

İslam Hukukunda Hukukî İstikrar ve Sosyal Değişim Açısından Mezheplerin Konumu (Hanefi Mezhebi İçtihatları ve Osmanlı Devleti Uygulamaları Çerçevesinde)

M. Âkif Aydın*

İslam hukuku bir içtihat hukuku olarak doğmuş ve on dokuzuncu asra kadar böyle devam etmiştir. Buna rağmen mezheplerin İslam coğrafyasında karışık olarak uygulanmayıp belirli bölgelerde temerküz etmesi sebebiyle mezhep çeşitliliğinden kaynaklan bir kurallar ve hükümler kargaşası ortaya çıkmamıştır. Ancak İslam hukuku her dönemde aynı içtihat zenginliğini sürdürememiş ve sosyal değişimlere aynı süratle cevap verememiştir. Bu makalede borçlar hukuku ve aile hukukundan seçilen örneklerle bunun ortaya çıkardığı problemler ve üretilen/üretilmeye çalışılan çözümler üzerinde durulmaktadır.

Anahtar kelimeler: İslam hukuku, mezhepler, hukuki istikrar, sosyal değişim, Osmanlı hukuku

The Position of Islamic Denominations from the Aspects of Legal Stability and Social Change in Islamic Law (with Special Reference to the Hanafi Jurisprudence and Its Ottoman Practice)

The Islamic Law started as a case law and continued in this way until the 19th century. Nevertheless, there was no conflict of rules or provisions resulting from the variety of schools of law because of regional, as opposed to mixed, sectarian concentrations within the Islamic geography. However, the Islamic Law could not sustain the same richness throughout the years and could not respond to social changes fast enough. This paper focuses on the resulting problems and legal remedies solving or trying to solve these problems, with examples from the obligations and family laws.

Keywords: Islamic law, sects, legal stability, social change, Ottoman law

Mezhep uygulamalarının İslam hukuk tarihinde takip ettiği seyir, bu hukukun uygulanma biçimini ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir.

* Prof. Dr. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Konunun incelenmesine şöyle bir soruyla başlayabiliriz: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin kabulüne kadar siyasi otorite tarafından kabul edilmiş ve mahkemeler tarafından uygulanmış bugünkü anlamda bir kanun metninin bulunmadığı uzun tarihî süreçte hukuk uygulamalarında hukuki birlik ve istikrardan bahsedilebilir mi? Yoksa hukukçuların içtihatlarıyla oluşan İslam hukukunun bu oluşum biçimi ilk nazarda hatıra geldiği ve literatürde zaman zaman iddia konusu olduğu gibi (kadi justice) çok sayıda bir birine zıt ve gelişigüzel olduğu izlenimi veren içtihatlar üretmiş, dolayısıyla bir kazai hükümler karmaşası mı ortaya koymuştur? Bu makalede mezhep uygulamasının hukuktaki değişim ve istikrar açısından ifade ettiği anlam Hanefî mezhebi içtihatları ve Osmanlı uygulaması çerçevesinde ele alınacaktır.

TARİHSEL ARKA PLAN

İslam hukukunun doğmaya başladığı Hz Peygamberin Medine dönemi (1-11/622-632) onu takip eden dönemlere nispetle kendine özgü bir oluşum sürecini ifade eder. İhtiyaç oldukça Kitap ve Sünnet temelinde üretilen hukuk kuralları hem üretildiği dar coğrafyada (Medine) hukuki birliği sağlamış hem de bu çevrenin sosyal ihtiyaçlarına bire bir cevap vermiştir. Dört halife döneminden (11-40/632-661) itibaren İslam devletinin süratle genişlemesi ve farklı sosyal yapıdaki toplumların bu siyasi yapıya dâhil olması karşılaşılan hukuki olayları ister istemez çoğaltmış ve çeşitlendirmiştir. Üstelik bu dönemden itibaren hukuki problemlerin ve bulunan çözümlerinin doğrulanmak üzere kendisine sunulacağı bir peygamber de artık mevcut değildir. Dolayısıyla bu dönem yeni olaylara çözüm bulmak amacıyla Kitap ve Sünnet'i yorumlayarak veya "rey" adı verilen bireysel inisiyatifi öne çıkararak hukuk üretim sürecinin de başlangıcı olmuştur. Ancak dört halife dönemi, özellikle Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer dönemleri İslam hukuk tarihi açısından sonraki dönemlerden yine de farklı değerlendirilmelidir. Çünkü bu dönemde bir taraftan arazi hukuku gibi devletle ilişkili olan kimi konularda çözüm halifeler tarafından/ aracılığıyla üretilirken (Sevâd arazisi örneği) ve böylece İslam hukukunun oluşumuna doğrudan halifeler müdahil olurken diğer taraftan İslam coğrafyasının muhtelif bölgelerinde sahabe ve tabiin fakihleri şahsi yorumlarıyla yeni problemlere birbirlerinden bağımsız hukuki çözümler üretiyorlardı. Bu kısa dönemden sonra halifelerin hukukun oluşumuna doğrudan katkıları tazir suç ve cezaları, mali ve idari hukuk gibi kamu hukuku alanlarıyla sınırlı olmuş, dolayısıyla İslam hukukunun daha çok özel hukuk diye nitelendirebileceğimiz

geniş alanı çoğu kere oluşturdukları ders halkalarında bu hukuku-öğreten ve aynı zamanda kendilerine sorulan dini-hukuki sorulara cevap veren hukukçuların içtihatlarıyla doldurulmaya başlanmıştır.

Bir kısmı sonraki dönemde mezhep kurucusu olarak anılacak olan hukukçuların içtihatları bu hukukun bir taraftan İslam dininin temel prensipleri diğer taraftan içinde üretildikleri toplumun ihtiyaçları ışığında şekillenmesine yol açmıştır. Bir diğer ifadeyle bu oluşum şekli İslam hukukunun belirli ölçüde içinde doğduğu farklı toplumların sosyal yapısına ve ihtiyaçlarına uygun bir hukuki kurallar bütününe ortaya konması sonucunu doğurmuştur. Sözün gelimi Muhammed b. İdris eş-Şafii'nin (ö. 204/820) Irak'ta iken sahip olduğu görüşler (mezheb-i kadîm) ile Mısır'da ortaya koyduğu yeni görüşleri (mezheb-i cedid) arasındaki farklılık sadece fikhî görüşlerinin zaman içinde olgunlaşması ve bu sebeple değişmesi ile açıklanamaz. İmam Şafii'nin iki farklı coğrafyada bulunmuş ve bu ortamların birbirinden kısmen farklı ihtiyaç ve şartlarıyla karşılaşmış olması da bu farklılıkta rol oynamıştır. Sosyal çevrede zamanla meydana gelen farklılıkların içtihatlar ve böylece İslam hukukunun şekillenmesine etkisini Medine'de ve Irak'ta ortaya çıkan hadis okulu (ehl-i hadis) ve rey okulunun (ehl-i rey) farklı hukuk anlayışlarında görmek mümkün olduğu gibi, aynı mezhep mesela Hanefi mezhebi içindeki hukukçuların içtihatlarının farklı oluşunda da görmek mümkündür. Bir başka ifade ile dinî metinlere bağlı olarak içtihat yapan hukukçuların içtihatlarındaki farklılıklar, fikhî görüşlerin zaman içinde olgunlaşmasıyla izah edilebildiği gibi içtihatların yapıldığı dönemdeki siyasi ve sosyal çevre şartlarının değişmesiyle de izah edilmelidir. Bununla beraber sosyal ve siyasal şartların İslam hukukunu bütünüyle etkisi altına aldığını, iki farklı çevrede birbirinden tamamen farklı iki İslam hukukunun ortaya çıktığını da düşünmemek gerekir.

Öte yandan İslam hukukunun şekillenmesinde önemli rol oynayan erken dönem hukukçuları içtihatlarını ortaya koyarken siyasî otoriteyi işlerine pek karıştırmak istememişlerdir. Halife Me'mûn (198-218/813-833) ile Ahmet b. Hanbel (ö. 241/855) arasında Kur'an'ın yaratılmış olup olmadığı (*halku'l-Kur'ân*) meselesinde ortaya çıkan fikir ayrılığı ve Ahmet b. Hanbel'in halifenin görüşlerine ısrarla karşı çıkması siyasal otoritenin dini-hukuki konularda ulema üzerindeki etkilerinin sınırlı olduğunu gösteren bir örnek olması bakımından dikkat çekicidir. Bu örneğin sonraki dönemlerde siyasal otoritenin ulema üzerindeki muhtemel baskılarını önlemede müspet etkisi olduğu düşünülebilir. Burada bizi ilgilendiren nokta büyük ölçüde siyasal otoritenin yetki

alanı dışında kabul edilen ve ferdi içtihatlarla şekillenen hukuk üretme sürecinin en azından erken dönemlerde kaçınılmaz olarak çok farklı içtihatların ve dolayısıyla bir tür hukuki karmaşanın ortaya çıkması sonucunu doğurmasıdır.

Abbasi hilafetinin ilk yıllarının önemli bir ismi İbnü'l-Mukaffa (ö. 145/762) Halife Mansur'a (136-158/754-775) sunduğu risalede aynı bölgedeki farklı hukuki görüşlerin uygulamada ciddi problemler çıkardığını, bir bölgede meşru ve helal kabul edilen bir uygulamanın diğer bölgede haram sayıldığını, bunun da uygulamada hukuki karmaşa yarattığını ifade etmektedir¹. Bu tespiti yapan İbnü'l-Mukaffa'nın bulduğu çözüm ise halifenin hukukçuların görüşlerinden uygun bulduğunu yürürlüğe koyması ve diğer görüşlerin uygulamasını yasaklamasıdır². Açıkça görülmektedir ki İbnü'l-Mukaffa' halifeye bir tür kanunlaştırma önermektedir. Abbasi halifesinin de bu problemin farkında olduğu ve halledilmesini gerekli gördüğü anlaşılıyor. Ancak bunun halli için dini-hukuki alana doğrudan müdahale edip bir *legislation* faaliyetine girişmiyor. Bunun yerine Maliki mezhebinin kurucusu Mâlik b. Enes'ten (ö. 179/795) yardım istiyor. Şöyle ki derlediği hadisleri ve fikhî görüşlerini bütün mahkemelerde adeta bugünkü anlamda bir kanun metni gibi uygulanacak bir kitap haline getirmesini (*codification*) talep ediyor. Ne var ki İmam Malik Hz. Peygamberin Sünnetinin tamamını toplamadığını ve görüşlerinde de yanılmış olabileceğini ileri sürerek bu teklife sıcak bakmıyor. Her ne kadar Muvatta isimli eserinin telifinde Halife Mansur'un bu talebinin etkili olduğunu düşünmek mümkünse de İmam Malik ne bu halife ve ne de aynı teklifi tekrarlayan Harun Reşid döneminde (170-193/786-809) *el-Muvatta*'nın bir kanun metni gibi uygulanmasına razı oluyor³.

