mahkeme kararı ile gerçekleşir. Şefi' gayrimenkulün satıldığını duyduğunda hemen gayrimenkul malikine şu'fa hakkını kullanmak istediğini bildirir ve buna iki kişiyi şahit tutar. Daha sonra mahkemeye başvurarak şu'fa hakkını kullanma taleb eder. Şefi'in ölmesi ile şu'fa hakkı düşer. Şu'fa hakkı kullanılınca, satış vadeli de olsa bedelin peşin ödenmesi gerekir.<sup>387</sup>

### ***Komşuluk Hukuku (Muamele-i Civariye)***

İnsanların mülklerinde istedikleri gibi tasarrufta bulunabilme haklarına getirilen sınırlamalardan birisi de komşuluktan doğan takyitlerdir. İlk olarak, bir kimse mülkünde tasarruf ederken komşu mülke zarar vermemelidir. Değirmenin suyunun, demircinin körüğünün, boyacının dumanının komşulara verdiği zararlar varsa tazmin ettirilir ve tekrar zarar vermemesi için tedbir alınır. İkinci olarak, intifa ve irtifak hakları sebebiyle doğan kısıtlamalardır. Bir gayrimenkul üzerinde komşu gayrimenkulün geçiş (mecra), su akıtma (mesil) ve üst hakkı gibi irtifak hakları vardır. Bu haklar tek taraflı irade beyanı ile, karşılıklı anlaşma ile veya mahkeme kararı ile kullanılabilir.<sup>388</sup>

## **IV. HAKLAR**

Haklar, bir ayna bağlı olup olmama açısından aynı haklar ve müfred haklar olarak ikiye ayrılır. Aynı haklar bir ayna bağlı haklar olup mülkiyet hakkı, menfaat hakkı ve irtifak hakkı olarak üçe ayrılır. Müfred haklar ise bir ayna bağlı olmayan, şu'fa, şart muhayyerliği gibi haklardır. Müfred haklar başkasının mülkünde sabit olur. Müfred haklar da iki kısımdır. Birincisi mücerret haklar olup bir zararın def'i için sabit olan ve örf-adet haline gelmedikçe devri ve bedel karşılığında verilmesi söz konusu olmayan haklardır. Şu'fa hakkı, şart muhayyerliği hakkı ve vakıf mallardaki istihkak hakkı mücerret haklardandır. İkincisi müekked haklar olup kendi başına sabit olan ve devir, sulh gibi hukuki işlemlere konu olabilen haklardır. İrtifak haklarının çoğu, hapis hakkı ve rehin hakkı bunlardandır.

<sup>387</sup> Ali Haydar, age, c. 3, s. 20-21.

<sup>388</sup> MAA, m. 1197-1212.



## **Sınırlı Ayni Haklar**

### ***İrtifak Hakları***

Bir gayrimenkul üzerinde başka bir gayrimenkul yararına kabul edilen haklardır. İrtifak hakları devamlılık özelliğine sahiptir, ayrı olarak hukuki muamelelere konu olabilir, miras yoluyla intikal edebilir ve sulh yapılabilir. Bu özellikler aynı hakların özelliğine benzediği için irtifak hakları sınırlı ayni hak olarak isimlendirilmiştir.

### *İrtifak Haklarının Kurulması*

1. Taraflar gayrimenkul satımına irtifak haklarını da dâhil edebilirler. Hanefi mezhebine göre irtifak hakları tek başına satılamaz. Diğer mezheplere göre ise tek başına satılabilir. Mecelle başlarda Hanefi mezhebine uygun şekilde irtifak haklarının tek başına satılamayacağını kabul etmişken, 1340/1924 yılında yapılan düzeltmelerle tek başına satılabileceğini kabul etmiştir: “Hakk-ı mürur ve hakk-ı şirb gibi müekked hakların arza tebean bey’i caiz olduğu gibi, münferiden bey’i de caizdir.”<sup>389</sup>

2. Kamuya ait yol, cadde, sokak ve nehirlerden herkesin geçiş hakkı (hakk-ı mürur) vardır.

3. Geçiş hakkı (hakk-ı mürur) gibi bazı irtifak hakları sahipsiz arazinin ihyası yoluyla intikal edebilir.

4. Vasiyet, zamanaşımı, izin (ibaha), komşuluk ve üst hakkı ile de bazı irtifak hakları kazanılabilir.

### *İrtifak Hakkının Çeşitleri*

#### **Kaynak İrtifakı (Hakk-ı Şirb)**

Hakk-ı şirb, ekin ve hayvan sulamak için su almak hakkıdır. Zarar vermemek şartıyla insanların ve hayvanların su içme hakkı vardır. Buna hakk-ı şefe denir. Kimsenin mülkü olmayan ırmak, dere ve çaylarda herkesin hakk-ı şirbi ve hakk-ı şefesi vardır. Özel mülkiyete ait kanal, boru ve arklardan, zarar vermemek şartıyla başkalarının sadece hakk-ı şefesi vardır. Özel mülk olan havuz, kuyu ve çeşme sularından,

---

<sup>389</sup> MAA, m. 216.

başkalarının zarar vermemek şartıyla hakk-ı şefesi vardır. Özel sarnıç, depo ve havuzlarda kimsenin hakk-ı şefesi yoktur.<sup>390</sup>

### Su Akıtma Hakkı (Hakk-ı Mecra ve Hakk-ı Mesil)

Hakk-ı mecra, başkasının evinden veya gayrimenkulünden su geçir-me hakkıdır. Hakk-ı mecrada geçirilen su temizdir. Hakk-ı mesil ise bir gayrimenkulün kirli sularını akıtma hakkına sahip olmaktır. Her iki irtifak hakkında da kıdeme bakılarak karar verilir. Yani öteden beri akıp gelen mecra ve mesil, fahiş bir zarar söz konusu olmadıkça kullanılmaya devam eder. Ancak fahiş zarar varsa su yolu kadim de olsa kaldırılır. Mesela, herkesin geçtiği umumi bir yola akan kirli su, kadim de olsa kaldırılır.<sup>391</sup>

### Geçiş Hakkı (Hakk-ı Mürur)

Başkasının mülkünden geçme hakkına hakk-ı mürur denir. Umumi yollardan geçme de hakk-ı mürur içerisinde sayılır. Umumi yollardan herkesin geçiş hakkı vardır. Belli şahısların özel mülkü olan veya çıkmaz sokak olan yollarda, yalnızca oradaki mülk sahiplerinin geçiş hakkı vardır. Kendi mülküne geçmek için başkasının mülkünden geçmek zorunda olanların da fahiş zarar vermeden geçme hakları vardır.<sup>392</sup>

### Üst Hakkı ve Kat İrtifakı (Hakk-ı Teâli)

Hakk-ı teali, bir arsa veya ev üzerine kat çıkma hakkıdır. Hakk-ı teali sahibinin evin temelinde, alt kat sahibinin de evin çatısında hakkı vardır. Katların yıkılması veya yanması ile üst hakkı ortadan kalkmaz. Bina yıkılınca veya yanınca herkesin kendi katını yaptıрма hakkı vardır. Hakk-ı tealide mülk şirketi ortaklığı söz konusudur. Kat malikleri diğer kat maliklerine zarar verecek tasarruflarda bulunamazlar. Üst hakkı kat ile birlikte satılabilir. Diğer mezheplere göre ise kat olmadan da üst hakkı satılabilir. 1340/1924 tarihli değişikliklerden sonra Mecelle diğer mezheplerin görüşlerini kanunlaştırmıştır: “Hakk-ı tealinin bey’i caizdir”.

<sup>390</sup> Ali Haydar, age, c. 3, s. 22; Ekinci, age, s. 486.

<sup>391</sup> Ekinci, age, s. 486.

<sup>392</sup> Ali Haydar, age, c. 3, s. 499 vd.

## **İntifa Hakkı**

İntifa hakkı, bir malı kullanma ve semerelerinden faydalanma hakkı veren sınırlı ayni haktır. Kira, ariyet, vakıf veya menfaat vasiyeti intifa haklarındandır. İntifa hakkı sahibi, öngörülen süre içerisinde veya ölünceye kadar ya da mal sahibi malını geri alıncaya kadar maldan faydalanmaya devam eder.

## **Fer'i Ayni Haklar (Teminat Hukuku)**

### *Rehin*

Rehin, borca teminat olarak bir malı alacaklıya veya yed-i eminde emanet bırakmaktır. Borç ödenirse mal geri verilir. Borç ödenmezse rehin verilen kimse malı yanında alıkoyar veya satarak alacağını satım bedelinden tahsil eder.<sup>393</sup>

### **Rehnin Şartları**

Rehin tarafların muteber icap ve kabul beyanları ile kurulur. Rehlin bağlayıcılığı için rehin konusu malın rehin alana veya yed-i emine teslimi şarttır. Rehin konusu mal satılabilir bir şey olmalıdır. Yine rehinele teminat alınan hak, mali bir hak olmalı ve zayi olduğunda tazmin edilebilmelidir. Rehin konusu mal menkul veya gayrimenkul olabilir.<sup>394</sup>

### **Rehnin Hükümleri**

Rehin konusu mal alacaklıya ve yed-i emine teslim edildikten sonra, rehlin korunması ile ilgili masraflar rehin alana aittir. Rehlin varlığını sürdürmesi ve ıslahı ile ilgili masraflar ise rehin verene aittir. Rehin süresince rehin konusu mal, alacaklı veya yed-i emin tarafından hapis hakkına konu olur. Hapis hakkı borcun ödenmesi ile sona erer. Alacaklı rehnolunan malı satamaz ve kiraya veremez, ancak borçlunun izni ile kullanabilir ve ariyet verebilir. Saklamama veya kullanma sebebi ile rehin helak olursa, alacaklı rehmin kıymetini tazmin eder. Rehin alacaklıya bir öncelik hakkı verir. Borcun ödenmemesi veya borçlunun ölmesi halinde, alacaklı alacağını öncelikle tahsil etme hakkına sahip-

---

<sup>393</sup> Ali Haydar, age, c. 2, s. 212.

<sup>394</sup> Ali Haydar, age, c. 2, s. 231 vd.

tir. Borcun vadesi geldiği halde ödenmemesi durumunda, alacaklı rehni satıp borcunu tahsil eder.<sup>395</sup>

### Rehin Sona Ermesi

1. Rehnin çözülmesi (fekki rehni): Borcun ifası, borçlunun ibrası veya borcun havale edilmesi hallerinde rehni çözülmüş olur. Buna fekk-i rehni denir.

2. Rehni alan rehni feshedebilir. Ancak rehni elinde tutma hakkı yani hapis hakkı devam eder. Rehni konusu malı bizzat teslim edene, borç ifa edilene veya borçlu ibra edilene kadar rehni konusu malı elinde tutabilir.

3. Rehni konusu malın satılması halinde rehni sona erer. Borcun ödeme zamanı gelince borçlu veya hâkim rehni satarak borcu öder.

4. Borçlunun ölmesi ile rehni sona ermez. Borçlunun mirasçıları rehni satarak borcu öder.

### *Vefaen Satım ve İstiğlalen Satım (Bey' bi'l-vefa-Bey' bi'l-istiğlal)*

Vefaen satım satıcının semeni iade ederek satılan şeyi geri alması şartıyla yapılan satımdır. Satım akdi aslında bağlayıcı bir akittir. Vefaen satım ise bağlayıcı olmayan bir akittir. Satıcı satım bedelini ödeyerek satılan malı geri alabilmektedir. Vefaen satımda müşteri satılan malı kullanabilir, ancak satıcıdan izin almadan başkasına satamaz, rehni veremez. Vefaen satımda şuf'a hakkı yoktur. Vefaen satım, dönülebilir bir akit olması sebebiyle fasit satım sözleşmesine, müşterinin satılan başkasına satamaması, rehni verememesi ve şuf'anın geçerli olmaması yönüyle de rehni sözleşmesine benzer. Vefaen satım rehni ve satım sözleşmesinin karışımından oluşan mürekkep bir sözleşmedir. Rehni alan rehni konusu malı kullanmadığı için ihtiyaç sebebiyle vefaen satım sözleşmesi kabul edilmiştir. Vefaen satımda rehni hükümleri uygulanır.<sup>396</sup> Çünkü akitlerde isimlere değil anlamlara ve tarafların maksatlarına itibar edilir: "Ukudda itibar makasut ve meaniyedir, elfaz ve mebaniyeye değildir"<sup>397</sup>

İstiğlalen satım ise satılan malın satıcıya kiralanması şartıyla yapılan

<sup>395</sup> Ali Haydar, age, c. 2, s. 8-122; Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, c. 3, s. 140-159.

<sup>396</sup> Ali Haydar, age, c. 1, s. 1127-1128.

<sup>397</sup> MAA, m. 3.

bir satımdır. İstiğlalen satım vefaen satım ile kira sözleşmesinin birleşmesinden oluşan mürekkep bir sözleşmedir.<sup>398</sup>

### *Hapis Hakkı*

Hapis hakkı sahibi, alacağını elde edinceye kadar bir malı elinde tutma hakkına sahiptir. Satıcı, semen ödenene kadar satılanı elinde tutabilir. Vekil, vekâlet ücreti ödenene kadar vekâlete konu mal üzerinde hapis hakkına sahiptir. Kiraya veren kira ücreti ödenene kadar kiracının eşyası üzerinde hapis hakkı sahibidir.

## V. ZİLYEDLİK

Zilyedlik, menkul veya gayrimenkul bir malı elinde bulundurmaktır. Menkullerde bilfiil elde bulundurma ile gayrimenkullerde ise mâlik gibi tasarruf etmekle zilyedlik gerçekleşir. Zilyed olmayanlara hariç denir.

Zilyedlik, mülkiyet davalarında tarafların belirlenmesinde ve mülkiyet iddialarının ispatında kullanılır. Mülkiyet davalarında malın zilyedi davalı, mülkiyet iddiasında bulunan ise davacıdır. Zilyedlik, mülkiyet davalarında aksi ispat edilebilen bir mülkiyet karinesidir. Yani mülkiyet davalarında ispat yükü zilyed üzerinde değil mülkiyet iddiasında bulunan kimse üzerindedir.

Mülkiyet iddiasının ispatlanması durumunda zilyedin iyiniyetli veya kötüniyetli olması arasında bir fark yoktur. Yani iyiniyetli zilyedlik mülkiyeti kazandırmaz. Maliki zannederek sahibi olmayan bir kimse-den bir malı satın alan kimse iyiniyeti sebebi ile o malın mülkiyetini kazanmaz. Zilyed malı asıl sahibine iade eder, ödediği bedeli ise satın aldığı kimseden geri alır. Kötü niyetli zilyedlik de mülkiyeti kazandırmaz. Bir malı çalıntı olduğunu bilerek elinde bulunduran ve gasp etmiş olan kimsenin zilyedliği o malın mülkiyetini kazandırmaz.

### **Zilyedliğin Korunması**

1. Bir kimse zilyed olduğu malı meşru sınırlar içerisinde kuvvet kullanarak koruyabilir.

2. Zilyedlik devlet tarafından korunur. Günümüzdeki belediye teş-

<sup>398</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c. 3, s. 184.

kilatının Osmanlı Devleti'ndeki karşılığı olan ihtisap kurumu bu görevi yerine getirir.

3. Zilyedlik mahkeme tarafından korunur. Bunun için zilyedliğin bir hakka dayanması veya karşı tarafın zilyedlik karinesini çürütecek bir delil ileri sürmemesi gerekir.

### **Zilyedlik Davası**

Zilyedlik davaları iki çeşittir:

1. Zilyedliğin iadesi (iade-i yed): Bir malın zilyedi ya mülkiyet yoluyla ya bir sözleşmeye dayanarak veya geçerli bir hakka dayanmadan zilyedir. Mülkiyete dayanan zilyedlik halinde malın iadesi gerekmez. Kira gibi bir sözleşmeye dayanan zilyedlik halinde sözleşmenin verdiği haklar çerçevesinde zilyedlik korunur. Hukuken geçerli bir hakka dayanmayan zilyed, iyiniyetli ya da kötü niyetli olmasına bakılmadan zilyedliği iade etme durumundadır. Bunun için karşı tarafın iddiasını ispat etmesi ve zilyedin bir hakka dayanmadığını göstermesi gerekir.

2. Zilyedliğin İspatı: Menkullerde malı elinde bulunduran, gayrimenkullerde ise malik gibi gayrimenkülü kullanan kimse zilyed sayılır. Zilyedlik ispat yükünün karşı tarafa geçmesine sebeptir. Zilyed belli olduktan sonra karşı taraf zilyede karşı iddialarını ispat etme borcu altındadır.

## **VI. TAPU SİCİLİ**

İslam tarihinde ilk tapu tahriri Hz. Ömer döneminde yapılmıştır. Hz. Ömer, Osman b. Hanif isimli sahabeye Irak arazinin tahririni yaptırmıştır. Osmanlı Devleti'nde tapu tahriri titizlikle devam ettirilmiştir. Dünya tarihindeki ilk tapu kanunu Fatih Sultan Mehmed döneminde hazırlanmıştır. Bu kanunun ismi Kanunname-i Kitabet-i Vilayet olup 22 maddeden oluşmaktadır.<sup>399</sup>

Osmanlı Devleti'nde arazinin büyük bir kısmı miri arazi idi. Miri arazinin mülkiyeti devlette, kullanım hakkı ise vatandaşlardaydı. Miri arazinin kullanım hakkı bazı mirasçılara intikal ederken veya devir işlemleri yapılırken tapu tahrir defterlerine kaydedilirdi. Tapu defterlerine temessük veya defter-i hakani de denirdi.

