

Lütfiye AKGÜL

Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Ocak
2014

T.C

FATİH ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

OSMANLI DEVLETİ'NDE FIKHİN TEDVİNİ ÇALIŞMALARI ve
1333/1915 TARİHLİ KİTABÛ'N-NAFAKÂT ADLI KANUN KİTABININ

İNCELENMESİ

LÜTFİYE AKGÜL

Ocak 2014

ONAYLAMA SAYFASI

Enstitüsü : **Sosyal Bilimler**
Anabilim Dalı : **Temel İslâm Bilimleri**
Tez Konusu : **Osmanlı Devleti’nde Fıkıhın Tedvini**
Çalışmaları ve 1333/1915 Tarihli Kitabû’n-Nafakât Adlı kanun Kitabının
İncelenmesi
Tez Danışmanı : **Prof. Dr. Hamdi Döndüren**
Tez Tarihi : **Ocak 2014**

Bu tezin şekil ve içerik açısından Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Yazım Kılavuzunda belirtilen kurallara uygun formatta yazıldığını onaylıyorum.

Prof. Dr. Muhit MERT
Anabilim Dalı Başkanı

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı 51191134 numaralı öğrencisi Lütfiye Akgül tarafından hazırlanan bu tezin Yüksek Lisans Tezinde bulunması gereken yeterliliğe, kapsama ve niteliğe sahip olduğunu onaylıyorum.

Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN
Tez Danışmanı

Tez Sınavı Jüri Üyeleri

İmza

Prof. Dr. Muhit MERT

.....

Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN

.....

Yrd. Doç. Dr. İsa ÖZEL

.....

Bu tezin Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Yazım Kılavuzunda belirtilen kurallara uygun formatta yazıldığını onaylıyorum.

Doç.Dr. Mehmet KARAKUYU

Müdür

ÖNSÖZ

Aile; kan bağı ve evlilikle doğan akrabalık ilişkileriyle bir araya gelmiş ve birbirine bağlanmış olan bir müessesedir.¹ Her fert yaratılış gereği bakım ve korunmaya muhtaç olarak dünyaya gelmiştir ve bu ihtiyaç onun bir aile içinde olmasıyla karşılanacaktır. Bu bakımdan aile içerdiği fonksiyon olarak toplumun temelini oluşturan unsurdur.

Toplum için asıl olan bu yapının, düzen içinde işlemesi ve sağlam bir toplum yapısı için kamunun gerektiği durumlarda müdahalelerde bulunma yetkisi kanun maddeleriyle düzenlenmiştir. Aile içinde fertlerin birbirlerine olan sevgi, saygı, koruma ve yardım hasletleri sonucunda karı-koca arasında veya ebeveyn-çocuklar arasında olduğu gibi akrabalar arasındaki birtakım sorumlulukların yerine getirilmesi sağlanmış ve olabilecek mağduriyetler önlenmiş olur. Bu hedeflenen bir aile yapısının getireceği sonuçlardır. Fakat bazı durumlarda hukuk müdahalesi olmadan bu beklenen durumun aksadığı da bir gerçektir. Bu sebeplerden dolayı hukuk aile birliğinin korunması, fertlerin hak ve menfaatlerinin korunması için gereken tedbirleri almıştır.

Hukuk, evlilik birliğinin başlangıcından sona ermesine kadar ve hatta bazı durumlarda birliğin dağılmasından sonra da devam etmesi için aile fertleri arasında, iase ve bakım gibi yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak için tedbirler almıştır.² Bütün bunları incelediğimiz bu çalışmada; öncelikle üzerinde çalıştığımız dönemin Osmanlı dönemi olması sebebiyle, Osmanlı hukuk sistemini tanımaya yönelik bir yol takip ettik. Bu çalışma neticesinde gördük ki, Osmanlı hukuk sistemi, o günün şartları gözönüne alınarak, mahkemelerde her soruna cevap olacak şekilde hükümlerle bütün boşlukları doldurmuştur.

Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında, bu hükümlerin alanlarına göre toparlandığı ciddi birçok çalışma yapılmıştır. Bütün hukuk dallarında başlatılan bu derleme faaliyetlerinin bir kısmı çok güzel bir çalışma olarak tamamlanmış, bir kısmı ise bazı sebeplerden dolayı yarım kalmış, istenilen hedef sağlanamamıştır. Bir kanun

¹ Samim, Gönensay, Medenî Hukuk, İstanbul, 1937, s. 5.

² Yılmaz, Ergenekon, Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları, İstanbul, 1966, s. 3.

kitabı niteliğinde olan Kitabû'n-Nafakât, bu çalışmaların içerisinde tamamlanma şansına kavuşmuş çok değerli bir eser olarak elimizde mevcuttur.

Kaynağını İslam hukukundan alan Osmanlı hukuk sistemi her ne kadar Şerî ve Örfî hukuk olarak iki kısımda incelense de aslında şerî hukuk temelli tek bir hukuk sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda da ayrıntılarıyla incelediğimiz örfî hukuk sisteminin bütün unsurları şerî hukuk sisteminin süzgecinden geçerek uygulanmıştır.

Kitabû'n-Nafakât'ta nafaka hükümlerinin Medeni Kanunda yer alan nafaka hükümleriyle kıyaslandığında, bu eserin ne kadar önemli bir çalışma olduğu anlaşılabacaktır. Orhan Çeker'in Latin harfleriyle yazmış olduğu bu eser, şu anda tamamen sadeleştirilmiş bir formda mevcut değildir.

Medeni Kanundaki nafaka hükümlerini esas alarak, Kitabû'n-Nafakat'taki nafaka maddelerini karşılıklı kıyaslamaya çalıştığımız için bu değerli eseri tam olarak bütün hükümleriyle ele alma imkânımız olamadı. Çünkü bu eserdeki her hükmün karşılığı Medeni Kanunda mevcut değildir. 634 maddeden oluşan bu kitapta, temelde Hanefî mezhebine göre hüküm verilmiş, bazı çözüm bulmakta zorlanılan meselelerde başka mezheplere de başvurulmuştur. İncelememizin neticesinde, günümüz Medeni Hukukunda nafaka kanun maddelerinin, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde uygulanma fırsatı bulabilmiş bu eserdeki hükümlerle çok az farklılıklar dışında bir paralellik gösterdiği ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, nafaka konusunda yazılmış birçok eser incelemiş olmakla beraber Osmanlı'da nafaka konusunda başlı başına büyük bir kaynak olan ve zamanın değişen şartlarına göre akla gelebilecek her türlü vaziyete cevap verebilecek nitelikte olan bu kanun kitabını, tüm maddeleri ayrı ayrı incelenmek üzere hukuk fakültelerinde ders kitabı olarak uygulanabilecek değerde olduğu kanaatindeyiz.

Beni bu çalışmayı yapmaya sevk eden ve her türlü yardımını esirgemeyen danışman hocam Sayın Hamdi DÖNDÜREN başta olmak üzere fakültemizin diğer hocalarına ve manevi yardımlarını esirgemeyen dostlarıma samimi teşekkürlerimi sunmayı borç biliyorum.

LÜTFİYE AKGÜL

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	I
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	V
KISA ÖZET	VI
ABSTRACT	VII
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	5
1. İSLAM HUKUKUNDA NAFAKAYLA İLGİLİ GENEL BİLGİLER	5
1.1. Nafaka Terimi ve Kapsamı.....	5
1.1.1. Nafakanın Kelime Olarak Tanımı	5
1.1.2. Nafakanın Terim Olarak Tanımı	5
1.2. İslam Hukukunda Nafaka Çeşitleri	6
1.2.1. Evlilik Nafakası	6
1.2.2. İddet Bekleyen Kadının Nafakası	17
1.2.3. Hısımlık (Usûl-Fürû ve Civar Hısımlar) Nafakası	20
İKİNCİ BÖLÜM	27
2. OSMANLI HUKUKUNUN KAYNAKLARI VE İŞLEYİŞİ	27
2.1. Örfî Hukuk Tanımı Ve Kapsamı	27
2.1.1. Padişahların Osmanlı Hukukundaki Yeri	32
2.1.2. Kanunnâmelerin Hazırlanması	35
2.1.3. Şeriye Sicil Defterleri	38
2.1.4. Osmanlı Hukukunda Geçerli Resmi Mezhep Uygulaması	42
2.2. Şerî Hukuk Tanımı Ve Kapsamı	45
2.2.1. İslâm Tarihi Süresince Fetvâ ve Kazâ Müessesesi	49
2.2.2. Osmanlı Devleti'nde Fetvâ ve Kazâ Müessesesi	51
2.2.3. Şeyhülislâmlık Kurumu ve Ortaya Çıkışı	53
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	62
3. TELÂF-İ MESÂİL(ŞERÎ MESELELERİ YAZIM) KURUMUNUN ORTAYA ÇIKIŞI VE SEBEPLERİ	62
3.1. Tanzimatla Birlikte Başlayan Fıkhi Tedvin Hareketleri	62

3.1.1. Mecelle Ve Kapsamı	62
3.1.2. Fıkhi Meseleleri Toplama İstekleri	63
3.2. Telf-i Mesâil (Fıkhi Tedvin) Kurumu Ve Çalışmaları	66
3.2.1. Layihaların Hazırlanmasında İzlenen Usûl	69
3.2.2. Fetva Alanında Yapılan Çalışmalar	72
3.2.3. Fıkıh Alanında Yapılan Çalışmalar Ve Kitabû'n-Nafakât	73
3.3. Kitabû'n-Nafakât'ın Hazırlanması	77
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	82
4. KİTABÛ'N-NAFAKÂT (V)' IN TÜRK MEDENİ KANUNUNUN İLGİLİ	
HÜKÜMLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI	82
4.1. Günümüz Medeni Hukukunda Nafakayla İlgili Genel Bilgiler	82
4.2. Kitabû'n-Nafakât (V)'ın Türk Medeni Kanunu İle Karşılaştırılması	85
4.2.1. Karının, Diğer Hısımların Nafakası ve Kapsamı	85
4.2.2. Tedbir Nafakası	92
4.2.3. Yardım Nafakası	95
SONUÇ	102
KAYNAKÇA	105

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
a.g.e.	: Adı geçen eser
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
HD	: Hukuk Dairesi
İA	: İslam Ansiklopedisi
İct	: İctihat
İ.S.	: İlmiye Salnamesi
İÜEF	: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi
Kül	: Külliyyat
Mad.	: Madde
MK	: Türk Medeni Kanunu
s.	: Sayfa
sy.	: Sayı
SBFD	: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
tr.	: Tercüme eden
vd.	: Ve devamı
Y	: Yargıtay
Y.HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y. İct. BK	: Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararı

Enstitüsü : Sosyal Bilimler
Anabilim Dalı : Temel İslâm Bilimleri
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN
Tez Tarihi : Ocak 2014

KISA ÖZET

OSMANLI DEVLETİ'NDE FIKHİN TEDVİNİ ÇALIŞMALARI ve 1333/1915 TARİHLİ KİTABÛ'N-NAFAKÂT ADLI KANUN KİTABININ İNCELENMESİ

Lütfiye AKGÜL

Nafaka müessesesinin, Osmanlı Devleti'nde nasıl işlediğini gösteren tam bir kanun kitabı niteliğinde olan “Kitabu'n-Nafakat” adlı eserin, günümüz Medeni Hukukunda, nafaka kanun maddeleriyle mukayeseli olarak incelenmesini amaçladığımız bu çalışmamızda, bir giriş ve arkasından “Nafakayla İlgili Genel Maddeler”, “Osmanlı Hukukunun Kaynakları ve İşleyişi”, “Telif-i Mesâil Kurumunun Ortaya Çıkışı ve Ortaya çıkmasının Sebepleri” ve “Kitabu'n-Nafakat'ta Nafaka ile Günümüz Medeni Hukukunda, Nafaka'nın Karşılaştırılması” şeklinde dört bölüm bulunmaktadır.

Giriş bölümünde, çalışmamızın amacı, metodu ve faydalandığımız kaynaklar üzerinde durduk.

Birinci bölümünde, tüm hukuk sistemlerinde önemli bir yeri olan ve İslâm hukukunda da derinden incelen ve çözümler bulunan nafaka konusunu İslâm hukukunda ana hatlarıyla incelemeye çalıştık.

İkinci bölümde Osmanlı döneminde nafaka konusunu incelemeye tabi tuttuğumuz için Osmanlı hukuk sisteminin nasıl işlediğini ve aslında Temelde İslâm hukuku kaynaklı bir hukuk sisteminin geçerli olduğunu göstermeye çalıştık.

Üçüncü bölümde de çalışmamızın inceleme konusu olan “Kitabû'n-Nafakat” adlı eserin ortaya çıkışında rol alan kurum ve bu kurumun çalışmaları araştırılmış ve bu eserin ortaya çıkış aşamaları ve özellikleri üzerinde durulmuştur.

Son bölümümüz olan dördüncü bölümde, Günümüzde Nafaka konusunun geçtiği kanun maddelerinin “Kitabu'n-Nafakat” adlı eserdeki kanun maddeleriyle mukayesesi yapılarak incelenmiştir. Sonuç olarak bu iki dönem kanun maddeleri arasındaki benzerliklere ve farklılıklara ayrı ayrı değindik.

Anahtar Kelimeler: Kitabû'n-Nafakât, Nafaka, Osmanlı Hukuku, Medeni Hukuk, Fıkıh

Institute : Social Sciences
Department : Islamic Sciences
Thesis Advisor : Professor Hamdi DÖNDÜREN
Thesis Date : January 2014

ABSTRACT

THE CODIFICATION OF THE FIQH STUDY IN THE OTTOMAN EMPIRE AND INVESTIGATION OF THE LAW BOOK “KITABÛ’N-NAFAKÂT” WHICH IS PRINTED IN 1333/1915

Lütfiye AKGÜL

Kitabû’n-Nafakât is a law book that tells us how the maintenance allowance institution worked in the Ottoman Empire. This study shows and compares today’s Civil Law’s maintenance allowance with Kitabû’n-Nafakât. It contains an introduction and after four sections which names are “The Sources and The Workings Of The Ottoman Law”, “The Appearance and the Appearance Reasons Of The Telif-i Mesâil Institution” and “The Comparison Of The Kitabû’n-Nafakât and Today’s Civil Law’s Maintenance Allowance.”

In the introduction, we studied about the aim of this subject, the method of the study and the sources which we used.

In the first section we tried to investigate the matter of maintenance allowance which has an important place in the Islamic Law as in all the law systems.

In the second section we tried to show how the Ottoman Law system worked and its source was The Islamic Law. Because we investigated the maintenance allowance in the Ottoman period.

In third section because the main subject which we researched is Kitabû’n-Nafakât we looked at the institution and its workings which produced this book. We mentioned the levels of occurrence and the specialities of this book.

In fourth section we investigated and compared the law articles in The Kitabû’n-Nafakât and today’s maintenance allowance is law articles.

In the conclusion we mentioned the differences and similarities of the law articles this law periods.

Key Words: Kitabû’n-Nafakât, Maintenance Allowance, The Ottoman Law, The Civil Law, Fiqh

GİRİŞ

ARAŞTIRMANIN AMACI, METODU ve PLANI

Kişinin en başta kendisine olmak üzere etrafındaki bütün canlılara karşı bazı hak ve sorumlulukları vardır. Toplum içinde bu hak ve sorumluluklar aile içinde başlar ve bu birliğin sonucu olarak ortaya çıkan akrabalık ilişkileri çerçevesinde devam eder. Nitekim bunlar aile hukuku olarak belirli kurallar şeklinde düzenlenmiştir.

Nafaka olarak adlandırdığımız ve fertlerin ihtiyaçlarının karşılanmasını amaçlayan bu konu aile hukuku içerisinde düzenlenmiştir ve kamu hukuku yönü de vardır. Şartlar değişir ve taraflar zorunlu olduğu ihtiyaçları karşılayamaz, aile fertlerine bakamaz, hatta kendisine yardım edilmediğinde zarurete düşerse, bu durumda yakın hısımlar devreye girer. Eğer onlar da temin edemezse o noktada kamu kuruluşları ve devlet bu ihtiyacı karşılar.

Batı toplumlarında çok geç zamanlara kadar bu konuda yükümlülük herhangi bir hukuki kanunla düzenlenmediği halde, İslâm toplumunda, İslâm'ın kabul edilmesiyle beraber, insan ihtiyaçlarını temin etmeyi hedefleyen bu yükümlülük nafaka olarak adlandırılmış ve hukukun bağlayıcı hükümleriyle beraber uygulanmıştır. Mesela, toplumumuzda en yakın hısımdan nafaka alacağını tahsil edemeyen mağdur mahkemeye başvurabilmekte, almış olduğu ilamı da takibe koyabilmektedir.

Bu konuyu seçmekteki amacımız, nafaka müessesesinin temeli İslam hukuku olan Osmanlı hukukunda nasıl işlediğini göstermek, aile ve akrabalık ilişkileri içinde maddi ve manevi anlamda ortaya çıkan veya çıkabilecek mağduriyetlerin çoğuna cevap veremeyecek durumda olan günümüz Medeni Hukukunda nafaka konusuna çok daha geniş yer verilmesine sebep olabilmektir.

Araştırmamızın konusu olan Kitabûn-Nafakat adlı kanun kitabının incelenmesinde, bu kitabın ne denli ince ayrıntılara değindiği ve çok kapsamlı olarak

hazırlanıldığı ortaya çıkmaktadır. Günümüz Medeni Hukukunda nafakaya on maddeyi geçmeyecek kadar bir yer verilmesine rağmen, Osmanlı Devletinin son dönemlerinde uygulanan bu eser, 634 maddeden oluşmaktadır. Daha çok aile fertleri içerisinde temel mevzulara, çocukların ve mağdur olan yakın akrabaların ihtiyaçlarına cevap verebilecek şekilde düzenlenmiş Medeni Kanun karşısında, evlilik birliği içinde eşlerin, çocukların ve akrabaların her türlü mağduriyetleri ve ihtiyaçları dikkate alınarak düzenlenmiş olan bu kaynağın güncelleştirilerek yeniden uygulanabilir nitelikte olabileceğini göstermek, tezin ana hedefleri arasındadır.

Ayrıca şu bir gerçektir ki, günümüz medeni dünyasında özellikle kadınlar, çalışma hakkı ve hürriyeti adı altında bir bakıma ailenin geçimini kazanmaya mecbur bırakılmakta ve hayatın zorluklarıyla karşı karşıya kalmaktadırlar. Oysa ki İslâm'da ve dolayısıyla Osmanlı hukukunda kadın çalışma hürriyetine sahiptir, ancak buna mecbur değildir. Çalışması onun kendi tercihiyledir. Her durumda onun geçimi teminat altındadır. Kadının geçimi öncelikle babasına, evlenince de kocasına aittir. İşte temel amaçlarımızdan biri de Osmanlı hukukunun fertlerin bütün hak ve sorumluluklarına büyük bir önem verdiğini göstermektir.

Bu çalışmada, Osmanlı'da örfi hukuku incelerken İslam hukukunda geçerli olan bazı hükümlerin, Osmanlı'da marufa göre yeni bir uygulamaya dönüştüğünü görmekteyiz. Örfi hukuk aslında Osmanlı'da başlamış bir hukuk sistemi değildir. Raşit Halifeler dönemiyle beraber bu düzenlemelerin olduğunu görmekteyiz. Bunun diğer bir sebebi de kanunların boş bıraktığı alanlarda hukuki birliği ve istikrarı sağlamak için yeni ihtiyaçlara göre yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmasıdır. Bunun bir örneğini Hz. Ömer zamanında görmekteyiz. Yaşanan kıtlık sebebiyle hırsızlık artmış dolayısıyla bu sebebe dayanarak cezalar hafifletilmiştir.

Nafaka konusunda müstakil bir kanun kitabı olan Kitabû'n- Nafakat'ı incelediğimiz bu çalışmada diğer bir amacımız, günümüzde uygulanmakta olan Medeni Kanunla ilgili birtakım boşlukları doldurma adına yapılabilecek başka çalışmalara örnek olabilmesi düşüncesidir.

Çalışmamızın metoduna gelince, konumuz Osmanlı Devleti'nin son dönemleri olan Tanzimat sonrasıyla ilgili bir çalışma olduğu için o dönemin hukuk yapısıyla ilgili yazılmış pek çok eserle birlikte özellikle Ahmet Akgündüz'ün Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri başta olmak üzere Şeriye Sicilleri adlı eseri de çok faydalandığımız kaynaklar arasındadır. Osmanlı ve aile hukukuyla alakalı olarak çok değerli çalışmalara imza atmış M. Akif Aydın'ın eserlerinden de sık sık

faydalandık. Ayrıca Osmanlı hukuk sisteminin unsurları olarak incelediğimiz örfî ve şerî hukuk yapısını incelerken çok ciddi çalışmalar olarak kabul edebileceğimiz tez ve makalelere de başvurduk.³

Çalışmanın ilk bölümünü oluşturan İslâm hukukunda nafakayla ilgili genel bilgilerden bahsederken özellikle kaynak olabilecek Arapça ilk eserleri taramaya gayret ettik. Ulaşabildiğimiz kadarıyla bunların yanısıra günümüz hukukçularından Vehbi Zuhayli ve Hamdi Döndüren’in eserleri hukuk alanında ihtiyacımıza cevap bulabildiğimiz referans kaynaklarımızdan olmuştur.

Araştırmalarımız esnasında Kitabû’n-Nafakat’la ilgili sadece birkaç kaynağa ulaşabildik. Bu kaynaklar arasında 1916 tarihli Düstur Dergisi ve Ceride-i İlmiye başvurduğumuz resmi belgeler niteliğindedir. İstanbul Müftülüğü Meşihat Arşivinden de faydalandık. Bunlar dışında birkaç eser hariç başka kaynağa ulaşamadık.

Karşılaştırma yapılırken, öncelikle Medeni hukuktaki nafakanın geçtiği maddeler konularına göre toparlanıp, K.N. taki konuyla alakalı maddeler seçilerek kıyaslanmıştır. Şu bir gerçek ki, 164 sayfalık K.N.’ı sadeleştirerek bütün maddeleriyle bu çalışmada inceleyerek ne denli özel bir çalışma olduğunu göstermek isterdik fakat tezin kapsamını çok aşacağından dolayı buna imkânımız olmamıştır.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Her bölümde genel olarak iki kısım bulunmaktadır.

Nafakayla ilgili genel bilgiler olarak adlandırdığımız birinci bölümde, İslâm hukukunda nafakanın tanımı ve kapsamıyla ilgili genel bilgilerle beraber nafaka çeşitleri konusu üzerinde ayrı ayrı durulmuştur. Bu bölümde nafaka konusunu İslâm hukukunda incelediğimiz için bu konunun dayandığı hukuki deliller de açıklanmıştır.

İkinci bölümde; Osmanlı hukukunun kaynakları ve işleyişi başlığı altında, Örfî hukuk, Şerî hukuk ve bu sistemlerin çalışmaları kendilerini oluşturan unsurlar dahil olmak üzere genel olarak incelendi. Bu bölümün hemen hemen tamamında aslında Osmanlı hukuku Şerî hukuk kaynaklı tek bir hukuk sistemi olarak ortaya çıkmaktadır. Örfî hukuk dediğimiz hukuk sisteminin ulül-emr tarafından yine şerî hukuk kontrolünde ortaya çıktığını görmekteyiz.

³Celal, Erbay “İslam Hukukunda Evlilik Ve Hısımlık Nafakası” , Bakü, 1995, Doktora Tezi; İslam, Demirci “*Osmanlı Meşihat Makamına Bağlı Te’lif-i Mesâil Şubesinin Kuruluşu ve İslam Hukuku Alanında Yaptığı Çalışmalar*” , İstanbul, 2002, Yüksek Lisans Tezi

Üçüncü bölümde; araştırma konumuz olan Kitabû'n-Nafakat'ı ortaya çıkaran kurum olan Telif-i Mesâil'in kurulması ve yaptığı çalışmalar, sebepleriyle birlikte açıklanmıştır. Bu bölümün son kısmında da eserin hazırlanma süreci ve kitabın özellikleri üzerinde durulmuştur.

Son bölüm olan dördüncü bölümde de günümüz Medeni Hukukunda nafaka maddeleri konularına göre tasnif edilerek Kitabû'n-Nafakat'ta karşılığı olabilecek nafaka maddeleriyle karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Karşılaştırmada nafaka konusunun günümüz Medeni Hukukuyla Osmanlı hukukunun çok az farklılıklar dışında tam bir uyum içinde olduğu ve dolayısıyla Hanefî uygulamasının devam ettiğini görmekteyiz.

Daha önce Kitabû'n-Nafakat'la ilgili yapılmış bir çalışma mevcut olmadığı için araştırmamızın bir ilk olması sebebiyle bu alanda yapılacak diğer çalışmalara referans olmasını umut ediyoruz.

Çalışmamız kıyaslamaların yapıldığı sonuç bölümüyle tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. İSLÂM HUKUKUNDA NAFAKAYLA İLGİLİ GENEL BİLGİLER

1.1. Nafaka Terimi ve Kapsamı

1.1.1. Nafakanın Kelime Olarak Tanımı

Nafaka, Arapça bir kelimedir. Enfaka fiilinin masdarı olan “infak” tan gelen isimdir. Çoğulu nafakattır. Infak kelimesinin anlamı; yiyeceklerinin, malının ve parasının tükenerek kişinin fakirleşmesi, kişinin mülkünü harcayarak tüketmesi, paranın raic olmasıdır. Sözlükte nafaka “yenecek yemek, katık, maişet ve diğer zaruri ihtiyaçların karşılanması maksadıyla kişinin kendisi ve aile fertleri için harcadığı her şeydir.”⁴

1.1.2. Nafakanın Terim Olarak Tanımı

Fıkıh terimi olarak nafaka; geçimini üstlendiğine yiyecek, giyecek ve mesken teminidir. Örfen nafaka; yiyecek, katık ve içecekleri, giyecek; örtü ve üstlüğü, mesken; ev eşyası, örfe göre su ve aydınlatma, temizlik aleti ve hizmetçi ücretini kapsar.⁵

Diğer bir kısım fıkıhçıya göre ise; hayatiyetin sürdürülebilmesi için ihtiyaç olan şeylerin devamlı bir şekilde temin edilmesidir.⁶ Bu tarifte hayatiyet tabiri insan, hayvan ve bitki için, yararlanma tabiri ise cansız eşya için kullanılmıştır.⁷

Muhammed eş-Şeybânî ise “nafaka nedir?” sorusuna şu şekilde cevap vermiştir: “Nafaka, iâşe ve giyim eşyası ile sükna (mesken) hakkıdır.”⁸

Nafaka ikiye ayrılır;⁹

1-Kişinin kendisi için gerekli olan nafakadır. Bu nafaka, başkasına

⁴ İbn Manzur, *Lisanü'l – Arab*, XII, 237; Muhammed b. Ya'kub, Firûzâbâdî, *Kamus-ul-Muhit*, Mısır, 1371, c. III, s.296; Mahmud b. Ömer, Zemahşeri, *Esâsü'l-Belâğa*, Mısır, 1960, s. 981, 982.

⁵ Muhammed-Ali, el-Haskefi, *Dürrü'l-Muhtâr-Şerhu Tenvîri'l-Ebsar*, Mısır, tr., c. II, s. 886.

⁶ Ahmed b. Yunus, eş-Şelebi, *Haşiye ale'l-Kenzi ve't-Tebyîn*, Mısır, 1313-1315, s. 50; Muhammed b. Mahmud, el-Baberti, *el-İnaye Şerhu'l-Hidaye*, Mısır, 1316, c. III, s. 321.

⁷ Celal, Erbay, *İslam Hukukunda Evlilik Ve Hısımlık Nafakası*, Bakü, 1995, s. 13.

⁸ Zeynuddin b. İbrahim, İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, Mısır, 1313, c. IV, s. 188.

⁹ Muhammed b. Ahmed, eş-Şirbini, *Muğni'l-Muhtaç*, Mısır, 1317, c. III, s. 430, 431.

vereceği nafakadan daha önce gelir. Hz. Peygamber, en faziletli sadakayı soran sahabeye şöyle buyurmuştur: “Önce kendi nefsine, sonra nafakası sana gerekli olan kimselere tasadduk et.”¹⁰

2-Kişinin başkasına sağlayacağı nafakadır. Bu nafaka üç sebepten dolayı kişiye zorunluluk arz eder. Bu sebepler, evlilik, akrabalık ve mülkiyettir.¹¹

1.2. İslâm Hukukunda Nafaka Çeşitleri

Bir insanın nafakası üç sebeple başkasına vâcib olur. Bunlar; evlilik, akrabalık ve mülkiyettir. İslâm hukukçuları, nafaka hukukunu incelemeye çoğunlukla evlilikten başlamıştır. Çünkü, evlilik hısımlığın başlangıcıdır ve çocuğun aslı odur. Yani akrabalık ancak doğum sebebiyle olur. Oğul, baba, kardeş ve amca gibi insanların asılları ancak evlilikle meydana gelir. Bundan dolayı evlilik hepsinden önce gelir.¹²

1.2.1. Evlilik Nafakası

1.2.1.1. Evli Kadının Nafakası

Nafakanın varlığı, eşler arasında nikâh akdinin başladığı andan itibaren varlık kazanır ve nafakanın varlığı, evliliğin hukuki anlamda sona ermesiyle başlayan iddet dönemi denilen süre içinde de çok önemlidir. Evlilik nafakası sadece eşler arasındaki nafaka sorumluluğudur. İslam hukukuna göre tek kadınla evliliğin yanında kocanın birden fazla kadınla evlenebileceği düşünüldüğünde evlilik nafakasını şöyle tanımlanabilir; "Koca ile karısı veya karıları arasında mali bir alacaklılık ve borçluluk ilişkisidir."¹³

1.2.1.2. Evlilik Nafakasının Dayandığı Deliller

Bu statüde bulunan kimseler üzerine nafakanın vâcib oluşu Kitap, Sünnet ve icma ile sabittir.

Kuran'dan deliller;

¹⁰ İbnu'l-Haccac, Müslim, *Zekât*, Beyrut, 1375, s. 95, 97, 106; Süleyman b. Eş'as, Ebu Davud, *Zekât*, Mısır, 1371, s. 39, 40; Ahmed b.Hanbel, Mısır, 1313, c. II, s. 94.

¹¹ Haskefi, *Dürrü'l-Muhtâr*, II, 886; Şirbini, *Muğni'l-Muhtâc*, III, 430, 431; Muhammed b. Ahmed, Serahsi, *Mebsût*, Mısır, 1324, c. V, s. 180; İbn Abidin, *Reddü'l Muhtar*, Mısır, 1386, c.III, s.572.

¹² İbn Abidin, *er-Reddü'l Muhtâr*, III, 372; Ali b. Muhammed, İbn Hazm, *Muhalla*, VII, 109, Mısır, tr.; Ahmed b. Yahya, İbnu'l –Murteza, *Bahru 'z-Zehhâru'l-Cami li Mezâhibi Ulemâi'l-Emsâr*, Mısır, 1366, c. III, s. 271.

¹³ Erbay, *İslam Hukukunda Evlilik Ve Hısımlık Nafakası*, s. 24

Ayetlerde şöyle buyrulur:¹⁴

"Kocaları, bu bekleme süresi içinde barışmak isterlerse, onları geri almaya herkesten daha hak sahibidirler. Erkeklerin meşru surette kadınlar üzerindeki hakları gibi kadınların da onlar üzerinde hakları vardır. Erkekler onlar üzerinde (daha üstün) bir dereceye sahiptirler. Allah aziz ve hakimdir."¹⁵

"Onlara verdiğinizden bir şeyi geri almanız size helâl olmaz. Erkekle kadın, Allah'ın sınırlarına riâyet edemeyeceklerinden korkarlarsa müstesna... Eğer siz onların, Allah'ın sınırlarına riâyet edememelerinden korkarsanız, o zaman kadının fidyeye vermesinde ikisine de bir günah yoktur. İşte bunlar Allah'ın sınırlarıdır. Onları aşmayın. Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa, işte o kimseler zâlimlerin ta kendileridir."¹⁶

"Anneler çocuklarını iki tam yıl emzirirler. (Bu), emmeyi tam yaptırmak isteyenler içindir. O (annelerin) ma'ruf şekilde yiyeceği ve giyeceği, çocuk kendisinin olan babaya aittir. Kimse güç yetiremeyeceği şeyle mükellef tutulamaz. Ne bir anne çocuğu yüzünden, ne de çocuğun babası, o çocuğu sebebiyle zarara sokulmasın. Mirasçıya düşen de bunun gibisidir. Eğer (ana ve baba) aralarında anlaşarak ve müşavere ederek, çocuğu memeden kesmeyi arzu ederlerse, ikisine de günah yoktur."¹⁷

"Kendileriyle temas etmediğiniz veya kendilerine bir mehir belirlemediğiniz kadınları boşarsanız, bunda size bir vebal yoktur. O kadınları, zengin olanlarınız gücüne göre, fakir olanınız da yine gücüne göre, ma'ruf bir mal ile faydalandırınız (onlara veriniz). Bu, muhsinler üzerine bir borçtur."¹⁸

"Eğer (borçlu) darlık içinde bulunuyorsa ona geniş bir zamana kadar mühlet (verin). Sadaka olarak bağışlamanız ise sizin için daha hayırlıdır. Eğer bilerseniz."¹⁹

"Ey îman edenler! Kadınlara zoraki bir tarzda vâris olmanız sizin için helâl değildir. Kadınlardan açık bir fahişelik (zina) görülmedikçe, mehir olarak verdiğinizin bir kısmını almak için onları sıkıştırmanız (veya mal karşılığında boşamak istemeniz) helâl değildir. Onlarla hoş geçininiz. Eğer onlardan hoşlanmazsanız (sabır ve tahammül gösteriniz.) Olabilir ki, siz bir şeyi hoş görmezsiniz, fakat Allah o şeyde

¹⁴ Muhammed b. İdris, Şafii, *Ümm*, Mısır, 1388, c. V, s. 77; Fahrudin Muhammed b. Ömer, er-Razi, *Tefsîrü'l Kebir*, Mısır, tr., c. VI, s. 99

¹⁵ Bakara, 2/228

¹⁶ Bakara, 2/229

¹⁷ Bakara, 2/233

¹⁸ Bakara, 2/236

¹⁹ Bakara, 2/280

birçok hayır takdir kılar.”²⁰

“Allah, sizi yeminlerinizdeki lağvden dolayı sorumlu tutmaz. Fakat kalplerinizin azmettiği yeminler yüzünden muaheze eder. Bunun da kefareti, ailenize yedirmekte olduğunuzun orta derecesinden on yoksulu doyurmak veya onları giydirmek, yahud bir köle azad etmektir. Fakat kim de bulamazsa, üç gün oruç tutması (lâzımdır). İşte bu, ahdettiğiniz vakit yeminlerinizin kefaretidir. Yeminlerinizi muhafaza edin. Allah âyetlerini size böylece açıklıyor. Ta ki şükredesiniz”²¹

“Ey peygamber! Kadınları boşadığınız zaman iddetlerine doğru boşayın ve o iddeti sayın. Rabbiniz olan Allah'tan korkun. Onları evlerinden çıkarmayın, kendileri de çıkmasınlar. Ancak açık bir kötülük yapmaları (hali) müstesna. Bunlar Allah'ın hudududur. Kim Allah'ın hududunu geçerse muhakkak kendine zulmetmiş olur. Bilmezsin, belki Allah bundan sonra bir durum ortaya çıkarır.”²²

“O kadınları gücünüzün yettiği kadar ikamet ettiğiniz evin bir kısmında oturtun. (Evleri) başlarına dar getirmek için kendilerine zarar vermeyin. Eğer hamile iseler doğum yapıncaya kadar nafakalarını verin. Eğer sizin için çocuk emzirirlerse onlara ücretlerini verin. Aranızda iyilikle bunu görüşün. Eğer güçlüğe uğrarsanız, onu babası için bir başka kadın emzirecektir.”²³

“Varlıklı olan, nafakayı varlığına göre versin. Rızkı daraltılmış olanda nafakayı Allah'ın ona verdiğinden versin. Allah hiçbir kimseye ona verdiğinden başkasını yüklemesin. Allah, güçlüğün arkasından kolaylık ihsan eder.”²⁴

Nafakanın Sünnetten delilleri:

Kişinin ailesine, akrabalarına ve hizmetçisine gerekli nafakayı vermesini teşvik eden birçok hadis-î şerîf mevcuttur. ²⁵ Bu hadislerden biri, Buharî'de şu şekilde yer alır: "Nafaka vermeye ailenle başla. Kadın der ki; ya beni doyur, ya da boş. Köle der ki; Beni doyur da öylece çalıştır. Evlat der ki; Beni kendisine bırakacağın kimseye teslim edinceye dek doyur." Bir başka rivayette "beni doyur" sözü yerine "nafakamı ver" ifadesi kullanılmıştır. Bu hadîs-i şerîfte, hakedenlere nafakalarını vermek açıkça teşvik edilmektedir.²⁶

²⁰ Nisa, 4/19

²¹ Maide, 5/89

²² Talak, 65/1

²³ Talak, 65/6

²⁴ Talak, 65/7

²⁵ Muhammed b. Ali, Şevkani, *Neylu'l- Evtâr*, Mısır, tr., c. VI, s. 364

²⁶ Abdurrahman, el-Ceziri, *Dört Mezhebin Fıkıh Kitabı*, İstanbul, tr., s. 395.

Cabir b. Abdullah'ın rivayet ettiği bir başka hadiste Hz. Peygamber Veda Haccı'nda şöyle buyurmuştur: "Kadınlar hakkında Allah'tan korkun. Onlar sizin yönetiminize verilmiştir. Allah'ın emanetiyle aldınız onları, namuslarını da Allah'ın sözüyle helal ettiniz kendinize. Maruf bir şekilde rızıklarını ve giyeceklerini temin etmeniz onların sizin üzerindeki haklarıdır."²⁷

"Kocanın yediği zaman karısına da yedirmesi, giydiği zaman karısına da giydirmesi, karının kocası üzerindeki haklarındandır."²⁸

Ebu Süfyan'ın eşi Hind Hz. Peygamber'in yanına gelip: "Ya Resulullah! Ebu Süfyan cimri bir adamdır. Bana ve çocuğuma yetecek olanı vermiyor." dedi. Hz. Peygamber de : "Sana ve çocuğuna yetecek olanı maruf ölçüde al."²⁹ buyurdu. Bu hadis, eşe verilecek nafakanın yeterli olması gerektiğinin, çocuğun nafakasının erkeğe ait olduğunun ve ayrıca nafakanın maruf ölçüde olduğunun delilidir.³⁰

İcma delili;

İslâm hukukçuları, naşıze³¹(itaatsız) kadın dışında, evli olup kocasıyla aynı meskeni paylaşan kadının geçim masraflarının kocanın üzerine vacip olduğu konusunda görüş birliği içindedirler.³²

Akıl delili;

Kadın evlilik akdiyle koca evine yerleştiği zaman tasarruf ve kazanmaktan uzak sayılmıştır. O halde karısının geçim masraflarını koca karşılamalıdır. Bu nafaka, alıkonma ve bekletilmenin karşılığıdır. Aynı zamanda İslam hukukçuları konuya şöyle yaklaşırlar; devletin istihdam ettiği kişilere belli süreler içinde, bu kişilerin hareket ve tasarruflarını kendisinin kontrol ve istifadesinde bulundurmasına karşılık nasıl bir ücret ödüyorsa, koca da ortak ikametgâhta kendi lehine, arzu ve hissiyatı doğrultusunda bulundurduğu karısının nafakasını temin etmek zorundadır.³³

²⁷ Müslim

²⁸ Kâsani, *Bedâi*, IV, 15; Şirbini, *Muğni'l-Muhtaç*, III, s. 426; Şevkânî, *Neyl*, VI, s. 364.

²⁹ Müslim, III, 1338.

³⁰ Şevkânî, *a.g.e*, VI, s. 364; Serahsi, *a.g.e*, V, s. 181; Şafii, *Ümm*, V, s. 77; Kâsani, *a.g.e*, IV, s. 15.

³¹ Naşıze: Ortak meskende bulunma görevini, kocasının rızası olmadan ihlal eden ve kocasının meşru isteklerinden haksız sebeplerle kaçınan kadın.

³² Vehbi, Zuhayli, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, 1989, tr., X, s. 94; Kâsani, *a.g.e*, IV, s. 16.

³³ Kâsani, *a.g.e*, IV, s. 16; Abdullah b. Ahmed, Nesefi, *Kenzu'd Dekâik*, Mısır, 1313, c. III, s. 51; Muhammed b. Abdilvahid Kemaleddin, İbnu'l Hümmam, *Fethu'l Kadîr Şerhu'l-Hidâye*, Mısır, 1316, c. III, s. 322.

1.2.1.3. Kadının Nafakaya Hak Kazanmasının Şartları ve Nafakanın Düşmesinin Sebepleri

Evlilik nafakası kocanın üzerine vacip olup, kocanın zengin, fakir, gaip veya huzurda olması hasta veya sakat olması ya da onun borçlu olması bu durumu değiştirmez. Kocanın nafaka borçlusu olabilmesi için malvarlığının müsait olması, gelirinin bulunması veya çalışarak nafaka sağlamaya muktedir olması gerekir.³⁴

Kadın ise ister müslüman olsun, ister gayr-i müslim vatandaş olsun, ister fakir ya da zengin bulunsun, nafakası kocasına vâciptir. Yine nafaka konusunda zevcenin hür veya mükâtebe (kendisiyle yazılı anlaşma yapılan câriye) olması fark etmez. Her iki durumda da kocasının ona nafaka vermesi vâciptir.³⁵

Nafakanın kocanın üzerine vacip olmasıyla ilgili olarak İslam hukukçuları iki görüş ortaya koyarlar.³⁶ Hanefilere göre; koca sahih bir evlilikle evlendiği kadını kendisine ait kılmıştır ve alıkoyma hakkına sahip olmuştur. Bundan dolayı fasit bir nikâhla gerçekleşmiş bir evliliğin sonucunda nafaka söz konusu olamaz. Çünkü böyle bir evlilikte alıkoyma hakkı yoktur. Nafaka ortak meskende kalmanın karşılığıdır.

Çoğunluk fakihlere göre ise sebebi; karı-kocalıktır. Kadının erkeğin eşi olmasıdır. Evlilik sahih olmalıdır. Evlilik fasit ise kocanın nafaka vermesi gerekmez. Fâsit akitle gerçekleşmiş bir evlilikte kadın kocası tarafından (kendi evinde) alıkonulamaz ve böylece nafaka hakkı da olamaz. Sahih bir evlilikle evlendikleri zannedilen fakat sonradan evliliğin muteber nikâha istinat etmediği anlaşıldığında ve kadın lehine hükmetmiş bir mahkeme kararı olduğu durumda ise, alınan nafakanın geri iade edilmesi zorunludur. Hanbeli ve Şafii uygulamasında nafaka iade edilmez.³⁷

Kadın nafaka alacaklısı olan kocasına nefsinin tam bir şekilde teslim etmelidir. Cinsi ilişkiye mani bir durumu olmamalıdır. Ancak, kadının kendini teslim etmemesinin, muaccel veya peşin mehrin teslimi ya da şeran uygun bir evin hazırlanması gibi haklı bir sebebi varsa nafaka hakkı mevcuttur.³⁸

Kocanın, karısının üzerindeki hakları, kadının kendi kusurları sebebiyle karşılıksız kalmışsa nafaka geçici olarak vacip olmaz. Nâşize olan kadının kocası

³⁴ İbn Rüşd, *a.g.e*, II, s. 55; Şirbini, *Muğni'l-Muhtaç*, VII, s.564.