Öte yandan mezheplerin teşekkül döneminde var olan içtihat çeşitliliği ve zenginliğinin beraberinde sınırlı veya belirli ölçüde bir hukuki karmaşa ve dağınıklık getireceğinin muhtemelen dönemin hukukçuları da farkındadır. Zira bu hukukçular bir taraftan içtihat yapar ve yeni dini-hukuki görüşler ortaya koyarken diğer taraftan da kendilerini bu görüşlere götüren kaynakları ve metodları belirlemeye, dolayısıyla hukuk üretimine belli bir ilmî disiplin getirmeye çalışmışlardır. Bu alandaki bilinen ilk eser Şafii mezhebinin kurucusu Muhammed b. İdris eş-Şâfiî'nin yazmış olduğu *er-Risâle*dir. Bu eseri "fukaha

1 Abdullah b. el-Mukaffa', *Âsâru İbnü'l-Mukaffa'*, Beyrut (Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye) 1989, s. 316

2 Aynı eser, s. 317

3 Subhî el-Mahmesânî, *el-Evdâ'u't-Teşri'iyye fî'd-Düveli'l-'Arabiyye Mâdîhâ ve Hâdıruhâ*, Beyrut (Dâru'l-'ilmi li'l-Melâ'în) 1981, s. 159

metodu” ve “mütetekellimin metodu” denilen farklı usul-i fıkıh metodlarına göre yazılmış çok sayıda kitap izlemiştir. Usul-i fıkıh kitapları fikhî içtihatların asıllarla irtibatını denetleme, mezheplerin iç tutarlılığını sağlama ve mezhep görüşlerini temellendirme, yeni içtihatlara metodolojik bir çerçeve içinde yön verme gibi birçok fonksiyonu birden üstlenmiştir. Sonuç itibariyle fikhî içtihatların başlangıçtan itibaren belli metodolojik esaslarla üretildiği ve her mezhebin kendi iç disiplini bu metodolojik esaslar çerçevesinde koruduğu söylenebilir.

Burada vurgulanması gereken önemli bir nokta erken dönem hukukçularının içtihat yapabilecek ilmi ehliyete sahip olmayı kadı olmanın önemli bir unsuru olarak görmeleri sebebiyle belli bir mezhebe bağlı olarak hüküm vermeyi hoş karşılamamalarıdır. Bu sebeptir ki belli bir mezhebe bağlı kalma şartı taşıyan kadı tayinini fakihlerin bir kısmı geçersiz sayarken, bir kısmı da kadı tayininin geçerli fakat bir mezhebe bağlı kalma şartının geçersiz olduğunu ifade etmişlerdir⁴. Ancak Abbasilerde Hanefi mezhebinin üç kurucu hukukçusundan birisi olan Ebu Yusuf’un (ö. 182/798) baş kadı (kâdılkudât) olarak tayin edilmesiyle başlayan süreçte bazen siyasi otoritenin etkisi, bazen halkın mezhep tercihleri bazen de belirli mezhep hukukçularının özel gayretleriyle hukuk ekolleri İslam coğrafyasının belirli bölgelerinde temerküz etmeye başlamıştır.

Mezheplerin oluşma sürecinde bu süreçle paralel olarak fıkıh mezheplerinin her birinin kendi bünyesinde de farklılaşmalar ortaya çıktığından mezhep fikhında öne çıkan en uygun görüşlerin tedvinin etmek amacıyla “muhtasar” adı verilen metinler yazılmıştır. Bu metinler hem mezhep fikhını derli toplu ifade etmeleri yönüyle iyi bir eğitim aracı olmuş hem de müftü ve kadılar için mezhebin ana çerçevesini belirleyen, dolayısıyla fetva ve kazada dağınıklığı önleyen bir fonksiyon icra etmiştir. Neticede fikhî mezhepler her bölgede yan yana ve karmaşık olarak bulunma yerine belirli bir dönemden itibaren İslam coğrafyasının muhtelif bölgelerinde temerküz etmiş ve o bölgelerde o mezheplerin görüşleri hukuk uygulamasına yön vermiştir. Sözün gelimi Türklerin meskûn olarak buldukları yerlerde Hanefi mezhebi ağırlıklı olarak uygulanır olmuştur. Anadolu ve Balkanlar, İran, Maveraünnehir ve Hint alt kıtası bunun örneğidir. Safevi devletinin kuruluşuyla birlikte süratle

4 Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed el-Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Beyrut (Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye) 1405/1985, s. 87; Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Beyrut (Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye) 1403/1983, s. 63-64; Mahmesânî, s. 177

Şiî-Caferî bir hukuk uygulamasına geçen İran'ı on altıncı asırdan itibaren bu haritadan çıkarmak gerekir.

Sonuç itibariyle bu genel girişin ışığında bu makalede mezheplerin İslam hukukunun uygulanmasında oynadıkları rolü, değişim ve istikrar konusundaki yaklaşımları ve bu yaklaşımları ortaya koyarken hangi hukuki imkân ve vasıtaları kullandıkları meselesi söz konusu coğrafyada hâkim olan Hanefî doktrin ve uygulamaları esas alınarak incelenecektir.

HANEFİ DOKTRİNİ ve UYGULAMADAKİ DURUM

Önce şunu belirtelim: Bugüne ulaşan Selçuklu ve ilk döneme ait Osmanlı kadı tayin belgelerinde (beratlarında) kadının belli bir mezhebe bağlı olması veya bir mezhebe göre hüküm vermesi kaydına rastlanmaz. Bu beratlarda daha çok “en sahih görüşe göre hüküm verilmesi” “imamların görüşleri istikametinde hüküm verilmesi” gibi kayıtlar yer almaktadır⁵. Bir mezhebe bağlılık anlayışının içtihat hürriyetini kısıtlayacağı endişesi açıkça mezhep tazyidini engellemiş olabilir. Ne var ki yukarıda belirttiğimiz geniş coğrafyadaki medreselerde esas itibariyle Hanefî fıkıh öğretimi yapıldığından bu medreselerden icazetli kadılar hükümlerini esasen böyle bir açık kayda gerek olmaksızın mezheplerinin görüşleri istikametinde ve bu mezhep çerçevesinde yazılmış fıkıh kitaplarına dayanarak vermekteydiler. Ancak Osmanlı devletinde on altıncı asrın ortalarından itibaren kadı beratlarında “Hanefî mezhebinin esahh-ı akvâli (hâkim görüş) üzere hüküm vermeleri için” denerek uygulanacak mezhebin açıkça belirtilmeye başlandığı görülmektedir⁶. Dahası Ebussuûd Efendi (ö. 982/1574) bir boşanma meselesiyle ilgili olarak verdiği fetvadan Anadolu ve Rumeli’nde bir tarihten itibaren Şafî mezhebi görüşünün uygulanmasının açıkça yasaklandığını da belirtmektedir⁷. Burada dikkati çeken nokta Ertuğrul Düzdag’ın dayandığı ve metnini dipnota aktardığımız fetva mecmuasında

5 Selçuklu dönemi kadı beratları için bk. Osman Turan, *Türkiye Selçukluları Hakkında Resmî Vesikalar*, Ankara (Türk Tarih Kurumu) 1988, s. 46-56. Fatih dönemine ait 884(1479) tarihli bir kadı beratında mezhep belirtmeksizin imamların içtihadına uymaktan (iktidâ-yı ictihâd-ı eimme) bahis vardır, bk. İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmîye Teşkilatı*, Ankara (Türk Tarih Kurumu) 1965, s. 114-115

6 991(1583) tarihli bir kanunname “...eimme-i Hanefiyyeden muhtelefün fi hâ olan mesâili kemâ yenbeğî tetebbu edip esahh-ı akvâli bulup anınla amel eyleye..” denmektedir, bk. “Osmanlı Kanunnameleri”, *Millî Tetebbular Mecmuası*, c. I, sy. 2, s. 326

7 Mesele: Zevci nâ-bedid olan Hind, nafakaya aczi olacak teşeffu’ edip Şafî kadısı tefrik edip zevc-i âhara varsa ba’dehu Zeyd gelse zevcesin geri alabilir mi?
Elcevap: Alamaz – Ahmed

Ebussuûd Efendi'nin fetvasından önce Şafii görüşüne göre verilen bir fetva-
nın da zikredilmiş olmasıdır. Şeyhülislam İbn Kemal'e ait olduğunu düşündü-
ğümüz⁸ bu ilk fetvada kocası kaybolduğu için nafaka konusunda zor duruma
düşen ve bu sebebe dayanarak kocasından mahkeme kararıyla ayrılan kadı-
nın ayrılık kararının geçerli olduğu ve ilk kocanın sonradan geri dönmesinin
ikinci evliliği geçersiz hale getirmeyeceği dolayısıyla birinci kocanın geri alma
talebinin reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ebussuûd'dan hemen önce
verildiğini düşündüğümüz bu ilk fetva diğer mezheplerden sınırlı da olsa ya-
rarlanmanın mümkün olduğu bir dönemin mevcudiyetine işaret etmektedir.
Bu çizgiden vazgeçilmesinin nedenlerini 16. yüzyılda Anadolu ve Rumeli'deki
“heterodoks” hareketler ve Osmanlı Devleti'nin bunlar karşısındaki tepkile-
rinde aramak gerekir diye düşünüyorum⁹.

İslam hukukunun Anadolu ve Rumeli'de aşağıda belirteceğimiz istisna-
lar dışında Hanefi mezhebi içtihatları çerçevesinde uygulanması yirminci yüz
yılın başına kadar yani 1917 tarihli Osmanlı Aile Kanunu'na (Hukuk-ı Aile Ka-
rarnamesi) kadar devam etmiştir denebilir. Ancak bu uygulama bu mezhebe

Cevâb-ı âhar: “Teşeffü’ hususu Diyar-ı Rum'da câri olmaya” deyu men-i sultânî vâki' olmuştur. Ebussuûd, bk. M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislam Ebussuûd Efendi Fetvalarına Göre Kanuni Devrinde Osmanlı Hayatı*, İstanbul (Gonca Yayınları) 2009, s. 61-62.