<sup>399</sup> Ahmet Akgündüz, "Tarihte İlk Tapu Kanunu", Sızıntı, 1998, Sy. 115, s. 268-269.

Gayr-ı sahih vakıf araziler de miri arazi gibi tapu tahrir defterlerine kayıt edilirdi. Sahih vakıflar da resmi defterlere kayıt yapılırdı, ancak bunlarda tapu hükümleri değil vakfiye hükümleri geçerli olurdu.

Mülk arazilerde ise satımda tapuya tescil şart değildi. Ancak satımın ispatlanabilmesi için genellikle şer'iyeye sicillerine kayıt yapılırdı. Mahkeme kayıtlarında bu tür satım hüccetleri çoktur.

Tanzimat'tan sonra tapu işlerini takip etmek üzere Defter-i Hakanî Nezareti kurulmuş ve 1263/1847 tarihinde yeni Tapu Nizamnamesi kabul edilmiştir. Buna göre eski tapu kayıtları esas alınarak yeni tapu defterleri hazırlanmıştır. 1269/1852 tarihli irade ile tapu nizamının her yerde uygulanması ve senetsiz arazi satılmaması hükmüne bağlanmıştır. 1257/1858 tarihinde yenilenen 33 maddelik Tapu Nizamnamesi, Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar uygulanmıştır.<sup>400</sup>

---

<sup>400</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 290.

## ON BİRİNCİ BÖLÜM

# ARAZİ HUKUKU

## I. ARAZİ TÜRLERİ

### Öşrî Arazi

Öşrî arazi, savaş yoluyla fethedilen ve halkı sürgün edilip, Müslümanlara temlik edilen arazilerdir. Bu araziler yeni sahiplerinin mülkü halini almıştır. Fetihden önce halkı tamamen Müslüman olan ve arazileri ellerinde bırakanların toprakları da öşrî arazidir. Öşrî araziye arz-ı sadaka da denilmektedir. Müslümanlar öşür vermekle yükümlüdürler. Çünkü Müslüman üzerine yüklenilen vergi ibadet hükmündedir, haraçta ise bu özellik yoktur. Öşrî arazinin sahipleri, topraklarında istedikleri şekilde tasarruf edebilirler. Başlangıçta Müslümanlara haraç yüklemek uygun görülmediği için onlar öşür vermekle emrolunmuşlardır. Müslümanlar bu toprakları ekerler, biçerler ve ürünün öşründen fazla hiçbir şey vermezler. Öşrü de kendileri fakirlere ve muhtaçlara verirler. Bu öşür sipahilere ya da başkalarına helal olmaz. Hicaz ve Basra arazisi böyledir.<sup>401</sup>

### Haracî Arazi

Haracî arazi fetih sırasında gayrimüslimlerin elinde bırakılan ya da onların ellerinden alınıp başka gayrimüslimlere temlik edilen topraklardır. Bunlar ürünlerinden, toprağın verimliliğine göre, onda birden yarısına kadar harac-ı mukaseme ve yılda bir kere belli bir miktar

<sup>401</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 33b; Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb Maverdî, *Ahkamü's-Sultanîyye*, Beyrut [1]350, s. 217; Ömer Lütfi Barkan, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Ziraat Ekonominin Hukukî ve Mali Esasları Kanunlar*, İstanbul 1945, s. 297-299; Cemaleddin, H., *Telhis-i Ahkam-ı Arazi*, İstanbul 1329, s. 13; İbni Kemal, SK. Ca-rullah no. 968, v. 3b-6b; MTM, c. 1, s. 54-55; Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 33b.



harac-ı muvazzaf öderler. Haracî arazi de sahiplerinin mülküdür. İstedikleri gibi alıp, satarlar ve tasarruf ederler. Satın alanlar da aynı şartlar dâhilinde tasarruf ederler. Müslümanlar da satın alsalar aynı şartlara uyarak, vergilerini verirler. Haracî arazinin mâlikleri zimmîlerdir. Toprağı ekip biçmeseler de kendilerine müdahale edilmez. Öldüklerinde diğer malları gibi mirasçılara intikal eder. Sevad-ı Irak yani sevad-ı Irak, şehirler dışındaki Irak arazisi bir görüşe göre böyledir.<sup>402</sup>

### **Mirî Arazi**

Arz-ı memleket de denilen mirî arazi ise, ne öşrî ne de haracî arazidir. Aslı haracî arazidir. Ancak sahiplerine temlik olduğu takdirde mirasçılara taksimde zorluk ve adetlere göre imkânsızlık söz konusu olduğu için, arazinin mülkiyeti Beytülmal'da alıkonulup, tasarruf hakkı ariyet<sup>403</sup> veya kira yoluyla reaya verilir. Reaya bu araziye ekip biçer, ürününden harac-ı mukaseme ve harac-ı muvazzafını verirler. Yukarıda haraci arazi olduğu ifade edilen Sevad-ı Irak arazisi başka bir görüşe mirî arazidir.

### **Mevat Arazi**

Mevat arazi, kimsenin tasarrufunda ve temellükünde olmayan, yerleşim merkezlerine belli bir uzaklıkta olan, bu bölgelerin müşterek tasarrufunda olmayan ve faydalanılmayan topraklardır.<sup>404</sup>

Mevat arazilerin ihyasının şartları konusunda Hanefi Mezhebinde görüş ayrılığı vardır. İmamı Azam'a göre, ölü arazinin sadece ihyası yeterli değildir, bu konuda devlet başkanının izni de gereklidir. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise ihyâ şartı yeterlidir, devlet başkanının iznine gerek yoktur. Ebussuud Efendi bu meselede İmamı Azam'ın görüşüne uygun fetva vermiştir.<sup>405</sup> Ebussuud Efendi'den sonra da Osmanlı uygulamasında İmamı Azam'ın görüşü tercih edilmiştir.<sup>406</sup> Mecelle'nin 1272. ve Arazi Kanunnamesi'nin 103. maddelerinde de İmamı Azam'ın görüşü

<sup>402</sup> Ebu Yusuf, *Kitabü'l-Harac*, çev. Müderriszade Muhammed Ataullah Efendi, Ankara 1982, s. 111.

<sup>403</sup> Mehmet Akman, "İslam Osmanlı Hukukunda Ariyet Sözleşmesi", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Aralık 2003, c. VII, S. 3-4, s. 52.

<sup>404</sup> AK, m. 6, 103; MAA m. 1270, Halil Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Konya 1992, 3. baskı, s. 42.

<sup>405</sup> Ömer Lütfi Barkan, *Türkiye'de Toprak Meselesi*, İstanbul 1980, s. 241, 242.

<sup>406</sup> Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, İstanbul ty., s. 567.

tercih edilmiştir.<sup>407</sup> İhya edilen arazinin tapuyla reayaya verilegelen yerlerden olmaması gerekir. Böyle yerler etrafı çevrilse de mülk olmaz. Yani ihya edilecek arazi mirî topraklardan olmamalıdır. Ancak tarıma uygun olmayan ormanlık ve boz toprakların ihya edilmesi mümkün olabilir.

### **Vakıf Arazisi**

Osmanlı Devleti'nde bulunan diğer bir arazi türü de vakıf arazisidir. Vakıf arazisi asıl olarak ya mülk arazidir ya da mirî arazidir. Bu arazide, mülk topraklar üzerinde kurulan sahih vakıflar ve mirî arazi üzerindeki gayri sahih vakıflar bulunmaktadır. Gayri sahih vakıflarda ya arazinin vergi gelirleri vakfa tahsis edilir veya vergi gelirleri devlette bırakılıp sadece tasarruf hakkı vakfa tahsis edilir ya da hem vergi gelirleri hem de tasarruf hakkı vakfa tahsis edilirdi.<sup>408</sup>

## **II. MİRİ ARAZİNİN ÖZELLİKLERİ**

### **Miri Arazinin Doğuşu ve Gelişmesi**

Mirî arazinin teşekkülü Hazreti Peygamber zamanına kadar çıkmaktadır. Hz. Peygamber zamanında, ganimetten düşen beşte birlik hisse ve Hz. Peygamber'in ganimetten bizzat kendi payına düşen topraklar, mirî arazinin ilk örnekleri sayılmaktadır.<sup>409</sup>

Hz. Ömer zamanında İran'ın fethi üzerine ele geçen topraklardan bir kısmı, savaşa katılanlara taksim edilmek yerine, mülkiyeti devlette, işletme hakkı tasarruf sahiplerinde olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu topraklar, sahibi kaçmış olan veya sahibi devlet olan topraklar idi. Fetihten önce de bu bölgelerde İran ve Bizans devletleri tarafından mirî arazi rejimi uygulanmaktaydı. Müslüman hukukçular mirî arazi rejimini tamamlayıcı bazı kurallar ekleyerek uygulamaya devam etmişlerdir.<sup>410</sup>

Mirî arazi Abbasiler devrinde İslam alemininde hâkim toprak rejimi haline gelmiştir. Selçukluların ve Türk beyliklerinin Bizans'tan zapt ettikleri araziler de mirî arazi sayılmıştır.<sup>411</sup>

<sup>407</sup> Cin, Toprak Düzeni, s. 43-44.

<sup>408</sup> AK m. 4; Cemaleddin, s. 34-35; Cin, *Toprak Düzeni*, s. 35; Aydın, *Hukuk Tarihi*, s. 382.

<sup>409</sup> Ebu Yusuf, s. 108; Barkan, *Toprak Meselesi*, s. 138; Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, s. 53; Haşır 7.

<sup>410</sup> Cemaleddin, s. 25, 33; Barkan, *Toprak Meselesi*, s. 139-141; Cin, *Toprak Düzeni*, s. 53-54.

<sup>411</sup> Halil İnalçık, "İslam Arazisi ve Vergi Sistemini Teşekkülü ve Osmanlı Devrindeki Şekillerle Mukayesesi", *İslami İlimler Enstitüsü Dergisi*, I, sayı 1, s. 40.

Osmanlı Devleti'ndeki tarım arazilerinin önemli bir kısmı da mirî arazidir. Devlet, mirî arazi sisteminin uygulanmasında Hanefi Mezhebinde kendisine tanınan takdir hakkını kullanmış ve toprakların rakabesini kendisinde alıkoymuş, kullanım hakkını da reaya bırakmıştır.<sup>412</sup> Osmanlılarda toprağın mirî arazi şekline getirilmesi Sultan Orhan zamanında Çandarlı Kara Halil tarafından gerçekleştirilmiştir. Çandarlı Halil ordunun asker ihtiyacını karşılamak için tımar ve zeamet usulünü mirî arazi sistemi ile birlikte uygulamaya başlamıştır.<sup>413</sup> Böylece arazinin mülkiyeti Beytülmal için alıkoymuş, intifaî askerî hizmetler karşılığında askerler arasında paylaştırılmıştır. Şehirlerde bulunan arazi ise mülk olarak sahiplerine bırakılmıştır.<sup>414</sup> Böylece devlet arazi ve reaya üzerinde daha geniş tasarruf imkânına sahip olmuş ve daha fazla vergi toplayabilmiştir.

### **Miri Arazinin Çeşitleri**

Mirî arazi, tapulu mirî arazi ve mukataalı mirî arazi olmak üzere iki kısımdır. Tapulu mirî arazi yukarıdan beri anlattığımız asıl mirî arazidir. Bu çeşit mirî arazi, reaya işlemek üzere verilir ve tapu resmi, çift akçesi gibi vergileri tahsil edilir. Mukataalı mirî arazi ise, tapulu araziler dışında kalan ve reaya tarafından işlenmeyen topraklardır. Bu topraklar, tahrir defterlerinde "hâlî" kaydıyla yer alır. Hâlî topraklar Beytülmal gelir getirmesi için mutasarrıflara kiralanır. Bu kiralama işleminde, tapu rejimi kuralları geçerli olmaz. Tahrir defterlerindeki mukataalı çiftlikler ve mezraalar, mukataalı mirî arazidir. Devletin nihai gayesi, mukataalı arazileri de tapulu arazi haline getirmektir. Gerçekten de bu çiftlik ve mezraaların zamanla tapulu arazi durumuna getirildiği görülmektedir.<sup>415</sup>

### **Mirî Arazinin İntikali**

Mirî arazinin erkek evlada tapu bedeli alınmadan intikal eder. Mirî arazinin erkek evlada intikalinde elinde temessük bulunması aranmamaktadır. Diğer mülklerin varislere şer'î olarak intikali gibi intikal etmektedir.<sup>416</sup>

<sup>412</sup> Ebu Yusuf, s. 170-171; Cemaleddin, s. 25.

<sup>413</sup> Abdurrahman Vefik, *Tekalif*, Dersaadet 1328, c. 1, s. 25.

<sup>414</sup> Cin, *Toprak Düzeni*, s. 55; Cemaleddin, s. 35.

<sup>415</sup> Halil İnalçık, "Köy, Köylü ve İmparatorluk", *Osmanlı İmparatorluğu'nda Toplum ve Ekonomi*, İstanbul 1993, s. 5-6.

<sup>416</sup> *Kanunname*, S.K. Esad Efendi, n. 3762, v. 59b.

Daha önce miri arazinin mutasarrıfın kızına ve kardeşine hakkında bir kanun bulunmamaktaydı. Mutasarrıfın oğlu yoksa sipahi kime isterse ona tapuya verebiliyordu. 958/1551–1552 tarihinde çıkarılan ferman ile mutasarrıf orman veya dağ arazisini kendisi emek ve para harcayarak mezraa ve çayır haline getirmişse ve oğlu da yoksa böyle arazilerin kızlara ve kardeşlere tapu bedeli ile verilmesi kararlaştırılmıştır.<sup>417</sup> Kız çocuklarının sahip oldukları bu hakkı, babalarının ölümünden itibaren 10 sene içinde kullanabileceklerine dair 1004/1596 yılında bir irade-i sultanî çıkarılmıştır.<sup>418</sup>

15 Zilkade 1017 tarihinde Sultan I. Ahmed tarafından çıkarılan kanun ile oğlu, kızı ve baba bir erkek kardeşi olmayan kimsenin arazisi, tapu resmi ile babasına ve babası yoksa annesine verilmektedir. Böylece kız ve kardeşe tanınan hak daha sonra yavaş yavaş diğer akrabalara da teşmil edilmiştir.<sup>419</sup>

### **Mirî Arazi Üzerindeki Tasarruflar**

Mirî arazi, mülk olmadığı için satılması, rehnedilmesi söz konusu değildir. Bu tür hukukî işlemler yapıldığı takdirde gayr-ı lâzımdır. Yani bağlayıcı değildir. Ancak taraflar isterlerse kullanım hakkını devredebilirler. Buna mirî arazinin ferağı denilmektedir. Bunun için sipahinin izni alındıktan sonra, mutasarrıfa bir ferağ bedeli ve sipahiye de tapu resmi ödenmesi gerekir.<sup>420</sup>

Gayr-ı sahih vakıfların elinde bulunan araziler de asıl olarak mirî arazidir. Bu araziler vakıf tarafından mutasarrıfa kiralanmıştır. Vakfın kiracısı olan bu kimseler, araziye üçüncü kişilere kiraya veremezler. Verdikleri takdirde kira akdi bâtıldır. Ancak vakıf üçüncü kişilere araziye kiralayabilir. Üçüncü kişi vakfa arazinin ecr-i mislini tam olarak ödedikten sonra, mutasarrıfa da bir miktar ödeme yapabilir.<sup>421</sup>

<sup>417</sup> *Ebussuud, Ma'rûzat* Esad Efendi, n. 587, v. 1076; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. 4, s. 37-38; Horster, s. 27.

<sup>418</sup> Cin, *Toprak Düzeni*, s. 257; Richard C. Repp, "Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat", *Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslam Hukuku*, der. Aziz El-Azme, çev. Fethi Gedikli, İstanbul 1992, s. 161.

<sup>419</sup> Barkan, *Tanzimat*, s. 345; Cin, *Toprak Düzeni*, s. 257-258; Cemaleddin, s. 294-295.

<sup>420</sup> Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İstanbul 1983, 2. baskı, s. 167.

<sup>421</sup> *Ebussuud, Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 34a.

Ferağın hukukî niteliği bir görüşe göre alt kira sözleşmesidir. Buna karşılık diğer görüşe göre, ferağ, terk ve haktan vazgeçme niteliğindedir.<sup>422</sup> Ferağdan sonra, ferağda bulunan eski mutasarrıfın arazi üzerindeki hakları sona erdiğine göre ikinci görüş daha isabetlidir.

