

Cumhuriyet İlahiyat Dergisi - Cumhuriyet Theology Journal

ISSN: 2528-9861 e-ISSN: 2528-987X

CUID, June 2018, 22 (1): 233-257

Mezhep İçi Tercih Açısından Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye
Majalla al-Ahkâm al-Adliyyah in Terms of Intra-School Preference

Seyit Mehmet Uğur

Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Ü., İlahiyat Fak., İslam Hukuku Anabilim Dalı
Asst. Professor, Eskişehir Osmangazi Univ., Fac of Theology, Depart. of Islamic Law
Eskişehir, Turkey

seyitmehmetugur@gmail.com

orcid.org/0000-0002-3158-1050

Makale Bilgisi / Article Information

Makale Türü / Article Types: Araştırma Makalesi / Research Article

Geliş Tarihi / Received: 30 Kasım/Novembe 2017

Kabul Tarihi / Accepted: 15 Mart/March 2018

Yayın Tarihi / Published: 15 Haziran/June 2018

Yayın Sezonu / Pub Date Season: Haziran/June

Cilt / Volume: 22 **Sayı – Issue:** 1 **Sayfa / Pages:** 233-257

Atıf/Cite as: Uğur, Seyit Mehmet. “Mezhep İçi Tercih Açısından Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye = *Majalla al-Ahkâm al-Adliyyah* in Terms of Intra-School Preference”. *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi-Cumhuriyet Theology Journal* 22/1 (Haziran-June 2018): 233-257.

<https://doi.org/10.18505/cuid.359818>

İntihal / Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi. / This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software. <http://dergipark.gov.tr/cuid>

Copyright © Published by Cumhuriyet Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi / Cumhuriyet University, Faculty of Theology, Sivas, 58140 Turkey. All rights reserved.

Mezhep İçi Tercih Açısından Mecelle-i Ahkām-ı Adliyye

Öz: Hanefî mezhebindeki mezhep içi ihtilaflar dikkat çekici niteliktedir. Bu ihtilaflar, hukûkî emniyet ve istikrar açısından risk oluşturmakta ve ayrıca mukallid kadı ve müftülerin işini de güçleştirmektedir. Tarihi süreçte bu sorunu gidermek amacıyla muhtasar ve fetva kitapları gibi farklı telif türleri; esahh-ı akvâl ve ma'rûzât gibi uygulamalar ortaya çıkmıştır. Bu sorunu gidermeye yönelik uygulamaların en son örneği kanunlaştırma faaliyetidir. Bu makalenin konusu fıkha dayalı kanunlaştırmanın ilk ürünü olan *Mecelle-i Ahkām-ı Adliyye* ile mezhep içi tercih arasındaki ilişkidir. Bu ilişkiyi tasvîr etmek amacıyla *Mecelle'*nin tedvin edilmesinin hedeflerinden birinin mezhep içi tercih ihtiyacını gidermek olduğu kısaca vurgulanmış ve sonrasında *Mecelle'*nin esbâb-ı mûcibelerinin işlevi ve muhtevası, mezhep içi tercih açısında tahlil edilmiş, *Mecelle* Komisyonunun tercihlerine yapılan müdahaleler üzerinde durulmuştur. *Mecelle* mezhep içi tercih ürünü bir metin olup onun muhtevasını mezhep içi tercih açısından tahlil etmek oldukça önemlidir. Bu sebeple *Mecelle'*de mezhep içi tercihlerde nasıl bir metot izlendiğini ve mezhep içi tercihin farklı yönlerini tespit etmek amacıyla *Mecelle'*nin satım akdiyle ilgili bölümü Kitâbü'l-Büyû' incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Hanefî Mezhebi, Mecelle-i Ahkām-ı Adliyye, Mezhep İçi Tercih, Râcih Görüş, Esbâb-ı mûcibe, Kitâbü'l-Büyû'.

Majalla al-Ahkām al-Adliyyah in Terms of Intra-School Preference

Abstract: The intra-school controversies in Hanafî school are remarkable. These controversies pose a risk for legal safety and stability and creates difficulties for *muqallid* Hanafi judges and *muftis*. In the historical process, different types of literature such as *mukhtasar* and *fatwa* (legal opinion) books, and applications such as *aşşah-ı aqvâl* and *ma'rûdhât*, emerged to solve this problem. One of the last example of these applications is the codification movement. The subject of this study is the relationship between the *Majalla al-Ahkām al-Adliyyah*, which is the first product of codification based on fiqh (Islamic jurisprudence), and the intra-school preference. In order to describe this relationship, it is briefly emphasized that one of the aims of codification of *Majalla* is to satisfy the need for intra-school preference. The function and content of *Majalla's* necessary reasons (*asbâb al-mûjiba*) was analyzed in terms of intra-school preference. The interventions on the preferences of the *Majalla* Commission are also emphasized. The *Majalla* is a text of the intra-school preference. The analysis of its content in relation to intra-school preference is very important. Therefore, in order to reveal what kind of method is used in intra-school preferences and to determine different aspects of intra-school preference in the *Majalla*, the chapter about 'sale' (*Kitâb al-Buyû'*) of the *Majalla* are examined.

Keywords: Islamic Law, Hanafi School, *Majalla al-Ahkām al-Adliyyah*, The Intra-School Preference, Preferred (*râjih*) opinion, The necessary reasons (*Asbâb al-mûjiba*), *Kitâb al-Buyû'*.

SUMMARY

The intra-school controversies in Hanafi School, which is quite important in terms of freedom of *ijtihad* (independent legal judgment) and legal wealth, possible to threaten legal safety and stability. These controversies also make difficult for judges to reach a judgment or fatwa in controversial affairs. For this reason, determination of the *rājiḥ* (preferred opinion) in controversial issues in the school, is a need that must be eliminated.

The intra-school preference can be described as "to determine the superior, preponderant of different opinion or narrations about a specific issue in the school". In the historical process different types of literature such as *mukhtaṣar* and fatwa books, and different applications such as *asaḥḥ-ı aqvāl* and *ma'rūzāt*, emerged to meet this need. One of the applications aimed to meet this need is the codifications in the last period of the Ottoman State.

The relationship between the *Majalla al-Ahkam al-Adliyyah*, which is the first example of codification based on *fiqh* (Islamic jurisprudence), and the intra-school preference; and in this context, while preparing the *Majalla* how a method was followed in the intra-school preference; at what rate be obeyed the *rājiḥ* (preferred) opinion; articles contrary to the *rājiḥ* (preferred) opinion in *Majalla* and their reasons; whether legal arrangements have been made in all controversial issues; at what rate be met the need of determination of *rājiḥ* (preferred) opinion are the issues that need to be examined.

One of the main reasons for the need for a law text such as *Majalla al-Ahkam al-Adliyyah* is the multitude of the intra-school controversies in Hanafi School. Therefore, the goal of *Majalla* is to prepare a code that contains *rājiḥ* opinion.

When *Majalla's* necessary reasons, i.e. *asbāb al-mūjiba*, are examined in terms of the intra-school preference, it is seen that there are two basic functions of necessary reasons. The first of them is, emphasizing that the code is prepared substantially in accordance with the *rājiḥ* opinion in the school. In fact, that this issue in the *asbāb al-mūjiba* of the first ten books of *Majalla* is expressly stated. The other function of the *asbāb al-mūjiba* is to justify that why *rājiḥ* opinion are not be confirmed in some article. In the necessary reasons it is stated that twelve articles are prepared in the direction of *unrāciḥ* (unpreferable) opinion. Considering that *Majalla* is formed of 1851 article, it will be better understood that how the *rājiḥ* opinions are effective in *Majalla's* content. Essentially, the conditions of the period also make it necessary. The preference of the non-preferred opinion of Züfer (d. 158/775) in 692nd article of *Kitāb al-Ḥavala*, caused the reaction of some circles mainly Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi (d.1298/1881) and for this reason Ahmet Cevdet Pasa (d.1895) was dismissed from the ministry of *Divan al-Ahkām al-Adliyyah* and the chairman of the *Majalla* Commission.

When the *asbāb al-mūjibas* of contrary articles to *rājiḥ* opinions are examined, it is seen that *maṣlahā* and customs are determinative in these preferences. It is also seen that the preferences of some jurists are also mentioned as a reason of preference. The most widespread preference's reason in Hanafi sources is in congruity with the texts. On the contrary, it is

noteworthy that, besides the interdiction of extravagant (*safih*), it is not operated as a preference's reason in *Majalla*.

Some preferences of the *Majalla* Commission were intervened by other institutions. The chapters prepared by the commission were examined both by Majlis-i Wukalā and Mashihat, and these chapters were subject to some revisions at this time. Here, two articles prepared on the basis of the non-preferred opinion were intervened by Majlis-i Wukalā. The first of these is 216th article that written in the direction of opinion of Mashāyikh Balkh, which argues that it is permissible to sell separately *ḥaqq al-murūr* (the right of passage) and *ḥaqq al-shirb* (water right), the second is the 611th article which regulates the liability to damage of *ajir al-mushtarak* (joint salaried employee).

When the content of *Kitāb al-Buyū*, the first and the most voluminous book of *Majalla*, is examined in terms of the intra-school preference, it is seen that the *rājiḥ* opinions in the school are generally taken as basis. It is stated that in the *asbāb al-mūjiba* of the *Kitāb al-Buyū* the four issues are prepared basing on the non-preferred opinion and these preferences are justified with custom and *maṣlaḥa*. However, the contrary articles to the *rājiḥ* opinion in the *Kitāb al-Buyū* are not limited to these. According to our research, in addition to these, three articles were prepared with the preference of non-preferred opinion. These are the 118th article regarding that the *bay' bi-l-wafā* is permissible in chattels, 165th article on the definition of *al-ghabn al-faḥiṣ* (lesion), and the 309th article concerning the provision of the *khiyār al-sharṭ* (right of cancellation). These three articles show that the regulations contrary to the *rājiḥ* opinion in *Majalla* are not just those explained in the *asbāb al-mūjiba* and this situation is contrary to the method that is followed when preparing the *Majalla*.

In some controversial issues in the Hanafi School, authorized jurists to preference (*aṣḥāb al-tarjih*) disagreed over which opinion is *rājiḥ*. It wasn't explained that how a method would be followed in *Majalla* when the legal arrangements were made in these matters. When these issues are examined, it can be said that the preferences of the majority, the providing of convenience and the preference by some jurists are effective.

Preferences in *Majalla* have not been occurred only among the *shar'ī* (related to Islamic Law) provisions. In addition, the definitions and the inscription in the definitions are also the subject of preference. In this context, the preferences related to the definition of the sales contract, the suspended contract (*al-'aqd al-maqqūf*) and the *al-ghabn al-faḥiṣ* in *Kitāb al-Buyū* can be mentioned as an example.

Some controversial issues in the Hanafi School are not regulated in *Majalla*. When considering the multiplicity of controversial issues and therefore the difficulty of making legal arrangements to cover all of them, this situation is natural. Moreover, some of these issues may not have been regulated in *Majalla* because they are not frequent and necessary. However, it is not possible to explain all the controversial issues that have not been regulated for these reasons. Because some of the controversial issues that have not been legislated are basic, relatively important issues and they are included in the *mukhtaṣars*. This indicates that when

preparing the *Majalla*, instead of making preference on some controversial issues, the method of non-regulation of these matters is adopted. It can be said that this method is applied as a way of creating law text which is clear of controversy. Thus, the determining of the *râjih* opinion in these matters has been left to the judges. This situation is not suitable to meet the need of determining the *râjih* opinion, which is the goal of *Majalla*. But it is the result of the difficulty of making a law that encompasses all legal issues.

GİRİŞ

İslam Hukukunda mezhepler arası ihtilaflar gibi mezheplerin kendi içerisindeki ihtilaflar da dikkat çekici niteliktedir. İctihad hürriyetinin bir tezâhürü ve hukûkî zenginlik açısından olumlu yönleri bulunan bu ihtilaflar, hukûkî istikrar ve emniyeti tehdit etme potansiyeli taşımakta, ayrıca ihtilaflı meselelerde hüküm veya fetva verme konumundaki fakihlerin işini zorlaştırmaktadır. Bu durum mezhep içerisindeki ihtilaflı meselelerde tercihi zorunlu kılmaktadır.