³⁵ İbn Abidin, *a.g.e*, III, s. 373.

³⁶ Kâsani, *a.g. e*, IV, s. 16; İbnu'l Hümmam, *a.g.e*, III, s. 321; Şirbini, *a.g.e*, III, s. 425.

³⁷ İbn Abidin, *a.g.e*, III, s. 572-575; Serahsi, *a.g.e*, V, s. 44, 193; *Hindiyye*, I, s. 567, 568.

³⁸ Haskefi, *a.g.e*, II, s. 886; Şirbini, *a.g.e*, III, s. 435; İbnu'l Hümmam, *a.g.e*, III, s. 324; İbrahim b. Ali, Şirazi, *Mühezzeb*, Mısır, tr., c. II, s. 159.

yanındaki durumu da böyledir. Şer'î bir gerekçe olmadan kocanın evinden çıkınca nafakası düşer.³⁹ Kocasının evine geri dönünceye kadar nâşize olarak kabul edilir.

Bununla birlikte, muaccel mehrin ödenmemesi, normal oturmaya müsait bir evin olmaması gibi kadının itaatsizliğini haklı kılan durumlar olabilir. Ancak, kocanın başka bir eve taşınmayı kabul etmemesi durumunda kocasını evine almadığında da kadın nâşize olur.⁴⁰

Kadın mürted olmamalıdır. İrtidad ederse, nafaka hakkı düşer. Mürted kadın iddet beklemekteyken tevbe edip müslüman olursa, nâşize kadının aksine nafaka hakkı geri gelmez. Çünkü mürtedliği kocasından ayrılmasını gerektirir ve bu ayrılma sebebi de kendisinden kaynaklanmaktadır. Bu neden onun nafakasını iptal etmiştir. Ayrılma nedeniyle nafaka iptal olunca, artık bu hak bir daha geri dönmez. Ama nâşize kadında durum bunun tersinedir. Nâşizelik geçici bir durum olup nafakayı iptal etmez de geçici olarak durdurur. Ama kadın zimmî olup müslüman bir erkeğin nikâhında bulunması durumunda; ister evlilik nafakası olsun, ister iddet nafakası olsun, kadına nafaka vermek gerekir.⁴¹

Kadın, hısımlık mahremiyetini oluşturacak bir iş yapmış olmamalıdır. Kocasının (başka kadından doğma) oğluna veya kayınpederine kendini teslim eder de bunlar kendisiyle cinsel temasta bulunur ya da şehvetle dokunursa, kocasından bâin olarak boşanır. Kocasının kendisine nafaka verme mecburiyeti olmaz.⁴² Aynı şekilde dört mezhebe göre; kadın hapsedilmemiş olmalıdır. Çünkü bu durumda kocanın kadını alıkoyma hakkı ortadan kalkmıştır. Kadın zulmen hapsedilse dahi Hanefi ve Hanbali'ye göre, bu duruma koca sebep olmadığı için kadın nafaka alamaz. Maliki'ye göre buna kadın da sebep olmadığı için nafaka alabilir.⁴³ Kadın vefat iddetini bekleme halinde bulunmamalıdır.⁴⁴

Eğer koca hapsedilir (borcunu ödemeye gücü yetsin veya yetmesin) veya kaçarsa; kadına nafaka vardır. Kocanın zindana zulmen hapsedilmesi hâlinde, nafaka borçlusu olmasıyla ilgili alimler ihtilâf etmişlerdir. Sahih olan görüş, kadına nafaka vardır.⁴⁵

³⁹ Zuhayli, *a.g.e*, X, s. 97; Ahmed b. Muhammed, Kudurî, *Muhtasarü'l--Kudurî*, Mısır, 1384, c. II, s. 317, 324, 325; el-Hasen b. Mansur, Kadihan, *Fetâvâ Kadi Han*, Mısır, 1323, c. I, s. 390-401.

⁴⁰ Haskefi, *a.g.e*, II, s. 891.

⁴¹ Ceziri, *a.g.e*, s. 414.

⁴² Bilmen, Ömer Nasuhi, Bilmen, *Hukuku İslâmiyye ve İstilahâtı Fıkhiyye Kâmûsu*, İstanbul, 1969, c. I, 14, c. II, s. 455; Ceziri, *a.g.e*, s. 422.

⁴³ İbn Abidin, *a.g.e*, s. 572-575; Bilmen, *a.g.e*, II, s. 455.

⁴⁴ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul, 2012, s. 240.

⁴⁵ Kadihan, *a.g.e*, I, s. 390, 400, 401.

Kadın kocanın izni olmaksızın çalışmamalıdır. Çünkü bu durumda zamanını kocasına ayırma işi eksiktir. Koca kadının çalışmasına önce razı olup sonradan evden çıkmasına mani olsa ve kadın buna rağmen çıksa nafakası gene de düşer. Çünkü kadının çıkışı nüşûzdur.⁴⁶

İslâm alimleri hasta kadına nafaka verilmesinde müttefiktirler. Kadının ailesinin evinde tedavi olması da bu durumu değiştirmez. Ancak kocası evine dönmesini ister ve taşınarak bile olsa dönebilecek durumda iken kadın bunu reddederse nafaka düşer.⁴⁷

Kadının mahremsiz yolculuk yapması da nafaka hakkını düşürür. Kocanın yanında olması demek olan ihtibâs durumu kadından kaynaklanan bir sebeple kalktığı için bu durum da nüşûz sayılır ve nafaka düşer. Fakat kadın, mahremiyle beraber farz haccı edâ etmek üzere kocasından izin bile almadan evden çıkabilir. Ancak bu durumda kocasından nafaka alma hakkına sahip olmaz. Çünkü bu durumda kocası için evde alıkonulmamaktadır. Ama kocasıyla birlikte hacca giderse; sefer nafakası değil, hazar nafakasını kocasının vermesi vâcib olur. Deve, vapur veya diğer ulaşım araçlarının ücretini kadının vermesi gerekir. Kocanınsa yiyecek, giyecek ve bunlarla ilgili şeyleri karısına temin etmesi vâcib olur. Kadının, beraberinde mahremi olmaksızın sefere çıkması helâl olmaz.⁴⁸ Ancak İmam Şafii'ye göre, yol güvenliği ve güvenli yol arkadaşları ile kadın uzun yolculuklara çıkabilir.⁴⁹

Karı-kocanın farklı dinlere mensup olmaları nafaka engeli değildir. Müslüman koca gayrimüslim karısının, gayrimüslim koca başka dinden olan karısının nafakasını temin etmek zorundadır.⁵⁰

1.2.1.4. Evlilik Nafakasından Kaçınmanın Sonuçları

Koca nafakayı vermeyi kendisi kabul ettiği halde veya hâkim kararıyla nafaka zorunluluğu ortaya çıktıktan sonra nafakasını vermediği durumlarda uygulanacak hükümler şunlardır;

Eğer koca zenginse ve nafaka vermekten kaçınıyorsa ve malı da varsa hâkim malını zorla satar ve bedelini hanımına nafaka olarak verir. Eğer zengin kocanın ortada malı yoksa, kadının istemesiyle hâkim kocayı hapsedebilir. Nafakayı ödeyene

⁴⁶ Haskefi, *a.g.e*, II, 891.

⁴⁷ Haskefi, *a.g.e*, II, 889; İbn Abidin, *a.g.e*, III, 572- 575; Şirbini, *a.g.e*, III, 431.

⁴⁸ Haskefi, *a.g.e*, II, s. 889; İbn Abidin, *a.g.e*, III, s. 572. 575.

⁴⁹ Buhari, Menakib, 25; Hanbel, Müsned, IV, 257.

⁵⁰ Serahsi, *a.g.e*, V, s. 190.

kadar tutuklu kalır.⁵¹ Bu konuda Allah'ın Elçisi'nin şu hadisini zikredebiliriz. "Zengin borcunu geciktirmesi zulümdür. Bu durum malını ve cezasını mübâh kılar."⁵² Koca nafakayı yine ödemezse ve hâkim de nafaka ödeyemeyeceğine inanırsa ödemeye muktedir olana kadar terk edilir. Allah Tealâ Bakara 280. ayette şöyle buyurmuştur: "Eğer borçlu darlık içinde ise, ona ödeme gücüne kavuşacağı zaman kadar süre tanımak gerekir."⁵³

Nafaka borçlusu koca fakirse hapsedilmez ve karısıyla araları ayrılmaz. Çünkü bu durumda koca yoksulluğu sebebiyle veremediğinden dolayı haksızlık yapmış sayılmaz.

Malikiler dışındaki çoğunluğa göre yoksul kocanın nafaka yükümlülüğü düşmez. Yukarıda zikrettiğimiz ayete göre, zenginleşinceye kadar üzerinde borç olarak kalır.

Hâkim kadın için nafaka takdir eder ve borç almasını emrederse; kocası adına borç almış olur. Kadının borç almasından kasıt; ihtiyaç duyduğu şeyleri borçla satın almasıdır. Bu borçlar kocasının üzerine havale etmesi ve kocasının ölmesi halinde mirasçılara müracaat edip onlardan ödeme talebinde bulunma hakkı vardır. Ama hâkimin emri olmadan borç alırsa, alacaklılar haklarını kadından talep ederler. O da bu borçları kocasına havale edemez ve kocanın ölmesi halinde de kocasının mirasçılara müracaat edip onlardan bu borcu ödemeleri talebinde bulunamaz. Çünkü onun kocası üzerinde velayet hakkı yoktur. Bu sebeple kadına kocası adına borç alması emredilir.⁵⁴

Hâkimin kararıyla kadına kocasının fakir oluşuna göre nafaka takdir edilip sonra koca fakirlikten kurtulursa; ailesinin nafakasını zenginliğine göre tamamlar. Çünkü nafakanın miktarı (kocanın malî) durumuna göre değişir. Farzedilen, henüz vâcib olmamış bir nafakanın takdir edilmesidir. Kocanın malî durumunda bir değişiklik meydana gelirse, kadının da onun durumuna göre bir nafaka talebinde bulunma hakkı doğar. Aynı şekilde kadına kocasının zengin oluşuna göre nafaka takdir edilip, sonradan koca fakirleşirse, -açıkladığımız sebepten dolayı-kadına ancak yoksul kocanın verebileceği bir nafaka takdir edilir.⁵⁵

Hâkim tarafından nafaka takdir edilmedikçe veya kan-koca arasında nafaka

⁵¹ Kâsani, *a.g.e*, IV, s. 16.

⁵² Buharî, *Havale*, 1, 2; Müslim, *Müsafakat*, 33.

⁵³ Zuhayli, *a.g.e*, X, s. 108.

⁵⁴ Kâsânî, *Bedaî*, IV, 26.

⁵⁵ Serahsî, *Mebsût*, V, 182.

miktarı üzerinde bir anlaşma olmadıkça; kadına verilmemiş olan geçmiş zamanların nafakası düşer. Hâkim tarafından takdir edilmişse veya karı-koca bir miktar üzerinde anlaşmışlarsa, o halde verilmemiş olan geçmiş zamanların nafakası takdir edilir. Hâkim tarafından nafakaya hüküm verildikten sonra aralarındaki anlaşmadan sonra, daha nafaka kabzedilmeden taraflardan biri ölürse; tayin ve takdir edilen nafaka düşer.⁵⁶

Şafii ve Hanbelilere göre koca fakirliği sebebiyle nafakasını ödeyemiyorsa kadının evliliği feshetme hakkı ortaya çıkar. Kadının boşama hakkı sınırlı olduğu için bu görüş uygulamada kadına bazı kolaylıklar sağlayabilir. Nitekim, eşini Türkiye’de bırakarak yurt dışında kalan eşi ve çocuklarıyla ilgilenmeyen pekçok erkek vardır. Kadın kendi başına geçimini sağlamakta, çocuklarının eğitimini yaptırmak için ömrünü vermektedir. Böyle bir durumda bu görüşten yararlanmak mümkündür.⁵⁷

Malikilere göre ise, fakirliği süresince kocadan nafaka kalkar ve üzerine borç olmaz. Nitekim Allah Tealâ şöyle buyurmuştur: “Allah bir nefse verdiğiinden başkasını yüklemez.”⁵⁸

Kaybolan kocanın nafaka vermemesi durumunda koca üzerine uygulanacak yaptırımlarla ilgili İslam hukukçuları arasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Kaybolan koca dendiğinde, yakın veya uzakta olmasıyla nafaka davası için mahkemeye getirilemeyen kişi kastedilmektedir. Hanefilere göre bu koca için geçen sürenin nafakasını vermesi ancak hâkimin kararıyla zorunlu hale gelir. Kadının nafakası günü birlik vacip olur eğer hâkim karar vermemişse gecikmeyle beraber bu nafaka düşmüştür. Çünkü geçmiş günlerin nafakasının ihtiyacı da geçmiştir.⁵⁹

Çoğunluğa göre ise, hâkimin kararı olmasa bile koca geçen sürenin nafakasını vermek zorundadır ve bu onun üzerine borçtur. Eğer kayıp kocanın malı varsa ve kadın da hâkimden nafaka talebinde bulunsa, kadına mahkemede kayıp kocasının maslahatını gözetmek için kocasının kendisinin nafakasını vermediğine dair yemin ettirilir. Kadının nafakasını almış veya kocası onu boşamış ve iddeti bitmiş olabileceği düşünüldüğü için kadından kefil istenir. Ve hâkim kocanın

⁵⁶ Serahsî, *Mebûât*, V, 184.

⁵⁷ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, s. 240.

⁵⁸ Haskefi, *a.g.e*, II, s. 889; İbn Abidin, *a.g.e*, III, s. 572. 575; Abdullah b. Mahmud, *Mevsilî*, İhtiyâr li- Ta’lîlî’l-Muhtâr, Mısır, 1370; Şirazi, *a.g.e*, II, s. 159.

⁵⁹ Zuhayli, *a.g.e*, 109, 110.

malından nafaka takdir eder. Bu Hanefî ve Şafîî'ye göredir.⁶⁰

Eğer kayıp kocanın malı yoksa; Hanefîye göre hâkimin onları boşama yetkisi yoktur. Fakirlik hiçbir durumda boşanma gerekçesi değildir. Cumhur, fakirlik dolayısıyla kadının boşanabileceğini kabul eder.⁶¹

Eğer kadın kayıp kocanın nafakasından harcar ve infaktan önce kocanın öldüğü anlaşılsa, harcadığı miktarı mirastan düşürülür. Bunda hukukçular ittifak halindedirler.⁶²

1.2.1.5. Nafakanın Kapsamı

Yiyecek temini;

Koca, karısının hayatını normal bir şekilde devam ettirebilmesi için gereken bütün yiyecek ve diğer ihtiyaç maddelerini yeterli miktarda sağlamak zorundadır. Nitekim Allah Tealâ “Annelerin rızkı ve giyecekleri maruf bir şekilde babaya aittir.”⁶³ buyurmuştur. Yine bir rivayette Resulullah Hind’e “Sana ve çocuğuna yeterli olanı maruf bir şekilde al.”⁶⁴ buyurmuştur. Rızıkta yeterli olanı terk etmek maruf şekli terk etmektir. Bu deliller yeterli miktarın vacipliğini ortaya koyar.⁶⁵

Kocanın vermesi gereken yiyecek nafakasının kapsamı konusunda fıkıhçıların iki görüşü vardır,⁶⁶

Hanefî ve Şafilere göre yiyecek ve giyecek nafakası kocanın zenginlik ve fakirlik durumuna göre takdir edilir. Delilleri de “İmkânı geniş olan nafakayı genişliğine göre versin. Rızkı kendisine daraltılmış olan fakir de nafakayı Allah’ın verdiğinden versin.”(Talak-6) ayetidir.

İkinci görüş te Malikilere ve Hanbelilere aittir. Eşlerin zenginlik fakirlik durumu, kadının konumu ve yörenin durumu dikkate alınarak takdir edilir. Delilleri yukarıdaki ayet ve Hind hadisinde “Sana yetenini al” buyurulmuş olmasıdır. Hanbelilere göre iki eşin durumunu dikkate almak delillerin hepsini uygulamak demektir. Çünkü ayet kocanın durumuna, hadis kadının durumuna göredir. Eğer

⁶⁰ Özcan, *Nafaka Mükellefiyeti*, 90.

⁶¹ İbn. Kudame, *Mukni*, II, 359.

⁶² İbn Rüşd, *a.g.e*, II, s. 55; Haskefi, *a.g.e*, II, s. 889; İbn Abidin, *a.g.e*, III, s. 572. 575; Şirazi, *a.g.e*, II, s. 163.

⁶³ Bakara, 2/233

⁶⁴ Müslim, III, 1338.

⁶⁵ Kâsani, *a.g.e*, IV, s. 20; Serahsi, *a.g.e*, V, s. 180; Haskefi, *a.g.e*, II, s. 572; Şirbini, *a.g.e*, III, s. 427

⁶⁶ Zuhayli, *a.g.e*, X, s. 103; Serahsi, *a.g.e*, V, s. 180; Şirbini, *a.g.e*, III, s. 427; Ruhi, Özcan, *İslâm Hukukunda Karı-Koca Nafaka Mükellefiyeti*, Erzurum, 1976, s. 61.

ikisi zengin ise zengin nafakası ikisi de fakirseler fakir nafakası gerekir. Durumları farklı ise orta derecede nafaka ödemelidir.⁶⁷

Yiyecek nafakası aynı olarak verilebileceği gibi nakit olarak da verilebilir. Günümüzde uygulama böyledir. Ancak nakit olarak verildiğinde, yiyecek maddelerinin zamanla uğrayacağı fiyat değişiklikleri dikkate alınmalıdır.⁶⁸

Yiyecek nafakasının verilme şekli kocanın kazancının durumuna göre tespit edilir. Koca kazancını günlük temin ediyorsa her günün akşamında bir sonraki günün nafakasını verir. Haftalık alarak çalışan koca, karısının nafakasını haftalık, aylık alarak çalışan koca aylık, hasılatını yıllık kazanan çiftçi veya zengin kişiler nafakayı yıllık öderler. Hâkim nafakayı kararlaştırırken koca için en uygun ödeme şeklini seçer.⁶⁹

Giyim eşyası temini;

Koca kadının giyim eşyalarını temin etmek zorundadır. Giysi takdir edilirken sosyal seviye, örf ve adetler ölçü alınır.⁷⁰ Ayette geçen maruf kelimesi bunu ifade eder. Kadının biri yazlık diğeri kışlık olmak üzere iki takım elbiseye hakkı vardır. Giyim eşyaları kadına hazır bir şekilde verilebileceği gibi bedeli de verilebilir. Kadının kendine ait giyim eşyasının bulunması veya başkaları tarafından giyim kapsamında hediye almış olması kocanın bu vazifesini kaldırmaz ve karısına bu yeter diyemez.⁷¹

Kadın giyim eşyasına sahip olduktan sonra, süre dolmadan yenisini isteme hakkı yoktur. Fakat kendi hatası olmadan itinalı bir şekilde kullandığı halde eğer giyim eşyasında vaktinden önce bir yıpranma olmuşsa koca yenisini temin etmelidir.⁷²

Kocanın dünya hayatında giyimle alakalı en son yapacağı masraf kefenleme masrafıdır. Bundan dolayı teçhiz ve tekfin masrafları kocaya aittir.⁷³

Mesken temini;

Koca hanımına sosyal durumuna uygun mefruşatı olan bir mesken sağlamak zorundadır.⁷⁴ Allah Tealâ Talak Suresi 6. ayeti kerimede şöyle buyurmuştur. “Onları

⁶⁷ Serahsî, *Mebhut*, V, 182.

⁶⁸ Ahmed b. Muhammed, Tahtâvî, *Haşiyetu't-Tahtâvî ale'd-Durri'l-Muhtâr*, Mısır, 1254, c. II, s. 255; Cîr, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara, 1974, s. 198.

⁶⁹ Haskefi, *a.g.e*, II, s. 889; İbn Abidin, *a.g.e*, III, s. 572; Serahsî, *a.g.e*, V, s. 181.

⁷⁰ Hindiyî, I, s. 569, 575, 576.

⁷¹ Kasani, *a.g.e*, IV, s. 23; Şirbini, *a.g.e*, III, s. 429, 433; Haskefi, *a.g.e*, II, s. 893, Bilmen, *a.g.e*, II, s. 449

⁷² Serahsî, *a.g.e*, V, s. 183.

⁷³ İbn Abidin, *a.g.e*, III, s. 598; Özcan, *Nafaka Mükellefiyeti*, s. 70; Kadihan, *a.g.e*, I, s. 399.

imkânınız dâhilinde oturduğunuz yerde oturtun.” Şer’î bir meskende koca fakir de olsa en az, kadına ait kilitli bir oda ile diğer gerekli bölmeler bulunmalıdır.⁷⁵

Koca eşi için yine hanımının sahip olduğu evi kiralayabilir ve eğer hanım isterse kirayı ödemekten kaçınamaz.⁷⁶

Kadının razı olması dışında koca hanımını hısımlarıyla oturmaya zorlayamaz. Ancak kocanın ilk evliliğinden olan ve henüz erginliğe ulaşmamış küçük çocuklarla oturabilir. Kadının diğer evliliğinden olan bu durumdaki çocuk kocanın izni olmadan aynı evde oturtulamaz.⁷⁷

Çoğunluk alimlere göre (Maliki hariç) mesken döşeli olmalı. Meskende yatak, yorgan, yastık gibi uyku için gerekli olan mefruşat, yeme içmede gerekli olan mutfak malzemeleri, adete göre zorunlu ev eşyaları ve elbisesini yıkayacağı alet ve aydınlatma malzemesinin bulunması gereklidir.⁷⁸

Meskenin olduğu yer eğer kadın yalnız kaldığında korkulacak bir yer olursa kocanın kadının korkmayacağı bir yerde mesken temin etmesi ya da ona bir arkadaş bulması gerekir. Koca kötü komşulu olmayan canı, ırzı, malı güvende olacağı bir mesken temin etmek zorundadır.⁷⁹

Kocası gerekli şartları taşımayan mesken sağlanmadığı takdirde evi terk etme hakkına sahiptir. Böyle bir durumda itaatsiz sayılmaz ve nafakası düşmez.⁸⁰ Hizmetçi temini;

Kadın sosyal seviye bakımından emsali olan kadınların hizmetçisi varken veya bakıma muhtaçsa koca hizmetçi tutmak zorundadır ve bu hizmetçinin nafakasını da temin etmelidir.⁸¹ Hizmetçinin nafakası yiyecek ve giyim masraflarından ibarettir. Aynı zamanda hizmetçi için yatacak yer ve gerekli ev eşyasını temin eder. Fakat giyim eşyası eskimeden yenisini alma mecburiyeti yoktur. Hizmetçi kocaya da hizmet etmelidir. Aksi takdirde hizmetçinin nafakasından sorumlu olmaz. Hizmetçinin nafakası hizmetinin karşılığıdır.⁸²

⁷⁴ Özcan, *İslâm Hukukunda Hısımlık Nafakası*, 14, Erzurum, 1980.

⁷⁵ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, s. 239.

⁷⁶ Bilmen, *a.g.e.*, II, s. 450; İbnu’l Hümmam, *a.g.e.*, III, s. 321; *Hindiyye*, I, s. 544.

⁷⁷ Şirbini, *a.g.e.*, III, s. 432; Haskefi, *a.g.e.*, II, s. 912.

⁷⁸ Haskefi, *a.g.e.*, II, s. 912.

⁷⁹ Kasânî, *a.g.e.*, IV, s. 21; Bilmen, *a.g.e.*, II, s. 450.

⁸⁰ Erbay, *a.g.e.*, s. 30.

⁸¹ *Hindiyye*, I, s. 568, 569; Kasânî, *a.g.e.*, IV, s. 24.

⁸² Haskefi, *a.g.e.*, III, s. 584; Mevsili, *İhtiyar*, IV, s. 4.

Zengin koca birden fazla çocuğun olma durumunda ve tek hizmetçinin yetmemesi halinde daha fazla hizmetçi temin eder. Fakir kocadan hizmetçi tutması ve onun nafakasını ödemesi beklenemez.⁸³

Hizmetçi emin olmalıdır. Emin olmayan hizmetçinin nafakasının ödenmesi istenmez.⁸⁴

1.2.2. İddet Bekleyen Kadının Nafakası

İddet; sözlükte boşanan veya kocası ölen kadının yeniden evlenebilmek için beklemesi gereken süredir. Bir fıkıh terimi olarak, -Hanefilere göre- evliliğin etkilerinden, geriye kalanların sona ermesi için şerân sınırı belirlenmiş olan süre demektir. Çoğunluğa göre ise; kadının gebe olup olmadığının bilinmesi veya sırf kulluk için yahut kocanın ölümü yüzünden eşinin belli bir süre beklemesinden ibarettir.⁸⁵

İddet süresi eşlerin ayrılık durumlarına göre değişir. Kocası vefat eden kadının iddet süresi dört ay on gündür. Eğer kadın hamileyse doğum yapmasıyla iddet süresi biter. Ayrılık boşanma sebebiyle olmuşsa iddet süresi Hanefilere göre üç adet, diğer üç mezhebe göre ise üç temizlik süresidir. Yaşlılık veya yaşının küçük olması sebebiyle adet görmeyenlerin iddet süresi ise üç aydır.⁸⁶

Kocası vefat eden kadına nafaka gerekmemektedir. Çünkü ölen kişinin bütün mal varlığı varislerine intikal eder. Kadın da dörtte bir veya sekizde bir oranında mirasçı olur ve artık hissesine düşen kısımla ihtiyaçlarını karşılar.⁸⁷

Kadının, vefat dışında başka bir sebeple eşinden ayrıldığı durumlarda iddet nafakasının gerekli olup olmadığını bu ayrılma nedenlerine göre incelenir.

Ayrılma nedeni kocadan kaynaklanabildiği gibi kadının da ayrılmaya neden olduğu durumlar söz konusu olabilir. Ayrılma nedeninin koca olduğu durumlar; kocanın karısını rici⁸⁸ veya bain⁸⁹ talakla boşaması, lian yoluyla⁹⁰, il'a yoluyla⁹¹,

⁸³ *Hindiyye*, I, s. 568, 569; Kasani, *a.g.e.*, IV, s. 24.

⁸⁴ Serahsi, *a.g.e.*, V, s. 182.

⁸⁵ İbn Abidin, *a.g.e.*, II, s. 823; Bilmen, *a.g.e.*, II, s. 34, 35.

⁸⁶ *Hindiyye*, I, s. 587; İbn Hazm, *Muhalla*, VII, s. 312; İbn Abidin, *a.g.e.*, III, s. 522.

⁸⁷ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, s. 240.

⁸⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul, 1974, s. 303.

⁸⁹ Karaman, *İslam Hukuku*, s. 303.

⁹⁰ Kelime anlamı lanetleşmektir. Kocanın karısına zina isnadında bulunup kadının da bunu inkâr etmesiyle durum mahkemeye intikal eder. Mahkemede taraflar birtakım sözlerle kendilerinin doğru söylediğine dair yemin ederler. Sonunda taraflar ayrılır. (Bkz; İbn Abidin, *Reddül Muhtar*, III, 482)

⁹¹ Kocanın karısına “ Vallahi sana dört ay yaklaşmayacağım” demesiyle ve bu müddet içerisinde eşine evlilik ilişkileri açısından yaklaşmamasıyla Hanefiye göre bain talak gerçekleşmiştir. (Bkz. Karaman, *İslam Hukuku*, 321)

muhealea yoluyla⁹² boşamasıyla gerçekleşen ayrılıkta kadın iddet süresince nafaka alacaktır. Ricî ve bain talakla boşamada kadının hamile olup olmaması nafaka almasını etkilemez, nafakasını alacaktır. Bunun yanında gayrimüslim eşlerden kadın İslâm'ı kabul edip koca müslüman olmaktan kaçındığı takdirde, durum mahkemeye intikal eder ve hâkim eşlerin ayrılmasına karar verir. Nitekim kadın iddet bekler ve iddet nafakasına hak kazanır. Diğer bir ayrılık sebebi; dedesi veya babası dışında bir veli tarafından küçük yaşta evlendirilen kocanın nikâhın feshini istemesiyle (buluğ muhayyerliği), nikâh bozulmuş olur. Bütün bu durumlarda ayrılığın sebebi koca olduğu için iddet nafakası kocanın üzerine zorunludur.⁹³

Kocanın irtidat etmesiyle nikâh akdi bozulmuş olacaktır ve kadının iddet beklemesi gerekir. Bu durumda da ayrılığın sebebi yine kocadır, bu yüzden kocanın kadına nafaka vermesi zorunludur. Kocanın karısının usûl ve fûrû durumundaki kadınlardan biriyle zina ettiğinde veya şehvi arzularla tuttuğunda nikâhları ortadan kalkar ve karısı ona ebediyen haram olur. Kadın bu ayrılık sonucunda da iddet bekler ve nafaka hakkı vardır.⁹⁴

Ayrılma kadının tasarrufuyla da gerçekleşebilir. Birkaç durum dışında bu tür ayrılıklarda da kadının iddet nafakası söz konusudur. Küçük yaşta babası veya dedesi dışında bir başkası tarafından evlendirilen bir kadının buluğdan sonra nikâhı fesh ettirmek için dava açmasıyla ortaya çıkan ayrılıkta, kadının iddet beklemesi gerekir.⁹⁵ Bu durumda ayrılığın nedeni koca olmamasına rağmen kadın nafaka almaya hak kazanır. Çünkü ortada meşru bir hakkın istimali vardır.⁹⁶

Kadın evlilik akdinin icrası esnasında erkeğin İslam hukuku hükümleri doğrultusunda denk olmasını isteyebilir. Karşı taraf ta bunu kabul edip daha sonra denk olmadıkları ortaya çıkarsa, kadın nikâhın feshi için dava açabilir. Ayrılma sonucunda iddet bekler ve nafaka almaya hakkı olur.⁹⁷

Nikâh esnasında kadının şart koştuğu mihri misilin⁹⁸ verilmeme veya o miktardan az verilmesiyle, kadın nikâhı feshi için mahkemeye başvurabilir. Ayrılık sonucu iddet nafakası alır. Bütün bu ayrılmalar zifaktan sonra gerçekleştiği takdirde

⁹² Kadının bir bedel karşılığında evliliğini sona erdirmesidir.(Bkz. Karaman, *İslam Hukuku*, 311- 313)

⁹³ Kasânî, *a.g.e*, IV, s. 16, 17; Şirbini, *a.g.e*, VII, s. 153, 154; Haskefi, *a.g.e*, III, s. 610, 611.

⁹⁴ Kadihan, *a.g.e*, I, s. 391, 395, 402.

⁹⁵ Günümüz Medeni Hukukunda küçük yaşta evliliklerin geçerliliği söz konusu değildir. M.K. mad.124/I “Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez.”.

⁹⁶ Karaman, *İslam Hukuku*, s. 270; Erbay, *a.g.e*, s. 45.

⁹⁷ Özcan, *Nafaka Mükellefiyeti*, s. 37

⁹⁸ Yaş, güzellik, mal, iffet, belde, v.b. vasıflarda eşit durumdaki kadınlar için kararlaştırılmış mehirler emsal alınarak takdir olunan mehirdir. (Bkz. Karaman, *İslam Hukuku*, 254)

kadının nafaka hakkı doğacaktır. Zaten zifaktan önce kadının iddet beklemesinden söz edilemez.⁹⁹

Kadının irtidat etmesiyle nikâh kalkar ve kadın iddet beklese de nafaka hakkı olmaz. Kadın kocasının usûl fûrundan biriyle zina etmesi halinde de nikâhı kalkacak, iddet beklemesi gerektiği halde nafaka hakkı olmayacaktır.¹⁰⁰

1.2.3. Hısımlık (Usûl-Fürû ve Civar Hısımlar) Nafakası

1.2.3.1. Hısımlık Nafakasının Dayandığı Deliller

Kuran'dan deliller;

“Rabbin hükmetti ki: Kendisinden başkasına ibadet etmeyesiniz. Ana ve babaya iyi davranasınız. Eğer onlardan biri veya her ikisi senin yanında iken yaşlanacak olursa onlara: “Öf dahi deme! Onları azarlama ve her ikisine de tatlı söz söyle.”¹⁰¹

“Biz insana anne ve babasına iyi davranmasını emrettik. Eğer annen ve baban senin hakkında bilgi sahibi olmadığın bir şeyi bana ortak koşman için seni zorlarlarsa o takdirde onlara itaat etme. Sizin dönüşünüz yalnız banadır. Ben size yapmış olduğunuz şeyleri haber vereceğim.”¹⁰²

“Biz insana ana-babasına karşı iyi davranmasını tavsiye etmişizdir. Annesi onu güçsüzlükten güçsüzlüğe uğratarak karnında taşımıştı. Çocuğun sütten kesilmesi iki yıl içinde olur. Bana ve ana-babana şükret, diye tavsiyede bulunmuşuzdur. Dönüş yalnız banadır.”¹⁰³

“Anneler çocuklarını iki tam yıl emzirirler. (Bu), emmeyi tam yaptırmak isteyenler içindir. O (annelerin) maruf şekilde yiyeceği ve giyeceği, çocuk kendisinin olan babaya aittir. Kimse güç yetiremeyeceği şeyle mükellef tutulamaz. Ne bir anne çocuğu yüzünden, ne de çocuğun babası, o çocuğu sebebiyle zarara sokulmasın. Mirasçıya düşen de bunun gibidir. Eğer (ana ve baba) aralarında anlaşarak ve müşavere ederek, çocuğu memeden kesmeyi arzu ederlerse, ikisine de günah yoktur.”¹⁰⁴

Sünnet delili;

Bu konuda kaynak teşkil eden hadis sayısı çok fazladır. Bunlardan bazılarını şöyle sıralayabiliriz;

⁹⁹ Özcan, *Nafaka Mükellefiyeti*, 37.

¹⁰⁰ Erbay, *a.g.e.*, s. 46.

¹⁰¹ İsra, 17/23

¹⁰² Ankebut, 29/8

¹⁰³ Lokman, 31/14

¹⁰⁴ Bakara, 2/233

“Elindeki mali imkânını önce kendin için kullan, artanı aile fertleri için, yine artacak olursa onu da akrabaların için harca.”¹⁰⁵

Bir sahabi Resulullah’ın yanına gelip , “Kime iyilik edeyim ey Allah’ın Resulü?” diye sorar ve Efendimiz; “Önce annene, sonra babana, sonra kız ve erkek kardeşlerine, sonra da yakın olan mahrem akrabalarına.” buyurmuştur.¹⁰⁶

“Kişinin yediğinin en güzeli kendi kazandığından yediğidir. Evladı da kişinin kazandığındandır. O halde çocuklarınızın kazandığından muhtaç olduğunuzda muhtelif şekilde yiyiniz.”¹⁰⁷

“Veren el faziletlidir. Önce vermeye anne ve babanın nafakasını teminle başla, sonra kız kardeşinin, sonra erkek kardeşinin, sonra da yakından uzağa doğru devam et.”¹⁰⁸

İcma delili;

İslam hukukçuları usûl-fürû ve civar hısımları arasındaki nafaka mükellefiyetinin varlığı konusunda müttefiktirler.¹⁰⁹

Akıl delili;

Büyük zorluklarla çocuklarını büyütüp, hayata hazırlayan anne babaların, günün birinde yardıma muhtaç bir hale düştüklerinde çocukların da onları himaye etmemeleri ve onlara yiyecek, giyecek, mesken temin etmemeleri düşünülemez. Anne ve babalar için olması gereken bu davranış dedeler ve nineler ve torunlar için de geçerlidir.

Zor durumda olduğumuz zaman yardım isteyebileceğimiz kişiler genellikle ilk olarak nesep bağı olan akrabalarımızdır. Başkalarından bekleyemediğimiz ve ummadığımız yardım ve alakayı onlardan görürüz. Eğer bir gün onlar da yardıma muhtaç hale düşerlerse, bizim de onlara destek olmamız akla en uygun hareket tarzıdır. İleride birbirlerinin mirasçısı olacak ve birbirleriyle evlenemeyecek yakınlıkta bulunanların zora düştüklerinde, güçleri yettiği halde yardım etmemeleri aklın kabul edemeyeceği bir şeydir.¹¹⁰

¹⁰⁵ Ahmed b. Hanbel, III, 369.

¹⁰⁶ Şevkani, a.g.e, VI, s. 367.

¹⁰⁷ Ebu Davud, Buyu, 77; Ahmed b. Hanbel, II, 214.

¹⁰⁸ Şevkânî, a.g.e, VI, 367

¹⁰⁹ Özcan, Hısımlık Nafakası, 69.

¹¹⁰ Erbay, a.g.e, s. 76.

1.2.3.2. Hısımlık Nafakasının Çeşitleri

1.2.3.2.1. Fürûun (Çocuklar) Nafakası

İslam Hukukunda fürû, bir şahsın, birinci derecede dünyaya getirdiği çocuklar ve kendi sulbünden gelenlerdir.¹¹¹ Çocukların nafakasını karşılamak babaların üzerine vaciptir. Dedeler de gerek anne tarafından gerekse baba tarafından olması fark etmez, torunlarının nafakasından sorumludur. Aynı zamanda çocukların kız veya erkek olması fark etmez.

Çocukların nafakasının karşılanmasında erkek ve kız çocukların nafakası ayrı olarak incelenmiştir.

Babanın erkek çocuğuna nafaka mecburiyetinde olması için şu şartlar gerekmektedir;¹¹²

Çocuk, fakir ve malı olmamalıdır. Eğer malı varsa, nafakası o maldan karşılanabilir.

Erkek çocuk buluğ çağına ulaşmamış olmalıdır. Yani kazanmaktan aciz olmalıdır. Kazanma çağında baba onu çalışıp kazanabileceği bir mesleğe dâhil eder ve kazancıyla da nafakası sağlanabilir. Ancak, buluğ çağında olup, kazanma kudretinde olamayacağı durumlar da söz konusu olabilir, sakat, felçli veya vücudunda çalışmasına mani olabilecek bir hastalığın olması gibi. Bu durumda nafakası babasına düşer.

Babanın zengin veya çalışmaya muktedir olması gerekmektedir. Zenginse malından nafakayı karşılar, aksi takdirde çalışarak nafakayı temin etmek zorundadır. Zenginlik ölçüsü ne olacaktır? İhtiyaç fazlası nafaka cinsi mala sahip olan kişi nafaka hukuku açısından zengindir. İmam Muhammed, Maliki ve Şafii alimlerinin yaptığı açıklamada “Kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu şahısların bir günlük nafakasını karşıladıktan sonra ihtiyaç fazlası olarak elinde kalan gündelikçi, fazlalık nispetinde zengindir.” Maliki, Şafii ve Hanbeli hukukçular babanın zengin olmasını şart koşarken fakir olması durumunda çalışmaya zorlanamayacağını ifade etmişlerdir.

Babanın ve çocuğun hür olmaları gerekir.

Çocuk çalışmaya muktedir olmasının yanında ilim tahsiliyle meşgul oluyorsa, nafakası babaya düşer. İlim tahsilinde milletin iyiliği söz konusu olduğu için çocuk çalışmaya zorlanamaz.

¹¹¹ Erbay, *a.g.e*, s. 94.

¹¹² Erbay, *a.g.e*, s. 104; İbn Hazm, *a.g.e*, VII, s. 124; Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, s. 242; Zuhayli, *a.g.e*, X, s. 117.

Babanın kız çocuğuna nafaka mükellefiyeti için aranan şartlar şunlardır,¹¹³

Fakir olmalıdır. Erkek çocukta olduğu gibi malı varsa nafakası ondan temin edilir.

Kız çocuğunun evleninceye kadar nafakası babaya aittir. Evlenince bu nafaka borcu kocasına geçer. Kocasını vefat eder veya eşinden ayrılırsa baba evine döner. Çalışmaya zorlanamaz. İslami ölçüler dâhilinde uygun bir işte kendi isteğiyle çalışıyorsa da nafakası babanın üzerinden düşer.

Baba ve kız evlat hür olmalıdır.

Baba zengin veya çalışmaya muktedir olmalıdır.

Din ayrılığı çocukların nafakasından bir engel değildir.

Çocukların nafakasından baba zengin veya çalışmaya muktedir olduğunda babaya ait olduğu noktasında alimlerin ittifak halinde olduğu açıklanmıştı. Baba fakir ve geçerli bir mazeretten dolayı çalışmıyorsa bu durumda çocukların nafakası kimin üzerine olacak? Hanefi alimlere göre, böyle bir durumda çocuğun nafakası, babanın dışında varlıklı olan erkek veya kadın usulün üzerine vaciptir. Bu aşamada nafaka sorumluluğu ikinci dereceden yükümlü olan annenin üzerinedir. Anne de fakirse nafaka sorumluluğu dedeye geçecektir.¹¹⁴

Eğer baba kayıpsa; çocukların nafakası öncelikle babanın malından temin edilme yoluna gidilir. Şayet, malı yoksa nafaka alacaklısı mahkemeye başvurur. Hâkim ikinci derece ve onun olmaması halinde üçüncü sıradaki usulü sorumlu tayin edecektir. Şayet usulden kimse yoksa kayıp baba adına borç almasına hükmedilir.¹¹⁵

Eğer baba vefat etmişse, nafakanın nasıl karşılanacağı geride terike bırakıp bırakmamasına göre değişir. Baba terike bırakmışsa; çocukların nafakası hissesine düşen miras payından karşılanır. Miras payından nafaka, ya babanın hayattayken tayin ettiği vasi aracılığıyla ya da vefattan sonra mahkemenin tayin edeceği vasi aracılığıyla karşılanır. Baba terike bırakmamışsa, nafaka sorumluluğu diğer usule geçer. Bu usulün nafaka temin etmede üzerlerine düşen borç oranları şu ölçülere göre belirlenmiştir. Usulün, fûrûa yakınlık derecesinin farklı olduğu durumda en yakın usul nafaka borçlusudur. Örneğin, anne ve onun babası varsa, nafaka mükellefi annedir. Çünkü, anne daha yakındır. Eğer hayatta kalan usul yakınlıkta eşitse, annenin babası ve babanın babası gibi usulden mükellef olanlar varsa, bu durumda

¹¹³ Şirbini, *a.g.e*, III, s. 446, Haskefi, *a.g.e*, II, s. 923, 925; Şirazi, *a.g.e*, II, s. 166

¹¹⁴ Kadıhan, *a.g.e*, I, s. 409; *Hindiyye*, I, s. 587.