### **Mezraa**

Bazen bir köyün tamamı, topraklarını terketmektedir. Bu şekilde terkedilen köyler, tahrir defterlerinde mezraa adı altında kaydedilmektedir ve sayıları da oldukça fazladır. Birçok sancakta bu gibi mezraaların sayısı köy sayısı kadardır. Ancak mezraa sadece terkedilmiş köyler için kullanılan bir tabir değildir. Bir köyün etrafındaki orman ya da boz arazinin köylüler tarafından ihya edilerek tarıma açılması ile meydana getirilen topraklara da mezraa adı verilmektedir. Bu tür mezraalar, devlet tarafından köylüye kiralanmaktadır. Buna mukataalı mirî arazi denilmektedir.<sup>423</sup>

Mezraaların içinde yer alan ve saban yürümeyecek kadar küçük bahçeler de köylerdeki bahçeler gibi öşrî arazi sayılmaktadır. Sözkonusu bahçeler de mutasarrıfların mülkü sayılmaktadır. Mutasarrıf bahçeden aldığı meyvenin öşrünü vermek zorundadır. Bahçe mülk olduğu için tapuya verilmesi mümkün değildir. Ancak bahçe saban yürüyecek kadar büyük ise mirî arazi sayılır ve tapuya verilir.<sup>424</sup>

### **Bağlar ve Bahçeler**

Bazı kasabalarda mirî arazilerin vergileri ile mülk mallardan alınan vergiler ayrı şahıslara bırakılabilmektedir. Bu halde mülk sayılan bağlardan öşür alınmaktadır. Zaman zaman reaya, tarlasını bağ haline getirmekte ya da bağı harap olmuşsa tarla haline getirebilmektedir. Bu gibi durumlarda vergi sisteminin değişmeyeceği, daha önceden öşür alınan bağlar tarla haline getirilse de öşür alınmaya devam edileceği kabul edilmektedir. Ya da tarla iken bağ haline getirilmişse yine haraç alınmaya devam edilmektedir. Bu gibi değişmelerde arazinin tahrir defterinde ne olarak kaydedildiğine bakılmaktadır.<sup>425</sup>

Bağlar deftere bağ olarak kaydedilmemiş olup sonradan bağ haline

<sup>422</sup> Cemaleddin, s. 244; Cin, *Toprak Düzeni*, s. 167-170.

<sup>423</sup> İnalçık, "Köy, Köylü ve İmparatorluk", s. 11.

<sup>424</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 27b.

<sup>425</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 28b.

getirilmiş olsa da yine öşrünü ve resimlerini sipahi almaktadır. Defter harici değirmenlerde olduğu gibi mevkufat emini tarafından vergilerinin toplanması söz konusu değildir.<sup>426</sup>

### III. MÜLK TOPRAKLAR

Mirî arazi, şehirlerin etrafında olan tarım arazileridir. Şehir içerisinde bulunan yarım dönümü geçmeyen araziler mülk arazi olup satım, hibe ve vakfa konu olabilir ve mirasçılara da intikal eder.<sup>427</sup> Mülk topraklar; menkuller, kasaba ve köylerdeki evler, dükkânlar ve diğer binaların üzerinde bulunduğu araziler, bağların ve bahçelerin imaretleri olup, sahiplerinin mülkleridir. İstedikleri gibi tasarruf edebilirler, satabilirler, hibe edebilirler, öldüklerinde de mirasçılarına intikal eder.<sup>428</sup>

Bir toprak mirî arazi haline getirildikten sonra ilelebet mirî arazi şeklinde kalmayabilir. Her ne kadar devletin genel politikası mirî arazileri arttırmaya çalışmak ise de mirî arazilerin mülk arazi haline getirilmesine de rastlanmaktadır. Mirî arazinin mülk haline gelmesinin yolu padişah tarafından bir kimseye temlik edilmesidir. Bu şekilde temlik edilen araziler de mülk araziler olup, sahipleri istedikleri gibi mülkiyet üzere tasarruf edebilirler.<sup>429</sup>

Devlet başkanı tarafından yapılan ilk temlik Hz. Peygamberin Temim Darî'ye Şam tarafında bir arazinin vadedilmesi ile gerçekleşmiştir. Buna ikta denmektedir. Arazinin mülkiyetinin ikta edilmesine katia ya da kataî denilmektedir.<sup>430</sup> O dönemde henüz Şam bölgesi fethedilmeden bu temlik yapılmış ve fetihten sonra da Temim Darî, Hz. Peygamber'in verdiği belge ile sözkonusu araziye Halife Hz. Ömer'den almıştır.<sup>431</sup> Fıkıh kitaplarında bu temlikin ismi hiyaredir.<sup>432</sup> Osmanlı Devleti'nin ilk za-

<sup>426</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 31a-b.

<sup>427</sup> SK. Carullah, no. 968, v. 3b-6b; İnalçık, "Köy, Köylü ve İmparatorluk", *Osmanlı İmparatorluğu'nda Toplum ve Ekonomi*, İstanbul 1993, s. 3; Cin, *Osmanlı Toprak Düzeni*, s. 51.

<sup>428</sup> BOA, TTD, 449(987); Kanunlar. s. 296-297; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. 4, s. 79-80; Imber, şehirlerdeki toprakların mülk, köylerdeki toprakların ise mirî arazi olduğunu söylemektedir ki yanlışır.

<sup>429</sup> Ebussuud, *Fetâvâ*, İsmihan Sultan, 223, v. 34a; S.K. İsmihan Sultan, n. 226, v. 92b-93a; Benzer bir fetva için bkz. Düzdağ, s. 167, m. 825 ve Yenişehirli Abdullah, s. 190.

<sup>430</sup> İnalçık, "İslam Arazi ve Vergi Sisteminin Teşekkülü...", s. 34; Ebussuud, *Risale fi'l-Öşr*, SK. Reşid Efendi, no. 1036, v. 35b-36a.

<sup>431</sup> Ebu'l-Abbass Ahmed Kalkaşandi, *Kitab-ı Subhi'l-Aşa*, Kahire 1915, c. 13, s. 122.

<sup>432</sup> Ebussuud, *Risale fi'l-Öşr*, SK. Reşid Efendi, no. 1036, v. 35b-36a.

manlarında padişah tarafından savaşlarda yararlılık gösteren Mihal Bey, Lala Şahin Paşa gibi kumandanlara da bu tür arazi temlikleri yapılmıştır. Bu kumandanlar sözkonusu arazileri daha sonra vakfetmişlerdir.<sup>433</sup>

#### IV. ARAZI TAHRİRİ

Arazi tahririni devlet adına il yazıcıları (tahrir emini, defter emini, muharrir-i memâlik, muharrir) ve vilayet kâtibi yapmaktadırlar. Arazi ve reaya ile ilgili bilgiler iki defterlerde toplanmaktadır. Bunlardan birisi mufassal defterleri olup köyleri, mezraaları, ormanları, kışlakları, diğer arazileri ve bunların sahiplerini ihtiva etmektedir. İkincisi ise icmal defterleri olup araziye has, tımar ve zeamet ayırımına göre sahipleri ile birlikte ihtiva etmektedir.<sup>434</sup>

İl yazıcıları ve vilayet kâtipleri devlet adına her türlü gelir kaynağının tespiti ve bunun adilce dağıtılması işlerini yaparlar. Büyük tecrübe ve bilgi isteyen, çok sorumluluk gerektiren, aynı zamanda suiistimale açık olan tahrir işine, genelde nüfuzlu beyler, kadılar tayin olunmuştur. XV. asırda tahrir eminliği, Timurtaş Bey, Tursun Bey gibi nüfuzlu beylere verilmiştir.<sup>435</sup> Kanunname-i Kitabet-i Vilayet'de il yazıcılarının son derece güvenilir ve dindar kimselerden; kâtiplerin de yeterli bilgiye sahip ve doğru kimselerden seçildiği yer almaktadır.<sup>436</sup>

İslam tarihinde arazi tahririni ilk olarak gerçekleştiren Hz. Ömer'dir. Hz. Ebu Bekir, kısa süren halifelğinde, mürtedlerle savaşmaktan, arazi tahriri gibi devlet meseleleri ile uğraşamamıştır. Hz. Ömer zamanında, devletin geliri, gideri ve savaş masrafları için divan denilen üç ayrı defter tutulmaya başlanmıştır. Hz. Ömer, Osman b. Hanif-i Sahabiye yazıcılık ile görevlendirmiştir. Müslim'de yer alan bir hadiste bu görevlendirme anlatılmaktadır. Buna göre, Hz. Ömer, Osman b. Hanife hangi arazileri yazacağını, hangilerini yazmayacağını söylemektedir. Arazi tahriri öyle dikkatle yapılmalıdır ki, Beytülmal'a ait bir akçe reaya kalmamalıdır. Arazi tahririnin yapılmaması ya da hatalı yapılması önemli meseleler doğurmaktadır.<sup>437</sup>

<sup>433</sup> Mustafa Nuri Paşa, *Netayicü'l-Vukuat*, İstanbul 1294, c. 1, s. 147.

<sup>434</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. 1, s. 368.

<sup>435</sup> Halil İnalçık, *Suret-i Defter-i Sancak-ı Arvanid*, Ankara 1987, s. XIX.

<sup>436</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. 1, s. 368.

<sup>437</sup> Ebussuud Efendi, *Risale fi'l-Öşr*, SK, Reşid Efendi, n. 1036, v. 35a-b.

## ON İKİNCİ BÖLÜM

# BORÇLAR HUKUKU VE TİCARET HUKUKU

Borçlar hukuku fıkıh kitaplarında muamelat başlığı altında ele alınmaktadır. Borçlar hukukunun genel hükümleri ise fıkıh usulü kitaplarında ve satım akdi içerisinde incelenmektedir. Bu açıdan fıkıh kitaplarında satım akdi diğer akitlerden daha ayrıntılı bir şekilde incelenir.

Borç, bir akit veya haksız fiil sebebiyle borçlunun zimmetinde sabit olan şeydir. Borca deyn, alacaklıya dayın, borçluya ise medyun denir.

### I. BERCUN ÇEŞİTLERİ

#### **Kazaî Borç-Dini Borç**

Ödenmediği takdirde mahkemeye başvurarak takip edilebilen borçlar kazai borçtur. Yargı yolu ile takip edilemeyen, sorumluluğu ahirete kalan borçlar ise dinî borçtur. Mesela, zamanaşımına uğradığı için takip edilemeyen veya ispatlanamadığı için mahkeme tarafından ödenmesine karar verilmeyen borçlar dinî borç olarak devam eder. Borçlu kendi isteği ile ödemezse ahirette bundan dolayı sorumlu olur. Bu ayrım İslam hukukunun dünyevi ve uhrevi müeyyide özelliği ile ilgilidir.

#### **Mutlak Borç-Şarta Bağlı Borç**

Hiçbir şarta bağlı olmayan borca mutlak borç denir. Şarta bağlı olan borca ise muzâf veya şarta bağlı borç denir. Akitler takyidi yani kayıtlandırıcı veya ta'liki yani erteleyici şarta bağlı olarak yapılabilir.



### **Muaccel Borç-Müeccel Borç**

Vadesi gelmiş olan borca muaccel borç, henüz vadesi gelmemiş olan borca ise müeccel borç denir.

### **Basit Borç-Müşterek Borç**

Alacaklı veya borçlusu bir tane olan borç basit borçtur. Birden fazla alacaklı veya borçlusu olan borç ise müşterek borçtur.<sup>438</sup>

## **II. BERCUN KAYNAKLARI**

Borcun kaynakları, akidler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme halleridir.

### **Akidler**

Akid, birbirine uygun icap ve kabul beyanlarının hukuki sonuç doğuracak şekilde birbirine bağlanmasıdır. Akidler, iki taraflı ve tek taraflı hukuki işlemler olarak ikiye ayrılır. İki taraflı hukuki işlemler, iki tarafın birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Akid dendiğinde asıl olarak akla gelen bunlardır. Tek taraflı hukuki işlemler vakıf, bağışlama, ariyet gibi tek taraflı irade beyanı ile kurulur. Hanefi mezhebinde tek taraflı hukuki işlemler dar anlamda akid kabul edilmese de, geniş anlamda akid sayılmaktadır.

Bir akdin kurulması, sağlam olması, hukuki sonuç doğurabilmesi ve bağlayıcı olması ile ilgili şartlar vardır. Bunlar akdin rükünleri, in'ikad şartları, sıhhat şartları, nefaz şartları ve lüzum şartlarıdır. Akdin rükünleri, taraflar ve irade beyanı gibi akidde bulunması zaruri olan unsurlardır. Bu şartlar bulunmadığı takdirde akit bătıldır, yok hükmündedir. Bătıl akidde eksikler tamamlanarak akdin kurulması söz konusu değildir.

İn'ikad şartları ise akdin kurulması için gerekli olan temel şartlardır. Şartlarını taşıyan bir irade beyanı ve ehliyet in'ikad şartlarındandır. İn'ikad şartlarını taşıyan akit mün'akid olmuş, kurulmuş bir akiddir. Taşımayan bir akid ise bătıldır, yoklukla maluldür, düzeltilemez.

Sıhhat şartları ise unsurları ve in'ikad şartları tam olan bir akdin sağ-

<sup>438</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c. 2, s. 590.

lam olarak kurulması ile ilgili şartlardır. Sıhhat şartları tam olan akid, sahih akiddir, sağlamdır. Sıhhat şartlarında eksiklik olan akid ise fasid akiddir.

Unsurları, in'ikad ve sıhhat şartları tam olan bir akdin hukuki sonuç doğurabilmesi için nefaz şartlarını taşıması gerekir. Hukuki sonuç doğurması için izin veya icazete ihtiyaç duymayan ve ilgililerin izin veya icazet verdiği akidler nafiz akidlerdir. Nafiz akidler hukuki sonuç doğurur, uygulanır. Nefaz şartlarını taşımayan akidler ise gayrınafiz ya da mevkuf akidlerdir, ilgililerin rızasına kadar askıdadır.

Lüzum şartı ise sağlıklı olarak kurulmuş bir akdin bağlayıcılığı ile ilgili şartlardır. Bağışlama, vekâlet gibi tek taraflı olarak feshedilebilen akidler gayrılazım yani bağlayıcı olmayan akidlerdir.

### ***Akdin Rükünleri (Unsurları)***

Akdin rükünleri, taraflar ve irade beyanları ve akdin konusudur. Rükünleri veya diğer tabirler unsurları bulunmayan akidlerin varlığından bahsedilemez. Taraflar bir akdin başta gelen unsurlarıdır. İkinci unsur, irade beyanı yani tarafların icap ve kabul beyanlarıdır. Akdin üçüncü unsuru ise akdin konusu olmaktadır.

### ***Akdin İn'ikad Şartları***

#### *İrade Beyanı*

İcap ve kabul beyanlarının birbirine uygun olması, tarafların beyanları işitmeleri, beyanların ciddiyetle yapılması ve taraflarca reddedilmesi gerekir.

#### *Ehliyet*

Bir akdin kurulabilmesi için tarafların tam eda ehliyetine sahip olmaları gerekir. Bunun için taraflar mümeyyiz, büluğa ulaşmış ve reşid olmalıdır. Büluğa ulaşmamış çocuklarla sefihler tarafından yapılan akidlerin geçerliliği veli veya vasilerinin iznine bağlıdır.

#### *Meclis Birliği*

Meclis birliği icabın yapılması ile başlar, taraflardan birinin irade beyanından vazgeçtiğini gösteren bir davranışına veya icabın yapıldığı

yeri terk etmesine kadar devam eder. Bu süre içerisinde taraflar akidden dönme hakkına sahiptir. Buna meclis muhayyerliği denir.

### *Akdin Konusu İle İlgili İn'ikad Şartları*

Akdin konusu, mevcut, meşru, malum, mütekavvim yani hukuken mal sayılan ve teslimi mümkün olan bir mal olmalıdır.

### *Akdin Sıhhat Şartları*

Akdin bozucu takyidi şartlarla yapılmamış olması sıhhat şartıdır. Takyidi şartlar akdi kayıtlayan, sınırlandıran şartlar olup üç grupta mütalaa edilmektedir. Birincisi, caiz şartlardır. Bunlar, hem şart hem de akid geçerli olan takyidi şartlardır. Bu şartlar, akdin sonucu olarak ortaya çıkan, örf-âdete ve hukuka göre meşru olan haklardır. Semen kabzedilinceye kadar hapis hakkının şart koşulması gibi. İkincisi, lağv şartlardır. Bunlar şart geçersiz akid geçerli olan takyidi şartlardır. Lağv şartlar, akdin geçerliliğine zarar vermeyecek türde şartlardır. Başkasına satmak şartıyla bir malı satmak gibi. Üçüncüsü, müfsid şartlar olup hem akdi geçersiz kılan hem de kendi geçersiz olan takyidi şartlardır. Taraf-lardan sadece birisine faydalı olan şartlar böyledir.<sup>439</sup>

### *Akdin Nefaz Şartları*

Unsurları ve in'ikad şartları tam olan akid kurulmuş olur. Sıhhat şartları da tam ise sağlam olarak kurulur. Bu akdin hukuki sonuçlarını doğurabilmesi, uygulanabilmesi için nefaz şartlarını da taşıması gerekir. Nefaz şartlarını taşıyan akitlere nâfiz akid, taşımayanlara gayrinâfiz akid denir. Nefaz şartı, akdin konusu üzerinde tasarrufta bulunan tarafın, o şeyin mâliki ve mâlikin hukuki temsilcisi olmasıdır. Hukuki temsilci veli, vasi, vekil, aracı veya haberci olabilir. Bir malın mâliki veya hukuki temsilcisi tarafından yapılmayan akitler gayrinâfiz veya mevkuftur, askıdadır. Mesela, küçük çocuğun, akıl hastasının veya sefihin satım akdi gibi karşılıklı kazandırıcı hukuki işlemleri nâfiz değildir, mevkuftur. Bunların veli veya vasisi akde icazet verirse akid nâfiz hâle gelir, hukuki sonuç doğurur. Fuzûlînin yani vekâletsiz işgören kimsenin yaptığı hukuki işlemler de asıl tarafın icazetine kadar gayrinâfizdir, askıdadır.

<sup>439</sup> Akdündüz, age, c. 2, s. 179.

## ***Akdin Lüzum Şartları***

Lüzum şartları akdin lüzumu yani bağlayıcılığı ile ilgili şartlardır. Nefaz şartlarını taşıyan bir akid, lüzum şartlarını da taşıyorsa bağlayıcıdır, feshedilemez. Bu akidlere lazım akid denir. Lüzum şartlarını taşımayan akidler ise gayrılazım, bağlayıcı olmayan akiddir.