Mezhep içi tercihin tanımı, mezhep terimine yüklenecek anlama göre farklılık arz etmektedir. Klâsik dönemdeki “fıkıh mezhebi” terimine yönelik izahlarda, “bir fakihe yahut fakihler topluluğuna ait icthâdî görüşler bütünü” anlamı temel unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca fûrû-ı fıkıh kitaplarındaki mezhep içi tercihlerin çoğunlukla icthâdî hükümler arasında gerçekleştiği görülmektedir. Bu husus göz önünde tutularak mezhep içi tercih, “Muayyen bir mesele ile ilgili mezhepteki muhtelif kavil veya rivayetlerden daha ağır basanı, üstün olanı belirlemek” şeklinde tarif edilebilir.¹

Hanefî mezhebindeki ihtilaflara bağlı olarak mezhep içi tercihe, bir diğer ifadeyle râcih görüşleri tespit etmeye duyulan ihtiyaç, başta muhtasarlar ve fetvâ kitapları olmak üzere fûrû-ı fıkıhtaki farklı te’lif türlerinin oluşmasında; Osmanlı Devleti’ndeki “esahh-ı akvâl”² ve “ma’ruzât”³ uygulamalarının ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Mezkûr ihtiyacı gidermeye yönelik bir diğer uygulama da bazı açılardan ma’ruzât usûlünün bir devamı olan ve devlet

¹ Mezhep içi tercihin tanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Seyit Mehmet Uğur, *Hanefî Mezhebinde Mezhep İçi Tercih ve Usûlü* (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi, 2017), 23-29.

² Esahh-ı akvâl ile hüküm verme şartına dair bazı kadı ve müftü beratı örnekleri için bk. İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı* (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1988), 86, 113; Süleyman Kaya, “Osmanlı Tatbikatında Tek Mezhebe Bağlılık”, *Uluslararası Rahmet ve Çatışma Bağlamında İslam Mezhepleri Sempozyumu (Karaman 25-27 Mart 2016)*, ed. Halit Çalış v.dğr. (Konya, 2016), 111. Bu konuda ayrıca bk. Mehmet Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Betaş Yayınları 2001), 89-94; Hayreddin Karaman, “Osmanlı Hukukunda Mezhep Tercihi”, *İslam’ın Işığında Günün Meseleleri* (İstanbul: İz Yayınları, 2002), 2: 663-675.

³ Ma’ruzât hakkında bilgi için bk. Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukûkî Tahlilleri* (İstanbul: Fey Vakfı Yayınları, 1992), 4: 32-34; Pehlül Düzenli, “Giriş”, *Ma’ruzât*, haz. Pehlül Düzenli (İstanbul: Klasik Yayınları, 2013), 27-34.

başkanının, ihtilaflı meselelerde uygulanacak icthadı belirleme yetkisine dayanan⁴ Osmanlı'nın son dönemindeki kanunlaştırmalardır.⁵ Fıkha dayalı kanunlaştırmaların ilk örneği olan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'ye ihtiyaç duyulmasının temel nedenlerinden birisi,⁶ Hanefî mezhebinde mezhep içi ihtilafların çokluğudur.⁷ Buna bağlı olarak *Mecelle*'nin hedefi râcih görüşlerden oluşan bir kanun hazırlamaktır.⁸

Bu çalışmanın konusu *Mecelle* ile mezhep içi tercih arasındaki ilişkidir. Amacı ise Hanefî mezhebindeki ihtilaflı meseleler hakkında *Mecelle*'de kanun hazırlanırken, diğer bir ifadeyle mezhep içi tercih yapılırken nasıl bir usûl izlendiğini incelemek; *Mecelle*'de yer alan râcih görüşe aykırı düzenlemeleri ve bunların gerekçelerini tahlil etmek; râcih görüşe ne oranda uyulduğunu ve ayrıca ihtilaflı bütün konularda düzenleme yapıp yapılmadığını irdelemektir. Bu amaçla *Mecelle*'nin esbâb-ı mûcibeleri ve en hacimli bölümü olan Kitâbü'l-Büyû'daki mezhep içi tercihler incelenmiştir ve bu tercihler Hanefî fûrû eserlerindeki tercihlerle mukâyese edilmiştir.

1. MEZHEP İÇİ TERCİH AÇISINDAN MECELLE'NİN ESBÂB-I MÛCİBELERİ

Gerek *Mecelle*'nin genel mazbatasının gerekse hazırlanan her bir kitabın esbâb-ı mûcibelerinin işlev ve muhtevası, mezhep içi tercih açısından dikkate değerdir. İlk on kitabın

⁴ Bk. Muhammed Emin b. Ömer İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebşâr*, nşr. Adil Ahmed Abdülmevcut - Ali Muhammed Muavvaz (Riyad: Dârü Âlemi'l-Kütüp, 2003), 2: 178. Ayrıntılı bilgi için bk. Abdülkerim Zeydan, *Nizâmü'l-kazâ fi's-şer'ati'l-İslâmiyye* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1989), 45-51. *Mecelle*'de devlet başkanının tercih yetkisi ve bunun bağlayıcılığını düzenleyen madde şu şekildedir: "...Ve kezâlik, bir müctehidin bir hususta re'yi nâsa erfak ve maslahat-ı asra evfak olduğuna binâen onun rey-i amel olunmak üzere emr-i sultânî sâdır olsa o hususta hâkim o müctehidin reyine münâfi diğer bir müctehidin rey-i amel edemez. Eder ise hükmü nâfiz olmaz..." (Madde, 1801)

⁵ Mezhep içi tercih ihtiyacını gidermeye dönük telif ve uygulamalar hakkında bilgi için bk. Uğur, *Hanefî Mezhebinde Mezhep İçi Tercih ve Usûlü*, 1-2.

⁶ *Mecelle*'nin hazırlanmasının diğer nedenleri için bk. Mehmet Akif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları* (İstanbul: İz Yayınları, 1996), 62-73.

⁷ Bu husus mazbatada şöyle dile getirilmektedir: "*Ale'l-husûs mezheb-i Hanefî üzere tabakât-ı mütefâvitede pek çok müctehidler gelip ihtilâfât-ı kesire vukû bulmuş, fikh-i Hanefî fikh-i Şâfi gibi tenkih edilemeyüp pek müteş'e'ab ve müteşettit olmuştur. İşte bunca akvâl-i mütehâlîfe içinde kavî-i sahihi temyîz ile havâdisin ona tatbikinde azîm 'usret vardır...*" Bk. *Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle*, "Mecelle Mazbatası" (İstanbul: Mahmut Bey Matbaası, 1305), 5-6.

⁸ Bu amaç "...ihtilâfâtın ârî ve yalnız akvâl-i muhtâreyi hâvî olmak üzere, muâmelât-ı fikhîyyeye dâir sehli'l-me'haz bir kitap yapılsa herkes kolaylıkla mütâlaa ederek muâmelâtını ona tatbik ve böyle mazbût bir kitap olduğu halde nâib efendilere azîm fâidesi olacağı gibi..." cümleleriyle vurgulanmaktadır. Bk. "Mecelle Mazbatası", 8-9. Bu konuda ayrıca bk. Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, 70-71. Aynı durum *Hukuk-ı Aile Kararnâmesi* için de geçerli olup şu cümlelerle ifade edilmektedir: "...medâr-ı hükm olacak mesele-i şer'îyyeyi kütüb-i fikhîyyeden istinbât ü istihrâc ve müftâ bih olan müteaddid akvâl-i fukahâdan birini diğerine tercih için muktezî olan ihtisâs ve fazl ü irfânın bütün hükkâmında vücûdunu temin etmek müşkil...hukûk-ı âile mebahîsinin kanun şeklinde tedvîni bir gün bile te'hîri câiz olmayan bir ihtiyâc-ı mübremdir." Bk. Mehmet Akif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: Klasik Yayınları, 2017), 239.

esbâb-ı mûcibesinde mutlaka, hazırlanan kanun maddelerinin Hanefî fakihlerce tercih edilen görüşlere uygun olduğu vurgulanır. Bu husus Kitâbü'l-Büyû'un esbâb-ı mûcibesini de içeren genel mazbatada, "el-Hâsıl bu Mecelle'de mezheb-i Hanefîyye'nin hâricine çıkılmayıp mevâdd-ı mündericesinin ekseri el-hâletü hâzihî Fetvâhânedede muteber ve ma'mûlün bih olduğu cihetle bunlar hakkında bahselüzum görülmez..." şeklinde dile getirilmektedir.⁹ Kitâbü'l-Vekâle ve sonrasındaki kitapların mazbatalarında ise bu vurgu yer almaz.¹⁰ Bu durum ilk planda "Kitâbü'l-Vekâle ve sonrasındaki bölümler hazırlanırken acaba mezhepteki râcih görüşler esas alınmadı mı?" sorusunu akla getirmektedir. Ancak bu kitapların muhtevası ve genel mazbatada yer alan yukarıdaki ifade, böyle bir ihtimalin vârid olmadığını göstermektedir.

Mecelle'nin içeriğinin büyük bir kısmı, mezhepteki râcih görüşlere uygun olarak hazırlanmış, bazı maddelerde ise ihtiyaca binâen râcih olmayan görüşler esas alınmıştır. İşte esbâb-ı mûcibelerin bir diğer işlevi, niçin bazı maddelerde râcih görüş dışına çıkıldığını gerekçelendirmektir. Esbâb-ı mûcibelerde 12 maddenin râcih olmayan görüş doğrultusunda hazırlandığı açıklanmaktadır. *Mecelle*'nin 1851 maddeden oluştuğu göz önünde tutulduğunda - küllî kâidelerle ilgili olan ilk yüz madde ve istılahlara dâir maddeler dikkate alınmasa bile- *Mecelle*'nin muhtevasında râcih görüşlerin ne kadar etkili olduğu daha iyi anlaşılacaktır. Esasen devrin özelliği de bunu zorunlu kılmaktadır. Öyle ki, Kitâbü'l-Havâlenin 692. maddesinde Züfer'in (ö. 158/775) râcih olmayan görüşünün tercih edilmesi, başta Şeyhülislam Hasan Fehmi Efendi (ö. 1298/1881) olmak üzere bazı çevrelerin tepkisine neden olmuş ve Ahmet Cevdet Paşa (ö. 1895) Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye nâzırlığından ve *Mecelle* Komisyonu başkanlığından azledilmiştir.¹¹ Ebul'ulâ Mardin'e göre bu olay Cevdet Paşa'nın esahh-ı akvâlden ayrılmamasına ve şahsî kanaatlerine dayanan tercihlerden çekinmesine neden olmuş ve bu durum esbâb-ı mûcibelerin muhtevasını da etkilemiştir.¹²

Mezhepteki râcih olmayan görüş doğrultusunda düzenlenen maddelerin esbâb-ı mûcibeleri incelendiğinde, bu yöndeki tercihlerde maslahatın belirleyici olduğu görülmektedir. Mesela şart muhayyerliğinin süresi ile ilgili 300. maddede İmâmeyn'in; nakit muhayyerliğinin müddetine dair 313. maddede İmam Muhammed'in (ö. 189/805); 392. maddede istisnâ' akdine konu olan mal, sözleşmeye uygun ise sipariş verene (mustasni') rüçü hakkı tanımayan Ebû Yusuf'un (ö. 182/798); 506. maddede zamanda terdîd ile yapılan icâre akdinin câiz olduğu yönündeki İmâmeyn'in görüşü maslahat nedeniyle tercih edilmiştir.¹³

⁹ Bk. "Mecelle Mazbatası", 16. *Mecelle*'nin müstakil kitaplarının arz tezkerelerinde yer alan bu yöndeki ifadeler için bk. Ebul'ulâ Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996), 69, 77, 81, 86, 97, 103.

¹⁰ Bu kitapların mazbata metinleri için bk. Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 114, 121-122, 134, 135, 136-137.

¹¹ Bk. Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 78-83; Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, 191-193.

¹² Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 99; Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, c. 28 (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 234.

¹³ "Mecelle Mazbatası", 17-20; Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 71.