- 8 Birinci fetvada zikri geçen Ahmed, İbn Kemal veya Kemalpaşazâde olarak şöhret bulan Osmanlı şeyhülislamı Şemseddin Ahmed olmalıdır. Ebussuûd Efendi'nin fetvalarını toplayan kâtip muhtemelen önceki uygulamayı göstermek için Ebussuûd Efendi'den kısa bir süre önce şeyhülislamlık makamında bulunan İbn Kemal'in fetvasını da buraya almıştır.
- 9 Bu değişiklikte Şii Safevi devletinin ortaya çıkışıyla Osmanlı devleti ile İran'ın iki farklı ve düşman kutba savrulmasının etkisi olsa gerektir. Buna ilave olarak söz konusu uygulamada Kanuni döneminde Oğlan Şeyh, Hamza Bali ve Şeyh Karamanî olaylarında görüldüğü gibi “heterodoks” dini hareketlere yönelik sert tedbirlerin diğer Sünnî mezheplere karşı bir içe kapanmayı da beraberinde getirdiği, dolayısıyla Anadolu ve Rumeli'de Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerin bütünüyle yasaklandığı söylenebilir. Dahası bu yasak Hanefi mezhebinde hâkim görüş sayılmayan görüşleri de içine almaktadır. Bir diğer ifadeyle hâkim görüş sayılmayanların uygulanması da ancak bu uygulamaya açıkça izin verilmesiyle mümkün hale gelmiştir. Ebussuûd Efendi Ma'ruzât'ta yer alan bir fetvasında akıl hastası kocasından boşanmak isteyen kadının mahkeme kararıyla boşanabilmesi için hâkimin “İmam Muhammed kavliyle amele memur” olması gerektiği, aksi halde Hanefi mezhebindeki hakim görüş akıl hastalığı sebebiyle tefrike izin vermediği için hâkimin boşanma kararının geçerli olmadığını belirtmektedir, (Ebussuûd Efendi, “Ma'ruzât”, *Millî Tettebular Mecmuası*, sy. 2, s.340. Benzer bir fetva için bk. Ali Efendi, *Fetâvâ*, İstanbul 1272, s. I/91). Bu uygulama teorik olarak baş kadı konumunda bulunan hükümdarın tayin ettiği kaduların görev alanlarını, sürelerini ve diğer hususları belirleme konusunda sahip olduğu yetkiye dayanmaktadır. Nitekim Ebussuûd Efendi bir fetvasında bu sınırlamanın teorik temellerini şöyle ifade etmektedir: “...Zira kudâtın velayeti sâhib-i hilâfetin izin ve icazetinden müstefâddır ve hem esahh-i akvâl ile hükme memurdurlar” (Ebussuûd Efendi, “Ma'ruzât”, s. 339-340).

mensup olanların çoklukla yaşadığı Anadolu ve Rumeli coğrafyasıyla sınırlı kalmış, Orta doğu ve Kuzey Afrika gibi diğer üç Sünnî mezhebin müntesiplerinin yaşadığı bölgelere bu mezheplere mensup kadılar da tayin edilmiş ve bu bölgelerde Hanefi mezhebinin yanı sıra belli esaslar çerçevesinde bu mezhep görüşleri de uygulanmıştır.

Bu uygulama esnasında kadılar hükümlerini kendi ferdi içtihatlarına ve her olayın özel şartlarına göre değil, Hanefi mezhebinin hâkim içtihadına göre vermişlerdir. Günümüzdeki anlamda bir kanunlaştırma faaliyetinin olmadığı geniş bir coğrafyada sadece bu mezhebin esaslarının uygulanması ve bu uygulama esaslarının kadıdan kadıya değişmeyip mezhep kurucularının içtihatlarıyla şekillenmesi hukukî istikrar ve güven bakımından önemli olmuştur. Bir başka ifadeyle içtihat hukuku olarak gelişen İslam hukuku yargı alanında kadıdan kadıya göre bir değişiklik göstermemiş, bu değişiklik uzun zaman dilimleri içinde ve mezhep temelinde gerçekleşmiştir. Konuyu eşya, borçlar ve aile hukuku alanlarındaki Hanefi içtihat ve uygulamalarından örneklerle biraz daha açıklığa kavuşturmaya çalışalım.

MALIN (EŞYA) TANIMI ve KAPSAMI

İslam hukukunda mal/eşyanın tanımı ve kapsamı hem hukuki işlemler hem de haksız fiiller bakımından önemlidir. Hanefiler malın tanımında onun biriktirilebilme (iddihâr) özelliğini ön plana çıkarırlar. Hanefi hukukçulara göre bir şeyin mal olmasının temel şartı ihtiyaç zamanında yararlanabilmek için biriktirilebilmesidir. Ebu Hanife'ye (ö. 150/767) göre bir şeyin hukuki bir değer taşıması (takavvüm) için mal olarak kabul edilmesi (temevvül) gerekmektedir¹⁰. Serahsi'ye (ö. 483/1090) göre mal olabilme ise ancak bir şeyin korunması ve ihtiyaç zamanı için biriktirilebilmesi anlamına gelmektedir¹¹. Teftâzanî (ö. 792/1390) malı daha açık bir şekilde "insanın elde etmeyi arzu ettiği ve ihtiyaç zamanı için biriktirebildiği şey" olarak tarif eder¹². İbn Emîr Hâc da (ö. 879/1474) malı "korunmak istenen ve biriktirilebilen şey" olarak tanımlar¹³.

10 Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût*, İstanbul (Çağrı Yayınları) 1331/1983, c. XI, s. 79; Sa'deddîn et-Teftâzânî, *Şerhu't-Telvîh ale'l-Tavdîh*, tahkik: Zekeriyâ Umeyrât, Beyrut (Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye) 1416/1996, c. 1, s. 321

11 Serahsî, c. XI, s. 79

12 Teftâzânî, c. I, s. 412. Teftâzânî'nin Hanefi mi Şafii mi olduğu tartışmalı olmakla birlikte yukarıda verdiği tanım Hanefi mezhebinin mal anlayışını yansıtmaktadır.

13 İbn Emîr el-Hâc, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, Beyrut (Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye) 1403/1983, c. 2, s. 173.

Daha sonraki Hanefi hukukçular da malı aynı şekilde tanımlamaktadır¹⁴. On dokuzuncu asırda hazırlanmış olmasına rağmen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye de aynı tanımlı ve dolayısıyla Hanefi anlayışı muhafaza etmiştir: “Mal tab-i insanın mâil olup ihtiyaç zamanı için biriktirebildiği şey”dir¹⁵. Burada açıkça görülmektedir ki İslam hukuk tarihi boyunca Hanefiler malı aynı unsurları içerir bir biçimde tanımlamışlardır. Bu tanım sadece nesnelere mal (eşya) olarak kabul etmekte, hak ve menfaatleri kapsam dışında bırakmaktadır. Zira ancak biriktirebilen şeyler cevherdir; bir diğer ifadeyle nesnedir. Hak ve menfaatler ise arazdır; arazlar bir andan diğerine geçip devam etmezler; dolayısıyla biriktiremezler. Her an oluşur ve sona ererler. Böyle olunca da mal kabul edilmezler.

Hanefilerin mal tanımının iki önemli sonucu, menfaatleri konu alan hukuki işlemlerin kural olarak geçersiz olması ve bunlara yönelik haksız fiillerin tazmin borcu doğurmamasıdır. Bir diğer ifadeyle menfaatleri yani arazi konu alan bir satış Hanefilere göre mal olarak var olmayanın (ma’dûm) satışı anlamına gelmektedir ve geçerli değildir. Mesela taşınmazlarla ilgili irtifak hakları bağlı buldukları taşınmazın satılırken onunla birlikte alıcıya devredilebilirse de Hanefilerdeki hâkim görüşe göre o taşınmazdan bağımsız olarak satılamazlar¹⁶. Aslında kira akdi de menfaatin yani ma’dûmun satışı anlamına gelmekte ve bu sebeple geçerli olmaması gerekseyse de Hanefiler Kur’an ve Sünnet’in bu konuda bir istisna getirdiğini, dolayısıyla kira akdinin caiz olduğunu söylerler.

Yine aynı sebeple menfaate yönelik bir haksız fiil, mesela bir malın gasp edilmesi durumunda gasp edilen malın sahibine iadesi, eğer malda bir eksilme meydana gelmişse tazmin edilmesi gerekirse de kullanılan veya kullanılmasa da sahibinin kullanılmasına engel olunan zamana yönelik bir tazminatın (ecr-i misil) ödenmesi gerekmez. Bu durum Hanefilerin gasp anlayışıyla da yakından ilgilidir. Serahsî gaspı “başkasının malını hukuka aykırı bir şekilde almaktır”¹⁷ diye tarif etmektedir. Daha ayrıntılı bir tanımlı Kâsânî yap-

14 Mesela bk. İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-Râik Şerhu Kenzi’d-Dakâ’ik*, tahkik: Ahmed İzzu İnâyetü’l-Dimeşkî, Beyrut (Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî) 1422/2002, c.V, s. 80, İbn Âbidîn, *Hâşiyetü Reddî’l-Muhtâr alâ Dürrî’l-Muhtâr*, Kahire (Mustafa el-Bâbi el-Halebi) 1386/1966, c. II, s. 257

15 Md. 126

16 Alâ’eddîn el-Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-Sanâ’i’ fi Tertîbi’s-Şerâ’i’*, Beyrut (Dâru’l-Kitâbi’l-Arabî) 1982 c. VII, s. 29; Burhaneddin el-Merginânî, *Hidaye*, el-Mektebetü’l-İslâmiyye İstanbul (Kahraman Yayınları) 1986, c. III, s. 46; Mahmûd b. Ahmed Burhânüddin Mâze, *el-Muhîtü’l-Burhânî*, Beyrut (Dâru İhyâi’t-Türâsi’l-Arabî) tsz. c. VII, s. 320

17 Serahsî, c. XI, s. 49

maktadır: Ona göre gasp “bir mal üzerindeki haklı zilyetliğin açıkça ve zorla giderilmesidir.”¹⁸ Bu tanım nesnelere üzerindeki zilyetliğin belirtilen tarzda giderilmesini gasp kapsamına sokmaktaysa da menfaatler üzerindeki zilyetliğin giderilmesini bu kapsama sokmaz. Zira mal üzerindeki menfaat an be an gerçekleşmekte ve devamlılık arz etmemektedir. Dolayısıyla haklı zilyedin zilyetliği gasp anından sonrasında devam etmediğinden bunun gâsıp tarafından giderilmesi de söz konusu olmamaktadır. Bir diğer ifadeyle menfaatlerin gaspı durumunda bir sonraki andan itibaren bunlar üzerinde artık haklı bir zilyetlik mevcut olmadığından gâsıbın zilyetliğinin haksız olarak kurulmuş olması da söz konusu değildir. Çünkü her ne kadar gâsıbın haksız zilyetliği o mal üzerinde kurulmuş ise de o anda haklı zilyedin menfaat üzerinde zilyetliği artık kalmadığından onun zilyetliğinin gâsıp tarafından giderilmesi –ki gaspın gerçekleşmesi için bu şarttır– gerçekleşmemiştir¹⁹. Bu konudaki Hanefi istidlalleri ve buna dayalı içtihatları da uzun bir süreç içinde fıkıh kitaplarında devamlılık gösterir²⁰.