Bağışlama, ariyet, karz, vasiyet, şirket, vekâlet gibi akitler gayrılazımdır. Taraflardan her biri bu akidleri istedikleri takdirde feshedebilirler. Satım, kira, sulh, havale, evlenme gibi akidler ise lazım, bağlayıcı akidlerdir. Taraflar bu akidleri tek taraflı olarak feshedemezler. Rehin ise rehin alan açısından bağlayıcı olmayan, rehin veren açısından ise bağlayıcı olan bir akiddir.

## **Haksız Fiiller**

Şahsa yönelik haksız fiiller ceza hukuku bölümünde ele alınmıştır. Mala yönelik haksız fiiller ise gasp ve itlaf olarak ikiye ayrılmaktadır. İtlaf, gasp dışında kalan bütün mala yönelik haksız fiillerdir.

## ***Gasp***

### *Tarifi*

Gasp, başkasına ait bir malı izni olmadan alıp zaptetmektir. Gaspın mâlikin malı üzerindeki zilyedliği zor kullanılarak kaldırılmaktadır. Bunun gasp edilen malın mâlikten zorla alınarak başka bir yere götürülmesi ile olur.<sup>440</sup> Hanefi mezhebine göre gasp ancak menkul mallarda olur. Ancak İmam Muhammed'e göre gayrimenkullerde de gasp olabilir.

### *Gasbın Hükümleri*

Gasp halinde hem cezai hem de hukuki sorumluluk doğar. Gasbın cezai sorumluluğu ta'zir cezasıdır. Hukuki sorumluluğu ise gasbedilen malın iadesi ve tazminidir.

Gasp edilen mal aynı şekilde duruyorsa sahibine iade edilir. Ancak mal değişikliğe uğramış veya eksilmiş ise tazmini gerekir. Değişiklik malın ismini değiştirecek kadarsa malın tazmini gerekir. Buğdayın un olması böyledir. Bu derecede değişme yoksa mal sahibi iade veya

---

<sup>440</sup> MAA, m. 881; Ali Haydar, age, c. 2, s. 749 vd.

tazmini istemekte serbesttir. Eksilme malın dörtte birinden az ise mal iade edilir ve eksilen kısım tazmin edilir. Eksilme dörtte birden fazla ise mal sahibi isterse tazmin ettirir, isterse malı alır ve eksilen kısmı tazmin ettirir.<sup>441</sup>

Hayvanın yavrusu veya sütü gibi gasp edilen malın ziyadeleri mevcut iseler iade edilir. Mevcut değil iseler, ziyadeler gâsıbın elinde emanet sayıldığı için, helak olmalarında bir kusuru varsa tazmin ettirilir.<sup>442</sup>

Gasp edilen malın menfaatleri Hanefi mezhebine göre mal sayılmadığı için tazmin edilmesi gerekmez. Ancak vakıf malları, küçüklerin malları ve kiraya verilmek üzere hazırlanmış mallar gasp edildiğinde menfaatleri de tazmin edilir. Osmanlı Devleti'nde 1914 tarihli düzenleme ile bütün menfaatlerin tazminini kabul diğer mezheplerin görüşü kanunlaştırılmıştır.<sup>443</sup>

### ***İtlaf***

İtlaf, başkasına ait bir malı kısmen veya tamamen telef etmek, ortadan kaldırmaktır. Gasp aslında özel bir haksız fiil türü iken, zamanla hırsızlık ve gasp dışındaki bütün haksız fiileri içine alan genel bir haksız fiil haline gelmiştir. Bazı hukukçular cana yönelik haksız fiilleri de itlaf içinde sayarlar.<sup>444</sup>

### ***İtlafın Çeşitleri***

İtlaf doğrudan ve dolaylı itlaf olarak ikiye ayrılır. Doğrudan ya da mübaşeretle itlaf, bir şeye doğrudan doğruya zarar vermektir. Bir kimsenin elbisesini yırtmak gibi. Dolaylı veya tesebbüben itlaf ise bir şeyin zarara uğramasına sebep olmaktır. Bıçakla kandilin ipini keserek kırılmasına sebep olmak tesebbüben itlafıdır. Doğrudan itlaf da kusur aranmaz, dolaylı itlaf ise failin sorumluluğu için kusurlu olması şarttır.<sup>445</sup>

<sup>441</sup> Bilmen, c. 1, s. 265; Ali Haydar, age, c. 2, s. 772 vd.

<sup>442</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 199.

<sup>443</sup> MAA, m. 414.

<sup>444</sup> Ali Haydar, age, c. 2, s. 879 vd.

<sup>445</sup> MAA, m. 887-888; Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 200.

## *İtlafin Unsurları*

### **Fiil**

İtlafa sebep olan fiil, sözlü ya da bir şey yapmamak gibi menfi fiil şeklinde de olabilir. Tazminat davasında yalancı şahitlik yapmak gibi sözlü itlaf, yıkılmak üzere olan bir duvarı tamir etmemek suretiyle yoldan geçenlere zarar vermek menfi fiille yapılan itlafıdır.

### **Zarar**

Fiil sonucu bir zararın meydana gelmiş olması gerekir. Zarar, kısmi veya tam zarar olabilir. Zararın az veya çok olması da, hakkın kullanılmasının suistimali dışında, itlafı engellemez.

### **Teaddi**

Fiilin hukuka aykırı ve haksız şekilde olması gerekir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin varlığı halinde itlafdan bahsedilemez. Mal sahibinin izni, yetkili makamın izni, zaruret hali, meşru müdafaa ve hakkın kullanımı gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller itlafa engeldir. Çünkü hukukun izin verdiği şeyin yapılması halinde tazmin söz konusu olmaz: “Cevaz-ı şer’i zamana mânidir”.<sup>446</sup> Doğrudan ve dolaylı itlaf türlerinin ikisinde de hukuka aykırılık şartı aranır.

### **İlliyet Bağı**

Fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Diğer bir tabirle zarar, fiilin tabii sonucu olmalıdır. Doğrudan ve dolaylı itlaf hallerinin her ikisinde de illiyet bağı şartı aranır. Doğrudan itlaf ile dolaylı itlaf birleşirse, sorumluluk doğrudan itlaf edenindir. Mesela, birisi kuyu kazsa, diğeri de başkasının hayvanını bu kuyuya atsa, sorumluluk atanda olur.

### **Kusur**

Doğrudan itlafta zarar verenin kusurlu olması şart değildir. Dolaylı itlafta ise zarar verenin kusuru sorumluluk için şarttır. Dolaylı itlafta zarar veren ister kasit ile isterse ihmal veya tedbirsizlik ile zarara sebep olsun, her iki halde de zararı tazmin eder.

---

<sup>446</sup> MAA, m. 91.

### *İtlafin Hükümleri*

İtlafin hükümleri de gaspın hükümleri ile aynıdır. Buna göre itlaf konu olan mal mevcut ise iade edilir, mevcut değil ise misli veya kıymeti ödenir. İtlaf edilen şeydeki maddi eksiklik de dikkate alınır. Menfaatler ise tazmin edilmez.

### *Hayvanların Verdiği Zarar*

Hayvanların sebep olduğu itlaf, dolaylı itlaf hallerine girer. Bu sebeple hayvanların vermiş olduğu zararlarda, sahibinin veya zilyedinin seyirci kalmak gibi açık bir kusuru varsa sorumlu olur. Aksi halde sorumlu olmaz. Hayvanın üzerinde binicisi olduğu halde hayvanın verdiği zararlardan, binicisi mübaşir yani doğrudan itlaf eden gibi sorumludur, kusurlu olması aranmaz.<sup>447</sup>

### *Eşyanın Sebep Olduğu İtlaf*

Yıkılmaya yüz tutmuş bir binanın yıkılması ile verdiği zarardan sahibi sorumludur. Bu sorumluluk için tekaddüm yani önceden sahibi uyarılmış olmalıdır. Bina baştan itibaren böyle yapılmış ise veya sahibi tarafından bu hale getirilmiş ise önceden sahibinin uyarılması şart değildir. Herkesin geçtiği bir yolda duran, alış-veriş yapan, izinsiz malını koyan kimse bundan doğacak olan zarardan sorumludur.<sup>448</sup>

### *Başkasının İtlafından Dolayı Sorumluluk*

Küçük çocuğun veya akıl hastasının doğrudan vermiş olduğu zarardan, malları nispetinde kendileri sorumludur. Malları yoksa olduğu zaman öderler, velilerinin ödemesi gerekmez. Bunları itlafa teşvik eden varsa, tazmin sorumluluğu bu kişiye döner. Mesela, ikrah sonucu başkasının malını itlaf eden kimse tazminle sorumlu değildir, ikrah eden tazmin eder. İşçinin itlafında da işçinin kendisi sorumludur, işveren sorumlu değildir. Ancak işveren işçiyi yanıltarak itlafa sebep olmuşsa işçi zararı tazmin eder ve işverene rücu eder.

---

<sup>447</sup> Ekinci, age, s. 512.

<sup>448</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 204

## **Sebepsiz Zenginleşme (Haksız İktisap)**

Hukuki bir sebep yokken bir başkasının malını almak sebepsiz zenginleşme halidir. Böyle bir durumda alınan şeyin sahibine geri verilmesi gerekir. Bir kimse borçlu olmadığı bir şeyi yanılarak karşı tarafa ödese, karşı taraf açısından bir sebepsiz zenginleşme söz konusudur ve ödenen şeyin iadesi gerekir. Fasid akid durumunda müşteri satılanı kullanmaya devam ediyorsa veya kira süresinin dolmasına rağmen kiralanan şeyin kullanılmaya devam ediliyorsa sebepsiz zenginleşme vardır. Bu durumda kullanan kimse ecr-i misil ödemek zorundadır. Halt ve tağyirde yani iki malın ayrılamayacak şekilde karışması halinde de sebepsiz zenginleşme olur. Bu takdirde değeri daha fazla olan malın sahibi değeri az olan malın kıymetini ödeyerek o mala sahip olur.

Sebepsiz olarak zenginleşen kimse, elde ettiği malı iade eder, olmazsa mislini iade eder, misli de olmazsa eline geçtiği gündeki kıymetini malın sahibine öder. Malın sahibi ve varisleri bilinmiyorsa fakirlere sadaka verir.<sup>449</sup>

## **III. BORCUN SONA ERMESİ**

### **İfa**

Borcun ifası yani ödenmesi ile borç sona erer. İfayı borçlu kendisi yapabileceği gibi vekili, kefil veya ortağı da yapabilir. İfayı kabul eden kişi de alacaklı, vekili veya yetkili adamı olabilir. Alacaklı ifayı kabul etmezse, borçlu hâkime giderek borcunu hâkimin göstereceği bir yed-i emine ifa eder.<sup>450</sup>

Muaccel yani vadesi gelmiş borç hemen ödenir. Müeccel yani vadeli borç ise vadesi geldiğinde ödenir. Ayrıca akid türüne göre de ifa zamanı farklıdır. Satım akdinde önce semen ödenir, sonra satılan teslim edilir. Kira akdinde önce hizmet verilir, sonra ücret ödenir. Taraflar ifa zamanını kendileri kararlaştırabileceği gibi örf-âdete göre de belirlenebilir.

Taraflar ifa yerini kararlaştırmışlarsa ifa orada gerçekleştirilir. İfa yeri kararlaştırılmamışsa akid sırasında malın bulunduğu yer ifa yeri sayılır. Para gibi ifası alacaklı için külfet getirmeyen şeyleri borçlu dilediği

<sup>449</sup> Ekinci, age, s. 513.

<sup>450</sup> Ali Haydar, age, c. 1, s. 41.



yerde ifa edebilir. İfa bazı masrafları gerektiriyorsa akdin yapıldığı yerde ifa gerçekleşir. İfa masrafları semene ait ise alıcıya, akdin konusuna ilişkin ise satıcıya aittir.<sup>451</sup>

### **Tecdid**

Tecdid yenileme demektir. Tarafların anlaşarak borç doğuran akdi feshederek yeni bir akid yapmalarına tecdid denir. Bu takdirde eski akid sona erer, yeni akid geçerli hale gelir. Önceki akde bağlı olan borç ve borca bağlı olan kefalet de sona erer. Yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması gerekir.

### **Takas**

Bir borcun alacaklının borcu karşılığında sona erdirilmesidir. İki borç cins, vasıf ve vade açısından aynı ise karşı tarafın rızası aranmadan takas yapılabilir. Aksi halde takas için tarafların anlaşması şartı aranır. Takas miktarı az olan borç kadar gerçekleşir.

### **İbra**

İbra, alacaklının tek taraflı irade beyanı ile alacağından vazgeçmesidir. İbra genel ve özel ibra olabilir. Genel ibrada alacaklı tüm alacaklarından borçluyu ibra ederken, öze ibrada belirli bir alacağından ibra eder. İbra ile kefalet de sona erer. İbra geçmişteki haklar için söz konusu olur, gelecekteki haklar için olmaz. İbra sulh akdi ile birlikte yapılabilir.<sup>452</sup>

### **Akdin Feshi ve İkale**

Akdin fesih sebeplerinden biri ile feshedilmesi halinde akid sona erer. Ariyet, vedia, vekâlet, karz, rehin, şirket gibi akidler tek taraflı irade beyanı ile feshedilebilir. Muhayyerlikler de ilgili tarafa fesih hakkı verir. İkale ise tarafların anlaşarak akdi sona erdirmeleridir. İkale fesih değil, yeni bir akiddir.<sup>453</sup>

---

<sup>451</sup> Ekinci, age, s. 514.

<sup>452</sup> Ali Haydar, age, c. 4, s. 74-75.

<sup>453</sup> Ekinci, age, s. 514.

### **Zamanaşımı (Müruruzaman)**

Zamanaşımı ile bir hakkın kendisi ortadan kalkmaz, ancak talep hakkı ortadan kalkar: “Tekadüm-i zaman ile hak sâkıt olmaz”. Buna ıskatî müruruzaman yani düşürücü zamanaşımı denir. Osmanlı Devleti’nde Kanuni döneminde, miri arazi ile ilgili tasarruflarda 10 yıllık, alacak, vedia, ariyet, miras, vakıf, tevliyet gibi hallerde ise 15 senelik zamanaşımı süreleri kabul edilmiştir.<sup>454</sup>

### **Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi**

Alacaklının ölmesi üzerine borçlunun alacaklıya mirasçı olması halinde olduğu gibi alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişide birleşebilir. Bu takdirde borç sona erer.

## **IV. AKİDLER**

### **Satım**

Satım, tarafların anlaşarak malı mal ile değiştirmeleridir. Satım akdine bey’, satıcıya bâyi, alıcıya müşteri, satılana mebi, satım ücretine semen denir.

### **Satım Akdinin Rükünleri (Unsurları)**

#### *Taraflar ve İrade Beyanları*

Taraflar ve irade beyanları akdin rükünlerindedir. Bununla ilgili yukarıda açıklama yapılmıştı.

#### *Mebi*

Mebi, satım akdinin konusu, satılan şeydir. Mebi, mevcut ve muhrez olmalı yani teslim edilebilir olmalıdır. Mesela, dünyaya gelmeden önce yavruyu satmak bâtıldır. Mebi, mütekavvim yani hukuken mal sayılmıdır. Buna göre insanın organları, leş, kan, Müslümanlar için şarap ve domuz mütekavvim mal değildir.<sup>455</sup>

Taraflar mebiye dâhil olan şeyleri ayrıca kararlaştırabilirler. Kararlaştırmamışlarsa beldenin örf ve âdetine göre mebie dâhil olan şeyler

<sup>454</sup> Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 215.

<sup>455</sup> Bilmen, age, c. 1, s. 260.

belirlenir. Bunun yanında kararlaştırılmasa bile teferruat ve mütemmim cüz sayılan şeyler mebiye dâhildir. Üzerindeki ağaçların arazi ile birlikte satılması gibi.<sup>456</sup>

### *Semen*

Semen, satılan şeyin bedelidir. Semen-i müsemma ve semen-i misil olarak ikiye ayrılır. Semen-i müsemma, tarafların üzerinde anlaştıkları satım bedelidir. Semen-i misil ise satılanın piyasa değeridir. Semen para veya mal olabilir. Mal olarak semen kararlaştırılmışsa mukayada yani trampa akdi olur. Semen peşin veya taksitle ödenebilir.<sup>457</sup>

### **Satım Akdinin Çeşitleri**

#### *Mukayada (Trampa)*

Trampa, malı mal ile değiştirmek olarak tanımlanır. Altın ve gümüş dışındaki malları birbiri ile değiştirmek trampa olmaktadır. Trampa bedellerin ikisi de mebi sayılır ve mebi ile ilgili hükümler uygulanır.

#### *Selem*

Selem, peşin para ile veresiye mal satmaktır. Peşin paraya ihtiyacı olan, ancak satacak malı hazır olmayan çiftçi ve fabrika sahipleri selem akdini kullanır. Çiftçiler yazın üretecekleri malı kışın peşin para ile selem olarak satabilirler.

#### *Vadeli ve Taksitli Satış*

Selem akdine karşılık vadeli ve taksitli satışta mal peşin semen vadelidir. Semen vade ve taksidinde sürenin belli olması gerekir. Süre tespit edilmemişse vade bir ay kabul edilir. Vade mebiin tesliminden itibaren işlemeye başlar.<sup>458</sup>

### **Satım Akdinin Hükümleri**

Satım akdinin in'ikad ve sıhhat şartları tam ise sahih bir satım söz konusudur. İn'ikad şartları eksik olan satım bâtıldır. Akıl hastasının

<sup>456</sup> Ali Haydar, age, c. 1, s. 369 vd.