Bir diğer tercih sebebi de örf'e uygunluktur. 207. maddede, peş peşe olgunlaşan ürünlerden mevcut olanlara tâbî olarak mevcut olmayanların da satımına cevaz veren İmam Muhammed'in görüşünün tercih edilmesinde örf etkili olmuştur.¹⁴ 621. maddede "muâmelât-ı asra evfak" görüldüğünden, kefâlet sadece kefilin îcabı ile tamam olur şeklindeki Ebû Yusuf'un görüşü tercih edilmiştir.¹⁵ 683. maddede, muhîl ile muhâlün aleyh arasındaki havâle akdinin muhâlün lehine kabulüne mevkûf olarak mün'akid olacağı yönündeki Ebû Yusuf'un görüşü, aynı gerekçeyle tercih edilmiştir. Muhîl, muhâlün aleyhteki alacağından verilmek üzere mukayyet havalede bulursa ve henüz muhâlün aleyh bu borcu ödemedi, muhîl geride bıraktığı malı borçlarını ödemeye yetmeyecek haldeyken vefat etse, Züfer'e göre diğer alacaklılar havale akdinin konusu olan mala/muhâlün bihe müdahale edemezler. Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ile İmâmeyn'e göre ise bu mal da diğer mallar gibi alacaklılar arasında taksim edilir. 692. maddede, örf nedeniyle Züfer'in görüşü tercih edilmiş ve yukarıda da ifade edildiği üzere bu tercih Ahmet Cevdet Paşa'nın *Mecelle* Komisyonundan azline bahane edilmiştir. Verilmiş olan rehnin karşılığında olmak üzere borçta artırımı gidilmesine cevaz veren Ebû Yusuf'un görüşü, örf nedeniyle tercih edilerek 714. madde hazırlanmıştır.¹⁶ Müşterinin satın aldığı ve daha sonra şüf'aya konu olan arsaya yaptığı evi yıkmaya yahut diktiği ağacı sökmeye şefî tarafından zorlanamayacağı, şefî'nin dilerse bu arsayı üzerindeki evin/ağacın kıymetini de ödeyerek satın alabileceği şeklindeki Ebû Yusuf görüşü örf sebebiyle tercih edilmiş ve 1044. maddenin ilgili kısmı bu doğrultuda hazırlanmıştır.¹⁷

Ayrıca bazı fakihlerin tercihlerinin de bir tercih gerekçesi olarak zikredildiği görülmektedir. Mesela yukarıdaki 207. madde ile ilgili düzenleme izah edilirken İmam Muhammed'in görüşünün örf'e uygun oluşuna ilaveten Ebû Bekir b. Fazl (ö. 381/991), Şemsüleimme el-Halvânî (ö. 452/1060) ve Ebû Amr Osman b. İbrahim el-Fazlî'nin (ö. 508/1114) de onun görüşünü tercih ettikleri vurgulanmaktadır. Miktarı belirli olmayan bir yığın buğdayın birim fiyatı belirlenerek tamamının satımına cevaz veren İmâmeyn'in görüşü esas alınarak 220. madde hazırlanmıştır. Bu tercihin gerekçesi ise insanların muâmelelerinde kolaylığı temin etmek için *Hidâye* müellifi gibi birçok fakihin İmâmeyn'in görüşünü tercih etmeleridir.¹⁸ Yukarıda zikredilen 621. maddede Ebû Yusuf'un görüşünün esas alınmasının bir diğer gerekçesi *Telhîsu Câmi'i'l-kebir*¹⁹ ve *Dürer* isimli eserlerde bu görüşün tercih edilmesi ve İbn Nüceym'in (ö. 970/1563) tercihinin de bu yönde olmasıdır.²⁰ 958. maddede, sefîhin hacrini câiz gören

¹⁴ "Mecelle Mazbatası", 17.

¹⁵ Ahmet Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2013), 177. Bu konudaki Sadâretin arz tezkeresindeki ifade için bk. Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 77.

¹⁶ Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 86-87.

¹⁷ Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 105.

¹⁸ "Mecelle Mazbatası", 17-18. Mergînânî, İmâmeyn'in görüşünü tercih etmekte ancak kolaylık gibi bir tercih sebebi zikretmemektedir. Bk. Burhânüddin Ali b. Ebî Bekr el-Mergînânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, thk. Muhammed Adnan Derviş (Beyrut: Dârü'l-Erkam, t.s.), 3: 25.

¹⁹ Ebû Abdillâh el-Hılâtî'nin (ö. 652/1254), İmam Muhammed'in *el-Câmi'u'l-kebir*'ine yazdığı telhistir.

²⁰ Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 177.

İmâmeyn'in ictihadının tercih edilmesinin bir nedeni müteber Hanefî kaynakların çoğunda onların görüşünün müftâ bih kabul edilmesidir. Bu görüşün tercih edilmesinin bir nedeni de delil bakımından daha kuvvetli olmasıdır.²¹

Hanefî kaynaklardaki başlıca mezhep içi tercih sebepleri, naslara ve kıyasa uygunluk, maslahat, örf, fesâd-ı zaman, ihtiyat, çoğunluk tarafından tercih edilmektir.²² Dolayısıyla maslahat ve örfün bir tercih sebebi olması *Mecelle*'ye has değildir. Ancak fıkıh kitaplarındaki en sık karşılaşılan tercih sebebinin naslara uygunluk olmasına karşın *Mecelle*'de sefihin hacri ile ilgili mesele dışında, naslara uygunluğun bir tercih sebebi olarak işletilmemesi dikkat çekicidir. Bu tavrın gerçek nedenini tespit etmek mümkün değilse de *Mecelle* Komisyonunun kendisini, görüşleri naslara uygunluk bakımından değerlendirmeye ehil görmemesi veya Meşihat ile arasında, naslara uygunluk noktasında ortaya çıkması kuvvetle muhtemel bir tartışmaya ve Meşihat'ın müdahalesine meydan vermemek için maslahat ve örf temelli bir değerlendirmeyi benimsemesi bir ihtimal olarak ileri sürülebilir. Ayrıca görüşlerin naslara uygunluğu fûrû literatüründe yeterince incelendiği için esbâb-ı mûcibelerde bu husus üzerinde durmaya gerek görülmeyip bunun yerine zamanın değişimine bağlı olarak farklılık arz edebilen maslahat ve örf gibi unsurları dikkate alarak tercih yaparak, değişen şartlara ve toplumun ihtiyaçlarına uygun çözümler sunmayı hedeflenmenin bu konuda etkili olduğu söylenebilir. Aşağıda zikredilecek olan ecîr-i müşterekin tazmin sorumluluğu meselesi hâricinde kıyasa uygunluk *Mecelle*'de bir tercih sebebi olarak yer almamaktadır. Bir görüşün çoğunluk tarafından tercih edilmiş olmasına ise yer yer atıfta bulunulduğu görülmektedir. İhtiyat ve fesâd-ı zaman ise esbâb-ı mûcibelerde bir tercih sebebi olarak yer almamaktadır.

Mecelle Komisyonunun *Mecelle*'de yapmayı düşündüğü bazı tercihlere taslak aşamasında iken diğer kurumlarca müdahale edildiğini gösteren örnekler bulunmaktadır. Bilindiği gibi Komisyonca hazırlanan kitaplar hem Meclis-i Vükelâ hem de Meşihat tarafından inceleniyor ve hazırlanan metin bazı tashihlere konu oluyordu. İşte mercûh görüş esas alınarak düzenlenen iki madde Meclis-i Vükelâ tarafından metinden çıkarılmıştır.

Bunların birincisi hakk-ı mürur (geçit hakkı) ve hakk-ı şirbin (su alma hakkı) müstakil olarak satımının cevazı yönündeki Belh meşâyihinin görüşü tercih edilerek yazılan 216. maddeye yapılan müdahaledir.²³ Bu müdahalede, Fetvâhânece müteber olan ve *Mecelle* Komisyonunca benimsenmeyen görüşün örf'e uygunluğu etkili olmuştur. Esasen mezkûr madde mevcut haliyle, bu hakların müstakil olarak satımının câiz olup olmadığına hiç temas

²¹ Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 104.

²² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Uğur, *Hanefî Mezhebinde Mezhep İçi Tercih ve Usûlü*, 61-81.

²³ Bu husus Meclis-i Vükelânın arz tezkeresinde şöyle ifade edilmiştir: "...hakk-ı mürûr ve hakk-ı şirb ve hakk-ı mesîl meselesinde el-hâletü hâzihî Fetvâhânece merî olan akvâl, cereyân eden muâmelâta muvafik olmakla bu meselenin hâl-i sâbık üzere ibkâ olunması bi't-tensîb 216. madde ona göre sürh ile tashîh edilmiş...". Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 67.

etmemektedir.²⁴ Ancak maddenin mefhûm-ı muhalifinden, bu hakların müstakil olarak satımının câiz olmadığı hükmüne ulaşılabilir.

Meclis-i Vükelânın müdahale ettiği ikinci mesele ise ecîr-i müşterekin tazmin sorumluluğu ile ilgilidir. Ecîr-i müşterekin kendi fiili nedeniyle elindeki müste'cerûn fih zarar görürse ecîrin bu zararı tazmin ile sorumlu olduğu konusunda Ebû Hanîfe ile İmâmeyn ittifak etmiştir. Ecîr-i müşterekin fiil yahut taksiri olmaksızın müste'cerûn fihin zarar görmesi halinde ise Ebû Hanîfe'ye göre ecîr yine tazmin ile sorumlu değildir. Buna karşın İmâmeyn'e göre eğer kaçınılması mümkün olan bir sebeple zarar meydana gelmişse ecîr tazmin ile sorumludur. Müteahhirin fakihlerinden ecîr ile müste'cerûn zarara yarı yarıya katlanmak üzere sulh yapmaları gerektiğini savunanlar olmuştur. Bazı fakihler ise ecîr güvenilir bir kimse ile tazmin ile sorumlu olmaz, böyle değil ise tazmin ile sorumludur, ecîr hali bilinmeyen bir kimse ile sulha hükmedilir şeklinde fetva vermişlerdir. Mezkûr görüşlerden her biri muhtelif fakihler tarafından tercih edilmiştir. Özellikle muhtasar metinlerde Ebû Hanîfe'nin görüşü, bazı şerhlerde ise fesâd-ı zaman nedeniyle İmâmeyn'in görüşü tercih edilmiştir.²⁵ Dolayısıyla bu meselede hangi görüşün râcih olduğu mezhep içerisinde ihtilafıdır. *Mecelle*'nin icâre kitabının esbâb-ı mucibesinde söz konusu görüşler nakledilmiş, Ebû Hanîfe dışındaki fakihlerin görüşlerinin problemleri yönlerine işaret edilmiş ve sonuç itibarıyla hem kıyasa hem de "icâb-ı maslahat-ı asra evfak olduğu" için 611. maddenin Ebû Hanîfe'nin görüşü esas alınarak hazırlandığı ifade edilmiştir. Ancak ecîr-i müşterekin kendi fiilinden kaynaklanmayan zararı tazmin ile sorumlu olmaması, bu kimselere iş verecek müşterileri şüphe ve endişe içerisinde bırakacaktır. Bu sakıncayı ortadan kaldırmak için maddenin sonuna, Ebû Hanîfe'den nakledilen iki rivayetten biri tercih edilerek, sakınılması mümkün olan bir sebeple meydana gelen zararın ecîr tarafından tazmin edileceği şart koşulmuşsa, bu şartın muteber olacağını ifade eden bir

²⁴ Mecelle'nin 216. maddesi şöyledir: "Arza teb'an hakk-ı mürûrun ve hakk-ı şerîk ve hakk-ı mesîlin ve kanevâta teb'an suyun bey'i câizdir." Mecelle'nin sonraki ta'dillerinde ise hakk-ı mürûr ve hakk-ı şirb gibi hukûk-ı müekkedenin müstakil olarak satımının da câiz olduğu yönündeki görüş tercih edilmiştir. Bu konuda bk. Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 94. Akgündüz'ün 1289 tarihli Düstur I. Tertip, c. I, sayfa 30-38'den naklen yayımladığı genel mazbatada, mezkûr meselede Belh meşâyihinin görüşünün tercih edildiği ifade edilmekteyse de Mecelle ve şerhlerinin başında yer alan genel mazbatada bu kısım yoktur. Krş. Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 45; "Mecelle Mazbatası", 2-20; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul, 1330), 1: 2-7. Muhtemelen yukarıda zikredilen Meclis-i Vükelânın müdahalesi sonucu genel mazbatada bir değişikliğe gidilmiş olmalıdır.