Şafii ve Maliki mezheplerinde ise sadece nesnelere değil, menfaatler de mal kapsamına dâhildir. Çünkü bir nesnenin hukuken değerli (mütekavvim) mal sayılması ondan elde edilen yararlarla doğrudan ilişkilidir. Dolayısıyla nesneyi mal kapsamına alıp ondan yararlanmayı almamak doğru ve tutarlı değildir. Bu sebeple de menfaatler Şafii mezhebinde doğrudan hukuki işlemlere konu olabilir; mesela geçiş hakkı gibi irtifak hakları, üzerinde kurulduğu hâkim araziden bağımsız olarak satılabilirler ve haksız fiile maruz kalmaları halinde tazmin edilmeleri gerekir. Bir malın gasp edilmesi durumunda gasp eden kimse ister bu malı kullansın ve ondan bir fayda sağlasın ister sağlamsın ihlal edilen menfaate yönelik bir ecr-i misil ödenmelidir²¹. Malikilere göre sadece gasp edilen malın kullanılması halinde bundan elde edilen menfaatin tazmin edilmesi gerekir²².

Uzun asırlar boyunca Hanefi mezhebinin hâkim olduğu coğrafyada görev yapan kadılar menfaatlerin mal sayılmaması konusundaki mezhep

18 Kâsânî, c. VII, s. 143

19 Serahsî, c. XIII, s. 173-174

20 Serahsî, c. XI, s. 78; Kudûrî, *Muhtasar* (el-Cevheretü'n-Neyyire ile birlikte), Beyrut 1427/2006, c. II, s. 49; Kâsânî, c. VII, s. 145

21 Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed el-Mâverî, *el-Hâvî fi fıkhi's-Şâfi'i*, Beyrut (Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye) 1414/994, c. VI, s. 411; c. VII, s. 160

22 Ebu Ömer Yusuf b. Abdullah el-Kurtubî, *el-Kâfi fi Fıkhi Ehli'l-Medîne*, thk. Muhammed Muhammed Ahyed el-Moritânî, Riyad (Mektebetü'r-Riyâdi'l-Hadîse) 1400/1980, c. II, s. 844

görüşüne bağlı kalmışlardır. Bu mezhep anlayışının zaman içinde sosyal hayatta bir takım zorluklar çıkardığı görülmekle birlikte bu zorluklar mezhep doktrininde bir içtihat değişikliğine yol açmamıştır. Şu kadar var ki Hanefi hukukçular kendi mezheplerinin metodolojik esaslarının gereği olarak gasp edilen malın menfaatinin tazmin edilmeyeceği görüşünü istikrarlı bir şekilde ifade etmek ve uygulamakla birlikte gasp edilen maldan elde edilen menfaatin (gelirin) dinen helal olmadığını belirtmeyi de ihmal etmemişlerdir²³.

Ancak onuncu asırdan sonra özellikle menfaatin gaspının yol açtığı problemler sebebiyle Hanefi hukuk doktrini bu konuyla ilgili olarak kısmî bir değişikliğe uğramış, üç istisnai durumda menfaatlerin gaspın da tazmin sorumluluğu doğuracağı kabul edilmeye başlanmıştır. Bu istisnai durumlar vakfedilmiş olan mallarla yetimlere ait bulunan malların ve kiraya verilmek üzere ayrılmış bulunan (mu'addün li'l-istiğlâl) malların gasp edilmesi halleridir. Bu yeni içtihadı göre artık söz konusu malların gasp edilmesi durumunda bu malların sadece iade edilmesi veya eksiklik meydana gelmişse bu eksikliğe yönelik bir tazminatın ödenmesi yetmemekte ayrıca kullanılan süreye yönelik bir ecr-i mislin ödenmesi de gerekmektedir. Hanefi doktrininde tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk defa onuncu asrı takip eden dönemde ortaya çıkan²⁴ bu içtihat değişikliği sonraki Hanefi kitaplarına istikrarlı bir biçimde yansımıştır²⁵. Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye de menfaatleri mal kapsamı dışında tutan klasik Hanefi içtihadını korumakla birlikte menfaatin gaspına yönelik bu üç istisnayı maddeleri arasına almıştır²⁶.

Burada menfaatlerin gaspının tazmin sorumluluğu doğurması konusunda getirilen istisnalar vakıf ve yetim mallarının mütevelliler ve vasiler tarafından yeteri kadar korunmadığı ve klasik Hanefi görüşünün bu tür malların zayı olmasına yol açtığı düşüncesiyle kabul edilmiş olsa gerekir²⁷. Kiralık

23 Serahsî şöyle demektedir: "Gasp edilen maldan elde edilen gelir mal sahibinin değil gasp eden kimsenindir. Ancak onu sadaka olarak dağıtır, çünkü o temiz olmayan bir şekilde elde edilmiştir", bk. Serahsî, c. XI, s. 77. Aynı görüş için bk. Kâsânî, c. VII, s. 160; Ebu Bekir el-Haddad, *el-Cevheretü'n-Neyyire*, İstanbul (Dâru't-tıbbâtî'l-âmire) 1316, c. 2, s. 444

24 Kâdihân (ö. 592/1196) tarafından derlenen *Fetava*'da mezhep içinde hakim görüş (zahirü'r-rivâye) olmamakla birlikte çocuklara ve vakfa ait bir malın gasp edilmesi durumunda çocuğun ve vakfın kaybettiği menfaate yönelik olarak bir ecr-i mislin ödeneceğini kabul edenlerin bulunduğu belirtilmektedir, bk. Kâdihân, *Fetâvâ*, Kahire 1310, c. I, s. 312

25 Mesela bk. İbn Nüceym, c. V, s. 256; Kadızâde Şemsüddîn Ahmed, *Netâicü'l-Efkâr*, Mısır (Mustafa el-Bâbî el-Halebî) 1970/1389, c. IX, s. 357; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, Beyrut (Daru'l-Fikr) 1991/1411, c.II, s. 449, c. IV, s. 526; İbn Âbidîn, c. VI, s. 41

26 Md. 596

27 *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, c. II, s. 449; İbn Âbidîn, c. VI, s. 21

mallara yönelik istisna ise bu tür malların kiralık olduğunun ilan edilmesiyle herkese yönelik bir kiralama teklifinin yani icâbın yapıldığı ve bunların gasp edilmesiyle de zımni bir kabulün gerçekleşmiş sayılacağı düşüncesiyle izah edilmiştir. Dolayısıyla herkese yönelik olarak yapılan icaba karşı malı gasp eden kimse zımni bir kabulde bulunmuş olmakta, böylece de aralarında bir sözleşme gerçekleşmiş var sayılmaktadır. Fiyat belirlenmediği için de bu fasit bir sözleşme sayılmakta, bu durumda belirlenmiş bir kira bedeli (ecr-i müsemma) mevcut olmadığı için rayiç bir bedelin (ecr-i misil) ödenmesi gerekmektedir. Burada görülmektedir ki menfaatin kısmen de olsa mal kapsamına alınması ihtiyaçların zorlamasıyla Hanefi hukuk doktrininin zaman içinde kabul ettiği bir çözümdür. Ancak bu çözümün aynı hukuk doktrini tarafından hukuki işlemlerin bütününe içine alacak şekilde genişletilmemesi dikkat çekicidir.

Hanefilerin menfaati mal saymama konusundaki temel yaklaşımlarına bir istisna da Osmanlı döneminde miri araziler ile icareteynli ve mukataalı vakıflardaki tasarruf haklarının devredilmesi dolayısıyla getirilmiştir. Şöyle ki miri arazinin çıplak mülkiyeti (rakabesi) devlete, kullanım (tasarruf) hakkı reayaya aittir. Miri arazi mutasarrıfları arazinin rakabesine sahip bulunan devletle kendi aralarında bir tür kira ilişkisinden doğan tasarruf haklarını bir üçüncü şahsa ancak yetkili devlet memurunun (sipahi) izniyle devredebilmektedirler. Bu devir karşılığında para alıp alamayacakları hayli tartışıldıktan sonra para alınabileceği görüşü hâkim olmuştur. Her ne kadar bu devir işlemine satım değil *ferâğ* denmişse de sonuçları itibarıyla bunun satımdan önemli bir farkı yoktur. İcareteynli ve mukataalı vakıflarda da mutasarrıfların kiralamadan doğan haklarının üçüncü şahıslara para ile devredilebilmesi de uzun tartışmaların ardından şeyhülislamın fetva vermesi ve padişahın da “mücebince amel oluna” diyerek uygulanmasını emretmesiyle mümkün hale gelmiştir²⁸. Bu istisnai hükme rağmen Hanefilerdeki mal anlayışı mezhebin klasik içtihadı istikametinde devam etmiştir. Nitekim on dokuzuncu asırda hazırlanmış bulunmasına rağmen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye de malı klâsik Hanefi görüşüne göre tanımlamış, hukuki işlem ve sayılan üç istisna dışındaki menfaate yönelik haksız fiillerle ilgili hükümlerini bu tanım üzerine bina etmiştir²⁹. Mecelle’de yapılmayan bu köklü değişiklik ondan kısa bir süre sonra

28 Ömer Hilmi, *İthâfu'l-Ahlâf Fî Ahkâmî'l-Evkâf*, Ankara (Vakıflar Genel Müdürlüğü), yy. 224. Mesele

29 Geçiş (mürur) hakkı gibi irtifak haklarının Mecelle’de ya kadimden beri var olduğu kabul edilmiştir veya sonradan yararlanılan (hâdim) arazi sahibinin izniyle kurulması esası getirilmiştir Birinci durumda yani kadimden beri geçiş hakkının var olması halinde bu

kabul edilen Usûl-i Muhakemât-ı Hukukiyye Kanunu'nun 64. maddesinde 30 Nisan 1914 tarihinde gerçekleşmiş ve hak ve menfaatler mal kapsamına dâhil edilerek akitlere konu olabilme ve haksız fiillere karşı korunabilme esası kabul edilmiştir.

Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne geçiş aşamasında Medeni Hukuk alanında radikal bir değişiklik yerine Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin kısmen tadil edilerek yürürlükte bırakılması düşünülmekteydi. Bu tadilleri yapmak üzere oluşturulan Mecelle Tadil Komisyonu belli bir süre bu tadiller üzerine çalışmış ve bir kısım maddeleri de yeniden yazmıştı. Bunlardan birisi de mal/eşya tanımı maddesidir. Komisyon bu maddedeki eşya tanımını Şafii mezhebi görüşünden yararlanarak hak ve menfaatleri de içine alacak şekilde genişletmiştir³⁰. Böylece menfaatler hem tek başına hukuki işlemlere konu olacak hem haksız fiillere maruz kalması halinde hukuken korunabilecek bir konuma gelmiş oldu. Ne var ki bu değişiklikler kanunlaşmamış, 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu'nun kabulüyle Mecelle ve tabiatıyla İslam hukuku bütünüyle yürürlükten kalkmıştır.

BOŞANMA SEBEPLERİ

Mezheplerin İslam hukuk tarihinde istikrar ve değişim açısından oynadığı rolü ortaya koyması bakımından incelemek istediğimiz bir diğer alan aile hukuku alanıdır. Burada ele almak istediğimiz ilk örnek de mahkeme kararıyla boşanmadır (tefrik). Hanefi mezhebinde kocanın tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşen (talak) veya tarafların anlaşarak gerçekleştirdikleri (muhâlaa) boşanmalar dışında mahkeme kararı ile gerçekleşen boşanma sebepleri konusunda diğer mezheplerden daha daraltıcı bir yorumun benimsendiği bilinmektedir. Hanefilerdeki hâkim görüşüne göre kocanın iktidarsız olması dışında bir sebeple kadının kocasından boşanma talep etmesi mümkün değildir³¹. Bir başka ifadeyle kocasının eşinin nafakasını sağlamaması veya kendisinden

hakın bu arazilerin taksimi veya satımı esnasında kurulduğu varsayılır ve bu hak süreklilik arz eder. İkinci durumda ise izin veren her zaman bu izni geri alınabilir (md. 2224-1226). Sonuç itibarıyla irtifak haklarının sonradan her iki tarafı bağlayıcı şekilde müstakil bir satım akdine konu olması söz konusu değildir. Kısacası Mecelle'de klasik Hanefi anlayışı irtifak haklarında muhafaza edilmiştir.

30 "Mal onda münafese ve bezl cari olan şeydir", md. 126, bk. Osman Kaşıkçı, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul (Osmanlı Araştırmaları Vakfı) 1997, s. 353, 364

31 Sadece azınlıkta kalan Muhammed'in görüşüne göre akıl hastalığı da bir boşanma sebebidir, bk. Serahî, c. V, s. 97

haber alınamayacak bir şekilde ortadan kaybolması (mefkûd hale gelmesi) yahut eşler arasında şiddetli bir geçimsizliğin bulunması bir boşanma sebebi sayılmaz.

Bu durumları ayrı ayrı değerlendirecek olursak Hanefilere göre kocanın evlilik süresince eşinin ihtiyaçlarını örfen makul denecek (maruf) düzeyde karşılaması evliliğin tabii bir sonucu ve kocanın yerine getirmekle yükümlü olduğu bir vecibedir. Koca bu vecibeyi yerine getirmez veya getiremezse mahkemenin eş için nafaka takdir etmesi ve eşe borçlanma izni vermesi mümkündür. Borçlanmaya izin verilmesi halinde eşin takdir edilen nafaka miktarı çerçevesinde yaptığı borçlar doğrudan kocadan talep edilebilecektir³². Ancak nafaka problemi bu yolla da çözülmediği durumlarda Hanefiler eşin bu sebeple boşanabilmesini kabul etmezler. Gerçi Hanefiler kocanın nafakayı karşılamamasının eş için bir zarar doğurduğunu kabul ederler. Ancak onlara göre bu sebeple evlilik birliğine son verilmesi, dolayısıyla kocanın evlilikten doğan hakkının (milk-i nikâh) sona erdirilmesi koca için daha büyük bir zararın doğmasına müncer olur. Dahası kocanın nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda mahkemece nafaka takdir edilmesi ve eşe kocası adına borçlanma (istidâne) için izin verilmesiyle zararın bir ölçüde giderilmesi de mümkündür. Evlilik birliğinin mahkemece sona erdirilmesi durumunda ise koca için kesin ve telafi edilemeyen bir zarar doğmuş olmaktadır³³. Dolayısıyla mahkemece karara bağlanmış nafaka borcu kocanın iktisadi imkânlarının düzelmesiyle ödenebileceğinden nafaka yükümlülüğünün yerine getirilememesi sebebiyle bir tefrik kararı verilmesi söz konusu değildir.

Bu konuda diğer mezheplerin yaklaşımı daha farklıdır. Mesela Şafii'lere göre evlilik eşlere karşılıklı hak ve vecibeler yükler. Evliliğin kendisine yüklediği vecibeleri yerine getiren kadın nafakaya hak kazanmış olur. Kocanın nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemiş veya getirememiş olması ortada telafi edilmesi gereken bir zararın doğmasına yol açar. Bu zararın giderilmesi ise hâkimin boşanma kararı vermesiyle mümkün olur. Bakara suresi 229. ayetinde ifade edilen "ma'rûf" ile evliliği ayakta tutmanın mümkün olmadığı durumlarda başvurulacak "eşi iyilikle serbest bırakmak/salıvermek" bu anlama gelmektedir³⁴. Maliki ve Hanbeliler de nafaka yükümlülüğünün

32 İbn Nüceym, c. IV, s. 313

33 Kâsânî, c. 2, s. 330; Merginânî, c. II s. 41

34 Mâverdi, *el-Hâvî*, c. IX, s. 12; Kâsânî, c. II, s. 330

yerine getirilememesini Şafiiler gibi bir boşanma (tefrik) sebebi saymaktadırlar³⁵.

Esasen dört mezhebin de nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin doğurduğu sonuç konusunda özde farklı düşünmedikleri söylenebilir. Ortada bir zarar vardır ve bu zararın giderilmesi gerekir. Şafiiler, Malikiler ve Hanbeliler bu zararın boşanma yoluyla, Hanefiler ise hâkimin eş için nafaka takdiri ve borçlanmaya izin vermesiyle giderileceğini düşünmektedirler. Hanefiler nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ve evliğin sona ermesi şeklindeki iki zarardan kendilerince ehven olanını tercih etmekte ve bu sebeple boşanmayı kabul etmemektedirler³⁶.

Kocanın uzun süreden beri kaybolmuş bulunması ve kendisinden haber alınmamış olması (mefkûdun durumu) da eşin boşanma hakkına sahip olup olmaması bakımından üzerinde durulan bir başka konudur. Hanefiler kendisinden uzun zamandır haber alınamayan, ölü mü sağ mı olduğu bilinmeyen mefkûdu ölümüne hükmedilene kadar kazanılmış haklar bakımından sağ kabul etmekte, dolayısıyla evliliğinin de sürdüğünü söylemektedirler³⁷. Burada Hanefiler kocanın bir gün geri dönebileceği ihtimalini göz önünde bulundurmakta ve geri dönmesi halinde mahkeme kararıyla boşanmış ve başkasıyla da evlenmiş bulunan eşin durumunun birinci koca açısından oluşturacağı zararı kadının maruz kalacağı zarardan daha önemli ve büyük görmektedirler. Şafiiler de eğer eşin nafaka temininde bir problem yoksa (eş geride eşine yetecek kadar mal bırakmışsa) kaybolma sebebiyle bir boşanma hakkını kabul etmezler³⁸. Maliki ve Hanbeliler ise mefkûdun karısının kaybolmuş kocasının ölümüne hükmedilmesini beklemeden belirli şartlarla boşanma hakkının bulunduğunu söylerler³⁹.

Gerek koca tarafından nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesi gerekse kocanın kaybolmuş (mefkûd) olması hallerinde Hanefi kadınların istikrarlı bir biçimde boşanma kararından kaçındıkları, bir başka ifadeyle kendi mezhep doktrinlerine bağlı kaldıkları görülmektedir. Ancak kadınların

35 Sahnûn, *el-Müdevenetü'l-Kübrâ*, thk: Zekeriyâ Umeyrât, Beyrut tsz (Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye), c. II, s. 184; Ebû Muhammed Bahâuddîn el-Makdisî, *el-Udde Şerhu'l-Umde*, thk: Salâhuddîn b. Muhamed Uveyde, Beyrut (Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye), 1426/2005, c. II, s. 36

36 İbn Nüceym, c. IV, s. 313

37 Hanefiler mefkûdun ölümüne ancak bulunduğu bölgede akranları kalmayınca hükmedilebileceği kanaatinde dirler, bk. Serahsî, c. XI, s. 35

38 Mâverdi, *el-Hâvi*, c. XI, s. 317

39 Sahnûn, c. II, s. 31; Muvaffakuddîn İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Beyrut (Dâru'l-Fikr) 1405, c. I, s. 308

probleme bütünüyle gözlerini kapattıklarını da düşünmemek gerekir. Hanefi doktrinine ters düşmeyecek imkânların devreye sokularak problemi halle yönelik çözümlerin bulunduğu görülmektedir.

On dördüncü asırda Bursa'da karşımıza çıkan uygulama kadıların bulunduğu münferit çözümler konusunda dikkat çekicidir. Bu uygulamaların birinde nafaka bırakmadan bulunduğu şehri terk eden ve nerede olduğu bilinmeyen kocasından ayrılmak isteyen bir kadın mahkemeye başvurmakta, kadı davaya bakması için bir Şafii hukukçuyu vekil (naip) tayin etmektedir. Burada kadının Hanefi değil de Şafii hukukçuyu naip tayin etmesinin sebebi açıktır. Böyle bir olayda Hanefi hukukçuların kendi mezhepleri içinde bulacakları çözüm nihayet kadın için nafaka takdir etmek ve kocası adına borçlanabilmesi (istidâne) için izin vermekten ibarettir. Bu da özellikle kadının ödünç alacağı kimse bulamadığı durumlarda problemi çözmektedir. Halbuki Şafii naip problemi kendi mezhebi görüşleri ışığında çözüp kadının mahkeme kararıyla boşanmasına hükmetmektedir. Hanefi kadı da kendi mezhebinin görüşlerine aykırı olduğuna bakmaksızın bu hükmü onaylayıp sicile kaydetmektedir⁴⁰. Bu tür bir çözümün daha önce de bazı Hanefi fakihleri tarafından kabul edildiği ve kısmî bir uygulama alanına sahip olduğu bilinmektedir⁴¹. Mezhep içinde hâkim görüş olmamakla birlikte kadının böyle durumlarda bunun mümkün olduğunu kabul eden bir hukukçuyu naip tayin etmesi ve onun boşanma hükmünü uygulaması bu alandaki ihtiyacı giderme düşüncesiyledir ve Bursa'daki uygulama da bunun bire bir aynısıdır.