<sup>457</sup> Ali Haydar, age, c. 1, s. 381 vd.

<sup>458</sup> Ali Haydar, age, c. 1, s. 688-694.

ve mümeyyiz olmayan çocuğun yaptığı satım gibi. Sıhhat şartlarında eksiklik olan satım fasid satımdır. Mebi'in ve semenin özelliklerinin belli olmadığı satış fasiddir. Mevkuf satım ise in'ikad ve sıhhat şartları tam olduğu halde nefaz şartlarında eksiklik olan satımdır. Mümeyyiz çocuğun yaptığı satım, velisinin rızasına kadar mevkuftur, askıdadır. Mekruh satım ise hukuken geçerli olduğu halde dinen mekruh olan satımdır. Cuma namazı vaktinde yapılan satım gibi.

Satım akdinin lazım yani bağlayıcı, feshedilemez bir akid olması için muhayyerlik şartının bulunmaması gerekir. Muhayyerlik ilgili tarafa satım akdini feshetme hakkı verir. Şart muhayyerliğine göre taraflar satım sırasında dilediklerinde akdi feshetme hakkını şart koşabilirler. Şart muhayyerliğine hıyarü's-şart denir. Şart muhayyerliği üç günden fazla olamaz. Taraflar bir süre belirtmemişlerse şart muhayyerliği geçerli değildir. Belirlenen süre içinde taraflar akdi feshedebilirler. Vasıf muhayyerliği ise mevide olduğu söylenen bir özelliğin bulunmaması halinde müşterinin satımı feshetme hakkıdır. Görme muhayyerliği, müşterinin görmeden aldığı bir malı gördüğü zaman reddetme hakkıdır. Müşteri malı gördüğünde veya görmeden satımı feshedebilir. Görme muhayyerliğinin süresi yoktur. Ancak müşteri malı mâlik gibi kullanmaya başlamışsa görme muhayyerliği ortadan kalkar. Ayıp muhayyerliği ise müşterinin malda ayıp bulması halinde satımı feshetme hakkıdır. Müşteri isterse satımı fesheder, isterse anlaşlıkları fiyattan satın alır. Satıcı ile anlaşılırlarsa fiyatta indirimine gidilebilir. Gabin muhayyerliği ise gabin-i fahiş yani fahiş bir şekilde aldanma olan satımda müşterinin fesih hakkına sahip olmasıdır.<sup>459</sup>

### **Bağışlama (Hibe)**

Hibe, karşılık beklemezsizin bir malı başkasına temlik etmektir. Hibe icap ve kabul beyanları ile kurulur, ancak hibenin tamamlanması için bağışlanan kimse tarafından kabz edilmesi şarttır. Bağışlan kimse hibeyi kabz etmedikçe malın mülkiyeti bağışlanana geçmez. Hibede bağışlayanın tam eda ehliyetine sahip olması şarttır. Hibe edilen mal, mevcut, malum, belirli ve bağışlayanın mülkü olmalıdır.<sup>460</sup>

<sup>459</sup> Ali Haydar, age, c. 1, s. 40, 473 vd.

<sup>460</sup> MAA, m. 833-836; Şeyh Nizam, c. 4, s. 417.

Kabzdan önce hiçbir şart aranmadan hibeden dönülebilir. Kabzdan sonra hibeden dönmek için karşı tarafın razı olması ve rücuya mani bir durumun olmaması şarttır. Dönmeye engel olan durumlar şunlardır:

1. Usul, fûru, kardeş, kardeş çocukları ve torunları ile anne ve babanın kardeşlerine ya da karı ile kocanın birbirlerine bağışlamada bulunması.

2. Hibe karşılığında bir ivaz verilmiş ve hibe eden de bunu kabul etmişse.

3. Hibe edilen mal zayi olmuş veya önemli değişikliğe uğramışsa.

4. Hibe eden veya hibe edilenden birisi ölmüşse.

5. Bağışlanan hibe edilen malı başkasına temlik etmişse.<sup>461</sup>

## **Kira (İcare)**

### ***Tarifi***

Kira, belirli bir menfaati, belirli bir ivaz karşılığında satmaktır. Belirli bir bedel karşılığında satılan, eşyanın menfaati ise gerçek anlamda kira akdi söz konusudur. Belirli bir bedel karşılığında satılan menfaat insanın emeği ise hizmet akdinden bahsedilir. İslam hukukunda eşya kirası ile hizmet akdi aynı hükümlere tabidir.<sup>462</sup>

### ***Kira Akdinin Hükümleri***

Kiralayanın, kiralananı kiracıya teslim etme borcu vardır. Kiralanan kiracının engelsiz olarak kullanımına uygun bir şekilde teslim edilmedir. Kiralayan kiralananı akid süresince kullanıma uygun şekilde buldurmaları ve kiralananın bakım ve onarımını yapmakla mükelleftir.

Kiracının en önemli borcu ise kira ücretini ödemektir. Kiranın ne zaman ödeneceği taraflarca kararlaştırılır. Kararlaştırılan vakitte kiracı kirayı ödemezse, kiralayan malı teslim etmez.<sup>463</sup>

Kiracının diğer borcu, kiralananı tazmin borcudur. Kiralanan kiracının elinde emanettir. Kiracının kastı, kusuru yoksa ya da sözleşmeye aykırı kullanım söz konusu değilse meydana gelen zararı tazmin etmez. Ancak kusurlu kullanmışsa kiracı zararı tazmin eder. Hayvana fazla

<sup>461</sup> Ali Haydar, age, c. 2, s. 727 vd.

<sup>462</sup> Ali Haydar, age, c. 2, s. 31-33; Merginani, age, c. 3-4, s. 230-231.

<sup>463</sup> Ali Haydar, age, c. 2, s. 172-178; Merginani, age, c. 3-4, s. 230-237.

yük yükleyerek sakatlanmasına yol açmışsa, kiralayanın zararını tazmin eder. Kiracı kiralanan malın kullanılış şeklini, kiralananana zarar verecek şekilde değiştiremez. Mesela, mesken olarak kiraladığı gayrimenkulü demirci dükkânı yapamaz. Kiracı kusurundan doğan zararı tazmin etmişse kira bedeli ödemez. Çünkü tazminat ile kira ücreti birlikte ödenemez: “Ücret ile zaman ictima etmez.”

Kiracı, kiralananndan akdin gerektirdiği şekilde yararlanma hakkına sahiptir. Kiracı kiralananı teslim almadan önce veya sonra başkasına kiralayabilir ve ariyet verebilir.

### ***Kira Akdinin Sona Ermesi***

Kira akdi, sözleşmede kararlaştırılan sürenin dolması ile sona erer. Kira süresi dolduğunda taraflar akdi feshetmezlerse, kira akdi aynı şartlarla yenilenir. Kiracının iş değiştirmesi, iflası, başka şehre yerleşmesi gibi meşru özürler halinde kira akdi feshedilebilir. Taraflardan birisinin ölmesi ile de kira akdi sona erer.<sup>464</sup>

### **Karz**

Karz, misli bir malın istenildiği vakitte misli ile geri verilmek üzere ödünç veren tarafından ödünç alana verilmesidir. Karz akdi icap ve kabul beyanları ile kurulur, ancak bağışlama türü akidlerden olduğu için ödünç alan tarafından kabz edilmedikçe akid tamamlanmaz. Ödünç verenin tam ehliyetli olması gerekir. Ödünç alan ise temyiz kudretine sahip olmalıdır. Karz akdinin konusu, para, et, ekmek gibi misli mal olmalıdır. Ev, hayvan, dükkân gibi kıyemi mallarda karz akdi fasiddir.<sup>465</sup>

Karz akdi ile misli malın mülkiyeti ödünç alanın mülkiyetine geçer. Karz akdinde misli malın ödeme zamanı belirlenemez. Ödünç veren ne zaman isterse ödünç verdiği malın mislini geri alabilir. Ödünç malın misli bulunmazsa, taraflar kıymetinin ödenmesinde anlaşabilirler ya da misli bulunan kadar beklerler. Misli mal ödenirken bir menfaatin verilmesi şart koşulamaz. Herhangi bir menfaat kararlaştırılmışsa faiz sayılır ve verilmesi gerekmez.

---

<sup>464</sup> Bilmen, age, c. 6. s. 185.

<sup>465</sup> Bilmen, age, c. 6, s. 94-95; Cin-Akgündüz, age, c. 2, s. 232.

Osmanlı Devleti'nde karz akdi ile ödünç para bulamayan kimseler bey'ül-iyne veya muamele-i şer'iyeye işlemleri ile borç almaktaydı. Paraya ihtiyacı olan kimse, bir malı sahibinden değerinden bir miktar fazlasına vadeli olarak satın almaktadır. Daha sonra bu malı değerinde ve peşin satarak para ihtiyacını karşılamış olmaktadır. Buna bey'ül-iyne veya muamele denilir. Mesela, 1000 lira değerindeki malı 1100 liraya vadeli olarak satın alan kimse, bu malı 1000 liraya satarak nakit ihtiyacını karşılar. Muamele-i şer'iyeye para vakıfları tarafından kullanılmaktaydı. Ebu Yusuf'a göre bey'l-iyne caiz olmakla birlikte mekruhtur. Ebu Yusuf bey'ül-iyneyi faizden kurtulmaya sebep olduğu için caiz görmektedir.<sup>466</sup> Ancak bu muamelenin kurallarına uygun yapılması ve çok yüksek oranlarda muamele yapılmaması gerekmektedir. Osmanlı Devleti bu oranın %10–15 arasında tutulması ve vatandaşın tefecilerin eline düşmemesi için çaba harcamıştır. Kanun ve fermanlarda %15'ten fazlaya muamele yapılması sıklıkla yasaklanmaktadır.

### **Vedia**

Vedia, koruma amaçlı akidlerden, başka bir tabirle emanet akidlerindendir. Bir malı koruması amacıyla birisine bırakmaya vedia denir. Vedia icap ve kabul beyanları ile kurulur. Tarafların mümeyyiz olmaları yeterlidir, bülüğa ermeleri şart değildir. Vedia konusu malın zilyedliğe ve kabza uygun olması gerekir. Vedia sahibinin izni olmadan kullanılmaz, ariyet, vedia, karz ve rehin olarak verilemez.<sup>467</sup>

Taraflar vedia akdini istedikleri zaman feshedebilirler. Vedia mümkün ve faydalı bir şarta bağlanabilir. Vedia konusu mal, vedia alanın elinde korunması gereken bir emanettir. Vedia alanın kusuru olmadıkça, vedia konusu mala gelen zararı tazmin borcu yoktur. Ancak kusuru ile zarara sebep olmuşsa tazmin eder. Vedia konusu malın korunması ve iadesi ile ilgili masraflar vedia verene aittir. Vedia veren istediği hâlde, vedia alan malı iadedden kaçınırsa, gaspçı durumuna düşer.

### **Ariyet**

Ariyet, karşılıksız olarak kullanması için bir malın menfaatini başkasına temlik etmektir. Ariyet de emanet akidlerindendir. İcap ve kabul

<sup>466</sup> Bilmen, age, c. 5, s. 47-48.

<sup>467</sup> Zuhayli, age, c. 6, s. 190; Merginanî, age, c. 3-4, s. 213.

beyanları ile kurulur. Tarafların mümeyyiz olmaları yeterlidir. Ariyette karşılık talep edilmez, edilirse kira akdine dönüşür.<sup>468</sup>

Ariyet akdinde ariyet verilen mal ariyet alan tarafından kullanılabilir. Ariyet malın kullanılmasında, ariyet verenin kayıt ve şartlarına uyulmalıdır. Ariyet mal başkasına vedia olarak verilebilir, ancak rehin ve kira olarak verilemez. Ariyet mal, ariyet alanın elinde emanettir. Bu sebeple kusuru olmadan meydana gelen zararlardan dolayı sorumlu olmaz. Ariyet malın kullanılmasından ve iadesinden doğan masraflar ariyet alana aittir.<sup>469</sup>

Ariyet, gayri lazım akidlerden olduğu için, taraflar istedikleri zaman akdi feshedebilirler. Ayrıca taraflardan birinin ölmesi üzerine akid kendiliğinden sona erer.

### **Kefalet**

Kefalet, asilin borcunu kefilin ödemeyi taahhüt etmesidir. Kefalet, kefilin icap beyanı ile kurulur, borçlunun kabul beyanı şart değildir. Ancak borçlunun kabul etmediği kefil, ödediğini borçludan isteyemez. Kefilin icap beyanı, vadeye ve şarta bağlanabilir. Kefile kefalet caizdir. Bu takdirde alacaklı borçludan, birinci ve ikinci kefilen alacağını talep edebilir.<sup>470</sup>

Konusu itibariyle dört çeşit kefalet vardır:

1. Kefalet bi'n-nefs: Bir adamın şahsına kefil olmaktır.
2. Kefalet bi'l-mal: Bir malın edasına kefil olmaktır.
3. Kefalet bi't-teslim: Bir malın teslimine kefil olmaktır.
4. Kefalet bi'd-derek: Mebi istihkak iddiası ile zaptolunduğunda bedelin ifasına veya satıcının şahsına kefil olmaktır.<sup>471</sup>

Kefilin tam ehliyetli olması, kefalete rızasının bulunması ve ölüm hastası olmaması şarttır. Asıl borçlu ise şahsen belli olmalı, tam ehliyetli olmalıdır. Nefse kefalette şahsın yerinin ve şahsının belli olması

<sup>468</sup> Merginanî, age, c. 3-4, s. 218; Zuhaylî, age, c. 6, s. 196-198; Bilmen, age, c. 4, s. 193.

<sup>469</sup> Bilmen, age, c. 4, s. 198-204; Zuhaylî, age, c. 6, s. 203-205; Merginanî, age, c. 3-4, s. 218-220.

<sup>470</sup> Ali Haydar, age, c. 2, s. 4-14.

<sup>471</sup> Ali Haydar, age, c. 2, s. 4-6; Zuhaylî, age, c. 6, s. 275; Merginanî, age, c. 3-4, s. 87; Bilmen, age, c. 6, s. 254.



gerekir. Mala kefalette borçlunun ve alacaklının belli olması şarttır, malın cinsinin ve mikdarının belli olması şart değildir. Ceza davalarında cezaya kefalet olmaz.<sup>472</sup>

Kefaletten borçlu ve kefil müteselsilen sorumludur. Alacaklı hakkını isterse borçludan, isterse kefilen ister. Borcu ödeyen kefil, asile müracat eder. Kefil ölürse borcu devam eder.<sup>473</sup>

Kefaletle konu olan şey asil veya kefil tarafından ödenirse kefalet sona erer. Bunun yanında alacaklı kefilin ibra ederse kefalet sona erer, asilin borcu devam eder. Ancak alacaklı asilin ibra ederse, kefilin kefalet borcu da sona erer.

### **Vekâlet**

Vekalet, bir kimsenin işin yapılmasını başkasına bırakması ve o işte onu kendi yerine ikame etmesidir. Yani müvekkil, vekâlet konusu olan şeydeki tasarruf hakkını vekile bırakması ve vekilin vekalet konusu şey üzerinde müvekkil gibi tasarrufda bulunmasıdır.<sup>474</sup> Vekâlet bir sözleşmedir ve icap ve kabulle kurulur. Vekil cevap vermeden işi yapmaya başlarsa icapı kabul etmiş sayılır. Habersiz iş yapılması halinde, müvekkil icazet verirse o şahsı vekil yapmış olur. Bu şahsa fuzûli denir.

Müvekkil bizzat yapabileceği konularda bir şahsı vekil yapabilir. Vekilin ve müvekkilin mümeyyiz olması şarttır. Büluğa ermiş olmaları gerekmez.

Müvekkil izin verdiği takdirde vekil vekil olduğu konuda başkasına vekâlet verebilir. Bu şekilde vekilin vekalet verdiği kimse müvekkilin vekili olur. Zira vekil, vekalet konusu şeyde vekalet sözleşmesi gereği müvekkili için tasarruf edeceğinden açıkça veya delaleten izni gerekir.<sup>475</sup>

Vekâlet konusu mal vekilin elinde emanettir. Dolayısıyla vekil, kusuru olmadan doğan zararı tazmin etmez. Bağışlama, ariyet, rehin, vedia, karz, şirket ve mudarebede vekilin sözleşmeyi müvekkili adına yapmış olması lazımdır. Aksi hâlde sözleşme geçerli olmaz.<sup>476</sup> Satım ve

<sup>472</sup> Ali Haydar, age, c. 2, s. 51 vd.

<sup>473</sup> Zuhaylî, age, c. 6, s. 279; Ali Haydar, age, c. 2, s. 137-138.

<sup>474</sup> Hacı Reşid Paşa, *Rıhu'l-Mecelle*, Dersaadet, 1328, c. 7, s. 2.

<sup>475</sup> Hacı Reşid Paşa age, c. 7, s. 23.

<sup>476</sup> Hacı Reşid Paşa, age, c. 7, s. 17-18.

kira gibi akidlerde vekilin sözleşmeyi müvekkili adına yapması şart değildir. Kendi adına yaptığı işlemler de geçerlidir.

Eğer vekâlette ücret şart edilip de vekil de vekaleti ifa ederse ücrete hak kazanır. Ücret şart edilmeyip de vekil de ücret ile hizmet edenlerden değilse ücret isteyemez. Vekâlet lazım yani bağlayıcı akidlerden değildir. Müvekkil istediği zaman vekilini azledebilir. Vekil de istediği zaman istifa edebilir. Vekilin veya müvekkilin vekalet konusu işi yapması ile vekâlet sona erer. Bunun yanında vekil veya müvekkilin ölmesi veya aklını kaybetmesi ile vekâlet sona erer.