²⁵ Bk. Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 239-240; Ebu'l-Berekât Hâfizuddin Abdullah b. Ahmed en-Nesefî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, thk. Said Bektaş (Beyrut: Dârü'l-Beşâiri'l-İslâmiyye; el-Medîne el-Münevvera: Dârü's-Sirâc, t.s.), 553; Osman b. Ali ez-Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâ'ik şerhu Kenzi'd-dekâ'ik* (Bulak: Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1313), 5: 135; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hukkâm fi şerhi Gureri'l-ahkâm* (İstanbul, 1310), 2: 235; İbrahim b. Muhammed el-Halebî, *Mülteka'l-ebhur* (Beyrut: Dârü İhyâ't-Türâsi'l-Arabî, t.s.), 2: 391; Zeynüddin İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râ'ik şerhu Kenzi'd-dekâ'ik*, nşr. Zekerîyya 'Umeyrât (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1997), 8: 48. Konu hakkındaki tercihlerle ilgili olarak ayrıca bk. İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr*, 9: 89-90.

hüküm ilave edilmiştir. Ebû Hanîfe'den nakledilen diğer rivayete göre ise bu tazmin şartı muteber değildir. Komisyon bu rivayeti tercih etmemiştir.²⁶

Sadâretin arz tezkeresinde, madde sonuna eklenen tazmin şartının muteber olduğuna ilişkin Ebû Hanîfe'den yapılan rivayeti tercih etmenin tartışmalı olduğu ve ayrıca halkın esnafa eşya bıraktıklarında bu şartı ileri sürmeye mecbur bırakılmalarının zorluğa neden olacağı söylenmektedir. Bu sebeple mezkûr maddenin tekrar incelenmesi amacıyla, söz konusu maddenin ikinci kısmının düzenlenmeden çıkarılmasına karar verilmiştir.²⁷ Mardin'e göre bu müdahalede Şeyhülislam Hasan Fehmî Efendi'nin etkisi vardır ve Komisyonun tercih ettiği görüş dönemin ihtiyaçlarına daha uygun olduğu halde böyle bir müdahale yapılmasının nedeni Cevdet Paşa'ya üstünlük iddiasından kaynaklanmış olabilir.²⁸ Mevcut haliyle 611. maddede²⁹ ecîr-i müşterekin tazminle sorumlu tutulabilmesi için zararın, ecîrin fiilinden kaynaklanması şart koşulması, Ali Haydar Efendi'nin (ö. 1935) de ifade ettiği gibi bu meselede Ebû Hanîfe'nin görüşünün tercih edildiğini göstermektedir.³⁰

2. MECELLE'NİN KİTÂBÜ'L-BÜYÛ'UNUN MEZHEP İÇİ TERCİH AÇISINDAN TAHLİLİ

2.1. Râcih Görüşün Esas Alınması

Mecelle'de asıl olan ihtilafli meselelerde râcih görüşün esas alınmasıdır. Bu nedenle Kitâbü'l-Büyû'daki râcih görüşün esas alındığı maddeler teker teker zikredilmeyecek, sadece örnek kabilinden bazı maddelere yer vermekle yetinilecektir.

Mâlî değeri yüksek mallarda (emvâl-i nefise) teâtî ile satım akdi Kerhî'ye (ö. 340/952) göre mün'akid değilken mezhepte râcih görüş bu akdin mün'akid olduğu yönündedir.³¹ *Mecelle*'nin 187. maddesinde bu görüş esas alınmıştır. Müşterinin satın alıp henüz kabz etmediği gayr-i menkulü satması Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre sahih iken, Şeybânîye göre değildir. *Mecelle*'nin 253. maddesinde Şeyhayn'ın görüşü tercih edilmiştir ki mezhepteki râcih görüş de budur.³² Ebû Hanîfe'ye göre kabza vekil olan kimsenin satın alınan malı görmesi, müvekkilin görmesi gibidir ve onun görme muhayyerliğini düşürür, İmâmeyn'e göre ise düşürmez. Mezhepte râcih olan Ebû Hanîfe'nin görüşü olup³³ *Mecelle*'nin 333. maddesi de bu doğrultuda

²⁶ Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 71-73.

²⁷ Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 69.

²⁸ Mardin, *Ahmed Cevdet Paşa*, 70.

²⁹ 611. madde şöyledir: "Ecir-i müşterek gerek te'addîsi ya taksiri olsun ve gerek olmasının kendisinin fiil ve sun'undan tevellüd eden zarar ve hasarı zâmin olur.

³⁰ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hukkâm*, 1: 980. Ayrıca bk. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstîlâhât-ı Fikhiyye Kâmusu* Bilmen (İstanbul: Basım ve Yayın Evi, t.s.), 6: 233.

³¹ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 23; Molla Hüsrev, *Dürrer*, 2: 143; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 5: 453.

³² Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 59; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 430; İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtâr*, 7: 369.

³³ Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, t.s.), 13: 73-74; Alâüddin Ebû Bekr b. Mesûd el-Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'î fi tertîbi's-şerâ'î* (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-Arabî, 1974), 5:

hazırlanmıştır. İmâmeyn'e göre selem akdinde re'sü'l-mâl mislî ve muayyen ise miktarının bilinmesi şart değildir. Yine taşıma masrafı gerektiren müsemün fihin nerede teslim edileceğinin tayin edilmesi de şart olmayıp, akit meclisi teslim yeri olarak teayyün eder. Ebû Hanîfe'ye göre ise bu iki meselede tayin, selem akdinin sıhhat şartıdır. Mezhepte râcih olan Ebû Hanîfe'nin görüşü olup³⁴ *Mecelle*'nin 386. maddesinin ilgili kısmında onun görüşü tercih edilmiştir.

2.2. Râcih Görüşe Aykırı Tercihler

Hangi maddelerin râcih görüşe aykırı olduğunun esbâb-ı mûcibelerde izah edilmesi, bunların haricindeki maddelerin tamamının râcih görüşe uygun olması gerektiğini düşündürmektedir. Oysa *Mecelle*'de râcih görüşe aykırı düzenlemeler sadece esbâb-ı mûcibelerde zikredilenlerden ibaret değildir. Bu nedenle *Mecelle*'de yer alan râcih görüşe aykırı düzenlemeleri, biri esbâb-ı mûcibelerde izah edilenler, diğeri de izah edilmeyenler olmak üzere iki kategoride ele almak mümkündür. Burada şu husus ifade edilmelidir ki, râcih görüşe aykırı tercihlerin isabetli olup olmadığı hakkında bir hüküm verebilmek, ehl-i tercih seviyesinde bir fakih olmaya bağlıdır ve tercihe konu olan her bir meseledeki görüşlerin delillerini ayrıntılı bir şekilde incelemeyi gerektirir ki bu, ancak müstakil çalışmalar ile mümkündür. Bu nedenle, aşağıda ele alınacak râcih görüşe aykırı tercihlerin isabeti hakkında bir hüküm vermekten kaçınılacak, bunun yerine bazı genel değerlendirmeler ile yetinilecektir.

Birinci kategorideki tercihe ilk örnek, kısım kısım yetişen ve olgunlaşan ürünlerin satımı ile ilgilidir. Mezhepteki hâkim görüşe göre bu tür ürünlerin toptan satımı caiz değildir. Çünkü bu akitte mevcut olanların yanında ma'dûmun satışı da söz konusudur ki bu bâtıldır. Akdin sadece mevcutlar üzerine kurulduğu kabul edilse bile, müşteri mevcut ürünleri kabzetmeden yeni ürünlerin yetişmesi durumunda, akdin konusu olan malı ayırt edip müşteriye teslim etmek mümkün olmayacağından akit fasiddir. Öte yandan Şemsülemme el-Halvânî bu satım işleminin cevazı yönünde fetva vermiştir. Muhammed b. Fazl bu tür satımlar teâmül haline geldiği ve insanları bundan alıkoymak sıkıntıya neden olacağı için istihsanen, mevcut olanlara tâbî olarak diğerlerinin satımının da câiz olacağı görüşünü benimsemiş ve İmam Muhammed'in de, dalındaki güllerin satımına bu yolla cevaz verdiğini nakletmiştir. İlk görüşün esahh olduğunu ifade eden Serahsî (ö. 483/1090) ise bu yolla satıma cevaz verebilmek için gerçek anlamda bir zaruretin bulunması gerektiğini, oysa bu yola başvurmadan bu ürünleri

295-296; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 35; Mahmûd b. Sadrüşşerîa el-Evvel Burhânüşşerîa, *Vikâye*, nşr. Salah M. Ebu'l-Hâc (Amman: Müessesetü'l-Verrâk, 2006), 4: 18; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 414; Zeylaî, *Tebyînü'l-ħakâ'ik*, 4: 28; Molla Hüsrev, *Dürrer*, 2: 158; Halebî, *Mültekâ*, 2: 37-38.

³⁴ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 75; Ebu'l-Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmud el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamîd, (İstanbul: el-Mektebetü'l-Hanefiyye, 1953), 2: 48-49; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 439; Halebî, *Mültekâ*, 2: 101.

satmanın mümkün olduğunu söylemiş ve iki çözüm yolu sunmuştur.³⁵ İlerleyen süreçte yeni çözüm önerileri ilave edilmiştir.³⁶

Hanefî kaynaklarda muhtemelen Serahsî'nin de etkisiyle söz konusu satım işleminin câiz olmadığı görüşü tercih edilmiştir.³⁷ İbn Âbidin (ö. 1252/1836) ise yaşadığı zaman ve bölgede bu tür ürünlerin toptan satımında çok yaygın bir örf bulunduğunu, teklif edilen çözüm önerilerinin de yetersiz kalacağını, bu satım işleminin câiz sayılmamasının tarım ürünleri yemenin haramlığını gerektireceğini ifade ederek bu hususta zaruretin bulunduğunu ve dolayısıyla bu akdin caiz görülmesi gerektiğini söylemiştir. O, bu görüşünü zaruret yanında selem akdinin cevazına da dayandırır. Zira hakikatte mâdumun satışı olduğu halde zaruret nedeniyle selem akdine cevaz verilmiştir. Bahse konu edilen satım işlemi de aynı gerekçeyle “nassın delâletine” binâen seleme dâhil edilebilir ve böylece mâdumun satışını yasaklayan naslara da muhâlefet edilmemiş olur.³⁸ Selem cevazı kıyasa aykırı olarak sabit olduğu ve böyle bir hüküm başka bir meselede makîsün aleyh olamayacağı için İbn Âbidin bu tür bir istidlâl yapmamakta, bunun yerine selemle ilgili nasların delâletine başvurmaktadır.

Mecelle'nin 207. maddesinde mezkûr ürünlerin mevcut olanlarına tâbî olarak mevcut olmayanların satımının da câiz olduğu görüşü tercih edilmiştir. Esbâb-ı mücibede, İmâm Muhammed'in istihsanen buna cevaz verdiği, Şemsüleimme el-Halvânî, Ebu Bekir Muhammed b. Fazl ve İmâm Fazlî'nin de bu görüşü tercih ettiği, bu konuda örf bulunduğu ve “*muâmelât-ı nâsı fesâda nispetten ise mehmâ emken sıhate haml etmek evlâ olduğu*” ifade edilmiştir.³⁹ Şeybânî'nin temel kaynaklarda zayıf bir rivayet olarak değerlendirildiği anlaşılan görüşüne atıf yapılması dikkat çekicidir. *Mecelle*'deki bu tercihte İbn Âbidin'in etkili olması kuvvetle muhtemeldir. Ancak cevaz görüşünü tercih eden üç fakihin ismi zikredilirken, bu akdin cevazını belki de en tatmin edici şekilde temellendiren İbn Âbidin'e atıf yapılmaması da dikkat çekicidir. Bu durum *Mecelle* Komisyonunun “tercih ehli fakih algısı” ve buna bağlı olarak bir

³⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 12: 197.

³⁶ Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhid İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fetihü'l-ğadir*, nşr. Abdürrezzâk Gâlip el-Mehdî (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2003), 6: 269. İbn Âbidin, İbnü'l-Hümâm'ın bu meselede satışın câiz olduğunu kabul eden görüşe meylettiğini ifade etse de (*Reddü'l-muhtâr*, 7: 86), onun bu görüşü tercih etmediği söylenebilir. Nitekim, Serahsî'nin sunduğu çözüm yollarına İbnü'l-Hümâm'ın yenilerini ilave etmesi, adem-i cevaz görüşünü tercih ettiğini göstermektedir.

³⁷ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'î*, 5: 139; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 28; Zeylaî, *Tebyînü'l-ğakâ'ik*, 4: 12; İbnü'l-Hümâm, *Fetihü'l-ğadir*, 6: 269; İbn Nüceym, *el-Bağrû'r-râ'ik*, 5: 503-504; Abdurrahman b. Muhammed Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur* (Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.s.), 2: 19. Ayrıca bk. Ebu'l-Mehâsin Fahreddin Hasan b. Mansur Kâdîhân, *Fetâvâ-yı Kâdîhân* (Bulak: el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1310), 2: 248-250; Mehmet Emin Efendi Ankaravî, *Fetâvâ-yı Ankaravî* (İstanbul: Dârü't-Tibâati'l-Âmire, 1281), 1: 241-242.

³⁸ İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtâr*, 7: 86.

³⁹ “*Mecelle Mazbatası*”, 17.

görüşün hangi fakihlerin tercihleri ile temellendirilebileceği konusundaki kabulleri konusunda bazı ipuçları verici niteliktedir.