¹¹⁵ İbn Nüceym, *Bahr*, IV, s. 235.

fürûa varis olma açısından önceliği olan babanın babasına nafaka sorumluluğu düşer. Hepsi de fürûun mirasçısı ise hepsi mirastaki hisseleri oranında nafaka yükümlüsü olacaktır. Örneğin anne ve babanın babasının hayatta olduğu durumda, anne nafakanın 1/3 ünü, dede 2/3 ünü temin edecektir.¹¹⁶

1.2.3.2.2. Usûlün(Arne ve Babalar) Nafakası

Anne ve babaların nafakası çocuklarının üzerine vaciptir. Usûl, ne kadar yukarı doğru çıkarsa çıksın babalar, dedeler, anneler ve nineleri kapsar. Nafaka üzerine vacip olan çocuklardan kastedilen erkekler ve kadınlardır. Nafaka mükellefiyeti çocuğun çocuğunun üzerine de düşer.¹¹⁷

Usûle nafaka verilebilmesi için gerekli şartlar şöyle açıklanabilir;¹¹⁸

Usûle nafaka düşmesi ancak fakir olması ve kazanmaktan aciz olması şartıyla vaciptir. Bunda alimler görüş birliğindedirler. Hanefilerde ve Şafilere kuvvetli olan görüşe göre, usûlün alacaklı olabilmesi için fakirlik şartını yeterli görür. Kazanmaya muktedir olsalar bile nafakanın düştüğünü belirtirler. Nitekim İsrâ 23. ayette Allah Tealâ anne babaya ihsanda bulunmayı emretmiştir. Böyle bir emir karşılığında onları kazanmak için zorlamak ihsandan vazgeçmektir. Malikiler ve Hanbeliler eğer usûl kazanmaya muktedirse bunun için zorlanır ve kazananın da nafakaya ihtiyacı yoktur derler.¹¹⁹

Nafaka yükümlüsü fürûun usûlün nafakasının sorumlusu olabilmesi için nafaka verebilecek zenginlikte veya kazanabilecek durumda olması gerekmektedir. Usûlün nafakasında din ayrılığı engel değildir.

Nafaka alacaklısı hür olmalıdır.

Nafaka yükümlüsü olabilecek fürûun birden fazla olması durumunda, usûlün nafakası kimlerin üzerine gerekecek? Birden fazla usûlün olma durumunda olduğu gibi burada da birden fazla fürû arasında nafaka mükellefini belirlemek için aynı yol takip edilecektir. Usûle yakınlık derecelerine göre nafaka sorumlusu tayin edilecektir. Örneğin, usûlün oğlunun oğlu ve usûlün kızı varsa nafaka kızının üzerinedir. Çünkü, kızı kendisine daha yakındır. Aynı yakınlıkta fürû varsa, fürû hısımları eşit miktarda nafaka yükümlüsüdür. Mesela, usûlün hem kızı hem de oğlu varsa nafakayı ½ oranında ikisi de üstlenirler. Fürûun, usûlünün varisi olup olmaması

¹¹⁶ İbnu'l Hümmam, *a.g.e*, III, s. 346; *Hindiyye*, I, 583; İbn Abidin, *a.g.e*, II, s. 625.

¹¹⁷ Kâsani, *a.g.e*, IV, s. 30; Şirazi, *a.g.e*, II, s. 65.

¹¹⁸ Serahsi, *a.g.e*, V, s. 222, 228; İbnu'l Hümmam, *a.g.e*, III, 346; Şirazi, *a.g.e*, II, s. 166.

¹¹⁹ Özcan, *Hısımlık Nafakası*, 187.

nafaka sorumlusu olmasında etken değildir. Varis olmasa da usûle yakınlığı öncelik alacak ve nafaka yükümlüsü olacaktır.¹²⁰

Usûl – fûrûun nafakası için hâkim kararı gerekmezsiniz vacip olur.¹²¹

1.2.3.2.3. Civar Hısımların Nafakası

Usûl ve fûrû dışında nesepleri müşterek bir usûlde birleşen hısımlara (kardeşler, kardeş çocukları, amca, hala, teyze gibi) civar hısımlar denir.¹²²

Civar hısımların nafaka alacaklısı olup olmama durumları arasında mezhepler arasında görüş ayrılıkları vardır.

Maliki, Şafii ve Caferi alimlerine göre, civar hısımları nafaka alacaklısı olamazlar. Hanbelilere göre ise civar hısımların nafaka alabilmeleri için, nafaka borçlusu olabilecek hısımlara asabe¹²³ veya ashabül –ferai¹²⁴ sıfatıyla varis olmaları gerekmektedir. Hanefilere göre; kardeşler, dayılar, amcalar, kardeş, hala, teyze gibi yakın akrabalara belli şartlar dâhilinde nafaka düşer. Bu şartlar fakir olmaları, kazanmaya muktedir olmamaları ve alacaklısının nafaka borçlusu olacak yakın akrabaya mirasçı olacak derecede nesep hısımları olması gerektirir.¹²⁵

Nitekim din ayrılığı miras engeli olduğu için, civar hısımlarının nafaka alacaklısı ve borçlusu olmalarında da engeldir. Sadece müslüman yakın akraba, yine müslüman olan yakın akrabasının nafakasından sorumlu olacaktır. Hısımlık nafakasından uygulama ancak mahrem civar hısımlar arasında uygulanır. Civar hısımlık nafakasından sorumlu olacak tarafın zengin olma vasfı şarttır.

Civar hısımların nafakası ancak hâkim kararı veya karşılıklı rıza ile sabit olur. Bunun sebebi, bu hısımların nafakası konusunda hukukçular arasında görüş ayrılığının olmasıdır.¹²⁶

1.2.4. Mülkiyet Nafakası

Nafaka vazifesi, insana bağlı olan köle, hayvan, bitki-ekin, evler ve arazileri de kapsamaktadır. Bütün bunları korumak için nafaka vazifesi bunları da kapsar.

¹²⁰ İbnu'l Hümmam, *a.g.e*, III, 348; İbn Hazm, *a.g.e*, VII, s. 124; Serahsi, *a.g.e*, V, s. 222.

¹²¹ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, s. 244.

¹²² Erbay, *a.g.e*, s. 127.

¹²³ Asabe: Bir kişinin erkek vasıtasıyla murise bağlanan erkek hısımlarıdır. (Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, s. 522)

¹²⁴ Ashabü'l Feraiz: Mirastaki payları muayyen mirasçılar. (Döndüren, *a.g.e*, s. 522)

¹²⁵ Serahsi, *a.g.e*, V, s. 227.

¹²⁶ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, s. 244.

Malın ziyan edilmesi haramdır. Alimler, ekini ve ağaçları susuz ve bakımsız, evleri ve arazileri tamirsiz ve harap olarak terk etmeyi mekruh görmüşlerdir.¹²⁷

Bir ailenin yanında malik ve zilyed sıfatıyla bulunan, süt, et, yumurta veya gücünden yararlanan hayvanların bakım sorumluluğu evin erkeğine aittir. Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “Açlıktan ölünceye kadar hapsettiği bir kedi için bir kadın azap olundu. Ona kendisi yedirmedeği gibi, toprak haşeratını yiyebilmesi için serbest de bırakmadı.”¹²⁸ Hayvan sağan kimsenin hayvana eziyet vermemek için tırnaklarını kesmesi müstehaptır. Bunu yanında yavrusunu mağdur edecek kadar fazla süt sağmak da caiz değildir. Hayvana gücünün üstünde yük yüklemek caiz değildir.¹²⁹

Bir hayvan sahibi onu aç veya susuz bırakırsa çoğunluğa göre hem diyaneten hem de kazaen bu hayvana bakmaya mecbur edilir. Hanefilere göre mahkeme yoluyla buna zorlanamaz.¹³⁰

Böylece nafaka konusunu, bütün çeşitleriyle beraber ana hatlarıyla özetlemeye çalıştık. Şimdi Osmanlı Hukukunun yapısını ve işleyiş şeklini incelediğimiz tezimizin ikinci bölümüne gelmiş bulunuyoruz.

¹²⁷ Zuhayli, *a.g.e*, X, s. 77.

¹²⁸ Müslim, *Selâm*, 151, 152.

¹²⁹ Bilmen, *a.g.e*, I, s. 14.

¹³⁰ Kâsânî, *a.g.e*, IV, 40.

İKİNCİ BÖLÜM

2. OSMANLI HUKUKUNUN KAYNAKLARI VE İŞLEYİŞİ

Türk hukuk tarihinde en çok araştırılan konuların başında Osmanlı hukukunun şer’î ve örfî hukuk şeklindeki ikili yapısı gelmektedir. Şer’î hukuk veya şer’î şer’if de denilen birinci yapı, Kuran, Sünnet, icma ve kıyasa dayanarak ve fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş bulunan düzenlemelerden oluşur. Osmanlı hukukunun ikinci büyük parçasını ise, örfî hukuk oluşturur. Başka bir ifadeyle, fıkıh kitaplarında yer alan hükümlere şer’î hukuk¹³¹, ulül-emr fermanlarıyla oluşan hükümler topluluğuna örfî hukuk denir. Her iki hukuk Osmanlı hukukunu oluşturur.¹³²

2.1. Örfî Hukuk Tanımı Ve Kapsamı

Şer’î hukuk, müçtehit hukukçuların İslam hukukunun kaynaklarına dayanarak, fıkıh usûlü ilmindeki esaslar çerçevesinde yapmış oldukları içtihatlardan oluşmaktadır. Ayrıca oluşum sürecinde Hulefa-i Raşidin dönemi hariç devletin bir müdahalesi ya da katkısı olmamıştır. Buna karşılık örfî hukuk, İslam hukukçularının içtihatlarıyla değil, ulül-emrin koyduğu kurallarla gelişmiştir. Burada açıklanması gereken bir nokta vardır ki, bu ayırım örfî hukukun şer’î olmadığı anlamına gelmez. Bilakis şer’î hukuk, niteliği itibarıyla örfî hukukun oluşmasına izin vermiştir. Ayrıca şer’î ve örfî hukuk birbirinden tamamen bağımsız da değildir. Yani örfî hukuk, şer’î hukuka bağlı olarak gelişen hükümler topluluğudur.

Örfî hukukun değişik tanımlarına birçok kaynakta rastlamak mümkündür. Yapılan en eski tarif, Fatih döneminin önemli tarihçilerinden Tursun Bey’in ”Tarih-i EbulFeth” adlı eserinde karşımıza çıkmaktadır. Bu tanıma göre örfî hukuk, “nizâmı

¹³¹ Bilmen, *a.g.e*, I, s. 14; Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri Ve Hukukî Tahlilleri*, İstanbul, 1990, c. I, s. 49.

¹³² Osman, Kaşıkçı, *İslâm Ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul, 1997, s. 22.

alem için akla dayanarak hükümdarın koyduğu nizam, siyaset-i sultanî ve yasağı padişahi veya örf” şeklinde açıklanmıştır.¹³³

Osmanlı hukukundaki kullanılışıyla, örfî hukuk tabiri, İslam hukukçularının kullandığı “siyaset”, “siyaset-i şer’îye”, “kanun”, “yasa” ve benzeri ifadelerle eş anlamlı hale gelmiş ve manası genişlemiştir. Osmanlı hukukunda örfî hukuk deyince sadece adet hukuku değil, şer’î hükümlerin kanun tarzında tedvini de dahil olmak üzere, ulül-emre tanınan sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde, mütehasıs İslam hukukçularının içtihad ve fetvalarına da başta örf ve adet kaideleri olmak üzere İslam hukukunun asli veya çoğunlukla tali kaynakları olduğu anlaşılır.¹³⁴

Şer’î hükümler denilen fıkıh ahkâmı ile örfî hukuk denilen kanun ahkâmının düzenledikleri hukuk dalları ve hukuki meseleler farklıdır. Birbirinin mukabili değil mütemmimidir.¹³⁵ Bu şöyle de ifade edilebilir, örfî hukuk şer’î hükümlere muhalif olamaz, olduğu takdirde muteber sayılmaz.¹³⁶ Ulül-emrin mevcut şer’î hükümleri tedvin etmesi örfî hukuk olarak nitelendirilir. Bu durumda meydana getirilen hükümler şer’î, onlara verilen şekil ise örfî hukuk olarak şekil alır. Osmanlı Devleti’nin Tanzimat sonrası iki önemli hukuki düzenlemesi olan Mecelle ve 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi bu şekilde oluşmuştur.¹³⁷ Şer’î hukukun bir hüküm belirtmediği ve kanunlaştırılmasını tamamen zamanın ulül-emrine bıraktığı durumlarda şer’î hükümlerde göz önünde bulundurularak örfî hukuk yerini alır.¹³⁸

Padişahın yönetme ve icra etme yetkisini ifade eden örfî hukuk aslında bir kanun hukukudur.¹³⁹ Osmanlı Devleti’nin bakanlar kurulu demek olan Divan-ı Hümayun’da örfî hukuktan sorumlu üye olarak yer alan nişancıya¹⁴⁰ “müft-î kanun” denilmesinin sebebini de böyle anlamak mümkündür. Bu hukuk kurallarının özelliği, mahalli veya örf ve âdet uygulamalarından olması değil padişahlar tarafından emredilmeleridir. Zira örfî hukukun kapsamına, ulül-emre tanınan yasama yetkisi sonucu ortaya konan bütün hukuki mevzuat girmektedir.¹⁴¹

¹³³ Halil, İnalçık, “Örf”, İA, IX

¹³⁴ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri Ve Hukukî Tahlilleri*, I, s. 51.

¹³⁵ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri Ve Hukukî Tahlilleri*, I, s. 53.

¹³⁶ Halil, Cin-Ahmet, Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1990, c. I, s. 135.

¹³⁷ Halil, Cin-Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, 2011, s. 83.

¹³⁸ Kaşıkçı, *a.g.e.*, s. 22, 23.

¹³⁹ Mehmet Akif, Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 1995, s. 89.

¹⁴⁰ Nişancı: Osmanlı devlet teşkilatında ferman, berat, menşur, nâme, mektup, ahidnâme, hüküm gibi resmi devlet evrakının baş tarafına padişahın imzası demek olan tuğra çekme görevini üstlenen kişilerdir. (Bkz. Pakalın, Zeki, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, I, 337)

¹⁴¹ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri Ve Hukukî Tahlilleri*, I, s. 58.

Fıkıh alimlerinin örfü tanımlarken öne çıkardığı unsur akıl unsurudur. Örfi hukukun şer’î hukuk karşısında laik bir yapı arz ettiği fikri isabetli değildir. Örf, sultanın sınırsız yasama yetkisi anlamına da gelmez. Esasen İslam hukuku örf ve âdetle, seddi zerâî, maslahat ve istihsan gibi hukuk kaynaklarıyla devlet başkanı veya kanun koyucuya yasama alanında geniş yetkiler vermiştir. Yine tazir gibi ceza hukuku, tekâlif-i örfiye gibi vergi hukuku, miri arazi gibi eşya hukuku ve anayasa hukukuyla idare hukuku alanlarında ülke ihtiyacının ve kamu düzeninin gerektirdiği düzenlemeleri yapmak da devlet başkanına bırakılmıştır. İslam hukuk literatüründe buna, “siyaseti şer’iyye” adı verilir.¹⁴²

Örfî hukukun İslâm Hukukundan ayrı şekilde ortaya çıkışı bazı araştırmacıları, onun şer’î hukuktan bütünüyle farklı ve bağımsız bir hukuk olduğu fikrine götürmüştür.¹⁴³ Osmanlı Devletinin kısa zamanda gelişmesinde İslam inancını yeni ülke ve insanlara götürme arzusunun belirli bir rol oynadığı tartışmasızdır. Devletin gelişmesinde rol oynayan böyle felsefi, temeli örfî hukuk kuralları konurken hiç dikkate alınmamış olması düşünülemez. Öte yandan örfî hukukunun oluşumunda birinci derecede rol alan nişancılar bu hukukun şekillendiği ilk asırlarda müderrisler arasından seçilmiştir.¹⁴⁴ Fatih Kanunnâmesi’nde nişancılığın, Dâhil ve Sahn-ı Seman müderrislerine ait olduğu belirtilmektedir.¹⁴⁵ Müderrislerin en yaygın ilgi alanlarının İslâm hukuku olduğu göz önüne alındığında onların birikimlerinin örfî hukukun şekillenmesinde etkili olduğu görülecektir.¹⁴⁶

Zaman zaman şeyhülislâmların bazı kanun ve uygulamalara karşı çıktıkları bilinmektedir. Ebussuud Efendi’nin padişahın bir uygulamasına karşı, “Nâmeşrû olan nesneye emr-i sultânî olmaz.” demesi bunun örneğidir.¹⁴⁷ Bir kanunnâmenin başlığında yer alan, “Şeyhülislâm Yahya Efendi talebiyle Dîvân-ı Hümâyûn’da Okçuzâde Mehmed Efendi ihraç eylediği kanunudur.” ifadesi kanunnâmenin hazırlanmasında şeyhülislamın rolünü ve kanunnâme uygulamasına müspet bakışını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda şunu da ayrıca belirtmek gerekir ki, şer’î ve örfî hukukun belli bir uyum ve bütünlük içinde Osmanlı hukukunun şekillendirilmesinde Şeyhülislam Ebussuud Efendi’nin önemli bir rolü vardır. Ebussuud Efendi, bir yandan Budin Kanunnâmesinde görüldüğü gibi örfî/mirî arazi esaslarını şer’î bir

¹⁴² Mehmet, Akman, “Örf”, İA, IV

¹⁴³ Aydın, “Osmanlılar-Hukukî ve Adli Yapısı”, DİA, c. 33

¹⁴⁴ Cin, Halil-Akyılmaz, Gül, a.g.e, s. 87.

¹⁴⁵ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri Ve Hukukî Tahlilleri*, I, s. 321.

¹⁴⁶ Aydın, “Osmanlılar-Hukukî ve Adli Yapısı”, DİA, c. 33

¹⁴⁷ Uriel, Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford, 1973, s. 180.

yapıya kavuşturmak öte yandan Maruzat risalesinde görüldüğü üzere bazı şer’î kuralları kanuni bir kalıba dökmek suretiyle kendi içinde uyumlu bir Osmanlı hukuku oluşturmada önemli bir başarı göstermiştir.¹⁴⁸

Şer’î ve örfî hukukun belli bir uyum içinde olmasını, her iki hukukun temsilcilerinin (ehl-i şer’ ve ehl-i örf) bu süreç içinde daima uyum içinde çalıştıkları şeklinde anlamamak gerekir. Örfî hukukun öngördüğü para cezalarını tahsil etme, bazı bedeni cezaları uygulama, vergileri toplama konularında geniş yetkileri olan beylerbeyi, subaşı, sipahi gibi kamu görevlileri (ehl-i örf) bazen kamu düzenini sağlamak, bazen de gelirlerini arttırmak için bu yetkilerini kötüye kullanmışlardır. Bu uygulamaya zaman zaman ehl-i şer’in en güçlü temsilcisi olan kadılar karşı çıkmıştır. Aslında Osmanlı merkez yönetimi de bir taraftan kamu görevlilerini, icraatlarını kadıların bilgi ve gözetimi altında yapmaları konusunda uyarmış, diğer taraftan kadıları da ehli örfün keyfi uygulamalarına seyirci kalmamaları için ikaz etmiştir. Bu da ehl-i örf ile ehli şer’ arasında zaman zaman gerginliğe yol açmıştır. Ebussuud Efendi’nin “Ehli örf ile ittifak eden adil olmaz” diye fetva verecek kadar ileri gitmesi dikkat çekicidir. Bir adaletnâmede ehl-i örften zalimler diye bahsedilmesi ayrıca ilgi çekmektedir.¹⁴⁹

Örfî hukuk kuralları konurken şer’î hukukun dikkate alınmadığını ileri sürenleri bu kanaate götüren husus, kanunnamelerde İslam hukukunca düzenlenmiş had cezaları için de ceza öngörülmüş olmasıdır. Ancak verilen örnekler böyle bir kanaati oluşturmaya yeterli değildir. Çünkü ilk bakışta şer’î cezalar yerine ikame edilmiş izlenimini veren cezalar aslında şer’î cezaların bir sebeple uygulanmaması durumunda devreye girmesi sözkonusu olan müeyyidelerdir. Esasen birçok kanunnâme nüshasında bu cezalardan bahsedilirken “şer ile cezalandırmalı olmazsa” vb. ifadeler kullanılarak bu müeyyidelerin hangi durumlarda uygulanması gerektiği açıklanmaktadır.¹⁵⁰

Örfî hukuk Osmanlılarla ortaya çıkmış bir kavram değildir. Daha ilk halifeler devrinden itibaren görülmektedir. İslâm Devletinin sınırlarının genişlemeye başlaması ve yeni toplumların İslâmiyeti kabulüyle birlikte ortaya konan “pratik esasları” ilk önce dine mâledilmiş sonraları İslam hukukçuları da örfî hukukun etkisi altında kalmış memleketlerin şartlarına göre ayrı içtihatlarla bulunmak suretiyle

¹⁴⁸ Aydın, İslâm-Osmanlı Aile Hukuku, s. 96-99

¹⁴⁹ Halil, İnalçık, “Adaletnameler”, *Belgeler*, c. II/3-4, s. 129 (1965).

¹⁵⁰ Ömer Lütfi, Barkan, *Kanunlar*, İstanbul, 1943, s. 121, 125; Heyd, *a.g.e.*, s. 56, dipnot 6; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri Ve Hukukî Tahlilleri*, IV, s. 296.

İslami usûl ve idare kurallarının çeşitlenmesine sebep olmuşlardır.¹⁵¹ Böylece devlet başkanları kamu zarureti ve iyi geleneklere uyma düşüncesi ile şer'iatın açıkça karşı çıkmadığı konularda herhangi bir kural ile bağlı kalmadan kanun çıkarma yetkisini kazanmışlardır.¹⁵² Bu şekilde, yorumlanabilir, kodifiye edilebilir, fakat asla değiştirilemez ve eklenemez olan şer'iatın yanında bizzat onun açık bıraktığı alanlarda ayrı bir örfi hukuk teşekkül etmiştir.¹⁵³

Herşeyden önce Emevilerle birlikte hilafetin saltanata dönüşmesinden sonra İslâm hukukçuları kamu ve özellikle anayasa hukuku alanındaki içtihatlarının uygulanmayacağı düşüncesi ile çalışmalarını uygulanma şansı bulunan diğer alanlara, daha çok özel hukuk branşlarına çevirmişlerdir. Bu da devletin yapısı ve işleyişini ilgilendiren konularda hukuki bir boşluğun doğmasına yol açmıştır. Öte yandan devlet adamlarının İslam hukukçularının getirebileceği kısıtlamalarla sınırlı kalmak yerine, kendi idari bilgi ve tecrübelerinden yararlanarak kurallar koyma arzuları da örfi hukukun gelişimine katkıda bulunmuştur. Osmanlı Devleti'nin kendinden önceki Türk devletlerinden zengin bir devlet kurma ve idare etme geleneğini miras almış olduğunu da göz ardı etmemek gerekmektedir. Bütün bunların ötesinde h.III. yüzyıl ortalarından itibaren içtihat faaliyetlerinin neredeyse durmasıyla birlikte İslam hukuku bir durgunluk dönemine girmiş, özellikle kamu hukuku ve devlet yöneticilerinin emir ve fermanlarıyla doldurulmak istenmiştir.¹⁵⁴

Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu malî, askerî, ve idarî şartlar da, devletin bu şartlara uygun hukukî düzenlemeler yapmasını gerekli kılmıştır. Tekâlif-i Şer'iyeye denilen vergilerin yanı sıra çeşitli isimler altında örfi vergilerin konması buna örnektir.¹⁵⁵

Osmanlı Devleti'nde örfi hukuk bir anda değil, uzun süre içerisinde ihtiyaca göre yavaş yavaş oluşmuştur. Bu şekilde ortaya konan kurallar belli bir yekûne ulaşınca oluşum biçiminin klasik İslam hukukundan farklı oluşu göz önüne alınarak ayrı bir isim verilmiş, örf veya örfi hukuk denmiştir. Bu oluşum içinde özellikle arazi ve vergi hukuku alanlarında mevcut örf ve adetler ve mahalli şartlar göz önüne alınarak bütün ülkeyi kapsayacak genel kanunlar yerine, her bölgenin şartlarına uygun sancak kanunları hazırlanmış ve bu kanunlar o bölgenin tahrir defterlerinin

¹⁵¹ Barkan, "Kanunname", İA, V

¹⁵² Ahmet, Mumcu, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil*, Ankara, 1985, s. 30.

¹⁵³ Halil, İnalçık, "Osmanlı Hukukuna Giriş", *AÜSBFD*, 1958, XIII/2, s. 102; Barkan, *Kanunlar*, 185.

¹⁵⁴ Cin-Akyılmaz, *a.g.e.*, s. 81.

¹⁵⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 72.

başına kaydedilmiştir.¹⁵⁶ Ayrıca zamanla oluşan bu esaslar çeşitli padişahlar döneminde genel kanunlar şeklinde bir araya getirilmiştir.¹⁵⁷

Bizzat Hz. Peygamber Medine’deki İslâm hukukunun şartlarına uygun örf ve adeti benimsemekte bir sakınca görmemiştir.¹⁵⁸

Sonuç olarak şunu belirtmemiz gerekir ki, örfî hukuk kuralları konurken devletin hakim hukuku olan İslam hukukuyla çatışmamasına özellikle dikkat edilmiştir. Bu sebepten dolayı, bazı kanunnâmelerin başına kanunnâmenin şer’î şer’ife uygun olduğunun belirtilmesine ayrıca ihtiyaç hissedilmiştir.¹⁵⁹

2.1.1.Padişahların Osmanlı Hukukundaki Yeri

Eski hukukumuzda devletin yüksek otoritesini elinde tutan organa ulül-emr denmektedir. Bu organ halife olabilir, sultan olabilir veya hem halife ve sultan hem de yardımcı bir şura meclisi olabilir. Osmanlı hukuk nizamının temelini oluşturan İslâm hukukunda, gerçek anlamıyla kanun koyucu (şâri) Allah yani O’nun ilahi iradesidir. Osmanlı hukukunun gerçek anlamda kanun koyucusu Allah ve ilahi hükümleri tebliğ eden Hz. Peygamber’dir. Ancak Allah ve Peygamberi’nin emrettiği prensipler ışığında Ulül-emr denilen yüksek otoriteye bazı yetkiler tanınmıştır.

Asli kaynaklarla sabit olan şer’î hükümler ve bu durumda kanun koyucusu Allah ve Resulü olduğu için hiçbir şahıs ve kurumun tasdikine gerek olmadan bütün müslümanları bağlar. Yani sultan ve halife de dahil, bütün müminler söz konusu hükümlere uymakla mükelleftirler. Şer’î hukukun esaslarını fıkıh kitapları tedvin etmiştir. Ulül-emr şer’î hükümler dediğimiz bu hükümleri, uygulama amacıyla bir kanun şeklinde tanzim edebilir.¹⁶⁰

Şer’î hükümleri icra, yürütme kuvvetini elinde tutan ulül-emre yani Osmanlı hukukunda kullanılış şekline göre ehl-i örfe ait olduğu gibi içtihadî hükümlerden birisinin tercih edilerek tatbik olunması yani kesin şer’î hükümler gibi bağlayıcı olmayan içtihadî hükümlerin bağlayıcılık kazanabilmesi için ulül-emrin fermanı gerekmektedir. Ulül-emrin bu yetkilerini kullanması sonucu ortaya çıkan hukuki mevzuata örfî hukuk denmiştir. Osmanlı kanunnâmelerinde zikri geçen “örf-i padişah-î” ve “örf-i sultanî” tabirleriyle de bu mana kastolunmuştur. Nitekim Tursun Bey örfî hukuku, “yani bu tedbir ol mertebe olmazsa, belki mücerred tavr-ı akl üzere

¹⁵⁶ Murat Şen, “*Osmanlı Hukukunun Yapısı*”, *Osmanlı*, Ankara, 1999, c. VI, s. 330.

¹⁵⁷ Cin-Akyılmaz, *a.g.e.*, s.82.

¹⁵⁸ Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, Ankara, 1979, s. 81.

¹⁵⁹ M.Akif, Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, 1985, s. 62.

¹⁶⁰ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri Ve Hukukî Tahlilleri*, I, s. 63.

nizâm-ı âlem-i zâhir için mesela tavr-ı Cengiz Han gibi olursa sebebine izâfe ederler, siyaset-i sultanî ve yasağı padişahî derler ki, örfümüzce ona örf derler” şeklinde ulül-emrin yetkisine dâhil örfî hukuku tarif etmektedir.¹⁶¹

Ulül-emr denilen yüksek otorite, isterse meseleleri mütâlâa etmek üzere ehl-i hali ve’l akd denilen uzman şahıslardan kurulu şûra meclisinin görüşünü alır. Ulül-emrin birinci yetkisi şer’î hükümleri, uygulamada kolaylık olsun diye, derleyerek kanun haline getirebilmesidir. Ulül-emr, şer’î hükümlerle çatışmayan içtihadî bir konuda, mevcut içtihatlardan birinin uygulanması ve tercih edilmesi yolunda bir emir verdiği zaman, bu emre itirazsız uyulur ve tercih edilen içtihad herkesi bağlar. Tercih edilen görüşün zayıf veya kuvvetli bir görüş olması fark etmez.¹⁶² Nitekim Allah Tealâ şöyle buyurmuştur: ”Allah’a, O’nun peygamberine ve sizden olan ulül-emrin emir ve yasaklarına itaat ediniz.”¹⁶³

Osmanlı hukukçuları birden fazla evlenmenin şarta bağlanmasını ve küçüklerin velileri tarafından evlendirilmesinin yasaklanmasını bu yetkiye örnek olarak vermişlerdir. 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnâmesinin mazbatasında konu ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Ulül-emr, âmme maslahatı (kamu düzeni), şer’î hükümlere aykırı olmayan örf adet kaideleri ve benzeri sebeplerle, bazı şer’î hükümleri uygulama açısından kayıtlar, içtihadî konularda bazı emir ve yasaklamalarda bulunabilir. Bazı davaların belli zaman aşımı sürelerinin geçmesinden sonra dinlenemeyeceği, borca batık şahsın hapsedilebileceği ve tasarruflarının geçerli olmayacağı yolunda Osmanlı padişahlarının şeyhülislâmın fetvasını alarak verdikleri fermanlar bu kabildendir.¹⁶⁴

Türk tarihçi ve devlet adamı Tursun Bey’e göre, “Her insan toplumu, İslam toplumu da dahil olmak üzere, bekâsı için, sivil bir otoriteyi kabul etmelidir.” Ona göre siyaset hikmete dayanıyorsa, insan tabiatında mevcut bulunan ve iki cihanda mutluluğa götüren mükemmeli gerçekleştirir. Bu tür bir siyaset, ilahi siyaset olarak adlandırılır ve buna namus ya da dindar kişinin diliyle Şer’iat denir. Bunun kurucusuna da peygamber denir. Ancak, otorite bu düzeyde değilse ve Cengiz Han’ın yaptığı gibi bu dünyada düzen kurmayı başarmak amacıyla sadece akla dayanırsa,

¹⁶¹ Tursun Bey, *Tarih-i Ebü'l-Feth*, Hız. Mertol Tulum, İstanbul, 1977, s. 12; İnalcık, “*Osmanlı Hukukuna Giriş*”, SBFD, 1958, c. XIII/2, s. 103.

¹⁶² Muhammed Emin b. Ömer, İbn Abidin, *er-Reddû'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr*, Mısır, 1386, c. I, s. 75, 76.

¹⁶³ Nisa 4/58

¹⁶⁴ Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, I, s. 197-199.

buna “sultânî siyaset” veya “padişah yasağı” denir. Başka bir deyişle “buna biz örf deriz.” diyor.¹⁶⁵

Padişahın örfî hukuk koyma yetkisi özellikle ilk dönemlerde çok geniş bir kapsama erişmiş, devletin örgütüyle ilgili pek çok ana düzenlemeler, bu yetkiye dayanılarak yapılmış, ulemadan olan devlet adamları da bu kuralları benimsediklerinden, hükümdarın yasama yetkisi giderek gelişmişti. Öyle ki Fatih ve Kanuni Süleyman, İslâm hukukunun koyduğu bazı ceza kurallarını bile değiştirebilmişlerdir. Örneğin, hırsızlık ve zinaya para cezası verilmiştir.¹⁶⁶

Padişahlar kurumsal olarak yalnız şer’î konulara karışamaz iseler de şeyhülislamı da kazaskerleri de kendileri atadıklarından ve istedikleri zaman bunların görevlerine son verme yetkileri olduğundan şer’î hususların yürütülmesi de padişahlara bağlıydı. Ancak padişahlar bu konuda kesin şer’î hükümlere saygılı ve onları İslâm’a uygun biçimde yürütmekte de kararlı davranmışlardır. Örfî hukuka ilişkin konularda, hükümdarın yargı yetkisi sınırsızdır. Padişah örfî hukuktan doğan anlaşmazlıkları istediği biçimde çözümler veya çözümletir. Örfî alanda hükümdar iradesi kanun olduğundan, isterse anlaşmazlığı çözerken yeni bir hukuk kuralı koyabilir. Şer’iata uygun olarak verilmiş bir hükmün halife tarafından ortadan kaldırılamayacağı genel bir kanıdır. Uygulamada da İslâmın ilk dönemlerinde halifeler bu biçimde davranmışlar özellikle had cezalarını affetmekten kaçınmışlardır. Gerek örfî hukuka, gerek ta’zire dayanılarak verilen cezaları affetmek yetkisini kesinlikle ellerinde tutmuşlardır.¹⁶⁷

Padişahlar örfî hukuk sahasında oldukça serbest bir şekilde kanunlar koyarken şer’î hukuk ve aile hukuku sahasında böyle bir yetkiye sahip olamamışlardır.¹⁶⁸ Herşeyden önce padişahın resmi mezhebi içerisinde herhangi bir görüşü diğerine tercih etmek hatta çok az örnekleri olmakla birlikte, diğer mezheplerdeki bir görüşün zamanın ihtiyaçlarına daha uygun olduğu düşüncesiyle mahkemelerde tatbik edilmesini emretmek salahiyeti vardır.¹⁶⁹ İşte hem hukukî birlik ve istikrarı bozmamak hem de hukuki hayatta ihtiyaç duyulan yenilikleri yapabilmek için bir taraftan kadılar diledikleri hukukçunun görüşünü uygulamaktan menedilip

¹⁶⁵ Tursun Bey, *a.g.e.*, s. 12.

¹⁶⁶ Coşkun, Üçok, *AHFD*, III, s. 48-75 ve IV, s. 365-383.

¹⁶⁷ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 184,185.

¹⁶⁸ Barkan, “*Kanunnâme*”, İA, V; Ahmet, Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, Ankara, 1971, s. 83.

¹⁶⁹ Barkan, “*Osmanlı İmparatorluğunda Teşkilat ve Müesseselerinin Şeriliği Meselesi*”, İHFM, XII /3-4, s. 206

Hanefî mezhebinin en sahih görüşüne göre hükmetmekle mükellef tutulmuştur.¹⁷⁰ Bunun yanında Hanefî mezhebinin en sahih görüşü dışındaki bir görüşü “muâmelat-ı nâsa evfak ve maslahatı asra erfak” bularak tercih etmek, kaza ve fetvada bunun tatbik edilmesini emretmek salâhiyeti padişahlara tanınmıştır.¹⁷¹

Bir görüşün terk edilip diğerinin kabul edilmesinde şüphesiz şeyhülislamın önemli bir rolü vardır. O zamana kadar tatbik edilen görüşün terkedilip diğerinin kabul edilmesinin zamanın ihtiyaçlarına daha uygun olduğunu tespit edip bunu padişahın iradesine hem de doğrudan doğruya arzeden şeyhülislamdır.¹⁷² Ne var ki Osmanlı hukukunun gelişmesinde önemli bir vasıta olan bu yol, en çok Kanuni devrinde kullanılmış, sonraları muhtemelen Ebussuud Efendi gibi büyük ve dirayetli hukukçuların yetişmemesi sonucu fazla kullanılmamıştır. Padişahın Hanefî mezhebinin en sahih görüşü dışında yine Hanefî hukukçulardan bir başkasının görüşünün tatbikini emretmesinin misalini velinin izni olmadan kıyılan nikâhların yasaklanmasında görmekteyiz. Hanefî mezhebindeki bülûğa eren kızların, velilerin izin veya icazetini almadan evlenebilecekleri şeklindeki hakim görüş, Kanuni zamanına kadar yürürlükte kalmış, 951/1544 yılında bu görüş terk edilerek İmam Muhammed’in bu durumdaki kızların da ancak velilerinin izinleriyle evlenebilecekleri görüşü kabul edilmiş ve kadılar veliden izinsiz nikâhtan menedilmişlerdir.¹⁷³

2.1.2.Kanunnâmelerin Hazırlanması

Örfî hukukun, ulûl-emr tarafından tedvini neticesinde ortaya çıkan hukuki düzenlemeleri ifade etmek üzere değişik kavramlar kullanılmıştır. Bu kavramlar arasında “örf”, “kanun”, “yasa”, “yasak”, “kanunnâme”, “siyaset” ve “kavanin-i siyaset” gibi kelimeleri sayabiliriz. Bunların hepsi de aynı manaları ifade eder; “kanun” kelimesi, sözlükte her şeyin mikyasına denir ki, onunla kıyas olunur. Çoğulu kavanindir. Kanun, şer’î veya gayri şer’î olabilir. Ancak İslam devleti söz konusu olunca ve örfî hukukun sınırları içinde kalındıkça, adına kavanin-i örfiye dense de şer’î yani şer’î hükümlere aykırı olmayan kanun söz konusudur.¹⁷⁴ Örfî hukukun sınırları içinde, idari, malî, cezai ve benzeri hukuk alanlarında, muhtelif

¹⁷⁰ Barkan, “Türkiye’de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi”, *Cumhuriyet’in 50. Yıldönümü Semineri*, Ankara, 1975, s. 61.

¹⁷¹ Barkan, “Müesseselerin Şeriliği Meselesi”, s. 206.

¹⁷² Ebû-’Ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, İstanbul, 1946, s. 106.

¹⁷³ Barkan, “Din Devlet İlişkisi”, s. 61, 62; Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 67-69.

¹⁷⁴ Asım, Köksal, *Kamus*, IV, s. 733; M. Zeki, Pakalın, *Osmanlı Tarih Deyimler Ve Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 1993, c. II, s. 162, 163

zaman ve zeminlerde, ulül-emrin emir ve fermanlarıyla ve zamanın şeyhülislamların fetvalarına dayanılarak vazedilen kanun hükümlerinin, aynen veya özet halinde bir kanun kitabında derlenmesi şekline de “kanunnâme” denilmektedir.¹⁷⁵

Osmanlı kanunnâmelerinin asıl kaynağı örfî hukukun kaynaklarıdır. Tanzimattan önceki Osmanlı kanunnâmelerini iki gruba ayırmak mümkündür.¹⁷⁶ Birincisi, genel kanunnamelerdir ve bunlara Kanun-i Osmanî denmektedir. İlk genel kanunnâme, Fatih devrinde hazırlanmıştır. II. Bâyezid bu kanunu daha da sistemleştirmiştir. Yavuz Sultan Selim, bu kanunu biraz genişleterek yayınlamıştır. Kanunî devrinde hazırlanan Kanun-ı Osmanî IV. Murat ve I. Ahmed zamanındaki bazı cüz’î değişikliklerle Tanzimat sonrasına kadar yürürlükte kalmıştır. Genel kanunlar başta ta’zir cezaları ile ilgili hükümler, sonra reâyânın halleri ve yükümlü oldukları vergiler, askeri teşkilat ve benzeri ulül-emrin yasama yetkisine sahip olduğu konulara ait hükümleri ihtiva eder. Tımar sistemi etraflıca anlatılır.

İkinci grup kanunnâmeler ise, sayıları 35’e varan eyaletlere ve bu eyaletlere bağlı sancaklara ait özel kanunnâmelerdir. Bunlar, Genel Kanun-ı Osmanî ‘nin mahalli şartlara uydurulmuş şeklidir. Daha ziyade askeri, cezai, zirai ve idari esaslarla gümrük ve bac (vergi) konularını düzenlerler. Tanzimattan sonraki hukuki metin veya düzenlemelerin yani kanun, nizamnâme, ta’limât ve iradelerinin en önemli yazılı kaynağı, I. Ve II. Düstûrlardır. Ayrıca 1247/1831 yılından itibaren yayın hayatına başlayan ve Osmanlı devletinin ilk resmi gazetesi olan Takvim-i Vakayi, Temyiz mahkemesi kararlarının yayınlandığı Ceride-i Mahâkim, Mecmua-i Mukerrrât-ı Temyiziye, Ceride-i Adalet ve Ceride-i İlmiye gibi hukuku ilgilendiren süreli yayınlar da çok önemlidir. Hukuki düzenlemeler arasında Ceza Kanunnamelerini, eşya, borçlar ve usûl hukukunu tanzim eden Mecelle’yi, Hukuk-i Aile Kararnamesini ve Mısırlı Kadri Paşa’nın 647 maddelik Ahval-i Şahsiyesi ile eşya ve borçlar hukukuna ait 1045 maddelik Mürşid’ül Hayran’ın zikredilebilir.

Genel kanunnamelerin hiçbirinin mahkemelerde ve devlet dairelerinde uygulanacak resmi bir kanun olmadığı iddia edilmiştir. Belirli bir konuda ve belirli bir tarihte geçerli olan bir kanunun daima en son ferman ya da en son sancak kanunnâmesindeki bir madde olduğu doğrudur. Bununla birlikte belirli bir süreçte

¹⁷⁵ Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, I, s. 162.