### **İstisna**

İstisna, bir sanatkar ile bir eser meydana getirmesi konusunda anlaşmaktır. Yani sanatkarın yapacağını satın almak üzere yapılan sözleşmedir. İstisna aktinde yapılacak olan şeyin cinsi, türü, miktarı ve niteliği açıklanmalıdır. Yine eserin insanlar arasında kullanılacağı şeylerden olması gerekir. Ayrıca İmameyne göre örf ve adete göre üzerinde istisna yapılagelen her hususta, bir süre zikredilsin ya da edilmesin istisna caizdir. Süre beyan edilmezse istisna fasit bir akittir. Ebu Hanife'ye göre ise eserin yapılması için bir süre öngörülmemelidir. Zira süre öngörülürse akid seleme dönüşür.<sup>477</sup>

## **V. TİCARET HUKUKU (ŞİRKETLER)**

### **Şirket Akdi**

Şirket akdi, iki veya daha fazla kişi tarafından sermaye ve kâr ortaklığı üzerine kurulur. Kurulması için tarafların icap ve kabul beyanları gereklidir. Şirket akdi, konusuna göre emval, a'mal, vücuh şirketi; şartlarına göre ise mufavada ve inan şirketi olarak kısımlara ayrılır.<sup>478</sup>

Şirket akdinin bütün çeşitlerinde ortaklar arasında vekâlet hükümleri geçerlidir. Bu sebeple ortakların temyiz kudretine sahip olmaları gerekir. Şirket malları ortakların elinde emanet hükmündedir. Bu sebeple ortaklar, kusurları olmadan doğan zarardan sorumlu değildir. Şirket akdinde taraflar kâr payını maktû olarak değil, oran olarak belirlemeleri şarttır.<sup>479</sup>

<sup>477</sup> Zuhaylî, age, c. 5, s. 464-467; Bilmen, age, c. 6, s. 117-118.

<sup>478</sup> Ali Haydar, age, c. 3, s. 220 vd.

<sup>479</sup> Bilmen, age, c. 7, s. 80-81.

## **Şirket Çeşitleri**

### **Müfavada Şirketi**

Müfavada eşitlik demektir. Müfavada şirketi, ortakları sermaye miktarı ve tasarruf yetkisi başta olmak üzere her konuda eşit olmaları şartıyla kurdukları şirkettir. Müfavada şirketinde ortaklar birbirini hem vekili hem kefilidir. Müfavada şirketinde ortaklar arasında mutlak eşitlik vardır. Her ortak diğerinin sahip olduğu bütün hak ve yetkilere sahiptir. Ortaklar birbirinin kefil olarak şirketin borçlarından müteselsilen sorumludur. Ortaklardan birinin ikrarı diğerini bağlar; satım, kira gibi tasarruflarından diğer ortak da sorumludur. Müfada şirketi, Batı Hukukuna İslam hukukundan geçmiş ve kolektif şirket adını almıştır.<sup>480</sup>

### **İnan Şirketi**

Sermaye miktarı, kâr payı ve diğer konularda ortaklar arasında eşitlik olmayan şirkete inan şirketi denir. Görüldüğü gibi müfavada şirketi olmayan herhangi bir akit şirkettir. İnan şirketinde ortaklar birbirinin kefil değil vekili durumundadır. Bu sebeple şirketin konusuna giren alanlarda tasarrufta bulunabilirler. Şirketin konusu dışında satın alınan mal şirkete değil ortağa aittir. İnan şirketinde ortakların kâr payları ve sermaye oranları sözleşme ile belirlenir. Kuruluş sırasında kâr paylarının belirlenmesi gerekir. Kârın nasıl paylaşılacağı belirlenmemişse şirket fasid olur. Kusur olmaksızın meydana gelen zararlar ortakların sermaye miktarına göre paylaşılır. İşgücü ile katkıda bulunan ortak, yaptığı işten dolayı kâr alabilir.<sup>481</sup>

### **A'mâl Şirketi**

A'mal şirketinde, ortaklar meslek ve sanatlarını sermaye yaparak, başkalarından iş kabul edip kârını aralarında paylaşırlar. A'mal şirketi, müfavada şirketi veya inan şirketi şeklinde kurulabilir. Genelde esnaf veya sanayici ortaklar arasında kurulur. A'mal şirketinde her ortak diğerinin vekilidir. Her ortak şirket adına iş kabul edebilir, alınan işi yapabilir ve ücreti tahsil edebilir. Ortaklar kâr ve zarara sözleşme şartlarına göre katılırlar.

<sup>480</sup> Fethi Gedikli, *Osmanlı Şirket Kültürü*, İstanbul 1998, s. 42-49; Bilmen, age, c. 7, s. 79-100; Ekinci, age, s. 531.

<sup>481</sup> Gedikli, age, s. 42-49; Bilmen, age, c. 7, s. 79-100.

### **Vücut Şirketi (Kredi Şirketi)**

Sermayesi olmayan ortakların halk arasındaki itibarlarını kullanarak veresiye mal alıp satmaları için kurulan şirkettir. Ortaklar alıp sattıkları mallardan kazandıkları kâr aralarında paylaşırlar. Ortaklar satın aldıkları mallarda eşit pay sahibi olmayabilir. Her ortak satın alınan maldaki payına göre kârdan pay alır. Zarar da ortağın satın alınan maldaki payına göre belirlenir.

### **Mudarebe Şirketi**

Mudarebe, sermaye ve emeğin birleşmesiyle oluşan bir şirket çeşitidir. Sermaye sahibine rabbü'l-mal, emek sahibine de mudarib denir. Mudarebe iki kısımdır: Mutlak mudarebe ve mukayyed mudarebe. Mutlak mudarebe; zaman, yer, bir çeşit ticaret, satıcı ve alıcının belirli olmasıyla sınırlı olmayan mudarebedir. Bunlardan birisiyle sınırlandırılırsa mukayyed mudarebe olur.<sup>482</sup>

Mudarebe şirketinde sermayenin, şirket sermayesi olabilecek mallardan olması şarttır. Sermayenin mudaribe teslim edilmesi şarttır. Sermayenin belirli olması, tarfların kârdan hisseleri yarı yarıya ve üçte bir gibi belirlenmiş olması şarttır. Fakat genel bir ortaklık olması öngörülmuş ve kâr hisseleri kesin olarak belirlenmemişse, kâr yarı yarıya paylaşılır. Mudarib emindir. Mudaribin elindeki sermaye vedia hükmündedir. Mudarib sermayedeki tasarrufları yönüyle sermaye sahibinin vekilidir, kâr ederse ortağı olur. Rabbü'l-mal mudarebeyi belirli bir vakitle sınırlamışsa, o vaktin geçmesiyle mudarebe kendiliğinden feshedilmiş sayılır.<sup>483</sup>

<sup>482</sup> Şeyh Nizam, age, c. 4, s. 311-315.

<sup>483</sup> Gedikli, age, s. 63, 121, 187-189, 213; Bilmen, age, c. 7, s. 100-110.



## TANZİMAT DÖNEMİNDE HUKUKİ GELİŞMELER

Türk hukuk tarihinin Osmanlı dönemi, Tanzimat devri öncesi klasik dönem ve Tanzimat dönemi olarak iki bölümde ele alınmaktadır. Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'na kadar olan klasik dönem, beş asırlık bir dönemi içine almaktadır. Bu dönemde hukuk tabii gelişme sürecini sürdürmüş ve özellikle kamu hukuku alanında önemli faaliyetler gerçekleştirilmiştir. Osmanlı kanunnameleri bu faaliyetlerin başında gelir. Tanzimat dönemi ise Tanzimat Fermanı ile başlayıp Osmanlı Devleti'nin yıkılışına kadar yaklaşık bir asır devam etmiştir. Bu dönem süre olarak kısa olmakla birlikte, İslam hukukunun Batı hukuku etkisinde gelişme gösterdiği önemli bir zaman dilimidir. Bu dönemde Osmanlı Devleti'nde klasik döneme ait hukuki yapı ve Batılı ülkelerden iktibas edilen hukuk yapısı birlikte uygulanmıştır. Hukuk alanında yaşanan bu ikili yapı Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra Batılı kanunların iktibası ile sona ermiştir.

### I. TANZİMAT DÖNEMİ KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİ

Osmanlı İmparatorluğu'nda kanunlaştırma faaliyetlerinin tarihi Fatih dönemine hatta daha eski dönemlere kadar gitmekle birlikte, modern anlamda kanunlaştırma faaliyetleri Tanzimat'la başlamıştır. Osmanlı İmparatorluğu, Avrupalı devletlerdeki askerî teknolojilerin yanında hukuki konulardaki gelişmeleri de takip etmiştir. Bu meydana Avrupa'da 18. asrın sonlarından itibaren başlayan modern anlamda kanunlaştırma faaliyetleri, yaklaşık yarım asır sonra Osmanlı İmparatorluğu'nda uygulamaya geçirilmiştir.

## **Kanunlaştırma Faaliyetleri**

### ***Modern Kanunlaştırma Faaliyetleri***

Modern anlamda kanunlaştırma faaliyetlerinin başlama tarihi çok eski değildir. Bu anlamda kanunlaştırmalar Avrupa’da 18. asır sonlarında başlamıştır. Kanunlaştırma faaliyetlerinin başlamasında hukuki, felsefi, sosyal, ekonomik ve siyasi sebeplerin rolü olmuştur. Bu sebepler arasında, her şeyi insan aklının süzgecinden geçirmeyi amaçlayan rasyonalizm ve tabiatla insan yaratılışına uygun, adil ve sürekli mevcut kurallar olduğunu kabul eden doğal hukuk teorisi dikkat çekmektedir. Rasyonalizm ve tabii hukuk teorileri ile, o zamana kadar uygulanmakta olan kanunlar aklın süzgecinden geçirilerek elemeye tabi tutulmuş; insan yaratılışına uygun ve adaletli kanunlar hazırlanmıştır. Modern kanunlaştırma faaliyetlerinin diğer bir sebebi 18 ve 19. asır Avrupası’nda ekonomik ve sosyal yapının temelden değişmesidir. O dönem Avrupa’ında sosyal, ekonomik ve siyasi yapıda yaşanan köklü değişiklikler, kanunlaştırma faaliyetlerinin başlamasına ve yaygınlaşmasına yol açmıştır.<sup>484</sup>

### ***Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma***

Avrupa devletlerinde görülen modern anlamda kanunlaştırma faaliyetleri, kısa bir süre sonra Osmanlı Devleti’nde de gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Devlet-i Âliye, askerî alanda dünyadaki gelişmeleri takip etmesinin yanında, hukuk sahasında da kanunlaştırma gibi yenilikleri uygulama gayretinde olmuştur. Osmanlı Devleti’nde yapılan kanunlaştırma faaliyetleri tarihi süreç açısından Tanzimat öncesi ve sonrası şeklinde incelenebilir.

### ***Tanzimat Öncesi Dönem***

Tanzimat öncesi Osmanlı Devleti’nde kanunname geleneği ile padişahlar tarafından hazırlanan çok sayıda kanun bulunmaktadır. Kanunname geleneği, eski Türk devletlerindeki kanun hazırlama geleneğinin İslam hukukunda örfî hukuk olarak şekillenmesi sonucu ortaya çıkmıştır. İslam hukuku devlet başkanına anayasa, idare, ceza

---

<sup>484</sup> Hıfzı Veldet, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat 1*, Ankara 1999, s. 143-144.

ve vergi hukuku alanlarında kapsamlı yasama yetkisi tanımıştır. Her Osmanlı padişahı döneminde çok sayıda kanun ve kanunname hazırlanmış olmakla birlikte, bunların en tanınmış olanları, Fatih Sultan Mehmed'in Kanunname-i Âl-i Osman'ı ve Kanunî Sultan Süleyman'ın Kanunname-i Osmanî'si'dir.

Tanzimat öncesi dönemde hazırlanan kanun ve kanunnameler, hemen hemen tamamı itibariyle örfî hukuk çerçevesinde hazırlanırken, şer'î hukuk alanı fıkîh kitaplarına ve fetva mecmualarına bırakılmıştır. Hanefî mezhebi içerisinde uygulamada esas alınacak (müfta bih-muhtar olan) en doğru (esahh-ı akval) görüşleri belirleyen fıkîh kitapları ve fetva mecmuaları, bir nevi kanun gibi asırlarca uygulanmıştır. Osmanlı şeyhülislamı, kadıların fıkîh ve fetva kitaplarındaki zayıf görüşlerle hüküm vermemelerine hassasiyet göstermişlerdir.<sup>485</sup>

### ***Tanzimat Dönemi***

Tanzimat dönemi, pek çok konuda olduğu gibi, kanunlaştırma konusunda da geleneğe dayalı hukuki yapının değişmeye başladığı önemli bir dönüm noktasıdır. Bu dönemden itibaren Osmanlı hukukunda mevcut hukukun yanında Batı hukuku da yerini almış ve böylece ikili bir yapı ortaya çıkmıştır. Tanzimat'tan sonra yapılan kanunlaştırma faaliyeti, Avrupa'da 18. yüzyıl ortalarında başlayan modern anlamdaki kanunlaştırmanın yansıması niteliğindedir. Avrupa'da görülen kanunlaştırma faaliyetlerinin etkisi ile Osmanlı'da da bir kısım kanunlar hazırlanmıştır.

Bu dönemde yapılan kanunlaştırma faaliyetinin haricî sebebi Fransa gibi Avrupa ülkelerinin Osmanlı Devleti'ne uyguladıkları baskıdır. Batılı devletler, Osmanlı ülkesindeki menfaatlerini gerçekleştirmek için, kendi kanunlarının bu ülkede uygulanmasını gerekli görmekteydiler. Nitekim bunun sonucu olarak Tanzimat döneminde bir kısım Fransız kanunları tercüme edilerek kanunlaştırılmıştır.

Tanzimat sonrası kanunlaştırma faaliyetinin başta gelen dâhilî sebebi ise Osmanlı Devleti'nin Batı karşısında geriledikçe, onların kanunlarını kabul ederek eski gücüne kavuşma düşüncesinde olmasıdır. Bu düşünce hayata geçirilirken, herhangi bir Avrupa devletinin değil,

<sup>485</sup> Hayreddin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul 2001, s. 262.



Kanunî döneminden beri yakın ilişkiler kurulmuş olan Fransa'nın kanunlarını almak, ülke menfaatleri açısından daha uygun görülmüştür.

Tanzimat sonrası yapılan kanunlaştırmaların iki ana damar üzerinde gerçekleştirildiği görülmektedir. Bunlardan birincisi, Avrupa devletlerindeki kanunlaştırma tekniklerinin kullanılarak mevcut hukukun yeniden düzenlenmesidir. Buna mevcut hukukun, kanunlaştırma geleneği devam ettirilerek Batılı anlamda kanun haline getirilmesi denilebilir. Diğer ana damar ise, Avrupa ülkeleri kanunlarının tercüme edilerek kanun haline getirilmesidir. Her iki düşünceye göre de kanunlar hazırlanmış ve uygulanmıştır.

### ***Kanunname Geleneğinin Devamı Niteliğindeki Tedvinler***

Kanunname geleneğinin devamı olarak hazırlanan kanunlarda, eski kanunlar ve fıkıh kitaplarındaki hükümler Avrupa'daki kanunların usulüne uygun şekilde bir araya getirilmiştir. Bu kanunlaştırmaya “**tedvin**” adı verilmektedir. 1840 tarihli Ceza Kanunu, 1851 tarihli Kanun-u Cedid, 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye söz konusu kanunlaştırma (tedvin) örneklerindedir.

#### *Rebiülevvel 1256 (3 Mayıs 1840) tarihli Ceza Kanunu*

Gülhane Hatt-ı Hümayun'undan sonra bir sene içerisinde hazırlanan bu kanun, bir mukaddime, bir hatime ve 13 fasılda toplam 41 maddeden oluşmaktadır. Fasıllarda hükümdar veya devlet aleyhine işlenecek fesatlar, katl, sa'y-i bi'l-fesad, dövmek, sövmek, mülkiyete tecavüz, rüşvet, irtikâp, vergiyi vermekten imtina, memurlara muhalefet, silah çekme, silah boşaltma, cerh, yol kesme gibi suçlar yer almaktadır. Bu suçlara karşı, önem ve derecelerine göre, kısas-ı şer'î, siyaseten katl, kürek, hapis, sürgün, tekdir, memuriyetten çıkarma cezaları tespit edilmiş ve padişahın fermanı olmadıkça kimsenin kısas veya siyaset yoluyla idam olunmaması birinci faslın maddeleri arasında kaydedilmiştir.<sup>486</sup>

#### *15 Ramazan 1267 (14 Temmuz 1851) tarihli Kanun-u Cedid*

Bu kanun bir önceki ceza kanununa göre daha ayrıntılı olup, bir mukaddime ve üç fasıldan oluşmaktadır. Kanunda 1256 tarihli Ceza

<sup>486</sup> Tahir Taner, “Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku”, *Tanzimat I*, s. 226 vd.