40 Bursa Şeriyye Sicillerinde kayıtlı bulunan 28 Muharrem 898 (1492) tarihli bir davada davacı Abdullah kızı Gülsüm kocası Veli b. İvaz'ın dört buçuk senedir gâip olduğunu ve nafaka olarak bir şey bırakmadığını söyleyerek tefrikini talep etmiş hâkimin tayin etmiş olduğu Şafii nâip de şahitleri dinledikten sonra tarafların boşanmasına hükmetmiştir (Bursa Şeriyye Sicilleri, Defter no: 11a vr 16a. Aynı defterdeki diğer örnekler için bk. 15a, 20b. Öte yandan 1574 tarihinde vefat eden Külkedisi Mehmed b. Musa sicil kayıtlarından örneklerle oluşturduğu Sak mecmuasında bu şekilde Şafii nâip tarafından verilen ve Hanefi kadının uyguladığı boşanma örnekleri mevcuttur (bk. *Bid'atü'l-kâdi*, Süleymaniye Ktp. Denizli no: 166, vr 6a-6b). Bu örnekler bu tür uygulamanın sadece Bursa ile sınırlı olmadığını ve oldukça yaygın bir biçimde ve zannedildiğinden daha uzun süreli olarak uygulanmış olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim on beşinci asır ortalarında Osmanlı devletinde bulunan de Busbecq de kocanın karısının nafakasını temin etmemesinin bir boşanma sebebi olduğunu zikretmektedir (bk. *Türk Mektupları*, Ter. Hüseyin Cahit Yalçın, İstanbul (Remzi Kitabevi) 1939, s. 149-150). İlginç olan nokta on yedinci yüz yıl ortalarında Osmanlı devletinde bulunan Jean Thévenot'nun da aynı bilgileri vermesidir. Burada ya Thévenot eski bilgileri aktarmakta veya Şafii mezhebinden yararlanma Kanuni dönemindeki yasağa rağmen sonraki asırlarda da yer yer devam etmektedir.

41 İbn Mâze, c. 3, s. 381; keza bk. İbnü'l-Hümâm, c. IV, s. 390; Kâdihan, c. I, s. 438; İbn Nüceym, c. IV, s. 312; *el-Fetâvâ'l-Hindiyeye*, c. 1, s. 550-551; İbn Âbidin, c. 3, s. 5 90

Öte yandan savaş halinde veya kocanın o günün şartları ışığında geri dönmeme veya çok uzun bir süre sonra geri dönme ihtimalinin yüksek olduğu diğer durumlarda Hanefi doktrinine uygun şöyle bir çözümün üretildiği de görülmektedir. Böyle bir seyahat öncesinde koca belirli bir süre dönmeme şartına bağlı olarak şartlı bir talakta bulunmakta veya yine dönmeme şartına bağlı olarak karısını boşanmaya yetkili kılmaktadır (tefviz-i talak). Mahkeme defterlerinde her iki türün örneklerine rastlanmaktadır⁴². Açıkça ki bu yola başvurulmasının nedeni kadının her iki durumda da boşanma hakkına sahip olmamasıdır. Özellikle kocanın çıktığı bir seyahatte ölmesi ve ölüm haberinin eşine ulaşmaması durumunda kadın kocasının akranlarının ölümüne kadar kocanın nikâhı altında beklemek zorunda kalacaktır. Bunun doğuracağı ekonomik ve sosyal problemler her türlü izahtan varestedir. Dolayısıyla Hanefi mezhebi görüşleri çerçevesinde üretilen bu çözüm mahkeme kararıyla boşanma konusunda mezhep içinde var olan sınırlı imkânı kısmen genişletmektedir.

Bu problem on dokuzuncu yüzyılın sonu ile yirminci yüz yılın başlarında yaşanan Osmanlı Rus, Osmanlı Yunan, Balkan ve Birinci Dünya harpleri sırasında şehit olan ancak ölüm haberleri evlerine ulaşmayan ve hukuken sağ kabul edilen askerlerin geride bıraktığı eşlerin durumu sebebiyle o dönemde sıklıkla gündeme gelmiştir. Nihayet 29 Rebiulahir 1334/5 Mart 1916 tarihinde şeyhülislamın verdiği Şafii mezhebi görüşünün uygulanmasının mümkün ve gerekli olduğu fetvasına dayanılarak çıkarılan bir irâde-i seniyye geride nafaka bırakmadan kaybolan kimselerin eşlerinin bu mezhep görüşlerine uygun olarak boşanabilmelerine imkân sağlamıştır⁴³. Bu irâde-i seniyyeden yaklaşık bir sene sonra çıkarılan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile hem kocanın nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesi⁴⁴ hem de kocanın uzun süre kaybolmuş ve kendisinden sağ olduğuna dair haber alınmamış bulunması halleri⁴⁵ kadın için ayrı ayrı birer boşanma sebebi sayılmıştır.

Kocanın karısına kötü muamele yapması, dövmesi ve aralarında şiddetli geçimsizliğin bulunması durumu Hanefi mezhebinde çözüm sıkıntısı çekilen bir başka problemdir. 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi'ne kadar bir içtihat değişikliğine gidilerek bu problem için bir çözüm üretilenmemiştir.

42 C Ronald Jennings, "Women in early 17th century Ottoman Judicial records the sharia court of Anatolian Kayseri", *Journal of Economic and Social History of the Orient*, c. XVIII/1, s. 94-95

43 M. Âkif Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları) 1985, s. 146-148

44 md. 126

45 md. 127

Kocanın karısına kötü muamele etmesi ve aralarında şiddetli geçimsizlik olması durumunda eğer koca boşamaya (talak) veya karşılıklı anlaşma ile boşanmaya (muhâlaa) razı olmazsa burada sadece Hanefi mezhebi açısından değil Şafii mezhebi açısından da bir çözümsüzlük durumu söz konusudur. Her iki mezhep de bu durumda mahkeme kararıyla tefrike izin vermez. Ancak Hanefi hukuk doktrininin üretmediği çözümün yine bu mezhebin görüşleri ışığında kadılar tarafından üretildiğinin örnekleri mahkeme defterlerinde yer almaktadır.

Karısına karşı şiddet uygulayan ve mahkemenin veya çevrenin uyarılarını dikkate almayan kimseleri kadıların kendileri bakımından daha elverişli bir boşanma şekli olan muhâlaaya yönlendirdikleri, hatta bu hususta baskı yaptıklarını düşündüren örnekler vardır. Osmanlı mahkeme defterlerinde karşımıza çıkan çok sayıdaki muhâlaa örneklerinden hiç değilse bir kısmının bu şekilde gerçekleşen boşanmalar olduğunu düşünmek mümkündür⁴⁶. Bu konuda akraba ve çevre baskısının da aralarında geçimsizlik bulunan eşleri aynı şekilde muhâlaaya yönlendirdiğini düşünebiliriz. Her ne kadar Hanefi hukukçular Nisâ suresinin 35. ayetinde geçen karı koca arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için devreye sokulması önerilen hakemlere Hanbeli mezhebinde olduğu üzere boşanma kararı verme gibi kazai bir yetki tanımamışlarsa da bu hakemlerin tarafların arasını bulmak gibi ahlaki bir görevlerinin var olduğu tartışmasızdır. Hakemlerin görevlerini zaman zaman tarafların arasını bularak zaman zaman da kocayı talaka veya muhâlaaya yönlendirerek yerine getirdiklerini düşünmek gerekir. Osmanlı yargı sisteminde “muslihûn” denilen arabulucuların sık sık hukuki ihtilafları çözmede rol aldıkları göz önüne alınırsa bunların şiddetli geçimsizlik hallerinde de araya girdiklerini düşünmek yanlış olmasa gerektir. Ancak muhâlaa kocanın rızasıyla gerçekleşen bir boşanma türü olduğundan kocanın buna yanaşmaması durumunda problem yine de bütünüyle çözülememektedir⁴⁷.

46 1215 (1800) tarihli bir belgede baba Şeyh Süleyman kızı Mesude'yle damadı Hasan arasında iyi geçimin (hüsn-i muaşeretin) kalmadığı gerekçesiyle bizzat padişaha başvurmakta ikisinin arasının tefrik edilmesini talep etmektedir. Açıktır ki Mesude ve babası Şeyh Süleyman önce normal yolları yani mahkeme kararıyla veya muhâlaa yoluyla boşanmayı denemişler bunlarla sonuç alamayınca son çare olarak padişaha başvurmuşlardır. Rumeli kazaskerine havale edilen davada koca muhâlaaya razı olmuştur (BOA, HH, 15587). Burada açıkça zikredilmemekle beraber Rumeli kazaskerinin kocayı muhâlaaya yönlendirdiği ve hatta kayd-ı ihtiyatla bu hususta baskı yaptığı düşünülebilir.

47 Ebussuud Efendi'nin fetvalarında kadıların bu konuda boşanma dışında her yolu denemeleri önerilmektedir: “Mesele: Zeyd zevcesine enva-i eza edip kadı'nın malumu olsa Zeyd'den tefrike kadir olur mu? El-Cevab: Ezadan ne tarik ile mümkün ise men eylemeğe

Hanefi kadıların buldukları bir başka çözüm karısına iyi muamele etmeyen, boşamaya veya muhâlaaya da yanaşmayan kocayı hâkimin şartlı boşamaya yönlendirmesidir. Bu örneklerde karısı tarafından şikâyet edilen koca mahkemede “bir daha karımı döversem boş olsun” diye şartlı boşamada bulunmakta ve bu şartlı talak da Hanefi mezhebi bakımından geçerli kabul edilmektedir. Sonuç olarak bu şartlı boşamadan sonra karısına şiddet uygulayan koca başka bir işleme gerek olmadan eşini boşamış olmaktadır⁴⁸. Burada şiddete maruz kalan kadının yapacağı tek şey şiddet gördüğünü mahkemede ispat etmek olacaktır.