¹⁷⁶ Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II, s. 111, 112.

beylerbeyi divanlarında ve mahkemelerde geçerli olan genel kanunnâmeler resmi kararlar için bir kaynak ve başvuru metni olmuştur.¹⁷⁷

Genel kanunnamelerde değişiklik gerektiren hükümler ya doğrudan kadı veya beylerbeyi tarafından eldeki nüshaya dahil edilmiştir ya da tasdik için başşehirdeki nişancıya gönderilmiştir. Bununla birlikte, kadılar ellerindeki resmen onaylanmamış kanunnâmelere göre karar verme konusunda serbest idiler. Kadılara ya da mahkeme görevlilerine ait olan ve günümüze kadar gelen yüzlerce kanunnâme vardır. Yürürlükte olan resmi bir kanunnâme, diğer kanunnâmeleri kontrol için referans olarak ya da divandaki belgelerin düzenlenmesi ve kayıtları için reisülküttabın elinin altında bulunurdu. Kadılar resmi kanunnâmeleri resmi sicillere kaydeder ve bundan böyle onlara uygun hareket etmek zorunda bulunurlardı.¹⁷⁸

Kanunnâmeler, bab ve fasıllara ayrılmış olabildiği kadar sistemleştirilmiş resmi kanun kodlarıdır. Bu kanunnâmeler, zamanın nişancısı tarafından padişahın fermanı üzere hazırlanır. Divan-ı Hümâyûn'da görüşülür. Bu görüşmelere sadrazam da bizzat katılır sonra padişaha arz edilirdi. Tasdik edildiğinde ise bütün halkı bağlar hale gelirdi. Özellikle kavanin-i örfiye Osmanî adıyla anılan kanunnâmeler, şer'i fetva ve kaza süzgecinden de geçirilirler.¹⁷⁹

Özel kanunnâmelerin hazırlanışında bazı farklılıklar vardır. Özellikle bu tarz kanunların çoğunluğunu teşkil eden sancak kanunnâmelerinin aslı ve esası, Kanun-i Osmanî denilen genel kanunlardır. Özel kanunlar yeni çıkarılan kanunlar değildir, belki Kanun-i Osmanî'nin o yerlerin sosyal ve iktisadi şartlarına uygun hale getirilmiş şekilleridirler. Bu tarzda hazırlanan sancak kanunnâmeleri, mufassal defterin başına kaydedilir. Bazıları önemine binaen merkezde ve çoğunlukla da nişancının evinde temize çekilir, mümeyyiz tashih ederdi. Sadrazamın arzı sonucu padişah tasdik eder ve tasdik edilenlere tuğrayı nişancı çekerdi. Böylece defterlerin muhtevası ve kanunnâmeler kesinleşmiş olur ve artık bütün halkı bağlardı.¹⁸⁰ Ayrıca kısa ferman, berât veya yasaknâme şeklinde bazı kanun hükümleri vardır ki, bunların da hazırlanışı diğerlerinden farklı değildir. Ferman, berât veya yasaknâme, nişancı tarafından hazırlanır, Divanı Hümayun'da müzakere ve mütalaa olunur ve

¹⁷⁷ Barkan, *Kanunlar, Mukaddime*

¹⁷⁸ İncik, "Kanunnâme", İA, V

¹⁷⁹ İncik, "Kanunname", İA, V

¹⁸⁰ İsmail Hakkı, Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin Merkez Ve Bahriye Teşkilatı*, Ankara, 1984, s. 218.

sadrazamca padişaha arzedilip tasdik olunduktan sonra yine nişancı tarafından tuğra çekilir ve kesinleşirdi.¹⁸¹

Osmanlı Devleti'nde şeyhülislam tarafından veya hakim ve müftülerden biri tarafından tasdik olunmamış hiçbir kanun, ferman ve irade yoktur. Ancak padişah icazetli âlim ise bu durum müstesnadır. Osmanlı kanunnâmelerinin tedvininin % 90'ı Fatih, II. Bâyezid, I. Selim ve Kanunî devrine rastlar. Bu dönemlerdeki kanunnâmelerin tedvininde başta Ebussuud, İbn Kemal ve benzeri şeyhülislamların rolünün olduğu inkâr edilemez. Bu ilim adamlarının verdikleri kararlarla padişahın emir ve iradelerinin kanuni bir kudret kazandığı da bir çok kanunnâmede açıkça görülmektedir. Çoğu kanunnâmenin başında yer alan “Bey'an-ı tafsîl-i kavânin-i şer'îyye-i müte'âmile ve kavâid-i rûsûm-ı örfiye-i müte'ârife ki, mebânî-i defâtir-i Osmaniye ve meâhiz-i ahkâm-ı Sultaniyedir” şeklindeki ifadeler de bunu teyid etmektedir.¹⁸²

Şer'î hükümlere aykırı kanun hükümleri kabul ve ilan edildiğinde, şer'î hukuku temsil eden şeyhülislam, kadı ve müftülerin bunlara karşı çıktıkları bilinmektedir. Ayasofya Evkafına ait dükkânların kiracıları, dükkânlara yerleştirdikleri alet ve edevatlarını bahane ederek ve vakfın da zengin olduğunu ileri sürerek, kendilerinden alınan kira bedellerinin yükseltilmemesini ve eciri-misil talep edilmemesini istemişler, padişah'tan da ferman getirmişlerdir. Ancak Osmanlı Devletinin şanlı hukukçusu Ebussuud'un bunlara cevabı şöyle olmuştur: “Emr-i Sultani ile nâmeşru olan nesne meşru olmaz.” Yani haram olan nesne sultanın emriyle helal olmaz. “Ecri-misilden kusuru ne mikdar ise, bî-kusûr tazmin olunması gerekir. Emr-i Sultan sadece gayr-ı sahih vakıflarda (yani mirî arazi türü vakıf arazide) muteberdir.”¹⁸³

2.1.3. Şeriye Sicil Defterleri

Şer'îye sicilleri, Osmanlı hukukunun kaynaklarının, şer'î şer'if dedikleri İslam hukukunu ne dereceye kadar uyguladıklarının, padişahların ve ulül-emr denilen devlet yetkililerinin sınırlarının, Kuran ve Sünnette kesin bir şekilde zikredilmeyen ve içtihad ile zamanın ulül-emrinin içi boş yasama yetkisine terk edilen örfî hukukun uygulama alanlarının anlaşılmasında önemli bir etkiye sahiptir.

¹⁸¹ İnalçık, “*Kanunnâme*”, İA, V

¹⁸² M. Tayyib, Gökbilgin, “*Süleyman I*”, İA, XI; Barkan, “*Kanunname*”, İA, V

¹⁸³ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, I, s. 78-103.

Şer'îye sicillerinde hukukun bütün dallarıyla alakalı olarak şer'î hükümlere uygun bir şekilde verilmiş mahkeme kararları mevcuttur.¹⁸⁴

Kayıtların konuları çok çeşitlidir. Alelâde vak'alar, cinayetler, nikâh, ve vergi kayıtları, narh uygulamaları, tayinler, vakfiye ve vakıf muhasebe kayıtları en çok göze çarpan örneklerdir.¹⁸⁵ Mesela, ameliyat olan birinin, ameliyat yapacak doktora şahsiyet haklarından olan kişinin vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu hakka riayet edilerek ameliyata icazet verdiğini ve bunun mahkemece zapta geçirildiğini görüyoruz. Yine aile hukuku ile ilgili kararlar ve sicil kayıtlarından eski Türk aile yapısını, nişanlanma, evlenme ve benzeri müesseselerin nasıl işlediğini, tamamen erkeğe ait gibi sanılan boşama hakkının kadın tarafından da nasıl kullanıldığını, şiddetli geçimsizliğin kadına evlenmeyi sona erdirmeye hakkını verdiğini, karı-koca arasındaki mal ayrılığı rejimini, karı-kocanın çocuklar üzerindeki hak ve vazifelerini, evlenme akdinin sicile (mecburi olmasa da) kaydedildiğini öğrenebiliriz.¹⁸⁶

Şer'îye sicillerinin önemi özellikle kamu hukuku açısından kendini gösterir.¹⁸⁷ Ceza hukuku alanındaki kararlardan Osmanlı devletinin İslam hukuku hükümlerini uyguladığını görüyoruz. Bilindiği gibi İslam hukukunda suç ve cezalar üç ana grupta incelenir. Birincisi; Kuran ve Hadis'te açık olarak miktarı tayin edilen had cezalarıdır. Bunlar iffete iftira, hırsızlık, yol kesme, zina, içki içme suç ve cezalarıdır. İkincisi şahsa karşı işlenen cürümlerdir. Bunlar hakkında şer'î hükümlerin öngördüğü kısas, diyet ve gibi suçları ve cezaların uygulamasını öğreniyoruz. Üçüncüsü ise, zikredilenlerin dışındaki suçlar ve bunların cezalarıdır. İslam ve Osmanlı hukukunda bunlara ta'zir ve siyaset cezaları denmektedir ve ta'zir ile siyaset cezalarının takdiri hakime ve zamanın sınırlı yetkili yasama organı olan ulül-emre terk edilmiştir.

Her şer'îye sicili, bulunduğu yerin iktisadi hayatına dair birinci elden orijinal tarihi vesikalardır. Bu siciller, eski idari teşkilatımızın birçok ünitelerini aydınlatması açısından da tetkike değer vesikalardır. Türk halkının aile yapısı, ticari, ahlakî ve benzeri sosyal yapıyı ilgilendiren meselelerde de, sicillerin aydınlatıcı rolü büyüktür. Şer'îye sicilleri, askeri hareketleri bütün ayrıntılarıyla aydınlatmak,

¹⁸⁴ Bar kan, *Kanunlar, I-XXXIII*

¹⁸⁵ Yunus, Uğur, "Şer'îye Sicilleri", DİA, c. 39

¹⁸⁶ Akgündüz, *Şer'îye Sicilleri*, TDAV, İstanbul, 1988, c. I, s. 12-16

¹⁸⁷ Akgündüz, *Şer'îye Sicilleri*, TDAV, İstanbul, 1988, c. I, s. 12-16.

ordunun teşkilat ve durumunu göstermek bakımından birçok tafsilatı ihtiva etmektedir.¹⁸⁸

Şer’iye sicilleriyle ilgili olarak iki kavramın bilinmesi şarttır.¹⁸⁹ Birincisi mahdar kavramıdır. Sözlük anlamı, huzur ve hazır olmak demektir. Terim olarak iki anlamı vardır; Birincisi, hukuki bir davayla ilgili kayıtlar, tarafların iddialarını ve delillerini ihtiva eden, ancak hakimin kararına esas teşkil etmeyen beyanlardır. Kadı, taraflarla ilgili bilgiyi hatırlamak ve müzakere etmek üzere yazılı hale getirir. Bazen mahdar kelimesinin sicille eşanlamlı olarak kullanıldığını görüyoruz. İkincisi, herhangi bir mesele hakkında düzenlenen yazılı belgenin muhtevasının doğruluğunu ilâm için, belgenin altında, mecliste hazır bulunan ve meseleye vakıf olan başta subaşı, çavuş ve muhızır gibi şahısların yazılı olarak takrir ettikleri şahadet beyanlarına ve imzalarına da mahdar denilmektedir.

İkinci temel kavramımız sicil tabiridir. Sözlükte, okumak, kaydetmek ve karar vermek demek olan bu kelimenin terim anlamı; insanlarla ilgili bütün hukuki olayları, kadıların verdikleri karar suretlerini, hüccetleri ve yargıyı ilgilendiren çeşitli yazılı kayıtları ihtiva eden defterlere şer’iye sicilleri, kadı defterleri, mahkeme defterleri veya sicillat defteri denir. Şer’î mahkemeler tarafından verilen her çeşit ilam, hüccet ve şer’î evrak, istisnasız asıllarına uygun olarak bu defterlere kaydedilmektedir. Hâkim mahkemede mutlaka bir sicilat defteri bulunduracak ve vereceği ilam ve hüccetleri, tahriften korunacak şekilde muntazam olarak sözkonusu deftere kaydedecektir.¹⁹⁰

Şer’iye sicillerinin tetkikinden, bir kadının göreve başlar başlamaz ilk işi, adını ve başladığı tarihi bu defterin ilk sayfasına yazmak olduğu ve vazifesi sona erince de sözkonusu defteri bizzat kendisi veya emini vasıtasıyla halefi olan hâkime teslim ettiği anlaşılmaktadır. Kendiliğinden teslim etmezse, bir sonraki bir sonraki kadı, sicil defterlerini selefinden talep eder.¹⁹¹

Yazı dili ilk dönemlerde Arapça ve Türkçe karışıktır. Ancak XVII. yüzyılın sonlarından sonra dil tamamen Türkçeleşmiştir.¹⁹² Şer’î mahkemelerde yapılan yazılı muamelelerin hepsi sicile kaydedilmemiştir. Kaydedilmesi gereken şer’iye sicilleri de bugünkü mahkeme zabıtlarına pek benzememektedir. Eski tarihli sicil

¹⁸⁸ Yunus, Uğur, “Şer’iye Sicilleri”, DİA, c. 39.

¹⁸⁹ Akgündüz, Şer’iye Sicilleri, s. 17-18.

¹⁹⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, İstanbul, 1912, 4/718;

Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, Ankara, 1984, s. 116.

¹⁹¹ Mecelle, mad.1814; Ali Haydar, *Dürer*, 4/717,720.

¹⁹² Heyet, *Fetâvâ’l-Hindiyye*, Beyrut, 1980, s. 6/160.

defterlerinde vakıf tescili dışındaki bütün kayıtların genellikle bir sayfanın yarısını geçmediği, hatta çoğu zaman bir sayfaya beş, altı, bazen yedi, sekiz hukuki muamelenin kaydedildiği müşahade edilmektedir. İlk dönemlere ait şer’iyye sicil defterleri genelde pek az farklarla aynı özelliklere haizdirler. Ancak Tanzimattan sonraki şer’iyye mahkemelerine ait sicil defterlerinde, şahitleri tezkiye eden şahısların isim ve adresleri de yazıldığı ve verilen kararların gerekçeleri daha geniş tutulduğu için ilam ve hüccetler daha çok yer kaplamış ve dolayısıyla bu dönemdeki şer’iyye sicil defterleri de eskilerinden daha büyük ve hacimli olmuştur.¹⁹³

İslam hukukunda yazılı deliller kesin delil olarak kabul edilmez. Mecelle bunu “yalnız hat ve hâtem ile amel olunmaz” şeklinde özetlemiştir. Çünkü yazı yazıya ve mühür de mühüre her zaman benzeyebileceği için, yazılı deliller tahrif ve sahtekârlık şüphesinden uzak değildir.¹⁹⁴ Ancak bu genel kaidenin önemli bir istisnası vardır. Tahrif ve sahtekârlık şüphesi olmayacak şekilde sağlam ise hakimın kararına esas teşkil edebilir. Bu şekilde güvenilir olan yazılı delille sabit olan bir davanın başka bir cihetle sübutuna ihtiyaç kalmaz. Mecellede bu şu şekilde ifade edilmiştir; “fakat şüphe-i tezvîr ve tasnî’den salim ise, ma’mûlûnbîh yani medar-ı hükm olur. Başka vechile sübûta hacet kalmaz”¹⁹⁵

Sicil defterleri genelde dar uzun sayfa sayıları 10-20 den 200-300’e kadar çıkabilmektedir. Defterler ortalama 100 sayfa civarındadır ve 400-500 kaydı içermektedir. XV. ve XVI. yüzyıl şer’iyye sicillerinin önemli bir kısmı Arapça kaleme alınmıştır. XVI. yüzyıldan itibaren Arap coğrafyası dışındaki defterler çoğunlukla Osmanlı Türkçesiyle yazılmış olsa da her iki dildeki kayıtlarda benzer olaylar için kullanılan hukuki terminoloji aynıdır. İstanbul’dan gelen belgeler ise her yerde Osmanlı Türkçesiyle kaydedilmiştir. Sicil kayıtları daha çok rik’a, ta’lik veya divani hatla yazılmakta, kronolojik sıralamaya her zaman dikkat edilmemektedir. Dava kayıtlarının önce müsvedde halinde yazılması ve daha sonra sicil defterine geçirilmesi, İstanbul’dan gelen belgelerin ilâm ve hüccet kayıtları arasına girmesi, bazı defterlerin sayfaların muhafaza edildiği yerlerden çıkarılırken yeniden ciltlenmesi sırasında oluşan karışıklıklar gibi hususlar kayıtlar arasındaki kronolojik düzensizliğinin başlıca sebeplerindendir. Kayıtların konuları ise çok çeşitlidir. Alelâde vak’alar, cinayetler, nikâh ve vergi kayıtları, narh uygulamaları, tayinler,

¹⁹³ Akgündüz, *Şer’iye Sicilleri*, s. 19.

¹⁹⁴ Mecelle, mad.1736

¹⁹⁵ Mecelle, mad.1736

lonca davaları, vakfiye ve vakıf muhasebe verileri en çok göze çarpan örneklerdir. Bu belge ve konu çeşitliliği şer'iyye sicillerini tarih, hukuk, iktisat gibi pekçok disiplinin ana kaynakları arasına katmıştır.¹⁹⁶

Kadırlara gönderilen irade, ferman ve hükümler kadılar tarafından şer'iyye sicil defterlerine muntazaman kaydolunmuştur. Şer'iyye sicil defterlerinde böyle kaydedilen çok sayıda ferman ve hüküm suretleri vardır. İşte kadı hükmünü verirken padişah irade ve fermanlarına da bağılı olmak zorunda olduğundan ilgili hüküm ve fermanı, bunların sicil defterlerindeki suretlerinden öğrenmek durumunda idi.¹⁹⁷ Bu bakımdan her vilayet ve kazadaki sicil defterlerinin dikkatle tutulmasına ve mahallinde muhafazasına büyük itina gösterilmiştir. Yalnız gönderilen ferman ve hükümler daha çok aile hukuku dışındaki sahaları ilgilendirdiğinden sicil defterlerinin kanunnamelerde de olduğu gibi aile hukuku bakımından sıkça başvurulana bir yürürlük kaynağı olduğunu düşünmemek gerekir. Netice olarak bu yürürlük ve bilgi kaynaklarının kadıların kolayca yararlanabilecekleri bir durumda olması, bunlara ilave olarak kadının her zaman hukuki görüşlerinden istifade edebilecekleri bir müftünün ve şeyhülislamın mevcut oluşu, hukukun sağlam ve istikrarlı bir biçimde işlemlerini temin etmiştir denebilir. Bu aynı zamanda umumi olarak hukuk ve özellikle aile hukuku sahasında kanunlaştırma hareketlerine neden batıdaki kadar erken bir devirde ve batı ölçüsünde ihtiyaç duyulmadığını da izah etmektedir.¹⁹⁸

Şer'iyeye sicillerinin tetkiki, bize Osmanlı Devleti'nin şahsın hukuku, aile hukuku, miras hukuku, borçlar-eşya ve ticaret hukuku ile devletler hususi hukuku ile alakalı özel hukukun bütün dallarında, kamu hukukundan usûl hukukunun tamamı, ceza hukukunun % 80'i, mali hukukunun çoğunluğu, devletler umumi, idare ve anayasa hukukunun ise genel esaslarında şer'i hükümlerin esas alındığını göstermektedir.¹⁹⁹

2.1.4. Osmanlı Hukukunda Geçerli Resmi Mezhep Uygulaması

İslâm hukukunun vermiş olduğu ruhsat gereği hukukçuların aynı konuda farklı içtihatlarında bulunmaları ve zamanla belirli bir hukukçunun içtihadını

¹⁹⁶ Akgündüz, *Şeriye Sicilleri*, s. 12-17.

¹⁹⁷ İnalcık, "*Suleiman*", s. 117.

¹⁹⁸ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 82.

¹⁹⁹ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameler Ve Hukuki Tahlilleri*, c. I, s. 43-46.

benimseyenlerin artması ile İslam'da mezhepler ortaya çıkmaya başlamıştır. Yoksa hiçbir İslam hukukçusu ortaya çıkarak mezhep kurduğunu ilan ve iddia etmemiştir.²⁰⁰

Mezheplerin oluşması hukuki birliği sağlamaya yetmemiştir. Osmanlı Devleti bu duruma çare olarak Hanefi mezhebini resmi mezhep olarak kabul etmiştir. Neden Hanefi mezhebinin resmi mezhep kabul edildiği hususunda birden fazla sebep sıralanabilirse de en önemlisi, Osmanlı Devleti'nden önce bu bölgelerde yaşamış ve o devirde yaşamakta olan Müslüman Türk devletlerinin bu mezhebi benimsemiş ve uygulamış olmalarıdır. İslâm hukukunun belirli bir mezhep doğrultusunda uygulanması ile ülkede hukuk ve sistem birliğini sağlamak kolaylaşmıştır. Aksi takdirde ülkede hatta bir şehirde aynı konuda birbirine zıt kararların verilmesi söz konusu olurdu ki, bu durumun hukukî kargaşaya sebep olacağından şüphe edilemez.²⁰¹

Osmanlı Devleti'nin mezhepçiliği katı bir şekilde uyguladığı söylenemez. Hayatın zaruretleri doğrultusunda, zaman zaman farklı mezhep hukukçularının görüşleri uygulamada taklit yoluyla esas alınmıştır. Bazen sadece Hanefi mezhebindeki bir zorluktan kurtulup daha kolay olan başka bir mezhebin görüşünden yararlanmak için mezhep değiştirenlerin olduğu bu konudaki fetvalardan anlaşılmaktadır. Osmanlı Devleti'nde bir bakıma insanların kanuna karşı hile olarak nitelendirilebilecek bu yola başvurmalarına mani olmak için sadece belirli bölgelerde mezhep değiştirmelerin yasaklandığı görülmüştür. Ancak genelde mezhep değiştirmenin hatta buna bile gerek kalmadan taklit yolu farklı bir mezhebin hükümlerinin uygulanarak uygulamada karşılaşılan zorlukların aşıldığı söylemek gerekir.²⁰²

İslâm hukukçuları, ulül-emrin mevcut mezheplerden birini resmi mezhep olarak ilan edebileceğini, kabul ettiği resmi mezhebin içerisinde herhangi bir görüşü diğerine tercih edebileceğini, hatta Tanzimat'tan çok az örnekleri bulunsa da, diğer mezheplerdeki bir görüşün zamanın şartlarına ve âmme maslahatına daha uygun olduğu düşüncesiyle mahkemelerde tatbik edilmesini emretme salahiyeti bulunduğunu kabul etmişlerdir. Mecelle de bu esası “kaza, zaman ve mekân ile ve bazı hususatin istisnasıyla tekayyüd ve tehassus eder.”²⁰³ dedikten sonra şöyle açıklamıştır: “ve kezâlik bir müçtehidin bir hususda re'yi (yani içtihadı), nâsa erfak

²⁰⁰ Hayrettin, Karaman, *İslam Hukukunda Mezhepler*, İstanbul, 1971, s. 10.

²⁰¹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 2012, s. 89-93.

²⁰² Kaşıkçı, *a.g.e*, s. 200-204.

²⁰³ Mecelle, *mad.1801*

ve maslahat-ı asra evfak olduğuna binaen onun re'yi ile amel olunmak üzere emr-i Sultanî sadır olsa, ol hususda hakim ol müçtehidin re'yine münâfî diğer bir müçtehidin re'yi ile amel edemez, eder ise hükmü nâfiz olmaz.” Mecelle mazbatasında da, içtihadî olan meselelerde “İmam-ül-müslimîn hazretleri herhangi kavî ile amel olunmak üzere emrederse, mûcibince amel edilmek vacip olacağı”, belirtilmiştir.²⁰⁴

Bilindiği gibi Hanefî, Şafîî, Maliki ve Hanbelî olmak üzere dört sünnî mezhep vardır. Osmanlı Devleti'nin ekserisi Hanefîdir ve kadılar da Hanefî mezhebi ile hükmetmek üzere memurdurlar. Bununla beraber Irak, Mısır, Hicaz ve Yemen gibi bölgelerde başka mezheplere mensup Müslüman ahali de vardır. Başka mezheplere mensup müslümanlar arasında meydana gelen ve kendi mezhepleri çerçevesinde fasledilmesi uygun görülen dava meselelerinde, eğer o mahalde kendi mezhebinden bir kadı yoksa, bunlar mensup bulundukları mezhep alimlerinden bir alimi hakem tayin ederler. Bu alim mensup olduğu imamın mezhebine göre karar verir. Sonra Hanefî kadı onu tasdik eder ve uygular. Eğer kendi mezhebinden kadı varsa, ona müracaat eder. Ayrıca Sultan bazı meselelerde başka mezheplerin görüşüne göre karar verilmesini istediği takdirde, bu emrine itaat etmek de vaciptir. Nitekim Osmanlı padişahlarının da Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerin bazı görüşleriyle amel etmeleri için hâkimleri memur kıldıkları görülmektedir.²⁰⁵

O devirde Bursa'da bulunan Şafîî hâkim yalnız Bursa'dan değil, bütün Batı Anadolu'dan kendisine yapılan müracaatlarda davayı Şafîî mezhebine göre halletmekte, Hanefî kadıları da bunları tasdik ve tatbik etmekteydiler. İşin dikkat çekici yönü bu şekilde karara bağlanan davalarda aile hukukunun önemli bir yeri olmasıdır. Kocaları tarafından geride eşlerinin geçimini sağlayacak mal bırakmadan terk edilen ve uzun süre eşlerinden haber alamayan kadınlar, Hanefî Mezhebine göre boşanamadıkları ve bu şekilde zarar gördükleri için söz konusu devirde Şafîî kadısına başvurmakta ve bu mezhep esaslarına uygun olarak boşanmaktadırlar. Esasen belli bir devrede diğer mezheplerden faydalanma imkânının dolaylı olarak varolduğu Ebussuud Efendinin fetvalarından anlaşılmaktadır.²⁰⁶ Ne var ki XVI. asırdan sonra Hanefî mezhebi uygulamasında daha titiz davranılmış, hem hukuki birlik ve istikrarı bozmamak ve hem de hukuki hayatta ihtiyaç duyulan yenilikleri yapabilmek için,

²⁰⁴ İbn Abidin, *Reddû'l- Muhtar*, I/76; Mecelle, *mad. 1801*

²⁰⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürer*, IV, s. 994/995.

²⁰⁶ İnalçık, “*Mahkeme*”, İA.

kadılar istedikleri hukukçunun görüşüne göre hükmetmekten menedilmiş ve Hanefi mezhebinin en sahih görüşüne göre hükmetmekle mükellef tutulmuştur.²⁰⁷

2.2. Şerî Hukuk Tanımı Ve Kapsamı

İslâm hukukunu ifade eden kelimeler arasında fıkıh, şeriat ve şer' kelimeleri bulunmaktadır. Şeriat, teşri'in köküdür ve sözlük anlamı itibariyle; açık, doğru, düz yol, su yolu veya cadde anlamında kullanılır.²⁰⁸ Hukukî manası ise, Allah'ın, peygamberleri vasıtasıyla kullarının mutluluğu için vazettiği hükümler, şeklinde açıklanmaktadır. Ancak buradaki hükümler inançla ilgili olabilir, insanlar ve insan ile Allah arasındaki münasebetlerle ilgili olabilir ve de sadece ahlakı ilgilendiren hükümler olabilir. O halde şeriat deyince, ilahi bir dinin değişmez temel ilkeleriyle zamana göre değişebilen her çeşit hükümler mecmuası akla gelmelidir. Şer' kelimesi de şeriatın eş anlamlısıdır.²⁰⁹ Osmanlı hukukunda bu tabir çokça kullanılmaktadır. Kısaca şeriat, insanlardan sadır olan iradi fiilleri, ilahi hükümlerle nizam ve intizam altına alıp sınırlayan kaidelerin bütünüdür. Bazen mecaz olarak, devletin işlerini düzenleyen nizamların, düsturların ve kanunların tamamına da bu ad verilmektedir.²¹⁰ Şeriat, aynı zamanda İslâmiyet ve din kelimelerinin eş anlamlısı olarak da kullanılır. İslâm hukuku ise, şeriatın hukuki hükümler kısmıdır. Bazen şeriat deyince sadece hukuki hükümler de akla gelir.²¹¹

Osmanlı Devleti de bir İslâm devleti olması sebebiyle, ilk teşekkül ettiği yıllardan itibaren İslâm hukukunun hükümlerini uygulamaya başlamıştır. Hatta Osman Bey'in ilk tayin ettiği devlet memurları kadı ve kadının verdiği kararları icraya memur olan subaşidir.²¹²

İslâm hukuku, Osmanlı Devleti zamanında devletin resmi hukuk sistemi haline gelmişse de, böylesine büyük bir devletin kendine mahsus özelliklerinden ister istemez etkilenmiştir. Bu etkilenmeyi değişik şekillerde yorumlayan görüşler vardır. Bazılarına göre, Osmanlı Devleti, sadece özel hukukun belli dallarında İslâm hukukunun hükümlerini sembolik olarak uygulamış, diğer alanlarda padişahın iradesi demek olan hukukun kaidelerini tatbik etmiştir. Bazılarına göre ise, özellikle kamu hukuku alanında İslâm hukuku terk edilmiş, daha doğrusu bu alanda fıkıh

²⁰⁷ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, I, s. 69-71.

²⁰⁸ İbn Manzûr, *Lisanü'l Arab*, "şer'" mad., Mısır, 1372

²⁰⁹ Ahmed b. Ali, Cessas, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, Kuveyt, 1994, c. I, s. 164, 392.

²¹⁰ Abdülkerim, Zeydan, *El-Medhal li Deraset'is-Şeriat'il-İslamiyye*, Bağdat, 1977, s. 38.

²¹¹ Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 113.

²¹² Osman Nuri, Ergin, *Mecelle-i Umûm-ı Belediye*, İstanbul 1922, c. I, s. 265.

kitaplarında yeterli hükümler bulunmadığından, örfî kanunlar uygulanmıştır. Bu görüş sahiplerinin iddialarını dayandırdıkları arşiv belgeleri mevcut değildir.²¹³

Mahkemelerde kadıların davalarda başvurdukları kanun olarak en büyük hukuki kaynakları fıkıh kitaplarıdır. Kadılar, aynı zamanda medreselerin yetiştirdiği ve fikhî bilen insanlar arasından seçilmekteydi. Uzun süre kadıların tayin mercii olan kazaskerlik makamına da İslam hukukunun mümtaz hocaları tayin edilmiştir.²¹⁴ Fatih devri hukukçularından Molla Hüsrev'in(885/1480) "el-Gurer" isimli metni ve bunu şerh eden "ed-Durer" adlı eseri, mahkemelerde el kitabı olarak kullanılmıştır. Fatih Camiinin imamlarından İbrahim El-Halebi'nin Mültek'al -Ebhur adlı hukuk metni ve buna Şeyhülislam Abdurrahman Efendi tarafından yazılan Mecma'ül-Enhur adlı şerh de bu tip kitaplara örnek olarak zikredilebilir.²¹⁵ Zaten bu son metin yani Mülteka'l-Ebhur, 1648 ve 1687 tarihli fermanlarla Osmanlı Devletinin resmi hukuk kodu olarak kabul edilmiştir.²¹⁶

Daha sonraları Osmanlı hukukçuları fıkıh kitaplarından ziyade, sorulan sorulara verdikleri hukuki cevapları derleyen fetva kitaplarının tedvinine ağırlık vermişlerdir. Fetva kitaplarını, uygulamada bugünkü Yargıtay kararları olarak anlamamız mümkündür. Resmi fetva görevine gelen veya fiilen önemli yargı görevlerini yürüten her hukukçu, fetvalarını özel kitaplar halinde ve fıkıh kitapları sistematüğinde derlemişlerdir. Fıkıh kitaplarında çözümleri bulunmayan hukuki meselelerin hükümlerini de ihtiva eden fetva kitaplarının üslûbu, genellikle soru cevap şeklindedir. Birçoğunda, fetvaların hukuki dayanağı teşkil eden hukuki metinler de zikredilebilir. Ebussuud Efendi ve Abdurrahim Efendi "fetvaları" gibi bazı fetva mecmuaları, Osmanlı hukuk tarihinin en önemli hukuk kaynakları arasındadır.²¹⁷

Şer'î hukukun kaynakları, İslam hukukunun kaynaklarıdır. İslam hukukunun kaynakları iki kısımdır.²¹⁸ Birincisi; asli kaynaklardır ki, bunlara edille-i şeriye denir ve Kuran, Sünnet, icma ve kıyas olmak üzere dört tanedir. Osmanlı

²¹³ Cin- Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II, 148.

²¹⁴ Cin-Akgündüz, , *Türk Hukuk Tarihi*, II, 149.

²¹⁵ *İlmiye Salnamesi*, İstanbul, 1334, s. 308.

²¹⁶ Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, s. 69-71.

²¹⁷ *İlmiye Salnamesi*, s. 314.

²¹⁸ Muhammed b. Ahmed, *Serahsi, el-Mebhut*, Mısır, 1316, c. IV, s. 205, c. V, s. 207, c. VI, s. 6; Ebu İshak İbrahim, Şatıbî, *el-Muvâfâkât fî Usûli'l-Ahkâm*, IV, Kahire, c. IV, s. 244-246, 292-293.

hukukunun yüzde % 80'ini teşkil eden şer'î hükümlerin asli kaynaklarını kısaca şu şekilde incelememiz yerinde olacaktır;²¹⁹

Kuran: İslam ve Osmanlı hukukunun temel kaynağı olan Kuran, miladi 610 yılından itibaren, Allah tarafından ayet ayet, sûre sûre Arapça olarak Hz. Muhammed'e gönderilen ve 23 yıllık bir vahiy dönemi sonunda tamamlanan son kitaptır. Kuran baştan sona bir hukuk kitabı veya bir kanunlar külliyesi değildir; zira o, İslam hukukunun olduğu kadar, İslam dininin diğer müesseselerinin de temel kaynağıdır. Bu yüzden onda fıkhi-hukuki hükümler bulunduğu gibi, imana ait esaslar ve ahlak kaideleri de bulunur. Kuran'da hukuki hükümlere daha ziyade medeni surelerde rastlanır. Bunlar da ekseriyetle hukukun genel prensiplerini ve muhtasar hükümleri ihtiva eder. Bununla beraber az da olsa teferruatlı hükümlere rastlanır.²²⁰ Yine bunlar içerisinde kamu hukuku ile ilgili esaslar daha az olduğu halde, özel hukuk, bilhassa aile hukuku ve miras hukukuna ait esaslar oldukça büyük bir yer işgal eder. Buradan anlaşılıyor ki, Kuran zamanın değişmesiyle değişebilecek sahalarda umumiyetle genel prensipler koymuş, zamanın değişmesinden daha az etkilenecek alanlarda oldukça teferruatlı hükümler getirmiştir. Anayasa hukukuyla doğrudan ilgili on kadar ayet mevcutken, aile hukukuna yetmiş kadar ayetin ayrılmış bulunması bu yüzdendir. Bu şekildeki teferruatlı hükümleri, 1926 yılına kadar değişmeden Osmanlı Devleti'ne düstûr'ül-amel yapılmıştır.²²¹

Sünnet²²²: Sözlükte adet haline getirilen usul ve yol demek olan sünnet, terim olarak, Hz. Peygamberin söz, fiil ve takrirleridir. Hz. Peygamber'in sözlerine hadis denmektedir. Sünnet, İslâm hukukunun ikinci temel kaynağıdır. Sünnet bazen Kuranın vazettiği hükümleri teyid eder, bazen Kuran'ın müphem veya mücmel bıraktığı hukuki meseleleri şerh ve izah eder. Bazen Kuran'ın genel hükümlerini kayıtlar ve tahsis eder. Bazen de Kuran'ın hiç bahsetmediği yeni meseleleri hukuki çözüme kavuşturur ve hukukun tek başına kaynağı haline gelir.²²³

İcma: Buna icma-ı ümmet de denir. Sözlükte, bir şeyde ittifak etmek veya azmetmek demek olan icmanın hukuki manası şudur; Aynı asırda yaşayan müçtehit ve müslüman hukukçuların, herhangi bir şer'î hüküm üzerinde ittifak etmelerine icma denir. Hukuki bir hüküm, Kuran veya sünnetle kesin olarak sabit olmuşsa icma,

²¹⁹ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, I, s. 49-51.

²²⁰ Zeydan, *el-Veciz fi Usûli'l-Fıkıh*, Bağdat, 1967, s. 129, 130.

²²¹ Zeydan, *el-Veciz*, s. 131; Cin- Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II, s. 121-122.

²²² Hamdi, Döndüren, *Delilleriyle İslâm İlmihi*, İstanbul, 2005, s. 37.

²²³ Zeydan, *el-Veciz*, s. 131.

teyit edici bir özellik arz eder. Ancak kitap, sünnet, kıyas, örf ve diğer kaynaklardan birine dayanan bir hukuki hüküm mevcut olmasına rağmen, bu hüküm kesinlik ifade etmiyorsa, icma vaki olduğu zaman, söz konusu hüküm kesinlik kazanır.²²⁴

Kıyas: Hiyerarşik sıra itibarıyla İslam hukukunun asli kaynaklarından olan kıyas, aralarındaki illet benzerliğinden dolayı, hakkında açık hüküm bulunan şeri bir meselenin hükmünün diğerine de uygulanmasıdır. Kıyas bir içtihad hadisesidir ve aradaki illet benzerliğini bulma, kıyasın ana meselesini teşkil eder. Kıyas ameliyesinin, hakkında hüküm bulunan asıl mesele, buna kıyaslanan fer'i mesele, aradaki ortak illet ve kıyası yapılacak şeri hüküm olmak üzere dört unsuru vardır.²²⁵ Bir kıyasta önce hükmü ortaya koyan bir nas (asıl), sonra hakkında nas bulunmayan bir mesele (fer'), kıyas yoluyla bu asıldan fer'e geçmesi istenen bir hüküm ve nihayet hem asılda ve hem de fer'de bulunması gereken bir ortak vasıf bulunması gerekmektedir.²²⁶

İslâm hukukunun ikinci kısım kaynakları tali ve tebeî kaynaklardır ki, bu kaynaklar arasında sahabenin hukuki görüş ve fetvalarından ibaret olan "sahabe kavli"ni, müçtehit hukukçuların kuvvetli gördüğü bir husustan dolayı kıyas ile sabit olan bir hükümden başka bir hükme dönmesi ve onu tercih etmesi demek olan "istihsan"²²⁷, insanların sürekli olarak yapageldikleri, nassa aykırı olmayan söz ve davranışlardan ibaret olan "örf"²²⁸, canı, malı, aklı, dini ve nesebi korumayı gaye edinen maslahatın bir delil kabul edilmesinden ibaret olan "maslahat-ı mürsele"²²⁹, harama ve helale vasıta olan iş ve hareketlerin de bunların hükmünü alması demek olan "zerayı"²³⁰ bir nesnenin daha önce bulunduğu durum değişmedikçe o durumun olduğu gibi baki kalmasına hükmetmek olan "istishab." sayılmaktadır.²³¹ Ancak bunların kaynak olup olmadıkları konusu tartışmalıdır. Mesela, Hanefi ve Malikilerce kabul edilen istihsan'ı Şafii reddetmiş, Maliki ve Hanbelillerce müstakil bir delil kabul edilen maslahat-ı mürsele Şafii ve Hanefilerce müstakil bir delil kabul edilmemiştir.²³²

²²⁴ Sabri Şakir, Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara, 1958, s. 18, vd.

²²⁵ Zeydan, *el-Veciz*, s. 160; Cin- Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, II, s. 123-125.

²²⁶ Muhammed, Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, Ankara, 1973, s. 222.

²²⁷ Zeydan, *el-Veciz*, s. 196; Ebu Zehra, *Metodoloji*, s. 253.

²²⁸ İnalcık, "Örf", İA, IV; Ebu Zehra, *Metodoloji*, s. 263.

²²⁹ Ebu Zehra, *Metodoloji*, s.267.

²³⁰ Zeydan, *el-Veciz*, s.209.

²³¹ Zeydan, *el-Veciz*, s. 227; Ebu Zehra, *Metodoloji*, s. 284.

²³² Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s. 5-11.

2.2.1. İslâm Tarihi Süresince Fetvâ ve Kazâ Müessesesi

Fetva kelimesi, genç delikanlı anlamında olan feta kelimesinden türemiştir.²³³ Sözlükte ise, bir olayın hükmünü açıklayan veya hükmünü koyan, güçlükleri çözen kuvvetli cevap anlamındadır.²³⁴ Fıkhi bir terim olarak, bir fakihin kendisine sorulan fıkhi bir meseleye yazılı veya sözlü olarak verdiği cevap, ortaya koyduğu hüküm, müftünün iftâ ile haber verdiği şerî hüküm, müftünün bir mesele hakkında açıkladığı şey²³⁵ olarak açıklanır.

Sözlükte kesmek ve ayırmak gibi manalara gelen kazâ da, terim olarak hüküm ve hâkimlik manalarını ifade eder. İslam hukukunda ise yargı fonksiyonuna kazâ denmiş ve insanlar arasındaki problemleri şer’î hükümlere göre çözme şeklinde tanımlanmıştır. Bu yargı görevi de halifeye ait olmuş, halife bu yetkisini bizzat kullanabildiği gibi, başkalarına da devredebilmiştir.²³⁶

İslam tarihinde yargı görevini ilk olarak Hz. Peygamber yerine getirmiş ve Medine’de kazâ organının başı olma sıfatıyla, her türlü dava ve ihtilaflar onun tarafından çözüme kavuşturuluyordu. Ancak Medine’de kazai işlerin çoğalması sebebiyle hâkim sıfatıyla taşımakta olduğu görevlerden bir kısmını sahabelerine devretmişti.²³⁷

Hulefâ-i Raşidin devrinde, kazâ ve imamet görevini bizzat halifeler yapmakla birlikte, gereken yerlere kadılar da tayin ederlerdi. Nitekim Hz. Peygamber’in vefatıyla Hz. Ebu Bekir hem kazâ hem iftâ ve hem de imamet görevlerini üstlenmiştir. O devrin valileri de hem kadılık ve hem de müftülük görevlerini yaparlardı. Fetva görevi ve kazâ denen yargı görevi, valilik görevinin bir parçası sayılırdı.²³⁸ İlk olarak, Hz. Ömer’in hilafeti zamanında valilik ve hâkimlik görevleri ayrı ayrı şahıslara verilmiş, fethedilen yerlere valilerle beraber kadılar da gönderilmiştir.²³⁹ Hz. Osman ve Hz. Ali’nin hilafetleri zamanında da eski durum devam etmiş, büyük bir değişiklik olmamıştır.²⁴⁰

Osmanlılara kadar olan devrede çeşitli İslam devletlerinde ve Osmanlıların ilk dönemlerinde yargı görevini yerine getiren, “kadılık”, “kazaskerlik”, “müftülük”,

²³³ Fahrettin, Atar, “Fetva”, DİA, XII.

²³⁴ Muhammed b. Ya’kub, Firûzâbâdî, *el-Kamûsu’l-Muhît*, Beyrut 1986, s. 1702

²³⁵ Atar, “Fetva”, DİA, XII.

²³⁶ Cin- Akyılmaz, *ag.e*, s. 166.

²³⁷ Muhammed, Hamidullah, *İslam Peygamberi*, trc. Salih Tuğ, 1993, II, s. 921.

²³⁸ Ali Himmet, Berki, *İslam Şeraitinde Kazâ Tarihi ve İftâ Müessesesi*, Ankara, 1962, s. 9-11.

²³⁹ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, Ankara, 1999, s. 66.

²⁴⁰ Atar, *İslam Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, s. 80, 81.