Kanunu'ndaki suçların hemen hepsi yer almış ve bunlara zabıtaya karşı gelmek, sarkıntılık, sarhoşluk, kumarbazlık, kız kaçırma, sahtekârlık, kalpazanlık gibi suçlar eklenmiştir. Cezalarda ise, önceki kanunda yazılı olanlardan başka, bazı suçlar için prangabentlik ve üçten yetmiş dokuz değneğe kadar olmak üzere dayak cezası kabul edilmiştir. Kanunda te-kerrür ve iştirake ait bazı hükümlerin yer alması bir yenilik sayılabilir.<sup>487</sup>

### *1274 Tarihli Kanunname-i Arazi*

Bu kanun, Ahmed Cevdet Paşa başkanlığında bir komisyon tarafından hazırlanmış olup, onun kanun hazırlamadaki maharetini gösteren bir eserdir. Arazi Kanunnamesi, bir mukaddime ve üç bابتan oluşmaktadır. Mukaddimede arazi türleri ve bunların tanımları verilmekte; birinci babta mirî arazinin tasarrufu, ferağı, intikali, mahlulâtı; ikinci babta metruk ve mevat arazi; üçüncü babta ise çeşitli arazi türlerinde yetişen hüda-yı nâbit ağaçlar, arazide bulunacak maddeler gibi konular düzenlenmektedir. Arazi Kanunnamesi, Tanzimat öncesi Osmanlı kanunnamelerindeki düzenlemeyi esas alarak, araziye beş grupta ele almıştır: Mülk, mirî, mevkuf, metruk ve mevat arazi. Bunlardan mülk arazi, fıkıh kitaplarında incelendiği için, Arazi Kanunnamesinde sadece mukaddime kısmında yer almış, ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir.

### *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*

Tanzimat sonrası kanunları içerisinde şüphesiz en muazzam olanı Mecelle-i Ahkâm-ı adliye'dir. Yukarıda kanunlaştırma faaliyetlerinin gerekçeleri olarak bahsedilen iç ve dış sebepler, Osmanlı ülkesinde bir medeni kanunun hazırlanması mecburiyetini doğurmuştur. Bunun sonucu olarak Âli Paşa, Mithat Paşa gibi ileri gelen yöneticiler Fransız Medeni Kanunu'nun tercüme edilerek alınması fikrini savunurken; Cevdet Paşa, Keçecizâde Fuat Paşa gibi yöneticiler ise yerli bir kanunun hazırlanması fikrini dillendirmekteydiler. Nihayet bunlardan ikinci görüş kabul görmüş ve Mecelle'nin hazırlanması için çalışmalara başlanmıştır.<sup>488</sup>

<sup>487</sup> Taner, age, s. 228 vd.

<sup>488</sup> Cevdet Paşa, Tezakir 1-12, Yayınlayan: Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, ss. 62-63; Mehmet Akif Aydın, İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 48.

### *Avrupa Kanunlarının Tercümesi: İktibas*

Tanzimat sonrası kanunlaştırma faaliyetlerinin diğer türünde, Avrupa ülkelerine ait kanunlar tercüme yoluyla alınmıştır. Buna “**iktibas**” adı verilmektedir. 1266 tarihli Kanunname-i Ticaret, 1280 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi, 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun’u, 1297 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu ve 1296 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu iktibas yoluyla alınan kanunlardır. Yukarıdaki beş kanun da Fransız kanunlarından tercüme yoluyla iktibas edilmiştir.

#### *18 Ramazan 1266 tarihli Kanunname-i Ticaret*

Özel hukuk sahasında hazırlanan ilk büyük kanun olan Kanunname-i Ticaret’in hükümlerinin büyük bir çoğunluğu Fransız Ticaret Kanunu’ndan iktibas edilmiştir. Bu kanuna, 1276 tarihinde “Ticaret Kanunname-i Hümayunu’na Zeyl” başlığı altında bir ilave yapılmış ve bu kanun gereğince Ticaret Mahkemeleri kurulmuştur.<sup>489</sup>

#### *6 Rebiulevvel 1280 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi*

Bu kanunda Fransız Deniz Ticareti Kanunu esas alınmakla birlikte, İtalyan devletlerinden Sardunya ve Sicilya hükümetlerinin, Felenk, Belçika, İspanya ve Prusya deniz ticareti kanunlarından da faydalanılmıştır.

#### *28 Zilhicce 1274 (9 Ağustos 1858) Tarihli*

#### *Ceza Kanunname-i Hümayunu*

1 Temmuz 1926 tarihli bir önceki Ceza Kanunumuzun kabulüne kadar 68 yıl uygulanmış olan bu kanun, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır. 1274 Kanunu bir mukaddime ve üç babtan oluşmaktadır. Mukaddimedede genel hükümler ve bazı zabıtalara, suçların taksimi, cezaların türleri bildirilmekte, birinci babta kamuya karşı, ikinci babta şahıslara karşı işlenen suçlar ve üçüncü babta kabahatler yer almaktadır. Suçlar cinayet, cünha ve kabahat olmak üzere üçe ayrılmış, cezalar da ona göre tasnif edilmiştir. Mücazât-ı terhibiye adı ve-

<sup>489</sup> Hıfzı Veldet, s. 196 vd; Mustafa Reşit Belgesay, “Tanzimat ve Adliye Teşkilatı”, *Tanzimat I*, İstanbul 1999, s. 214.

rilen cinayet cezaları, idam, müebbet veya muvakkat kürek, müebbet veya muvakkat kalebentlik, nefiy, müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet, hukuk-u medeniyeden iskat cezalarını; mücazat-ı tedbiye denilen cünhalara ait cezalar, bir haftadan üç seneye kadar hapis, muvakkat nefiy, memuriyetten tart ve para cezalarını; mücazât-ı tekdiriye adını taşıyan kabahat cezaları da 24 saatten bir haftaya kadar hapis cezasıyla 100 kuruşa kadar para cezasını içermektedir. Zaptiye nezareti altında bulundurulma, kanunî mahcuriyet de mütemmim veya fer'î birer ceza olarak yer almaktadır.<sup>490</sup>

*2 Recep 1297 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu*

Bu kanunun esası da 1807 tarihli Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'dur.

*5 Recep 1296 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*

Bu kanun da Fransız Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nun tercümesi ile hazırlanmıştır.

## II. MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE

### **Genel Olarak**

Bir kısım meseleleri, fikirleri, konuları veya kanunları bir araya getiren hikmetli kitap anlamına gelen “mecelle”, hukuk tarihinde 1868-1876 yılları arasında yürürlüğe girmiş olan Osmanlı'nın son dönemine ait bir kanun mecmuasının ismi olarak meşhur olmuştur. Tam ismi Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye olan bu kanun mecmuası, İslam hukukunun muamelât bölümüne ait hükümlerin bir kısmını tedvin etmiştir. Mecelle, İslam hukuk tarihinde hazırlanmış olan ilk Medeni Kanun'dur.<sup>491</sup>

### **Mecelle'nin Hazırlanma Sebepleri**

Osmanlı Devleti'nde Mecelle hazırlanmadan önce, kadılar, fıkıh kitaplarına ve fetva kitaplarına bakarak hüküm verirdi. Fıkıh kitapları o dönemde, günümüzün kanunlarının yerini tutmaktaydı. Bu kitaplar

<sup>490</sup> Taner, s. 230 vd.

<sup>491</sup> Kaşıkçı, age, s. 23.

içerisinde Osmanlı döneminde en muteber olanlarından bazıları şunlardır.<sup>492</sup>

Fıkıh kitapları ve fetva mecmualarının yanı sıra kadıların kullandıkları diğer bir bilgi kaynağı ise, kanunnamelerdir. Kanunnameler, devlet başkanlarının, İslam hukukunun verdiği sınırlı yasama yetkisine dayanarak, örfî hukukun sınırları içerisinde, idarî, malî, cezaî ve benzeri hukuk alanlarında, Şeyhülislamın fetvalarına dayanarak hazırlattıkları kanunlardır.<sup>493</sup>

Mecelle'nin bir medeni kanun olarak ortaya çıkmasına sebep olan çok çeşitli iç ve dış faktörler vardır. Bunlar arasında başta geleni Avrupa'daki kanunlaştırma hareketlerinin Osmanlı Devletini etkilemesidir. Rasyonalist felsefe ve tabii hukuk doktrininin kuvvetlenmesi sonucu, 18. Asrın sonlarından itibaren Avrupa'da sistemli bir kanunlaştırma faaliyeti başlamıştır. Ekonomik ve sosyal hayat daha karmaşık ve gelişmiş bir hale geldiğinden, devlet yapıları merkezleşmeye başlamış ve bunların sonucu olarak kanunlaştırma faaliyetleri başlamıştır.<sup>494</sup> Avrupa'da görülen kanunlaştırma akımı, Tanzimat ile birlikte Osmanlı Devleti'nde de etkisini göstermeye başlamış, çeşitli hukuk sahalarında Fransız kanunlarından iktibaslar yapılarak kanunlar hazırlanmıştır.

Avrupalılar diğer hukuk sahalarında olduğu gibi medeni hukukta da bir Avrupa ülkesi kanununun iktibas edilmesi için Osmanlı Devleti'ne baskı yapmaktaydılar.<sup>495</sup> Bu baskılar sonucu yeni bir kanun hazırlanması konusunda iki grup ortaya çıkmış, Cevdet Paşa, Şirvanizade Rüşti Paşa ve Fuat Paşa milli bir medeni kanun hazırlanmasını isterlerken, Ali Paşa, Mithat Paşa ve Kabulî Paşa ise Fransa'nın baskısı ile Fransız medeni kanununun (Code Napoleon) tercüme edilerek alınmasını savunmuşlardır. Tartışmalar neticesinde Cevdet Paşa, Şirvanizade

---

<sup>492</sup> Kaşıkçı, age, s. 27; Mecelle ile ilgili literatür için bkz. Sami Erdem, "Türkçede Mecelle Literatürü", *Türkiye Literatür Dergisi*, Bilim ve Sanat Vakfı, Türk Hukuk Tarihi Sayısı, cilt 3, sayı 5, 2005, s. 673-722.

<sup>493</sup> Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, c. 1, s. 78.

<sup>494</sup> Hulusi Yavuz, *Mecelle'nin Tedvini ve Cevdet Paşa'nın Hizmetleri*, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Tarih Araştırma Merkezi, İstanbul, 1986, ss. 45-46.

<sup>495</sup> Cevdet Paşa, *Tezakir 1-12*, Yayınlayan: Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, ss. 62-63.

Rüştü Paşa ve Fuat Paşa'nın görüşü kabul edilerek Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin hazırlanmasına karar verilmiştir.<sup>496</sup>

### **Mecelle'nin Hazırlanışı**

Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nezareti'nde, Medeni kanun ihtiyacını karşılamak konusunda doğan ihtilaf sonucunda, Cevdet Paşa'nın başını çektiği grup galip gelerek, hanefi fıkının en uygun görüşleri alınarak bir kanun hazırlanmasına karar verilmiştir. Kanunu hazırlamak üzere zamanın önde gelen hukukçularından oluşan bir komisyon kurulmuş ve başkanlığına Cevdet Paşa getirilmiştir.<sup>497</sup>

Mecelle Cemiyeti, 1868–1889 yılları arasında faaliyet göstererek Mecelle'yi hazırlamış, II. Abdülhamid Han'a yapılan asılsız bir ihbar yüzünden de kapatılmıştır. Mecelle, 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu kabul edilinceye kadar 57 sene tatbik edilmiştir. Bunun yanında Osmanlı Devleti'nden ayrılmış olan ülkelerde de yakın zamana kadar uygulanmaya devam etmiştir. Arnavutluk'ta 1928, Lübnan'da 1932, Suriye'de 1949 ve Irak'ta 1953'te yürürlükten kaldırılmıştır. Eski Yugoslavya'nın Müslüman bölgelerinde ise şuf'a ile ilgili maddeleri uygulanmaya devam edilmiştir. Bugün Kıbrıs, İsrail ve Ürdün'ün medeni kanunlarının esası Mecelle'dir.<sup>498</sup>

### **Mecelle'nin Sistemi**

Fıkıh ve fetva kitaplarının özeti niteliğinde olan Mecelle, söz konusu kitaplarının sistem ve tekniğine bağlı kalmamış, yeni bir metot geliştirmiştir. Fıkıh ve fetva kitapları taharet ile başlayıp ibâdât, muamelât, münâkehât ve ukûbâtı karışık bir şekilde incelerken Mecelle küllî kaideler ve satım akdi ile başlamış ve sadece akitlere yer vermiştir. Böylece Mecelle ibâdât, münâkehât ve ukûbâtı dışarıda bırakmış ve sadece özel hukuk alanında kanunî düzenleme yapmıştır.<sup>499</sup>

Mecelle'nin sistemi fıkıh ve fetva kitaplarından üstün olmakla beraber günümüzün Medeni Kanunları'dan bazı eksik yönleri bulunmak-

<sup>496</sup> Mehmet Akif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 48.

<sup>497</sup> Cevdet Paşa, *Tezakir* 1-12, s. 63.

<sup>498</sup> Yavuz, *Mecell'nin Tedvini...*, s. 96.

<sup>499</sup> Kaşıkçı, *age*, s. 34.

tadır. Mecelle’de bir medeni kanunda olması gereken bölümlerden aile ve miras hükümleri yer almamakta, yine bir medeni kanunda bulunması gereken usul hukuku gibi bölümleri de içinde bulundurmaktadır. Bunun çeşitli sebepleri vardır:

a) O dönemde Osmanlı adliyesinde Şer’iye Mahkemeleri ve Nizamiye Mahkemeleri vardır. Mecelle, İslam hukukunu bilen Şer’iye Mahkemesi hâkimleri için değil, bu hususta yetersiz olan Nizamiye Mahkemelerinin hâkimleri için hazırlanmıştır. Aile ve miras hükümleri, Şer’iye Mahkemelerinin görevine dâhil olduğundan, Nizamiye Mahkemeleri için hazırlanan kanunda bu konulara yer verilmesine gerek görülmemiştir

b) Mecelle’nin düzenlediği borçlar, eşya ve usul hukuku hükümleri, Nizamiye ve diğer yeni mahkemeler tarafından Müslim ve gayrimüslim bütün Osmanlı vatandaşlarına uygulanacaktır. Aile ve miras hukuku alanlarında ise Müslümanlara ve gayr-ı müslimlere ayrı ayrı hükümler tatbik edilmektedir.

c) Ayrıca Mecelle fıkıh kitaplarındaki tasnife göre ve sadece muamelât bölümündeki meseleleri kanunlaştırmıştır. Aile ve miras hükümleri, muamelat bölümünde yer almadığı için, Mecelle’de de düzenlenmemiş olabilir.<sup>500</sup>

Mecelle, kanunlaştırmada ilk olmakla beraber, ihtiva ettiği hükümler yeni va’zedilmiş değildir. Bu hükümler, o zamana kadar islam dünyasında uygulanmakta olan islam hukukunun bir bölümünün kanunlaştırılmasından ibarettir. Zaten, mecelle kelimesi de kanun ve hukuk manası taşımaz, yukarıda ifade edildiği gibi bir konuda hazırlanmış küçük kitapçık anlamında kullanılır.<sup>501</sup>

Mecelle’de dil ve üslup bakımından müphem, anlaşılmaz bir mesele ve hükme rastlanmaz. Sehl-i mümtenidir, yani hazırlanması kolay zannedilir ama değildir.<sup>502</sup> Cevdet Paşa, Mecelle’yi Justinianus’un Roma Kanunnamesi ile mukayese etmekte, Mecelle’nin daha üstün olduğuna hükmetmektedir.<sup>503</sup>

<sup>500</sup> Cin-Akgündüz, age, 2. cilt, s. 160-161.

<sup>501</sup> Yavuz, Mecelle’nin Tedvini..., s. 93.

<sup>502</sup> Berki, age, s. XI.

<sup>503</sup> Cevdet Paşa, Tezahir 1-12, s. 64.

Mecelle’de yer alan her kitabın başında, konuyla ilgili ıstılahlar açıklanmış ve bir kısım maddelerin sonunda örnekler verilmiştir. Bu iki husus tenkit edilmektedir. Mecelle’yi savunanlar ise ilgili konuların daha iyi anlaşılması için bu yola başvurulduğunu söylemektedirler.<sup>504</sup> Mecelle’nin sistemi, “mücerred kazuistik” denilen karma bir sistemdir. Aile ve miras hükümleri olmadığı halde 1851 maddeden oluşması, sanki kazuistik metodla hazırlandığını düşündürmektedir. Fakat Mecelle’de sadece borçlar ve eşya hukuku hükümleri değil, usul hukuku hükümleri de vardır. 400 kadar maddesi usul hukukuna, 200 maddesi ticaret hukukuna ve 100 maddesi de genel hükümlere ayrıldığı düşünülürse, geriye 1100 madde kalır. Türk medeni kanununun eşya ve borçlarla ilgili maddeleri de 900 kadardır. 200 maddelik fark da metod farklılığını icap ettirmez.<sup>505</sup>

Mecelle İslam hukukunda taklit devrini kapatarak yeni bir içtihat devri başlatmıştır. Hicri dördüncü asrın ortalarından Mecelle’nin hazırlanmaya başladığı tarihe kadar olan devreye İslam hukukunda taklit devri ismi verilmektedir. Mecelle ile bu taklit devrine son verilmiş, İslam hukukunun ihtilafı görüşleri içerisinde zamanın şartlarına en uygun olanları kanunlaştırılarak kanunlaştırma dönemi başlatılmıştır. Mecelle hazırlanmasından sonra Arnavutluk, Bosna-Hersek, Hicaz, Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Kıbrıs ve Filistin gibi ülkelerde Medeni Kanun olarak uygulanmasının yanında, günümüzde bir kısım İslam devletlerinin Medeni Kanunları’na da kaynaklık etmiştir. Bu sebeple Mecelle’yi sırf Osmanlı Devleti’ne ait bir kanun değil milletlerarası nitelikte bir kanun kabul etmek gerekir.<sup>506</sup>

<sup>504</sup> Berki, Açıklamalı Mecelle, s. XI.