Uygulamada bulunan çözüm sadece bunlardan ibaret değildir. Osmanlı arşivinde karşımıza çıkan bir belge bu konuda Hanefi mezhebine mutlak bağlı kalma arzusunun doğurduğu çözümsüzlüğün hukuk kuralları zorlanarak nasıl çözüldüğünü göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Selh Rebiulahir 967(1560) tarihli bir hükümde kötü muamele gördüğü kocasından boşanmayan kızının durumunu padişaha arz eden baba Sinan’ın durumuyla ilgili Edirne kadısına gönderilen hükümde şöyle denmektedir:

“Edirne kadısına hüküm ki, hâliyâ Edirne bostancıbaşısı Sinan dâme mecdühû mektup gönderip kızını mahrûse-i mezbûredenMüstedâm nam kimesneye verüp hüsn-i zindegânesi (iyi geçimi) olmadığın arz edüp tefrik olunmasın rica etmeğin buyurdum ki vardıkta bizzat müşârün ileyhın kızını mezbûrdan tefrik eyleyip taallül ve inat ettirmeyesün. Şöyle ki taallül ve niza eyleyse bildiresin ki hakkından gelip mûcib-i ibret ola”⁴⁹.

Burada hâkimin elindeki imkân kocayı talaka veya muhâlaaya zorlamaktır. Koca bu iki şıktan birisine razı olmazsa ibret-i alem olacak şekilde “hakkından gelme” devreye girecektir. İslam hukuku içerisinde Hanefi mezhebinin klasik görüşüne aykırı farklı bir görüş benimseme ve bu ve benzer hallerde boşanmaya imkân tanıma yerine fiili bir zorlamaya başvurma dikkat çekicidir⁵⁰.

kadirdir” (Düzdağ, 54). Ne var ki böyle durumlarda hâkimin aile ilişkilerine etkili bir şekilde müdahale etme imkânı yine de sınırlıdır.

48 Bu konuda Kayseri kadısının uygulamaları için bk. Jennings, s. 88-89

49 BOA, Mühimme 3, 256, hüküm no: 739

50 25 Zilka'de 979 (1572) tarihli bir hükümde de şöyle denmektedir: “Silistre beyine hüküm ki hatunun Asitane-i saadetimi gelüp senden şikayet eyleyüp tefrik olunmasın rica eylemeyin buyurdum ki tehir eylemeyüp yarar vekilin gönderüp mezbure ile bertaraf olasın” (BOA Mühimme, 16, s. 198) Burada da açıkça görülmektedir ki Silistre beyinin eşi kocasından ayrılmak istemiş ancak normal yollardan buna imkan bulamamış ve son çare olarak padişaha başvurmuştur. Burada da yukardaki örnek kadar olmasa bile bir zorlama söz

Bu problem de ancak 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesiyle çözülebilmiş ve şiddetli geçimsizlik durumlarında iki tarafın ailelerinden birer hakem seçilerek tarafların arası bulunmak istenmiş, bu mümkün olmazsa taraflardan kimin kusurlu olduğuna bakılarak bâin (ayırıcı) talaka veya muhâlaaya karar verilmesi ve bu kararın da mahkemece uygulanması esası kabul edilmiştir⁵¹. Bâin talaka hükmedilmesi durumunda koca boşamanın doğurduğu mali yükümlülükleri üstlenecek, muhâlaaya hükmedildiğinde ise koca bu yükümlülüklerden muaf olacaktır.

Yukarda anlatılan zorla boşatmaya benzer bir uygulamaya ikrâh (zorlama) altında yapılan evliliklerin çözümünde da rastlanmaktadır. İkrâh altında yapılan evlenmeler Hanefiler dışındaki üç sünni mezhebe göre geçersizdir⁵². Bu mezheplerde ikrah iradeyi sakatlayan bir sebep olarak kabul edilmektedir. Hanefiler ise satım akdi gibi hukuki işlemlerde ikrahın iradeyi sakatladığını ve işlemi geçersiz kıldığını kabul etmekle beraber evlenme akdi esnasında yapılan ikrahın, zorlamaya maruz kalan kimsenin iradesinin sakatlanmasına yol açacak boyutta olmadığı görüşündedirler⁵³. Onlara göre ikrah rızayı ortadan kaldırırsa da iradeyi bütünüyle sakatlamaz. Dolayısıyla ikrah altında yapılan evlenme ve boşanmalar geçerlidir. Hanefi hukukçuların istikrarlı bir şekilde takip ettikleri bu görüşün Osmanlı devletinde asayişin yeterli düzeyde olduğu ve kız kaçırımların sıklıkla vuku bulduğu bölgelerde ve zamanlarda aileler için ciddi sıkıntılar, kaçırılan ve zorla evlendirilen kadın ve kızlar için büyük mağduriyetler doğurduğu bilinmektedir⁵⁴. Özellikle eşkıya tarafından kız ka-

konusudur. Belgedeki “Yarar bir vekil” ifadesini “boşamaya yetkili bir vekil” olarak anlamak gerekir.

51 md. 130: “Zevceyn beyninde nizâ ve şikâk zuhur edip de tarafeynden biri hâkime mürâcaat ederse hâkim tarafeynin ailelerinden hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsâfî hâiz olmazsa hâriçten münasiplerini teyin eder. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfaâtını tetkik ile beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlaa eyler. Hakemler ittifak edemezler ise hâkim evsâf-ı lâzımeyi hâiz diğer bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne karâbeti olmayan üçüncü bir hâkem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat’î ve nâ kâbil-i itirazdır”.

52 Sahnûn, c. II, s. 436; Mâverdi, *el-Hâvî*, c.X, s. 228-229; İbn Kudâme, VIII, 260

53 Serahsî, c. V, s. 94

54 Bu zorlamaların zaman zaman çeşitli menfaatler elde eden mahalli idareciler tarafından yapıldığı da görülmektedir. Padişahların adalet fermanlarında (Adaletnameler) bu tür zorlamalara karşı idareciler uyarılmaktadır, bk. Halil İnalçık, “Adaletnameler”, *Belgeler: Türk Tarih Belgeleri Dergisi*, II/3-4 (1965) s. 99, 107. Gerek mahalli idareciler gerekse sair kimseler tarafından yapılan zorlama örnekleri ve bunlara yapılan muamelelerle ilgili olarak bk. BOA Mühimme, 28, s. 245; *Cevdet, Adliye*, 58, 1715, 2632; keza bk. Mustafa Akdağ, *Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası: Celali İsyanları*, Ankara (Bilgi Yayınevi) 1975, s. 284

çırmalarda kolluk kuvvetlerinin kaçırılanı kurtarması problemi çözmekte, kıyılan nikâh sanki meşru bir evliliğin var olduğu ve ortada işlenmiş bir suçun bulunmadığı iddialarına yol açmaktadır. Hanefi hukukçularının görüşlerinin yol açtığı problemi çözmek için Osmanlı yönetiminin bulduğu yöntem zor kullanarak bir kadınla nikâh kıyan kimseye bu defa boşaması için zor kullanmaktır. Kanuni dönemi ceza kanunnamesinde şöyle denmektedir: “Kız veya avret çeküp cebr ile nikâh ettirene cebr ile boşatalar ve dahi siyaset edeler”⁵⁵. Burada da diğer mezhep görüşleri istikametinde zorla yapılan nikâhı geçersiz sayma yerine zorla yapılan evlenmeyi zorla sona erdirme yolu seçilmiştir.

Hanefilerde sadece zorla yapılan evlilikler değil, zor kullanılarak yapılan boşamalar da geçerli sayılmaktadır. Bu durum ise boşanan kadın için zaman zaman ilk nazarda görülmeyen sakıncalar doğurmaktadır. Kocanın ikrah altında karısını boşaması şayet üçüncü boşama ise veya koca ikrah altında eşini üç kere boşamışsa ikrah ortadan kalksa bile, karı koca istese bile tekrar evlenemeyeceklerdir. Dolayısıyla karı koca üzerinden zorlamanın kalkmış olması onların durumlarını düzeltemeyecektir. Halbuki diğer mezheplerin çözümleri kabul edilmiş olsaydı zor kullanılarak yapılan evlenme ve boşamalar geçerli sayılmayacağından bu tür problemler rahatlıkla ve hukuk içerisinde kalınarak çözülebilecekti⁵⁶. Osmanlı devletinde bu problemin çözümü de ancak 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile gerçekleşmiş ve zorla yapılan evlenme ve boşanmalar geçersiz kabul edilmiştir⁵⁷.

Hanefi hukuk tarihi içinde mezhep görüşünün terkedilerek diğer mezheplerin görüşlerinin veya Hanefi mezhebi içerisindeki azınlıktaki görüşün kabul edildiği örnekler sadece bunlardan ibaret değildir. Sözün gelişi Hanefi mezhebindeki âkil-bâliğ diğer bir ifadeyle tam ehliyetli olan genç kızların velilerinin rızasını almadan evlenebilecekleri yönündeki hâkim görüş on altıncı asırda terkedilmiş, Osmanlı padişahının bir fermanıyla bunların ancak velilerinin rızasıyla (müşterek velayet) evlenebilecekleri yönündeki İmam Muhammed'in görüşünün mahkemelerde uygulanması esas kabul edilmiştir⁵⁸.

55 Ömer Lütfi Barkan, *XV ve XVI Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Zırai Ekonominin Malî ve Hukukî Esasları, Kanunlar*, İstanbul (İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Türkiyat Enstitüsü Yayınları) 1943, s. 121, md. 16; s. 125, md. 16

56 Alaüddevle ve Bozok Kanunnamelerinde Şafii mezhebinin etkisiyle zor altında kalanın (mükreh) nikâhının geçerli olmadığını kabul edilmiş olması bu açıdan dikkat çekicidir, bk. Barkan, s. 121, md. 16, s. 125, md. 16

57 Md. 104

58 “951/tarihinde kudât veli izinsiz nikâh itmemele memurdurlar”, Ebussuûd Efendi, “Ma’ru-zât”, s. 339

Vakıfların esas itibariyle taşınmaz mallar tahsis edilerek kurulabileceği tarzındaki hâkim görüşten para vakıflarında İmam Züfer'in görüşüne dönülmesi ve mahkemelerde uygulamanın bu yönde olması hususunda padişah fermanı alınması mezhep içinde hâkim görüşten ayrılmanın bir başka dikkate değer örneğidir⁵⁹. Vakıflar konusundaki bir diğer değişiklik vakıf kuran kimsenin vakıftan yararlananlar arasına aile fertlerini alamayacağı yönündeki hâkim Hanefi mezhebi görüşünün azınlıktaki Ebu Yusuf'un görüşü ile değiştirilerek aile vakıflarını kurulmasına imkân tanınmasıdır⁶⁰. Bir tür alacağın temlikli sonucu doğuran mukayyed havalenin Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin hazırlanışı sırasında tartışmalı bir biçimde gündeme gelip nihayet İmam Züfer'in görüşü istikametinde geçerli kabul edilmesi ve Mecelle'nin 692nci maddesinin buna göre düzenlenmesi bu konuda son bir örnek olarak zikredilebilir⁶¹.