Birinci kategorideki tercihe bir diğer örnek şart muhayyerliğinin müddeti hakkındadır. Şart muhayyerliği Ebû Hanîfe'ye göre en fazla üç gün iken İmâmeyn'e göre belirli bir müddet tayin edilmesi şartıyla üç günden daha fazla da olabilir. Bu meselede Ebû Hanîfe'nin görüşü tercih edilmiştir.⁴⁰ *Mecelle*'nin 300. maddesinde ise esbâb-ı mûcibede ifade edildiği üzere,⁴¹ hâl ve maslahata uygunluk sebebiyle İmâmeyn'in görüşü tercih edilmiştir. Tarafların naklî delillerini değerlendirmekten sarf-ı nazar ederek söylemek gerekirse,⁴² İmâmeyn'in görüşü, şart muhayyerliğinin hedefi ve meşrû kılınıp gerekçesi olan düşünmeye fırsat verme ve aldanmayı önleme bakımından daha etkili ve dolayısıyla lehine şart koşulan kimsenin maslahatına uygun görülebilir. Ancak satıcı ve alıcı satım akdi öncesinde, yapacakları alışverişin kar-zarar durumunu değerlendirmiş olmalıydılar. Hele İbnü'l-Hümâm'ın (ö. 861/1457) da belirttiği gibi, Hz. Peygamberin hastalığı sebebiyle muhâkemesi zayıf olan sahâbî için bile üç günü yeterli görmesi, şart muhayyerliğinde daha fazla süre tanınmasının caiz olmamasını gerektirecektir denebilir.⁴³ Dolayısıyla Ebû Hanîfe'nin görüşü, ilgili hadislerin lafzı yanında maksadına da uygunluk arz etmektedir. Ayrıca şart muhayyerliği "akidlerde asıl olan bağlayıcılıktır" ilkesine aykırı olup, özellikle konu ile ilgili Habbân b. Munkız hadisi nedeniyle kıyasa aykırı olarak sabit olmuştur. Kıyasa aykırı olarak sabit olan hükümlerde, ilgili nastaki hüküm ile yetinilir. Şart muhayyerliği ile ilgili naslarda ise bu süre üç gün olarak zikredilmiştir.

Birinci kategorideki tercihe başka bir örnek nakit muhayyerliğinin süresi hakkında olup Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre nakit muhayyerliğinin süresi en fazla üç gündür. Şeybânî'ye göre ise müddet tayin edilmek şartıyla bu süre üç günden daha fazla da olabilir. Mezhepte râcih olan Şeyhayn'ın görüşüdür.⁴⁴ *Mecelle*'nin 313 ile 314. maddelerinde, maslahat sebebiyle⁴⁵ İmâm Muhammed'in görüşü tercih edilmiştir. *Mecelle*'nin şart muhayyerliğindeki tercihi ile ilgili yukarıda ifade edilen hususlar nakit muhayyerliği için de geçerlidir. Zira arada

⁴⁰ Bazı kaynaklar için bk. Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 29; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2: 17; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 411; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6: 278-280. Tahâvî ise İmâmeyn'in görüşünü tercih etmiştir. Bk. Ebû Cafer Ahmed et-Tahâvî, *el-Muhtaşar*, thk. Ebulvefâ el-Efgânî (Haydarabad, t.s.), 75.

⁴¹ "Mecelle Mazbatası", 18.

⁴² Şart muhayyerliğinin süresi ile ilgili görüşlerin delillerinin değerlendirmesi için bk. Abdülaziz b. Muhammed b. Osman er-Rubeys, "Satım Akdindeki Şart Muhayyerliğinin Süresi", trc. Ayhan Hıra, *Hikmet Yurdu* 6/12, (Temmuz-Aralık 2013/2): 355-389; Recep Özdemir, "İslam Hukukunda Şart Muhayyerliği", *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7/1, (Bahar 2016): 157-160.

⁴³ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6: 279.

⁴⁴ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 29-30; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 411; Molla Hüsrev, *Dürer*, 2: 152. Halebî, *Mültekâ*, 2: 24-25.

⁴⁵ "Mecelle Mazbatası", 19.

bazı farklılıklar olsa da⁴⁶ gerek dayandığı delil gerekse hedefi açısından nakit muhayyerliği, şart muhayyerliği kapsamında ele alınmaktadır.

Birinci kategorideki tercihin son örneği istisnâ' a'kdinin bağlayıcına dairdir. Zâhiru'r-rivayeye göre, üretilmesi için sipariş edilen mal (masnû') tarif edilen vasıflara uygun olarak üretilmiş olsa bile, istisnâ' akdi sipariş vereni (müstesni') bağlayıcı değildir. Sipariş veren kimse malı gördüğü zaman alıp almamakta muhayyerdir. Ebû Yusuf'tan yapılan bir rivayete göre ise mal, tarif edilen vasıflara uygunsa artık sipariş vereni bağlayıcıdır. Mezhepte müftâ bih olan zâhiru'r-rivaye görüşüdür.⁴⁷ *Mecelle*'nin 392. maddesinde ise Ebû Yusuf'un görüşü tercih edilmiştir. Esbâb-ı mücibede, bu tercihin izahı bağlamında ticari hayatta sipariş akdinin oldukça önemli bir yer tuttuğu ve büyük bir maslahat sağladığı, bu akdin sipariş vereni bağlayıcı olmadığının mutlak surette kabul edilmesinin bu maslahatı ihlal edeceği, ayrıca istisnâ' akdinin kıyasa aykırı olarak ve insanların örfüne binâen istisnenen caiz görüldüğü ifade edilmiştir.⁴⁸

Zâhiru'r-rivâyeye görüşünü tercih edenler, sipariş verenin uğrayacağı zararın daha ağır, üreticinin zararının ise malı başka birine satması suretiyle telafi edilebilir olduğu kanaatindedir. Bu görüşün görme muhayyerliği ilkesine uygunluğu da bir diğer tercih sebebidir.⁴⁹ Her ne kadar bu ictihad, siparişlerin bireysel ve küçük çaplı olduğu dönemler ve olaylar için tercih edilebilir olsa da, bu sözleşmenin kapsam ve mâliyet açısından farklılaştığı, kişilerin büyük harcama ve yatırım yaparak sipariş edilen malları ürettiği bir ortamda, geçerli bir mazereti yokken sipariş verene akdi reddetme yetkisi tanınmanın, üretici için telafisi mümkün olmayan zararlara neden olacağı âşikardır. Başka bir ifade ile günümüzde sipariş verenin değil de üreticinin uğrayacağı zarar daha fazla olacağı ve bu durum ticari hayatı olumsuz etkileyeceği için Ebû Yusuf'un görüşün tercih edilmesi maslahata uygun görülmüştür.⁵⁰

İkinci kategoriye dair yani râcih görüğe aykırı olduğu halde Kitâbü'l-Büyû'da tercih edilen ancak esbâb-ı mücibede izah edilmeyen üç tercih tespit edilmiştir. Bunlardan ilki şart

⁴⁶ Şöyle ki, şart muhayyerliğinde muhayyerlik süresi içerisinde kullanılmadığında akit kesinlik kazanırken nakit muhayyerliğinde süresi içerisinde ücret ödenmediği takdirde akit fasid olur. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, 13: 17; Yunus Apaydın, "Muhayyerlik", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, c. 31 (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 28.

⁴⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 12: 139; Kâsânî, *Bedâ'i' u'ş-şanâ'î*, 5: 3-4; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 79; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 2: 54; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 441; Zeylâ'î, *Tebyînü'l-hakâ'ik*, 4., 124; Molla Hüsrev, *Dürer*, 2: 198; Halebî, *Mülteķâ*, 2: 107; Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur*, 2: 107; İbn Nüceym, *el-Baħrû'r-râ'ik*, 6: 285; Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-fetâvâ*, haz. Süleyman Kaya v.dğr. (İstanbul: Klasik Yayınları, 2011), 324-325; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muħtâr*, 7., 477.

⁴⁸ "Mecelle Mazbatası", 19-20.

⁴⁹ Kâsânî, *Bedâ'i' u'ş-şanâ'î*, 5: 4.

⁵⁰ Bu konuda bk. Aktan, Hamza, "İstisnâ'", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, c. 23 (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 395-396.

muhayyerliğin hükmüne, ikincisi bey' bi'l-vefânın menkullerde cevazına, üçüncüsü ise gabn-i fâhişin tanımına dairdir. Son tercih aşağıda tanımlar arası tercih başlığında inceleneceğinden burada sadece ilk iki tercih ele alınacaktır.

Müşterinin şart muhayyerliği mebûin, satıcının mülkiyetinden çıkmasına engel teşkil etmez. Bu konuda mezhep içerisinde ittifak vardır. Ancak mebûin, müşterinin mülkiyetine girip girmediği konusunda ihtilaf edilmiştir. Ebû Hanîfe'ye göre bu durumda mebû müşterinin mülkiyetine girmez, İmâmeyn'e göre ise girer. *Mecelle*'nin 309. maddesinde İmâmeyn'in görüşü esas alınmıştır. Oysa Hanefî kaynaklarda ya sarahaten ya zımnen ama mutlaka Ebû Hanîfe'nin görüşü tercih edilmiştir.⁵¹ Dolayısıyla bu maddenin ilgili kısmı râcih görüşe muhaliftir. Bu mesele esbâb-ı mücibede izah edilen tercihler arasında da yer almamaktadır ve bu nedenle *Mecelle*'nin hazırlanışında izlenen metoda aykırılık teşkil etmektedir.

Bey' bi'l-vefânın gayr-i menkullerde câiz olduğunda ittifak varsa da menkullerde cevazı ihtilafıdır. Molla Hüsrev (ö. 885/1480) biri genel ihtiyaç nedeniyle sahih olduğu, diğeri teâmülün husûsiliği nedeniyle ise sahih olmadığı yönünde iki farklı görüş nakleder.⁵² *Behcetü'l-fetâvâ*'da bu akdin menkul mallarda câiz olmadığı ifade edilir.⁵³ Ali Haydar Efendi de câiz olmadığı yönünde fetva verildiğini ve bu akdin çoğunlukla gayr-i menkulde yapıldığını belirtir.⁵⁴ Dolayısıyla ihtilaf bulunmakta birlikte çoğunluğun menkullerde vefâen bey'e cevaz vermediği söylenebilir. *Mecelle*'de ise bu akdin menkul mallarda da sahih olduğu görüşü tercih edilmiştir. Zira bey' bi'l-vefânın "bir kimse bir malı âhara semeni reddettikte geri vermek üzere şu kadar kuruşa satmaktır" şeklindeki tarifinde (Madde 118) mutlak olarak mal ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade Ali Haydar Efendi'nin de belirttiği gibi menkul mallarda vefâen bey'in sahih olduğu görüşünün tercih edildiğini göstermektedir.⁵⁵

2.3. Râcih Görüşte İhtilaf Edilen Meselelerde *Mecelle*'de İzlenen Yöntem

Hangi görüşün râcih olduğu konusunda tercih ehli fakihler bazen ihtilaf edebilmektedirler. *Mecelle*'de bu tür meselelerde düzenleme yapılırken nasıl bir yol izlendiği

⁵¹ Ebu'l-Huseyn Ahmed b. Muhammed el-Kudûrî, *el-Muhtaşar* (İstanbul: el-Mektebetü'l-Mahmûdiyye, t.s.), 2: 13; a.mlf., *Mevsû'atü'l-Şavâ'idü'l-Fıkhîyye el-Mükârene: et-Tecrid*, thk. Muhammed Ahmed Sirac - Ali Cum'a Muhammed (Kahire: Dârü's-Selâm, 2004), 5: 224 vd.; Serahsî, *el-Mesûât*, 13: 65-66; Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed Alâüddin es-Semerkandî, *Tuḥfetü'l-fukahâ* (Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1984), 2: 77; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-Şanâ'ir*, 5: 265; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 30; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2: 19; Burhânüşşerfâ, *Vikâye*, 4: 11; Nesefî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 411; Zeyla'î, *Tebyînu'l-ḥakâ'ik*, 4: 16; Molla Hüsrev, *Dürer*, 2: 152; Halebî, *Mültekâ*, 2: 26-27; İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6: 20.

⁵² Molla Hüsrev, *Dürer*, 2: 208.

⁵³ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-fetâvâ*, 316.

⁵⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm*, 1: 224.

⁵⁵ Ali Haydar Efendi, bu tercihi, mezkûr maddedeki mutlak mal ifadesine ilaveten bey' bi'l-vefânın rehin hükmünde olduğu ve menkul mallarda ise rehnin câiz olduğu görüşüne dayandırmaktadır. Bk. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm*, 1: 224.

açıklanmamıştır. Aşağıda bu konuda fikir edinebilmeyi sağlayacak bazı örnek meseleler üzerinde durulacaktır.