“kadılıkudâtlık” gibi değişik adlar taşıyan kurumlar bulunmaktaydı.²⁴¹ Abbasiler döneminde kazâî vazifeleri yapanlara başlangıçta “kadı” denilmekteydi. Abbasi halifesi Harun Reşid zamanında kadıların görev ve yetkileri arttırıldığı gibi, ilmiye sınıfının ve yargı teşkilatının başı olarak “kadî’l kudatlık” kurumu ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla bunun bir sonucu olarak Bağdat şehrinin genişlemesi ve yargı merkezlerinin çoğalması üzerine Hanefî mezhebinin imamlarından Ebu Yusuf bu ünvanla tayin edilmiştir.²⁴² Yine Abbasi döneminde halkın şikayetlerini dinleyip, yargılama yapan Divan-ı Mezalim ortaya çıkmıştır.²⁴³

Abbasi devlet teşkilatından büyük ölçüde etkilenmiş olan Büyük Selçuklu Devleti’nde ise adli işlere kadılar bakarlardı. Büyük Selçuklunun devamı olan Anadolu Selçuklularında ise bu makam korunurken, “kadileşker” adıyla yeni bir görevli ortaya çıkmıştır. Anadolu Selçuklu devletinde devlet işleri; askerî, idarî, malî, şer’î ve hukuki, tahriri olmak üzere beş kısımdı. Sivil halkın hukuki ve şer’î işlerine “kadî’l-kudat” ile kadılar bakarlardı.²⁴⁴ Askerlerin şer’î davalarına ise “kâdileşker” bakmıştır. “Kadileşkere” bağlı olan kadılar da askeri sınıf mensuplarının davalarını görmüşlerdir.²⁴⁵ Merkezde Selçuklu devletinin en büyük ilmiye reisi olan ve “kadî’l-kudat” adını taşıyan Konya kadısı vardı.²⁴⁶ Hanefî mezhebine göre hüküm veren ve şeriatı tatbik etmekle görevli olan kadılar Selçuklu sultanı tarafından atanıyordu.²⁴⁷ Bütün askeri ve miras davalarına “kâdileşker” denilen ordu kadısı bakardı ki, bunlar Memluk ve Osmanlılardaki kazaskerlere benzemektedir.²⁴⁸

İlk İslâm devletlerinde fetva makamı diyebileceğimiz müftüler, ilk zamanlarda hâkimlere teknik müşavir olarak yardımda bulunuyorlardı. Hâkimler, güç durumlarda onların hukuki görüşlerinden istifade ediyorlardı. Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer, Kuran ve Sünnetten delilini bulamadıkları konularda müftülere danışıyorlardı. Hz. Osman da aynı şekilde muhakeme esnasında Hz. Ali, Talha b. Ubeydullah, Zübeyr b. Avvam ve Abdurrahman b. Avf’ı teknik müşavir olarak yanında bulunduruyordu. Sonraki asırlarda da bu uygulama benzer şekilde devam

²⁴¹ Pehlül, Düzenli, *İstanbul Müftülüğü Kütüphanesinde Bulunan Meşihat Fetvâları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, M.Ü.S.B.E.), İstanbul, 1995, s. 5.

²⁴² Cin- Akyılmaz, a.g.e, s. 166.

²⁴³ Uzunçarşılı, *Medhal*, s. 21

²⁴⁴ Uzunçarşılı, *Medhal*, s. 95

²⁴⁵ İbrahim, Kafesoğlu, *Selçuklu Tarihi*, İstanbul 1972, s. 149.

²⁴⁶ Uzunçarşılı, *Medhal*, s. 131.

²⁴⁷ Düzenli, a.g.e, s. 7.

²⁴⁸ Uzunçarşılı, *Medhal*, s. 132.

etmiştir.²⁴⁹ İslam'ın başlangıcında resmi bir niteliği bulunmayan ifta kurumu, hicri I. asrın sonlarına doğru Emevî halifesi Ömer b. Abdülaziz zamanında bir devlet teşkilatı haline getirildi.²⁵⁰ Anadolu Selçuklularında kadılar, Karakoyunlu ve Akkoyunlu devletleri ile Memluklularda ise müftüler, fetva görevini üstlenmişlerdir.²⁵¹

2.2.2. Osmanlı Devleti'nde Fetvâ ve Kazâ Müessesesi

Osmanlı Devleti'nde klasik dönem yargı teşkilatı (kazâ müessesesi), Tanzimatla beraber hukuk sistemindeki değişikliklerin etkisiyle farklı bir yapıya dönüşmüştür.²⁵²

Kuruluş yıllarından itibaren şer'î kazâ usulünü benimseyen Osmanlı devletinin birinci padişahı Osman'ın ilk tayin ettiği iki memurdan birisi kadıdır. Tek kadının görev yaptığı bu usule şer'îye mahkemeleri denmiştir. Şer'îye mahkemelerinin belli bir makam binası yoktur. Kadıların yargı işlerini yürütebilecekleri ve tarafların kendilerini her an bulabilecekleri belirli yerleri vardı. Bu, kadının evi, cami, mescit veya medreselerin belli odaları olabilirdi. Yargı görevini de Bayram ve Cuma günleri dışında yerine getirirlerdi.²⁵³

Osmanlıda kadılar medreselerde yetişirlerdi. Bu sebeple derece ve tayin açısından, kadılarla medrese mezunları ve müderrisler iç içedirler ve ikisine de ilmiye sınıfı denmektedir.²⁵⁴

Hanefi mezhebinin tartışmalı olan görüşlerinden en muteber olanı araştırıp uygulama; şer'îye sicillerinin yazımı; veli veya vasisi olmayan küçükleri evlendirme; yetimlerin ve gaipilerin mallarını muhafaza; vakıfları ve muhasebelerini kontrol; evlenme akdini icra; vasiyetleri tenfiz ve kısaca bütün hukuki işleri takip kadıların görev ve yetkileri arasındadır. Kadılar, devletin siyasi ve idari meselelerine karışmazlardı.²⁵⁵

İslâm-Osmanlı hukukunun iyi anlaşılabilmesi için fetva-kaza münasebetinin, fetva ve fetva makamının hukukta oynamış olduğu rolün iyi bilinmesi gerekir. Gerek

²⁴⁹ Atar, "İftâ Teşkilâtı'nın Ortaya Çıkışı"; Diyanet Dergisi, c. XV, 4, 207

²⁵⁰ Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, s. 122.

²⁵¹ İslam, Demirci, *Osmanlı Meşihat Makamına Bağlı Te'lif-i Mesâil Şubesinin Kuruluşu Ve İslam Hukuku Alanında Yaptığı Çalışmalar*, (Yüksek Lisans Tezi, M.Ü.S.B.E.), İstanbul, 2002, s. 4.

²⁵² Cin-Akyılmaz, a.g.e, s. 166-167.

²⁵³ Ergin, *Mecelle-i Umûr, I*, 265; Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 108.

²⁵⁴ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, c. I, s. 224.

²⁵⁵ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 33

diğer İslâm devletlerinde gerekse Osmanlılarda müftünün adli bir vazifesi²⁵⁶ ve vermiş olduğu fetvaların bağlayıcılık karakteri bulunmamakla birlikte²⁵⁷ yine de hukukun sağlıklı işleminde önemli rolleri olmuştur. Her şeyden önce müftü gerek tarafların gerekse hâkimin hukuki bir problemin aydınlatılması için kendisine sıkça başvurdukları kimsedir. Bu önemli yardımcı rolünden ötürü İslam'ın ilk devirlerinden itibaren bir fetva makamının mevcudiyetine hemen daima rastlanmıştır. Hz. Ömer'in Medine'de yedi hukukçuyu bir araya getirerek kurduğu komite Medine kadısı dâhil herkesin serbestçe başvurup hukuki problemlerini hallettikleri bir merci idi.²⁵⁸ Taraflar kadıya başvururken dilerlerse müftüden kendi durumlarıyla ilgili ve kendilerine önemli bir hukuki yardım temin eden bir fetva alırlardı. Kadılar da umumiyetle önlerine gelen davalarla ilgili hüküm bulmakta güçlük çekerlerse veya Hanefî mezhebi içerisinde hangi görüşün en sahih görüş olduğu hususunda tereddüde düşerlerse müftüye başvururlardı.²⁵⁹

Müftünün Osmanlı hukukundaki başka önemli bir rolü de, kadının vermiş olduğu kararların gayrı resmi olarak müftünün ilmi kontrolüne açık olmasıdır.²⁶⁰

Fetvaların bağlayıcılık karakteri yoktur. Fetvaya göre hüküm vermesi için kadılar zorlanamaz. Tabi ki bu, kadıların kendilerine getirilen veya kendilerinin talep ettikleri fetvaları gelişigüzel reddedebildikleri manasına da gelmez. Kadı ancak elinde daha sağlam bir hukuki delil olduğunda müftünün fetvasını reddedebilirdi. Aksi halde ilgili tarafın davayı Divan- Hümayun gibi üst mercie aksettirme gibi bir hakkı vardı ve bu durumda da, fetvayı sebepsiz reddeden kadı zor durumda kalırdı. Bundan şu sonuç çıkabilir; fetvaların görünüşte bağlayıcılık vasfı olmamasına rağmen kadılar fetvalara, özellikle şeyhülislamın verdiği fetvalara genellikle uymuşlardır. Bu yüzden müftülerin ve özellikle şeyhülislamın kadılar üzerinde büyük nüfuzu ve manevi otoritesi vardı.²⁶¹

Osmanlı hukukunun uygulanması sırasında kadıların elleri altında günümüzdeki gibi kanunlar yoktu. Ancak bu, Osmanlı kadısının hüküm verirken çok dağınık ve sağlıksız kaynaklara dayandığı ve aradığı hukuk kuralını bulmakta güçlük çektiği anlamına gelmez. Aksine, Osmanlı mahkemelerinde kadıların elleri altında

²⁵⁶ Mumcu, *Osmanlı Devletinde Özellikle Adli Rüşvet*, Ankara 1969, s. 124.

²⁵⁷ Berki, *İslam Şeriatinde Kazâ Tarihi ve İftâ Müessesesi*, s. 60.

²⁵⁸ Hamidullah, "Ebu Hanife'nin İslam Hukukunun Tedvin İçin Tesis Ettiği Akademi", *İslam'ın Hukuk İlmine Yardımları*, trc. Salih Tuğ, 1962, s. 121.

²⁵⁹ Mumcu, *Siyaseten Katl*, s. 106.

²⁶⁰ Berki, *İslam Şeriatinde Kazâ Tarihi ve İftâ Müessesesi*, s. 59.

²⁶¹ Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s. 77.

her zaman başvurabilecekleri belirli bilgi kaynakları daima vardı. Bu kaynaklar; fıkıh kitapları, fetva mecmuaları, kanunnameler ve kadıya gönderilen irade, ferman ve şer’iye sicilleridir.²⁶²

Kadıların hüküm verirken kaynak olarak başvurdukları kitaplar arasında, özellikle özel hukuk ve aile hukuku alanında bilgi kaynağı olarak belirli sayıda kitaplar önemli bir konuma sahiptir. Fatih devrine gelinceye kadar Hidaye, Kenzü’l-Dekaik, Vikaye ve el-Muhtar gibi esasen Osmanlı medreselerinde ders kitabı olarak okutulan kitaplar aynı zamanda mahkemelerde de bilgi kaynağı olarak kullanılmıştır.²⁶³ Fatih devrinden itibaren Molla Hüsrev’in eseri Gûrer ve onun şerhi olan Dürer, Osmanlı mahkemelerinde hemen hemen en çok müracaat edilen kaynak olmuştur. Kanunî devrinden itibaren mahkemelerde Dürer’in yerini İbrahim el-Halebi’nin Mültekâ’l-Ebhûr eseri almıştır.²⁶⁴

2.2.3. Şeyhülislâmlık Kurumu ve Ortaya Çıkışı

Yaşlı, reis, bilge manalarını taşıyan “şeyh” kelimesinin İslam’a izafesiyle oluşan Osmanlıdan önceki İslam devletlerinde de kullanılmış bir kavram olan “şeyhülislam” kavramı hiçbir zaman Osmanlı Devletinde kullanıldığı anlamda kullanılmamıştır.²⁶⁵ Şeyhülislam ifadesi, X. Yüzyıldan itibaren İslam aleminde, alimler arasındaki ihtilaflı meseleleri halleden, verdikleri fetvalarla öne çıkmış bu şekilde de çoğu İslam hukukçusundan onay almış fıkıh alimleri için kullanılmış bir şeref ünvanı olarak anlaşılmıştır. Bir müddet sonra ve özellikle Memlûklerin başlangıcında bu terim fetva verme yetkisini taşıyan veya İslam hukukçuların arasında ilmi iktidarı ile şöhret bulmuş şahsiyetlere verilen resmi olmayan bir unvan olmuştur.²⁶⁶ Bu asırda “İslâm” kelimesine izafeten “imadü’l-İslâm”, “fahrü’l-islâm”, “rüknu’l-islâm” gibi şeref ünvanları da kullanılmış fakat yaygınlaşmamıştır.²⁶⁷

İlk dönemlerde şeyhülislam ünvanını alan alimler üç gruba ayrılmıştır.²⁶⁸ Bunların birinci grubunu, yaşadıkları şehir halkı tarafından kendilerine bu ünvanın verildiği alimler oluşturmaktadır. Örneğin, Nişabur’da Ebu Osman İsmail es-Sabuni ilk defa bu ünvanla anılmıştır. İkinci grup ise çeşitli bölgelerde yaşayan müslümanlar

²⁶² Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, s. 48.

²⁶³ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 22-29, 115.

²⁶⁴ Aydın, *İslâm- Osmanlı Aile Hukuku*, s. 79, 80.

²⁶⁵ J.H. Kramers, “*Şeyhülislam*”, İA, XI.

²⁶⁶ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 174; Sadık, Eraslan, *Şeyhülislamlık Kurumu ve Ceride-i İlmiye*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, A.Ü.S.B.E.), Ankara, 1989, s. 14.

²⁶⁷ Ali, Emirî “*Meşihat-ı İslâmiyye Tarihçesi*” *İlmiye Salnamesi*, İstanbul, 1334, s. 305.

²⁶⁸ Murat, Akgündüz, *Osmanlı Devletinde Şeyhülislamlık*, İstanbul, 2002, s. 28-36; Eraslan, *a.g.e.*, s. 15.

arasında bu isimle anılan alimlerdir. Buna örnek olarak da Hanefî mezhebinin mensupları tarafından bu ünvanın verildiği Ebu'l – Hasen Ali b. Muhammed el-İsbicanî'yi zikredebiliriz. Öte taraftan Şafîiler Ebu Osman İsmail es-Sabunî'yi, Hanbeliler ise meşhur mutasavvıf Ebu Osman Abdullah b. Ebu Mansur el- Ensarî'yi bu ünvanla anmışlardır. Son grubu da icazetname olarak fetva verme işini üstlenen alimler oluşturmaktadır. Bunlardan biri olan Ebu'l-Muzaffer Raziyyüddin Muhammed b. İbrahim El- Burhanî, Şeyhülislam Muhammed b. Hüseyin el-Barî'den icazet olarak fetva vermiştir.

Osmanlılara geldiğimizde fetva verme işinin başlı başına bir kurum halini aldığını görmekteyiz. Daha evvelki İslam Devletlerinde olduğu gibi fetva ek bir iş değil, aksine asli bir görevdi. Bu devre Osmanlı devletinin kurucusu Osman Bey'in kayınpederi Şeyh Edebâlî'yi “müftü”, damadı Dursun Fakih'i de kadı tayin etmesi ile başlamaktadır.²⁶⁹ Ayrıca şeyhülislamlığın müftülük manasında kabul edildiği durumda, devletin ilk kuruluşunda bu görevin Osman Gazi'nin kayınpederi Şeyh Edebâlî ile birlikte bu müessesenin otaya çıktığı söylenmektedir.²⁷⁰ Yani Osmanlı Devletinin ilk müftüsü ve de ilk şeyhülislamı Şeyh Edebâlî, ilk kadısı, Dursun Fakih'tir.²⁷¹

Osmanlı hukukunda önemli bir yer işgal etmiş olan şeyhülislamlar, Osmanlı Devletinde ilmiye sınıfının ve kazâ teşkilatının başı diyebileceğimiz bir konumdaydılar. Şeyhülislam sözcüğünün ilmiye sınıfının reisi anlamında kullanılması da ilk kez Osmanlıda olmuş ve bu müessese diğer İslam ülkelerinde hiçbir zaman erişemediği dini-siyasi bir konuma ulaşmıştır.²⁷²

Bu makama resmi olarak ilk defa kimin geçtiği konusunda farklı görüşler vardır. Osmanlı tarihinin ilk şeyhülislamı, uzun yıllar Bursa kadılığı yapan Molla Şemseddin Fenarî olarak kabul edilmektedir. Başlangıçta fetva ve kaza işlerinin aynı zat tarafından yürütüldüğünü ve ilk defa Fahreddin Aceminin müstakil olarak fetva vazifesine tayin edildiğini belirtip, Edirne, Bursa ve İstanbul 'da fetva veren ulemanın eşit tutulduğunu zikredenler de vardır. Bu görüşü benimseyenlerin de bu makamın 1444 yılından itibaren kurulduğunu ve Fahreddin Acemi'nin ilk olarak bu göreve getirildiğini iddia ederler.²⁷³ Diğer önemli görüş de, İstanbul'un fethinden

²⁶⁹ Kramers, “Şeyhülislam”, İA, XI.

²⁷⁰ Akgündüz, Murat, *a.g.e*, s. 37.

²⁷¹ Eraslan, *a.g.e*, s. 19.

²⁷² Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, s. 224.

²⁷³ Akgündüz, Murat, *Osmanlı Devletinde Şeyhülislâmlık*, Beyan Yayınları, s. 40, 41.

sonra burada fetva veren müftülerle bu müessesenin ortaya çıktığı şeklindedir. Osmanlı Devleti'nde bu kurumun kuruluşunu daha ileri tarihlere kaydıranlar da vardır.²⁷⁴ Buna göre şeyhülislamlık Yavuz Sultan Selim zamanında şerî mahkemelere nezaret etmek ve halkın her türlü hakkını korumak gayesiyle kurulmuştur ve ilk şeyhülislam Zenbilli Ali Efendi'dir. Bazı müellifler ise Zenbilli'den sonra müftülük makamına geçen İbn Kemal ve Ebussuud Efendiler ile birlikte "şeyhülislam" sıfatının kullanılmaya başlandığını, böylece bu makam gelen kişilerin kazaskerlerin önüne geçerek ilmiye sınıfı reisi derecesine bu dönemde yükseltildiklerini söylemektedirler.

Osmanlılara geldiğimizde fetva verme işinin başlı başına bir kurum halini aldığını görmekteyiz. Daha evvelki İslâm devletlerinde olduğu gibi fetva ek bir iş değil, aksine asli bir görevdi. Bu devre Osmanlı Devleti'nin kurucusu Osman Bey'in kayınpederi Şeyh Edebâli'yi "müftü", damadı Dursun Fakih'i de kadı tayin etmesi ile başlamaktadır.²⁷⁵ Ayrıca şeyhülislamlığın müftülük manasında kabul edildiği durumda, devletin ilk kuruluşunda bu görevin Osman Gazi'nin kayınpederi Şeyh Edebâli ile birlikte bu müessesenin ortaya çıktığı söylenmektedir.²⁷⁶ Yani Osmanlı Devletinin ilk müftüsü ve de ilk şeyhülislamı Şeyh Edebâli, ilk kadısı ve müftüsü, Dursun Fakih'tir.²⁷⁷

Eğer bu kurumun asıl görevinin fetva vermek olduğu kabul edilirse, o zaman İslâm'ın ilk devirlerinde, nasıl ki ilk şeyhülislam, diğer bir ifade ile müftü Hz. Ebu Bekir²⁷⁸ ise Osmanlı Devletinde de ilk şeyhülislam ve müftünün Şeyh Edebâli olduğunu söylemek kaçınılmaz olmaktadır.²⁷⁹

Müftülük ünvanı ilk İslam devletlerinde vardı fakat şeyhülislam ünvanı X. asırda ortaya çıkmıştır ve zamanla benimsenmiştir. Müftülük ünvanı zamanla yerini şeyhülislamlığa bırakmıştır.²⁸⁰ Konu böyle değerlendirildiğinde çoğu tarih kitaplarında olduğu gibi Molla Fenari'yi ilk Osmanlı şeyhülislam kabul etmek mümkün değildir.²⁸¹

²⁷⁴ Esra, Gündüz, *Osmanlı Devletinde Şeyhülislamlık Kurumu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, A.Ü.S.B.E.), Eskişehir, 1992, s. 49.

²⁷⁵ Kramers, "Şeyhülislam", İA, XI.

²⁷⁶ Akgündüz, Murat, *a.g.e.*, s. 37.

²⁷⁷ Eraslan, *a.g.e.*, s. 19.

²⁷⁸ Osmanlılardan önce ilk şeyhülislamın Hz. Ebu Bekir olduğunu ifade eden İlmiye Salnamesinde şu ibareler mevcuttur: "Meşihat-i İslamiyye silsilesinin pişvası(reisi), Sıddık-ı Azam Efendimiz Hazretleridir." (Bkz. İ.S. 315)

²⁷⁹ Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, Ankara 1971, s. 56.

²⁸⁰ Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, s. 56.

²⁸¹ Eraslan, *a.g.e.*, s. 19.

2.2.3.1. Şeyhülislâmlık Kurumunun İşleyişi

Şeyhülislâmlığın kuruluşunun din kurumunu kontrol etmek ve bu konuda ortaya çıkan aykırı görüşlerin önüne geçmek amacına dayandığı, dünyevi iktidar yanında halkın dini duygularını temsil edecek bir kuruma ihtiyaç duyulduğu ve bu nedenle bu kurumun kurulduğu kabul edilir. Kuruluşunun asıl önemli sebebi Osmanlı padişahlarının yaptıkları her icraatın İslam dinine uygunluğunu sağlayacak bir makama ihtiyaç duymalarıdır. Böylece bu ihtiyacın sonucu olarak dini sahaya ait vazifelerini yüklenen Meşihat Makamı ortaya çıkmıştır.²⁸²

Günümüzün Adalet ve Milli Eğitim Bakanlıkları ile Diyanet İşleri Başkanlığının görev ve yetkilerini kendisinde toplayan şeyhülislâmlığın Osmanlı devlet teşkilatı içindeki mevki ve durumu ile ilgili olarak Fatih Kanunnamesinde “ve şeyhülislam ulemanın reisidir ve muallim-i Sultan dahi kezâlik Serdar-ı ulemadır. Vezir-i azam onları riayeten üstüne almak lazım ve münasıptır.” denilmek suretiyle şeyhülislamın diğer devlet erkânı üzerinde büyük bir nüfuza sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Fatih Kanunnamesinde müstesna yeri belirtilmiş olmakla birlikte, bu makamın esas önemi Yavuz Sultan Selim döneminde Zenbilli Ali Efendi ile başlamış, ibn-i Kemal ve Ebussuud Efendi’lerle kemal mertebesine ulaşmıştır. Bundan sonra devletin saltanat kanadını sadrazamlar temsil ederken, hilafet kanadını şeyhülislamlar temsil etmiştir.²⁸³ İlmi dirayet ve mümtaz şahsiyetleri ile ünlenen bu alimlerle kurum, Osmanlılardan önce hiçbir zaman kazanmadığı öneme sahip olmuş ve şeyhülislamlar devlet bürokrasisi içerisinde geniş yetkilerle donatılmıştır. Bu yüzden Osmanlıdaki şeyhülislâmlık makamı diğer İslam devletlerindeki farklı statüye sahip olmuştur. Şeyhülislamların asli görevlerinin yanında kadılık ve az da olsa müderrislik yaptıklarını görmekteyiz.²⁸⁴

Kanuni döneminde Ebussuud Efendi ile zirveye ulaşan bu makam resmen “meşihat-ı islamiyye” adını almıştır. Meşihat makamı yetki ve itibar bakımından zirvede sayılmış padişahın mutlak vekili ve ikinci en büyük makam olan sadrazamlıktan bile bazı yönlerden üstün tutulmuştur. Bu durum Osmanlı tarihi boyunca aynen devam etmemiştir. Genellikle bu durum, sultan, sadrazam ve şeyhülislamların şahsiyet ve niteliklerine göre değişmiştir. Mesela, güçlü şeyhülislamlar zamanında makam da adeta güçlenmiş, zayıf olanlar zamanında ise

²⁸² İpşirli, “Şeyhülislam”, DİA, 39.

²⁸³ Cın-Akyılmaz, a.g.e, s. 168.

²⁸⁴ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 176.

makam da o zafiyetten etkilenmiştir. Bu durum, aynı zamanda padişah ve sadrazamın meşihatı verdiği öneme göre de geçerlidir. Ancak şu bir gerçektir ki, Meşihat makamının Osmanlı devlet teşkilatı içindeki muteber mevkii, belli ölçüler içerisinde hep korunmuştur. Çünkü padişahlar yaptıkları her davranışın zahiren de olsa İslam dinine uygun görülmesi için, bütün önemli meselelerde şeyhülislamın fikrine danışarak fetva alma ihtiyacını duymuşlardır. Böylece halifelik makamının dini hüviyeti şeyhülislamlar ile devam etmiş ve devlet başkanlığı yönü de padişahların sorumluluğunda bulunmuştur.²⁸⁵

XIX. asır başlarında şeyhülislamlığın işleyiş yapısında meydana gelen değişim ile meşihat makamı, belli bir mekânda faaliyetlerini sürdüren düzenli devlet dairelerinden biri haline geldi. Bu tarihe kadar şeyhülislamlar fetvalarını oturdukları konakların selamlık kısmında verirdi. Eğer konakları müsait değilse daha uygun bir konağa taşınır ve resmi işleri burada görürlerdi.²⁸⁶

2.2.3.2. Şeyhülislâmlık Kurumunun Yaptığı Çalışmalar

Şeyhülislamlar her ne kadar teorik olarak ilmiye sınıfının başı olsalar da yargı yetkisine sahip olmamışlar, dava dinleyip, hüküm vermemişlerdir. Şeyhülislamların en temel ve asli görevi kendilerine sorulan dini, siyasi ve idari konularda fıkha ve özellikle Hanefi fıkha göre fetva vermektir. Zaten müftü, kendisine sorulan soruları hukuki meselelerin çözüm şeklini Hanefi mezhebinin en muteber kaynaklarına müracaat ederek ortaya koyan İslam hukukçusu demektir. Fıkhi bir meselenin hükmünü fetvaya yetkili kişilerden sormaya istifta, fetvayı isteyene müstefti, böyle bir meseleyi açıklamaya veya meselenin hükmünü sözlü veya yazılı olarak cevaplandırmaya ifta, verdiği fetva ile hükmü açıklayana müftü, kendisi ile fetva verilen görüşe de “müftâ bih” denir.²⁸⁷

Şeyhülislamların verdikleri fetvalar iki kısımdır;

a-Hususi şahısların şerî bir meselede sordukları sorulara verdikleri cevaptır ve bunun bağlayıcılığı yoktur.

b- Kamuyu ilgilendiren konularda padişahın veya diğer resmi görevlilerin sorusu üzerine verilen şerî cevaptır ki bunlara “fetevay-ı şerife” denmiştir. Bu çeşit

²⁸⁵ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 198; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, I, s. 231-236.

²⁸⁶ İpşirli, “*Bab-ı Meşihat*”, DİA, IV.

²⁸⁷ Bilmen, *Kamus*, I, s. 246, VII, s. 206, 253.

fetvaların padişahı ve kadıları bağladığını ve aksine karar veremediklerini, elde mevcut şeriye sicilleri göstermektedir.²⁸⁸

Osmanlının ilk dönemlerinde, fetva yazma başta olmak üzere bu konuyla ilgili bütün işlemler bizzat şeyhülislam tarafından gerçekleştirilirdi. Fakat zamanla bu işle uğraşmak amacıyla kurulan Meşihat Dairesinin genişleyip büyümesi üzerine artık şeyhülislam bizzat kendileri fetva hazırlamaya fazla zaman ayırmıyorlardı. Şeyhülislam makamına bağlı olan ve “fetvahane” denilen bu dairenin başında “fetva emini” bulunmuştur. Mesela, fetva eminliğinin önem kazanmasıyla birlikte şeyhülislamın üzerindeki yük biraz hafiflediği için çoğu durumlarda onlara sadece hazırlanan fetvanın altına imza atma işi kalmıştı. Fetva emini, fıkıh sahasında ihtisas sahibi olan; ehliyetli kişilerden seçilirdi. Bu kişi, bütün fetva işlerinin idare edildiği fetva kaleminin başı idi. Bu zat, halkın istediği fetvaları araştırırdı. İlmiye sınıfı içinden seçilen fetva emini sorulan soruları araştırıp, cevabını bulup yazmış ve mühürlemek üzere şeyhülslama sunmuştur. Bu işi de kendisine yardımcı olmak üzere emri altında çalışan yaklaşık yirmi kadar eleman ile birlikte yapıyorlardı.²⁸⁹ Çok önemli konularda ise fetvayı bizzat şeyhülislam hazırlamıştır. Vezir-i âzam ve padişahların istedikleri fetvalar ise, hangi konuda olursa olsun mutlaka şeyhülislam tarafından hazırlanmıştır.²⁹⁰

Fetvalar önce çeşitli fıkıh kitaplarından çıkarılıp müsevvidler tarafından yazılırdı. Böylelikle verilecek cevabın taslağı hazırlanırdı. Mübeyyizler ise bunları temize çekerd. Gerekli inceleme tamamlandıktan sonra yazılı hale gelen bu meseleler mutlaka fetva emininin kontrolünden geçerd. Daha sonra şeyhülislam, ta’lik kırması denilen kendi el yazısı ile imzasını atar ve yerlerine ulaştırmak üzere müvezzi(dağıtıcı) ye verilirdi.²⁹¹

Şeyhülislam fetvalarında dikkatimizi çeken bir başka nokta, verilen cevabın dayandığı “nukûl” denilen İslam Hukuku kaynaklarının zikredilmemesidir. Ancak devletin muhtelif şehirlerinde görev yapan taşra müftülerine, bizzat padişah fermanıyla fetvalarda kaynak belirtme mecburiyeti getirilmiştir.²⁹²

²⁸⁸ Mecelle, mad.1811; Ali Haydar Efendi, *Dürrü’l Hükkam*, IV/713-716; Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, I, s. 226; Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 200.

²⁸⁹ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 196; Berkî, “Osmanlı Türklerinde Yüksek İfta Makamı”, *Diyanet Dergisi*, Ankara 1970, c. IX/102-103, 403.

²⁹⁰ Akgündüz, Murat, *a.g.e.*, s. 243, 244.

²⁹¹ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 197.

²⁹² Eraslan, *a.g.e.*, s. 37; Akgündüz, Murat, *a.g.e.*, s. 224.

1826 yılında yeniçeri ocağı ilga edildikten sonra Ağakapısı şeyhülislamlığa tahsis edilmiş, 1827 den sonra Bab-ı Meşihat (fetvahane) Ağakapısına taşınmıştır. 1826 ya kadar burası sadece fetvahane olarak kullanılırken, sonra kazaskerler ve İstanbul kadıları da buraya nakledilmiştir. Böylelikle Bab-ı Meşihat sadece resmi bir daire değil aynı zamanda Osmanlı devletindeki pek çok ilmi, kazaî, siyasi, idari toplantı ve faaliyetlerin de merkezi olmuş, meşveret meclisleri zaman zaman burada toplanarak ülkenin önemli meseleleri tartışılmıştır.²⁹³

Şeyhülislamın hukuki sahadaki vazifelerinden en önemlisi olan fetva verme işi, sadece Müslümanların dini ve içtimai hayatıyla ilgili soruların cevaplandırılmasından ibaret değildir. Devlet idaresine dair çeşitli meselelerden, yüksek derecedeki bir memurun cezalandırılmasına, savaş ve sulh ilanından yeni para basımına kadar, fetvaya ihtiyaç duyulan bütün hususlar ve hadiseler de teşkil etmiştir. Şeyhülislam aile hukukundan ticaret işlerine, özel hukuktan ibadet ile ilgili meselelere kadar pek çok soruyu çözmüşlerdir.²⁹⁴ Siyasi sahada verilen şeyhülislam fetvaları içinde en önemlileri, padişahların tahtan indirilmesi hakkında olanlardır. Şeyhülislamın bazı kimselerin öldürülmesi hakkında fetva verdikleri bilinmektedir. Zamanımızda hala ihtilaf konusu olan, Osmanlı padişahlarının kardeşlerini veya oğullarını “nizam-ı âlem” için katlettirilmesi olayı da yine şeyhülislam fetvasıyla gerçekleşmiştir.²⁹⁵

Şeyhülislamın fetvalarının önemi asla inkâr edilemez. Bu fetvalar, padişah fermanıyla desteklenerek bağlayıcılığı arttırılıyordu. Mesela Ebussuud Efendi’nin çeşitli fetvalarından oluşan “Maruzat” adlı risalesi, Kanuni tarafından incelendikten sonra padişah iradesiyle desteklendiği için, muhtevasında yer alan hükümler bütün Osmanlı halkının uymak mecburiyetinde olduğu bir kanun şekline dönüştü.²⁹⁶

Teorik olarak padişahların şerî hukukla sınırlı olmaları, onların önemli işlerde icraatlarının şeriata uygunluğunu göstermek için sık sık şeyhülislamdan fetva almalarına sebep olmuştur.²⁹⁷ Örneğin önemli devlet görevlilerine siyaseten katl cezası verileceğinde şeyhülislamın vereceği fetvadan destek alma ihtiyacı

²⁹³ İpşirli, “Bab-ı Meşihat”, DİA, IV.

²⁹⁴ Esra, Yakut, *Şeyhülislamlık: Yenileşme Döneminde Devlet ve Din*, İstanbul 2005, s. 35.

²⁹⁵ Mehmet, Akman, *Osmanlı Devletinde Kardeş Katli (doktora tezi)*, İstanbul 1998

²⁹⁶ Akgündüz, Murat, *a.g.e*, s. 244, 245.

²⁹⁷ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, s. 225.

duyulmuştur.²⁹⁸ Ancak padişahlar şeyhülislamı tayin ve azil yetkisine sahip oldukları için fetvaların her zaman doğru ve haklı hükümler içerdiğini söylemek zordur. (Kanuninin şeyhülislamı Ebussuud Efendi , “padişah emri ile na meşru olan nesne, meşru hale gelmez, haram emirle helal olmaz” diye padişaha kafa tutabilmişken, bazı şeyhülislam da padişahın istediği her fetvayı vermişlerdir.) Ayrıca şeyhülislam da işbaşındaki padişahın şerî hükümlere uymadığı gerekçesiyle tahttan indirilmesi (hatta öldürülmesi) konusunda fetva verebilmişlerdir.(padişahla çelişen kimi şeyhülislamın da görevlerinden alındıkları, hatta öldürüldükleri görülmüştür. İlk şeyhülislam idamı IV. Murat döneminde olmuştur. IV. Murat İznik kadısı Gümüşzâde’yi soruşturma yapmadan idam ettirdiği için kendisine karşı çıkan Şeyhülislam Ahizâde Hüseyin Efendi’yi boğdurmuştur.²⁹⁹

Şeyhülislam yasama faaliyetine katkısı da büyüktür. Örfî hukukun oluşum sürecinde içtihadî konularda kamu yararına uygun görüşün tercihi ve padişaha arz yetkisi şeyhülislama ait olmuştur. Ayrıca kanunnamelerin şerî hukuka uygunluğu da şeyhülislam tarafından denetlenmiştir. 1858 Arazi Kanunnâmesi, Mecelle gibi önemli hukukî düzenlemeler padişah onaylamadan önce İslâm hukukuna uygunluklarının kontrol edilmesi için şeyhülislamlığa gönderilmiştir. Nitekim yeni ortaya çıkan bazı meseleleri halletmek için yapılan kanunların, İslâm ahkâmının temel esaslarına aykırı olmaması hususunda İbn Kemal, Ebussuud Efendi ve Yahya Efendi gibi dirayetli şeyhülislamın gayretleri görülmüştür.³⁰⁰ Devlet içinde sahip oldukları büyük öneme rağmen hiçbir zaman Divan-ı Hümayun’a üye olamamışlardır.³⁰¹

Şeyhülislamın bir başka görevi ise vakıflara nezaret etmektir. Bazı vakıfların kontrolünü üstlenmişlerdir. Geniş bölgelere yayılan vakıfların kontrolünü, görevlendirdikleri müfettiş, tezkereci memurlar ve söz konusu vakfın mütevellisi olan şahıslarla yerine getirmişlerdir.³⁰²

Osmanlı ilmiye teşkilatındaki en yüksek makamın temsilcisi olan şeyhülislam, bu sahada görev alan kimselerin yetiştirilmesi, imtihan edilmesi, tayin ve azil konularında da çok önemli yetkilerle donatılmışlardır. Bugünkü manada

²⁹⁸ Mumcu, *Siyaseten Katl*, s. 109.

²⁹⁹ Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, Ankara, 1984, c. I, s. 199.

³⁰⁰ Akgündüz, Murat, *a.g.e*, s. 247-252.

³⁰¹ Cin-Akyılmaz, *a.g.e*, s. 167-169.

³⁰² Akgündüz, Murat, *a.g.e*, s. 252-258.

bakanlık seviyesinde bir sorumluluğa sahip olmuşlardır. Ayrıca kadılıkların tayini hususunda da şeyhülislamlara yetki verilmesi, kendi devirlerinde adliye sahasında en yüksek merci olduklarını ortaya koymaktadır. Ancak kazaskerlerin ve mevali kadılarının tayininde sadrazamın görüşünü almaları gerekir. Osmanlı devletinin son zamanlarında kazaskerlerin kadı tayin yetkisi tamamen alınarak bütün yetki şeyhülislamda toplanmıştır.³⁰³

Şeyhülislamlara dini sahada da ciddi yetkiler yüklenmiştir. Vazifeli imam hatip, müezzin, cüzhan, aşirhan gibi memurlar şeyhülislamların onayıyla görev alabiliyorlardı. Bu anlamda Diyanet İşleri Başkanlığı'nın yetkisine benzer bir yetkiye sahip oldukları görülüyor. Tekke ve zaviyelere şeyh tayini de yine meşihat makamının sorumluluğuna bırakılmıştır.³⁰⁴ Son olarak özellikle XVI. asırdan itibaren devlet idaresine ait konularda da padişahın danışmanlığını yapmışlardır. Bazen şeyhülislamın konağında bir araya gelen devlet ricali, gündemde olan acil meseleler üzerinde görüşüp isabetli kararlar almaya alışmışlardır.³⁰⁵

Meşihat makamının Osmanlı devlet teşkilatı içinde konumu hep korunmuştur. Bu makam veya meslek İslam tarihi boyunca değişik şekil ve ünvanlar altında da olsa çok önemli bir müesseseye dönüşmüş ve devlet idaresinde olduğu gibi, genel halk kitleleri nezdinde de son derece etkili olmaya devam etmiştir.³⁰⁶

Osmanlı Devlet'nde yapılan bütün işlerin şer'i hukuk dediğimiz İslâm hukukuna muhalif olmadığını gördük. Bundan sonra Osmanlı hukuku içinde önemli bir yeri olan Telif-i Mesâil Kurumunun incelenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Kanaatimizce hukuk tarihinde üstlendiği sorumluluk açısından bir ilk olan bu kurum ve çalışmalarını incelemenin çok faydalı olacağını düşündük.

³⁰³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam*, IV/705; Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 179 vd.

³⁰⁴ Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 103, 104.

³⁰⁵ Akgündüz, Murat, *a.g.e.*, s. 300-314

³⁰⁶ Eraslan, *Meşihat-i İslamiyye ve Ceride-i İlmiyye*, Ankara 2009, s. 213.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. TELİF-İ MESÂİL(ŞERİ MESELELERİ YAZIM) KURUMUNUN ORTAYA ÇIKIŞI VE SEBEPLERİ

Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma ve tedvin çalışması yapan “Telif-i Mesâil Kurumu”nun ortaya çıkmasını zorunlu kılacak birtakım olaylar ve ihtiyaçlar gündeme gelmiştir. Bu unsurları şu başlıklar altında inceleyebiliriz;

3.1. Tanzimatla Birlikte Başlayan Fıkhi Tedvin Hareketleri

Tanzimat dönemi, Osmanlı Devletinin hukukî, iktisadî ve sosyal yapısında köklü değişikliklerin yapıldığı, devlete batılı bir yapı verilmeye çalışıldığı bir dönemdi.³⁰⁷ Osmanlı Devletinin adlî teşkilatında birtakım düzenlemeler yapılmaya başlanmış, Şeriye, Ticaret ve Nizamiye mahkemelerinde uygulanmak üzere yeni kanunların hazırlanmasına önem verilmiştir. Tanzimat fermanının Gülhane’de okunmasından sonra ihtiyaç duyulan kanunların hazırlanma vazifesi II. Mahmut devrinde kurulmuş bulunan Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’ye verilmiştir. Bu dönemde bu meclis ve çeşitli heyetler tarafından hazırlanmış bulunan kanunlar 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları, 1858 tarihli Arazi Kanunu, 1869-1876 Mecelle, 1850 Kanunnâme-i Ticaret Nizamnamesi, 1863 Ticaret-i Bahriye Kanunnâmesi, 1879 Usûl-ı Muhâkemât-ı Cezâiye Kanunu ve 1880 Usûl-ı Muhâkemât-ı Hukukiye Kanunudur. Bu kanunlar önemli bir kanunlaştırma hareketlerinin olduğunu gösterir.³⁰⁸

3.1.1. Mecelle Ve Kapsamı

Mecelle, içerdiği konular açısından tam bir medeni kanun olmaktan uzak kalmıştır. Usul kanunlarında olması gereken ikrar, dava, beyyinat, tahlif ve kazâ

³⁰⁷ Sittika, Ayaz, *Osmanlı Devletinde Kanunlaştırma Hareketleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, M.Ü.S.B.E.), İstanbul, 1998

³⁰⁸ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 127-129; Salih Tuğ, *İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri*, İstanbul 1969

kitapları Mecellede bulunmasına karşılık medeni kanunda yer alması gereken şahıs, aile ve miras kitapları Mecellede yoktu. Bunun sebepleri arasında şunlar sayılabilir;³⁰⁹

a-Cevdet Paşa bu kanunu hazırlarken amacı tam bir medeni kanun hazırlamak değil, başında bulunduğu Nizamiye mahkemelerinin acil ihtiyaçlarını gidermek olmuştur. Bu yüzden Şeriyye mahkemelerinin sahasına giren aile ve miras hükümleri Mecelle dışında bırakılmıştır.

b- Şeriye mahkemeleri hakimleri diğer hukuka göre daha kolay bir yapıda olan aile ve miras hukuku hükümlerine fıkıh kitaplarından kolayca ulaşabilmekteydiler.

c- Aile ve miras hukuku toplumda daha hassas ve kamuoyunu daha yakından ilgilendiren bir konu olduğu için, aile hukukunun tedvini sırasında ortaya çıkabilecek itirazlara maruz kalmamak için bu hukuk tedvin dışında bırakılmasının bir başka sebebi olabilir. Batı dünyasında da genellikle kanunlaştırmalarda öncelikle daha az itiraza maruz kalan borçlar ve ticaret hukuku sahaları ele alınmakta, dini hukukun daha çok itirazlara konu olabilecek aile hukuku sahaları daha sonra kanunlaştırılmaktadır.³¹⁰ Osmanlıda farklı hukuka sahip olan gayrimüslimlerin de varolması göz önüne alındığında bu sahadaki zorluk ve hassaslık daha iyi anlaşılır.³¹¹

3.1.2. Fıkhi Meseleleri Toplama İstekleri

Hanefi mezhebine ait meseleler fıkıh kitaplarında ayrıntılı bir şekilde işlenmesine rağmen, bu hükümlerin bütünü bir kitap halinde bir araya getirilmemiş olduğundan, hükmü aranılan meselenin çözüme kavuşturulması için uzun ve yorucu çalışmalara girişmek mecburiyeti ortaya çıkıyordu. Yine fıkıh kitaplarının hepsi matbu ve yaygın olmadığı gibi, bir konuya ait meselelerin bir sebeple değişik yerlerde işlenmesi, ayrıca bir konunun hükmünün açıklandığı yerde, konunun şart ve rükûnlarının açıklanmamış olması, hükmü aranılan meseleyi çözüme kavuşturmakta zorluğa sebep oluyordu. Özellikle fıkıh kitaplarının Arapça olması nedeniyle herkesin kolaylıkla anlayamayacağı, anlasa bile konunun inceliklerine vakıf olamayacağı da bir gerçektir.³¹²

Sonradan alınan bir karara göre evlenme, boşanma, nafaka, vesayet, vasiyet, miras, vakıf ve diyet hakkında da ayrı ayrı kitaplar hazırlanacak ve medeni kanun

³⁰⁹ Aydın, *İslâm ve Osmanlı Hukuk Araştırmaları*, İstanbul, 1996, s. 50.