İSTIKRAR versus DEĞİŞİM

Sonuç olarak yukarıda ele aldığımız örnekler çerçevesinde hukuk kurallarının istikrarlı uygulanması ve değişime cevap vermesi açısından mezheplerin oynadıkları rolü Hanefi mezhebi ve Osmanlı uygulaması çerçevesinde şöyle değerlendirebiliriz. Mahkemelerin veya hukuk âlimlerinin içtihatlarıyla oluşan içtihat hukukları çok farklı görüşlerin ve kuralların oluşmasına imkân tanıdığı, bunun da hukuki istikrar ve güven bakımından kanun hukuklarına nispetle zaman zaman problem oluşturduğu bir vakıadır. Zira içtihat hukukunda her ne kadar hâkime yol gösteren emsal kararlar veya içtihatlar varsa da ortada mecburen uyulacak bir kanun hükmü mevcut değildir. Bu hukuklarda mahkemeler hukuku uygularken karar ve gerekçeleriyle aynı zamanda hukuk da yaratmaktadırlar. İslam hukuku kadıların yanı sıra veya onlardan daha çok hukuk âlimlerinin içtihatlarıyla oluşan bir hukuk sistemidir. Müçtehit

59 Para vakıflarının kurulması ve işletilmesi hususunda Hanefi hukuk tarihinde çok ateşli tartışmaların olduğu ve sonunda Züfer'in görüşü hakim kılınarak bu tür vakıfların Osmanlı coğrafyasında çok yaygınlık kazandığı bilinmektedir, bk. Tahsin Özcan, *Osmanlı Para Vakıfları Kanuni Dönemi Üsküdar Örneği*, Ankara (Türk Tarih Kurumu Yayınları) 2003, s. 27-50; Murat Çizakça, *A History of Philanthropic Foundations: The Islamic World from the Seventh Century to the Present*, İstanbul (Boğaziçi University Press) 2000, s. 28-38

60 Mesela Halep'te 1718-1800 yılları arasında kurulan 485 yeni vakıftan 237'si (%48) aile vakfidir (Füruzan Selçuk, "Vakıflar (Başlangıçtan 18. Yüzyılın sonuna kadar)", *Vakıflar Dergisi*, c. VI, s. 26), Edirne'de 133 kamu görevlisi (askeri) tarafından kurulan vakıflardan 80 tanesi (%60) hayri, kalanı aile vakfı veya karma vakıftır (Haim Gerber, "The Vaqf institution in early Ottoman Edirne", *Asian and African Studies*, sy. 17, s. 34

61 Ebul'ulâ Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, İstanbul (Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları) 1996, s. 83-85

hukukçu dediğimiz bu âlimlerin Kuran-ı Kerim ve Hz Peygamber'in sünneti gibi müşterek hareket noktaları var ise de çok geniş bir hareket alanlarının olduğu da bir gerçektir. Bu sebeple aynı hukuk alanında farklı görüşlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Nitekim mezheplerin oluşum döneminde böyle bir içtihat çeşitliliğine rastlanmaktadır.

Şu kadar var ki oluşumlarını takip eden süreçte mezhepler bir takım siyasi ve hukuki sebeplerle İslam dünyasında genellikle karışık olarak iç içe bulunmamışlar, belirli bölgelerde yoğunlaşmışlardır. Belli bölgelerde sadece bir mezhebin görüşünün hâkim olması da hukuki birlik ve istikrarı beraberinde getirmiştir. Yukarda özel olarak seçtiğimiz bütün örnekler Hanefi hukuk tarihinde uzun bir süreç boyunca istikrarlı bir biçimde uygulanan zamanla değişiklik ihtiyacı hissedilen ve sonuçta değiştirilen hükümlerle ilgilidir. Ele aldığımız ilk örnekte Hanefilerin mal (eşya) kavramı uzun yıllar bu mezhebin literatüründe aynı şekilde tanımlanmış, hukuki işlemler ve haksız fiiller bu anlayışa göre şekillenmiştir. Bu tanıma göre belirlenen kuralların yaklaşık on asır boyunca istikrarlı bir biçimde uygulandığı coğrafyalarda hukuki birlik oluşturduğunu söylememiz mümkündür. Aynı değerlendirmeyi mahkeme kararıyla boşanma konusunda da yapabiliriz. Hanefilerin mahkeme kararıyla boşanma sebepleri konusundaki daraltıcı yorumları yirminci asrın başına kadar mezhep literatüründe istikrarlı bir biçimde korunmuş ve sosyal şartların zorladığı değişiklik ihtiyacı dahi bu asra kadar Hanefi hukuk doktrininde bir değişikliğe yol açmamıştır. Keza zor kullanılarak yapılan evlenme ve boşanmalar konusunda da Hanefi görüşlerinin ciddi bir takım problemler doğurmasına rağmen uygulamada istikrarlı bir devamlılığa sahip olduğu görülmektedir. Bu alanlarda zamanla gerçekleşen değişikliklerin öyle bir anda ve sühuletle yapılmadığı aşikârdır. Bu bakımdan kanun hukuku ile Hanefi mezhebi temelinde gelişen içtihat hukukunun hukuki istikrar noktasından bir farklılık arz etmediğini belirtmek gerekir. İslam hukukunda kaduların kararlarını keyiflerince verdikleri (kadi justice) iddiası fiili bir gerçekliğe değil, "olsa olsa böyle olur" şeklindeki mantıksal bir çıkarıma dayandığını söylemek yanlış olmasa gerektir.

Aslında asıl problem İslam hukukunun bir içtihat hukuku olması sebebiyle istikrarın sağlanamaması değil, mezhep temelinde gelişen hukuk doktrininin sosyal yapı ve hukuki ihtiyaçlar değiştikçe bu değişime aynı ölçüde cevap verememesinde yatmaktadır. Her ne kadar mal tanımının uygulamada ortaya çıkardığı kimi problemleri vakfa ve yetimlere ait mallarla kiraya

verilmek üzere ayrılmış mallar için getirilen istisnalarla çözülebilmişse de mal tanımı değiştirilerek bulunabilecek problemin toptan çözümü cihetine gidilememiştir. Bunu bir açıdan hukuki ihtiyaçların böyle bir değişimi zorlayacak güçte olmamasıyla diğer açıdan da mezhebin oluşumu döneminden uzaklaştıkça mezhep bağlılığının artmasıyla izah edebiliriz. Ancak yine de menfaatlerin sınırlı durumlarda da olsa mal sayılması, para vakıflarının kurulmasına imkân tanınması gibi iktisadi hayatta ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara hukukçuların yaklaşımı hukukun diğer alanlarına sözün gelimi aile hukukunda ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara yaklaşımına nispetle daha olumlu olmuştur.

Aile hukuku alanındaki gelişmelere Hanefi doktrininin olumlu cevap vermemesinde, mesela mahkeme kararıyla boşanma sebepleri konusunda daraltıcı yorumların genişletilmemesinde diğer etkenlerin yanı sıra Osmanlı devletinin on altıncı asırda içine girdiği siyasi ve dini şartların etkisi olduğu düşünülmelidir. Bir başka ifadeyle on dört ve on beşinci asırda dolaylı da olsa var olan diğer mezheplerden yararlanma imkânı Şii yayılmacılığını ve *heterodoks* dini hareketleri önleme düşüncesiyle ortadan kaldırılmıştır⁶². Kadılar Hanefi mezhebinin kabul ettiği hukuki imkânlar çerçevesinde kocayı şartlı talaka ve/veya muhâlaaya yönlendirmek gibi münferit çözüm arayışlarına gitmişlerdir. Bu arada ikrah altında yapılan evlenme problemini kocayı karısına boşamaya zorlayarak çözmek gibi hukuk dışı yolların da zaman zaman kullanıldığı olmuştur. Bu örnek bile kadıların dilediği gibi kararı verme imkânının olmadığını ve bu imkânsızlığın siyasi otoritenin devreye girmesi ve/veya hukuk kurallarını zorlamasıyla çözmeye çalışıldığını göstermektedir.

Şunu da ifade etmek gerekir ki mezhep bağlılığı nedeniyle hukuki değişime yeterli süratle cevap verememesi uzun vadede İslam hukukunun toplum dışına itilmesi ve uygulamadan kısmen veya büyük ölçüde kalkması sonucunu doğurmuştur. Yirminci asrın başlarında İslam dünyasında görülen gelişmeler katı mezhep bağlılığının doğurduğu problemlerin ancak siyasi otoritenin devreye girmesiyle bir başka ifadeyle kanun hukukuna dönüş yoluyla çözülmeye çalışıldığını ortaya koymaktadır. Esasen Osmanlı uygulamasında Hanefi mezhebinin kimi içtihatlarından diğer mezhep içtihatlarına veya mezhep içindeki azınlık görüşlerine dönüştürme padişahların kadıların görev alanlarını kısıtlama yetkisi kullanılarak çözümlenmesi istikbaldeki kanun hukukuna dönüşün yolunu hazırlamıştır denebilir. Bu yola girişte dönemin hukukçularının farklı içtihatlarının Hanefi hukuk muhitlerinde kolaylıkla kabul görmeme endişesinin de

62 bk. 9 nolu dip not

rolü olsa gerektir. Neticede bu yol önce Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'de Hanefi görüşlerinden zamanın ihtiyaçlarına uygun görülenlerin kanunlaştırılması, sonra da 1917 tarihli Osmanlı Aile Kanunu'nda diğer mezheplerin görüşlerinden eklektik bir seçim yapıp yürürlüğe konulmasının yolunu açmıştır. Bunun İslam hukuk tarihinde önemli bir dönüşüm olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim bu örneği Suriye, Ürdün, Mısır, Irak ve Fas gibi diğer İslam ülkeleri de özellikle aile hukuklarını kanunlaştırırken izlemişlerdir. Ancak en azından Türkiye bakımından bu adımın geç kaldığını belirtmek gerekir.