Hasan b. Ziyad'ın (ö. 204/819) Ebû Hanîfe'den rivayetine göre, muayyen bir miktarını istisnâ ederek, meyve bahçesindeki ürünü satmak câiz değildir. Çünkü istisnadan sonra geriye kalan ürün miktarında bilinmezlik vardır. Konu hakkında doğrudan zâhiru'r-rivâye görüşü bulunmamaktadır. Ancak zâhiru'r-rivâye meseleleri arasında, bu meselenin hükmüne ulaşmak için tahric yapılabilecek bir görüş mevcuttur. Buna göre bir yığın buğdaydan bir kafzini satmak câiz olduğu gibi, bu bir kafzi istisnâ edip geriye kalanı satmak da câizdir. Bu meseleden hareketle şöyle genel bir ilkeye ulaşılır: Müstakil olarak ele alındığında akdin konusu olmaya elverişli olan şeyi, akdin konusundan istisnâ etmek de câizdir. Bu ilkeye göre, muayyen bir miktarını istisnâ ederek, meyve bahçesindeki ürünü satmanın câiz olması gerekir. Kudûrî (ö. 428/1037) , Burhânüşşerîa (ö. VIII./XIV. yy.) ve Sadruşşerîa (ö. 747/1347), Hasan b. Ziyad rivayetini tercih etmektedir.⁵⁶ İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457) "akyes bi-mezhebi Ebî Hanîfe" diyerek aynı yönde tercihte bulunur.⁵⁷ Mergînânî (ö. 593/1197) ise bu rivayeti değil, tahric ürünü görüşü tercih etmektedir. İlerleyen süreçte muhtemelen Mergînânî'nin de etkisiyle bu satımın câiz olduğu yönündeki tahric ürünü görüşü tercih edilmiştir.⁵⁸ Görüldüğü üzere bu meselede hangi görüşün râcih olduğu konusunda ihtilaf edilmiştir. *Mecelle*'nin 219. maddesi bu satımın câiz olduğu görüşü tercih edilerek hazırlanmıştır. İlerleyen süreçte bu satım akdinin sahih olduğu görüşünün giderek daha ağır basması, *Mecelle*'deki tercihte etkili olmuş gözükmektedir. Bu durum tercih ehlinin ihtilafı halinde, çoğunluğun görüşünün benimsenmesi şeklinde bir metot izlendiğini göstermektedir ki bu, mezhep içi tercih usûlü ilkelerine de uygundur. Zira mezhep içi tercih usûlüne dâir eserlerde, meşâyihin ihtilafı durumunda çoğunluğun görüşünün tercih edileceği ifade edilmektedir.⁵⁹

Keylî, veznî, adedî veya zer'î bir malın, tamamı ne kadar olduğu bilinmeksizin, birim fiyatı belirlenerek satımı İmâmeyn'e göre sahihtir. Ebû Hanîfe'ye göre bu satım keylî ve veznî mallarda sadece bir birim için sahihtir. Adedî ve zer'î mallarda ise hiçbir şekilde sahih olmaz. Bu meselede Kudûrî, Neseî (ö. 710/1310), Sadruşşerîa ve İbrahim el-Halebî, Ebû Hanîfe'nin

⁵⁶ Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 2: 10; Ubeydullah b. Mesud el-Mahbûbî Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, nşr: Salah Muhammed Ebu'l-Hâc (Amman: Müessesetü'l-Verrâk, 2006), 4: 9.

⁵⁷ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 28; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6: 270.

⁵⁸ Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 409; Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâ'ik*, 4: 12-13; Halebî, *Mültekâ*, 2: 19; Alâüddin Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Haskefî, *ed-Dürrü'l-muhtâr şerhu Tenvîri'l-ebşâr*, nşr. Adil Ahmed Abdülmevcut - Ali Muhammed Muavvaz (Riyad: Dâru Âlemi'l-Küttüp, 2003), 7: 90-91. Ayrıca bk. İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7: 90-91.

⁵⁹ Kâdîhân, *Fetâvâ*, 1: 3; Cemaleddin Ahmed b. Mahmud b. Saîd el-Gaznevî, *el-Hâvi'l-kudsî*, thk. Salih el-Ali (Dimaşk-Beyrut: Dâru'n-Nevâdir, 2011), 2: 562.

görüşünü benimsemiştir.⁶⁰ İbnü'l-Hümâm da delili daha kuvvetli olduğu gerekçesiyle onun görüşünü tercih etmiştir.⁶¹ İftihâruddîn el-Buhârî (ö. 542/1147), Kâdîhân (ö. 592/1196) ve Mergînânî'ye göre ise fetva İmâmeyn'in görüşüne göre verilir.⁶² Bazılarına göre İmâmeyn'in görüşünün tercih edilmesinin nedeni, Ebû Hanîfe'nin konu ile ilgili delillerinin zayıf olması değil, İmâmeyn'in ichtihadının kolaylık ilkesine uygun oluşudur. Bundan hareketle İbn Âbidin bir görüşün delili kuvvetli olduğu için tercih edilmesinin, diğer görüşün kolaylık nedeniyle tercih edilme ihtimalini ortadan kaldırmayacağını belirtir.⁶³ *Mecelle*'nin 220. maddesinde kolaylık gerekçesiyle İmâmeyn'in görüşü tercih edilmiştir. Her ne kadar kaynaklarda kolaylık nedeniyle İmâmeyn'in görüşünün müftâ bih olduğu belirtilse de bu tercihin esbâb-ı mûcibede izahına ihtiyaç duyulması⁶⁴ esasen hangi görüşün müftâ bih olduğunda kesinlik bulunmadığını göstermektedir. Bu örnek özelinde, *Mecelle* hazırlanırken ihtilafli meselelerde karşıt görüş delil bakımından kuvvetli kabul edilse bile, kolaylık sağlayan görüşün tercih edilmesi şeklinde bir usûl izlendiği söylenebilir. Yine mazbatada Mergînânî gibi birçok fakihin İmâmeyn'in görüşünü tercih ettiklerine vurgu yapılması,⁶⁵ çoğunluğun tercih ettiği görüşün esas alındığını göstermektedir.

Müslümanların kredi ihtiyaçlarını temin arayışlarının bir sonucu olan ve "bedeli iâde edildiğinde geri alınmak üzere bir malı satmak" şeklinde tarif edilen bey' bi'l-vefânın hükmü Hanefî mezhebinde ihtilaflıdır. Bu akdin rehin hükmünde olduğu; sahih bey' olduğu; fâsid bey' olduğu; rehin ve sahih bey'den müteşekkil olduğu; sahih ve fâsid bey' ile rehinden mürekkep bir akit olduğu şeklinde görüşler mevcuttur.⁶⁶ Kâdîhân'a göre ise akit esnasında kullanılan lafızlar ile akdi feshetme veya mebû iâde etme şartının ileri sürüldüğü zamana göre bu akdin farklı hükümleri vardır.⁶⁷ Bu görüşlerden hangisinin râcih olduğunda da ihtilaf edilmiştir. Mergînânî bu akdin sahih olduğu görüşündedir.⁶⁸ Zeylaî'nin (ö. 743/1342) nakline göre Sığnâkî (ö. 714/1314) "ve aleyhi'l-fetvâ" diyerek sihat görüşünü tercih etmiştir.⁶⁹ Bezzâzî ise (ö.

⁶⁰ Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 2: 7-8; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 406-407; Sadruşşerîa, *Şerhu'l-Vikâye*, 4: 5-6; Zeynüddin Ebu'l-Fazl Kâsım b. Kutluboğa, *et-Taşîh ve't-tercîh 'alâ Muhtaşari'l-Kudûrî*, thk. Ziyâ Yunus (Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2002), 219; Halebî, *Mültekâ*, 2: 10-11.

⁶¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, 6: 250.

⁶² Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 25; Kâsım b. Kutluboğa, *et-Taşîh ve't-tercîh*, 219.

⁶³ İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtâr*, 7: 64. Ayrıca bk. Alâüddin Muhammed b. Ali el-Haskefî, *ed-Dürri'l-muntekâ fi şerhi'l-Mültekâ* (Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.s.), 2: 11.

⁶⁴ "Mecelle Mazbatası", 17-18.

⁶⁵ "Mecelle Mazbatası", 17-18.

⁶⁶ Görüş sahipleri ile görüşlerin ayrıntı ve delilleri için bk. Hâfizuddin Muhammed b. Muhammed el-Kerderî el-Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, (Bulak, 1310), 4: 405-409; Şeyh Bedreddin, *Câmi'u'l-füşûleyn* (Kâhire: el-Matbaatü'l-Ezheriyye, 1300), 1: 234-247.

⁶⁷ Kâdîhân, *Fetâvâ*, 2: 165.

⁶⁸ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 270.

⁶⁹ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâ'ik*, 5: 184.

827/1424) sahih ve fâsîd bey' ile rehinden mürekkep bir akid olduğu görüşünü benimsemiş,⁷⁰ İbn Nüceym de fetva verirken bu görüşün dışına çıkılmaması gerektiğini belirtmiştir.⁷¹ İbn Kemâl (ö. 940/1534), Ebussuûd ve Zekeriyya Efendi'nin (ö. 1644), vefâen bey'in rehin hükmünde olduğu ve dolayısıyla müşteri mebîden istifade etmişse bunu tazminle sorumlu olduğu yönünde fetva verdikleri nakledilmektedir.⁷² İbn Âbidin'in bu akdi rehin hükmünde kabul ettiği anlaşılmaktadır.⁷³ Âkifzâde ise Osmanlı ulemasının Türkçe fetvalarında çoğunlukla bu akdin sahih ve fâsîd bey' ile rehinden oluştuğu görüşüyle fetva verildiğini belirtir.⁷⁴

Bu tercihler, hangi görüşün râcîh olduğunun netlik kazanmadığını ortaya koymaktadır. *Mecelle*'nin 118. maddesinde ise bey' bil' vefânın; müşteri mebîden istifade edebildiği için sahih bey', taraflar bu akdi feshetmeye muktedir oldukları için fâsîd bey', müşteri mebî'i üçüncü bir şahsa satmadığı için rehin hükmünde olduğu görüşü tercih edilmiştir. *Mecelle*'de bu görüşün tercih edilmesinin sebebi ve dayanağının ne olduğu sorusunun kısmî bir cevabını, Ahmet Cevdet Paşa'nın *Risâletü'l-vefâ*'sında bulmak mümkündür. Cevdet Paşa konu ile ilgili görüşleri naklettikten sonra İbn Nüceym'in yukarıda zikredilen tercihinin aktarıp, Şeyhülislam Ebussuûd'un da bu görüşte olduğunu belirtir ve *Mecelle*'nin bey' bi'l-vefâ ile ilgili maddelerini düzenlerken kendilerini bu görüşe ulaştıran Allah'a hamd eder.⁷⁵ Cevdet Paşa'nın bu tavrı *Mecelle* Komisyonunun tercihinde, İbn Nüceym ve Ebussuûd'un belirleyici olduğu şeklinde yorumlanabilir. Yine Bezzâzî'nin tercihinin de etkili olması muhtemeldir. Kanaatimizce *Mecelle*'de bu görüşün benimsenmesinin en önemli nedeni öteden beri toplumda uygulanana gelen bu akdin ancak bu kapsamlı görüşle meşrûluk vasfı kazanabilecek olmasıdır. *Mecelle* Komisyonunun tıpkı benzer yönde tercih yapan önceki fakihler gibi, zaten toplumda oldukça yaygın olan uygulamaya hukûkî bir temel sunmayı hedefledikleri söylenebilir.

Öte yandan Süleyman Kaya'nın da işaret ettiği gibi⁷⁶ *Mecelle*'nin bey' bi'l-vefâya dair 3. ve 398. maddeleri ile yukarıdaki görüşün tercih edildiği 118. madde arasında, mezhep içi tercih açısından bir uyumsuzluk dikkat çekmektedir. Şöyle ki, 3. maddede vefâen bey'de rehin hükümlerinin cârî olduğu söylenmekte, 398. maddede de, müşterinin mebî'in menfaatinden

⁷⁰ Bezzâzî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*, 4: 409.

⁷¹ İbn Nüceym, *el-Baḥrû'r-râ'ik*, 6: 13.

⁷² Ankaravî, *Fetâvâ-yı Ankaravî*, 1: 294. İskilibî'nin nakline göre ise Ebussuûd bu akdin hem bey'e hem de rehine benzediği görüşündedir. Dolayısıyla bu meselede Ebussuûd'a farklı görüşler nispet edilmektedir. Bk. Veli b. Yusuf el-İskilibî, *Mecme'u'l-fetâvâ*, Süleymaniye Ktp., Şehid Ali Paşa, nr:1069, vr.168b.

⁷³ İbn Âbidin, *Reddû'l-muhtâr*, 3: 177, 276.

⁷⁴ Süleyman Kaya, "XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Kredi Temin Yöntemleri", *İslam Hukuku Açısından Tarihten Günümüze Kredi ve Finans Yöntemleri (İstanbul 08-09 Mayıs 2010)*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011), 21. (Âkifzâde, *Mecelletü'l-mehâkim*, vr.294b'den naklen.)

⁷⁵ Ahmet Cevdet Paşa, *Risâletü'l-vefâ*, trc. Süleyman Kaya, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 12 (Ekim 2008): 271.