³¹⁰ Ziyaettin, Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul, 1958, s. 241.

³¹¹ Aydın, *İslâm ve Osmanlı Aile Hukuku*, s. 134; *Hukuk Araştırmaları*, s. 51.

³¹² Kitabû'n-Nafakat, *Mukaddime*

böylece tam olacaktı. Daha sonra cemiyetin çalışmalarına son verildiği için bunların hazırlanması ve Mecelleye ilavesi mümkün olmamıştır.³¹³

Bu zorluklar aynı şekilde fetva verme hususunda da yaşanıyordu. Fetvâ verirken bu zorlukların yaşanmaması, bu işin kolaylıkla halledilmesini sağlamak için, Osmanlı Devletinin kuruluşundan o güne kadar birçok müftü tarafından verilen fetvâların derlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. “Muhîtu’l-Fetâvâ” adıyla gerçekleştirilmeye çalışılan fetvâların derlenmesi sırasında, her fetvânın altına fıkıh kitaplarından alınan nakilleri konulmak suretiyle, müftüye fetvâ verme hususunda kolaylık ve genişlik sağlayan bir yol tutulmuştur.³¹⁴

Osmanlı Devletinde asrın getirdiği çeşitli ihtiyaçlar, ahlaki yapının ve adetlerin değişmesiyle ortaya çıkan değişim ve farklılıklar, o zamana kadar kazâ ve fetvâda müftabih olan bazı meselelerin yerine, diğer fıkıhçı ve müçtehidlerin görüşleriyle amel edilmesi mecburiyetini ortaya çıkarmıştır.

Kazai boşanma ile ilgili lâyhaların hazırlanmasından önce, asrın ihtiyaçları göz önünde bulundurularak, diğer mezheplerden olmasa da Hanefilerin kendi içinde müftabih olmayan görüşlerden yararlanılmıştır.

Bu ortam içinde II. Meşrutiyet’ in ilanından sonra Şeyhülislam Mustafa Hayri Efendi mecelle cemiyetini tekrar faaliyete geçirmek istemiş, Meşihat Müsteşarlığı vazifesinde bulunan Ebû’ulâ Mardin’e Mecelle cemiyetinin akıbeti hakkında araştırma yapması görevini vermiştir. Yapılan araştırmalardan bir netice çıkmayınca da onu yeniden ihya etmekten vazgeçmiştir.³¹⁵

Bunun üzerine Fetvâhânenin Fetvâ Odası yeniden düzenlenerek, Ali Haydar Efendi(küçük) nin fetva eminliği zamanında 30 Şaban 1332 - 10 Temmuz 1330 (24 Temmuz 1914) tarihinde Hey’et-i İftâiyesi (fetvâ odası) hakkında yayınlanan bir nizamnâme³¹⁶ ile Fetvâhânenin Fetva Odasının Telif-i Mesâil ve Taharrî-i Mesâil adında iki şubesi kurulmuştur.³¹⁷

Bu nizamnameye göre, Telif-i Mesâil şubesinin fıkıh ve fetva kitaplarında bulunan meseleleri seçeceği, meşihatçe belirtilen konular hakkında dört mezhebe ait bütün fıkıh kitaplarındaki bilgileri toplayacağı, basma veya yazma fıkıh ve fetva kitaplarından büyük bir fetva mecmuası tertip edecekleri, ayrıca müsakkafât ve

³¹³ Ebu’l Ulâ Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, s. 172.

³¹⁴ Muhîtu’l-Fetâvâ(I), *Mukaddime*, s. 54-55

³¹⁵ Ebu’l Ulâ Mardin, *a.g.e*, Ankara, 1996, s. 153.

³¹⁶ *Düstur, II. Tertip*, İstanbul 1334, c. VI, s. 948-950; *Ceride-i İlmiyye*, İstanbul 1332, c. IV, s. 155-157.

³¹⁷ İpşirli, “*Hayri Efendi, Mustafa*”, DİA, XVII; Ferhat, Koca, “*Fetvâhâne*”, DİA, XII.

müstegallât vakfiyeleri³¹⁸ ile arazi-i emîriye konusunda daha önceki padişah emirlerine dayanılarak verilen fetvaları daha sonraki emirler doğrultusunda yeniden tertip edecekleri, bu şubenin Hanefî Mezhebinde müftah bih olmayan bir görüşü zamanın maslahatlarına uygunluğundan dolayı tercih etmeleri veya aynı gerekçe ile diğer üç mezhep imamına ait bir görüşü uygun görmeleri halinde, bu konuyla ilgili gerekçeli(müdellel) bir mazbata hazırlayarak fetva emanetine vermeleri ve mazbatanın içerdiği görüşün makam-ı fetvanın da “bit tasvib arzı üzerine, irade-i seniyyeye iktiran ettikten sonra” fetvaya esas olacağı belirtilmiştir. Taharrî-i Mesâil şubesinin ise, talep olunan fetva ve cevabını hazırlayacağı, şeyhülislamın tasdikinden sonra fetvayı hususi defterine kaydedeceği ve yaptıkları çalışmaların sonuçlarını Telif-i Mesâil şubesi üç ayda bir, Taharrî-i Mesâil şubesi ise her ay sonunda fetvâ emanetine sunmaları ve fetvâ emanetinin de meşihât makamına bildirmesi istenmiştir.³¹⁹

Bu nizamnamede verilen görevler itibariyle özellikle Telif-i Mesâil şubesinin bir araştırma enstitüsü şeklinde planlandığı anlaşılmaktadır ki, söz konusu bu nizamnamenin yürürlüğe konulduğu yıllarda devletin içinde bulunduğu siyasi ve ekonomik zorluklar dikkate alındığında, bu düşüncelerin son derece ileri hedefler olduğu görülecektir. Ayrıca bu nizamname, başlangıcından beri hukuki hayatta sıkı bir şekilde Hanefî mezhebindeki müftah bih görüşleri esas alan Osmanlı Devletinin, İslâm hukuku tatbikatı sırasında zamanın maslahatlarını nasıl dikkate aldığını göstermesi ve gerekli hallerde Hanefî mezhebindeki öteki görüşlerden veya diğer üç imamının görüşlerinden nasıl faydalanılacağını belirten bir çizelge ortaya koyması bakımından da önemli bir belgedir.³²⁰

Nizamnâme 3 Ramazan 1332-13 Temmuz 1330 (27 Temmuz 1914) de padişah tarafından onaylandı, 22 ramazan 1332- 1 Ağustos 1330 (15 Ağustos 1914) da Takvim-i Vekâyi’de 1907 sıra numarasıyla neşredilmiştir.³²¹

³¹⁸ “Müstegillât” gelir getiren vakıf işletmeleri anlamındadır. Bunun bağ, bahçe ve han gibi akar veya nakit para ve gedik gibi menkûl mal olması önemli değildir. Ancak Osmanlı uygulamasında bu tâbir yerine “musakkafat ve müstegillât-ı vakfiye” tabiri kullanılmakta. Kendi aynıyla değil kiralama veya diğer suretle hasıl olacak gelirinden, yani hâsılat zevâidinden intifâ olunmak üzere tesis olunan vakıflardır. Meselâ bir mektebe, bir dükkân veya nukûd vakfetmek gibi. (Bkz. Ahmet Akgündüz. İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, İstanbul 1996, s. 284-285)

³¹⁹ Koca, “Fetvâhâne”, DİA, XII.

³²⁰ Koca, “ Osmanlılarda Meşihat Dairesi İçinde Müstakil Bir Birim Olarak Fetvahane”, 150, İlam Araştırma Dergisi, c.II, sy. I (Ocak-Haziran 1997)

³²¹ Düstur, II. Tertip, IV, s. 948-950

3.2. Telîf-i Mesâil (Fıkı Tedvin) Kurumu Ve Çalışmaları

Osmanlı Devleti'nde fikhî meseleleri tedvin için kurulan dairenin görevleri 6 madde halinde nizamnâmede şu şekilde sıralanmıştır.³²²

- 1- Nikâh, talak, nafaka ve bunların ayrıntılarıyla ilgili meselelerin tedvin edilip, bir mecmua/kitap haline getirilmesi,
- 2- Matbu ve yazma Türkçe fetvâ kitaplarından istifade edilerek “Muhîtu'l-fetâvâ” adında bir fetvâ mecmuasının oluşturulması,
- 3- Bu fetvâlar içinde tetkik ve ıslaha ihtiyaç duyanların düzeltilmesi ve yeniden bir mecmua halinde yazılması ve bunların Muhîtu'l-Fetâvâ'ya ilave edilmesi,
- 4- Müsakkafât ve müsteğallât vakfi ve emirî arazilerle ilgili fetvâların gözden geçirilerek yeniden tanzim edilmesi, yazılması (yapılan araştırmalarda bu maddede zikredilen konularla ilgili bir bilgiye ulaşılamamıştır.),
- 5- Hanefî mezhebinde “müftâ bih” olmayan bir kavlin veya diğer üç mezhebe ait bir görüşün zamanın maslahatına uygunluğundan dolayı tercih edilmesi halinde, bu konuyla ilgili delilleri ile birlikte bir mazbata/lâyiha tanzim edilip bunun fetvâ eminine ulaştırılması,
- 6-Şubece yapılan çalışmaların sonucunun üç ayda bir Fetvâ Emanetine bildirilmesi.

Telif-i Mesâil Şubesi içinde görev yapan iki değişik heyetin bulunduğu, bunlardan birincisi aile hukukuyla ilgili “Ahvâl-i Şahsiyye” çalışmasını yapan ve Bilmen'in “Heyet-i İlmiyye” olarak adlandırdığı³²³ ve Kitabü'n Nafakât'ta “Heyet-i Fıkhiyye” adıyla zikredilen³²⁴ komisyon, diğeri de “Muhîtu'l-Fetâvâ” adıyla oluşturulacak olan fetvâ mecmuasını ve lâyiha ları hazırlamakla görevli “Heyet-i Te'lifiyye”dir. Heyetin yapacağı bu işin meşruiyetini göstermesi amacıyla esbâb-ı mûcibe diyebileceğimiz 50 sayfalık bir risale hazırlanmıştır.³²⁵ Bunlardan ilki şubenin kuruluşuyla beraber teşkil edilip göreve başlarken, “Heyet-i Te'lifiyye” bu tarihten yaklaşık bir buçuk sene sonra 9 Muharrem 1334 (17 Kasım 1915) tarihinde oluşturulmuştur.³²⁶

Heyet-i Te'lifiyye her ne kadar 9 Muharrem 1334 tarihinde resmen oluşturulduysa da, göreve başlaması nizamnâme ile şubenin kurulmasının hemen

³²² *Düstur, II.Tertip, IV, s. 948-950; Ceride-i İlmiyye, c.I, sy. 4, 155-157*

³²³ Bilmen, *Kamus, I, s. 4.*

³²⁴ *Kitabü'n Nafakat(V), Mukaddime*

³²⁵ *Muhîtu'l-fetava(II), 7-50.*

³²⁶ Demirci, *a.g.e, s. 31.*

ardından gerçekleşmiştir. Resmen görevlilerin atandığı tarihe kadar Ahvâl-i Şahsiyye komisyonu gibi gayri resmi mahiyette çalışmalarını sürdürmüştür.³²⁷

Aynı nizamnâme ile oluşturulan Ahvâl-i Şahsiyye komisyonu da gayri resmi olarak, yani heyetin kimlerden oluştuğu kesin olarak belirtilmeksizin çalışmıştır. Muhtemelen Mustafa Hayri Efendi, layihalarla ilgili olarak doğabilecek itirazları azaltmak için “Heyet-i Te’lifiyye” yi resmileştirmiştir.³²⁸ Layihaların hazırlanması zorunluluğu olmasaydı belki de Heyet-i Te’lifiyye resmen teşkil edilmeyecekti. Çünkü bu şubenin çalışmalarının yarım kalmasının sebeplerinin başında, M. Hayri Efendi’nin Sultandan resen irade alarak yürürlüğe koyduğu layihaların geldiği görülmektedir.³²⁹

Heyet-i Te’lifiyye’nin kurulmasının sebeplerinden birisi de asrın ihtiyaçlarına cevap veremeyen meseleleri, “müfta bih olmayan” veya diğer “üç mezhebin görüşlerinden yararlanma” suretiyle çözüme kavuşturma arzusudur. Şubenin kuruluş nizamnâmesinin altıncı maddesinde bu konu açık olarak zikredilmektedir.³³⁰ Şubenin yapacağı bu çalışmanın meşruiyetini göstermek için hazırlanan elli sayfalık risalenin son kısımlarında özellikle “örf, örfün zamanla değişmesi” ve “ezmânın teğayyürüyle ahkâmın teğayyürü” konularına geniş yer verilmektedir.³³¹

Hicri 1338/Rûmî 1336 tarihinde Fetvâhâne memurlarının vazife ve memuriyetlerindeki sıfatlarında yapılan değişikliklerle Heyet-i Te’lifiyyenin işleyişine yeni bir yön getirilmiştir. Heyet, Fetvâ Eminliği tarafından kendilerine gönderilen hususları itina ile mütâlâa eder, eğer ittifak ederlerse görüşlerini tahrir defterine yazıp imzalarlar, ittifak edemezler ve ihtilafa düşerlerse her biri kendi görüşünü yazıp imzalayarak Fetva Eminliğine arz ederler.³³²

Telif-i Mesail Şubesi üyelerinin çoğunluğu, Fetvâhânede müsevvidler olarak çalışanlardan oluşmaktadırlar. Şubede birden fazla heyet bulunması sebebiyle bu

³²⁷ Bkz. *İstanbul Müftülüğü Meşihat Arşivi, Daire-i Meşihat-i İslamiyye Tahrirat-Mektubi Kalemi Tebligat ve Tamim Defteri, No.1621. Kayıta eserin hazırlanabilmesi için değişik kütüphanelerden Türkçe fetva kitaplarının istendiği görülmektedir.*

³²⁸ *Muhitül-fetava(II), 7-50.*

³²⁹ Ebu’l Ulâ Mardin, *a.g.e, 109-111*; İpşirli, “Hayri Efendi, Mustafa” *DİA, XVII*

³³⁰ *Düstur, II. Tertip, VI, 948-950; Ceride-i İlmiyye, c. 1, sy.4, 155-157*

³³¹ *Muhitül-fetava(II), s..7-50*

³³² *İstanbul Müftülüğü Meşihat Arşivi, Fetvâhâne-i Ali Ecvibe-i Şeriiyye Defteri, no. 378, s. 86*

heyetlerden her birinin farklı üyeleri söz konusu olmaktadır. Ancak bir kişi aynı anda birden fazla heyette üye olarak bulunabilmektedir.³³³

Heyet-i Telifiyye’de görev yapanların adlarını lâyihalardan, atama evraklarından, Fetvâhâne’de görev yapan memurların çizelgelerinin verildiği tablolardan ve 1334 mali senesi tarihli Devlet-i Osmaniyye Salnâmesi’nden öğrenmekteyiz.³³⁴

Heyet-i Telifiyye’de görev yapan üye sayısı ile ilgili üç değişik rakam bulunmaktadır. Üye sayısı ilk atamada başkan/reisle beraber yedi kişi iken, 1334 mali senesi tarihli Salnâmede beş kişiye düşürülmüştür.³³⁵ Daha sonraki tarihlere ait kaynaklarda ise üye sayısı bir başkan ve iki üye olmak üzere üçe indirilmiştir.³³⁶ Burada 27 Mayıs 1336 tarihinde Fetvâhânenin teşkilat şeması sayılırken Heyet-i Te’lifîyenin bir reis ve iki azadan oluştuğu, Ahıskalı Ali Haydar Efendinin reis ve Ömer Nasuhi Efendi ile Gönenli Hakkı Efendinin üye oldukları kaydedilmektedir.³³⁷

Heyet-i İlmiyye (Heyet-i Fıkhiyye)’de ise görev alan üyelerin isimlerini Ömer Nasuhi’nin kitabından (Kamus) ve üyeler tarafından hazırlanan kitaplardaki kayıtlardan öğrenmekteyiz. Bu heyetle ilgili söylenebilecek en önemli bilgi ise çalışması için özel bir yer tahsis edilmesidir. Ancak bu mekânın nerede olduğu kesin olarak bilinmemektedir.³³⁸

Üyeleri; Ali Haydar Efendi (küçük), Ömer Nasuhi Bilmen, Muhammed Can Zeki b.Elhac ahmed Kıbrısı (Mehmet Zeki Efendi, Lefkoşeli), Seydişehirli Hasan Fehmi Efendi, Ahmed Hamdi b. Muhammed et-Trabzoni ve Salih Efendi’dir.³³⁹

Ayrıca el-Fetâvâ Hayriyye’nin mukaddimesinde Fetvâ Emîni Ali Haydar Efendinin başkanlığında toplanan ve ıslahı gereken fetvâları tetkik ve tashih görevini yerine getiren bir heyetten de söz edilmektedir.³⁴⁰

Telifi Mesâil Şubesinin görevlerinin ne olduğunun ve bu görevlerini nasıl yerine getirdiğinin iyi anlaşılması için bu heyetleri ayrı ayrı incelememiz gerekmektedir. Bu görevler içinde ulaşabildiğimiz kadarıyla sadece üç tanesini inceleme şansını bulabidik. Bunlardan birisi fıkıh alanında yaptıkları çalışmalar

³³³ Demirci, *a.g.e.*, 45.

³³⁴ Demirci, *a.g.e.*, 46.

³³⁵ *Salnâme-i Devlet-i Aliyye-i Osmaniyye, 1333-1334 Sene-i Maliyyesine ait (68.sene), s. 138, Dersaadet 1334*

³³⁶ *İstanbul Müftülüğü Meşihat Arşivi, Fetvâhâne-i Ali Ecvibe-i Şeriyye Defteri, no.378, s. 82-83.*

³³⁷ *İstanbul Müftülüğü Meşihat Arşivi, Fetvâhâne-i Ali Ecvibe-i Şeriyye Defteri, no.378, s. 82-83.*

³³⁸ Bilmen, *Kamus*, I, 4.

³³⁹ Bilmen, *Kamus*, I, 4.

³⁴⁰ *el-Fetâvâ Hayriyye, Mukaddime.*

başlığı altında toplanabilecek “ahvâl-i şahsiye”, birisi fetva alanında yaptıkları çalışmalar, bir diğeri ise “lâyihalar” la ilgilidir. Bu kurumun işleyişini daha iyi anlayabilmek için bu üç başlık altında incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

3.2.1.Layihaların Hazırlanmasında İzlenen Usûl

3.2.1.1.Mezhep Tercihi

Heyet, hazırladıkları lâyhada Hanefilerin “müftâ bih” görüşlerinin dışında bir kavli tercih ettiğinde, bunu delilli bir şekilde lâyhada açıklamaktadır. Aynı şekilde Hanefî mezhebi dışında diğer üç mezhepten birisinin görüşünü aldıklarında da bunun delillerini ve gerekçelerini lâyhada belirtmek zorundadırlar.³⁴¹ Kendilerinden araştırılması istenen konuyla alakalı lâyihayı hazırlayan heyet, hazırladığı lâyihaya bir arz tezkeresi hazırlayarak, resen padişahın iradesi alınmak üzere Sadarete gönderiyordu. Gönderilen bu lâyihalar kabul edildiği takdirde yürürlüğe girmiştir. Daha sonra konu mahkemelere bildirilerek kazâ ve fetvâda uygulanmaya başlanırdı.³⁴²

Osmanlıda kazâ ve fetvâda Hanefî mezhebinin Fetvâhânece “müftâ bih” kavilleri yürürlükte olduğundan, kadılar ve müftüler bunun dışındaki görüş ve mezheplerle hüküm ve fetvâ veremiyorlardı. Bu da uygulamada sıkıntılara yol açıyordu.³⁴³

Bu sıkıntılardan birisi de kazâi boşanma ile ilgili problemlerdir. Bilindiği gibi Hanefî mezhebindeki hakim görüşte sadece kocada bulunan belirli cinsî kusur ve hastalıklar bir boşanma sebebidir. Akıl hastalığı, cüzzam, alaca hastalığı ve bunlara eşdeğer hastalıklar vs. boşanma sebebi değildirler.³⁴⁴

Osmanlı Devletinin ilk dönemlerinde Hanefî kadılar tarafından Şafii naibler tayin edilerek bu mezhepteki kazâi boşanma sebeplerinin varlığı durumunda tefrike hükmedilme yönüne gidilmişti. Ancak XVI. asırdan itibaren Hanefî mezhebi dışındaki bir mezhepten yararlanma yolu kapatıldığından bu imkân da sona ermiştir.

XIX. asrın sonlarıyla XX. asrın başlarında peşpeşe meydana gelen harpler eli silah tutan herkesin harbe gitmesi sonucunu doğurmuştur. Bu şekilde harbe gidenlerden önemli bir kısmı şehit olarak geri dönmemiştir. Şehit oldukları sabit

³⁴¹ *Nizamnâmenin altıncı maddesi; Düstur, II.Tertip, VI, s. 949; Ceride-i İlmiyye, c.I, sy.4, s. 156.*

³⁴² *İstanbul Müftülüğü Meşihat Arşivi, Dâire-i Meşihat-ı İslamiyye Tahrîrat- Mektubî Kalemi Teblîgât ve Tamim Defteri, no. 1626, 1 numaralı evrak*

³⁴³ *Demirci, a.g.e, s. 112.*

³⁴⁴ *İbrahim Kafi, Dönmez, “Cünun”, DİA, VIII*

olanların geride bıraktıkları eşlerinin en azından dul kaldıkları sabit olduğu için isterlerse yeniden evlenmeleri konusunda hukuki problemleri olmamıştır. Şehit olduklarına dair bir bilgi gelmeyen, ancak evlerine de dönmeyen erkeklerin geride bıraktıkları eşleri için ise bir belirsizlik hali söz konusu olmuştur. Bunlar özellikle geçimlerini sağlayacak bir mal varlığının bulunmadığı durumlarda çok büyük bir sıkıntı içine düşmüşlerdir. Çünkü kocalarının şehit olduğu sabit olmadığı için hukuken dul sayılmamakta, yürürlükteki Hanefî mezhebine göre gaipliğine veya nafaka bırakmamasına dayanarak boşanma talebinde bulunamamaktadır. Bunun gibi diğer bir problem de karı-koca arasında şiddetli geçimsizlik olduğu, kocanın karısına kötü muamele ettiği, evinin ihtiyaçlarını temin etmediği veya edemediği veya evini terk edip yabancı diyarlara gittiği ve senelerce kendisinden haber alınamadığı durumlarda, eşler aynı şekilde büyük sıkıntılara düşüyorlardı. Ayrıca Osmanlıya ticaret veya yolculuk maksadıyla gelip evlenen sonra da bir daha dönmek üzere gidenlerin eşleri de sıkıntı çekiyorlardı. Zira bu eşler, Hanefî mezhebindeki “müftâ bih” görüşe göre uzun bir müddet “gaib” olan kocalarından boşanamıyorlardı.³⁴⁵

Bu durumda kazâî boşanma bir ihtiyaç olarak her zaman hissedilmiştir. Bu hukuki problemi halletmek için zaman zaman mahkemeler ve taraflarca İslam hukukunun sağladığı başka imkânlardan yararlanıldığı olmuştur. Bazen de bütün çabalarına rağmen kocaları tarafından boşanamayan kadınların Divan-ı Hümayun’a başvurdukları ve padişah Divanının manevi ağırlığıyla kocalarının talâka veya mühâlaaya razı olmalarını sağladıkları veya Divan tarafından fiili bir durum yaratılarak buna mecbur edildikleri görülmektedir. Ancak son asra gelinceye kadar mahkeme kararıyla boşanmanın hukukî ve sosyal ihtiyaçlara cevap verir bir biçimde düzenlenmesi mümkün olmamıştır.³⁴⁶

Yine kocada ortaya çıkan cüzam, baras gibi bulaşıcı hastalıklar sebebiyle ailede eşler birtakım olumsuz durumlarla karşı karşıya kalıyorlardı. Hanefîlerin Fetvâhânece “müftâ bih” olan görüşü bu konuda eşlere boşanma için kadıya başvurma hakkını vermediği için, bu durumdaki karı-kocanın bir arada normal bir hayat yaşaması imkânsız hale gelmekteydi.³⁴⁷

³⁴⁵ Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Mısır, 1979, c. II, s. 480-481; Karaman, *Mukayeseli İslam hukuku*, İstanbul, 1974, c. I, s. 370-371.

³⁴⁶ Aydın, *Hukuk Araştırmaları*, 169-170

³⁴⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, s. 478-479; Alaeddin Ebu Bekr b. Mesud el-Kâsânî, *Bedâi-u's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi*, Mısır, 1328, c. III, s. 595-597.

İşte bütün bunlarla ilgili şikayetlerin kadılar vasıtasıyla Meşîhata bildirilmesi neticesinde, bu layihaların Heyet-i Telifiyye tarafından hazırlanmasına karar verilmiştir. Ceride-i İlmiyede kadıların bu konuyla ilgili isteklerini bildiren pek çok vesika yayınlanmıştır.³⁴⁸ Şu bir gerçektir ki, bu layihalar şeyhülislamın padişahıtan “resen irâde alma” yetkisi çerçevesinde hazırlanıp, padişahın onayına sunulmuştur. Öncelikle kocalarından yukarıda açıklandığı sebeplerle kocalarından nafaka temin edemeyen kadınların ve doğurduğu sosyal problemlerin artması üzerine Heyet-i Te’lifiyye tarafından Hanbeli mezhebinden istifade edilerek hazırlanan ilk lâyiha³⁴⁹ ile kocaları nafaka bırakmadan kaybolan kadınların mahkemeye başvurarak boşanmaları imkânı tanınmıştır.

Bu ilk lâyihaın hemen ardından hazırlanan ikinci bir lâyihala ile de, kocaları akıl hastalığı, cüzzam, alaca hastalığı veya bunların derecesinde bulunan başka hastalıklara yakalanan kadınlara da mahkemeye başvurarak boşanma imkanı verilmiştir.

Bu İrâde-i Seniyye ile XVI. asırdan beri geçen uzun bir aradan sonra ilk defa diğer mezheplerden istifade yolu açılmış ve yine ilk defa belirli durumlarda kazâi boşanma imkânının doğması yolunda önemli bir adım atılmıştır. Nitekim bu tarihten kısa bir süre sonra hazırlanan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi aynı hükmü muhafaza etmenin yanı sıra daha başka boşanma sebepleri de kabul ederek bu alanı bir bütünlük içerisinde düzenlemiştir.³⁵⁰

3.2.1.2. Layihaların Kanunlaşması

Bu layihaların yürürlüğe girmesi de birkaç aşamada olmaktadır.

1-Şeyhülislam tarafından araştırılması istenen konuyla alakalı olarak Heyet-i Telifiyye tarafından bir layiha hazırlanıp Fetvâ Emanetine sunulması ve fetvâ Emini tarafından şeyhülslama arzı,

2-Şeyhülislam tarafından bir arz tezkeresi yazılıp, ekinde layihayla birlikte padişaha sunulması,

3-Padişahın onaylayıp “mûcibince amel oluna” kaydını koyması ve yürürlüğe girmesi,

³⁴⁸Bkz. *Ceridei İlmiyye*, sy. 14, s. 66-67.

³⁴⁹*İstanbul Müftülüğü Meşihat Arşivi, Daire-i Meşihat-ı İslamiyye Tahrirat-ı Mektubi Kalemi Tebliğat ve Tamim Defterleri*, no.1626; *DÜüstur*, II. Tertip, VIII, 378-379

³⁵⁰Aydın, *Hukuk Araştırmaları*, s. 171.

4-Mahkeme, kadı ve müftülere konunun bildirilmesi ve kazâ ve fetvâda uygulanmaya başlanması.

İlk iki layiha bütün bu aşamaları tamamlayarak yürürlüğe girmiş ve uygulanmaya koyulmuştur. Üçüncü layihanın ise yürürlüğe girip girmediği hakkında bir bilgiye ulaşılamamıştır. Ancak bu layihanın padişaha arz edildiğini biliyoruz.³⁵¹

3.2.2. Fetva Alanında Yapılan Çalışmalar

Şubenin kuruluşunu belirleyen nizamnâmede Osmanlının kuruluşundan o güne kadar yazılan fetvâ kitaplarından hakkıyla yararlanılabilmesi için, bütün bu mecmualardan tek bir kitap oluşturmaya karar verilmiştir. Bu iş için Heyet-i Telifiye adında komisyon oluşturulmuştur. Bu heyet fetvâ kitaplarının yer aldığı bir liste hazırlamış ve bu listeyi değişik kütüphanelere göndererek listede adı geçen fetvâ kitaplarından ve ismi geçmeyen diğer kitaplardan birer nüsha meşihata gönderilmesini istemiştir.³⁵²

Toplanan fetvâ kitapları tetkik edilmiş, tekrarları çıkarılmış, geriye kalan fetvâlar belli bir sistematik içerisinde “Muhîtu’l-Fetâvâ” adıyla derlenmiştir. Her bir fetvânın altına da fıkıh kitaplarından alınan Arapça nakilleri koyulmuştur.

Fetvaları tetkik esnasında ıslahı gereken fetvâlar, yine bu heyet tarafından tashih edilmiş, nakilleriyle beraber ayrı bir kitap olarak derlenmiştir. Bu ıslah edilmiş fetvâların bulunduğu eserlerden Mustafa Hayri Efendi devrinde yazılan esere el-Fetâvâ’l-Hayriyye, Musa Kâzım Efendi devrinde yazılana ise el-Fetâvâ’l-Kâzımiyye adı verilmiştir. Daha sonra buradaki fetvâlar kaynak gösterilerek “Muhit-ul-Fetâvâ’ya” aktarılmışlardır. Tashih edilen fetvâlârdan oluşan iki kitaptaki fetvâlârin altında, devrin Şeyhülislamının imzaları bulunmaktadır.³⁵³

Fetvâ alanında telif edilmiş beş eser tespit edilmiştir. Bunlar:

Muhit-ul-Fetâvâ(I), (II), (III)(Bu numaralar bu kitabın aşamalarını göstermek için kullanılmıştır.)

el-Fetavâ’l-Hayriyye fi Islahi’l-Fetâvâ’t-Türkiyye

el-Fetâvâ’l-Kâzımiyye fi Islahi’l- Fetâvâ’t-Türkiyye

³⁵¹ *İstanbul Müftülüğü Meşihat Arşivi, Daire-i Meşihat-ı İslamiyye Tahrirat-ı Mektubi Kalemi Tebliğât ve Tamim Defterleri, no.1626*

³⁵² *İstanbul Müftülüğü Meşihat Arşivi, Dâire-i Meşihat-ı İslamiyye Tahrîrat- Mektubi Kalemi Tebliğât ve Tamim Defteri, no. 1621, 38 numaralı evrak ve eki.*

³⁵³ Demirci, a.g.e, 44.

Muhîtu'l-Fetâvâ(I)'in yazımına nizamnâmenin yayımlanmasının ardından başlanmış, cildi tamamlanmış, fakat gerisi getirilememiştir. İtikat, taharet ve namaz konularını ihtiva etmektedir. Eser, bu konularla ilgili fetvâlar ve nakillerden meydana gelmektedir. Muhîtul-Fetâva(II) İse 1334(1916) tarihinde Heyet-i Telifiyye görevlileri atandıktan sonra yazılmıştır. Bu eser ise nizamnâmenin altıncı maddesinde belirtilen “Hanefî mezhebinin “müftâ bih” görüşlerinin dışında bir görüş veya Hanefî mezhebi dışında diğer üç mezhepten birinin görüşünün alınmasının gerekli olduğu durumlarda” hazırlanacak olan layihaların esbab-ı mucibesi mahiyetindedir. Zira kitabın layihalar dışındaki kalan elli sayfalık bölümü, yapılan işin dinen meşru olduğunu gösteren alıntı ve bilgileri içermektedir. Kitabın mukaddimesinde de bunu açıkça ifade eden cümlelere rastlanmaktadır. Muhîtul fetava(III) de muhteva olarak M.F(I) ile aynı özelliklere sahipse de, hacim olarak oldukça azdır.³⁵⁴

Muhîtu'l-Fetâvâ(I), (II)'nin Heyet-i Telifiyye tarafından yazıldığı kesin iken Muhîtu'l-Fetâvâ(III)'ün Heyet-i Telifiyye tarafından hazırlandığı kesin değildir. Zira eserin başında T.B.M.M Hükümeti Evkaf ve Şeriyye Vekâleti tarafından yayımlanan bir talimatnâme ve üzerinde de 12 Teşrîn-i Sânî 1338 tarihi bulunmaktadır.³⁵⁵

3.2.3. Fıkıh Alanında Yapılan Çalışmalar Ve Kitabû'n-Nafakât

Telifi Mesâil şubesi görevlilerinden oluşan Heyet-i İlmiyye (Fıkhiyye)tarafından yürütülen bu çalışmanın asıl amacı aile, eşya, borçlar ve ceza hukuku dallarına ait meseleleri bir araya getirmektir. Ancak heyetin öncelikli görevi aile hukuku ile ilgili meseleleri toplamaktır.³⁵⁶ Bu heyet Fetvâhânedede kendilerine tahsis edilen bir mekânda çalışmalarını yürütmüştür. Yaptıkları çalışmalar şu aşamalarla özetlenebilir;

1-Fetva Odasına bağlı müsevvidlerce, Hanefî kaynaklarından konuyla ilgili nakiller bir kitap halinde derlenmiştir. Bu derleme sırasında Fetâvâ-yı Hindiyeye esas alınmıştır.³⁵⁷ Kitaba sadece “müftâ bih” olan kaviller değil konuyla ilgili her türlü bilgi alınmıştır.³⁵⁸

³⁵⁴ Muhîtul-fetava(II), Mukaddime.

³⁵⁵ Demirci, a.g.e, 50.

³⁵⁶ Bilmen, Kamus, I, 4.

³⁵⁷ Bilmen, Kamus, I, s. 4.

³⁵⁸ Kitabû'n Nafakat(V), Mukaddime.

2-İkinci aşamada derlenen bu kitaplar üzerinde Ali Haydar Efendi tarafından tedvin işine girilmiş, kitap üzerindeki nakiller belli bir sıralama içerisinde maddelere ayrılmıştır. Ardından belirlenen bu maddeler başka bir deftere, altlarındaki nakilleriyle beraber nakledilmiştir. Bu aşamada ikinci nüshanın tercümeyle hazır olabilmesi için tetkik ve tashihe tabi tutulmuştur. Gerekli düzeltmeler yapılmış, gereksiz görülen maddeler ise metinden çıkarılmıştır. Maddeleştirilen meselelerde ilk nüshalardaki gibi her türlü nakil değil, genellikle Hanefî mezhebinin “muteber ve ma’mülün bih” olan görüşleri nazarı itibara alınmıştır. Çok nadir olarak “müftâ bih” olmayan bazı görüşler tercih edilmiştir.³⁵⁹

3-İkinci nüsha üzerinde gerçekleştirilen tetkik ve tashihin ardından maddelerin tercümesine girilmiştir. Tercüme işi Ali Haydar Efendi ile Ömer Nasuhi Bilmen tarafından gerçekleştirilmiştir.

4-Tercümenin tamamlanmasının ardından yine bir heyet tarafından bu tercümeler tekrar gözden geçirilerek metne son şekli verilmiştir.

5- Nihai olarak da kitap halinde basımı gerçekleştirilmiştir.

6-Kazâ ve fetvâda kaynak kabul edilmesi ve mahkemelere gönderilmesi. Bütün bu aşamaları tamamlayan tek kitap olan Kitâbü’n Nafakât, daha sonra mahkemelere gönderilerek, uygulamada ortaya çıkabilecek aksaklıkların kadılarca Meşîhata bildirilmesi istenmiştir.

Ahvâl-i Şahsiyye çalışmalarının sebepleri Kitâbu’n Nafakât’ın mukaddimesinde şu cümlelerde açıklanmaktadır:

“İlm-i celile-i fikhın emr-i dünyaya taalluk eden ahkâmu kütüb-i fikhıyyede mufasssalar mestur ise de cümlesi bir yerde kitap şeklinde mecmu’ omadığından hadisâtın zuhurunda kütüb-i adîdede taharrî-i ahkâma ve devran devr tetebbuata mecburiyet elveriyor.

Müellefât-ı fikhıyyenin cümlesi de matbu’ ve münteşir olmadığı gibi bir mebhasa ait bazı mesâil dahi bi’l-münasebe diğer mebahis meyanında ityan edilmiş ve bazen bir hükmü şeri beyan olunduğu zaman onun kuyût ve şurût-u lazimesi beyan edilmemiş olduğundan ihtiyaç hasıl olan mesâile bi etrâfiha destres olmak cidden emr-i asîr oluyor.

Ale’l-husus kütüb-i fikhıyye lisan-ı azbu’l –beyan-ı arâbi üzere muharrer bulunduğu cihetle herkes muhtaç olduğu meseleye zaferyab olamayacağı gibi

³⁵⁹ *Kitabü’n Nafakat(V), Mukaddime.*

zaferyab olsa da dekâyıkını fehm-i idrâke kadir olamaz. Çünkü lisan-ı arabîyyenin şîvesi muktezasınca bazı mesâil-i mühimmenin ahkâmı delâlet ve işaret tarikiyle beyan olunduğundan yeknazarda mesele-i matlûbenin hükmüne vukûf bi't-tab'herkes için sehl değildir. Ve bir de bi harb-i pâyân olan ilm-i celîl-i fıkıhdan dürer-i mesâil-i lâzimeyi istihraç ile hall-i işkâl edebilmek hayli maharet ve melekeye mevkûf olup bu da her ferde müyesser olamaz.”

Bütün bu aşamaları mevcut kaynaklarından yola çıkarak bulabiliyoruz. Telif-i Mesâil Şubesinde Ahvâl-i Şahsiyye alanında telif edildiğini tespit ettiğimiz onaltı eser bulunmaktadır:³⁶⁰

Kitabun Nafakat I, II, III, IV, V

Kitabu't-Talâk I, II, III, IV

Salih Efendi Mecmuası

Kitâbu'n-Nikâh I (Bu şube tarafından hazırlanıp hazırlanmadığı kesin değil ancak diğerleriyle aynı özelliklere sahip olması, Mecelleden sonra kaleme alınmış olması ve konu birliğinin bulunması sebebiyle buraya dâhil edilmiştir.),

K.Nikah II

El-Mesâillü'l-Fıkhıyye

Tuhfetü'z-Zeheb fî Da'veti'n-Neseb

El-Meâsiru'z-Zekiyye fî'l-Mesâili'l-Mehriyye

Mehre Müteallik Mesâil

Bu kitaplar arasında aynı konuda birden fazla olan eserler, -Kitabû'n Nafakat I, II, III gibi- o konu üzerindeki çalışmanın farklı aşamalarını teşkil etmektedirler. Yapılan çalışmalardan, yukarıda sayılan aşamaları tamamlayan sadece “Kitabû'n Nafakat” bulunmaktadır. Diğerleri çeşitli aşamalarda takılarak tamamlanamamıştır. Talak ile ilgili çalışmalar Ali Haydar Efendi'nin gayretleriyle sonradan basım aşamasına gelmiştir.³⁶¹ Nikâh ve mehirle ilgili çalışmalar da tercüme aşaması olan üçüncü aşamada kalmıştır. Neseb ve hidane üzerine yapılan çalışma ise meselelerin derlenmesi aşamasında kalmıştır. Fetvâhanede yapılan bu çalışma ile 1917 de yapılan Hukuk-ı Aile Kararnâmesi arasında fazla bir zaman farkı yoktur. Kaynaklarda Kitabu'n-Nafakât dışında Fetvâhâne'de yapılan bu çalışmadan fazla

³⁶⁰ Demirci, a.g.e, 77, 78.

³⁶¹ *Kitâbu't-Talak I, Mukaddime*

bahsedilmemesinin sebebi, bu çalışmanın yarım kalmış olması ve akıbetinin bilinmemesi olmalıdır.³⁶²

Osmanlı Devleti'yle birlikte şeyhülislamlık ve ona bağlı birimler de ortadan kalkmakla beraber, bünyesinde bulunan bütün hizmetler Ankara'da Büyük Millet Meclisi Hükümeti tarafından kurulan Şeriyye ve Evkâf Vekaletince yürütülmüş, 3 Mart 1340(1924) tarih ve 429 sayılı Şeriyye ve Evkaf ve Erkân-ı Harbiyye-i Umumiyye Vekâletlerinin ilgâsına dair kanun ile bu Vekâletin de lağvedilmesinden sonra resmi ve gayri resmi kişilerin fetvâ talepleriyle ilgili görevler yeni kurulan Diyanet İşleri Başkanlığına verilmiştir. 30 Şaban 1332- 10 Temmuz 1330(24 Temmuz 1914) tarihinde kurulan Şube, 1924 yılındaki bu kanunla yürürlükten kalkmıştır.³⁶³

Şubede görev yapan komisyonlardan “Ahvâl-i Şahsiyye” komisyonu Mustafa Hayri Efendinin Meşihattan ayrılmasıyla dağılmış, çalışmaları yarım kalmıştır.³⁶⁴ Heyet-i Telifiyye ise resmi olarak yukarıdaki tarihe kadar varlığını sürdürmüşse de, bu tarihe kadar faal olarak çalışmamıştır. Mustafa Hayri Efendinin ardından şeyhülislam olan Musa Kâzım Efendinin şeyhülislamlığı devrinde Muhitu'l-Fetâvâ'nın ilk cildinin tamamlanması ve el-Fetâvâ'l-Kâzimiyye'nin hazırlanmasıyla Heyet-i Telifiyye'nin aktif durumu sona ermiş, bu tarihten itibaren herhangi bir vazife icra etmeden varlığını sürdürmüştür. Zira kaynaklarda bununla ilgili herhangi bir bilgiye rastlanılmamıştır.³⁶⁵

Böyle önemli bir kurumun çalışmalarının neden sonlandırıldığını Ebül'ulâ Mardin'den öğrenmekteyiz:

Şeyhülislamların Kânun-ı Esâsî tarafından da desteklenen ahkâm-ı gayr-i mektûbedeki meselelerde padişaha resen arz ile irâde alma hakları vardı. İşte Mustafa Hayri Efendi de bu kabil meselelerin bir kaçında tercih olunan bir kavli, resen arz ile padişahın irâdesini almıştı. Hayri Efendinin bu şekilde resen arz ile irâde almasına kabinedeki arkadaşları itiraz etmiş ve bu hareket Teşri' Meclislerinin vazifelerine tecavüz mahiyetinde telakki edilerek gerek hükümet ricali arasında ve gerek İttihat ve Terakki umumi merkezinde hayli dedikoduları davet eylemiştir.”³⁶⁶

³⁶² Demirci, a.g.e, 78.

³⁶³ Demirci, a.g.e, 48.