<sup>505</sup> Cin-Akgündüz, age, 2. cilt, s. 161.

<sup>506</sup> Kaşıkçı, age, s. 33.





## KAYNAKÇA

- 3 Numaralı Mühimme Defteri: Ankara 1993.
- Abacı, Nuran: Bursa Şehri'nde Osmanlı Hukuku'nun Uygulanması, Ankara 2001.
- Abdülhamid İsmail el-Ensari: eş-Şura ve Eseruha fi'd-Demokratiyye, Beyrut.
- Abdulkadir Udeh, İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, çev: Akif Nuri, İhya Yayınları, İstanbul 1978, c. 3.
- Abdurrahman Vefik: Tekâlif, Dersaadet 1328, c. 1.
- Ahmet Lütfi: Osmanlı Adalet Düzeni (Mirat-ı Adalet), İstanbul 1997.
- Akgündüz, Ahmet: "İslam ve Osmanlı Hukukunda Müruruzaman", SÜHFD, c. 1, sayı 1, Ocak-Haziran 1988.
- \_\_\_, Ahmed: Şer'îye Sicilleri Mahiyeti Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, İstanbul 1988, c. 1.
- \_\_\_, Ahmed: Vakıf Müessesesi, İstanbul 1996, 2. baskı.
- \_\_\_, Ahmet: "Tarihte İlk Tapu Kanunu", Sızıntı, 1998, Sy. 115.
- \_\_\_, Ahmet: Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır 1986.
- Akman, Mehmet: "İslam Osmanlı Hukukunda Ariyet Sözleşmesi", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2003, c. VII, S. 3-4, s. 52.
- \_\_\_, Mehmet: Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004.
- Akyüz, Vecdi: İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divan-ı Mezalim, İstanbul 1995.
- Akyüz, Vecdi: İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divan-ı Mezalim, İstanbul 1995.
- Ali Haydar: Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, İstanbul 1330, c. 1.
- Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 1958.

- Arsal, Sadri Maksudi: Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947.
- Atar, Fahrettin: İslam Adliye Teşkilatı, Ankara 1991.
- Avcı, Mustafa: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.
- Aydın, M. Akif: “Osmanlı’da Hukuk”, Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, ed. Ekmeleddin İhsanoğlu, c. 1, İstanbul 1994.
- \_\_\_, M. Akif: İslam-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985.
- \_\_\_, M. Akif: Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2005.
- \_\_\_, M. Akif: İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.
- Bardakoğlu, Ali: “Beraet”, DİA, İstanbul 1992, c. V, s. 471.
- \_\_\_, Ali: “Beyyine”, DİA, c.VI, s. 97.
- \_\_\_, Ali: “Hapis”, DİA, c. XVI, s. 54–64.
- Barkan, Ömer Lütfi: Türkiye’de Toprak Meselesi, İstanbul 1980.
- \_\_\_, Ömer Lütfi: Osmanlı İmparatorluğu’nda Ziraî Ekonominin Hukukî ve Mali Esasları Kanunlar, İstanbul 1945.
- Belgesay, Mustafa Reşit: “Tanzimat ve Adliye Teşkilatı”, Tanzimat 1, İstanbul 1999.
- Berki, A. Himmet: İslamda Kaza, Ankara 1962.
- Beroje, Sahip: Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku, Ankara 2007.
- Bilmen, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslamiye ve Istilahât-ı Fikhiyye Kâmusu, İstanbul 1985, c. 1.
- Bozkurt, Gülnihal: “Türk Hukukunda Azınlıklar” A.Ü. Hukuk F. Dergisi, 1993, Sayı: 1-4.
- \_\_\_, Gülnihal: Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839–1914), Ankara 1989.
- Büyük Haydar Efendi: Usûl-i Fıkıh Dersleri, İstanbul 1933.
- Cemaleddin, H.: Telhis-i Ahkam-ı Arazi, İstanbul 1329.
- Cevdet Paşa: Tezakir 1–12, Yayınlayan: Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991.
- Cin, Halil - Akyılmaz, Gül: Türk Hukuk Tarihi, Konya 2003.
- \_\_\_, Halil: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992, 3. baskı.

- \_\_\_, Halil-Akgündüz, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Konya 1989, c. 1–2.
- Çatalcalı Ali Efendi: Fetâvâ-yı Ali Efendi, İstanbul (1)311, c. 1.
- Demir, Abdullah: Küllî Kaideler Ekolü ve Mecelle, İstanbul 2008.
- \_\_\_, Abdullah: “Tophane Mahkemesi 7 Numaralı Şer’iye Sicil Defterinin İncelenmesi”, M.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1998.
- \_\_\_, Abdullah: Devlet-i Âliyye’nin Büyük Hukukçusu Şeyhülislam Ebussuud Efendi, İstanbul 2006.
- \_\_\_, Abdullah: Osmanlı Mahkemesi, İstanbul 2010.
- Dernschwam, Hans: İstanbul ve Anadolu’ya Seyahat Günlüğü, çev. Yaşar Önen, İstanbul 1992.
- Düzdağ, Ertuğrul: Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı, İstanbul 1983, 2. baskı.
- Ebu Yusuf: Kitabü’l-Harac, çev. Müderriszade Muhammed Ataulлах Efendi, Ankara 1982.
- Ebu’l-Abbas Ahmed Kalkaşandi: Kitab-ı Subhi’l-Aşa , Kahire 1915, c. 13.
- Ebussuud Efendi: Fetâvâ, Lala İsmail, n. 108, v. 209b.
- \_\_\_, Efendi: Fetâvâ, İsmihan Sultan, n. 223, v. 125b.
- \_\_\_, Efendi: Gedik Risalesi. SK, İsmihan Sultan, n. 223, v. 134a.
- \_\_\_, Efendi: Risale fi Bey’il-Bâtıl ve Vakfi’l-Lâzım, S.K. İsmihan Sultan, n. 226, v. 269a-270a.
- \_\_\_, Efendi: Risale fi’l-Öşr, SK, Reşid Efendi, n. 1036, v. 35a-b.
- \_\_\_, Efendi: İsmihan Sultan, n. 223, v. 107b, 108a, 112a.
- \_\_\_, Efendi: Ma’ruzat Esad Efendi, n. 587, v. 1076.
- \_\_\_, Efendi: Risale fi Badi Ahkami’l-Evkaf, Reşid Efendi, no. 1152, v. 157.
- \_\_\_, Efendi: Risale fi’l-Öşr, SK. Reşid Efendi, no. 1036, v. 35b-36a.
- \_\_\_, Efendi: Risale fi’l-Öşr, SK. Reşid Efendi, no. 1036, v. 35b-36a.
- Ekinci, Ekrem Buğra: İslam Hukuku, İstanbul 2006.
- \_\_\_, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku, İstanbul 2008.
- \_\_\_, Ekrem Buğra, Ekrem Buğra: “Osmanlı Devleti’nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (Türk Hukuk Tarihi Sayısı), İstanbul 2005, cilt 3, sayı 5, s. 417–439.
- \_\_\_, Ekrem Buğra, Ekrem Buğra: Ateş İstidası İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul 2001.

- \_\_\_\_\_, Ekrem Buğra, Ekrem Buğra: İslam Hukuku Tarihi, İstanbul 2006.
- \_\_\_\_\_, Ekrem Buğra, Ekrem Buğra: “Osmanlı Devleti’nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (Türk Hukuk Tarihi Sayısı), İstanbul 2005, cilt 3, sayı 5, s. 417–439.
- Elmalılı M. Hamdi Yazır: Ahkâm-ı Evkaf, İstanbul 1330.
- Erdem, Sami: “Türkçede Mecelle Literatürü”, Türkiye Literatür Dergisi, Bilim ve Sanat Vakfı, Türk Hukuk Tarihi Sayısı, cilt 3, sayı 5, 2005, s. 673-722.
- Erdoğan, Mehmet: Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2005, 2. baskı.
- Fendoğlu, H. Tahsin: Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2000.
- Gedikli, Fethi: Osmanlı Şirket Kültürü, İstanbul 1998.
- Gerber, Haim: “Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf 17. Yüzyıl Bursa’sı Mahkeme Kayıtları”, Hukuk Araştırmaları, çev. Mehmet Akman, c. VIII, sayı 1–3, İstanbul 1994.
- Hacı Reşid Paşa: Ruhu’l-Mecelle, Dersaadet, 1328, c. 7.
- Halebî, İbrahim: Mülteka’l-Ebhur, İstanbul bty.
- Hasan Teysir Şemmut: el-Adaletü’l-Kazaiyye, Amman 1426–2006.
- Heyd, Uriel: “Osmanlı’da Fetva Müessesesi’nin Bazı Tezahürleri”, çev. Fethi Gedikli, Hukuk Araştırmaları, M.Ü. Hukuk Fakültesi, c. 9, S. 1-3.
- Horster P.: Anwendung des Islamischen Reschts im 16. Jahrhundert, Stuttgart 1935.
- İbn Abidin: Redd’ü’l-Muhtar Ale’d-Dürri’l-Muhtar, çev. Mehmet Savaş, İstanbul 1985, c. 13.
- İbn Kayyim el-Cevziyye: İ’lamü’l-Muvakkıtın an Rabbi’l-Âlemin, Kahire 1955, c. I.
- İbni Kemal, SK. Carullah no. 968, v. 3b-6b.
- İbni Nüceym: Fetâvâ-yı İbni Nüceym (Fetâvâ-yı Gıyasiye’nin kenarında), Bulak 1322.
- İbnülemin Seydişehrî: Telhis-i Usûl-i Fıkıh, İstanbul 1313.
- İnalçık, Halil: “Bursa Şer’îye sicillerinde Fatih Fermanları”, Belleten, 1947, XI/44, s. 702–703, 885/1480 tarihli ferman.
- \_\_\_\_\_, Halil: “İslam Arazi ve Vergi Sistemini Teşekkülü ve Osmanlı Devrindeki Şekillerle Mukayesesi”, İslami İlimler Enstitüsü Dergisi, I, sayı 1, s. 40.

- \_\_\_, Halil: “Şikâyet Hakkı: Arz-ı Havle Arz-ı Mahzarlar”, Osmanlı Araştırmaları, c. VII-VIII, 1988, s. 34.
- \_\_\_, Halil: Osmanlılarda raiyyet rûsumu, Belleten c. XXIII, sy. 92, s. 596.
- \_\_\_, Halil: Suret-i Defter-i Sancak-ı Arvanid, Ankara 1987.
- \_\_\_, Halil: “Köy, Köylü ve İmparatorluk”, Osmanlı İmparatorluğu’nda Toplum ve Ekonomi, İstanbul 1993.
- İnanır, Ahmet: İbn Kemal’in Fetvaları Işığında Osmanlı’da İslam Hukuku, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.
- İpşirli, Mehmet: “Beylerbeyi”, DİA, c. VI, s. 72.
- \_\_\_, Mehmet: “Ehl-i Örf”, DİA, C. X, s. 519–520.
- Jennings, Ronald C.: Kadı, court and legal procedure in 17. C. Otoman Kayseri”, Studia Islamica 48 (1978).
- Joseph Schacht: “Mahmeme”, İA, c. VII, s. 147.
- Kanunname: S.K. Esad Efendi, n. 3762, v. 59b.
- Karaman, Hayreddin İslam Hukuk Tarihi, İstanbul 2001.
- \_\_\_, Hayreddin: İslam Hukuk Tarihi, İstanbul 2001.
- \_\_\_, Hayreddin: Mukayeseli İslam Hukuku, Nesil Yayınevi, İstanbul 1987, c. 1.
- \_\_\_, Hayrettin: İslâm Hukukunda İçtihad, Ankara 1975.
- Kaşıkçı, Osman: İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997.
- Kenanoğlu, Macit Osmanlı Millet Sistemi, İstanbul 2007, İkinci baskı.
- Kınalızade: Bazı Ahkami’l-Vakf, S.K. Şehit Ali, n. 785, v. 2a.
- Koca, Ferhat: “İkrar”, DİA, c. 22, s. 38–40.
- Köprülü, Bülent: “Evvelki Hukukumuzda Vakıf Neviyetleri ve İcareteynli Vakıflar”, İÜHFM, XVIII sayı 1–2, s. 215 vd.
- Köprülü, Fuat: “Çavuş” maddesi, İA, c. 3, s. 362–368.
- Kuru, Baki- Arslan, Ramazan- Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 1989.
- Maverdî, Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib: Ahkamü’s-Sultanîyye, Beyrut [1]350.
- Merginani, Burhaneddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebu Bekir b. Abdulcelil er-Reşdani: el- Hidaye, c. 1–2, Lübnan.
- Merginanî, El-Hidaye, Daru İhyai’t-terasi’l-Arabî, Beyrut, c. 1-2.

- Mesud Efendi: Mir'at-ı Mecelle, İstanbul 1297, 1299.
- Molla Hüsrev: Dürer (Tercümesi), İstanbul 1258.
- Mu'cemu'l-Vesît: İstanbul 1990.
- Muhammed Ebu Zehra: İslam Hukuk Metodolojisi, çev. Abdulkadir Şener, Ankara 1986.
- Muhammed Ebu Zehra: İslam Hukukunda Suç ve Ceza, Kitabevi, İstanbul, 1994, c.2.
- Muhammed İbrahim Bedarin: Ed-Dava Beyne'l-Fıkh ve'l-Kanun, Amman 2007.
- Muhammed Kamil b. Mustafa b. Mahmud Trablusî: Fetâvâ-yı Kamiliye, Trablus 1313/1895.
- Mumcu, Ahmet: "Divan-ı Hümayun", DİA, c. IX, s. 431.
- \_\_\_, Ahmet Divan-ı Hümayun, Ankara 1976.
- \_\_\_, Ahmet: Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil, Ankara 1963.
- Mustafa Avcı: "Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış", SÜHFD, C. 12, S. 1-2, 2004, s. 87 vd.
- Mustafa Nuri Paşa: Netayicü'l-Vukuat, İstanbul 1294, c. 1.
- Ortaylı, İlber: "Anadolu'da XVI. Yüzyılda Evlilik İlişkileri Üzerine Bazı Gözlemler", Osmanlı Araştırmaları I, Enderun Kitabevi, İstanbul 1980.
- Ortaylı, İlber: Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı, Ankara 1994.
- Osman Nuri: Mecellei Umur-ı Belediye, c. 1, İstanbul 1338/1922.
- Özcan, Abdülkadir: "Asesbaşı", DİA, c. III, s. 464.
- Öztürk, Said: askerî Kassama Ait 17. Asır İstanbul Tereke Defterleri (Sosyo-Ekonomik Tahlil), İstanbul 1995.
- Pakalın, Mehmet Zeki: Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, İstanbul 1993, c. 1.
- Repp, Richard C.: "Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat", Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslam Hukuku, der. Aziz El-Azme, çev. Fethi Gedikli, İstanbul 1992.
- Sahillioğlu, Halil: "Askerî", DİA, c. 3.
- Sakaoğlu, Necdet: "Bâb Naibliği", Düünden Bugüne İstanbul Ansiklopedisi, c. I, s. 513.

- Sava Paşa: İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, çev: Baha Arıkan, Kitabevi, c. 2.
- Süleyman Sudi: Defter-i Muktesid, Dersaadet 1307, c. 1.
- Şafak, Ali: "Ehl-i vukuf", DİA, c. X, s. 531.
- Şatibi, Musa b. Muhammed: el-Muvafakât, el-Akrubiyye, h. 1417- m 1997, c. 3.
- Şener, Abdulkadir: Kıyas İstihsan İstıslah, Ankara 1974.
- Şentop, Mustafa: Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik, İstanbul 2005.
- Şeyh Bedreddin (Mahmud b. İsmail): Camiu'l-Füsuleyn, Kahire 300.
- Şeyh Nizam: Fetava-yı Hindiyeye, Beyrut, h. 1421-m. 2000, c. 4.
- Taner, Tahir: "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", Tanzimat I, s. 226 vd.
- Tevkiî Abdurrahman Paşa Kanunnamesi, MTM, I (1915), s. 540.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı: Osmanlı Devleti'nin Saray Teşkilatı, Ankara 1988.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı: Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1965.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı: Osmanlı Devlet Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı: Osmanlı Devleti Teşkilatına Medhal, Türk Tarih Kurumu, Ankara 1970.
- Üçok, Coşkun - Mumcu, Ahmet- Bozkurt, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996.
- Vakıflar Genel Müdürlüğü Arşivi: 2113 nolu defter, 195. Sahife 33. Sırada kayıtlı II. Bayezid'e ait 911 tarihli Vakfiye, s. 6.
- Veldet, Hıfzı: "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", Tanzimat 1, Ankara 1999.
- Yavuz, Cevdet: "Dava" md, DİA, C. IX, s. 12.
- Yavuz, Hulusi: Mecelle'nin Tedvini ve Cevdet Paşa'nın Hizmetleri, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Tarih Araştırma Merkezi, İstanbul, 1986, ss. 45-46.
- Yaylalı, Davut: "Karine", DİA, c. 24, s. 492-493.
- Yenişehirli Abdullah Efendi: Behcetü'l-Fetâvâ, İstanbul ty.
- Yıldırım, Şahban: "İslam Hukukunda İdarenin Yargı Denetimi" (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.
- Zuhaylî, Vehbe: İslam Fıkhı Ansiklopedisi, İstanbul 1994, c. 8.