⁷⁶ Süleyman Kaya, "Ahmet Cevdet Paşa'nın Risâletü'l-Vefâ İsimli Eseri", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 12 (Ekim 2008): 267.

istifade edebilmesi, bu istifadenin şart koşulup bâyi' tarafından kabul edilmesine bağlanmaktadır.⁷⁷ Buna göre böyle bir şartın ileri sürülmemesi halinde müşterî mebî'den istifade edemeyecektir. Nitekim Ali Haydar Efendi, "Menâfi-i mezkûrenin müşteriye ait olması şart kılınmadığı halde müşteri o menâfi bilâ izin istihlak etse zâmin olur. Çünkü vefâen satılan maldan mütevellit mahsûle müşteri mâlik olamaz" demiştir.⁷⁸ Bu görüş, vefâen bey'i rehin hükmünde kabul etmenin bir sonucudur ve bu durumda 118. maddedeki bu akdin sahih bey' olduğu hükmü hiçbir sonuç doğurmamakta, karşılıksız kalmaktadır. Zira orada vefâen bey', müşteri mebî'den istifade edebildiği için sahih bey' hükmünde kabul edilmiştir. Halbuki 398. maddede mebî'den istifade etme hakkı için sadece bey' bi'l-vefâ yeterli bulunmamış, bu konuda ayrıca bir şart koşulması gerekli görülmüştür.

2.4. Tanımlar Arası Tercih

Mecelle'deki tercihler sadece şer'î hükümler arasında gerçekleşmemiştir. Buna ilaveten tanımlar ve tanımlarda yer alan kayıtlar da tercihe konu olmuştur.

Mesela bey' akdi *Mecelle*'de "malı malla değişmektir ki mün'akid yahut gayr-i mün'akid olur" şeklinde (Madde 105) tarif edilmektedir. Oysa bazı Hanefî kaynaklarda fâsid olan mükrehin satımını dışarda tutmak amacıyla bey' akdinin tarifine "karşılıklı rıza" kaydı ilave edilmiştir.⁷⁹ Çoğu kaynakta ise satım akdini, fâsid bey'e ve bu kapsamda mükrehin satımına da şâmil olacak şekilde tanımlamak hedeflendiğinden mezkûr kayda yer verilmemiş,⁸⁰ *Mecelle*'de de aynı amaçla çoğunluğun tercihi doğrultusunda tanım yapılmıştır.⁸¹ Yine bey' akdinin bazı tariflerinde yer alan mütekavvim mal, temlik ve temellük,⁸² rağbet edilen şey olma (merğûb),⁸³ mübadelenin iktisap yoluyla olması⁸⁴ ve faydalı bir sonuç doğurucu nitelikte olma (müfîd)⁸⁵ gibi kayıtlara *Mecelle*'deki tanımda yer verilmemiştir. Bu haliyle *Mecelle*'de *Mülteke*'daki bey' tanımının esas alındığı söylenebilir.

Mevkûf akid bazı kaynaklarda "başkasının hakkı te'alluk eden bey'" şeklinde tanımlanırken,⁸⁶ diğer bazı kaynaklarda "aslî ve vasfî itibariyle meşrû olup, bağlı olarak ('alâ sebîlî't-tevakkuf) mülkiyet doğuran ve başkasının hakkı nedeniyle tam mülkiyet doğurmayan

⁷⁷ 398. madde şöyledir: "Mebî'in menâfi'inden bir miktarı müşteriye ait olmak üzere şart kılınsa o şarta riâyet olunur. Mesela vefâen satılan bağın üzümü bâyi' ile müşteri beyninde münâsefeten taksim olunmak üzere bi't-terâzî mukâvele etseler o mukâvele mücebine amel olunmak lâzım gelir."

⁷⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm*, 1: 666.

⁷⁹ Neseffî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 406.

⁸⁰ Molla Hüsrev, *Dürer*, 2: 142; Halebî, *Mülteke*, 2: 3; Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur*, 2: 3; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7: 12.

⁸¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkâm*, 1: 215.

⁸² Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2: 4.

⁸³ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'î*, 5: 133.

⁸⁴ Molla Hüsrev, *Dürer*, 2:142.

⁸⁵ Haskefî, *ed-Dürü'l-muhtâr*, 7: 13.

⁸⁶ Zeyla'î, *Tebyînü'l-hakâ'ik*, 6: 75; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, 7: 234.

bey” şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁷ *Mecelle*’nin 111. maddesi ilk tarif tercih edilerek hazırlanmıştır. Ali Haydar Efendi ise hem *Mecelle*’deki sahih, fâsid ve bâtil bey’ tarifleri ile daha uyumlu olduğu hem de hacr altına alınmış mümeyyiz küçüğün kendi malını satmasını da kapsadığı için mevkûf akdi “aslen ve vasfen sahih olup fakat mülkü, ‘alâ sebili’t-tevakkuf ifade eden bey’dir” şeklinde tanımlamanın daha güzel ve şâmil olduğunu belirtmiştir.⁸⁸

Mecelle’de tercihe konu olan tanımlardan biri de gabn-i fâhişle ilgilidir.⁸⁹ Hanefî literatüründe gabn-i fâhiş ile gabn-i yesîri ayırt eden ölçüt konusunda farklı görüşler mevcuttur. Şeybânî’ye nispet edilen bir görüşe göre gabn-i fâhiş, birikişilerin belirledikleri değer aralığının dışında kalan bedeldir. Hanefî kaynakların çoğunda gabn-i fâhiş ve yesîr konusunda tercih edilen ölçüt budur.⁹⁰ Nusayr b. Yahya (ö. 268/882) ise ölçüt olarak menkullerde 1/20; hayvanlarda 1/10; gayr-i menkulde ise 1/5 şeklinde bir oran belirlemiş ve bu miktardan daha fazla aldanmayı gabn-i fâhiş olarak kabul etmiştir.⁹¹ Bazı muhtasarlarda⁹² ve Osmanlı dönemi fetva kitaplarında⁹³ bu görüş benimsenmiş, bazı fetva kitaplarında ise bu iki ölçütün her biri farklı fetvalarda tercih edilmiştir.⁹⁴ *Mecelle*’nin 165. maddesinde gabn-i fâhiş tarif edilirken Nusayr’ın görüşü esas alınmıştır. Oysa temel metin ve şerhlerde tercih edilen görüş bu değildir. *Mecelle*’deki bu tercihte, ikinci görüşün daha objektif oluşunun ve uygulamada sağlayacağı kolaylığın etkili olduğu söylenebilir. Ayrıca Osmanlı dönemi şeyhülislamlarının ikinci görüşü tercih etmeleri bir diğer etken olabilir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere esbâb-ı mûcibelerde, yapılan kanunun Fetvâhânedeki muteber görüşlere dayandığı özellikle vurgulanmaktadır.

2.5. İhtilafî Meselelerde Tercih ve Düzenleme Yoluna Gitmeme

Mezhepte ihtilafî olan bazı meselelerin *Mecelle*’de düzenlenmediği görülmektedir. İhtilafî meselelerin çokluğu ve bütün bunları bir kanun haline getirmenin zorluğu dikkate

⁸⁷ Molla Hüsrev, *Dürer*, 2: 168; Şeyhîzâde, *Mecma’u’l-enhur*, 2: 53.

⁸⁸ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hukkâm*, 1: 219.

⁸⁹ Gabn konusunda bk. Ali Bardakoğlu, “Gabn”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, c. 13 (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 268-273; Gökhan Atmaca, “İslam Hukukunda Gabn ve Akde Etkisi”, *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 10/18, (Aralık 2008): 129-150.

⁹⁰ Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 2: 148; Serahsî, *el-Mesûr*, 7: 112; 14: 72; Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’î*, 6: 30; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 144; Neseffî, *Kenzü’d-dekâ’ik*, 488; Zeylâ’î, *Tebyînü’l-hakâ’ik*, 4: 272; İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râ’ik*, 7: 287; İbn Âbidin, *Reddü’l-muhtâr*, 7: 363.

⁹¹ Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-şanâ’î*, 6: 30

⁹² Mevsilî, *Muhtâr*, 2: 233; Muzafferuddin Ahmed b. Ali İbnü’s-sââtî, *Mecme’u’l-bahreyn ve mülteka’-neyyireyn*, thk. İlyas Kaplan (Beyrut: Dârü’l-Kütübî’l-İlmiyye, 2005), 433.

⁹³ Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi* (y.y., t.s.), 1: 222; Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü’l-fetâvâ*, 307, 481. Ahmet İnanır, *Şeyhülislam İbn Kemal’in Fetvaları Işığında Kânûnî Devrinde Osmanlı’da Hukûkî Hayat* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011), 95.

⁹⁴ Mesela Fetâvâ-yı Fezziyye’de gayr-i menkullerde Nusayr b. Yahya’nın görüşünün, gayr-i menkullerde ise İmam Muhammed’den aktarılan ilk görüşün esas alındığı görülür. Bk. Fezzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Fezziyye*, haz. Süleyman Kaya (İstanbul: Klasik Yayınları, 2009), 201.

alındığında bu durum doğaldır. Bu tavır, aynı zamanda *Mecelle*'nin sıkça vukû bulan ve lüzumlu görülen meseleleri düzenlemeyi hedeflemesinin⁹⁵ de bir sonucudur. Ancak muhtasarlarda ele alınan ve sık gerçekleşmesi muhtemel bazı önemli ihtilaflı meselelerin *Mecelle*'de düzenlenmemesi başka bir ihtimali gündeme getirmektedir.

Mesela, ikâle bahsinde irade beyanı ve meclis birliği gibi hükmünde ittifak edilen konulara dair maddeler bulunmasına karşın, önceki akitte zikredilen semenden daha fazla yahut az bir bedelin şart koşulmasının cevazı ve bununla bağlantılı olarak ikâlenin hükmü yani fesih mi, yeni bir bey' mi olduğu -ki bu konu mezhep içerisinde ihtilaflıdır- düzenlenmemiştir. Oysa bu konunun muhtasar türü eserlerde bile mutlaka ele alındığı görülür⁹⁶ ve dolayısıyla önemsiz olduğunu ve sık vukû bulmayacağını söylemek güçtür.

Şart muhayyerliği bulunan kimsenin akdi feshettiğini karşı tarafın bilmesi Ebû Hanîfe ve Muhammed'e göre şart değilken, Ebû Yusuf'a göre şarttır.⁹⁷ Bir malı iki kişi ortaklaşa satın alsalar ve bunların ikisinin de şart muhayyerliği bulursa, müşterilerden biri akdi onayladığı zaman Ebû Hanîfe'ye göre diğer ortağın reddetme hakkı yoktur, İmâmeyn'e göre ise diğer ortak bu hakka sahiptir.⁹⁸

Satın aldığı gıda maddesini yedikten veya elbiseyi giyip yırttıktan sonra bu gıda maddesinde veya elbisede, önceye ait bir kusur olduğunu fark eden müşteri, Ebû Hanîfe'ye göre kusurun bedelini satıcıdan talep edemez iken İmâmeyn'e göre edebilir.⁹⁹ *Mecelle*'de kusur muhayyerliği bahsinde, hükmünde ittifak edilen diğer benzer bazı meseleler düzenlendiği halde bu ihtilaflı konu ele alınmamıştır.

Yukarıdaki meselelerden bazıları sık gerçekleşmediği ve lüzumlu görülmediği için *Mecelle*'de düzenlenmemiş olabilir. Ancak düzenleme yapılmayan ihtilaflı meselelerin tamamını bu gerekçe ile izah etmek mümkün gözükmemektedir. Zira yukarıda zikredilen örnekler muhtasar metinlerde yer alan temel ve görece önemli meselelerdir. Bu durum *Mecelle* hazırlanırken ihtilaflı bazı meselelerde tercih yapmak yerine düzenleme yoluna gitmeme usûlünün benimsendiğini ve ihtilaftan ârî bir metin oluşturmanın bir yolu olarak da bu usûlün benimsendiğini göstermektedir. Böylece bu meselelerde râcih görüşü tespit etme işi hâkimlere bırakılmıştır. Bu durumun *Mecelle*'nin hedefi olan râcih görüşleri tespit etmeye uygunluk arz etmediği ve fakat bütün meseleleri kuşatan bir kanun yapmanın güçlüğünün bir sonucu olduğu söylenebilir.

⁹⁵ “Mecelle Mazbatası”, 10.

⁹⁶ Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 2: 32; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 55; Mevsilî, *Muhtâr*, 2: 15; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 426; Molla Hüsrev, *Dürer*, 2: 178-179; Halebî, *Mültekâ*, 2: 71-73.