³⁶⁴ Bilmen, *Kamus*, I, 4

³⁶⁵ Demirci, a.g.e, 49

³⁶⁶ Ebü'l Ulâ Mardin, a.g.e, 106-111, İpşirli, “*Hayri Efendi, Muustafa*“, DİA, XVII

İttihat ve Terakkinin birtakım uygulamalarından rahatsızlık duyan ve Talat Paşa ile aralarında eskiden beri ihtilaf olan Mustafa Hayri Efendi 6 Mayıs 1916'da sağlık sebeplerini mazeret göstererek istifa etmiştir. Onun istifasıyla da şubenin işleri akim kalmıştır.³⁶⁷

Aslında üstlenilen görevin yarım kalmasının esas sebebi Fetvâ Emini Ali Haydar Efendinin de Hayri Efendi ile birlikte (veya ardından) istifa etmesi olabilir. Çünkü bu çalışmalardaki en önemli görevler ona verilmişti. Ahvâl-i Şahsiyye de tercüme ve tedvin/düzenleme görevi onun üzerindeydi.³⁶⁸ Türkçe fetvâlar içinde ıslahı gerekenleri tashih etme görevini yapan heyetin başında da o vardı.³⁶⁹

3.3. Kitâbû'n-Nafakât'ın Hazırlanması

Hanefî mezhebinde “müctehid fi'ş-şer”, “müctehid fi'l-mezheb” gibi değişik tabakalarda pek çok müctehid gelmiş, bunun neticesinde birçok konuda pekçok ihtilaf oluşmuştur. Bu sebeple de Hanefî fihkî çok genişlemiş ve genişliği nispetinde de anlaşılması zorlaşmıştır. İşte bütün bu meseleler içinde muhtar olanının ve zamanın ihtiyaçlarına en uygun olanının hangisi olduğunu bulabilmek, temyiz edebilmek çok zorlaşmıştır. Mecellenin 200'e yakın kitaptan yararlanılarak hazırlandığını göz önüne alırsak bu zorluk daha iyi anlaşılır hale gelecektir.³⁷⁰ Bazen bir kadı veya müftü bir olaya tatbik edilecek meseleyi bulup hükmünü, fetvâsını ona göre verdiği halde, bulduğu mesele mezhepte muhtâr (müftâ bih) olmayan bir mesele olabildiği gibi o meselenin hükmünde bazı kayıtlar da bulunabileceğinden onun kazâ ve fetvâsı hatalı kabul edilmek zorunda kalınacaktır. Bu hatalı hükümler her ne kadar temyiz yoluyla düzeltilebiliyorsa da, mahkemenin uzamasına ve gereksiz birçok masraf ve zaman israfına yol açmaktadır.

Bu kanun kitabının taslağı ortaya çıkarıldığında Kitâbu'n- Nafakât ile ilgili mahkemelere yazı gönderilmiş ve bu mesele açıklanmış ve taslak halindeki bu kitabın nüshası da gönderilerek kitap hakkındaki ayrıntılı mütalaaları istenmiştir. Yazı şu şekildedir;

“Nafaka davaları münhasıran mehâkim-i şerîyyede fasl ve rü'yet edilmekte ve ol babbaki mesâil gerçi mu'teberât-ı kütüb-i fikhîyyede mestûr ve bunların pek çoğu ruzmerre zuhûra gelen havâdise ta'liki itibarıyla müteâref ve meşhur

³⁶⁷ İpşirli, “Hayri Efendi, Mustafa”, DİA, XVII

³⁶⁸ Bilmen, Kamus, I, 4

³⁶⁹ el-Fetâva'l-Hayriyye, Mukaddime

³⁷⁰ Kaşıkçı, a.g.e, 58

bulunmakta ise de haddi zatında ilm-i celil-i fıkha müntesib olanlarca bile akvâl-i mütehâlifeden sahihini tefrik ve havâdis-i esahhî akvâl-i fukahâyâ tatbik müteassir ve bir isabetsizlik vukûunda temyîzen tashîh-i hata ihtimâl-i dâire-i imkanda bulunmakla beraber muhâkemâtın bi'z-zarûra teceddüd ve temâdî etmesi yüzünden ekseri aczden ibâne bulunân alâka.....mütezarrır bulunduğuna.....”³⁷¹

Bütün bu meseleleri içeren, ihtilaflardan arındırılmış ve sadece müftâbih görüşleri içeren bir eser o dönemde Osmanlıda mevcut değildi ve böyle bir eserin oluşturulması zorunluluğu vardı. Böyle bir eser hem bütün insanların kolayca meseleleri öğrenmesinde kolaylık sağlayacak hem de kadı ve müftülerin işlerini daha kolay hale getirecekti. İşte böyle bir eseri vücuda getirmek üzere Fetvâhânenin alim ve fikhîçılarından oluşan bir heyet oluşturulmuş, bu heyet öncelikle nafaka, talak ve nikah ile ilgili meseleleri ihtiva eden bir eserin tedvini için çalışmaya başlamıştır. Uzun bir çalışmadan sonra, ihtilaflardan arındırılmış, sadece akvâl-i muhtarayı ihtiva eden, Türkçeye tercüme edilip yeniden tertip edilen ve “el-Ahkâmu’ş-Şeriyye fi’l-Ahvâli’ş-Şahsiyye” adıyla “Kitâbu’n Nafakât” denilen bir kitap tedvin edilmiştir.³⁷²

Kitabun Nafakatın Mukaddimesinde de buna işaret edilmiştir:

“Mesâil-i fikhîyyeyi ihâta ve gavrine vusûl hakîkaten düşvâr olup ihtilâfâtan ârî ve yalnız akvâl-i muhtâreyi hâvî âsâr şimdiye kadar meydana getirilmemiş olduğundan kazâyâ-yı şeriyye ve fetâvâ-yı şerîfe arasında bazen tezat ve tedâfu’ vâki’ olmaktadır. Binaen aleyh ihtilâfâtân ârî ve yalnız akvâl-i muhtâreyi hâvî olmak üzere câmiu’l-etrâf ve sehlû’l me’haz bir kitab vücuda getirilse umûmen nâs ve husûsen kadı ve müftiler için azîm fâidesi olacağından herkes işini vus’i mertebesinde şer’i şerîfe Tevfik etmiş olur. İşte böyle bir eser-i âlî ve hayriyyenin vücuda gelmesi emrinde fetvâhânedeki ulemâ ve fukahâdan bir “heyet-i fikhîyye” vücuda getirilerek evvel emirde nafakât ve nikâh ve talak ile müteferriâtına dair bilcümle mesâil-i muhtâranın cem’ ve tedvini makâm-ı meşîhatça tensib edilmiştir. Ve heyet-i fikhîyye bir sa’y-yı mütemâdî ile çalışarak matbu’ ve gayr-i matbu’ nice âsâr-ı fikhîyyeyi tettebbu edip bir mecmûa-i celîle vücuda getirdikten sonra ihtilâfâtân ârî ve akvâl-i muhtâreyi hâvî olmak üzere Türkçeye tercüme ve tertip edilerek “el-Ahkâmu’ş-Şeriyye fi’l-Ahvâli’ş-Şahsiyye” ismiyle tesmiyesi münasip görülmüştür.”

³⁷¹ *İstanbul Müftülüğü Meşihat Arşivi, Dâire-i Meşihat-ı İslâmiyye Tahrîrât-Mektûbî Kalemi Tebligât ve Tamim Defteri, no. 1626, 37 numaralı evrak*

³⁷² Kitâbu’n-Nafakat, Mukaddime.

Osmanlı devletinde nafaka konusunda tespit edilen beş eser bulunmaktadır. Bunların ilk üçü Arapça olup asıl bizim incelemeye tabi tuttuğumuz Kitabû'n-Nafakat (V) Osmanlıda bu konuda son olarak ortaya çıkmış bir eser olup Kitabû'n-Nafakat (IV)' ün son şeklidir.

Kitabû'n-Nafakat (I);

Fetvahanе müsevvidlerinden Ahmed Hamdi b. Muhammed et-Trabzonî tarafından hazırlanan nafaka konusunu işleyen bu kitabın dili Arapçadır. Ancak bazı Türkçe nakillerde bulunmaktadır. K.N. (II) bu cildin kaldığı yerden devam etmektedir. Ayrıca bu cildin sonunda “Birinci cilt tamamlandı. Onu ikinci cilt takip ediyor.” şeklinde bir not takip ediyor.³⁷³ Kitap hazırlanırken Hanefî fıkıh ve fetvâ kitaplarından yararlanılmış, diğer mezheplere ait kitaplardan faydalanma yoluna gidilmemiştir.

K.N. (II);

Fetvahanе müsevvidlerinden Ahmed Hamdi b. Muhammed et-Trabzonî tarafından hazırlanan nafaka konusunu işleyen bu kitabın dili Arapçadır. Eser şekil olarak K.N. (I) ile aynı özelliklere sahiptir. Telif usulü açısından da birinci cilt ile aynı özelliklere sahiptir.

K.N.(III);

Nafaka konularını içeren eserin dili Arapçadır. Ancak sonradan, Türkçe bazı açıklama cümleleri eklenmiştir. Hanefî kaynaklarından alınan nakillerin derlenmesinden oluşmuştur. Eserde Fetevay-ı Hindiyyeden yararlanılmıştır.

Kitabû'n-Nafakat (IV),³⁷⁴

Fetvâ Emini Ali Haydar Efendi tarafından, 1 Recep 1333 tarihinde hazırlanan eser, İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi 975 numarada kayıtlıdır. Zincirekli, kiraz renginde meşin ciltlidir. Ön kapakta Osmanlı arması, arkada ayyıldız işlemesi bulunmaktadır. 355x230-330x200 mm ölçüsünde, farklı satır adedinde ve 259 sayfa olarak sarımtırak beyaz kareli deftere yazılmıştır. Aile hukukuyla ilgili nafaka konusunu ele alan eserin dili Türkçedir.

Kitabı yazarken müellif başta birkaç sayfa, her iki yüzü de kullanırken sonradan sayfaların tek yüzünü kullanmaya başlamıştır. Karşı yüze ise not ve haşiyeler düşmüştür.

³⁷³ Demirci, *a.g.e*, 79

³⁷⁴ Demirci, *a.g.e*, 85

Eser, fihrist ve maddelerden meydana gelmektedir. Şunu açıklamak gerekir ki önce müellif bütün maddeleri sırasıyla yazarak tamamlamıştır. Sonradan bir heyet tarafından, hazırlanan bu maddeler üzerinde çalışma yapılarak bazı düzeltmeler yapılmıştır.

1-Eserin madde numaraları, dolayısıyla maddelerin sıralaması iki kez düzeltilmiştir. Birisi siyah diğeri ise kırmızı mürekkepli kalemle yapılmıştır. Ancak kitabın ortalarından sonuna kadar olan bölümün madde numaraları kurşun kalemle değiştirilmiştir.

2-Her madde tek tek tetkik edilerek incelenmiştir. İncelenen maddelerin ön tarafına (sağına) “muvaftır” manasına gelen Arapça olarak kaf harfi yazılmıştır. Ancak baştaki birkaç sayfada bu işaret yerine doğrudan “muvaftır” kaydı konmuştur.

3-İnceleme esnasında maddelerdeki bazı kelimeler değiştirilmiş, yerine başka kelime yazılmıştır. Bazen de maddelere eklemeler yapılmıştır.

4-Tetkik sırasında uygun görülmeyen, doğru bulunmayan bazı maddeler(örnek olarak bkz. K.N.(IV),S.165, 198, 206, 230,240),hatta bazı maddelerin bir veya birkaç fıkrası metinden çıkarılmıştır.³⁷⁵

Telif usulü;

Eser, Mecelle benzeri bir kanunlaştırma çalışmasıdır. Nafaka ile ilgili konuların, maddeler halinde düzenlenmesiyle meydana gelmiştir. Maddelerin ihtiva ettiği görüşler Hanefî kaynaklardan alınarak Türkçe’ye tercüme edilmiştir. Maddeler hazırlanırken diğer mezheplerin kitaplarına müracaat edilmemiştir. Maddelere alınan görüşler Hanefîlerin Fetvâhânece müftâ bih olan kavilleridir. Müftâ bih olmayan görüşler ve ihtilaflı meselelerdeki ihtilaflar maddelere alınmamıştır. Sadece bir veya birkaç yerde Fetvâhânece müftâ bih olmayan görüş maddeleştirilerek esere alınmıştır.³⁷⁶

Kitabû’n Nafakât(V),

Bütün bu çalışmalar içerisinde tamamlanma şansına kavuşan Kitabû’n Nfakât(V), Ali Haydar Efendi tarafından hazırlanan bir önceki eserin basılmış halidir. Tam adı “el-Cüz’ül-Evvel mine’l-ahkâm-‘ş-şerriyye fi’l-ahvli’ş-şahsiyye

³⁷⁵ *Kitabû’n Nafakat(IV), s. 210.*

³⁷⁶ Demirci, a.g.e, 86.

Kitabu'n Nafakattır.”, İstanbul 1333 ve 1334 (1915-1916) tarihlerinde İstanbul'da Matbaa-i Âmire'de iki defa basılmıştır.³⁷⁷

Basılan tek kitap olan bu kitabın kazâ ve fetvâda kaynak olarak kabul edilip edilmediğini bilemiyoruz. Ancak basılan bu eser değişik mahkemelere gönderilmiş ve belli bir süre içinde o mahkemelerden hem Kitabû'n Nafakât ile ilgili hem de uygulamada ortaya çıkan problemlerle ilgili mütâlaalarının yazılıp Meşîhata gönderilmesi istenmiştir.³⁷⁸

164 sayfadan oluşan eserin başında mukaddimesi, sonunda da fihrist ve lugatçesi bulunmaktadır. Toplam 634 maddenin bulunduğu eserde, 8 bab, 43 fasıl, 6 mebhas ve 1 giriş bilgileri yer almaktadır.

Kitabın mukaddimesinde Te'lif-i Mesâil Şubesinin kurulma sebeplerinden bazıları ve şubenin yaptığı çalışmalarda takip edilen usul ve yöntemler açıklanmıştır. Eserin telif usulü, yazma nüshası ile aynı özelliklere sahiptir.

Telif-i Mesâil Şubesi'nin Osmanlı hukuk sisteminde ne denli önemli icraatlarının olduğu ortaya çıkmaktadır. Özellikle aile hukuku alanında yaptığı tedvin çalışmaları o güne kadar ihmal edilmiş birçok meselenin çözümlenmesine sebep olmuştur.

³⁷⁷ Günümüzde de Orhan Çeker tarafından “Nafaka Kanunu” (İstanbul-1985) adıyla Latin harfleriyle yayınlanmıştır. Ayrıca Celal Erbay tarafından “İslam Hukukunda Evlilik Ve Hısımlık Nafakası” adıyla yapılan doktora tezinde (İstanbul 1998, II. Yayın) ve Ömer Nasuhi Bilmen'in “Hukuk-i İslamiyye ve Islahât-ı Fıkhiyye Kamus”unda, Kitabû'n Nafakât (V)'tan kaynak olarak yararlanılmıştır.

³⁷⁸ Demirci, *a.g.e.*, 78

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. KİTABÛ'N-NAFAKÂT (V)' IN TÜRK MEDENİ KANUNUNUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

4.1.Günümüz Medeni Hukukunda Nafakayla İlgili Genel Bilgiler

Medeni kanunun 185. ve 186. maddesi ve onu takip eden maddeleri öncelikle koca ve bazı hallerde karıya, 322 ve diğer maddeleri ana, baba veya evlat edinenle ilgili düzenlenmiştir. Bunun yanında bazı kimselere bazı kimselerin iâşe ve bakımını sağlamakla ilgili bazı sorumluluklar verilmiştir. Yine zorda kalan hısımlara maddi durumu iyi olan yakınlarının yardım etmesini zorunlu hale getiren müesseseler de belirtilmiştir.³⁷⁹

Günümüz Medeni hukukunda bütün bu sorumluluklar, “Bakım” ve “Yardım” yükümlülüğü olmak üzere iki başlık altında incelenebilir.³⁸⁰

Osmanlı Nafakalar Kanun Kitabını günümüz hukukunda nafaka konusuyla karşılaştırmaya geçmeden önce kısaca bakım ve yardım nafakalarının mahiyetini incelemekte yarar olacağı kanaatindeyim.

Bakım yükümlülüğünün kapsamı:

“Bakım yükümlülüğü” evlenme ve doğum hadiseleriyle ortaya çıkar. Evlenmeyle, kocaya ve istisnai olarak bazı şartlarda karıya bu yükümlülüğü verir, doğumla da ana babayı ortak çocuklarının bakım ve yetiştirilmesi konusunda sorumlu kılar.

Bakım yükümlülüğünün gayesi, alacaklısı durumunda olan şahsın yaşamasını temin ve tedarik edecek, bakım, ihtimam ve yardımı kendisine sağlamaktır. Ancak bakım mükellefiyetinin alacaklısı, kanunca özel olarak himayeye

³⁷⁹ Yılmaz, Ergenekon, *Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları*, İstanbul, 1966, s. 3.

³⁸⁰ Feyzi Necmettin, Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1979, s. 653 vd.

muhtaç görülmüş olduğu için, bu şahıs başka bir yerde müstakil olarak ve devamlı bir gelire sahip olmuş olsa bile yükümlülük, prensip olarak devam eder, sükût bulmaz. Bakım yükümlülüğü zaruretten doğan yardım yükümlülüğünden bu yönüyle farklılık gösterir.³⁸¹

Bakım yükümlüsü olan kişi, bakmaya mecbur olduğu kişinin şu ihtiyaçlarını karşılamalıdır;³⁸²

Maddi ve fiziki ihtiyaçlar: M.K.'nun 185. ve 186. maddelerinde eşler güçleri oranında evlilik birliğinin giderlerine katılmakla beraber mali ve sosyal durumlarına uygun meskeni birlikte seçerler.³⁸³

Manevi ihtiyaçlar: Bu ihtiyaçlar çocuğun yetiştirilmesiyle ilgili masrafları kapsar. M.K.'nun 327., 328. ve 340. maddelerinde açıklandığı gibi çocuğun yetiştirilmesi, bedenî ve fizikî kabiliyetine göre bir meslek edinmesini sağlamak anne babanın vazifesidir.

Bakım yükümlülüğünde alacaklının veya borçlunun durumlarındaki değişiklikler veya yükümlü kişinin mali durumunda oluşan kötüleşme gibi sebeplerle yükümlülük ortadan kalkmayabilir ve bununla birlikte değişebilir.³⁸⁴

Bakım yükümlülüğü uygulamada, Siyanet Nafakası, Tedbir Nafakası ve İştirak Nafakası olarak incelenir.

1-Siyanet Nafakası: Evlilik birliğinin devamını sağlamak ve çocuklarının bakımını temin etmede eşlerin beraber yükümlü olduğu Medeni Kanunun 185/2 maddesinde “Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.” ve 186/3 maddesinde “eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.” şeklinde yer almaktadır. Aynı zamanda M.K.'nun 195. maddesi gereğince karı kocadan birinin aile içi görevleri ihmal etmesi durumunda tarafların mahkemeye başvurma yetkisi vardır.³⁸⁵ Hakim, taraflara gereken uyarıyı yapar ve gerektiği durumda kanunlarda belirtilen önlemleri alır. Taraflardan her birinin, diğerinin başvurusu isteği üzerine ailenin geçimine sağlayacağı ödemesini

³⁸¹ Ergenekon, *a.g.e*, 4

³⁸² Erbay, *a.g.e*, 5

³⁸³ Ergenekon, *a.g.e*, 5

³⁸⁴ M.K., mad. 331

³⁸⁵ M.K., mad. 195 ”Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilir....”

isteyebilir.³⁸⁶ Evlilik birliğinin devamı süresince bu birliğin siyaneti (muhafazası) için karar altına alınan nafakaya “Siyanet Nafakası” denilmektedir.

2-Tedbir Nafakası: Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermesi haklı bir sebebe dayanıyorsa, hâkim eşlerden birinin talebi üzerine, diğerinin diğerine yapacağı katkıya dair gereken önlemleri alır.³⁸⁷ Buna “Tedbir Nafakası” denilmektedir.

Boşanma ve ayrılık davası süresince eşlerin ayrı yaşama hakları olduğu için, M.K. madde 169’a³⁸⁸ göre hâkim bu durumdaki eşlerin maduriyetlerini gidermek için gerekli önlemleri alır.

3- İştirak Nafakası: M.K. 182/II ’e göre “Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.” Bu maddeyle boşanmadan sonra çocuk anne babadan birisinin velayetine bırakılmış olduğundan çocuğun yetiştirilmesinde gerekli masrafların karşılanmasında diğer tarafın da bu bakıma iştirak ettirilmesi amacı güdülmüştür. Bu şekilde karşı tarafın da iştirak etmek zorunda olduğu ve miktarının mahkeme tarafından karşılandığı nafakaya “İştirak Nafakası” denilmektedir. Mahkeme bu nafakaya karar verirken bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini de belirler.³⁸⁹

İştirak nafakası çocuğun ergin olmasına kadar devam etse de eğer tahsil gören çocuğun başka bir işte çalışıp para kazanması eğitimi aksatacaksa, yüksek öğrenimi bitene kadar bu nafakayı talep etme hakkı vardır.³⁹⁰

Yardım Yükümlülüğü;

Yardım edilmediği takdirde zarurete düşecek durumda olan kimselere verilen nafakadır. Bu nafaka belli kan hısımlarını ve evlat edinenle evlatlığı kapsar. M.K. mad.364’te düzenlenen Yardım nafakası, diğer nafaka çeşitlerinden bazı farklılıklar gösterir. Belli kan hısımlarını ilgilendirmekle karşılıklı dayanışmayı öngördüğü için ahlak ve hukuk birlikte bu nafakanın kapsamını belirler. Ancak

³⁸⁶ M.K., mad. 196

³⁸⁷ M.K., mad. 197/ 2.

³⁸⁸ M.K. 169 “Boşanma ve ayrılık davası açılınca hâkim, dava süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemler alır.”

³⁸⁹ M.K., mad. 182/III.

³⁹⁰ M.K., mad. 328

yardım edilmezse zarurete düşecek olan belli kan hısımları bu nafakaya hak sahibidirler, nafaka miktarı ise bu zarureti kaldıracak ölçü ile sınırlıdır.³⁹¹

M.K. md. 364/I’ te ”herkes yardım etmediği surette zarurete düşecek olan üstsoyu ve alt soyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.” denilmektedir. Sayılan kan hısımları dışındaki hısımlara sağlanan nafaka hukuki bir sorumluluk değil ahlaki bir sorumluluktur. Bu maddede sayıldığı gibi yardım nafakası sadece belli kan hısımlarını kapsar. Bunların dışındaki sıhri hısımlar arasında nafaka yükümlülüğü yoktur. Ayrıca evlatlıkla evlat edineni kapsar.³⁹²

Davalı usûl ve fûrû’un nafaka borçlusu olabilmeleri için refah halinde olmaları gerekmez. Karşı tarafın zarureti ortadan kaldıracak kadar az veya çok ödeme imkânlarının olması yeterlidir. Kardeşlerin davalı olduğu durumda ise refah içinde bulunmaları şartı aranmıştır.³⁹³

Yardım nafakası alacaklı ve borçlunun durumlarında olabilecek değişikliklere göre azaltılıp çoğaltılabilir veya kaldırılabilir.³⁹⁴

Yardım yükümlülüğü uygulamada “Yardım Nafakası” ve “Yoksulluk Nafakası” olmak üzere iki başlık altında incelenebilir;

Yoksulluk Nafakası;

Yoksulluk Nafakasının söz konusu olması için bazı şartlar gerekmektedir. Bu şartlar M.K. madde 175’te şu şekilde belirtilmiştir; “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.”

Görüldüğü gibi her boşanmadan sonra “Yoksulluk Nafakası” söz konusu olmaz, hâkimin bu nafakaya hükmedebilmesi için yukarıda açıklanan şartlar geçerli kabul edilmiştir.

4.2. Kitabû’n-Nafakât (V)’ın Türk Medeni Kanunu İle Karşılaştırılması

4.2.1. Karının, Diğer Hısımların Nafakası ve Kapsamı

K.N. mad.99: Karının nafakasıyla akrabanın nafakası arasında aşağıda anlatıldığı şekillerde farklılıklar vardır.

³⁹¹ Erbay, *a.g.e*, 9

³⁹² M.K., Mad. 314.

³⁹³ M.K., Mad. 364/II.

³⁹⁴ M.K., mad. 365.

Karının nafakası, kocanın zenginlik veya fakirlik durumuna göre değişiklik arz ettiği halde, çocukların ve diğer akrabaların nafakaları yeterli miktarda tayin edilir.

Karının nafakası, hâkim kararı veya tarafların rızalarıyla kararlaştırıldıktan sonra zamanın geçmesiyle düşmez fakat akrabanın nafakası ay ve bunun üstü zamanın geçmesiyle düşer.

Akrabanın nafakasının lüzumunda, o akrabanın fakirlik veya kötürüm olma gibi bir sebeple çalışıp kazanmaktan aciz olma hali şart koşulmuşken, karının nafakasında bu şart aranmamıştır.

Akrabaya verilen nafaka çalınsa veya zayi olsa tekrar verilmesi kaçınılmazken, karının nafakasını bu durumda tekrar vermek gerekmez.

K.N.Mad.224: Karının nafakasında tarafların zenginlik ve fakirlik hallerinin dikkate alınması gereklidir.

Taraflar zengin olurlarsa kadının nafakası zenginlik ölçü alınarak tayin edilir. Hatta zenginlikte üst seviyede bulunsalar kadına ona göre nafaka verilmesi gerekeceği gibi, tarafların orta halli olmaları durumunda da ona göre nafaka takdir edilir.

Nitekim taraflar fakirseler fakirlerin durumuna göre nafaka yeterli miktar olarak takdir edilir.

K.N.Mad.225: Koca zengin ve karısı fakirse, karısının fakir durumuna göre gerekli olacak nafakanın üstünde ve karısı zengin koca fakirse gerekli nafakanın altında olmak üzere orta miktarda bir nafaka gerekir.

K.N.Mad.226: Kadının zenginlik ve fakirliği kendi şahsının malından olabildiği gibi, babası gibi ailesinin maddi durumu da ölçü sayılabilir ve ona göre takdir edilebilir.

Medeni Kanunda da eşlerin bakım borcunun kapsamı eşlerin bakım gücüyle sınırlıdır. Bakım gücü ise her zaman mutlak bir şekilde eşlerin fiilen elde ettiği gelire göre tayin edilemez. Kocanın normal şartlar içerisinde çalıştığında elde edebileceği kazancın dikkate alınması ve bakım gücünün buna göre tayin edilmesi mümkün olabilmektedir. Yani koca sırf karısına nafaka ödememek için çalışmaktan kaçınamaz.³⁹⁵

K.N. Mad.71: Farz ve takdir edilen nafakanın miktarında devamlılık lazım değildir. Belirlenmiş nafakanın artması ve eksilmesi caizdir. Yani yeterli olan miktardan daha az bir nafaka takdir edilmişse talep üzerine arttırılabilir. Mesela satılan şeylerin

³⁹⁵ Feyzioğlu, Aile Hukuku, s. 208.

fiyatlarında gerçekleşen artışlar sebebiyle, talep üzerine nafakada arttırma yapılabilir. Azalma ve indirimlerde de hüküm böyledir.

K.N. Mad.222: Nafakanın belirlenmesinde fiyatların pahalı ve ucuz olması, tarafların zenginlik ve fakirlik halleri, yaz ve kış vakitleri dikkate alınarak marufa göre takdir edilir.

K.N. Mad.223: Takdir edilen nafakanın aynı şekilde devamı gerekli değildir. Bir durumda takdir edilen nafaka pahalılıkta veya eşlerin zenginlik ve fakirlik durumlarında değişiklik meydana gelince artar veya azalır. Nitekim hâkim hata yaparak yeterli miktarın altında takdir etse, kadının talebiyle artabileceği gibi hâkimin hatasına bağlı maruf ölçüden fazla takdir edilse kocanın talebiyle azalabilir.

Nafaka, hâkimin hükmüyle tespit edildiğinde fiyatlardaki değişiklikler sebebiyle taraflar nafaka tespiti için tekrar talepte bulunabilirler.³⁹⁶ Koşullar değiştiğinde, taraflardan biri, hakime kararında değişiklik yapması için başvurabilir.³⁹⁷

K.N. Mad.75: Akrabanın nafakası ve giyimi teslimden sonra zayi olsa tekrar verilmesi gerekir. Mesela babaya erkek çocuğunun nafaka vermesi gerektiği durumda, erkek çocuk bir aylık nafaka ile bir aylık giyimi peşin olarak verdikten sonra, baba “Zayi oldu tekrar isterim.” derse ve doğru söylediğine kanaat getirilirse, erkek çocuk tekrar vermeye mecburdur.

Fakat kadının nafakası ve giyimi teslimden sonra zayi olsa kocası bundan mesul değildir ve tekrar vermesi gerekmez. Kadın, hakkı olan giyim eşyasını aldıktan sonra hukuken veya akdi olarak kararlaştırılan süre dolmadan nafaka borçlusu kocasından yenisini isteyemez. Fakat kadın elbiseyi itinalı bir şekilde kullanmış olduğu halde, kendi kusuru dışındaki bir sebeple, elbise vaktinden önce eskiyecek olursa koca yenisini teminle mükelleftir. Şayet kadın elbiseyi gelişi güzel kullanmışsa veya elbise hasara uğramışsa, sorumluluk tamamen kadına aittir.

K.N. Mad.70: Vacip nafaka çeşitleri; ekmek veya un, içmek, yıkanmak ve çamaşır yıkamak için su, tuz, odun, yağ, mum, tarak ve sabun gibi adet icabı yaşamak için gerekli olan şeyler, elbise ve meskenidir. Yani nafaka verecek kimsenin üzerine vacip olan nafaka; yiyecek, giyecek ve mesken, nafaka alacak kimse süt emen bir çocuksa

³⁹⁶ Cin, *Evlenme*, 198

³⁹⁷ M.K., mad. 200

süt parası, nafaka alan kimse kötürüm gibi bir sebeple hizmetçiye ihtiyaç duyuyorsa hizmetçi ve onun nafakasından ibarettir.

K.N. Mad.76: Hayatında infaka mecbur olduğu kimsenin vefatında da teçhiz ve tekfinine mecburdur. İnfakına mecbur olunmayan kimsenin tekfinine de mecburiyet yoktur. Amca çocukları, hala çocukları, teyze çocukları v.s.

K.N. Mad.228: Kadın için vacip olan nafakanın mal olarak un, ekmek, içmek ve yıkanmak için su, tuz, odun, yağ ve mum olması gerekir. Koca zengin ise bir çeşit yemiş, sabun ve tarak gibi gerekli malzemeler, elbise ve meskenden ibarettir. Fakat kahve tütün gibi şeyler koca üzerine gerekmez.

K.N. Mad.229: Karısının elbisesi kocası üzerine gereklidir. Bu elbise, adet, zaman ve mekânların farklılığıyla değişir. Kocanın adet, zaman ve mekânı dikkate alarak ve ayrıca sıcak, soğuk hava değişimini de düşünerek her altı ayda bir yazlık ve kışlık farklı elbise tedarik etmesi gereklidir.

K.N. Mad.230: Kocanın elbiseyi diğer nafakalar gibi muaccelen vermesi gerekir. Yoksa vermesi gereken zamanın geçmesinden sonraya erteleyemez.

K.N. Mad.231: Hâkim elbiseyi dilerse mal olarak yani çarşaf, çamaşır, gömlek, elbise, başörtüsü, ayakkabı, yatak, yorgan, yastık şeklinde takdir eder. Veya isterse kıymetlerini dikkate alarak para olarak verilmesini kararlaştırır.

Koca giyim ihtiyacını karşılamak mecburiyetinde olduğu karısının teçhiz ve tekfin masraflarını da karşılamak zorundadır.³⁹⁸

K.N. Mad.159: Kadın, kocasının başka karısından olan çocukları küçük oldukları takdirde “Bunlarla oturmam başka mesken isterim.” diyemez. Dediği ve kendisini kocasından menettiği takdirde nâşize olur.

K.N. Mad.279: Meskenin de nafaka gibi eşlerin zenginlik ve fakirlik hallerine uygun, marufa göre olması gerekir. Şu bir gerçek ki, zengin evi fakirin evi gibi olmayacaktır.

K.N. Mad.280: Şer’î mesken, kocanın karısına tahsis edeceği mekândır ki nasın, örf ve adetin ihtilafıyla farklı olur. Mesela zengin şerefli kadın için müstakil bir ev tahsis edilmesi gerekeceği gibi orta halli kadın için hakkında de banyo ve mutfakıyla beraber müstakil kilidi bulunan oda tahsis edilmesi gerekir. Fakat fakir kadın için banyo ve mutfak ortak, kilidi bulunan bir oda şer’î mesken olabilir.

³⁹⁸ Özcan, *Nafaka Mükellefiyeti*, 78

K.N. Mad.281: Mesken, emniyetli bir yerde iyi komşular arasında olmalıdır. İyi komşular arasında bulunmayan mesken, şer'î mesken olamaz.

K.N. Mad.282: Kadına ait meskende kocanın akrabalarından kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak kadın razı olursa bulunabilecekleri gibi, diğer karısından olan küçük çocuklarının bulunmasına da karşı çıkma hakkı yoktur.

K.N. Mad.283: Kocanın karısının yakın akrabalarından bulunan kimseyi ve hatta karısının diğer kocasından olan çocuğunu evinde bulundurmamaya hakkı yoktur. Ev gerek kendi mülkü gerek kira gerek geçici olsun durum değişmez.

K.N. Mad.284: Kadın, kendi evini kocasına kiralayarak kendisi de birlikte oturabilir. Ve koca, karısı kendisiyle birlikte oturduğu halde bile kira vermekten kaçınamaz.

Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler.(186/I). Eşler, evi seçme haklarını, sosyal ve parasal durumuna uygun düşecek biçimde ve dürüstlük kuralına³⁹⁹ uygun olarak kullanmalıdırlar. Osmanlı hukukunda bakım borcu sadece kocaya aitken günümüz Medeni Hukukunda bu yükümlülüğü eşler birlikte üstlenirler.⁴⁰⁰ M.K. mad. 185'deki bakım borcu MK. mad. 364'deki nafaka borcundan gerek nitelik gerekse kapsam itibarıyla farklıdır. Bakım borcu daha geniştir ve durum MK. mad. 364'teki şartlara uymasa da (yani, herkes, yardım etmediği takdirde taktirde zarurete düşecek durumda bulunmasa bile) bu borcun ifası zorunludur.⁴⁰¹

K.N. Mad.44: Evlilikten maksat sahih evlilikdir. Fasit nikâhla gerçekleşmiş bir evlilikte kocanın nafaka vermesi gerekmez. Görünüş itibarıyla sahih olan nikaha binaen hakim nafaka taktir ettikten sonra, kadının sütkardeş olması veya nikahın şahitsiz olarak kıyıldığı anlaşılrsa ve hakim tarafların ayrılmasına hükmetse, karının aldığı nafakayı zamanla eşine iade etmesi gereklidir. Fakat hâkimin kararı olmaksızın koca kendi rızasıyla infak etmiş olsa nafakayı geri alamaz. Fasit veya batıl olan evlenme nafaka borcu doğurmaz. Ancak şartlarına uygun muteber nikâh, nafaka borcunu doğurur.

K.N. Mad.296: Kocanın, karısını infaktan aciz kaldığı takdirde kadından zararı izale etmesini istemesi ya da karısını boşaması veya infak sebeplerini hazırlaması koca üzerine vaciptir.

³⁹⁹ M.K., mad. 2”Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır...”

⁴⁰⁰ M.K., Mad. 185.

⁴⁰¹ Feyzioğlu, a.g.e, 187, dn. 105

K.N. Mad.297: Hem koca, hem de kadın fakir olup, kadının akrabasından o kadını infak edecek kimse olmadığı gibi borç verecek kimse dahi olmazsa ve koca hazır bulunduğu durumda hâkimin, Şafii bir hakimi görevlendirerek kadını kocasından ayırması ve sonra da bu hükmü kendisi yerine getirmesi müstahsen olur.

Türk Medeni Kanunu md. 185/1'in ifadesine göre "evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği vücut bulur." Evlilik birliği, MK. 186/III' e göre eşlere maddi güçleri nispetinde beraber bakım borcu yüklemiştir. Uygulamada eşler çocuklarının nafakasını karşılamak tarzında bu görevini yerine getirir. Böylece eşler "evlilik birliğinin" başından itibaren bakım borcunu "bakım gücü" ölçüleri dâhilinde yerine getirecektir.

Medeni Kanunda eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması, evlenmeye mani olacak derecede akıl hastalığının olması ve ayırt etme gücünden yoksun olması gibi sebeplerle evlilik batıl kabul edilmiştir.⁴⁰² Batıl bir evlilik ancak hakimin kararıyla sona erer.⁴⁰³

K.N. Mad.121: Karının nafakası sadece kocası üzerine gerekir. Başkası nafakaya ortak kılınamaz. Küçük erkek çocuğun evlendirilmesinde maslahat (geçerli bir sebep) bulunup ta baliğ olmuş bir kız çocuğuyla evlendirilmiş olsa adı geçen kocanın küçüklüğü sebebiyle kazanmaya muktedir olmaması durumunda bile karısının nafakası küçüğün babası üzerine gerekli değildir. Nitekim bir kadının kocası fakir olup da o kadının diğer kocasından olan oğlu veya erkek kardeşi zengin olsa kadının nafakası oğlu veya kardeşi veya babası üzerine gerekmez, özellikle kocası üzerine gereklidir.

K.N. Mad.122: Koca zengin olmakla beraber karısına infaktan kaçınsa araları ayrılmaz. Hakim kocanın malını satarak karısının nafakasına harcar. Şu da var ki, mesken gibi asıl ihtiyaç olan malları satılamaz. Ve hâkim kocanın satılmaya müsait malını bulamazsa infak etmeyen kocayı hapseder.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre evlilikte nafaka borçlusu sadece kocadır. Bu borca başkası ortak olamaz. Kocanın zengin, fakir, kayıp veya hazır, hasta ve sakat olması durumu değiştirmez. Kadının da zengin olması alacaklı olmasını etkilemez. Fakat böyle durumlarda Hanefi dışındaki

⁴⁰² M.K., mad. 145

⁴⁰³ M.K., mad. 156

mezheplere göre karı mahkemeye nikâhın feshi için müracaat edebilir. Boşanan karının nafakası akrabaları tarafından karşılanır.

Türk Medeni Hukukunda “bakım borcunu” eşler beraberce üstlenirler. Nitekim M.K. mad. 188/I 'de “Eşlerden herbiri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder.” şeklinde bu sorumlulukta eşlerin ortak oldukları belirlenmiştir. Ancak diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya hakimin haklı bir sebeple diğer eş görevlendirmesi gibi şartlar altında bakım borcunu eşlerden biri üstlenir.⁴⁰⁴ Evlilik birliğinin gerektirdiği yükümlülükler yerine getirilmemesi halinde, eşlerin hâkime müracaat etme hakları vardır. Hâkim eşlerin arasını uzlaştırmaya çalışır veya eşlerden birinin isteği üzerine gerekli önlemleri alır.⁴⁰⁵

Mesela, askerlik görevini yapmak üzere başka yerde bulunan ve şahsi geliri de olmayan koca, eşine nafaka vermekle yükümlü tutulamaz.⁴⁰⁶ Hâkim, eşlerden birinin talebi üzerine, tarafların ailenin geçimi için yapacağı katkı miktarını belirleyebilir.⁴⁰⁷ Bu katkı miktarı belirlenirken, eşin ev işlerini yapması ve çocuk bakması, diğer eşin işinde çalışması gibi durumları dikkate alınır. Geçmiş bir yılın veya gelecek yıl için de bu katkı belirlenebilir.

K.N. Mad.62: Karının nafakası boşanmış olduğu kocası üzerine gerekir. Kadın fakir veya zengin olsun aynı şekilde koca da zengin veya fakir olsun gerek hazır gerekse kayıp olsun veya küçük olsun nafaka borcu kocanın üzerinedir. Nitekim koca küçük olmakla beraber malı bulunmasa da kocanın babası üzerine bu nafakayı vermesi gerekmez.

Nafaka alacaklısı olan eş, nafaka borçlusu kocasına karşı her zaman nafaka talebinde bulunabilir. Ancak, usulüne uygun olarak önceden tespit edilmemiş nafaka alacağı bir aylık zaman aşımına tabidir. Hâkim tarafından takdir edilen nafaka, takdir tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Türk Medeni Hukukunda, talep tarihi nafakanın başlangıç tarihidir.⁴⁰⁸

K.N. Mad.359: Hayız sahibi olan kadının iddeti üç hayız müddetiyle biter. Fakat o kadın, temizliği devam ediyorsa iddeti dokuz ay ve hayız sahibi olmayan kadının iddeti de üç ay geçtiğinde biter.

⁴⁰⁴ M.K., mad. 188/II

⁴⁰⁵ M.K., mad. 195.

⁴⁰⁶ Y. 12.12.1966 günlü ve 5/11 sayılı İçt. Bir. Ka.)

⁴⁰⁷ M.K., mad. 196

⁴⁰⁸ Y. 2. HD. 28. 5. 1970-2688/3226

Türk Medeni Hukukunda, doğacak olan çocuğun nesebinin tespitinde herhangi bir karışıklığa meydan vermemek için, kocanın ölümü veya boşanma sebebiyle dul kalan, yahut evliliğinin butlanına hükmedilen kadın bu durumlarının vukuundan itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez. Doğurmakla süre biter.⁴⁰⁹ Medeni Kanunun ilgili maddesinde kadının hayatını sürdürebilmesi ve zaruri ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için hakimın hükmedeceği “İddet nafakası” şeklinde bir durum olmamakla beraber bunu karşılayabilecek Tedbir Nafakası ve Yardım Nafakası şeklinde iki durumdan söz edebiliriz.

4.2.2. Tedbir Nafakası

Boşanma davasında kadın, dava kararı kesinleşene kadar ayrı yaşamaya hak kazanmış olduğu⁴¹⁰ kocasından bakım borcunu istemeye hakkı vardır.⁴¹¹

Yoksulluk nafakası; Medeni Kanunun 175. maddesine göre “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.” Daha önce belirttiğimiz gibi bu durum istisnai bir durumdur her boşanmada bu nafaka söz konusu değildir.

Evliliğin sona ermesi neticesi doğan tedbir nafakasının, nafaka yükümlülüklerinden olması sebebiyle İslam Hukukunda iddet nafakası ile ilişkili olduğu düşünülmektedir.

K.N. Mad.139: Kadın, şer’î ve örfî olan peşin mehrini talep edip, koca da tamamen ödemezse karısı, zifaktan kaçınsa bile yine kocasından nafaka almaya hakkı olur.

K.N. Mad.149: Kocanın karısı üzerindeki hakkı farzı kifayeden önceliklidir. Karısı ebe veya ölü yıkayıcısı olup ta başka ebe veya ölü yıkayıcısı bulunduğu zaman koca, bu sanatları icradan karısını menedebilir. Ve menetme olayından sonra kadın evden çıkarsa naşize (itaatsiz) olur. Fakat koca menetmedikçe karısı bu işleri yapmak için evden çıkabilir.

K.N. Mad.150: Farzı ayn zevcenin hakkından öncedir. Yani koca izin vermediği halde karısı mahremiyle farz hacca gidebileceği gibi, ebeveyni hasta ve hizmete

⁴⁰⁹ MK. mad. 132”evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez.”

⁴¹⁰ MK. mad. 197

⁴¹¹ Y. 2. HD. 7. 5. 1974-2017/2830

muhtaç olup ta hizmet edecek kimse bulunmazsa karısı ebeveyninin hizmetine gidebilir. Fakat karısı bu durumlarda nafakaya hak sahibi olamaz.

K.N. Mad.154: Karısı, kendini haksız yere kocasından menetse nâşize ve nafakası sakıt olur. Fakat kadının kendini menetmesi haklı bir sebeple ise nâşize ve nafakadan mahrum olmaz.

K.N. Mad.155: Mesela, kocası muaccel mehrini tamamen vermiş veya karısı mehri kocasına hibe etmiş olsa ya da mehirden vazgeçmiş olsa ve koca şerî meskeni de hazırlamışken karı zifaktan kaçınsa nâşize ve nafakası sakıt olur.

K.N.Mad.160: Kocanın namaz kılmamasından dolayı karısı, kocasının yanında ikamet etmekten kaçınmaz. Aksi takdirde nâşize olur.

K.N. Mad.161: Koca nikâhı iddia ve karısı da inkâr ederse, koca şahit getirip nikahın olduğunu ispatladığı takdirde, hükmün gerçekleşmesinden önceki müddette karısı nafakaya hak sahibi olamaz.

K.N. Mad.173: Karısı ebe veya ölü yıkayıcısı olup ta bu sanatları icradan ve dışarıya çıkmaktan karısını menettikten sonra karısı dışarı çıksa dışarıda bulunduğu müddetçe nâşize olur.

K.N. Mad.202: Koca, karısına hiç nafaka vermediği veya yetersiz infak ettiği durumda karısı hâkime başvurabilir.

K.N. Mad.203: Karısı hâkime nafaka takdir etmesi için müracaat ettiğinde, hâkime düşen eşler arasında uzlaşmayı tesis ederek, birlikte yemelerini tavsiye ve nasihat etmektir.

K.N. Mad.259: Koca, sefer mesafesi veya sefer mesafesinden az bir yerde kaybolur, gizlenir ya da ölü veya diri olup olmadığı bilinmezse ve böyle bir durumdan dolayı mahkemeye gelmesi mümkün olmazsa gıyabında karısı için nafaka takdir edilmesi sahih olur.

K.N. Mad.260: Kadın için kayıp koca üzerine nafaka takdir edilmesi için, o kocanın malı yoksa evliliklerinin delille sabit olması şarttır. Hâkim nafaka takdiri için kadından evliliği ispat etmek üzere şahit ister. Ancak ispat ederse nafakayı takdir eder.

K.N. Mad.263: Kadın için kayıp koca üzerine var olan malından nafaka takdir edilirken, hakim kadına yemin ettirir. Yani kayıp kocanın kendisine nafaka vermiş olmadığına ve kendisi o anda nâşize veya iddeti bitmişse boşanmış kadın olmadığına yemin etmek zorundadır.

K.N. Mad.288: Kayıp koca aleyhine kadın için nafaka takdir edildikten sonra, o kadın bir müddet kocasının malından nafaka harcar ve akabinde koca döner ve nikâhlı olduklarını ikrar ederse, ayrıca mesela beş senelik nafakayı karısına peşin vermiş veya gurbetten göndermiş olduğunu iddia eder ve karısı da bunu inkâr ederse, bu durumda koca, iddiasını şahitle veya delille ispat ettiğinde karısı aldığı tazmin etmek zorunda kalır. Yani o kadının kocasının evinden, emanetçiden veya borçludan almış olduğu malı zamanla iade etmesi gerekir. Bu durumda koca dilerse kadından veya kefilinden, dilerse bir miktarını birinden kalanını diğerinden talep eder ve alır.

K.N. Mad.289: Koca delil getiremezse önceki maddedeki durumda, kadına yemin ettirilir. Kadının yemini yeterli olup artık kefile yemin ettirilmez. Kadın yemin ederse koca, o kadından veya kefilinden bir şey talep edemez.

K.N. Mad.290: Koca nikâhı inkâr ederse, kadının evliliklerini delille ispat etmesi gerekir. Edemez ise söz yeminle kocanıdır. Bu takdirde koca, karının aldığı malı kadından veya kefilinden tazmin ettirir. Yoksa müstevda (emanet edilen) veya medyuna (borçlu olan) tazmin ettiremez.

M.K.'da karı-kocadan biri aile görevlerini ihmal ederse, karşı taraf sulh hakiminin müdahalesini talep edebilir.⁴¹² Talep etme hakkı iki taraf için de geçerlidir. Kocadan kaynaklanan ihmaller kariya talep hakkı vereceği gibi karıdan kaynaklanan ihmaller de kocaya bu hakkı verir. Hakim de ilk planda görevini ihmal eden tarafa ihtarda bulunur.⁴¹³ Hakim, kocanın aile görevlerini ihmal etmesi durumunda başka bir tedbir daha alabilir ki, M.K. 198'te geçtiği gibi "karı-kocanın mallarını idare hususunda kabul ettikleri usul ne olursa olsun karı ve kocanın borçlularına, borçlarının tamamı veya bir kısmını diğer eşe ödemelerini" de emredebilir. Meslek ve iş seçiminde eşler birbirinden izin almak zorunda değildir, ancak evlilik birliğinin huzur ve yararı gözönünde bulundurulmalıdır.⁴¹⁴

K.N. Mad.207: Borçlanma veresiye mal almakla olabileceği gibi ödünç para almayla da olur. Hâkim kadına "bundan sonra kocana müracaat etmek için et ve ekmek ve elbise gibi ihtiyaçları satın al" demekle istidane (borç almak)' yi emretmiş olduğu gibi karısına "borç para al" demekle de istidaneye emretmiş olur.

⁴¹² M.K. mad. 197

⁴¹³ Y. HGK. 13. 9. 1944-38/40

⁴¹⁴ M.K., mad. 192

K.N. Mad.303: Kadın birinden borç alırken kocası adına aldığını açıkça söylese, borç verenin doğrudan doğruya kocaya müracaat hakkı olur. Fakat açıkça söylemediği gibi, niyet etmese borç veren sadece kadına müracaat eder. O da sonra kocasından alır ve harcar.

K.N. Mad.304: Kadın borç alırken kocası adına aldığını yalnız niyet edip sözle söylemediği takdirde, koca niyeti kabul ederse, borç veren kişi kocaya müracaat edebilir. Koca, niyeti inkâr ederse, kocanın sözüne itibar edilir.

K.N. Mad.310: Kadın hâkimin takdirinden fazla bir miktar borç alırsa, koca bu artan miktarı vermeye mecbur değildir.

K.N. Mad.311: Koca, karısı için harcama yapmasını bir kişiden isteyip, “sonra harcadığını ben vereyim.” derse, o kimse harcadığı maruf meblağı kocadan alır. Ve koca vefat etmişse mirasından talep eder. Kadından talep edemez.

K.N. Mad.317: Kadın hâkimin emriyle fiilen borç aldıktan sonra sonra vefat ederse, borçlu dilerse kocadan ister ve harcar. Dilerse kadının terikesine müracaat eder. Bu durumda kadının mirasçıları kendi hisseleri miktarınca kocaya rücû ederler.

Kadın mahkemenin verdiği yetkiye dayanarak gerekli açıklamayı yaparak veya borç almak niyetiyle üçüncü kişilerden borç almışsa ve bu durumu da ispat edebiliyorsa, üçüncü kişiye ödemeyi koca yapacaktır. Eğer, kocası adına borç aldığını açıklamazsa, daha sonra kocaya müracaat etmek üzere üçüncü şahıs kadından alacağını talep eder. Aynı şekilde niyet şartını da yerine getirmemişse yine aynı durum gerçekleşir. Kadın niyet etmiş fakat koca inkâr ediyorsa, kadın niyetini delil ile ispatlamak durumundadır. Eğer ispatlayamazsa kocaya yemin ettirilir ve alacaklı kadından alacağını tahsil eder. Sonradan kocaya rücû edilecektir. Borçlanmadan sonra kadın ölürse, alacaklı isterse terikesinden, isterse kocasından tahsil eder. Terikesinden tahsil edilen miktar varisler tarafından sonradan kocadan talep edilebilir.

Medeni Kanunda bu duruma mad. 198’de şu şekilde yer verilmiştir:
“Eşlerden biri birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim onun borçlularına ödemeyi kısmen ya da tamamen diğer eşe yapmalarını emredebilir.”

4.2.3. Yardım Nafakası

Esasta ahlakî bir amaç olan yardım yükümlülüğü, hukukun tayin ettiği derecede yakın hısımlar arasında bahis mevzuu olunca müeyyidelendirilmiş kanunî

bir borç özelliğini kazanmaktadır.⁴¹⁵ Hısımlık nafakası evlilik nafakasından bazı farklılıklar içerir. Evlilik nafakasından tek yükümlü kocadır, hısımlık nafakasından ise yükümlülük karşılıklıdır. Alacaklı olan gerektiğinde borçlu duruma da geçebilir. Ayrıca hısımlık nafakasından alacaklı olan taraf mutlaka zaruret içinde olmalıdır, evlilik nafakasından karı zengin olsa da alacaklı durumundadır.⁴¹⁶

Hısımlık nafakası genel olarak Türk Medeni Hukukunda yardım nafakası olarak incelenebilir.⁴¹⁷

K.N. Mad.75: Akrabanın nafakası ve giyimi teslimden sonra zayı olsa tekrar verilmesi gereklidir. Mesela, baba için oğul üzerine nafaka farz olduktan sonra oğul, bir aylık nafaka ile bir aylık giyimi peşin olarak verir, baba, “zayı oldu tekrar isterim” dediği takdirde ve sözünde doğru olduğu biliniirse, oğul tekrar vermeye mecburdur. Diğer yakın akrabalarında da durum böyledir. Fakat kadının nafakası ve giyimi teslimden sonra zayı olsa, kocası bundan mesul değil ve tekrar vermesi gerekmez.

K.N. Mad. 96: Zi-rahm mahrem’de (nikah düşmeyecek akraba) nafakanın gerekliliği ihtiyaca bağlıdır. Oğul, aylık belirli nafakayı babasına peşin verme ve ay geçtiği halde nafaka daha harcanmadan babanın yanında mevcutsa veya sadaka gibi bir durumla babanın eline mal geçse, babadaki mevcut olan nafaka harcanmadıkça oğulun başka nafaka vermesi gerekmez.

Nafaka alacaklısı hısımlık, belirli süre için nafakasını peşin aldıktan sonra, süre dolmadan tekrar nafakaya ihtiyaç duyduğunda nafaka borçlusu ihtiyacını giderecek şekilde talebini karşılamak zorundadır. Çünkü bu nafaka bir yardım mükellefiyetidir. Ödeme zamanı geldiğinde alacaklı önceki nafakasını bitirmemişse veya üçüncü kişilerin yardımları sayesinde nafakaya ihtiyaç hissetmiyorsa, nafaka almaya hakkı olmaz.

Türk Medeni Kanununda yardım nafakası için talepte bulunabilmesi için M.K. 364’e göre, eğer yardım edilmediği takdirde muhakkak zarurete düşeceğini ispat etmesi gereklidir.⁴¹⁸

Medeni Hukukta nafaka alacaklısının, peşin ödemediği sonra ölmesi halinde, peşin ödenen nafakanın ölüm tarihinden sonraki döneme ait miktar terikesinden nafaka yükümlüsüne iade edilir.⁴¹⁹

⁴¹⁵ Ergenekon, Yardım Nafakaları, 26

⁴¹⁶ Özcan, Hısımlık Nafakası, 66

⁴¹⁷ M.K. mad. 364

⁴¹⁸ Y. 2. HD. 3. 3. 1975-1781/2009; Y. HGK. 17. 9. 1969-389/691

K.N. Mad. 43: Nafakanın bir kimse üzerine vacip olmasının sebebi üçtür. Evlilik, akrabalık ve mülkiyettir. Yani bir yabancıнын nafakası diğer yabancı üzerine gerekmez. Örneğin, bir babaya oğlunun eşinin nafakasını ödemesi gerekmez. Aksi de böyledir.

Türk Medeni Hukukunda da kayınpeder gelininin nafakasından sorumlu değildir.⁴²⁰ Nitekim 364. Maddede nafaka sorumluluğunun sadece usûl, fûrû ve kardeşler arasında olduğu belirtilmiştir.

K.N. Mad.307: Hâkim, nafaka takdir ederken, takdir tarihi hükümden sonra geçerli olmak üzere takdir eder. Geçmiş zamana şamil kılamaz. Hâkim belirli bir geçmişten yani mesela kadının dilekçesini hâkime verdiği tarihten itibaren nafakayı takdir etse geçerli olmaz. Nafakanın başlangıç tarihi nafaka takdir tarihidir. Hâkim nafakaya hükmederken, hükmün karar tarihinden itibaren geçerli olduğunu bildirir ve hükmü geçmiş için geçerli değildir.

Türk Medeni Hukukunda, nafakanın başlangıç tarihi dava tarihidir.⁴²¹

K.N. Mad.479: Kız çocukları fakir oldukları takdirde evli olmadıkça nafakaları babalarına gerekir. Mesela bir kimse çok kazanan biri ve kendi rızkından fazla kazanmakta olduğu halde o kimsenin baliğ ve fakir kızı ondan nafaka talep etse vermesi gerekir.

K.N. Mad.480: Kız çocuk evlendiğinde nafakası babasından sakıt olur ve kocasının üzerine gerekir. Fakat sonradan ayrılır ve iddeti de bittiğinde o kadının nafakası babasına döner.

Nafaka alacaklısı kızın evlenmesiyle hısımlık nafakası son bulur ve nafaka yükümlülüğü eşiyle beraber tarafların ikisine de düşer. Eşlerin, bu yükümlülük aksadığında diğer yükümlü hısımlara başvurma hakları vardır.⁴²²

K.N. Mad.417: Küçük çocukların nafakaları baba üzerine gereklidir. O çocukların nafakalarında anne ve diğer akrabalar babaya ortak edilemez. Bir kimse iki küçük çocuğun nafakalarını karşılamayı taahhüd etse, bu çocukların babaları hazır ve zengin olunca, o kimse taahhüdünden dönebilir.

K.N. Mad.418: Küçük çocukların fakir olmaları nafakayı hak etmelerinde şarttır. Bunlar mal sahibi ve zengin olurlarsa nafakaları kendi mallarından karşılanır. Bu mal

⁴¹⁹ Ergenekon, Yardım Nafakaları, 108

⁴²⁰ Y. 2. HD. 31. 5. 1957-27-66/3210; 16. 2. 1952-742/1003

⁴²¹ Y. 2. HD. 27. 2. 1951-1128/1591

⁴²² Y. İİD. 2. 12. 1949-4547/5367

akla gelen her türlü mülk ve giyeceği kapsar. Bu durumda baba bunları satarak çocuğuna infak eder. Çünkü bu mallarla küçük zengin sayılır. Erkek çocuklarda nafaka alacaklısı olma durumları ergenlik çağına ulaşınca kadar. Bundan sonra hısımlık nafakası alacaklı olma halleri biter, çalışıp kazanmaya muktedir oldukları sürece hısımlarından nafaka isteyemeyecektir. Küçük çocukların nafakası babaları tarafından karşılanır. Eğer mal varlıkları varsa nafakaları öncelikle bu mal varlığından karşılanır.

Türk Medeni Hukukunda, çocuk ergin oluncaya kadar bakım borcu ana babaya aittir.⁴²³ Ergin olma yaşının Medeni Kanunda 18 yaşın bitmesiyle başladığı belirlenmiştir.⁴²⁴ Fakat çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa duruma göre eğitimi bitene kadar ana baba çocuğa bakmak zorundadırlar. Çocukların nafakasının kapsamı çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gereken gelirler olarak M.K. 327’de açıklanmıştır. Nafaka miktarı çocuğun ihtiyaçları ve ana babanın hayat koşulları dikkate alınarak belirlenir.⁴²⁵ Belirlenen nafaka miktarı durumun değişmesiyle tekrar belirlenir.⁴²⁶

K.N. Mad.478: İlim talebesi olan ve dini ilim tahsili ile meşgul reşit erkek çocuklar bundan dolayı çalışıp kazanmaktan aciz olsalar nafakaları babaları üzerine gerekir. Fakat din ilimleriyle meşgul olmayıp, boş ve gereksiz bir takım felsefelerle meşgul olan veya sefih olan öğrencinin nafakaları babalarının üzerine gerekmez. Öğrencilik hali, nafaka borçlusunun ödeme gücü varsa, öğrenci de İslami hayat içerisinde yaşıyorsa, İslam’ın da tasvip ettiği bir alanda eğitim görüyorsa bu durumda acizlik hali söz konusu olmaktadır.

Medeni Kanunda da babanın bakım borcu, ergin olmasıyla son bulur şeklinde açıklama yapmıştık ancak çocuk eğitim görüyor ve öğrenci olması çalışıp para kazanmasına imkân vermiyorsa, ana babası eğitimi bitene kadar bakım borcunu üstlenir.⁴²⁷ Bu M.K. 328’de açıklanmıştır. Ana baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler. Onun bedensel, ruhsal, zihinsel ve ahlakî gelişimini sağlar ve korurlar.⁴²⁸

⁴²³ MK. mad. 328

⁴²⁴ M.K., mad. 11

⁴²⁵ M.K., mad. 330.

⁴²⁶ M.K., mad. 331.

⁴²⁷ Y. HGK. 13. 3. 1963-99/11; Y. HGK. 2. 2. 1966-456/22

⁴²⁸ M.K., mad. 340

K.N. Mad.115: Yakınlar ile daha uzak akrabalar bir araya toplandığında nafaka yakın akrabalar üzerine gerekir. Yoksa mirasa dikkat edilmez. Mesela, bir fakirin zengin oğluyla zengin oğlunun oğlu beraber düşünüldüğünde o fakirin nafakası oğul üzerinedir. Çünkü, oğul fakir olan kişiye oğulun oğlundan daha yakındır. Nitekim zengin kızıyla zengin oğul oğlu bulunduğunda nafaka kız üzerine gereklidir. Çünkü kız daha yakındır. Halbukî miras aralarında yarı yarıya paylaştırılır. Bunun gibi bir fakirin kızının zengin çocuğu olsa ve erkek kardeşinin zengin oğlu olsa o kişinin nafakası kızının çocuğuna aittir. Bu çocuk gerek erkek gerekse kız olsun aynıdır. Çünkü kızının çocuğu kendi cüzüdür, erkek kardeş cüzü değildir. (Halbûki o fakirin bütün mirası erkek kardeşe ait olur.)

Nitekim bir Müslüman fakirin Hristiyan oğlu ile Müslüman erkek kardeşi olsa o fakirin nafakası Hristiyan oğula aittir. (Halbûki fakirin bütün mirası erkek kardeşe aittir.)

Bir fakirin zengin kızıyla ana baba bir kız kardeşi olsa nafakası kızı üzerine lazımdır. Halbukî o fakirin mirasını kız evlatla kız kardeş yarı yarıya ortaklırlar. Bu kural fûrû üzerine vacip olan usûl nafakasında geçerlidir. Aksinde geçerli değildir.

K.N. Mad.116: Yakınlıkta eşitlik bulunduğu takdirde ikinci olarak aralarında üstünlük olana itibara edilir ve o kişi nafakayı vermekte daha kıdemli olur. Yoksa nafaka miras takdirine göre taksim edilmez. Doğum yakınlığında iki akraba usûl ve fûrû aynı akrabalık durumunda bulunduğu zaman mesela baba ve oğul, dede ve oğulun oğlu gibi böyle bir durumda da bu hüküm geçerlidir. Mesela bir fakirin zengin babası ve zengin oğlu olsa bu fakirin nafakası oğul üzerine gerekir. Akrabalıkta ikisi de eşittir fakat oğulda üstünlük vardır ki o da “Kendin ve malın babanıdır” hadisi şerifidir.

K.N. Mad.117: Yakınlıkta eşitlik bulunduğu üstünlükte de eşitlik varsa üçüncü olarak miras düşme durumuna bakılır. Yani nafaka alan kimsenin mirası nafaka verenlere ne oranla düşüyorsa o fakirin nafakası da o şekilde miras miktarına oranla vermeleri gerekir. Bir fakirin zengin dedesiyle zengin oğul oğlu bulursa nafakayı mirasları miktarı vermeleri gereklidir. Yani nafakanın altıda birini dede ve gerisini oğul oğlu vermesi gereklidir.

Nafaka alacaklısı fûrûun ilk olarak borçlusu babadır. Babanın ölümü halinde terikesi yoksa yükümlülüğü sona erer. Fûrûun nafakası diğer usul hısımlara geçer. Usûl hısımlarının hepsinin mirasçı olmadığı durumda, nafaka borçlusu usûlün fûrûa yakınlık derecesine göre tayin edilecektir. Mesela yükümlü olabilecek kişi olarak

anne ve annenin babası varsa cüz'iyet itibariyle anne daha yakın olduğu için yükümlü anne olacaktır. Eğer yükümlü olacak kişiler yakınlıkta aynı derecedeysen birinin diğerine üstünlüğü varsa o usûl yükümlü sayılacaktır. Mesela annenin babası ve babanın babası olduğu durumda babanın babası yükümlü kabul edilecektir. Çünkü, varis olma önceliği ona aittir. Eğer öncelik bakımından eşitseler ve hepsi de mirasçı durumundaysa herkes mirastaki hisseleri oranında yükümlü olacaktır.

Türk Medeni Hukukunda da, mirasta kabul edilen sıra, nafaka yükümlülüğünde kabul edilmiştir. M.K. 365. maddede “nafaka davası, mirasçılıktaki sıra gözönünde bulundurularak açılır.” şeklinde açıklanmıştır.

K.N. Mad.511: Fürû üzerine usûlün nafakasının vücub sebebi doğumdur. Yoksa ona kalan miras değildir. Füruun usûle yakınlıkta eşitlikleri nafakada eşitliklerini gerektirir. Miras dikkate alınmaz. Bu durumda füru erkek ve kadın olarak karışık ve yakınlıkta eşit olsalar bunların usulün nafakalarını aynı düzeyde vermeleri gerekir. Yoksa kadının miras hisselerinin erkeğinkinden az olmasıyla miras hisselerine göre nafaka verilemez. Mesela bir kimsenin her biri zengin oğlu ve kızı bulunsa o kimsenin nafakasını bunların seviyelerine göre vermeleri gerekir. Yoksa mirasta olduğu gibi nafakanın üçte ikisini oğul, üçte birini kızın vermesi gerekmez. Nitekim o kimsenin her biri zengin oğulun oğlu ve kızın kızı bulunsa onun nafakasını eşit olarak vermeleri gerekir.

Medeni Hukukta madde 365’da nafakanın hangi sıraya göre talep edileceği açıklanmıştır. Kanundaki miras hükümlerine uygun olarak ve mirastaki sıraya uyularak nafaka tayin edilir. Alacaklı olan usul öncelikle evlatlarını veya evlatlığına sonradan torunlarına müracaat eder.⁴²⁹Birinci sıradaki yükümlünün nafaka ödemeye gücü yettiği sürece bu sıralamaya dikkat edilir. Eğer gücü yoksa ikinci sıraya geçilir. Daha sonradan birinci sıradakinin imkanları ödeme yapmasına elverişli hale geldiğinde tekrar birinci sıraya dönülür.⁴³⁰

K.N. Mad.557: Civar hısımdan olup kazanmaya muktedir bulunan nafaka alan kişi zengin addolunur. Bir kimse fakir ve fakat kazanmaya kadir olsa bunun nafakası mesela zengin olan amcası üzerine gerekmez. Bu durumda zevil-erham dürüst insanlardan oldukları takdirde nafakalarını kendi çalışması ve kazanmalarıyla elde etmeleri gerekir.

⁴²⁹ Ergenekon, Yardım Nafakaları, 75

⁴³⁰ Y. 2. HD. 19. 1. 1960-210/372

Civar hısımların (usûl ve fûrû dışında, nesepleri ortak bir usûlde birleşen hısımlar), diğer civar hısımlarından nafaka talep edebilmeleri için fakirlikleri yanında, çalışıp kazanmaktan aciz olmaları gerekmektedir. Türk Medeni Hukukunda da genelde hısımların yardım nafakası alabilmeleri için çalışamaz durumda olmaları şarttır. Hatta bu durumun doktor raporu ile ispatlanması yüksek mahkeme tarafından şart koşulmuştur.⁴³¹

K.N. Mad.64: Karı, fûrû, köle ve cariyelerin dışındaki nafaka alanlar için yakının nafakasının lüzumunda, o yakının yani nafaka verenin sadaka alamayacak kadar zengin olması şarttır. Zengin olmayan çalışıp kazanmaya muktedir olsa bile onun üzerine akrabanın nafakasını vermesi gerekmez. Mesela, fakir küçük bir kız kardeşin nafakası fakir bulunan erkek kardeşi üzerine lazım değildir. O erkek kardeş çalışsa bile bu böyledir. Nitekim, oğul fakirse ve ebeveyni de fakirse o ikisine yalnız başına nafaka vermesi gerekmeyip, bunun yerine kendi sofrasına alarak yedirmesi gerekir.

Civar hısımların nafakasıyla ilgili yükümlü olabilmek için zenginlik şarttır. Türk Medeni Hukukunda civar hısımlardan yalnızca kardeşler arasında nafakanın söz konusudur. Usul ve fûru arasındaki nafakada ödeme gücünden çok çalışmaya muktedir olabilme şartı aranmasına rağmen, kardeşler arasında “refah halinde” olma şartı M.K. 364’de belirtilmiştir.

⁴³¹ Y. 2. HD. 5. 5. 1960-2717/2721; Y. 2. HD. 20. 2. 1959-786/1010

SONUÇ

Yaptığımız bu çalışmada, bütün hukuk sistemlerde bir yeri olan nafaka konusunun aslında hiçbir sistemin İslam Hukuku kadar bu konuya yer ayırmadığını görmüş olduk. İslâm hukukundan başka hiçbir hukuk sistemi kadın, çocuk ve diğer mağdur durumda olabilecek hısımların hukukunu koruma adına bu derece bir sorumluluk anlayışı içinde olamamıştır. Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan itibaren temelinde İslam Hukuku olan bir hukuk sistemi uygulanmış ve nafaka konusunda da tarafların mağduriyetlerine hiç fırsat vermeksizin o günün şartları gözönünde bulundurularak marufa göre düzenlenmiştir.

Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde bir süre uygulanmış olan Kitabû'n-Nafakat adlı bu eser aslında bir kanun kitabı niteliğindedir. Diğer hukuk konularında olduğu gibi nafaka konusu da fıkıh kitaplarında dağınık halde olup, mahkemelerde bunun gibi sebeplerden dolayı uygulamada birtakım güçlükler yaşıyordu. Bu kitap yaşanan sıkıntının ortadan kalkması için, fıkıh kitaplarında olan bütün nafaka hükümlerinin bir araya getirilmesini sağlamayı amaçlayarak ortaya çıkarılmıştır.

Kitabû'n-Nafakat(V)'ı, günümüz Medeni hukukunda nafaka konusuyla karşılaştırmalı olarak incelediğimiz bu çalışmada Medeni Kanunu esas alarak mukayese yapmaya çalıştık. Çünkü “Kitabû'n Nafakat” ta yer alan kanun maddelerinin hepsinin Türk Medeni Kanununda karşılığını bulamadık. Ayrıca kitapta ilk bakışta bazı ilgili nafaka maddelerinin tekrarlandığını zannedebiliriz. Fakat bütün bu maddelerde farklı durumlara cevap veren nüansların olduğunu görmekteyiz.

Temeli İslâm hukuku olan Osmanlı hukuk sisteminde “mülkiyet nafakası” olarak incelenen konuya, aile hukukuyla ilgili bir çalışmayı hedeflediğimiz için yer vermedik.

Yaptığımız karşılaştırmada vardığımız sonuçları kısaca şu şekilde özetleyebiliriz;

K.N.' ta evlilik ve hısımlık nafakası olarak incelenen konuyu aynı başlıklar altında M.K.' da görmekteyiz. Nafaka kapsamına giren yiyecek, giyecek, mesken ve tedavi harcamaları her iki sistemde de mevcuttur.

K.N.' ta evlilik nafakasında nafaka borçlusu olan kocayken, M.K.'da eşler güçleri oranında bu sorumluluğu paylaşırlar. Kocaya ait bir sebepten dolayı meydana gelen ayrılıklarda her iki sisteme göre kadın iddet nafakası alır. Bu süre K.N' ta 3 ay, M.K.' da 300 gündür.

Evlilik nafakasının geçerliliği K.N.' ta nikâh akdinin yapılmasıyla başlar şeklinde yer alır, M.K.'da evlilik birliğinin kurulmasıyla şeklinde açıklanır. Kocanın nafaka verme görevini ihmal etmesi durumunda, kocanın bu yükümlülüğü talep tarihinde değil kararın verildiği tarihte başlar. M.K.'da yükümlülük talep tarihinde başlar.

Fürûun nafakası konusunda her iki sistem aynı görüştedir. Erkek çocuğun nafakasında çalışıp kazanmaktan aciz olma şartı aranmış ve ayrıca istisnâ olarak öğrenciliği devam eden erkek çocuğun nafakasında da bu şarta bakılmamış, nafakasını K.N.'ta baba, M.K.'da eşler beraber sağlamak durumunda kalmıştır.

Usulün nafakasında nafaka yükümlüsünün çalışıp kazanmaya muktedir olması şart koşulmuş, zengin olması şartı aranmamıştır. Nafaka alacaklısı olan usûlün fakir olması gerekmektedir. K.N.' ta çalışıp kazanmaktan aciz olmasına bakılmazken M.K.'da bu şart aranmıştır.

Hısımlık nafakasında ise, M.K.' da K.N.' tan farklı olarak evlatlık edinenle evlatlık olan arasında nafaka yükümlülüğü söz konusudur. Ayrıca bu yükümlülük evlilik nafakasında olduğu gibi nafakanın karar altına alındığı zaman, M.K.' da ise dava tarihinde başlar.

Nafaka takdir edilirken her iki hukuk sisteminde de tarafların mali durumlarına bakarak belirleme yapılır ve mali durumlarında veya fiyatlarda meydana gelecek değişikliklere göre nafaka yeniden belirlenebilir. Taraflardan birinin ölümüyle bu yükümlülük düşer.

K.N. civar hısımların mahrem hısımları kapsadığını söylerken, M.K. sadece kardeşler arasında söz konusudur der. İki uygulamada da alacaklı çalışıp kazanmaktan aciz olmalı, borçlu ise zengin olmalıdır. Son olarak şunu belirtmekte fayda vardır. Nafaka gibi aileyi ilgilendiren konuların Kur'an ve Sünnette "ma'rûf"⁴³²

⁴³²⁴³² Mar'ûf: Allah'a kulluk ve insanlara muamele hususlarında tasvip gören, iyi, güzelsöz ve davranışlardır.(Bkz. Lisanü'l-Arab, "arf" mad.)

kriterine bağlanmış olması, konuyu büyük ölçüde güncellemede kolaylık sağlıyor. Bu şekilde kişilerin sosyal durumuna, gelir seviyesine ve meslek durumuna göre konuların güncellenmesi mümkün oluyor. Nitekim Osmanlı hukukunun yapısında da “ma’ruf” işleyişine yer verildiğini görmekteyiz. Daha önce yer verdiğimiz Hind Hadisinde, Hz. Peygamber Efendimiz’in, Ebu Süfyan’ın eşine “Mar’uf üzere sana ve çocuğuna yetecek kadarını alabilirsin.” sözü bu uygulamanın geçerliliğini ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

AHMED b. Hanbel, **el- Müsned**, Mısır, 1313

AKGÜNDÜZ, Ahmet, **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Diyarbakır, 1986

-**Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri**, İstanbul, 1990

-**Şer’iye Sicilleri**, TDAV, İstanbul, 1988

AKGÜNDÜZ, Murat, **19. Asır Başlarına Kadar Osmanlı Devletinde Şeyhülislamlık**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, M. Ü. S. B. E), İstanbul, 1998

AKMAN, Mehmet, **Osmanlı Devletinde Kardeş Katli** (Doktora Tezi), İstanbul, 1998

-“Örf”, İA, IV

AKYILMAZ, Gül-CİN, Halil, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya, 2011

ALİ HAYDAR EFENDİ, **Düreru’l Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm**, İstanbul, 1912

ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, Ankara, 1958

ATAR, Fahrettin, “**Fetvâ**”, DİA, XII

İslâm Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, Ankara, 1979

AYAZ, Sıddıka, **Osmanlı Devletinde Kanunlaştırma Hareketleri (19 ve 20.Yüzyıllar)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, M.Ü.S.B.E.), İstanbul, 1998

AYDIN, Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul, 1995

İslâm ve Osmanlı Hukuk Araştırmaları, İstanbul, 1996

İslâm –Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul, 1985

el- BABERTİ, Muhammed b. Mahmud, **el-İnaye Şerhu’l-Hidaye**, Mısır, 1316

BARKAN, Ömer Lütfi, “**Osmanlı İmparatorluğunda Teşkilat ve Müesseselerinin -Şer’iliği Meselesi**” İHFM, XII/3-4

-“Türkiye’de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi”, Cumhuriyetin
50. Yıldönümü Semineri, Ankara, 1975

- “Kanunnâme”, İA, VI

-XV. ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai
Ekonominin Mali ve Hukuki Esasları, (Kanunlar), XIX-XX, İstanbul, 1943

BERKİ, Ali Himmet, İslâm Şeriatinde Kazâ Tarihi ve İftâ Müessesesi, Ankara,
1962

BİLMEN, Ö, Nasuhî, Hukuku İslâmiyye ve İstılahâtı Fıkhiyye Kâmûsu, İstanbul,
1969

el- BUHARİ, Muhammed b. İsmail, el-Camiu’s-Sahih, Mısır, 1313-1314.

Ceride-i İlmiyye, İstanbul, 1332.

CESSAS, Ahmed b. Ali, el-Füsûl fi’l-usûl, Kuveyt, 1994.

el-CEZERİ, Abdurrahman, Kitâbu’l-fıkh ale’l-mezâhibi’l-erbaâ, Mısır, tr.(2.baskı).

CİN, Halil, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara, 1974.

CİN, Halil- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, I, İstanbul, 1990.

EBU DAVUD, Süleyman b. Eş’as, Sünen, Mısır, 1371.

EBÛL-ULÂ MARDİN, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa,
İstanbul, 1946.

EBU ZEHRİ, Muhammed, İslâm Hukuku Metodolojisi, Ankara, 1973.

Daire-i Meşihat-ı İslâmiyye Tahrîrât-Mektûbî Kalemi Tebligât ve Ta’mim
Defteri, no.1621, no. 1626, 1628

DEMİRCİ, İslam, Osmanlı Meşihat Makamına Bağlı Te’lif-i Mesâil Şubesinin
Kuruluşu ve İslam Hukuku Alanında Yaptığı Çalışmalar (Yüksek lisans tezi,
M.Ü. S.B.E), İstanbul, 2002.

DÖNDÜREN, Hamdi, Delilleriyle İslâm İlmihali, İstanbul, 2005.

-Aile İlmihali, İstanbul, 2012.

DÖNMEZ, İbrahim Kafi, “Cünun”, DİA, VIII

Düstur, II.Tertip, VI, VIII, Dersaadet, İstanbul, 1334.

DÜZENLİ, Pehlül, İslâm Müftülüğü Kütüphanesinde Bulunan Meşihat Fetvâları
(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, M.Ü.S.B.E.), İstanbul, 1995.

ERASLAN, Sadık, Şeyhülislamlık Kurumu ve Ceride-i İlmiye(Yayınlanmamış
Yüksek Lisans Tezi, A.Ü. S. B. E), Ankara, 1989.

ERGENEKON, Yılmaz, **Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları**, İstanbul, 1966.

ERGİN, Osman Nuri, **Mecelle-i Umûm-ı Belediye**, İstanbul, 1922.

Fetvâhâne-i Âli Ecvibe-i Şerîyye Defteri, no. 378

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1979.

FINDIKOĞLU, Ziyaettin Fahri, **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul, 1958.

el-FIRÛZÂBÂDÎ, Muhammed b. Ya'kub, **el-Kâmûsu'l-Muhît**, Beyrut, 1986.

GÖKBİLGİN, M. Tayyib, "Süleyman I" İA, XI

GÖNENSAY, Samim, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 1937.

HAMİDULLAH, Muhammed, **İslâm Peygamberi**, tr.Salih Tuğ, İstanbul, 1993.

-**"Ebu Hanife'nin İslam Hukukunun Tedvini İçin Tesis ettiği Akademi", İslam'ın Hukuk İlmine Yardımları**, tr. Salih Tuğ, 1962.

EL-HASKEFÎ, Muhammed Ali, **ed-Durri'l-Muhtâr-Şerhu Tenvîri'l-Ebsar**, Mısır, tr.

HEYET, **el-Fetâvâ'l-Hindiyye**, Beyrut, 1980.

İBN ABİDİN, Muhammed Emin b. Ömer, **Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr**, Mısır, 1386.

İBN HAZM, Ali b. Muhammed, **el-Muhallâ**, Mısır, tr.

İBN HÜMAN, Muhammed b. Abdilvâhid Kemaleddin, **Fethu'l-Kadîr Şerhu'l-Hidâye**, Mısır, 1316.

İBN MANZUR, Muhammed b. Mükerrrem, **Lisânu'l-Arab**, Mısır, 1372.

İBNU'L MURTEZA, Ahmed b. Yahyâ, **el-Bahru'z-zehhâru'l-cami li mezâhibi Ulemâi'l-emsâr**, Mısır, 1366.

İBN NÜCEYM, Zeynuddin b. İbrahim, **Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid**, Mısır, 1979.

İlmiye Salnamesi, İstanbul, 1334.

İNALCIK, Halil, **"Adaletnameler", Belgeler**, c. II, sy. 3-4, 1965.

-**"Örf"**, İA, IX

-**"Osmanlı Hukukuna Giriş"**AÜSBFD, c. XIII, sy.2, 1958.

İPŞİRLİ, Mehmet, **"Şeyhülislam"**, DİA, 39

-**"Bâb-ı Meşihat"**, DİA, IV

-**"Hayri Efendi, Mustafa"**DİA, XVII

KADÎHAN, el-Hasan b. Mansur, **Fetâvâ Kadi Han**, Mısır, 1323.

KAFESOĞLU, İbrahim, **Selçuklu Tarihi**, İstanbul, 1972.

KARAMAN, Hayrettin, **İslâm Hukukunda Mezhepler**, İstanbul, 1971.

-**Mukayeseli İslam Hukuku**, İstanbul, 2001.

el-KASÂNÎ, Alaeddin Ebu Bekr b. Mes'ud, **Bedâi'u's-Sanai fî Tertîbi's-Şerâi**, Mısır, 1328.

KAŞIKÇI, Osman, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**, İstanbul, 1997.

KOCA, Ferhat, **“Osmanlılarda Meşihat Dairesi İçinde Müstakil Bir Birim Olarak Fetvâhâne” İlam Araştırma Dergisi**, c.II, sy.1, Ocak-Haziran, 1997.

-**“Fetvâhâne”**, DİA, XII

el-KUDURÎ, Ahmed b. Muhammed, **Muhtasaru'l-Kudurî**, Mısır, 1384.

el-MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud, **el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr**, Mısır, 1370.

MUMCU, Ahmet, **Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayûn**, Ankara, 1976

-**Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl**”, Ankara, 1985.

en-NESEFÎ, Abdullah b. Ahmed, **Kenzu'd-Dekâik**, Mısır, 1313.

ÖZCAN, Abdülkadir, **“Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi ve Nizam-ı Alem İçin Kardeş Katli”**, İÜEF Tarih Dergisi, s.33, 1982.

ÖZCAN, Ruhi, **İslâm Hukukunda Karı-Koca Nafaka Mükellefiyeti**, Erzurum, 1976.

-**İslâm Hukukunda Hısımlık Nafakası**, Erzurum, 1980.

PAKALIN, M. Zeki, **Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü**, İstanbul, 1993.

er-RAGIB el-İsfehânî, **el-Müfredât**, Mısır, 1381.

er-RAZÎ, Fahraddin Muhammed b. Ömer, **Tefsîru'l-Kebir**, Mısır, tr.

es-SERAHSÎ, Muhammed b. Ahmed, **el-Mebsût**, Mısır, 1324.

eş-ŞAFÎÎ, Muhammed b. İdris, **el-Ümm**, Mısır, 1388.

ŞATIBÎ, Ebu İshak İbrahim b. Musa, **el-Muvâfâkât fî Usûli'l-Ahkâm**, Kahire

eş-ŞELEBÎ, Ahmed b. Yunus, **Haşiye ale'l-Kenzi ve't-Tebyîn**, Mısır, 1313-1315.

ŞEN, Murat, **“Osmanlı Hukukunun Yapısı”**, **Osmanlı**, c.VI, Ankara, 1999.

- eş-ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali, **Neylu'l-Evtâr**, Mısır, tr.
- eş-ŞİRBİNÎ, El-Hatîb, Muhammed b. Ahmed, **Muğni'l-Muhtâc**, Mısır, 1317.
- eş-ŞİRAZÎ, İbrahim b. Ali, **el-Mühezzebe**, Mısır, tr.
- et-TAHTAVÎ, Ahmed b. Muhammed, **Hâşiyetu't-Tahtavî ale'd-Durri'l-Muhtâr**, Mısır, 1254.
- TURSUN BEY, **Tarih-i Ebu'l-Feth**, Hzr. Mertol Tulum, İstanbul, 1977.
- TUĞ, Salih, **İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri**, İstanbul, 1969.
- UĞUR, Yunus, “**Şer’iyye Sicilleri**”, İA, XII
- ULUÇAY, M. Çağatay, “**Manisa Şer’iye Sicillerine Dair Bir Araştırma**” TM, 1953.
- URİEL, Heyd, **Studies in Old Ottoman Criminal Law**, Oxford, 1973.
- UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı, **Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı**, Ankara, 1984.
- Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı**, Ankara, 1984.
- Osmanlı Tarihi**, Ankara, 1984.
- Osmanlı Devleti Teşkilatına Methal**, İstanbul, 1941.
- YAKUT, Esra, **Şeyhülislamlık: Yenileşme Dönemi Devlet ve Din**, İstanbul, 2005.
- YILDIRIM, Suat, **Kur’ân-ı Hâkim ve Açıklamalı Meali**, İstanbul, 1998.
- ez-ZEMAHŞERÎ, Mahmud b. Ömer, **Esâsü'l-Belâğa**, Mısır, 1960.
- ZEYDAN, Abdülkerim, **el-Medhal li Deraset’iş-Şeriat’il-İslamiyye**, Bağdat, 1977.
- el-Veciz fi Usûlil-Fıkh**, Bağdat, 1967.