⁹⁷ Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 2: 14; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 31; Mevsilî, *Muhtâr*, 2: 18; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 412; Molla Hüsrev, *Dürer*, 2: 153; Halebî, *Mültekâ*, 2: 28-29.

⁹⁸ Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 33; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 413; Molla Hüsrev, *Dürer*, 2: 155; Halebî, *Mültekâ*, 2: 33.

⁹⁹ Kudûrî, *el-Muhtaşar*, 2: 22; Mergînânî, *el-Hidâye*, 3: 38; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2: 28-29; Neseî, *Kenzü'd-dekâ'ik*, 417; Molla Hüsrev, *Dürer*, 2: 162; Halebî, *Mültekâ*, 2: 46.

SONUÇ

Mezhep içi ihtilaflar, hukûkî emniyet ve istikrar açısından bir sorun teşkil ettiği ve ayrıca ihtilaflı meselelerde hüküm veya fetva verecek fakihlerin işini zorlaştırdığı için mezhepteki râcih görüşleri tespit etme ihtiyacı hissedilmiştir. Bu ihtiyacı gidermeyi hedefleyen uygulamalardan biri kanunlaştırma olup, fıkha dayalı ilk kanunlaştırma örneği olan *Mecelle*'nin amaçlarından biri "ihtilâfâtan ârî ve yalnız akvâl-i muhtâreyi hâvî" bir metin oluşturmaktır. Mezûr ihtiyaç *Mecelle* ile kısmen giderilmiş ise de tamamen ortadan kalkmamıştır.

Mecelle'nin esbâb-ı mûcibelerinin ilk hedefi, kanunda ana hatlarıyla râcih görüşlerin esas alındığını vurgulamak, ikinci hedefi ise bazı maddelerde niçin râcih görüşe aykırı görüşlerin tercih edildiğini temellendirmektir. Esbâb-ı mûcibelerin muhtevası, râcih görüşe aykırı tercihlerde maslahat ve örfün belirleyici olduğunu göstermektedir. Buna karşın klasik kaynaklardaki en önemli tercih sebebi olan naslara uygunluk esbâb-ı mûcibelerde işletilmemiştir. *Mecelle* Komisyonunun mezhep içi tercihlerine iki meselede Meşîhât ve Meclis-i Vükelâ tarafından müdâhale edildiği tespit edilmiştir.

Mecelle'nin Kitâbü'l-Büyû'unun muhtevası, ihtilaflı konularda genelde râcih görüşün esas alındığını teyid etmektedir. Kitâbü'l-Büyû'da râcih görüşe aykırı yedi hüküm tespit edilmiş olup bunlardan dördü esbâb-ı mûcibede izah edilmekte ve bu tercihler örf ve maslahata dayandırılmaktadır. Diğer üç hüküm ise esbâb-ı mûcibede yer almamaktadır. Bu durum *Mecelle*'deki râcih görüşe aykırı düzenlemelerin sadece esbâb-ı mûcibelerde açıklananlardan ibaret olmadığını göstermekte ve *Mecelle* hazırlanırken izlenen usûle aykırılık teşkil etmektedir. İncelenen örneklerden hareketle *Mecelle* Komisyonunun, mezhepte râcih görüş konusunda ihtilaf edilen meseleleri düzenlerken çoğunluğun tercih ettiği görüşü ve kolaylığı temin eden görüşü esas aldığı, bu konuda bazı fakihlerin tercihlerinin de etkili olduğu söylenebilir. *Mecelle* hazırlanırken ihtilaflı bazı meselelerde tercih yapmak yerine düzenleme yoluna gitmeme usûlünün benimsendiği ve ihtilaftan ârî bir metin oluşturmanın bir yolu olarak da bu usûlün benimsendiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Ahmet Cevdet Paşa. *Risâletü'l-vefâ*. Trc. Süleyman Kaya. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 12 (Ekim 2008): 269-274.
- Akgündüz, Ahmed. *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2013.
- Akgündüz, Ahmed. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukûkî Tahlilleri*. İstanbul: Fey Vakfı Yayınları, 1992.
- Alâüddin es-Semerkandî, Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed. *Tuhfetü'l-fukahâ*. 3 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1984.
- Ali Haydar Efendi. *Dürrerü'l-hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. 4 Cilt. İstanbul: y.y., 1330.
- Ankaravî, Mehmet Emin Efendi. *Fetâvâ-yı Ankaravî*. 2 Cilt. İstanbul: Dârü't-Tıbâati'l-Âmire, 1281.
- Apaydın, Yunus. "Muhayyerlik". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 31: 25-30. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.

- Atmaca, Gökhan. "İslam Hukukunda Gabin ve Akde Etkisi". *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 10/18 (Aralık 2008): 129-150.
- Aydın, Mehmet Âkif. *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1996.
- Aydın, Mehmet Âkif. *Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Klasik Yayınları, 2017.
- Aydın, Mehmet Âkif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Betaş Yayınları, 2001.
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 28: 231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Bardakoğlu, Ali. "Gabn". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 13: 268-273. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Bezzâzi, Hâfizuddin Muhammed b. Muhammed el-Kerderi. *el-Fetâvâ'l-Bezzâziye*. 3 Cilt. Bulak: y.y., 1310.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*. 8 Cilt. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayın Evi, t.s.
- Burhânüşşerâ, Mahmûd b. Sadrüşşerâ el-Evvel. *Vikâye*. nşr. Salah Muhammed Ebu'l-Hâc. 5 Cilt. Amman: Müessesetü'l-Verrâk, 2006.
- Çatalcalı Ali Efendi. *Fetâvâ-yı Ali Efendi*. 2 Cilt. byy.: y.y., ts.
- Düzenli, Pehlül. "Giriş". *Ma'ruzât*. Haz. Pehlül Düzenli. 13-55. İstanbul: Klasik Yayınları, 2013.
- Fezullah Efendi. *Fetâvâ-yı Fezziyye*. Haz. Süleyman Kaya. İstanbul: Klasik Yayınları, 2009.
- Gaznevî, Cemaleddin Ahmed b. Mahmud b. Saîd. *el-Hâvi'l-kuşî*. Thk. Salih el-Ali. 2 Cilt. Dimaşk-Beyrut: Dârü'n-Nevâdir, 2011.
- Halebî, İbrahim b. Muhammed. *Mülteka'l-ebhur*. 2 Cilt. Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.s.
- Haskefi, Alâüddin Muhammed b. Ali b. Muhammed. *ed-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenviri'l-ebşâr*. Nşr. Adil Ahmed Abdülmevcut - Ali Muhammed Muavvaz. 10 Cilt. Riyad: Dârü Âlemi'l-Kütüp, 2003.
- Haskefi, Alâüddin Muhammed b. Ali. *ed-Dürri'l-müntekâ fi şerhi'l-Mülteka*. 2 Cilt. Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.s.
- İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer. *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenviri'l-ebşâr*. nşr. Adil Ahmed Abdülmevcut - Ali Muhammed Muavvaz. 10 Cilt. Riyad: Dârü Âlemi'l-Kütüp, 2003.
- İbn Nuceym, Zeynüddin. *el-Bahrü'r-râ'îk şerhu Kenzi'd-dekâ'ik*. nşr. Zekeriyya 'Umeyrât. 9 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâluddin Muhammed b. Abdülvâhid es-Sivâsi. *Şerhu Fetihî'l-kadir*, nşr. Abdürrezzâk Gâlip el-Mehdî. 7 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003.
- İbnü's-sââtî, Muzafferuddin Ahmed b. Ali. *Mecme'u'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*. Thk. İlyas Kaplan. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2005.
- İnanır, Ahmet. *Şeyhülislam İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Kânûnî Devrinde Osmanlı'da Hukûkî Hayat*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011.
- İskilibî, Veli b. Yusuf. *Mecme'u'l-fetâvâ*. Şehid Ali Paşa. 1069: 1a-399b. Süleymaniye Ktp.
- Kâdîhân, Ebu'l-Mehâsin Fahreddin Hasan b. Mansur. *Fetâvâ-yı Kâdîhân*. 3 Cilt. Bulak: el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1310.
- Karaman, Hayreddin. "Osmanlı Hukukunda Mezhep Tercihî". *İslam'ın Işığında Günün Meseleleri*. 2: 663-675. İstanbul: İz Yayıncılık, 2002.
- Kâsânî, Alâüddin Ebû Bekr b. Mesûd. *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fi tertibi's-serâ'i'*. 7 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-Arabî, 1974.
- Kâsım b. Kutluboğa, Zeynüddin Ebu'l-Fazl. *et-Taşihî ve't-tercîh 'alâ Muhtaşari'l-Kudûri*. Thk. Ziyâ Yunus. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2002.
- Kaya, Süleyman. "Ahmet Cevdet Paşa'nın Risâletü'l-Vefâ İsimli Eseri". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 12 (Ekim 2008): 267-276.

- Kaya, Süleyman. "Osmanlı Tatbikatında Tek Mezhebe Bağlılık". *Uluslararası Rahmet ve Çatışma Bağlamında İslam Mezhepleri Sempozyumu (Karaman 25-27 Mart 2016)*. Ed. Halit Çalış v.dğr. 111-127. Konya: y.y., 2016.
- Kaya, Süleyman. "XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Kredi Temin Yöntemleri". *İslam Hukuku Açısından Tarihten Günümüze Kredi ve Finans Yöntemleri (İstanbul 08-09 Mayıs 2010)*. 9-56. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011.
- Kudûrî, Ebu'l-Huseyn Ahmed b. Muhammed. *Mevsû'atü'l-Ğavâ'idi'l-Fıkhîyye el-Mükârene: et-Tecrid*. Thk. Muhammed Ahmed Sirac - Ali Cum'a Muhammed. 12 Cilt. Kahire: Dârü's-Selâm, 2004.
- Kudûrî, Ebu'l-Huseyn Ahmed b. Muhammed. *el-Muhtaşar*. 4 Cilt. İstanbul: el-Mektebetü'l-Mahmûdiyye, t.s. Mardin, Ebul'ulâ. *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*. Türkiye Ankara: Diyanet Vakfı Yayınları, 1996.
- Mergînânî, Burhânüddin Ali b. Ebî Bekr. *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*. Thk. Muhammed Adnan Derviş. 4 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Erkam, t.s.
- Mevsilî, Ebu'l-Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmud. *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*. Thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamîd 5 Cilt. İstanbul: el-Mektebetü'l-Hanefiyye, 1953.
- Molla Hüsrev. *Dürerü'l-hukkâm fi şerhi Gureri'l-ahkâm*. 2 Cilt. İstanbul: y.y., 1310.
- Nesefî, Ebu'l-Berekât Hâfizuddin Abdullah b. Ahmed. *Kenzü'd-dekâ'ik*. Thk. Said Bektaş. Beyrut: Dârü'l-Beşâiri'l-İslâmiyye; el-Medîne el-Münevvera: Dârü's-Sirâc, t.s.
- Özdemir, Recep. "İslam Hukukunda Şart Muhayyerliği". *İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7/1 (Bahar 2016): 157-160.
- Rubeş, Abdülaziz b. Muhammed b. Osman. "Satım Akdindeki Şart Muhayyerliğinin Süresi". trc. Ayhan Hıra. *Hikmet Yurdu* 6/12 (Temmuz-Aralık 2013): 355-389.
- Rehber-i Tâlibân-ı Mecelle*. İstanbul: Mahmut Bey Matbaası, 1305.
- Sadrüşşerfa, Ubeydullah b. Mesud el-Mahbûbî. *Şerhu'l-Vikâye*. Nşr: Salah Muhammed Ebu'l-Hâc. 5 Cilt. Amman: Müessesetü'l-Verrâk, 2006.
- Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed. *el-Mebsût*. 31 Cilt. Beyrut: y.y., t.s.
- Şeyh Bedreddin. *Câmi'u'l-füşûleyn*. 2 Cilt. Kâhire: el-Matbaatü'l-Ezheriyye, 1300.
- Şeyhîzâde, Abdurrahman b. Muhammed. *Mecma'u'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*. 2 Cilt. Beyrut: Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, t.s.
- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi. *Behcetü'l-fetâvâ*. Haz. Süleyman Kaya v.dğr. İstanbul: Klasik Yayınları, 2011.
- Tahâvî, Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed. *el-Muhtaşar*. Thk. Ebulvefâ el-Efgânî. Haydarabad, t.s.
- Uğur, Seyit Mehmet. *Hanefî Mezhebinde Mezhep İçi Tercih ve Usûlü*. Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi, 2017.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1988.
- Zeydan, Abdülkerim. *Nizâmü'l-kazâ fi ş-şer'i'ati'l-İslâmiyye*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1989.
- Zeyla'î, Osman b. Ali. *Tebynü'l-hakâ'ik şerhu Kenzi'd-dekâ'ik*. 6 Cilt. Bulak: Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1313.